

מבוא לפילוסופיה של המשפט



פרופ' אלון הראל

מרכז פדרמן לחקר הרציונאליות, האוניברסיטה העברית

מבוא לפילוסופיה של המשפט

כתיבה: פרופ' אלון הראל מרכז פדרמן לחקר הרציונאליות, האוניברסיטה העברית

מנהל פרויקט כדאי לדעת: פרופ' אילון סולן

עריכה לשונית: ד"ר דנה ברעם

רכזת אדמיניסטרטיבית: מיכל זוהר

עיצוב גרפי ועימוד: רקפת עובד

כתובת האתר כדאי לדעת: goodtoknow.tau.ac.il

החוברת מתפרסמת בעזרת תרומתם של:



מרכז אדמונד י' ספרא לאתיקה
The Edmond J. Safra Center for Ethics

בית הספר למדעי המתמטיקה
הפקולטה למדעים מדויקים
ע"ש ריימונד וברלי סאקלר
אוניברסיטת תל אביב



הפקולטה למשפטים
ע"ש בוכמן
אוניברסיטת תל אביב



תודה לרוי קוטק ולירדן שפר על שקראו גרסה ראשונה של החוברת והעירו עליה

זכויות הקניין הרוחני, לרבות זכויות היוצרים והזכות המוסרית של היוצרים בחומר זה, מוגנות. השימוש בחוברות, שמירתן במאגרי מידע והפצתן מותר לצורך שימוש לא-מסחרי בלבד. בעת שמירה במאגרי מידע, יש לציין במפורש את שיוך החוברות לפרויקט "כדאי לדעת" ולצרף קישור לאתר הפרויקט. השימוש לכל מטרה מסחרית ויצירת חומרים נגזרים אסורים ללא קבלת רשות מפורשת בכתב מהנהלת הפרויקט.

תוכן עיניינים

4	מבוא	1
6	המשפט כמערכת נורמות: משפט חברה וצדק	2
10	2.1 פוזיטיביזם	
17	2.2 משפט הטבע	
22	המשפט כתופעה חברתית-פוליטית	3
22	3.1 הגישה המרקסיסטית	
24	3.2 הריאליזם האמריקני	
27	3.3 ההשלכות של הריאליזם המשפטי	
31	אתיקה, פילוסופיה פוליטית ומשפט	4
32	4.1 חירות ועקרון הנזק	
34	4.2 עקרון הניטרליות	
38	סיכום	5
39	תרגילים	6
41	תשובות	7
43	לקריאה נוספת	

פרק 1: מבוא

מזמן שהחלו בני אדם לגור בקבוצה היה עליהם לאמץ כללים שיכוונו את התנהגותם כדי שיימנעו סכסוכים, ואם פרץ סכסוך - כדי שישדירו אותו ללא אלימות. מקצת הכללים המונעים או מסדירים סכסוכים נובעים מאופני התנהגות ביולוגיים שאפשר למצוא גם אצל בעלי חיים, כגון שמירה על טריטוריה. לעתים קרובות, חיות טריטוריאליות נמנעות בקפדנות מכניסה לטריטוריה של פרט אחר וכך הן נמנעות מסכסוך עם המחזיק הנוכחי בטריטוריה. כללים אחרים המונעים או מסדירים את הסכסוכים הללו הם כללים חברתיים, כגון החובה לקיים הבטחות, לחבוש כיפה בכניסה לבית כנסת, להסיר את הכובע בכניסה לכנסייה או להעניק זכות קדימה לנשים במדרכה צרה. חלק נוסף מן הכללים הללו הם כללים משפטיים הנאכפים על ידי רשויות ציבוריות, נדונים בבתי משפט ומוסדרים באופן מרכזי: איסור על גניבה ורצח, הסדרת פיצויים נזיקיים במקרים של רשלנות, אכיפה של חוזים. פילוסופיה של המשפט עוסקת בעיקר בכללים מן הסוג האחרון: כללים שקובעת רשות מרכזית בעלת סמכויות (בדרך כלל מדינה) ומיועדים לכוון את התנהגות הפרטים באופן שימנע או יסדיר סכסוכים.

הבנת המשפט דורשת הבנה של שתי מערכות מובחנות. מצד אחד, המשפט הוא מערכת נורמטיבית, דהיינו מערכת של כללים הקובעים מה הם הזכויות והחובות של פרטים, איך עליהם לפעול ומה מותר ומה אסור להם לעשות. מצד שני, המשפט הוא מערכת אכיפה וענישה - משטרה, בתי משפט, בתי סוהר - המבטיחה שהכללים יישמרו וקובעת מה יעשה לאנשים שהפרו את הכללים.

לכל מדינה בעולם יש מערכת חוקים משלה. מקצת מערכות המשפט הן דתיות. למשל, במדינות מוסלמיות אחדות שואבת מערכת המשפט את הנורמות שלה מן החוק המוסלמי - השריעה. באירופה המשפט הושפע מאוד משיטת המשפט הרומית המבוססת על קודקסים של חוקים, ואילו באנגליה התפתחה שיטה משפטית הקרויה המשפט המקובל (common law), המבוססת על תקדימים. השיטה האנגלית השפיעה השפעה דרמטית על שיטת המשפט האמריקנית, הקנדית, ההודית, האוסטרלית וגם הישראלית. שיטות משפט שונות נבדלות זו מזו גם בתכנים של הנורמות וגם באופני הפרשנות של החוקים ובמקורות המשפטיים והתרבותיים שהן שואבות מהם. לעתים, התנהגות מותרת במדינה אחת ואסורה במדינה אחרת (עישון מריחואנה או מילת נשים). כמה מן האיסורים (עישון מריחואנה או ריבוי נשים, למשל) אינם נאכפים במדינות אחדות ונאכפים בקפדנות במדינות אחרות.

התיאוריה של המשפט עוסקת בין היתר בשאלה מהו המשפט, מה אופיין של נורמות משפטיות ומה מבחין בינן לנורמות אחרות. חוקרי תיאוריה של המשפט מקבוצת החוקרים הנקראים "פוזיטיביסטים" טוענים כי המשפט הוא מערכת כללים הנקבעת באופן טיפוסי באמצעות החלטות של מחוקקים או של שופטים. למשל, בישראל נקבעים כללי המשפט על ידי המחוקקים (בכנסת) ועל ידי בתי המשפט. חוקרים אחרים - הנקראים אנשי "משפט הטבע" - סוברים שהמשפט הוא מערכת כללים המקיימים דרישות מוסריות או תבוניות. ואילו החוקרים ה"מרקסיסטים" רואים במשפט כלי המיועד לשימור יחסי הכוחות בין בעלי ההון לעובדים, ולדעתם המשפט תומך בסדר החברתי משום שהוא בונה אשליה שלפיה הסדר החברתי הוא צודק או טבעי. אנשי "הריאליזם המשפטי" וכן אנשי "הגישה הביקורתית למשפט" רואים במשפט תופעה אידיאולוגית-פוליטית. בחוברת זו נבחן את התיאוריות הללו ותיאוריות אחרות, ונדון בשאלה מהם גבולות המשפט: באילו תחומים ראוי שהמשפט לא יעסוק. למשל, נציג את העמדה הליברלית שלפיה המשפט צריך להסדיר רק התנהגות הגורמת נזק לזולת ולא התנהגות בלתי מוסרית כשלעצמה, כגון הפרת הבטחות או התנהגות הגורמת נזק לאדם עצמו.

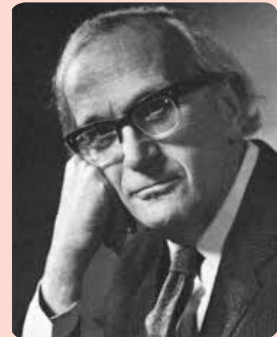
פרק 2: המשפט כמערכת נורמות: משפט חברה וצדק

"מה הוא המשפט?" שואל הפילוסוף האנגלי בן המאה העשרים הל"א הארט (H.L.A. Hart) בפתח ספרו המפורסם "מושג המשפט" (The Concept of Law).

הל"א הארט (1907-1992) (H.L.A. Hart)

פילוסוף אנגלי שלימד באוניברסיטת אוקספורד והיה ממעצבי החשיבה הפילוסופית על המשפט במאה העשרים. הוא היה מעורב בשורה של יסודות פוליטיים ציבוריים באנגליה, ובכללם למשל יסודות על רפורמות בחקיקה שביטלו את האיסורים הפליליים על הומוסקסואליות. תרומתו העיקרית לתיאוריה של המשפט הייתה הגנתו על עמדה פוזיטיביסטית שלפיה המשפט הוא קונוונציה חברתית.

מקור התמונה: ויקיפדיה. בעל זכויות היוצרים: Robespierre 7. זכויות יוצרים common creators.



התשובה, המשקפת ככל הנראה את האמונה המשותפת למרבית המשפטנים וגם להדיוטות, היא שהמשפט הוא מערכת של כללים האמורים להנחות את התנהגותם של פרטים. למשל, החוק הפלילי אוסר על גניבה ומהפרטים מצפים לא לגנוב. בצד המשפט הפלילי, גם המשפט האזרחי (הכולל הן את דיני החוזים הן את דיני הנזיקין) מכווון את התנהגותם של פרטים. הרוצים להתקשר בחוזה חייבים לקיים את דרישות דיני החוזים. כדי להימנע מחובת תשלום פיצויים לניזוקים, על הפרטים לפעול בהתאם לדיני הנזיקין, שאם לא כן יחויבו בפיצוי על נזקים שגרמו. בדרך כלל, אפשר לזהות כללים אלה משום שהם מבוססים על מקורות משפטיים מוכרים, כגון חוקים או תקדימים. כאשר שופטים מחליטים החלטה או כאשר עורכי דין מנסחים טיעון הם נסמכים על חוקים ועל תקדימים המאפשרים להם לזהות מהן הנורמות התקפות בתוך המערכת המשפטית שהם פועלים בה. למשל, כאשר שופטים מרשיעים נאשמים בגניבה הם מזהים נורמה האוסרת על גניבה. נורמה זו נכללת לרוב בחוק העונשין ותקפותה המשפטית נגזרת מכך שהמחוקקים חוקקו אותה בהליך המוסדר אף הוא בחוק. כללי משפט אלה נהנים בדרך כלל מעליונות על כללים אחרים והם נאכפים על ידי מוסדות המיועדים לכך: המשטרה ובתי המשפט.

מתיאור זה ברור כי לא כל מערכת כללים היא משפט. כללי נימוס, כללי מוסר או כללי משחק (כגון כדורגל או כדורסל) הם גם מערכות כללים המנחות התנהגות ועם זאת אינם חלק מן המשפט. כללי נימוס וכללי המוסר למשל אינם כללים משפטיים בין היתר משום שאין מקור מחייב הקובע מהם כללי

המוסר הנכונים. אין וככל הנראה גם לא יכול להיות בית משפט לנימוס או בית משפט למוסר אשר יקבע אם הופר כלל נימוס או כלל מוסר. לפיכך, אם מקבלים את ההנחה שהמשפט הוא מערכת של כללים המנחה התנהגות, אפשר לנסח את השאלה "מה הוא משפט" בדיוק רב יותר ולשאול: מה מייחד את כללי המשפט דווקא? באילו אופנים - אם בכלל - כללי המשפט שונים מכללים של מערכות נורמות אחרות?

כאשר אלה השואלים שאלה זו הם פילוסופים, הם אינם שואלים אותה מנקודת מבטה של שיטת משפט מסוימת או מנקודת מבטה של מדינה מסוימת. לעתים קרובות, המשפטן הישראלי חייב לפתח קריטריון לזיהוי של נורמה משפטית תקפה בשיטת המשפט הישראלית. על פי רוב, נורמות משפטיות של המשפט הישראלי כוללות חוקים שחוקקה הכנסת, תקנות שהתקינו גופים בעלי סמכות מתאימה (למשל עיריות, שרים או בנק ישראל) וגם פסקי דין שפסקו בתי משפט ישראליים. החוקים, התקנות ופסקי הדין הללו תקפים רק בישראל והם משתנים מעת לעת. הפילוסוף, לעומת זאת, שואל שאלות על מהות המשפט ככה. במילים אחרות, הפילוסוף שואל למשל **מה הם התנאים לתוקפה המשפטי של נורמה כלשהי בשיטת משפט כלשהי**. הפילוסוף יכול לשאול למשל אם נורמה משפטית היא רק פונקציה של כללים הנוהגים בחברה או בקהילת השופטים (מוסכמות) או אולי נורמה משפטית חייבת לקיים גם דרישות נוספות, כגון התאמה לכללי מוסר. האם המשפט הוא ביסודו מוסכמה אנושית המבוססת אך ורק על החלטות של בני אדם או על פרקטיקות נהוגות, או הוא מבוסס בהכרח גם על עקרונות של צדק?



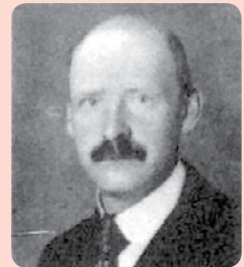
דוגמה: מערכת המשפט הנאצית

היו שטענו שמערכת הנורמות של המשפט הנאצי איננה מערכת משפט משום שהיא אינה מתיישבת עם עקרונות יסוד מוסריים. המשפטן הגרמני רדברוך (Gustav Radbruch) פיתח טענה זו וגרס כי על שופטים להתעלם מחוקים המתנגשים התנגשות קיצונית עם עקרונות מוסר מכיוון שחוקים אלה אינם תקפים מבחינה משפטית. לאחר איחוד גרמניה עלתה טענה זו גם במשפטים שנערכו לחיילי גרמניה המזרחית אשר הואשמו ברצח אזרחים שניסו להימלט למערב. טענת ההגנה של חיילים אלה הייתה שהם פעלו בהתאם לחוק שהיה תקף בגרמניה המזרחית, וכי על פי עקרונות שלטון החוק לא ניתן להרשיע אדם בעבירה פלילית בגין פעולה שהייתה חוקית בזמן שבוצעה (אין מחילים את החוק הפלילי רטרואקטיבית). עמדתו של רדברוך יכולה לפתור לכאורה דילמה זו, שכן לפי עמדתו הירי במלטים איננו רק בלתי מוסרי אלא גם בלתי חוקי: מכיוון שהירי אינו מוסרי הוא **בהכרח** אינו חוקי.

גוסטב רדברוך (1878-1949) (Gustav Radbruch)

משפטן גרמני שכיהן כשר המשפטים בתקופת רפובליקת ויימאר.

מקור: ויקיפדיה. שימוש חופשי.



שאלה חשובה אחרת היא אם ראוי שאנשים יצייתו לחוק או ייקחו אותו בחשבון לא רק מטעמים אנוכיים כמו רצון להימנע מעונש, אלא מטעמים עקרוניים או מוסריים. לעתים קרובות אנשים סבורים כי המשפט מנחה אותם איך ראוי להתנהג, כלומר המשפט מספק **טעמים** (הצדקות) **לעשות מעשה** (למשל לשלם מיסים) **או לא לעשות מעשה** (למשל לא לעבור באור אדום). במילים אחרות, הנורמה המשפטית צריכה לכוון את התנהגותם של בני אדם.

אבל עמדה זו מעלה את השאלה: כיצד מספק המשפט טעמים לפעולה? התיאורטיקנים של המשפט עסקו לא אחת בהשוואה בין כללים משפטיים לכללים אחרים, כגון כללי מוסר או כללי משחק, שאף הם מכוונים את התנהגות הפרטים וקובעים מה מותר ומה אסור לעשות. כמו כללי המשפט, כללי המוסר אינם וולונטריים; אף שאדם יכול לפעול בדרך לא מוסרית אין הוא יכול להשתחרר מן החובות המוסריות שלו. האם האופן שבו כללים משפטיים מכוונים את התנהגותם של בני האדם דומה לאופן שבו כללי מוסר עושים זאת? הבדל עיקרי אחד ביניהם הוא כי במובחן מכללי המשפט, כללי מוסר בדרך כלל אינם נאכפים באופן שיטתי-ריכוזי או מוסדי: אין בחברה - וככל הנראה גם לא יכול להיות - בית משפט מוסמך למוסר.

גם כללי משחק, כגון משחק הכדורגל, מכוונים את דרכי פעולתם של השחקנים. בדומה למערכת בתי המשפט, יש מוסדות המוסמכים להכריע בסכסוכים הנוגעים לכללי משחק. למשל, במשחק הכדורגל השופט והקוונים מחליטים אם השחקנים נהגו בהתאם לכללים. אבל כללי משחק - במובחן מכללי משפט וכללי המוסר - מכוונים רק את התנהגותם של שחקנים הבוחרים להשתתף במשחק ואינם מחייבים אנשים שאינם רוצים לשחק: שלא ככללי המשפט או כללי המוסר, סמכותם של כללי הכדורגל נובעת מהסכמה מפורשת או משתמעת של המשתתפים במשחק. בכך שונים כללי המשפט באופן מהותי הן מכללי המוסר הן מכללי המשחק.

דומה גם שהמשפט תובע לעצמו בהכרח **לגיטימיות וסמכות** לכוון את התנהגותם של בני אדם. המשפט לא רק מטיל סנקציות, אלא הוא נוטל לעצמו את הסמכות לקבוע מה מותר ומה אסור. אבל מהו - אם בכלל - הבסיס לתביעה זו? האם התביעה מוצדקת? מה הופך את הנורמה המשפטית לנורמה ראויה שיש לפעול לפיה? לבסוף, המשפט מבוסס על טקסטים משפטיים **המעלים טיעונים**, למשל בפסקי דין. מהו מעמדם של טיעונים אלה? האם יש אופני מחשבה או לוגיקה משפטית ייחודיים לטיעונים אלה, השונים מאופני המחשבה הנוגעים לטיעונים בתחום המוסר או לתחומי ידע אחרים?

שאלות אלה ודומות להן הן שאלות טיפוסיות בתחום הפילוסופיה של המשפט. כפי שפילוסופים של המדע שואלים שאלות על המדע ופילוסופים של הדת שואלים שאלות על הדת, כך שואלים פילוסופים של המשפט שאלות על מהות המשפט. יתרה מזו: התשובות השונות לשאלות אלה שונות פילוסופים של המדע ושל הדת מצד אחד ושל המשפט מצד שני אף הן דומות זו לזו. למשל, יש פילוסופים של המדע המאפיינים את המדע במונחים של כללים רציונליים המכוונים את צבירת הידע האנושי (קרל פופר למשל). לעומתם יש פילוסופים ביקורתיים של המדע הרואים במדע פרקטיקה חברתית שקהילת המדענים מכוננת ולא מבנה לוגי תיאורטי. למשל, בספרו "מהפכות מדעיות" מסביר תומס קון (Thomas Kuhn) את המדע במונחים של יחסיהם של חברי הקהילה המדעית בינם לבין עצמם. כפי שנראה להלן, תשובות דומות מאוד עונים גם פילוסופים של המשפט: יש הרואים במשפט מערכת לוגית של כללים המקיימים דרישות מסוימות של קוהרנטיות ושל רציונליות, ואחרים מדגישים את קיומה של קהילת משפטנים המאמצים פרקטיקות התנהגות שאותן אנו מכנים 'משפט'.



תומס קון (1996-1922) (Thomas Kuhn)

פיזיקאי, פילוסוף של המדע והיסטוריון אמריקני. הוא סבר כי תחומים מדעיים עוברים מדי פעם תקופות של שינוי פרדיגמה יסודי או כלשונו "מהפכות מדעיות" (בניגוד לשינויים אטטיים בתקופות של "מדע נורמלי" או "מדע תקיני"). הוא טען גם שמהפכות מדעיות אינן מתחייבות רק משיקולי רציונליות. שינוי פרדיגמה דומה יותר להמרת דת מאשר לשכנוע המבוסס על עובדות או על ניסויים. מקור: ויקיפדיה. שימוש חופשי.

הקושי הבסיסי לתת תשובות מספקות לשאלות אלה באשר למשפט מעוגן באופי הכפול של המשפט. מצד אחד, המשפט הוא מערכת מוסדית המערבת כוח, ענישה, שלטון ושירות המופעלת על ידי מוסדות כגון משטרה, בתי משפט ובתי סוהר. מצד שני, המשפט הוא מערכת הדנה ועוסקת בצדק, בהיגיון, ברציונליות, בזכויות וחובות ועוד. על פי רוב (ויש שיאמרו - בהכרח), המשפט מערב שאלות של אכיפה כוחנית של כללים שקובעים המוסדות הפוליטיים. מנגד, המשפט משתמש שימוש נרחב במונחים מוסריים של מותר ואסור, זכויות וחובות, צדק, הגינות, אחריות, אשמה, תום לב, תבונה ועוד. נשאלת אפוא השאלה, מה היחס בין המרכיבים הללו וכיצד - אם בכלל - אפשר ליישב בין הממדים השונים של המשפט?

ויכוח חשוב אחד בפילוסופיה של המשפט יעסיק אותנו ביתרת פרק זה: הוויכוח בין תיאוריות המכונות פוזיטיביסטיות, המדגישות את הצדדים הכוחניים-שירותיים והמוסדיים של המשפט, לבין תיאוריות של משפט הטבע, המדגישות את האספקטים המוסריים-תבוניים של המשפט ואת תפקידו בעשיית צדק.

2.1 | פוזיטיביזם

הפוזיטיביסטים מאמינים כי נורמות משפטיות הן בעיקרו של דבר מוסכמות שקובעים בעלי סמכות, דהיינו, מבוססות אך ורק על החלטות של פרטים: מחוקקים, שופטים, אנשי ציבור וכיוצא באלה. מכאן שלדעת הפוזיטיביסטים יש הפרדה חדה בין השאלה אם מערכת נורמות היא משפט או נורמה מסוימת בתוך מערכת משפטית כלשהי היא נורמה תקפה, לבין השאלה אם המערכת הזו או הנורמה הזו היא מערכת או נורמה מוסרית או רציונלית. לטעמם, המחוקק יכול לחוקק חוקים בלתי צודקים והשופט יכול להחליט החלטות משפטיות בלתי צודקות משום שחוק ומוסר הם מושגים מובחנים ובלתי תלויים זה בזה.

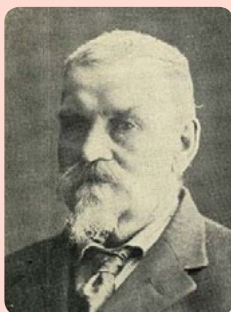
איש מבין התיאורטיקנים השונים, ובכלל זה הפוזיטיביסטים, אינו חולק שיש קשרים הדוקים בין המשפט למוסר. כך למשל, ברור לכול כי מחוקקים צריכים לחוקק חוקים ראויים מבחינה מוסרית וכי השופטים צריכים במידת האפשר להחליט החלטות המתיישבות עם המוסר. ברור גם כי כעניין סוציולוגי, האמונות המקובלות בחברה באשר למוסר (מוסר נוהג) משפיעות השפעה של ממש על הכללים המשפטיים. אין זה מקרי שבישראל יש מגבלות משפטיות על גידול חזירים; מגבלות אלה נוצרו בשל תחושתם של רבים שאסור ליהודים לאכול חזיר. ואולם הפוזיטיביסטים מתייחדים בכך שהם שוללים את הטענה שלפיה המשפט הוא בהכרח מוסרי. לדעתם, קיומה של מערכת משפטית איננו מותנה במוסריותה והתוקף המשפטי של נורמה איננו תלוי בשאלה אם הנורמה היא מוסרית.

חשוב לציין כי כאשר אנו מדברים על מוסר אנו מדברים על מה שמכונה לעתים "מוסר ביקורתי", דהיינו לא על אמונות של פרטים המתיחסות לשאלה מה מוסרי אלא על השאלה מה **באמת** מוסרי. הנחת היסוד היא כי לשאלה "איך צריך לנהוג באופן מוסרי?" יש תשובה נכונה ואפשר לגלות אותה באמצעות התבונה.

לדעת הפוזיטיביסטים, התוקף המשפטי של נורמה תלוי אך ורק בשאלות עובדתיות-היסטוריות או סוציולוגיות: אם הנורמה התקבלה בחדר המכונה פרלמנט בעקבות הרמת ידיים (או לחיצה על כפתור) של אנשים המכונים חברי פרלמנט אשר הרימו את ידיהם באקט המכונה הצבעה, לאחר שאדם המכונה יושב ראש ויושב על כיסא גבוה נקש בפטישו על השולחן, הקריא את הטקסט והכריז על הצבעה. מכאן גם נגזר כי מן העובדה שיש חובה משפטית לא נובע שראוי או אפילו מותר - כעניין מוסרי - לפעול בהתאם לחובה זו.

התיאוריות הפוזיטיביסטיות של המשפט פותחו עקב האמונה כי שאלות מוסריות הן שאלות שנויות במחלוקת, ועל כן אינן יכולות לשמש קריטריון לתוקפן של נורמות משפטיות, אשר חייבות ככלל להיות פומביות ואשר אפשר לבסס אותן באופן מדעי (באמצעות עיון בטקסטים שהם המקורות המשפטיים המחייבים). אם הנורמות המשפטיות חייבות להיות מוסריות, כי אז מחלוקות באשר למוסר ישתקפו בהכרח גם במשפט. אי-ההסכמה הנוגעת למוסר "תזלוג" אל תוך המשפט ותביא לאי-ודאות משפטית, והתוצאה תהיה פגיעה בוודאות המשפטית, כלומר שופטים שונים יפסקו בדרך שונה על אותה עבירה, בהתאם לאמות המוסר שלהם.

שלוש מעמדות המפתח של הפוזיטיביזם הן עמדותיהם של ג'ון אוסטין (John Austin), האנס קלזן (Hans Kelsen) והל"א הארט שהוזכר קודם. אציג בקצרה את העמדות הללו.



ג'ון אוסטין (1859-1790) (John Austin)

פילוסוף אנגלי שהושפע מאוד מן הפילוסופיה התועלתנית של ג'רמי בנתאם בן המאה השמונה-עשרה, שאף הוא היה פילוסוף ומשפטן אנגלי. אוסטין מפורסם בעיקר בשל ספרו "תחום תורת המשפט" (The Province of Jurisprudence), אשר הגן לראשונה בשיטתיות על גישה פוזיטיביסטית למשפט. הוא השפיע השפעה רבה על הפילוסופיה האנגלו-אמריקנית של המשפט במאה העשרים.

מקור ויקיפדיה. חופשי לשימוש.

אוסטין סבר כי חוקים הם פקודות כלליות של הריבון לנתיניו; פקודות הן "הבעות רצון" של אדם אחד כלפי אדם אחר הנתמכות באיום אפקטיבי בענישה, וריבון הוא אדם או גוף אשר מרבית חברי הקהילה נוטים לציית לו והוא איננו נוטה לציית לאיש. על פי עמדה זו, הבחינה אם נורמה היא משפטית אם לאו מבוססת על עובדות סוציולוגיות: נורמה היא משפטית אם מדובר בהבעת רצון כללית המגובה בענישה אפקטיבית ומקורה בריבון. השאלה מה תוכן הפקודה, ובמיוחד אם הפקודה היא מוסרית או לא, איננה רלוונטית לשאלה אם הנורמה היא נורמה משפטית תקפה.

האם יכולה תיאוריה כשל אוסטין להשיב על השאלות שהעלינו קודם? אין ספק שהתיאוריה מסבירה היטב את ההיבטים הכוחניים של המשפט. היא מסבירה היטב גם כיצד המשפט מכונן או מנחה את התנהגות הפרטים: אי-ציית מביא בעקבותיו ענישה והפרטים חוששים מהעונש.

עם זאת, התיאוריה של אוסטין מתקשה להסביר את התביעה ללגיטימיות של המשפט. אם המשפט איננו אלא צבר של פקודות, מה מסביר את ההבדל בין ההוראה של השודד לפקודה של הריבון? במה - אם בכלל - נבדל גוֹבָה המס מן השודד, שהרי שניהם חפצים בכספנו ולשניהם הכוח לאיים בסנקציה. אם יש הבדל בין השניים בתיאוריה של אוסטין, ההבדל הוא רק שגובה המס, הפועל על פי הנחיות הריבון, הוא שודד יעיל יותר משום שהריבון מטיל את חיתתו לא רק על אדם בודד בנקודת זמן כלשהי אלא על קהילת בני אדם לאורך זמן. באיזון העדין שנדון לעיל בין המשפט כמערכת כוחנית שרירותית המטילה את חיתתה על קהילה פוליטית לבין המשפט כמערכת כללי צדק, היגיון ורציונליות - העמדה של אוסטין נוטה לכיוון הצד הכוחני-שרירותי של המשפט. לפיכך היא איננה יכולה להסביר מדוע המשפט נתפס כקשור בטבורו לשאלות של צדק, של זכויות, של חובות או של תבונה.

פוזיטיביסט ידוע אחר, האנס קלזן, פיתח את מה שמכונה "התיאוריה הטהורה של המשפט" (pure theory of law).

האנס קלזן (1881-1973) (Hans Kelsen)

פילוסוף ומשפטן חוקתי אוסטרי. השפעתו ניכרת בשורה של תחומים, ובכללם פילוסופיה פוליטית, משפט ציבורי, משפט בין-לאומי וכן פילוסופיה של המשפט. בין היתר הוא כתב את הטייטה של החוקה האוסטרית בשנת 1920 וכן מונה להיות שופט בית המשפט החוקתי האוסטרי. הוא היה ההוגה הראשון של רעיון בתי המשפט החוקתיים באירופה, שתפקידם יהיה לבחון את החוקתיות של חוקים. בתי המשפט חוקתיים מקובלים כיום בגרמניה ובצרפת ובמדינות רבות נוספות באירופה. במלחמת העולם השנייה נמלט קלזן לשווייץ ולארצות הברית. ספרו *The Pure Theory of Law* הוא ספרו החשוב ביותר בנושא פילוסופיה של המשפט.

האנס קלזן. שימוש חופשי. הפסל: Ferdinand Welz, הצלם: Hubertl.



קלזן סבר כי יש להבחין בבירור בין המשפט לבין עובדות חברתיות מצד אחד ובין נורמות מוסריות מצד שני. המשפט הוא צבר של נורמות בעלות מבנה לוגי מסוים ומיוחד רק להן ואי-אפשר להסבירן (לעשות רדוקציה) במונחי עובדות חברתיות או במונחים של נורמות מוסריות. במילים אחרות, כשאנו שואלים אם נורמה משפטית תקפה איננו שואלים שאלות בדבר מוסריותה של הנורמה או בדבר ההשפעה של הנורמה על התנהגותם של פרטים. מכאן גם שמה של התיאוריה של קלזן: התיאוריה הטהורה של המשפט - תיאוריה אשר איננה מסבירה את המשפט במונחים של עובדות חברתיות (למשל החלטות של המחוקק או של השופטים) או במונחים מוסריים (למשל הנורמה צודקת).

בדומה למוסר, נורמות משפטיות הן פסוקים נורמטיביים (ought statements) - פסוקים הקובעים איך עלינו לנהוג, למשל פסוקים כגון 'אסור לרצוח' או 'צריך לעזור לעניים'. אולם כשם שנורמות של נימוס - למשל להודות למלצר במסעדה או לברך לשלום את האורחים - אינן נורמות מוסריות ביסודן אף שהן מדריכות אותנו כיצד לנהוג, כך גם נורמות משפטיות אינן נורמות מוסריות. נורמות משפטיות הן נורמות מסוג מיוחד אשר אי-אפשר להסביר אותן או לנסח אותן במונחים של מוסר או במונחים של עובדות חברתיות.

קלזן אימץ את העמדה של הפילוסוף הסקוטי בן המאה השמונה-עשרה דיוויד יום (David Hume), שלפיה פסוקים נורמטיביים - פסוקי ought מכל סוג שהוא - אינם יכולים להיגזר מפסוקי עובדה. פסוקים נורמטיביים הם פסוקים הקובעים איך עלינו לפעול, למשל: צריך לקיים הבטחות, ההגיונות מחייבת לסייע לחבר בשעת מצוקה או אסור לפגוע בחבר. פסוקי עובדה, לעומת זאת, הם פסוקים המתארים את המציאות. טענתו של דיוויד יום הייתה כי שום פסוק המציין עובדה (למשל יורד גשם או התפוח הוא ירוק) אינו יכול להנביע פסוק נורמטיבי (למשל, ראוי לעזור לעניים או אסור לרצוח). כך

למשל, את הטענה הנורמטיבית **שראוי** להאכיל אנשים רעבים אי-אפשר להסיק מן הטענה העובדתית שאנשים נזקקים לאוכל כדי להתקיים. כדי להסיק מסקנה זו יש להניח טענת ought נוספת, שלפיה ראוי לאפשר לאנשים להתקיים. גם פסוק כמו 'חיי האדם קדושים' איננו יכול להנביע פסוק ought. אם במילים 'החיים מקודשים' אנו מתכוונים לטענה עובדתית כמו 'אלוהים ברא את האדם', הרי מעובדה זו בלבד לא נגזרת מסקנה נורמטיבית כלשהי. אם לעומת זאת הטענה 'חיי אדם קדושים' היא טענה שיש בה מרכיב נורמטיבי, כמו 'ראוי לסייע לאנשים לחיות', הרי מדובר בטענה נורמטיבית (טענת ought) וממנה יכולות להיגזר טענות נורמטיביות, גרס יום.



דיוויד יום. מקור: ויקיפדיה. שימוש חופשי.

קלזן האמין בקיום המובחן של נורמות משפטיות, ונורמות אלה - כפי שסבר יום - אינן יכולות להיגזר מעובדות. נשאלת השאלה: מהיכן שואבות נורמות אלה את כוחן? לדעתו של קלזן, התשובה לשאלה זו היא שנורמה משפטית שואבת תמיד את כוחה מנורמה אחרת, גבוהה יותר בהיררכיה הנורמטיבית. למשל, כאשר השוטר עוצר את הנהג הוא שואב את סמכותו לעצור את הנהג מתקנות התעבורה שהתקין השר. נורמות התעבורה מצדן שואבות את כוחן הנורמטיבי מהחוק המסמיך את שר התעבורה להתקין תקנות והחוק המסמיך שואב את כוחו מכוחה של הכנסת לחוקק, המעוגן בחוק יסוד הכנסת. לפיכך, בחינת התוקף המשפטי של נורמה מחייבת "טיפוס" בפירמידת הנורמות של קלזן. הנורמות המשפטיות מכוננות סדר היררכי, שבו נורמה אחת יונקת את כוחה מנורמה אחרת. עם זאת, טיפוס זה איננו אין-סופי. בסופו של דבר נידרש להניח את קיומה של נורמה עליונה או נורמה בסיסית (בגרמנית Grundnorm). נורמה זו היא המסבירה את אחדות המערכת המשפטית. שתי נורמות משפטיות שייכות לאותה מערכת משפטית אם שתיהן נובעות מאותה נורמה בסיסית ותקפותן המשפטית היא פונקציה של העובדה שהן נגזרות מנורמה בסיסית זו. לדוגמה, בשיטת המשפט הישראלית, הנורמה הבסיסית היא נורמה הקובעת שיש לציית לכל נורמה הנגזרת ישירות או בעקיפין מחוקי היסוד. באנגליה הנורמה הבסיסית היא שיש לציית לכל חוק שחוקק הפרלמנט, ואילו בארצות הברית הנורמה הבסיסית תובעת ציות לכל חוק של הקונגרס המתיישב עם עקרונות החוקה.

הפילוסוף האנגלי הל"א הארט פיתח תיאוריה שיש לה זיקה לתיאוריה של קלזן. אלא שהארט, בניגוד לקלזן, דחה את התיאוריה הטהורה של המשפט וסבר כי המשפט איננו תופעה נורמטיבית טהורה אלא הוא מעוגן, ואפשר להסביר אותו במונחים של עובדות חברתיות ובמיוחד בהתנהגות של שופטים. הארט סבר כי תנאי לתוקפה המשפטי של נורמה הוא שהיא מזוהה ישירות או בעקיפין באמצעות כלל חברתי מסוג מסוים, שהארט מכנה כלל הזיהוי (rule of recognition). כלל הזיהוי של הארט אינו נורמה מופשטת בלבד כמו הנורמה הבסיסית של קלזן, אלא הוא כלל נוהג - כלל שהשופטים נוהגים לפיו. כדי לפתח את התיאוריה שלו פיתח הארט שני מושגים עיקריים: כלל חברתי או מוסכמה וכן הבחנה בין כללים ראשוניים לכללים משניים.

כלל חברתי (social rule) מובחן **מנוהג חברתי** (social habit). נוהג הוא כלל שאנשים נוהגים לפיו אולם הפרת הנוהג אינה מלווה בסנקציה חברתית. האנגלים למשל נוהגים לשתות תה של אחר הצהרים, אולם הפרת נוהג זה איננה מלווה בענישה. איש אינו שותה תה משום שהוא סבור כי ראוי לשתות תה או כי אי שתיית תה היא מעשה בלתי ראוי. מנגד, כלל חברתי הוא נוהג שאנשים פועלים לפיו **משום שהם סבורים** שכך ראוי לנהוג - חבישת כיפה בבית כנסת, למשל. המאפיין את הכלל החברתי הוא שיש בו מרכיב של שרירותיות (שהרי יכול היה ללא ספק להתפתח כלל אחר) ושל כוונות (שכן הפרה של כלל חברתי מעוררת לעתים קרובות סנקציות חברתיות). ועם זאת, יש בכלל החברתי גם מרכיב נורמטיבי,

שהרי בניגוד לנוהג כמו שתיית תה, אנו סבורים כי מי שמסרב לחבוש כיפה בהיכנסו לבית כנסת נוהג באופן פסול. לסיכום, כלל חברתי הוא כלל שמרבית הפרטים נוהגים לפיו לא "סתם" או כי הם חפצים בכך אלא **משום שהם סבורים שראוי לנהוג לפיו**; נוסף על כך, **הם נוהגים לגנות את מי שמפר אותו**.

כלל המנחה התנהגות של פרטים - בדומה לכללים 'לא לגנוב', 'חבוש כיפה בהיכנסך לבית הכנסת' ו'סעו בצד ימין של הכביש' - נקרא **כלל ראשוני**. כלל המאפשר לנו לזהות או לשנות כלל חברתי מסדר ראשון נקרא **כלל משני**. כך למשל, הכלל הקובע כי התשלום לשם חברות באגודה כלשהי הוא 100 ₪ הוא כלל ראשוני המנחה את החברים לשלם דמי חברות. לעומת זאת, הכלל הקובע כי דמי החברות קבועים בתקנון האגודה הוא כלל משני המאפשר לחברים לדעת מהו גובה דמי החברות. גם הכלל הקובע כי הנהלת האגודה רשאית לקבוע את גובה התשלום של חברי האגודה הוא כלל משני המאפשר להנהלת האגודה לשנות את דמי החברות. בהקשר המשפטי, הכללים הקובעים כי הפרלמנט הוא המחוקק חוקים או כי הפרלמנט יכול לבטל, לשנות או לחוקק חוקים הם כללים מסדר שני משום שאינם קובעים מהי ההתנהגות הראויה אלא קובעים כיצד אפשר לזהות מה הם חוקים (להתבונן בפרוטוקולים של הפרלמנט) או כיצד לשנות כללים מסדר ראשון (באמצעות הצבעה בפרלמנט).

המונחים כלל חברתי וכלל משני מאפשרים לנו להבין טוב יותר את אופייה של **המערכת המשפטית**. לדעתו של הארט, כלל משפטי תקף הוא כלל הנגזר מהכלל החברתי המשני "כלל הזיהוי" (rule of recognition). כלל הזיהוי (המשפטי), שהוא כלל חברתי, מזהה את הכללים מסדר ראשון, והכללים שהוא מזהה הם כללי המשפט. למשל, כלל הזיהוי הנוהג בשיטת המשפט הישראלית הוא כי כל נורמה שהכנסת חוקקה ואשר איננה מתנגשת עם חוקי היסוד היא נורמה משפטית תקפה. בתי המשפט בישראל רואים בכלל משני זה (כאמור, כלל משני מאפשר לזהות את הכללים מסדר ראשון) נורמה מחייבת ונוטים לגנות שופטים שאינם נוהגים לפי נורמה זו. לכן כלל הזיהוי הוא כלל חברתי - דהיינו כלל אשר הסטייה ממנו גוררת גינוי חברתי בקהילת השופטים - אשר קובע הליך לזיהוי נורמות התנהגות מסדר ראשון. כל כלל המזוהה על ידי כלל הזיהוי הוא כלל משפטי תקף בתוך השיטה המשפטית.

עמדתו של הארט היא פוזיטיביסטית משום שהתקפות המשפטית של הנורמות אינה נשענת על מוסריותן. ואולם בניגוד לאוסטין ובדומה לקלזן יכול הארט להסביר מדוע המשפט משתמש בלשון נורמטיבית: המשפט משתמש בלשון נורמטיבית משום שהוא מבוסס על אמונות של השופטים באשר לשאלה מה מוסרי ומה אינו מוסרי. לדעת השופטים, על הפרטים לפעול לפי הכללים שמזהה כלל הזיהוי; למשל, השופטים סבורים כי על הפרטים לפעול בהתאם לחוקי הכנסת.

אחת המסקנות החשובות של התיאוריה של הארט היא שיש החלטות של שופטים שאינן מתחייבות מן המשפט. במקרים מעין אלה אנו אומרים כי לשופטים יש "שיקול דעת". לשופטים יש שיקול דעת שיפוטי כאשר הטקסטים המשפטיים אינם קובעים תוצאה חד-משמעית, למשל בשל עמימות הכללים המשפטיים. במקרים אלה השופטים פועלים באופן חוץ משפטי, דהיינו החלטותיהם אינן נקבעות על ידי המשפט, ושיקולים של מוסר, של צדק או של יעילות עשויים להנחות את הכרעותיהם. למשל, הכלל "אסור לכלי רכב להיכנס לפארק" איננו מכריע אם אופניים רשאים או אינם רשאים להיכנס לפארק, משום שהמושג כלי רכב הוא מושג עמום ואופניים מצויים בשולי העמימות של המושג. הטענה שלכללים משפטיים יש **שולי עמימות** שבהם ההכרעה של השופט איננה נובעת מן המשפט מאפיינת רבות מן התיאוריות הפוזיטיביסטיות.



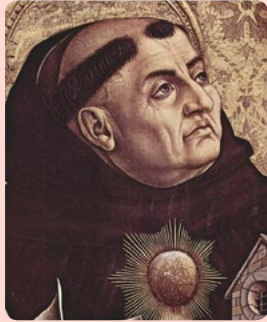
עמדתו של הארט איננה חפה מבעיות. הפילוסוף האמריקני רונלד דבורקין (Ronald Dworkin) ביקר נמרצות את הטענה שיש בכל שיטה משפטית כלל זיהוי יחיד המאפשר לזהות את הנורמות המשפטיות. לדעת דבורקין, המשפט הרבה פחות מאורגן מכפי שהארט סבור, וכלל הזיהוי של הארט איננו מספק תשובה לשאלה מהו המשפט. דבורקין טען שהנורמות המשפטיות הן תוצר של הליכים פרשניים הממזגים פרקטיקות חברתיות עם עקרונות מוסר. המשפט איננו פונקציה של כלל יחיד אלא הוא דומה יותר לרשת של כללים המתאפיינת - במילותיו של דבורקין - בקוהרנטיות, דהיינו בתאימות או בלכידות אורגנית. כל שאלה משפטית חדשה צריכה להיפתר על בסיס ההתאמה של התשובה לעקרונות היסוד וללוגיקה הפנימית המאפיינת את השיטה.

עמדתו של דבורקין מציבה אתגר בפני הנחת היסוד של הפוזיטיביזם, שלפיה המשפט והמוסר מובחנים זה מזה. לפיכך נעבור לבחינה שיטתית יותר של התיאוריות המתחרות בפוזיטיביזם - תיאוריות משפט הטבע.

2.2 | משפט הטבע

בצד התיאוריות הפוזיטיביסטיות, תיאוריות אחרות גורסות כי יש קשר הכרחי בין משפט למוסר וכי התנאי לתקפותה של נורמה משפטית הוא התאמה בין הנורמה לבין המוסר. תיאוריות אלה - אשר היו התיאוריות הדומיננטיות בימי הביניים ונגדן יצאו אוסטין, קלזן והארט - מכונות תיאוריות של משפט הטבע (natural law theories). אנשי משפט הטבע גורסים כי כללי משפט הטבע הם נצחיים, אוניברסליים ומבוססים על צדק אלוהי או על טבע האדם (בגרסאות החילוניות). עקרונות הצדק הללו מטילים אילוצים על תוכן של נורמות משפטיות, ומכאן האמירה המזוהה יותר מכול עם עמדה זו: "חוק בלתי צודק איננו חוק" (בלטינית: Lex iniusta non est lex).

ההוגה החשוב ביותר שפיתח את התיאוריה הקלסית של משפט הטבע הוא תומס אקווינס (Thomas Aquinas).



תומס אקווינס (1225-1279) (Thomas Aquinas)

כומר איטלקי. הוא כתב טקסט מכונן הנקרא "מכלול התיאולוגיה" (Summa Theologica), ששימש בסיס לתיאולוגיה הנוצרית. אקווינס הושפע מאוד מאריסטו, פילוסוף יווני בן המאה הרביעית לפני הספירה. אקווינס השפיע השפעה מכרעת על התפתחות התיאולוגיה הנוצרית בימי הביניים ואחריהם בתחומים רבים, ובכללם מטפיזיקה, אתיקה, משפט ופילוסופיה פוליטית. מקור ויקיפדיה. שימוש חופשי.

אקווינס האמין בקיומו של משפט אלוהי שאת חלקו הגדול בני האדם אינם מסוגלים להבין. חוק הטבע הוא חלק מן המשפט האלוהי - אותו חלק אשר בני האדם הרציונליים מסוגלים להבין. הוא ניסח הגדרה קצרה וממצה של המשפט, האומרת שהמשפט הוא צו של תבונה המיועד לקדם את הטוב הכללי, אשר נקבע על ידי מי שמתפקידו לדאוג לקהילה ואשר הופך (או פורסם) כהלכה.

שורה ארוכה של טענות חשובות ושנויות במחלוקת מונחות בבסיס הגדרה זו. ראשית, המשפט הוא צו של תבונה ולא למשל ביטוי שרירותי של רצון אנושי או אלוהי. מכאן נובע כי אנו מסוגלים לתפוס את חוק הטבע בשכלנו. כמו כן, המשפט מיועד לקדם את הטוב הכללי ומכאן ההנחה שיש טוב כללי - טוב המשותף לכולנו - ושהמשפט הוא טלאולוגי (כלומר, מכוון מטרה), היינו מכוון להשיג תוצאות ראויות. תפיסה מסוג זה מסבירה היטב את הלגיטימיות של המשפט. ציוויים של המשפט נותנים לנו טעמים לפעולה משום שהמשפט הוא ביסודו של דבר נגזרת ישירה של המוסר האלוהי. דווקא הקשר הקרוב של המשפט למוסר מעורר קשיים להבין מה ייחודי במשפט וכיצד אפשר להסביר את האופי החברתי

שלו ואת הצורך להשתמש בכוח כדי להבטיח את האפקטיביות שלו. הוגי משפט הטבע כיום, ובמיוחד ממשיכיו הקתוליים של תומס אקווינס, עשו מאמצים רבים לפתח את תיאוריית משפט הטבע ולבססה.

ההוגה החשוב ביותר שאתגר את הפוזיטיביזם במהלך המאה העשרים איננו הוגה דעות קתולי אלא אותו פילוסוף אמריקני ליברלי וחילוני שהזכרנו קודם, רונלד דבורקין.



רונלד דבורקין (1931-2013) (Ronald Dworkin)

פילוסוף של המשפט ופילוסוף פוליטי אמריקני אשר לימד באוניברסיטת אוקספורד ובאוניברסיטת ניו יורק. נוסף על עבודתו בפילוסופיה של המשפט הוא ידוע גם בשל מסות פוליטיות פופולריות רבות שפרסם ב-New York Review of Books בנושאים שונים, כגון המתת חסד, אפליה חיובית ושוויון. נשיא בית המשפט העליון לשעבר בישראל השופט אהרון ברק נחשב לנושא דגל של גישתו של דבורקין.

מקור: ויקיפדיה. שימוש חופשי. זכויות יוצרים: David Shankbone



בתחילת דרכו פיתח דבורקין ביקורת מפורסמת על הארט. לדבריו, המשפט איננו בנוי רק מכללים (rules) הקובעים חד-משמעית תוצאות, אלא גם ממה שהוא כינה "עקרונות" (principles), שהם נורמות בעלות משקל נורמטיבי המשפיעות על התוצאה אך אינן בהכרח קובעות אותה. הנורמה 'אסור לנהוג במהירות גבוהה מ-100 קמ"ש' היא כלל המדריך את האזרח בבירור כיצד עליו לנהוג. ואולם הנורמה 'על הנהג לנהוג באופן סביר בהתאם לתנאי הדרך' היא עיקרון. ההבחנה בין כלל לבין עיקרון היא עניין של דרגה. יש נורמות שהן במובהק כללים, אחרות הן במובהק עקרונות ויש גם מקרי ביניים. לדעת דבורקין, על פי רוב העקרונות מחדירים ממד מוסרי לתוך השיטה המשפטית. כזה למשל סעיף 12(א) לחוק החוזים הישראלי, הקובע כי במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. המושג 'תום לב' מחדיר שיקולים מוסריים אל תוך לב דיני החוזים.

בהמשך דרכו פיתח דבורקין עמדה מרחיקת לכת עוד יותר. דרך אחת להסביר עמדה זו היא להיעזר באנלוגיה מפורסמת שדבורקין השתמש בה: סיפור השרשרת (the chain novel). קבוצת חברים מחליטה לכתוב סיפור בצוותא: הראשון יכתוב את הפרק הראשון, השני יכתוב את הפרק השני, השלישי יכתוב את הפרק השלישי וכן הלאה. כמובן, ייתכן שהכותב השני לא יהיה שבע רצון מן הפרק הראשון, אולם תפקידו יהיה לכתוב את הפרק השני הטוב ביותר **המתיישב עם הפרק הראשון**. הוא הדין בכותב השלישי: עליו לכתוב את הפרק השלישי הטוב ביותר **בהינתן שני הפרקים הראשונים**. לפיכך הפרקים המוקדמים מטילים אילוצים על הפרקים המאוחרים והכותבים המאוחרים אינם יכולים להתעלם מן האילוצים הללו.

הוא הדין במערכת המשפטית. השופט בשיטה משפטית איננו כותב את הפרק הראשון בשיטת המשפט; הוא איננו בונה שיטת משפט חדשה יש מאין אלא מפרש כללים של שיטה קיימת. בהיותו פרשן, השופט קשור בטבורו להחלטות משפטיות קודמות - בדומה לפרקים הקודמים בסיפור השרשרת. החלטות אלה בונות ציפיות לגיטימיות אצל פרטים ומשפיעות על התנהגותם ולכן יש להתחשב בהן. בצד האילוץ התובע מן השופט לפעול בהתאמה להחלטות קודמות ולשמר את הקוהרנטיות, על השופט לפרש את ההחלטות הקיימות באופן המקנה להן ערך מוסרי ומקדם צדק. לפיכך, על השופט להחליט את ההחלטה הטובה ביותר (המוסרית ביותר) **בהינתן האילוצים** שמכתיבות החלטות שיפוטיות קודמות. בהקשר סיפור השרשרת, הטוב ביותר הוא אסתטי: על המִסְפָּר השני והשלישי לכתוב את הסיפור המעניין ביותר בהינתן האילוצים של הפרק הראשון. בהקשר המשפטי, הטוב ביותר איננו אסתטי אלא מוסרי.

הפרשנות השיפוטית היא על כן תהליך המשלב מצד אחד אילוצים הנגזרים מהחלטות קודמות ומן הצד השני עקרונות מוסר אוניברסלי. זאת ועוד, האילוצים שהמוסכמות מטילות על החלטתו של השופט הם ביסודם אילוצים מוסריים. כשם שמחברי סיפור השרשרת יכתבו סיפור טוב יותר אם ישמרו על רציפות ועל התאמה לפרקים קודמים, כך השופטים יחליטו החלטות טובות יותר וראויות יותר לחברה שהם חיים בה אם ישמרו על התאמה של החלטותיהם להחלטות קודמות. גם אם השופטים סבורים (לעתים בצדק) כי מקצת הנורמות הנהוגות בשיטת המשפט אינן ראויות, ההחלטות הראויות של השופטים מחייבות אותם להכיר בתקפות הנורמות וברלוונטיות של ההחלטות הקודמות ולנסות לפרש אותן באופן מיטבי מתוך הכרה במגבלות שהנורמות הקיימות מטילות. למשל, שופט הנתקל בתובע שנגרם לו נזק נפשי בעקבות תאונה קשה עשוי לחשוב כי ראוי לפצות על נזק נפשי. ואולם אם בהחלטות משפטיות בעבר הוחלט כי פגיעה נפשית איננה ניתנת לפיצוי, על השופט לכבד את הקביעה המשפטית משום שחברות ביטוח הסתמכו עליה בעבר ותשלומי הביטוח שהן קבעו שיקפו החלטה זו. גם בשיטת המשפט הישראלית מציינים שופטים לעתים קרובות שהחוק מחייב אותם להחליט החלטות שנראות להם בלתי צודקות. במקרים אלה, השופטים ממליצים לעתים למחוקק לתקן את החוק כדי שיבטיח תוצאה צודקת.

מדוע ההתאמה של החלטות להחלטות קודמות היא כשלעצמה בעלת ערך מוסרי? מדוע אין השופט יכול לשקול במנותק מן ההחלטות בעבר מהי ההחלטה הצודקת ביותר במקרה שלפניו? לשאלה זו יש שתי תשובות: ראשית, כפי שציינו, לעתים קרובות האזרחים שהחליטו לפעול באופן מסוים הסתמכו על החלטות קודמות. במילים אחרות, ההחלטות הקודמות בונות ציפיות אצל האזרחים ועל בסיס ציפיות אלה הם בוחרים לפעול. אין זה צודק להתעלם מציפיות האזרחים. שנית, החלטה שאיננה מביאה בחשבון את העבר מובילה לאפליה ולאי-שוויון בין פרטים. למשל, נניח שהשופט סבור שהעונש על גניבה צריך להיות חמש שנות מאסר, אולם שופטים אחרים החליטו בעבר לגזור על עבריינים שביצעו

עבירות דומות שלוש שנים. גם אם השופט צודק שהעונש הראוי צריך להיות חמור יותר, הטלת עונש חמור יותר מביאה לאי-שוויון בין עבריינים שביצעו עבירות דומות בעבר.

מושג ההתאמה (הקוהרנטיות) להחלטות בעבר ול"רוח החוק" הוא מושג חשוב ביותר אצל דבורקין. נדגים את חשיבותו בעזרת החלטה חשובה של בית המשפט הישראלי.

דוגמה: בג"ץ קעדאן נגד מנהל מקרקעי ישראל

בני משפחת קעדאן המוסלמית ביקשו לקנות קרקע ביישוב קציר ונדחו: ועדת הקבלה של היישוב דחתה את בקשתם בשל היותם לא יהודים. הקרקע שדובר בה הייתה בבעלות הסוכנות היהודית; מדיניותה של הסוכנות הייתה לא להחכיר קרקע ללא יהודים, ומנהל מקרקעי ישראל (האחראי על ניהול הקרקע) יישם את מדיניותה של הסוכנות. בני הזוג פנו לבית המשפט בבקשה לחייב את מנהל מקרקעי ישראל להחכיר להם מגרש ביישוב לבניית בית.

בשנת 2000 קבע בית המשפט כי הסוכנות היהודית איננה יכולה להפלות ערבים בהקצאת הקרקעות. אמנם הסוכנות היהודית היא גוף פרטי שרשאי בדרך כלל להפלות במכירת קרקע על כל בסיס שהוא, אולם חלק ניכר מקרקעותיה ניתנו לה בחכירה מגוף ציבורי (מנהל מקרקעי ישראל), אשר אינו רשאי להפלות בין יהודים לערבים. במקרה זה, מערכות השיקולים מורכבות: מצד אחד, האופי היהודי של מדינת ישראל וכן הזכות לכאורה של בני קבוצות אתניות לבחור את שכניהם; מצד שני, עקרון השוויון בין יהודים לערבים וגם דוקטרינות מנהליות המחילות חובות מוגברות של שוויון על גופים פרטיים גדולים ובעלי כוח. החלטת בית המשפט באירוע זה מתבססת על החלטות קודמות של בית המשפט בנושא השוויון וכן בנושא היקף חובתן של רשויות ציבוריות (מנהל מקרקעי ישראל) להימנע משיתוף פעולה עם גופים שאינם מיישמים את עקרון השוויון (הסוכנות היהודית). הקביעה מהי ההכרעה המתאימה להחלטות קודמות או לרוח החוק משקפת שיפוט הנוגע למשקל היחסי של עקרונות חוקתיים מתנגשים. מצד אחד עומד ערך החירות, המאפשר לגופים פרטיים חופש להחליט עם מי להתקשר וכיצד, ומצד שני עומד ערך השוויון, המחייב להבטיח שרשויות המדינה - ובנסיבות מסוימות גם גופים פרטיים בעלי עוצמה כלכלית - יפעלו בשוויוניות. ברור לחלוטין שהחלטה מסוג זה מערבת שיקולים ערכיים ואיננה נקבעת במקציות על ידי בתי המשפט.

הוויכוח בין פוזיטיביסטים לאנשי משפט הטבע הוא **ויכוח מושגי** על המשפט - על השאלה מה הוא המשפט, ולא **ויכוח נורמטיבי** - על השאלה איך ראוי לנהוג. כדי להבהיר זאת נפנה לרגע לדון בשאלת החובה לציית לחוק, ונשאל אם יש הבדל בין האופן שבו יחליט השופט הפוזיטיביסט לבין האופן שבו יחליט השופט איש משפט הטבע. הטענה של הפוזיטיביסט שהמשפט הוא תוצר של מוסכמות חברתיות

אינה מחייבת את הפוזיטיביסט למסקנות נורמטיביות כלשהן. הפוזיטיביסט יכול לומר כי נורמה כלשהי היא נורמה משפטית תקפה, למשל משום שהריבון קבע אותה או משום שהיא מזוהה עם כלל הזיהוי. ועם זאת הוא יכול לכפור בחובה המוסרית לציית לנורמה זו ואף לגרוס שיש חובה מוסרית שלא לציית לה. לעומתו איש משפט הטבע מחויב לומר כי הנורמה הבלתי מוסרית איננה חלק מן המשפט ולכן גם איננה מחייבת. לפיכך, הן הפוזיטיביסט הן איש משפט הטבע יכולים להגיע למסקנות נורמטיביות דומות בשאלה איך ראוי לנהוג (למשל להרשיע אדם מסוים או לא להרשיע). ההבדל בין הפוזיטיביסט לאיש משפט הטבע איננו מעלה בהכרח הבדל בשאלה הנורמטיבית **איך עלינו לנהוג** אלא בשאלה המושגית **איך עלינו להמשיג את הדיון במשפט**.

דוגמה: ירי בבורחים מגרמניה המזרחית

הזכרנו קודם את הפקודה שניתנה לחיילים מזרח גרמנים לירות בתושבי המדינה שניסו לברוח למערב גרמניה בשנים שבהן גרמניה הייתה מפוצלת לשתי מדינות. בשנת 1992, לאחר איחוד גרמניה, נדרש בית המשפט הגרמני לשאלה אם אפשר להרשיע את חיילי גרמניה המזרחית שנשמעו לפקודה. גם אריך הונקר, שהיה מנהיג מזרח גרמניה עד קריסת המשטר הקומוניסטי, הועמד בהמשך לדין בגין עברות דומות, אלא שבשל מצבו הבריאותי הוא שוחרר.

על פי החוק שנהג בגרמניה המזרחית, החיילים היו רשאים לירות באזרחים שנמלטו למערב. הפוזיטיביסט חייב אפוא להכיר בקיומו של חוק כזה ועל כן הוא יטען כי **מבחינה משפטית** חיילים אלה פעלו כדין. לעומתו, איש משפט הטבע יאמר כי החוק היה בלתי מוסרי ולכן לא היה חלק מן המשפט. בפרט, איש משפט הטבע יטען כי ההוראה לירות בבורחים היא חוקית רק לכאורה משום שחוק בלתי מוסרי איננו חוק, לכן לחוק הגרמני המתיר ירי בבורחים אין תוקף משפטי ועל כן יש להרשיע את החיילים ברצח.

עם זאת, גם הפוזיטיביסט יכול להרשיע את החיילים המזרח גרמנים על סמך טענה זו: אף שהחיילים פעלו בהתאם לחוק המזרח גרמני, הם פעלו באופן בלתי מוסרי ולכן היה עליהם לסרב והיה עליהם לפעול בניגוד לחוק. כך, אף שפוזיטיביסט עשוי להגיע לאותה מסקנה כמו איש משפט הטבע, הרי שהשניים ממשיגים אותה בדרכים שונות: איש משפט הטבע עשוי לטעון שהוראת הירי אינה מוסרית ולכן אינה חוקית, בעוד הפוזיטיביסט עשוי לטעון שהיא חוקית אך אינה מוסרית ולכן אין לציית לה.

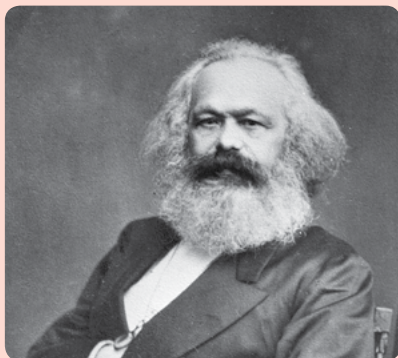
בית המשפט הגרמני הרשיע את השומרים וביסס את החלטתו על הקביעה שהם הפרו זכויות יסוד והיה עליהם להימנע מירי למרות החוק. בית המשפט לא דן במפורש בשאלה הפילוסופית אם בבסיס ההחלטה עמדה התפיסה של משפט הטבע או התפיסה הפוזיטיביסטית.

פרק 3: המשפט כתופעה חברתית-פוליטית

התיאוריות שבחנו בפרק הקודם המשיגו את מושג המשפט באופן שתאם את ההבנה הפנימית של השופטים, כפי שהם מבינים את המשפט. מרבית התיאוריות ראו במשפט צבר של נורמות בעל מבנה עקבי ורציונלי. הוויכוח המרכזי ניטש סביב טיבן של הנורמות הללו ובמיוחד סביב השאלה אם המוסר הוא תנאי הכרחי ל"משפטיות" של הנורמה המשפטית. התיאוריות הביקורתיות שנבחנו בפרק זה כופרות ברציונליות של המשפט ורואות בו תופעה חברתית-פוליטית ולא צבר נורמות - תבוני, רציונלי או עקבי. במובן זה הן דומות לתיאוריה של המדע פרי הגותו של תומס קון, הרואה במדע תופעה חברתית ולא מבנה תיאורטי-רציונלי.

3.1 | הגישה המרקסיסטית

שריקת הפתיחה של התיאוריה הביקורתית היא העמדה המרקסיסטית הקלסית שפיתח קרל מרקס (Karl Marx) במאה ה-19. קרל מרקס הבחין בין שני מושגים: תשתית ומבנה העל. לדעת מרקס, התשתית כוללת את אמצעי הייצור העומדים לרשות החברה (אדמה, הון, כוח עבודה) וכן את יחסי הייצור (כמו היחס בין בעלי ההון לעובדים המוכרים את כוח עבודתם). מבנה העל (superstructure) כולל את התרבות, הספרות והאמנות, את הדת, את עקרונות המוסר הנוהגים וכן את המשפט. לדעתו של מרקס, מבנה העל איננו אוטונומי וקובעים אותו מרכיבי התשתית.



קרל מרקס (1818-1883) (Karl Marx)

פילוסוף, כלכלן, סוציולוג ועיתונאי גרמני. התיאוריה שפיתח, הנקראת מרקסיזם, היא הבסיס לקומוניזם בן ימינו. מרקס השפיע גם על חקר ההיסטוריה, הסוציולוגיה, מדע המדינה ועוד.
מקור ויקיפדיה. שימוש חופשי.



מטרת מבנה העל היא להבטיח את הלגיטימציה החברתית של יחסי הייצור. הספרות, האמנות, כללי המוסר הנהוגים, האמונות הדתיות והמשפט נועדו להבטיח את הסדר החברתי. הם עושים זאת באמצעות יצירת 'תודעה כוזבת', דהיינו, אמונות כוזבות בדבר צו אלוהי, טבע האדם או עקרונות צדק

העומדים לכאורה בבסיס השיטה הקיימת. כך למשל, הדת היא מכשיר של תודעה כוזבת המוביל אנשים להאמין שהסדר הקיים הוא סדר אלוהי. לעומת זאת, תיאוריות חילוניות (קפיטליזם, למשל) מבססות את המשפט על טענות כוזבות משלהן, למשל טענות בדבר טבעו האנוכי של האדם. מכאן שאין לחפש במרכיבים של מבנה העל תבונה, עקביות או רציונליות, ובוודאי אין ליחס למשפט פוטנציאל לקדם את הטוב החברתי; יש לבחון את האופנים שבהם המשפט - כמו המרכיבים האחרים של מבנה העל, למשל ספרות ותרבות - משרת ומקדם את הסדר החברתי הקיים ובמיוחד את פרקטיקות הניצול המאפיינות את החברה הקפיטליסטית.

דוגמה: שוויון האישה

במאה העשרים התפתחה האידיאולוגיה של שוויון האישה, שלפיה נשים שוות לגברים ומסוגלות להשתתף בכוח העבודה ממש כמו גברים. עמדה מסורתית ליברלית יכולה לייחס גילוי זה להתפתחות המוסרית של האדם, אשר השתחרר מדעות קדומות באשר לנשים. לפי העמדה המרקסיסטית, יש להסביר את האידיאולוגיה של שוויון האישה לא בגילוי פתאומי של תבונה מוסרית בדבר ערכן השווה של נשים, אלא במחסור בכוח עבודה. מחסור זה הביא את החברה הקפיטליסטית לאמץ אידיאולוגיה של שוויון, המבטיחה הגנה על האינטרסים הכלכליים של המעמדות השולטים בתוך החברה. אין זה מקרה שהאידיאולוגיה של שוויון צמחה בזמן מלחמת העולם הראשונה, תקופה שבה היה צורך דחוף בכוח עבודה של נשים בשל המוני הגברים הצעירים שיצאו למלחמה ונהרגו בה.

דוגמה: שוויון גזעי

גם את האידיאולוגיה של שוויון גזעי אפשר להסביר באמצעות הצורך להגן על יחסי הייצור של החברה הקפיטליסטית ולשמר אותם. העבודה החקלאית שביצעו העבדים בדרום ארצות הברית נעשתה פחות חשובה מבחינה כלכלית מן העבודה התעשייתית שביצעו פועלים בצפון ארצות הברית. ומכאן - האינטרס הקפיטליסטי תבע את ביטול העבדות כדי להבטיח היצע זול וזמין של עובדים לתעשיות הצפון.

דוגמה: חירות

האידיאולוגיה הקפיטליסטית המבוססת על ערך החירות נבעה אף היא מצרכים כלכליים של החברה הקפיטליסטית. התפתחות טכנולוגית הבטיחה שפועלים בעלי הכשרה בסיסית יוכלו לייצר מוצרים ולהבטיח התעשרות של בעלי ההון. מכאן שהיה אינטרס כלכלי לעבור מחברה שהייתה מבוססת על צמיחים שעבדו בשדה לחברה עירונית שבה הם יעבדו במפעלים. כדי להבטיח שינוי זה היה צורך להכיר ב'חירות' של האדם למכור את כוח עבודתו. האידיאולוגיה של החירות וזכותו של האדם לשלוט בכוח העבודה שלו היא חידוש של החברה הקפיטליסטית, שכן בחברה הפיאודלית היה הצמיח חייב לשהות על הקרקע שנולד בה ועבד בה ולא יכול היה למכור באופן חופשי את כוח עבודתו.

במסה המפורסמת "על השאלה היהודית" בחן מרקס את התפקיד שממלאות זכויות האדם והאזרח בחברה הקפיטליסטית. טענתו העיקרית במסה זו הייתה שמושג הזכות מכונן את האדם האנוכי, הרואה באחר מתחרה או יריב. למשל, לדעתו של מרקס הזכות לקניין היא הזכות ליהנות מקניין מבלי להביא בחשבון את הצרכים של האחר או של החברה. חירות זו מביאה את האדם לראות בפרטים אחרים לא את המימוש של חירותו שלו אלא חסם למימושה. ומכאן מסיק מרקס כי:

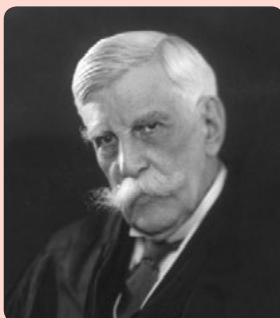
אף אחת מהזכויות לכאורה של האדם אינה צועדת אל מעבר לאדם האנוכי, מעבר לאדם החבר בקהילה האזרחית - כלומר הפרט המתמקד התמקדות בלעדית בעצמו, באינטרסים הפרטיים שלו, בגחמות שלו ובקיום המובחן שלו.

לדעת מרקס, זכויות האדם מכוננות על ידי תפיסה חברתית הרואה באדם יצור אנוכי. ואולם המשפט, ובמיוחד ההגנה על זכויות, לא רק מכוננים על ידי תפיסה זו אלא גם מכוננים אותה. זאת ועוד, תפיסה זו איננה רק בגדר אמונה המאפיינת את החברה הקפיטליסטית אלא היא גם קובעת את התנהגות הפרטים בחברה. במילים אחרות, החברה הקפיטליסטית מכוננת את הטבע האנוכי של האדם. התפיסה הרואה בפרטים יצורים אנוכיים ולא יצורים חברתיים מוסברת בקפיטליזם כחלק מטבעו האוניברסלי של האדם. שעה שהאנוכיות המאפיינת את החברה הקפיטליסטית היא תוצר חברתי - תוצר של מבנה העל המאפיין את החברה הקפיטליסטית - האנוכיות נתפסת באופן שגוי כחלק מטבע אנושי אוניברסלי שאיננו ניתן לשינוי. לפיכך, מרקס ראה במשפט לא תופעה אוטונומית עם לוגיקה פנימית משלה אלא חלק אינטגרלי מן הפוליטיקה המיועדת לשמר את יחסי הייצור ובמיוחד את היחסים ההיררכיים בין הקפיטליסטים לעובדים.

3.2 | הריאליזם האמריקני

הדחייה של האוטונומיה של המשפט - ובמיוחד דחיית הגישה הטוענת שהמשפט איננו תלוי בפוליטיקה וביחסי כוח - אומצה על ידי רבים, ובכללם הוגי דעות שדחו את התיאוריה המרקסיסטית. במהלך החלק הראשון של המאה העשרים קם בארצות הברית זרם של משפטנים שכוננו 'ריאליסטים אמריקנים', אשר סברו שהמשפט איננו אלא חלק מן הפוליטיקה. הריאליסטים האמריקנים דחו את התפיסה שאותה כינו בבוז "תורת משפט מכניסטית" (mechanical jurisprudence) ואשר לפיה הכללים המשפטיים חייבים להיגזר גזירה לוגית רציונלית מכללי יסוד חוקתיים. לדעתו של אחד מן התומכים הנלהבים בעמדה זו, השופט האמריקני אוליבר ונדל הולמס

(Oliver Wendell Holmes), "חיי המשפט לא התבססו מעולם על לוגיקה אלא על ניסיון". טענה זו של הולמס היא טענה תיאורטית, המתארת כיצד לדעתו התפתח המשפט, וגם טענה נורמטיבית, המיועדת לכוון את השופטים במילוי תפקידם. השופטים אינם טכנאי נורמות הדבקים בטקסטים ובטיעונים לוגיים תקפים, אלא עליהם לפתח את המשפט כדי שישרת את הצרכים החברתיים.



אוליבר ונדל הולמס (1841-1935) (Oliver Wendell Holmes)

שופט בית המשפט העליון של ארה"ב במשך 30 שנה (פרש מכס המשפט בהיותו בן יותר מ-90), אשר נודע בפסיקותיו הפרוגרסיביות¹ לעתים קרובות בעמדת מיעוט. נחשב לאבי הגישה הריאליסטית למשפט. מקור ויקיפדיה. שימוש חופשי.

בצד טענה זו פיתחו הריאליסטים האמריקנים את הטענה כי הכללים המשפטיים אינם קובעים ואף אינם יכולים לקבוע תוצאות חד-משמעיות. לתכונה זו קוראים 'אי-היקבעות' (indeterminacy). אפשר להבחין בין שתי תיאוריות שונות של אי-היקבעות. הראשונה, **אי-היקבעות נורמטיבית**, טוענת כי הכללים המשפטיים אינם מנביעים (ואולי אפילו אינם יכולים להנביע) תוצאות משפטיות הן בשל עמימות הכללים עצמם הן בשל נוכחות כללים משפטיים סותרים אלה לצד אלה, מצב המחייב את השופט לבחור איזה כלל להפעיל. מכאן נובע שהכללים המשפטיים אינם יכולים להסביר את ההחלטות השיפוטיות משום שהחלטות אלה אינן יכולות להיגזר מן הכללים המשפטיים. כפי שהזכרנו קודם, כלל הקובע שכלי רכב אינם רשאים להיכנס לפארק מחייב פרשנות, משום שלא ברור למשל אם אופניים הם כלי רכב לצורך חוק זה. על פי התיאוריה השנייה, **אי-היקבעות סיבתית**, אפילו כאשר הכללים קובעים תוצאה, השופטים אינם מכריעים על סמך הכללים המשפטיים אלא הם מושפעים משיקולים אחרים. תופעה זו מתרחשת משום שהשופטים אינם ניטרליים; הם באים מרקע חברתי מסוים ויש להם לעתים קרובות דעות פוליטיות משלהם. שופט דתי עשוי להחליט החלטה שונה משופט חילוני בשאלות דת ומדינה אף שהם נסמכים על אותם הטקסטים ממש.

כפי שאמרנו, ההסבר לאי-היקבעות נורמטיבית נעוץ הן בעמימות מושגי היסוד של המשפט הן בריבוי של כללים סותרים העשויים לחול על האירוע. הסבר חשוב לאי-היקבעות נובע מדוקטרינת התקדים המקובלת במשפט האנגלו-אמריקני: במשפט זה יש חשיבות רבה לתקדימים, ולעתים קרובות בתי

¹משמעות המילה "פרוגרסיביות" היא קדמה או מודרניות.

המשפט חייבים לפעול בהתאם לתקדימים של בתי משפט גבוהים יותר. למשל, בישראל קובע סעיף 20(א) לחוק יסוד השפיטה כי: "הלכה פסוקה שנפסקה בבית משפט תנחה בית משפט של דרגה נמוכה ממנו". יתרה מזו, גם כאשר בית המשפט איננו חייב לפעול בהתאם לתקדים (למשל במקרה של תקדים של בית משפט שווה דרגה), הוא נוטה בכל זאת לפעול בהתאם לתקדים.

רבים מן המשפטנים גורסים כי התקדימים מאפשרים לצמצם את שיקול הדעת השיפוטי. ככל שיש יותר תקדימים כך גדל היקף השאלות המוסדרות משפטית באופן חד-משמעי. אולם אפשר תמיד לפרש תקדימים באופנים שונים זה מזה. פרשנות דווקנית, מדוקדקת, של תקדימים מחילה את התקדים אך ורק על עובדות המקרה הרלוונטי, ואילו פרשנות ליברלית תרחיב את התקדים גם לאירועים שונים מאוד מן האירוע שהוא נשוא התקדים. למשל, באירוע אחד השופט קובע כלל משפטי שלפיו נהג שלא העניק זכות קדימה לנהג אחר בנסיבות מסוימות חייב לפצות את הנהג האחר על נזקים שנגרמו לו. באירוע מאוחר יותר יכול השופט לקבוע כי התקדים חל רק על משאיות ולא על מכוניות או על אופנועים (פרשנות דווקנית), או שהוא יכול להחיל את הכלל גם על מכוניות ועל אופנועים (פרשנות ליברלית). מכאן שהתקדים מותר לשופטים שיקול דעת רחב באשר לאופן הפעלתו. ההכרעה אם לאמץ פרשנות דווקנית או ליברלית של התקדים איננה יכולה להיקבע על ידי התקדים עצמו, והיא תמיד בגדר הכרעה שבשיקול דעתם של השופטים. הבעייתיות שבהחלטה להחיל את התקדים מחזקת את הטענה בדבר האי-היקבעות של המשפט.

כפי שנראה עתה, לטענה בדבר האי-היקבעות היו - ועדיין יש - השלכות פוליטיות חשובות.

דוגמה: הגנה על עובדים

התיקון הארבעה עשר לחוקה האמריקנית התקבל בשנת 1868 בעקבות סיום העבדות, והוא דן בזכויות האזרח ובשוויון הכול לפני החוק. במהלך עשרות השנים הראשונות של המאה העשרים פסלו בתי המשפט האמריקנים בשיטתיות חוקים המגנים על עובדים מפני חוזי עבודה נצלניים בהסתמך על הטענה שחקיקה זו פוגעת בחופש החוזים, שלדעתם מעוגן בתיקון הארבעה עשר. השופטים ראו בכך מסקנה הנובעת באופן לוגי-דדוקטיבי מן החוקה. ואולם אחת הטענות העיקריות של הריאליסטים שדגלו בטענת האי-היקבעות הייתה כי פסילת החקיקה המגנה על עובדים איננה תוצאה בלתי נמנעת של חשיבה לוגית הנשענת על הנחות משפטיות, אלא היא נובעת מאידיאולוגיה של שוק חופשי. ואכן בשנות השלושים נסוג בית המשפט האמריקני מעמדה זו והתיר למחוקקים לחוקק חוקים שיגנו על העובדים.

אם אכן הכללים המשפטיים אינם קובעים תוצאות, מה יכול להסביר את ההחלטות השיפוטיות? בעניין זה חלוקים ביניהם הריאליסטים המשפטיים. מקצתם סבורים כי ההסבר העמוק הוא הפסיכולוגיה של

השופטים; אחרים מְעַרְבִים מדעים כגון סוציולוגיה ואנתרופולוגיה. מחקרים אמפיריים עכשוויים תומכים בעמדה זו. מחקרים אלה הוכיחו כי לשופטים יש הטיות רבות. למשל, נמצא כי השופטים נוטים להקל בתיקים פליליים של נשים ומטילים עליהן עונשים קלים יותר מאשר על גברים שהורשעו בעבירות דומות. באחד המחקרים נמצא שהסיכוי שאישה שעברה עבירה לא תקבל עונש מאסר כפול מהסיכוי של גבר שביצע עבירה דומה, ומשך המאסר שנפסק לגברים גבוה ב-63% ממשך המאסר שנפסק לנשים בעבירות דומות. לעומת זאת, נמצא שהשופטים בישראל מחמירים בתיקים פליליים של ערבים. למשל, נמצא כי 48.3% מהערבים שהורשעו בעבירות אלימות, רכוש, סמים, פציעה ונשק נדונו לעונשי מאסר בפועל, לעומת 33.6% מהמורשעים היהודים. על יהודים הוטלו בממוצע תשעה חודשי מאסר וחצי, בעוד שעל הערבים הוטלו בממוצע 14 חודשי מאסר. אחד מן התחומים המתפתחים במהירות כיום הוא מחקר סטטיסטי על החלטות של שופטים והקשר בין החלטותיהם לבין הרקע התרבותי והדתי שלהם ושל המתדיינים בפניהם. הריאליזם האמריקני הכיר בחשיבותו של מחקר זה. לדעת הריאליסטים, הכללים המשפטיים מספקים רציונליזציה להכרעות שנתקבלו על בסיס שיקולים אחרים. את ההסבר האמיתי להחלטות המשפטיות יש לחפש באמונות המוסריות של השופטים, בחינוך שקיבלו ובאינטרסים המעמדיים, הכלכליים והמגדריים שלהם. על כן יש להתרחק מן הטענות המופשטות הרואות במשפט מערכת לוגית של נורמות ולחפש כיצד פועל המשפט בעזרת מדעי החברה דווקא: סוציולוגיה, פסיכולוגיה, אנתרופולוגיה וכלכלה.

3.3 | ההשלכות של הריאליזם המשפטי

קשה להפריז בהשפעה האדירה של הריאליזם האמריקני על התפיסה שאנו תופסים היום את המשפט. בעשרות השנים האחרונות אימץ בית המשפט הישראלי מדיניות שנקראת 'אקטיביזם שיפוטי'. בתי המשפט היום נכונים להתערב התערבות נמרצת יותר בהחלטות של גופים שלטוניים ואפילו לפסול חוקים של הכנסת המנוגדים לחוקי יסוד. למשל, בשנת 1999 אסר בית המשפט הישראלי על עינויים של עצירים ביטחוניים לצרכי חקירה, ופעמים אחדות פסל את החקיקה שהסמיכה את הרשות לעצור פליטים לפרקי זמן ארוכים במחנות מעצר. בהחלטות אחרות התערב בית המשפט במינויים של הרשות המבצעת. גם פסק הדין קעדאן, שחייב את הסוכנות היהודית להחכיר קרקע לערבים, נתפס על ידי מתנגדיו כפסק דין אקטיביסטי המתערב בבוטות בהחלטות שהן בסמכות הרשות המבצעת. חוקי היסוד שנחקקו בשנת 1992 מסמיכים את בית המשפט לפסול חוקים. חוק "כבוד האדם וחירותו", למשל, מסמיך את בית המשפט לפסול חקיקה הפוגעת בכבוד האדם. אבל השאלה מהו כבוד ואילו חוקים פוגעים בכבוד נותרת בידי בתי המשפט.

ההתנגדות לאקטיביזם השיפוטי נשענת במידה רבה על התובנות של הריאליזם האמריקני. הטענה העיקרית היא שהכרעות השופטים אינן נגזרות באופן בלתי נמנע מן הכללים המשפטיים אלא הן תולדה של שיקול דעת שיפוטי. השאלה המתבקשת היא עד כמה ראוי להעניק לשופטים שיקול דעת שיפוטי ואם מתן שיקול דעת כזה מערער את הלגיטימציה של השיטה המשפטית. אם המשפט מבוסס על כללים חוקתיים ברורים ובתי המשפט פועלים לפי כללים אלה, יש הצדקה להעניק לשופטים מידה רבה של סמכות להתערב בהחלטות של הרשות המחוקקת או המבצעת. לעומת זאת, מתנגדי הביקורת השיפוטית טוענים שאם ההכרעות השיפוטיות הן במידה רבה תולדה של הפסיכולוגיה או של שיקול הדעת של השופטים, יש לכאורה הצדקה להגביל את סמכויות בתי המשפט. אחרי ככלות הכול, השופטים אינם נבחרים ואין הצדקה להעניק משקל מיוחד לשיקול הדעת שלהם.

שלושה זרמים של תיאוריה משפטית צמחו מן הריאליזם המשפטי: הזרם הכלכלי למשפט, הזרם ההתנהגותי-אמפירי והזרם הביקורתי (critical legal studies). הזרם הכלכלי למשפט גורס כי תכלית המשפט היא לקדם יעילות, והוא משתמש בתובנות הלקוחות מן הכלכלה, הנשענת מִצְדָּה על הנחות בדבר רציונליות של הפרטים השואפים תמיד להגדיל את תועלתם. הזרם ההתנהגותי-אמפירי ממשיך את המסורת הריאליסטית ונשען במידה רבה על תובנות התנהגותיות הלקוחות מן הפסיכולוגיה ומן הכלכלה ההתנהגותית. לבסוף, הזרם הביקורתי מדגיש את האופי הפוליטי-אידיאולוגי של המשפט.

הזרם הביקורתי, שהחל לפעול במאורגן בשנת 1977 באוניברסיטת ויסקונסין שבארצות הברית, איננו זרם אינטלקטואלי בעל קו עקבי, אלא הוא מבוסס על שותפות פוליטית של אקדמאים בעלי אוריינטציה רדיקלית ולעתים ניאו-מרקסיסטית. עם זאת, מסקנתם של חסידי הזרם התבססה על הנחת היסוד (המשותפת גם לריאליזם) שלפיה החומרים המשפטיים אינם קובעים תוצאות (טענת האי-היקבעות). מכיוון שנראה שההחלטות המשפטיות אינן נובעות לוגית מן החומרים המשפטיים, יש להסביר אותן כביטוי של עמדות אידיאולוגיות או פוליטיות, ומכאן שהמשפט הוא דרך "לעשות פוליטיקה". אף שהשופטים משתמשים במונחים כגון צדק וזכויות, לאמתו של דבר לעתים קרובות הם אוכפים את העמדות האידיאולוגיות שלהם.

עמדה זו הביאה את חברי הזרם הביקורתי לנסות לחשוף את ההנחות האידיאולוגיות העומדות בבסיס המשפט הקיים ולבקר אותן. דוקטרינות משפטיות הנתפסות באופן מסורתי כבלתי מפלות נתפָּרשוּ מחדש כדוקטרינות המבססות סדר היררכי מעמדי או מגדרי.



דיני הנזיקין מטילים חובת פיצוי על פרטים שגרמו נזק לאחרים. את גובה הפיצוי מחשבים במידה רבה על בסיס כושר ההשתכרות של הנפגעים. מכאן גם נובע כי בדרך כלל גברים, שכושר ההשתכרות שלהם גבוה, יקבלו פיצוי גבוה יותר מנשים. ההתמקדות בפיצוי על אבדן השתכרות (ולא למשל בפיצויים בגין כאב וסבל) מיטיבה עם גברים לבנים משכילים. יתרה מזו, מכיוון שהפסד ההשתכרות הוא מרכיב עיקרי בפיצוי, יש לצפות כי גורמי נזק פוטנציאליים - למשל מפעלים מזהמים - יוקמו באזורים עניים שבהם הפיצוי נמוך יותר, וכך יפגעו במיוחד באוכלוסיות חלשות. זוהי הסיבה שחסידי הזרם הביקורתי רואים בכלל שוויוני לכאורה זה, שלפיו מפצים בעיקר על אבדן השתכרות, כלל המיטיב עם קבוצות אמידות בחברה.



גם במשפט הפלילי אפשר למצוא דוקטרינות המפלות על בסיס גזע או מגדר. למשל, במשפט הפלילי מוכרת דוקטרינת ההגנה העצמית, שלפיה אדם שהותקף וחיו בסכנה רשאי להרוג את התוקף. הדוקטרינה המשפטית המסורתית קובעת כי הגנה עצמית המוכרת בדין צריכה לקיים את דרישת המידות: כדי שאדם יוכל לטעון להגנה עצמית עליו להוכיח כי הסכנה מן התקיפה הייתה צפויה מידית. הנחת היסוד היא שאם התקיפה איננה מידית, הקורבן הפוטנציאלי יכול לפנות למשטרה לבקש עזרה. ואולם הוגי דעות פמיניסטיים טענו כי עמדה זו מבוססת על הנחות בלתי מציאותיות. ביחסי זוגיות המאופיינים באלימות (גברית בדרך כלל) מתגוננת האישה בעת שהבעל ישן ואיננו יכול להתגונן מפניה. אי-הכרה בהגנה עצמית במקרים אלה (מכיוון שדרישת המידות אינה מתקיימת) משקפת הטיה מגדרית הפוגעת בנשים. שעה שדרישת המידות איננה מפלה במפורש בין נשים לגברים ובמבט ראשון היא נראית הגיונית, בחינה מעמיקה חושפת את האפליה המסתתרת מאחורי דוקטרינה זו. לפיכך, הגישה הביקורתית למשפט קוראת לבטל את דרישת המידות כדי להבטיח שוויון מגדרי.

חברי הזרם הביקורתי לא דחו את המשפט בשל הטייתו האידיאולוגיות. תכליתם היא בין היתר להשתמש בו כדי לקדם מטרות אידיאולוגיות משלהם, למשל לקדם ערכי שוויון בין-גזעי או שוויון מגדרי. הוצעו רפורמות בתחומים שונים שתכליתן הייתה לקדם אינטרסים של קבוצות מיעוט שונות. ההוגים הביקורתיים קידמו יוזמות בתחומי שוויון גזעי, כמו למשל חקיקה הנוגעת לפשעי שנאה או להסתה גזענית; הפמיניסטיות ניסו לקדם יוזמות בתחומי שוויון גזעי, כמו למשל חקיקה הנוגעת לפשעי שנאה או להסתה חברי קהילת הלהט"ב קידמו בין השאר חקיקה המאפשרת נישואין חד-מיניים ואוסרת להפלות את חברי הקהילה הלהט"בית בעבודה. בצד התקווה לשינוי חברתי נתקלת הגישה של חסידי זרם זה בקושי הנובע מההרכב האנושי של קהילת השופטים - מרביתם בני המעמד הבינוני גבוה, המשקפים קונצנזוס חברתי רחב ולא סדר יום פרוגרסיבי המדגיש את ערכי השוויון. בהינתן הרכב אנושי זה של קהילת השופטים, קשה לראות כיצד יכולות להתממש תקוותיהם של חסידי הפרוגרסיביות המשפטית להשתמש שימוש נרחב במוסדות המשפטיים לקידום תכליותיהם.

פרק 4: אתיקה, פילוסופיה פוליטית ומשפט

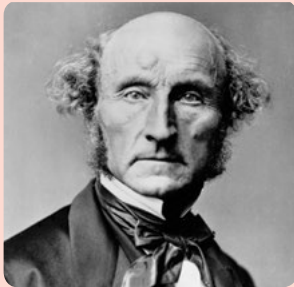
בפרק זה נבחן את הקשר בין התיאוריה של המשפט לתיאוריה של המוסר ולתיאוריה פוליטית. תיאוריה של המוסר הוא תחום הדין הפילוסופי השואל שאלות הנוגעות לחיים הטובים של הפרט, כגון מה הם הכללים שראוי מבחינה מוסרית לנהוג לפיהם, מה הם הדברים שיש (או אין) להם ערך, אילו חובות וזכויות יש לפרטים ומה הופך את החיים לטובים יותר או לבעלי ערך רב יותר. פילוסופיה פוליטית היא תחום הדין השואל שאלות על אופן ההתנהלות הראוי של המוסדות הפוליטיים וחוקר נושאים כגון דמוקרטיה, חוקתיות, שוויון וחירות בקהילה הפוליטית.

המשפט הוא אחד המוסדות הפוליטיים החשובים בחברה ולפיכך שאלות מתחום הפילוסופיה הפוליטית קשורות להבנת המשפט. גם שאלות של מוסר עשויות להיות רלוונטיות לתחום התיאוריה של המשפט. אחת השאלות החשובות ביותר היא שאלת הקשר בין הקביעה שמעשה מסוים פסול מוסרית לבין השאלה אם ראוי להסדיר אותו הסדרה משפטית. הקביעה שמעשה פסול מוסרית איננה יכולה להוביל ישירות למסקנה שראוי לאסור על המעשה, משום שלעתים קרובות ראוי להגן על חירות של אנשים לעשות מעשים שאינם מוסריים. למשל, יש שיאמרו כי בגידה בבן או בבת הזוג היא בלתי מוסרית אולם אין מקום להטיל עליה איסור בחקיקה.

הקביעה שהתנהגות מסוימת היא התנהגות אסורה מחייבת לבחון את תפקידו של המשפט בחברה. השאלות שנדון בהן בפרק זה הן מהם גבולות המשפט, אילו סוגיות (אם בכלל) אין המשפט צריך להסדיר, מהו תפקידו של המשפט בחברה ואילו אילוצים נובעים מתפקיד זה על היקפן הראוי של הנורמות המשפטיות. הדין ייערך במסגרת תיאוריה פוליטית ליברלית, הרואה בחירות האדם ערך מהותי שעל המשפט להימנע מלפגוע בו. הנחת מוצא זו איננה מובנת מאליה, ויש הסבורים כי ערכים אחרים חשובים יותר מחירות האדם, למשל שוויון. עם זאת, מן המאה השמונה-עשרה ואילך נעשה ערך החירות ערך חשוב ביותר ומאפיין מובהק של הגישה הליברלית, והוא השפיע השפעה דרמטית על השיטה המשפטית.

4.1 | חירות ועקרון הנזק

המדינה היא מכשיר חשוב לקידום מטרות חברתיות. על המדינה לדאוג לאספקת טובין ציבוריים כגון ביטחון ובריאות. כמו כן עליה להבטיח תנאים להתפתחות כלכלית-חברתית ועליה לפתור בעיות תיאום (קואורדינציה) בין פרטים, כלומר להבטיח שהתנהגות הפרטים תהיה תואמת לזו של פרטים אחרים. דוגמה לתיאום בין תושבי המדינה היא הקביעה המשפטית כי על כל הנהגים לנסוע בצד ימין של הכביש. כדי לממש את התכליות הללו נדרשת המדינה לכוח רב, וכוח זה עלול לסכן את חירויות הפרטים. אך טבעי הוא שהוגים ליברליים, הרואים בחירות ערך חשוב, יקדישו תשומת לב מיוחדת לגבולות הראויים של השימוש בכוח באמצעות המשפט. הפילוסוף הבריטי בן המאה התשע-עשרה ג'ון סטיוארט מיל (John Stuart Mill) פיתח בספרו הקלסי "על החירות" את עקרון הנזק (harm principle): "התכלית היחידה שבשבילה מותר להשתמש בכוח הכפייה כלפי חבר בקהילה מתורבתת בניגוד לרצונו של אותו איש היא למנוע נזק לאחרים."



ג'ון סטיוארט מיל (1803-1876) (John Stuart Mill)

אחד ההוגים הפוליטיים הליברליים החשובים ביותר. בספרו הידוע "על החירות" הגן על חופש הביטוי ועל הגבלת כוחה של המדינה להטיל הגבלות ואיסורים על אזרחים. ג'ון סטיוארט מיל היה מן התומכים במתן שוויון זכויות לנשים.

מקור ויקיפדיה, שימוש חופשי.



עקרון הנזק מורכב משני עקרונות משנה. ראשית, לדידו של מיל אסור למדינה לכפות על אזרחים התנהגות טובה או ראויה (למשל איסור על בגידה בבן או בבת הזוג, קיום הבטחות או קידום ערכי חברות טובה). שנית, אסור להשתמש בכוח הכפייה של המדינה כדי למנוע נזק לאדם עצמו (התערבות מסוג זה נקראת התערבות פּוֹטְרֶנְלִיִּסְטִית). לדוגמה, ליברלים רבים סבורים שהמדינה איננה רשאית לאסור על פרקטיקות מיניות הומוסקסואליות לא משום שפרקטיקות מיניות אלה ראויות מבחינה מוסרית, אלא משום שפרקטיקות אלה אינן פוגעות בזולת ולכן אינן מעניינו של המשפט. ליברלים נוטים להתנגד גם לאיסורים המיועדים להגן על אדם מפני החלטותיו שלו, כמו למשל איסור על עישון סיגריות או על שימוש בסמים, או איסור על השתתפות בפעילות ספורטיבית מסוכנת. עם זאת, המשפט כפי שהוא היום אינו ממש אידיאליים ליברליים באופן מושלם. למשל, המשפט אוסר על פוליגמיה, מסדיר בקפדנות את השימוש בסמים או בתרופות ומחייב לחגור חגורות בטיחות, אף שפעולות אלה אינן מזיקות לזולת. כדי שעקרון הנזק יגביל ביעילות התערבות של המדינה ויגן על החירות, יש לאפיין בזהירות ובאופן

מצמצם את המושג 'נזק', שאם לא כן כמעט כל התנהגות שנויה במחלוקת תזוהה כהתנהגות הגורמת נזק. למשל, הליברלים אינם מאפיינים כנזק את עגמת הנפש הנגרמת למאמינים בשל העובדה שחלק מהאוכלוסייה אינה שומרת שבת או אינה צמה ביום כיפור, ועל כן עוגמת הנפש אינה יכולה להצדיק הטלת חובה לשמור שבת או לצום ביום כיפור. על פי רוב פֶּרְשׁ המושג נזק באופן אשר מוציא מתחולתו את השאלה אם התנהגות היא מוסרית או לא. האי-מוסריות של התנהגות וגם חוסר הנחת של אלה הנחשפים לאי-מוסריות זו אינם נזק כמשמעותו על פי עקרון הנזק הליברלי, ועל כן האי-מוסריות של התנהגות (למשל בגידה בבן או בבת הזוג) איננה מצדיקה התערבות של המדינה.

דוגמה: עקרון הנזק וועדת וולפנדן

לעקרון הנזק היו השלכות חשובות על רפורמות במשפט. בשנת 1954 מונתה בבריטניה ועדה בראשותו של לורד וולפנדן (Wolfenden Committee) כדי לבחון את עבירות ההומוסקסואליות והזנות, שבאותה עת היו אסורים לפי החוק. היוזמה באה לאחר הרשתם של אישים בעלי בולטות ציבורית בעבירות של משכב זכר (למשל המתמטיקאי אלן טיורינג, שפיצח את הקוד של מכונת ההצפנה הגרמנית אניגמה במלחמת העולם השנייה). בשנת 1957 פורסם דו"ח הוועדה שהמליץ על רפורמה בהסדרה המשפטית של ההומוסקסואליות ושל זנות. עקרון הנזק שימש בסיס להמלצותיו של דו"ח זה.

אחת ההמלצות החשובות בדו"ח הייתה לבטל את האיסור הפלילי על יחסים הומוסקסואליים כל עוד אלה נעשים בין בגירים בהסכמה וברשות הפרט. המלצה זו עוררה התנגדות עזה בקרב חוגים שמרניים. בשנת 1959 נשא לורד פטריק דבלין (Patrick Devlin) נאום מפורסם שבו תקף את מסקנות ועדת וולפנדן. לדעתו, אין כל הצדקה להגביל את תחום התערבותה הלגיטימי של החברה כפי שהציעה הוועדה. לחברה, הוא טען, יש זכות מלאה לאסור כל התנהגות העלולה להזיק לה. התנהגות בלתי מוסרית שאיננה מלווה בתגובה מתאימה עלולה להזיק לחברה מאחר שהיא פוגעת בקונצנזוס המוסרי הנחוץ לקיומה. מכאן הסיק דבלין כי למדינה יש זכות להתערב גם במקרים שבהם הטעם היחיד להתערבות זו הוא שהתנהגות מסוימת נחשבת בעיני מרבית הציבור להתנהגות "מחפירה". תגובתו של דבלין זכתה לביקורת מצדו של הפילוסוף הל"א הארט שהוזכר קודם. הארט טען כי אין הוכחה אמפירית לכך שאי הטלת סנקציה פלילית במקרים כאלה מזיקה לחברה. קונצנזוס מוסרי איננו תנאי לקיומה של החברה, ושינוי של מוסר נוהג (כלומר האמונות המקובלות בחברה באשר למוסר) אינו כשלעצמו בגדר פגיעה בחברה.

לורד פטריק דבלין (1905-1992) (Patrick Devlin)

עורך דין ושופט בריטי. הוא כתב על משפט והיסטוריה, ובמיוחד על יחסי הגומלין בין החוק למוסר ועל חשיבות המושבעים.



עקרון הנזק זכה לפופולריות רבה בחוגים ליברליים בשנות השישים והשבעים של המאה העשרים. ואולם היו שטענו כי הפופולריות הרבה של העיקרון פגעה בכוחו. הסיבה היא שהעיקרון אומץ גם על ידי חוגים שמרניים, אשר הרחיבו את המושג 'נזק' הרבה מעבר למשמעות שיוחסה לו על ידי חוגים ליברליים. למשל, תומכי החקיקה הפדרלית האמריקנית (שבוטלה בינתיים) אשר הגדירה נישואין כקשר בין גבר לאישה הצדיקו את עמדתם השמרנית בהסתמך על עקרון הנזק. לדעתם, הנישואין הם מוסד עתיק ושינויים רדיקליים באופיו עלולים למוטט אותו. לכן יש הסוברים כי האטרקטיביות של עקרון הנזק וכוחו הרטורי הביאו לשימוש מופרז בו והפכו אותו בסופו של דבר לחסר משמעות מעשית. הלקח של התפתחות זו הוא שעקרונות פילוסופיים מופשטים משמשים לעתים לקידום רפורמות המעוגנות באידיאולוגיות שונות מאוד זו מזו. לעתים עיקרון המתפתח כדי לקדם סדר יום ליברלי הופך עם הזמן לעיקרון המקדם סדר יום שמרני ולהיפך. למשל, גם עקרון השוויון, האוסר על אפליה גזעית או מגדרית, קידם סדר יום שמרני כאשר השתמשו בו כדי למנוע העדפה מתקנת של שחורים או של נשים.

4.2 עקרון הניטרליות

פילוסופים פוליטיים ליברליים עכשוויים אימצו עיקרון מרחיק לכת עוד יותר - עקרון הניטרליות בין "תפיסות טוב" שונות. הפילוסוף הפוליטי האמריקני ג'ון רולס (John Rawls) סבר כי המדינה הליברלית חייבת להיות "ניטרלית" בין תפיסות טוב שונות. כשם שהמדינה הליברלית איננה שופטת איזו דת היא הדת הנכונה, או אילו ספרים עלינו לקרוא או באילו סרטים עלינו לצפות, כך המדינה איננה זכאית לקבוע מה עלינו לאכול, איך עלינו לבלות את שעות הפנאי או עם מי עלינו לקיים יחסי מין. בניגוד לעקרון הנזק, עקרון הניטרליות איננו חל על המשפט הפלילי בלבד: הניטרליות של המדינה צריכה למנוע ממנה לפעול בכל דרך המיועדת לקדם תפיסת טוב מסוימת.

ג'ון רולס (1921-2002) (John Rawls)

פילוסוף אמריקאי שעסק בתחומי הפילוסופיה של המוסר ומדע המדינה. ספרו "תיאוריה של צדק" (1971) נחשב לאחד הטקסטים החשובים בהגות מדע המדינה אשר החיה את הדיון בפילוסופיה הפוליטית. בעיקר ידועה תיאורית "מסך הבערות", אשר הציע רולס.



הניטרליות בין תפיסות טוב שונות איננה מבוססת על תפיסה ספקנית שלפיה אין דת אמיתית או אורח חיים בעל ערך, או שאין סטנדרט אובייקטיבי אילו סרטים או ספרים הם בעלי ערך. טענתו של רולס היא כי אף שיש סטנדרטים אובייקטיביים כאלה, אין זה מתפקידה של המדינה להתערב בשאלות אלה, משום שהתערבות כזו פוגעת בחירותם של הפרטים לעצב את תפיסות הטוב שלהם בעצמם, לבחור את הערכים שעל פיהם הם חיים ולאמץ את אורחות החיים המשקפים את אמונתם.

דוגמה: פרשת "קלפים פתוחים"

גם בישראל ניתן ביטוי לעקרון הניטרליות בפסיקה בפרשת "קלפים פתוחים". "קלפים פתוחים" הייתה תכנית טלוויזיה לבני נוער ששודרה בשידורי הטלוויזיה החינוכית ובה שוחחו בני נוער על נושאים שהעסיקו אותם. אחת התכניות עסקה בבני נוער הומוסקסואלים ושר החינוך ביקש למנוע את שידורה. בית המשפט נאלץ להתערב בסוגיה אם יש בסמכות שר החינוך למנוע את שידור התכנית. השופט יעקב קדמי קבע בשנת 1997 כי המוסריות או האי-מוסריות של יחסים הומוסקסואליים איננה שאלה שצריכה להכריע את היחס המשפטי לשידור תכנית בנושא בני נוער הומוסקסואלים.

לעתים דוחות חלק מהמדינות הליברליות את עקרון הניטרליות. צרפת למשל מקדמת באופן נמרץ סדר יום חילוני ואף אוסרת לענוד או ללבוש סמלי דת במקומות ציבוריים כגון בתי ספר או אוניברסיטאות. לפיכך היא מקדמת תפיסת טוב המבוססת על הנחות חילוניות ומגבילה את יכולתם של הפרטים לקדם סדר יום דתי ברשות הרבים. לעומת זאת, ארצות הברית מחויבת על פי הטיעון הראשון להיות ניטרלית בין דתות שונות וכן בין תפיסות דתיות לתפיסות חילוניות. מכאן גם ההתנגדות בארצות הברית לשימוש בסמלים דתיים ברשות הרבים.



הדוקטרינה המשפטית ששימשה את המשפטנים להגביל את ההסדרה המשפטית המיועדת לקדם תפיסות טוב מסוימות הייתה ההבחנה המפורסמת בין רשות הפרט (הספֶּרָה הפרטית) לבין רשות הרבים (הספרה הציבורית). לדעת ליברלים רבים, כדי להגן על החירות זכאית הספרה הפרטית להגנה מפני מעורבות ישירה של המדינה. דווקא במחנה הרדיקלי היו רבים שהתנגדו לשימוש בחירות כמכשיר חוקתי לפסילת איסורים פליליים, כגון איסור יחסים הומוסקסואליים או איסור פורנוגרפיה. מחנה זה

סבור כי למדינה יש תפקיד עיקרי בעיצוב חיי הפרטים ובקידום הרווחה החברתית, ומכאן התנגדותו להשתמש בחירות כמכשיר להגביל את כוחה של המדינה. רבים מאנשי המחנה הרדיקלי עוינים את ההבחנה המסורתית הליברלית בין הפרטי לציבורי, וקוראים למעורבות רחבה ומקיפה יותר של המדינה כדי להבטיח מימוש של ערכי שוויון וחירות. נבחן בקצרה כמה מההתנגדויות הללו.

התנגדות אחת קוראת תיגר על ההבחנה בין פרטי לציבורי. לדעתו של התיאורטיקן האמריקני דנקן קנדי (Duncan Kennedy), הבחנה זו נשחקה ואין לה תפקיד אמיתי בהסדרה של הכללים המשפטיים. טענת היסוד של קנדי היא כי הגבולות בין פרטי לציבורי אינם טבעיים, אלא הם מיועדים לממש תכליות או אינטרסים ציבוריים. מוריס כהן והוגים ריאליסטים אחרים תקפו את ההבחנה בהקשר של המשפט הפרטי וטענו כי בהקשר זה הספרה הפרטית איננה אלא האצלה של סמכות שהמדינה מאצילה לצד אחד על חשבון צד אחר. למשל, ההגנה על חופש החוזים בשם ההגנה על חירות הפרט מגנה לעתים קרובות על אינטרסים של בעלי הכוח היכולים להשפיע יותר על תוכן החוזה. ההוגים של התנועה הביקורתית של המשפט סברו כי בבסיס ההבחנה יש שיקולים אידיאולוגיים פוליטיים. כך למשל, אי-התערבות המשפט בהסדרת היחסים בתוך המשפחה (בשל הטענה שמדובר בספרה הפרטית) משמרת יחסים היררכיים בין גברים לנשים; אי-התערבות בשוק או בפעילות הכלכלית (בשם ההגנה על החירות) מגנה על האי-שוויון הכלכלי-חברתי ומשמרת אותו. בשם ההגנה על הספרה הפרטית ועל השוק יש התנגדות לחקיקה האוסרת על אפליה גזעית במקומות העבודה. בשם עקרון החירות של המעביד להפלות בין העובדים מגן המשפט על אי-שוויון בחברה.

דנקן קנדי (1942 -) (Duncan Kennedy)

פרופסור אמריטוס מבית הספר למשפטים באוניברסיטת הרווארד; מאבות הגישה הביקורתית למשפט. מפורסם בשל גישתו הנוקבת לחינוך המשפטי האמריקני.



ההתנגדות השנייה מבוססת על הטענה כי הגנה הנשענת על הזכות לפרטיות מותירה את המדינה מחוץ לדיון בשאלות מוסריות חשובות. למשל, בקשר להומוסקסואליות טענו שהגנה על יחסים הומוסקסואליים משום שהם שייכים לספרה הפרטית - ולא משום שיחסים הומוסקסואליים הם מוסריים, ראויים או שווים מעמד ליחסים הטרוסקסואליים למשל - איננה הגנה מספקת. הן עקרון הנזק הן עקרון הניטרליות מותירים את שאלת הערך של יחסים הומוסקסואליים לשיפוט הפרטי של כל אדם ואדם. לפיכך, ההגנה המבוססת על פרטיות או על עקרון הנזק או על עקרון הניטרליות איננה מבטאת הכרה פומבית בערך של אורח החיים הומוסקסואלי או בחשיבות הזוגיות ההומוסקסואלית, שכן האי-התערבות איננה נשענת על הערך החיובי של אורח חיים זה.

הביקורת הנוקבת ביותר על העמדה המצדיקה את ההגנה על הומוסקסואליות במונחים של חירות, עקרון הנזק ובייחוד הזכות לפרטיות באה מהפילוסוף הקהילתני האמריקני מייקל סנדל (Michael Sandel). סנדל סבר כי ההגנה על אורח החיים ההומוסקסואלי חייבת להישען על הכרה בערך או בחשיבות של אורח חיים זה. לדעתו, הזכות להיות חופשי מהתערבות בענייני נישואין, למשל, צריכה להיות מבוססת לא על חשיבותה של חירות או בחירה אישית, אלא על הערך או החשיבות החברתית של הפרקטיקה של נישואין חד-מיניים. במילים אחרות, יש להכיר בנישואין חד-מיניים לא משום שהחירות להתקשר בנישואין כאלה חשובה אלא משום שקשר הנישואין החד-מיני מעשיר את חיי המתקשרים ומגדיל את רווחתם.



מייקל סנדל (1953 -) (Michael Sandel)

פילוסוף פוליטי אמריקאי, המלמד באוניברסיטת הרווארד. ספרו הידוע ביותר הוא Liberalism and the Limits of Justice (1982) מקור ויקיפדיה, שימוש 3.0 CC BY.



גבולות המשפט הם מן הנושאים שיעסיקו הן את הפילוסופים שבינינו הן את החפצים בפעולה פוליטית. שאלת גבולות המשפט היא שאלה מהותית המפלגת זרמים שונים בפילוסופיה פוליטית. הימין הכלכלי סבור למשל שעל המדינה להימנע מלהתערב בהחלטות של פרטים בשמם של אידיאלים של שוויון, בין משום שהתערבות כזו פוגעת בחירות של פרטים להחליט החלטות הנוגעות לחייהם ובין משום שלעתים החלטות כאלה פוגעות בצמיחה הכלכלית. הליברלים הקלסיים סבורים כי על המדינה בכלל והמשפט בפרט להימנע מלהתערב בדת, באופני החיים ובפרקטיקות המיניות של הפרטים. כך למשל, הליברל סבור שאסור לצרפת לאסור ללבוש בורקה (לבוש איסלמי מסורתי לנשים שנועד להגן על צניעותן) בשם אידיאלים חילוניים או אידיאלים פמיניסטיים.

לעומת זאת, זרמים אחרים סבורים כי על המדינה להתערב בהחלטות של פרטים כדי להגן על אינטרסים חיוניים. הזרם השמרני עשוי לטעון כי על המדינה להגן על ערכים חשובים כגון אופייה היהודי של מדינת ישראל או אופייה החילוני של צרפת ויש הצדקה להשתמש במשפט ואפילו במשפט הפלילי כדי להגן על ערכים אלה.

פרק 5: סיכום

בחלקה הראשון של החוברת בחנו את התזות הרואות במשפט צבר של נורמות. בחלקה השני עסקנו בתיאוריות אחרות הרואות במשפט חלק מן האידיאולוגיה או מן הפוליטיקה. לבסוף בחנו את שאלת גבולות המשפט, את עקרון הנזק ואת עקרון הניטרליות, המאפיינים כמה מן הזרמים הליברליים.

הפילוסופיה של המשפט היא תחום דינמי, הן בשל שינויים חברתיים הן בשל שאיפתם של חוקרי המשפט לשאול שאלות חדשות או להשיב תשובות חדשות על שאלות קיימות. גם הטכנולוגיה מעלה אתגרים חדשים בעבור התיאורטיקן המשפטי. התפתחות מדעי המוח מעוררת שאלות הנוגעות למושג האחריות המוסרית, שהוא מונח מפתח במשפט הפלילי. יש הגורסים כי מדעי המוח מוכיחים כי אין לבני אדם רצון חופשי ולפיכך ספק אם יש מקום ליחס להם אחריות מוסרית. יש משפטנים החרדים מהתפתחות טכנולוגית אשר תמנע מראש ביצוע פשעים, משום שזו לדעתם מאיימת על היכולת לשפוט שיפוט מוסרי.

שאלה עיקרית המפלגת את התיאורטיקנים בתחום המשפט היא אם יש להבין את המשפט כמכשיר גרידא או כתכלית בפני עצמה. הגישה המקובלת כיום על רבים היא כי המשפט הוא מכשיר להבטיח החלטות צודקות, הגנה על זכויות יסוד והסדרת החיים של פרטים באופן שיבטיח ויקדם את האינטרסים שלהם. לעומתם, יש עמדות הגורסות כי המשפט הוא מרכיב הכרחי ולא אקראי של חברה צודקת. כך למשל, יש שיאמרו כי גם אם אפשר להגן על אינטרסים יסודיים כמו חיים וקניין בלי להטיל עונש, בכל זאת ראוי להטיל עונש פלילי: העונש מבטא גינוי חברתי של הפעולה, ורק המשפט יכול לאפשר גינוי **בשמה של החברה כולה**. לפיכך, המשפט מבטא ערכי יסוד ואידיאלים מוסריים, ובכך תמונים משמעותו וערכו. השאלה אם למשפט יש ערך עצמאי ומה אופיו של ערך זה היא מן השאלות שפילוסופים של המשפט יעסקו בהן ככל הנראה בעידן הקרוב.

פרק 6: תרגילים

תרגיל 1

בשנת 1896 קבע בית המשפט האמריקני כי במקומות ציבוריים הפרדה המבוססת על גזע אינה נוגדת את החוקה משום שאינה פוגעת בעקרון השוויון החוקתי. בית המשפט השתמש בעיקרון "נפרד אבל שווה". בשנת 1954 הפך בית המשפט את ההלכה וקבע כי הפרדה גזעית איננה חוקתית.

כיצד יכול הפוזיטיביסט להסביר את השינוי? כיצד היה מסביר אותו איש משפט הטבע? כיצד יכול דבורקין להסביר שינוי זה?

תרגיל 2

חוק יסוד כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 2 כי אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם. על בסיס חוק זה פסל בשנת 1999 בית המשפט העליון בבג"ץ שגיא צמח חוק אשר קבע כי אפשר לעצור חיילים ללא צו של שופט למשך 96 שעות.

האם ההחלטה של בג"ץ ראויה? מהם השיקולים שעל בית המשפט להביא בחשבון כאשר הוא פוסל חוק כזה?

תרגיל 3

הכלל המסורתי של דיני החוזים קובע כי "יזרה הקונה", דהיינו על הקונה מוטלת החובה לבדוק את הנכס שהוא רוכש והוא אינו יכול לבטל את הקנייה בשל פגם. עיקרון זה נשחק במהלך השנים וכיום מוטלות חובות על המוכר לגלות לקונה פרטים על המוצר.

כיצד תתייחס הגישה הביקורתית לכלל זה? כיצד היא תתייחס לשחיקה שחלה בכלל עם השנים?

תרגיל 4

הכנסת חוקקה איסור על ביטויי שנאה המעודדים גזענות. האם וכיצד אפשר ליישב איסור זה עם עקרון הנזק הליברלי?

תרגיל 5

סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים קובע כי:
מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות.

נתחו את האידיאולוגיה העומדת מאחורי החוק בהתחשב בהבחנה בין הספרה הפרטית לספרה הציבורית.

פרק 7: תשובות

✓ תשובה 1

הפוזיטיביסט עשוי לומר שעד 1954 קבע החוק כי הפרדה היא חוקית. הפרשנות שניתנה לחוק בשנת 1896 היא בגדר תקדים שקבע מהו החוק. לכן בשנת 1954 השופטים לא יישמו או פירשו את החוק שאפשר הפרדה אלא שינו את החוק. הפוזיטיביסט יכול לומר כי החוק משנת 1896 היה בלתי מוסרי וראוי היה לשנותו, ואולם יש להכיר בכך שהשופטים עסקו למעשה בחקיקה שיפוטית ולא ביישום החוק.

לעומתם, איש משפט הטבע עשוי לומר כי הקביעה בשנת 1896 היא בלתי מוסרית ולכן אינה חוקית, שהרי חוק בלתי מוסרי איננו חוק. מכאן שהקביעה בשנת 1954 אינה משנה את החוק אלא מתקנת טעות הנוגעת למשפט.

גם דבורקין עשוי לומר דבר דומה לזה של אנשי משפט הטבע. על פי עמדתו אפשר לומר כי הקביעה משנת 1896 התנגשה עם האופן שבו יושם עקרון השוויון בהקשרים אחרים. הבנת הלוגיקה של המשפט ובמיוחד ערך השוויון מחייבת הכרה בכך שההכרעה ב-1896 הייתה שגיאה משפטית שאיננה משקפת את רוח החוקה האמריקנית, ובשנת 1954 תוקנה טעות זו.

✓ תשובה 2

בפסק דין שגיא צמח התערב בית המשפט בחוק של הכנסת בהתבססו על חוק יסוד. הטענה העיקרית נגד ההתערבות עשויה להיות שמדובר באקטיביזם שיפוטי מופרז. המחוקק או הרשות המבצעת הם הצריכים להחליט החלטה מסוג זה ולא בתי המשפט. בהכרעה כזאת, על השופטים לא רק להחליט אם מעצר של 96 שעות נחוץ, אלא עליהם ככלל לכבד את החלטות הרשות המחוקקת, אלא אם כן ההחלטה פוגעת פגיעה לא סבירה בזכויות אדם. במקרה זה אפשר לטעון שההחלטה מחייבת את רשויות הצבא להשקיע משאבים רבים מדי בחקירה של חשודים - משאבים שאפשר להשקיע במטרות אחרות כולל בהגנה על זכויות אדם. מסיבה זו מעוררת ההחלטה שאלות בדבר הגבולות הלגיטימיים של התערבות בתי המשפט בהחלטות המחוקק.

תשובה 3: ✓

הגישה הביקורתית תסביר שהכלל "יזזהר הקונה" מגן על הגופים החזקים יותר (מוכרים או יצרנים). הכלל מעניק להם עדיפות בדומה לרבים מן הכללים בשיטה המשפטית המיועדים להבטיח אינטרסים של בעלי הכוח.

על כן נשאלת השאלה מדוע נשחק כלל זה - איך אפשר להסביר שבעלי הכוח ויתרו על כוחם? תשובה אפשרית אחת היא שהצרכנים הפכו חזקים יותר ויש להם כוח להשפיע על מערכת המשפט ולהטותה לכיוון האינטרסים שלהם. תשובה אחרת היא שהמשפט צריך להבטיח לגיטימציה לסדר הקיים וכי הכלל הישן עלול להיתפס כבלתי לגיטימי בציבור ולכן הוא עלול לקעקע את הסדר הקיים, ומכאן הצורך לשנות אותו.

תשובה 4: ✓

שאלת החקיקה הפלילית נגד ביטויי שנאה מעוררת את הבעיה הכללית יותר בעקרון הנזק, דהיינו מה ייתפס כנזק. ככל שמושג הנזק רחב יותר כך יש סכנה שעקרון הנזק לא יגן במידה מספקת על החירות. ביטויים גזעניים הם פוגעניים, אבל לא ברור אם פגיעה רגשית צריכה להיות מוגדרת נזק, שאם כך אפשר לומר שגם אכילה ביום כיפור או נסיעה בשבת עלולה לגרום נזק רגשי המצדיק הגבלה. שיטות משפטיות ליברליות מנסות להימנע מאיסור פעולות המובילות לפגיעה רגשית.

אפשר לטעון כי ביטוי גזעני עלול להביא לנזק מוחשי יותר, דהיינו לאלימות ולהפרת הסדר הציבורי. כאן הבעיה היא שהקשר הסיבתי הוא עקיף ולא ברור שיש סכנה כזו: יש להוכיח שהסכנה היא אכן ממשית.

תשובה 5: ✓

חוק איסור הפליה באספקת מוצרים ושירותים מאפשר חדירה למה שמקצת ההוגים יאמרו שהוא ספרה פרטית ראויה להגנה. חסידי הרחבת הספרה הפרטית יכולים לשאול: מדוע המדינה צריכה לקבוע עם מי נקשרים בחוזה? האין זאת פגיעה בחירות של הפרט? ואולם עמדה אחרת תאמר כי המשפט צריך לקדם אינטרסים חברתיים ובכלל זה לקדם את השוויון, ואינטרס זה מחייב להתערב בספרה הפרטית משום שהספרה הפרטית מצטיינת בהיעדר שוויון.

למשל, האם יש מקום להכריח בעל אולם אירועים דתי לאפשר לזוג הומוסקסואלי לחגוג נישואין באולם האירועים שלו? האם יש לחייב יצרן ערבי לספק דגלים לארגון גזעני כמו לה פמיליה? האם במקרים אלה אין מדובר בהתערבות בוטה מדי בחירות?

לקריאה נוספת

כללי:

דוד אנוך ופרופ' אלון הראל. עיון פילוסופי במשפט ועל אודותיו, דין ודברים ד (תשס"ח) 17, 20.

Lon Fuller. The Case of the Speluncean Explorers, Harvard Law Review 62, 616-645 (1949),
<http://w.astro.berkeley.edu/~kalas/ethics/documents/introduction/fuller49.pdf>

דין בפוזיטיביזם:

Leslie Green. Legal Positivism, Stanford Encyclopedia of Philosophy (2003),
<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>

John Austin. The Province of Jurisprudence Determined (1832).

Hans Kelsen. The Pure Theory of Law (1934).

Andrei Marmor. The Pure Theory of Law, Stanford Encyclopedia of Philosophy, (2002, revised 2016),
<http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-theory/>

H.L.A. Hart. The Concept of Law (3rd edition, 2012).

דין בתיאוריות משפט הטבע:

Thomas Aquinas. Summa Theologica, question 90.

John Finnis. Natural Law Theories, Stanford Encyclopedia of Philosophy (2007, revised 2015),
<https://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>

John Finnis. Natural law and Natural Rights (1980).

Ronald Dworkin. The Model of Rules I, in Taking Rights Seriously by Ronald Dworkin (1978) Chapter 2.

Ronald Dworkin. Law's Empire, 228-238 (1986).

עיון במרקסיזם:

Karl Marx. On the Jewish Question (1844),
<https://www.marxists.org/archive/marx/works/1844/jewish-question/>

Hugh Collins. Marxism and Law (1984).

עיון בריאליזם אמריקני:

Roscoe Pound. Mechanical Jurisprudence, Columbia Law Review 8, 605-623 (1908).

Oliver Wendell Holmes. The Path of Law, Harvard Law Review 10, 457-478 (1897).

Jerome Frank. Law and the Modern Mind (1930).

Karl Llewellyn. The Bramble Bush (1930).

הגישה הביקורתית למשפט:

Mark Tushnet. Critical Legal Studies: A Political History, Yale Law Journal 100, 1515-1544 (1991).

פמיניזם משפטי:

קתרין מקינון. פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה (2005).

אורית קמיר. כבוד אדם וחווה: פמיניזם ישראלי משפטי וחברתי (2007).

Leslie Francis and Patricia Smith. Feminist Philosophy in Stanford Encyclopedia of Philosophy,
<https://plato.stanford.edu/entries/feminism-law/>

אכיפת מוסר ועקרון הנזק:

ג'ון סטיוארט מיל. על החירות (1859. יצא בעברית בהוצאת שלם ב-2006).

רות גביזון. אכיפת המוסר ומעמדו של עקרון החירות, עיון כז 274 (תשל"ו-תשל"ז).

אמנון רובינשטיין. אכיפת מוסר בחברה מתירנית (1975).

ה.ל.א. הארט. חוק, חירות, מוסר (2006).

Patrick Devlin, The Enforcement of Morals, 17-18 (1965).

Joel Feinberg. Moral Limits of the Criminal Law, volume 1.

עקרון הניטרליות בתיאוריה הליברלית:

Ronald Dworkin. Liberalism, in Public and Private Morality, ed. Stuart Hampshire (1978).

John Rawls. Political Liberalism, 190-195 (1993).

הבחנה בין ספרה ציבורית לפרטית:

Ruth Gavison. Feminism and the Public-Private Distinction, Stanford Law Review 45, 1-45 (1992-3).

Duncan Kennedy. Stages of the Decline of the Public/Private Distinction, University of Pennsylvania Law Review 130, 1349 (1982).

Karl Klare. The Public-Private Distinction in Labor Law, University of Pennsylvania Law Review 130, 1358-1422 (1982).

Alon Harel. Public and Private law, in Oxford Handbook of Criminal Law, eds. Markus Dubber and Tatjana Hörnle, 1040-1063. An early version on SSRN is available at
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2320031.

חברות "כדאי לדעת" מציגות מגוון נושאים אקדמיים וסוגיות מתקדמות בשפה שווה לכל נפש. מטרתן לחשוף את הקוראים לתחומים חדשים ולאתגר את חשיבתם.

חלקה הראשון של חוברת זו בוחן מהו המשפט ומהו הקשר בין המשפט למוסר. האם המשפט הוא מערכת כללים חברתיים הנקבעים על ידי בני אדם, או האם הוא קשור בהכרח לעקרונות מוסרי? ואולי המשפט הוא בכלל מכשיר ללגיטימציה של ניצול ושל הדרה, כפי שסוברים המרקסיסטים וחלק מהפמיניסטיות? או אולי המשפט הוא מכשיר לקידום תכליות חברתיות, כמו למשל יעילות?

החוברת בוחנת גם שאלות הקשורות לגבולות המשפט: מה ראוי ומה בלתי ראוי שהמשפט יסדיר? האם עקרון החירות מגביל את התחומים שהמשפט צריך להסדיר?

goodtoknow.tau.ac.il

בית הספר למדעי המתמטיקה
הפקולטה למדעים מדויקים
ע"ש ריימונד וברלי סאקלר
אוניברסיטת תל אביב



הפקולטה למשפטים
ע"ש בוכמן
אוניברסיטת תל אביב



FIRON
M. FIRON & CO. ADVOCATES

מרכז אדמונד י' ספרא לאתיקה
The Edmond J. Safra Center for Ethics

