

\***אריסטו**: המשפט צומח עם הצמיחה של החברה האנושית. האדם הוא בעל חיים פוליטי -מדיני ועל כן הוא חייב את המדינה ואת החוקים בה בשביל לשרוד. הצורך בחוק הוא **טבעי והישרדותי**.

\***הרמב"ם**:

- ללא משפט אין קיום לחברה

- המשפט קיים כדי להגיע למשהו.

- האדם הראשון נצטווה על 7 מצוות בני נוח: עבודה זרה, ברכת השם, שפיכות דמים, גילוי עריות, גזל, אבר מן החי ודינים. מצוות אלו הן יסודות אוניברסליים שניתנו לאדם, אשר מהוות צווי מצפון בעלי מעמד משפטי וכל חברה צריכה לקיים אותם. (בדומה לכללים ראשונים ומשניים של הארט, "דינים" הם הכללים המשניים – תפקידם לאכוף את שש המצוות האחרות (הכללים הראשונים).

- הוויכוח מה כלול במושג "דינים" הרמב"ם: אכיפת איסורים הרמב"ם: פיתוח החברה.

- מטרות המשפט ע"פ הרמב"ם: תקינות הנפש (לחיות יחד במדינה הרמונית) ותקינות הגוף (הישרדות פיזית, לעשות מה שמועיל לחברה). לדעת הרמב"ם תקינות הנפש חשובה מתקינות הגוף אך תקינות הגוף ראשונה בזמן (יש לתקן את הגוף לפני הנפש).

\***הובס**: המשפט משליט סדר ומונע מלחמה. במצב בו אין משפט כולם שווים ואין מספיק לכולם, על כן בני האדם נעשים אויבים, בודדים ונמצאים בסכנה מתמדת.

### פוזיטיביזם:

\*מה שבני אדם הציבו בתור חוק הוא חוק, לא חוקקת זה לא חוק.

\*רעיונות הגישה: (1) רעיון ההפרדה – שאלת התוקף המשפטי שונה משאלת התוקף המוסרי. (2) רעיון העובדה החברתית – ניתן לבחון את שאלת קיומה של מערכת משפטית (האם קיים או לא קיים חוק) באופן מדעי ע"י התבוננות בחברה. (3) רעיון המוסכמה החברתית – מקור הסמכות של החוקים הוא במוסכמה חברתית ולא בתבונה מוסרית או בהתגלות.

\*בניגוד למשפט הטבעי, המוסר אינו חלק מהחוק אלא שיקול נפרד, ערך הוודאות הוא חשוב ועל כן מה שחוקק כחוק – תקף.

\*משפט רשע: כיצד ניתן להעניש מישהו שפעל לפי החוק אבל עשה משהו רע? לפי הפוזיטיביזם כביכול ניתן להעמיד לדין כי החוק תקף.

לפי רדבוך: יש צורך באיזון בין שלושה ערכים: וודאות + טובת הכלל + צדק. כל עוד שלוש מתקיימים החוק תקף, אם אחד מהם לא מתקיים מדובר במצב של חוסר צדק קיצוני ועל כן החוק לא תקף וניתן להעמיד לדין.

לפי הארט: החוק הוא חוק, אך לא אמורים לציית לו. הענישה תהיה רק מבחינה מוסרית. הקושי: כאשר אין אפשרות להטיל אחריות מוסרית על אדם אחד החוק יוצר מצב לא צודק (חוק ההתיישנות).

\*למה הפוזיטיביזם לא הולך עם גישת המשפט הטבעי לפיו לא נכיר בחוקים רעים: (1) אם נוטים למוסר אין וודאות (2) היכולת לקבל אחריות מוסרית מבלי תלות בחוקיות, זיקה בין חוק למוסר תגרום לאנשים לחשוב כי כל דבר חוקי הוא בהכרח מוסרי

הוגים: רדבוך, הארט, אוסטין, דבורקין

ההבדל בין פורמליזם לפוזיטיביזם: הפוזיטיביזם הוא כוללני, מעבר לכללים הוא כולל גם עקרונות וערכים שעולים מהכללים. בפורמליזם אין מקום לעקרונות.

### משפט טבעי:

\*לאדם יש תבונה מוסרית להתבונן בטבע ולהבדיל בין טוב לבין רע ולכן אפשר לתבוע מהאנושות להבדיל בין טוב ובין רע (רש"י + ר' יוחנן).

\*ישנם נושאים מוסריים אוניברסליים שקיימת בהם תשובה נכונה שלא תלויים בתקופה ובזמן

\*ישנה אמת מוסרית אחת, והיא חלק מהמשפט

\*חוק לא מוסרי הוא לא חוק

\*משפט רשע: לא ניתן להעניש על חוק לא מוסרי כי מבחינתם חוק לא מוסרי הוא לא תקף

\*הוגים: תומאס אקוויאנס (החוק בא לטובת כולם), מרקוס קיקרו (גרעין חקיקה שלא תלוי מקום/חברה ומחייב מבחינה משפטית)

\*הבסיס למשפט הטבעי: ריאליזם מוסרי (תשובה מוסרית אחת נכונה) + קוגניטיביזם מוסרי (יש תשובה מוסרית אחת נכונה ואפשר לגלות את התשובה הנכונה)

\*הקשר בין משפט ומוסר:

-ראליזם מוסרי: יש תשובה מוסרית אחת נכונה ברוב השאלות המוסריות

-קוגניטיביזם מוסרי: לא רק שיש תשובה מוסרית, אלא ניתן לדעת מהי בכלים אנושיים

-נון קוגניטיביזם: גם אם המוסר מוחלט אין לנו אפשרות לגלות אותו

-ספקנות מוסרית: ייתכן וישר אמת מוסרית וייתכן שאין-אי אפשר לדעת

-רלטיביזם מוסרי: המוסר הוא יחסי ותלוי חברה, אין תשובה אחת נכונה (בעייתי כי כל אחד יכול לטעון כי פעולה שנוגדת את המוסר מתכתבת עם תרבותו)

\*ניהליזם מוסרי – אין אמת מוסרית

פסיקה: ירדור, ניימן והמרכז האקדמאי

\*התנגדות למשפט הטבעי: פוזיטיביזם

\*יש תשובה משפטית אחת נכונה

משפט טבעי פרוצדוראלי:

\*הסיפור על המלך רקס – התהליך של יצירת נורמות צריך להיות הוגן. יש צורך ב: כלליות, פרסום, יציבות, התאמה בין חקיקה לבין היישום ובהירות. לא ניתן לאפשר: שימוש לרעה בשיפוט וחקיקה רטרואקטיבית.

\*פולר – הדרישות של ההליך הפרוצדוראלי הן הדרישות הפנימיות של המוסר. ביקורת על התוכן עצמו הוא הדרישה החיצונית. (1) משפט טבעי של תוכן – אם התוכן לא מוסרי החוק הוא לא חוק. (2) משפט טבעי פרוצדוראלי – אם התוכן מוסרי אך לא מקיים את תנאי הפרוצדורה החוק לא חוק.

\*שלוש דרישות בסיסיות ע"מ שיהיה חוק: השתתפות (צריך לתת לכולם להשתתף בדיון, גם בצורה מהותית וגם בצורה פיזית), כלליות (נורמה שמופנית לציבור כולו או לפחות חלק ממנו + פרסום החוק) ורטרואקטיביות (לא ניתן להחיל חוק/לבטל חוק רטרואקטיבית).

פסיקה: קוטינסקי (השתתפות), אלכסנדרוביץ (כלליות), משרד הבינוי והשיכון (רטרואקטיביות).

## למה צריך לציית לחוק:

\*אוסטין (פוזיטיביסט):

- הנורמה היא הכלל, הציווי שמוטל עלינו

\*מה שעושה חוק לחוק הוא העליונות הפוליטית – הריבון שמוריד הוראה מסוימת

\*ריבון = אדם או גוף מוגדרים, שאינו כפוף לאף גורם, אף אחד לא יכול לערער עליו, והנוהג הוא לציית לו

\*אם אין ציווי אין חובה משפטית

\*מה שהופך את החוק למחייב אלו העונשים (הסנקציות) המוטלים על העוברים על החוק. חובה = ציווי + סנקציה.

\* הקושי: קיימים חוקים שאין בגינם סנקציה, כגון המשפט האזרחי והמשפט הבינלאומי. גישתו של אוסטין רלוונטית רק למשפט הפלילי והמנהלי

\*הארט (פוזיטיביסט):

\*מבקר את תורת הציווי של אוסטין ע"י תורת הכללים

\*אין מישהו שהחוק לא חל עליו, גם על הריבון יש מערכת של איזונים ובלמים

\*משפט צומח גם מלמטה למעלה (מנהג)

\*יש כללים שאנו מחויבים אליהם לא בגלל פחד, אלא מתוך מחויבות פנימית של החברה. החברה נתנה תוקף לגוף מסוים לחוקק לנו חוקים ומשם נובע תוקף החוק.

\*המשפט הוא לא מאגר של חובות שאם לא תציית להם יהיו סנקציות. ישנם עוד סוגים של חוקים: חוקים מסמיכים שמעניקים כוח (חוזים), וחוקים מסדירים, וחוקים שיוצרים מוסדות

\*המשפט הוא מערכת של כללים שונים: (1) כללים ראשוניים: מכוונים את ההתנהגות - כללי התנהגות, עשה/אל תעשה אשר מטילים חובות ומעניקים זכויות. בעייתיות: קיפאון, יעילות, יעילות. (2) כללים משניים: מפעילים את השיטה – (א) כלל הזיהוי – קובע איך מזהים את הכללים הראשוניים ככלים משפטיים: לדעת איפה המוסר נגמר ואיפה מתחיל החוק (ב) כלל השינוי – כללים שקובעים כיצד לשנות את הכללים הראשוניים של מותר ואסור (ג) כלל השפיטה/אכיפה – כללים שקובעים למי יש סמכות להחליט שהופר כלל ראשוני ולמי יש סמכות להעניש בעקבות ההפרה

\*יוסף רז (ביקורת):

\*מבקר את הארט בנוגע למשפט האזרחי

\*ההבחנה בין כללים ראשוניים למשניים צריכה להיות לפי מטרת האפשר והחשיבות חברתית

\*יש לשאול מה המטרה הראשונה של המשפט ומה המטרה המשנית שלו וע"פ זה לסווג

\*אנחנו רגילים לפגוש את המשפט בקונפליקטים שעוסקים במה אסור ומה מותר. המשפט מאפשר דברים רבים עוד לפני פתירת הקונפליקטים

\*המשפט מאפשר ולא רק מגביל

\*גם כללים שמעניקים כוח (כללים משניים) הם כללים ראשוניים. אין להוריד את הכוח המשפטי למידת חשיבות של כלל משני

## כלל הזיהוי:

\*החוק לא יכול לקבוע מהו חוק ומה לא + יש צורך בעובדה חברתית לפיה יש הכרה בחוק

\*הבדל בין משפט ומוסר לבין מנהגים ומוסכמות חברתיות:

(1) עוצמת התגובה להפרה תהיה שונה (2) סוג התגובה (משפט – סנקציה, לחץ חברתי – החברה תגיב) (3) החשיבות שמייחסים לכללים (4) מידת הקירבה האישית שנדרשת

\*הבדל בין כללי מוסר לכללי משפט:

(1) אופן התגובות ושנוני – שינוי במוסר לוקח זמן, חוק בבת אחת (2) המניע לקיומו – המניע למוסר הוא פנימי והמניע לחוק חיצוני (3) תחולות שונות – גם אם אין תחולה משפטית ישנה תחולה מוסרית (4) סיבות לקיומן – שיקולים שונים בין מוסר למשפט

## כללים ועקרונות (הארט – דבורקין):

\*כאשר אין לנו תשובה בכללים:

(1) **הארט** – המשפט עשוי **רק מכללים**, במצב של לאקונה כאשר (א) מקרה עמום (ב) מקרים חריפים בהם הטקסט לא מתיישב עם עקרונות הצדק במקרה הספציפי **השופט יכול לשמש כמחוקק** ולקבוע כלל חדש ע"י שימוש בשיקול הדעת.

(2) **דבורקין** – המשפט כולל **גם עקרונות וגם כללים**, מדובר בשיקול דעת "חלשי". ע"פ **כלל ההתאמה הטובה ביותר** יש לנבור בעקרונות ולא ליצור כלל חדש. לחפש את האמת במה שיש והעיקרון יוליד את התשובה הנכונה. **המחוקק מחוקק חוקים** תוך הסתכלות על החברה ולא השופט. השופט חושף משמעות קיימת שהופכת למחייבת מבחינה משפטית.

פסיקה:

**פס"ד ריגס נ' פאלמר** ( נכד שהרעיל את סבו ע"מ שלא יוכל לשנות את הצוואה, נקבע כי לא יקבל את הירושה על **עיקרון "מעוולה לא תצא זכות"** למרות שאין כלל)

**פס"ד קינג נ' כהן** (אישה שהתאבדה וכתבה על פתק שבעלה לא יקבל את הרכוש, ובעלה קיבל בכל זאת. העיקרון "מעוולה לא תצא זכות" לא התקבל = **עקרונות לא תמיד מספיקים**)

**פס"ד אפרופים** (את הפרשנות של החוזה ניתן לבצע ע"פ מה שעולה בעקרונות היסוד של השיטה, **העקרונות היו קיימים תמיד**)

**פס"ד חטיבת זכויות האדם** (בייניש ביטלה חקיקה כיוון שהוא נוגד את העקרונות המתחייבים מאופיו הדמוקרטי של המשטר. **החקיקה לא מתאימה לפאזל של החוקים הקיימים**. הפיכה של גישתו של דבורקין לכלי חזק שעושה שימוש בפרשנות כדי לבטל חוק)

\*לפי **דבורקין** יש תשובה **אחת נכונה** לכל שאלה משפטית. יהיה וויכוח על מהי התשובה הנכונה אך כשמסיקים תשובה הנכונה זה **מונע מלהסיק תשובה שאינה נכונה**.

\*הביקורת של דבורקין על הפוזיטיביזם הצר – הבעייתיות ביצירת כלל חדש.

\***כללים מול עקרונות** –

**כללים** – תשובה של כן או לא + מחייבים + כאשר יש סתירה רק ערך אחד תקף

**עקרונות** – משמעות גם למשקל (איזון בין ערכים) + משכנעים + כאשר יש סתירה מתנהל איזון ערכים

\***ביקורת יוסף רז**: אין פתרון אחד לכל שאלה משפטית, יש תשובות שונות ע"פ עקרונות שונים. לא ניתן לקיים חברה כשיש תשובה אחת נכונה לכל דבר. יש לדמיין שני מודלים של מערכת המשפט – הכוונת התנהגות (תשובה אחת נכונה) + יישוב סכסוכים ( הרבה דרכים נכונות) לא ניתן לקיים חברה שהכול הולך בה והכל נכון ("כל התשובות נכונות") ומצד שני לא ניתן לקיים חברה שבה יש דרך אחת נכונה.

## כללים מול סטנדרטים ( מאוטנר) :

\***כלל** – יכול להיות "**טריגר**" (מה שמפעיל את החוק) קבוע – כמותי. למשל: אם נסעתי מעל 80 קמ"ש זה מפעיל את החוק ומטיל עליי קנס.

\***סטנדרט** – טריגרים **שלא ניתנים** לכימות. למשל: מושגים עמומים כמו סבירות ותום לב.

\***לא תמיד יש הלימה בין הטריגרים לתגובות** – לא תמיד התגובה של טריגר עמום תהיה עמומה גם היא (התנהלות בחוסר תו"ל שתגרור קנס)

\*המכנה המשותף בין כללים וסטנדרטים: שניהם **כתובים בחוק** (עקרונות לעומת זאת לא)

\*מה יותר זול להפעלה? יותר קל לחוקק סטנדרטים, אך יותר קשה ויקר לאכוף אותם. לנורמות של כללים יש **קו ברור** ולכן הן קלות יותר להפעלה. סטנדרטים הן מעין נורמות פתוחות ולכן **לא נדע בדיוק מהי התגובה** לאי עמידה בסטנדרט מסוים.

\***יתרונות וחסרונות של הכללים**:

**יתרונות** – בהירות בהנחיה + יכולת תכנון + הרתעה ברורה + זולים יותר ליישום

**חסרונות** – קושי ערכי ביישום במקרים קשים ועמומים + אי הבחנה בין הפרות קלות לקשות + ניתן ללכת על הגבול ולתמחר התנהגות לא רצוי (שווה לי העונש) + יקרים יותר לחיקוק + צופים פני עתיד

\*יתרונות וחסרונות של סטנדרטים:

**יתרונות** – גמישות + הרתעה מפני כניסה לתחום אפור + פרופורציה בין מעשה לענישה + זולים יותר לחוקק + משקפים באופן ישיר את הערכים הרצויים בחברה + יישוב סכסוכי עבר

**חסרונות** – מרתיע גם מפני פעולות לגיטימיות אצל שונאי סיכון + חוסר עקביות + קושי במעבר מהנורמה למעשה + חוסר עקביות בהענקת "צדק" + יקרים יותר ליישום

הבחנה בין כלל לסטנדרט = הבחנה בין חוק למשפט: **החוק הוא מעין "כלל" והמשפט הוא מעין "סטנדרט"**

\***מה מתאים יותר לחברה הישראלית?** השופט סולברג טוען שביהמ"ש העליון עבר מכללים לסטנדרטים. כשאנחנו נכנסים לנעליים של "מה זה סביר" אנחנו מחליפים את שיקול דעתו של המחוקק בשיקול דעתם של השופטים.

## פורמליזם משפטי:

\*מערכת המשפט היא מערכת לוגית של **שיקולים עצמאים** ללא חשיבות בנסיבות ובערכים שאופפים סיטואציה

\*העיסוק המשפטי של השופט הוא בכללים, בנורמה המשפטית ובהגיון הפנימי שלה: **מה נגזר מכלל X במקרה Y**

\*לכל שאלה משפטית יש **תשובה אחת** נכונה

\*כאשר ניצוק תבנית לוגית לתוך אירוע יהיו לנו את **אותם הפתרונות** לכל סיטואציה קיימת (X)

**ביקורת מאוטנר**: יש צורת חשיבה שונה בכל אחד מהנושאים במשפט - אין תבנית לוגית אחת. +

\***הכלל קובע** ולא שואלים כל פעם מה היו השיקולים שהולידו את הכלל

\*הרעיון הפורמליסטי אומר שיש חלוקת תפקידים נוקשה בין השופט למחוקק. **המחוקק אינו פורמליסט**, מי שמיישם אותו (השופט) הוא פורמליסט ועליו להיצמד למה שכתב המחוקק.

\*הפורמליזם מבטיח **שוויון** בפני החוק והוא מרומם את ערך ה**הודאות והדמוקרטיה**

- ייעדי המשפט ע"פ הפורמליזם:

\*הפרדה בין שיפוט לחקיקה - פורמליזם מקפיד על **הפרדת הרשויות** ולא נוטה לפתח פסיקה שמתבססת על ערכים שלא נקבעו ע"י המחוקק ולפתח חקיקה הלכה למעשה

\*השפה של הפסיקה הפורמליסטית היא מקצועית יותר משום שהוא מתעסק יותר בחוקים עצמם ולא ב**ורח לעקרונות גמישים**

\*כפיפות לסמכות, **אין אפשרות** להכניס שיקול דעת

\*שפה: לפעמים המחוקק הפורמליסט יאמר "אנוס ע"פ הדיבור" – נאלץ **לפסוק בניגוד לדעתו** מכיוון שהחוק קובע בניגוד לדעתו.

**פסיקה**: פס"ד ריגס נ' פאלמר (אם השופט היה הולך לפי החוק היבש הנכד הרוצח היה יורש את סבו, זה לא קרה בסוף אבל אם השופט היה פורמליסט סביר להניח שזה כן היה קורה כי זה מה שהחוק קבע)

\***האם פוזיטיביסט חייב להיות פורמליסט?** יש הבדל בין מקור החוק לפירוש החוק. מקור החוק יכול להיות: משפט טבעי/ פוזיטיביזם, ופרשנות החוק יכולה להיות: פורמליזם/ריאליזם. על כן, פוזיטיביסט לא בהכרח חייב להיות פורמליסט – הוא ייקח את מקורות החוק ממה שחוקקו בני האדם, אבל הוא יכול לפרש את החוק גם בצורה דווקנית כמו פורמליזם, וגם בצורה גמישה כמו ריאליזם.

## ריאליזם משפטי (הולמס):

\*המשפט הוא לא משהו לוגי, הוא כולל **דעות קדומות**

\*לא מספיק לדעת את החוקים הכללים והעקרונות, המשפט זה **מה שקורה במציאות** והשופט רשאי לקחת בחשבון **השלכות חברתיות** (מדיניות) ולא רק את האופן בו זה מסתדר עם הלוגיקה של המשפט

\*משנה מה השופט **יעשה בפועל**, גם אם הוא "טועה"

\*המשפט זה לא אמת מופשטת – אי אפשר לעשות מה שרוצים. אלא השופט עם הידע המקצועי שלו ותפיסותיו המוסריות הוא זה **שקובע את המשפט** ולא הכללים.

\*עבירה נחשבת עבירה רק אם היא נאכפת בחברה

\*יש לבחון אלו ערכים מעצבים את ההחלטה השיפוטית בשטח **בהתאם לאמונות ולמחשבות של השופט**

\*אין אחידות ואין **תשובה משפטית אחת** נכונה

\*החוק הוא **מה שהשופט מפעיל** וחוק הוא לא נחשב חוק עד שהוא יוצא בפס"ד

\*ההכרעה מתמקדת בעובדות ולא בשיקולים משפטיים + ביסוס ההחלטות על **הטיות ערכיות**

\*הכללים משפיעים על החלטותיו של השופט אך המשפט זה **מה שקורה בשטח**

\***ספקנות כללים** – כלל משפטי לא בהכרח קובע באופן **בלעדי** את תוצאות המשפט + **ספקנות עובדות** – יש הרבה דברים לתאר את עובדות המקרה ויש משמעות מכרעת **לדרך בה הם מוצגות**

**פסיקה**: תיקי ברנדייס ( ברנדייס היה עו"ד שהביא את רוב הטיעונים המשפטיים שלו בקייס של מולר בנוגע לחופש הקניין אל מול חוק הגבלת שעות העבודה מעולם הסוציולוגיה ולא מעולם המשפט וזכה במשפט. תיקי ברנדייס נהפך כמושג למצב בו **עוסקים בטיעון חברתי ולא משפטי**)

## ביקורת CLS המשפט כפוליטיקה:

\*גישה שצמחה מתוך הריאליזם

\*הביקורת היא לא ביקורת נגד הריאליזם אלא נולדה מתוכו והחריפה אותו. השלב הבא של הריאליזם הוא לראות כיצד הכללים שאנו טוענים שהם לוגיים רוויים בפוליטיקה

\*הכללים עצמם הם לא "אובייקטיביים" והם רווי מדיניות וכוח

\*הכללים עצמם נכתבו על ידי אלה שרצו לשמר תבניות כוח בחברה והם הרבה פחות "תמימים" ממה שאנחנו חושבים.

\*המשפט הוא לא רק לוגיקה אלא גם פוליטיקה

\*המושגים במשפט רוויים בהערכות ערכיות שמבטאות תבניות כוח בחברה (נטל הראיה לטובת אלה שיש להם, ירושה לטובת אלה שיש להם, הגדרות גבריות אל מול הגדרות נשיות)

\*מי שיש לו כוח המשפט בא לקראתו

\*במקום לקבל תבניות חשיבה כנתונות יש לשאול האם התבניות הללו מוצדקות או שהן מסתירות משהו

## ריבוע הזכויות של ההופלד:

\*מערכת משפטית היא תמיד בין שני גופים/שני אנשים (קניין ביני לבין כל העולם וחוזים ביני לבין שאר הצדדים בחוזה)

\*ניתן לחלק את המושגים האישיים במשפט לשתי מערכות סטים שמבטאות את כל היחסים הפנימיים במשפט עצמו: סט אחד הוא **זכות, היעדר זכות, חובה וחירות**, והסט השני הוא **כוח, העדר כוח, כפיפות וחסינות**

\***זכות, היעדר זכות, חובה וחירות:**

- זכות שיש לי מטילה חובה של אדם אחר כלפיי. אם יש לי זכות – אדם אחר חייב לי משהו. (**זכות אל מול חובה**)

- כאשר אין לי זכות ויש לי היעדר זכות לאחר אין חובה כלפיי והוא חופשי (**היעדר זכות אל מול חירות**)

- טשטוש הגבולות בין זכות לחירות: (1) **חופש הדיבור** – מדובר בחירות. למה? כי **אין לאיש את הזכות למנוע** ממני לדבר. (2) **כשיש**

**רמזור ירוק**, זו חירות. כדי לעבור ברמזור ירוק אני לא צריך את העזרה של אף אחד, אני רשאי לעשות זאת. כמו כן, **הרשות שלי לא**

**גוברת על הרשות של מישהו אחר** ואף אחד לא מספק לי את הרשות הזאת. (3) **זכות הצבעה** – האם במדינת ישראל יש זכות הצבעה

או חופש הצבעה? **בישראל יש זכות להצבעה**. לאף אחד אין אפשרות למנוע מאדם להצביע, גם לא למדינה. (4) **חופש המידע**: חוק

חופש המידע מעניק **זכות למידע**. כי **יש חובה לרשויות** לספק מידע. אנחנו רואים שבשם של החוק יש **טעות במינוח**, כיוון שקיימת

זכות ולא חירות. (5) **זכות הציבור לדעת** – **חירות** ולא זכות. בגלל שאין מישהו שחייב לספק לי את התשובות. ניתן להגיש בקשה

במסגרת חופש המידע – אך כפי שאמרנו, זה לא חופש, אלא זכות. (6) **רישיון נהיגה נותן לי רשות לנהוג** – כלומר, מדובר בחירות ולא

בזכות. לאף אחד אין חובה לאכוף את זה שאני אנהג או לספק לי רכב לנהוג בו.

- מי מחליט האם קיימת זכות או חירות: **לפי משפט הטבע** – ישנם זכויות טבעיות גם ללא מעשה חקיקה. **לפי פוזיטיביזם** – החלטת

המחוקק, מה שבני האדם החליטו

\***כוח, היעדר כוח, כפיפות וחסינות:**

- שימוש בכוח משפטי גורם לאחרים להיות כפופים לו (**כוח אל מול כפיפות**)

- כאשר לאדם אין כוח משפטי נגדי משמעות הדבר שאני בעלת חסינות (**היעדר כוח אל מול חסינות**)

## האם יש זכות לסרבנות:

\*סרבנות = מקרים בהם אדם עובר על החוק ולא מצייט. תנאי מקדים לסרבנות: ישנה חובה חוקית לציית לה ואנו מסרבים ולא מצייטים. סרבנות היא עבירה על החוק

\*סוגי סרבנות: (1) **סרבנות מצפונית**: מקרים בהם האדם מסרב מתוך המצפון, המניע נוגע לאדם עצמו. (2) **מרי אזרחי (סרבנות פוליטית)**: המניע לסרבנות זה בכדי להשיג מטרה פוליטית מסוימת. המרי נועד לשכנע אנשים אחרים. רוצים להזיז משהו, לשנות מדיניות. גם אחרים צריכים לסרב כדי להצליח לשנות משהו ועל כן מדובר בטענה פוליטית ולא אישית. יש לבחון האם זה מכוון פנימה (אני לא מסוגל) או האם מכוון החוצה (קריאה לאנשים נוספים. מרי אזרחי עדיין נאמן למדינה, רק רוצה שינוי (3) **מרד**: מי שלא נאמן למערכת וקורא תיגר על המערכת עצמה ושולל ממנה את הסמכות.

\*ההבדל בין סרבנות מצפונית למרי אזרחי: מרי אזרחי נועד לשכנע, הסרבנות המצפונית נוגעת לאדם עצמו.

\*האם יש זכות לסרבנות/ למרי אזרחי:

(1) **יש זכות** – יש זכות וחייבים להתחשב בי גם אם אני טועה. בספרות יש **צ'ק ליסט** שאם הוא מתקיים ניתן לומר שקמה זכות למרי

אזרחי. (הצ'קליסט מכיל: כאמצעי אחרון + לא אלים + כפיפות בפני ענישת החוק + בוצע בגלוי + מוגבל כנגד עוולות גלויות + לא

נעשה כדי להפחיד או לאיים + לא נעשה לשם הפקת רווח/ הנאה אישיים מהמעשה + נעשה לשם שינוי החוק/ המדיניות). לגישתו

של השופט ברק מרי אזרחי לא יכול לכלול אלימות ומכאן אנו למדים **שברק דוגל בגישה זו** לפי יש זכות למרי בהתקיים התנאים.

(2) **אין זכות** – אין זכות לעבור על החוק ועל כן נבחן את התוכן וננסה לשכנע. אין כל חובה על השופט להתחשב בסרבנות. השאלה

היא **שאלת השכנוע**: ככל שהסרבן יצליח לשכנע את השופט, יתכן והשופט ייקח זאת בחשבון וירחם עליו ויתן לו עונש קל יותר,

או יפטור אותו מעונש לגמרי (**גישתו של יוסף רז**).



## האם קיימת חובה מוסרית לציית לחוק:

\*סיבות לציית לחוק (סוקרסט):

(1) גישה תוצאתית: ישנה משמעות מוסרית לציית לחוק. מכיוון שהחברה רוצה להגיע לתוצאה מסוימת באמצעות החוק, אם כולם לא יקיימו את החוק, התוצאה לא תתקיים וזה יוביל לפגיעה במוסד החוקים ובחברה עצמה. חוסר הצייות היא שהוא פוגע במטרה החברתית- אם כולם יפרו את החוק החברה היא זו שתיפגע. הקושי: לא תמיד הפגיעה בחברה תיגזר מהמעשה הבודד.

(2) אסירות תודה: המדינה וחוקיה נתנו לאדם את כל מה שאיפשר לו לשרוד עד אותו רגע ולכן זו תהיה כפיות טובה אם ברגע "לא נוח" האדם יפנה עורף אל חוקי המדינה. הקושי: רעיון אסירות התורה רלוונטי רק כלפי אדם שעשה פעולה רצונית. המדינה לא פועלת מתוך תחושת "טובה" שהיא עושה לאזרחיה אלא מתוך מערכת כללים מחייבת, המערכת היא לא בעלת רגש אשר עשויה להיפגע מבחינה רגשית מהפרת החוק + המערכת לא בהכרח מטיבה עם כל אדם.

(3) הסכמה: כאשר אדם משתף פעולה עם מכלול פעולות החוק, הרי שהוא מקבל על עצמו את מערכת החוקים בכללותה. עקב כך, הוא אינו רשאי לעבור על החוק שהוא קיבל על עצמו. לפיכך, אי הצייות לחוק דומה להפרת הסכמה. הקושי: (1) הבעיה בהפרת הסכם נוצרת כשמישהו נפגע מאי קיומו. כאשר אין צד שני בהסכמה לכאורה אין בעיה להפר אותו (2) קשה למצוא רגע של ביטוי של הסכמה מפורשת: (א) הסכמה מכללא – השתתפות פונקציונאלית כמו תשלום מיסים או הצבעה בקלפי לא בהכרח משקפת הסכמה מרצון. כאשר אדם מקיים חוק הוא עושה זאת משום שזה נכפה עליו. (ב) הסכמה שבשתיקה – העובדה שאדם לא עזב את המקום בו הוא מתגורר לא מלמדת על כך שהוא קיבל את החוק כיוון שיתכן ואין לו את האפשרות לעבור למקום אחר. (ג) הסכמה היסטורית – קשה לבסס חובה מוסרית על הסכמה של דורות קודמים בהיסטוריה.

(4) הוגנות: זה לא הוגן שכל החברה תציית לחוק ותישא בנטל החוק, ואדם מסוים יעבור עליו.

(5) בריס: יש לחשוב על יחיד מול קהילה. גם הרצון שלנו זה פרמטר מוסרי. לרצות אבל לא כי אני חייב. האם ציות לחוק יש לו ערך. פחות נסתכל על האינדיבידואליות אלא על הביחד של המשפט. אולי במקום לדבר על חובה מוסרית נדבר על רצון מוסרי.

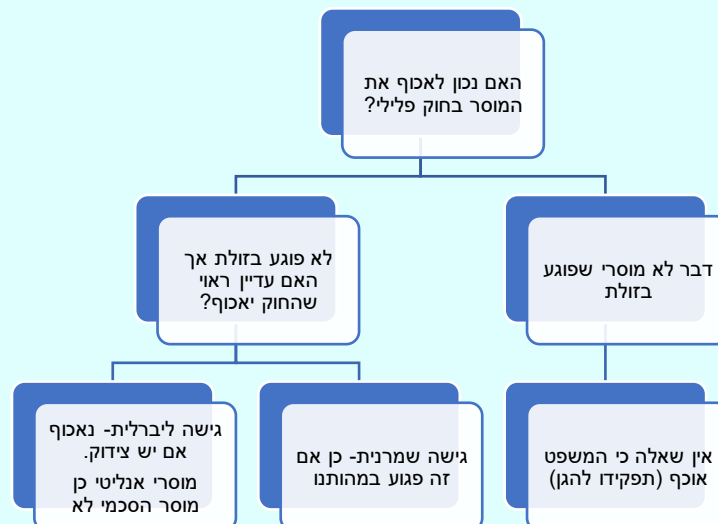
## האם ראוי לאכוף מוסר באמצעות חקיקה פלילית:

\*האם נכון לאכוף באמצעות חוק דברים שאינם מוסרים אך אינם פוגעים בזולת:

(1) דבלין – עמדת שמרנית: החוק הפלילי יכול להגן על המוסר גם במקרים בהם אין קורבן- החוק לא בא רק להגן על קורבן בודד בלבד, אלא גם לעצב את הערכים החברתיים, התרבותיים, והמוסריים של המדינה, וכי יש לאכוף את המוסר בתחום המיני (פורנוגרפיה וזנות) גם אם אין פגיעה בזולת

(2) הארט – עמדה ליברלית: לא נכון לאכוף את המוסר באמצעות משפט. הארט מבדיל בין אותן סוגיות מוסריות בהן יש סיבה טובה להתערב בחוק (מוסר אנליטי = מוסר שניתן להסביר)- כמו למשל מקרים בהם יש פגיעה בזולת לבין סוגיות שהן בגדר מוסכמות חברתיות (מוסר הסכמי) שאם אין להם הצדקה לא ניתן לאכוף ונצטרך למצוא חלופות. אולי צריך חינוך, שכנוע, או הטפה.

ע"פ דבלין מטרת החוק הפלילי היא שמירה על ערכי החברה וע"פ הארט מטרת החוק הפלילי הוא רק הגנה על קורבנות מפני פגיעה.



### פרסום החוק:

\*הרציונליים בפרסום: הכוונת התנהגות, ענישה, וודאות, בהירות, יעילות, צדק, הרתעת הציבור, מדיניות, ושקיפות.

\*ישנם מס' אלמנטים בפרסום חוקים **המטילים ספק** ברציונליים של התרעה, הכוונת התנהגות וענישה:

(1) ניתן לקבוע שפקודה תיכנס לתוקף עוד לפני שפורסמה

(2) החוק ופס"ד לא נגישים לכל הציבור

(3) לא מפורסם בכל השעות

\*מהפסיקה עולה כי מטרת פרסום החוק היא לא שאזרח ידע את החוק אלא **שתהיה לו את האפשרות לדעת** ע"י נגישות ושקיפות. תיקון סי' 34 ל<sup>חוק העונשין</sup> מסיט את הדרישה מידיעת החוק לאפשרות ידיעת החוק באופן סביר וניתן לסתור זאת **אם אדם לא יכל היה לדעת** באופן סביר.

### פרשנות:

\*פרשנות היא מתן מובן לאירוע

\*האירוע הוא **הטקסט** ולא המילים

\*פרשנות אינה מתייחסת לשאלה מה מובן אלא **כיצד מבינים**

\*אין דבר כזה מילה בפני עצמה **אין לה משמעות** עד שיוצרים לתוכה תוכן

\*זו טעות לגשת לטקסט ולחפש את הפירוש הנכון בלי לחפש את **ההקשר החברתי**

\***השופט ברק והשופט חיים כהן** מכניסים את **המשפט הטבעי** דרך הדלת האחורית – ישנם ערכים מוחלטים המכתיבים את צורת ההסתכלות שלנו על כל מה שמתרחש בתורת המשפט **ועם ערכים אלו לא ניתן להתווכח**

\*בפרשנות ע"פ ברק יש להסתכל **קודם כל בערכים**, אח"כ בכוונה ולאחר מכן ללשון (בניגוד לבד"כ בו הסדר הפוך)

### אמת משפטית:

\*מה ההבדל בין אמת עובדתית ל"אמת משפטית"? אמת עובדתית - הדברים כפי שהם התרחשו. אמת משפטית - מבטאת את המסקנה העובדתית של מערכת המשפט תחת האילוצים הערכיים והמשפטיים של המשפט עצמו. למשל: מגבלות השיטה האדברסרית, הצורך להישען על עדויות של עדים, מקרים שבהם יש חסיון כזה או אחר.