**תורת המשפט**

**‏16/3/2023**

**מבוא**

**מנהלות**

* אין מטלות;
* בריס משנה את הסילבוס כל שנה, חלק מהחומר יהיה שונה והמחברות ייתכן ויהיו שונות;
* הקורס ילווה במצגות;
* חומרי הקריאה המלאים בסילבוס ולא באתר.

**בין הנושאים שנעסוק בהם**:

* מה זה משפט?
* משפט ומוסר;
* זרמים שונים בתוך המשפט – שיש עליהם ויכוחים קלאסיים אבל כולם רלוונטיים ברמה של פרשנות פסקי דין (כך, למשל, סמכות ייחודית בדיני משפחה לפי דבר המלך במועצתו, אבל מתח נוסף עם העניין של התמודדויות עם הדין והדיין הדתיים);
* אמת, צדק וכו'.

1. **מה זה משפט?**

חיפוש אחר הממד הנוסף תהיה המשימה שלנו בסמסטר. לכולנו יש אזרחות כפולה. איזו אזרחות? של מערכות נורמטיביות. מהי נורמה? מגיע מהמילה נומוס ביוונית שמשמעותה חוק. כל מחייב, כלל התנהגות אבל הוא לא תיאור, לכן, יש להבחין בינו לבין משהו תיאוריdescriptive-, דסקרפטיבי, לבין משהו שהוא מרשם. ההבדל בין הנומוס לתיאור הוא ההבדל בין צלם או סוציולוג לבין איש המשפט. הסוציולוג מתאר איך אנשים מתנהגים אבל לא אומר להם איך להתנהג. העולם של הנומוס מדבר על מה שצריך, התיאורי מדבר על מה שיש.

דוגמאות למערכות נורמטיביות: מערכת החוק שאומרת מה לעשות (מס הכנסה מילואים לא לרצוח...) הוראות בעולם הנורמות. בשפה משתמשים כמשהו נורמלי כתיאור וזה לא נכון, למשל ילד שלא יודע לקרוא זה מדבר על משהו תיאורי. למשל כשילד רוצה משהו אז התגובה הנורמלית היא מה אומרים? בניתוח תורת המשפט מה הכוונה שכולם עושים משהו? אמירה תיאורית, וכשאומרים לילד "מה אומרים?" זה מעין פניה לנורמות, אני כאן ואני רוצה להשפיע על ההתנהגות שלך, ובגלל שלא נותנים הערות למישהו אחר אומרים "בבקשה". אלה פניות מעולם התיאורי, צריך ללכת לכללי ההתנהגות שלא מצטמצמים לחקיקה אבל הם מדברים על מה הצריך להיות ולא רק מה שיש. מערכות נורמטיביות נוספות – מוסר, נימוסים, כללי אתיקה (עיתונאים, רופאים), דת, כללי משמעת, כללי בריכה, שכונה, בניין וכו'.

פחות נתעסק עם שאלות של נימוסים בקורס אבל מה ההבדל בין חוק ומשפט למוסר? נמצא את הקווים בין משפט למוסר, האם יש חובה מוסרית לציית לחוק או לא? האם אפשר לכפות מוסר?

מאיפה הגיעה המילה **משפט**? ישנה המילה "שפיטה" שמתייחסת להכרעה במצבי סכסוך, ודומה למילה שופט, ומה תפקידו? להכריע בין סכסוכים לפי החוק. האם חייב להיות לפי החוק? לא, לא תמיד נותנים קווים מנחים להכרעה. בתנ"ך לשופט יש תפקיד אחר, להיות מנהיג, שלא מחוקק ונותן פסקי דין פרשניים של ההלכה. משפט במקורות העבריים הוא במשמעות של הדברים שנוהגים ומה שצריך לעשות. הדוגמה הראשונה היא על אדם שיש לו אמה שניתנה לו בתמורה לכסף, ונאמר שכמשפט הבנות יעשה לה – כשמביאים סיפורים בצורה קזואיסטית ניתן להסיק נורמות והלכות. אחד הפירושים המיוחדים אומר שצריך לנהוג בה לפי הנורמה כאילו לא הייתה אמה לפני כן, מה שראוי לעשות. דוגמה אחרת היא שפטים, מהם שפטים? נכנסה בהם, קרעה אותם. זה משהו שדורש הלימה למציאות. מה המכנה המשותף של כל אלה? מה שצריך כדי ליישב סכסוך זה לא לחתוך באמצע אלא משהו שפותר את העניין שיהלום. לכן אין עונשי חובה כמעט כי יש שיקול דעת, התאמה למקרה הספציפי. משפט גם יכול להיות זכות, הסדר – מה צריך לעשות, למשל ישנן מספר דוגמאות:

1. כמשפט הבנות יעשה לה (שמות כא, ט);
2. משפט הבכורה (דברים כא, יז);
3. משפט הירושה (ירמיהו לב, ח);
4. משפט הכהנים (גברים יח, ג);

וניתן גם להשתמש במשפט לצורך עונש "שפטים". למשל אם המרצה רוצה להיות שר התחבורה ולשים דוקרנים על פסים לבנים כדי להפחית תאונות דרכים. מה ההבדל בין לשים דוקרנים לבין ענישה? שיקול הדעת, הרעיון של משפט כרוך ברעיון של גמישות, התאמה וחוכמה, לא משהו יציב וקבוע אלא הצורך בהגמשה וגמישות. בערבית שופט ומשפט הם חכמה, הפקחות.

כששומעים **חוק** מה שומעים בו? מה שחקוק בסלע לא ניתן לשנות, הוא יציב. לכן כשהוא חקוק. מושג של זכויות, חוקך וחוק בניך אלה זכויות קוגנטיות, לא ניתן לוותר עליהן. אמת בערבית זה חק, עובדה זה חקי'קה.

כל מה שנלמד מכיל שני קטבים, ויהיה פרוש ביניהם, בין חוק למשפט. זכויות אדם צריך להיות יציב או גמיש? עקרונות ופרשנות גמישה או יציבה? האם מוסר משהו מתגלגל או נטוע בעל יסודות איתנים. הדיון הוא על המתח בין שני היסודות הללו. באנגלית law החוק מונח, layed, ולעומת זאת המושג של חבר המושבעים/שופטים זה לא חקיקה, לוקחים אנשים ומה שהם יגידו הם בעלי סמכות לכך. המושג של שיטה הוא לא חקיקה נצחית בכל מקום, אלא משתנה בין מדינות ובין נסיבות.

שני הקטבים ישמשו במתח בין חוק ומשפט כמסגרת עיונית לכל מה שנלמד בקורס כי גישות פורמליסטיות של זכויות קוגנטיות, עונשי חובה יפלו בצד החוק ודברי פרשנות, שיקול דעת, עילת סבירות בצד המשפט. אי אפשר לפעול רק לפי אחד הקטבים אלא לאזן.

1. **מדוע יש משפט?**

נראה 3 הוגים: אריסטו, הרמב"ם והובס. נציג 2 רעיונות של התפקיד של המשפט: המשפט כהישרדות, בלי המשפט לא ניתן לשרוד.

1. אריסטו – היה פילוסוף אבל בראש ובראשונה היה ממדעי החיים, וכשידבר על הצורך בדני המשפט הדימוי שלו יהיה של צמיחה. המשפט כמשהו שצומח עם הצמיחה של החברה האנושית התבנית הגדולה של המשפט ניתן למצוא אותה גם ברמת האורגניזם הקטן, המשפט נמצא בתבנית הבסיסית גם בתבניות הקטנות ביותר.
2. הרמב"ם – ללא משפט אין קיום להלכה, ויש לזה גם יעד רוחני.
3. הובס – מתייחס להישרדות פיזית: מצב קודר ביותר למצב של חוסר משפט כי ללא מורא של שלטון יש כאוס, שוויון בתביעה/משאבים מוגבלים.

מה הכלל הבסיסי אם רוצים לתעדף כללים בחברה? חיים לכן פיקוח נפש דוחה שבת (כמעט הכל). אז אם יש למרצה 10 שקלים ויכול לשים אותם או למטרה של פיקוח נפש או למטרה אחרת, אז ישימו אותו לפיקוח נפש. אם יש 10 שקלים נוספים נשים אותה בפיקוח נפש וכך הלאה ואז נראה שלעולם לא נקבל שום דבר מלבד מיגור הקטל בדרכים. לכן ניתן לחלק חלק מהתקציב לדברים שאינם פיקוח נפש. האם מטרת המשפט רק הישרדות? אז אולי צריך שתפיסת החוק תהיה מינימליסטית, אבל משהכנסנו את הפן הרוחני החוק לא יכול להיות הישרדותי גרידא.

* אריסטו – האדם כחיה חברתית.

**המתודה**:

"המתחיל אפוא מן ההתחלה ומסתכל בדברים כשהם גדלים, יראה כך את ענייני המדינה[...]"

**זוגיות**:

"מן ההכרח אפוא שיהיה קודם כל זווג בין אלו שאי אפשר להם להימצא זה בלתי זה, כזיווג הנקבה והזכר לשם ההולדה (ואין זה פרי הבחירה, שהרי טבעית השאיפה בבני האדם כמו גם בשאר בעלי החיים והצמחים להקים אחריהם את הדומה להם), וכזיווג השליט והנשלט לפי טבעם לשם הקיום."

מה שחייב לקרות זה תבנית של כללים, לבנות דור של צאצאים בהסכמה שעצם ההסכמה היא כללים רגולטוריים.

**בית**:

" "משני השותפים האלה אפוא יצא הבית בראשונה, וצדק הסיאודוס כששר: 'ראש וראשון הבית, והוא אשה ושור לחרישה...' הרי השותפות שקיימת לפי הטבע לשם סיפוק הצרכים של כל יום ויום, והוא הבית, ואת בני האדם קורא כארונדס בשם 'חברי המזנון', ואפימנדס הקריטי בשם 'חברי-האבוס'."

צריך מנגנון שישמור על היצורים שנולדים, שותפות בזוגיות.

**כפר**:

"השותפות המורכבת מכמה בתים, והיא הראשונה לשם צרכים שאינם יום-יומיים, היא הכפר. נראה ביותר שהכפר לפי טבעו מושבה שיצאה מהבית ושהורכבה מן מי שקוראים 'יונקי אותו חלב', והם הבנים ובני הבנים[...]. ולפיכך, היו המדינות בראשונה תחת ממשלתם של מלכים, שהרי הצטרכו מאנשים שהיו תחת ממשלה ממלכתית: כי כל בית עומד תחת השלטון הממלכתי של הזקן, וכך גם המושבות כי קרובות הן במשפחה."

לא כל אחד מגדל את כל הירקות אלא שותפות בין כמה בתים, מספק צרכים שאינם יומיומיים, נבנה על הבנים ובני הבנים.

**מדינה**:

"השותפות המורכבת מכמה כפרים, כשהיא שלמה, כבר מדינה היא, מאחר שהגיעה למדרגת הסיפוק העצמי [autarcheia; שלטון עצמי] הגמור, אם אפשר לומר כך. התהוותה לשם החיים, וקיומה לשם החיים הטובים[...]. ולפיכך, אם טבעיים הם גם מיני השותפות הראשונים, טבעית המדינה בכללה. כי (i) היא תכלית שלהם, והטבע תכלית... ועוד (ii) מה שלשמו קיימים הדברים, והוא תכליתם, הריהו הטוב ביותר, והספוק-העצמי [autarcheia= שלטון עצמי] הריהו הטוב ביותר[...]. מכל זה גלוי אפוא שהמדינה נמנית בין הדברים הטבעיים ושהאדם בעל חיים מדיני על פי הטבע, ומי שאין לו מדינה – על פי הטבע, לא על פי המקרה – הריהו פחות או יותר מאדם. כי היותו חסר-מדינה על פי הטבע הוא גם אוהב מלחמה, שהרי חסר זו הוא כמו במשחק הפספסים.[...]"; "האדם הוא בעל חיים מדיני [="חיה פוליטית"] במדה יותר גדולה מהדבורים ושאר בעלי החיים המתאגדים בעדרים, וכן ברור – שהרי אין הטבע כפי שאנו אומרים עושה מאומה לבטלה, ורק לאדם בין בעלי החיים כוח הדבור... כוח הדבור מכוון לגלות את המועיל והמזיק, וכמו גם את הצדק והעוול, כי מיוחד הוא לאדם... והשותפות באלו היא היוצרת בית ומדינה. וכן קודמת המדינה על פי הטבע לבית ואף ליחידים שבנני האדם, כי הכלל קודם בהכרח לחלק, שהרי אם נחרב כלל הגוף לא תימצא רגל או יד אם לא בשיתוף השם... המדינה אפוא גם טבעית וגם קודמת ליחיד, וכך ברור, שהרי אין היחיד מספיק לעצמו... אבל מי שמספיק לעצמו ולפיכך אין לו צורך בה הוא או חיה או אל."

כך גם מדינות, של מלך שעומד בראש כהרחבה של מושג הבית, מי שעומד בראש השלטון הכנסייתי הקתולי הוא האפיפיור, האבא. בתנ"ך פונים למלך אבי, לא רק בגלל שזו המלכה של האב אלא בגלל שזה שבט שראשו הוא באמת האב. אבי האומה, משתמשים במושג זה גם במובן השלטוני. התפקיד הוא לשם החיים (הישרדות), ולשם החיים הטובים. האדם הוא בעל חיים מדיני (חיה פוליטית) כי הוא חייב חברה, אין לבד (לכן מדובר ברכיבים של זוג, בית, כפר ומדינה). על הצורך לחוק הוא כותב:

"כי כמו שהאדם כשהגיע לכלל שלמותו הוא הטוב שבבעלי החיים, כך כשנפרד מהחוק והיושר הריהו הגרוע מכולם.... אם חסר הוא השלמות הריהו הפושע והפרוע שבבעלי החיים, ואף הניתן ביותר לזימה וזוללת. אבל הצדק ענין מדיני הוא, כי היושר שהוא קביעת הצודק, הריהו סידורה של השותפות המדיני."

* הרמב"ם – בלי כללים אין קיום לחברה

**הלכה א**:

"על ששה דברים נצטווה אדם הראשון: על עבודה זרה, ועל ברכת השם, ועל שפיכות דמים, ועל גילוי עריות, ועל הגזל, ועל הדינים. אע"פ שכולן הן **קבלה בידינו ממשה רבינו**, **והדעת נוטה להן**, **מכלל דברי תורה יראה שעל אלו נצטווה**. הוסיף לנח אבר מן החי שנאמר 'אך בשר בנפשו דמו לא תאכלו', נמצאו שבע מצות."

**הלכה יד**:

"וכיצד הן מצווין על הדינין? חייביין להושיב דיינין ושופטים בכל פלך ופלך לדון בשש מצוות אלו, ולהזהיר את העם."

**הרמב"ן בראשית לד**:

"ועל דעתי הדינין שמנו לבני נח בשבע מצות שלהם אינם להושיב דיינין בכל פלך ופלך בלבד, אבל צוה אותם בדיני גנבה ואונאה ועושק ושכר שכיר ודיני השומרים ואונס ומפתה ואבות נזיקין וחובל בחבירו ודיני מלוה ולוה ודיני מקח וממכר וכיוצא בהן."

הרמב"ם מורה נבוכים:

"כוונת כל התורה שני דברים, והם **תקינות הנפש ותקינות הגוף**... תקינות הגוף תהיה בתקינות מצבי חייהם אלה עם אלה. עניין זה ישלם בשני דברים: אחד מהם, שיבוטל העוֹשֶק שהם עושקים זה את זה, והוא שלא יוּתַר לכל איש מן האנשים לעשׂות מה שהוא רוצה ומה שיש לאל ידו לעשׂות, אלא יכפוהו לעשׂות מה שמועיל לכול; והשני, שיַקנו לכל איש מידות המועילות בחיי היחד, כדי שהמדינה תהיה הרמונית... דע, שמשתי המטרות האלה אחת נכבדה יותר בלי ספק, והיא תקינות הנפש, כלומר מתן הדעות הנכונות. המטרה השנייה, תקינות הגוף, קודמת בטבע ובזמן, והיא הנהגת המדינה ותקינות מצבי כל תושביה במידת היכולת... כי הכוונה הראשונה אינה מוּשׂגת אלא לאחר שמושׂגת זאת השנייה[...]. זאת, מפני שהוכח... שלאדם שתי שלמויות: שלמות ראשונה והיא שלמות הגוף, ושלמות אחרונה והיא שלמות הנפש. שלמותו הראשונה היא שיהיה בריא, בטוב שבמצביו הגופניים. דבר זה אינו אפשרי אלא אם כן הוא מוצא את כל מה שהכרחי לו כל-אימת שהוא מבקשו, כלומר, מזונותיו ויתר הנהגת גופו, כגון דיור, רחצה וזולתם. **אדם בודד אינו יכול להשׂיג זאת כלל. אין כל פרט יכול להשׂיג זאת אלא בהתאגדות המדינית**, כמו שידוע **שהאדם מדיני בטבעו**. ושלמותו האחרונה היא שייעשׂה "מְדַבֵּר" בפועַל, כלומר, שיהיה לו שׂכל בפועַל בכך שיֵדע את כל מה שביכולת האדם לדעת על כל הנמצאים כולם בהתאם לשלמותו האחרונה.

אם נסכם, לפי הרמב"ם, מערכת משפט ("דינים") כאקסיומה ("הדעת מחייבת"):

1. מערכת בסיסית (הרמב"ם);
2. גם מתוחכמת יותר – הצורך הוא בסיסי (הרמב"ן).

ישנן שתי שלימויות: גוף ונפש:

1. גוף: קודמת בזמן – תיקון המדינה (צרכים בסיסיים; מודל אריסטוטלי);
2. נפש: קודמת במעלה – תיקון האישיות.

* הובס – מצבם הטבעי של בני האדם מבחינת אשרם ומצוקתם

הלויתן:

"בני אדם שווים מטבעם – הטבע עשה את בני האדם שוים בסגולות גופם ורוחם. אמנם, לפעמים רואים בבירור שפלוני חזק בגופו מאלמוני או מהיר מחשבה ממנו; אבל אם נחשוב חשבון של הכל ביחד, הרי אין בין אדם לחבירו הבדל ניכר כל כך, שעל סמך כן יהא האחד יכול לתבוע לעצמו איזה יתרון שלא יוכל גם חברו להעלות תביעה אליו... אי בטחון מביא לידי מלחמה – במצב זה של אי בטחון הדדי, אין לו לאדם דרך נבונה יותר להבטיח את עצמו מאשר אם יקדם את הרעה, זאת אומרת, בחוזק יד או בתחבולה... מחוץ למצב המדיני, קיימת תמיד מלחמת הכל בכל – מכאן אנו למדים שכל זמן שבני-האדם חיים בלי כוח משותף שיטיל מוראו על כולם, שרויים הם באותו מצב הקרוי מלחמה, וזוהי מלחמת כל אדם בכל אדם. טרדותיה של מלחמה זו – במצב כזה אין מקום לחריצות-כפיים, משום שפירותיה אינם בטוחים. על כן אין עבודת אדמה; אין שַיִט, וגם לא השימוש במצרכים שאפשר להביאם דרך הים; אין בנינים נוחים; אין כלים להעתיק ולהוביל דברים שמצריכים כוח רב; אין ידיעה של פני הארץ; אין ספירה של הזמנים; אין אומנויות, אין ספרות; אין חברה. ומה שגרוע מכל – פחד בלתי פוסק מפני מיתה בידי כוח הזרוע, שסכנתה אורבת בכל עת. האדם חי חיי **בדידות**, **חיים דלים**, **מאוסים**, **בהמיים**, **וקצרים**".

כלומר, הובס בעל גישה אחרת לגמרי, בסוף המאה ה16 תחילת 17, הטבע עשה את בני האדם שווים בסגולות גופם ורוחם, ומגיע לכל אדם אותן זכויות, ואמנם יש אנשים חזקים או מהירים יותר אבל זה לא אומר שלהם מגיע ולי לא. האגדות הישנות מדברים על משאב שכולם רוצים ואין מספיק גורם לאי שוויון. צריך לווסת אחרת הכוחות מושכים לכיוון מלחמה. במצב של אי ביטחון הדדי לאדם כדאי לקדם את הרעה, כלומר חוזק יד או תחבולה, כי כל אחד רוצה להיות הראשון. במצב כזה אין מקום לחריצות כפיים ואין שלטון מרכזי שיכפה את כוחו עלינו אז אין בניינים, פרי אדמה, תחבורה, שיתוף פעולה מכל סוג שהוא, ידיעה של האר, זמנים, אומנויות, חברה ואנשים חיים בפחד בלתי פוסק, חיי בדידות קצרים מאוסים ובהמיים.

**סרבנות – גבולות הציות**

**‏20/03/2023**

נדון היום בענייני סרבנות, תוך שנבחן סוגי סרבנות שונים, איך ניתן להבדיל בין סרבנות פוליטית לסרבנות מצפונית/מוסרית ואיך אפשרי להבדיל בין כולם.

מכתב לדוגמה: "אנו, יוצאי יחידה 8200, חיילי וחיילות מילוטים בהווה ובעבר, מצהירים כי אנו מסרבים לקחת חלק בפעולות נגד פלסטינים ומסרבים להמשיך ולהיות כלי להעמקת השלטון הצבאי בשטחים הכבושים... לאור זאת הגענו למסקנה שבתור מי ששירותו ביחידה 8200 גם עלינו מוטלת האחריות למצב והחובה לפעול. איננו מסוגלים מצפונית להמשיך ולשרת את המערכת הזו ולפגוע בזכויותיהם של מיליוני בני אדם. לכן אלה מבינינו שהם חיילי מילואים מצהירים שיסרבו לקחת חלק בפעולות נגד הפלסטינים. אנחנו קוראים לחיילי חיל המודיעין, בהווה ובעתיד, ולכלל אזרחי ישראל, להשמיע את קולם נגד העוולות האלו ולפעול על מנת להביא להן קץ. אנו מאמינים שגם עתידה של ישראל תלוי בכך."

נראה, שניתן להעלות במבט ראשון סרבנות מצפונית לאור הביטויים: "איננו מסוגלים מצפונית;" "לפגוע בזכויות אדם." וגם – נראה בהמשך את המשמעות של המשפט: "אנו מאמינים שגורלה של מדינת ישראל תלוי בכך..."

התשובה לדוגמה: "אנו בוגרי יחידה 8200, חיילי וחיילות מילואים בעבר ובהווה, מבקשים להביע זעזוע, שאט נפש והתנערות מוחלטת ממכתבם המצער של חברינו וחברותינו ליחידה, אשר בחרו בדרך הסרבנות הפוליטית והצהירו כי לא יהיו מוכנים לשרת יותר ביחידה... לסרבנות פוליטית אין מקום בצבא בכלל וביחידה 8200 בפרט. משעה שאנו כחיילי המילואים נקראים לרגל, אנו שמים בצד את נטיותינו ודעותינו הפוליטיות ובאים לשרת את המדינה. כך ראוי, שכל חייל יעשה, בוודאי גם ביחידה כמו שלנו... צר לנו שחברינו עושים שימוש פוליטי וציני בחובתם החוקית והמוסרית לשרת את היחידה במילואים, חובה שהיא בעיננו גם זכות נעלה יותר, ומבקשים לקעקע את פעולותיה והישגיה בהגנה על ביטחון המדינה ותושביה."

כך, שמבחינת התשובה, ניתן לראות שהסרבנות כונתה כסרבנות פוליטית, לפי הציטוטים: "סרבנות פוליטית;" "שימוש פוליטי וציני."

**גבולות הציות**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **סוגים של סרבנות** | | | |
| סרבנות מצפונית | | מרי אזרחי | מרד |

1. סרבנות מצפונית ("סרבן מצפון")

* מאפיין מרכזי – מקרה/מקרים בודדים

**בד"כ מדובר במקרה/ים בודדים, כשהמניעה נוגעת לאדם עצמו**: כשאנחנו מדברים על סרבנות מצפונית אנחנו מדברים על מקרה שבו משהו מכוון פנימה, האדם שמסרב פשוט לא מסוגל. למשל, פקודה שאומרת לפנות את המקום ומישהו מתנגד לכך מתוך ראייה פנימית. סוג של כלל אצבע הוא שזה נוגע למקרים בודדים. יכול להיות שתהא מחלקה שלא מסוגלת, כמו מחלקה למשל מקיבוצניקים או פלוגתא של מחלקה שאומרים להם לעשות משהו שנוגד את האידיאולוגיה שלהם.

1. מרי אזרחי (או: סרבנות פוליטית | "סרבן פוליטי")

* מאפיין מרכזי – קבוצה קורא לאחרים לסרב

**פוליטי במובן שהוא נועד על מנת לשכנע. הטענה: גם אחרים צריכים לסרב, אבל נאמן למערכת**. אז ישנה נאמנות לפוליס, ואמנם דברים (כגון חקיקה) הולכים לכיוון מסוים, אך עושה פעולה שנועדה לכוון לכיוון אחר. חשוב(!) כדי שתהא סרבנות, צריך להתקיים מעל הכול פעולה שמנוגדת לחוק. הפקודות הרגילות של סרבנות הם סירוב פקודה כי החוק מחייב ציות לפקודה (למשל, לשלם מס הכנסה או לא לעבור באדום). הרעיון הוא שככה אנחנו נצליח לשנות. כלומר, אם אנחנו לא נציית לחוק אז ככה נשנה את המדיניות כפי שהיא צריכה להיות לדעתנו. יצוין שהמילה "פוליטיקה" קיבלה מעין קונוטציה צינית (לכן מרי אזרחי מהווה כמקור נטול זאת).

1. מרד ("מרדן")

* מאפיין מרכזי – תיגר על המערכת עצמה

נקרא גם באנגלית – Disobedience, ובעברית – מרי או מרד, שמהוות כאותה המילה. אך, משתמשים כאן כדי להבדיל – מרד בעצם מעלה שישנה **קריאת תיגר על המערכת עצמה** (כל מה שקורה). הרעיון כאן הוא של התנגדות למנגנון כולו (למשל, מרד בגלל שאנחנו נגד הרעיון של גבולות).

חשוב לציין, יכול להיות שמספר המסרבים לכשעצמו הוא שישנה ויעביר אותנו מסרבנות מצפונית למרד אזרחי ואף למרד, אבל(!) צריך לבחון אינדיקציות אחרות. למשל, אם נניח סרבן מצית את עצמו או יורה לעצמו ברגל כדי לא לצאת למילואים, אז ייתכן והוא סוג של סרבן מצפוני. אבל, מה אם הוא עושה את זה בפומבי? כנראה שעשוי להיות יותר נוגע לעניין של מרי אזרחי.

**ההשלכות של הסירוב**

1. סרבנות מצפונית

מקומית/נוגעת לאדם/לקבוצה של אנשים, אבל היא יכולה להפוך לשכנוע לפי הכמות.

1. מרי אזרחי

בעייתי: ניסיון לעקוף את הדרכים המוסדיות על ידי כפייה. בגלל שמדובר בסירוב שאינו חוקי, צריך לחשוב על המשמעות של קבוצה שעוברת על החוק, במקום להשתמש על הדרכים שבתוך החוק שנועדו להשפיע, למשל – הפגנה, בחירות, חופש הביטוי, חופש העיתונות.

1. מרד

יותר בעייתי: פוגע במערכת עצמה.

**ההשלכות של הסירוב – משקל הסירוב**

1. סרבנות מצפונית

מקובל לעשות את ההבחנה שההשלכות של הסרבנות נעות, בין היתר, מהמשקל ובכמה אנשים מדובר, יחד עם הקונטקסט, אבל במדינה יותר סלחנית, עשוי להימצא מקום לסרבנות המצפונית. אולי בגלל שלוקחים בחשבון את המניעה והאידיאולוגיים, אבל בעיקר כשזה לא נוגע או משנה את כל החיים כולם. כך, למשל, אם אדם אחד לא מסוגל להתגייס בגלל שהוא לא מסוגל לגעת בנשק, ולאחר שבוצעו הבחינות המתאימות, כנראה ישוחרר.

1. סרבנות על מנת לשכנע

בעייתי: מערכות המדינה פחות סלחניות כאן מכיוון שבעצם זה סוג של הכרחה באמצעות עבירה על החוק למרות שלא הצלחנו בדרכים החוקיות שנועדו לכך. אז יש כאן משהו שאינו טריוויאלי וצריך להתמודד איתו – המדינה פחות סלחנית כי מדובר בניסיון לעקוף את הדרכים המוסדיים. לכן, מדובר במעין הזדמנות שנייה לקבוע את העניינים, כמו למשל, לאחר בחירות דמוקרטיות. הרי, מה המחיר של דמוקרטיה? שיהיה מישהו במיעוט. כך, שהרעיון הזה שאנחנו נותנים לרוב להחליט עשוי להביא לכך שיהיה מיעוט לא מרוצה. אבל אם יש שאלה של מדיניות והייתה הצבעה והמיעוט לא מקבל את דעת הרוב יש כאן מורכבות. למעשה, גם אם אנחנו מסכימים עם הרוב או עם הסרבנים, הסרבן הפוליטי חייב להתמודד עם האתגר הזה שהוא לא סתם מפסידן (ואחד שלא מקבל את התוצאה של השופט). כך, למשל, עתירות לוועדת בחירות וכו'.

1. מרי מרדני

יותר בעייתי: פגיעה במערכת עצמה. יכול להיות שהם צודקים וזה הדבר הנכון לעשות, למשל, להעיף את הבריטים מכאן. אבל הבריטים לא ירצו בכך, אז המערכת פחות תרצה בכך שלא מקבלים אותה בכלל (נגד עצם זה שהמערכת קיימת).

מכאן, נראה שככל ויהיה משהו שמוכוון כלפי פנים (למשל, "לא מסוגל", ולכן הקבוצה הראשונה מבקשת להימנע מכך שייקחו אותה לעשייה כנגד מצפונה) – מהווה מעין סרבנות מצפונית; ככל ויהיה משהו שמוכוון החוצה – זה משהו שנרצה לשנות לא באמצעות הפגנה או הצבעה אלא משהו שמפר את החוק – ולכן מהווה כסרבנות פוליטית (מנסה להשפיע על אחרים). ההבדל בין הקבוצה השנייה לשלישית הוא שלגבי הקבוצה השנייה, מדובר על דברים שאנחנו רוצים שהמדינה תעשה או תשנה כיוון, אבל לפי הקבוצה השלישית, אומרים למעשה – "לעזאזל המדינה".

לכן, לא סתם ראינו שהוסיפו במכתב את המשפט הסופי – "אנו מאמינים שגם עתידה של ישראל תלוי בכך," ובמכתב הקודם אומר "מבקשים לקעקע..." כלומר, במכתב לדוגמה הם טוענים שלא מדובר במרד, אלא מדובר במעשה שנועד לחזק את מדינת ישראל (שכן, אחרת הדבר עשוי לפגוע), אבל, מנגד, מכתב התשובה לדוגמה מאשים אותם בקעקוע מוסדות השלטון (כך, שמדובר בסרבנות פוליטית ואולי אפילו מרד).

מה היינו צריכים למצוא במכתב הסרבנות לדוגמה כדי להחליט אם מדובר בסרבנות מצפונית, מרי או מרד?

* לכולם עשוי להיות מניע אידיאולוגי, ולכן הקטע האידיאולוגי לא מבדיל ביניהם, אלא(!), כאמור, אם אני לא מסוגל לעשות משהו, או מבקש שאחרים ינהגו אחרת.

אם ניישם את המבחן לעיל, תוך שנלמד גם את ההקשר, הקונטקסט, הוא גם מה שחשוב. אז נכון שהשאלה של כמה משתתפים היא סוג של אינדיקציה אם מדובר בפעולה פנימית או בפעולה שנועדה לתקשורת, אבל יכולות להיות פעולות בודדות שמכוונות גם לאחרים. כך, שההקשר הוא קריטי בהרבה מקרים, וגם כאן (למשל, העניין שהמכתב מופנה לראש הממשלה, הרמטכ"ל, ראש אמ"ן ומפקד היחידה, אך קורא גם לחיילי חיל המודיעין להשמיע את קולם). כך, למשל, יכול להיות שאדם לא מסוגל מצפונית לבצע משהו, אבל הוא מודיע זאת לכולם, כך שיכול להיות שמדובר בסרבנות מצפונית, אבל הדינמיקה עשויה להיות של מרד פוליטי ואף מרד. ננסה למצוא עוגנים במכתב לדוגמה:

1. "אנו מסרבים לקחת חלק" – כלומר, הם מסרבים;
2. "איננו מסוגלים מצפונית" – טוענים, למעשה, שמדובר בסרבנות מצפונית;
3. "מצהירים שיסרבו לקחת חלק";
4. "אנחנו קוראים";
5. "להשמיע את קולם נגד העוולות האלו ולפעול" – קצת בעייתי, שכן סרבנות היא רק לסרב לחוק.
6. "שגם עתידה של ישראל תלוי בכך".

כך, שאם נסכם את כל המשמעות של השיעור, הסיווג עצמו לא חקוק בסלע אבל הוא כלי אנליטי חשוב, והוא גם כלי שמשקף את היחס שלנו לדברים השונים – המדינה היא יותר סלחנית לדברים שלא פוגעים בה. אמנם, יכול להיות שהעלבון חריף ביותר, אבל אם זה ישפיע על המערכות אז היא תצטרך לעשות משהו. דיברנו על המחיר, כך למשל, שאם מיעוט לא מקבל את הכרעת הרוב יש כאן מורכבות שחייבים להתמודד איתה ולקבל שזו מורכבות ולא טריוויאלי. המרד מבחינת המדינה זה הכי מסוכן אבל לא תמיד, כי לפעמים יש קבוצות שלא רוצות את המדינה אלא שהן קטנות, אבל הבעיות קורות כשזה יוצא כלפי חוץ. כך, שהרעיון הוא שלא הקטגוריות האלה לבד, ולא המילים לבד משפיעות, אלא ההקשר שלהם. יכול להיות אדם בודד שעושה משהו כלפי חוץ ויכולה להיות קבוצה שלמה עם התנהגות כלפי חוץ אז ייתכן ויהיה משהו פנימי שיתגלגל כלפי חוץ, כמו למשל העניין של חיג'אב. אז אלו הם כלי הניתוח, ונסגל לעצמנו את פעולות הניתוח – מישהו שלא מסוגל זה משהו אחד, אבל משהו אחר היא תפיסה שאומרת שאנחנו לא מקבלים את הכרעת הרוב ורוצים להוביל לשינוי אבל הקטגוריות השונות יכולות להבין את הניתוח עד כמה החברה או המדינה רוצה להיות סלחנית כלפי תופעה מסוימת.

**לשיעור הבא**:

* נסיים עם שאלה שנענה עליה בהמשך – האם לדעתנו קיימת זכות למרי אזרחי?
* לקרוא את ההחלטה בעניין שי מלכה, ולאחר מכן את המאמר של יוזף רז.

**האם יש זכות למרי אזרחי?**

**‏23/3/2023**

למה שתהיה זכות למרי אזרחי – הרעיון הוא לזכור שסרבנות איננה מדברת רק בחופש לעשות דברים אלא במשהו כפול – **1.** מדובר בעבריינות/עבירה: אחרת זו לא סרבנות; **2.** וגם שאלה האם מדובר בזכות או בחופש (נתעסק בכך בהמשך).

נחזור אחורה להבחנה בין סוגי סרבנות. כשאנחנו מדברים על זכות אנחנו מדברים על כמה מישורים – המישור הראשון הוא במובן החוקי והשני הוא במובן החברתי.

1. המישור החוקי

אם אני עושה פעולות כאלה ואחרות חייבים לבוא לקראתי, המושג **זכות** טומן בחובו שחייבים משהו כלפי מישהו אחר. כלומר, הפירוש של מילה זכות היא חובה לעשות משהו של מישהו אחר. עמד על זה הופלד, אבל נחזור לרעיון כמה פעמים. לדוג', מבחינת אנשים שמאכילים חתולים, זה יכול להיות כל מיני אנשים ומכל מיני סיבות. נדמיין לעצמנו שמעבירים חוק עזר עירוני שנותן לחתולים זכות ל-2 ארוחות חמות ביום. מי בציבור יתנגד? מי שיש חובה לספק את זה, כלומר גזברי עירייה. אבל הרעיון הוא שכנגד קיומה של זכות ישנה חובה, אז המשמעות הראשונה של זכות למרי אזרחי, אם נתייחס לזה במסגרת החוקית, שהחוק חייב להכיר בקיומה של זכות כזאת. ומכיוון שראינו שמרי אזרחי, שלא כמו סרבנות מצפון, נוגעת גם ללנסות להשפיע, אנחנו רוצים לראות אם אנחנו מוכנים לקבל את זה כזכות, כלומר, בנוגע לסרבנות מצפונית כוחו של רוב לא יכול לגבור על מצפונו של היחיד. אז במדינה ליברלית זה יכול להיות רלוונטי מאוד, ונראה שיש לזה גם גבולות בהמשך, אבל לגבי סרבנות על מנת לשכנע (מרי אזרחי), אם אנחנו זוכרים שסרבנות כרוכה במעבר על החוק, אז זה אומר שהחוק מכיר לעבור על החוק שלא במסגרת מה שהחוק נתן כדי לשכנע. אבל, יכול להיות שנגיד שזכות איננה זכאות במשפט, אלא זכות במובן של "נבוא לקראת", למשל, במסגרת שיקולים לעונש. כלומר, במסגרת מרי אזרחי, נוריד, לדוגמה, שליש מהעונש. זו תהא המשמעות הראשונה של זכות במובן שהחברה תכיר בכך.

1. במובן החברתי

כך, שזכות יכולה להיות חוקית במשמעות שיש חובה לבוא לקראת, למשל – בגיוס אם נוכיח את העניין המצפוני נוכל לקבל פטור או הנחה בימי מחבוש. ואם נאמר שזו זכות במובן החברתי, המשמעות היא שאנחנו כחברה, לאו דווקא בכלים של החוק, אנחנו חייבים להוריד את הכובע ולפחות להזיז אותו. כי על קבלה חברתית בשונה ממוסרית או ערכית, אנחנו חייבים להבין לליבו. אז ישנה עוד משמעות ותכף נבין אותה. אבל קודם כל, אנחנו נזכרים שבמדרג של החברה, יותר קל יהיה לקבל זכות סרבנות מצפונית. אז לא ניתן להכריח כי ההחלטה התקבלה כרוב, אבל כשזה נוגע לעניין של סרבנות מצפון, היא נוגעת בשורש הבעיה – כי גבולות הסמכות של חוק בכלל, ואנחנו כן ראינו את הדברים על העניין של הגבולות. מהם גבולות החוק? חוק יכול לצוות עליי איך להתנהג, אבל הוא לא יכול לצוות עליי במה להאמין. מערכות נורמטיביות אחרות כן יכולות, כמו מערכות אמוניות וכו', אבל החוק לא נכנס לתחום הזה. במובן הזה החוק חסום, כלומר החוק הוא סוג של כלי התנהגות. אז ישנו גבול מסוים ויכול להיות שנרצה להיכנס לפרטים מסוימים כדי למנוע התנהגות מסוימת, למשל – סדנאות לטיפול כעס בכלא שיכולות לזכות בנקודות לשחרור מוקדם. אז זה שיקול בוועדת שחרורים. אז במובן הזה סרבנות מצפונית איננה יכולה לכפות על הפרט לעשות משהו כנגד מצפונו, ועם זאת גם בזה אפשרי להגיע בצורה אחרת, כל עוד מצפונו של אדם הוא פוגעני (למשל, אדם שרואה כחובה להרוג אחר). אז הרעיון כאן בשלב מסוים הוא בדיוק בממשק בין האדם לבין הזולת. אבל עדיין חשוב שנבין שהמשמעות של סרבנות מצפונית, אם אנחנו מדברים על הזכות לסרבנות מצפונית, זה אמור לעבור בגבול בין פגיעה בזולת לבין היכולת של המשפט, או יותר נכון המחסום שעומד בפני המשפט מלחדור פנימה למצפון שלו. ויכול להיות שמצפון בגלל שהוא תהליך פנימי, ולפחות הטענה היא שזה לא נוגע לזולת אז אין למשפט דריסת רגל. כך, שלהגיד שיש זכות זה לא פשוט. במאמר של יוזף רז עולה הטענה שבמדינות ליברליות מקובל להכיר בזכות לסרבנות מצפונית וזה גם במדינת ישראל במסגרת **ס' 36 לחוק שירותי הביטחון**, שמסמיך את שר הביטחון לפטור אנשים משירות צבאי, ובין היתר הוא מאפשר לשר הביטחון לשחרר גם על שיקולים של מצפון. בספרות שעוסקת במרי אזרחי, נמצא כל מיני צ'ק ליסטים או דרישות סף שנועדו להגיד שמרי אזרחי אפשרי רק בתנאים מסוימים:

1. אם המרי הוא כאמצעי אחרון;
2. לא אלים: **בפרשת מלכה**, ברק טוען שכל מה שכולל אלימות לא יכול לחסות תחת מרי אזרחי. שם נסוב הסיפור במסגרת ההפגנות של ההתנתקות, והיה מדובר על שריפת צמיגים וחסימת כבישים. אז לדעתו, אין דבר כזה מרי אזרחי אלים, והוא תומך בגישת הרשימות, כך שהעדר אלימות היא תנאי סף לקיומה של זכות. (!)מספר פעמים במבחן היה את הציטוט של ברק ואת חזרתו של רז על כך.
3. כפיפות בפני ענישת החוק – אתה מוכן לעבור על החוק ואתה מוכן שיעצרו אותך;
4. ביצוע בגלוי – למה ביצוע בגלוי? כי נועד לשכנע. אז הרעיון של מרי אזרחי הוא הרעיון שלא להיות חופשי שלא יכפו עליי משהו מסוים, אלא באמצעות הפעילויות הללו לשנות את המדיניות של הספינה;
5. מוגבל לנגד עוולות גלויות;
6. לא כדי להפחיד או לאיים;
7. ללא הפקת רווח/הנאה אישיים מהמעשה – לדוג' לפני כמה שנים במחאה ברוטשילד, מה היה קורה אם היה מסתבר שאנשים קיבלו כסף בשביל לשהות שם? אז חלק מהביקורת הציבורית שהייתה אז הייתה סביב הנקודה הזאת (שכן, האוהלים היו אחידים וכו'). האם זה רלוונטי או לא? יש כאלה שטענו שכן, כי זה מוציא את העוקץ ממרי אזרח. ברם, האם הפקת רווחים פוסלת אוטומטית מרי אזרחי מלהיות מרי אזרחי? בריס סבור שלא. לדוג' ניקח מרי אזרחי שלא מצליח להתרומם אבל לוקחים מישהו בשביל זה. אלא, שהוא עסוק, אבל משלמים לו, האם זה מוציא את העוקץ? או מה באשר לתורמים? ארגון אחד תורם את הכל לנזקקים ולשני יש מגננון וחלק מהתרומות הולכות למנגנון. אבל נחשוב רגע אם זה מבוסס רק על מתנדבים, מצליח לגייס 100K בשנה, והקבוצה עם המנגנון מצליחה לגייס מיליון בזכות המנגנון. אז יכול להיות שהשאלה אם הכסף הולך נטו או לא אולי נובעת ממערכת ערכים מסוימת. זה שאתה מקבל שכר בשביל לארגן את זה אפילו עוד יותר. אז לגבי האמירות הגורפות, לפעמים אנחנו צריכים לא לקבל את זה בצורה גורפת.
8. לשם שינוי החוק או המדיניות;

גם בטיעונים האלה אבל גם להצביע על כיוון חשיבה נוסף, אז שוב – יש הרבה שהציגו בצורה כזו או אחרת סוג של דרישות סף על מנת להכיר במרי אזרחי, זה לא מרי אזרחי אם זה אלים (ברק בשי מלכה). מדובר פה על לשכנע אחרים באמצעות עבירה על החוק ולכן זה לא סרבנות, אבל אם אתה יכול לשכנע באמצעות הפגנה אז זה בסדר, אבל למה לעבור על החוק אם לא ניסית לפני? לדעתו של בריס, מדובר **בהגדרה "מקסימליסטית"**: תנאי סף, אם מלאת אחר התנאים – עומדת לך הזכות, ואז זה יוצא שזה כן מרי אזרחי.

עכשיו חלק מהסעיפים האלה בעייתיים לכשעצמם, אבל לדעתו של **רז**, כל הקונספציה כאן מוטעית, שכן, אם מרי אזרחי נועד לשכנע, אז אין קשר לרשימה הזו, וצריך פשוט לשכנע את השופט וזו המטרה האמיתית. אבל עיקר העניין נובע מההבחנה בין 2 גישות:

1. ישנה זכות (כלל משפטי): אם יש זכות, לאור רשימת דרישות הסף שמולאו, המשמעות היא שחייבים להתחשב גם אם אותו אדם טועה (כמו בעונש). כך, שצריך בצורה מסוימת לבוא לקראת האדם, ויהיה צורך להתחשב בכל סרבן שאומר שעשה זאת במסגרת מרי אזרחי. אמנם, עשויה להעלות החובה שלא להתערב, אבל אנחנו בבעיה כי המחוקק כבר אמר את דברו;
2. אין זכות (כלל מוסרי): הגישה הראשונה אומרת שיש מצבים שיש זכות. והגישה השנייה אומרת שאין זכות לעבור על החוק אך השופט ישתכנע שצדקת וזה יצדיק זאת לאחר מעשה (אבל אין זכות לטעות). אנחנו בוחנים תוכן, מרי אזרחי נועד לשכנע גם במחיר של עבירה על החוק. לכשעצמו, לפעולה זו אין זכויות, השאלה היא האם הצלחתי לשכנע את הגורם הרלוונטי. כך, שאנחנו עוזבים את שיח הזכויות ובוחנים אם הסרבנות השיגה את מטרתה.

לכן, הטענה של **יוזף רז** היא לא לדבר רק על הזכות שאתה חייב לבוא לקראתי, אלא שבמקום לדבר אם אתה חייב, כך שהרעיון של מרי אזרחי הוא לשכנע. לא רק במרחב המצפון הפנימי אלא לשכנע. אז אם הצלחת לשכנע את השופט ואת החברה או את המחוקק אז אחלה – יש לך זכות. יכול להיות שתצליח אפילו אם קיבלת משכורת. או שלא הצלחת לשכנע גם אם עשית את כל הדברים עם צ'קליסט. הנקודה היא גישה שאומרת שיש זכות למרי אזרחי תבדוק אם הייתה אלים או שהייתה אלימות, או שמישהו קיבל שכר, כלומר, אם מתקיימים התנאים מלכתחילה. הגישה השנייה תבדוק אחרי את הנימוקים (כדי לדעת אם היה מוצדק) ותגיד אם השופט השתכנע או לא.

**האם יש חובה מוסרית (לכאורה) לציית לחוק?**

**‏30/03/2023**

מה קורה כשאין התנגשות? דיברנו על המצבים בהם יש התנגשות – סירוב, מרי. השאלה היא יותר למצבים שבהם אין סתירה. השאלה היא האם הסיפור של ציות לחוק הוא בכלל על המכ"מ של המוסר. אז ננסה לנפות את השאלות של אכיפה, או אם נפגע במישהו. האם לדעתנו שאלת הציות לחוק רלוונטית למוסר?

כדאי לבדוק את מאמרו של גנז, אבל זה הדיון שננהל היום. ננסה לחשוב על שיקולים לחובה מוסרית לציית לחוק, ואנחנו לא מדברים על שאלת הגבולות של ציות לחוק, אלא אם יש טיעונים מוסריים לחוק. החלק הראשון מבוסס על המאמר של חיים גנז, אבל בחלק השני נראה את גישתו של המרצה. אז טענה ראשונה שעולה היא – ", אם כולם יעשו כך..." – למה הדבר דומה? על מה הדגש כאן בגישה שבאה ואומרת אם כולם יפרו את החוק לא יהיה נוח כאן? איך נכנה גישה שכזאת, על מה היא שמה את הדגש? על הסדר הציבורי ואולי על התוצאה – חוסר סדר ציבורי. אנחנו נבדוק את הגבולות של הטיעון ואנחנו נראה גם 3 או 4 טיעונים נוספים שקשורים לא רק לתוצאה.

נראה שהדיון אם קיים ביסוס מוסרי לציות לחוק, ולא כשיש התנגשות, האם זה סיפור מוסרי נמצאת כבר בדיון של אפלטון שמייחס את זה לאריסטו. אפלטון תלמידו של סוקרטס וסוקרטס מואשם בזה שהוא משחית את הנוער וגוזרים את דינו למוות. הסיפור מבוסס על שעותיו האחרונות של סוקרטס והעניין הוא שמציעים לסוקרטס לברוח. לכן, הרעיונות כאן קשורים לרעיון הציות לחוק. מציעים לסוקרטס לברוח – זה לא אי ציות בגלל בעיה מוסרית, כדאי לו לברוח כי הוא ירוויח את חייו אבל הוא יפסיד את תהילת העולם. אבל הוא לא מחפש את הפרסום והטיעונים המודרניים חלקם יושבים על טיעונים עתיקים יותר, רק שהרעיון כאן הוא חשוב וטוב לזהות את הטיעונים. (!)למבחן נצטרך לשנן חוזקות וגם חולשות.

אז סוקרטס לא עושה את זה ומה הטיעון שלו – כי זה לא חוקי. יש כאן דברים שמסתתרים מבחינת 3 טיעונים ואנחנו נבחן את הטיעונים הללו ונראה אם באמת מחזיקים מים או לא, נמנף את החוזקות והחולשות:

1. "הגד נא לי סוקרטס, מה יש בדעה לעשות? כלום אינך מזמן עצמך להאביד אותנו, את החוקים? ואת המדינה כולה, במידה שהדבר בידך? או שמא סבור אתה כי יש קיום לאותה מדינה שבתוכה לא יהיה תוקף לפסקי הדין, והם יובטלו ויושמדו בידי הדיוטות, והיא לא תיהרס?"

מדובר במעין טענה תוצאתית, שנבחן אותה בהמשך.

1. "ואם יאמרו החוקים... **וכי כך הוסכם בינינו לבינך**, או הוסכם שתקיים את פסקי הדין שתפסוק המדינה?"

יש כאן טענה הסכמית. אז אם טוענים להסכמה אנחנו צריכים לאתר את ההיכן – איפה הדבר נמצא, אבל נראה שיש טוענים שיש. נראה שיש הסכמה מסוימת כמו למשל באמנה חברתית, וזאת לפי בחירות לכנסת או תשלום מיסים. אז יש כאן מעין הסכמה מכללא.

1. "אל תשתומם על דברינו, אלא תשיב תשובה. שהרי רגיל אתה בשאלות ותשובות. ובכן, במה אתה מאשים אותנו ואת המדינה, עד ששלחת ידך להאבדינו? ראשית כל, כלום לא הולדנוך, ועל ידינו נשא אביך את אמך ויצרך? הגד-נא, כלום מצאת דופי באלה שבינינו, בחוקי הנישואים, שאינם נאים?"... "ומה בדבר אלה הנוגעים בגידול, הנולדים ובאותו חינוך שנתחנכת גם אתה? כלום לא נאה היא הוראת אותם החוקים שבינינו שנחקקו בענין זה, וציוו על אביך לחנכך במוסיקה ובגימנאסטיקה?"... "כלום סבור אתה שאתה ואנחנו הננו שווי זכויות, וזכותך היא לגמול לנו כגמולנו, ככל אשר ננהג בך?... עד שיכולת לגמול להם כגמולם: להשיב גערה תחת גערה או מכה תחת מכה, או שדאר דברים רבים כיוצא באלה. ואילו כנגד המולדת והחוקים מותר לך, וכשאנחנו שולחים ידינו להאבידך, בחשבנו שמן הצדק הוא **תשלח גם אתה ידך להאביד גם אותנו, את החוקים, ואת המולדת**."

למה הוא מדגיש את חוקי הנישואין? כי ילד שנולד מחוץ לנישואים לא היו לו זכויות. אז אנחנו יושבים כאן היום בזכות החוקים ולא רק, אלא כולנו תוצר של מערכת חוקים וזה לא בגלל שחוק בריאות ממלכתית נתן את האפשרות ללדת, וחוק חינוך חובה או חוק המל"ג. אז הטענה הזו נקראת "טענת הכרת הטוב" או לצד השני שלא להיות כפיות טובה. יש איזושהי חובה או הכרה למערכת החוקים. אז – זאת טענה קלאסית כבר באפלטון, שאומרת שחשוב לציית לחוקים גם כשהם לא לטובתנו. אז יש כאן גם עוד משהו:

1. "אולי ימשיכו החוקים... הלא אנחנו הולדנוך, גידלנוך, חינכנוך ונהנו לך ולכל שאר האזרחים חלק בכל אשר נאה, כמיטב יכולתנו, ואף על פי כן – כל אתונאי החפץ בכך, אחרי שנרשם כאזרח וראה את ענייני המדינה ואותנו, את החוקים, ולא מצאנו חן בעיניו. **אנחנו מרשים לו במפורש שיצא עם כל רכושו וילך אל כל אשר יחפץ**. וכל אשר מכם אשר אנחנו והמדינה לא מצאנו חן בעיניו, - אין חוק בינינו אשר ימנע או יאסור עליו ללכת אל אחת מבנותיה של אתונה, או להגר לכל מקום אחר..."

אז ניקח מהסיפור ומהדיאלוג הזה ננסה לזקק את הטיעונים השונים כפי שמופיעים בספרות, ואחר כך נציג ביחד את החוזקות והחולשות.

1. "מה, אם כולם יעשו כך..." 🡨 **גישה תוצאתית**

אז הראשון זו הגישה התוצאתית – "אתה מבקש להאבדינו". נדון בכך בסוף, תוך שנציין מהן עיקר טענותיו של סוקרטס, יחד עם טענה נוספת שאינה מופיעה בדבריו, אלא במאמרו של גנז.

1. **אסירות תודה**

אז מה הטיעון כאן של אסירות תודה כטיעון מוסרי לחובה לציית לחוק? אתה תוצר של החוקים וגם בסיפור על רובינזון קרוזו, אז הוא תוצר של חוקים ואין לבד.

סוקרטס: ,האדם הוא תוצר (גם) של החוקים שחלים עליו, הוא 'חייב להם' את ציותו."

מה החולשות בטיעון של אסירות תודה כעניין מוסרי? אז הטענה הראשונה היא שהנחת היסוד לא נכונה, או מה עם אנשים שחייהם לא מאוד טובים (למשל, מי שעובר על עבירות). אלא, שנשאלת השאלה –

1. מי זה "להם" לחוקים? (האנשה, מטפורה) לריבון? לחברה? אחת הביקורות שיש כנגד טענה של אסירות תודה היא שלפעמים אנחנו משתמשים בספרות גבוה – "אם יאמרו החוקים", מי הם החוקים? הם גם נעלבים וכו' אבל זה לא עובד ככה. לא רק בגלל שזה סוג של מטאפורה, אבל זה לא משהו שאנחנו באמת חבים לו תודה.
2. המושג של אסירות תודה (כמו כפיות טובה) – נגזרת מכוונת עושה הטובה (טובה, לעומת חובה כמו חוזה) – עוד סיבה שקשה לדבר על אסירות תודה כמכוונת גם לדברים שאין בהם רגשות שייך לעניין של מעל ומעבר. האם למשל אנחנו חבים מוסרית לנהג אוטובוס? כי יש הבדל בין דברים שעושים טובה או שחייבים לעשות. אז כל הרעיון של תודה נגזר מהמושג של טובה שעשו לך מעל ומעבר ולא על דברים שבשגרה. אז במובן הזה של אסירות טובה. וזה נכון גם לגבי חוזה – מי שקיים איתנו חוזה, האם מדובר באסירות תודה? כן אם ישנו משהו יוצא מהכלל, אבל בפן הרגיל לא.
3. ישנה גם בעיה במאזן הטובה / החובה הנדרשת (מקרים פרטיים לעומת כלליות החוק) – כך, שזה **לא בהכרח לטובת כל אדם**, **ולא בהכרח בכל פעולה**. כלומר, יש אנשים שחיים במיץ של הזבל. אז הרעיון הוא שהמאזן יכול לצאת לא טוב, והאם זה אומר שאין חובה מוסרית לציית לחוק? כך, שזה שבעבר אדם קיבל חינוך וביטחון זה לא אומר שאדם חייב לעשות אותה אם היא לא נוחה.

(!)נצטרך לדעת במה זה דומה ובמה זה לא דומה לחובה מוסרית.

1. **הסכמה**

למה כן? העיקרון "הסכמים יש לכבד" הוא הסכם מוסרי (ולכן יש חובה מוסרית): הסכמת. מה הבסיס המוסרי של הסכמה? אם אנחנו מדברים חוזים, אז הרעיון הוא משפטי או מוסרי בראש ובראשונה? אין כאן את הממשק של מפגש רצונות, אבל חשוב לשים לב לקטע המוסרי כאן – אז גם אם זה לא חוזה כשאין הסכמות, זה לא צריך להיות חוזה כדי לחייב משפטי (למשל, הסכם ג'נטלמני). אבל אדם שמפר הסכם שכזה, פעל בצורה מוסרית? נניח הבטחנו לאח קטן כדור, אז אי אפשר לחייב, אבל האם זה יפה מצידנו? לא, אז לכן אנחנו מרוויחים קצת לרעיון המוסרי ונראה סוג של חולשה כך. אבל עוד לפני כן, איפה יכולה להיות הסכמה? אז ישנן סוגים שונים של הסכמות: **1.** הסכמה שבשתיקה; **2.** הסכמה מכללא; **3.** מעין הסכמה; **4.** הסכמה היפותטית; **5.** הסכמה היסטורית (למשל, למרגלות הר סיני).

למה לא? אולי זה לא בני אדם שמסכימים אחד עם השני, אבל עוד לפני כן – קשה לנו לדבר על כל המערכת הזאת בצורה מלאה ולמצוא הסכמה, כך, מתי ואיפה בדיוק התרחשה ההסכמה? הרעיון של מפגש רצונות שייך יותר לבני האדם. אז כשאנחנו מדברים על חוזה של מפגש רצונות הוא מניח רצונות, האח הצעיר בנה, למשל, על הכדור. כלומר, **מודל של חוזה הוא הסכמה שיוצרת חובה** (ההסכמה למעשה היא אירוע שיוצר ציפיות והסתמכות, ומהווה כחלק מרצון + בחירה ליצור את הציפיות וההסתמכות). לכן, במפגש רצונות יש רצון של מישהו ויש ציפייה והסתמכות, אז זה קצת בעייתי בסיפור של להסכים לציית לחוק. נשאיר בצד גם את הרעיון של ההסכמה היפותטית והיסטורית כי קשה לאתר אותן אבל גם מבחינת האמנה החברתית, האמנה החברתית היא דוגמה מובהקת להסכמה היפותטית, זה לא שכולם התכנסו והסכימו לקבל על עצמם את חוקי המדינה, זה היפותטי. צריך לדעת איפה האדם, הפרט, מחויב מוסרית. גם הסכמה שבשתיקה עשויה להיות בעייתית לפי חוה"ח. אבל נדבר על הסכמה מכללא, אחת הטענות החזקות אצל סוקרטס היא אם נשארת לגור – סימן שאתה מסכים. הרעיון הוא לא חייבים, אבל הבעיה עם הטענה הזאת – שאם לא נוח לך תגור במקום אחר? האם יש חלופה? לאן תלך – גם במקום אחר יהיו חוקים. אז זה לא רק עניין של חלופה, אלא האם נכון לומר מבחינה מוסרית אם לא מוצא חן בעינך אז תלך. אגב זו טענה שאינה רק במישור הפוליטי אלא נכונה גם עם נטורי קרתא. אז הטיעון הראשון הוא שהרעיון של תושבות בעייתי מבחינה טכנית אבל גם במישור המוסרי, זה לא מחזק את הטענה שצריך לציית לחוק אלא גם מחליש, כי לפעמים האדם הגיע לפני החוק. אז יש דברים שניתן לשנות בקלות – נניח אהדה של קבוצת כדורגל, אבל כאן לא מדובר על משחק כדורגל, כאן מדובר על איפה שאנחנו מגדירים את עצמנו. ויש כאן עוד טענה שהיא לא פסיבית, אלא מרוויחה יותר כי היא אקטיבי – השתתפת בבחירות – ניקח 2 קבוצות שלא משתתפות – נטורי קרטה וערביי ישראל, למה לא? מה הטענה שלא להשתתף בבחירות? אם משתתפים זה אומר שאתה מסכים וחלק. זאת הטענה המוסרית (ולא המשפטית). אז מה החולשות בטענה הזו? נשאלת השאלה האם בכלל זה שאדם משתתף בבחירות זה אומר שהוא מסכים לחוקים? הנקודה היא זאת – אז לא תמיד השתתפות בבחירות אומרת שאנחנו מסכימים, לפעמים יותר נוח להשתתף ולמנוע תוצאות הרסניות. זה לא אומר בהכרח שאם השתתפנו בהצבעה אז קיבלנו על עצמנו את ההסכמה לחוקים. כך, שלעיתים מדובר בהתלבטות אסטרטגית.

1. **הגינות**

במאמר של חיים גנז ישנה גם הגינות. זה קצת עידון של שני הרעיונות הקודמים. כשאנחנו מדברים על הגינות זה לא פייר שמישהו נושא בנטל והאחר לא (לכן, קבלת משהו? עליך לשלם). המודל מציין כמה דברים:

* דגש על האחרים בחברים שנושאים בעול;

נשיאה בנטל היא גם נשיאה של ציות בחוק. נחשוב על עצם הנטל להיות אזרח מציית לחוק לעומת מי שמסתכל על זה מרחוק. לא בגלל סרבנות מסוימת. המודל כאן הוא די דומה לרעיון של עשיית עושר ולא במשפט כי אתה מקבל בפועל גם לא הצבעת, או הסכמת או שילמת.

* חלוקה צודקת של נטלים (גם ציות לחוק זה נטל);

אז אי אפשר לדבר על חוקים כבני אדם, זה יותר דגש של מה שקורה בפועל בשטח – מישהו אחר מציית לחוק בפועל, אז זה לא הוגן לא בגלל שהסכמת או שהם נעלבים, אז בפועל צייתני החוק נושאים את האלונקה, ואם אתה עומד מרחוק זה לא יפה. מה מרוויחים? **1.** סדר; **2.** יציבות; **3.** וודאות. כך, שהמודל מהווה כמעין חלוקה צודקת של נטלים: השתתפות ברווחה הכללית תוך חלוקה שווה של עלות ייצורה (כאן: קיום של מערכת חוקים).

* האם יש צורך ברצון של המקבל? גם כפיית טובין?

ישנו קושי – הקטע הוא שלעיתים אין לנו אפשרות לא לצרוך, זה לא עניין של נתון ולכן גם בעניין של עשיית עושר ולא במשפט ישנו ממד של רצון. מה קורה אם אנחנו אומרים – לא רוצה? מה קורה אם אדם בא וקיבל 100,000 לחשבון הבנק שלו בטעות, מה קורה אם כל הזמן אדם לא רוצה? למשל, מה קורה אם אדם מנקה חלונות של רכב אבל האדם שברכב לא רוצה? מה באשר לכך שאדם מנגן ברחוב, האם ישנה חובה לשלם? אז יש לנו קושי עם כל הסיפור הזה וזה דומה מאוד לעניין של אסירות תודה או של חוזים בכלל בגלל שלא תמיד אפשרי לחמוק מזה או לא כולם חולקים באופן שוויוני ולכן זה לא פתרון ברזל. גם כאן גנז מצביע על חולשה מסוימת – אם קיבלת קצת תשלם קצת ואם קיבלת הרבה אז תשלם הרבה. כלומר 3 קשיים: **1.** לא תמיד אפשרי; **2.** לא תמיד מעוניינים; **3.** לא כולם חולקים ברווחה הציבורית.

1. טיעון תוצאתי: סוגים של עבירות

חזרנו למה שדיברנו בהתחלה וראינו שיש עד כה קצת בעיות. גם מהבחינה התוצאתית ישנם דברים שיש חובה ברוה לציית להם, לאו דווקא בגלל החוק, אלא בגלל שהפעולה עצמה היא לא טובה (Mala per se), כך למשל – רצח, גניבה או כל פגיעה בזולת. ויש דברים שהם רע רק בגלל שהם נאסרו (Mala Prohibita), כמו למשל מיסים (וחשוב לשים לב שהרבה עבירות המסווגות ככאלה בעצם פוגעות בזולת, למשל – בכל הנוגע לתשלום מיסים, מי שלא עושה זאת "גונב" מהקופה הציבורית, או מי שעובר בעבירות תנועה מסכן חיי אדם). כך, למשל, באשר לכבוד מערכת המשפט או ביחס לסיפור של רמזורים אדומים – רוב אנשים ימנעו יותר מלנסוע ברמזור אדום מאשר ללכת ברמזור אדום כי יש לנו נהיגה שאנחנו מעוניינים לטפח, או שאנחנו לא נחצה ברמזור אדום עם ילד, כדי לא לטפח את זה אצלו. לכן, מעשה רע רק מכוח האיסור שהוטל (ויש להוסיף) עשוי לפגוע במשפט כמכשיר המסדיר את יתר סוגי ההתנהגויות והעבירות (מאוטנר): **1.** פגיעה במוסדות; **2.** פגיעה בסמלים; **3.** פגיעה בתודעה, במשמעת.

* **חשיבה נוספת: יחיד וקהילה**

עקרון של לכידות חברתית מול גישות אינדיבידואליסטיות:

1. עקרון קהילתי – רוצה – רעיון של שותפות, משפחה (גם אם זה לא נוח);
2. עקרון אינדיבידואליסטי – צריך – **א.** מודל החוזה: מפגש בין רצונות של יחידות; **ב.** עשיית עושר: אחד נהנה על חשבון השני (או מכוחו); **ג.** הגינות: צדק, לא ליצור "פרייארים"; **ד.** אסירות תודה: היחיד מבטל עצמו כלפי הריבון/החברה.

אז ההסתכלות שלנו עד עכשיו הייתה על חובה מוסרית. האם יש חובה על אסירות תודה? לאסור הכוונה לכבול, הוא אזוק או קשור למקום מסוים אבל הוא כבול. גם אנחנו מדברים כבילה, והרעיון כאן האם אסירות התודה עושה אותנו חייב? התלבטנו. האם הרעיון של חוזה או אובליגציה (לכבול) מהווה כמפגש רצונות שמחייב בציות מוסרי? האם המודל של עשיית עושר כובל? ראינו שלא. אז זה בגלל שראינו שהמאמר של גנז והספרות מדברת בשפה של חייב. ובכל דבר ניתן למצוא מבחינת חשיבה, שבהם אמנם קמה חובה וחולשות בחובה, אבל ישנה שפה מוסרית שהיא לא גם צריך אלא של רוצה. האם אני רוצה לציית לחוק? גם רצון הוא שאלה מוסרית, גם רצון להיות פייר עם כולם וגם רצון להכיר תודה או רצון שהתוצאה תהיה טובה. אז ניקח שוב את הרמזור האדום, אנחנו רוצים לא לעבור ברמזור אדום עם רכב כי כדי שהמקל או הרמזור לא ייפול בפסיכולוגיה, אנחנו רוצים להיות מאלה שנושאים בנטל ולהיות שותף בחוקים. האם זה על המכ"מ המוסרי או לא? נראה שכן, כי ברגע שיש חובה מוסרית איבדנו את העניין, נשאלת השאלה האם הציות לחוק רלוונטי למוסר? הוא יכול להיות רלוונטי כחובה, אבל גם יכול להיות רלוונטי גם בשאלה של רצון. אז לקחו את כל רשימת החובות במשפט הפרטי (חוזים ועשיית עושר ולא במשפט), ונשאלת השאלה האם אנחנו רוצים או שאנחנו צריכים? זה לא שיקול מוסרי?

**נסכם –** בשאלה האם יש חובה מוסרית לציית לחוק ראינו 3-4 מודלים שאפשרי למצוא להם שורשים אצל סוקרטס – אסירות תודה, הגינות, הסכמה, עשיית עושר... מצאנו בהם יתרונות וחשפנו חולשות, ככל שנחשוב על דברים אלה נוכל גם להצליח במבחן. המרצה מציע לחשוב לא רק אלא דרך השלילה או בעניין של חייב, אלא בעניין פוזיטיבי – אם אנחנו כקבוצה רוצים, זו כבר שאלה מוסרית במישור אחר שאולי היא תיתן לנו תשובות מסוג אחר.

**משפט טבעי – חוק לא צודק הוא לא חוק – האמנם?**

**‏20/04/2023**

בתלמוד הבבלי, מסכת עירובין ע"ב: אמר רבי יוחנן – אלמלא ניתנה תורה היינו למידין צניעות מחתול, וגזל מנמלה, ועריות מיונה. דרך ארץ מתרנגול – שמפייס ואחר כך בועל.

מה פירוש הדבר? רש"י מפרש:

* **שמפייס**: הולך ופושט כנפיו, והוא פיוס כדאמר לקמן, שאומר לה לקנות מלבוש שמגיע לארץ, אלו פעולות חיזור מאוד טבעיות.;
* **צניעות מחתול**: שאינו מטיל רעי בפני אדם, ומכסה צואתו. אז גם אם לא הייתה ניתנת תורה היינו לומדים את ההתנהלות דרך החיות;
* **וגזל מנמלה**: דכתיב (משלי ו) "[תכין] בקיץ לחמה" ואין אחת גוזלת מאכל חברתה. הכוונה היא שיש לה משמעת עצמאית והם לא צריכים פקודה שתגיד לה איך לפעול;
* **ועריות (נאמנות) מיונה**: שאינו נזקק אלא לבת זוגו.

אז את כל הדברים האלה אפשרי ללמוד מבע"ח, אז כשחושבים על משפט טבעי, במקורות שלנו, ר' יוחנן, חושב על דברים כאלה. זו תקופת חשיבה הסטואית הלניסטית שניתן ללמוד דברים מהטבע. עד כאן ההסתכלות השטחית. אבל, מהי הבעייתיות באמירה הזו שאם אלמלא ניתנה תורה (גם ללא חוק שניתן ע"י בני אדם או גורם כלשהו, יש דברים שהיינו יכולים לדעת לבד). כשאנחנו נחשוב על זה, ונראה מה התפקיד של המחוקק לעומת המוסר, נראה שאולי אפילו המוסר הבסיסי-הטבעי-האוניברסלי גוברים על דברי חקיקה אנושית, או חלים לפחות בהיעדר חקיקה אנושית. ויש גם גרסאות הפוכות, וצריך להתמודד עם משפטי נירנברג וכו'.

נפתח באמירה הזו – האם יש בעייתיות ואולי אף בעייתיות כפולה עד כה? למשל, מה קורה כשישנה התנגשות?; למה לא נלמד גזל מחתול או סתם אכזריות מחתול? הרי שהחתולים טורפים לא רק בגלל שהם רעבים, אלא בגלל שמשעמם להם. מה עם גזל מנמלה? למה לא בחרנו חיות אחרות?;

הטקסט אומר שגם מבלי חקיקה, יכולנו ללמוד התנהגויות מוסריות (אמות מידה, כללי התנהגות) במבט ראשון מהטבע, מביאים כאן 4 דוגמאות שזה מהחתול, הנמלה, היונה והתרנגול, וזה נראה במבט שני שזה בעייתי שכן – למה בחרת את החיות האלה? למה בחרת את ההתנהגויות הספציפיות האלה, כי אפילו בהן יש בעייתיות. ברור גם שאנחנו כאדם בחרנו את החיות שברשימה, ואת ההתנהגויות הספציפיות של החיות האלה, ואולי גם ניסחנו טקסט מסוים (משלי), אבל הסאבטקסט כאן הוא שקיימת דרישה ללמוד צניעות מהחתול כי לנו יש משהו – שכל ישר, מוסר, מעין משקפיים אוניברסליות עוד לפני שאנחנו מסתכלים על המציאות. לנו כבר יש משקפיים מוסריות. התביעה של הטקסט היא תרכיבו אותם, תהיו נאמנים להם, למשקפיים האוניברסליות האלה, כי הן מחייבות, אפילו אם לא היה אחד שאומר לנו לגבי זה (\*בכוונה הסתכלנו על הצניעות של החתול, למשל, למה? כי לנו יש מוסר בסיסי שעוד קודם לחקיקה ולאמירה והיינו אמורים להכיר את זה וזה מחייב).

אז בנוגע למשפט טבע:

* אין הכוונה היא לכך שאנחנו צריכים כדרך הטבע. אלא, שיש דברים שאנשים אמורים לדעת לבד, וזה רעיון שמלווה לא רק ביהדות, אלא מלווה את החשיבה הגלובלית.

התחלנו ברבי יוחנן, ונעבור לרמב"ם מהלכות מלכים ומלחמות ט, א:

"על ששה דברים נצטווה אדם הראשון: על עבודה זרה, ועל ברכת השם, ועל שפיכות דמים, ועל גילוי עריות, ועל הגזל, ועל הדינים..."

במצוות בני נח הכוונה היא מעין "מצוות" אוניברסליות (מצוות במירכאות כי העניין הוא לא דתי). ברכת השם מתכוון לביטוי הפוך, שפיכות דמים – רצח, דינים – מערכת משפט. הרמב"ם מוסיף, שבמסורת היהודית, בני האדם היו צריכים להיות צמחוניים, כי להרוג בע"ח זה רצח, אבל לאחר המבול היה מותר להרוג אבל לא לקחת אבר מן החי. חשוב לשים לב שהרמב"ם לא כולל כפירה, ברכת השם הכוונה היא שאם אלוקים יצר אותך ואתה בוגד בו, זה לא הגיוני. אז נשים לב לטקסט כפי שהרמב"ם מתאר אותו:

"אע"פ שכולן הן קבלה בידינו ממשה רבינו, **והדעת נוטה להן**, מכלל דברי תורה יראה שעל אלו נצטוו, הוסיף לנח אבר מן החי..."

כלומר, הגיוני שבחברה אסור יהיה לרצוח אחד מהשני, או שלא לחטוף נשים ממשפחותיהם. מה פירוש המשפט – מכלל דברי תורה יראה שעל אלו נצטוו? ננסה לחשוב על שלושה סיפורים בתורה, שאנחנו יכולים לחשוב שיש ציווי עוד לפני שיש ציווי – 1. קין והבל: ניתן לטעון שלא אסור היה להרוג אדם? מאיפה היה אפשר לדעת?; 2. המבול: מישהו אמר שההתנהגות שהייתה שם אסורה? גם הפסוק המוכר בעניין שופך דם האדם דמו יישפך מופיע לאחר המבול. אז הרעיון הזה שכל התפיסות הבסיסיות, שישנה ענישה פעם אחר פעם, האם הם ידעו לפני על מה? אז הרעיון של מצווה אוניברסלית היא שגם אם לא ירשת את זה במסורת, וגם אם לא גדלת עם בני אדם, אז התשובה הבסיסית היא שיש דברים שאתה אמור לדעת לבד. הרעיון של מצוות בני נח הוא לא שיש מעין מעמד הר סיני, אלא שיש דברים שאנחנו מניחים שבני אדם אמורים לדעת לבד, וזה יחייב אותם ויעניש אותם אף הם לא יעשו כן. המוסר הטבעי הזה או המוסר האוניברסלי הזה, מחייב גם מבלי חקיקה וזה הנדבך הראשון של רעיון המשפט הטבעי, הוא מבוסס על מוסר טבעי.

נרצה להציג מערכת משפט מושטת על חובות מוסריים. ננסה למצוא דוגמה מהיום, לרעיון שהמוסר הבסיסי מחייב מבחינה משפטית וניתן להעמיד אדם לדין, גם אם בחוקי המדינה שלו זה נמצא בצורה אחרת – זכויות אדם, מה הפירוש של זכויות אדם? או פשעי מלחמה? הזכויות האנושיות והבסיסיות מורות כך וכך ולא אחרת. כמו למשל שההצהרות של האו"ם אינן חקיקה, אז אם אנחנו מדברים על זכויות אדם כדבר שגובר על חוקים או ממלא את הוואקום במקומות שאין, אז אנחנו כאן – ר' יוחנן ממש מתייחס לזה, ומה הרמב"ם אומר? בצורה אוניברסלית, זה עדיין יחייב, גם אם לא למדת תורה. עכשיו, נשאלת השאלה – האם מוסרי להיות בעל עבדים? האם זה משנה אם כולם עושים את זה? משפט טבעי בעצם אומר שיש תשובה מוסרית נכונה. אמנם, אנחנו יכולים להשתמש בכלים שרכשנו ושזה בונה את תפיסת העולם, אבל עצם זה שאנחנו מתווכחים על סוגיות מוסריות, מניח שיש תשובה, אחרת זה לא ויכוח. אז יכולים להיות ויכוחים לוהטים, וזה שיש אומר שכל מי שמשתתף בוויכוח גורס שיש תשובה נכונה. אז עצם זה שאנחנו חושבים שיש תשובה נכונה ומחייבת, מספיק אחד, עצם זה שאנחנו שופטים ומעמידים מישהו לדין על פשעי מלחמה, אומר שאנחנו חושבים שגם אם בחוקים שלהם זה היה בסדר, זה לא היה בסדר. כשאייכמן אומר שהוא רק מילא פקודות, מה זה מילאת פקודות והרגת מיליונים? זה אותה טענה של משפט טבעי.

אז האינטואיציה הראשונה שאנחנו שואלים בנוגע למוסר, התגובה הראשונה היא שמוסר זה תלוי תרבות (אתני), חברה וזמן, אבל מספיקה נקודה מוסרית אחת שהיא מחייבת אפילו אם לא כתובה בשום מקום, ואפילו אם כתובה ההפך, כדי להבין את העמדה של משפט טבעי. וזה בדיוק מקשר אותנו לטקסט הבא שמראה את הרעיון של החוק או הפרמטרים של משפט טבעי לפי קיקרו:

**מרקוס טוליוס קיקרו**: "החוק האמיתי הוא התבונה שעומדת בהתאמה עם הטבע. החוק הוא בעל תחולה אוניברסלית, בלתי ניתן לשינוי (או: בלתי משתנה) ונצחי. החוק קורא למילוי חובות על ידי ציוויו והוא מונע עוול על ידי איסוריו. הוא אינו מניח את חיוביו ואת איסוריו על אנשים טובים לשווא, גם אם אין בהם השפעה על הרשעים. חטא הוא לנסות ולשנות חוק זה, גם אין רשות לנסות ולבטל חלקים ממנו ואין שום אפשרות לבטלו כליל. איננו יכולים להשתחרר ממצוותיו על ידי הסנאט או על ידי העם, ואיננו צריכים לחפש לו מפרש או מבאר מחוצה לנו. לא יהיו חוקים שונים ברומא ובאתונה, עכשיו ובעתיד, אלא חוק אחד נצחי ובלתי ניתן לשינוי שהוא תקף לכל העמים ובכל הזמנים, ויהיה אדון אחד ושליט על כולנו, זהו האל, שהוא המחוקק והשופט. מי שאיננו מציית לחוק זה הרי הוא בורח מעצמו ומתכחש לטבע האנושי שלו עצמו, ובשל כך בלבד יהא צפוי לעונש החמור ביותר גם אם הוא נחלץ ממה שנתפס בדרך כלל כעונש."

נראה שיש כאן כמה דברים שניתן להגדיר באמצעותם את התפיסה של המשפט הטבעי:

1. **"החוק האמיתי הוא התבונה שעומדת בהתאמה עם הטבע"**

לדעת המרצה, הוא אומר את אותו הרעיון שהשכל מחייב את המסתכל.

1. **"החוק הוא בעל תחולה אוניברסלית"**

וזה הקטע כי אם זה לא אוניברסלי, וזה נכון גם מבחינה גיאוגרפית (לא יהיו חוקים שונים ברומא ובאתונה). אמנם, ישנם חוקים אחרים ביחס לנהירה בצד כזה או אחר של הכביש, אבל, איזה חוק יהיה לא שונה? שמירה על החיים וזה הערך האוניברסלי.

1. **"החוק הוא בלתי ניתן לשינוי (או בלתי משתנה) ונצחי"**

לא עובר שינוי עם ממד הזמן, וניתן להיות שיפוטי ביחס לתקופות בעבר. זה חייב אותנו גם אם לא היה מי שהיה מספיק ער, למרות שהיה מיעוט שכן, ועם הזמן הם שכנעו שעבדות פסולה.

* 1. חטא הוא לנסות ולשנות חוק זה, גם אין רשות לנסות ולבטל חלקים ממנו ואין שום אפשרות לבטלו כליל;
  2. איננו יכולים להשתחרר ממצוותיו על ידי הסאנט או על ידי העם.

זה בדיוק הרעיון שלא ניתן לעיתים לחוקק חוקים, למשל כשביהמ"ש אומר שחוק זה הוא לא מוסרי ולכן הוא לא תקף, אז ישנו שימוש במשפט טבעי. כך, למשל, את **זוסמן בפרשת ירדור**, או את **ריבלין בפרשת המרכז האקדמי** בעניין של ביטול ביה"ס הפרטי. ריבלין אומר שזה נוגד את האמנה הבסיסית בין הפרט לחברה, בשונה מכל שאר השופטים שמחפשים את החקיקה. כך גם **בפרשת כהנא**. אז אנחנו מדברים על אוניברסליות מבחינת מקום, זמן והעובדה שזה לא רק ממלא חלל, אלא גם גובר על חקיקה. התפיסה היא:

"לא יהיו חוקים שונים ברומא ובאתונה, עכשיו ובעתיד, אלא חוק אחד נצחי ובלתי ניתן לשינוי שהוא תקף לכל העמים ובכל הזמנים."

אז התפיסה שיש מוסר גבוה, מוחלט ותקף בכל חברה וגובר על חקיקה אנושית עומד בבסיס. לכן, גם אם יש פעילות מסוימת שקורית במקום

1. **"החוק האמיתי הוא התבונה שעומדת בהתאמה עם הטבע"...**
2. **"ויהיה אדון אחד ושליט על כולנו, זהו האל, שהוא המחוקק והשופט... מי שאיננו מציית לחוק זה הרי הוא בורח מעצמו ומתכחש לטבע האנושי שלו עצמו, ובשל כך בלבד יהא צפוי לעונש החמור ביותר גם אם הוא נחלץ ממה שנתפס בדרך כלל כעונש."**

הרעיון הוא שיש תשובה מוסרית נכונה, ואי אפשר להתגבר עליה. גם **ר' סעדיה גאון** מדבר על זה שמצווה שאיננה מוסרית לא קיימת, אך ענייניו יהיו רק למיטיבי לכת. כן ניכנס לעניין של תומאס אקווינס, הוא מצטט את הרמב"ם וכן מדבר על המשפט במובן האוניברסלי שלו:

לדידו, הגדרת המשפט היא שמשפט זה משהו מגביל, שכן מחייב ואוסר על פעולות. עניין נוסף שניתן לראות הוא מבחינת המילים לכשעצמן, למשל, אסור = לקשור; להתיר = לפתוח. לעיתים אף אלים, אם משפט לא היה אלימות ורק רעיונות טובים, היו 2 חוקים בסיסיים – 1. פקודת מס הכנסה, שכל אחד ייתן לפי היכולת; 2. סעיף נוסף של חוק ביטוח לאומי שכל אחד זכאי לקבל לפי הצורך. מה מצדיק את ההגבלה הזו? מה מצדיק שאנחנו לא נעשה מה שנרצה? התפיסה של אקווינס היא שמה שמצדיק זה הוא רציונליות כללית. מי מייצג את זה? הנציג של הציבור, אקווינס עדיין בשלטון מונרכי. שיטה פרלמנטרית לוקחת את הערכים ויש מערכות של פשרות, אבל הרעיון הוא שהרצון הוא המניע למעשים, אבל צריך להיות כפוף לתבונה, ואם לא כפוף לתבונה זה רשע ולא חוק. ולכן המטרה של אקווינס היא שהתבונה הזו היא מה שטוב לכולם בשקלול, לא ניתן לרצות את כולם כל הזמן, ולא גחמות, אבל כאן הנקודה – אם זה לא מתאים לטוב הכללי, זה לא עונה לדרישות המצדיקות את האלימות של החוק ולכן זה לא חוק (אם זה לא נחקק לפי התבנית של הטוב הכללי, זה לא חוק אומר אקווינס). כלומר, מטרת המשפט צריכה להיות הטוב הכללי, מה שנובע מהתבונה: בדומה לשאיפה הפרטית לטוב עצמי ולכן נחקק על ידי הכלל או על ידי נציגו, ולא ע"י היחיד. מכאן, שהגדרה נכונה של המשפט: ארגון תבוני של המציאות, הנוגע לטוב הכללי, שמוכרז ע"י מי שמייצג את האינטרס הכללי. הטוב עצמו אינו נגזר מהכרזה זו – כשם שהתבונה אינה נגזרת ממנה.

ולכן, יהיו סוגי חוק שונים –

**משפט נצחי**

1. **חוק נצחי ואלוהי**: כללים שניתנו מאת האל החלים על כל הבריאה (כולל גם חוקי הטבע במובן של פיזיקה וכו');
2. **חוק טבעי**: אותו חלק של המשפט הנצחי שנגיש לתבונה האנושית;

**חוק אלוהי**

**משפט טבעי**

1. **חוק אלוהי**: נגיש רק דרך ההתגלות;
2. **חקיקה אנושית**: צריכה להיגזר מעקרונות המשפט הטבעי [=התבונה] 🡨 כללי ההתנהגות התבוניים שהם לטובת הכלל.

**חקיקה אנושית**

אז יש חוקים אלוהיים שלא חשבנו עליהם, למשל הלכות של בשר וחלב, אבל מה שמעניין אותנו הוא שיש דברים שנגזרים מהתבונה והתפקיד של החקיקה האנושית היא לגזור את ההוראות המעשיות מהבסיס התבוני של טובת הכלל וטובת החברה. אתה מגביל אותו? מה מצדיק את זה? כך, למשל, מבחינת כרם נבות מהבחינה המוסרית ביותר. אז כל אחד מקריב קצת. כך ש:

* **משפט טבעי –** ע"פ עקרונות ראשוניים (=הטוב הכללי), עקרונות אלה הם נצחיים ואוניברסאליים;
* **חקיקה אנושית –** יישום תלוי בידי המחוקק האנושי, יישומים אלה אינם נצחיים ואוניברסאליים.

למשל, למה קבענו שיש בכלל צד נכון לנהיגה? כי אחרת אנשים ימותו ויפצעו ויהיה אובדן כלכלי גדול ללא אפשרות לקיים חברה. האם לנסוע בצד ימין או שמאל זה יכול להשתנות, אבל האם צריכה להיות מערכת ששומרת על קניין, רכוש, חיים וכו'? כן. אז אנחנו לא גוזרים הוראה ספציפית ישירות מהחוק, אבל יש הוראות שנגזרות מהטוב הכללי, ולמרות שזה לא אוניברסלי זה נגזר מהצורך האוניברסלי לחיים, חירות וקניין.

עכשיו, כאשר החקיקה האנושית אינה נשענת על עקרונות המשפט הטבעי, זה איננו חוק (non est lex = "חוק אינו חוק אלא אם הוא צודק", אוגסטינוס). האמירה של אוגסטוינוס נוקבת ועד כמה הוא מוכן ללכת עם זה לא ברור. מהו חוק לא צודק? אפשרי לחשוב ש-17% מע"מ לא צודק, ואי אפשר להשביע את הרצון של כולם, אבל איזושהי אמירה שאי-צדק יותר קיצוני. מתוך העניין שחוק לא צודק אינו חוק, ניתן להבחין ב-2 סוגי פרשנויות:

1. פרשנות א': מחייב משפטית אבל לא מוסרית;
2. פרשנות ב': לא מחייב משפטית.

אז עד כמה אנחנו מוכנים ללכת עם האמירה שחוק לא צודק הוא לא חוק? בגלל שאחד הקשיים שהזכרנו מקודם זה איפה הגבול בעצם? נתחיל לפסול חוקים בגלל שדברים לא צודקים? לעיתים יכולה להיות התלבטות אמיתית בעיריות שראש העיר נבחר על ידי העם או שנבחר על ידי וועדה. אז התפיסה המדינית של אקווינס היא שבגלל שאנחנו צריכים לבחון זאת בעיניים מוסריות, מה מצדיק את השלטון? אתה כובל את החירות של הנתינים, מה מצדיק את כוח החקיקה? אז מבחינה מוסרית ערכית מה שמצדיק את זה הוא שאתה תקבל החלטות ניטרליות, שיהיה חופשי מדאגה ומבלי נגיעות. אז לגיטימי לומר – בוא נחשוב, בצורה קיצונית העניין שזה מחייב משפטית אבל לא מוסרית מטיל אחריות על האדם, אבל יכול להיות שיהיו חוקים שלא מחייבם מבחינה משפטית, למשל חוקי נירנברג. לצורך העניין נחדד כמה מושגים, **מהו משפט טבעי קלאסי**:

* אוניברסלי

לא תלוי במקום ותרבות; לא תלוי בזמן: נצחי.

* עליונות החוק (יש צורך גם בחקיקה אנושית, אבל זו כפופה לחוק הטבעי)

העליונות אומרת שזה לא רק ממלא את הריק אבל בכוחו גם לבטל חוקים. זה לא אומר שאנחנו יכולים להסתדר מבלי חקיקה אנושית, אבל לפי אקווינס נצטרך להיות בקשר עין של מה שמצדיק את החוקים הללו. ולצורך העניין גם מבחינת העליונות שלא ניתן לשנותו וזה חטא לנסות לשנותו, כך שיש לו מעמד משפטי גובר.

* ניתן לגלות אותו באמצעים אנושיים (תבונה) – קשר משפט / מוסר

נראה שמדובר כאן במספר תפיסות עיקריות:

1. **קוגנטיביזם מוסרי**: יש מוסר אמיתי (או קיימות הכרעות מוסריות "נכונות" או "אמיתיות"; מתקשר לריאליזם מוסרי), וגם ניתן לגלות מה הן אמיתות מוסריות אלה. ריאליזם מוסרי אומר שיש תשובה נכונה לפחות למשהו, זה לא רק עניין של טעם אישי או לחץ חברתי, השמדת העם היהודי הייתה פסולה, טיהור אתני בסרביה זה לא נכון ולא טוב. סחר בילדים פסול, שודדי ים הם עבירות על החוק. סחר בנשים ובילדים זה לא נכון. לחטוף ולרצוח בשביל כסף זה לא נכון גם נתת פרצה בחוק. אז יש תשובה נכונה. זאת לעומת:
   1. נון קוגניטיביזם: גם אם המוסר הוא מוחלט, אין לנו אפשרות לגלות מהו;
2. **רלטיביזם מוסרי**: המוסר הוא יחסי, ניתן מהבחינה לוגית לטעון שקיימת חובה מוסרית מוחלטת לנהוג לפי המוסר היחסי. מדובר בעמדה הפוכה, שאומרת שהמוסר כולו, הוא תלוי חברה או מקום או זמן. אדם שאמר כן, העבדות בדרום ארה"ב בעבר היא סבבה לגמרי אבל היום פסול לגמרי הוא רלטיביסט. כלומר, התפיסה טוענת שמדובר בתלוי משהו;
3. ספקנות מוסרית: ייתכן ויש אמת מוסרית, ויתכן ואין – אי אפשר לדעת. למעשה, אומרת אתם יודעים מה? אינני יודע.;
4. ניהיליזם מוסרי: אין אמת מוסרית, אין מוסר, ומי שתופס תופס. מוסר זה של מנצחים וגיבורים.

כדי לדגול בגישה של משפט טבעי, איזו תורת מוסר אני חייב להישען עליה? האם ניתן להיות ניהיליסט? זו סתירה, גם לא רלטיביסט, שכן אני קובע מבחינת חיוב וגם לא ניתן להיות ספקן, אם נניח נעמיד לדין ונתלה נאצי, המעשים שעשה היו עד כך פסולים שזה מגיע למוות. אז פירוש הדבר שהגישה של משפט טבעי נשענת על עמדה של **ריאליזם מוסרי**: יש תשובה נכונה לפחות למשהו, יכול להיות שלרוב לא תהא תשובה אבל לגבי אותו רכיב יהיה כאן קטע של משפט טבעי, והוא נכון לכל זמן, לכל מקום. אם אין את המשהו האחד הזה = אז לא, אז זו לא האינטואיציה הראשונה שאיתה אנחנו באים לכיתה, הרי אנחנו ביקורתיים. נדון בדוגמאות מהפסיקה:

1. **זוסמן בפרשת ירדור**: מדבר על משפט טבעי ולכן על הגות, הוא מדבר על דין טבעי שגובר גם על חוק הבחירות שהיה בתוקף לא כמו אגרנט או כהן שמחפשים חוק. בירדור לוקח את הרעיון ומדבר גם על הדין הטבעי כמשהו שלא יכול להיות שכהנא יהא בכנסת וברק אומר משהו אחר;
2. **ריבלין בפרשת המרכז האקדמי**: מדובר בדיון בבג"ץ נגד בית סוהר פרטי. כולם דיברו על אם זה סביר או לא, אבל נסתכל על ריבלין – הוא מדבר על אמנה חברתית: "[...] ניתן אף לסבור כי מדובר בפגיעה שהולכת צעד נוסף אל מעבר למישור של חוקי היסוד, ומצויה במישור של האמנה החברתית העומדת ביסוד קיומה של המדינה. השתחררות של המדינה מהמונופול המוענק לה בכך הנוגע להפעלת כוח לצורך הגנה על האינטרס הציבורי סותרת עקרונות יסוד ראשוניים שהמבנה החברתי והחוקתי כולו נשען עליהם." במילים אחרות – אדם פרטי יכלא אדם אחר? החברה (Society) אמנם יכולה, אבל אדם פרטי שיחזיר מישהו אחר? זה נוגד את המושג של האדם ביחס לחברה. לכן, נקרא לתוך השורות האלה גם רעיון של משפט טבעי. האם זו הדרך היחידה לפסול חוקים?

**בחמישי**:

נשאל שאלה שהיא סוג אחר של משפט טבעי.

**משפט טבעי פרוצדורלי**

**‏27/04/2023**

ישנו משל ששיחק תפקיד בוויכוח הקלאסי מבחינת המוסריות של המשפט על פי **לון פולר**:

"היו היה מלך – רקס היה שמו, אשר עלה לכס השלטון עם כל המוטיבציה של רפורמטור גדול. מערכת המשפט הייתה זקוקה לכך נואשות. הליכים היו מסורבלים, הכללים המשפטיים נאמרו בשפה ארכאית ומיושנת, הליכי הצדק היו יקרים, השופטים היו עצלים ולעתים מושחתים... רקס החליט לתקן כל זאת, ולהשאיר את חותמו בהיסטוריה למי שהעניק חוקה חדשה לעמו. הוא נכשל כשלון חרוץ. אך לא רק שהחוקים שקבע היו רעים, ספק רב אם הם היו בכלל חוקים. הבא נראה –."

האגדה שיספר לנו פרופ' פולר, היא מה צריך כדי שחוק יהיה חוק? אז זה לא רק ויכוח של משפט טבעי או לא. מכאן נשאל – מה צריך כדי שחוק יהיה חוק?

"מעשהו הראשון היה דרמטי, כדי להתחיל 'בדף חלק' הוא הודיע על ביטול כל החוק הקיים מכל סוג שהוא. או אז החל לנסח מערכת חוקים חדשה. מחמת חינוכו המשפטי הלקוי, הוא לא הצליח לנסח כללים או לעשות הכללות כלשהן ולכן... המלך רקס זנח את הנסיון לקבוע קודקס חוקים, והודיע שהוא ישפוט ויכריע בכל הסכסוכים (הוא קיווה שכשרונותיו הסמויים להכללה יתפתחו עם הזמן). בינתיים כל הכרעותיו נעשו על בסיס הכרעות מקומיות."

אז מה הייתה התוצאה?

"התוצאה הייתה כלשון חרוץ. **נתיניו לא הצליחו לגלות סדר כלשהו** בהכרעותיו (גם לאחר מאות הכרעות שכאלה), ואי אפשר היה בכלל לנבא את הכרעותיו במקרים הבאים."

מכאן ניתן לראות את אחד התפקידים של המשפט והוא – להכווין התנהגות, אך לא רק, אלא גם וודאות, שכן לפי המשל של פולר היה קיים חוסר ודאות.

"לאחר חרפת הכשלון, רקס הבין שעליו להתחיל מבראשית – הוא החל במלאכת החיבור של קודקס"

בגלל שהוא באמת רוצה לתת את הוודאות, ולכן הוא שותל רכיבים שבעיניו נראים מהו חוק:

"לאחר שעות רבות של עמל אישי הצליח לנסח מסמך די ארוך, אך עדיין הוא לא היה בטוח בעצמו במידה כזו שאכן תגבר על הפגמים הקודמים, ולכן – הוא הודיע לנתיניו שאגן חיבר קודקס, ושכל ההחלטות השיפוטיות תהיינה על פי ספר החוקים זה, אולם, לתקופה לא מוגבלת בזמן, תוכנו של **ספר החוקים יישאר חסוי**, ורק הוא וסופרו האישי ידעו את תוכנו."

אז אנחנו רואים עוד רכיב חשוב, והוא פומביות. למה זה חשוב מבחינת פומביות? נצא מתוך נקודת הנחה שאחד הרכיבים הבסיסיים של משפט הוא להכווין התנהגות, אז אם אתה לא מספר איך אתה מתכוון להכווין התנהגות, למרות שזה עדיין יחייב, לא נוכל להשיג את הרכיב הזה. יש כאן בעיה נוספת, והיא חוסר הוגנות. נניח שיש בארץ כבישים עם מהירות מקס' משתנה, אבל יש גלאים שיבדקו את המהירות, מה זה יקדם? יש כאן חשש שמה שמתרחש בחדרים אפלים, אתה לא יודע מה קורה ומה הקריטריונים. אבל, גם הגינות. אז החרדה הזאת שלא יודעים מה ייפול ובאיזה כיוון בשם החוק, הוא גם העניין.

"משם מה, ולהפתעתו הרבה, נתיניו התנגדו – הם סברו שמאוד לא נעים שמכריעים את דינם על פי כללים, כאשר אף אחד מהם אינו יודע מה הם אותם כללים."

אז יש כאן את הרעיון של הכוונת התנהגות וחשדות של – לך תדע מה קורה מאחורי הקלעים.

"המום מן הדחייה בה הוא חש, החליט המלך רקס לבחון את כוחותיו ואת חסרונותיו, והגיע למסקנה שהחיים למדו אותו, שקל יותר לבחון דברים במבט לאחור מאשר לנסות ולצפות את העתיד ולשלוט בו. לא זו בלבד שבחינה לאחור מקילה על קבלת החלטות, היא גם מקילה במתן נימוקים נכונים (זה היה לו חשוב ביותר)"

אז אנחנו חכמים לאחר מעשה, ומה שהוא יעשה זה שהוא יכריע:

"כדי למקסם תובנה זו, החליט מלכנו על התכנית כדלהלן – בתחילת כל שנה הוא יכריע בכל הסכסוכים שהתעוררו **בשנה הקודמת**, ויצרך להכרעותיו הנמקות מלאות. הנמקותיו לא תחייבנה את החלטותיו לקראת השנה החדשה (אחרת הוא לא הרוויח כלום בהסדר זה). וכך הודיע אך לנתיניו, כדי להסיר את תלונותיהם הקודמות..."

אז אין דברים לא קוהרנטיים כי הוא מסדר את זה שיצא נכון אבל יש בעיה של רטרואקטיביות, והן של הכוונת התנהגות והגינות. הקטע הוא לא רק מבחינת עניין של חוק מכווין התנהגות, אלא שזה לא פייר אם תטיל עליי דברים שלא ניתן לכוון אותם מראש.

"נתיניו קיבלו את דבריו בדממה... ואמרו לו שכאשר הם אמרו שהם צריכים לדעת את הכללים, הם התכוונו שהם צריכים לדעת את הכללים **מראש** כדי שיוכלו לפעול על פיהן. רקס מלמל משהו בסגנון זה שיכלו להבהיר את עצמם קצת יותר טוב..."

חשוב לשים לב שהוא מפרק לגורמים את הרכיבים שאנחנו לוקחים כמובנים מאליהם, ככל שאנחנו רוצים להכיר בתוקף של רכיבים שאנחנו רוצים שיהיו כחוק.

"מעתה רקס הבין שלא נותרה לו ברירה אלא לפרסם ספר חוקים אשר יכריז על הכללים לפיהם יוכרעו שאלות משפטיות בעתיד. מצויד בלקחי העבר ובכשרונו להכללות (שבינתיים התשכלל) אכן עמל רקס על קודקס שכזה ואף פרסמו, אבל הבעיה הייתה **שלא ניתן היה להבין כלום**. ספר החוקים היה מעשה-אומן של כתב-חידה.

למשל, לפני מס' שנים היה מבצע לפשט את התשקיפים של הרשות לניירות ערך אמריקאית. מי שהתנגדו היו החברות, למה? כי בכוונה השפה כתובה כך, שכן – אתה רוצה שיבינו תשקיף? בארה"ב יש עקרון של "דבר איתי בשפה ברורה", כך, למשל, פקודות מנדטריות פחות ברורות וכנגד זה יוצא פולר.

"מומחי משפט שעברו ביסודיות על ספר החוקים הצהירו שאין בו ולו סעיף אחד שניתן להבנה על ידי בעלי מקצוע או אזרחים פשוטים. ההתמרמרות גברה והופיעו שלטי מחאה ליד ביתו של המלך... איך מישהו יכול לציית לכלל שאף אחד אינו מסוגל להבין?"

אז זה רעיון של הבנה, אבל גם של הגינות – אם אתה מחיל מערכת חוקים, עליה להיות ברורה.

"ספר החוקים בוטל, המלך הבין שעליו להתייעץ עם מומחי משפט, והקים צוות עבודה למלאכת הכתיבה. המלך הורה להם: הבהירו את השפה אבל השאירו את התוכן כפי שהוא, היצירה הייתה סמל הניסוח הבהיר, אולם משום כך התברר, **שספר החוקים עצמו רווי בסתירות פנימיות**. הופיעו שלטים חדשים ליד ביתו של המלך... עכשיו המלך הבהיר עצמו לכל הכיוונים. ספר החוקים בוטל שוב במהירות , אך המלך איבד סבלנות עם האזרחים הרוטנים. הוא החליט ללמדם לקח. עתה המלך ציווה את צוות הכותבים: סלקו את הסתירות, **אך הקשיחו את החוקים עצמם**. במקום חובת התייצבות של 10 ימים קבעו 10 שניות; אסור היה להתעטש, לפהק, לשהק וכו' בנוכחותו של המלך; כל אי-הבנת עקרונות השלטון הנאור נדונו כבגידה."

איזה רעיון מופיע כאן? אמנם בהתחלה הייתה בעיה בקוהרנטיות, אך לאחר מכן הכול הפך לבהיר והכל מראש, עקבי (בלי סתירות). ברם החוק לא מציאותי, לכן חוק חייב להיות מחובר למציאות, זה קשור להכוונת התנהגות ולהגינות, זה חייב להיות משהו שהוא בר ביצוע, שמתכוונים לבצע אותו.

"עם פרסום ספר החוקים החדש, כמעט והתרחשה מהפכה. מישהו מצא פתגם בדברי אחד המלומדים העתיקים: 'לצוות על מה שלא ניתן להיעשות אינו ליצור חוק אלא להרוס אותו'. שכן ציווי שכזה לא נועד להסדיר עניינים אלא ליצור בלבול, פחד וכאוס. ספר החוקים בוטל שוב במהירות, והמלאכה הוטלה על צוות מומחים. ההוראות היו, שיש לתקן את ספר החוקים כך שבכל מקרה של חוסר אפשרות לציית לו, תתוקן ההוראה. ספר החוקים החדש היה בהיר, עקבי ולא כלל דבר שלא ניתן היה לציית לו בנקל, הוא חולק חינם בפינות רחוב, אך עבר זמן רב בהכנתו. **ומשום כך היה צורך בעדכונים**, למעשה, בגלל האירועים והתהפוכות המשפטיות הרבות בממלכה, היה צורך בעדכונים מתמידים שזרמו כל העת בסיס יומי. שוב הופיעו שלטי מחאה... חוק המשתנה בכל יום גרוע יותר מהעדר חוק!"

אז אם כל הזמן זה בזרימה, זה שוב לא מכוון התנהגות.

"מטבע הדברים, עם הזמן חלו פחות ופחות שינויים. אך המלך הסיק שצרותיו האחרונות נבעו מן היועצים שלו, והוא פיטר אותם. מעתה, הוא ישפוט – כדיין יחיד – על פי ספר החוקים שניסח. ובכך ידאג ליישון נכון וימנע משברים עתידיים. מעתה היה נראה כי כישוריו החלו לפרוח, והחל להכליל ולקבוע עקרונות משפטיים רחבים, ולהבחין בין מקרים, להסביר את שיקוליו ולקבוע עקרונות אשר ינחו בעתיד. עבור נתינו, שחר משפטי החל לפצוע. סוף סוף יכלו לתכנן את חייהם על בסיס כללים בהירים, עקביים וידועים מראש... אבל עם פרסום כרכי פסקי הדין שלו, ולאחר בחינתם, התברר כי על אף הצהרותיו כי ספר החוקים הוא הבסיס להכרעותיו ולהנמקותיו, **לא היה שום קשר בין הכרעותיו להנמקותיו אלה לבין מה שהיה כתוב בספר החוקים עצמו**."

מכאן הוא מת:

"החלו דיונים בציבור כיצד ניתן יהיה להוריד את המלך מתפקידו השיפוטי ולהחזיר אותו לכס המלכות. אך בינתיים, המלך מת בשיבה מוקדמת משברון לב, ותוך אכזבה עמוקה מנתיניו. המעשה השלטוני הראשון של יורש העצר, המלך רקס II, היה לסלק כליל את סמכויות החוק, המינהל והממשלה מן המשפטנים... ולהעבירם לגוף של פסיכיאטר ויחצ"נים, אשר ידאגו לכך שהציבור יהיה שרוי תמיד בשמחה.".

אז חשוב לשים לב ליסודות שהוא חושף כאן לגבי מה נדרש כדי שחוק יהיה חוק:

1. **חוק שלא מפרסמים** אותו אינו הוגן, אבל איך אתה מונע שרירותיות?;
2. **שימוש לרעה בשיפוט/בחקיקה למפרע (רטרואקטיביות)** – היה צריך לומר שכל רטרו אינה הוגנת כי אתה רוצה לכוון את העתיד. עם יד על הלב, נראה שיש גם חקיקה רטרואקטיבית.
3. בהירות;
4. אפשרות ביצוע;
5. חייב להיות יציב יחסית;
6. חייב להיות מותאם (יחסית) הין החקיקה לבין היישום;
7. כלליות החוק (ולא הכרעות מקומיות אד הוק).

אז מה בעצם קבע כאן פולר במאמר שלו על המלך רקס? ככל שהקבוצה הזו של דרישות מתקיימת, אזי יותר נכון לומר שהתמלאו התנאים לעקרון החוקיות. ככל שהאשכול הזה לוקה בחסר, בשלב מסוים נבוא ונאמר שזה לא חוק. אז דיברנו על מצבים שבהם חוק אינו חוק לפי תפיסה מסוימת, לפי איזה גישה אמרנו שיש חוקים שמחוקקים אותם אבל יש כאלה שיגידו שזה לא חוק? משפט טבעי. אז זה אותו דבר גם כאן? מה ההבדל בין המשפט הטבעי לבין הדרישות האלה כאן שזה גם כאן זה סוג של מוסריות.

בעצם מדובר על סוג של **משפט טבעי פרוצדורלי**. לא בתחום של מה התוכן של המשפט, אלא איך הוא נוצר, או מה האופי הכללי שלו. אחד הדוברים שראינו בפעם הקודמת לגבי המשפט הטבעי היה **תומאס אקווינס**:

"החוק יהיה הוגן, צודק, אפשרי על פי הטבע, בהרמוניה עם מנהג המדינה, מתאים במקום ובזמן, הכרחי, מועיל מבוטא באופן בהיר – פן יוביל לאי-הבנה, מעוצב בהתאם לטובת האזרחים ולא לשום תועלת פרטית..."

הוא מדבר כאן על התוכן קצת, אבל גם על דברים נוספים, והדיון שלו/הדוגמה שלו היא מעין כלי שמעוצב, ככל שהיא מתאימה לפונקציה זה יותר טוב. למשל, אם נעשה מסור באופן חמוד, אבל אנחנו רוצים אותו שינסר דברים, אז זה לא יעיל. כך, שעלינו להתאים לא רק את התוכן אלא גם את העיצוב:

"לעולם כאשר דבר קיים לשם תכלית, על צורתו להיקבע בהתאם לאותה תכלית, כשם שצורתו של מסור מתאימה לחיתוך."

כך, שפולר מכנה זאת משפט טבעי פרוצדורלי. שעלול להופיע ביום מן הימים, לא מדובר במשפט טבעי של המהות, אלא משפט טבעי של ההליך. למה הכוונה הליך? הליך החקיקה, ולא רק מבחינת מהות או תוכן. הוא קורא לזה משהו אחר, ומשתמש בהבדל בין משפט טבעי פנימי לחיצוני. למה הכוונה?

* משפט טבעי חיצוני: זה כמו להתיר רצח, למה זה חיצוני? כי יש מודל למה נקרא להיות מוסרי, ואנחנו רוציפ שזה יתאים למודל – נניח איסור לרצוח, רצח עם וכו'.
* משפט טבעי פנימי: אומר שיש משהו בתוך החוק, המוסריות הפנימית טבוע בכך שכדי חוק יהיה חוק, אנחנו דורשים ממנו משהו באופי שלו בצורה בסיסית, יותר קל לנו לזכור את העניין הפרוצדורלי, אבל אנחנו אומרים אותו דבר – מה הם תנאי הבסיס כדי שנוכל לדבר בכלל על מה שיהיה חוק.

כלומר, אנחנו מדברים על התוכן ועל התהליך. כך, שכשאנחנו מדברים על **התוכן**, ואנחנו רוצים לדעת אם זה עומד בדרישות המוסר, מה צריך לעשות כדי לדעת אם זה עומד בדרישות המוסר? להשוות את זה לאמות מידה מוסריות. אז אנחנו לוקחים את מה שרשמנו בחוקים שלנו ומשווים את זה למוסר. בעיני פולר הדימוי שקופץ הוא **מוסר חיצוני**, כי אנחנו לוקחים חוק ומשווים את זה לתוכן של המוסר. לכן, הכוונה היא שאנחנו בוחנים זאת לפי אמת מידה אובייקטיבית. **התהליך** אומר שיש משהו טבוע בתוך החוקים, שאמור להיות מה שעושה את זה ולא מאפשר לו להיקרא חוק בגלל שהוא לא בהיר, עקבי, פורסם וכו'. אז הדרישות האלה הן לא רק טכניות, אלא עוסקות **בהגינות ההליך**. זה לא הוגן לחוקק מישהו מאחורי הגב, או לקבוע דברים שכאלה, אז שניהם מדברים על הגינות שהיא במרקם של יצירת החוקים לבין הגינות באמת מידה אובייקטיבית. נתאר לעצמנו, למשל, שחוקים באיגוד האירופאי צריכים לעבור דירקטיבות מסוימות, ומסתבר שבאחת מהמדינות זה לא עומד בדרישות הרף, האם הביטול הזה הוא חיצוני או פנימי? פנימי, אז ניתן לכתוב מוסר. אז אם זה לא עומד בקנה מידה אובייקטיבי זה חיצוני.

נחזור למטאפורה אחרת – חוקי טבע למשל, אז בחוקי טבע זה לא חוק באמת, אבל זה חוק במובן הזה שיש סדירות מסוימת. נתאר לעצמנו שבליל של אירועים אקראיים, לא היינו קוראים לזה חוק. אז הרעיון של חוקיות אומרת שיש כאן תכונות שאפשר לדבר בגינן על חוק.

חשוב לשים לב לדרישות של התוכן, שהן של משפט טבעי קלאסי – רף מינימלי של מוסריות, יכול להיות הכל טוב מבחינת תנאים של רטרואקטיביות וכו', אגב פולר השתמש בטענות שלו כדי לומר שהמשפט הגרמני לא היה משפט, לבין הדרישות הפרוצדורליות. אז ניקח 3 רכיבים מהשנים האחרונות, שבהם עולה השאלה האם אכן יש כאן חוק, ושמתייחסים למאפיינים של יצירת החוק ולא לתוכן של החוק, כך שלהראות שהסוגיות האלה חיות ובועטות.

**מה צריך כדי שחוק יהיה חוק? משפט טבעי פרוצדורלי עדכני**

כאמור, אנחנו מדברים על שלושה רכיבים עדכניים:

1. **השתתפות**

**בפסק דין של סולברג בפרשת קוונטינסקי**, החוק עוסק בהטלת מס גבוה על דירה שלישית. לא בתוכנו של החוק עסקינן, אלא בפיקוח על הליכי חקיקתו. האם זה ללא משפט טבעי פרוצדורלי כדי שחוק יהיה חוק? אז אם אתה רוצה מס דירה שלילית? כדי שחוק יהיה חוק יש רף מינימלי של הגינות. אז הדגש כאן הוא על ההליך. הרעיון כאן, לצד **פסק דין של מגדלי העופות**, הוא שהפגיעה היא שאם אתה לא נותן לחברי כנסת להשתתף, אין כאן הגינות בהליך עצמו. אגב, איך זכור שהמשטר הנאצי הבטיח את הרוב שלו בכל מיני סמכויות? כי עצרו את הקומוניסטיים. כך, שאם אתה עוצר את המתנגדים וסופר את הרוב, יש לך בעיה. זה הבסיס של חסינות לחברי כנסת, אחרת הם לא ישתתפו בהליכים עצמם. אז הרעיון של חסינות הוא שאי אפשר לפגוע בנציגות עצמה, אם זה מה שנעשה תוך כדי ועבור, לא ניתן לגעת. אז בכל הקטעים שלפנינו, עקרון ההשתתפות לא מתמצה במתן האפשרות לנכוח פיזית אלא מתן אפשרות רצינית לעיין, לשקול ולשאול כדי שיוכלו לגבש עמדה מושכלת. זה בעצם מה שפוגע בחוק. השופט סולברג פסל את חוק ההסדרים לא בגלל התוכן, אלא בגלל שהם פגמו בעקרון השתתפות של ח"כים בתהליך ושההצבעה לא הייתה הצבעה של חברי כנסת. כך, שחברי כנסת שמשתתפים בדיון, צריך לתת להם את הזמן לקבל, לקרוא ולהצביע. אלה הם דברים שהרעיון הוא ההשתתפות המושכלת. יש לזה רעיון דומה במשפט העברי – יש הבדל בין שני שופטים אבל השלישי לא בא, אז בעצם לא שמעת את הדעה של השלישי, כי הרעיון הוא **"רובו מתוך כולו**". כך, שכדי שדיון יהיה דיון, צריך להיות זה שיתקיים דיון כי המשמעות של דיון הוא האפשרות של מיעוט לשכנע את הרוב. כך, שמפקד טלפוני לא ברור אם מקיים את הדרישה לרוב מבחינה פרוצדורלית. גם הרעיון של משאל טלפוני בין שרים לא ברור.

1. **כלליות**

**בפרשה אלכסנדרוביץ**, בד"כ מופיע בתחום של פרסום החוק, ושם היה מדובר על החלטת השוללת את הזכות לרישיון שלא פורסמה ברשומות. האמירה כאן שהעניין של רישיון שחייב להיות, או מתן רישיונות חייב להיות לפי אמות מידה כלליות ולא מהצורה של פנקסנות, זה חלק מהותי מהמשפט עצמו. אז מדוע החלטת הרשות המוסמכת השוללת מן האזרח את זכותו לרישיון אינה חוק אך לא במהותה? ההגדרה של חוק היא לא הכאוס הפרטני. חוקים בצורה פרטנית אינם חוקים. מה סימני ההיכר לכך? נחפש תקנה בת פעל תחיקתי (תקנה שפועלת כמו חוק, אמורה לתפקד כמו חוק), שמורכבת משניים: 1. התקנה צריכה לקבוע נורמה משפטית; 2. הנורמה המשפטית תהא כללית, ותופנה לציבור כולו. למשל, הייתה הצעת חוק שיגאל אמיר לא יקבל חנינה, וכולם עמדו על הרגליים האחוריות, הוא לא חוקתי כי הוא לא כללי. הרעיון כאן הוא שניתן להגיד – אנחנו מסלקים את סמכות הנשיא מלתת חנינה כאשר מבצע העבירה פגע באחד מסמלי השלטון, שזה רצח של דרגת שר ומעלה. אז חלק גדול מהוויכוח סביב חלק מהשאלות של יחסי כנסת, רשות שופטת, תיקים פליליים כו' נשאלת השאלה האם זה חוק פרסונלי או שמדובר בנורמה שהיא ראויה לכולם מכאן שהרעיון, ויכול להיות מקרה שרק אחד קיים, צריך לבדוק אם במהות החקיקה קובעת נורמה כללית או שהיא כ"כ תפורה שהיא בעצם לא חוק. אז אחנו עדיין במוסריות של הליך יצירת הנורמה. יש לנו בעיה דומה במכרזים, כדי הרבה פעמים מנסים לעשות מכרז ומתכוונים למישהו ספציפי, אז תופרים מכרז וזה בצעם חקיקה פרסונלית. הוא דומה לחוק (בת פעל תחיקתי) ואם אנחנו עושים את זה בצורה תפורה מדי אז לא עשית חקיקה כללית.

דוגמה אחת לכך היא מהמשפט העברי: כשהרמב"ם מתאר את הסמכות של המלך בכלל המפורסם של דינא דמלכותא דינא, אז הוא פותח בכך, שמובן מאליו שאם מדובר בהוראה פרטנית, זה לא נקרא חוק. אבל נראה דוגמה אחרת: מהצד השני, קיימים גם חוקים פרסונליים, למשל חוק העלאת עצמות הרצל לא"י. אמנם, יכול להיות שהדבר נוצר לאור שיקולים פוליטיים בזמנו (חשיבות לבן גוריון) אבל לפחות אנחנו מבינים שלפחות זו הבעייתיות.

1. **רטרואקטיביות**

כאן הסיפור הוא אחר קצת, בגלל שיש רטרואקטיביות, נכון שבחוק העונשין אין, וזה התיקון של ס' 34 שמונע תחולה רטרואקטיבית, אבל יש שמץ של רטרואקטיביות שניגע בו בקצרה, בשלושה פסקי דין:

1. פרשת גניס – ישנה התלבטות בין חשין למצא לגבי רטרואקטיביות: הסיפור הוא שהכנסת מחוקקת חוק וקובעת שפלונים שירכשו דירה בירושלים זכאים לקבל מענק. תחולת החוק היא כרגיל ביום פרסומו ברשומות ולאחר שהתפרסם החוק, מתכנסת הכנסת ודוחה את תחילת תוקפו של החוק. אז מה קורה עם מי שכבר ניגש למבחן? למשל, עם מי שביקש הארכת זמן וקיבל, אבל יש אחר שכבר הגיש את המבחן? אז הכנסת מבקשת להחיל חלות לדחיית התוקף, לא רק פרוספקטיבי אלא רטרואקטיבית. אז למשל, יש לנו הנחה שכשעשיתי את זה הייתי זכאי לה, והכנסת מחליטה שכשעיתי את זה זה לא היה בתוקף וזה לא מזכה אותי בעשרות אלפי שקלים. הוגן או לאו? אז זה לא פלילי אבל זה כסף. אז זה לא רק כבוד האדם וחירותו, האם זה חוק? יש מחלוקת בין חשין למצא, חשין אומר שאנחנו מניחים שחוק אינו פועל למפרע, ולכן מבטל את החוק – לא ניתן לקחת את מה שנתת, והשופט מצא מתגבר על זה דרך אחרת, אי אפשר להגיד שהחוק בטל, אלא לוקח לעצמו סמכויות חקיקה והוא מבטל באופן חלקי את החוק הרטרואקטיבית בטלות יחסית. כך, שגם רטרואקטיביות אי אפשר לבטל לגמרי, ולכן נבטל בצורה חלקית. כך, שנפרש את החוק הראשון בצורה כזאת שהיא לא תהיה רטרואקטיבית. אז הם לא רוצים להגיד שעצם זה שהיה רכיב רטרואקטיבי זה מבטל את החוק כולו, אלא רוצים למזער את הנזק בכך שהחוק לפעמים רטרואקטיבי, אבל הם לא רוצים לפגוע בזכויות של אלה שבנו;
2. פרשת ארקו – היה עניין של הצמדת אגרת ביוב, ואיכשהו הם שכחו להצמיד את האגרה החדשה, והם עשו הצמדה רטרואקטיבית, כלומר חקיקת משנה רטרואקטיבית, לעדכן את המחירים אחרי שכבר הוטלו. בית הדין משאיר את זה, ואחרי המון מלל שחקיקה למפרע פוגעת ברכיבים מסוימים, השורה התחתונה היא שמשאירים את החקיקה הרטרואקטיבית, ועם הפרק הזה של רטרואקטיביות נחייה פחות בשלום, כי זה כאילו בעיה של המחוקק, ואם זה היה בכיוון ההפוך של האזרח ששכח לשלם, לא כ"כ מהר היו עושים לו הנחות. אז אחרי כל המלל הגבוה, אסור שיהיה פער בין הרטוריקה של החוק, ואם הולכים עד הסוף, נראה שהיה נכון ללכת עד הסוף. הוא מדבר על חזקה שנועדה למנוע רטרואקטיביות, שאפשר לבדוק את מידת הפגיעה. כך, שאם יש לו הסמכה מפורשת אז ניתן לעשות חקיקה רטרואקטיבית? למה? לא ברור.
3. בסוגיות אחרות – ישנם שיקולים אחרים, למשל **בפרשת זנדברג** ישנה טענה לחקיקה רטרואקטיבית על דרך הפרשנות, למשל, כל פרשנות היא בעצם תחולה רטרואקטיבית, אה? קראת את זה בצורה מסוימת עכשיו, היית צריך לקרוא זאת בצורה מסוימת בעבר. **בפרשת כוהן** דובר על חקיקה רטרואקטיבית בעניינים שבסדר דין, **בפרשת דרעי** נסוב הסיפור סביב חקיקה רטרואקטיבית בעניינים של כשירות להיבחר **ופרשת זרביב** נדון בחקיקה רטרואקטיבית בהחלטה להפקעת רישיון אסיר.

**בשבוע הבא**:

נשאיר את הדיון של משפט טבעי בצד, ונלך לכיוון נוסף.

**למה משפט? מבוא לתורת המשפט הפוזיטיביסטית**

**‏1/5/2023**

**מה זה פוזיטיביזם**? את ההגדרה המלא נבחן בהמשך, אך ממבט ראשון, ניתן לראות שפוזיטיבי הוא לא בהכרח חיובי. נחזור לדברים של הובס כשראינו – "למה משפט", והאם נכון לאכוף את המוסר. דיברנו על אחד הניסיונות לבסס את הסיבה מדוע יש משפט. אז הרעיון הוא לחבר את הרמזים בדבריו הקודמים שראינו לתמונה קוהרנטית אחת. (!)חשוב לבדוק לקראת הלמידה לבחן מהם המונחים והמושגים לרוחבם ולאורכם. נחשוב לגבי המונחים שעולים בהקשר הבא:

"**בני אדם שווים מטבעם –** הטבע עשה את בני האדם שוים בסגולות גופם ורוחם. אמנם, לפעמים רואים בבירור שפלוני חזק בגופו מאלמוני או מהיר מחשבה ממנו; אבל אם נחשוב חשבון של הכל ביחד, הרי אין בין אדם לחבירו הבדל ניכר כל כך, שעל סמך כן יהא האחד יכול לתבוע לעצמו איזה יתרון שלא יוכל גם חברו להעלות תביעה אליו... **השוויון מביא לידי אי-בטחון –** שוויון זה בכושר נוטע בלב הבריות תקווה שווה להשיג את תכליותיהם, לפיכך כששני בני-אדם רוצים בדבר אחד, ואין אפשרות שייהנו ממנו שניהם גם יחד, הם נעשים אויבים זה לזה. ובדרך אל תכליתם, שבעיקרה היא שמירת קיומם, לפעמים רק תפנוק בלבד, מנסים הם להשמיד או לשעבד זה את זה... **אי בטחון מביא לידי מלחמה –** במצב זה של אי בטחון הדדי, אין לו לאדם דרך נבונה יותר להבטיח את עצמו מאשר אם יקדם את הרעה, זאת אומרת, בחוזק יד או בתחבולה (או בערמומיות, אבל הסכמים הכי בלתי יציבים הם של הגבלים עסקיים, כי הרעיון הוא אי תחרות אבל אתה לא יודע אם השני זומם מאחורי הגב, אז יש משהו איהרנטי שמפורר את הבריתות הללו)... **מחוץ למצב המדיני, קיימת תמיד מלחמת הכל בכל –** מכאן אנו למדים שכל זמן שבני-האדם חיים בלי כוח משותף שיטיל מוראו על כולם, שרויים הם באותו מצב הקרוי מלחמה, וזוהי מלחמת כל אדם בכל אדם. **טרדותיה של מלחמה זו –** במצב כזה אין מקום לחריצות-כפיים, משום שפירותיה אינם בטוחים. על כן אין עבודת אדמה; אין שַיִט, וגם לא השימוש במצרכים שאפשר להביאם דרך הים; אין בנינים נוחים; אין כלים להעתיק ולהוביל דברים שמצריכים כוח רב; אין ידיעה של פני הארץ; אין ספירה של הזמנים (היסטוריה); אין אומנויות, אין ספרות; אין חברה. **ומה שגרוע מכל –** פחד בלתי פוסק מפני מיתה בידי כוח הזרוע, שסכנתה אורבת בכל עת. האדם חי חיי בדידות, חיים דלים, מאוסים, בהמיים, וקצרים."

מה יש כאן? נראה שניתן למצוא פחד מכאוס, וכל מיני הסדרים – למשל, אני רוצה להגיע הביתה בשלום, וכל מי שנמצא בבית שיהיה בתוכו בשלום – וזאת כדי לתאם רצונות/פעולות.

מה אין כאן? 1. לא מוסר; 2. לא ביסוס קלאסי של זכות המלוכה, תפיסה שביססה את המלוכה על זכות אלוהית. התיאור הוא תיאור ארצי, חילוני. הניתוח הוא ניתוח של חול ולא קודש, והוא לא נשען על המוסר, מדובר בניתוח של צרכים, והרעיון הזה הוא אבטיפוס של גישה פוזיטיביסטית.

אם בשבוע שעבר זיהינו גישה שמעלה כללים מחייבים שמקורם הבלעדי הוא המוסר האוניברסלי ושאי אפשר לחוקק נגדם (אפילו אם לא כתוב וגם אם כתוב ההפך בשום מקום). ודיברנו גם על הליכים שנדרשים, אז הפוזיטיביסט אומר שמשפט זה מה שבני אדם חוקקו. המושג "פוזיטיביזם" (Positivism) בא מהמילה להציב. ניתן למצוא משפחות מילים דומות כמו Position שזה מצב, To Posit שזה להניח, להציג, להציב, כמו הנחה של מדען, היפותזה. יש גם Deposit שזה להפקיד, Posture שזו יציבה ו-Post זה העמוד והניצב, פעם זה היה המקום שבו הודיעו דברים והפוסט בתור דואר, אז אנחנו מציבים מידע במרשתת ובכל מיני אתרים שלנו. אז זה הקטע – פוזיטיביזם זו הגישה שאומרת שמה שהחברה, שבני אדם חוקקו בפועל, זה חוק, וכל השאר זה מוסר.

הסיבה שזה בן דוד למושג חיובי, זה בגלל שלמדנו על החיבור, אבל קשה להציב היעדר, אז מרחב, תנועה, תהליך, אלו הם דרכים שונות לתאר מושג שקשה לנו לתאר, לכן החיובי נמצא כאן, אבל השורש הוא שמשהו נמצא, ולא איזשהו רעיון של מוסר אוניברסלי שנמצא במקום אחר. המוסר קיים, ויכול להיות שהוא מחייב, אבל גם יכול להיות שלא. איש של משפט טבעי היה מחויב לגישה ספציפי של תורת המוסר, של ריאליזם מוסרי – אתה חייב להאמין שיש לך תשובה נכונה כי אחרת אין לך על מה לדבר. גם מי שדוגל בריאליזם מוסרי בזה שיש תשובה אחת נכונה מוסרית, יכול לדגול בפוטיביזם כי אנחנו עוסקים במה זה משפט.

אז יש כאן 3 רעיונות, ואנחנו ניכנס אל חלק מהם כבר עכשיו, 2 מהם מוסכמים על כולם אבל השלישי פחות:

1. **רעיון ההפרדה**

הפרדה בין 2 שאלות – 1. מוסר זה מוסר 2. משפט זה משפט, ושניהם מושגים שונים לא בגלל שמשפט מצדיק התנהגויות לא מוסריות, אלא בגלל שזה סוג אחר של שאלה. שאלת התוקף המשפטי שונה משאלת ההערכה של ההסדר המשפטי המסוים. למשל, זה כמו שנשאל האם קפה הוא מר, והאם אנחנו אוהבים קפה, אז אחת מתארת את הטעם של קפה והשני מתאר את היחס שלי לקפה. מכאן, שני מושגים שחשוב להוסיף למילון שלנו – ההבדל בין דיון נורמטיבי לבין דיון דסקריפטיבי, או בעברית – משהו תיאורי ומשהו שהוא מורה הוראה, אומר לנו מה לעשות, אלו שני דברים שונים. מי שעמד על ההבחנה הזו – דויד יום. אז מערכת משפט שהיא רעה והיא נוגדת את המוסר הטבעי, מה יאמר איש משפט הטבע? היא מערכת משפט או לא? משפט טבעי יאמר זה לא חוק, והפוזיטיביסט יגיד שזה חוק אבל חוק רע. אז זה ההבדל בין האם זה לא חוק לבין זה חוק אבל זה חוק רע. אז אם אנחנו אומרים שזה כן חוק, אבל לא טוב, אז איך נבקר אותו? נפתח את הדיון הזה הערב. נשאל גם מה אכפת לאנשי הפוזיטיביזם, למה כ"כ מתעקשים להגיד שגם החוק הגרוע בעולם הוא עדיין חוק? איזה ערך יש לגישה פוזיטיביסטית? מה יכולים להרוויח? וודאות. אז כל הרעיון ואולי אפילו חלק מהוויכוח הציבורי נובע גם בין היתר מחוסר וודאות – מה כלול – למשל, במושג הסבירות, וכך, מה פוגע בזכויות אדם? ולכן, הגישה הפוזיטיביסטית מנסה לתת תיאור מדעי כמעט, אם נרצה אפילו סוציולוגי = מה צריך שחוק יהיה חוק. בשבוע שעבר דיברנו על משפט טבעי פרוצדורלי ועל מפתח מעין טבעי. חלק גדול מהדברים האלה יכלו להיחשב גם דרישות פוזיטיביסטיות, לא בגלל הגינות, אלא בגלל הבעיות שבדבר – למשל, מה הבעיות של רטרואקטיביות? להכווין התנהגות. ולכן זה לא יקרא חוק, אבל כל כלל שנועד להכווין התנהגות אולי הוא קיים? אז לא ניתן להגיד שבגלל שמרק לא קיים בגלל שאתה לא אוהב אותו.

1. **רעיון העובדה החברתית**

המוסר האוניברסלי תקף, יאמר איש המוסר הריאלי, גם אם אף אחד בעולם לא דבק בו. זאת אמיתה אפילו אם יהיה רק אדם אחד או עשרה צדיקים בסדום. נניח שכל בני האדם אוכלי אדם, או אנסים, או רוצחים, אז המוסר מחייב גם אם אין מי שמתנהג אחרת. ניקח דוגמה אחרת, למשל המבול, כולם התנהגו לא טוב וכולם – נענשו. אז המשמעות היא שאי אפשר להתייחס לחברה בתור מדד של מישהו או משהו. כך, שניתן לבחון את קיומה של מערכת משפטית בחינה "אובייקטיבית", מדעית. המדד הוא איזשהו אמת, הפוזיטיביסט אומר לחברה יש תפקיד מרכזי בהגדרה מה זה חוק. אפשרי לבדוק אם משהו הוא חוק או לא בבדיקה סוציולוגית. יש אפילו מחקרים ואומרים שלא רק אפשרי לבדוק אם זה קיים, אלא שהתוקף של החוקים נשען על כך שקיימת הסכמה חברתית מסוימת.

1. **רעיון המוסכמה החברתית**

אז אנחנו לא בודקים אם זה קיים, אלא זו הסיבה שזה תקף. למשל, קיבלנו מכתב שבו אנחנו נדרשים לשלם מס הכנסה להוד מלכותו המלך ג'ורג' החמישי. ונגיד אפילו שזה בעקבות המנדט הבריטי שעדיין חל על גבעתיים, כך שמי שגר שם הוא עדיין נתין בריטי. האם מישהו ישלם את זה? לא, כי החברה שגרה כאן **לא רואה בבריטניה מקור לנורמות מחייבות**. כך, שהשאלה היא לא רק האם יש נורמה חברתית, אלא זה תלוי, ולכן מה שקובע (המקור של מה שנקבע) צומח מלמטה ולא מרעיונות של מוסר, אז חוק הוא כל כולו תוצר של מציאות חברתית מסוימת שצריך להבין אותה. היינו, מקור ההסדר הוא בהסכמה חברתית, ולא בהתגלות או בתבונה או ברעיון כללי אחר.

אז אלו 3 הרעיונות של הגישה הפוזיטיביסטית – 1. נפריד בין התיאור לבין הערכה; 2. ניתן לבדוק אותו בצורה מדויקת (אם כלל מסוים מחייב או לא); 3. ויש מי שימשיך הלאה ויאמר שכל התוקף של החוקים (הלמה מה של החוק) נובע מזה שהחברה מקבלת זאת על עצמה.

(!)נורמטיביות – היא התשובה לשאלה למה מה (מה עושה אותו למחייב). למה זה מחייב אותי? נבדוק את השאלה הזו ואת התשובות. ניתן להגיד שהמוסר מחייב, אבל אם עזבנו את המוסר ונרצה לראות מה מחייב מבחינת גישה פוזיטיביסטית, ונראה זאת מבחינת גישות שונות. **במילים אחרות, לא נחקק – לא חוק**.

**משפט טבע /פוזיטיביזם: דיון – האם משפט רשע הוא משפט?**

ננסה לדבר כאן לרוב על השואה וזה רלוונטי גם להרבה תחומים שונים של זכויות אדם. אבל אם נניח נרצה להעמיד לדין את הנאצים, אז כשאנחנו רוצים להעמיד פושעים לדין, אז לפי גישת המשפט הטבעי אין לנו בעיה כי מה שהם עשו היה לא מוסרי ולכן לא היה חוקי. אבל הבעיה לפי הגישה הפוזיטיביסטית, שכן, מה הייתה הטענה של אייכמן? הוא רק מילא פקודות והוא ציית לחוק. אז אם הוא ציית לחוק ואנחנו משתמשים בחוק המקומי (למשל, לא ניתן לתת דוח חנייה בישראל על מישהו שחנה חנייה כפולה בניו-יורק). אז למה אנחנו מתיימרים לשפוט אנשים בתקופות שונות ובאזורים שונים מבלי חקיקה? וזה מה שעומד בבסיס הוויכוח של משפט טבעי אל מול גישות פוזיטיביסטיות. ואנחנו לא רק נצטרך לתרץ זאת, אלא גם מה כ"כ חשוב להם? אנחנו נלמד או נפתח לפחות בגישה ובכתביו של **גוסטאב רדברוך**, שהיה ממובילי הדרך הפוזיטיביסטיים. רדברוך כותב אחרי מלחמת העולם השנייה כמה מאמרים, ומעין "רואה את האור", אחד המאמרים, שהוא קצר מאוד, הוא באנגלית. ויש מאמר ארוך יותר שלו, אז נראה קטעים וסיפורים שלו באמצעות 4 מקרים:

**מקרה המלשין**: מסופר על פקיד של משרד המשפטים, שביהמ"ש שפט אותו למאסר עולם. על מה? הסיפור היה שבמהלך המלחמה, סוחר נכנס לשירותים וקשקש על הקיר. הפקיד נכנס אחריו וראה את הקשקוש על הקיר, אלא, שהקשקוש כלל כתובת על כך שהיטלר הוא רוצח המונים וכל המלחמה באשמתו. הפקיד הלשין על הסוחר ונקבע לו עונש מוות. לבסוף, כנראה לאחר המלחמה, ביהמ"ש העמיד לדין את המלשין על מותו של אותו סוחר פשוט. על סמך מה? החוקים היו להלשין על כל המרדה או מרד. האם זו הייתה הפרת חוק?

**מקרה השופטים והליכי חקיקה רעים**: השופטים של המשטר הנאצי הועמדו לדין במדינת סקסוני בגין זה שהם אכפו חוקים לא מוסריים. אז הם פעלו לפי החוק, כן, אבל לשופט יש חסינות לפעילות שלו, אז על סמך מה הענישו אותם?

**מקרה התליינים**: גזרו את גזר דינם של התליינים שביצעו גזר דין מוות (למשל, אחד מהם – קליין, השתתף ב-931 הוצאות להורג וקיבל על כך כסף). אז הם פעלו במסגרת החוק, כך שמדוע הם קיבלו עונש? אז בגזר דין המוות שלהם הופיע שהם השתמשו באומנות שלהם מרצון. אז אין כאן את ההגנות הקלאסיות של כורך, צורך וכו'. אבל הם פעלו במסגרת החוק, זה היה התפקיד שלהם, מה אתה רוצה מהחיים שלהם?

**מקרה העריק**: במדינת סקסוני, חייל הושם בתפקיד שמירה על שבויים בחזית המזרחית. מה יש בחזית המזרחית של גרמניה? כנראה פולין, ששם היו כל מחנות ההשמדה. החייל מחליט לערוק בגלל הטיפול הלא אנושי שהם מקבלים. הוא ברח, הגיע לאשתו ומצא את סמל המחלקה. סמל המחלקה רואה אותו ומנסה לעצור אותו, אבל החייל מצליח לשלוף את האקדח של הסמל, להרוג אותו ולברוח. אחרי המלחמה הוא חזר, ומעמידים אותו לדין על עריקות. אבל, לבסוף, מזכים אותו. כי לעצור אותו היה לא מוסרי, שכן אי אפשר לומר שהחוק שאסר עליו את העריקות היה בתוקף. אז החוקים שהיו בתוקף תחת המשטר הנאצי כולל חוקי המלחמה לא בתוקף ולכן עריק הוא פועל כדין ולכן ניסיון לעצור הוא ניסיון לחמוק מכליאת שווא, והוא פעל בעצם מהגנה עצמית.

איך הפוזיטיביסט מתמודד עם המקרים הללו? רדברוך אמנם טיפה מרמה, אבל הוא ייתן לנו מעין הסתכלות אחרת על הרעיון הפוזיטיביסטי, הוא כן יזקק למוסר אבל בצורה שונה המערכים שהוא הציג בתחילת הדרך – **רדברוך – "חמש דקות על תורת המשפט"**:

* גישה I: הפוזיטיביזם לימד שפקודה היא פקודה (כנגזרת מהחוק) וחוק זה חוק (שתקף בכל מקרה לפי הגישה הפוזיטיבית) אם יש לו כוח. לכן, **הסכנה** היא ציות עיוור, הרי אין חובת ציות כשהחוק אינו מוסרי!

אז קודם כל, אצל הפוזיטיביסטיים, פקודה היא פקודה וחוק זה חוק, כך שערך הוודאות חשוב, אבל מהי הבעיה? הבעיה בעיניי רדברוך היא איך אנחנו מענישים לאחר מעשה, אבל מה מבחינת החינוך? יצרנו מפלצת ואם אתה מחנך לוודאות, אז מה קורה כאשר החינוך הוא למשהו לא מוסרי ומצפים לשמוע את הסרבנות? אבל, זה לא קורה, כי אתה בעצם מרדים את הרלפקס הזה לאור כך שהחוק תקף בכל מקרה. לכן, זה סכנה להעמיד את כל המשפט כולו רק על וודאות, בגלל שאנחנו מאפשרים התנהגות לא מוסרית. כל הגישות הפוזיטיביסטיות לא אומרות שלעזאזל המוסר, לכן אי-אפשר לבסס מערכת משפט רק על וודאות כי זה אמור לחנך דור שלם של פקידים ושל חיילים לציות עיוור. וזה לא טוב.

* גישה II: (השוו גישות סוציאליסטיות/מרקסיסטיות) – חוק הוא מה שמטיב עם העם – מי מחליט מה מיטיב עם העם? מהו טוב? ישנה סכנה של זיכוי הטוב הכללי עם עריצות השליט

איזה עוד ערכים יש? ישנו ערך נוסף, וכאן הוא מתייחס להצדקות של המשפט וקצת נוגע למה שלמדנו אצל אקווינס אבל כן נוגע למה שרווח במאה ה-20, והן **הגישות הסוציאליסטיות** – טובת הכלל. מה הערך? ראינו שאצל אקווינס הרעיונות נוטים לכיוון השיקולים לטובת כולם ביחד, אז נניח שהרעיון הוא להשתית את המשפט על מה שטוב לכולם, מה הבעיה עם זה? מי זה כולם, מה זה טוב. ואם מסתכלים בפועל על מה שקרה במדינות שלקחו את השוויון עד הסוף, אז הגדרת הטוב היא החונטה (כמו בדרום אמריקה), האליטה.

* גישה III: חוק = שאיפה לצדק, שמהווה (אחד מ)תנאי התקיפות של החוק עצמו. אבל גם כאן קיימת סכנה ש-"צדק" ישמש תירוץ לעשות דברים נוראיים

נדבר על צדק, מה עם צדק? צדק, המוסר. מה זה מוסר ומה זה צדק? וזה יכול להיות כסות להתנהגויות לא טובות.

* גישה IV: הערכים של המשפט – צדק, הטוב הכללי/הציבורי, ערך עצמי: ודאות משפטית – הללו מרכיבים תקיפות: איזון הערכים

אז נרצה לראות את השינוי בתפיסה שעושה רדברוך נוכל להתחיל מדימוי – למשל, אם יש לנו תלת אופן ואחד מהגלגלים לא מתפקד, אז פשוט לא ניתן לנסוע בו. כפועל יותר, הרעיון הוא שבמקום לדבר על ערך אחד, ניתן לדבר על יחסי גומלין בין 3 ערכים: צדק, טובת הכלל וודאות. אז במקום לדבר על וודאות בראש הפירמידה, נדבר על איזון בין שלושת הערכים האלה, וכאן הפוזיטיביסטים נכנס – לא ניתן להשתית את מערכת המשפט רק על מוסר, אבל נתאר לעצמנו שזה צודק, ודאי, אבל לא טוב לכלל? אז ישנה בעיה. כך שהאיזון הזה הוא מה שקובע את המשפט. נשארתי פוזיטיבסט אבל לא בתור מי שמעדיף את הוודאות על פני כל ערך אחר. אז במבחן הוודאות, אם מערכת מסוימת לא צודקת אז היא לא חוק. כך, שבעצם מהדלת האחורית נכנס כאן שיקול של מוסר שיכול לשמש אבן בוחן אם זה חוקי או לא. (!)מבחינת המשפט הטבעי הטהור לא מעניין אותו וודאות.

אז אי אפשר להגיד שמשפט זה צדק, צדק ומשפט זה לא מושגים חופפים, הרבה פעמים יש לנו תחושה שחוק או פס"ד לא צודקים אבל זה לא מבטל אותו לגמרי. כשזה קיצוני זה לא חוקי (אבדן תקיפות החוק, ולא רק הלגיטימיות המוסרית שלו), גם לפי הגישה הפוזיטיביסטית. כך, שלפי הגישה של רדברוך, קיימת דרישה מינימלית של צדק.

**אי צדק מאיין את החוק**

**פרוצדורלי (פולר)**

**מהותי (רדברוך)**

**פרומו לגישה האחרת – לגישתו של הארט**, הזכרנו אותו בוויכוח אם נכון לאכוף את המוסר או לא. אז הגישה שלו היא קיצונית, אבל נישאר עם שאלה – לפי הארט, משפט רשע הוא משפט. והוא לא מוותר על הקביעה הזו, הוא לא כמו רדברוך שאומר שאם שזה לגמרי לא מוסרי זה לא משפט בכלל, הארט יאמר זה חוק, גם אם זה לגמרי לא מוסרי ולא צודק. לדעתו, יש להבחין ולהפריד בין 2 שאלות – תקיפות החוק **לבין** האם ראוי לציית לחוק? כך, שהמוסר יחייב לא לציית לו. למשל, נפל עכבר לסיר מרק, שאלו את הרב אם זה כשר או לא, השאלה היא – האם נגיד שזה כשר, האם נשתה את זה? נניח שזה חוק, נציית לו? כך, שהצגת הבעיה החוקית מסתירה את הבעיה המוסרית.

מאזן של מוסריות/אי-מוסריות: הכרה בחוק הרע מול חקיקה/ענישה רטרואקטיבית: כשאמרנו הפרדה, אנחנו צריכים להפריד – השאלה אם זה חוק היא שאלה אובייקטיבית סוציולוגית מדעית, המוסר יחייב אותנו לסרב פקודה והוא יאמר העמידו לדין את הפושעים בסופו של דבר בניסוח של הדרישה של הארט לא מכוח החוק אלא מכוח המוסר. זה יותר מוסרי (ויותר לא מוסרי להשאיר את הפושעים הללו בלי ענישה, מאשר לעשות תרגילים אחרים), ולמה חשוב לי, אומר הארט, הפילוסופיה הזו של חופש שאם זה לא מוסרי זה לא חוקי? **כי אנחנו לא רוצים לנוון את השריר של סרבנות** (שכן, קיים קושי להסביר מצבים של משפט רשע "אנונימי" – קרי, שאינו כרוך בסרבנות). אז גם הארט וגם רדברוך מוטרדים מההשלכות המשפטיות ולא הטכניות.

**האם משפט רשע הוא משפט? המשך**

**‏4/5/2023**

נחזור לדיון שלנו לגבי משפט רשע – דיברנו על עמדתו של רדברוך, ואם לסכם את דבריו בקצרה, הרעיון הוא להסביר את התמורה שבחשיבה הפוזיטיביסטית. הדימוי החדש של רדברוך מראה שלא ניתן להשית את המשפט על רעיון אחד, אלא על אינטראקציה בין רעיונות – גם וודאות, טובת הכלל וגם צדק. אמנם, לפעמים טובת הכלל מתחרה עם הצדק, וכו', אבל אם יש פנצ'ר בתלת אופן הזה שבין שלושת הערכים הללו, אז זה לא יכול לעבוד. זאת הטענה של משטרי רשע – לא ויתרנו על מוסריות, ולא בגלל שחוק לא צודק הוא לא חוק, אלא שיש נורמות משותתות בשמיים שהן מחייבות, גם אם לא ידענו (היינו אמורים לדעת). אם היינו עושים בפועל את כל מה שהיינו אמורים לדעת לבד, העולם היה נראה אחרת, וזו עשויה להיות הבעיה. אבל בעיני המרצה זה הסיפור כאן.

אז יש כאן את השינוי בתפיסה מבלי לוותר על וודאות ומכניסים את הצדק, אך הוא תמיד היה כאן. זו הגישה של רדברוך והדרך שלו להתמודד עם העמדת פושעי מלחמה לאחר המלחמה לפי הגישה הפוזיטיביסטית. וזה העניין, כי אם אתה רוצה להעמיד לדין מישהו, שבמדינה שלו היו חוקים רעים אבל הם בספר החוקים, אז מה אתה עושה? I. אם אתה דוגל בגישה של משפט טבעי אתה אומר – שהרעיון הוא שיש דברים שלא כתובים בספרים אלא בלוח הלב, והמשמעות היא שאתה נזקק לנורמות (כללים מחייבים) שלא נחקקו בפועל ע"י בני אדם, כך שבכל הנוגע לפשעי מלחמה, וגם אם נחקקו חוקים שנוגדים לכך, **הרי שהמשפט הטבעי הוא גבוה יותר וחזק יותר**. אז לפי המסלול הזה, אם נרצה, אין בעיה להעמיד פושעי מלחמה; II. הבעיה הייתה לפי הגישה הפוזיטיביסטית, כי אם בני האדם יכולים לחוקק חוקים וזה היה חוקי על פניו, אז מה אתה עושה? התשובה של רדברוך אומר שזה לא היה חוקי, כי זה צריך להישען על 3 יסודות: 1. וודאות; 2. צדק; 3. טובת הכלל. ואם אתה הולך על כל אחד בנפרד – זו הבעיה. אז אם אתה מאזן או משקלל ביניהם יש מאמץ אנושי לקחת את הרכיבים ולאזן ביניהם, אבל אם אחד מהם חסר, לא ניתן לקרוא לזה חוק.

הדוגמאות של רדברוך היו המלשין, השופטים (כל החקיקה הנאצית, נתנה כל מיני דברי דין מוות וביהמ"ש פסק שכל גזרי דין המוות לא בתוקף, ומה הבסיס? הוא קצת מזכיר את מה שראינו בשבוע שעבר, שכדי להגיע לרוב, עצרו את כל הנציגים הקומוניסטיים מלהשתתף בהצבעה בפרלמנט, ולכן בעצם נתנו סמכויות חירום שמכוחם הרגו מיליונים. אז השופט פעל באופן שאינו חוקי, כי ניתן להצביע על חוסר המוסריות של ההליך, לכן כל גזרי דין המוות היו בטלים, אבל זה לא רק בגלל שלא היה בתוקף, טכנית, אלא כי זה גם נבע לדיקטטורה לא הומנית ולצווים של האנושות, כך שכל השופטים שגזרו גזר דין מוות, בעצם היו רוצחים) והתליינים (אלו שביצעו את גזרי דין המוות) והעריק.

העמדה של **הארט** מציגה את הגישה הפוזיטיביסטית בצורה העקבית ביותר. האם משפט רשע הוא משפט לפי הארט? כן, רדברוך אמר לא, כי הרכיב השלישי של צדק אינו קיים. יש כאן שתי שאלות נפרדות, ככל שנשים את הפוקוס על השאלה אם זה חוקי או לא, ואם כן אז חייבים לציית, הארט אומר שהוא בכוונה מפריד בין הנושאים והשאלות. כך, שזה כמו לשאול אם עקרב הוא בע"ח, והאם הוא ראוי שיהיה חיית מחמד. אז אתה לא אומר שחוק הוא לא חוק בגלל שהוא לא טוב, אז זה לא משחרר אותנו מהבחינה המוסרית של החוק. אם ניקח לדוגמה את המוקד הבעייתי בפרשת כפר קאסם, שם נאמר: "על פקודה זו מתנוסס דגל שחור... ולכן היא בלתי חוקית בעליל", יבוא הארט ויטען שפקודה בלתי חוקית בעליל מורה לנו שהחוק כביכול אומר לנו לציית, אבל מה שאומר לנו לא לציית הוא המוסר. במפגש הראשון דיברנו על כך שאנחנו אזרחים של מערכת חוקים בכמה נורמות, אזרחים של המוסר כמערכת נורמטיבית, אז באותה מידה לא ניתן להשתחרר מהמוסר, מעין אזרחות מקועקעת כזו, ולכן כן חל או לא חל חוק, אומר הארט – אל תתעסק עם זה, כי העיסוק עם זה כאילו עושה משוואה בראש, שזו שאלה אחרת. כך, שמדובר בשתי שאלות נפרדות.

בכל הנוגע למשפטי נירנברג, השתמשו בחקיקה רטרואקטיבית, כך שהחקיקה בוטלה רטרואקטיבית. אז מדובר במעין תרגיל סמנטי, להגיד שאנחנו מענישים בגלל שעשית משהו לא מוסרי, כך, שיותר לא מוסרי יהיה להשאיר את אותם פושעים בחיים מאשר לחוקק חקיקה לא מוסרית זו. נשאלת השאלה, מהי הנפקות שעולה בין שתי הגישות? ננסה לחשוב עליו בהקשר של הוויכוח בין רדברוך לבין הארט:

1. **רדברוך**: לא צודק מאוד = לא חוק;
2. **הארט**: חוק, אבל אסור לציית.

הרעיון כאן הוא על ההבדל שבין אם אתה אומר שזה לא חוק, לבין אם אתה אומר שזה חוק, אבל אסור לציית. כך, שלפי דעתו של הארט, יש להדגיש את השאלה המוסרית ללא הטיעונים החוקיים בהכרח (למרות שרדברוך נשאר בתבניות הקלאסיות). הנפקות תהא במקרה שבו נסתדר עם פרשנות מסוימת, אבל השנייה לא נותנת מענה, לכן נוכל לראות זאת במקרה הבא – **מקרה ההתיישנות** (ולסיפור שרדברוך מספר, לא בהכרח יש להארט תשובה):

הדוגמה שלנו היא של מקרה אנונימי, המדבר על בירוקרטיה, ללא שאלה של ציות. כזכור, הפקיעו ליהודים את הרכוש. יהודייה גרמניה שמה את כספיה בבנק, ובעקבות המלחמה היא ברחה לשוויץ. מכאן, הגרמנים החלו לחוקק את החוק שמפקיע את כספי היהודים. מסתיימת המלחמה והיא חוזרת לגרמניה כדי לתבוע את כספיה, אלא שעברה תקופת ההתיישנות.

האם מדובר בחוק צודק? מה גישתו של רדברוך בעניין? נראה שלפיו לא היה מדובר בחוק. מנגד, לפי הארט כן. אז סוגיות של הפקעה או התיישנות הן לא סוגיות של פקודה, המשפט הוא עשיר ביותר, לכן גם דברים בירוקרטיים עשויים להיות מאוד בעייתיים. אז אם נרצה לזכור בקלות, נראה את הנוסחה שעוזרת לזכור את ההבדל שבין הארט לרדברוך: ביחס שבין פקודה בלתי חוקית בעליל, לבין פקודה בלתי מוסרית בעליל. פקודה בלתי מוסרית בעליל שמה המון מטען אחריות על הכתפיים שלנו, וזו המטרה של שני ההוגים, אך, בזה שהדגשתי את המוסריות, הורדתי את משקל החוקיות, ובזה שהדגשתי את החוקיות, הורדתי את משקל המוסריות. (!) אז לפי הגישה הפוזיטיביסטית צריך לבדוק: לפי רדברוך במקרים קיצוניים, מכניסים את המוסר פנימה למבחן החוקיות, ולכן עניין מסוים ייחשב כלא חוקי במקרים של אי-צדק קיצוני. לפי הארט אותו עניין עשוי להיחשב כחוקי, אבל אין לציית, כך שאפשרי להעמיד לדין מכוח המוסר.

אילו נפקויות מעשיות יש לדיון הנ"ל? ניתן לראות זה **בפרשת ירדור**, שם, זוסמן משתית את ההכרעה שלו על הרעיון של משפט טבעי:

"הכללים היסודיים, העל חוקתיים האמורים, אינם בעצם, לגבי עניננו, אלא זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה. בין אם נקרא לכללים בשם 'דין טבעי' ללמדך שמטבע ברייתה של מדינת דיו הם."

בפרשה אחרת, **אלון** מצטט את **דבריו של זוסמן** הקשורים למשפט הטבעי) כמו גם בפרשת בית הסוהר הפרטי. **בפרשת ירדור** השופט כהן אומר שיותר מסוכן לפסול חוקים מכוח דברים שלא כתובים. כך, שלמעשה, אם אין הסמכה חוקית, זה פוגעני לפגוע בזכותו של האזרח. במילים אחרות, השופט כהן אומר שלא ניתן להזדקק למשפט עדי לבטל חוקים, בגלל שאז אתה יכול לפגוע בדמוקרטיה. דוגמה נוספת קשורה לכך שכשאלון מבקש לפסול את מפלגת כך, הוא מצטט את הלכת הרוב **בפרשת ירדור**, אבל טוען שהליכה לבחירות כדי לבטל את בית המחוקקים מהווה כתרתי דסתרי, ולכן נפסלת הרשימה, זאת, בשם משפט העל בירדור (בשונה מברק שרק בפרשת ניימן השנייה, לאחר שהכנסת מסמיכה בחוק את היכולת לפסול רשימות, עושה זאת). \*ברק טוען שהרעיון הוא שלא נזדקק למשפט טבעי. בפרשה אחרת נוספת היא **בג"ץ המרכזי האקדמי חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, שמתעסקת בבית הסוהר הפרטי – מתקן חולות. מה הבעיה בבית סוהר פרטי? אומר ריבלין לפי ח"י: כבדה"א:

"ניתן אף לסבור כי מדובר בפגיעה שעושה צעד נוסף אל מעבר המישור של חוקי היסוד, ומצויה במישור של האמנה החברתית שעומדת ביסוד קיומה של המדינה. השתחררות של המדינה מהמונופול המוענק לה [...] סותרת עקרונות יסוד ראשוניים שהמבנה החוקתי כולו נשען עליהם."

אז בית סוהר פרטי זה טוב לאסירים, אבל אומר ריבלין שאין דבר כזה שאדם פרטי יחזיק את החירות של אדם פרטי אחר. זה מונופול של החברה, רק החברה יכולה להגיד שאנחנו ניקח מאדם מסוים את החירות, שכן כל התירוצים שבעולם לא יוכלו לשנות את התבנית הזו. אז לדעת המרצה זה סוג של משפט טבעי. אז גם לא מדברים על עקרונות יסוד של השיטה שלנו, אלא משהו אוניברסלי.

אם נסכם את כל הדיון עד עכשיו, אנחנו מדברים על השאלה – בעצם, כולנו נתקלים באירועים כאלה שלא יכול להיות שהחוק מאפשר דבר כזה או שהוא מתיר/מצווה דבר כזה, והשאלה היא אז מה? מה זה אומר לנו? אז השאלה היא האם גם המוסר האוניברסלי הזה יכול לשמש מקור לנורמה משפטית? אנשי משפט טבע יגידו כן. אז בעצם, זה אולי מה שעומד בבסיס כל הרעיון של זכויות אדם, כי יש דברים מוחלטים. אבל גישה אחרת אומרת שהטענה שלא ניתן לקחת מהמוסר הטבעי וליישמו בשטח מאוד מסוכן ובעייתי, מה שמשאיר אותנו חשופים לטענות של אי צדק (אם נבכר וודאות), ולשתי גישות: המוסר לא יכול לעמוד בפני עצמו אלא רק עם ערכים אחרים (רדברוך), ולפי הגישה השנייה, של הארט, פקודה בלתי מוסרית שמה על הכתפיים שלנו את האחריות להתמודד עם העניינים של מוסריות. חשבנו שיש מקרה מבחן שמה שאנונימי שלא מחייב ציות, מעלה את השאלה, כך שלא כל דבר זה כן ציות או לא. וראינו את ההתמודדויות האלה. נשים לב לוויכוח בפסקי הדין: **בירדור**, זוסמן אומר שיש משפט על ולכן אם נפסול חוקים בשם ערכים לא נדע לאן נגיע, יאמר **אלון** שחייבים להיכנס לפרץ גם אם אין חוק, **ברק** אומר לא להשתמש במשפט טבעי על והשופט **ריבלין** אומר, שישנם עקרונות על של השיטה, כך שלא יכול להיות מצב שישלוט אדם באדם (פרטית).

**כיצד החוק מחייב? – הנורמטיביות של החוק**

**‏8/5/2023**

השאלה של הנורמטיביות מתמקדת בשאלה למה מה? ולצורך העניין של הקטע של הנורמטיביות, דיברנו על ההבדל בין עולם נורמטיבי לדסקריפטיבי, ולצורך כך נבחן את החשיבות בעמדתו של **ג'ון אוסטין**.

**Law  
משפט**

**חוק: ציווי**

**"חוקים" – רק באופן מטפורי**

הארט בדיון פילוסופיים על המשפט מוציא את היהלום מהבוץ של אוסטין, ומרים אותו להנחתה. יש כאן תובנה חשובה בדבריו, ואולי אפילו 2 או 3 תבונות, והוא מרים אותו להנחתה ויש אומרים שהוא צדק אל מול הביקורת. אז קודם כל, אוסטין הוא פוזיטיביסט, והוא ינסה להגדיר לנו מה זה משפט מבחינת תורת המשפט. לרוב, אנחנו משתמשים בחוק ובשפה קצת רופפת, אבל אנחנו מתכוונים למשהו אחד ומשתמשים במושג של חוקים לא מדויקת. ניתן לתת דוגמה או שתיים לשימוש בחוקים שלא מתאימה לתורת המשפט? חוק הטבע, מה ההבדל בין חוק הטבע לבין החוקים שאנחנו לומדים כאן? חוק הטבע הוא תיאורי, אז זה בעצם לא פונה לרצון החופשי של אף אחד. כלומר, מבחינת חוקי המדע, אין רצון חופשי. ואותו הדבר גם לגבי כללי התנהגות חברתיים, ישנה חוקיות מסוימת, למשל שלפני מונדיאל קשה למצוא פיצוחים או שלפני מבחנים קשה למצוא קפה על המדפים, אז ניתן למצוא מעין חוקיות כזו שזה בעצם תיאור ולא חוק שככה חייב להיות והיא מבדיל בין נורמות לתיאור, והשימוש בחוק, מבחינת כל האגף התיאורי הוא מבחינת שפה. אנחנו נתמקד בחוקים שצריך לציית (חוק: ציווי). ובעולם של אוסטין, דתי, ניתן לציין 2 מישורים נוספים – חוקי האל, כמו אקווינס, לבין חוקי אנוש. הדיון בתורת המשפט הוא הדיון על חוקים שבני האדם יצרו. וכאן, יש הבחנה מאוד מעניינת שמבחין בין דברים של נגזרת עליונות פוליטית, לבין דברים שהם לא עליונות פוליטית. למשל, יש דברים שאנחנו קובעים, למשל, אנחנו קבענו דברים מסוימים או שהמדינה קבעה. תורת המשפט עוסקת לא בכללים חברתיים, אלא בתחום של המחוקק האנושי. אז מה יש לנו כאן? אנחנו לא מדברים על חוקים מטאפוריים, או על חוקי האל, או על כל מיני סטנדרטים, אלא מה המחוקק קבע כאן. אז חשוב לשים לב שאוסטין מבדיל בכך בין דברים שאולי היה צריך לנהוג, וכאן, למשל, במוקם האל אפשרי לכתוב מוסר, לבין דברים שבפועל נחקקו, ויש ציווי אנושי. וזה הקטע הפוזיטיביסטי בין החוק לבין המוסר. לא בגלל שהוא לא מחזיק למוסר, אלא בגלל שלדעתו זה לא המדע שהוא עוסק בו. בנוסף, הנורמטיבי זו הדרך שלנו.

הבחנה:

* דסקריפטיבי = תיאורי;
* נורמטיבי = מה החובות, נורמות, *nomos*

הבחנה:

* מה צריך להיות (=חוקי האל, המוסר)
* לבין: מה בני אדם עשו בפועל (חקיקה אנושית)

**"חוקי האל"**

**\*הוראות של המחוקק: חובות / איסורים**

**\*\*כללי התנהגות חברתיים**

**"Morality"**

**\*עליונות פוליטית מה שסמכויות שלטון קובעות [=אנכי]**

**\*\*ללא עליונות פוליטית מה שאנחנו קובעים אחד לשני [=אופקי]**

**חוקי אנוש**

חשוב לשים לב לנקודה רגישה שהיא מעניינת, לא בגלל שאנחנו מתעניינים במיונים ועצים, אלא שזה מאתגר אותנו לחשוב – מה כלול במושג של עליונות פוליטית? לא כללי התנהגות כמו מה לובשים לאופרה, או מה לובשים בטקס הדוקטורט. אז אלו לא חקיקה, עליונות פוליטית אומרת לי מה לעשות, אז זה הפלילי, המנהלי וכו'. איפה נסווג את המשפט האזרחי (כמו, למשל, חוזים), האם הם שייכים לעליונות פוליטית? או לאו? אז במקרה הזה, לא כ"כ ברור, יש מקומות שהוא משייך את זה לדברים שהם לא עליונות פוליטית, אך נדון בכך בהמשך.

אז הרווחנו את ההבחנה שבין תיאורי לנורמטיבי, ודייקנו מה כלול בציווים שהמדינה מטילה עלינו, וכאן הנוסחה המפורסמת שלו – **אם ישנה חובה משפטית (לא מוסרית), מה צריך כדי ליצור חובה/זכות משפטית? צריך ציווי של מישהו כדי ליצור את החובה המשפטית הזו**. עכשיו ציווי לא צריך להיות מנוסח כפקודה (לא "אל תעשן", אלא, אודה לך אם לא תעשה, או האם תואיל בטובך לא לעשן). (!)מה פירוש התמרור שראינו? אין כניסה, מה משמעות התמרור? לא להורות איך לפעול, אלא שאם תיכנס יאכפו זאת, אבל זה גם אומר שהגבלנו את החירות של חופש התנועה, עשינו את זה באמצעות מנגנון ואולי משיקולים של חיים, צדק וכו'. אז המשמעות היא מעבר לפירוש המילולי של הדבר עצמו. לכן, חיווי של רצון לא חייב להיות מנוסח כפקודה, אבל מי שנותן את זה הוא הריבון או מישהו מטעמו (מסמיכים וכן הלאה). כך, שמדובר לא על המוסר האוניברסלי, אלא זה מישהו מוגדר, מישהו ספציפי, שהנוהג הוא לציית לו ("עליונות פוליטית"). אם המשפט הטבעי דיבר על המוסר כמקור של נורמות, אז לא – יש מישהו אנושי מוגדר. הקטע של לא כפוף לאף גורם אחר, ואם נדבר על פקודות שיורדות, אם נבחן מי הסמיך את הפקח ומי הסמיך את ההסמכות... במקום מסוים נגיע לכך שיש מי שמוריד פקודות אבל הוא חסין מכל פקודה למעלה. כי מי הסמיך אותו? וזה בדיוק העניין של פוזיטיביזם, לא מדובר על עובדה מוגדרת, אלא עובדה חברתית – מישהו שאפשר להצביע עליו. אז מה חסר? יש ריבון מוגדר שלא כפוף לאף אחד, שמסמיך אחרים ומוריד הוראות, אבל עכשיו נשאל את השאלה – למה מה? והתשובה היא כי אם לא מישהו יחטוף, זו הסנקציה.

**זו הנוסחה של אוסטין – חובה = ציווי [חיווי של רצון] + סנקציה**. אז הרעיון הוא שאנחנו מכוונים פנימה את האינטואיציה, אם נניח אנחנו מתלבטים אם לחנות במקום מסוים או לא, אנחנו שואלים את עצמנו אם כדאי או לא, אז יש מקומות שיגררו את האוטו ויש מקומות שעושים בהם דברים אחרים. אז חשוב לזכור שהרעיון כאן והסנקציה זה הלמה מה. יש כאן עוד הוראות, אבל נתחיל לחשוב האם באמת זה תיאור נכון. **אוסטין גם עומד על זה שתיאור חייב להיות כללי ולא פרטני**, הוא מביא דוגמאות של פרוק את האונייה ותביא יין, אבל זה חייב להיות חוק. אז אם מדובר על החוק כציווי, האם זה מכסה את כל סוגי החוקים שאנו מכירים? אילו חוקים אנו מכירים שהם לא בדיוק ציווי? למשל, הצבעה בבחירות, חלקים מחוק החוזים, חוקים מוסדיים של הכנסת. בביקורת של הארט בראש ובראשונה נתייחס לפקודת הפרשנות, זה לא לגמרי נכון, אבל ניקח למשל את חוק הפרשנות או פקודת הפרשנות, אז אדם לרבות חברה, זה פקודה? לא. גם עם חוק שעון קיץ, מזיזים את השעון באביב ובסתיו, שלא נדבר על חוק שמבטל חוק, האם זה פקודה? האם החוק הבינלאומי הוא ציווי? יש דברים שאולי כן, אבל זה ציווי? הרבה חושבים שכן, האו"ם ציווה, אבל האו"ם יכול לצוות על מדיניות ריבוניות? אמנות ג'נבה אלו אמנות, כשמם כן הן – הסכמה. כל מלחמת קוריאה, למשל, הייתה כוחות האו"ם נגד קוריאה, אז אין ציווי. ויש כל מיני דברים במשפט הבינלאומי, למשל שמפרץ עובר כאן וכמה קילומטרים זה הקו, או מי זוכה במים במורד הנהר וכו'. יש גם את המשפט המנהגי – האם הוא ציווי? מי מצווה את המשפט המנהגי? איזה ריבון מצווה את המנהג? אין סמכות עליונה ולכן זה לא עונה לתבנית הזו. האם חוק פרשני בעל סנקציה? לא. חוק לא מושלם, יש עליו סנקציה? או החוק הבינלאומי, יש לו סנקציות? אולי כן לחלקם, אבל מה עם המשפט האזרחי? יש סנקציה או אין סנקציה? מה קורה בדיני חוזים, אם אני מפר חוזה, יש סנקציה של החוק? למשל, יש שוכר דירה 4 חדרים ברוטשילד, ולבעל הבית לא נוח וגם לשוכר, כי התברר שדודה רבתה של השוכר השאירה דירה ממול. אבל השוכר לא רוצה להפר חוזה, שכן, מה בעל הבית יגיד? לא נרצה להפר חוזים כי חוזים צריך לכבד. אז אין עליונות פוליטית, אבל מה זה החוק הזה? אלה הן שאלות של הארט. ולכן, הוא מנקה את היהלום של מה זה חוק והצליח ככה לזקק את הנוסחה שבשביל להרים אותו, ואולי כדי לקבל מושג אחר שמיד נראה מה הוא – מושג חשוב מאוד. ועדיין, יש כאן זיקוק של מה זה משפט. הוא מתאר את המשפט כמשהו שצומח מלמעלה למטה שבני אדם יוצרים ולא המוסר האוניברסלי או "רוח העם", אדם נתן פקודה וצריך לציית לו כי אחרת זה יעלה ביוקר. ולכן, התיאוריה היא מאוד חשובה, וגם ההבחנה בין סוגים שונים של דברים שמחייבים את האדם, עצם זה שאתה יודע לשים כל אחד ולהגדיר אותו, ומה התחומים ביניהם, כלומר מה מחייב אותך, זה בעצם הופך לחשיבה נקיה כזו ומדעית. הוא מדגיש גם את השאלה העובדתית הברורה – האם מישהו יצר את החוק או לא. את המוסכמה החברתית בדבריו נשאיר בצד, אבל יש כאן קושי.

אבל, לא כל חוק הוא ציווי. ציווי מאפיין מקטע מאוד מסוים של המשפט. מוסדיים, אזרחיים שמאפשרים ונותנים כוח, אז גם נחשוב על המניעים שלנו, האם הסיבה היחידה שאנחנו מצייתים לחוק זה בגלל שאנחנו חושבים שמישהו יעניש אותנו או שאנחנו חושבים שאלה כללי המשחק? למשל, בכדורגל, לא מותר לגעת בכדור למי שאינו שוער, אחרת יש פנדל או כרטיס צהוב וכו', האם זו הסיבה שכדורגלנים לא נוגעים בכדור עם היד? אז יש כללי משחקי ולא כל דבר שאנחנו עושים זה בגלל שאנחנו מפחדים שיתפוס אותנו שוטר. ז"א, התיאור של אוסטין הוא אולי אחלה למקטע מסוים של המשפט, לחלק מהמניעים שלנו, אבל הוא לא מתאר את האושר של המערכת המשפטית וגם לא את המנעד של הסיבות שבני אדם מצייתים לחוקים. אז, למשל, למה היה חיפוף בעניין של פרשנות? כשאנחנו מדברים על אדם לרבות חברה, אמרו שיש כאן חוק שלא נותן פקודה או סנקציה, אז למה קראנו לזה חוק? בגלל שיש לזה כותרת – פקודת הפרשנות – אבל אנחנו לא צריכים ללכת שולל אחרי מילים וכותרות. זה שהמדפיס והמחוקק לקח קובץ והפריד אותו וקרא לו "חוק הפרשנות" לא אומר שזה חוק וזה לא, אלא שחוק כולל את כל המרכיבים שלו. חוק העונשין, למשל, בנוי מכמה דברים – מהי כוונה, רצון וכו', אז כל הרכיבים שמופיעים בתפזורת של סעיפים, ואולי צריך לפתוח קובץ אחר על מה הוא נשען, כל זה נשען על תבנית מסוימת, גם אם נמצא בחוקים שונים. למשל, משהו שקשור לגיל, אז אנחנו צריכים לפתוח גם את חוק הכשרות או את השאלה – מהו חצות לפי שעון קיץ או לא, אז כל מיני רכיבים שונים נכנסים מבחינת ההגדרה של הנורמה המשפטית, אבל כל הנורמה המשפטית בנויה מהגדרות. כלומר, שהגדרנו כל מיני דברים שהם רלוונטיים שהם ביחד נורמה, ולכן השאלה של פקודת הפרשנות היא לא אמיתית, כי היא חלק, למשל כתב, זה הפך לחלק מחוקים אחרים. עכשיו, זה לא מספיק שהארט מבקר את אוסטין, אלא אף מעבר.

הפירמידה הזו שאולי מתאימה לעולם דתי, או לתפיסות דתיות של חוק כתיאולוגיה שיש סיבה ראשונה ואין מעליו שום דבר, לא מתאימה לתיאור של החקיקה האנושית, כי גם המחוקק, אפילו בישראל, כפוף לחוק. איך זה? אם המחוקק הוא זה שמוריד את ההוראות, איך הוא כפוף לחוק? מה זה אומר על החוק? אז החוק הוא לא אוסף של פקודות שצריך להוריד מלמעלה, זה אומר שיש כללים, ואולי אנחנו יוצרים את הכללים בעצמנו, אבל על מה זה נשען? זה חייב להישען על משהו. אז הרעיון כאן, הוא שמושג המשפט עשיר יותר מפקודות, והמשפט כולל בתוכו גם חוקים שמעניקים סמכות, ויש להבחין בין הטלת חובה להענקת כוח משפטי. מה זה כוח משפטי? כוח משפטי הוא יכולת לעשות דברים שהמשפט נותן לו משמעות. למשל, יש לי כוח משפטי לערוך חוזה. או לערוך נישואין, צוואות (יצרת מצב שנתת מתנה למישהו), אז לפעמים אנחנו מייצרים דברים פיזיים, אבל יכול להיות שעשיתי משהו שיש לו משמעות בעולם המשפט. וזה כוח משפטי, כלומר, יש דברים שמטילים חובה, כמו לשלם מס הכנסה ומילואים, אז הענקת כוח שייכת לעולם המשפט אבל לא לפקודות. כמו גם יכולת להקים תאגיד, שמהווה כמעין עשיית משהו עם משמעות משפטית. יש גם חוקים שמסדירים באיזה גיל ישנה כשרות משפטית, או מה באמת התוכן של הסבר מסוים, איך אנחנו בונים מרפסת, תקציב המדינה. יוקם בזה ביהמ"ש לענייני... מה זה יוקם בזה? שפתאום יצרת מוסד. החוק לא עשה את זה בדרך של פקודה, הוא יצר מציאות אחרת, ולכן התעכבנו על אוסטין, עדיין יש את האינטואיציה שאנחנו לא חונים בגלל שאנחנו מפחדים מדו"ח. אז המשפט הוא בדברים מסוימים זה, אבל המשפט הוא עשיר יותר, וגם המניע, לא רק ההיקף של המשפט.

חשוב לשים לב להבחנה הבאה – לפי אוסטין, למה חייבים לשלם מס הכנסה, זו פקודה ואם לא אשלם אז מה שיקרה הוא סנקציה, אבל אם לא אשלם לשודד? **מה ההבדל ביניהם? המניע הפנימי שלנו לציית**. אז התיאור מבפנים הוא חשוב. נסתכל על פריסת מערכת הנורמות של מערכת הכללים:

יש הרבה דברים שניתן לתאר אותם מבחוץ, אנשים נוהגים כך וכך, אבל, יש כללים שבהם החברה רואה את עצמה מחויבת וזה לא רק תיאור מבחוץ. חלק מהדברים הם סתם מוסכמות וחלק הם מחויבויות. וכאן ההבחנה החשובה הפוזיטיביסטית בין דברים שאנחנו רואים את עצמנו מחויבים להם – מבחינה מוסרית, מחויבים מבחינה חוקית, אבל איך אני יודע מה מחייב אותי?

יש כללים שמחייבים – מוסר שיוצר סוג מסוים של מחויבות וגם מוסמכות חברתיות – אבל, מה מחליף את הפקודה בתור מקור לכללים עצמם? אצל אוסטין, הייתה פקודה – ומי מעל הפקודה? מי שהסמיך את הפקדוה ובשלב מסוים הגעת לטופ שהוא נותן את הפקודה. אבל אנחנו רוצים תמונה יותר עשירה של המשפט, משהו שיכלול בתוכו את המוסדות והסמכות האזרחית. אז מה הבסיס של כל החוקים האלה? אחד הרעיונות שהזכרנו קודם הוא הפוזיטיביזם – המוסכמה החברתית. החברה בשלב מסוים מקבלת, כעובדה חברתית, את החוקים של כל מדינה ומדינה, איזו מערכת ואיך הם יוצרים חוקים. כך, שבמקום מסוים לא ניתן להסתכל בספר החוקים איך חוק נוצר מבלי שנשאל את השאלה – מי אמר להסתכל בספר החוקים הזה ולא אחר? במקום מסוים, האחריות היא לזהות מה נקרא "חוק", והאחריות הזו יושבת על הכתפיים של החברה עצמה. אז בסופו של דבר, אנחנו יודעים לפנות למשפט הספציפי כפי שהוא היום, ולדעת מה הוא אומר, אבל כרגע מה המשפט אומר בשטח, אנחנו יודעים לזהות אותו. אנחנו לא הולכים למערכות אחרות, כי אין הסדר וההסדר יהיה כעובדה חברתית. אז כעובדה חברתית, גם אם נקבל צו גיוס להוד מלכותו המלך החדש, אבל אף אחד לא יתייצב ללשכת הגיוס הבריטית, כי בשלב מסוים עברנו קידומת. אז אנחנו כעובדה חברתית מזהים את מקור הסמכות המשפטית. זה מה שעומד בלב הפוזיטיביזם בהסתכלות על כללים. הפוזיטיביסט שמדבר על פקודות יאמר אוקיי – תראה לי את הריבון שהוריד את ההוראה ואני אדע מה מחייב אותי. הרגנו את הריבון, אנחנו עוברים בשפה של כללים שגם מה המשפט עובר לאיזה כללים חלים כאן. אז העניין הוא שאנחנו מזהים שאנחנו "במשחק" הישראלי, ומי קובע? אי אפשר לעמוד מבחוץ ולקבוע, אלא השחקנים עצמם, כי זה הרעיון לא רק של מוסכמה חברתית, אלא מוסכמה חברתית כעובדה. אם נניח אנשים יפסיקו לציית לכנסת, אז כעובדה חברתית זה לא ישנה שהיה מבנה בירושלים, כך, שהדיון הפורמלי לא כ"כ לעניין. אז מה ראינו היום? את הגישה שרואה במשפט פקודה + סנקציה, יש לה משהו אינטואיטיבי שקוסם, אבל זה נורא צר מבחינת מה המשפט כולל למה המניעים שלה. ברגע שאנחנו מדברים על כללים יש יותר אפשרויות אבל אז צריך לשאול מה המקור של המחוקק, אז נגיד שזו עובדה חברתית, כעובדה חברתית אנחנו מקבלים את המערכת החברתית הזו שמסמיכה, למשל, לתת דו"ח.

**הארט: כללי הזיהוי והנורמטיביות של החוק**

**‏11/05/2023**

בפעם הקודמת ראינו קצת מדבריו של אוסטין, ומה שהארט הצליח לעשות הוא להמיר את הרעיון של פקודה ברעיון של כללים וכללי משחק. ואפילו בשלב מסוים הצליח להמיר את זה מכלל נורמטיבי לכלל חברתי. כללים הם כללים נורמטיביים – ניקח למשל כדורסל, מה הגודל של הסל? או כדורגל – מה הגודל של שער? כמה שחקנים על המגרש? וכו'. אבל, ההחלטה שאנחנו קונים כרטיסים לכדורגל או לבייסבול או לכדורסל היא לא חלק מכללי המשחק, היא בעצם עובדה חברתית. אז כל הדברים האלה הם עובדות חברתיות שעומדות בבסיס בסופו של דבר שמה שקורה של הציווי של המוסר. כשדיברנו על פוזיטיביזם, הרעיון הראשון היה ההפרדה בין השאלה המשפטית לבין המוסרית.

השאלה איזה כללים מחייבים אותנו היא בעצם **שאלה חברתית (עובדתית)**, למה זה חשוב? זה ייתן כלים לוויכוחים היום כדי להבין את המשמעות על מה מתווכחים. אבל, החלק הראשון חשוב בגלל שזו שאלה עובדתית, שלפעמים אנחנו לא מודעים שקיימת ואנחנו מניחים שהיא קיימת, לכן נשאלת השאלה – למה מצייתים לחוק? ושואלים את הפקיד למה מה? נניח כי אלה הכללים? אבל איך אנחנו יודעים שהוא מוסמך? לאן השוטר פונה כדי לבדוק אם הוא מוסמך? אז אנחנו נשענים על עובדה חברתית ולא רק חוק (כלומר, שפקודת התעבורה מחייבת אותנו ולא הקוראן, למשל). אמנם, יכול להיות שיהיו התנגשויות בין החוק לעובדות החברתיות, אבל על מה נשען החוק? החוק אמר שצריך להקשיב לחוק, אבל על מה הוא נשען? צריך משהו בחוץ שאומר כעובדה שהחברה מקבלת על עצמה את המערכת הזו. עכשיו, זה יכול שנניח ישנה הסכמה של מקור מוסווה, אבל אנחנו לא מדברים על ציות, אלא מה מבחינת התוקף? זה בעצם הקטע הפוזיטיביסטי – פוזיטיביסט אומר אני בודק מדעית, ולא מספיק להסתכל בספר החוקים, אלא צריך לדעת באיזה ספר חוקים להסתכל, וזה אף ספר חוקים לא יכול להגיד, חייב להיות משהו שיופיע בחוץ כדי לדעת מה לפתוח, והמשהו הזה לא יכול להיות עוד ספר חוקים (כמו הפקודות של אוסטין, שכן, גם המחוקק הגבוה ביותר גם הוא כפוף לחוק), כלומר, לבסוף, צריך לדעת כעובדה חברתית שאנחנו רואים את החוקים שיוצאים, למשל, מהכנסת, כאלו שקובעים לנו את מערכת החוקים.

הסיפור של ג'ושוע אברהם נורטון: הוא נוחת בסן פרנסיסקו, והוא מסתובב ומתחיל להוציא הכרזות, הוא מודיע שהוא מלך אמריקה. לאחר זמן מסוים הוא מבטל את המפלגות ואף מיסים ועבדות. ועכשיו נשאלת השאלה – האם זה מחייב את האמריקאים או לא? מה ההבדל בינו לבין לינקולן שמבטל את העבדות? בראש ובראשונה – עובדה חברתית, אבל לא רק ההסכמה, כשמלך יורש מלוכה – לא רק צריך הסכמה, אלא עובדה חברתית. הארט לא שואל כמו אוסטין למה אני מציית לחוק, אלא מאיפה באה מערכת החוקים (כלומר, כעובדה חברתית אנחנו רואים את עצמנו מחויבים למערכת המשפט הזו ולא אחרת).

אז השאלה של עובדה חברתית מאוד משפיעה והיא חלק אינטגרלי מתורת המשפט אומר הארט. אבל בגדול, הרעיון כאן הוא שצריך עובדה, ולרוב זה לא רלוונטי לחשוב על משהו אחר. אז אפשרי לראות את זה בכל מיני אירועים היסטוריים ששאלת הנאמנות היא שקובעת. ולא כתנאי חוקי, אלא כי אם תלך שוב לכלל משפטי, אז מה עשית? אז איזה מן כלל זה שאפשר באמצעותו להגיד שזה מחייב? מה נותן לכלל הזיהוי את התוקף שלו? העובדה החברתית שהציבור רואה את עצמו כפוף למערכת אחת ולא לאחרת, וזה קורה כל הזמן. המשפט הוא מה שהציבור רואה את עצמו מחויב. דיברנו על הרעיון של העובדה החברתית כאחד המאפיינים של הפוזיטיביזם יחד עם ההפרדה, והיא מבססת כי הפוזיטיביסט אומר שצריך עובדות, ואנחנו נבדוק בצורה מדעית למי נתונה נאמנותם ולאיזו מערכת? ואת זה נצבע כמערכת של המשפט. ואז אפשרי לפתוח את הספרים. אם אתה מסתכל בחוק כדי למצוא את תוקפו, איך אתה אמור למצוא את סמכותו? אז מה מסמיך? מה בבסיס? באיזשהו שלב צריך להיות כאן משהו עובדתי (וזו הגישה הפוזיטיביסט). ישנן גישות אחרות כמו של קלזן, אבל לא נלמד עליהן. כך, שהשאלה היא האם יש מערכת משפט או לא שהשאלה היא עובדתית – אז כעובדה חברתית, נשאלת שאלת הסמכות.

לכן גם נשאל שאלה אחרת – ובמקום לשאול (לא רק כלל מזהה, אלא גם משפטי) אם כלל מחייב, אבל נשאלת השאלה האם העובדה החברתית קיימת? האם הנתון הזה קיים או לא, האם העובדה נכונה כעובדה מדעית ומזה נגזור דברים. אז איך בודקים את העובדה החברתית הזו? באמצעות העם או הפקידים? כשהארט מדבר על **הפקידים** (התנהלותו של הדרג המקצועי), לא בהכרח אפשרות יחידה. אז אם הדרג הפקידותי רואה את עצמו מחויב אז אנחנו נסמוך עליהם. גישה אחרת אומרת שאם הציבור יצביע ברגליים זה משהו אחר (התנהלותם של רוב האזרחים), אבל כאן גם יש את הרעיון השלישי – זה לא רק עובדה חברתית, אלא כי **מסכימים חברתית**. \*למשל, מה היה קורה אם נניח בהכתרה באנגליה לא היה מגיע אף אחד? אז מבחינת הרעיונות של הפוזיטיביזם ניתן לדבר על רעיון ההפרדה, רעיון העובדה החברתית ורעיון ההסכמה החברתית. יש עובדות גם שלא בהכרח הסכמות. אז יש נניח עניין של הבדל בין מוסכמה לעובדה – אם כולם מסכימים על כך או שאדם שולט כעובדה.

כשאנחנו מדברים על כללים, הארט מדבר על כללים מסוגים שונים, כללים למשל, כמו כללי אכיפה או כללים שמקימים מוסדות, הוא מבדיל בין כללים מסדר ראשון לבין כללים מסדר שני (כללים ראשוניים וכללים משניים). מה זה אומר מסדר ראשון?

* כלליים ראשונים – אומרים לנו מה לעשות;
* כללים משניים – אומרים לנו איך לשפוט את מי שלא עושה את מה שאמור לעשות.

כגון:

* הכוח לכרות חוזים
* הכוח להקים חברות

כגון:

* הכוח לכרות חוזים
* הכוח להקים חברות

רז: גם חוקים מסמכים של המשפט הפרטי

הארט: גם חוקים מסמיכים של המשפט הפרטי

\*כללים מעניקי כוח = כללים משניים

\*כללים מטילי חובה = כללים ראשוניים

שניהם באים ביחד. אז דיברנו על העניין של זיהוי חוק, אבל בכללים ראשוניים, הסיבה שצריך אותם כי אנחנו לא יודעים מה נקרא חוק. לא כל חברה מפרסמת ברשומות את החוקים. אז צריך לדעת מה נקרא חוק, אבל גם איך יוצרים חוק ואיך אוכפים חוקים. איפה נשבץ את המשפט האזרחי? האם לדעתנו החוק האזרחי (שזה חוזים וכו'), האם זה כלל ראשוני או משהו תומך לחימה (כלל משני)? בכל מקרה, הוויכוח הזה מעניין ותכף נראה מדוע. אז הארט עצמו מדבר על המשפט האזרחי ככלל משני, אולי זה דומה למוסדות, בגלל שהם נותנים כוח משפטי. אבל כל הרעיון של לתת לך כוח, זה לא שונה ממהותו ממה שקשור למוסדות והסדרים ולכן הוא משבץ את זה כאן. אנחנו נבדיל ונבחין בין הטלת חובה, לבין הענקת כוח משפטי. מה שחשוב לדעת הוא שניתן להבדיל בין הענקת כוחות לבים הטלת חובה, הענקת כוח משפטי – לעשות שינוי משפטי (צוואה, חתונה, גירושין). התלמיד של הארט, יוסף רז, חלק על דעתו של הארט, וטען שגם בכללים הראשוניים יש חוקים מסמיכים של המשפט הפרטי. למה? אז במקום לשאול איך זה עובד, יותר מעניין לשאול לשם מה זה נועד. הארט דיבר על האיך, כוח לעומת חובה לעשות דברים, אז זה מבלבל אומר רז. לדעתו, לא מעניינת המכניקה, אלא לשם מה זה קיים? אז כאן ישנה התובנה המרכזית, חלקנו חושבים על המשפט כהוראות שמגבילות את חופש התנועה והכל, אבל יש החלטות שהן העיקר, כל מה שכלול בממשק הבין-אישי קשור לתורת המשפט (להקים חברה, לקנות במכולת) האם אלו יהיו משניים? תקציב משפיע יותר מאשר רמזורים אדומים. (!)הוויכוח הזה והתובנה הזאת כבר הייתה בעבר, לגבי 7 מצוות בני נח, כשהדיון הוא למה משפט, ואחת המצוות היא מצווה שנקראת דינים, ונחלקו הפרשנים הקדמונים מה הפירוש של המערכת המשפט, אומר הרמב"ם – נורא פשוט, מה כלול ב-7 מצוות בני נח? רצח, גילוי עריות, גזל, אז דינים זה לאכוף את המצוות האלה. מבחינת הרמב"ן, אמר דינים זה כל המערכת שיהיה מסחר, פיקדון, בנקאות, סחר, זה כל מערכת המשפט שבין אדם לחברה. נראה ששניהם – גם הארט וגם רז מצביעים על ממדים שונים שלנו של מערכת המשפט, כמי שמטילה חובות וחירויות וחיובים, ואוכפת אותם (הארט-רמב"ם), אבל היא גם כלי לפיתוח אישי, וממשק בין אדם לחברו – איך זה עובד ומה אני עושה עם זה (רז-רמב"ן).

למה זה חשוב לדעת אם זה חוק או לא? אותו כלל זיהוי, אותה הפרדה – אם זה החוק או שמישהו אחר אמר? כי מתפקדים אחרת. למשל, אם זו שאלה מוסרית, אולי נגיב בצורה אחרת, לעומת משפטית. אבל גם הבדלים נוספים – לא ניתן לחוקק מוסר.

**כלל הזיהוי (או כלל ההכרה)**

כלל הזיהוי קובע מה נחשב לכלל משפטי תקף. אם זה חוק או מוסר, מה גבול האחריות הפלילית? 12, ילד בכיתה ג' הרג את חברו, האם נגיד שבגלל שאין לו אחריות משפטית אין לו גם אחריות מוסרית? אז אין חפיפה בין תחולת מערכת החוק לבין תחולת מערכת המוסר. ולכן, זה חשוב לנו לדעת את הרעיון כאן של הארט – איפה המוסר נגמר ואיפה מתחיל החוק. יכול להיות שנגיד לילד בכיתה א' לא להרוג חתול, אבל לא נאכוף את זה.

אז לפי הארט הכל זה כללים, ואין פקודות. לעיתים, בהרבה פעמים נצטרך לפתור בעיות עם כלים שלא בהכרח מתאימים, ניקח לדוגמה מחשבים, נניח ויש לנו תוכנה ושורת קוד, כך שזה אומר בכל שלב מה אני עושה עם היד שלי ומה קורה אם אני נתקע וחסרה לי שורת קוד? אז צריך לייצר משהו חדש, וזה הסיפור שעכשיו נציג, ואת הוויכוח הזה שקורה בזמן שלא אומרים לנו מה החוק, האם ניתן לייצר משהו חדש?

**דוורקין – עקרונות**

דוורקוין אומר שהדיון שהכל זה כללים לא טוב. הדגשת שזה לא המוסר אלא עובדות חברתיות וכו', אז הכל טוב ויפה אבל מה קורה כשאין כלל? אז הארט אומר שמפעילים שיקול דעת. על מושג של שיקול דעת שיפוטי צריך לקרוא את שני המאמרים של רז ושפירא. אז מה זה שיקול דעת? יש דברים שלא צריך לשיקול דעת כי כולנו יודעים מה זה שחור ולבן, אבל מה קורה כשיש איזון מטושטש? הקטע הוא מתי משתמשים בזה? למשל, עד פרשת בש אפשרי היה להוריד מקרר לבחוץ, ולאחריו לא ניתן. אז האם זה לא חקיקה? הייתה כאן יצירה של נורמה. ישנו הבדל שמאתגר את ההבדל שהשופט יוצר נורמה חדשה – אם שופט משתמש בשיקול הדעת החזק שלו, אז נצפה לשמוע סוג אחר של טיעונים באולם ביהמ"ש וסוג אחר בהכרעה. נראה בשבוע הבא שיש פסקי דין כאלה ששואלים בדיוק על זה, אבל המחוקק שוקל שיקולי מדיניות פרוספקטיביים, מה זה יעשה ומה יהיה האימפקט על החברה, אבל הטיעונים של ביהמ"ש הם מה יש כבר בפנים. זוהי המחלוקת בין האם המשפט כולל בתוכו רק כללים, ואז אם אין לנו כללים אנחנו משתמשים בשק"ד כדי ליצור נורמות חדשות, או שבצורה מסוימת, אנחנו לא יוצרים כלל חדש, אלא נשענים על עקרונות, לא דברים שיוצרים אותם כדי שיהיה לנו פתרון, אלא שאנחנו פוסקים בגלל שזה מה שהחוק אומר כבר עכשיו, למרות שזה לא מנוסח בדיוק, אבל זה כבר נמצא שם. המושג הזה ("עקרונות היסוד של השיטה") זה לא משפט טבעי, זה יותר דומה לפאזל, ושחסר לנו חלק, אנחנו באמת לא יודעים איזה חתיכה חסרה? או שניתן ליצור משהו חדש כי אנחנו מסתכלים על כל החלקים מסביב? נראה את פרשת palmer, שבדיוק לא הייתה תשובה ודעת הרוב אמרה שניתן לראות את כל הדברים השכנים, ולכן נוכל לדעת מה תהיה התוצאה. ונראה שזה מפתח להבין לא רק את עמדתו של ברק, אלא גם את הוויכוח החברתי.

נשאל את עצמנו לקראת השיעור הבא – איזה גישה יותר חתרנית? חדש, או גישה שאומרת זה כתוב כאן כל הזמן?

**דוורקין: עקרונות**

**‏15/5/2023**

השופט דוורקין מאוד השפיע על תורת המשפט הישראלית, היום נשווה גם את דבריו עם גישות של תורת המשפט וגישות של משפט טבעי. הביקורת שלו תהיה על **פוזיטיביזם צר**, והרבה מכנים את הגישה של דוורקין כפוזיטיביזם אינקלוסיבי – פוזיטיביזם כולל. למה הכוונה? בפרקים הקודמים, הדגש היה על כללים, פקודות, ואצל הארט שעבר מרעיון של פקודות לכליים, אנחנו למדנו על סוגים שונים של כללים (תשלם מס הכנסה, לא תרצח). למעשה זה סוג של ורצייה של ציווי + סנקציה. אז ציווי אינו פקודה פרטנית כמו לפרוק את המטען מהספינה הלילה, ואפילו לפי אוסטין כמו פקודה או הוראה – לא לתת חנינה ליגאל אמיר, זה לא כלל משפטי. אולי בגלל זה משתמשים במושג של חוק כשמתארים את חוקי הטבע, הוא בגלל זה בלי חריגים וזה חל על כולם. אם השמש הייתה פועלת לפי קפריזיות, למשל, לא היינו קוראים לזה חוקי שמיים. לפעמים הקבוצה יכולה להיות 0 או עם חבר אחד בקבוצה, כלומר – כל מי שהוא דמות (כמו סגן ומעלה). אבל הרעיון הוא שגם אוסטין שמדבר על פקודות וציווים הוא שהם כלליים. פקודה בצבא היא פקודה=חוק, בגלל שהכלל הוא לציית לחוק. כלומר, יש נורמה כללית שחייל מציית למפקדיו. הארט הוסיף עוד משהו – כללים מסדר שני, כלומר לא רק מה לעשות אלא גם כולל כללי שפיטה, כללי שינוי, איך נוצר חוק, כולל גם כללים שאומרים איך אני מכריע, אבל בראש ובראשונה, כולל את כלל הזיהוי, שאומר לנו שאנחנו מזהים איפה נגמר המוסר ואיפה מתחיל החוק.

למדנו על זה שלא ניתן לחוקק מוסר, מוסר אולי ישתנה, אבל אם נחליט כאן ועכשיו שכך וכך נחשב מוסרי, אז זה לא אותו הדבר. אחריות מוסרית שונה מאחריות משפטית. הגיל לאחריות משפטית והא נניח 12, אבל הגיל לאחריות מוסרית יכולה להיות בן 2. אז איפה עובר הגבול? כאן לא ניתן לקבוע זאת בחקיקה, אבל השאלה היא פ באיזה כלל נסתכל? איזה מערכת משפטית חלה כאן בארץ? הבריטית? המשפט הרצוי? מה חל כאן? אנשים שונים אולי יגידו משהו אחר, אבל השאלה בתור איזה משפט חל כאן היא שאלה שלא ניתן להסתכל בספרי החוק כי זה מעגלי – באיזה חוק אסתכל? גם שם בסיפור של התורה עמדו למרגלות הר סיני וקיבלו עליהם – נעשה ונשמע, אז גם הגישה הדתית/אזרחית/תורנית יצביעו על איזושהי עובדה שמכוננת את המערכת וההתגלות – היה אירוע או כעובדה חברתית (אנשים רואים את עצמם מחויבים לישראל ולא לשלטון העות'מאני). וזה שונה מהמוסר, כי זה רק מה שבני אדם חוקקו, ונפנה לדיון הקודם כשהתלבטנו את מי שואלים – האם הפקידות משמשת כאבן בוחן אם יש כלל משפטי תקף, או כל העם.

אז מה שעושה את החוק למחייב, לפי אוסטין זה הסנקציה (פחד מעונש) ולפי הארט – עובדה חברתית שהחברה רואה את עצמה מחויבת. הדימוי שלו – כשאנחנו משחקים כדורסל, אנחנו מצייתים לכללים לאו דווקא בגלל השופט, אלא בגלל שאנחנו חלק מהמשחק, כלומר, אנחנו יכולים להבין מה בתוך מערכת הכללים ומה מחוץ. אז גם מי שלא מציית לכללים יודע לזהות מהם, אלא אם כן הוא מורד בסמכות של מישהו אחר להטיל כאן משהו אחר. אז הרעיון שכל פרט מזהה את מערכת הכללים שמחייבת את הסוגייה שאליו הוא כפוף זו עובדה חברתית.

הדיון המעניין הוא – מה קורה כשאין תשובה? קצת אמרנו שהשופט הוא יוצר לפי הארט, וזו הנקודה כאן – מפעילים שק"ד והשק"ד שהשופט מפעיל, הדגשנו אותו קצת, והדיון כאן לא יהיה רק אינטלקטואלי, אלא גם למבחן. אז מה השק"ד הזה? אז יש כאן 2 תפיסות ולא ניתן לחמוק מההתלבטות כאן, מה שמשפיע על הפסיקה והגישות בחברה הישראלית:

זה ההבדל בין 2 מושגים – Umra: לחסות; Penumbra: הדבר שליד הצל. אז כל המצב של ה-Penumbra, הוא מצב שאנחנו צריכים להפעיל שק"ד. צל שחור לגמרי ברור שכן, אבל אם נחפש את הלבן ביותר, יכול להיות שרק בקצוות מתחילה להיות Penumbra או שנקבע בצורה דיגיטלית, אבל ההחלטה תהא כבר החלטה נורמטיבית, שהיא לא רק תיאור מציאות, אלא תיאור דיגיטלי. כך, למשל מבחינת העניין של תמרור, אז אם נתחיל מפרשנות תכליתית והיא – שאנחנו לא נכנסים לגינה כי אנחנו לא רוצים לדרוס מישהו אז בסדר, וכן הלאה וכן הלאה. ההחלטה תהא של השופט. כמו ששופטים קבעו לגבי אופניים חשמליים לפני החקיקה, זה היה אקט של חקיקה שיפוטית. הקטע הראשון הוא שהתקדים שיוצר השופט, לא היה תקדים מחייב אתמול, הוא כן תקדים מחייב היום, בשטח – אומר דוורקין כנגד הארט, השופט יצר כלל חדש. למשל, בדומה לבש, לא ברור אם לפני פס"ד היה מותר להוציא את המקרר לבחוץ, אבל מאותו יום שניתן פסק הדין – אסור.

ישנו קושי אחרת, לפני שניכנס לביקורת שבה פתחנו ביום חמישי, נרצה לעמוד גם על ביקורת מסוג אחר, וזה המושג של כללים, יש לו בעייתיות נוספת – אותה נראה בפסק דין:

**בפרשת פלוני נ' פלונית (3798/94)**, עולה מושג עצמו (מטבע הלשון שעולה ממנו) הוא מאוד חשוב לחשיבה. מבחינת המקרה, מדובר בגבר נשוי שהכיר את בת השכנים והכניס אותה להיריון, אלא, שלאחר לידת הילד, הבת חתמה על הסכם אימוץ, רק בתנאי שהמערער ואשתו לא יקבלו את הילד. לבסוף האבא קיבל את הילד. הקושי התעורר לא כשאין כלל ואז צריך ליצור כלל חדש, אלא הקושי הוא הכלל עצמו – להפעיל את הכלל מביא למצב לא טוב. העניין של משפט הטבע כמעט ולא נמצא היום כי הוא קיצוני, אבל נשאלת השאלה מה עושים עכשיו? אומר חשין – Hard Cases Make Bad Law, ברור שדווקא לא כדאי לקחת את הדוגמה הלא מפולסת להמשך. אז אנחנו לא משפט טבע, יש לנו כלל, והוא מתאים למקרה הזה כדי שנעשה איתו צדק, אלא שאנחנו יוצרים תקדים על בסיס המקרה הזה, אבל תקדים לדורות – זה כבר בעיה. אם הרעיון הוא לעוות את הכלל כדי שזה יתאים למקרה הספציפי, אבל לא למקרה הבא – זה קצת בעייתי.

חשין חוזר לרעיון שאנחנו נשענים על כללים, שהוא הבעיה, כי אם אתה צריך להיות גמיש – אז זו בעיה. הכוונה למקרה קשה היא:

"למקרה שההכרעה בו קשה הואיל והחוק מורה, לכאורה, אל צפון, ואילו לבו של השופט נמשך אל דרום."

לסופו של דיון של מקרה קשה, השופט מחליט כצו לבבו, אך אותה החלטה מתקשה לרווח עצמה במסגרתו של החוק הספציפי או הכללי. הוא לא נותן לאבא את הילד לאימוץ, איך הוא עושה את זה? באקרובטיקה פרשנית, אבל אנחנו נדרשים להציג נכון את העניין של מקרה קשה ואת הפסיקה במקרה שכזה כי בשני המקרים צריך אומץ – אם אתה אומר ייקוב הדין את ההר – האישה עלולה לבכות ולחוש צער, מנגד, פוגעים בדין.

נחזור לביקורת שפתחנו בה בשבוע שעבר על ההבדל בתודעה של שופט כיוצר חוק, ולא רק בקושי שלו כמי שצריך להכריע, אלא על עניין התודעה כי כשאתה יוצר כלל חדש, המשמעות היא שהפכת להיות מחוקק. וההבדל בין מחוקק לבין שופט, נמצא בשטח. בבית המחוקקים, מי שהיו בוועדת הביטחון השאלות הן "**מה זה ייעשה**...", כלומר, כיצד ההחלטה תשפיע. כניסה לוועדת הכספים – השאלות דומות – "מה זה ייעשה...". וזה יגיד כך והאחר יגיד אחרת. אז כל הדיונים של המחוקק הם בשאלה של האימפקט – ההשפעה על החברה, כל השיקולים הם פרוספקטיביים, צופי פני עתיק, אם אני עכשיו אפסיק את האש, האם זה ימנע פגיעה ברכוש ובחיי אדם. ויש שיקולים שונים בטווח הקצר, הארוך והבינוני. אז השיקולים הם של מה זה ייעשה לחברה בעתיד. ובביהמ"ש, אם הדיון הוא מה פירוש של ס' 25(א)7 לחוק הגנת השכר, אז השאלה היא מה כתוב כאן. נשאל נניח מה המשמעות של כתב בחוק המקרקעין, והשאלה אם זה נקרא כתב או לא כתב, אולי גם בהתנהגות, אז מבחינת הפירוש – אחד מהצדדים יגיד שאין כאן כתב והשני יגיד שוויתרנו על דרישת הכתב, כך שהפירוש הנכון של ס' 8 לחוק המקרקעין הוא שגם התנהגות מספיק ברורה עשויה לקיים את הדרישה. אז השופט שובר את הראש מה הפירוש הנכון של דרישת הכתב, ויכול להיות שהוא יכיר את כל הפסיקה ויעשה השוואות לכל דרישות הכתב. אז השופט יגיד מהי הכוונה בכתב ונסתכל על כל החוקים שיש ועל כל הפסיקה, מה לא נסתכל? על מה זה ייעשה – יוריד או יעלה את האינפלציה או לתל"ג וכו'. \*בשיעורים הבאים נראה גישה אחרת שאומרת שזה כן לגיטימי, אבל דוורקין טוען שזה תפקידו של מחוקק ולא תפקידו של שופט. שופט, שהטוענים בפניו שואלים מה יש כבר בפנים, מה פירוש של מה שנמצא שם כבר, ולא מה צריך להיות או מה תהיה ההשפעה, השופט אומר שזה מה שיהיה וצריך לדון במה שיש, ואנחנו לא המחוקק, אלא השופט. אבל(!)

חוץ מכללים שאומרים לי מה לעשות, ואולי אנחנו לפעמים נתקלים בלי כלל, וחוץ משיקולים של מדיניות, הכוונה היא מה זה עושה לחברה כדי ש... שאת זה שם דוורקין בצד, יש עוד כלי רב עוצמה בארגז הכלים של השופט – **עקרונות**. יצוין שעקרונות הם דברים מובנים (ולא מדיניות פרוספקטיבית). לדוגמה, ראינו בפעם הקודמת פאזל, וחסרה חתיכה, האם נדע איזה חתיכה חסרה? כי אנחנו יודעים את כל מה שיש מסביב. גם אם יש הרבה כאלה. אבל המשמעות של זה נראה בהמשך. נראה דוגמה:

מתואר נכד שרצח את סבו משום שפחד כי לאור העובדה שלסבא הייתה אישה חדשה, הוא ישנה כעת את הירושה בצורה לפיה שהבנות לא ירשו, אלא החברה. לכן, הוא רצח אותו. הטענה שעלתה מצד העו"ד שלו הייתה שלא היה כלל שמנע את קבלת הירושה. נראה שמנסים בעניין הקונקרטי הזה ללכת לפי דיני היושר, כלומר הולכים לפי הצדק, כי אין פתרון.

מהי דעת המיעוט? המקרה יוצא דופן מבחינת העובדות שלו, לדעת המיעוט, העניין לא נמצא במרחב של המצפון, אלא שאנחנו כפופים לכללים הקשיחים של המשפט. אלה כללים קשיחים שלא נזוז מהם בגלל המצפון שלנו. היום יש את זה בחוק. אז החוקים האלה שהם קשיחים, יש כאן שאלה האם היא בטלה והתשובה היא לא.

אבל לא כך דעת הרוב. מה יכול להיות יותר בלתי סביר מלהניח שכוונת המחוקק שבעצם קבע כללים להעברת רכוש בין דורות בצורה צודקת של שלום, שניתן את העיזבון לרוצח? לא הגיוני, ויש גם עיקרון כללי – כל החוקים לא נשלטים רק לפי המילים שלהם, אלא גם לפי עקרונות יסודיים של המשפט המקובל. לא ניתן לתת למישהו להרוויח מרמאות. כלומר, לא ניתן להנות מעוול שאחד עושה או לבסס תביעה על עבירה, אלו הם יסודות בסיסיים של המשפט המקובל. נשאל מספר שאלות:

הנה דוגמאות:

1. אילו היה נוטל בכוח את הרכוש של הסבא? לא היה רוכש זכות;
2. אילו היה זורק אותו בכוח מביתו – לא היה רוכש זכות;
3. אילו היה מרמה את הסבא כדי ליטול את נכסיו – לא היה רוכש זכות;
4. אילו היה מכריח את הסבא באמצעות השפעה לא הוגנת – לא היה רוכש זכות;

אז כשאתה מסתכל על הטקסט, אתה לא מסתכל על הטקסט בצורה יבשה כמו דעת המיעוט – לא ניתן לזוז ממה שכתוב בחוק, אלא מה לומדים מהחוקים. אז המקרים הם הדגמה לעיקרון שכבר נמצא שם – הרצחת וגם ירשת – זה העיקרון שהכל מבוסס עליו. אז אומר דוורקין העקרונות כבר נמצאים בפנים ולא צריך לייצר כלל חדש. אני חולק עליך הארט שהכל כללים וכשאין כלל נייצר אחד. וגם במקרה של חשין – זה לא משפט טבעי אוניברסלי, אז גם אם החוק שוכח מקרה מסוים, חשבנו שאפשרי להסיק את זה מכל הנקודות, בגלל שהוא כתוב והוא נמצא כבר שם. כדי לחשוף אותו צריך להכיר את כל החוקים, התקנות, הפסיקה וכו'. אז החוכמה היא שאי אפשר לנבא או לשלוט את כל הפעילות האנושית מראש, אין דבר כזה, זה עובד לפי עקרונות, ולכן אין ברירה אלא אם ניתן לפרש את הכלל שמי שיצר אותו הוא הרשע שברשעים או לפרש פרשנות מיטיבה, זה לא הסדר שבשתיקה, יותר הגיוני להגיד שאנחנו מסבירים את העיקרון ואתה מבין לבד.

(!)הארט לא מודה בכך בצורה מפורשת, אבל ניתן למצוא בכתביו שכן. נניח שמפקד נפל בקרב וחייל פשוט לוקח פיקוד, אז מסמיכים את החב"ש לתפוס פיקוד, כדי ליצור כלל חדש. זה מה שהארט אומר – לא היה כלל שאסר אופניים חשמליים, צריך שק"ד בפירוש החוק והוא לא היה קיים אתמול אבל כן מחייב מהיום. אז דוורקין אומר יצרת כלל חדש, אבל ככה עובדת התודעה של השופט והמחוקק? זה סוג הטיעון שקורה בעולם? לכן התודעה של השופט עצמו היא לא תודעת מחוקק אלא, תודעת יוצר. לדעתו של דוורקין, אם נניח נדרך על בלטות אבל לא נשים לב לחומר המילוי מסביב, אז חומר המילוי מסביב זה העקרונות ומאיפה לקחנו? אין ואקום. מכאן המשפט המפורסם – מלוא כל הארץ משפט. למשל, מה ההבדל בין מחשב ל-AI? למחשב אתה נותן כללים, ואם נתקעת, אז הוא נתקע. אינטלגנציה מלאכותית מפענחת את העובדה שאין לה פתרון בכללים ומחפשת את הפתרון הלאה, ומתוך החומר שיש לה כבר, היא מסתכלת גם על מצב שלא חשבו על כך מראש. אז בכללים התשובה תהיה כן/לא, אבל עקרונות נשאל על משקל – איזון בין לבין. אז כמה איזון.

**הבדלים בין כללים לעקרונות**

* **כללים (Rules)**
* תשובה: כן/לא. למשל – האם מותר לנסוע במהירות של 90 קמ"ש? השאלה היא האם התחשבת בזהירות;
* מחייב: היה או לא.
* בסתירה: רק אחת תקיפה – האם מותר לעבור ברמזור אדום? תלוי, אם שוטר אומר, אז ניתן (כלומר, הכלל הוא שמצייתים להוראה הפרטנית של השוטר). חקיקה מוקדמת וחקיקה מאוחרת, כל אלו כללים במצבים כשיש סתירה. אז בסתירה יש כלל
* (!)שיקול הדעת, כשאין כלל, ואין לו מאיפה לקחת והוא יוצר משהו חדש, ההכרעה שלו היא בעצם, לפחות זו הביקורת על הארט, ההכרעה היא חוץ משפטית, ואתה מחליט משיקולי מדיניות שטוב ככה ולא אחרת. הארט לא מסכים לרעיון של דוורקין, אבל הרעיון הוא שפירוש הדבר שזה לא היה קיים קודם;
* שיקול דעת במובן החמור = הכרעה מחוץ לכללים המשפטיים (חקיקה?).
* **עקרונות**
* משמעות גם למשקל: תנאי הדרך, נדבר על עקרון הזהירות, ערך החיים וכן הלאה.
* משכנעים: לשכנע שזה סביר למשל, מתאים למושגי שסתום
* בסתירה: כשאנחנו מדברים על סתירה בין עקרונות, כמו משקל, נדבר על איזון. אנחנו לא עושים איזון בין שוטר לבין הרמזור.
* העקרונות נותנים אפשרות לומר שזה כבר היה בפנים.

יש כמה סוגים של שיקולי דעת:

* **במובן החלש**: 1. כאשר אין אפשרות ליישם סטנדרטים באופן מכני; או; 2. כאשר לבעל תפקיד המילה האחרונה (כמו ציונים בתרגיל);
* **במובן החמור**: הסטנדרטים עצמם קשים, אינם ברורים: לא שרירותי, לא חסין מפני ביקורת.

לא נעבור על זה הרבה ולא צריך למבחן לגבי שיקולי דעת. אבל חשוב לעבור על ההבדלים, כי אם יש רק כללים בארגז הכלים, השופט יוצר כלל. אז אי אפשר ללכת סתם, ואם אין לי כללים, אני יוצר משהו חדש, זה לא שרירותי, אבל התודעה היא משהו חדש מתחיל. אצל דוורקין התשובה היא שמשהו כבר נמצא שם, רק צריך למצוא את ההתאמה הטובה ביותר. דוורקין מבקר את הארט, שאומר שיש רק כללים, דוורקין אומר שלפי דבריך הפכת את עצמך למחוקק. נראה מה קורה בישראל:

**בפרשת אפרופים**, אומר ברק שלעניין תו"ל, הוא גם משהו שאפשרי לדלות ממארג שמתחיל מס' 39, ושזה כבר חל בכל המשפט האזרחי, וכמעט במשפט הפלילי, אבל בגדול חשוב לשים לב למשפט: "עקרונות היסוד של השיטה", עקרונות שהנחו את החקיקה ושאפשר לחלץ מהם. אז אם נסתכל על כל המערך הנורמטיבי, פעם אחר פעם, נראה שיש עיקרון יסוד בכל החוקים של שוויון, אז גם אם אין חוקה, או משהו מפורש שמדבר על שוויון, ניתן לראות זה בכל המקומות ואז זה הופך להיות לעקרון יסוד.

נשאלת השאלה איזו גישה יותר חתרנית? שופט שלוקח על עצמו את הכובע כמחוקק? או שופט שאומר – אני? מחוקק? זה נמצא שם כל הזמן. יש מי שאומר הראשון, אבל מה קורה בדיון נוסף אזרחי אפרופים, שמוגש כשיש חידוש, כותב מצא:

"אין פסק הדין מבטא גישה חדשנית או מהפכנית בפרשנות חוזה. ה'חידוש' הוא בניתוח הרעיוני האנליטי."

אנחנו אמרנו משהו חדש? השופטים באפרופים אמרו משהו חדש? מה פתאום, זה נמצא שם כל הזמן, כלומר זה מבטא דברים שקיימים כל הזמן. אבל, אם אתה אומר שאתה עושה משהו חדש – מסכימים ונדע להתמודד, אבל אם נגיד שאתה אומר את זה כל הזמן ורק לא ידעת. אז כשאתה אומר על אפרופים שאתה אומר שאין שום דבר חדש, להגיד שזה נמצא שם כל הזמן כשאפשר להגיע, אומר שגם אין מקום לוויכוח, כי זה נמצא שם כל הזמן.

בפרשה שראינו בהקשר של משפט הטבע, וחשוב לעמוד על ההבדל בין משפט הטבע לגישה של דוורקין. ראינו את העניין של הכלא הפרטי בגלל שזה נוגד את האמנה החברתית. אבל השופטת ביניש אומרת שאי אפשר מסיבה אחרת – לא רק בגלל ח"י: כבדה"א:

"פוגע באופן בלתי פרופורציונלי בזכויות האדם ובעקרונות המתחייבים מאופיו הדמוקרטי של המשטר."

חשוב לשים לב להבדל בין שני סוגי הטיעון – זכויות אדם ועקרונות הדמוקרטיים של המשטר בישראל. זכויות אדם מהם? אוניברסליים, עקרונות דמוקרטיים של המשטר בישראל – הכוונה למשטר הספציפי בישראל. ואנשים לא תמיד שמים לב לעניין של משפט טבעי לעומת הרעיון של עקרונות. משפט טבעי הוא אוניברסלי. אבל מתבלבלים בין הרעיון של עקרונות למשפט הטבע כי שניהם לא כתובים בשום מקום, אבל זה מדויק כי היסודות האוניברסליים של המשפט הטבעי הם נגזרים מהתבונה האנושית, אבל הם אוניברסליים. באופן אמפירי יהיה קשה למצוא פס"ד שהולכים למשפט הטבעי, הרבה יותר זורם לדבר על עקרונות המשפט, למה? כי משפט טבעי לא באופנה, אבל בנוסף לכך, יש טענה חזקה לכך שאני יודע מהו אוניברסלי, ואני מחויב למעשה לריאליזם מוסרי, אז לא צריך להגיע לריאליזם מוסרי, אם אנחנו רק מנתחים את העיקרון של המשטר. אנחנו מסתכלים על חוק יסוד הכנסת, מגילת העצמאות וכו', אז אין תוקף נורמטיבי אבל זה מצטבר על כל שאר החוקים ואנחנו מחברים את הנקודות ומגיעים לעיקרון של שוויון, כלומר שלא יכול להיות שאדם יכלא מישהו אחר. אז יש כאן חידוש עצום, כי אם נחזור בחזרה לחתיכה החסרה של הפאזל, אם נאמר שהרעיון של עיקרון הוא רעיון פרשני, אז אתה מפרש את החוק בצורה הכי טובה כדי שהיא תתאפשר. וההבדל האמיתי בין הגישה של עקרונות כרעיון פרשני הוא אותו סיפור שהנכד שרוצח את הסבא ואין חוק אבל אנחנו אומרים שהחוק נמצא למרות שהוא לא כתוב. מה שהנשיאה ביניש עושה הוא הלאה, זה לא שאין חוק ואנחנו מחברים את הנקודות, אלא גם אם יש חוק והכנסת חוקקה חוק ותקצבה את החוק, ביהמ"ש בא ואומר לא – לפי עקרונות אנחנו נבטל את החקיקה הקיימת. ולכן, זה מתנהג כמו משפט טבעי. בידי השופט הישראלי הרעיון של עקרונות כן הפך לסוג של משפט טבעי, למרות שהוא לא טוען לאוניברסליות ולא לטעון שדורס את החקיקה, פירוש הדבר שכן נזקקת לתפיסת על. הרעיון הוא שבגלל שזה לא מסתדר לי, אני רואה את עצמי מוסמך גם לבטל, זה חידוש מעבר לעקרונות.

זה חלק גדול מהוויכוח הציבורי – האם ניתן להשתמש בעקרונות למרות שהחוק אומר משהו אחר, ולהשתמש בעקרונות כדי לבטל, אבל אם אתה אומר שזה כלי פרשני, למשל כמו בחוזה ובאפרופים, האם זה חידוש כשהחוזה אומר דברים ברורים שלא ניתנים לספק שאפשרי להגיד שזה לא הכוונה שלהם? יש כאן בעיה, והחידוש כאן הוא לא רק במישור של מול הכנסת, אלא אפילו אל מול המילים הברורות.

לסיכום:

1. הארט מדבר על כללים וכשאין כלל הוא למעשה לובש את כובע המחוקק;
2. דוורקין מכניס את העקרונות שהם חלק מהמשפט אבל אתה מחפש ולא יוצר משהו חדש;
3. מדיניות הוא משאיר בחוץ.

מכאן משפט אחד של דוורקין, הוא סבור שיש פתרון אחד לכל שאלה משפטית. מדוע? לא שכולם מסכימים מהו הפתרון, אבל החיפוש אחר הפתרון, אחר חשיפת הפתרון, זה המאמץ של המשפטן, לא של המחוקק. בהמשך נלמד גישה אחרת שאומרת שהשופט יכול להתאים את עצמו לחברה ולצרכים שלה, אבל דוורקין אומר שאנחנו מחלצים את מה שכבר יש.

**לשיעור הבא**:

בסילבוס יש ויכוח בין רז לשפירא, שמשקף את הוויכוח הגדול בין שפירא, שעשה דוקטורט אצל דוורקין, לבין רז, שעשה דוקטורט אצל הארט. יש לקרוא גם את המאמר של מאוטנר על כללים וסטנדרטים.

**דוורקין: עקרונות – המשך**

**‏18/5/2023**

למעשה, ראינו שהנורמטיבית – הלמה מה של המשפט – זה בגלל הפחד אצל אוסטין, אתם לא תחנו כאן בגלל הדו"ח, למשל. נופנה למאמר של Schauer – האם אוסטין צדק אחרי הכל. אז המשפט הרבה יותר עשיר בנקודה הזו, לעומת זאת, מושג המפתח אצל הארט הוא כלל הזיהוי – כלל ההכרה. ישנו גם קטע של הנשיא ברק שמדבר על המשמעות של כלל ההכרה שאנחנו מזהים שיש כאן אירוע כמשהו שמחייב אותנו כעובדה חברתית וככלל חברתי. כאמור, לרעיון של פוזיטיביזם היו 2 או 3 יסודות: 1. ההפרדה בין שאלת קיומה של מערכת משפט, לבין הערכה הערכית שלה מבחינת משפט ומוסר. מה שמאפיין את השאלה היא שמדובר בשאלה עובדתית – יש כאן מערכת משפט או לא; 2. בני אדם מזהים את המערכת הזו בתור משהו שמחייב אותם. יש כל מיני עובדות בעולם – שמש זורחת, למשל, אז יש עובדה חברתית שאנחנו רואים את המערכת הזו כמחייבת אותנו ולא אחרת. אם נכדרר על הפרקט ונצעק "גול", המשמעות היא שאוקיי כולם משחקים כדוריד והאחרים כדורסל, והקטסטרופה היא שחלק משחקים ככה וחלק ככה על אותו הפרקט. אז כאן העובדה החברתית וכלל הזיהוי הוא עובדה חברתית ולא עוד הוראה מה לעשות; 3. הדבר הנוסף היה שזה נובע מתוך הסכמה חברתית, ונשאלת השאלה מה קורה כשמלך משתלט על העם, הפקידים או העם וכו', אבל בגדול אנחנו מחפשים את העובדה ואנחנו רוצים לדעת למה – למה אני צריך. וכשאנחנו עוצרים ליד השוטר בפעם הבאה, למה נצטרך לתת לו את הרישיון? האם בגלל שאני מפחד מעונש או בגלל שיש עובדה חברתית ששוטרים מייצגים את מדינת ישראל? אז עד כאן היו את הרעיונות של הכללים.

אבל כשזה לא חד, ושזה מטושטש, ותקפנו את זה דרך דוורקין בגלל המושג של כללים "קשים", בגלל שלפחות בהגדרה של חשין, היא שיש פער בין הכלל לבין מה שאני חושב שיש תשובה נכונה מבחינה ערכית. זה בדיוק הפער הפוזיטיביסטי בין החוק לבין המוסר. אז במקרים קיצוניים השופט פשוט מסרב פקודה, אולי יהיה מרי אזרחי, דיברנו על האשמה שהארט ראה על כל הנאצים שהיו צריכים לקחת את עצמם ולברוח. אבל יש מצבים שזה לא מגיע לקיצון שכזה, הכלל הוא לא מוסרי אבל הוא לא יכול לכלול את כל הנסיבות ואת כל העובדות. למשל, אם ראינו את המאמר של מאוטנר על כללים וסטנדרטים, אבל זה הקושי של הארד קייס, כשאתה מדבר על כללים אתה לכוד בתוך מערכת, וללכת לפי התקדימים אתה עושה טוב לתקדימים ורע לצדק. ולכן, צריך לבחון כיצד ניתן להמשיך את הקו הלאה והאם נדבוק בתקדימים אבל כן לראות איך להתמודד עם מצבים חדשים. זו הביקורת של דוורקין, הרעיון שהוא אומר שזה יוצר כלל חדש זה ביקורת על הארט, והביקורת הייתה שזה לא מה שקורה אצל השופט, הם לא עומדים שם בד"כ, כי אנחנו נראה גישה אחרת בהמשך, אבל לפחות הטענה של דוורקין, השופט מחפש מה התשובה הנכונה ולא מה התשובה שתפתור בעיות כמו שהמחוקק רוצה לפתור.

כדי לעשות את זה הוא משתמש בכללים, שולל את המדיניות של המחוקק ומדגיש את הרעיונות של עקרונות. כלומר לא טענה מה אני עושה כדי שהתשובה תהא טובה יותר, אלא מה יותר מדויק. וזו הטענה שלו – לכל שאלה משפטית יש תשובה אחת.

אז התשובה של כללים אם כן או לא בסטנדרטים הוא לעניין המשקל – ניקח דוגמה, ישנו סיפור, כאמור, של נכד שרצח את הסבא, אבל יצא לנו ללמוד עיקרון – מה היה העיקרון? מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה. איך הוא מוכיח את זה? לפי השאלות שראינו, ואז ניתן לחבר את הנקודות. אז אם הוא רוצח – האם הוא ירכוש זכות? אז אין דבר כזה לרכוש זכות באמצעות עוולה. אז מה העיקרון? מעוולה לא תצמח זכות. נשאלת השאלה מבחינת סיפור נוסף – אדם חנה באדום לבן, קפץ 2 שניות, קנה לוטו ורץ חזרה לאוטו. בדרך לבית הסתבר שהוא זכה ב-50 מיליון ₪, אלא, שאז יגידו לו – חנית באדום לבן, ולכן – אין לך 50 מיליון. האם זה הגיוני? ואם הוא היה בורח מהכלא? ואם לא זה, אלא לקח לאחר את הארנק? לזה אנחנו מתכוונים שאנחנו שואלים לא רק האם כן או לא, אלא גם מה המשקל. כי יש הבדל – אולי לא, אז אם אתה מגיע עם עיקרון, נשאלת השאלה האם אין הבדל בין שוד לבין לעצור לכמה דקות? אז המשקל הוא רלוונטי מאוד. אותו הדבר לגבי סתירה, אם אנחנו נמצאים בעימות בעקרונות ייעשו איזון בין הערכים וחלק מהוויכוח היום הוא על פי מה מאזנים את הערכים. ברגע שזה לא משהו אוטומטי שזה רק כללים, אז יש יותר מקום להגיד אם זה משקף או לא משקף את כל הציבור ואנחנו נראה את זה עוד, כי ברגע שאתה יוצא מכללים, אתה מכניס את הגורם הערכי, והאם הוא חשוף לעיני כל או לא, זו בדיוק הנקודה בלב הוויכוח החברתי. מה קורה כשאין כלל? משתמשים בשק"ד. וגם שק"ד דורש מידה של שפיטה או הכרעה ערכית, במיוחד אם אנחנו אומרים שהשופט יוצר כלל חדש, אבל גם אם מדובר בהכרעה תוך משפטית, הדבר בנוי על המבחן הערכי – האם יש דבר כזה ניטרלי עד הסוף? דוורקין יגיד שכן. אפשר היה להגיד ולקבוע כלל שכל דבר לא ברור, לא כמו מלך בבריה שחייבים לעשות הכל מראש – זו בעיה שלך. אז אפשרי היה לקבוע הסדר שלילי כזה, ואגב – היה כלל פרשני כזה לגבי מיסים – כלומר, שספק פרשני פועל לטובת הנישום, כי אם המדינה רוצה להפעיל את הכוח שלה נגד האזרח, אז היא צריכה להגיד דברים ברורים, כמו כלל נגד המנסח. אז היה ניסיון או היה באופן מסורתי ניסיון להגיד שיש כלל גם לעמימות – ספק של דברי תורה לחומרא, וספק של דברי חכמים לקולא, אבל אולי לא כל שאלה היא ספק? מי מגדיר מהו ספק? אז מה הרף של ספק? כל הדברים האלו צריכים לבוא לידי ביטוי ולכן ההבדל בין עקרונות לבין כללים הוא האם זה דומה להבדל בין כללים לסטנדרטים ועל זה נרחיב בהמשך.

\*דוורקין יגיד שאין דבר כזה שהשופט ייתן הכרעה חוץ ממשפטית, יש הכרעות חוץ משפטיות ע"י המחוקק, שכן יש לו שיקולים עצמאיים, ואז ניתן לקבוע כלל חדש, אבל זה תפקיד של מחוקק ולא של שופט. זו הביקורת של דוורקין על הכנסה של שיקולי מדיניות להכנסה בתוך המשפט – ריאליזם משפטי, אבל הוא מאשים את גישתו של הארט בכך שאם אתה מצייד את השופט רק בכללים, על כורך אתה בשלב מסוים תצטרך להזדקק למשהו חוץ משפטי. כלומר, שכללים נגרמים אתה צריך להמציא כלל חדש, אז דוורקין יאמר – שאין כללים אלא עקרונות ולעולם לא צריך לצאת מהתיחום הזה.

**שני סוגים של שק"ד לפי דוורקין**:

1. שק"ד חלש: כלומר, יש לנו את המילה האחרונה, אבל אנחנו לא יכולים ליישם זאת באופן מכני. אז זה לא זה שיצרנו משהו חדש, מה שדוורקין מאשים את הארט הוא שהוא משתמש בשק"ד במובן יותר חזק – לא אם עברנו את הבהיר לכהה, אלא יצרנו כאן משהו חדש שלא היה אתמול, אז התנהגת כמחוקק. אז אולי אתה לא יכול להיות שרירותי ואולי ניתן לבקר אותך, אבל תכלס, אתה החלטת ולא הערכת בצורה כזו או אחרת. למה זה דומה? אז האשמה של דוורקין היא שזה תפקידו נטו של מחוקק ולא של שופט;
2. שק"ד חמור: הסטנדרטים עצמם קשים ואינם ברורים, אך הדבר לא שרירותי ולא חסין מפני ביקורת.

כך, שאם אין כלל קובע, או שאתה משתמש בשק"ד כי אין לך משהו אחר ויצרת משהו חדש בגלל שיקולים של מה יהיה ולא מה יש, אז מה יהיה, משהו שצופה פני עתיד, זה תפקידו של המחוקק. והשופט שואל מה יש. לפעמים תהא התלבטות, וצריך לשאול מה מסתדר במארג של דברים נכונים, ויכול להיות שהפרשנות תהא דרקונית, אבל הוא מוסיף עזר – לא רק מה מתאים הכי הרבה, אלא מה מתאים הכי הרבה בראייה הנכונה, למשל – בפס"ד של בית הסוהר הפרטי, באותה מידה שביניש אמרה שזה לא מסתדר עם עקרונות היסוד של השיטה, ניתן לומר שזה מסתדר כי אנחנו רוצים לנקז את כל יצר הנקמה לתוך מתחם אחד לדרום, אז אפשרי לפרש שזה מתאים ואפשרי שלא. אז מה מבחינת כלל התאמה הטובה ביותר ולראות אותו באור הטוב ביותר – ולא שנחתנו על מחוקק מרושע, אז אם אפשרי לפרש אותו בצורה טובה לעומת לא טובה, אז נפרגן לו בצורה הטובה. וראינו **שבאפרופים** שלמרות שיש משהו שמדבר על עקרונות היסוד של השיטה, שהן של שוויון, כי רואים את זה מכל שאר הדברים, בכל זאת ביהמ"ש לא רואה את זה בתור חדשנות. ולרוב, נראה את זה בתור עיקרון שכבר נמצא וניתן להשיג יותר אם אתה בא בצורה בוטה ואומר – זה משהו חדש – תרצה תיקח. עוד דבר הוא הנקודה של עקרונות ככלל פרשני זה משהו אחד, ואם אתה מדבר על עקרונות כמשהו שגם מבטל חוקים, כאן יש בעיה. כי יש בעצם סוג של משפט טבעי בדלת האחורית. בגלל שאם אתה אומר שנשים את זה במקום הטוב ביותר, אז נדמיין שיש פאזל של 10,000 חלקים, האם נזרוק אותו או שנגיד שלא חיברנו טוב את הקווים עד עכשיו? נניח קנינו משהו מאיקאה, ונשארנו עם קרש ביד, האם נזרוק או שנעבור שוב על ההוראות? אבל גם עקרונות זה משהו חדש.

אז הארט אומר כאן עובר התחום בין משפט ללא משפט, ודוורקין משאיר את המדיניות מחוץ, אבל יש גישה שגם כוללת את המדיניות. אז יש ויכוח על האמירה של דוורקין אם נכון לומר שיש פתרון אחד לכל שאלה משפטית כי יש גם את העקרונות. אז דוורקין אומר שיש תשובה, ושפירא מצטרף. נסביר למה הכוונה – זה נראה הכי לא הגיוני שבעולם, כי נסתכל על ההכרעות של ביהמ"ש העליון, זה נראה אולי הדבר הכי לא אינטואיטיבי להגיד שיש תשובה משפטית אחת. אז הטענה היא שעצם זה שאנחנו מתווכחים מה התשובה, מצביע על כך שאנחנו חושבים שיש על מה להתווכח. כלומר, יש ויכוחים נוקבים לא בגלל שאנחנו לא חושבים שאין תשובה, אלא איך הוא לא מבין אתה מה שאני מסביר לו. וחוץ מזה, נעזוב ונעבור לעניין של ענישה, מאסר עולם או שחרור? אז השופט נדרש לסוגיות מעשיות ובשיטת המשפט שלנו זו הנקודה. כך, שהרעיון הוא שאנחנו שואלים שאלה מעשית ולכן אין מנוס מתשובה אחת נכונה, אז זה מבחינת ההשלכות וסוג הטיעון. אז חשוב לחדד כאן – יש תשובה נכונה בגלל שזה לא טעם אישי, ובגלל שיש כאן גם השלכות מעשיות. אבל זה לא שאנחנו יודעים מהי התשובה הנכונה. אז זה אומר שבעיקרון יש תשובה נכונה, וזה הרעיון כאן – שהוא נראה כ"כ לא אינטואיטיבי. מה ההשלכות לזה שיש תשובה נכונה?

1. **סוג הטיעון**: מה אתה טוען בפני ביהמ"ש,
2. **תחושת המחויבות של השופט**: מה שופט מרגיש כשהוא בא להכריע,
3. **מעמדו של היחיד**: ומוסיף רז שזה מאוד משפיע על העניין של זכויות, מבחינת מעמדו של היחיד ושמירה או פגיעה על זכויותיו.

כי ברגע שיש תשובה נכונה, אז צריך להיזהר מאוד. זכויות זה לא עניין של אופנה. ולכן, ניתן להגיד לאותו ביהמ"ש – עבדות זה לא טוב, כמו גם אפליה ובית סוהר פרטי.

מה הגישה ההפוכה? וזה רז – יש כאן בעיה, כי כשאתה מדבר על עקרונות, יש כל מיני סוגים של עקרונות. כמו שדיברנו על עיקורן פרשני או עיקרון מנחה, ועיקרון מחייב: עיקרון מנחה – פס"ד של המחוזי מנחה את השלום, אבל רק מה שנקבע בעליון זה מחייב. נניח, האם הרצחת וגם ירשת הוא מקור מחייב? האם התנ"ך מהווה כמקור משפטי? כן, כי אלו עקרונות היסוד של השיטה, או שאתה הפוזיטיביסט ואומר שהמחוקק צריך לחוקק את זה. אז גם האימפקט על החברה הוא חלק מהעקרונות, שגם מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך. אז עצם העובדה שיש ריבוי עקרונות והקושי ביישום העקרונות, אומר בסוף שאין דרך להכריע איזה עקרון גובר. אז זה מבחינה מעשית – מעין אשליה להגיד שיש עקרון אחד צודק. אז צריכות להיות תשובות נכונות ואז לבחור מהן. האם ספר משלי הוא חלק מהנורמות המוסריות שלנו? האם מה שכתוב במגילת העצמאות מהווה כעקרונות מחייבים גם היום? אז זה חייב להיות חלק מהעקרונות המשפטיים או לא? לא ברור. אז אם יש תשובות שונות לפי העקרונות המשפטיים ואם הגבול בין מוסר למשפט לא ברור מאיפה אתה לוקח את העקרונות שלך, אז קצת רוקנת את זה ממשמעות, כי זה גם שאלות ערכיות – באיזה מינון ומה מכניס. אז אומר רז לשפירא, אל תגיד לי שיש תשובה אחת נכונה, וזה אומר – אולי יש תשובה אחת נכונה, לבין עניין אחר שאומר שגם הבחירה בעקרונות היסוד של השיטה היא משהו רווי ערכים ולכן נשאל מהם הרלוונטיים ונשאל מה משקף וזה לא שאלה אקדמית סטרילית, אלא מאוד אנחנו ואולי יותר טוב לעשות את זה בצורה שקופה וחשופה. זה היה הוויכוח בין ברק לרות גבינזון. רות גבינזון, שהייתה תלמידה של הארט, לעומת ברק שהולך בדרכו של דוורקין, שבין כה מכניסים ערכים דרך ביהמ"ש אז עדיף לעשות זאת בצורה שקופה.

ניקח לדוגמה את חוק יסודות המשפט, וכולם מתמקדים על מורשת ישראל כן או לא, ברק אמר שאף פעם לא מגיעים לשם – כי אם זה לא בדבר חקיקה או פסיקה ויש היקש, אז אנחנו מחברים את כל הנקודות. אז היינו רוצים להגיע לעקרונות החירות, צדק שלום וכו', אבל זו הכרעה ערכית. מישהו אחר יאמר שכל מה שיש בפסיקה משקף את החירות, הצדק וכו'. אז נשאלת השאלה איפה עובר הגבול ומה אני מכניס ובאיזה גבול ואם נכון להסתתר מאחורי אובייקטיביות (אפרופים לא חידש כלום), וזה הוויכוח.

רז אומר שיש 2 מערכות, 2 תפקידים למשפט:

1. אחד מהם זה להכווין התנהגות;
2. השני זה להכריע בסכסוכים.

וזה לא אותו דבר. בין אם נסכים לגבי דוורקין, רז, שפירא וכו'. אז אחד מהתפקידים של המשפט הוא להכווין התנהגות, אנחנו רוצים לדעת כמה מע"מ לשלם, מה הסיכון, אם מותר לדרוך או לאו ויש עוד משהו אחר לגמרי – הקיר ביני לבין השכן. אבל זה משליך על 2 סוגי מוסדות משפטיים, במיוחד על הדיון של חוק ומשפט:

* אם אתה רוצה להכווין התנהגות – יש לך כללים, חקיקה, שינוי חקיקה + מוסדות יישומים;
* הכרעה בסכסוך – זה הרבה יותר אד-הוק, ומדובר בהכרעות מקומיות.

וזה ממש ההבדל בין חוק למשפט. והחוכמה היא, שעל הצורך להכריע בצורה צודקת וגם ליצור תקדימים נכונים, על המיזוג הזה שבין 2 מערכות, זה לא עובד כך. והסיפור הוא בדיוק זה:

כשאנחנו **מכוונים התנהגות** (חקיקה, שינוי + מוסדות יישומיים) אנחנו מדברים על תשובות נכונות; אבל כשאנחנו **מכריעים בסכסוך** אנחנו צריכים לשקול כמה שיותר דברים כדי להתאים את זה למקרה הספציפי ולא בהכרח כמו מחשב לפלוט פלט (הכרעות מקומיות – אד הוק) ותשובות מרובות. מערכת המשפט היא מיזוג של שני המודלים. ויכול להיות שבהכוונת התנהגות אין תשובות נכונות (כך חושב המרצה), וניתן לקחת את זה לדברים שונים ולשאול את המוסר.

**כללים וסטנדרטים (מאמר של מאוטנר) – תורת המשפט של החקיקה**

אז יש כל מיני סוגים של הוראות חוק (פוזיטיביות: חוקות, חוקים, פסקי דין, הוראות מנהליות) שהם סוג של טריגר: אם תעבור על X אתה תקבל Y. אז יש כאן 2 דברים: **טריגר** (מתקיימת מערכת עובדתית מסוימת) **ותוצאה** (תגובה נורמטיבית מסוימת: לעשות, לחדול וכו'). ונתביית על ההבדל שבין כללים לסטנדרטים, שמתייחסים גם לטריגר וגם לתוצאה.

הוראות: 1. כלליות, לעומת, ספציפיות; 2. מוחלטות, לעומת, מותנות; 3. רחבות, לעומת, צרות; 4. כללים, לעומת, סטנדרטים.

* **כללים**

1. "טריגר" – כמותי (אמפירי, ניתן למדידה; כן/לא): "נסיעה מותרת עד 80 קמ"ש";
2. "תגובה" – קבועה: העובר על המהירות המותרת ייקנס ב-500 ₪.

כללים זה כמותי, אני יודע – נסעתי יותר מ-90 קמ"ש, לא שילמתי מע"מ, התשובה היא כן או לא. אבל גם התגובות יכולות להיות בצורה מאוד ברורה – עונש בלבד, או שאין שק"ד.

* **סטנדרטים**

1. "טריגר" – איכותי, הערכתי, משקל, שכנוע (לא ניתן למדידה מדויקת): "הנסיעה מוגבלת בהתאם לתנאי הדרך"; "אין להפריע לתנועה"; "בדרך מקובלת ובתום לב";
2. "תגובה" – מנחה, מדריכה: צו המחייב להימנע מההפרעה לתנועה.

סטנדרטים זה משהו אחר, הטריגר יכול להיות משהו עמום קצת – תו"ל, סביר, תקנ"צ, אם נהגתי בצורה שלא בהתאם לתנאי הדרך. אז כלל למבחן – 90 קמ"ש בהתאם לתנאי הדרך – 90 קמ"ש, זה כלל, בהתאם לתנאי הדרך – זה סטנדרט. איך נבדוק תו"ל? גם התגובה לא חייבת להיות עונש זה בלבד, כמעט כל חוק העונשין הוא עד עונשי מקסימום וצו מניעה זה דוגמה קלאסית – "אל תפריע", אבל מה נקרא להפריע?

* **כללים**

1. נורמות "קשיחות"; "סגורות"; "קו ברור/בהיר";

בכללים הנורמה קשיחה, ההפעלה ברורה. ומה יותר קל ליישם ולשפוט? מד מהירות או סבירות? מהירות. ולכן, לא מציידים את משטרת התנועה במד סבירות לייזר. אז יותר קל להפעיל. מה יותר קל לחוקק? סטנדרט. איפה יהיו יותר משפטים לאחר מעשה? סטנדרט, לכן הוא יותר יקר ליישם, לעומת זאת, כללים יותר יקר לחוקק.

* **סטנדרטים**

1. נורמה "פתוחה";
2. הפעלה כנ"ל.

**יתרונות וחסרונות**

* **כללים**

יתרונות: א. בהירות ההנחיה (בייחוד לאור הרציונל של המשפט כמכוון התנהגות); ב. יכולת תכנון; ג. הרתעה ברורה.

חסרונות: א. קושי ערכי ביישום במקרים קשים; ב. אי-הבחנה בין הפרות קשות להפרות קלות; ג. ניתן לתכנן "קרוב לגבול", ול"תמחר" התנהגות לא רצויה.

בכללים אנחנו יודעים גם לתכנן – אנחנו יודעים שמע"מ זה 17%, אנחנו יודעים שהמילואים זה ב-1 לאוגוסט, או ב-1 ביולי, אבל אם אומרים שמע"מ ייקבע באופן סביר. אז חלק מהקושי של אפרופים היה הקושי לנסח חוזה. וזו בדיוק הבעיה – רצינו לקבוע כללים בהירים לרעיון התכנון כי כשהכל פתוח, זה בעייתי. גם לגבי דיני עבודה, האם יש או אין יחסי עבודה – זו שאלה שאין בחוק, אז חלק מהקושי של התכנון צריך לבנות את זה בצורה נכונה. אז הרעיון שאפשרי לראות את הקווים בצורה ברורה, וגם יכול להיות שיש מי שילך בדיוק על הגבול ועל הקווים, ויכול להיות שאדם שהוא בתחום של הסטנדרטים יעבור את הקו, כי הוא יודע שעם העקרונות הוא יכול לעשות מה שירצה, אבל הרעיון שהכלל מאפשר לתכנן פועל לטובה ולרעה, כשפחדן שונה סיכון ייתכן וימנע מלעשות דברים לגיטימיים. גם קשה להבחין בהפרות קלות, ולדעת המרצה – מי שנסע במהירות כפולה מהמותרת ייענש יותר כי הוא עבר את הסטנדרט.

* **סטנדרטים**

יתרונות: א. הכרעות שיפוטיות תפורות למקרה הספציפי; ב. הרתעה מפני כניסה לתחום ה-"אפור"; ג. פרופורציה בין המעשה לענישה;

חסרונות: א. מרתיע גם מפני פעילויות לגיטימיות (במיוחד אצל שונאי-סיכון); ב. חוסר עקביות בתכנון מהלכים; ג. קושי במעבר מהנורמה למעשה; ד. חוסר עקביות הענקת "צדק".

אז בסטנדרטים, אנחנו באמת מגיעים להכרעות צודקות, אם הוא היה קצת לא בתו"ל או הרבה שלא בתו"ל. אז יש הרתעה – תיזהר מהתחום האפור, נהיה יותר מדויקים בדיעבד – ראייה לאחור היא 6/6. אז החסרונות הן הרתעת יתר כשזה לגיטימי, ואין מושג איך אחד יתכנן ואיך השני, לכן מאוד קשה לתרגם את זה למעשה והמושג של צדק יוצא לא עקבי. אז חשוב שנזכור לא רק את העניין של כללים מסדר ראשון או שני, אלא שעד שנגיע לעקרונות יש סוגים שונים של כללים, חלקם מיוחדים וחלקם אחרים.

**אפיון כללי**

* **כללים**

צופי פני עבר: א. על פי מידע רלבנטי; ב. בעקבות שקילתם של יעדים אפשריים; ג. ניסיון לגרום לכך שההתנהגויות יגשימו את הערכים המגולמים בכללים;

* **סטנדרטים**

יישוב סכסוכי עבר: א. בגלל העמימות – אפשרות לתפור למקרה הספציפי; ב. "ראיה לאחרו היא 6/6"; ג. פחות מכוונת התנהגות.

בשורה התחתונה, היינו אומרים שכללים צופי פני עתיד – לפי המודל של רז, הם סוג של מכווני התנהגות וכשאתה משאיר את זה עמום, זה לא רק מבחינת המקרה עצמו, אלא גם איך אתה התנהגת, זה גם תגובות לאחר מעשה וזה פחות מכווין התנהגות. במודל של המרצה, מדובר בחוק ובמשפט, חוק הוא בדיוק ובמשפט מה מתאים ונכון.

**כללים וסטנדרטים בחקיקה**

* **כללים**

1. יקרים יותר לחוקק (דורשים מחקר רב יותר);
2. זולים יותר ליישום (פחות זמן שיפוטי).

* **סטנדרטים**

1. זולים יותר לחוקק (דורשים פחות מחקר);
2. יקרים יותר ליישום (דורשים יותר זמן שיפוטי);
3. משקפים באופן ישיר את הערכים של החברה;
4. (סבירות, תו"ל, דרך מקובלת, צדק, "היה עליו לדעת", נסיבות העניין).

הסטנדרטים אמורים לשקף יותר את הערכים של החברה, למשל – מה קורה כשיש תיקו בבחירות? במדינת ישראל יש 2 מודלים בו-זמנית, יש את שיטת חלוקת המנדטים ולפעמים אם יש תיקו צריך לעשות הסכמי עודפים, מבחינת ראשי עיר. במדינת נבדה, אם יש תיקו בין מושלים, מכריעים עם משחק פוקר. ונשאלת השאלה האם זה בגלל כמו הטלת מטבע או שטובת המדינה הוא שמי שיצליח הוא הזוכה.

ולכן יש גם שני דגמי שיפוט:

1. מכניסטית;
2. יוצרת נורמות.

נחשוב על ההבדל שבין שופט אירופי שפועל לפי כללים עם דגש חזק על חקיקה לבין מערכת שנשענת על שק"ד השופט. מי אנחנו שואל מאוטנר? שהשיפוט מכניסטי? או שבה השופט מתיימר להביא את הערכים ששואלים אותו כל הזמן? האם יש יותר כללים או יותר סטנדרטים פתוחים? הטענה של מאוטנר הוא שאנחנו לא מכניסטים, זה דגם קצת חרדי – תשאל את הרב. הרבה הזדקקות לתשובה שלא רק תגיע מהמקום הנכון אלא שתגיד מה נכון ומה לא. זה אומר משהו עלינו. זה הרעיון כאן, אנחנו לא משאירים את זה בצורה מכניסטית.

לסיכום, כללים, דיבר על כך הארט – כללים ראשוניים ומשניים. דוורקין הכניס עקרונות ושניהם השאירו את המדיניות בחוץ. כאן בדקות האחרונות הצבענו שגם מעשי חקיקה יכולים להיות בתווך שבין דברים חדים, שצריך להסיק אותם, לבין דברים שיש מידה לא מובטלת של עמימות ובשני הדברים האלה לא רק מבחינת עקרונות, אלא גם בכללי החקיקה שקובעים סטנדרטים, אנחנו נדרשים לערכי היסוד, עד כדי כך שיש מי שאומר שזה אותו דבר. בכל מקרה, יש התבססות מאוד רחבה על הערכים של החברה ובידי מי נפקיד את התפקיד של זיהוי וחילוץ הערכים האלה.

**פורמליזם משפטי**

**‏22/05/2023**

ישנם שני מאמרים שחשוב להכיר בהקשר של פורמליזם משפטי:

1. מנחם מאוטנר "עליית הערכים וירידת הפורמליזם במשפט הישראלי";
2. אריאל בנדור "חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכול שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי".

נראה שהדיונים לגבי פורמליזם הם שונים בתכלית ממה שראינו בשבוע שעבר אצל דוורקין גם בפסיקות של ברק, במיוחד לאור הריאליזם המשפטי. כך, שיש למעשה 3 כיווני מחשבה שונים שלמעשה מזינים את שק"ד השיפוטי, ונראה שהגבולות של הדברים הללו הם מה שמלבים את הדיונים בפינות הרחוב היום.

**מה זה פורמליזם?**

מלשון – פורמלי, צורניות. כמו שפוזיטיביזם לא קשור לחשיבה חיובית, פורמליזם הוא רק בן דוד לרשמי. כלומר, החשיבה צורנית. ואיך זה עובד מבחינת חשיבה צורנית? מה זה חשיבה צורנית? חשיבה צורנית היא מרעיון של תבניות, שיש צורות של חשיבה, מבנה לוגי. אנחנו לא חושבים על האובייקטים, אלא על התבנית הלוגית שמאפשרת את הספירה. נראה בהמשך שזה לא לגמרי כך, לפי הגישה של הריאליזם המשפטי. (!)לא לבלבל את זה עם הריאליזם המוסרי. אז 1 + 2 = 3. וההבדל הזה אם אני נשאר בממד הצורני, או שאני מתרגם את זה למציאות בשטח שיכולה להשתנות משפיעה על השאלה ששאלו קודם – אם יש תשובה אחת לכל שאלה משפטית. אז פורמליסטית יגיד כן מסיבות אחרות – כי זה עובד כמו מחשב.

אם נסתכל בעקבות המאמר של מאוטנר, **ההגדרה של פורמליזם היא לאגד ולארגן נורמות משפטיות במערכת בעלת היגיון פנימי**. אנחנו בתוך המערכת. יכול להיות שאם נדבר על מערכת של נורמות משפטיות שקבע המחוקק, אז נשאל למה זו דווקא מערכת כזו. אבל הגישה הפורמליסטית יותר קיצונית בעניין של דוורקין לא לקחת מדיניות. אז ברגע שיש כללים – אלו הם. מדובר במעין "גאומטריה" או "לוגיקה מתמטית" בכיוונים:

1. אופקית: אנחנו מאוד חזקים בקטע של מיון קטגוריות שונות של המשפט: למשל, המשפט הפלילי, האזרחי והמנהלי. או דיני חוזים, נזיקין, קנין וכו'. אז לזה ניתן לקרוא גיאומטריה בכיוון האופקי – המיון של קטגוריות שונות במשפט, מה שיצר קוהרנטיות. נתאר לעצמנו שאת עיקרון תו"ל מחילים גם במשפט הפלילי, אז יש דברים שזה לא רלוונטי.
2. אנכית: סוג של לוגיקה שגוזרת תוצאות, אחת הצורות הלוגיות הקלאסיות הייתה **הסילוגיזם** (=היקש לוגי). דוגמה לסילוגיזם – כל הפילוסופים הם בני אדם, סוקרטס הוא פילוסוף ולכן סוקרטס הוא אדם. אז בכל הנוגע לדוגמה משפטית, אם נניח שדני שרט את האוטו של דינה, אז דני צריך לפצות אותה. אז זה כאילו אין ברירה כי הכללים קובעים האם זה צודק או לא, רלוונטי או לאו וכו'. אם אחד נהג בצורה רשלנית ושבר רכיב באוטו יוקרתי, אז זה לא פייר להגיד שכל מי שגרם נזק ישלם, אבל זה לא יעניין את הפורמליסט – יש כללים וצריך לעמוד בהם.

אז הפורמליסט יטען שיש לי סט כללים שכדאי לשמר אותם כי אחרת המערכת תאבד וודאות, קוהרנטיות (לא מלא סתירות, לא אד-הוק) וכו'. לכן, **המוקד של הדיון יהיה בכללים ולא במניעים של הכללים**. כאילו אנחנו לוקחים פסיעה אחת אחורה. אולי היו לך סיבות טובות לכללים, אבל אנחנו דנים בכללים עצמם. למה קבעו ככה וככה? זה לא משנה. ברגע שקבענו את הכללים, אתה לא מתווכח עם הרציונליים לפי הפורמליזם.

אז הניתוח הקלאסי הוא יש כללים. רבי שמעון בר יוחאי היה דורש את הרציונליים של החוקים המקראיים, למשל – "לא תחבול בגד אלמנה". אז רבי שמעון יטען שאנחנו מתעלמים מהרציונל שעומד מאחורי החוקים והפורמליסט יגיד – כן. אלא, שעולות כמה שאלות: איך שופטים מגדירים מה זה פורמליזם? פורמליזם זה כמו ההבדל בין פרשנות פשט ופלפול. \*בית שמאי – פורמליסטים. לו היינו צריכים לדמיין את פרצופו של הפורמליסט, ניתן היה לדמיין זאת כאדם ללא מבע, אבל, שמאי ראה את עצמו "בסבר פנים יפות", אז איך זה? ניתן לראות אולי בכל הנוגע למשפט העברי, שהרציונל אולי היה שבשבת ננוח, או שלא נעבד את השטח בשנה השביעית, אבל מה קורה אם אנחנו הולכים לפי פרשנות צרה של החוק, טכנית, פורמלית? אז זאת אומרת שלהיות פורמליסט בהקשרים מסוימים הוא נראה ראש בקיר, אבל דווקא בעניינים מסוימים הוא יכול למצוא פתרונות שדווקא בפרשנות תכליתית לא ניתן לראות בכלל. למשל, עוד דוגמאות – מי יותר שוויוני? אם אני בעל גישה פורמליסטית? או בעל גישה עם פרשנות רחבה יותר? בעל גישה פורמליסטית כי לכולם זה אותו דבר. אולי לא נצליח לתפור את זה למידותיו של האדם הפרטיקולרי, אבל כן יקיים יותר שוויון. כך, שהשאלה הזו יותר מורכבת מאשר היא נראית בהתחלה. אז בהתחלה להיות פורמליסט זה מעליב, אבל ניתן לחשוב על העניין שביחס בין שוויון פורמלי לשוויון מהותי.

* **למה נראה שבנוגע לפורמליזם ישנו "ניתוק המשפט מהממד הערכי שלו"?**

זה אומר שהערכים הולידו את הכללים ואחר כך השופט יבדוק אם רלוונטי או לא (זה לא אומר שהמשפט לא ערכי). אז למה קבענו כך? כי היו שיקולים ובתוך המערכת, השיקולים הם בלוגיקה הפנימית ויכול להיות שיהיו התמקצעויות מסוימות בתוך המערכות השונות (כמו במשפט הפלילי, האזרחי וכו'). אבל – העיסוק המשפטי (של שופט, צדדים, משפטן) הוא בנורמה (בכלל המשפטי) ובהיגיון הפנימי שלה: מה נגזר מכלל x במקרה y. ולא – במישרים במקרה כשלעצמו: איזה עולם ישרור אם נאמץ נורמה x.

הדימוי של מאוטנר הוא שהנורמות חוצצות בין מקבלי ההחלטה לבין הנימוקים שיכולים להצדיק את ההחלטה – למה קבענו את הכללים? זה עניין של המחוקק לענות בו. האם הכללים קיומו או לא? זה הדיון הפורמלי כי אנחנו דנים בתבניות.

* **יצירתיות מוגבלת במסגרת ההליך המשפטי**

השופט הפורמליסט, לא ילך על פרשנות יצירתית יותר מדי. זה קצת יותר אירופי, יותר יישומי, וזה משפיע על אורך פסקי דין. נוכל למצוא דרכי היסק "משפטיים" – דדוקציה/אינדוקציה לפי "Legal Reasoning" (דרכי היסק ייחודים למשפט). כלומר, שקיימת נורמה "מוכנה מראש" לצורך החלתה ע"י השופט. צריך רק "למצוא" או "להסיק" אותה.

ואולי יש דרכי למידה ייחודים שיש בכל תחום, אבל זה בעצם סוג של אלגברה ואתה ממלא את המשתנים והתבניות קבועות מראש ולכן יש תשובה אחת נכונה, לא כי אתה מחפש את העקרונות, אלא יש תשובה אחת נכונה, גם אם היא לא צודקת. למשל, לגבי דעת המיעוט של אותו נכד שהרג את סבא שלו – זה פורמליסט. וודאי שלא נשאל על משפט רצוי. אנחנו מדברים על מה הכללים אומרים לכשעצמם.

* **מה היעדים של המשפט**
* פתרון/יישוב סכסוכים;
* וודאות ויכולת תכנון – הפורמליסט יגיד שניתן.
* **מאפייני ה"פורמליזם" המשפטי**

1. הפרדת רשויות נוקשה כעקרון דמוקרטי:

בחינת "סמכות" הפעולה/ההחלטה המנהלית;

לעומת "סבירות" הפעולה/ההחלטה.

מה יותר דמוקרטי? מה יותר עוסק בהפרדת רשויות? הפורמליסט או הפרשנות התכליתית? הפורמליסט. יש מי שיש לו סמכות לחוקק, יש מי שיש לו את הסמכות ליישם וכל הרעיון של עילת הסבירות היא לא רלוונטית לפי הפורמליסט, כי יש לנו כללים – כדאי לא כדאי, והטענה של המאוטנר תהיה שביהמ"ש עבר מגישה פורמליסטית של שנות ה-50, לגישה אנטי פורמליסטית של שנות ה-80 ו-90. אז כאן יש שרשרת של גורמים שניתן להשית אותה על החלטה דמוקרטית, אבל זה נכון לגבי המושג של סבירות וסמכות. למשל, לפי 2 ועדות חקירה מפורסמות, שתיהן עוסקות בפשלות צבאיות: 1. ועדת אגרנט הראשונה – עקב סכסוך גדול מאוד בין שר המשפטים ליועמ"ש לממשלה, בוויכוח על מי בעל הסמכות – האם הדרג המדיני אחראי לפשלות של הדרג המקצועי (ויכול להגיד לו מה לעשות כדי לתקן את הפשלות האלה)? עמדתה של ועדת אגרנט הראשונה הייתה שהדרג הפוליטי זה לא הדרג המקצועי וזה לא בסמכות שלו להתערב בסמכויות הפנימיות. באה מלחמת יום הכיפורים והשאלה הייתה מי אחראי לכך? המסקנה של ועדת אגרנט הייתה שהפשלות של הדרג המקצועי הן של הדרג המקצועי; 2. ועדת כהן – ב-82' יש תקלה מבצעית בסברה ושתילה. קמה ועדת חקירה והמסקנה שם הייתה שהדרג המדיני כן אחראי לפשלות של הדרג המקצועי, וחייבו את אריאל שרון להתפטר. למעשה, הנסיבות היו דומות וההבדל היה בתפיסה האם אני מסתכל על המסגרת השלידתית של הסמכות. **סבירות** עוסקת בתכנים **וסמכות** עוסקת בשלד. האם עצרנו שם או שבחומת מגן הוגשה עתירה למה היה מצור על כנסייה בבית לחם? או למה איגפו משמאל ולא מימין, אז השאלה היא לא של כמות אלא גם עקרונית – האם ביהמ"ש כשהוא בא לשפוט בודק גם את הכללים או גם את התכנים. זה כמו שנגיד על שופט כדורגל, שהוא מתערב ואומר לקבוצה שלא ככה משחקים. כלומר, הוא מתערב גם בסבירות המשחק ולא בכללי המשחק.

1. שפה "מקצועית"

אז מה התפקיד של ביהמ"ש כאן? השפה של השופטים, של פס"דים, בשנות ה-50 בשנים הראשונות של המדינה, כמו למשל אקס ריאה, אולי רצו להדגיש שזו שפה מקצועית שלא ניתן להבינה? כלומר, שזה סוג של שק"ד מקצועי.

1. קהל היעד: עולם המשפט (במובן צר/רחב)

קהל היעד הוא באמת עולם המשפט ולפעמים גם הצדדים עצמם. אז שופטים לא מתרגמים את פס"דים שלהם לאנגלית או מפרסמים טורים באנגלית, אנחנו אולי כותבים בשפה גבוהה ונביא תקדימים מכל מיני מקומות, אבל כותבים לעולם המשפט ולא לחברה עצמה.

1. שפה: השופט "אנוס" על פי הדבור של החוק

למשל, בסרט ג'נין ג'נין, הגישו תביעת דיבה, כי חיילי הגדוד הרגישו מושמצים וזה מה שקבע ביהמ"ש לבסוף, אבל אי אפשר היה להגיש תביעה כי כדי להגיש תביעת דיבה בשם קבוצה, יש צורך בחתימה של היועמ"ש והוא לא נתן את החתימה שלו. ביהמ"ש אומר שאין ברירה ואנחנו אנוסים על פי הדיבור. אז יש פסקי דין שמתנסחים בצורה כזאת של ,מה לעשות" וזה לא כ"כ מעניין אותם אם כתוב או לא כתוב בחוק. גישה פורמליסטית באה ואומרת שאנחנו נשחק לפי לשון החוק ואנחנו אנוסים, אין ברירה.

1. מרכזיות לשיקולים פרוצדורליים

פרוצדורה יכולה להיות שיקול מאוד מרכזי – למשל, עברו שלושים יום ולא ניתן להגיש שוב. כללי הסד"א הפכו להיות יותר פורמליים כי לא רוצים להשחית זמן שיפוטי וממש לקחו חזרה את המטוטלת.

נראה דוגמה:

**פרשת קניג נ' כהן**: העובדות מעלות שהמנוחה מצאה את מותה בנסיבות טרגיות, נישואיה למשיב לא עלו יפה והיא גם לא הצליחה להתגרש. לכן, היא שכרה חדר בבית מלון, תוך שלאחר מכן היא קפצה מחלון החדר ובידיה – בתם הקטנה של בני הזוג. בחדר נמצאו לאחר מכן תשעה פתקים שנכתבו בכתב ידה של המנוחה, שלא נחתמו על ידיה ולא נשאו תאריך.

באחד הפתקים, הוא מותירה מעין צוואה, ובפתק האחר היא מבקשת שהמשיב לא ישתתף בהלוויה.

השאלה בפס"ד עלתה בעניין תוקפה של הצוואה, אז אם נסתכל על הרציונליים, יש צורך בחתימה כדי להבין שזו הייתה כוונתה ויש צורך בתאריך כדי להבין שזה התאריך האחרון. אבל לא ממש יעניין אותו מבחינת הרציונליים לפי הגישה הפורמליסטית, ואכן, משום שלא מדובר בצוואה שנכתבה כדין (שכן לא נשאה חתימה ו/או תאריך), כלומר, **מבחינה פורמלית**, ולכן הערעור נדחה והכסף הלך כולו לבעל שהתעלל.

נשווה את זה לכיוון ההפוך:

**פרשת עומרי קיס נ' המוסד לבט"ל**: נקבע בפס"ד שטיפים הם הכנסה מצד בעל הבית. כלומר, נכון שנותן השירות עבד למען זה, אבל בעל הבית הרשה לקחת את הכסף. כך, שזה משכורת מהשקל הראשון וזה חייב גם בהפרשות סוציאליות. למה ביה"ד פסק את זה? כי הכנסת לא עשתה עד כה. נקבע: "אנחנו מורים כי ההסדר החדש ייכנס לתוקפו ביום 1.1.2019"

ביהמ"ש קבע תקדים, יש מקרה שלפניו והוא קובע תקדים, מקרה שלפניו – מקרה, התקדים ייכנס לתוקפו בעוד תשעה חודשים, נזכיר תאריכי תחולה של חוקים? אז התקדים ייכנס לתוקפו ב-2019, **אז זו לא בדיוק גישה פורמליסטית**, שכן אם המחוקק לא מזיז את עצמו, ביהמ"ש יהיה המחוקק. חשוב לראות עד כמה הגישה הזו שונה למשל מהריאליזם המשפטי. \*יוער ששבועיים לפני כן מע"מ פירסם שהוא לא מבין את פס"ד ושהוא בינתיים משהה את האכיפה לפי התקדים עד לשלב מסוים. זה מה שקורה כשמערבבים פסיקה ומה עוד, אז זה בגדול הקיצוניות ההפוכה של הרעיון של פורמליזם משפטי.

* **פורמליזם**

חשוב לשים לב להבדל מאוד חשוב – מה משותף לפורמליזם – פוזיטיביזם? למרות שיש תחושה מסוימת שפוזיטיביזם ופורמליזם זה אותו דבר, כי פוזיטיביסט זה מי ששם את הדברים על השולחן ופורמליזם בוחן את החוקים, אבל זה לא אותו דבר:

* דרכי היישום/פרשנות של החוק אינם מקורות החוק:
* פוזיטיביזם עוסק בשאלה – מהי הגישה שמנוגדת לפוזיטיביזם? משפט טבעי. אז מה ההבדל בין משפט טבעי לפי הגישה הפוזיטיביסטית? מה מקורות הנורמות המשפטיים? האם המשפט כולל את המוסר, כלומר אני יכול להיות שיש יסודות מסוריים שמחייבים אותי משפטית לכשעצמם, למשל – אני פותח את ספר החוקים או את הלב? הפוזיטיביסט אומר שהוא לא כולל. אז השאלה היא בעצם מהן המקורות של הנורמות המשפטיות? כולם מסכימים שיש כזה מוסר, אבל נשאלת השאלה האם מוסר יכול להיות נורמה (כלל) משפטי מחייב? האם ניתן להעמיד לדין משפטי על מי שאכל בשר אדם?
* פורמליזם עוסק בשאלה – אחרי שיש לי את הנורמה המשפטית, מה אני עושה איתו? כלומר, נניח שיש חוק למהדרין, אין נפרש אותו? האם איך שהוא כתוב ולא בצורה אחרת? כתב יד זה כתב די ותאריך זה תאריך? או שניתן להגיד שאני מפרש אותו לפי הכוונה, הערכים, העקרונות והתכלית? גם אם אני פוזיטיביסט אני כיול להיות פורמליסט, וגם לא פורמליסט, למשל – דוורקין לא רואה את עצמו כאיש משפט טבעי. הוא לא טוען לאמיתות אוניברסליות של המוסר. הוא לא רוצה לטעון לדברים כאלה. הוא רוצה להגיד מה נכנס לשאר חלקי הפאזל – אנחנו נחפש את העקרונות ואפילו שיש כאלה שמדברים על פוזיטיביזם צר או פוזיטיביזם כולל, כי מה הוא כולל? **הפוזיטיביזם הצר** כלל רק כללים **והפוזיטיביזם הכולל** כלל גם עקרונות. אבל שתיהן הן גישות פוזיטיביסטיות. אדם יכול להיות פוזיטיביסט אבל לא חייב להיות פורמליסטית. אז לא ניתן לשים על השולחן לארוחת ערב אבל את החוק כן, איך נבשל אותו – אלו שתי שאלות שונות.

אז מה זה מקורות החוק? הפוזיטיביסט אומר שאני לוקח את הנורמות המשפטיות רק ממה שבני אדם יצרו. אבל האם רק מהכללים או גם מהעקרונות, האם ניישם פרשנות תכליתית או לא – זו שאלה אחרת. שאלה אחרת היא האם אדם יכול להיות פורמליסט של משפט טבעי, שזה לא ברור. אבל בכיוון ההפוך אדם יכול להיות פוזיטיביסט שאינו פורמליסט.

(!)למבחן, לרוב נופלים בזה שחושבים שלפי הפוזיטיביסט לא אכפת מהמוסר. להפך, הפוזיטיביסט מרומם את המוסר ולא רוצה להכפיף אותו לחוקים, אלא להשאיר את הדיון בטוהרתו. זה שאמרנו שהפוזיטיביסט לוקח את החוקים שניתנו, זה לא אומר שננתח זאת לפי הפורמליזם.

* "פתרון אחד לכל שאלה משפטית":

אז **לפורמליסט אין בעיה עם זה בכלל**, יש נורמה מוכנה, ואפשרי לבנות מערכת של בינה מלאכותית ויהיה פתרון לכל שאלה משפטית. כלומר, אין מקום לגמישות חברתית ולא משנה כרגע אם נרצה שוויון, כלומר שוויון פורמלי ולא שוויון מהותי, וניתן לכולם את אותו הדבר. יש אפשרות גם להתחקות אחר שוויון שאינו פורמלי במסגרת פורמליות, למשל – בעבר, גיל פרישה לנשים היה נמוך מאשר לגברים. אחרי סדרה של פס"דים החוק תוקן והיום הכל 67. האם זה שוויוני? מה לא שוויוני מבחינה פורמלית? אפשרי היה לפתור את זה בצורה פורמלית ולהגיד שחופשת לידה עוצרת את השעון או שמילואים עוצר את השעון, אז אפשרי היה לקחת עוד פרמטרים כדי לבנות מהם כללים, ריאליסט יגיד שכתוב 67 – זו המלצה. אבל הרעיון שהפורמליסט הצורני הולך על אלגברה של הדברים, כך שיש תשובה נכונה, כי יש נורמה מוכנה. מנגד, דוורקין לא אמר שהנורמה מוכנה מראש, הוא אמר שדווקא חשיפת הערכים חושפת את הפתרון. כלומר, מסתכלים מסביב ומגיעים לזה, אז לא חייבים לקחת בחשבון רק את הכללים שמנוסחים אלא גם את הכללים שבאמצע – למשל, יש הבדל בחדר בין מספר כיסאות לבין המרווח שבין הכיסאות.

**ירידת הפורמליזם**

* התפיסה של המשפט כמכריע בסכסוכים ותכנון/וודאות יורדת, לטובת מעבר לראיית המשפט כמכשיר חינוכי/כהצהרה ערכית;

הטענה של מאוטנר היא שיש ירידה של הפורמליזם ועלייה של הערכים. זה מטעה, זה לא שהערכים לא היו חשובים קודם, אולי אפילו החברה החלוצית בונה את הערכים, אבל השיקול המשפטי לא הכניס את הערכים כפרמטר במובהקותו. אז זה לא שיהיו לא ערכים, אלא מה נכנס לתוך הפס"דים פנימה.

* קהל היעד: מעבר מהצדדים/קהילה משפטית לפנייה אל הציבור;

הטיעונים של שנות ה-50 בבג"צים הם אם הגורם היה מוסמך, היום אנחנו פס"דים פונים אל הציבור כי אנחנו רוצים לחנך אותו.

* דרכי טיעון: המעבר הוא מהוכחה לשכנוע;

הטיעונים בבד"ץ הם לא רק טכניים אלא גם רוצים לשכנע יותר, ואנחנו מדברים כאן לא רק על מי צודק אלא מהם הערכים של החברה.

* ישנו מעבר מהגנה על זכויות ספציפיות לזכויות כלליות
* הקטנת מבחן הלשון (של החוק/החוזה)

נראה פס"דים בשנות ה-50 שבהם יש ממש התמקדות על הלשון.

* המעטת חשיבות הקטגוריות

אבל עם הזמן, הקטגוריות גם לא חשובות נראה מה קורה עם תו"ל – בגרמניה זה מצומצם לחופש החוזים ואצלנו ברגע שברק לקח את ס' 61 לחוה"ח לכל המשפט, אז בעצם יש לנו משפט מנהלי של תום לב לכל מה שזז.

* הדגשת בחירת השופט בתוצאה
* יצירתיות – ולא "כבילה" של החוק; ולא דדוקציה או אינדוקציה

אז הפסיקה היום היא יותר יצירתית, ולא כבולה, לפחות בערכאות הנמוכות.

* ירידה במשקל של הפרוצדורה

למשל, הפרוצדורה בשנות ה-90 תפסה מקום נמוך יותר.

* ערכי יסוד ואיזון בין ערכים במקום שאיפה לקוהרנטיות (אבל, היכן עורכים את האיזון?)

כלומר, ידברו על איזון בין ערכים וזה רק מבליט את התפקיד של השופט כמי שמקבל החלטות ערכיות.

**פורמליזם?**

אחד הפורמליסטים הגדולים בארה"ב, ווינרב:

"השמועה מבשרת על מותו של הפורמליזם. שמועה זו היא שקרית. פורמליזם משקף את השאיפה המתמידה ביותר של החוק: למשמש נוהל שהוא נורמטיבי כשלעצמו. \*השמועה תתאמת רק עם חלופה של שאיפה זה" [...]

\*לא נשען על שיקולי "מדיניות" והצידוק שלו נמצא בתוך עצמו, ולא מחוצה לו, כמו מתמטיקה ולא כמו מדעי הטבע או החברה.

ווינרב אומר שהשמועה מבשרת על מותו של הפורמליזם. אבל היא שקרית כי היא מבשרת את זה שהיא רוצה להיות מערכת נורמטיבית ורוצה לקבוע כלל עם היגיון מסוים. אם לכלל אין היגיון – אז בשביל מה הוא נוצר? למשל, בימי שישי בצרכנייה השכונתית, ואנחנו נראה את הדברים עומדים שם, או לא רק. אז אם כל הזמן תצטרך לשאול את השופט אם ככה רצית – זה בעייתי. הרעיון אם זה לא הגיוני זה בעייתי, אז אם לא בנית מערכת משפט עם היגיון פנימי זה בעייתי. כך, שאנחנו רוצים משהו עם צידוק בתוך עצמו. אנחנו רוצים מערכת שיש לה היגיון. במקס' ניתן להגיד שאם ההיגיון לא טוב– נרצה לשנותה.

המאמרים שראינו בתחילת השיעור של בנדור בעצם מתמודד עם הדבר עצמו – כשאנחנו מדברים על שפיטות מוסדית, אנחנו בעצם חוצים גבול מסוים לגבי העצמאות של המערכת. הטענה גם של השופט סולברג וגם של בנדור היא, על בסיס דמוקרטי, אנחנו חייבים להשעין את סט הכללים על ההכרעה החברתית, אחרת, אולי אני מכוון לאמת המוסרית הערכית אבל לא לדמוקרטיה. יכול להיות שזה דבר נכון ודי ברור שבעצם הדמוקרטיה נטו היא בעייתית. לא בגלל שעדיפה שיטה אחרת, אלא איזונים בין הרשויות הן בד"כ איזונים בין הדמוס – הקהל, לבין החכמים. איפה עובר הגבול בין האספסוף לרצון העם? וגם הצד הביצועי – אם כל העם חושב נכון, והחכמים נכונים, אז זה לא אומר שהם יודעים להחליף מנורה. אבל במקום להגיד שהכל נחשב כדמוקרטי, יכול להיות שנצטרך לבקר אותו כדי לראות אם זה בגבולות. וזה לפחות השיקולים מהקטע הפורמליסטי.

אז כשאנחנו חושבים על פורמליסט זה לא רשמי, למה זה קשור לכך? כי יש צורה שאתה מקבל אדם חשוב מסוים, למשל, אתה לא תוכל לבוא עם מכנסיים קצרים לטקס רשמי, יש לנו צורות שונות. אבל אם נלך רק לפי הטופס נפספס את הצדק הקונקרטי.

**בשבוע הבא**:

נראה את ההמשך של אותו רעיון של פס"דים שמנסים לעשות צדק.

**ריאליזם וביקורת**

**‏29/05/2023**

ריאליזם מתחרה עם הבלבול בגלל שלמדנו שריאליזם מוסרי, הוא ההפך מרלטיביזם, ומשמעותו שיש תשובה מוסרית נכונה. כלומר, נכון או לא נכון. יכול להיות שהשאלה היא אני יודע משהו ספציפי או שאם יש תשובות נכונות שמתייחסות לפן המוסרי. אז יש תחום שבא ואומר שיש תשובה נכונה. הגישה של ריאליזם שונה בתכלית, וחשוב לא להתבלבל בין ריאליזם מוסרי, לבין ריאליזם משפטי ויש הרבה שמוסיפים אמריקאי. למה הכוונה?

**אוליבר וונדל הומלס** (ננסה לזהה בתוך הטקסט דברים שכבר למדנו, אבל גם את סטירת הלחי, והוא בעצם יאמר לנו שכל מה שלמדנו הוא לא רלוונטי): "חיי המשפט לא היו היגיון (לוגיקה), אלא ניסיון. צרכי הזמן, התיאוריות המוסריות והפוליטיות הרווחות, אינטואיציות של מדיניות ציבורית, מוצהרים או לא מודעים בכלל, אפילו הדעות הקדומות ששופטים חולקים או חלקו ביחד עם בני אדם חבריהם, כל אלה קבעו את הכללים הקובעים את התנהגות בני האדם יותר מאשר ההיקש הלוגי."

אז התיאוריה המשפטית היא חשובה, אבל לא באמת, אלא היא חשובה ככל שהיא עיצבה את ההחלטה השיפוטית. למשל, האם יעניין אותנו הספרות המשפטית לעומת מה עושים בפרקטיקה? אז צריך לדעת מה עושים ומה קורה בשטח. משפט הוא לא תיאוריות, אלא מה קורה בשטח, כולל השריטות של המין האנושי. זה שם, לא התיאוריות המוסריות, המשפט הוא לא בספרים, הוא לא הלוגיקה של הפורמליסט, הפורמליסט אמר – עיפרון ועוד עיפרון זה 2 עפרונות, אז לא עניין של לוגיקה. יש הבדל. מה מרכיב את המשפט (!)עשוי להופיע במבחן:

"מה מרכיב את המשפט? תמצאו כותבים מסוימים המספרים שזוהי... מערכת תבונית (**פורמליסטית**), שזהו היסק מעקרונות של מוסר (**משפט טבעי**) או אקסיומות מוסכמות (**פוזיטיביזם**) או מה שלא יהיה, אשר תואמות את ההחלטות השיפוטיות. אבל אם לא נקח את חבירינו 'האיש הרע'... לא אכפת לו שתי פיסות קש לאקסיומות או היסקים, אבל הוא כן רוצה לדעת מה בתי המשפט יעשו אתו למעשה."

הרעיון כאן הוא להפוך את הפירמידה ולהגיד שהמשפט הוא מה שקורה ולא יקום מקביל. אז איך הגענו לזה? זה מוזן ע"י מרצים, דעות קדומות, מה שהוא למד וכו'. אז מה מזין את ההחלטה השיפוטית יותר? המוסר או הדעות הקדומות? הדעות הקדומות. אנחנו מדברים על המשפט כפי שהוא. לכן זה 180 מעלות הפוך מריאליזם מוסרי, שכן גם אם יש אמת מוסרית אחת זה לא מעניין, אנחנו לומדים על המשפט ועל מה שקורה בשטח. אז הדוגמה של הומלס הפכה לתיאורית האיש הרע. (!)חשוב לזכור את תיאורית האיש הרע – מה קורה בשטח. זה לא חייב פלילי אלא גם האיש הפשוט שרוצה לדעת מה קורה בשטח – אם יקבל ויזה או לא, אם יקבל הנחה במס וכו'. כמו גם למשל צילום ת.ז לטאבו. כך, שהמציאות של האיש הרע, זה המקרה הקלאסי, הדרמטי, אבל האמת הכוונה היא של הממשק של האדם עם המציאות ועם כוחות המציאות. יש מאמר חשוב של חנוך דגן על ריאליזם משפטי כמו של בנדור על פורמליזם משפטי, כי התיאוריה של דגן יותר מעמיקה, וייתכן שנמשיך אותה בהמשך. כי מבחינת ריאליזם, אתה לא רק מדבר על מה שהשופט יעשה, אלא אתה מנסה לשקלל את הכוחות המשפטיים, זו מעין גרסה של המאה ה-21, אבל זה כרגע בצד.

אז מה זה משפט?

"החיזוי (או הנבואות) אודות מה בתי המשפט יעשו כענין שבעובדה – זו כוונתי לגבי 'המשפט'."

יש גם משפט **של ג'רום פרנק**, שהיה אחד מכותבי התנועה הזו, שאינה בהכרח אחידה, בגלל שהדברים צומחים מהשטח:

"כשאתה בבית המשפט, מה שיותר חשוב לדעת מאשר החוק והתקדימים, הוא מה השופט אכל לארוחת בוקר. "

זה מעין מזלזל, אבל ממחקר שפרסם דניאל כהנמן, שמודדים את הזמן מהפסקת האוכל האחרונה והחלטות של ועדות השחרורים, ככל שמתרחקים מהארוחה, ההחלטות נעשות מחמירות יותר, כעניין אמפירי. אז יש מי שמקשים כי לא הייתה קבוצת ביקורת, ויש גם סיבות אחרות כי בד"כ רוצים לגמור את התיקים הקלים בהתחלה, ואז יושבים על התיקים הכבדים. אבל אפילו הסידור של התיקים מניח משהו בתודעה האנושית, ואנחנו לפעמים מתעלמים מההשפעה הזו ומספרים לעצמנו סיפור שזה לא רלוונטי והמשפט הוא טהור מכל שיקול כזה או אחר, ואנחנו אולי לא משקפים בצורה מהימנה את ההחלטות השיפוטיות שלנו. (!)המושג טבע, שמיים וארץ הם מטעים כי יש להם דימוי חזק, אבל האם הגישה שאומרת שיש תשובה מוסרית נכונה, שאפשרי לראות אותה כמקור לנורמות משפטיות, איך איש הגישה הזו ביחס לגישה שאומרת שהכלל המשפטי מעוצב גם ע"י עיוותים של הגורם האנושי? יש גם דברים ביכולת שלנו להבין, להכיר, להציג נכון את המוסר האמיתי. בהיבט הזה הריאליזם מאוד קיצוני מהפוזיטיביסט. למשל, כשאתה מתאר את המשפט בצורה מדעית, הכלל הבסיסי הוא שמי שגורם לשני נזק ברשלנות, חייב לפצות אותו, לכן דני כשהוא שרט את האוטו של דינה פטור. אז פוזיטיביסט יגיד – לא הבנתי, אמרת שיש כלל ואמרת שגזרת ממנו מקרה ספציפי, אז איך זה עובד? יש כאן טעות, המשפט אומר זו המציאות, הבאג הוא פיצ'ר. זה בעצם מה שאומר הומלס. בעצם, לא רק ההחלטה החברתית, לא רק המוסר או המשפט, או הכללים שקבענו, או העקרונות, לגיטימי בעיני הריאליסט המשפטי לשאול מה זה יעשה לחברה, ולא רק עקרונות שצומחים, ופרשנות ומוסר וכללים שהנחנו. לגיטימי להגיד למשל, שהכרעה בתיק כזה וכזה תעלה את האינפלציה. וזאת, בהתאם לריאליזם.

**שפיטה**

נתביית על **"תיקי ברנדייס"**, ברנדייס הצעיר ייצג את המדינה אורגון (Muller v. Oregon), לאדון מולר הייתה מתפרה והוא העסיק נשים עמוק לתוך הלילה, במתפרות ללא תנאי עבודה. מדינת אורגון הוציאה חוקים שהגבילו את שעות העבודה היומיות של נשים. אדון מולר הגיש את המקבילה של בג"ץ, וזה מגיע לביהמ"ש העליון, אז זה לא בדיוק בג"צ, ומולר מגיש תביעה נגד מדינת אורגון וטוען שזו פגיעה בחופש החוזים ובמיוחד בזכות הקניין שלו. מדינת אורגון בוחרת בלואי ברנדייס, האגדה מספרת שמתוך 100 עמודים של סיכומים בכתב, 10 עסקו בטיעונים משפטיים, 90 היו סוג של מחקר סוציולוגי – מה זה יעשה לבריאות של הנשים, מה זה יעשה לחברה. וזה זכה בעליון. בין היתר יושב שם הומלס. יש עוד פסקי דין שהומלס הופיע בהם עם עקרונות כאלה והתחושה של ההגינות החברתית, במיוחד במקרה של Hard Cases, שהכלל הולך לכיוון אחד אבל המצפון לאחר, הפתרון של הריאליסט יכול להגיד שהוא זורם עם המוסר אבל צריך להגיע לתוצאה הנכונה שהיא האימפקט החברתי. למשל בדוגמה לישראל, אחרי לבנון 2 כל הסגל הבכיר שלחו מכתבי אזהרה, התראיין אחד מחברי ועדת החקירה ואמר שזאת כך כי לא רצו לפגוע בתהליך השלום, אבל מה שמעניין הוא זה שזה לא שיקול פנימי, אלא שיקול של מה זה יעשה לחברה בתחום הכי רחוק מהמלחמה. ולכן, לשלוח מכתב אזהרה זה לא. זה שיקול פוליטי במובן של ניהול הפוליס, העיר, של החברה, ולא פוליטי מלשון פוליטיקה-בחירות. בסופו של דבר, חשין באותו **פסק דין פלוני**, יש לו כל מיני פסקאות מבחינת משפט טבעי וכו', אבל לבסוף הוא גם מודה שהוא צובע את העיגולים אחרי שהוא ירה את החץ, זו פסיקה של ריאליזם משפטי, אתה יודע מה יהיה טוב כתוצאה, ואני גוזר את זה.

אז זה נכון במישורים מדעיים מסוימים, וזה וודאי נכון של הראייה של הריאליסט המשפטי, בתיאור המשפט ולא רק במה שקורה, אלא כך ראוי לעשות. אם הפתרון של השופט, מהמקרה הקשה, הוא בעצם לא לגזור את מעקרונות, נראה שהוא סוג של ריאליסט, כי הוא לא גוזר את התוצאה מכללים, אלא מדבר על האימפקט. למשל, אם יודעים לספור והתשובה ידועה שצריכה להיות 5, אז מסדרים את זה ככה שיתאים. אפשרי אולי לעטוף את זה, וזה מוליך אותנו לגישה שאומרת שאם ככה, אולי חלק גדול מהשיח של כללים הוא רק בכאילו ואולי אם נאיר נוכל לחשוף את השיקולים הפוליטיים (לא במובן של בחירות, אלא של עמדות כוח וכו', וכמה דברים שמאתגרים את החשיבה המשפטית שלנו). אז ריאליסט יבוא לשאלה – מה השופט עושה בפועל, זה המשפט של 2023, זה מה שקורה. גם אם אנחנו חושבים שהכל בטעות, המשפט עובד בצורה כזאת ולא מעניין אם המשפט עובד בצורה אידיאלית, ונכון לתאר את המשפט לא רק כמערכת של גזירות פורמליות, אז לפחות גם במידה לגיטימית שהמשפט לוקח את הדעות הרווחות. מה למשל אחת הטענות של Black lives matter? היד יותר קלה על ההדק בעבירות שנעשו סביב השחורים, אז מה קורה בארץ? הראו שיהיה נער לבן ונער אתיופי ושניהם מנסים לפרוץ שרשרת של אופניים ברעננה, אז לילד הלבן שאלו אם הוא צריך עזרה, ואותן נסיבות קראו למשטרה בנוגע לנער האתיופי, אז זה לגבי הדעות הקודמות של השכנים, אבל אם המשטרה אוכפת בצורה בררנית? אז זה אומר לנו שגם אם יש דעות קדומות, המשפט הוא כזה, ואחר כך אפשרי לשאול אם המשפט הוא נכון או לא.

**נורמות משפטיות**

אז דיברנו על זה שהארט דיבר על כללים (ראשוניים/משניים) ובהיעדר כלל מתאים – לשופט שק"ד חזק, ודוורקין אמר שאנחנו יכולים לדבר על עקרונות אבל הוא פסל את השימוש במדיניות (השופט מחפש את המשפט ולא יוצר אותו – שק"ד חלש), ועשינו מעין סימולציה של מה זה יעשה לחברה, אבל בביהמ"ש אמרנו שכשטוענים מה הפירוש הנכון, אבל זה לא מה נכון, **אבל הריאליסט יאמר שזה לגמרי לגיטימי לשקול גם שיקולי מדיניות בתוך מסגרת ההחלטה השיפוטית**. הוא לא יכול לשקול כל דבר, נראה את ההנחות הסמויות שיש בפסיקה של שנות ה-50, אבל זה מתגלגל, וזה לגבי השפה ואפילו גם מה נחשב שיקול לגיטימי רלוונטי. כלומר, ערכים שמשתנים עם הזמן כשמזינים את ההחלטות השיפוטיות, לא בגלל שהקואליציה והאופוזיציה ישבו בצורה מסוימת, אלא מה נחשב כמובן מאליו. אז במציאות, השיקול מה זה יעשה לחברה, והדוגמה של ברנדייס היא הדוגמה המובהקת למה זה ריאליזם. לא פעם המבחן שואל לגבי הציטוט של הומלס, אז כל הרעיון הפורמליסט שיש יסודות, אומר הומלס שזה לא המשפט, זה האקדמיה, מה שאולי חשוב, אבל זה לא מה שקורה. ואם יש 12 איש שדנים את השחור למאסר עולם ולא את השחור, זה מה שקורה, והמשפט הוא מה שקורה. וזה לגיטימי לשופט לפעמים לקחת את מה זה יעשה.

ניקח 2 דוגמאות: דיברנו על פסק הדין של הטיפים, שההחלטה תיכנס לתוקפה בראשון לראשון, אז מה זה? כי אנחנו לוקחים בחשבון מה זה יעשה לחברה – אנחנו צריכים לארגן מחדש את כל התפיסה שלנו לגבי טיפים. אבל הרעיון שטיפ משנה תפיסה והופך להיות ממתנה לחלק משכר עבודה, ומשקל ראשון הופך להיות לשכר מינימום, דורש התארגנות חברתית. אז צריך לשנות את הפרספקטיבה, זה דורש זמן להתארגן על זה. אז מי שוקל שיקולי מדיניות? המחוקק.

לדוגמה אחרת, עמק הסיליקון לא שומרים על כל כללי ההתנהגויות, זה לא בסדר, אבל זה מה שזינק את ההייטק שם. האם מדינת ישראל רוצה את הרווחה של עמק הסיליקון או להיות מרובעת כמו בוסטון? ולפי זה שופט הכריע בישראל. כי השאלה הייתה איזו כלכלה אנחנו רוצים להיות? זה מה שהוא אמר בהרצאה – פרופ' סטיב אדלר. אז היו כללים, והמציאות היא כ"כ שונה, וזו המציאות וזה הריאליזם.

ולכן, נחזור למשפט אם יש פתרון אחד לכל שאלה משפטית: **הפורמליסט** יגיד שכן זה כמו אלגברה, יש נורמה אחת מוכנה מראש; **הריאליסט** יגיד שאין נורמה מוכנה – הכל תלוי הקשר חברתי; ולפי **דוורקין**, נוכל לחשוף את כל הערכים החברתיים כדי למצוא את הפתרון. אמנם הוודאות נשחקת, אבל זה מה שהומלס אומר – השופט מרגיש את עצמו בנוח לעשות קונסטרוקציה מסוימת. נבחון שני מושגים: 1. תת קביעות; 2. חוסר קביעות. הכוונה בעברית פשוטה היא שכשאתה מכניס משהו, אתה לא יודע מה ייצא, לעומת מה שאתה יודע בוודאות. יש דברים שאנחנו יודעים בוודאות – דטרמיניסטיים, כמו שורות קוד, אבל:

1. **ספקנות כללים**: הרעיון שהכלל המשפטי (לשון חוק, תקדימים משפטיים, מושגים משפטיים, היסק משפטי) שלשון החוק אינו קובע בהכרח או באופן בלעדי את התוצאה המשפטית (או שקובעת באופן חלש). כלומר, ברגע שביהמ"ש בעל חופש פרשני גדול, בעצם לעולם לא תדע מה תהיה ההכרעה המשפטית שלו במישור של כללי המשפט. זו המתקפה הריאליסטית על הפורמליזם. נורא יפה שכל הגורם בנזק יפצה, אבל מה זה רשלנות, מה זה נזק, מה זה יפצה? משום שלמושגים יש מעין פתיחות כזאת, אז הרעיון שהכל נגזר מתקדימים משפטיים קצת לא הולך, וזה לא נכון. אבל כל שאר המציאות איננה ודאית. נזכור את המתח שבין חוק (גישה פורמליסטית) לבין משפט (ריאליסט – שאומר שאפילו לא צריך לדעת מהו החוק).
2. **ספקנות עובדות**: אין "עובדות המקרה" באופן גולמי – יש משמעות מכרעת לדרך בה הן מוצגות (עדים, עו"ד, שופט, חבר מושבעים). מה היה שם? ראינו רשלנות? ראינו קש"ס? אז הראיה איפה אנחנו חותכים את הסיפור? האם אנחנו לוקחים גם הקינטור? את התעללות?

ניכנס לכמה דברים – כל הרעיון שיש שיקול או היגיון משפטי ששונה מהיגיון של בני אדם, יאמר הריאליסט – אני לא קונה את זה, כשאנחנו משתמשים כאן במערכת תובנות, זה לא מתמטיקה יאמר הריאליסט, אבל נציג משהו יותר ביקורתי. מלמדים אותנו במשפטים דוקטרינות משפטיות מוחלטות, זאת האמת. חוזים – יש לקיים. לא שאלנו למה, ולא שאלנו למה יש הבחנה בין מנס ריאה וכו'. נראה כמה דוקטרינות משפטיות שאנחנו לוקחים כמובנות מאליהן, והביקורת אומרת, אל שאנחנו לא מסכימים, אלא לעובדה שזה לא מובן מאליו:

1. חוזים כ"מפגש של רצונות": הדוקטרינה הבסיסית של חוזים היא מפגש של רצונות, אבל מי קרא באמת כל החוזה הארוך שלפעמים מופיע בין חברות? אנחנו לא יודעים בכלל, ולרוב סתם חותמים על "I agree".
2. העדפת צדק מתקן על פני צדק חלוקתי (לדוגמה: כלל נטל הראיה): למשל, המוציא מחברו, עליו הראיה. נחשוב על פרשת עדן כרמל (מלול). מי מרוויח מהכלל שהמוציא מחברו עליו הראייה? הגורם החזק שהוא שחקן קבוע כמו בתי חולים, כמו חברות ביטוח? תחב"צ? שמעורבים לרוב בתאונות. מי מרוויח מהכלל הזה? החזקים, אז כשקבענו את הכלל, אנחנו אולי ירשנו את הכלל כמובן מאליו, אבל החינוך המשפטי שאנחנו מקבלים, אנחנו לא שמים לב שהכלל שאנחנו מאמצים כדבר מובן מאליו, מיטיב עם החזקים. אולי גם הכלל של מפגש רצונות היטיב עם החזקים.
3. ראינו שזכות הקניין הצדיקה את העבדות: אז למה? איך נכסים עוברים בירושה? אז אולי דיני ירושה צריכים להיות – תשתמש עד 120 ואז תחזיר לכולנו? למה זה מובן מאליו שזה חייב לעבור לדור הבא? אז הרעיון הוא שיש כאן החלטה ולא תבנית אנונימית.
4. הגדרת שוויון: האם לוקחת בחשבון גם הבדלים דתיים? אתניים? חינוכיים? לא מזמן גיל הפרישה לנשים היה יותר מוקדם מגבר, האם זה שיוויוני? האם הקידום של אישה נעצר בגלל היריון? כן, אז אולי נעצור את השעון בזמנים מסוימים? אולי במילואים? מספר לא אומר כלום, כמו הדיון באליס מילר, ופקודת השירות המשותף וכו'. אז שוויון הוא לא מספרי, והוא לא יכול להיות מספר חולצות בארון, הביקורת באה ואומרת – אולי אנחנו מסתירים כאן דברים תחת מעטה של של אובייקטיביות? מבלי לחשוף מה נמצא שם באמת.
5. הגדרות "אונס" במשפט הפלילי (ביקורת פמיניסטית): ההגדרות נכתבו על גברים, ויש המון דגש על הטכניקה ומה קרה פיזית. לנפגע או לנפגעת לא תמיד זה רלוונטי, אבל מה זה משנה? מה זה רלוונטי? אז ההבדלות בין מעשה סדום ואונס, יוצא שאי אפשר לאנוס גבר כי זה תמיד יהיה מעשה סדום, ולמה זה רלוונטי? הפגיעה היא מה שחשובה?

אז השאלה ששואלת למה – היא השאלה של הביקורת, תפנה זרקור ואולי זה יותר רלוונטי? אז במקום מסוים, התובנות האלה שלא לקבל את מה שהמרצים מלמדים כמובן מאליו. אז נשאלת השאלה – האם המנגנונים שלנו בעלי הטיה לטובת צד אחד ולא אחר? וזה ריאליזם משפטי 2.0, כלומר, שבא ואומר שיש שיקולי מדיניות והשלב הבא אומר אולי אנחנו דורכים על שיקולים שמשקפים עמדות מסוימות ולאו דווקא לפי משפט טהור.

**זכויות – "ריבועי" ההופלד**

**‏01/06/2023**

יצוין שישנם כמה נושאים שדיברנו עליהם מלמעלה, ויכול להיות שבהמשך נעמיק בהם קצת יותר, כמו בעניין של ריאליזם ופלורליזם. אבל היום נבהיר את הנושא של זכויות. לדעתו של בריס ישנה זכותיזציה – מלשון "זכותי", כלומר השיח מרובה בדיבור על זכויות, כשלא ממש יודעים למה הכוונה. לפני קצת יותר מ-100 שנה, חוקר צעיר ומבטיח – הוהפלד, כתב שני מאמרים על המושג "זכות." בהמשך נראה שזה מסתדר עם רעיונות פורמליסטים מכיוון שההבנה שלו היא לדייק במשמעות של מושגים, בניגוד לריאליסט ששואל מה זה יעשה לחברה. הטענות של הוהפלד הן אלו:

1. טענה א': מערכת משפטית היא לעולם בין שני גופים/אנשים.

אנחנו מכירים את ההבחנה בין חוזים לבין קניין: זכות חוזית היא זכות in-personam, או בעברית – זכות אישית, לעומת זכות קניין שהיא in-rem, ותקפה כלפי כולי עלמא. המשמעות היא שיש הבדל בין אני חייב לבין הדבר הזה הוא שלי ובכוחי לעשות בו דברים (זכות בדבר עצמו). הוהפלד טוען שאנחנו לא מדברים על תכונות מטא-פיזיות. גם את המשפט כלפי כולי עלמא הוא יתרגם למושגים של שני בני אדם, רק שיש הבדל אם המספר הוא סופי (שניים) למספר שאינו סופי.

1. טענה ב': ניתן לתרגם את מערכת היחסים הזו על פי בחינת יחסים משפטיים מדויקים – עם מושגים משפטיים מדויקים, אטומיסטיים (אינם ניתנים לרדוקציה) – ועל ידי כך להימנע מטעויות בהבנת אופייה של מערכת זו.

אם יש לי זכות בדבר אז יש לי זכות אישית, אבל אם יש לי זכות כלפי כולי עלמא, זה כלפי כל אחד ואחד. וזה **ההבדל**, לכן זה הופך להיות כלפי כל העולם, אבל אין עולם מופשט. אז הטענה שלו היא שאפשר לקחת את כל המושגים המשפטיים שיש, ולתרגם אותם למולקולות הבסיסיות של המשפט שהם שני מערכות של מושגים – שני סטים של מושגים:

1. **הסט הראשון נוגע לזכות, העדר זכות, חובה, חירות**.
2. **הסט השני נוגע לכוח משפטי, היעדר כוח, חסינות וכפיפות**.

אז יש כאן שני סטים של מערכות שחלחלו לשפה המשפטית שלנו, ומאז הסטים עברו עידון ושכלול, אבל המושגים עצמם טבועים בתובנה שעוזרת, לדעת בריס, להבין לגבי ההמשך. אז מהי הכוונה של ארבעת המושגים האלה? נתחיל ברעיון של **זכויות**:

1. מול בעל הזכות לא קיימת חירות;
2. מול בעל הזכות קיימת חובה.

נניח ששכרתי דירה, מה הזכות שלי? לגור בה. מהי החובה שלי? לא שלי, של אחר – החובה של בעל הבית לתת לי לגור שם. יכול להיות שכנגד זה, הסיבה שבעל הבית קיבל על עצמו לתת לי היא מערכת אחרת – עסקית, בתמורה לכסף, ויכול להיות שעשינו עסקה. אבל הרעיון הבסיסי הוא שאם אני חייב לתת כסף, אני זכאי למעין "כסף" מהצד השני. **המושג זכות** פירושו שמישהו חייב לי, או מישהו חייב לבעל הזכות. זו המשמעות של הזכות. **המשמעות של חובה** (במישור המשפטי) אזרחית, היא שמישהו זכאי. אם יש לי חובה לשלם לך, יש לך זכות לתבוע את זה ממני. איך אנחנו נקרא למצב שלא רובצת עליי זכות כזאת? אם אין עליי זכות ואם אין למישהו אחר זכות עליי, יש לי חובה? לא, ואז המשמעות שאין למישהו זכות כלפיי היא שאין לי חובות ואני חופשי, וזה ההבדל העצום בין זכות (Right) לבין חירות (Liberty) ובגלל זה קל להתבלבל ביניהם, לכן, מה שחשוב לראות הוא את מערכת היחסים: מהי המשמעות שלאחד יש זכות כלפי השני? הוא חייב. אם לזה יש זכות, המשמעות היא שהוא חייב לו, יש לי זכות כלפיך לסכום מסוים, זה מעין פירוש המושג. ומה המשמעות אם יש לאדם חירות כלפיי, אז יש לו זכות? לא, זו המשמעות. לכן, קוראים לזה ריבוע הוהפלד, המשמעות היא שאם אין לי זכות הוא חופשי ואם יש לי זכות הוא חייב. אני לא יכול לתבוע ממנו כי הוא חופשי ממני ואין לו משהו לתבוע ממני. ולכן, בנוגע **להעדר זכות**:

1. מול העדר זכות לא קיימת חובה;
2. מול העדר זכות קיימת חירות.

כלומר, זה עובד גם לכיוון ההפוך – אם אין לו זכות זה אומר שיש לו חירות, ואם אין לי זכות כלפיו, זה אומר שיש לו חובה? לא. אז הם כאילו מציירים את זה ב-45 מעלות, אבל בעצם יש כאן 4 מושגים שהם שניים, כי המשמעות של זכות היא שיש חובה והמשמעות שאין זכות היא שהוא חופשי. המשמעות של היעדר זכות היא אותו דבר, אם אין לו זכות יש לו חירות ואם יש לו זכות אז הוא חייב. אז המושג של היעדר זכות וזכות הם מושגים קוטביים, אבל המשמעות של חירות וחובה הם בעצם שני הדברים הקלאסיים.

**זכויות: דוגמאות**

1. זכות חוזית לעומת זכות חפצית

ניקח כמה דוגמאות – נניח שיש לי זכות ורכשתי מקרר, מהי המשמעות? יש לי זכות חוזית לסחורה מסוימת, כלומר הצד השני חייב לספק את הסחורה (במקרה זה בעל החנות). וזו הכוונה של זכות אישית (in personam) שזה בין אדם אחד. נניח, קניתי אצלך רכיב מסוים, אתה חייב לספק לי את הרכיב, ויש זכויות שהן כלפי כולי עלמא והן לא בדבר עצמו, אלא כולם חייבים – למשל – אם קניתי דירה, אני יכול להחליט שאחרים לא יכנסו אליה, ואז ישנה זכות חפצית (זכות קניין במקרקעין), in rem, שמחייבת אחרים להימנע מפגיעה בבעלותי. כלומר, הזכות היא כלפי כל אחד ואחד מן העולם, לצד החובה של כל אחד ואחד. זו זכות חפצית, שמופנית כלפי כולי עלמא (קבוצה בלתי מוגבלת). ההופלד אף מתרגם את המושג של זכות "בחפץ" לא כמשהו מטא פיזי, ולדעתו אי לדבר על כך. הכוונה היא שאפשרי לתרגם את זה ולפרק את הזכות לאינסוף גורמים יחסים בין בעל הזכות לבני אדם ספציפיים אחרים (כלפי כל אחד). אז המשפט המודרני לוקח זכויות חפציות ומגביל אותן קצת, למשל – אם אני מצאתי משהו מסוים, או הזכות של המדינה להפקיע וכו'. אבל הכוונה היא שזה לא זכות בחפץ, אלא קבוצה לא מוגדרת ואפשרי לפרק את זה לעוד ועוד.

1. חופש [חירות הביטוי]

האם במדינת ישראל יש זכות הדיבור? יש חופש ביטוי, אבל זה לא אותו דבר. חופש הדיבור זה **חירות** – אתה לא יכול למנוע ממני מלדבר. **אבל** אין לי זכות לדבר ולהפריע לאחרים המבקשים לדבר, **ואין** לי זכות לספק בידי את הכלים לדיבור זה (למשל, אין לי זכות -במובן הצר, כזו שמטילה על האחרים]) להופיע בכל התקשורת ההמונים. ניקח למשל את ההפגנות שהיו נגד פוליטיקאים, אז האם יש זכות להפריע למישהו אחר בדיבור? האם זו פגיעה בחופש הביטוי? חופש יכול להתנגש עם חופש אחר. אם אדם קנה זכות, יש חובה לאחר לכבד את זה, אבל חירויות יכולות להתנגש, וזה שיש לי חירות לא מאפשר לדרוס את השני. אז הזכות אומרת שכן ניתן "להעיף" אדם מסוים, אבל חירות אומרת שלא ניתן להעיף, חופש הביטוי זה לא זכות הביטוי.

1. "זכות" ההצבעה?

האם יש זכות לבחור במדינת ישראל? או חופש לבחור? איך נבדוק את זה? חירות: אין לאיש זכות למנוע ממני להצביע, אך האם מדובר בזכות כלפי המדינה? במדינת ישראל, למשל, יש את **ס' 116ב ו-116יג לחוק הבחירות לכנסת**, שמדברים על מצבים של אנשים מוגבלים שלא יכולים להגיע לקלפי, ואסירים, לכן החוק מחייב את המדינה לספק למי שמוגבל תנועה את האפשרות להגיע לבחור. אז בארץ יש זכות בחירה.

1. רישיון

האם חירויות משוריינות ע"י זכויות? כלומר, האם קיומה של חירות משמעה שיש חובה על אחרים לכבד את הזכות? מה נגיד למשל על רישיון נהיגה? זה זכות או חירות? חירות = רישיון, מתן רשות: אני יכול להעניק רשות למישהו להשתמש בדירה שלי, אבל אין זה מונע ממני לתת גם רשות למישהו אחר; יתכן ולא יוכלו לממש בו זמנית (הדירה תהיה כבר "תפוסה" לסוף השבוע), אך אין בכך הפרה של הרשות שנתתי. בנוגע לרישיון נהירה, לא מדובר בזכות (במובן הצר) לנהוג [=רק שמעתה הנהג לא ייחשב עבריין בעצם נהיגתו, אבל לא התחייבנו לספק לו רכב]. מה רישיון מעניק? זה חירות, כי זה לא משהו שכולם יכולים לעשות (\*למרות שגם זכויות ניתן להגביל), ורישיון אמנם נותן שירות, אבל אם הייתה חובה, יכול להיות שהמדינה הייתה חייבת לתת רישיון למי שענה על חובות מסוים, אבל כשיש רישיון יש לך רשות לנוע על כבישי הארץ, ואם זה מבחינת חובה, אין חובה לכך. יכול להיות שאם קניתי כרטיס טיסה – יש זכות ויש חובה לספק, אבל מבחינת רישיון – אין חובה לספק. יכול להיות שיש חובה במשפט המנהלי שאם קבעתם תנאים, ומישהו מילא אחר התנאים, אז יכול להיות שיש לו זכות שנובעת מעיקרון השוויון או מהחובה לנהוג שלא בשרירות, או אם ביקשת דרכון, אז יש חובה למדינה לספק דרכון, אבל אם זה היה דבר שלא חובה לתת, אם למשל היינו קונים כרטיס להופעה, היינו יכולים להיכנס, אבל אם לא – אז לא. אם מדינת ישראל הייתה מחליטה להגביל את רישיונות הנהיגה, אז היא באמת הייתה מגבילה את הזכות המנהלית, אבל אחרי שהמדינה עמדה בחובה לספק את הרישיון, קיבלת רשות, חירות, ואפשרי גם לשלול את החירות. אגב זה רלוונטי גם לכל מה שקשור להרחקות של רבנו תם. כלומר, מצאו דרכים להגביל את החירויות של הבעל – ניתן לא לתת לו כרטיס אשראי או להגביל את חשבון הבנק שלו, לקחת את דרגות הקצונה אבל אי אפשר לשים אותו בכלא, מדוע? כי יש חירויות ולא זכויות. יש חירות להשתמש, אלא אם זה מוגבל, אבל אם זה זכויות – אי אפשר לקחת לו את הזכויות שלו (למרות שגם ניתן להגביל). יש גם פסקי דין בעניינם של פוגל שמדבר על השידור הציבורי ופודמסקי בנושא. אבל הרעיון של חופש הוא שניתן להגביל את החופש לעומת זכות שאני חייב לספק.

אז לגבי החתולים, אפשרי היה להגיד שזה מטנף את הרחובות, ומצד שני ניתן להגיד שלא נתערב בפעולה הזאת, אבל אם נעניק לחתולים זכות, המשמעות היא שמישהו חייב לספק – מי שמשלם. ואחר כך נשאל את עצמנו מאיפה ניקח את הזכויות, רמז, מאיפה? תלוי אם אתה איש משפט טבע או פוזיטיביסט. הפוזיטיביסט יגיד מהציבור, איש משפט טבע יגיד שגם אם הציבור לא מחליט, יש זכויות שאפשרי לקבל אותן גם מבלי שקבע המחוקק. וחלק גדול של "זכותי" בעצם צריך לתרגם, שאם איש משפט הטבע יש זכות בסיסית כזאת (טוען לאמת אוניברסלית, או לעקרונות יסוד של השיטה), או במילים זכותי אני דורש שתוכר הזכות הזו (איך אתם לא מכירים בזכות הזו), או מבחינה פוזיטיביסטית (שזה קיים בחוק).

**זכויות: הדגמה**

זכות קדימה, אותו תמרור שמוכר לנו, האם זה זכות או חובה? צריך לבחון: א. האם אני יכול לתבוע מהזולת זכות לפני או אחרי שהופרה? זאת לא זכות שלי, זה מתנגד כמו, אבל זה לא, שכן אני לא יכול להוציא כנגד אדם שהפר את התמרור צו מניעה, או לקבל באופן אישי את הקנס שלו על העבירה הזו; ב. מדובר בחובה כלפי המדינה?; ג. לאחר יש חירות ולי אין זכות להפריע לו?; ד. האם זהו הסדר תנועה, שמשתמש בשפה של זכויות על דרך ההשאלה? אז יכול להיות שהכוונה היא שהרבה פעמים נוח לנו להשתמש בשפה מסוימת, ורמזנו לכך שהרטוריקה חזקה לרוב מהניתוח המשפטי, ונוח לנו לתאר את זה כזכות קדימה כי זה ממש מחקה את ההתנהלות של זכות וחירות, אבל לא באמת הטלנו חובה, עשינו מעין הסדרה, ולכן, זכות קדימה היא מעין השאלה. אז אנחנו לפעמים משתמשים ברטוריקה, כשאנחנו לא לפעמים משתמשים נכונה במילים.

המערכת של הוהפלד מדברת על המישור הבינאישי, המדינה יכולה להפעיל איסורים מסוימים, כמו לא תרצח, ורציחה באמת נתפסה בעת הקדומה כמשהו שמקים זכות למשפחת הנרצח לנקום את הדם. מאז ביטלנו את התפיסה של עבירות פליליות של אחד כלפי השני, אבל זה לא מתאים למישור הזה. נראה עוד 2 דוגמאות קלאסיות –

1. חוק חופש המידע: החוק קיים במדינת ישראל שנקרא, אך זו **זכות**, כי ניתן לדרוש. חוק חופש המידע מעניק לאזרח זכות לקבל מידע וחובה על המדינה לספק את המידע – אני משלם אגרה, ויכול לדרוש. מנגד:
2. זכות הציבור לדעת: האם ניתן לדרוש מה אחד אכל לארוחת ערב בשם זכות הציבור לדעת? אז אנחנו מדברים על **חופש**, כמו למשל חופש העיתונות, בגלל שזכות הציבור לדעת.

אך, חשוב לציין, למשל, מבחינת רמזור ירוק, האם אני יכול לנסוע מבלי שיגבילו אותי? מה קורה כשיש הולך רגל על המדרכה? אז לא, יש חירות לנסוע אבל היא **מוגבלת**, ואם החירות תפוסה ע"י מישהו אחר, אז היא תפוסה. המחלוקת הגדולה בארה"ב היא על נשק, האם יש זכות לשאת נשק או חירות? אז יש חיילים שזו חובה, אבל לאדם שיש לו נשק, אז יש לו חירות מוגבלת. בארה"ב, התיקון השני לחוקה נתן לאזרחים את הזכות לשאת נשק, Right = זכות. אבל גם כאן, בעצם מדובר בכך שהמילה זכות, היא חירות. האם יש זכות לפונדקאות, או חירות לפונדקאות? במה זה תלוי? אם אנחנו מדברים על חירות הכוונה היא אל תפריע לי, אם מדברים על זכות הכוונה היא תסבסדו לי. אז אם נמשיך עם הדוגמה של סל התרופות, הוא לא מושג פיזי, שפעם בשנה ועדה לוקחת סל וזורקת פנימה דברים, זו מטאפורה לדברים שהמדינה אומרת שהם כלולים בסיוע הממשלתי, ויש לאזרח הנזקק זכות לקבל ולמדינה חובה למממן. וכל שנה מחליטים מחדש מה נמצא בפנים – זכות. מה שלא נמצא בפנים הוא חירות.

**מי מחליט אם קיימת זכות או חירות או לא-כלום?** מי שמחליט הוא בדיוק בלב הוויכוח וזכו שאלה נורמטיבית, שכן: א. הפוזיטיביסט יאמר שזו החלטה חברתית, והמחוקק החליט; ב. איש משפט טבעי יאמר שהכוונה היא שיש דברים שלא צריכים את ההחלטה כדי לממש אותה, כלומר קיימות זכויות טבעיות גם ללא מעשה חקיקה. בכלל, יכול להיות שיש טוויסטים, כי אולי יש **זכות מכוח השוויון** שאם נתת לו אז נתת גם לי. למשל, אם ההחלטה שאנחנו נסבסד למישהו אחד את התרופה הזו ולא לאחר, יכול להיות שיש זכות טבעית של שוויון אומרת – לא הייתי חייב מלכתחילה, אבל ברגע שהכנסתי את זה, לא ניתן להגיד שאתה כן ואחר לא. בעדות שונות יש לפעמים צרכים גנטיים שונים, למשל – ליוצאי אפריקה היה קטע עם גן שבור, שזה רק ליוצאי אפריקה, אז תיתן או לא? אז יש כל מיני קבוצות שיש רגישויות שונות, ואם אני מתייחס לצרכים של קבוצה אחרת, אולי זו אפליה. אבל הדיון שלנו כאן מתנקז בדיוק לסוגייה של הזכויות, יש לי זכות לגופי שאומרת שאסור לענות אותי, כן או לא, או שיש זכות קניין שאומרת שלא ניתן לקחת לי – כן או לא, האם ניתן להמיר את זכות הקניין בבית שלך כן או לא. ולכן המושג מאיפה לקחתי – האם זה החלטת מחוקק או טבע. אבל יכול להיות שהחוק מאשר את זה, אבל נגיד שזה לא מוסרי. וברגע שאנחנו פותחים את זה כך, זה נראה אחרת.

אז דיברנו על חופש המידע, הזכות לדעת, זכות קדימה, חופש הביטוי, בחירות (זכות או חירות), שביתה, קבורה אזרחית, הפריה והורות, פונדקאות, אבל ברגע שאנחנו נכנסים לראש, אנחנו יכולים להסתכל גם על דברים אחרים כמו חתולים, אבל את המשפט הזה של אין זכויות בלי חובות, מה זה אומר במושג הטכני ומה משתמשים בו בהפגנות הרחוב? מה בעייתי ומה לא? מה פירוש המילה של אין זכויות מבלי חובות בניתוח של הוהפלד? זה תלוי אחד בשני, וזה זה – לי יש זכות למיטת השיזוף משמעו שתעוף משם, יש לי זכות שכירות ב-5,000, משמעו שאני יכול לגור שם. אגב בחוק הגנת הדייר לאדם יש זכות לגור בדירה ולבעל הבית יש חובה לספק את המגורים. מה פירוש המושג בפוליטיקה הישראלית? אם אין לך משהו, אז לא תוכל לקבל משהו. יש עוד עסקה – אני זכיתי בקפה והוא זכה ב-7 שקלים, אלו שתי עסקאות נפרדות, אבל החלפנו אחד בשני, אני מעניק לך את הזכות לתת את הכסף שלי, וכנגד נתת לי את הזכות לכוס אספרסו שאני זכאי לו. אז עשינו עסקה של זכות חובה לעומת חובה זכות. תמורת ההתחייבות הזו רכשתי זכות. אלו שתי מערכות שהמושג שונה. אין זכויות בלי חובות אומר את זה – והוא גם אומר שאף פרייאר לא יתחייב מבלי שישלמו לו, למשל. נשאלת השאלה – האם לחיות יש זכויות? יש איסורים עלינו, ומה תהיה המשמעות שיש להם זכויות? מה המשמעות של השאלה אם יש להם זכויות או לא? אם הם יכולים לדרוש מאיתנו, והאם יש זכויות של ילדים כלפי הוריהם? האם לעוברים יש זכויות כלפי הוריהם? אז הרבה פעמים מהשאלה מאיפה לקוחים כרוכה בתשובה למי נותנים. אולי אין לו זכויות היום אבל יש לו זכויות פוטנציאליות. על מה אנחנו מתבססים – האם יש זכות מוסרית? האם ראויה להיות זכות? אלה המשמעויות של המושג זכות, אלא מה כלול במונח הזה, וגם להיות מודעים לכך שלרטוריקה יש תפקיד חברתי מאוד רב עוצמה, אך במקרים רבים אין דיוק, כי הרבה פעמים נשתמש במילים ולפיהן אפשרי לומר כל דבר על כל דבר.

(!)בטוח שתהא שאלה מהנושא הנ"ל במבחן.

**בשיעור הבא**:

נדבר על הסט הבא – כוח משפטי וכפיפות.

**זכויות – "ריבועי" ההופלד – המשך**

**‏5/6/2023**

נדבר היום על זכויות ובהמשך נדבר על פרשנות ואמת משפטית, אבל נשאיר את הצדק בסוף וגם על פרסום. במיוחד נדון על העניינים של ריאליזם ופורמליזם ונעמיק בהם.

תובנה ראשונה, ובמידה מסוימת היא אפילו פורמליסטית היא שהמילים כאן חשובות, ושאנחנו מקפידים על צורות לוגיות ועל יחסים לוגיים, דברים שמאפיינים חשיבה פורמליסטית. אז אנחנו כן נכנסים כאן ללוגיקה של המונחים עצמם. נראה גם פס"ד שאולי מתמצת את צורות החשיבה השונות. אז למה אנחנו מתכוונים כאן? יש כאן שתי טענות שאולי נחדד אותן:

1. הטענה הראשונה היא טענה שאומרת שהביטויים שלנו להבדל בין דברים של חוזה לקניין, כשאנחנו מתייחסים לחוזה כמשהו אובליגטורי, או חובה אישית, זה כל אחד מבין. חוזה יש לקיים – בטח אם הסתמכתי והרעתי את מצבי, אז בלטינית זהin personam, וקניין נחשבת לזכות חפצית – in rem כשהכוונה היא בדבר עצמו. אמרנו שהמושג res זה חפץ, דבר. והדימויים האלה של חפץ לעומת אדם מאוד מפתים בדימוי, מאוד עשירים במטאפורה שלהם – "זה שלי." **אז המשמעות של כל מערכת משפטית בין אדם במישור האזרחי היא תמיד בין שני אנשים**. וגם אם נתרגם את המושג של קניין לזכות כלפי כל העולם (כולי עלמא), זה עדיין כל העולם הזה כולל חבילה ענקית שאפשר וצריך לפרק בין 2 אנשים. הוהפלד רוצה לעשות דמיסטיפיקציה של המושג – הוא שואל את עצמו, מה פירוש זה בחפץ? המשמעות היא שזה כלפי כל העולם, וגם את זה אפשרי לפרק לקוביות הלגו הקטנות ביותר. אפשרי לעשות רדוקציה של הבחנה בין חיוב אישי לחפצי, לבין משהו כמותי. אישי זה מול קבוצה סגורה וחפצי זה לא קבוצה סגורה. אז החשיבה נועדה לעשות דמיסטיפיקציה, אין כאן משהו מטא-פיזי במשפט האזרחי, והדיוק במושג יעזור לנו להבין איך זה עובד בהמשך. אז מושג של זכות כלפי כולי עלמא יושב על המושגים האלה, אבל המינוח של in rem הוא המושג הזה עצמו. אז מערכת משפטית היא בין שני אנשים, אבל יש כאן עוד טענה – נזקק את כלל היחסים המשפטיים בין אדם לחברו ל-2 סטים של מושגים.
2. הטענה השנייה – ניתן לתרגם את מערכת היחסים הזו על פי בחינת יחסים משפטיים מדויקים – עם מושגים משפטיים מדויקים, אטומיסטיים (אינם ניתנים לרדוקציה) – ועל ידי כך להימנע מטעויות בהבנת אופייה של מערכת זו. לעיתים אנחנו מסווים את השפה, ולדעת בריס יש לכך מטרה פוליטית, כי בגלל שהשפה של זכות היא חזקה יותר, אז יש זכותיזציה, ולא תמיד זה מחזיק מים.

אנחנו מדברים על ריבועי הוהפלד, כי אפילו במאמר שלו הוא צייר את זה כריבוע, ואז הוא מצייר את הזכות, היעדר הזכות, את החובה, וחירות:

|  |  |
| --- | --- |
| **זכות – Right** | **חירות – Liberty** |
| **חובה - obligation** | **העדר זכות – No right** |

לומר זכות זה לומר חובה. זכות פירושה שמישהו חייב לי, זו המשמעות של המונח, של הרעיון, הדוגמאות שהבאנו היה משכר דירה – אם אני חייב לשלם שכר דירה, פירוש הדבר הוא שלבעל הבית יש זכות בשכר הדירה. אם אני רכשתי זכות לגור בבית של מישהו, שכרתי דירה ורכשתי זכות, המשמעות היא שבעל הבית חייב לתת לי, זה פירוש המושג. הבלבול נובע מכך שברוב המקרים, במישור האזרחי, אנחנו מצמידים 2 עסקאות שונות:

אז לגבי עסקה א', לבעל הבית יש זכות בדירה, הדייר חייב לשלם שכר דירה. אז שכר הדירה אני חייב לתת לבעל הבית והוא זכאי לקבל ממני, זה אותו מושג. אחד חייב לתת אותו והשני זכאי לו, האחד זכאי לו והשני חייב לתת לו. יש עסקה ב' והיא המגורים, א' חייב לתת אותו והשני זכאי לו, זה אותו מושג, אם רכשתי זכות לגור אצלך בדירה, אתה חייב לתת לי לגור בדירה. מה פתאום שתרכוש זכות לגור בדירה שלי? כי עשינו עסקה אחרת, אז יש כאן 2 עסקאות שונות – המרנו את זכות – חייב לחייב – זכות. אז את שכר הדירה אני חייב לתת ולשני יש זכות לקבל, מה הטריגר לכך? עשינו את זה בכיוון ההפוך – אני נתתי לך את שכר הדירה ואתה חייב לתת לי לגור. אז לגבי המשפט – "אין זכויות מבלי חובות", יש להמיר זאת למשפט – "אין זכויות שמשמעותן חובות (לא הגיוני שיש זכויות שמשמעותן חובות) אם קיימת כנגדה עסקה שמשמעותה חובה כנגד זכות." ניתן גם להתחייב לתת מתנה, אבל בעצם המשמעות כאן היא זכות – חובה, כל זכות היא חובה, ולא הגיוני שהענקנו זכויות מבלי שקיבלנו בחזרה זכויות (להקנות זכות מבלי לקבל תמורה). אז המושג של אין זכויות מבלי חובות בעצם התדרדר. ולכן, (!)השימוש בשפה כאן הוא תמרור ראשון אדום של אל תלכו שולל אחרי מילים.

המושג הזה של זכות למול החובה המשמעות היא שמישהו מולי חייב לי, אם לי יש זכות כי רכשתי את הדירה, אתה חייב לתת לי את הדירה. זו המשמעות שיש לי זכות בזה. חירות היא המצב שבעצם לא הטלתי חובה, אתה יכול לעשות מה שתרצה ואל תביא לי, אתה חופשי לעשות מה שתרצה כי אין לי זכות, מצב שבו אין לי זכות. נניח נטען ששביל מסוים שלי, אז אתם חייבים לשלם לי אגרה, אבל אם זה לא שלי, תוכלו לעשות מה שתרצו בו. אם האולם הזה שלי, אתה תצטרכו לשלם דמי כניסה, אבל אם לא – אז לא. לכן, זו המשמעות, והמושג של זכות משמעו שיש אפשרות לתבוע משהו מאחר. ואם אין לי זכות, עומדת מולי חירות, וזה בדיוק הריבוע שהיה כאן. לכן, המושגים האלה מול הזולת הם מושגים משלימים, אבל זכות והעדר זכות הם מצבים הפוכים שיוצרים את החובה והחירות שהם מושגים שונים.

ניקח לדוגמה את העניין של זכות in personam, אז אם יש לי זכות **בסחורה**, המשמעות היא שמישהו חייב לי את הסחורה, אבל בגלל שזה in personam המשמעות היא שמישהו ספציפי חייב לי. כשאנחנו מדברים על כלפי כולי עלמא, האוטו או הקרקע שלי, לכל אחד ואחד מן העולם, זה לא מושג מופשט, נוכל לדרוש מהם דמי כניסה, או שזה מותנה בבידוק כי אתה חייב לכבד את הבעלות, זו המשמעות שיש כאן זכות. וכאן הדגשנו את העניין שמשהו חפצי, זה לא יותר מאשר האמרה שהמערכת הזאת יוצרת חובה, היא קבוצה לא סגורה. למשל, הדוגמאות היו מבחינת **חופש הביטוי** – אין זכות הביטוי, יש חופש, או בעברית – חירות, דיבור. לחברי כנסת יש זכות דיבור, כי המחוקק קבע שלפי המפתח של הגודל של המפלגה לכל אחד יש דקות שידור או דיבור בכנסת. זה לא טריוויאלי להשתיק מישהו בכנסת כי אנחנו רוצים שהוא ידבר אבל חופש הביטוי הוא לא זכות – אני לא חייב להעניק לך כלים, כי גם עכשיו בחדשות, חופש הביטוי לא אומר שאני יכול לשלול את החופש של מישהו אחר. לדוגמה, רמזור ירוק, הרמזור הוא ירוק ויש לי זכות להיכנס לצומת? לא לפי המושג הזה (זכות קדימה), אז לא ניתן להגיד שיש לי זכות קדימה, אבל האור הירוק ברמזור לא נותן קניין, אלא חופש. וזה נכון גם לגבי חופש הביטוי, שאומר – ניתן לך לדבר אבל זה לא אומר שאם מישהו מדבר אתה יכול למנוע ממנו לדבר. אפשר להפגין מולו. אז אם אתה אומר שאין לי חופש, אתה צריך להראות את הזכות, ואם יש גם חופש, לפעמים צריך להתאים בין החירויות. אם מדובר ביחסים בין מרצים – סטודנטים, סטודנטים רכשו זכות לשמוע את המרצה מדבר. במדינת ישראל יש **זכות הצבעה** ולא רק חירות הצבעה והראייה היא בסעיפים 116ב ו-116יג שאינם רק רשאים להצביע, אלא שהמדינה מביאה את הקלפי אליהם. אמרנו שבארה"ב זה לא ככה, ולאסיר אין זכות. דיברנו על זה גם על התיקון השני לחוקה האמריקאית, בעניין של **זכות להחזיק נשק** – התיקון של זכויות האזרח בחוקה האמריקאית נותן את הזכות לשאת נשק, האם זה אומר שצריך לספק לכל אחד נשק? לא, זה אומר שלא מגבילים את הזכות הזו, לא דורשים רישיון וגם לא בדיקה פסיכיאטרית, אבל מה בעצם ההיסטוריה של התיקון הזה? הבריטים לא הרשו בקולוניות האמריקאיות לשאת נשק, אבל מספיק היה לכתוב שזה חירות. אבל ברגע שאתה מכיר בזה כזכות, אז המשמעות היא שאנשים יורים בשליח הפיצה, בזוג שנכנסו למקום הלא נכון, בילדה שנכנסה לגינה של מישהו וזו המשמעות. אז הרעיון כאן יושב על איך להבין את המושג זכות, במקום להגיד שטעינו, ומה שבאמת אנחנו מעוניינים להכיר בו זאת חירות.

(!)אז חשוב לא ללכת שולל אחרי ניסוחים.

ניקח כמה דוגמאות נוספות, **רישיון נהיגה** הוא רשות, אין לי זכות לנהוג, יש חירות לנוע בארץ עם רכב. באותה מידה רישיון נשק – אני מרשה לך להסתובב עם נשק ברחבי ארצנו. לכן, זה לא זכות, אלא רישיון, דרישת הרישיון בארה"ב נתפסה כנוגדת את הזכות לשאת נשק שהוגדרה בחוקה. אז ישנה עוד דוגמה **בפרשת פודמסקי**, שדיברה על העניין של רישיון וכך שניתן להעניק רשות למישהו להשתמש בדירה שלי, אבל אין זה מונע ממני לתת גם רשות למישהו אחר; יכול להיות שהם לא יוכלו לממש זו בו-זמנית, אבל אין בכך הפרה של הרשות שנתתי.

(!)ברור שהשאלות על הנושא הזה יהיו במבחן.

זכות קדימה – שזה לא באמת זכות, כי יש חובה אבל לא ניתן לתבוע אותה, ולא ניתן להגיע לביהמ"ש לעניינים מקומיים ולבקש צו מניעה, זה מתנהג כמו זכות כי מי שמתסכל בחוץ רואה שכל אחד שנתקל בתמרור עוצר ואז נוסע, אבל לא באמת הקננו זכות שהיא בת אכיפה בביהמ"ש. נעניש את מי שלא מקיים את סדרי התנועה שלנו, אבל בעצם לא באמת הקננו זכות. זה דומה מאוד וזה נראה כאילו, אבל זו לא זכות ואי אפשר לתבוע אותה. והחובה היא לא כלפיך, החובה היא בתחום הפלילי, ולכן זו דוגמה קלאסית לכך שהשפה לא אמינה כאן, וצריך להיזהר מהשפה של זכויות.

נראה עוד 2 דוגמאות – **חוק חופש המידע**, שקובע זכות כי אפשר לדרוש את זה וחובה על המדינה לתת את המידע, ויש מנגנון שלם בחוק שאומר שחייבים לתת והמקרה המשלים הוא הרעיון של זכות הציבור לדעת. אבל אין זכות לדעת, אנחנו משתמשים במונח הזה כשאנחנו מתארים את חופש העיתונות – אתה לא יכול למנוע ממני לחקור כי הציבור רוצה לדעת, ואי אפשר להגביל את החירות הזו, ואם אתה רוצה לרוץ לתפקיד רם ונישה, אתה לא יכול להסתיר את זה. אז זה לא זכות הציבור לדעת, כי הציבור לא יכול לתבוע, הוא כן יכול באמצעות חוק חופש המידע, אבל הרעיון של **זכות הציבור** לדעת בתור מה שמבסס את חופש העיתונות זה בעצם חירות, ולכן קוראים לזה זכות הציבור לדעת כי זה נשמע יותר טוב, או כמו **זכות קדימה**. אז הרעיון של השפה כאן הוא קריטי, והשפה מעצבת מציאות. ולכן, אנחנו נשמע את עו"ד אומרים "זכותי", אבל נשאלת השאלה – האם יש זכות או שאתה תובע שתהיה זכות? או שאתה חושב שצריכה להיות זכות? או שאתה קורא לזה זכות כדי שנתבלבל? אז אם יש **זכויות לבעלי חיים**, המשמעות היא שהם יכולים לתבוע מאיתנו, אולי למשל לפי האפוטרופוס לדין. לדעת בריס יש כן סוג מסוים של בע"ח, שאם אימצת אחד, ייתכן שמבחינה טבעית אתה חייב לטפל ולהאכיל, אבל בתחום המשפטי השאלה החשובה היא האם יש, ואיפה נבדוק אם יש זכות או לא? זה מנקז את הדיונים שהיו לנו עד עכשיו:

1. אז הגישה של הפוזיטיביסט אומרת שזכויות קשורות למחוקק, יכול להיות שבע"ח הם בעלי זכויות מוסריות כלפי בני אדם, אבל המחוקק לא הכיר בהן ולכן הן יישארו בתחום המוסרי ולא המשפטי;
2. איש משפט הטבע יאמר שאפשרי להתבונן פנימה ולחשוב על דברים שהמוסר שלהם כ"כ חזק שהם מכוננים זכויות וחובות.

נשאלת השאלה, האם עובר הוא אישיות משפטית? בתחום הפוזיטיביסטי – לא, בתחום של משפט הטבע – אולי כן? ואולי השאלה אם אפשרי לפגוע בו או לא, היא קשורה לשאלה האם יש כאן רכיבים של משפט טבעי או לא. בפרשת המר אמרו שאין לעובר זכויות, אבל איש משפט טבע יתווכח עם זה. מה הייתה הבעיה עם משפט טבעי? הוודאות. כי איש משפט טבע לא אומר שזה יחסיץ אלא שכולם טועים, אבל קשה לשכנע בה. הסוגיות החמות של ההפגנות הם בין היתר על הדבר הזה עצמו, או בין היתר על פונדקאות, דיברנו על זה שהמדינה אינה מסבסדת, אז השאלה אם היא נותנת חירות, אז הסוגיות האלה הן השאלות. כמישהו דופק על השולחן ואומר יש זכות, הוא יכול להתכוון לכמה דברים, אולי במובן האוניברסלי, או שאסור לנו להאמין רק למילים, כי יש זכויות אולי ראוי שתהיה זכות, או שראוי לחוקק זכות. לכן, השפה פחות מדייקת. אז העניין הוא שכשמישהו אומר שיש זכויות, לא צריך להאמין לו או להאמין שהוא צודק, וזה דורש לפעמי אנליזה אם מוכנים להודות בכך או לא. (!)חירות יותר חלשה מבחינת זכות, ובדיני עבודה יש הבדל ביניהם. והרעיון של זכות הוא חזק לעומת חירות – אל תפריע לי.

**כוח משפטי**

ניגש לסט הבא, וזה לעניין של כוח משפטי. כבר פגשנו את המושגים האלה כשדיברנו על מענקי כוח ומטילי חובה, בעניין של כללים משניים בסיווג של הארט בהבדל בין כללים ראשוניים למשניים, ראשוניים – מטילי חובה ומשניים מעניקי כוח משפטי. כוח משפטי המשלים שלו זה כפיפות. למשל, למצווה יש כוח משפטי לצוות את נכסיו גם אחרי שהוא מת, ואיפה כאן הכפיפות? שלנו, הוא עשה ואנחנו התוצאה. זה יצר מציאות שאנחנו אוכלים אותה. למשל, אם מכרתי את הדירה ו-10 רצו אותה, אז הם כפופים לתוצאה של הכוח המשפטי שבבעלותי. איך נקרא למצב שבו אין כוח משפטי? העדר כוח. מהי המשמעות? אז הרעיון הוא שלא עשית כלום, כי אני חסין – זה לא תפס. זו המשמעות שאין כוח. אז:

* מול **הכוח** לא קיימת חסינות, ומול **הכוח** קיימת כפיפות;
* מול **העדר כוח** לא קיימת כפיפות, ומול **העדר כוח** קיימת חסינות.

וזה אותו סיפור כאן של אותה מערכת יחסים, המשמעות שיש לי כוח משפטי כלפיך, היא שאתה כפוף לתוצאה. אבל אם אין לי כוח משפטי, זה בגלל שאתה חסין, והמשמעות היא שאין כוח משפטי ולא יצרתי מציאות חדשה. אז המשמעות של היעדר כוח זה שמישהו אחר חסר. ז"א, שמי שאין לו את הכוח המשפטי, לא יכול לראות בזולת מישהו שכפוף לו. לא מדובר בכפיפות פוליטית או היררכית, פירוש המושג כפיפות משפטית הוא שיצרתי משהו בעולם שמשנה לכם, ואתם כפופים למה שעשיתי, אתם כפופים להחלטה שלקחתי – מכרתי את הנכס, זה פעל במציאות וזה תפס. אבל אם לא מכרתי דירה שלי, אז אף אחד לא כפוף לזה, ולא עשיתי כלום כי שום דבר לא קרה. אז יש לנו את 2 מערכות היחסים: כוח והיעדר כוח זה מושגים מנוגדים וחסינות גם מנוגדים.

אז ניקח כמה דוגמאות: יש לי כוח **לצוות את נכסיי** לאחר מותי, ויורשיי **כפופים** לתוצאות הצוואה. יש לי כוח משפטי **למכור** או **להפקיר** נכס, בכך אחרים **כפופים** לתוצאות מעשיי. נראה עוד דוגמה – אם כהן מתחתן עם גרושה, האם זה תופס? כן, אבל אם אדם שניסה לקדש אישה נוספת אבל יש איסור ביגמיה, האם הקידושין תפסו? כן, אבל הוא עשה עבירה פלילית, אך האחרים **כפופים** לתוצאות הנישואין, שכן לזוג יש כוח **ליצור יחסי נישואין** ביניהם. ובתור אשתו הראשונה, אם הוא מנסה להתחתן עם אישה שעדיין נשואה? זה לא תופס. אז יש כל מיני מצבים שבהם איסורים שוללים כוח משפטי ובהם איסורים נשארים איסורים אבל לא שוללים כוח משפטי לכשעצמו וזה עדיין תופס. למשל, אין כוח לזוג ליצור יחסי נישואים עם אישה נשואה. דוגמה אחרונה לעניין הזה, הבאנו את הדוגמה של **חסינות דיפלומטית**, וגם בפסקי הדין, אז **בפרשת כהן נ' קצין התגמולים** היה שייך לעניינים אחרים למשל אדם ברח ממשמורת שהתברר שלא ניתנה בסמכות, אז כשתפסו אותו בכלא, ניסו לשלול ממנו חירות, אבל כשאני מטיל על מישהו מאסר זה לא רק עניין פיזי שהוא נמצא בכלא ולא יכול לצאת, אלא שהוא גם אל רשאי לצאת (גם אם השומר השאיר את המפתח). אז אם המשמורת לא הייתה חוקית והיה פגם במשמורת, אז אי אפשר היה ולא הייתה כפיפות, לא יצרו מצב שחייב אותי, למשל – אם הייתי חסין מכל מיני סיבות ויש חסינות מכיוון שדבר שניתן שלא בסמכות אז אני חסין. למשל, מעכבים מישהו, ניתן לעכב מישהו, אבל אחרי התקופה האפשרה – מה אפשרי להגיד למעוכב? הוא יכול ללכת, כי אין סמכות מעבר וזה לא תופס. כלומר, אין מציאות משפטית שכפופים ואין סמכות. **למפקד גייס** יש כוח לגייס, לכן החובה – אם גויסו, יש להם חובה להתייצב, אבל יש חסינות – אין כוח לגייס בעלי פטור, (אין לו חובת התייצבות) אז הוא לא עשה שום דבר בעייתי.

מה שקרה בפסד הדין (**פרשת כהן נ' קצין התגמולים**) הוא שכשדיברו על העניין שלא היה סמכות, אז בעצם המאסר פקע ואין סמכות, אז הכוח המשפטי לא מכיל את השעות שהן ספייר, אז המעצר שלו בעצם לא הטיל עליו שום מציאות משפטית חדשה, כי מרגע שעבר מעצר שעות, הוא לא במעצר. נניח שהוא היה במעצר 12 שעות, והוא ברח אחרי 13, אז הוא ברח ממשמורת לא חוקית, אז הכוח המשפטי לעכב אותו התאדה עד 12 שעות, ולכן ההוא לא כפוף למה שהופעל כנגדו. משמורת הכוונה למעצר, מאסר או עיכוב. לכן, לא ניתן היה לבוא אליו בטענות כי לא היה כוח משפטי והוא לא היה כפוף למציאות הזו.

אז אם נחזור רגע לזכויות ולחירויות ולבודד אותן – למשל זכות על שלמות הגוף של האדם, אז הפירוש זה לא רק מבחינת חירות אלא אסור לענות את האדם, או לפגוע בו פיזית, הזכות מטילה חובה על דרך השלילה והיא לא רק פוזיטיבית אלא חובת הימנעות, למשל ניתן לגדור דירה ולהגיד לא להיכנס. לכן זכות של אדם על גופו – אל תפגע. אז ניתן להגיד שיש כפיפות ומישהו בעצם חי עם התוצאות של הדבר הזה, ולומר שחסינות אומר שאין כוח, זה לא אומר שחייבים לו משהו, אלא לא הצליחו ליצור את המציאות המשפטית שמשנה את המציאות שלנו. כל פעולה משפטית שמשפיעה על הזולת המשמעות היא שיש לי כוח משפטי וכולם כפופים למה שעשיתי. אבל אם הייתי נעדר כשרות משפטית, המשמעות היא שאין לי כוח לשנות את המציאות. לפעמים נותנים קצת, אבל בגדול – הענקנו לך כוח משפטי לעשות דברים מסוימים. למשל, אם יש לי כוח משפטי לעשות דברים, אף אחד לא יכול להתלונן במישור המשפטי.

**אז מה אנחנו רואים למבחן?** הרעיון הוא קודם כל להבין האם המילה היא אמיתית ואם היא משקפת את המושג, איך נבדוק את זה? אם היא זכות, המשמעות של זכות היא שיש חובה, אז נבדוק אם בצד השני יש מישהו חייב, וחובות לא חייבות להיות פוזיטיביות (שלם בכניסה) אלא גם אחרות (אל תפגע, אל תעבור את הגדר), אז נצטרך לראות אם יש מישהו שחייב לי. לגבי כוח משפטי, אם יצרתי משהו שמישהו אחר כפוף אליו. אז אותו דבר כשיש כאן חסינות, לא לחיסיון אלא לחסינות, הכוונה היא שלא היה לך כוח משפטי ליצור מציאות משפטית כלפי אינדיבידואל, אז צריך לחשוב על מושגים על יכולת לשנות את העולם המשפטי ומגבלות. אם נניח נזמן מישהו **לעדות**, לא נוכל לזמן כל אחד כי יש אנשים שיש להם חסינות מפני מתן עדות, וזה תלוי אם יש כפיפות או לאו. ואותו דבר לגבי חירות וזכות – זכות מחייבת ויוצרת מציאות שמישהו חייב וחירות לא יוצרת מציאות כזו, יכולות להיות חירויות מתנגשות ומי שתופס תופס, ולא ללכת שולל אחרי מילים. זכות הציבור לדעת וחופש המידע – המחוקק בעצם מתבלבל, ולמה זה חשוב? כי זו השאלה הבאה – מה המקור של הזכויות? האם החוק הוא פוזיטיבי או רק מבחינת מוסר? ולכן, מגדל הבבל שקיים היום, אנחנו מפרשים חירות בתור זכות וזכות בתור חירות.

**אמת משפטית – אי ודאות**

**8/6/2023**

**בפרשת אלון**, השופט אלון דן לגבי ועדת חקירה בעניין רצח אלרוזרוב. התפיסה אפילו הנאיבית של המשפט או פעולת השפיטה היא שלשופט יש מערכת של נורמות והוא מסתכל ומיישם את העובדות, לפי הכללים. איך הוא ידע מהן העובדות? זו בגדול הקביעה השיפוטית, שלדעת המרצה נחשבת כתפיסה הנאיבית.

* **כלים לחקר האמת**

אז איזה כלים יש לשופט לברר את האמת?

* עדות

הוא רוצה לדעת מה העובדות, אז מה הכלים שיש לו כדי לברר את העובדות? הוא ישמע עדויות ומומחים, יבחן ראיות (חפציות), ישתמש בלוגיקה (היגיון) וכו'. הבעיה שבכל אחת מהתחנות הללו, אנחנו יכולים להתחיל בשאלות ספקניות למשל – איך אנחנו יודעים שהעד דובר אמת? אפילו אם אנחנו משוכנעים באמת, יש הטיות סובייקטיביות, למשל – מה העד רואה? ויש גם הטיות אובייקטיביות, הסיפור של אמינות הזיכרון הוא יותר בעייתי, למשל, אם נרשום על פתק איזשהו אירוע משותף של כולם ביחד, ואחרי בחינות הלשכה נשאל את עצמנו מה אנחנו זוכרים ונוציא את הפתק ונשווה בין מה שאנחנו זוכרים שאנחנו זוכרים לבין מה שרשמנו בזמן אמת. יש גם הבדל אדיר במצבי הרוח בשעת האירוע – מצב רוחח טוב מביא להגדלה של הזיכרון, מצב רוח רע מביא לצמצום של תאי הזיכרון, וגם כששולפים את הזיכרון יכול להיות שיש הקטנה או הרחבה של התאים הרלוונטיים.

* חסינויות וחסינות

הזכרנו בשבוע שעבר לגבי חסינויות או חסינות, למשל, במשפט של או ג'יי סימפסון, חבר שלו שהתקרב לדת הפך להיות כומר, והוא אמר לו שהוא רצח את אשתו. אז התמליל היה מונח על השולחן ונשאלה השאלה האם חבר המושבעים יכול לקבל עותק של התמליל. התשובה הייתה לא, אבל הוא כן חויב במשפט האזרחי. אז חיסיון העניין של עו"ד-לקוח. אבל חסינות אומר שאי אפשר לדרוש ממנו להעיד, או לתבוע אותו.

* ראיות נסיבתיות

ראיות נסיבתיות – אנחנו מרשיעים על ראיות נסיבתיות, ויכול להיות שלוקח אולי 16 שנים אבל הראיות לא מאוד טובות, כך בנוגע למשפט של זדורוב. וזה לא פלא שהשופט שזיכה לא סמך על הודאה כי במשפט העברי לא מקבלים את זה וזה לא אמין. אז ראיות נסיבתיות לא תמיד ברורות.

* חזקות

אנחנו משתמשים לעיתים בחזקות, למשל חזקה של אירוע תכוף, או שאדם שנעדר מביתו 7 שנים הוא כנראה מת, או אם היה אירוע כמו מגדלי התאומים אז זה מקצר את הטווח. ואלו הן סוג של ראיות נסיבתיות, אפילו המושג של ידוע בציבור, מה פירוש המילים "ידוע בציבור"? מניחים שהם גרים בכיף. אז הסיפור הזה אומר לנו על כך שאנחנו לא לגמרי יודעים.

* שיטה אדוורסרית

שיטה אדוורסרית היא רק מה שהצדדים בוחרים להביא בפני השופט, אז לפעמים לא מצרפים צד שיודע את האמת כולה והוא לא בסיפור, חלק מהביקורת על הפעולות של בג"ץ היו שלא זימנו את הצדדים שנפגעו או שידעו על החומר. אז חקר האמת אם הולכים רק על השיטה האדוורסרית? אז השופט יודע את האמת? הוא ישן טוב בלילה?

* נטלי ראיה

אנחנו לא יודעים, דיברנו קצת על ביקורת, אז אנחנו לא יודעים מה היה שם אבל סביר להניח – יותר מ-51%, כאילו שיש ספקומטר, אז אנחנו מדברים על מאזן ההסתברות והמשקל האנליטי נוטה לכיוון מקום עשרוני מסוים, ועד איזה מקום אנחנו לוקחים את הערכה והנטל?

* סופיות הדיון

מתבררת ראיה חדשה, אבל היא לא עונה לדרישות הסף של **ס' 61 לחסד"פ**. וכמה משפטים חוזרים של זדורוב נדחו, והיה ספק בענייננו. אבל מהצד השני אפשרי להוסיף גם התיישנות, עו"ד והרשימה פתוחה.

אז מה זה אומר? זה אומר בעצם שזה לא נכון שיש עובדות ונורמות, כי יש איזשהו מסננת שאנחנו מציבים גם בפני העובדות. אנחנו מפלטרים החוצה חלק גדול מהעובדות, או מפלטרים פנימה. אז זאת אומרת שזה לא בדיוק עובדות ונורמות, אלא עובדות נורמטיביות כאלה, סוג של נורמות ונורמות. כלומר שהתמונה הנאיבית היא חלקית בלבד. מה שמפתיע הוא שהיו שופטים שדיברו על זה שהכלים להגיע לחקר האמת הם דיני הראיות, אבל יש מגבלות כמו גם שנורמות קובעות, ויכול להיות שיש לנו ערכים לא רק מתחום חקר האמת – למשל, עדויות פסולות – השגתי ראיה באמצעות חדירה לפרטיות, אז האם ניתן להשתמש בה? ואני יודע את האמת, אבל לא ניתן כי זה לא יושם טוב. אז אפשרי לנסח את זה כ-"עובדות" (עם גרשיים) כי זה לא בדיוק עובדות, וגם לגבי עובדות זה לא בהכרח עובדה – למשל, אם מניחים שיש קשר סיבתי בין זה שנתתי מכה לזה שהכדור עף, אבל מה זה קש"ס? אתה מניח שזה קשור לזה, אבל זה מערך שלם של דברים מבחינת דימויים והראש עובד בכל מיני צורות שונות, אבל אנחנו מניחים גם דברים ערכיים שונים, אולי שראוי להניח, וגם אולי שלא ראוי להניח. למשל, ישנה הטיה סובייקטיבית של שני נערים שמנסרים שרשרת סביב אופניים, ולבחור שנראה כמו מהאוכלוסייה המקומית מציעים עזרה ולבחור שלא נראה משם קוראים למשטרה. אז אנחנו צריכים לשאול עד כמה אנחנו נותנים לסטריאוטיפים להשתלט עלינו.

אז **בבג"ץ דניאל אלון**, מבחינת העובדות – בגין מחליט לשים סוף להאשמת הרביזיוניסטיים לרצח אלרוזוב, והוא ממנה ועדת חקירה. בסופו של דבר הפרשה לא הסתיימה בצורה ברורה, ולא תלו את 2 האנשים שחשדו בהם, אבל בגלל שהייתה פסיקה בעניין וכן הרשיעו. אבל בן פורת אומרת:

"הכלים שעומדים לרשותו של ביהמ"ש הם סדרי הדין ודיני הראות... אין אמנם אחידות דעים לגביהם ברחבי תבל, וגם בישראל גופה חלים שינויים מהותיים מפרק לפרק. אולם המטרה המונחת ביסודם היא תמיד להבטיח כלים אופטימליים מבחינת יעילותם, מחד גיסא, ולשמור מכל משמר על הגינותם של ההליכים, מאידך גיסא. יש אפוא לקבל את סדרי הדין וסדרי הראיות הקיימים כאמצעי הבטוח ביותר לגילוי האמת האובייקטיבית."

כלומר, דיני הראיות הם הכלי הכי אובייקטיבי להגיע לחקר האמת. ואלון עומד על ההבדל של חקר האמת האובייקטיבית לחקר האמת בביהמ"ש. בראש ובראשונה הוא מנגיד את חקר האמת בביהמ"ש לוועדת חקירה, שם הגישה היא לא אדוורסרית, השופט הוא זה שחוקר והיא יכולה לקבוע את היקף הראיות והצדדים ולא רק מבחינת הסכסוך הספציפי ביניהם, וגם מבחינת דיני הראיות השונים (**ס' 8 לחוק ועדות חקירה**): אינה חייבת לנהוג לפי סדרי הדין של ביהמ"ש ולכן רשאית לקבל כל ראיה, והיא אינה כפופה לדיני הראיות. אז אפילו אם שולחים התראה לנחקר, זה לא עובר למשטרה, אלא רק דרך ביהמ"ש באמצעות סינון מסוים, כי חקירות לא כבילות לעיתים. והרעיון של ועדת חקירה, מהו? ומהו בפועל? מה הרעיון בבסיס זה שניתן לקחת ראיות פסולות? מה האינטרס הציבורי? הרעיון הוא פרוספקטיבי, רוצים לקחת את הלאה. רוצים שידעו איפה הבורג רופף, מה קרה כאן, נעזוב מבחינת הרשעות ואשמה, אלא לדעת מה קרה. זה השתבש קצת ובמדינת ישראל יש יצר של הערפת ראשים וועדת חקירה עוזרת לכך. הרבה מהתקלות שהיו, כמו למשל במלחמת יום הכיפורים, לא היו רק בשאלת ההפתעה, אלא גם בהצטיידות, בשרשרת הפיקודים ומה שקרה אחר כך. אז ועדת החקירה הייתה מצומצמת לשלושת הימים הראשונים וכל שאר התקלות אף אחד לא שם לב. מי כיכב במלחמת יום הכיפורים שבעצם נכשל מלחמת ששת הימים? חיל הים.

אלון אומר שזה לא כך:

"המשפט הוא התיאוריה של הדברים, כפי שנתקבלו וכפי שפועלים על-פיהם בבתי המשפט, ותיאוריה זו יכול שתהא תואמת, ויכול שלא תהא תואמת, את המציאות האמתית שמחוץ למערכת המשפט."

זה קצת מזכיר את הומלס, מה שכתוב בספרים זה התיאוריה של המשפט, אבל אנחנו רוצים לדעת מה קורה בשטח, ואלו ממש המילים האלה מבחינת התיאוריה של הדברים שיכולה להיות תואמת למה שהשופט קבע. אבל אנחנו רוצים לדעת מה השופט קבע ומה נחשבת תשובה אמינה ונכונה.

"אין שיטה של עשיית צדק בפלילים, המעריכה את האמת מעל לכל שיקול אחר... מערכת משפטית צריכה להגיע לכלל החלטה, שיסודה במדיניות של פשרה, בדבר קו תחום מוסכם, המבדיל בין אמצעים מותרים או אסורים"

מה הוא רומז לנו כאן? שיש מגבלות נורמטיביות, כלומר בשביל לדעת את האמת אני יכול לעשות כל מיני דברים – לגנוב דברים, לענות אנשים, אבל המשפט הוא הקביעה הפוזיטיביסטית בין מה שמותר לבחון במסגרת גילוי האמת ומה לא, למשל – חקירה נגדית, אולי צריך יותר משני עדים? אולי צריך תעודת יושר לכל שני עדים כאלה שמעידים על כשרותם של עדים? אולי צריך לבחון איפה עוצרים? וכן הלאה.

"בירור משפטי של עובדות השנויות במחלוקת צריך שייערך בזמן ובמקום קבועים, וההחלטה צריך שתתקבל אז, אחת ולתמיד."

הוא מתאר את המגבלות הנורמטיביות.

"הדרישה הזאת, שאינה קיימת בבית היוצר המדעי, מביאה את בית המשפט לתוצאה הבלתי נמנעת, שעליו לדחות סוגים מסוימים של ראיות ולהסתמך במידה רבה על סוגים אחרים, ונזקק הוא לכללים מיוחדים במלאכת אומנותו, השונים מאשר במחקר המדעי."

נתאר לעצמנו שיש למישהו הצעת מחקר אבל יש תגליות נוספות בנוגע למלחמת השחרור, אבל אומרים לו – סופיות הדיון. זה מה שקורה גם כאן מבחינת ועדת החקירה, השתק עילה לא מעניין.

"דומה הדבר לאדריכל, שאבן-סיד אינה בהישג יד באזורו והוא נאלץ להשתמש באבן גראניט... ומתוך כך משנה הוא את סגנון הבניה"

והוא מוסיף:

"המערכת המשפטית משתדלת היא להתאים, ככל האפשר, את עקרונותיה לאמת שבמציאות"

כלומר, אבל יש סוגים של חקר, יש אמת במציאות, ויש אמת אחרת. והוא זה שתובע את המונח של "אמת משפטית":

"והרשות השיפוטית מיישמת את דרכי בירורה כדי להגיע במידה מרבית לבירורה של האמת העובדתית, ומבחינת עצם מהותה של המערכת המשפטית, אף אם קורה שבמקרה מסוים טעות בידה, עדיין הכרעתה בבחינת "אמת" משפטית היא, וגדול כוחה של זו... שזו הראשונה תקפה ומחייבת היא, אף אם ברור שבטעות יסודה, כל עוד לא שונתה כדין במסגרת המערכת המשפטית, לעומת האחרונה, שמשנתגלתה טעותה בטלה היא מאליה..."

אז בגדול המושג של אמת משפטית ננסה לעקוב אחריו ולפוצץ את הבלון. **בפרשת אלון היועמ"ש נ' פלונית**, אז אבא טען ודרש בדיקת אבהות כדי להראות שהילד איננו שלו כדי להיפטר מחובת מזונות והיועמ"ש התערב ופסק שלא. איזה אינטרס יש שלא לבדוק את האבהות? ממזורות. אבל חקר האמת – האמת המשפטית היא שהילד לא ממזר, אבל האמת העובדתית יכולה להיות אחרת לגמרי. העיקר לא לערער את תמונת העולם, שכן זה יוצר מצב שצריך להתמודד איתו בצורות אחרות. לדעת המרצה אין דבר כזה "אמת משפטית", זה פשוט תרגיל בשפה. למשל, ניקח את המשפט של השופט חשין:

"אין אפוא אמת אחת. האמת היא תלוית הקשר. ה"אמת" משתנה ממערכת למערכת: הן בתכניה, הן בדרכי בירורה, הן בשימוש הנעשה בה, הן במידת הוודאות הנדרשת לחשיפתה, הן בהשלכותיה."

לדעת המרצה זה לא נכון, ההבחנה בין אמת משפטית לבין אמת עובדתית היא בגלל שנוח לנו יותר לקבל את האילוצים הנורמטיביים ואת ההחלטות הנורמטיביות שלנו, כשאנחנו עוטפים את זה בשפה קצת פחות בוטה. למשל, ידוע המשפט שמוטב לזכות 1,000 רוצחים מאשר להרשיע חף מפשע אחד, וזה לפי הרמב"ם. אבל נשאלת השאלה – האם זה נכון בענייננו שעדיף לשחרר 1,000 רוצחים מאשר להרשיע חף מפשע אחד? מה עם 10,000? עכשיו הרמב"ם מדבר בקונטקסט של גזר דין מוות, והמשנה מדברת על זה פעם ב-7 שנים או פעם ב-70 שנה, אז אם ניקח את המספרים לא של המתה, עד איפה מגיעים? אנחנו יודעים היום, גם אם אנחנו לא יודעים להגיד אם זדורוב חף מפשע או לא, וגם אם הורשע כדין וגם אם לא, די ברור שניתן לדמיין לעצמנו שיושבים אנשים חפים מפשע במערכת בתי המשפט, בגלל שאם מסתמכים על ראיות נסיבתיות והודאות למיניהן ולפעמים אנחנו מוצאים תקלות למיניהן אז יש מישהו חף מפשע. אז נתאר לעצמנו שעל כל הרשעה לא נרשיע אף אחד ונשאיר אנשים שפוגעים במסגרת פלילית כדי שימשיכו להרוג אחד את השני, אז האם זה האינטרס הציבורי? אז ההצעה של המרצה היא שבמקום לקרוא לאילוצים הנורמטיביים על דיני הראיות, כלומר במקום לכנות את התוצר של האילוצים הנורמטיביים על העובדות בשם אמת משפטית, אנחנו פשוט נגיד שיש אילוץ נורמטיבי על העובדות ולמרות שזה לא אמת, אנחנו מקבלים החלטה כי ככה צריך לקבל החלטה. אולי הדבר הנכון הוא כן להרשיע, למרות שיכול להיות שאתה זכאי, כי אין ברירה ויש מגבלות של תקציב וזמן, אבל אין מה לעשות. ויכול להיות שהחשיפה של השפה בצורה כזו תרתיע אותנו מלהשתמש בה, ויכול להיות שזה נכסף וראוי, ויכול להיות שבמקום לעטוף מילים והחלטות חברתיות קשות במילים לא פופולאריות, יותר נכון ונכסף אם נשתמש בלשון של הרמב"ם, להשתמש בשפה שהיא משקפת את ההחלטה שלנו ולא עוטפת אותה, ואז השיקולים הציבוריים הם חשופים ואפשרי לדון בהם. אז להגיד שיש סוגים שונים של אמת, לא חייבת להיות בגלל אילוצים נורמטיביים. אז יכול להיות שכנות השפה דווקא תגביר את האמינות. לדעת בריס אפשרי להמשיך את הרעיון של ביקורת ולא לזרוק את הכללים, אלא שהם עוטפים אותם לפעמים בשפה כדי שלא נשים לב לדברים מסוימים ולשיקולים הערכיים שמסתתרים בבסיס השפה, אז העטיפה של הרעיון של האמת לא באה להצדיק את הכוח, ואולי תחשוף שיקולים ראויים – אנחנו לא יכולים להגיע לדיוק כלשהו אבל עדיין חייבים לשים את המסוכנים מבנינו במקום מסוים ומוגבל. זה קצת עלה בפרשת כרמל נ' מלול כשרצו לקחת את מידת השכנוע ולתרגם את לכספים, אבל דעת הרוב בדיון הנוסף אמרה שלא. לדעת המרצה לא צריך לקרוא לזה "אמת" ואל תסתתר מאחורי המילים היפות, אלא נקרא לזה בשמו – להגיד שהראיות הן כאלה וכאלה, זה לא האמת אבל זה המקסימום שאנחנו יכולים לעשות, אבל יש לנו חברה לנהל, אז אנחנו נעשה את זה בנוגע לכל מיני תכנים. אז אפשרי לקבל החלטה בסגנון "אמת", אולי זה לא יעלה בקנה אחד עם דעתו של ברק. אז הסימן שמשתמשים בשפה כדי להשיג מטרה אחרת. בתקנות סד"א החדשות שיקללו את ערך האמת על חשבון הזמן השיפוטי.

אז ראינו שהבהרת המושג של זכויות היא חשובה ושאנחנו משתמשים לפעמים בשפה כדי להסוות את מה שאנחנו חושבים, כמו למשל – מבחינת זכויות. אז בבסיס הרעיון של השפה זה מסתיר לרוב שיקולים שהם לא אמת, ואולי הדבר הנכון הוא לחשוף את השיקולים של השפה ואז לדבר על המגבלות הנורמטיביות, נשים את זה על השולחן ונבדוק אם זה ישנה את ההכרעה המשפטית.

**דין אמת לאמיתו**

לחיים כהן יש מאמר שדן על "דין אמת לאמיתו", אז נקרא כמה שורות וננתח את המושג של אמת לאמיתו, כי כשאתה מוסיף עוד אמת על האמת זה קצת יותר מחליש:

"ההיערכות זה לצד זה וזה לעומת זה של צדק מכאן ושל אמת מכאן, עדיין אינה פוטרת אותנו מלבדוק. 'אמת' מהי, שהרי בדין 'אמת' עקינן, ושמא דין אמת ודין צדק אינם זהים. ואולם השאלה מה היא 'אמת'. נוגעת לעניננו אך מבחינתה המשפטית בלבד: לא באותה אמת צרופה שפילוסופים ניסו תמיד לחדור לעמקי סודותיה, לא באותה אמת דגומטית או מיטאפיסית שהיא ענין לאמונה, ואף לא באמת המדעית-נסיונית או באמת ההיסטורית או במאת אמנותית קא עסקינן. אבל אמת משפטית אינה בגפה עומדת, ובוודאי נוכל להעזר בהגותם של מחפשי אמת גם בשטחים אחרים. מה נשתנתה האמת המשפטית מכל אמת אחרת, שרק היא נוצרת כפרי רוחו של שופט לאחר הליכי שפיטה; אלא הצד השווה בינה לבין אמת היסטורית, למשל, הוא שכזו כן זו משחזרת אירועי העבר; או הצד השווה בינה לבין אמת מדעית הוא שכזו כן זו בנויה על הנחות וראיות אובייקטיביות; והצד השווה בינה לבין האמת האמנותית הוא לא רק שכזו כן זו יציר מוחו של אדם הן, אלא גם שכזו כן זו מקורה והשראתה בדימוי ובדמיון."

אז יש כאן המון רימוני עשן, אבל חיים כהן רמז שאמת וצדק הם לא אותם מושגים, אבל זה שאתה מודע שההחלטה המשפטית היא לא שיקוף היסטורי של מה שבאמת קרה. בכל מקרה המושג של אמה לאמיתו מופיע במקורות שלנו. אז חיים כהן מביא רשימה של פרשנים מהמקורות של המשפט העברי:

1. הר"י קארו – להוציא מלבו אהבת הזכאי ושנאת החייב;
2. מהר"ל מפארג – להוציא אומד ומחשבה ("שודא דדייני") – כלומר, אמת מדויקת.
3. גר"א מווילנא – "הדיינים צריכים להיות בקיאים גם בטבעו של עולם... חכם בענייני תורה ופיקח בענייני שלום."
4. רבי יהושע פלק הכהן (ספר מאירת עיניים): "לפעמים צריך הדיין לפסוק לפנים משורת הידן לפי הזמן והענין, וכשאינו עושה כן, אף שהוא דין אמת, אינו לאמתו, על דרך שאמרו חז"ל לא נחרבה ירושלים אלא על שהעמידו דיניהן על תורה ולא לפנים משורת הדין." כלומר אל תהיה ראש בקיר ותיתן פתרון צודק ולא פורמליסטי.
5. בעל "משנה ראשונה": אין לדיין אלא האמת שלו.
6. חיים כהן: "אמת" – סובייקטיבית, "אמת לאמתו" – כאשר זה השיג את ערך הצדק.

וכבר ראינו שבנוגע לאמת, השופט לוקח את העובדות עם הנורמות ומפעיל עליהם משפט. אז גם המסננות של העובדות הן מסננות נורמטיביות, עצם הצורך לשפוט בתוך זמן ותקציב במערכת אדוורסרית הוא אילוץ חזק על המערכת ויכול להיות שככל ונחשוף את הכללים שאנחנו פועלים תחת אילוצים כאלה ואחרים, אפילו מידה רבה של ענווה שנדע שאנחנו לא יודעי כל, אולי גם נפתח להחלטות ערכיות נוספות, אם למשל אנחנו ריאליסטיים וכו, אבל יכול להיות שהחשיפה חושפת את התפקיד של השפה בהשגת מדיניות מסוימת ובעטיפה של מגבלות, אבל חדירה מעבר לשפה יכולה לעשות את השיקולים הערכיים לפתוחים יותר לדיון. למשל, השאלה – למה? ולא בתור משהו הרסני, אלא משהו שמשקף יותר את הערכים שאנחנו רוצים לחשוף אותם.

**פרשנות במשפט**

**‏12/6/2023**

מבחינת עצה לקראת המבחן – אנחנו לא צריכים לזכור את השמות של האנשים. אז אין צורך לשנן, אלא להבין את המשמעות. אז זה עוזר אם יש ראשי תיבות, אבל הרעיון הוא קודם כל להבין. אם נניח נלמד את השאלה האם קיימת חובה מוסרית לציית לחוק אז קיימות גישות שונות, אבל ככל שיש גישות שונות זה קצת יותר מורכב, אבל כדי להבין את השיקולים, אז יהיה לנו יותר קל אלא אמיתי יותר. אז אפשרי להסתובב כתייר, או שאפשרי להבין את השפה. למי שלא מבין את השפה, המצלול הוא דומה. אבל ככל שאנחנו מבינים על מה מדובר שהדיון המוסרי קשור לריאליזם מצד אחד, ושהדיון המשפטי קשור לעניין אחר של הפורמליזם, אז אפילו אם המצלול זהה, וסד"א שונה מליל הסדר. כך, שהמכנה המשותף הוא אדם שיש לו לוח זמנים צפוף אבל הרעיון הוא להבין גישות. לא צריך לשנן את המחברת ולזכור בעל-פה, אלא שכשמחרשה נתקעת, אנחנו יודעים ששם צריך לחפור. המבחן לא נועד לבדוק אם אתם יודעים את החומר, אלא אם הפנתם ואם אתם מבינים את החומר. אז המבחן נועד אם אתם יודעים לענות על השאלות, השאלות תבדוקנה אם אנחנו מבינים את השפה, המושגים והרעיונות. זה כבר משהו שאי אפשר להוריד. כל מבחן, כמעט כל אחד, ניתן להצביע לפי השאלות ולהראות מי למד לבד ומי עם עוד מישהו. אז לא לשמוע בצורה פסיבית ממי שיודע, אלא צריכים מישהו שיהיה לו סבלנות לשמוע אותנו. במפגש האחרון נעבור על שאלות לדוגמה. עוד פטנט לגבי מבחן אמריקאי, מה בכל זאת נכון לעשות? מאיפה בא אמריקאי? בעבר היו מיליוני מבחנים ולכן קבעו תשובה אחת נכונה, המרצה שואל שאלות שהתשובות שלהן הן עם אנסינים, אז התשובה הייתה יכולה להיות נכונה אם לא רשום לא. יכול להיות שהתשובה תהיה מה זה נכונה לשאלה אחרת. לכן, אנחנו לא נדרשים לדעת, אלא אם אנחנו יודעים לענות על השאלה. הרעיון הוא לקחת את היד, ולענות שאלה כאילו אין חלופות ולא להסתכל בחלופות. אחרי שכתבתם לעצמכם את התשובה, על לוח ליבכם, תורידו את היד ותראו אם מה שענינו דומה או הכי דומה למה שנמצא על המסך. סטטיסטית מלמדים שיש יותר תיקונים מנכון ללא נכון מאשר לכן נכון. זה מונח במגש זמין כזה, אז יכול להיות שאנחנו בחומר שורים בזה מספיק. אז הרעיון הוא לענות וכל הסיפור של הרב ברירה הוא רק לייעל את הברירה. יש הטיה למי שעברית לא שפת אם, או למי שמרצדות לו שורות. לא להשאיר את זה ריק ולא לזלזל.

אנחנו נעבור על המאמרים של בנדור, וההרצאה של סולברג לגבי פורמליזם, המאמר המעמיק יותר של חנון דגן בעניים של ריאליזם משפטי וגם ההתייחסות של ברק לדבורקין, נעסוק בהם, וגם מבחינת ההגדרה של צדק. אז חלק מהדברים מופיעים בסילבוס, אבל נקבל אחד מעודכן.

נראה שני מאמרים, ויש לנו אותם במודל. אחד המאמרים הוא של ברק והשני של חיים כהן. ונרצה להשתמש במאמרים האלה לאו דווקא עבור פרשנות. נדבר על תורת הפרשנות הספציפית של ברק, אבל כפי שאנחנו מבינים, אנחנו מייחסים קצת פחות משמעות לאיך שאנחנו מציגים דברים. אז לא תמיד הגדרות הן טובות, ואנחנו יכולים לכתוב שאין בחוזה יחסי עבודה, אבל ביהמ"ש לא יקדיש לזה מהות, כי אחרת אפשרי לעשוק כל אחד. וגם נדבר קצת על המובן של טקסט.

אז כבר הספתח של ברק מתוך פרק המבוא של מהי פרשנות, אנחנו מבינים שברק כבר מרחיק את עצמו מהמושגים של פירוש המילה. למשל – לפי הרב קוק, אפשרי להבין את ההבדל בין ביאור לפרשנות, וגם ההבדל של מדרש יוצר – שהוא יצירתי מאוד ומדרש מקיים – לעיתים לא מוצאים את הקשר וזה יכול להיות שונה לחלוטין. אז האירוע הוא הטקסט, והמושג של טקסט כאן יכול להיות גם טקסט חי. מי שקורא את התלמוד רואה שהנוהל צריך להיות שונה מהמציאות בשטח ולרוב עושים מהלך שבה מנסים לשנות את ההתנהלות לפי הטקסים, אבל לעיתים הטקסט אומר א' והקהילה הנורמטיבית עושה ב', אז כנראה שלא הבנו נכון את א' כי לא יכול להיות שהקהילה מתנהגת באופן שונה. אז אם כולם נוהגים ב-X כנראה שצריך לפרש את הטקסט Y בדרך אחרת. אז ברגע שאנחנו מדברים על הטקסט כמשהו חי, לכן חוק זה לא משהו נעול, אלא איפה זה פוגש אותנו, ואחד התפקידים של חוק זה להכווין התנהגויות, אבל המלך רקס, דאז, לא עשה זאת. נשאלת השאלה אם הרבה לא קוראים את החוק כשהוא יוצא, אז מהי המשמעות של פרסום?

לכן, ברק אומר שאם אף אחד לא מבין מה שעשית, כנראה שלא עשית שום דבר – גישה ריאליסטית ברובה. אז השאלה כיצד מבינים את החוק היא קריטית, אז המשמעות היא בעצם ככה – **המילה ללא האינטראקציה שלנו עם המילה, היא שלד ריק, היא גולם ריק**. כל מי שבוגר אפרופים מכיר את העניין הזה שניתן לחזור אחורה אל המילה הכתובה, אבל זה חידוש עצום, כי בנוגע לשיעור הקודם – כשנתנו מודל נאיבי, מבחינת עובדות + נורמות = הוראה משפטית, אבל ראינו שגם העובדות הן בעצם תלויות נורמות – איזה עובדה, איך חשפת את המידע הזה? אז יוצא שיש לנו "עובדות" שהן תלויות נורמות ועובדות עם טוויסט נורמטיבי + נורמות = נורמה. אז בשטח זה אומר שאין דבר כזה מילה בפני עצמה, ואין לה משמעות עד שלא יוצקים לתוכה משמעות. זו הטענה הראשונה של אהרן ברק, כלומר, אין דבר כזה מילה סתם. מילה, כל כולה, יש לה משמעות לפי ההקשר החברתי. מה זה חברה? תלוי בנושא. אז בלי לבוש אין כל גישה, ואין לו משמעות, א' בלי ניקוד לא מתפקדת. אז בגדול הרעיון כאן הוא שאי אפשר, וזו טעות לבוא ולגשת לטקסט ולהגיד מה הפירוש הנכון מבלי להתייחס להקשר החברתי שלו, זה שלב ראשון של הטענה. הוא מספיק מתוחכם כדי שהוא יתייחס וינסה לנטרל את השאלות שמיד נתמודד איתן. אז יש קפיצה מהטענה של לכל דבר יש משמעות לעניין שנדלג לאיך אנשים מבינים את המילה, זו נקודה חשובה, כי מה שהמרצה יטען הוא שהשופט ברק הוא בצורה יותר חריפה – חיים כהן, הם מכניסים בדלת האחורית אמירה פילוסופית את המשפט הטבעי, בתור דוקטרינות שמנסות להתנזר מהמשפט הטבעי, הם מתחילים לדבר על פרשנות נכונה לא במובן של השפה העברית שלנו, אלא במובן של נכון ערכית ואוי ואבוי למי שלא דוגל בה. זה סוג של ריאליזם מוסרי שלדעת בריס מאפיין יותר את המשפט הטבעי מבלי להגיד את המילה.

אז זה לא סתם שהפירמידה הפרשנית התהפכה, שבמקום בראש לשון והקשר ספציפי והקשר רחב יותר חברתי, הוא מתחיל ואומר שבנוגע להקשר חברתי, יש ערכים מוחלטים והם מכתיבים את כל צורת ההסתכלות שלנו על כל מה שמתרחש בעולם המשפטי, ועם הערכים הללו אי אפשר לריב. זה בדומה לבג"ץ עם חטיבת זכויות האדם – יש בית סוהר, אבל הרעיון כ"כ לא מסתדר, אז אנחנו מבטלים אותו.

הטענה של בריס תהיה שבד"כ מסתכלים קודם על לשון, אחר כך על כוונה ואם אין ברירה הולכים לערכים. ככה זה מוצג, אבל הטענה גם של ברק וגם של חיים כהן (בצורה קצת פחות מתוחכמת) הוא שהסדר הוא: **ערכים, כוונה ולשון**. וטענה נוספת היא שכשאתה מכניס ערכים, אז יש כאן בעצם ערכים חברתיים, מוחלטים ואוניברסליים, אבל גם נכנס כאן בדלת האחורית סוג של משפט טבעי. אבל אנחנו בעצם הופכים את הכיוון הפרשני מלמטה ושלמעשה לעולם נסתכל דרך משקפיים מאוד ספציפיות – מתחם הסבירות ומה מחוץ למתחם הסבירות? מה קובע ומה הקריטריון של סבירות? מה הקריטריון של עקרונות השיטה? מהן עקרונות היסוד של השיטה? אז זהו, שיש בכל זאת עקרונות או ערכים שעומדים מעל, ועקרונות השיטה הם סוג של ערכים מוחלטים. במפגש המסכם נראה שדיברנו על המוקד בין חוק לבין משפט, שמשפט הוא יותר דינמי וחוק יותר יציב וקיים. אז במקום מסוים יהיה לנו נוח לבחון רעיונות שהולכים לכיוון אחד ולא אחר. גם משפט טבעי – יכול להיות שערכים שחולשים על כל הפרשנות, הם שייכים לרעיון של חוק, כי אי אפשר לזוז מהם והם יעזרו לנו יותר מאשר התכוון חבר כנסת. יכול להיות שהמטרה שלו הייתה משהו אחד, וב-2023 יש לזה משמעות אחרת לגמרי 20 שנה לאחר מכן. מה אנחנו יודעים, ואם יש איזשהן נקודות עוגן מוחלטות, זה משפיע על איך אנחנו מבינים או יותר נכון מפלטרים את הכוונה, ואיך אנחנו מציגים את המילים ואת השפה – "חזרה למגילת העצמאות [...] מדינה יהודית ודמוקרטית..." אז אותו רעיון בעצם, כשאנחנו אומרים "לא יכול להיות ש..." מדובר בערכים מוחלטים שממלאים לקונות והם סוג של משפט טבעי. לא אוניברסלי בגלל שחצי מהעולם הוא פגני וכו', אבל הלוואי וזה היה אוניברסלי. (!)זה חשוב לדעת את ההבדל בין דבורקין לבין משפט טבעי, כי זו שאלה אופציונלית למבחן.

אז נראה רגע כשברק מדבר על הלשון, הבעיה היא שהחוק הוא לא הלשון אלא המסר. כלומר המילים פחות חשובות, אלא המסר – הנורמה היא הרוח והלשון היא החומר. ברגע שמטאפורות או דימויים הופכים להיות קבועים יותר, זה סימן שאנחנו פחות שמים על מה שכתוב, אבל זה אומר שתמיד נקבל גם דברים שלא תמיד כתובים. בכרך מאוחר יותר, זה הולך בשלבים ועל זה ידבר ברק. אז קודם כל, צריך לבדוק מבחינת מרכיבי הפרשנות וכללי היסוד בפרשנות:

**שלושה מרכיבים הם את כל תורת הפרשנות במשפט**:

1. לשון הנורמה – זה נורא טבעי כי נרצה לדעת מה כתוב, ואם אין, אז אנחנו לא יכולים להתקדם.
2. מטרתה/תכליתה – יש הבדל משני סוגי תכליתיים של ברק – פרשנות תכליתית סובייקטיבית ופרשנות תכליתית אובייקטיבית. אז למה הכוונה אובייקטיבית? איך תכלית יכולה להיות אובייקטיבית? מה שבעיני הערכים נכון. לא מה שבעיניו – כי זה סובייקטיבי, אבל השאיפה היא למצוא את מה שנכון. ולכן יש לפרש באופן שמגשים את תכלית החוק. אז חשוב לשים לב להבחנה שעורך ברק בין 2 סוגי פרשנות תכליתית – סובייקטיבית ואובייקטיבית. סובייקטיבית היא מה חשב המחוקק הספציפי בשעה שיצר את המילים, ופרשנות אובייקטיבית או תכלית אובייקטיבית היא איזה תפקיד זה ממלא בכוח. נראה שתי דוגמאות – למשל אם יש מפקד מחלקה ששלח לריתוק, הכוונה הסובייקטיבית הייתה זה יממש אותו וישמור עלינו, אולי הוא ימקסם את עצמו. כל מיני כוונות סובייקטיביות אבל התפקיד מוגדר על ידי תפקידו בכוח ומה תפקידו של מי שיהיה ברתק? לא למה אני יצרתי או שיבצתי, זה לא מעניין, **התפקיד האובייקטיבי הוא מה שחשוב**. למשל – תפקיד גיאומטרי במתמטיקה לא רלוונטי, אלא מה התפקיד בכוח, או למשל מה התפקיד של תו"ל במו"מ או מה התפקיד של חובת תו"ל בקיום חוזה? לא מה שהמחוקקים היו מודעים להיקף תו"ל, אם התפקיד הוא להכליל נורמה ערכית בתוך המשפט האזרחי, ובתוך המשפט הישראלי בכלל, אז זה התפקיד גם אם אנשים לא חשבו על זה בשעת מעשה. למשל, ילד שחוזר הביתה עם פתק נוראי מהמחנך והוא בא להוריו, והם אומרים שזו לא הייתה כוונה שלנו שהבאנו אותך לעולם, אז לא משנה מה חשבת בשעת יצירת הנורמה כי ברגע שהוא חי הוא אוטונומי והוא חי בפני עצמו. יכול להיות שמשנים ח"י והכוונה של הקואליציה הייתה לשרוד. נראה 2 דוגמאות שממחישות את הסיפור: יעקב ובניו יורדים למצרים כי הם גוועים ברעב, מי נמצא ומחכה להם? יוסף, שפתח חשבון עם האחים שלו שרצו להרוג אותו, אבל בסוף ימיו הוא אומר "אתם חשבתם עליי לרעה והאלוקים חשב עליי לטובה." אז אובייקטיבית היה לזה תפקיד במסורת היהודית אבל חז"ל אומרים ששניהם טעו כי התפקיד יהיה ביציאת מצרים, אז לא זה צודק בפרשנות של הכוונה, אלא התוכניות הן אחרות, יש תפקיד אולי אובייקטיבי שניתן להבין מאות שנים אחר כך. כשחז"ל מתארים את מתן תורה, הם מתארים את זה שמשה עולה למרום ורואה את אלוקים קושר כתרים לאותיות, למה? "אני מעכב על ידך", אז אם אתה רוצה להגיד הלכות – תגיד אותם, הסביר אחד הפרשנים שהתפקיד הפרשני הוא לא לכוון כמו שמחפשים את המטמון או שהתשובה תהיה בשבועות הבאים, אלא מי יש לו כתר? מלך, ולומר שיש כתרים על אותיות אומר שהטקסט הוא אוטונומי כי הטקסט הוא מלך וזה לא משחק מחבואים מה הייתה הכוונה ושאנחנו צריכים לחפש את הכוונה. הטקסט הוא חי, אבל אם הטקסט הוא אוטונומי, לפי מה אני רשאי לפרק ואיך אני יודע מהי התשובה הנכונה לא במובן הארכיאולוגי, אלא מה התשובה המתאימה? אז צריך לתת את הדבר שהכי מתאים, לא רק מבחינת הקשר, אלא לתת את הפתרון הכי נכון שמשקף את סט הערכים שאתה דוגל בו. אפשרי היה לפרש תקציב דו שנתי כסוג של עריצות או נותן יציבות. נניח שיש מילה לא ברורה בחוק שירות חובה, יש לנו 3 אפשרויות: אפשרי לעשות סיאנס ולהרים מן הקבר את הנשמות של 120 ח"כים שחוקקו את חוק שירות הביטחון, ולשאול אותם מה התכוונתם. לא רלוונטי מה הוא התכוון כשהוא כתב את המילה, זה לא מעניין, זה מסקרן אבל לא מעניין את המשפטן. לכן, נראה שהרבה פחות נזקקים, למשל בנוגע לדברי ההסבר או אפילו פרוטוקולים בדיונים, אז בדברי הסבר זה פחות רלוונטי לפסקי דין, מה אכפת לנו מה הם אמרו כי מה הייתה הכוונה הסובייקטיבית לא רלוונטית אלא מה התפקיד שבכוח ומה כתוב. אבל אז אין לי עוגן. והתשובה היא שסט הערכים בעצם חולש על ההבנה של המילה הבודדת, ובעצם סט הערכים עומד בראש הפירמידה או בבסיס הפירמידה ואנחנו ניגשים דרך סט הערכים ולא דרך המילה, כי ללא סט הערכים למילה אין משמעות. זה מה שברק אומר. לכן המילים חשובות, אבל פרקטית נשים אותן בצד. \*טקסט אוטונומי = ברגע שאתה אמרת אותו יש לו חיים, הוא לא נזקק לפרשנות סובייקטיבית, ולא שואלים את מי שהביא את פס"ד למרחב ביהמ"ש מה הוא התכוון כשהוא אמר משהו. לכן נבחן רק פרשנות אובייקטיבית – מה המילה ומה משמעותה.
3. שק"ד שיפוטי – הערכים, כפי שבריס ציין, מגיעים לכדי ביטוי בגישה של ברק בעיקר בשק"ד השיפוטי, אבל ניתן גם לראות אותם עוד קודם לכן גם בלשון וגם בתכלית האובייקטיבית הקודמ.

פגשנו את המושג של מקרה קשה אצל חשין בפרשת פלונית, שהמילים הולכות אל צפון והלב אל דרום, שכן יש קרע בין מה שאני חושב שצריך להיות לעומת מה שיש. אז בכל המרכיבים הללו אנחנו מעבר למילה הפורמלית.

**נראה במאמר של חיים כהן, והוא ידבר על שלוש נאמנויות**:

1. אז יש מילה ראשונה לעצם **המילה החקוקה**, הכתובה, זה הדבר הראשון – לשון, מה כתוב.
2. יש נאמנות שנייה והיא פרשנות של **כוונתו או רוחו** של המחוקק – הוא לא יבדיל בין כוונה סובייקטיבית או אובייקטיבית אבל הוא ידבר על כוונת המחוקק. וכוונת המחוקק היא לא ליופיו הפנימי, אלא לחיצוני ואלה מהדברים שהוא ידבר על עקרונות הדמוקרטיה וכו', אבל הרעיון כאן הוא בעצם גם מתרחק מפרשנות סובייקטיבית-מילולית, אלא הגיונית במילים שלו. אבל אז הוא מכניס נאמנות שלילית
3. לרוחו של המחוקק – לא לכוונה או למילים, אז מה זה? גם ברק קורא לה בצורה כזו של מה שמהחוקק היה צריך לחוקק. אז הרעיון שלו כאן הוא נאמנות לרוחו של המחוקק כמחוקק צדק. יש לו בתודעה את ביהמ"ש הנאצים, אבל המשמעות היא שוב נאמנות ללשון ונאמנות לכוונה ומה שהוא קורא "רוחו של המחוקק" שזה סט הערכים. ובריס סבור שבדלת האחורית נכנסה כאן תפיסה של משפט טבעי, של ערכים מוחלטים שחולשים על כל השאר. אז יכול להיות שאין ברירה, כי אולי אין משפט טבעי אוניברסלי, אבל אנחנו לא מוכנים לקבל פרשנות של חוק, אז אם זה לא הולך דוך עם ערך שאנחנו רוצים לחיות איתו, אז דגל שחור מונח על גביה ולא יהיה לו תוקף, האם לא יהיה לו תוקף בגלל שנפרש אותו עד מוות או שלא נצטרך לציית לו? כלומר לסרב כמו הארט? לדעתו של בריס, העניין של ערכים נכנס במיוחד אצל חיים כהן וגם אצל ברק. ולכן במקום המסלול הרגיל של לשון וכוונה. בעצם מתחילים עם סט ערכים שדרכו מבינים קונטקסט מסוים ומילים בודדות. האם אנחנו יכולים להסכים על סט ערכים – זה הוויכוח על משפט טבעי, אבל יש דברים שאנחנו טוענים לגביהם שיש תשובה נכונה, ושאנחנו מוכנים או לא מוכנים לקבל. האם אנחנו חייבים להסכים עם ברק ועם כהן? אז זו לפחות העמדה והרעיון הוא שסט הערכים יושב אצלנו ודרכו צריך להסתכל על כל שאר המנגנונים. (!)כשאתה מבטל חוק ולא מרוקן אותו באמצעות פרשנות, אתה בעצם אומר מילה שלי למול שלך, והאמת הצרופה גוברת על שלך ובעצם מבטלת אותך. היכולת לומר שאני מבטל למרות שאין הסמכה היא סוג של משפט טבעי. בפרשת ניימן הראשון היה זה אלון שטען שנזקקים למשפט טבעי לפסול חוק, וברק אמר שאפשרי להשתמש בפרשנות מבלי להגיד את זה.

**פרסום החוק**

**‏15/06/2023**

דיברנו על זה קצת כשדיברנו על כללי הצדק הפרוצדורליים. מכאן נשאר – מדוע? ניתן לסבור לגבי זה שמדובר ב:

1. הכוונת התנהגות;
2. ענישה;
3. ודאות – לדעת מה מותר ומה אסור;
4. בהירות;
5. יעילות;
6. צדק;
7. הרתעה;
8. לשם יעוץ;
9. לשם הכרעה.
10. רשמיות – למה צריך רשמיות? כדי שזה יהיה רשמי;
11. מדיניות – למה? אנחנו רוצים לדעת מה מסתתר.
12. שקיפות ובקרה.

איך מדינת ישראל מפרסמת את החוקים שלה? באמצעות עיתון רשמי שהוא "רשומות". החוק נכנס לתוקף מיומו פרסומו או תאריך כך וכך ימים לאחר פרסומו, אז זה בעצם הדבר החשוב לקרוא לשם הכרעה שיפוטית/מינהלית. אז נתאר לעצמנו ששוטר בא ושואל אם – "איך יכול להיות שלא קראת את העיתון הבוקר לגבי התמרור החדש?", לדעת בריס האם האנשים שמקבלים עונש לא קוראים את רשומות בהכרח? אם אי ידיעת החוק אינה פוטרת מענישה, אבל רגע – אם אי ידיעה אינה פוטרת, אז יוצא שכל הסיפור של הענישה אולי צריך לשים לידו סימן שאלה? אולי לא צריך לפרסם? איך אמורים לדעת? יש אנשים שלא יכולים לגשת לחוק. למשל – אדם עולה ארצה מרוסיה או מאתיופיה או מצרפת אבל לא מדבר עברית. הוא נכנס לאתר רשומות, זה כמו שאנחנו ניכנס לספר החוקים ולמחוז שמדברים שם מנדרינית. אז מה קרה לכל הרעיון שנראה במבט ראשון הכי אינטואיטיבי שיש, אבל המימוש שלו הוא בספרה אחרת? אם נניח נכתוב כללי התנהגות בכיתה, אין שום בעיה – הם יחייבו אותנו. אז מה הכלי הטוב ביותר לדעת שדברים השתנו? מי נותן את השירות הזה בחברה הישראלית? התקשורת, אבל האם התקשורת עושה את מלאכתה מתוך מגמה להביא את השינויים בחוק בדברים שנוגעים באמת בסחר היומיומי או שהיא עסוקה במכירת עיתונים? אז איזה נפח מהידע שעובר דרך הצינורות של התקשורת עוסק בדברים שמשפיעים עלינו במיידי ואיזה חלק עוסק בדברים שיותר דומים לכדורגל – "הוא אמר... והיא אמרה"? אז לפעמים כן, אבל לרוב נראה שלא. כי בנפח זה לא בדיוק התעסקות בתיקון של תוספת 3 לחוק שעשויה להשפיע על מיליוני שקלים או אנשים.

אז מה העניין של פרסום? נשים סימן שאלה ראשון בנוגע לסוגיות – האם הפרסום נועד לתקשר עם האזרח, ואם כן, נגענו בעניינים הראשונים של הכוונת התנהגות ונורמות, כנראה שיש באג בנושא של תקשורת. באג נוסף שקיים הוא השפה – אז עולה חדש יהיה באולפן ויראה תמרורים עם סמלים בינלאומיים שלא צריך שפה, או שהוא בא עם הרגלים טובים וכו', אבל מה המעמד של החוק לגבי אנשים שהם תושבים במדינת ישראל ואולי העברית היא לא שגורה על פיהם? כאן הוויכוח הגדול לגבי ערבית, ערבית לא שפה רשמית בישראל וכן חייבים לתרגם מבחינת תמרורים, דווקא בגלל שהורידו את מעמדה. אבל, יש אנשים שהם לא דוברי עברית או ערבית – יש הרבה דוברי אנגלית וצרפתית, אז אם רוצים ממשק, אז מה קורה? האם יש זכות שידברו איתי בשפה שלי? האם יש זכות לח"כ שהוא דובר שפה אחרת לנאום באותה שפה? יכול להיות שאדם הגיע לביהמ"ש בגלל שהוא לא ידע מה הוא עשה, ועכשיו צריך לתרגם לו את העבירה ולתרגם לו מה הוא עשה. אז מתורגמן הוא יקבל, ויהיה לו הזמן בכלא לתרגל, אבל האם יש זכות? אז לא ברור אם יש זכות כזו, במשפט זה משהו אחר כי זה צדק, אבל בחקיקה לא ממש בטוח. אז נתנו הסברים אבל הם לא בהכרח מוצאים את המימוש שלהם בדרך שבה אנחנו מפרסמים את החוק וזה מעורר תהייה כפולה – אולי אנחנו לא מבינים את הרעיון של פרסום החוק? ואולי יש מה לתקן בהנגשה של עצם הרעיון של פרסום החוק? אז נמשיך לראות.

השורה התחתונה תהיה – **1.** יכול להיות שהדגש בפרסום החוק הוא לאו דווקא מה שחשבנו עליו בתפיסה האינטואיטיבית של הכוונה; **2.** כל הרשימה שציינו לעיל כן חשובה, אבל אנחנו מניחים שאיכשהו זה עובד; **3.** הרשימה כן חשובה וזה לא נכון להניח שזה עובד ושהדיון בסוגייה עצמה נועד למעשה לחזק את אותם רכיבים שהם תחת ביקורת. אבל הרעיון של פרסום הוא קריטי כי נפגוש אותו בפעמים רבות בהמשך, זה יכול להיות עצם הפרסום, דרכי הפרסום, נגישות וגם עניינים של שפה ולגבי פרסום ההנחיות, שפה וחוק – יכול להיות שזה לא מספיק טוב. למשל, אם בביהמ"ש יש גם עברית או במחלקה אחרת בערבית אולי זה לא מספיק. נראה אפילו לא רק באינטרנט אלא השיתוף של משרדים לא ממשלתיים – למשל, כל זכות שהיא בשיתוף עם משרד המשפטים, אבל זה בגלל מודעות לדבר הזה. ונגלה שיש לפעמים סתירות בין מה שמופיע באתר שמפרסם כל זכות לבין מה שמפרסם משרד העבודה בהנחיות ויש מחלוקת מה הפירוש הנכון – יש ויכוח שעדיין קיים לגיב שעות נוספות – האם נכון לעשות ממוצע שבועי לשעות שבועיות ביום (למשל, אם לעבוד היום ולהתקזז מחר – נחשב שעות נוספות?), עצם החוק אומר שזה שעות נוספות, אבל בהרבה מקומות ניתן לעשות ממוצע, אז הייתה מחלוקת בין-משרדית ושתי הפרשנויות הן נכונות, לכן המודעות והרגישות הן אלה שעולות. כן נמנף את זה חזרה לעניין של הרציונל. נראה את הטקסטים בתחום של פרשנות ונראה מדוע זה חשוב ואי אפשר להסתפק בזה שרק מפרסמים:

**פקודת סדרי השלטון והמשפט**

ס' 1(א): "כל פקודה תקבל תוקף ביום פרסומה ברשומות, בלתי אם נקבע בה כי תקבל תוקף בתאריך מוקדם או מאוחר מיום הפרסום."

אז ניתן להבין שאין אמירה גורפת שחוק שלא פורסם לא תקף, הנחת המוצא היא שרק אם הפרסום ושאפשרי לדחות את זה, כלומר אנחנו מפרסמים היום אבל זה ייכנס לתוקף בעוד כמה ימים כי צריך לתרגם, להסביר, להעביר לאנשים וכו', אבל אפשרי לקבוע שהיא תקבל תוקף מוקדם מבחינת פרסום? אז משהו כאן מאותת שזה לא רק הכוונת התנהגות. זה לא שהפרסום בשנת 1949 על עיתון רשומות אבל:

ס' 1(ב): "פרסומה של פקודה ברשומות ישמש ראיה כי אותה פקודה נתנה ונחתמה כדין."

כלומר אין כאן משהו כזה שבשעת חירום אפשרי לעשות חקיקה בסתר. ואין כאן אפילו חובת פרסום.

**פקודת הפרשנות**

מהי תקנה?

ס' 1: "**תקנה**" – תקנה, כלל, חוק עזר, מנשר, אכרזה, צו, הוראה, הודעה, מודעה, או מסמך אחר, שניתנו מאת כל רשות בארץ ישראל או בישראל, בין לפני תחילת תקפה של פקודה זו ובין לאחריה, מכוח חוק, או מכוח אקט של הפרלמנט הבריטי או מכוח דבר-המלך-במועצה, לרבות צו, הוראה, הודעה, מודעה או מסמך אחר שניתנו על יסוד תקנה, כלל או חוק עזר כאמור; אולם מקום שהמלה "תקנה" באה בחיקוק שניתן לפני תחילת תקפה של פקודה זו, תהא משמעותה כמשמעות שהיתה נודעת לה אלמלא פקודה זו;

אז כל אלה הן תקנות והפקודה אומרת שתקנות **בנות פועל תחיקתי** יפורסמו ברשומות ותחילת תוקפן ביום פרסומן אם אין הוראה אחרת. אז זה משאיר פתח דווקא שלא כתבו מאוחר יותר, אלא שכתבו את זה באופן רטרואקטיבי. מה פירוש המושג – בת פועל תחיקתי? עכשיו יש דברים שאנחנו מכירים שמפרסמים אותם והם לא מכווני התנהגות. למשל, מכרזים או מינויים או מועמדות למינויים, יש משהו בפומביות שהוא לא רק לפנות ימינה ושמאלה ולעצור בתמרור. מפרסמים ברשומות את הכוונה להוציא צו הרחבה, הפרסום כאן הוא עובר מהאינטואיציה של אין עונשין מבלי מזהירים, למצבים של להביא את זה לידיעת הציבור בצורה שאפשרי להגיב לה, לדעת עליה, למסמך אותה וכו'. בת פועל תחיקתי זה משהו נוסף וזה משהו שהוא פועל כאילו כמו חוק. אבל לא לכל תקנה יש תוקף כמו כל חוק. אז חובת הפרסום היא אם זה פועל כמו חוק והתוקף יהיה כמו חוק. אבל יש דברים שנצטרך לפרסם מבלי זה ויש דברים שמודיעים לציבור ובכל זאת צריך לפרסם. למשל, מבחינת הדוגמה הקלאסית של דברים הזויים שצריך לבדוק אם זה הופיע ברשומות ויש לזה השלכה – היה עו"ד מאוד חשוב שכשהוא היה מגיע לחלק מהרחובות בירושלים, היה נוסע מבלי חגורה ומחכה לשוטר שייתן לו דו"ח כי על רחובות מסוימים בירושלים לא הוכרזו כדרכים ברשומות ולכן לא הייתה בפקודת התעבורה חיוב. אבל אם מופיע תמרור באישור קצין משטרה? תמרור הוא סוג של תקנה בת פועל תחיקתי. הוא אומר לנו – אל תחנה כאן. אז הדבר הזה הוא קריטי כי זה לא רק מבחינת הכוונת התנהגות, כי מדובר בהכוונת התנהגות שקופה – אם נרצה לכוון התנהגות, אז רק באופן שקוף – הדרישה פועלת לא רק כלפי חוץ אלא גם כלפי פנים והיא אמורה ליצור צינור שקוף שזורם לשני הכיוונים שלו – גם לאזרח וגם שהאזרח רואה מאיפה זה בא. זה לא אומר ששוטר צריך להיות עם תג תקין (מבחינת מינהל מסודר), אלא הפרסום הוא לפרסם את הדבר בשקיפותו.

מי שעומד על זה **בפס"ד רונן**, שעוסק סביב העניינים של התמרור. מה הסיפור? חוק עזר עירוני, האדם העמיד את מכוניתו אשר הוצב בו תמרור שאוסר על כך. הטענה שלו היא שהתמרור הוא בר פועל תחיקתי וצריך פרסום ברשומות. זאת לפחות הטענה שלו. למה זה נדחה בסופו של דבר? מכיוון שביהמ"ש העליון קבע אז שההצבה עצמה, בגלל שהיא מכוונת התנהגות, היא סוג של פרסום. משהו שמהווה מעין פרשנות, ולכן כך יוצאים ידי חובה גם בדרך אפקטיבית אחרת. אבל ההחלטות עצמן והרעיון עצמו שכן יש סמכות לקבוע בעירייה והפרסום של חוקי העזר וההחלטה של העירייה חייבת להיות שקופה לכולם, זו קונקרטיזציה והיא זו שעושה את זה. אז שקיפות היה בעניין העקרוני של חוקי העזר באופן פומבי, והיישום הקונקרטי הוא שדי בהצבה. לכן דחו את הערעור. כך, שהדרישה לפרסום ברשומות זה לגבי חוקי העזר עצמן. אז אם היה צריך לפרסם ברשומות לגבי כל תמרור – זה כבר בעייתי ובלתי אפשרי. אז הרעיון הוא שבעצם יש הבחנה בין החובה העקרונית, ויכול להיות שזה לא רק רציונל של שקיפות, אלא גם עניין שברגע שיש חובה והחובה היא אי שם בחוץ, אז זה יכול לעורר אתכם לבדוק האם החובה שאני יודע עליה מיושמת גם כאן, אם לא שחררתי לאוויר העולם את החובה עצמה והבסיס הנורמטיבי אז לא עשיתי שום דבר. לכן, זה לא רק שקיפות, אלא היישום הקונקרטי הוא זה שלא צריך את הידיעה במובן המופשט והתמרור עצמו אומר לי את המידע הקונקרטי שאני צריך. אז אם אני רוצה לבדוק את ההסמכה – יש לי איפה לבדוק. הקונקרטי – סמכות הקצה היא זו שצריכה להיות מעל פני המים ולא חייבת להיות ברשומות. וזה אולי טוב, כי אם נניח לא נפרסם ברשומות, אלא נפרסם באתר של משרד התחבורה את ההוראות הרלוונטיות לאן שאתה רוצה לנסוע, אז מעניין לא? גישה חסכנית. אז הרעיון בקונקרטיזציה הוא שדי בפרסום. וזה אומר משהו לגבי פרסום ברשומות כאקט פרסומי. אז היכולת לפצל בין החובה העקרונית לבין היישום הקונקרטי פוקחת לנו עיניים לגבי דרך ההבנה של רעיון פרסום החוק המקורי. בגלל שאם הרעיון של פרסום החוק זה להביא לידיעת כולנו ביחד זה לא עושה את זה.

בעניין של חוק העונשין, ישנו את **ס' 34יט לחוק העונשין**:

"לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר."

אם נניח אדם יחנה במקום שבו לא היה תמרור 17 שנים, נניח אם לא ידע על משהו שקרה, אז אין נפקא מינה, אגב למה אין נפקא מינה ולמה אי ידיעת החוק אינה פוטרת? נקרא גם חזקת ידיעת הדין. אבל האם זה נכון? אפשרי להניח שיודעים את הדין? אז כאן יש לנו אפשרות ענישה והגיוניות. הגיוני – זה סוג אחד של ידיעה. אתה יודע, אנחנו בעצם אומרים אתה יודע וזה לא הגיוני שאתה לא יודע ומשקר. אז יש כאן משפט טבעי אבל יש עוד שיקולים – מה זאת אומרת אפשרות ענישה בפני עצמה? מה זה אומר? אפשר להעניש, אבל אפשרי להעניש מבלי שהוא ידע? זה לא בגלל שזה הגיוני, אלא אחרת לא נצא מזה. אז בגלל שאנחנו לא נצא מזה נעניש אותו מבלי שהוא יודע? אז זה מעין מה שאמרנו על אמת משפטית – לא אכפת לנו אם הוא יודע או לא, אם קיבלנו החלטה חברתית שאי ידיעת החוק אינה פוטרת, ולא שאנחנו יכולים להניח, זה לא חזקת ידיעת החוק, זה אאוט יחסית. אז יש לנו 2 כיווני חשיבה:

1. כי באמת יודע;
2. או גם אם לא יודע;

זה גישה קצת של ריאליזם משפטי, כי הגישה תאמר שגם אם הוא לא יודע אנחנו חייבים לנהל מדינה, אנחנו נעניש משיקולי מדיניות ואולי לא של אמת. גישה אחרת אומרת שזה כן נכון לומר שהוא במאת יודע, אנחנו רוצים להניח שהוא יודע, ואולי אלו דרישות מוסריות וזה טוב לגבי תחומים מוסריים אבל לא בתחומים של ידיעת החוק. אבל המשמעות והחידוש הם שיש מצבים לפי ס' 34יח שמראים דווקא שמבחינה סבירה הגיוני שאותו אדם לא ידע. קודם זה היה רק מצב כזה שגם אם לא ידע אי ידיעת החוק אינה פוטרת והתיקון הדגיש את הרכיב של ידיעה ולא רק את שיקולי המדיניות שנעשה למרות שזה לא נכון.

אז בסופו של דבר אנחנו מדברים על פרסום ככלי אפקטיבי, ואנחנו מניחים שהוא כזה, זה נכנס לעניין של יודע או לא יודע. אז אולי זה מטיל אחריות על האזרח לדעת, או אחריות לברר, אז אנחנו נוטים קצת יותר לרעיון של הידיעה המטריאלית ולא רק לשיקול של שקיפות. מי שכן נותן משקל רב לכלי של השקיפות הוא **השופט חיים כהן בפס"ד האז** (421/61). כאן הסיפור הוא של תעריפים והוא הגיש בקשה להתקין טלפון בדירתו והתבקש לשלם, המחיר פורסם ברשומות ואז המדינה נתנה טלפונים אבל המחיר לא פורסם ברשומות. וכאן השופט חיים כהן נותן את היסוד השקיפותי של דרישת הפרסום של החוק, לא רק מבחינת הסיפור של האם אני יודע: אז הוא מסביר את הדעת הזה ואת הרגישות המיוחדת שלו:

"כל מעשה תחיקה, ולענין זה אין נפקא מינה אם הוא חוק או מעשה חקיקת-משנה, טעון פרסום ברבים – לא רק לפי סעיף 17 לפקודת הפרשנות. ולא רק לפי סעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948; ואפילו אם יש בחוק הוראה מפורשת הפוטרת אותו מעשה תחיקה מפרסום ברשומות. **אין חוקי סתר במדינת ישראל**. כשקיימת הוראה בחוק הפוטרת מעשה תחיקה מפרסום ברשומות, מותר שלא לפרסמו ברשומות, אבל אין זאת אומרת שמותר שלא לפרסמו כלל. חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בבגדי נסתרים היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון בחוק. יודעים לכל בר כי רב, ויש להצטער צער רב על אשר לא שימשו נר לרגלי רשויות המדינה בעניין שלפנינו."

זה שם את הדגש אל עבר הפרסום – לא שמרתי בבטן. זה נגיש. למה מבקר המדינה לא שולח את הדו"ח במייל ולכן מגיש את זה על שולחן הכנסת? זה לא לזלזל בזה, אלא רשמיות בזה שיש אירוע חשיפה, מה שמעצב את השלטון בצורה אחרת ורשמיות בזה שיש שקיפות. ויכול להיות שיהיו מקרי ביניים שיעמדו למבחן – האם רעיון הפרסום או את הדרישה במקרה X מבטאת את הרצון של האזרח לדעת, או משקף את השקיפות וחשיפת מעשה המחוקק ולאו דווקא מבליטה את הצורך או האחריות לדעת.

**בפרשת (856/17) דמיטרי פוסטרלוב** הייתה עתירה לביהמ"ש יורה לכנסת לחוקק חוק במסגרת הצעת חוק חקיקה, שבו יחייב הקמת מאגר אלקטרוני של חוקים ופסקי דין. זה עושה היגיון, אבל העתירה נדחתה. אז למה לא? אז אם התפקיד הוא לכבד את ההתנהגות, אנחנו רוצים לדעת מה חובתי במדינתי:

"דינה של העתירה להידחות על הסף, ולו רק בשל הסעד המבוקש בה – העומד בניגוד מוחלט להלכה הנוהגת מקדמת דנא, ולפיה "אין בידי בית המשפט להורות למחוקק לחוקק חוק". כידוע, בית משפט זה "מתרחק מהתערבות בהליכי חקיקה", וזאת בהתאם לתפיסה המעוגנת בהפרדת רשויות."

אז יש הבדל בין פסילת חוק לבין לכונן חוק.

"עקרון פומביות הדיון נהנה ממעמד חוקתי על-חוקי בשיטתנו המשפטית, ועל חשיבותו ומרכזיותו אין ולא יכול להיות חולק [...] דיון פומבי "מהווה סימן היכר לשיטה משפטית בחברה דמוקרטית, שמזמינה את כלל הציבור להיחשף לפעולותיה, ללמוד אותן לבקרן ולהעריכן. פומביות הדיון חיונית היא. כך יכול כל אזרח להיחשף להליך המשפטי, בין אם עניינו בהליך הנו אישי ובין אם התעניינותו נובעת מכל טעם אחר. זכותו הבסיסית של כל אזרח לדעת, ללמוד ולחקור את המתרחש בתוך אולם בית המשפט, בטרקלין בו דנים על החטא ועונשו כמו גם את זהות השופט היושב בדין, את זהות בעלי הדין ואת טיבה של ההכרעה השיפוטית [...] בכל הנוגע לפרסום דברי חקיקה – החוק מחייב פרסום ברשומות בלבד של חקיקה ראשית ותקנות בנות-פועל תחיקתי.

אז ביהמ"ש העליון עומד על כך שמנגנון פרסום החוק המחייב הוא אחרת. אבל לדעת **בריס רמוז כאן הפער הזה בין הפרסום כמעשה פומבי שקוף לבין הנגשה** שזה רעיון טוב וחשוב מאוד, אבל זה לא כל הסיפור. זה לא הנגשה להכוונת התנהגות, על הדרך נקבל שקיפות, אבל נדמה שביהמ"ש שהחובה היא רשומות וכל השאר זה אחלה, זה הופך את העניין – אולי אנחנו מתחילים את השקיפות ואולי זה מעורר חובת בירור. אז ברעיון של שפה חשין אומר שלא יוצאים ידי חובה אם זה לא מונגש בשפה, אבל רק אומר שגם אם הפרסום הוא שפה שמדברים בה באופן כללי, זה מוציא מחובת היידוע. אז זה מדגיש את הטענה **שחובת הפרסום יוצאים בה ידי חובה באמצעות רשומות**. הרעיון הוא הכוונת התנהגות אבל בגלל המורכבות של פרסום, אי אפשר להתגונן, יש כאן שיקול של מדיניות שאומר שלא ניתן לקחת אחריות על הידיעה המטריאלית של האדם עצמו, אלא על השקיפות של מעשיי וזה מצביע על כך ש-34יט עושה טוויסט בעלילה, כי בתחום הפלילי הוא מסיט את הדרישה מידיעת החוק לאפשרות ידיעת החוק באופן סביר ושכן תהיה הגנה לאדם שלא יודע מה החוק.

**לשיעור הבא**:

(!)כנראה שתהיה גם שאלה על פטרנליזם. צריך לקרוא על חוק זכויות החוק ופרשת 558/97. על רשות לא חייבים לקרוא, אבל יש כאלה שהקריאה מומלצת כמו למשל על אקווינס. לשבוע הבא – נעסוק במאמר של בנדור, סולברג ואתם קטעים מהמאמר הארוך של חנון דגן, הם נמצאים וקבועים ביחידה 6, דיברנו על פורמליזם וריאליזם משפטי. כלומר – חוזרים לנושאים שלמדנו. כדאי לחשוב על המשגה שאולי נוחה ביותר לארגן באמצעותה את הנושאים שלמדנו ואת העמדות השונות. רמז: חוק ומשפט. כל סוגייה בסוג יש איזשהו גורם יציב, מוחלט, שלא ניתן לזוז ממנו אבל יש גורם אנושי, לפעמים זה נראה הפוך על הפוך אבל מבחינת התמונה המלאה.

**פורמליזם – התעמקות**

**‏19/6/2023**

במפגשים של השבוע נעסוק ברגישות בסוגיות של סבירות וכו'. אבל דווקא בגלל שזה חם, נצטרך לראות את הדברים במשקפיים הכאילו מדעיות של תורת המשפט. כלומר, עסקינן בכלים שבהם אפשרי להשתמש בתחום של תורת המשפט כדי להבין את מקצת מסוגיות עכשוויות.

**שני הכלים הם פורמליזם וריאליזם משפטי**. נעמיק בהם עוד טיפה כי יש בהם רלוונטיות לעניינים האלה. ואף אחד לא יגיד שהוא פורמליסט או ריאליסט, וזה חלק מהעניין, אבל כן נשתמש במושגים האלה כדי לחדד את הערכים וטיפה יותר להעמיק את הסוגייה יותר – קל יותר להגיד שפורמליסט זה נוסחה מתמטית וריאליסט לוקח את הערכים של החברה, אבל דווקא בגלל שבקריקטורה זה פשוט, קשה לשים את האצבע על מי ומה ולאו דווקא העמדות הטכניות. ולכן נקדיש את היום לערכים של פורמליזם, וביום חמישי נעסוק במאמר של חנוך דגן. בשבוע הבא – השיעור האחרון יעסוק בחזרה על כל החומר ונראה דוגמאות לשאלות. בשבוע שאחרי זה נדבר על צדק כי יש היבטים שונים של צדק ומושגים שונים של צדק.

**ערכים, אידיאלים ופורמליזם המשפט הישראלי**

נתחיל עם סולברג, כי זו דרך טובה להיכנס עם הערכים של פורמליזם. התחום של הפרוצדורה מדברת על כל ענפי המשפט, ואפשרי לחלק את זה לפרוצדורה פלילית ואזרחית, אבל הרעיון בכולם הוא מעין הניקיון של התהליך. אבל כן חשוב לראות את החשיבות של התהליך.

מה מאפיין את המדע המודרני לעומת המדע של העת העתיקה או הדברים שהביאו בשם של אריסטו? כדי לעבור ממדע תיאורטי, שבו חשבו שהצורה המושלמת היא עיגול והתנועה המושלמת היא עיגולית ושצריך לדחוף משהו כדי שימשיך הלאה, אז אם אנחנו לא עושים ניסוי אין מדע. מה הדבר החשוב בניסוי אמפירי? הפרוצדורה – צריך לדעת שאם אני רוצה להסיק מסקנות, אני חייב שהתהליך יהיה נקי. אם אתה משתעל לתוך צלחת הפטרי אז אי אפשר לדעת אם זה בגלל שמצאת תרופה או בגלל שהשתעלת. אם אתה לא בא נקי, אתה לא יכול לעשות ניסוי. אז אם אתה לא קובע כללים שבהם ניתן לשכפל או לעשות הכללה, אתה לא עושה משהו אמפירי, אלא אנקדוטלי. כדי לשכפל צריך לקבוע מהם התנאים ואז לראות הלאה. לא ברור עד היום למה בכדורגל המגרש לא חייב להיות באותו גודל. כלומר, בניסוח אחר, סד"א כתרגיל אחד גדול בשוויון. בגלל שלכולם יש את אותם ימים, חוץ מבקצוות, אז לכולם יש אותו הרכב, ערכאה, ימים להגיש מסמכים וכו'. התמונה הזאת של הצדק עם החרב והמאזניים ויש לה גם כיסוי עיניים, אצל הריאליסט היא קצת מציצה.

כך שהרעיון כאן של הפורמליסט מדבר בראש ובראשונה על שוויון אבל לא רק כערך חיצוני לעניין ולא רק הגינות לכשעצמה, אלא יש כאן גם עניין של דיוק אמפירי ויכולת להגיע לתשובה נכונה. ולכן הדגש כאן הוא על דיני פרוצדורה – כמו סד"א וסד"פ. אתה רוצה שהכלים שלך יהיו נקיים. אז זה לא בגלל שהוא בא עם העמדה הפוליטית שמסתדרת עם השופט, אלא לגופו של עניין – לנתק בין הזירה מולה מכריעה השופט, לבין כל מה שמסביב ומבחוץ, הניסיון הוא להביא לתנאי מעבדה שאינם רק שוויון, אלא גם דיון – שהחוקים עצמם, והכללים עצמם יקבעו וזה הרעיון שנראה מפותח מאוד כאן – השלטון של כללים וחוקים – Ruled by law – ולא על ידי בני אדם. זה לא אני אלא הכללים שיצרנו. והחוקים/הכללים הם אלו שמשקפים את שלטון החוק, שאינו של בני אדם אלא שלטון של החוקים. בני אדם יוצרים את החוקים אבל אני כפוף לחוקים ולא לבני אדם. שזה כמובן מביא עוד ערך – חירות, אנחנו לא עבד של מישהו אחר ואנחנו לא כפופים למישהו אחר, אני כפוף לכללים שהם תוצר להחלטה הקולקטיבית, ולכן החוקים הם בעצם שלטון החוק ולא שלטון המחוקקים. אז פתאום הפורמליזם נראה קצת אחרת וזה לא רק מבחינת דווקנות, אז שלמה לוין באותו פס"ד אומר שכעניין של מדיניות משפטית, אל תתחילו לעשות הנחות או שינויים בגלל שיקולים של שוויון או שלטון הכללים ולא שלטון בני האדם.

אז הוא אומר משהו לגבי התחושה כי כשאתה פורמליסט אתה בעצם נוקשה. האם הרעיון הוא לא לעבור את הקווים? זה בעצם העניין שלו:

"הוויכוח בין שפיטה 'פורמליסטית' לבין שפיטה 'ערכית', איננו בשאלה מה מעמדם של ערכים כאלה ואחרים מבחינה פילוסופית, אלא בשאלה מה מעמדם בשדה המשפטי. ושם אנו מוצאים ערכים אחרים, אף הם חשובים, כבודם במקומם מונח, על כל פנים ראוי שיהא מונח: כיבוד הכרעות הרוב, ודאות, יציבות, אחידות וכו'"

**פוזיטיביסט לא אמר שאין מוסר**, אלא שצריך להבדיל אותו מהמשפט. אז פורמליזם ופוזיטיביזם זה שני דברים שונים. לדעת סולברג, המשפט מתמודד עם 2 קטבים ואם יש לך רק קוטב אחד אין לך כלום – לכן, השלמה ולא מאבק. אז הוא מדבר על וודאות, יציבות, לכידות אבל לדעת בריס צריך לקחת אותם שלב אחד למעלה – כי אחידות היא שוויון, יציבות וודאות עושים משהו אחר כי הם מרחיקים, במיוחד גם עם גוסטב רדרברוך, שהדגיש את הפוזיטיביזם עם הוודאות (כמו למשל בנוגע לדוגמה עם התמרור שמכוסה ביוטה, אז הוא לא מכווין התנהגות, כמו שאם השופט יגיד שיהיה מה שיהיה) אז זה לא מכווין התנהגות בכלל ודיברנו על ההבדל בין כללים לבין סטנדרטים אבל המקרה הקיצוני הוא שכשדיברנו על משפט צדק פרוצדורלי – אם אין שום הכוונה ואם הכל איך שבא לך, אז בעצם **אין כאן שיטת משפט**, ולדעת בריס, אולי סולברג עדין אבל יש כאן שלטון אנושי של המלך שמחליט בקפריזה ולא בכפיפות לכללים שהחברה קבעה.

אז לו היינו צריכים לנסח איזו גישה מייחסת את הכוח של היחיד לשלטון של אחרים, אז נראה שזה לא עושה צדק עם הדיון עם אנשים שצמודים להכרעת הרוב, כל עוד שומרים על זכויות היחיד. למשל, שיח הוא לא דיקטטור אל מול דמוקרט, אלא אם הכללים שכפופים להם מגנים גם על המיעוט או לא ולא אם הם משהו אד הוק:

פריצת הדרך נעשתה, ערכי היסוד עוגנו בחקיקה, כיאה להם, ועתה השעה כשרה לשימור הערכים, לצד חזרה מתונה למשפט פורמלי יותר. ההיסטוריה של המשפט לימדה אותנו שפורמליזם דווקני, מנותק מערכים, יכול להביאנו עד כלות. אבל גם זאת ידענו, שמשפט של ערכים הריהו תלוי בין שמים וארץ, וכדי שיצלח צריך לטעת את שורשיו באדמה. המטוטלת נעה כדרכה מצד לצד ועלינו לייצבה: בצד הערכים, עם בסיס פורמלי [=המטוטלת נעה בין גישה פורמליסטית של ערכים לבין גישה פורמליסטית אחרת שאינה בהקשר של ערכים]".

אז הדגש שלו כאן הוא איננו נחזור למילים כי התפרענו, אלא הדגש הוא לא בסיס מעוגן בלשון החוק, אנחנו בעצם יוצרים משהו שהוא לא בר קיום. או אם נרצה, נראה את זה גם אצל בנדור – **פורמליסטיקה של ערכים**, בד"א מדברים על פורמליסטיקה של מילים – אם הטופס לא כך, אז זה לא טופס. אבל כשיש ערכים שמתנגשים ומדברים בשפה של איזון ערכים ואין שום קריטריון לאיזון של הערכים, אנחנו בבעיה. וגם את הדוקטרינות האלה אפשרי לחדד ולקבוע דוקטרינות ברורות וחדות, לא עמומות. אז הגישה היא מקצה לקצה וצריך לדעת שזה לא יריבים נגד הפורמליזם, לא זורקים את הפורמליזם מהחלון, כי אם אין עוגן אז משהו לא טוב קורה. האם הוא מדייק מבחינת תורת המשפט ואומר מה בדיוק קורה? פחות. סולברג בולע את הצפרדע של מאוטנר, זה מוצג כעימות בין ירידת פורמליזם ועליית הערכים אבל סולברג אומר – אל תהרוג את הפורמליזם, הפורמליזם לא חייב להיות פורמליזם שנצמד לשעה וליום, אלא פורמליזם של ערכים. ניתן למשל לקרוא לגבי פס"ד של ברק, בשלב מסוים יש תחושה שאין לי קריטריונים. אז הפורמליזם אומר שניקח את היתרונות שיש ל-2 הגישות, וגם מבחינת שוויון וודאות, ומבחינת חירות, וניתן לזה תוכן מסוים ולא נשאיר את זה באוויר כשיח מופשט מבלי לתת לזה אמות מידה צורניות. גם אם אתה אומר שגופה ועוד גופה זה טבח, תגיד לי מה הערכים שבבסיס העניין הזה. אז הפורמליזם של סולברג זה לא רק המילה ולהיות ראש בקיר, הוא גם פסל חוקים, כלומר לפרש את החוק לפי ערכים ובצורה שלא מתעלמת מקיומו של צורר, שפה, צורך בוודאות, צורך בכיבוד דעת הרוב ולא – אתם עשיתם אבל אנחנו יודעים את דעת הרוב.

"**נחוצה לנו פורמליסטיקה של ערכים – כללים באשר לערכים מתנגשים**"

לעיתים בפס"ד של ברק הוא ירים ערך שהוא יגבר עליו אבל אין שום קריטריון לגבי איזה אחרים נראים בעיני השופט כגוברים על ערכים אחרים. בחוק יש לנו מדרג – חוק מוקדם ומאוחר, חוק יסוד על חוק רגיל וכו'. אז הצורך גם כשיש שיח של ערכים, קיים צורך לעגן את זה באותם רעיונות של ודאות ויציבות. סולברג מפחד בזה שזה תלוי בעמדה של השופט, אבל זו כן בעיה כל עוד אין לנו הפעלה של הכללים האלה. בשורה התחתונה שלו תהיה – הבו לנו חוק יסוד: החקיקה.

הוא מביא דוגמה – ויכול להיות שההדגמה שלו עושה לנו שירות טוב, שימוש לרעה בסמכות מכוננת, היכולת לעשות ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ונראה מה קורה אם עובדים עם ערכים אבל לא בצורה פורמליסטית או בצורה שמאפשרת את כיבוד רצון הרוב. למשל, לפי **פרשת בנק מזרחי**, נפסק כי חוק יסוד יזוהה באמצעות מבחן צורני (כותרת ואי ציון שנת חקיקה). למשל, מה ההבדל בין חוק יסוד לבין חוק יסודות המשפט? כי יסודות זה לא יסוד ויש תאריך, כלומר לא מדובר במשהו נצחי. אז הוא ביקש לשים ודאות וביטחון (מבחינה גישה פורמליסטית). השלב השני, **בפרשת בראון** נקבע שהמבחן הצורני המושל בכיפה ולצד זאת, המבחן אם ניתן להטיל ביקורת שיפוטית על שימוש לרעה בסמכות מכוננת בודקים את מניעי הרשות והתוצאה הפגועה, כל זה בשלב שתיים. ההיבט הראשון נדחה וההיבט השני קנה שביתה מסוימת ביחס לחקיקת יסוד זמנית כמו למשל תקציב דו שנתי. חלף עוד זמן **ופרשת המרכז האקדמי** הבשילה דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת ביחס למניעים. אז זה מתגלגל כזה? זו התפתחות כזו ואבולוציה של פסילת חוקים מבלי בסיס? זה לא שהחלטתם כן או לא, מה כלול בפסילת חוקים אז מה זה הדבר הזה? אז השיח, גם אם הוא של ערכים, צריכה להיות יציבות בשאלה של איך מתמודדים עם סתירה וערכים. הוא לא אמר מה הערכים ולא רשום שהערכים השתנו, יש כאן ערך שאנחנו לא מסתדרים איתו ומבלי לקבוע בסיס מסוים אנחנו פוסלים לא רק חוקים אלא גם חוקי יסוד, לא מצד המניעים אלא גם מצד המניעים וכל זה מבלי שום עיגון. לימים **בפרשת שפיר** הוצע להמיר את המבחן הצורני הקלאסי, למבחן הנורמות באמצעות מבחני יציבות, כלליות התאמה למארג החוקתי הכולל, אז יכול להיות שדורקטרינת שימוש לרעה בסמכות מכוננת זה עוד משהו על הדרך ואז אפשרי להשתמש בשיקול דעת מהותי ביחס לחוקי יסוד, אז זה לא רק אם זה רע או אם התוצאה היא פגומה אלא אם חוק יסוד לא סביר. יש כאן ביקורת רמוזה שכזו.

"התפתחות דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' ממחישה היטב את הסכנה שבמעבר מכללים פורמליסטיים, צורניים וברורים, למבחנים מהותיים."

זה כבר מתייחס לעילת הסבירות, ומכאן הוא מתקדם לעילת הבהירות. יש עוד משהו – לרבות ערך של צדק, זה לא רק עניין של אם המשפט מאבד מערכו או מכוחו להיות משהו מכוון התנהגות אלא גם עניין של צדק. איך? כאן נצטט שופט נוסף:

"מה עדיף הם הצדק הממוצע ברוב המקרים

אם אתה אומר שהשופט יבוא ויכריע אד הוק, מה נשאר ממערכת המשפט? לא צריך כללים, כתוב א. ונגיד שזה נראה לא צודק ויכול להיות שבצורה דווקנית נוכל להגיע לצדק לגמרי תלוי אדם כי זו תהיה תחושת הצדק של השופט והמומחיות המוסרית שלו ולאו דווקא המומחיות המשפטית שלו. או כמו שראינו קודם -זה לא שהפורמליסט לא מוסרי אלא משפט צריך להיות משפט גם מבחינת היגיון של צדק. אולי מוסר הוא מערכת יותר טובה אבל אם צריך משפט אז יש לו מאפיינים מסוימים:

" מה עדיף, האם הצדק הממוצע ברוב המקרים, המתגלם בנוסחה מגובשת הנותנת בידך קנה מידה אובייקטיבי, או שמא הצדק המוחלט בכל מקרה מסוים, הנתון לשרירות רגש הצדק הסובייקטיבי שבך, שאינו ניתן לגיבוש פורמלי, והמקעקע את עצם מושג הקבע ההכרחי לכל משפט אם רצונו לשמש מסגרת כל שהיא בחיי החברה?"

"זה שייך בדיוק לרעיון של **שלמה לוין שפרוצדורה זה שוויון**: פרוצדורה היא כלי, ויש צדק שצריך להיעשות גם בתהליכים ואין קיצורי דרך, גם אם אתה יודע את האמת:

"הוא מה שהופך את השלטון לשלטון חוקים ולא אנשים."

כלומר, ברגע שהחוק נולד, הוא רואה את זה כצדק צדק תרדוף, הרעיון כאן הוא שכמו במדע, גם אם אתה יודע את התשובה, הצורך להתנתק וליצור מערכת של כללים, הצורך ליצור ודאות, שוויון וכו', משחרר אותנו מהתלות בראייה סובייקטיבית של מי שמפעיל את החוק. האם כך אנחנו נוהגים ביום יום? יש תחומים שאנחנו מצפים שזה יקרה וכו' והרעיון שאנחנו לא תלויים בהפכפכות של האדם שיושב לדין. היינו אומרים הפוך על הפוך – אנחנו לא נצפה שמתנועת ביקורת CLS שהם הכי רחוקים מפורמליזם, אבל כשמפעילים את זה בתחום של מינוי שופטים, שמה הביקורתיות יכולה לחגוג כי יש עניינים של מי ממונה ומי לא. אז זה מתנתק ומנתק את הדיון ואולי רק מחדד את התלות הפוליטית וזה אומר שאולי בעיגול של ה-360 מעלות הקצוות נפגשים, אם אתה אומר שכאן יש את הגישה הפורמליסטית שאומרת שהכל בצורה נוקשה ואחרת בצורה נוקשה שבעצם בני אדם הולכים בצורה הכי קיצונית לפי קפריזות. אז הפורמליסט אומר שאני יודע שבני אדם קובעים לפי הקפריזות ולכן אני מבקש לנתק את ההכרעה השיפוטית מהקפריזה של האדם ולהפוך את זה למשהו שבני אדם לא קשורים בו.

למשל, מה ההבדל היום בתחומים של בריאות הנפש? פעם הפסיכיאטר הפרוידיאני היה מנסה להפוך חלומות והפירוש של חלומות הוא קשה בתחום הזה אבל האופן האנקדוטלי הפך לשאלה של רוקחות, וכל התחום עבר לסטנדרטדיציה. ויכול להיות שהפרשנות של פרויד קשורה לרקע שלו עצמו וכך אנחנו לא יוצאים מזה. ה-CLS יגיד תאמץ את זה אבל הפורמליסט יגיד שנרצה להתנתק וליצור מערכת שרצה לבד אבל התובנה ואו הסכנה משותפים.

העניין של פורמליזם זה שאתה כן מלא ערכים אבל לצקת אותם לתוך האיזון. כלומר, אם נניח נרצה לתת ערך עליון לחופש הביטוי על חופש התנועה? תגיד (חוק יסוד חקיקה).

האם פורמליזם זה רק צבא של טפסים? אתה לא מודע לכך שזה מגלם תפיסה ערכית שחשובה לחברה? והיא משחררת לא רק מבחינת ודאות ושוויון, אם נהיה נניח מודעים לאופן מסוים, אולי לא נציג את זה כאימוץ של ערכים, אלא כדרך ליישב ביניהם.

**חיי המשפט הם היגיון ולכן הכל שפיט: על פורמליזם משפטי ראוי**

**במאמר של בנדור**, נצביע על השאלה שעולה מהנשיא ברק להבחנה בין שפיטות או חוסר שפיטות מוסדית, לבין שיפוטית נורמטיבית, שזה הרעיון של הנורמות עצמן ואני שופט את הנורמות. אז כשאנחנו אומרים שזה לא שפיט מבחינה *מוסדית*, למה הכוונה? כלומר, זה לא נכון שביהמ"ש ידון בגלל שהוא יגרום יותר נזק אם ידון, *ונורמטיבית* – ביהמ"ש לא יכול לדון כי אין לו כלים. לדעת ברק – הכל שפיט. אם הכל שפיט, מה קורה בפועל לגבי אי שפיטות מוסדית בביהמ"ש העליון? הוא מביא 2 דוגמאות במאמר ששופטי ביהמ"ש עליון מבחינה מוסדית לא מוכנים לדון והוא מביא כדוגמה את השופט גולדברג, כך שמשהו מעין החקיקה היום זה לא נכון שביהמ"ש יפסול את זה כי זה יראה שאנחנו מחזקים את עצמנו. ונדבר על המושג של פוליטי, ונראה את הגישה של בנדור לעניין הזה של הפורמליזם שמחייב שפיטות מוסרית בגלל פורמליזם. כשהפורמליזם הפוך על הפוך והופך את הכל להיות שפיט מבחינה נורמטיבית. אבל מה הסיפור בין החיץ למשפט ולפוליטיקה?

"נורמות משפטיות מגלמות פוליטיקה, אך הן עצמן אינן פוליטיקה."

מה בין משפט לפוליטיקה? ניקח את הרעיונות שהשופט סולברג מדבר, וגם בנדור מתייחס להתפתחות של הלכות ופס"ד שריד היה שביהמ"ש התערב רק בנסיבות נדירות ומזמן עברו הלאה והלכות כבר השתנו, אבל מה פירוש המושג פוליטיקה? מלשון מה זה? פוליס = מדינה. המושגים האלה הם אותו דבר, ומהן הערכים ומהי מקבילית הכוחות של ערכים שהחברה דוגלת בהן? אחד יגיד חופש כלכלי, השני חופש מדת, ובשלב מסוים נצטרך לעשות מקבילית כוחות ולקבל החלטות בסוגייה כזו או אחרת. כן אינטרסים אנושיים מתערבבים ולא יעזור כלום אבל לא – ישנו איזון חוזר ובשלב מסוים, חוץ מטעויות ממש, הרעיון של המודל הוא שאנשים כן משקפים אולי לא את האנשים הנכונים, אלא את מה שהם באים לייצג או לפחות סומכים על שיקול הדעת שלהם. ולכן פוליטיקה זה גם בית המחוקקים ולא רק בית הניהול, ואלו דברים שקובעים למשל לגבי מהי המדיניות, אבל החוק הזה כן משקף את הרצונות של בני אדם, אבל ברגע שזה יוצא מהידיים שלהם – הם עצמם אינן פוליטיקה והרעיון הוא ליצור מערכת שמשקפת ערכים שאפשרי להסתכל עליהם בתור חי עצמו, מעין יצירה שאמורה לנהל, גולם שאנחנו מקימים ולא תלוי באספקה של מה התכוונת וכו'. כלומר משהו שיש לנו מערכת כללים עם אוטונומיה ורציונליות אינהרנטית שמשקפת או אמורה לשקף את הערכים של החברה עצמה ולכן זה שפיט, מכיוון שצריך לבדוק האם מדובר כאן במשהו כזה עם או בלי סתירות, לכן זה שפיט כי הפוליטיקאים יצרו מערכת כללים שאותה אפשר לשפוט אם זה עומד בכללים, אם זה רווי סתירות, האם דאגו לזכויות המיעוט וכו'. אז הרעיון שהשפיטות גם נגזרת מהעובדה שהכללים צריכים לתפקד בצורה רציונלית – יצרת משהו שאמור לתפקד, זה לא רק בגלל כל ההנחות מחות לסיפור עצמו. כשאתה קובע כללים – האם אתה זקוק כל הזמן להסבר מבחוץ או קבעת משהו שאמור להיות מופעל ע"י עצמו כשהרציונליות שלו היא בפני עצמו? **אם קבעת משהו שנשען על משהו מבחוץ אז הפכת את המשפט לפוליטיקה** ולא קבעת דבר שיש לו את הרציונליות הפנימית שלו. אם מכסה את המקרים אז יופי, אם יש לו סתירה פנימית אז יש לו סתירה פנימית, אבל צריך מערכת עם הרציונליות שלו.

למשל, יש שעון אנלוגי ודיגיטלי, שניהם נעצרו ב-19:15, אחת המעלות של השעון השמאלי הוא שכל 60 שניות צריך להזיז רק דקה אחת. האם זה עוזר? לא עוזר. לא עשיתי עם זה משהו, התפקיד של המערכת הוא מערכת של כללים שנוסעת לבד, הוא משקף את כל מה שהכנסנו פנימה והוא אמור להיות שנקי מסתירות ומשקף את כל הערכים שהזכרנו, כלומר משהו אוטונומי שחי ונושם את עצמו. אם אני צריך לעזור לו מבחוץ לא יצרנו משהו אוטונומי. מ**ערכת פורמליסטית היא בעצם מערכת שאמורה להיות שלמה בפני עצמה ולא שבני אדם יגידו מבחוץ שאחרי שחוקקו אותו כאן הוא צולע ונדחוף אותו**. כלומר הכללים צריכים להיות כללים שמכסים את כל המקרים שבהם החברה חושבת שצריך לכסות אותם. כי הסכנה של עזרה מבחוץ איננה רק בגלל שזה יעיל, אלא בגלל סיום הדברים של סולברג, וגם בנדור פותח באותו ציטוט שאם רוצים שלטון חוקים ולא שלטון בני אדם, צריך לקבוע שהחוקים הם שולטים ולא שאני מחליט מתי אני מחיל אותו. זה נוגע לעניין של שפיטות וחייבים לראות מתי הוא פועל, אם הוא עשה את העבודה או לאו וכו'.

למבחן – אנחנו לא נישאל שאלה כמו האם החומר סביר או לא, אבל מה שאנחנו כן מתבקשים זה לזהות בתוך הרעיון הפורמליסטי מעבר לפרצוף חמור הסבר את הערכים של שוויון, ודאות וביטחון אבל גם אותה אמירה שנדע לזהות את הרעיון הפורמליסטי שטמון בהם ואת היתרונות ואולי החסרונות של כל אחד (ועם ערכים נוספים). למשל, הרעיון הוא למצוא דברים דומים לבנדור ולסולברג בעניין של שלטון חוקים ולא שלטון של שפיטות, עם ציטוט זהה.

**ריאליזם ופורמליזם – התעמקות**

**‏22/6/2023**

בעניין של פורמליזם וריאליזם – ניתן להביא ציטוט או רעיון או פס"ד או התייחסות למשהו ואז צריך להגיד מה זה משקף לדעתנו, וזה לא חייב להיות פורמליזם או ריאליזם, אלא דברים אחרים – אז פורמליזם זה חשיבה צורנית לוגית וריאליזם לוקח בחשבון גם שיקולי מדיניות. כן נחזור על הדברים שראינו אצל בנדור מבחינת יישור קו, ולשקף גם את הערכים שעולים ואחד הערכים האלה יטריד אותנו גם היום – המאמר של חנוך דגן. מדוע? לדעת בריס הגישה הריאליסטית הייתה קיצונית מדי והוא יודע לנפות בין מה שהוא קורא הקריקטורה של הריאליזם והטענות שצריך להתמודד איתן, על חלקן – התמודדו במפגש השבוע, אבל נשים את האצבע על הנקודה שממנה הדברים מתפוצצים לכיוונים שונים וזה יהיה התפקיד שלנו (ולאו דווקא הכרעה). כמתודה אפשרי להרוויח מראש אם מנסים לאתר – והוויכוח יוצא מאותה התמודדות והאסטרטגיה שיוצאת משם היא לכיוונים שונים, ואולי בגלל שתוצאה אחת מהלכת אימים, אז הוא ינטוש את המסלול האחד, לטובת מסלול אחר.

"חיי המשפט לא היו ניסיון [=לוגיקה]..."

הגישה של הולמס היא במקום לתאר את המשפט כהיסק פורמלי/לוגי, רוצים להביא משהו שיש לו גם תוכן ועובדות. ההנגדה כאן היא לאותה תפיסה שאומרת שהמשפט היא מערכת תבונית, אבל בראש ובראשונה, ראינו שהתפיסה הפורמליסטית, והרעיון של פורמליזם הוא שיש מערכת תבונית בפני עצמה והתשובות של המשפט נמצאות בתוכה. הרעיון של פורמליזם זה לא רק הנוקשות, וזה לא עניין של ראשיות אלא על צורה (למשל דיקן שמארח דיקן, יש צורה של דברים שמאותת כבוד). הפורמליזם במובן הזה מציין את כל מערכת שיש לה היגיון בפני עצמה, שאינה עוסקת בתכנים בהכרח אלא בתבניות החשיבה או ההתנהגות – הפורמליזם זה עניין של תבניות. הריאליסט מוצג כמי שמנפץ את הרעיון שמה שחשוב זה התבניות, אלא שמה שחשוב זה העובדות, כי מה שקורה זה באמת מה שחשוב ולא התבניות. הדוגמה שלנו לפורמליסט הייתה שעיפרון ועוד עיפרון = 2 עפרונות. כלומר, יש כאן מעין תבנית לוגית. החשיבה הלוגית היא בעצם מערכת תבונית, שיוצרת מבנה עם רציונליות בפני עצמה. והריאליסט אומר לא – הסלוגיזם זה לא המשפט, הלוגיקה זה לא המשפט, מה שקורה בשטח – צורכי הזמן וגם דעות קדומות – מה ששופט יעשה זה המשפט עצמו. שואלים אותה שאלה אם אפשרי להחליף את השופט וליצור משהו אוטומטי שעושה את התחשיב של הכללים ופולט תשובה. האם כן או לא? אם המשפט היא מערכת פורמלית, אולי זו חשיבה מעניינת, אבל הריאליסט יגיד לא, כי זה לא משקף את הגורם האנושי, ואל תפנטזו שיש תשובה לא נכונה, כי זה לא משנה – אם בגלל החלטה לא נכונה אדם ישב בכלא, זה המשפט. היקש לוגי זה למעשה סלוגיזם, למשל – כל הפילוסופים הם בני אדם, סוקרטס הוא פילוסוף ולכן סוקרטס הוא בן אדם. זה מעין יישום נאיבי של הכלל המשפטי על סט של עובדות. אז נדגיש כמה דברים, הולמס אומר כמה דברים, כמו למשל:

"אפילו הדעות הקדומות ששופטים חולקים יחד עם בני אדם חבריהם, כל אלה קבעו את הכלליים הקובעים את התנהגות בני האדם יותר מאשר ההיקש הלוגי..."

יש כאן קושי, משהו חסר ועליו נעמוד בהמשך. ממה עושים את ההיקש המדובר?

"מעקרונות של מוסר [=משפט טבעי] או אקסמיות מוסכמות [=פוזיטיביזם או מה שלא יהיה, אשר תואמות או לא תואמות את ההחלטות השיפוטיות. אבל אם נקח את חבירינו 'האיש הרע'... לא אכפת לא שתי פיסות קש לאקסיומות או היסקים, אבל הוא כן רוצה לדעת מה בתי המשפט יעשו אתו למעשה."

ומשם אתה ממשיך הלאה. אז אולי יש עוד, אבל אלו 2 הדוקטרינות הקלאסיות שאפשרי לזהות אותן בכל קורס בתורת המשפט, אז אומר לנו הולמס ששתי הגישות האלה – גם פוזיטיביזם וגם משפט טבעי יצאו מתוף נקודת ההנחה שאחרי שזיהינו מאיפה לקחנו את היסודות (משפטי טבעי או פוזיטיביזם), צריך להפעיל את השכל שלך ולחזור בחזרה לעונשין, לחוזים, לדיני עבודה וכו'. \*חשוב לשים לב לתיאורית האיש הרע. אז יש תשובה נכונה או לא נכונה והשופט עושה משהו נכון או לא, אז אם A יחד עם B מוביל ל-C, אז סימן שהוא טעה, יכול להיות שבאמצע הוא אמר שכל מזיק צריך לשלם, אבל איש לבן שרט את האוטו של איש שחור, ולכן הוא לא צריך לשלם. וגם כאן, התיאור הזה – חסר בו משהו. מה חסר כאן?

גם כאן חסר:

"החיזוי (או הנבואות) אודות מה בתי המשפט יעשו כענין שבעובדה – זו כוונתי לגבי 'המשפט'."

אם אתה הולך בעולם של תיאור, אני עדיין לא יודע לפי מה יפעל. אם אני לוקח רק את ההגדרה של התיאור ומה שופטים יעשו, חסר הממד שמדריך את השופט מהו צריך לעשות (נורמות). אז בשלושת ההיגדים האלה של הולמס יש כאן תיאור, שיותר מאשר המערכת התבונית והלוגית, מה שיוצר את המשפט, הוא רוצה לדעת מה בתי המשפט יעשו איתו למעשה, אבל **חסר כאן מה עוד קובע את הכללים והעובדה שיש כלל – הנורמה המחייבת ובמובן של מה צריך לעשות, ולא רק תיאור – אלא גם מה עושים. וחשוב לציין כאן את ההבחנה בין הנורמטיבי לדסקריפטיבי, וההיגדים של הולמס נוגעים לממד הדסקריפטיבי**. דגן לא מקבל את הקריקטורה שיותר חשוב לדעת מה השופט אכל לארוחת בוקר מאשר מה החוק, לדעתו זה לא עובד כך לפחות בצורה המודעת, אולי לא מודעת. אז חסר כאן ממד מדריך, נורמטיבי, אז התובנה התיאורית היא יפה ונכונה אבל לכשעצמה היא לא מדויקת ואת זה דגן ינסה להוציא החוצה. ננסה להסביר מדוע זה חשוב להוציא את זה החוצה ומה הנקודה שמציקה גם לפורמליסטים וגם לריאליסט המתקדמים.

* תת/חוסר קביעות: נשתמש במונח הזה, אתה קונה לוטו וסיכוי אחד למיליון, אז אתה יודע שזו פעולה שלא בהכרח תביא לתוצאה של אחד על אחד. למשל, שונה למכונת שתייה. אז יש פעולות שבצורה מכנית הן "אחת על אחת". ויש תקלה אם זה קורה אחרת, יש אמירה שמי שהולך לביהמ"ש יגידו לך שאתה יודע איך זה נפתח אבל לא איך זה נגמר, אז יש יותר תת/חוסר קביעות כי אתה לא יודע איך זה ייגמר. ובמקרים שאנחנו כן יודעים איך זה ייגמר, חבל על הכסף. ולכן, התפיסות הן שגולסטינג ויורם שחר מראים שהתפיסה העצמית שהסיכויים שלי העצמיים במשפט מכריעים, לאו דווקא מבחינה אובייקטיבית. קדם משפט נועד בין היתר לשקף לצדדים את הסיכויים כפי שהשופט רואה אותם. וזה או מחזק או מחליש את ההחלטה לא להזדקק לעלויות או ליוקר של ההליך המשפטי. אז התחושה שאם כן נכנסים למערכת המשפט, עדיין לא יודעים מה תהיה התוצאה היא תחושה רווחת, וביטלו את סדר הדין המקוצר. וזה נכון ל-2 תחומים:

1. **ספקנות כללים**: יש כלל משפטי ואתה עדיין לא יודע. אתה עדיין לא סגור על מה זה "שימוש בכלי רכב מנועי", למשל. אז אתה יכול להגיד מה שתרצה אבל יגידו לך שעכשיו זה לא משהו ספציפי. למשל – אם חשבנו שפרשנות חוקים היא לפי 25, ופתאום נפלנו לאפרופים, או שחשבת שזה סביר אבל זה לא. ואתה יכול להגיד שביהמ"ש לא מבין בכלום ואתה יודע את האמת, אבל האמת עלתה לך 200,000 יחד עם הוצאות. אז הכוונה היא שלשון החוק לבדה לא מספיק.
2. **ספקנות עובדות**: מה זה עובדות המקרה? כמה רחב אני מסתכל? כמה סרטים ראינו או קראנו ספרים שבו הסצנה הפותחת מוליכה אותנו לברור ש... אבל עיקר המתח הוא שהתמונה הולכת עם זום אאוט במאקרו. אבל זה יכול להיות שיש רמות שונות של פוקוס. אז איך שאתה מגדיר את הקונטקסט זה לא בהכרח מגדיר כל פעם. אז אפילו השפה אומרת שזזתי או נסעתי וכו'.

זה גורם לתת קביעה וזה לא שיש עובדות ברורות ואתה מיישם ומקבל את התשובה הנאיבית שלך – הכלל לא תמיד ברור והעובדות תלויות במה שהכנסת למכונה. הריאליזם אומר שהתפיסה של המשפט היא לא מערכת לוגית שעומדת בפני עצמה, וכאן הנקודה שפרופ' דגן מדגיש – יש מרחב שיש לשופט והשופט בוחר והוא לא רק מיישם, ואנחנו רוצים לשים שם את האצבע, לפעולה של השופט יש מרווח וזה שונה מבחינה טכנית, במרווח הזה אנחנו בבעיה ונשאל 2 שאלות – אחת מהן היא מה מצדיק או מנחה את הבחירה? וכאן זה מתפוצץ ל-2 הכיוונים, בגלל שאם אתה אומר שמרווח הבחירה הזה בעייתי מכיוון שמה מצדיק את זה שאתה מקבל את ההחלטה הזו אם הלוגיקה והחוק לא מחייב את זה? החוק משקף החלטה חברתית ולא את ההחלטה שלך, וכמה שהמרווח גדול יותר אנחנו בבעיה, אבל הריאליסט יגיד שנכון שיש מרווח ושלא נלך רק על כללים והוא יצטרך להצדיק את זה. אז התובנה מתוך המאמר של דגן, התבקשנו לשים את הזרקור על התובנה שמשפט מפעיל כוח, הוא אלים. לפעמים כוח הוא חלש יותר. לפעמים יש כוח חזק יותר, למשל שיימינג, אבל רוב השימוש הוא שימוש כוחני ומתחיל מנגנון כך שיש כאן כוח. בשאלת הפעלת הכוח, בהינתן שיש מרווח, היא מעוררת את השאלה שממנה שני הכיוונים יוצאים – אתה מפעיל נגדי כוח, אבל מי אתה? איזה נורמה? זה שרירות? זה סבבה שיש דעות קדומות נגד בני אדם? זה המתח שבין שני הערכים האלה.

המשותף גם לדברים של בנדור, גם לסולברג וגם לחנוך דגן היה ריאליזם ופורמליזם 2-0, כי אם סולברג דיבר על זה שאנחנו צריכים פורמליזם של ערכים, זה כבר לא פורמליזם קלאסי של כללים. בנדור מדבר על זה שבגלל שמדובר במערכת תבונית לוגית, אנחנו צריכים לאמץ שפיטות של תכנים, אז אנחנו צריכים לראות אם זה עובד נכון. דגן מדבר שבמרווח הזה כן צריך לפעול לפי ערכים ותבניות, אבל לאו דווקא לשון החוק, אלא דברים שנכנסים פנימה ולא בשרירות. הוא מודע לכך והוא מחפש בדיוק את נקודות הצידוק איך זה עובד ומה התפקיד של ההנמקה של פס"ד ומה התפקיד של מסורת ואיך זה דומה לאומנות מאשר ללוגיקה. והרעיון הזה שבעצם מפעילים כוח ומתעוררת שאלת הסמכות אבל לא ניתן לקבל רק את המילים כי אז אתה מקבל את סט הערכים ונכון השופט בוחר, אבל הבחירה שלו היא מונחית והיא לוקחת בחשבון את הצרכים של החברה והיא לא אטומה להם, וזה זר לפורמליסט שאומר שאין הבדל מבחינה, למשל – ברבריות וגופות – אבל חייבים דין וחשבון למה שאנחנו עושים בין הכללים לתוך הדברים בפס"ד עצמו, ואם זה לא מתקבל בקהילה המשפטית, אז זה אומר שהפעלתי שרירות. כי בעצם שתי שאלות יוצאות מאותה שאלה ואותו קושי – אי אפשר להישאר עם יישום יבש, אז מה? ואי אפשר להישאר עם שרירות ואותו רעיון של חופש שאנחנו לא מרשים לשים את האזרחים תחת השלטון של האנשים אלא של החוקים. אז אם לשופט יש שרירות, חזרנו לרעיון שמוותר על החירות שלנו. מצד שני, אנחנו צריכים להכיר בכך שהשופט הוא חלק מהמערכת הזו ויש לו חופש והתחשבות בצורכי הזמן, אחרת אנחנו לא נותנים לו את הכלים לשפוט משפט נכון.

אז מה עושים במרווח של המילים היבשות לבין מה זה יכול להתמלא? המתח הזה בין חוק ומשפט ובין דברים שאי אפשר לזוז מהם, זה הסיפור בין ריאליזם לבין ערכים. אולי למערכת יש אפשרויות? אבל הפחד מזה שנהיה כפופים לגחמות וזה שאדם מחליט ואין לו דין וחשבון, לבין תפיסה שאומרת לא יכול להיות שאין לו דין וחשבון, אלא גם לתכליות, ואפילו לשיקולים הסוציולוגיים, אבל זה לא שרירות. לוקח את הגורמים האלה מהשטח כחלק מהפקטורים שמצדיקים את המרווח בין לשון החוק לבין ההחלטה עצמה. וגם סולברג שדיבר על ערכים – אמר תן לי דין וחשבון על ביקורת שיפוטית לחוקי יסוד. זה לא אמור להתגלגל וזה שרירות וחנוך דגן יאמר שזה אמור להתגלגל כי הדין והחשבון שלי, והרעיון הוא שיש מרווח.

מבחינת ההגדרה של חשובי הפורמליסטים –

"משהו שההיגיון שלו נמצא בפנים ובתוכו, ולאו דווקא של לוגיקות או של מתמטיקה, אלא שאם הכלל המוסרי הוא x והעובדות הן ככה, אז התוצאה תהיה אחרת."

הגישה שאומרת (הטענה של פרנק) שיותר חשוב מה השופט אכל לארוחת הבוקר יותר מאשר החוק, זה לא עובד. אז מה כן? זה לא יכול להיות רק חיזוי ומה הוא יעשה בפועל, אנחנו צריכים להסביר את החיזוי –

"הריאליזם המשפטי אינו טוען שהפער בין דוקטרינה למשפט מתמלא באופן סובייקטיבי."

הטענה שזו מערכת אוטונומית היא טעות, מדוע? כי זה לא לוקח בחשבון את העולם שבחוץ, ובאמת שיש הבדל בין המון גופות להמון עפרונות. שני האתגרים הם מבחינת מובנות ומבחינת לגיטימציה, והפורמליסט נמצא שם – לא רק מבחינת ודאות. ודאות היא אם המשפט הוא חיזוי ויש לך כדור בדולח, אז יש לך ודאות. מה מצדיק את זה שאני עכשיו נתון להחלטה שלך שלא כתובה בשום מקום? הפורמליסט יגיד שזה לא מובהק, ולכן כאן בסיפור של הלגיטימציה, הריאליסט שרוצה להיות מונחה על המערכת התבונית ולא לראות אותה כיצור מונחה ע"י החברה – הפורמליסט יגיד שכדי שאדם יהיה באמת בן חורין צריך שרק הכללים יקבעו, רוצים לשנות את הכללים? תשנו אותם. אז הפורמליסט יאמר שההתערבות היא בעצם – אם תרצו לשנות את החוק אז תשנו את החוק וההתערבות לא במקומה. למשל, בפרשת בראון נ' ועדת החינוך, לקחו ואמרו עד כה – אתה לא יכול להגיד עד כמה ולשנות את החוק. אז יש לו מתח בין כוח ותבונה, בין מדע לאומנות ומסורת וקידמה. אז אם אנחנו צריכים להצדיק ולומר מה מצדיק את התפיסה שלי אם אני נזקק לשימור תפיסות קיימות או שתפיסות מוסריות צריכות להתקדם, ויש מרווח בין מה שהכללים מכתיבים למה שהשופט עושה ואומר הפורמליסט שאין לך הצדקה. אומר הריאליסט – ההצדקה נמצאת שם בגלל שבפרמטרים שונים כן ניתן להצדיק את זה כי מדובר במשהו שנשען על הציבור. ומה שנשען על התפיסות המוסריות של המשפט ואפילו לכיוון התנועה הביקורתית שלא לקבל את התבניות שמונגשות לנו כניתנים מסיני. כך, שהרעיון במובן הזה, יש לנו הרבה פעמים מושגים שנוכל לשאול מדוע ולהתעדכן אם אנחנו מוכנים לקבל את ההצדקות הללו:

"בתי משפט מצדיקים את ההגנה על שמות מסחריים, על בסיס הטענה שאם מישהי יצרה דבר מה בעל ערך, הרי היא זכאית להגנה מפני גזל, משום שדבר בעל ערך הוא קניין."

הריאליסט, איש הביקורת בהמשך – זה מוצדק? או שאני מוכן לקבל שהתבנית עצמה לא חייבת להחליף את התוצאה אוטומטית. אם אני צריך להצדיק משהו וזה שמצאתי תבנית קיימת כי זה ביהמ"ש ולא החקיקה, אז זה שעכשיו זיהיתי אינטרס זה לא אומר שהוא בר הגנה. תיארנו את תנועת הביקורת כמפגש רצונות, או זכות הקניין בעניין של ירושות – האם אגביל את השימוש בנכסים האלה גם אחרי מותי? אם יש החלטה חברתית בסדר, אבל כרעיון מובן מאליו זה לא ברור.

המתח שמצביע עליו דגן כאן דומה למתח שמצביע עליו סולברג מבחינת פורמליזם וריאליזם, כאן הוא מדבר על בחירות שלוקחות בחשבון את החקיקה עצמה ושיש מערכת לוגית. כלומר יש מערכת חוקים ויש מרווחים בחוקים ואני לא טוען כמו דוורקין שיש תשובה אחת נכונה אם נחפש מספיק נכון, דומה לאיך שהתייחסנו להארט, אבל יש מרווחים ואני מקבל החלטות כדי ליצור משהו חדש, ומה נותן את ההצדקה לכך? וזה מה שהוא פורס מבחינת (לשים לב לעמ' 330-328) תכליות, לא חשבנו שברק הוא סוג של ריאליסט, אלא יותר כמו דבורקין, זה לא שאני שליט על בני אדם ביחס לכללים, אלא שהתכליות של הכללים שהשופט מפעיל הם אלו שמפעילים כוח נגד האזרח.

הרעיון השני שלו זה כל הזמן לבדוק האם הערכים שמגולמים באותה מערכת לוגית, עולים בקנה אחד עם ערכים שהחברה דוגלת בהם היום, לא בגלל שיקולים של זכויות אוניברסליות, אז אנחנו בודקים אם יש מרווח או אם יש צורך לבדוק מרווח, אותו מקרה של hard cases, אבל זה בעצם בא ואומר שאני תמיד בודק את היישום לא רק לעומת המילה הכתובה ולא מבחינת שרירות שלי, אלא התאמה של סט הערכים הרווח וזה לא תמיד עובר דרך ההחלטה שמתגבשת אל מול מערכת החוקים עצמה אבל זה משפיע מבחינת המרווח. יש כאן דוגמה:

אם הומלס דיבר כל הזמן על מה יש ולא נתן לנו את מה צריך לקחת בחשבון, את זה ראינו מברנדייס, וזה רלוונטי כאן כי ההתאמה לערכים של החברה בזמן נתון כן נמצא בתוך סמכותו של השופט, כך שהמשפט מפעיל כוח נגד היחיד. אבל אנחנו יודעים לזהות לא רק מה מבחינת החוק אומר ומה החברה אומרת, זה לא אני כגחמה או אני כפירוש, אלא בגלל שאני מזהה את אותם דברים שהם כלולים במערכת הנורמות שאותה חברה מאמצת גם היא לא הצליחה לעשות זאת בחקיקה.

**אז הרעיון הוא שההכרעות עצמן נמצאות במערכת אחת לוגית**. מבחינת החלטה נוסח פרנק, הזרם המרכזי של הריאליזם דוחה את הסובייקטיביזם של פרנק, זה לא לגיטימי וזה לא נכון.

העניין של הטיעון, ההנמקה, זה לא סתם שפסקי דין מנומקים. למי הם מנומקים? מי קורא את פס"ד? יש כאן תפקיד אחר והוא לבחון את התוצאה כולל השיקולים הערכיים ובעיקר אלו שהם לא שחור לבן אל מול החברה. איך אני יכול לבוא ולומר שאני מעודכן בנורמות החברתיות ובערכים החברתיים? הצורך בהנמקה זה להסתנכרן עם אותו סט של ערכין לא כקפריזה אישית, אלא מה שנמצא שם במרווח שכללים לא קובעים ועובדות לא קבועות אז מה עושה את ההכרעה שלך לא שרירותית מבחינת שלטון החוק ושלטון המשפט.

פורמליזם כקריקטורה הוא עם ראש בקיר וריאליזם הוא מה שופט אכל לארוחת בוקר. שניהם מזהים לגבי ספקנות הכללים וספקנות העובדות שזה לא מכונה אוטומטית. זה באותו מרווח, והטענה היא טענה משותפת, הקושי/האתגר הוא משותף לפי דגן – אנחנו רוצים שלטון החוק ולא שלטון של בני אדם מחוקקים. ולכן פורמליסט יגיד שכל זמן שהמחוקק לא משנה אנחנו לא יכולים להתיימר לשקף את הערכים אבל הוא קורא לפורמליזם, לפורמליזם של ערכים, ולא מה שנוגד אידיאליים. אם זו מערכת לוגית צריכה להיות התערבות שיפוטית, אבל כאן הנקודה – כי אנחנו לא רוצים להשתלט עם קפריזה, והטענה של דגן הוא גם שהריאליסט עושה את זה הוא חייב להיות מסונכרן עם התכליות, ההתפתחויות המוסריות ותכליות ודרך טובה היא דרך פרשנות, תכליות, טיעונים ערכיים ולזה הוא הוסמך במרווח הזה בדיוק והמרווחים בן פורמליזם לריאליזם מצטמצמים. אז כמשפטנים, האתגר הזה הוא מאוד חשוב – לקבל את התבניות שהחוק אומר, והפורמליסט יגיד יש לך קושי עם הלמה תעביר את זה דרך המחוקק והריאליסט יגיד שצורת הטיעון הוא שהוא צריך לשכנע על פי אמות המידה של המוסר החברתי. הוויכוח כאן הוא על גבולות החירות – אם אני נמצא במערכת שהחוק או האדם מחייב אותי, ושתי הנקודות הללו מתחילות את הפורמליזם ואת הריאליזם.

**בשני**:

צדק.

**האם הדין ראוי לאכוף את המוסר באמצעות החוק?**

**‏26/6/2023**

חלק מהדיונים היו מדוע זה יש משפט ובין היתר – הוא מה קורה כשאין משפט, ראינו את הדברים של הובס וגם תיארנו את המשפט כסוג של הישרדות. לפחות מכנה משותף בין שלושת ההוגים של הרמב"ם, אריסטו והובס, הסברנו שאצל אריסטו זה נובע מהתפיסה שאדם צומח ומתפתח במטרה – טאלוס, לקראת מה הדברים שואפים, אבל החוקיות של הדברים והכללים הם בעצם חוקי הגנה, חוקי הישרדות שמלווים את המין האנושי מהזוגיות שרוצה להקים בית, משפחה, כפר, מדינה וכו'. גם הרמב"ם יזכיר את מצוות בני נח, מושג שפגשנו במשפט הטבעי, ולא רק כציווי אלא משהו אוניברסלי שלא תלוי בציווי. והובס שתיאר את הדיסטופיה הנוראית שללא גורם שלטון שמשליט סדר, קשה להבטיח שנגיע הביתה בשלום.

ואף על פי כן, הרמב"ם הוסיף עוד רכיב, ונדגיש את הרכיב הנוסף שגם בתוך העניין של מצוות בני נח, היה משהו שקצת עברנו, הוא נכון לנו לא מבחינת פרשנות ייעודית, אלא גם בגלל שעכשיו, אחרי שעשינו את הסיבוב השלם בתוך הקורס, הוא מתכתב עם דברים שלמדנו ממקורות אחרים – שללא משפט אין קיום לחברה, והובס מדבר על הישרדות פיזית, כי המשאבים מעטים, לא יהיה שיתוף פעולה ותהיה בעיה. על גבי זה, ניסינו לייחס לרמב"ם גם משמעות נוספת למשפט – גם יעד רוחני. נכון, הרמב"ם מדבר על התורה, והיא מערכת דתית עם יעדים רוחניים, אבל אנחנו יכולים כבר לראות שמשפט יכולה להצדיק לא רק פעולות של הישרדות, אלא גם שכבה נוספת. אצל אריסטו זה היה מעין צמיחה כזו, שצריך שיהיה זיווג כדי שהמין האנושי יתקיים ותחילת החברה, והזוגיות מניחה חוקיות – צריך מנגנון שקובע את הסדרים בין בני הזוג, הכפר היא שותפות של כמה בתים והרעיון הזה הוא סוג של אחווה, ומי שמכיר גם קצת את ההיסטוריה והעת העתיקה יודע שכשהיה צפוף מדי, נכנסו לאונייה ושטו למרחבי הים התיכון בכל מיני מושבות מסביב לים האגאי, והמלכויות והמלכים הם פיתוח נוסף של הדבר הזה, ודיברנו על רעיון של החוק בלשון – אבא, ואפילו במקרא פונים למלך בתור "אבי." וזה מה שנותן את קיומה והיוותה לשם החיים, גם אריסטו רומז שקיימת שכבה נוספת על גבי ההישרדות וזה איזושהי שכבה נוספת של רווחה. הדגשנו אצל אריסטו שאדם הוא בעל חיים מדיני, או במקור חיה פוליטית, מדינית במובן של פוליס – עיר – מדינה. ולכל דבר יש מטרה – התפיסה האריסטוטלית. (!)חשוב לזכור את ההיגד שהאדם יצור חברתי והמדינה "טבעית" לאדם. וכשאין את החוק זה הכי גרוע.

השלב הבא, וכאן נכניס 2 דברים: על שישה דברים נצטווה האדם הראשון, ואנחנו נתפקס על מצוות "דינים" = מערכת משפט, ולמרות שכולם התקבלו ממשה, כלומר הפן הדתי, הדעת נוטה להן – זה עניין רציונלי, כלומר, לממד הרציונלי, השכל מחייב דברים בפני עצמו. יש גם עוד אלמנט, שמכלל דברי תורה יראה שעל אלו נצטווה, אז חז"ל בתלמוד הביאו דרשות שונות לנסות לגייס את הפרשנות בכוח, מכלל דברי תורה הכוונה היא שאפשרי לראות רשימה שלמה של דרמות בתורה, שמניחות חובות מוסריות משפטיות. ניקח את הדוגמה הראשונה שקין רוצח את הבל ובאים בטענות לקין, אז איפה הציווי? הציווי הוא רק עשרים דורות אחר כך – שופך דם האדם דמו ישפך, אז מאיפה קין אמור לדעת שאסור? כל סיפור המבול שהוא מאוד רווח מהמזרח, שבו אלוקים משחית את כל האוכלוסייה ומציל רק חלק זה בגלל חמס – שחיתות כנראה רומזת לשחיתות מינית. ועל כל אלה יש לנו עונש. אז התורה מספרת שהבת של יעקב – דינה, היא נאנסה ונחטפה והוחזקה בשבי בעיר שכם. והאחים שלה באו ועשו לינץ, כלומר – עשו ענישה קולקטיבית. אז מכלל דברי תורה יראה שעל אלו נצטווה – הסיפורים מניחים שקיימת מערכת חוקים שמובנית מאליה, ושמענישים על כן. רעיון שעולה במשפט הטבעי. אותו רעיון של מונח אוניברסלי שמניח שיש ציווי אוניברסלי. כלומר, שיש דברים בסיסיים שמבלי זה יש כנראה התמוטטות, אז יש דרישה מהחברה האנושית לקיים את הדברים הבסיסיים האלה. אנחנו עושים זום-אין על המושג של "דינים":

חייבים להושיב דיינים ושופטים בכל פלך, מחוז, לדון ב-6 מצוות אלו ולהזהיר את העם. אז התפקיד של הדינים זה לאכוף את שאר המצוות וזה מזכיר את הכללים מסדר שני שנועדו לאכוף את הכללים מסדר שני. זה גם הזכיר את אוסטין שציווי ללא סנקציה – משהו חסר בה. למעשה, הארט מאמץ את התובנה הזו ולא תמיד יש סנקציה, אלא זה כללים מסדר שני, אז רואים את זה שחייבים גיבוי וזה התפקיד של המשפט – התפקיד של המשפט כאן הוא בעניין של אכיפה. \*כללים מסדר ראשון אצל הארט הם מעין חובה, וכללים מסדר שני כללו את האכיפה, שפיטה, שינוי וכללים שקבעו כוח משפטי. אז האופציה של אכיפה כתפקיד של הדינים ממש מזכיר את הארט.

לדעת הרמב"ן, הוא מסביר את המושג של דינים באופן אחר, אם הרמב"ם הזכיר את הארט, הרמב"ן מזכיר את רז, והקו שעובר בין סדר ראשון שקשור להטלת חובות, לסדר שני עבר בין שמעניק כוח; יוסף רז אמר שפחות מעניין אותי איך זה עובד, אלא לשם מה זה נוצר, מה התפקיד העיקרי של המשפט – לא רק לאכוף, כל הדברים האלה והפיתוח החברתי זו מטרת המשפט. מה המטרה של המשפט? זה פיתוח המשפט, ובעיני המרצה זה קשור לרמב"ן – וגם דיני נזיקין, מקח וממכר וכו'. למערכת המשפט יש תפקיד פוזיטיבי ביצירת מרקם אנושי מתפקד. צד רמוז אצל אריסטו בשלב הראשוני זה רווחה שזה כבר פיתוח. גם אצל הובס, כשהוא מדבר על הדיסטופיה שלו, אז זה לא רק דיסטופיה שאני לא אגיע הביתה בשלום, אלא יש גם עוד משהו – לדעת הובס לא הכל רק במישור של הישרדות וכשהוא מתאר למצב של אי ביטחון הדדי, הוא לא רק מתייחס למלחמת כל אדם בכל אדם, ולא רק בזה שאין מקום לחריצות ידיים, אבל זה גם קשור לכל הקטע של המדע ואומנות – אין רווחה, וספירה של הזמנים (שזה היסטוריה), כך שבחברה הוא לא מתייחס רק לחברה, אלא חברה כוללת בתוכה את כל המאפיינים. ונראה שזה מה שרמוז בדברים של הובס כשהוא אומר שאין ידיעה של הארץ או זמנים, אז אם אין חברה, אז אנחנו מגיעים לכך שאדם חי חיי בדידות. אז זה משהו בזהות שלנו שמחייב את היכולת לא להיות בודדים. אחד הדברים הנוראיים ביותר הוא ניכור.

נחזור לתחילת הדרך ומה שרצינו להראות הוא שאריסטו מדבר על חיים וגם על רווחה, הובס דיבר על הישרדות, אבל גם מדבר על חברה וגם על אומנויות וכו'. הרמב"ם דיבר על אכיפה, אבל הרמב"ן דיבר גם על מארג חברתי. ותלינו את זה שהרמב"ם דומה להארט, והרמב"ן דומה לרז, מבחינת מה התפקיד של המשפט. אז אם אוסטין דיבר רק על ציווי, הארט קורא לזה כללי משנה, אבל, כאן הקפיצה הנוספת, אצל הרמב"ם יש גם יעד רוחני, מוסר. מה זה מזכיר לנו? יעד רוחני כיעד לגיטימי של המשפט – קשור לוויכוח שבין הארט לדבלין, ואפשרי לומר שזה לא רק רווחה תרבותית, אלא רווחה מוסרית. האם מוצדק לסבסד את מדעי הרוח באוניברסיטה? לסבסד כספי ציבור נגד רצונם, אבל אולי גם שזה לגיטימי לראות בכך את יעדי המשפט והחברה. נראה למשל את חוק חינוך חובה, שלוקח רשימה של יעדים והאם זה תפקיד לגיטימי – אם התפיסה של המשפט היא תפיסה רזה, ואם המושג של המשפט הוא לא רזה ועל גבי זה יש גם קומה חשובה של ערכים – אז בהחלט זה.

**נשאלת השאלה האם הדין ראוי לאכוף את המוסר באמצעות החוק?**

אז לא רק שהשאלה חשובה, נרכז דברים לא מוסריים – גניבה, רצח, סחר בבני אדם, זנות, פורנוגרפיה, סמים, פדופיליה וכו'. כשברור לנו שמטרת המשפט היא להגן על קורבן, אז השאלה לא מתעוררת לגבי רצח, לא בגלל שרצח זה פחות חשוב, אלא בגלל שזה מובן מאליו, ואם נמחק את המסנן החוצה – כל מה שיש לו קורבן, אז גניבה ואונס וסחר בבני אדם וכו' – שם הוויכוח. הדיון שהתעורר בשנות ה-50 וה-60 עסק בפורנוגרפיה וזנות. והדבר המעניין והמרתק הוא שככל והשנים עברו, הדיון התמקד (לאחר ועדת וולפנדן) תמיד היה על מיסוד הזנות, בגלל שהרעיונות היו בהתחלה על בני אדם בגירים, הסכמה, או בצנעה, ככל שחלפו השנים, וככל שנעשתה עבודת שטח, התברר שאי אפשר להבדיל בין זנות לפורנוגרפיה וסחר בבני אדם, כשהנחת היסוד אם השאלה היא רק דתית או מוסרית, יש התקדמות לתפיסה **שיש כאן קורבן**. לכן שינו בישראל את החוק והדגישו את הצד הפוגעני, ועלתה שאלה למשל לגבי קניבליזם בהסכמה לאחר מותו, או סוגיות של יחסים לאחר המוות.

**השלב הראשון של הדיון** כאן הוא קריטי, בגלל שהרבה פעמים אנחנו מדלגים על הרעיון הזה שחייבים לזהות את הקורבן. כך, שאם יש קורבן, אנחנו יודעים שזה מצדיק התערבות של החוק. מתוך ההנחה שלנו כרגע, ואנחנו יכולים להתבסס על הובס.

**הוויכוח מתחיל בשלב השני**: נגיד שיש בכל זאת ויכוח לגבי המוסר, והכוונה היא ללא קורבן, וכאן יש 2 דעות:

1. דעה שמשמרת;
2. דעה שלא משמרת.

נשאלת שאלה – כוחות האויב נמצאים מסביב למדינת ישראל, והם אומרים שהם לא רוצים לפגוע באף אחד, רק שכל מה שרוצים לוותר על הזהות של מדינת ישראל. האם יש לגיטימציה מוסרי להילחם על הזהות? הטענה של הלורד דבלין היא זו – כשם שמותר (מוסרית) להגן מפני שינוי מבחוץ, כך מותר להגן מפני שינוי מבפנים. זה מה שעושה אותנו, אנחנו אנגלים כי אנחנו שותים תה עם חלב ומקיימים מסגרת מסוימת, אז אם זה עושה אותנו מי שאנחנו – מותר לנו להגן, כלפי חוץ וכלפי פנים. הארט טוען שהחברה רוצה לשנות, אז מדוע מה שנכון בזמן t1 יותר טוב ממה שקורה מאוחר יותר? אם יש לנו מוסר אנליטי, שזה מושג והכוונה היא = יכול להסביר, למשל, יש קורבן, אז נכון, נאכוף את המוסר כי יש לי הסבר טוב וההסבר הטוב הוא שיש קורבן, אז נאכוף גילוי עריות כי יש קורבן, אבל יש גילוי עריות שאין קורבן. למשל, אם יש גילוי עריות בגיל מאוחר, דבלין יתנגד, אבל הארט יגיד – הגיוני אם החברה השתנתה. אבל אנחנו צריכים לחפש אם יש קורבן, וזה מה שעשינו קודם, שהצבענו על כך שכל הדברים שיש קורבן אין ויכוח וחלה התקדמות, חשפנו סוגייה. השלב השני היה האם נכון לאכוף את המוסר באמצעות המשפט.

נשים לב לטענה הבאה: איך זה נקרא שאנחנו לוקחים כסף של מישהו ללא רשות? גניבה. איך נקרא שאנחנו משמיצים מישהו? דיבה. איך נקרא שאנחנו לוקחים מישהו ונועלים ללא רשות? כליאת שווא. איך זה נקרא אם המדינה לוקחת את הכסף בגלל שעשיתי משהו לא טוב? קנס. אז מה עושה את הגניבה, דיבה, לעומת הקנס, קלון, סטיגמה, מאסר, כלא וגז"ד מוות? החוק. ואנחנו באמת פוגעים בזכות הקניין, בשם טוב, בחופש, בחיים, כדי להגן על חיים.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | ברמת הפרט | ברמת המדינה | איזה ערך נפגע? |
| איך זה נקרא שאנחנו לוקחים כסף של מישהו ללא רשות? | גניבה | קנס | זכות הקניין |
| איך זה נקרא שאנחנו משמיצים מישהו? | דיבה | קלון, סטיגמה | הזכות לשם טוב |
| איך זה נקרא שאנחנו לוקחים מישהו ונועלים אותו ללא רשות? | כליאת שווא | מאסר, כלא | הזכות לחירות/לחופש |
| איך זה נקרא שאנחנו לוקחים את חייו של מישהו אחר? | רצח, הריגה | גז"ד מוות | הזכות לחיים ולביטחון |

**עכשיו נגיד האם הכלי הפוגעני לכשעצמו האם פגיעה במוסר מצדיק את האלימות של המשפט?** טענתו של הארט היא שלא – יכול להיות שכן יהיה מוצדק להשתמש במשפט לחינוך, או לשיחה, לדיון ודברים דומים, אבל סוג הפגיעה, סוג הטיפול וההסמכה של החוק, חייב להלום את הערך שאנחנו פוגעים בו, אבל המוסר שייך לקטגוריה אחרת, אתה רוצה לאכוף את המוסר? יכול להיות, האם זה התפקיד של המשפט? לא ברור. אז גם אם זה חלק מתפקידי המשפט, הארט לא מסכים, או הארט טוען, שהכלי הפלילי הוא לא כלי נכון.

אז נסכם את הכל, הרעיון כאן הוא שאפשרי לדבר על משפט כהישרדות ועל הזיהוי של דבר פוגעניים, מסתבר שגם בתוך כל ההוגים האלה שמדברים על משפט והישרדות, יש גם התייחסות לשכבה נוספת – לרווחה. הרמב"ן מתייחסת למארג חברתי אבל הרמב"ם מדבר על יעד רוחני, ואז נשאלת השאלה האם המשפט הוא כלי מתאים לאכוף את המוסר: **שלב ראשון –** האם יש כאן פגיעה או לא, יכול להיות שקיימת פגיעה ואנחנו לא שמים לב שמה שחשבנו שזה בהסכמה, סחר, שפחות, עבדות וכו'; **השלב השני** הוא הדיון אם לשמר סט ערכים או לא, אז אם יש הסבר כמו פגיעה, בסדר, אבל אם לא – נשאלת השאלה האם להקפיא מצב כלפי פנים או לא; **השלב השלישי** הוא לשאול האם האמצעים שאנחנו נוקטים הם נכונים או לא, והאם האלימות של המשפט מוצדקת כדי להגן על המוסר, ואולי קשור גם להיבטים אחרים של המוסר. אבל המשפט הפלילי הוא אלים, ויכול להיות שמה שמצדיק את הפגיעות שטמונות בו זה רק שמירה על הערכים האלה עצמם. אז השאלה העקרונית של תפקיד השמירה הוא קריטי והוא לא שמירה רק על הישרדות, אלא גם יותר רווחה, אולי אומנות ואולי מוסר נוהג? וגם אם כן, האם המשפט הפלילי הוא הכלי המתאים או שנכון להשתמש באמצעים חלופיים, ואולי אם אין ברירה ללכת אחריו.

**מפגש סיכום**

**‏29/6/2023**

נעשה סדר במושגים שלנו כאן, כל פסקה משמעותה פרק בחומר:

דיברנו על המתח בין 2 רעיונות – חוק ומשפט. חוק היה אותם דברים נוקשים, יציבים שלא ניתן לשנותם, ולעומת זאת, המשפט, דיבר יותר על הצד הגמיש. וכבר הדבר הראשון שקופץ בחשיבה הזו זה פורמליזם וריאליזם; כללים וסטנדרטים (ואולי עקרונות); משפט טבע ופוזיטיביזם – כרגע באמצע, משפט טבעי אוניברסלי ולא נתון לשנותו, נכון שזה נראה יותר גמיש כי תפיסות מוסר יכולות להשתנות, אבל מה שהנחנו קודם, שהמשפט הטבעי מניח גישה של ריאליזם מוסרי, שיש תשובה נכונה ברגע נתון, אבל באותו דור, אפשרי להגיד שעבדות זה תלוי חברה? אפשרי, וקשרנו בין משפט טבעי לריאליזם מוסרי, אז אם פוזיטיביזם זה רק מוסכמה חברתית, נראה שזה יתאים כמשפט, כי זה מה שהחברה קובעת, ואם היא משנה את מהירות התנועה – החברה, זה אותם דברים שהם תלויי חברה. גם כשאנחנו מדברים על עקרונות, אז מצד אחד זה גמיש, אבל יש עקרונות שבשיטה הספציפית הן קיימות ושאי אפשר לשנות אותן, למשל, מה שקרה בפרשת המרכז האקדמי – היה ניסיון לחוקק והוא כשל. וחשוב לזכור שהנשיא ריבלין הכניס משהו שנתפס כמשפט טבעי. ביניש באותה שעה אמרה "עקרונות השיטה", אז יכול להיות שזה סוג של משפט טבעי בדלת האחורית, אבל היא לא אמרה את זה, היא אמרה שבשיטה שלנו אי אפשר לחוקק משהו כזה, וזה לא עניין פרשני, זה עדיין לא מתיישב עם שאר הדברים וזה כאילו שאתה מנסה להכניס בכוח חתיכת פאזל, ואצל דבורקין זה היה עניין פרשני, אבל מה שקורה בארץ זה גם עניין שמונע חקיקה.

אז למה הכוונה מבחינת "חוק עוקף בג"ץ" – אפשרי לנוע ב-2 מסלולים: בג"ץ אומר שזה לא חוק, אבל פוזיטיביסט אומר כן, אז פירוש אחד יכול להיות שכן; השני שזה נוגד משפט טבעי ופירוש אחר יכול להיות שזה לא מסתדר עם עקרונות השיטה. מה ההבדל במילה אחד בין משפט טבעי לעקרונות השיטה? **אוניברסליות**. מתי נחוץ שיש משהו אוניברסלי? כשיש תופעה מאוד חריפה, וכשיש משהו שממש צועק. מתי עוד? כשהחברה היא רקובה. כשיש עקרונות השיטה אז מצד אחד זה מחייב שיעורי בית כדי להבין מה יש בשיטה, ומצד שני אתה מרגיש בבית – ככה תופסים את השיטה. אבל, אנחנו נסתכל שחלק מהשיח היום בהפגנות הוא שאנחנו רוצים שתהיה מדינה דמוקרטית ליברלית, אבל זה לא הופיע בחוק היסוד, המושג של כן ליברלי או לא זה סוג של פרשנות ואם ניתן לחלץ את זה או לא. אצל דבורקין, הוא תיאר משפטן שיודע כל מה שיש, אבל האם אתה יודע את כל מה שיש? האם הגישה מאפשרת טענות מרחיקות לכת? הופנינו לאפרופים, שבדיון הנוסף, הדעה של מצא היא שאין כאן חידוש. אנחנו גם מופנים לפרק שדיברנו עליו בנוגע לפרשנות.

בחלק של שני המאמרים ראינו בפרשנות קלאסית שברק מדבר על לשון, כוונת המחוקק ופרשנות תכליתית. זה סדר הדברים לפחות איך שברק מציג אותם. בכוונת המחוקק ברק הוסיף הסתייגות מסוימות – והכוונה היא אובייקטיבית, והיא בעצם מתורגמת לתכליתית, אבל באמצעות התכליתית אנחנו מכניסים סט של ערכים. והטענה של בריס הייתה שבעצם סדר הדברים הוא הפוך, בגלל שגם כשאתה מדבר על לשון, אתה מניח שאין דבר כזה לצאת מהמסגרת ולהיות מחוץ לבסיס. גם אם התכלית כוללת את הערכים, היא אומרת את הכוונה האובייקטיבית. זה נכון גם מבחינת כל ניתוח.

מי שלוקח את זה הלאה, הוא **חיים כהן שדיבר על פרשנות נאמנה "תלתא"**, למה הכוונה? משולשת – היה לשון החוק, כוונת המחוקק (והוא כאן לא נכנס לכוונה אובייקטיבית) וכוונת רוח המחוקק. משום שהוא שורד שואה, הוא חושב לעצמו שרק אנחנו לא נהיה כאלה, ולכן בכוונת רוח המחוקק יש מעין משפט טבעי. בדומה לברק בפרשנות תכליתית, הוא מכניס את סל הערכים, והוא מאוד עקבי כדי להכניס ערכים אוניברסליים. אם נסתכל בהצעה של חוק דיני ממונות, בס' 30 לגבי חוזה בלתי חוקי, בלתי מוסרי או נוגד את תקנ"צ, ברק באופן עקבי בדיני חוזים לא מתייחס לבלתי מוסרי, כי מוסר שהוא פוגעני, כמו שהארט קרא מוסר אנליטי, אז הוא תלוי בתקנת הציבור. מוסר עם ערכים שהם לא פוגעניים – לא ניתן לעשות רדוקציה, ולכן הוא משמיט את זה. זה ודאי לא עניין של ניהיליזם מוסרי \*חשוב לעשות הבחנה בין ריאליזם מוסרי, לרלטיביזם מוסרי (תלוי זמן, מקום, חברה), לעומת ניהיליזם מוסרי וספקנות מוסרית. אמרנו שגישה של המשפט הטבעי מחויב לריאליזם, והאם כל מי שדוגל בפוזיטיביזם לא יכול לסבול ריאליזם מוסרי? מה העמדה של הפוזיטיביסט? פוזיטיביסט יכול להיות ריאליסט מוסרי, אבל שומרים אותם בנפרד, ויותר מזה – הארט ביקש לפתור את הדילמה של העמדת לדין את הנאצים למרות ההפרדה, או בגלל ההפרדה, כי היא נועדה להגן על המוסר, כדי שלא נתבלבל בשאלה אם זה חוקי או מוסרי בגלל שהוא רצה לשמר את המוסר. אז מהדברים שלמדנו אצל הארט יכול להיות שזה המניע שלו לעיקרון ההפרדה. למה זה אכפת לנו? כי עד שאנחנו מתלבטים אם חוקי או לא חוקי, אז יש דברים שאדם לא צריך לעשות.

הזכרנו על הלוח – פורמליסט חייב להיות פוזיטיביסט? פוזיטיביסט יכול להיות פורמליסט? בגדול, הוויכוח בסופו של דבר במשפט טבעי לגישה פוזיטיביסטית הוא האם כשאני בא להעמיד למישהו לדין יש דברים שלא נמצאים בספר החוקים ומחייבים מבחינה משפטית. אז קודם נראה אם זה מחייב מבחינה מוסרית ואז מבחינה משפטית, למרות שזה לא כתוב, והשאלה היא מבחינת מקורות החוק – האם זה כולל את השכבה הזו, האם זה גם בספר החוקים, או רק מה שהדפסנו – והדפסנו יכולה להיות גם תורה שבעל פה. אז האם המשפט כולל בתוכו גם את השכבה האוניברסלית או לא? (!)זה קצת נוגע לשאלה אם יש פורמליזם בערכים, בגלל שאם אנחנו אומרים שהמשפט הטבעי קובע סט אז לא ניתן לזוז ממנו, ולכן הנטייה היא להגיד שאין חובה שפורמליסט יהיה פוזיטיביסט.

מה היתרונות של גישה פוזיטיביסטית (קצת מזכיר את היתרונות של הפורמליזם) ומה החסרונות?

* יתרונות: 1. ודאות; 2. שוויון;
* חסרונות: 1. התאמה למקרה (למרות שיכול להיות רלוונטי לאם אני פורמליסט); 2. מוסר – ולפעמים יש לנו תחושת מוסר מאוד חזקה.

ניקח את זה וניישם על העמדת הנאצים לדין, לפי איזה גישה לא מתעוררת שאלה בכלל? משפט טבעי, כי יש מוסר אוניברסלי, ולכן זה לא היה חוקי, והם כן עברו על החוק, כי המוסר הטבעי לא רק משלים את החסר, אלא גובר על כל מה שיש. מה הבעיה עם הפוזיטיביזם? שזה היה חוק והיו צריכים לציית, אז ראינו 2 גישות:

1. רדברוך – איזון בין 3 היבטים – ודאות, טובת הכלל וצדק. אז זה לא הפירמידה של ודאות מעל. אז הפוזיטיביזם שלו לא מתעלם מהצדק, הוא רק לא הכפיף אותו לוודאות, ואם חסר קצת אוויר באחד הגלגלים, עדיין יש מערכת משפט, ואם אחד מהם יפונצר, אז בעצם יש בעיה. אם יש צדק וודאות, אבל לא טובת הכלל – אז זה לא חוק, ואם אין צדק – זה לא חוק.
2. הארט – כן חוק, אבל היו צריכים לסרב אליו. אז על מה אנחנו מענישים אותם? מוסר. מה שהארט אומר זה שאם מפעילים חקיקה רטרואקטיבית, הפגיעה בחקיקה רטרואקטיבית זה פחות גרוע מאשר לשחרר אותם בכלל. אז מה אנחנו רוצים לעשות? כסות, לעובדה שאתה מעניש בשם המוסר ולא בשם החוק. במקום מסוים זה יותר משפט טבעי מאשר משפט טבעי – כי הארט אומר שזה יותר חזק מהרעיון של חוק.

מה מקרה המבחן בין 2 הגישות האלה? **מקרה ההתיישנות** – אם אנחנו אומרים שזאת חובת סירוב לעומת צדק, מה עם המוסר? אבל יש מקרים שבהם שאלת הצדק או שאלת הסירוב היא לא שווה, בגלל שהחוק הוא לא רק פעולות, והארט גם אמר – החוק הוא לא רק מטילי חובה אלא מעניקי כוח. מנגנון ממשלתי, בירוקרטי ואפרורי, אז זו לא פקודה. נחשוב על הפקעה והתיישנות, לכן המקרים האפרוריים האלה של הבירוקרטיה, אומרים שלא כל שאלה של צדק עוסקת בשאלה של סרבנות.

נדגיש לגבי משפט טבעי פרוצדורלי, למה הכוונה? **הליך החקיקה של החוק** היה בלתי מוסרי, ולא רק מבחינת החוק. אז יש דרך. וכאן יש 2 דיונים – הדיון של פולר והמשל של המלך רקס. הוא דיבר על עקרונות שקשורים לפרסום החוק, רטרואקטיביות, לא יכול להיות הכרעות מקומיות (אלא כללי), בהיר – במובן שמובן לכלל וכו'. דיברנו על ערכים בפרסום, והעניין הראשון היה הכוונת התנהגות וזה מה שעלה בראש ובראשונה במשל של פולר, וגם שקיפות – מבחינת הפרסום ברשומות או במרשתת ואם זה חשוף לכולם או לא. תרגמנו את הרעיון הזה של משפט טבעי פרוצדורלי גם לדברים בני ימינו, למשל – סולברג בפרשת קוונטינסקי מזהה את העיקרון של השתתפות, והיו עוד דברים שלמדנו – כלליות ורטרואקטיביות. אבל מסתבר שלפעמים רטרואקטיביות כן תופסת. הבעייתיות היא בעיקר בתחום הפלילי. נראה את הרעיון הזה גם אצל אוסטין, שדיבר על סנקציה + ציווי של הריבון, דיבר על כך שהציווי צריך להיות כללי. חלק מהוויכוח על שינוי החוקים הקיימים זה האם זה כלול בחקיקה פרסונלית או לא. אם אתה משנה את המכרז רק כדי לתפור את זה למישהו אחד – זו בעיה. ובכלל, מה הייתה הבעיה של ציווי ושל סנקציה? יש חוקים שאין בהם סנקציה ויש חוקים שאין בהם ציווי. למשל, מבחינה בינלאומית, אין ריבון שמצווה, ויש כל מיני חוקים שקובעים מוסדות או הסדרים אחרים, בסנקציה, למשל – חוק הפרשנות או פקודת הפרשנות, למרות שהגדרנו שזו לא דוגמה טובה, כי פירוש בחוק אחר ביחד עם סנקציה, זה לא שני חוקים שונים, אלא ביחד יוצרים את הנורמה האוסרת, אז תיאורטית כן יש סנקציה. אבל יש דברים שאין עליהם סנקציה – הקמה של מוסדות, למשל. לכן, הארט על כיוון של כללים – מסדר ראשון ומסדר שני. ההבחנה של הארט הייתה בין כללים שמטילים חובות/איסורים, לבין כל השאר (שכלל בין היתר גם את המשפט הפרטי). וראינו שאצל רז, לדוגמה, מה שחשוב זה לא איך, אלא מה המטרה של המשפט. ומכיוון שכל הסדר החברתי – שזה גם פלילי וגם פרטי וכל הדבר הזה ביחד, הכל בסדר ראשון ורק ציינו שזה מזכיר מאוד את הוויכוח בין הרמב"ם, שדיבר על מצוות דינים שהיא רק אכיפה, לעומת זאת, הרמב"ן שדיבר על מצוות הדינים כמערכת חברתית מושלמת.

**נזכיר גם את דבורקין**, כי הוא הוסיף לכללים גם עקרונות. ומה בחוץ? מדיניות. ובנקודה הזו עצמה, של מדיניות, מי כלל שכן? ריאליזם משפטי (ולא מוסרי). כשדיברנו על פורמליזם, אז לפורמליזם היו עקרונות, שהם ערכים, שהפורמליזם ממקד, מה למשל? דמוקרטיה, ולא רק ודאות, גם תפיסה מסוימת של דמוקרטיה במובן הלוגי והפורמלי של הפרדת רשויות. על הריאליזם ראינו שלא רק תעשה מה שבראש שלך, מאמר של דגן, היו כאן ערכים נוספים, והם סוג של התאמה חלקית. כאן זה מחזיר אותנו לתחילת הדיון – אנחנו חושבים שערכים זה רק מבחינה עליונה שנוחתת עלינו, אבל התפיסה שדגן מצביעה עליה היא שנכון, זה מתגלגל, זה דינמי, וגם ערכים זה דינמי, והרעיון שאנחנו יכולים להיות עם לא משהו קבוע, אלא להתאים את זה למבנה הכוח והשפעות חברתיות – זה לא אומר שמה שכתוב בחוק זה לא רלוונטי, הרעיון שאפשרי כל הזמן לבחון את מבני הכוח של החברה, ומה זה עושה לחברה, ההשלכות וכו', אז מה זה אומר שוויון? אז אנחנו צריכים להתאים ערכים מסוימים כדי לפרש שוויון.

ביקורת היא סוג של טענה, לא משהו שצומח מהשטח, אלא שיש גם איזשהו מבנה פוליטי, לא במובן המפלגתי, כן ברעיון שיש מבני כוח בחברה – אין באמת מפגש של רצונות בהרבה חוזים, אין באמת שוויון בזכות הקניין, ההגדרות במשפט הפלילי הן גבריות, כך **שהרעיון של הביקורת** – CLS, הוא בעצם הרעיון של לשאול – "אולי לא?"

השאלה האם ראוי לאכוף את המוסר באמצעות החוק – ראינו 2 גישות. אבל עוד לפני הגישות הללו, קודם כל להפעיל מסננת. מה בודקים? אם יש נפגע, להיות מודעים לכך שיש תמורות אפילו בתפיסה הזו. וזה דומה להבחנה בין מוסר אנליטי של הארט, לבין מוסר נוהג, והוא מפקפק בהצדקה של אכיפה ממוסר נוהג: א. מי אמר שמה שחשבת בזמן חקיקה לא יכול להשתנות; ב. המשפט הפלילי הוא כלי אלים, הוא כ"כ אלים, שצריך להצדיק את זה. זה לא שולל בהכרח את השימוש בחוק, למשל, להסברה. אם אתה אומרת לא פלילי או כן הסברה, אז יכול להיות שתקציב המדינה ילך על זה. (!)דוגמה הקלאסית למוסר אנליטי – הגנה על הקורבן. יש התקדמות בתפיסה של הפגיעה, אבל ברגע שאנחנו מזהים פגיעה.

נקפיד על המיון של סוגי הסרבנות השונים: מצפון, פוליטי או מרי (ששובר את הכלים). דיברנו על זה שאולי יש כללי אצבע, כי ייתכן שפעולה בודדת יכולה להיות כדי לשנות מדיניות, או שיש הרבה אנשים וזה יכול לבוא כנגד. כל שאלת סרבנות כרוכה בעבירה על החוק ואחרת – זה סתם. הדבר השני הוא להפנים את הוויכוח ו-2 העמדות לגבי האם יש זכות למרי אזרחי (וזכות אומרת שיש חובה ואין ברירה), והגישה השנייה מתייחסת לזה שאין זכות והרעיון הוא לשכנע (!)השופט צריך להשתכנע בתוכן של המחאה.

בנוסף, דיברנו על שאין סרבנות כשלא נוח לי, אז דיברנו על הנימוקים השונים לשאלה אם חייבת חובה מוסרית לציית לחוק. דיברנו על גישה תוצאתית – אם כולם יעשו את זה; גישה של אסירות תודה – וחוזקות וחולשות; הסכמה – האם השתתפות בבחירות היא הסכמה?; דיברנו על הרעיון שאולי במקום לדבר על חובה מוסרית נדבר על רצון מוסרי.

נפנה את תשומת הלב לריבועי הופלד – המושג של זכות פירושו שיש למישהו חובה. המושג של חירות שאין חובה. אותם פסקי דין שראינו, עולה בעניין של חירות לא יכולה לדרוס חירות של מישהו אחר. אם היינו רוכשים זכות – יכולנו לדרוש את זה שאחד יעוף, אבל אם יש חירות – אז לא. אור ירוק נותן חירות לנסוע. וגם רצינו להיזהר מהשפה – רישיון נהיגה נותן רק רשות. לרוב נצטרך לשאול לפני המבחנים של התוכן אם כשמשתמשים במילה "זכות" מדברים על חירות או על זכות. מאיפה לוקחים את הזכויות? המשפט הטבעי יאמר שיש זכויות שנמצאות במוסר האוניברסלי וגישה אחרת (פוזיטיביסטית) – זכות משפטית נמצאת במשפט ולא במקום אחר.