

מבוא לתורת המשפט

יחידה 1 : מבוא

מבוא – מפת הקורס

רקע

בסיפורו של **קפקא**, "**בפתח החוק**", מסופר על איש כפר אשר כל חייו מנסה נואשות להכנס ל"חוק", אך כדי לעשות זאת עליו לעבור את שומרי הסף השומרים על החוק. ברבות ימיו, ולאחר נסיונות אין ספור, מגיע איש הכפר הזקן ומבקש להכנס לתוך החוק בפעם האחרונה, ושואל את שומר הסף כיצד זה כל השנים אף אחד לא ניסה להכנס לחוק זולתו. שומר הסף עונה לו, כאשר הוא רואה שהוא נוטה למות – איש לא ניסה זולתך, כי כניסה זו מיועדת רק לך, וכעת אני סוגר אותה.

קפקא מנסה להציג מטאפורה לגבי הקושי של בני האדם להכנס במסגרת החוק והצורך שלהם להבינו. אנו, האנשים, תמיד נעמוד בפתח החוק ונהיה בטוחים שהוא צריך להיות מובן לנו, וכדי להבינו אנו נשאל לגבי שאלות, ולאחר שנענה על שאלות אלו, נצטרך לענות על שאלות נוספות בהגיענו ל"שומר הסף" השני, וכן הלאה.

שאלות במסגרת תורת המשפט תמיד היו קיימות, הן בסיסיות לכל ההבנה של עולם המשפט. בקורס זה אנו נעמוד על שאלות כגון, מהו מקור החוק, מאיזו פרספקטיבה צריכים להביט בו, כיצד ניתן להפעיל עליו שאלות פרשניות. אלו הן, שאלות מטה-משפטיות בצורה מסוימת – העיסוק בתאוריה, החשיבה והמושגים הבסיסיים של המשפט, תוך קישור לדיסיפלינות שונות.

הארט ופולר : כלי רכב בפארק ושיקול הדעת של השופט

הארט ו-פולר דנים בחוק הכתוב על שלט בכניסה לגן, הקובע כי "אין להכניס כלי רכב לפארק", ומתווכחים ביניהם מה עובר בראשו של שופט בהחליטתו לאכוף את החוק, אם לאו. האם השופט צריך לאכוף את החוק ויהי מה ? או שמא הוא מפעיל שיקול דעת ?

- **הארט** : הארט סבור כי ישנו גרעין קשה במסגרת החוק, שבתוכו אין שיקול דעת, ועל השופט מוטלת החובה לאכוף את החוק. מסביב לאותו גרעין ישנה "מעטפת", אזור אפור, שם מותר לשאול שאלות לגבי כוונת המחוקק, מהי מטרת החוק, ובכלל שאלות של שיקול דעת. אותה מעטפת היא קטנה, והמקרים הנוגעים אליה הינם חריגים (למשל הכנסת טנק לתוך הפארק כדי שישמש כפסל סביבתי), ואילו ברוב המקרים – המשפט ברור, אין ספק לגבי הפרשנות שלו, ויש לפעול על-פיו.
- **פולר** : פולר סבור כי אין מקרה של "גרעין", וכי בכל מקרה ומקרה אנו צריכים לבחון את תכליתו של החוק. אין מקרים בהם החוק מובן מאליו, ואף המקרים הנראים פשוטים ביותר (כמו כלי רכב ממונע הנכנס לפארק), עדיין נצטרך לשאול מהי תכליתו החברתית של החוק, מהם עיקרי המדיניות שלנו, מהם האינטרסים שיש לאזן, מה הערכים בהם

אנו דוגלים, וכדומה. פולר סבור כי השופט אינו ידו הארוכה של החוק, אלא אורגן האמור להתאים את החוק לתכלית שלו, ממש כמו איש מדעי החברה. שיקול דעת הינו הכרחי.

השופט ברק, בגישתו התכליתית, סבור כי השופט בבואו לפרש את החוקים, תמיד צריך לקחת בחשבון את המקורות הבאים:

- **לשון החוק.**
 - **עקרונות השיטה:** כשמשפטן צריך לאזן אינטרסים כדי ליישם את הכלל, עליו לפעול כמעין-מחוקק.
 - **הסטוריה חקיקתית:** התאמה לזמן ומקום.
- גישתו של ברק משכללת את גישתו של פולר, מכיוון שהיא איננה מדברת רק על "עקרונות" הנמצאות ברובד אחד מאחורי הכלל/חוק, אלא סבור ברק, כי עליו לבחון במשותף גם שאלות של הסטוריה חקיקתית (תקדימים וכדומה), גם שאלות לשוניות, וגם את העקרונות של השיטה. כלומר, שיקול דעת הכרחי ורחב.

דו"ח חניה

מה מקור התוקף של דו"ח זה ?

מקורו של הדו"ח נובע מפקודת סדרי השלטון והמשפט, אשר מכוחה ניתן תוקף לפקודת העיריות, המייפה את כוחם של חוקי עזר עירוניים, אשר מכוחם הומצא הדו"ח. זוהי פרמידת נורמות קלזיאנית השואפת למצוא את מקור החובה מן הנורמה הגבוהה ביותר. במשך הקורס, אנו ננסה לבחון את ראש הפרמידה, את הנורמה הבסיסית הישראלית, ביחס לשינויים חברתיים וכדומה.

שחקנים בשיח המשפטי

מעבר לאזרחי הפשוט של קפקא, יש לנו שחקנים רבים נוספים בשיח המשפטי ולכל שחקן זוית ראייה שונה מזלותו. השחקנים כוללים בין היתר, אנשי אקדמיה השואלים שאלות תאורטיות; עורכי-דין השואלים שאלות מעט יותר פרקטיות-יישומיות, ינסו לשאול שאלות רבות בעניין הדוקטרינות אותן הם מבקשים להפעיל זוהי דמות צינית; השופט; המחוקק.

פורמליזם ואנטי-פורמליזם במשפט

(או משפט כשאלות של זמן ומקום)

מהו פורמליזם ?

מבחינה לשונית מדובר בגישה המבוססת על צורה, ולא על מהות – "Form". שיטה משפטית פורמליסטית, עפ"י הסוציולוג **מקס וובר**, היא כזו שתכריע באמצעות כללים ולא באמצעות דיון מהותי על בסיס רציונאליות מהותית.

אם כן, וובר מבחין בין **רציונאליות של כללים** (פורמליסטי), לבין **רציונאליות של מהות** (אנטי-פורמליסטי). אנו נבחן את המעבר מן הגישה הפורמליסטית, לגישה האנטי-פורמליסטית. עיקר התהליך של מעבר משיטה אחת לשנייה במשפט הישראלי, קשור באופן מובהק **לשאלות של זמן ומקום**. את המעבר, נבחן על רקע התהליך שקרה בארה"ב.

פרופ' מנחם מאוטנר, פרסם ב-1993 את ספרו **"ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי"**. מאוטנר סבור כי המשפט הישראלי עבר שינוי שהחל משנות ה-80. המהפך, כך הוא סבור, הינו מהותי. המשפט החל לתת פחות דגש על כללים, ויותר דגש על תפיסות תרבותיות.

סיפורו של פרופ' מאוטנר

עיקרי משנתו ביחס לשיטת המשפט הפורמליסטית:

- **המשפט הוא פרמידה של נורמות המאורגנות במערכת**; מערכת המקדשת את ה"צורה"; למערכת זו הגיון פנימי, לא רק במבנה הקלזיאני, אלא גם מבחינה אפקית והיחסים בין התחומים השונים של המשפט. כשמובא בפני המשפטן סיפור עובדתי, הוא עורך מיון ומוצא את הקטגוריה המתאימה לאותו מקרה (נזיקין, חוזים, וכדומה). מבחינה אנכית, ביסוד כל תחום משפטי ישנם עקרונות יסוד כללים, והם העומדים בראש המערכת ההיררכית באותו התחום (כגון, בדיני החוזים – חופש הרצון וההתקשרות).
- כל השחקנים בעולם המשפט **מנסים ליישם את הכלל באותו האופן**. מבחינתם, המשפט הוא כלי שיש בו הרבה ודאות ותכנים ברורים.
- **אמונה בדגם התבונה של ההשכלה**: כלומר התפיסה הפורמליסטית מקדשת את הרעיון ש"חוק", הוא "חוק", ואין חשיבות לשאלות של תרבות, זמן או מקום, ואם החוק יקרא במקום אחד בעולם, הוא יובן באותה הדרך אם יקרא במקום אחר בעולם. המשפט, מנותק מן התרבות. שפתו של השופט היא ברורה, ובלתי משתנה.
- **ניתוק המשפט מן המימד הערכי שלו**: כלומר, ההליך השיפוטי וכן הדיון האקדמי בשאלות משפטיות אינם אמורים לדון במישרין במציאות. חומרי הגלם של העיסוק המשפטי צריכים להיות נורמות המשפט הקיימות בשיטת המשפט הנתונה ולא יעדים ערכיים.
- **יצירתיות מוגבלת במסגרת ההליך השיפוטי**: כלומר, במודר אידיאלי של פורמליזם משפטי, ההנחה היא שבד"כ תימצא בשיטה נורמה ידועה-מוכנה מראש לצורך החלטה ע"י הרשות השופטת.

לפיכך, במקרה של לאקונה, הנורמה החסרה תחשבה כקיימת בשיטה במשתמע, כגון "היקש" ויצירת אנלוגיה לצורך מילוי החלל. מערכת הנורמות בשיטה הפורמליסטית מבקשת לכסות את המציאות, ללא שיקול דעת.

עיקרי משנתו ביחס לשיטת המשפט האנטי-פורמליסטית:

עיקרי משנתו של מאוטנר, בעניין זה, מתייחסת לשינוי שחל בשיטת המשפט הישראלית בשנות ה-80. בשנים אלו, ניכר כי החברה הישראלית "הזמינה" את השינוי הזה, והיו פונקציונרים שאכן לקחו על עצמם להביא את השינוי. את ירידת הפורמליזם, מכנה מאוטנר כ"עליית הערכים", ו-"המשפט כתרבות".

- פסיקה הרבה יותר מנומקת, ופניה לערכים ותכליות בכתובה של ביהמ"ש העליון. ובין היתר: איזון בין ערכים מתנגשים; עליית עקרון תום-הלב, והרחבת גדרה של חובת הזהירות הנזיקית, וכתוצאה מכך של עולות הרשלנות כעולות-על; הורדת משקל ה"לשון", ועליית משקל ה"תכלית": לשון החוק היא שלב חשוב בפרשנותו של חוק, אך זהו השלב הראשון בלבד ואחריו שלב חשוב יותר, שלב בחינת תכלית החוק; מעבר מהוכחה לשכנוע; הדגשת מעמדם של ערכי היסוד של השיטה.
- ירידת התפיסה של המשפט כאמצעי להכרעה בסכסוכים וכמכשיר תכנוני, ועליית התפיסה של המשפט כמכשיר חינוכי.
- הרחבת קהל היעד של הפסיקה אל החברה בכללותה. כלומר, במקום התגדרות בת-תרבות אוטונומית השומרת על חיץ נוקשה בינה לבין התרבות הכללית, ביהמ"ש דובר אל החברה שבגידרה הוא פועל.
- מעבר מהגנה על זכויות ספציפיות, להגנה על זכויות כלליות.

אנו נבחן בהמשך, כי פורמליזם הוא לא מושג שיש לו משמעות אחת ויחידה, אלא שגם התהליך הזה המתואר ע"י מאוטנר, בעצם מתקבע לסוג חדש של פורמליזם, פורמליזם של תכליות ומהויות. חלק מן ההבנה של תורת משפט זוהי ההבנה שתמיד יחסים דיאלקטיים בין שיטה פורמלית, לערעור שלה, ליצירת השיטה החדשה, והביקורת על אותה שיטה חדשה. הפורמליזם הוא הכרחי למשפט, הוא הכרחי ל"תחום" שמנסה לשלוט, להפעיל כוח, ולהוות מונופול על יכולת הפעלת הכח. תמיד נחזור לשפה המשפטית הפורמלית. התהליך בישראל, קרה בעקבות תהליך שקרה בארה"ב החל בתחילת המאה ה-20 ושהסתיים בשנות ה-50.

הגישה התכליתית של אהרון ברק

בבד בבד עם יציאת ספרו של מאוטנר, מוציא השופט ברק את סדרת הספרים שלו "פרשנות במשפט". השיטה התכליתית שהוא מציג היא אותה פורמליזציה של עליית הערכים של שנות ה-80. כלומר, השיטה התכליתית מציגה את המשפט ככלי לפתרון בעיות חברתיות ומטרות חברתיות. ברגע שהיא שמה את התכלית במוקד העניין של המשפטן, היא מסירה את הדגש על הנורמות, הכלל, לשון החוק, כמקור בלעדי לידע של המשפטן. ספרו מאגד את כל ההתפתחות שקרתה בפסיקה, לתורת פרשנות.

כיום, שופט המבקש לספוק אינו יכול לעשות זאת ללא שימוש בעקרונות יסוד, תכליות, חשיבה ערכית, תום-לב וכהנה וכהנה. כל אלו, הפכו לחלק מן החשיבה המשפטית.

נראה כי בימנו, שנות ה-2000, מרד האנטי-פורמליזם של השופט ברק הצליח. הנה כי כן צמחה לה הגישה התכליתית, וזו עוברת פורמליזציה בעצמה. כחלק מן הפורמליזציה של הגישה התכליתית, קבעה היא לעצמה עקרונות וכללים מסודרים כיצד לגשת לכל מקרה ומקרה.

ביקורת – רב תרבותיות

ביקורת זו נובעת בעצם מתוך קבלת גישתו של מאוטנר, אך תוך כדי נסיון להציגו מהיבטים שונים. הכתיבה האקדמית החדשה, שבסופו של דבר מאוטנר הצטרף אליה, קרויה התפיסה של ה-"רב תרבותיות". תפיסה זו מבקשת לראות את הדברים מנקודת מבטו של "האחר". הסוציולוג **רונון שמיר**, במאמריו על השימוש במונחים של "סבירות" ו-"ציבור נאור" ע"י ביהמ"ש העליון, מנסה להציג סברה לפיה אהרן ברק מייצג תרבות אחת המנסה להשליט את ההגמוניה שלה וליצור מנגנוני הצדקה על ציבורים אחרים. כך, היא מזניחה חלקים נרחבים מן הציבור. אהרן ברק אמנם רואה ערכים ראויים, אך ערכים הנובעים מתוך התרבות שלו. אי לכך, הוא עיוור לערכים אחרים.

ברגע שנפתחו הגבולות והשיטה הפכה תכליתית, אין להפלא כי השלב הבא הוא אכן ביקורת. ללא השלב הראשוני, היה הרבה יותר קל למשפטן בעבודתו, שהרי הוא היה יכול להכיל נורמות כלליות בצורה פשוטה. סוציולוגים, הסטוריונים ואנשי כלכלה המביעים את ביקורתם, מצטרפים בעצם לגישה התכליתית, ומבקשים להראות את נקודת מבטם, ובעצם להכליל גם כן בשיקולי הגישה התכליתית.

עד כאן, פירוט התהליך שתיאר פרופ' מאוטנר – ירידת הפורמליזם, ועליית הערכים.

מקורות המחשבה התכליתית במחשבה האמריקאית – המרד נגד פורמליזם

תהליך קודם לזה שקרה בישראל, התרחש בארה"ב. תהליך החיפוש אחר שיטת משפט שתתאם את התפיסה האמריקאית החל בסוף המאה ה-19. עד אז, מערכת המשפט היתה מושפעת בעיקר מאנגליה, אך גם מאירופה. התפיסה היא תפיסה של משפט כמערכת כללים. לוגיקה של מושגי-על מהם נובעים מושגים פחות מופשטים.

אט אט, באקדמיה המשפטית, חל רצון לצאת מן התפיסה של המשפט כתפיסה של כללים, אלא לשאוף לתפיסה של המשפט ככלי שיש לו נגיעה בעובדות.

בראשית המאה ה-19, השופט Oliver Wendel Holmes Jr טבע את האימרה "חיינו של החוק אינם הגיון, אלא נסיון". לדידו, המשפט צריך להיות מעוניין במציאות, והוא אינו כלי של דידוקציה וסיווגים אקדמיים, אלא מחובר למציאות. השפה המשפטית צריכה להתפתח לשפה המטפלת במציאות, ולא שתהא אוסף של כללים.

אנשי התנועה הראליסטית, אימצו את תפיסתו ויצרו תפיסת משפט שלמה, מרדנית, שערערה את מעמדו של המשפט כאוסף של כללים. התהליך של המעבר לתפיסה תכליתית הוא חלק מהתהליך

התרבותי של בניית שיטת משפט עצמאית, וההתנתקות מאירופה. כללים – כן, אך יש מאחוריהם עקרונות ואינטרסים. כבר בשנות ה-50, תפיסה זו הופכת להיות מרכזית בתפיסה האמריקאית. בתפיסה כזו, שופט אינו יכול להיות שותפו של המחוקק ותו לא, אלא הוא צריך להרחיב את תחום פעילותו ושיקול דעתו.

הפורמליזם, הוא קיומה של שפה משפטית. עליית הערכים, התהליך בו השפה המשפטית משתנה בישראל, שתיאר פרופ' מאוטנר היא אימוץ תפיסת ההליך המשפטי האמריקאי. כך, השופט ברק, שלמד בארה"ב מפי מורים חברי אסכולה זו, הביא שיטה זו לישראל בשינויים המחוייבים בשנות ה-80.

מעבר משיטה אחת לשיטה אחרת, מסמל אי-נחת תרבותי וצורך לשינוי. ברגע שהשיטה החדשה מתקבלת, גם לה מתעוררים מבקרים. חלק מן המבקרים את הגישה התכליתית, היא אותה קבוצה הנקראת "המשפטים החדשים". על ביקורתם בעניין התעלמות מן "האחר" פירטת בכותרת "רב תרבותיות".

המשפט משתנה, חדשות לבקרים. רעיונות חדשים, לעיתים מפסיקים "לספק את הסחורה", ויש צורך ברעיונות אחרים. הפורמליזם היה טוב בתקופה מסויימת, כגון תקופת הקמת המדינה. אך בשנות ה-80 היה צורך בשינוי כאשר הפורמליזם חדל מלתת מענה לבעיות המשפטיות החדשות. אז, נכנס לזירה המשפט כגוף הדוגל בשיטה תכליתית, עקרונות, ערכים, וככלי לפתרון בעיות תרבותיות.

מאוטנר בשנת 2002 כותב מאמר ששמו "מהגמוניה לרב תרבותיות: שנות ה-80 שנות החרדה, שנות ה-90 שנות הפיוס". מאוטנר במאמרו זה מבקש כי ההכרעות בסכסוכים תרבותיים צריכות להפתר בזירה הפוליטית, ולא בבית המשפט. כך, מאוטנר מבקש כי קבוצות קוטביות יעוררו בינהן דיאלוג וקירוב, במקום לפנות לזירה המשפטית.

פונקציות המשפט ומקורות המשפט

מהן הפונקציות של המשפט המשתקפות ממאמרו של S.D. Smith ?

- ישוב סכסוכים.
- תיאום והכוונה / חלוקת משאבים.
- חינוך / עיצוב.

המשפט עוסק בתחומים רבים, ויש לו פונקציות חברתיות רבות. ברוב פסקי הדין של ביהמ"ש העליון אותם אנו לומדים, אנו שואפים להבין מהי הנורמה והערכים העומדים מאחורי נורמה זו, בפסיקותיו.

ישוב סכסוכים : רטוריקה

הפן של ישוב סכסוכים הוא המוזנח ביותר, והוא אינו מקבל דגש רב בלימוד המשפטי שלנו. אנו עוסקים בפתרון הסכסוכים באמצעות נורמות. בקטגוריה זו, **הכלי המשפטי עושה עזר ברטוריקה**, בתפקידה לתת תחושה לקהילה שנעשה טיפול הוגן וצודק בעניינם. המטרה המרכזית היא, אם כן, **שכנוע**, תוך התמקדות בצדדים לסכסוך. הגישה היא, שהמשפט הוא דרך פתרון הסכסוך כאשר הצדדים לא הצליחו לעשות זאת בעצמם. המשפט הוא הכלי הפורמלי בתוך שרשרת של פרוצדורות אשר תפקידן כולן לפתור סכסוכים (בשרשרת ישנם כלים פחות פורמליים, כגון: מו"מ -> גישור -> בוררות -> ובסוף משפט). לעיתים, המשפט אינו כלי כה מוצלח בהשוואה לכלים אחרים היכולים לפתור את הסכסוך. אבל, ככל שהמשפט מדגיש יותר פן זה, הוא מפנה את מקומו להליכים אלטרנטיביים.

תיאום והכוונה : יצירת גבולות

המשפט יוצר מסגרת כללים אשר בתוכה יכולים צדדים לפעול ולהגשים את מטרותיהם, ולפעול בהתאם לאינטרסים שלהם. המשפט הוא רשת כללים החלה על כל הפעולות אותן אנו עושים בחיי היום יום שלנו. לכך נקרא, "**המשפט הסמוי מן העין**". כתוצאה מכך, ביהמ"ש גם מחלק את המשאבים וקובע מי צריך לתת את הדין, מי צריך לשלם למי, וכתוצאה ממה. המשפט קובע את האפשרויות בהן ניתן לשאת ולתת. המשפט מבקש לצפות פני עתיד, לכוון פעולות, להגדיר גבולות, ובעצם – ליצור נורמות וכללים. הכללים, צריכים שיהיו **ברורים ופומביים**, ע"מ שיהא ניתן לחזות את ההתנהגות בהתאם אליהם. לכן, בקריאת פסק-דין אנו מבקשים להבין מה הנורמות שנקבעו, ובמה הן שינו נורמות קודמות. ככל שהמשפט הופך מודרני יותר, נכתב עלי ספר וקובע כללים, כך הוא הופך להיות מתאם ומהכוון יותר. כללו של דבר, ישנו חיזוק של פן זה בחיי היום יום שלנו.

חינוך ועיצוב: פריצת גבולות הקונצנזוס

חלק מן המאפיינים של המשפט המודרני זה ההיבט החינוכי של המשפט. לפי הפן הזה, המשפט איננו מיועד לתיקון קרעים בחברה או ליישוב סכסוך פרטי, והוא אף איננו מעוניין לספק מסגרת שתאפשר תיאום והכוונה. במחצית המאה הקודמת, למשפט עמדה ביקורתית כלפי הסדר החברתי, וכאשר הוא מוצא אותו בלתי צודק או בלתי יעיל, הוא מנסה להוביל את החברה למצב טוב יותר.

כך שהמשפט מחובר למנגונים אחרים כגון חינוך ואמנות, ומנסה להיות מורה דרך חברתי תוך הליכה לפני המחנה כדי להיות סמן של נורמות חדשות.

בפרשת **Brown vs. Board of education** הדנה בעקרון ה-"נפרד אך שונה", אינו פסק-דין המשקף את הלך הרוח שהיה קיים במדינות הדרום ערב פרסומו, אלא שהוא מנסה תוך כדי בקריטריונים של צדק להוביל את החברה צעד אחד קדימה וליצור שינוי חברתי-תודעתי באותה אוכלוסייה שאמורה לקבל כעת את פסיקת ביהמ"ש. המהלך הוא חינוכי. תפקידו של ביהמ"ש במקרה זה הוא הליכה לפני המחנה, ברצונו לשנות את כל מערכת החינוך במדינות הדרום.

פרופ' **Owen Fiss**, במאמרו *The forms of justice*, מבקש לתאר דגם של ביהמ"ש שהינו אקטיביסטי ומקדם זכויות אדם, בעקבות הפסיקה בעניין **Brown**. לדידו, תפקידו של ביהמ"ש גם כן ללכת לפני המחנה, ולחנך את החברה. פיס אף סבור שהפן של ישוב סכסוכים מעולם לא היה קיים בביהמ"ש, אלא שתמיד ביהמ"ש ביקש להיות גורם מחנך ומקדם חוק וצדק, תוך יצירת נורמות חדשות. בכך, עפ"י פיס, ביהמ"ש מנסה לבנות חברה חדשה.

סמית' סבור שכשמדובר בשיפור ועיצוב, המשפט אינו יכול להסתפק ברטוריקה וכללים (לעיל), אלא שהשיח המשפטי צריך לאמץ כלים פוליטיים, אתיים, ועקרונות יסוד, כדי להוציא מן הפועל אל הכח את יכולות החינוך שהוא שואף אליהן. זוהי גולת הכותרת במאמרו של סמית'.

מהי הדומיננטיות של כל פונקציה בתחומים שונים של המשפט ?

- **נזיקין – יצחק אנגלרד**, במאמרו "מבוא לתורת המשפט", טוען כי כאשר ביהמ"ש קובע הלכה חדשה ומרחיקת לכת, כגון הלכת **Donoghue v. Stevenson** (חלזון רקוב בבקבוק משקה, שם נקבע הבסיס לעקרון הצפיות בעוולת הרשלנות), הוא לוקח צד בפן החינוך והעיצוב, ואח"כ מיישם אותה ומפתח את דיני הנזיקין בעזרת הפן של תיאום והכוונה. כך ביהמ"ש מבקש לעצב סטנדרט חדש של זהירות, ומצפה מבני-האדם לתכנן את צעדיהם בהתאם.
- **משפחה** – הפן המרכזי בדיני המשפחה הוא ישוב סכסוכים. ההנחה היא, שישנו סכסוך, וביהמ"ש לענייני משפחה מעוניין לפתור אותו בדרכי שלום. בהיבטים אחרים, דיני המשפחה הם המקומות הרגישים ביותר בנושא החינוך והעיצוב, כגון זכויות בנכסי פנסיה, יחס לנשים וילדים, המתחים בין הדין הדתי והחילוני, כדומה. כחלק מן הסממנים של המודרניזציה של המשפט, הלה נכס יותר ויותר ויוצר פסיקה חדשה המשנה את המצב הקיים, פסיקה שהיא גם מתאמת ומכוונת, וגם מחנכת ומעצבת

(כגון: ההלכה שאסור להורים להפעיל שום פעולה אלימה כנגד ילדו, גם לא "מכות חינוכיות").

לסיכום, כמעט בכל מקרה נמצא את השילוב של המגמות הללו, והברה פעמים היבט הסכסוך הוא היבט שאנו הכי פחות סמים לב אליו במובן של מי היו הצדדים, ואיך פסק-הדין פתר או לא פתר את הסכסוך ביניהם, והאם היתה בסוף היתה פשרה שגרמה לסכסוך להסתיים באופן אחר. נראה, כי יישוב סכסוכים הוא הפן הפרטי של הצדדים שאנו לא מודעים אליו, בלימודי המשפטים. כאשר מדובר בסכסוכים ציבוריים, כגון גיוס בחורי ישיבות או זכויות נשים, אנו גם כאן פחות מודעים לפן יישוב הסכסוכים כחלק מן הלימוד. אנו, בקורס זה, ננסה לתת דגש לפן "מוזנח" זה.

מקורות המשפט הישראלי

בשנת 1980 נחקק **חוק יסודות המשפט** הקובע כלל בדבר "לאקונה". החוק עצמו, הפך בעייתי מאד ובעצם בסופו של דבר "מת". המשפט הישראלי הוכרז כ"חסר לאקונות" מכח השיטה התכליתית ועקרון הסבירות – שהרי לשופט תמיד מקור השראה לפתרון הבעיה המשפטית, ע"י פניה לעקרונות (תום לב; סבירות) ותכליות. השופט ברק, דרך ויכוחים עם השופט אלון, יוצר את תפיסתו התכליתית, לפיה אין מצבים בהם אין תשובה דרך מקורות המשפט הכתובים, והבלתי כתובים.

בכל זאת, החוק מפרט את נקודות משפט הבאים:

- **דברי חקיקה** – על כך אומר **אנגלרד**: הדרך ליצירת כללי משפט בהליך מכוון ע"י מוסד מוסמך הנוהג לנסח אותם בכתב. חקיקה היא בד"כ ובמובהק, כללית, ולא אמורה להיות הסדר של מקרה אינדיבידואלי. החקיקה מתאפיינת בד"כ ע"י מדרג נורמטיבי והרריכה (קלזן).
- **הלכה פסוקה** – תקדימים של ביהמ"ש העליון. בד"כ פסק-דין יוצר נורמה אינדיבידואלית בין בעלי הדין. במקרים מיוחדים, הוא יוצר נורמה כללית – זוהי הסיטואציה של התקדים. הכלל הוא שהלכה פסוקה שנפסקה בבית-משפט תנחה ערכאה נמוכה ממנו, והלכה מביהמ"ש העליון מחייבת כל בית-משפט, מלבדו. כשבתי המשפט הכפופים לתקדים מקבלים אותו לידהם, יש להם יכולת ליישם אותו במקרה ספציפי או לחילופין לאבחן אותם. **אבחון** זה, הוא פעולה בסיסית כאשר אנו עוסקים במשפט. האבחון הוא כלי הבוחן לאחור את אותו המקרה שבתקדים, ומנסה לראות האם הוא חל בסיטואציה העומדת בפניו כרגע, או האם סיטואציה עכשווית זו היא שונה מן הסיטואציה שבתקדים, ואין להחילו.
- **היקש** – זה שימוש **באנלוגיה**. יצירת נורמה חדשה מתוך חשיפה של העקרונות מאחורי נורמה קיימת. היקש יכול להיות מתוך דבר חקיקה, וגם מתוך דבר פסיקה. **השופט ברק** מפרט לגבי היקש נוסף, הקרוי "**היקש משפטי**", הלוקח את הרעיונות בתחום משפטי מסויים ומעביר אותם לתחומים אחרים בעזרת הפסיקה. כגון: עקרון תום-הלב.

בשיטה תכליתית כמו שלנו, בה יש עולם שלם של נורמות וערכים מעבר לחוק הכתוב, ההיקש הוא הרבה פחות דומיננטי. שהרי לשופט ישנה לגיטימיצה להשתמש בשיקולים ענפים, והוא לא ידרש למהלך פורמלי של ביצוע היקש.

צדק במשפט וצדק בניהול קונפליקטים

לצדק היבטים שונים, וללא לקחיתם בחשבון לא ניתן להגיע לפתרון בסכסוך, או לקבל את מרותו של ביהמ"ש וקביעותו בעניין ספציפי. הרעיון המרכזי הוא שכל צד צריך לוותר במעט על תפיסת הצדק שלו, ולהתקרב לצד השני כדי לפתור את הסכסוך שביניהם.

אריסטו – "אתיקה", ספר חמישי

הבחנה בין "צדק" ו-"עוול"

הצדק של אריסטו הוא גורם שאמור לאזן, ולבחור בין שני צדדים. אריסטו מנסה להבין את התכונה של הצדק, מתוך התכונה ההפוכה שלו – העוול. לדידו, ל"עושה עוול" שני קריטריונים: מפר חוקים ו-מרבח חלקו ואינו מסתפק בחלק השווה. מכאן מגיע אריסטו למסקנה כי צדיק שומר על החוקים, ומסתפק בחלק השווה.

הבחנה בין "צדק מחלק" ל-"צדק מתקן"

מרכז עניינו של המשפט הוא צדק מתקן, ע"י כך שהוא מיישב סכסוכים. הכרעתו באה לידי ביטוי לאחר שהדברים כבר נעשו, ותפקידו בבחינת השבת המצב לקדמותו, כך שהיא צופה פני עבר. הדברים יפים גם למשפט האזרחי וגם למשפט הפלילי.

אך האם המשפט עוסק גם בצדק מחלק? עושה רושם שכן, בכל הקשור לפונקציה של חלוקת משאבים, כגון מיסים (נגזר מתוך תיאום והכוונה). פן זה הוא צופה פני עתיד. בפרשת אליס מילר ביהמ"ש ביקש לעשות חלוקה מחדש של משאבי החברה של המשרתים בצבא.

צדק ו-שוויון

אריסטו גורס כי תחושת אי הצדק מתעוררת כאשר צד כלשהו מרגיש, ביחס לצד אחר, שהוא לא קיבל חלק שמגיע לו, או חלק השווה לחברו. הסטייה מקרטיון של חלוקה שווה, אותה לעיתים קובע המשפט ולעיתים החברה, היא הגורמת לתחושת אי הצדק. וכיצד נקבע אם ישנה פגיעה בשוויון ובכך חוסר צדק? כדי לעשות זאת, צריכים לעשות בחירה פוליטית. דמוקרטים יבחנו זאת המונחים של חירות, אוליגרכים יבחנו זאת במונחים של רכוש, ואריסטוקרטים יבחנו זאת במונחים של הצטיינות.

תפקידו של השופט בתוך תפיסה זו, הוא עיסוק בצדק מתקן. השופט "ממצע" ומפשר בין התפיסות של הצדדים. לכך קורא אריסטו "צדק מונשם", כלומר יישום העקרון המופשט יותר של הצדק בסכסוך הקונקרטי, תוך חיפוש אחר האמצע. איזון ומציאת נקודת האמצע כאמצעי ליישוב הסכסוך. בפרשת קציר, ביהמ"ש ביקש למצוא פתרון זמני, אמצעי, שלא דוקא סוגר את שאלת

הצדק העומדת בבסיס המחלוקת. כך שהצדדים, אם קביעתו של ביהמ"ש נוגדת את תפיסת הצדק שלהם בכל הנוגע לקרקעות, יכולים עדיין להמשיך ולהלחם כדי לממש את זכותם.

צדק ו-גמול

מושג הגמול של אריסטו לא הולם את הצדק המחלק ולא את הצדק שבא לתקן עיוותים. פעמים רבות סותר עקרון הגמול את עקרון הצדק. הגמול, אומר אריסטו, הוא התגובה האינטיאוטיבית והישירה שאיננה מיישמת את העקרון הגבוה יותר של הצדק, כגון "עין תחת עין". לדידו, אין להשיב מכה למי שהיכה, אלא אם כן הקרבן של אותו מכה הוא פקיד שלטוני, כגון חייל. במקרה זה, לא רק שצריך לתת למכה כגמולו, אלא להוסיף עונש נוסף.

הצדק המדיני

כשמדברים על צדק מדיני, אומר אריסטו, הכוונה היא **למשפט טבעי** וגם **משפט הנובע מן החוק**. משפט טבעי תמיד יהיה נכון בכל מקום, לא קשור היכן אתה. להבדיל, החוק הוא הקביעה השרירותית שהריבון במקום מסויים קובע.

צדק וקונפליקט בראי מאמרו של Morton Deutsch : מדעי החברה

דויטש דן במאמרו בחמישה סוגי צדק:

1. צדק חלוקתי.
2. צדק תהליכי / פרוצדוראלי.
3. צדק שמתחת לפני הסכסוך / תחושת אי-צדק.
4. צדק של גמול.
5. צדק ללא הוצאה מן הכלל.

צדק חלוקתי : איך בפועל מחלקים את העוגה ?

הסוגיה המרכזית הן בעיניו של דויטש והן אצל אריסטו, הוא ההיבט החלוקתי של הצדק. היבט זה מבקש לקחת סכסוך, ושואל כיצד לחלק את המשאבים, דרכו. דויטש מזכיר שלושה עקרונות מרכזיים המתחרים ביניהם בכל קונפליקט ספציפי:

1. **הוגנות (Equity)** – אנשים יקבלו רווחים בפורפוציה לתרומה שלהם. מי שתורם יותר, יקבל יותר. עקרון זה מתאים למדינה קפיטליסטית או למקום המעוניין לעודד תרומה אישית, ופעילות יעילה.
2. **שוויון (Equality)** – עקרון זה אומר כי כל החברים בקבוצה צריכים לחלוק את רווחיה באופן שוויוני.
3. **צורך (Need)** – מי שנזקק למשאב מסויים יותר, צריך לקבל ממנו יותר.

בכל מצב של חלוקת משאבים, העקרונות לעיל יכולים להתנגש. למשל, האם משכורות הבכירים במשק צריכים להקבע לפי הוגנות ? תרומה ? שוויון ? או שמא נאמר שעקרון הצורך הוא קדוש ולכן צריך לעלות את שכר המינימום ? מדינה קפיטליסטית, מתרכזת יותר בתרומתו של הפרט.

התא המשפחתי מתרכז בעקרון השוויון. כאשר אנו מעוניינים לקדם יעילות כלכלית, נתרכז בעקרון ההוגנות. עקרון הצורך מתאים כאשר התפתחות אישית ורווחה הם העומדים על הפרק. סכסוכים חברתיים, ניתן להבינם כקריאה להעדפת קריטריון חלוקה אחד על-פני קריטריון חלוקה אחר. מכאן, תחושות ניתוק של קהילות המרגישות כי דוחקים אותן החוצה מן ה"עוגה". תחושות אי-צדק, נובעת מחוסר מתאם בין מה שאדם או אישה צוברים/משיגים בפועל, לבין מה שהם מאמינים שהם זכאים לקבל. ההשוואה זו, יכולה להעשות בשתי רמות:

- גישה אגואיסטית – השוואה בין יחידים לבין עצמם.
- גישה קבוצתית.

כשהתפיסה עוברת לדון בשאלות תכליתיות וערכים, אין מנוס מלדון בשאלות כיצד לבצע את החלוקה.

צדק תהליכי : השתתפות בהליך

פעמים רבות אנו שוכחים פן זה, אך הוא חלק מהותי בכל טיפול בסכסוך. ישנה חשיבות גדולה לתהליך שבו החלוקה נקבעת. מחקרים מראים כי פרוצדורה הוגנת חשובה יותר לאנשים מאשר התוצאה.

חלק גדול מחוסר שביעות הרצון של הצדדים, קשור להביט של צדק תהליכי – כיצד המשפט נעשה, והאם הוא נותן לצדדים תחושת כבוד, טיפול, התרכזות בנושאים מהותיים, קשב לכאבים שלהם, ועוד.

טענתו של דויטש היא כי פרוצדורה הוגנת, תקל על הצדדים ותגרום להם לקבל את התוצאה בעין טובה, והרגשתם ביחס לסכסוך של עצמם תשתפר. זאת, ע"י מתן אפשרות לצדדים להשמיע טענותיהם, ולנהל את ההליך (כגון במסגרת **פישור**, והליכי גירושין). דויטש קובע כי אנשים מעוניינים בפרוצדורת אשר מייצרות החלטות או מידע שהם רלוונטים, ללא הטיות, עקביות, אמינות ו-תקפות. כל זאת תוך שמירה כללי נימוס, כבוד, השמעת קול, ואפשרות לטיעון מפורט כאשר הם עשויים להפגע מן ההחלטה.

כך, שפרוצדורה טובה מאפשרת לעיתים להתגבר על הפן המהותי של הסכסוך, ועל קריטריון הצדק.

צדק שמתחת לפני השטח : תחושת אי-הצדק

מדובר בתחושת אי-צדק שלא תואמת את המציאות האמיתית, היא מעוותת. "הקרוב", במצבים אלו, יש לו נטייה להכחיש כי פגעו בו, מתוך צורך להגן על עצמו, ואי-לכך משנה את המציאות בעיניו, ומצדיק את מעמדו (לשמר תפיסה חיובית של עצמו – דויטש).

טענתו של דויטש היא, שפעמים רבות במהלך סכסוך, בין אם מדובר באפליה בעבודה, תקיפה מינית, או אלימות, חלק מן הצדדים הנפגעים אינם חווים את חווית אי הצדק. **לדוגמא**: פועלים

במפעל סיני שעובדים כל היום, ומרווחיים דולר לשבוע, אינם מרגישים תחושת אי-צדק, או שהם קרבנות של מדיניות כלכלית מסויימת.

אי החוויה הזו, נובעת מן הסיבה שאותו אדם עדיין לא מודע למצב בו הוא נמצא – זהו הצדק שמתחת לפני הסכסוך. דוגמא: אישה מוכה הנשואה 15 שנה, חיה בהכחשה שבעלה מתעלל בה יומיומית, ולא עושה מאומה, לא מתלוננת, לא מספרת.

כדי לפתור מצב זה, אנו צריכים לחפור ולגלות מה נמצא מתחת לפני השטח, ולשנות את תודעתם של אותם אנשים. לכן, המשפט מנסה לייצר עוולות חדשות, ובכך לשנות את תודעתם של אנשים ולגרום להם להפנים את עקרון הצדק המשפטי בסכסוכים ביניהם. שופטים מניחים פעמים רבות שישנו אידיאל של צדק, שקבוצות מסויימות לא מקבלות אותו, ופסיקה מסויימת מצידם תביא את אותן הקבוצות להבין את מעמדם ומצבם ולפעול לשנותם.

צדק של גמול: תפיסה קהילתית

זה צדק שבא לשקם פגיעה מוסרית. חוסר צדק שנגרם כאשר ישנה פגיעה בו, אינה פגיעה רק ביחיד אלא גם בקהילה אליה הוא משתייך. פגיעה בנורמות של הקהילה יוצרת מחוייבות לפעולת גמול שתשיב את הצדק על כנו.

כאשר ישנה הפרה של קוד מוסרי, נחוצה סדרה של פעולות ע"י הקהילה ע"י שקריטריון הגמול יתמלא. הגמול, הוא שיקום מוסרי, הוא תליך של השבת הכח המוסרי – תוך הרחקת התוקף, שיקומו, והחזרתו לקהילה.

השלבים של התהליך, מתוארים ע"י דויטש: וידוי מלא, התנצלות כנה, חרטה, השבה, פיצוי, ובסופו של דבר רפורמה.

האידיאל הוא המחשבה כי הקהילה בסופו של דבר תתגבר, ותשקם את הקוד המוסרי שלה, ע"י עריכת טקסים מסויימים, ומתן פורקן לחברי הקהילה שנפגעו מן ההפרה.

היקפו של הצדק: צדק לכל

על מי חלים העקרונות האוניברסאליים המקובלים על כולם. על אנשים? ילדים? מיעוטים? בעלי-חיים? מדוע ישנם כאלה שמוציאים אותם מן הכלל?

האידיאל הוא שהצדק צריך לחול על כולם. דויטש טוען, כי במציאות זה אינו כך.

זוהי שאלה קשה בעולם המערבי. השאלה העומדת על הפרק היא מהו ההיקף של אותו קריטריון מהותי או פרוצדורלי אותו בחרנו ליישם. שאלת היקף תחולתו של הצדק תחזור בכל פעם כשנביט בעניין מזוית של "רב תרבותיות". הרצון הוא לאזן בין העקרון הכללי של הצדק, לבין הדרישות הפרטיות של קבוצות שונות, שמביאות לכללים סותרים, או תחולה שאיננה מלאה.

ישנם מספר היבטים שצריכים להיות תחת תשומת הלב שלנו, ואם לא נמלא חלק מהם, ישנו סיכוי גדול שהקונפליקט לא יפתר ויופיע שוב בדרכים שונות. זאת, כמובן, אם אנו מעוניינים לטפל בקונפליקט באופן יסודי (ע"ע אליס מילר, דנילוביץ).

צדק בד"כ קשור בתפיסות סובייקטיביות של הצדדים. חווית הצדק של אדם מסויים, לעיתים מונעת ממנו לרצות לפתור את הסכסוך. טרנספורמציה, ושינוי תפיסת הצדק אצל אותו אדם, מעלה את האפשרות שהוא יתקרב לפתרון הסכסוך. לפיכך, הצורך בצדק הוא חשוב, עמוק, וצריכים להביט בו מ"למעלה".

נסכם בקצרה: במבט מבחוץ – אובייקטיבית, אנו צריכים לשאוף כי הצדק יחול על כולם. במבט מזוית הראיה של הצדדים עצמם – סובייקטיבית, אנו צריכים "לוותר" או להגמיש את חווית הצדק האישית שלנו, וליצור תחושת צדק חדשה ע"מ לפתור את הסכסוך.

נוסחאות לדוגמא של צדק חלוקתי

• **רולס – ליברליזם:** רולס מציע פתרון באשר לחלוקה, באמצעות פרוצדורה. פרוצדורה היא הנחה של מצב ראשוני-קדום, ובמצב זה אנשים לא יודעים מאומה על התכונות הממשיות שיהיו להם כאשר הם יהיו בעולם האמיתי ("מסך בערות"), איזה משאבים יהיו להם, לאיזו קבוצה ישתייכו, וכדומה. במצב זה, נבקש מהם לגבש אמנה חברתית. פרוצדורה היפוטטית זו יוצרת חלוקה שמנסה להיטיב, או לפחות לא לגרוע, ממצבם של החלשים ביותר. בשלב זה, רולס פורס את עקרונותיו:

1. לכל אדם זכות שווה לחירות הבסיסית הרחבה ביותר המתיישבת עם חירות דומה לאחרים.

2. פגיעות בשוויון כלכלי או חברתי צריכות להעשות כך שישפרו, או לפחות לא יפגעו, במצבו של החלש ביותר בחברה.

• **נוזיק – ליברטריאניזם** (אינדיבידואליזם מוקצן): הקריטריון של נוזיק לחלוקה, איננו היפוטטי-פרוצדורלי, אלא הסטורי. הנחתו היא שהרכוש שנצבר עד עתה בידי בני החברה, הוא קניינם, מאפיין את קיומם כיחידים, אוטונומי, ולכן כל העברה של רכוש זה היא אסורה אלא אם כן היא עומדת בתנאי של "אספקת הגנה מינימלית של המדינה". המדינה, איננה יכולה לחלק מחדש, אלא שהיא צריכה להיות "שומר הלילה" על רכושם של בני החברה.

• **מרקסיזם** (אנטי אינדיבידואליזם): התפיסה המרקסיסטית גורסת כי ה"סיפורים" על צדק וחלוקה הוגנת הם "מבנה על", בזמן שבבסיס הדברים, במציאות, קיימים יחסי כח, יחסי יצור, ואינטרסים. לדידם של המרקסיסטים, משטר הצדק בו הפועל עובד והבעלים מרוויח, הוא סיפור של הכחשה. המשפט, בנסותו להיות צודק, בעצם מכחיש את יחסי הניצול הקיימים בחברה, וזאת כדי להצדיק בסופו של דבר את המשטר בו הוא פועל. לכן, המרקסיזם טוען כי הצדק הוא תמיד **מתחת לפני השטח** – אנשים חווים תודעה כוזבת (דעת אלברשטיין).

יחידה 2 : תורת משפט קלאסית

מבוא למשפט פוזיטיבי וטבעי

נבחין בין תורת משפט קלאסית, ותורת משפט מודרנית. עד כה דנו בשאלות רחבות הנוגעות למשפט כפי שאנו מכירים אותו היום. כעת, נחזור אל המשפט הקלאסי-פורמלי, אל המשפט כמערכת כללים ונורמות שהמשפטן צריך להכיר אותם.

הויכוח בין משפט פוזיטיבי למשפט טבעי עוסק, בהקשר זה, בשאלה מהו התנאי ההכרחי ו/או המספיק ליצירתו של המשפט¹ ?

- המשפט הטבעי טוען לקיומו של חוק נצחי שאינו משתנה, אימננטי, וטוען לקיומה של רציונאליות הניתנת להסקה מתוך הטבע, כאשר הטבע מובא כמשקף חוכמה אלוהית.
- המשפט הפוזיטיבי יאמר כי המשפט הוא תוצר אנושי, שמקורות התוקף שלו הם מה שנאמר ע"י בני-אדם בלבד. המשפט ניתן לביסוס ע"י עובדות חברתיות (ע"ע כללי זיהוי של הארט).

עד כמה המשפט נקבע בידי אדם, ועד כמה אנו מפעילים "בקרה" מוסרית כשאנו מנסים לקבוע מהו המשפט ? ויכוח זה, הוא ויכוח אופייני למחצית הראשונה של המאה-20, ומעט אח"כ – בתקופה בה המשפט נתפס כמערכת פורמליסטית של כללים.

נוכיר בקצרה כי התהליך אותו נסקור מעתה יראה כי המשפט הטבעי קושר את המשפט למוסר. הפוזיטיביזם מנסה להפריד בין המשפט למוסר. ובסופו של התהליך, הנון-פוזיטיביזם המודרני מכניס את המוסר לתוך המשפט, אך ישאיר אותו במסגרת "עקרונות" הנמצאים מאחורי הכללים.

שאלת גבולות המשפט

רוב האנשים רואים את המשפט כמערכת כללים וכתחום המיישב סכסוכים. השאלה המרכזית העולה במסגרת זו היא עד מתי יש לציית למשפט ? מהם הגבולות ? זוהי דילמה בסיסית במשפט. דוגמא לכך עולה במסגרת השאלה האם החוק הנאצי היה חוק. כתשובה לכך, יש האומרים כי ישנם כללים טבעיים-מוסריים שעומדים מעל לחוק, וכללים אלו מהווים כלי בקרה לחוקיה של מדינה.

אם כן, הויכוח במסגרת תורת המשפט הקלאסית מעלה את השאלה **מהו מקור התוקף הבסיסי לקיומו של כלל משפטי ?**

ככל שהמשפט נתפס יותר כרצוף פערים ומלא עמימות, או ככזה שהוא אינו וודאי ושהנורמות שלו לא תמיד מכריעות – ישנה פחות ציפייה מן המשפט "לכסות" את כל המציאות ולהדרש למקורות חיצוניים לפתרון סתירות.

¹ ראה הגדתו של אריסטו ל"צדק מדיני", קודם לכן.

תזות המשפט הטבעי והפוזיטיבי

תפיסת המשפט הפוזיטיבי היא כי המשפט הוא תוצר אנושי שמקורות התוקף שלו הם מה שנאמר ע"י בני אדם בלבד. לכך שתי תזות עיקריות:

- **התזה החברתית** – מה שנחשב למשפט בחברה מסוימת הוא מה שנקבע כעובדה חברתית (הסכמה ציבורית, חקיקה של הכנסת, פסק-דין וכו'), ולא מתוך חשיבה ערכית-מוסרית. החברה קובעת מקור חקיקה
- **תזת הפרדה** – השאלה "מהו המשפט?" (*is*) והשאלה "מה המשפט הינו?" (*ought*), הן שאלות נפרדות. המשפטן עוסק בשאלה "מה המשפט הינו?". המשפט, הוא מה שנקבע, ולא קריטריונים מוסריים, אלא תוצר שרירותי של קביעה של אנשים.

המשפט הטבעי מבטא את הרעיון כי האדם הוא חלק מן הטבע, ובתוכו יש לו מהות אנושית שמטה אותו לדבוק בטובים מסויימים (כגון ללדת ילדים, להגן על משפחתו, וכו'). הקריטריונים האוניברסאליים האלה צריך לשמש כלי בקרה למשפט אותו קובעים בני האדם. גם לכך, שתי תיזות:

- **טענה פילוסופית-אתית** – יש בתחום המוסר עקרונות אובייקטיביים המחייבים את כל בני האדם בכל החברות, ותוקפם אינו תלוי בהחלטות או בהסכמים של קבוצה מסויימת, כזו או אחרת.
- **טענה פילוסופית-משפטית** – נורמה שקובעים בני-אדם בחברה מסויימת יכולה להיות חוק במובן הרחב של נורמה בעלת תוקף משפטי, רק אם אינה מנוגדת לעקרונות המוסר האובייקטיביים של המשפט הטבעי. עקרונות אלו הם הם אמת מידה לעצם חוקיות הנורמה.

מקובל על רוב האנשים כי הטענה הפילוסופית-אתית מובנת מאליה, שהרי כולם מסכימים כי ישנו מוסר. אך הטענה הפילוסופית-משפטית, מעוררת מחלוקת. המסכימים לטענה, הינם אנשי המשפט הטבעי. השוללים אותה, הינה אנשי המשפט הפוזיטיבי.

המשפט הפוזיטיבי, 'מבין' את הצורך לבקר את חוקי המדינה, אך רצונו לעשות זאת מתוך הדין הפוזיטיבי עצמו, ולא בעזרת גורם חיצוני למשפט, המתנה את תוקפם של חוקים בהענות לעקרונותיו. לכן, המשפט הפוזיטיבי שם מעל לחוקי המדינה – **חוקה** (דוגמא נוספת: אימוץ אמנות בינלאומיות). המשפט הישראלי, לא מכיר בקיומו של משפט טבעי, למעט חריגים מאד מסויימים (משפט אייכמן, פרשת ירדור). הנה כי כן, במשפט המודרני, החוק הוא חזות הכל, והוא הכניס בתוכו את אותם עקרונות-על שהיו נחוצים בעבר ככלי ביקורת של המשפט הטבעי. המשפט הפוזיטיבי ניצח.

כחלק מהתפתחות המשפט, ובייחוד כיום, כאשר המשפט המודרני מדבר במונחים של ריבוי תרבויות וריבוי ערכים, הטענה הפילוסופית-אתית הופכת להיות במוקד הדין. כפי שראינו, טענה זו היתה מובנת מאליה בעבר, וכיום יש הטענים כי בעולם של ריבוי תרבותי, וריבוי ערכים, צריך למצוא משפט פוזיטיבי שיתגבר על העדר הקריטריון האוניברסאלי לבחור בין תרבויות. במובן זה,

שאלות הנובעות מהיבט רב-תרבותי, גורסות כי אין עקרונות-על היכולים להכריע בין כללים משפטיים שונים.

המשפט הטבעי: אריסטו ו-תומאס אקווינס

אריסטו, בהגדרתו לצדק מדיני סבור כי "הצדק המדיני קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו נובע מן החוק. טבעי הוא אותו חלק שהוא שריר באותו מקום באותה מידה, ואינו תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות. מן החוק נובע כל מה שהיה יכול להקבע גם באופן שונה בלי שיהיה בזה הבדל בעל משמעות. לאחר שנקבע כפי שנקבע, ישנה משמעות לקיומו כמו שהוא".

אם כן, לדעת אריסטו, המשותף לכולם הוא הטבעי, והטבעי מתנה את יכולת הקביעה השרירותית-פוזיטיבית.

תומאס אקווינס מבחין בין ארבעה סוגי חוקים:

- **החוק הנצחי** – מתפקד כעקרון נצחי-אונטולוגי (אונטולוגי = יש). זוהי אידאה אפלטונית המאפיינת את כל הקיום באשר הוא.
- **חוק אלוהי** – המשפט המתגלה בכתבי הקודש.
- **החוק הטבעי** – השתתפות האדם במחשבה הנצחית-אלוהית, דרך ההסתכלות על הטבע והתבונה האנושית. כך האדם יוצר כללי התנהגות. כללי התנהגות אלו מבוססים על נטיותיהם של בני האדם, נטיה שהיא לטוב. לבני האדם מספר נטיות טבעיות אותן הם מפתחים – נטיות השרדות וקיום בסיסי; נטיות חושיות ודאגה לצאצאים; נטיות לשימוש ברציונאלית הכרתית והרצון להבין ולבחון. [מכאן אנו יכולים להסיק מדוע המשפט הטבעי מתעסק באלמנטים של קיום בסיסי אנושי, ולא בזכויות, כגון שוויון לנשים והומוסקסואלים – זכויות אלו לא קשורות למשפט הטבעי].
- **החוק האנושי-פוזיטיבי** – חוק זה צריך להתבסס על החוק הטבעי, ולהיות תואם לעקרונות שלו. תוקפו של החוק מותנה בהתאמה לאותם עקרונות רציונאליים-אוניברסאליים של המשפט הטבעי.

אקווינס מבקש להפריד את המשפט מן הדת, בסוברו כי ישנם כללים אשר נגזרים מן השכל האנושי, גם ללא מקור סמכות, תוך התבוננות על הטבע והסקת חוקים אוניברסאליים המשותפים לכל בני האדם.

המשפט הטבעי המודרני: ג'ון פיניס

במשך השנים נעשה נסיון להעביר את המשפט הטבעי תהליך של חילון, ולהעבירו לתוך תפיסה של מוסר אוניברסאלי המשמש מקור לבקרה של הדין הפוזיטיביסטי המצוי. הגישה המודרנית של המשפט הטבעי מנסה לומר שבמקום להבין את המשפט הטבעי מתוך עקרונות המצויים בטבע, יש להבינו כמבוסס על חשיבה על מה שהוא טוב באופן שאינו זקוק להוכחה (Self Evident). זוהי גישתו של הפילוסוף ג'ון פיניס.

לדעת פיניס, המשפט הטבעי :

- מנותק ממקור דתי.
- אינו קיים בטבע, אלא קיים בתוך התודעה המשותפת של כל בני האדם.
- אינו מקור תוקף של חוקים, אלא כלי של בקרה ושל דין-רצוי לבחון באמצעותו של המבחן הפוזיטיבי.

פיניס טוען, שישנם עקרונות ("טובים בסיסיים") המקובלים על האנושות כולה, כגון: חיים; ידע; משחק; התנסות אסתטית; הגיון מעשי; דת. אם החוק סוטה מעקרונות אלו, אזי תוקפו המוסרי פחות (אך הוא לא בטל).

אם כן, מקור המשפט לדידו מפסיק להיות השתתפות בתבונה האלוהית, אלא המשותף לכל האנשים (ראה לעיל). את העקרונות האלו, צריך המשפט לתרגם להוראה. השימוש במשפט הטבעי אינו כמקור תוקף, אלא כעקרון של דין-רצוי, כלי פרשני, ובכלל מקור שדרכו אנו מבקרים את המשפט הקיים. ניכר כי פיניס הוא אובייקטיביסט-מוסרי.

הערת המרצה: מבחינת פיניס, המשפט הטבעי חי – אך כמקור פרשני, בזמן שהדין הפוזיטיבי הוא ה"שולט".

משפט פוזיטיבי: ג'ון אוסטיין

מתוך תהליך ההפרדות מן הדת והגדרת המשפט כתחום עצמאי, מתחיל תהליך הגורם להפרדות מן המוסר. ישנו נסיון להתנתק מן המערכת מוסרית-דתית וליצור את המשפט כמערכת נפרדת, הנקבעת ע"י אדם.

אוסטיין (המאה ה-19), ניסה להכניס סדר, ולבסס באופן תאורטי את ההבחנה בין חוק לבין מוסר. בין פרקטיקות חברתיות נוהגות, לבין ציוויים פרקטיים.

אוסטיין טוען, כי "עניינה של תורת משפט הוא המשפט הפוזיטיבי" – זה הנקבע ע"י אדם. אוסטיין מבקש להפריד אחת ולתמיד בין הדת והמוסר, לבין המשפט. להלן הגדרותיו הבסיסיות:

- **חוק**: החוק היא "חוק הוא פקודה כללית של ריבון הממוענת אל נתיניו". כלומר, הריבון והנתינים מהווים יחדיו חברה פוליטית עצמאית. הדרך בה מטיל הריבון את הוראותיו על נתיניו היא דרך הפקודה, והדרך בה נהנתנים מציינים לריבון היא ציות מתוך הרגל.
- **ריבון**: "מי שנהנה לציות מוך הרגל של רוב האוכלוסייה, ומי שאינו חייב בעצמו בציות מתוך הרגל לגוף או לאיש אחר כלשהו".

החוק עצמו הוא פקודה, מבע-רצון המלווה בסנקציה. חלק מתורת המשפט של אוסטיין קשורה בהיבט הכוחני-אכיפתי. מדינה שאינה מצליחה לשמור על סדר, אינה מצליחה לשמור על ריבונותה. ניכר כי אוסטיין מציב את מבחן התוצאה לשאלת "האם קיים משפט במקום נתון?". הנה כי כן, אנו רואים כי אוסטיין אינו שואל שאלות מוסר או שאלות של חוק-רצוי.

ביקורת על אוסטיין:

- א. **הארט:** התאוריה של אוסטיין מתאימה גם לאיש מאפיה, או לכל הצלחה של כפית מערכת נורמות. להבדיל, חלק מן המאפייין את תורת המשפט של הארט, שיש לו גם היבט פנימי – זה לא רק שהריבון אוכף את פקודותיו, אלא שהנתינים רואים עצמם מחוייבים לכללים של המשפט, ללא קשר לשאלה האם ישנה סנקציה.
- הארט, מכניס היבט נוסף שחסר מאד אצל אוסטיין. הארט טוען כי לחוק היבט פנימי-נורמטיבי, גם ללא הסנקציה. הנתינים יכולים להעריך או לבקר את הנורמות הללו, בינם לבין עצמם. אם אין תפיסה פנימית של החוק כבסיס להערכה או לביקורת – המשפט חסר. אוסטיין, אינו לוקח זאת בחשבון, ומבחינתו המשפט תלוי אך בכח ואכיפה.
- ב. ביקורת נוספת טוענת כי אוסטיין הוציא מתחום ההגדרה של משפט פוזיטיבי מה שבד"כ נחשב משפט. כלומר, חוקים כמו מנהג, לא נחשבים חלק מן המשפט אצלו כי זה לא מבע-רצון של הריבון. אותו הדבר גם בעניין משפט ביני"ל ומשפט חוקתי.

משפט פוזיטיבי: האנס קלזן

קלזן (תחילת המאה ה-20) הוא אחד מן ההוגים המרכזיים המעצבים את תפיסתנו לגבי מהו משפט. התאוריה של קלזן, היא תפיסה משוכללת את המשפט, יחסו של המשפט עם המציאות, ובעצם הפורמליזם בשיאו. לדעת קלזן, המשפטן הוא מומחה של נורמות, הוא עוסק במושגים המשפטיים, שאלות של תקפות, ומנותק מן המציאות.

קלזן הוא חבר בקבוצת משפטים גרמניים ואוסטריים ("החוג הוינאי") אשר ניסו ליצור פילוסופיה אנליטית שתפתור אחת ולתמיד את כל הבעיות הפילוסופיות שהיו עד אז. לכך הם קראו **פוזיטיביזם לוגי**. רצונם הוא לנפות שאלות מטאפיזיות ופילוסופיות שעד אז העסיקו הוגים שונים (כגון: האם יש הפרדה בין גוף לנפש; האם יש אלוהים). הם ניסו גם לאפיין את ההגדים בשפה, ע"י הגדרת שני סוגי הגדים: ההגד הראשון נבחן באמצעות מבחן אמפירי; ההגד השני נבחן באמצעות מבחן לוגי – האם הוא תואם להסקה רציונאלית מן הכלל אל הפרט. קלזן, ניסה לעשות דבר דומה רק בעניין המשפט. לכך הוא קרא "**התאוריה הטהורה של המשפט**".

החוג הוינאי עוסק בהבחנות בין סוגים שונים של טענות. אחת הטענות המרכזיות שלו הוא שאין קשר בין הגדים של "עובדה" (is) לבין הגדים של "חובה / נורמה" (ought). קלזן טוען שהמשפט הוא אוסף של הגדי ought, שהם פרקטיים. אלו, מקבלים את תוקפם תמיד מהגדים העומדים מעליהם מבחינת ההררכיה.

עיקרי תורתו של קלזן:

- **כללים וסנקציות:** המשפט הוא מערכת של נורמות שקובעת כי תחת תנאים מסויימים, אמצעי כפיה צריכים להיות מופעלים (מזכיר את אוסטיין). כל כלל משפטי, בבסיסו קובע כי אם יבוצע מעשה מסויים, הדבר יגרור כפיה ע"י איש מרות.

בניגוד לאוסטין הרואה את החוק כהצהרה על פקודה ותחזית על סנקציה עם הפרתה, קלזן דוחה כל הסדר שיעשה רדוקציה מתופעת החוק על תופעות אחרות. מערכת המשפט צריכה להיות מובנת מתוך העקרונות הפנימיים המאפיינים אותה, ההיגד הציווי שלה, והמערכתיות של הנורמות במסגרת השיטה כולה.

נורמה בודדת היא היגד של ציווי (אות-sign) המנחה אנשים לפעולה. היותה חלק מתוך מערכת הוא חלק חשוב מהגדרתה. המשפט הוא אוסף של נומות הקובעות מה ראוי לעשות, על כן, בניגוד למשפטים המתארים מציאות (is), המשפט של קלזן נבחן בקריטריון של תקפות או בטלות.

- **פרמידת הנורמות:** כלל משפטי הוא תקף, אם הוא נובע מכלל אחר תקף, שהעניק סמכות ליצירתו. בראש הפרמידה, ישנה פיקציה – נורמה הראשונה-בסיסית, הנותנת את ההסמכה לכל שאר הנורמות מתחתיה. הנורמה הבסיסית הזו נקבעת ע"י האבות המייסדים של האומה, או מי שהסמיכו לכך.

אירוע עובדתי כלשהו, שאנו מעוניינים לקבוע האם הוא חוקי או לא חוקי, אינו קשור בהיותנו משפטנים. קיום פיזי, אינו הופך דבר מה לחוקי או לא חוקי, אלא כללי הפרשנות הנורמטיבית הם שיכריעו בעניין. לפיכך, המשפטן של קלזן לא עוסק בקישור בין עולם הנורמות למציאות, אלא בהיכרות עם עולם הנורמות, ותו לא. המשפטן אינו מתעסק עם העובדות.

- **מערכת דינאמית וסטטית:** המשפט הוא מערכת דינאמית של נורמות. מערכת שבה הקשר בין הרבדים השונים הוא "מסמך", ולא "תוכני". כל נורמה גבוהה מסמיכה נורמה נמוכה ממנה, אך היא "אדישה" לשאלה מה תוכן הנורמה הנוצרת כל עוד היא נחקקה בדרך הראויה ע"י האדם המוסמך.

- **אפקטיביות:** נורמה בודדת, שלאורך זמן הפכה ללא אפקטיבית, תאבד מתקופתה. ברמה המערכתית, נורמות הן תקפות במידה שהן מהוות חלק ממערכת שהיא אפקטיבית, באופן כללי. בדיקת האפקטיביות נבחנת בשאלה האם מצייתים לנורמה, ואם לא מצייתים לה – האם מופעלת סנקציה. כך גם בודקים תחולה טריטוריאלית (דוגמא: חוקי מדינת ישראל אינם אפקטיביים בצרפת).

- **מהפכות ושינוי של נורמה בסיסית:** קלזן טוען כי מהפכה מוצלחת המסתיימת בצפיסת השלטון, גוררת עימה שינוי בנורמה הבסיסית אשר הופך את מעשה המורדים, רטרואקטיבית, לחוקי. מהפכה לא מוצלחת, שלא יוצרת שליטה אפקטיבית, היא מהפכה בלתי חוקית. המבחן הוא, מבחן אפקטיבי של שליטה (דוגמא: המהפכה נגד האפרטהייד בדרא"פ, היתה בלתי חוקית במשך תקופה ארוכה, עד שאלו נכנסו לממשלה ושינו את ההיבט הנורמטיבי שלה).

- **המשפט הבינ"ל:** התאוריה של קלזן היא "מוניסטית", בכך שהיא מוסברת ע"י נורמה אחת. גם למשפט הבינ"ל, הוא טוען, נורמה בסיסית אחת והיא נותנת תוקף לנורמות הנחקקות בכל מדינה ומדינה. כאשר בשטח נתון מתקיימת מערכת כללים הנאכפת

האפקטיביות, יש לציית לאותם כללים. כך, הופכות הנורמות הבסיסיות של כל מדינה לחוקים פוזיטיביים שנוצרו בהתאם לנורמת-העל הבינ"ל.

אם כן, אנו רואים כי קלזן יוצר משפט מאד "נקי" ומדעי – מערכת כללים סגורה המתעלמת מן המציאות ומן התכנים של הנורמות. הלכה למעשה, רוב המציאות היא מצבי ביניים. אעפ"כ, הנורמה הבסיסית של קלזן, והמשפט כמערכת נורמות, היא קונספציה אשר אינה "מתלבשת" אך על המדינה, אלא הוא מחיל אותה, כפי שראינו לעיל, על המשפט הבינלאומי.

כפי שראינו לעיל, מרכז ההתעניינות של המשפטן של קלזן הוא להבחין את המשפט ולהתעסק רק בו, ללא זיקה סוציולוגית, זיקה ערכית, זיקה מוסרית או פוליטית. בהמשך נראה כי המגמה הזו, עם הזמן, תבוקר יותר ויותר, ותוטל בספק.

התאוריה של קלזן תעבוד מקום בו אנו מניחים שהמקרים הם מקרים קלים, והעיסוק אכן צריך להיות במציאת הנורמה, ללא צורך בשיקול דעת. הבעיה תתחיל להתעורר ברגע שיקומו אנשים ויאמרו שאין נורמה ברורה לפיה יש לנהוג. ניתן לקשר את הכשל הזה גם בממד נגד הפרמליזם שיבוא בהמשך. אך צריך להבין את התפתחות של התאוריה על רקע הזמן והמקום בו נהגתה – מציאות אירופאית פורמליסטית של שנות ה-20, יבשת בה המשפט לא התפתח על רקע תרבותי, משפט שלא עבר מהפכות. המעבר בין שנות ה-20 לשנות ה-30 של המאה, מביא אותנו למעבר מקלזן להארט.

משפט פוזיטיבי : ה.ל. הארט

הארט הוא פילוסוף אנגלי אשר גם כן מושפע מן הפילוסופיה של השפה/לשון, אך בניגוד לקלזן המבקש ליישם מושגיות אנליטית, הארט מתחיל מן הפעולות של האנשים, והאופן בו האנשים תופסים את תופעת המשפט.

הארט אינו מעוניין ליישם את ההגדים של השפה בצורה מחושבת, אלא מבקש להסתכל את מצב הדברים בצורה יותר רחבה ופחות אנליטית. הפילוסוף שעשה את המעבר מן התפישה האנליטית והרחיב אותה, הוא לודוויג ויטגנשטיין (אף הוא, היה אחד מחברי החוג הוינאי).

ויטגנשטיין גורס כי הרעיון הוא להסתכל על השיח, על אותה מערכת של הגדים שבתוכה הצדדים מבינים את עצמם, ולפי זה להבין את התופעה. לדידו, יש לראות את המשפט כמשחק לשון, פעילות בשיח, פעילות המתרחשת בין אנשים, ולפי התובנות שלהם נוכל להסיק מסקנות לגביו.

בניגוד לאוסטין וקלזן הנותנים דגש למשפט כמערכת חיצונית שבה אין חשיבות לאופן בו הנתנים מקבלים אותה, פרט לדרישת הכח והאפקטיביות, אצל הארט הדרישה היא לביקורת פנימית. מבט על האוכלוסיה ותפיסת הכללים שיש ביניהם, כבסיס להערכה ולביקורת. כך, הארט תוקף את תאוריית הפקודה של אוסטין, והמערכת של קלזן.

לדעת הארט, יש הרבה יותר מקום למוסר במשפט. ללא מוסר, ללא ביקורת, ישנו חשש כי נפגע באפקטיביות של החוק (דוגמא: חוק איסור מפגשים עם אש"ף). אם כן, החוק צריך להיות בר תוקף המחייב את האוכלוסייה, וכן עליו לעמוד בערכים הנורמטיביים של האוכלוסייה.

חשוב להדגיש כי הארט הוא פוזיטיביסט במובן מאד קלאסי, הוא איננו סבור שלשופט ישנו שיקול דעת בלתי נדלה. המשפט מבוסס על עובדות חברתיות, ובניגוד לקלזן המדגיש את האופן הנורמטיבי-ציווי של המשפט וההגיון אנליטי-פנימי פנימי שלו, הפוזיטיביזם של הארט הוא פוזיטיביזם של עובדות, המתחיל בתפישות של השחקנים המבינים את המשפט, וממשיך לכיוון של חיפוש העובדות החברתיות המוסכמות על החברה הנתונה, והקובעות מהו מקור התוקף ההכרחי של המשפט.

גם אצל הארט וגם אצל קלזן, מבחן מקור התוקף והתוכן של המשפט, הוא מעשה ידי אדם. לעומת זאת, אוסטין אשר מבחין את המשפט מן המוסר, אינו מדבר על המערכתיות של המשפט והקשר שלו לעובדות, אלא הוא יוצר תאוריה ראשונית של כח – המשפט כאוסף פקודות של הריבון. בכך, מדגיש אוסטין את הפן המדיני-ריבוני של המשפט.

פרשת ירדור: בקשה לפסילת רשימה השוללת את קיומה של המדינה. המקום היחיד בו הדיון בעניין משפט טבעי ומשפט פוזיטיביסטי בדיון הישראלי, הוא פסק-דין ירדור. ניתן להבחין בפ"ד זה בחלוקה בין השופט זוסמן, נציג המשפט הטבעי, אשר לוקח את המדינה היהודית כעקרון של משפט טבעי, המאפשר הוצאת "יש מאין" – סיוג של דין פוזיטיבי באמצעות עקרון נצחיות והתגוננות המדינה. לבין השופט אגרנט אשר מדבר על מגילת העצמאות כעקרון-על הנמצא בתוך השיטה, ובאמצעותו ניתן לבקר דין פוזיטיבי אחר.

משפט פוזיטיבי פוסט מודרני: ניטשה

בנסיון ההבחנה בין משפט פוזיטיבי וטבעי, אחת ההנחות הבסיסיות בויכוח ביניהם היתה שיש לנו טבע, יש לנו עולם של מוסר המתקיים ללא קשר למשפט, ועל-גבי אותו מצע של קיום מובחן ונפרד מן המשפט מוצבת מערכת שהיא המשפט. מערכת משפט זו נקבעת ע"י האדם, על רקע המוסר שהוא מעין-טבע. אצל ניטשה, הנסיון הוא להפוך את הסדר.

משפט פוזיטיבי לפי ניטשה הוא כזה שעוצב, הונח והוסדר בתקיפות באמצעות רצון שהוסמך לרצות כך – אין מוסר אוניברסלי.

הכח המחייב של המשפט הפוזיטיבי נובע מהתקפות שלו. התכנים שלו לא נתונים ע"י התבונה ולא מתבססים על איזשהו קריטריון של אמת. לדידו, המקור המרכזי של החוק הפוזיטיבי הוא הרצון, הרצון למשפט. רצון זה, קודם לתבונה או קודם לטבע. כל נסיון להשעין את המשפט על נורמה בסיסית ועקרונות של משפט טבעי או כללי זיהוי מקובלים – מפחית את האפשרות הרדיקאלית של המשפט.

במהות המשפט הפוזיטיבי מונח היפוך אמיתי ביחסים שבין כח לבין תבונה (הערה: אוסטין אמר דברים דומים ביחס למשפט). יש להבין את החוק לפי ניטשה, כשרירותי ביסודו, והוא נובע מרצון לעוצמה שלא מתבסס על שום הצדקה מוקדמת.

הפילוסוף פיליפ נונה מסביר כי לניטשה ישנה גרסה חזקה של משפט פוזיטיבי אשר מבהירה לנו את ההביט הכוחני של מערכת משפטית שבסופו של דבר קובעת גם את המוסר על-פיו היא פועלת, וכאילו נחשב לכלי בקרה שלה.

לדעת ניטשה, צריכים הרבה אומץ ע"מ להפעיל את אותו רצון, אותו רצון שיכניס אותנו לתהליך את התבגרות, ויתור על המוסר, ויתור על הדת, ויצירה עצמאית שתחליף את אותן אמיתות, באמיתות עצמאיות חדשות, המעוצבות לפי רצוננו. אנשים יוצרים לעצמם בחוקים של עצמם, את מה שלאחר מכן יקראו לו "מוסר". הנה כי כן, החוק הפוזיטיבי קודם למשפט הטבעי.

החוק הפוזיטיבי, אם כן הוא האישור של האדם את כוחותיו היצרתיים. אלו באים לידי ביטוי בקביעת כללי התנהגות וערכים יש מאין, על בסיס העקרון כי לכל ערך יש מחיר, ואין דרך לבחור בין הערכים השונים (חוץ מתחושה פנימית ראשונית). בשלב מאוחר יותר, עקרון הצדק הבסיסי של החוק הפוזיטיבי עשוי להפוך לעקרון כלכלי האומר שאם אין דרך לבחור בין אנשים אז אפשר רק לשאת ולתת במקח-וממכר איתם. זוהי פוליטיקה של רצונות שונים, ובמקום מוסר ודת אנו מקבלים – כלכלה.

נון פוזיטיביזם מודרני

(עולם הערכים)

המפנה הפרשני של דבורקין והקשר להארט

נקודת המוצא של דבורקין דומה לזו של הארט וגם הוא מחפש את האופן שבו השחקנים בתחום של המשפט, מבינים אותו. ההבדל הוא, שדבורקין בונה את התאוריה ביחס לשחקנים – במשפט האמריקאי. מאוחר יותר, תפיסתו הופכת אוניברסאלית וכללית לגבי מהו המשפט.

כשאנשים מדברים על משפט (בארה"ב – מ.א.), הם מבינים אותו לא רק ככזה שניתן לזהות אותו באמצעות כלל זיהוי, והוא אינו רק מערכת של כללים. אלא שהמשפט, **בצד הכללים, רווי גם בעקרונות סטנדרטיים ועקרונות ששונים לחלוטין באופיים מן הכללים**. כלומר, דבורקין מתאר את המשפט כתופעה כפי שהיא מובנת ע"י השחקנים שלה, אך הבנתם יוצרת גם כללים וגם עקרונות. דבורקין אינו מנסה לומר מהי המציאות, אלא שהוא מנסה לומר מהי המציאות המשפטית כפי שהיא נתפסת ע"י השחקנים שלה (שופטים, משפטנים) – ניכר כי דבורקין מנסה להתנתק מן הרצון להיות אובייקטיבי-אוניברסלי, ושואף לאובייקטיביות פנימית הקשורה בהבנה של קהילה פרשנית.

בתקופתו של דבורקין, המשפט נתפס כמערכת טקסטית, שכדי להבינם צריכים להבין את הקשרים ביניהם באופן פנימי, אך לא את המציאות.

משפט כמו ספרות

דימוי מאד מרכזי אצל דבורקין אשר ממחיש את המשפט כמו שדבורקין מציב אותו, מתואר במאמר פרי עיטו הנקרא *How Law is like literature*. הבעיה המרכזית שדבורקין מתמודד איתה היא לגיטימציה של השפיטה בעידן בו ביהמ"ש העליון יוצר פסיקות מסוג מאד חקיקתי

(פרשת Brown).

דבורקין מציב את הנון-פוזיטיביזם המודרני מתוך נסיון להתמודד עם שאלת שיקול הדעת של שופטים – ובמאמר הוא מתאר את המשפט כרומן בהמשכים. כלומר, שופט אחד כותב פרק, השופט השני כותב פרק נוסף. השופט השני מוגבל במובן זה שהפרק שהוא כותב חייב לתאום את הנקבע בפרק הראשון, אך הוא משוחרר ויצירתי ממש כמו סופר חדש שכעת יצור פרק חדש שיתפוס כיוונים חדשים וילך 'קדימה'. השינויים קשורים בהתמודדות פרשנית בה השופט תמיד נמצא באזשהו מקום דמיוני בין העבר והעתיד – זהו עולם שיש בו בחירה, שיקול-דעת, וערכים.

עיקרי התאוריה של דבורקין

דבורקין נותן משנה תוקף לתפקיד העקרונות במשפט, וכדי להבין משפט יש להבין את המושגים "עקרון" ו-"כלל".

- כלל: כלל הוא נורמה המתנה תוצאה משפטית מסויימת בהתקיימותם של תנאים מוקדמים עובדתיים אחדים ששאלת התקיימותם ניתנת להכרעה בקלות.

- **עקרון**: עקרון הוא נורמה המתנה תוצאה משפטית בהפעלתו של קריטריון ערכי. העקרון יכול להיות עקרון מדיניות, כמו "יש לפצות ניזוקים בתאונות דרכים", או "יש להגן על הצרכן מפני פגמים בייצור", או עקרון מוסרי.

טענתו המרכזית היא שלא ניתן להבין את המשפט כמערכת של כללים בנוסח של הארט, משום שהעקרונות מצויים בו בכל מקום. שני סוגי עקרונות במשנתו של דבורקין:

- **עקרון מדיניות** – מציב מטרה שיש להשיג, כגון: שיפור במצב פוליטי או כלכלי. עקרון זה הוא תכליתי וצופה פני עתיד.
- **עקרון במובן הצר** – ערך שיש לשמור עליו לא בגלל המטרה שנשיג בעזרתו, אלא בגלל מימד של צדק, הגינות, או מוסר.

תפקידם של השופטים אינו רק להבין את הכללים, אלא לשלבם עם עקרונות. זוהי הנקודה שמפריעה לדבורקין כ"כ, הפניה של השופטים לכללים חוזר ונשנה, ללא פניה לעקרונות. אם כן, מדוע לא להכניס אותם במסגרת המשפט?

על כך דבורקין עונה כי ישנו שוני בין עקרונות לכללים: לא ניתן לכתוב אותם מן הסיבה שלעקרונות משפטיים אין מבחן של תקפות (ע"ע קלזן) כמו שיש לכללים משפטיים. אלא שהמבחן של העקרונות יותר קשור במשקל, ואיזון אינטרסים (ע"ע **פרשת Riggs** – רוצח שביקש לרשת את הנרצח, וביהמ"ש העליון דחה את בקשתו למרות שקיימת לו זכות בחוק הירושה).

דבורקין חדשני באופן קיצוני, שהרי בתקופתו לא היה מקובל לחשוב על המשפט ככזה שיש בו עולם בלתי כתוב שהוא חלק מן התובנות של האנשים שלומדים ועוסקים במשפט, שזר לא יבין אותו. הוא עושה לראשונה את המעבר לרפלקטיביות (=שיקוף) לגבי האקט של יישום המשפט. כל התאוריה שלו מתייחסת ל"מה קיים מעבר לכללי" – אלו הם **סטנדרטים לא חרוטים שהם אבן הבוחן להבנת כיצד המשפט פועל בכלל**.

נחזור כעת לדוגמא מן ההתחלה ביחס לאיסור הכנסת כלי רכב לפארק. תאוריית שיקול הדעת של דבורקין נותנת לגיטימציה לשופט להפעיל שיקול דעת. הפעלת שיקול הדעת הופכת עתה למוצדקת ומובנת – זוהי איננה חריגה מסמכות, אלא חלק ממנה. לכן, שופט המפעיל שיקול דעת, עושה מלאכתו נאמנה עפ"י דבורקין (להבדיל מהארט).

זכויות

הזכויות מתחלקות לכמה חלקים – זכויות האדם; זכויות הצדדים בפני השופט המבקשים לממש זכות ספציפית תוך פרשנות; זכויות קולקטיביות (במובן הרחב) בהיבט תרבותי, קהילתי. ההנחה היא שהמשפט מייצר זכויות, והינו תחום המגדיר את היחסים בין בני-אדם וקובע את הזכויות ביניהם. עיסוקו של המשפטן הוא הגדרת היחסים האלו, לקבוע את הזכויות ולפרש אותם. מה עושים כאשר אנו מדברים זכויות, אך לא יודעים להכריע?

מן הסוף להתחלה

אבי שגיא, במאמרו², מציב את שיח הזכויות כנקודת התחלה ומעמיד מולו שיח אחר שלכאורה לא קיים בתחום המשפט. בתחילת מאמרו שגיא מציג את השופט ברק בפרשת בר-אילן. שגיא מסביר באופן מאד ארוך כמה הצדדים ניסו להגיע לפשרה מחוץ לכתלי ביהמ"ש. ברק מודע לעובדה, שהעיסוק המשפטי שלו מסתכל על היבט אחד של הסכסוך: מהו היקף סמכותה של רשות התמרון, וכיצד מאזנים את השיקולים של חופש התנועה ופגיעה ברגשות אדם? ברק אינו מציג שאלות רחבות עקרוניות, הוא מסרב להציג זאת כזכות תרבותי או חברתי. או במילים אחרות, ברק אינו בוחן את הזכויות של הצדדים. ברק ממשיך ומגביל את שיח הזכויות בפסק-הדין, ולא מאפשר לתהליך העמוק יותר של "שיח הזהות" להתרחש בין הצדדים לסכסוך, ואולי לתת לו פתרון טוב יותר.

שגיא מתאר "שיח זכויות" כמנגנון של כללים שבא להבטיח את החירות השלילית של הצדדים. הכוונה היא קביעת את מידת החופש של האדם שלא להיות מופרע ע"י החברה. האדם מקבל את היכולת להגן על עצמו מן הסביבה, בין אם מדובר בציבור או יחיד העומד מולו. חירות שלילית זו בעצם מדברת על חברה של אינדיבידואלים היוצרים ביניהם כללים כיצד לא לפגוע אחד בשני. המשפט הוא זה הקובע את הגבולות, והוא מביט בצדדים ככאלה אשר אינם מסוגלים "לדבר" אחד עם השני. לפיכך, בשיח זה, כל צד אינו רואה את האחר שמולו, אלא הוא רואה איזשהו בר-שיח או מתחרה הנמצא איתו במאבק, ואשר הטיעונים מופנים כלפי צד שלישי (=המשפט), והוא מכריע ביניהם.

"שיח זהות" הוא היפוך של אותו שיח זכויות. שיח זהות מציג תמונה של דיאלוג, שיח בו אין צד שלישי הנמצא "למעלה" המבשר לנו מה הן זכויותינו, אלא זוהי עמידה אחד מול השני מתוך נסיון לקבוע גבול ביניים, או זכות משותפת – תוך כדי פריצת גבולות.

בצד הנסיון להתבחן אחד מן השני ולדבר בשפה של זכויות ולקבוע גבולות חיצוניים באמצעות המשפט, יש גם תמיד תהליכים של הדברות ושל שינוי תוך כדי הדברות. תהליכים אלו לוקחים זווית אחרת מן הזווית המשפטית. המשפט, אומר שגיא, אינו מסוגל לתת את הפן של ההדברות. לכן, שגיא מתאר את שיח הזהות כשיח מאד מסוכן (=פילוג), אך מאתגר ואוטופי (=יצירת קונצנזוס ומנגנון משותף).

² אבי שגיא, החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות, מחקרי משפט טו 37.

שגיא מצביע על כך ששיח הזהות נעדר מן המשפט הישראלי. לכן הוא מבקש מן המשפט לפנות את מקומו לתהליכים הקורים בין הקבוצות השונות בחברה, למפגשים המנסים ליצור דיאלוגים שבה אין חיפוש אחרי עקרון שיבוא מלמעלה אלא ויתור על הכרעה, ונסיון ליצור את המציאות המשותפת. הפתרון הוא ויתור על התחושה הקורבנית בין הצדדים ולהכשיר עצמם להדברות – תמיד בדיאלקטיקה עם שיח הזכויות.

הגדרות נוספות של זכויות במחשבה הליברלית הקלאסית:

- **התפיסה התועלתנית** – ההנחה היא שניתנות זכויות מתוך תפיסה מכשירית. לקבוצה, או ליחיד יש העדפות להגן עליהם.
- **התפיסה הדאונטולוגית** – זכויות כביטוי לעיקרון מוסר כללי אשר הוסק מתוך התבונה, ומתמקד ביחיד בתור בעל ערך אשר לא ניתן לכימות. אינטרס, ללא קשר לחישוב. זכות מכוח היות האדם **אדם** (ראה: דבורקין).

ניתן לראות בשתי גישות אלו שני צדדים של אותו מטבע. המתח בין שתי הגישות ימצא פתרון ברגע שנגדיר מה תפקידו של המשפט, וכיצד הוא משתלב בחיינו. או לחילופין תוך כדי איזון בינהן.

יוסף רוז, פילוסוף של המשפט: "הטענה שלמישהו, ליחיד או לקבוצה, יש זכות, פירושה שבמצב עניינים רגיל האינטרס של היחיד או של הקבוצה הוא טעם מספיק לטעון שאחרים מצויים תחת חובה. רק האינטרס החשוב דיו ובעל ערך מטיל חובה תואמת על הזולת".

בהמשך, נביט בזכויות מתוך זווית אמריקאית-ראליסטית, ונבחין בקטגוריות שונות של זכויות. ההנחה תהא שאנו רוצים 'לפרק' הרבה יותר את מושג הזכות ונכיר את טבלת הזכויות של הופלד, היוצרת הסתכלות פרגמטית על הנושא של זכות, ובעצם שואל "כיצד זה בא לידי ביטוי בפועל?", ובאיזה סוגי זכויות המשפט מכיר.

טבלת הזכויות של הופלד

זוהי מערכת מושגים שניתן לעשות בה שימוש בתחומים שונים שאנו עוסקים בהם.

פריבילגיה	זכות חובה	
העדר זכות	כח חבות	
חסינות		
העדר כשרות		

הופלד מנסה להגדיר את הזכות המשפטית לפי האופנים בהם היא באה לידי ביטוי בפועל בסעד שמעניק המשפט. כלומר, הופלד מדבר על "זכאויות משפטיות", האופן בו המשפט מעניק סעדים. ההתמקדות שלו היא מעשית, ועוסקת בשאלה "מה יוצא לי מזה?". האינטרס של הופלד הוא למצוא את מה שנקרא "The lowest common denominators of the Law". הופלד מנסה

למצוא את אבני היסוד והמכנה המשותף של הצדדים למשפט – באמצעות הזכויות שהמשפט מעניק.

לפנינו שני סוגי יחסים:

1. **מתאמים:** בכל פעם שהמשפט מדבר על זכות, יש לצד השני יש כנגדה מתאם הקשור לסוג הזכות שהוענקה לצד הראשון. מול הזכות – יש חובה.

2. **הפכים.**

זכות: זכות, במובן הצר, נבדלת משאר הזכויות בטבלת הופלד. זכות היא מה שעומד בניגוד לחובה, ניתן לקרוא לה גם טענה. אם ל-א' יש זכות ביחס ל-ב', שהוא ימנע להכנס לאדמתו של א', המתאם הוא חובה של ב' להשאר בחוץ.

פריבילגיה: פריבילגיה היא ההפך של חובה, והמתאם של העדר זכות. כשל-א' יש זכות ש-ב' ישאר מחוץ לשטח, ל-א' בעצמו יש פריבילגיה (=חירות) להכנס לשטח. כלומר, אם ל-א' יש פריבילגיה, אין לו חובה שלא להכנס. בנוסף, מול הפריבילגיה של א', ל-ב' יש העדר זכות למנוע ממנו להכנס לשטח.

יחידה 3 : משפט מודרני

מודרניות

רקע : משפט והקשר למציאות

העיסוק בפוזיטיביזם ומשפט טבעי הוא אירופאי בעיקרו, ומאפיין בייחוד את שנות ה-50 וה-60 ופחות רלוונטי היום. הויכוח, פחות או יותר, מוכרע כיום לכיוון של משפט פוזיטיבי. כעת, יש לדון במשפט בעצמו, כסוג של דת אזרחית (ליאור ברשק).

ראינו כי חל מפנה פרשני בעולם המשפט, והשאלות העולות בחלק זה של הקורס, נוגעות לקשר של המשפט עם העולם – המשפט כתרבות, כשיח המסתכל על העולם. ההוגים בתחום הזה יפתחו את אותה נקודה עיוורת שהשאירו הוגים כגון קלזן והארט. לדידם, המשפטן המודרני איננו יכול להיות מומחה של נורמות או מושגים, הוא אינו יכול לטפל במקרים של הגרעין הקשה בלבד, אלא שהמשפטן המודרני מניח כמובן מאליו שהמשפט רצוף במפגשים עם המציאות ושחייבים להעניק תאוריה שתמודד עם המפגשים האלו. מכאן, הדרך למרד נגד הפורמליזם בארה"ב – הדרך קצרה. את התוצאות של המרד הזה אנו רואים ומרגישים בשיטת המשפט הישראלית בימנו אנו.

הפרגמטיזם האמריקאי והראליזם המשפטי

כיצד, בתרבות מסויימת (לצורך העניין – התרבות האמריקאית), תפיסות בסיסיות של המשפט מתעצבות על רקע של המאפיינים המיוחדים לתרבות הזו ?

רקע הסטורי : התפתחות הביקורת הריאליסטית

על ציר הזמן, נצייר את הנקודות הבאות :

- תחילת המאה ה-20 : עליית הפרמטיזם מפי אוליבר וונדל הולמס.
- שנות ה-30 והילך : עליית הראליזם המשפטי וביקורתו הלעיתים חצופה.
- שנות ה-50 והילך : עליית ההליך המשפטי לאחר מלחמת העולם השנייה, והביקורת של הראליזם המשפטי "מנוקת" וממותנת, ויוצרים בעזרתה תורת משפט אמריקאית עצמאית מיינסטרימית. *We are all realists now*.

בתחילת המאה ה-20 ארה"ב מאופיינת בתהליכים של חיפוש אחרי שפה ממקדת, ומענה לשאלה "מיהו אמריקאי?". "האדם החדש" שהגיע ליבשת ע"מ להגשים את חלומותיו ולהתחיל מהתחלה, הוא מיתוס בסיסי המאפיין את התרבות האמריקאית, וקשור לפילוסופיה שהיא עתידה ליצור – הרצון להשתחרר מאירופה.

המקום בו מתרחשת התופעה הזו הוא בקיימברידג', בה קם מועדון הקורא לעצמו "המועדון המטאפיזי", המעוניין לאתגר עצמו בשאלות פילוסופיות בוערות העומדות על הפרק. בין המשתתפים גם **אוליבר וונדל הולמס**, משפטן. המועדון הזה נחשב כמי שהתחיל את הפילוסופיה ששמה הפרגמטיזם האמריקאי. הולמס מנסה לתת את גרסתו לגבי מה זה להיות משפטן אמריקאי. האמרה הבסיסית אותה טובע הולמס היא :

”The life of the law has not been logic, it has been experience” כלומר, חיי של החוק אינם הגיון, אלא נסיון. כעת יש להבין את המשפט האמריקאי לנוכח ההכרזה הזו של הולמס.

הפרגמטיזם האמריקאי שואף להתנסות אינסופית, ללא פילוסופיה וללא מטאפיזיקה. הנסיון הוא אמת המידה של הדברים, והאדם מוגדר כיצור מתנסה הפותר בעיות. לרעיונות, אין ערך פנימי, אלא הם אמצעים בדרך להתנסות שלו – האדם עושה בהם שימוש, ועובר הלאה (=השארה לא מעטה מן הדארוויניזם). ניכר כי ישנו רצון לעשות עבודה הרבה יותר מציאותית וקרובה לקרקע, עבודה וחשיבה שאינם מתרכזים בשאלות כגון ”מהי זכות” ו-”מהי נורמה”.

הולמס: *The Path of the Law*

אלו הם הרעיונות המרכזיים המאפיינים את חשיבתו של הולמס, ועולים מתוך מאמרו:

- חיי של החוק.
- תורת המשפט של עוה”ד.
- הגדרת המשפט ותאורית האיש הרע.
- הדגש על מדעי החברה והכלכלה.
- לגור בתוך המשפט.

’חובה משפטית’: הולמס מספק תרות משפט אשר אמורה לשמש את עוה”ד כשעומדת הפניו לקוח ומעוניין לדעת כיצד צריך לפעול. לאחר מכן, מגדיר הולמס (עמ’ 16) את החובה המשפטית – ”אחת הטעויות והבלבול בין עקרונות משפטיים ומוסריים זה שאנו שמים את העגלה לפני הסוסים, כאשר אנו משתמשים בתאוריה. הטעויות המרכזיות של החשיבה המטאפיזית-אירופאית, היא דיבור על זכויות בנפרד מן התוצאות שהן ישיגו”. לדידו, חובה משפטית היא חיזוי של הסנקציה שביהמ”ש יעניק כאשר היא מופרת.

’משפט’: הולמס קובע כי הוא מעדיף את התאוריה של ”האיש הרע” המעוניין לדעת מה יפסקו לו בפועל, ולא אכפת לו מן ההגיון והיופי של הזכויות. כשהולמס אומר ”משפט”, הוא מתכוון לחיזוי מה יעשו בפועל בתי המשפט. הנה אנו רואים כי הפרגמטיזם של הולמס מתרכז בעובדות של ההכרעה השיפוטית – שהן בסופו של דבר ההכרעה הספציפית של השופט.

סיכום והשוואה: כל המושגים שהארט היה מצביע על כך שנובעים מתוך חשיבה פנימית, נפסלים בהיבט של הולמס. הפוזיטיביזם של הולמס מנותק משיקולים ערכיים. המבחן של הולמס הוא סטטיסטי של מפגש עם המציאות האמפירית. למבחן הזה, ישנה ודאות, שהרי הוא מעמיד את המשפט ככלי של חיזוי. הולמס מפנה את המשפטן להתבונן על מדעי החברה ככלי לשאוב ממנו ידע ומבט ”נכון יותר”. האנשים בעתיד, לדידו של הולמס, יבדקו באופן אמפירי (כלכלה) את המשפט.

המסר של הולמס: הולמס נותן לנו את התחושה כי עריכת דין איננה רק מקצוע מעשי הנועד להשיג כסף, אלא שהוא מסיים את דבריו באומרו כי מעבר להצלחה, האינטרסים המרוחקים של המשפט וערכים אוניברסאליים ("את אשר לא ניתן לאמירה") הם אלו המניעים את המשפטן. הנה, המשפט הוא שדה אינטלקטואלי – עולם של נורמות לגור בו.

הראליזם המשפטי

קבוצת האינטלקטואלים המייסדים את הראליזם המשפטי, פועלים בין שנות ה-20 וה-30 של המאה ה-20. הקבוצה מונה אנשי רוח שמלמדים משפטים, ומגיעים בעיקר מן האוניברסיטאות ייל וקולומביה. את הכתיבה שלהם מאפיין מצב רוח אינטלקטואלי אחד – ביקורת. בניגוד להולמס, שהוא אדם אחד, הראליסטים הם רבים המביעים דעות שונות ומגוונות. הם נתפסו כתנועה מרדנית הקוראת תיגר על השיטה המשפטית הקיימת, והם נחשבים שמאלנים צעירים וחצופים.

באותה העת, הדמות אשר סמלה יותר מכל את הפורמליזם המשפטי היא המלומד האירופאי ששמו **לנדל**. לנדל הגיע ללמד באוניברסיטת הארוורד הנותן דגש בהרצאותיו על כללים, ורואה את עיקר תפקידו של המשפטן כהיכרות עם דוקטרינות משפטיות, כללים, וסיווגם. לדידו, המשפטן נמצא בספריה ולומד להכיר חוקים. כנגד דמותו, יצאו הראליסטים.

מנהיג התנועה, **Karl Llewlynn**, מרצה צעיר בקולומביה מפרסם מאמר נגד דיקן הפקולטה למשפטים הקרוי "הצעד הבא: תורת משפט ראליסטית". כמו הולמס, טוען לוולין כי השימוש במושגים של "כללים וחובות" כמרכז ההתעניינות בחשיבה על המשפט, הוא מחסום לחשיבה בהירה על עניינים משפטיים. השופט, הבורר עפ"י חוק, וכל מי שיש לו עסק בהפעלת החוק, צריכים להבדק עפ"י מה שהם עושים בפועל ולא ע"י עיסוק תיאורטי בחוקים שהם מחילים.

טענות מרכזיות של הראליסטים³:

ספקנות כללים:

כללים אינם מסוגלים להכתיב תוצאות משפטיות. לדידם, מערכת המשפט מלאה ב: **(א) פְּעָרִים** - מקומות שאינם מכוסים ע"י החוק; **(ב) קונפליקטים** - התנגשויות בין נורמות שעומדים מאחוריהם; **(ג) דו-משמעויות או עמימות (כגון: תום-לב; צדק; סבירות).** בנקודות צומת אלו, השופט כל הזמן בוחר, על רקע הבעייתיות הזו, ואין לו קריטריון הכרעה. יתר שיקול הדעת במשפט נובע מן הבעיות לעיל. הנקודה התחתונה היא שכל הכללים מביאים את השופט למצב בו הוא אינו יכול להכריע ביניהם.

ספקנות עובדות (הבחנה בין עובדות ונורמות):

אין יכולת הכרעה אובייקטיבית במשפט. הערעור הראליסטי הוא על יכולתו של המשפט לקבוע עובדות. אנו נמצא פעמים רבות כי השופטים, בפסקי-הדין, מספרים שוב את הסיפור העובדתי תוך הטיה וקדם-שיפוט הקובע מראש את הנורמה.

³ חשוב להבין כי טענות אלו נאמרו ע"י אנשים שונים, והן לעיתים סותרות זו את זה.

אנטי-קונספטואליזם (Felix Cohen):

יציאה כנגד שימוש של המשפט במושגים מופשטים, כדי להצדיק את החלטותיו. כהן מספר על משפטן גרמני המגיע לגן-עדן ופוגש במושגים משפטיים על טהרתם, והם אינם מופרעים ע"י המציאות. כהן בסיפורו מנסה לתקוף את העובדה שאלו הם מושגים נעדרי קשר למציאות, ורק המשפטן מבין אותם – מושגים כגון, תום-לב, חוזה, רשלנות – ואין שום אמת מאחורי המושגים הללו, אין לדעת למה המושג משמש ואיך מביאים אותו לידי ביטוי בפועל. התמקדות במושגים האלו הן בבחינת "*Transcendental Nonsense*". כהן מסכם את עמדתו ואומר כי השאלה אינה מהו המושג, אלא **מה המושג אמור להשיג במציאות**, וכיצד הוא אמור לקדם את המציאות החברתית – התכלית שאנו מעוניינים להשיג.

מתוך *American Legal Realism, The Meaning of Realism*, דברי לאוולין : לאוולין פותח את מאמרו בהכרזה כי "אין בית ספר לראליסטים, אך ישנה תנועה המעלה רעיונות ראליסטים בעבודתה ובחשיבתה". היחס בין המשפט למטרות החברתיות שלו, הוא יחס דינמי – יש לבדוק את המשפט כל הזמן ביחס למטרות, ואם הן משתנות, יש לעשות בדיקה חוזרת ומתמדת. לאוולין קובע כי החברה תמיד זורמת מהר יותר מן המשפט, לפיכך עליו לבדוק את החברה כדי להבין כיצד להתעצב ולהשתנות. הראליסטים בוחנים את העובדות (is), ופחות מתרכזים בשאלה של "מה צריך להיות?" (*ought*).

כללו של דבר, הראליסטים רוצים להיות מדעיים, להתרכז בהתנהגויות ובתוצאות שעל פני השטח, ללא דיון בערכי המחשבה, הרגש והמוסר מאחורי הקביעה של ביהמ"ש.

אמפריציזם (התמקדות בעובדות – ביה"ס לעורכי-דין של Jerome Frank):

בתקופה זו, בין המלחמות, נעשה ניסיון להפוך את המשפט למדע, כחלק ממדעי החברה. הניסיון הוא לתארו כמדע העוסק בעובדות. הנה ניסיון להניח בצד את הספרים המשפטיים, והפיכת המשפט לכלי שניתן לבחון אותו. חלק מן המגמה הזו מעלה רעיון בעניין החינוך המשפטי, ומוקם ביה"ס לעורכי-דין (ולא ביי"ס למשפט!) של ג'רום פרנק. כמו שרופא, כחלק מלימודיו, עובר התנסות מעשית – כך גם עורך-דין. יש לבנות את ביה"ס למשפטים במתכונת של משרד משפטים, שלא רק יכשיר אנשים שמכירים כללים, אלא שיכשיר גם "מטפלים בתיקים" (כמו מטפלים בחולים). זאת, ע"י טיפול במקרים ספציפיים. פרנק טוען כי יש עיוות באופן בו כרגע סטודנט למשפטים לומד משפט.

משפט ככלי להגשמת מדיניות חברתית:

מאחורי המשפט ישנה יומרה, יומרה לדבר ב"כללים", בזמן שבמציאות קביעותיו של שופט יכולות לנבוע ממה שאכל לארוחת בוקר, דעות קדומות, וסיבות מגוונות אחרות – אך לא אותם כללים אותם הם מבקשים לשים לנגד עיניהם. וכשאינן כללים, הציעו חלק מהראליסטים להתייחס למשפט ככלי להגשמת מדיניות חברתית.

תנועת ההליך המשפטי

הראליסטים, באו כצעירים חצופים ומרדנים, ולאחר שנים של פעילות באקדמיה והפנמה של הביקורת שלהם, ולאחר מלחמת העולם השנייה, הראליסטים מתמסדים ומשנים את הטון. קארל לאוולין, ברבות ימיו כותב ספר החוגג בחזרה ערכים של יציבות, אובייקטיביות משפטית, חזרה אל הקהילה וההביטים היותר חיוביים וחינוכיים של המשפט. כל זאת, כתוצאה משינוי של רוח התקופה.

בשנות ה-50, מצב הרוח באקדמיה, במשפט ובחברה משתנה, מה שמשליך על התפתחות תורת המשפט. המאפיין העקרי הוא שמרנות חזקה מחד, ומאידיך חגיגה גדולה של ארה"ב כתוצאה מן הנצחון במלחמה. ביה"ס של הארוורד יוצר תאוריה של המשפט, שהיא גם שמרנית וגם מנסחת לראשונה בבהירות את "מהו המשפט האמריקאי?". המשפט, נבנה בדמות הפרגמטיזם האמריקאי, והנה נוצרת לה תורת משפט חדשה המבוססת על תכליות.

תורת משפט זו מבקשת לאזן בין מוסדות, ואופטימיות של החברה כזורמת לכיוון של התפתחות מעצמה. ובניגוד לכך, ישנו גוף אחר, ביהמ"ש העליון האמריקאי של אותה התקופה, שהוא מאד אקטיביסטי, תוך שהוא פועל נגד האקדמיה ופועל למימוש זכויות (**פרשת Brown**) – ובעצם מבקש לשבור את האפרטהייד שהיה קיים בארה"ב דה פקטו עד לשנות ה-50, וכן יוצא נגד הרוח של החברה באותו הזמן.

השילוב של ביהמ"ש אקטיביסטי ותורת משפט שמרנית, יעורר בעיות רבות ובעצם יחרוץ את דינה של תנועת ההליך המשפטי.

הרעיונות בבסיס האסכולה של ההליך המשפטי

Henry Hart ו-Albert Zacks כותבים את הספר "The Legal Process". בספר, המבוסס על קורס בחירה בבתי הספר למשפטים בארה"ב, מובאות תפיסות שונות לגבי השאלה "מהו המשפט?". להזכיר, כי בתקופה זו, של אחרי המלחמה, ישנו מסע חיפוש לגבי מהו המשפט האמריקאי. לכן, מבקשים הארט וזקס להציג את הרעיונות המרכזיים של המשפט האמריקאי, כפי שהם מתאימים לשנות ה-50. הביקורת הראליסטית מופנמת, תוך הצגה חיובית של המשפט ככלי להחלת מדיניות חברתית ולפתרון בעיות באופן כללי.

ואלו הם הרעיונות הבסיסיים:

1) החברה מתחילה מלמטה: הדימוי החברתי וההתפתחות החברתית תמיד קשורה במגעים פרטיים בין יחידים. ישנה הנחה אופטימית שהחברה מתקדמת לכיוון של עוד "עושר", ועוד "טוב". בסופו של דבר ישנה אבולוציה, מעין התפתחות טבעית, ואם לא נתערב ביחסים האלו – נגיע לשגשוג. העושר החברתי הוא תמיד בלתי מוגבל, וקשור בפעילות השוק. הארט וזקס סבורים כי אסור למשפט להתערב בשוק הזה, אלא שיהיה למשפט תפקיד מינימלי בארגון היחסים בין

היחידים ובין המוסדות השונים. המשפט בהקשר זה, צריך לעזור לתפקוד היעיל של כל המוסדות כדי שההתפתחות כאמור תתרחש.

2) המעבר מתוכן לצורה – ההליך הופך להיות במוקד: לפני המלחמה היתה תפיסה המדברת על הקושי בהכרעה מהותית בין הערכים השונים. כיצד נבחר בין שלום הציבור לחופש התנועה? אין קריטריון לבחירה זו, והקושי הוא להסביר את מקור התוקף של הבחירה שבכל-זאת נקטו בה. טענתם התבססה על דרך קבלת ההחלטות, והיא הניחה שסוג החשיבה שמאפיין את ההחלטה המשפטית היא רציונאליות אורגנית. לפי הנחה זו, אם השופט יכנס לתהליך של חשיבה, דיון, הכרות עם המקרה על כל מאפייניו, מעקב מקיף אחרי השלבים השונים שהוא עבר – הוא יוכל להכנס לתהליך מחשבתי שבו **התוצאה עולה מתוך ההליך**, ומתפתחת מתוך הטיפול הטבעי במקרה הזה.

תנועת ההליך המשפטי טוענת כי כללים לא מנביאים תוצאה, אך במקומו מציבה את התפיסה של הכרעה משפטית כהליך רב-שלבי שבו מתרחש מאליו איזון בין האינטרסים הנמצאים מאחורי החוק.

נקודה תחתונה: דגש על ההליך עצמו, הצורה שלו, ולא המהויות או התוכן שלו. כל זאת בנסיון להתרחק מן הגישה האירופאית, המתמקדת במהות, ואשר הביאה את זוועות מלחמת העולם.

3) ההליכה אל מעבר ל-"is/ought" והגישה התכליתית: דגש מאד חזק, בנסיונות להסביר "מהו המשפט?", ניסה לבחור בין שתי עמדות עקרוניות. הראשונה טענה כי המשפט הוא אוסף של הגדים וציוויים (ought), שתפקידם להנחות התנהגות – זוהי התפיסה האירופאית-קלזיאנית. השניה טענה כי המשפט הוא אוסף של עובדות (is) – זוהי התפיסה האמריקאית. הליך המשפטי מאמץ נוסחה לפיה המשפט הוא אוסף של הגדים אינסטרומנטאליים (=תכליות), והוא איננו רק ציוויים או עובדות. הנסיון הזה הוא להציג את המשפט ככלי של פתרון בעיות, ככלי שכן קשור לחברה ולמציאות אך הקישור נעשה תוך אימוץ כללים כתובים. אנשי ההליך המשפטי מתנגדים ל-Behaviorism, וכחלק מהתנגדותם הכללית לפוזיטיביזם, הם מבקשים להדגיש את ההיבט התכליתי, את הקשר למציאות יחד עם הקיום בעולם של נורמות. נקודה תחתונה: ישנה חשיבות לנורמות, אך חשיבות זו קשורה גם לסביבה בה אנו חיים. הדגש הוא על עבודה משפטית דקדקנית-מדעית אך כזו שאיננה מוכתבת רק עפ"י הכלל אלא גם עפ"י העקרונות שמאחוריו.

4) הטענה המוסדית – The Institutional Settlement: תפקידו של המשפט הוא לשמור על הרמוניה ולאפשר לכל מוסד לשמור על הפונקציה שלו בצורה היעילה ביותר. ההליך המשפטי – הוא פשרה ואיזון. על ביהמ"ש להתייחס למוסדות האחרים ככאלה שצריכים לבצע את תפקידם לפי יכולתם וקישוריהם המיוחדים, ללא התערבות.

5) הפרמיזה של הארט וזקס: בניגוד לפרמיזה של קלזן, היורדת במערך הנורמות ורואה את המשפט כמבוסס על סדר נורמטיבי שיש במסגרתו קשרים גנאולוגיים (=הסמכה) ומדרגיים, אצל הארט וזקס היא כזו שמתחילה מ"עולם של שוק חופשי בו היחידים מתקשרים ביניהם", עליו

המשפט מעוניין לשמור. רק בהיווצר סכסוך עולה הצורך של התערבות המערכת. אם הצדדים אינם מצליחים להגיע להסכם תחילה באמצעים של פשרה ובוררות, הם עולים מעלה בערכאות השונות.

החשיבות של "שאלה משפטית" קשורה בתהליך העלייה מעסקה פרטית בין צדדים, אל מקרה בביהמ"ש. כל זאת, תוך כדי נסיון לשמור על הליך המאזן בין הכלל לבין העקרונות שמאחוריו, והשאפה להגיע לפשרה.

לא ניתן להסיק מן הפרט אל הכלל, אלא כל מקרה עומד בפני עצמו. כך, למשל, אי אפשר להכריע מהו "חופש החוזים" לגבי כל המקרים גם יחד, אלא יש צורך לקחת מקרה אחת ולעקוב אחריו, עד לתשובה בעניין.

הדור שאחרי

ההליך המשפטי עובר התפתחויות שונות, ויוצאים ממנו ענפים –

- *Owen Fiss* ו-*Ronald Dworkin*: המשפט ככלי לשינוי חברתי. פיס ודבורקין אינם מקבלים את הפרמידה של הארט וזקס, אלא הופכים אותה על פיה. לדידם, הכל נובע מן המשפט ומתפשט למעלה, ולא להיפך. על המשפט להכנס לכל תחום ולבצע בתוכם רגולציה.
- *Richard Posner*: משפט וכלכלה. פוזנר רואה עצמו חניך של ההליך המשפטי, וכמו ההליך, ממשיך להאמין ב"שוק פרטי" הנמצאת בתחתית הפרמידה. ניתן להגדיר אותו כלוקח את הרעיון של ההליך המשפטי, לפיו המשפט כפותר בעיות, ומעביר אותו לניסוח חדש, לפיו המשפט פותר בעיות באמצעות כללים שנקבעים עפ"י שיקולים כלכליים. תפקיד המשפט לעזור לצדדים להגיע להחלטות יעילות, במקומות בהן יש כשלי שוק.
- *Dunncan Kennedy* ו-*Roberto Unger*: *Critical Legal Studies*. אנשי אסכולה זו מוטרדים מן האופטימיות שמציגה תנועת ההליך המשפטי. הם טוענים כי מה שקיים זו אשליה של שוק פרטי, מעין כיסוי של המציאות האמיתית. מאחורי השוק הפרטי עומד כח ונרקסיזם. לדידם, המשפט הוא כלי לשימור יחסי הכח בין הקבוצות השונות בחברה. הארט וזקס ניסו לטייח זאת ע"מ להצדיק את הניצול, וחוסר הצדק. לפיכך יש לנפץ את הבועה הזו, ולראות את המשפט כמו שהוא.

חזרה אלינו והגישה התכליתית

בשנות ה-70, מגיע לאוניברסיטת הארוורד מי שלימים מונה לנשיא ביהמ"ש העליון, אהרן ברק. ברק עובר את קורס ההליך המשפטי וסופג את עקרונותיו. התפיסה התכליתית מאומצת על-ידו, ותמונת העולם המשפטי שהוא מביא בחזרה לישראל, היא תמונת העולם של הארט וזקס:

- המשפט ככלי לפתרון בעיות חברתיות.
- ה"הליך" כמחליף את הצורך וההכרעה בין ערכים, והפעלת שיקול דעת המובן הרחב.
- ברק אינו מקבל את הפרמידה של הארט וזקס, אלא שואב השראה מדבורקין ו-פיס, דור המאמין בבית-משפט אקטיביסטי יותר.

מובן מאליו עברונו כיום, כי התכלית היא חלק מההכרעה המשפטית. שיקול דעת – הוא הכלל, כאשר אנו עוסקים בבחירה בין ערכים שונים. אעפ"כ, יש שפה משפטית שהיא אובייקטיבית, אחידה, וטובה לאורך זמן, ויכולה לתת את הבסיס לסדר החברתי.

התנועה הביקורתית (Critical Legal Studies)

הדור שלאחר ההליך המשפטי

לאחר שבשנות ה-50 ישנה שיטת משפט המפנימה ביקורת שהופנתה כלפי הפורמליזם בשנות ה-30, מתרחש מעבר שממנו שום דבר לא נראה אותו דבר. על רקע מאורעות אלו, צומח דור חדש באקדמיה המשפטית המתאפיין בהתפלגות לקבוצות שונות מבחינה פוליטית, ובתפיסה אחרת לחלוטין של "מרכז" ו"שוליים" במשפט. כל דיסיפלינה מעוניינת להציג את המשפט בדמותה. הנסיון החזק לחבר את המשפט למדעי החברה, נמוג. המוטיב השולט כעת, הוא פוליטיקה של קבוצות, המחזיקות בדוקטרינות מנוגדות, שאינן מדברות זו עם זו באופן ישיר.

מנהיגי התנועה הביקורתית הם Roberto Unger מהארורד, ו-Duncan Kennedy מייל. שניהם תלמידים מצטיינים של הארט וזקס אשר מעלים ביקורת חריפה כנגד ההליך המשפטי. קנדי אומר כי החשיבה האוטופית בבסיס ההליך המשפטי, נעדרת אובייקטיביות חדשה הנותנת תוקף להליך המשפטי, ובעצם, ההליך המשפטי, לכל היותר, הוא שיקוף של עמדה פוליטית המפאינת את התקופה של הארט וזקס ואין מאחוריה כל תמיכה תיאורטית. האופטימיות הינה אשליה. אנגר, לעומת זאת, מבקר את ההליך המשפטי מכיוון אחר. לדידו, הדגש על אינטרסים וערכים הנמצאים מעבר כללים, משכיח את העובדה שאינטרסים וערכים אלו הם בעצמם מונחים ע"י תפיסות תרבותיות ואידיאולוגיות. אם חשבנו שניתן לפתור את הבעיות ברובד של הכללים, באמצעות מעבר לרובד של אינטרסים, טעינו. הכרעותיו של השופט הן בסופו של דבר ערכיות, והוא מאזן בין האידיאולוגיות המקובלות עליו, במודע או שלא במודע.

שתי החטיבות הביקורתיות והקשר למפת קורס

ה-CLS נחלק לשניים:

- **משפט ומרקסיזם – משפט כאידיאולוגיה:** במסגרת טענה זו, המשפט מוצג ככלי של שימור יחסי הכח ואכיפתם מחדש בין השכבות השונות בחברה. המשפט הוא משמש לכיסוי הניצול והעוול החברתי. זאת, לצד חוסר נסיון בסיסי לתקן את העוול.
- **משפט כמבוסס על סתירות פנימיות ופרדוקסים:** זוהי טענה פנימית ותיאורטית יותר. היא פחות טוענת להטייה פוליטית, אלא שהיא אומרת שמאחורי כל כלל וכל דוקטרינה, יש תמיד לא רק ערכים מתנגשים, אלא גם אידיאולוגיות ותפיסות תרבותיות. המשפט, מאמין בחופש הרצון מחד, ודטרמיניזם מאידך. בכל פעם הוא מנסה לישוב בין שתי התפיסות האלו. בבסיס המשפט – שיח של סתירות ופרדוקסים, ללא עקרונות על או נורמות בסיסיות.

ניתן לראות כיצד ה-CLS ממשיכים את התנועה הראליסטית – צעירים, חצופים המורדים במוסכמות. מצד שני, כמו הראליסטים, ישנה יומרה מאד גדולה להעמקה, חשיבה תיאורטית יותר והסתכלות מדוייקת יותר על המשפט. במובן זה, כמו הראליסטים, גם אחרי שהתנועה "מתה", חברה מתמתנים ומאיישים תפקידים חשובים מאד בזירה המשפטית האמריקאית.

משפט כאידיאולוגיה: רקע, מרקסיזם ונאו-מרקסיזם

בארה"ב, התנועה הביקורתית "פורצת" לעולם בשנות ה-70, והופכת מאז למוסד מוכר, כאשר משנת הכותבים שלו – נלמדים כמעט בכל קורס משפטי. באופן כללי, הם נתפסים כמחוייבים לחברה שיווייונית יותר, וכמצביעים על קשר הדוק בין משפט ופוליטיקה. אנשי ה-CLS מבקרים את הליברליזם, חופש הבחירה והאינדיבידואליזם האמריקאי. מאחורי עולם המושגים המשפטיים, ה-CLS מתארים פוליטיקה ומאבקי כח, ומציגים את המושגים והקטגוריות המשפטיים (במיוחד מושג ה"זכות") כרקטוריקה ריקה, המכסה על נסיון להצדיק מצב חברתי של ניצול – כצודק.

אנשי ה-CLS מתארים עולם בו ראשית מתקיימים כוחות יצור ויחסים קפיטליסטים. עולם בו ישנו סיפור יפה של צדק ומשפט לכולם. סיפור זה הוא סכימה המכסה על חברה בה העני תמיד ימשיך להיות עני, והעשיר ימשיך להתעשר. החזקים, ממשיכים להתחזק, וזורקים מדי פעם עצמות לשאר החברה כדי שאלו יאפשרו להם להמשיך ולהחזיק במרכזי הכח.

טענותיהם הספציפיות של אנשי התנועה הביקורתית, מופיעות במאמרו של Robert Gordon⁴:

1. **השיח המשפטי הוא שיח של כח.** האופן בו מעוצב השיח המשפטי הרגיל הוא סוג של פרקטיקה פוליטית. כל קבוצה מנסה להשתמש במשפט וליצור משפט באופן שיגן על האינטרסים שלו, ומטבע הדברים השיח משקף בסופו של דבר את האינטרסים והפרספקטיבה של הקבוצות החזקות יותר אשר שולטות על משאבי הממון והידע [ד"ר אלברשטיין: בסופו של דבר, מתוך תפיסה זו גם מתעוררת הביקורת על יחסו של המשפט ל"אחר", במסגרת שיח הרב-תרבותיות. המשפט, דחק את ה"אחר" מחוץ לתמונה תוך שהוא מדביק לו תוויות שונות].

2. הקטגוריות, הדימויים והטיעונים שמופיעים בשיח המשפטי מכוונים **להציג את הסדר החברתי הקיים כנתון הכרחי ומוצדק.** המשפט אוסף מחדש את יחסי הכפיה והתלות בכל תחום חברתי. גורדון נותן דוגמא לך: מועמד שחור מנסה להכנס לבי"ס למשפטים, וישנה מדיניות חדשה ופרוגרסיבית המצדדת באפליה מתקנת – נותנים לו להכנס. אך המוטיבציה והמניעים מתחת לפני השטח. המערכת הכניסה אותו פנימה על סמך חריגה מן הכלל, בזמן שהכלל הוא המשך שימור יחסי ההפרדה והגזענות, תוך שמרנות וניצול.

3. **ניתן לחשוף את הפוליטיות** שמאחורי השיח הקיים באמצעות טכניקות ביקורתיות. גורדון מציג שלוש טכניקות:

א. טכניקת ה-Trashing, אשר מטרתה לערער את המסר המרגיע שהשיח המשפטי מנסה להעביר לפיו השיטה מצאה את ההתארגנות שתהפוך את החיים החברתיים לחופשיים, מוצדקים ויעילים ככל שאפשר. מי שאוחז בכלי ה"אישפות", מציג מגלה את האלטרנטיבות המודחקות אשר מתיישבות אף הן באופן מלא עם ההנחות הראשוניות (דוגמא: במקום לאכוף חוזה על מי שנקלע אליו שלא מרצונו, ניתן לבטלו בטענות של חוזה אחיד מקפח או נעדר תום-לב).

⁴ Robert Gordon, "Law and Ideology", in: Lloyd's Introduction to Jurisprudence.

ב. טכניקת ה-Deconstruction, הגורסת כי בשל הפוליטיקה שמאחורי הניתוח המשפטי, יש סדר וצפיות בהליך המשפטי שהגישה הביקורתית מעוניינת לחשוף. כלומר, אנשי ה-CLS יחפשו את הסדר במשפט, אך יסתכלו עליו במונחים הרחבים יותר שבתפיסות האידיאולוגיות שמאחוריו.

ג. טכניקת הגנאלוגיה, העושה מערב אחרי ההסטוריה של מושגים משפטיים. ברגע שנחשוף את ההסטוריה והתהליכים שעבר מושג משפטי עם הזמן, אנו מקבלים גם פרספקטיבה ביקורתית על עצם השימוש במושג. אנו נגלה כי המושג הוא סוג של פשרה, סוג של רטוריקה המשתנה מעת לעת – ללא פרשנות אחידה וקבועה.

4. **החינוך המשפטי הוא הכשרה לקבלת מרות ולהשתלבות בהררכיה.** גורדון מצטט את מאמרו של קנדי, אשר טען כי החינוך המשפטי מכוון ליצור מיסטיפיקציה של המשפט ולשכנע את הסטודנט שיש טיעון משפטי שהוא נקי משיקולי מדיניות ומפוליטיקה. המורה הממוצע תמיד יציג קבוצה של מקרים שתבטא את הכללים והעקרונות של התחום, ובצידם מספר מקרים חורגים שאינם מתיישבים עם הלוגיקה המוצעת. לבסוף, המסר הכללי יהיה שמעט מאוד מקרים דורשים הכרעות פוליטיות, ושרוב השיח המשפטי הוא מקצועי ואובייקטיבי. העלית של בתי הספר למשפטים מתוגמלת בכסף ובמקומות עבודה יוקרתיים – כך משתיקים אותם. כל השאר, שמחים על כל עבודה שתינתן להם. הסטודנט לא יכול לפתח בכלל גישה בקורתית באקלים של בתי הספר למשפטים, והוא חושב שלתמוך בעמדות חברתיות, משמע, לחתור להכרה משפטית ויותר זכויות של מדוכאים בחברה. דא עקא, שיח הזכויות עצמו עמום, לא קבוע ומעגלי, ולא ניתן לגרום באמצעותו לכל שינוי רדיקאלי. הקרבתנות של השיטה ממשיכים להנציח אותה.

משפט כמבוסס על סתירות פנימיות ופרדוקסים

מאחורי האינטרסים והערכים מצוי עולם של אידיאולוגיות ורעיונות ליבראליים. רעיונות אלו בעצמם, יוצרים סתירות ומבוססים על פרדוקסים. ה-CLS טוענים כי גם מאחורי האינטרסים, אותם מתיימר המשפט לאזן, ישנו עולם כאוטי חסר סדר אשר אינו נותן תשובה. במובן זה, ה-CLS תוקפים רעיונות בחשיבה הליבראלית. לביקורת של המשפט המבוסס על סתירות פנימיות, שתי זוויות. האחת אמריקאית, אשר מנסה להסביר מהי סתירה ביסית. השניה אירופאית, המדגישה את הפרדוקס והחשיבה היותר לינגוויסטית (=לשון, שפה).

הזווית האמריקאית:

הזווית האמריקאית מדגישה את חוסר היכולת של המדיום המשפטי לבסס מדיום נטראלי ואובייקטיבי בעל הגיון פנימי. במסגרת זו, מופנות טענות ביקורתיות כלפי השיח הליבראלי והסתירות שמאפיינות אותו. ליבראליזם בענייני הכותבים הביקורתיים, הוא שיטת מחשבה שמבוססת על סתירות בסיסיות אשר מנסה כל הזמן להכחיש אותם. שלוש הסתירות הבסיסיות שמזהים אנשי ה-CLS הן:

1. **כללים – סטנדרטיים** : מחויבות לכללים מכאניים מול מחויבות לסטנדרטים הרגשיים לסיטואציה ספציפית. קנדי העלה ביקורת זו בהקשר למשפט הפרטי ודיני חוזים.
2. **ערכים סובייקטיביים – אמת אובייקטיבית** : מחויבות לטענה כי ערכים או העדפות הם שרירותיים, סובייקטיביים ואינדיבידואלים מול מחויבות לטענה לקיום אמת חברתית ומוסרית שאיננה תלויה בהעדפות סובייקטיביות.
3. **בחירה חופשית – דטרמניזם** : מחויבות לשיח של כוונות (=אינטנציונאלי) בו ההנחה היא שכל הפעולות האנושיות הן תוצאה של רצון חופשי מול מחויבות לשיח דטרמניסטי בו פעולות אנושיות הן חלק משרשרת סיבתית בלתי נמנעת.

בחירה חופשית - דטרמניזם : כשמדובר בבחירה חופשית ודטרמניזם, המשפט הפילי הוא דוגמא טובה למצב בו הבחירות הינן שרירותיות ולא ברור על איזה בסיס הן מתקבלות. מתי בוצע או לא בוצע פשע מסויים ? מה הקשר בין סביבה קשה בה גדל נאשם. באמצעות דוגמאות אלו, המשפט מנסה כל הזמן להכחיש את העובדה שאנו לא תמיד יכולים להצדיק את הבחירה בין דטרמניזם לבחירה חופשית. לא תמיד יודעים מלכתחילה איך הסיפור ישמע כשניתן את ההכרעה המשפטית רק לפי השתלשלות של עובדות שהביאו לביצע העבירה. טענתו היא, שהצידוק הפורמלי הוא כיסוי לעובדה שבאופן מאד בסיסי, מאחורי השפה המשפטית, אין לנו קריטריון להכריע מתי אדם באמת אחראי למעשיו, מתי יש לו באמת בחירה חופשית, ומתי הוא נתון לנסיבות מסויימות שהכריחו אותו לפעול באופן מסויים. **אין בסיס לבחירה, אלא שהיא שרירותית**, והמשפט הפילי הוא דוגמא מובהקת לכך.

כללים – סטנדרטים⁵ : הסתירה הזו מוצגת ע"י דנקן קנדי במאמרו "צורה ותוכן במשפט הפרטי". המאמר כולו עוסק בקריאת פסקי דין, תוך שהוא מראה את המורכבות של היחס בין כללים וסטנדרטיים בתפיסה המשפטית העכשווית, לבין התקופות שקדמו לה. טענתו היא שבתקופה המודרנית, הבחירה בין כלל ובין סטנדרט אינה יכולה בעקרון להיות מוכרעת. זאת, משום ששתי העמדות, 'בעד כללי' מול 'בעד סטנדרט', הן הזמנה לבחור בין שני סטים של ערכים ותפיסות של המציאות. **שני הסטים הם** :

- תורה משפטית התומכת בכללים, ומבטאת עמדה אתית-אינדיבידואליסטית.
- עמדה התומכת בסטנדרטים, ומבטאת עמדה אתית-מוסרית-אלטרואיסטית.

דנקן מצביע על כך שבתקופות שונות של ההיסטוריה ישנו מעבר מתפישות המאמינות בחופש המוחלט של הצדדים ביצירת חוזה, לבין תפישות המציבות את המשפט ככלי המפקח על חופש רצון זה ומציב כללים בעניין. דנקן טוען כי **תמיד אנו מותנים בקולקטיב, ובעת ובעונה אחת מנסים לצאת כנגדו**. אנו מעוצבים ע"י החברה וזקוקים לה כדי להיות "אנחנו", ולכן האלטרואיזם הוא היבט של קיומנו. אך בעית ובעונה אחת, החברה אשר יצרה "אותנו" מאיימת על הסובייקטיביות שלנו, ועל-כן גורמת לנו לרצות להגן על עצמנו מפניה. זאת, באמצעות נקיטת עמדות אינדיבידואליסטיות. כשאנו מעוניינים לקבל החלטה אנחנו נמצאים במצב חסר מוצא.

⁵ **כלל** : הוראה נורמטיבית הזקוקה לתנאים ספציפיים כדי להתקיים. **סטנדרט** : עקרונות הנמצאים בתוך המשפט, כגון "תום-לב".

אם נבחר בכיוון האינדיבידואליסטי, נפגע בקשר שלנו זה עם זה, שמבסס ומגדיר את קיומנו. לעומת זאת, אם נבחר בכיוון האלטרואיסטי (תום-לב; טובת הציבור) תתעצם הכפיה החברתית ומעמדנו כאינדיבידואלים יפגע. המשפט, אומר קנדי, כל הזמן מכחיש את הסתירה הזו.

הזוית האמריקאית: גישתו של Ungar

Roberto Ungar, מנהיג נוסף של ה-CLS, **מתאפיין בתפיסה בונה** ומנסה ליישם את רעיונות התנועה. טענתו היא כי המחשבה הליבראלית מאופיינת ע"י מחויבות לתפיסה דואליסטית של **מוסר ומדע**. אמונה בהבחנה החדה בין **הגיון ותשוקה**. אחת ההנחות המרכזיות בחברה המערבית היא כין אין לנו שליטה על העדפות, עריכס ומהוויים. מדובר בבחירות שרירותיות של היחידים אשר אין להם קשר להגיון – שהרי כל אדם משתוקק ורוצה דברים אחרים מחברו. ההגיון מנסה להשיג את מה שהרגש או התשוקה מציבים. בזמן שלרגש והתשוקה מבנה סובייקטיבי, להגיון מבנה אוניברסאלי.

אנגר טוען כי ישנה סתירה בסיסית בעצם הנסיון לבחור בין הכיוונים האלו. בבסיס גישתו עומדת שלילת **"התזה הנטוראליסטית"**. לדידו, המשפט לא רק מסדיר את כללי התיאום ביננו ע"מ ליצור קואורדינציה בין הרצונות השונים הקיימים, אלא המשפט כשלעצמו מעצב אותנו לחשוב באופן מסויים באמצעות המבנים שהוא מייצר. כתוצאה מכך, האדם אינו מעונין לאזן באופן אובייקטיבי בין ההעדפות שהוא חווה.

אך דוקא מכאן, טוען אנגר, יכולות לפרוץ דרכים חדשות של ניידות ודמיון. הכפיפות שלנו למבנים מעצבים, מלווה גם ביכולת שלנו להיות רפלקסיביים לגביהם ולהבין את האפשרות העקרונית לסטות מהם ולשנות אותם. כלומר, התהליך שאנחנו צריכים לעבור – זה אחרי כמה שהבנו שאנו נטויים בתוך מבנה מחשבתי שהוכתב לנו ע"י החברה, הקהילה והתרבות, מה שנותר לנו זה להבין את זה ואז אולי תהיה לנו אפשרות לשינוי.

אנגר מבקר גם את ההתארגנויות המוסדיות. השרירותיות במדינה תואמות מושגים מופשטים כמו "דמוקרטיה של נציגים" ו-"כלכלת שוק". כנגד האמונה בפטישיזם המוסדי, אנגר טוען כי אנו יכולים לדמיין ולבנות מחדש כל הזמן את העולמות שבהם אנו חיים. אנחנו טועים לחשוב שהמבנים והמוסדות יכולים להשתנות ולהתעצב מחדש רק אם החברה תוחלף – זוהי דעה קדומה המביאה לקיפאון. בניגוד לעמדה זו, הוא טוען, שמאחר ואנחנו לא בובות בלבד של העולמות החברתיים שבהם אנו חיים, עלינו להשתמש בהקשר החברתי והמבנה המוסדי בו אנחנו נתונים כדי לקבל אמצעים להריסתו או ערעור עליו.

אנגר מכנה את גישתו כ"**סופר ליבראליזם**". המשפט צריך לשאוף לתהפכה במבנה הזכויות שלו, ולכן חלק ממה שהוא יגן עליו יהיה הזכות לערעור המבנה הקיים. בסופו של דבר, על המשפט להעריך את עצמו כל פעם מחדש לפי הבדיקה של המרחק שהוא מתיר בין המוסדות הקיימים ובין האפשרות לערער אותם. [ד"ר אלברשטיין: זהו היפוך הקיצוני מן התפישה של ההליך המשפטי].

לסיכום, אצל אנגר – ה"פרטי" לא נפרד ועומד בפני עצמו, אלא שהוא מושא לשינוי ועיצוב מתמיד של מדיניות. אך להבדיל מהוגים אחרים, אנגר מנסה לבנות לאור הביקורת מודל חדש של "דמוקרטיה מועצמת" (המשפט והיחסים בין המוסדות השונים). נסקור כעת את הזכויות שלדעתו צריכות להיות בדמוקרטיה:

- **זכויות שוק (Market Price):** מערכת זכויות שנדרשות לצורך פעילות כלכלית בשוק, והן מקבילות לזכויות הקניין המוכרות לנו. יש לתחם את השוק למקום בהם מתקיימים חילופים כלכליים.
- **זכויות חסינות (Imunity Rights):** מערכת מקבילה לחירויות הליברליות המוכרות לנו. אלו זכויות המגנות על היחיד באמצעות ריסון הפעולה הקולקטיבית של החברה. הן מספקות חגורת בטחון שמאפשרת לו להשתתף ללא חשש במסגרת תהליך קבלת ההחלטות הקולקטיבית. אצל אנגר, קבוצה זו מקבלת מעמד גבוה יותר, והיא מגנה גם על אמצעי מחייה בסיסיים, לרבות חינוך ורווחה. ההגנה שהזכויות האלה נותנות מבטיחה שמירה על שני אינטרסים בסיסיים חיוניים – ראשית, כנגד דיכוי באמצעות מוסדות המדינה, וכן תרבותי וכלכלי. שנית, הבטחה של מינימום של תנאי רווחה, כגון גישה למקורות המטריאליים והתרבותיים הנדרשים כדי לחיות (תזונה, לבוש, חינוך שווה לכל נפש).
- **זכויות הבחינה מחדש (Destabilization Rights):** קבוצה זו מייחדת את התיאוריה של אנגר, ומבטאת את ההביט הביקורתי שלו. זכויות אלו מאפשרות לאזרח לשבור את הארגונים החברתיים הקיימים, ובכך להמנע מפטישיזם מוסדי או מבני [ד"ר אלברשטיין: פסקי דין כמו Brown, אליס מילר, וכדומה – הם העומדים במרכז העשייה המשפטית והיוצרים את התזזית המשנה את הארגונים החברתיים הקיימים].
- **זכויות של סולידריות (Solidarity Rights):** אלו הן זכויות המעניקות בסיס משפטי ליחסים חברתיים של אמון ותלות. משמע, במקום לשמור את ההבחנה בין פרטי וציבורי, ולהשאיר את הפרטי כמקום מפלט שאינו מטופל ע"י החוק, הופך הוא למוקד הסדרה בפני עצמו שמקבל יחס משפטי מיוחד לו – זכויות של סולידריות. לפעמים, עצם ההצהרה על קיומם היא בעלת משמעות וצריך שיחולו עליהם כללים מיוחדים. **ד"ר אלברשטיין:** אנגר בעצם טוען כי בבסיס הסדר החברתי, צריכה להיות הומוגניות. כיום, המשפט בדיני חוזים ומשפחה מכיר יותר בסיטואציות היחסיות והשיקולים הלא-פורמליים.

אנגר הוא דוגמא לאינטלקטואל מהתחום המשפטי שלוקח את הפרגמטיזם האמריקאי על ההתפתחויות שלו, ובעיקר את הטקסט של ההליך המשפטי ויוצר גרסה מעודכנת ומודרנית שלו. הוא לוקח את הרעיון של "אין מהות, אלא תנועה אינסופית" בבסיס הפרגמטיזם ובאופן מפתיע יוצר תיאוריה שלמה של פוליטיקה ודמוקרטיה מועצמת, השומרת על תזזיתות שכזו. בסופם של דברים ולאחר מאמצעים רבים, אנגר מתייאש.

הזוית האירופאית: Jacques Derrida

הזוית האירופאית אינה בוינת סתירות בחשיבה הליבראלית, אלא ביקורת כנגד השפה והמאפיינים הבסיסיים שלה, ומנסה דרכה להציג את האפשרות של הצדק במשפט. ז'ק דרידה מגיע מן התחום של תורת הספרות, אך תורתו וביקורתו חדרו לכל תחומי האקדמיה, לרבות המשפט.

דרידה מדבר בשפה אחרת. הוא אינו מושפע באופן ישיר מן ההליך המשפטי, והוא איננו ניאו-מרקסיסט. במאמר שפרסם בקובץ הקרוי "Deconstruction and The Possibility of Justice", הוא טוען כי כששופט מבקש להגיע להכרעה בעניין שלפניו שטרם הוכרע, בעצם נקלע למצב "אפורטי" (=אפוריה, תיקו). רגע יצירת הנורמה החדשה יש-מאין ע"י פרשנות, היא בלתי נתפסת, היא מיסטית, אקט שהוא אלים. ניתן להבין את משמעותה של ההכרעה ואת האלמנט הצדק שבה, רק בדיעבד.

הפילוסופיה שהשפיעה על דרידה באופן משמעותי, היא תורתו של **עמנואל לוינס**⁶. כתיבתו של לוינס מציגה לנו באופן אלטרואיסטי את החוויה האנושית הבסיסית. כלומר, בניגוד לעמדה הליבראלית הקלאסית המתארת יחידים אינדיבידואלים המתחרים זה בזה ובעלי אינטרסים שונים זה מזה, עמדתו של לוינס רואה את הבסיס של הקיום ב**אהבה אינסופית** ו"אתיקה יהודית" הרואה את הפנים של האחר. מתוך היחס ל"אחר" מתפתחת וצומחת החברה, כאשר המוסר האישי (והמשפט) המתפתח באופן אינדיבידואלי, הוא הנסיון למתן את האהבה האינסופית. סופסוף – גישה מעט אופטימית.

נבחן כעת את לוינס ודרידה בכתיבתו של **השופט זילבר**. ניתן להפנים את התובנה האפורטית בתוך ההחלטה המשפטית ולבטא אותה בסגנון של ההכרעה ובהחכה של אותן נקודות של שיקול הדעת.

ד"ר 12/63 ליאון נ' רינגר: במקרה זה עלתה שאלה משפטית בנוגע לקשר סיבתי בין מחלה נדירה שהתפתחה בקרבן תאונת דרכים והאם היה על המפגע לצפות את המחלה הזו, או שמא יש לקחת בחשבון את אלמנט הגולגולת הדקה. השופט זילבר שואל "מה דורשת מידת הצדק?", האם יש להטיל אחריות רק על החלק הצפוי ע"י המפגע או שמא על הנזק כולו? הנה לפנינו רגע אפורטי. זילבר משתף אותנו בשתי אינטואיציות שונות של צדק אותן הוא חווה במפגש אם הסוגיה. מחד, הרצון להטיל אחריות על תוצאה כה כואבת ועצובה. מאידך, הרצון להמנע מלהטיל אחריות על נזקים שלא ניתן לצפות. ההתלבטות בסופו של דבר מובילה אותו לפטור את המזיק, אך הוא לא מגיע להחלטה מבלי לשתף את הקורא בהתלבטות הקשה שעמד בפניה. מוסר ההשכל, אומר זילבר, הוא כי לא כל שופט יתנבא באותו סגנון, הגבולות בסוגיה אינם ברורים ויתכן כי ישנו פרדוקס מעצם היות שני קטבים – אך ההחלטה המשפטית בכל זאת תתקבל, ואם שופטים יבחרו באופן שונה זה מזה, הרי שזה חלק ממאפייניו של ההליך.

⁶ פילוסוף יהודי, ניצול שואה.

ע"א 567/81 שמעון נ' ברדה: זוהי הגרסה העדכנית יותר לטיפול בנושא הצפיות וריחוק הנזק. כאן, הכתיבה כבר עשירה יותר והגישה התכליתית כבר החלה מחלחלת לכל תחומי המשפט. בהיבט אחר, ישנו סגנון שונה לגמרי של הכרעה משפטית, במסגרתה לא נוכח אף רגע של אפוריה, ולא מתבצעת שום השתהות או התבלטות מצד השופט כדי להכיר בקיומה. מדובר בשומר של מועדון (נתבע) שלא דאג לסגירה ראויה של חלון מחסן נשק. שני נערים נטלו רובים מן המחסן, ותוך כדי משחק פצעו את חברם (התובע). השאלה המשפטית שעלתה לדיון היא הנדירות של פעולה מתערבת שהובילה לנזק. **השופט ברק** מציע שלושה מבחנים חלופיים לבדיקת קיומו של הקשר הסיבתי: **צפיות**, **סיכון** ו**השכל הישר**. לאחר מכן, השופט ברק עובר מבחן מבחן ומציג לקורא כיצד כל אחד מהם מוביל לאותה תוצאה. השופט ברק אינו מציג התלבטות ואינו שואל שאלות הנוגעות לקו הגבול שיש לסמן בנוגע לצפיות. בסופו של דבר, הוא מוצא את הנתבע כמ שהיה צריך לצפות, באופן כללי, את אשר קרה, אף אם היה קשה זה לצפות באופן ספציפי באיזה משחק ישחקו.

ד"ר אלברשטיין: שיקול דעתו של ברק הוא שיקול דעת של תכליות, המפעיל קשת של היבטים פונקציונליים המבקשים להגשים מטרות. ישנה מעין יהירות או נסיון לכסות את המציאות באמצעות אותם מבחנים.

ההבדלים בין זילבר לברק אינם בשאלה האם להכריע בסוגיה שלפניהם או לא, אלא הדרך בה הם עושים זאת – בצורה של התלבטות והצבעה על הקושי, או באופן רציונאלי ו"אובייקטיבי". המפגש בין שתי הגישות נמצא גם בבסיס הזהות שלנו, הזהות היהודית והכתיבה התלמודית – סגנון שהוא מעין פרה-מודרני, שאין בהם הנחה בסיסית של רציונאליות מלאה וחשיבה באמצעות כללים פורמליים. מנגד, מודרניות, תכלתיות ושפה של אינטרסים שהם יבוא את הפרגמטיזם האמריקאי ומנסה לעצב את שיקול הדעת לכדי כלי אובייקטיבי.

המפנה האינטר-דיסיפלינרי : תופעת ה- "משפט ו..."

משפט וכלכלה

משפט וכלכלה : הקשר למפת הקורס

ההתפתחות של משפט וכלכלה החלה במסגרת התפתחות המחשבה האמריקאית והביקורת על המשפט. אנו מבקשים לבחון את הכלכלה במסגרת הקשר שלה לקבוצה הנגדית לה, ה-CLS.

להזכיר, כי ה-CLS טוענים כי "הפרטי" וה-"שוק" הינם שיקוף של תודעה כוזבת, ולכן צריך כל הזמן לנסות ולעצב אותם. להבדיל, משפט וכלכלה מספק את האנטייתזה, המעמידה את המשפט כדואג להמשך התפתחותו של השוק.

הולמס עצמו טען עוד במאה ה-19 כי האיש של "האות הכתובה" הוא האדם של ההווה. אך האדם של העתיד הוא זה שיודע סטטיסטיקה ולמד כלכלה. איש העתיד שואף לקבל כלים לכמת את נסיונו, והכלכלה היא כלי מדעי המסייע להבין כיצד המשפט עובד בפועל. שופט ביהמ"ש העליון האמריקאי **ברנדס** ציין באחד ממאמריו "משפטן שלא למד כלכלה, סביר להניח שיהפוך לאויב הציבור".

היוצא מכך הוא שהכנסת הכלכלה לתחום המשפט היא חלק מהפיכת המשפט לכה העוסק בעובדות ומקבל השראה ממדעי החברה. מעיסוק בכללים בחזרה למדע.

Richard Posner מנתח את הכללים המשפטיים ללא נסיון לראות בהם כשלעצם כקובעי משמעות, אלא לראות אותם כתוצאה של איזון כלכלי וכמשפי עקרונות כלכליים. הכלכלה, לדידו, צריכה לבסס את תפיסת המשפט החדש. במידת מה, כיום היא אכן תופסת נתח בלימודי המשפטים. בניגוד ל-CLS, אנו מוצאים כאן מגמה אשר הלכה למעשה מנסה לבנות את המשפט מחדש.

עקרונות הגישה הכלכלית

"מדע הכלכלה חוקר את התנהגות בני האדם כקשר שבין מטרות לבין אמצעים המצויים במחסור והנתנים לשימושים חלופיים". הכלכלה עושה נסיון לנתח התנהגות אנושית בסיטואציות נתונות ע"י אחד משני הכללים הבאים:

- תיאור המציאות באמצעות מספר מוגבל של הנחות מפשטות.
- הפעלת מודל מתמטית על מציאות מפושטת זו. מודל המאפשר לטעון ולהוכיח טענות שונות לגבי הקשר בין המשתנים השונים שבמסגרתו.
- הסקת מסקנות לגבי המציאות ה"אמיתית" המבוססות על תוצאות המודל.

ההתפתחות מוכיחה לנו שהמציאות הזו, הנמדדת, עוברת לעיתים שינויים בעקבות התערבות נורמטיבית, או בעקבות נקודת מבטו של החוקר (אך היא היתה יכולה להיות אחרת). שיטות

המדידה לעיתים מוטלות בספק, ולעיתים קשה ליישם ביחס למציאות. כל הקשיים האלו מתגברים ככל שעוסקים במשפט.

כאשר אנו מדברים על משפט וכלכלה במונחים של פוזנר, הכלכלה נכנסת לכל תחום משפטי – בין אם בעניין מיניות, דיני עבודה, משפט פלילי, ובעצם כל תחום מוסבר לנו באמצעות הכלכלה, כאשר ההנחה היא שהמשפט הוא בס"כ מערכת של תמריצים. המציאות היא, מציאות של שוק, ואנשים יכולים להחליט לנקוט בכל אמצעי. **תפקידו של המשפט לסייע לשוק להתפתח ולפעול בשיא היעילות.**

זרמים במשפט וכלכלה : אסכולת שיקאגו

- **הטענה הפוזיטיבית :** נטענת בעיקר לגבי המשפט המקובל . הטענה גורסת כי המשפט הוא יעיל ושופטים, באופן לא מודע, מיישמים עקרונות כלכליים כאשר הם מקבלים החלטות (ע"ע נוסחת Hand).
- **הטענה הנורמטיבית :** ראוי שהמשפט יקדם יעילות, ללא הכנסת תפיסות ערכיות – אלא שהכל מושא למשא-ומתן. במסגרת טענה זו ישנן מערכות שלמות של ויכוחים על הקשר בין תועלתנות וניתוח כלכלי.

אסכולת שיקאגו מניחה כי פרטים מונעים ע"י חתירה בלעדית למקסם את האינטרס הכלכלי העצמי (=האושר האישי) שיש להם תמיד יכולת מלאה לבחור את האופציה הטובה ביותר מבחינתם ויש להם ידע מושלם על העולם והמשפט. לעומת זאת, **אסכולת ייל** איננה מניחה שיש לפרטים ידע מושלם על העולם והמשפט.

טענות המשפט והכלכלה

שני המושגים הבסיסיים בהם הכלכלה עושה שימוש הם "פרט" ו-"קלדור היקס". אלו מאפשרים להתמקד בהקצאה אופטימלית של משאבים ע"מ להגיע למקסימום יעילות.

- **יעילות פרט :** כלל או עסקה הם מקדמי יעילות אם הם משפרים את מצבו של לפחות אדם אחד, ואינם מזיקים לאף אדם אחר. קריטריון הבדיקה הוא סובייקטיבי (בעיני הנפגע).
- **יעילות קלדור-היקס :** אין מהווה אי הפגיעה באף אדם תנאי לצעד יעיל. ניתן שמישהו ינוק ובתנאי שהרווח הכולל הנובע מן הפעולה עולה על ההפסד שנגרם לו, כך שהוא יכול להיות מפוצה (אף אם הוא אינו מפוצה בפועל). זהו מבחן מעשי יותר שהמשפט משתמש בו.
- **המשפט של קוז :** כאשר לא קיימות הוצאות עסקה וצדדים פועלים מתוך שיתוף פעולה, כל יחוס של זכות משפטית יהיה יעיל.

גם לפני קוז סברו אנשים שהמשפט צריך לבחון היבטים כלכליים בבואו להכריע בסוגיות לפניו, אך המשפט כשלעצמו נחוץ. החידוש בהנחה של קוז הוא שהמשפט רלוונטי ונדרש רק במקום בו ישנן הוצאות עסקה (כשלי שוק). אין הוצאות עסקה – אין צורך במשפט.

המלומדים **קלברזי ומלמד** דנים בכללי העברה – **כללי אחריות וכללי קניין**. הם מסייעים לנו להבין שמשפט וכלכלה הוא מסגרת שבתוכה ניתן להכניס כל טיעון. הנקודה התחתונה, לדידם, תתמקד בשאלה כיצד זה יבוא לידי ביטוי בפועל בהכרעה המשפטית. השיקולים יכולים לכלול מקסום של ערכים שרוצים לקדם, היבטים חינוכיים שרוצים להכניס במסגרת ההכרעה המשפטית, ועוד. אך כל עוד אנו נשארים במסגרת הכלכלה, תמיד נשאל את השאלה "כיצד זה בא לידי ביטוי?". המושגים עצמם לא יכולים לתת תוכן, אלא שהשיקולים המביאים אותנו ליישם אותם – ניתנים לכימות במסגרת שיקול הדעת השיפוטי.

ד"ר אלברשטיין: גם הגישה התכליתית עושה זאת, אך באמצעות שפה של אינטרסים וערכים. להבדיל, הכלכלנים מחדשים לנו בזה שהם מובילים אותנו עולם מושגים אחר – מושגים של מדעי החברה, מושגים של כימות וחשיבה פונקציונאלית המבוססת על מודלים, ולא מושגים נורמטיביים או ערכיים.

כללי העברה של קלברזי ומלמד הם שכלול בתוך החשיבה המשפטית. **כללי אחריות** מתייחסים למצבים בהם יש לאדם משאב אשר יכול להלקח ממנו תוך כדי פיצוי (מביא לידי ביטוי את עקרון קלדור-היקס). **כללי קניין** קובעים כי לא ניתן לקחת משאב מאדם אלא אם כן הוא מסכים לכך. החידוש הוא שלא מדובר על "קניין" בתור מושג שמעצמו גוזר משהו, אלא קובעים כללים לגבי המושג. בהקשרים מסויימים מחילים כלל אחריות, ובהקשרים אחרים מחילים כלל קניין.

הכלכלה, אם כן, מאפשרת לכמת את ההעדפות הערכיות שלנו.

משפט ופמיניזם

תופעת המשפט והפמיניזם מבטאת התנגשות בין שתי תפישות עולם: האחת, תפישה גברית רציונאלית ההולכת בעקבות שכלול מדעי ויעילות. השנייה, תנועה נשית מתונה יותר הנותנת דגש לרטוריקה וספרות. הפמיניזם, מעבר לתנועה המייצגת נשים, היא **תנועה המייצגת ביקורת תרבות**. אנו נבחן ארבעה שלבים בהתפתחות הפמיניזם: פמיניזם ליבראלי, פמיניזם תרבותי, פמיניזם רדיקאלי ופמיניזם של נקודות מבט. כל שלב מבטא התפתחות מסויימת בחשיבה על מצב האישה, דרישות האישה בחברה והמשפט.

פמיניזם ליבראלי: הדגשת הזכויות

התקופה בה הפמיניזם הליבראלי התחיל היא בסוף המאה-19, תחילת המאה ה-20. הרעיון העומד בבסיסו הוא שוויון הזדמנויות – בהצבעה, בעלות קניינית, עצמאות והצרון להשתלב בזכות. טענתם היא שהיה עוול הסטורי כלפי הנשים וכעת על המשפט לתקן אותו. לדידם, בכל פעם שנשים מקבלות זכות נוספת, יש בכך קידום זכויות ליבראליות.

פמיניזם תרבותי: הדגשת השוני

ככל שהפמיניזם מצליח ומתפתח בעולם המערבי, מתחילים בשנות ה-80 פקפוקים ותהיות. השאלה שעמדה בבסיס הפקפוק היא **האם באמת הנשים והגברים הם שווים**. *Carol Gilligan* היא פרופ' החוקרת חשיבה התפתחותית של ילדים. באותם השנים, המחקר הצביע על כך שחשיבת הילד צריכה בהדרגה להתפתח לחשיבה קנטיאנית (=חשיבה רציונאלית מנותקת מרגש). במהלך מחקרה היא הבחינה כי יש משהו המאפיין חשיבה של בנות, הנעדר מחשיבתם של בנים. הבנים חשבו במונחים של "או". בהציגה בעיה כלשהי לבנים, הם הכריעו בין אופציה אחת לאופציה אחרת, לאחר שערכו מעין איזון אינטרסים בין האופציות השונות. לעומת זאת, בהציגה את אותה בעיה לבנות, הן לא חשבו במונחים של "זה או זה", אלא ניסו להגיע להכרעה באמצעות משא-ומתן דמיוני בין הצדדים השותפים לדילמה.

מסקנתה של גיליגן היא **שנשים לא חושבות באמצעות כללים**, אלא תמיד **מנסות לפתור בעיות דרך מערכות של קשרים ויחסים**. **הדאגה באה לפני ההגיון**, תוך הכנסת המון רגש לעניין. לנשים יש **אתיקה מיוחדת** שלא ניתן להכניס אותה לתוך הסקאלאה הרגילה בפסיכולוגיה (ההגעה לחשיבה הקנטיאנית אצת ילדים, לעיל).

גיליגן קובעת כי ה"אני" הנשי איננו ממקסם כמו בנייתוח הכלכלי, הוא איננו רציונאלי באופן של התאמת אמצעים למטרות, אלא שהוא קשור ומותנה בסביבה בה היא האישה מתפתחת. אנחנו, אומרת גיליגאן, שונות. אתם הגברים, היא אומרת, צריכים להקשיב לנו הנשים כי החשיבה שלנו אחרת וטובה יותר. אין לנשים חשיבה קבועה, אלא שהיא דינמית ומשתנה. **המשפט צריך להכיר בקול הזה כדי להיות בכלל מסוגל להשתנות**.

פמניזם רדיקאלי: תפישה פסימית ביחסי נשים-גברים

Catherine Mackinnon היא הכהנת הגדולה של תנועת הפמניזם הרדיקאלי. טענתה היא ששנות הפמניזם התרבותי היא מדברות כפי שהן מדברות בגלל שהעולם הגברי מכריח אותן לומר זאת. הפמניזם התרבותי הוא רק ביטוי להפנמה של החשיבה הדכאנית שהתרבות הגברית לימדה נשים לחשוב אותה. השיטה מנציחה את עצמה, והעליונות הגברית ממשיכה לדחוק את הנשים, אך הפעם באמצעות נרטיבים על "זכויות" ועל "חשיבה אחרת".

מקינן היא בעצם ה-CLS של הפמניזם. אך ביקורת שלה ספציפית, ולא כללית – נשים ומשפט הנוגע לנשים. במחקרה היא מנתחת את עבירות האונס תוך שהיא מבקרת את מערכת המשפט האמריקאית על כך שבמדינות מסוימות, דאז, אין הכרה בעבירת אונס בתוך הנישואין. החוק משעתק ומעצים יחסים של שליטה, בהן ההסכמה האמיתית של נשים לא עומדת על הפרק. לפיכך, המשפט יוצר קטגוריות המכסות ומייצגות מצבים של חוסר שוויון ושל כח – בתחום העבודה, בתחום הקניין הרכושי וגם בתחום האונס. גילגן מבקשת שלא לקטלג את הנשים ככאלו החושבות בצורה אחרת, כי הסכנה בכך היא לגרום לנשים להפנים תפיסות סטראוטיפיות שלחברה (הגברית – דכ) נח שהן יפנימו.

מקינן אינה מציעה פתרון כלשהו לביקורת שלה, אך ניתן לדמיין פן חיובי של הפמניזם הרדיקאלי, בניגוד לחשיבת ה-CLS. מרת'ה מינו, בספרה *Making all the difference*, אומרת ש"שוני" הוא תמיד תוצאה של נורמות חברתיות שקובעות אותו. טיפול בנורמות והחלפתן המתמדת עשוי להוציא אותנו מן הדילמה שכרוכה ב"הבדל". ההצעה שלה, בין היתר, היא לעשות מהפך מבני של מקומות העבודה – לבנות מקום עבודה שמניח עובד שהוא גם הורה (כגון: לבנות מעון ילדים בקומה התחתונה; שעות עבודה גמישות). אז, ממילא, נשים לא תצטרכנה לעשות את הבחירות שמקינן מציעה.

פמניזם של נקודות מבט: חוסר הרלוונטיות של הפמניזם הרדיקאלי -אגו- פוסט פמניזם החשיבה מאחורי הפמניזם של נקודות מבט הוא אין זהות מקובעת. מטרתו מתן מענה מסויים לביקורת של הפמניזם הרדיקאלי. מצד אחד – אמת הדבר, השוני בין גברים ונשים הוא כתוצאה מתודעה שהורשה בנו. מצד שני – זו המציאות ויש להתמודד איתה. הגענו למצב בו התרבות נותנת לנו, בני האדם, מרחב פעולה גדול. לכן, הביקורת של הפמניזם הרדיקאלי איננה רלוונטית יותר. נשים וגברים יכולים למצוא עצמם בהקשרים מסוימים מבצעים פעולות הנחשבות נשיות או גבריות. אלא שכיום שההסתכלות צריכה להיות נאראלית לגינדר.

הפמניזם בישראל

ניתן לומר כי נקודות ציון הדרך מבחינת הפמניזם הישראלי והקול הנשי במשפט מתחילות בתקופת קום המדינה ע"י חקיקת חוק שווי זכויות האישה 1951 וחוק עבודת נשים 1954, וממשיכות לשנות ה-80 עם חקיקת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. פנינה להב מנסה להציג את הוקרה מאחורי הקלעים של קבלת חוק שווי זכויות האישה. החוק, מניח בבסיסו שוויון מלא בין נשים לגברים ברוח הפמניזם הליבראלי. התפישה, היא אומרת, היא תפישה מאד נאורה.

אך מאחורי הקלעים, לא היתה זאת כוונת חברי הכנסת – וכדברי פנחס רוזן, שר המשפטים דאז: *"החוק לא בא לעקור הרים ממקומם ולשנות סדרי עולם ונוהגים מקובלים"*. התפישה דאז, אומרת להב, היתה תפישה של אישה כ"אם" ו-"רעיה" שתפקידה לגדל את הילדים ולדאוג להתפתחות הדור הבא, כמאמרו של דוד בן-גוריון. כך שבמובן זה ישנו שילוב של ליבראליזם בעקבות התפישה השוויונית-סוציאליסטית יחד עם תפישה תרבותית המדבר על **האישה כשונה באופן מהותי מן הגבר**. ניתן לבחון זאת גם באמצעות חופשת הלידה המעוגנת בחוק עבודת נשים אשר גם כן מבליט את השוני שבין גברים לנשים.

חוק שוויון הזדמנויות בעבודה 1988, החוק למניעת הטרדה מינית 1998, הם שני חוקים נוספים המנסים ליצור מישטור של השיח (מעבר לקביעת זכות פוזיטיבית, הנה חוק המגן אף על תחושותיהן הסובייקטיביות של נשים). הטיפול בנושא הפמניסטי הופך להיות יותר עמוק, וכזה המנסה להשפיע על תודעה, בגלל התעוררות התודעה הפמניסטית הרדיקאלית.

בפסיקה והכתיבה האקדמית, **פרשת שומרת** היא ציון דרך ויש בה הפנמה של ביקורת פמניסטית מפותחת בכל הקשור להסכמה הנדרשת מצד אישה בקיום יחסי-מין. אך הדרך היא עוד ארוכה, ונאלץ להמתין עוד זמן עד אשר התוית של ה"אחר" תרד מן הנשים.

סיכום: נקודות למחשבה

להבדיל מזרם המשפט וכלכלה, הסובייקטת המשפטית בבסיס משפט ופמניזם אינו "סוכן" כלכלי. מצינו שלושה ענפים שונים תחת זרם זה: הליברלי, התרבותי והרדיקאלי. הפמניזם הליברלי נתן דגש לזוית המתמודדת עם חלוקת המשאבים בין גברים ונשים – התייחסות הרואה כנתון את העבודה שקיימות נשים וקיימים גברים, והמשפט צריך לעודד את אותן נשים המעוניינות להתקדם בחברה ע"י קידום זכויותיהן באופן מעשי. במסגרת הפמניזם התרבותי מצינו דמות אחרת הפועלת במסגרת המשפט, המציגה שופטים אחרים, הפועלים בהתאם לנרטיבים וקשר בלתי אמצעי עם הצדדים, בהתאם לשימוש בשפה שהיא פחות לוגית-לינארלית אלא כזו ההמחישה את ההיבטים השונים של הסכסוך (ראו *השופט זילבר*). הפמניזם הרדיקאלי ביקש להצביע על כך שה"סיפור" התרבותי הוא סיפור שהוכנס למוחן של הנשים ע"מ לחזק את ההבדלים בינהן לבין הגברים. השלב האחרון, בו אנו מצויים היום, העידן הפוסט פמניסטי, הוא עידן בו ניתן לבחור בסגנון הממקסם-גברי-רציונאלי מחד, ומאידך ניתן לבחור בסגנון הרך-אמפטי-נרטיבי. בעצם, אנו מצויים כיום במצב של "ערבוב סגנונות", דמות פמניסטית משתנה אשר לא בהכרח בוחרת בהתאם לרצון אמיתי אלא מפקפקת בעצם הבחירה שלה מכח הביקורת על התודעה כתודעה כוזבת. אעפ"כ, דמות פמניסטית זו כן משתפת בשיח המשפטי ומנסה ליצור שינויים דרך אותם מהפכים מוסדיים, כאלה המנסים לשנות את התודעה.

משפט וספרות

משפט וספרות במובן ה"חזק" שלו, הוא אותו הזרם הקרוי "משפט כספרות", "משפט כטקסט", ו-"משפט כנרטיב". השאלה הבסיסית במסגרת זרם זה היא מה יש לספרות להציע למשפט? כיצד המשפט יכול ללמוד על עצמו בעזרת כלים ספרותיים?

בחינה ביקורתית והשימוש בכלים ספרותיים כדי לנתח את המשפט והרטוריקה בה הוא עושה שימוש היא בעצם ערעור על ההנחה הראשונית של היות המשפט מערכת עצמאית נפרדת, בה אין צורך שלמשפטן תהא כל מומחיות אחרת מלבד התמצאות בתום המערכת ההררכית.

תיאוריות של פרשנות

דבורקין ה"מאוחר"

רקע

במסגרת נושא זה נדון בספרו של דבורקין הקרוי *Law's Empire*. דבורקין מבקש להציע שיטה פרשנית שתנחה שופטים כיצד לפרש חוקים וכיצד ליצור הלכות פסוקות. **הלקח ההרמנויטי**⁷ הוא נקודת המוצא שדבורקין יוצא ממנה.

אם כן, מה ההבדל בין דבורקין המוקדם לדבורקין המאוחר? נזכיר כי הארט טען כי מקור משפטי מחייב הוא רק מקור פורמאלי (כזה הניתן לזיהוי ע"י עובדות חברתיות). דבורקין המוקדם, לעומת זאת, טען כי גם עקרונות אשר אינם כתובים בשום מקום הם מקור משפטי מחייב. אך דבורקין המאוחר מתעסק בשאלה אחרת, לא מעניין אותו מה הוא מקור מחייב ומהו מקור בלתי מחייב, אלא הוא מבקש להנחות את השופטים כיצד לפרש חוקים וכיצד להפעיל את שיקול דעתם.

קוהרנטיות ו-*Law as Integrity*

הרעיון המרכזי העומד מאחורי תאוריית הפרשנות הוא ראיית **המשפט כ-Integrity**. דבורקין אומר כי **המשפט הוא "מערכת"**, וצריכה להיות קוהרנטיות בין החלקים השונים של המערכת הזו. קוהרנטיות זו משמע: **העקרונות** שמאחורי הכללים המשפטיים השונים צריכים להתאים אחד לשני (הכוונה איננה יצירת עקרון-על אחד שינחה את כל ענפי המשפט). **דוגמא**: בדיני הנזיקין שולט עקרון הרשלנות. לעומת זאת, בתאונות דרכים שולט עקרון האחריות המוחלטת. הוא אומר כי אם אין הצדקה להבחנה הזו ועקרון האחריות המוחלטת בתאונות דרכים הוא שרירותי, הרי שאין קוהרנטיות. אם ניתן להסביר את הצורך בעקרון האחריות המוחלטת בתאונות דרכים, ועקרון הרשלנות בשאר נזקי הגוף – הרי שישנה קוהרנטיות.

אם כן, משמעות המושג *Law as Integrity* יכול להתפרש בשני היבטים:

- **יושרה**: במובן של הגינות, עקביות ושוויון. **הקוהרנטיות מבטיחה טיפול דומה במקרים דומים, והיא מתנגדת להבחנות שהן שרירותיות**. אין סיבה, אומר דבורקין, שאדם שגרם לנזק גוף בתאונת דרכים ישפט לחומרא, בזמן שאדם שגרם לנזק גוף אחר יתן את הדין לפי כללים חמורים פחות. אלא אם כן נוכל לתת את הטעם להבחנה זו, ואזי תהא זו הבחנה מותרת.
- **שלמות**: חשוב לנו כי המשפט יהיה קוהרנטי לא רק משום הבטחת יחס שוויוני לאנשים, אלא מהסיבה שמערכת משפטית שהיא קוהרנטית מדברת אל האזרחים בקול אחד. כך, המערכת המשפטית יוצרת "קהילה של עקרון". כלומר, תפקידו של המשפט אינו רק להיות מכשיר שהחברה משתמשת בו ואין זה נכון לומר שהמשפט רק משקף את החברה, אלא שלמשפט תפקיד חשוב ביצירת החברה (להדגיש: דבורקין רואה לנגד עיניו את החברה האמריקאית, חברה הטרוגנית שהיא נטולת סולידריות).

⁷ מעין ספקנות כללים. טענה לפיה הכללים עמומים ואין כל יכולת לחזות את התוצאה לפיהם.

השיטה הפרשנית: רומן בהמשכים והשופט כ'הרקולס'

קעת נבחן את שלבי הפרשנות שדבורקין מציע לשופטים הלכה למעשה. שני המושגים המרכזיים בשיטת הפרשנות שלו הם **מימד ההתאמה** ו-**מימד ההצדקה**. כששופט יוצר הלכה, עליו לפעול בשני המימדים האלו. ראשית, על פרשנותו להתאים למה שקיים כבר בשיטה. שנית, על הפרשנות "לקבל ציון טוב" במבחן ההצדקה. כדי להסביר את שני המושגים הללו מדמה דבורקין את המשפט **לרומן שרשרת**.

רומן השרשרת הוא מטאפורה שדבורקין משתמש בה כדי להסביר לשופט כיצד עליו לפעול, בזמן שהשופט מייצג את דמותו של הרקולס. דמות שהיא חסינה לביקורת ומחוייבת לגישה של המשפט כ-Integrity. הרקולס אומר לתוקפים והמבקרים אותו כי מי שאינו מחוייב לגישה זו, לא יכול להיות שותפו במשחק המשפטי. המשפט, אומר דבורקין, הוא פרשנות מחוייבת ופעילות בונה.

דבורקין אומר לשופט כי עליו להסתכל על המשפט כמו על סיפור ארוך וגדול, אך בניגוד לרוב הסיפורים שאנו מכירים, זהו סיפור שיש לו המון מחברים – מחוקקים שונים, שופטים שונים שהוסיפו הלכה על הלכה במשך השנים, ולכן זהו סיפור שרשרת. מה הבעיה עם זה? סיפור שיש לו כל כך הרבה מחברים יוצר **בעיה של חוסר קוהרנטיות**. דבורקין מעוניין כי יהיה סיפור אחד עם התחלה, אמצע וסוף, סיפור שהוא ברור. לכן דבורקין אומר לשופט שעליו לזכור שהוא סופר אחד מבין הרבה סופרים שהיו לפניו. המשפט, הוא מפעל רב משתתפים ובכל פעם ששופט מוסיף פרק חדש, עליו לדעת היטב מה נכתב לפניו בסיפור.

השופט של דבורקין לא אוהב מהפכות במשפט, שופט שאינו אוהב לבטל את ההלכה הנוהגת בין-לילה. אלא, שהשופט של דבורקין אוהב להתקדם בצעד אחר צעד ולפתח את ההלכה על פני תקופה ארוכה. זוהי גישה פרגמטית המנוגדת לגישה הראליסטית.

מימד ההתאמה: דבורקין פותח את דבריו ואומר כי שופט צריך לפרש עפ"י פרשנות תכליתית. אך על שופט לתת משקל לנושא ההתאמה, קרי, עליו לפרש באופן שיעלים כמה שיותר הבחנות שנראות לו שרירותיות. אם עומדות לפניו שתי אפשרויות, שאחת יותר מתאימה ואחת פחות מתאימה, עליו לבחור בזו שמתאימה יותר, זו שעונה לדרישת הקוהרנטיות.

מימד ההצדקה: על השופט לבחור בפרשנות שהיא מביאה לתוצאה הכי צודקת בעיניו. כלומר, הכוונה איננה להצדקה מבחינת הסכסוך הספציפי שלפניו, אלא זו הצודקת מבחינת **דין רצוי**.

היחס בין שני המימדים: דבורקין לא נותן לשאלת היחס בין שני המימדים תשובה ברורה, אלא שהוא רומז כי מבחן ההתאמה הוא מבחן יותר חשוב. מבחן ההתאמה נותן פחות "מרחב" ופחות שיקול דעת לשופט, אלא מחייב אותו להתאים את פרשנותו למה שקיים כבר בשיטה, שיטה שהיא רבת משתתפים. ראוי לו לשופט שיתאים את קביעותיו לאלו שכבר קיימות ובכך להמשיך את הרצף הקוהרנטי מאשר לשאוף לתוצאה צודקת יותר.

האובייקטיביות של דבורקין : המרחב הוא לגיטימי

כשדנו בדבורקין המוקדם, הזכרנו כי הוא ביקש מן השופטים לקחת עקרונות מתנגשים ולאזן ביניהם במקרים בהם האיזון נדרש. דבורקין האמין כי התשובה לשאלות מוסריות היא אמת אובייקטיביות. ישנה תשובה אחת ויחידה. דבורקין המאוחר סוטה מן הגישה הזו. דבורקין כעת אומר לשופטים כי הוא אינו יכול להבטיח לאיזו תוצאה יגיעו במקרה ספציפי, **ויכול להיות ששני שופטים שיפעילו באופן מדויק את שיטת הפרשנות שלו, יגיעו לשתי תוצאות שונות**. הדבר הזה מקובל עליו, והוא אינו חושב שמי מן השופטים טועה, או צודק יותר מן השני. כששופט מפעיל את מבחן ההתאמה ישנו מקום רב לשיקול דעת, שיקול דעת שהוא אישי וספציפי לכל שופט ושופט. עובדה זו, אין בה כדי לגרור אותנו למסקנה שאין שום טעם בשיטה פרשנית על אף שלא ניתן לנבא תוצאה במקרה ספציפי. **שיטתו מאפשרת את המרחב הזה**.

ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא: אנו דנו בפסק-דין זה בהיבט של דבורקין המוקדם, ע"י כך שהצבענו על כך שביהמ"ש איזן במקרה זה בין שני עקרונות מתנגשים. כעת נבחן שני קטעים בפסק הדין שמזכירים את שיטת הפרשות של דבורקין המאוחר.

- **צווי מניעה**: השופט ברק דן במוסד צווי המניעה והסמכות לתיתם כסעד, תוך שהוא דן בדיני החוזים ואומר כי צו מניעה הוא בבחינת סעד אכיפה. השופט ברק אומר כי לא יתכן כי צו מניעה יהיה סעד לגיטימי שנפגע זכאי לקבלו בדיני החוזים, ומנגד – שצו המניעה לא יהווה סעד שנפגע זכאי לקבלו בדיני הנזיקין. אין שום הבחנה בין התחומים הללו שהיא רלוונטית לעניין זה ושהיא תצדיק מצב שמקום אחד ינתן צו, ומקום אחר לו ינתן צו. הבחנה שכזו היא שרירותית ויש בה משום פגיעה בהרמוניה החקיקתית. גישתו של ברק במקרה זה מזכירה את דבורקין עד מאד.
- **האיזון בין שם טוב לבין חופש הביטוי**: הזכרנו כי ברק מאזן בין שני עקרונות אלו ובסופו של דבר נותן משקל גדול יותר לחופש הביטוי. קריאה נוספת של דבריו מראה כי ברק פועל מעט לפי **מימד ההתאמה** של דבורקין – ע"י כך שהוא פונה לדברי החקיקה אחרים המאזנים בין חופש הביטוי לבין השם הטוב ורואה כיצד הם עושים את האיזון. לצורך כך, הוא פונה **לחוק איסור לשון הרע** עצמו ובוחן את ההסדרים המהותיים של החוק (שאינם קשורים לצו מניעה), ומוצא כי החוק קובע שדברים הנאמרים כנגד **אישיות ציבוריות** ויש בדברים אלו **אמת**, הרי שהם אינם בגדר לשון הרע. השופט ברק אומר כי הוא יכול ללמוד מן האיזון שהמחוקק עשה ולהשליך זאת על השאלה העומדת בפניו בעניין צו המניעה הזמני – אם המחוקק נתן משקל גדול לחופש הביטוי כאשר מדובר נושאים ציבוריים, יש בכך כדי להתאים להחלטתו.

פרשת ז'רז'בסקי: פסק דין זה דן בהסכמים פוליטיים. דובר בהסכם בין הליכוד לבין סיעת העשייה לקידום הרעיון הציוני, ח"כ ז'רז'בסקי מן הליכוד פנה לגב"ץ בבקשה להכריז על ההסכם כבלתי חוקי ולפיכך בטל. השאלות שעלו בעניין היו שאלות סף מן המשפט המנהלי, וביניהן זכות העמידה בגב"ץ. בנוסף, עלו שאלות כיצד כלל להתעסק עם ההסכם – בהיבט פרטי או ציבורי ?

- **השופט ברק פותח את דבריו באומרו כי המשפט הפרטי וחוק החוזים אינם חלים על הסכמים פוליטיים, אלא המשפט הציבורי**. אך למעשה, השאלות שעולות בעתירה טרם

נדונו בפסיקה הישראלית. לכן, לשאלת מה דינו של הסכם פוליטי, מפרט השופט ברק את משנתו:

- למרות שהמשפט הפרטי אינו חל על הסכמים ציבוריים, ניתן לשאוב מחוק החוזים השראה ולגזור ממנו כללים לגבי הסכמים פוליטיים. השיקול הרעיוניים בדבר **טובת הציבור** שחבות המפלגות הפוליטיות והמשפט הציבורי, צריכים להנחות אותנו בגיבוש הכללים הספציפיים הנוגעים להסכמים פוליטיים. הנה אנו רואים את יישום תורתו של דבורקין, בהיבט של **מימד ההתאמה**: לקיחה בחשבון של העקרונות הקיימים בשיטה תוך שמירה על קוהרנטיות בין המשפט הפרטי והמשפט הציבורי.

פרשנות כפעילות בקהילה המשפטית

Fiss, Fish & Cover

כשאנו עוסקים בהשוואה בין שיטת משפט קלאסית לבין שיטת משפט מודרנית, אחת השאלות המרכזיות העולות היא "מהי כוונת המחוקק?". בתורת משפט קלאסית, שאלות פרשניות אלה מתעוררת כאשר נתון כשל כלשהו בשאלות גדולות יותר, שאלות של היחס בין משפט ומוסר, היחס בין כללים ועקרונות, וכדומה. בתוך תורת משפט קלאסית, השאלות תהנה טכניות, שאלות הקשורות למבנה החוק. מקרים של פרשנות הם בגדר אנומליה (=חריג).

בתורת המשפט המודרנית, בחינת כוונת המחוקק היא כניסה יותר ויותר כפרשנות לתכלית החוק. החיפוש אינו אחר כוונת מחבר הטקסט, אלא רצון להתאים את הפרשנות לנורמות חברתיות.

Owen Fiss vs. Stanley Fish

הגדרתו של **און פיס** את פעולת השיפוט היא "שיפוט הוא פרשנות". כלומר, כבר בהגדרה אנו רואים כי עצם פעולת השיפוט היא הכנסת פרשנות, מכיוון שאין יכולת שלא לערב את ההיבט האישי והחותם של השופט בבואו לבחון מקרה העומד לפניו. אין "גרעין" קשה בו ניתן ליישם את לשון החוק באופן דווקני בכל מקרה, אלא ישנה פרשנות מתמדת. פיס אומר כי **הפרשנות היא מפגש דינמי בין פרשן לטקסט, כאשר התוצר שלה הוא משמעות.**

השאלה שפיס מדבר עליה במאמרו⁸, היא שאלת האובייקטיביות. מאמרו מתחיל מנקודת המוצא של משפט כפרשנות, ועל בסיס נקודה זו הוא שואל מה בדבר האובייקטיביות – מה קורה למשפט בהנחה כי כל ההוויה שלו היא פרשנית? הטענה איתה מתמודד פיס במסגרת שאלה זו היא **נהיילים** – טענה לפיה ישנן אין ספור אפשרויות פרשנות בכל מקרה ואין מנוס מכך ששופט יכניס אלמנטים סובייקטיביים להכרעתו. פיס לא עוצר כאן, אלא קובע כי שופט מודרני צריך לפעול במתחם של "אובייקטיביות מוגבלת" הנחלקת לשתי קטגוריות:

- **כללים מרסנים**: כללי פרשנות המכתיבים לשופט מתי לעשות איזון אינטרסים, כיצד להקשיב לצדדים מבחינה פרוצדוראלית (=בדומה לרולס ומסך הבערות), וכדומה.
- **קהילייה פרשנית**: המחוייבת לשלטון החוק.

⁸ "Objectivity and Interpretation".

בכך מבקש פיס כי המשפט יפנים את הלקח ההרמנויטי. כללים אלו מכוננים את מוסד השיפוט ומתחמים את הקהילייה הפרשנית המורכבת מכל מי שרואים עצמם מחוייבים לכללים אלה. די באובייקטיביות הזו, אומר פיס, כדי לאזן את האימה המתעוררת מן המעבר לגישה של משפט כטקסט, גישה של משפט הוא פרשנות. הנסיון של המשפט הוא להכחיש את ההטייה האנושית הסובייקטיבית של הפרשנות. הטענה היא שהכללים המרסנים מאפשרים את האיזון של הסובייקטיביות הכרוכה בפעולה הפרשנית.

ניתן לומר כי גישתו התכליתית של השופט ברק הם כללים מרסנים.

מן העבר השני, סטנלי פיש מגיע מתחום תורת הספרות. הוא טוען כי הרעיון של פיס בעניין כללים מרסנים – אינו תקף. הוא מנמק זאת ואומר כי אם ההנחה היא כי ישנה אינטרקציה בין פרשן לטקסט, לא יתכן כי כללים יגבילו את הפרשן אף אם הם מוגדרים כ"כללים מרסנים". פרשן אינו יכול להיות מוגבל, אומר פיש. הכללים עצמם הם טקסט, ואי אפשר להשתמש בהם מבלי להיות כבר ב"תחום" הפרשני. זוהי המצאה מחדש של פורמליזם מסויים.

לפיכך, אומר פיש, יש לתת לפרשן לעשות את מלאכתו והפרקטיקה של הפעילות הפרשנית היא זו שתיצור את הריסון⁹. ריסון הוא חלק אינהרנטי לכל פעילות פרקטית.

נראה כי ברור שגישתו של פיס היא זו שהתקבלה. כך למשל, בישראל, אפשר לומר שהכללים המרסנים הוחלפו לשפה התכליתית, ולקח שנים רבות עד אשר כל בתי המשפט החלו לדבר בשפה הזו.

Robert Cover

פרשנות במסגרת נומוס:

ההביט של הנרטיב והקהילה במסגרת הפרשנות – עולים לפני השטח. רוברט קאוור, במאמרו "Nomus and Narrative", אנו גרים בתוך נרטיב שיש לו קוד מוסרי ומשפטי. טענתו היא שלמשפט יש נרטיב, יש לו היבט תרבותי. גדולתה של התרבות המשפטית נמדדת לפי העושר של ה-נומוס שלו. אך על המשפט להיות רגיש לנרטיבים אחרים, לקודים סותרים, ולנסות להבין את העובדה שקהילות "אחרות" (המדברות בקוד שונה) מחזיקות בעושר תרבותי-לשוני-הסטורי לא פחות ממה שהנומוס של המשפט מחזיק בו (הדוגמא שקאוור מביא היא התרבות התלמודית). על המשפט לבחון את השורשים של אותם קודים העומדים בבסיס הקהילות ה"אחרות".

⁹ אם נבחן את פ"ד דנילוביץ' נבחין בכמה סגנונות: השופט ברק סוקר את עקרון השוויון וניכר כי הוא מעוניין כי החלטתו ופסיקתו תתאים לעקרונות היסוד של השיטה, שתהא קוהרנטית – תוך שימוש בכללים מרסנים. השופט דורנר, לעומת זאת, מצטטת ספרות ומחקרים זרים ומבקשת לשכתב את הכללים המרסנים בפסיקתה. השופט חשין, לעיתים כך ולעיתים כך.

פרשנות כאלימות:

הפרשנות הינה חכמה מעשית, אומר קאוור – ומפרט שלוש הנחות התומכות בקביעתו. הנחתו הבסיסית של היא **שהמשפט הוא אליים**. העולם הוא אליים, והמשפט מנסה להתערב בו ולמשטר את האלימות כדי שתהיה לה השלכה על המציאות. הפרשנות המשפטית איננה סתם "אמירה" או יצירה של פסק-דין אלא **נסיון ליצור חיבור עם המציאות**, עם העולם. במובן זה, המשפט מנסה לשנות את העולם באמצעות הפרשנות. החיבור לעולם המעשה, אומר קאוור, דורש רצון פעיל, מוטיבציה, אומץ, התמדה ואופי (**מזכיר את ניטשה – משפט פוזיטיבי כקודם לטבעי**). קאוור מזכיר את הכללים המשניים של **הארט** כדרך ליצירת הקישור המעשי למציאות.

מאפיין נוסף הוא **פרשנות בתוך שיטה המייצרת אלימות**. לפיה המשפט קיים בעולם של אלימות, כאב ומוות. כל עוד הם קיימים, על המשפט להיות בעצמו התערבות אלימה המנסה לעצב ולהשפיע על העולם הזה. אנו מצפים ממילותיהם של שופטים ליצור "טריגרים" לפעולה, אנו מצפים שאנשים יעשו פעולות שישנו את מצב הדברים בעולם.

הפרשנות צריכה להיות רגישה לאלימות, וליצור שבילים חדשים ונורמות חדשות כדי לנטב את האגרסיות הקיימות במציאות.

המאפיין האחרון הוא כי הפרשנות המשפטית זקוקה ליכולת של אנשים לעמוד ביישום שלה ולקבל אותה באופן פסיכולוגי. בניגוד למערכת דתית, מערכת של משפט חילוני ומודרני חייבת ליצור מתאם בין החוק ובין קבלתו בפועל ע"י החברה. אחרת, יוצר משבר אמון שיפגע בעצם הפעילות המוסדית.

לסיכום:

הפעילות המשפטית לא חופשית, לא רק בגלל כללים מרסנים, אלא כי יש לה הרבה רגישות לאופי האלים, הפרקטי והמעשי שלה. הפעילות המשפטית איננה רק קריאה של מילים, אינטרסים וכללים מרסנים. מכיוון שהפרשנות חייבת להתאים את עצמה לאירגון החברתי שלה – לאופן בו היא ממוקמת בתוך החברה והאופן בו היא תשמור על האפקטיביות שלה.