

# תורת המשפט

פרופ' יאיר לורברבוים

אגודת בוקטור  
תשפ"ג

## לימוד 1-25.10

עבודות 20%, יתבצעו באופן הבא: יהיו חומרי קריאה ושיעור אחד של שאלות ותשובות על החומר ושיעור אחרי זה שבו נשב לכתוב את העבודות. יכול להתבסס על חומרים שנלמדו לפני כן. העבודות יהיו מורכבות משאלות על החומר ושאלות חשיבה.

מהי תורת המשפט?

עוסקת ברעיונות שמצויים בכל ענפי המשפט. למשל, מונחים כמו: חובה משפטית, נורמה משפטית, פרשנות משפטית, כלל משפטי וכו'. למשל: תקדים = מצב בו בימ"ש פוסק במקרה שהגיע לפניו ולגביו בימ"ש לא מחיל את ההלכה באופן מכאני אלא דורש יצירת פסיקה חדשה שלא קיימת בחוק, וזה מחייב גם את הצדדים במתדיינים וגם מחייב כלפי כל מקרה דומה בעתיד. מערכות משפט שונות קבעו דוקטרינות שונות בנוגע לתקדים, אולם יש הטוענים שתקדים באופן כזה או אחר הוא נחלת כל מערכות המשפט, למרות שיש שיטענו שהוא גם אנטי דמוקרטי, והוא מעלה גם כל מיני שאלות אחרות. למשל: לקונה- מושג הקשור לתקדים, מצב בו יש חסר במשפט, זה נקרא לקונה. אבל האם כל מקרה שאינו מוסדר עוד נקרא לו לקונה? זו סוגיה הנוגעת לכל ענפי המשפט. למשל, המושג צדק, זכות, חירות. המושג צדק שונה מהמושג טוב: המושג צדק מופיע בשני אופנים: (1) בדרי"כ קשור לעניינים שנוגעים לחלוקה, האם החלוקה צודקת או לא. (2) צדק קשור לענייני עונש (פלילי) ופיצוי (נזיקי)- צדק מתקן (פיצוי מוצדק או לא מוצדק) האם העונש מותאם לעבירה. ההבדל בדוגמה: ציון טוב יהיה ציון גבוה, ציון רע יהיה ציון נמוך, ציון צודק יהיה ציון שתואם את המבחן שנענה. לא ניתן לבוא בטענות על ציון לא טוב אבל כן ניתן לבוא על ציון לא צודק. הרבה פעמים דיונים על צדק מעלים את השאלה: מה קריטריון החלוקה, והשאלה השניה זה האם לפי הקריטריון הזה האדם קיבל מה במגיע לו, כך ניתן לטעון לאי צדק. אחת ממטרות המשפט היא לעשות צדק. צדק גם קשור למשפט בכך שיש חוקים שקשורים לחברה ורוצים להשיג צדק. למשל, מקורות המשפט: חקיקה, פסיקה, מנהג. למשל, חובת הציות לחוק.

הערה על מינוח:

תורת המשפט- jurisprudence

תיאוריה של המשפט- legal theory

פילוסופיה של המשפט- philosophy of law

לפעמים יש חפיפה בין התחומים אבל ננסה להבחין ביניהם. הרבה פעמים **תורת המשפט** זה דוקטרינות משפטיות שנוגעות לדרכי מחשבה שעומדות ביסוד כל ענפי המשפט. לאו דווקא פילוסופי מתוחכם מדי. **פילוסופיה של המשפט**- מעמיקים במושגים העלו שהגדרנו בתורת המשפט, מבחינים בהם ומעמיקים, כך גולשים לצורת חשיבה פילוסופית.

נושאי הדיון בקורס:

1. "מהו חוק?"- יש לשאלה כמה שאלות משנה, אחת מהן היא: מהו היחס בין משפט למוסר? יחס מורכב וחשוב.
2. מטרות החוק- האם ניתן להגדיר מטרות מסויימות והאם ניתן לנסח אותם בצורה בהירה בהשוואה למטרות שאותן המשפט רוצה להשיג. עולה שאלה אילו מטרות המשפט לא שם נגד עיניו.

3. מהם גבולות החוק- ייתכנו מערכות משפט בעלות מטרות מסויימות וכאלה בעלות מטרות אחרות. דוגמה לגבולות: המשפט לא ייקבע באיזה משלח יד אנחנו צריכים לעסוק, עם מי נתחתן וכו.
4. תיאוריה של שפיטה: מהי הנמקה משפטית, פרשנות משפטית (למשל מה מייחד אותה לעומת לפרשנות בתחומים אחרים, מה עושים הפרשנים המשפטיים), שק"ד שיפוטי, תקדים משפטי.
5. מושגים משפטיים: מוזגי יסוד שמאפיינים כל אחת ממערכות המשפט: זכות, חירות, חובה (משפטית מול מוסרית למשל), כלל משפטי מול עקרון משפטי למשל.
6. שלטון החוק- מה הכוונה? במה הוא שונה ממערכת אחרת בה אין שלטון החוק? למשל מה ההבדל בינו לבין שלטון בני אדם? מה ההבדל? האם בני אדם הם לא אלה שקובעים את החוקים?
7. צדק
8. האם ישנה חובה מוסרית לציית לחוק?
9. פורמליזם משפטי- מה זה?

## שאלה 2- 27.10

### מהו החוק?

נתייחס לכמה שאלות משנה:

מה ההבדל בין המוסד חברתי "חוק" (=מערכת המשפט) לבין מוסדות חברתיים דמויי חוק (כמו למשל המוסר, הדת)?

בחברה יש הרבה מערכות שהן דמויות חוק, בעלות אותו מבנה, כמו למשל המוסר. זו מערכת דומה למשפט. ולא תמיד קל לענות האם כל שאלה מוסרית היא משפטית וכל שאלה משפטית היא מוסרית, האם יש הבדל ביניהם או דמיון. הרבה פעמים נענה על השאלה מהו החוק, בעזרת כך שנבין מה ההבדל בין מערכות (מוסר, הלכה דתית) לבין משפט. גם כשמדברים על מוסר צריך לחדד מהו מוסר. בדר"כ נעשה הבחנה בין שני אופנים של מוסר: (1) מוסר נוהג- מה הנורמות המוסריות שרווחות בחברה מסויימת ומה הקוד המוסרי בה, מה המחשבות על מה מוסרי בחברה שם חושבת שמוסרי (2) מוסר אידיאלי- טענות על אודות מה ראוי ומה לא ראוי בענייני מוסר.

אם נוכל להצביע על ההבדלים בין נורמות מוסריות לבין מערכת המשפט הישראלית אז נבין משהו על המשפט הישראלי. יש שיטענו שיאן הבדל ויגידו שהנורמות המוסריות משולבות היטב בתוך מערכת המשפט ואין צורך לעשות הבחנה. נראה בהמשך שלענות על השאלה הזו לא עניין של מה בכך.

חשוב לזכור שיש הבדל. כשמדברים על מוסר: נדבר גם על מוסר נוהג (סוג של עובדה חברתית, מערכת עובדות חברתיות, זה שונה מאשר טענות שאנשים טוענים בתחום המוסר האידיאלי. הוא לא טוען שזה מה שאנשים חושבים או כך פועלים אלא אומר מה נכון או לא נכון לעשות. ולכן אפשר לשאול מה היחס בין המשפט לבין המוסר הנוהג ואפשר לשאול מה היחס בין המשפט ולמוסר האידיאלי ואלו שתי שאלות שונות לחלוטין, ונדון בזה בהמשך.

המובן השני של השאלה:

מהו חוק? הוא מה ההבדל בין חוק מוסרי או משפטי לבין חוק טבע (פיזיקלי או מתמטי)?

משתמשים במונח חוק בכל מיני תחומים, לא רק משפטי. האם מדובר באותו המובן? ההבחנה שעליה קשה לחלקו בין חוק מוסרי לחוק טבע היא שחוק טבע מתאר, תפקידו לתאר תופעות בעולם (חוק דסקריפטיבי).

וחוק מוסרי (אידיאלי) לא מתאר את האופן בו אנשים פועלים, אנשים יכולים להפר את המוסר, הוא לא מתאר תופעה (חוק פרספקטיבי). בחוקי טבע ניתן לצפות מה יקרה, ואם הטבע פועל באופן אחר ממה שצפיתי, אני צריך לחשוב מחדש על חוקי הטבע ולנסח אותם אחרת כי לא הצלחתי לנבא את התנהגותם. לעומת זאת חוק מוסרי לא מתאר איך בני אדם פועלים, אלא מצווים עלינו איך עלינו לנהוג ויהיה מי שיפר אותם, למרות שזה כן חוק שחל על כולם. זה שאנשים מפריים חוקי מוסר לא אומר שחוקים אלו לא תקפים, מה כן יכול לערער על תקפות חוק מוסרי? טענות חדשות וחדושי מוסר (כמו שפעם חשבו שראוי להמית הומוסקסואלים וכעת לא חושבים ככה, לא בגלל שהסתכלו על חוקי הטבע, אלא בגלל שטענו אחרת).

### לימוד 3-03.11

המשך השאלה השנייה: מה ההבדל בין חוקי משפט או מוסר לחוקי טבע? חוקי טבע לעומת חוק מוסרי: חוקי טבע הם חוקים מתארים לעומת חוקי מוסר שהם חוקים מצווים. הם לא מתארים רצח אלא מצווים לא לרצוח, אם מישהו רצח זה לא גורם לחוק להתערר (בשונה מחוק טבע שתוקפו מתערר אם קרה אחרת), אלא אומר שמישהו עבר על הציווי.

חוק מוסרי/ משפטי מכוון התנהגות, מספק קנה מידה להערכה של התנהגות. למשל: בעבר לרדוף הומוסקסואליים לא היה דבר פסול, אבל היום זה דבר פסול. אם מישהו יעשה את זה, זה לא ישנה את העובדה שזה דבר פסול.

הבדל נוסף בין חוקי מוסר ומשפט לבין חוק טבע: על חוקי מוסר ומשפט אנחנו חושבים במובנים של תכליות, נימוקים יש טעם או הצדקה לחוק. לפעמים נחלק על חוקים מסויימים במובן הזה שנחשוב שההצדקות שלהם לא ראויות אבל לעולם נדבר על חוקים מוסריים ומשפטיים. כל כלל מעשי שנחשוב עליו נחפש את ההצדקה שלו. או שיש לו או שאין לו. לעומת זאת, על חוקי טבע אנחנו לא חושבים במונחים של טעמים והצדקות. לא נחפש לא הצדקה. זה הבדל דרמטי מאוד. דוג': כשחושבים על "לא תגנוב" יש הצדקה לכך, וגם חוקים שאנחנו מכירים.

כדי להבין חוק מוסרי או משפטי אנחנו מחוייבים להבין את טעמיו. אולם, אפשר לדבר גם על כך שהחוק יכול להיות נפרד מהטעם שלו, כי אנשים יכולים לפעול לפי החוק בלי להבין את הטעם שלו או בגלל להכיר אותו.

אבל חייב להיות משהו שמקשר אותם- כי בכל זאת שניהם חוקים. המשותף לחוקי טבע ולחוקי מוסר- הכללה. יש משהו כללה בשניהם, בחוקי טבע- בהתקיים תנאים מסויימים כך תמיד יקרה, בשל העובדה שהחוקים האלה קיימים. גם חוקי מוסר יוצרים הכללה אבל לא לגבי מה יקרה אלא לגבי כיצד צריך לנהוג. יש שסבורים שיסוד הכללה הופך את המוסר לרציונלי. "מה ששנוא עלייך אל תעשה לחבריך". ברגע שהפעולות האלה הן כלליות זה נותן להן אופי של רציונליות ומוסריות. זה היה ניסוח של הלל ביהדות ואח"כ הפך להיות מפותח ביאוריה מפורסמת של קאנט. רעיונו של הלל: איך תדע אם לעשות פעולה מסויימת? אם תסכים שיעשו אותה לך.

#### יש להבחין בין כללים ממליצים לכללים מצווים:

בהקשר המעשי אנחנו מבחינים בין כללים ממליצים, כללי פקחות ובין כללים מצווים (כדאי לך ללכת לרופא, לעומת אתה צריך לשלם מס) כללים מצווים יוצרים חובה, כלל מוסרי יוצר חובה.

מדוע ההבחנה הזו חשובה: גם המוסר וגם המשפט מצווים עלי לא לגנוב. השלא השתעסיק אותנו בהמשך היא האם הציוויים והחובות של המשפט שונים מהציוויים והחובות של המשפט. אנחנו חושבים על שניהם

באותו- מובן- שניהם מצווים. רק שבדר"כ חושבים שכלל מוסרי מצווה באופן אחר מכלל משפטי. ואם זה כך, אז איך הציווי הזה שונה?

יש הבחנה בין מה כדאי לי לעשות לבין מה אני חייב לעשות. יש המון חוקים שמטילים חובה (חוק פלילי ודיני נזיקין, שהם הלב של מערכת המשפט בעיני רבים) הם מטילים הרבה חובות. החוקים האלה מנוסחים באופן של איסור ("אל תגנוב") אלא "הגנוב... דינו ככה ככה".

הגבול בין מוסר נוהג לבין משפט- הוא מציע תשובה ראשונית ומהירה:

לפעמים החוק מציג את המוסר הנוהג והנורמה נוהגת.

1. את המשפט אוכפים באמצעות הכוח של המדינה. את המוסר הנוהג אנחנו בדר"כ לא אוכפים. או לפחות הוא לא נאכף באופן שמשפט נאכף, יש לא מעט חברות (בעיקר מסורתיות) בהן המוסר הנוהג נאכף בכל מיני אופנים חברתיים- חרמות, לחצים, כוחות חברתיים הפועלים על מי שמפר את הכללים של המוסר הנוהג. אבל המנגנונים בהם החברה משתמשת כדי לאכוף מוסר נוהג שונים מאלו שהחברה משתמשת בהם כדי לאכול כללי משפט.
2. את המשפט ניתן לשנות באמצעות כללי שינוי, ואת המוסר הנוהג לא ניתן לשנות באמצעות כלים כאלה, שינויים חברתיים, או פעולות במישור הציבורי שמאפשרות לשנות את המוסר הנוהג, תהליכים ארוכי טווח. המשפט מכיל מנגנון בהיר וברור באמצעותו ניתן לשנות כללים משפטיים, ניתן להגיד באמצעותם: החוק בטל, ולא כך במוסר הנוהג.
3. המשפט בדר"כ מדבר על זכויות וחובות ובמוסר יש לנו מערכת קטגוריות שהיא לא רק זכויות וחובות, כל מיני כללים שהם "לפנים משורת הדין", או מעבר לחובה, מערך מושגים שהם בדר"כ לא מופיעים במשפט. למשפט יש את הדין ובמוסר נדבר על הדין אבל גם מעבר לו.
4. בדר"כ במערכות משפט מודרניות המשפט מגן על מספר מצומם יחסית של ערכים: חירות, ערך החיים, שלמות הגוף, זכויות קניין, יסודות של יציבות, ודאות. לעומת זאת המוסר נוגע להרבה יותר ערכים: מה זה שלמות אישית, מימוש עצמי, איך אני תופס את חיי כבלעי משמעות. זה דברים שהחשיבה המוסרית שנו עסוקה בהם אבל בדר"כ לא נתעסק בהם במשפט.

המובן השלישי לשאלה: מהו החוק בנסיבות מסוימות?

למשל, האם מלגת מחייה שסטודנט ישראלי מקבל בישראל במהלך שנות לימודיו חייבת במס הכנסה? בדר"כ כדי לענות את השאלה הזו צריך פשוט ללכת לחוק. הבעיה שכשבים לענות על השאלה, מהו החוק, מתעוררות שאלות עקרוניות, לפעמים כל מה שצריך לעשות זה למצוא עובדה חברתית- כמו למשל, מה המחוקק קבע, מה החליט מחוקק המשנה, מה אומר החוק כסוג של עובדה בעולם. זה בדר"כ שאלה פשוטה, אבל יש כאלה שיגידו שכדי לענות על השאלה מהו החוק לא נתעניין רק בבירור עובדות מסוג מסוים, אלא שצריכים להתחשב גם בשיקולים מסוג אחר כמו למשל שיקולי צדק, שיקולים של מה נכון, מה ראוי, מה טוב, וזה חלק מהשיקולים שצריך לקחת בחשבון שבאים לענות על השאלה: מהו החוק. משפטנים לא רק מבררים מה כתוב ומה אומר החוק עובדתית אלא מפעילים שיקולים מסוגים נוספים כמו למשל שיקולים שנוגעים לצדק, מוסר, מה ראוי וכו'. ואם המצב הוא כזה, לכאורה התשובה לשאלה מהו החוק היא יותר מורכב ממה שהיה נדמה לנו. בשאלה הזו התווכחו משפטנים לאורך הדורות והוויכוח הזה גם מבטא את הויכוח בין גישות פוזיטיביסטיות לגישות נון- פוזיטיביסטיות. נדון בזה במהלך הקורס.

בשיעור הבא נדון בשאלה של המובן השלישי- מהו החוק הספציפי וזאת לפי שני פסקי הדין שביקש לקרוא.

האם כשאנחנו באים לענות על השאלה מה אומר החוק בנסיבות ספציפיות האם אנחנו רק צריכים לזהות עובדות חוק או שמשפטנים ושפוטרים מפעילים שיקולים נוספים שהם לא רק השאלה העובדתית? זה לכאורה לא רק שאלה תיאורטית אלא מעשית, יש לה גם היבטים תיאורטים.

### שיעור 4 - 08.11

עסקנו בהבחנות שונות בין חוק לבין כל מיני מקרים אחרים. בשיעורים האחרונים שאלנו מהו חוק: דיברנו על השאלה מה ההבדל בין חוק למוסדות דמויי חוק, השאלה מה ההבדל בין חוק טבע לחוק מוסרי או משפטי והמובן השלישי הוא: מהו החוק במקרה ספציפי.

#### המובן השלישי של השאלה: "מהו החוק במקרה ספציפי"?

זו לכאורה לא שאלה תיאורטית אלא שאלה מעשית, שעונים בכל סוג של משפטים: מה החוק? מה אומר החוק? אבל כן מתעוררת גם שאלה תיאורטית-פילוסופית: כיצד נזהה את החוק? האם מדובר רק במקורות משפטיים או שיש להוסיף גם מערכת שיקולים נוספת שעניינה- מה ראוי, מה צודק, מה טוב במקרה הזה. האם יש שיקולים נוספים שהם לא רק החוק היבש. ואז השאלה היא לא רק למצוא את החוק או ההלכה הרלוונטית למקרה, אלא שמכניסים גם שיקולים מסוג אחר שנוגעים לשאלה מה ראוי, מה טוב.

ברגע שמכניסים שיקולים כאלה, הכוח שלהם בדיון הופך להיות לפעמים הרבה מעבר לכוח של העובדות. אם נעלה דיון בנושא מה צודק אז מה זה כבר משנה מה החוק, העיקר שזה כבר ודק. אגב יהיה מי שיטען שלעשות מה שאומר החוק זה מה שצודק.

#### **אז איזו גישה יותר נכונה כשמבררים מהו החוק?**

#### ניתן להבחין בין שתי תיאוריות:

1. פוזיטיביזם משפטי - החוק הוא עניין שבעובדה. מה שהמחוקק חוקק, כללים שבימי"ש יתן באמצעות הלכה מחייבת. מדובר בחוקים שרלוונטיים למדינה שלנו ולא כל חוק. יש מי שיגיד שחוק הוא דבר צודק. לפי הפוזיטיביזם, זיהוי של חוק לא תלוי שיקולי צדק, או שיקולים אחרים. זה לא אומר שהחוק לא מכיל את אותם ערכים. יכול להיות שפוזיטיביסטים ביניהם יחלקו על העובדות, כל אחד יגיד שחוק אחר רלוונטי, אבל המשותף להם הוא ששיקולים מוסריים אינם רלוונטיים בקביעה מה אומר החוק.
2. נון-פוזיטיביזם משפטי- "משפט טבע"- החוק אינו רק עניין שבעובדה, יש לו גם מימד מוסרי, ערכי, טיעונים שנוגעים לצדק, לתפיסה פוליטית ראויה, תפיסה נכונה של צדק, של טוב. הגישות הללו לא אומרות ש בחוק אין מימד של עובדה, השאלה היא האם זהו המימד היחיד או שיש עוד.

ננתח את פסקי הדין באמצעות שתי התיאוריות:

#### פס"ד ירדור

תפקיד ועדת הבחירות המרכזית הוא לפקח על הבחירות ולוודא שהן הוגנות וצודקות, מי שעומד בראשה זה שופט והיא מורכבת מפוליטיקאים מכל הקשת הפוליטית. בכל מערכת בחירות יש רשימות שלא מוצאות חן בכמה מבני הועדה, הרשימה מגיעה לדיון בועדה. במקרה הזה- לנדוי, שעמד שראש ועדת הבחירות המרכזית פסלה את רשימת הסוציאליסטים מלרוץ לכנסת. חמישה ממועמדי הרשימה היו חברי אל ארד, ארגון שהוכר

על ישי שר הבטחון כבלתי חוקי, על סמך תקנות ההגנה (שעת חירום). הנימוק לפסילה: מטרותיה של הרשימה הם שלילה גמורה ומומחלטת של קיום ממדינת ישראל וקיום המדינה בגבולותיה בפרט.

**הבעיה:** לכאורה לוועדת הבחירות המרכזית אין סמכות לפסול רשימה מלהתמודד בבחירות בטעמים אלה. לא יכולים לפסול רשימה בגלל האידיאולוגיה שלה. זה שלילה של זכות יסוד של אדם להיבחר וגם שולל את הזכות לבחור, כי אם היא לא תרוץ לכנסת תומכיה לא יוכלו לבחור בה. וזו פגיעה בזכות חוקתית בסיסית ולוועדה אין סמכות לכך.

לפי חוק הבחירות שמסמיך את ועדת הבחירות לקבל החלטה בעניין פסילה של רשימה, נראה לכאורה שאין לה את הסמכות להחלטה כזו בגלל כאלה שיקולים (של אידיאולוגיה ומטרות הרשימה).

### בפס"ד היו שלוש חוות דעת:

**חיים כהן (מיעוט):** מקבל את הטענה שלועדה אין סמכות, למרות שהוא מסכים כי התוצאה היא לא ראויה. הוא אומר שסעיפי חוק הבחירות מעניקים לוועדה סמכות לפסול רשימה רק מטעמים טכניים שקשורים לטפסים, חתימות וכו'. ועדת הבחירות החליטה כי צריכים להתמלא שני תנאים לפסילה: (1) שזו תהיה התאגדות בלתי חוקית שסותרת את החוק (שמטרתה לשנות חוקים) (2) שאי החוקיות היא חתירה תחת שלמותה או עצם קיומה של המדינה. ולכן לא מספיק רק שהיא תהיה בלתי חוקית.

הוא מקבל את ההנחה שהרשימה חותרת תחת אושיות המדינה, כלומר מערערת על תפיסות יסוד בנוגע למהות הפוליטית של המדינה. אבל אומר שאין בכך שהמפלגה לא חוקית (היעדר חוק) אנחנו לא יכולים להתכחש למשטרנו החוקי שאוסר לוועדה לקבל החלטה כזו. אנחנו דווקא אמורים להיות גאים על חופש הדעה וחופש ההתאגדות והיעדר הפליה בישראל, אז טוב שאין להם סמכות. כלומר, לא רק שין את זה בחוק, והחוק לא מאפשר הם, זה גם ראוי שכך.

זו הייתה עמדה לא מקובלת ולכן לא סתם הוא נשאר בדעת מיעוט.

### האם השופט הוא פוזיטיביסט?

הוא לכאורה אומר שאין להחלטה הזו תוקף כי אין חוק שמסמיך אבל השופט משתמש לא רק בשפה פוזיטיביסטית, אלא גם תומך בהסדר המשפטי הזה שהוא ראוי. בדר"כ לא מצמידים לעמדה פוזיטיביסטית ראוייה גם טענה של הערכה או שיפוט חיובי. הוא כן מכניס פה שיקול ערכי שהחוק ראוי וטוב.

**אגרנט:** מסכים שלועדת הבחירות לפי החוק תפקיד טכני בלבד, אבל סמכותה היא לא רק זו. יש לה עוד סמכויות. נכון שהחוק שמכונן את הוועדה וקובע את גבולות סמכותה לא נותן לה לפסול משיקולים אלו, אבל כן יש לה סמכות לפסול, מאיפה מגיעה הסמכות? יש פה עוד נתונים חוקתיים שצריכים להילקח בחשבון בשאלה הזו. צריך להתחשב בערכים של מדינת ישראל- צילום מחן.

המשכיותה של מדינת ישראל, תלויה בתכונות המסויימות שלה- הנתונים החוקתיים. והתכונה הזו היא שמדינת ישראל היא מדינה יהודית. הנתון החוקתי שאנחנו צריכים להתחשב בו הוא שמדינת ישראל היא מדינה בת קיימא, ולכן השאלה האם יש לחסל את המדינה ולשלול את ריבונותה זה בכלל לא צריכה להיות שאלה שעוסק בו הבוחר.

יש כאן כל מיני נתונים חוקתיים שלא מוזכרים לא בחוק ולא בחוקה אבל אנחנו מניחים שהם עומדים בראש המדינה שלנו והם התנאים לקיומה ועליהם אי אפשר לערער. וכל מי שבא לערער, דינו להיות מסולק. זכות קיום זו לא יכולה להיות מעורערת.

זו אינה פסיקה פוזיטיביסטית כי אין פה שיח על חוק שנותן סמכות. החוק לא נותן סמכות ובכל זאת זה בסדר שיפעלו כך גם אם החוק לא מצדיק את זה. בשל המהות של מדינת ישראל ולכן נאשר את סמכות הועדה ורשימה זו דינה להנצל.

זו הנמקה נון-פוזיטיביסטית- בה שופט ויוצר סמכות יש מעין לא מתוך החוק בשם עקרונות שהחוק לא דיבר עליהם בכלל. ושהם שאובים מסוג דל תפיסה אידיאולוגית (בהקשר הזה אידיאולוגיה ציונית).

**זוסמן:** מסכים לדעת השופט אגרנט, אכן החוק לא מסמיך את הועדה לכך אלא רק לפסול מטעמים טכניים. אבל הוא אומר שישנן הלכות שלא כתובות בספר החוקים שהם לא רק מעל חוק רגיל אלא מעל החוקה שהשופט חייב לפסול על פיהן ונזהה אותם לפי האיטואיציה המוסרית. כללים מוסריים על חוקתיים. (ז"א שלא נוכל לזהות אותם מהחוק היבש. הם חוק לא כתוב. כאן מדובר בזכות ההתגוננות של החברה המאוגדת במדינה. זה "דין טבעי" שהוא טבע המדינה. הוא לא משתמש בנימוקים בעלי אופי יהודי ציוני, אלא בנימוקים שזו זכותה של דמוקרטיה להתגונן ממתקיפה, זו טענות מהסוג הפוליטי דמוקרטי ולא מהסוג הלאומי הציוני הדתי. לטענתו לכל ישות פוליטית יש זכות להתגונן מפני מיש רוצה להתקיפה מכוח הכללים שלה עצמה. וכאן אכן יש גורמים שרוצים באמצעות שימוש בכללי הדמוקרטיה לפגוע ביישות הדמוקרטיה.

זה נימוק שונה מאגרנט אבל מגיע לאותה תוצאה וגם משתמש במינוח "דין טבעי".

#### סיכום פסק הדין

דעת הרוב שללה זכות חוקתית בסיסית: להיבחר ולבחור. והתבססה על עקרונות אידיאולוגיים שאינם כתובים, נון פוזיטיביסטיים, לא חלק מהמקורות המשפטיים התקפים. דעת המיעוט חלקה על העמדה הו, אבל לשון דעת המיעוט היא מצד אחד פוזיטיביסטית. הוא אומר שמצד אחד אתם נוקטים בגישה לא נכונה משפטית. אבל הוא חלק עליהם גם בשאלה של מה המשפט הראוי. הוא טוען שהראוי הוא הפוזיטיביסטי. ולפיו לועדה הזו אין סמכות לפסול רשימות מלרוץ לכנסת בשל עקרונות לא כתובים. כל אחד מנמק את השיקולים שלו כשיקולים ראויים, ולכן לטענתו הם בעלי תוקף משפטיים.

#### פס"ד פלוני נ' פלונית

זוג ללא ילדים שרקמו מזימה. הבעל הכניס להריון שכנה קטינה. היא מצאה בו מקור לחום ואהבה והוא שיכנע אותה לא לסיים את ההריון. הם הסתמכו על כך שהחוק אומר שאם האם לא רוצה לגדל את הילד, הוא יעבור לאב. התכנית יצאה לפועל ומרגע הלידה התכנית נחשפה והתערבו רשויות הרווחה. הנערה ומשפחתה ורשויות הסעד חשבו שהדבר הנכון לעשותה ולא למסור את הילד לאימוץ ולא למסורו לאב. האב התנגד לזה וטען שהואיל והאם הביולוגית לא יכולה לגדל את הילד, זו גם זכותו וגם חובתו לפי חוק. הנערה ותומכיה התנגדו.

בתהליך הזה בימ"ש צריך להחליט האם להכריז על הילד כ"בר אימוץ" בישראל יש את חוק האימוץ ומשמעותו היא שברגע שילד הופך להיות מאומץ, זה תהליך דרמטי שמתחיל שהחלטה של בימ"ש שקובעת שהילד בר אימוץ ומרגע זה ימסר למשפחה מאמצת. והמשמעות היא ניתוק גמור של הילד ממשפחה הביולוגית והעברתו למשפחה המאמצת כבן משפחה לכל דבר ועניין. המאמצים הופכים להיות האפטרופסים המלאים על הילד המאומץ והביולוגיים ינתקו באופן מוחלט, גם האם וגם האב.

בימ"ש מחוזי קיבל החלטה לפי חו"ד של רשויות הסעד והכריז על הילד כבר אימוץ בהסתמך על ס' 13 (7) לחוק האימוץ שקובע את עילת אי המסוגלות. בדרכי יש שני מסלולים בהם בימ"ש דן האם להכריז על ילד כבר אימוץ. מסלול אחד הוא ששני ההורים מסכימים למסורו לאימוץ בשל מצבם והכרתם שהם לא מסוגלים



לגדלו באופן תקין. ואז בימי צריך להחליט האם לקבל את הבקשה משותפת שלהם. מצד אחר, הוא מצב בו אין הסכמה בין ההורים, במצב זה כשאחד מהם מתנגד, או ששני ההורים מתנגדים וזו הייתה המלצה של רשויות הסעד, נכנס לתמונה ס' 13 שקובע עילות אימוץ בנסיבות בהן ההורים (שניהם או אחד) מתנגד לאימוץ.

האב עירער לבימי עליון.

**השאלה המשפטית:** במקרה זה שבו ההריון נגרם בנסיבות של ניצול, האם נכנסת לתוקף עילות אימוץ. לפי המובן הפשוט של ס' 13 (כל עילות האימוץ) לא נתגבשה בנסיבות הללו עילת אימוץ בין השאר משום שאף אחד מהסעיפים (כולל עילת אי המסוגלות לפי פשוטה) לא מתקיים. כאן נקבע כי ההורים לא מסוגלים לא כי בפועל הם לא מסוגלים, להפך האב מסוגל ורוצה מאוד ויש לו את היכולת לגדל את הילד. הטעם בגללו החליטו שהורה לא מסוגל זה הרקע שהביא להולדת הילד. ועולה השאלה האם הרקע הזה מספיק כדי לומר שההורים לא מסוגלים, האם זה יוצר אי מסוגלות כזו שאמורה לשלול את הזכות והחובה של ההורה הביולוגי לגדל את הילד.

אם נשים בצד את השאלה המשפטית מה אומר החוק, מעניין לדון במקרה מנקודת מבט מוסרית: מה נכון לעשות.

### שיעור 5-10.11

שאלנו את עצמנו, אם נעזוב את החוק, ונסתכל מבחינה מוסרית, איך היינו רוצים לפתור את הבעיה הזו?

השופטים כולם בלי יוצא מן הכלל, האינטואיציה המוסרית שלהם (ואחריה הלכה האינטואיציה המשפטית) הייתה שהילד לא יכול להימסר לאביו הביולוגי אלא לאימוץ. והויכוח ביניהם היה מה היא הטכניקה המשפטית באמצעותה נגיע למטרה הזו. זה היה ערעור אזרחי שבגלל המשקל של הבעיה היה הרכב גדול של 5 שופטים.

**דורנר:** הולכת עם אותו קו של המחוזי. דוחה בתחילת פסק דינה את העקרון עליו התבססו רוב השופטים האחרים שאמר שבמשפטנו יש עקרון משפטי מוסרי שאומר ש"אדם לא יכול להנות מפרי עולתו". כלומר, אם עשית עוולה אתה לא יכול להצמיח מכך זכות רכושית. אנחנו לא יכולים לסבול שהמשפט יצמיח זכות ממעשה עוולה. למה היא דוחה את זה? כי העקרון הזה אם נחשוב עליו באופן ממוקד, הוא נכון לגבי זכויות רכושיות ולא לגבי הזכות (שהיא גם חובה) של הורה לגדל את ילדיו. מדובר בחובת האב, ולא עניין של הנאה. אם העניין הוא טובת הילד וזו השאלה החשובה, אז צריך להתמקד רק בשיקול הזה. אם הגענו למסקנה שטובת הילד זה להיות אצל האב וזה גם חובת האב, אז אין מה להסתכל על שיקולים אחרים - לא מעניין אם האב רוצה או לא. צריך להסתכל רק על טובת הילד. טובת הילד אמנם אינה עילת אימוץ משום שאם זו הייתה עילת אימוץ היינו צריכים לחשוב כל ילד אם טובתו זה לגדול אצל הוריו או לא ולשקול אימוץ. אז זו לא עילת אימוץ אבל אם בוחנים עילות אימוץ, אז כן נסתכל על טובת הילד, כי היא משפיעה על עילות אימוץ.

היא אומרת: במקרה זה, לאור חו"ד של מומחה, מתקיימת עילת אי מסוגלות הורית: ההורה לא מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנה בעתיד הנראה לעין. לפי הפשט של הס', עילת האימוץ לא מתקיימת כי מצבו של האב או לא של אי מסוגלות, יש לו מוטיבציה, רצון יכולת כלכלית. מה גורם לפי חו"ד פסיכולוג לאי מסוגלות? התנהגות האב (התכנית הסודית). דורנר השתכנעה מחו"ד של הפסיכולוגית אבל השופטים האחרים פחות השתכנעו שהם לא מסוגלים ולכן העלו

נימוקים אחרים. הם הגיעו לאותה מסקנה, גם כשלא קיבלו את חו"ד הפסיכולוגית וגם את עילת אי המסוגלות בס'13(7).

**לוינ:** חולק על דורנר, טוען שס'13(7) ששל עילת אי המסוגלות לא חל כאן כי לטענתו לא הוכח שהאירועים שקרו מובילים לאי מסוגלות לגדל את הילד באופן נאות. אבל עדיין חושב שצריך לדחות את ערעור האב בשל שני נימוקים

**(1)** עוסקים פה ב"חסר סמוי"- מהו "חסר"- העילות שמופיעות בס' 13 לחוק האימוץ לא מדברים על המקרה המסוים הזה. ניתן להגיד שאם אין ס' שמכונן עילת אימוץ אז לכאורה התוצאה המשפטית שהילד אינו בר אימוץ, ויגדל אצל אביו. אם לשופט יש רק את מה שנאמר בחוק, זו התוצאה המשפטית אליה צריך להגיע (פוזיטיביזם). מחליט השופט שיש פה חסר בחוק. החוק חסר משום שהיה ראוי שהחוק יתייחס למקרה הזה ולמקרים דומים לו אבל המחוקק לא העלה בדעתו מקרה קרה, ולו היה מעלה בדעתו מקרה כזה, היה מסדירו בדרך מסוימת, ואם לא העלה בדעתו וראוי שמקרה זה יוסדר- זה מצב של חסר. מצבים כאלה של "חסר" אמורים להטריד אותנו מאוד. כי השופט קובע שיש פה פער "לקונה" וממלא אותה בעצמו. יש מיש יטען שזה דבר מאוד מסוכן, כי בכל פעם שלא ימצא ס' מתאים יחליט שופט שיש חסר וימלא אותו.

אומר לוינ כי מדובר בחסר סמוי. מה ההבדל בין חסר סמוי לחסר רגיל? חסר רגיל הוא מצב שיש עניין מסוים שלא מוסדר בחוק. למשל אם לא היה תחום שנקרא דיני חברות, היו אומרים שיש חסר בהלכה ביחס לנושא הזה שנקרא דיני חברות. ויש מי שיגידו שזה לא חסר, כי אולי זה לא תחום ראוי או טוב. אולי זה סוג משפטי שלא צריך מכל מיני שיקולים. אם נניח שזה חסר, מדובר בתחום משפטי שלם. במצב כזה השופטים צריכים למלא את החסר. אגב יש תחומים שלא היו בחוק הישראלי ובעבר בימ"ש מילא את החסר בתחומים שלמים. כל פעם שהגיע מקרה בימ"ש לא אמר שאין בחוק וזהו אלא מילא את זה בתוכן משפטי בהתאם לשק"ד. הוא הפך להיות מחוקק של תחומים משפטיים שלא הוסדרו בחוק.

בחסר סמוי זה מצב מורכב יותר. עניין מסוים כן מוסדר בחוק ובאופן מפורט. כמו חוק האימוץ, בו יש ס' שעוסק בהכרזה על ילד כבר אימוץ בהיעדר הסכמה של ההורים (ס'13) והוא מפרט את כל העילות, ויש הרגשה שזו רשימה סגורה: כלומר עילות שלא ניתן להוסיף עליהן. (למשל חוק שאומר "למשל" זו כנראה רק דוגמה אחת ולא רשימה סגורה). כאן זה מצב של חסר סמוי כי המחוקק לכאורה חשב על כל האפשרויות ומנה אותן בס'13 אבל לא דמיין מקרה מהסוג הזה ועכשיו המקרה הזה קרה וכשבימ"ש צריך לפסוק בו הוא צריך למלא חסר. איך הוא ימלא אותו? הוא ישאל את עצמו: איך המחוקק היה מחוקק אם הוא היה מדמיין מקרה כזה. וכך נכנס לנעליו של המחוקק ומנסה להחליט במקומו, מהי העילה החדשה שתהיה. "חסר סמוי- חסר בעל אופי מיוחד שמתבטא בהיעדר של חריג" "ברור מלשון החוק כי המחוקק לא היה מתעלם ממקרה כזה, ומצב זה דורש הכרעה" וגם מצד שני לא נותן עילה מתאימה. ולכן הוא אומר שיש להשלים את הפער, ולהוסיף לס' 13 לחוק כי: הורה לא רשאי לסרב להכרזת של קטין בר אימוץ אם הדבר נוגד טעמים של תקנת הציבור הקשורים במעשים שהביאו להולדת הקטין. ז"א שבעיני לוינ זה עניין שקשור בתקנת הציבור שקשורים במעשים שהובילו ללידה. השיקולים הם לא טובת הילד, אלא ל"תקנת הציבור", הציבור לא יוכל לסבול מסירת ילד לאביו בנסיבות הללו. זה בעיה, זה ס' סל ענק.

**(2)** החוקים הם חלק משיטה בה עקרונות יסוד. והחוקים שנחקקו מושפעים מהעקרונות הללו. ולכן הכלל הזה שהוא מציע להוסיף חונה תחת עקרון "על": אדם לא ייצא חוטא נשכר. לפי לוינ, לא צריך לכתוב את הכלל בס' הזה. אין פה שום צורך בהשלמת חסר משום שיש חוק והחוק הוא תחת עקרון על שאדם לא ינה

מפרי עמלתו, ואנחנו יכולים להחיל אותו בכל מקרה, ולא צריכים שיהיה כתוב. כל אדם רציונלי מבין שמערכת משפט לא יכולה להתקיים בלי העקרון הבסיסי הזה.

שופט פוזיטיביסט יגיד שמערכת המשפט צריכה להחיל חוקים שהמחוקק קבע. השופט מגייס עקרון של מוסר, אי אפשר להצביע עליו כסוג של עובדה חברתית מסוג חוקים. בעיני השופט לזין זה עקרון רציונלי ויש מיד לפעול נגדו, אפילו מבלי לשקול שיקולים נוספים. זו דוג' לפסק דין שצורת ההנמקה של השופט היא הנמקה מוסרית. הוא מכנה את זה "פרשנות מרחיבה".

כששופט חושב שמשוהו צודק הוא בדרי"כ יתאים את פסיקתו לפי החוק אליו. זה מאוד נדיר לראות מצב בו שופט יגיד שהחוק לא צודק ולכן הוא פוסק לפי דבר צודק שאינו החוק או שהוא יגיד שהחוק לא צודק ולמרות זאת הוא פוסק לפיו.

**חשין:** עולה מדרגה וזה יסלול את הדרך לדיון בתיאוריה של משפט טבעי (אריסטו).

### לעזר 6-15.11

**המשך- חשין:** במידה רבה בגלל פסק דינו התבקשנו לקרוא את פסק הדין כי הוא לוקח את הרעיון של המשפט הטבעי לעמדה קיצונית ואף חריגה בפסקי דין. לתוצאה דומה משיקולים דומים אך עם רטוריקה אחרת מגיע השופט חשין. מדובר בפס"ד חריג למדיי מבחינת האופן שבו מתנסח כשהוא מצהיר ברי גלי על ההיזקקות למה שמכונה "משפט טבעי" שזו תיאוריה קלאסית רווחת מאוד. המשפט הטבעי הוא חלק מהטבע. פסה"ד צריך להידחות בשם עיקרון טבעי שכל אדם בר-דעת רואה ומבין, ולא יכול להתכחש לו. העיקרון הזה מורה על תוצאה אחת שאין בלתה במקרה הזה. מה שמעניין הוא שלפי חשין, יש כמה עקרונות טבעיים במקרה הזה. חשין דוחה את עילת אי המסוגלות (טענתה של השופטת דורנר) ואף דוחה את חוות הדעת של הפסיכולוגיים, האב כן מסוגל לגדל את הילד. התוכנית הסודית אינה יוצרת אי-מסוגלות הורית במקרה דן. לא כ"כ ברור האם אי המסוגלות היא בגלל פירוש לא נכון לסעיף או שלא יהיה נכון לומר שהרקע יוצר תנאים שלא מאפשרים לגדל את הילד באופן תקין. כך או כך, הוא דוחה את עילת אי המסוגלות של השי דורנר ואת שתי הדוק' שמציג השי לזין (החסר הסמוי והפרשנות המרחיבה). הוא דוחה את הגישה ה'פורמליסטית' לפיה לא יוכרז הילד כבר-אימוץ. העמדה הפורמליסטית משמעותה דבקות בלשון החוק במובן הפשוט והחיצוני, מחפשים עילה לפי פשט הלשון, בהיעדר עילת אימוץ החוק לא מאפשר להכריז את הילד כבר-אימוץ והתוצאה שמתקבלת היא שהערעור מתקבל (כי אין שום עילה שביהמ"ש המחוזי יכול היה להסתמך עליה ואי אפשר לפעול שלא לפי החוק, ולפי קריאה פשוטה ורגילה של החוק אין שום עילה כזו).

עוד בתחילת פסק דינו אומר חשין, בטרם הנימוקים והדוקטרינות "אודה ולא אכחד: לאחר שמסכת העובדות נפרסה לפניי בשלמותה, ידעתי בי כי לא אתן ידי להעברת הקטן להחזקת אביו הטבעי, המערער".

זו אמירה מפתיעה כי כן יש במקרה דן מקום להתלבט ולבחון נימוקים לכאן ולכאן. זה משקף מצב שבו השופט יודע מה התוצאה שהוא רוצה להגיע וכעת עליו לבנות את הנימוקים לצורך הגעה לאותה התוצאה. התשובה הייתה ברורה לו לא משום שכך החוק אומר, אלא כי ברור לו שזו התוצאה הנכונה והראויה במקרה הזה, ואח"כ כבר נדאג להנמקה המשפטית שתוביל לתוצאה. ייתכן שבסוג כתיבה זו יש מעין העברת מסר שחשין רוצה להעביר.

"המערער נדמה בעיניי כמי שאנס קטינה, גם אם מעשהו לא היה מעשה "אינוס" כהוראתו בחוק העונשין" [...]"משנתבררו לי העובדות לאשורן, תחושתי הראשונה הייתה תחושת קרביים חריפה שהמערער אינו זכאי לסעד".

נקודת המוצא: "משפט הטבע הוא שילד יגדל בבית אביו ואמו. הם שיאהבו אותו [...] הם שיגדלו עד כי היה לאיש. זו זכותם של אב ואם וזו זכותו של הילד. משפט המדינה ילך בעקבות משפט הטבע."

משפט המדינה ילך בעקבות משפט הטבע. לכאורה, אם נחיל על המקרה הזה את העיקרון הטבעי שילד צריך לגדול בבית אביו ואמו התוצאה צריכה להיות שהילד לא יימסר לאימוץ. לכאורה זה השיקול שהדגשנו ושווה להתעמק בו. מה הסיבה ולמה צריך נימוקים כבדי משקל כדי לסטות מהעיקרון הזה?

"עיקרון נוסף של משפט הטבע: הרצחת וגם ירשת" כלומר, יש עיקרון נוסף שמתנגש בו והוא עיקרון גם כן של משפט הטבע לפיו "הרצחת וגם ירשת" (אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו, גילום קיצוני בעבירה החמורה של רצח כדי לזכות בטובין שניתן לרשת בעקבות פעולת הרצח. לאו דווקא מדובר ברצח, יש הרבה עוולות שניתן לבצע שמצמיח זכות, הרעיון הוא שלא ייצא חוטא נשכר מכוח החוק). עיקרון טבעי זה גובר בנסיבות מקרה זה על העיקרון הטבעי (הראשון) כי ילד צריך לגדול אצל הוריו. לדעת חשין, בהתנגשות העיקרון השני גובר על העיקרון הראשון באופן ברור לגמרי.

"זוהי נורמה משפטית מחייבת במשפט הארץ, עיקרון יסוד הנושא את עצמו [...] ואין הוא נדרש [...] לא לצינור של פרשנות ולא לצינור של חסר [...] רמתו רמת חוק, ואת חוקים יתהלך".

במקרה הזה יש התנגשות בין שני עקרונות טבעיים, אף לא אחד מהם מתבטא בסעיף פוזיטיבי (או שכן והם לא מביאים אותו). היות ומשפטים טבעיים כה טבעיים אינם יכולים אלא להיות חלק ממשפט המדינה. בעת התנגשות עיקרון אחד באופן ברור גובר על השני, כמו איזון בין שיקולים מוסרים בהתנגשות בין ערכים. הוא משלב בדבריו ביקורת על דברי השופטים האחרים שאומרים שיש בחוק חסר שצריך למלא או פרשנות מרחיבה. אם טוענים שהמצב הוא מצב של חסר שצריך למלא, הטענה היא שאין דבר כזה משפט טבעי, כי מצב של חסר מניח שהחוק הוא אך ורק מה שהמחוקק חקק בהתאם לתפיסה הפוזיטיביסטית. חשין אומר שזה לא שהחוק חסר, יש עוד מקורות לחוק, המקורות החשובים לחוק זה המקורות הטבעיים, ולכן לומר שהחוק חסר זה אי הבנה של מקורות החוק. העיקרון הטבעי הוא חלק מהחוק של כל מדינה, וכך ניתן להגיע לתוצאה הנכונה. עמדתו של חשין מבטאת תפיסה יסודית ובסיסית של 'חוק טבעי' שלא מצריכה פוזיטיביזם משפטי או חקיקה של הכנסת.

נעיר הערה ביחס לעיקרון שלא ייצא חוטא נשכר. כמעט כל מעשה בלתי מוסרי מפיך הנאה ממעשה העוולה (לדוגמה שודד כסף). אם אתה מבצע עוולה, ובשם המעשה אתה מבקש משופט להעניק לך זכות שהמשפט מכיר בה שצומחת ממעשה העוולה, הדבר הזה נתפס כדבר בלתי נסבל. השאלה המעניינת היא למה מיוחס משקל כה דרמטי לעיקרון לפיו אדם לא יהנה מפרי עוולתו, עד כדי כך שהוא גובר על עיקרון אחר, לרבות העיקרון הטבעי שאדם יגדל אצל הוריו.

יש כאן היזקקות לעיקרון טבעי תוך התעלמות מעקרונות המשפט הפוזיטיבי. השופטים האחרים ניסו לעגן את התוצאה אליהם הגיעו בדרכים הרגילות והמקובלות (חסר, פרשנות סעיף בחוק) חשין מבקר אותם על שהם נוקטים בסוג של חוסר כנות וטוען שאי אפשר במערכת המשפט לא להכיר בעקרונות טבעיים.

ניתן לתהות אם זו דוגמה מייצגת או לא, היא וודאי לא מייצגת את הרטוריקה הרווחת בקרב שופטים. שאלה אחרת היא האם היא מייצגת את האינטואיציה של השופטים. חשין אינו תיאורטיקן של המשפט, הוא לא מציע תיאוריה של משפט טבעי, הוא מבטא את רעיון המשפט הטבעי בצורה מאוד חריפה וחדה בפקס דינו. בשביל להבין את צורת החשיבה שלו צריך ללכת להוגים, תיאורטיקנים, שעסקו ופיתחו את כיוון המחשבה של 'משפט טבעי' שראשיתו ביוון הקדומה.

נעסוק בתיאוריה אחת, אולי הקלאסית ביותר, של הפילוסוף היווני אריסטו.

### התיאוריה של אריסטו- משפט טבעי

#### אריסטו- רקע

אריסטו (אריסטוטלס ביוונית) נולד בסטגירה לחוף מקדוניה בשנת 384 לפנה"ס, אביו היה רופאו של פיליפוס מלך מקדוניה. בגיל 17 עבר אריסטו לאתונה ללמוד באקדמיה של אפלטון שהיה המורה שלו וגדול הפילוסופים באותה תקופה. אריסטו למד ממנו רבות. בשנת 343 לפנה"ס הזמינו פיליפוס המלך לחנוך את בנו אלכסנדר (לימים "אלכסנדר הגדול" שיצר את התרבות ההלניסטית). בשנת 334 לפנה"ס חזר אריסטו לאתונה והקים את הליקיאון (אקדמיה ע"ש החורשה שבה הוקם) שהפך לאחד מבתי המדרש המפורסמים ביותר בתולדות הפילוסופיה המערבית. בשנת 323 גברה באתונה העוינות כלפי מקדוניה, אריסטו שהיה מזוהה עמה ברח לכלקיס, שם נפטר בשנת 322 לפנה"ס. חיבוריו, שהם סיכומי הרצאתו שעברו את תיקונו, הניחו את היסוד לכל ענפי הפילוסופיה המערבית מאז ועד ימינו, והגיעו אלינו בתצורה של ספרים. החכמה הגלומה בהם היא מפליאה.

אריסטו עסק בכל תחומי הפילוסופיה- פוליטיקה, אתיקה, מטפיזיקה, לוגיקה, אסתטיקה ועוד. בכל אחד מהם הוא הניח יסודות לחשיבה הפילוסופית שנמשכה אח"כ כמעט 1,500 שנה. הרבה מהחשיבה האריסטוטלית השתנה בעקבות מהפכות מדעיות בתקופת ההשכלה (מאות 17-18), ועדיין שאריות מימינו נותרו עמנו עד היום, חלק מזה בתחום של פילוסופיה פוליטית, חשיבה משפטית ואסתטיקה.

לאריסטו הייתה השפעה עצומה על המסורת היהודית, בראש ובראשונה על הרמב"ם שראה בו את גדול החכמים "שני אח למשה רבנו" כתב עליו הרמב"ם. הרבה מכתביו שולבו בכתבי הרמב"ם.

נקרא מספר קטעים **מחיבורו "הפוליטיקה"**. הוא טוען שהמדינה היא דבר טבעי. כדי להבין טענה זו נדרש רקע.

- ולפיכך אם **טבעיים** מיני השותפות הראשונים (משפחה, בית, כפר), "טבעית המדינה בכללה".
- כי היא **התכלית** שלהן, **והטבע תכלית**.
- שהרי מה שנהיה כל דבר ודבר, כשבא **לשלמות התהוותו**, לזה קוראים אנו טבעו. ועוד-
- מה שלשמו קיימים הדברים והוא **תכליתם** הריהו **טוב** ביותר.

טבע- טוב- שלמות- תכלית (התהוות).

אם המשפחה היא טבעית, הבית טבעי, והכפר טבעי, גם המדינה בכללה היא טבעית. יותר מזה, היא טבעית משום שהיא התכלית והטבע תכלית. הוא משתמש במונחי יסוד שרווחים אצלו (טבע, טוב, שלמות, תכלית). כדי להבין כל מונח ואת היחס ביניהם בעיניו ואת הקשר בין זה לבין המדינה, צריך רקע בתפיסה האריסטוטלית.

#### תורת ארבע הסיבות של אריסטו

אומר אריסטו: "להבין דבר הוא להבין את סיבותיו; הסיבות נאמרות באופנים רבים: (1) סיבה חומרית (2) סיבה צורנית (מהות העצם, ההגדרה שלו) (3) סיבה פועלת (4) סיבה תכליתית.

כשאנו חושבים על סיבה של אובייקט, לכל אובייקט יש כמה סיבות. כדי להבין את האובייקט יש להבין את מכלול הסיבות שהפכו אותו להיות מה שהוא, אחרי שמבינים את כל הסיבות הללו שבעיני אריסטו הן

רלוונטיות לכל אובייקט אפשר לומר שהבנו את האובייקט. אריסטו אומר שלכל אובייקט, עצם, יש ארבע סיבות:

1. **סיבה חומרית** - נניח שולחן. הסיבה הראשונה שגורמת לו להיות מה שהוא היא שהוא עשוי מחומר מסוים. החומר הוא אחת מסיבות קיומו, אם לא היה את החומר לא היה שולחן. כשמסתכלים על בני אדם אומרים שיש להם סיבה חומרית - אלמלא החומר ממנו הם עשויים, בשר ודם, הם לא היו בני אדם. לכל אובייקט יש סיבה חומרית, חומר מסוים שהוא המצע של האובייקט. אי אפשר לחשוב על אובייקט בלי סיבה חומרית כלשהוא. גם למדינה יש סיבה חומרית, היא בני אדם. אפשר לדבר על מדינה מופשטת ברמת הרעיון של המדינה ולא מדינה מסוימת, כדי לדבר על מדינה מסוימת צריך לדבר על בני אדם שמתפקדים במדינה מסוימת (בשר ודם, ארץ וכו'). לשפה יש חומר, החומר לא חייב להיות מוחשי שניתן לגעת ולממש, לעיתים החומר הוא הדבר שהצורה מעצבת אותו. אם חושבים על כל אובייקט פיזי שנמצא בעולם, לכל אובייקט יש סיבה שנקראת 'הסיבה החומרית'. הסיבה החומרית היא לאו דווקא קלה להבנה.

2. **סיבה צורנית** - מהות העצם, ההגדרה שלו. אין הכוונה לצורה במובן של תבנית אלא במובן של מהות שטבועה בחומר שהופכת את החומר המסוים לאובייקט מסוג מסוים ולא לאובייקט מסוג אחר. נחזור לדוגמת השולחן - מה שהופך אותו לשולחן זה לא החומר שהוא עץ כי אפשר לפרק אותו ומאותו החומר לייצר כיסא. מה הופך אותו לשולחן חוץ מאשר זה שהוא צריך חומר כדי להיות שולחן? מי שיצר אותו הטביע בו את הצורה, היינו המהות, של השולחן. המהות של השולחן טבועה בחומר של העץ הופכת את האובייקט הזה לשולחן. אם נוטלים מהאובייקט את הצורה שהטביעו בו, ומטביעים בחומר צורה חדשה כמו כיסא או ארון. אריסטו אומר - בכל אובייקט יש מצע חומרי שמישהו הטביע בו איזה שהיא צורה, מהות, שהיא מעניקה לאובייקט את הזהות שלו, הופכת אותו להיות מה שהוא. מה שהופך אובייקט למה שהוא זה לא החומר (שממנו ניתן לייצר אובייקטים שונים) אלא הצורה שהוטבעה בחומר. הצורה הזו היא המהות שהוטבעה בו. המהות היא לא צורה במובנה כתבנית, ניתן לקחת את הצורה כל עוד השולחן הוא שולחן. אריסטו דיבר על צורות במובן של מהויות - אם מהות מסוימת טבועה בחומר הוא הופך להיות אותו אובייקט. ניתן להחליף בתוך האובייקט את החומרים, כל עוד המהות טבועה בחומר הוא נשאר מה שהוא. המצע החומרי שבו מוטבעת מהות, המהות הופכת את האובייקט למה שהוא. אם עוקרים מהאובייקט את המהות הוא הופך להיות משהו אחר. הרעיון בתפיסה האריסטוטלית שלכל אובייקט יש מצע חומרי, גם לבני אדם, מה שהופך אותנו קודם כל לבני אדם, ואח"כ לבני אדם מסוימים, היא איזשהי מהות שטבועה בנו שהופכת את האובייקט ומשמרת אותו גם אם החומר מתחלף. כל עוד המהות טבועה בחומר, הגם שהחומר מתחלף, האובייקט נשאר כמו שהוא. המהויות יכולות להיות, לפי אריסטו, מהויות טבעיות (חתולים, עצים, פרחים) ומלאכותיים (בתים, מכוניות, מטוסים) שלא הטבע יוצר אלא האדם.

3. **סיבה פועלת** - הגורם שיצר את האובייקט, שגרם להתהוות האובייקט. לדוגמה, הבנאי הוא הסיבה הפועלת של הבית, הנגר של השולחן, ההורים של התינוק. לצד סיבה חומרית של אובייקט, יש לכל אובייקט סיבה צורנית שהיא המהות שהטביעו בו, ויש את הגורם שיצר את האובייקט שהוא הסיבה הפועלת. על בני אדם נאמר שהסיבה החומרית היא בשר ודם, הסיבה הצורנית היא המהותית האנושית שטבועה בנו והסיבה הפועלת של הקיום (אותם גורמים שפעלו והביאו לקיום) הם ההורים של האדם. יכולות להיות סיבות פועלות רחוקות וקרובות. הסיבה הפועלת יכולה להיות האדם, יכולה להיות הטבע.

## לימוד 7-11.17

כדי להבין את תפיסת המשפט הטבעי של אריסטו, נלמד קצת רקע על איך הוא תופס רקע באופן כללי, ולכן התחלנו בתורת ארבע הסיבות.

אריסטו: "להבין דבר הוא להבין את סיבותיו"- כשלעצם או אובייקט יש סיבות אז "הסיבות נאמרות באופנים רבים". כשבאים להבין אובייקט כלשהו, מהו אובייקט: האם חוקי טבע הם אובייקטים, או מספרים האם הם אובייקטים, האם משפט פיתגורס זה סוג של עצם בעולם? אבל אלו שאלות מסובכות. נדבר על דברים שאנחנו יודעים שהם אובייקטים (עצמים), לכל אחד מהם יש ארבע סיבות, נחזור על שלוש ונוסיף את הרביעית.

1. **סיבה חומרית**- החומר שהצורה טבועה בו, לכל אובייקט יש מצע חומרי בו מטביע איש מקצוע, או הטבע, צורה כלשהי.
  2. **סיבה צורנית**- מהות העצם, ההגדרה שלו, זה לא תבנית אלא מהות. בימי הביניים המונח צורה התפרש כמהות ולכן משתמשים במונח הזה.
  3. **סיבה פועלת**- הבנאי הוא הסיבה הפועלת של הבית. הנגר של השולחן, ההורים של התינוק.
  4. **הסיבה התכליתית**- בכל עצם מתחוללים כל הזמן שינויים- צמחים, בע"ח, בני אדם (גם בעצמים דוממים) גם בני אדם משפיעים אבל הם לא הסיבה היחידה שנגרמים שינויים. גם אם אנחנו מנסים לעכב כל מיני שינויים (לדחות קמטים למשל) השינויים עדיין קורים. אבל בסוף השינויים קורים, כולם ימותו בסוף. מה שמעניין את הפילוסופים זה איך להבין את העובדה היסודית והבסיסית שהמציאות נמצאת בתהליך מתמיד של הווייה ונפסדות. ולמרות שיש דברים קבועים, אין דבר כזה. הכל משתנה בסוף. אגב יכול להיות שיש דברים שהזמן לא משפיע עליהם, הם נצחיים, הם לא התהוו וגם לא התאינו (יש כאלה שחושבים כך על אלוקים למשל) אבל אפשר לחשוב גם על אובייקטים אחרים כמו המתמטיקה למשל. משפט פיתגורס למשל הוא נצחי. רק גילו אותם אבל הם היו קיימים קודם, יש כאלה שטוענים שזה נכון גם לגבי חוקי הטבע. יש מיש טוען שיש קיום של אובייקטים שהם לא מוחשיים, ההם טוענים שהם קיימים באופן יותר חזק מהאובייקטים הפיזיים, כי הפיזיים הולכים ונעלמים והמופשטים- הזמן לא פוגע בהם.
- התהליך הזה שגורם לאובייקטיים להתהוות ואז להיפסד- להיעלם, האם זה תהליך שיש בו חוקיות מסויימת? או שהוא מקרי שיכול לקרות בכל אופן? אריסטו חשב שכשמסתכלים על האופן בו כל אובייקט מתהווה ומתכלה, בטח כשמדובר על אובייקטים מורכבים- כמו צמחים בע"ח ובני אדם, (וזה נכון לגבי כל האובייקטים) הם נמצאים בתהליכי הווייה והפסדות שנוגעים לחוקיות שטבועה בהם. והחוקיות הזו גורמת להם להיווצר באופן מסויים ולהשתנות לפי החוקיות שטבועה בהם וגורמת להם להשתנות בצורה אחת ולא אחרת. דוג': בני אדם- כל אדם מתחיל בתור עובר, אח"כ הופך להיות תינוק, שהופך לילד, לנער, לגבר, למבוגר, לזקן וכן הלאה עד שנעלם מהעולם. אותו תהליך קורה לבע"ח. והתהליך הזה נובע מסיבה מרכזית שטבועה באובייקט וגורמת לו לנוע ולהשתנות לקראת מטרה "תכלית" מסוימת, לשם הוא נע ומתפתח, הוא לא יתפתח לכיוון והוא מתפתח לפי טבעו. שגורם לו להתפתח באופן מסויים. את הדבר הזה מכנה אריסטו "הסיבה התכליתית" שטבועה בכל אובייקט וגורמת לו להשתנות. ז"א שכשנולד תינוק שהוא אדם, הוא לא יכול אלא להפוך להיות נער שהוא אדם והוא לא יכול להפוך להיות אלא האדם המבוגר שהוא אדם. למשל מחלתול שלא יהפוך להיות כלב. הסיבה התכליתית היא מנגנון שגורם לו להתממש באופן

מסויים ולא באופן אחר. הוא קורא לתהליך הזה "יציאה מהכוח אל הפועל" (ממצב פוטנציאלי למצב אקטואלי) הוא אומר שכל אובייקט נמצא במצב אקטואלי באופן מסוים, אבל בכל מצב אקטואלי יש לו פוטנציה שהסיבה התכליתית מממשת אותה. אם הוא מתפתח לפי טבעו, הסיבה התכליתית תהפוך אותו לאובייקט שיצא מהכוח אל הפועל. תינוק הוא נער בפוטנציה, ונער הוא מבוגר בפוטנציה וכו'. כל התכונות הפוטנציאליות טבועות בנו מעצם טבעו.

יציאה מן הכוח אל הפועל לא תלויה רק במימוש של כישרון מסויים (למשל ילד שחקן כדורגל יש לו פוטנציאל להיות מסי), היציאה מן הכוח לפועל, בעצם הם כל ההיבטים בקיום שלנו שהם פוטנציאלים ואקטואלים, מדובר בכשרון, היבטים פיזיים בגוף. כולם יוצאים מן הכוח אל הפועל באותו אופן, נכון יש הבדלים קטנים בין פרטים, אבל למשל כל המין האנושי יוצאים מן הכוח אל הפועל פחות או יותר באותו אופן.

### היחס בין סיבה תכליתית לסיבה צורנית

הסיבה התכליתית קשורה באופן הדוי לסיבה הצורנית. הסיבה התכליתית גורמת לסיבה הצורנית (למהות) לצאת מן הכוח אל הפועל. התינוק במהותו הוא תינוק אבל הוא מכיל פוטנציה של בוגר, והסיבה התכליתית גורמת לסיבה הצורנית לצאת מן הכוח אל הפועל. מה משתנה? יכולות להשתנות הרבה מאוד תכונות של האובייקט, אבל מה שמעניין אותנו בשינוי הזה, זה לא הדבר המהותי כאובייקט (למשל האנושיות שלו שמתבטאת בזה שהוא ילד או תינוק או בוגר). הסיבה התכליתית גורמת לו להתפתח באופן מסוים ולא אחר. פוטנציה (כוח) אל מול אקטואליה (בפועל).

### נתמקד בבני אדם:

1. **סיבה החומרית** - "בשר ודם" חומרי הגוף.
2. **סיבה פועלת** - הוריו
3. **סיבה צורנית** - השכל, התבונה (מהות האדם). זה גם הסיבה שהופכת אותנו יצור מדבר, מתקשר. הביטוי החיצוני שלה היא היכולת לדבר, לתקשר בשפה. כל הפעולות של האדם ורגשותיו כולם נובעים מהסיבה הצורנית שלו. השכל הזה הוא נחלת כל אדם באשר הוא אדם. וכשהוא מאבד את היכולת הזו (למשל עקב אירוע טרגי), הוא במובן מסויים חדל להיות אדם.
4. **סיבה תכליתית** - עובר ממצב של עובר, תינוק, ילד, נער וכו', והתינוק הוא בוגר בפוטנציה. השינויים שמתחוללים אצל בן האדם הם בשל הסיבה התכליתית שטבועה בכל אחד של לצאת מן הכוח אל הפועל. בני אדם נמצאים במצב מתמיד של פוטנציה ואקטואליה. התינוק הוא בוגר בפוטנציה והתנועה הזו היא יציאה מן הכוח לפועל וזה בעצם כל הווייתו. השינויים שמתחוללים בבן אדם הם בשל הסיבה התכליתית הטבועה בהם. היבט אחד של יציאה מהכוח לפועל היא מימוש עצמי, אבל מדובר רק בהיבט אחד של יציאה מן הכוח אל הפועל. הסיבה התכליתית מוציאה את "הצורה" (=המהות) של העצם מהכוח אל הפועל

### נחזור למושגי היסוד: טבע, תכלית, שלמות, טוב.

אומר אריסטו "מה שנהיה כל דבר ודבר (כלומר כשהופך מן הכוח אל הפועל) כשבא לשלמות התהוותו, לזה קוראים אנו טבעו. מה הכוונה? כשאנחנו מסתכלים על עובר למשל שהופך להיות ילד, הוא בעצם נע, משתנה, לכיוון התכליתי שהסיבה התכליתית שלו דוחפת אותו אליו, והיא דוחפת אותו לצאת מן הכוח אל הפועל לפי טבעו, וכל זמן שאובייקט יוצא מן הכוח אל הפועל באופן תקין, הוא נע לכיוון שלמותו. למה שלמותו? כי



כשהוא במצב פוטנציאלי, הוא במצב חסר להשוואה לאותו אובייקט שהוא במצב אקטואלי. כשהוא יצא מן הכוח אל הפועל הוא יותר שלם מאשר המצב האקטואלי. השלמות הזו נובעת מטבעו אם למשל הוא יחדל לצאת מן הכוח אל הפועל, הוא לא הגיע לכלל שלמות. והשלמות הזו היא הטוב עבורו. מה ש"טוב" לכל אובייקט, זה לא עניין סובייקטיבי, אלא פונקציה של הטבע, ברגע שיוצא מן הכוח אל הפועל הוא משיג את שלמותו וזה מה שטוב לו, להשיג את שלמותך לפי טבעך. במובן הזה לא טוב לנו להיות חולים. הקשר בין טבע של (כל) אובייקט, תכליתו, מה שטוב לו, שלמותו: כל אובייקט שיוצא מן הכוח אל הפועל, לפי סיבתו התכליתית, שהיא טבעו, הוא שלם (=רוכש שלמות), וזה מה שטוב לו.

### לואור 8: 22.11

"מכל זה גלוי אפוא שהמדינה נמנית על הדברים הטבעיים ושהאדם הוא בעל חיים מדיני על פי הטבע", "האדם אינו מספיק לעצמו ובשל כך הוא בעצם חייב לחיות במסגרת של קהילה ומדינה". מה זה אומר שאדם הוא בעל חיים מדיני עפ"י טבעו? בני אדם לא מספיקים לעצמם "אוטרכיה" = מצב בו אדם/ ייצור/ עצם מסויים מספיק לעצמו. כלומר, יכול לספק לעצמו את כל צרכיו על מנת להתקיים לפי טבעו. ואם הוא לא יכול, הוא נזקק לשיתוף פעולה כדי לקיים עצמו ולהתפתח לפי טבעו, הוא איננו מספיק לעצמו.

כדי שבני אדם יתפתחו יש לנו צורך בכל מיני דברים באופן יומיומי. יש דברים שאנחנו מספקים לעצמו: ביגוד, אוכל, שינה וכו'. אם לא נספק לעצמנו או שישפקו לנו אותם, לא נתפתח כבני אדם לא נוכל להתפתח באופן המינימלי ביותר. אם אדם אינו מספיק לעצמו, זה אומר שנדרש "חלוקת עבודה", שיתוף פעולה כדי לספק את כל הצרכים הללו והם חיוניים לשם כך. שיתוף הפעולה הזה מתחיל מהמשפחה, ממשיך לבית אב, לכפר ומגיע עד כדי ממדי מדינה, שזה בעצם הגוף האנושי הקטן ביותר שאריסטו חשב שהוא "מספיק לעצמו", כלומר שיתוף הפעולה בין הפרטים בתוך מדינה יכול לספק לכל פרט את כל צרכיו. למשל, משפחה לא יכולים לספר לאדם את כל צרכיו: ההורים לא יכולים להיות נגר, וסנדלר וקצב וכו'. הרמה היחידה שיכולה לספק את כל הצרכים היא מדינה. בתקופת אריסטו מדינה הייתה כמה מאות או כמה אלפים. שיתוף הפעולה ביניהם שיוצר חלוקת עבודה (לכל אחד התפקיד שלו), הם אלו שמספקים לכל אחד מהפרטים בתוך המדינה את הצרכים שחיוניים להם כדי שכל פרט ייצא מן הכוח אל הפועל. אם אדם היה חי בבדידות, היציאה שלו מן הכוח אל הפועל לא הייתה אפשרית. טען אריסטו: אם כך נסתכל על המדינה, אנחנו מבינים שהמדינה היא דבר טבעי לאדם. אם יציאתם של בני אדם מן הכוח לפועל תלויה בשיתוף פעולה בתוך אינטרקציה אנושית בדמות מדינה, משמעות הדבר היא שהמדינה במובן של הסדר החברתי, הגוף הפוליטי, היא לא בחירה מלאכותית שאנחנו בוחרים ברצוננו לחיות תחת מדינה או בלי מדינה, זאת לא אופציה עבור בני אדם. עבורם, חיים קהילתיים עד כדי רמת מדינה היא מימושם והדרך היחידה שיוכלו לצאת מן הכוח אל הפועל.

ההתפתחות שלנו, יציאתנו מן הכוח אל הפועל, היא פונקציה של אינטרקציה גדושה, משמעותית, מתמדת, בין בני אדם: צריכים מורים, חברים, לדבר, להחליף דעות, לשמוע על אחרים. האינטרקציה המתמדת הזו בקהילה שלנו, היא חלק בלתי נפרד מהיכולת שלנו לצאת מן הכוח אל הפועל. ואם לא נהיה תחת מדינה לא נוכל לצאת מן הכוח אל הפועל במובן הבסיסי ביותר, גם בהיבטים הפיזיולוגיים הישרדותיים. ולא רק במובן ה"אקסטרה" של פיתוח אינטלקטואלי.

וכל זה קשור להיותו ייצורים פוליטיים, כלומר "חיות מדיניות" לפי טבענו. אריסטו למעשה לא ציפה לשת"פ כל כך גדול גלובלי כמו שיש היום. זה מראה שלא רק שתפיסת הצורך בשת"פ לא השתנתה, היא אפילו התחזקה ונהייתה משמעותית יותר.

מכאן החשיבות העצומה של משטרים משפטיים ושיתוף הפעולה במשטרים כאלה. ככל שהמערכות יותר משוכללות, כך הן מאפשרות יותר לאדם לצאת מן הכוח אל הפועל בצורה יעילה יותר.

המדינה (=פוליס) היא המסגרת החברתית הקטנה ביותר שמספיקה לעצמה (= מספקת לאדם את כל צרכיו) ולא די במשפחה, בית אב או כפר. יציאת בני אדם מן הכוח אל הפועל תהא רק באמצעות המדינה. רכישת "שלמות" היא גם **פיזית** וגם **רוחנית**: רכישת שכל, מוסר וכו'.

האדם הוא לא בעל החי היחיד שהוא חיה פוליטית. האדם הוא בעל חיים תבוני ("חי מדבר"). כוח הדיבור שהוא הביטוי ההתנהגותי החיצוני ליכולת השכלית, מגלה את המועיל והמזיק וגם את **הצדק ואת העוול**. והשותפות בין אלה (הצודק- המועיל, והמעוול- המזיק) היא היוצרת בית ומדינה. כלומר: התבונה היא טבע האדם. המשמעות של התבונה היא שיש להם יכולת דיבור. בעיניו, היכולת התבונית קשורה ביכולת להכיר בין צדק לעוול ובין טוב לרע, זה חלק בלתי נפרד מהיכולת השכלית, לבעלי חיים אין הכרה מוסרית. ההכרה מוסרית היא חלק בלתי נפרד מהשכל. בעלי חיים יכולים להבחין בין מועיל למזיק כמו שהם יכולים להרגיש למשל גם סכנה, אבל אין להם יכולת שיפוט מוסרית בין צדק לעוול. היכולת להכיר במוסר היא נובעת מהיכולת התבונית שאחד המרכיבים המרכזיים בה הוא המרכיב המוסרי. שיתוף הפעולה הרמוני שלנו מושתת על תבונת האדם וההכרה המוסרית שלהם. גם בע"ח משתפים פעולה אבל שת"פ זה לא מבוסס על תבונה או על שיפוט מוסרי. ההכרה המוסרית והתבונה היא היסוד להתארגנות החברתית במדינה. והיא התנאי לשלמות האדם. אם כן, **התבונה היא טבע האדם. ההכרה התבונית המוסרית היא הבסיס לשיתוף הפעולה (להתארגנות החברתית במדינה שהיא כאמור תנאי לשלמות האדם)**, ושיתוף הפעולה מעוגן בעקרונות המשפט (אותם כללים מפורטים שמסדירים את שיתוף הפעולה בין בני אדם) אז שיתוף הפעולה הזה מבוסס גם על התבונה. ובשל כך שהתבונה היא מטבעו של האדם והיא כוללת את שיפוטו המוסרי, אז למשפט יש יסוד טבעי. **התבונה, ובכללה המוסר, היא היסוד להתארגנות החברתית במדינה, שהיא כאמור, תנאי לשלמות האדם. ההכרה התבונית- מוסרית היא יסוד המשפט לכן המשפט הוא טבעי.** עקרונות המשפט הם **העקרונות היסודיים ביותר**, מכיוון שהם אלו שמאפשרים לאדם לצאת מן הכוח אל הפועל.

ליצור 9: 24.11

### אלמות ותלמות, לקראת פלאופ

הסוגייה במאמר היא הלב של החשיבה המשפטית. זה מאמר פילוסופי ולא משפטי, למרות שכל החומר הוא משפטי.

#### מה ההבדל בין פעולה למעשה?

יש אירועים שמתרחשים בעולם. פעולה מורכבת מכמה גורמים היא לא רק התרחשות פיזית שקורית בעולם. האופן שאנו מתייחסים לפעולות בשונה מסתם אירועים שמתרחשים, זה שאנחנו מייחסים אותם לבני אדם. לכן כשאנחנו מדברים על פעולה אנחנו מדברים על משהו שנעשה באופן תודעתי, לא נגיד שהנשימה או דפיקות הלב שלנו הם פעולה. בפעולות יש תודעה והתכוונות, ויש משמעות שאנחנו מייחסים לתנועה הגופנית, שהיא זו שמכוננת אותה כפעולה. ואם ניקח שני אנשים שעושים את אותה פעילות גופנים בדיוק אבל ההתכווננויות שלהם בפעולות האלה הן שונות לחלוטין, נתאר כל אחד באופן אחר. למשל: תחרות ומרדף- שני אנשים אחד רץ לפני השני, מישהו יתאר את זה כתחרות. ומישהו אחר יגיד שזה מרדף, מבחינה פעולה פיזית זה אותו דבר: הם עושים פעולה פיזית של לרוץ כמה שיותר מהר, אבל מבחינת פעולות הן אחרות לגמרי.

יש פעילויות שהן המנעויות: למשל האיסור להשחית את הזקן. הוא מקבל שני נימוקים: (1) התרחקות מעבודה זרה (2) נימוק אחר טוען שכשאתה מגלח זקן אתה משחית את צלם אלוקים שבך. אז אחד כשהוא ימנע הוא ישאף להדמות לאלוקים והשני יתרחק מעבודה זרה. אם הם לא יודעים את הטעמים, הם עושים את אותה פעולה, אבל אם הם מודעים לטעמים ועושים לפי טעמים שונים הם מצד אחד מנסחים את אותה פעולה בדיוק אבל מצד שני ברגע שנותנים טעמים אחרים הם במובן הזה יוצרים פעולות ממש שונות. כך זה במשפט, אם מישהו ייקח במשפט כלל וייתן לו טעם חדש, למרות שלא שינה מילה אחת בחוק, הוא בעצם שינה את החוק.

ככל שמעשה קשור לפעולות שאנשים עושים, אז מעשה ופעולה הם אותו דבר.

### מה טוען רז?

אחת התרומות היותר מרכזיות שלו: החשיבה על כללים ועל כללים מחייבים בפרט. אחת שאלות המפתח שהוא שואל: מה בעצם ההבדל, איך אני צריך להבין פעולות של אנשים לפי כללים (כלל אישי, כלל שקבעו לי, כלל מחייב מהמחוקק, כלל הלכתי, כלל מוסרי וכו'). כללים הם יסוד בעל חשיבות עצומה בחיים המעשיים שלנו. לא יכולנו לתפקד בלי כללים מהסוגים השונים. איך זה עובד העניין של הכללים? ואז הוא ענה: איך מתפקד הכלל? אתה לא מחליף את הכלל בטעם, הכלל או לא ס הטעמים שביסודו, זה לא שכל פעם שוקלים את הטעמים שביסוד הכלל. יש לך מערכת של טעמים שהם ביסוד הכלל שהם מסדר ראשון ובגללם יצרת את הכלל, זה יכול להיות טעם אחד או מערך של טעמים. להפעיל כלל זה בעצם להפעיל טעמים משני רמות: (1) הכלל הופך להיות הטעם לפעולה (למה בחרת בסופר בשמן הזה? כי יש לך כלל שבגללו את קונה את השמן הזה). כשאת פועלת לפי הכלל את לא פועלת לפי הטעמים שביסוד הכלל אלא לפי הכלל. (2) הכלל הוא גם "טעם מוציא"- מסלק טעמים נגדיים רלוונטיים לפעולה הזו.

בשביל להסביר את האופן בו כללים פועלים, רז מדמה אותם להחלטות. מה זה החלטה? למשל החלטתי לצאת לחופשה לדרום צרפת בכל שנה. ההבדל בין לשקול ברצינות לבין להחליט זה שבאקט של ההחלטה, ההחלטה הופכת להיות הטעם לפעולה והיא עצמה גם טעם מוציא לכל שיקול רלוונטי לגבי הפעולה הזו. טעם מוציא לפי רז, זה טעם לא לשקול טעמים. (לא טעם לשקול ולדחות, אלא לא לשקול מלכתחילה). כשהחלטת הדבר הקריטי שקרה זה שהפכת את ההחלטה לטעם לפעולה וגם ההחלטה הזו הפכה להיות טעם מוציא לכל שיקול נגדי. בגלל שהחלטה היא טעם מוציא, כך פועלים גם כללים: הם החלטות שיש להם אופי כללי. כמו בדוגמה שנתנו: החלטה לגבי יציאה לחופשה יכולה להיות לגבי כלל הקיצים בכל שנה, זה כבר כלל ולא החלטה.

לפי רז: יש שלושה סוגי טעמים: 1. טעם של הכלל 2. הכלל כטעם 3. טעם מוציא

אם רז צודק וכללים הם גם טעם לפעולה וגם טעם מוציא לכללים רלוונטיים שלא נשקלים (זה לא שהם לא נשקלים ומובסים, אלא שמלכתחילה לא נשקלים).

טעם מוציא לא מסלק את כל הטעמים, כי פתאום יכול לעלות טעם מסויים, שהכלל לא אמור להוציא אותו. למשל, יש כלל משפטי אומר שאם יש צוואה אז הירושה צריכה להיות לפיה. במקרה הזה הנכד הוא גם הרוצח של הסבא והיורש שלו לפי חוק. אם הכלל הוא טעם מוציא של טעמים אחרים, אז יש לתת לילד את הירושה, אם הכלל הוא לא מוציא את כל הטעמים, אז נחזור לטעמים של הכלל, כולל כל הטעמים המערכתיים ונעמיד כנגדם את הטעם הנגדי, ואז נשקול ונאזן בין הטעמים ונבין אם הכלל תקף או לא.

בעקבות פסק הדין המחוקק הוסיף סעיף שאם היורש רצח את המוריש הוא לא יורש. ועכשיו יפעילו את הכלל החדש שיש בחוק.

גנז מוצא פגמים ברז.

### פסק הדין

אפשר להשתמש במאמר כדי לנתח את פסק הדין. לשופטים אין מושג על מה שנכתב במאמר ולא חושבים במונחים האלה, מה שהם עושים במקרה הטרגי הזה: הם חייבים לשקול האם לסגת מהכללים ולשקול את הטעמים של הכלל, ואם שוקלים את הטעמים של הכלל, איך מאזנים בין כל הטעמים הרלוונטיים לפעולה במקרה הזה.

אם נסתכל על דברי השופטים נוכל לראות שלושה סוגים של טעמים: (1) טעמים ספציפיים (2) טעמים קונספטואליים (3) טעמים מערכתיים

אם ניקח למשל את העמדה של ברק, היא במובן מסויים (גם העמדה של אלון אבל לגמרי באופן אחר), אומרת כך: שכשחושבים על מה זה הדבר הזה שנקרא צוואה, יש מיש יגידו שצוואה יכולה להיות בכל מיני אפשרויות: בכתב, בפני עדים, בע"פ- שכיב מרע, בפני רשות. כל האפשרויות האלה הן כללים. האפשרויות הללו יוצרות סוגים שונים של צוואה: למשל צוואה בכתב- כתב יד, עם תאריך וכו'. כל הדרישות האלה שמנויות בחוק מסיף 19,20,21... הן לא מהויות של צוואה. הסי' האלה הן דרישות או סיטואציות שכוחות באמצעותן בני אדם מגלים את רצונם. והצוואה באופן אמיתי היא הרצון של המת לפני מותו. הרצון הזה הוא דבר פנימי וקרה בעבר לכן קשה להתחקות אחריו. איך נוכל לדעת מה הוא רצה? אומר החוק שאלו הדרכים לדעת. יגיד מישהו שאמנם אלא האפשרויות הרווחות אבל יכול להיות סל שלם של סיטואציות של מופיעות בארבע האפשרויות האלה, או נופלות בהן באופן חלקי. מישהו יגיד שלא צריך לדאוג מסיטואציות כאלה כי באמת רוב המקרים נופלים בסיטואציות האלה, אבל עדיין יכול להיות מקרים שהם לא יהיו שם.

לפי ברק, צוואה היא רצון המת. הסיטואציות האלה הן דרכים שהחוק מורה עליהן דרכן נדע מה המת רצה. ייתכנו סיטואציות שנדע בידוק מה רצה המת והן לא נופלות תחת התיאורים האלה. למשל מקרה שאין חתימה ואין תאריך אבל הנסיבות הן כאלה שלאף אחד אין ספק שזה מה שהמנוחה רצתה. אבל שופטים גם אם בטוחים שזה מה שהיא רצתה, לפעול לפי מה שרצתה זה נגד החוק. אומר ברק- זה מה שהחוק דורש במקרה רגיל ולא במקרה הזה, כי החוק דורש את זה כי במקרה הטיפוסי זה הדרך היעילה ביותר, אבל כאן זה לא המקרה הטיפוסי. אז מה אתה רוצה להגיע לתוצאה שלא תהיה צודקת?

בפסק דין הזה שני הנימוקים המרכזיים הם נימוקים שקשורים לזה שבעיני חלק מהשופטים דרישת החתימה והתאריך וכתב היד הם "קונסטרוטיביים" בלי זה אין צוואה. אומר ברק שבטח שיש צוואה כי הצוואה היא לא רק הנייר, אלא הרצון של המת. הנייר מעיד על הרצון, אתם הופכים את הנייר לצוואה עצמה ובהיעדר נייר אין צוואה. זה לא הגיוני. אבל בכל זאת השופטים דברים בטענה הזו.

נימוק קונספטואלי- מה זה מושג הצוואה- ברק עונה שזה ניתוח מוטעה של מושג הצוואה

טענה שנייה זה טענות שהאופי שלהם הוא מערכתית- אם אנחנו נעשה צדק במקרה זה, יש חשש גדול שנוצף בפתקים שיטענו שהם צוואות ונעניק רכוש לאנשים שלא מגיע להם. ולכן אין לנו ברירה אלא לעשות אי צדק במקרה הזה כדי לשמר את מוסד הצוואה ואת שלמות המערכת.

אם נפסוק שיש צוואה הציבור יגיד שאנחנו מפרים את החוק. למרות שזה לא אנטי חוק לא זה החוק, אבל אנישם לא מבינים את זה ויחשבו שבימ"ש פועל נגד החוק, זה גם שיקול מערכת. אנחנו רוצים אמון של הציבור במערכת, ולכן לפעמים צריך לעשות אי צדק במקרה ספציפי כדי לא לאבד את אמון הציבור במערכת. יש כאן מערך שלם של שיקולים מערכתיים.

## סיכומים ללמוד פרואלונפ

לל כללים וטלמית האלסט והפאכס: מסגרת מולגית חזלפ לליון בטלמית פאצות ופאכסות //

יאיר לורברבוים

### פקצנפ

ישנם בעלי הלכה שלא מעוניינים לקשר טעמים להלכות מכמה סיבות: (1) הטעמים נעלים מבינת האדם (2) הם לא רלוונטיים כי האדם צריך להיות משועבד לה' בכל מקרה (3) עלולים להביא לזלזול במצוות. הנתק הזה שהם יוצרים בין הטעמים למצוות הופך את המצוות (הכללים) לעצמים - ראיפיקציה של הכללים - החפצת הכללים, הם עצמים, כמו חוק טבע, ללא טעמים. הכללים פשוט קיימים והטעמים אינן חלק מהכלל (כאן, ההלכה), אין להם תפקיד בהחלה שלה או בפרשנות שלה. לטענתם, אם נייחס טעמים לכללים זה מצב שגוי שמעיד על כוונה לזלזל בכללים עצמם.

מנגד, משפטנים שונים טוענים שכלל משפטי הוא לא כלל טבע, ומה שמבדיל אותו הוא שיש לו טעמים = תכליות = הצדקות. הם חלק בלתי נפרד מהכללים, לכן חשוב לתת טעמים גם לכללי הלכה. אולם, כן נדרשת הפרדה מסוימת ביניהם. והדיון הזה משפיע על השיח ההלכתי במשך דורות. ונדרש כאן בירור פילוסופי שאינו רגיל בהלכה.

כוח נורמטיבי של כללים מחייבים מגיע מהטעמים שלהם וזה חשוב בגלל כמה תחומים: (1) פילוסופי-מושגי (2) תיאולוגי (3) פסיכולוגי (4) אנתרופולוגי-סוציולוגי (5) נורמטיבי-מעשי. המאמר ידבר על טעמים שהם לפעולה ועל כללים שהם עצמם טעם לפעולה, כלומר "נעשה ונשמע". ועל כך שמצד אחר, כללים מחייבים מושתתים על הטעמים ומצד שני הם נפרדים מהם.

הסברו של רז: כלל מחייב הוא שילוב של טעם לפעולה מסדר ראשון עם טעם מסדר שני מסוג "טעם מוציא". הסברו של גנז: כללים לא מורכבים מטעמים מוציאים, כי הגדרה זו מטשטשת את ההבדל בין סוגים שונים של כללים. אלא, כלל מחייב משלב רק טעמים מסדר ראשון אבל מסוגים שונים: יש טעמים ספציפיים-שקשורים לפתרון המקרה הספציפי ויש טעמים נלווים- מערכתיים- טעמים לתפקוד גופי החוק: מקדמים ודאות, יציבות ומגבילים שק"ד של שופטים. שניהם מסכימים שכללים מחייבים מבוססי טעמים מסוגים שונים.

סעיף ב- יעסוק בדיון מעשי במקרים חריגים, ממנו נלמד כי טעמים הם כוחם של הכללים. וכי הדיון בין גישה פורמליסטית לנון פורמליסטית מושפע גם הוא מהטעמים הנלווים- מערכתיים. הטעמים ישפיעו על יצירת הכלל וגם על אופי החלתו.

סעיף ג- יעסוק ביחס בין טעמים מערכתיים של כלל מחייב לבין הטעמים הספציפיים שלהם (שבגללם נוצרו). ובמשקל הניתן לטעמים מערכתיים

**סעיף ה-** בקודקסים מופיעים כללים רבים וכלליים, אבל הקהילה המשפטית וגם ההלכתית מפרשות כללים אלו. יש מקרים חריגים שבהם כן מופיעים הטעמים, אולם גם אז הם מנוסחים בכלליות.

א. לכלל כללים מאל"ס וטל"ס

א.א. טל"ס פס (למשל אדם) לכללים

**טעמים = תכלית הפעולה, מטרה שלה, הצדקה שלה.** לפעולות יש טעמים- אדם מחליט כיצד לפעול לפי איזון שעורך בין טעמים שונים ולפי המשקל שמייחס להם.

**כללים מעשיים = כללים שאדם פועל לפיהם, למשל: אישיים, כללי נימוס, כללי פקחות (עצות טובות) נורמות (מוסר, משפט, הלכה).** גם לכללים מעשיים יש טעמים שהם התכלית (=מטרה) שלהם.

יש מטרות לכללים מסוג:

(1) תועלת (למשל בכלל אישי יכולה להיות תועלת אישית)

(2) מוסר

(3) מטרות חברתיות (למשל משרת את מע' המשפט ותיפקודה)

(4) מטרות רוחניות-דתיות (למשל במע' חוק דתיות הכלל משרת את האל)

**הטעם לכלל** יכול להיות מעשי אבל יכול להיות גם סימלי. יתכנו לכלל מספר טעמים מסוגים שונים ויכול להיות שישתנו לאורך זמן. ובכל מקרה, כללים מעשיים (ובפרט משפטיים והלכתיים) הם לא שרירותיים, **לכל כלל יש טעם ופעולה** שנועדה לממש את הטעם. **וכדי להבין כלל (או חוק) צריך להבין את טעמיו** (תכליתו). הטעם שנייחס לכלל הוא זה שייצור את פעולתו, ויכול להיות שלכלל יהיו תכליות שונות שיובילו לפעולה דומה, אליה מוביל הכלל.

הערות על טעמים של חוקים:

1. **סמכות המחוקק** (גם אם זה האל) היא לא הטעם עצמו לכלל. היא לא התכלית לכלל אלא רק תנאי ליצירתו. למשל, בחיים דתיים, יש לציית למצווה כי יש לה טעם והטעם הוא שבגלל שיש לציית לאל (שעבוד לאל), לכן יש לקיים את המצווה.
2. **גם חוקים שניתן לטעון שאין להם תכלית**- למשל כאלו שנטען כי זה פשוט רצון האל, הם עדיין יצירת האדם ולכן ניתן למצוא להם טעמים: בגלל שהתכלית אבדה, או זרה ואין רצון לבטל את הכלל כי הוא מחייב, ואין טעם חלופי, האדם יחליט שהטעם הוא רצון האל ותו לא.

א.א. כלל כטל"ס דל"ס

למה יוצרים כללים ולא מסתפקים בטעמים? (=טעמים נלווים ומערכתיים לכללים)

1. חסכון זמן ומאמץ שכרוכים בשקילת הטעמים השונים
  2. עוזר להתגבר על יצרים ולהימנע מטעויות
  3. לכוון התנהגות של אחרים שלא יצרו את הכלל ולא מכירים את הטעמים מדוע יש לפעול כך. **תיאום פעולה חברתי** ע"י סמכות, זה יוצר **וודאות, יציבות** בקרב הציבור.
- כללים מחייבים מכוונים התנהגות, כלומר ההתנהגות היא טעם נוסף לכלל, ואם יצייתו לו טעם זה יתממש. **דוגמא: עצירה באור אדום.**

4. הגבלת שק"ד של שופטים ופקידים, צמצום טעויותיהם או שימוש לרעה בסמכות של מקבלי ההחלטות.

++ לכל כלל יש גם **טעמים ספציפיים** (ולא רק הכללים שהוזכרו), שקשורים לפתרון אותו הם מספקים למקרה עליו הם חלים. **הטעם הספציפי הוא העיקרי** המטרה שטעם זה יתממש.  
++ טעמים נוספים, מצטרפים לכלל מרגע שכלל נוצר. למשל, זקן.

הכלל **מנוסח בלי הטעם שלו**, אז **האם יש הבדל בין הכלל לטעם**, להצדקה שלו? או שהכללים הם רק ייצוג של הטעמים שלהם?

### 3.1c. דף (נרצות כדפיס) א'א'פס

למרות שהכללים מבוססי טעמים הם גם נפרדים מהם ואפשר לקרוא אותם בנפרד. בקודקסים הלכתיים אין טעמים, לכן כללים שהם הוראות פעולה הם בעלי מובן נפרד מהטעמים שלהם, כלומר אפשר לפעול לפי הכלל גם אם לא יודעים את טעמיו, או לא מסכימים איתם.

אופן "נפרדות הכלל" חשוב כדי להבין את מהות הכלל וכיצד הוא מתפקד:

1. **יעילות הכלל** מושפעת מ"נפרדות הכלל". מטרתו להכווין התנהגות וזה קורה בזכות הנפרדות, מספיק שנראה בכלל הוראת פעולה, לא נדרש ידע או צורך בפרשנות, לא צריך להבין את טעמיו.
2. כאשר פועלים לפי **כלל מחייב שיצר משהו אחר** (מחוקק, אל), אין צורך לדעת את טעמיו כיוון שיש לציית בכל מקרה, כיוון שסומכים על הסמכות או שחושבים שאין צורך כלל בידיעת הטעמים כי מדובר בכלל מחייב. השקפות אלו מושפעות תרבות והקשר וגם אם לא יודעים את הטעם לא תמנע הגשמת התכלית (למשל התנהגות).
3. **ציות לא תלוי בידיעת הטעם** - יציאתו משום שזהו כלל מחייב. לפעמים אפילו **הסתירו** טעמים כדי למנוע אי הסכמה, אי ציות או שימוש לרעה. גם שיקולים אלו מושפעים מתרבות משפטית וחברתית אחת או אחרת. **דוגמה מהתלמוד להסתרה טעמים בהכרזה האמורה עולה חכמי ישראל מסתירים מן הציבור את טעמי הגזרות כדי שלא ילזלו בהם.**
4. **טענה מושגית - לנפרדות הכלל יש יתרונות.** בעבור יתרונות האלו בני אדם מוכנים "להבליג" על מצבים בהם לא בטוח שהכלל יביא לה התגלמות התכליתיות שלו. בדרך כלל מדובר בכללים שמטרתם חיסכון במאמץ וזמן, לצמצם טעויות, ומסייעים להחלטה מהירה. זה כמו פתרון מוכן למצבים העשייה שמשמעותו ויתור על שקילה בזמן אמת של טעמים ועל איזון ביניהם. **לכן המחיר של הכלל:** יכול להיות שבמצבים מסוימים הטעמים לא יתגשמו, גם אם פעלנו לפי הכלל כי לא שקלנו ואיזנו טעמיו. **דוגמה:** בגלל כלל אישי שטעמו להתמודד עם נטייה לנסיעה מסוכנת, **אני מוותר על אפשרות לנסוע מהר יותר (המחיר, ויתור על טעם נגדי אחר - הגעה מהירה), גם אם חוקי הכביש מאפשרים לי. מלכתחילה לא אשקול את הטעמים.**
5. **טענה פסיכולוגית -** האדם מודע למחיר היתרונות של הכלל ולפעמים לא. לפעמים יצייתו גם אם יודעים שלא יתממשו טעמי הכלל. מדוע? כי לכלל אין רק טעמים ספציפיים, **יש גם טעמים נוספים** (נלווים - מערכתיים).

אם מתברר **שהפער בין הכלל לטעמיו** קיים גם במקרים שגרתיים ולא רק במקרים חריגים, המחוקק או מי שאימץ את הכלל, ירצה לסגת ממנו או לבטלו. כלומר, **בטל הטעם - בטל החוק**. כעת יחזור לשקול טעמים ולאזן ביניהם, או ינסח כלל חדש.

ואם **מדובר בכלל מחייב**, יכול להיות שטעמים נלווים או מערכתיים ימשיכו לתת לו "שיניים". אולם גם הם לא תמיד מספיק חזקים כדי להחזיק כלל שטעמו הספציפי בטל.

מתי הנפרדות רלוונטית? הריאפיקציה זו גישה מדגישה את נפרדות הכללים מטעמיהם גם מטעמים בגללם נוצרו הכללים. לפיה, הנפרדות היא מוחלטת. גם בהלכה פירוש לשון ההלכה התבצע במנותק מהתכלית. לטענת לורברבוים זו השקפה שגויה. הנפרדות רלוונטית רק במקרים שהכלל הוא החלטה מראש או במקרה של אי ידיעה הטעמים על ידי האחר שלא קבע אותם. אבל זה לא אומר שלא קיימים טעמים לחוקים.

הפרדה זו בין ההלכות לטעמים שלהן יכולה לייצר משקל רב לטעמים מערכתיים:

נפרדות הכלל חוסמת שקילה של טעמים ושל עובדות ספציפיות של המקרה. כללים מוחלים "מכנית" ב"עיניים עצומות" בלי (1) מודעות לטעמים שלהם (2) לשקול את כל הטעמים הרלבנטיים. לפי גישות פורמליסטיות, הם יוחלו "מכנית" גם במקרים "קשים".

מכניות כזו יוצרת רושם שהציות מנותק מטעמי הכלל. אם כך איך ניתן לדעת מתי הכלל חל ובאיזה נסיבות הוא לא חל. הרי לא מספיק לבחון רק את לשון הכלל, חייב להכיר את הטעמים ולשקול אותם. הכוח הנורמטיבי של הכלל נעוץ בטעמים שלהם ולא בגלל ההפעלה המכנית שלהם.

כעת נציג שתי גישות לשאלה: האם כללים וטעמים שונים אחד מהשני או מבוססים זה על זה. דהיינו האם כללים הם טעמים לפעולה.

4.4. 5: כדף כט"א דפ"א דמס"ד ראשון וכת"א דמ"א

לפי רז, כללים מעשיים (שבחרים לאמץ) וכללים מחייבים, מורכבים מ:

1. הכלל עצמו הוא טעם לפעולה מסדר ראשון (ולא הטעמים שלו הם הטעמים לפעולה). כל עוד הוא נפרד מטעמיו.
2. הכלל עצמו הוא טעם מסדר שני, טעם מיוחד מסוג "טעם מוציא".

טעם מסדר ראשון: טעם רגיל, נדונים במונחי כוח או משקל. כשתהיה התלבטות בין טעמים שיכולים להוביל לפעולות שונות אדם יאזן וכריע ביניהם לפי המשקל שמיוחס לכל טעם. אחת המשמעויות היא שכלל מייצג טעמים לפעולה ועצם קיום הכלל הוא טעם לפעולה בעצמו. לכן אין צורך לשקול את הטעמים כי הכלל הוא טעם לפעולה בעצמו.

טעם מסדר שני: טעם לגבי אחד הטעמים מסדר ראשון. טעם מוציא- סוג של טעם מסדר שני, לפיו, אין לשקול את אחד הטעמים מסדר ראשון.. לא מדובר בטעם ישיר בעד או נגד המעשה. דוגמאות כלליות: עייפות, הבטחה, פקודה, החלטה, כלל אישי, כלל מחייב) דוגמאות ספציפיות: עייפות היא טעם מוציא לשקול הצעת עבודה, כלל אישי לציית לפקודות הצבא הוא טעם מוציא לשקילת הפקודות, כלל אישי לפעול לטובת הילד היא טעם מוציא לשקול שיקולי נוחות. לא מדובר בסתירה בין טעם מוציא לטעם מסדר ראשון, זה לא שהטעם המוציא מכריע את הטעם מסדר ראשון אלא שהוא בכלל מסלק מדיון טעמים הרלוונטיים באותן הנסיבות. דוג': לא לאכול אחרי 19:00.

סוגים של כללים מעשיים שהם טעם מסדר ראשון וטעם מוציא: כלל שמטרתו חסכון בזמן, במאמץ, מניעת טעויות, כללים שמקורם בסמכות, במומחיות, כללים שמטרתם הכוונה חברתית או תיאום.



**דוגמאות:**

**(1) כלל אישי לטוס כל קיץ לצרפת:** אימץ כלל אישי שהוא גם טעם מוציא וגם טעם לפעולה, לכלל שאימץ טעמים טובים והוא מוכן לשלם את המחיר שבאימוץ הכלל.

**(2) חוק הירושה-** זהו כלל הפעולה, הטעמים לחוק הם לא טעם לפעולה משום שמצייתים לחוק בגלל קיומו ולא בגלל הטעמים שלו.

**(3) איסור לגילוח זקן-** האיסור עצמו הוא טעם לפעולה ולא הטעמים שלו. האיסור הוא גם טעם מוציא שלא לשקול טעמים נגדיים.

**שלמות הכלל**

אם הכללים המחייבים היו נישקלים בכל מקרה אז הם היו רק **ייצוג של הטעם** ולכן לא יתפקדו ככללים, **ולכן הם נפרדים**. הם לא נשקלים ולכן הם גם טעם לפעולה וגם טעם הוציא. מכאן שהטעמים והטעמים המוציאים שומרים על **שלמות הכלל**.

**טעמים מוציאים לא מוציאים כל טעם נגדי:** אם האדם מגלה טעמים שהכלל לא מוציא, נחזור לשקול את טעמי הכלל ונאזין ביניהם. לא נתייחס אליו ככלל לפעולה או ככלל מוציא. דוגמאות לכללים שלא חלים על כל מקרה ונוצר בהם חריג לכלל: **(1) הרצחת וגם ירשת. (2) קרוב למלכות.**

**נפרדות לעומת זיקה:** אם כן, לנורמות יש עצמאות יחסית הטעמים שלהן, וכלל מחייב מייתר את הצורך בשקילת טעמים. מצד שני יש זיקה עמוקה בניהם. הנפרדות קיימת משום כך שבציות לכלל אתה לא מודע לטעמיו, רק **בנסיבות נדירות יש צורך במודעות להם** (מקרים קשים).

מתנגדיו של רז יגידו שבמקרים קשים הכלל הוא לא טעם לפעולה וגם לא טעם מוציא.

5.1c. 5.1c: כללים כחוקים טעמיים מסדר ראשון

**גנז ורז מסכימים:** כללים מחייבים מושתתים על טעמים.

**לא מסכימים:** האם הכלל הוא גם טעם לפעולה וגם טעם מוציא.

לפי גנז כלל מחייב ומקבץ של טעמים מסוגים שונים מסדר ראשון. טענתו מדגישה את **הקשר** בין כללים לטעמים שלהם. הכללים מבוססים על הטעמים. מכאן שהנפרדות לא כל כך גדולה.

**האם כלל הוא טעם לפעולה?**

**רז:** הכלל עצמו הוא טעם לפעולה. כללים והחלטות דומים בכך שהחלטה היא גמירות דעת לפעול באופן מסויים + הסכמה להפסיק לשקול שיקולים אחרים. לכן ההחלטה עצמה היא טעם לפעולה וכך גם כללים.

**גנז:** עונה כי עצם ההחלטה היא **לא טעם לעשות אלא רק אמונה שקיימים טעמים לפעולה** הזו ואחד הטעמים שקיים הוא טעם לא לשקול שיקולים סותרים. ואם כן, **כלל הוא לא טעם לפעולה אלא ייצוג של הטעמים שלו** (חלק מהם זה הטעם לא לשקול טעמים נגדיים).

קושי נוסף הוא שהיגד הכלל נטול טעמים אז איך יהיה טעם לפעולה אם הוא רק הוראה **ולא יכול להצדיק את פעולת האדם**. כשאדם אומר שהוא פעל בגלל כלל מסוים הוא לא מתכוון לכלל עצמו אלא שפעל בשל הטעמים העומדים מאחוריו, גם אם אינו מודע להם

האם כלל הוא טעם מוציא?

**ד: כן.**

**גנז:** אם ישנם מקרים שסותרים את הכלל, איך נדע אם מדובר בטעמים שהכלל מוציא ולכן צריך לפעול לפי הכלל או שמדובר בטעמים שהוא לא מוציא ולכן לא נפעל לפיו. כדי להחליט אם לפעול לפי הכלל או לא צריך לשקול את הטעמים של הכלל ואת אלה שנגדו, ואם גם ככה שוקלים במקרים נדירים אלה, מה ההבדל בין זה לבין פשוט לשקול בכל מקרה שחל הכלל טעמים רגילים מסדר ראשון. **מכאן, שהטענה כי כלל עצמו הוא טעם מוציא מתערערת.**

עצמאות הכלל

**גנז:** אם הכלל הוא לא כלל לפעולה ולא כלל מוציא אז כלל מחייב הוא לא עצמאי והפעלתו מושפעת מטעמיו.

הבחנה בין סוגי כללים שמנחים "לוותר" על טעמים אחרים:

הקביעה שכלל הוא טעם מוציא תטשטש את ההבחנה בין סוגים שונים של כללים, כל אחד יגיד באופן אחר כיצד לא ללכת לפי כללים אחרים.

1. כללים שאומרים **לא לבצע בדיקה** עובדתית בנוגע לטעמים נגדיים (למשל, כללים של חסכון זמן ומאמץ, כלל החופשה בצרפת)
2. כללים שבהם **טעמים לא לשקול** טעמים נגדיים- משום שהטעמים הנגדיים ידועים והכלל הוא הסכמה לוותר על שקילה זו (למשל, כללים של חסכון זמן ומאמץ, כלל החופשה בצרפת)
3. כללים שבהם **טעמים לא לנהוג** לפי טעמים אחרים (למשל, כלל מחייב משפטי והלכתי, איסור השחתת זקן).

כל אלו הם טעמים רגילים מסדר ראשון ולא טעמים מוציאים. וכאלה, אם הם יתגברו על טעמים אחרים, לא נפעל לפי האחרים. לא תמיד הם יוציאו כל אפשרות.

מה ההבדל בין "סתם" טעמים לפעולה לבין כללים מחייבים (משפטיים והלכתיים) שהם טעמים לפעולה: כללים נורמטיביים מזמנים ציות גם בלי קשר לתוכנם, אלא בגלל טעמים שהובילו לאמץ את הכללים (למשל מדוע להקשיב לכנסת), וטעמים שנוצרו לאחר ובגלל שנוצרו הכללים.

יש מספר סוגים של טעמים מסדר ראשון המרכיבים את הכלל המחייב:

1. טעמים ישירים לביצוע הפעולה- ספציפיים.
2. טעמים בגללם הכללים נקבעו: חסכון בזמן, תיאום חברתי, הכוונת התנהגות, הגבלת שק"ד של שופטים, תפקוד מע' החוק.
3. טעמים שנוצרו בשל קיום הכלל: גם אם הטעם הספציפי לא רלוונטי, למשל הפרה של הכלל תגרום לזלזול בו או לשימוש לרעה בכלל.

וכאן חשובה ההבחנה של הרט:**1. הצדקות תלויות תוכן-**

- מצביעות על הטוב בפעולה הספציפית אליה מכוון הכלל.
- גם אם הכלל לא מחייב, ההצדקות לו הן עדיין טעם לביצוע הפעולה, גם אם זה לא היה כלל (למשל: לא תרצח)

**2. הצדקות שאינן תלויות תוכן-**

- לא קשורה לטוב שיצמח מפעולה ספציפית זו אלא טוב אחר, למשל טוב מערכתי.

- הטוב האחר, הוא לא טעם לפעולה אם לא היה כלל (בשונה מהקודם), הטוב הזה נוצר רק מכוח זה שזה כלל מחייב, זו הצדקה עקיפה. כלומר, אם לא היה כלל לא היינו מצייתים רק בגלל טעם כזה.
- אבל טעם מערכתי כן עשוי להמשיך לתמוך בכלל גם אם הטעם הספציפי שלו בטל.
- טעמים מערכתיים הם נחלת כל כלל מחייב והן מצדיקות אותם ללא תלות בתוכן.

#### לסיכום של הסיכום:

**רז:** כלל מחייב הוא עצמו טעם לפעולה וגם טעם מוציא. ועדיין יש זיקה מסויימת בין כללים לטעמיהם.  
**גנז:** כללים מחייבים הם צירוף טעמים מסדר ראשון: ישירים ונלווים. וזה מחזק את הקשר בין כללים לטעמיהם.

#### ב. לא כללים מאל"ס וטל"פ

מקרים קשים מערערים את הקשר בין כלל לטעמיו. הערות כלליות על מקרים קשים:

"דרך הרוב" עקרון שאומר שהמחוקק יתייחס רק למקרים השכיחים, כדי שהכללים יהיו יעילים. כי את המקרים הנדירים קשה לחזות, וגם אם ניתן לחזות אין הצדקה להתייחס אליו בחוק. והשופט האם הוא צריך להחיל את החריג כלל שאולי לא מתאים לו, ולגרום עוול? זה מעלה ויכוח בין גישות:

- **יוריספרודנציה של טעמים** - גישה שקוראת לא לדבוק בכלל במקרים קשים ולשקול את כל הטעמים לפני החלטה.

- **יוריספרודנציה של כללים** - קוראת לנוקשות בכלל, גם אם ייווצר אי צדק (רוליזם).

○ **לפי רז:** בגישת הרוליזם, כלל מחייב הוא טעם מוציא גם לטעמים נגדיים שעולים במקרים קשים, ולכן הוא טעם לפעולה גם במקרים אלו.

○ **לפי גנז:** בגישת הרוליזם, יינתן משקל רב לטעמים נלווים של הכלל ולכן למרות שבמקרה חריג ישנם טעמים שנוגדים את הטעם הספציפי לכלל, ישנם טעמים נלווים ומערכתיים שעולים על הטעם הנגדי ולכן על הכלל להתקיים. **נימוק אחר קצת** - לכלל יש טעם ספציפי שגובר על הטעמים הנגדיים. (לא חייב להיות מערכתי או נלווה)

○ **לורברבוים:** הדבקות בכלל נוקשה היא בגלל שיקולים מערכתיים לתפקוד מערכת המשפט, וודאות, יציבות, כבוד לחוק, צמצום שק"ד שופטים.

#### בעד ונגד השיטות:

במשפט הרוליסטים הם מיעוט, אבל בהלכה לא: לפי הרמב"ם, "דרך הרוב" נוגעת גם לשופטים שצריכים לנהוג בה, אחרת ייגרם "קלקול לכל" - נזק לחוק ולציבור. **מנגד**, רוב תורות המשפט דבקות ביוריספרודנציה של טעמים. למשל אריסטו קבע את "עקרון היושר", רז, אהרן ברק.

#### ב.1. "לא תחוס לור כדילן" - "פ"פ פדבר לפ"א אולפ בו רל לבני מל"פ ומל"ק"

דוגמה בה נקבע לא לדבוק בכלל בשל הקושי במקרה חריג.

מדובר באיסור ספציפי: לא לחסום בהמה כשהיא אוכלת מדבר הקשור במלאכתה שנעשית לטובת האדם. אין לה טעם מפורש, אך קל להתחקות אחרי הטעם: מניעת צער בע"ח + הכרת תודה.

מדובר על מקרה חריג: הרמב"ם בהלכות שכירות מציע פירוש לפי **יוריספרודנציה של הטעמים**: שאם הדבר שאוכלת מזיק לה מותר למנוע ממנה.

הכלל מותאם למקרה שכית- שהדבר שהבהמה אוכלת מיועד להנאתה. ובמקרה חריג זה, **החלה מכאנית תסכל את הטעם**: יש ניגוד בין לשון הכלל לטעמיו, כי אם מטרת הכלל היא צער בע"ח אז איך הגיוני שלא נחסום אותה מלאכול דבר שפוגע בה.

בין יוריספרודנציה של טעמים ליוריספרודנציה של כללים: רוליסט יגיד שיש לשמר את שלמות הכלל ובשל טעמים מערכתיים להחיל מכנית. אבל הרמב"ם מסייג את תחולת הכלל מהמקרה הזה בהתבסס על טעם לא מפורש של הכתוב. **הטעם מציב "תנאי סמוי"** שאם התנאי מתקיים הכלל לא חל. הנסיבות במקרה זה לא כל כך חריגות לכן הן כן מצדיקות שיסדירו אותם בכלל, כמו שעשה הרמב"ם.

ההלכה התלמודית מתלבטת בין שני טעמים:

(1) הטעם שנבחר בסוגיה זו: שלא תפגע החיה ← האיסור לא תקף במקרה שפוגע בה ← רב ששת: יוצר חריג לאיסור.

(2) שלא נמנע ממנה או נצער אותה ← הכלל כן תקף גם אם פוגע בה

למרות שהטעם לא מפורש, מפרשים ומתחקים אחריו. אמנם ההלכה מתכחשת לקיום הטעמים אבל היא לא בוחרת כאן בהחלה מכאנית, אלא מבינה שהטעם הספציפי גובר על טעמים נלווים ולכן קובעת חריג.

איך נסביר את פסיקת ההלכה?

לפי רז: בנסיבות חריגות הכלל הוא כבר לא טעם לפעולה כי כטעם מוציא הוא לא סילק את כל הטעמים.

לפי גנז: בנסיבות אלו נוצר טעם שגובר על טעמים ספציפיים של הכלל, וכך על טעמים מערכתיים ונלווים.

**מנגד**, יהיו מקרים בהם הכלל יחול החלה מכאנית למרות שסותר טעמים אחרים (**יוריספרודנציה של הכללים**): איך נסביר אותה?

לפי רז: הכלל עצמו הוא טעם לפעולה ומוציא את השיקולים הסותרים.

לפי גנז: יש טעם ספציפי מסדר ראשון שגובר על טעמים אחרים. לטעם הזה יש שני היבטים: (1) לא לשקול טעמים נגדיים משום שהם מוכרים כבר והכלל הוא הסכמה לוותר עליהם (2) לא לפעול לפי טעמים נגדיים גם אם הם נשקלו. **והסבר נוסף**- אולי יש טעם ספציפי עליו גברו הטעמים הנגדיים, אבל הם לא גוברים על הטעמים המערכתיים.

ב.2. לא טעמים אפחאפ מכנית אל כללים = מוצא יל אפחאפ מכנית?

יישום טכני מכני זה שימוש בכללים במנותק מטעמיהם. הניתוק הזה עולה במיוחד כאשר מחילים את הכלל מכנית במקרים מורכבים בהם צריך להחליט מהו הכלל הרלוונטי.

לפי הרוליסטים, יוריספרודנציה של כללים- הכללים עצמם הם הטעם הבלעדי לפעולה ושיקולים מערכתיים הם קלף מנצח לעומת שיקולים אחרים. ולכן יש להחיל את הכללים טכנית.

הטענות הללו מובילות למסקנות שטעמי הכלל הספציפיים **נשכחים**, אם טעמים לא נשקלים כלל, הם כאינם קיימים. **מנגד**, לורברבוים טוען **שהטעמים לא נשכחים בהחלה מכנית (רוליזם)**: במקרה רגיל שמיישמים את הכלל מכנית, זה לא שמיישמים את הכלל אלא מיישמים את טעמיו הספציפיים. ובמקרים קשים העדפת הכלל והחלה מכאנית היא לא בשל נוקשות הכלל אלא בשל העדפת טעמיו המערכתיים.



## 1.1. טעמים מערכתיים כטעמים נלווים אל כדמים

טעמים ספציפיים: נוגעים לפתרון הבעיה המעשית של המקרים הטיפוסיים עליהם חל הכלל. אלו טעמים עיקריים והסיבה שנחקק החוק. טעמים מערכתיים (נלווים): לא תלויי תוכן.

**דוג'**: יום טוב שני של גלויות: טעמי הכלל: ספק ביום החג + הכרח לקיים חג במועדו. היום טעם ההלכה בטל כי יודעים מתי לקיים את החג אבל ההלכה נשארה בגלל טעם נלווה: "מנהג אבותיכם בידכם", המנהג השתרש אצל הציבור והחכמים, גם אם יש לו חסרונות. חשש שביטול הכלל יערער את ההלכה כולה והטעם הוא הרצון שתשמר ההלכה במערכת, יציבות החוק ושימור הכבוד כלפיו. מדובר בטעם שנוצר מעצם קיום ההלכה. לפי הסברו של הרט- הטעם המערכתי של מנהג יום טוב שני אינו תלוי תוכן ולא מצביע על הטוב מפעולה ספציפית. לטעם המערכתי שלה התווסף **ערך סימבולי**: זה כבר לא הלכה אלא ממש יסוד בלוח השנה היהודי.

לטעמים מערכתיים ישנה חולשה מובנית, והם גם לא נחשבים נימוק הלכתי, ולכן החכמים בחרו לבסס את ההלכה הזו על טיעון שמבליע בתוכו גם טעם ספציפי, כמו: נאמנות למנהג אבות.

## 2.1. ליקוטים כדמים

משקל והיקף טעמים מערכתיים מושפעים משיקולים כלליים, זמנים שונים ומערכות משפט שונות, ואפילו מכלל אחד לאחר הם משתנים.

1. הם מבוססים על תפיסות טבע האדם והחברה: למשל, לפי הרמב"ם, טעמים מערכתיים הם כלי להתגבר על הגיוון האנושי כי לטענתו האדם לא רציונלי. מנגד, אריסטו והוגים ליברליים ממעיטים בערכם של הכללים המערכתיים משום שהם אופטימיים יותר בנוגע לטבע האדם וקבלת החלטותיו.
2. הם מושפעים מהעומס שהמערכת מטילה על הציבור: ככל שהעול הנורמטיבי כבד ויש יותר חשש שיפרו אותו (כמו הלכה), ייתנו משקל כבד יותר לשיקולים מערכתיים. מנגד, מעמסה נורמטיבית של מע' משפט ליברלית היא מוגבלת לכן יתנו לטעמים משקל נמוך. דוג' לשיקולים מערכתיים במע' תובענית- ההלכה: סדר חברתי, מניעת נזק, שלמות הנפש, שעבוד לאל, קרבת אלוקים, תיקון והשראת שכינה.
3. כיצד מעריכים החוקק והשופט את תגובת הציבור לחריגות מהחלה מכנית של הכללים: האם סטייה מהכלל במקרים חריגים תחשב עשיית צדק או הפרה? תחשב כהפרה- כאשר הציבור תומכים בנפרדות הכלל, רוליסטים, ראיפיקציה של הכלל, חוקים הם כחוק טבע. אלו תפיסות המושפעות מחינוך ואידיאולוגיה של משפטנים שמרנים בקרב הציבור. (נזכיר שלורברבוים טוען שרוליסם לא בהכרח מלמד על נפרדות הכלל, ראו מעלה).
4. הם מושפעים מהערך הסימבולי של החוק: אם החוקים מסמלים לא רק את טעמיהם אלא את המערכת וערכי היסוד שלה, מתווסף **ערך סימבולי** משקל לכללים וגם לטעמיהם המערכתיים. זה לא שמתחלף הטעם למצווה אלא שהמצווה הופכת לסמל **דוג'**: (1) הלכת יום טוב שני של גלויות (2) איסור השחתת זקן- הרמב"ם הציג טעם ספציפי- הרחקה מאופנת כמרי עבודה זרה. הזקן הפך לסמל- הזהות והדיוקן היהודי.

**יש יותר ערך סימבולי**: בפרהסיה וגם בפרטיות כאשר מדובר בשעת השמד (כאשר אוסרים על יהודים ללמוד תורה).

הערות בנוגע לשיקולים מערכתיים:

1. בדרי"כ השיקולים שהצגנו המשפיעים על משקל טעמים מערכתיים **קשורים זה בזה**. הסבר: תפיסת החברה כהמון גורמת לכך שהנטל הנורמטיבי גדל, לכך שיש צורך להפריד חוקים מטעמיהם, וגם עולה הצורך לייחס לחלקם ערך סימבולי.
2. **השיקולים המערכתיים קיימים בכל מע' משפט** - למרות שיש הבדלים בין זמנים ומע' משפט שונות (דתיות, חילוניות, ליברליות, שמרניות).
3. הגורמים המשפיעים הללו לא מספיקים כדי להכתיב את משקל הטעמים המערכתיים, אלא גם **נסיבות והקשר** יכתיבו את משקל הטעמים המערכתיים.

3.ג. "אם תחסום" ו"פלוסור פרה מחברו פולאידה דאחר": טלאים אלכתיים

ההבדל בבחירה בנוקשות או סטייה מן הכלל קשור למשקל של הטעמים המערכתיים לעומת הספציפיים.

**נזק לבהמה < טעם מערכתי של "לא תחסום"** -- הטעם המערכתי מפסיד ולכן סוטים מן הכלל

**אי צדק למשכיר > טעמים מערכתיים של דיני שומרים** -- הטעם המערכתי גובר לכן יבחרו בנוקשות הכלל

ואולי הוא קשור גם להבדל המשקל בין הטעמים המערכתיים:

**טעם מערכתי של "לא תחסום" > טעם מערכתי של דיני שומרים**

הסברים למשקל הכללים הללו:

- **בלא תחסום הטעם המערכתי קטן**: כי יש מודעות לטעם הספציפי: צער בע"ח והכרת תודה + זה לא כלל נפרד מטעמיו + אין ערך סימבולי או קביעת זהות בכלל
- **בדיני שומרים הטעם המערכתי גדול**: כי הציבור לא מכיר את הטעמים הספציפיים + זה כלל נפרד שסטייה מצטיירת כהפרתו + סטייה תצטייר פגיעה בכלל ובמערכת **מנגד**, ר' יוסי טוען שסטייה מהכלל לא תפגע בכלל או במערכת, אלא יצירת תוצאה לא הוגנת (שתיווצר מהחלה מכאנית) היא זו שתוביל לתפיסה שהכלל לא הוגן ופגום.

ה. כללים וטלאים בקודקסים

חוקים הם דוג' לכלל מחייב שאין לו טעם מפורש.

במע' משפט מושתתות קודקסים ישנם כללים נטולי טעמים. זאת בשונה ממערכות משפט COMMON LAW בהם טעמים מפורשים בפסיקות בימ"ש. אבל חשוב לזכור **שגם לכללים משפטיים בקודקסים ישנן טעמים**, אחריהם מנסים להתחקות.

יש כמה סוגי טעמים: ספציפיים, נלווים (ביניהם מערכתיים). לדיון בקודקסים נמקד בטעמים הספציפיים.

בחוק הישראלי, בחוקים מרכזיים **אין טעמים מפורשים**, כמו מרבית חוקי המדינה. ישנם טעמים סמויים מן העין. כדי לגלותם נדרשת מומחיות **אבל** לרוב הם מובנים מאליהם, או פשוטים להבנה, משפטנים ושופטים נותנים להם ביטוי מעשי.

## פ.6. מצא קודקס אלפי"ס אינן מסמיכים אלפ"ס אלפי"ס?

אם טעמים הם נשמת אפם של הכללים וחיוניים לצורך מעשי במקרים קשים, למה הם לא מופיעים בקודקסים?

דעות שונות:

אפלטון: נימוקים חיוניים כדי לתת שלמות מוסרית ושכלית לאזרחים ("סגולה טובה"), לכן הם צריכים להופיע בחוקי המדינה.

סנקה מצטט את פיסידוניוס: החוק צריך להיות קצר כדי שיבינו אותו בקלות, לצוות ולא להתווכח. נימוקים מפורשים יפגעו בכוח הציווי של החוק ובסמכות שלו.

← זו גישה שעולה גם אצל פוסקי הלכה, בתלמוד, וגם אצל משפטנים מודרניים: טעמים מזמנים ויכוח ואי ציות ופיתחים פתח לעקוף את החוק. אם משתכנעים בטעם מצייתים לכלל ואם לא אז לא. **אבל-** לפי לורברבוים, טעמים לא בהכרח מחלישים ציווי. נתיני החוק יודעים שאין להם כוח לבטל ציווי שמופיע בחוק או לפגוע בטעם מפורש שמופיע בחוק. הופעת הטעם לא תוביל לפגיעה בציווי כל עוד הוא מנוסח כציווי. גם אם בנסיבות מסוימות נראה שטעמי מפורשים יפגעו בסמכות הכלל, יש לשים לב:

1. **אין קשר בין הסכמה עם הטעמים לבין תוקף החוק- הכלל.** יכול להיות שהטעם יהיה לדעתי נכון או לא נכון אבל עדיין יהיה לטעם המפורש או שאינו מפורש תוקף משפטי.
2. חוק שטעמיו מפורשים כופה פעולות וגם מעצב תודעה. **דוג' מחוקי התורה: דיבר 4 (שבת) זהו טעם מפורש במעצב תודעה וללא ספק לא מביא לזלזול במצווה.**

### אז מדוע נמנעים מלציין טעמים בחוק (למרות הקשר ביניהם)?

לפי גישתו של רז: הסיבה המרכזית להיעדר טעמים מפורשים היא בגלל היותו של הכלל המחייב טעם לפעולה:

רז מציג שיש קשר בין כללים לטעמיהם הספציפיים ומצד שני נפרדות יחסית. וזה ההסבר מדוע כלל מחייב לרוב יופיע בלי טעמיו. הטעם המפורש מונע מהכלל להיות טעם לפעולה בעצמו וגם מונע ממנו להיות טעם מוציא. אם היו מצמידים טעם לכלל, היו עולות שאלות כמו מי מהם (הכלל או הטעם) מחייב, ומה עושים אם הטעם לא מתממש, האם מחילים את הכלל. וכך **עולה להיפגע יעילותם בהכוונת התנהגות.**

לפי גישתו של גנז: לכלל יש גם טעמים נלווים- מערכתיים, במהותם כללים אלו לא מפורשים. בנוסף, אחרי היווצרות הכלל ייתכן שיצטרפו לו טעמים מערכתיים וישירים נוספים. אם היה הכלל מציין מפורשות את תאמר, יכולנו לחשוב שאלו הטעמים היחידים לו.

לפי שני ההסברים: טעמים פוגעים בכללים לא כי הם פוגעים בסמכות שלהם או בציווי, לא כי הם משתמעים כהמלצה, אלא כי הם פוגעים ביעילות הכללים.

צ"א ק"ג נ' כפן 11 סיכום אלף אומר כחל

רקע

המנוחה התאבדה יחד עם בתה התינוקת. בחדר ממנו קפצה מהחלון היא השאירה פתקים כתובים בכתב ידה בהם היא כתבה את צוואתה. היא ביקשה לחלק את רכושה בין 4 אחיה, ולתת לאמא להחליט מה לעשות עם השאר. בנוסף, ביקשה שהמשיב (בעלה) יקבל כמה שפחות ושלא יגיע להלוויה.



האח פנה בשמה לביהמ"ש המחוזי, בקשתו הייתה לקיים את הפתקים אח בקשתו נדחתה מכמה טעמים:

- א. הפתקים לא מהווים צוואה ע"פ חוק כי הם חסרים בהם חתימת המנוחה ותאריך.
  - ב. תוכן לא ברור וקושי להתחקות אחר רצון המנוחה.
  - ג. ספק אם המנוחה הייתה בצלילות כשכתבה.
  - ד. ספק אם המנוחה הייתה בגמירות דעת כשכתבה.
- השופט שדחה את הערעור (ש' בכור) תלה טענותיו בס' 19 לחוק הירושה ואמר שהוראות סעיף זה הן קונסטיטוטיות ובלעדיהן לא תיתכן צוואה. עוד אמר שהמערער לא יכול להיעזר בס' 25 לחוק הירושה משום שלא ניתן לפרש את המילה "פגם" כמתייחס גם להיעדר, לחוסר חתימה ותאריך.

בחלק מהסעיפים כן סוטים בגלל שיקולים מערכתיים שונים ובס' אחרים לא יסתו וגם כי לכל סעיף שיקולים אחרים.

**ס' 25 לחוק הירושה:** "התקיימו מרכיבי היסוד בצוואה, ולא היה לבית המשפט ספק כי היא משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה, רשאי הוא, בהחלטה מנומקת, לקיימה אם אף נפל פגם בפרט מן הפרטים או בהליך מן ההליכים המפורטים בסעיפים 19, 20, 22 או 23 או בכשרות העדים, או בהעדר פרט מן הפרטים או הליך מן ההליכים כאמור".

### ש' לזין

דוחה את טענתן העותר משתי סיבות: על יסוד **טעמים שבנוסח ס' 25** ועל יסוד **טעמים שבמדיניות משפטית**.

#### • טעמים שבנוסח

- ס' 18- צוואה תעשה בכתב-יד, בעדים, לפני רשות או בע"פ.
- ס' 19- צוואה בכתב יד תישא תאריך וחתימת המצווה.
- ס' 20- צוואה תחתם בידי המצווה בנוכחות עדים.
- ס' 25- על אף פגם באחד מהתנאים, רשאי ביהמ"ש לקיים צוואה אם אין לו ספק באמיתותה. לזין אומר ש"פגם" הוא החסרת משהו מהשלם ולא "חסר".
- ס' 57 לפקודת השטרות- גם כאן בס' זה "פגם שבצורה" מתפרש כליקוי צורני בחתימת ערב ולא בהיעדר חתימה. אבל השופט מסתייג ואומר שייתכן שלעניינינו תנאים פירושה המילוני של המילה "פגם" כפי שטען פרקליט העותר.

#### • טעמים שבמדיניות משפטית

השופט מנסה להתחקות אחר הטעמים לחוק, הוא משווה את חוק הירושה הישראלי לחוק הירושה בכל מיני מדינות בקונטיננט, הוא מצטט סעיפים מהצעת חוק הירושה ומדברי הסבר לחוק ומגיע למסקנה הנ"ל: שהדיבור "תהליך" או "הליך" מתייחס למרכיב "דינאמי" הדרוש לכשירות הצוואה (הצהרת המצווה שזוהי צוואתו/ אישור שופט או פקיד/ רישום דברי המצווה בזיכרון דברים) ולא למרכיב צורני "סטאטי", אי-רישום תאריך אינו יכול להיחשב לפגם בהליך. ולכן ס' 25 לא חל. לפי השופט, הכל אחד מן הסעיפים 20-23 נזכרים מרכיבים "דינאמיים" לכשירות הצוואה. אך בס' 19 מצויים רק תנאים צורניים "סטאטיים" ולכן ס' 25 לא יכול לחול עליהם כמו שחל על ס' 20-23.

בס' 20, תאריך הוא לא מרכיב סטטי ("גרעין הצוואה") ולכן קיבלו צוואה בהיעדרו.

אומר השופט שביהמ"ש הרחיב את יריעת ס' 25 וכבר חרג בכך מן האות הכתובה של החוק, אך ייתכן שהלכה זו רצויה כשמדובר בצוואת עדים (ס' 20), כי זה לא גרעין של צוואת עדים לעומת צוואת כתב בה יש רק את הכתב ואין דרך לאשר גמ"ד), ... אך אין עילה זו מספקת להרחיבה גם על דרישת התאריך בס' 19 לחוק, לא לפי לשונו המפורשת של החוק ולא לפי רוחו (טעמו). זו כבר חריגה, אי אפשר לחרוג יותר.

בס' 20 אפשר לקיים את הטעמים גם בלי תאריך. בס' 19 הטעמים נסתרים כשאינן תאריך/ חתימה ולכן יש לקיים את הכלל (ס' 19) דווקנית, כדי לממש את הטעמים.

לוי שואל מהי הדרך בה ייטיב ביהמ"ש להגיע לחקר האמת. מצוות המחוקק היא שבהעדר חתימה ותאריך יש להחיל דווקנית ואין להמשיך ולערוך חקירה בדבר אומד דעתו של המצווה. לדעתו, ספק רק אם יכול היה ביהמ"ש להגיע לתוצאה טובה יותר ע"י שקילה חופשית של ראיות.

הטעם לסעיף 19 הוא מניעת מרמה + לקיים את רצון המת. יש טעם נלווה נוסף לס' 19: מניעת סיכון הצפת סכרים ומניעה מבימ"ש להגיע לאמת. במקרה שלא נחיל דווקנית, הטעם הספציפי ירוויח קצת אבל הטעם המערכתי ייפגע מאוד.

לוי אומר שיש לתת לס' 25 פירוש ליברלי ככל האפשר ושהוא איננו דוגל בקיום דרישות פורמאליות ללא מטרה/ טעם מאחוריהן. אך לדרישת החתימה במקרה זה יש לדעתו טעם רב והיא משרתת מטרה מועילה. לדעתו, המחוקק מצא איזון בין שני טעמים: בין קיומן של דרישות צורניות פורמאליות לבין ריכוך דרישות אלו כאשר אין ספק בדבר אמיתות הצוואה. לכן, גם אם הוא היה סבור שניתן מבחינה תיאורית לתת לדיבור: "פגם" בס' 25 משמעות שאיננה כוללת "חסר", הוא היה נמנע מלעשות כן בנסיבות מקרה זה (כי יש ספק בדבר אמיתותה). יש פגיעה מאוד גדולה בטעם למניעת מרמות וזה גורם לוותר פעולה לפי טעם מימוש רצון המת.

הטעם של ס' 25 הוא גם טעם נלווה- לתת שק"ד לשופטים כשאינן ספק באמיתות מובטחת זהות הצוואה והמצווה + להשאיר מקום לפעולה לפי הנוהג + טעם נלווה שהוא מגמה מודרנית להסיר מגבלות פורמליות.

### ש' ברק

חולק על דעת הרוב משתי סיבות:

- א. העדר חתימה בצוואה בכתב יד הוא פגם שניתן לריפוי ע"י ס' 25.
- ב. יש להחזיר את התיק להמשך הדיון בשאלה האם הפתקים שהשאיר המנוחה, נכתבו בצלילות דעת ואם הייתה לה גמירות הדעת כדי לעשות את הצוואה.

#### • העדר חתימה בכתב כ"פגם" הניתן לריפוי

ברק שואל האם הדיבור "פגם" בס' 25 משתרע לא רק על מקרה של החסרת דבר מהשלם אלא החסרת השלם עצמו. לתשובה זו שני חלקים מצטברים:

- א. על השופט לפעול כבלשן המבקש לבחון אופציות לינגוויסטיות (בלשנות לשונית), האם ניתן לכלול במונח "פגם" לא רק חיסרון מהשלם אלא החסרת השלם עצמו. אם בדיקה זו תעלה כי ניתן, ולו בקושי, לכלול בביטוי "פגם" לא רק חסר בדבר קיים אלא גם העדר הדבר עצמו, יש מקום לעריכת הבדיקה השנייה.

ב. על השופט לפעול כפרשן. לאחר שבחרנו באותו פירוש למילה "פגם" על השופט לבחון האם הפירוש הזה מגשים את מטרת החקיקה. החוק הוא יצירה נורמטיבית הבאה להגשים תכלית חברתית והוא ביטוי למדיניות. על הפרשן לחשוף מבין קשת האפשרויות הלשוניות את המשמעות אשר תגשים את מטרת החוק.

השופט צריך להיצמד למטרת החקיקה = תכלית חברתית כדי להגשימה, ולא להיצמד רק למילים = במקרים חריגים עדיף סטייה שתגשים טעם, מאשר החלה דווקנית.

ברק עושה הבחנה בין סוגים שונים של דרישות צורניות בצוואה, שחלק מהן תנאי בלעדיו אין צוואה. לפי שיטתו, דרישות צורניות אשר כלולות בס' 25 הן ניתנות לריפוי, ודרישות צורניות שלא נמצאות בס' 25 אינן ניתנות לריפוי. ההבחנה בין סוגים שונים אלא היא תולדה של הפירוש שיש לתת לסעיף ולא הנחת היסוד אשר על-פיה יש לפרש את הסעיף.

בישראל, לעומת מדינות אחרות, הוסיפו עוד טעם נלווה לחוק- שק"ד. זה טעם נלווה שגובר ולכן יש להחריג מקרה זה.

לברק אין ספק באמיתות הצוואה.

ברק חולק על דעתו של ש' לוי שטוען שכאשר המצווה לא נמצא כדי להעיד על כוונותיו, ישנו סיכוי שהסרת כל ה"המחיצות הפורמאליות" יגרמו לכך שלבתי-המשפט יגיעו עתירות מרובות ובכך תקצר ידו מלהגיע לחקר האמת. וזאת ממספר טעמים:

א. העמסה- המצווה הישראלית הממוצע ובר הדעת, יעשה הכל כדי לקיים את הדרישות הפורמליות בעניין הצוואה ולא ישים מבטחו בס' 25.

ב. היעדר חתימה, יוצר לרוב ספק באשר לאמיתות הצוואה, די בכך כדי לצמצם את הפוטנציאל לתופעה. ברק אומר שניסיונו מלמד אותו שמספר הפתקים שאין ספק באמיתותם כצוואה אשר ייפסלו בשל גישתו של ש' לוי, גדול לאין שיעור ממספר הפתקים השקריים שיקוימו כצוואה לפי גישתו של ברק.

ג. ברק לא רואה סיבה מדוע דווקא בתחום הצוואות תקצר ידו של השופט לרדת לחקר האמת כמו בכל דין אחר. ברק מזכיר את ס' 23, צוואת שכיב מרע שנעשית בפני שני עדים וממנה משתמע כי המחוקק סבור שבמקרה כזה השופטים יכולים להגיע בעצם לחקר האמת למרות העובדה שאין בנמצא כלל כתב ידו של המצווה המנוח והכל מבוסס על דברי העדים. ברק שואל, אם כך הדבר בצוואת שכיב מרע, מדוע תקצר יד השופטים מלהגיע לחקר האמת בצוואת כתב יד, בה הבסיס הראייתי הוא אפילו חזק יותר?

לדעת ברק, יש לתת לביטוי "פגם" בס' 25 פירוש מרחיב – לפיו הוא משתרע גם על חסרונה של החתימה כולה. כשפירושו של חוק לפי לשונו (רולזים) מביא לתוצאה אבסורדית, מותר לשופט לסטות מהלשון כדי למנוע אבסורד ולקיים את הטעם המקורי. כלומר למרות שזה סותר טעמים מערכתיים של הכלל, אבל יש טעמים מערכתיים שיתגשמו: סטייה תביא לאמון הציבור בשופטים כי יצרו תוצאה צודקת.

#### חקיקה בענייני צוואה נקרעת בין שני שיקולים מנוגדים:

1. **האחד** הוא קיום רצון המת באשר לחילוק רכשו. השאלה היסודית כאן היא מה רצונו האמיתי של המנוח ואם רצונו בא לידי ביטוי (בכתב או בע"פ). ע"פ שיקול זה יש לתת תוקף לרצונו של המנוח תהא צורת הביטוי אשר תהא. גישה זו בקיצון עשויה להביא לביטול הצורך בכל הסדר פורמלי לצוואה.

2. **השני**, מאחר שבזמן שרכוש המצווה יחולק, הוא לא יהיה בחיים ולא יהיה ניתן לשאול אותו לכוונתו ורצונו, רצוי לקבוע דרישות פורמאליות:

- a. פונקציה הוכחתית- שיספקו הוכחה לרצון המצווה
- b. פונקציה אזהרתית- יזהירו באשר לרצינות המוריש
- c. פונקציה הגנתית- ויגנו מפני השפעות בלתי הוגנות.

לפי שיקולים אלה יש לתת תוקף לרצונו של המצווה רק אם אותו רצון מוצא ביטוי בדרך הפורמאלית הקבועה בחוק. - בקיצון לא יממומש רצון המת. וכאן במקרה זה, החתימה היא צורך לאשר את רצון המת לחתום על הצוואה ואפשר במקרה זה להבין אותו בדרכים אחרות, יש תחליפים לחתימה שיכולים לעזור להבין שהיה רצון לחתום ולכן אין חיוב בחתימה. אין בכלל סיתרה מול רצון המת, כי נראה שרצון המת בכל מקרה מתגשם.

שיטות המשפט המודרניות מאזנות בין שיקולים מנוגדים אלה. ודאי שהשיקול של כיבוד רצון המת הוא מרכזי. עם זאת, אין זה השיקול היחיד. גם השיקול הפורמאלי הוא לא השיקול היחיד וגם לא העיקרי. ז"א יש עוד שיקולים לפיהם נחליט האם ללכת לפי דרישות פורמליות. מה הם השיקולים שמאפשרים סטייה?

1. ראשית, בחוק מתבטאת נטייתו של המחוקק לקצץ בכמות הדרישות הפורמאליות. בס' 25 יש לו כלים לכך

2. שנית, בארץ מוכר כוחו של המנוח לצוות בע"פ.

3. שלישית, ביהמ"ש מוסמך לרפא פגמים, שנפלו בצורתה של הצוואה.

בהקשר זה ברק מצטט מדברי ההסבר להצעת החוק: "יש לתת לביהמ"ש שיקול דעת מסויים להקל במילוי הדרישות הפורמאליות כל עוד אמיתות הצוואה אינה מוטלת בספק (טעם ספציפי). הצעתנו נובעת מן המגמה הכללית להשתחרר מפורמאליות יתרה ולהעדיף תוכן על פני צורה". - דוג' לטעמים נלווים.

ס' 25 סייפא- דוג' מובהקת להתנגשות בין טעמים. מאפשרים לסטות כל עוד הטעם הספציפי מתקיים.

ברק אומר שאם המגמה החקיקתית (בחוק וגם לפי 25) היא לקיים את רצון המת, חייבת להיות לכך השפעה על המגמה השיפוטית. לכן, גם אם החוק קובע דרישות פורמאליות נוקשות, אין בכך כדי להביא לכך שהפרשן יהא פורמאליסט בפירוש החוק, על אחת כמה וכמה כשהמחוקק מגלה ליברליות (וזאת אפשר לראות בסד' 25 וגם בכך שהמחוקק מכיר בצוואה בע"פ). לדעתנו, גישה זו מחייבת לתת לביטוי "פגם" ביטוי רחב מהרגיל כדי להגשים את הטעם היסודי הגלום בחוק הירושה.

החלה מכאנית תביא לתוצאה לא הוגנת שלא עולה עם טעמי החוק.

ועדיין, יש מקרים קשים בהם הכלל (ס' 25) לא יחול- הפגם לא יהיה ניתן לריפוי, כי יש עוד שיקולים נלווים, למשל: אנחנו לא רוצים ליצור מערכת מבוססת אבחנות דקות מאוד.

### ש' בייסקי

בייסקי מבקר את ברק בשאלה לגבי הדרך הפרשנית שלו, האם בדרך פרשנות זו לא רק נשתחרר מפורמאליות, או מהדרישה הפורמאלית של החוק, אלא גם נסטה מהוראה מפורשת שלו שהיא בבחינת לב ליבה של ההוראה? היעדר אחת הדרישות בס' 19 לא ניתן לריפוי.

ישנן 4 צורות שונות לצוואה. הצורה שבדרך ס' 19 היא המקלה ביותר ומכילה הכי פחות דרישות פורמאליות (שתכתב כולה בכתב ידו, תכלול חתימה ותאריך). לכן לדעתנו, היעדר של כל אחת מדרישות פשוטות אלו בהכרח מעלה ספק באמינותה. אם המחוקק היה מוכן לעשות הקלות נוספות, הוא היה מזכיר אותן בלשון החוק.

כל אחת משלושת הדרישות שבס' 19 היא מרכיב יסודי. לכל אחת מהן יש טעם עליו חשב המחוקק כדי לקיים את מטרתו של החוק בעיניו, הדרישות הצורניות הללו הינן כלי עזר לאבחנת אמיתות הצוואה.

לדעתנו של בייסקי, יש להחיל דוקנית משום שהטעמים (מימוש רצון המת ואמינות הצוואה, גוברים). התחקות אחר כוונותיו של המחוקק לעניין מימוש המטרה שהוא ביקוש להשיג ולהגשים, וע"פ רוחו של החוק, בהכרח תוביל למסקנה, כי הדרישות הצורניות היסודיות משמשות מטרה בפני עצמה בהקשר לקביעת אמיתות הצוואה. וכשמדובר בס' 19, המחוקק כבר הלך עד קצה גבול הקיצוץ האפשרי בדרישות הצורניות, וככל שמצטמצמות הדרישות הצורניות הפורמאליות ע"י המחוקק, ממילא מצומצם תחום התערבותו של השופט לקבוע ויתורים נוספים בדרך פרשנית.

בייסקי מסכים עם ברק כי אכן נסיבות המקרה אינן רגילות אך חולק עליו כי יש בנסיבות אלו כדי לשנות את הדרישות. מבחינת אמיתות הצוואה, אשר חתימה עשויה לתרום לקביעתה, אין שוני בין מקרה זה לאחר. בייסקי טוען גם שהוא לא גורס לפורמאליות יתרה בפרשנות החוק, אך זאת כאשר הליברליות בפירוש החוק מביאה להגשמת מטרת החוק, ואין באותה פרשנות כדי לבטל הוראה מפורשת וחד משמעית שקבע המחוקק.

אין לי בעיה עם סטייה ליברלית, כל עוד מתגשמים טעמי החוק. יש כאן גם טעם מערכתני: לא לבטל הוראה מפורשת של המחוקק.

עוד טעם מערכתני: בייסקי מסכים עם חששו של ש' לוי. לדעתם קביעת נורמה על רקע של מקרה בלתי רגיל תהווה כר נרחב לחריגות ולניסיון לניצול לרעה של פתקים, שאין לדעת ואין אפשרות לברר את נסיבות עשייתם.

### ש' אלון

שני סוגי פגמים מנויים בס' 25 והם ניתנים לתיקון לפי שק"ד ביהמ"ש. **סוג 1** - פגם בחתימת המצווה/העדים, בכשרות העדים, בתאריך הצוואה. עניין זה חל על כל סוגי הצוואות אשר נדרשים בהם עדים ותאריך. **סוג 2** - פגם "בהליכים" בקשר לצורת הצוואה, עניין זה חל על הצוואות המנויות בס' 20-23 ולא לעניין הצוואה המנויה בס' 19.

הבחנה זו היא ביסוד לשונו של ס' 25 הקובע שבס' 20-23 מצויים "הליכים" שביהמ"ש רשאי להחליט בהם, ואילו ס' 19 מורכב כולו מיסודות צורניים הכרחיים שבהעדר אחד מהם אין הצוואה צוואה, ורק פגם שחל בהם ניתן לתיקון. כי זה סותר טעם עיקרי: הוכחת ג"ד- האם רצון המת היה לחתום.

שיש לס' 25 שני טעמים: צמצום ביטול צוואות + שיקול דעת לבימ"ש שיחליט מתי להחיל דוקנית.

אלון מתייחס לצוואה זו כצוואת שכיב מרע, הקיימת כאחת מצורות הצוואה שנתקבלו בחוק הירושה:

**ס' 23 לחוק הירושה:**

(א) שכיב מרע וכן מי שרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות, רשאי לצוות בעל-פה בפני שני עדים השומעים לשונו.

(ב) דברי המצווה, בציון היום והנסיבות לעשיית הצוואה, יירשמו בזכרון דברים שיחתם בידי שני העדים ויופקד על ידיהם אצל רשם לענייני ירושה; רישום, חתימה והפקדה כאמור ייעשו ככל האפשר בסמוך לאחר שניתן לעשותם.

(ג) צוואה בעל-פה בטלה כעבור חודש ימים לאחר שחלפו הנסיבות שהצדיקו עשייתה והמצווה עודנו בחיים.

אלון אומר שסוג צוואה זה, נקלט בחוק הירושה במקורות המשפט העברי, ולכן עקרונות המשפט העברי הם שידריכו אותנו כל עוד הם מתיישבים עם נוסח החוק ומטרתו. זאת הוא מבסס לפי דברי ההסבר לחוק ולפי ציווי חוק יסודות המשפט. (טעם מלווה מערכתי: בנחיית המשפט העברי) לפי המשפט העברי, כשאדם בריא ובתנאים רגילים, הטעם לאמיתות גובר, צריך שצוואה תלווה בקניין (צוואה כתובה עם חתימה), וכך תוכח גמירות דעתו. כשהצוואה נעשית בידי אדם חולה (שכיב מרע) שומה עלינו לברר אמיתותה של צוואה. שכן, צוואה זו צריכה להיות מלווה בקניין, מכיוון שאדם שכיב מרע, חזקה בידינו מכוח הנסיבות (לפי פירושו) שנעשתה בגמירות דעת. הטעם לאמיתות הצוואה מתממש, הוא בטל ברור שיש אמיתות ולכן לא ילכו לפי הדרישה הפורמלית.

← אילו דרישות לפי ס' 23 הן בבחינת "הליכים" שניתן לקיים צוואה גם בהיעדרם, ואילו דרישות הן כאלה שבלעדיהן אין צוואת שכיב מרע?

סימני ההיכר בלעדיהם לא תחשב הצוואה: 1. היות המצווה במצב של שכיב מרע; 2. אין ספק באמיתות תוכן הצוואה. שאר הדרישות הן בבחינת "הליכים" אשר לפי ס' 25 ניתן לקיים צוואה כזאת גם בהיעדרם. אלון מגיע למסקנות אלו מתולדה ומעצם מהותה של צוואת שכיב מרע, הן ממקורות המשפט העברי והן מחוסר הדרישות של המחוקק בס' 23. כלומר בגלל החוסר הקיים של ג"ד, הוא פונה למשפט העברי, שמשלים שבוודאות קיימת ג"ד. אם כן הטעם לס' 23 הוא מימוש רצון המת.

לפי אלון, אין ספק כי צוואת המנוחה במקרה זה היא דוג' מובהקת לצוואת שכיב מרע לפי ס' 23 בה נתקיימו שני סימני ההיכר לקיום הסעיף: 1. המנוחה ראתה עצמה אל מול פני המוות; 2. אין ספק באמיתות: תוכנה מהווה צוואתה של המצווה. אמנם הליך עריכת הצוואה פגום שהרי לא נערכה בעל פה לפני שני עדים, אך פגם זה ניתן לתיקון לפי ס' 25. ועל אחת כמה וכמה אין ספק באמיתות כי נכתבה ביד ולא בעדים.

משהחליט אלון שצוואת המנוחה היא צוואה לפי ס' 23, הרי שניתן להתגבר על פגם שבצורה מכוח הוראות ס' 25, ולכן אלון מציע למלא אחר מצוות קיום דבר המת ולקיים את צוואת המנוחה.

צריך ללכת לפי המחוקק בדיוק (רוליסט) אבל המחוקק מראה בפירוש שהסעיפים לא סופיים וניתן לסטות מהם.

אלון טוען שמהאמור בס' 23 עולה, שלדעת המחוקק משנערכה צוואה בנסיבות מיוחדות אלה יש להסיק על גמירות דעת, ולכן לא קיימת דרישה שהמצווה יצהיר בפני עדים שזוהי צוואתו. בצוואה בעדים לפי ס' 20, מוכחת גמירות דעת המצווה, ע"י כך שנעשתה בפני שני עדים. במקרה זה העדים מוכיחים גמירות דעת. לכן

במקרה של צוואת שכיב מרע אין טעם בעדים מכיוון שגמירות דעת המצווה עולה במקרה כזה מתוך הנסיבות המיוחדות.

המשפט העברי משלים: (1) הנסיבות המיוחדות מלמדות על ג"ד. (2) שזה חל גם על צוואת שכיב מרע בכתב.

### ש' לנדוי

הטעם: מילוי רצון המת. אבל הטעם לא יכול להביא למסקנה קיצונית בגלל שיש עוד שיקולים מערכתיים. מקרה קשה כמו זה הנידון עלול לשבש את הדין ולפתוח פתח לסכנה של טענות כוזבות, עדויות שקר, המטרה היא להוסיף בטחון. כללו של דבר, אין לוותר על דרישת המינימום, שהמחוקק קבע לצוואה בע"פ.

אולי הכלל הם טעמים מוציאים שלא לשקול טעמים אחרים כאשר דרישת המינימום איננה מתקיימת, או אולי שמדובר בשיקול מערכתי.

### לעזר 10: 01.12

בעבודה הבאה יהיה רצף בין מה שנלמד בכיתה לבין העבודה.

ככל שהחברה יותר מתוקנת היא מאפשר לכל פרט ופרט לצאת מן הכוח אל הפועל באופן יותר שלם ויותר מלא. ואם בחברה מסויימת יש נורמות שמונעות מהרבה מאוד פרטים, הוא יגיד שיש בה משהו מעוות, הסדר החברתי בה ודפוסי ההתנהגות בה אינם מתוקנים.

ההכרה התבונית- המוסרית היא יסוד המשפט: לכן המשפט הוא טבעי. המשפט הוא המערכת המאפשרת את החיים האנושיים: דיני נזיקין, חוזים, חוקי קניין, חוק העונשין. ענפי המשפט היסודיים ביותר שאי אפשר לדמיין חברה בלעדיהם, כל אחד מסדיר את סוג שיתוף הפעולה שיש בין בני אדם. הם יוצרים סדר חברתי. שת"פ זה מושתת על התבונה וחלק יסודי בתבונה זה היכולת להבדיל בין צדק לעוול, אז יש משהו טבעי בכל מערכת משפט שעניינה יצירת תשתית של המדינה.

לאור התפיסה שאדם הוא בעל חיים מדיני. אריסטו אומר "שהמדינה קודמת על פי הטבע לבית וליחידים שבבני האדם כי הכלל קודם בהכרח לחלק, שהרי אם נחרב כלל הנוף, לא תמצא רגיל או יד אם לא (אלא) בשיתוף השם".

'המדינה אפוא גם טבעית, גם קודמת ליחיד. וכך ברור, שהרי אין היחיד מספיק לעצמו כשהוא נפרד מהמדינה, לפיכך יחסו למדינה כיחס של כל חלק אחר לכלל שלו'.

'מי שמספיק לעצמו ... הוא או בהמה או אל'.

בן אדם לא מספיק לעצמו, היחידה הבסיסית ביותר שמספיקה לו היא מדינה. לורברבוים אומר שבחיים של היום אפילו מדינה לא מספיקה לעצמה ויש צורך בשיתוף פעולה בין לאומי כדי לספק תרופות, להקים גשרים, מערכות תחבורה. גם המדינות הכי גדולות צריכות לשתף פעולה עם המדינות האחרות כדי ליצור את המערכות הללו.

המדינה קודמת על פי הטבע לבית וליחידים, כי היחיד הוא בעצם איבר במדינה, ולכן ברור שהוא לא מספיק לעצמו כשהוא נפרד למדינה. הוא חלק מהכלל. מי שמספיק לעצמו הוא או בהמה או אל. מספיק לעצמו יכול להיות אובייקט פשוט מאוד שאין לו כמעט צרכים- כמו בע"ח או חפצים, או אובייקט שהוא שלם כל

כך שהוא מספיק לעצמו-אל. הוא מספיק לעצמו כי מצד אחד אין לו צרכים ומצד נשי יש לו יכולת אין סופית. כל מה שנמצא באמצע ויש לו צרכים, למשל לבני אדם יש יכולות בלתי רגילות אבל צרכים מאוד מאוד רחבים. מה שמפצה על הפער בין הצרכים שלנו ליכולות שלנו זה הטבע שלנו לשתף פעולה עם בני מינו, אחרת היה פער בלתי נדלה בין היכולות שלנו לצרכים שלנו, אותו אנחנו סוגרים באמצעות שיתוף הפעולה.

בשל שכלו, אדם יכול להפוך להיות הגרוע שבבריות. "האדם נולד, הוא כלי זינו (הנשק שלו) בידו, והם בידיו המעלות השכליות והמוסריות. ואולם אפשר לו ואפשר לו להשתמש בהם לשם תכליות הפוכות. לפיכך, אם הוא חסר את השלמות המוסרית והשכלית, הרי הוא הפושע והפרוע שבבעלי החיים, ואף הנוטה ביותר לזימה ולזוללות". אריסטו מתכוון לכך שהיכולת השכלית הופכת אותנו ליצורים שיותר מכל בעל חיי יכולים להגיע לנשגבות. אין ייצור או בריאה שמעוררת התפעלות יותר מהאדם, אבל כשם שהם יכולים להביא את תכונותיהם לשלמות מוסרית ושכלית, ובשל התכונה הזו שהם בעלי שכל, הם גם יכולים להגיע לדרמת הרוע והשפלות הנמוכה ביותר שבע"ח בהשוואה אליהם הם צדיקים גמורים. הפוטנציאל של בני אדם להגיע מצד אחד לקצה הנשגב ומצד שני לקצה הנבזי, תלויים שניהם בתבונה של האדם, ביכולת השכלית.

מתוך האתיקה ניקומכית (חיבור אחר של אריסטו בו הוא עוסק בתפיסות האתיות שלו שם הערות רבות על המשפט ועל המוסר): עושה שם את ההבחנה המפורסמת בין **צדק מן הטבע לצדק מן החוק**.

"הצדק המדיני קיים בחלקו מן הטבע ונובע בחלקו מן החוק. צדק טבעי הוא אותו חלק השריר בכל מקום ואינו תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות".

**'טבעי** הוא אותו חלק השריר בכל מקום ואינו תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות. שריר בכל מקום- זה לא אומר שבכל בני האדם בכל מקום חושבים כך, אלא שלא ניתן לחשוב על חברה שמאפשרת יציאה מן הכוח אל הפועל מבלי שאלו יעמדו בסדר חברתי שלה, ואם הם לא עומדים בבסיסו אז החברה לא מאפשרת יציאה מן הכוח אל הפועל. כדי שאותם אנשים יצאו מן הכוח אל הפועל הם חייבים לציית לכללים אלה.

"ואילו מן החוק נובע כל מה שיכול היה להיקבע באופן שונה"

לצד כל אותם כללים שהם צדק מן הטבע, יש **צדק מן החוק**- שתוקפם הוא פונקציה של ההסכמה לגביהם. מכוח החקיקה שלהם יש להם את התוקף. הוא מתכוון לומר שיש במערכות משפט להבחין בין כללים שהם צדק מן הטבע, בלעדיהם החברה לא תתפקד כמו שצריך, ובתוך הכללים האלה יש גם קבוצה של כללים שחיוני לחוקק אותם אבל כשם שחוקקו אותם בדרך אחת יכלו לחוקק אותם באופן אחר ואופן החקיקה לא משנה העיקר שיחקקו אותם. דוג': צריך להחליט באיזה צד של הכביש נוסעים. החלטה מסוג זה היא צדק מן החוק, משקבעת שנוסעים בצד ימין או עכשיו חיוני שתסע מצד ימין ולא מצד שמאל. וזה בסדר גם אם היית קובע שנוסעים בצד שמאל.

"צדק מן החוק", הדוגמאות של אריסטו: פרטי הקורבנות (כבש אחד או שניים), גובה הקנסות (דמי כופר של אסיר מנה או מאתיים)

הואיל ושיתוף הפעולה האנושי מכיל את כל הכללים האלה, אז במערכת המשפט יש גם כללים שהם צדק מן הטבע וגם כאלה שהם צדק מן החוק.



למשל הרמב"ם מתאר את טעמי המצוות והוא אומר שיש הרבה מצוות שלא יגידו מה טעמיהם מכיוון שהם כמו צדק מן החוק, לא משנה מה קובעים אבל העיקר שקובעים משהו ולכן אין סיבה כנראה משמעותית מאוד ללמה בחרו ספציפית בדבר הזה.

**האם אין המשפט כולו צדק מן החוק? האם אין מקורו של המשפט כולו בחוק?**

בעיית השונות: אמנם סבורים כמה אנשים שהצדק המדיני כולו מן החוק, כיון שכל מה שמן הטבע הוא אינו ניתן לשינוי כלשהו, ופועל בכל מקום באותו אופן עצמו כמו האש ששורפת גם כאן וגם בפרס. בעוד שלדעתם **כל מה שנחשב לצדק הולך ומשתנה.**

**תשובת אריסטו:** 'בעוד שיש אצלנו גם צדק טבעי, נכנע הכול לשינוי...': כלומר גם דברים 'טבעיים' יכולים להשתנות.

### משפט טבעי- סיכום

- עקרונות הצדק (המוסר האידיאלי) הם טבעיים במובן הזה שהם תבוניים
  - מכיוון שהם תבוניים, הם אוניברסליים ונצחיים- תקפים בכל מקום כי טבע האדם בכל מקום הוא אותו טבע. הם לא משתנים הואיל והטבע האנושי לא משתנה והתבונה האנושית לא משתנה
  - כולם אדם בשל טבעו התבוני מכיר את המוסר
  - עקרונות הצד והמוסר הם הבסיס לכל מערכת המשפט.
  - לדעת אריסטו, חוק שסותר את עקרונות הצדק הללו, כלומר נקבע כצדק מן החוק אבל סותר את המשפט הטבעי, הוא בטל.
  - במקום שאין חוק ניתן לפנת לעקרונות הטבע- כמו שחשין עושה בפלוני נ' פלוני (אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו).
  - לצד המרכיב הטבעי, החוק קובע הסדרים שונים שיש בהם ממד (צדק) הסכמי (צדק לפי החוק)
- לסיכום נקרא את דברי קיקרו: " חוק אמיתי הוא הסכמה של התבונה העם הטבע, . והוא אוניברסלי, בלתי משתנה וקיים לעד. הוא מטיל חובה באמצעות מצוותיו ודורש להימנע מעבירות באמצעות איסוריו. יהיה זה חטא לנסות לשנותו או לערער על חלק ממנו או לבטל את כולו. איננו יכולים להשתחרר מחובותיו לא על ידי הסנט ולא על ידי העם, ואיננו צריכים לחפש מפרש לחוק מחוצה לנו. לא יהיה הבדל בחוק זה בין רומא לאתונה או בין עכשיו לעתיד, אלא כל החוקים הם נצחיים ואינם משתנים ויהיו תקפים בכל האומות ובכל הזמנים. האדון האחד המושל על כולנו, האל, הוא היוצר של החוק הזה, הוא המכריז עליו והוא השופט."

ליאור 11: 6.12 (15- סיכום אל חן)

### ביקורות על המשפט הטבעי

1. ביקורות פילוסופיות
2. ביקורות מטא-משפטיות.
3. ביקורות יוריספרודנטיות (תורת המשפט)

### ביקורות על המשפט הטבעי- ביקורת פילוסופית:

הראשונות מגיעות מגישות **נון קוגנטיביסטיות**- גורסות שההכרה המושגית שלנו לא נעוצה בשכל, היא ביטוי של רגש. המוסר אינו רציונלי, אלא עניין לרגש. אלו הן גישות שאינן הרווחות ביותר, אולם קיימות. בהתאם לגישות הני"ל, רציונליות היא עניין ללוגיקה ולמדע בלבד.

**תשובה לביקורת:** השאלה מה רציונלי היא עמוקה: רציונליות היא עניין רחב יותר מלוגיקה. המוסר הוא רציונלי, הוא חלק בלתי נפרד מהרציונליות. זהו ויכוח קלאסי בתולדות הפילוסופיה.

### **ביקורת על המשפט הטבעי- בעיית is-ought:**

ביקורת נוספת מהצד הפילוסופי, **אי אפשר לגזור את מה שראוי (ought) ממה שמצוי (is) - הכשל הנטורליסטי**. אי אפשר לגזור נורמות (מסקנות) ממערך עובדות על מה שראוי לעשות. כך זה אומר שדברים שנוגעים בטבע עוסקים במה שמצוי, עובדות מסוגים שונים לגזור נורמות. אי אפשר לגזור נורמות מעובדות. ואולם לכאורה זה מה שעושה משפט הטבע. בעבר היו פילוסופים רבים טוענים מעובדות טענות לגבי מה שראוי. למשל אם אומרים שלא מן הטבע שילדים ייולדו ליחסים חד מיניים - אז יחסים חד מיניים הם אסורים. הטענה הראשונה עובדתית (אי אפשר להביא ילדים מהורים חד מיניים), אולם אין זה אומר כי הם פסולים או אסורים, או הכרה בנישואין כאלה היא אסורה. המשפט הראשון הוא עובדתי, והשני הוא על מה שראוי, ויש לשים לב שהאחד אינו נובע או משפיע על השני. לא נובע מה שאינו מביא ילדים זה פסול. אם מניחים שאסור לקיים יחסי מין שאינם מובילים להולדה, ושיחסים חד מיניים לא יובילו להולדה, אז המסקנה היא שהם אסורים. אבל כל עוד זו לא טענה קיימת לא ניתן לומר זאת. העובדה שהיחסים הללו לא מובילים להולדה, אינה אומרת שהם פסולים. רק מסוג מערכת שכוללת טענה ערכית עם עובדה ניתן להסיק טענה ערכית. אם המשפט הטבעי נועד להצגת עובדות, לא ניתן להקיש מזה אודות מה ראוי ונכון או לא נכון. תשובה לביקורת: ישנן אקסיומות (רציונליות) טבעיות. לכן המשפט הטבעי לא גוזר נורמות מעובדות. המשפט הטבעי למעשה מצביע על התמונה שנטועה בכל אחד מאיתנו, שהיא לכן חלק מהטבע, וכחלק מזה אנחנו תופסים טענות מתבוננתנו אודות מה מותר ואסור. הכשל הוא מעבר בלתי תקף, לא נכון, וזה משהו שהמשפט העברי אינו מבצע.

### **ביקורת על המשפט הטבעי- ביקורת יוריספרודנטיות:**

המשפט הטבעי לא מתאר באורח הולם את הפרקטיקה המשפטית: לפי הביקורת, דיונים במוסר שונים מדיונים משפטיים. עורכי דין ושופטים מחפשים את החוק בספרי החוק (מקורות המשפט), מחפשים את החוק המצוי, לא הרצוי. אינם מצבעים דיונים על מה שראוי או לא ראוי, אלא על החוקים המצויים ופירושים. הדרכים לגלות את החוק הוא טכני, לא דיון מוסרי. אם כך מתנהל המפשט, חוטאות התפיסות של גורסי המשפט הטבעי לאיך שפועלים המשפטנים.

טענה נוספת היא שהמשפט הטבעי מחדיר לחוק חוסר יציבות וחוסר וודאות. שכן אם המשפט משיג יציבות דרך חקיקה, כל שהפסיקה דורשת גילוי עובדות מסוימות, והמשפט הטבעי שם את החוקים במקום נחות מול עקרונות על. כך מתחילים ויכוחים ודיונים של שיקולים מוסריים בין אנשים.

### **תשובה לביקורת יוריספרודנטיות:**

הן את המשפט הטבעי והן את הפוזיטיביזם ניתן להציג באופן מגוחך. משפט טבעי אומר שהמשפט הוא רק או בעיקר מוסר, והפוזיטיביזם אומר שהוא רק מה שכתוב בחוק, הטענה הראשונה היא אינה הגישה של המשפט הטבעי והשנייה אינה של הפוזיטיביזם. כלומר ברור ששתי התמונות הללו מוטעות. איש משפט טבעי יסכים שיש משפט פוזיטיבי. פוזיטיביזם יסכים שהמשפטנים פונים לעיתים לדיון מוסרי. ראינו זאת גם בהקשר של אריסטו, הם רק יגידו שיש מימד חשוב ומרכזי שנקרא המשפט הטבעי בעוד כי הפוזיטיביסט יסכים שיש סיטואציות בהן משפטנים פונים לדיון מוסרי. זה מתבהר דווקא כאשר מסתכלים על המשפט מנקודת מבט של שופט, כך נראה שהוא עסוק בהכרעה הן כשמחפש את החוק כפוזיטיביסט והרבה פעמים

תוך שיקולים מוסריים כאילו הוא איש משפט טבע. למעשה הניתוח הזה לחוסר החד צדדיות של המשפט מבחינת הגישות בהן נוקט (גם פוזיטיבי וגם טביעי) ממתן את חוסר הוודאות וחוסר היציבות שבמשפט הטבע.

### פוזיטיביזם משפטי

#### ג'ון אוסטין - תיאוריית הפקודה

פרטים ביוגרפיים: נולד באנגליה, 1859-1790. פילוסוף ומשפטן אנגלי, אחד התלמידים המובהקים של ג'רמי בנת'האם (אבי התועלתנות המודרנית, ומניח היסודות על החשיבה מחדש על החוק האנגלי). אוסטין היה שייך לקבוצת הוגים שנקראו רדיקליים ששאפו לחולל רפורמות מרחיקות לכת במשפט האנגלי (באנגליה תמיד יש מתח מאוד חזק בין חשיבה חדשנית למגמה מודרנית עם יסודות שמרניים מסורתיים, אלו באו לידי ביטוי באופן ייחודי בהשוואה למתחים שקיימים בקונטיננט למשל). אוסטין טען שתורת"ה היא תשתית הכרחית לכתיבת ספר חוקים חדש לאנגליה. לשם הצלחה של כתיבת ספר חוקים חדש לאנגליה, נקיח את תורת"ה כבסיס. אוסטין רצה ליצור סביב תורת המשפט ספר חוקים חדש שיחיל רפורמות לכל חלקי המשפט (מיסוי, משפט חוקתי, הכל). אוסטין נקרא אבי היוריספרודציה האנליטית. הפילוסוף האנליטית היא סוג מטודולוגיה של תיעוד פילוסופי- רז, גנו, עושים עבודה דקדוקית וניתוח מזערי על מה כללים עובדים וממה עשויים.. המשגות וביקורת וכו' - זוהי אופיה של הפילוסופיה האנליטית. היא עושה עבודה מסוג זה כמעט על כל מושג שאנחנו מכירים, כך יש לה תרומה מעניינית ועמוקה להבנתנו על העולם. הוא הציע ניתוח אנליטי למהי מערכת משפט? נזהה את המימד האנליטי גם בביקורות כנגד לגישתו.

#### אוסטין - החוק הפוזיטיבי

נקודת מוצאו היא שעניין תורת המשפט הוא 'החוק הפוזיטיבי'. לדעתו חוק פוזיטיבי זה חוק שנקבע ע"י הריבון עבור נתיניו. כדי להבין במדויק מהו חוק פוזיטיבי, עלינו להבחין בינו לבין דברים הדומים לו: מוסר נוהג (ומוסר אידאלי), חוקי דת).

#### מהו חוק לפי אוסטין?

הגדרת החוק לפי אוסטין (לא רקחוק פוזיטיבי אלא כל חוק בכלל): 'חוק הוא פקודה כללית הניתנת על ידי יצור תבוני ליצור תבוני אחר, כדי לכוון את התנהגותו, ושיש לנותן הפקודה כוח כלפינו (כלפי מקבל הפקודה).

רכיבי ההגדרה הזו של חוק (חוק כללי):

1. חוק הוא פקודה, ציווי
2. כלליות - יכולים לדבר על פקודות ספציפיות, ועל ידי פקודות ספציפיות לא יוצרים חוק, אלא רק כל ידי כלליות.
3. ייצור תבוני לייצור תבוני - חוקים נוצרים ע"י אישים בעלי שכל (בני אדם/ אלוקים), לא יכולים להינתן ע"י בעלי חיים למשל. כשם שיוצר החוק הוא יצור תבוני, כך צריך להיות גם מקבל החוק ייצור תבוני, אי אפשר להחיל חוק על עצמים, או חיות (ולצפות שיצייתו באותו האופן). למעשה הרכיב הזה אומר שהפקודה בעלת יכולת קוגניטיבית שמחייבת לפעול, ומי שמבין את זה הוא גם ייצור תבוני, והבנתו יחד עם החובה לפעולה מוצאות מרכיב יסודי ובסיסי במרכז הפקודה.

4. **הכוונת התנהגות** - מטרת הפקודה היא לכוון את ההתנהגות לעשות פעולה/ להימנע מעשיית פעולה.
5. **כוח** - כוח כלפי מקבל הפקודה שיבוא לידי ביטוי בכך שלא תחשב פקודה בהיעדר אמצעי אכיפה במצב של אי ציות. כלומר אם אין כוח לאכיפת הפקודה- אין כוח וכך אין פקודה. הכוח צריך לפחות לגרום לאכיפת וקיום הפקודה.

### אוסטין: מהי פקודה?

**הגדרה:** 'פקודה היא מבע רצון של יצור תבוני אחד ליצור תבוני אחר, שיפעל או שיימנע מלפעול, כשאת מבע הרצון מלווה איום בסנקציה'.

1. מבע רצון של יצור תבוני- לא מבעלי חיים
2. ליצור תבוני אחר- ולא אל בעלי חיים.
3. פעולה או הימנעות מפעולה.
4. איום בסנקציה- אם לא תעשה אחיל עליך סנקציה, אגרום לך לנזק מסוים מסוגים שונים.

### מהי הסנקציה?

פקודה הרי מותנית בכך שלנותן הפקודה יש כוח כלפי מקבל הפקודה. ההבדל (לפי אוסטין) בין **פקודה לבקשה** הוא הכוונה והיכולת להפעיל כוח. אם לא יענה לבקשתך, תחיל עליו סנקציה מבחינת כוונה ויכול? זוהי פקודה, זה מה שיניע אותו לפעול לפי הרצון שלך. אולם בבקשת בקשה, הוא לא יפעיל כוח, זה אינה טיבה של הבקשה (יכול להיות שיפעיל אבל זה לא טיב הבקשה).

יש להבחין בין פקודה במובן לשוני לפקודה ממשית.

- פקודה **במובן לשוני**: אדם יכול לנסח (פסוק של) פקודה מבלי שיש לו כוח. כמובן לא כל פקודה במובן לשוני מהווה פקודה ממשית.
- פקודה ממשית: כוח וכוונה. הייתה לו כוונה להפעיל כוח ויכולת לממש את הכוונה. לכן אדם בעל כוח יכול לתת פקודה שמבחינה לשונית נוסחת גם כבקשה, שתהיה בנסיבות מסוימות 'בקשה שאי אפשר לסרב לה', או כחיווי. כמו למשל כשראש מאפיה פונה בבקשה, למעשה מדובר בפקודה, לכן אין צורך בניסוח פקודתי בהתאם לדרישות לשוניות תמיד, הפירוש יכול להיות תלוי נסיבות. בהקשר הסנקציה, לפחי אוסטין סנקציה הרבה פעמים היא האיום להפעיל או לגרום נזק במצבי אי ציות. כך שאם כל העניין הוא סביב תמריץ, לפי אוסטין לא מדובר בחוק כי לא מוצמדת סנקציה.

### חוק הוא פקודה כללית

יסוד הכלליות של חוק: חוק אינו סתם פקודה, כי פקודה יכולה להיות צו ספציפי לעומת חוק שצריך להיות כללי. כדי לדבר על חוק חייב לדבר על יסוד של כלליות בהכרח. אולם לפקודות ספציפיות עשויות להיות תוקף משפטי, הן חלק ממערכת המשפט, ואולם הן לא הבסיס של החוק. שני היבטים של כלליות: נמנעי החוק, סוג של פעולה (אוסטין מדגיש את סוג הפעולה). כלליות מבחינת נמעני החוק- נותנים פקודה כללית במובן שהיא פונה לכולם, היא כללית בכך שהיא לא פונה לאדם ספציפי אלא לציבור כולו. כלומר אם חוק פונה לאינדיבידואל ספציפי- אינו חוק. לעומת זאת יש כלליות שנוגעת לסוג הפעולות, בשונה מהאמירה אל תגנוב את זה, נותנים פקודה כללית: אל תגנוב, אל תשקר. או מי שמעל 18 מתגייס, מי שמרוויח איקס ישלם ווי מס. כלליות במובן סוג הפעולה (בו התמקד אוסטין)- הוא כללי כי אינו מונה הוראה ספציפית מדי, או שפונה אל קיום מעשה לאדם אחד.

**אוסטין - החוק הפוזיטיבי:**

מבע רצון (שאדם יפעל או ימנע מלפעול) יכולה להיות פקודה (סנקציה) או דבר שאינו פקודה (ללא סנקציה, כמו בקשה). הפקודה יכולה להיות בעלת אופי כללי ואז הופכת להיות חוק, או שהיא צווים פרטיים ואז אינה חוק. חוקים כלליים יכולים להיות חוקי בני אדם (כלפי בני אדם) או חוקי האל (לבני אדם: 'מוסר אלוהי', 'טבעי') חוקי האל כללים לכל בני האדם. חוקי בני האדם כלפי בני אדם יכולים להיות בעלי שתי הבחנות: חוק שאינו פוזיטיבי (חוק של בני אדם אבל על כל מי שאינו ריבון כגון הורה, מנהל), או שיכול להיות חוק פוזיטיבי (חוק של הריבון כלפי נתיניו), בשונה מחוק שלא של הריבון כלפי הכפופים לו. מה שיעניין את אוסטין הוא בעיקר החוק הפוזיטיבי.



ליצור 12: 8.12 (15-ס) סיכום אל חן

תרשים הזרימה מהשיעור הקודם מסכם לנו את אוסטין. לפיו אוסטין מדבר על החוק הפוזיטיבי. אוסטין לא מתכחש לקיום חוקי אל, או יסודות משפט טבעי אך אינם יסודות המשפט לפיו.

מהו החוק הפוזיטיבי? חוקיו של הריבון כלפי נתיניו. סוג מסוים של אדם כפי סוג מסוים של בני אדם.

**מיהו הריבון לפי אוסטין?**

הריבון הוא מי שיזכה להרגל ציות, והוא עצמו לא חייב בציות לשום גורם אחר. כלומר למציאת הריבון, יש להסתכל על יחידה פוליטית מסוימת, איזור מסוים וכך ניתן לגלות על הריבון על ידי זיהוי גורם שזוכה לציות מצד כולם והוא לא חייב בציות לאף גורם אחר. למעשה הריבון עומד בראש היררכיה של ציות. ברגע שתדע מי הוא הריבון, תדע מי מייצר את החוק הפוזיטיבי, המשפטי. לרוב זה מלך, אך יכול להיות גם גוף שלטוני אחר כמו פרלמנט, כנסת או ממשלה. אוסטין ידע שזה לא רק מלך למרות שבתקופתו היה מלך (אך אנגליה במאה ה-19 איפה שגר אוסטין כבר היה המלך בעל אופי סמלי ופחות ריבוני). הריבון הוא שמחזיק בכוח הרב ביותר במדינה, כוחו הוא אקסקלוסיבי. כלומר בעל כוח שרק הוא יכול להפעיל ואף גורם אחר לא יכול. כלומר לא רק הריבון הוא בעל כוח, יש אחרים בעלי כוח במדינה אבל כוח הריבון מתאפיין בזה שהכוח שלו הוא רק שלו, ויכול לגרום לכוחות אחרים להצטמק לעומת כוחו. למשל הריבון יהיה היחיד שיוכל להעניש אנשים בעונשים חמורים, או לכלוא אנשים. כמו כן הריבון יכול להאציל מסמכותו לשרים, פקידים, שופטים

וכו' והם פועלים כידו הארוכה. כאשר נראה פקיד או שר שפועל, נייחס את פועלם לריבון כי הם הוסמכו על ידי הריבון. לכן כל הגורמים הללו פועלים כידו הארוכה של הריבון, וכשנדבר על הריבון זה לאו דווקא המלך עצמו אלא גם כל הגורמים שפועלים בשמו.

### אוסטין: חוק פוזיטיבי, פקודה וחובה משפטית

אוסטין אומר שהיסוד הטבעי של הפקודה הוא הסנקציה, שהיא החשש של נמען הפקודה מנזק שייגרם לו במידה שלא יציית לפקודה. לפי אוסטין הכוח המחייב של פקודה וממילא גם של חוק נעוץ בכוח של הפוקד, שמאיים בסנקציה שיש לו כוונה להשתמש בה. אוסטין אומר: 'בהיותי צפוי לנזק (פגיעה) אם לא אציית לפקודה, אזי נכון לומר שאני כפוף לפקודה, וכי אני חייב לציית'. – כך אומר האזרח לעצמו. מה זאת אומרת כפוף וחייב לציית לה? החובה אינה מוסרית, הכפיפות נעוצה בכך שאם לא תעשה את הפעולה הזו אתה צפוי לנזק שיגרם לך בהיעדר ציות. למשל איסור חניה באדום לבן- אם תחנה יש סיכוי גדול שתקבל קנס. כלומר המשמעות של החובה היא ספיגת נזק באי עשיית הפקודה.

קיימים מובנים שונים של המונח 'חייב' (חובה). למשל כשאדם אומר שהוא חייב לחזור הביתה לסגור את הגז שפועל. הכוונה היא שהוא חייב שמא יישרף ביתו או יתקלקל לו האוכל. הוא לא רוצה לספוג את הנזק הזה אז יעזוב את השיחה ויכבה את הגז. או למשל כשמישהו אומר שהוא חייב ללמוד למבחן- הכוונה שהוא חושש שאם לא ילמד מספיק טוב, הוא יקבל ציון גרוע, ואז לא יוכל לעבוד בעבודה רצה והקריירה שלו תפגע. למעשה החובה היא רצון להימנע מנזק שיגרם במקרה של אי עשייה. דוגמה נוספת היא כאשר מישהו חייב כסף, הוא לא חושש מהיגרמות הנזק, אלא מחובה מוסרית להחזיר מה שקיבל.

כאשר אנחנו מדברים על מחויבות מוסרית נדבר על משהו במנותק מנזק שיגרם או לא, יכול להיות שמי שיחזירו לו שכח מזה ואז לא יגרם נזק אם לא יחזירו לו, אבל קיימת חובה מוסרית. אוסטין אומר שלא לזה הכוונה, אלא לחובה משפטית, לא מוסרית. למשל כמו הדוגמה של הגז הדולק. גם אם החובה המוסרית גוררת סנקציה, לא לזה הכוונה כאשר אומרים שחייבים.

לפי אוסטין חובה היא קורלטיבית לסנקציה, לרצון להימנע מסנקציה והנזק שיגרם. מדוע? כי חוק משפטי הוא מעין פקודה כללי שמכיחה סנקציה, חשש מעונש, מיד הריבון. הקורלציה בין פקודה לחובה: הכוח המחייב של פקודה נגזר מן הסנקציה הכלולה בה.

### כיצד עונה אוסטין לשאלה 'מהו החוק'?

המובן הראשון של השאלה: איך נבחין בין המוסד החברתי שנקרא 'חוק' לבין מוסדות דמויי חוק (כמו דת, מוסר נוהג)?

תשובתו של אוסטין: מקור החוק בריבון (פקודה כללית של הריבון שכלולה בה סנקציה- מרכיב בפקודה); מקור המוסר הפוזיטיבי בחברה. ההבדל בין מוסר פוזיטיבי למוסר פוזיטיבי הוא במקור שלהם, כלומר מקור החוק הוא בריבון ומקור המוסר הפוזיטיבי הוא בחברה (חוקים שאינם של הריבון). הסנקציות של החברה יהיו שונות מאשר הסנקציות של הריבון (לעיתים אפילו יכולים להיות חריפים יותר).

המובן השני של השאלה: מה ההבדל בין 'חוק טבע', 'חוק מוסרי' ו'חוק משפטי'?

תשובת אוסטין: חוקי הטבע מקורם באל, והם חוקים מתארים או מצווים; חוקי מוסר (פוזיטיבי) מקורו בחברה, ואילו חוק משפטי מקורו בריבון.

**המובן השלישי של השאלה: איך נדע מה החוק במקרה מסוים?**

**התשובה של אוסטין:** יש לזהות פקודה כללית רלוונטית של הריבון, או של מי שפועל מטעמו (כלומר מבע רצון כללי המלווה בסנקציה של הריבון). כלומר יש לזהות את הריבון, הפקודה הכללית ומה העניין שמעניין אותי, כך נדע מה אומר החוק לעניין מסוים. תמיד בכל אחד מהם נצטרך לזהות את הריבון.

**הפוזיטיביזם של אוסטין: איך נבין את המונח פוזיטיביזם?**

1. מקור החוק הוא בפוזיציה של נותן הפקודה- הריבון. ממלא את תפקיד השליט באיזור, ובהיותו מחזיק בפוזיציה הזו, פקודותיו הן החוקים הפוזיטיביים של המדינה.
2. **החוק הוא עובדה חברתית**- פקודה של הריבון או מישהו מטעמו. הפוזיטיביזם של אוסטין קשור לזה שחוקים הן פקודות חבריות שהריבון נתן. לא הולכים לערכים או צדק, אלא מנסים לזהות עובדה מסוג מסוים שנוגעת לאומרו של הריבון. מה יעשה שופט כשאומר מה החוק? לדעת לזהות את העובדה החברתית, כלומר מחפש את הריבון (הכנסת בישראל), מזהה את הפקודות הכלליות שלה ושם מוצא חוקים.
3. לפי אוסטין התיאוריה הזו מפתחת 'תקפות משפטית': הרבה פעמים נבחין בין משהו תקף לצודק, אלו שני מונחים שונים לחלוטין. מה שתקף לא בהכרח צודק ומה שצודק לא בהכרח תקף משפטית. תקפות משפטית ניתנת לריבון או מישהו מטעמו, לא שואלים האם החוק טוב או צודק, אלא האם הוא תקף, חלק מהחוק הפוזיטיבי שנאמר על ידי מישהו שמוסמך, לפי אוסטין זה יהיה הריבון או מישהו מטעמו.
4. 'חובה משפטית' נעוצה ברצון להימנע מנזק שהריבון יכול לגרום אם לא אציית. כלומר לומר שיש חובה משפטית = אם לא תפעל לפי ההוראה הנ"ל אתה צפוי לנזק.
5. **הערה היסטורית:** תורת הפקודה של אוסטין שלפיה מקור המשפט הור בריבון (במקרה של אוסטין זה הפרלמנט, החוקי האנגלי), היא ביקורת על מסורת common law האנגלי המדגישה שמקור המשפט הוא הציבור (כלומר מלמטה). כשהשופטים פוסקים על סוגיות הם עושים זאת על ידי תובנות מוסריות של הקהילה, הפסיקות הללו יוצרות את החוק- זה מבנה המשפט המקובל הבריטי שהפך להיות נחלת ארה"ב.

אוסטין, דווקא בגלל שפיתח תאוריה שלא מתאימה למשפט המקובל, מעניין לראות שהפכה להיות התיאוריה השלטת של המשפט הבריטי ובעלת השפעה באירופה (משפט קונטיננטלי). התיאוריה של אוסטין לא תיזנח בהמשך הקורס, דרך הארט נחזור לדון בנקודות מרכזיות בה.

**הל"א הרט: H.L.A.HART - פוזיטיביזם**

אנגליה, 1907-1992. הוא אולי החשוב ביותר בתורת"ה במאה הקודמת. בן למשפחה יהודית שהיגרה מאירופה, חי באנגליה. הוא כנראה הפילוסוף המשפיע ביותר בתורת"ה במאה ה-20 במיוחד בעולם האנגלו אמריקאי.

ספרו החשוב ביותר = the concept of law. הוא נתן קורסים בהם פיתח חשיבה חדשה בנושא חורת המשפט ושם סיכם בספר הזה את ההליך ואת חשיבת תורת המשפט שממשיכה את המסורת הפוזיטיביסטית.

**נקודת המוצא של הרט: ביקורת תורת הפקודה של אוסטין**

יש לומר שתורת הפקודה של אוסטין היא בעלת משהו אינטואיטיבי. כלומר מחד יש בה ברק אנליטי של פירוש מושגים, מיקום החוק הריבון, ראייה בחוק ככוח הריבון ובחוקים את יכולת הפעלת כוח לשם השגת סדר חברתי. ומאידך התיאוריה נראית פשוטה וכך אינטואיטיבית, למשל אם היית פונה לאדם שחי במדינה אחרת ושואל אותו מה זה חוק, איך היה מגדיר זאת? כנראה היה נותן תשובה די דומה לתשובת אוסטין, האינטואיציות היסודיות של התיאוריה אולי היו חוזרות אצל אנשים, כלומר התיאוריה מתאימה לשכל הישר ולכן הייתה בעלת השפעה גדולה מאוד.

נקודת המוצא של הרט היא לקחת את התיאוריה הזו (שהייתה מאוד פופולארית בזמנו) ולבחון אותה ואת הנחות היסוד שלה. הרט בוחן הנחות ויסודות של התיאוריה של אוסטין ומבקר בשיטתיות כמעט כל היבט בתיאוריה הזו. כמו כן הרט מציע היבטים נוספים של התיאוריה של אוסטין על ידי הביקורת שלו (התשובה של אוסטין במידה שיכול לתת למשל). כמו כן ניתן לראות שביקורתו של הרט על אוסטין למעשה היוותה את המסד של התיאוריה שלו, ולכן חלק בלתי נפרד ממנה. כי איך הוא בונה את התיאוריה שלו? ע"ב הביקורות וכך התיע גישה תורת משפטית אלטרנטיבית לגישת אוסטין. לביקורות הללו הרט מקדיש את פרקים 2-4 בספרו (the concept of law).

**הביקורת של הרט:****1- הביקורת הראשונה: של הרט על תורת הפקודה היא: מהי פקודה?**

אוסטין עושה הבחנה בין פקודה במובן לשוני תחבירי לפקודה במובן מעשי. אמרנו שבהקשר של אוסטין, ניתן לנסח פקודה אבל לא כל ניסוח לשוני של פקודה יהווה פקודה ממשית. לשם התגבשות פקודה ממשית צריך שנותן הפקודה יהיה בעל כוח על מקבל הפקודה ושיהיה בעל כוונה להפעלת הכוח (סנקציה) במקרי אי ציות. הרט מקבל את ההבחנה במובן הלשוני אבל שואל האם לא יהיה נכון להבין בין המובן הלשוני למובן הנורמטיבי?

**פקודה במובן הנורמטיבי:** לא אך ורק במובן לשוני אלא היא גם לא פקודה במובן של הוראה שצמודה אליה סנקציה, משום שאחת מטענותיו של הרט היא שסנקציה אינה מהותית לפקודה ככל שנבחין פקודה במובן שיש לה מעמד נורמטיבי. הדוגמה שמביא הרט להסבר: דוגמת אקדוחן: נדמיין אקדוחן שנכנס לבנק לשם שדידה שללו, הוא מכוון את האקדח לראש הפקיד ודורש ממנו להביא את הכסף אחרת ירה לו בראש. כמובן שהאקדוחן נתן פקודה ואליה הצמיד סנקציה, אך בואו נשווה את זה לפקודה שמפקד בצבא נותן לחיילים. הוא אומר להם קומו והסתערו, או שמרצה בכיתה נותן הוראה לקריאת חומרים לפני עבודה, שמא לא תקבלו ציון נמוך. האם המרצה דומה לאקדוחן שנכנס לבנק ומכוון אקדח לראש הפקיד ומאיים עליו בסנקציה אם לא ייתן לו את הכסף?

איך נבחין בין פקודה במובן הנורמטיבי לפקודה שהיא איום גרידא, שהיא לא פקודה במובן נורמטיבי אלא רק הפעלת כוח? פקודה במובן הנורמטיבי מחייבת התקיימות של תנאים מוקדמים של "סמכות" ו"הכרה בסמכות", שעומדים ביסודם של מוסדות חברתיים.

במובן הזה שודד בנק ניסח פקודה במובן לשוני ואיים באמצעות אקדח, אום מרצה בכיתה או מפקד בצבא אינו מאיים על החיילים אלא נותן להם הוראה, פקודה מסמכותו והם נענים לפקודה כי הם מכירים



בסמכותו, הם בכלל לא רואים בזה איום. זה שבשולי הפקודה יש מימד של סנקציה, בזה נדון בהמשך. למעשה פקודה במובן הנורמטיבי גורם לנו לחשוב על מערכות בהן לאנשים סמכות ומערכת הכפיפות מורכת על ידי מי שעובד במסגרות האלה ומקבל ונותן הפקודה מודעים למקומם בהיררכיה. כלומר מי שנותן את הפקודה מודע לסמכותו לעשות כן ומקבל הפקודה מכיר בכך שעליו לבצע אותה כי הפקודה ניתנה על ידי בעל סמכות. כך סנקציה אינה מרכיב הכרחי בפקודות שניתנות במערכות חברתיות בעלות ההיררכיה שבהן הגורם הנותן והמקבל את הפקודה מודעים להיררכיה. לכן במובן הזה לדבר על פקודה של אקדוחן בבנק, ובאותה הנשימה פקודה של מרצה בכיתה או מפקד בצבא או מנהל בעבודה זה יהווה טשטוש מובנים שונים של פקודה. שכן האקדוחן איים, נתן פקודה במובן לשוני אבל לא נורמטיבי. למה לא נורמטיבי? כי פקיד הבנק אינו כפוף לשוודד, אבל תלמידים באוניברסיטה כן מכפיפים עצמם למוסד, וכך למרצים שמלמדים אותם כי מכירים בסמכותם המקצועית. כך גם במקרי חיילים ומפקדים בצבא, ועובדים במקום עבודה שיש להם מנהל, קיימת מערכת כפיפות שהיא פונקציה של קבלת סמכות ומרות. ההכרה במסכות וקבלת המרות אינה מחייבת ציות עיוור. כך למעשה אין קשר בין האיום של האקדוחן לבין הפקודה של מפקד הצבא או הוראותיו של המרצה.

מכאן נובעת הביקורת של הרט על אוסטין, אתה רוצה לטעון שהחוק הוא למעשה שווה ערך לאקדוחן? הרט אומר שלא, החוק יותר דומה למרצה מפקד ומנהל במקום עבודה. לכן האופן בו אוסטין מתאר פקודה כנראה יותר תואם למובן הלשוני ולא הנורמטיבי שהיא סוג של היררכיה של כל הנכפפים תחתיה.

### אזור 13: 13.12

#### 1- הביקורת הראשונה של הרט על תורת הפקודה: מהי פקודה?

הבחנה בין פקודה במובן הלשוני (תחבירי) לפקודה במובן הנורמטיבי. פקודה במובן הנורמטיבי: דוגמת האקדוחן (ששוודד בנק)- ההבדל בין פקודת שוודד אקדוחן לבין פקודה של מפקד בצבא או מנהל בעבודה או מרצה בכיתה וכו'. פקודה במובן הנורמטיבי מחייבת התקיימות תנאים מוקדמים של "סמכות" ו"הכרה בסמכות" שעומדים ביסודם של מוסדות חברתיים (שיש בה ברגיל היררכיה). סנקציה/ כוח (פיזי) אינה רכיב הכרחי של "פקודה", ישנן פקודות שלא צמודה להן סנקציה. הסנקציה היא כלי מסייע ולא מהות הפקודה. (לפי אוסטין הסנקציה היא חלק ממהות הפקודה).

#### 2- ביקורת שנייה: נוגעת לסוגים שונים של כללים/ נורמות:

הרט אומר שבמערכות משפט יש כל מיני סוגים של נורמות. התיאוריה של הפקודה של אוסטין לא מצליחה להסביר אותן. כי אוסטין מסביר סוג מאוד מסויים של כללים "נורמות מטילות חובה" כשיש נורמה כזו היא אומרת לך מה לעשות, זה פקודה ואם אתה לא עושה כך תסבול סנקציה. אבל אם נסתכל נביו שיש עוד סוגים של נורמות שהן מהות המשפט. תיאורית הפקודה מחמיצה חלק גדול מהנורמות המשפטיות: הרט אומר שלצד כללים מטילי חובה יש כללים שהם מעניקי כוחות וכללים שהם מעניקי זכויות. ותיאוריית הפקודה של אוסטין מושתת רק על כללים/ נורמות מטילות חובה.

כללים מעניקי חובה- לא תרצה, לא תגנוב, שלם מס, גיוס בגיל 18. כללים שמטילים כל מיני סוגים של חובות- הימנעויות (לא תגנוב) או מעשים (שלם מס). בדר"כ אנשים יחשבו במונחים של כללים מטילי חובה, אבל

אם נחשוב על זה שיש כללים שלא מטילים חובות אלא רק נותנים זכויות: או שנותנים זכויות מכל מיני סוגי או שמעניקים כוחות.

כללים מעניקי כוחות - כללים שמעניקים כוח הם שונים מהותית מאלה שמעניקים חובה. הם מעניקים לאדם כוח (משפטי) ליצור חובות וזכויות חדשות.

חוק החברות, חוק הצוואות, דיני נישואין, הוא לא מטיל חובה "לעשות חוזה". החוק מגדיר איך משתכלל חוזה ומה קורה במקרי הפרה. מסדיר את המושג שנקרא חוזה. החוק נותן לנו כוח- אנחנו יכולים ליצור חוזה ואם נעשה זאת יהיה לנו זכות שיש לה תוקף משפטי. למשל חוק החברות, הכלי הזה שנקרא חברה בערבון מוגבל הוא כלי בר כוח, אבל הוא לא חובה, הוא לא מחייב אותך להקים חברה, אבל הוא נותן לך כוח, אני מאפשר לך ליזום, להצליח, דרך הקמה של יישות משפטית מלאכותית שנקראת חברה שערבון מוגבל וזה חוסם בינך לבין רכוש החברה שהקמת, כדי לעודד יוזמה ויצירה ופיתוח בציבור. החוק הזה נותן כוח גדול להקים חברה, לנהל אותה בלי לפגוע בנכסים שלך. אין פה חובה אלא הענקת כוחות. דוגמה שלישית היא דיני הצוואה צוואה היא לא חובה, אף אחד לא מחייב אדם לעשות צוואה. אלא נותנים לך כוח לצוות את רכושך גם כשאתה כבר לא נמצא בעולם. דוג' רביעית: דיני נישואין או גירושין. החוק אומר שאם תעשה פעולה מסויימת אתה נחשב נשוי או גרוש. אתה מפעיל את הכוח שלך לשנות את הסטטוס המשפטי שלך ממצב של רווק למצב של נשוי ומרע זה משתנה מצבך המשפטי ויש לזה המון השלכות ומשמעויות, זה לא חובה זה כוח.

העובדה שנתנו לנו כוחות כאלה, מעניקה לאדם כוח משפטי ליצור חובות וזכויות חדשות. כללים מעניקי כוחות מצד אחד מעניקים כוח לכל פרט ופרט אבל גם כוחות שהחוק מעניק לאנשי ציבור, למשל כוח לשופט להכריע בדיון, להוציא צווים, לתת סעדים. לפקיד מסויים לתת רישיון למונית, לכלי נשק. לפקיד בעירייה כוח לתת אישור לסגור מרפסת.

כללים מעניקי זכויות - למשל חוק מעניק זכות לקבל קצבה. זה לא חובה. למשל החוק קובע זכויות אזרח, זה לא חובות (לבחור, להיבחר) זה מטיל אולי חובה על הממשלה אבל עבור האזרח זה זכות.

נראה שהתיאוריה של אוסטין לא מצליחה להסביר את מגוון הנורמות האלה, אלא נותנת הסבר (לקוי לאור הביקורת הקודמת) לסוג מאוד מסויים של נורמות שנראה שהן והן בלבד הנורמות המשפטיות. אבל אם מסתכלים מבינים שהנורמות המשפטיות הן יותר מגוונות ולא מכילות רק נורמות מטילות חובה אלא גם יוצרות כוחות וזכויות.

### תגובת אוסטין

זאת ביקורת חריפה מאוד ולכן אוסטין שהיה נבון היה מודע לסוג כזה של נורמות אז הוא הגיב וניסה להסביר את אותן נורמות: מעניקות כוחות, במונחים של תיאוריית הפקודה של אוסטין. אוסטין השיב: גם את חוק החוזים אפשר לתאר בצורה של נורמה שמצווה ואם לא מציינים לה סופגים סנקציה. למשל, שחוק החוזים אומר שכדי לעשות חוזה צריך הצעה וקיבול ומסויימות. אם לא תציית לכך, הסנקציה היא ביטול החוזה. זה לא שהסנקציה קמה בכל מצב, צריך כמו "ללחוץ על כפתור" כדי ליצור את המצב. לפיו, חתימת חוזה שלא לפי חוק החוזים אינה אי ציות. ובטלות החוזה אינה סנקציה אלא היעדר כוח.

המושג "סנקציה" הוא כמו תגובה של המערכת להפרה, לא מדובר בתוצאה לא רצויה של עולה, למשל אם נדרסת כי חצית באדום זה לא הסנקציה שלך, זה התולדה הלא רצויה של הפעולה ולא סנקציה. כל התוצאות האלה הלא רצויות של המשפט, אי מילוי חוזה וביטולו היא לא סנקציה על אי ציות להוראות חוק החוזים.

אלא תולדה לא רצויה לפי לורברבוים. אלא כוח של אדם. אי מילוי ההוראות נותן כוח לאדם השני לבטל את החוזה אבל זה לא סנקציה.

אז הייתה גם ביקורת על התשובה שלו: בטלות החוזה היא לא סנקציה אלא בטלות החוזה היא מצב של היעדר כוח. (להשלים מעט מהמצגת)

### תשובה נוספת לביקורת היא טענה שמעלה קלזן: בנוגע לטענה הזו של סוגים שונים של נורמות

הנס קלזן: מהותם של כללים מעניקי כוחות הוא העמדת הכוח של המדינה מאחורי הפעולה המשפטית, למשל מאחורי חוזה שנכרת.

דוג': ההבדל בין הסכם ג'נטלמני (שלא ניתן לתבוע על הפרתו), לבין חוזה תקף (ניתן לתבוע).

אז בשביל מה צריך את חוק החוזים? אנשים יוצרים התחייבויות והסכמים גם בלי החוק הזה. מה בעצם חוק החוזים עושה? הוא אומר לאנשים- אני לא ממציא את רעיון ההסכמה, זה רעיון שהיה קודם, מה שנאי עושה באמצעות חוק החוזים זה שאני מעניק להסכמה שאתם מגיעים באמצעות חוק החוזים, מעניק למדינה כוח מאחורי ההסכם הזה. וזה ההבדל בין הסכם ג'נטלמני לאחד שנעשה לפי חוק החוזים- שהשתכלל להסכם משפטי תקף. ההבדל הוא שאם מישהו יפר את ההסכם המשפטי הצד הנפגע יכול לפנות לבימ"ש ולבקש סעד. ההבדל הוא הכוח של המדינה שעומד מאחורי חוק החוזים. ומי שעושה הסכמים לפי החוק מתבסס על כוח המדינה. מה שחוק החוזים עשה זה גייס את הכוח של המדינה לטובת חוזה שהשתכלל במסגרת חוק החוזים. מכאן שכוח המדינה הוא יסוד חיוני קריטי. נכון שאין הטלת חובה כאן ואתה יכול לא לחתום על חוזה. אבל אי אפשר לנתק את הכוח של המדינה מהרעיון של החוזה. קלזן טוען שגם כללים מטילי כוחות יש ביסודם את הכוח של המדינה.

**ביקורת של הרט על התשובה הזו של קלזן:** כשם שסנקציה אינה מהות כללים מטילי חובה (אלא רק גורם מסייע) היכולת לתבוע על הפרת חוזה אינה מהותם של דיני החוזים אלא הכוח (המשפטי) לכונן אותם.

התפקיד המרכזי של חוקים שתפקידם הענקת כוחות תפקידם המרכזי הוא לא להגיד שאני מעמידה את שלי מאחורי מוסד המדינה. התפקיד המרכזי של חוק החוזים זה לתת כלי שמאפשר ליצור מפגש רצונות. התפקיד חוק החברות למשל הוא ליצור מערכת כללים שתעזור לאדם לזום להועיל לחברה, לצמצם סיכון. כמובן שהמדינה מעמידה את כוחה במצבים שמישהו פעל לא כראוי במסגרת ניהול החברה אבל זה יהיה מוטעה לחשוב שכל מהותו של חוק החברות זה להעמיד את כוח המדינה מאחורי רעיון של חברה במצבים פתולוגיים של הפרה של הכללים הללו. דוג' נוספת: חוק הצוואות מעניק כוח. כמובן שאם מישהו מתכחש לצוואה אפשר לפנות לבימ"ש ולרשויות. אבל האם זה מהות הצוואה? או שמהותה לתת לאדם כלים בדרכים שונות להפעיל את הכוח וליצור צוואה ולממש את רצונכם כשאתם תעבור מהעולם. דוג' נוספת דיני הנישואין: במצב פתולוגי למשל שהבעל לא משלם מזונות, יפנו לבימ"ש. אבל זה לא מהות דיני המשפחה. לא מהותם להגן על צד שנפגע במקרה שיש הפרה של הכללים, אלא המטרה והמהות שלהם היא קודם כל לכונן באופן שמוסכם על ידי כולנו את המוסד הזה שנקרא משפחה, כלי בידם כדי לממש את החיים המשפחתיים ופרטיים שלהם כמו שדיני חברות זה כלי לממש את החיים העסקיים והיוזמות שלהם. אבל לתאר את כל הכללים האלה כאילו תפקידם זה להעמיד את כוח המדינה מאחוריהם זה לא להבין את טיבם הנורמטיבי של הכללים האלה. שהוא להוציא לפועל מחשבות, רעיונות, מוסדות. אם המדינה לא הייתה יוצרת את מוסד המשפחה כל אחד היה צריך לעשות זאת בעצמו. אנשים אמורים לכבד את הכללים האלה וכך הדינים הללו מקבלים את המשמעות שלהם, בזכות התפיסה החברתית של החברה אותם וכבוד אליהם.

ליאור 14: 20.12 (סו)

### 3- ביקורת שלישית: המנהג כמקור לנורמות משפטיות

בדרי"כ רגילים לדבר על שלושה מקורות מרכזיים לנורמות משפטיות: חקיקה, פסיקה (שיוצרת גם תקדימים ואז היא רלוונטית לא רק לסכסוך הנוכחי אלא יוצרת גם נורמות כלליות) ומנהג.

המנהג בתקופה המודרנית הוא פחות בולט אבל בימי עבר היה מאוד מרכזי. מנהג הוא דפוס התנהגות שהשתרש בחברה והוא נתפס במחייב ע"ע בני החברה גם מבחינה משפטית. בהרבה חברות שעברו ממערכות ממע' נורמטיביות אתיות למע' נורמטיביות בעלות אופי של משפט, המעבר הזה היה מטושטש, אבל ברגע שקמה מע' משפט ומבחינים בנורמות שנתפסות כמחייבות מסורית אבל אין להם תוקף משפטי, לעומת נורמות שנתפסות כחלק ממע' המשפט, עדיין המקור לנורמות המשפטיות האלה היה המנהג, הוא זה שהפך אותן לנורמות משפטיות. זה לא אורמ שהמנהג היה מקור השראה למחוקק, אלא המנהג הוא זה שכונן אותם כנורמות משפטיות. במובן הזה המנהג בעבר ובמובן מסויים גם בהווה הוא אחד המקורות לכינון של נורמות משפטיות. הרבה פעמים עושים הבחנה בין מנהג שהוא דפוס התנהגות אין לו תוקף משפטי לבין מנהג שיש לו תוקף משפטי. מנהג הוא נורמה משפטית שצומחת "מלמטה".

דוג לנורמה משפטית שמקורה במנהג: פיצויי פיטורין- אם אדם עבד אצל מעביד מסוים והחליט לפטר אותו, העובד זכאי לפיצויי פיטורים. למשל משכורת לשנה. בשנת 1963 חוקק חוק פיצויי פיטורין. אבל לפני חקיקת החוק, מקום המדינה ועד 63 היה מנהג שנתפס במחייב מבחינה משפטית לפיו אדם זכאי לפיצויי פיטורין לפי נוסחה מסוימת ואם אדם פוטר ולא קיבל פיצויים אלו הוא יכול לפנות לבימ"ש ולטעון שמגיעים לו פיצוי פיטורין. וזאת מתוקף מנהג עם תוקף משפטי ולא מתוקף חוק. החוק הזה עיגן את המנהג המשפטי בעל תוקף משפטי כחוק מנוסח היטב, ואז המנהג הפך לחקיקה. זה דוג' למנה שהיה לו תוקף משפטי שאח"כ גם שימש מקור השראה למחוקק ליצור חוק.

תיאוריית הפקודה של אוסטין לא מכירה במנהג כמקור לנורמות משפטיות. לפי התיאוריה שלו, ההגדרה של חוק היא פקודה כללית שמקורה בריבון ואליה הוא הצמיד סנקציה, ולכן כל המקורות המשפטיים מקורם בריבון. נגיד פסיקה לא מעוררת את הקושי הזה כי ניתן להגיד שריבון הסמיד את בימ"ש לפסוק והעניק לפסיקה מעמד תקדימי ומחייב, ולכן מקור הפסיקה בריבון. אבל המנהג, מקורו איננו בריבון, הוא צומח מלמטה, מגיע מהציבור. ואם כך, יש חוקים שמקורם אינם בריבון. וזה ליקוי נוסף בתיאוריה של אוסטין שמתעלם מאחד מהמקורות המרכזיים ביותר במשפט- המנהג. אם נסתכל על הקומון לואו האנגלי, הוא ביסודו בנוי על המנהג, יצרו תקדימים לאור סכסוכים שהגיעו אליהם והתבססו על נורמות משפטיות שהן נורמות חברתיות, מנהגים מושרשים בחברה. ומעניין שאוסטין הוא הוגה בריטי יצר תיאוריה שלא כל כך מתאימה למשפט המקובל.

התשובה של אוסטין לביקורת: מנהג הופך לנורמה משפטית באמת רק כאשר בית המשפט נותן לו תוקף כפס"ד. ואז הוא הופך לתקדים מחייב. כך הוא יטען גם לגבי הדוגמה של פיצויי פיטורין בישראל. עד שבימ"ש לא פסק, מדובר היה במנהג שמושרש היטב בחברה והציבור מציית לו אבל אין לו באמת תוקף משפטי, ותוקף כזה התקבל רק כשהריבון קיבל אותו- באמצעות בימ"ש שפסק במקרה הראשון שלעובד שלא קיבל פיצויים מגיע פיצויים.

תשובה לאוסטין: כשבימ"ש אוכף את המנהג, זה לא בגלל שזה מה שמחוקק או נותן למנהג תוקף משפטי ועד כה לא היה לו, אלא מפני שלמנהג כבר יש תוקף משפטי שצריך לאכוף אותו.

**4- ביקורת רביעית: חוקים החלים על הריבון**

תיאוריית הפקודה של אוסטין לא מכירה בחוקים החלים על הריבון, כנסת, שרים, רוה"מ וכו'. אם ההגדרה של אוסטין היא פקודה של הריבון. אנחנו יודעים שבחברות דמוקרטיות החוקים חלים גם על הריבון לא פחות מאשר על כל שאר האזרחים. התיאוריה של אוסטין לא נותנת דין וחשבון למערכות משפט כאלה בכך שהריבון כפוף לחוק. אף אחד לא יחלוק שברגע שמנסים להכפיף את הריבון לחוק זה עלול ליצור קשיים למע' המשפט. למשל, כמו שרואים בחוק דרעי, או נתניהו. אולם הנורמות המשפטיות חלות על הריבון כמו שהם חלות על כולם. ואוסטין שמדבר על הפקודות שמקורן בנורמות, והריבון כמי שנותן פקודה לנתינים ואי אפשר לדבר על כך שהוא נותן פקודות לעצמו, כלומר קשה לומר שאדם כפוף לפקודות של עצמו. לכן מאוד קשה להסביר את התופעה במדינות רבות בהן הריבון כפוף לחוק.

אם אמרנו שחוק הוא פקודה כללית: מבע רצון כלפי מישהו אחר, לא כלפי עצמך, ובמובן הזה אדם לא פוקד על עצמו ולא מטיל על עצמו סנקציות.

התשובה של אוסטין: נכון שהריבון הרבה פעמים פעול לפי חוקיו, אולם זה כדי לתת דוג' אישית והוא לא באמת כפוף להם. הריבון לא באמת כפוף לחוק כי אם היה כפוף לחוק יכול היה להתאים את הפקודות לפי מה שמתאים ונוח לו.

תשובה לאוסטין: האמנם כך במערכות משפט מודרניות? נכון שיש הרבה מקרים בהם הריבונים יכולים לנצל את הפקודות ולעשות מניפולציות על החוקים כדי לא להיות כפופים להם, ואי אפשר להתכחש לזה שבמסגרת הזו בה החוקים מגבילים פוליטיקאים זה בהחלט דבר שקורה, אבל זה בלא מעט מערכות משפט הוא עדיין כפוף לחוק, במע' משפט מודרניות החוקים חלים עליו כפי שהם חלים על האחרים, והעובדה שיש מצבים חריגים בהם בעלי כוח משתחררים מהכפיפות לחוק לא מוכיחה את ההפך, אלו דוג' חריגות למצבים מסויימות בהם הריבון מנסה להשתחרר מהכפיפות.

**5- ביקורת חמישית: האימפרסונליות של החוק**

בחוק אין ממד אישי, פרסונלי, אישיותי. לפי תיאוריית הפקודה, כשמדברים על ייצור תבוני שנותן פקודה ליצור תבוני אחר, פקודה מקורה בייצור תבוני שהוא אישיות שנתנה פקודה לאישיות אחרת, ואנחנו תופסים איזשהו קשר בין האישיות הזו לפקודה שהיא נתנה, משמעות הדבר היא שכל עוד נדבר על פקודה במובן ריאלי, תמיד נקשור בין האישיות שנתנה את הפקודה לבין הפקודה עצמה. כלומר פקודה קשורה לנותן הפקודה, אם נותן הפקודה איננו קיים, הפקודה איננה. לעומת זאת, כשחושבים על חוקים שנוצרים על ידי מוסד מחוקק, אנחנו חושבים על חוקים באופן שאין בהם ממד פרסונלי. יש להם חיוניות ומעמד גם אם הגורם שחוקק אותם עבר מן העולם ולא קיים. חוק ממשיך לחיות. כשחוקים נוצרים על ידי מוסדות מחוקקים יש להם יסוד אי פרונלי, הם עצמאיים ולא קשורים באופן הכרחי לגורם שחוקק אותם. מרגע שהם קיימים ומחייבים הם קיימים בפני עצמם לאל קשר למחוקק. כל מה שצריך לדעת זה האם החוק נוצר על ידי מוסד בעל סמכות ומרגע שהוא נוצר על ידי מוסד בעל סמכות יש לו תוקף משפטי.

לכן, כל אימת שמתחלף ריבון, אנחנו לא אומרים שהוא צריך לחוקק מחדש את כל החוקים שהמחוקק הקודם חוקק. הם ממשיכים להתקיים עד שמחוקק מסוים לא יבטל אותם או ינסחם מחדש. זאת אומרת שכשמתחלף ריבון זה לא אומר שמתחלפת מערכת משפט ובמובן הזה מערכת משפט לא תלויה בפרסונליות של הריבון. לכן החוק הוא אימפרסונלי.

**תשובתו של אוסטין:** כל אימת שקמה כנסת חדשה היא באיזשהו אופן מובלע מחוקקת מחדש את החוקים של הכנסת הקודמת. אבל אנחנו יודעים שזה לא כך.

### **סיכום הביקורות של הרט על תורת הפקודה של אוסטין**

כולן מצביעות על ביקורת אחת מרכזית והיא שאוסטין לא נתן מענה מספק על מעמדה הנורמטיבי של מעי המשפט:

1. ביקורת מושג הפקודה והסנקציה- ועד כמה הסנקציה משמעותית
2. סוגי הנורמות- כללים מטילי חובה וכללים מעניקי כוחות וזכויות, מאפיינות גם מעי משפט עתיקות כמו הלכה תלמודית או התורה.
3. המנהג כמקור לנורמות משפטיות
4. חובות החלות על הריבון
5. אימפרסונליות ומערכתיות המשפט
6. כל הביקורות האלה נוגעות להיבטים שונים של הנורמטיביות של מערכות משפט.

כשנדבר על התיאוריה של הרט נראה שהיא לא לוקה בבעיות העלה והעובדה שהוא נותן דין וחשבון על מעמדה הנורמטיבי וטיבה של מערכת משפט.

### **התיאוריה של הרט- כללים משפטיים הם כללים חברתיים**

תיאוריה פוזיטיביסטית. כללים משפטיים הם לא פקודות וגם לא משפט טבעי. נקודת המוצא היא המושג כלל חברתי. הוא טוען שכלל משפטי הוא בעצם סוג מסויים של כלל חברתי.

#### **מהו כלל חברתי לפי הרט?**

כלל שנתפס כמחייב בקרב בני החברה.

**דפוס התנהגות** שרווח בחברה באופן כללי, או תת קבוצה של חברה מסוימת. דפוס התנהגות שהוא קבוע ו/או שהוא חוזר על עצמו בתנאים מסוימים או זמנים מסוימים (למשל יום מסוים בשבוע). אלו כללים חברתיים בחברה המסוימת הזו. יכול להיות דפוס התנהגות שטיבו הימנעות או שטיבו פעולת עשה. אבל דפוס ההתנהגות הזה הוא לא דפוס שאנשים עושים סתם, אלא יש לו **הצדקה**, נתפס כמוצדק על ידי בני אותה חברה ובהיותו מוצדק הוא זוכה **לציות פנימי**. כלומר, אנשים עושים אותו כי חושבים שהוא נכון. הוא מחייב אותם והם חושבים שראוי לעשות כך. בני החברה מבקרים מי שסוטה ממנו.

ה"הצדקה" בהקשר הזה אינה אידיאלית, כלומר זו לא הצדקה בעיני כולם, אלא כך בני אותה חברה חושבים. (לא של המוסר האידיאלי).

אפשר להסתכל על כללים חברתיים מנק' מבט חיצונית או פנימית: למשל בתור סוציולוג, בתור תייר במקום חדש, נסתכל על דפוסי התנהגות של בני חברה מסוימת, להתפעל או לחשוב שזה זר לנו. אולם בני החברה יסתכלו על הכלל מנקודת מבט פנימית, ולכן יצייתו לו ציות פנימי, ציות פנימי אומר שהוא חושב שהציות הזה מוצדק, ולכן ציות לו הוא חובה. בעיניו, הציות לכלל הוא חובה. כמו למשל אנשים שמצייתים להלכה בשבת, הם תופסים את הכללים הללו כחובה, בשל אמונותיהם הדתיות והזדהותם עם החברה שהם שייכים לה- הדתית, רוב בני החברה הזו יאמצו את הכלל הזה בשל ההצדקה שהם נותנים לכללים האלה. בשל

ההצדקה הזו, בני החברה הזאת יבקרו את הפרטים מקרבם שלא מצייתים לדפוס ההתנהגות המוצדקים האלה. כלל חברתי שנתפס כמחייב שונה מדפוס התנהגות חברתי שאינו נתפס כמחייב.

כלל חברתי שנתפס כמחייב שונה מדפוס התנהגות חברתי שאינו נתפס כמחייב. אם נסתכל על הצורה בה הם מתנהגים נראה שמה שמאפיין אותה זה שהם רוצים לפעול כך באופן קבוע, זה דפוס קבוע. אולם לא כל דפוס התנהגות שקיים בחברה הוא בהכרח שנתפס כמחייב- למשל מכין קפה כל בוקר.

#### מהו כלל משפטי?

לטענת הרט, כלל משפטי הוא כלל חברתי, מדוע? כי הוא דפוס התנהגות שנתפס כמוצדק כלומר מחייב על ידי בני החברה. כלומר דפוס התנהגות או המנעות שבני החברה חושבים שהוא מחייב, הוא נתפס כנורמטיבי. זה לא שכל הכללים החברתיים הם משפטיים, אלא כל הכללים המשפטיים הם חברתיים. הוא לא חייב להיות מוצדק בעיני כל החברה אלא על ידי מסה קריטית מתוכה. הרט ידבר בעיקר על **הפקידות** ועל השופטים אשר תופסים את המערכת כמחייבת אבל זה יהיה נכון גם בנוגע לקבוצה גדולה מהחברה.

בהיותם של כללים משפטיים כללים חברתיים אנחנו בעצם מצביעים על היסוד של הנורמטיביות בכל מערכת משפט. מע' משפט מבוססות על כך הכללים המכוננים אותן הם מחייבים, כלומר לא באופן אידיאלי מחייבים אלא נתפסים כמחייבים על ידי בני אותה חברה. הם מחייבים כסוג של עובדה חברתית: העובדה החברתית היא העובדה שרוב בני החברה, מסה קריטית ממנה, ובוודאי הפקידות ואותם בני חברה המנהלים את מערכת המשפט תופסים את הכללים כמוצדקים וכמחייבים.

#### אם כן מה ההבדל בין אוסטין להרט?

הרט אומר שחוק הוא לא פקודה של הריבון שצמודה אליו סנקציה אלא כלל חברתי שזוכה לציות פנימי מהחברה. היסוד של החוק איננו הכוח של הריבון, היכולת שלו לאכוף ולהעניש, אלא **נורמטיביות**. הכוונה היא לכמה מובנים של נורמטיביות: נורמטיביות כוללת גם סמכות. סמכות אינה רק כוח אלא בעיקר יראת כבוד. כלומר שאנחנו אומרים שיש מערכת נורמטיבית שנתפסת כמחייבת, אנחנו גם תופסים את הפקודות של בימ"ש כמחייבים, כי חלק מהתפיסה של מה שמחייב זה לא רק לגבי כללים אלא לגבי כוח של המוסדות להפעיל את סמכותם כדי להפעיל מע' משפט תקינה: מחוקק, שופטים, פקידים, הוצאה לפועל וכו'. וכך למחוקק ולריבון (ומי שמוסמך מטעמו) יש סמכות ליצור חוקים שנתפסים כמחייבים (וגם למפקד בצבא, מנהל בעבודה, מורה בכיתה).

הכרה בסמכות אינה מכריחה ציות. כשאני מכיר בסמכות אני תופס את החוקים שלו כמחייבים אבל זה לא אומר שאני אציית לכל פקודה ובכל סיטואציה. הכרה בסמכות מתיישבת עם מקרים של אי ציות למשל בשל אי הסכמה יסודית או בשל חולשת רצון או התגברות על יצר. כל המצבים החריגים האלה (למשל סרבנות בצבא) לא סותרים את הטענה שאני מכיר בסמכות בעל הסמכות ובחובה שלי לציית לנורמות שלהם.

יסוד ההבדל מאוסטין: בניגוד לאוסטין כוח הריבון הוא חשוב, הוא לא מבטל את חשיבות כוח הריבון אבל הוא חשוב באמצעי מסייע לתפקוד היעיל של הנורמות. לפקודה לפי הרט לא בהכרח צמודה סנקציה יכול להיות שאין סנקציה אבל עדיין יתפסו כמחייבות ז"א הסנקציה היא לא היסוד המחייב בפקודה. יחד עם זאת, גם לפי הרט הסנקציה היא כלי עזר חשוב במשפט.

27.12: 15: 27.12

לפי אוסטין, כיצד נבדיל בין כלל חברתי ובין כלל משפטי?

בין כלל חברתי שנתפס כמחייב על ידי החברה. הרט יגיד שכלל משפטי נתפס כמחייב, אבל הוא שונה מכלל חברתי שגם הוא מחייב.

**כלל הזיהוי (rule of recognition)** - שהוא כלל חברתי- מבחין בין כללים חברתיים לבין כללים משפטיים:



כלל הזיהוי הוא כלל חברתי שנועד לזהות את הכללים המשפטיים, הוא עצמו כלל חברתי,

יצרו אותו כך שתפקידו הוא לזהות את הכללים המשפטיים ולהגדיר אותם. בהיותו כלל חברתי הוא מוכר על ידי בני החברה והוא מתפקד בתוך אותה חברה ככלי לזיהוי הכללים החברתיים שהם גם משפטיים. איך הוא עובד?

כיצד יודעים מהו כלל הזיהוי בחברה מסוימת? מתבוננים על השחקנים בזירה המשפטית: פקידים, שופטים, ואף אזרחים מן השורה. כי הם אלו שמפעילים את הכללים המשפטיים. אזרחי מן השורה חושב על החוק כחוק לעיתים נדירות מאוד. אם נסתכל על דרך הפעולה של אותם שחקנים נלמד על כלל הזיהוי. נקודת המבט הטובה ביותר היא בתי המשפט. כי הם אלו שבאופן יומיומי מזהים את הכללים משפטיים זאת על מנת לפרש אותם ולהחיל אותם. אבל לפעמים די אם קוראים בעיתון או עוקבים אחר אמצעי התקשורת. דוג' לכלל הזיהוי:

1. באנגליה: חוקי הפרלמנט (בית הלורדים)
2. בארה"ב: החוקה, הקונגרס, הסנאט, הנשיא, פסיקת בימ"ש עליון- כל אלו יחד.
3. בישראל: חוקי הכנסת, פסיקות בימ"ש עליון. אנחנו יודעים שהכנסת וגורמים שפועלים מטעמה, כלומר שהיא מסמיכה ליצור חקיקה משנית. כלל הזיהוי מזהה את הכנסת כמוסד שתפקידו ליצור כללים משפטיים, כלומר כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי. בעצם, יש כלל חברתי בחברה הישראלית, עליו מסכימים שמכיר שסמכות הכנסת לחוקק חוקים, כלומר ליצור נורמות בעלות תוקף משפטי. אנחנו מתנהגים איתם כנורמות משפטיות, מה ההבדל בין להתנהג עם נורמה כמעמד משפטי לעומת מעמד חברתי או מוסרי, בענייני מוסר וחברה יפעילו אולי פעולה חברתית (נידוי, או כל עונש אחר, שיכול אפיו לפעמים להיות חמור יותר מפעולה משפטית), ועם כלל משפטי יפעילו פעולה משפטית: תביעה, פיצוי, משטרה, כלא וכו'.

4. ההלכה: התורה שבכתב, התלמוד (תושבי"ע), בית הדין הגדול (סנהדרין). כלל הזיהוי הוא כלל חברתי משמעותי ומרכזי בחברה בה הוא קיים, לפיו בני החברה מסכימים על מוסד: ספר, מוסד, גוף. שהוא מוסמך ליצור כללים משפטיים והכללים הללו היא יוצרת נתפסים כמחייבים ולא סתם מחייבים, מחייבים באופן שהם גם משפטיים. עם קום המדינה התגבש כלל חברתי כזה שמכיר במוסד הכנסת ביוצר כללים משפטיים.

החשש הגדול הוא שכלל כזה יכול להתפורר, ואם זה קורה, זה עלול להוביל להתפוררות החברה בסופו של דבר. הכלל הזה מאפשר כמה דברים: (1) יצירת מערכת משפטית (2) תשתית נורמטיבית- הסכמה שהחברה מעניקה למוסד היוצר כללים משפטיים.

ההסכמה החברתית בכל מקום יש לה תוכן אחר, למשל בישראל יגידו שיש הסכמה לגבי הכנסת ולגבי בימ"ש, ונשאל מאיפה בימ"ש שואב את כוחו לפעול כפוסק בשאלות החשובות ביותר. לפי גישה שאומרת שכלל הזיהוי קובע רק את סמכות הכנסת, בימ"ש העליון כפוף לכנסת שהיא זו שהעניקה לו את הסמכות



להיות הפוסק העליון- גישה זו תטען שכלל הזיהוי נותן סמכות לכנסת. מצד שני יש מי שיטען שכלל הזיהוי קובע את מקומם גם של הכנסת וגם של בימ"ש.

בארה"ב למשל, יש ממש הרבה מוסדות: החוקה, הקונגרס, הסנאט, הנשיא, פסיקת בימ"ש עליון, וכל אחד מהם הוא חלק מכלל הזיהוי של החברה האמריקאית, וזה הישג עצום שלה, שהיא הצליחה ליצור כלל זיהוי כל כך מורכב, עם בלמים ואיזונים שכל אחד מהמוסדות הללו שואב את כוחו ממוסד אחר. אם נסתכל למשל על הפלסטינים, אין להם כלל זיהוי, יש כאלה שמסכימים על החמאס, ויש כאלה שמסכימים על פתח, אבל לא מוצאים הסכמה על המוסד אחד שהוא זה שמחייב את החברה הפלסטינית, בשונה מחברה מסודרת בה יש.

ניתן לראות בשרטוט שיש נורמות משפטיות שאינן כללים חברתיים אלא נורמות חדשות יש מאין. ואם המוסד יוצר כאלה נורמות הוא צריך לעשות זאת בזהירות, כי אם לא יפעל בזהירות ויתנגדו לפעולותיו ולכללים שיוצרו, זה יכול להוביל להתפוררות המערכת המשפטית.

אפשר לדבר על **כלל זיהוי פשוט**, למשל יזהה ספר או טקסט מסויים, אדם, מוסד אחד. למשל ברוסיה כלל הזיהוי יכול לזהות רק את פוטיין. לעומת **כלל זיהוי מורכב** כמו בארה"ב.

#### כלל הזיהוי שמדינת ישראל וחוי"י הכנסת

**ס'1 לחוי"י הכנסת** קובע ש"הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה". מה שהיה אמור להשלים את חוי"י זה זה חוי"י החקיקה שעוד לא נחקק והיה אמור לתת את הבסיס לכל עניין החקיקה: מי מחוקק, מה היקף תפקידו וכו'. לא נאמר שם שהיא בית המחוקקים אלא בית הנבחרים, אנחנו רק מניחים את זה למרות שזה לא נאמר בצורה מפורשת.

האם חוי"י הכנסת הוא זה שהעניק לכנסת את מעמדה כבית נבחרים וכמוסד מחוקק? לא, לא סעיף זה העניק לה מעמד של בית נבחרים. הכנסת לא שואבת את סמכותה מחוי"י הכנסת. מה באמת מעניק סמכות לכנסת? המציאות בה הוא בית הנבחרים באופן מעשי. במציאות הישראלית יש כלל חברתי שהוא נפרד לחלוטין מחוי"י הכנסת והוא זה שאיפשר את חוי"י הכנסת, הסכמה חברתית שהשתרשה על המוסד הזה. מה שמעניק סמכות לכנסת, ותקוף משפטי לחוק יסוד הכנסת, הוא הסכמה חברתית, שהיא (במונחי הרט) כלל הזיהוי בחברה הישראלית. אז למה צריך את חוי"י הכנסת? ביטוי טקסי, הצהרה מנוסחת היטב ומוגדרת היטב. ולכן יכול להיות שחוי"י הכנסת הוא מיותר?

#### כלל הזיהוי- כלל חברתי ומשפטי, אולם אין לייחס לו תוקף משפטי

כלל הזיהוי הוא בראש ובראשונה כלל חברתי אבל יכול להיות גם כלל משפטי ומה שלא ניתן לומר עליו הוא שאי אפשר לייחס לו תוקף משפטי. הוא המקור לתוקף משפטי של שאר הכללים המשפטיים. כשאנחנו אומרים שלכנסת יש סמכות לחוקק חוקים אנחנו חושבים שהכלל הזה הוא עצמו גם משפטי, אבל במונחים של התיאוריה של הרט (תיאוריה פוזיטיביסטית) האופן שאנחנו מייחסים את המונח "משפטיות" זה לפי השאלה האם יש תוקף משפטי או לא. למה יש תוקף משפטי? לכללים שנוצרו על ידי מוסדות שהוסמכו ליצור כללים משפטיים: בימ"ש, הכנסת, מחוקק משנה. המבחן למשפטיות הוא האם יש לו תוקף משפטי, כלומר פונקציה של הגורם שיצר אותו, ולא התוכן שלו. הוא הכלל שנותן תוקף משפטי לכללים אחרים. אם הגורם שיצר אותו הוא בעל סמכות, נגיד שיש לו תוקף והוא כלל משפטי. קיבל תוקף משפטי מכוח פעולה או גורם שיש לו סמכות משפטית.

ואם כלל הזיהוי הוא כלל משפטי, הוא נתפס על ידי הציבור גחלק ממערכת המשפט. הוא היסוד והתשתית של מערכת המשפט.

## 29.12: 16: אזור

כלל הזיהוי הוא מקור התוקף ולכן אי אפשר לדבר עליו במונחים של תוקף, הוא המקור לתוקף משפטי של שאר הכללים המשפטיים. המשל של הרט: כשם שאורך המטר בפריז איננו באמת מטר, גם לכלל הזיהוי אין תוקף משפטי. כלומר: המטר בפריז, הוא יחידת המידה שקבעו ויש אותה במוזיאון לפיה קובעים מהו מטר, הוא זה שנותן תוקף לכל מטר אחר. כך גם כלל הזיהוי הוא זה שנותן תוקף לכל הכללים המשפטיים האחרים ולכן לו אין תוקף בעצמו.

מה שאפשר לומר על כלל הזיהוי הוא שעדיין כלל משפטי, לא במובן שיש לו תוקף, אלא במובן שהחברה רואה אותו ככלל משפטי, כלל שהוא התשתית של מע' המשפט והחברה רואה אותו כמסגרת שמכוננת את מע' המשפט, הוא הבסיס והיסוד.

כלל הזיהוי כמו עוד כמה כללים במע' המשפט הוא כלל מסדר שני. למשל כללים איך להכריע בהתנגשות בין כללים מסדר ראשון, או כללים איך מחוקקים חוקים, זה כללים כיצד ליצור כללים מסדר ראשון.

### כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני

**כללים מסדר ראשון: primary rules:** כללים שמכוונים התנהגות, למשל: לא תגנוב, שלם מס, עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב. כללים מטילי חובה או כללים מעניקי כוחות.

**כללים מסדר שני secondary rules:** כללים ביחס לכללים מסדר ראשון, למשל: כללים שאומרים איך לפעול עם כללים, למשל: כששני כללים סותרים זה את זה, ציית לכלל שנחקק מאוחר או לכלל הספציפי יותר.

לפי הרט, **כלל הזיהוי הוא כלל מסדר שני**, הוא כלל לגבי כללים אחרים, כלל חברתי באמצעותו אנחנו מזהים כללים ככללים משפטיים, הוא קובע אילו כללים חברתיים הם גם משפטיים. כלל ביחס לכללים שקובע מהם הכללים החברתיים שיש להם תוקף משפטי ולכן אפשר לבצע פעולות משפטיות: העמדה לדיון, ניתנתבוע לפיהם, מעניקים כוחות ליצירת חובות וזכויות משפטיות.

### כללים חשובים נוספים מסדר שני:

- **כללי שינוי:** כללים הקובעים כיצד יוצרים כללים חדשים וכיצד משנים או מבטלים כללים קיימים: כללי חקיקה- ראשית, משנית, לקונה ועוד.
- כלל הזיהוי מזהה את הכנסת שיוצרת כללית מסדר ראשון וכללים מסדר שני שיקבעו גם כיצד היא תיצור כללים מסדר ראשון. היא קובעת כללים מסדר שני שעוזרים לתפעל את המערכת: להסביר איך מחוקקים חוקים, איך משנים וכו'
- **כללי שפיטה-** כללים לגבי יישום הכללים בהליכים משפטיים, כגון כללי פרשנות שמסבירים איך לפרש כללים

לפי הרט, המשפט הוא איחוד של כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני. במערכות נורמטיביות פשוטות, טרום משפטיות, כאלה שעדיין לא מע' משפט ויש בהן מוסר נוהג, מע' של נורמות שאנשים פועלים לפיה יש כללים מסדר ראשון, למשל המוסר הנוהג: איך לנהוג וממה להימנע. מע' נורמטיבית שיש בה רק כללים מסדר ראשון לא יכולה לתפקד כמערכת משפט כי קשה מאוד להחליט מהם הכללים המשפטיים של המע'. לא ניתן לדעת בוודאות איזה כללים הם חלק ממנה ואיזה לא.

מה שמאפיין מע' נורמטיביות שהן מערכות משפט הוא שיש בהן גם כללים מסדר שני, והכללים מסדר שני הם אלה שהופכים את המערכת למע' משפט: כלל הזיהוי (שמחולל את מע' המשפט הזו), כללי שינוי, כללי שפיטה. האיחוד בין כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני מקנה למע' המשפט:

- יציבות, צפיות וודאות- יכולת לחזות את החוקים (כלל הזיהוי), אנחנו יודעים מה הם הכללים באמצעות כלל הזיהוי, אפשר לצפות מה יהיה אפשר לצפות יציבות כי זה ברורה.
  - גמישות: האפשרות לשנותם כדי להתאימם לנסיבות החדשות (כלל שינוי), היכולת להתאים את המערכת למצבים חדשים: לשנות חוקים, לעדכן, ליצור חדשים.
  - יעילות וודאות: ולהחילם ביעילות כיד ליישב סכסוכים (כללי שפיטה)
- התכונות האלה אינן נחלת מע' נורמטיביות טרום משפטיות (של מוסר נוהג).

התובנה של הרט שמע' משפט מורכבת מכללים מסדר ראשון ומכללים מסדר שני, מלמדת על ההבדל בין מע' משפט לבין מע' נורמטיבית. מהות של מע' המשפט היא איחוד של כללים מסדר ראשון עם כללים מסדר שני.

### כיצד הרט עונה על כל הקשיים שהוא העלה בתיאוריית הפקודה של אוסטין?

רוב הקשיים שהוא העלה ביחס לאוסטין נוגעים לטענה הבסיסית שלו שאוסטין לא נותן דין וחשבון מספק לנורמטיביות של מע' המשפט, העובדה שאנשים מקבלים אותה כמערכת מחייבת. העמדה הבסיסית של האזרחים היא שמער' המשפט מחייבת ולמוסדות יש סמכות. הכללים האלה נועדו לעזור לנו, ליצור לנו סדר חברתי, לתת לנו כוחות והכוחות האלה הם כלים חיוניים כדי שנהל את חיינו, נתכנן אותם, נממש רצונות. הכללים שמע' המשפט נותנת לנו הם כלים כדי לממש כל מיני מטרות בחיים. הכוחות האלה הם פונקציה של הסכמה חברתית רחבה באמצעותה אנחנו יוצרים זכויות. באמצעות הכוחות במע' המשפט נותנת לנו אנחנו עושים הרבה דברים וכוחות אלו חיוניים כדי להעניק לנו זכויות. קל מאוד לפי התפיסה הזו להסביר את ההבדל בין נורמות מטילות חובה לנורמות מטילות זכויות לנורמות מטילות כוחות.

הוא גם משיב כי הבסיס הנורמטיבי של מע' המשפט הוא שהמשפט היא מערכת של כללים חברתיים.

מנהג בעל תוקף משפטי, המנהג איננו נזקק לכלל הזיהוי. זה ברור לפי הגישה של הרט, כשם שכלל הזיהוי נוצר בנורמה חברתית שהיא משפטית יכולים גם להיווצר נורמות נוספות באמצעות המנגנון הזה שנקרא מנהג, לא חייבים רק את הריבון שינחית מלמעלה נורמות ושיהיו פקודות אליהן הוצמדה סנקציה, אפשר להפוך דפוסי התנהגות לנורמות משפטיות מחייבות. לכן אם נוצרה נורמה משפטית למשל שאדם זכאי לפיצויי פיטורין זה נורמה שהחברה יצרה והכירה בו כנורמה משפטית, כשבימ"ש אוכף זאת על מעביד סרבן לא בימ"ש יוצר את הנורמה המשפטית הזו, אלא החברה ובימ"ש מיישם אותה.

נורמות שחלות על הריבון- אין שום בעיה להארט להסביר זאת משום שנורמות שחלות על הריבון הן אותן נורמות שהכנסת יוצרת והן חלות עליה עצמה, על נציגי הציבור. חל עליהם כלל הזיהוי. לפי הרט, כינונה של הכנסת כפוף לחוק, כלל קובע שהכנסת צריכה להתחלף כל כך וכך שנים ואם זה משתנה גם כלל הזיהוי משתנה, את כוחה המשפטי של הכנסת היא מקבלת מכוחו של כלל הזיהוי שקבע שהיא נבחרת, למעשה קיומה של הכנסת בתפיסה משפטית זו כפופה לחוק היא זה שקובע איך היא נוצרת וכו'. כל החוקים נגזרים מאותו כלל נורמטיבי שנקרא כלל הזיהוי.

המערכות ואימפרסונליות של מערכות משפט- מסבירות את ההבדל בין החלפת ריבון להחלפת מע' משפט- המשך בשיעור שאחרי.

## ש"ל 17: 03.01

שיעור שו"ת לעבודה 2

### סיכומים לעבודה השלישית

#### 52: *The rule of law and its virtue* \ \ סיכום אלניס אלכח + תוספות ל'ל

האייק העניק לנו את אחת ההגדרות המשמעותיות והחזקות ביותר ל-מהו שלטון החוק. לפי האייק אם נפשיט את המינוח מכל התוספות עליו אנו בסוף נבין את המונח כך: שלטון החוק הוא **שהממשלה בכל הפעולות שלה כפופה לחוקים שנחקקו מראש והתפרסמו**. חוקים אלה מאפשרים לאנשים לצפות באופן די ברור כיצד הממשלה תפעיל את כוחה המכפיף תחת כל מיני נסיבות ובעצם לאפשר לפרטים השונים לתכנן את התכניות שלהם בהתבסס על הידע הזה. עם זאת, האופן בה הוא מסיק מסקנות מסוימות מדגים לנו את אחת מתוך שתי הטעויות בטיפול הזמני של הדוקטרינה של שלטון החוק. **הטעות היא בחשיבות היתרה שמעניקים לדוקטרינה זו**. הכוונה שלי היא לנתח את הרעיון של שלטון החוק ברוח הציטוט של האייק שניתן לעיל ולהראות למה חלק מהמסקנות שלו אינן ברורות תימוכין.

**ראשית**, אנו קודם צריכים להתייחס להטעיה הראשונה הקיימת בהנחה של שלטון החוק. לא פעם כאשר רעיון פוליטי מאכיל את הדמיון של אנשים רבים הרעיון הופך לסלוגן שנתמך על ידי התומכים של אידיאליים שכמעט ואינם קשורים, אם בכלל לכוונה המקורית של האידיאל. הגורל של המונח דמוקרטיה או פרטיות הינם רק שתי דוגמאות לתהליך הדומה הזה. דוגמה לכך אנו רואים בכנס משנת 1959 שמדבר על כך כי "שלטון החוק נוצר כדי להגן על התנאים שישמרו על כבוד האדם וזכויותיו, כך האדם יוכל להתפתח ולתת ביטוי אמיתי לאישיותו".

**אם שלטון החוק הוא שלטון החוק הטוב** אז כדי להסביר את המינוח מהו שלטון החוק אנו נדרשים להסבר פילוסופי- חברתי חדש לגמרי. אבל אם זהו המצב המינוח חסר כל פעולה אפשרית. איננו נזקקים לאידיאל של שלטון החוק כדי להאמין שעל הטוב לנצח. שלטון החוק הינו אידיאל פוליטי שכל ממשלה מאמצת אותו באופן רחב או צר יותר. שלטון החוק לא מכיל בתוכו ערכים הנפסים כערכים טובים. **אין לבלבל את המונח הזה עם צדק, שוויון או דמוקרטיה שלא לדבר על זכויות האדם, או שמירה על כבודו**. שלטון לא דמוקרטי שלא אכפת לא מזכויות האדם, מפלה מגדרי באופן קבוע וכד'... יכול לאמץ את עיקרון שלטון החוק טוב יותר מכל מדינה מערבית דמוקרטית הקיימת היום. ללא ספק אולי תהיה למדינה כזו מערכת משפטית טובה פחות אבל היא תצטיין בקונפורמיות שלה לשלטון החוק.

לנוכח השימוש המופקר של הביטוי שלטון החוק הקיים בשנים האחרונות זה לא יפתיע אותי כלל שהטענה שלי תגרום לבהלה בקרב רבים. כל מה שאוכל לומר להגנתי ש- ראשית, יש פה הצגה קוהרנטית של מעלה חשובה מאד שמערכת המשפט צריכה לאמץ. שנית, איני הראשון לטעון זאת. אלך בעקבות הייק ואחרים.

#### הרעיון הבסיסי:

המונח שלטון החוק כמשמעו כן הוא על אנשים לציית לחוק וללכת בעקבותיו. לעומת זאת, לפי התיאוריה הפוליטית והמשפטית המונח קיבל פירוש חדש מצמצם יותר שהממשלה צריכה להיות כפופה לשלטון החוק

וללכת על פיו. הפרשנות הזו הרבה פעמים באה לידי ביטוי במשפט "ממשלה על פי חוק ולא על פי שלטון האדם". המינוח המופשט והלא ברור הזה הופך להיות שגור ופופולארי לכל עד שאנשים מצטטים רק אותו. כעיקרון הממשלה היא שילוב של יד האדם עם החוק. ברור שזה גם האדם וגם החוק. לפי זה משמעות הביטוי שלטון החוק ש- **לכל פעולה ממשלתית צריך שיהיה בסיס חוקי וצריכה שתהיה מאושרת מבחינה חוקית**. האם אין פה טאוטולוגיה? פעולות שאינן מותרות מבחינה חוקית אינן יכולות להיות פעולות של הממשלה כממשלה. הן יהיו ללא בסיס חוקי ולעיתים קרובות אף בלתי חוקיות.

אם לא נתייחס לממשלה רק בהיבט החוקי אלא גם פוליטי. ואז אנו מתכוונים לממשלה במובן שזהו מקור הכוח בחברה. במובן הזה ניתן לומר שבריטניה נתונה להשגחה על ידי האיחוד האירופי. אז ורק אז אין זו טאוטולוגיה לומר שפעולות הממשלה כפופות לחוקים. אם בריטניה תפעל נגד הכלכלה של אירופה או האף.בי.איי יחליט לאשר גניבות אז ניתן לומר שהממשלה פועלת בניגוד לשלטון החוק. במקרה שלנו אנו משתמשים במונח שלטון החוק במובנו הפשוט של **הצורך בציות לחוק. לפי ביטוי זה גם הממשלה או הגורמים החזקים בחברה כפופים לשלטון החוק**.

יש יותר לשלטון החוק מאשר רק חוק וסדר, ז"א שעל הממשלה חל יותר מרק חוק וסדר. סך חזרנו לבעיה העיקרית שלנו בפאזל אם הממשלה היא פר הגדרה כפופה לשלטון החוק הרעיון של שלטון החוק מסתכם בטאוטולוגיה ריקה ולא אידיאל פוליטי.

**הפתרון לכך נעוץ בהבדל בין הפרשנות המקצועית לבין הפרשנות הפשטנית, ההדיוטית של החוק**. בשביל עורך הדין הכל יחשב לחוק כל עוד אם חוק מסוים עונה להגדרות שמונחות במערכת חוקי הזיהוי או עם חוקים אחרים של המערכת. הדבר כולל את החוקה, חקיקת משנה וחוקים נוספים רבים. לאדם הפשוט לעומת זאת, החוק כולל רק כמות מזערית של כל אלה. **לאדם הפשוט החוק הוא סדרה של כללים פתוחים, כלליים ויצויבים יחסית**. המשפט ממשלה על פי חוקים ולא מעשה יד האדם אינה טאוטולוגיה עם משמעות החוק היא: חוק כללי, יציב ופתוח. למעשה, הבעיה בפרשנות הזו היא שהחוק יביא קריטריון יותר מדי מחמיר, אחד שאין באפשרות של אף מערכת ליישם ושמגלמת מעט מאד מעלות. פקודות פרטיקולריות הן כלי חיוני בידיהם של הרשות המבצעת ושופטת. זה מאד לא נוח שהמערכת תכלול רק חוקים כלליים וזה גם אינו רצוי שיהיה זה המצב. כמו שאנו זקוקים גם לשלטון החוק ולשלטון האדם אנו זקוקים גם לחוקים כלליים וגם לחוקים פרטיקולריים. מה שהדוקטרינה של שלטון החוק באמת דורשת אם כן היא, **שאנו נדרשים שהחוקים הפרטיקולריים יהיו כפופים לחוקים הכלליים**.

שלטון החוק הוא אידיאל פוליטי משמעותי. שלטון החוק הוא לפי מודנו המילולי הפשוט. ובכך יש לו שני היבטים:

1. אנשים צריכים להיות כפופים לחוק ולציית לו.
2. החוק צריך להיות מעשי כדי שיוכל להדריך את התנהגות האנשים - בזה נעסוק.

זהו האספקט השני שמדאיג אותנו. צריך שיהיה אפשר לציית לחוק, החוק צריך להיות מסוגל להכווין התנהגות של אנשים. **זוהי תפיסה פורמלית של החוק, שלא אומרת כלום על ערכי מוסר כאלה ואחרים**.

**עקרונות מסוימים**: קשה מאד למספר את כל הכללים של איך צריך לכתוב חוקים אבל יש להזכיר כמה עקרונות חשובים. העקרונות תלויים בנסיבות החברה. התאמה לשלטון החוק זה עניין של **מידה**, לכל חוק/מערכת חוקים יש את העקרונות האלו במידה שונה:

1. **על כל החוקים להיות פרוספקטיביים, פתוחים וברורים** : נקודה חשובה בקשר לרטוראקטיביות. כאשר חוק הוא רטוראקטיבי זה אומר אדם בעבר פעל על פי חוק שלא היה קיים ולכן אין מה שהכתיב את ההתנהגות שלו ולכן החוק לא יכול להיות רטוראקטיבי. עם זאת, יש לנו פעמים שאנו יודעים שחוק עומד להיכנס לתוקף או הולך להיות רטוראקטיבי ואז פה אין התנגשות עם עקרון שלטון החוק. האנשים צריכים להבין אותו כדי שיוכל להכווין התנהגותם ולא ולהוליך אותם למקום אחר או לבלבל אותם.
2. **על החוקים להיות יציבים יחסית** : על אנשים לדעת מהו החוק לא רק בשביל החלטות רגעיות או קצרות טווח, אלא גם לתכנונים לטווח הארוך. למשל: לא רק כמה אלכוהול מותר לשתות, אלא לדעת קווים כללים כמו איך בנויה מע' המס כי הם ישלמו רק בשנה הבאה. מהנקודה הזו עולים שלושה עקרונות חשובים: **ראשית**, אין לשנות חוקים לעיתים קרובות. עד כמה אנחנו צריכים להיצמד לחוקים זהו עניין של הדרגתיות. **שנית**, העקרונות של שלטון החוק משפיעים בראש ובראשונה על התוכן והצורה של החוק. אבל ההשפעה אינה רק עליהם. הם לפעמים משפיעים גם על האופן בו תפעל הממשלה ב-איך היא תוציא לפועל חוק. **שלישית**, למרות שעיקרון החוק משפיע בעיקר על אזרחים פרטיים (על הנקודה הזו ברק לא מסכים בכלל...), זה גם משפיע על ההפעלה של כוחות פרטניים על השלטון. חוקים המעניקים או מתעלים כוחות עושים זאת כדי להכווין את הכוחות בחברה ולכן גם הם צריכים להיצמד לעיקרון שלטון החוק.
3. **חקיקת חוקים פרטיקולריים (תקנות, פקודות, פס"דים) צריכה להיות מודרכת ע"י חוקים כלליים, בהירים, פתוחים ויציבים** : הרבה פעמים חושבים שהחוקים צריכים להיות פתוחים, כלליים וכו'... כדי להגן על עיקרון השוויון אך כפי שאמרנו אין זה המצב. הרבה פעמים חוקים מפלים נכתבים באופן כללי. גזענות יכולה להיות ממוסדת בחוק. עם זאת, נכון שישנם הרבה חוקים המסדירים כל מיני דברים ספציפיים כמו לדוגמה החוק המתאר שתחת מצב מסוים ובהתקיים תנאים מסוימים ניתן להעניק רישיון נהיגה. הכללים הספציפיים האלה בקלות יכולים לבלבל מאד אם הם לא יהיו תחת מסגרת כללית ונכונה שתכוון את החוקים האלה ותגיד מתי יש להפעיל אותם ומתי לא. ישנן שתי אפשרויות לחוקים כללים המכוונים חוקים ספציפיים: א. אלו אלה המעניקים את הכוחות ההכרחיים כדי שיוכלו להורות על דברים (יעני חוקים מעניקי כוחות). ב. אלו המטילים חובות המדריכים את בעלי הכוחות איך להפעיל את הסמכות שלהם. **שני אלו חשובים בבניית מסדרת של הוראה משפטית יציבה**. רז לא מתנגד לצווים משפטיים כי מטרתם היא להכניס גמישות לחוק, נראה שנוגדים את עקרון שלטון החוק ומקשים על תכנון מראש. למשל: חקיקה מנהלית כפופה לחוקי יסוד.
4. **העצמאות של מערכת המשפט צריכה להיות מובטחת (שימו לב! זוהי נקודה חשובה כי יש פה הפוכה לגמרי בין ברק לרז): צריך שהסמכות שמוענקת לבתי המשפט תהיה חד משמעית וסופית**. שלטון החוק לא יהיה שווה כלום אם כשאדם יגיע לבית המשפט הוא יוכל לעשות מה שהוא רוצה ולהפעיל שיקול דעת. עורכי הדין יכולים להיות מודרכים על ידי בית המשפט רק בהינתן ששופטים מיישמים את החוק בצורה נכונה. אנשים יכולים להיות מוכוונים עפ"י החוק רק אם בימ"ש יחולוהו כמו שצריך והאנשים יוכלו לצפות מראש את החוק. כל החוקים הנוגעים לשופטים שנועדו לשחרר אותם לגמרי משיקולים פוליטיים ואחרים נועדו כדי להבטיח שהשופטים יהיו חופשיים מלחצים שעלולים להיות מופעלים עליהם וחופשיים מכל סמכות מלבד הסמכות של שלטון החוק. (שימו לב שוב, ברק לוקח את הנקודה הזו לכיוון ההפוך לגמרי. הוא אומר שהיום בגלל שהשופטים כפופים

- לחוקים הם בעצם לא חופשיים ולא יכולים להפעיל את שיקול דעתם וכך לא ניתן להגן על זכויות האדם. רז יענה טוב מאד! כי זוהי לא מטרת שלטון החוק).
- כל מיני תנאים בבימ"ש:** מינוי שופטים, קביעות שופטים, אופן חישוב שכר שופטים, עצמאותם מסמכויות אחרות במדינה- בלתי תלויים, כל אלו נקבעים כדי לנתקם משיקולים אחרים.
5. **עקרונות הצדק הטבעי חייבים להישמר:** הליך משפט הוגן ובדלתיים פתוחות, חוסר דעה קדומה ועוד... הכרחיים בשביל היישום הנכון של שלטון החוק.
6. **לבתי המשפט צריך שיהיה כוח לביקורת שיפוטית חקיקתית:** יש פה ביקורת מאד מצומצמת שניתן להפעיל. הדבר נעשה רק כדי לאשר שהחוק נצמד לעיקרון שלטון החוק ותו לא. בימ"ש מהווה ביקורת גם על חקיקה פרלמנטרית וגם חקיקה שכפופה לה (מנהלית) מוגבלת ונועדה כדי להראות שהם מותאמים לשלטון החוק.
7. **על בתי המשפט להיות נגישים:** אי נגישות למשפט יכולה להפוך את החוק המבריק ביותר למת. לריק מתוכם כי זה מסכל את יכולת האדם להכווין את עצמו ביעילות ע"י החוק.
8. **אין לתת לשיקול הדעת שיש לרשויות אכיפת החוק למנוע את החוק:** הפרקליטות לדוגמה לא יכולה לקבוע יום בהיר אחד שלא לתבוע עבור פשעים מסוימים. גם המשטרה לא יכולה להחליט שהכוחות המופנים שלה הם רק כלפי שכבות מסוימות באוכלוסייה.

חשוב לזכור: הדוקטרינה נשענת על הרעיון הבסיסי לפיו החוק צריך להיות מסוגל לתת הדרכה יעילה. ולכן את העקרונות הללו נפרש לפי רעיון בסיסי זה.

את העקרונות האלה ניתן לחלק **לשתי קבוצות:** קבוצה ראשונה עקרונות 1-3: הקבוצה הזו דורשת שהחוק יוכפף לסטנדרטים שנועדו שיכווין התנהגות באופן אפקטיבי.

קבוצה שנייה עקרונות 4-8: נועדו להבטיח שמכונת החקיקה של אכיפת החוק לא תמנע מהחוק להכווין התנהגות.

יש עוד היבטים שיכולים לחזק/ להחליש את שלטון החוק, כמו: עיתונות חופשית, אבל הן עקיפות יותר.

### הערך של שלטון החוק:

בעיקרון שלטון החוק יש הרבה מעלות אחרים שהעיקרון אינו מגן עליהם. שלטון החוק הוא רק אחת מבין מעלות רבות שצריך שתהיה למערכת המשפט. לכן יש חשיבות כל כך גדולה להיות ברורים לגבי המעלות ששלטון החוק כן מגן עליהם.

- 1- **צמצום שרירותיות ואפשרות תכנון חיים ארוכי טווח:** ראינו שיש שרירותיות שהוא לא ימנע אם החוק שולט אבל הוא בהחלט מצמצם אותה. דבר ראשון, שלטון החוק מצמצם שרירותיות והפעלת כוח שרירותית. לפעמים המחוקק מעדיף חוק מסוים על פני האחר וזה בסדר. אבל הוא מאד מצמצם שרירותיות כי הוא מגביל את מערכת החוקים שתראה באופן מסוים. הוא כמעט לחלוטין מגביל את מערכת המשפט שחייבים להיצמד לחוק ולא יכולים להפעיל שיקול דעת מתי שהם רוצים. דוגמה נוספת הוא בהגבלת השרירותיות על חקיקה של חוקים ספציפיים. ובכך מצמצם את סמכויות הרשות המבצעת. לא ניתן לשנות את החוק רטרואקטיבית, פתאומית או חשאית.
- דבר שני, אנו מעריכים את היכולת של האדם לתכנן דברים לטווח הארוך ולבחור סגנון חיים. לכוון את חיינו למטרות ארוכות טווח, האפשרות הזו תלויה בקיומן של מסגרות יציבות בחיי האדם. שלטון החוק עוזר לנו להיצמד לתוכניות אלה בשתי דרכים: א. ע"י ייצוב של יחסים חברתיים שבלעדי החוק עלולות

להתפורר או להתפתח באופן בלתי יציב ובלתי ניתן לצפייה. ב. ע"י הפעלת מדיניות של ריסון עצמי שנועד להפוך את החוק עצמו לבסיס יציב ובטוח לתכנונים.

2- **הגנה על אוטונומיה הפרטית** - יתרון שני, שלטון החוק מזוהה עפ"י היקף כהגנה על חירות הפרט. ע"י שלטון החוק אנו מגנים על החופש של האינדיבידואל כי כאשר קיים שלטון החוק ישנה **יכולת חיזוי**, כמו גם **יכולת אפקטיבית לבחור בין כמה שיותר חלופות אפשריות כי הכל ברור**. (שימו לב שגם פה יש שוני מברק ברק אומר שבגלל ששלטון החוק כולל את זכויות האדם אז אנחנו מגנים על האוטונומיה של הפרט אצל רז זה נובע מהסיבה שבזכות שלטון החוק מבהיר לנו את המציאות אז יש לנו יכולת בחירה אפקטיבית יותר). לכן חשוב לזכור שחופש הזה שונה ממה שאנו מתכוונים אליו כשאנו מדברים על חופש פוליטי. חופש במובן הפוליטי כולל את שני הדברים הבאים (1) לאסור על אנשים פעולות מסוימות הפוגעות בחופש האדם. (2) צמצום העוצמה של המוסדות הפוליטיים והתערבותם בחיי הפרט. למשל: קיום דין פלילי על עבירות. דוגמה נוספת: הממשלה לא יכולה להגביל את חופש התנועה.

לא מדובר בחופש פוליטי, כזה שמצמצם את עוצמת המוסדות ומידת מעורבותם בחיי הפרט או כזה שמונע פגיעה בזכויות האדם. מובן כזה של חופש פוליטי הוא חופש רק בנוגע לזכויות מעוגנות חוקתית ואותן אוכפים. במצב כזה של חופש עדיין נפגעות זכויות אחרות (לא מעוגנות).

3- יותר חשוב משני היתרונות הנל **מגיע היתרון השלישי והוא היכולת לכבד את כבוד האדם!** לכבד את האדם משמעו לתת כבוד ליכולת שלו לתכנן את העתיד שלו והתכניות בהן הוא מעוניין, לשלוט בעתידו. אולם מידת השליטה לא שלמה. כתוצאה מכך, לכבד את כבוד האדם כולל את העניין של כיבוד האוטונומיה של הפרט. האוטונומיה של האדם יכולה להיות מושפע ולהיפגע בשלוש דרכים עיקריות:

1. **עלבון** – ניתן להעליב את האוטונומיה של האדם אם גלום בתוכו או מכיל הכחשה שאותו אדם הוא אוטונומי או שמגיע לו לקבל יחס של אדם אוטונומי.
2. **העבדה** – ביטול השליטה ע"י שינוי גורמים חיצוניים לאדם. פעולה משעבדת בן אדם אם היא מונעת ממנו כמעט כל חופש פעולה על ידי הפעלת מניפולציה על החברה. ניתן להשפיע על האדם כאשר אנו משנים את הטעם שלו, את האופי שלו או את האופן בו היה מחליט אלמלא שכנענו אותו אחרת. גם אילוץ לפעול בדרך מסוימת כמו עבדות לאורך זמן וגם בהזדמנות בודדת.
3. **מניפולציה** – ביטול שליטה ע"י שינויים פנימיים לאדם. מחיקה של מקורות שליטה של האדם החיצוניים שמאפשרות לו לתפקד כאדם. שינוי טעמו, אמונתו או שינוי היכולת שלו לפעול או להחליט.

מסיבה זו חשוב להשגיח על שלטון החוק. התעלמות מכוונת מכל מיני דברים בשלטון החוק היא היא זו שמובילה לפגיעה בכבוד האדם. ניתן להכיר בעבדות כחלק משלטון החוק אבל, הפרה מכוונת של שלטון החוק מפרה את כבוד האדם. הפרת שלטון החוק יכולה להתבטא בשתי דרכים:

1. היא יכולה להוביל **לחוסר יציבות או בטחון** – כאשר החוק אינו מאפשר לאדם לפתח ציפיות ולדעת כיצד לנהוג תחת הנסיבות השונות.
2. היא יכולה לגרום **לאכזבה מהציפיות שהיה ממנה** – היא גורמת לאכזבה כאשר מחד היא מציגה מצב יציב וברור של שלטון החוק ולאחר מכן פתאום יש שינוי בתכניות או מופעל חוק רטרואקטיבי ולכן התכניות משתנות למרות שאנשים הסתמכו על היציבות של החוק. **המובן הזה הרבה יותר חמור מהראשון כי יש פה ביטוי לאי כבוד לאוטונומיה של האדם**. מתכנן אבל זה לא יציב אז נכשל, זה גורם לו נזק, מעודדים אותו להסתמך על החוק ואז התוצאה רעה. כשתסכול כזה הוא תוצאה של פעולה אנושית/ מוסדות חברתיים זה מביע חוסר כבוד באדם..



מערכת משפטית שבאופן כללי מכבדת את עיקרון שלטון החוק מתייחסת לבני אדם כאנשים לפחות במובן הזה שהיא לפחות מנסה לכוון את התנהגותם ע"י השפעה על נסיבות הפעולה שלהם. היא מניחה שהם יצורים אוטונומיים רציונליים שמנסים להשפיע על מעשיהם ע"י כך שמשפיעה על התלבטויותיהם.

קונפורמיות לשלטון החוק היא עניין של מידתיות. להיצמד לחלוטין ב-100% לעיקרון זה לא אפשרי. בד"כ ישנה הסכמה כללית שהיצמדות כללית לעיקרון שלטון החוק צריכה להיות מוערכת מאד. אבל אדם לא צריך להסתמך על העיקרון הזה ב-100% או ללכת על פיו באופן עיוור. ההבנה של מה נמצא בצד כל אחד מצדי המתרס עוזרת לנו להבין את ההפרה של כל מקרה ומקרה. מקרים מסוימים פוגעים בכבוד האדם, נותן כניסה חופשית לכוח שרירותי, מתסכל ציפיות של אדם מסוים ולא מעריך את היכולת של אחר לתכנן תכניות.

### שלטון החוק ומהותו:

פולר התעקש שהעקרונות אותם הוא מונה לשלטון החוק הכרחיים לקיומו של החוק. העקרונות מלמדים לא רק מהו שלטון החוק אלא גם הקשר שלו למוסריות. אם הטענה הזו אכן היא נכונה היא קריטית לא רק להבנתו של מהו שלטון החוק, אלא גם לשאלה מה הקשר בין החוק לבין מוסריות. **ההבדל ביני לבין פולר הוא שבעודי מכיר שבמצבים מסוימים ניתן להפר לחלוטין את עיקרון שלטון החוק כי התייחסתי אליו כמו לאידיאל או סטנדרט שעל החוק לאמץ** (כלומר קיימת אפשרות סטייה ממנו כי מדובר בסטנדרט שמערכת החוק צריכה לאמץ), **פולר אמנם מרשה סטיות פה ושם מהעיקרון אך לדידו לא קיימת אפשרות סטייה של 100%**. כלומר גם אם הוא סוטה הסטייה לא קיצונית- מערכת חייבת להתאים לשלטון החוק בצורה כזו או אחרת. כל מערכת משפטית צריכה ברמה כזו או אחרת להכפיף עצמה לשלטון החוק ומכאן נובעת המסקנה שלו של הקשר בין החוק למוסריות. **החוק הוא בהכרח מוסרי לפחות בהיבטים מסוימים.**

נכון שלא ניתן להפר לחלוטין את כל העקרונות כי כל עוד יש מוסדות לאכוף את החוקים- הם פועלים לפי חוק מסוים. זה נכון שאף פעם לא ניתן להפר לגמרי את כל העקרונות שמנינו בסעיף 2 מהסיבה הפשוטה שכל עוד יש מוסדות לאכוף את החוק הם פועלים על פי חוקים מסוימים. גם אם פתאום נכיל חוקים רטרואקטיביים מי שיוציא אותם לפועל הן הרשויות הפועלות על פי חוקים פרוספקטיביים. אם נשתמש במינוחים של הארט נאמר שלפחות חלק מכללי הזיהוי והשפיטה של כל מערכת חייבים להיות כלליים ופרוספקטיביים.

האם העובדה שלא משנה מה תמיד יהיה חלק מסוים של מערכת ברור, צפוי וכו'... יכולה להוות אינדיקציה מספיקה שיש קשר בין המוסר לחוק? **אני חושב שלא.** זה שתמיד יהיה חלק אחד ברור, לא אומר שהחוק בהכרח מוסרי.

**שלטון החוק הוא במהותו ערך שלילי.** החוק באופן בלתי נמנע יוצר סכנה גדולה של הפעלת כוח שרירותי – שלטון החוק נועד להפחית ככל הניתן את הסכנה שנוצרת כתוצאה מחקיקת החוק עצמה. עיקרון שלטון החוק שלילי בשני מובנים :

(1) היצמדות לעיקרו זה אינה גורמת לטוב אלא רק על ידי הימנעות מרע. אותו רוע ממנו אנו נמנעים הוא רוע שיכול היה להיווצר לכתחילה רק על ידי החוק עצמו. זה מאד מזכיר את התוכנה של הכנות. העובדה שאדם כנה עם אדם אחר אינה אומרת כי הוא מוכן לתקשר. אדם שלא יכול לתקשר לא יכול לטעון לטענה מוסרית של כנות. התועלת היחידה בכנות היא שהיא נמנעת מלהטעות אבל היא לא מחפשת איך לתקשר עם אנשים.

**כלומר מונעת רע ולא עושה טוב.** מסיבה זו רק אדם המסוגל להטעות יכול להיות כנה. אדם אחר שאינו מתקשר אינו יכול לטעון לאף מעלה מוסרית של להיות כנה. אדם שהיותו והוא אדיש או שאין לו את היכולת אינו יכול להרעיל אדם אחר אינו רשאי לקבל קרדיט על כך. אותו דבר עם החוק זה שהחוק אינו יכול לאסור כוח שרירותי מבלי להיות לחלוטין לא כללי, בהיר או פרוספקטיבי לא אומר שמגיע לו קרדיט. זה רק אומר שסוגים מסוימים של רוע אינם יכולים להתקיים ע"י החוק. אבל הדבר הזה אינו יכול להיחשב למעלה כמו שאין זו מעלה של החוק שהוא אינו יכול לאנוס או לרצוח. זה לא מעלה של החוק.

(2) הניסיון של פולר לחבר את החוק והמוסר נכשל אם כן. עם זאת ישנה טענה חשובה אחרת שמחברת קשר חשוב בין החוק לשלטון החוק למרות שהיא אינה מבטיחה שום מעלה לחוק. **היצמדות לעיקרון שלטון החוק היא הכרחית כדי להבטיח את המטרה אותה מנסה החוק להשיג.** ניתן לחלק את המטרות אותן החוק מנסה להשיג לשני סוגים: (א) אלו שהן מטרות שנשיג ע"י הצמדות לשלטון החוק, (ב) אלו שהן תוצאות של ההצמדות לשלטון החוק. לדוגמה לחוק המתכוון לאסור הפליה בין עובדי ממשל יש בתור כוונתו הישירה הסדרים של אפליה מתקנת בהעסקה, תנאי ההעסקה והקידום של שירות של עובדי ממשל. התוצאה הלא ישירה של החוק היא לשפר את מערכת היחסים בין הגזעים השונים במדינה באופן כללי. היצמדות לעיקרון שלטון החוק לא תמיד תקל עלינו בפיענוח התוצאות הלא ישירות אבל, זה הכרחי להכרה לכוונותיו הישירות. כתוצאה מכך, אם איננו רוצים לצאת מתוסכלים מהעובדה שהחוק אינו משרת את מטרותו עליו להיות ברור כדי שיוכל להכווין את התנהגות הפרטים. התאמה לשלטון החוק לא תמיד תקל על מימוש מטרותיו העקיפות של החוק אבל כן על המטרות הישירות כי בהיצמדות לעיקרון שלטון החוק, ההתנהגות תוכווון טוב יותר.

כמו שראינו עד עכשיו בפסקה השנייה אמרנו שיש מעלות רבות לעיקרון שלטון החוק. בפסקה זו אמרנו ששלטון החוק הוא לא רק מעלה מוסרית. אלא תנאי הכרחי כדי לשרת כל מטרה שהיא טובה בכלל. שלטון החוק הוא רק אחת מהמעלות שהחוק, שהמערכת צריכים להחזיק בו. עם זאת, אין זה אומר שאם אני אצמד לעיקרון אני בהכרח אעשה טוב. **שלטון החוק יכול לשרת גם מטרות רעות. שלטון החוק זה ערך, כמו חדות, שגורם לכלי (חוק) להיות יעיל.** זה הערך החשוב ביותר של חוקים. חוק עם שלטון החוק, יביא אותו למצויינות. סכין חדה יכולה לשמש אותי הן לדברים טובים והן לדברים רעים אבל זה לא אומר שלהיות חד אינו תכונה טובה של סכין. לכל היותר יש פה אמירה שלהיות חד אינו משמש טוב מבחינה מוסרית. אותו דבר עם שלטון החוק זוהי תכונה הכרחית וחשובה לשלטון החוק אבל היא לא בהכרח מחייבת אותנו לחוק מוסרי.

### שלטון החוק ומעלתו:

שלטון החוק- מעלה חשובה של החוק ולא סגולה מוסרית של החוק. ההסתכלות על שלטון החוק כמעלה הפנימית והחשובה של החוק היא תוצאה של תפיסה אינסטרומנטלית של החוק. החוק אינו רק עובדת חיים. הוא מהווה צורה של התארגנות חברתית וצריך להשתמש בו בצורה נכונה ולמטרות הנכונות. זהו מכשיר בידי בני האדם ששונים מרבים אחרים בהיותם מגוונים ומסוגלים להיות להכיל כמות רחבה של מטרות מגוונות ושונות. סכין אינה נחשבת לסכין עד שיש לה יכולת מסוימת לחתוך. כדי שהחוק יהיה חוק הוא חייב להיות מסוגל להכווין את התנהגותם של האחרים, כלומר לבצע את תפקידו, לא משנה כמה זה לא נעשה בצורה טובה. בעצם קיומו של החוק יש לו מעלה של יעילות. יתרון של כלי הוא יעילות, כלומר הכלי יהיה יעיל אם יהיו לו מעלות: כמו חדות או שלטון החוק. היתרון בכלי מסוים מעצם היותו כלי. בשביל החוק המעלה הזו היא שלטון החוק. **זה לא אומר שלהיצמדות לשלטון החוק אין לה משמעות מוסרית.**

חוץ מהעובדה שהיצמדות לעיקרון שלטון החוק זוהי גם (1) **מעלה מוסרית** (2) זוהי גם **זרישה מוסרית** כשצריך כדי לאפשר לחוק לפעול פעולות חברתיות יעילות. כלומר נרצה חוק "חד" כשזה למטרות מסוימות. בדיוק כמו שזה יכול להיות בעל חשיבות מוסרית להפיק סכין חדה כאשר היא נצרכת למטרה חברתית מוסרית. במקרה של שלטון החוק משמעות הדבר היא שזה כמעט תמיד בעל חשיבות מוסרית נעלה. **לכן כמעט תמיד לשלטון החוק ערך מוסרי רב.**

### כמה חסרונות

לא צריך לתת לו חשיבות יתר בגלל מעלותיו. המעלות הבלתי ניתנות לספק של עיקרון שלטון החוק אינן צריכות לקבל חשיבות יתר. ראינו כיצד האייק מניח את הרלוונטיות של העיקרון בהגנה על החופש. ראינו גם ששלטון החוק בעצמו אינו מספק הגנה מספקת על החופש. אבל עם זאת קחו בחשבון את עמדתו של האייק. הוא מתחיל בהצהרה מאד גדולה שמובילה לציפיות גבוהות מאד. האייק מדבר בהתחלה על חוקים כלליים ושבזכות העובדה שאנו נצמדים לחוקים ובתי המשפט מכוונים את האדם על פי חוקים שאנו יכולים לומר שיש עלינו את שלטון החוק ולא האדם. כדי שלא נבין אותו לא נכונה הוא מוסיף פסקה שהוא מקבל מצבים של חריגים ושלעיתים חוק מסוים לא חייב להיות כללי ויכול להתייחס רק לקבוצת אוכלוסייה מסוימת או שהחוק לא חייב תמיד להיות מאד כללי. אבל מפה החוק כבר הופך להיות מקיף צורת ממשל בהסכמה וזה מה שמבטיח לנו את החופש. זהו המדרון החלקלק המוביל אותנו לזיהוי של שלטון החוק עם שלטון החוק הטוב. ההתנגדות העיקרית של האייק היא בהתערבות הממשלה בכלכלה.

טעיוניו של הייק לא מראים כמה מטרות אחרות מתנגשות עם שלטון החוק ולכן לא ניתן לטעון לפי הייק שקידום מטרות אחרות אלה באמצעות חוק היא לא ראויה. ועימות כזה הוא חשוב. לעיתים נעדיף מידת שלטון החוק פחותה אם נשיג מטרות אחרות.

שוב אנו עדים לטענות שבמקרה הטוב מראות מדיניות מסוימות טעונות טעות מסיבות כלכליות נטענות כדי להראות שהן מפרות את שלטון החוק ואת היצירה של לכאורה עקרונות מושלמים אבל שלא במקומם הוראות ספציפיות כדי לגנות את השימוש בכוח שרירותי.

בגלל ששלטון החוק הוא רק מעלה אחת מבין רבות שצריכות שיהיו בבעלות החוק, מצופה ממנו שבעלותו לא יותר מכוח שנראה לנו לכאורה. העיקרון תמיד צריך להיות מאוזן נגד מעלות נוספות ואחרות. כאשר אנו מאזנים בין עיקרון זה למעלות אחרות יש לזכור שבסוף היום עיקרון שלטון החוק הוא ערך שלילי. הוא בסך הכל נועד להקטין את רמת הפגיעה בחופש ובכבוד האדם בזמן שהממשלה מגשימה את המעלות והמטרות האחרות והנוספות שלה. העובדה ששלטון החוק הוא כלי אינסטרומנטלי, מצוינות של החוק. התאמה לשלטון החוק הופכת אותו לכלי טוב להשגת מטרות אבל אינה מטרה עליונה בפני עצמה. מצד אחד, אם המרדף אחרי מטרות אחרות הוא לגמרי בלתי ניתן לשילוב בעיקרון שלטון החוק אזי שהמטרות האלה אינן כנראה צריכות להיות מושגות באמצעים משפטיים. מהצד השני, כל אדם צריך להיות זהיר לפני שהוא פוסל את הרדיפה המשפטית של מטרות חברתיות גדולות בשם עיקרון שלטון החוק. אחרי הכל שלטון החוק נועד לאפשר לחוק לקדם רווחה ציבורית וצריך להשתמש בכובד ראש לפני שמחליטים לא לעשות זאת. הקרבה של יותר מדי מטרות חברתיות על מזבח שלטון החוק יהפוך את החוק לעקר וריק.

שלטון החוק נועד לאפשר לחור לקדם טוב חברתי, אין להשתמש בו בקלילות. הקרבת מטרות חברתיות רבות מדי יכולה להפוך את החוק לריק.

## 52: The rule of law and its virtue \ סכום & פסיכום

שלטון החוק הוא לא שלטון החוק הטוב, אחרת נדרש להסבר פילוסופי חברתי שלם. שלטון החוק לא מכיל בתוכו ערכים הנתפסים כטובים, זו תכונה שכל שלטון מאמץ באופן צר או רחב יותר. גם שלטון לא דמוקרטי יכול לאמץ אותו באופן טוב.

לשלטון החוק ישנו מובן רכב ומובן צר. "ממשלה על פי חוק ולא על פי שלטון אדם". ברור שגם האדם וגם החוק שולטים בשלטון. (האדם למשל בעצמו יוצר את החוק). לכל פעולה משפטית צריך להיות אישור בחוק (סמכות עפ"י חוק) ונובעת מחוק. אחרת, דינה להתבטל.

יש לראות את הממשלה לא רק כבסיס חוקי אלא גם פוליטי, כלומר מקור הכוח בחברה. כלומר שלטון החוק לא רק מכפיף את השלטון לחוק וסדר, אלא על הממשלה חל שלטון החוק שהוא הצורך לציית לחוק.

הממשלה כפופה לשלטון החוק- טאוטולוגיה ריקה? כי הממשלה הרי קובעת את החוקים שיחולו על עצמה. זמן קריאה סיבה ראשונה היא שמטרת החוק היא גם להכווין התנהגות סיבה נוספת היא הפתרון:

הפתרון ובהבדל שבין מובנו המקצועי למובן או הפשטני של החוק. המובן המקצועי הוא כפי שמוזהים משפטנים למשל, חוק הוא כל מה שיש לו תוקף משפטי לפי כלל הזיהוי באותה חברה. במובן הפשטני, ההדייטי חוק ומערכת כללים פתוחים, כלליים ויציבים. הבנה זו של חוק גורמת לכך ששלטון החוק מקבל משמעות: לא רק שהממשלה כפופה לחוקים שהיא יוצרת (ואז שלטון החוק היה ריק מתוכן) אלא שהממשלה צריכה ליצור ממש סוג מסוים של חוקים.

אולם זה רף גבוה מאוד. לכן זה לא שנדרוש רק חוקים כלליים, אלא שהחוקים הפרטיקולריים יהיו כפופים לחוקים הכלליים, כי גם החוקים הפרטיקולריים חשובים, הם כלי בידי הרשויות.

### שני היבטים לשלטון החוק:

1. האדם כפוף לחוק ועליו לציית לו
2. החוק צריך להיות מסוגל להבין התנהגות (זו תפיסה פורמלית של החוק)

### רז קובע לחוקים מספר עקרונות על מנת שאותם חוקים יוכלו להכווין התנהגות:

1. פרוספקטיביים, פתוחים (כלליים) וברורים.
2. יציבים- שיאפשרו תכנון לטווח ארוך.
3. חוקים פרטיקולריים "מודרכים" על ידי החוקים הכלליים, הפתוחים והיציבים. הם חשובים כי מטרתם היא להכניס גמישות לחוק. ולכן למרות שכלליות מגנה על השוויון, נשתמש בחוקים הכלליים: להעניק סמכות (כוחות), וגם כדי להטיל חובות (כלומר להסביר כיצד להטיל סמכות). למשל חקיקה מנהלית כפופה לחוקי יסוד.

### סטנדרטים שישמרו על כך שהשלטון לא ימנע מהחוק להכווין התנהגות:

4. עצמאות מערכת המשפט-על מערכת המשפט ליישם נכון את החוק. בנוסף עליה להיות נטולת שיקולים אחרים.

5. שמירה על עקרונות הצדק הטבעי-יש לשמור על הליך הוגן, חוסר דעה קדומה וכו'.
6. ביקורת שיפוטית על החקיקה- אולם תהיה מצומצמת רק למקרים בהם החוק לא תואם את שלטון החוק.
7. נגישות לבית המשפט
8. שיקול דעת של רשויות האכיפה לא ימנע את החוק.

#### יתרונות של שלטון החוק:

1. **צמצום שרירותיות ומתן אפשרות לתכנון ארוך טווח**- הגבלת שרירותיות בית המשפט, הרשות המבצעת (בכך שכפופה לחוקים כלליים). העיקרון מאפשר קיום של מסגרת חברתית בטוחה. החוק יציב ובטוח. כל אלו הם כר פורה להתפתחות האדם.
2. **הגנה על אוטונומיה הפרט**- נוודא שלפרט ישנה יכולת חיזוי של החלת החוק, ובכך תהיה לו יכולת אפקטיבית לבחור. מדובר באוטונומיה אבל לא בחופש פוליטי.
3. **כיבוד כבוד האדם**- האוטונומיה יכולה להיפגע בכמה אופנים: עלבון, שעבוד, מניפולציה.

#### הפרת שלטון החוק תוביל ל:

- א- חוסר יציבות/ בטחון- לא מאפשר תכנון
- ב- אכזבה מהציפיות- כלומר תכנון שיכשל. וזו פגיעה חמורה באוטונומיה.

שלטון החוק זה עניין של מדרג/ מידה. כל העקרונות מופיעים בדרגה מסוימת בכל מערכת, ז"א שלא צריך לקבלו ב100%.

שלטון החוק הוא אידיאל פוליטי שעל החוק לאמץ. ולכן יש אפשרות לסטות ממנו, אפילו לחלוטין, משום שזה רק אידיאל פוליטי. לפי **פולר** ניתן לסטות משלה"ח אך לא קיצונית: משום ששלטון החוק מבטא מוסר, צריך כל שלטון להתאים עצמו לעקרון זה במידה מסוימת.

ועם זאת, לפי **רז**, אי אפשר להפר לחלוטין את כל העקרונות הללו שהוא מנה משום שמספיק שיש שלטון הוא פועל מעצם חוק. כלומר, לפחות חלק מכללי הזיהוי של כל מערכת חייבים להיות כלליים ופרוספקטיביים, אבל זה לא אומר שהכרח שהחוק מוסרי.

מדובר בערך שלילי (מצמצם את הסכנה הגדולה שיותר החוק). דוג': כנות. היצמדות לשלטון החוק תבטיח שנשיג את המטרה שהחוק מנסה להשיג (ולפעמים גם תוצאות נוספות להצמדות הזו לשלה"ח). בכך, שלטון החוק מהווה תנאי הכרחי כדי לשרת כל מטרה טובה, זו מעלה ולא ערך מוסר, שלטון החוק יביא אותנו להצטיינות בכלי- בחוק, אבל לא בהכרח מחייבת לחוק מוסרי.

יתרון של	כלי	הוא יעילות שתובא ע"י	מעלותיו	שיהפכו אותו	למצוין
סכין			חדות		חד- חותך טוב
שלה"ח			הכוונת התנהגות		מכווין טוב התנהגות

סכין אינו סכין אם אין לו את היכולת לחתוך, כלי צריך לבצע את תפקידו. היצמדות לשלטון החוק זו מעלה מוסרית ודרישה מוסרית כדי שנוכל לפעול ביעילות. ואם נפעל למטרה טובה זה אומר שלשלה"ח יש ערך מוסרי רב.

### חסרונות שלטון החוק:

1. אין הגנה מספקת על החופש
  2. ניתנת לו חשיבות רבה מדי
  3. יש מטרות אחרות שצריך לקדם לצד שלה"ח. מהגדרתו של הייק לא מובן שלפעמים פעולה למען מטרות אלו היא ראויה גם בהינתן מידת שלטון החוק נמוכה. ולכן נדרש איזון בין עקרון שלה"ח לבין עקרונות אחרים.
- שלטון החוק אינו מטרה בפני עצמה, אלא הופך אותו לכלי טוב להשגת מטרות אחרות: קידום טוב חברתי, סדר חברתי, יציבות, הכוונת התנהגות.

### ברק: אלטרון החוק ולעיונות החוק

יש לקיים את עקרון שלטון החוק ולמען כך לשמור על עליונות החוקה. שלטון החוק זה מושג רב משמעות ומעורפל.

#### א. שלטון החוק

1.א. מורכבות המושג- מטען ערכי שונה לכל מובן של שלטון החוק.

#### 2.א. ההיבט הפורמלי

##### (א) כללי

כולם צריכים לפעול לפי חוק פסיקה אחרת יש להטיל סנקציה. שלטון החוק אומר חוקיות השלטון וגם השלטת החוק. ההיבט הפורמלי של שלטון החוק = עיקרון חוקיות המינהל. מטרתו של ההיבט הפורמלי היא יצירת סדר ציבורי.

##### (ב) שלטון החוק והפרט

על הפרטים לפעול רק בהתאם לחוק גם תוך סתירה תפיסתם האישית. ישנה הסכמה חברתית בנוגע לציוד ולכן מצייתים לחוק. זה יוצר מסגרת וסדר חברתי שנשארים על ידי הציות לחוק. מסגרת וסדר אלו יקדמו את אושרו של היחיד.

##### (ג) שלטון החוק והמדינה

גם המדינה צריכה לפעול בהתאם לחוק:

- הרשות המבצעת- תנורו של עכנאי. חוקיה הכפופים לחוקה. גם בלי החוקה הרשות המחוקקת עצמה צריכה לתת כבוד לחוקים שיצרה. היא צריכה לתת כבוד לכל החלטה גם כזו שאינה חוק, למשל פס"ד שניתן על הכנסת, או חקיקת משנה. כפיפות זו של המחוקק לחוק היא למען מעמד המחוקק. כלומר כדי שלא תיווצר הנחה שחובות המחוקק שונים מחובותיהם של אחרים ובכך תישמר מסגרת חברתית.

- הרשות השופטת- סמכות נטולת הטיות, שיקולים אחרים שאינם הדין, סמכות אובייקטיבית שפועלת לפי החוק. זה מלמד על תואר השפיטה. (גם בכללי פרשנות יש לפעול לפי החוק). זה מה שיבטיח את אמון הציבור בשפיטה, אמון שהכרחי למען פעילותו של בית המשפט. יצירת אמונה שהשפיטה היא ניטרלית ושוויונית. לשם כך ניתנת לבית המשפט עצמאות מוסדית. אצלנו בישראל, עצמאות מוסדית אינה מובטחת משום שביית המשפט כפוף למשרד המשפטים ולרשות המבצעת, זהו פגם חמור. אולם נדרשת לו גם עצמאות אישית. עצמאות זו מוסדרת בישראל בסעיף 2 לחוק יסוד השפיטה: " אין מרות... זולת הדין".

#### (ד) שלטון החוק והרשות המבצעת

עיקר חשיבות העיקרון הפורמלי. כוח השלטון הוא רק מה שהוענק לו בחוק והחוק הוא זה שיצר את השלטון מלכתחילה. ההבדל בין הפרט לשלטון הוא שחוק יוצר איסור אצל הפרט ואילו אצל השלטון חוק יוצר סמכות. שלטון החוק חל על השלטון גם במצבי חירום. הכוח השלטוני הוא אינו היתר להפר את החוק. איש ציבור אמור לשמש דוגמה, אז על אחת כמה וכמה החוק חל עליו. לכן המחוקק הציב לקוח של השלטון סייגים, אחרת ייגרם במדינה נזק.

#### (ה) שלטון החוק ואכיפת החוק

צריך לדאוג להשליט את החוק ולכן צריך נורמות מחייבות שזוהי מהותן. שלטון החוק מחייב הסדרי אכיפה:

1. סנקציות על מפרי עקרונות שלטון החוק- סנקציה היא תוצאה שלילית באמצעותה נביא להשלטת החוק. למשל: שמירה על שלטון החוקה על ידי ביטול חוק רגיל שסותר חוק יסוד, תביא להשלטת את החוקה, כך גם בביטול תקנה שסותר את חוק רגיל שיביא להשלטת החוק. הסנקציה מונעת מצב שמישהו יהיה מעל החוק (גם אם מדובר במחוקק עצמו).
2. מוסדות עצמאיים שקובעים שהייתה הפרה וגם יטילו סנקציה- אכיפה מחייבת קיום בית משפט שידון בהפרה. ביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת והממשלה. כל ניסיון לצמצם את הביקורת השיפוטית ולצמצם את סמכותו של בית המשפט (על ידי חקיקה או ריסון שיפוטי) תפגע בשלטון החוק. בנוסף נדרשת נגישות למוסד השיפוטי, נגישות כזאת צריכה להיות לכל אדם שיוכל לגשת לבית המשפט לא רק בשל עילה אישית אלא גם בשל עילה של פגיעה בשלטון החוק במדינה. בית המשפט תפקידו להחיל ולהגשים את עקרון שלטון החוק.
3. ביצוע סנקציה בפועל- הפעלת הסנקציה מתבצעת על ידי גופים שאינם תלויים, משום שאם המפר (הרשות המבצעת) ישלוט על האוכף, הטלת סנקציות תהיה לא יעילה. נדרשת היא תלות כפולה (כאמור מעלה). גופי אכיפת החוק הם: משטרה, פרקליטות. עליהם לפעול באופן אובייקטיבי, אין מרות זולת מרות הדין, בעצמאות.

אכיפת החוק עליה להיות שוויונית, זוהי חובת הרשויות וחובת כוחו של החוק. אחרת תפגע שלטון החוק. יש להחיל את החוק ללא מקריות או שרירותיות.

#### 3.א. ההיבט היוריספרודנטלי

##### (א) כללי

היבט זה בעצם עקרון החוקיות. ההיבט היוריספרודנטלי הכרחי בנוסף להיבט הפורמאלי של שלטון החוק. ההיבט הפורמלי לבדו לא מספיק על מנת שישלוט שלטון החוק. חשוב להגיד שהגבולות בין

ההיבטים השונים של שלטון החוק מעט מיטשטשים. דרישות מינימום לשלטון החוק ולא לשלטון האדם, עקרונות אשר יבטיחו (ואשר **מטרתו** היא) "צדק פורמלי". ההיבט הזה של שלטון החוק מבטא את ההבדל בין מסגרת חברתית (בה יכול להיות מובן פורמאלי של שלטון החוק) לבין שיטת משפט של ממש.

#### **(ב) פומביות החוק ודאותו**

פרסום מראש למען הכוונת התנהגות, פרסום לרבים.

#### **(ג) ודאות החוק**

יש לנסח את החוק באופן ברור ומובן, אחרת יש לבטלו. יש איסור על חקיקה רטרואקטיבית, יש להימנע מחקיקה סותרת את. כל אלו יצרו יציבות למען סדר חברתי. נדרשת רק ודאות יחסית, כלומר ייתכן שנידרש לפרשנותו של החוק ולאחריה תיווצר ודאות.

#### **(ד) שלטון החוק ושיקול דעת שלטוני**

האם שיקול דעת שלטוני מתבטל לאור מובן זה של שלטון החוק? לא. שלטון החוק ולא האדם (התפיסה האנגלית) משום ששלטון האדם הוא שלטון שרירותי (לפי מה שאמר חשין). אמנם גם חוק הוא יצירת האדם, אבל בהיותו חוק הוא יכול להינתן ולהיוודע מראש. על המחוקק לכתוב את החוק במפורט כדי שהרשות המבצעת רק תבצע והאזרח יידע מראש מה היא מבצעת. אולם זה לא כל כך אפשרי במדינה מודרנית, שהרשות המבצעת רק תבצע, נדרש שק"ד למען גמישות החוק. לכן כדי ששיקול הדעת לא ייצור שרירותיות (כפי שאמר חשין) יש לכבול את שיקול הדעת המינהלי. כבילה זו תעשה בחוק כדי להבטיח וודאות וכלליות:

1. חקיקה ראשית תקבע הסדרים ראשוניים וחקיקה פרטיקולרית (משנית) תקבע הסדרי ביצוע משניים. ובכך, **כל אקט מינהלי יהיה קבוע בחוק**.
2. הגבלת שק"ד מינהלי למניעת שרירותיות, בכך שתיווצר **מסגרת ראויה להפעילו**: כללי המשפט המנהלי שנקבעו בבג"ץ. למשל: דרישה לפעולת השלטון בתו"ל, בשוויון, לא בשרירותיות, בסבירות, תוך נימוק, ללא ניגוד אינטרסים, תוך בדיקת העובדות ושמיעת הנפגע. דוג': כששיקול דעת שלטוני גובר, מתרחבת ההגבלה עליו, למשל, נדרשת מידתיות.
3. **ביקורת שיפוטית על המינהל**: תפקיד בימ"ש הוא לא להחליף את שיקול הדעת המינהלי אלא לוודא שהוא עומד במסגרת שנקבעה בחוק. ביקורת שיפוטית תתרחב כשהפגיעה בזכויות גדולה יותר. אם כן, בית המשפט הוא שומר שיקול הדעת המינהלי וגם מגן זכויות האדם.

#### **א.4. ההיבט המהותי**

##### **(א) כללי**

תוכן החוק: החוק שצריך לשלוט צריך להיות ראוי וטוב בתוכנו. שלטון החוק המהותי = **שלטון המשפט**. המובנים הקודמים (עקרון חוקיות המנהל) הם לא מספיקים כי (א) לא מבחינים בין מדינה דמוקרטית לבין מדינה לא דמוקרטית- וההבדל ביניהן הוא בתוכן שמדינה דמוקרטית מגינה על זכויות (ב) לא מבטיחים שמדינה דמוקרטית תקיים את תכליתה: לשרת את האדם, אלא רק מבטיח סדר.

לכן יש להרחיב את שלה"ח להיבט התוכני.

##### **(ב) איזון ראוי בין כלל לפרט**

במשטר הדמוקרטי שני מאפיינים: (1) שלטון הפועל עפ"י דעת רוב (2) מקיים זכויות אדם ורואה בתפקיד המדינה להגן עליהן. שלטון החוק המהותי בעצם מבטא את ערכי הדמוקרטיה הללו: החוק



הוא כזה שנקבע עפ"י דעת רוב וגם ממלא את דרישות הדמוקרטיה המהותית: הגנה על זכויות. אחרת, אין שלטון החוק במדינה זו.

שלטון החוק אם כן זה שלטון החוק הצודק הטוב והראוי, שמטרתו לא רק הבטחת סדר (היבט פורמלי) או השגת צדק פורמלי (היבט יוריספרודנטלי) אלא גם **צדק חברתי**. יש פה קשר בין המובנים השונים של שלטון החוק: החוק שמבטיח חיי חברה תקינים (המובן הפורמלי) ← החברה שמאפשרת ליחיד להגשים את עצמו (המובן המהותי).

ישנו מבנה תלת קומתי (בשרטוט): (1) חוק צודק וראוי (מובן המהותי) (2) שעומד בעקרונות הפורמליים (המובן היוריספרודנטלי) (3) מחייב את הכלל (המובן הפורמלי).



### (ג) שלטון החוק המהותי וזכויות האדם (דהיינו, מרכיבים של שטון החוק המהותי)

כב"ה הוא ערך עליון בכל חברה, זה חשוב עד כדי כך שלרגליו נקריב ערכים אחרים. בכב"ה נכלל ערך השוויון (שהוא ערך שליון בישראל), שמסייע למנוע שרירותיות בשלטון. במשפט הדמוקרטי יש עוד ערכים כאלה כמו: חופש הביטוי שמוביל לחשיפת האמת והגשמתו העצמית של כל אדם, מאפשר קבלת החלטות טובה בנוגע לשלטון לאחר חשיפת האדם לכל המידה. ויש עוד רשימת זכויות אדם שהם עקרונות יסוד, לפעמים הן מתנגשות וצריך לאזן אותן. הן שייכות לכל אדם ולפעמים נצמצם אותן כדי לתת יותר לאדם אחר או לתת לאותו אדם יותר מזכות אחרת.

לצד זכויות יש גם חובות. בנוסף, יש אינטרסים של המדינה והחברה, ובעיה מרכזית בשלטון החוק היא הצורך לאזן בין האינטרסים לבין זכויות הפרט.

## ב. עליונות החוקה

### 1.1. שלטון החוק באמצעות עליונות חוקה

כדי להבטיח את שלה"ח המחוקק צריך לכבד את שלטון החוק. הוא יכבדו אם ניתן לשלה"ח מעמד נורמטיבי עליון, אם יעוגן בחוקה או חו"י וכך כל חוקי המחוקק יהיו כפופים לו. מנחם בגין קבע כי **עליונות החוקה = עליונות המשפט**, ורק היא תבטיח את שלה"ח. כי כך המחוקק יחויב לעמוד בכללים היוריספרודנטלים של שלה"ח וגם יהיה מחויב להתאים את החקיקה שהוא יוצר להיבט המהותי של שלה"ח (יכול לסתור זכויות רק אם זה לתכלית ראויה, כלומר איזון של הזכות מול אינטרס חשוב של שלה"ח).

כדי לקיים את שלה"ח על העקרון להיות מעוגן בחוקה. שכוחה מעל חקיקה רגילה ושתכלול בתוכה את עקרון שלה"ח. וכך השלטון הפוליטי ישלט על ידי הסדר חוקתי שמקדם זכויות אדם.

### 1.2. ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק

ונוסף לקיום חוקה נדרש גורם עצמאי מהמחוקק שיוכל לבקר את פעילות השלטון והאם השלטון מפר את שלטון החוק, כדי ששלה"ח לא יהיה רק סיסמה והמחוקק במאת יהיה מחוייב להגשימו. זכות פניה כזו יש להעניק לכל אזרח (ולא רק פניה על אינטרסים אישיים).

האם ראוי ששופט שלא נבחר עפ"י רוב יבטל חוקים? לפי בגין כן. החולשות של שופט הן שהוא עלול לטעות אבל היתרון שלו זה שהוא בלתי תלוי.

### 1.3. חוקה וחוקי יסוד

חקיקת חוקי יסוד בדבר זכויות אדם וגם פסק דין בנק המזרחי קבעו שחו"י הם נורמה משפטית על חוקית שלא ניתן לסתור בחוק רגיל, אחרת ניתן להכריז על בטלות החוק הרגיל.

אם החוקה היא בעלת עליונות, האם זו הגנה מספיקה לשלה"ח? לכאורה לא כי אין חו"י שקובע לקיים את עקרון שלון החוק, אבל התשובה היא שההגנה הקיימת (עליונות החוקה) היא מספיקה כדי לשמור על שלטון החוק, בישראל לשלה"ח יש מעמד חוקתי שניתן להסיק מהוראות אחרות בחוקה:

פסקת ההגבלה: "אלא בחוק" מבטא מובן פורמלי ויוריספרודנטלי- כלומר גם נדרשת חוקיות פורמלית אבל גם חוקיות לפי עקרון החוקיות (התנאים הנדרשים). בנוסף, המשך פסקת ההגבלה מבטא את המובן המהותי של שלטון החוק: הלימה לערכי המדינה, תכלית ראויה, מידתיות. אם כן, פסקת ההגבלה היא בעצם דרך ליישם את שלה"ח בחוקה שלנו.

כך הכנסת בעצם קיבלה את התפיסה של בגין בדבר "עליונות החוקה" = עליונות המשפט: כלומר, עקרונות שקבועים בחוקי יסוד, נהנים מעוצמה על חוקית והכנסת מחויבת לכבדם.

#### **ב.4. עליונות המשפט בעתיד**

שלה"ח זו לא רק מדיניות אלא נורמה משפטית שחייב לפעול לפיה (בגלל שהיא מעוגנת בחו"י). כיום מדובר בהסדר חלקי כי: (1) עליונות החוקה קיימת רק בנוגע למספר זכויות מצומצם (2) ניתן לשנות חוקי יסוד בקלות יחסית ולכן צריך להקשיח תנאי זה.

#### **ג- סיכום**

שלה"ח זה גם ערך חברתי ולא רק מושג משפטי.

ליצור 18: 12.01 – סיכום דל מן

#### **הרט: ההבדל בין החלפת ריבון להחלפת מערכת משפט**

אחת הביקורות שלו עם אוסטין הייתה שהוא לא נותן דגש על זה שהחוק הוא בעל משהו מערכתי ואינו פטנקציה של קיומו של נותן הפקודה. משכך אם נותן הפקודה מת, לא נבחר, נעלם מסיבה כזו או אחרת, קם במקומו נותן פקודה חדש ולכאורה לפי עמדת אוסטין יש להניח שהריבון החדש מקים לתחיה את החוק שוב, או באופן מפורש או באופן מובלע, הוא מעין פוקד מחדש את החוק. אולם יש לנו הרגשה שסוג טענה כזה אינה מאתאימה לאופן בה אנחנו מבינים מערכות משפט, זה יהיה בשונה מאשר שקמה כנסת חדשה ומחוקקת במובלע את כלל החוקים שהיו, אלא כל החוקים ממשיכים להתקיים מכור כל הכנסות שהיו. אין צורך לחוקק מחדש, זה למעשה מעיד על המעמד האימפרסונלי, לא צריך אדם שיהיה פוקד בעת קיום החוק, אלא לחוק קיום עצמאי כלשהו, ושהמערכת קיימת בנפרד ממי שפקד עליה ביוצרה. כלומר בשונה מפקודה שך מפקד שכשהוא מת מתה איתו הפקודה, החוקים ממשיכים להתקיים גם כשהפוקד אינו איתנו יותר.

עולה אותה הבעיה מנק' מבט אחרת- הניבון להסביר את ההבדל בין חילופי מערכת משפט לחילופי ריבון. לא תמיד מתחלפת מערכת המשפט כשמתלחף הריבון ולהפך. מה הוא ההבדל בין ןהחלפת הריבון להחלפת מערכת המשפט? לפי הרט, בהתחלפות מערכת המשפט בא לסופו כלל זיהוי מסוים, הקודם התפוגג, כבר לא קיים מיבות חברתיות ופוליטיות כאלו ואחרות, שאז אותה מערכת משפט אינה קיימת, ואם לא נוצר כלל זיהוי חדש, אין מערכת משפט, אולי יש מערכת נורמבטיבית של מוסר נוהג אבל אין מערכת משפט. ואם נוצר במערכת הזו כלל זיהוי חדש שהחליף את הקודם, נוצרה מערכת משפט חדשה, שנעוצה בכלל הזיהוי.

#### **דוגמא להבדל בין החלפת מערכת משפט להחלפת ריבון: המעבר מן המנדט הבריטי למדינת ישראל:**

עם ההכרזה על קום המדינה התרחש מעבר ליישות מדינתית חדשה, קמה גם מערכת משפט חדשה- מערכת המשפט של מ"י. לפי הרט מה שקרה אז, הוא שחדל המנדט הבריטי מלהתקיים, נגמר המנדט, והתפוגג

לחלוטין כלל הזיהוי שאמר שהמערכת המשפטית נעוצה בהסכמה סביב הכוח של המנדט והנציב. דבר זה נגמד, הנציב עזב, קום מדינת ישראל גיבש כלל זיהוי של היישוב, סביב הממשלה וסביב המוסד שמוסמך לקבוע את החוקים- האסיפה- שהפכה לכנסת, ונוצר כלל זיהוי חדש, בחברה הישראלית שמזהה את המוסדות בחברה הישראלית כמוסמכים ליצור ככלים חדשים בעלי תוקף משפטי.

מה שעשתה אז הכנסת בישיבה הראשונה שלה, היה למעשה לחוקק את פקודת סדרי שלטון ומשפט. **סעי' 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח-1948**: 'המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו ...'. הסעיף העתיק את התוכן של המערכת הבריטית, באמצעות סעיף אחד אל מערכת המשפט הישראלית ואז יש לנו המשכיות ויציבות.

האם זו אותה מערכת משפט? לא. למה? כי התשתית והבסיס של מערכת המשפט הזו אינה הסכמה סביב הכתר, אלא סביב קיום התשתית הפוליטית שנקראת מדינת ישראל.

האם באותו הזמן התוכן הנורמטיבי של המשפט המנדטורי היה דומה או זהה למשפט הישראלי? התשובה היא כן מכוח ס'11. זה למעשה העתק, אותו הדבר. אבל כאמור זו אינה מערכת משפט בשל הבסיס השונה, הסכמה בחברה הישראלית סביב המוסד. תוכן החוקים של מערכות המשפט זהה אבל הם לא חוקים מנדטוריים אלא חוקי מדינת ישראל. מה השתנה? 'כלל הזיהוי'.

מאז 1948 עד ימינו המשפט הישראלי עבר שינויים דרמטיים! - בשל כללי השינוי שקיימים בו, כמעט כל החוקים השתנו. ובכל זאת - בשל כלל הזיהוי - מערכת המשפט הישראלית שומרת על זהותה!

האם היום יש דמיון בין המנדט הבריטי למערכת המשפטית במ"י? לא, שונה מאוד. והאם זו אותה מערכת המשפט? לא. העובדה שמתחוללים שינויים היא שמתחוללים שינויים בתשתית מסוימת ששומרת על הזהות שלה, מה ששומר על המערכת הוא קיום כלל זיהוי.

לכן התיאוריה של הארט מיטיבה להסבר בין חילופי מערכת משפט לחילופי הריבון.

מה השוני מאוסטין? אוסטין חושב שהחוק הוא פונקציה של פקודה של הריבון. ברגע שהאישים שחוקקו יורדים מהכס שלהם, גם החוקים נעלמים.

## שלטון החוק

### רז (החלק של רז- השלמה מהמצגת שלא למדנו)

#### משמעותו של "שלטון החוק" RULE OF LAW

משמעותו של רעיון 'שלטון החוק' הוא **מובנו המילולי**: 'ב"א צריכים לציית לחוק, והם צריכים להיות נשלטים (ומודרכים) על ידי החוק' ואולם בתיאוריות פוליטיות ומשפטיות הוא התפרש **באופן צר יותר**: השלטון (הרשויות) צריך להיות מודרך על ידי החוק וכפוף לו - 'שלטון החוק ולא שלטון בני אדם'.

פרידריך הייק (Hayek) (הדרך לשעבוד): 'הממשל בכל פעולותיו כפוף לחוקים (rules) שנקבעו ופורסמו מראש, חוקים שמאפשרים לצפות במידה רבה של וודאות כיצד הרשות תשתמש בכוחה בנסיבות מסוימות, ולתכנן את פעולותינו על בסיס הידע הזה'.

**"שלטון החוק" ו"שלטון החוק הטוב"**

מושג, או אידאל, שלטון החוק שונה מרעיון שלטון החוק הטוב. הוגים ומשפטנים (דוגמת ברק) קושרים את שלטון החוק עם כל הערכים (הטובים): דמוקרטיה, חרות, צדק, שוויון, זכויות אדם, וכו'.

ואולם מערכת משפט לא דמוקרטית, שלא מכבדת זכויות אדם, שמפלה (על רקע: דת, גזע, מגדר), וכו', יכולה לענות על דרישות שלטון החוק, לא פחות מאשר משטר שמכבד את אלו. זה לא אומר שמשטר שכזה הוא טוב יותר; הוא לא ערוך גרוע יותר! אם עיקרון 'שלטון החוק' הוא 'שלטון החוק הטוב' אזי המושג מאבד מיעילותו, מהקוהרנטיות שלו. שלטון החוק הטוב הוא תיאוריה פוליטית-משפטית מקיפה ורחבת ממדים; היא כוללת תאוריה של שוויון, צדק חברתי, זכויות האדם, כבוד האדם, ועוד.

הדיון להלן יתייחס – בעקבות רז ופולר – למושג: 'שלטון החוק', ויאיר את מאפייניו. כאמור, נתמקד בטענה כי 'שלטון החוק' הוא כי: 'הממשל צריך להיות כפוף לחוק', ובתבונה כי מהות 'שלטון החוק' הוא היכולת לכוון התנהגות.

**לכאורה רעיון "שלטון החוק" (במובן הצר) הוא ריק מתוכן?**

אם החוק – שנחקק על ידי הממשל – מסמיך את הממשל לעשות כל שברצונו, אזי כל פעולה של השלטון מתיישבת עם 'שלטון החוק'? אם כן, האם שלטון החוק הוא בכלל אידיאל משפטי-פוליטי? האין הוא ריק מתוכן? התשובה לשאלה הזו נעוצה בהבנה כי 'שלטון החוק' הוא כלי להכוונת התנהגות.

**יסודות שלטון החוק**

שלטון החוק מושתת, כאמור, על שני יסודות:

א. שבני אדם – לרבות השלטון – יצייתו לחוק.

ב. שהחוק יכוון את התנהגותם.

נתמקד בעיקרון השני: אלו תנאים צריכים להתמלא כדי שהחוק יכוון התנהגות?

אלו הם עקרונות שלטון החוק היפורמלי וה'יוריספרודנטלי' של ברק (להבדיל מה-מהותי)

כדי לכוון התנהגות חוקים צריכים להיות מספר קריטריונים:

1. כלליים (לא ספציפיים)
2. פרוספקטיביים (לא רטרואקטיביים)
3. בהירים ('חתוכים', לא כלליים מדי)
4. יציבים (באופן יחסי)
5. ידועים (לא סודיים; פרסום החוק)
6. לא סותרים
7. שניתן לקיימם ('אין גוזרים על הציבור גזרה שאי אפשר לקיימה')

יסודות נוספים:

- אי תלות של מערכת בתי המשפט - החלטות בהמ"ש קובעות בסופו של דבר מהו החוק, ולכן החוק יכוון התנהגות של בני אדם רק אם בהמ"ש יחיל את החוק באורח מדויק ועקבי.
- עקרונות של צדק טבעי צריכים להישמר – דיוני בתי המשפט צ"ל פתוחים והוגנים, ללא פניות.
- החוק שנאכף הוא החוק שנחקק – פעולה מתואמת והוגנת של רשויות האכיפה והשפיטה

- פיקוח שיפוטי על יישום כל העקרונות לעיל.
- נגישות קלה ביחס של האזרחים לבהמ"ש.
- ישנם קריטריונים נוספים כגון: עיתונות חופשית.

#### יסודות "שלטון החוק": חוקים כלליים וצווים ספציפיים

ואולם החוק אינו רק חוקים כלליים (חוקה, חוקים, חקיקת משנה) אלא גם פקודות ספציפיות. אצל הדיוטות החוק מורכב (רק) מחוקים כלליים, בהירים, יציבים ביחס, וכו'. עבור משפטנים, החוק כולל גם אינספור פקודות, העומדות בתנאי התקפות של השיטה המשפטית. כגון: פסקי דין, שומות מס, רישיונות למיניהם (רכב, נהיגה, החזקת נזק, מסעדה, רפואה, עריכת דין, ולכן גם ציונים בקורסים בבתי הספר למשפטנים...).

ללא פקודות ספציפיות החוק לא יתפקד כראוי.

**האם פקודות ספציפיות פוגעות בשלטון החוק?** אחד מעקרונות שלטון החוק הוא: פקודות ספציפיות שניתנות על ידי רשויות ופקידים מוסמכים כפופות לחוקים כלליים, קבועים, ידועים, וכו'. עיקרון זה מאפשר לאזרח לצפות במידה של וודאות את ההוראות והפקודות הספציפיות של פקידים.

#### שלטון החוק הוא עניין לדרגה

הקריטריונים של שלטון החוק יכולים להיות מיושמים באורח חלקי, יותר או פחות. בכל מערכת משפט יש חוקים:

- עמומים (לא חתוכים) – למשל, עיקרון תום הלב בחוק החוזים (סעי' 12, 39).
- רטרואקטיביים – למשל, החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם.
- משתנים תדיר – למשל, חוק יסוד הממשלה משנת 1992, שנודע כ-חוק הבחירה הישירה, (שנועד להיות שלב ראשון ברפורמה בשיטת הבחירות). בשנת 2003, בעקבות כישלון החוק, הוחזרה שיטת הבחירות למתכונתה הקודמת (בשינויים מועטים).

#### פולר: משפט טבעי פרוצדורלי

העמדה של פולר, שיש שמכנים אותה 'משפט טבעי פרוצדורלי', הוא מבקר את הפוזיטיביזם, ומציג כנגדו תפיסה שחוזרת לעקרונות המסורת של המשפט הטבעי שמדגישה את היבט התבוני מסורי יש בכל מערכת משפט. פולר חוזר למסורת המשפט הטבעי: הקשר בין משפט לבין מוסר עולה, לדעתו, ממושג שלטון החוק. באמצעות ניתוח המושג שלטון החוק הוא מבקר את הפרדה הפוזיטיביסטית בין מוסר לבין משפט. גישתו מכונה: **משפט טבעי פרוצדורלי**. וויכוח: הרט – פולר. יסודות תפיסתו מצויים במאמרו: L. Fuller, 'The Morality of Law – Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart'.

מה שמאפיין את העמדה הפוזיטיביסטית היא התפיסה שכשאנחנו באים לשאול מה אומר המשפט המקומי – התשובה היא עניין לבירור עובדות. לא לשיקול מוסרי, לא לשאול מה נכון שיהיה המשפט. כל השיקולים של מה ראוי לא רלוונטיים. יש הפרדה בין משפט לבין מוסר.

#### אדון ביסודות אחדים של גישתו הנון-פוזיטיביסטית:

**פולר: תפקידו המרכזי של החוק הוא לכוון התנהגות**

טענתו המרכזית של פולר: "The Law is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of Rules"

נקודת המוצא של פולר היא שמהות החוק, הוא להכפיף את הפעולות וההתנהגות של בני האדם לשלטונם של חוקים. הכוונת התנהגות היא פעילות רציונלית של המחוקק. רוצים להכווין התנהגות באמצעות חוקים, לא על ידי פקודות ספציפיות.

מבקר את הפוזיטיביסטים על כך שהם מתבוננים על מערכות משפט מן המוכן, והם לא נותנים את דעתם על דרכי היצירה, הפיתוח והניהול של מערכות משפט. ביסוד אלה עומד רעיון שלטון החוק – שיסודו, כאמור, בהכרה שתפקיד החוק לכוון התנהגות.

בעיני פולר, ברגע שהחוק רציונלי הוא מכיל גם פן מוסרי, כך הוא מבקר את הפוזיטיביסטים שמתבוננים בעיקר על מערכות משפט שכבר קיימות. לא שואלים את עצמם איך מכוננים מערכת משפט ואיך היא נוצרה. כשאתה חושב על איך נוצרה מערכת משפט אתה חייב לחשוב על שלטון החוקה, שמטרתו לכוון התנהגות. לפי פולר מי שמתיימר להיות מערכת משפט ולא מצליח לכוון התנהגות כי בין השאר לא נענית על עקרונות שלטון החוק, לא באמת תהיה מערכת משפט, גם אם תכנה את עצמה ככזו. זה כמו שלא נוכל לקרוא למתמטיקה שירה. לא נוכל לקרוא למשהו בשם שלא נכון לו. עבור פולר, מערכת משפט שלא מכוונת התנהגות אינה מערכת משפט, ואם יוצאים מערכת משפט שכן מכוונת התנהגות ועונה על דרישות שלטון החוק, נראה שיש בממדי שלטון החוק רכיב חשוב מהותי ומרכזי- רכיב מוסרי.

לפי פולר קיימים **שמונה קריטריונים שחייב לקחת בחשבון אם רוצים לכוון התנהגות** (יש אחרים, כמו רז למשל שחושבים שיש עוד קריטריונים):

1. **מפורסמים, פומביים** - לשם הכוונת התנהגות חייב שהחוקים יהיו מפורסמים, לא סודיים, אחרת לא ידעו אנשים איך עליהם לפעול בהתאם לחוק. יש שחושבים שחוקים מסוימים צריכים להישאר חסויים, כמו הגנות במשפט הפלילי למשל כמו הגנות שנעדיף שלא יפעלו, ואולי אפילו אסור לגלות אותן ואז רק אם מישהו יטען להן נוותר לו. לא רצוי לפרסם אותם כי אולי יגרמו לאנשים לבצע מעשים פליליים.
2. **חוקים פרוספקטיביים** - על כל החוקים להיות צופי פני עתיד, אי אפשר לכוון התנהגות על ידי חוקים שלא מדברים על התנהגות עתידית, שנעשו בעבר. אבל האם יש חוקים רטרואקטיביים? כן, חוק עשיית נאצים ועוזריהם, אבל הוא חריג מאוד, וניתן לומר שמכוון התנהגות של תובעים.
3. **כלליים** - אי אפשר לכוון התנהגות רק באמצעות פקודות ספציפיות לרגע ספציפי, חייב להיות כלל, אי אפשר לבסס התנהגות רק על פקודות ספציפיות. רז מסביר שמערכת משפט גם לא יכולים להתבסס רק על חוקים כלליים, אלא מערכת משפט צריכה להתבסס גם על פקודות ספציפיות, שמתבססות על מערכת חוקים כלליים.
4. **בהירים** - "חתוכים", לא כלליים מדי. אם לא נכין את החוק לא נוכל לפעול על פיו. חוק עמום לא יכול לכוון התנהגות אולם עדיין קיימים, כמו סעיף 12 לחוק החוזים – תום לב. אנחנו צריכים כלל חתוך, ספציפי יותר, שיכוון התנהגות בנסיבות רווחות ומצויות, לא במקרים חריגים ויוצאי דופן. אבל עדיין יש כללים כאלו כמו ס' 12 לחוק החוזים. המחוקק כשעושה זאת, עושה זאת בצורה מכוונת כדי שביהמ"ש יצוק לזה תוכן. אבל לא יעשה זאת לעיתים קרובות.

5. **חוקים לא יכולים לסתור אחד את השני** - מערכות משפט שעמוסות וגדושות בחוקים זה יהיה קשה ליישום, לכן ננסה ליצור כללים לפתירת הסתירות כמו חוק כללי וספציפי, מוקדם ומאוחר וגם אז לא ברור אם כל הסתירות נפתרות. כדי לכוון התנהגות נדרשת כמות מינימלית של סתירות, וקיום דרכים ברורות לפתירת הסתירות, אחרת לא נוכל לכוון התנהגות.
6. **חוקים שניתן יהיה לקיימם** - אם אנשים לא יוכלו לעמוד בדרישות החוק, לא יוכלו לכוון התנהגות על פיו. לכן לשם הכוונת ההתנהגות נדרש לקבוע חוקים שניתן יהיה לקיימם. "אין גוזרים על הציבור גזרה שאי אפשר לקיימה".
7. **יציבות החוק** - אחד הגורמים המרכזיים ביותר לשם תפקוד חוקים, החוק חייב להיות יציב. כל אימת שהחוק משתנה יש חשש של חתירה תחת המערכת, משבש אותה. עד כדי שהרמב"ם והוגים נוספים שסברו שככל שמשנים את החוק זה יותר תחושה בקרב הציבור שאינו מחייב. לכן מחוקקים יעדיפו לשמור על יציבות גם במסקנה שהחוק לא כל כך טוב, כי לעיתים המחיר על עצם השינוי לא ייתן הרבה בשל השינוי.
8. **התאמה בין החוק שנחקק לחוק שנאכף** - זו בעיה לא פשוטה בהרבה מערכות משפט, הכנסת יכולה לחוקק חוק אבל השאלה היא האם המשטרה, תביעה, ביהמ"ש אוכפים אותו ומקשיבים לו. אם אין תיאום ביניהם, אפילו בהבדלים קטנים, זו תהא פגיעה עצומה בעיקרון שלטון החוק. כי לשם שמירה עליו חייב שכולם ישתמשו אותו ה דבר כפי שנתפס על ידי הציבור.

#### הקריטריונים של שלה"ח הם פורמליים

אחד הדברים החשובים הוא שביהמ"ש יקפידו על יישום החוק כפי שנחקק, וכמובן ביקורת שיפוטית, תקשורת שתפקח, במיוחד בחברות המודרניות בהן יש גורמים חיצוניים שמצליחים לפקח על המערכת כי יש לה נטייה לסטות מעקרונות שלטון החוק, עיתונות חופשית ובלתי תלויה. כל העקרונות הללו לא פועלים באופן של הכל או כלום, לכולם עניין לדרגה, כל אחד מהם יכול להיות מיושם באופן יותר חלקי או יותר מלא. ככל שהקריטריונים של עיקרון החוק מיושמים יותר - כך עיקרון שלטון החוק מלמלא ונשלם וכך גם מערכת המשפט תתפקד באופן יעיל יותר.

לטענת פולר – מערכת משפט שאינה מצליחה לכוון התנהגות אינה 'מערכת משפט'.

#### לעזר 19: 17.01

דיברנו על שמונת הקריטריונים של פולר.

פולר ורז מדגישים מאוד את העצמאות של בימ"ש שצריך לפרש חוקים לא באופן בו הם פורשו על ידי רשויות אחרות. ועצמאות זו היא בעל חשיבות עצומה לשלטון החוק.

**פולר : הקריטריונים של שלטון החוק הם פורמליים**, כלומר יש להם תוכן מוסרי מינימלי. זה לא אומר שהם נטולי תוכן מוסרי אבל התוכן המוסרי הוא מינימלי והם קריטריונים שקשורים לחוק ככלי. במובן הזה שכדי שהחוק יתפקד ככלי באופן יעיל צריך שמי שמתפעל אותו (ומי שיוצר אותו, כלומר המחוקק) יפעיל אותו מתוך היענות כמה שיותר גדולה לקריטריונים האלה, ואם הוא לא נענה לקריטריונים האלה באופן מלא, שלטון החוק נפגע והוא ייכשל ביצירת מערכת משפט. (לא משנה לאיזה התנהגות החוק מכוון), אבל ככל שהחוק רוצה לכוון התנהגות הוא צריך לעשות זאת באופן שנענה לקריטריונים האלה. נזכיר שזה לא עניין של הכל או כלום הקריטריונים האלה, אלא עניין של **דרגה, מידה**.

יחד עם זאת יש בקריטריונים **היבט מוסרי**. פולר מכנה אותו: **המוסר הפנימי של החוק**. (להבדיל מתוכן החוקים שאיננו פנימי לחוק). בכל אחת מהדרישות האלה יש מימד מוסרי מסוים. זהו המוסר הפנימי של החוק, להבדיל מהתוכן המוסרי של החוקים כשלעצמם. כאתה מחוקק חוק אתה מכניס לו תוכן מוסרי, למשל לא תרצח לא קשור להיבט של החוק כחוק אלא לתוכן המסויים של קדושת החיים.

### האם יש קשר בין "המוסר הפנימי של החוק" לתוכן (המוסרי) של החוקים?

הטענה של פולר היא שיש קשר (וכאן הוא בויכוח עם רז והארט) בין המוסר הפנימי של החוק לבין היות החוק בעל תוכן מוסרי. כלומר הקשר בין המוסר הפנימי, אם המערכת תשמר את הקריטריונים האלה באופן דווקני, חזקה עליה שהיא תיצור מערכת חוקים שתוכנה יהיה ראוי.

הטענה הזו נדחית בזלזול ע"י רז והארט שאומרים ששמירה על שלטון החוק אינה ערובה לחוקים טובים. יש בה מימד מוסרי אבל זה מימד צר ואין שום ערובה שהחוקים יהיו טובים, אפשר לחוקק חוקים רעים ולהפלות למשל תוך נאמנות גמורה לשלטון החוק. מנגד, פולר טוען שיש קשר בין המוסר הפנימי של החוק לבין זה שאם תשמר את הקריטריונים אתה תיצור חוקים טובים.

מה טיבו של הקשר הזה? האם יש קשר בין "המוסר הפנימי של החוק" לתוכן (המוסרי) של החוקים?

1. קשר מושגי (?) - השראה מעמנואל קנט: הצו הקטגורי הוא פורמלי: "עשה מעשיך כך שתוכל ללרצות שהוא יהיה לחוק כללי" ובנוסח הקודם של הלל הזקן: " מה ששנוי עלייך, לחברך לא תעשה". אם אני רוצה שרק אני לא אפעל לפי הכלל הזה, אני לא יכול שהוא יהיה חוק. אבל אם זה כלל שאני מוכן להחיל על עצמי, אני יכול להחיל גם על כולם, זה יכול להיות חוק.
2. קשר אמפירי-היסטורי - בין משטרים שכיבדו את הדבר הזה שנקרא שלטון החוק ויצרו מערכות משפט ראויות. בדר"כ משטרים טוטליטריים שהמוסר לא עומד לנגד עיניהם לא יכבדו את שלטון החוק, משום שאם הם משתמשים בחוקים למטרותיהם (בדר"כ הרעות), אז כפי שתוכן החוקים שלהם יהיה רע, הם גם לא יקפידו על עקרונות שלטון החוק, כי זה לא יהווה ביניהם מכשול בפני השגת מטרותיהם. ואם מסתכלים על משטרים טוטליטריים, עקרונות שלטון החוק לא עמדו מולם והם לא הקפידו עליהם: משנים חוקים תכופות, שולפים "חוק סודי", מחוקקים רטרואקטיבית. משטרים שיצרו חוקים בלתי מוסירים פועלים, תוך אי כיבוד של עקרונות שלטון החוק כי זה מקביל את המשטר. ולמה שעקרונות אלו יגבילו אותי אם אף שיקול אחר לא מגביל אותי.

ומכאן פולר מסיק: **"משפט טבעי פרוצדורלי"** אם אכן יש קשר של עקרונות שלטון החוק לבין התוכן של החוקים, אנחנו בעצם דוחים את התפיסה הפוזיטיביסטיסטית שמוכנה לדגול בשלטון החוק אבל טוענת שאיננה כדי להוכיח קשר מהותי לבין החוק לבין המוסר.

לפי פולר מצאנו קשר הכרחי בין תוכן המוסרי של החוק לבין עקרונות שלטון החוק.

### דוגמה היסטורית: גרמניה הנאצית:

טענת פולר: אי המוסריות של מע' המשפט הנאצית הייתה לא רק בתוכן החוקים (הגזעניים, האכזריים וכו) אלא גם בהפרת העקרונות הבסיסיים של שלטון החוק: חקיקה רטרואקטיבית, החלת חוקים סודיים, חוקים עמומים, שינוי מהיר של חוקים וכו). וכל ההפרות האלה היו כדי לשרת את המשטר כלומר למרות שהם נראו מאוד מסודרים חשבו שהם ממלאים את שלטון החוק. הם לא.

**הטענה הזו לא שכנעה את הרט ורז:**



**“שלטון החוק” אינו ערובה לחוקים טובים**

ביקורת על הטענות של פולר על אודות הקשר בין חור (שלטון החוק) לבין מוסר. סוגים רבים ושונים של כוח “שרירותי” (רע) מתיישבים עם שלטון החוק. שליט יכול לחוקק חוקים שישרתו את טובתו, וכך חוקים מפלים ורעים מבלי לפגוע בשלטון החוק. שלטון החוק מונע רק את הפגיעה של החוק כחוק, בבני האדם.

אם כל פעם אתה לא שומר על עקרונות שלטון החוק אתה פוגע באנשים באמצעות החוק.

**רז: שלטון החוק וכבוד האדם**

אנו מייחסים חשיבות לתוכניות חיים ארוכות טווח (קרירה, יחסים-משפחה, עסקים, ועוד). תוכניות חיים ארוכות טווח נוגעות לכבוד האדם. מימוש תוכניות חיים מותנה בקיומם של מסגרות חיים יציבות.

החוק מסייע ביצירת מסגרות חיים יציבות על ידי:

1. ייצוב של יחסים חברתיים, שאלמלא החוק עלולים להתפרק באופנים בלתי צפויים.

2. מדיניות של ריסון עצמי מפני שינוי החוק, כדי לאפשר לבני אדם תכנון ארוך טווח.

ההיבט האחרון (יציבות החוק) הוא עניין לשלטון החוק.

**שלטון החוק והתפיסה האינסטרומנטלית של החוק:**

החוק הוא כלי בידי בני אדם להתארגנות חברתית. מעלת החוק היא היכולת לכוון התנהגות (=שלטון החוק), כשם שמעלת סכין היא היכולת לחתוך. לחוק יש מעלה (virtue) של יעילות; כלומר המעלה של כלי ככלי. שלטון החוק הוא הערך פנימי, ה-excellence (השלמות), של החוק (כשם שחדות היא הערך הפנימי, כלומר השלמות, של הסכין). בשונה מצדק ושוויון, שלטון החוק הוא לא ערך מוסרי או אידיאל. החוק הוא כלי וורסטילי, הוא יכול לשמש למגוון רחב מאוד של מטרות, מוסריות ולא-מוסריות. החוק היא ניטרלי מבחינת המטרות שלשמן משתמשים בו, כלומר הוא ניטרלי מבחינה מוסרית.

**הויכוח בין הרט לפולר:** האם הפוזיטיביזם כטענת פולר זו תורת משפט שיש בה משהו בלתי מוסרי?

הדיון עד כה היה מושגי-תיאורטי – איזו עמדה מתארת באופן הולם יותר את המשפט. ואולם, לטענת פולר, יש לוויכוח ממד מוסרי! פולר סבור כי הפוזיטיביזם הוא לא רק עמדה מוטעית מבחינה מושגית, אלא גם עמדה פסולה מבחינה מוסרית:

פולר (פוזיטיביזם) אומר שהפרדה בין מוסר לבין משפט, שהיא אחד מעקרונות היסוד של החשיבה הפוזיטיביסטית. המשמעות של הטענה הזו היא לא השמשפט הוא לא מוסרי, אלא שהקריטריון לקביעה מה תקף מבחינה משפטית לא קשור לעניינים מוסריים אלא קשור לגבי עניינים שבעובדה: למשל האם זה משהו שהכנסת קבעה. נון-פוזיטיביסט יגיד שנלקחים בחשבון עוד קריטריונים, למשל אם יש משהו לא מוסרי בעליל זה לא חוק, או למשל אם הם לא עומדים בקריטריונים של טון החוק, זה לא חוק.

פולר אומר שלדעתו הגדרה זו של החוק שמפרידה בין שיקולים מוסריים לבין קביעה מהו החוק (רק עניין של עובדה), זו עמדה שיש בה כשלעצמה פגיעה בחוק, מדוע? כי ההפרדה הזו לא נותנת לחוק את הכבוד הראוי לו, היא אומרת שהחוק לא קשור למוסר, החוק יכול להיות מוסרי או בלתי מוסרי ואבל האופן בו נקבע מהו חוק לא קשור למוסר אלא לשאלות עובדתיות. פולר אומר שאם חוקים במדינות הם סוג של הישג אנושי, הישג חברתי מן המעלה הראשונה, דבר שצריך לשאוף אליו, תורת המשפט צריכה לבטא את זה. צריך לעשות מאמץ כדי לשאוף לקרב בין חוק לבין מוסר. אתה בעצם חותר תחת הנאמנות של בני אדם לחוק, איך בני אדם יהיו נאמנים לחוק אם בעיניהם החוק לא נושא מימד מוסרי: לפעמים הוא מוסרי ולפעמים לא. איזה

כבוד ונאמנות אנשים יפתחו כלפי החוק אם זוהי עמדתם ביחד להגדרת החוק ולכן טענת פולר היא שהפוזיטיביסטים פוגעים בחוק בכך שהם קובעים את ההפרדה הזו. הוא מתאמץ לקשור את מושג החוק שקשור ברעיון של שלון החוק לבין הערל המוסרי של שלטון החוק הוא מאמץ ראוי כי מקדם את הנאמנות לחוק.

עד היום הדיון היה מושגי תיאורטי- איזה עמדה מתארת באופן הולם יותר את המשפט. ואולם לטענת פולר לויכוח עצמו יש ממד מוסרי.

פולר סבור שהפוזיטיביזם זה לא רק עמדה מוטעית מבחינה מושגית אלא גם מוטעית מבחינה מוסרית, הוא אומר: שהחוק שמטרתו היא כינונה של מערכת משפט הוא **הישג חברתי** ותורת המשפט צריכה לבטא זאת. ובעיניו רק תורת משפט שקושרת בין משפט למוסר (ומוסר אידיאלי, כלומר מה ראוי) יכולה לבטא זאת. הפוזיטיזם התנתק בין מוסר לבין משפט- "חוק לא מוסרי הוא חוק", חותר תחת הנאמנות לחוק.

זאת ועוד, הפוזיטיביזם שמייחס תוקף משפטי לחוקים לא מוסריים- מעודד ציות להם!

ולראיה: החינוך הפוזיטיביסטי בגרמניה: הכשיר את הקרקע לשת"פ של המשפטנים הגרמנים עם המשטר הנאצי. בגרמניה הנאצים הקהילה המשפטית שיתפה פעולה עם המשטר הנאצי כך שבין לילה המשטר הפל ממשטר נאור שאפיין את גרמניה בתקופת ויימאר, ובין לילה הפך המשטר לנאצי. והסיבה לדעת פולר הוא החינוך הפוזיטיביסטי אין בו את המימד המוסרי בשהיה בגרמניה באותם ימים.

**רז והארט משיבים:**

הארט: לפוזיטיביזם יתרונות מוסריים על פני הנון פוזיטיביזם

דווקא הפוזיטיביזם, המתעקש על ההבחנה בין חוק מצוי (משפט) לחוק רצוי (מוסר), מקדם את מוסריות המשפט. הטענה: 'זה חוק תקף אבל לא מוסרי (ולכן אסור לציית לו)' עדיפה מבחינה מוסרית על הטענה: 'זה לא מוסרי ולכן זה לא חוק'. ללא הבחנה בין משפט לבין מוסר המשפט עלול לקפוא על שמריו. זו הייתה מגמתם של הפוזיטיביסטים-התועלתנים: בנתהאם ואוסטין (רפורמות בחוקי אנגליה).

לעמדה הזו יש יתרון לא רק מושגי אלא גם מוסרי. דווקא ההבחנה בין חוק מצוי (חוק כפי שהוא) לבין חוק רצוי (מה ראוי מבחינה נורמטיבית), דווקא הוא מקדם את המוסריות של המשפט. העמדה: שזה חוק תקף אבל בלתי מוסרי ולכן אסור לציית לו, עדיפה מוסרית מאשר העמדה שזה חוק לא מוסרי ולכן זה לא חוק.

צריך להפריד בין השאלה האם זה חוק לבין השאלה האם זה מוסרי. וללא הבחנה בין משפט לבין מוסר מה שיקרה (לטענת הפוזיטיביסטים) זה שהמשפט הרצוי בדר"כ יזוהה עם המשפט המצוי, כלומר תנסה לצייר את החוק באופן שהוא הרבה יותר מוסרי ממה שהוא בפועל, והדרך היחידה האמיתית שפר את החוק היא לעשות את ההפרדה: אני יודע מה החוק הבדיוק ואני יכול לבקר אותו (למשל להגיד שהוא לא מוסרי) אבל אם כל הזמן אנסה לייפות אותו. ללא הבחנה בין משפט לבין מוסר המשפט הרצוי יזוהה (בטעות) כמשפט המצוי.

זו הייתה מגמתם של הפוזיטיביסטים-התועלתנים: בנתהאם ואוסטין (רפורמות בחוקי אנגליה). תנאי הכרחי בביקורת, לחוקשינויים ושיפורים של החוק הוא להגיד קודם שאנחנו מזהים את החוק, יודיעם איך הוא פועל בדיוק כפי שהוא ואז להציע שיפורים, אם נאפיין את החוק באופן שהוא לא ריאלי, לא מפוקח, תמיד נתאר אותו בשיקולים מוסריים לא נצליח לשפר אותו ולכן הפוזיטיביסטים מקדמים מגמה מוסרית כי המגמה שלה זה להביא לתיקונים ושיפורים.

**תקפות משפטית וחובת הציות לחוק**

לצד אידיאל הנאמנות לחוק ישנו אידיאל לא פחות חשוב: בחינה מוסרית של החוק (על ידי הפרט).  
 הפוזיטיביזם: הציות לחוק אינו מוחל, הוא תמיד צריך לעמוד בדרישות המוסר.  
 הרט: הנון פוזיטיביזם מטשטש את הביקורת המוסרית של חוקים ובכך הוא מקדם ציות לחוקים לא מוסריים.  
 אין כל ראייה כי שיתוף הפעולה של הקהילה המשפטית הגרמנית עם הנאצים היה בשל חינוך לפוזיטיביזם.

**נון פוזיטיביזם****רונלד דורקין**

נון- פוזיטיביסט, ביקורת חשובה על התפיסה הפוזיטיביסטית של הארט. היה פילוסוף אמריקאי נפטר ב-2013.

נעסוק בביקורת שלו על העמדה של הארט.

מי שביקר את דורקין היה רז (שנפטר לפני חצי שנה). שניהם היו יהודים. דורקין היה הוגה מוביל בענייני השעה, והרבה מאמרים שלו קובצו לקבצים. נתמקד במאמרו: model of rules.

**פוזיטיביזם: 3 עקרונות שדורקין מבקר**

דורקין פותח בתיאור התיאוריה של הארט ומדבר על 3 עקרונות בפוזיטיביזם של הארט שאותם הוא יבקר.

1. המשפט של חברה הוא מעי של כללים ספציפיים, שמזוהים על ידי כלל-אב (כלל הזיהוי) שקובע את תוקפם. החבחן לתוקף המשפטי של הכלל הוא: מהו מקור הכלל, ולא התוכן שלו. אני יודע שחוק מסויים הוא תקף לפי כלל האב: שהוא זה שמעניק את התוקף לכל אחד מהחוקים של המעי.
  2. הפוזיטיביזם מייחס לשופט שיקול דעת חזק- במקרי לקונה הוא יוצר כלל משפטי חדש. יהיו מקרים בהם בימ"ש יצטרך לפסוק ולא יצליח לספוק באותו מקרה כי אין כלל קיים שרלוונטי למקרה זה. יש מקרים שדרושים הכרעה שאין כלל רלוונטי לגביהם. וכך בימ"ש יצטרך למלא את החלל שקיים במערכת בהיעדר כלל.
  3. בעיני הפוזיטיביסטים חובה משפטית היא דבר שהוא נפרד מחובה מוסרית. חובה משפטית היא רק עובדה חברתית (הרט). חובה משפטית היא משהו שנתפס כמחייב בגלל שהכלל תקף, אבל היותו של הכלל תקף לא הופכת אותו לכלל מחייב מוסרית. תוקף משפטי זה דבר אחד ותוקף מוסרי מחייב זה דבר אחר, לפעמים הם חופפים אבל לא תמיד.
- דורקטין יגיד שההפרדה הזו לא כל כך חריפה, והוא חושב שיש ביניהם קשר חזק, וכך מתבטאת העמדה הנון פוזיטיביסטית שלו.

ליאור 20: 19.01

**דורקין- תורת השפיטה**

דורקין מפתח תורת שפיטה. הוא מתאר את המשפט ואת יסודותיו (תורת משפט) באמצעות התבוננות בפעולות השופטים. זהלמשל שונה מתיאוריית המשפט של אוסטין או הארט שהמוקד שלם הוא לא להתסכל על איך שופטים מכריעים דין על פעולת השופט אלא בעיקר מסתכלים על גורמים רבים בתוך

המערכת. זה דבר אחד להסתכל על המערכת מנקודת המבט של המחוקק ומנקודת המבט של השופט שמכריע בסכסוכים. באמצעות תורת השפיטה דוורקין מבקר את הפוזיטיביזם של הרט בכללותו.

### ביקורת על ייחוס שק"ד חזק לשופטים

כשהמחוקק קובע חוקים כמעט בהכרח שהם לא יכסו את כל המקרים הבאים לבימ"ש. ואם ההנחה היא שהשופט צריך להכריע לגבי כל סכסוך, גם במצב של לקונה, לכאורה בימ"ש יכול היה לומר לצדדים שאם אין תשובה בחוק הוא לא קובע. אבל הציפייה ממנו היא לקבוע גם במקרים של לקונה. ההוראה לבימ"ש היא לפסוק לפי החוק קודם כל, ואם אין חוק שיפסקו לא לפי החוק, כי האלטרנטיבה של לא לפסוק במקרה של לקונה, לא יובאו סכסוכים לידי גמר. לפי התפיסה הפוזיטיביסטית יתכנו מצבים בהם שופט יכריע לפי שיקול דעתו, כדי למלא במקרים שחסר חוק.

דוורקין אומר שלתאר כך את פעולת השופט זה בעייתית:

(1) גם אם נגיד שהשופט קובע כלל שהופך להיות תקדים למקרה הבא שיבוא לפניו, במקרה הזה שנידון זה יהיה כמו חקיקה רטרואקטיבית, כי אני יוצר פסיקה ומחיל אותה על מקרה שכבר היה לפני חודש, חודשיים שלושה. חקיקה רטרואקטיבית זה דבר בלתי רצוי. ישיגדו שזה לא נורא ואפשר לסבול רטרואקטיביות שכזו. אבל דוורקין אומר שזה בעיה לתאר ככה את פעולת השופט במקרים שהוא ממלא לקונה.

(2) אם השופט בעצם קובע נורמות חדשות זו פגיעה בדמוקרטיה כי מי שאמור לקבוע אותם זה מחוקק שנבחר על ידי הציבור, והשופטים אמורים רק ליישם את הכללים אז איך אנחנו מאפשרים לגוף שלא נבחר לקבוע את הכללים. זה אנטי דמוקרטי.

(3) הפוזיטיביזם לא מתאר באורח הולם את פעולתם של השופטים. בהמשך נראה שדוורקין מסביר איך שופטים חושבים ואיך הם מדמים את מערכת המשפט, הוא יתגבר על הקשיים האלה באמצעות אתיאור נון-פוזיטיביסטי של מע' המשפט: הוא אומר שהפוזיטיביסטים מתארים כך את המשפט ויש בכך המון פגמים, אבל ברור לנו שכששופטים פעולים כך הם לא באמת פועלים באותן לא דמוקרטי או רטרואקטיבי, אז מה זה אומר לגבי טיב מערכת המשפט.

(4) הפוזיטיביזם מתאר באופן חלקי ומעוות את דרך קבלת ההחלטות בתוך מסגרת מוסדית שפועלת לפי כללים, קבלת ההחלטות נעשת במוסדות הכפופים למע' של כללים. אנחנו מפיעים כללים תמיד לאור שיקולים ועקרונות ותכלית ביסוד הכללים, זה אף פעם לא החלה מכאנית של הכללים, והפוזיטיביסטים לא לוקחים בחשבון החלה כזו של כללים אלה, ובטח שגם השופטים לא מחילים מכאנית את הכללים.

### חובה משפטית לפי דוורקין

האמנם "חובה משפטית" היא רק עובדה חברתית (כטענת הרט)? דוורקין רוצה לטעון כי חובות משפטיות הן מעבר לרק פחד מהעונש. אלא חובות משפטיות מזהות עם ערכים ועקרונות. התפיסה הבסיסית שלו היא שהמשפט מכיל עקרונות והעקרונות האלו הם מערכת גדושה של נורמות שיש להם אופי של עקרונות. המשפט מכיל עקרונות:

פרשת [Riggs vs. Palmer \(NY 1889\)](#) - נכד בניו יורק שהיה צריך לרשת את סבא שלו, והוא רצח את סבו כדי לרשת את הצוואה, בואותה תקופה לא היה ס' המונע מרוצח לרשת את קורבנו. בימ"ש קבע שהנכד לא רשאי לרשת בשל העיקרון: ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה, זכות משפטית. הרצח וגם ירשת. זה עיקרון

שנתפס בעיני הקהילה המשפטית, ובעיני כל אדם בר דעת, שמבינים לאל צורך בהכרעת רוב, שמעשה עוולה לא יכול לייצר זכות. ולכן, באותו עניין למרות שלא היה סעיף בחוק הירושה, היה ברור לשופטים שהיעקרון הזה הוא עיקרון יסוד במערכת המשפט האמריקאית ולכן נפעיל אותו על המקרה הזה והוא גובר על סעיף שלכאורה מעניק לנכד את הרשות לרשת: כי החוק אומר שמה שרשום בצוואה צריך להתקיים. השופטים אומרים שלזה הסי לא התכוון. אח"כ גם החוק תוקן, גם במשפט הישראלי.

**פרשת Henningsen vs. Bloomfield Motors** - נקבע עיקרון שיצרן של מכוניות יש לו אחריות מורחבת כלפי לקוח לגבי נזק שייגרם או עלול להיגרם בשל חלפים או חלקים ברכב שהיו פגומים. וכל זה למרות שבחווה שחתם רוכש הרכב עם היצרן (חווה הרכישה) הייתה הגבלה של אחריות היצרן רק על החלקים הפגומים שהוא מכר ולא על נזקים שנגרמו מתאונות שנגרמו כתוצאה מחלקים פגומים אלו.

כשהייתה תאונה כזו קבעה בימ"ש שלאור שיקולים רחבים, עקרונות יסוד של השיטה, תריך להטיל על יצרנים אחריות הרבה יותר רחבה שגוברת על סעיפים בחווה שפוטרים אותם מאחריות כזו. ולכן אמור לשלם גם על נזקים שנגרמו בשל אותם חלקים פגומים.

בקשר לשיקולי המדיניות של בימ"ש, ניתן לראות שיש עקרונות משפטיים בחברה שלנו שלא יאפשר את ההגבלה של הסמכות כי התוצאה תהיה פגיעה מסיבית ברוכשים וזה ייצור פחות הרתעה, וזה שיקול חברתי לפסיקה בימ"ש. וזה כמובן ללא בסיס בכלל בחוק. הבסיס להחלטה הזו זה סוג של עקרונות כללים שהם חלק בלתינפרד מהמערכת וזה מה שאפשר את ההחלטה.

אומר דוורקין שאם ניקח את שתי הפרשות הללו. בימ"ש לא פסקו כאן במקרים של לקונה. למשל במקרה של ריגס היה ממש סעיף בחוק. איש מהקהילה המשפטית לא יכחיש את קיום העקרון, או לא יכחיש שיש להחילו במקרים אלו. לפי המשפט האמריקאי במדינת ניו-יורק הנכד לא אמור לרשת.

### כללים ועקרונות

#### לפי דוורקין

**כלל**: מכתוב תוצאה באופן של הכל או כלום, אם הכלל חל, יש תוצאה ברורה וזהו, ואם הכלל לא חל אז הוא לא מכתוב את התוצאה. למשל כלל במשחק כדורגל: אם מישהו נגע ביד יש פנדל, זה יהיה כלל רק כאשר בכל פעם שמישהו יגע ביד יהיה פנדל. ולא אם יופעל שיקול דעת מתי להפעיל או לא.

**עיקרון**: פועלים כמו טעמים. אינו מכתוב תוצאה, לא חלה התוצאה בכל פעם שיש עקרון, אלא הוא פועל באופן שהוא מושך לכיוון מסויים. יכול להיות שיהיו עוד שיקולים שימשכו לאותו כיוון ויהיו לפעמים עקרונות נגדיים כנגד העיקרון הזה ויכריעו לכיוון אחר. עיקרון פועל כאשר יש לצידו עקרונות אחרים, לעיקרון יש משקל. הכרעה לפי עקרונות דורשת איזון. לאיזה עיקרון יש יותר משקל. תמיד נלקח בחשבון אבל לא בהכרח מכתוב תוצאה.

מערכות משפט בדרי"כ לא אוהבות עקרונות כדי להשיג יציבות וודאות, כי אתה יודע בדיוק מה יחול ומה יקרה בכל מקרה. ונמנעים ויכוחים, שצצים כאשר נדרש לאזן בין עקרונות.

## ש"ד :21 :24.01

### עקרונות (principles) לעומת שיקולי מדיניות (policies)

- **שיקולי מדיניות:** המטרה היא תוצאה חברתית או כלכלית. שיקולי מדיניות של מחוקק או של בימ"ש, נוגעים לכך שאתה מעוניין להשיג תוצאה ראויה. דוגמה: הגדלת הצמיחה, מניעת תאונות.
- **עיקרון:** עיקרון מוסרי. מכוון למעשה מסוים ולא לתוצאה. לא מדובר על תוצאה חברתית שרוצים להשיג אלא מפעילים בעצם עיקרון מוסרי שהוא לא בהכרח קשור לתוצאה. דוגמה: אל יהא חוטא נשכר. זה לא שיקול מדיניות, אלא קשור לעקרונות מוסר ושיקולי צדק. הסיבה המרכזית בגללה אנו מאמצים עיקרון מסויים היא בגלל הטעם המוסרי. כשפוסלים שר בגלל שיקולי מניעות (כמו אצל דרעי) זה בעצם שיקול שהוא עיקרון ולא שיקול שנוגע לשיקולי מדיניות: אדם לא יכול להגיד בבית משפט אחד להגיד דבר אחד ובמשפט שני להגיד ההפך. לא מדובר בשיקול מדיניות, אלא עיקרון שמערכת המשפט לא מוכנה לסבול. רוב העקרונות של שלטון החוק הם עקרונות מוסריים ולא שיקולי מדיניות.

דוורקין רוצה לטעון שכשביהמ"ש מפעיל עקרונות הוא בד"כ מפעיל עקרונות מוסריים ולא שיקולי מדיניות. שיקולי מדיניות זה עניין בעיקר של המחוקק. המחוקק הוא זה שיוצר כללים שמטרתם קידום מטרות חברתיות, כלכליות, אידיאולוגיות כאלו ואחרות. ביהמ"ש לא קובע מדיניות. כשביהמ"ש נזקק לעקרונות, הוא משכלל בין עקרונות מוסריים.

### האם עקרונות הם חלק מהמשפט?

פוזיטיביזם: העקרונות הם חלק בלתי נפרד ממע' המשפט. עמדות **פוזיטיביסטיות** שחושבות שמע' המשפט מושתת על חוקים יטענו שעקרונות אינם חלק מהמשפט ולכן אינם מחייבים. הפנייה אליהם היא כעקרונות חוץ משפטיים, שאין לנו ברירה במצבי לקונה או מצבים אחרים, לפנות אליהם כדי להסדיר את העניין. בית המשפט פונה אליהם כאשר הוא מפעיל שק"ד. בית המשפט פונה אליהם בין השאר בגלל שאחת ממטרות של בימ"ש היא להיות מוסד שיש לו את הסמכות להסדיר כל סכסוך. שממעות הדבר היא שייתכנו סכסוכים בין אזרחים או בין אזרח לבין המדינה שהחוק לא הסדיר אותם, לא ירצו שהחברה תמשיך לריב. למע' המשפט יש אינטרס חברתי שהמוסד יסדיר כל סכסוך.

דוורקין: עקרונות הם חלק מהמשפט והם מחייבים כמו כללים. דוורקין טוען זאת כביקורת על העמדה הפוזיטיביסטית שמפרידה בין טעמים לבין כללים, והוא מגיע לעמדה זו מהתבוננות בדרכי הפעולה של השופטים. השופטים רואים בטעמים ובעקרונות חלק בלתי נפרד מהמשפט, הם לא רואים אותם כחיצוניים למשפט.

### מה הבסיס לכך שעקרונות מחייבים?

מאיפה שולפים את העקרונות שלדעת דוורקין הם חלק בלתי נפרד ממע' המשפט. בחקיקה לרוב לא ינסחו עקרונות, משום שעקרונות באופן כללי לא מחייבים התנהגות ספציפית. הם חלים על כל מקרה ומקרה ספציפית אבל כדי שיכווין התנהגות יש ליצור חוק כללי שמתאים להרבה מצווים. המחוקק יכול לנסח בחוקים כללים גם עקרונות, אבל יהיו אלה מעט עקרונות וכאלה שהם מאוד כללים, ינוסחו באופן שניתן להבינם. אבל חקיקה רגילה בדרך כלל לא תכיל עקרונות (זה קורה רק במקרים חריגים כמו סעיפי תו"ל בחוה"ח). עקרונות תקפים מכוחם של כללים אחרים- עקרונות כטעמי הכללים. עקרונות הם הטעמים של הכללים. מקבלים את התוקף שלהם משום שהם טעם לכללים. אם לוקחים כלל שואלים מה הטעם שלו ומתחקים אחרי הטעם שלו. מה שייחשף מהרגע שהתחקינו אחרי הטעם הוא עיקרון מסוים. ניתן למצוא כלל

שאומר שאדם יכול להוציא עיתון כל עוד הוא רשום במשרד הפנים. שואלים מה עומד ביסוד הכלל לפיו צריך להירשם אבל אין צורך ברישיון, ומבינים שהעיקרון העומד בבסיס הוא חופש הביטוי. לפקידים במשרד הפנים אין שיקול דעת האם להרשות או לא להרשות לאדם לפרסם עיתון, כל מה שנדרש הוא רק להירשם. אם היינו מתנים את הפרסום במתן רישיון היינו מכפיפים את היכולת לפרסם עיתון בשיקול הרשויות, מה שיפגע בחופש הביטוי. אם קיים כלל כזה ניתן להסיק ממנו את העקרון של חופש הביטוי. מהרגע שהסקנו את אותו העקרון, עקרון זה הופך להיות עקרון בחוק. יכולים להתחקות אחרי מערך שלם של עקרונות באמצעות התחקות אחרי טעמי כללים ספציפיים.

עקרונות מחייבים משום שהם (נתפסים כ)מוצדקים (ע"י שופטים ופקידים). זאת אומרת שעקרונות יכולים להתקבל על ידי החברה מבלי שעברו הליך של חקיקה. הם נחשבים מוצדקים לאל קשר לכללים, אלא בנפרד מהם, ללא קשר להימצאותם בחוק מסויים או בחוק יסוד מסויים. ברוב המקרים שבימ"ש פוסק עפ"י עקרונות כאלה, אנחנו לא מדברים על עקרונות שהם תלושים מהאוויר, אלא עקרונות בסיסיים שבימ"ש מזהה אותם כחלק מהעקרונות המקובלים בחברה. – הם נחשבים למוצדקים לא משום שאנחנו חושפים טעמים שביסוד הכללים אלא הם נתפסים כמוצדקים בנפרד מהכללים. ברגע שעקרון נתפס כמוצדק, הוא חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט, ללא קשר להימצאותו ביסוד כלל מסויים. השופטים לא חושבים שהעקרונות רק נתפסים כמוצדקים, הם חושבים שזה מוצדק וזה הכל. יש עקרונות מוסריים שאי אפשר להתכחש אליהם, ומכוח מוסריותם הם חלק בלתי נפרד מהמשפט. חשוב להבחין בין מצב של נתפס כמוצדק לבין מצב של מוצדק באופן מוחלט.

בני החברה (בראש ובראשונה הקהילה המשפטית, ובהמשך כולם) סבורים שעקרונות מסוימים מוצדקים, עד כדי שהם לא יכולים לא להיות חלק ממערכת המשפט. אי אפשר לא לשקול עקרונות אלו. עקרונות אלו מקובלים באופן ישיר על ידי בני החברה בתור עקרונות מוסריים בעלי תוקף משפטי.

עקרונות יסוד של השיטה הפוליטית (דמוקרטיה, זכויות אדם). עקרונות רבים ממע' המשפט נגזרים מהשיטה הפוליטית שעליה מע' המשפט הזאת מעוגנת, יושבת. הם חלק בלתי נפרד מעקרונות היסוד של הסדר הפוליטי. אם מע' המשפט הזו היא דמוקרטית ליברלית (זו התשתית עליה המערכת הזו יושבת) אז גם אם מערכת העקרונות הזו לא נוסחה על ידי מוסד המחוקק ולא מזוהה באמצעות כלל הזיהוי, אז המערכת הזו לא יכולה שלא להכיר בעקרונות יסוד, שחולשים על מע' המשפט. הדבר הזה יכול להשתנות אם נשנה מהיסוד את המערכת הפוליטית המשפטית הזאת, אבל אתה לא יכול לנתק את מערכת המשפט ואת העקרונות שהם חלק בלתי נפרד ממנה מהתשתית הפוליטית, מעקרונות היסוד של השיטה הפוליטית שמערכת המשפט נוצרה במסגרתה.

בעניין הזה גם ברק ממשיך באופן של דוורקין: אם המערכת הזו מכירה בזכויות אדם במובן הבסיסי: חירויות בסיסיות: תמנועה, ביטוי, לבחור, להיבחר וכו', זה חלק בלתי נפרד ממע' המשפט ואתה לא יכול ליצור חוקים, להסדיר הסדרים, להכריע הכרעות או ליישב סכסוכים כשאתה פועל בניגוד לעקרונות היסוד של השיטה. שאלו עקרונות בלתי נפרדים מהשיטה. למרות שהם לא תמיד נוסחו באופן כזה שקיבלו לבוש של חוק, לא בהכרח מעוגנים בחקיקה.

יש מערכות משפט רבות שאין בהן חוקה, אבל יש משפט חוקתי. המשפט החוקתי הוא המסורת הפוליטית הבריטית עליה מערכת המשפט יושבת. זו מסורת דמוקרטיה ליברלית.

שיקול דעת

כדי להבין את הפעולה של השופטים אנחנו צריכים הלבין המו שיקול דעת. כדי לפרש "שיקול דעת" צריך למקד את הנסיבות בהן אנחנו מדברים. בדרך כלל בשק"ד אנחנו לא מתייחסים לכל החלטה שמישהו מקבל או ששופט או כל מקבל החלטות בעלות תוקף (שופט או פקיד שלמשל נותן רישיון לנסיעת נשק או למסעדה גם הוא מפעיל שק"ד ומקבל החלטות). בדר"כ שמקבל החלטות כזה מפעיל חוק באופן מכאני, אנחנו לא אומרים שהוא הפעיל שק"ד. החלה "מכאנית", "טכנית". למשל: פקח נתו דו"ח חניה לרכב שחונה באדום לבן, מוציא לו דוח. אנחנו לא מתייחסים במצב כזה שק"ד. הוא חשב, כדי להחיל את הכלל אבל זה לא שק"ד. שיקול דעת נוגע להפעת סמכות בהתאם לסטנדרטים או שנקבעו על ידי סמכות שמעליו.

שיקול דעת במובן חלש וחזק:שני מובנים של שיקול דעת במובן חלש:

1. **כאשר ההחלטה של בעל הסמכות היא סופית ואין אחריה ערעור** (גם אם מכאנית), למשל: שופט כדורגל שקובע מתי "עבריה", "בעיטת עונשין" וכו'. החלטה זו סופית משום שלא ניתן לערער על ההחלטה. אתה הסמכות האחרונה. זה פחות מעניין אותנו אבל מציניים כדי להראות כי יש מצבים כאלה. כאורה זה לא שיקול הדעת שאנחנו מדברים עליו, כי לכאורה כל אדם יכול לטעות גם בהחלת החוק. משום שההחלטה סופית אומרים שיש לשופט שיקול דעת, אבל לא מובן זה של שיקול דעת הוא שמעניין אותנו בהקשר של שופטים בביהמ"ש.
2. **במצב שיש סטנדרטים**: דוגמא: קצין מורה לסמל לקחת למשימה את חמשת החיילים החזקים/ המנוסים ביותר. מתייחסים שיקול דעת במובן חלש משום שיש הבנה שכשהפקיד מקבל החלטות מה שמנחה אותו זה מערכת של סטנדרטים שמכוונים את ההחלטה שלו. הם מכוונים את ההחלטה גם בלי שהם קובעים אותה באופן חד משמע וברור, יש איזה משחק מסוים. עם זאת, משחק זה מוגבל בסטנדרטים שבמסגרתם הוא מקבל את ההחלטה שלו.

שיקול דעת חזק

במצב שאין סטנדרטים. דוגמה: קצין אומר לסמל לבחור 5 חיילים למשימה. הוא לא אומר לקחת את הכי חזקים, אפשר לקחת את מי שהוא רוצה, לא הגבילו אותך בשיקול הדעת. במצב זה אין סטנדרטים, אין כללים לפיהם אתה צריך להחליט, אתה מחליט לפי שק"ד במובן הרחב.

גם שמתייחסים לאדם שק"ד במובן חזק זה לא מצב של "רשות" license, כלומר אתה לא יכול לפעול איך שאתה רוצה לגמרי. ברגע שאתה אמור להפעיל שק"ד אתה תמיד צריך לעמוד באיזה שהם סטנדרטים (גם בשיקול דעת חזק), אתה צריך לעמוד בסטנדרטים של הגינות, רציונליות, יעילות, וכו', ולא יכול לעשות ככל העולה על רוחך.

שיקול דעת לפי הפוזיטיביזם

עקרונות הם מקורות חוץ משפטיים אליהם פונה השופט במסגרת הפעלת שיקול הדעת. במצבים בהם אין כלל רלוונטי בחוק (ואין גם סטנדרט) הוא פועל לפי שיקולים חוץ משפטיים, הוא לא פועל איך שבא לו. שיקולים שקשורים ליעילות, רציונליות, שיקולי צדק כללים. מערכת שלמה של שיקולים שמנחה אותו. אבל עדיין אלו שיקולים כל כך כלליים שנייחס לו עדיין שיקול דעת במובן החזק.



שיקול דעת שיפוטי לפי דוורקין

עקרונות הם חלק מהמשפט. לכן שופט מחליט לפי סטנדרטים: כללים או עקרונות. לשופט יש שיקול דעת חלק בלבד.

דוורקין מנגד חושב שבכל מצב לשופט אף פעם אין שופט במובן חזק ויש לו רק שקד במובן חלש. כי על כל מקרה שהשופט לא מזהה כל ספציפי שחל על המקרה, הוא תמיד יזהה עקרונות שיכוונו אותו, הם לא מכתביים את התוצאה, אבל הם יוצרים מסגרת שבתוכה הוא יחליט.

למשל במקרה של ריגס. השופט לא מפעיל עקרון חוץ משפטי לפי דוורקין, אלא מפעיל עקרון שהוא בתוך מע' המשפט אלא קיבל החלטה לפי עקרון משפט. במקרה של הניגסון, השופט החליט שבניגוד במה שמופיע בהסכם המפורש של רכישת הרכב, בניגוד לחוק, הוא חושב שהוא מפעיל עקרון שהוא חלק בלתי נפרד מהמשפט: לא ניתן לפתור אחריות נגד צד ג'.

לפי דוורקין קיומם של עקרונות במערכת המשפט וייחוס שק"ד חלש לשופטים מלמדים שפסיקה של שופטים היא לא רטרואקטיבית משום שעקרונות אלה עם כל הזמן קיימים במערכת, זה לא כלל חלש, אלא לוקח משהו שהיה כל הזמן חלק מהמערכת ומיישם את זה שוב ושוב. למשל במר=קרה של ריגס, הם לא חשבו שרטרואקטיבית השופטים מחוקקים שאדם לא יכול לה=רשת את סבו שאותו הוא רצח, אלא יישמו עקרון ברור מאליו במשפט.

והוא טוען גם כי אין כאן פגיעה בעקרון הדמוקרטי, כי אתה משתמש בעקרונות שהם חלק בלתי נפרד ממה שהקהילה תופסת כמחייב או לא מחייב. זה לא שיצרתי כלל משפטי יש מאין, אלא כלל שנגזר מהעקרונות המערכת מקבלת, חלק בלתי נפרד מהמערכת.

למשל, רוב האנשים חשובים שהפסילה של דרעי לא מנוגדת לדמוקרטיה (בשונה מתומכי דרעי), כי בימ"ש לקח עקרון שהוא מתוך מערכת המשפט, ולא עשה שום דבר נגד הדמוקרטיה. הוא לא הפעיל כלל חדש לגמרי אלא עקרון שהוא חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט.

ליאור 23: 26.01