

”פילוסופיה של המשפט”

(מחברת)

מרצה : ד”ר חיים שיין

שנה א' מסלול 1

שנה : 2017-2018

המכללה האקדמית נתניה

פקולטה למשפטים

פילוסופיה של המשפט-

1. **מה זה צוואה:** החוק במדינת ישראל קובע איך מחלקים ירושה. אם יש אדם שיש לו ילדים אז הילדים מתחלקים ביניהם בירושה שווה ושווה. אם לאדם יש הורים וילדים החוק קובע איך מחלקים את הרכוש ביניהם. אם אדם בא ואומר שהוא רוצה לחלק את הירושה שלו לפי קביעתו ולא לפי החוק הוא יוצר צוואה. צוואה זה מסמך משפטי שבא ואומר " אני רוצה לתת את הרכוש שלי למישהו ספציפי, והצוואה שלי תעלה על החוק". המסמך צריך להיות בפני שני עדים/נוטריון/להפקיד בבית משפט.

2. **ייפוי כח:** הסכמה של מישהו לבצע עבורי כל פעולה משפטית.

3. סיפור: אישה שיש לה ילד בשם עומר מנישואים קודמים, הורשה לו את כל רכושה בצוואה. היא הייתה נשואה בשנית והתחתנה עם גבר אחר וממנו יש להם ילד משותף בשם ליאור. עומר טס לחול ולא יצר איתה קשר. בזמן מותה האישה נתנה לבעלה ייפוי כח בלתי חוזר לטפל בכל דבריה. הבעל העביר את כל הרכוש שלה לליאור, 5 שנים אחרי שנפטרה עומר ביקש לממש את הצוואה שלה וטוען שהעברה של הצוואה היא אינה חוקית. עו"ד של עומר הגיש בקשה לבימ"ש שלא לקיים את הצוואה כי עומר היה טוב לאמו, טיפל בה וכו'. רצו להגיע לפשרה ועומר החליט לא להתפשר. בימ"ש אמר שהאישה לא הייתה נותנת לעומר את הצוואה אם הייתה יודעת שהוא היה מתנהג אליה ככה. עומר ערר ועומר וליאור התפשרו.

• בעולם המשפט מלמדים אותנו שאנו אמורים לפעול ע"פ החוק. איך לא פעם נכתבים פסקי דין שמיישבים בעיות על ידי הצד ולא הפן המשפטי.

4. סיפור: אמא ובת קטנה קפצו מקומה 12 והתאבדו. המשטרה נכנסה לחדר במלון והיה כתוב שם על פתק, "התאבדתי בגלל בעלי, אני מבקשת שהוא לא יקבל את הירושה שלי". הבעל הגיש בקשה לצו ירושה, האח פנה לבימ"ש וטען שהפתק שמצאו במלון הוא הירושה של האישה, ולכן אין לתת לו את ירושתה. הייתה בעיה – כי החוק אומר שכדי שהחוק יהיה צוואה צריך שיהיה עליו תאריך וחתימה. יש סעיף בחוק הירושה שאומר שאם יש פגם בצוואה בימ"ש רשאי לתקן את הצוואה – אבל במקרה דנן אין צוואה.

2 דעות היו בדיון בעליון בנושא:

א'. שיטה פוזיטיביסטית – הגישה השמרנית: בימ"ש לא יכול לעשות כלום חוץ ממה שכתוב בחוק, תפקידו רק לפרש את החוק ולא יכול ללכת מעבר לנוסח המילולי של החוק.

ב'. שיטה נון-פוזיטיביסטית – גישה אקטיביסטית: במקרים מסוימים שבימ"ש יחליט הוא יכול ללכת גם מעבר למה שכתוב בחוק. הוא לא מוגבל ללשון של החוק.

בתיק דנן ננקטה דעת הרוב בשיטה פוזיטיביסטית – ברור לנו לגמרי שמבחינה מוסרית וערכית לא עולה על הדעת שהבעל יקבל את הירושה כי אנחנו מאמינים שהאישה כתבה את הפתק. אבל אין לנו מה לעשות כי אנחנו הולכים לפי החוק.

שופט שמרן לא יכול ביוזמתו לשנות את החוק אלא לפנות אל המחוקק לשנות את החוק.

השופט ברק היה מיעוט, בטענה שצוואה היא מסמך בעל עליונות שניתן ע"י המחוקק, אז מה זה משנה אם הייתה חתימה ותאריך או לא כל עוד כל השופטים מחליטים שהפתק הוא שלה וזה מה שהיא רוצה. אני נותן פס"ד לא על סמך המילים של החוק אלא על סמך התכלית שהמחוקק רצה להשיג.

5. החוק – קבוצה של אנשים שיום אחד מחליטים לחיות במסגרת מדינית. כדי שתקום מסגרת מדינית כל אחד צריך לוותר על חלק מהזכויות שלו וממנים נציגים, הנציגים קובעים עבורנו מה לעשות והדרך נקבעת ע"פ הרוב. בישראל יש את הכנסת, בכנסת יש מפלגות שונות, ישנם לדוגמה את המפלגות החרדיות שמה שמעניין אותם זה האינטרסים שלהם בלבד כמו שירות צבאי, קצבאות כספיות לבחורי ישיבה.

- החוק למעשה הוא פשרה לאומית. בדמוקרטיה אין מצב שמישהו יכול לקבל כל מה שהוא רוצה. בכל מדינה בעולם יש מערכת של חוקים, והחוקים האלה למעשה הם פשרות לאומיות.
6. ההגיון אומר שאם החוק הוא פשרה לאומית – יש לשפוט ע"י השיטה הפוזיטיביסטית. אבל – אם בעיני בימ"ש הפשרה לא נראתה לגיטימית יש על בימ"ש להתערב (גישה נון-פוזיטיביסטית).
7. בימ"ש אמור לפסוק ע"פ החוק בלבד.
8. אנשים מגבשים את הדעות המשפטיות שלהם ע"פ מתווכים (תקשורת).

• **בעולם המשפט, האמת היא לא ערך אבסולוטי. ולכן כשיש התנגשות של הנאשם להגנה הולמת לבין האמת, ההגנה מנצחת.**

מה זה פשרה? בפשרה אין אמת. ברגע שמגיעים לפשרה אין אמת. למשל אם בן אדם אמר שמגיע לו 1000 שקל, והצד השני אומר שהוא לא חייב כלום, ונגיד עושים פשרה ללא שהתבצע דיון והוחלט על 500. ה-500 זה לא אמת. האמת זה או ה-1000, או ה-0.

סוג של פשרה זה עסקת טיעון. (רק במשפט פלילי ישנה האפשרות לעסקת טיעון).

פס"ד סייבר-50 דירים קנו בית נופש בנהריה. כעבור זמן מה התברר כי הקבלן על סף פשיטת רגל. הוא בא לדירים ואמר להם שאין שום סיכוי שהם יקבלו את הדירות נופש, אבל יש לי פרויקט, שם תוכלו לקבל דירות, אבל זה אינם דירות נופש. כאשר בן אדם קונה דירה, ישנה **ערבות חור מכר**. פירוש הדבר- שאם הקבלן רוצה למכור לי דירה, הוא פותח חשבון בנק, כל הכסף שאני הקונה, משלם נכנס לחשבון הלווי הפיננסי הזה, ובתמורה לזה הקבל משכיר לי ערבות חוק מכר, שאומר שבמידה ובסוף היום הקבלן לא ייתן לי את הדירה, אני אקבל את כל הכסף במלואו. באו 32 דירים והגישו תביעה נגד הבנק ונגד הקבלן וביקשו לבקש את ערבות חוק המכר. הדירים טוענים שהם חתמו על דירות נופש, והם קיבלו דירות אחרות. היה וויכוח ענק בבית המשפט העליון האם במקרה זה, אפשר להשתמש בערבות. **השופט הראשון**, אמר שערבות חוק המכר יכולה לשמש אך ורק כאשר אין מסירה של הדירה. ולכן לא מגיע להם. במקרה זה, לדעת השופט, הקבלן, עליו מוטלת האחריות לפצות את הדירים. אם קנית דירה בשווי מיליון שקל, וקיבלת דירה בשווי שמונה מאות אלף שקל, אתה יכול לתבוע את הקבלן בפיצוי ההפרש.

השופט השני טוען שאפשר להשתמש בערבות חוק המכר כאשר יש שינוי מהותי בין הדירה שהזמנת, ובין הדירה שקיבלת. השופט אומר שבמקרה שלנו, ההבדל לא מהותי, ולכן לא נין להשתמש בערבות חוק מכר. ברגע שהדירים קיבלו את הדירה האחרת, ישנה בעיה.

השופט השלישי אמר שאין בעיה להשתמש גם במקרה הזה בערבות חוק המכר.

בית המשפט העליון דחה את התביעה.

כעבור שנה, 18 הדירים האחרים הגישו את אותה התביעה. התיק הגיע שוב לבית המשפט העליון, עם שופטים אחרים. בית המשפט העליון הגיע למסקנה שהדירים צודקים, ושניתן להשתמש במקרה זה בערבות חוק מכר. בית המשפט אמר שבגלל שהתיק הדומה הקודם נדחה, והחליט שלא ניתן להשתמש, ועכשיו יבוא בית המשפט שאפשר- בית המשפט לא יקבל את זה, כי חלק מהדירים יוכלו להשתמש וחלק לא, ולכן בית המשפט דחה את התביעה. **ולכן רואים, כי לא תמיד האמת מתממשת בבית המשפט.**

פשיטת רגל- ברגע שקבלן פושט רגל, ממנים לו מפרק או נאמן. המפרק עוקב אחרי כל הרכוש והנכסים של הקבלן. כל האנשים שהקבלן שלח להם כסף שולחים דרישות חוב למפרק. המפרק מדרג את דרישות החוב. במקרה של פשיטת רגל, הדירים לא מובטחים והם בסוף.

לסיכום: האמת היא, שבית המשפט הוא אמור לעשות סדר, משפט הוא לאו דווקא אמור לעשות צדק ואמת.

- המושג המרכזי ביותר במשפט היא זכות.

למילה זכות במשפט יש פירוש מאוד מאוד מדויק. המילה זכות משמעותה - אינטרס לגיטימי שמוגדר, מוכר בחוק.

עילת התביעה - מכלול העובדות שמבססות את התביעה שלי ע"פ החוק. אם אין עילת תביעה – התיק ידחה.

כשהנתבע מגיע לעורך הדין ישנן שתי אופציות :

אפשרות אחת היא לבוא ולהגיד שהעובדות בכתב התביעה הן אינן נכונות. ואפשרויות שניה היא להגיד שלמרות שכל העובדות שכתובות הן נכונות, אין לו עילת תביעה.

כאשר התיק מגיע לבית המשפט, הדבר הראשון שבית המשפט צריך לקבוע מהם העובדות האמתיות בתיק. לאחר מכן בית המשפט לוקח את החוק הרלוונטי ומיישם את החוק הרלוונטי על העובדות הספציפיות שהוק קבע שהן העובדות האמתיות בתיק. אחרי שניתן פסק הדין ניתן להגיד ערעור, אבל ברמה העקרונית כמעט ברוב המקרים לא ניתן להגיד ערעור על ההיבט העובדתי, אלא רק על ההיבט המשפטי, מכיוון שבערכאת ערעור לא שומעים עדים.

קבלת העדויות במשפט זה כשלעצמו משפט מיוחד. האמת המשפטית היא אותה אמת שבימ"ש מגיע אליה באמצעות הכללים המשפטיים לבירור האמת. (דיני הראיות).

החוק אומר- כאשר יש תביעה אזרחית, 7 שנים אחרי שנולדה העילה לא ניתן להגיש תביעה. התיישנות.

חברה בע"מ:

יש קבוצת אנשים שמתאגדים לצורך מטרה מסוימת – בעלי מניות ומחליטים לפעול כחברה. המכנה המשותף של הפעילות – מטרת החברה. בחברה בע"מ יש הפרדה מוחלטת בין החברה לבעלי המניות. אם החברה גרמה לי נזק אני יכול להגיש תביעה לחברה ולא לבעלי המניות – הם ישויות נפרדות.

אפלטון ואריסטו- המדינה היא סוג של חברה בע"מ- אנשים התאגדו ביחד לחברה אבל הם כפופים לחברה שהיא מעל – והיא ישות נפרדת.

אם יש דבר שטוב למדינה זה לא משנה אם יש אזרחים שנפגעים. בטורקיה- המדינה מעל לכל וכל מי שהמדינה חושבת שהוא מפריע יכנס לכלא.

יש תאגיד שנקרא חברה ויש תאגיד שנקרא שותפות.

שותפות- קבוצת אנשים שפועלים יחד לאותה מטרה. אין ישות נוספת לקבוצת השותפים. כל שותף הוא חלק מהשותפות. המדינה היא סוג של שותפות. כל האזרחים שותפים.

כדי שנוכל להקים את השותפות יש למצוא את המכנה המשותף שבו כל השותפים בעלי הדעות השונות יוכלו לחיות ביחד. המכנה המשותף הזה הוא תמיד מינימלי, כי לעולם לא נוכל למצוא מכנה משותף גבוה לכולם, כל בן אדם בנוי אחרת. החברה

לפי זה מבינים מהו התפקיד של הרשות המחוקקת. תפקידה לייצג את השותפים לשם השגת הפשרה, התכנים המשותפים.

הרשות המחוקקת היא זו שממנה את הרשות המבצעת כדי להפעיל על בסיס יומיומי את השותפות.

תפקיד הרשות השופטת הוא-

א) לפתור סכסוכים בין השותפים. כאשר קיים סכסוך בין שותפים, תפקידה העיקרי של הרשות השופטת הוא לפתור את הסכסוכים. תפקידה הוא לוודא שהמכנים המשותפים שנמצאו ע"י הנציגים לא סותרים את ההסכמות הבסיסיות למטרות השותפות. היא פותרת את הסכסוך על בסיס הפשרה שהושגה באמצעות הנציגים, רק באמצעות החוק. היא לא יכולה לתת הפתרון כשאין חוק.

ב) לוודא שהרשות המחוקקת והמבצעת לא חורגים מההסכמות הבסיסיות של השותפות.

- ישנו וויכוח עד כמה הרשות השופטת יכולה להתערב.
- הדמות המרכזית במשפט הישראלי הוא השופט אהרון ברק. לאחר מכן היה נשיא בימ"ש העליון.

זכויות וחובות:

המושג המרכזי ביותר במשפט הוא המושג "זכות". השאלה שאני אמור להישאל כשאני אומר זכות זה- איזה זכות? איזה סוג?

יש זכויות רבות שאין להם קשר לעולם המשפט. למשל- זכות מוסרית. יש לברר באיזה הקשר נאמרת המילה זכות.
מה מייחד את הזכות המשפטית לאולם השאר- כאשר אני מדבר על זכות משפטית, אני צריך לשים לב מהו המקור של הזכות המשפטית:

- (1) החוק.
- (2) התקדים
- (3) הנהל
- (4) המנהג

- הזכות המשפטית היא אינטרס מוגן, שכדי לממש את הזכות אני יכול לקבל עזרה ממסדית מרשויות המדינה.
- המחוקק הוא זה שמקנה זכויות וחובות, ותפקיד בימ"ש הוא לקבוע למי שייכת הזכות במקרה של מחלוקת. לאחר מכן, אני יכול לממש אותה האמצעות ההוצאה לפועל.
- ההוצאה לפועל היא המסגרת המדינית שבאמצעותה מבצעים פסקי דין, כאשר הצד השני מסרב לבצע את פסק הדין.

דוגמאות לוויכוחים בזכויות:

- (1) החוק במדינת ישראל קובע שיום שבת הוא יום המנוחה. באה עיריית ת"א שיש לה סמכויות ע"פ החוק ומתקנה חוק עזר שקובע שניתן לפתוח מרכולים בשבת. הופיע בעל חנות מכולת ואומר אם העירייה מאפשרת לפתוח מרכולים בשבת זה פוגע בי שאני רוצה לנוח בשבת, ולמעשה מונעים ממני לשבות בשבת. בימ"ש שידון בזה זה בג"ץ. הדיון יהיה האם חוק עזר עירוני של עיר מסוימת יכול להיות בניגוד לחוק של המדינה, ועל ידי כך יש פגיעה בזכותו של הפרט לשבות.
- (2) בא בן אדם (ב) וקנה דירה ממישהו. הוא קנה את הדירה ושילם חצי מהסכום של עלות הדירה אבל הוא היה עסוק מאוד ושכח לרשום הערת אזהרה על קניית הדירה. (רשימת החוזה בטאבו, אומר שלא ניתן למכור את הדירה למישהו אחר), הלך אותו מוכר (א) ומכר את הדירה שוב פעם, והקונה האחר שילם את מלוא הסכום. אני הקונה הראשון תובע את בעל הדירה. הקונה הראשון יצטרך לצרף לתביעה שלו את הקונה השני. יהיה דיון בין המוכר, בין הקונה הראשון לקונה השני. ידונו בזה בבימ"ש מחוזי. ידונו למי יש את הזכות בדירה. בין א' לב' קיים חוזה. גם בין א' ג' זה זכות חוזית. משמעות הערת האזהרה- מופיעה בפס"ד אהרונוב-
- יש דעה שרישום הערת האזהרה היא רישום של זכות חוזית. באה להזהיר קונים אחרים לא לעשות טעות ולקנות את הדירה, כי הדירה כבר נמכרה למישהו אחר.
- יש דעה שנייה שאומרת- שכשכתבת את הערת האזהרה יצרת זכות משפטית.
- ב' יכול לתבוע את א'.
- (3) בא בן אדם והוא היה עצור. הביאו אותו לדיון בבימ"ש בת"א, החזיקו אותו במעצר עד שנכנס לשופט. בא אחיו ששמר על העצורים ואיים על השוטר שיפתח את הדלת וכל העצורים ברחו. העמידו לדיון את האח על איום. התברר במהלך הדיון שצו המעצר שהוציאו כנגד אחיו צו מאסר. אף אחד לא ידע שצו המאסר לא חוקי. את זה שברח לא ניתן להעמיד לדיון, כי הוא ברח ממשמורת שלא כדיון. נשאלה השאלה- האם מותר להעמיד את האח שאיים ?
- **איום הופך להיות עבירה פלילית כאשר אני גורם לאדם לעשות מעשה שהוא היה רשאי לא לעשות אותו. או שאני גורם לו לא לעשות מעשה שהוא היה רשאי לעשות זאת. השאלה המשפטית היא – האם שוטר ראשי להחזיק במאסר אדם שלא יודע שצו המאסר שהוצא נגדו הוא בלתי חוקי.**

4) היה פס"ד פוגל. בן אדם קנה טלוויזיה צבעונית. רשות השידור הייתה קולטת את השידורים בצבע, היו מפעילים מחיקון, והוא היה מוחק את הצבע מהשידורים. אנשים בארץ קיבלו את הכול בשחור לבן. הלך אותו בן אדם ומגיש בג"ץ, וטען- על בסיס מה אתם מוחקים את הצבע?

5) פס"ד אשיר. הייתה חברה שייבאה סבונות מטיוואן. לצורך ההדגמה, כל סבוניה הייתה בצורה למשל של גל גדות. החברה הזאת שיווקה אותם במרכולים. בכל רשת הסבונות הייתה נמכרת תחת המותג של הרשת. (שופרסל, מגה). הסבונות נחטפו, באה חברה ב' וראתה שהסבונות הולכות יפה מאוד והתחילה לייצר את הסבונות גם. חברה א' רצה לעו"ד ומגלה שהיקף המכירות שלה ירד. מהן העילות שעומדות בפני חברה א' כדי להתמודד עם זה שחברה ב' חיקתה את המוצר שלה? \

עילות פוטנציאליות:

1) האפשרות הראשונה היא סימן מסחר. פירוש הדבר שאם יש לי מוצר מסוים ולו יש עיצוב מיוחד- אני לוקח את העיצוב, מעלה אותו על נייר, שולח אותו לרשם סימני המסחר ואני רושם אותו אצל הרשם. בתוך 30/40 יום אם אף אחד לא מתנגד לסימן המסחר- אני מקבל תעודה שהסימן הוא שלי. סימן מסחר זאת זכות קניינית, שהיא הזכות החזקה ביותר. זכות קניינית דורשת רישום. במקרה שלנו- יבואן א לא רשם סימן מסחר ולכן העילה הקניינית לא קיימת.

2) האפשרות השנייה היא גניבת עין- כאשר יש מוצר מסוים שיש לו מיתוג ברור, ואם אני מייצר את אותו המוצר וכאשר בן אדם בא לקנות את המותג הוא חושב שהוא קנה את המותג הממותג ומגיע הביתה ורואה שזה לא אותו הדבר. (למשל – במבה). התנאי שתהיה גניבת עין- זה רק על מוצרים שיש להם מיתוג. שאני מזהה את המוצר עם מותג ספציפי. גניבת עין היא עילה נזיקית. במקרה שלנו- אין גניבת עין, מהסיבה הפשוטה- שאין מיתוג לסבונות. כי בכל רשת היא נמכרת תחת השם של הרשת.

3) עשיית עושר שלא במשפט- עילה מעין חוזית. אני הבאתי מוצר מחו"ל, עשיתי לו שיווק. הכוונה- פרסמתי אותו ואנשים התאהבו במוצר. ב' ראה שהמוצר שלי זה סיפור הצלחה וניסית על הגב שלי לעשות כסף. הטענה של ב' תהיה הטענה של חופש העיסוק. א יענה- שאין לו בעיה שהוא ייצר סבונות. העובדה שייצרת דווקא סבונות בצורה שהבאתי לשוק- זה לא תום לב.

• חברה א' הלכה והגישה את התביעה בבימ"ש בת"א. הייתה תביעה כפולה-
- הוצאת צו מניעה נגד ב' כדי שיפסיק לייצר את הסבונות.

- דרישת מב' להציג את כל החשבונות של ב' כדי לדעת כמה רווחים לדרוש. דרישה למתן חשבונות. הוגשה התביעה ובימ"ש המחוזי הכיר שיש לתת צו מניעה ואישר את התביעה למתן חשבונות. התיק הגיע לבימ"ש העליון. ב' הלכה והגישה ערעור. בימ"ש העליון קיבל את הערעור של ב'. גם על הצו מניעה וגם על המסירת חשבונות. מתברר שאחרי חודש פתאום יש חברה ג' שגם היא מתחילה לייצר סבונות כאלו. א' תובע אותם על סמך פס"ד בינו לבין ב'. לאחר מכן גם ד' התחיל להעתיק ממנו והוא עושה את אותו הדבר. מה שקרה- ברגע שבימ"ש המחוזי הכיר בזכות הבלעדית של א', הוא נתן לא' זכות קניינית כאשר אין לו זכות קניינית. בימ"ש אומר- שאם היה חשוב לך להגן באמת על הזכות הקניינית שלך- היית צריך לעשות סימן מסחר.

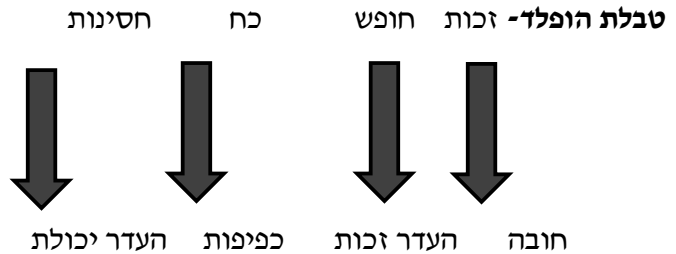
• מי שניסה לעשות סדר בזכויות זה הפרופסור בשם הופלרד. הוא ניסה להבין מהו הדבר שמייחד את הזכויות המשפטיות מהזכויות האחרות. מה שמיוחד בזכות המשפטית היא העובדה שממול לכל זכות משפטית יש חובה. זהו היסוד. אין שום זכות בעולם שמול הזכות יש חובה. רק לזכות משפטית. מול זכות משפטית יש חובה. והיקפה של הזכות הוא בדיוק כהיקפה של החובה. אין משמעות לזכות משפטית שאין מאחוריה חובה.

יש שני סוגי זכויות- זכויות במובן הצר.

זכות קניינית-

המאפיין הוא העובדה שהזכות הקניינית פועלת מול כל העולם. הזכות הקניינית נוצרת באופן שכתוב בחוק וגם היקפה של הזכות כתוב בחוק. בזכות הקניינית המחוקק מתעניין באופן שבו נוצרת הזכות, ובתוכן החוזה.

זכות חוזית - אומרת, שבני האדם בינם לבין עצמם יכולים ליצור מערכת של זכויות וחובות שמוכרים ע"י בימ"ש, אבל היא מחייבת רק אותם. בזכות החוזית המחוקק מתעניין באופן שבו נוצרת הזכות. איך אני מייצר זכות חוזית, אך התוכן לא מעניין אותו.



יש אין סוף התנהגויות אפשריות, המחוקק בוחר מספר התנהגויות אותם הוא רוצה להסדיר, האם מותר או אסור להתנהג באופן כזה. מכלול התנהגויות נקראות משפט פלילי. יש המון התנהגויות שבהן המחוקק לא מתערב, תהליך זה נקרא חופש.

טבלת אופל - זכות לאדם להגביל את החופש שלי, אלא רק ע"י החוק.

יש הבדל מהותי מאוד בין הזכות לחופש. חופש העיסוק המשמעות היא - שאני לא יוכל להפריע לך אלא באמצעות חוק.

דוגמא נוספת היא חופש העיסוק - חופש הביטוי - אני יכול להגיד מה שאני רוצה אבל אף אחד לא חייב לספק לי במה, כמו עיתון.

יש פס"ד שנקרא פס"ד נחמני. היה זוג נשוי ובשלב מסוים הזוג הנשוי ביצע הפריה והביצית הייתה בבית חולים אסותא. עבור זמן מה הם הסתכסכו והאישה רצתה להמשיך בתהליך ולהיכנס להריון והבעל לא רצה. פנו לבימ"ש. בבימ"ש עלתה השאלה האם הבעל יכול להתנגד? האם יש חופש להורות? כמו שלאישה יש חופש להיות אם, כך גם לבעל יש חופש מלהיות אב. מול הזכות להורות יש חובה. בימ"ש מצא פתרון - כאשר בני הזוג התחילו את תהליך ההפריה הם חתמו על חוזה מביה"ח, ולכן כמו שהבעל לא יכול להגיד לעשות לבצע הפלה, הוא גם לא יכול לגרום לאשתו להפסיק בתהליך. האם יש זכות להיות הורה או חופש להיות הורה. אין זכות, כי המדינה לא חייבת לספק לה טיפולי הפריה, אך יש חופש להיות הורה.

זכות עיסוק - אישה בהריון אסור לפטר אותה. המעסיק חייב להעסיק את אותה האישה. יש לה זכות עיסוק.

בכל מקרה צריך לבדוק האם יש זכות עיסוק או חופש עיסוק.

בבימ"ש אזרחי יבדקו את ענייני הזכות וחובה. סכסוכים בנושאי חופש בד"כ יהיו בבימ"ש העליון ובג"ץ, כי בד"כ הטענה היא שיש חוק מסוים שפוגע בחופש שלו. שהמדינה מגבילה אותו.

- כשבג"ץ בודק חוק מסוים, הוא בודק האם הפגיעה היא מידתית.
- יש הבדל מהותי נוסף בין הזכות לחובה. מהו ההבדל? לא יכולה להיות התנגשות בין זכויות. או שלי יש זכות, או שלו יש זכות. אבל כאשר מדובר בחופש, יכולה להיות התנגשות בין חופשים של אנשים שונים. דוגמא - אם אנשים רוצים לעשות הפגנה במקום מסוים, מול בית של היועץ המשפטי לממשלה, ובא השכן ואומר שההפגנה מפריעה לו, וחוסמת לו את הכניסה לחניה. יש כעת התנגשות בין החופש להפגין לבין חופש התנועה, ואז הולכים לבג"ץ, ובג"ץ צריך למצוא את האיזון בין החופשים. האיזון יכול להיות 1 תוך 2. או איזון אופקי או אנכי. הכוח הגדול ביותר של בימ"ש העליון הוא בקביעת האיזון האנכי. החופשים לא כולם הם באותו מעמד. כלומר: כשאני קורא למושג מסוים חופש, ולמושג אחר חופש, זה אל אומר שלשניהם אותו מעמד. תפקיד בימ"ש להחליט האם שני החופשים

שמתנגשים נמצאים באותה רמה או שיש חופש אחד שגובר על החופש האחר. אם בימ"ש מגיע למסקנה ששניהם באותה רמה- זה נקרא איזון אופקי. אם בימ"ש מגיע להחלטה שאחד גובר על השני- מדובר על איזון אנכי. היכולת של בימ"ש לקבוע איזה חופש יותר חזק זה כוח חזק ביותר.

- פס"ד קול העם הוא ציון דרך במשפט הישראלי. העיתון פרסמו במאמר שחיילי צבא ההגנה לא ילחמו בשורות הקולוניאליזם האמריקאי במלחמה נגד קוראיה. שר הפנים החליט לסגור את העיתון. החוק אומר שאם יש פרסום שעלול לפגוע בביטחון המדינה- שר הפנים רשאי לסגור את העיתון. הוויכוח המשפטי היה מה משמעות המילה עלול. למה הכוונה עלול? באנגלית, החוק תורגם מהמשפט המנדטורי, בא בית המשפט העליון ופירש את המשפט עלול כוודאות קרובה לפגיעה. בימ"ש קבע שמה שפורסם בעיתון הוא לא בוודאות קרובה יפגע. זה היה הפעם הראשונה שבימ"ש הכיר בסמכות שלו לעשות איזון אנכי, כי בימ"ש קבע שם שחופש הביטוי היא זכות עילאית.

חופש הביטוי הוא למעשה זכות פסיבית. אי אפשר להפריע לממש את החופש שלי במצב שש זכות, ניתן לעשות זאת רק באמצעות חוק. בשנים האחרונות, קרה דבר. יש פס"ד קאל. חברת קאל מובילה מטענים וכך גם חברת על אל. אך חברת על אל מקבל סבסוד מהממשלה, ולכן על אל יכולה להוביל מטענים בזול יותר קאל הגישה בגץ נגד המדינה וטענה שפוגעים בה כי המחירים שלה גבוהים יותר מהמחירים של על אל. המדינה טוענת שחופש העיסוק של קאל לא נפגע. המדינה לא פוגעת הובלת המטענים שלה. הש' חשין אומר שחופש העיסוק זה לא רק זכות פסיבית, אם אתה פוגע זה הופך להיות פגיעה עצמאית. חופש מתקדם לכיוון הזכות. החופש תמיד נתפס כדבר פסיבי. החופש הופך את חופש העיסוק לדבר שיכול להקנות עילה.

פס"ד מיתראל- המדינה קבעה שמותר להביא לארץ רק בשר כשר. באה חברת מיתראל ואמרה שמדינה פגעה בחופש העיסוק שלה. המדינה אמרה שהיא לא פוגעת בחופש העיסוק כי היא נותנת להם לייבא בשר רק לא בשר לא כשר. אומר בימ"ש ברגע שאתה קובע שמותר להביא רק בשר כושר אתה פוגע בחופש העיסוק.

פס"ד פונדסקי- בא בן אדם עצור, אחיו מופיע עם נשק מאיים על הסוהר ואומר לו תפתח את הדלת, הסוהר פותח את הדלת והאסירים ברחו. העמידו את האח באשמת איום. במהלך הדיון המשפטי מתברר שצו המאסר של אחיו היא צו מאסר בלתי חוקי. השופט טעה וצו המאסר היה בלתי חוקי. ההכרעה ביק זה היא סביב השאלה האם לשוטר יש את החופש להחזיק אדם במעצר לא חוקי. אין לאף אחד בעולם להחזיק אדם במעצר לא חוקי. זה נקרא כליאת שווא. השאלה היא האם לשוטר היה חופש, האם הוא היה רשאי להחזיק את אותו עצור שהוא עצור ע"פ צו מאסר לא חוקי כאשר לא יודעים שהצו הוא לא חוקי. התשובה היא כן- לשוטר יש את החופש להחזיק אדם במעצר כי בפניו יש צו מאסר, הוא לא יודע שהצו לא חוקי. כל עוד לא אמרו לשוטר שהצו לא חוקי- מותר לו להחזיק. כשבן אדם מגיע ומאיים על השוטר- השוטר עשה מעשה שהוא היה רשאי שלא לעשות. זה נקרא איום. האם לשוטר היה חופש או לא היה חופש.

6) היה פס"ד פוגל. בן אדם קנה טלוויזיה צבעונית. רשות השידור הייתה קולטת את השידורים בצבע, היו מפעילים מחיקון, והוא היה מוחק את הצבע מהשידורים. אנשים בארץ קיבלו את הכול בשחור לבן. הלך אותו בן אדם ומגיש בג"ץ, וטען- על בסיס מה אתם מוחקים את הצבע?

החופש לקבל מידע. העילה לבימ"ש העליון ואומר שיש לו חופש לקבל מידע. בימ"ש אומר לו שאין שום הבדל בקבלת מידע בין בצבע או בחור לבן. הוא לא הצליח להראות איזה זכות שלו נפגעה. עברו שנים, ובא השופט ברק ואומר שכל פגיעה בחופש יש מולה היעדר זכות. החוק צריך להגיד שיש למדינה לפגוע. בחוק רשות השידור אין סמכות לרשות השידור לבצע מחיקת צבע. היום התוצאה יכלה להיות שונה לגמרי. ברק מיקד את ההתמקדות על היעדר זכות. לרשות השידור אין זכות, הדגש הוא לא על החופש.

אם אני אומר שלבני אדם יש חופש ביטוי- אני לא חייב לספק להם במה.

חופש העיסוק הופך להיות מחופש פסיבי לזכות אקטיבית. זה קרה בעקבות חוק יסוד חופש העיסוק.

החלק השני של טבלת הופלד- כח מול כפיפות. חסינות מול העדר יכולת.

ייפוי כוח – אם אני נותן למישהו יפוי כוח, פירוש הדבר שהוא יכול לבצע שינוי במערכת הזאת, אבל הוא לא קיבל את הזכות. אני נותן לאדם סמכות לפעול בשבילי ובמקומי מבלי שהענקתי לו את הזכות בהיבט המהותי.

מול הכוח יש כפיפות.

דוגמא נוספת לכוח- כתב תביעה זה כוח- למה? כי הגשת כתב התביעה מייצרת את הפוטנציאל לבצע שינוי במערכת הזכויות והחובות. מתי הפוטנציאל מתממש? כשיש פסק דין. מול הכוח – הגשת כתב התביעה- יש כפיפות, חובה על הצד השני להגיש כתב הגנה. באופן אוטומטי יינתן פסק דין אם לא תופעל כפיפות.

חסינות= פירוש הדבר שיש אדם מסוים שכלפיו אי אפשר להפעיל כוח. אם לאותן אדם יש חסינות- ממולו יש היעדר יכולת. היעדר יכולת להפעיל כוח. הדוגמא הקלאסית היא ח"כ. לח"כ יש חסינות, כל פעולה שהוא עושה בזמן כהונתו מלווה בחסינות. למשל- ח"כ אמר דבר נורא מעליב לאדם אחר. אדם אחר שהיה אומר את אותו הדבר היה מוגש נגדו תביעה על הוצאת דיבה, אך לח"כ יש חסינות, ולכן לא ניתן להפעיל כוח.

- **פס"ד שרנסקי-** בא בן אדם, הוא היה מנכ"ל העיר בחיפה. הוא שכר בלשים על חשבון העירייה, ובהתאם לחוות הדעת שהגישו הבלשים- הוגש כתב אישום נגד ראש העיר. בימ"ש בחדרה שמע את העדים, ומנכ"ל העירייה היא העד הראשון. בימ"ש החליט לזכות את ראש העיר, ונאמר על מנכ"ל העירייה שהוא שקרן כרוני. מה הוא עשה? הגיד ערעור על החלטה של בימ"ש, על פסק הדין. ואז התעוררה שאלה מעניינת- האם בן אדם שלא היה צד במשפט, יכול לערער על ההחלטה שניתנה? אין ספק שמי שנפגע מפס"ד זה הוא. עלתה עוד שאלה- האם אדם שנפגע מפסק הדין, יכול לערער על פס"ד כשהוא לא צד (ושהוא היה עד במשפט)?
- הנקודה הראשונה היא כדלהלן- אם בכל מקרה תאפשר למי שלא היה צד במשפט להגיש ערעור- הערעור מעכב את מימוש פס"ד, ואז כל אחד יכול לעכב את פס"ד.
- נקודה שנייה- ברגע שתיתן לכל אדם שנפגע מפס"ד להגיש ערעור- התיקים לא יגמרו. בימ"ש כיום פותר זאת ע"י שכותב על אחד הצדדים שהוא לא מאמין לאיש הזה, ואז לא ניתן להגיש ערעור שוב. אין טעם.
- בימ"ש העליון אומר שכאשר נפגעת זכו הופלדינית- גם מי שלא היה צד לדיון יכול לערער. במקרה של שרנסקי- לא נפגעה זכות הופלדינית ולכן שרנסקי (מנכ"ל העירייה) לא יכול לערער. כאשר יש סכסוך על זכות שכזאת, גם מי שלא היה צד יכול להגיש ערעור. בימ"ש אומר שכאשר מדובר בזכות לשם טוב- הזכות היא אינה לפי טבלת הופלד- ולכן לא ניתן למנכ"ל העירייה לערער.
- כשאני מערער על זכות קניינית- אני מערער על העובדה- האם יש או אין זכות/חובה, ולמשל אם מוגש ערעור על קרקע- אני מערער על החלטת השופט.

פס"ד אחר- זוג תיירים מצרפת הגיעו לביקור בישראל. במהלך הביקור, ארעה תאונת דרכים והתייר נפגע בה. לפני שיצא מהארץ, הוא נתן יפוי כוח לעו"ד לטפל בחברה שלו נ' חברת הביטוח על הנכות שנגרמה לו בעקבות התאונה. הוא השאיר לעו"ד 10 אלף שקל על חשבון שכר טרחה. העו"ד כותב חשבונית- 10,000 ומגיש אותה למס הכנסה. מס הכנסה אומרים לו שהוא צריך לשלם מע"מ על הסכום הזה. החוק אומר שעל שירות שתייר שמקבל בישראל- אין מע"מ. החוק אומר- אם מדובר בזכות או בנכס שנמצא במדינה, יש חובה לשלם מע"מ. העו"ד אומר- אני לא חייב לשלם מע"מ. שלטונות המס אומרים שהוא כן מחויב לשלם מע"מ. העו"ד אומר – מי שנפגע זה התייר, הפגיעה היא בגופו של התייר והתייר נמצא בצרפת. יש לו בארץ הפעלת כוח- הגשת התביעה. הכוח הופעל בארץ. הזכות לעומת זאת, נמצאת בצרפת. עו"ד אומר שעל הכוח אני לא צריך לשלם מע"מ.

שלטונות המס טענו- ברגע התייר החליט להפעיל את הכוח בארץ הוא למעשה העביר גם את הזכות לארץ, כי לא ניתן להפעיל כוח כשאין זכות. ולכן יש חובה להגיש מע"מ. בימ"ש קבע לפי טענת שלטונות המס.

פס"ד בעניין הפטנט- (דובר בעבר). אדם בשנת 2000 מגיש בקשה להגשת פטנט. ב2003 הבקשה אושרה. וב2008, הוגשה בקשה לביטול. ב2008 הוגש הכוח. האם במקרה הזה- ממתי אני מתחיל לספור את ההתיישנות? הזכות הוכרה בשנת 2003. אם חלה התיישנות- אז יש חסינות. התיישנות חלה מהרגע שהזכות שלי נפגעה. הזכות של אותו האדם שטוען שהפטנט שלו, הזכות שלו נפגעה בשנת 2000, כי אם הבקשה לאישור

פטנט התקבל בשנת 2003, סימן שהפטנט שלי משנת 2000, ולכן הבן אדם שטוען שהפטנט שלו- הזכות שלו מתחילה להיפגע בשנת 2000.

תביעה נ' קצין התגמולים - בא בן אדם שהיה אזרח עובד צה"ל, והוא מגיש תביעה נ' קצין התגמולים כדי שיכירו בו נכה צה"ל. הוא מקבל הודעה מקצין התגמולים- תביעתך נדחתה ואנחנו לא מכירים בך כנכה צה"ל. בזמן שקיבל את המכתב ממשרד הביטחון- לא היה ניתן להגיש ערעור. אם לא הייתה אפשרות להגיד ערעור ביום שהאדם קיבל את המכתב- גם אם שינו את החוק, בסיטואציה הזאת הוא לא יוכל להגיש ערעור, כי למשרד הביטחון יש חסינות.

- **ההתיישנות לא שוללת את קיומה של הזכות המהותית** – אם מישהו חייב לי כסף ולא הגשתי את התביעה בזמן, זה לא אומר שהוא לא חייב לי את הכסף. משמעות החסינות היא שהוא לא יכול לתבוע, לא שהוא לא חייב לי את הכסף. ההתיישנות פירושה הדבר- שאני לא יכול להפעיל כוח כי לשכן שלי יש חסינות. החסינות היא ההתיישנות.

חוק יסודות המשפט: יש חוק במדינת ישראל שנקרא חוק יסודות המשפט- החוק אומר, אם ראה בימ"ש שאלה הטענות הכרעה ולא מצא לה תשובה בחוק, בתקדים או בהיקש, בימ"ש פונה לעקרונות היושר והמוסר של מורשת ישראל.

החוק אומר- מגיע לבימ"ש סכסוך, הסכסוך הוא על שאלת הזכות. בימ"ש צריך לפתור את הסכסוך, כדי שבימ"ש יעשה זאת- החוק אומר מהו תרשים הזרימה לפיתרון.

בימ"ש אמור קודם כל לפנות לחוק. לאחר מכן – לתקדים. (פס"ד של בימ"ש העליון). אם לא מצא פתרון בתקדים, הוא צריך להביא את הפתרון באמצעות היקש. אם בימ"ש חיפש תשובה בכל אלו והוא לא מצא תשובה, אז בימ"ש מגיע למסקנה שבמקרה הזה יש לאקונה, חסר, ואז בימ"ש יפנה למורשת ישראל.

מושגים מהותיים במשפט-

הסדר שלילי- פירושה הדבר שבימ"ש מגיע למסקנה שהחוק לא רצה לתת פתרון או לא רצה להתנות זכות במקרה מסוים. לדוגמה- אם החוק אומר ניתן לבטל חוזה במקרים א ב ג ד. בן אדם ומגיע עם מקרה איקס, במקרה כזה יש בד"כ הסדר שלילי, אני יוצא מתוך הנה שהמחוקק ידע על האפשרויות לבטל את החוזה, 4 אפשרויות הוא הסכים לביטול החוזה, את השאר הוא לא הסכים.

לאקונה- מצפים שבימ"ש יתן פתרון, במקרה שלא ניתן לתת פתרון לפי היקש, החוק והתקדים, וכדי להשלים את החסר בימ"ש יפנה למורשת ישראל.

כדי שביהמ"ש יכנס לפעולה צריך להיות סכסוך על זכויות. משמעות הדבר היא שהפתרון יכול להיות בחוק כי רק החוק הוא זה שמקנה זכויות. לכן שביהמ"ש בא לפתור סכסוך הוא קודם כל אמור לפנות לחוק, אחר כך לתקדים, אחר כך להיקש ורק אם אין פתרון ב3 הסיטואציות פונים למורשת ישראל. פונים למורשת ישראל כי בסיטואציה יש **לאקונה**.

דוגמה- אם יש סכסוך שהעובדות של הסכסוך הן א,ב,ג,ד. מגיע אדם ויש לו עובדות שהן א,ב,ג,ד, כלומר מגיע עם סכסוך דומה עם עובדות דומות שכבר דנו בנושא הזה בביהמ"ש. אם העובדות של המקרה הראשון זהות למקרה השני, אז העו"ד יגיד שאין מה ללכת לביהמ"ש. השאלה היא מה קורה כאשר יש סכסוך שהעובדות שלו הן א,ב,ה,ו כלומר, חלק מהעובדות זהות וחלק שונות? נלך לביהמ"ש. פתרון ספציפי למקרה אין לי. כי אם החוק או ביהמ"ש יתייחסו באופן ספציפי למקרה מסוים, במקרה כזה המצב המשפטי ברור. מה קורה כאשר מגיעה סיטואציה לביהמ"ש שצריך לקבל החלטה אבל בחוק אין פתרון ישיר? (רוב המקרים שמגיעים לביהמ"ש אלו מקרים שאין לי בהם

פתרון ישיר וברור בחוק). **איך נתייחס לסיטואציה שבה אין שתובה ישירה בחוק לאותו סכסוך?** ביהמ"ש ישאל האם יש סיטואציה שהמחוקק לא העלה על דעתו שסיטואציה כזו יכולה לקרות, אם המחוקק היה יודע שיש אפשרות כזאת, הוא היה נותן תשובה. אני מניח שאם המחוקק היה יודע שתהיה סיטואציה כזאת הוא היה מתייחס אליה. למשל: רחפן, אם אני אצלם באמצעות רחפן ומצלם מה אנשים עושים בבית, האם זאת חדירה לפרטיות? האם המחוקק העלה על דעתו שאנשים יצלמו מהשמים דברים שקוראים בבית לאנשים. או אייפון, האם ניתן לחייב את חברת הטלפון לזהות את מספר הטלפון של מישהו שהשתמש במכשיר. אם אני יוצא מנק' הנחה שהמחוקק לא התכוון לסיטואציה כזאת- יש לאקונה.

-לאקונה- ביהמ"ש מבין שבהוא צריך לתת את הפתרון, ואז הוא "נכנס בנעליו" של המחוקק, בהימ"ש צריך לתת את הפתרון שהמחוקק היה נותן בנסיבות אם היה יודע על מקרה כזאת. כשאין לי פתרון בתקדים או בהיקש. כדי למלא את הלאקונה, כאשר יש סכסוך, אם יש לי פתרון חוקי אז שיקול הדעת של ביהמ"ש הוא מצומצם למילים שהחוק משתמש. ביהמ"ש לא יכול לתת משמעות למה שמופיע בחוק מעבר למשמעות שיש במושגים האלה בשפה. (אם בחוק כתוב רכב מנועי ומישהו עשה תאונה עם קורקינט אז אי אפשר להגיד שהוא רכב מנועי). כאשר אין פתרון חוקי במצב של סכסוך. שיקול הדעת של ביהמ"ש הוא בלתי מוגבל. אם ביהמ"ש אומר שאין פתרון חוקי- ביהמ"ש יכול לבוא ולהגיד שבגלל שאין לו בסיס חוקי, אין לו זכות, התובע לא הוכיח את התביעה שלו, אין לו אפשרות כי אין בסיס לתביעה ואז הוא ידחה אותה. אפשרות נוספת היא שהימ"ש יגיד שלמרות שאין פתרון חוקי, בהימ"ש יתן לו פתרון. **-אז תהיה פה לאקונה-** לכאורה שיקול הדעת הוא בלתי מוגבל. המחוקק בישראל אומר שגם במקום שאין בו פתרון חוקי, אי אפשר בהימ"ש להפעיל שיקול דעת בלתי מוגבל, מצופה ממנו להפעיל שיקול דעת עפ"י מורשת ישראל.

-הסדר שלילי- משמעותו שביהמ"ש יוצא מנק' מוצא שאם המחוקק לא נתן פתרון לסיטואציה מסויימת הוא לא רצה לתת פתרון, כלומר לא רצה להכיר בזכות. מי שמחליט אם זה הסדר שלילי או לאקונה והוא עושה זאת לפי הנוסח של החוק.

אפשרות נוספת היא אפשרות שנובעת מתוך **היבט רעיוני-בפס"ד ז'רזבסקי-** עוסק בשאלה מה קורה כאשר יש ראש מפלגה א' שמגיע להסכם עם ראש מפלגה ב' ויש חבר מפלגה מאחד משתי המפלגות שטוען שההסכם לא נכון ופוגע. הולך לביהמ"ש ומגיש בקשה לפסול את ההסכם. הדבר הראשון שביהמ"ש יעשה הוא לבדוק איזה מסגרת חוקית נותנת כיסוי משפטי לסיטואציה הזאת. כלומר, איזה חוק חל על המקרה הזה ואז ביהמ"ש יבדוק את החוק ויראה איך הוא פותר את הסוגיה עפ"י המסגרת החוקית. האינטואיציה הבסיסית באה ואומרת שבמדינת ישראל הסכם נעשים עפ"י חוק החוזים, ואז ביהמ"ש שואל האם ההסכם הזה הוא הסכם שחל עליו חוק החוזים. אין להם זכות אישית שהם יכולים להעביר, שזוהי זכות של מפלגה (לא של כל אחד אישית), אם אין לי זכות שאני יכול להעביר אותה היא לא שלי, אני לא יכול להעביר אותה. גם במפלגה השניה היא לא יכולה להעביר את הזכות. יש סיטואציה שמדובר פה על סוג מסויים של הסכם שנקרא- "הסכם פוליטי" ברור שלא חל עליו הסכם החוזים. לכן בהימ"ש צריך להגיד לו שאין לו סמכות לדון בהסכמים פוליטיים, לפנות לבית דין של המפלגה והם יחליטו אם זה טוב או לא טוב למפלגה- זה לא בסמכות ביהמ"ש. עד כה זאת הייתה העמדה של השופט מנחם אילון- שאמר שזה הסדר שלילי. עובדה שהסכם פוליטי זה לא המצאה חדשה, המחוקק מכיר בזה, מאוחר והמחוקק יודע שיש דבר כזה "הסכם פוליטי" והמחוקק לא התייחס בחוק להסכמים פוליטיים אני מגיע למסקנה שהמחוקק לא רצה להתעסק בהסכמים פוליטיים (לא רצה לדון בזה). המחוקק לא רצה ששופטים בביהמ"ש יתעסקו עם סוגיות פוליטיות. לפי אילון- מדובר בהסדר שלילי שיפנו לבית הדין של המפלגה.

ברק בא ואומר שלא יכול להיות מצב, שהמחוקק לא רצה להסדיר את כל הנושא של הסכמים פוליטיים- לא מעלה על הדעת שהמחוקק הפקיר א תכל הנושא הזה, עובדה שהמחוקק קבע שכל הסכם קואליציוני צריך לפרסם ולהודיע לציבור, לכן ברק אומר שזה לאקונה. ברק או מר **הלאקונה** מעניינת- במקרה כזה הוא לא הולך למשפט העברי אלא מנסה ללמוד מדיני החוזים הכליליים מה קורה בהסכמים פוליטיים. היסוד המרכזי בחוזים הוא- תום לב. אומר השופט ברק, גם על הסכם

פוליטי נכיל את הסיטואציה על תום לב /שקיפות. הוא ממלא את הלאקונה. הוא אומר שלא יעלה על הדעת שסוגיית הסכם פוליטי לא ידון בבהימ"ש, מה שהוא יעשה הוא יאמץ עקרונות בסיסיים של המשפט הציבורי ויכיל אותם על המשפט הנ"ל- (תום לב, שקיפות וכו').

השאלה שהתעסק בשאלה מהו חוק היה **אפלטון**- חי בשנת 3000 לספירה, הוא בא ואומר שחוקים הם דבר מיותר. מי שאמור להנהיג את החברה זה המלך הפילוסוף והוא יקבע מה נכון ומה לא נכון לחברה. נוצר הצורך בחוקים כי החברה הדרדרה- הצורך בחוקים הוא ביטוי של הדרדרות חברתית. בני אדם תבוניים לא צריכים חוקים.

אריסטו בא ואמר שאין אף בן אדם אחד שיש לו תבונה יותר מהתבונה הקולקטיבית והתבונה הקולקטיבית היא המנצחת-

תומס הובס אומר שהטענה היוונית שני האגדסד הם תבוניים היא מופרכת. היסוד העיקרי הוא שאדם לאדם זאב (לפי הספר הלוייתן). מאחר שלפי הובס בני האדם הם חיות ולכן צריך להבטיח חוקים כדי שבני האדם לא ישתוללו. כלומר, תפקיד החוקים לתת לאנשים הגנה על הביטחון האישי שלהם (ולע הרכוש שלהם). לפי התפיסה של הובס צריך לתת חוקים פליליים ונוקיים. צריך מערכת משפט עם שתי קבוצות חוקים, החוקים הפליליים והחוקים שעוסקים בדיני נזיקין. כי אם אני רוצה להגן על הרכוש והגוף אלה המערכות העיקריות.

כעבור 100 שנה, באה תפיסה שאומרת שהתפקיד של החברה לא רק להבטיח את ההגנה והרכוש, אנשים בחרה רוצים להשיג גם מטרות ערכיות, לכן מערכת החוקים צריכה לאפשר לאדם להגשים גם את התפיסות הערכיות שלהם. באה החברה האמריקאית למשל ואומרת שבני האדם רוצים **להבטיח את זכויות הפרט וכבוד האדם, זה אומר שזה גם משפט חוקתי**. ז"א שמערכת המשפט המודרנית היא למעשה מבוססת על מערכות של ערכים, וכל חברה תאמץ לעצמה את אותם חוקים שמקדמים את אותם ערכים שהחברה מאמינה בהם. חוקי היסוד הם חלק ממערכת החוקים שבאה להבטיח את זכויות הפרט. בארץ מ1922. בחברה הישראלית עד 92 הערך העיקרי היה הגנה על הביטחון. בשנת 92 הוא רוצה להבטיח קודם כל את זכויות הפרט. (החל מ92 לא מדברים על חובות אלה רק על זכויות שמהדינה צריכה לתת).

כדי להבטיח את אותם ערכים כל קבוצה יודעת שיש תת קבוצות בחרה שלכל אחת יש אינטרסים וערכים משלהם, יש נציגים ו בכנסת נותנים ביטוי לתפיסות השונות שקיימות בתוך החברה. **החוק הוא למעשה סוג של פסקרה לאומית.**

תקדים- ברמה הכללית יש שתי גישות בעולם ביחס לתקדים. גישה (3) מתרחשת בארץ

1) גישה שבאה ואומרת שאין מושג שאומר שאין מושג שנקרא תקדים מחייב.

2) גישה שאומרת שכל פס"ד של ערכאה גבוה יותר מחייב את הערכה הנמוכה יותר

3) בארץ- פס"ד של ביהמ"ש העליון מחייב את כל הערכאות השיפוטיות שלמטה חוץ מביהמ"ש העליון עצמו, ופס"ד של ביהמ"ש המחוזי הוא מנחה את ביהמ"ש השלום (לא מחייב).

היה אדם בשל אלחמיד היה פועל במפעם, יום אחד במסגרת עבודתו, הוא הפעיל מנוף והמנוף קרס והוא נהרג במסגרת "תאונת עבודה". אותו אלחמיד נהרג. הלכה המשפחה שלו, העיזבון והעיזבון הגיש תביעה נגד המעביד בטענת התרשלות. הלך מעביד א והגיש הודעת צד ג' לחברת הביטוח בטענה שהוא ביטח את העסק שלו ואת העובדים שלו ויש לו פוליסת ביטוח והוא מבקש שחברת הביטוח היא זאת שתשלם את הפיצויים. הודעת צד ג' – אם אני תובעת מאדם כסף ואני אומרת שלא אני חייב- צד ג' חייב ומוסיפים אותו לתביעה. המעביד הגיש הודעת צד ג' נגד חברת הביטוח. כעת בא השופט ואומר למעביד ולחברת הביטוח, מישהו מכס הוא האחרי (אשם) או שהמעביד או שחברת הביטוח יצטרכו לשלם פיצויים. הציע להם להגיע להסדר פשרה עם העיזבון, תשלמו לעיזבון פיצויים, תוציאו אותו מהתיק והשופט ימשיך לדון בין שניהם, על מי האחיות לשלם פיצויים. המעביד וחברת הביטוח הסכימו, חתמו פשרה שילמו לו את הכסף, העיזבון יצא

מהתיק והוא המדשיך להתנהל בין המעביד לחברת הביטוח. המשך הדיון המשפטי בין המעביד לחברת הביטוח.

הסכם פשרה - המעביד וחברת הביטוח ישלמו סכום מסויים לעיזבון. מגישים לביהמ"ש והוא נותן תוקף של פס"ד. כדי שאם יהיה מצב שאחד הצדדים לא ישלם את חלקו יהיה אפשר ללכת להוצאה לפועל. זמן קצר לאחר שניתן הפס"ד, ביהמ"ש העליון נתן פס"ד מרחיק לכת בשם **"הלכת אטינגר"** - אם נניח העובד שלנו אלחמיד נפטר בגיל 40, הוא היה יכול לעבוד עד גיל 67, ז"א שהעיזבון זכאי לפיצוי של שנים של אובדן ההכנסה. **הלכת השנים האבודות** - אדם או עיזבון זכאי לקבל פיצוי על כל השנים שהמנוח היה יכול לפרס ועקב פריטתו לא יוכל לפרנס. בא העיזבון של אחלמיד ומגיש בקשה לביהמ"ש לבטל את הסכם הפשרה. הוא בא ואמר שאם הם היו יודעים בהימ"ש העליון יתן החלטה שמכירה בפיצוי של השנים האבודות הם לא היו מסכימים לפשרה. הבסיס המשפטי לתביעה שלהם הוא **העילה המשפטית היא טעות**, אם היו יודעים בזמן חתימת החוזה שישנו את החקו והפיצויים לא היו חותמים - **טעות בחוזה**. **השאלה** שביהמ"ש העליון צריך לשאול את עצמו היא - האם פס"ד של העליון חל באופן רטרואקטיבי או שפס"ד של העליון חל מכאן והלאה - פרוספקטיבי. הטענה במקרה של אלטינגר תהיה - נגד התחולה הרטרואקטיבית, חברת הביטוח באה ואומרת שיש הסתמכות. חברת הביטוח באה ואומרת שבזמן שהיא קבעה את הפוליסה לתשלום היא הסתמכה על המצב המשפטי הנתון ביום עשיית הפוליסה אם היא הייתה יודעת שיבוא יום שהיא תצטרך לשלם על השנים האבודות - אז אי אפשר לבוא ולהחיל עליה באופן רטרואקטיבי הוצאת של מילארדים.

ברק אומר - האם חוק חל באופן רטרואקטיבי? חוק לעולם לא פועל באופן רטרואקטיבי - הוא פועל ונכנס לתוקף מרגע שהוא מופיע ברשומות מכאן ולהבא. **כדי לא לפגוע בזכויות מוקנות. (כי הוא קובע נורמה חדשה).** **ברק טוען** - שפס"ד לא מייצר נורמה חדשה, פס"ד מפרש נורמה קיימת. למעשה במקרה שלנו, בהימ"ש העליון פירש את הנזק. כתוב בחוק שאם אדם ברשלנותו גרם נזק לזולת, הוא צריך לשלם את הנזק. אומר ברק - שזה שאדם התרשל וגרם נזק לזולת והעובדה שהוא צריך לשלם את הנזק זה לא דבר חדש - כל מה **שברק עשה הוא לפרש את המילה נזק. לכן אין שום מניעה להחיל את פס"ד באופן רטרואקטיבי.** באופן כללי כל פס"ד של ביהמ"ש חל באופן רטרואקטיבי אבל צד לדיון יכול לשכנע את ביהמ"ש שבמקרה שלו זה לא צודק ונכון להחיל רטרואקטיבית. כלומר, ברמה העקרונית כל תקדים חל באופן רטרואקטיבי, אבל יש מקרים כמו במקרה של חברת הביטוח, היא יכולה לשכנע את ביהמ"ש שבמקרה שלה הנזק או התחולה של פס"ד באופן רטרואקטיבי זה לא צודק ואין בכך ההגיון. באופן עקרוני חברת הביטוח יכולה לטעון שאין מקום להחיל באופן רטרואקטיבי.

* ברגע שהימ"ש נתן תוקף לפשרה התיק נגמר, אין שום דרך בעולם לפתוח אותו מחדש. ז"א שכל המתביעה של המשפחה - במקרה הזה לא רלוונטית כי אי אפשר לפתוח את התיק מחדש.

מדוע חשוב לאהרון ברק הפס"ד - כי הטענה כלפי אהרון ברק היא טענה נגד אטיביזם שיפוטי שאומרת שהשופט ברק כל הזמן מייצר הלכות חדשות שאין להן בסיס בחוק, לכן חשוב לברק לבוא ולטעון שאת פסקי הדין שלו האקטיביסטים, הם לא מייצרים שום דבר חדש, הם בסך הכל מפרשים את המצב הקיים. לכן כ"אקטיביסט" נותן לזה הגנה. לא מייצר נורמה הוא מפרש נורמה - וההוכחה הכי טובה היא שאת הפס"דים שלו מחילים רטרואקטיבית. עד אלטינגר לא הייתה מדיניות אחידה בהקשר שדל החלת מדיניות על החלה רטרואקטיבית של פסקי דין מהעליון. באותו פס"ד, השופט **חשין היה בדעה אחרת** לגמרי, הוא טען שבפס"דים של העליון הם לא מעשה מייצרים נורמה חדשה. הטענה שמדובר "בפרשנות" היא לא האמת כי להגיש שנזק הוא גם השנים האבודות הוא דבר "כבד ביותר". אם אני מפרש את המילה נזק, זה הופך להיות עניין כמותי. אי אפשר לבוא ולהגיד שזה רק עניין פרשנות - זוהי יצירת נורמה חדשה. **חשין אומר** - **פס"ד של העליון יש להחיל מכאן והלאה ולא רטרואקטיבית**, אבל יש מקרים מסויימים שאת היכול להשכנע את ביהמ"ש במקרה שלדגיש להחיל רטרואקטיבי ועל התובע להוכיח זאת. (לפי ברק הנתבע הוא זה שצריך להוכיח שצריך להוכיח מכאן והלאה).

בייניש הייתה בדעתו של ברק, ולכן ברמה העקרונית יש להחיל את פס"דים של העליון באופן רטרואקטיבית אבל לנתבעים יש יכולת לשכנע את ביהמ"ש להוכיח שאין תחולה רטרואקטיבית. ברגע שתיק נגמר יש חסינות - איאפשר להפגוע במי שהוא חסין.

תקדים - כשבא לקוח הוא רוצה לדעת מה המצב המשפטי, לא מעניינות אותו השאלה אם החוק מוסרי וטוב, הוא מתעניין במצב המשפטי שלו האם ללכת לביהמ"ש או לא. כדי לדעת מה הסיכוי שלו, תפקיד העו"ד שלו הוא לדעת מה התקדים בעליון למקרה שמכסה מקרה כמו שלו. מה קורה כאשר יש שני מקרים שהם לא זהים לגמרי, השאלה היא האם אני יכול להסיק מתוך פסי"ד של העליון מה תהיה התוצאה במקרה שלי. לאור מקרים דומים שכבר נדונו בביהמ"ש (לא מדובר על מקרים זהים), איך אני יודע ליצור את המשוואה בנוגע למקרים דומים.

השאלה - האם יש תקדים של ביהמ"ש העליון שמחסה את הסיטואציה החדשה שמופחיה בפנינו? על העו"ד לנסות להבין מה הפסי"ד מה התקדים. התקדים זה לא התצואה הסופית. התקדים הוא - מהו העקרון המשפטי שעליו הסתמך העליון כשהוא קבע שא' צריך לשלם לבי 100000 ש"ח נגיד. זה לא התצואה הסופית - התקדים הוא ההנמקה או העקרון שלפיה א' חייב לבי תא הכסף. לאחר מכן אני אשאל האם העקרון שביהמ"ש קבע על א', האם אותו עקרון חל גם במקרה שלי, אין לי ברירה אם כן ולכן אני חייב לאמץ את הפסי"ד של העליון. או שאני בא ואומר שמערכת העובדות שיש לפני שונה באופן מהותי ממערכת העובדות שהייתה בעליון כשהוא קבע את התקדים ולכן אני לא מחוייב להחיל את התקדים במקרה שלי - **אבחון**. ביהמ"ש בארכעה נמוכה מאבחן ומגיע למסקנה שמוך שוני מהותי בין המקרים אי אפשר לחיל את התקדים ולכן ביהמ"ש לא רואה עצמו מחוייב לתקדים של העליון.

פילוסופיה של המשפט:

תקדים - כשבא לקוח הוא רוצה לדעת מה המצב המשפטי, לא מעניינות אותו השאלה אם החוק מוסרי וטוב, הוא מתעניין במצב המשפטי שלו האם ללכת לביהמ"ש או לא. כדי לדעת מה הסיכוי שלו, תפקיד העו"ד שלו הוא לדעת מה התקדים בעליון למקרה שמכסה מקרה כמו שלו. מה קורה כאשר יש שני מקרים שהם לא זהים לגמרי, השאלה היא האם אני יכול להסיק מתוך פסי"ד של העליון מה תהיה התוצאה במקרה שלי. לאור מקרים דומים שכבר נדונו בביהמ"ש (לא מדובר על מקרים זהים), איך אני יודע ליצור את המשוואה בנוגע למקרים דומים.

השאלה - האם יש תקדים של ביהמ"ש העליון שמחסה את הסיטואציה החדשה שמופחיה בפנינו? על העו"ד לנסות להבין מה הפסי"ד מה התקדים. התקדים זה לא התצואה הסופית. התקדים הוא - מהו העקרון המשפטי שעליו הסתמך העליון כשהוא קבע שא' צריך לשלם לבי 100000 ש"ח נגיד. זה לא התצואה הסופית - התקדים הוא ההנמקה או העקרון שלפיה א' חייב לבי תא הכסף. לאחר מכן אני אשאל האם העקרון שביהמ"ש קבע על א', האם אותו עקרון חל גם במקרה שלי, אין לי ברירה אם כן ולכן אני חייב לאמץ את הפסי"ד של העליון. או שאני בא ואומר שמערכת העובדות שיש לפני שונה באופן מהותי ממערכת העובדות שהייתה בעליון כשהוא קבע את התקדים ולכן אני לא מחוייב להחיל את התקדים במקרה שלי - **אבחון**. ביהמ"ש בארכעה נמוכה מאבחן ומגיע למסקנה שמוך שוני מהותי בין המקרים אי אפשר לחיל את התקדים ולכן ביהמ"ש לא רואה עצמו מחוייב לתקדים של העליון.

יש שתי שיטות משפט מוכרות:

1) **שיטת המשפט האנגלי** - מבוססת על קייסים, מקרים ספסיפיים שקראו בהימ"ש מתמקד בהם. זה נקרא המשפט המקובל. גם המשפט העברי מבוסס על מקרים. כאשר המשפט מבוסס על מקרים ספציפיים שקראו אני חייב להשתמש בעיקרון של תקדים מחייב. אם אני מבסס את המשפט על מקרים שקראו, אם אני לא אצור שיטת תקדים מחייב - המשפט מתפזר, כי כל שופט יתן פסיקה על פי מה שנראה לו. לכן עפ"י המשפט האנגלי היה תקדים מחייב ואפילו בית הלורדים היה מחוייב לתקדימים של עצמו. לכן היה ניתן לראות פסי"דים של בית הלורדים שמתייחסים לתקדימים של בית הלורדים מ1700.

2) **השיטה הקונטיננטלית** - מקובלת בגרמניה, צרפת וכו' - שיטה שבה הכל נפסק עפ"י החוק, כלומר החוק מחסה הכל. בשיטת משפט כזאת, לא צריך תקדים מחייב. זאת בתנאי ששיטת הפרשנות מקובלת וידועה על כולם. נניח שנמצא מנקה הנחה ששופט אחד פוסק עפ"י פרשנות תכליתית ואחד עפ"י פרשנות דבקנית, כל שופט יכול להגיע לתוצאה אחרת. אם נצא מנקה הנחה שהיא אחידה ומקובלת על כולם, זה יבטיח אחדות משפטית. אם יש חוק ובתי המשפט אמורים לפסוק עפ"י החוק אז כשכל שופט יכול לאמץ לעצמו שיטת משפט שונה התוצאה תהיה שונה, שופט שמרן, אקטיביסט יכול להגיע לתוצאה שונה ולהסתמך על דברים שונים, לכן בישראל למרות שהבסיס היה המשפט האנגלי, ביהמ"ש קבע שיש צורך בתקדים מחייב.

מי שאומר שאין צורך בתקדים מחייב, יוצא מתוך הנחה שלכל שאלה משפטית יש תשובה אחת שהיא התשובה הנכונה. יש גישה שאומרת שלכל סכסוך משפטי שמגיע לביהמ"ש יש תשובה אחת שהיא התשובה הנכונה שהיא מבוססת על ערכי היסוד של החברה, ואז כל שופט יגיע לאותה תוצאה. (לכן לא צריך תקדים מחייב), ז"א שאם יש גישה אחת שהיא הנכונה כי ממילא כל השופטים יגיעו לאותה תוצאה. לעומת זאת,

בארץ אומרים שלכל שאלה משפטית יש מספר תשובות נכונות, והאפשרות שביהמ"ש העליון בוחר בה היא המחייבת, לא בגלל שהיא הנכונה אלא בגלל שביהמ"ש העליון בחר בה. בפס"ד קול העם, כתוב ששר הפנים רשאי לסגור עיתון אם הוא עלול לסכן את הציבור. באנגליה או בצרפת כל שופט מבין מה משמעות המילה עלול. (יש משמעות אחת מקובלת), בישראל בה ביהמ"ש העליון ואומר שעלך זה: אפשרי, קרוב לודאי ובסבירות גבוהה. (יש כאן 3 אפשרויות פרדניות לפרש את המילה). בה ביהמ"ש העליון ואמר שהמילה עלול היא קרוב לודאי. מבחינת השפה אין בזה ממש. התשובה הזאת הופכת להיות מחייבת, לא בגלל שהיא הפרוש הנכון של המילה עלול, אלא בגלל שביהמ"ש קבע שזה הפירוש.

יכול להיות חוק אחר, למשל: אדם לא יכול לנהוג ברכב שעקב מצבו הביטחוני עלול לגרום לתאונה. באנגליה במקרה כזה, אין שום הבדל אם המילה עלול מופיעה בפס"ד או בחוק הנזיקין כי יש למילה עלול רק אפשרות אחת, אצלינו ביהמ"ש יכול לבוא ולהגיד שמאחר והמילה עלול נמצאת בחוק שיש לו משמעות חוקתית (כמו חופש הביטוי) אני אתן למילה עלול את הפרוש הכי מצומצם (נקבע לפי ההקשר של היכן המילה עלול מופיעה). כאשר מדובר בחוק הנזיקין אני אפרש את המילה עלול כיכול להיות. אם אני אומר שהמשמעות היא כמה פשרנויות, ביהמ"ש יבחר את הפרשנות שנראת לו מתאימה, בהקשר אחד פרשנות מרחיבה ובהקשר אחר פרשנות מצמצמת ואם המסקנה היא שצריך תקדים מחייב. אם השופט קובע את המשמעות, אם כל שופט יקבע משמעות לעצמו הדיטה תתפזר- לכן בישראל פס"ד של עליון מחייב. יכול להיות מצב שבשלב מסויים ביהמ"ש העליון מגיע למסקנה שהפירוש הזה כבר לא טוב/לא מאים, מה שניתן לעשות הוא לאמץ את הפירוד הזה, במקרה הבא שדיגיע ביהמ"ש העליון יגיד שהפירוש ביהמ"ש בחר ועכשיו הוא ימצא פירוד חדש לסיטואציה שנוצרה.

-ככל שהחוק יותר מסודר ושלם יש פחות צורך בתקדים מחייב, ככל שהחוק יוצר פלורליסטי, צריך את שיטת התקדים המחייב.

הביקורת הגדולה על שיטת התקדים המחייב היא- מה שקורה בפועל הוא שבתי המשפט מתנתקים מהחוק ובמשך הזמן המשמעות שהחוק מקבל בביהמ"ש יכול להיות שונה לגמרי ממה שהתכוון המחוקק. נגלה שבפס"דים שונים השופט לא הולך בכלל לחוק, הוא הולך לתקדימים שפירשו את אותו החוק. מאחר והתקדימים כל הזמן בתנועה, כעבור כמה שנים נוכל לראות שאין קשר בין החוק לבין המשמעות שקיבל על ידי פרשנות ביהמ"ש (**נוצר נתק בין השופט לחוק**).

-היתרון הוא שהשיטה שומרת על ודאות ויציבות של השיטה המשפטית. 1.
בישראל יש שיטה שלא קיימת בשום מקום אחר בעולם- התקדים של ביהמ"ש העליון מחייב את כל בתי המשפט חוץ מהעליון וביהמ"ש המחוזי, תקדים שלו מנחה את בתי המשפט בערכאות הנמוכות יותר. מהי המשמעות של פס"ד מחייב? נניח שאני עו"ד והופעתי בתיק ולא הבאתי בפני השופט את הפס"ד של העליון שרלוונטי לנושא, בא השופט ופוסק עפ"י החומר המשפטי שהצדדים הציגו בפניו, יש סיכומים בהם כל אחד מראה מה האסמכתאות לטובתו ולפי זה ביהמ"ש פוסק. השופט יפסוק ללא התייחסות ביהמ"ש העליון. אם הפסדתי בתיק אפשר לערער כי ההנחה היא שכל השופטין בישראל מכירים ויודיעים את התקדימים של העליון. ביהמ"ש לא כפוף לסיכומים שלי כעו"ד אלא לסיכומים של העליון. אם הוא לא פסק לפי העליון אני יכול לערער. לעומת זאת, כאשר מדובר בפס"ד של בית משפט מחוזי, ההנחה היא שהשופטים לא אמורים לדעת מהם התקדימים של פסקי הדין במחוזי, נניח שאני מופיע בשלום ומביא תקדים של מחוזי, השופט בשלום צריך להתייחס למה שהיה במחוזי- אך לא חייב לקבל זאת, חייב להתייחס אבל. – זה לא מחייב.

דוגמה-(רשלנות רפואית)- בביהמ"ש נתתי טיפול לחולה, חודש לפני שננתי את הטיפול התפרסם מאמר שכתב עת רפואי שהטיפול מסוכן ובמקרים מסויים יכול לגרום נזק בלתי הפיך לחולה, החולה המדובר ניוזק, אני מגיש תביעה של רשלנות רפואית נ' בית החולים והרופא והשאל האם אני יכול להסתמך על מאמר שפורסם בכתב עת רפואי שהטיפול מסוכן? התשובה היא שתלוי איפה המאמר פורסם. ביהמ"ש אומר שיש כתבי עת רפואיים שלא יכול להיות שרופא סביר לא יעיין בהם, בכל מחלקה יש פגישה ומתייחסים לשינויים בכתבי עת, אולם יש בעולם אלפי כתבי עת- רופא לא צריך לדעת מה כתוב להיות בכל כתב עת, אך יש כתבי עת מסויים שמפורסמים בכל העולם. יכול להיות שהרופא בגליון הרפואי יכול לכתוב הערה. פס"ד של ביהמ"ש ההלעיון כל שופט אמור לדעת. **אם לא פסק עפ"י התקדים מערערים עליו, אבל תקדים של מחוזי יכול להנחות אך לא לחייב.**

חשוב לזכור- בפס"ד של ביהמ"ש המחוזי יש משמעות מעניינת שאומרת שאם ביהמ"ש המחוזי ביקבל החלטה בנושא מסויים, אתה כאזרח רשאי להסתמך ל מה שנפסק במחוזי. למשל: אדם הגיש תופס הצהרה למס 7, פקיד קבע שזה לא תקיף כי חסרים בה דברים, ביהמ"ש יקבע שזה בסדר, כל אזרח יכול להסתמך על אותה הצהרה שביהמ"ש מהחוזי פסק.

איך אני יודע מהו התקדים ?

אם נקר תקדים של העליון לא נראה לעולם אמירה: להלן התקדים. כל פס"ד של העליון הוא מכריע בין הצדדים שמופיעים בפניות כלומר אם אני תובע 100,000 ש"ח ביהמ"ש העליון יכתוב: חייב או לא חייב. **ביהמ"ש העליון לא קובע מהו התקדים. מי שקובע מהו התקדים הוא השופט בביהמ"ש השלום הוא בסופו**

של דבר הקובע מהו התקדים המחייב של העליון. רק כאשר מייסמים את פס"ד של העליון, רק אז נוצר התקדים המחייב ומי שממש אותה זה השופט הערכאה הנמוכה ביותר שמייסם את אותו תקדים. **למבחן** - נניח שהגיע לעליון פס"ד בנושא של סכסוך על דירות, ביהמ"ש העליון קבע שהוא צודק כי הוא קופח.. ביהמ"ש העליון נתן את ההנחה בין א' לב', הוא לא קבע מה התקדים - הוא נתן פס"ד במקרה הספציפי בה לפניו. כאשר יש סכסוך ביים ג' לדי', בא העו"ד לשופט ואומר שיש החלטה של העליון ושזה מתאים בדיוק למקרה שלנו. צד ד' יגיד שזה לא דומה בכלל ואין מקום להכיל את התקדים של הסכסוך של א' לב' על ג' ודי'. השופט בשלום ישאל את עצמו מהו התקדים של העליון במקרה של א' וב'. מי שיחליט הוא אותו שופט (בשלום). בה השופט במקרה של ג' לדי' ואומר שהתקדים מתאים ופוסק לפיו. ד' מערער, התיק מגיע לעליון וביהמ"ש העליון קובע האם השופט ששפט בין ג' לדי' צדק, ההחלטה ביהמ"ש העליון תקסבע מה קרה בין ג' לדי', הוא יהפוך לתקדים שישמשו בו למקרה שבין ה' לו'.

מי שמגדיר מהו התקדים המחייב בסופו של דבר הוא אותו שופט בערכאה הנמוכה שאותו רוצים להכיל על התקדים. התקדים המחייב של ביהמ"ש העליון הוא לא התוצאה הסופית כי היא שונה ממקרה למקרה. מ' א' לב', ה' ה' שמחייב בפס"ד של העליון הוא: מה העיקרון המדפטי שהוביל את ביהמ"ש העליון לפס"ד שבין שופט בשלום צאיך לנסות לאתר מה היה העיקרון המשפטי. ואז הוא ישאל את עצמו האם העיקרון שבין א' לב' הוא אותו עיקרון שצריך להכיל גם על ג' ודי'. מי שמגדיר למעדה את התקדים המחייב - זה ביהמ"ש שבפניו מעלים את הטענה שיש תקדים של ביהמ"ש העליון שמחסה את המקרה הספציפי דלנו. **מה עושה ביהמ"ש השלום יש לו 2 אפשרויות של אבחון:**

(1) **אבחון עובדתי** - אם המקרה בעליון היה אותן עובדות כמו מה שמגיע אחר כך לשלום, או שהתיק לא יגיע לדיון או שגיד שמה שנפסק בליון מחייב גם במקרה שלפניו.

כאשר יש מקרה שיש עובדות של העליון ועכשיו יש פס"ד בשלום שיש לו עובדות אחרות (חלק מהעובדות דומות וחלק שונות) בא ביהמ"ש השלום מגיע ועושה אבחון. הוא בא ואומר:

(א) למרות שיש שוני בין העובדות העיקרון המשפטי יכול גם במקרה שלנו

(ב) ביהמ"ש השלום יגיד שהעובדות במקרה שהיה בעליון שונות באופן מהותי ממה שהוצג לפניו לא רלוונטי ולכן לא יכול את התקדים המחייב.

(2) **אבחון משפטי** - יש מוצג שנקרא רציו ויש אוביטר. מה שמחייב בפס"ד של העליון זה הרציו - העיקרון המשפטי ולא המלל שאינו מחייב במקרה הספציפי (האוביטר). יכול שופט בשלום לבוא ולהגיד שהוא טוען שזה הרציו ושזה בכלל האוביטר. ביהמ"ש בערכאה הראשונה יכול להגיד שהעיקרון שאתה מסתמך (העו"ד) עליו אינו הרציו של אותו פס"ד, זה בסך הכל חלק מהמלל של הפס"ד. בימ"ש השלום יכול להגיד לעו"ד שמה שהוא הסתמך עלחיו כרציו הוא בכל אוביטר - ושהוא טועה, זוהי דרך להגיד שהתקדים של העליון לא רלוונטי.

קביעת התקדים המחייב - ישנו קושי גדול בקביעתו.

לדוגמה: משאית מסוג מסויים נסעה ברחוב אבן גבירול נסעה 7 בערב בחורף במהירות של 70 קמ"ש, בן אדם יצא בין שתי מכוניות חונות והמשאית דרסה אותו. מגיע לעליון הוא קובע שחברת הביטוח של נהג המשאית צריכה לשלם נזק מסויים. הרציו של הפס"ד הוא **שכל נהג שנוהג במהירות מעל המהירות המותרת בחוק הוא רשולן.** לפי נסיבות המקרה אם נהגת ברשלנות לא תוכל לטעון שהצד השני נהג ברשלנות ביהמ"ש יגיד שאחריות הנהיג, גם אם הנהג נהג ברשלנות היא מתגברת על האחריות התורמת של הולך הרגל שעבר בין שתי מכוניות. בערכאה הנמוכה השופט יקבע מה התקדים, אם הוא נותן פירוש מחריב הוא לא משנה כלום כי יש חוק, אם הוא נותן פירוש מצומצם הוא מגביל את פסקי הדין שיכולו להשתמש בפס"ד.

האחריות בניזיקין היא לא לגרום נזק לשכן ואז צריך לשאול האם הייתה שכנות או לא הייתה שכנות. (אם אתה קונה בסופר משהו שאי אפשר לראות עיין) הסופר לא שכן ונגיש תביעה רק נגד היצרן. אם אני קונה משהו שהוא פג תוקף ניתן לומר שגם בעל הסופר אשם כי הואשם סחורה ישנה. הרעיון בפס"ד בא ואומר שהשכנות מחייבת ומהי השכנות יתקע לפי מקרה ספציפי. אם שופט נתן הכרעה על דכנות, יגיו ערעור ויתבעו בעליון - לפי מה שיקבע העליון נדע יותר בברור למה הייתה הכוונה בשכנות.

שינוי של תקדים:

באיזה נסיבות/מקרים- ביהמ"ש העליון ישנה את התקדימים של עצמו. בד"כ הנטייה של העליון היא לא לגעת בתקדימים. שינוי תקדים יגרום לאי יציבות בתוך המערכת המשפטית. ברור שאם היה פס"ד של העליון ומתברר שהייתה בו טעות ביהמ"ש העליון טעה (נגיד שלא שם לב לס' ספציפי) ברור לגמרי שבתיק שיגיע לעליון בלי שום בעיה ביהמ"ש העליון יבטל את התקדים. השאלה המעניינת היא שביהמ"ש העליון משנה תקדימים שלו כאשר **הנסיבות השתנו**.

למשל: אדם בנתניה בעל חנות של טלויזיות – הוא המשווק. -צד א'

צד ב' הוא יבואן של הטלויזיות וא' מוכר את הטלויזיות שב' נותן לו. יום אחד הולך א' ורוצה לקבל הלוואה בבנק. שואל אותו הבנק: איזה בטוחות אתה יכול לתת לי, אומר לו א' (א' אומר לגי-הבנק), שהוא נותן לו שיעבוד צו- פירוש הדבר שצריך לפרוע את ההלוואה בתאריך ה-1/1/2017 אם בתאריך הזה לא פרעתי את ההלוואה, כל מה שיש לי בחנות משועבד לבנק. זה צו כי הזמן שעושים את ההסכם ההלוואה לא יודעים מה יקרה לחנות ב-1/1/2017. הבנק את ההלוואה לא'. א' לא פרע את ההלוואה בזמן, בא הבנק ושם שיעבוד צו על כמה מה שהיה בחנות ב-1/1/2017, בא היבואן ואומר מה פתאום שהטלויזיות של צד ב' יהיו משועבדות לבנק. צד ב' לא יקבל תמורה. התיק תגיע לביהמ"ש ונשאלת השאלה מה קורה עם הטלויזיות שנמצאות בשיעוד צו לבנק (פס"ד קולמבו). ביהמ"ש העליון אומר: מה תפקיד הטלויזיות? תפקידן הוא אבטוחה של היבואן שהוא יקבל את התמורה עבור הטלויזיה. הטלויזיה שנמאת אצל א' היא משכון כי היא באה הבטיח את המצב שב' יקבל את התמורה עבורה. בא ביהמ"ש הלעיון ואמר: אם אהטלויזיות האלה הן משכון- משכון צריך לרשום, משכון היא זכות קניינית שאותה צריך לרשום. בא ביהמ"ש העליון ואומר דאם תפקיד הטלפויזיה הוא להבטיח את תשלום התמורה לב', צריך לרשום אצל רשם המשכונות וכאשר א' מוכר את הטלויזיה הוא ישלם לב' את התמורה ובי' ישלם את המישכון. **(זה בפס"ד קולמבו)**. אם לא נרשם משכון אז הטלויזיה הן חלק המשיעוד הצף.

לאחר כמה שנים, מגיע לעליון תיק בסוגיה דומה- פס"ד **קידוחי הצפון**, שם אומר העליון, במציאות הכלכלית שהשתנה אין שום הגיון כלכלי ומסחרי שכל הזמן יצטרכו לרשום ולהוריד משכון. אומר ביהמ"ש העליון- העסקאות היום הן קונסיגנציה, הטלויזיה שנמצאת אצל א' שייכת לב' עד שהוא לא מקבל את התמורה. הטלויזיה שנמצאת אצל א' היא למעשה בבעלות של ב' שנמצאת אצל א', לכן הבנק לא יכול להטיל עליה שיעבוד צף. ביהמ"ש אומר שבגלל שהמציאות הכלכלית השתנתה- הבנק יודע שהטלויזיה שנמצאת אצל א' היא של ב' עד שמתקבלת עליו תמורה, לכן הבנק יודע שהשיעבוד הן לא יתפוס, לכן הבנק היה צריך למצוא חלופות טובות יותר. בפס"ד קידוחי הצפון העליון קבע שמה שנקבע פעם בנוגע לעסקאות הללו כבר לא רלוונטי.

דוגמה נוספת: פס"ד עררד, א' הוא יבואן שמביא סחורה מחו"ל. ב' היא חברת ביטוח שבטחתה את מטענו של א'. המטען הגיע לארץ והתברר שנגרם נזק למטען. חברת הביטוח היא שילמה ליבואן את הנזק. הנזק היה 1000 דולר, שער הדולר היה 3 ש"ח (נניח), אז חברת הביטוח שילמה 3000 ש"ח. כאשר חברת הביטוח משלמת למבוטח יש תו סוברוגציה (תו שיפוי)- פירושו שא' נותן לחברת הביטוח את כל הזכויות לתבוע את הנזק במקום א' (כעבור כמה זמן התברר שנוק נגרם ע"י רשות הנמלים. חברת הביטוח מגישה תביעה נ' רשות נהמלים. חברת הביטוח יכולה לתבוע 3000 ש"ח שחברת הביטוח שילמה ליבואן. המבחן הוא לפי יום אירוע הנזק. גובה הסכום הוא מיום אירוע הנזק- העילה. באותן שנים הייתה בארץ אינפלציה, כלומר 1000 דולר שהיה פעם 3000 ש"ח היום כבר יותר. (שער הדולר עלה), שווה 4000 ש"ח. הנזק הוא למעשה 4000 ש"ח. הדיון בעליון הייתה מה עושים?

האם הולכים לפי התקדים הידוע מ-48 לפי יום אירוע הנזק? או שאפשר לקבוע לפי תאריך מאוחר יותר כדי לקבל את העלות האמיתית. דעת הרוב אמרה שהתנאים השתנו באופן כ"כ משמעותי זה יהיה לא צודק ללכת לפי יום הנזק. שינוי את התקדים וזה יצר מהפכה גדולה- דחו את התשלום מיום הנזק ליום פס"ד. כאשר התנאים משתנים העליון מבין שחייב לשנות בהתאם. בד"כ ביהמ"ש ירצה לשמור על התקדים, אבל אם הפס"ד מוטעה או שהמציאות השתנה באופן רב, ביהמ"ש בד"כ יסטה מתקדימו.

שינוי תקדים-

עלה מקרה בפס"ד בא בן אדם שרצה לקחת הלוואה מהבנק. הבנק רצה ערבים. הוא הולך לב דוד שלו ואומר לו שיהיה הערב שלו בבנק. הבן דוד בא לבנק וחתם על המסמכים כערב. אחרי כמה זמן אותו לווה לא שילם לבנק, הבנק פונה לערב ואומר לו שהאיש שהיית ערב לו חייב חצי מיליון שקל לבנק, אנחנו מפעילים את הערבות. הוא אמר שהוא לא יודע על מה הם מדברים הבן דוד אמר לי שהערבות היא על 100 אלף שקל. הוא לא אמר לי שאני אהיה ערב על חצי מיליון שקל.

השאלה המשפטית שעולה היא האם הבנק חייב ליידע ערב על גבולות הסיכון שלו?.

האם כאשר בא בן אדם לבנק וחותם על כתב ערבות, האם הבנק צריך להגיד לו- "שמע" אתה חותם על ערבות שיכולה להגיע לסכום מסוים.

הבנק טוען שאין שום חובת נאמנות בינו לבין הערב. אם יש לך טענות תפנה ללווה, לבן דוד שלך. הבנק אומר לבן דוד שהוא לא מכיר אותו.

במקרה שלנו הערב לא לקוח של הבנק, ולכן אין לבנק שום מחוייבות כלפיו.

טענת הערב היא- יש כאן עניין של תום לב. מכיוון שהבנק הוא תאגיד ציבורי, אני מצפה מהבנק לגלות איזה שהוא תום לב, ולכן הבנק היה צריך לגלות לי על מה אני חותם.

בימ"ש קבע שאין חובת נאמנות בין הבנק לבין הערבים.

לאחר מכן היה **פס"ד ציגלר-** הוא טען שיש חבות בין הבנק לבין הערבים. הוא שינה את פסיקת בימ"ש העליון. השופטת מסבירה מהם היקולים בעד ונגד כשהוא בא לשנות את התקדים :

3 שיקולים ::

- 1- השיקול הנורמטיבי- בימ"ש העליון אומר, שיש עניין גדול ליבור שבימ"ש ישמור על הנורמה הקיימת. זה השיקול הנורמטיבי. אין עניין לא לציבור ובטח לא לבימ"ש לשנות הלכות שלמעשה משנות את המציאות המשפטית, לכן השיקול הנורמטיבי הוא נגד שינוי התקדים. השינויים פוגעים בוודאות וביציבות.
- 2- השיקול המוסדי- תפקיד בימ"ש הוא לפתור סכסוכים. בד"כ פתרון הסכסוך צריך להיעשות ע"פ המצב המשפטי ביום שקרה הסכסוך, ואם זה חוזה- ע"פ המצב המשפטי ביום שקבעו את החוזה, ולכן אין מקום לבצע שינויים בתקדים. אך מצד שני, יש צורך לציבור שבימ"ש העליון יהיה עדכני. אם השתלטה המציאות, או הצטרפו אלמנטים חדשים לשיקולים, הציבור רוצה שבימ"ש לא ירים ידיים ויגיד אין לי מה לעשות כי יש תקדים. ולכן מבחינת השיקול המוסדי- המסקנה היא בעד שינוי התקדים.
- 3- השיקול הבין מוסדי- שיש מתח בין הכנסת ובין בתי המשפט. כאשר בימ"ש העליון קובע הלכה מסוימת היא לא מחייבת את הצדדים אלה היא מחייבת את כולם. זה נקרא חקיקה שיפוטית. ברגע שבימ"ש העליון משנה נורמה מסוימת, משנה פס"ד הוא מבצע חקיקה שיפוטית וזה יוצר מתח בין הכנסת ובין בתי המשפט. הכנסת רואה את עצמה כגוף המחוקק והיא לא מעוניינת שבימ"ש יתערב. מבחינה זו- אין מקום לשנות את התקדים. בשורה התחתונה - רק במקרים נדירים בימ"ש העליון ישנה את התקדים שלו.

- במקביל לפס"ד ציגלר החוק תוקן ותיקנו שאם מדובר בחברה או תאגיד, אין לבנק שום חובה כלפי אותו ערב. אבל אם הערב הוא אזרח מן השורה, יש חובה לבנק לידע את הערב.
- בסופו של דבר, מי שקובע מהם התקדים של בימ"ש העליון זה לא בימ"ש העליון עצמו, אלא זה למעשה בימ"ש שבו מישוהו מהצדדים יבקש ליישם את פס"ד של בימ"ש העליון.
- מה שמחייב למקרים הבאים הוא העקרון המשפטי. לא התוצאה. הרלוונטי זה ההנמקה. לא תמיד פשוט לברר מהו העיקרון, בימ"ש הערכאה נמוכה יותר יצטרך לזהות מה היה העיקרון המרכזי בפס"ד של בימ"ש העליון.
- אבחון- זו למעשה הדרך שבו בימ"ש בערכאה נמוכה יכול "להתחמק" מתקדים מחייב. מספיק שנאי אומר שהעובדות שונות באופן מהותי, ממילא התקדים לא רלוונטי.

מושגים-

- נוהג- פירוש הדבר שאם אובי יש בניהם מערכת משפטית ונוצר בניהם סכסוך, או אובי חתמו על חוזה, ויש סכסוך מסביב לחוזה ואין פתרון לחוזה, במקרה כזה אני מיישם את הנוהג שקיים באותו תחום העיסוק. נוהג= כל האנשים ששייכים לאותו תחום של עיסוק, אני יוצא מנקודת הנחה שמה שמחייב אותם זה הנוהג. לדוגמא- אם אדם עושה עסקה על סחורה. מתי הבעלות עוברת? לפי הנוהג הקיים. נוהג= השלמת פרטים בחוזה כאשר אין התייחסות ישירה בחוזה ובתחום מסויים קיים נוהג מנהג- אם יש נורמה מסויימת שהציבור פועלה לפיה, הנורמה מחייבת גם אם אין לה בסיס חוקי. הדוגמא הקלאסית בישראל היא פיצויי פיטורים. הוכיחו שעוד מזמן המנדט היה נוהג לשלם פיצויי פיטורים, ובימ"ש נתן החלטה וההחלטה הפכה למחייבת. הנורמה מחייבת מכך שהציבור קיבל עליו את הדבר. אין לו חשיבות כמעט כיום.

היקש- כאשר יש פעולה החלטית הטעונה הכרעה, בימ"ש צריך לחפש את הפתרון התקדים, בחוק או בהיקש, ואם לא מוצא ילך לפי מורשת ישראל.

יש שני מושגים של היקש:

- 1- היקש פרשני- פירוש הדבר שאם בחוק א' מופיע ביטוי תאונת דרכים למשל, היקש פרשני אומר שבכל מערכת החקיקה של מד"י אם מופיע הביטוי תאונת דרכים אני אמור לתת לו את אותה המשמעות. הנחת הבסיס היא שכאשר מחוקק משתמש במושג מסוים, יש למושג את המשמעות בכל מערכת החוק, אלא אם המחוקק בעצמו אומר שלצורך חוק זה יש למושג משמעות אחרת. אך אם המחוקק לא אומר זאת, יש למושג את אותה המשמעות.
 - 2- היקש יצירתי- פירוש הדבר שאם יש חוק א' ובחוק הזה ישנו פתרון. יש לי מקרה שבו אין חוק, יש לי סיטואציה שלגביה אין לי פתרון האם אני יכול לקחת את הפתרון של חוק א' וליישם אותו על המקרה שבו לפניי? לדוגמא- באחת ממערכות הבחירות, הייתה תנועה שנקראת תנועת החירות, והם הכינו תשדיר בחירות לרדיו והתשדיר היה עם מנגינה של התקווה. יו"ר וועדת הבחירות (חשין) המרכזי פסל את תשדיר הבחירות. באה תנועת החירות וטוענת טענה מעניינת, בחוק כתוב שיו"ר וועדת הבחירות המרכזי רשאי לשלול תשדירי טלוויזיה. אבל בחוק לא מופיע שיש לו אפשרות לשלול תשדירים ברדיו. השאלה הייתה האם הייתה לו סמכות? תנועת החירות באה ואומרת שזה מקרה קלאסי של הסדר שלילי. המחוקק יודע שיש שידורי רדיו ויש שידורי טלוויזיה. ואם הוא בחר דווקא ככה, זה אומר שהוא לא רצה לפסול שידורי רדיו. המחוקק מכיר את העבודה שיש שידורי רדיו. אין סמכות ליו"ר לפסול שידורי רדיו. טענת יו"ר וועדת הבחירות המרכזי- המחוקק ראה שתשדירי טלוויזיה הם יותר חזקים, זה מחזק את ההסדר השלישי. בא השופט ברק ואומר שאני צריך לבדוק מהי תכלית החוק. המחוקק נתן אפשרות לפסול את השידורים בטלוויזיה כדי למנוע הסתה. אם התכלית של החוק היא למנוע הסתה, אז מה זה משנה אם זה ברדיו או בטלוויזיה. ולכן ליו"ר יש סמכות לפסול שידורי רדיו.
 - היה אסיר בכלא, שיצא לעבוד במסגרת שב"ס. הם מקבלים את המשכורת משב"ס, והמעביד מעביר לשב"ס את המשכורת. באופן פורמאלי, האסיר לא מועסק ע"י המפעל. היה אסיר שיצא לעבוד, הוא קיבל את המשכורת ואז הוא אמר שמגיע לו שכר מינימום והמשכורת שאני מקבל היא פחות משכר המינימום. לגבי עובד רגיל הדבר ברור לגמרי. השאלה היא האם אני יכול להגיד שגם אסיר הוא עובד לצורך עניין שכר המינימום. התשובה תלויה בשאלת התכלית. מהי התכלית של שכר המינימום? שב"ס טוען שחוק שכר מינימום בא להבטיח קיום מינימלי, מאחר והאסיר הוא במסגרת שב"ס הוא מקבל אוכל, לינה ובריאות ולכן חוק שכר המינימום לא חל עליו.
- שכר המינימום בא להבטיח שהעובדים לא יהיו עבדים, זה לא בא להבטיח קיום מינימלי. אם התכלית היא לצורך קיום, אז לא חל עליו. אם התכלית היא לכבוד האדם, אז כן חל.
- כאשר אני מדבר על היקש, צריך להיות דמיון גודל מאוד בין המסגרת שבה יש לי את החוק, לבין המקרה שבו אין לי חוק.

מורשת ישראל:

פ"ד הנדלס נ' בנק קופת עם: בא בן אדם שהייתה לו כספת בחדר כספות בבנק שופת עם, ובחדר הוא מצא איגרת למוק"ז, האיגרת זהו שטר או מסמך משפטי שהנחה היא שכל מי שמחזיק אותו הוא הבעלים שלו. על האיגרת לא רשום כלום חוץ ממה שהיא שווה. לא רשום עליה שום סימן בעלות. באיגרת

שמצא הנדלס התעוררה השאלה מה הוא עושה איתה? לפי חוק השבת אבידה, החוק אומר שאם העבידה נמצאה ברשות היחיד, היא שייכת לבעל הרשות ואם היא נמצאה ברשות הרבים, צריך להביאה למשטרה ואם תוך פרק זמן אף אחד לא בא לדרוש אותה, זה שייך למוצא.

מה אני עושה עם האיגרת הזאת? איך אני מתייחס לחדר כספות? זה הוויכוח. האם חדר הכספות זה רשות היחיד או רשות הרבים? צריך להסתכל על תכלית החוק. מה התכלית שהחוק קבע שכאשר מוצאים משהו ברשות היחיד, זה שייך לבעל המקום. ההנחה היא שאם אדם מוצא משהו ברשות היחיד, זה שייך לאותו יחיד. אותו הנדלס טוען שזה לא יכול להיות של הבנק. ולכן צריך לראות את חדר הכספות כרשות הרבים.

הבנק יטען שבוא נניח לדוגמא שאותו הבן אדם שהייתה לו איגרת כזאת והוא עשה סימן של מגן דוד, הבנק אומר שאותו בן אדם יבוא ויוכיח שהאיגרת שלו, ויאשים את הבנק ברשלנות שלא שמר היטב. הבנק אומר זה רשות היחיד במובן הזה. בעקבות זה, בסמוך מאוד לפס"ד של בימ"ש העליון חוקק חוק יסודות המשפט. החוק לא רלוונטי כי יש את חוק השבת האבדה. השופט איילון אומר שלאחר ונחקק החוק, יש לפנות למורשת ישראל. במיוחד במקרים של וויכוחים שמקורם במורשת ישראל. ומכיוון שרשות היחיד והרבים הם ממשפט עברי, יש לחזור למשפט העברי. השופט ברק מתנגד לכך ואומר שמורשת ישראל זה לא משפט עברי. הוא אומר שבאותם מקומות שהמחוקק רוצה להגיד משפט עברי הוא יודע להגיד את זה. כמו בנישואין ובגירושין. פה כתוב לפי עקרונות.. מורשת ישראל.

דבר שני, אין עדיפות למשפט העברי. אפשר ללכת גם לכל מיני מקורות אחרים. הש' ברק ניצח. הש' ברק רצה למנוע בפועל את הפנייה למורשת ישראל. אז הוא אמר שאם בימ"ש ראה שאלה משפטית הטענה הכרעה ולא מצא לא פיתרון בשאר הדרכים, סימן שיש פה הסדר שלילי, שהמחוקק לא רצה לתת פתרון. אין פה לאקונה. ואני לא פונה למורשת ישראל.

הסדר שלילי = משמעותו שבימ"ש יוצא מנק' הנחה שאם המחוקק לא נתן פתרון בסיטואציה מסוימת הוא לא רצה לתת פתרון, כלומר לא רצה להכיר בזכות. מי שמחליט אם זה הסדר שלילי או לאקונה והוא עושה זאת לפי הנוסח של החוק.

הצדק-

אהרון ברק אמר – "פרשנות הדין ופיתוח המשפט נעשים על רקע עקרונות היסוד של השיטה המשפטית". אם החוק אומר דבר מסוים, מי שנוסע במהירות של 70 קמ"ש בשטח בנוי עובר עבירה. יש פה שאלה של פרשנות. מה זה בנוי? אפילו החוק הכי בנאלי שיכול להיות שאומר שאסור לעבו 70 קמ"ש בשטח בנוי בימ"ש צריך להסביר מה זה שטח בנוי. כל חוק יש לו היבט פרשני. אם החוק היה אומר שאסור לנסוע במהירות של 70 קמ"ש- אין צורך בפרשנות.

אם לדוגמא החוק מגדיר מה זה שטח בנוי- לא צריך פרשנות. אם ניתן תקדים של בימ"ש העליון ששם נקבע מה זה שטח בנוי צריך פרשנות? לא.

יש מקרים שבהם אין היבט פרשני. אם לדוגמא יש מקרה אחד שזהה לגמרי למקרה שקרה או שמשמעות החוק ברורה לגמרי, אין צורך בפרשנות. אבל תיק שמגיע לבימ"ש תמיד יש לו בעיה של פרשנות, כי אם היה מקרה דומה לא היה צורך במשפט. כל תיק שמגיע לבימ"ש יש לו היבט של פרשנות, יש בו איזה שהיא עובדה חדשה שמכריחה את בימ"ש לתת לפרשנות של הדין. איפול כשהחוק מגדיר עדיין יש מקום לפרשנות. בחוק האימוץ כתוב "בן זוג", פעם פירשו בן זוג אחרת מהיום. כדי שיהיה היבט פרשני יש צורך בחוק.

פיתוח המשפט = סיטואציה שבה אין דין ובימ"ש הוא זה שמייצר את הדין. זה נקרא חקיקה שיפוטית. פס"ד שרשבסקי, עלתה שאלה בבימ"ש מה עושה בימ"ש במקרה של הסכם פוליטי. אין בחוק הישראלי התייחסות. בימ"ש העליון קבע מהי הנורמה לטיפול בהסכמים פוליטיים. זה נקרא פיתוח המשפט.

ברק אומר שכשאני עושה פיתוח של המשפט, בימ"ש כפוף לערכי היסוד של השיטה המשפטית. נקודת המוצא באה ואומרת שכל שיטת משפט יש לה ערכי יסוד, איך אני יודע מהם ערכי היסוד של המשפט? ערכי היסוד של המשפט נלמדים מתוך החקיקה. אני צריך לקחת את החקיקה של מדינת ישראל, ואז אגיע למסקנה מהם ערכי היסוד של השיטה המשפטית. לדוגמא = "תום לב", הוא ערך יסוד של השיטה המשפטית. בכל פעם שבימ"ש אמור לפרש או לפתח את המשפט, הוא אמור לצאת מתוך הנחה שיש את עיקרון תום הלב. ערכי היסוד חשובים כי זה בא להבטיח שלא כל שופט יעשה מה שהוא רוצה, אם אני לא מגביל את בימ"ש למסגרת מסוימת, כששופט בא לפרש את המשפט הוא

יעשה מה שהוא רוצה. השופט ברק אומר שיש עיקרון יסוד של השיטה המשפטית, והמחוקק קובע אותם ולכן, כאשר השופט בא לפרש/ לפתח את המשפט הוא נותן ביטוי לאותם הערכים שקבע המחוקק. ברק אומר שהצדק הוא אחד מערכי היסוד של השיטה המשפטית. הכוונה- כשאני בא לפרש חוק/ לפתח את המשפט אני אמור לצאת מתוך הנחה שלפיה המחוקק מתכוון להשיג צדק בחקיקה שלו, וכשאני מפתח את המשפט בימי"ש מתכוון לעשות צדק בפסיקה שלו. יש הבדל משמעותי בין האמת העובדתית לבין האמת המשפטית. מה עושה את ההבדל? דיני הראיות. האמת המשפטית אני מברר אותה רק באמצעות המגבלות של דיני הראיות. אם שמעתי משהו ממישהו, זה יכול להיות אמיתי. אבל, בבימי"ש אין לדבר שום משמעות. למשל- האזנות סתר כן מתקבל. אך החוק אוסר האזנות סתר- החוק אומר שיש שני ערכים שמתמודדים בניהם. הערך הראשון הוא הפרטיות, הערך השני הוא בירור האמת. בא המחוקק ואומר שכשאני מבצע איזון, ההגנה על הפרטיות היא חזקה יותר. דוגמה נוספת- נניח שהמשטרה הפעילה סוכן סמוי בתיק מסוים והוא נתן עדות חזקה. והצד השני מבקש לחקור את העד, באה המשטרה ומוציאה חיסיון. יש אמת עובדתית ואמת משפטית והן שונות. האמת המשפטית מוגבלת ע"י דיני הראיות. גם בעניין הצדק יש קושי מובנה. הדבר שמאפיין את החוק הוא הכלליות שלו. זה רעיון החוק. החוק הוא תמיד כללי, אין חקיקה אינדיבידואלית. מה שמאפיין את הצדק זה הפרטיות של המקרה הספציפי, ולכן במיתולוגיה הרומית העיניים של אלת הצדק מכוסות, כדי שיהיה משפט רוצים שהיא לא תראה הכול, כי אם היא רואה הכול אי אפשר לעשות משפט. יש פער מובנה בין הדרישה לעשות צדק, לבין העובדה שהמשפט הוא כללי. אומרים שיש ציפייה מהשופט שיעשה צדק, אך לא תמיד הדבר אפשרי. אם אישה גונבת חלב משל הבן שלה- היא גנבת, אך ברור שמבחינת הצדק אני לא אראה אותו כמו איזה איש שגונב מיליונים. יש כאן פער. כל שופט מנסה בפסי"ד שלו להגיע למשפט צדק אבל גם הוא מודע שהדבר לא תמיד אפשרי. לאורך ההיסטוריה של המחשבה האנושית היה ניסיון להסביר מהו הצדק. הבעיה הגדולה ביותר של הצדק היא במשפט העברי. כי אי אפשר להגיד שהצדק לק נכון. כי הצדק הוא אלוקים. אי אפשר להגיד שאלוקים לא צודק. לא יכול להיות מצב שכשאתה נותן פסי"ד ע"פ החוק התוצאה שאתה מגיע אליה זה לא צודק. במשפטי הכללי זה כן יכול לקרות. במשפט העברי- אם הדיין מגיע למסקנה שהתוצאה לא צודקת, הוא יגיד שאנחנו לא מבינים את הצדק האלוקי. שהצדק האלוקי נסתר מאתנו. התוצאה לכאורה נראית לא צודקת. בתור נאמר המון פעמים – "צדק צדק תרדוף". אז פירוש הפסוק זה צדק בצדק תרדוף. צדק= החוק. כשאתה מיישם את החוק תיישם אותו בצדק. הצדק השני הוא הפרוצדורה. יש שני מושגים של צדק- צדק מהותי וצדק פרוצדוראלי. הצדק המהותי זה העקרונות הגדולים של הצדק. צדק פרוצדוראלי- אל תקבל החלטה כשאתה שומע רק צד אחד. במשפט העברי מכיוון שלא יכולה להיות בעיתיות עם הצדק המהותי, אז כל עניין הצדק הפך להיות צדק פרוצדוראלי. אצל היוונים הקדמונים אלת הצדק הייתה הבת של אל החוכמה ואלת הכוח. הצדק נתפס כשאיזושהו נקודת איזון בין התבונה לבין הכוח. הכוח מטבעו הוא בלתי מוגבל, התבונה היא מוגבלת בגבולות של היגיון. לכן אלת הצדק ביוון הייתה נקראת "דיקה", ודיק ביוונית זה גבול. ואז מגיע אריסטו. הוא אמר שיש שני סוגים של צדק. יש צדק אחד שהוא צדק חלוקתי, ויש צדק אחר שנקרא צדק מתגמל. צדק חלוקתי= המחוקק אחראי עליו. צדק חלוקתי = צריך להחליט איך אני מחלק טובות הנאה, זכויות בין כלל אזרחי המדינה. לפי איזה קריטריונים אתה מחלק במקרה המקובל ביותר תקציב. (למשל- כמה ילך לסל התרופות). תפקיד המחוקק לחלק את הצדק, לקבוע את הצדק החלוקתי. ישנו צדק מתגמל- לשון גמול. ביחסים של בני האדם בינם לבין עצמם. אם בן אדם גנב ממני משהו, הצדק המתגמל עוסק בשאלה מה אני עושה לבן אדם שגנב. אריסטו מבדיל בין הצדק המחלק שבד"כ הוא תפקיד המחוקק לבין הצדק המתגמל שהוא בד"כ ביחסים שבין בני האדם. אריסטו אומר שיש עקרונות של צדק המבוססים ע"פ התבונה, ויש צדק שהוא פונקציה של ההסכמות של בני האדם. איך מחלקים משאבים במדינה?

פילוסוף בשם ג'ון רולס ניסה לענות על כך. הוא כתב ספר של תיאוריה על הצדק והוא אומר- נניח שישוברים שני אנשים ואמורים לקבל החלטה מסוימת. למשל האם עבדות זה דבר מותר או אסור. אם אחד מהשניים הוא לבן- הוא יאמר שעבדות זה לגיטימי. אם אחד שחור- הוא יגיד שזה אסור. ג'ון אומר שאם אני לא יודע אם אני שחור או לבן- ההחלטה שלי היא שלא תהיה עבדות. יושבים קבוצה ל אנשים כדי לבצע חלוקה של תקציב המדינה, אני על עצמי יודע רק דבר אחד- ג'ון אומר- אני יודע שאני בן אדם ומה החולשות והיתרונות של בני האנוש. מה אני לא יודע? אני לא יודע מי אני. לאיזו תת קבוצה אני שייך. הוא אומר שאותם אנשים שצריכים לבצע את החלוקה הם על עצמם לא יודעים כלום. נניח שאני צריך לקבוע את התקציב השנתי לבריאות. אם אני בריא- אני ארצה תקציב כמה שפחות. אם אני חולה- אני ארצה כמה שיותר. עכשיו אם אתה לא יודע אם אתה חולה או בריא- כמה תרצה לשים עכשיו? זה נקרא מיני מקסי. מה אתה מוכן לסכן מתוך חוסר ידיעה מה המצב שלך. מול ג'ון רולס בא פרופסור רוברט נוזיק. התיאוריה שלו אומרת שהרעיון של הצדק הוא מושג אלטרואיסטי. שאני דואג לאחרים. הוא אומר שאף אחד לא צריך לדאוג למישהו אחר, כל אחד צריך

לדאוג רק לעצמו. המדינה צריכה להתערב כמה שפחות בחיי בני האדם. לפי תפיסתו- לא צריך לשלם מס הכנסה.

צדק-

עשו מחקרים, ומתברר שלאנשים יש תחושה מה צודק ולא צודק, אבל אם היינו מנסים לעשות איזו תיאוריה, זה כבר יותר מסובך. אז איפה כן נכנס הנושא של הצדק? יש לחזור לנושא הפרשנות. אם אני קורא ס' חוק ולס' יש רק משמעות אחת בפה, שם לשופט אין הרבה שיקול דעת, אבל אם החוק משתמש במושגים שיש להם כמה אפשרויות, בימ"ש יכול לבחור את אותו השימוש שיביא לידי ביטוי את הצדק שלהם. בד"כ החוקים הם עמומים. המחוקק אוהב לחוקק חוקים בשפה עמומה, כדי להיות רלוונטי. ולכן השפה היא עמומה, והעמימות מאפשרת לשופט לבחור את המושג, או את הפרשנות שתתיישר עם תפיסת הצדק שלו. במשפט פלילי זה שונה לגמרי, כי הדיוק של החוק הוא קריטי. במשפט הפלילי עיקר השקלול של השופט הוא בראיות. השופט צריך להחליט מהי העדות שנראית לו. שיקול הדעת במשפט הפלילי הוא מצומצם, (עקרון החוקיות). במבחן האזרחי לעומת זאת, סוג שיקול הדעת הוא דווקא בהיבט של יישום העובדות. במשפט הפלילי ההיבט העובדתי הוא הקריטי, ואילו במשפט האזרחי, דווקא ההיבט המשפטי הוא הקריטי יותר, כי החוק הוא עמום וזה נותן לבימ"ש מרחב פרשני רחב. המסקנה- בימ"ש יפרש את החוק ע"פ שיקולי הצדק.

השופט ברק מרגיש שהמהפכה החוקתית שלו עומדת להסתיים. הוא אמר שמגילת העצמאות היא החוקה של מדינת ישראל ולבימ"ש יש זכות לבטל חוקים על בסיס מגילת העצמאות ולא על בסיס המהפכה החוקתית. זו אמירה מיוחדת, לאורך כל שנות כהונתו הוא אמר שמגילת העצמאות היא לא נורמה, לא חוקה..

פס"ד ולנר- 1994 ולנר נ' מפלגת העבודה- יצחק רבין רצה להקים קואליציה עם ש"ס, הם חתמו הסכם קואליציוני ושם נכתב שאם בימ"ש העליון יקבל איזשהו חוק בנושא דת ומדינה שעומד בסתירה עם הסטטוס קוו, רבין מתחייב שהכנסת תחוקק חוק שלמעשה יבטל את פס"ד של בימ"ש העליון. זה נקרא חוק עוקף בג"צ. אם תהיה פגיעה בסטטוס קוו, רבין מתחייב שהכנסת תעביר חוק עוקף בג"צ. ואז התעוררה השאלה האם יכול להיות מצב שהכנסת תחוקק חוק כזה? שיעוקף את בג"צ.

השופט שמגר אומר בפס"ד שאין שום מניעה ברמה העקרונית שהכנסת תחוקק חוקים עוקפי בג"צ, כי סמכות החקיקה של הכנסת היא מעל הכול. הכנסת היא המייצגת את הציבור. אבל במקרה זה, השופט שמגר אומר שאם בהסכם הקואליציוני היה כתוב שהכנסת יכולה לחוקק חוק עוקף בג"צ מכך וכך נימוקים הדבר היה בסדר גמור. אבל מה כתוב בהסכם. בכל מקרה שתהיה פגיעה בסטטוס קוו באופן אוטומטי הכנסת יכולה לחוקק חוק עוקף בג"צ מבלי שהיא מתמודדת עם הטענות החשובים. הכנסת צריכה לתת נימוקים.

בא השופט ברק, ואומר שיש מושג שנקרא דמוקרטיה מתגוננת. מה תפקיד של בימ"ש העליון? התפקיד הוא להגן על זכויות המיעוט מבין הדורסנות של הרוב. כאשר בימ"ש העליון מקבל פס"ד שבד"כ ברוב המקרים בבג"צ הוא העימות שבין האזרח לשלטון, אז אם בימ"ש העליון מקבל החלטה שמגנה על האזרח מפני השלטון, וכך בימ"ש מבצר את מעמדה של הדמוקרטיה, כי הדמוקרטיה המהותית אומרת שיש להגן על זכויות המיעוט. ולכן השופט ברק אומר שאין מצב שהכנסת תחוקק חוק עוקף בג"צ, כי חוק עוקף בג"צ זו פגיעה בדמוקרטיה.

בואו נניח שיגידו שחוק המרכולים חל בכל הארץ אך לא יחול באילת כי אילת זו עיר של תיירות. ברגע שיחריגו את אילת, תבוא עיר אחרת ותגיד למה הם ולא אנחנו.

המשפט הטבעי-

משמעות המשפט הטבעי כמו הטבע, אוניברסלי. הוא עוסק בשאלה האם יש משפט אוניברסלי שכל שיטות המשפט המדינתיות כפופות לערכים של המשפט האוניברסלי. במציאות שאנחנו מכירים אותה, לכל מדינה יש את המשפט שלה. האזרחים של מדינה מסוימת כפופים למשפט של המדינה שלהם. אם אני גר במדינת ישראל לא מעניין אותי מה קורה במשפט האמריקאי. המשפט הטבעי דן בשאלה האם המשפט של המדינות כפוף לאיזשהו משפט אוניברסלי ולא יכול להיות שמשפט או חוק במדינה מסוימת יעמוד בניגוד לערכים של המשפט האוניברסלי. מתעוררת השאלה האם יש איזושהי בקרה לחוקי המדינות. האם כשיש חוק במדינה מסוימת, האם אני

רשאי לבחן אותו לפי המשפט הטבעי. האם יש משפט טבעי שהוא מטרייה שמקיפה את כל שיטות המשפט, ואם יש שיטת משפט שעומדים בסתירה למשפט האוניברסלי, החוקים הללו אינם תקפים. הפעם הראשונה שהנושא עלה לדיון בארץ היה סביב המשפט של אייכמן. אייכמן היה נאצי והוא אחראי על השמדת יהודי הונגריה. הוא היה אמור ליישם את הפתרון הסופי והוא באופן אישי פיקח את רציחתם של יהודי הונגריה. המוסד הצליח לעלות עליו בארגנטינה, חטפו אותו מארגנטינה, הרדימו אותו. והוא הועלה למשפט בישראל. המשפט התקיים בבנייני האומה בירושלים. כהתחיל המשפט לאייכמן היו שתי טענות משפטיות מאוד מעניינות:

- 1) הראשונה הייתה- שהביצוע שלו של השמדת היהודים נעשתה ע"פ החוק הגרמני, ואם לא היה מציית היו הורגים אותו. הוא "בסה"כ" ציית לחוק.
- 2) הטענה השנייה- שבזמן שהוא עבר את העבירה, מדינת ישראל בכלל לא הייתה קיימת. החוק לעשיית הדין בנאצים ועוזריהם הוא מ1950, הפשעים בוצעו ב1944 איך אתם מעמידים אותי לדין על מעשים שעשיתי ב1944 כשהמדינה שלכם בכלל לא הייתה קיימת.

בימ"ש העליון אומר שיש מושג שנקרא פשעים נ"א הנושאת. אלו מעשים שיש לראותם כמעשים שנאסרו מאז ומתמיד ע"י משפט העמים. משפט העמים פירוש הדבר שאם אתה בודק באיזה אופן אמפירי- ואתה עובר מדינה למדינה ואתה שואל את עצמך האם יש מדינה בעולם שקובעת שמותר להרוג את כל האזרחים ששייכים לקבוצה מסוימת- זה נקרא משפט העמים. בכל המדינות נוהגים באופן מסוים. אני בודק את זה ע"י זה שאני בודק את המשפטים של כל המדינות ומגלה שאין מדינה שבה מותר להרוג חלק מהאזרחים. משמעות הדבר- בימ"ש אומר שאם הוא רואה שבכל המדינות בועלם אין דבר כזה, ההנחה היא שאייכמן לא יכול להגיד שהוא לא ידע שהדבר אסור. האם יש או אין חוק פורמאלי זה לא משנה. בימ"ש אומר שהמעשים הללו הם בעלי אופי פלילי אוניברסלי. המעשה הזה של השמדת עם הוא פשע אוניברסלי. למה בימ"ש צריך את שניהם? משפט העמים המנהלי הוא יותר חזק, כי אני בודק מדינה מדינה. בהמשך נצטרך לברר מהו התוקף.

פס"ד בעניין כפר קאסם- 1956, פרצה מלחמת סיני והייתה חבורה של חיילים שקיבלה פקודה לקיים עוצר באיזור המשולש ליד הכפר. ההוראה הייתה שמי שנכנס אחרי השעה 5 לא נכנס. הייתה קבוצה של חקלאים שחזרו והם לא ידעו על העוצר. החיילים ראו את המשאית מתקרבת, המ"מ הרים טלפון למ"פ ושאל מה לעשות. המ"פ אמר שיש לירות בהם. הרגו 49 אנשים. באו למ"פ ושאלו אותו מה פתאום נתת הוראות לירות? והוא אמר שזה מה שהמג"ד אמר. הלכו למג"ד, והתשובה של המג"ד הייתה שהייתה בקבוצה עם המח"ט. העמידו אותם לדין הוטענה של המ"מ והמ"פ הייתה שהם ביצעו פקודה. השופט בנימין הלוי אמר כמה משפטים שנכנסו להיסטוריה של המדינה-

הוא אומר שיש **פקודה בלתי חוקית בעליל**. פקודה שלא צריך חוק או דבר אחר כדי להבין שהדבר, הפקודה שניתנה אסורה. כאשר יש חוק שאומר שצרי להשמיד את כל היהודים- שעצם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל. אבל אם אני אומר שכל מי שמפר את העוצר יש לירות בו- זה לא בלתי חוקי בעליל, כי זה לגיטימי בזמן מלחמה. **הפקודה אומרת - גם אם יש לך כיסוי חוקי לעשות את המעשה שעשית, אתה לא יכול להסתתר מאחורי זה, היית צריך לסרב.**

זה נגזר מהמשפט העברי. אני בא ואומר שיש מקרים מסוימים שעל הפקודה עצמה מתנוסס דגל שחור. ואתה לא אמור לבצע אותה גם אם יש חוק וכדומה, גם אם אתה צפוי לקבל עונש על ביצוע המעשה.

- הפקודה הבלתי חוקית בעליל היא נגזרת של המשפט העברי.

המקרה הבא זה פס"ד ירדור-

בבחירות לכנסת הוגשה רשימה שנקראת הרשימה הסוציאליסטית. כשמגישים רשימה לכנסת יש לתת רשימה של שמות, עם כתובות ת"ז וכדומה. הלכה הרשימה הסוציאליסטי והוגשה בקשה להתחרות לכנסת. יו"ר וועדת הבחירות המרכזי קיבל מידע שכל החברים שרשומים ברשימה הם חברים שנקרא "אל ארץ" – הוא אמר ומכיוון שרשם האגודות קבע שהאנשים ששייכים ל"אל ארץ" שייכים לארגון עוין, הוא לא יאפשר להם להתמודד לבחירות לכנסת. הלך עו"ד ירדור והגיש עתירה נגד יו"ר וועדת הבחירות המרכזית. החוק אומר שאם הרשימה הוגשה כהלכה, יאשר אותה יו"ר וועדת הבחירות המרכזי. הבעיה הייתה שכל ילד שקורא את הוק, ברור לו לגמרי שהעניין של הוגשה להלכה מתייחס רק להיבט הפרוצדורלי של הגשת הרשימה. אין סמכות ליו"ר וועדת הבחירות המרכזי לפסול רשימה על בסיס המצע של חברי הרשימה. בבימ"ש העליון התעוררה השאלה האם יו"ר וועדת הבחירות המרכזי רשאי לפסול את הרשימה.

היה וויכוח מרתק. השופט חיים כהן אומר שאם לגוף שלטוני אין סמכות ברורה בחוק לבצע מעשה מסוים, שום כוח בעולם לא יכול להעניק לו סמכות.

הבעיה היא הביטחון. יו"ר וועדת הבחירות סמך על רשם החברות שמדובר בארגון עוין. השופט חיים כהן אומר במדינה דמוקרטית, אם אתה חושב שיש ארגון המאיים על המדינה, תבוא איתם בדין. כל עוד לא הוכחת בבימ"ש שהם מהווים סכנה ביטחונית, אתה לא יכול למנוע מהם את הזכות לבחור ולהיבחר.

השופט הגרנט- מה המילה שמעניינת אותנו? כהלכה. נכון שבמשמעות המילולית המילה כהלכה מתייחסת להיבטים הפורמליים, אך מכיוון ומדובר כן בשאלות יסוד חוקתיות, אז בימ"ש יכול לתת למילה כהלכה פרשנות מרחיבה יותר ויכול להתייחס גם לביטויים האידיאולוגיים של ההלכה.

השופט זוסמן- אומר ששופטים אינם רשאים לשבת בחיבוק ידיים, ולהתיימש מהיעדר דין פוזיטיבי. תפיסת עולמו היא אקטיביסטית. שופט כשמגיע אליו תיק הוא לא יכול להגיד אין לי ברירה זה החוק. יש מושג שנקרא דמוקרטיה מתגוננת. פירוש הדבר- אם יו"ר וועדת הבחירות המרכזי על בסיס חוות דעת שהרשימה היא ארגון עוין, השופט לא צריך לשבת בחיבוק ידיים. הוא אומר- "ללמדך שמטבע בריאתה של המדינה - דין הס". הוא אומר שיש נורמות שמחייבות מתוקף העובדה שיש מדינה. יש חוקים שאני לא צריך לחוקק אותם, הם חוקים שמבטאים את המהות של המדינה. לא צריך לקבוע אותם.

זוג חרדים נוסע לחופש באילת. במלון פורצת שריפה במלון וכל החדר מתמלא עשן. האישה ישר ברחו, בעלה נמצא במקלחת והבעל לא יודע מה לעשות. הוא מנסה למצוא חלוק או בגד והוא מוצא רק את השמלה של אשתו. והוא מתלבט בשאלה מעניינת- האם לצאת עירום או לצאת עם השמלה. בשום מקום בתורה לא כתוב שהאדם צריך לצאת לבוש. אבל כתוב במפורש בתורה שגבר לא יכול ללבוש בגד של אישה וההפך. מה הגבר יעשה?

מקרה נוסף, קבוצה של חרדים נוסעים לנופש, המטוס מתרסק ושניים מתרסקים באי בודד. האחד מת והשני חי והוא רעב. אין אוכל על האי. במה הוא מתחיל? בכלב או בגופת החבר. יש איסור על בשר נבלה. גופת הכלב זה נבלה. על גופת חבר אין איסור. התעורר וויכוח האם יש משמעות לתפיסת מוסר אנושית בתוך המסגרת של ההלכה האלוהית?

ברור לגמרי שגם במקרה הראשון 98 אחוז מהאנשים היו יוצאים עם שמלה. במקרה השני ברור כי הרוב היו מתחילים בכלב ולא בבן אדם.

האם אני אמור לפעול לפי ההלכה? או לפי תפיסת מוסר אישית.

יש כאלו שאומרים שכל עניין המוסר זה קטגוריה אנושית, ובני האדם לא כפופים לקטגוריות אנושיות כשיש תורה.

דעת אחרת אומרת- שלא הגיוני שהקב"ה יחייב אותנו לעשות משהו כנגד הקטגוריה האנושית שלנו.

ברור לגמרי שבמקרה הראשון האנשים היו יוצאים עם שמלה וגם במקרה השני רוב האנשים היו מתחילים בכלב ולא בבן אדם.. עכשיו נשאלת השאלה מה עושים בסיטואציה- פועלים עפ"י ההלכה או עפ"י תפיסת מוסר אישית שהיא למעשה בניגוד להלכה. יש כאל השבאים ואומרים שכל העניין של המוסר הוא קטגוריה אנושית. בני האדם לא כפופים אליה כשיש דין אלוהי. ויש תירואיה שאומרת שאלוהים לא מצפה שנעשה משהו שבהוא בנגוד לתפיסת המוסר האוניברסאלית.

המשפט הטבעי עוסק בשאלה מהם הגבולות של החוק והאם יש מגבלות על יכולת החקיקה של המחוקקים. אחד המקרים המפורסמים הוא אנטיגונה. מה שקורה באנטיגונה הוא שקראון (המלך) אוסר לקבור את אחיה של אנטיגונה, אנטיגונה הולכת ולוקחת את הגופה של אחיה והולכת לקבור את הגופה ואז המלך מוציא אותה להורג. היא אומרת לו שיש חוג שהוא יותר נשגב מהחוק האנושי- חוק האלים. אריסטו אומר שיש חוקים שהם תוצאה של הסכמות בין בני אדם, אבל יש חוקים שהם תוצרים של הטבע. הרעיון היה שגם לטבע יש חוקים מסויימים שהם נמצאים מעבר לחקיקה הרגילה שהיא תוצאה להסכמות בין בני אדם. הדבר שנותן תוקף לחוקים האלה הוא התבונה.

כלומר- לפי אריסטו יש חוקים שנובעים מהסכמות של בני אדם. בני אדם יכולים להסכים לדברים ההזויים ביותר- הסכמה אנושית, אבל אומר אריסטו שמעל החוקים שהם הסכמות בין בני האדם, יש גם חוקי טבע שהם עיליים מכיוון שהם מבוססים על התבונה. אומר אריסטו: הנורמה שבאה ואומרת שאסור לרצוח, היא לא קשורה להסכמות בין בני אדם כי זה ברור לגמרי שאסור לרצוח, כי החיים הם חסרי משמעות אם

מותר להרוג. התבונה מחייבת אותנו להכיר בנורמה של "לא תרצח". אז אם לדוגמה בחברה מסויימת יש היתר לרצוח קבוצת אנשים, אריסטו יגיד שזה עומד בסתירה לתבונה.

יש בישראל דיון ענק בנושא: האם מותר לקחת ילדים מההורים שלהם ולהעביר אותם למשפחות אומנה. יש דעה שאומרת שאבא ואמא – יש בו יסוד טבעי, ההורים הם האחריים על פי הטבע לילדים שלהם ולכן לא לוקחים את הילדים. לעומת זאת, יש דעה אחרת שאומרת שצריך לנהוג לטובת הילד, ובמקרים מסויימים לטובת הילד היא לאו דווקא לגדול בבית עם ההורים הטבעיים שלו. ז"א, **שגם ההורות היא חלק מהחוק הטבעי.**

-דוגמה נוספת לחוק טבעי, "הסכמים צריך לכבד", אריסטו יגיד שחוק החוזים מבוסס על התבונה כי כל בר דעת מבין שאם יש חברה מסויימת שאנשים לא מקיימים את ההתחייבות שלהם אז אי אפשר לקיים את החברה, כי הדדיות בין בני אדם מבוססת על קיום של התחייבויות.

-דוגמה נוספת היא לגבי כיבוד הורים. כתוב למשל בתורה "כבד את אביך ואת אמך". נשאלת השאלה למה צריך לכבד את ההורים? אנחנו צריכים לכבד את ההורים שלנו כי הם הביאו אותנו לעולם. אם לדעתנו ההורים שלנו לא טובים האם אנחנו צריכים לכבד אותם? אם אני אומר שהנושא של כיבוד הורים זה פונקציה של הכרת טובה, אם ההורים לא מכירים לנו טובה אז גם אנחנו לא מחוייבים להכיר גם להם טובה.

שאלת המפתח בכל נושא המשפט הטבעי: הרעיון במשפט הטבעי הוא שמהשפט של המדינות השונות כפוף למשפט אוניברסלי ואם יש חוקים של מדינה מסויימת שלא עומדים בהתאמה לעקרונות של המשפט הטבעי אז לא אמורים לציית לאותם החוקים. **השאלה היא מה מקור הסמכות?**

כשאני אומרת שיש משפט טבעי שהוא יותר חזק ממשפט המדינות- מכוח מה אני אומרת שלמשפט הטבעי יש כוח חזק יותר מאשר המשפט של המדינה. מתוך ההסכמה. האזרחים שחיים במדינה מסוממת מסכימים לקבל על עצמם את החוקים של אותה המדינה- זה הבסיס של התשובות. כלומר, מקור החובה של אדם לציית לחוק הוא מתוך ההסכמה של אנשים לחיות במסגרת מסויימת שמתוקף כך הסכימו לציית לאותם החוקים. **הרעיון הוא ההסכמה.** ז"א ההסכמה היא היסוד לתוקף של חוקי המדינה. עכשיו **אומרים שמהשפט הטבעי חזק יותר מהחוק של המדינה- על בסיס מה?** מי שניסה להתמודד עם השאלה הזאת היה פילוסוף נוצרי בשם: **"תומאס אקווינס"** הוא חי במאה ה-13, כומר ואדם מאוד מומד שכתב ספרים רבים הוא למעשה ניסה למסד את הרעיון של המשפט הטבעי. בתקופתו השאל ההקשה ביותר היא: איך אני מתמודד באותם מקרים כשיש שוני בין החוק של המדינה לחוק של הכנסייה. כלומר יש את החוק הדתי שאומר דבר מסויים, יש את החוק לש השליט המדיני שאומר דבר אחר, **ונשאלת השאלה מה מחייב? האם החוק הדתי מחייב או חוק המדינה מחייב?**

אומר תומאס אקווינס את הרעיון הבא: יש דבר שנקרא **"החוק הנצחי"**, שהוא החוק על פיו אלוהים מנהל את העולם. כל המציאות מתנהלת עפ"י החוק הנצחי, הוא אומר שיש עם כך בעיה והיא שאף אחד לא יודע מה זה החוק הנצחי. אם היינו יודעים אז אנחנו היינו אלוהים.. החוק הנצחי הוא אותו חקו על פיו אלוהים מנהל את העולם, אבל לנו אין ידיעה באשר לאותה חוק. מתחת לחוק הנצחי, יש את החוק הטבעי (המשפט הטבעי), כלומר, אלוהים נתן לנו מתנה – את התבונה. (בתנ"ך נקרא בצלם אלוהים) באמצעות התבונה אנחנו מצליחים לזהות כמה מהעקרונות של המשפט הנצחי. אין לנו שום סיכוי לדעת את כל המשפט הנצחי אך בכלל שאלוהים ברא אותנו בעלי תבונה- באמצעותה אנחנו מסוגלים לזהות עקרונות של המשפט הטבעי. (התבונה- המשפט הטבעי מאפשר לנו לזהות מספר עקרונות מהמשפט הנצחי). למשל: המשפט הטבעי אומר: "אל תפגע בזולת" זה מבוסס על התבונה. המשפט הטבעי אומר: " צריך לבסס הסכמים" זה מבוסס על התבונה. כלומר, החוק הטבעי אלו מספר עקרונות שאנחנו מזהים באמצעות התבונה שלנו ולהם אנחנו קוראים: המשפט הטבעי.

מתחת למשפט הטבעי נמצאים (הנגזרות של המשפט הטבעי):

(א) החוק האלוהי- הברית החדשה, התורה, הקוראן שהוא נגזר מתוך המשפט הטבעי

(ב) החוק האנושי- חוקי המדינות, גם הן נגזרות מתוך המשפט הטבעי.

החוק האלוהי והחוק האנושי הם נגזרות של המשפט הטבעי. המדינות מחוקקות חוקים ותומאס אקווינס אומר שהחוקים של המדינות הם נגזרת של המשפט הטבעי. המשמעות של "נגזרות" המשפט הפילי או דיני הנזיקין הם נגזרת של המשפט הטבעי- כך מייסמים את העיקרון של "אל תפגע בזולת".

יכול להיות שהישום יהיה שונה ממדינה למדינה. יכול להיות שבמדינה אחת חוק: "לשון הרע" הוא דרמטי, ובמדינה אחרת "לשון הרע" הוא עניין פעוט. כל מדינה יכול לתרגם או ליישם את העיקרון של "אל תפגע

בזולת" על פי תפיסות העולם והתרבות שלה- אך כל המדינות כפופות לרעיון של: "אל תפגע בזולת", לכן אם יש מדינה מסויימת שקובעת בחוק שמותר לפגוע בזולת, או שמותר להרוג את הזולת, יש כאן פגיעה במשפט הטבעי שאני קובע שהחוקים של המדינות כפופות למשפט הטבעי.

יש עיקרון של המשפט הטבעי שאומר: הסכמים צריך לכבד- היישום של זה הוא חוק המכר, חוק החוזים. המהות היא שהסכמים צריך לכבד.

תומאס אקווינס רצה לבוא ולהראות שהחוק האלוהי הוא יותר חזק מהחוק האנושי- בטענה כי מאחר והחוק האלוהי מבוסס על התגלות, (בתורה, בברית החדשה וכו') הוא יותר חזק מהחוק האנושי שמבוסס על התסכמות בין בני אדם.

נניח שכל הדבר הזה הוא נכון, למה המשפט הטבעי עדיף? למה אני רואה את המשפט הטבעי כעדיף על החוק האנושי והאלוהי. אומר תומאס אקווינס כי כל בני האדם רוצים לעשות טוב. המשפט הטבעי- מבטא את הטוב ולכן יש חובה לפעול על פי המשפט הטבעי. לכן המסקנה היא שאם כל בני האדם רוצים לעשות טוב והמשפט הטבעי הוא זה שמבטא את הטוב אז חובה לפעול על פיו ולכן חובה לפעול על פיו. המשפט הטבעי הוא כללים ועקרונות שנותנים ביטוי "לטוב". את העקרונות צריך לתרגל למעשים- התרגום הזה נעשה על ידי החוק האנושי (חוקים). גם החוק האלוהי וגם החוק האנושי זה יישום של העקרונות של המשפט הטבעי- כל מע' משפט יכולה לבחור לעצמה את מערכת החוקים בלבד שהם כפופים לעקרונות המשפט הטבעי.

תומאס אקווינס אומר שבני האדם רוצים לעשות טוב. זה מבוסס על התבונה. העובדה שבני אדם רוצים לעשות טוב היא לא כי מחכיריחים אותם, בני האדם מבינים שאם אני עושה טובה לך ואתה עושה טובה לי אז יש יותר טוב בעולם. אז התבונה אומרת שני האדם רוצים לעשות את הטוב. הטוב לפי תומאס אקווינס – זה העקרונות של המשפט הטבעי. כי המשפט הטבעי מבוסס על התבונה. המסקנה של תומאס אקווינס היא שבני האדם מחוייבים לפעול על פי המשפט הטבעי.

התיאוריה של תומאס אקווינס החזיקה מעמד כמעט 350 שנה עד שבא דויד יום (DAVID HUME) ואומר: שיש בלשון (בשפה) משפטים של עובדה ומשפטים של ערך. אומר דויד יום שאתה לעולם לא יכול לגזור חובה מעובדה. יש משפט של עובדה ויש משפט של חובה/ערך. משפט עובדה- השעה 10 זאת עובדה. משפט חובה- צריך ללכת מחר לעבודה. עכשיו אומר דויד יום שממשפט של עובדה אי אפשר לגזור חובה.

דוגמה: בני האדם לא סובלים כאב. – זה משפט עובדה. כדי להיגמל מכאב לוקחים כדורים נגד כאבים- משפט עובדה. שואל דויד יום האם לאור העובדה הזאת יש חובה לקחת כדורים נגד כאבים? התשובה היא לא. כלומר- ממשפטים של עובדה לא ניתן לגזור משפטים של חובה.

דוגמה: הברז דולף- עובדה, כדי לתקן את הברז צריך מפתח מסויים- עובדה. האם יש חובה לתקן את הברז? לא.

דויד יום אומר שהוא מסכים עם תומאס שבני האדם רוצים לעשות טוב- זאת עובדה. הוא מסכים שהמשפט טבעי הוא הביטוי של הטוב- זאת עובדה אבל מזה לא ניתן לומר שיש חובה לעשות את הטוב (לפי דויד יום). לכן התיאוריה של תומאס אקווינס קרסה.

לסיכום: תומאס אקווינס אמר שיש חובה לפעול על פי המשפט הטבעי כי כל אחד רוצה לפעול על פי הטוב, לכן יש עליונות של המשפט הטבעי ואם יש מדינה שהחוקים לא תואמים את המשפט הטבעי האזרחים לא צריכים לציית. דויד יום אומר שהוא מסכים שבני האדם רוצים לעשות את הטוב ויש משפט טבעי אבל לא ניתן לקבוע שמעובדה צריך לקבוע חובה. דויד יום חיסל את המשפט הטבעי- כי אם אין לי מקור סמכות לציית למשפט הטבעי אז אין משפט טבעי.

לאחר 300 שנה, מגיעה מלחמת העולם השנייה, בגרמניה מגיעה לביהמ"ש העליון הדיון הבא: הייתה אישה בתקופת מלחמת העולם השנייה, בעלה שירת בחזית הרוסית והיו לה מאהבים והיא רצתה להיפטר מבעלה. יום אחד בעלה הגיע לחופשה מהצבא והוא אמר לה שהוא לא מבין מה הוא עושה שם ברוסיה, כל המחלמה הזאת מיותרת והשלטון שלנו רק יהרוג אותנו שם. הכלה האישה והלשונה על בעלה שהוא "המריד" נגד השלטון הנאצי. הוא חזר חי מהמלחמה ונדע לו שאישתו הלשונה עליו והגיש נגדה תביעה. התוצאה במשפט הייתה: שיש להרשיע את האישה בשימוש לרעה בחוק אבל ביהמ"ש לא היה מוכן להגיד שהחוקים של הנאצים הם חוקים לא טובים ולא ראויים. כלומר, ביהמ"ש בגרמניה לאחר המלחמה לא היה מוכן להגיד שהחוקים של הנאצים היו לא טובים. האישה "כאילו" ניסתה להגן על החוקים של הנאצים. בסך הכל הרשיעו אותה רק בזה שהיא השתמה לרעה בחוק. בא מלומד אמריקאי בשם: לון פולר. הוא הבין שלאור מלחמת העולם השנייה, חייבים להחזיר מחדש את המשפט הטבעי. (להחיות אותו). היה צריך להחזיק את

המשפט הטבעי כי הוא היה הקריטריון היחיד שהיה מסוגל לעמוד מול הטענה של: "צייתנו לחוק" – זו הייתה הטענה של כל הפושעים הנאצים שהם היו חייבים לציית לחוק ואם לא היו הורגים אותם- במקרה כזה המשפט הטבעי היה הטענה היחידה שהייתה יכולה להתמודד מול החוק של המשפט בגרמניה. לון פולר הייתה לו בעיה גדולה להחיות את המשפט הטבעי כי הבסיס של המשפט הטבעי הייתה התבונה- הייתה הסכמה שיש נורמות התנהגות אוניברסליות שמבוססות על התבונה, כבר בשנת 1700 כולסידעו שהמסור הוא לא אבסולוטי אלא יחסי. יכולה להיות התנהגות מסויימת שבמקום אחד תיראה שלילית ובמקום אחר תיראה לגיטימית, לכן הרעיון של להסתמך על התבונה לא קיים. צריך למצוא תחילף. אומר לון פולר שיש למצוא לכך אלטרנטיבה אחרת. (נניח שיש לי עסק של כיסאות ויש מישהו שהוא הקניין הראשי של המכללה ואתה בא אלי ואומר לי שאת הורצה לקנות ממני כסאות, השאלה הראשונה היא "למה אתה צריך את הכיסאות האלה"? אם אתה צריך לקבלה זה סוג אחד, אם לכיתה זה סוג אחר. קודם אני אשאל "למה התכלית"? נניח שהתשובה היא לחדר ההרצאות, בשלב הבא אני נותן מספר אפשרויות ומה המחיר ואתה תחליט מה תרצה. כלומר בניתי סקאלה של כל מיני דגמים של כיסאות. מהי התכלית של שיטת המשפט? למה מיועד המשפט? התפקיד של המשפט הוא לכוון את ההתנהגות האנושית. צריך לתת קריטריונים כדי שאוכל לבדוק איזה שיטת משפט מכוונת באופן הטוב ביותר את ההתנהגות האנושית. (קריטריונים טכניים)- מכוונת באופן היעיל ביותר.

1) כדי שאני אוכל לכוון התנהגות אנושית באופן היעיל ביותר- אחד התנאים הוא בהירות/ברירות. החוק צריך להיות ברור.

2) החוק צריך להיות מפורסם- פשוט הדבר הוא שהחוקים צריכים להתפרסם.

3) איסור של רטרואקטיביות. ברגע שאתה פועל פעולה מסויימת שמכוונת על פי החוק אתה צריך לדעת שברגע ביצוע החוק זה מה שצריך לעשות.

4) חוקים ישימים- הנורמות צריכות להיות כאלה שבני האדם יכולו לבצע אותם.

5) כלליות- חוק צריך להיות כללי, ככל שהחוק הוא יותר פרטני לא תדע האם הוא חל עליך.

כל העקרונות האלה לפי לון פולר- הם עקרונות טכניים שאין עליהם ויכוח ואם יש שיטת משפט שמאמצת את העקרונות האלה אפשר להגיד שהיא שיטת משפט שמישמת באופן היעיל ביותר.

אומר לון פולר שאם יש שיטת משפט שעומדת בקריטריונים האלה היא א תהיה גם שיטת משפט מוסרית וערכית יותר.

ככל ששיטת המשפט כללית יותר היא גם **שוויונית** יותר. (מנוסחת באופן כללי יותר), כי ברגע שאני מתחיל לקבוע נורמות פרטיות שיטת המשפט כבר לא שוויונית. כי כולם נמצאים תחת אותה מסגרת נורמטיבית.

מבטיח צמצום של שיקול הדעת של השליטים ושל בתי המשפט. ככל שהנוסח של החוק הוא ברור יותר, מדוייק יותר, יש פחות שיקול דעת לשליטים ולבתי המשפט. ככל שהחוק עמום יותר יש שיקול דעת רחב יותר לבתי המשפט.

אם ניקח את העיקרון שהחוק צריך להיות מפורסם- זה נותן לי את החובה של המחוקק להצתדק ביחס לחוקים שלו. כלומר, אם ישנם חוקים נסתרים- המחוקק לא צריך להתצדק כי אף אחד לא בודק מהו החוק. אבל אם המחוקק יודע שהוא צריך לפרסם את החוקים שלו הוא יצטרך להסביר מה הטעם והרעיון בחוקים.

אומר לון פולר שאם יש שיטת משפט שעומדת בקריטריונים הטכניים היא גם עמוד בקריטריונים האתים והמוסריים. הוא אומר שיש סקלה- יש שיטת משפט שהציון הוא 0 ויש שיטת משפט שהציון הוא 10- ככל שהשיטת משפט עומדת ביותר תנאים הציון שלה יהיה גובה יותר וככל שלא תעמוד בתנאים הציון יהיה קרוב ל0. אם הציון הוא נניח 2, חובה לא לציית לחוק. החידוש הגדול כאן- הוא שלון פולר קבע מסגרת של מדרג ובמסגרת הזאת אתה יכול לשכלל חוקים או שיטות משפט ובה אתה רואה חוק למשל: השמדת העם היהודי" מייצר הפליה, נוגד שוויון ועד.. והציון שלו הוא 0 ואתה לא צריך לציית לו וכך הצליח לון פולר להחיות את המשפט הטבעי.

הכשל של לון פולר היה איך אני קובע את הציון "לא עובר". במקרה של לון פולר צריך להסביר למה החלטת שאם יש חוק שהציון שלו הוא 2 זה לא עובר- זה לא עניין טכני. חלא יגידו שמבחינתו ציון 2 כן עובר. הרעיון של לון פולר היה הרצון להימנע מהויכוח הערכי.. אין כאן ברירה כי כשאני רואה לקבוע איזה ציון עובר ואיזה לא עובר אני חוזר לויכוח הערכי.

היום - מאחר והיה יאוש מהמשפט הטבעי אבל כולם הבינו שאי אפשר בלי משפט טבעי, לקחו את המשפט הטבעי והפכו אותו לאמנות בין לאומיות. כלומר במקום שיהיה משפט שמרחף מכעל כל שיטות המשפט-לקחו כמה נורמות מאוד מיוחדות וספציפיות ויחייבו באמצעות האמנות האלה לבצע את החוקים. ואז אפשר להקים בית משפט בין לאומי בהאג ולשפוט את אלה שעוברים על הנורמות האלה. (לא על בסיס המשפט הטבעי אלא על בסיס האמנות הבין לאומיות שהפכו להיות האלטרנטיבה של המשפט הטבעי והן מבטאות אותו בעולם המודרני) הבעיה היא שיש מדינות שלא חותמות על האמנות האלה. אם נניח מישהו בסין מבצע פשעים של השמדת עם אי אפשר להעמיד אותם לדין בהאג.

סמסטר ב' -

היחס שבין המשפט והמוסר:

מהו המשפט? המהות של המשפט היא קביעת כללי התנהגות, נורמות חברתיות שעל פיהן אנחנו אמורים לנהוג. הנורמות האלו יש מי שאומר שזה לצורך סדר/ צדק. מה זה המוסר? המוסר קובע נורמות של התנהגות. מה ראוי ומה לא ראוי, ומה אנחנו מצפים. שאנשים יתנהגו על מה שראוי. ההבדל שבין המשפט למוסר הוא שנורמה משפטית היא נורמה מחייבת ע"פ חוק ואם מישהו מפר את הנורמה יש סנקציה ממוסדת שמופעלת ע"י המדינה, ולעומת זה- כאשר מדובר בהפרה של כלל מוסרי, יכולה להיות סנקציה אבל הסנקציה בשורה התחתונה היא סנקציה חברתית.

בגדול- שניהם קובעים לנו נורמות של התנהגות.

השאלה הנשאלת היא- מהו היחס שבין המשפט והמוסר? מהו המקום שיש למוסר בתוך המשפט?

מהו הבסיס למשפט? איך נקבעו הנורמות המשפטיות? - ע"פ המוסר. והמוסר נקבע ע"פ דת. האיסור של ההומוסקסואליות- המקור הוא דתי. בשלב מסוים המקור הדתי הפך להיות בסיס לערך מוסרי, בשלב מאוחר הערך הזה קיבל עיגון משפטי. התייחסות למוסר יש בכמה חוקים- חוק אימוץ ילדים, חוק הירושה. הסוגיה המעניינת ביותר קשורה לחוק החוזים. בס' 30 החוק אומר שאם יש חוזה שהוא לא חוקי, לא מוסרי או נוגד את תקנת הציבור- חוזה כזה הוא בטל. שני אנשים חתמו על חוזה, אחד הצדדים טוען שהחוזה הוא לא מוסרי ולכן הוא בטל. השאלה היא כיצד בימ"ש יקבע מה מוסרי ומה לא מוסרי? במילים אחרות- מהם הקריטריונים שעל פיהם בימ"ש יחליט האם דבר הוא מוסרי או לא. אפשרות אחת- היא לבוא ולהגיד, מאחר והמחוקק בחוק החוזים לא הגדיר מה זה מוסרי, המשמעות היא שכל שופט שהתיק בא לפניו יחליט ע"פ תפיסת עולמו האם החוזה המסוים הזה הוא מוסרי או לא מוסרי. הבעיה היא- שאתה לעולם לא יכול לדעת מה יחליט בימ"ש כי כל שופט יחליט ע"פ תפיסת עולמו. האפשרות השנייה- היא לבוא ולומר שכדי להחליט מה מוסרי או לא מוסרי, בימ"ש צריך לאמץ את תפיסות העולם החברתיות. כלומר, בימ"ש צריך לשאול את עצמו האם התנהגות כזאת נחשבת כלא מוסרית ע"פ החברה הישראלית. הקושי הוא, איך השופט יכול לדעת מה באמת תפיסות החברה בענייני מוסר. פרופ' רובינשטיין שדן בשאלה הזו- מסקנתו היא שהשופט צריך לשפוט ע"פ התפיסות החברתיות אבל השופט יכול להסתמך על האינטואיציה שלו והוא לא צריך לקבל הוכחות או ראיות מהי התפיסה החברתית ביחס לשאלה מה מוסרי ומה לא. (אחת הבעיות הקשות ביותר והביקורת הגדולה כלפי אהרון ברק הייתה העובדה שהוא אימץ תפיסות עולם שלו והוא טען שאלו תפיסות העולם של החברה הישראלית).

פס"ד ע"א 337/62 רייזנפלד נ' יעקובסון: מה שקרה במקרה הזה- היה גבר נשוי שפגש אישה רווקה. לגבר קראו רייזנפלד ולאשה יעקובסון. האדון הבטיח לה שישיר שיתגרש לאשתו הוא יתחתן איתה. גבר נשוי מבטיח נישואין לאישה רווקה כעבור כמה זמן הגברת יעקובסון ראתה שהוא לא מתגרש מאשתו וכנראה גם לא עושה מאמצים גדולים כדי לתת את הגט, והיא אמרה לו שהיא רוצה להפסיק את הקשר בניהם. הוא אמר לה שהוא יקנה דירה וישלם עבור הדירה, הדירה תירשם על שמך וזאת תהיה ההוכחה שאני רוצה להתחתן איתך. אכן הדבר קרה. נקנתה הדירה. כעבור כמה חודשים היא ראתה ששום דבר לא קורה ואין גט, אז היא הלכה והחליפה את המנעולים בדירה ולא נתנה לו יותר להיכנס. הוא פנה לבימ"ש המחוזי בת"א - טען שהדירה היא שלו כי קנה אותה מכספו. ובנוסף, שהיא הבטיחה לו שאם לא יקרה בניהם שום דבר, היא תחזיר לו את הדירה. הליך נקרא פס"ד הצהרתי- ביקש לקבל פס"ד הצהרתי שהדירה שלו. באה האישה וטענה טענה מרתקת- הטענה שלה הייתה שכאשר גבר נשוי מבטיח נישואין לאישה רווקה זה מעשה לא מוסרי. כאשר הוא קנה את הדירה, קניית הדירה היא חלק מאותו מעשה לא מוסרי, ואם המעשה הוא לא מוסרי- אז כל החוזה הזה כאילו בטל, ואז ע"פ הכללים כאשר יש שני צדדים ששניהם בלתי מוסריים- ידו של התובע על התחתונה. השאלה שעמדה בפני הש' הייתה השאלה האם כאשר גבר נשוי מבטיח נישואין לאישה רווקה- האם יש בזה מעשה שהוא לא מוסרי. הש' במחוזי אומר שהוא בודק את שאלת המוסריות ע"פ התפיסות החברתיות. הוא הגיע למסקנה שבמדינת ישראל (1962) הבטחת נישואין של בר נשוי לאישה רווקה זה לא מוסרי- והתוצאה היא שהגבר הפסיד. הלך הגבר והגיש ערעור לבימ"ש העליון. בבימ"ש העליון

ישבו 3 שופטים. חיים כהן, זילברג, והשי וויתקון. זה היה הרכב בלתי רגיל. למה? כי השי חיים כהן היה אנטי דתי הכי גדול שיכול להיות. השי זילברג היה השי הדתי בבימ"ש העליון. באותם שנים השתדלו שכל פעם שיש הרכב- שיהיו שני שופטים דתיים. השי וויתקון היה אנטי דתי! השי חיים כהן והשי זילברג היו בדעה מעניינת משותפת. הדעה שלהם הייתה שלשופטי בימ"ש העליון לא יכולה להיות עמדה אישית באלה מה מוסרי ומה לא מוסרי. האופציה הראשונה שהשי ייתן ביטול לפיסת עולמו- ירדה. אין מצב ששופט ייתן ביטוי לתפיסת עולמו. האלטרנטיבה היא תפיסת העולם החברתית. הם אומרים שבמדינת ישראל המחוקק קבע שדיני האישות יהיו ע"פ הדין הדתי. הנורמה החוקית שמבטאת את התפיסות החברתיות של אזרחי ישראל בענייני משפחה- הוסכם שזאת תהיה הנורמה הדתית.

אז הם אומרים, שאם אני רוצה לדעת האם התנהלות בחום דיני המשפחה היא מוסרית או לא, אני צריך לראות מה המשפט הדתי אומר על זה, כי המחוקק כבר גילה לנו שהאזרחים בישראל קיבלו את ההכוונה של המשפט העברי. גם השופט חיים כהן וגם השי זילברג מסכימים שהשאלה שבימ"ש צריך לשאול את עצמו הוא מה אומר המשפט העברי ביחס למצב האישי של אדם נשוי ואישה רווקה. השי חיים כהן אומר שע"פ המסורת/ המשפט העברי, אין שום בעיה שלאדם יהיו פילגשים. עובדה שלחלק גדול ממלכי ישראל היו פילגשים, ולכן- ע"פ התפיסה של המשפט העברי- אין שום בעיה שלאדם מסוים יהיו פילגשים, ולכן כאשר גבר נשוי מבטיח נישואין לאישה רווקה אין בכך שום בעיה, ולכן הגבר זכאי לדירה. השי חיים כהן מנסה להוכיח את התזה שלו ממקור מעניין. "האומר לאישה הרי את מקודשת לי לאחר שתמות אחותך, אינה מקודשת". הוא אומר זאת לגיסתו. אדם לא יכול לשאת את אחות אשתו כל עוד האחיות שתייהן בחיים. אפילו אם אדם מגרש אישה- הוא לא יכול להתחתן עם אחותה. אדם אומר לגיסתו הרי את מקודשת לי לאחר שתמות אחותך- המשנה אומרת שזה לא תקף. ע"פ ההלכה, אין מושג שנקרה חווים עתידיים. אם אני רוצה לעשות עסקה עם מישהו, אני יכול לעשות רק על דבר שכרגע נמצא בעולם ויש לי אפשרות לבצע את זה. אם הדבר לא נמצא כרגע בעולם, כלומר אם אני רוצה לא יכול לבצע את הדבר הזה, אז העסקה הזאת לא יכולה להתקיים. נקרה לפי ההלכה "דבר שלא בא לעולם". השי חיים כהן אומר שאף אחד מהפרשנים לא כותב שמדובר בעסקה לא מוסרית. אם אין בכך בעיה מוסרית, אין בעיה שאדם יגיד לאישה הרי את מקודשת לי, אחרי שאתן גט לאשתי. אם המשנה לא רואה בהבטחה כזאת עניין לא מוסרי, אז כך גם במקרה שלנו לא מדובר במקרה לא מוסרי. חיים כהן טועה. חוק החוזים בא ואומר הסכם שהוא לא חוקי, לא מוסרי ונוגד את תקנת הציבור הוא בטל. הטענה של אי חוקיות היא הטענה הקלה ביותר להוכיח. והחזקה ביותר. כשהפרשנים לא כתבו שיש בעיה של אי מוסריות, זה לא אומר שהחווה הזו היא מוסרית, אבל ברגע שהם הגיעו למסקנה שהם הגיעו להסכם שהוא לא חוקי, הם לא צריכים להביא שום דבר אחר. בא השופט זילברג, והוא אומר שע"פ תפיסת העולם בעם היהודי הערך של המשפחה הוא ערך יסוד. אדם נשוי שמציע נישואין לאישה רווקה פוגע באישה רווקה ולכן מדובר בחווה לא מוסרית ולכן הדירה שייכת לאישה. השופט ויתקון אומר שלבימ"ש – העמדה הפרטית של השופט לא רלוונטית להכרעה בתיק. כדי לדעת מה מוסרי ומה לא מוסרי, אני אמור לדעת מה החברה חושבת על הסיטואציה הזאת. האם החברה הישראלית ב1962 חושבת שהתנהגות כזאת היא מוסרית או לא מוסרית. השופט ויתקון אומר איך אני יכול לדעת מה מוסרי ומה לא מוסרי? החברה הישראלית היא חלק מהתרבות המערבית האוניברסלית, מי שיודע בישראל לזהות את הערכים המקובלים של החברה המערבית, זהו הציבור המתקדם והנאור. ותפקידו של בימ"ש העליון לתת ביטוי לערכים המקובלים על הציבור המתקדם והנאור. לדעתו הציבור הזה לא רואה שום בעיה בסיטואציה כזאת, קל וחומר כאשר היחסים עם אשתו מעוררים. זה שבמדינת ישראל הדין האישי הוא הדין הדתי, זה בגלל שהציבור בישראל יודע שהסדר הזה נוצר כדי לאפשר קואליציה של בן גוריון עם הדתיים. הם לא מאמינים בדין הדתי באמת. השופט ויתקון אומר- שמהחקיקה מהכנסת לא ניתן לזהות מהם העמדות באמת של הציבור. כי יש מקרים שבהם נעשים הסדרים והם לא מבטאים את רצון הציבור.

איך הציבור בישראל מגבש את דעתו?

יש מושג שנקרא מתווכי ידע. לדוגמא- איך אני יודע מה אופנתי או לא אופנתי? יש איזו דוגמנית שמעצבת את דעת הקהל ביחס לתפיסות האופנתיות. הרעיון הוא שאין לנו דעה אישית ביחס לאופנה, אלא אנו מגבשים את הדעה באמצעות מתווכי ידע. אותו הדבר קורה לנו בעניין המשפט. אנו מגבשים את עמדתנו ביחס למשפט ע"פ הפרשנים. אם אני רוצה לדעת מהם תפיסות העומק בהיבט המוסרי בחברה הישראלית, אני צריך לראות מה חושבים מתווכי הידע. אלו הם מי ששייך לציבור המתקדם והנאור. הציבור המתקדם והנאור הוא זה שמכתיב לחברה הישראלית את תפיסת הערכים של החברה. הציבור המתקדם והנאור הפך להיות סמל של לאן צועד המשפט הישראלי.

בפס"ד התוצאה הייתה שאין כאן בעיה של אי מוסריות, התיק חוזר לבימ"ש המחוזי ובימ"ש המחוזי יצטרך לבדוק האם באמת האישה הבטיחה לו להחזיר את הדירה והאם הבעל באמת שילם עבור הדירה.

בעקבות פס"ד התעוררה שאלה מעניינת- האם יכול להיות מצב שיש פער בין התפיסה המוסרית של בימ"ש לתפיסה המוסרית של המחוקק? זה קרה כאשר המחוקק בישראל הכיר בידועים בציבור. פירוש הדבר שאדם יכול להיות נשוי, הוא מנהל עם אישה משק בית משותף והיא טוענת שהיא הידועה בציבור שלו. מתעוררת השאלה האם אפשר לבוא ולומר שהמחוקק מכיר בידועים בציבור, האם יכול בימ"ש לבוא ולהגיד שבהתנהגות כזאת יש אי מוסריות? השופט קיסטלר היה בדעה שהתפיסות של המחוקק לא מחייבות את בימ"ש העליון. יכול להיות מצב שהמחוקק רואה התנהגות מסוימת כמוסרית, ויבוא בימ"ש העליון ויגיד שהוא רואה זאת כבלתי מוסרית. אל תבוא ותגיד לי שידועים בציבור זה מוסרי כי המחוקק קבע, אלא הוא קבע את זה נגיד כי הוא רצה שמרצ יהיו בקואליציה. הסבר נוסף של השופט קיסטלר- הוא אומר שכל הנושא של ידועים בציבור זה לא סטטוס חוקי.

פס"ד הבא הוא פס"ד בעניין רון נ' חזן:

מה שקרה שם- היה בחור שהיה לו קשר רומנטי עם בחורה, והוא הבטיח לה שהוא יתחתן איתה. לאחר כמה זמן התחרט ופירק את הקשר. אחר כך הקשר חודש שוב- ואמר שאם תיכנסו להיריון אנחנו נתחתן. היא נכנסה להריון ומידה הזמינה אולם חתונות, צלם, תזמורת. ואז הוא אמר לה שלהתחתן הוא לא רוצה, אך הוא מוכן לעזור לה לעשות הפלה. היא הגישה תביעה על הפרת הבטחת נישואין. יש בתביעה כזו שני ראשי נזק.

- 1- הנזק הספציפי- נזק שאני יכול להוכיח אותו באמצעות קבלות. למשל- כסף לצלם
- 2- הנזק הכללי-

השאלה שעלתה בבימ"ש היא לכמה כסף זכאית אותה הבחורה על הנזקים שנגרמו לה כתוצאה מהפרת הבטחת הנישואין. אין משקללים את הנזק? בא בימ"ש ונתן סכום מאוד גבוה. הלך הבחור והגיש ערעור לבימ"ש העליון ובבימ"ש העליון הורידו את הנזק בחצי. למה? בימ"ש העליון בונה בו קונספט מעניין. הוא אומר שכאשר אני מפרסם עלייך לשון הרע- לפי מה תתבע פיצויים? כמה אני אמור לפצות אותך? לפי המבייש ולפי המתבייש. היה פס"ד של בצלאל מזרחי נ' עיתון הארץ. מה שקרה שמה- היה כתב לענייני פלילי והוא בעיתון הארץ פירש את רשימת המנהלים המובילים של הפשע בישראל. בצלאל מזרחי מופיע ברשימה הזאת ולכן הוא הגיש תביעה כנגד העיתון. בימ"ש מגיע למסקנה שבצלאל מזרחי לא צריך להיות ברשימת 10 ראשי הפשע המאורגן בישראל. השופטת קבעה שמכיוון שבמילא אין לו שם טוב- קבעה לו פיצויים על סך 10 לירות.

במקרה של רון נ' חזן- בימ"ש העליון שגם בתביעות על הפרת הבטחה בנישואין צריך לפעול ע"פ אותו העיקרון. אני צריך לשקלל את המוסריות של האישה. בימ"ש קובע שהיא לא צדקת הדור, ולכן הפיצויים שהיא יכולה לקבל הם נמוכים יותר. פרופ' רות גבירזון אומרת שבשום מקום לא נקבע שמסירותו של התובע היא פונקציה בקביעת סכום הפיצויים.

פס"ד וקסנבאום- היה מקרה שחייל נהרג בצהליים. התפוצץ שם טיל ומשפחתו ביקשה שעל המצבה יכתבו את שם האחים של המנוח וביקשו שייכתב שנהרג מרשלנות. משרד הביטחון קבע שהכתובים הם אותו הדבר, יש כיתוב קבוע. באה המשפחה ואומרת שהיא רוצה שיהיה כתוב על המצבה תוספת. השי' ברק היה צריך להחליט האם זה נכון או לא נכון. טענת המשפחה הייתה שהכיתוב על המצבה זה חלק מהמושג כבוד האדם. מה זה כבוד האדם? החוק לא מגדיר זאת. השופט ברק אומר שהציבור המתקדם והנאור יודע מה זה כבוד האדם.

המשפט אומר מה המדינה קובעת לך- מה אתה חייב לעשות ואם לא תעשה את מה שאתה חייב, יש סנקציות, כלומר המשפט מטיל חובות. לעומת זה המוסר היא שאלה פנימית שאני מפנה אל עצמי, ואני שואל מה ראוי שאני אעשה. בהיבט הדתי יש חובה, ואילו בהיבט המוסרי יש לך ברירה.

היה מקרה, שאדם מסוים הייתה לו מטחנה באיזו סמטה. מטחנת קמח ויום אחד מופיע מישהו חדש ופותח על ידו עוד מטחנה. בא הראשון ומגיש תביעה, הוא טוען שהמטחנה החדשה לוקחת לו את הפרנסה. (היו שנים שגם בארץ לא יכולת לפתוח בית מרקחת אלא רק ממרחק מסוים). פס"ד קבע- שאסור לו לפתוח. אם יש במקום מסוים מטחנה, לזה שפתח ראשון יש את הזכות. היום רוצים לעודד תחרות.

לפי התלמוד- זה שהיה ראשון יש לו עדיפות. היה עוד מקרה שנפתח תלמוד תורה אחד ליד השני, ובמקרה זה מותר. אך מבחינה מוסרית- התוצאה צריכה להיות זהה. להלכה יש שיקולים שונים בין מטחנה, לתלמוד תורה. ההלכה הופכת את הסוגיות המוסריות לחוק. כלומר- אין מוסר מעבר להלכה. במילים אחרות- ההלכה בתוכה גם כוללת את השיקולים המוסריים. הפוזיטיביזם אומר שמה שמחייב זה החוק בלבד, לשופט אין שיקול דעת מעבר למה שהשפה מאפשרת. שיקול הדעת של השופט הוא מוגבל מאוד. הבסיס לטענה זו הוא כי המחוקק קבע בחוק את המכלול השלם של השיקולים, וכשבא בימ"ש ומנסה להפעיל שיקול דעת רחב על הנוסח של החוק, הוא למעשה משנה את האיזון שאליו הגיע המחוקק תוך כדי שקילת השיקולים הרלוונטיים. לכן נקודת המוצא

אומרת שכל מה שיש בחוק זה כבר כולל בתוכו את השיקולים הערכיים והמוסריים. במשפט הישראלי עיקר השאלה, הסוגיה בענייני מוסר היה מסביב לנושא של הפרת הבטחת נישואין בס' 30 לחוק החוזים. אחרי גלגול של 30 שנה בימ"ש מגיע למסקנה שבימ"ש לא מכריע בשאלות מוסר ובימ"ש קבע שיש ללכת ע"פ תקנת הציבור. בימ"ש לא רוצה לדון בשאלה אם זה מוסרי או לא, כי מה שנראה מוסרי בעיני אחד לא מוסרי בעיני אחר. בימ"ש מעדיף לדון בתקנת הציבור. נשאלת השאלה- מה זה תקנת הציבור?

בפס"ד פלונית נ' פלוני בימ"ש אומר שתקנת הציבור אלו הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים, אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולפתח. בא השופט ברק ואומר שתקנת הציבור אלו הערכים שהחברה רואה אותם חיוניים בזמן נתון. מי שקובע זאת זה בימ"ש.

הניסיון להבין איך אני מתמודד עם שאלת העקרונות עלה בפס"ד וקסנבוים נ' שר הביטחון:

הטענה המשפטית של המשפחה הייתה שהכיתוב המיוחד הזה הוא ביטוי לכבוד האדם. הם טענו נגד שר הביטחון שזה פוגע בכבוד האדם שלהם. בימ"ש העליון היה צריך הפעם הראשונה להחליט מהי המשמעות של כבוד האדם לפי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ברק אומר כי כבוד האדם הוא עיקרון מורכב. עיקרון משפטי פירוש הדבר כלל שאני לא נותן לו איסור ספציפי על מקרה ספציפי אלא הוא מקיף את כל המערכת. למשל- עקרון תום הלב. עקרון תום הלב זהו כלל מטרייה, אין לו הגדרה ספציפית, בימ"ש יחליט אם היה או לא היה תום לב. אומר הש' ברק, גם המושג של כבוד האדם זה לא מושג שאני יכול לתת לו משמעות מראש, ולהגדירו מראש, כי זה עיקרון- בכל מקרה שיגיע לבימ"ש ותעלה טענה של כבוד האדם בימ"ש יצטרך להחליט מהו כבוד האדם במקרה הנתון. המושג כבוד האדם זה מושג שבימ"ש צריך למלאו בתוכן.

כיצד יקבע בימ"ש במקרה מסוים מהו כבוד האדם? הש' ברק אומר שיש להתרחק מהניסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני. הוא רוצה להימנע מסיטואציה שבה כל שופט יכריע לפי גישתו הפילוסופית או לפי תפיסותיו. אין להפוך את כבוד האדם למושג "קנטיני". היה פילוסוף שקראו לו עמנואל קאנט. יש לו ספר ושם הוא דן בשאלה איך אני מקבל הכרעות בשאלות מוסריות. לשיטתו, אם יש לך דילמה מוסרית ואתה רוצה לדעת מה אתה צריך לעשות- תפעל כך כפי שהיית רוצה שכולם יפעלו. (האינפרטיב הקטגורי). תנהג כך, כפי שהיית רוצה שכולם ינהגו. השופט ברק אומר כי אין להפוך את כבוד האדם למושג קנטיני. כי אין לי וודאות מה יבחר כל אדם בהקשר של כבוד האדם. ובנוסף, אין לראות בכבוד האדם ביטוי של משפט טבעי. כי המשמעות של זה היא שאין ערך להיקשר החברתי. מסקנתו היא שהמושג כבוד האדם ייקבע ע"פ ההשקפות של הציבור הנאור בישראל.

בימ"ש רואה עצמו כמי שנותן ביטוי לערכים החברתיים. אבל, כאשר אני בא לתת תוכן לערכים החברתיים- מי שיועד לתת ערך להשקפות של הציבור הנאור הם בימ"ש. השופט ברק בנה מערכת של תפיסת עולם של אקטיביזם שיפוטי.

אחרי שהשופט ברק יצר את המושג של הציבור הנאור הוא למד שלמושג הזה יש מחיר, ולכן הוא ניסה להרחיב את המושג. הציבור הנאור הוא לא ציבור יהודי ולא לא יהודי, לא חילוני ולא דתי אלא זה מי שמשקף את מכלול הערכים הבסיסיים של החברה הישראלית. מי שנשאר זה = בימ"ש. אני רואה את השופט כמשקף חברתי, והוא מזהה את הערכים.

עבר עוד זמן והשופט ברק, עוזב את המושג של ציבור מתקדם ונאור ובמקום זה הוא עובר למושג חדש שנקרא **ערכי היסוד של השיטה המשפטית**. אני רואה את השופט כמשפטן. בימ"ש מזהה את הערכים של החברה ע"פ מה שמוטמע בחקיקה.

השלב הנוסף הוא מדינה יהודית ודמוקרטית. ב1992, נחקק חוק כבוד האדם וחירותו והמחוקק קבע שערכיה של החברה הישראלית הם ערכים יהודיים ודמוקרטיים. כשאני אומר מדינה יהודית ודמוקרטית, החוק קובע שהערכים של מדינת ישראל הם יהודיים ודמוקרטיים.

איך אני מקבל החלטות בסוגיות מוסריות?

איך אני יודע מה לעשות? אך אקבל את ההחלטה? מה מיוחד בדילמה המוסרית? כאשר מדובר בדילמה מוסרית חייבת להיות תמיד הנמקה. לדוגמא: שני אנשים הולכים במדבר ויש רק מימייה אחת שיכולה להספיק רק אחד. והבן אדם, בעל המימייה שואל האם לשתות, לתת לשני או להתחלק. שניהם יודעים שאם יתחלקו שניהם ימותו. ההנמקה הראשונה – תן לשני לשתות שלא יקרה שהשני ימות בגללך. רבי עקיבא אחרי זה אמר- חייד קודמים לחיי חברך. הראשון שעסק בסוגיה הזאת היה סוקראטוס. היה מקרה- סוקרטס היה מסתובב באתונה והיה שואל שאלות. הוא אף פעם לא נתן תשובות. הוא היה מעמיד בפני אנשים את הדילמה, את הצורך לקבל החלטות. השאלות הללו היו מעוררות את הצעירים, והשלטון ביוון לא אהב את השאלות של סוקראטוס. העמידו אותו לדין והאשימו אותו בזלזול באלים ובהשחתת הנוער באתונה. העמידו אותו לדין- היו לו 501

שופטים. הגישה ביוון הייתה שהיו מחליטים אם אתה אשם או לא, ואז את העונש הנאשם היה אמור לבחור לעצמו. אסור לו לבחור עונש קל מידי, ולא שווה לו לקחת עונש קשה מידי. הוא אמר שאתם מעמידים אותי על לא עוול בכפי, ובית הדין החליט שיש להורגו. היו מוציאים להורג באמצעות ספינה שהיה בה כוס רעל. בלילה לפני שהייתה אמורה להגיע הספינה, נכנס לתוך התא תלמיד שלו שקראו לו קריטו. הוא שיחד את השוטרים ונכנס לתא שלו וכל הלילה קריטון מנסה לשכנע אותו לברוח מהכלא. הוא נותן מסי' נימוקים - בימ"ש לא הגון, הוא משרת את השלטון, מה יהיה עם אשתך והילדים? כל אותו הלילה הם מתלבטים האם זה יהיה מוסרי או לא מוסרי לברוח מהעונש. סוקרטס נותן לנו כמה יסודות חשובים בקשר לקבלת החלטת בדילמות מוסריות:

- 1- דילמה מוסרית אף פעם אל תקבל את ההחלטה בהתבסס על הרגש כי הרגש תמיד מטעה. יש ללכת ע"פ התבונה.
- 2- אם אתה רוצה לקבל הכרעה בדילמה מוסרית, תהיה צמוד לעקרונות שתמיד האמנת בהם, ואל תשנה את העקרונות שלך רק בגלל שברגע מסוים זה לא מתאים לך. תהיה אדם ישר והגון. אל תהיה גמיש מידי.
- 3- לעולם כאשר מדובר בדילמה מוסרית, אל תלך ע"פ דעת הרוב. עצם העובדה שהרוב חושב דבר מסוים, זה לא הופך אותה לאמיתית ונכון. אלא אתה צריך לקבל את ההכרעה ע"י מי שמבין ויודע לקבל הכרעות בדילמות מוסריות ואלו הם הפילוסופים.

ההכרעה צריכה להיות ע"פ העיקרון המוסרי העליון שלו שאומר - בשום מקרה אל תעשה עוול. גם אם עשו לך עוול. הוא יעשה שוב עוול.

אם אני לא מקיים פס"ד זה יהיה הוגן שאני גם אכיר בזכותם של אחרים לא לקיים פסקי דין. המדינה תתפרק כתוצאה מזה. אז גם אם אני חושב שגרמו לי עוול - אני לא יכול לגרום עוול.

הוא אומר שהמדינה עושה רק טוב - אם אגרום להתפוררות המדינה אני למעשה גורם עוול.

יש עיקרון "הסכמים צריך לכבד" - אם אני גר במדינה מסוימת - עליי לקיים את חוקי המדינה. לציות לחוקים, אם אני לא מציית, אני מפר את ההסכם שיש לי עם המדינה.

המשמעות של מדינה יהודית ודמוקרטיה:

מאז קום המדינה לא היה ניסיון להגדיר את ערכיה של מדינת ישראל. אף אחד לא ירד לעומק העניין. ב-1922, כשנחקקו חוקי היסוד החליטו להתמודד עם השאלה הזאת. למה דווקא אז? מה זה מהפכה חוקתית? המשמעות של כך היא שחוקי היסוד אמורים להיות למעשה החוקה של מדינת ישראל. הרעיון היה לייצר איזושהי מערכת חוקים שתהווה למעשה אלטרנטיבה לחוקה. בשום מקום בעולם אין מצב שבימ"ש הוא זה שמחליט על חוקה. החוקה היא בד"כ נוסח שמובא לאישור העם, ואם העם מאשר את הנוסח זוהי החוקה. בישראל רצו לעקוף זאת ובאו ואמרו שאני מוכרח לתת לחוקי יסוד אפיון חוקתי. לקחו את חוק כבוד האדם וחירותו וקבעו שערכיה של מדינת ישראל הם ערכים יהודיים ודמוקרטיים. המושג הזה הוא חוקתי.

מה החידוש/ השינוי הגדול במושג ערכים יהודיים ודמוקרטיים?

עד 1992 מדינת ישראל הייתה רק יהודית. התפיסה הייתה שמדינת ישראל היא הלאום של העם היהודי. חוק השבות היה האפיון העליון של מדינה יהודית. מאחר ומדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, כל יהודי באשר הוא זכאי לעלות לארץ ובאופן אוטומטי יקבל אזרחות. במדינת ישראל יש שני מסלולים נפרדים כדי לקבל אזרחות. מסלול אחד - חוק השבות. מסלול שני - חוק האזרחות, חל רק על אדם לא יהודי. בעקבות הכניסה של השי' רק לבימ"ש העליון החל מאבק ענק. המאבק הוא בין מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין מדינת ישראל למדינת כל אזרחיה. (יש לשנות למדינת כל לאומיה). כשיש מושג כזה בחוק, תפקיד בימ"ש הוא לפענח מה זה המושג אומר. איפה הבעייתיות? המושג המרכזי בדמוקרטיה הוא שוויון. ביהדות אין מושג שנקרא שוויון. מושגי היסוד בדמוקרטיה הם לא דומים למושגי היסוד בהלכה. נשאלת השאלה - איך ניתן לייצר את האיזון בין השניים?

יש לזכור שכבר בהקמת המדינה היה ברור שכאשר מדובר על יהדות לא מדובר על הלכה. במשך אלפי שנים הדת והלאום היהודי היו זהים. לפני 200 שנה נוצרה ההפרדה בתקופת ההשכלה. כשקמה מדינת ישראל היה ברור לגמרי שהכוונה היא מדינה יהודית אבל לא מדינה שמתנהלת ע"פ ההלכה. מה זה להיות יהודי מבלי להקשר ההלכתי? מהם הערכים היהודיים שנמצאים מעבר להלכה? כשנחקק חוק יסודות המשפט, באו ואמרו שכדי למלא לאקנה בימ"ש ישתמש בעקרונות של מורשת ישראל. אותו הדבר קרה ב-1922, כשנחקק חוק האדם וחירותו ושוב היה צורך להסביר מהם אותם הערכים. השופט ברק אמר - אם יש

סתירה, הערכים הדמוקרטיים גוברים, חוץ ממקרים שנקבעו בחוק, כמו נישואין וגירושין. לעומת השופר ברק, השופט איילון אומר שכאשר יש סתירה, יש עדיפות לערכים היהודיים. בפועל, השאלה לא הוכרעה.

באיזה מובן אפשר לאכוף תפיסת, עולם מוסריות באמצעות המשפט? האם יש למשפט תפקיד בקידום ערכים מוסריים? השופט תיאודור אור אומר, שהמשפט מכיר באוטונומיה של הפרט, זכותו של כל פרט לגבש את רצונו שנראה לו ע"פ טובתו והפרט הוא זה שמחליט מהי טובתו. – האוטונומיה של הרצון הפרטי. המשמעות של האוטונומיה של הפרט אומרת שכל אדם רשאי לעשות מה שהוא רוצה. מי אמור להבטיח את מינימום החופש של האדם? בימ"ש. המחוקק רוצה כמה שיותר כוח, האזרח רוצה לתת לו כמה שפחות כוח.

בא ג'ון סטוארט מיל, פילוסוף ידוע, ואמר שהמקרה היחיד שבו המחוקק יכול להתערב בחירות של הפרט הוא אך ורק באותם מקרים שבהם יש חשש לפגיעה בזולת. פגיעה בזולת היא אך ורק פגיעה בגופו או ברכושו של הזולת. במילים אחרות, המחוקק יכול רק להתערב באותם מקרים שבהם יש חשש שאדם מסוים יפגע ברכושו או בכוחו של הזולת. חוק העונשין בא ואומר לאדם- פעולות כך וכך אתה לא יכול לעשות- כי יש בכך פגיעה בזולת. כך גם חוק הנזיקין. חוק החוזים בא לעשות סדר שבלעדיו לא ניתן לנהל חיים תקינים. בשנות ה-60 באנגליה הוקמה וועדת וולפנדד. היא הייתה אמורה לבדוק האם יש מקום לבצע רפורמה בחוק הפלילי באנגליה ולהוציא מתוך חוק את כל הסעיפים שנוגעים לאיסור בזנות והומוסקסואליות. ההבנה הייתה שעבירת ההומוסקסואליות וגם האיסור בזנות אין בהם נזק לזולת אלא הבסיס הוא לא מוסרי. המסקנה הייתה שיש לבטל את עבירת ההומוסקסואליות אלא באותם מקרים שזה נעשה בכפייה או שאחד מן הצדדים הוא קטין. ההמלצה הייתה להוציא את העבירה מספר החוקים. ביחס לזנות קבעו שאין איסור על כך ובלבד-

א'- יש איסור על עשיית רווחים – איסור סרסרות
ב'- לא ניתן לעסוק בזנות באותם מקומות שהעיסוק הזה עלול להוות מטרד לציבור

בעקבות התיקון לחוק, כל אלו שעסקו בזנות עברו לעבוד בבתים. ואז קרה דבר מעניין. בא בן אדם בשם show ופרסם ספרון, ששם הייתה הפנייה לאותם זונות עם כתובות, התמחות, ומספרי טלפון. הספרון היה להיט. העמידו אותו לדין, בעבירת השחתת המוסר הציבורי. הוא טען בבימ"ש שלא יכול להיות מצב שהעיסוק בזנות לא מהווה עבירה, אבל אם אני נותן פרסום של מי שעוסק בזה זה כן עבירה. היה וויכוח ענק בשאלה האם יכול להיות מצב שהתפיסה המוסרית של בימ"ש תהיה מחמירה יותר מהתפיסה המוסרית אצל המחוקק? המסקנה של בית הלורדים הייתה, מאחר ובית הלורדים הם השומרים על המוסר, המחוקק נתן להם את הסמכות לקבוע מהי השחתה מוסרית. ולכן אם המחוקק היה הולך עד הסוף, היה צריך גם לבטל את הס' הזה. מאחר והמחוקק השאיר את הס', ניתן לבית הלורדים לקבוע מהי השחתה מוסרית. בעקבות פס"ד הזה של בית הלורדים התפתח וויכוח מעניין באנגליה בין שניים. אחד הוא פרופסור ארט, שהיה פרופסור לפילוסופיה של המשפט לבין הלורד דבלין. ארט אומר שע"פ שיטתו של ג'ורג' סטיוארט מייל לא ניתן לכפות מוסר על אזרחים באמצעות המוסר. הוא הבדיל בין מוסר נוהג לביקורת.

מוסר נוהג- אותם הנורמות שמקובלות בחברה בזמן מסוים.

מוסר ביקורתי- הייתי רוצה שהחברה תתנהג באופן מסוים.

אם בזמן מסוים החברה חושבת שהומוסקסואליות זה דבר לא מוסרי, אז בימ"ש יכול לקבוע שהתנהגות כזאת היא עבריינית. המחוקק יכול לתת ביטוי למה שהחברה רואה כהתנהגות בלתי מוסרית, אבל לעולם החברה לא יכולה להשתמש במשפט כדי לקדם תפיסות או עמדות מוסריות שהמחוקק או בימ"ש חושב שהחברה צריכה להתנהג לפיהם. אם המחוקק חשב שהזנות איננה עבירה, הוא אומר שהתפיסות החברתיות השתנו, אז אני לא יכול באמצעות עבירה של השחתת המוסר הציבורי לבוא ולהעמיד אותו לדין על שפירסם את הספרון.

מולו היה הלורד דבלין. הוא אומר מה זאת חברה? האם אני יכול לבוא ולהגיד שמה שייצר את מדינת ישראל או מה שמבטא את ההסכמה לחיות במדינת ישראל זה ההגנה על הביטחון האישי ועל הרכוש? הלורד דבלין אומר שלא. הוא טוען שאם אני מסתכל בהיסטוריה של האנושות, האימפריות הגדולות ביותר בהיסטוריה מעולם לא קרסו מסיבות ביטחוניות אלא הייתה קריסה מוסרית והיא זו שגרמה לאובדן הנוכחות להילחם ואז היה ניתן להכריע את אותן המדינות בקלות. הבעיה האמיתית היא הבעיה של התפוררות מוסרית. כאשר המחוקק וכאשר בימ"ש מגנים על הערכים והמוסר, הם עושים זאת כדי לשמר את הביטחון האישי ואת ההגנה על הפרט. כאשר אני מגן על הערכים אני מגן על הפרט.

השאלה לגבי אכיפת המוסר עלתה בישראל בכמה הקשרים. אחד ההקשרים היה בפס"ד אלנה תורגימן. הייתה שאישה אחת הועמדה לדין כי היא פתחה בית זונות. השופט חשין אומר שכאשר יש מצב שאדם מנצל מצוקה של אדם אחר, בימ"ש צריך להגיד דבר ברור. אולם, בחברה מתירנית קשה מאוד לאכוף נורמות מוסריות

באמצעות המשפט. דיון נוסף בסוגיה היה בפסי"ד של מרגלית הר שפי- העמידו אותה לדין כי היא הייתה צריכה להבין שיגעל אמיר ינסה לרצוח את ראש הממשלה והיה עליה ללכת למשטרה. השופט טירקל אומר – האם נורמה מוסרית תמיד צריכה להישאר בתוך הדיון המוסרי, או שאני יכול לבוא ולומר שאני באמצעות המשפט יכול לכפות נורמה ערכית.

שאלה מעניינת היא האם בימ"ש אמור להכיר במושג שנקרא מוסר עסקי. למשל- תום לב. האם אני מצפה שחוזה יתנהל באופן מוסרי עסקי.

מהי מהותו של המשפט? כל אדם באשר הוא אדם רוצה להשיג או לממש אי אלו שהם מטרות וערכים. זה נכון לגבי כל אדם ובכל זמן. מאחר וכל אחד מאתנו מתקשה לעשות זאת לבד, אז אנו מתארגנים בקבוצות ותפקיד הקבוצה הוא לקדם את המטרות של אותה הקבוצה.

מאחורי המטרות האלו עומדים ערכים. אלו יכולים להיות ערכים מוסריים, דתיים, לאומיים.. ערכים מכל סוג. ואז אנו חיים בתוך מסגרת מדינית שבה כל קבוצה רוצה להגשים את המטרות הספציפיות שלה. מאחר וברור לנו שאף אחד מהן לא יכולה להגשים את מלוא המטרות שלה, על אחת כמה וכמה כשמדובר במטרות קיצוניות, ברור לכולם שצריך להתפשר. החוק הוא בסופו של דבר פשרה.

האם ניתן לממש ערכים דתיים באמצעות החוק? בתרבות המערבית יש קושי גדול במימוש של ערכים מוסריים באמצעות החוק משתי סיבות.

1- סוגיות מוסריות הן סוגיות שתמיד מצויות במחלוקת. בשום מקום בעולם אין הסכמה ביחס לשאלה מה מוסרי ומה לא מוסרי.

2- כבר 200 שנה שולטת התפיסה של ג'ון סטיוארט מיל שכתב את הספר "על החירות", ושם הוא כותב טענה מרתקת- אנחנו הסכמנו כולנו לחיות במסגרת מדינית שהמשמעות שלה היא וויתור על זכויות יסוד שלנו, הסכמנו לעשות זאת בתנאי אחד, שאתם תגבילו באופן מינימלי את החופש שלי. והתנאי היחיד להגבלת החופש היא גרימת נזק לזולת, כל עוד אין גרימת נזק לזולת אסור לפגוע בחופש שלי. לפני קום המדינה היה מצב טבעי, מצב נהדר- כי כל אחד יכול לעשות מה שהוא רוצה. אף אחד לא יכול להגביל אדם אחר. בשלב מסוים המדינה קמה, והמשמעות שלה היא שאנחנו האזרחים הסכמנו לוותר על החופש האבסולוטי שלנו שהיה במצב הטבעי, עשינו זאת כדי להגן על הביטחון האישי שלנו ועל הקניין, אך לא הסכמנו לוותר על החופש שלנו מעבר למה שצריך כדי להגן על הזכויות הקנייניות והביטחון שלנו.

לתוך המערכת הזאת נכנס בימ"ש. תפקידו – הוא הנציג שלנו האזרחים. התפיסה היסודית של המשפט, השופטים היו נציגים של השלטון/ המחוקק לצורך אכיפת החוקים ולפתור סכסוכים. בימ"ש רואה את עצמו כמייצג את האזרחים, אך רוב האזרחים לא רואים שבימ"ש מייצג אותם. ברגע שיש תחושה למחוקק שבימ"ש נחלש, זה נותן לו לגיטימציה ללכת מולו בבימ"ש. התפיסה הייתה, שמאחר והחוק הוא פשרה לאומית, השופטים לא צריכים להתערב בפשרה הזאת. בימ"ש לא יכול לשקול את כל השיקולים ששוקלים בהגעה לפשרה. בשלב מסוים, ב1972, באה רוח חדשה לבימ"ש העליון. בימ"ש העליון אומר, שאתם לא תוכלו להגיע לשום פשרה בלי שאן תוקף לפשרה שלכם, ואם אני מגיע למסקנה שהשרה לא נכונה, אני אתערב בה ולא אתן לכם לממש אותה. השופט ברק אומר, שצריך להביא אלי את נוסח הפשרה, ורק אם אתן תוקף לפשרה היא מחייבת.

שאלת הפטרנליזם:

פטרנליזם פירושו, באיזה מידה המחוקק רשאי לחוקק חוקים לטובתו של הזולת. בא מהמילה פטר = אבהות. האם בימ"ש יכול לחוקק חוקים שבאים "להגן" על הפרט מפני הציבור. משנתו של ג'ון סטיוארט מיל הייתה שלא ניתן לחוקק חוקים אלא רק במקרה של חשש מפני פגיעה בזולת. ולכן חוקים שנוגעים לפרט עצמו, זה לא עניינו של בימ"ש.

יש שתי גישות ביחס למהותו של האדם:

- 1- האדם הוא רע מנעוריו. ולכן תפקיד החוקים הוא לבער את הרוע. בני האדם הם אינם רציונליים. היצרים והתאוות מכתיבים את ההתנהלות של בני האדם ולכן יש צורך בחוקים.
- 2- האדם הוא טוב מנעוריו. הוא רציונלי. אדם יודע לזהות מה טוב ולא טוב. אפילו כשבן אדן מבצע מעשה רע, הוא יודע שהוא עושה משהו רע. אני לא צריך שהחוק יגיד לי זאת. ולמה הם בכל זאת עושים משהו רע? כי התאוה השתלטה עליהם בזמן מסוים. זוהי דעתו של ג'ון סטיוארט מיל, לפיו אני לא צריך לחוקק חוק שאסור לנהוג תחת השפעת אלכוהול- כי האדם מבין את משמעות המעשה. פרופ' הרט אמר

יש אנשים בעולם שהם לא מסוגלים לנהוג לעצמם, הם לא יודעים מה נכון או לא נכון ולכן עבורם יש צורך בחוקים.

במשפט הישראלי- היא התפיסה של הרט. כל האנשים הרציונליים יעשו מה שטוב, אך מותר לי באמצעות תקנה לחוקק חוק כדי להגן על אותם האנשים.

שאלה מעניינת הייתה- מה קורה במקרה שיש מסעדה בחיפה ובמסעדה מתנהל גם סוגי הימורים. עיריית חיפה לא הסכימה לתת רישיון עסק לאותה המסעדה, הטענה הייתה שבמסעדה יש מערכת של הימורים ודבר זה פסול, כי אנשים מתמכרים לכך, ובסופו של דבר אנשים מפסידים הרבה מאוד כסף. האם רשות מקומית יכולה להחליט שהיא לא נותנת רישיון עסק לעסק שעוסק בהימורים? הטענה היסודית היא פטרנליזם- בעל העסק יטען שהאנשים שבאים לעסק יודעים מה הם עושים, וזה לא עניינו של אף אחד להתערב. העירייה טען שבסופו של דבר, האדם שמפסיד את כספו, משפחתו הופכת להיות נטל על הציבור. אני דואג לחברה שתצטרך לממן את משפחתו של המהמר.

מדינת ישראל היא מנהלת ההימורים המדינה ביותר, אך לבעל העסק אסור: ההימורים של המדינה מתנהלים בפיקוח, וההימורים במסעדה מתנהלים לא בפיקוח. בימ"ש אישר את אותם הבקשות לסגירת מקומות ההימורים.

הסוגיה הבאה- האם יש מקום לפטרנליזם במשפט הפרטי?

פס"ד המוביל הוא פס"ד בעניין בית יולס- אם אני מפרסם מודעה, מישהו יגיד לי אם למכור או לא למכור?

לפי השופט ברק- גם במשפט הפרטי ניתן ליישם פטרנליזם, אם פנית לציבור.

לפי השופט מנחם אלון- אי אפשר ליישם במשפט הפרטי פטרנליזם.

הדוגמה הבאה- פס"ד מעיין. אדם שהיה חולה סופני. כל הרופאים באו ואמרו שאין לו סיכוי. יום אחד בא אליו מישהו ואמר לו- שיש לו תרופה שיכולה להצילו, אבל מצד שני היא יכולה גם לקצר את חייו. ואז הוא בא לרופאים שלו בבית"ח והוא ביקש לתת לו את אותה התרופה. הרופאים אמרו שבבית"ח לא נותנים תרופות שלא עברו את אישור משרד הבריאות. הוא אמר להם מה זה משנה אם אמות בעוד חודש או שבוע? תתנו לי. הרופאים אומרים לו אין בעיה- אם אתה רוצה לקחת את התרופה- נשחרר אותך הביתה וההוא ייתן לך את התרופה. הוא הגיש בג"ץ. החוק דורש הסכמה מדעת לטיפול רפואי, והוא טוען שיש הסכמה מדעת. התיק הגיע לבימ"ש העליון, והטענה היא שבכך שהרופאים לו נותנים לו את התרופה זה פטרנליזם. בימ"ש העליון כותב פס"ד מעניין. בא השופט נתניהו ואומר- שבימ"ש העליון לא יכול לראות לנגד עיניו אך ורק את המקרה הפרטי הזה, כאן יש סימפטיה מאוד גדולה לבן אדם שעומד למות, אך בימ"ש העליון לא יכול לתת פס"ד שהמשמעות שלו היא מרחיקת לכת. זה הופך להיות תקדים ואין לכך סוף. מאחר ופס"ד של בימ"ש העליון מחייב את כולם, אין ברירה אלא לקבוע לפי טענת ביה"ח.

המקרה הבא- פס"ד קורטס- היה חשוד שהשוטרים רדפו אחריו. הוא היה חשוד בסחר בסמים, כשהוא ראה שהשוטרים מתקדמים, הוא בלע את השקית. הביאו אותו לבית המאסר והרופא קבע שהוא בסכנת חיים. הוא בא ואומר- אני לא מוכן שיעשו לי ניתוח. ע"פ החוק לא ניתן לעשות טיפול פולשני ללא הסכמת החולה. מה קורה במקרה הזה? טענתו היא שאם אני רוצה למות אל תתערבו, טענת הפטרנליזם. בימ"ש העליון אומר שאנחנו רוצים לתת עליונות לאוטונומיה של הפרט, אבל האסיר הזה באמת רוצה לחיות. רצונו האמיתי זה לחיות, הוא חושש שהשקית תהפוך לראיה נגדו על החזקת סמים. בימ"ש אומר שזה דווקא פוגע באוטונומיה שלו, כי הוא באמת רוצה לחיות. כל הרעיון של הפטרנליזם זה להגן על רצונו של הפרט, במקרה שלנו ברור שהוא רוצה לחיות.

פס"ד נוסף הוא פס"ד רוזן- היה אדם יהלומון ושר המסחר והתעשייה הוציא תקנה שקובעת שכל משלוח של יהלומים צריך להיעשות ע"י הובלה אווירית בלבד. לא באמצעות הדואר. למה? הטענה הייתה שיש גנבות של יהלומים. בא אחד בשם חיים רוזן והגיש בג"ץ, וטענתו הייתה פטרנליזם. מה אכפת למישהו איך אני שולח את היהלומים שלי? אם יגנבו זאת בעיה שלי. היה וויכוח בין השופט חיים כהן לשופט ברק. השופט חיים כהן אמר שחקיקת פטרנליסטית ניתן לעשות אותה רק כאשר אין פיתרון אחר, במקרה שלנו יש פיתרון. אם יש גנבות של יהלומים מה קורה? עלויות הביטוח יעלו, אותו יהלומון יחליט לשלוח באמצעות משלוח אווירי מאובטח במחירים נורמליים, ולכן בכל מקרה הדבר הזה יקרה, למה אני צריך לדאוג לאותם יהלומנים לא נורמליים שעושים אחרת? אין הצדקה להתערבות.

בא השופט ברק ואומר שזה התפקיד של השר, אם יש סיטואציה שבה יש מכת מדינה שגונבים יהלומים, תפקיד המדינה היא להילחם במכה של הגניבות, ואם כדי לעשות זאת צריך להכריח את אותם אנשים לעשות משלוח אווירי, צריך לעשות את זה.

פס"ד בעניין ריגז נ' פלמרק- זה פס"ד מארה"ב משנת 1982. מה שקרה שם- היה סבא שאם הסבא בדירה בבית גם הנכד שלו שהיה בן 16. הסבא כתב צוואה, ובצוואה הוא השאיר את החווה שלו לנכד. בשלב מסוים הסבא התחתן עוד הפעם והוא הבטיח לאשתו החדשה שהוא ישנה את הצוואה וירשום את החווה על שמה. הנכד הלך והרעיל את הסבא, והוא הורשע ברצח. במקביל הוא פנה לבימ"ש בבקשה לקיים את הצוואה. בערכאה הראשונה- בימ"ש קבע שהנכד יקבל את הבית ויש לקיים את הצוואה ככתבה וכלשונה. מה ההיגיון? הביס הוא הצוואה. אם החוק לא נותן לי עילה לבטל את הצוואה, הצוואה תקפה. החווה אמורה לעבור לנכד. מה המשמעות של פס"ד? יש קטגוריה שנקראת מוסר, יש קטגוריה שנקראת משפט, אם יש סיטואציה של סתירה בין המוסר למשפט, לבימ"ש אין אלא את המשפט, החוק בלבד. במילים אחרות- בימ"ש לעולם לא יכול לתת ביטוי לערכים שנמצאים מעבר לחוק.

א'- יש פה תפיסה שאומרת שאין מוסר אבסלוטי, ולכן אל תתלבט ע"פ שיטות המוסר האישיות שלך, אלא לפי מה שכתוב בחוק.

ב'- אם אני בא ואומר שהתוצאה החוקית מביאה לתוצאה לא מוסרית, מה שאני אומר זה שהמחוקק לא מוסרי.

אל תחשוב שהחוק מנותק מפיסת עולם מוסרית, אלא המחוקק נתן ביטוי לתפיסת עולמו שלו שמבטאת את המוסר הציבורי.

על ההחלטה הוגש ערעור לבימ"ש בערכאה גבוהה יותר, ושם היה וויכוח מעניין בין השופטים. דעה אחת אמרה שלא יכול להיות מצב שאדם על אותו מעשה ייענש בעונש כפול. יש פה את המימד הפילי- על הביצוע של הרצח, הוא קיבל מאסר עולם, אני לא יכול במקביל על אותו מעשה גם להטיל עליו סנקציה ממונית שאומרת שאתה לא תקבל את הירושה שהיית אמור לקבל ע"פ הצוואה. (דעת מיעוט)

דעת הרוב אומרת שאם בסיטואציה הזאת אני מאפשר לנכד לזכות בצוואה, אני מגיעה לתוצאה שהיא בלתי סבירה. תוצאה בלתי סבירה- פירוש הדבר, זה לא שש' החליט שבעיניו זה לא סביר, אלא מדובר על החלטת הציבור. הציבור היה אומר שמדובר בתוצאה בלתי סבירה, וזה אומר שהמחוקק לא נתן ביטוי לתפיסות המקובלות בעיני החברה. מזה נובע דבר נוסף, בימ"ש אומר שכאשר שופט יושב לדין, הוא לא כבול אך ורק לחוק, אלא שופט שיושב בדין יש מעליו גם ערכים אוניברסליים שמקובלים ע"י הציבור. (משפט טבעי). עד פס"ד הזה היה ברור ששופט לא יכול לשקול שיקולים נוספים, מקסימום בימ"ש יכול לתת פרשנות מרחיבה.

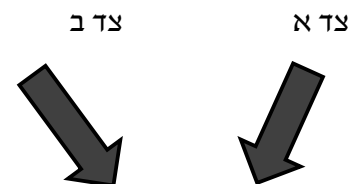
בימ"ש אומר שלא מדובר בהטלת עונש נוסף, אלא הוא רוצה לקבוע שאדם לא יכול ליהנות מהפירות של המעשה פשע שעשה.

על פס"ד התפתח עיסוק גדול, שאלת היחס בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת. דעת המיעוט אמרה שלעולם הרשות השופטת לא יכולה להיכנס לתוך עבודתה של הרשות המחוקקת. דעת הרוב אומרת שעם כל הכבוד לרשות המחוקקת, יש סיטואציות שבה הרשות השופטת כן יכולה להתערב.

ברגע שאני אומר שיש קו תיחום ברור, כל אחד יודע את גבולות הגזרה שלו. ברגע שקו לא ברור, אתה לא יכול לדעת איפה הנגיסה, וזה יוצר מתח בין הרשויות. פס"ד עורר וויכוח עצום בשאלת גבולות הגזרה. בעקבות פס"ד נוצרו שתי דעות איך להתמודד עם כך :

1- דעת פרופ' הרט- כאשר יש חוק, החוק יש לו ליבה, והחוק יש לו מעטפת. הליבה של החוק זה היסוד הבסיסי ביותר של מה שהחוק רוצה להסדיר. אבל מאחר והחוק עמום, מסביב לחוק יש סוג של מעטפת. החוק אומר שאם מישהו גרם לאחר נזק ברשלנותו הוא חייב לפצות אותו. הרט אומר שלמילה נזק יש משמעות ליבה. יש סיטואציות מסוימות שקשה לזהות אותם ברכיב של נזק. כאשר יש סיטואציה שאני צריך לתת פתרון משפטי לאירוע שנמצא מעטפת, אשאל את עצמי מה הפתרון הנכון ביותר לבעיה הזאת, בהתאם לערכים החברתיים. בסוגיית הליבה, יש לתת רק את הפתרון שקבוע בחוק.

תרשים זרימה לסכסוך משפטי: לפי הרט



בודק את המסגרת החוקית. שתי אופציות:

אם קיימת מסגרת חוקית-
אם בימ"ש אומר שמדובר במקרה של מעטפת, בימ"ש מתחשבים רק בחוק (ליבה). עושה מה שרוצה. לפי שיקול דעתו של בימ"ש.

2- דעת דבורקין- כאשר יש סיטואציה כזאת בבימ"ש, בימ"ש צריך להתייחס לעקרונות שנמצאים בתוך שיטת המשפט. החוק זה הנורמה שמחייבת, זה הכלל של ההתנהגות, אבל יש דבר נוסף שנקרא עיקרון. יש עקרונות שהם למעשה משפיעים על החוק עצמו. החוק לא מנותק מעקרונות. וכאשר יש סיטואציה כזאת, בימ"ש נותן ביטוי לעקרון שזהו עקרון שדבורקין רואה אותו כחלק מן המשפט. עיקרון זה אומר שאין מצב שיש מצב שרצחת וגם ירשת. הרעיון שממעשה עוולה לא תצמח עילה, זהו עיקרון אבל הוא לא נמצא מחוץ למשפט אלא הוא עיקרון שנמצא בתוך מערכת המשפט, ובסיטואציות כאלו בימ"ש לא כבולים רק לנוסח הנורמטיבי של החוק, אלא הם אמורים לדעת מהם העקרונות שעל פיהם מערכת המשפט הספציפית הזאת פועלת.

ההבדל הגדול בניהם- לפי הרט הפתרון מחוץ למשפט, על פי שיקול דעתו של השי. לפי דבורקין- הפתרון נמצא במשפט.

היה מקרה שלזוג לא היו ילדים, והייתה להם שכנה, ילדה בת 16 שהתייתמה ונוצר קשר בין הגבר לבין אותה בחורה צעירה. ואז היא נכנסה ממנו להריון, והיא ילדה קרוב לגיל 17, והיא אמרה שהיא מוכנה למסור את הילד לאימוץ. בא אותו גבר שבעל אותה שלא כדין ואמר שהילד שלו והוא רוצה לגדל אותו. חוק האימוץ אומר שילד הוא בר אימוץ, אך יש צורך בסיבות. למשל- אם ההורה הוא לא בעל מסוגלות הורות. או שהמניע לסירוב הוא בא ממניע בלתי מוסרי לא חוקי.

האבא אומר שאין לו שום מניע בלתי מוסרי. האם מקבלים את העילה של האמא שהילד בר אימוץ (האמא אמרה שהמוכנה שכולם יאמצו אותו חוץ מאותו האדם), או את העילה של האבא?

הילד נולד ממעשה לא חוקי, האם ניתן להגיד בהתאם לעיקרון של הרצחת וגם ירשת? שאם אתן לו את הילד הוא יקבל תמורה על מעשה העוול שעשה. (דעת השי חשין).

ניתן לטעון טענה אחרת- נגיד והאבא מביא חוות דעת של פסיכולוגית שטובת הילד היא שהילד יהיה עם האב. האם עיקרון טובת הילד הוא זה שגובר? או העיקרון של הרצחת וגם ירשת? במקרה הזה הוחלט לפי האמא, האבא לא יכול לאמץ אותה.

פסי"ד קני נ' כהן: האישה שהתאבדה עם הבת שלה ומצאו פתקים אצלה בחדר מלון. לא היו חתימה ולא תאריך והשאלה היא האם לחלק את הירושה שלה ע"פ החוק הירושה, או האם לראות אותם כצוואה. כל השופטים היו משוכנעים שהפתקים הללו הם רצון האישה.

האם נתין למנוע מבעלה לקבל את הירושה? דעת הרוב אמרה שאם החוק קובע איך צריכה להיות צוואה, כל עוד אין צוואה בימ"ש חייב לפעול ע"פ החוק. בימ"ש לא יכול לשנות את המצב המשפטי ולהכיר בדבר שהוא לא צוואה.

דעת המיעוט- אם אני משוכנע שזה היה רצונה של אותה האישה, מה זה משנה אם יש חתימה או אין. ולכן הבעל לא יכול לרשת. פה זה לא המקרה של רצחת וגם ירשת- כי אין קשר ברור בין המעשה האסור לפרי. במקרה שלנו, בעלה של אותה אישה לא ביצע את המעשה, הוא לא זרק אותה מהחדר במלון.

בעקבות דעת המיעוט בפסי"ד, חוק הירושה שונה וקבעו שבימ"ש רשאי להכיר במקרים מיוחדים להכיר גם בסוג כזה של פתקים כצוואה.

מה ההבדל בין חוקי התעבורה לשחמט?

נניח ששנינו משחקים שחמט ומחליטים שבמקום שמלך יצעד צעד לכל כיוון הוא יצעד שני צעדים, שינינו את החוקים.

אם אנחנו לא משחקים עפ"י החוקים הקבועים של השחמט אנחנו לא משחקים שחמט, זה משחק אחר. לעומת זאת, אם אני משנה את חוקי התעבורה קורה משהו? לא.

החוקים בשחמט מגדירים את המשחק, אולם התעבורה לא משתנת עקב העובדה שאני משנה את הוראות התעבורה.

מה הבעייתיות עם מקור החובה לציות לחוק-

מה משמעות התפיסה הפוזיטיביסטית? השיטה מאוד מזכירה את השחמט במובן שיש כללים במשפט הפוזיטיבי יש לי כללים והם מחייבים. זוהי הגישה הפוזיטיביסטית. לכן הקושי עם מקור חובת הציות לחוק הוא שאם אני אומר שמקור חובת הציות היא בחוק, כי זה מה שהחוק אומר, נשאלת השאלה למה אני חייב לציית לאותו חוק שאתה אומר שאני צריך לציית לו.

אם אני הולך לפי שיטה פוזיטיביסטית יש לי בעיה כי מקור החובה לציות לחוק לא יכול להיות בחוק עצמו (הוא מחוצה לו). את הפוזיטיביסטים זה לא מעניין כי מה שמעניין אותם הוא רק מה שנכלל בתוך המסגרת החוקית. הפוזיטיביסטית יגיד שהשאלה למה אנשים מצייתים לחוק היא לא שאלה משפטית, היא שאלה פוליטית ערכית..

הפוזיטיביסטית במד"י נכנס לפעולה מההרגע שהחוק פורסם ברשומות. כי זה נותן את התוקף. (הפרסום ברשומות נותן את התוקף לחוק), לכן מה שמעניין את הפוזיטיביסטית רק מהרגע שהחוק נכנס לתוקף. הוא רואה שאנשים מצייתים לחוק. כלומר, מבחינתו יש תופעה שאנשים מצייתים לחוקים (יכול להיות מתוך פחד מעונש, מתוך ההנחה שהחוק תואם את הכלל), זה לא מעניין את הפוזיטיביסט אבל זה לא מעניין אותו.

בתפיסה הפוזיטיביסטית שאלה הציות לחוק לא מעניינת, היא לא נמצאת במסגרת של תשובה משפטית. אין תשובה משפטית ללמה יש חובה לציית לחוק כי זה מעגל סגור. צריך לשאול מה התוקף של החוק שמחייב את הציות וזה לא מעניין את הפוזיטיביסט.

השאלה אם חוק מסויים מוסרי או לא מוסרי גם לא מעניינת הפוזיטיביסט כי זו לא שאלה משפטית. אני יכול לטעון שחוק מסויים הוא לא מוסרי- הפוזיטיביסט יגיד לך שאתה חייב לציית לחוק גם אם אתה חושב שהוא לא מוסרי.

תוקף החוק הוא מה שמעניין את הפוזיטיביסט! כלומר האם אני חייב לציית או לא חייב לציית.

בתפיסה הפוזיטיביסטית, תפקיד בג"ץ מול החוק הוא לבדוק האם החוק מסויים שמנסים לתקוף אותו התקבל בפרוצדורה המקובלת באותה מדינה ביחס לקבלת חוקים. כלומר, במד"י, כדי שחוק יקבל תוקף הוא צריך לעבור בכנסת 3 קריאות. נניח שחוק מסויים עבר ב2 קריאות לא עשו קריאה 3 והוא פורסם ברשומות... אני יכול ללכת לבג"ץ ולטעון שהחוק לא תקף כי הוא לא עבר בפרוצדורה המקובלת בשיטה בישראל. בג"ץ לפי השיטה הפוזיטיביסטית- לא יכול לבקר את התוכן. הוא לא יכול לבחון את שאלת התוכן. הוא לא אמור לעסוק בסוגיות מוסריות או ערכיות. בג"ץ לגישה זו לא אמור להתערב.

בשיטה פוזיטיביסטית שיקול הדעת של ביהמ"ש מצומצם מאוד. הוא מוגבל לשפה. כלומר, כל מה שביהמ"ש יכול לעשות הוא להפעיל שיקול דעת עפ"י השימוש המקובל בלשון בשפה העברית. ביהמ"ש העליון לא יכול לתת פירוש שאין לו אסמכתא מובהקת בשפה או בשימוש הרגיל במונחים שבשפה העברית.

השיטה הנון-פוזיטיביסטית: באה ואומרת שמה שחשוב לי הוא לאו דווקא התוקף של החוק אלא התוכן. האם החוק מגשים את הערכים של אותה החברה, כי אני יוצא מתוך הנחה שהחוק נועד להגשים ערכים חברתיים. ח"כ שמחוקקים חוק אמורים לתת ביטוי לערכים החברתיים. אם מתברר שיש חוק או חוקים שלא נותנים ביטוי נכון לערכים החברתיים, חוק כזה לא יכול להתקיים ולביהמ"ש יש סמכות לבטל אותו. לכן, הפרשנות שביהמ"ש יכול לתת לחוקים היא רחבה, בהסתמך על הערכים שהחוק היה אמור להגשים.

יש שני שופטים במע' החקיקה: השופט הבכיר שהוא המחוקק ויש עוד שותף שהוא ביהמ"ש. תפקיד של ביהמ"ש העליון בשיטה הנון-פוזיטיביסטית הוא להיות מע' בקרה לחוקים ולראות אם הם מגשימים את הערכים של אותה חברה.

2 שיטות במחשבה:

(1) שיטה אמפיריציסטית

(2) שיטה אידיאליסטית

1) **מה אומרת השיטה האמפיריציסטית?** היא אומרת שכל הידע שלנו מתבסס על קליטה של נתוני חושים והעיבוד שלהם. יש סוג של עיבוד נתונים. אנחנו כל הזמן קולטים נתונים, יש לנו בראש תוכנית הפעלה והתצואה של עיבוד הנתונים היא המסקנה ביחס למציאות. כלומר, זיהוי המציאות שלנו של המציאות הוא פונקציה של עיבוד נתונים לפי תוכנת ההפעלה. זה קיים במדע באופן אידיאליסטי. המדע הוא תמיד אמפירי. אני אוסף את הנתונים, מאבד אותם ומגיע לנוסחה. הנוסחה הזאת מבטאת את המציאות, אם יתברר שבדקתי וזה לא עובד. הנוסחה שהגעתי אליה לא מבטאת נכון את המציאות, במצב כזה אני אשנה את הנוסחה.

במשך 300 שנה כולם היו משוכנעים שהעקרונות של ניוטון מבטאים את המציאות. בא אנשטיין וטען עפ"י הניסויים שעשה שיש תופעות בטבע שהעקרונות של ניוטון לא מסביר אותם. הוא שינה זאת ואמר מה הנוסחה הנכונה. זה נקראה- **השיטה האמפירית**. אני מתמודד עם המציאות ע"י תהייה וניסוי, אם אני מגלה שהמסקנות שהגעתי אליהם לא נכונות אז אני אמו רלשנות את הנוסחה.

(כל המדע הוא למעשה סטטיסטיקה. אין לי ודאות שהשמש תזרח מחר, אני מניח שזה יקרה גם מחר, אין לי וודאות. יש לי שיקולים סטיטיים שלפיהם אני מניח שהיא תזרח גם מחר).

אם אני רוצה לדעת מהו המשפט – לפי השיטה האמפירית: אני אמור לצאת לשטח ולראות מה אנשים עושים. להגיע למסקנה שהפעולה האנושית היא עפ"י חוק. – לזהות מהו המשפט בשטח. המקום הטוב ביותר לגלות זאת הוא בבהימ"ש.

המשמעות הגלובלית של זה- באופן עקרוני בכל מדינה אני יכול לזהות משמעות אחרת ש המשפט. הכל זה פונקציה לש אותה מדינה- זוהי השיטה האמפירית.

2) **השיטה האידיאליסטית**- אומרת שאני יושב בבית למשל ומנסה לבנות תיאוריה, מנסה לבנות מושג. אחרי שבניתי את המושג אני הולך לבדוק אותו בשטח (בחוף), אם יתברר שיש אי התאמה בין המושג שלי לבין השטח, אני אגיד שהשטח לא פועל נכון.

למשל: יום אחד אני מגדיר מהי השמש, גוף שמיימי שעולה במזרח ושוקע במערב, רואה שהשמש לא זרחה או שקעה אני מגיע למסקנה שזו לא השמש. איך אני יודע שהשמש תזרח מחר? זה כי כך אני הגדרתי אותה. אם יתברר שהגוף לא עלה מתברר שהוא לא השמש. זה אומר שהגוף לא מתאים להגדרה.

מאיפה נובע הביטחון שלי שזה יקרה מחר? זה נובע מכח ההגדרה שלי את השמש.

אם אני רוצה לדעת מהו המשפט? אני מגדיר מהו המשפט ואז הולך לשטח ורואה אם השטח פועל לפי ההגדרה שלי. אם אני מגלה שהשטח לא פועל לפי ההגדרה שלי אני אגיד שאין פה משפט.

אם אני מגדיר ביהימ"ש כמקום שבו אנשים פותרים סיכסוכים עפ"י חוק. אני הולך לשטח ורוצה לראות האם גוף מסויים הוא ביהימ"ש. אני הולך לתל אביב וראה שהשופטים במקום לפטור סיכסוכים עפ"י חוק פותרים לפי גישורים אז לא ביהימ"ש.

(יש היום שאלה האם לבית דין רבני יש סמכות לבצע בוררות לא בדיני משפחה). הסמכות הבלעדית של בית דין רבני היא בדיני משפחה.

דוגמה: היה תיק שאישה תבעה מזונות בשם הבן מהבעל. האבא בא וטען שזה לא הבן שלו. בבית דין רבני טען שהוא מבקש לעשות בדיקת אבהות כדי להוכיח שהילד לא שלו. בית הדין הרבני אמר שהוא לא מוכן לעשות בדיקת אבהות (שזאת רעיה אולטימטיבית), המחשש למזונות, אם התברר שהוא לא האבא הוא יחשב ממזר. בית הדין הרבני היה צריך לנמק למה לא לאפשר בדיקת אבהות.

אומר בית הדין הרבני- בדיקת אבהות- אם מתברר זהות מסויימת ברקמות אז יש סבירות סטיטסטית מאוד גבוהה שהוא לא האבא. זוהי בדיקה מדעית. זוהי בדיקה סטיטסטית (אין ודאות של 100% בבדיקת אבהות). בית הדין הרבני אמר שאם אישה מקיימת יחסי מין ברוב המקרים זה עם בעלה. ניאוף זה דבר יוצא דופן. בית הדין הרבני אמר שיש לו סטיטיסיקה רבנית ויש סטיטיסיקה מדעית של בדיקת אבהות. אין שום סיבה להעדיף את הבדיקה הרפואית על הגישה הרבנית. התוצאה היא שהוא לא מכריז על האיש שהוא האבא של הילד הוא לא צריך לשלם מזונות ומצד שני לא מכריזים על הילד שהוא ממזר.

זוהי הגישה האמפירית.

בשיטה הפוזיטיביסטית, אין לי בעיה עם מקור חובת ציות החוק כי למעשה מבחנית הפוזיטיביסטים היא שאלה חוץ משפטית. ובשיטה הנון פוזיטיביסטית מקור חובת הציות הוא מאוד עקרוני.

מה מקור חובת הציות לתורה :

התושבה היא ברית. בני האדם חתמו הסכם עם אלוהים וכחלק מההסכם הזה הם אמורים לציית למה שכתוב בתורה. התורה לא באה ואומרת שחייבים לציית לה כי אלוהים אומר לנו מה לעשות, אלא אלוהים רוצה שיהיה בינינו ברית חוזה הסכמה- בתמורה אלוהים בוחר בנו. אפילו בתורה תפיסת הקשר בין אדם לאלוהים הוא כמו קשר משפטי. ברית בין הביתרים- הוא ביטוי לאופן שהיו עושים הסכמים בעולם הקדום. התורה רצתה לתת ביטוי לכך שמדבור בהסכם משפטי לכל דבר.

בעולם המודרני, ההצדקה המקובלת לחובת הציות היא ההסכמה של האזרחים. לפי הרמב"ם- "כל דין שיחקור אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו, אינו גזל, שהרי הסכימו עליו בני אותה ארץ ושמחה דעתם שהוא אדונייהם והם לא עבדים". (ע"מ 152 בספר).

החידוש הוא : מקור חובת הציות הוא לא הפריריטי- זה לא מובן מאילו. הרמב"ם אומר : העובדה שאנו חיים במדינה מסויימת, לא מחייב אותנו באופן אוטומטי לציית של אותם חוקים של המדינה. (בניגוד לסוקרטס- שאמר שעצם העובדה שאתה גר במדינה מסויימת נקרא תושבות. כשאתה גר במדינה מסויימת אתה באופן אפרירי קיבלת על עצמך לציית לאותם חוקים של אותה מדינה, לא משנה התוכן). לפי שיטת סוקרטס זה לא משנה התוכן של החוק, לא משנה אם החוק מצויין או נורא. עצם העובדה שאתה תושב במדינה מסויימת, באופן אוטומטי אתה מוחייב לציית לחוקים של אותה מדינה בלי קשר לשאלת תוכן החוק- הוא לא רלוונטי. (אומרים שבהוא אבי המשפטים הטוטאליטארים).

לפי סוקרטס המבחן הוא מבחן של תושבות ופי הרמב"ם המבחן הוא מבחן של הסכמה. הקריטריון הוא האם חוק מסויים שהמלך חוקק אותו הוא כללי. זה בא להבטיח שוויון. הוא מותנה בשאלה האם מדובר בחוק כללי, אם זה חוק שמתייחס רק לקבוצה ספציפית אתה לא אמור לציית. הרמב"ם- מבחן הציות הוא מבחן הכלליות- זה בא להבטיח את השוויון. אם החוק כללי כולם שווים, זהו מבחן הפרוצדורה. אני יוצא מתוך הנחה שחוק שחייב לציית לו הוא רק חוק כללי ולא חוק ספציפי. זה בא להגן על היהודים כי הם היו מפוזרים בעולם וזה בא להבטיח שרק אם זה כללי כולם חייבים לציית (חוק).

סוקרטס אומר : "כל איש מכס שישאר לאחר שראה אנו גוזרים דינים ומנהלים את המדינה, הרי הוא כבר הסכים למעשה שיעשה כפקודתינו". אתה אזרח ורואה איך מחוקקים את החוקים במדינה, אם אתה ממשך לגור בה סימן שהסכמת. אם אתה חושב שהחוקים לא טובים- תעזוב את המדינה.

התפיסה של סוקרטס היא קצת תמימה- לא פשוט לעבור למקום אחר. הרעיון שלו שאם אתה תושב במדינה מסויימת- ההנחה שהסכמת לציית לאותם חוקים של המדינה (ע"מ 153 בספר).

רעיון ההסכמה ממשך המון שנים עד ז'אן רוסו וג'ון לוק- הם אומרים : כל מי שבראשותו נמצא או ניתן לשימוש חלק כלשהו מנחלותיו של ממשל מסויים, נותן בזה את הסכמתו שבשתיקה וכל זמן שיהנה משימוש זה חייב הוא במשמעת וחוקה של אותו ממשל. ג'ון לוק מוסיף לנו- להלשים מרוני

תומאס הובס- במאה ה-17 : אומר "שכל זמן שבני האדם חיים בלי כוח משותף שיטיל את מורעו על כולם, שהויים הם באותו מצב שקרוי מלחמה וזוהי מלחמה של כל אדם בכל אדם". בתולדות האנושות יש שתי תפיסות למהות האדם :

1) יצר לב האדם טוב מנעוריו. בני האדם הם בד"כ טובים. היוונים האמינו שבני האדם ינשלטים ע"י התבונה.

2) במאה ה-17 אחרי בעולם הדרדר, הגיע תומס הובס למסקנה "חיות מתורבתות"- הדרך היחידה כדי למנוע את ההרס של החברה היא רק ע"י הטלת מורה של הלשטון. זה לא חידוש של הובס. זה מפרקי אבות-. אם לא היה מורה ומלכות אחד היה אוכל את השני..

כלומר, תפקיד החוק הוא סוג של אילוף. מאלפים את בני האדם לחיות במסגרת חברתית. אני ציית לחוק כי אני מבין שהאלטרנטיבה היא "גן חיות". הציות לחוק הוא האפשרות היחידה לנהל את החברה באופן מסודר.

הוגנות- פירוש הדבר שאם אתה מצפה מאחרים שיצייתו לחוק אתה מצפה מאחרים לציית. אם אתה רוצה שאנשים יצייתו לחוק כי בלי הציות אי אפשר לנהל חברה ומדינה, מטבע הדברים מצפים גם ממך מכוח ההוגנות שתציית.

במאה ה-20 - החברה או המדינה נועדו כדי לקיים ערכים משותפים וכולנו כאזרחים מבינים שאנו אמורים לציית לחוק. המדינה באה לקדם ערכים משותפים ולקדם אותם אפשר רק במצב של ציות לחוק.

הנס קלזן - נפטר --1973. גדול המשפטנים במאה ה-20. הוא האיש שחיבר את החוקה האוסטרית. הוא היה פוזיטיביסט אידיאליסט. הוא אומר שאם אתה בא להתייעץ עם עו"ד מה שמעניין אותך הוא לדעת מה הצב המשפטי שלך. לא מעניין אותך היא השאלה האם החוק טוב או לא - מוסרי או לא מוסרי. האם מה שמופיע בחוק אתה מחוייב לפעול על פיו.

נניח שאחנו חונים באדום לבן מגיע פקח ואומר שאתה חונה באדום לבן ותקבל קנס של 1000 ש"ח. מה שמעניין אותך היא האם אני צריך לשלם או לא. הולכים למחלקה המשפטית של העירייה ושואלים את העו"ד האם אני צריך לשלם את החוק. העו"ד בעירייה יגיד שיש חוק עזר עירוני שמסדיר את ענייני החנייה. השאלה שמעניינת אותי היא מה מקור הסמכות של עיריית הוד השרון שמחייב אותי לשלם 1000 ש"ח. הסמכות היא מפקודת העיריות. שם כתוב שכל עירייה רשאית בתחומה להסדיר את סידורי החניה פקודת העירייה נתנה סמכות לעיריית הוד השרון לחוקק את החוק הזה שיש בו את הדירה לשלם את ה-1000 ש"ח. השאלה הבאה היא מה מקור הסמכות של פקודת העיריות לתת סמכות לעיריית הוד השרון.

הנס קלזן אומר שיש: נורמה בסיסית של שיטת המשפט. הנורמה הבסיסית של מד"י אומרת: חובה לציית חוקי הכנסת. למה יש לציית לחוקי הכנסת? שאלה לא מעניינת. האנס הוא פוזיטיביסט ולו לא מעניין למה יש לציית לחוקי הכנסת. השאלה למה לציית לחוקי הכנסת היא לא משפטית ולכן היא לא מעניינת. יש אסקיומה שאומרת שיש חובה לציית לחוקי הכנסת.

יש שופטים בעליון ואומרים שהנורמה הבסיסית או מקור חובת הציות היא: מגילת העצמאות. היא לא הנורמה הבסיסית - כי היא לא נורמה. הנורמה הבסיסית צריכה להיות **נורמה = חובה**. הרומה הבסיסית בישראל אומרת: חובה לציית לחוקי הכנסת.

השאלה שמעניינת את הנס לקזן היא: מהן הנורמות שנכללות בתוך שיטת משפט מסויימת. התשובה היא שמה שמעניין אותי הוא מה שייך למסגרת המשפטית שמחייבת אותי לפעול. התשובה: כל מה שנגזר מתוך הנורמה הבסיסית

אם אני רוצה לדעת מה שייך הלמע' המשפט המחייבת במדינה - כל הנורמות שנגזרות מהנורמה הבסיסית: חובה לציית לחוקי הכנסת.

אם אני רוצה להפריך את הנורמה של קלזן אני צריך להראות שיש נורמה מחייבת במד"י שהיא לא נגזרת מהנורמה הבסיסית. (אין דבר כזה). גם הנורמות הדתיות מחייבות מכח המדינה ולא מכוח הדת.

במד"י עולה השאלה האם חוקי היסוד מ-92 שינו את הנורמה הבסיסית של מד"י. האם אני יכול להגיד שהנורמה הבסיסית של ישראל: יש לציית לחוקי הכנסת ובלבד שהם בהתאמה לחוקי היסוד? זה הויכוח הגדול היום.

לפי ברק כן. חוקי היסוד הם החוקה של מד"י. יש הטוענים שזה לא נכון.. (לא הוכח). **התרומה של קלזן הוא הרעיון של הנורמה הבסיסית. יש שיטה נוספת והיא השיטה האידיאליסטית:**

שאומרת, אני יושב במשרד ומנסה לבנות תיאוריה כלשהי - מושג.

אחרי שבנתי אותו אני בודק אותו בחוץ, ואם יתברר שיש אי התאמה בין המושג לשטח למה קורה בחוץ, אז אני אגיד שהשטח לא פועל נכון.

לדוגמא: ישבתי במשרד והגעתי למסקנה שהשמש זה גוף שמימי שזורח מזרח ושוקע במערב. ויום אחר יצאתי החוצה וראיתי שאין שמש - שהיא לא זרחה, אז המסקנה: מה שאני רואה זה לא השמש.

מאיפה נובע הביטחון שמהו יקרה מחר? נובע מכוח ההגדרה שלי למה הוא הדבר.

אם ארצה להגדיר מה המשפט, אני אשב במשרד אתן לו הגדרה ואראה האם השטח פועל על פי הגדרתי. אם אגיע למקום ואראה שהשטח לא פועל על פי הגדרתי, אני אגיד שהשטח לו פועל על פי המשפט.

אם אגדיר את ביהמ"ש - **כמקום בו אנשים פותרים סכסוכים על פי חוק** ובשלב השני אצא לשטח ואבדוק אם מסגרת מסוימת היא ביהמ"ש. אלך לרחוב ויצמן בתל אביב ואני רואה שהשופטים במקום לפתור סכסוכים על פי חוק פותרים זאת על פי גישורים, אני אגיע למסקנה שלא מדובר בבימה"ש.

היה תיק של אישה - היא תבעה מזונות בשם הבן שלה מבעלה. מה שקרה זה שהאב בא וטען שזהו לא הבן שלו. הגיעו לבית דין רבני - המייצג של האב ביקש לעשות בדיקת אבהות, להוכיח שהילד הזה שייך לאב. בא בית הדין

הרבני ואמר שהוא לא מוכן לבצע את הבדיקה. מדוע? כי אם התברר שזה לא האב הוא יהיה ממזר, אבל היה חייב לנמק כדי שהמייצג לא יפנה לבג"צ. אומר בית הדין הרבני: מהי בדיקת אבהות? שאם מתברר זהות מסוימת ברקמות אז יש סבירות סטטיסטית גבוה שאותו אדם לא יהיה האב. הבדיקה היא מדעית- וכזאת היא בדיקה סטטיסטית אין וודאות של 100 אחוז בכך.

התלמוד אומר: אם אישה מקיימת יחסים זה יהיה עם בעלה, וניאוף זה יוצא דופן- זה סטטיסטיקה.

הבית דין אומר: יש לי 2 סטטיסטיקות: אחד מדעית ואחד תלמודית, אין לי סיבה להעדיף את הסטטיסטיקה המדעית על פניה והמשמעות של הדבר זה שביהמ"ש לא חייב את האב לשלם מזונות אך לא גרם להוביל לכך שהילד אולי יווכח כממזר. **זה מהווה את הגישה האמפירית.**

אז, בשיטה הפוזיטיביסטית אין לי בעיה עם מקור החובה לציות החוק כי למעשה מבחינת הפוזיטיביסטים השאלה היא חוץ משפטית והשיטה הנון-פוזיטיביסטית שאלת מקור החיוב היא מאד עקרונית.

מה מקור חובת הציות לתורה? ברית. כלומר, בני האדם חתמו הסכם עם ה' וכחלק מההסכם הזה הם אמורים לציית לכתוב בתורה והתמורה- סבל אין סופי של היהודים. התורה לא אומרת אתם חייבים לציית לי כי אני ה' ואני אומר לכם מה לעשות, אלא הוא אומר: אני רוצה שיהיה בנינו ברית- חוזה אתם מצייתים לי ואני בוחר בכם. גם בתורה התפיסה בין האדם לה' הוא כמו קשר משפטי. בספר בראשית "ברית בין הבתרים" היא לתת ביטוי שכך עושים הסכם ומדובר בכל הסכם משפטי לכל דבר ועניין.

בעולם המודרני ההצדקה המקובלת לחובת הציות היא הסכמה של האזרחים: **רמב"ם: " כל דין שיחקור אותו המלך לקול ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל שהרי הסכימו עליו בני אותה ארץ ושמחה דעתם שהוא אדוניהם והם לא עבדים"** (עמוד 152 בספר). משמעות המשפט: ישנו חידוש: מקור חובת הציות הוא לא אפריונית, היא אינה מובנת מאיליו, הרמב"ם אומר שהעובדה שאנו חיים במדינה מסוימת לא מחייב אותנו לציית לחוקי המדינה, בניגוד לסוקרטס- שאמר שעצם העובדה שאתה גר במדינה מסוימת זה נקרא תושבות, אתה באופן אפריוני קיבלת על עצמך ציות לחוקי המדינה, ואין זה משנה התוכן. כלומר לגישתו תוכן החוק לא משנה, זה לא רלוונטי עצם העובדה שאתה תושב במדינה גורמת לך באופן אוטומטי לציית לחוקי המדינה ללא קשר לתוכן החוק. (יש מי שאומר שסוקרטס הוא אבי אבות המשטר הטוטליטרי).

כלומר לפי סוקרטס המבחן הוא מבחן תושבות, לפי הרמב"ם המבחן הוא מותנה בשאלה- האם החוק שבו מדובר הוא כללי, אם זה חוק שמתייחס לקבוצה ספציפית אתה לא אמור לציית, מבחן הציות הוא מבחן הכלליות, זה בא להבטיח את השוויון, כי אם החוק הוא כללי כולם שווים ואם החוק ספציפי זה יוצר אי שוויון, כלומר להבדיל מסוקרטס מבחן של רמב"ם הוא מבחן התוכן, מבחן הפרוצדורה, אני יוצא מנקודת הנחה שחוק חייב לציית לו הוא כללי, ובא להגן על היהודים שהיו מפוזרים בעולם.

סוקרטס- "כל איש שראה כיצד אנו גוזרים דינים ומנהלים את המדינה הוא כבר הסכים למעשה שיעשה כפקודתנו": כלומר, אתה אזרח, אתה רואה את החוקים ואתה רואה איך מחוקקים אותם, אם המשכת לגור באותה מדינה סימן שהסכמת. אם אתה חושב שחוקים אלה לא מוצאים חן בעיניך "קח את עצמך ותעזוב". הקושי: זה שקשה לעזוב. כלומר התפיסה של סוקרטס היא קצת תמימה. אבל רעיונו הגדול הוא שאם אתה גר במדינה המסוימת הוא מניח אפריוני שהסכמת לציית לחוקי אותה מדינה. (עמוד 153).

רעיון ההסכמה ממשיך הרבה שנים: **בא ג'ון לוק ואומר את הדבר הבא:**

"כל מי שבראשותו נמצא או ניתן לשימוש חלק כלשהו מנחלותיו של איזה ממשל, נותן בזה את הסכמתו שבשתיקה וכל זמן שייחנה משימוש זה חייב הוא במשמעת של חוקה לאותו ממשל"

כלומר, התפיסה המקובלת שהייתה זה שאם תגור במדינה מסוימת את מסכים לציית לחוקים שלא ותה המדינה בא ג'ון לוק במאה ה-17 ומוסיף- שהסכמתך לציית לחוקי אותה מדינה זה לא בגלל עצם העובדה שאתה תושב, אלא מעצם העובדה שיש לך אינטרס לציית לחוקים של אותה מדינה כי באמצעות הציות לחוקי המדינה הזאת אתה יכול להגן על הגוף והרכוש שלך- זה **נקרא עקרון התועלת**, כלומר לא התושבות היא שמחייבת את ההסכמה אלא התמורה שאתה מקבל מעצם העובדה שאתה חיי באותה מדינה ושהמדינה מאפשרת לך את השמירה על הבעלות ועל הגוף שלך.

תומס הובס: "שכל זמן שבני אדם חיים ללא כוח משותף שיטיל את מוראו על כולם, שרויים הם באותה מצב הקרוי מלחמה זוהי מלחמה של כל אדם בכל אדם".

בתולדות האנושות יש 2 תפיסות למהות האדם: 1. אומרת שיצר לב האדם טוב מנעוריו, בני האדם הם טובים ומדוע? כי הם נשלטים ע"י התבונה, היוונים האמינו שבני האדם הם יצורים תבוניים ונשלטים ע"י התבונה ולכן אין בעיה. הם יצייתו לחוק כי החוק הוא מבטא את התבונה.

במאה ה-17 הגיע תומס הובס למסקנה ש: 2. בני האדם הם חיות "מתורבתות" והדרך היחידה על מנת למנוע את ההרס של החברה זה רק ע"י הטלת מורא של השלטון. זה לא חידוש של הובס, זה מופיע בפרקי אבות: "אלמלא מוראה של מלכות איש את רעו חיים ברעות" כלומר, תפקיד החוק הוא סוג של אילוף, מאלפים את החיות לחיות במסגרת חברתית כי אם לא תעשה זאת "הם יאכלו אחד את השני" אני מציית לחוק כי אני מבין שהחלופה ללא לציית לו היא "גן חיות".

במאה ה-20 יש תפיסה הנקראת הוגנות: אם אתה מצפה שהאנשים יצייתו לחוק, עלייך לציית גם לו בעצמך.

עוד דבר שבא מהמאה העשרים "המדינה נועדה לקיים ערכים משותפים והאזרחים מבינים שכדי לקיים את הערכים עלינו לציית לחוק, כי המדינה באה לקדם ערכים משותפים לא רק להגן על הרכוש"

"הנס קלזון" נולד ב-1881-1973 גדול המשפטנים במאה ה-20:

היה האיש שחיבר את החוקה האוסטרית (1920) והיה אחד השופטים בביהמ"ש לחוקה שם, הוא היה פוזיטיביסט אידיאליסט.

הנס קלזון אומר את הדבר הבא: "אם אתה בא להתייעץ עם עו"ד כי יש לך בעי משפטית, מה מעניין אותך? זה לדעת מה המצב המשפטי שלך, אתה יכול לזכות או להפסיד, אבל אתה מצפה לשמוע מהעורך דין **מה מצבך המשפטי**. מה שלא מעניין אותך זה השאלה האם החוק לא טוב/מוסרי או לא/ ערכי או לא."

נניח, ואנו חונים באדום לבן, בא פקח ואומר אתה חונה באדום לבן ולכן תקבל קנס של 1000 ₪. מה שמעניין אותי זה האם אני צריך לשלם או לא. מה נעשה על מנת לבדוק זאת? נלך למחלקה המשפטית ונשאל את העורך דין האם לשלם את הדוח, הוא יאמר לנו שבוודאי שכן. הוא יגיד שיש חוק עזר עירוני, שמסדיר את ענייני החנייה ובו רשום זאת. האדם ישאל, מה מקור הסמכות של העירייה לחוקק חוקי עזר שיחייבו אותי לשלם 1000 ₪ קנס. התשובה: יש מעל חוק עזר עירוני את פקודת העיריות בו רשום שכל מועצה, עיירה רשאית בתחומה להסדיר את סידורי החנייה, כלומר פקודת העיריות נתנה סמכות לעירייה לחוקק את חוק העזר שהוא נותן תוקף לדרישה מהתושב לשלם את הקנס, השאלה הבאה מה מקור הסמכות של פקודת העיריות?

אומר הנס קלזון שבמקום הזה יש מה שנקרא נורמה בסיסית, כל מדינה בעולם יש לה נורמה, כלומר כל שיטה משפט בעולם יש לה נורמה בסיסית של אותה שיטת משפט. הנורמה של מד"י אומרת, חובה לציית לחוקי הכנסת. ומדוע? זה לא חשוב. הנס קלזון הוא פוזיטיביסט, ואותו לו מעניין מדוע יש לציית לחוקי הכנסת. המונח חובה לציית לחוקים זה נקרא- **אקסיומה**, כלומר- אני מניח הנה מסוימת שהיא אומרת: שיש חובה לציית לחוקי הכנסת, השאלה למה לציית לחוקים היא לא שאלה משפטית ולכן היא לא מעניינת. ד"א: יש שופטים בעליון שטועים ואומרים שהנורמה הבסיסית ומקור חובת הציות היא מגילת העצמאות. מדוע טועים? כי היא אינה נורמה. הנורמה הבסיסית חייבת להיות נורמה- נורמה הינה: חובה. הנורמה הבסיסית חייבת להיות חובה. והיא אומרת- שחובה לציית לחוקי הכנסת.

מה השאלה המעניינת את הנס קלזון? היא מהם הנורמות הנכללות בתוך שיטת המשפט המסוימת, כלומר מה שמעניין אותו הם מהם הנורמות הנכללות בתוך שיטת משפט מסוימת. התשובה: כל מה שנגזר מתוך הנורמה הבסיסית- במילים אחרות, אם ארצה לדעת מה שייך למערכת המשפט המחייבת בישראל התשובה תהא כל הנורמות הנגזרות מהנורמה הבסיסית של חובה לציית לחוקי הכנסת. (למה אשלים מס? כי יש פקודת מיסים ולמה פוקדת מיסים מחייבת? כי יש נורמה של כל חוקי הכנסת מחייבים)

ע"מ להפריך את התיאוריה של קלזון עלי להראות: שיש נורמה מחייבת בישראל שהיא לא נגזרת מהנורמה הבסיסית. אנו לא נמצא דבר כזה.

כעת בישראל יש ויכוח- האם חוקי היסוד ב-1992 שינו את הנורמה הבסיסית של מד"י? כלומר בלשון של קלזון, האם חוקי היסוד שינו את הנורמה הבסיסית של ישראל. לפי ברק כן ישנם שופטים שיטענו שלא.

בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא כתוב שביהמ"ש העליון רשאי ויכול לבטל חוקים.

הדבר שנמצא בח"י כבוד האדם- זה שערכיה של מד"י הם ערכים יהודיים ודמוקרטיים. כשחוקקו את החוק אף אחד לא הבין ולא התקיים דיון בקשר לשאלה מהם ערכים יהודיים ודמוקרטיים. למה זה בעייתי? יש סתירה

מובנת ופנימית בין ערכים יהודיים ודמוקרטיים. הכנסת היתה צריכה לדון בשאלה מה קורה כאשר תהיה סתירה בין ערכים יהודיים ודמוקרטיים מה עדיף? אם יש הסכמה בין ערכים יהודיים ודמוקרטיים אז לא תהיה בעיה. אבל אם יש סתירה יש בעיה.

למשל: הערך הדמוקרטי מקדש את זכויות הפרט- חלק מכך זה שכל אחד יכול להתחתן עם מי שהוא רוצה אך זה לא מסתדר עם ערכים יהודיים. בפס"ד בנק מזרחי- בא השופט ברק עם עוד קבוצת שופטים וקבע שחוק יסוד כבה"א זאת למעשה החוקה של מד"י ואם יש חוק שעומד בסתירה לחוק זה, ביהמ"ש העליון רשאי לבטל את החוק הזה. ואז מה שקרה, ביהמ"ש העליון התחיל לבטל חוקים של הכנסת. הכנסת בהתחלה לא הבינה מה קורה פה, כשהתחילו להבין את הכוח שנמצא בידיים של העליון, אמר השופט חשין "איחרתם את המועד". וכך באופן חריג, שאין כמוהו בשום מקום בעולם, ביהמ"ש קבע שלמדינת ישראל אמר שיש חוקה מבלי שהדבר נדון בכנסת ונשאל ע"י העם.

הדבר נקרא המהפכה החוקתית. לכך יש להוסיף את האקטיביזם שיפוטי- כלומר, אם נאמר שיש אקטיביזם שיפוטי הכוונה היא שהכל שפיט וביהמ"ש יכול לעשות כל שירצה תחת המטריה של אקטיביזם שיפוטי.

אהרון ברק עשה דבר מדהים, ברק ידע ליצור תחושה שהוא לא מתעמת עם הכנסת חזיתית אלא עושה זאת באמצעים מתוחכמים. אחרי ברק המצב השתנה, כל נשיא של העליון רצה להראות שהוא לא פחות מברק אך לא היה להם את הטקטיקה של אהרון ברק. כיום אנו נמצאים בעימות הכי גדול שיכול להיות- כל נושא שהכנסת היתה מתמודדת עם העליון היא היתה מפסידה בהתמודדות. היות ואם הציבור צריך לבחור בין השופטים לפוליטיקאים הציבור העדיף את השופטים. בסיפור של המסתננים, זה הפעם הראשונה שלפוליטיקאים יש את התחושה שהציבור איתם אל מול השופטים בעליון. הדבר לא היה בעבר. אנו נמצאים בצומת מעניינת מאד, השאלה היא האם אני הולך לפתור את בעיית המסתננים או אני בא ואומר שאם יש לי הזדמנות כזו אני הולכת על כל הקופה, לא נלך על פסקת התגברות במסתננים אלא נלך על הקופה הגדולה. העליון מבין שהוא במאבק, שהוא נקלע לעמדת חולשה. לביהמ"ש העליון נוח שהמאבק יהיה על עניין המסתננים, ביהמ"ש יגיד לממשלה תביאו מדינה שמוכנה לקבל אותם, ואנחנו איתכם. אז המדינה פונה להרבה מדינות כדי לגמור את הפרשה. הכנסת לא רוצה לפספס את ההזדמנות שלה לגמור את המהפכה החוקתית, אך יש בעיה והיא – כחלון: שיש פה אמירה שאם נעביר פסקת התגברות נפגע במעמדו של העליון, ויש אנשים שלא רוצים שיפגעו במעמדו. לדעת המרצה- אם הסיפור של המסתננים אז אסור לגעת אבל אם מתקנים צריך לתקן בגדול. לדעתו הדרך הכי פשוטה זה להמשיך ולמנות שופטים שמרנים לעליון.

יש 2 גישות פילוסופיות מאד מעניינות-

מהי מציאות? יש גישה אחת שאומרת: המציאות היא אך ורק מה שאני מזהה. במילים אחרות, אנחנו מייצרים את המציאות. אין מציאות אובייקטיבית אלא אנחנו באמצעות חושינו מזהים מציאות וכך למעשה מייצרים אותה. אם היה עולם בו כל האנשים היו חרשים אז האנשים היו מזהים מציאות שונה.

גישה שנייה אומרת- יש מציאות שכשהיא לעצמה-

בא קלזן ואומר- שכמו במדע, יש מושגים של המדע. כך המשפט הוא גם מדע יש מושגים שהם יחודיים לעולם המשפט. לדוגמא- 3 אנשים עומדים בצומת ורואים תאונה דרכים- עורך דין רופא ומהנדס. המהנדס אומר: החיכוך יצר את התאונה, הרופא ידבר על כמה פצועים היו בתאונה, והמשפטן יגיד- יש נורמה שאומרת שאסור לנסוע באדום והרכב שאחראי לתאונה הוא הרכב שנסע באדום. כלומר 3 רואים את המציאות אך כל אחד רואה אותה מעולם המושגים אליו הוא משתייך. קלזן אומר שכל מה שמעניין את המשפטן זה עולם הנורמות, כי המשפט הוא העיסוק בנורמות. כלומר את המשפטן, לא מעניין אם הנורמה היא טובה או לא, מוסרי או ערכית, זה לא מעניין, מה שמעניין אותו היא: מהם הנורמות המשפטיות המחייבות במדינה מסוימת. כדי לדעת מהם אותן נורמות מחייבות יש לבדוק אצל מי נמצא המונופול של הכוח כדי לאכוף את הנורמות. לכן, כדי לדעת מהי נורמה מחייבת במדינה כלשהי, התשובה של קלזן היא – הנורמה הבסיסית (עליה דיברנו שיעור שעבר) שתפקידה ללכד את כל הנורמות המשפטיות.

לפי קלזן מהי הפיכה שלטונית? כשיש בחירות לכנסת, יש הפיכה שלטונית? התשובה היא לא. כלומר, אם הנורמה הבסיסית אומרת שיש לציית לחוקי הכנסת, כלל לא משנה מיהם האנשים שמהווים את הכנסת. אז הפיכה שלטונית היא שינוי של הנורמה הבסיסית.

מה מעמדה של הלכונה לשיטתו של קלזן? התשובה היא שאין לקונה- היות וכל דבר נובע מהנורמה הבסיסית, אז לקונה היא דבר שאין לו פתרון בנורמה הבסיסית, אז לשיטתו של קלזן אין מושג שנקרא לקונה. ואם אין פתרון המצב הוא הסדר שלילי (ולא מדובר על לקונה).

מה דעתנו על כוונת המחוקק בשיטתו של קלזן? מתי רלוונטית כוונת המחוקק? כוונת המחוקק הוא אמצעי לפירוש החוק. מה מעמד כוונת המחוקק לגישתו של קלזן? אין לה שום משמעות. כי מה שמחייב לפי קלזן זה לשון החוק בלבד ומה שנמצא מעבר לכך הוא לא מחייב. לפי קלזן מפרשים לפי הפירוש המילולי, כוונת המחוקק היא לא מעניינת. מה שמעניין זה הנורמה.

לדוגמא: בא המחוקק וקובע שיש להטיל מס על 100 אחוז על יבוא בשר לא כשר, מה יגיד העליון, שזה לא חוקתי, היות וזה רוצה לשלול יבוא בשר לא כשר, וזה פוגע באלה שמעוניינים בו. אצל קלזן זה לא מעניין אם המחוקק רוצה להטיל.

הביקורת הגדולה על קלזן- זה שלפי שיטתו, אין דרך להתמודד עם מה שקרוי "חקיקה פתולוגית" למשל חוקי הנאצים לפי תיאוריה של קלזן החוקים שלהם הם חוקים לגיטימים. כי חוקי הגזע של גרמניה נובעים מהנורמה הבסיסית והיא לגיטימית לכן חייב לציית לה. לכן הכשל בשיטתו זה העובדה שאין דרך להתמודד עם חקיקה פתולוגית.

ג'ון אוסטין- היה הפרופסור הראשון לפילוסופיה המשפט, לימד בלונדון, והוא אבי התיאוריה הפוזיטיביסטית. אומר ג'ון אוסטין, שעד שהיגע, במשך 200 שנה בערך היה נהוג לדבר על מה שנקרא זכויות טבעיות: כלומר משהו שבאינטואיציה שלך אתה חושב שהיא קיימת, אף אחד לא נתן לך אותה ולא תוכל להוכיח אותה אך אתה מרגיש שהיא קיימת מעצם הטבע. אוסטין אומר שהגיע הזמן לעשות שינוי בתפיסה כי הזכות הטבעית לא נותנת כלום חוץ מדיבורים נחמדים. אם נרצה לדעת מהו המשפט עלי ללכת בדרך אמפירית- (קלזן הוא אבי שיטת האידיאליסטית ואוסטין הוא אבי שיטת האמפירית) כלומר אם אני רוצה לענות על השאלה מהו המשפט? עליי לצאת לשטח ולנסות להבין ממה שאני רואה מה הוא משפט. אוסטין אומר אם יצאתי לשטח יש דבר משותף לכל שיטות המשפט בעולם, הדבר המשותף לדעתו לכל שיטות המשפט הוא שיש ריבון- אותו ריבון הוא האדם שמחוקק את החוקים במדינה. הריבון בעל "מבע רצון" החוק לדעת אוסטין הוא מבע רצון של הריבון כלומר, הריבון רוצה שנעשה משהו, ואז הוא "מוריד" לנו חוקים שהם מהווים "פקודה"- כלומר מבע רצון של הריבון מופנה אל האזרחים, ולהם יש "הרגל ציות לריבון"- אם כך המשפט הוא: **ריבון < המוריד פקודות לאזרחים > שלהם יש הרגל ציות לריבון**. על אוסטין יש לבדוק מי הוא הריבון אם כך. בכל טריטוריה יש אחד שכולם מצייתים לחוקיו, והוא בעצמו לא כפוף לחוקים של עצמו. כי אם הוא כפוף להם הוא לא הריבון. ריבון טריטוריה יכול להיות אך ורק ריבון אחד שהוא מקור כל החוקים. אותו ריבון יכול להאציל סמכויות לאחרים אבל הסמכויות של האחרים נובעים אך ורק מכוחו של הריבון. אומר אוסטין החוק הוא מבע רצון של הריבון הנקרא: פקודה (כאמור): מהי הפקודה? אומר אוסטין שחוק הוא מבע רצון של הריבון המתלווה לסנקציה של אי ציות לפקודה. כלומר- אם אדם תוקף את הזולת עונשו 7 שנות מאסר- (יש לזה שימוש כפו, מצד אחד זה מקור חובת הציות מדוע אני מציית לריבון? כי אני יודע שאם לא אציית אני צפוי 7 שנות מאסר, זה פחות נחמד. אוסטין פוזיטיביסט ואומר שאנשים מציית לחוק מתוך פחד, הרגל הציות לחוק הוא תחליף לפחד, ההנחה היא שאנשים מצייתים לריבון) אוסטין אומר שמבע הרצון שהפקודה- היא שלמבע מתלווה סנקציה. אם אין סנקציה זה לא חוק. מה התפקיד של הסנקציה מקור חובת הציות, ומצד שני אומר לשופט מה לעשות עם האדם שלא מציית.

אחת השאלות הקשות בתיאוריה של אוסטין היא העובדה שהיום בכל העולם מקובל, שהריבון הוא העם. לפי אוסטין נאמר שהריבון הוא לא העם, אלא הריבון הוא אדם העומד בראש המדינה ומוריד פקודות לאזרחים. איך זה מסתדר עם התפיסה המודרנית. (ביקורת ראשונה עליו)

תשובתו של אוסטין- הטענה שהעם הוא ריבון היא אשליה, העם הוא הריבון רק בבחירות. פעם אחת 42 שנים העם מממש את הריבונות שלו ומאז הוא מפסיק להיות רלוונטי. העם לא יכול לפזר את הכנסת אלא רק הכנסת בעצמה. אוסטין אומר שהטענה שהריבון הוא העם היא פיקטיבית אשלייתית ולא נכונה. בכל מדינה יש פרלמנט שמחוקק חוקים, אך השוני במדינה מודרנית היא שהכנסת כפופה גם לחוקים

ביקורת שנייה עליו- הפקודה – החוק; הוראה שבתוכנה יש סנקציה. ישנם 5% מהחוקים עם סנקציה, והם נמצאים בחוק העונשין והנזיקין. כלומר לפי ההגדרה של אוסטין מתגלה שרוב החוקים לא עומדים בהגדרתו כי ברובם כלל אין סנקציה.

תשובתו של אוסטין- יש לדוגמא חוק המיס הטריטוריאליים של מד"י- שאומר, שאם נמצאים במרחק של 10 מיל מהחוף זה עדין שייך למד"י. החוק הוא הצהרתי ואין בו סנקציה- אוסטין יגיד, שנכון שהחוק הזה הוא ביסודו הצהרתי, אך משמעותו האמתית, אומרת שאם ביצעת עבירה על אוניה שנמצאת במרחק של 6 קילומטר מהחוק תעמוד לדין בישראל. כלומר, החוק הוא הצהרתי אבל למעשה מהווה חלק מעניין העונשין והנזיקין. חוק הכשרות והאפטרופסות- הוא חוק הצהרתי ומשמעותו מי יכול להיות כאלה. אומר אוסטין גם החוקים ההצהרתיים לכאורה, אם תקלף אותם תגלה שמשמעותם קשורה לדיני העונשין והנזיקין, ונכון שאין בהם סנקציה ישירה אך הם קשורים לאותם חוקים שיש בהם סנקציה. הסנקציה בחוזים- אם תעשה חוזה שלא על

הדרך שקבעתי אותה לא תוכל לממשל את החוזה ולאכופ אותו. יש כשל מעניין- תארו לעצמכם 2 צדדים שעושים חוזה, בא צד אחד ואומר, אני לא מעוניין לקיים אותו כי הקיבול לא היה כדון, הסנקציה תוטל על זה שרוצה לקיים את החוזה- (כי החוזה לא יתממש וזה כמו עונש) אך באופן עקרוני ברור לגמרי שהחקיקה האזרחית היא למעשה משרתת מערכת שלמה של סנקציות ונכון שלא תמיד היא סנקציה של מאסר.

הרגל הציות- פירושו: אנשים לאורך זמן מאמצים הרגל ציות לריבון מסוים והרגל הציות הזה הוא חלק מתוך ההגדרה של המשפט. כלומר אנשים פיתחו הרגל ציות לריבון מסוים, ומכוח זה הוא הפך להיות כחלק מהגדרת המשפט. השאלה הקשה של אוסטין היא: מה קורה כאשר מתחלף הריבון (המלך מת ויש אחד חדש) אז לפי גישתו יש ואקום- כי עלינו לחכות עד שיתפתח הרגל ציות לריבון החדש. במדינת ישראל מתחלף הריבון בשנת 48- מה היה הרגל הציות עד 1948? מנדטורי. כעת יש לחכות עד שיתפתח הרגל ציות לריבון החדש- אוסטין יענה על הטענה (שאין הרגל ציות ויש באלגן) גם כאשר מתחלף הריבון הריבון החדש למעשה ממשיך את הרגל הציות הקודם, עד שיתגבש הרגל ציות כלפיו. בפקודת סדרי משפט ושלטון נאמר שהמצב המשפטי שהיה קיים ימשיך, בהתחשב בשינויי הארץ ותושביה, כלומר הריבון מבין שעליו להמשיך את הרגל הציות לריבון הישן עד שיתגבש הרגל ציות כלפיו. במילים אחרות אומר אוסטין שזה נכון לכאורה שהרגל הציות מתייחס לריבון ספציפי אבל גם הריבון החדש ממשיך את הרגל הציות לריבון שלפניו וזה עד שיתממש הרגל ציות לריבון החדש. הקושי הגדול של אוסטין היה בשאלה מה קורה כאשר בא שודד לבנק, ומאיים על הפקיד ואומר לו- תן את החיים או את הקופה. בסיטואציה הזו- מה שקורה: זה שיש פקודה בא השודד ופקוד על הפקיד- אם לא תתן כסף תעמוד לדין. השודד שמגיע לשדוד את הבנק בתפיסתו של אוסטין את מארג שמגדיר את הנורמות השייכות למערכת המשפט- כלומר הכל משתנה בהתאם למבע הרצון של הריבון ולכן ישנה בעיה, הבעיה היא כיצד ניתן לייצג את ההבדל בין פקיד שומה שמבקש ממני חצי מיליון דולר (מתוקף האצלת סמכויות) לבין שודד שמבקש ממני את הכסף שלא כחוק-

בשני השיעורים האחרונים ראינו את התפיסה של קלזן שהיא תפיסה אידאליסטית שאומרת שהוא מגדיר את המשפט וצריך לבדוק אותו ועל פי זה מיוצרת הנורמה הבסיסית שהיא תקפה מכוח ההגדרה האפריורית, לבין התפיסה האמפירית של אוסטין שאומרת שאם נבדוק בשטח נראה שלחוקים יש מקור אחד ויש בהם יסוד של סנקציה ויש הרגל של ציות לאותו ריבון שהוא סוגר את המעגל של היחס בין הריבון לאזרחים ולציות החוק.

דמוקרטיה והגישה הנונפוטיביסטית:

הגישה הנונפוטיביסטית- לפי התפיסה הנו פוטיביסטית ההסכמה לחיות במסגרת הדמוקרטית נועדה כדי להגן על הפרט. הנכונות של בני אדם נועדה כדי להגן על זכויותיהם. בגישה הפוטיביסטית- רק המחוקק קובע מה לעשות. בגישה הנונפוטיביסטית- תפקיד בימ"ש לוודא שבמסגרת הדמוקרטיה לא יפגעו הזכויות של הפרט. בימ"ש הוא לאומתי, הוא הבקר של המחוקק, וכאשר בימ"ש מתרשם שיש פגיעה באיזו זכות של פרט, מיעוט, תפקידו לעמוד מול הפגיעה כי זה המקום של הדמוקרטיה. הדמוקרטיה לא באה לייצר סוג של סדר, אלא לאפשר לפרטים לחיות בתוך המסגרת החברתית הכוללת.

הוויכוח הזה בישראל הוא רב שנים. ב1970 הוגש בג"צ לבימ"ש העליון וקראון לו בוגזינסקי נ' מדינת ישראל- המערערים טענו ש חוק בתי הדין הרבניים נישואין וגירושין, שמחייב אותם להתחתן כדת משה וישראל- עומר בסתירה לחופש המצפון שלנו.

הם ביקשו שבימ"ש יקבע שבמדינת ישראל כל אחד יכול להינשא ע"פ צו מצפון. בימ"ש אומר שכאשר המחוקק קובע נורמה מסוימת, בימ"ש לא יכול להתערב גם אם אותה הנורמה לא מתיישבת עם ערכים, תפיסות עולם והשקפות דתיות. השופטים כפופים לחוק ולא למצפון. (אמירה חזקה). מה הבעיה? בימ"ש אומר למעשה- אם היה לנו קריטריון אובייקטיבי לקבוע צו מצפון, אז אין ספק שלבימ"ש היה קל ונוח להגיד שבשם המצפון אני מבטל חוק שהוא לא מצפוני. אבל כשאתה יוצא מתוך הנחה שמה שנראה מצפוני לאחד יכול להראות לא מצפוני לאחר, אתה נקלע לסיטואציה שבה אי אפשר לנהל מדינה בלי שתקבע מי הגוף היחיד המוסמך לחוקק חוקים. הנונפוטיביסט יטען שלכל חברה ברבות השנים מפתחת מערכת ערכים שמקובלת על הרוב הגדול של הציבור, ולכן בחברה אין מצב שכל אחד חושב משהו אחר, אלא יש מינימום ערכים שמשותפים לכולם, וכשבימ"ש מגן עליה הוא מגן על החברה מתוך הסכמתה של החברה. מתי יש לבימ"ש את אמון הציבור? כשהוא מגן על הערכים

שבהם רוב הציבור מאמין בהם. איפה מתחילה הבעיה? באותן מדינות שבהן לגמרי לא ברור מהם אותם ערכים משותפים. זה היה פס"ד בוגזינסקי. הבעיה מתחילה כאשר לחברה קשה לזהות מהם אותם ערכים משותפים.

1966 בפס"ד עזוז נ' עזר- בימ"ש אומר שנעלה מכול ספק שלפי המשפט החוקתי הסורר במדינה הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו בתוכן העולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה של חוק הכנסת שנעשתה כדין על יסוד נימוק זה או אחר. בימ"ש בא ואומר- שלא תעלה על הדעת אפשרות של לבטל ס' או חוק של הכנסת.

פס"ד ירדוב- נקודת המפנה: היה ניסיון לפסול רשימה של הכנסת בטענה של התנהלות עוינת. היה וויכוח בין חיים כהן לשי' זוסמן- חיים כהן אומר שאין מצב בעולם שמישהו יכול לפסול רשימה של הכנסת בלי אסמכתא חוקתית. דווקא חיים כהן נוקט בגישה נונפוויזיביסטיית. השופט זוסמן אומר- יש מצב שנקרא דמוקרטיה מתגוננת, והיא בוססת על המשפט הטבעי. אז הוא נונפוויזיביסט. כדי לפסול רשימה מלרוץ לכנסת, אני לא צריך חוק. מספיק שיש חשדות נגד רשימה מסוימת שהיא מסוכנת, אני יכול לפסול בשם המשפט הטבעי את הרשימה. גישה נונפוויזיביסטיית. השי' חיים כהן אומר אם אתם חושבים שיש בן אדם שהוא מסוכן אז אחת משתיים: אם יש לך הוכחות אמיתיות, לך למשטרה ואם יתרברר שהוא ביצע עבירה הוא ילך לביה"ס. אם אין לך הוכחות כאלו מבוססות- איך אתה רוצה לפסול ממנו לגשת לבחירות בכנסת? פס"ד ירדוב זה השלב הראשון, או תחילתו של המהפך, וב1966 המשיך המהפך. פס"ד לאור- השי' ברק קבע שם שלבימ"ש יש סמכות לבטל חוקים, הוא קבע זאת 1989, שיש לבימ"ש סמכות לבטל חוקים, אבל ב1989 הוא עוד לא עושה זאת כי הוא חושב שהציבור עוד לא בלש. ב1992, כשנחקק חוק יסוד כבוד האדם וחירותו- הוא אמר שהציבור בשל.

הפוזיביסטי החשוב במאה העשרים- הרברט הרט: הספר נקרא- המוסר של המשפט.

הוא פעל במאה ועשרים. הוא אבי הפוזיביזם המודרני. הרט אומר שלמשפט קודם כל יש תפקיד סוציולוגי. למה? המשפט למעשה מסדר את ההתנהלות החברתית. הרט אומר, יש בשפה דבר מתוחכם. אם אני רוצה להבין מושגים מסוימים אני לא צריך להמציא אותם כמו קלזן, ולבדוק איך המושגים פועלים בשטח, אלא במשך מאות ואלפי שנים השפה יצרה מושגים מסוימים והמושגים האלה הם מושגי מפתח במשפט ולכן המדד האמיתי הוא להבין את התוכן של אותם מושגים. (נורמה, כלל, חובה).

הרט אומר את הדבר הבא- מה ההבדל המהותי בין שודד שבא לפקיד של בנק ואומר לו את הכסף או את החיים, לפקיד של מס הכנסה שאומר לסוחר- או שתשלם מס או שתלך לכלא. מה ההבדל בין להיות תחת חובה לבין להיות מחויב? יש מישהו שנותן תוקף – זה להיות תחת חובה. מחויב- ש לך שיקול דעת. הרט אומר שהפתרון נמצא תחת הגדרת המושגים של חובה ושל מחויבות. כאשר בא אליי פקיד מס ואומר לי לשלם מס- יש חובה כי הוא בא ממקום של סמכות. כשבא השודד- יש מחויבות. הפקיד בבנק מפחד שיפגעו בו, אך אין פה מקור של סמכות.

אומר הרט, אם אני רוצה לדעת מה זה המשפט מה השאלה שמעניינת את הפוזיביסטי? האם יש חובה או אין חובה. כדי לדעת זאת הוא צריך לדעת את המקור. במקום שיש חובה יש מקור של סמכות לאותה חובה. מהו אותו דבר שמייצר את אותה החובה. תשובתו של קלזן הייתה- כל מה שנגזר מהנורמה הבסיסית. דעתו של אוסטין – הפקודות של הריבון. הרט אומר – אם אני מסתכל על כל חברה בכל זמן, נגלה שהחברה פועלת ע"פ כללים. אותי מעניין מהם הכללים המשפטיים. הרט אומר שלכל כלל יש שני מרכיבים. 1- ההיבט החיצוני: פירוש הדבר- שאני מסתכל על חברה מסוימת ואני מגלה שהאנשים באותה חברה פועלים ע"פ אותו כלל של התנהגות. דוגמא: אני עובר ליד בית הכנסת ולכולם יש משהו על הראש (כיפה). 2- הרט אומר שלכל כלל יש היבט פנימי: ההיבט הפנימי זאת המחויבות שלי לפעול ע"פ הכלל. כלומר, בזה שאני בוחר לפעול ע"פ כלל מסוים, זה מבטא את ההזדהות שלי עם פעולה ע"פ אותו הכלל. הרט אומר שהעובדה שאנחנו פועלים ע"פ הכלל זה בגלל מחויבות פנימית שיש לנו מתוך הכרה שאם בני אדם לא מציינים לחוק אין מדינה. לפי הרט יש לבני האדם מחויבות פנימית לציית לחוק. כל חברה מפתחת מערכת שלמה של כללים, כשבכל כלל יש היבט חיצוני ופנימי. ההיבט הפנימי: המחויבות לפעול ע"פ אותו הכלל. המקור לחובת הציות זה לא הפחד, וזה לא משהו טכני כמו הנורמה הבסיסית של קלזן, אלא בסיס חובת הציות זאת המחויבות הפנימית. כשאני מדבר על כלל, זה גם כלל דתי, חברתי, לא רק משפטי. מה מבין כל הכללים הוא הכלל המשפטי- זה מה שמעניין אותי. מה שמאפיין את הכלל המשפטי זה רמת הענישה, הסנקציה. מהות הסנקציה יוצרת את השוני. מבין כל הכללים, כדי לאפיין את הכללים המשפטיים- אלו אותם כללים שבהם יש סנקציה שמתבצעת ע"י מי שיש לו את המונופול בחברה להעניש. המבחן הוא מבחן סוציולוגי. אני מסתכל על החברה ועל בסיס מה שאני רואה בחרה אני לומד מהי הסנקציה ומי קובע אותה.

לפי הרט, הכללים הם למעשה יצירה חברתית שהמחוקק נותן להם תוקף. הרט אומר שהכללים האלו הם "כללים ראשוניים". הם אותם כללים שלמעשה מיוצרים בחברה. הרט אומר שבחברה שיש בה רק כללים ראשוניים, יש לי קשיים, וכדי לפתור את הקשיים הללו יש "כללים משניים". יש שלושה כללים רשמיים: כלל

הזיהוי (כלל ההכרה), כלל השינוי וכלל השפיטה. נניח שיש מקום, ובו יורד הרבה מאוד גשם. יום אחד, שנה אחת מתחילה בצורת. שנה שנייה- גם יש בצורת. המאגרים של המים מתדלדלים. הכלל הראשוני באותו המקום- אין שום מגבלה על שימוש במים. אם אני אומר שיש רק כללים ראשוניים וכעת יש בצורת מה קורה? אם במקום מסוים יש בעיה של מים, ובאותו המקום יש לי רק כללים ראשוניים אני צריך לחכות עד שהכלל הראשוני ישתנה. יש כלל משני- כלל השיווי. הוא אומר איך אני משנה כללים ראשוניים בטריטוריה מסוימת. גם הכלל המשני הוא כלל. מאחר שהכלל המשני הוא גם כלל, יש לו היבט פנימי וחיצוני. ההיבט החיצוני: כל פעם שמבצעים את השינוי מבצעים אותו באותה הצורה. איפה נוצר הכלל הראשוני- בחברה. ואילו כלל השינוי נוצר בכנסת. ההיבט החיצוני הוא שכל פעם שרוצים לשנות כלל זה נעשה בפרוצדורה, בכנסת. הכלל הפנימי: שח"כ מחויבים לבצע את השינויים. אם הם יבצעו את השינוי לא לפי מה שקבוע- בימ"ש יתערב. (שלוש קריאות). כלל הזיהוי- הכלל החשוב ביותר. אם אתם רוצים לדעת מהם הכללים המשפטיים, הראשוניים, אתם צריכים ללכת ולשבת בבימ"ש. ולהתרשם ולראות איך בימ"ש באוסטרליה למשל פותר את הסכסוך, ואז נגלה שכל השי' עושים את אותו הדבר, כולם פונים אל החוק, ואז יודעים שהחוק הוא זה שקובע. ואז יודעים מהו כלל משפטי ומהו לא כלל משפטי. מהו ההיבט החיצוני של כלל הזיהוי? שכל השופטים עושים את אותו הדבר. כולם מביאים את הפתרונות מהחוק. ולכן כלל הזיהוי נוצר בחברת השופטים. מהו ההיבט הפנימי של כלל הזיהוי? אם לא יפסקו ע"פ החוק, סיכוי סביר שערערו על פסקי הדין שלהם ויערערו אותם. הכלל המשני השלישי הוא כלל השפיטה. בכללים הראשוניים לא ברור בדיוק איך אני פותר סכסוכים, ואז אני הולך לחברה ואני מסתכל איך פותרים סכסוכים באותה החברה. כולם פותרים את הסכסוכים באותו המקום- בימ"ש. ההיבט הפנימי- אנשים מחויבים לפנות לבימ"ש כדי לפתור סכסוכים ואז לא יהיה תוקף למה שקבעו. כלל השפיטה הוא תוצר אצל כלל החברה. לכל אחד מן הכללים הללו יש מערכת שלמה של חקיקה שמתלווה אלינו. ע"פ הרט- המשפט מורכב מכללים משניים וראשוניים- ולכלל כלל יש היבט פנימי וחיצוני.

בשיעור הקודם אמרנו שהארט אמר שמערכת המשפט מורכבת מכללים ראשוניים ומשניים. הראשוניים בדיכ מופיהם כלפי האזרחים. הם מחויבים לפעול לפיהם. בנוסף, יש את הקבוצה של הכללים המשניים אשר מופנים כלפי הרשויות. יש 3 כללים:

- 1) **כלל הזיהו/ההכרה-** הוא מופנה לשופטים. אומר איך הם אמורים להכריע בסכסוך. כלומר, כלל הזיהוי מופנה לרשות השופטת ואומר לשופטים שאם מגיע אליהם סיכסוך והם צריכים להכריע בו. עליהם להכריע לפי אותם חוקים. עליהם להפעיל כלל זה ואז הם ידעו לזהות את החוקים.
- 2) **כלל השינוי-** מופנה לח"כים ולשרים. הוא אומר להם- שאם הם רוצים לשנות כלל, הם חייבים לפעול בפרוצדורה הקבועה. כל מדינה, יש בה כללים איך אתה משנה נורמות. אומרים למחוקקים או לשרים בעלי סמכות חקיקה משנית שאם הם רוצים לשנות כלל ראשוני- הם צריכים לפעול לפי הדרך הספציפית הזאת.
- 3) **כלל השפיטה-** מופנה לשופטים ואומר להם איך עליהם להפעיל את ההליך השיפוטי. (לפי הפרוצדורות איך לתפעל את מע' המשפט).

פס"ד בנק המזרחי- מדבר על כלל ההכרה: " כלל זה קובע כיצד נוצרות הנורמות הראשוניות, מהו מעמדן הנורמטיבי. " כלל ההכרה לפי ברק: בא לדרג או ליצור מדרג בין הנורמות השונות. במילים אחרות ברק אומר: שאם אני מביא לך ספר חוקים אתה לא יכול לדעת מה ההיררכיה. ברק אומר שכלל ההכרה מאפשר דירוג של החוקים. יש חוקי יסוד, חוקים "רגילים"- הוא נותן בעצם את הדירוג של החוקים, מי הנורמה העליונה ומי התחתונה. **כלל ההכרה נקבע ע"י ביהמ"ש**. אולם הארט לא אמר שבין חוקים שונים יש דירוגים שונים- זה חידוש של ברק. " ביהמ"ש אינו יוצר יש מאין " ז"א שהרעיון של קביעת הדירוג בבין החוקים זה לא רעיון של ביהמ"ש אלא תמיד היה. ברק: "הוא משקף את התפיסה של הקהילה על דרכי יצירתן של נורמות במסגרתן.. " (ע"מ 254 בספר). הוא למעשה אומר- עד כה הבנו שכלל ההכרה נוצר ע"י חברת השופטים. ברק אומר שאומנם כלל ההכרה נוצר ע"י חברת השופטים, אבל השופטים נותנים ביטוי להלכי הרוח של הציבור, לכן הוא **קובע שכלל ההכרה במד"י הוא כי לכנסת נותנת סמכות מחוקקת ומכוננת גם יחד**. ברק עושה זאת כי בכל מדינה בעולם יש סמכו מכוננת שקובעת את החוקה וסמכות מחוקקת שקובעת את החוקים. לכן, בכלל הסמכות של הרשות המכוננת החוקה יכולה לפסול חוקים (בשמה). בד"כ כל חוק של הכנסת הוא באותה רמה, אין הבדל כי זה אותו גוף שמחוקק. במדינות שבהן יש חוקה- יש סמכות מכוננת שהיא נמצאת מעל החוק ולכן אם יש חוק שסוטר את החוקה- הוא מבוטל. מי שקובע זאת הוא ביהמ"ש. (יש גם מקרים בהם יש ביהמ"ש לחוקה).

בישראל- יש דבר מיוחד במינו שהכנסת יש לה גם את הסמכות החוקקת וגם את הסמכות המכוננת. אין בזה הגיון- כי אתה לא יכול להגיד שלכנסת יש סמכות לחוקק חוקים ומכוח אותה סמכות לבטל את החוקים שהכנסת מחוקקת. (אין הגיון). לכן ברק אומר שחוק יסוד הכנסת זה הרשות המחוקקת, וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו זה הרשות המכוננת.. **ברק מצדיק זאת: בכך שאומר שזה מה שמקובל בחברה הישראלית**. ברק אומר שהציבור יודע זאת וזה הבסיס של המהפכה החוקתית.

המהפכה החוקתית היא לא שביהמ"ש יכול ל בטל חוקים של הנכסת, החידוש של ברק הוא שלכנסת יש את המסוכת המכוננת והמחוקקת ומכח אותה סמכות יש לביהמ"ש העליון את הסמכות לבטל חוקים.

-אף אחד לא מבקר את זה.

כל סכסוך משפטי מתחיל בסכסוך בין א' לב' הוא על זכויות משפטיות. לביהמ"ש יש 2 אפשרויות:

1) **הפתרון בחוק**- כלומר הסכסוך נמצא תחת מטרייה משפטית, החוק מתחייב לסכסוך ונותן לו פיתרון, במקרה כזה אם אני פפוזיטיביסיט זוהי האופציה היחידה (אוסציה אחת). ברגע שיש פיתרון לחוק, לביהמ"ש אין אלטרנטיבה אחרת. מגבלות הפרשנות הן לשון החוק- כלומר השפה. (זוהי התפיסה הפוזיטיביסטית). – השלה אם הפיתרון הזה הוא טוב או לא טוב היא לא רלוונטית. בתפיסה הפוזיטיביסטית הדגש הוא על החוק.

2) **כאשר אין פיתרון בחוק**- הגיע סכסוך לביהמ"ש ואין פיתרון בחוק (המחוקק לא נתן), אבל מאחר ואני עוסק בסכסוך משפטי בנוגע לזכויות, ביהמ"ש אומר שהוא חייב לתת להם פיתרון. כאן יש שתי אפשרויות:

א) לבוא ולהגיד שיש לאקונה- אז כל שיטה משפטית נותנת לכך פיתרון. החוק אומר לך איך אתה מטפל בלאקונה- כמו במפוש הישראלי. 1)המחוקק אומר מה לעשות במקרה כזה. 2)השופט יפעל כרצונו- לפי שיקול דעתו בהרבה שיטות משפט בעולם.

ב) לבוא ולהגיד שמדובר בהסדר שלילי- המשמעות היא שהמחוקק חשב על זה ולא נתן פיתרון כי הוא לא רצה לתת. (אז התובע יפסיד את תיק). אם אני אומר שיש הסדר שלילי אני אומר שיש פיתרון בחוק, המחוקק לא מכיר בזכות הזאת ולכן התובע יפסיד את התיק כי אין לו עילה. (עקרונות המוסק והיושר של מורשת ישראל).

זוהי השיטה הפוזיטיביסטית- ביהמ"ש הוא השלוח של המחוקק/המלך/ אלוהים, על מנת ליישם את החוקים שהוא מכין לעם לציבור.

עד כאן הפוזיטיביזם.

ה-הריאליזם המשפטי- מתחיל בתחילת המאה ה-20

-היום קיים הנון-פוזיטיביזם: בתחילת המאה ה-20, התחילה ביקורת עלל השיטה הפוזיטיביסטית כי השיטה הזו כי היא נתפסה כשיטה מאוד פורמאלית שבה השופטים מנותקים מהחברה. הם אמורים לא לראות את המסביב. זיא שהתפיסה הייה שהשופטים לא אמורים לתת ביטוי לתפיסות עולם, להיבטים ערכיים. הגישה הייתה פורמלאיסטית לגמרי. הרעיון הוא שהשופט ההוא "סוג של רובוט" – הוא מאין מכשיר שאין לו יכולת עצמאית וגם לא אמורה להיות לו. (לפני 1000 שנים).

בתחילת המאה ה-20 בארה"ב- התחילו לחלחל בתוך עולם המשפט תפיסות חברתיות, זה התחיל בעובדה שבתי המשפט (בעיקר בבתי המשפט העליון בארה"ב), גילו שכל פעם שיש סכסוך בין עובד למעביד, המעביד מנצח בתיק. למה? המעביד היה יכול לקחת עו"ד שניסחו לו חוזה עובדה ואז כשנהיה סכסוך הוא מדדיע לביהמ"ש והיו אמורים לעובד: חתמת על החוזה אי אפשר לבוא בטענות. לומר- השופטים גילו שהמשפט נמצא בצד של החזקים בחברה. הם אמרו שלא ניתן לנתק את המשפט מהעם. כשהשופט רואה שהחוק לא מביא לתוצאות נכונות הוא לא יכול להגיד "אין לי מה לעשות זה החוק". אזו לתוך המעכת המשפטית התחילו לחלחל תפקידים חברתיים.

הפוקוס הועבר מההתמקדות בחוק להתמקדות בחברה. כלומר, התפקיד העליון של ביהמ"ש הוא להגב, לשים לב למציאות החברתית הנתונה. האיש שהוביל את הריאליזם האמריקאי- אוליבר הנדל הולמס. גדול השופטים בארה"ב. אצליהם המהפכה התממשה רק אחרי מותם. (לעומת ברק שראה את המהפכה שיזם). התפיסה היא שלמשפט יש לקוחות: הציבור. אותם צריך לראות המחוקק לנגד עיניו. לא מספיק לומר שמה שהמחוקק רואה זה קדוש- צריך לראות לפי עיניו של הציבור.

-ביהמ"ש בארה"ב- זאת הפעם הראשונה שהוא נתן תפקיד של העו"ד. "להיות נביאים" השופט הולמס אומר שכשלקוח בא לעו"ד הוא רוצה שהעו"ד ינבא לו מה תהיה התוצאה בביהמ"ש. זה פעם ראשונה שהשופט רואה את העו"ד כמי שמייצג את האינטרס החברתי. **השופט לא יכול להתעלם מאותה פעילות של העו"ד שמציג את ההיבט החברתי.**

עקרונות הריאליזם האמריקאי:

א) **המשפט הינו יצירה של בתי המשפט ועל כן הוא נתון לתנודתיות גדולה, כיוון שהחלטות ביהמ"ש אינן אחידות.** הריאליזם המשפטי ואמר שאין דבר כזה וודאות כי כל שופט נותן את ההחלטה עפ"י מה שמובא בפניו, והתנודתיות של המשפט היא גדולה. יכולים להגיע שני תיקים דומים לדיון והתוצאות יהיו שונות. החידוש הוא שגם במקום שיש כלל משפטי (נניח חוק החוזים), הטענה היא שהמשפט זה אמת ויציב- הריאליזם המשפטי אומר שזאת אשליה ואין דבר כזה. אין דבר יותר תנודתי מהמשפט. ההחלטות השיפוטיות הן לא אחידות. (ריאליזם הוא ביקורת על הגישה הפוזיטיביסטית).

ב) **המשפט בא לקדם תכליות חברתיות ולנהל טיפול מבוקר בסכסוכים. בכל עת יש לבחון אותו על רקע הגשמת התכליות החברתיות.** הריאליזם המשפטי בא ואומר שהחוק הוא לא נחקק בואקום. הוא לחקק בחלל ריק. כאשר חוקקו את החוק הזה, רצו לקדם תכלית חברתית מסויימת. למשל: כשחוקקו את חוק יסוד: חינוך חובה ממלכתי, (בשנות ה-50) התכלית החברתית הייתה שיהיה חינוך לכולם כאשר התכנים יהיו מוסדרים. חוק חינוך ממלכתי קובע לך מה התכנים המוסדרים. הוא רצה להבטיח שכל מע' החינוך היסודות במד"י תהיה תחת אותה מטריה ניהלית וערכית. הגיעו למסקנה שחוק חינוך ממלכתי לא מאפשר טיפוח של מצויינות כי אתה נותן לכולם חינוך אחיד. אז הלכו ופתחו בתי ספר פרטיים. אותו ביה"ס שנפתח אמר שהוא רוצה לקלב את אותה הקצבה שמקבל בית ספר רגיל של חינוך ממלכתי. עולה השאלה לדיון: **האם חוק חינוך חובה אמור לתת פיתרון גם לבתי ספר שלא פועלים במסגרת חוק החינוך החברתי?** אם אני בא ואומר שהמשפט הוא קשור בהתפתחות בערכים חברתיים, ברור שאני אתן תמיכה גם לבתי ספר כאלה (למוזיקה, אומנות וכו'). הגישה האמיקאית היא שלא ניתן לנתק את המשפט מהתכליות החברתיות. הריאליזם האמריקאי אומר שאתה לא יכול לנתק את המשפט מהתכליות החברתיות המשתנות, ביהמ"ש לא יכול להיות תקוע בנוסח החוק כשהמציאות משתנה כל הזמן.

ג) **מאחר וקצב ההשתנות החברתית הינו מהיר יותר מקצב התשנות המשפט הרי שיש לבחון את המשפט גם על רגע המציאות המשנה-** המציאות כל הזמן משתנה ולכן המשפט לא יכול להישאר תקוע. המבחן של המשפט הוא היכולת שלו לקיים את צורכי הציבור לפי השינויים במציאות החברתית. ההגיון הפוזיטיביסטי היה אומר שהוא מצפה שהמחוקק ישנה את החוק לפי המציאות.

ד) **יש להפריד בין משפטי עובדה למשפטי ערך בבואנו לבחון וללמוד את המציאות המשפטית.** משפט עובדה- אם אני אומר שבכיתה יש 30 תלמידים זאת עובדה, אם אני אומר שמין הראוי שיהיו 100 תלמידים- זה משפט ערך. הגישה שתמיד צריך להפריד בין שני סוגי המשפטים. אי אפשר להסיק ערכים מעובדות. אי אפשר לבוא ולהגיד שמאחר שבכיתה יש רק 30 תלמידים, הכיתה בסדר או לא בסדר. זאת שאלה אחרת. אי אפשר להסיק אחד על השני. כאשר אני מגיע לביהמ"ש, לשופט אסור להבלבל בין משפטי עובדה שאותם 9 רואה בראיות לבין משפטי ערך שנמצאים מעבר לראיות.

ה) **אי אמון בשיטת הכללים המסורתית המתארת את עבודת ביהמ"ש אלא התרכזות בניבוי מה יעשה ביהמ"ש בכל מקרה המובא לפניו-** לפי הגישה הפוזיטיביסטית, אסא יש לי מצב חוקי נתון ויש לי פרוצדורה שהיא קבועה, אני אמור לדעת מה תהיה התוצאה (הודאות), בהקשר של פעולה על פי חוק ופעול העל פי כללי הפרוצדורה. הריאליסטים המשפטיים באים וטוענים: שאתה צרי לנבא מה יעשה ביהמ"ש בתיק שלך מבלי שיש לך אפשרות לדעת מהו בסופו של דבר יפסוק. כלומר, שמעת את הלקוח השתכנת שהעובדות הן אמת, לפי התקדימים של העליון זכית או הפסדת בתיק. הריאליסטים אומרים שאתה לא יכול לדעת מה תהיה התוצאה המשפטית אלא רק לנבא לפי ההגיון- אין מכניזם קבוע לפיו אתה יכול לדעת מה יהיו התוצאות. (כל התפיסה של הריאליזם הייתה לקעקע את יסודות התפיסה הפוזיטיביסטית).

לסיכום: התפיסה של הריאליזם באה על מנת להמודד עם שינויים חברתיים, מתוך הנחה שלחוק יש תפקיד חברתי, כלומר- החוק לא נועד לשרת את המחוקקים, אלא לשרת את הציבור, ותפקיד ביהמ"ש הוא לייצג את הציבור מול המחוקקים (הפוך משיטת הפוזיטיביזם בא מייצג את המחוקק).

שיטת הריאליזם האמריקאי נפלה בפס"ד שבו אחת מהמדינות בארה"ב חוקקה שאומר שאם יש אישה אימביצילית ויש לה בת אימביצילית אפשר לעקר את אותה בת שלא תלד את אותה בת שלא תלד עוד ילדים אימביצילים. התיק הגיע לעליון והשאל ההייתה: האם יש תוקף לחוק הזה. האם המדינה יכולה להכריח אישה לבצע עיקור? השופט טען שמאחר שתפקיד ביהמ"ש הוא תפקד חברתי- הרי בסופו של דבר הילדים של האישה יפלו כנטל על החברה וטובת החברה שאישה כזאת לא תלד עוד ילדים- הוא אישר את החקיקה וטען שאם הוא יודע שילדים כאלה יהיו נטל על החברה לטובת החברה עדיף שלא תלד עוד ילדים כאלה.

מה שקרא הוא שהריאליזם אומנם הפך להיות מכשיר חברתי אבל הוא פגע בזכויות הפרט. **למעשה הנון-פוזיטיביזם היה תשובה לריאליזם המשפטי** כאשר הנון-פוזיטיביזם קידש את טובת הפרט (ולא את טובת החברה).

הריאליזם המשפטי היה נקודת מפנה במשפט נתן מקום לדיון בהשפעת נסיון החיים והערכים של השופט וההכרעה המשפטית בבסופו של דבר היא שילוב של משפט, חוק אידיאולוגיה, כלכלה וערכים. כלומר, מי שחשב שמפוט הוא עניין טכני, טעה. התפיסה הייתה שהמשפט יותר מורכב מהודאות המשפטית לפי גגישת הפוזיטיביזם.

הנון- פוזיטיביזם: הדמות הנון פוזיטיביסטית החשובה ביותר הוא פרופסור רונלד דבורקין. הוא חשוב כי הוא המורה של ברק. לכן, מי שרוצה להבין את ברק ואת המפשא הישראלי צריך להכיר אותו. מישעמד לפניו הוא הארט. הוא היה פוזיטיביסטית והוא עמד לנגד עיניו של דבורקין. הוא ניסה למצוא תא הכשלים של הארט ומשם לצאת לנון- פוזיטיביזם. צריך לזכור שהתקופה שדבורקין פעל בה הוא התקופה של מלחמת ויאטנם. היה נסיון לקעקע את המשטר האמריקאי. היא יצרה מנוף מאוד חזק נגד המשטר האמריקאי, אלא שהפגינו נגד המלחמה טענו שמכריחים אותם להילחם. נקי ההנחה של דבורקין הייתה ליצור הגנה על הממד השילטוני ובו"ז גם לתת ההגנה גם על זכויות הפרט. מצד אחד, איך אני מבטיח את השלטון ומצד שני איך אני מבטיח את זכויות הפרט. איך מוצאים את האיזון בין הכוחות האלה. דבורקין ניסה להראות שהיגהש של הארט לא צודקת. תיאוריה בודקים בשטח. **הוא אמר בואו נראה בשטח הם התיאוריה של הארט עובדת וא הוא טוען 2 טענות:**

1) גם במקרה של שיטה פוזיטיביסטית מאוד הדוקה, יש מצבים שבהם בתי המשפט פוסקים בניגוד למה שמופיע בחוק. אם הגישה הפוזיטיביסטית נכונה, זה לא יכול להיות. אם אני מראה שיש מקרים שזה לא קורה, סימן שהתיאוריה הפוזיטיביסטית לא פועלת בשטח.

2) גם כאשר יש סיטואציה שבה ביהמ"ש יכול להפעיל שיקול דעת כרצונו, הוא לא יעשה את זה, אלא שיקול הדעת של בימ"ש בסיטואציות האלה הוא שיקול דעת מובנה וקבוע. במקרה שיש לאקונה מראה דבורקין שזה לא קורה. גם במקרים כאלה בתי המשפט קובעים לפי קריטריונים קבועים. זה לא שכל שופט עושה כרצונו.

דוגמאות מהפסיקה:

היה אדם שקנה מכונית בהסכם כשהוא קנה את המוכנית, 3 פעמים היה כתוב בחוזה שהחברה יצרנית אחראית אך ורק להחליף חלפים פגומים. אדם שהיה מעורב בת"ד והיה נזק משמעותי. בוחן הרכב קבע שהתאונה התרחשה בגלל בעיה בבלמים. הלך אותו אדם שקנה את האוטו לחברה היצרנית ואמר: נגרם לי נזק עצום תוצאה מהתקלה בבלמים. החברה אמרה לו: תביא את האוטו נחליף לך את הבלמים. בארה"ב יש דבר שנקרא: קדושת החוזה. קנית אוטו ומופיע בו באותיות גדולות עם הדגשה שאחריות החברה מוגבלת רק להחלפת חלקים פגומים. בארה"ב בשונה מישראל- לא שואלים שאלות, אם חתמת ידעת. השופט בארה"ב אומר: אתה קנית את האוטו שבגלל הגבלת האחריות הוא עולה 15,000 דולק פחות, תעשה ביטוח יקר וחסת כסף. הוא לא נכנס לשיקולים שלך למה חתמת על החוזה. אם אדם חותם על החוזה זה מה שיש. התוצאה המשפטית ע"פ הרט: התביעה צריכה להידחות.

בימ"ש פסק: שחייבים לפצות על הנזק. כי אם יצרן יודע שהגבלת האחריות שלו היא רק על החלפת החלק הפגום, אין לו עניין להבטיח את תקינות המוצר שלו, זה פוגע במשתמשים האחרים בכביש. יש תוצאה משפטית ברורה- דבורקין אומר שבימ"ש לא פוסק כך כי יש לו שיקולי מדניות (תקנת הציבור). כשבימ"ש בא לתת פס"ד הוא לא שוקל רק שיקולים פוזיטיביסטיים אלא גם שיקולים של תקנת הציבור (טובת הציבור). הגישה הפוזיטיביסטית לא עובדת.

ז"א שיש שופטים שגם בתפיסת עולם פוזיטיביסטית לא רואים את עצמם כבולים רק בלשון החוק כשהקריטריון הוא עיקרון של מדיניות.

דבורקין- הוא למעשה האיש שהשפיע למעשה על שיטת המשפט הישראלי. דבורקין אומר, מה זה דמוקרטיה? דמוס= עם. שלטון העם- המשמעות של הדמוקרטיה היא שהעם בוחר את הנציגים, והנציגים אמורים לקבל את ההכרעות שקריטיות לציבור. לפני כן הייתה דיקטטורה. שורש המילה דיקטטורה היא דיקטט= הכתבה. היה רודן והוא היה מכתב לציבור מה הוא אמור לעשות, וליצור חובה לציית. לעם לא ההיתה שום השפעה על ההחלטות שיקבל הדיקטטור. בדמוקרטיה – במקום שיהיה אדם אחד שמכתיב הוראות, יש עם והוא בוחר את הנבחרים והנבחרים הם שמקבלים עבורו את ההחלטות, והוא חייב לציית. חלק מהעסקה היא- אנחנו מוכנים שהעם יהיה השליט, אבל התנאי הוא שהעם מציית לנציגים.

לכל אורך המחשבה עד העידן החדש, הטכניקה של הפעלת הדמוקרטיה הייתה שלטון הרוב במובן זה שיש נציגים, יש הצבעה, וההחלטה שהתקבלה ע"י הרוב היא שמחייבת, מכיוון שאחרת לא ניתן לנהל כלום. בא דבורקין ואומר את הדבר הבא- "הדמוקרטיה האמיתית איננה סטטיסטית, אשר בה כל דבר שהרוב רוצה הוא לגיטימי מטעם זה בלבד". החידוש הגדול של דבורקין בא לומר שכל התפיסה הדמוקרטית שהייתה מקובלת שלפיה מהות הדמוקרטיה היא שלטון הרוב, דבורקין אומר שדמוקרטיה כזאת היא סטטיסטית ולא דמוקרטיה

מהותית. משתמע מכך שכללי המשחק חשובים יותר מן המהות. מה שהרוב החליט זהו. בתפיסה זו, אני לא בודק האם הרוב קיבל החלטה ערכית ומוסרית, עצם העובדה שהוא רוב זה מה שמחייב. כללי המשחק הופכים להיות מהותיים יותר מן המשחק עצמו. דבורקין אומר שמשמעות הדמוקרטיה היא שהחלטות הדמוקרטיה מתקבלות מתוך שוויון בין בני האדם, ואומר שהחלטות הפוליטיות חייבות להתייחס לכל אחד מתוך דאגה וכבוד שווים, ולכל אחד יובטחו זכויות אזרחיות ופוליטיות שוות. דבורקין אומר, שכאשר יש שותפות בין בני האדם נקודת המוצא אומרת שכולם שווים. אני הסכמתי להיכנס לשותפות בתנאי אחד- יש זכויות משותפות שמעולם לא הייתי מוותר על אותן הזכויות, ולא הייתי נכנס לשותפות אם הייתי יודע שזכות אחת מן הזכויות תיפגע. הקושי הוא להגדיר מהן אותן הזכויות הבסיסיות שבלעדיהן בני החברה לא היו נכנסים לשותפות.

הרעיון הוא יפה מאוד. הוא אומר שכל בני האדם שווים. לדוגמא: חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אין שום מקום שהגדירו לנו מהן אותן זכויות בסיסיות כאשר אני מדבר על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, וזה נותן כוח עצום לבימ"ש. יש עוד שאלה מעניינת, והיא- מיהו המיעוט? כשאני בא ואומר שהדמוקרטיה באה להגן על המיעוט, מיהו אותו המיעוט? בישראל, האינטואיציה הבסיסית היא שמדובר בזכויות של הציבור הערבי. מה עם המתנחלים? ההגדרה של המיעוט היא מסובכת. חרדים למשל- אף פעם לא זכו להתייחסות הוגנת בבימ"ש העליון. כך גם החרדים ותושבי דרום ת"א. ההגדרה של המיעוט היא פונקציה של מה שבימ"ש חושב, וזה חידוש מעניין מאוד של דבורקין. הוא אומר שאתה לעולם לא יכול לנתק את פס"ד של השופט מן השופט עצמו. אם מישהו באמת חושב שפס"ד זה דבר טהור שמנותק מדעות קדומות ותקשורת- אין בזה ממש. פס"ד שבימ"ש נותן זה פונקציה של תפיסות העולם של השופט. אצל השופט אדמונד לוי- המיעוט הינו המגורשים מגוש קטיף, וברק אמר שהם לא מיעוט. דבורקין בא ואומר, שהשופט בסופו של דבר נותן ביטוי לתפיסות העומק של החברה. ותפיסות העומק הן אותו דבר. אם אני לוקח את החברה האמריקאית ואני שואל את עצמי לאיזה תפיסות עומק השופט בארה"ב ייתן ביטוי- דבורקין יגיד שכל השופטים בארה"ב יודעים להגיד מהן תפיסות העומק של החברה האמריקאית, ולכן כולם יגיעו לאותה המסקנה. דבורקין אומר, אני לא צריך להיות מודאג שכל שופט ייתן ביטוי לתפיסת העולם שלו, כי כל השופטים יודעים לזהות את תפיסות העומק. בישראל- אף אחד לא יודע מהן תפיסות העומק של החברה הישראלית. תפיסות העומק פירושו הדבר- התשתית הרוחנית, הבסיסית הערכית של החברה. הכשל הגדול של ברק, הוא שהוא לקח את השיטה של דבורקין, וייבא אותה למדינת ישראל מבלי לעשות את ההתאמות למדינת ישראל. התוצאה היא- שכל אדם נותן פירוש לתפיסות העומק כפי שהן נראות לו.

פס"ד קאהדן- דנו בשאלה האם הסוכנות היהודית שהיא בעלת קרקע חייבת לאפשר לאזרח ערבי לקבל שטח? בימ"ש קבע שכן.

פס"ד אביטן- אביטן רצה לגור באיזור של הבדואים. בימ"ש העליון לא אפשר, כי לבדואים יש ייחודיות אבל אם זה יהודי שרוצה לגור עם הבדואים לא מאפשרים לו.

הרעיון של דבורקין הוא יפה, אך הרעיון לא ישיש פה בארץ, וזה יוצר אפילו בעייתיות.

בא דבורקין ואומר שפס"ד של בימ"ש לעולם לא מבוססים על הנוסח הטריטוריאלי של החוק. האשליה שבימ"ש פוסקים לפי החוק- היא אשליה. ברור שברוב המקרים, בימ"ש מפרש ע"פ החוק, אך במקרים קשים, בימ"ש אף פעם לא פוסק לפי הלשון של החוק אלא פס"ד של בימ"ש או שיקול הדעת של בימ"ש מתבסס על עקרונות ועל מדיניות. שיקול הדעת השיפוטי מושפע באופן מהותי ביותר משיקולים של עקרונות, שיקולים ערכיים ושיקולים של מדיניות- בד"כ תקנת הציבור.

פס"ד קריכלי- שוטרים רדפו אחרי קבוצה של עבריינים, והם תפסו את אחד מן העבריינים, אחד השוטרים רב עם אחד מהם, שניהם נפצעו ובסוף השתלטו על אותו החשוד. ואז החשוד אומר לשוטר שיש לו איידס. כדי לדעת האם השופט נבדק, צריך לחכות שלושה חודשים. באו לאותו החשוד וביקשו לקחת לו דם לבדוק אם הוא נשא. החשוד אומר שאין לבצע פעילות פולשנית ללא הסכמתו. זאת פגיעה בכבוד האדם שלי. נשאלת השאלה האם ניתן לכפות על אותו חשוד לבצע את אותה בדיקת דם שהיא פשוטה מאוד? בימ"ש התלבט. אם השופט היה פוזטיביסט- הוא היה צריך להחליט שלא ניתן לעשות את אותה הבדיקה בכפייה. בימ"ש בא ואומר, אני לנגד עיניי רואה דבר אחר. אני רואה שאם אני לא אתן לשוטר את האפשרות לדעת האם הוא נדבק או לא נדבק, בפעם הבאה אף שוטר לא ינסה להתעמת עם חשוד. שיקול של מדיניות. השופט איילון אומר- שאילו היה זה אזרח מן השורה- השופט היה דוחה את הבקשה, כי יש את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אבל, פה יש לי צורך להגן על הציבור. ואני בא ואומר יש הבדל בין אזרח לבין שוטר, כי האינטרס הציבורי הוא שהשוטרים לא יפחדו להתעמת עם חשוד. דבורקין אומר, שבימ"ש הרבה מאוד מקרים שוקל שיקולים של מדיניות ושיקולים של עקרונות. שיקולים של מדיניות רואים לנגד עיניהם את הציבור, הכלל, ושיקולים של עקרונות רואים את הפרט. השופט ברק תמיד אוהב להגיד שהכנסת רואה לנגד עיניה את ההיבט החברתי הכללי ובימ"ש או השופט רואה לנגד עיניו את ההיבט העקרוני של האדם הפרטי.

פס"ד אניקסון- אותו אדם שקנה אוטו והייתה הגבלת אחריות והייתה תאונת דרכים. בימ"ש אומר שלא יעלה על הדעת שבימ"ש יקבל הגבלת אחריות על מכונית כי זה גורם לכך שהחברות שמייצרות את המכוניות לא יקפידו על בקרת האיכות. שיקול של מדיניות.

ניתוח סיטואציה:

הייתה תאונת דרכים, בתאונה נהרג בעלה של אישה והבת נפצעה קשה. מודיעים לאישה את מה שקרה. האישה שומע את זה בבית והיא מתמוטטת נפשית ואחרי זה היא מגישה בקשה לתביעה נגד זה שהיה אחראי לתאונה והיא מבקשת פיצויים על הנזק הנפשי שנגרם לה. איפה הבעייתיות בלתת פיצוי במקרה זה? בעיית הצפיות. אני מטיל אחריות בנזיקין במקרה שיש צפיות לאותו הנזק. אין ניתן להגיד שהאדם היה צריך לצפות שמישהי ב=שיושבת בביתה שלה, היא תקבל התמוטטות נפשית והוא יצטרך לפצות אותה. דבורקין יגיד, בימ"ש הפעיל פה שיקול של מדיניות. שכל אחד מבוטח- אני אקטין את כמות הפיצויים לכל אחד, וכך כל אחד יקבל פיצוי. כל האנשים שמתשמישים ברכב הם מבוטחים- אז הפיצוי לא נופל על הנהג אלא על חברת הביטוח- על הציבור. דבורקין אומר= המחשבה של פס"ד של בימ"ש הוא פונקציה של לשון החוק זה לא נכון, פס"ד של בימ"ש במקרים הקשים הוא פונקציה של עקרונות ושל מדיניות. מה מבטיח לי שלא כל שופט יפעיל שיקולים אחרים? שבחברה מסוימת כל שופט יודע מהם עקרונות היסוד של אותה השיטה. שיקולים של עקרונות זה תפיסות עולם של אדם מסוים מה הוא חושב ערכי, מוסרי. ולכן בסיטואציות האלו יש פוטנציאל שכל שופט יפיל עקרונות נוספים. השופטים יודעים שיש עקרונות מסוימים שהם אותם העקרונות שמקובלים על החברה וילכו לפיהם. זה דבר שמקובל על כל שופט. הדוגמא שדבורקין אוהב לתת זה מקרה שבו ארבעה אנשים מתבקשים לכתוב ספר מתח. כל אחד כותב פרק אחד. זה שכותב את פרק ב', זה לא מספיק שיראה את פרק א, אלא הוא צריך לחשוב מה יקרה בפרק ג'. השופטים זה מין סיפור בהמשכים, שבו כל שופט מצד אחד רואה את מה שהיה לפניו, וצריך לחשוב מהן ההשלכות העתידיות של פס"ד שלו.

רעיון נוסף הוא זכויות רקע:

דבורקין אומר, שלפני שהייתה לנו מדינה, היו לנו זכויות אינסופיות. הוא הצליח לממש את זה כי היה לו כוח. במצב הטבעי- היה בלי סוף זכויות. במצב הראשוני לכל חברה היו זכויות רקע שלה. הזכויות הללו, קיימות תמיד. אלא מה קרה? יום אחד מגיע המחוקק ואומר שאת כל הקבוצה הזאת שנוגעת לדוגמא להסכמים בין בני האדם- אני רוצה להסדיר זאת בחוק. אני לוקח את כל ההתנהגויות, הופך אותן לזכות ממוסדת וקוראת לכך חוק החוזים.

המחוקק בשלב מסוים לוקח את זכות הרקע והופך אותה לזכות ממוקדת. בימ"ש שמגיעה בפניו שאלה שאין לה תשובה בחוק, אז במקרה כזה בימ"ש הולך לזכויות הרקע. בימ"ש מביא את הפיתרון מזכויות הרקע. ההגיון אומר שאם המחוקק היה צריך לתת פתרון מסוים, ראשוני לשאלה מסוימת- הוא היה הולך לזכויות הרקע. המחוקק לא ממציא פתרונות מהשרוול. כאשר המחוקק רוצה להביא פתרון לשאלה חדשה הוא הולך לזכויות הרקע. דבורקין זה בדיוק מה שעושה בימ"ש. כאשר בימ"ש נתקל בשאלה חדשה שהוא צריך לתת לה פתרון, הוא גם כן הולך לזכויות הרקע. אי אפשר לטעון כנגד בימ"ש שהוא מביא זכויות חדשות.

דבורקין אומר שביהמ"ש בהרבה מאוד מקרים, שוקל שיקולים של מדיניות ושיקולים של עקרונות.. "עקרונות" שיקולים ערכיים מוסריים-, לשמל ריגנס נ' פלמר (הנכד שהרג את סבא שלו בשביל הירושה של הסבא) "מדיניות" אלו שיקולים לטובת החברה.-הדוגמה עם השופט זה שיקולי מדיניות

שיקולי מדיניות הם שיקולים שרואים לנגד עיניהם את הציבור. עקרונות רואים לנגד עיניהם את טובת הפרט. כשביהמ"ש שוקל שיקולי עקראות, אלה בד"כ שיקולים שנוגעים לזכויות הפרט. כאשר אני מדבר על נושא של מדיניות, בד"כ מדובר על שיקולים שהם לטובת החברה. לכן, נשופט ברק אוהב להגיד שהכנסת רואה לנגד עיניה את ההיבט החברתי הכללי וביהמ"ש רואה את ההיבט העקרוני הפרטי של האדם הפרטי. לכן אם יש סטירה בין העקרונות, תלוי איש שופט אקטיביסטית הוא ילך לעקרונות, שופט בפחות אקטיביסטית ילך למדיניות כי זה מה שמבטא את החברה.

פס"ד אניגספלד- היה אדם שקנה אוטו והייתה הגבלת אחריות והייתה ת"ד, שם אומר ביהמ"ש על אותו עקרון: לא עולה על הדעת שביהמ"ש יקבל הגבלת אחריות על מכונית כי זה גורם לכך שהחברות שייצרות את המכוניות אל יקפידו את בקרת האיכות- שיקולי מדיניות.

הייתה ת"ד בתאונה נהרג בעלה של אישה והבת נפגעה קשה. האישה הייתה בבית, מודיעים לה שבעלה נהרג ושתבוא לביה"ח כי ביתה חולה קשה. היא מתוטטת נפשית ואחרי זה מגישה תביעה נגד זה שהיה אחרי לתאונה ומבקשת פיצוי על הנזק הנפשי שנגרם לה.

הבעיה היא בעית הצפיות- אני מטיל אחריות בנזיקין במקרה שיש צפיות לאותו נזק. איך אפשר לבוא והלגיד שאדם שהיה במתאונה צריך לתפוס שמישהי שלא הייתה באירוע תקבל התמוטטות נפשית. אם הקש"ס יותר קל להתמודד. שאלת הצפיות היא הקושי. (איך נחייב את הנהג בכשל שלא היה יכול לצפות).

דבורקין יגיד שאני יפעיל שיקול מדיניות ואז אגביל את גובה הפיצוי ואז יותר אנשים יוכלו לקבל פיצוי. ביהמ"ש יפעיל שיקול מדיניות- שכל אחד מבוטח. אם הנהג היה צריך לשלם את הפיצוי מכיסו לא היו מטילים את זה עליו כי אין צפיות. יש בעיה של צפיות, ככל שאני מרחיק את המקום ואת מספר האנשים שיכולים להיפגע- אני מפחית את רמת הצפיות ע"י זה שאני מפעיל שיקולי מדניו. זה אומר שכל האנשים שמתשמים ברכב מבוטחים- הפיצוי לא נופל על הנהג אלא על חברת הביטוח (שזה על כולם)- מתחלק בין כולם.

דבורקין אומר שהמחשבה שפסק דין של ביהמ"ש הוא פונקציה של לשון החוק זה לא נכון. פסק דין של ביהמ"ש במקרים הקשים הוא פונקציה של עקרונות ומדיניות.

מה מבטיח לי שלא כל שופט יפעיל שיקולים שונים של אחריות ומדיניות? שבמחברה מסויימת כל שוט יודע מהן עקרונות היסוד של אותה חברה. שיקולי מדניות- הם שיקולים רציונאליים, אני יכול לשכנע שטובת החברה שיותר אנשים יהו מבוטחים. שיקולים ערכיים- שיקולים שהם שיקולים ערכיים ורגשיים. (על מנת למנוע את השוני בין הקביעות של השופטים הוא שהשופטים צריכים לפעול לפי העיקרון של החברה) כמו שע"י עעוולה לא תצמח עילה- על ידי מעשה פלילי לא תוכל לקבל תועלת בביהמ"ש.

דבר נוסף הוא שהדוגמה שדבורקין אוהב לתת: 4 אנשים מתבקשים לכתוב ספר מתח, כל אחד מהארבעה כותב פרק אחד – זה שכותב את פרק ב זה לא מספיק שהוא יראה את פרק א' הוא גם צריך לחשוב מה יקרה בפרק ג' דבורקין אומר שהשופטים זה מן סיפור בהמשכים- כל שופט רואה את מה שהיה לפניו אבל צריך לשחזר מהן ההשלכות העתידיות של הפס"ד שלו. מסתכלים על העבר הועתיד- מצד אחד זה שומר על רציפות ומצד שני מאפשר להתמודד עם מציאות משתנה.

זכויות רקע (המשך לדבריו של דבורקין):

דבורקין אומר שלפני שהייתה לנו מדינה היו זכויות אין סופיות, כל בן אדם היה לו הכל, הוא הצליח לממש את זה במצב הטבעי באמצעות כוח.

דבורקין אומר שבמצב הראשוני בכל חברה היו זכויות רקע- בכל חברה יש לה את זכויות הרקע שלה, לא מחייב שבכל החברות היו את אותן זכויות רקע. כל חברה עפ"י תפוסת הועלם שלה. זכויות הרקע האלה- תמיד קיימות, מה שקרה הוא שיום אחד הגיע המחוקק ואמר שאת כל הסיטואציות שקשורות להסכמי בני אדם- הוא רוצה באמצעות החוק להסדיר, לוקחים את כל ההתנהגויות הופכים אותה לזכות ממוסדת שנקראת: חוק החוזים. (ברור שהיו הסכמים בין בני אדם עוד הרבה לפני, אנשים עשו ביניהם הסכמים, יש התנהגויות שהן מצויות ברגע) בשלב מסויים, כשיש כבר מדינה המחוקק אומר שא כל הנושא של הסכמים בין בני אדם הוא מחריג ומוציא מתוך זכויות הרקע ואז מסד אותם ואז יש תא חוק החוזים.

יכול להיות שבזכויות הרקע יש עוד זכויות שהן לא חלק מחוק החוזים אבל לא תקבל הגנה אם זה לא עפ"י החוק.

נניח שיש עוד קבוצת התנהגויות הנוגעות לקשר שבין בני אדם- ואומר שהתנהגות מסויימת הופכת להיות נזיקית. הוא אומר שלכל אדם יש זכות על הגוף והרכוש שלו ואם מישהו עובר על זה הוא אצריך לתת פיצוי- דיני נזקין. האיסור היה עוד לפני שהייתה פקודת הנזיקין. זה נמצא בחרגע- בא מחוקק בשלב מסויים- לוקח אותה והופך לזכות ממוסד, זה לא אומר שאין עוד זכויות שלא נכללו בחוק.

זה שונה בכל חברה.

דבורקין אומר: ביהמ"ש שמגיע בפניו שאלה שאין לה תשובה בחוק, הגיע התיק לביהמ"ש ואין תשובה בחוק- אומר דבורקין שמבקרה כזה ביהמ"ש הולך לזכויות הרקע. הוא מביא תא הפתרון מזכויות הרקע, ההגיון לכך הוא שאם המחוקק היה צריך לתת פיתרון מסויים ראשוני לשאל המסויימת, הוא היה הולך לזכויות הרקע. (צריך לתת פתרון לשלה שלא הייתה קודם, צריך לחוקק חוק). המחוקק לא ממציא פתרונות, כשהוא רוצה לתת פתרון לשלה החדשה, הוא הולך לזכויות הרקע של החברה ומשם מביא תא הפתרון. דבורקין אומר שזה בדיוק מה שעושה ביהמ"ש. כשהוא נתקל בשאלה חדשה שצריך לתת לה פתרון הוא גם הולך לזכויות הרקע. זה אומר- אי אפשר לטעון שביהמ"ש מביא זכויות חדשות. לכן ביהמ"ש לא מביא פתרון אחר ממה שהמחוקק הי המביא במקרה. המשמעות של החיקיקה השיפוטית במקרה הזה היא שביהמ"ש מביא את הפתרון שהמחוקק הי המביא. אם המחוקק חושב שהפתרון של ביהמ"ש לא נכון- הוא יכול לתת תשובה על ידי חיקוק.

דבורקין רוצה להגן על טענה של : מי אמר שביהמ"ש יכול לתת פתרון לחיקיקה?" אז דבורקין אומר שביהמ"ש הולך לזכויות הרקע ולא ממציא כלום. כמו שהמחוקק אותה.

עד רונלד דבורקין התשובה למהי זכות הייתה מאוד ידועה- **זכות זה אינטרס לגיטימי שמוכר בחוק.** אם אני רוצה לתבוע זכות, אני מציג את מכלול העובדות שמגבשות את הדרישות שבחוק.

המסקנה היא- שאם אני לא מצליח להראות מהו החוק שעל בסיסו אני מבסס את הזכות, אין לי זכות. במילים אחרות, אין במציאות זכות מבלי אסמכתא חוקית. שופטים לא יכולים להכיר בקיומה של זכות אם אין לזכות הזאת אסמכתא בחוק. - אלו היו כללי המשחק המובהקים ביותר במשך שנים עד שהופיע דבורקין. הוא בא ואומר שביהמ"ש יכול ל הכיר בזכויות גם כשהן לא מופיעות בחוק. זה מבוסס על שני דברים:

1) על הרעיון של עיקרון

2) רעיון של מדיניות

ז"א שבתי המשפט כשהם באים לפסוק, הם מבססים את פסקי הדין שלהם, לא רק על הנוסח של החוק, אלא במדינה רבה על עקרונות שזה סוגיות ערכיות ומוסריות וגם על עקרונות של מדיניות- שזה תקנת הציבור. כלומר, מנגד לבתי המשפט לא עומד רק הנוסח של החוק, אלא גם עקרונות ומדיניות שנמצאים מעבר לו. בנוסף, אומר דבורקין- שיש שני סוגים של זכויות:

1) **זכויות ממוסדות-** זכות ממוסדת היא זכות שהוכרה ע"י המחוקק וע"י ביהמ"ש. כשביהמ"ש או המחוקק מכירים בזכות מסויימת היא ממוסדת.

2) **זכויות רקע-** אלא זכויות שהחברה מכירה בהן, למרות שהמחוקק לא התייחס אליהן בחוק. כלומר, יש מאגר שלם של זכויות רקע, שהחברה מכירה בהן אבל המחוקקים עוד לא מיסדו אותה. העוצמה של אותן זכויות רקע, היא העובדה שיש איזשהו "אני מאמין חברתי" תפיסה קולטקיבית חברתית שהחברה מאמינה בהן.

דבורקין אומר: מי זה השופט המהולל ביותר? השופט המהולל ביותר הוא שופט שמסוגל לשחזר את זכויות הרקע. כלומר, להכיר את התפיסות החברתיות ביחס לחברה והערכים והעקרונות שלה. זה אומר למעשה, שהשופט הוא סוציולוג. הוא יודע למעשה לזהות את הילכי הרוח בחברה הוא יודע לזהות את העקרונות הוערכים של החברה. מאחר והוא יודע לזהות את הערכים המקובלים האלה, זה נותן לו את העוצמה ואת ההכרה החברתית להכיר בזכויות גם כשהן לא מופיעות בספר החוקים. מה שנותן לשופט את הלגיטימציה להכיר בזכויות כאלה הוא למעשה האמון של החברה שנובע מהיכולת של השופט לזהות את הילכי הרוח בחברה. זה נקרא: אמון הציבור.

ברק ידע לזהות את הילכי העומק בחברה הישראלית. היכולת של השופט ברק להעביר מהפכה חוקתית מול הכנסת נבעה מהעובדה שהוא ידע לזהות את הילכי הרוח בציבור. (הוא ידע לדבר על כבוד האדם, שוויון, ידע לזהות את הילכי הרוח בחברה).

לכן דבורקין אומר שהשופטים הגדולים הם אלה שיודעים להכיר את הזכויות שלא בספר החוקים והלגיטמציה להכיר בזכויות רקע היא ע"י היכולת שלהם לזהות את הילכי הרוח של החברה.

היכולת המיוחדת של ביהמ"ש כדי להכיר בזכויות שלא מופיעות בחוק- זוהי פונקציה ל"ש היכולת של ביהמ"ש לזהות את עקרונות העומק של החברה הישראלית (לפי דבורקין). אם ככה, אומר דבורקין שכשביהמ"ש בא לפרש חוק מוסיים, הוא צריך לתת את הפירוש הנכון ביותר, והמתאים ביותר להילכי העומק של החברה. אם אני יוצא מתוך הנחה שכל שופט חייב לתת ביטוי של החברה והחילכי העומק של החברה מזוהים וקבועים- כולם צריכים לפסוק אותו דבר. (דבורקין הוא נון- פוזיטיביסט מובהק)- הוא אומר שאם השופט כבול לתפיסות העומק של החברה והן קבועות ומזוהות, יוצא ששיקול הדעת של השופט מוגבל, לכן הוא מגיע למסקנה שכל השופטים מאורים להגיע בסופו של דבר לאותה תוצאה שמבטאת את תפסיות העומק של החברה. (הפוזיטיביסט מוגבל ללשון החוק- המרחב הפרשני שלו היא הרחב שהשפה מאפשרת לו, הנון- פוזיטיביסט הוא לא כבול בלשון החוק אלא בעהכלי העומק של החברה, לכן שיקול הדעת של השופט הוא מוגבל).

כשדיברנו על הארט אמרנו שאם אין בחוק הסבר- השופט לא מוגבל.

כדי למסד את העובדה של ביהמ"ש, דבורקין בנה תורת פרשנות שלמה, תורת הפשרנות של דבורקין אומרת את הדבר הבא:

כשיש לי צורך לפרש דבר מסויים, יש תורת פשרנות כללית ויש תורת פרשנות משפטית (נדבח על גבי נדבח).

תורת הפרשנות הכללית אומרת את הדבר הבא: כל אדם, יש לו חזקת רציונאליות. כשאדם פועל באופן מסויים, הוא רוצה להשיג מטרה מסויימת וכדי להשיג את אותה מטרה הוא יפעל באופן רציונאלי. המטרה יכולה לראות לא רציונאלית אבל הדרך כדי להשיג אותה- כל אדם ינסה להשיג אותה באופן רציונאלי. (יש לי אפשרות לשכנע אותך שאתה טועה). הטענה של דבורקין היא שבני אדם הם אנשים רציונאליים. כלומר שהם רוצים לקבל החלטות על דבר מסויים הם יפעילו שיקול דעת ואני יכול לשכנע אם השיקול הוא נכון או לא נכון. אנחנו יוצאים מתוך הנחה שבני אדם רוצים להשיג מטרות באופן רציונלי.

דבורקין אומר שכמו שזה נכון לגבי אנשים פרטיים כך זה גם נכון לגבי המחוקקים. כלומר נק' המוצא אומרת שקבוצה של בני אדם כולל מחוקקים רוצים לחוקק חוק מסויים- הם רוצים להשיג מטרה ספציפית מוסיימת, כדי להשיג את המטרה מחוקקים את החוק והחוק באופן רציונאלי אמור לקדם את השגת המטרה. לביהמ"ש יש את האפשרות לברר אם לשון החוק שהמחוקק נקט בה תאפשר למחוקק להשיג את המטרה שהוא התכוון אליה. דבורקין יוצר מתוך הנחה שהמחוקקים הם רציונאליים לכן אם הוא מניח שכל אדם רוצה להשיג את המטרות באופן רציונאלי גם המחוקקים רוצים להשיג את המטרות באופן רציונאלי, ז"א שלכל חוק יש תכלית שהמחוקק רוצה להשיג אותה. אם אני כביהמ"ש יודע לזהות מהי התכלית שהחוק רוצה להשיג, כשאני פוסק במשפט מתוך ראיית המטרה, לא רלוונטי שזה לא לשון החוק- כי המחוקק לא הצריך באמתעות ניסוח החוק לממש את המטרה אליה הוא התכוון. -זה הרעיון של הנון- פוזיטיביזם (לא בהכרח יכלו צמוד לפי לשון החוק אלא לפי התכלית שלו). אתה יוצא כך מתוך ההנחה שהמערכת המבצעת והמחוקקת היא מערכת מסונכרנת על מנת לשרת את החברה. (אם יש עימות בין ביהמ"ש לכנסת זה לא משרת את החברה, הסיכרון אפשרי במקומות שבהם ערכי התשתית והעומק של החברה ניתנים לזיהוי). התיאוריה הזאת יותר בעייתית בישראל כי יש בעיה לזהות את הילכי הרוח של החברה. המערכת המשפטית מתקנת את מערכת החקיקה שלא ניתן להגשים את מטרת המחוקק(לפי לשון החוק).

פס"ד כהן נ' קניה- המקרה שאישה קפצה והתאבדה עם הבת שלה. המשטרה שהגיע לחדר מצאה פתקים שבהם היא כתבה שהיא התאבדה בגלל בעלה והיא לא רוצה שהוא יקבל את הירושה. היא התאבדה ולאחר השבעה בא בעלה וביקש לקבל צו ירושה. הלך אחיה של אותה אישה- התנגד לצד הירושה וביקש שיראו בפתקים האלה צוואה. היה דיון בערכאה הראשונה (בעליון)- הופט אור אמר שעפ"י סעיף 119 לחוק הירושה, כדי שתהיה צוואה צריך להיות תאריך וחתימה, אפילו שכל השופטים מאמינים שזה היה הרצון שלה- זה היה דבר שנכתב בכתב ידה שלה, אומר השופט שאין לו מה לעשות. צריך לתת צו ירושה והבעל זוכה בירושה. יותר מזה, השופט שלמה לוין בעליון בא ואומר: לפי ס' 25 לחוק הירושה, לא היה לביהמ"ש ספק באמיתותה של צוואה, רשאי הוא לקיימה אף אם יש פגם בחתימה בתאריך של הצוואה. השופט שלמה לוין מחזק את השופט אור- אם יש בצוואה פגם בתאריך או בחתימה, ביהמ"ש יכול לתקן את הפגם. הוא מחזק אותו כי הסעיף אומר: אם יש פגם בצוואה- אבל הבעיה היא בהוכחה מראש להוכיח שהפתקים שהיא השאירה הם צוואה. זהו התנאי. במקרה הזה אין צוואה ולכן מחזק את דבריו.

ביהמ"ש העליון בא ואומר שיש לו את נוסח החוק והוא ראה עצמו כבול בנוסח החוק. בא השופט ברק ואומר את הדבר הבא: מה שמעניין אותו זה לא הנוסח של החוק, אלא מה תכליתו של החוק. הנוסח של החוק בא להשיג מטרה מסוימת- להגשים את רצון המת, כל הרעיון של הצוואה הוא להגשים תכלית והיא מימוש רצון המצווה ולהעדיף אותו על דרך החלוקה הרגילה של ירושות לפי חוק הירושה. בנסיבות האלה אומר ברק- הנוסח לש החוק לא מגשים את המטרה של החוק. אם הנוסח של החוק לא מגשים את המטרה של החוק- ביהמ"ש צריך להיות צמוד לתכלית ולא לנוסח. כי אי אפשר להעדיף את האמצעי על המטרה. הנוסח של החוק הוא האמצעי והתכלית היא המטרה, אני לא יכול להעדיף את האמצעי על התכלית. "כוכב הצפון" של בתי המשפט היא תכלית החוק ולא נוסח החוק, כי אם הנוסח לא מגשים את התכלית הוא לא מעניין. ההבדל בין הפוזיטיביזם לתפיסה של דבורקין בא ואומר: שבתי המשפט אמורים לראות עצמם כבולים לא בנוסח החוק, אלא לסייע למחוקק להגשים את תכלית החוק.

-תורות פרשנות-

1) הגישה הראשונה הייתה באה ואומרת שיש את לשון החוק, אני צריך לזהות את החוק לפי כלל ההכרה או הזיהוי ואני צמוד אליו וצריך ללכת לפי נוסח החוק- **הגישה הפוזיטיביסטית**. מצד אחד הגישה מאפשרת את היציבות אבל מצד שני היא גורמת לקיבעון.

2) שיטה שניה- נקראת השיטה הפרגמטית- היא באה ואומרת שביהמ"ש יש לו גמישות והוא צריך לפעול על פי הטובה של החברה. ביהמ"ש לא צמוד דווקא לנוסח החוק אלא צריך לראות לנגד עיניו את הטובה של החברה. החוק צריך להיות גמיש מתוך טובת החברה.

3) הגישה של דבורקין אומר **שהשלטון צריך להיות מסונכרן** צריך לתת ביטוי לעקרונות הפרט מתוך שיקולי צדק והגינות. פרשנות תכליתית. באה השיטה של דבורקין שאומרת מצד אחד ישי ערכים ועקרונות קבועים שתפקידם להגן על זכויות הפרט מתוך שיקולים של צדק והגינות- המודל האמפירי.

פס"ד בנק המזרחי- ביהמ"ש אומר שהמודל השלישי (הייתה שאלה האם לכנסת יש סמכות מכוננת)- לביסוס סמכותה המכוננת של הכנסת הפכו למודל אמפירי- שמבוסס על מה שקורה בפועל במציאות. המודל האמפירי שואל: מהו הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של שיטה נתונה בזמן נתון. זהו המודל של פרופסור דבורקין. כלומר, כדי לדעת האם לכנסת יש או אין סמכות מכוננת אני צריך לבדוק, האם בתפיסות העומק של החברה הישראלית מצוייה ההערכה של הכנסת שיש לה את הסמכות לחוקק את החוקה. האם זה באמת ביטוי לתפיסות העומק של החברה שטוב שלכנסת תהיה סמכות מכוננת לחוקק חוקה. השופט ברק אומר במסקנתו: אין שום ספק שטוב מאוד וזה מה שהאזרחים חושבים, שלכנסת תהיה סמכות מוכנת לחוקק חוקה למד". כל עוד אין חוקה שלמה, לכנסת יש את הסמכות לחוקק את החוקי היסוד המהווים תשתית לחוקה.

השופט חשין אומר בפס"ד בנק החייל נ' אהרונוב- עוסק בשאלת אזהרה של בנקים: אומר השופט חשין: אל לנו להתעלם ממושגי המשפט. מושגי המשפט הם אותם עקרונות משפטיים שלאורך שנים הפכו להיות

חלק ממערכת המשפט. השופט לא יכול להמציא מחדש את הגלגל ולשנות את אותם מושגים משפטיים שהוכרו ע"י החברה. מושגי המשפט שמשקפים תבונה ונסיון של דורות. הם מבטיחים יציבות וודאות- בכך חשיבותם. לכל מסורת ותרבות משפטית- מושגי משפט ותורת משפט משלה. המשפטן אינו צריך להתחיל את דיונו מבראשית הוא ראשי וצריך להמשיך במקום שסיימו קודמיו. אין צורך להתחיל תמיד מלוח חלק. הוא מבקר בעצם את ברק- כי לפי הגישדה של דבורקין יש דגש על החברה, הוא היה אנטי תזה לפרק ואומר הפוך- ביהמ"ש לא אמור ל הסתכל על החברה אלא על המשפט. המושגים המשפטיים זה לא המצאו חדשות אלא ביטוי להתפתחות ותבונה של דורות. לא יכול להיות מצב שבוקר אחד יקום שופט ויגיד שכל מה שהיה עד עכשיו ככה ועכשיו אני מחליט לכיוון אחר. למעשה לפי שיטת חשין- השיטה הפוזיטיביסטית מה שחשוב ביותר הוא דווקא היציבות המשפטית- היא העיקרון הגדול ביותר. לעומת זאת לפי תפיסתו של דבורקין- מה שהיא חשוב הוא ההגנה על הערכים ועל זכויות הפרט ועל עקרון שלטון החוק שלמעשה מאפשר קיום של חברה תבנאים של אי יציבות. *דבורקין אומר דבר מעניין: שיטה של פוזיטיביזם עובד טוב כשיש חברה יציבה (שינויים מדעיים וחברתיים מהמאה ה-20 היא גדולה יותר מתמיד), שלא משתנה, היא עובדת טוב כי היא מבטיחה יציבות וודאות. אבל כשאנחנו נמצאים בסיטואציה שבה העולם לא יציב ודברים משתנים בקצב רב, אם אתה מבסס עוגן של יציבות בתנאים כאלה, המשפט לא יכול להשיג את המטרה שלו.

יש בתלמוד סיפור על קבוצת אנשים שהם בים ויש שפל וגאות, הם רואים שיש גוף יציב, הם עוגנים ומקימים שם בתים. אחרי כמה שנים הגוף התחיל לנוע, הם חזרו אחרי זה לספינה. שאלה דומה היא לגבי מהות המשפט. במשך אלפי שנים, המשפט היה בסיס היציבות החברתית. השינויים במשפט היו מאוד מינורים. שאלה הגדולה שעלתה היא אם ההשתנות החברתית בעיקר במאה ה-20, איך אני הולך את המשפט למציאות שתסדיר תא החיים המשותפים יחד. למעשה, כל שיטות המשפט ניסו להתמודד עם השאלה: איך אני מצליח לשמר את המשפט כגורם המרכזי בסדר החברתי כי העולם נמצא בתזוזה. הייתה גישה שלמעשה נוסדה בהרוורד ע"י פרופסור לנדל שהיה הדיקן שם, הוא אומר שהמשפט אמור לשמש בועה, "המשפט הוא בועה"- כמו המדע. אף אחד הרי לא אומר שצריך שרונות את המידע כי יש שינויים חברתיים כאלה ואחרים, לא צריך לשנות נוסחה מדעית כי הנוסחה משתנה. אומר אותו לנדל, אני לא אמור לשנות את המשפט, אלא הוא פועל בתוך המסגרת שלו- הגישה הפורמליסטית פוזיטיביסטית. זו הייתה הגישה שמהמשעות שלה הוא שיש נתק מוחלט בין עולם הערכים לעולם המשפט. התפקיד של המשפט הוא לא ליישם ערכים ולהגשים אידיאולוגיה, תפקידו לפתור סיכסוכים בהתאמה למה שקורה בחוק. זאת הייתה גם הגישה בארה"ב, הסטודנטים אמרו שהם צריכים להתיישר עם הקו וללכת על בסיס הפורמאליזם המשפטי. (יש סרט שנקרא הפרימה- סטודנט שחושב שהמשפט צריך לשקף את הערכים).

סיטואציה לדוגמה: הייתה אישה מבוגרת שיום אחד בא אליה איש שיווק והוא אמר לה שיש ביה"ס לריקוד, אם את תבואי לביה"ס ותיקחי 150 שיעורים- מבטיחים לה שתיהיה רקדנית. היא חתמה על הסכם והתחילה ללמוד ריקוד, למדה 150 שיעורים וגילתה שאין שום סיכוי שתיהיה רקדנית. היא מגישה תביעה ורוצה לקבל חזרה את הכספים ששילמה עבור שיעורי הריקוד. נקודת המוצא היא שהיה חוזה- חוזים צריך לקיים. אני אומרת שהיה חוסר תו"ל, הטעו אותה. אם אנחנו נמצאים בסיטואציה של קדושת החוזה זה בעייתי- כשאישה טוענת לחוסר תו"ל, אי אפשר לעסוק בשום נושא משפטי, אפילו בסכסוך טריוואלי לגמרי ולצאת מהנחה שתמיד יהיה פיתרון מדעי לאיך לפתור את הבעיה, זה תלוי בשופט: שופט אחד יגיד שהטעו אותה ואחר יגיד שהיא הטעתה את עצמה וזה לא סביר.

סיטואציה לדוגמה:

היה רופא שיצא לטייל בשבת ואדם היה צריך את שירותיו. יש חוזה עבודה- יש קדושה של החוזה ובשבת הוא לא אמור לתת שירות. יכול שופט לבוא ולהגיד שאין לו שום חובה, האדם נפתר והעיזבון הגיש תביעה. שופט יכול להגיד שאדם שהולך ללמוד רפואה יש לו אחריות מעבר למה שכתוב בחוזה, והוא לא מצפה שאם רופא מקבל ידיעה על אדם שחולה שהוא לא יבוא לטפל בו.

זה אנטי תזה לרעיון שהמשפט הוא סוג של מדע- הוא לא מדע, הוא התמודדות עם מציאות שכל הזמן משתנה ויש שיקולים ערכיים שונים.

הבעיה בנון-פוזיטיביזם- הבעיה מי שם תא השופטים כדי לדון בסוגיות ערכיות (זו התשובה של הפורמליזם המשפטי) ומהו הבסיס ומהם הערכים שעל-פיהם ביהמ"ש צריך לפעול? גם אם אני אומר שביהמ"ש יכול להפעיל בדיונים שלו שיקולים ערכיים, השאלה היא מהם אותם שיקולים.

אומר הפוזיטיביסט: השיקולים שביהמ"ש יכול להפעיל הם רק אותם ערכים ושיקולים שהמחוקק מכיר בהם ושיקיבלו ביטוי בחוק, שופט לא יכול להביא שיקולים שאין להם בסיס בחוק. - זוהי התשובה של הפורמליסטים לנון-פוזיטיביסטים.

הטענה של הנון פוזיטיביסטים לפורמליסטים תהיה- שהערכים שהמחוקק מיישם הם מושגים על האינטרסים של הנבחרים או של הרוב. נכון שהמחוקק נותן ביטוי לערכים, הערכים שהמחוקק נותן להם ביטוי הם אותם ערכים שמקובל על הרוב שיש לו יצוג בפרלמנט. תפקיד ביהמ"ש הוא להגן על הערכים של המיעוט. התפקיד של ביהמ"ש הוא לעמוד מול המחוקק כי הוא נותן את הביטוי של הערכים של הרוב החברה (החזקים), התפקיד של ביהמ"ש דווקא על הרקע של הידיעה שהמחוקק בוחר את הערכים של החזקים בחברה- תפקיד ביהמ"ש הוא להגן על הערכים והזכויות של המיעוט שנפגע כי המחוקק מייצג את הערכים והאינטרסים של הרוב.

מי שעלה על הנקודה הזו היא "התנועה לביקורת המשפט"- בארה"ב תנועה שביקרה את המשפט וטענה שהפורמליזם המשפטי מייג את האינטרסים של החזקים בחברה. הם טענו שהחינוך המשפטי גורם לכל הסטודנטים הולכים באות הדרך. לכן התנועה אומר שבכל פעם שיש חוק או סוגיה מסוימת צריך להבין מהם האינטרסים שעומדים מאחורי אותו חוק ואת מי הוא מייצג.

לסיכום- צריך לזכור את התרומות של דבורקין. -לכל שאלה משפטית יש פיתרון אחד שהוא הנכון כי הוא נותן את הביטוח לערכים של החברה לכן לא צריך תקדים מחייב כי כל השופטים אמורים להגיע לאותה תוצאה.

(1) התרומה העיקרית היא ההבנה שיש את זכויות הרגע.

(2) בתי המשפט פוסקים לפי שיקולים של מדיניות ושל זכויות

(3) הפרשנות התכליתית.

לגבי המבחן:

במבחן יש 20 שאלות- הוא אמריקאי, המבחן הוא עם חומר פתוח.

(1) לכל סכסוך משפטי יש מספר פתרונות אפשריים. הסיבה היא:

(א) **מגוון פרשנויות שונות לנוסח החוק**- כי כל חוק הוא טקסט גולמי, מי שלוקח את הטקסט הגולמי ונותן לו משמעות נורמטיבית זה ביהמ"ש. ש עד שביהמ"ש לא מפרש את החוק אני לא יודע מה משמעות החוק. רק אז אני אבין מהי הנורמה. למשל: המילה "נזק"- אדם שפוגע ברשלנות מישהו אחר צריך לשלם את הנזק. (השאלה הראשונה היא מהי רשלנות? המילה רשלנות לא אומר לנו מהי רשלנות, אם לא ביהמ"ש- לא הייתי יודע שיש קשר בין רשלנות לחוב'בת זהירות, לא הייתי יודע שיש קשר בין צפיות לרשלנות אם בתי המשפט לא היו אומרים זאת. המילה רשלנות שמופיעה בחוק היא לא ברורה- רק אחרי שביהמ"ש יפרש אני אבין אותה, אותו דבר לגבי נזק..) ז"א מאחר והמשפט הוא טקסט גולמי, הוא מגיע לביהמ"ש כשיש לו הרבה אפשרויות פרשניות. אים פרוש אחד כשאי מסתכל על הטקסט החוקי, לכן המסקנה היא שלכל סכסוך משפטי יש מספר אפשרויות- זאת התוצאה של האפשרויות הפרשניות.

(ב) ההכרה בעיקרון התקדים המחייב

(ג) ההנחה הבסיסית שיש מספר פתרונות היא לא נכונה

(ד) תוצאה של השסעים והריבוד החברתי

(2) האם ניתן לגזור משפטי ערך ממשפטי עובדה?

(א) רק במשפט העיברי

(ב) לא ניתן, אלא אם מדובר בערכים אוניברסליים.

(ג) ניתן רק ביחס לערכי היסוד של השיטה שמפטית

(ד) לא ניתן

כשדיברנו על המשפט הטבעי הקושי היה לנסות להבין מהו התוקף לטענה שלמשפט הטבעי יש עליונות על המשפט הרגיל ואם יש חוק במדינה מסויימת שעומד בתסירה לשמפט או לחוק הטבעי הוא בטל. כל הרעיון שלו היה שהמשפט הטבעי הוא מטריה מעל המשפט כולו ואם יש סתייה- המשפט הטבעי חזק יותר והוא מבטל את החוק. השאלה על טומס אקווינס הייתה לפי מה החלטת של המשפט הטבעי שהוא מעל המשפט של המדינה. הטענה של תומאס אקווינס הייתה- בני האדם רוצים לעשות את הטוב כי הם תבחוניים, המשפט הטבעי הוא הטוב האבסולוטי האוניברסאלי לכן בני האדם מחוייבים לעשות את הטוב, אם יש חוק מדינה שעומד סתירה אל הטוב שזה המשפט המדיני אין חובה לציית לו. הכשל הלוגי שלו היה שהוא עירבב בין משפטים של עובדה למשפטי ערך. למשל: אם אני אומר שבני האדם רוצים לעשות טוב- זה משפט עובדתי. שיש לי דרך אמרפירית להוכיח אותו. בני האדם רוצים לעשות טוב- הוא משפט ערך. מכאן אני רוצה ללמוד שבני האדם צריכים לציית למשפט הטבעי- זה הערך. אתה לעולם לא יוכל לגזור ערך מעובדה. מזה שאני בא ואומר שמהעובדה שמשה קם בבוקר אני לא יכול לגזור את הטענה שצריך לקום בבוקר. (כדי לתקן ברז צריך מפתח שוודי, אני לא יכול ללמוד מזה שצריך תקן את הברז). הטענה של תומאס אקווינס הייתה שאפשר לגזור משפטי ערך ממשפטי עובדה והתשובה היא שלא ניתן.

(3) דיני הראיות עפ"י תיאורית המשפט של הארט הם במסגרת:

(א) שילוב של כללים ראשונים ומשניים

(ב) כללי על

(ג) כלל ראשוני

(ד) כלל משני

התיאוריה של הארט אומרת שהמשפט הוא לעמשה שילוב בין כללים ראשונים לכללים משניים. הכללים הראשונים הם אותם כללים שהחברה פועלת על פיהם והם נובעים מטבע ההתנהלות של החברה- אין חברה ללא הכללים האלה. למשל משפט פלילי, נזיקין, בנוסף לזה- יש כללים משניים שהם לא חלק מהכליים הראשונים אלא פועלים על הכללים הראשונים: למשל: יש כלל שאומר שאין לעבור מהירות של 50 קמ"ש בשטח בנוי- זה כלל ראשוני, יום אחד אני רוצה להחליט שזה 70 קמ"ש, - הנסיעה במהירות של 50 קמ"ש היא כלל ראשוני כשאני רוצה לשנות את הכלל אני צריך לשנות אהחוק- האופן שבו אני משנה את החוק זה כלל משני. כלל השינוי הוא כלל מישני. (הוא יופיע בחוק יסוד הכנסת- הכלל המשני לפיו אני מבצע שינוי בנורמות יופיע בחוק הכנסת שיגיד לי איך אני משנה חוקים). אם אני בא ואומר ששאדם שגנב ישב 5 שנים בכלא- זה כלל ראשוני, הכלל המישני היא איך אני מוכיח את זה. – איך אני מוכיח גניבה יכול להיות שונה משיטה לשיטה, לכן **דיני הראיות הם כללים משניים**. יכול הלהיות שיטת משפט שתגיד שאין לקבל עדות שמיעה, יש שיטה שאומרת שאפשר לקבל עדות שמיעה, יש שיטה שאומרת שאפשר לקבל עדות שמיעה אבל צריך עדות מסייעת. דיני הראיות הם הכללים המשניים שבאמצעותם אני מפעיל את הכללים הראשונים. ישנו גם את כלל השפיטה- הוא אומר איך אני פותר סיכסוכים באותה חברה. הכלל השני יהיה חוק בתי המשפט (או חוק סדר הדין יהיה משני). כלל משני שלישי – כלל הזיהוי- הוא אומר לי

איך אני יודע לזהות את הכללים הראשוניים- כדי לדעת איזה כלל הוא חל קמהכללים הראשונים אני מפעיל את כלל הזיהוי ואז אני יודע מה מהווה חלק מהכללים הראדשוניים.

4) דוד אלבז פונה למשרד הפנים ומבקש לשנות את שמו לדוד בן גוריון ומשרד הפנים מסרב. בג"צ לא יאשר את הבקשה לפי שיטת דבורקין זאת עפ"י:

(א) עקרונות

(ב) מדיניות

(ג) כבוד האדם

(ד) משפט טבעי

דבורקין אומר שכאשר בתי המשפט פוסקים במקרים הקשים הם מפעילים שיקולים של עקרונות ושך מדיניות, זה לא אותו דבר, זה או שיקולים של עקרונות או של מדיניות. שיקולים של עקרונות פירוש הדבר שאני מפעיל איזושהי גישה ערכית. דבורקין יכול להפעיל שיקולים של עקרונות. ביהמ"ש יכול להפעיל גם שיקולים של מדיניות- זוהי תקנת הציבור. למשל שאדם קונה אוטו ובחזרה הרכישה יש אחריות אך ורק להחליף מכלולים מקולקלים וביהמ"ש יגיד שלא יתכן כי א הוא יתן הגנה לחוזים כאלה, לייצרן אי עניין לגאוג שהרכבים שלו יהיו תקינים. אלה הם שיקולים של מדיניות. הסירוב של בג"ץ מסביר שיקולים של מדיניות- אי אפשר לאפשר לכל אדם שם שלא קשור אליו כי אז יהיה בלובל.

5) כיצד אפשר להפריך את תיאורית הנורמה הבסיסית (של קלזן)

(א) לא ניתן להפריך את תיאוריית הנורמה הבסיסית

(ב) ע"י שימוש במשפט הטבעי

(ג) באמצעות חוקי היסוד

(ד) אם תימצא נורמה אכיפה שאינה נובעת ממנה

קלזן אומר- שיש נורמה בסיסית שאומרת שיש לציית לחוקי הכנסת. כל מה שנובע מהרומה הבסיסית מחייב- זה כלל ההכרה של קלזן. כל מה שנובע מהרומה הבסיסית אלא הם החוקים המחייבים. כל נורמה שאפשר לקשור לנורמה הבסיסית מחייבת את שיטת המשפט. כדי להפריך את התיאוריה צריך למצוא הוראה או חוק שהוא אכיף ולא נובע מהנורמה הבסיסית, אם אני מוצא דבר כזה סימן שהתיאוריה הבסיסית לא עובדת. כדי להפריך את התיאוריה של קלזן צריך למצוא נורמה כזו. ברמה הרעיונית צריך למצוא נורמה שלמרות שהיא לא נובעת מהרומה הבסיסית היא נאכפת באותה חברה- אבל האמת שבפועל אין מצב כזה כי זו אקסיומה- היא כל מה שנובע מחוקי הכנסת הוא אכיף אם הוא לא נובע מהכנסת הוא לא אכיף.

6) כיצד הצליח הנשיא ברק למזער לחלוטין את השימוש במורשת ישראל במשפט הישראלי?

(א) שהוא נחשב משפט זר (המשפט העברי)

(ב) שאין באמת שמפט עברי כיוון שהוא נוצר בגלויות שו נות

(ג) בטעוון שרק בדיני המשפחה יש מקום למשפט העברי

(ד) אם אין תשובה בחוק בתקדים או בהיקש אין לאקונה

החוק במד"י אומר שאם ביהמ"ש ראה שאלה משפטית הטעונה הכרעה, כלומר, יש לנו סכסוך- אומר המחוקק ש אם ביהמ"ש רואה שיש סיכסוך ולא מצא פיתרון בחוק בתקדים ובהיקש המסקנה שיש לאקונה. המחוקק אומר שבמקרה שיש לאקונה השופט צריך לפנות לעקרונות מורשת ישראל. אהרון ברק אומר שאם השופט לא מצא פיתרון בחוק בתקדים או בהיקש לא מדובר בלאקונה מדובר בהסדר

שלילי. ברק רצה לנתק את המשפט העברי- הוא אומר שאם אין פתרון בחוק ולא בתקדים ולא בהיקש- זה לא לאקונה זה הסדר והשלילי והפניה למשפט העברי היא רק במקרה של לאוקנה- אם אין לאקונה לא פונים לשמפט העברי לכן הוא מיזער תא הפניה לשמפט היעברי.

7) בהסתמך על טבלת הופלד ניתן לקבוע :

(א) שהכל שפיט,

(ב) שהכל משפט

(ג) שהכל זכויות

(ד) שהכל חובות

אמרנו שש זכויות חובות וול חובה יש היעדר זכות. עד הופלד הייתה מחשבה שאומרת שחופש נמצא מחוץ למשפט. המושג של החופש לא נוגע למשפט. אם יש לי חופש תנועה מה זה עניינו של המשפט או חופש ביטוי. זכויות מולדות, זכויות אדם, זכויות טבעיות וכו', בא הופלד ואמר שהמושג של חופש גם הוא בטבלה של הזכויות והחובות כי היכולת שלי לממש את החופש נובע מהעובדה שיש למישהו היעדר זכות לפגוע בחופש שלי. הזכות היא גם חלק מתוך המשפט- לכן שאלת הזכויות היא חלק מהמשפט- אין התנהגות אנושית של אנמצאת מתחת למטרייה משפטית.

8) חוק יסודות המשפט עוסק אך ורק בהיקש

(א) יצירתי – אם אתה רוצה למצוא תשובה לשלא המסויימת ולמקרה שלך אין לך פתרון, את היכול לקחת מהמקרה שיש לו פתרון בחוק וליישם אותו זה היקש יצירתי. (היקש פרשני הוא כשיש שני מושגים שונים שאני יכול לתת להם את הפירוש, חוק יסודות המשפט אומר שאם יש לי פתרון אני יכול ליישם אותו לפי המקרה שאצלי).

(ב) חקיקתי

(ג) פרשני

(ד) לוגי