

הפילוסופיה של המשפט

ד"ר שין

מבוא

השופט ברק: **המשפט** - היכולת להבין את הכוחות הפועלים בחברה ולא הבנת מילים ומשפטים. המשמעות: כל רעיון הפרדת הרשויות (הקיים מהמאה-16) – מושג שקרס. המערכת המשפטית של מ"י מכתובה ענייני ביצוע וחקיקה. היום כל דבר - שפיט, נגיש ויכול להגיע לבג"ץ ← ובסופו של דבר מסתדר ע"פ דרכו של העליון.

"זכות" - המושג הבסיסי, החשוב והמהותי בפילוסופיה של המשפט

← תפקיד המשפט = להסדיר את מערכת היחסים הבין אישית בחברה.

בעולם המודרני מערכת המשפט היא המסדירה ענייני פרטים בחברה ← אופן ההסדרה נעשה ע"י הגדרת זכויות ← אין משמעות למושג זכות לפני שמערכת המשפט נכנסה לפעולה ← אנו יוצאים מנקודת הנחה שרק **מה שהוגדר ע"י המשפט הוא זכות** - מה שלא הוגדר = אינו זכות ← לכן המסקנה - אין מקום לדבר על "זכויות טבעיות" - כי רק **המערכת יוצרת זכויות**, הטבע לא העניק זכויות.

אז למה אנו קוראים לזכויות- טבעיות ?

האם לפני חקיקת חו"י כבוד האדם וחירותו הייתה קיימת הזכות לכבוד? שתי אפשרויות:

1. המשפט הגדיר אותן - **הגישה הנורמטיבית**

2. יש זכויות טבעיות - **הזכות הטבעית**

♦ **הגישה הנורמטיבית**: שיטת המשפט הכירה **בזכות כבוד האדם טרם החוק**, אך מקורן חייב להיות נורמטיבי ← לכן הפסיקה יצרה את הנורמה.

♦ **גישת הזכות הטבעית**: כבוד האדם כ"כ מהותי שאיני זקוק לנורמה שתעגן את הזכות, כפי שלא צריך חוק שמעגן את זכותי לחיות.

♦ **יש מינימום של זכויות טבעיות** שאם לא נכיר בקיומן ← לא נוצר הבסיס לקיום מו"מ שנמצא בבסיס החברה. אף אחד לא יחתום על הסכם עם צד שלא יכיר בזכותו לחיים ולכבוד ← מינימום זכויות טבעיות אלו יוצרות את האישות המשפטית ← הן מהוות תנאי

טבעי = לא מותנה בהסכמה של מישהו. ← זה תנאי להיכנס למשא ומתן.

הגישה הנורמטיבית ← לא תקבל את רעיון הזכות הטבעית.

♦ **דוגמא**: הזכות לחיים אינה טבעית, היא עניין של הקשר. **צל"ש** = ללוחם שהורג.

♦ מאסר = לרוצח.

בעלות על גוזל. כשגוזל נמצא 50 אמה מהשוברך שייך לבעל השוברך. 50 אמה אחר השוברך = הפקר. **כשרב ירמיהו שאל:** מה קורה אם גוזל עומד רגל אחת בפנים, ואחת בחוץ? ← גורש מבית המדרש. מדוע?

כי לסיטואציה המשפטית אין פתרון אובייקטיבי. ← בהעדר יכולת לתת תוצאה נכונה, צודקת אבסולוטית ← ומאחר ויש צורך להכריע ← צריך לתת מדד לפתרון הסכסוך - על כן נקבע מדד של 50 אמה. **כדי להכריע בתיק משפטי:** אין למשפט מכונת קביעת עובדות אבסולוטיות ← הוא קובע בעזרת דיני ראיות. **נקודת המוצא:** האמת המשפטית אינה אבסולוטית, כי תמיד יש אפשרות שיהיו עוד עובדות. יש לגמור את התיק ← לכן אני קובע מבחן שרירותי של 50 מטר. **ר' ירמיהו אומר:** אני רוצה צדק אבסולוטי, ומציע לדון לכל מיקרה לגופו ← אין לקבוע באופן שרירותי כי הגוזל עלול בסופו של דיון להיות שייך למישהו אחר ולא לבעליו ← כי יתכן מצב שאדם יהיה "נבל ברשות התורה". ← לכן לך לביהמ"ש ותוכיח שהגוזל שייך לך.

♦ **יש תמיד ויכוח מה תפקיד המשפט ← להוציא את האמת או לייצר יציבות.**

נקודת המוצא של חכמים – יציבות

ירמיהו העדיף את האמת ,

נקודת המוצא של שיטת המשפט הישראלית – יציבות.

יש ראיות חותכות ← שביהמ"ש- באמצעות חוקים, לא מתיר להשתמש בהן:

דוגמא: בעל שאשתו נואפת מצלם אותה בזמן מעשה, מבקש להסתמך בביהמ"ש על הצילומים אך חוק הגנת הפרטיות קובע - שאדם לא יכול להשתמש בראיה שמובאת תוך פגיעה בפרטיות.

נקודת המוצא של החוק – במרוץ בין ערך גילוי האמת- ובין ערך הגנת הפרטיות, מערכת המשפט במ"י מעדיפה את ערך הגנת הפרטיות. המחוקק מראש יוצא מנקודת הנחה שבירור האמת - זה לא הדבר היסודי של המשפט.

במשפט העברי תתקבל הראיה ← **ערך גילוי האמת האבסולוטית - עולה על ערך הגנת הפרטיות.**

הודאה שהוצאה בכפייה ועינויים

החוק: במרוץ בין **בירור האמת** וההגנה על **כבוד האדם** יעדיף ביהמ"ש את ערך הגנת כבוד האדם.

דוגמא: **התיישנות** – משמעות המושג – אם אדם א' נתן הלוואה לאדם ב' - ואדם ב' לא מחזיר לו, ועברו שבע שנים ← **התיישנה.** אך **לקבל את הכסף לא התיישנה.**

♦ **כאן המרוץ הוא בין יציבות המשפט (חוק התיישנות) מול ערך גילוי האמת.**

המשפט העברי אין התיישנות. במקרה ההלוואה ייחשב מקבל ההלוואה **לגזלן.**

♦ **המשפט העברי מעדיף את מניעת עבירת הגזל ← על פני יציבות המשפט (לא)**

משנה אם עברו שבע שנים).

מטרת ה"אמת" במשפט - לשרת את החברה ← על המערכת המשפטית להביא לתוצאת אמת ← היינו להביא את טובת החברה.

השופט שמגר בבג"צ ציטרין: עיתונאי מועמד לדין ויש בידיו מידע חשוב לצורך בירור האמת, אומר ביהמ"ש שלא יאלץ את העיתונאי להסגיר מידע מקורות מידע ← מערך החיסיון. הפרת חיסיון עיתונאי ← פוגעת בטובת החברה.

אמת מול חיסיון ← נשמע רע. אך שמשכללים "טובת החברה" מול "טובת החברה" - הבט של אמת - מול הבט חיסיון עיתונאי שמגן על החברה ← כאן עומד מול מול

חוב מליון דולר ← לא יתנו צו עיכוב יציאה: איזון בין חופש התנועה של אדם ובין הזכות לקבל חוב

- המחוזי יסרב לפגוע בחופש התנועה
- ברבני יתנו צו עיכוב לבעל ← על חשד של האישה שהוא עומד לצאת מהארץ ← חשש עגינות חשוב יותר

לסיכום: גישת המחוקק וביהמ"ש מבוססת על ערכים.

◆ הערכים נקבעים ע"י ביהמ"ש

כשביהמ"ש העליון מקבל החלטתו הוא מציג את תפיסתו הערכית בנושא מסוים.

← כל גישה משפטית מאמצת לעצמה את שיטת הערכים

חוק יסודות המשפט

שאלה משפטית שלא הוכרעה = פשרה.

◆ **פשרה =** ביהמ"ש מגיע לתוצאה מבלי שנזקק ליישום החוק הרלוונטי באותו נושא.

משחררים את ביהמ"ש מהצורך להביא את המקרה לידי הכרעה שיפוטית.

◆ **פשרה** יכולה להיות **בניגוד לדין**, אך ביהמ"ש יסרב לפשרה הפוטרת בעל ממזנות

ילדיו ← פה מופעל שיקול דעת

◆ **מעדיפים פשרה על הכרעת ביהמ"ש** - בגלל ההשלכות התקדימיות על מקרים נוספים

שייתכן ויעלו באותו עניין (למשל בנק או רשויות מס יעדיפו להתפשר ← כי החלטה נגדם

תחסום אותם נ' כל הלקוחות או הנישומים.

◆ **בארה"ב גם בעניינים פליליים ניתן להגיע ל"פשרה" בין קורבן לעבריין** ← אך זה

כפוף לדין = **עסקת טיעון**: הנאשם מודה בסעיפים מסוימים בהם הוא מואשם.

לחוק יסודות המשפט חשיבות לאו דווקא בהקשר **הלקונה**: "ראה בית המשפט שאלה משפטית

הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה

לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"

◆ **לא מופיעה בחוק המילה לקונה** ← מה פרוש "שאלה משפטית טעונה הכרעה"?

אומר החוק: כששאלה מגיע לביהמ"ש היא אמורה להסתיים ← עליה להיות מוכרעת. אין להשאיר שאלה בצריך עיון. להשאיר בצ"ע זה ← ביהמ"ש לא קיבל אה העתירה או הטיעון. זה כמו תשובה שלילית.

חוק יסודות המשפט אומר שכשמגיעה לביהמ"ש שאלה, שלא יכולה להסתיים בהסכם או פשרה בין הצדדים ← ושאלה זו טעונה הכרעה משפטית - שמשמעותה "נורמה" ← ברגע שביהמ"ש נותן החלטה שיפוטית ← היא הופכת לנורמה - שמאפיין אותה שהיא מחייבת.

כשביהמ"ש אמור לקבוע במי נורמה מחייבת אומר חוק יסודות המשפט מהם המקורות.

החוק מלמד אותנו שלביהמ"ש מס' מקורות מוגבל מהם הוא יכול לייבא את הנורמה המחייבת:

- 1) **חוק (חקיקה) – כל המופיע בספרי החוקים והדינים**
- 2) **הלכה פסוקה** (פס"ד – בד"כ של ביהמ"ש העליון)
- 3) **היקש – מחוק אחר**. שלמקרה ספציפי אין פתרון חוקי ספציפי ← אני לומד זאת בדרך של הגיון או בדרך של פרשנות משפטית לגיטימית)

החוק וההיקש זהים

הלכה פסוקה – ישום החוק במקרה ספציפי.

החוק בישראל – הוא האופן בו ביהמ"ש פירש את החוק.

- ◆ כשביהמ"ש בא לנסות לפרש או להכריע בסוגיה מסוימת ← הוא הולך קודם כל לברר אם יש תקדים שלו לחוק. (במקום לפנות לחוק עצמו).
- ◆ השופט לא יכול לומר שנראה לו שהמחוקק התכוון ל X אם יש תקדים.
- ◆ החוקים אינם מקורות ביהמ"ש העליון. גם העליון - שלא כפוף לתקדימו - מסתכל מה פסקו בעבר בביהמ"ש העליון.

חוק יסודות המשפט אומר: שאם לאחר שביהמ"ש בדק את 3 המקורות: חוק, הלכה פסוקה והקש ← וראה שאינם מספקים לו תשובה ← בסיטואציה זאת ביהמ"ש אמור לפנות ל"עקרונות מתוך מורשת ישראל" ← היושר, הצדק, החירות והשלום.

הקושי ← מהי "מורשת ישראל". ביהמ"ש נחלק בשאלה:

השופט אילון מורשת ישראל היא המשפט העברי. – פירוש מופרך לדעת שיין, כי אילו המחוקק היה רוצה לפנות למשפט העברי הוא אומר זאת מפורשות. "חוק בתי דין רבניים" ← קובע שהנישואין יהיו כדת משה וישראל ← היינו אם המחוקק מתכוון לכך ← יש לו טרמינולוגיה ידועה – לכן מורשת ישראל לא יכולה להיות ההלכה.

לטענת אילון - אם ביהמ"ש לא מוצא פיתרון בחוק, הלכה פסוקה והיקש ← אין כוונה שלא רצה להכיר בזכות התביעה ← אלא זו הכרה של המחוקק שיש לו לקונות, וכדי למצוא פיתרון קבע שיש לפנות לעקרונות מורשת ישראל

- ◆ מסקנה: המחוקק מעביר לביהמ"ש את הסמכות להכיר בזכות חדשה.

השופט ברק – הכל נחשב למורשת ישראל ← **ממשה רבנו ועד עמוס עוז**. לדעתו - **חוק יסודות המשפט חסר משמעות וחשיבות לחלוטין**, לכל דבר יש פתרון בחוק, בהלכה הפסוקה ובהיקש. אם אין תשובה במקורות הנ"ל ← אזי לדעת ברק **המחוקק לא הכיר בזכות זו (הסדר שלילי)**.
 ♦ מסקנה: ע"פ ברק במשפט הישראלי **אין לקונות**.

נחמני- נחמני: הוגשה תביעה שלא עמדה אף פעם בפני ביהמ"ש האם ביהמ"ש רשאי להפסיק הליך הפרייה של אישה? **נחמני לא רוצה להיות אבא**. האישה **רוצה להיות אימא**.
השאלה: האם קימת בישראל הזכות להורות או לאימהות. כשמישור השאלה – קיום הזכות - השופט הולך לבדוק את 3 המקורות: האם **החוק הכיר בזכות זו**, האם **ההלכה הפסוקה** הכירה בזכות זו, **האם ע"פ היקש** ניתן להסיק זכות לאימהות. במידה ואין פתרון ב 3 המקורות ←
זכות לאבהות דבר העלול לעורר בעיות רבות כלכליות וחברתיות. גבר שהכניס קטינה להריון ידרוש את הילד, ← חיוב לממן טיפולי הפרייה בכדי לממש זכות אימהות.

אם ב 3 המקורות לא גיליתי תשובה יש 2 אפשרויות:

1. המחוקק לא חשב על זכות האימהות (לקונה)
 2. המחוקק לא רצה להכיר בקיום הזכות לאימהות - הסדר שלילי. וביהמ"ש לא יכול להכיר בזכות שלא הוכרה. ← מאחר ובחוק האימוץ וחוק הכשרות סביר שהמחוקק סרק את החוק ולכן ← נתן את הדעת על שאלת האמהות.

אליבא השופט אילון: **חוק יסוד המשפט אומר לשופט**: גם אם המחוקק לא מצא פתרון ב 3 האפשרויות, זה לא אומר שלא התכוון לתת פתרון, אלא בקש שביהמ"ש יבדוק בעקרונות מורשת ישראל. **זו הכרת המחוקק שיש לקונה**, והוא מפנה את השופט למורשת ישראל. המחוקק מצהיר בזה שהוא מעביר לביהמ"ש סמכות לחוקק חוק ע"פ מורשת ישראל.

הפועל היוצא מגישת ברק ← **אין לקונה במשפט הישראלי**. אם לא מצאתי זכות ב 3 המקורות ← המשמעות היא שהתביעה תדחה.

♦ **בנחמני**: במקום לדון בזכות לאימהות - נמצא תשובה בחוק ובהלכה ← לפני שהם הלכו להפריה, היה ביניהם **הסכם חוזי** ← לכן הפתרון נמצא בתחום **דיני החוזים**. ← גם אם יש שאלת זכות, ניתן למצוא פתרון בחוק החוזים ובעקרונות המקובלים ולא להרחיק לכת

מהו חוק

יש חוק דתי, פיסיקלי, מתמטי - וכשנשאל מהו חוק, לא נשאל **מהו החוק המשפטי**.
 ← לכן יש לשים לב לשאלת **סוקרטס: "מהו חוק?"** (במאמר – מינוס או על החוק)
 תשובתו: **חוק לא נבדל מחוק, כולם הם אותו הדבר בעצמו**. כל אחד מהם "חוק" בדומה לחברו, ולא זה במידה יתרה וזה פחותה. כלומר - **כשאני משתמש במילה "חוק בהקשר המשפטי או הפיסיקלי**
 ← זה בדיוק אותו דבר. המלה חוק היא אותו דבר במשמעות של המשפט, הדת, הפיזיקה וכו'.
אם נתמקד בחוק הפיסיקלי ← למה אנחנו רואים את אותה תופעה - כגרביטציה? כי **כל בני האדם מזהים את המציאות באותה מערכת חושים**. תמונת המציאות שלנו נבנית ע"י החושים, אנו מזהים

לתפיסת **סוקרטס** החוק הוא מושג אחיד ← מבטא סוג מסוים של סדר, שמאפיין אותו - שהוא סדר כפוי, בין אם כפוי על התודעה שלנו מצד החושים, ובן אם כפוי מצד התבונה ← כמו החוקים להם קראנו חוקים משפטיים.

נקודת המוצא של סוקרטס - מאחר והמדינה היא הכרח תבוני – ז"א שהתבונה האנושית גורמת לנו להבין שכשאין מסגרת מסודרת לחברה אנושית- אין אפשרות לקיום חברה אנושית- ← וממילא המדינה נחשבת להכרח תבוני. כמו שאדם מחפש אוויר- המדינה היא הכרח תבוני בלעדיה החברה לא יכולה להתקיים. מאחר וחברה ומדינה צריכות לפעול ע"פ הסדרים מסוימים ← גם הסדרים אילו הם תבוניים. כל בר דעת יבין שאם המסגרת המדינית לא תאמץ את אותם הסדרים היא לא תוכל להתקיים בפועל. ומאחר והם תבוניים, המשמעות ← כל חברה אנושית שמפעילה את התבונה - תפעיל את אותם הסדרים בדיקו, במגבלה שהבדלים גיאוגרפיים יובילו לשינויים - שהם שינויים תבוניים.

דוגמא: בכל המקומות בעולם שיש מחסור במים - אמורים להגיע לאותה תוצאה בנוגע לשימוש במים **חוק הוא הסדר תבוני לפי סוקרטס**.

עם השנים התברר שהתפיסה הסוקרטית מובילה לכך שלא יערערו על החוק - וזה מוביל לדיקטטורה. כי אם החוק הוא דבר מוכתב והכרחי ← ואדם לא יכול לערער על החוק ← ממילא אי אפשר לערער על מי שיוצר החוק ← וזה מוביל לדיקטטורה. (קרל פופר בספרו THE OPEN SOCIETY AND ITS ANEMY – מראה שיסודות הדיקטטורה התחילו באפלטון, וסוקרטס העצים אותו)

◆ הבינו ששיטת **סוקרטס** - הובילה לדיקטטורה -היה צריך לחפש פיתרון אחר

"הובס - הליתן": "על קהילה יאמר- שיסודה במעשה כינון, כשהמון בני אדם באים לכלל הסכם

- ◆ נקודת המוצא – זה מעשה אקטיבי.
- ◆ נקודת המוצא של **סוקרטס** ← בן האדם יצורים מדיניים. אדם נולד לתוך קהילה. ולא צריך לעשות פעולה אקטיבית של הצטרפות. לאור זה המסקנה: ההסדרים הם הסדרים טבעיים.
- ◆ **הובס** לעומת זאת, יוצא נקודת מוצא שבני האדם נולדו כפרטים אינדיווידואליים = וע"י אקט של רצון הם מוכנים לגור בתוך מסגרת מדינית. האקט שבו קבוצה של פרטים הופכת להיות מסגרת מדינית נקרא "כינון" והמסגרת יוצרת אמנה.
- ◆ יש פה מהלך של ביטוי רצון. קבוצת אנשים מתאגדים במסגרת קהילה ויוצרים ביניהם איזו שהיא אמנה.

החוק - חוק הוא התוצר הסופי של המו"מ .

מה הפועל היוצא שהמדינה היא תוצר של כינון, שהמדינה היא תוצר של הסכמה (אמנה) ?
1. כדי שאנשים יגיעו להסכם יש צורך במו"מ .

2. כדי שיתקיים מו"מ וכדי שניתן יהיה לכרות הסכם - צריך שלצדדים יהיה מה לתת – שיהיו להם זכויות (וחובות). אומר: כשאנשי הקהילה החלו לנהל מו"מ - כל אחד מגיע עם מטען של זכויות. אף אחד לא נתן אותם, ואף אחד כעיקרון לא יכול לקח אותם ממני. כלומר דנים מה כל אחד מהאנשים מוכן לתרום לקיום המסגרת הקהילתית - כאשר המסגרת היא תוצר של הסכמה - אמנה.

דוגמא: חוק הבטחת הכנסה - המחוקק יוצא מנק' מוצא שלכל אדם זכות מינימאלית של קיום .

◆ מתחיל מו"מ בין חברי הכנסת. ש"ס תאמר שההכנסה צריכה להיות גבוהה יותר - כי הציבור שלה מצפה להישג הגדלת הבטחת הכנסה. **שינוי** יגידו שאינם אמורים לממן את הבטחת ההכנסה של ש"ס. יש בסיס מוסכם של הבטחת קיום מינימאלי, ולאחר מו"מ עיקש מגיעים לחוק שהוא למעשה הסכם ← **על בסיס של זכות**.

לעיתים יתכן שלא תהיה בכלל הסכמה על הבסיס של הזכות. (לדוגמא: שחרור משרות צבאי). כל חוק המתקבל בכנסת הוא תוצר של מו"מ, לכן האפשרויות הן בלתי מוגבלות. החוק לא חייב להיות תבוני הוא תוצאה של משחקים פוליטיים ← זה מחיר הדמוקרטיה וההסכמה.

◆ חוקי הכנסת הם תוצר של הסכמה, כמו אצל **הובס** שהמסגרת הקהילתית היא תוצר של הסכמה.

ההבדל המהותי בין **אמנת הכינון של הובס** לאמנת החקיקה של הכנסת, זה כמו הבדל בין **חוקה לחוק**.

◆ החוקה קצרה- עקרון על. **אמנת הכינון של הובס היא כמו חוקה** - היא קובעת את העקרונות הבסיסיים ביותר לחיים במשותף.

היסוד של אמנת הובס - 2 סעיפים:

1. **הזכות לביטחון אישי** ← הבסיס לכל הקיום החברתי. כל מוכנות אדם להיכנס למסגרת ותור – זה רק אם יש דרך להבטיח ביטחון אישי. רק אז נכנס למו"מ.
2. עיקרון שני: - **זכות הקניין**.

סוקרטס טוען: **מה שמאפיין את הזכות לביטחון אישי ולקניין – שהן תבוניות**. אנשים לא ניהלו מו"מ כזה. זו רק תיאוריה. מי שמנהל את המו"מ הם אנשים הגונים ← התוצאה תהיה חוק תבוני. אם הולכים לפי התבונה ניתן להגיע לדיקטטורה תבונית, ← והתוצאה תהיה טובה. שיטה דמוקרטית מופקרת – תביא לתוצאה רעה. כלומר, לא כל דיקטטורה היא שלילית.

ג'ון לוק: "בכל מקום שמספר כלשהו של בני אדם מתאחד לחברה אחת, וכל אחד ואחד מוותר

◆ כל בני האדם נולדו עם **זכויות טבעיות מעצם בריאתם** – והן כוללות זכות לביטחון, לחיים ולקניין. הבעיה שבמצב הטבעי - מי צריך להגן על זכותו הוא בעל הזכות עצמו?. אם יש זכות ואין דרך לשמור על זכות אזי הזכות לא שווה. בני אדם הסכימו להיכנס לאמנה החברתית מהכרה שהיכולת להגן על זכויותיהם – זה רק אם תהיה מסגרת מאורגנת המאפשרת להם להגן על זכות זו. אם אין מסגרת כזו – כל ד'אליים גבר. כיוון שכל אדם יודע את מגבלותיו להגן על זכותו ← הסכימו להתאגד במסגרת שתאפשר הגנה על הזכויות - ולכן היו צריכים האנשים לוותר על חלק מזכויותיהם- כדי לאפשר את הקיום המשותף.

גו'ן לוק המדינה (והחוק) הם תוצר של הסכם שביסודה יש ויתור ← ע"מ להשיג אותה שותפות.

מהי מדינה ליברלית מערבית ← משמעותה שהאזרחים העבירו לנציגיהם את ייפוי הכוח לוותר על **מינימום** מזכויותיהם. כלומר, הנציגים הם עו"דים של הציבור.

♦ **בדמוקרטיה** יכול הציבור לבטל את ייפוי הכוח בבחירות.

דיקטטורה ← לנציגים יש ייפוי כוח בלתי חוזר לוותר על כל דבר. הציבור לא יכול לשנות את ייפוי הכוח אלא בדרך מהפכה.

אחרי שהבנו את עקרו האמנה - מה משמעותו של החוק?

יש מגוון אין סופי של התנהגויות אנושיות. כשאדם קובע חוק מסוים ← אז מוגבל מגוון ההתנהגויות. נקבע דפוס אנושי שמעניין את המחוקק - והוא רוצה להסדיר התנהגות זו ← נקבע לגביה נורמה.

חוקים רגולטיביים וחוקים קונסטיטוטיוביים:

חוקי תעבורה – הם **חוקים רגולטיביים** ← המשתנים ממקום למקום.

חוקי שחמט – **חוקים קונסטיטוטיוביים**, יוצרים את המרחב הפעולה של השחמט. אם נשנה אותם ונאמר שהצריח ינוע אחרת ← נשנה את המשחק.

♦ תאגיד זה חוק קונסטיטוטיובי. במציאות אין תאגיד ובעל מניות.

♦ במסגרת חוק החברות – יש חוק רגולטיבי – התקנות המסדירות איך תתנהל החברה.

החוק בא להגדיר את הנורמה שבתוכה הציבור יצטרך לפעול. הגדרת גבול ההתנהגות קשה.

בא לביטוי בעש"מ מ"י נ' זהר בן אשר

זהר בן אשר היה מרצה והוגשה נגדו תלונה על הטרדה מינית. מאחר והיה עובד מדינה, הובא לבית דין משמעתי של המדינה וזוכה. **טען שהחיבוק היה אבהי**. בערעור לעליון עלתה שאלה מורכבת: החוק מוציא מכלל דפוס ההתנהגות את הדפוסים אותם הוא רוצה להסדיר. השאלה: איפה עובר קו הגבול בין התנהגות שלמדינה אין עניין להתעסק איתה להתנהגות שלמדינה יש עניין לעסוק בו?

השופט זמיר: הקושי בקביעת מבחנים להטרדה מינית נובע מהצורך להיזהר ולא לעבור את קו

הגבול - בין התנהגות מינית שהיא טבעית שבנסיבות מסוימות חיובית, **הנחשבת לקבילה**, לבין התנהגות בעלת אופי מיני, **הסוטה מדרך התנהגות קבילה**, פוגעת באחר ולפיכך נחשבת לעבירה.

♦ זמיר: כשרוצים לדעת אם חוק רצה להסדיר התנהגות – יש בעיה. בנסיבות מסוימות התנהגות יכולה להיחשב חיובית ובנסיבות אחרות פסולה. - קשה לצייר קו גבול.

♦ שהמחוקק מנסה להסגיר התנהגות מסוימת ← לפעמים קשה לדעת **מה** ניסה להסדיר.

שאלת הקשר בין החוק לבין דפוס ההתנהגות ← בבג"ץ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' רה"מ

מודעי ושמיר הסכימו ביניהם על שתוף פעולה בין המפלגה הליברלית לליכוד. אם הליכוד ירכיב הממשלה מודעי יהיה שר אוצר ולא יוכלו לפטר. ז'רז'בסקי חבר מרכז ליכוד הגיש בג"ץ נ' ההסכם.

בהסכם משפטי רגיל בן אדם נותן מה שיש לו. בהסכם פוליטי – הוא לא בבעלות הצדדים להסכם. הסוגיה: האם לביהמ"ש יש **סמכות** לדון בסוג כזה של הסכם שאינו בבעלות הצדדים?

♦ כדי שיהיה נתון לדון בביהמ"ש שבנושא מסוים - יש צורך **שהמחוקק יאיר** את אותה

התנהגות **בפרוג'קטור משפטי**.

◆ **חוק** ← **מקבץ התנהגויות אנושיות שהמחוקק החליט לקבוע לגביהם נורמות**
 (לפי שיין זה ניקרא פרוג'קטור) ← ז"א שיש לביהמ"ש את הכלים
 החוקיים כדי לתת פתרון לשאלה שבאה לפניו ← זה ניקרא

◆ היה ברור לביהמ"ש שפרוג'קטור האידיאלי זה **חוק החוזים** – חלק כללי, אך סיטואציה זו לא נכנסת תחת הפרוז'קטור של חוק החוזים.

כשביהמ"ש מזהה **שאינ פרוז'קטור**, היינו אין **חוק המאיר** את אותה התנהגות ← ז"א שהמחוקק גילה דעתו ← שאין לו עניין שביהמ"ש ידון בנושא ← הוא לא רצה שהסכם מסוג זה (הסכם פוליטי) יהיה שפיט, ואלו לביהמ"ש לעסוק בהסכם זה. זה נקרא

לקונה ← יש דפוס מסוים של התנהגות **שהמחוקק מעוניין להסדירה**, אך התנהגות ספציפית **מסוימת נשמטה**. (יש סוג חוזה שהמחוקק לא חשב עליו, אך ניתן להחיל עליו את חוק החוזים)

◆ **בז'רזבסקי** המחוקק לא התכוון להסדיר סוג הסכם כזה. מקרה זה לא נכנס לכותרת "חוזה" ← לא מדובר ב**לקונה** – כי אין מטריה לגביו. (כך גם לדעת)

הסדר שלילי כשניתן לשכנע את ביהמ"ש **שהמחוקק ידע על סיטואציה מסוימת ובחר לא להסדירה**

◆ **עפ"י ברק המחוקק רצה להסדיר אבל לא ידע כיצד.**

כשבני אדם - **במצב הבסיסי של אמנה חברתית** התיישבו לדון בהסכמות ביניהם ← בתשתית ההסכמה היה נתון שאמר ← יש מקרים שהמשפט לא יתערב, או כי אינו רוצה להתערב, או כי אנשים מבינים שבמקרי מסוימים לא הולכים עם דברים לביהמ"ש. (הזמנת משהו לקפה - והוא לא הגיע)

ברק: אין התנהגות אנושית בעולם שאני לא יכול למצוא לגביה מטריה משפטית ← **הכל שפיט.**

ברק: אני נותן **הכל למחוקק**, אני מסכים **שהמחוקק רוצה להסדיר הכל**

☞ המחוקק כל יכול- ורוצה להסדיר הכל, והציבור הסכים שהמחוקק יסדיר.

☞ המחוקק נתן לביהמ"ש סמכות ← כי למחוקק נוח שההסדרים יקבעו ע"י ביהמ"ש ← ואז הם

הופכים להיות נורמטיביים ← **כי המחוקק קבע - שמה שביהמ"ש קבע - זה נורמה.**

◆ אומר זאת ← כדי שביהמ"ש יוכל לטפל בזה.

◆ הוא זורק עצם למחוקק ← וקונה סמכות בלעדית לתת פתרונות לכל דבר.

יוצא שלפי ברק – **אין התנהגות אנושית שאינה מתחת לפרוג'קטור.**

בז'רזבסקי ← **ביהמ"ש קבע נורמה של התנהגות בין מפלגות**

◆ **זה היווה את התשתית לגישה של ברק שהכל שפיט. או "הכל משפט"**

ברק: "היחסים בין אדם לחברו **בתחום המוסר** או החברה אינן נופלים בגדר חלל משפטי.

◆ כשאדם **נוסע** בבוקר לעבודה – הוא מממש את **חופש התנועה**.

◆ הסיבה שלא כל נושא (התנהגות אנושית) מגיע לבית המשפט היא - כי לא כל נושא מעניין אבל הכל שפיט, ביהמ"ש יתערב רק כשהוא ימצא לנכון להתערב.

המשמעות שמאחורי האמרה של ברק: **ביהמ"ש הופך להיות הרשות המחוקקת.** כי גם במקרה בו

המחוקק לא גילה עניין בסוג מסוים של התנהגות- כי לא רצה לקבוע נורמה מחייבת באותו נושא

- יוצא מדברי ברק ← **שביהמ"ש עצמו קובע מה תהיה הנורמה המחייבת בנושא מסוים, מכריע**

בז'רז'בסקי ברגע שברק נתן פתרון לסוגיה משפטית שלא היה לו פתרון ← נוצרה נורמה חדשה

השופט אילון בז'רז'בסקי

איך ניתן לומר שהמשפט מתיר לאכול לשוחח בטלפון לטייל לרוץ ולרקוד משום שאינו אוסר פעולות אלו?

♦ **אילון אומר למעשה לברק** שהטיעון שלו מופרך לחלוטין. **יש פעולות שהמשפט מתעניין בהם - ויש שלא.**

♦ **מי שקובע מה מעניין - הוא המחוקק**, מטבע הדברים מה שלא מעניין את המחוקק לא אמור לעניין את ביהמ"ש העליון- כי **המחוקק לא נתן לו את הכלים לשפוט**. ברור שהמחוקק לא היה מעוניין שהסכמים פוליטיים יכנסו תחת מטרת המשפט (לא נכנס לחוק החוזים) ← כאן אין לביהמ"ש כלי לשפוט – לכן זה

ברק עונה ← **אתה מדבר בטלפון** – אתה ממש את **חופש הביטוי**.

♦ **אם הסכם פוליטי לא נכנס תחת חוק החוזים** – הוא נכנס תחת **חופש ההתקשרות**.

♦ יוצא שהשופט ברק קבע נורמות התנהגות בחוזים ציבוריים.

לפני ברק האמינו שכדי שנושא מסוים יהווה נורמה מחייבת יש להראות מה הפנס שמאיר את אותה נורמה (המחוקק הוא זה שמייצר את הפנס). **בא ברק** ואמר: **ביהמ"ש מייצר את הפנס ומדליק אותו**.

מדוע המחוקק לא הסדיר את אי התערבות ביהמ"ש שאין נורמה? – לדעת שין:

1. **אין מחוקק**. – **ביהמ"ש הקים חוקה** מבלי **שהמחוקק יודע ממנה**.
2. **ישנו דיאלוג בין ברק והציבור**. ברק משוחח מעל ראש המחוקק. **אם ביהמ"ש נתן לציבור זכות - המחוקק לא ייקח ממנו זכות זו**. אם ביהמ"ש העליון יגיד על התנהגות שהיא לא מוסרית, לא יקום מחוקק שיאמר שהיא ראויה.
3. **המחוקק (הכנסת) בעצמו רץ לעליון** לכן לא ניתן לבא אליו בטענות.
4. **ביהמ"ש העליון נותן ביטוי נכון למחוקק** (כלומר **העליון מתקן את שגיאות המחוקק**).

פרופ' דינשטיין מגדיר "משפט" ← **מערכת נורמטיבית שמסדירה התנהגות אנושית בצורה**

♦ **"מערכת נורמטיבית"** ← **ז"א - ישנה מסגרת הפועלת באופן מערכתי והיא זו**

דינשטיין לא מקבל את עמדת ברק כי היא חריגה: מערכת המשפט לא מסדירה התנהגות אנושית.

היא נכנסת לפעולה רק כאשר הסדר משתבש. כל עוד הסדר לא משתבש בתי המשפט לא מתערבת.

♦ ברק גם יוצר הסדר – נורמות, וגם נכנס לפעולה לפתור את הסכסוך.

זכויות וחובות

יש הקשרים רבים בהם משתמשים במינוח – זכות.

1. זכות השביתה - היא זכות המבוססת על חוק

2. וזכות השיבה - מבוססת על תפיסה מוסרית.

הזכות היא תוצר – השלב הסופי. הגיבוש של מערכת חוק מוסר ערכים וכד'. כל טענת זכות חייבת להתבסס על איזה שהוא נורמה או נתון הנמצא מעבר לה.

רע"א 5768/94 **אשיר יבוא יצוא והפצה נ' פורום אביזרים.**

פורום - יבואנית והמשווקת של אביזרי אמבטיה שיוצרו ויבאו מטיוואן ושווקו ברשתות השיווק. לא הופיע עליהם שם היצרן אלא שם הרשת המשווקת. חב' אשיר העתיקה את המוצרים, ושווקה אותם (אותו צבע, מראה). פורום פנתה למחוזי בת"א, ובקשה להפסיק את יצורם- כי היא מייבאת אותם.

♦ חב' פורום נתקלה בבעיה – הייה עליה להראות עילת תביעה:

אין לה סימן מסחרי (לא נרשם על המוצר) ולא פטנט. גניבת עין בנזיקין: יצירת מוצר דומה זו עוולה, המתקיימת כשהקונה חושב שהוא קונה מוצר חב' א ולמעשה קונה מוצר של חב' ב'. במקרה זה אין עוולת גניבת עין כי הקונה לא יודע של מי המוצר. (שם יוצר מוניטין ונותן אפשרות לתבוע בגנבת עין).

♦ פורום טענה ← "עשית עושר ולא במשפט": אם יש לי מוצר שהשקעתי בו ועיצבתי אותו ← והאחר עושה על גבי עושר. המחוזי קבל את הטענה, ונתן הוראה על הפסקת הייצור ושעל חב' אשיר לתת פירוט לפורום על כל המכירות שלה.

חב' אשיר פנתה לעליון וטענה בשם חופש העיסוק. מותר לה להתפרנס ממה שהיא רוצה- ופורום לא הציגה אסמכתא החוקית לכך שאסור לאשיר לייצר מוצרים אלו.

בג"ץ מפי חשין ביטל את פסה"ד של המחוזי: השופט חשין אמר

♦ פטנט וגניבת עין מבטא זכות קניינית. זכות קניינית פועלת כלפי כל העולם

♦ עשיית עושר ולא במשפט הינה זכות חוזית. זכות חוזית מחייבת רק את הצדדים להסכם.

השופט חשין אמר שביהמ"ש המחוזי לא הבדיל בין זכות חוזית לזכות קניינית. בפס"ד בהכרה של "עשיית עושר ולא במשפט" ← הוא נתן שלא בצדק לזכות חוזית כוח כזכות קניינית הפועלת כלפי כל העולם. וכך למעשה ביהמ"ש חיסל את הצורך ברישום פטנט. ♦ האופן בו אנו מסווגים את הזכות הוא מאוד מהותי.

1. ע"פ 99/51 **פודמסקי נ' היועמ"ש**

הוצא צוו מעצר נ' אברהם פודמסקי עד העמדה לדין. הביאהו לביהמ"ש לערעור על החלטת המעצר, אחיו הגיע לתא המעצר לעצירים, איים בנשק על השוטר ודרש ממנו לפתוח את הדלת. כל 6 העצירים ברחו כולל פודמסקי. התברר שהחלטה לעצור את פודמסקי לא הייתה חוקית.

העמידו את האח לדין על עבירה לפיה: "המאיים על אדם אחר בנזק לגופו, ומתכוון במעשה זה להביאו לידי כך שיעשה מעשה שאינו מחויב עפ"י החוק לעשותו, או שיעשה מעשה שהוא רשאי עפ"י חוק לא לעשותו" ← עבירת איום.

הסנגוריה טענה: כיוון ש.. פודמסקי היה במעצר לא חוקי ← השוטרים היו מחויבים לשחררו. אז בזמן שאחיו איים על השוטרים בנשק - הוא גרם להם לעשות מעשה- שגם כך הם היו מחויבים לעשותו. (כמו שאדם מאיים בנשק – לשלם מס הכנסה) (המשך בסוף הדיון על טבלת הופלד)

2. בג"צ 112/77 פוגל נ' רשות השידור ושר התקשורת

פוגל קנה טלביזיה צבעונית. משרד התקשורת הוציא את הצבע והאנשים ראו בשחור לבן. פוגל עתר לבג"ץ שיש לו זכות לראות שידורים בצבע. טען שאם רשות המדינה מעוניינת לשלול את הזכות ממנו יש להראות אסמכתא. ←

♦ **רשות שלטונית לא יכולה לפגוע בזכות – ללא אסמכתא חוקית.** בחוק רשות השידור אין אסמכתא חוקית המאפשרת למחוק את הצבע.

3. ע"א 22/56 יצחק כהן נ' קצין התגמולים של משרד הבטחון:

משרת בקבע ולטענתו נפגע בזמן השירות. הגיש תביעה לקצין התגמולים להיות מוכר כנכה צה"ל. וקצין התגמולים לא הכיר בכך. **אותו זמן לא הייתה אפשרות לערער על החלטת קצין התגמולים.** לאחר מתן ההחלטה תוקן החוק ונקבע שניתן לערער על החלטת קצין התגמולים בבהמ"ש. כהן ערער.

♦ **קצין התגמולים טען שבזמן שניתנה ההחלטה לא הייתה אפשרות לערער.**

המשותף ל-3 פס"דים ← **השאלה המהותית העומדת לדיון: האם יש או אין זכות.**

האם מבחינה מהותית מדובר ב-3 המקרים באותו סוג זכות?

טבלת הופלד

הופלד - פרופ' למשפטים שניסה לאפיין ולחלק את סוגי הזכויות.

נק' המוצא שלו ← לא בכל פעם שמשמטים במלה זכות - מתכוונים לאותו דבר. **המילה "זכות" רבת פנים ומשמעויות.** הופלד סרק את כל זכויות ובנה טבלה שבתוכה ניתן לשבץ את כל סוגי הזכויות שיש בטבלה. השופטים יעשו שימוש - כדי להחליט איזה זכות לקבל.

אגף א':

לפי הופלד הזכות הבסיסית ביותר במשפט היא – "זכות" - Right.

מושג בסיסי זה נחלק ל-2 סוגים :

1. **זכות IN REM** –יצירת החוק. זכות חפצית, **זכות קניינית**. המאפיין זכות קניינית ← היא פועלת כלפי כל העולם.
♦ זכות IN REM ← חזקה יותר.

2. **זכות PERSONA** –יצירת חוזה. נוצרת בין בני אדם.

♦ זכות IN PERSONA ← חלשה יותר.

משמעות **פס"ד אשיר** ← אין דרך ליצור זכות קניינית בלי חוק.

♦ **ההיבט החוזי של זכות PERSONA** ← היא צריכה להיות **בהתאם לחוק החוזים**

הופלד אומר: **כדי שטענת זכות תהיה בעלת משמעות** ← צריכה להיות מולה **חובה**.

♦ אם אדם טוען ל**זכות** – עליו להראות למי יש ממולה – **חובה**.

עוצמתה של הזכות היא = כעוצמת החובה שממול.

♦ **בזכות** IN REM - **החובה** מול היא של כל העולם.

♦ **זכות** PERSONA - **החובה** ממול היא של מי שיש לי **חוזה איתו**.

☞ **אין מושג נפרד של זכות – אלא זכות מול חובה, וההפך**

שכירות – פירושה שהזכות IN REM (זכות הקניין) לא נפגעת. המשכיר הוא הבעלים של הנכס, לזכות הבעלות לא קרה דבר. אך לתקופה מסוימת, ועבור תשלום הוא מעביר זכות חזקה ושימוש, לתקופה מסוימת ויתרתי על חלק מיתרונות מהזכות שלי. כלפי כל העולם הזכות נשארה IN REM אבל PERSONA (בחוזה ביני לבינו בלבד) העברתי את **זכות השימוש**.

חופש

הופלד: קבוצה זכויות נקראת: **חופש** - מותר לי לעשות כל דבר, הדרך היחידה לאסור עלי לבצע דברים מסוימים היא ע"י אסמכתא חוקית.

◆ מול החופש יש העדר זכות.

דוגמא: אם לי יש **חופש** מסוים ← כדי שהעומד מולי יהיה רשאי להגביל את החופש שלי ← הדרך היחידה שיכול לעשות זאת היא ע"י **אסמכתא חוקית**.
חופש היא זכות נגטיבית: אף אחד לא יכול להפריע לי לממש את החופש (זה לא מחייב לפעולה).

חופש הביטוי: **חופש** ולא זכות. המשמעות: **מותר לי להגיד את מה שאני רוצה** ← כדי להגביל אותי, יש להסתמך על הוראות חוק כ"צנזורה", **חוק איסור לשון הרע**. או **פסיקה של ביהמ"ש עליון נדרשת אסמכתא חוקית** – כדי להגביל חופש

אגף ב' לטבלת הופלד:

"כוח"

כוח – היכולת לבצע שינויים בזכות ובחופש. ע"י הפעלת כוח נבצע השינוי.

ייפוי כוח: הזכות בנכס היא של הבעלים. בעזרת ייפוי כוח = לעו"ד יש **כוח** להפעיל את הזכות בנכס. ◆ ואז הבעלים יפסידו או יקבלו את הזכות.

במידה מסוימת לעו"ד יש **חופש** להפעיל את ייפוי הכוח. אך כדי שיוכל להעביר זכות, ולשנות את מערך הזכויות ← הוא מקבל את הכוח באמצעות **ייפוי הכוח** ולא דרך **זכות בנכס**.

צוואה = כוח. כשאדם כותב צוואה הוא מפעיל כוח. נוצר פוטנציאל לשינוי מערך הזכויות והחובות. ◆ השינוי יקרה כשינתן **צו לקיום צוואה**. כל עוד לא ניתן צו – אין זכויות וחובות.

כתב תביעה = הפעלת כוח, כי בעת הגשת התביעה איני יודע עדיין אם יש או אין זכות ← עצם הגשת התביעה - היא **הפוטנציאל** למימוש בעתיד של זכויות וחובות.
◆ מה מקנה לכתב התביעה אופי של זכות? ← על הצד השני מוטלת חובה להגיש כתב הגנה.

"כפיפות"

מול הכוח ← יש **כפיפות**

אדם שמגיש תביעה ברעננה על מקרה בחיפה ← אין ברעננה סמכות ← ולכן אין כפיפות ברעננה. הפעלת כוח נכונה (הגשת תביעה ברעננה) ← יוצרת כפיפות – וניתן לקבל פס"ד ברעננה.

כשפלוני מפעיל כוח ומהצד השני יש כפיפות ← אז יש זכות

חסינות

חסינות – העדר כפיפות.

חסינות אינה עניין מהותי של זכות - אלא עניין פרוצדוראלי של יכול או אי יכולת להפעיל את הזכות.

◆ אם דיפלומט פגע ב- זכותי נפגעה. הבעיה אינה בזכות שלי – אלא ביכולת לממש את הזכות.

דוגמא לחסינות: התיישנות. ← הזכות של האדם עומדת – אך הוא לא יכול להפעילה.

אינך יכול להפעיל את הכוח ← כי אין כפיפות ← כי יש חסינות.

♦ אך הזכות לא נפגעה. הזכות מהותית קיימת ← אך לא ניתן לממשה פרוצדוראלית – לא ניתן להפעיל את הכוח .

דוגמא לזכות מהותית ועקיפת בעיית הכוח שנובעת מההתיישנות.

אדם לקח טבעת ממר X . מר X לא תבע . עברו שבע שנים ויש התיישנות . בא מר X ולוקח חזרה את הטבעת שלו(עקף את הבעיה).
האדם יכול לתבוע ואז למר X יש כפיפות – אבל לאדם יש בעיה להוכיח שהטבעת שלו = שיש לו

<u>אגף ב'</u>	<u>אגף א'</u>
<p><u>כפיפות</u> ↔ <u>כוח</u> יכולת לבצע שינוי באגף הזכות והחופש</p>	<p><u>זכות</u> ↔ <u>חובה</u> חוזית IN PERSONAM קניינית IN REM</p>
<p><u>העדר כפיפות</u> ↔ <u>חסינות</u> העדר כוח</p>	<p><u>העדר זכות</u> ↔ <u>חופש</u> נדרש אסמכתא חוקית להגביל חופש לי</p>
<p>↔ <u>לאגף ב' כוח לערוך שינויים באגף א'</u></p>	

זכות. ← פה קמה הזכות המהותית שנשארה למר X למרות ההתיישנות.

הפעלת טבלת הופלד על פס"ד לעיל

1. **פס"ד פודמסקי** : (הוצאת אדם ממעצר לא חוקי באיום = אדם מכריח אדם לעשות מעשה שאינו רשאי לעשותו.

השאלה שבפני ביהמ"ש: האם לשוטור היה חופש שלא לפתוח את הדלת ?

- אם השוטור לא היה רשאי לפתוח את הדלת (היה לו חופש לא לפתוח) – והוא פתח עקב האיום ← זו עבירת איום מצד אחיו של פודמסקי.
- אם השוטור היה רשאי לפתוח את הדלת (ז"א הייה חייב לפתוח) אין פה איום.

בזמן האיום השוטור לא ידע שהמעצר לא חוקי. ← ולכן מבחינתו לא היה רשאי לפתוח את הדלת ← לכן מדובר באיום .

☞ לשוטור לא היה חופש לפתוח את הדלת ← ולכן לאח של פודמסקי לא הייתה זכות לחייב אותו לפתוח את הדלת

- לפודמסקי הייתה העדר זכות לפתוח את הדלת ולשוטר היה חופש לא לפתוח את הדלת .
- צו מעצר לא חוקי הוא בטל VOID ← לכן אם פודמסקי היה בורח (גם אם לא היה יודע שהמעצר לא חוקי) – אזי בדיעבד אי אפשר היה לעשות לו כלום.

2. **פס"ד פוגל** : (טלויזיה צבעונית) כדי שבן אדם יקבל סעד בבג"ץ עליו להראות שיש לו זכות או חופש שנפגע. כדי שאדם יקבל סעד בבג"ץ עליו להראות אסמכתא לעתירה. ז"א מה הבסיס החוקי הנותן לו היכולת לפנות לבג"ץ ולבקש סעד .

פוגל טען שמנעו ממנו את החופש לקבל מידע.

- כשמדינה מחקה לו את הצבע- המדינה הייתה בהיעדר זכות לפגוע בחופש שלו לקבל מידע.

ביהמ"ש העליון דחה את העתירה כי קבע שבשום מקום החופש לקבל מידע - לא כולל את החופש לקבל מידע בצבע.

זכות עמידה – אדם שפונה לבג"ץ צריך להראות בשם איזה זכות הוא רוצה ששערי בג"ץ יפתחו בפניו. ← זה עומד בטבלה בצד של כוח. כשאני מגיש את העתירה לבג"ץ אני מפעיל כוח.

- כשאדם מפעיל כוח ע"י הגשת כתב תביעה הכפיפות נוצרת אוטומטית. צד שני חייב להגיב
- בבג"ץ ← כדי שתהיה כפיפות - יש בדיקה מוקדמת - בדיקת "זכות העמידה",
- "זכות העמידה" – שונה לחלוטין מ"הזכות המהותית".

כשאדם טוען שקנה טלוויזיה צבעונית (פוגל) ודורש שיאפשרו לו לראות בצבע.

- כדי שתוצר לו זכות העמידה הוא טוען בשם: **חופש המידע**,
- ביהמ"ש אומר: **נכון שיש זכות לקבל מידע, והמדינה ללא סמכות חוקית - לא יכולה לשלול את זה** ← אך החופש לקבל מידע לא נפגע אם זה נעשה בשחור לבן ולא בצבע.

סימולציה - נניח שפוגל היה טוען בשם **זכות הקניין**. שמדינת ישראל מונעת ממנו להפיק את מלוא ההנאה מהקניין שלו, ← כדי שתהיה **זכות קניינית** צריך להראות - **מי ממול נושא את החובה**.

- במקרה זה **אין חובה של המדינה לספק שידורי צבע**
- כשאדם קונה מכונית מהירה, **אין מול הקניין** שלו = **חובה למדינה לבנות כבישים מהירים** מותאמים לרכב זה

3. פס"ד כהן נ' קצין התגמולים.

קצין התגמולים שלל זכאות לנכות, בזמן שלילתה לא הייתה זכות ערעור, לאחר מתן ההחלטה ניתנה זכות ערעור. כהן הגיש ערעור.

כשכהן הגיש את הערעור על ההחלטה של קצין התגמולים הוא הפעיל כוח.

☞ התנאי שהפעלת הכוח תהיה אפקטיבית זה שתהיה כפיפות ← הנשללת כשיש חסינות,

ביהמ"ש: טבלת הופלד מורכבת משני חלקים:

א. חופש זכות

ב. כוח וכפיפות

חלק ב' יוצר כוח לעשות שינויים בחלק א' ← אך כולם (כל החלקים) הם = זכות

▪ ז"א גם עצם **הפעלת הכוח** – היא זכות

בזמן שקצין התגמולים נתן את החלטתו ← נוצרה לו חסינות ← ז"א לא ניתן לערער על זה (לא ניתן להפעיל כוח) ←

▪ הזכות של החסינות היא זכות מהותית – לא ניתן לערער רטרואקטיבית על זכות מהותית

בג"ץ 188/96 צירינסקי גד נ' זסן נשיא בית המשפט בחדרה.

צירינסקי גזבר עיריית חיפה ועד המרכזי בכתב האישום נ' ראש עיריית חיפה, ביהמ"ש זיכה את ראש העירייה והאשים את צירינסקי **שהיה בס"ה עד מרכזי**, צירינסקי ערער על פסה"ד. לטענתו פס"ד קבע

ממצאים לא נכונים לגביו. בקש שיבדוק מחדש את כל הדברים שנאמרו לגביו

▪ צירינסקי בערעור מפעיל כוח והשאלה – **האם לביהמ"ש יש כפיפות**

דורנו במקרה זה לא נפגעה **זכות הופלדיאנית** במובן הצר: **החירות (חופש)**, **הכוח או החסינות שלו לא נפגעו**.

← לפס"ד בימ"ש השלום אין כל משמעות אופרטיבית לגביו כי פס"ד לא שינה את מערך

הזכויות שהיו נתונות לעותר מלפני פסה"ד, ולא את **החובות שחלו עליו** ← עובר לנתינת

פסה"ד.

נקודת המוצא של השופטת - צירינסקי לא נפגע, כי לא הוטלו עליו חובות ולא נלקחו ממנו זכויות.

לדעת ד"ר שיינ: זו טעות. הוא אמנם היה רק עד, אך שמו הטוב נפגע ← אבל לביהמ"ש יש חסינות כנגד תביעות כאלה, ז"א הופעל כוח אך לביהמ"ש אין כפיפות ← כי יש לו חסינות.

- דורנר יכלה לומר **שהפעלת כוח יכולה להיות רק כלפי מי שיש לו כפיפות** ולצירינסקי אין כוח, כי לביהמ"ש אין כפיפות. **טעות: אמרה שלא קרה לו כלום**. כן קרה - **שמו הטוב נפגע ופוטור**.
- ניתן לומר גם שיש פגיעה בזכות לשם הטוב ← **לביהמ"ש יש חסינות** ולכן לא ניתן להגיש תביעה.

ע"ש 360/85 שרגא רוזין עו"ד נ' מנהל מכס ומע"מ.

עו"ד רוזין הגיש תביעה בשם תיירים תושבי חוץ עבור לתשלום נזק שנגרם עקב תאונת דרכים בארץ. השאלה: האם הוא חייב במע"מ עבור העסקה שנעשתה בישראל

- לטענת העו"ד** - מדובר במתן שירותים לתושבי חוץ ועל עסקה זו יש פטור ממע"מ.
- מע"מ טענו **שזכות התביעה היא נכס בישראל** ← עליה יש **חובה** לשלם מע"מ

השאלה: מה זה נכס? החוק מגדיר נכס: **כזכות, או טובת הנאה או נכסים בלתי מוחשיים אחרים.**

- שלטונות המס טוענים: אין קשר בין האגף הראשון של הטבלה לשני. **הכוח הוא זכות עצמאית ולכן הוא נכס שחייב במס.**
- העו"ד טוען: יש 2 סוגי זכויות:
 1. הזכות המהותית (הזכות) ← מול החובה וחופש = מול כפיפות בחלק א' של הטבלה)
 2. הזכות הדיונית (הכוח) = בחלק השני של הטבלה)

טוען העו"ד: הזכות המהותית = הפגיעה היא בגוף התובע, לכן **זכות התביעה נגררת לחו"ל** ואני רק השליח של הנפגעים, ← כלי למימוש הזכות המהותית של אילו שנפגעו בתאונה ← הם נמצאים בחו"ל ← לכן הזכות המהותית נמצא בחוץ

טען מע"מ: זכות דיונית היא כלי לכל דבר ועניין ומאחר והעו"ד הגיש **בארץ את התביעה** ← הוא **משך לארץ את הזכות הדיונית.**



העו"ד הגיש את התביעה ועל כך קיבל שכ"ט, אך אם הפסיד בתיק - לא הייתה להם הזכות.

☞ ז"א הפעלת הזכות הדיונית **זה מימוש זכות מהותית** ← אם הפסדתי את התיק ← הפסדתי את הזכות ← אם אין זכות מהותית - אין נכס וממילא אין צורך לשלם מע"מ.

← יש חובה לשלם: או בגלל שהפעלת הכוח היא זכות או בגלל שהגשת התביעה בארץ משכה אחריה את הזכות המהותית.

- לא ניתן לומר - הרווחתי בתיק ← אשלם מע"מ (יש זכות)
- לא הרווחתי ← לא אשלם מע"מ (אין זכות)
- אז אומרים ← **עצם הפעלת הכוח היא זכות**, לכן הנכס = כוח, לא עצם הזכות עקב הפגיעה בתאונת דרכים.
- חויב לשלם מע"מ.**

מקרה נוסף לנושא זכויות

ע"א 2643/97 גנץ נ' בריטיש וקולוניאל בע"מ: א' היה בעלים רשומים של קרקע. א' מכר הקרקע לב' - אבל ב' לא רשם את הקרקע על שמו.
ב' מכר את הקרקע לג'. ג' לא רשם הערת אזהרה.
לאחר 17 שנה ב' מכר שוב את הקרקע לד' ו-ד' כן רשם הערת אזהרה.
א' אומר שהוא מוכן לרשום הקרקע למי שביהמ"ש יגיד לו.

בפני ביהמ"ש התעוררה השאלה **מיהו בעלת הזכות הרשאי להירשם על הקרקע?**

- זכות INREM נמצאת אצל א'.
- הזכות INPERSONAM נמצאת אצל ב' ← לב' זכות חוזית שנקראת "התחייבות לעסקה במקרקעין. את הזכות העביר ב לג' ← וגם לד'.

כלומר, הזכות המדוברת היא זכות להעביר מקרקעין – זכות חוזית.

ב' התחייב לעשות עסקה עם ג' (ש17 שנה לא טרח לרשום אותה) לפני הרישום העביר ב' את הזכות לד'.

לפי חוק המקרקעין: הזכות של הראשון עדיפה. אך אם הרישום נעשה עם ד' בתום לב הזכות תהיה של ד'. ← אילו ד' היה רושם את הקרקע על שמו ← הייתה זכותו עדיפה, אך הוא רשם רק הערת אזהרה. ולכן לכאורה ד' לא יכול ליהנות מהחוק כי לא רשם.

אולם לפי ביהמ"ש שדן בשאלה ← גם התחייבות חוזית לעשות עסקת מקרקעין נכנסת במסגרת סעיף 9 לחוק המקרקעין.

ביהמ"ש אמר: **סעיף 9 מטפל בעסקות נוגדות ולכאורה ג' אמור לזכות בקרקע ← אך - אדם שבמשך 17 שנה לא מעביר רישום, ולא טרח לרשום הערת אזהרה זה חוסר תום לב (מדובר בג') ולכן בהיעדר תום לב ← הזכות על הקרקע עוברת לד'.**

☞ אם ג' היה מעבד את הקרקע, או בונה מבנה על הקרקע ← אז אי אפשר לומר שלא עשה כלום כדי לממש את זכותו בקרקע. ולכן במקרה כזה - הזכות על הקרקע תישאר אצל ג' ולא היתה עוברת ל ד'.

התקדים

החוק הוא המקור הבסיסי של המשפט.

התקדים הוא הלכה פסוקה.

יש שתי שיטות המשפט בעולם:

1. **קזואיסטית** (המשפט המקובל) המקרה מקבל את הפתרון שלו **ביהמ"ש**, והפתרון הופך לנורמה מחייבת. ← עפ"י שיטה זו: לאחר שמיעת הראויות ע"י ביהמ"ש יש כמה פתרונות לגיטימיים לאותו מקרה. כשביהמ"ש בוחר מבין האלטרנטיבות ← האלטרנטיבה שנבחרה = היא המחייבת, בשיטה זו **השופט הולך קודם לתקדימים** ואח"כ לחוק. השופט מחויב לקבל את תוצאת ביהמ"ש – **אין לו חופש לפנות לחוק.**
- אם יש מקרה **דומה ולא זהה** – יפנה לחוק ויפתור אותו.

2. **קודיפיקטיבית** – **החוק** הוא זה שמעצב את הפתרון. עפ"י שיטה זו ← **לכל מקרה יש רק פתרון אחד.** בד"כ **לא קיים עקרון של תקדים מחייב**, כשנאמר שיש רק פתרון אחד ← כל שופט שיושב לדין - יגיע לאותה התוצאה. בשיטה זו השופט שומע תיק - הולך לחוק ומוצא תוצאה – וההנחה היא שכל השופטים יפעלו אותו דבר.

☞ **התקדים והחוק מהווים יחד את תמצית היצירה המשפטית.**

כבר לפני שנים היה ברור שהמחוקק האינטליגנטי ביותר לא יכול לכסות את מגוון ההתנהגויות האנושיות האפשרויות.

לפני שהיה שלטון מרכזי - השיטות הראשונות היו **קזואיסטיות**: יש להתמודד עם כל מקרה ומקרה לגופו. לא ניתן לצפות את מגוון האפשרויות, ופיתרון אחיד לכל המקרים ← יוצר אי צדק. התפיסה הייתה שלכל מקרה צריך להתאים תוצאה צודקת משלו.

כשעברו לשיטה הריכוזית (באמצע המאה ה17) החלו לדבר על **השיטה הקודיפיקטיבית**.

- **קודיפיקאטיבי:** באמצעות המשפט ניתן לתת נוסחאות – וביהמ"ש באמצעותם יפתרו כל שאלה. היה צריך ליצור נוסחה מספיק רחבה ← שיהיה ניתן להכניס בתוכה כל מקרה אפשרי
- **דוגמא- הנוסחה: "ועשית הישר והטוב"** – אך אף אחד לא מסוגל להגדיר נוסחה זו. ← התוצאה: כל פוסק שהעניין הגיע לפניו בנה לעצמו קריטריונים של **"עשיית הישר והטוב"** – לקחו בד"כ מקרים מהתלמוד שמתאימים לקונספט זה – ובנו על זה תילי תילים.
- **זה מקביל היום לביטוי "תום הלב"** – היום שמגלים שהחוק לא נותן פיתרון ← הולכים לקונספט זה. אך אף אחד לא יודע מה זה תום לב ← זה התפיסה של השופט למקרה הספציפי שלפניו.
- **השיטה הקודיפיקאטיבית הבינה שאי אפשר לתת פיתרון אחד לכמה מקרים.** לכן השיטה האנגלית בנתה שתי שיטות ← COMMON LAW שעובד לפי קייסים, ושיטה של פתרונות על.

תוצאות השיטה הקזואיסטית ← שניתן לביהמ"ש כוח לתת פיתרון - אין שליטה על הכוח שהרשות השופטת מיישמת ואז ← אותו תיק אצל שופטים שונים – הביא לתוצאות שונות.
הסכנה

- א. **הרשות השופטת תהפוך לרשות מחוקקת.** (מרכז הכובד עבר אליה)
- ב. **לא תהיה שליטה על מערכת המשפט ביחס לאופן שבה מתפתחת דינאמיקה של מערכת המשפט.**

דוגמא במשפט הישראלי: "חוק הפלת"ד": התוצאה הייתה אבסורדית, כל ביהמ"ש הגדיר אחרת את הביטוי **תאונת דרכים** ← בכל מקרה שרכב היה מעורב ← הפך לתאונת דרכים ← הביא לנזקים כלכליים ← והמחוקק התערב ושינה את הגדרה לביטוי תאונת דרכים".

השיטה הקזואיסטית – יצרה מערכת המשפט המתפתחת באופן בלתי נשלט ← אך המחוקק הבין שאין לו כלים להתמודד המהירות בה משתנה המציאות.

- בתי המשפט מתמודדים יומיום עם המציאות המשתנה, המחוקק לא יכול להתמודד.
- לכן היה צריך למצוא איזון בין המערכות - המחוקקת והשופטת.

כשאומרים שבשיטה מסוימת יש תקדים: ז"א - המערכת המשפטית מתפתחת באמצעות תקדימים. הפועל היוצא ← נוצר נתק בין השופט לחוק. לשופט אין יכולת לגשת ישר לחוק ולהכריע לפיו.

- **תוכן החוק הוא פונקציה של האופן בו הוא התפרש בביהמ"ש.**
- ביהמ"ש התנתקו מהחוק ומה שעומד לפניהם הוא האופן בו פרשו שופטים אחרים את החוק.

שיטת משפט קזואיסטית – כל מערכת העובדות שהוכרו בביהמ"ש כעובדות אמיתיות ,

בשיטת המשפט כזו נאמר: **שלכל מקרה ← מס' אלטרנטיבות לגיטימיות אפשריות ורק האפשרות הלגיטימית שנבחרה ע"י ביהמ"ש הופכת לאפשרות נורמיטיבית.**

מקרה שלו פיתרון מובהק בחוק ובפסיקה ← לא יגיע לביהמ"ש, הפרשנות לא עומדת לדיון. מקרה ש לדעת צד אחד א' יש לו פיתרון בפסיקה, ולדעת צד ב' לא ← המקרה יידון לפני ביהמ"ש.

- **הדינאמיקה במקרה זה:**

א. ביהמ"ש יאמר שהעדים לא מהימנים ← ואז התביעה והדיון ידחו ← אי אפשר לערער על מהימנות (ביהמ"ש לערער לא שומע עדים)

ב. יינתן פס"ד ← פרשנות השופט לחוק או לפסיקה = משכנעת את העו"ד, העו"ד, שבמקרה זה יוותר על הערעור.

ג. אני אומר שהפירוש שנתן השופט לחוק ולתקדים ← לא נכון ואז מערערים לעליון. ע"מ שביהמ"ש יתעסק במקרה כזה, יש צורך להראות שיש יותר מאפשרות לגיטימית אחת לפרשנות.

- כשהגעתי לעליון זה אומר ← יש יותר מפתרון אחד לגיטימי, סביר, נכון מבחינת פרשנות
- כשהעליון נותן החלטה ← **רק הפתרון שאימץ העליון הופך לנורמטיבי.**

השיטה הקודיפיקאטיבית.

כשביהמ"ש קבע ← העמדה בה אתה עומד - אתה אומר שזה מה שהמחוקק התכוון ← זו תוצאה נגזרת הכרחית מלשון החוק.

- כמו בנוסחה מתמטית ← התוצאה נגזרת מהפורמולה. (כך בצרפת)

המסגרת החוקית של מ"י

סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה:

- (א) **הלכה שנפסקה** בבית משפט **תנחה** בית משפט של דרגה נמוכה ממנו .
 (ב) הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת את בית המשפט העליון.

בישראל שיטה משולבת של **תקדים מנחה** שנותנים בתי משפט והם מנחים ערכאות נמוכות יותר. **ותקדים מחייב** של ביהמ"ש עליון ← שמחייב את כל הערכאות, למעט את העליון שלא מחויב לתקדימו.

א. סעיף 20 א': "הלכה" לעומת "תקדים": אנו אומרים **תקדים**. אך המחוקק משתמש במונח **הלכה**

- **הלכה פסוקה איננה בהכרח תקדים, אך כל תקדים הוא הלכה פסוקה.**

תקדים = "חידוש משפטי". המונח בא להגיד שבפס"ד מסוים של ביהמ"ש יש חידוש משפטי.

הלכה שנפסקה = לא מחייבת דווקא פסיקה על בסיס **היבט משפטי**. ביהמ"ש יכול הגיע לפס"ד על **בסיס מדיניות** (שיקולי מדיניות משפטית - שאינם קשורים לשאלה המשפטית)

- מושג רחב יותר מתקדים.
- כל החלטה של ביהמ"ש עליון נחשבת הלכה.

ב. סעיף 20 א' - מה המובן של "תנחה" ?

- פס"ד **מנחה משמעותו** ← עו"ד לא רשאי להסתמך על כך שביהמ"ש מחוזי יזכור את כל סוג הפסיקה של ביהמ"ש. (לעומת פסיקת ביהמ"ש עליון שכן חייב לזכור) .
- העו"ד שרוצה להשתמש בהלכה של המחוזי - **צריך לעלותה** לפני ביהמ"ש השלום - שתפקידו להגיד מדוע ההלכה לא רלוונטית למקרה שנידון. (אם זה כך)
 - משמע - **אסור לביהמ"ש שלום לסטות מתקדים של המחוזי ללא הנמקה** .
 - עו"ד לא יהיה רשולן אם לא ידע פס"ד של מחוזי ← אך יהיה רשולן אם לא ידע פס"ד של העליון.

בג"ץ 653/83 **מבע מוצאים לאור נ' מס הכנסה** :

הש' דב לוין: "כשמתעוררת מחלוקת משפטית בין בעלי דין באשר לפרשנות חוק ← ואין בפניהם הלכה ברורה ומחייבת בנושא מביהמ"ש העליון, אך מצויה בפניהם הלכה בנושא מבימ"ש מחוזי, **כל אזרח רשאי להסתמך על ההחלטה בבואו מול הרשויות ולראות בהלכה - פסיקה עקרונית המשקפת נאמנה את המצב המשפטי לאשורו**". (אפילו שהיא ניתנת לערעור)

ע"פ 392/80 **מ"י נ' אברהם שמואל הלוי** :

- שאלה לגבי רמת הענישה במקרה של ביגמיה - **השופט לנדוי** : "לשופט שמורה, - כמו לכל אדם הזכות לדעה משלו על בעיה חברתית כריבוי נשים, ועל יעילות האמצעים שנועדו להלחם בתופעה זו. אבל בשבתו לדין בבית משפט מחוזי הוא חייב להיות מונחה לפי ההלכה הברורה שקבע בית המשפט העליון
- **בפס"ד אין תקדים אלא מדיניות ענישה** ← לפי לנדוי - שבהמ"ש קבע מדיניות ענישה (בית סוהר) ← כך יעשה המחוזי. ע"י **הלכה** בענייני מדיניות - מרחיבים.

ג. סעיף 20 א' - מה מובן "ביהמ"ש" ?

כתוב שהלכה תנחה ביהמ"ש ← האם פס"ד של בימ"ש מחוזים/עליון מחייבים בתי דין רבניים/צבאיים/עבודה ?

ע"ע אדם המאירי עו"ד נ' ועד לשכת עו"ד

העליון: כל ערכאה במ"י (שיפוטית, או מעין שיפוטית) שניתן לערער נגדה לעליון, כפופה לעליון"

- **הרעיון של העליון:** מאחר שביהמ"ש מוסמך לפרשנות החוק הוא יקבע את הנורמות שינחו את כולם (כולל בתי דין הרבניים).
- כך קבעו שבה"ד רבניים כפופים לעליון ← גם אם לא ראו עצמם מחויבים
- אך הדין של הרבני שונה מהדין האזרחי ← אתה לא מגיע לערער על העניינים המהותיים של הדין הדתי – לעליון.
- בבה"ד עבודה – זו פרשנות של חוק המדינה.

באיזה טקטיקה נקט פה העליון ?

- מבתי הדין הרבניים ← ניתן להגיע לעליון רק ב"פגיעה בכללי הצדק", או "חריגה מסמכות"- כלומר, לא עוסקים במהות. בדרך זו ביהמ"ש העליון קובע שהוא מתעסק במהות בבי"ד רבני.
- יוצא מכאן שיכולה להיות התנגשות בין החלטות בתי דין להחלטות ביהמ"ש העליון.
- אך בבה"ד- הדין הוא דתי, לכן לפי שיין - "הטריק" של העליון ← טוב לכל חוץ מבה"ד הרבני.

עע"מ 1966/2002 המועצה המקומית מרר נ' ג'מאל איברהים המועצה המקומית פרסמה מכרז לביצוע עבודות. ונדרשה ערבות בנקאית. אחד המציעים לא צרף ערבות בנקאית, אלא הודע לועדת המכרזים - שבקופת המועצה המקומית יש מליון שקל שהמועצה חייבת לו מעבודה קודמת ← והוא ממחה את מליון השקל למועצה כתחליף לערבות בנקאית.

במכרז זכתה המשיבה שהמחתה את מליון השקל – כי הצעתה הייתה הזולה ביותר. המשיבה השנייה שמסרה ערבות הבנקאית - הגישה עתירה לביהמ"ש לעניינים מנהלתיים. ביהמ"ש המחוזי ביטל את זכיית זו שלא הפקידה את הערבות הבנקאית (כי לא נתנה ערבות כמו שכתוב) הוגש ערעור לעליון ובבהמ"ש עליון ניטען שכבר ב-75 **_____** (← תקדים) ביהמ"ש כן קיבל תחליף ערבות בנקאית כהמחאת חוב.

השאלה: האם על בג"ץ להגן על פס"ד בן יקר או שיש סיבה טובה לסטות מפס"ד בן יקר.

מדוע לא לסטות

1. **יציבות** – אם ב-1975 קבע ביהמ"ש שניתן להחליף ערבות בנקאית בחוב. ← ציבור המציעים יודעים שקיימת אפשרות המחאת חיובים- לכן אין סיבה לסטות ממה שהציבור יודע ומסתמך עליו
2. **מדיניות יעילה:** המדיניות שנקבעה **בבן יקר** מספיק טובה ויעילה ומשרתת דרישות המכרז.
3. **הסתמכות:** כשיודעים שיש מערכת שפועלת ע"פ נוהל יש צפייה שתמשיך לפעול כך.
4. **סופיות + יעילות** – כשבימ"ש דן וישב בנושא – אין סיבה לשנות את ההחלטה.

מהו התקדים מחייב - העיקרון המשפטי שהוביל את ביהמ"ש להחלטה שקיבל .

- ← איך יודעים שזה תקדים ביהמ"ש כתב פס"ד ולא חושב כ"עקרון מחייב".
- התקדים הוא אותו עקרון משפטי שנשאב בפס"ד ב' ⇒ מפס"ד ב' .

סוגית הרציו וההבחנה

א. הויכוח יהיה מהו הרציו. ביהמ"ש במקרה הבא – יאמר מהו התקדים.

- כשמגיע מקרה וחוק - ובו תקדים מחייב ← ביהמ"ש אמור ליישם את התקדים. יתכן שביהמ"ש יאמר לאור העובדות שלפני ביהמ"ש השונות מאילו שהיו בתקדים ← שהתקדים לא זהה. נוצר ויכוח האם השינוי בעובדות מבטא את חוסר ההתאמה שבתקדים. האם זה שעובדות שונות משנה את התקדים.

ב. הויכוח יהיה האם הסיטואציות שונות ולכן התקדים לא רלוונטי למקרה השונה. **סוגית ההבחנה**

- למשל מזונות בנשואי פרגאווי ← העיקרון נחתך, אם במקרה דומה ← כנישואי קפריסין יעלה תקדים מזונות פרגאווי ← יומרו שנישואי קפריסין שונים (טבעת וקניין) ← אז ביהמ"ש יומר מה הרציו והאם זה אותו מקרה או שונה.

- או מקרה א' קרה ב9 בבוקר וב' – ב9 בערב – והנהג במקרה ב' יומר המקרה בבוקר לא דומה למקרה בערב – ולכן העיקרון לא רלוונטי למקרה שלי ← ביהמ"ש יחליט אם המקרה מצדיק הלכה אחרת
- זו ההבחנה ← ואז ביהמ"ש לא כפוף לתקדים כי הסיטואציה שונה

☞ ביהמ"ש קבע לאחרונה שלעולם תקדים צריך להיות מנומק ← פס"ד לא יכול לקבוע תקדים (ולא דרך אגב, או מכללא)

מתי ביהמ"ש לא רואה עצמו כפוף לתקדימיו :

1. **כשההלכה הפסוקה מוטעית:** במקרה שפס"ד שניתן ע"י ביהמ"ש היה מוטעה. ← ביהמ"ש בדיון מאוחר מגיע למסקנה שפס"ד מוטעה במקרה זה יסטה מתקדים.
- ברק בפס"ד 547/84 **עוף העמק אגודה חקלאית נ' מועצה מקומית רמת ישי:** "מקובל עלי כי מקום שפס"ד קודם של ביהמ"ש זה אינו נכון יש לסטות ממנו. במצב דברים זה אין השופט רשאי שלא לסטות.

מתי ביהמ"ש יאמר שפס"ד הראשון של ביהמ"ש עליון "לא נכון":

מקרה 1:

א. כאשר ביהמ"ש **לא התייחס לסעיף חוק רלוונטי**, או **שהשתנה החוק**. בכל המקרים שברור מפס"ד הראשון **שנפלה בו טעות** ← ביהמ"ש יסטה ואף חייב לסטות.

- ב. **ברק:** כשפירוש פס"ד לא מתיישב עם עקרונות היסוד של השיטה המשפטית יסטו מתקדימים.
- **שיין:** מדובר בכוח מרחיק לכת. לא צריך תקדים מחייב ← אין יציבות, תמיד אפשר לשנות. אם תסתמך על עקרונות היסוד של השיטה ביהמ"ש יקבל את גישתך – מול התקדים.

מקרה 2:

כשביהמ"ש שקבע את התקדים **העדיף אלטרנטיבה פרשנית אחת, בעוד השנייה ראויה יותר:** את החוק ניתן לפרש בכמה אופנים. הפרוש של ביהמ"ש במקרה 1 לגיטימי, לא נעשתה טעות בפרשנות. ← במקרה זה אומרים: אמנם ביהמ"ש בחר באלטרנטיבה 1, אך האלטרנטיבה השנייה יותר הולמת למקרה לפנינו.

מקרה 3:

תנאי החיים השתנו עד שהתקדים לא מתאים למציאות החדשה
מציאות השתנתה ← התרבו הנוכלים.

פס"ד ד"נ רשות הנמלים נ' אררט בע"מ

היה מקובל בניזיקין שיום חישוב הנזק הוא יום גרימת הנזק. ב1975 הייתה אינפלציה וביהמ"ש קבע שיום מתן פס"ד ← הוא המתאים ושיערוך הנזק.

בפס"ד בן יקר: נושא הערבות במכרז.

ביהמ"ש אמר: א. ערך החוב משתנה, וערבות עולה כסף ב. משהו יבוא ויערער על החוב ויטען שכן חייב או לא חייב. יש דרישת ערבות בנקאית – יש למלאה). דברים שהשתנו:

1. **"עקרון השוויון"** היום בג"ץ אומר שאם אחד נותן ערבות והשני ממחה חוב ← נפגע עקרון השוויון – המציע משקלל את עלות הערבות במכרז, ולכן לממחה חוב העלות תהיה זולה יותר
2. **חופש העיסוק** ← לאפשר תחרות הוגנת.

הקשר בין משפט ומוסר

כשמדובר בדילמה מוסרית כל תשובה תדרוש הנמקה ,
 ▪ דילמה מוסרית עונה על השאלה מה לעשות אבל התשובה כוללת הנמקה.

כשמדובר בדילמה שאינה מוסרית כל תשובה לא מנומקת תתקבל.
 ▪ גם התשובה "ככה" – תתקבל.

▪ כשאדם שותה קפה ← אין פה דילמה מוסרית
 ▪ כשאישה בהריון שותה קפה – היא יודעת שיש לזה השפעה על הבריאות ← ובחרה בזה

התלמוד מספר על שניים שהולכים במדבר עם מימיה אחת. בעל המימיה שואל עצמו מה לעשות - בהתחשב בכך שכמות המים לא מספיקה לשניהם.

עונה התלמוד: ישתו שניהם ואל יראה אחד במות חברו - **ההנמקה המוסרית:** ששניהם ימותו כדי שאחד לא יראה את חברו מת. ←

אומר רבי עקיבא: "וחי אחיך עמך" ← **ההנמקה המוסרית מבוססת על ציווי אלוהי,** חייך קודמים לחיי חברך. כלומר בעל המימיה ישתה וחברו ימות.

ניסיון למצוא קריטריונים להתלבטות מוסרית:

1. **הקריטריון החוקי:** כדי שאוכל לקבל קריטריון חוקי כפתרון לדילמה מוסרית ← אני צריך להניח מראש שבגלל שהורמה מסוימת היא חוקית ← זה הופך אותה למוסרית
 - הגרמנים עשו הכול ע"פ חוק ← **הקריטריון החוקי לא מספיק**
2. **המוסר האישי-** לכל אדם תפיסה מוסרית על פיה הוא צריך לקבל החלטה ← כתנאי מקדמי לכך שהמוסר האישי יהיה קריטריון: יש להניח:
 - א. המוסר האישי שלי הוא אבסולוטי
 - ב. המוסר האישי שלי מבטא את מה שמקובל באופן כללי
 ← גם קריטריון זה לא מספיק, כי מה שנראה מוסרי לאחד, לא מחייב שיראה מוסרי לשני.

3. **תועלת מול נזק – דבר מוסרי מביא יותר תועלת - למרב האנשים**
 ← זו הגדרת התועלתנות של ג'רמי בנטהם ← **מה שגורם יותר תועלת למרב האנשים, הוא מוסרי**

איך סוקרטס התמודד עם סוגיה הקשר בין משפט למוסר (המאמר: אפלטון – קריטון)
 סוקרטס הועמד לדין על השחתת דמותו של הנוער, כי הסתובב באתונה ושאל צעירים שאלות. נגזר עליו גזר דין מוות, בלילה חברו קריטון הצליח להיכנס לכלא- והם התווכחו כל הלילה אם עליו לברוח מהכלא או לא,
טוען קריטון: הועמדת לדין על ששאלת שאלות – זה לא עבירה.
 ▪ נותן טעונים בעד בריחה: השופטים מושחתים, דעות קדומות, יש לך משפחה, תחסר לחברך

סוקרטס מנסה לבנות קריטריונים כדי להכריע בשאיה שיש בה דילמה מוסרית

1. כשאדם מתלבט בדילמה מוסרית הוא לא יכול לקבל את ההחלטה על בסיס רגשי אלא **רק על** (רציונאלי).

▪ לדילמה מוסרית תמיד יש אספקט רגשי חזק. לכן בסוגיה מתחום המוסר ← לך אחר הגיון הדברים ואל תסחף ברגשות.

2. לעולם **אל תקבל הכרעה מוסרית על בסיס עקרונות נזילים אלה על בסיס עקרונות ידועים** , (רה"מ לא יכול להגיד שבגלל שבלומנטל שמירה על זכות שתיקה- לא יכולה לתפקד כסגן שר, בעוד בניו נוהגים כך).

3. **כשמדובר בשיקולים מוסריים אין ללכת עפ"י הרוב** כי העובדה שהרוב חושב באופן מסוים לא הופך את מחשבותיו למוסריות. לך למומחה לפתרון דילמות מוסריות - כמו פילוסוף,
 ▪ כאשר יש לאדם בעיה רפואית – רופא הוא שייתן לו את הפתרון.

מהי תבונה? מדוע אומר סוקרטס שהתבונה היא הקריטריון ?

- א. התבונה היא דבר קבוע. יש רק פתרון אחד ← לכל בני האדם יש את אותה תבונה וכולם צריכים להגיע לאותה תוצאה.
- ב. המשמעות השנייה לאמירה שהתבונה היא הקריטריון: אני יכול לשכנע את זולתי באלטרנטיבה בה בחרתי. הגיון יש רק אחד.
- קשה לשכנע בקריטריון סובייקטיבי = רגשי
 - פתרון תבוני הוא אובייקטיבי. – ונתן לשכנע את האחר.

שלבים בגישות שונות למוסר:

1. התבונה – מקור המוסר: הייתה בעיה לאמץ את גישת סוקרטס שהתבונה היא משהו אחיד ← המצב הפוך.
2. הדת – מקור המוסר: כדי לקבל זאת עלינו לקבל את המקור הדתי.
 - זה לא מקובל על דעת כולם ← לכן אמרו
3. מוסר רלטיבי - מה שמוסרי בעיני החברה הוא מוסרי.
4. המצפון האישי: מה שמוסרי בעיני האדם.
 - מה שאפשר את הפלורליזם בענייני המוסר ← המדינה
 - במדינה - החוק משפיע על הפלורליזם המוסרי

תאוריה לפיה יש האספקט מוסרי לחוק

מתוך כלל ההתנהגויות האנושיות = נמצא מקבץ התנהגויות הנקראות "מוסר"

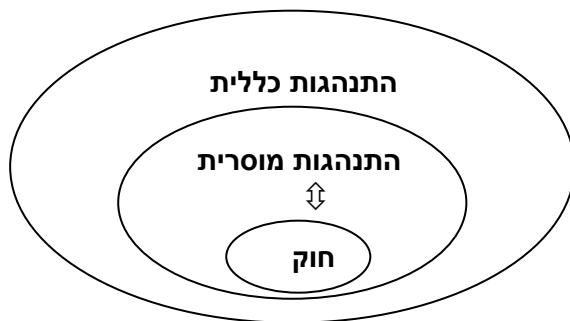
התנהגות ע"פ חוק: לגבי חלקן של ההתנהגויות תאורת האספקט המוסרי של החוק. הוגדרו נורמות מוסריות של שיפוט ← היינו לנו כחברה יש עניין בהתנהגויות אילו (מעגל מצומצם).

התנהגות מוסרית: אינטרס החברה ← במקום בו אין פוטנציאל של גרימת נזק לזולת. ← כשאין פוטנציאל כזה - זה לא מעניין את המחוקק.

נורמות אינדיפרנטיביות התנהגויות כלליות (כמו לשתות קפה) ← מעגל אין סופי.

יש נורמות מוסריות ← שלגביהן החברה קבעה שהן נתונות לשיפוט מוסרי ויש לה עניין בהן.

הקריטריון - כשבהתנהגות מסוימת יש פוטנציאל לפגיעה בזולת ← נגדיר את ההתנהגות כחוק. ← הפוגעת.



יש תנועה מהמוסר אל החוק -

קריטריון המעבר ממוסר לחוק: אינטרס החברה ← במקום בו יש פוטנציאל לגרימת נזק לזולת ← ההתנהגות תעבור למעגל החוק

- כשאין פוטנציאל כזה ← זה לא מעניין את המחוקק

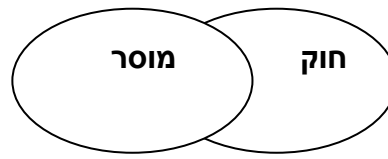
דוגמא: חוק צער בעלי חיים. איך קרה שהמחוקק חוקק חוק זה? ← היה דפוס התנהגות ← ששנים היה במעגל ההתנהגות המוסרית. קרה דבר מסוים שגרם למחוקק להעבירה מהמוסר לחוק ← נדרש שיהיה בסיס של הכרה חברתית בהתנהגות כלא מוסרית.

דוגמא הפוכה: התאבדות הייתה דבר לא מוסרי. ← הפך לדבר לא חוקי ← עם הזמן חזרה לתחום המוסר. דוגמא נוספת: הומוסקסואליות הייתה בניגוד לחוק ← החוק בוטל, וההתנהגות עברה לתחום המוסר.

▪ לכאורה יש תיאוריה ← לפיה לכל חוק יש אספקט מוסרי. יש המציגים את התאווה הנ"ל אחרת

יש חוק ויש מוסר – ויש אזור בהם החורף והמוסר נפגשים

- **היינו לא לכל החוקים אספקט מוסרי, ולא לכל ההתנהגויות הלא מוסריות יש אספקט חוקי**

**סוגית תקנת הציבור**

לאיזה מקור יפנה ביהמ"ש כשעליו לתת הכרעה בסוגיה מוסרית?
 הדבר עלה לדיון ביחס לסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי): "חובה שהוא לא חוקי, לא מוסרי או נוגד את תקנת הציבור – בטל".

- לא חוקי – זה ברור
- נוגד את תקנת הציבור – בעייתי ← אך פורש כפוגע בסדר הציבורי.
- מתי נאמר שחובה מסוים הוא לא מוסרי?

פס"ד רייזנפלד נ' יעקבוסון ע"א 337/62

רייזנפלד נשוי, הכיר בחורה בשם יעקבוסון. הבטיח לכשיקבל גט מאשתו הוא יתחתן אתה. הוא "לא מיהר להתגרש" ויעקבוסון רצתה לסיים את הקשר. הוא ביקש לרכוש דירה ולרשום אותה על שמה – להראות רצינות, אך עדיין השתהה, והיא סילקה אותו מהדירה.

הוא ביקש מביהמ"ש שיצהיר שהוא בעלי הדירה. היה ברור שהדירה נרכשה מכספו. יעקבוסון טענה שאי אפשר לראות את הדירה כחלק נפרד מהיחסים בינה לבן זוגה (לקיים יחסי מין) הוא נשוי והיא רווקה ← ולכן הסדר כזה הוא לא מוסרי.
 ע"פ פסיקה אדם שפונה לביהמ"ש ומתבסס על עילה בת עוולה ← עילה לא מוסרית ← לא יזכה.

כיצד ביהמ"ש יקבע אם ההסכם מוסרי?

ביהמ"ש מחזי, השופט שילה: "על רקע התפיסה המוסרית חברתית הרווחת בציבור - צומחים כללי התנהגות הנחשבים למחייבים אף ללא הגושפנקא הפורמאלית של הדין".

- נקודת המוצא של שילה: כשביהמ"ש דן בנורמה מוסרית הוא אמור לשאוב את הנורמטיביות מההקשר החברתי.
- השאלה: מי זה הציבור? מאיפה השופט יודע מה חושב הציבור? ← התוצאה: זה מה שהשופט חושב.

החידוש הוא ← ישנם נורמות שהוא קורא להן "מעין חוקיות". הן נמצאות במעגל המוסר ← אך

- יש נורמות שאני יכול להראות להן את המקור החוקי ← אך יש להן תוקף של חוק, ואני רואה אותן כחוקיות למרות שהיא רק מוסרית ← מעין נורמות Stand by



יש נורמות שלא אכפים – כהחזקת סמים קלים ← זה אומר שזה נימצא במעגל החוקי אך זה בדרך החובה ← למעגל המוסרי (כמו הומוסקסואליות)
 יש נורמות Stand by ← גם להיכנס מהמוסר לחוק וגם לצאת מהחוק למוסר.

- גב' יעקובסון זכתה ← והנושא עבר לעליון.

רייזנפלד נ' יעקבוסון ← בעליון.

ישבו: השופט חיים כהן: אנטי דתי. השופט זילברג: דתי מסורתי, והשופט ויתקון: א-דתי (הדת לא מעניינת אותו) - פרוגרסיבי.

קרה דבר מעניין: גם זילברג וגם חיים כהן היו בדעה שכשביהמ"ש מתבקש להכריע בשאלות מוסריות ← הוא אמור לקבל מהמחוקק את האוריינטציה המוסרית.

- כששופט שואל: מה הקריטריון בחברה ← ל"מה מוסרי" ← עליו לקבל אינדיקציה מהמחוקק, לעניין מוסריות או אי מוסריות המעשה.

האינדיקציה של המחוקק : חוק שיפוט בתי דין רבניים.

כשמתעסקים בענייני משפחה ← המחוקק קבע שמה שמחייב הוא הדין האישי. כשביהמ"ש בודק שאלה מוסרית בעניינים הקשורים לנישואין – עליו לדונה ע"פ הדין האישי. על השופט לבדוק האם לפי הדין האישי ההתנהגות היא בלתי מוסרית.

- התפיסה של בתי משפט העליון (עד הש' ברק) הייתה שאין לביהמ"ש דעות מוסריות משלו, ביהמ"ש אמור לשקף דעות מוסריות מקובלות בחברה ← ולצורך העניין: מה שהמחוקק ראה כמקובל. (כי אין משאל עם)

חיים כהן: במשפט העברי נישואין זה לא דבר קדוש, ניתן להיכנס אליהם ולצאת מהם. וכן יש דוגמאות מההלכה שבמשפט העברי יש מקרי פילגשות. לכן קבע שבהסכם אין בעיה מוסרית.

- לפי המשנה: "הרי את מקודשת לי ע"מ שימות בעלך או אחותך" ← אינה מקודשת. מסביר הש' ח. כהן שלפי רש"י: "דבר שלא בא לעולם". היינו רש"י לא ציין את עניין האי מוסריות. ← מסקנה – אין בעיה מוסרית,

ד"ר שיין ← ביקורת על מסקנת חיים כהן: ע"פ רש"י יש בעיית אי חוקיות בהסכם כבמקרה דנן. וכשרש"י אומר "לא חוקי" ← לא צריך להמשיך ולהראות שהוא לא מוסרי.

השופט זילברג: המשפט העברי = האינדיקציה: "אין ספק בלבי, שמושגי המוסר המקובלים אצל העם היהודי, במדינת ישראל ומחוצה לה, רואים יחסי איש ואישה מחוץ לנישואין כדבר נקלה ופסול"

- זילברג סותר את עצמו: נקודת המוצא שלו - שהדבר שצריך לקבוע הוא המשפט העברי. אך בסופו של דבר מביא את עמדת מה שמקובל בחברה.

- הש' שילה דיבר על המקובל בחברה הישראלית
- השופט זילברג: מדבר על המקובל בחברה הישראלית ובתפוצות. "מבחן החברה" שלו מוגזם. אם קשה לבחון את החברה הישראלית, קשה פי כמה לבחון חברה יהודית בארץ ובתפוצות.

השופט ויתקון: דעתו ב- 62 הייתה דעת מיעוט זניחה. כיום דעתו כבשה את ביהמ"ש של ברק. אומר: "את הציבור בישראל מעניינת מה חושבת ההלכה או המשפט העברי פחות מהשלג ד'אשתקד. הציבור במ"י רואה עצמו כחלק מהתרבות המערבית.

← שביהמ"ש שואל עצמו מה הערכים המוסריים ← עליו לתת ביטוי לערכים המערביים האוניברסאליים. ומיהו הציבור הזה? "הציבור המתקדם והנאור".

השופט ויתקון אומר שלביהמ"ש עליו יש עמדות מוסריות, ותפקידו לתת ביטוי לאותם עמדות מוסריות המקובלות על הציבור המתקדם והנאור.

☞ ד"ר שיין: זאת הדעה המובילה כיום בעליון.

- הש' שילה דיבר על המקובל בחברה הישראלית
- השופט זילברג: מדבר על המקובל בחברה הישראלית ובתפוצות
- השופט ויתקון מדבר על הציבור המתקדם והנאור שהיכולת שלו היא - לזהות ערכים אוניברסאליים ומערביים ← שהחברה יכולה לנהוג על פיהם.

מסר פס"ד ריזנפלד: בתי משפט צריכים להכריע בשאלות מוסריות ← אך כעקרון אין מוסר של ביהמ"ש ← אלא יש ללכת ע"פ הגישה שלגבי המוסר המחוקק נתן אינדיקציה בחוק ← והוא שאמור לתת את העיקרון המוסרי באמצעות בתי המשפט.

דעה שונה **בפס"ד פרץ נ' הלמוט** - רווק שהבטיח נישואין לאישה נשואה.

השופט קיסטר הלך בדרך שונה: תפקיד ביהמ"ש העליון הוא לא רק ליישב סכסוכים. יש לו תפקיד חינוכי ממדרגה ראשונה.

- כשהציבור במ"י מסתכל אל ביהמ"ש העליון - הוא לא רואה לנגד עיניו רק מכשיר לפתירת מחלוקות. אלא הוא רואה בו מקור שניתן לשאוב ממנו הדרכה מוסרית.
- דוגמא: לפני ביהמ"ש העליון מובא תיק על אונס קבוצתי. המורשע מקבל עונש קל: עבודות ציבוריות. ← אומר קיסטר ששופט צריך להביא את התוצאה **כמסר לציבור**. הציבור לא יודע את נסיבות התביעה ← הוא קולט את המסרים של ביהמ"ש העליון. לכן ביהמ"ש עליון חייב להדריך את הציבור בפסיקותיו גם בהקשר המוסרי.
- **בנוסף מחובתו של ביהמ"ש להיות מחויב לעמדות המוסריות שלו - ולא של המחוקק.**
- אומר קיסטר שעמדה של ויתקון (שאומצה ע"י ברק) כאילו רמתם המוסרית של בעלי השכלה - יותר גבוהה לא מקובלת עליו, וניתן להוכיח ההפיך במקרים מסוימים. לכן אינו מוכן לשמש שופר לעמדות "הציבור המתקדם והנאור" ← כשלדעתו יש פתרון מקובל יותר.

עמדת ביהמ"ש העליון ע"פ השופט ברק:

ברק שילב בין עמדת ויתקון בריזננפלד לעמדת קיסטר בפס"ד פרץ

← **ביהמ"ש העליון צריך לתת ביטוי לעמדות הציבור המתקדם והנאור שהתפיסות והנורמות שלו**

הפוליטיקה של השפיטה

כשמגיעה סוגיה מוסרית ← לדוגמא "פורנוגרפיה" - לביהמ"ש העליון כיצד ינהג בפסיקתו? תלוי באיזה רובד העליון מוכן להתעסק

- א. ברק ידון בסוגית "חופש הביטוי" - כי זה משרת אותו בצורה הטובה ביותר ← אם הפורנוגרפיה נדונה כסוגית "חופש הביטוי" ← לא עולה לדיון שאלת המוסריות כלל.
- ב. אחרים יטענו שעל אף שמתעוררת שאלת "חופש הביטוי" ← ניתן לבדוק פן מוסרי ← של פלורליזם, הפגיעה באישה, פגיעה ברגשות... **"שאלות של מוסר, ופטרנליזם"**
 - בסיטואציה זו ביהמ"ש העליון יעבור משאלות חוקתיות לשאלות מוסריות (ערוץ פורנוגרפי הוא לא מוסרי).

פס"ד יגר נ' פלביץ'

נושא הפרת הבטחת נישואין. מה משמעות העובדה שהמחוקק הכיר בזכויות של ידועה בציבור?
 ▪ בכמה חוקים הוסדרו זכויות של ידועים בציבור,

השופט ברנזון: לא יכול להיות מצב שלביהמ"ש העליון תהיה עמדה אחרת משל המחוקק.

- לא יכול להיות שמחוקק החליט להכיר בדפוס חיי ידועים בציבור - אך ביהמ"ש העליון יגיד שהנורמה לא מוסרית.
- ביהמ"ש לא יכול לומר שנורמה שנקבעה ע"י המחוקק ← אינה מוסרית. כל עוד הנורמה קבלה ביטוי בחקיקה - היא מוסרית ←

☞ **השופט זילברג** : שואל למה המחוקק חוקק את התקנות לעניין ידועים בציבור? ← בגלל שהיו ידועות בציבור שנשארו חסרות כל כשבן זוגם נפטר ← המוטיבציה של המחוקק הייתה לפתור את בעיתן, להבטיח קיום מינימאלי למקבלי הבטחת הכנסה. ← ולא בגלל שהוא חושב שיחסים אלו מוסריים. ←

- אלו הסדרים בדיעבד, לכן אין להסיק שהמחוקק תופס יחסי ידועים בציבור כיחסים מוסריים

פס"ד רון נ' חזן

בחור הכיר בחורה. היא רצתה להתחתן. אמר שכשהיא תהיה בהריון - יתחתנו, נכנסה להריון. הוא ביקש שתעשה הפלה. המעשה קרה שוב - והיא הגישה תביעה על הפרת הבטחת נישואין.

• **בתביעה על הפרת הבטחת נישואין יש 2 ראשי נזק:**

1. **פיצוי על הנזקים הספציפיים** שנגרמו לה (הוצאות כספיות על צלם לחתונה לדוגמא).
2. **נזק כללי** - פגיעה בסיכוי להתחתן.

הבחור טען: יש להפחית מגובה הפיצויים, כי יש דמיון בין פגיעה בשם טוב להפרת הבטחת נישואין.

- בתביעה לפגיעה בשם טוב ← רשאי ביהמ"ש להחשיב את דפוסי ההתנהגות של הצד הטוען ששמו נפגע ← ורמתה המוסרית של האישה לא טובה ושמה לא היה טוב עוד קודם לכן.
- ביהמ"ש הפחית 50% מסכום הפיצויים בהסתמך על בדיקת התנהגות האישה שלא הייתה מוסרית.

ביהמ"ש העליון קבע בעצם ← שעל תביעה להפרת הבטחת נישואין - יכול ביהמ"ש להחשיב את דפוסי ההתנהגות של הצד הטוען לפיצוי.

משנות ה-90 כשברק החליט שלמדינה יש חוקה עלו לדיון כמה נושאים שלמעשה שיונו את התייחסות ביהמ"ש העליון לנושא הערכים.

שימו לב! ← יש פס"ד חדש של ברק שקובע שהפרת הבטחת נישואין היא הפרת חוזה. ומסכמת הש' פרוקצ'יה את פס"ד (תוספת שלי. ר. פ)

נסיבות המקרה כפי שתוארו בפירוט בפסק דינו של הנשיא אינן מותירות כל ספק כי **המשיב הפר הבטחת נישואין** שנתן למערערת. הבטחתו עולה בבירור מהקשר רב-השנים שהתקיים ביניהם, והיא השפיעה באופן מהותי ביותר על מסלול חייה של המערערת והטביעה את חותמה על אורחות חייה ועל גורלה משך שנות חיים רבות. הבטחת המשיב, הפרתה על ידו, והפגיעה במערערת עקב הסתמכותה על מחוייבות המשיב להתאחד עמה בקשר נישואין - אינם יכולים לחלוף בלא מענה משפטי הולם. **הם מצויים בגידורו של המשפט ולא בשוליו. עובדת היותו של המשיב נשוי אינה צריכה להשפיע על התוצאות המשפטיות של התחייבותו שהופרה, ויש לאכוף את חובתו לשלם למערערת פיצויים בגין הנזק והפגיעה שגרם לה. תוצאה זו מתיישבת עם אמות מידה של צדק והגינות,**

פס"ד **וקסלבאום נ' שר הביטחון:**

וקסלבאום נהרג באסון צאלים והמשפחה ביקשה לכתוב כיתוב מיוחד על המצבה שלו. משרד הביטחון התנגד כי לבתי הקברות הצבאיים צורה אחידה.

השופט ברק: תוכנו של המושג כבוד האדם יקבע ע"פ ההשקפות של הציבור הנאור בישראל - על רקע תכליתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בבסיסו של מושג זה עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי המפתח את גופו ורוחו ע"פ רצונו.

- השופט ברק אומר שכשבאים לקבוע את התוכן של כבוד האדם ← התוכן יקבע ע"פ ההשקפות של הציבור המתקדם והנאור.

פס"ד אמיתי נ' יצחק רבין: כיצד מבצעים איזון כאשר עולות שאלות ערכיות?

השופט ברק: ביהמ"ש מהווה פרשן נאמן להשקפות המקובלות של הציבור המתקדם והנאור בתוכו הוא יושב. השופט יושב בתוך עמו ומכיר את הלכי הרוח של הציבור המתקדם והנאור.

- הציבור משקף את התודעה החברתית של העם שבתוכו יושבים השופטים. יש לבני החברה תחושות חריפות הנבנות על יסודות מוסר המשותפים לכל בני אנוש ועל עיקרי מוסר המאפיינים את החברה בה אנו חיים

שיין: מהי תודעה חברתית? מהי תחושה מוסרית חריפה? כל דבר שקיבל את ההגדרה של תחושה מוסרית חריפה קבל את ההגדרה לכך בחוק ← לכן המילים "תחושה מוסרית חריפה" חסרי כל תוכן.

- ברק הפך את ביהמ"ש העליון למעוז התודעה החברתית - הנקבעת ע"י נשיא ביהמ"ש העליון, לדעת שיין זוהי עריצות אינטלקטואלית.

השופט מנחם אלון היה הראשון שעלה על המושגים העמומים של ברק

פס"ד יעל שפר נ' מ"י: השופט אלון: תמהני כיצד ומאין נכנס לחוק יסוד העמום לצורך הגדרת זכויות היסוד שבו - הציבור הנאור בישראל. מיהו ציבור זה, ומי זוכה להימנות עליו מה טיבו ומה משמעותו?

- כלומר, דברי ברק על הציבור והנאור חסרי בסיס.

אכיפת תפיסות עולם מוסריות באמצעות המשפט

בענייני חוזים ביהמ"ש יכולים לתת ביטוי לערכים לא מוסריים **לפי 30 לחוק החוזים** בחוזה לא מוסרי. **האם מותר למחוקק/מערכת המשפט לאכוף נורמות מוסריות באמצעות המשפט?**

הדיון עלה לראשונה באנגליה ב-1957 כשהוקמה וועדת לורד וולפנדן:

תפקיד הוועדה היה להגדיר מחדש את עבירות ההומוסקסואליות והזנות. באנגליה הייתה תחושה שעבירות אלו הן ניסיון לתת ביטוי לתפיסות עולם מוסריות.

העמדה המקובלת הייתה לפי **ג'ון סטיוארט מיל**

← **המקרה היחיד שהמחוקק יכול לקבוע נורמה זה רק במקרים בהם יכול להיגרם נזק לזולת.**

- התעורר לחץ גדול לברר את עבירות הזנות וההומוסקסואליות.

הטענה: אין היזק לציבור בעבירות אלה. הן מהוות ביטוי לתפיסות עולם מוסריות ואין הצדקה לתת להן ביטוי בעבירות.

מסקנת הוועדה:

- יש לבטל את **עבירת ההומוסקסואליות** ← רק למקרה של קיום יחסי מין בכפייה או קיום יחסי מין עם קטינים.
- **יש לבטל את עבירת הזנות:** כל עוד היחסים מתקיימים בבתים פרטיים ← זה לא מפריע לתנועה, ולרגשות הציבור, ואין פגיעה בזולת.

ב-1961 פרסם אנגלי בשם **SHOW** מדריך לזנות. בעקבות השינוי בחוק- הזנות נאלצו להיכנס לבתים והייתה בעיה להתעדכן איכן הן. הספר נהיה "רב מכר". הוא הועמד לדין על **"קשר להשחית את המוסר הציבורי"**: טענת שואו: אין שום פעולה לא חוקית במעשה שלו. הוא בסה"כ מעביר אינפורמציה לאנשים.

בבית הלורדים התעוררה דילמה: מחד דו"ח וולפנדן קבע שהמחוקק לא צריך להתערב בעניין הזנות. כי זה עניין מוסרי. עקב כך שונה החוק והזנות הוצאה מהחוקים, ולכן לא ניתן להאשימו בשידול. **לורד SIMONS:** קבע שתפקיד ביהמ"ש שניתן לו ע"פ חוק, ← לדאוג לשלומה המוסרי של המדינה. כל עוד יש בחוק הפלילי סעיף המדבר על קשר להשחתת המוסר הציבורי, מותר לבית הלורדים להשתמש בו ביחס למקרים שנראים לו כמשחיתים את המוסר הציבורי.

- אם באנגליה חשבו שביהמ"ש לא צריך לעסוק בסוגיות מוסר ← היה צריך לבטל את הסעיף. אם לא ביטלו ← מותר לבית הלורדים לקבוע מהי השחתת מוסר ציבורי (כי המחוקק לא הגדיר) ← לדעתו זנות היא פגיעה במוסר ← והעדר עבירה כזו ← משמעה שלא יעמידו אדם לדין עקב זנות.
- לכן הורשע **SHOW** ← בניגוד לדו"ח וועדת וולפנדן.

בעקבות ההחלטה : התפתח דיון בין - **הלורד דבלין לפרופ' הארט**.

הלורד דבלין: נקודת המוצא של ועדת וולפנדן ← **יצירת פער בין העבירה - לבין החטא.**

- החטא – הוא האספקט המוסרי.
- העבירה – הוא האספקט התוצאתי. ← מתייחסת לתוצאה.

ועדת וולפנדון הבדילה בין החטא לעבירה.

- מה יצר את ההבדל? ← **ההקשר של התוצאה = היינו: הנזק לחברה.**

העבירה תוגדר ← כפונקציה של הנזק שנגרם לחברה.

איך נדע שעבירה X יוצרת נזק לחברה?

- תקיפה: ברור שיוצרת נזק
 - האם הימורים גורמים לנזק? מה הקריטריון למדידת הנזק. האם כל העוסק בהימורים ניזוק?
- תשובת וולפנדן** תהיה: עושים מבחן תוצאתי. "מבחן סוציולוגי" ← לראות מה תוצאות ההימורים. לפי

זה נקבע אם מדובר בעבירה.

לורד דבלין: עבירת הבגידה היא כ"כ חמורה כי יש בעבירה משום פגיעה בחברה כולה. אך ההיסטוריה הוכיחה שהאימפריות הגדולות בעולם נפלו בגלל בעיות מוסר בחברה ולא בגלל בגידה של מישהו שהיא עבירה חמורה.

- לפי הלורד דבלין שלמות מוסרית מאיימת על שלמות המדינה יותר מעבירות ביטחוניות
- ← **לכן אין מניעה לחוקק עבירות שמבטאות תפיסות מוסריות.**
- ביהמ"ש באנגליה הלך לפי הלורד דבלין, האומר שיש להתיר אכיפה מוסרית.

פרופ' הארט

1. לטענת דבלין שהאימפריות הגדולות נפלו בגלל שחיתות מוסרית ← אין הוכחה היסטורית מובהקת. היו אימפריות מוסריות שנפלו וההפך. ← ניסיון להחיל חוק ע"פ טיעונים היסטוריים - בעייתי.

2. האם בכך שקובעים נורמה מוסרית בחוק = מגבירים את דפוסי ההתנהגות המוסרית? **שאלת התועלת.** ← לדעתו – לא!

העובדה שיש חוק מסוים לא גורם לאנשים לציית לחוק. אך מאידך יש הסכמה בחברה שעבירת הגנבה למשל - גורמת נזק מספיק מהותי ← כדי להתמודד עם התנהגות זו, אך אין הסכמה כזו לגבי עבירה של הומוסקסואליות.

פרופ' הארט ← כדי שדבר יהיה אסור בחוק – יש צורך בלגיטימציה של הציבור –

הויכוח בין דבלין להארט הגיע למשפט הישראלי.

ע"פ 308/79 ג'ורג' וייס נ' מ"י השופט ברק עסק בנושא ההומוסקסואלי

ברק: כידוע- נטוש ויכוח חריף בין הגורסים **שמותר וראוי לחברה לאכופ באמצעות המשפט את השקפותיה המוסריות**, לבין הגורסים כי **המוסר הוא עניינו של היחיד** ואין לחברה להתערב בדבר.

- והנה 2 ההשקפות יחד מאוחדות בדעה כי ראוי לחברה להתערב באמצעות המשפט הפלילי ולהעניש בגירים המקיימים יחסי מין הומוסקסואלים עם קטינים.

ההשקפה הראשונה (**דבלין**) רואה בכך **אמצעי הגנה על המוסר החברתי.**

השנייה (**פרופ' הארט**) מכירה **שבמקום בו התנהגות אדם גורמת נזק לזולת** ← **מן הראוי כי המשפט יתערב ויגן על הפרט.**

- היינו: שניהם מסכימים שאסור לקיים יחסים הומוסקסואלים עם קטינים.

ההבדל:

- לפי שיטתו **דבלין** האיסור לקיום יחסים עם קטינים נועדו **להגן על המוסר החברתי.**
- לפי **הארט** ← אין למחוקק להתערב במוסריות הפרט, הסיבה שהיחסים נאסרו - **בגלל הנזק שיגרם לקטינים.**

ע"פ 3520/91 אלינה תורג'מן נ' מ"י
סוגיה של "חיים על רווחיה של זונה".

ביהמ"ש: גם כשמדובר בעבירת מוסר ← מקום שיש יחסי תלות והנאשם מפעיל השפעה בלתי ראויה על קורבנו, ביהמ"ש אמור להתערב.

▪ ד"ר שיין: הויכוח בין **דאבלין להארט** לא הסתיים עד היום.

טיעונים בעד ונגד הדעות של דאבלין והארט:

טיעון הלורד דאבלין נגד הארט –

1. **אם הארט צודק** לא יכול להיות שיש כ"כ הרבה חוקים שלמעשה מבטאים נורמות מוסריות. דוגמא: התאכזרות לבעלי חיים ← מבוסס על נורמה מוסרית.
2. החוק הפלילי, מעולם לא הכיר **בהסכמת הקורבן** כטיעון הגנה ← מדובר בפגיעה בזולת. **אם הארט צודק** ← במקום שעבירה בוצעה בהסכמת הקורבן - זה היה בסיס לביטול העבירה.
3. סוגית הביגמיה: אם זה לא פוגע באחרים ← מדוע החוק הפלילי אוסר את עבירה זו? אם הארט צודק, הרי אין נזק לזולת במקרים מסוימים ← ולכן מדוע בכל זאת אוסרים ביגמיה.

תשובת הארט: בעבירת ביגמיה - יהיה בלבול בילדים. ולכן יש נזק לזולת (לילדים) ולכן העבירה פוגעת בזולת. (שיין – טיעון לא טוב)

מהזכויות הטבעיות ←

הכרזת זכויות האדם שניתנה בצרפת אחרי המהפכה בצרפת ב-1789 - אמרה בסעיף 5 **שהחוק חייב לאסור רק פעולות המזיקות לחברה.**

▪ הרעיון היה שכדי להתמודד עם המונרכיה הטוטליטרית ← יש מקום להגביל את החוק

בעקבות המהפכה הצרפתית ניתנה הכרזה על זכויות אדם וניתנה מגבלה ליכולת חקיקה. המגבלה = הנזק. רעיון זה היה מבוסס על **הזכויות הטבעיות.**

▪ **יש זכות טבעית לאדם- כאדם חופשי, לעשות ככל העולה על רוחו, ובלבד שלא יזיק לזולת.**

אל האסכולה התועלתנית ←

במאה ה-19 כשהפסיקו להאמין בזכויות טבעיות רצו למצוא אלטרנטיבה - ללגיטימציה של הגבלת החוק למעשים מזיקים. אמרו שאין צורך בזכויות הטבעיות.

מאחר ובני האדם פועלים באופן רציונאלי גם יצירת הסדר החברתי צריכה להיות ע"ב רציונאלי

- מושג האושר נתפס חיי חופש, חירות, יכולת לממש את העצמיות.
- נאמר שבני אדם מבינים מה מותר לעשות ומה אסור – ולא כל דבר צריך להגביל בחוק.
- החוק לא עוסק בשאלה: מה זה רע ומה זה טוב. אין לנו דרך לשאול האם חוק מסוים הוא טוב

א. **האם מוכר כלל התנהגות המצדיק את הטלת האיסור.**

▪ אם רוצים לדעת אם יש לאסור נורמה ← צריך לזהות את הכלל לפיו יש לאסור את הנורמה. לדוגמא: איסור גניבה: הכלל שבאמצעותו נאסור גניבה הוא זכות הקניין.

ב. **איסור נורמה- בלי להישען על שיקולים מוסריים ודתיים אלא אך ורק על שיקולים תועלתניים.**

- אני יכול לשכנע איסור גנבה - משיקול תועלתני (זכות הקניין).
- לזנות אין תשובה תועלתנית (האיסור היה מוסרי- פגיעה בערכי המשפחה) לכן ביטלו את העברה.
- ניצול לרעה של חולשת הזולת ← נימוק לאסור זנות קטינים.
- אם אי אפשר לבסס בנימוק תועלתני לא ניתן לחוקק את האיסור.

- כשהמחוקק אומר- **אסור לגנוב**, זה נאמר כי זה גורם נזק לסדר החברתי ← ולא בגלל שהמחוקק אומר שזה טוב או רע, מוסרי או לא. אם גנבת ← תלך לבית סוהר ← בגלל שזה פוגע בסדר החברתי
- **המוסר יאמר**: לא תגנוב – כי זה עומד בניגוד לתפיסת עולם מוסרית. .

הגישה התועלתנית אומרת שמאחר אי אפשר להגדיר מוסר באופן מדויק ממילא לא ניתן להגביל את המוסר.

- יותר קל להוכיח למה יש להגן על זכות הקניין- מאשר להוכיח למה יש להגן על פגיעה בערכי המשפחה - כי ערכי המשפחה זה לא דבר מוגדר.

מהי נקודת הקושי של התיאוריה?

קשה להגדיר מהו נזק.

כשאדם נפגע בתאונת דרכים - הנזק ברור. השאלה איך מגדירים נזק, ← האם פגיעה בכבוד האדם היא נזק?

הלורד דאבלין טוען נגד הגישה התועלתנית ← שגם אם מתגברים על הגדרת "התועלת" "ואושר" יש להתמודד עם **מושג הנזק - שהוא קשה להגדרה.**

- לדוגמא: מלומדים ביקשו להבדיל בין נזק חילוני לנזק "דתי/מוסרי".
- זו נקודת הכשל בתיאוריה התועלתנית.
- כשעוברים לתחום החקיקה יש לתיאוריה זו בעיה קשה עם חקיקה פטרנליסטית

חקיקה פטרנליסטית

חקיקה פטרנליסטית: "התערבות המחוקק בחירותו האדם ← המוצדקת ע"י נימוקים

- חקיקה פטרנליסטית עומדת מנגד לגישת התועלתנית . היא אומרת: אני דואגת לך ← גם כשאין נזק לזולת

פטרנליזם יכול להיות גם במישור חקיקה אזרחית

אדם מכר דירה ורצה לקבל הצעות. 2 אנשים מציעים הצעה והמוכר נותן לזה שהציע פחות. המפסיד תובע בביהמ"ש ← אין הבדל בין המציעים ואני הצעתי יותר - לכן יש לבטל את המכירה.

הנתבע אומר שזה קניינו והוא אף אחד לא יגיד לו מה לעשות איתו. המציע יטען שברגע שהמכר הוצע לציבור חלים עליו דיני המכרזים.

פס"ד בית יולס

השופט איילון : אין שום הצדקה להסדרים פטרנליסטים. ביהמ"ש העליון לא אמור להתערב. לבעל הנכס זכות לעשות כרצונו.

השופט ברק : יש להגן על אדם שניגש למכרז פרטי

דוגמא נוספת : חוק הבנקאות: איסור התניית שרות בשרות. אם אדם מנהל מו"מ עם הבנק – למה המחוקק צריך להתערב בדרך ניהול המו"מ

המושג נבחן לראשונה **בבג"ץ משה אלי נ' שר התחבורה פ"די כו 1 עמ' 105** שר התחבורה התקין תקנה לפיה רוכבי אופנועים צריכים להשתמש בקסדות. אלי טען שהחוקיקה נועדה כדי להגן עליו מפני עצמו ← לכן מה לו לשר לקבוע איך עליו להתייחס לעצמו.

ניתוח התקנה ע"פ התיאוריה התועלתנית – האם נגרם נזק לזולת? לא נגרם נזק לזולת.

- לציבור לא נגרם נזק מהעובדה שאדם החליט להתאבד בניסיעה על אופנוע.
- אומרים שנהגי אופנועים ניזוקים – מגיעים לבית החולים ותופסים מקום של חולים אחרים (ביטוח לאומי) ← להגדרה רחבה של נזק אין גבול ← התועלתנים לא התכוונו לנזק של כל דבר בעולם ← קבעו שכוונה בנזק היא בנזק מידי ומוחשי.

השופט זוסמן – כשהמחוקק אסר נהיגה בלי קסדה הוא לא בא כדי להגן על האדם מפני עצמו ← אלא מפני משתמשים אחרים בכביש. ← אני לא מגן על האדם בפני עצמו אלא מפני הזולת.

▪ **לגבי חקיקה פטרנליסטית יש ויכוח** ← אך לא ניתן לפסול חקיקה שיש לה "גם היבטים

- הגישה המקובלת הליברלית והמודרנית : אי אפשר לחוקק איסור אם אין נימוק תועלתני.
- חקיקה שהיסוד הפטרנליסטי שלה חזק ← לא מחזיקה מעמד

המשפט הטבעי

משפט טבעי – המושג יוצא מהנחה שישנן נורמות אוניברסאליות של התנהגות.

- ישנה נורמה שאני מקבל ← לא מכוח העובדה ששיטת משפט אמצה אותה ← אלא מכוח העודה שהיא טבעית, וקשורה בתובנות הבסיסיות ביותר של האדם.
- דוגמא: רצח-עם ← גם אם הנורמה לא כתובה, ברור שרצח עם לא עושים.

הרעיון : ישנם תכנים אוניברסאליים שתקפים בכל מקום ובכל זמן, ואין צורך לחוקק אותם כדי

- דוגמא: ביהמ"ש יכול לומר שמתקופת רוסו- ← זכות הקניין היא חלק מהזכות הטבעית.

2 שאלות מתעוררות :

1. מה קורה כאשר יש סתירה בין משפט מקומי פוזיטיבי לעקרונות המשפט הטבעי?

- אני אומר שיש משפט טבעי
- ואתה אומר – לא ידוע לי. יש משפט פוזיטיביסטי במקום שלי וזה מה שאני מכיר

2. איך בית משפט יאזן בין חבות וזכויות.

- לדוגמא: ישראלי: יש לנו חובה להגן על האזרחים
- פלשתיאי יש לנו זכות קניין.

דוגמאות - העמדתו לדין של אייכמן.

1. טען: בכל פעולותיו פעל לפי חוקי גרמניה שהם היו תקפים בטריטוריה בה חי. אם היה פועל בניגוד לדין המדינה היו הורגים אותו.

2. אייכמן הועמד לדין ע"פ **חוק עשיית דין לנאצים ועוזריהם**. ← טענתו: החוק לא היה קיים כשביצע את העבירות. אין מפעילים בפלילים - הוראת חוק רטרואקטיבית.

ב56-הוטל עוצר על כפר קאסם.

לאחר העוצר זיהו החיילים 47 פועלים שחזרו מעבודה ← ולא ידעו שהוטל עוצר. המפקד נתן הוראה לירות. החיילים טענו שביצעו הוראות של מג"ד. המג"ד טען שפעל לפי מה שהבין מהמח"ט. האם ניתן להטיל אחריות על החיילים?
האם הטענה - אני מבצע הוראת כפי שדין שלי מורה ← אני זכאי.

בבחירות לכנסת ה-6 ניסתה להתמודד רשימה שחבריה היו חברים בעמותה שהוצאה מחוץ לחוק.

יו"ר ועדת הבחירות פסל את הרשימה. ערערו לבג"ץ. הטענה: אין ליו"ר ועדת הבחירות סמכות לפסול רשימה על בסיס אידיאולוגי.
מנגד: טענו שרשימה שחותרת תחת אושיות המדינה ← זה לא לגיטימי.

פס"ד לאו"ר

ועדת הכספים של הכנסת החליטה להגדיל מימון של מפלגה, והטענה הייתה שלצורך זה צריך רוב מיוחד דבר שלא התקיים בכל שלבי החקיקה. הרוב היה רק בקריאה השלישית.

סוגיה מההלכה : פרצה שריפה במלון. האישה ברחה החוצה, הלהבות בחדר וגבר לא מוצא בגדיו – אך מוצא שמלה של אשתו. ← **ההתלבטות** ← **לצאת ערום או ללבוש בגדי אישה בניגוד להלכה. הבעיה:** בשום מקום בתורה לא כתוב שאדם צריך להיות לבוש. אך יש הלכה מפורשת שאסור לגבר ללבוש בגד אישה.

איך יפתרו את ההתלבטות ההלכתית?

▪ ברור שכל בן אדם סביר היה שם שמלה ויוצא .

הרב גלזנר : התורה לא יכולה לתת הוראות שיעמדו בניגוד לטבע אנושי בסיסי. ← לא יכול להיות שהאינטואיציה האנושית בסיסית תהיה שונה מהוראה דתית.

דוגמא נוספת: שני חברים נופלים ממטוס למים. מגיעים לאי ומוצאים פגר של חתול, אחד הניצולים נפצע ומת. השני חי. ויש פגר של גוויה.
 ▪ ביום השלישי האדם צריך להחליט מה לאכול.

הבעיה: האם יאכל חתול - או בשר אדם.

הדילמה בהלכה : בשום מקום בתורה אין איסור לאכול בשר אדם. ← מאידך, יש איסור מפורש של אכילת נבלות.

לפי דין תורה עליו לאכול את גופת האדם. ← האינטואיציה אומרת שיש לאכול את הפגר של החתול.

הרב עמיטל: התורה לא מצפה מאדם שיפעל בניגוד לאינטואיציה הבסיסית שלו.

המשמעות: יש מערכת נורמטיבית שעליה מבוססת האינטואיציה שחזקה לא פחות מהמערכת הנורמטיבית של התורה. ← התורה לא תומר שבגלל האינטואיציה מתבטל דין תורה ← אך אם יש הנחה שהאינטואיציה מבוססת על נורמה ← יש לדאוג שלא תהיה סתירה
דוגמא קלאסית : ממזרות - קשה להסביר את ההלכה שלא מכירה בבנים אלו כחוקיים.

הרב ליכטנשטיין : אם ע"פ פסיקת ההלכה יש איסור לגבי אכילת נבלה - חייבים להיות צמודים להלכה ← אי אפשר להתחשב בשיקולים חוץ הלכתיים.

הרב עמיטל: ההלכה חייבת להתחשב באינטואיציה האנושית.

ד"ר שיין: יוצא לפי **הרב עמיטל** שיכול להיות מצב שפסיקת ההלכה - מביאה לתוצאה לא מוסרית ואני צריך להתאים את פסיקת ההלכה להיבט המוסרי.

רב ליכטנשטיין - מבחינתי ההלכה היא הקובעת את הנורמה המוסרית. ← לעולם לא תהיה סתירה בין נורמה מוסרית להלכתית.

דוגמא: לאדם מטחנת קמח. אדם אחר בא ומקים מטחנה. הראשון אומר שהוא פוגע בפרנסה וההלכה היא שמסלקים את המתחרה.

▪ אך שאדם שמקים תלמוד תורה, ובא אדם אחר ומקים תלמוד תורה מתחרה. ההלכה קובעת:

קנאת סופרים תרבה תורה. ← לא יסולק.

מה אומר המשפט הטבעי?

במקביל למערכת הנורמטיבית שמקובלת ותקפה במדינה מסוימת ← יש מערכת נורמטיבית
← הגוברת על חוק בטריטוריה מסוימת (כמו השקפת הרב עמיטל).

כשיש סתירה בין הנורמות ← יש עליונות לנורמת המשפט הטבעי

הטענה נגד זה

1. כאשר אדם מבצע פעולה הנחשבת לגיטימית ע"פ שיטה בה הוא חי ← הוא לא יכול להיות צפוי להפעלת נורמה אחרת ← זה יוצר – אי וודאות.

משמעות המשפט: אני פועל כחוק ← אין כלפי שום תביעה- אם פעלתי לפי המערכת הלגיטימית במדינה בה אני חי ← אני מצפה שפעולותיי הן חסינות ואין זכות תביעה.

2. **בבסיס המשפט הפילי יש הנחה שאדם יודע את החוק** ← כי יש אפשרות אפקטיבית לדעת מה מותר ומה אסור. ← אך לא ניתן לומר שאדם יכול לדעת את מה שאין לו נגישות לדעת.
 ▪ אם אומר שפעלת נ' המשפט הטבעי ← תשאל: איפה זה כתוב?>

3. מה התוקף של המשפט הטבעי?

- מה פתאום שמישהו יכפה נורמה ממשפט טבעי ← כשאין לה תוקף ואין אפשרות להוכיח את תוקפה. אם אי אפשר להראות מה התוקף למשפט הטבעי אי אפשר לכפות אותו.
- **תוקף חוקי המדינה ← ההסכם.** אנשים החיים בטריטוריה מסוימת מסכימים לחוקי המדינה.

הרבה שנים המשפט הטבעי היה בשוליים. בעקבות מלחמת העולם השנייה ← המשפט הטבעי הפך למצרך ← כי כל הנאצים טענו שהם מילאו פקודות חוקיות לפי החוק שלהם.

טען אייכמן: ניתן להגיד שרגש הצדק סולד מהענשת אדם - בשל מעשה שבעת שבועות על ידו ← לא יכול לדעת שיועמד עליו לדין.

נאמר בפס"ד: הפשעים שקבע החוק בתש"י ← שסווגו "פשעים נגד האנושות":
"יש לראותם היום כמעשים שנאסרו מאז ומתמיד בעיני משפט העמים המנהגי. מעשים שהם

יש פה 2 הנמקות

1. "משפט העמים המנהגי"
2. "מעשים שהם בעלי אופי פלילי אוניברסאלי".

יש סתירה בין "המנהגי" לבין "אוניברסאלי":

- **המנהגי:** כל העמים נוהגים באופן מסוים, **המנהג הוא מקור התוקף.**
- **אוניברסאלי:** מקור התוקף לאוניברסאלי: **התבונה.**

למה השופט משתמש בשתי ההנמקות?

כמשפטנים: טענה בשם המנהג בד"כ יותר משכנעת.

← **אם תטען בשם התבונה** ← זה פחות משכנע.

השופט הבין שהנימוק האוניברסאלי של התבונה יהיה קשה. ← לך תשכנע שמקור התבונה – נכון. יותר קל להוכיח מנהג.

פס"ד כפר קאסם.

"סימן הכר של פקודה בלתי חוקית בעליל מין הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל לפקודה הנתונה ככתובת האומרת ← **אסור !!!**
לא רק אי חוקיות המתגלה רק לחכמי המשפט חשובה כאן ← אלא הפרת חוק גלויה ומובהקת
▪ הינו: תחושה אינטואיטיבית

המשפט הטבעי נקלט במשפט מ"י

- אם לפי **פס"ד ירדור –** משפט טבעי הוא חלק מהמדינה כי המדינה אימצה אותו
- או לפי **השופט אגרנט –** מכוח עקרונות אוניברסאליים ניתן להשתמש במשפט טבעי.

המשפט הטבעי מיסודו בעייתי ← הוא עומד בסתירה לחקיקה פוזיטיבית. ביהמ"ש לא יכולים לאמץ עמדה זו.

הש' ברק עשה תרגיל אינטלקטואלי: **בפס"ד לאו"ר** - החל לפתח את תיאורית **"עקרונות היסוד של**

עיקרון יכול להתבסס על כל דבר ← אך מאפיין אותו שהוא נמצא מחוץ למערכת המשפטית.

- המערכת המשפטית מורכבת מכללים מסוימים של התנהגות שנגזרים מעקרונות הנמצאים מחוץ לשיטה המשפטית.
-

"אסור לתקוף" מבוסס על עקרון "קדושת החיים". ← העיקרון לא מופיע בחוק. הניסוח החוקי הוא תוצר של עיקרון קדושת החיים.

כבוד האדם וחירותו ← ניסיון לקחת עיקרון ולהלבישו בנורמה חוקית.
- לביטוי כבוד אדם אין משמעות ← עד שביהמ"ש יתרגמוהו לשפה אופרטיבית.

עקרונות היסוד של השיטה המשפטית"

השופט ברק אמר שכל שיטה משפטית מבוססת על עקרונות.

♦ **החידוש:** הש' ברק חיבר בין 2 דברים שלכאורה לא מתחברים:

- ← לקח את העקרונות שלכאורה הם חיצוניים למערכת המשפטית, וחיברם לשיטה המשפטית
- ♦ **הוא משתמש בעקרונות כאילו הם עקרונות משפטיים.**
- ♦ אף אחד לא יכול לטעון שנעשה פה מעשה לא דמוקרטי.
- ♦ השימוש בעקרונות המשפט הטבעי מול המחוקק ← זה מעשה אנטי דמוקרטי.

השופט ברק אומר שהוא לא מדבר על עקרונות המשפט הטבעי אלא על עקרונות היסוד של השיטה המשפטית. הנמצאים בתוך המשפט,

← המחוקק נותן ביטוי לעקרונות אלו בחוק - וביהמ"ש נותן ביטוי אמיתי של כוונת המחוקק.

דוגמא: **חוק החברות:** החברה פועלת לפי עקרון איסור עושה המיעוט.

ניתן חוק, וס' מסוים פוגע בזכויות המיעוט, וביהמ"ש מבטלו על רקע טיעון הגנה על המיעוט ← אומר השופט ברק ← שכשביהמ"ש מבטל חוק של הכנסת, הוא לא עושה זאת מכוח פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות ← אלא ע"י מתן ביטוי לכוונה האמיתית של המחוקק.

מסקנה: השופט ברק הכניס בדלת אחורית את עקרונות המשפט הטבעי - מבלי שניתן לטעון שהם פוגעים בדמוקרטיה.

דוגמא: ברגע שביהמ"ש העליון קובע שהשוויון הוא עקרון משפטי של שיטת המשפט הישראלית ← לא ניתן לטעון שהעיקרון הוא אנטי דמוקרטי כי אומץ במערכת המשפט לפי "הכוונה האמיתית של המחוקק". ← התוצאה: **אקטיביזם שיפוטי** ← כי מי שמגדיר את עקרונות היסוד על פיהן אמור לפעול המחוקק ← זה ביהמ"ש.

◆ המחוקק לא יכול לטעון נגד העיקרון, כי אם הוא חושב שהעיקרון לא נכון ← הוא יכול לשנות אותו בחקיקה. כל עוד לא חוקק אחרת ← עליו לקבל את הפרשנות של ביהמ"ש.
- המחוקק לא יכול לטעון כנגד עצמו.

דוגמא בהלכה: "גט מעושה": הרמב"ם מפרש - מדוע מלקים בעל שלא רוצה לתת גט? הבעל רוצה לציית לחיוב לתת גט - אך יצר הרע מונע ממנו לקיים. ע"י מלקות מחזירים את הבעל לדרך הנכונה של מתן גט.
◆ ברק עושה אותו דבר על ידי שיטתו.

הערה חשובה - למרות שהשופט הכיר בסמכותו ליישם את המשפט הטבעי ולבטל חוקים הוא מפעיל זאת באופן מינורי. הסיבה - יכולת ההרתעה חזקה יותר ואת זה ברק יודע.
◆ כיום יש מאזן אימה: המחוקק דואג מראש שהחקיקה תעמוד בביקורת השיפוטית, שתהיה בהתאם "לעקרונות היסוד של השיטה".

ראשית המשפט הטבעי מוצאים ביוון במחזה אנטיגונה

כשאוסרים על אנטיגונה לקבור את אחיה היא מסרבת ואומרת שהיא מציית לחוקים עליונים שלה.

כומר בשם תומס אקווינס פיתח את המשפט הטבעי :

טוען שיש 4 רבדים למשפט :

1. **משפט נצחי**: משפט שבאמצעותו אלוהים מנהיג את העולם. אין לנו דרך להכיר את המשפט הנצחי כי זהו משפט אלוהי. יש דבר אחד משותף לנו ולאלוהים - **התבונה**. באמצעות התבונה ניתן לזהות עקבות מהמשפט הנצחי. עקבות המשפט הנצחי ← המשפט הטבעי.
2. **המשפט הטבעי** - תוצר התבונה. נותן אינדיקציה על המשפט הנצחי עליו לא יודעים הרבה.
3. **משפט אנושי** - נגזרת של המשפט הטבעי. המשפט האנושי אמור לתת ביטוי לעקרונות המשפט הטבעי. אם יש משפט אנושי העומד בסתירה למשפט הטבעי הוא בטל. העיקרון של המשפט הטבעי - "סור מרע ועשה טוב". המשפט האנושי הוא היישום של כלל זה. אם יש משפט אנושי שגורם רע ← הוא בטל כי עומד בניגוד למשפט הטבעי.
4. **משפט אלוהי** - המשפט הדתי. גם הוא כפוף לעקרונות המשפט הטבעי.

ההבדל בין המשפט האלוהי לאנושי ← המשפט האנושי מבוסס על הסכמה, והמשפט האלוהי מבוסס על התגלות.

תומס אקווינס ← המשפט האנושי מבוסס על הסכמה,
← המשפט האלוהי מבוסס על התגלות.

אריסטו ← יש חוקים המבוססים על הסכמה ונכונים לזמן ולמקום.
← יש חוקים המבוססים על התבונה ← ותקפים תמיד בכל למקום.

תיאוריה זו החזיקה מעמד כמעט 400 שנים : התיאוריה הייתה תיאוריה דתית. והיו באירופה ויכוחים מרים בין דת למדינה.

אקווינס אמר

- ◆ המשפט האנושי - שייך למדינה (הסכמה)
- ◆ המשפט האלוהי - שייך לכנסיה (התגלות)
- ← ומעל שניהם המשפט הטבעי - שמבוסס על התבונה.
- לו היה אומר שהאלוהי גובר על האנושי ← היו אומרים: כפיה דתית

כיוון שהתיאוריה של אקווינס קיבלה מימד דתי - במאה ה-17 כל מה שקשור לדת נעלם ←

ג'ון לוק טען שמעכשיו מדברים על זכויות טבעיות.

שינו את ההסכמה ←
לא רצו במדינה חילונית לדבר על משפט טבעי - שנגזר מתכונות אלוהיות
אלא על **זכות טבעית** ← **כדי להגן על האדם מהמדינה**
לכן: אין משפט טבעי, אלא זכויות טבעיות

מי שהכריע את התיאוריה של אקווינס היה דייוויד יום

← יש משפט של עובדה שקורא לו IS

← ויש משפט חובה שנקרא OUGHT.

◆ **דייוויד יום אמר - ממשפט של עובדה אתה לעולם לא יכול לגזור חובה.**

תיאורית אקווינס מבוסס על משפט עובדתי : לבני האדם יש נטייה תבונית להרבות טוב.
← ← מזה אני מסיק שבני האדם חייבים בפעולותיהם לעשות טוב.

דייוויד יום אמר שקשר זה לא הכרחי ← גם אם מניחים שזו נטיית בני אדם ← איני יכול לגזור מזה את החובה להרבות טוב.

טענה נוספת נגד המשפט הטבעי:

ע"פ תפיסת תומס אקווינס אין ויכוח ביחס להגדרה של הטוב והרע.

- ◆ המשפט **סור מרע ועשה טוב** אוניברסאלי ← זה ברור לכולם מה זה רע וטוב ← לכן כולם יכולים להסכים. ← זה תבוני ← אי אפשר להתווכח על זה.
- ◆ **קאנט**: תתנהג כפי שהיית רוצה שכולם יתנהגו.

אקווינס התבסס על זה שמושג = טוב ורע מקובל על כולם. במאה ה-17 שהבנו שטוב ורע הם מושגים תלויי תרבות והקשר ← כל העיקרון של תומס אקווינס נפל.

ברגע שטוב ורע יוצא מתחום התבונה ← אין לדבר על: עליונות המשפט הטבעי על החוק הנורמטיבי הרגיל.

שיטת לון פולר

קריסת התפיסה ביחס למשפט הטבעי נבעה מהעבודה שבכל זמן ומקום יש ויכוח- מהו טוב ורע. לכן יש לנסות למצוא שיטה שלא תהיה מבוססת על טוב ורע אלא על דברים שיכולים להסכים עליהם ← ונכניס את המשפט הטבעי בדרך אחרת ← ע"י הסכמת כולם.

לפיו יש תורת מוסר של "שאיפה" ושל "חובה":

שיטת המוסר – מבוססת על עקרון של 0 או 1. או ששיטה היא מוסרית או ששיטה היא לא מוסרית.

אומר פולר בוא נדבר על שיטה שמדברת על שאיפה - ומבוססת על עקרון של 0 עד 10. ככל שממלאים יותר עקרונות - מתקרבים יותר אל ההתנהגות המוסרית. ♦ ניתן לדבר על משהו שהוא יותר מוסרי ופחות מוסר

לון פולר מבקש לתרגם את שיטתו למשפט: **התפקיד של שיטת המשפט היא להסדיר את**

♦ יש מושג של "גזרה שהציבור לא יכול לעמוד בה" – לשיטה זו יש בעיה – היא לא משרתת את הפונקציה שהיא אמורה לשמש

♦ אם רוצים לדעת מהי שיטת משפט טובה ביותר ← נשאל איזה מבין השיטות מסוגלת להסדיר את ההתנהגות באופן האופטימאלי ביותר.

נקודת המוצא של לון פולר ← אי אפשר לצפות לביקורת מוסרית חיצונית על החוק, כי

רעיון המשפט הטבעי: יש קריטריונים חיצוניים למערכת המשפט ← ומערכת המשפט צריכה להיות תואמת להם. כשיש אי התאמה בין תוכן משפט לקריטריונים החיצוניים ← הקריטריונים הערכיים החיצוניים עליונים.

נקודת החולשה של המשפט הטבעי ← לא ניתן למצוא הצדקה להעמיד את המשפט למבחן של קריטריון חיצוני, מה גם שאין וודאות וביטחון מהו אותו קריטריון חיצוני. א. אי אפשר להוכיח מאיפה העליונות.

ב. אף פעם לא מסכימים על התוכן המחייב של המשפט הטבעי.

פולר ביקש למצוא דרך בה לא יעסקו בקריטריונים החיצוניים, אלא יבדקו מה הקריטריונים הפנימיים של המשפט.

האם ניתן לדבר על תורת מוסר משפטית ← להבדיל מתורת משפט פילוסופית עליה תמיד ניתן להתווכח?

תורת מוסר פילוסופית - ערכים וקריטריונים שנתונים בוויכוח. אף פעם אי אפשר לשכנע באופן רציונאלי מה טוב/לא טוב/מוסרי/לא מוסרי.

פולר פיתח 2 מושגים :

1. MORALITY OF DUTY – מוסר של חובה: תורת מוסר פילוסופית האומרת שמעשה X מוסרי או לא.

♦ מעמידה קריטריונים שאמורים לקבוע אם מעשה מוסרי או לא.

2. מוסר של שאיפה: תורת מוסר משפטית. ← קביעת קריטריונים על פיהם נדע אם שיטת משפט יותר מוסרית או פחות מוסרית. ← האם חוק מסוים יותר מוסר או פחות מוסרי.

♦ הקריטריון קשור בהגדרת המשפט - **נועד להסדיר את נורמות ההתנהגויות האנושיות** ♦ תפקיד המשפט: לכוון התנהגות אנושית ולא לקבוע צדק ♦ מדוע לא צדק? – כי עקרונות הצדק תמיד ניתנים לויכוח והם קריטריון חיצוני.

ד"ר שיין : על עקרון זה אי אפשר להתווכח.

כדי לענות על השאלה: האם שיטת משפט מוסרית יותר או פחות ← נבדוק אם היא מכוונת יותר או פחות את ההתנהגות האנושית.

♦ פולר מנסה לבחון את שיטת המשפט ע"פ מבחן היעילות

פולר אמר : אם נקבע קריטריונים יעילים, בלתי ניתנים לויכוח - אף אחד לא יתווכח על קריטריונים, אך אם שיטת משפט מסוימת תעמוד בקריטריונים ← היא תהיה גם יותר מוסרית חיצונית, לא רק בהיבט הפנימי.

8 העקרונות של פולר :

1. **עקרון הכלליות:** אם תפקידו של המשפט לכוון התנהגות אנושית ← היא אמורה להיות כללית חוק שרוצה לכוון התנהגות אנושית ← חייב לפנות לכולם.

אומר פולר: אם אני דורש משיטת משפט שתהיה כללית אני מדבר במישור הפונקציונאלי ← אך בסופו של דבר ← **דרישת הכלליות תוביל לשוויון.**
• **השוויון – הוא ערך חיצוני.**

2. **עקרון הפומביות:** כדי שמשפט יוכל לכוון את ההתנהגות האנושית ← עליו להיות פומבי, חוק צריך להתפרסם. ← הדרישה פונקציונאלית.
♦ המחוקק לא יכול להסתיר חוקים ← נדרשת שקיפות. ואז המחוקק נדרש להצדיק את הנורמות שהוא מבקש לקבוע.

3. **איסור חקיקה רטרואקטיבי:** אם אתה רוצה לכוון התנהגות ← על האדם לדעת מה מצבו ברגע שהוא מבצע פעולה.
♦ המחוקק מוגבל מלהפעיל חקיקה שרירותית. מונע שרירות לב של המחוקק.

4. **החוק צריך להיות בהיר ברור ולא עמום** – כדי שאנשים ידעו מה לעשות.
← המחוקק מוגבל מלהטיל נורמות לא שקופות וברורות. ככל שחוק רחב יותר המחוקק יכול להפעיל שרירות לב. בהירות חוק מונעת את החלת נורמות משתנות.
♦ דוגמא: "מיהו יהודי" – כל עוד הנושא לא הוגדר אדם לא יודע מה מעמדו. המחוקק הרשה לעצמו לקבוע קריטריונים שפגעו כל פעם במישהו אחר.

5. **החוק חייב להיות בלי סתירה פנימית** צריך להיות אחיד. מגבל יכולת התמרון של המחוקק.

6. **אין לגזור על הציבור גזירה שהוא איננו יכול לעמוד בה:**
♦ מגבלים את יכולת החקיקה של המחוקק.

7. **אסור שתהיה סתירה בין נורמות ההתנהגות של המחוקק - למה שנקבע בבתי המשפט .**

8. **יציבות החוק** – חוקים צריכים להיות יציבים שלא משתנים כל רגע.

לון פולר אמר שיש שיטות משפט שהם יותר מוסריות (עומדות יותר בקריטריונים) ופחות מוסריות. ← השורה תחתונה - להחזיר את המשפט הטבעי, בלי לדבר עליו ובלי להתחייב לקריטריונים חיצוניים למערכת המשפט.
♦ "סוגית מיהו יהודי" לפי פולר: האם הגדרת "יהודי" עונה על "שוויון" "כלליות", "בהירות" ← יש לבדוק אם החוק עומד בקריטריונים ואם לא עומד בו הוא לא מוסרי.

מה הכשל של שיטת פולר ?

- ◆ **לפי פולר:** נבטל חוקים ← בגלל שאינם עומדים במבחנים הפנימיים של המערכת המשפטית
- ◆ **במשפט הטבעי** ← נבטלם בגלל דברים חיצוניים.
- ◆ **פוזיטיביסט יאמר:** חוק שלא עומד בעקרונות של פולר ← לא מגשים מטרה ← אך לקבוע בגלל זה שחוק בטל ← המרחק גדול.
- ◆ מי אומר שחוק שלא עומד בשיטה של פולר ← צריך להיות חוק בטל. אולי העקרונות נכונים אך מהיכן הכוח לבטל החוק?.
- ◆ אותה שאלה ששאלנו על המשפט הטבעי: מי שמכם לבטל חוק ← ניתן לשאול גם על עקרונות שיטת פולר.

ג'ון לוק

ג'ון לוק חי בין השנים 1632 – 1704. ← נחשב לאבי הזכויות הטבעיות.

מה הם הזכויות הטבעיות:

1. הזכות לחיים
2. הזכות לחירות
3. הזכות לקניין

- ◆ אלה הזכויות שמתקיימות באדם מרגע לידתו.
- ◆ מאחר שלא ניתנות ע"י אף אחד ← אי אפשר לקחת אותם ממנו.

על מה מתבססת התיאוריה של ג'ון לוק?

לוק: זה ברור לי בדיוק כמו האקסיומות המתמטיות. יש לי אינטואיציה בסיסית שיש זכויות טבעיות והניתוח הרציונאלי שלי אומר שאילו 3 הזכויות הבסיסיות.

◆ רעיון זה הפך לבסיס המהפכות הגדולות בתולדות האנושית. (צרפת וארה"ב)

במאה ה-19 החל לעלות הליברליזם האירופאי ← שאמר: הבחינה של תיאוריות חברתיות חייבת להיעשות בהקשר האמפירי ולא בהקשר הרציונאלי.

◆ כלומר, אם טוענים שיש זכויות טבעיות - יש לבסס את התיאוריה.

הטענה: כל מאבק העבדות בארה"ב לא הסתמך על טיעונים רציונאליים של זכויות טבעיות אלא על טיעונים דתיים ← אם הזכות כל כך רציונאלית וברורה ← איך בארה"ב הייתה מלחמה על "עבדות"

התיאוריה הליברלית

תפקיד חברה מאורגנת ← לאפשר ליחידים להגשים את רצונותיהם ← הפועל היוצא מזה ← המגבלות היחידות שניתן להטיל על האזרחים הם רק לצורך הגנת החברה - או למנוע פגיעה באחרים.

שוויון, חיים וחירות ← נגזרים מהתפיסה שאיך יכול לגרום נזק ולמנוע מאנשים להגשים רצונות. התוצאה: ← הקריטריון למוסר או לאי מוסריות - הוא "מרב האושר למרב האנשים".

איני עושה מבחן רציונאלי ← או מוסרי חיצוני ← מדובר בעקרון תועלתני ← כיצד לגרום אושר ליותר אנשים. ← מעשה מוסרי - זה מה שמגדיל את האושר. מהפכת התועלתנות ← הובילה ↴

לתפיסה הפוזיטיביסטית ← - המשפט כמו שהוא ולא כמו שהוא צריך להיות.

התפיסה הפוזיטיביסטית אומרת: כשאני בוחן חוק או שיטת משפט מה שמעניין אותי:

← מה נובע מאותו חוק

← או מה אני צריך לעשות לאור החוק

◆ ולא אם הוא מוסרי או לא. ← מדובר בתוקף ולא במוסריות

- ◆ כשאדם בא לעו"ד הוא לא מצפה שיגיד לו אם זה מוסרי או לא – אלא האים הוא רשאי או לא רשאי לעשות משהו.
- ◆ הקריטריון ← לשון החוק.

הקריטריונים לפי גישת הפוזיטיביסטים

1. **תוקף החוק**
2. **מה אני אמור לעשוץ לאחר שהוטבה לי שהחוק תקף.**

ג'ון אוסטין 1790-1859 - אבי תורת המשפט הפוזיטיביסטית האנליטית

אוסטין - אבי הפוזיטיביזם,

- ◆ כל התפתחות תורת המשפט היא ניסיון להגיב על תפיסתו (הארט, דבורקין, ברק).

← כשדיברנו על המשפט הטבעי – פירושו שהמשפט היה קיים לפנינו ואנו מגלים אותו ע"י התבונה.

אוסטין טוען שהמשפט נוצר ע"י בני האדם ← בני אדם לא משועבדים למשפט, אלא המשפט משועבד לאדם: תפקידו: - להוסיף מרב האושר למרב האנשים.

1. טען שקרוב ל-1000 שנים העמיסו על המשפט יותר מדי עניינים דתיים ומוסריים. ← המשפט הוא מכשיר להגביר אושר אנושי, ולא לעסוק במוסר ובדת.

2. הבחין בין תורת החקיקה ותורת המשפט.

תורת החקיקה: חוק טוב או לא טוב

- ◆ השאלות האם החוק טוב, מקדם, מוסרי ← לא מעניינות את המשפטן.

תורת המשפט: האם החוק תקף או לא תקף

- ◆ השאלה היא: האם החוק תקף או לא, ולא האם החוק מוסרי או לא.
- ◆ כשאדם הולך לעו"ד מעניין אותו מה הוא צריך לעשות ← זהו החוק הפוזיטיבי.

חוק ע"פ אוסטין – זה פקודה.

- ← יש אדם שהוא הריבון ← הריבון אומר למי שנחות ממנו מה הוא צריך לעשות.
- ← אם אותו אדם אליו מפנית הפקודה לא יפעל לפיה ← הריבון יפעיל סנקציה.
- ← כלפי אותו ריבון יש הרגל של ציות.

1. **מיהו הריבון ?** ← ריבון היא אותה ישות שבטריטוריה המסוימת שרק הוא נותן פקודות - ואין אף אחד אחר שפוקד עליו.

- ◆ כדי לדעת מיהו הריבון יש להשתמש במבחן הסוציולוגי. מי נותן פקודות, יכול להבטיח את הציות לפקודות - ואין אף אחד בטריטוריה שיכול לתת לו פקודות.

2. מהי הפקודה

כשמפקד אומר לחיל תן לי את הנשק ← זה פקודה. אם לא יעשה כן יטילו עליו סנקציה. אומר אוסטין שכדי שפקודה תוגדר כחוק היא צריכה להיות :

א. **בעלת אופי של כלליות.**

ב. **בעלת אופי של הדיירות** (פעולה שחוזרת על עצמה ולא פעולה רגעית).

3. **הסנקציה היא מהגדרת החוק/פקודה. לסנקציה תפקיד נוסף ← מבססת את חובת הציות.**

- ◆ סוקרטס אמר שחובת ציות היא תבונית

- ◆ אוסטין אומר שהסנקציה היא המקור לחובת הציות.

בני אדם מצייתים לחוק ← כי הם מפחדים מהסנקציה.

מה משמעות "הרגל של ציות"?

כדי לרכך את העובדה שהוא מבסס את חובת הציות על הפחד- הוא אומר שקיים "הרגל של ציות" לאותו ריבון. מניח שאם קבוצה של אנשים בטריטוריה מסוימת התרגלה לציית לאדם, כנראה יש הצדק להרגל הציות. להרגל של ציות יש משהו מעבר לפחד.

♦ בהגדרתו של אוסטין נמצאים במערכת המשפט ולא יוצאים לעקרונות מחוץ למשפט.

הביקורת:**ביקורת על ריבונות**

- יש אצל אוסטין **חוק פוזיטיבי ומוסר פוזיטיבי** (הדת). בחוק פוזיטיבי – הוא שאנשים פועלים ע"פ אותה נורמה חוקית ואם לא ← הם צפויים לסנקציה. במוסר פוזיטיבי - יש נורמת התנהגות שהחברה מתנהגת לפיה ואי אפשר לכפות אותה. ← לכן אין זה חוק.

הביקורת על הריבון – בדמוקרטיה יש הבדל בין מי שנותן את הפקודות, למי שמוסמך להעביר מתפקידו - את זה שנותן פקודות. בבחירות – ניתן להחליף את הריבון, הריבון תלוי ברצונו של העם. העם הוא מעל הריבון (הכנסת) שהקובע את הפקודות. כדי לקיים בחירות צריך חוק ← כלומר – הכנסת היא זו שמחליטה על פיזור – והיא הריבון.

תשובת אוסטין לביקורת:

1. העם לא יכול להחליף את הכנסת אלא את חברי הכנסת. כלומר, העם לא יכול להחליף את הריבון אלא את הפונקציה שהיא הריבון.

2. הריבונות היא הכנסת - כי היא שמחליטה לשנות את הרכב הריבון ע"י חוק.

ביקורת על הפקודה

לפי הגדרת החוק - כפקודה ← יש צורך בסנקציה. אך מעט חוקים במדינה מתאימים להגדרה. - למשל חוק החוזים.

תשובת אוסטין לביקורת

אם רוצים לעשות חוזה ← כדי שיהיה תקף - יש לעשותו לפי החוק. אם לא יעשה ע"פ החוק - החוזה יהיה בטל. ← זאת הסנקציה.

☞ **הביקורת על תשובת אוסטין:** רעיון הסנקציה הוא- אם עשית מעשה פסול ← אתה אמור להיענש. אך כשחוזה בטל כי לא נעשה לפי החוק ← הסנקציה מוטל על האדם שרוצה לקיים החוזה.

דוגמאות נוספת לחוקים ללא סנקציה: **שרות המשפטית והאפוטרופוסות, או חוק מימי החופים במ"י.** ♦ אוסטין יאמר שחוק מים טריטוריאליים נועד לאשר ישום החוק פלילי בים. וחוק הכשרות נועד לאפשר החלת אחריות פלילית לפי הגיל.

☞ היינו: ישנם חוקים שלא מנוסחים כפקודה אך תפקידם לאפשר יישום הפקודות.

ביקורת ביחס להרגל הציות :

ב-1977 כשהיה המהפך בישראל. ע"פ הגדרת אוסטין "פונקצית" הריבון השתנתה, - הריבון עצמו הוא אותו ריבון - הרגל הציות כלפי הכנסת נשמר.

← אך ב-48, התחלף הריבון ולא היה הרגל ציות – התחלף ריבון ולוקח זמן שיהיה הרגל ציות.

אוסטין יומר שהריבון השתנה ← אך הבינו שיש בעיית הרגל ציות, לכן השאירו את רוב החוקים כי הבינו שצריך להיות שלב מעבר - עד שייוצר הרגל ציות לריבון החדש.

מנהג: מכל מקורות המשפט קשה לאוסטין עם המנהג כי הוא מבטא מוסר פוזיטיבי. איך יסביר אוסטין את העובדה שניתן לאכוף מנהגים- כחוק?

תשובת אוסטין : מה שנותן את הנורמטיביות למנהג ← זה כשמוגשת תביעה לביהמ"ש, מוכיחים לו שהמנהג תקף ע"י עדים, וביהמ"ש קובע קיום המנהג. בתביעה הבאה אין צורך להוכיחו.
 ← היינו את התוקף למנהג - נותן **חוק יסודות המשפט** ← לפיו המחוקק הכיר בתקדימים מחייבים של ביהמ"ש - שהופך את המנהג לבעל משמעות נורמטיבית.

לאיזה מתחומי המשפט אין הסבר בתיאורית אוסטין?
המשפט הבינ"ל הוא מוסר פוזיטיבי. כדי שיחייב ← הריבון צריך לאשרר אותו.
למשפט החוקתי אין מקום בהגדרת אוסטין.

תורת הנס קלזן

אחד מגדולי הפוזיטיביסטים. נולד ב-1881 בפראג ונפטר ב-1983 בברקלי ארה"ב. עד 1933 היה פרופ' למשפט חוקתי בווינה, וחיבר את החוקה האוסטרית שקיימת עד היום. היה יהודי וב-1933 נאלץ לעזוב לארה"ב. כתב את ה-**THE PURE THEORY OF LAW - תיאורית המשפט הטהורה** בשנות ה-50 בן גוריון פנה אליו שיכין חוקה למ"י.

נקודת המוצא של קלזן

כל בני האדם שחיים במסגרת חברתית, מנהלים את חייהם על סמך מערכות נורמטיביות. אי

בחברה יש 3 מערכות נורמטיביות :

1. המוסרית
2. הדתית
3. המשפטית

לאורך קיום החברה האנושית יש ויכוח ← מה רמת היחס בין 3 מערכות נורמטיביות אלה. האם מדובר במערכות משיקות, חופפות או מעגליות (המערכות זו בתוך זו).

כדי לאבחן בין משפט למוסר אמרו ← שהמוסר מתעניין במניע, והמשפט בתוצאה.

קלזן רצה לבנות מערכת טהורה: בה יוכלו לעסוק במשפט, במנותק מנושאים אחרים שהולבשו עליו.
 ♦ תפיסתו פוזיטיביסטית.

אוסטין אומר- נורמה משפטית היא פקודה, שהחלק המהותי בה - קיום הסנקציה- שהיא המניע לציות והמקור לחובת הציות.
 ☞ חובת הציות ← הסנקציה

קלזן אומר: הסנקציה היא לא המניע לציות ולא מקור לחובת הציות.

☞ חובת הציות ← תמיד מחוץ לחוק (אינה שאלה משפטית)

אומר קלזן ניקח פקודה כמו: "איש ציבור שלוקח שוחד דינו מאסר 7 שנים" ← נפרק אותה, ונביט בה אנליטית – רואים שהיא מתחלקת ל-2 אלמנטים:

1. **נמענים:** "איש ציבור" ← מופנה לאיש ציבור.

2. **מהות:** "שלוקח שוחד" ← מופנה למערכת המשפט.

אומר קלזן - הסנקציה לא מופנית אל הפרטים בחברה ← אלא אל המערכת, כדי שתדע מה לעשות כאשר האדם לקח שוחד.

☞ היינו הסנקציה לא מופנית לאזרח ולכן אינה מניע או מקור חובה לציות. היא מופנית לבימ"ש שאמור ליישם את החוק.

חובת הציות לחוק נמצאת מחוץ למשפט. זאת לא שאלה משפטית.
 התשובה לשאלה למה מצייתים לחוק ← נמצאת מחוץ למערכת המשפט, אין לה תשובה בחוק.

כשאני עוסק בשיטת משפט טהורה ← אני לא עוסק בשאלת החובה לציות, אני עוסק בשאלה – האם יש נורמה משפטית.

◆ למה מצייתים לנורמה – זו שאלה מוסרית פילוסופית, אותי כאזרח ומשפטן – מעניין לדעת "מהי נורמה תקפה"

דוגמא: יש נורמה האומרת "אסור לקבל שוחד".

השאלה שמעניינת אותי כאיש ציבור: מה יקרה לי אם אקח שוחד, כי אם אני עבריין ואני לא מציית, ← אני רק מפחד ורוצה לעשות שיכלול מה יקרה לי ← זו תפיסה על הטבע האנושי, ולא על המשפט. השאלה המעניינת איש ציבור היא ← האם יש נורמה תקפה בחוק שאסור לקחת שוחד.

הדין שלי כמשפטן מתחיל בחוק ← למה אסור לקחת שוחד – זו שאלה שלא מעניינת אותי.

◆ זאת שאלה מוסרית, פילוסופית שלא מעניינת את האזרחים הרוצים לציית לחוק.

◆ גם בהנחה שיודעים למה אסור לקחת שוחד, השאלה למה צריך לפעול ע"פ העיקרון שאסור לקחת שוחד ← לא מעניינת אותנו האזרחים. אלא מעניינת את הפילוסופים.

קלזן: מה ההבדל בין האמירה אני דורש ממך -100 שקל.
 לבין אני תובע ממך 100 שקל.

הציפיות שלי הם - לקבל 100 שקל. אין הבדל באמירות מבחינת הציפייה.

◆ אך השומע את האמירה: אני דורש ממך ← עונה תדרוש....

◆ השומע את האמירה: אני תובע ממך.. ← בודק בחוק אם הוא חייב.

לפי קלזן: תפקיד הסנקציה - ליצור מונופול של כוח בחברה
 ← אומרת לביהמ"ש מה לעשות

השאלה לפי קלזן: האם יש נורמה תקפה ← אם כן אז אני מצית
 ◆ השאלה "למה?" היא לא חלק מהמערכת המשפטית

תורת המשפט מתחילה מהנורמה הבסיסית ← וממנה כלפי מטה יורדות שאר הנורמות

דוגמא: קבלתי דו"ח תנועה ואני בודק אם אני צריך לציית לו ← האם יפעילו נגדי כוח
 ◆ כדי שיפעילו נגדי כוח נדרש לדו"ח יהיה תוקף נורמטיבי:

הבדיקה : דו"ח תנועה



האם הפקח פעל בדיוק ע"פ מה שהוגדר מכוח חוק עזר עירוני? (אם לא – הדו"ח לא נורמטיבי)



האם העריה הפעילה סמכותה לחוקק חוק עזר העירוני ע"פ הוראות פקודת העריות?



האם לפקודת העריות תוקף ע"פ חוקי היסוד?



לפי קלזן ← מעל חוקי היסוד נמצאת הנורמה הבסיסית.

בהנחה שהחוק לא תואם את פקודת העריות:

א. לא נתייחס לדו"ח. וסביר שיבקשו לממשו ואז נטען שהחוק עזר לא חוקי.

ב. עותרים לבג"ץ שחוק עזר חרג מסמכות.

בהנחה שהחוק עזר חוקי ← אך אינו לפי חוקי היסוד - ניטען שהחוק נוגד את חוקי היסוד.

כדי שנורמה תהיה נורמה עליה להיות מנוסחת ככזו.

◆ הנורמה הבסיסית בישראל היא ← יש לציית לחוקי הכנסת.

בארה"ב הנורמה הבסיסית ← יש לציית לחוקי הסנאט ובלבד שאינם סותרים את החוקה.

• התרומה הגדולה של קלזן ← המושג "נורמה בסיסית".

הביקורת על קלזן:

1. קלזן הפך את החוק לעניין מכאני ← ניתק מהחוק כל שימוש ועיסוק בעניינים ערכיים, ו עקרונות. ע"פ שיטתו של קלזן – אין מקום לשאלות ערכיות, של עקרונות.

אך במשפט המודרני היום- אין ניתוק משאלות ערכיות ← החוק זה לא גזרה, זו נורמה המבוססת על שאלות ערכיות ← וקלזן ניתק סוגיה זו.

דוגמא: בפס"ד ירדור - כל בר דעת מבין שמדינה אמורה להגן על עצמה (עקרון תשתיתי) השופט חיים כהן אומר: כדי שעקרון יוכר כעקרון תשתיתי, עליו להיות מעוגן בלשון החוק. לכן איני עוסק בעקרונות תשתיתיים. (זה תוצר של תורת קלזן) ◆ המשפט הישראלי היה קרוב לקלזן. בשנות השמונים זה נגמר ← הבינו שלחוק יש גם עקרונות.

2. ע"פ קלזן כל נורמה צריכה להיות מדויקת. כשאומרים שעל נורמה להיות מדויקת ← מגבילים את מערכת המשפט.

◆ תפיסת קלזן אומרת שגדר החוק הוא - הגדר המילולי של החוק (לשון החוק) ← אין שמחייב היא הלשון המדייקת של החוק. אין שק"ד שיפוטי. מה

אומר קלזן: ככל שמדייקים יותר בלשון החוק נותנים מטריית הגנה לאזרח.

◆ הבעיה: היכולת של אדם לצאת זכאי על סמך אי התאמה בין החוק לסמכות. ← כשאתה מפעיל כוח במדויק ← אתה מגביל את הפעלת הכוח ויש לזה מחיר.

בעיה נוספת: הצפייה שמערכת הנורמות החקיקתית תוכל לתת מענה לכל דפוס התנהגות אנושית אינה אפשרית

מערכת המשפט פיתחה את רעיון הלקונה לפיו ← "דווקא בגלל שאני יודע שהמחוקק לא יכול לצפות את כל האפשרויות ← יש אפשרות למלא חללים ע"י ביהמ"ש.

אצל קלזן אין טעויות בחוק. אין לקונה.

◆ אם צריך להתמודד עם התנהגות אנושית עתידית יחוקקו עוד חוק.

לסיכום:

א. קלזן מגביל את הפרשנות ← יש נורמות קיימות

ב. מגביל את עבודת ביהמ"ש (אינו יכול לבסס נורמות חדשות)

ג. הוציא מהמשפט את נשמתו

לפי קלזן ← כשנורמה בסיסית לא נותנת פיתרון ← יש הסדר שלילי.

משמעות נורמה מחייבת, תקדים: כשהחל עניין התקדים המחייב - לא התכוונו לסיטואציה בה בימ"ש יצור יש מאין.

לפי קלזן בימ"ש יכול לקחת X ולתת לו אפיון של X1 - כלומר להרחיבו. (קלזן מקבל הרחבה כזו) ◆ אך ביהמ"ש לא יכול להפוך את X ל-Y.

במקרה שיתעורר עניין חדש - סיטואציה Y ← יאמר קלזן שזה לא לגיטימי לסיטואציה X.

- ◆ איך נפתור זאת לפי קלזן? ← אין פיתרון אלא אם נקבע חוק לגבי סיטואציה Y.
- ◆ היום בימ"ש יפעיל שק"ד שיפוטי וייתן פיתרון לסיטואציה Y.

הרברט הארט :

ספרו **מושג המשפט**, אחד הספרים החשובים ביותר בתורת המשפט.

הארט: מה שמאפיין את החברה האנושית ← שכל חברה מתבססת על קיומם של כללים. ◆ אי אפשר לבסס חברה שלא יהיו בה כללים.

יש כללים מסוגים שונים ← אך לכל כלל יש **נקודת מבט חיצונית** ו**נקודת מבט פנימית**.

נקודת המבט החיצונית

נקודת המבט החיצונית ← היא ביטוי של כלל חברתי.

שאני מסתכל מבחוץ אני רואה **שרוב** האנשים באותה חברה מתנהגים אותו הדבר ◆ למשל: בני חברה X עוצרים כשיש רמזור אדום.

נקודת מבט פנימית

היא המניע האומר שראוי לנהוג לפי אותו כלל.

◆ אנשים מתנהגים ע"פ אותו דפוס התנהגות - בהסתמך על נקודת מבט פנימית האומרת

◆ נקודת המבט הפנימית כוללת את העובדה שיש גישה ביקורתית על מי שלא פועל ע"י אותו כלל.

כלל חברתי ← זה שילוב של נקודת המבט החיצונית ונקודת המבט הפנימית.

הביקורת על ההתנהגות יכול להתבטא בכמה רמות : מנזיפה ← עד מאסר

הדגמה:

נקודת מבט חיצונית: בשוויצריה לא זורקים בדל סיגריה ברחוב.

נקודת מבט פנימית: הם פועלים כך, כי יודעים שלא ראוי ללכלך רחוב, מי שילכלך ← ראוי לביקורת.

הביקורת

עולים למגרש כדורגל 11 שחקנים – נקודת המבט החיצונית אומרת שזה הכלל. אם יעלו 12 - השופט יגיד להוציא שחקן ← זו הביקורת.

- ◆ בדוגמא זו רואים שמדובר בכלל טכני ← לא לכלל נדרש היבט מוסרי.
- ◆ יש גם כללים טכניים שנקבעו ← ההופכים לכאלו - שיבקרו את מי שלא ינהג כך.

ז"א בשוויצריה יודעים שמי שזורק סיגריה ראוי לביקורת ולא נוהגים כך, נ' מבט החיצונית - לא זורקים

נ' מבט פנימית - לא זורקים, כי התפתח כלל באותה חברה שלא זורקים.

נקודת המוצא היא ← שבכל חברה - במהלך התפתחותה מתגבשים כללים של התנהגות ◆ הכללים שהתגבשו כוללים את נקודות המבט החיצונית והפנימיות ← ואילו הם הכללים בהם אנו עוסקים.

החידוש הגדול של הארט כל הנושא ההיבט המוסרי לא רלוונטי. מבחינתו רלבנטית העובדה שאנשים שחיים בחברה מסוימת אימצו לעצמם דפוס מסוים של התנהגות. ← **מזה אנו למדים שהוא פוזיטיביסט,**

תפקידינו, כמי שבודקים מערכות משפט - זה לא להעריך את מוסריות המערכות המשפטיות הנבדקות. מעניין אותנו ← לראות איך המערכת עובדת,

- ◆ האם ברבות הימים התפתחו כללים מסוימים של התנהגות שבני אדם מקבלים אותם על עצמם, ואיך המערכת עובדת ← זה מה שמעניין אותי,
- ◆ מה הסיבה להתפתחות הכללים והאם זה מוסרי או לא ← זה לא מעניין אותי.

דפוס התנהגות מעניין ← רק כאשר יש לו נקודת מבט פנימית - כלומר יש ביקורת,

- ◆ כל חברה מאמצת לעצמה כללים, והכללים האלה **כבר קיימים מבחינתנו** ← הארט פתר את בעיית הפוזיטיביזם.

השוואה בין הארט לאוסטין:

- ◆ הביקורת על אוסטין הייתה ← שאצלו הסנקציה הייתה המניע לציית לחוק חוק. אמרנו שזה נראה נורא שאומרים - שאדם מציית לחוק רק בגלל שהוא מפחד מהעונש.

- ◆ **אצל הארט ← הציות של הפרט הוא "רצון להשתלב ולהשתייך לחברה בה הוא פועל".** זה הבדל עצום.

- ◆ **אם הארט צודק,** איך נתייחס לחוקי הגזע של חברה הגרמנית? ← אנשים יומרו שצריכים לנהוג לפי הכלל ואם לא הם יהיו ראויים לביקורת.

הארט אומר שהכללים שאנו מדברים עליהם לא מתפתחים מהיום למחר, זה לוקח שנים.

- ◆ דפוס התנהגות הם פרי התפתחות של שנים
- ◆ הכלל שבשוויצריה לא זורקים בדל סיגריות ברחוב התפתח במשך זמן רב. בישראל - אם תיתן הוראת חוק שלא זורקים סיגריות מהיום - ייקח שנים רבות עד שהחוק יוטמע ע"י הציבור.

- ◆ העובדה שכלל מסוים אומץ ע"י החברה ושרד ← אומר שיש בו מימד של תועלת וערך לחברה, לכן העובדה שבגרמניה אומרים שיש חוקי הגזע ← זה לא דבר פשוט.

הארט: תורת המשפט מורכבת - מכללים ראשונים וכללים משניים.

הכללים הראשונים ← הינם חוקים שהתפתחו בתקופה קדם משפטית - במשך שנים

החברה בארץ לא הייתה צריכה לחכות לפקודה פלילית, בה כתוב שאסור לאנוס, כדי להבין שלא אונסים. זה שבחוק הפלילי קיים איסור לאנוס, זה ביטוי לכללים שהיו מקובלים בחברה לפני זמן רב.

- ◆ בחברה בה יש רק כללים ראשונים ← יש אי וודאות ביחס לקיומם, תוכנם וההיררכיה של הכללים, נניח שזיהיתי שקיים כלל. מהו התוכן של אותו כלל? כלל: אחד לא נותן מכות לשני ← אך יש סיטואציות בהן כן נותנים מכות (ספורט) ואין נקודת מבט פנימית, אין ביקורת. עלי להבין מה משמעות העובדה שיש זירה ובה שני אנשים שהולכים מכות וזה בסדר.

השאלות:

1. מה קורה כשיש כללים שלכאורה סותרים? איך יוצרים ערך והיררכיה בין כללים
2. איך פותרים סכסוכים. (הכרעה בסיטואציה שיש סכסוך)
3. מה קורה אם יש בצורת? ← צריך ליצור כללים חדשים ואין מי שיצור אותם.

בעיות של המצב - בו יש כללים ראשונים בלבד.

1. מה עצם קיום הכלל, תוכנו והקיפו
2. איך ליישם כללים
3. איך משנים כללים

כדי להתמודד עם סיטואציה של כללים ראשונים בלבד ולפתור את הבעיות שנוצרו - יצר הארט כללים משניים.

ישנם שלושה כללים משניים:

1. **כלל הזיהוי**
2. **כלל השינוי**
3. **כלל השפיטה**

גם כלל משני הוא כלל חברתי. ז"א שגם בהם יש נקודת מבט חיצונית ונקודת מבט פנימית

1. כלל הזיהוי – הכלל המשני החשוב ביותר. באמצעותו מזהים את שאר הכללים הקיימים במערכת. אם אני רוצה לדעת אם במדינה קיים כלל מסוים ← הדרך שלי לברר זאת היא באמצעות כלל הזיהוי.

כדי לדעת מהו כלל זיהוי בחברה מסוימת ← אלך לחברת השופטים, אראה מה עושים בביהמ"ש כשמתבקשים להכריע בסכסוכים משפטיים. מהם המקורות מהם הם שואבים את הפתרונות.

- ◆ נקודת המבט החיצונית: בישראל מגלים שכדי להגיע להכרעה - בתי המשפט משתמשים בחוקים, בתקדימים בהיקש.
- ◆ כלל הזיהוי מתגבש אצל השופטים

למה זה כלל חברתי? כי לפי נקודת המבט הפנימית ← שופט יודע שכדי לתת פס"ד בתיק מסוים הוא חייב לפנות אל החוק והתקדים. אם יפנה לחיים נחמן ביאליק – הוא יודע שזה דבר שלא ראוי לעשותו- ועובדה שאם יעשה זאת יוגש ערעור שיבטל את פס"ד.

כלל הזיהוי הוא אותו כלל חברתי על פיו פועלים בתי המשפט ← המאפשרים לנו לזהות מה הם הכללים על פיהם פועל או אמורה לפעול חברה או מדינה.

- ◆ במדינת ישראל כללים רבים חדשים יחסית. בחברה מסוימת שאין בה מסורת ארוכת שנים מטבע הדברים קצב השתנות הכללים מהיר עד שמתגבשת מסורת יציבה.
- ◆ ככל שהכלל וותיק יותר - קצב השינוי שלו איטי.
- ◆ במדינה דמוקרטית מרגע שאותר כלל הזיהוי - כל הכללים החברתיים כפופים לו

2. כלל השינוי – כלל שבאמצעותו אני יכול לשנות כללים ראשוניים. – למשל בעזרת הכנסת הכנסת מפעילה את כלל השינוי

נקודת מבט חיצונית: אני אראה את שינוי החוקים בכנסת
 נקודת המבט הפנימית: חברי הכנסת יודעים שאם יפעילו את כלל השינוי בניגוד לכללים הקונסטיטוציוניים הקיימים במדינה - יש מערכת שתמנע זאת מהם (היינו ביהמ"ש).

במדינה דמוקרטית ← מרגע שאותר כלל ראשוני ע"י כלל הזיהוי - כל הכללים כפופים לו.
 ◆ כללי משניים יכולים להשתנות ברגע דרמטי כמו סיים המנדט .

במהפכה הצרפתית- שוויון הוא ערך. ניתן לתרגם שוויון לכללים- אין להפלות בין גבר לאישה בקניין.
 ◆ שינוי המשטר איננו שינוי משפטי - אלא שינוי חברתי.
 ◆ בעקבות המהפכה השתנה המשפט. - כלל הזיהוי השתנה. יש להפעילו ולזהות את הכללים החדשים.

3. כלל השפיטה

אומר לנו מה הסטנדרט שצריך להתקיים לצורך ישוב סכסוכים.

נקודת מבט חיצונית: אני רואה אך אנשים פועלים כשיש ביניהם סכסוך ← הם הולכים לבית משפט.

נקודת מבט פנימית: אנשים יודעים שבסכסוך הם פונים לביהמ"ש. האלטרנטיבה לקחת בכוח, לפנות לעולם התחנות. אנשים מבינים שזה לא הסטנדרט לפעול כך.

כלל השפיטה עוסק במה עושים בהתנגשות כללים ← הולכים לכלל הזיהוי שיומר איזה כלל קיים ואיזה לא, איזה כלל עדיף על השני,
 ◆ דוגמא: חלק מכלל השפיטה במ"י כולל את עקרון התקדים המחייב.

תפקיד שלושה הכללים המשניים ← לפתור את הבעייתיות שנוצרה בחברה כתוצאה מקיומם של כללים ראשוניים בלבד.

לסיכום עפ"י הארט :

הארט הוא פוזיטיביסט - כל מה שמעבר לחוק הפוזיטיבי (מוסר וכו') לא מעניין אותו
 ◆ הוא מתמודד רק עם הכללים הראשוניים - הוא נבע מאוסטין

מושגים בסיסיים בתיאוריה :

נקודת מבט חיצונית
נקודת מבט פנימית
כללים ראשוניים

כללים משניים - כלל הזיהוי, כלל השינוי, וכלל השפיטה
◆ כלל הזיהוי הוא החשוב – כי באמצעותו מזהים את המערכת.

← יש שילוב בין כללים ראשוניים לכללים משניים.

רונלד דבורקין

(אביו הרוחני של ברק) אבי הנון- פוזיטיביזם המודרני. - התנגד לפוזיטיביזם של הארט.

תיאורית דבורקין :

טענתו היסודית נגד הארט

הטענה : אם שופט - ההולך בשיטת הארט - מזהה כלל ← מרגע זיהוי הכלל אין לביהמ"ש שיקול דעת חוץ משימוש מוגבל בשפה.

ביהמ"ש מפעיל את כלל הזיהוי ← המפנה לכלל שנותן פתרון לסוגיה.
◆ מרגע זה אין לשופט שיקול דעת יותר. הוא חייב לפעול לפי הכלל!

הדבר היחיד שהוא לשיקול דעתו של השופט ← זה זיהוי המינוח ← הינו **פרשנות לשונית - ולא**

◆ למשל רכב מנועי - אופניים לא יכנסו לרכב מנועי, קורקינט עם מנוע - זה כן רכב מנועי.

מהקורה עם תורת הארט- כשאינן כלל? מה קורה שיש משפט - וביהמ"ש לא מזהה כלל?
כשאין כלל לפי הארט - שיקול הדעת הוא בלתי מוגבל ← ביהמ"ש יכול לעשות מה שנראה לו.
◆ כשיש כלל שיקול הדעת מצומצם .

דוגמא

מפקד אומר מסרו לי את כלי הנשק שבידיכם ← שיקול דעת רחב כי כל דבר שהמפקד יחשוב שזה כלי נשק - יכנס לכלי נשק
מפקד אומר מסרו לי את כלי הנשק החמים שבידיכם- שיקול דעת צר

דבורקין: אם תיתן להביא כלל מכל מקום ← אתה נותן לביהמ"ש אפשרות לחקיקה שיפוטית וזה לא דמוקרטי

נניח שיש משחק כדורגל ונשאל עם יש להפסיקו - אם יורד גשם, ויש מושג של ערך ספורטיבי ← המושג יחתך לפי הערך שביהמ"ש נותן לו. אם "בערך ספורטיבי" מדובר על כושר גופני: ככל שיש יותר קושי - יש יותר כדורגל. אם מדובר ביופי - יפסיקו את המשחק כי גשם לא יפה.

מושג רחב: מגלגל את ההחלטה הנורמטיבית לביהמ"ש- שיוכל להחליט לפי השקפת עולמו אם ספורטיבי זה יפה או כושר גופני. כל שופט ע"פ תפישת עולמו הופך להיות הפרשן היוצר את הנורמה

דוגמא א': שוטרים התנפלו על עבריין שבצע שוד ← כדי לתפוס אותו. התנגד, נשפך דם והתערבב. העבריין אמר לשוטר שהוא חולה איידס. ביקשו לערוך לו בדיקת איידס. העבריין סרב: א. הוא מפחד ממחט ב. ע"פ חוק כבוד האדם וחירותו, וחוק הגנת הפרטיות ← הוא לא מוכן לבצע הבדיקה.

דוגמא ב: בחורה בבית שימוש מקיימת יחסים עם גבר ואח"כ הוא אומר לה יש לי איידס.
◆ מה השופט יחליט ?

בעניין השוטר: אילו היה פה זכות פרטית ← מול זכות פרטית - לא ניתן לתת עדיפות לזכות.

בימ"ש אמר שלא מדובר באינטרסים נוגדים.
אינטרס השוטר זהה עם האינטרס הציבורי ← אנשים המבצעים את תפקידם ע"פ דין וחשופים לסכנות - יעשו זאת ללא חשש בידיעה, שכשיקלעו לסכנה ברורה, הדורשת בדיקה - זה יבדק מיידית.

אם השופט היה הארט ← בסיטואציה שהחוק אומר: שלא ניתן לבצע בדיקה בניגוד לחו"י כבוד האדם- נגמר העניין! לא ניתן לביהמ"ש שיקול דעת.
 ♦ ההבחנה בין שוטר (ציבורי) לבין הבחורה (זכות פרטית) - לא מצויה בכלל.

לפי דבורקין השופט אומר ← למרות שיש כלל, אני נותן תשובה לפי שיקול דעת, והתוצאה לא נגזרת ע"פ כלל אלא נגזרת מה שנמצא מעבר לכלל.

מה צריך דבורקין לעשות כדי לסתור את תיאורית הארט ?

דבורקין -

דבורקין ילך לביהמ"ש – ויראה שם נותנים נוק אווט להארט. הוא יראה שיש כלל ← וביהמ"ש פוסק בניגוד לכלל.
 עליו להראות מיקרה אחד בעליון - שבו לדעת כולם יש כלל ברור, ולמרות זאת בימ"ש פסק בניגוד לכלל ואין עליו ביקורת ← - היינו פס"ד התקבל.
 ♦ אם אצליח להראות שלמרות שיש כלל ברור - ביהמ"ש פוסק בניגוד לכלל, הוא לא פוזיטיביסטי. כי לפי שיטתו הפוזיטיביסטי של הארט - לא יכול שביהמ"ש פועל בניגוד לכלל ואין עליו ביקורת.

פס"ד ריקס נ' פאלמר

הדוגמא **שדבורקין** מביא: **פס"ד ריקס נ' פאלמר** סב כתב צוואה בה השאיר חוותו לנכד. הסב הזדקן והתאלמן, והכניס לחוותו בחורה צעירה. הנכד חשש שהבחורה תבלבל את הסב ושיריש לה את החווה, לכן הרעיל אותו, וביקש לקיים את הצוואה. מגלים שבחוק האמריקאי לעניין צוואות יש 10 תת סעיפים של "פסלות נהנה מלרשת צוואה" – באף מקרה לא מופיע הסיטואציה של **הרצחת וגם ירשת**.
 היה ברור לשופטים שהכלל במקרה זה ← המצב החוקי הרלוונטי במקרה זה הוא: **ע"פ החוק הנכד זכאי לקבל את הצוואה**. ← לא ניתן לומר שזו לקונה.
 ♦ ניתן לומר שיש לקונה - כשסביר להניח שמדעת המחוקק נשמט נושא.
 ♦ פה ברור שהמחוקק חשב וקבע הסדר.

הדעות התפלגו בביהמ"ש.

דעת המיעוט: יש כלל, וכשיש כלל ← אין לביהמ"ש שיקול דעת. מקסימום ניתן לפנות למחוקק שיוסיף את הכלל. ← **זה הארט**

דעת הרוב: אכן יש כלל, אך ביהמ"ש בארה"ב לא מוכנים לתת לאדם לזכות במשהו - בזכות מעשה פשע ← **זה דבורקין**. כי ביהמ"ש פוסק בניגוד לכלל.
 ♦ מסקנה: דבורקין סתר את התיאוריה של הארט.

דוגמא מהארץ: אישה בחיפה כתבה צוואה והשאירה את הרכוש לשני בניה. כתבה שאם אחד לא יהיה בחיים הרכוש יעבור לנכדים. אחד הבנים רצח את אימו ואת אחיו ובא לבקש את הצוואה.
 ♦ הרוצח לא הועמד לדין בגלל אי שפיות.

חוק הירושה בישראל אומר - מי שהורשע וגרם במתכוון למותו של מוריש פסול לרשת אותו (רצחת וגם ירשת), אך במקרה דנן לא הרשיעו אותו.

ביהמ"ש: הקביעה שהבן יהיה נהנה ע"פ צוואת אימו ← תהפוך את ביצוע ההוראה המקנה לו מחצית מנכסי העיזבון לבלתי מוסרית - **זה דבורקין**.
 הכלל ברור: הוא מדבר על מי שהורשע ← אך אם נלך לפי הכלל זה לא מוסרי.

לכן - החצי של האח שנירצח הולך לילדיו ע"י הוראות הצוואה.
לעניין האח הרוצח ← אם לא החיל את הוראות הצוואה על הרוצח - אחיל את חוק הירושה.

◆ לגבי החצי השני של הירושה ← אם אחזור לחוק הירושה - אותו רוצח שוב מופיע

ביהמ"ש: גם זו תוצאה שקשה להשלים עימה. אך אם זו התוצאה שאין מנוס ממנה לפי חוק הירושה - על כורכנו נענה אמר - יתכן שהמחוקק צריך לתת את דעתו ולתקן את החוק (**זה הארט**)

דוגמא נוספת: **פס"ד כהן נ' קניג**

אישה קפצה מחדר במלון יחד עם ילדתה והתאבדה. המשטרה מצאה בחדר הרבה פתקים בהם המתאבדת מבקשת שלא יתנו לבעלה כלום מרכושה, כי הוא גרם לה להתאבד.
◆ על הפתקים לא הייתה חתימה ותאריך.

ע"פ הכלל - אין צוואה (ללא חתימה ותאריך) ← ואז הולכים ע"פ חוק הירושה ובעלה יורש.

היה ניסיון בביהמ"ש לעשות תמרון פרשני - ולהגיד שבחוק הירושה יש לביהמ"ש סמכות לתקן פגמים שנפלו בצוואה.

כשיש צוואה ואין חתימה ותאריך ← הדרך הפרשנית לא נכונה. כי זה לא פגם - זה חסר.

◆ במקום 2001 כתוב 3001 ← זה תיקון פגם.

◆ **אם אין תאריך** ביהמ"ש לא יכול להשלים ← זה יהיה תיקון ולא השלמה.

דעת הרוב: זה לא צוואה והבעל יורש, למרות שביהמ"ש היה משוכנע שזה רצון האישה. **זה הארט**

ברק אומר ← דיני הצוואות הוכרו ע"י המחוקק על מנת לתת מקום לרצון המצווה - זו התכלית של דיני הצוואות.

אם ביהמ"ש יודע בוודאות מה כוונת המצווה - מה זה משנה אם יש או אין תאריך? כוונת המחוקק לתת מקום לרצון המצווה.

ברק מפרש את הכלל ← ז"א שהוא הוא מכיר בכלל ← הוא נותן ביטוי לרצון המחוקק.
- זה משמעות להיות אקלקטיקן (אספן).

- אם היה לו אומץ שיפוטי - הוא היה אומר שאין פה עניין שיפוטי (ופוסק בניגוד לכלל ע"פ שיקול דעת). אם היה עושה ככה ← **זה דבורקין (שיקול דעת)**

אך ברק **מקבל** את הכלל - אך נותן לו פרשנות תכליתית.

רונלד דבורקין

דבורקין הוא נון-פוזיטיביסט **שהוכיח** שהתיאוריה הפוזיטיביסטית של הארט לא מתפקדת בשטח
◆ הוא הראה שבתי המשפט פועלים **בשיטה נון-פוזיטיביסטית**,

היינו ← **בכל המקרים בהם יש סתירה בין תחושת צדק בסיסית לבין הכלל** - בתי המשפט יחפשו את הפתרון: אם בדרך של **פרשנות מרחיבה או באקטיביזם שיפוטי** - שיוצרים תוצאה נורמטיבית
← **גם כשהיא עומדת בניגוד ובסתירה לחוק.**

השאלה: מה יהיו תכני אותן נורמות או עקרונות - שבהם (לשיטת דבורקין) יהיה לגיטימי שבימ"ש יפסוק בצורה שנוגדת את הדין?

א. מה נותן הלגיטימציה לבימ"ש לפעול בניגוד לדין?

ב. באיזה מקרים בימ"ש יפסוק בניגוד לדין?

על מה מסתמך דבורקין כשהוא מגיע למסקנה שניתן לפסוק **בניגוד לעקרון הפרדת הרשויות**?

◆ לפי דבורקין ערכאה יכולה לאומר שהתוצאה שאליה מוביל הדין לא צודקת ולכן פוסקים בניגוד לדין.

◆ מה נותן לביהמ"ש את הסמכות לעשות זאת?

הרעיון של דבורקין : התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית (ת.פ.ק) וזכויות הרקע

קוהרנטי - תואם ועקבי לאורך זמן.

דבורקין אומר - כל חברה במהלך קיומה מגבשת לעצמה תפישות עולם של זהות, משמעות, מוסר, הפועלות קיימות ומתפתחות עוד מקדמת דנן.

- ◆ לכל חברה בעולם יש מטען חברתי איתו היא מתקדמת ומתפתחת
- ◆ כשמנסים לקבוע נורמות בחברה מסוימת, קביעת הנורמות היא תוצאה של התיאוריה הקוהרנטית. ← זה נקרא גם "המכלול התרבותי של החברה".

דוגמא: כשבכנסת התקבל ה**תיקון לחוק שרות ביטחון** ← הפוטר בני ישיבה מלשרת בצבא, שואלים על רקע מה זה נעשה? יש מדינות שלעולם לא יתנו פטור על רקע לימודים דתיים.

תשובה: יש הטוענים שזה סה"כ תוצאה של סחטנות קואליציונית.

דבורקין יטען שהמחוקק העביר זאת על רקע מסורת תרבותית חברתית של החברה הקיימת מקדמת דנן. ← יש ערך בחברה ללימוד תורה.

דבורקין אומר שכאשר חברה מעניקה זכויות מסוימות ← הדבר הזה לא מקרי. ← זה חלק מהתיאוריה הפוליטית הקוהרנטית של החברה

- ◆ התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית - זה המכלול של ההיסטוריה של העם.

דבורקין אומר הכנסת עוסקת בד"כ באינטרסים קצרי המועד של החברה במקום להתעסק באינטרסים ארוכי הטווח של החברה, ובימ"ש העליון עוסק באינטרסים ארוכי המועד של החברה.

אם המחוקק וביהמ"ש שואבים את הנורמות מאותו המאגר ← משמעות הדבר ששניהם מבצעים את אותה הפעולה, לכן לא מדובר בפגיעה בדמוקרטיה.

- ◆ גם המחוקק רואה עמו קשור לתיאוריה הפוליטית הקוהרנטית.

נניח שביהמ"ש מקבל החלטה שעומדת בסתירה לחוק

דוגמא: הוחלט שכל אדם שרוצה להיות מנהל תיקי נ"ע - צריך להפקיד סכום של 3 מיליון שקל כדי להבטיח את השקעת הלקוח

ביהמ"ש העליון אומר **שהתקנה פסולה** ← כי עלות הערבות מאוד יקרה ורוב מנהלי התיקים לא יכולים לעמוד בה,

דבורקין יאמר ← שבמידה והשופט ברק היה מסביר לכנסת את הכוונה שלהם בחוק יסוד חופש העיסוק, ואת הסתירה שיש בקביעה לגבי מנהלי התיקים ← סביר להניח שהיו מבינים שהם טעו בקביעה ← על כן אין פגיעה בדמוקרטיה, וביהמ"ש מתקן את מה שחברי הכנסת התכוונו אליו מלכתחילה

- ◆ יתכן שבימ"ש לא יצליח לשכנע את הרשות המחוקקת שהתקנה שגויה.
- ◆ שופט טוב זה שופט שיודע לזהות את התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית.
- ◆ מי הוא הציבור הנאור **ע"פ דבורקין** ? אותו ציבור שיודע לזהות את ערכי התיאוריה הקוהרנטית

ת.פ.ק: (תיאוריה פוליטית קוהרנטית) **זכויות הרקע** ← הן תוצר של התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית, המחוקק לוקח מזכויות רקע בחברה, זכויות מסוימות ← והופך אותן לזכויות ממסדות - לאור התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית.

◆ **ברגע שהמחוקק מכיר בזכות מסוימת בחוק - היא מפסיקה להיות זכות רקע ומתחילה להיות זכות ממוסדת.**

ע"פ דבורקין: גם ביהמ"ש יכול לפנות לזכויות הרקע ולהפכן לזכויות ממוסדות. וזה לא נוגד את הדמוקרטיה.

דוגמא: פס"ד נחמני

מגיע לביהמ"ש העליון שאלת הזכות להורות. סוגיה זו לא נדונה בחוק. בימ"ש שואל עצמו האם התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית מפנה לזכות רקע בחברה בישראל ← שבשמה קובעים זכות ממוסדת כהורות ← והאם כשמוכרת הזכות להורות ניתן גם לכפות הורות. ◆ **למעשה ביהמ"ש שואל את עצמו האם בחברה שלנו יש זכות רקע כזו.**

אם עו"ד אומר לך שלגבי מה שאתה דורש - אין שום זכות בחוק ← אך ניתן לשכנע את השופט שיש רקע לזכות כזו בחברה ← במידה וביהמ"ש יכיר בזכות הרקע- נקבל את הסעד הדרוש על אף שאין חקיקה.

◆ מ"י היא מדינה שסועה לנסות וקשה לזהות את התיאוריה הקוהרנטית של החברה הישראלית. אף אחד עדיין לא הצליח.

השופט ברק: התיאוריה של דבורקין מתאימה לחברות מ-2 סוגים :

← או חברות שיש להם חוקה ← כי היא ביטוי של התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית
← או של מדינות כמו שוויץ במ החברה הומוגנית

ברק טוען שאם אתה רוצה לזהות את התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית ← דע לך שלשיטת המשפט הישראלי יש בסיס בתיאוריה הקוהרנטית ← **"ערכי היסוד של השיטה המשפטית"**.

- ◆ ערכי היסוד אלו אמורים להתגבש בחוק ← וכאשר ביהמ"ש פוסק בניגוד לחוק ← זה למעשה הרצון של המחוקק ← כי הוא אמור להבין את ערכי היסוד של השיטה.
- ◆ כשהמחוקק פעל בניגוד לערכי היסוד של השיטה המשפטית ← ביהמ"ש מתקן אותו ועוזר לו להגיע לרצונו הוא.

מדוע ברק בעד קודיפיקציה – כי בכך הוא יכול להגדיר מה התפ"ק - של החברה הישראלית - בתוך המשפט האזרחי.

לפי דבורקין:

עקרונות – הם ערכים

מדיניות – ביטוי של תקנת הציבור.

דוגמאות הנינגסן נ' בלומפילד

הנינגסן קנה רכב מהמפיץ בלומפילד. כשרכש את הרכב חתם על הסכם ← שהחברה היצרנית אחראית **רק על תקלות ברכב** - והאחריות היא **החלפת החלק הפגום**. בנוסף יש סעיף האומר: שס' הגבלת האחריות - מתגבר על כל סעיף אחר בהסכם.

הנינגסן עבר תאונה עקב ליקויי בבלמים. ע"פ ההסכם החברה הייתה מוכנה להחליף את הבלמים.

בבימ"ש עליון בארה"ב עלתה השאלה - האם הנינגסן זכאי לפיצוי על הנזקים מהתאונה ?

דבורקין מנתח את פס"ד:

במשפט האמריקאי העיקרון של **חופש החוזים** הוא במעלה ראשונה לעולם לא תתקבל טענה במשפט האמריקאי ← שבן אדם חתם על הסכם ולא הבין על מה הוא חותם.

אם מגיעים למסקנה שחוזים שנחתמו ניתנים לשינוי ← אני ממוטט את כל מערכת החוזים בארה"ב יפגעו בכלל. (עד כאן זה ע"פ התיאוריה של הארט ← ביהמ"ש פועל לפי החוקים

מדוע הארט לא יקבל את הדעה שאומרת ← נגרם נזק - ויש קשר סיבתי בין הליקויי בבלמים לנזק? **הארט היה אומר:** אם הניגסן היה טוען ← שהיה פה עושק, או הטעיה או שהחוזה נוגד את תקנות הציבור – הייתה לו טענה,

- ◆ עפ"י הארט אם הניגסן לא פעל באחת מהדרכים הללו אין לו טענה, ← הסבירו לו מה הוא קונה - ולא הייתה הטעיה וזה לא נוגד את תקנת הציבור.
- ◆ ברגע שלא עלתה אחת מהטענות האלה, אין לו יכולת לטעון.

ע"פ דבורקין ← **ביהמ"ש בארה"ב** אומר ← מכונית היא מוצר הכרחי שכל אזרח נזקק לו, לכן מצפים מייצרי המכוניות לדאוג לביטחון המשתמשים ברכב

לכן ביהמ"ש לא ייתן יד לחוזים של חברות המנצלות יתרון מסחרי. ייצרן המכוניות צריך לקחת בחשבון את הסכנות שעלולות להיות בכביש לנהגי המכוניות.

דבורקין:

העיקרון אומר = בימ"ש לא ייתן יד לנצל את החזק אל מול החלש.

מדיניות - מצפים שהיצרן יפצה.

הארט יאמר שהוא מצפה מהמחוקק שיתערב ויחוקק חוק שימנע קיפוח של החלשים ע"י החזקים, לדעתו של הארט זה לא תפקיד ביהמ"ש לחוקק חוק חוזים אחידים ← אלא תפקיד המחוקק.

כשיש כלל ← **להארט יש אלטרנטיבה אחת** ← להפנות את זה למחוקק. **רק כאשר אין כלל** ← יש שיקול דעת לשופט.

פס"ד מקנלי נ' אובריאן

משפחה נפגעה בתאונת דרכים. הודיעו לאם שתוך שעתיים הגיעה לביה"ח, שם נודע לה שהבת מתה והבעל פצוע קשה. היא התמוטטה וביקשה לתבוע על הנזקים הנפשיים שנגרמו לה. בימ"ש: בדק וראה שאין תקדים שאדם יפוצה אם הוא לא נכח במקום האירוע.

דבורקין אומר שהוא מוכן לפצות אדם שראה תאונה. מדוע ← יש קש"ס בין התאונה לפגיעה.

- ◆ **ביהמ"ש אומר** שניתן לטעון שגם במקרה הזה יש קשר ישיר בין האישה לתאונה
- דבורקין אומר:** או שיש או שאין קשר סיבתי. הקו ששם ביהמ"ש לעניין הקש"ס הישיר - שרירותי.
- ← ע"פ איזה קריטריון יכריע בימ"ש - אם הקש"ס שרירותי? ← **שיקולים של מדיניות משפטית.**

השאלה אם להרחיב את מעגל הפיצויים היא פונקציה של ← עד כמה בימ"ש יעריך שההכרה בקש"ס כזה תגיל את מס' התביעות האזרחיות - מול התועלת.

חשיבות הדיון בדבורקין גדולה. ביהמ"ש העליון ובעיקר ברק של ישראל מושפעים ממנו. משנתו מעניינת בהבנת התהליכים בביהמ"ש העליון בישראל.

חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ← דוגמא למה **שדבורקין** התכוון, באופן שזה קיבל ביטוי בעליון.

השופט אור אומר שהמושג "כבוד האדם וחירותו" – בעייתי, וניתן להכניס לתוכו כמעט כל נושא: המתות חסד, וכד'. היום כמעט בכל תביעה מכניסים את חו"י כבוד האדם וחירותו, **בהמ"ש צריך לשאול עצמו מה כלול בכבוד האדם וכמה אני יכול להרחיב.** **אור טוען** שהנושא לא יכול להיות בהוביטר.

אם העליון היה הולך **בשיטת הארט** ← הוא היה מרחיב את המושג באופן בלתי מוגבל

← כי המחוקק לא נתן אינדיקציה מה משמעות הכלל.

כאמור ← **במקרה שיש כלל - הארט צמוד לכלל.**

במקרה שהכלל לא מוגדר או לא מובן - יש לפי הארט שיקול דעת בלתי מוגבל וביהמ"ש יכול לראות בו מה הוא רוצה.

♦ ואז אדם בא לביהמ"ש ולא יודע מה תהיה התוצאה.

לפי דבורקין: הגדרת השופט ברק: **"על השופט לשקף את האמונות ארוכות הטווח של החברה"**.

♦ זה התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית - האמונות ארוכות הטווח.

אומר ברק ← **"על השופט להימנע מלהטיל על החברה את אמונותיו הפרטיות"** (מרמז נגד הארט

זה ביטוי לאמונות הפרטיות של ביהמ"ש) **דרישה זו לאובייקטיביות, מטילה נטל כבד על השופט"**
 ♦ השופט יודע שהוא אמור לייצג את האמונות ארוכות הטווח של החברה, ועליו להזהיר עצמו
שהוא צריך לשקף את האמונות האובייקטיביות של החברה

ברק: **"עליו להיות מסוגל להבחין בין הרצוי האישי לבין המצוי החברתי"**
 ♦ השופט ברק שבוי "במצוי החברתי" - במה שהחברה חושבת שטוב וראוי לה.

אמונות ארוכות טווח ← הבעיה :

מחד ברק אומר שצריכה להיות הבחנה בין הרצוי האישי למצוי החברתי. - היינו ביהמ"ש צריך לתת ביטוי למצוי חברתי. בד"כ קשה לראות מצוי עכשווי (מציאות עכשווית) אך האמונות ארוכות הטווח - זה סוג של אידיאל. תמיד יהיה פער.

ברק: "עליו להיות מסוגל להכיר בכך שיתכן ודעותיו האישיות אינן נחלת הציבור הרחב... עליו לדעת להבדיל היטב בין האני מאמין שלו לבין זה של החברה... עליו להיות ביקורתי כלפי עצמו ומרוסן כלפי עמדותיו, עליו לכבד את הכבלים הקושרים אותו כשופט"

♦ היינו: תפקיד ביהמ"ש לתת ביטוי לאני מאמין של החברה כפי שזה נתפס בעיני הציבור ולא את האני מאמין של ביהמ"ש.

דוגמא: האם לגלות לציבור שאשם מסוימים הם נשאי איידס?

האני מאמין החברתי יכול לחשוב שיש להזהיר את הציבור מהם.

ביהמ"ש יכול לומר שזה עומד בניגוד לכבוד האדם.

← דילמה בין האני מאמין של השופט לזה של הציבור.

לפי ברק ביהמ"ש צריך לתת ביטוי למה שמובן ע"י הציבור כטובתו ולא מה שביהמ"ש חושב.

ברק אומר אל תפרשו את זה ע"פ תפיסות עולמכם אלא לפי תפיסות החברה. ← היינו בל נחשוב

שהמושג כבוד האדם נותן מקום לביהמ"ש לתת ביטוי לדעות השופטים.

← **כשיש מושג עמום וגולמי** - זה מפתה לתת לו דיסרטציה פילוסופית נאורה, ← לומר מה ניכלל בו.

ברק אומר: - אל תלכו שבי אחרי זה ← עליכם לתת אופי לכבוד האדם כפי שהוא נתפס בחברה.

♦ לפי ברק - השופטים כבולי לתפיסות העומק של האומה.

ברק טוען שכל בר דעת מתעניין ואינטליגנטי, שחי בחברה מסוימת, אמור לדעת מה החברה רואה כתפיסות העמוקות שלה.

← שופט חייב לנסות לזהות מה טוב לחברה.

בפס"ד קעאדן

ברק חש שהוא הולך נגד האני מאמין של האומה.

זה היה פס"ד הצהרתי - היינו הרשויות ישקלו.

כך גם לגבי גיוס בחורי הישיבות. העניין לא טופל.

אך אין החלטה אופרטיבית בה ברק הולך נ' האני מאמין של החברה. רק בפס"ד הצהרתיים הוא יכול לעשות זאת.

- ◆ ברק מגיב לאני מאמין החברתי.
- ◆ האני מאמין של החברה משתנה מדי פעם.
- ◆

טוען שיין ← שהשופט ברק מבלבל בין **האמונות ארוכות הטווח** של החברה **לאמונות הטקטיות**. החברה הישראלית עוסקת בטווח של העיתונות היומית.

- ◆ מצע של מפלגה יכול להיות דוגמה למה שמרכיב את התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית-זאת בתיאוריה

ברק אומר שאין להפוך את כבוד האדם **למושג קנטיאני**. ואין לראות בו ביטוי לתפישות אילו או אחרות של המשפט הטבעי.

מושג קנטיאני - **מושג שמוגדר כנוסחה, מבלי שיש לו תוכן מחייב.**

תורת המוסר של קנט מבוססת על האימפרטיב הקטגורי: **תנהג כך כפי שהיית רוצה שהתנהגות** (נוסחה)

← נניח אתה רוצה להעלים מס -- שאל עצמך האם היית רוצה שכל בני האדם ינהגו כך באותו מצב. התשובה שלילית כי אם כולם לא ישלמו מס אז..

קנט נותן נוסחה ← ואתה מציב את ההתנהגות אותה אתה מבקר בנוסחה ← ואתה מכריע אם לנהוג כך, **אך אתה לא מתעסק בטוב וברע.**

- במשפט העברי אמר הילל הזקן: "כל מה ששנוא עליך על תעשה לחברך"
- שואל שיין - אז מה קורה למזוכיסט? ← היינו לא דנים בשאלה מה שנוא ומה לא.

אומר ברק - כבוד האדם אינו מושג ללא תוכן מהותי- ולא ניתן להכניס למושג זה כל דבר. לכן ברק אומר ← זה לא מושג קנטיאני, ואין לראות בו ביטוי לתפיסות אילו ואחרות של המשפט הטבעי.

מהו מקור המשפט הטבעי? - התבונה (אובייקטיבי)

- אומר ברק: אל תחשבו שזה **מושג קנטיאני** – היינו: **סובייקטיבי**
- אך זה גם לא מושג של **המשפט הטבעי** – היינו: **אובייקטיבי**.

ברק: תוכנו של כבוד האדם יקבע ע"פ ההשקפות של הציבור הנאור בישראל - על רקע תכליתו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו



הסתירה במשפט זה

המסר לפי פס"ד (הקודם): לשופט יש תפקיד של משקיף **המשקף את האמונות ארוכות הטווח**

☞ פה יש שינוי ← ביהמ"ש אמור לשקף את **השקפות הציבור הנאור בישראל** - היינו לא אני מאמין של האומה אלה של הציבור הנאור.

האם ברק מסתפק **בציבור הנאור**? ← אומר ברק "השקפות הציבור הנאור **על רקע תכליתו של**

בהרבה פס"ד אומר ברק: שמי שסופו של דבר קובע מה **תכליתו** של החוק ← זה ביהמ"ש העליון - תפקידו לפרש את התכלית.

ברק עושה ספין - הוא בודק את השקפת הציבור הנאור - אך לא כמשקיף אלא כמבקר על רקע
_____ ← **ותפקיד ביהמ"ש - לקבוע את תכלית החוק.**

אפשרות אחת לשוב הסתירה: יתכן שברק הוא גם הארט וגם דבורקין ואינו פילוסוף עקבי.
 ▪ ברק מגדיר עצמו כאקלקטיקן (אספן)

אפשרות שנייה - אין סתירה בין שני פסקי הדין - אלא בשניהם יש אותה דעה.
 איך מיישבים ביניהן? - אפשר לומר שהציבור המתקדם והנאור נותן ביטוי לאני מאמין של כלל הציבור ← ומאחר ולביהמ"ש יש קושי לדעת את דעות כל הציבור, - ולכן באמצעות הציבור המתקדם והנאור ← אני מוצא את האמונות ארוכות הטווח של הציבור.

מה עושה דבורקין ? מה מסתתר מאחורי התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית?

הציבור רוצה לראות המחוקק כמי שמכתיב לו את נורמות החיים שלו הוא רוצה לראות את הנורמה החוקית- **לציבור קשה לראות את ביהמ"ש מחוקק נורמות בניגוד למחוקק.**

דבורקין אומר - הציבור מוכן לקבל פסיקה שתתבסס על התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית ← הנותנת ביטוי לאמונות והדעות של הציבור עצמו,
 ▪ לכן קל לציבור לקבל עמדה שיפוטית המתבססת על תיאוריה זו. גם השופטים רואים עצמם כך.

ברק - במקום התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית – אמר: **ביהמ"ש מזהה את ערכי הציבור**

_____ ← _____ ← _____

▪ היינו ברק מחפש פיתרון לרצון הציבור לראות את המחוקק- כנותן ביטוי לדעות הציבור.

אומר ברק: המחוקק באמצעותכם – בחוקיו ← הבליע תכלית בחוק, ואני איני הולך לאני מאמין של הציבור בלעדיו (בלעדי המחוקק והתכלית).
 בדיקת האני מאמין של הציבור הנאור נבדקות על רקע **התכליות שבחוק**, ואילו תכליות רצה המחוקק להבליע בחוק.

כך ברק יצר לגיטימציה למהלך **התכליות של החוק - של דבורקין** ← וזה יותר ממוקד מ"**ערכי היסוד של השיטה**".

דבורקין אומר: "התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית" - משמע ← שהשופט פונה במישרין אליה ומשמ הוא מייבא את מה שהוא רוצה.
 ▪ מבחינת דבורקין התכליות לא רלוונטיות. הוא הולך למפגש ישיר עם התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית

ברק הולך למפגש עם האומה ← שלצידו התכליות של החוק. הוא בודק זאת כדי לתת מענה לצפיית הציבור שהיא צפייה דמוקרטית.

אך אין מצב שברק לא **יביא הקשר משפטי** - ואם זה קשה הוא יעשה זאת **באמצעות תום לב, או ערכי היסוד של השיטה.**

זה מאפשר לברק להמשיך, **ברק מקבל את העניין הבסיסי של הפרדת הרשויות.**

- הוא לא צריך להתנצל כמו דבורקין האומר: יש מחוקק ויש גם בימ"ש שפועל לפי התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית

פס"ד הראשון שצוטט בשיעור היה **פס"ד בעניין אפרת** פס"ד השני בעניין **ווקסלבאום**

השיטה הפורמליסטית והריאליזם המשפטי

השיטה הפורמליסטית

במאה ה-19 ובתחילת המאה ה-20 התפיסה המשפטית השלטת הייתה הפורמליסטית - האומרת שבתי המשפט אמורים לפעול כזרוע הארוכה של המחוקק ליישום החוק

שיטת העבודה של בתי המשפט צריכה להיות בהתאם לכללים משפטיים והקשים, ההחלטות השיפוטיות מתקבלות כגזרה לוגית ← כלומר החוק הוא הנוסחה והשופט גוזר גזירה לוגית את התוצאה מהחוק,

כאשר אתה יודע את הנוסחה - והחוק הוא הנוסחה אתה יודע שכדי להגיע אל התוצאה אתה צריך לגזור אותה מהנוסחה,

- אם שתי שופטים מגיעים לתוצאות שונות זה אומר שמהם טעה,
- תפקידו של ביהמ"ש העליון היא לאזן ולתקן.

שאלה למבחן - מה צריכה להיות נקודת המוצא הבסיסית של התפיסה הפורמליסטית ביחס למשפט ← כדי להגיע להנחה שכל המשפט הוא סוג של גזירה לוגית

תשובה: נקודת המוצא היא שהמשפט שלם ומושלם, אין דבר כזה שהמשפט משאיר בעיה ללא פתרון כי המשפט הוא כמו נוסחה מתמטית.

כשפורמליסט אומר: השופט גוזר לוגית מהחוק את התשובה המשפטית ← הנחת היסוד היא -

אין חשיבות לתקדים.

חשיבותו לערכאות הנמוכות: שהתקדים **מהווה את התשובה הנכונה הגזורה מהחוק**

אין לקונה. הכול מושלם. "החורים" הם למעשה – הסדר שלילי. היינו המשפט לא רוצה בזה.

המקסימום שאפשר ללכת **בגישה הפורמליסטית** - הוא "מציאת פתרון בחוק ע"י היקש".

- שיקול הדעת הוא מוגבל להצבת הנתונים בנוסחה.
- במצב זה אין צורך בתקדים ← כי הפתרון מצוי בחוק ושיקול הדעת קטן.

הריאליזם המשפטי

התפקיד של הריאליזם האמריקאי היה להוציא את המשפט מבועה הזו ← ולומר שלא ניתן להתייחס למשפט במנותק מהקשרים רחבים ששלובים בו.

שאלה למבחן – אם אני אומר שצריך לפתוח את המשפט להקשרים הרבה יותר רחבים - מה המשמעות האופרטיבית, מה המשמעות של המעבר בין הפורמליזם לריאליזם?

המיקוד של הפורמליזם הוא במחוקק ← כי החוק זה העיקר,

הריאליסטים העבירו את המיקוד מהמחוקק ← אל בתי המשפט,

כיוון שביהמ"ש הוא המקום שכל ההקשרים החברתיים והסוציולוגים באים בו לידי ביטוי ← כל המיקוד עבר מהמחוקק אל בתי המשפט .

הלומס - דמות המפתח בהתפתחות הריאליזם האמריקאי

הולמס נולד ב 1884 בבוסטון, ב 1902 מינה אותו הנשיא רוזבלט לביהמ"ש העליון בארה"ב. הוא פרש בגיל 91, והיה השופט הראשון שנקט בדעות ליברליות וסוציאליסטיות, רוב הזמן - היה בדעת מיעוט. לאחר מותו - דעותיו הפכו לדעות הרוב,

נקודת המוצא של הולמס הייתה ← חיי המשפט אינם מבוססים על הגיון אלא על ניסיון,

הגיון מול ניסיון ← פורמליזם מול ריאליזם

הגיון – פורמליזם

ניסיון – ריאליזם

ע"א נאסיף נ' מ"י 1389/98

ביהמ"ש התלבט ארוכות לגבי החוק לפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, השופט אור אומר שיש לאמץ את **דעת הולמס** ← שיש לתת ביטוי לניסיון החיים, כי המשפט הוא ייצור אורגאני שחי בסביבה שלו (ריאליזם) ואינו מתמטיקה (פורמליזם)

פס"ד שליט

הש' זוסמן – מצטט את הולמס "החוק ניצבע בצבעים שונים ואינו גביש קריסטלי"

דוגמא: מגיע דיון לבית המשפט – האם מותר למעסיקים לתבוע תביעה נזיקית ← איגוד מקצועי שמכריז על שביתה??

השאלה היא באיזה הקשר תיאורטי אנחנו בוחנים את הסוגיה,

גישה פורמליסטית: אם הארגון הוא **ישות משפטית** ← ניתן לתבוע אותו כי נגרם נזק ויש עילת תביעה.

הגישה הריאליסטית תבדוק איך החברה רואה התארגנות של פועלים ← **אם יש להם זכות להתארגן ולשבות** ← ניתן לומר שלאותו איגוד מקצועי יש חסינות,

הולמס ראה שלביהמ"ש העליון בארה"ב הגיעו המון תביעות פועלים נגד מעסיקים: ← ברוב המקרים הפועלים הפסידו בגלל חוזי עבודה, והמעביד היה הרבה יותר חזק מהעובד,

ע"פ הגישה הפורמליסטית אין ברירה -יש לכבד חוזה. אם זה לא מתאים לעובד שיחפש מקום אחר,

ע"פ הגישה הריאליסטית- הדרך היחידה להבין את מהות המשפט היא לראות כיצד פועלים בתי

בסופו של דבר בתי המשפט הם אלה שבהם החוק מקבל את משמעותו האמיתית.

כל עוד החוק לא הגיע לבית המשפט הוא דבר גולמי, **הגישה הריאליסטית אומרת** ← בתי המשפט הם מעבדות ניסוי, הם עורכים ניסויים חברתיים, מה שקובע את מסגרת הניסוי ← הם סדרי הראיות וסדרי הדין, הניסוי שנערך בבית המשפט מתמשך,

אם ביהמ"ש רואה שהגיע לתוצאה לא טובה במקרה מסוים ← תפקידו בהמשך לנסות לתקן את התוצאה (התקלה),

העיקר במשפט זאת יכולת הניבוי, כשאדם מגיע לעו"ד - מה שמעניין אותו ← מה תהיה התוצאה המשפטית, העו"ד אמור לנבא מה תהיה התוצאה כשהסוגיה תגיע לבית המשפט,

אם תפיסת הולמס היא חברתית ← **מה שרוצים להשיג (המושג המרכזי) בשיטה זו הוא טובת** **אם ביהמ"ש צריך לגבש החלטה עפ"י קריטריונים המצויים מעבר לחוק** ← אז

אצל דבורקין הקריטריון - עקרונות ומדיניות, ← כשהבסיס הם העקרונות - שהם ביטוי לערכים. **אצל הולמס - העיקרון הוא טובת הכלל.**

פס"ד של השופט הולמס

קרי באק הייתה בת 18 מפגרת. אימא שלה הייתה גם מפגרת. לאותה בחורה נולד גם ילד מפגר (3 דורות של מפגרים) ← בעקבות חוק של מדינת וירג'יניה ביהמ"ש הרשה לבצע עיקור בקרי באק,

ביהמ"ש העליון בארה"ב נטען שהחוק הנ"ל עומד בסתירה להגנת השוויוניות של התיקון ה 14 לחוקה האמריקאית, (לא ניתן לבצע עיקור ← עומד בניגוד לזכות הפרט)

הולמס: 3 דורות של מפגרים הם נטל מספיק כבד על החברה. אם אנו מחפשים את טובת החברה,

הגישה הריאליסטית נותנת עוצמה לביהמ"ש ועלולה להביא לתוצאה בעייתית להגנת ז' האדם. **הבעיה בריאליזם - לא יודעים לאיזה תוצאה יגיע ביהמ"ש**

הריאליזם האמריקאי סיכום:

קרל לולין אחת הדמויות המרכזיות בריאליזם האמריקאי 1893-1962 Llewellyn

א. המשפט הינו יצירה של בתי המשפט ולכן היא נתונה לתנודתיות גדולה- כי החלטות

ביהמ"ש אינן אחידות. - **כי הם יוצרים בסופו של דבר את**

המשפט/חוק

ב. המשפט בא לקדם תכליות חברתיות ובכל עת יש לבחון אותו על רקע הגשמת

התכליות החברתיות.

שאני מסתכל על המשפט: למשפט יש תפקיד

בשיטה הפוזיטיביסטית תכלית המשפט - ליצור סדר חברתי

← **ולכן מהו מבחן החוק? שיש אכיפה**. מאחר והחוק אמור להגשים סדר, הוא מתקיים

כשאוכפים את החוק ואת החלטות ביהמ"ש

השיטה הריאליסטית - החוק הוא לא מכשיר לאפשר סדר, אלא מכשיר לקידום תכליות,

← כשאני בא לבחון אם שיטת משפט מתפקדת או לא: **המבחן הוא האם שיטת המשפט**

דוגמא: ניתן לומר שתכלית המשפט הישראלי ← להגן על זכויות הפרט. כי מחד יש לי את המדינה ומאידך את הפרט, ואני רוצה לדאוג לכך שהפעלת הכוח לא תפגום בזכויות הפרטים

איך אני יודע אם השיטה טובה?

אני שואל את עצמי: האם באמצעות המשפט אני מצליח להגשים את השמירה על זכויות הפרט
 ♦ שיטת המשפט באה להגשים תכליות

הבעיה: מי מגדיר את התכליות?

גישה אחת אומרת שהמחוקק אמור להגשים את התכליות. **החוקים הם ביטוי של התכליות.**

גישה שנייה: **התכליות מוגדרות ע"י החברה**, והמחוקק נותן "ביטוי לשוני חוקי" לתכליות שהחברה מעוניינת בהם ← זה ניקרא ה"אני מאמין" ה חברתי ← שתפקיד המחוקק לתת לו ביטוי
 ▪ בדגם זה – החברה קובעת

גישה שלישית: בסופו של דבר **מי שאמור להגדיר תכליות: הם בתי משפט - ע"פ האופן**

- **זו גישת השופט ברק** - לחברה הישראלית יש ערכי תשתית ואני אגדיר אותם. זאת עושים ע"י פרשנות תכליתית, ערכי יסוד - וכל דרך.
- בדגם זה ביהמ"ש מגדיר

התפיסה הפרימיטיבית הייתה ← החברה באה להגן על הפרט. היינו מספיק **משפט פילי**

יותר מאוחר אמרו חשוב הקניין ← לכך מספיק **דיני קניין**

היום יודעים שזה לא מספיק - החברה מגשימה מטרות מעבר לזה.

- כל אחד בחברה באופן קולקטיבי מסכים על תשתית שהיא מאחדת את החברה.

ג. . ביהמ"ש אמור להגיב על מציאות כשהיא משתנה

- למשל האסיר שברח בחופשה, משנים את תנאי החופשה.

מאחר וקצב ההשתנות החברתית הינו מהיר יותר מקצב השתנות המשפט - הרי שיש לבחון

את המשפט גם על רקע המציאות המשתנה.

כשמגיע תיק - ביהמ"ש לא יכול לומר שהוא רואה את המציאות אחרת אך הוא כבול למסגרת התקדימית של העבר. תפקידו לבחון את עצמו כל הזמן על רגע המציאות המשתנה.
 ▪ כשאתה מיישם מצב א על מצב ב - זה לא נכון.

הדינאמיות של המשפט ← היא הדינאמיות של המציאות שמכתיבה את עצמה על המשפט

בד"כ ביהמ"ש קשור לתקדים, אך כשהמציאות משתנה- ביהמ"ש לא יכול לומר שבגלל שיש תקדים אני מיישם את התקדים על המציאות.
 ▪ עורכי דין מנסים לשכנע את ביהמ"ש שמצב משתנה.

פס"ד שיינבוים – (רוצח ישראלי בארה"ב – בקשו שיוסגר לארה"ב)

ברק אומר **שלצורך חוק האזרחות נדרשת גם זיקה מטריאלית** ← זה דבר מדהים - זו אמירה המשפיעה על עשרות חוקים.

- המילה אזרח מופיעה בעשרות חוקים. הגדרת אזרחות לצורך חוק ההסגרה - משפיעה על עשרות חוקים.

בשביל מה ברק פרש את המושג אזרח - כדרישה מטריאלית?

- כדי שלא יבואו ויתאזרחו
- א. אין סיבה להסתכסך עם ארה"ב בשביל שיינבוים שרצח פורטורקאי

- ב. אך ברק מתוחכם - אם אני לא מסגיר את שינבויים זה יכה ביהודי ארה"ב, כי יאמרו שהם מזדהים עם רצח פורטריקאים
- ג. אין עניין שאדם יסתתר תחת אזרחות ישראלית.

הבעיה: בשם התכליות - אני עושה מניפולציה על הגדרה בחוק.
 ברק יאמר אני ריאליסט ← זו התגובה לסיטואציה כזו. החוק אומר "אזרחות" ← אך אני לא אתן מטריה לרוצח שברח ארצה.
 אך ברק רוצה לתת כבוד למחוקק ולכן מסביר שאין פה ריאליזם אמריקאי במובן הרחב אלא שיש פה פרשנות תכליתית - שאני קושר אותה בתוך השיטה.
 ביהמ"ש לא יכול לומר שהמציאות זניחה ← ואני כפוף לחוק - אלא ההיפך. הריאליסט בוחן את הדברים ע"פ המציאות ולפיה מגבש עמדה.

מה הבעיה לפתור את השתנות המציאות-בכך שישנו את החוק?

- ◆ לא ניתן לתקן חוק רטרואקטיבי
- ◆ נכון שלפי פס"ד כזה יש מקום לשנות את החוק.
- ◆ השיקולים אינם דווקא ערכיים אלא גם ← עניינים אינטרסים (כלכלה ותקציב וכו')

4. יש להפריד בין משפטי עובדה - למשפטי ערך בבואנו לבחון וללמוד את המציאות המשפטית.

משפטי עובדה ← תיאורי מציאות

משפטי ערך ← איך אני מתייחס למציאות לפי ערכים אינטרסים וכו'

אמרת: מדינת ישראל גוב המס שולי של 50% - פירושו ← זה המס הנגבה. זו עובדה.
 אך אני יכול לקחת משפט זה למשפט ערכי - האם ראוי לגבות 50%

לא לערבב משפטי עובדה וערך. מהעובדה שמשוהו קם לזקן באוטובוס אני יכול לגזור עובדה שיש חובה לקום לפני זקן באוטובוס.

הריאליסטים מניסם לומר שביהמ"ש אמור לבדוק את המציאות. אך אין לבחון אותה מראש מנקודת מוצא ערכית, ואז נבדוק את המציאות משרתת את הערך.

- קודם נבדוק אם משלמים 50% מס
- אח"כ נבדוק אם זה ראוי

אם לא משלמים 50% מה זה משנה?

אם כן - אז בודקים אם זה עומד עם ההגנה על הקניון

5. אי אמון בשיטת הכללים המסורתית - המתארת את עבודת בתי המשפט, והתרכזות בניבוי.

השיטה המקובלת אומרת - עבודת בתי המשפט נעשית ע"פ כללים ידועים. יש פרוצדורה של עבודת בתי המשפט.

הריאליסטים אומרים איננו כפופים לכללם המסורתיים של עבודת בתי משפט. אנו פועלים ע"י כללי ניבוי של התוצאה אליה יגיע ביהמ"ש בכל מיקרה בלי קשר לכללים המקובלים.

היינו הם אומרים: אנו באים לביהמ"ש עם קייס ← יש אפשרות לבחון אותו במסגרת המשפטית.

- בודקים עובדות - במסגרת החוק והתקדים.
- המקרה הוא פונקציה של מסגרת כללים, הצבת נתונים, ← השופט לא רואה את המקרה באופן עצמאי.

הריאליסט: ביהמ"ש בוחן קודם כל את המקרה, איך הוא משפיע על תכליות חברתיות

ואח"כ הוא מנסה ליישם את המסגרת החוקית. אם היא לא תואמת - אז ביהמ"ש יכול לראות

הביקורת: זה מרשים ששופט מסתכל על מרחב של ערכים אינטרסים ותכליות הבעיה איפה יעבור קו הגבול.

- בארה"ב זה יותר פשוט. אצלנו יש בעיה - החברה מקוטבת.

6. **חיפוש אחרי קטגוריות עיוניות שלתוכן ניתן יהיה לרכז מגמות ותוצאות שיפוטיות**

- הפסיקה הריאליסטיות אינה אקראית ויש בה מכנה משותף

- זה ברק בהתגלמותו

לדוגמא - תום לב אם תצליח לשכנע את ביהמ"ש שהצד שכנגד לא פעל בתום לב, אתה יכול לנבא את התוצאה.

לולין מנסה להעביר את הפסיקה מהמיסטיקה לרציונאליות

דוגמא: פרשנות תכליתית (ואקטיביזם שיפוטי) - זה שם קוד למקרים בהם השופט ברק נותן פרשנות שונה מהפרשנות המילולית.

- כעו"ד אתה יודע שגם אם לא תמצא גיבוי בחוק - אם תשכנע מה הייתה תכלית החוק - תוכל אולי לקבל סעד מבלי להראות בסיס לשוני בחוק

מושגי שסתום

התנועה לביקורת המשפט

התשובה לריאליזם האמריקאי ששלט בחשיבה המשפטית בארה"ב עד אמצע שנות ה-70 של המאה ה-20

- העיסוק היה על בסיס תפיסות העולם הריאליסטיות ← כולם עסקו בשאלת האיזונים בין

אינטרסים וזכויות ודיון על קווי ההפרדה בין הרשות השופטת והמחוקקת

מה נימצא בבסיס תורת המשפט האמריקאית?

מראת המשפט ← היא איזושהי דמות של אדם ליבראלי נאור ← ועל בסיס הערכים הליבראליים נאורים אנו יוצרים את בסיס שיטת המשפט שלנו

- בנזיקין דברנו על האדם הסביר

התנועה לביקורת המשפט

טענתם - מאחר ותפיסת העולם המשפטית מבוססת על ראיית אדם ליברלי ← שיטת המשפט נותנת ביטוי ליבראלי - היא לא נותנת ביטוי לכל

כשבאנו ליישם את התורה הליבראלית ← עשינו זאת באמצאות דגם - שלא נתן מימוש לכל אחד שלא עמד בבסיס התפיסה הליבראלית,

הפמיניסטיות טענו ← שהמגדר הנשי לא מקבל את הביטוי שלו במערכת החוק, כי המחוקקים והשופטים שכיחים לסוג אליטה - המגנה על קבוצת אינטרסים ולא נותנת ביטוי לכלל מגוון האוכלוסייה.

התנועה לביקורת המשפט אמרה שיש לנסות לתת ביטוי למגוונים שונים. כדי להצליח בזה, התנועה ניסתה להראות שמערכת המשפט מוטת כדי שהתפיסה תתפוש

דוגמא **חוק הסיוע המשפטי**, נקרא בהצעת החוק - **חוק הסעד המשפטי**, בשלב מאוחר יותר קראו לו חוק הסיוע המשפטי.

שאלת התנועה לביקורת המשפט ← - על מי החוק מגן ולמי הוא מועיל?

הרושם מהצעת החוק - שהוא בא לתת הגנה משפטית לאנשים חסרי יכולת.

▪ התנועה שואלת - האם זה באמת נכון? האם זו מטרת החוק?

הבחינה פשוטה - אם תפקיד החוק לתת סעד משפטי הולם למעוטי יכולת, ← שלא תהיה נחיתות שלהם כשהם באים לביהמ"ש - לא יתכן שעו"ד שעובד במסגרת הסיוע - יקבל 100 שקל לשעה, ← כי מי שמשתלב שם יהיה עו"ד שרק סיימו ללימודים.

▪ לכן התנועה אומרת שהחוק הוא אחיזת עיניים.

▪ היינו החוק לא מגן על מעוטי יכולת

אומרת התנועה - מה האמת על מי החוק מגן?

על העשירים. כשהעבריינין צריך ייצוג משפטי - הקבוצה דואגת לו,

לכן העבריינים צריכים לעשות פשע כדי לממן את העו"ד.

החוק בא ואומר - תנו לעשירים מנוחה, אנו - החוק ידאג לו.

העבריינים למדו שכשהשופט רואה עו"ד צמרת, הוא מבין שהאדם שמולו - עבריינין גדול, כי הם מאוד יקרים.

לכן אם אתה מיוצג ע"י עו"ד מהסנגוריה הציבוריים, השופט אומר שאתה חסר כסף. לכן עבריינים לא רשומים בביטוח לאומי ואין להם תיק במס. הם מעדיפים לובא עם עו"ד מהסנגוריה הציבורית.

התנועה לביקורת המשפט תשאל:

למה שינו את שם החוק מחוק הסעד המשפט לחוק הסיוע?

▪ אותו עבריינין שישלחו לו עו"ד מטעם הסנגוריה - מטעם הסעד - יגיד לא רוצה סעד, אלא סיוע.

♦ תכלית החוק - סעד.

הישג לחלשים בדיור

התנועה לביקורת המשפט אומרת: נעזוב את הרטוריקה ונבדוק את המהות, נשאל את עצמנו מה קרה פה?

המדינה ראתה שלהחזיק דירות של עמידר ועמיגור יקר ← לכן הייתה מוכנה למכור אותן לדיירים.

▪ יש זכות לדאוג לאדם לדיור הולם - המדינה בחוק הזה הורידה מעצמה את אחריות הזו

התנועה לביקורת המשפט: יש חוק עם רטוריקה לעזור לחלשים, אך מתחת לרטוריקה מסתתרים מניעים שונים ← התנועה ניסתה לאפשר מגוון של ביטוי לאנשים, לדעת לקלף את הרטוריקה מהחוקים ומפסקי הדין ולראות את מה הוא משרת

אם נראה לאנשים מה באמת מסתתר מאחורי החוקים ← זה ימנע מהמחוקק להסתיר את המטרות האמיתיות.

♦ **חוק הבריאות**: רטוריקה יפה, ביטוח בריאות לכולם, אך רמת הבריאות לא עלתה.

♦ אם השלטון יודע שהוא חייב לנהוג בשקיפות ← זה התרומה.

♦ היום חושבים מה תעשה התנועה לאיכות השלטון.

סוגית הצדק - בביהמ"ש תמיד מגלים שהצדק זה משאת נפש, המשפט צ"ל צודק, וכו',

♦ ברור שגם רטוריקת הצדק מעניינת - אך אין צדק ← תפקיד החוק ליצור מערכת הסדרים,

- ◆ במקום לדבר על צדק דיברו על עקרונות ליישום צדק: **כעקרון השוויון** ← להתייחס לשווים באופן שווה.
- ◆ **תום לב** - ע"י שימוש בתום לב אני יוכל להביא לתוצאה צודקת.
- ◆ **הקושי הגדול - איש לא הצליח להגדיר את הצדק.**

אצל אריסטו ← **יש צדק חלוקתי** - איך אני מחלק את העוגה במדינה
יש גם צדק עונשי

השופט הולמס ניסה לכתוב על צדק

הולמס: אם קבוצת אנשים אמורה לחלק משאב מסוים ← אם הם יודעים את האינטרסים שלהם – החלוקה לא תהיה צודקת - כי הם ידאגו לאינטרס שלהם.

אם הם לא יודעים דבר על עצמם - כלומר אתה אומר לאדם אתה תחתוך עוגה ואני אבחר ראשון - אז החלוקה תהיה צודקת

יש מושג "של צדק טבעי" -

הצדק הטבעי אומר: "צדק פרוצדוראלי": אינך יכול לקבל החלטה בלי לשמוע את הצד השני

- ◆ הצדק הטבעי מחייב בישראל וחריגה ממנו נחשבת - חריגה מסמכות, אם שר מקבל החלטה - עליו לקחת בחשבון את כל הגורמים ולא לקפח מי מהם.
- ◆ לא יכול להיות דין או שופט - בעניין פרטי שלו. "ישמע האידך גיסא" ואיסור משוא פנים
- יש שופט המצטט מפס"ד אנגלי: "זכות השמיעה - האדם הראשון נשמע ע"י אלוהים