

# מבוא לתורת המשפט – שיעורי תרגול

## תרגיל פתיחה

ע"פ 36/55 דסוקי נ' היועמ"ש

### עובדות

שיחי ערבי ביקש לרפא מחלת נפש של אישה ערביה, וכשפקד על בני משפחתה לקשור אותה ליתד בתוך חדר לבל תזוז, אחד מחבלי הקמיעות שעל צווארה לחץ עליה והיא נחנקה. הורשע בהריגה.

### השאלות המשפטיות

- א. מה היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירת הריגה ?
- ב. האם מעשהו של השיחי נחשב עיסוק רפואי ואי לכך עבר על פקודת המתעסקים ברפואה ?
- ג. האם יש קשר סיבתי בין מעשהו של השיחי לבין תוצאת המוות של המנוחה ?

פסק-דין זה הוא דוגמא טובה לתופעה העקרונית עליה מרבים לדבר בתורת המשפט – **המציאות, עולה על כל דמיון**. כללי המשפט והדוקטרינות המשפטיות נועדו להסדיר איזושהי מציאות, וכללים אלו נכתבים מראש ואמורים לחול על קשת רחבה של מצבים. פסק-דין זה מעורר את השאלה האם החלת כללים משפטיים יבשים על סיטואציות מסויימות, איננה בעייתית ? נמקד את השאלה, האם בשני פסקי-דין העוסקים בשתי סיטואציות שונות לחלוטין שהמרחק ביניהם אדיר, אפשר לטפל באותם הכללים ? לכך מספר סברות :

- **הטענה הפרטיקולריסטית של הגישה הראליסטית**, גורסת כי לא ניתן לעשות זאת.
- גישה קיצונית יותר גורסת כי לעולם לא ניתן לייצר כלל שיהיה רגיש לסיטואציה ספציפית.

### הקשר הסיבתי – אופי הנמקה

הנמקתו של ביהמ"ש במקרה זה, במונחים של היום תקרא **הנמקה פורמליסטית**. היום, סביר להניח כי ביהמ"ש היה הולך ובודק מהי **תכלית החוק (סעיף 309 לחוק העונשין הנוכחי; סעיף 219 לפקודת החוק הפלילי דאז)**, והאם בבחינת התכלית המונחת בבסיס החוק הוא אכן צריך לחול על הסיטואציה, אם לאו. ביהמ"ש בפסק-הדין פירש את המילה "מתלווה" – זה מבטא אמונה בכוחן של מילים, הפרשנות המילולית.

פסק-דין זה מראה, כשמסתכלים עליו היום, שמשו עמוק בשיח המשפטי שלנו השתנה. השיח, אינו אותו השיח, צורת הנמקה היא שונה, מטבעות הלשון הם שונים, והשפה בכללותה שונה. האם היינו מגיעים לתוצאות אחרות בגלל זה ?

### פירוט העובדות ע"י ביהמ"ש – התבטאויות שונות

בתחילת פסק-הדין אנו מוצאים התבטאויות תמוהות, כגון :

- ...בעלה של המנוחה, אדם מודרני,...
- "הטיפול" (המרכאות במקור).

- החדר בו נקשרה המנוחה "אינו ראוי למגורים, ואין בו די אור ואויר".

האם יש בעובדה שהחדר אינו מאוורר ומואר, ושאר הציטוטים, רלוונטיות כלשהי למקרה? עושה רושם שביהמ"ש מנסה לנמק את ההגעה שלו לתוצאה, בהגדירו את הטיפול במרכאות, היינו טיפול שאיננו טיפול. וכן בעלה של המנוחה הינו אדם מודרני, לעומת השיח' המרפא – הפרימיטיבי. ביהמ"ש מזלזל בתרבות הקמיעות ומציב מלפניו את המדע, והרופאים. סופו של דבר, ביהמ"ש העליון נוהג בשיח' בסלחנות רבה לעומת הערכאה קמא.

לניתוח הנ"ל מתחברות שתי אסכולות בתורת המשפט:

- **אסכולת המשפט וספרות:** פסקי-הדין הם טקסטים, והאופן בו מספר ביהמ"ש את העובדות של המקרה, ככלי המסייע לביהמ"ש להוביל אותו, ואותו, לתוצאה הרצויה. בעצם, הסיפור שביהמ"ש מספר אינו תמיד רלוונטי מבחינה משפטית טהורה, וכן, יש בו משהו מוטא. אסכולה זו סבורה כי יש להיות ערים לעובדה זו ולהיות ביקורתיים כלפיה.
- **אסכולת הפונקציה של המשפט כמעצב:** ביהמ"ש אינו רק מיישב סכסוכים או מכוון התנהגויות, אלא הוא מעצב את התודעות של הנהנים מן המשפט, האזרחים. אחד המקומות בו ביהמ"ש עושה את העיצוב הזה, הוא בחלק של העובדות, ומקומות נוספים. האופן בו ביהמ"ש מתאר את שיח' דסוקי, והאופן בו הוא מציב את המדע כעליון על תרבות הקמעות, יש בהם כח, מכיוון שהם כתובים בפסק-דין.

עניין נוסף הוא, שניתן להסתכל על פסק הדין מפרספקטיבה פמיניסטית. על כך בנושא הפמיניזם.

## פונקציות המשפט

מהן הפונקציות של המשפט?

- **ישוב סכסוכים** – פסק הדין והרטוריקה שלו, תפקידה לשכנע את הצדדים בצדקת הפתרון של הסכסוך.
- **תיאום והכוונה** – פונקציה זו מנסה מראש למנוע סכסוכים, או להקטין אותם למינימום. כל הרעיון הוא, שלפרטים תהיה ודאות ברמה גבוהה על ההסדרים הקיימים כדי שהם יוכלו לתכנן את מעשיהם ולכלכל את צעדיהם בהתאם לכללים של השיטה. פסק-הדין, תפקידו לתת "שיניים" לכללים. למדינה, תפקיד יחסית מינימלי בחיי האזרחים.
- **שיפור ושינוי** – הרצון לשפר את פני החברה. ההבדל העקרי בין פונקציה זו לבין פונקציות התיאום והכוונה, הוא שפונקציה זו נותנת למדינה תפקיד יומרני. כלומר, למדינה תפקיד לדאוג לזכויות רבות, ולשפר את מעמדם של מגזרים שונים. לחקיקה, תפקיד רחב יותר בספירה הציבורית. פונקציות **העיצוב והחינוך**, דומה לפונקציות השיפור והשינוי. ייחודה של הפונקציה העיצובית הוא שהיא מניחה שיש ערך פנימי לעיצוב המוסרי של בני האדם. המשפט, הוא אחד הכלים לעשות את העיצוב הזה, ולחנך את בני האדם (לא רק כנגד פשע, אלא לחנכם שיחשבו בכוחות עצמם שפשע זה דבר רע, ושחיי אדם הינם ערך עליון).

מי כלל אמר שהמשפט יכול לעצב ? האם ניתן להשפיע באופן הזה על בני-האדם ? האם זה ראוי ? והאם ראוי המשפט הוא זה שיעשה את זה ? המשפט עושה זאת במגוון צורות, ועל כך שקדו הוגי דעות רבים מנקודת מבט שונות (דבורקין, CLS, ועוד). **דוגמא:** Hart טוען כי עצם זה שהחוק נותן עונש למי שגונב, גורם לאנשים להאמין שלגנוב זה דבר רע, מבחינה מוסרית.

### פונקציות המשפט הפלילי – תכליות ענישה

הפונקציות שמוקבל לדבר עליהן בגבולות המשפט הפלילי, הן :

- **הרתעה** – תפיסה תועלתנית המניחה כי הטלת עונש תגרום לאנשים לפחד מן העונש, ולא לעשות פשעים. ישנה חשיבות גדולה לפרסום הדברים.
- **גמול** – תפיסה דאונטולוגית הטוענת כי יש ערך בעונש, ללא כל קשר להרתעה או להרחקה, אלא ישנו ערך פנימי להעניש אדם על משהו רע שהוא עשה. לכל פושע יש לתת עונש המתאים לו, לפי העבירה שהוא ביצע, עפ"י הנסיבות הספציפיות של העבירה, וכן לפי אישיותו ועברו.
- **שיקום.**
- **הרחקה** – עובר עבירה, הוא מסוכן לאחרים ולכן יש להרחיקו מן החברה לתקופה קצובה.

דלג

הקבלה בין פונקציות אלה לפונקציות הכלליות :

- פונקציית ההרתעה, מתאימה לפונקציית התיאום וההכוונה. לכן הדגש ניתן על הפרסום והרטוריקה.
- פונקציית הגמול, מתאימה בעקיפין לפונקציית ישוב הסכסוכים בין החברה למדינה, או שיפור ושינוי, ואף חינוך ועיצוב.
- פונקציית המניעה והרחקה, גם כן אינה "מתלבשת" באופן מיידי על שום פונקציה כללית.
- פונקציית השיקום, גם כן קשה להקבלה.

ע"פ 4872/95 מ"י נ' גל אילון : שלושה נערים "בני טובים" שהסתבכו בשרשרת מעשי שוד. ביהמ"ש המחוזי הטיל על שלושתם עונשים קלים מאד. בפסק-הדין התלבטות בין המטרות השונות של ההליך הפלילי.

השופטים מתלבטים בין השיקול השיקומי של הנערים, לבין השיקול ההרתעתי-ציבורי. זוהי רק דוגמא למתחים שקיימים כל הזמן במשפט בין הפונקציות השונות שלו. פעמים רבות, ישנו קונפליקט בין הפונקציה של יישוב סכסוכים לבין הפונקציה של תיאום והכוונה. במקרה זה, המתח מעט שונה כפי שכתבתי לעיל.

לעיתים הפתרונות קלים, ולעיתים קשים. יש להחליט למה משקל גדול יותר, וחשיבות רבה יותר. **השופט שטרסברג-כהן** קובעת כי במקרה זה אין מתח אמיתי, מכיוון שרק מבחינת השיקול השיקומי בלבד, עדיף להטיל עונש חמור יותר על הנאשמים – זה ירתיע, אך השיקום יפעל לטובתם בבוא הזמן.

ממשיכה השופטת ש.כ. ואומרת כי, שלושת המשיבים באו ממשפחות מבוססות שלא חסכו מהם מאומה בתחום החומרי. מעשי השוד צמחו על רקע של תרבות שפע ומתירנות. מדובר במעשים נפשעים המבוצעים לשם הנאה וסיפוק גירויים וריגושים. את הסלידה מהתנהגות כזו יש לבטא בענישה מכאיבה.

החלק הזה של פסק-הדין הוא "ציבורי", כלומר מטרתו לחנך ולהטיף מוסר. שהרי השופטת ש.כ. אינה מדברת על כך ששוד הוא מעשה רע ותו לא, אלא היא ממקמת את כל העניין הזה בתוך תמונה תרבותית שישנה לנגד עיניה. היא אומרת, שהנערים הם בעצם תוצרים פגומים של חברה פגומה, חברה חומרנית ואגואיסטית. בעצם, השופטת שטרסברג-כהן מפנה אצבע מאשימה כנגד ההורים.

הנה כי כן, אנו רואים כי מבחינת העיצוב, לרטוריקה שבפסק-הדין חשיבות עצומה. ושוב, עולה השאלה האם לשופטת ש.כ. מנדט כלשהו בענייני חינוך ?

### פוזיטיביזם ופורמליזם

#### H.L.A. Hart, The concept of Law (1961), Ch. 5

עמוד 89: הארט מתחיל את מאמרו בכך שהוא עושה היפוטיזה, ומבקש למדיין מה קורה בחברה פרימיטיבית שיש בה רק **כללים ראשוניים**. אלו הם הכללים שאנו מכירים – איסור רצח, גניבה, וכדומה. כללי מוסר הקיימים בכל חברה פרימיטיבית. זהו מצב בעייתי, מדוע ? הארט מפרט שלושה פגמים:

עמוד 90-91:

- א. **חוסר וודאות** – הכללים אינם כתובים בשום מקום, וקשה לאנשים לדעת מה בדיוק הכללים הקיימים.
- ב. **סטאטיות** – בחברה כזו, אין דרך מוסכמת לשנות את הכללים. הכללים משתנים בדרך מעין-אבולוציונית.
- ג. **חוסר יעילות** – במצב בו יש סכסוך, אין מערכת המענישה אותו, או גוף שיכול באופן סמכותי לקבוע כי אחד הצדדים נהג שלא כשורה.

עמוד 95-91: הארט מפרט מהו הפתרון לפגמים אלו, ולכך הוא קורא **כללים משניים**. אלו הם כללים העוסקים בכללים ראשוניים. שלושה סוגי כללים משניים:

- א. **כלל הזיהוי (או כלל ההכרה)** – זהו כלל שתפקידו לעזור לנו לאתר את הכללים הראשוניים, ובכך מסייע לנו לדעת איזה כללים ראשוניים קיימים. כלל זה פותר את הפגם שבחוסר הוודאות. כן, כלל הזיהוי מאפשר להבין מה עושים כאשר שני חוקים מתנגשים זה בזה. **דוגמא**: אחד מכללי הזיהוי של מדינת ישראל הוא ש"חוק מחייב" הוא חוק שהתקבל בכנסת בפרוצדורה מסויימת.

הארט אינו אומר שכלל הזיהוי חקוק בסלע, אלא הוא בעצם תלוי בהשקפות חברתיות של חברה מסוימת. אבל, הוא בכ"ז פותר את בעיית חוסר הודאות, כי כל חברה מחליטה לעצמה וממלאת את הכלל בתוכן.

ב. **כללי שינוי** – כללים האומרים לנו כיצד משנים את הכללים הראשוניים. הכלל הני"ל פותר את בעיית הסטאטיות.

ג. **כללי יישום ואכיפה** – אלו הם הכללים המקימים את המערכת המשפטית, ונותנים כח לביהמ"ש לפתור סכסוכים; כללים אלו קובעים את סדרי-הדין בביהמ"ש; מטפלים בנושא הענישה; הוצאה לפועל.

עמוד 96: הארט מסכם את דבריו, ומציין כי הוא ביקש לומר שמערכת שיש בה רק כללים ראשוניים איננה מערכת משפטית. למעשה, התוספת של הכללים המשניים, זוהי המהות של המשפט. ללא כללים משניים לא ניתן לדבר על משפט במובן בו אנחנו מדברים עליו במדינה מודרנית.

#### **הקשר בין הארט לפוזיטיביזם**

הפוזיטיביזם היא תורה המדברת המשפט כאידיאל חברתי, יציר אדם, להבדיל ממשפט טבעי שמקורו מן האל או מקורות עלאיים אחרים. ליבו של הטיעון הפוזיטיביסטי הוא שהכללים המחייבים בשיטה משפטית – זו שאלה **עובדתית**. ניתן לענות על שאלה זו בלי שהדבר יערב שיקולי מוסר או ערכים (זהו למעשה כלל הזיהוי של הארט). כלומר, מקור משפטי מחייב הוא מקור שיש לו זיקה למקור פורמלי, וזיקה זו היא תנאי הכרחי לכך שהוא יהיה מחייב, ומספיק (אין צורך במשהו נוסף).

#### **הפורמליזם שבתפישה של הארט**

להארט הנחה לגבי הערך והמשקל של יציבות וודאות. לדידו, המטרה המרכזית של המשפט היא להשיג ודאות. לכן, שיטה טובה היא שיטה המקדמת את הודאות. בנוסף, הארט מניח שאם נדע לזהות מה הם המקורות המשפטיים המחייבים, אז הגענו לודאות. ההנחה שמסתתרת כאן היא שברגע שישנו כלל, ההחלה של הכלל על מקרה מסויים – איננה בעייתית. אם ישנו מקרה שהוא ב"מעטפת", ולא בגרעין הפשוט (לעיל) – לדעת הארט, על השופט לנהוג כך: אם המילה איננה ברורה, עליו להסתכל במילון, או לתת לה פירוש שהוא שגור בפי בני-האדם. עיננו רואות כי גישתו היא פורמליסטית.

פ"ד הטכניון נ' מנהל מס שבח: הטכניון שכרו דירה עבור פרופ' ורעייתו. הפרופ' נפטר, והתביעה היתה נגד מנהל מס שבח אשר דרש מהם לשלם מס. הטכניון ביקשו הפחתה או פטור ממס בגין שני חריגים בחוק: הראשון, נותן פטור ממס למוסדות סעיף בתנאי שהנכס שימש את המוסד במישרין. השני, מכח הוראת חוק בדבר "דירה בבעלות יחיד המשמשת למגורים, ושהוא או קרובו גרים בה". בשני העניינים האלו, טענו הטכניון כי זוהי דירת שירות, וניתן לומר שהדירה משמשת את הטכניון במישרין. ביהמ"ש החליט:

- ביהמ"ש קיבל את טענת מס שבח, מן הנימוק שהדירה איננה משמשת את הטכניו במישרין. בעניין של דירת יחיד, פנה ביהמ"ש ל**פקודת הפרשנות** אשר מבחינה בין "יחיד" ל-"אדם" [מפורש בפקודה: גם אישיות משפטית], וקבע כי הטכניו אינו נחשב יחיד בגדר הפקודה. כך, אם מנכ"ל הטכניו אוכל דבר מה – לא ניתן לומר שהטכניו אכל דבר מה.
- בנוסף קבע **השופט ברנזון** כי הטכניו לא נופל במסגרת המונח "יחיד" גם בלשון השגורה בפי בני האדם.
- בעניין התנאי בדבר "הוא או קרובו גרים בדירה", ביקש ביהמ"ש לשאול האם ניתן להחיל את דיני השליחות או תורת האורגנים במקרה זה. **השופט ברנזון** בסופו של דבר שולל זאת.

ניתוח המקרה - תכליתית: כיום ניתן להניח שהמקרה היה נבדק מבחינה תכליתית – הצורך במס; מוסד המס; מהי תכליתו של התנאי הקבוע בחוק "במישרין"; מה רציונאל למתן פטורי מס לגופים ציבוריים; לאחר כל זה, ביהמ"ש היה מגיע למסקנה האם ראוי לתת לטכניו פטור, תוך כדי הדגשה שאין נפקות לתנאי "במישרין" או "בעקיפין".

לעניין החברה כ-"יחיד", כיום הדין הפלילי (**מודיעים**) מכיר בכך שחברה יכולה להיות אחראית בפלילים, ולא רק אורגן או עובד שלה. השופט ברק, ככה"נ היה טוען כי חברה היא גוף משפטי עצמאי יציר חוק ופסיקה, ויש לבחון את הטעמים בגינם הוכרה החברה כגוף עצמאי ולראות האם יש בכך כדי לעזור להגיע להכרעה.

ניתוח המקרה – פורמליזם במקור: לשופט ברנזון ברור שאין כל שאלה או בעיה. הוא קרא את החוק, הבין את הכלל, והחיל אותו על המקרה.

גישת הארט: הארט סבור, שעיסוק בתכליות החוק ובניית פסקי דין רבי עמודים – חוטאים לתפקידו של המשפט.

## נון פוזיטיביזם מודרני

**דבורקין** מבסס את טענותיו כאופוזיציה להארט, מתוך האופוזיציה הזו הוא מבסס את אשר כן צריך להיות.

תפיסתו של הארט נחלקת לשני חלקים, ועל שניהם דבורקין חולק. נזכיר בקצרה את שני החלקים הללו – ראשית, ברוב המקרים אין עמימות במשפט. שנית, הארט סבור כי שופט שמגיע למקרי ביניים ומפעיל כלי פרשנות מילוליים, פירושים השגורים בלשון בני-האדם, או שהוא מפעיל שיקול דעת, ואין בכך פסול. את הבחירה בין האפשרויות השונות, השופט עושה עפ"י שיקולים שונים, כאילו הוא חובש כובע של מחוקק.

### הביקורת:

- דבורקין מתנגד לראייה של הארט לגבי אחוז המקרים שבהם יש מצבים של "מעטפת", ולדידו הם שכיחים הרבה יותר. עצמם ההבחנה בין גרעין למעטפת אינה מקובלת על דבורקין. הוא רואה הרבה מצבים בהם לשון הכלל אינה נותנת את התשובה.

• שנית, בנוגע לאופן הפעולה של השופט, דבורקין סבור שיש דרך נכונה לפעול מבחינה משפטית במצבים אלו, וניתן לבקר באופן משפטי שופט שהגיע ל"מרחב" הזה ובחר ללכת לכיוון אחד, ולא ללכת לכיוון אחר. ה"מרחב" הוא חלק מן השפה המשפטית ויש כלים משפטיים להעריך האם בחירה של שופט היא נכונה או לא מבחינה משפטית. נכונה, ולא "טובה".

"**נון פוזיטיביזם**": מדוע אנו מגדירים את טענתו של דבורקין בדבר השאלה כיצד שופט צריך כנון פוזיטיביזם? מכיוון שגם לדעת דבורקין ישנם כללים, כמו אצל הארט, אך לדעתו הם אינם ניתנים לזיהוי – אותם "עקרונות" אינם מתגבשים לידי חוק, אלא שהם ממשיכים לרחף בחברה מבלי להתגבש לכדי חוק.

דבורקין, מסכים עם חשיבותם של כללים, אך טוען שישנם גם עקרונות. כיצד נבחין ביניהם?

- **כלל**: כלל קובע עקרונות עובדתיים מסויימים, שאם הם יקרו – תתרחש פעולה או תוצאה מסויימת ("אסור לגנוב. אם תגנוב תעצר!"). ניתן להגדירם בבחינת הכל או לא כלום.
- **עקרונות**: עקרונות אינם מכתבים תוצאה מסויימת, אלא "מושכים" בכיוון מסויים. כגון, האיסור לרצוח הוא כלל, והעקרון מאחורי הכלל הזה הוא הזכות לחיים וכבוד האדם.

כשיש שני כללים המתנגשים ביניהם, יש לנו הכלים להבחין איזה כלל מתבטל במקרה עובדתי נתון, ואיזה כלל מתקיים. מה קורה כאשר שני עקרונות מתנגשים? דבורקין סבור שיש לבחון את המשקל היחסי בין שני העקרונות, ולהעדיף אחד מהם. העקרון, אינו בטל אלא שהוא נסוג בסיטואציה מסויימת מפני עקרון אחר.

**פרשת Riggs**: מדובר בסב ונכדו. הסב, בצוואתו הוריש לנכד חלק מרכושו. הנכד, רצח את הסבא. בביהמ"ש, טען הנכד שהוא כתוב בצוואה וחוק הירושה מחייב לקיים אותה. טענתו עוררה, אי נוחות רבה. ביהמ"ש שלל מן הנכד את הירושה בקובעו שהוא מפעיל את העקרון כי המעוול אינו יכול להנות מן העוולה שלו.

מקרה מן הסוג הזה אינו מקרה שגרתי עליו דבורקין מדבר, שהרי בפרשה זו השופטים פעלו בפירוש בניגוד לחוק, אלא שהוא מנסה להדגים באמצעות פסק דין זה כיצד המערכת המשפטית פועלת. ביהמ"ש הפעיל ע ק ר ו ן של השיטה המשפטית, עקרון שהוא חלק מן השפה המשפטית. דבורקין סבור כי תיאוריה המתארת את המשפט מבלי לתאר את העקרונות הללו, את החומרים הללו, היא תיאוריה חסרה (הכוונה היא לתיאוריה של הארט).

**השופט ברק** מאד מושפע מדבורקין. החשיבות של דבורקין איננה בשאלה האם העקרונות הם מחייבים, אם לאו. אלא שהנקודה היא שדבורקין מדבר על שיח משפטי אחר מן השיח הפורמליסטי. טענתו המרכזית של דבורקין היא כאשר שופט מפעיל את שיקול הדעת השיפוטי שלו, הוא אינו פועל כמחוקק אלא כמשפטן, אף אם השיח שלו איננו פורמליסטי.

**רע"א 531/88 אבנרי נ' שפירא:** מדובר בתביעת דיבה שהגיש אברהם שפירא כנגד העיתונאי אבנרי, בו הוא מייחס לו תכונות וטענות מאד לא מחמיאות הרומזות על מעשי שחיתות. שפירא ביקש למנוע את פרסום הספר, ודרש צו מניעה. ביהמ"ש המחוזי נתן פסק-דין נגד אבנרי, מכיוון שהוא לא הסכים להראות להם את הספר במסגרת צו גילוי מסמכים. לא היה דיון לגופו של עניין. הפרשה הגיעה לביהמ"ש העליון.

**השאלה המשפטית:** רוב פסק הדין דן בשאלה מתי ביהמ"ש יתן צו מניעה זמני בתביעת דיבה.  
**רטוריקה:**

- **פורמליות:** **השופט ברק** ראשית דן בשאלה האם בסמכותו של ביהמ"ש לתת צו מניעה זמני, תוך שהוא מפנה לסעיפים 73 ו-74 לפקודת הנזיקין, וסעיף 75 לחוק בתי המשפט.
- **"סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד":** זהו משפט אשר השופט ברק חוזר עליו בפסקי דין רבים. הסמכות שמקנה החוק לביהמ"ש, הינה נקודת ההתחלה בלבד, אומר ברק. הרי החוק אינו קובע מתי יש ליתן את הצו ומתי לא.
- **דיון במתחם שיקול הדעת.**
- **איזון בין הערכים המתנגשים:** **השופט ברק** סבור כי ישנם שני ערכים המתנגשים זה בזה, האחד חופש הביטוי, והשני הזכות לשם טוב. השופט ברק סוקר את הרציונאלים העומדים בבסיס שני הערכים הללו.
- **הכרעה:** **השופט ברק** מכריע לטובת חופש הביטוי, ואומר שהמשקל של חופש הביטוי בסיטואציה הנדונה – הוא רב יותר. מוסיף ברק ואומר כי יש להבחין מצב בו נדרש צו מניעה זמני, בו האיזון יהיה מסויים, ובבקשה לצו מניעה קבוע, בו האיזון יהיה שונה. כשמדובר בתביעת דיבה, **חוק איסור לשון הרע** קובע הנחיות המשאירות פחות שיקול דעת לביהמ"ש בנתונו את סעד צו המניעה. ה"משחק" **שהשופט ברק** עושה, והאיזון בין האינטרסים, נעשה במסגרת הבקשה ליתן צו מניעה קבוע – שם אין הנחיות חד משמעיות של המחוקק.

ובחזרה לדבורקין – מדוע פסק הדין הזה מתקשר לעניינו? פסק הדין מבטא תפיסה לפיה כשיש שיקול דעת לביהמ"ש, **ביהמ"ש איננו חופשי** (ביהמ"ש לא יכול להפעיל את שיקול דעתו באופן שרירותי", דברי ברק). פסק-הדין מייצג את התפיסה שגם הפעלת שיקול הדעת ע"י ביהמ"ש במסגרת החורים המצויים בחוק, היא הפעלה שיש כללים כיצד לעשותה. השופט ברק מפעיל את שיקול דעתו בצורה דבורקיניאנית – הוא מציג שני עקרונות, עושה בינהן איזון, קובע את משקלן ומגיע להכרעה הנראית לו ראויה.

השית, איננו שיח של מוסר או של כללים. השופט ברק מדבר על "ערכים" ו-"עקרונות", **ערכים שהם מאושיות המשפט הישראלי.**

בנוסף, בפסק הדין שינו רמז לגבי מה שיקרה לדבורקין המאוחר. הפסק-הדין מתווה רעיון לשאלה מהיכן השופט צריך לקחת את העקרונות הללו. השופט ברק לא אומר שהוא סתם לוקח ערכים של חופש ביטוי ושם טוב, אלא שהוא אומר שאלו הם ערכים של שיטת המשפט בישראל. למרות שאין בישראל חוקה פורמלית, זה לא אומר ששיטת המשפט הישראלית לא יצרה ערכים אובייקטיביים. השופט ברק עושה השוואות בין צווים וסעדים שונים תוך שהוא מדגיש את



חשיבות **ההרמוניה החקיקתית**. נושא ההרמוניה יחזור על עצמו במסגרת הדיון אודות דבורקין המאוחר.

## הראליזם וההליך משפטי

הארט וזקס מנחים את השופט כיצד לפרש מקרים הבאים לשולחנו. ההנחה הבסיסית היא, כששופט בא לפרש חוק הוא צריך לדעת שאין "שיפוט מכאניסטי", ותמיד יש מקום לפרשנות. העקרון המרכזי בפרשנות חוקים צריך להיות פרשנות תכליתית. כיצד "מאתרים" את התכלית? ראשית צריך להסתכל על לשון החוק, ולראות מה בכלל אפשרי מבחינת הלשון, כי הלשון לא קובעת מה הפירוש (טענה אנטי פורמליסטית) אלא קובעת מתחם של אפשרויות. אסור לשופט לנקוט בפרשנות שאינה מתיישבת עם לשון החוק. הלשון גם מהווה אינדיקציה לתכלית. שנית, יש לבחון את ההסטוריה החקיקתית של החוק. שלישית, יש לבחון היכן החוק ממוקם בהקשר החקיקתי הכולל – אם זהו סעיף שנמצא בחוק מס שבח, יש בכך להעיד על תכליתו. הארט וזקס מעירים על הנוהג לבחון פרשנותן של מילים בעזרת מילים, או פרשנות בעזרת הלשון השגורה בפי בני האדם. על כך האם אומרים כי פרשנויות מסוג זה הן רק אפשרות, והן לא בהכרח קובעות את פרשנות החוק. סופו של דבר, על החוק להתפרש בצורה תכליתית.

כללי הפרשנות התכליתית מתקשרים לרציונאליזם העומדים בבסיס ההליך המשפטי –

- **ריסון מוסדי**: פירוש עפ"י תכליות נותן כבוד לרשות המחוקקת. לאו דוקא ע"י התחשבות בכוונת המחוקק, אלא כבוד לתכלית חקיקה אובייקטיבית שאיננה עמדתו האישית של השופט.

**בג"ץ 172/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת**: השאלה הפרשנית העולה בפסק הדין היא, האם דיון טרומי בהצעת חוק פרטית דורש רוב מיוחס כדי שהחוק שהתקבל בעקבותיו, יהיה חוק חוקתי (כזה העומד בדרישות של חוק יסוד: הכנסת)?

**דעת המיעוט**: **השופט ברק** סבור כי החוק התקבל כדין, מכיוון שקריאה טרומית למרות שהיא "שלב משלבי החקיקה", היא נכנסת לגדר המונח "למעט הצעה לסדר היום" שאין צורך ברוב מיוחס לגביה.

**נימוקי דעת המיעוט**: החריג בעניין הצעה לסדר יומה של הכנסת, הוא עמום, אומר ברק. יש כמה **אפשרויות לשוניות**, ויש לבחור אחת מהן עפ"י התכלית. אחת האפשרויות הלשוניות היא שהמונח כולל הצעת חוק פרטית, והאחרת היא שמונח אינו כולל הצעת חוק פרטית. לצורך מענה על כך, נבחן את תכלית החוק – "**החוק הוא מכשיר להשגת תכליות חברתיות**". **כיצד נבחנת התכלית?** ברק נותן סקירה של הדיונים בכנסת בהצעת החוק, וכן דיונים בעניין החוק לאחר שהוא כבר חוקק. ההבהרה מעיון בפרוטוקולים היא שאין צורך ברוב מיוחד בחלק הטרומי של הצעת החוק. ברק מדגיש כי אין הוא מעוניין לכוון לפרשנויותיהן השונות של חברי הכנסת ("כוונת המחוקק") שעה שדנו בחוק, אך דעותיהם עשויות ללמד על תכליתו של החוק – **ניתן להתחשב בהן, אך אין בדעותיהם משהו קונקלוסיבי**. כוונת המחוקק אינה עקרון אשר להנחות את השופט בפרשנות חוקים, אלא עליו למצוא את המושג המופשט הנקרא "תכלית החקיקה" – כלומר, **מטרתו משמעותו והדברים אותם הוא רוצה להשיג**.

דעת הרוב: **השופט אלון** מגיע לתוצאה הפוכה, לפיה דרוש רוב מיוחד.

נימוקי דעת הרוב:

- גם אלון פונה להסטוריה הפרלמנטרית, אך הוא מוצא בהם דברים שונים מן השופט ברק. ההסטוריה הפרלמנטרית, אם קוראים אותה נכון, מצביעה על כך שיש צורך ברוב מיוחד גם בשלב הטרומי.
- אלון מדגיש כי הפרקטיקה הנוהגת בכנסת במשך שנים היא לדרוש רוב מיוחד גם בשלב הטרומי.
- מבחינה לשונית, אלון קובע כי בעיניו הביטוי "הצעה לסדר היום" איננו עמום כלל וכלל. הפרשנות שנתן השופט ברק היא בלתי אפשרית. הצעה לסדר היום היא הצעה של חברי כנסת שמשוהו ידון במליאה. מעבר לכך, גם אם פרשנותו של ברק אפשרית מבחינת הלשון, הוא לא היה בוחר בה – משתי סיבות: ראשית, בגלל ההסטוריה החקיקתית. שנית, זוהי חקיקה הפוגעת בעקרון השוויון בכל הקשור למימון מפלגות. חוק הפוגע בעקרון השוויון אנו "נדרוש" ממנו להתקבל ברוב מיוחד.

נבחן את פסק הדין בהיבט ההליך המשפטי:

אין ספק שברק מיישם באופן מובהק יותר את ההליך המשפטי, פרי עיטם של הארט וזאקס – בדיקת תכליתו של כל חוק. אך ניתן לומר שגם אלון פועל עפ"י חלקים מסויימים של גישת ההליך המשפטי, למרות שהוא מכניס שיקול ערכי בצורת עקרון השוויון. נניח כעת כי שניהם היו מיישמים בדיוק את התיאוריה של ההליך המשפטי. ניתן להסיק שבכל זאת הם היו מגיעים לתוצאה שונה מכיוון שאין ביניהם הסכמה לגבי ההסטוריה החקיקתית, אין ביניהם הסכמה לגבי תכלית החוק וגם אין ביניהם הסכמה לגבי פירוש לשון החוק. **המסקנה היא כי השיטה הזו איננה דטרמניסטית.**

מעבר לחוסר הוודאות והתוצאות השונות שניתן להגיע אליהן, יש עם כך גם **בעיה דמוקרטית**. מכאן עולה השאלה: בהנחה שיקבעו כללי פרשנות – האם יהיה בכך משהו כדי לחזק את הוודאות של הצדדים? אין לכך תשובה ברורה.

## ראליזם משפטי

**דנ"פ 4603/97 משולם נ' מ"י**: משלום סחט באיומים אדם אחר ע"י סדרה של מעשי סחיטה, שחלקן נעשו בארץ וחלקן בארה"ב. המדינה ביקשה להשתמש בסעיף 33 חוק העונשין המגדיר מהי עבירת פנים: "עבירה שכולה או מקצתה בוצעה בתחום השיפוט". המדינה טענה כי את כל סדרת המעשים צריכים לראות כעבירה אחת, ואם זו אכן עבירה אחת – מקצתה נעשתה בארץ, וניתן להתייחס אליה כעבירת פנים. משולם טען כי זו סדרה של מעשים נפרדים ועצמאיים, ולכן נילן לשפוט אותו על מעשים שעשה בארץ בלבד.

**השופט ברק** פותח בפסק-דינו דיון במושגים "עבירת שרשרת" ו"עבירה רבת פריטים".

- **עבירת שרשרת**: כיצד מחליטים לקבוע אם סדרת מעשים היא עבירת שרשרת? יש להביט ברצף העברייני ולנסות ראשית להחליט אינטואיטיבית האם יש לראות בהם מעשים נפרדים או שרשרת מעשים. אם השופט החליט שזוהי עבירת שרשרת, הרי שהיא עומדת כמקשה אחת לצרכי ענישה והתיישנות – רואים אותה כעבירה אחת למרות שהיא בנויה מרצף אירועים.
- **עבירת רבת פריטים**: נקודת המוצא היא גם כן הסתכלות אינטואיטיבית. אחרי כן, על השופט לשאול עצמו כמה שאלות – האם זו עבירה הכרוכה בחיי אדם או עבירת רכוש? לאיזו צורך אנו מבקשים להכיר בעבירה כעבירה רבת פריטים, לצורך ענישה? לצורך התיישנות? ישנם מקרים בהם נסווג עבירה כעבירת שרשרת לצרכי התיישנות, אך לצרכי העונש נגדיר את העבירות כנפרדות.

**השופט ברק** מסביר בפסק הדין שלו מדוע הוא אינו מקבל את השיטה הקונטיננטלית: ובין היתר בגלל מדיניות הענישה הראויה, תכלית הדין הפלילי, וחוסר ודאות לעניין התחולה.

כיצד **דנ"פ משולם** נוגע לראליזם? טענותיהם המרכזיות של הראליסטים הם:

- **פריטיקולריזם**: זוהי טענה האומרת שלא כדאי לעבוד עם כללים גדולים, אלא עם כללים קטנים. כלל שהוא גדול וחל על המון מקרים, יהא כללי מדי ברוב המקרים, לכן יש להתאים את הכלל לנסיבות – מתן שיקול דעת רחב לשופט, או יצירת כלל ספציפי.
- **אנטי-קונספטואליזם**: זוהי טענה המדברת על מושגים משפטיים כמו "חווה", "בעלות" ו"קניין". הטענה היא כי נוצרה במסורת המשפטית תופעה לפיה אנו פעמים רבות שוכחים שהמושגים הומצאו לצורך מטרה מסויימת, אך כעת נוצר מצב שאנו מתייחסים למושגים האלו כאל ישות עצמית.

כשהשופט **ברק** מסביר מדוע הוא לא מקבל את דוקטרינת עבירת השרשרת, נוגעת לטענות ראליסטיות. **אנטי קונספטואליזם**: הבעיה היא שבהתקיים עבירת השרשרת, השופט מייחס "חיים" למשהו "מת". אלא, אומר ברק, שיש לבדוק כל מקרה לגופו ולבחון האם ראוי להחיל את הדוקטרינה על עבירות כאלה או אחרות – לא תמיד זה מתאים. **פריטיקולריזם**: השופט ברק סולד מלעבוד עם כללים "גדולים", אלא מבקש לבחון כל מקרה תוך מציאת "הקשר". זאת, ע"י מתן שיקול דעת לביהמ"ש.

## Critical Legal Studies

ל-CLS שתי טענות מרכזיות:

- הסתירה הבסיסית.
- משפט כמסווה: מודעות לרטוריקה.

מה עומד מאחורי הטענה של משפט כמסווה? זוהי טענה מורכבת אך חשובה. בבסיסה, כמה ענפים. ראשית, **המשפט משקף את יחסי הכח** הקיימים בחברה – הוא טוב יותר לחזקים, ורע יותר לחלשים. שנית, **המשפט גם עוזר לשמר את יחסי הכוחות** בחברה, זאת באמצעות עיצוב תודעתו. הכיצד? המשפט עושה זאת באמצעות הרטוריקה שלו (בדומה ליחסי אדון-עבד, העבד לא בורח כי הוא מאמין שזה מקומו בעולם – להיות עבד). המשפט משכנע את האנשים כי הסדר החברתי שקיים הוא טבעי, הכרחי או מוצדק.

השליטה המנטלית הזו נעשית באמצעות ה"משפטיות" של המשפט. במה דברים אמורים? דווקא בגלל שהשיח המשפטי מצטייר כאוטונומי ומנתוק מן הפוליטיקה, זה מה שמעוור אותנו (נקרא גם: **ליקוי קוגניטיבי**; **תודעה כוזבת**). כך, נוצר מצב בו אחת הפונקציות המרכזיות של המשפט הוא לעצב את התודעות של החלשים בחברה באופן שבו הם לא ירהרו אחרי הסדר הקיים.

נמחיש את הטענה. **גורדון**, במאמרו, טוען כי בארה"ב ישנה כפיית מדיניות של אפליה מתקנת באוניברסיטאות. כתוצאה מכך, האוניברסיטאות חייבות לקבל לשורותיהם שחורים שממוצע ציוניהם אינו עונה על הסטנדרטים של המוסד. מדיניות זו, אומר גורדון, אך מחזק את ההבדלים בין לבנים ושחורים. בנוסף, אומר גורדון, שהאפליה המתקנת מחזקת את התודה הכוזבת בדבר האובייקטיביות של הציון הפסיכומטרי, בזמן שזהו הבל הבלים.

**קת'רין מקינון** (מן התנועה הפמיניסטית), הצביעה על ההבחנה בחוק העונשין בין יחסי מין בהסכמה לבין אונס. אך מקינון טוענת כי לרוב הנשים בחברה אין כלל את חופש הבחירה. נשואות, תלויות כלכלית בבעליהן, ולכן אין להן את היכולת כלל לסרב. זאת, כתוצאה מתודעה כוזבת. המשפט הוא זה שמשריש את התודעה הכוזבת, אומרת מקינון, הוא זה שגורם לנו לחשוב כי רק נשים שצורחות ומכות הן נשים שלא הסכימו ליחסי מין, בזמן שנשים נשואות נתפסות תחת חזקה של הסכמה.

אנו רואים כי תוצאת פסק-הדין איננה מעניינת את ה-CLS, אלא ההנמקה, הרטוריקה, העקרונות והכללים המשפטיים הבאים בו לידי ביטוי. לאלו, אומרים אנשי ה-CLS, אנו צריכים לשים-לב, כיוון שרטוריקה היא נשק.

## ה-CLS ומאמרו של עמרי ידלין<sup>1</sup>:

המאמר של **עמרי ידלין** עוסק בדיני עבודה בישראל בשנים האחרונות. ידלין מראה כיצד בתי הדין לעבודה, וכן בג"ץ, מקדמים תפיסה ליברלית של דיני עבודה, להבדיל מן הראיה של תפיסת העובדים כמעמד, קולקטיב, מול המעסיקים, בעלי ההון. ידלין טוען שמשפט ועבודה (תפיסה קולקטיביסטית) אינו מסתדר תמיד עם עקרון תום הלב. בג"ץ ובתי הדין לעבודה מיישמים שיטות ליברליות. הם רואים לנגד עיניהם סכסוך של 2 פרטים : עובד ו-מעביד, ומכריעים בסכסוך.

## *ובחזרה ל-CLS...*

לקורא המאמר "נפתחות העיניים". המאמר מראה לא רק את התפיסה הליברלית. הוא מראה כיצד לא שמנו את ליבנו לכך, בקוראינו פס"ד בדיני עבודה. אחת הסיבות לעיוורון זה הינה המושג "תום הלב". זהו מושג רטורי שיש בכוחו לבלבל אותנו. הרי לא נמצא מתנגדים ל"תום לב". (למשל : דרישה לתום לב של עובד שמסכים מראש לעבוד שעות נוספות ללא קבלת שכר עבורן). דרישה זו פוגעת במעמד העובדים. ביהמ"ש העליון רואה את ארגון העובדים כשלוח של מעמד העובדים. זוהי תפיסה ליברלית של שלוח.

ממאמרו של ידלין עולה כי המבנים הליברלים שובים את ליבנו. השפה המשפטית "מסממת" אותנו. ניתן להשתחרר ממנה ע"י קריאת מאמר ביקורת, כמאמר זה של ידלין. אפילו שביהמ"ש משתמש במושג "תום לב" – פועל הוא בתפיסה ליברלית.

המאמר חושף את הפער בין השפה המשפטית לבין הקורה בפועל בביהמ"ש.

---

<sup>1</sup> סוכס ע"י יואב השובב.

## משפט ופמניזם

- כעת נדון בהשכלות הזרמים השונים של הפמניסטים על המשפט – ליבראלי, תרבותי ורדיקאלי.
- הפמניזם הליבראלי מניח, באופן רגשי, כי גברים ונשים הם כעקרון דומים (למעט הבדלים ביולוגיים). כל מי שחושב שנשים הן שונות או אחרות מגברים, נגוע בחשיבה סטראוטיפית ודעות קדומות. לפיכך, עוסק הזרם הזה יותר בספירה הציבורית – פוליטיקה, דיני עבודה וכדומה. מטרתו להשיג ביטול הפליות.
  - הפמניזם התרבותי גורס כי נשים שונות מגברים לאו דוקא בהיבט הביולוגי, אלא בהיבט האישי. במה הן שונות? דברים רבים. גיליגן טוענת כי נשים חושבות בצורה יותר סובייקטיבית, נשים חושבות בצורה יותר הקשרית-פרטיקולרית בהתאם למקרה, נשים מנהלות את חייהן ברשתות של קשרים, נשים הן אלטרואיסטיות. על המשפט להתייחס לכך בהתאם.
  - הפמניזם הרדיקאלי גורס כי השאלה איננה דמיון או שוני. מה שקיים בין גברים לנשים זה **יחסי שליטה וכח**. יחסים אלו מתחילים מן היום שהאישה נולדת ונעשית דרך המינויות שלה. האישה מחונכת להאמין שתפקידה בעולם הם מספר: להיות רעיה ולספק את צרכי המיניים של הבעל. יחסי שליטה אלה מכוננים את אישיותה של האישה. לכן, הפמניזם הרדיקאלי מבקש ללכת צעד אחד אחורה עוד לפני הפמניזם הליבראלי, ולשנות את תודעתן של הנשים.

הפמניזם הליבראלי יאמר ראשית כי יש לבטל כל חקיקה המבטאת אפליה פורמלית נגד נשים, כגון ביטול החוק האוסר על הצבעה, ביטול החוק האוסר על נשים להיות בעלים של קניין. בנוסף, מבקש הפמניזם הליבראלי להשתמש במשפט כדי להלחם באפליה הקיימת בשוק החופשי ובייחוד בשוק העבודה (לכן ישנה חקיקה בעניין). מאידך, ביקש הפמניזם הליבראלי לבטל חקיקה שנתנה זכויות יתר לנשים אשר לדעתו היתה מבוססת על חשיבה סטראוטיפית כלפי נשים. טעם אחרון נעוץ באפליה מתקנת – הפמניזם הליבראלי ביקש להשתמש במשפט כדי לקדם נשים, בגלל שהיתה קיימת הסטוריה של אפליה.

הפמניזם התרבותי דיבר על המשפט באופן אחר. בבסיס זרם זה השאיפה לתת לנשים יחס שונה, בגלל השוני הקיים בינהן לבין גברים. לאישה, כך טוענים, האימהות חשובה יותר מאשר לגבר, לכן אולי אישה צריכה לקבל הטבות גדולות יותר בתחום העבודה מאשר גבר. כחלק מהבלטת השוני, הטענה היא שיש להשתמש במשפט לא רק כאשר מדובר בזכויות נשים, אלא על המשפט לקדם כמה שיותר **ערכים נשיים** משום שאלו הם ערכים טובים יותר (כגון: חקיקת סעד, ישוב סכסוכים בדרכים חילופיות, גישור, פחות פרוצדורה).

החשיבות העקרתית שמייחס הפמניזם הרדיקלי למשפט, שהוא כאחד הדברים המעצבים את מוחן של הנשים. לכן, יש להיות קשובים למסרים היוצאים מפיו של המשפט ולעמול על ניפוץ הכללים והמבנים השונים, ובכלל – לעלות את המודעות.

חוק עבודת נשים.

חוק החברות.