

2019

תורת המשפט: פילוסופיה של המשפט

פרופ' ניר קיזר
סיכום- אבישג טל

הקדמה

ישנו הבדל בין ארה"ב לבין שאר העולם בתפיסת המשפט; ברוב העולם ובארץ, הדעה היא שמן הראוי שסטודנטים למשפטים ילמדו פילוסופיה של המשפט כחובה, כיוון שהוא מערכת חשובה בחיים החברתיים והמשפט מעלה שאלות פוליטיות, אתיות ותיאורטיות הנוגעות למהו משפט, מה מבדיל בינו לבין תחומי דעת אחרים, פרשנות המשפט, הגדרות וכו'. אי אפשר ללמד שום קורס חובה משפטי ללא נגיעה בפילוסופיה של המשפט.

בארה"ב, הדעה סותרת- לא חושבים שכדי ללמוד תואר ראשון במשפטים יש חובה בקורס פילוסופיה של המשפט, ולדעתם השכלה אקדמית ראויה לא מחייבת פילוסופיה של המשפט והקורס מהווה בחירה. פולר היה מרצה לחוזים בהרווארד וכל הקורסים שלימד היו משפט פרטי, ומעולם לא לימד פילוסופיה של המשפט.

קידר קרוב לתפיסה האמריקאית, מכיוון שהוא לא חושב שלמידה לעומק של פילוסופיה של המשפט מחייבת במשפטים- דבר המשליך על לימוד הקורס (חומרי הקריאה יהיו אך ורק פסקי דין של ביהמ"ש העליון בארץ), ובאמצעות הקריאה נדבר על שאלות תיאורטיות שהמשפט מעלה.

המתח שבין הדבקות בכלל לבין התאמתו למציאות

הבעיה המרכזית המטרידה משפטנים בכל התקופות. ישנן טענות הנוגעות למערכת הכללים עצמה: שאלות של כללים וטעמים. שאלות מערכתיות חשובות גם כן- אי אפשר לפרוץ כל הזמן את מערכת הכללים כדי לא לייתר אותה. שיקולים מערכתיים הם שיקולים חשובים: לא משנה מה התכלית, ההחלטה תעורר ביקורת. מהות השיפוט הוא מתח יסודי. למשל הביקורת שמובעת **בפס"ד אפרופים**- על דווקנות בחוק.

המתח במשפט- מצד אחד אי אפשר בלי הכללים והפרוצדורות הברורים, ומצד שני- לא יכולים רק איתם כי הם אף פעם לא מספיקים.

מתח זה הוא בלתי פתיר.

כל החיים נעים בין הרצון ליציבות ווודאות לבין הצורך התמידי לשנות את הכללים- דילמת הבורגנים בצימר: הסתגרות בחדר לאחר תקופה לחוצה ולאחר מכן התעשתות והליכה לפעילויות חוץ, אחרי כל כמה זמן נמאס מהפעילות שעושים (בין אם זה להיות בחוץ או בפנים). המתח בין השגרה לרצון בשינוי הוא המתח היסודי במשפט ובתרבות ולכן זיגמונד פרויד כינה את התרבות האנושית תרבות ללא נחת, לא משנה מה נעשה. ארנסטו גמבואה אמר שבכל מקום לא נהיה מרוצים, במקומות שאנחנו גרים אנחנו לא חולמים- חושבים מעבר, זהו הטבע האנושי. גם במשפט הדבר בעייתי.

למשפט שתי תפיסות פילוסופיות, והן קורות בו זמנית- בניה והרס:

מצד אחד- התפיסה הסטטית של המשפט

- מסיבות פיזיולוגיות, פסיכולוגיות וחברתיות אנחנו צריכים וודאות, יציבות וסדר. המוח האנושי עובד אוטומטית, ורוב הדברים שאנחנו עושים הם הרגלים.
- מסיבה פסיכולוגית, בסוף המאה ה-19 הייתה התפיסה האקזיסטנציאליסטית- האדם הוא בעל החיים התבוני היחיד (מודעות לזמן החולף, וחשיבה על העתיד בצורה מורכבת). אנחנו לא יכולים לחיות לנוכח הידיעה שהמוות בטוח למשל, הדבר מטריף את האדם- וכל החיים האנושיים הם התחמקות אחת גדולה מידיעה זו. לכן מספרים לעצמנו סיפורים על זהות ואל, ודברים שמעניקים משמעות ומוכן בעולם ומשכיחים את העובדה שיום אחד נמות. לכן יש חובה בכללים, סיפורים ומתן משמעות (קיום הכללים גורם לנו להיות מרוצים, ממציאים כללים כדי להמציא משמעות).

- **מסיבה חברתית**, יש חובה בכללים ופרוצדורות כי הם מחזיקים ביחד חברה- קבוצת אנשים הופכת לחברה כאשר יש לה כללים ומסורות משותפים; למשל מבחינה היסטורית היהודים ניצחו במלחמת השחרור כי היה להם סיפור משותף ולכן כולם התגייסו. לעומת זאת, לערבים לא היו סיפורים משותפים ולכן הם לא עזרו האחד לשני.
- בדוגמה עם מועד ג' לסטודנטית שדודתה נפטרה, החברה והמוסדות עדיין צריכים להתקיים ולכן לא תמיד ניתן מועד ג' לכל אחד.
- ללא כללים ומוסדות, אין חברה.** חברה לא יכולה להתנהל ללא דברים משותפים.
 - בנוסף, מוסדות ובני אדם פועלים באותה צורה- עפ"י כללים, ועפ"י קריטריונים- צדק אריסטוטלי- המובן הבסיסי של הגינות (התנהגות בצורה דומה במקרים דומים). גם מבחינה זו, חייבים ליצור כללים וקריטריונים שיאפשרו זאת, למשל מתן ארטיק לילד.
- כללים לא נוצרים באופן מלאכותי, ולכן מהסיבות הנ"ל חייבים לפעול באמצעות כללים (כללים הם סיפורים). במשפט, הדבר מתבטא במספר מובנים:

1. **דבקות במסורות ובמנהגים**; הרבה יותר קל לעקוף או לא לציית לחוקים מאשר למסורות ולמנהגים.
2. **דבקות בכללים המשפטיים**; החברה הישראלית מקיימת את החוק בדר"כ. הדבקות כ"כ גדולה כך שאנחנו לא שואלים את עצמנו מה הטעם להליכה לפי הכלל המשפטי.
3. **דבקות בפרוצדורה**; גם הן סוג של כללים. הן מסדרות את הרצף של הכללים.
4. **דרישה משופטים ונותני החלטות לקריטריונים וצדק אריסטוטלי**; דרישה מהם לנמק את ההחלטה שלהם ולהסביר מה הקריטריונים. ישראלים במיוחד רגישים לאפליות קטנות כי הדבר פוגע בתחושת הצדק וההגינות הבסיסית. לא תמיד ניתן לכמת את הקריטריונים, ולא הכל מדיד.

מצד שני- התפיסה הדינמית של המשפט (ערוך באדיבות אופיר נגר)

- עד עכשיו דנו על הסטטיות של המשפט.
- כעת, תפיסה זו של המשפט היא ריאליסטית/מציאותית.
- החיים דינאמיים ולכן יש גם למשפט דינאמיות. צד ששם דגש על המציאות. "החוק יבש והחיים רטובים", "הכלל סופי והאדם אינסופי".
- קרל מרקס אמר: "האדם הוא גם הומופאבר"; (האדם היוצר, החיה היחידה שמשנה את המציאות שלה, את הסביבה שלה). זה נובע מכך שאנחנו כבני אדם משנים כל הזמן את הדעות שלנו. הרעיונות שלנו משליכים על המציאות הפיזית. לכן, הכלל אף פעם לא יכול להתאים למציאות האנושית, מאחר שהמציאות האנושית לא קופאת על שמריה. במקביל, אנחנו רוצים לשמור על המסורת ומספרים לעצמנו סיפורים.
1. **החוק צריך להתאים את הכלל למציאות כדי לא לפגוע בצדק**- כלומר, להשלים, לפרש, ליישם, לתקן. (למשל: הסטודנטית במכללת ספיר, שדודה שלה נפטרה ביום של המבחן, ואושר לה מועד ג' הגם שלא מדובר בקרוב מדרגה ראשונה. בעקבות זאת, ראשת המחלקה עדכנה את הכלל והוסיפה פרצה).
 - כל דבר נתון לפרשנות, לא ניתן לדבר אך על דרך אחת/אובייקטיבית.

2. **בכל פעולות ההשלמה, הפרשנות, היישום והתיקון יש ממד של חיפוש והכרעה.** (יש ממד רב של חוסר וודאות):

- **הכרעה בין עובדות (ספקנות עובדות):**

הרי מה זה עובדות? מה שהשופט בחר להכיר בו, השאלה איך הוא מספר את הסיפור).

פס"ד אזואלוס – התפתח דין ודברים בין הגבר, אשתו (שהיו שמועות שיש לה רומן עם השכן), והשכן: השכן התנשק עם האישה לעיניו של הבעל ואמר לו זו האמת, הבעל שהיה בקבע ירה בו. הועמד לדין על רצח, הורשע ונגזרו עליו 2 מאסרי עולם. אזואלוס ערער וביקש להוריד את ההרשעה להרגיעה בגלל היעדר כוונה תחילה וקינטור, וזה התקבל. ביהמ"ש המחוז תיאר את העובדות אחרת: היו תלונות במשטרה, הם היו בסכסוך ממושך, מאיר אזואלוס לא מתגורר בבית כבר חצי שנה, באחד הערבים שעקב אחריה קרה הסיפור. לפי תיאור זה לא קשה לומר שמדובר ברצח.

אין שום כלל משפטי שמכווין את השופט לאילו עובדות להתייחס. יש לדעת לספר סיפור, לעצב את הסיפור (וליתן לצד השני להיגרר אחריו) – זה הדבר הכי חשוב (הסיפור הוא החצי שנה האחרונה של אזולוס, לא של החצי שעה האחרונה-שאגב בה התמקד העליון).

• הכרעה בין כללים (ספקנות הכללים):

- בשאלה אם להשתמש בכלל- (האם מדובר בלקונה או בהסדר שלילי). מגיע סיפור לביהמ"ש – מי קובע איזה כלל צריך להחיל על הסיפור הזה? למשל: מי קובע אם נחיל כלל של טעות או הטעיה? מי קובע מתי חל כלל משפטי? מתי מדובר בהסדר שלילי או לקונה? השופטים לבד מחליטים.
 - יש לביהמ"ש או לכל גורם אחר (למשל: משטרה) סמכות להחליט אם להחיל כלל משפטי אם לאו.
 - כללים כתובים ולא כתובים- ישנה תפיסה לקויה לפיה כל הכללים המשפטיים כתובים אך זה לא נכון, ישנם כללים רבים שאינם כתובים אך הם חלק ממערכת המשפט. יש כל הזמן כללים ועקרונות שאינם כתובים, למשל: "שאינן חוטא יוצא נשכר". אין שום כלל משפטי שאומר לשופט מתי להשתמש בכלל הכתוב ומתי להשתמש בכלל שאינו כתוב.
 - בין כללים מתחומי משפט שונים (חוזים או קניין)- מדוע לא דנים בתיקי חוזים המערבים מיסוי, מקרקעין וכו' בהתאם לדיני המיסוי ודיני תכנון ובניה? ההחלטה איזה כלל להחיל נתונה בידי העוסקים בתחום.
 - בין כללי פרוצדורה שונים- (למשל איזו תקנה מהתקס"א); בין כללי פרשנות שונים (חוק מאוחר וכללי – מה עושים איתו? הרי הוא יכול להיכנס גם להגדרה של מאוחר גובר על מוקדם וגם להגדרה של ספציפי על כללי, השופט בוחר).
- פעולות החיפוש וההכרעה חופשיות, כלומר "לא משפטיות". אין כלל משפטי שאומר לנו איך להכריע. יש מקום לשיקול דעת "לא משפטי" (פוליטי/ערכי). ולכן לא משנה כמה כללים ותקדימים יהיו תמיד יהיה שיקול"ד אדיר.

סיכום קצר:

אנחנו רוצים לדבוק בכלל כדי ליצור סדר, אבל החיים עשירים, מתפתחים ומשתנים, ולכן הכללים אף פעם לא מספיקים, ותמיד צריך להשלים/לפרשם/לתקנם, וגם אם נעשה הרבה מזה עדיין יישאר אלמנט גדול מאוד של חוסר וודאות, של הכרעה בין חלופות, של שיקול"ד. וזה מתח בלתי-פתיר, כמו שזיגמונד פרויד אמר "התרבות האנושית היא תרבות של חוסר נחת".

קניג נ' כהן:

אחת הבעיות הנובעות מהמוות היא העברת הרכוש, ולצורך כך נוצרה צוואה. הצורך בכללים נוצר מתוך השטח (יצירת פרוצדורה, דיני הירושה).

חוק הירושה קובע כיצד מחלקים את הירושה (החברה חייבת לפעול לפי כללים לגבי חלוקת הירושה- מעגלי קרבה). לעתים לא הולכים לפי מעגלי הקרבה במידה ורוצים לכבד את רצון המת; בחלוקת הרכוש לפי רצון הנפטר = הבעת הרצון מבוצעת ע"י צוואה.

התפתחות הכללים:

בתחילה יש ערך כללי- שהרכוש ילך לפי הבעת רצון הנפטר ← איך הוא מביע את רצונו? בע"פ או ע"י מסמך ← המצאת כללים ותתי כללים.

בעייתיות בצוואות: דיני ראיות (מבחינה ראייתית אין חתימה למשל). תמיד עולה שאלת הזיוף ← קביעת כללים לגבי הראיות עצמן.

צורך נוסף ביציבות שעולה מהפס"ד בדברי כל השופטים הוא המדיניות השיפוטית- אי יצירת מדרון חלקלק. יש לחשוב על פתרון שיהיה ניתן להתמודד איתו מבלי שיפתח פתח לאפשרויות רבות נוספות.

הפרשנות השיפוטית רצתה לקיים את רצון הנפטר;

← כל פתרון שנוצר בכללים יוצר בעיות נוספות שצריך לקבוע לגביהם כללים נוספים, כאשר כללי המדיניות השיפוטית נמצאים מעל הכל.

דבר נוסף ביציבות- הדבקות בכללים נראית בצורה לא יפה בחברה מכיוון שהיא נתפסת כצבועה, ובפסק הדין השופטים מראים כי אין צוואה והם מסבירים זאת בכך שהחוק תוקן ליברלית וכי חוק הירושה הוא הליברלי ביותר, לכן הם גם ליברליים אך לדאבונם הם לא יכולים להרחיק בפרשנותם למרות הליברליזם, עקב המדיניות השיפוטית.

4 דרכים לביצוע צוואה:

1. בכתב
2. בפני עדים
3. ברשות
4. צוואת "שכיב מרע" - אדם גוסס

דרכים אלה מצביעות על הליברליזם של המשפט, ההקלה בדרך הצוואה מאפשר דינמיות במציאות אך גם מעלה בעיות רבות.

ס'19- צוואה בכתב מחייבת את כתב ידו של המנוח, בחתימתו ובתאריך. השאלה בפסק הדין שואלת: "מהי צוואה? מהו המינימום הדרוש לכדי צוואה?" האם כל התנאים הכרחיים ומצטברים? שופטי הרוב טענו כי 3 התנאים הכרחיים. השופטים אילון וברק טענו כי הכתב הוא הכרחי לגמירות דעת, אך אין הכרח בשאר.

כך נוצר כלל, וכל הזמן כלל יוצר צורך בפרשנות.

- אין כלל שלא צריך להשלים: בכלל כלל יש צורך בסיפור הרקע.

כמו שכלל כלל נתון לפרשנות, השופטים חלוקים:

- לפי מנחם אילון האישה הותירה צוואה; הוא מתנסח כך שיבינו שהיא השאירה צוואה. הערך המרכזי מבחינתו הוא רצון המנוחה. ברק ואילון מאמינים מבחינה מוסרית שהפתקים הם צוואה ומתנסחים כך.
- לפי שלמה לוי, היא השאירה פתקים בלבד והוא מתנסח כפי שהיא השאירה פתקים בלבד שאינם במעמד צוואה. שאר השופטים יחד איתו מרוחקים יחסית מהנושא ומבחינתם הפתקים הם רק בגדר פתקים שאינם צוואה.

מקריאת העובדות השונות בין השופטים ניתן ללמוד את הריחוק של השופטים מההחלטה (כתיבה משפטית או כתיבה רגשית למשל). הערך המרכזי הוא נושא הדיון הטכני בלבד: האם הפתקים הם צוואה או לא.

האם להחיל כלל משפטי או לא?

ההחלה של כללי הצוואות מהוות מעין לקונה במצב שלא יודעים אם זוהי צוואה בכלל, והחוק שותק במצב זה. מדובר בצוואת שכיב מרע בכתב לפי אילון שזהו מצב ייחודי.

טענו שסעיפים 25+19 הם הרלוונטיים לחוק הירושה, כאשר אילון טען שלא; בסופו של דבר נקבע שסעיף 23 חל. אף אחד מהשופטים אינו טועה או צודק לפי הכללים המשפטיים, והם יכולים לבחור.

כנ"ל לגבי פרשנות- שופט יכול לפרש כרצונו. לפי ברק, כל השופטים מתייחסים ללשון החוק אך במקרה זה לשון החוק לא ברורה ← ישנה אי וודאות במשפט ← חלק מהשופטים הלכו לפי כוונת המחוקק ← ולכן כדי לפרש, הלכו למשפט הקונטיננטלי.

ברק טוען שלמרות השפעת המשפט הקונטיננטלי, חוק הירושה הוא ישראלי מובהק ולכן הוא לא רואה טעם בדברי המשפט הקונטיננטלי ופונה לכנסת במקום.

הפרשנות יכולה להסתמך על כל מקור, אך בסופו של דבר כל שופט מגדיר את כוונת המחוקק או את התכלית באופן אחר.

ליון, בייסקי והשאר	ברק	אלון	כוונת המחוקק
הכוונה היא להסתכל על רצון המת+מסורת משפטית קונטיננטלית	המטרה היא כיבוד רצון הנפטר	כוונת הכנסת היא הסתכלות על המשפט העברי	

שופטי המיעוט	שופטי הרוב	

המתח בין הצורך ביציבות לבין הצורך בגמישות במציאות המשתנה.

בתורת המשפט סוגי הנורמות המשפטיות מחולקות ל-3 סוגים:

1. מנהג - בכל אחד מאלה ישנה מוסכמה חוקתית (קונבנציה).
2. חקיקה - חקיקה ראשית (חוקים יוצרי פרלמנט), תקנות, חוקי עזר עירוניים, פקודות, צווים, חוקה - מבחינה פילוסופית כולם אותו דבר כאשר ההבדל ביניהם הוא במדרג הפוליטי (פירמידת הנורמות).
3. תקדים - החלטה של בעל סמכות. תקדים ולא פסיקה, מכיוון שמדובר בנורמה שחלה על כולם כאשר פסיקה היא סוג אחד של תקדים (פסיקה היא החלטה של אדם בעל סמכות כמו חו"ד/הנחיות/החלטות מנהיגים פוליטיים/פס"ד רגיל).

המנהג

הגדרה: מנהג הוא התנהגות מחזורית של אנשים, המלווה בהכרה/ציפייה הדדית של אותם אנשים שדפוס ההתנהגות ימשיך להתקיים.

ההתנהגות מלווה בציפייה לחזרה על עצמה מכיוון שאנשים חוזרים על ההתנהגות הזו ומכיוון שאנשים חוזרים על עצמם הם גם מצפים שההתנהגות תחזור על עצמה.

לדוגמה, מנהג אכילת תפוח בדבש בראש השנה, במידה ויהיה שולחן ללא המנהג - נרגיש זכות לתבוע את קיומו של המנהג ולא נרגיש חוצפה בתביעה זו. עצם קיומו של מנהג מחזורי יוצר את ההכרה והציפייה, את הכוח הנורמטיבי.

מנהגים הם הנורמה המשפטית המוכרת, העתיקה והנפוצה ביותר כאשר אין חברה אנושית בלי מנהגים מהסיבה שההתנהגות של בני אדם היא התנהגות מחזורית (רוב הפעילות שלנו היא הרגלים ללא מחשבה, כמו צחצוח שיניים). הרגלים אלה ← הפכים למנהגים.

מכיוון שחברה מורכבת מאנשים תבוניים בעלי תודעה, אנשים נותנים לכל דבר משמעות - גם להרגלים שלהם. חלק מהרגלים אלה הם הגיוניים, כאשר חלק מהם לא הגיוניים והם התקבעו במסורת וכדי להצדיק אותם נתנו להם הצדקות שונות בכל מקום.

רוב המנהגים שאפשר להתחקות אחריהם הם די חדשים (2-3 דורות אחורה).

העובדה שנותנים להתנהגות המחזורית משמעות הופכת את ההתנהגות המחזורית למנהג וכך היא נותנת סיבה להתנהגות בעקבותיו.

לרוב המקור למנהגים הוא גחמה דתית כלשהי. המנהגים של אחרים תמיד ייראו לנו מוזרים בשונה משלנו, כי אנחנו רגילים למנהגים שלנו ולא לשל אחרים.

הלחץ החברתי לקיים את המנהג חזק על המפר אותם, ולכן המנהגים שורדים בעקבותם.

מנהג היא הנורמה הכי חזקה - הרבה יותר קל לעקוף או לא לציית לחוקים או לתקדימים מאשר להפר מנהגים.

מנהג משפטי כנורמה יחידה אופייני לחברות קטנות והומוגניות, בעלות מורכבות חברתית וכלכלית רבה. (חברות שאין בהן גיוון כלכלי כמו חברות שבהן כולם ציידים לקטים, מתבססות בעיקר על מנהגים כי אין צורך ביותר). ככל שחברה הופכת למורכבת יותר, הכלכלה הופכת למגוונת יותר ואז המנהגים לא מספיקים כך שנולדת חקיקה. ברגע שחברה עוברת סף מסוים היא זקוקה לחקיקה.

ברמה המשפטית, מנהגים הם הנורמה העיקרית. מנהגים כמו מתנה לחג מוגדרים כנורמה משפטית, בכך שאם נתבע אף נוכל לזכות על כך שמעסיק לא נתן מתנה בחג, או עסקת יהלומים שמוטלת בספק כיוון שלא נאמר "מזל וברכה" כנהוג.

הבעייתיות במנהגים הוא שהם לא יציבים; מה הם גבולות המנהג? על מי הוא חל? אנחנו חשים לא נוח עם מנהגים ברמה המשפטית.

בחברה המתבססת על מנהגים יש בעייתיות ולכן הם עוברים פוזיטיביזציה ← הפיכה לנורמה פוזיטיבית שאפשר לראות ולחוש.

3 דרכים לפוזיטיביזציה- מנהגים הופכים לנורמה וודאית ב-3 דרכים עיקריות:

1. עיגון המנהג בטקסט - עצם קיומו של הטקסט מזכיר לנו את המנהגים. הטקסט הוא מנהג מסדר שני- הוא נועד להזכיר לנו מאורעות (למשל טקסט פסח נועד להזכיר לנו את יציאת מצרים).
גם משפטית- מעגנים נורמות משפטיות בטקסים: "הרי את מקודשת לי"- האמירה מקיימת את החיוב המשפטי.
2. משפט - ברגע שמנהג מגיע לביהמ"ש, הוא הופך ממנהג לתקדים והוא הופך לאוטוריטה, יש סמכות שמכשירה את המנהג.
משפטים בחברות מנהגיות הם לא כמו משפטים בחברות מודרניות- בחברה מנהגית מטרתו הראשונה של המשפט הוא להזכיר לקהילה את המנהגים ולא בהכרח למצוא את האשם (כמו בתורה שבה המשפטים נערכו בשער העיר, הזקנים היו השופטים כיוון שזכרו את המנהגים וכולם השתתפו).
3. חקיקה - הפיכת המנהג לחוק. חקיקה היא קפיצה בתחכום האנושי. רוב חקיקת העבודה (המשפט האזרחי) מבוסס על מנהגים, למשל נוהג מנדטורי שבפיטור אנשים נותנים פיצוי. בשנות ה-50 הכנסת חוקקה חוק ברור וכך מנהגים הופכים לחקיקה.
התוצאה היא שבמשפט המודרני והמדינתי של היום רוב המשפט מבוסס על חקיקה, פסיקה ותקדימים כאשר יש מעט מנהגים.

התוצאה הפורמלית: במישור המדינתי ישנם מעט מנהגים, כאשר התחולה העיקרית שלהם היא במשב"ל. למרות זאת, בעולם המודרני המנהגים לא נעלמו: ישנה הצפה של מנהגים כאשר אנחנו מתנהלים לפיהם (למשל המנהג המשפטי של 100 קמ"ש כאשר בפועל נוסעים 110 קמ"ש). לכך הסברים: המשטרה לא תתעסק באדם שנובע מעט ק"מ, "ישנה 10% טעות למכשירי המדידה", וכו'.

השאלה המשפטית התעוררה **בפס"ד תורג'מן**: אישה שניהלה בית בושת בדירה בת"א, הועמדה לדין וטענה שחשבה שזהו מכון מסאז'ים כאשר היא לא ידעה מה קורה בו בפועל כאשר כל הרחוב מלא בתי בושת- כלומר יש מנהג בארץ שלא נאכף בפועל למרות שיש חוק בעבירות זנות.

בעליון, אילון ומצא טענו שזהו לא מנהג אך חשין רצה לתת לה עונש של שקל אחד כדי לזעזע את החברה הישראלית ולומר שהאישה צודקת בעוד החברה הישראלית עוצמת עין מזנות ולאנשים לא אכפת. ההעמדה שלה לדין הייתה בגלל שהשכנים טענו למטרד ולא מבחינה של אכיפת הזנות עצמה.
במקרה זה, שאלת מנהג נגד חוק עולה.

חקיקה- סדר השיעור:

1. הגדרות
2. יצירת חקיקה
3. צורה
4. תוכן
5. סוף

חקיקה

הגדרה תורת משפטית לחקיקה: מעשה המכוון מעיקרו ליצירת נורמה. המטרה ליצירת נורמה משפטית.

הגדרה תורת משפטית לחוק: נורמה פוזיטיבית, המבטאת בצורה של כלל פומבי, שנוצרת ע"י הגורם השולט בחברה.

נורמה פוזיטיבית = נורמה שניתן לראות פיזית, לרוב הכוונה לנורמה חרוטה שחור ע"ג לבן, בעלת גבולות.

חקיקה נוצרת ע"י הגורם השולט בחברה, **מלמעלה**, בשונה ממנהגים (שנוצרים **מלמטה** כתוצאה מהתנהגות מחזורית של בני אדם). חקיקה תמיד באה מלמעלה.

האלמנט החשוב של משפט שהולך יד ביד עם כוח פוליטי: מי ששולט פוליטית, שולט על המשפט (בעל המאה הוא בעל הדעה).

מחוקקים מבקשים ליצור נורמה משפטית מלמעלה, ומתאמצים להפוך אותה לכוללת ולברורה ביותר שאפשר שתקיף כמה שיותר נורמות. החקיקה היא גורם שולט בחברה, כאשר בתי משפט הם חלק מהשלטון ולא גורם נפרד למרות המתואר.

חקיקה אופיינית לחברות מתוחכמות- בחברות קטנות ולא מתוחכמות שבהן כל האנשים חדגוניים ולקטים אין צורך בחקיקה, ומנהגים ומסורות מספיקים.

בחברה קטנה ולא מתוחכמת אין מנהגים קבועים אלא פונים לאדם עם אוטוריטה בעת צורך, והמשפט שלה מבוסס על מנהגים. ככל שהיא גדלה, לא כולם עובדים באותו תחום ומכירים את כולם.

ככל שחברה הופכת לגדולה ומורכבת יותר מבחינה כלכלית- לא כולם כבר נוהגים באופן זהה, היא הופכת למורכבת חברתית, ויש צורך ב2 דברים:

1. **הנהגה שוטפת**- החברה לא יכולה להיות מונהגת ע"י אדם אחד, חברה גדולה חייבת הנהגה. המייחד חוק הוא העובדה שנוצר בכוונת מכוון, המטרה היא ליצור נורמה משפטית (ההפך ממנהג, מטרת החקיקה היא להוסיף יציבות וסדר לעולם, בשונה ממנהג).

2. **חוק ולא מנהג**- מערכת המשפט פועלת מכוח החוק ולא מע' מנהגית, צריך מנגנון שלם ושלטון שוטף, לכן ניתן לראות מעבר ממנהגים לחקיקה בצורה מסודרת או באמצעות העלאה על הכתב.

חקיקה נולדת כתוצאה מצורך חברתי, ברגע שיש יותר מדי שוני יש אנטרופיה ומשמעות החקיקה היא הכנסת תבונה, סדר, היגיון ויציבות לחברה כדי למנוע את התפרקותה. החוק וההנהגה הפוליטית הולכים יחדיו.

כדי לחוקק יש להשקיע אנרגיה בסידור העולם, יצירת חוקים וכללים הוגנים וצודקים שיתאימו לכלל האוכלוסיה. לכן, ניסוח החקיקה היא בין הפעולות הקשות היוצרות מספר התנגשויות, למשל:

יצירת החקיקה

הקשיים הכרוכים ביצירת החקיקה:

- ניסוח - תרגום החיים ל"משפטית" (חוק הדיאטה).
 - ההליך הפוליטי של החקיקה - קשה יותר לחוקק חוק שנוגע לכלל האוכלוסיה מאשר חוק שנוגע לאדם אחד:
 - דילמות של צדק;
 - מקח וממכר בהליך החקיקה - ברגע שההליך ציבורי, צריך להשקיע מחשבה, דבר שמבטא הליך פוליטי בגלל שיש צורך בקבלת החלטות בקבוצה.
 - המתח בין משפטנים ופוליטיקאים (הפוליטיקאים מבטיחים דברים במע' הבחירות בעוד המשפטנים מסבירים להם שחקיקת חוק היא קשה ומלאת עבודה, דבר שיכול לגרום לכניסת החוק לאחר הבחירות הבאות).
 - מיהות המחוקק והמומחיות - השאלות:
 - מיהו המחוקק? רוב החקיקה נוצרת במשרדי הממשלה השונים ולא דווקא ע"י חברי הכנסת, שנבחרו בדרך דמו'. הייתה תפיסה לפיה הצבא כפוף לרשויות האזרחיות ולכן הדבר ביסס את חשיבותו של בג"ץ והחלטותיו.
 - מומחיות המחוקק - מי אמר שהמחוקק מבין בנושאים שבהם הוא מתעסק? למשל בתקנות תעבורה. החוק הוא פרקטי ולא בא לקבוע אמת מיידה כללית ומוסרית; הוא מכווין התנהגות ברמה המידית והפרקטית וכדי שיהיה מופעל ע"י אנשים ומוסדות צריכה להיקבע לו תחולה והגדרות. לחוק צריכים להיות יעדים.
 - אלמנט מדעי - המדע לא מדויק, ויש בעיה בהסכמה על קבוצת הביקורת למשל. כנ"ל לגבי DNA או טביעות אצבע, שהם עדיין אלמנטים לא בטוחים.
 - יוצאי דופן - אי תחולה במקרים מסוימים, יש להעניק גמישות לחוק. מי קבע יוצאי דופן? האם בחוק הדיאטה תחולה תפסיק בעת האוכל של סבתא או גם של הדודה?
 - מדיניות משפטית - שופטים תמיד חושבים על מדיניות משפטית, 99% חושבים על המקרה הכללי - מחוקקים חייבים לחשוב על האוכלוסיה כולה, ולא יכולים לחשוב על מקרה אחד בלבד שקיים להם מול העיניים (הם מוכרחים לחשוב על כל האוכלוסיה). שופטים נמצאים כדי לשפוט באמצעות החוק ומעבר לחוק - כדי לתת סעדים וגמישות משפטית (לדוגמה במקרה של מועד ג' לסטודנטית). דוגמה לפרשנות כלל - פתקים כצוואה, תמיד ישנן שאלות משפטיות. לדוגמה באפליה של עולים חדשים, המדינה נתקלה בבעיות בעת עצירת אנשים רק על סמך עדתם וזריקתם למחנות.
 - גישה דיספוזיטיבית וסטנדרטית מול קריטריונים ברורים - יש לתת למערכת גמישות ויציבות. על כל הדברים האלה צריך לחשוב כשמחוקקים.
 - תחולה - ישנם חוקים מסוימים שנועדו לחול על קבוצה מסוימת, למשל חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות.
- חקיקה לוקחת זמן, משאבים וידע. במחלקת הייעוץ והחקיקה יש מעל 100 עורכי דין, ועדיין חקיקה של חוק רציני לוקחת כעשור (למשל חוק חדלות הפירעון, הקודקס - מ2011 מונח למרות שלקח כ20 שנה לעבוד עליו).
- חקיקה היא הנורמה העיקרית שמטרתה היא להפוך את העולם למקום טוב יותר.
- שאלה לבחון בשיעור הבא - מה המתח ואיך הוא מתבטא במנהג ובחקיקה.

סדר השיעור:

1. בין יציבות וודאות לבין הצורך בגמישות
2. מנהג:
 - נקודות שנוגעות למנהג;
 - המתח במנהג
3. חקיקה:
 - הגדרות, יצירה, צורה ותוכן
 - המתח

צורת החקיקה

❖ חוקים פרטניים מול קודקס;

הבחנה בין חוקים צרים לרחבים יותר (קודקסים). שני סוגי חוקים:

1. חוקים ספציפיים של סעיפים בודדים/עשרות סעיפים בודדים העוסקים בנושא מסוים.
2. חוקים מקיפים בעלי מאות/אלפי סעיפים המקיפים תחום שלם במשפט, שבדר"כ נחקקו מטעמי יעילות או היגיון (כמו חוק העונשין). לקודקס אין בלעדיות, והוא נוצר מתוך הרצון לוודאות במשפט.

בעולם ישנה תופעה בעייתית מבחינת תורת המדינה, שבה המדינה רוצה להסדיר תחומים רבים (לרוב בעניינים כלכליים ומגיעים יחד עם חוקי המס והתקציב). ← דברים אלה יוצרים חוק עצום שהפרלמנט מעביר כמקשה אחת (לדוגמה חוק ההסדרים בארץ- לאחר האינפלציה של שנות ה-80 שגרם להעברה של אלפי סעיפים כמכשיר שגורם לממשלה לעשות בו שימוש). תופעה זו נרחבת בעולם ויש נגדה ביקורת רבה.

❖ כללים "צרים מול סטנדרטים"; עקרונות, סעיפי סל ושסתום.

1. חוקים צרים וברורים- רוב הכללים בחקיקה מנוסחים כצרים וברורים כמה שיותר (ברחל בתך הקטנה), בעיקר במשפט פלילי (לא כתוב רק האיסור על גניבה, אלא מסבירים ממש את מרכיבי העבירה).
2. חוקים רחבים- לעומת זאת, ישנם כללים המנוסחים בצורה רחבה כדי לכלול כמה שיותר דברים באופן סטנדרטי (סעיפי סל ושסתום), למשל- עקרון תו"ל, חובת הזהירות בנזיקין, הפרת אמונים וכו'.

❖ חקיקה קזואיסטית מול מופשטת;

1. חקיקה קזואיסטית- נוצרה מתוך קייס, סיפור. המבנה שלה: "אם... אז". מקובל לומר שככל שהחקיקה עתיקה יותר כך היא החל כקזואיסטית (מתוך סיפורים).
2. חקיקה מופשטת- עם הזמן, החקיקה הפכה למופשטת יותר ולא בצורה של סיפורים קצרים. כיום יש פחות חקיקה מסוג זה, מכיוון שמנסים להפוך את המשפט למופשט יותר.

תוכן החקיקה

❖ כלל קוגנטי מול דיספוזיטיבי;

1. כלל קוגנטי- חקיקה מחייבת שהצדדים לא רשאים להתנות עליה כמו חקיקה פלילית.
2. חקיקה דיספוזיטיבית- שהיא מעין מתכון לניהול יחסים שאין חובה לשמור עליו. רוב המשפט האזרחי הוא משפט דיספוזיטיבי. לדוגמה, הכלל בחוק המיטלטלין- בעלות בנכס עוברת עם המסירה, חוק זה הוא דיספוזיטיבי מכיוון שהצדדים יכולים להחליט שהבעלות לא תעבור עם המסירה.

- ❖ פוזיטיביזם משפטי; משפט שחור ע"ג לכן שאפשר לראות בבירור מה כוונתו מבחינה מוחשית. יודעים מה הנורמה שיצרה אותו. הסיומת "זם" - מדגישה.
 - פוזיטיביסט- אדם ששם דגש על כך שהמשפט יהיה כתוב ונדע איך הוא נוצר.
 - 1. פוזיטיביזם- די בכך שהנורמה נוצרה ע"י עובדה חברתית המקובלת בחברה כיוצרת משפט (כמו הצבעה בפרלמנט או מנהג מקובל בחברה), התוכן לא מעניין.
 - 2. נון פוזיטיביזם- הנורמה צריכה לעלות בקנה אחד עם "נורמת על" חוץ משפטית, כמו היגיון. חוק תקף הוא חוק מוסרי, שיש הצדקה לגביו ולא מספיקה עובדה חברתית מקובלת.
- ❖ חקיקה אוניברסאלית, אחידה ואימפרסונלית; איסור על חקיקה רטרואקטיבית;
 - צורה אחידה ואימפרסונלית- ניסוח החוק באופן אחיד לכולם. לדוגמה, כאשר היה צריך לשלם פנסיה לאלמנת נשיא המדינה הראשון ויצמן, משרד האוצר סירב לשלם במידה ואין הוראה לכך בחוק התקציב. היה בלתי אפשרי לחוקק חוק פרסונלי לורה ויצמן, ולכן היה צריך לחוקק חוק לא פרסונלי וגורף לאלמנות נשיאי מדינה שנכנס לחוק קצבאות שארים של נושאי משרה בארץ.
 - איסור על חקיקה רטרואקטיבית- מבחינה פוליטית, לא מקובל שתהיה חקיקה רטרואקטיבית כיוון שהדבר לא הוגן לדרוש מאנשים חיובים או זיכויים לגבי העבר.

פרשנות החקיקה

- ❖ לשון החוק (פרשנות טקסטואלית);
 - כל נורמה משפטית תמיד נתונה לפרשנות.
 - שאלה: כיצד מפרשים? מכיוון שחקיקה היא נורמה כתובה, הפרשנות תמיד תתחיל מהטקסט הכתוב. ישנן מספר שיטות פרשנות, כאשר זו פרשנות טקסטואלית; ישנן 2 קריאות שונות של הטקסט תמיד. השלב הראשון בפרשנות תמיד יתחיל מהטקסט לפי קידר.
- ❖ כוונת המחוקק;
 - תמיד מנסים להתחשב בכוונת היוצר של הטקסט- כיבוד הרצון של המחוקק הדמו'. פרשנות זו נעשית תמיד לפי כוונת המנסח גם בצוואות, חוזים, תקנות, או כל טקסט משפטי אחר.
 - ישנן מחלוקות לגבי כוונת המחוקק (למשל בין שופטים)- למשל **בפס"ד קניג** לפי ברק- כאשר חוקקו את חוק הירושה ביקשו לחוקק חוק ליברלי ומודרני שמתרחק מהמילה הכתובה ומתקרב למהות כדי לכבד את רצון המת תוך התרחקות מהפורמליזם, בעוד אלון- טען שממול יש את חוק יסודות המשפט שגורם לגילוי דעת של שימוש במשפט העברי.
 - שאלה: למה צריך לכבד את כוונת המחוקק (במיוחד בחוקה?)
 - שאלה זו נכונה לטקסטים רבים ואינה נקיה מספקות. זהו מעין ניסיון להבין טוב יותר את הטקסט אך אינה נקיה מבעיות ולא תמיד נבין את כוונת המחוקק.
 - לא תמיד כוונות המחוקק סותרות; אמנם בחוק הירושה היה גם כיוון קונטיננטלי, גם אנגלוסקסי- אך גם ישראלי מקורי.
- ❖ תכלית החוק;
 - לא מדובר על כוונת המחוקק הספציפי, אלא- השאלה: מדוע חוקקו את החוק?
 - לפני החוק היה מצב משפטי מסוים כאשר אחריו הוא השתנה (מהירות נסיעה למשל). רוצים לדעת מדוע ח"כים שינו את המהירות המותרת- מה רצו להשיג? מה הייתה מטרתם?

מבקשים לבדוק את הפרשנות הטלאולוגית- מהי הטלוס, תכלית הטקסט. הפרשן אמנם מתחשב בכוונת היוצר אך המטרה היא להבין למה רצו לשנות את המצב המשפט מא' לב'.

תכלית החוק	כוונת המחוקק
פרשנות לאור התכלית היא רחבה יותר ומנסה להבין מדוע שינו את המצב המשפטי ומה היה ההגיון בחוזה הספציפי/במסמך/בתקנה/מה היה רע בלעדיהם? כדי להבין היגיון זה, ניתן לראות בין השאר מה כתבו יוצרי הטקסט (המחוקקים, מנסחי החוזים וכו'). אנחנו לא רואים את עצמנו כבולים לכוונת יוצרי הטקסט. מנסים להבין מה הטעם לכלל וההיגיון שמאחוריו.	תפיסה שמרנית שלפיה החשוב הוא כוונת יוצר הטקסט. בעייתית מבחינה פילוסופית.

הפרשן הוא חלק מקהילה, וגבולותיו הם גבולות הטקסט וגם גבולות הקהילה. הוא אינו יכול לתת תכלית מופרכת לטקסט מבחינת הקהילה מכיוון שהדבר לא יתקבל.

❖ כללי פרשנות;

חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם, חוק ספציפי גובר על חוק כללי, פרשנות לרעת המנסח. כללים אלה הם הגיוניים ולא כתובים בשום מקום (=לא מחייבים). האם הולכים לפי החוק המאוחר הכללי או החוק המוקדם הספציפי?

"סיום" חקיקה

❖ חוקים בעלי תוקף מוגבל:

ההנחה היא שהחוקים הם כביכול אינסופיים, ועד שלא שונו/בוטלו הם תקפים לנצח. כעקרון, חקיקה אינה "מסתיימת", אך ישנם מספר יוצאי דופן:

1. הוראת שעה - חוקים/תקנות בעלות תוקף מוגבל (חלק גדול מחקיקת מיסים למשל), או במקרים שהמדינה מרגישה שלא בנוח עם כלל מסויים ורוצה להגבילו- חוק איחוד משפחות למשל. לכן, המדינה חוקקה בהוראת שעה והאריכה כל זמן.
2. פסקת התגברות על החוקה (sunset clause) - פטנט קנדי שקיים רק בישראל ובקנדה. "סעיפי שקיעה"- בעלי תוקף מוגבל. אם הפרלמנט רוצה להתגבר על החוקה- הוא רשאי לחוקק את החוק שסותר את החוקה אך התוקף שלו יהיה מוגבל. הפרלמנט מבטא את ריבונות העם ולכן אין צורך בפסקת התגברות על חוקים רגילים (כי אין צורך להתגבר על בתי משפט ברגע שהכנסת נמצאת מעליהם- הם תמיד יכולים לחוקק את החוק מחדש).

❖ Desuetudo: "מנהג נוגד חוק";

רוב החוקים מתים במובן שאנשים מפסיקים להתנהל לפיהם- גם אם החוק נשאר על ספר החוקים הוא לא בוטל פורמלית, אך אנשים לא הולכים לפיו.

המתח שבחקיקה:

המתח בין הצורך בוודאות, יציבות, אחידות וסדר מצד אחד לבין הצורך בגמישות מצד שני- ההבדל התהומי שבין חקיקה למנהג. חקיקה היא הנורמה היחידה שמטרתה היא להוסיף סדר, וודאות ויציבות לעולם, קשיחות צורנית.

הפיתוי הרציונלי שבחקיקה

- מחוקקים תמיד מתפתים ע"י התבונה והתקווה; חקיקה היא נורמה פתיינית- היא מפתה את התבונה שלנו. ← גורם לנו לדבוק בחקיקה- לא רק בגלל הוודאות, אלא בגלל שהם מרגישים שהם יצרו את החוק והשקיעו בו (למשל יוסטינאנוס שרף את כל החוקים שלא נכנסו לקוד יוסטיניאנוס).
- אגדת חקיקה: התגלות אלוהית; מיתולוגיה; חוקה משוריית- בשביל שניצית ונבין את החקיקה חייבים לקשור אותה למה שגדול מאיתנו ולכן בחברות עתיקות החוק תמיד מקושר להתגלויות אלוהיות, או ממקור טרנסנדנטי חיצוני (משה למשל)- מקור החוק לוט בערפל וחיצוני. אגדות אלה מלוות אותנו עד היום, כאשר יש חבר כהנים שרק הוא יכול לפרש את החוק.
כך הוחזר רעיון דתי לתוך החקיקה בשיא העידן המודרני והדמו' שמעמיד במרכז את האדם: האדם מחוקק את החוק ושום גורם מחוץ לחברה לא מחוקק אותו ועדיין בשיא העידן- החוק נוצר מלמעלה.

הדרכים להגמשת החקיקה

הבעיה במנהג הוא שלא יודעים מתי הוא מחייב ומתי לא.
איך מגמישים את החוק ויוצרים מצב שבו לא נשרת אותו במקום שישרת אותנו? מספר דרכים:

1. תיקון החוק או הוספה לחוק;
דרך המלך- לא פשוטה וכרוכה במו"מ ופרוצדורה.
2. קביעת מדרג של חוקים;
ככל שחקיקה במדרג גבוה יותר ← כך נקשרות לה יותר אגדות, "תורה מסיני" שאסור לשנותה. במדינה מודרנית, החקיקה מסמיכה את מחוקק המשנה לחוקק חקיקת משנה.
רוב התקנות עומדות בהסמכת החוק, וכאשר קוראים אותן- רובן מנוגדות לחוק.

הדגמה- המדרג הנורמטיבי של החקיקה:

האבחנה בין סוגי החקיקה השונים היא פוליטית ולא דווקא עניינית;



3. אבחנה בין "חוקי מסגרת" ובין פרוצדורה;
את החוק לא משנים מסיבות מסוימות, אך קובעים פרוצדורה של הוצאה לפועל של החוק. ההנהגה האזרחית החילונית שואבת זאת מהיהדות (פוסקי הלכה) שרשאים לקבוע פרוצדורות לפעולת ההלכה ביומיום.
לדוגמה, ישנה פרוצדורה בכללי הסד"א לגבי חוזים, וכך "מכניסים בדרך האחורית" לפעולת היומיום ע"י פרוצדורות.
4. סעיפי שסתום בחקיקה, המאפשרים גמישות;
לסעיפים אלה יש מספר סוגים:

- א. סעיפים המתירים לתקן תקנות או לקבוע פרוצדורות כדי להוציא את החוק לפועל
- ב. סעיפי תכלית שנועדו לסייע לפרשנות- הוספת long title שיהווה מעין כותרת תכלית ומאפשר לשופטים לדלג מהחוק עצמו אל טעם החוק (מעבר לכללים)
- ג. סטנדרטים- מעין סעיפי שסתום. הוספת סעיפים רחבים כמו מידתיות, סבירות, תו"ל וכו' שמאפשרים מרחב פרשנות לשופטים ומאפשר לאזרחים לפעול בצורה רחבה.

5. פרשנות;

הכרה בכך שכל כלל משפטי ניתן לפרשנות וצריך להתפרש. בדר"כ ישנו מתחם פרשנות סביר הנקבע מטעמים פוליטיים, חברתיים ותרבותיים- מה מקובל בקרב אותה חברה. נושא הפרשנות מביא לעיסוק בפרשנות בתיהמ"ש- מוסד בעייתי כיוון שהדבר נמצא על התפר שבין המנהגים לחקיקה ועל המתח בין הוודאות לגמישות- הבעיה היא הגמשת החקיקה.

← לסיכום: דובר על המתח בין יציבות לגמישות והצורך בשניהם, כאשר הייתה התמקדות בחקיקה.

תקדים

התקדים יעסוק גם כן במתח היסודי בתרבות האנושית בין פורמליזם לריאליזם.

הגדרה: החלטה של בעל סמכות: שופט, מנהיג פוליטי, מומחה, כהן דת וכו'.

מדברים על תקדים ולא על פסיקה ממספר סיבות:

- תקדימים נוצרים לא רק ע"י שופטים; אלא גם ע"י בעלי סמכות אחרים
- תקדימים מדגישים נורמה כללית; המחייבת את הציבור כולו או לפחות קבוצות רחבות בו.

החלטות הופכות לתקדימים כאשר ישנם מספר קריטריונים:

- הצורך שלנו ביציבות וודאות- האדם הוא חיה שמחפשת וודאות ויציבות ולכן ע"מ לעשות סדר ישנו ביקוש לתקדימים. אנחנו מבקשים מבעלי הסמכות לקבוע תקדימים.
 - סמכות (אוטוריטה) של השופטים- תקדים היא החלטה של בעל סמכות, ברגע שאדם בעל סמכות מחליט החלטה על כל המקום שהוא חולש עליו- יהיה תקדים. למשל מדיקן שהחליט החלטה לגבי מסלול ב'02, תהיה ציפיה להחליט את אותה החלטה לגבי כל הפקולטה בהתאם.
 - הרצון של השופטים בלגיטימיות: גם נותני ההחלטות חשים מחויבות להחלטותיהם משני טעמים-
 - צדק אריסטוטלי (הגינות בסיסית)-
 - מסורת- מעניקה הרגשה של יציבות ושייכות לסדר שהוא גדול מאיתנו.
- כלומר, גם הציבור וגם מעניק ההחלטות מצפה שיהיה תקדים, ולכן התקדים מחייב שכבות רחבות בציבור + מחייב את מחליט ההחלטה עצמו או הבאים אחריו כיוון שנוצרה נורמה.

3 נקודות חשובות על שיפוט:

1. שיפוט הוא עניין כלל חברתי- מעניין את כל החברה, תיק מסוים יכול לעניין את שאר החברה ולכן בעבר המשפטים היו נערכים בכיכר העיר. בתי משפט הם עניין חברתי. גם בפס"דים במשפט פרטי, ישנם תקדימים: למשל פיצוי השנים האבודות שהפך להלכה שחלה על כלל אזרחי ישראל ולא רק על משפחת הנער שנהרג + פס"ד רים אבו חנא.
 2. תפקיד בימ"ש: לתת תשובות ולהשיב את הסדר על כנו- תפקיד סופר חשוב שלא מדובר בתייה"ס למשפטים. תפקיד חשוב מבחינה חברתית. בכל חברה ישנו צורך בפונקציה שתתן לנו תשובות- וביהמ"ש ממלא פונקציה זו.
- הדבר העיקרי בפונקציה חברתית הוא לתת תשובה, והדבר מתבטא בדברים רבים בעולם המשפט: לדוגמה- עקרון סופיות הדיון (מעשה בית דין=דיונים משפטיים הם ברי סיום וישנם פסקי דין חלוטים שאי אפשר להחיותם). תפקידו של ביהמ"ש הוא לתת תשובות.
- לדוגמה, ערעור- לאורך כל ההיסטוריה עד המאה ה-19 ואף ה-20 לא הייתה אפשרות ערעור על פס"דים. ערכאות ערעור נולדו עקב ההכרה בז"א וההבנה שיכולה להיות פגיעה בהם ולכן רצו למנוע זאת.

גם היום כאשר יש ערכאות ערעור- רוב הערעורים נדחים (בין 75% לבין 90% כמו בארץ, כאשר 9 מתוך 10 ערעורים נדחים).
 ערעור מהווה חוסר יציבות, ולכן בתיהמ"ש רוצים לסגור אותם כמה שיותר מהר כדי לא לערער את המערכת ולכן רוב הערעורים שנופלים הם הערעורים האזרחיים.
 בריאות- או שאין דיני ראיות או שהם לא ברורים.
 3. רצף בין חקיקה ותקדים/החלטה; בין יצירה ופרשנות- ההבדל החד שבין חקיקה לביהמ"ש מתעמעם, כיוון שפקודת הנזיקין המנדטורית היא ארכאית ורובנו חיים לפי פסיקת בתיהמ"ש בדיני נזיקין למרות שהם מהווים רק תקדים והלכה ולא חוק. כלומר, אין שחור ולבן- הכנסת לא רק יוצרת חקיקה ובתיהמ"ש מפרשים; ישנו רצף בין היצירה לפרשנות, בין החקיקה לפסיקה.

סוגיות של תקדים

- תקדים מחייב מול תקדים מנחה-
 - תקדים מחייב- stare decisis; כשביהמ"ש הפך להיות המוסד העיקרי רצו להכניס אלמנט של יציבות למערכת ולכן יצרו תקדים מחייב שמחייב את כל הערכאות מתחת לעליון.
 - תקדים מנחה/העדר תקדים- ישנן שיטות משפט שבהם התקדימים לא מחייבים אלא רק מנחים; מחייבים רק להיוועץ בשופטים (בישראל למשל שופטי השלום לא יכולים להתעלם מתקדימים של המחוזי אך הם גם לא מחויבים לנהוג לפיהם).
 - ישנן שיטות אירופאיות שבהן אין תקדים מחייב כמו בצרפת; הדבר לא אומר שאין תקדימים כי בכל שיטת משפט הם קיימים פשוט בדרגות שונות. בקודקס הצרפתי ישנם רק 6 סעיפים העוסקים בנזיקין וביהמ"ש הוא זה שיצר את ההלכה המחייבת בדיני נזיקין (למרות שאין תקדימים פורמליים).
- תקדים אנכי מול תקדים אופקי- עד המאה ה-20 לא היו ערכאות ערעור, בזמנים אלה התקדימים היו אופקיים (שופטים הסתכלו מה שופטים אחרים באותה ערכאה עשו לפניהם). מאז שקיימות ערכאות ערעור, ברוב המדינות הערכאות הן אנכיות (ערכאה גבוהה מנחה את הערכאות שמתחתיה). לעומת זאת, שופטי שלום לא מחויבים בתקדימים של המחוזי.
- *Obiter dicta- ratio decidendi*- הדרישה שהצוואה תישא חתימה ותאריך היא לא קונסטיטוטבית אלא ראייתית, ונועדה לעזור לשופטים להשתכנע שהצוואה אמיתית.
 כדי להבחין מהו תקדים, ישנה הבחנה מהעולם העתיק בין האוביטר לבין כל שאר הדברים שהשופטים כתבו. הרציו הוא התמצית של התקדים המחייב, בעוד האוביטר הוא כל שאר הפס"ד שהוא מעין צריך עיון.
- פרשנות תקדימים (אבחון תקדימים, *distinguishing*)-תקדימים הם גם מחייבים מבחינה חברתית, ולכן ההבחנה בין אוביטר לרציו אינה נקיה כמו שנראה- הם מתערבבים האחד בשני.
 במידה ויש אבחנה נקיה בין האוביטר לרציו דיסידינדי (ויודעים מה השאלה המשפטית); גם במידה שיודעים מה השאלה המשפטית הדבר לא אומר שיודעים את התקדים בהכרח.
 קל לסטות מתקדימים כיוון שכל תקדים נתון לפרשנות ואין שני מקרים זהים. תמיד ניתן להבחין בין מקרים ולפרש כל תקדים בצורה שונה. הקובע כמה השופטים יתרחקו מהתקדים הוא נסיבות העניין ונוחות השופטים.
 דוגמת **פס"ד שחר**- פרשנות שונה של תנאי נגישות; ילד נכה בביה"ס לפי חוק זכויות האנשים עם מוגבלויות, בג"ץ קבע כי יש להנגיש איזורים לנכים. בנו מעלון קטן ופירקו אותו בסיום בית הספר- דבר שלא הגיוני כיוון שהוא לא הילד הנכה האחרון שילמד במקום.
 זוהי פרשנות צרה של משרד החינוך. המילה האחרונה היא לא של ביהמ"ש אלא בפועל של הממשלה.
 החשיבות היא לתרבות הפוליטית.

החלטות אלה הופכות לנורמות מחייבות כלפי כל החברה, כיוון שהציבור הופך אותן לכאלה.

מבחינה היסטורית, ניתן לראות שההלכה מתפתחת באמצעות תקדימים- בממוצע, אורך חיים של תקדים הוא 12 שנה ← ולכן נדיר למצוא תיקים שהשופטים מתייחסים אליהם שהם בני יותר מ-15 שנה. רוב ההתייחסויות יהיו לתיקים מהשנים האחרונות, וכך נוצר מצב שההלכה מתקדמת עוד ועוד- זוהי האבולוציה של המשפט.

אם ניקח שפה, תרבות או דת ונסתכל עליה לאורך שנים- נמצא "דמיון משפחתי"; הדבר דומה להלכה משפטית- כל תקדים נבנה על הקודם לו אך בכל פעם משנים את ההלכה כדי להתאים אותה.

מצד אחד השופט חייב לשפוט בהתאם לחוק:

ביהמ"ש הוא המוסד שבו המתח בא לידי ביטוי בצורה הבולטת ביותר. לכן, ישנן מספר דרישות ממנו:

- להצביע על כלל הסמכות- סמכות מקומית (תחולת תחום השיפוט)
- לשפוט בהתאם לנורמות ולקריטריונים- הנהוגים בארץ.
- אחידות ועקביות בכל רכיבי הפסיקה (פרוצדורה, פרשנות, החלטה)- על השופטים להיות עקביים ואחידים, לא ניתן לסטות מהפרוצדורה ומכללי סדר הדין.

מצד שני, השופט צריך לשפוט מעבר לחוק: להתאים את הדין למקרה שלפניו.

זוהי הדילמה הגדולה של בתיהמ"ש: צריכים לשפוט בהתאם לחוק ומעבר לחוק במקביל. הבעיה היא שמערכת בתי המשפט חיה בתוך המתח הנ"ל ולכן הם נזהרים לא ללכת לכיוון אחד ולא להיות קשוחים מדי מבחינת הוודאות והיציבות, אך מצד שני- לא להיות גמישים מדי.

הצורך לעשות את עבודת בתיהמ"ש ליציבה וודאית יותר:

- הקפדה על הפרוצדורה- גם במערכות שבהן אין חוקים שמסדירים סכסוכים- לבתיהמ"ש תהיה פרוצדורה קבועה כמעט תמיד; היא דבר חשוב לבתי משפט. היא האלמנט העיקרי שמעניק וודאות ויציבות, וחשוב יותר לדעת את הפרוצדורה מאשר את החוק- כיוון שמי ששולט בכללי המשחק, יודע את המשחק. בתיהמ"ש הוא זירת המשחקים שבו מתנהל הדין ולכן לפני שאילת השאלה המהותית המשפטית יש לדעת כיצד לשחק.
- הכרעה מנומקת- לעתים ניתן לפרש את הנימוקים, לעתים חייבים לנמק ולעתים מחכים עם רישום הנימוקים. פרשנות- מהי הנמקה?
- מקורות ההכרעה- איזה נורמות? לפי איזה נורמות/תקדים/תקנה/מנהג התבצעה החלטה? מכוח מה?
- קריטריונים- לבחירות בין חלופות ולהכרעה. דרישה של קריטריונים על כל דבר מהחלטות השופטים.
- הנמקה- של שיטות הפרשנות.
- תקדימים מחייבים- מעניק יציבות למערכת. ישנן מערכות המחייבות את השופטים לדבוק בתקדימים מחייבים כדי להכניס אלמנט של יציבות.

הגמשת עבודת בתי המשפט

לא רוצים להפוך את ביהמ"ש למקום סטטי מדי שלא מתאים את עצמו למקרי צדק ורוצים להימנע מכך, ולכן מחפשים אלמנטים שיגמישו את עבודת בתיהמ"ש.

- הכרה בכוח של שופטים לפרש, להשלים, לבחור בין חלופות וליצור משפט- הכרה זו אינה קבועה בחוק, אך מכיוון שמע' המשפט מלאה באי וודאות. יש פער בין הדין הציבורי על המשפט לבין הדין המקצועי על המשפט.
- שסתומי לחץ בתוך המערכת- כשהמערכת הופכת לאחידה מדי ולא מאפשרת מקום לצדק, המחוקק יוצר מקומות בכוונה להגמשה- במספר דרכים:
 - באמצעות פרוצדורה- למשל כללים לשאלות בחקירת דין שמאפשרים לשופטים לשאול בכל זמן סמכות טבועה מול סמכות נמשכת- ישנם מקרים שבהם יטענו שלביהמ"ש יש סמכות מעצם טבע המקרה לדון בו גם אם הדבר לא מוסדר בחקיקה.

- באמצעות מוסדות (בג"צ) - בס' 15 לחו"י השפיטה תפקיד בג"צ מנוסח בצורה רחבה, כדי שאם יתעוררו שאלות - בג"צ יוכל להכריע כראות עיניו. בשיטות משפט רבות ישנה ערכאה גמישה יותר
- ADR - פשרה, בוררות וגישור - פילוסופיה המתמקדת במשותף לצדדים ולא בשונה מהם, הליך חסוי המאפשר גמישות מעבר לבית המשפט. גם בבית המשפט קיימת פשרה - ביה"ד יכול לפסוק לפי הדין או לפי פשרה; לא ניתן לערער על פשרה והיא יכולה להיות כתוצאה מהחלטת הצדדים או החלטת השופט.
- פניה לסמכות הפוליטית לשיפוט או חנינה - בכל שיטת משפט ניתן לפנות לרשויות הפוליטיות כמוצא אחרון (כמו חנינה = לא רק במובן של קיצור עונש מאסר, אלא בכל שלב של ההליכים וגם לפני הגשת כתב אישום).

הגדרה יסודית של המשפט: המשפט הוא מערכת נורמות פרקטית.

נפרש כל מילה מההגדרה:

נורמות

המשפט הוא מערכת של נורמות (מערכת נורמטיבית). יש הבדל בין השימוש במילה "נורמטיבי" במשמעות פילוסופית ומשפטית בתורת המוסר (נורמטיבי = של נורמות), בעוד המשמעות בקרב העם היא נורמלי.

- מערכת נורמטיבית = מערכת מכוונת התנהגות;
- נורמה - כלל מונחה ערך או תוצאה;
 - כלל מונחה תוצאה - כלל מכוון התנהגות לפי התוצאה (כדי להכין עוגה, צריך לקחת קמח).
 - כלל מכוון ערך - שהם כללים משפטיים: אם רוצים להתנהג בצורה ישרה, יש לעשות כך וכך או אסור לעשות כך וכך.
- הנורמה פרסקריפטיבית ולא דסקריפטיבית; הם אומרים לנו כיצד להתנהג (היא אינה description, אלא כמו מרשם-prescription). הנורמה לא מתארת את העולם, אלא אומרת לנו כיצד להתנהג. למשל - חוק טבע מתיימר לתאר את העולם (למשל מים רותחים ב100 מעלות; החוק לא מנסה לתאר מה הוא רוצה שיקרה, אלא מה שקורה בפועל. אם נגלה שהמים לא רותחים ב100 מעלות, נשנה את החוק.
- המשפט - הכוונת התנהגות או הלימה לחברה? מערכות נורמטיביות צריכות להלום את התרבות בהן הן פועלות, ולא יכול להיות משפט המנותק לחלוטין מהתרבות שבה הוא פועל. לכן, ישנו מתח לרוב בין המשפט לבין תרבות הציבור. למשל - החוק למניעת הטרדה מינית הביא לרעש בחברה כאשר התקבל (טענו שהחברה הישראלית לא תוכל לעמוד בחוק זה כיוון שהדבר מעלים את החיזור). העמידה של החברה בחוק מסוים היא שאלה תרבותית או פוליטית.
- לנורמה רכיב דאונטי (זכויות וחובות); בכללים מסוג של נורמות, ישנו רכיב דאונטי (צריך, חייב, מותר, אסור, בעל זכות/חובה ל, וכו'). עולות שתי שאלות:
 1. למה הכוונה כאשר מדברים על זכות? המילה "זכות" במשמעות משפטית משמשת במספר מובנים.
 - (1) זכות כדרישה - claim. כנגד הזכות שלי עומדת לאחר חובה, כמו זכות חוזית.
 - (2) חירות - liberty/privilege. כמו חופש הביטוי. אם יש זכות לחירות, הדבר אומר שלאף אחד בעולם אסור להפריע לאותה חירות של האדם.
 - 4 מובנים לזכות:

- 3) כוח - power. היכולת לשנות מצב משפטי (סטטוס משפטי) או זכות. למשל, לכנסת יש כוח ליצור חוקים.
- 4) חסינות - immunity. היכולת מנוע מאחר לשנות זכות מצב משפטי.
- נטען כי משמעות הזכות מורכבת מ-4 המובנים הנ"ל. (זכות קניין למשל - הוא זכות חפצית בנכס, היא לא זכות בסיסית אלא אגד של זכויות).
2. האם זכויות וחובות הן מוחלטות או יחסיות? מהי הפונקציה החברתית שממלא רעיון הזכות?
- תיאוריית הרצון - תיאוריה דאונטולוגית (בתורת המוסר עד לפני 300 שנה דובר על השאלה: "מיהו האדם המוסרי? מיהם החיים המוסריים? מהם המידות הטובות של האדם המוסרי? ב-250 השנים האחרונות, פחות מדברים על מיהו האדם המוסרי או מהם חיים מוסריים, אלא שואלים את השאלה: "מהי פעולה מוסרית?"). לפי התיאוריה הדאונטולוגית - מעשה הוא מוסרי אם הוא נגזר מערך מוסרי (ראוי). הפילוסוף בן המאה ה-18 קאנט דגל בשיטה זו. לפי תיאוריה זו, בעל הזכות הוא מעין ריבון מינורי של עצמו.
 - תיאורית האינטרס - תיאוריה תוצאתית (תועלתנית). תפיסה זו התפתחה באנגליה החל מהמאה ה-19, ע"י הפילוסופים ג'רמי בנטהאם וג'ון סטיוארט מיל. מעשה הוא מוסרי אם תוצאתו היא טובה וללא קשר למעשה שממנו הוא נוצר ואם הערך שלו הוא ערך טוב. תוצאה טובה = תוצאה שמביאה את מירב האושר למירב האנשים. תוצאתנים דנים בשאלה: "מהו מירב האושר למירב בני האדם?" לפי תיאוריה זו, צריך שיהיה אינטרס חזק של אחר או של החברה כדי לפגוע לאדם בזכות. בשונה מהדיאונטולוגים, האדם אינו ריבון מינורי - אלא הוא אוסף של זכויות ועל האדם להשתמש בהן באופן הוגן.

אינטרסנטים	דאונטולוגים
נחלקים בשאלה מהו מירב האושר למירב בני האדם? תפיסה זו מסתכלת על התוצאה ומתייחסת לזכות או לחובה לא באופן מוחלט אלא מאפשרות פגיעה מסוימת.	נחלקים בשאלה מהו ערך ראוי? תפיסה זו לא מסתכלת על התוצאה אלא מתייחסת רק לזכות או לחובה המוחלטת שחלה על האדם (תמיד חייבים לציית לחוק).

- אסכולה שלישית - צומחת בחזרה בשנים האחרונות. תפיסתו של אריסטו מהעולם העתיק, לפיה בוחנים את מידותיו של האדם ולא את מעשיו.

כמו שיש אוסף של נורמות, יש מערכת של נורמות.

מערכת

ברוב הנורמות, אין קשר הכרחי בין הנורמות והאוסף מהווה גיבוב שלהן. נורמות כמו אכילה בפה סגור או חיטוט באף בפומבי נכנסות בגדר המערכת של נורמות הנימוס, אך הן אינן קשורות ורק עומדות זו לצד זו. כנ"ל לגבי מוסר - למשל, לא מוסרי להרוג/לשקר - הדבר יהיה מאוספים של נורמות. לעומת זאת, ישנן מערכות של נורמות = נורמות הקשורות אחת לשנייה. רובן המכריע אינן יכולות לעמוד בפני עצמן.

- לא אוסף של נורמות אלא מערכת, "כללי משחק";
- לרוב הנורמות אין משמעות פרקטית (או אפילו מילולית) מחוץ למערכת; (לדוג: מתוך מערכת נורמות של כללי כדורגל, נורמה של "אאוט" לא תהיה רלוונטית מעבר למשחק ולשאר החיים).
- למשל, סעיף 26 לחוק השכירות והשאלה (המחאת זכות בנכס) - כדי להבינו, נצטרך להסביר זכויות בנכס מול בני אדם ורקע כללי לכך.
- הקשרים בין הנורמות - קשרי הסמכה; לא חייב להיות קשר לוגי.

פרקטית

לדעת משפטנים רבים, זהו המאפיין החשוב ביותר של המשפט. פרקטי = נוצר ונאסף ע"י אנשים בשר ודם וע"י מוסדות; אין מוסדות של מוסר או של נימוס ולעתים אין אפילו מוסדות דת. רק בדתות אורתופרקטיות (משפטיות יש מוסדות דת שקובעים כללים). משפט שאינו פרקטי- אינו משפט. משפט חייב להיות פרקטי ברובו המכריע כדי להיחשב ככזה.

- מוסדות, פרוצדורה ואנשים
- תוקף- שאלת התוקף היא החשובה ביותר מבחינה משפטית. האם מדובר בנורמה בתוקף? נורמה שאינה בתוקף היא חסרת משמעות.
- יצירה/חקיקה (תרגום העולם לנורמות פרקטיות); שאלה משפטית חשובה- מי יצר את הנורמה וכיצד נורמה משפטית נוצרת?
- המשפט היא מערכת שלוקחת את האינטרסים ומתרגמת אותם לעולם בינארי של מותר/אסור, חייב/זכאי וכו'. המשפט משטח את העולם המורכב לעולם מורכב פחות שניתן לתת לו תשובה, מכיוון שיש חשיבות למתן תשובה לתרגום העולם לשפה "משפטית". אין מועצת מוסר עליונה שיוצרת מוסר.
- שינוי ותיקון- מי מתקן את החוק? לא משנה מי מתקן/משנה את המוסר, אך במשפטים, שאלה זו רלוונטית.
- פרשנות ויישום- אין חברה בלי בתי משפט, פקחים או שוטרים שמיישמים את המשפט כגוף. החברה לא מעוניינת ב"משטרת מוסר".
- אכיפה באמצעות מוסדות- אין מערכת משפט בלי אכיפה (אם אין משטרה וכו'- אין משפט).
- הכרעה והשבת החיים למסלולם- תפקיד ביהמ"ש היא לתת תשובה, כדי שהחיים יוכלו לחזור למסלולם.
- דגש על ודאות, יציבות ואחידות- ולכן המשפט סולד מסתירות, מאי בהירות או מנורמות לא פרקטיות.
- סלידה מסתירות, אי בהירות, נורמות לא פרקטיות- למשל, חלק גדול מהמתנגדים לחוק הלאום מתנגד לו לא רק בגלל תוכנו, אלא בגלל שהוא חוק לא פרקטי שחלקים גדולים ממנו כבר קיימים בחוקים אחרים.

שתי נקודות מבט על הגדרת המשפט כמערכת נורמות פרקטית:

1. נקודת מבט סוציולוגית- מוסדית:
הביטוי "מערכת נורמות פרקטית" נכון לדברים רבים, גם למשל לתקנון האוניברסיטה. כלומר, העולם מורכב מכמה מערכות משפט.
 - פלורליזם משפטי- עולם מרובה מערכות נורמות פרקטיות; כללי אתיקה שונים של מקומות שונים, תקנונים וכו'.
 - כאשר משפט המדינה הוא רק אחד ממערכות משפט אלה (גם אם החשובה מביניהן);
 - סמכות שיפוט מקבילה וחופפת.
 לדוגמה, מיעוט כמו הבדואים מתנהלים תחת כמה מערכות משפט (השרעית, הבדואית, המדינתית וכו').
2. נקודת מבט פוליטית:
ההגדרה הפוליטית של המשפט: המשפט הוא מערכת הנורמות הפרקטית העליונה והכוללנית של החברה.
 - בכל חברה יש רק מערכת משפט אחת- המשפט הוא מערכת הנורמות הפרקטית העליונה והכוללנית של החברה, כלומר בכל חברה יש רק מע' משפט אחת = רק למערכת נורמות פרקטית אחת קוראים משפט בעוד כל השאר הן דמויות משפט.
 - עליונות כהגדרה (לא בגלל התוכן); עליונות הנובעת מהגדרה ולא מהתוכן. המשפט תומך בעליונות מכיוון שבהגדרה, לכל חברה יש מערכת נורמטיבית שאומרת את המילה האחרונה (גם אם הן דמויות משפט).
 לכן, בתיאוריה זו אין את שאלת ה"דת ומדינה"- לא מתעניינים בשאלת התוכן אלא בשאלת התוקף, ולכן כמו שהמדינה=ריבון ← למערכת המשפט המדינתית יש את המילה האחרונה והיא גוברת על

- הכל. לכן דיני המשפחה בארץ הם דתיים מכוח הסכמה של משפט המדינה מסיבות תרבותיות ופוליטיות.
- כוללות: שלטון החוק; שפיטות נורמטיבית. נובעת גם מהעליונות; אם זוהי מערכת הנורמות העליונה של החברה, המשפט רשאי לעסוק בכל תחום מהחיים. לכן, המשפט עוסק בכל תחום (אם רוצים לעשות חקיקה או שפיטה בערעורי סטודנטים המשפט יכול). המשפט עושה כרצונו מבחינת ההגדרה הפוליטית.
 - לכן הנשיא ברק כתב שהכל שפיט.
 - הצורך בסובלנות ושכל ישר- המשפט אינו מתעסק בהכל כי מבחינה תרבותית ופוליטית- הוא אינו רוצה להתערב בהכל למרות שהוא יכול- לדוגמה, כי לדעתו אין מקום לערב גופים מסוימים ביחסים בתוך המשפחה.

תפקידי המשפט

1. פתרון סכסוכים- המשפט היא מערכת פותרת סכסוכים, שזוהי אחת מהמטרות הפרקטיות של המשפט. שני סוגי סכסוכים:
 - (1) סכסוכים לא מוסדרים- סכסוכים שאין כל נורמה שמסדירה אותם. מצב שבו אין נורמה שקובעת כיצד צריך להתנהג. רוב הסכסוכים הם מסוג זה (לדוגמה סכסוכי אינטרנט שאין נורמה שמסדירה אותם אך התעוררו בעיות, ולכן פנו לבתימ"ש כי אין נורמה).
 - (2) סכסוכים מוסדרים- סכסוכים שיש נורמה שקובעת איך פותרים אותם (חוק, מנהג, תקדים). פתרון סכסוכים שמתעוררים בעקבות הנורמה. ישנה נורמה שקובעת שביה"ש יפתור סכסוכים שמתעוררים בעקבות הנורמה- נורמה מסדר שני.
2. הכוונת התנהגות 'שוטפת'-
 - (1) הכוונת התנהגות אקטיבית- המשפט אומר איך להתנהג, כמו כללים קוגנטיים במשפט.
 - הכוונה ישירה- חוקים שאוסרים או שמחייבים התנהגות מסוימת (מותר/אסור).
 - הכוונה עקיפה- באמצעות תמריצים חיוביים ושליילים; למשל מיסים.
 - (2) הכוונת התנהגות פאסיבית- כמו חקיקה דיספוזיטיבית (חקיקה שלא מחייבת אך אומרים שאם ילכו לפיה יהיה טוב יותר). חקיקה מכוונת התנהגות פסיבית (לא חייבים לפעול לפיה, אך הרוב כן).
3. חלוקת טובין ונטלים חברתיים- ישנם משאבים כמו תקציבים וזכויות, והמשפט מהווה אמצעי שבאמצעותו החברה מחלקת אותם (באמצעות חוקי מס, דינים סוציאליים וכו').

משמעות החלוקתית של המשפט- קביעת נורמה או תקדים היא בעלת משמעות מבחינת חלוקת עוגת הרווחה המצרפית (מי יקבל יותר או פחות).
4. חינוך, סמלים והצהרות/סיפורים- מאחר והמשפט הוא מערכת הנורמות העליונה של החברה, המשפט משמש גם כאתר זיכרון או כסמל, ולכן מכניסים לתוך המשפט סמלים, הצהרות וסיפורים ← משתמשים בו כדי לחנך את האוכלוסייה. מבדילים בין:
 - (1) חקיקה מונומנטלית- חקיקה סמלית, כמו אנדרטה שמשמשת כסמל.
 - (2) חקיקה סיפורית- כמו חוק הלאום שלפיו מדינת ישראל היא מדינת הלאום של היהודים חוקים אלה הם בעייתיים מכיוון שחוק לא אמור להיות סיפור או הצהרה, ואמורות להיות לו השלכות פרקטיות ומכווניות התנהגות בלבד.

בחקיקה זו כרוך מתח עמוק:

מצד אחד, אי אפשר להתעלם ממנה כי המשפט הוא מערכת הנורמות העליונה ורוצים שהזהות תסופר גם דרך המשפט.

מצד שני, משפטיים לא אוהבים חוקים כאלה ורוצים לצמצם אותם לפסקה בתחילת החוקה כיוון שלדעתם חוקים הם פרקטיים בלבד.

← דבר זה מעורר בעיות ולכן בעבר נמנעו מחקיקה מונומנטלית, בעיקר בגלל שחייזוק הזהות היהודית שניסו לעשות באמצעות המשפט נתקל בהתנגדות רבה (טענו שבמשפט מתעוררת בעיה- כי במידה ומישהו יעתור לשופט הוא יצטרך להחליט האם ההגדרה מתאימה למדינה יהודית וכו', דבר שאבות הציונות התנגדו אליו במשך שנים רבות).

עד ל-20 שנה האחרונות, העמדה הציונית הייתה שקביעת המדינה כיהודית תהיה יחד עם קביעתה כדמו'. עצם העובדה שיש בה רוב יהודי ← אומר שהמדינה יהודית.

← חקיקה וזכרון השואה-התבטאות של המתח. מקרה שבו המדינה התמודדה עם המתח בחקיקה המונומנטלית. בתקופת קום המדינה, כל אזרח רביעי היה ניצול שואה והנושא בער בצורות רבות- האם עוסקים או לא בשואה? למשל ברגשות אשם של ניצולים, האם עוסקים בנושא או פותחים דף חדש? בעבר, זו לא הייתה התפיסה השלטת- יום הזכרון לשואה ולגבורה צויין רק ב-1959, 11 שנה לאחר קום המדינה.

בעיה נוספת- בעיה פרקטית, אנשים שפשעו בשואה, המתח המשפטי בשיאו בנושא זה. ברוב המדינות, אפשר להעמיד לדין ולהעניש כל פושע נאצי. מצד שני, הנאצים לא הגיעו לארץ ולכן החוק בישראל עוסק בעוזרי הנאצים (היהודים, כיוזנראטים או קאפואים)- ודבר זה מעורר בעיות רבות. לדוגמה, בעבר יהודים שנפגשו בארץ יכלו לפגוש את הקאפואים שלהם, דבר שעלול היה לגרום לעוינות שהיה צריך להסדיר.

שאלה: האם המשפט הוא המכשיר המתאים כדי לעסוק בנושאי השואה והאם הייתה ברירה אחרת?

המשפט וזכרון השואה

סדר השיעור:

- התקופה הראשונה: תקופת המבוכה- שנות ה-50
- התקופה השנייה: תקופת הזיכרון- שנות ה-60 ואילך

מבוא על הקשר של השואה והמשפט

מצד אחד, החברה בארץ הרגישה צורך לטפל בשואה ולבטא את היחס אליה, ואילו מצד שני החוקים היו אנדרטות משפטיות בלבד כאשר הרצון לבטא את הזכרון וכאב השואה היה באמצעות המשפט. החברה הישראלית לא ידעה כיצד לבטא את הקשר שלה לשואה, ואיכשהו המשפט הפך לערוץ עיקרי שדרכו ישראל התמודדה עם השואה.

התקופה הראשונה- תקופת המבוכה:

מבוא- הזיכרון המודחק ומיתוס הגבורה

תקופה של הדחקת הזיכרון. ניצולי שואה רבים הגיעו לארץ (רבע מהאוכלוסיה היהודית הייתה ניצולי שואה) והחברה הישראלית לא ידעה איך להתמודד איתם.

בתקופה זו ניצולי השואה טענו שהם לא הלכו כ"צאן לטבח", הם נלחמו. הלוחמים שביניהם יצרו לעצמם תדמית של לוחמים שלא שתקו. הם הקימו קיבוצים, וערכו ימי זיכרון שנתיים. החברה הכללית לא בזה לניצולי השואה (על היותם ניצולי שואה).

קבוצות הקיצון (מיעוט) בעל נגישות לתקשורת- מעצבות את השיח הפוליטי כקבוצות צעקניות, אך הדבר לא מבטא את הלך הרוח האמיתי. לדוג'- המורדים עשו רעש גדול לגביהם אך עדיין הדבר לא ביטא את הדעה הכללית בחברה.

החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם החל בגלל מספר סיבות:

- ישראל הייתה בין היחידות בעולם שלא היה לה חוק כזה - והמבוכה גברה כאשר באנייק שהיה נאצי התחפש ליהודי ובחר להסתתר בה באופן אירוני כיוון שהיא הייתה המדינה היחידה ללא חוק זה.
- משפטי הקאפואים - ניצולי שואה רבים נפגשו לאחר המלחמה בארץ ופגשו את היהודים שסייעו לנאצים, דבר שגרר מהומות על בסיס יומיומי בשנים הראשונות של המדינה.

הכנסת לא ששה לחוקק את החוק, כיוון שהיו מספר קשיים:

- בעיות פרוצדורליות (החוק חל על שטח שיפוט מחוץ לשטח המדינה)
- קושי רטרואקטיבי - אין עונשין אם לא מזהירין
- חל על אנשים שלא היו אזרחי ישראל בכלל באותו זמן
- בעיה ראייתית - קושי להוכיח שת"פ וכוונה פלילית (מנס ראה)

הכנסת טענה שהחוק נועד לטפל רק בקאפואים ומשתפי הפעולה ולא בנאצים עצמם. הרעיון לא התקבל בסערה והתקשורת לא דיווחה עליו בהתלהבות (ידיעות קטנות בלבד). ברגע שהחוק התקבל, החוק עבר לפרקליטות, למשטרה ולבתי המשפט ששנאו אותו. רק 13 איש הורשעו כאשר רק אחד נידון למוות בעוד עונשו הומתק. כלומר - החוק היה חוק ללא שימוש מלכתחילה והוא שימש כחוק אנדרטה בלבד. לא עשו בו שימוש מהסיבות הנ"ל, ובעיקר בגלל הבעיה הראייתית.

החוק עורר עניין רק בקרב הניצולים עצמם ← הדבר הביא לכך שבכל משפט היו מהומות עצומות מקרב האנשים שהגיעו לחזות במשפט ← המשפטים הפכו לכר להתנגשות פוליטית, למשל הח"כ שמואל תמיד היה עו"ד שייצג אחד מהנאשמים וניצל את הבמה כדי לומר שהרשויות הציוניות ושלטונות היישוב לא עשו מספיק כדי לדאוג ליהודים בשואה.

למבר'ה - הבעייתיות של המשפטים. היה מפקד בלוק באושוויץ והכריח יהודי לצאת לעבודה כדי שלא יישאר בגטו, כדי להציל לו את החיים - מי שלא יוצא לעבודה, מומת. בעדותו, הוא הודה בכך שהכה אותו וקילל אותו כדי שייצא לעבודה, והודה שלא נתן לו את מנת המרק שלו כי מתוך ניסיון ידע שימות תוך כמה שעות והעדיף לתת אותה לאדם שכן יכול היה לחיות וחי עד היום.

אינטרמצו: מדוע מבוכה? סיכום ביניים - תפקיד החקיקה שעסקה בשואה ובזיכרון השואה.

התפיסה כיום שונה מהתפיסה בשנות ה-50. כיום התפיסה היא שהחברה הישראלית המוקדמת לא התנהגה יפה לניצולים, ושיש חשיבות להוציא ולפרוק זכרונות, בשונה מאז - שלא הייתה המוסכמה התרבותית כלל. השותקים הם הניצולים עצמם; בניגוד למוסכמה התרבותית שחלה כיום - רובם לא רצו לספר על הקורות אותם. הם היו מהגרים, ורצו להיטמע בתרבות הקולטת במהירות. "כאב שתי המולדות" - גם בכור היתוך שנכפה על המהגר, הוא עדיין מתגעגע לעולם הקודם - הוא חי בשני עולמות ועדיין רוצה להיטמע בתוך התרבות שאליה הגיע. ישנה גם את מבוכת הציבור הקולט (ניצולי השואה הגיעו לחברה שחיה במלחמה מתמשכת ובמתח בטחוני מאז שנות ה-30, מול הערבים והבריטים, והייתה תקופת הצנע שהיה בה רעב).

התקופה השנייה - תקופת הזיכרון:

ישראל החלה לזכור את השואה לפני כל שאר המדינות. החברה הישראלית החלה לדבר, לכתוב על השואה יותר, לציין את יום השואה מ'59, לעשות סרטים, להקים את יד ושם. הניצולים הרגישו בטוחים בארץ ורצו להתחיל לספר. משפט אייכמן - חשוב מכיוון שמשפט זה הכה גלים בארץ ובעולם וגולל את מסכת הזוועות של השואה מ'33-'45 בפני הציבור באופן ראשוני. רק אז אנשים החלו לתפוס את גודל השואה. בארץ, הדבר הביא להבנה של התושבים שהשואה לא נעשתה ליהודים בידי יהודים (קאפואים לדוג'), אלא הדיון הוסת לשואה ע"י הנאצים.

כאשר החברה הישראלית מצאה דרכים אחרות להתמודד עם השואה, המשפט חזר למקומו הטבעי והפסיק להיות המוסד המתאים לטיפול בשואה. החוקים (חוק הזיכרון וחוק עשיית דין) הפכו לחוקים מונומנטליים, מעין אנדרטה ולא נעשה בהם שימוש. אחת האנדרטאות של החברה הישראלית חוץ מאלה הפיזיות, הוא חוק עשיית דין וחוקים אחרים - כיוון שלמשפט יש תפקיד סימבולי.

מה מבטא את רעיון שלטון החוק?

רעיון שלטון החוק מבטא שני דברים:

1. מבחינת התיאוריה הפוליטית- העקרון הפוליטי של עליונות וכוללניות משפט המדינה. המשפט הוא מערכת הנורמות הפרקטית העליונה והכוללת של החברה.
רעיון שלטון החוק מבטא את הפרקטיות של המשפט בכך שלא נכון להתערב ביחסים בתוך המשפחה למשל, ואת כך שהמשפט בכללותו נותן את המילה האחרונה. שלטון החוק מבטא את עליונות המשפט.
 2. הצורך בהגבלת כוח- הגבלת כוח השלטון והגורמים החזקים בחברה באמצעות מוסדות, כללים והליכים. ישנן קבוצות חזקות יותר בחברה בעלות כוח כלכלי חברתי-פוליטי חזק, שמהווים את השלטון ומאז העולם העתיק יש הבנה שיש להגביל את כוחם של בעלי שררה אלה בחברה, כיוון שיש סכנה שאנשים אלה ישתמשו בכוח בצורה לא ראויה. הגבלת הכוח תבטא במספר דרכים: הפרדת רשויות, הפרדת הכוח בפרלמנט (מדינות שבהן יש שני בתים לפרלמנט), מדינות בעלות רשות מבצעת כפולה (נשיא ורה"מ כמו בצרפת), פירמידות שונות של בתי משפט וכו'.
משטר ממוזג- שיטה שבה משתפים מספר קבוצות אוכלוסייה במשטר, שיטה שהייתה מקובלת במזה"ת העתיק. הפרדת המשטר בין הסנאט ברומא (מועצה, כמו סנהדרין), לבין שאר העם.
הרעיון העובר בכל החברות האנושיות המפותחות הוא שלא טוב להשאיר את השלטון וגורמים חזקים אחרים בחברה ללא הגבלה.
הפרדה נוספת- באמצעות נורמות; כללים שגם נבחרו הציבור כפופים להם.
- בעקרון שלטון החוק, הוא שכולם כפופים לחוק- הכוח של כולם מוגבל כיוון שבמידה והם לא כפופים לו, החזק יגבר.

תנאי סף לציות לחוק

בעולם המודרני, כולם כפופים לחוק. ישנם מספר תנאי סף לציות לחוק:

1. פרסום; על החוק להיות ידוע.
2. היעדר עמימות; החוק צריך להיות ברור- כדי שתהיה לו משמעות.
3. היעדר סתירות; על החוק לא להכיל סתירות, אחרת אנשים לא ידעו איך להתנהל.
4. חוק שניתן לקיימו; ברמה הבסיסית ביותר.
5. יציבות; על החוק להיות יציב כי אם הוא ישתנה כל הזמן לא יהיה ניתן לקיים אותו. לכן הוא פועל בתוך מסורת.
6. אכיפה; צריך להיות מינימום של אכיפה. ללא מינימום זה אנשים לא יצייתו לחלק גדול מהכללים.

תנאים פוליטיים לציות לחוק-

שלטון החוק הפורמלי (צורני)

איך דואגים שמע' המשפט בכלליות לא תפגע סתם בריבונות בני האדם ובחירותם כאנשים חופשיים? יש לדאוג שמע' המשפט תמלא תנאים אלה מבלי לבדוק כל חוק. לכן, השאלה המרכזית היא: כיצד בודקים שמע' המשפט מקיימת תנאים אלו ששומרים על החירות, הריבונות והכבוד של בני האדם?

1. משפט פומבי ופוזיטיבי (כתוב): חוק שאפשר לקלוט אותו עם החושים. משפט מוסדר. משפט מפורסם וידוע לאזרחים. החוק לא רק צריך להיות ידוע, אלא כדי שהמערכת תהיה הוגנת ומכבדת עליה לפרסם לפני אזהרה נגישה שבני האדם יוכלו למצוא ולכן בכל הפרסומים הרשמיים קיימות אזהרות (אין עונשין אם לא מזהירין).
יש להבהיר שגם ההליכים של נורמות אלה פתוחים לציבור (דיונים בוועדות הכנסת, ברשויות ובבתיהמ"ש הם פתוחים). זהו עקרון יסוד של שלטון החוק. מתעוררות מספר שאלות:
 - היכן הדברים פורסמו? (בעיתונים, כל זכות וכו').
 - מהו חוק מפורסם וכתוב מראש?

מדינת חוק היא מדינה שבה המשפט כתוב ומפורסם מראש לאזרחים באופן נגיש. זהו אחד מהדברים הראשונים שמדינת ישראל הקפידה עליהם מלכתחילה. כבר בקום המדינה, הייתה מע' משפט מתפקדת ופרסמו את המשפט הכתוב כבר בשבוע הראשון לקום המדינה- יצא העיתון הרשמי שבו התפרסמו כל החוקים שמועצת המדינה הזמנית קיבלה באותו שבוע+תקנות שפורסמו+החלטות הממשלה החשובות. עצם העובדה שהצליחו להדפיס זאת ללא המדפיס הממשלתי ובעת מלחמה, ועדיין דאגו לפרסם את העיתון הרשמי כי ישראל היא מדינת חוק ולא תיתכן נורמה משפטית שלא תתפרסם לציבור הרחב. דוגמה נוספת- הדגל הימי; לכל מדינה יש דגל ימי ויש לפרסם שזהו הדגל הרשמי של המדינה גם מבחינת המשב"ל. ציירו את הדגל למרות שהייתה שבת ומלחמה והדבר מראה על כך שמלכתחילה המדינה התאמצה, למרות שהיו קשיים- לא היה נייר או אינטרנט. שאלה נוספת- חוקים שהבריטים קיבלו פרוצדורלית אך לא פורסמו מכיוון שכבר עזבו את המדינה; החוקים הנסתרים- הוחלט שאין להם תוקף במדינה כי אין תוקף לחוקים לא כתובים.

2. מערכת משפט מתפקדת בעלת דרגה גבוהה של עצמאות; כל העוסקים במשפט יהיו חסינים במידה רבה מאמצעי לחץ שונים (כלכליים/פוליטיים), חסינות מהותית ופרוצדורלית. ככל המדינות המודרניות יש משרד העוסק בעניינים משפטיים. מנסים ליצור את התנאים הפוליטיים המוסדיים והכלכליים כך שיתנו בטחון שיקשה על לחץ על העוסקים. מבחינה היסטורית, מההתחלה הייתה הקפדה על כך: כבר מקום המדינה כל העובדים המשפטיים בשירות המדינה היו מאוגדים ב"שירות המשפטי"- בתוך ארגון עובדי המדינה, הם בעלי סולם שכר שונה ובעלי כללים שמגנים עליהם מפני לחץ. מנסים לנתק אותם כמה שיותר כדי שישפטו באופן אובייקטיבי מבלי שיהיו תלויים במישהו.

גם היועמ"ש- תפקידו נוצר במקרה בימים הראשונים לקום המדינה ועצמאותו נשמרה מאז, כאשר האטורני גנרל של המנדט היה חבר בקבינט, והתעוררה השאלה האם היועמ"ש יהיה שר או פקיד בכיר, ונוצר תפקיד היועמ"ש בעל הסמכויות שלו עד היום. עצמאותו גדלה בעקבות שני פסקי דין חשובים מ'48:

פס"ד סילבסטר- שני בריטים ריגלו לטובת ירדן, הוגש כתב אישום על ריגוש והעונש הומר כיוון שהיה לחץ עצום על ישראל לשחררם. שר החוץ הישראלי ביקש מהיועמ"ש לשחררם אך היועמ"ש ישא"ש אמר שסמכותו בלעדית בהעמדה לדין ואחד מהם שוחרר (סילבסטר זוכה מחמת הספק). **פס"ד טוביאנסקי**- היה מנהל של חברת החשמל בירושלים וחששו שהוא מרגל לירדנים כיוון שמצאו אצלו מפה של חברת החשמל וחשבו שהעביר אותה לירדנים. ראשי השירות המשפטי בצבא אישרו לעצור אותו ובמקום לחקור אותו- הוא הובא לכפר ערבי, בוצע בו משפט שדה, לא נתנו לו לדבר וטענו שהוא הודה בבגידה וגזרו עליו גזר דין מוות כאשר גזר הדין שלו בוצע במקום ע"י כיתת יורים. עם הזמן, התברר שהמשפט לא היה משפט צדק וטוביאנסקי היה זכאי (המשפחה קיבלה פיצויים, הוא נקבר מחדש)- ועדיין ישא"ש לא סופק ← קבע שבמדינה לא יהיו משפטי שדה ← רצה להעמיד את מארגן המשפט בזמנו (ראש המודיעין) למרות התנגדות צה"ל ← הדבר הובא לישיבת ממשלה וכן גוריון קראה ליועמ"ש לשיחה ושאל מה הסיפור עם בארי. היועמ"ש הסביר שהוא לא רק מייצג את רוח"מ אלא ממונה על החוק בארץ. היועמ"ש אמר לו אם היה לך שר גנב גם היית אומר זאת? ואז בן גוריון אמר לו שהוא שכנע אותו ושיעשה מה שהוא רואה לנכון ואף אחד לא יתערב לו בהחלטות. הוא העמידו לדין. נמצא אשם וקיבל עונש סמלי (של לירה אחת).

3. עקרון כלליות המשפט; ניסוח, תחולה ואכיפה אחידים ואימפרסונליים. המשפט חייב להיות מנוסח בצורה כללית ואחידה כך שתחולתו תהיה על כלל האזרחים (אימפרסונאליים). האכיפה צריכה להיות אחידה גם כן (לא יכולה להיות אכיפה בררנית). ביקורת: גם אם החוק מנוסח בצורה אחידה לכולם, הוא לא נאכף בצורה אחידה על כולם, מוצאים ניסוחים מפלים בחוק בין יהודים לערבים למשל.

← מתוך 3 תנאים פוליטיים אלה- ישנו איסור רטרואקטיביות – אסור לחוקק חוקים רטרואקטיבית.

שלטון החוק הפורמלי- תנאי הכרחי אך לא מספיק

טענה לפיה שלטון חוק פורמלי אינו מספיק ושישנן דרישות נוספות שעליהן להתקיים, כמו:

1. סדר פוליטי: דמוקרטיה וממלכתיות; יש לאנשים קול להצביע, והם משתתפים ולוקחים חלק בבחירות. מי שלוקח חלק יעצב את המשפט. ממלכתיות- במובן שהמדינה צריכה לספק לאזרחיה את השירותים בצורה אחידה.
2. תרבות ותודעה אזרחית: אחד הדברים החשובים ביותר לקיום שלטון חוק הוא שתהיה חברה בעלת תרבות ותודעה אזרחית מפותחת. התרבות האזרחית הממלכתית המפותחת של שמירה על החוק ועל הדמו' (עקרון הממלכתיות) שומרת על שלטון החוק. התרבות הישראלית מגנה הכי הרבה על כך.
3. יציבות, שותפות ושלוש: לדוגמה, בארץ יש שלטון חוק ודמו' ועם זאת- אפליה לשטחים. מה שמזין את האפליה היא השנאה ההדדית והמלחמה.

לסיכום, לפי עקרון שלטון החוק- החוק שולט ועליון. מאז העולם העתיק רוצים להגביל את הכוח של השולטים בחברה, כאשר אחת הדרכים היא באמצעות המשפט. לכן, דורשים שכולם יצייתו למשפט. ע"מ לציית לחוק עליו לעמוד בדרישות- ברור, פומבי וכו'. המשפט חייב לחול על כולם ועליו להיות בעל ממלכתיות ותחושה של שוויון אזרחי ושותפות של החברה כולה. רצוי שיהיה גם שוויון, שותפות, יציבות ושלוש.

מקור התוקף של הנורמה המשפטית: שאלת הפוזיטיביזם המשפטי

אחד הוויכוחים הותיקים ביותר בחברה האנושית, מאז תחילת המצאת הכתב (בתנ"ך, הפילוסופיה היוונית העתיקה וכו').

נושא זה היה בלב הדיון המשפטי והפוליטי בתחילת המאה ה-20 בין שתי מלחמות העולם ולכן הוקדשה לו למידה רבה בארץ.

השאלה המשפטית: שאלת הפוזיטיביזם המשפטי- מה גותן לנורמה המשפטית תוקף?

לדוג': תקנות התעבורה. תמרור אין חניה, עדיין מלווה בשלטי מילים ואיסור. בארה"ב לדוגמה, ישנם שלטים המחייבים לחגור חגורה לפי החוק.

← לכן נשאלת השאלה, מדוע אנו מצייתים לנורמה?

האם מקור התוקף שלה היא:

- שהיא נוצרה ע"י גורם משפטי מוסמך?
- או שהיא דבר שמעבר לחוק?

שאלה: כיצד נקבע אם לפנינו נורמה משפטית תקפה?

שתי תפיסות:

1. פוזיטיביזם משפטי-

כדי שנורמה משפטית תהיה תקפה, מספיק להצביע על עובדה חברתית מוסכמת שיצרה אותה. לדוגמה, עצם העובדה שבביהמ"ש העליון אנשים בגלימות שחורות מחליטים, מהווה עובדה חברתית יוצרת נורמה. לא שואלים מדוע או האם הנורמה מוצדקת או הגיונית; תפיסה זו שמה דגש על הפוזיטיביסטיות של המשפט- ברגע שיש נורמה כזו- יש להקשיב לה. פוזיטיביזם לא קובע רק חוק, אלא יכול לקבוע גם מנהג. העולם המודרני מבוסס על המשפט הפוזיטיבי ולא אוהב את המשפט הטבעי.

- המשפט הפוזיטיבי חשוב ממספר סיבות:

- חשיבות מערכתית חברתית: סדר, וודאות, יציבות ואחידות.
- חשיבות פוליטית: עקרון החוקיות. שמירה על זכויות האדם ועל השוויון, על האנשים לדעת מי התיר להם ומי אסר עליהם- מי קבע שחייבים לעשות דבר מסוים? רוצים לדעת מה החוק אומר בבירור, מי יצר את הנורמה המשפטית (מחוקקים, שופטים, יועצים וכו'), איך ולמי מערערים על כך וכו'. לדעת הפוזיטיביסטים, משפט זה שומר על זכויות האדם ומאפשר לאנשים לדעת את פרוצדורת המשפט.
- לכן הפוזיטיביזם המשפטי מודגש בעיקר בעת המודרנית. (אוטונומית האדם לפיה הוא מחוקק לעצמו חיונית לשמירה על ז"א).
- פוזיטיביסטים טוענים שמשפט טבעי הוא פתח לסכנה, כיוון שהנאצים למשל טענו שהמשפט הגרמני נוסח ע"י יהודים ולכן הוא יהודי, והחשיבות לדעתם היא ברוח העם השורשית- כאשר הפיהרר והמפלגה מפרשים את רוח העם הגרמני. ההתנהגות נגזרת לכאורה מהכיוון שאליו ההיסטוריה הולכת כמו הקומוניזם בבריה"מ, ולכן הפוזיטיביסטים נמנעים מתהליך זה ובמקום דורשים לדעת בבירור את השלבים של החקיקה הכתובה, כך שהאדם ידע מי יצר את המשפט.

- 2 הבעיות של פוזיטיביסטים:

- הקשר שבין משפט ומוסר- תוכן החוק לא מעניין אותם ורק פרוצדורת קבלתו הצורנית- דבר זה מביא אותם לרלטיביזם מוסרי שבו לא אכפת מה תוכן החוק אומר, דבר שאינו שומר על ז"א.
- תשובה: אנחנו לא רלטיביסטיים מוסריים; אכפת לנו מהמוסר ואנחנו רוצים שהתוכן שלו יהיה כזה ומקובל על החברה. גדולי המשפטנים ופילוסופי המשפט במאה ה-20 הם פוזיטיביסטיים. לדעתם, לפי הארט, יש להיזהר מדין מבלבל בשלוש רמות:
 - בלבול בין דיון בתוקף של הנורמה לבין דיון בתוכן הערכי שלה: לפי הארט ניתן להתבלבל בשאלת התוקף והתוכן בכתיבה רדודה, אך על משפטנים לדון בתוקף של הנורמה- דבר זה מעניין אותם הכי הרבה לא כי הם לא מתעניינים בתוכן בהכרח, אלא דווקא מכיוון שהם מתעסקים במע' הכללים העליונה של החברה ועליהם לפרש את כללי המשחק. לדעתו, תוכן המשפט משקף את התרבות של אותה חברה/מדינה. על משפטנים לשאול את שאלת התוקף של הנורמה ויטפלו במע' הכללים.
 - לדעת הארט, יש הבדל בין דיון בתוקף ובתוכן:
 - הבדל מעשי- הבדל פילוסופי גדול בין דיון בתוכן לדיון בתוקף. דיון בתוקף הוא דיון בינארי- האם הנורמה תקפה או לא תקפה.
 - הבדל מושגי- איך יש לפרש את הנורמה- פרשנות שונה בהתאם לחשיבה שונה אצל כל אדם המתפרש שונה מבחינה מושגית.
 - בלבול בין תוקף הנורמה לחובה לציית לנורמה: השאלה האם החוק בתוקף? והשאלה האם חובה לציית לחוק? הן שתי שאלות שונות. החשובה יותר היא שאלת התוקף. עצם העובדה שהנורמה תקפה וקיימת, לא אומרת שצריך לציית לה.
 - בלבול בין פרשנות של נורמה עמומה לבין לאקונה (חסר)- טוענים נגד הפוזיטיביסטים שהרי הם אומרים שאפשר לפרש כל חוק ואף פעם הוא לא ברור עד שהוא לא מפורש ע"י גורם מוסמך. לפי הארט, הדבר לא נכון- ובפועל ברוב המקרים יודעים להבחין בין מצב שבו יש נורמה בתוקף לבין מצב שבו אין (פרדוקס הערימה). אמנם אין פרשנות מדויקת לאיך להתנהג, אך ברוב המקרים, העובדה שאין נורמה לא אומרת שלא יודעים איך להתנהג.
 - לפיו, לא תמיד יש נורמה משפטית- הדבר בסדר, וכאשר המקרים מגיעים לביהמ"ש השופט יכול לפסוק במקרה זה לפי מיטב המצפון והמוסר.

- איך נזהה משפט? - שאלה זו מעניינת אותם. איך מזהים נורמה משפטית? וויכוח פילוסופי שנפוץ ב-100 שנים האחרונות במשפט מאז קאנט. איך מבדילים בין משפט לבין כללים, מוסר או נימוס? (כיצד יודעים שהדבר משפטי ולא רק נורמה רגילה נימוסית למשל).
- השאלה: מה מאפיין את מערכת המשפט לעומת מערכות אחרות? ב-200 שנה האחרונות, הוויכוח הפילוסופי טען שתי תיאוריות פוזיטיביסטיות:
 - המשפט פרקטי- הוא מופעל ע"י אנשים ומוסדות, ויש בו אלמנט של אכיפה וכוח פוליטי- שתי דוגמאות:
 - דגש על אכיפה- ubi remedium ibi ius, במקום שבו נמצא הסעד ← נמצאת הזכות. מוסד אשר יכול לתת סעד הוא משפטי, מי שלא- אינו משפטי. תפיסת המשפט האנגלי במשך מאות שנים, שהתעסק רק בדברים ה"פרקטיים".
 - אוסטיין: פקודה של הריבון שסנקציה בצידה- ג'ון אוסטיין חיבר במאה ה-19 חיבור לפיו משפט הוא פקודה מפורשת שניתנת משלטונות המדינה לאזרחים, שבמידה ולא מצייתים לה- מקבלים סנקציה. יש בו שתי בעיות עיקריות:
 - i. מתעלם מהנורמטיביות- התיאור לא רלוונטי לרוב המשפט הדיספוזיטיבי, ומתאר רק קטעים קוגנטיים במשפט כמו פלילי או מסים, ולא כל המשפט בנוי כפקודות שבצידן סנקציות- למשל המשב"ל.
 - ii. לא תיאור נכון- רוב המשפט לא נאכף- אמנם אין מע' משפט בלי אכיפה, אבל האכיפה מינימלית ואת רוב המשפט לא אוכפים. ההתנהגות לפי הנורמות היא לא בגלל פחד מעונש, אלא בגלל שאנחנו חושבים שהתנהגות אחרת תהיה לא ראויה מבחינה מוסרית/ערכית. הציות הוא בגלל שמפחדים להיתפס במעשה רע, ולא דווקא בגלל העונש.
 - שתי תיאוריות שהתפתחו בין שתי מלחמות העולם- טענו שנורמה משפטית היא כזו ששייכת למערכת המשפט.
 - קלזן ונורמת הבסיס- האנס קלזן טען זאת לפי פירמידת הנורמות. לפיו, נדע אם היא שייכת למע' המשפט אם נורמה אחרת מזהה אותה ככזו. למשל, אם שוטר יעצור אותנו ← נבין שתקנת התעבורה שייכת למע' המשפט ← מכיוון שהצו של השוטר בתוקף ← החוקה של אותה מדינה מסמיכה אותה ← החוקה היא נורמת הבסיס- נורמת הבסיס לפי קלזן היא לא החוקה, אלא מעל החוקה- זהו רעיון הסכמה פוליטית לפיה בחברה שלנו המשפט=חוקה וכל מה שנובע ממנה. (דבר מסמך דבר). לכל חברה יש את נורמת הבסיס שלה וזו לא נורמה פורמלית, אלא הסכמה חברתית לא כתובה, שנמצאת מעבר למשפט הפוזיטיבי. בתי משפט הם הגוף המוסמך לפרש את הנורמות המשפטיות. לפי קלזן, כל חברה מסכימה בעת תקומתה לצורת מערכת המשפט.
- קלזן נולד למשפחה יהודית צ'כית שהמירה דתה וגדל בווינה, היה בין המנסחים של החוקה האוסטרית והגה את רעיון בתי משפט לחוקה (גוף מגן על החוקה, מפרש אותה ופוסל חוקים מנוגדים לה) ← הראשונים הוקמו בעיר הולדתו בצ'כוסלובקיה, בווינה- ומונה לראש בתי משפט אלה עד שבעת תפקידו אישר תקנות לנישואים שניים ← דבר זה הביא לרעש באוסטריה הקתולית שבה גירושים אסורים, הוא נתקל באנטישמיות והוא פוטר מכס השיפוט ועבר

להיות פרופ' למשפטים בגרמניה עד שהנאצים עלו לשלטון- והפך לראש ברשימת המבוקשים שלהם כיוון שניהל וויכוח מול המשפטן הנאצי המוביל קארל שמידט הלאומן הגרמני, ונשאל- מי צריך להיות שומר החוקה? לפי קלזן זהו ביהמ"ש, בעוד לפי שמידט- ביהמ"ש יכול להתגבר על רוח העם ומי שיכול לשמור על החוקה הוא העם באמצעות הרשות המבצעת (הפיהרר). הסטודנטים שלו הבריוו אותו לג'נבה ולארה"ב שם התקבע בברקלי. לאחר קום המדינה, קלזן שהיה מומחה במשפט בינ"ל בחר לא לעלות לארץ אך תמך במע' המשפט בשנותיה הראשונות ונפטר בארה"ב. נורמת הבסיס היא הגבול בין העולם המשפטי לזה שמחוצה לו.

הארט- (הרברט ליונל אדולפוס הארט) יהודי שמשפחתו עבר לאנגליה, ופיתח תפיסה משותפת עם בוביו האיטלקי לפיה נורמה היא משפטית אם היא שייכת למע' המשפט- שונה מהתיאוריה של קלזן בכך שבתוך המערכת ישנו כלל זיהוי משני סוגים:

- כללים מסדר ראשון- כמו כללי עונשין, חוזים וכו'.
- כללים מסדר שני- כללים של כללים. כללי תפעול של המערכת, למשל- כללי יצירה שקובעים כיצד יוצרים נורמה משפטית, כללי תחרות/התנגשות- מה קורה כששתי נורמות מתנגשות ביניהן (מי גובר וכיצד מפרשים). תחת כללים אלה קיים כלל הזיהוי- שהוא מזהה נורמות כשייכות למערכת המשפט.

כלל הזיהוי של HLH Hart:

נורמה שייכת למערכת המשפט אם officials המוכרים ע"י החברה רואים בה כשייכים למערכת המשפט.

לכלל הזיהוי שני פנים:

1. פן פנימי- פורמלי, מי יצר את הכלל.
 2. פן חיצוני סוציולוגי- האם החברה רואה בנורמה חלק ממערכת המשפט: האם היא נוהגת לפיה, האם היא אוכפת אותה וכו'.
- כלל הזיהוי של הארט דומה לתיאוריה של קלזן בפן הסוציולוגי, שניהם מכניסים אלמנט לא משפטי לתוך המשפט ודורשים הסכמה חברתית חיצונית.

התיאוריה של הארט דינמית יותר מהתיאוריה של קלזן.

ביקורות על הפוזיטיביזם המודרני:

לפי הנון פוזיטיביסטים, הפוזיטיביסטים מתעלמים מכמה דברים. בארה"ב בין שתי מלחמות העולם, קבוצה של משפטנים טענה שהוויכוח הוא שולי- אומרים שכדי שנורמה משפטית תהיה תקפה לא תמיד צריך להצביע על העובדה החברתית שיצרה אותה, אך לא תמיד ניתן להצביע על אותה עובדה. הפוזיטיביסטים רואים לנגד עיניהם חקיקה של הפרלמנט והוויכוח על התוקף הוא לגבי פרוצדורת קבלתו בעוד הנון פוזיטיביסטים יתווכחו על תוכנו.

- (1) תיאור לא נכון של המשפט- פוזיטיביסטים אינם מתארים נכונה את המשפט ואת מע' המשפט; את צורת המשפט ואת הדרך שבה עובדים מחוקקים ושופטים. הארט ופולר טוענים שזהו לא טיעון מלא של העולם:
- הם לא מתארים נכון את צורת המשפט- המשפט לא כולל רק נורמות כתובות שהתקבלו פרוצדורלית, אלא העולם המשפטי הוא רחב הרבה יותר וכולל כללים כתובים המנוסחים בקצרה, כללים לא כתובים וכו' ← לכן ברוב המשפט לא ניתן להצביע על העובדה החברתית היוצרת. וויכוח זה הוא שולי כיוון שהוא לא מגדיר נכון את המשפט. לפיו, המשפט הוא תלת מימדי ואינו רק

אוסף של כללים.

למשל, **בפס"ד פלוני** השופט לוין פותר את הקייס לפי כלל משפטי לא כתוב.

- הם לא מתארים נכון את עבודת השופטים - הפוזיטיביסטים הנאיביים מבינים את עבודת בתיהמ"ש בדרך מוטעית והם לא מבינים באמת את עבודת השופט, שתפקידו לא להיות בעל שיקו"ד חזק (בין שימוש בנורמה לבין אי שימוש בה, לפי דבורקין). השופטים נעים תמיד בתוך עולם המשפט בין פרשנות לכללים, והמשפט הוא עולם ומלואו שלא כולל רק כללים שנוצרו ע"י אוטוריטה. ישנם מקרים נדירים שבהם אין נורמה כלל לפי דבורקין.
 - i. שופטים לא רק מכריעים בין כללים משפטיים כתובים; מלוא כל הארץ משפט.
 - ii. לכן המשפט 'לא נגמר' - אם הנורמה לא בתוקף, אפשר לפתור את הסכסוך לפי המוסר ולא לפי הנורמה.

(2) שאלת התכלית - לטענת המתנגדים, זוהי השאלה המרכזית של המשפט. כאשר יוצרים נורמה משפטית, שואלים למה יוצרים אותה? לפי פולר, משפט הוא כמו מנוע - משפט בלי תכלית הוא כמו מנוע שלא עובד. במידה והוא לא עובד, הוא לא שווה כלום - לכן הנורמות נוצרות מתוך מטרה, ותכלית הנורמה היא המנוע, לא העובדה החברתית עצמה. לדוגמה, אדם שלועס חול - אוכל ללא תכלית, והוא לא משיג בכך כלום. לכן, לפי פולר - למשפט יש מטרה ← בתור חברה דמו' המשפט לא נראה כאילו החברה שומרת חוק, מכיוון שבפועל המשפטים מפרשים את המשפט. פולר אומר להארט שרוב המשפט אינו כתוב ושופטים לא עובדים רק עם נורמות כתובות.

כדי שאפשר יהיה לדבר על משפט שניתן לקיים אותו, כל מערכת משפט צריכה לעמוד ב-8 דרישות (המוסר הפנימי של המשפט): 8 דרישות אלה מופיעות בתחילת נושא שלטון החוק.

Dworkin: אין משפט ללא integrity: הגינות בסיסית, התייחסות דומה למקרים דומים, בלי קשר לצדדים או לשופט. למשפט מטרה חברתית, שכדי לקיים אותה הוא זקוק לתכונות החברתיות האלה.

וויכוח זה הוא בעיקר נגד הפוזיטיביזם לפי הארט.

לסיכום, האם הוויכוח בין פוזיטיביסטים ונון-פוזיטיביסטים נמצא בשולי המשפט?

- פוזיטיביזם הכרחי לדמוקרטיה, שלטון חוק ועקרון החוקיות - נקודת מבט של תיאוריה פוליטית; הערך העיקרי הפוליטי בחברה הוא ריבונות האדם והאוטונומיה שלו (האדם מעצב לעצמו, אנחנו אוטונומים - מחוקקים לעצמנו בעצמנו). הפוזיטיביזם הוא עקרון שמבטא זאת, וחשוב מנקודת מבט פוליטית.
- אבל - המשפט אינו מורכב רק מכללים פוזיטיביים והשופטים אינם פועלים רק על סמך כללים כאלה. גם דברים לא משפטיים לחלוטין הם חלק מהמשפט, והוא כולל דברים רבים.
- אין הבדל אמיתי בין תפיסות פוזיטיביסטיות מתוחכמות ודינאמיות לבין תפיסות תכליתיות - בפועל, תוצאתית - אין הבדל בין שתי התפיסות.

2. נון פוזיטיביזם משפטי-

לא מספיק להסתכל על העובדה החברתית המוסכמת שיצרה את הנורמה, אלא יש להסתכל גם על הנורמה והיא צריכה לעלות בקנה אחד יחד עם נורמת-על אחרת (לא משפטית).

לדוגמה, בחברה דתית- נורמת העל צריכה להיות דתית גם אם אין לה הסבר. משפט טבעי קובע נורמות- על.

- משפט טבעי- הגישה הנפוצה ביותר של נון-פוזיטיביזם. ישנו משפט נצחי ואוניברסאלי הנכון לכל חברה, שמהווה קריטריון לבחינת תקפותו של המשפט הפוזיטיבי האנושי.

מה טבעי במשפט הטבעי?

- הוא מייצג ערך של אמת- המשפט מייצג את האמת האלוהית שאין לערער או לחלוק עליה, וחייבים לקבלה. תפיסה דומה פיתח אפלטון- תורת האידאות, הפנומנות (התופעות) שרואים במציאות הם רק תופעות של אידאה עליונה, למשל המשפט הוא רק תופעה של ניסיון של אנשים לצקת תוכן לתוך המשפט וביטוי של אידאת המשפט העליונה.

- הוא נגזר מטבע העולם, החברה והאדם- הוא נגזר מהפסיכולוגיה והסוציולוגיה. זו תפיסה חילונית יותר שלא מסתכלת על אידאה פילוסופית אלא מסתכלת על האדם והחברה וגוזרת תפיסות מתוכם. לדוגמה, אריסטו אמר שהאדם הוא חיה חברתית ולכן המשפט חייב לשמר את המבנה החברתי ולא יכולה להיות נורמה משפטית שתרוסק את החברה. חלק גדול מהאנושיות שלנו נוצר כחלק מהיותנו פרטים בחברה.

היסטוריה של המשפט הטבעי:

- בעת העתיקה- שני מקורות:

- הדתות המונותאיסטיות: כמו שאדם לא יכול לפעול בניגוד לחוקי הטבע, כך גם האדם לא יכול לפעול בניגוד למשפט האלוהי
- הפילוסופיה היוונית רומית: אפלטון, אריסטו, הסטואה (הסטואים- זרם בפילוסופיה ההלניסטית לפיה העולם נשלט ע"י לוגוס, היגיון- שמכתיב את חוקי הטבע ואת כללי ההתנהגות והמוסר. הם אלה שתבעו את המונח משפט טבעי. לפיהם, ישנם גם כללי צדק טבעי שהם חלקם מבוססים על ההגיון, ואנו חשופים וכפופים אליהם כבני אדם (תבוניים).

- ימי הביניים- נוצרים, מוסלמים ויהודים שדנו בשאלה- מהו משפט טבעי אלוהי?

1. תומס אקווינס- בחיבורו סיכום התיאולוגיה, הוא מחבר את המונותאיזם עם הפילוסופיה היוונית-רומית.

2. יצירת מדרג- של סוגי נורמות. החוק הפוזיטיבי שיוצרים בני האדם כפוף לחוק הטבעי. החוק הטבעי הוא קריטריון לבחינת החוק האנושי.

המשפט הטבעי חולש על הרעיון הפוזיטיבי כקריטריון לתקפות הרעיון הפוזיטיבי: רעיון זה הוא בין החזקים ביותר בתולדות האנושות.

- ראשית העת המודרנית- לידת רעיונות הזכויות הטבעיות; קבוצת הרפורמטורים הפכו את הכנסיה וגרמו למהומה וליציאת הרעיון מהכנסיה לחברה לפיו יש משפט מעל המשפט הפוזיטיבי של בני האדם. ← דבר זה הביא ללידת הרעיון שכחלק מהמשפט הטבעי, לבני האדם ישנן זכויות טבעיות שאף שליט או סדר חברתי לא יכול לפגוע בהם, כי מעליו יש את המשפט הטבעי שלא ניתן לפגוע בו. לבני האדם ישנה זכות לרדיפה אחרי האושר ולמימוש עצמי, דבר שפגיעה בו יהווה פגיעה בזכויות הטבעיות. ← בעקבות רעיון זה, העולם נכנס לשורה של מהפכות במאה ה-19 (המהפכה הצרפתית, האמריקאית וכו'). לכן, רבים מהוויכוחים הם בשם המשפט הטבעי כי כל קבוצה חברתית שנאבקת לשיוויון או לצדק נאבקת בשם הזכויות הטבעיות.

- המאה ה-20-19 - פוזיטיביזציה של המשפט הטבעי. אותם המהפכנים טוענים שמשפט טבעי הוא מסוכן ובעייתי מכיוון שלא יודעים מה הוא בדיוק אומר (מה כלול ולא כלול בזכויות הטבעיות, מי רשאי לבטאו? הרב/הכומר/הפועלים וכו'?) ← לכן הם עשו פוזיטיביזציה למשפט הטבעי ← הולדת רעיון החוקה. ← מאז- מצד אחד יש פוזיטיביזם חזק (הכל כתוב), ומצד שני- המשפט הטבעי לא נעלם והוא חוזר כל הזמן, כי כל הזמן ישנן קבוצות "נדפקות" בחברה. רעיון המשפט הטבעי נשאר תמיד, ולכן העולם המודרני תמיד נמצא בקונפליקט לגבי פרשנות הזכות הטבעית- ישנם אנשים הרשאים לפרש את המשפט הפוזיטיבי, אך מי רשאי לפרש את המשפט הטבעי?

פוזיטיביזם משפטי	נון-פוזיטיביזם משפטי
○ כל חוק הוא חוק כל עוד הוא חוקק	○ חוק לא נחשב ככזה גם אם חוקק במידה ולא מסתמך על המוסר/ההיגיון
○ בזים למשפט הטבעי	○ מסתמכים על המשפט הטבעי

לדוגמה, ההצדקות להקמתה של מדינת ישראל בפתיה של מגילת העצמאות גם פוזיטיביסטיות וגם נון-פוזיטיביסטיות:

- הצדקות נון פוזיטיביסטיות- בא"י קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הדתית והמדינית, העם הוגלה מארצו בכוח, מתוך קשר היסטורי ומסורתי, השואה, שארית הפליטה, תרומת הישוב העברי למלחה"ע ה-2 וזכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככולם.
- הצדקות פוזיטיביסטיות- כינוס הקונגרס הציוני ב1897, הכרת הצהרת בלפור בזכות ב1917, קבלת החלטת עצרת האו"ם ב1947.

למה נורמה משפטית היא חשובה?

1. האם לפנינו נורמה משפטית מחייבת? כדי שתשמש כמעין רמזור שעוצר.
 - ← האם פועלים כלפינו בסמכות וברשות? (צו מעצר)- משפטים מתעניינים לפני הכל בתקפות הנורמה.
 - ← עקרון החוקיות- מותר/אסור; אין עונשין אלא אם כן מזהירין, כל עוד לא אוסרים רשמית ופורמלית- מותר.
 2. האם המשפט הפוזיטיבי מספיק כדי לקיים חברה?
 - מתי צריך לציית? למשל למשפט הנאצי לא היה צריך לציית.
 - תפקידי היועמ"ש בארץ; האם המשפט הפוזיטיבי מספיק? למשל, הוא בעל מספר סמכויות פורמליות אך בפועל הוא מעל שלטון החוק בארץ.
 - הבדל בין חוק ומשפט- ברוב התרבויות בעולם יש הבדל בין חוק ומשפט, כאשר המשפט הוא רחב יותר וכולל דברים נוספים חוץ מהחוק שלא תמיד יודעים מי יצר אותם.
- דמו', שלטון חוק ומשפט פוזיטיבי אינם מספיקים כדי לעשות צדק והחזקים בחברה מנצלים את המשפט לטובתם ולכן יש צורך ב"מעבר"- שהוא כללי צדק טבעיים, אך בעולם המודרני הוא אינו העיקר כיוון שמבחינה היסטורית המשפט הטבעי הוביל למחוזות רעים.

ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית ואח':

עובדות (באדיבות אופיר נגר):

זוג חשוך ילדים. עלו ביניהם ויכוחים. והבעל אמר לאישה שהוא ינסה עם אחרת ויוכיח לה שהוא לא עקר. הוא פיתה את השכנה בת ה-15 שהתייממה מאימה. וכגילתה על ההיריון לא אמר לה שהיא יכולה להפיל והבטיח לה שיתגרש מאשתו ויהיה איתה וכו'. כשמשפחתה ידעה זה היה בשבוע מתקדם שלא ניתן להפיל. כן התלוננו במשטרה והוא נכלא לשנה וחצי בשל בעילה אסורה בהסכמה. משנולד הילד האם חתמה שהיא מסכימה לאמצו והאב התנגד. נפתח הליך במחוזי, היועמ"ש כנגד האב. במחוזי הוחלט שהוא בר-אימוץ. המחוזי התבסס על ס' 13(7) ו-13(8). האב ערער וטען שאין עילה בחוק האימוץ, לפיה מעשה שבעוולה יביא לאימוץ. ב"כ היועמ"ש, טען כי ע"ס חוות הדעת וכו' נקבע כי האב חסר מסוגלות הורית, וכי לחלופין, בחוק האימוץ קיימת לקונה ויש להשלימה לפיה אין אדם רוכש זכות ע"י ביצוע מעשה פלילי וכי האב איבד זכויותיו לגידול הילד. כל 5 השופטים בערעור דחו אותו וקבעו כי הילד בר-אימוץ. מדוע 5 שופטים בעליון ושופט המחוזי כולם קבעו כי הילד בר אימוץ אם הרי יש אב ביולוגי שרוצה לגדל את בנו והם כמהים לילד? המומחה בר-גיורא כתב כי הם כמהים לילד וכינה את "מבצע ילד". כל ששת השופטים, למעשה, לא נימקו את ההחלטה היסודית שהילד הולך לאימוץ. לכולם היה ברור שהילד לא הולך לאבא. ביהמ"ש לא נימק העובדה הבסיסית מדוע לא ניתן לאב את הילד. הוא אמר לא כי לא, אין מצב וכו'. לגבי זכות האב-מזכיר את פס"ד נחמני, שם נקבע שזכותו של אדם להיות הורה גוברת על זכותו לא להיות הורה. לכאורה, במשפט האזרחי שאלות של מוסר פחות מעניינות אותנו. דיני נזיקין - לא מעניין מה הרגש שלך ביחס לנזק. דיני משפחה - ברוב העולם מדברים על גירושין ללא אשם, גירושין בהסכמה, ללא קשר לבגידה/לסיבה וכו'. המשפט האזרחי אומר אני לא המכשיר להתעסק במוסר. אבל השופטים למעשה מכניסים את המוסר, מאחר שהם בני אדם. לפי פרופ' קידר השופטים תופסים את האקט הזה כחצוף. והחוצפה הזו של האבא, עזות המצח שלו, תורמת להחלטת ביהמ"ש. גם דורנר וגם לוין טוענים שבמשפט של מדינות אחרות יש התייחסות לשאלת ילד שנולד כתוצאה מאונס ואפילו מבדילים בדרגות האונס, אבל כאן זה לא מעניין אותם, מרוב שהאבא מגעיל הם לא נכנסים לדרגות וכו'. הם אפילו לא נימקו את החלטתם מבחינת המוסר. למה הם לא מנמקים - פולר ועניין ההשלמה.

ניתוח חווה"ד של הפסיכואנליטיקאי רמי בר גיורא:

השופטים חוזרים על דעתם וכותבים אותה באריכות. דורנר מצטט את חווה"ד של הפסיכיאטר בר גיורא ומסתמכת עליה באריכות, כאשר חשין מצטט את חווה"ד כולה ואומר שהיא תומכת בעמדתו המוסרית (מסתמך על חווה"ד מומחה ומבטל אותה בו זמנית בכך שהוא טוען שאמנם יש למסור את הילד לאימוץ אך טוען שיש לעשות זאת בגלל עניין מוסרי. השופטים זקוקים לחוות הדעת מכיוון שתכליתן לתת דעה מקצועית בנושא מסוים שהשופטים לא בקיאים בו. חווה"ד:

בשיטה האדוורסרית	בשיטה הקונטיננטלית
פערים גדולים בחוות הדעת המעוררות שאלות - כל אחד מביא חווה"ד מטעמו והן יכולות לסתור עצמן, דבר שאומר דרשני לגבי התוכן של חוות הדעת (האם הן מדעיות או מביעות דעה בלבד כך שאי אפשר להסתמך עליהן?)	ישנן רשימות מומחים המוכרות ע"י ביהמ"ש ופונים אליהם בתחומי העיסוק שלהם כדי לקבל חוות דעת שאינן סותרות.

הבעייתיות היא בשיטה האדוורסרית הנהוגה בישראל: חוות דעת הן מקור טוב לכסף, וישנו חשש שככל שישלמו יותר ← חוות הדעת תהיה "טובה יותר" וההסתמכות עליה תהיה לא אמינה. חוות הדעת משפיעות על השופטים בצורה של סיבתיות פשטנית (השופטים משתכנעים), כיוון שחוות הדעת נותנת לשופטים אפשרות להרגיש שהם לבד ולהישען על מומחים בתחום. פס"ד זה מעניין מכיוון שכל השופטים הסתמכו על חווה"ד של בר גיורא ועדיין הגיעו למסקנות שונות. חוות הדעת היא טקסט כאשר כל טקסט נתון לפרשנות של הרוב והמיעוט בתיק ולהגיע למסקנות מנוגדות.

חשין מביא את חוות דעתו של המומחה בשלמות; בשונה מדורנר והשאר. חשין ממקד את דעתו על עדות המומחה ואומר שהוא אמנם לא מזלזל בו, אך מה שהשפיע עליו הוא לא מומחיות המומחה אלא תפיסתו כאדם שמקרה זה מופרך לחלוטין, דבר שימשיך ללוות את המשפחה; בנוסף, בכל המחקרים של כלכלה התנהגותית רואים בפירוש שחו"ד של מומחים בכל התחומים הן מוטות. תפיסת העולם השלמה על הפציינט משפיעה על חוות הדעת; לכן חשין אומר שאמנם זהו פסיכואנליטיקאי בכיר אך חווה"ד שלו מושפעת מדעתו המוסרית שהמשפחה תהיה לא נורמטיבית. אממה, לפי חשין זוהי לא עילה למסור ילד לאימוץ- אך מברך על חוות הדעת כיוון שהיא תומכת בו כי לדעתו מוסרית חייבים למסור את הילד לאימוץ ולא לאביו.

תפקיד חוות הדעת- השופטים לא משתכנעים לחלוטין מחוות הדעת אלא הם זקוקים לה כדי שתתמוך בדעתם- זהו תפקיד חשוב של חוו"ד, לתת חיזוק פסיכולוגי לשופטים.

מכיוון שאין מחלוקת בין השופטים, אין בעיה מבחינה מוסרית או תרבותית. השופטים כתבו רבות בפסק הדין מכיוון שהיה להם צורך לנמק את ההחלטה שלהם ולטעת אותה בנורמות פוזיטיביות שאפשר להצביע על העובדה החברתית שיצרה אותן, כיוון שבמידה ולא יעשו זאת- הלגיטימיות שלהם תיפגע בעיני הציבור). פס"ד זה נבע מסיבות מערכתיות ולא מסיבות של הקייס עצמו, כיוון שהוא ברור והתשובה בו ברורה.

בפס"ד 3 עמדות שונות כאשר כל השופטים מתחילים באותה נקודה ומסכימים שיש לאמץ את הילד ומשם תפצלים כתוצאה מעניינים מערכתיים, כיוון שכללי המשחק ותוקפם משתנה:

1. דורנר, בך וזמיר- גישה פוזיטיביסטית מובהקת. התבססה על סעיף 13.7 לחוק האימוץ העוסק באי מסוגלות לגדל את הילד באופן ראוי, וטוענת לנימוק משולב- נימוק מוסרי לפי טובת הילד+נימוק חוקי לפי אי מסוגלות הנ"ל. הם נשענים על נורמה פוזיטיבית שאפשר לדעת מי יצר אותה. אף אחת מעילות האימוץ אינה קשורה לטובת הילד, ולכן היא הרגישה צורך להוסיף עילה מוסרית, והפוזיטיביזם מעניק וודאות- לדוגמה כל ההלכה מבוססת על פיקציה ופרשנות, אך פרשנות זו עוזרת לוודאות הכללית ולכן פס"ד זה הוא מאוד כנה. דורנר מבינה שהעם דורש פתרון וודאי לפי הישענות על החוק הכתוב ולכן היא עושה פרשנות לפי החוק הכתוב ומוסיפה את טובת הילד (ע"י דרך הבאת הילד לעולם) ← ההורה לא מסוגל לגדל את הילד ← אי מסוגלות הורית ← טובת הילד נפגעת). פרשנות יצירתית של החוק לא אומרת שאין נורמה כתובה.
2. לוי- גישה משולבת. הולך לפי חסר סמוי או עקרון הפרשנות היצירתית. מבטא את עמדתם של פולר ודבורקין הנ"ל; לפיו- הוא משפטן, ונשאר בתוך עולם המשפט אך הוא מבין שהוא לא מורכב רק מכללים כתובים (ישנם גם כללי פרשנות, עקרונות ושאלת התכלית). הוא אומר שאין שיטת משפט שיש בה את הכלל המשפטי שאומר שאין "חוטא היוצא נשכר". כשלא מוצאים נושא מסוים במשפט ניתן ללכת במספר דרכים:
 - חסר סמוי- לכאורה אין חסר (יש 7 עילות בס' 13), אך כשמנסים להבין את תכלית המשפט יש התנגשות בין לשון החוק לתכלית ונוצר מצב של חסר. לא בוחר בשיטה זו כיוון שיש וויכוח בין שיטות המשפט.
 - פרשנות מרחיבה- לוי עדיין מצוי בתוך גבולות המשפט וכל מעשיו הוא פרשנות המקרה וחוק האימוץ לאור העקרונות הרחבים המצויים בבסיס מערכת המשפט ("אין חוטא היוצא נשכר"). מכיוון שעמדתו נשארת בגבולות המשפט ולא פונה למוסר, ניתן לתפוס אותה כפוזיטיביסטית.
 - לכן ניתן לתפוס את גישתו גם כנון-פוזיטיביסטית מכיוון שהוא כן מפרש את הנורמות וטוען שהמשפט לא מורכב רק מכללים כתובים.
3. חשין- גישה פוזיטיביסטית למעט מקרים חריגים. חשין הולך לפי משפט הטבע ולא נותן את הילד לאב מסיבה מוסרית בלבד. לא מספק הנמקה מערכתית משתי סיבות:
 - כל חברה משלמת משכורת לשופט כדי שישב על כס השיפוט וזהו מתוקף תפקידו לפתור סכסוכים שגם אין בהם נורמות לעתים.
 - ישנו פחד ממדרון חלקלק בחברה האנושית; לא נמצא מקרה כזה בשום מקום בעולם- ובגלל שזהו מקרה ייחודי מתחילים לפחד שזה יהיה דבר שבשגרה לאנוס את השכנה כדי לקבל ילד. הוא מרגיע ואומר שיש צורך בקומן סנס- ישנם מקרים קיצוניים, והדבר לא אומר שיקרה כל הזמן, גם מקרה נחמני היה יחיד ולא חזר מקרה כזה מאז או אישה שהתאבדה והשאירה מאחוריה פתקים כצוואה. לפיו, ישנם מקרים שבהם אין חוק והדבר לא אומר שהוא לא יפעל בהם- ולכן הוא פועל לפי המוסר.

לסיכום- מפת הדעות:

דורנר היא לולינית משפטית ויצירתית; היא משתמשת בחוק בשילוב עם המוסר כדי לפרש אותו ולהתאימו. היא הלכה לפי התכלית שהיא טובת הילד. ← לוין מרחיק צעד נוסף ואומר שאי אפשר לקשור מוסר וטובת הילד למסוגלות הורית ולכן פונה ל"אין חוטא היוצא נשכר" ועדיין חשוב לו להראות שזה חלק מהמשפט עצמו הכולל פרשנות. הוא מעין נון-פוזיטיביסט מודרני, אך גישתו היא משולבת. ← חשין, הולך לכיוון המוסרי בלבד ולא מצטדק מבחינה חוקית ולכן הוא נחשב פוזיטיביסט למעט מקרים נדירים שבהם המשפט נגמר ולא נותר אלא ללכת לפי כללי הצדק הטבעי.

תיאוריות ביקורתיות על המשפט

תפיסות שמבקרות את המשפט ככלל. לא מדובר רק על בתי המשפט אלא על הכל- מי שמפעיל את המשפט, שופטים, פקחים, מחוקקים ועוד.

תאוריות אלו בד"כ מושמעות מפי אנשים מחוץ לעולם המשפט- משפטנים לא משמיעים ביקורות אלה. הן החלו להישמע מאז המאה ה-19 ולא מבקשות להרוס את מערכת המשפט, אלא להצביע על בעיות שטמונות במשפט. לכן אם מסתכלים על ההיסטוריה, רואים שהביקורות על המשפט עלו וירדו בהתאם למצב הפוליטי. ביקורות אלה חזקות במיוחד בארה"ב, מכיוון שברור לכולם שהן לא יכולות לקעקע את המשפט והתרבות האמריקאית. לעומת זאת, באירופה ניתן לראות שהיא הולכת ומשתתקת.

הביקורות:

1. במשפט מעורבים תמיד שיקולי כוח וערכים-

היררכיות תמיד מופעלות. מדובר על המשפט בכלל ולא רק על בתיהמ"ש (גם חקיקה, פקחים, גובי מס ואוכפים). בהמשך לדעתו של פולר להלן:

- פעולות החיפוש וההכרעה הן "חופשיות", כלומר- "לא משפטיות": יש תמיד חופש ואין כלל משפטי שאומר לנו איך להכריע.
- כלומר, שיקול הדעת הוא "לא משפטי":
- לפי שיקולים פוליטיים, תרבותיים ומוסריים- באמצעות מחוקקים, מחליטים, פועלים או שופטים-
- גם בתוך אותה חברה, המשפט מבטא תמיד הכרעות ערכיות, פוליטיות וחלוקתיות; הוא מבטא תמיד מבנים של כוח והיררכיות של שליטה (מגדרית, מעמדית וכו').

גם אם הכללים מנוסחים בצורה אחידה, אימפרסונלית, אוניברסלית ושוויונית, עדיין אי אפשר להתעלם מכך ש:

- המשפט מעוצב לפי תפיסות העולם, ההיררכיות ויחסי הכוח המקובלים בחברה- רוב מעשי האפליה, הקיפוח, השרירות וחוסר הצדק לא נעשים מכיוון שאין מספיק משפט, אלא נעשים בחסות המשפט ובסיועו הפעיל כאשר המשפט מהווה את הנורמות שמבטאות את הקיפוח. הכל נעשה עפ"י חוק- לכן עד היום כאשר ישנם עותרים ערבים לגבי אדמתם ביהמ"ש פוסק לטובתם. רוב מעשי האפליה וחוסר הצדק נעשים לפי כללים משפטיים. הדבר משקף יחסי כוח והיררכיות בחברה הישראלית (לדוגמה אף יישוב ערבי לא קיבל תמ"א מאז קום המדינה, עניינים מגדריים וכו'). לכן, בתי המשפט הם גורם חלש- החזקים פונים לחקיקה כדי לשנות את החוק כיוון שהם לא זקוקים לביהמ"ש; החלשים פונים לביהמ"ש מכיוון שאין להם את הכוח לשנות את החוק. הכוח נמצא בתוך המשפט, והוא משרת את החזקים בחברה בדר"כ.
- רוב המקרים לא מגיעים לעליון- מדובר על מקרים בהם בתי משפט בערכאות נמוכות או פקידים צריכים לפרש את החקיקה. השינוי העיקרי, יותר מאשר בתי משפט, מגיע מחקיקה. הסיכוי שהחוק ישתנה ע"י ביהמ"ש הוא קלוש, מכיוון שגם הכנסת וגם ביהמ"ש פועלים מעין "לבקשת הציבור".

הכנסת יוצרת רק חלק קטן מהחקיקה, כאשר רובה נוצר בממשלה באמצעות תקנות, ברשויות מקומיות, וע"י וועדות נידחות כמו וועדות לתכנון ובניה- ולמרות שלא שומעים על שינויים אלה, הם משפיעים על החקיקה.

- מרחב גדול של שיקול דעת בפירוש ויישום המשפט- בני האדם הם המפרשים את המשפט והמפעילים אותו, ולא רק השופטים. השוטרים, הפקידים ואוכפי המדיניות הם אלה שמפרשים ומיישמים את המשפט הרבה יותר משופטי העליון. המרחב הגדול של שיקול הדעת ניתן לאוכפי החוק ולשופטים.
- כתוצאה מכך- המשפט משקף את היחסים וההיררכיות בחברה, ומכיוון שבחברה שלנו יש הבדלים גדולים בין גברים לנשים- הפערים משתקפים גם במשפט.
- כאן מתבטא המתח בין הדבקות בכלל לבין התאמתו למציאות שדיברנו עליו בתחילת הקורס:

תפיסה סטטית (פורמליסטית) של המשפט	תפיסה דינאמית (ריאליסטית) של המשפט
אנחנו צריכים ודאות, יציבות וסדר. דבקות במסורות ובמנהגים, בכללים ובפרוצדורה; דרישה משופטים ונותני החלטות לקריטריונים וצדק אריסטוטלי.	1. צריך להתאים את הכלל למציאות המשתנה: לתקן, לפרש, להשלים. 2. פעולות התיקון, ההשלמה והפרשנות כרוכות בחיפוש והכרעה 'חופשיות' בין עובדות ובין כללים.

לכולנו יש שיקול דעת המתבטא באיזה כלל להחיל ובאיזו מידה.

מסקנה ← במשפט יש מרכיב גדול של חוסר וודאות. לא משנה כמה הכללים יהיו מדויקים וכמה נגדיר קריטריונים, לעולם לא יהיה כלל שיקבע את התפיסה של השופטים והאוכפים. ניתן לראות את המתח **בפס"ד קניג נ' כהן ובפס"ד אזואלוס**: אין כלל משפטי שקובע האם יש להסתכל על הפתקים כאל צוואה או לא, ואין כלל הקובע האם יש להסתכל על חצי השנה האחרונה בחיה של הנרצחת או חצי השעה האחרונה בחייה.

ומכך:

1. האי וודאות לא יכולה להיפתר לעולם בצורה מלאה וטובה- גם אם טוענים שיקבעו כללים, עדיין לא יהיו כללים שיקבעו את המחלוקות הנ"ל ולכן מה שקובע הוא פרשנות השופטים. אין כלל שאומר לשופט כיצד להסתכל על מקרה או כיצד לפרש.
 2. חלק מתופעה רחבה יותר של 'תרבות בלא נחת'- פרויד אמר שאנחנו חיים בתרבות ללא נחת: האדם רוצה שגרה ונוחות אך אנחנו גם רוצים לשבור אותה ולעשות דבר אחר- וכל פעם האדם נע בין הצורך ביציבות, וודאות וסדר לבין הצורך לשנות. זהו טבעו של האדם ואי אפשר לשנות אותו ולכן אי אפשר גם לשנות את המשפט, לכן יהיה בו תמיד מרכיב של אי וודאות.
 3. נובעת ממתחים יסודיים במחשבה שלנו:
 - המתח שבין יישום מכאניסטי של כללים ובין הצורך בצדק קונקרטי; המתח בין צדק אריסטוטלי להתאמה למציאות.
 - המתח שבין סובייקטיביות ואובייקטיביות; האם לדוג' יש להסתכל על רגשותיו של הגבר אזואלוס ולהתחשב בהן או להסתכל אובייקטיבית? האם היה הריגה ולא רצח כי היה קינטור או שלא מתחשבים בקנטור?
 - המתח שבין רצון חופשי ודטרמיניזם; מתח שמצויים בחברה ולא רק במשפט, האם הכל נקבע מראש ומתוכנת מראש או שאנחנו מעצבים את גורלנו כפי שרוצים?
 - מתח בין פרט לחברה; מתח בין האינטרס הפרטי והחברתי, לא תמיד מה שנוח לנו נוח לחברה.
- מכיוון שהשופטים תמיד מתחשבים במתחים אלה, הם מפרשים באופן שונה ונוצר מרכיב גדול של חוסר וודאות. מסביב למרכיב הוודאות, מרכיב חוסר הוודאות שופט יותר ← ואז ההחלטה תתבצע לפי פרשנויות ותפיסות שמתחשבות בהיררכיות וכו'.
- לכל מקבלי ההחלטות ישנו מרחב גדול של שיקול דעת כתוצאה מכך.

← הטיעון של פולר- "אז מה?" בכל חברה נתונה יש תרבות משותפת ואין הבדלים.

- זה נכון שיש במשפט רכיב של חוסר וודאות; אבל בכל חברה יש תרבות פוליטית משותפת:
 - עוזרת להשלים כללים משפטיים ("רכב מנועים בפארק"). העובדה שכולנו מבינים את הכללים המשפטיים בצורה די דומה מראה שאין הבדלים גדולים בתפיסה, ושאינו יותר מדי שיקו"ד.
 - עוזרת לקבל החלטות ופסקי דין (גם אם איננו מסכימים עם החלטה ספציפית);
 - תורמת ללגיטימיות של המוסדות.
- מסקנה ← חוסר הוודאות אינו בעיה כ"כ קשה.

2. למשפט תפקיד פעיל ביצירת מבני הכוח ובהסתרתם-

- המשפט הוא אחד התחומים המסוכנים ביותר, כמו המדע והרפואה- מכיוון שהוא לא רק מבטא את יחסי הכוח, אלא יוצר, משמר ומסתיר אותם. מסתיר אותם = המשפט גורם לנו לחשוב שהם טבעיים ונותן להם לגיטימציה (למשל כולנו רגילים שהנורמלי הוא שבעברית הלשון הנייטרלית היא בזכר).
 - המשפט יוצר תדמית של לגאלי=לגיטימי, חוקי=צודק- המשפט נחשב כצדק, ולכן הוא עוזר להסתיר נקודות לא צודקות בחברה והופך אותן לכאלה כמו אפליה נגד נשים).
 - הוא משמר את הכוח והשרירות שעומדים בבסיסו אבל מסתיר אותם; המשפט משמר אלימות או שרירות שהייתה קיימת לפני ושלא היה ניתן להצדיק אותה.
- למשל השאלה הבסיסית בקניין: מי השיג את הקניין in the first place? המשפט הוא כמו לבה: בחיים החברתיים אין דבר קבוע והם כוחניים ושרירותיים. המשפט מהווה שכבה דקה של הלבה שהתקררה; לכן לפי ולטר ודרידה- המשפט הוא מלאכותי וקפוא שנועד להשליט סדר באמצעות טאבו למשל. לפי דרידה, הלבה לא מפסיקה לבעור מתחתיו- והחיים החברתיים ממשיכים להיות כוחניים (למשל המתח והאלימות בין יהודים וערבים).
- המשפט בנוי על אלימות ראשונית שהוא לא יכול להסביר ולכן ← הוא מסתיר אותה ורוצה להראות שהכל מסודר, יפה, צודק וחוקי.
- הוא קובע את גבולות הסיפור הלגיטימי-

הפתרון: כדי להבטיח צדק צריך לחשוף את מבני הכוח הללו ולפרק אותם (לעשות להם 'דה קונסטרוקציה'). לכך היו שתי אסכולות:

- אסכולה פסימיסטית- הייתה קיימת בכל החברות. כל העולם הוא כוחני, הדבר תמיד יהיה והמחלוקות תמיד יפגעו בצדדים.
- אסכולה אופטימיסטית- קידר מסכים עם אסכולה זו. לפיה, אנחנו תמיד משתפרים, ולכן עלינו להשתמש במשפט כמכשיר לשפר את עצמנו. המשפט לבד לא מספיק ולכן יש לבצע עוד חינוך חברתי מעבר. עלינו לזכור שהמשפט עוזר וחשוב אך כדי שלא נשכח שאנחנו לא יכולים להרפות, אנחנו צריכים תמיד להציב את המראה ולשאול: מהו המוסר מאחורי הכללים השוויוניים לכאורה? מה עומד בבסיס פסק הדין? המשפט מכשיר צודק, אך עלינו תמיד לשפר את עצמנו מכיוון שהוא לא עומד לבד.

תפיסה ביקורתית של המשפט: ביקורות פמיניסטיות על המשפט

רקע לאלימות נגד נשים:

בשנת 2018 נרצחו בארץ 26 נשים, רובן על רקע מגדרי. בעשור האחרון נרצחו בארץ 198 נשים וישראל דורגה במקום ה-46 במדד השוויון המגדרי מתוך 149 מדינות. אחת מכל שלוש נשים עוברת פגיעה מינית במהלך חיה, אחת מכל 5 תעבור אונס. אחת מכל 5 ילדות תעבור פגיעה מינית, רוב הפגיעות לא מדווחות כאשר רובן הן מאדם מוכר לנערה. ישראל מדורגת במקום ה-66 מתוך 149 מדינות. אנחנו מקום 48 במספר השרות, חברות הכנסת. בחינוך אנו מדורגים גבוה. בכנסת הלפני אחרונה היה מספר שיא של נשים מאז קום המדינה - 28% מהכנסת היו נשים. בממשלה היוצאת ישנן רק 6 נשים סגניות או שרות. באקדמיה ישנן 9 אוניברסיטאות מחקר: למרות שנשים מהוות רוב - 58% מבוגרי תואר ראשון הן נשים, ובסגל האקדמי מעט נשים מהוות חלק. אין נשיאה לאוניברסיטאות ובמכללות יש רק 4 נשיאות. ישנם 60 מוסדות להשכלה גבוהה ובהם יש רק 4 מנכ"ליות. ישראל היא בין המדינות הבודדות בעולם שבהן אונס או אלימות מינית של הגבר הנשוי כלפי אשתו אסורים. - כאשר הדבר נחקק ב1988. ישנם פערי שכר גדולים - נשים מרוויחות 67% בממוצע ממשכורת הגברים.

בעולם יש אי שוויון מגדרי ברור בין גברים לנשים. הוא נובע כנראה מסיבות ביולוגיות שבהן לגברים קל להפעיל אלימות על נשים (הכנסה להיריון בכוח והשבתה מהחיים או רצח). מצב זה אינו מניח את הדעת ולכן נוצרה ביקורת במהלך הדורות על מצב זה, בעיקר בתקופה המודרנית. ישנם 2 גלי ביקורת כלפי המצב:

(1) פמיניזם ליברלי (פמיניזם של שוויון בין גברים ונשים) - החל במאה ה-18 וה-19 עד ימינו. לפי ביקורת זו, המצב

הקיים אינו מניח את הדעת והוא מצב של אפליה, של פגיעה קשה בשוויון ורוצים שגברים ונשים יהיו שווים בכמה שיותר פרמטרים כיוון שהדבר לא הוגן. ביקורת זו מופנית גם נגד המשפט שמאפשר מצב זה, ולכן נתקוף את המצב המשפטי - יש לשנות את החוק כיוון שהוא לא הוגן (בדיני משפחה, בשוק העבודה, בחוזים וקניין וכו').

המאבקים הראשונים לשוויון היו שלנשים תהיה אישיות משפטית מלאה. אמנם נשים יכלו לעשות עסקאות בחלק מהמקומות ולהיות בעלות קניין, אך ברוב החברות והתקופות נשים לא יכלו להיות בעלות זכויות קניין או אחרות, לא יכלו לעשות פעולות משפטיות (כמו לתבוע, להיתבע, לרשת, להוריש ולהיכנס לחוזה). מאבק זה לא נגמר עד היום. במדינות רבות בעולם, אחד המאבקים העיקריים הוא על זכות ירושה של נשים (במקומות דתיים הדבר מגביל את יכולתן להיות בעלות קניין ואת חופש החוזים שלהן). נשים מהוות את רוב כוח העבודה בעולם, ולמרות זאת - בבעלותן רק 10%-20% מהרכוש. בישראל אפשר ללכת רק לבית דין רבני או אזרחי, ואפשר לבחור לרשת לפי חוק הירושה הישראלי או לפי ההלכה - כאשר אם בוחרים בהלכה, יכולת הירושה של האישה נפגעת.

מאבק נוסף - על זכות הגישה לערכאות ועל היכולת להצביע; מי שחזק - מחוקק והופך את הכלל ללגיטימי. ברגע שנשים לא יכולות להיבחר, המשפט שנוצר לא יטיב עמן והאפליה תגבר. מאבק הסופרג'יסטיות עסק בכך. ברוב מדינות המערב נשים יכלו לבחור ולהיבחר רק לאחר מלחה"ע הראשונה: שהייתה חשובה ביחסים בין המינים כיוון שגברים רבים נהרגו בקרבות, היא זעזעה את התרבות המערבית ונשים רבות נכנסו למעגלים שהיו תפוסים אז ע"י גברים, והגברים שחזרו היו פצועים והלומי קרב - נשים החלו לבחור ולהיבחר, והיו בעלות לגיטימציה להיכנס לתפקידים שנחשבו עד אז "גבריים". התנועה הציונית היא בין התנועות המתקדמות כיוון שהחל מהקונגרס הראשון נשים החלו להצביע.

באנגליה נחקק חוק שכר דומה לעובד ולעובדת פר שעה והדבר הכה בתדהמה. ישנם תוספות רבות שנשים לא מקבלות. גם השכר השווה הגלובלי לא נחקק.

כאשר ג'סטין טרודו הקים ממשלה עם 50% שרות, העולם המערבי נדהם - המאבק נמשך עד היום. שאלות ביולוגיות נחשבות ללא מוסריות לדון בהן בעקבות אפליה כלפי שחורים ובעיקר בגלל תורת הגזע הנאצית. רק ב20 שנים האחרונות השיח הביולוגי חזר לדיון.

(2) פמיניזם תרבותי (פמיניזם של שוני) - לאחר מלחה"ע השנייה, החל להתפתח זרם חדש של פמיניזם: לפיו, נשים וגברים הם לא אותו דבר, וההדגשה של הפמיניזם הליברלי של שוויון בלבד הוא חשוב אך מעוות את התמונה, כיוון שכך נוצרת תמונה שהגבר הוא הסטנדרט והאישה צריכה להתאים את עצמה לגבר. תפיסה זו מתבטאת גם מגדרית: העולם מורכב מנשים וגברים וצריך להתאים עצמו לשניהם. מעבר לשוני הביולוגי יש שוני תרבותי ← הביא להתפתחות המושג מגדר: לפי סימון דה-בובאר - "אנחנו לא נולדות נשים, אלא נעשות נשים. אנחנו נולדות נקבות ואתם זכרים, אך התהליך התרבותי הופך אתכם לגברים ואותנו לנשים". מעבר לטיפול בהבדלים הביולוגיים, יש לטפל קודם בהבדלים התרבותיים. ההבניה התרבותית גורמת לחברה לטפול סטריאוטיפים על נשים. כדי להשיג עולם שוויוני יש לעבור מספר שלבים:

- לא מתייחסים לגברים כאל סטנדרט וצריך לחשוב על כך מחדש
 - יש להיפתר מתפיסות מוטעות לגבי גברים ונשים - כיוון שהבדלים ביולוגיים לא מסבירים הבדלים רבים שקיימים בעולם. רוב ההבדלים בנויים כתוצאה מהבניה תרבותית.
- לפי גישה זו, נשים לא מעוניינות להתאים עצמן לסטנדרט הגברי. מתוך גישה זו, התפתחו שני גלי פמיניזם:

○ פמיניזם רדיקלי - התפתח לאחר גל זכויות האדם בשנות ה-60, מתוך הפמיניזם התרבותי. (רדיקס=שורש, רוצים לשנות את החברה מהשורש). תפיסה זו רוצה לשנות את החברה מהשורש, כך שתתאים לכולם ונשים לא ירגישו שהן צריכות להתאים עצמן בכוח לעולם גברי. גל זה מבוסס עובדות:

- גברים ונשים שונים מבחינה ביולוגית.
- גברים חזקים פיזית מנשים ויש פוטנציאל לשימוש בכוח כלפי נשים, דבר שיכול להתבטא גם בהכנסה בכוח להיריון והשבתה.
- בהסתכלות על רוב עד כל החברות בעולם בהווה - רואים הבדלים ברורים בין גברים לנשים, כאשר נשים סובלות מאלימות מינית קשה בדרגות שונות, מודרות מהנהגה וניהול של החברה, הכסף וכו'.

בהסתכלות על כל החברות, מעבר להבדל הביולוגי התפתחו תפיסות עולם שמצדיקות מצב זה והופכות אותו לראוי/מסתירות אותו ומציגות אותו בפועל כמצב נורמלי שמהווה סדרו של עולם. לפי גישה זו, השוני הוא תוצאה של הבניה תרבותית הנשענת על ההבדל הביולוגי ועל אלימות לפי סימון דה בובאר - רוב ההבדלים נובעים מהבניה תרבותית ← למשל, אין שום בסיס ביולוגי לאנטישמיות אלא זו תפיסת עולם - ויש המשוכנעים שיהודים שונים מאחרים מבחינה מדעית לרעה. לפי הפמיניזם הרדיקלי, גברים ונשים שונים ביולוגית אך הצורה שבה אנו חיים ומתנהגים מושפעים מהבניה תרבותית ברובה.

← מתוך רצון לשנות זאת מהשורש, נטבע מונח חדש בשנות ה-60 - מגדר; gender. אין זכרים ונקבות - השוני הוא לא בין מינים אלא בין מגדרים=תרבות, כאשר כל אחד נולד לתוך תרבות מסוימת ← דבר העובר להסללות בלימודים, בתפקידים במשפחה, בהתנהגות, בלבוש וכו'.

← דבר זה גורם למנגנונים אובייקטיביים מדעיים שלא קשורים לשאלות בין גברים ונשים להטביע אצלנו תפיסות אלה: למשל - ברוב השפות בעולם הגוף הנייטרלי הוא גברי - וכך גורמים לנו לחשוב שהסטנדרטי והנורמלי הוא הגברי ולא הנשי.

כלומר, לפי גישה זו ישנן מערכות חדשות המצדיקות את הדרת הנשים - מערכות שונות כמו השפה, הפסיכולוגיה (שרוב מדדיה התחברו רק על גברים כמו במקרה של גיליגן), ברפואה (שתסמינים היו בעיקר מתבססים על גברים ונשים לא היו מקבלות טיפול מתאים שהוא לא גניקולוגי).

← לכן, יש צורך להפוך את העולם מהשורש ולהתאימו לחצי מאוכלוסיית העולם הנשית. כדי לעשות זאת יש צורך לעשות דה-קונסטרוקציה ולחשוף את ההבניה התרבותית כדי שהעולם יתאים לשני המינים.

← בנוסף, לפי הפמיניזם ערך המשפחה אינו נראה דומה בין המינים כאשר נשים מקדישות לו יותר חשיבות ולכן יש לשנות את העולם. מכיוון שהפמיניזם של שוויון חי לצד הפמיניזם של שוני, יש צורך למצוא דרכים שהחברה תקבל כך שנשים לא ייפגעו כלכלית בהתקדמות הקריירה שלהם, ולכן דורשים שינוי מלמטה- למשל כמו ביטול ישיבות לאחר שש בערב לשני המינים כדי לאפשר זמן משפחה.

- **פמיניזם תרבותי**- התפתח בשנת ה-70-80, ותפס בארץ. קרול גילגאן התמחתה אצל אחד מהמומחים לפסיכולוגיית ילדים, שחיבר סולם התפתחות מנטאלית של ילדים; היא שמה לב לתופעה- רוב הבנות בגילאים 3-5 לא עוברות את שלב 3 במבחנים שנתנה להם, כאשר שלב 4 בחן חשיבה מופשטת, ובנות נכשלו במבחן זה- אך כאשר בדקה את המבחן בהתאם לתשובון- היא שמה לב שבנות ענו תשובות אחרות ולא הלכו בדרכים שענו בהן הבנים. כאשר בדקה היא ראתה שהתשובון חובר רק על סמך תשובות של בנים- וכך סטנדרט ההתפתחות נקבע לפי בנים! דבר שהסביר מדוע הקריטריונים לא חוברו בהתאם להתייחסות של בנות, לא אפשר להן להתפתח ודיכא אותן מההתחלה. ממשיכי דרכיה של גילגאן פיתחו תפיסה לפיה נשים חושבות אחרת והן בעלות תפיסות מוסר שונה:
 - **אתיקה של חמלה**; ביולוגית- נשים יולדות, העובר האנושי ייחודי כך שיותר מחצי מההיריון נמשך מחוץ לרחם על גוף האישה עצמה יחד עם ההתנקה, והוא חסר ישע לחלוטין בשנותיו הראשונות. כלומר, נשים מבלות חלק ניכר משנותיהן בטיפול בתינוקות ← דבר שגורם לפיתוח היכולות הנשיות שלהן והדאגה, וחייהן בתוך קבוצות של נשים גורם להיווצרות קשרים בין נשים לקבוצות דורשות טיפול באוכלוסיה, ילדים, וכו'.
 - מחקרים אלה עוררו ביקורת מדעית והשפיעו על התפיסה של זכויות אדם חברתיות-החברה צריכה לאפשר זכויות מלאות לנשים מתוך תפיסת דאגה וחמלה. ← דבר זה גורם לצורך לפתח את שילובן של נשים בתחומים גבריים והתאמתן אליהן מכיוון שלא כל ה"תשובונים".
 - ישנו וויכוח מדעי לגבי ההוכחה של התיאוריה והאם אכן נשים שונות מגברים- או שהיא חלק מהבניה חברתית; כלומר- אין באמת שוני מחקרי באתיקה של בנות ובנים ← ולכן כנראה ישנה הבניה חברתית.
- ← דבר זה עלול לשמר הבניות תרבותיות נגד המין הנשי.

הגל הראשון של המחשבה הפמיניסטית	הגל השני של המחשבה הפמיניסטית
הערך הראשי הוא ערך השוויון ויש להשוות את שני המינים בין כל מה שאפשר. מאבק זה עדיין ממשיך.	שולל את הגבר הלבן כסטנדרט שצריך להשוות אליו; זכויות אדם מתוך תפיסה של שוני- אנשים שונים זה מזה, גברים ונשים שונים זה מזה והעולם צריך להכיל את שניהם. העולם המשפטי צריך להכיל מלכתחילה את הנשים והגברים באופן זהה.
פמיניזם רדיקלי	פמיניזם תרבותי
שינוי מן השורש של החברה. השוני נובע מהבניה תרבותית שמסתמכת על כללים ויש מספר עובדות שגישה זו נשענת עליהם. יש צורך לעשות דה-קונסטרוקציה להבניה התרבותית כדי לשנות את החברה מהשורש ← סימון דה בובאר וטביעת המונח "מגדר", ויש לשנות את המערכות שמצדיקות את הדרת הנשים.	תפיסה לפיה יש שוני בתפיסת המוסר והאחריות הנשית מול הגברית, נצפית כבר אצל ילדים וייתכן שהיא ביולוגית ← הביקורת היא שהשוני הוא תוצאה של הבניה תרבותית ותפיסות עולם עמוקות יותר המקבלות אישוש מדעי- ולכן הפמיניזם הרדיקלי טוען שהוא מסוכן יותר, כיוון שהוא מחזק פרשנויות דתיות המגבילות נשים למשל- דבר העלול לשמר תפקידים ששמורים להן ומעין גטאות נשיים בעלי משכורת נמוכות. מסוכן כיוון שהוא עלול לחזק תפיסות המשאירות את האישה בבית או בתפקידים טיפוליים.