**מבוא: הגדרות והבחנות ראשוניות**

תחום תורת המשפט עוסק ב-2 סוגי שאלות:

1. **שאלות נורמטיביות** = **שאלות שמתייחסות לאופן בו ראוי לנהוג בתחומים מסויימים**. למשל, האם יש חובה מוסרית לציית לחוק? מדוע מענישים? מהי החובה המוסרית לקיום הבטחות בחוזה? האם לאישה יש זכות להפסיק הריון לא רצוי? וכן הלאה. אלו שאלות יותר פילוסופיות שמחפשות את ההצדקה הנורמטיבית של התנהגויות מסויימות בחברה.
2. **שאלות אנליטיות** = **שאלות שנוגעות להבנת מושג המשפט**. למשל, מה מייחד את המשפט ממערכות אחרות? מתי וכיצד נורמה הופכת להיות חלק מהמשפט? מהו שק"ד שיפוטי? ועוד. אלו השאלות שנדון בהן בקורס.

נדון ב-3 נושאים:

1. הבנת טיבו של המשפט ומערכת המשפט
2. הבנת טיבו של ההליך השיפוטי
3. הבנת טיבם של מושגים משפטיים

**המשפט**

מה בין חוקי המדינה לחוקי הטבע?

* **חוקים פרספקטיביים =** חוקים מנחים, מדריכים, מצווים, נורמטיביים. אלה הם חוקי המדינה.
* **חוקים דסקריפטיביים**= חוקים שמתארים את המציאות. אלה הם חוקי הטבע או חוקי הכלכלה.

אם נראה שיש תופעה שהיא בניגוד לחוק הדסקריפטיבי נגיד שהחוק לא מתאר נכון את המציאות, זאת לעומת עבירה על חוקי המדינה שהיא אסורה אבל אפשרית ואינה הופכת את חוק המדינה ללא נכון או לא קיים.

הבחנה זו מביאה אותנו **להבחנה שבין עובדות לערכים** – החוקים הדסקריפטיביים מתארים את עובדות המציאות והחוקים הנורמטיביים מתארים ערכים. מערכות נורמטיביות נוספות: למשל- מוסר; דת; כללי נימוס; כללים של מועדונים, אגודות חברתיות ועוד.

**לסיכום, האפיון היסודי ביותר של המשפט הוא שהיא מערכת נורמטיבית.**

אחרי שאמרנו שמערכת המשפט היא מערכת נורמטיבית שמעגנת בתוכה ערכים ומוסר יש לעשות הבחנה בין:

* **אתיקה** = מוסר במובן הרחב ביותר. אתיקה היא מושג רחב יותר והיא כוללת את המוסר גם אדם כלפי עצמו וגם כלפי הסביבה.
* **מוסר=** משתמשים בו יותר ביחסיים הבין אישיים. מוסר הוא לא אובייקטיבי, הוא מונח סובייקטיבי. לפיכך, ישנם 2 סוגים של מוסר:

1. **מוסר נוהג-** המוסר הנוהג בחברה נתונה. נורמות התנהגות הנכונות לאותה חברה.
2. **מוסר אידיאלי-** מוסר בהיבט הביקורתי. מה ראוי, מה נכון.

מה שמאפיין מוסר הוא שהוא כאמור איננו אובייקטיבי במובן הזה שאין שום מוסד או ספר שניתן לפנות אליו ולדעת מה התשובה מבחינה מוסרית. במובן זה המשפט שונה מהמוסר (למשפט כללים מאוד ברורים).

**מה מייחד את המשפט בהשוואה למערכות נורמטיביות אחרות?**

1. **מעמד**- בא לידי ביטוי ב:

* **כוח** **המשפט**: מאחורי המשפט עומד הכוח של המדינה. כלומר, המשפט מייצג את המדינה והמדינה אוכפת את כללי המשפט. זאת בניגוד למוסר שאין מאחוריו מערכת שכופה את הנורמות המוסריות.
* **עליונות**-משפט המדינה רואה את עצמו מעל המערכות הנורמטיביות האחרות.חוקי המדינה תמיד יהיו עליונים על מוסר נוהג כמו למשל מוסר דתי, או חוקים נורמטיביים אחרים כמו תקנונים של קהילות וכדומה.

1. **צורה**-שני מאפיינים:

* **אובייקטיביות –** למשפט יש קיום אובייקטיבי במובן הזה שיש ספר חוקים שאומר מה נכון ומה לא נכון. זאת בעוד שבהקשר המוסרי ניתן להתווכח מה נכון ומה לא נכון.
* **מוסדיות**-המשפט מנוהל דרך מוסדות.במערכת המוסר אין מוסדות למעט חריגים (כמו למשל דת).ניתן להבחין בין סוגי מוסדות שונים:

1. מוסדות יוצרי נורמות **–** מדובר בגופים רגולטורים שיוצרים את הנורמות. למשל, הממשלה או הכנסת.
2. מוסדות מיישמי נורמות – גם כאן אפשר להבחין בין שני סוגים: **גופי אכיפה וגופי שיפוט.** המשטרה היא הגוף בישראל שמתפקד כגורם אכיפה.ביהמ"ש יש לו תפקיד מהותי יותר: הוא לא רק אוכף פיזית את הנורמה, ביהמ"ש **גם קובע מה המצב המשפטי הקיים וגם יוצר נורמות חדשות מקום בו החוק לא אומר דבר.** באופן שותף המחוקק הוא מעל החלטות ביהמ"ש. הכנסת תמיד יכולה לחוקק חוקים שעוקפים את החלטות ביהמ"ש. הבעיה מתעוררת כאשר ביהמ"ש פועל מכוחם של חוקי היסוד ואז אין אפשרות בידי הכנסת לעקוף את החלטת בג"צ.

* **מערכת כללים**- הכוונה להפרטה של הכללים לנושאים שונים וסעיפים רבים (עונשין, נזיקין, חוזים וכו'). דהיינו, מערכת המשפט היא מאוד מפורטת ויותר ספציפית ממערכות מוסר אחרות.

1. **תוכן ומטרות**-

* **המשפט הוא כללי** – יש לו היקף בלתי מוגבל. הוא מסדיר את רוב תחומי החיים.
* **המשפט הוא פתוח**- הוא מאמץ נורמות אחרות שהן מחוץ לנורמות המשפט הכלליות. כגון הסכמים פרטיים, הסכמים ציבוריים, תקנונים של ארגונים וכו'.
* **הגבלות וולונטריות** – הבחנה בין משפט פרטי למשפט ציבורי.המשפט נוטה לא להתערב בעניינים פרטיים לעומת עניינים ציבוריים. מדובר בעניין אידאולוגי ולכן באיזשהו מובן ניתן להגיד שהמשפט בוחר שלא להתערב במשפט הפרטי באופן וולנטרי. (למשל- השאלה אם מי להתחתן במשפט הפרטי לעומת הדין הדתי).

**ההבחנה בין עקרונות לכללים:**

* עקרונות = נורמות מופשטות. הנורמות קובעות ערכים כלליים. לדוג': שיווין, צדק, סבירות, תו"ל וכו'.
* כללים = נורמות ספציפיות. לדוג': אסור לנסוע במהירות מעל 100 קמ"ש בכביש מהיר.

המשפט מתאפיין בזה שיש בו ריבוי של כללים להבדיל ממערכות אחרות שבנויות יותר מעקרונות (למשל מערכות של מוסר).

**סוגים שונים של כללים**:

* כללי המטילים חובה: מדגירים מה חובה לעשות ומה חובה שלא לעשות.
* כללים המעניקים כוח: מדובר בכללים שלא מטילים חובה אלא מעניקים סמכות או כוח לעשות משהו. למשל דיני החוזים הם כללים המעניקים כוח לאדם בדרך של חוזה להסדיר לעצמו מערכת נורמטיבית.
* כללים המעניקים זכויות: למשל החוק לביטוח לאומי מעניק זכויות לקבוצות בחברה לקבל קיצבה מביטוח לאומי.

מדוע המשפט משתמש בכללים? (1) חיסכון בזמן, עבודה וכסף; (2) מניעת טעויות; (3) כלי יעיל בהכוונת התנהגות: וודאות, תכנון מראש.

מערכת המשפט ניחנת ב**עליונות** והיא **המערכת המקיפה ביותר** בהשוואה למערכות נורמטיביות אחרות. מאפיינים אלו הופכים את מערכת המשפט להיות המערכת המשפיעה ביותר על חייהם של בני אדם.

**תפקידי המשפט**

סוגי מטרות:

1. מטרות ראשוניות- מטרות שפונות ישירות לנמעני החוק (האזרחים).
2. מטרות משניות – פונות למערכת המשפט עצמה.

**מטרות ראשוניות:**

1. **מניעת התנהגות בלתי רצויה והבטחת התנהגות רצויה:** המשפט קודם כל אומר מה צריך לעשות ומה אסור לעשות. המטרה היא הכוונת התנהגות גם בהיבט החיובי וגם בהיבט השלילי. דוג': חוק העונשין, חוק המיסים, חוק שירות צבאי. אלו סוגי נורמות שמטילות חובה. חלק זה עיקרו הגבלת החירות של האזרח לטובת אינטרסים ציבוריים.
2. **יצירת תנאים להסדרים בין פרטים**: לדוג'- חוק החוזים, חוק החברות, חוקי נישואים, חוקי קניין. מדובר בעיקר בכללים שמעניקים כוח. חלק זה לא רק שלא מגביל את החירות אלא מקים חירויות חדשות לאזרח.
3. **הספקת שירותים וחלוקת משאבים מחדש**: המדינה מספקת שירותים כגון חינוך, בריאות ורווחה. למדינה יש אפשרות להוציא את ההוצאות הללו בעקבות המיסים שהיא גובה. המדינה מחלקת את העושר מחדש ע"י גביית מס גבוה יותר מעשירים, וחלוקת הטובין לעניים. סוגי הנורמות כאן הם כללים המעניקים זכויות וכללים המטילים חובה.
4. **יישוב סכסוכים**: אחד מתפקידי המשפט הוא ליצור מנגנונים ליישוב סכסוכים. המנגנון העיקרי הוא דרך מערכת בתי המשפט. כל החוקים הנוגעים להסדרת פעילות ביהמ"ש קשורים לתפקיד זה. לצורך זה, רז עושה הבחנה בין סוגי סכסוכים שונים:
5. סכסוכים מוסדרים = סכסוכים שיש בהם תשובה בחוק. כל עניין שהחוק הסדיר מראש ניתן לראות אותו כמוסדר. למשל בחוק העונשין נקבעו עבירות ולכל עבירה נקבע העונש המתאים לה. אותו הדבר גם לגבי עוולת שנקבעו בפק' הנזיקין ועוד.
6. סכסוכים לא מוסדרים= אותם מקרים בהם אין בחוק תשובה למקרה הנדון. אלא מקרים שבדר"כ נפגוש בביהמ"ש העליון ברוב המקרים. אלו מקרים שבהם השופט צריך להפעיל שק"ד ולהחליט בו. לעיתים אפשר להגיד שהסכסוך מוסדר חלקית- יש תשובה בחוק אבל צריך לפרש אותו. ולעיתים אין בכלל תשובה בחוק – לאקונה. במובן הזה, ביהמ"ש משמש מעיין מחוקק**. בסכסוכים לא מוסדרים השאלה היא לא רק שאלה עובדתית אלא גם שאלה משפטית.** האתגר של החוק הוא ליישב גם סכסוכים שאינם מוסדרים.

לצורך כך רז מדגים לנו 4 מערכות משפט היפותטיות כדי להדגים את הצורך הזה:

1. מערכת שיש בה רק מוסדות מחוקקים: ע"י החקיקה המחוקק יכול להסדיר את 3 המטרות הראשונות שציינו. אבל המחוקק לא יכול להשיג לבד אכיפה של חוקים ויישוב סכסוכים.
2. מערכת שיש בה גם מוסדות מחוקקים וגם בתי משפט: נניח שאנחנו מוסיפים למערכת הזו את ביהמ"ש. אבל אנחנו אומרים לביהמ"ש שהוא יכול לפתור סכסוכים שהחוק קבע להם הסדר מראש, כלומר, סכסוכים מוסדרים בלבד. לפי סיטואציה זו, ביהמ"ש יידון בשאלות עובדתיות בלבד. הבעיה שיהיו מקרים רבים שבהם ביהמ"ש אל יוכל לתת תשובה כי החוק לא מסדיר את כלל המקרים.
3. מערכת שיש בה רק גופים פותרי סכסוכים אך אין בה גופים מחוקקים: הבעיה במערכת זו היא שאינה יכולה להסדיר מראש את ההתנהגות הרצויה וההסדרים הרצויים בין הפרטים.
4. מערכת שבנויה מגופי מחוקקים ומערכת ביהמ"ש בעלת סמכות כפולה: זוהי המערכת האולטימטיבית. ביהמ"ש מקבל 2 סמכויות- יישום עובדות מקרה בסכסוכים מוסדרים; וסמכות לטפל בסכסוכים לא מוסדרים ע"י פרשנות החוק או השלמתו.

המחוקק, כמוסד מייצר נורמות, הוא אחראי ליישום 3 המטרות הראשוניות שציינו. ביהמ"ש, כמוסד מיישם נורמות, מקבל את תפקיד יישוב הסכסוכים גם בהיבט של יישוב סכסוכים לא מוסדרים. **לכן צריך להניח שביהמ"ש לא יכולים רק ליישם את החוק יש להם בהכרח תפקיד של קביעות חדשות במקרים שבהם העניין לא הוסדר בחוק.**

**מטרות משניות:**

החוקה מכוננת ומסדירה את פעולות מערכת השלטון והמשפט. היא קובעת מי המוסד שיסדיר את הנורמות, ובאיזה אופן יהיה ניתן להסדיר את הנורמות. למשל המשפט יוצר מערכת שיפוט ואכיפה דרך חו"י השפיטה וחו"י ביהמ"ש. למשפט יש תפקיד לא רק לפנות אל הציבור כנמען שלו, אלא לפנות גם למערכת עצמה, לכונן ולהסדיר את פעילותה.

**דילמות של צדק ומשפט**

**פלוני נ' פלונית**

עובדות המקרה: אדם בוגר נשוי, שהיה חשוך ילדים, פיתה נערה כבת 15 והכנס אותה להריון. כתוצאה מכך נולד בן. הנערה מבקשת למסור את הבן לאימוץ ואילו האבא מתנגד.

הבעיה המשפטית: **האם בנסיבות המקרה נתגבשה עילת אימוץ?** החוק על פניו לא מעניק עילת אימוץ. החוק קובע כי אימוץ של ילד יכול להיעשות ב-2 מקרים עיקריים: (1) הסכמת ההורים; (2) אם אין הסכמה, אז רק דרך אחת מ-8 עילות האימוץ שבסעיף 13 לחוק.

הבעיה המיוחדת של המקרה הזה: מבחינה מוסרית לא ראוי שהאב יגדל את בנו. מבחינה משפטית, אין לכאורה עילה המאפשרת להכריז על הילד כבר אימוץ. המקרה הזה הוא **דוגמא לניגוד בין התחושה המוסרית שיש לנו לבין הכלים המשפטיים הקיימים**. פס"ד מדגים את ההתמודדות עם הבעיה המוסרים שנובעת מהמקרה.

כל השופטים מגיעים למסקנה שהילד בר אימוץ למרות שאביו של הילד על פניו מסוגל לדאוג לכל צרכיו של הילד. נק' המוצא היא שכנוע פנימי של כל חמשת השופטים שאין לאפשר לאב לגדל את הילד. מאידך, אין פתרון פשוט בחוק כדי להצדיק החלטה זו. אז איך השופטים מציקים החלטה כזו?

טענת ב"כ היועמ"ש: בהיעדר עילה מהותית ניתן להשתמש **בטענה דיונית** של המשפט המקובל- "מעילה בת עוולה לא תצמח תרופה". זו טענה פרוצדורלית מטעם ההגנה שנועדה לחסום את הערעור. התשובה של השופטת דורנר על הטענה- הכלל נכון רק לזכויות רכושיות. כאשר מדובר בזכויות אישיות כמו זכות הורית הכלל לא תופס.

**דעת הרוב:**

* **דורנר:** ס' 13(7) - ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו עקב מצבו או התנהגותו. זו העילה של אי מסוגלות הורית והיא העילה המרכזית של הכרזה על ילד כבר אימוץ. הם טוענים האב לא מסוגל לדאוג לילד. הם מסתמכים על חו"ד המומחים שהסביר את הסיכונים בגידול הילד בסביבת האב. המומחה קבע שהסיפור יוצר קשיים בגידול הילד. ביהמ"ש קובע כי התקיימה כן עילה של אי מסוגלות הורית בשל התנהגות. ההתנהגות שהביאה להריון מביאה למצב שיש לו אי מסוגלות לגידול הילד.

**דעת מיעוט:**

* **לוין**: טוען שדעת המומחה לא מתארת אי מסוגלות הורית. דעת המומחה רק מתארת קשיים שיעלו בגידול הילד והקשיים האלו לא עולים לכדי אי מסוגלות. הוא דוחה את דעת השופטים ומציע 2 פתרונות משלו:

1. **פרשנות מרחיבה**= "חוקים לא חוקקו בחלל ריק". הם חוקקו בתוך מערכת כללים ועקרונות קיימת. דרך פרשנות מרחיבה של החוק לוקחת בחשבון גם את התכלית החוק ועקרונות היסוד של השיטה. לפי פרשנות זו, ניתן להגיד שס' 13(8) מכיל בתוכו גם מניע לסירוב מטעמים שנוגדים את תקנת הציבור. הוא מציע לפרש את ס' 13(8) שאומר "הסירוב לתת את ההסכמה בא ממניע בלתי מוסרי או למטרה בלתי חוקית." כך שעילת האימוץ קמה גם אם סירוב ההורה לאפשר אימוץ נוגד את תקנת הציבור. במקרה שנו נסיבות הבאתו של הילד לעולם היו בלתי מוסריות יש חובה לאב להסכים לאימוץ. סירובו נוגד את תקנת הציבור.
2. **השלמה דרך חסר סמוי=** חסר סמוי זו הנחה של השופט שיש כאן חסר (להבדיל מחסר גלוי שברור שיש כאן חסר). חסרה עילה של הריון שנגרם כתוצאה מניצול. אנחנו בעצם אומרים שהמחוקק לא נתן דעתו על מקרה כזה ואילו היינו שואלים אותו היה בוודאי אומר שבמקרה כזה יש עילה להכרזה על הילד כבר אימוץ. ההתנהגות של האב לא נכנסת בגדרו של ס' 13(7) ולכן יש להוסיף עילה נוספת לעילות האימוץ. יש לקרוא לתוך ס' 13 כלל נוסף: "אין הורה רשאי לסרב להכרזת קטין כבר אימוץ אם הדבר נוגד טעמים שבתקנת הציבור".

יש להבחין בין טענה שאומר שהאב **לא מסוגל**, לבין טענה שאומרת שלאב **לא מגיע** לגדל את בנו. אם לאב לא מגיע, יש כאן אשמה מוסרית. זאת בניגוד לטענה שבה האב לא מסוגל.

* **חשין:** חשין פותח את פס"ד בגילוי נאות והוא מספר שהוא החליט על התוצאה של המקרה ברגע שהתבררו לו העובדות לאשורן. ז"א, לפי שהוא בדק את הפתרון החוקי הוא כבר ידע מה תהיה התוצאה מבחינתו. זו תחושת בטן מוסרית. עם זאת, הוא לא השתכנע מדעת הרוב והוא אינו חושב שיש כאן אי מסוגלות הורית. נק' המוצא של חשין היא שמשפט הטבע הוא שילד יגדל בבית אביו ואימו. זו זכותם של ההורים וזו זכותו של הילד. מזה משפט הטבע בדבריו של השופט חשין? מדובר בתופעות בלתי תלויות בדין, משפט הטבע הוא פרה-פוליטי. הוא איננו תלוי במדינה ובחוק. משפט הטבע הוא חוק מוסרי. משפט המדינה מאשרר את מה שהטבע\המוסר קבע קודם לכן. חשין ממשיך ואומר שלצד זכות טבעית זו, יש זכויות מוסריות אחרות הנוגעות למעשים שעשה האב. במקרה דנן, רלוונטי העקרון המוסרי של "הרצחת וגם ירשת". כיצד ימצא ציווי מוסרי זה דרכו אל משפט הארץ? לפי חשין, **עקרון "הרצחת וגם ירשת" הוא עקרון יסוד ולו מדרגת חוק משלו. למרות שהעיקרון לא כתוב בחוק, הוא חלק מהחוק.** חשין מציג לנו תפיסה עקרונית שלפיה יש עקרונות מוסריים שהם חלק מהמשפט. סוג התיאוריות האלה נקראות **תיאוריות המשפט הטבעי. לפי התיאוריה הזו המוסר והמשפט אינם נפרדים. המשפט הוא לא רק החוקים הפוזיטיביים שאנו מכירים אלא הם גם עקרונות מוסריים.** חשין קולע לסיבה שבגללה מראש לא מגיע לאב לגדל את הילד. הוא הולך על התשובה הפשוטה שקשורה לתחושה המוסרית שלנו. בגלל הקשיים שמעלה פסיקה זו, חשין מזהיר שמדובר בפסיקה חד-פעמית הנוגעת למקרה הספציפי ולהבא יש לבחון כל מקרה לגופו.

**סיכום** - בפס"ד יש 3 גישות שונות:

1. **גישת שופטי הרוב –** יש לעגן את ההחלטה בסעיף בחוק. הסעיף הוא 13(7) הנוגע לאי מסוגלות הורית. לשופטי הרוב חשוב להראות שההחלטה שהם הגיעו אליה היא אובייקטיבית ולכן מתאמצים להסמיך אותה ללשון החוק.
2. **גישת השופט לוין-** טוען שאין כאן אי מסוגלות הורית. ולמעשה, אין סעיף בחוק שמאפשר להחזיר על היד כבר אימוץ. הוא מציע 2 דרכים: **(1) פרשנות מרחיבה; (2) הוספת החסר הסמוי.** היתרון של נתיב הפרשנות מרחיבה הוא- שהוא עדיין מעגן את ההחלטה בחוק. הנתיב השני של חסר סמוי הוא כבר שונה. החוק לא דיבר על המקרה הספציפי אבל ע"י יצירת החסר הסמוי הוא נותן לגיטימציה להכניס את המקרה הספציפי בגדרו של החוק. החוק קבע 'הסדר מוסדר' והחסר הסמוי יוצר 'הסדר שאינו מוסדר', דהיינו סכסוך השחוק לא קבע בו דבר. לפיכך, החסר הסמוי נותן כוח לשופט להשלים על חלל זה.
3. **גישת השופט חשין-** בעל ההכרעה הנועזת ביותר. חשין אומר שלא מדובר באי מסוגלות הורית ולכן המקרה לא נכנס בגדרי הסעיף. החוש המוסרי של חשין לא נותן לו להסכים לכך שהאב יגדל את הילד. לכן הוא הולך על גישה אחרת- **לוקח את עקרון "הרצחת וגם ירשת" ומתייחס אליו כעקרון יסוד מוסרי שניתן לפסוק לפיו.** הוא נותן לעיקרון מעמד של חוק.הקושי הוא שחשין לא נסמך בכלל על החוק וניתן אפילו להגיד שהוא מתעלם בגסות מהחוק הקיים. איך חשין מתמודד עם הביקורת על גישתו? הוא מגביל את השימוש בעקרונות מוסר רק לביהמ"ש והוא מוסיף שיש לבחון כל מקרה לגופו ואין להקיש מהכרעה זו למקרים הבאים.

יש להבחין בין הסתמכות על עקרון יסוד לבין עקרונות מוסר. יש עקרונות יסוד שהשופטים מסתמכים עליהם. גם בהליכה לעקרונות יסוד לא כתובים יש בה דבר חידוש אך עדיין עקרונות יסוד מהווים עקרונות חוקתיים שהם חלק ממערכת המשפט. השופט שלמה לוין קרוב לזה שהוא עושה את הפרשנות המרחיבה. עקרונות היסוד יש להן מעמד מוגבל והם לא מאפשרים לגבור על חוקים. לעומת זאת, חשין לוקח עקרון מוסרי שהוא מחוץ למערכת המשפט. זה עקרון חוץ- משפטי, וחשין מכיל אותו נגד החוק! הוא מרשה לעצמו לפנות אל העקרון המוסרי כאילו הוא פונה לחוק כתוב ולכן המהלך הזה הוא מהלך דרמטי.

מכאן אנו מגיעים להבחנה בין **תפיסה פוזיטיבית של המשפט מול משפט הטבע.**

משפט פוזיטיבי הוא תיאוריה של המשפט ומה שעומד ביסודה הוא ההנחה שהחוק הוא מה שנקבע ע"י החברה כחוק. החוק הוא עובדתי. החוק הוא פוזיטיבי במובן הזה שניתן להצביע על מחוקק ועל חוקים ספציפיים. לעומת זאת, התפיסה של משפט הטבע אומרת שהחוק איננו רק פוזיטיבי. כל החוקים כולם כפופים למערכת מוסרית מופשטת. המערכת הזו יש להתייחס אליה כאל חלק מהחוק ב-2 מובנים: **(1) החוק צריך להביא לידי ביטוי את עקרונות הצדק- החוק צריך להיות צודק; (2) מערכת מופשטת של חוקים יכולה להכיל חוקים שקיימים גם ללא חקיקה פוזיטיבית.**

**משפט טבעי**

**1. אפלטון**

אפלטון היה תלמידו של סוקרטס ובכתביו הוא משתמש בשמו של סוקרטס כדי להביא את דעותיו שלו. אפלטון דן בשאלה היסודית ביותר- **מהו החוק?** חברו שואל לאיזה מן החוקים אתה מתכוון? סוקרטס עונה שהוא שואל בכללותו של דבר. אנחנו רואים שהשאלה יכולה להתפרש ב-2 כיוונים: (1) מהו החוק בעניין מסוים. למשל כמה מותר לי לנסוע בכביש מהיר. (2) מהו החוק במהותו. מה טיבו של החוק – זו השאלה שמעניינת את סוקרטס.

חברו עונה- **החוק הוא מה שנחקק ונוהגים לפיו**. זו תשובה פוזיטיבית. החוק הוא תלוי זמן, מקום ותרבות ונקבע ע"י המחוקק. סוקרטס מאתגר את חברו ואומר כי החוק הוא תופעה שאיננה עומדת כשלעצמה. חוק הוא תמיד חלק ממערכת. חוק נעשה חוק משעה שהוא נחקק בדרך מקובלת, כלומר, החוק הוא דבר שתמיד מעוגן באיזושהי סמכות אחרת. תחת איזה סמכות פועל המחוקק כשהוא מחוקק את החוקים? ודוק, מה עומד מאחורי החוקים שמעניק להם את כוחם? סוקרטס משווה את המצב לדרך הרפואה- כפי שהרופא קודם למתן התרופה מגלה את המחלה (את האמת) הקיימת, כך יש לשאול האם גם החוקים מטרתם לשקף ולגלות משהו קיים.

חברו עונה – כללו של החוק אינו אלא החלטה של מדינה. כלומר, **החוק הוא סברה מדינית**. סוקרטס מעוניין להוביל אותו בנתיב אחר- הוא שואל האם מקיימי החוק- צדיקים הם? ומפרי החוק עוולים הם? הוא מוביל אותו למסקנה שיש לנו הנחה לגבי החוק שהוא דבר טוב וראוי לקיים אותו. מאידך, המדינה מורכבת מגורמים אנושיים שעושים טעויות. יש פה סטירה פנימית. אם החוק הוא רק צורני ופורמלי אי אפשר להניח שהו דבר טוב. אם החוק הוא טוב הוא חייב להיות ביטוי של איזשהו טוב.

סוקרטס מסכם ואומר- **החוק מבקש, אפוא, להיות גילויה של האמת.** סברה הגונה היא סברה אמיתית. חייבים להתייחס לחוק כמשהו מהותי שמכיל בתוכו עקרונות. לפיכך, אם המדינה תחוקק חוקים שאינם צודקים- הם אינם חוק. חוקים שראוי לקיים הם בהכרח חוקים צודקים. סוקרטס הכניס להגדרת החוק את התאמתו לעקרונות מופשטים של צדק. אפלטון מודע לזה שבני אדם לא יודעים תמיד את האמת ולכן הוא מגדיר זו כך שהחוק רוצה\שואף להיות גילוי האמת.

חברו של סוקרטס מעלה ביקורת: **כיצד ייתכן שאין אנו נזקקים תמיד לאותם החוקים באותם עניינים?** סוקרטס עונה- בני האדם לא תמיד מסוגלים לגלות את האמת. הם מוגבלים ומגלים בהדרגה את האמת המוסרית ולכן החוקים משתנים מדור לדור. שינוי החוק הוא לא תלוי בבני האדם אלא תלוי בתהליך גילוי האמת שלהם בהדרגה.

אפלטון מייצג עמדה לפיה בשאלות מוסריות יש או אמת או שקר. שאלות אלו אינן כפופות להכרעות חברתיות מסוימות. לפי אפלטון- **קיימת אמת אחת אוניברסלית ונצחית**.

החלק האחרון של הדיאלוג נוגע למקורות של החוק. לאפלטון חשוב לומר שהחוק הבסיסי נכתב ע"י אנשי מעלה. במובן הזה, אפלטון אליטיסט. בחלק האחרון של הדיאלוג הוא נאבק להציג את דמותו של מינוס (מלך כריתים) כדמות מפוארת שמאחוריה מורשת של חוקים נצחיים. הוא מתאמץ לתאר את דמותו כך כיוון שבעניו מינוס הוא **המלך הפילוסוף** שהאמת גלויה אליו ולכן חוקיו הם חוקי האמת.

**לסיכום-** מה שקובע את החוק הוא לא ההיבט הפרוצדוראלי, אלא החוק מקבל את כוחו בכך שהוא מתאים את עצמו לעקרונות צדק מופשטים. חוק שלא משקף עקרונות צדק הוא אינו חוק לפי אפלטון. הזיקה בין החוק לבין המוסר היא זיקה פנימית. אלו אינם תחומים נבדלים והם קשורים זה בזה.

**2. אריסטו**

אריסטו היה תלמידו של אפלטון אבל חלק עליו בהיבטים רבים. הוא הקים אסכולה פילוסופית משלו.

**מהי תורת המשפט של אפלטון?**

האתיקה הניקומאכית = ספר שמאגד סיכומי שיעורים של אריסטו. בספרו הוא אומר ש"**הצדק המדיני קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו נובע מן החוק**". לחוק של המדינה יש 2 מקורות –

1. **צדק מן הטבע** – חלק שזהה בכל מקום ואינו תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות. ז"א, מה שותן לו תוקף הוא לא קביעה חברתית אלא האמת שבו. העובדה שהוא מן הטבע. זה חוק שאינו תלוי בחקיקה של בני אדם.
2. **צדק מן החוק –** היבט של החוק שתלוי בדעת הבריות. אלו חוק שבני האדם קובעים בדרך של הסכמה וראוי שיקבעו.

**גם אריסטו וגם אפלטון מניחים שהחוק הוא לא רק קביעה של המדינה**. שניהם מאמינים שלחוק יש מקור משותף והוא גילוי של האמת\חוק הטבע. אפלטון מציג גישה מוניסטית של החוק. לעומת זאת, אריסטו מאמין כי הצדק מורכב מהיבט נוסף והוא הצדק הנובע החוקים של בני האדם. כלומר יש עקרונות צדק שהם מקומיים ותלויים בדעת הבריות. אריסטו מאמין שבקביעת החוק יש אלמנט פוזיטיבי והוא אינו טבעי.

הבעיות השונות

אריסטו מציג תפיסה שאומרת שהצדק הוא מסוג אחד. כלומר, יש אמת אחת שהיא החוק. הוא מעלה בעיה שאומרת שיש קושי להגדיר את החוק כמשפט טבע כיוון שבפועל החוק משתנה ממקום למקום.   
הוא ממשיך ואומר שקיימת טענה שאת חוקי המדינה אפשר לשנות בעוד שחוקי הטבע אי אפשר לשנות, הם כפויים על בני האדם. אריסטו עונה שאינטואיטיבית כל החברות האנושיות שותפות לדעה שיש מעשים שנחשבים עוול, כלומר יש צדק טבעי שהוא חלק מהמשפט הטבעי. עם זאת, הוא טוען שגם **המשפט הטבעי ניתן לשינוי!** משפט הטבע לא זהה לחוקי הטבע הפיזיקליים, יש מעיין קטגורית ביניים של נטיות טבעיות שיכולות להשתנות (לדוג'- אדם נולד שמאלי אך יכול במאמצים לאמן את יד ימין ולהפוך אותה לידו החזקה).

**איך לפי גישה זו, אנחנו אמורים לדעת מהו משפט הטבע?**

מהם חוקי הטבע המוסריים? לצורך התשובה צריך להיכנס לעולם המחשבה של אריסטו:

נק' המוצא של אריסטו היא **חשיבה תכליתית – חשיבה טלאולוגית**. הוא אומר שלכל אובייקט בעולם יש תכלית. התכלית הזו היא חלק מהטבע שלו. בספרו של אריסטו "הפוליטיקה", הוא קובע שהתכלית של אדם היא מדינה: **"האדם הוא בעל חיים מדיני על פי הטבע".** הקביעה שאדם הוא חיה פוליטית קשורה לכך שזו תכליתו הטבעית של האדם. אריסטו בונה את תפיסתו החל מהצרכים הבסיסיים ביותר של האדם עד שהוא מגיע למסקנה שהמדינה מספקת את כל צרכיו של האדם:

* ה**אדם** אינו אוטארקי – הוא איננו מספק את צרכיו לבד.
* אדם זקוק ל**משפחה** כדי להתרבות ולגדל צאצאים.
* המשפחה אינה אוטארקית- היא זקוקה ל**כפר** כדי לספק מזון.
* הכפר אינו אוטארקי- הוא זקוק ל**מדינה** (פוליס).
* המדינה (הפוליס) היא אוטארקית.

לפיכך, אם השותפויות הראשונות הן טבעיות, אזי שגם המדינה בכללותה היא טבעית כי היא תכליתן, וטבעו של הדבר הוא תכליתו". כיוון שהמדינה אוטארקית נגיד שאדם נועד לחיות במדינה. **האדם הוא חיה פוליטית** שחיה במסגרת קבוצתית. הנקודה המרכזית היא שאדם הוא חיה פוליטית כחלק מהטבע. זה לא נתון לבחירתו של האדם. אם כן, מה ההבדל בין בעלי החיים לבני אדם? גם הם זקוקים לחיי שיתוף והם לא יכולים לחיות כיחידים. לבני אדם יש ייחוד: **"לאדם יש כוח דיבור (תבונה) שמכוון לגלות את המועיל והמזיק וכן את הצדק והעוול".** לכל בני האדם היכולת להבחין בין טוב ורע, צדק ועוול, ויכולת זו היא המאפשרת לחיות בבית ובמדינה. התחושה המוסרית הזו הקיימת בבני האדם היא בסיס החיבור של בני האדם במדינה. אם כן ההגדרה הנכונה לצדק טבעי היא כדלהלן:

* **צדק טבעי = אותן הנורמות המוסריות שהן הכרחיות\חיוניות לקיומה של חברה** (הן אוניברסליות ולא תלויות בבני האדם). כדי לקיים קהילה צריך לשמור על נורמות בסיסיות. איך מגלים את הנורמות האלה? **באמצעות התבונה**. כוח הדיבור הוא הכוח התבוני שמאפשר לתקשר על הדברים ולהסכים על הנורמות ההכרחיות לקיומה של הקהילה\המדינה.

**סיכום:** אריסטו אמר שהמשפט חלקו בא מן הטבע (הנורמות הצודקות שאינן תלויות בדעת הבריות); וחלקו מן החוק המייצג קביעות מדיניות שיכולות להיקבע באופן שונה, אבל לאחר שנקבעו יש לנהוג לפיהן.

**מושג ההגינות (epieikeia)- יושר**

* **הגינות** = תיקונו של החוק שבא מחמת כלליותו. זהו תיקון של העוול שנוצר בעקבות כך שהחוק נחקק בצורה כללית.
* **המעשה ההגון** "אינו מצטמצם למה שצודק לפי החוק אלא בא לתקן את הצדק החוקי".

אריסטו עומד כאן על **בעיית כלליות החוק**- כל חוק באשר הוא, הוא כללי. הכלליות של החוק יוצר בעיה אינהרנטית כיוון שתמיד יהיו מקרי קצה. כלומר, יהיו מצבים שאם נחיל בהם את החוק נגיע לתוצאה שאינה צודקת. הבעיה הזו רלוונטית לשני צידי החוק- גם לחוקי הטבע וגם לחוקים פוזיטיביים שהם קביעות אנושיות.  
ברגע שיש ניגוד בין הצדק שבחוק לבין מטרות החוק (המוסר המעוגן מאחורי החוק), יש להפעיל את עקרון ההגינות (לדוג'- פס"ד רינגס על הרוצח היורש).

**לפי איזה קריטריון יש לפעול לתיקון החוק?** התרגיל המחשבתי הוא שהשופט ישים עצמו בנעלי המחוקק. השופט צריך לשאול את עצמו מהו תכלית החוק? אם החלת החוק לא מתיישבת עם תכלית החוק השופט צריך לפעול בניגוד לחוק.

במונחים שלנו – **עקרון היושר מדבר על חסר סמוי.**

התיאוריה של המשפט הטבעי הייתה מרכזית בתולדות המשפט עד המאה ה-19. המשפט הטבעי מתקשר למשפט המדינה ב-2 רבדים:

* **המשפט הטבעי יכול לבסס ולהצדיק את משפט המדינה.** המשפט איננו מנוגד לטבע ואיננו מנוגד לתבונה אלא הוא תוצר שלה. לכן, כדאי וצריך שלמור על חוקי המדינה כי הם ביטוי של המשפט הטבעי. משפט המדינה. המשפט הטבעי הוא בהיבט הזה הצדקה רציונלית לחוק.
* **תפקיד ביקורתי ביחס למשפט המדינה-** אם מניחים שעקרונות מוסריים עומדים בתשתית החוק, אזי שהם יכולים גם לבקר את החוק. הם יכולים להיות קנה מידה למה נכון\מה ראוי או כיצד ראוי לפרש את החוק. אם חוק איננו מתאים לעקרונות מוסר אז הוא איננו תקף. כאן יש למשפט הטבעי פוטנציאל גדול להוות גורם מהפכני.

**תורת המשפט הטבעי התגבשה תחת ההנחה שיש עליונות למשפט הטבעי**- אם המחוקק יחוקק חוקים שהם בלתי צודקים או בלתי ראויים- אין לפעול לפיהם.

* **חוק אמיתי הוא הסכמה של התבונה עם הטבע (קיקרו).**

בהתחלה תיארנו את חוקי הטבע כחוקים דיסקרפטיביים- חוקים שמתארים מציאות. עם זאת, הגישה של משפט הטבע טוענת שאלו חוקים שיש לגלות אותם, הם לא תמיד באים לידי ביטוי בשלמותם. יש פה טשטוש של ההבחנה שמדובר בחוקים מתארים שקיימים ללא ספק. אפשר להגיד שלפי גישת משפט הטבע חוקי הטבע בעולם בנויים מרובד רוחני-מוסרי ורובד פיזי. אי אפשר להוכיח את הרובד המוסרי ויש לגלותו אט אט.

**תורת הזכויות הטבעיות**

תורת הזכויות הטבעיות שמתפתחת במאה ה-17 בעיקרה, ולאחר מכן תופסת מקום מרכזי בפוליטיקה ובמשפט, היא במידה רבה תוצר\גרסה מסויימת של המשפט הטבעי.

**1. תומס הובס**

**"הטבע עשה את בני האדם שווים ביכולת הגוף והנפש**" – הובס יוצא מנק' הנחה של שוויון. השוויון בעניי הובס נוגע להיבט הפיזי והשכלי. הוא מכיר בכך שיש אי שוויון כי לפעמים לאנשים אין נתונים שווים. עם זאת, יש בניהם שוויון בסיסי כי בני האדם שווים ביכולת האיום שלהם אחד על השני.

**השוויון** יוצר **תחרות** בין בני האדם, התחרות יוצרת **אי ביטחון** והתוצאה של התחרות על אותם המשאבים יוצרת **"מלחמת כל בכל".**  **מבחינה נורמטיבית- יש בין בני האדם חירות מלאה**. כלומר, הזכות הטבעית הקיימת היא במצב הטבע היא חירות מלאה. בטבע אין מושגים של צדק ועוול יש רק חירות מוחלטת והחירות מובילה לפראות ומלחמות. **מבחינה מעשית – זה מוביל לכך שבני האדם נלחמים זה בזה ויש חיי בדידות, חיים דלים, מאוסים בהמיים וקצרים.**

כיוון שבני האדם לא מעוניינים בחיים אלו, הם מתאגדים ומסכימים על מספר חוקים טבעיים (במובן של הובס הכוונה ל**חוקים רציונליים**):

1. בקש שלום ורדפהו – השלום עדיף על מלחמה.
2. אדם צריך להיות ממוכן לוותר על זכותו (חירותו המלאה) לטובת השלום. כולם צריכים לוותר על זכויותיהם ולהעבירם לריבון.
3. צדק – הכורת אמנה חייב לקדמה. יש לקיים את ההסכם, כלומר מסכימים לתת סמכות מלאה לריבון.

אם מקבלים את 3 הכללים הרציונליים האלה תקום מדינה. מכאן נעבור **למצב המדיני.**

במצב המדיני יש לנו **אמנה חברתית שעל פיה הנתינים מוסרים את זכויותיהם לריבון.** בתפיסה של הובס, בני האדם מוותרים על החירות ומעבירים אותה לריבון. כעת, המדינה יכולה לקבוע מושגים של טוב ורע\צדק ועוול. הריבון קובע חוקים, שופט את מפרי החוקים ומנהל את ענייני המדינה. הזכות היחידה, לפי הובס, שלא מוסרים למדינה היא הזכות להגנה עצמית.

הובס הוא פילוסוף פוליטי ולכן התיאוריה שלו היא תיאוריה שבאה להצדיק את קיומה של המדינה. הוא בא להסביר למה צריך מדינה? לפי התשובה של הובס- כי זה כדאי לנו! בהעדר מדינה יש לנו מלחמת כל בכל. התיאוריה של הובס לא רק מצדיקה את קיומה של המדינה, היא מצדיקה **משטר אבסולוטי**. הובס מדבר על ריבון אחד שמחזיק בידו את כל הכוח- גם מחוקק, גם שופט וגם מבצע.

**מהי תורת המשפט לפי הובס?**

נק' המוצא של הובס היא שהחוק מנוגד לטבע. החוק הוא לא טבעי. בטבע אין חוק. לכן, מקור הסמכות המדינית והמשפטית הוא באמנה החברתית – כלומר, בהתארגנות החברתית האנושית. מקור החוק הוא בריבון. החוק הוא ביטוי של פעולה חברתית ולכן הוא ביטוי להסכמה חברתית. אלו מאפיינים של **המשפט פוזיטיבי.**

**2. ג'ון לוק**

גם במצב הטבעי לפי לוק בני האדם שווין: "יצורים מאותו מין שהטבע לא הפלה ביניהם מן הדין שיהיו שווים זה לזה ולא כפופים זה לזה"- אמנם, לפי לוק **השוויון הוא נורמטיבי**. הוא לא רק פיזי כפי שהציג הובס. יש שוויון מוסרי טבעי. הטענה היא שלמרות ההבדלים המגדריים\גזעיים, בכללותו יש שוויון מעמדות, שוויון נורמטיבי. לפי לוק, במצב הטבע יש חירות אך ברגע שהכרנו בשוויון הנורמטיבי, המשמעות היא שכל אחד צריך לכבד את השני כחלק מאותו שוויון.

**לכל אדם, במצב הטבעי, זכויות טבעיות: "אין אדם רשאי לפגוע בחברו**- **בחייו, בחירותו וברכושו."**

איך אדם מבטיח את הזכויות הטבעיות? לכל בני האדם במצב הטבעי יש-

* **הזכות להעניש** את העבריין.
* **זכות לתבוע פיצויים** על נזק.

המצב הנורמטיבי כולל את הזכויות הטבעיות- אלו הן משפט הטבע. לאדם יש גם זכות להבטיח את זכויותיו! איך אדם שומר על זכויותיו? יש לו זכות להתגונן מפני מי שפוגע; ויש לו גם הזכות גם להעניש ולטבוע פיצוי ממי שהזיק לו. **כדי לשמור על הזכויות האלה ולאכוף אותם יש צורך להתאגד למדינה.** הטענה שבמצב הטבעי יש זכויות טבעיות והזכויות האלה

**אז למה בכל זאת צריך מדינה לפי לוק?**

נק' ההנחה היא שלא כל בני האדם טובים (הפרעות נפשיות, גדלו בתנאים קשים וכו'), בעצם לא כל בני האדם מכבדים את הזכויות הטבעיות ולכן צריך ריבון שיגן על הזכויות האלה. שנית, הענקת הזכות וההגנה על הזכויות עלולה לסבך את העניינים. אדם יעניש ממניעים של נקמה וזעם וייתכן שייתן עונש לא מידתי. כדי לאזן ולשמור על הסדר יש צורך במדינה שתסדיר את העניינים האלה. לסיכום:

* במצב הטבעי לא כל אחד יכול להגן על זכויותיו.
* במצב הטבעי אדם עלול להעניש יתר על המידה.
* מטרת המדינה להגן על הזכויות.

**מה קורה במצב המדיני?**

מעניקים למדינה סמכות לחוקק ובני האדם מתחייבים לשמור על החוקים. זה תוכן האמנה החברתית לפי לוק. עם זאת, **אדם שומר לעצמו את זכויותיו הטבעיות- הזכות לחיים חירות וקניין**. האדם לא מוותר על זכויותיו!! הן נשמרות במצב המדיני והמדינה כפופה להם.

**איזו תיאוריה משפטית מייצג לוק?**

יש לאדם זכויות טבעיות במצב הקדם מדיני. ההגנה על הזכויות האלה הן מטרת ההתאגדות המדינית ולכן חוקי המדינה כפופים לזכויות האלה. אלו מאפיינים של תיאוריית **המשפט הטבעי.** לוק בגישתו ראה לנגד עניו משטר של **מלוכה חוקתית** – משטר זה מניח שהמלוכה כפופה למערכת חוקים מסויימת (חוקה מסויימת) ואלו הם לפי לוק הזכויות הטבעיות.

**ההשפעה של לוק על 2 המהפכות הגדולות בסוף המאה ה-18 (הצרפתית והאמריקאית):**

בהכרזת העצמאות האמריקאית (1776) יש ביטוי מובהק לתורתו של ג'ון לוק. האמריקאים אומרים שבני האדם נבראו שווים. זה שוויון נורמטיבי. האמריקאים החליפו את זכות הקניין לזכות ל'רדיפת העושר'. המשפט האחרון אומר "כדי להבטיח את הזכויות הללו יש לייסד ממשלה ששואבת את כוחה הצודק מהסכמת הנשלטים" – המשפט הזה מהווה מרכיב דמוקרטי שאין בתפיסה של לוק שהוא הסכמת הציבור לבחירת השלטון. רעיונותיו של לוק באים לידי ביטוי גם בהצהרת זכויות האדם והאזרח (1789) שנחתמה לאחר המהפכה הצרפתית. אנו רואים גם את ההשפעה המכרעת של רעיון הזכויות הטבעיות שמקורו שגישת המשפט הטבעי.

**פוזיטיביזם: תורת הפקודה של אוסטין**

אוסטין מסמן את המעבר מתורת המשפט הטבעי אל תורת המשפט הפוזיטיבי. במובן הזה הוא פותח עידן חדש בתורת המשפט.

בלאקסטון כותב פירוש לחוקי אנגליה והוא היה הסמכות העליונה בפרשנות של החוק האנגלי. הוא מסביר שהמשפט של האדם עומד על 2 יסודות- החוק הטבעי וחוק ההתגלות. הוא אומר שבני האדם לא יכולים לסתור את החוקים האלו, דהיינו חוקי בני האדם לא יכולים לסתור את משפט הטבע וחוקי האל. הוא מציג **מבנה משולש:** החוק הטבעי; חוק ההתגלות; חוקי בני האדם. הוא אומר שחלק מהחוקים האנושיים הם הצהרה של החוקים הללו- למשל איסור רצח. לעומת זאת, יש חוקים אחרים שאינם נובעים מחוק עליון דתי או מוסרי, למשל חוקי מסחר, ואלא הם חוקי המדינה.

בלאקסטון מציג מערך שבנוי מ-3 שחקנים. חוק המדינה נתפס לפי בלקסטון ככפוף לחוקים המוסריים\דתיים. זה מעמיד את מערכת המשפט במעיין מבוכה כיוון שחוק מסוים יכול לסתור את המוסר ואז אפשר לטעון שהוא לא תקף. יש לנו פה עירוב של דת מוסר ומשפט.

הגישה הזו מזמינה את השינוי שחל במאה ה-19, בהובלת אוסטין, שמנסה להגדיר מחדש את מונח החוק.

**מהו חוק? חוק הוא כלל מדריך שניתן בידי ישות תבונית אחת לישות תבונית אחרת.** הגדרה זו רואה את החוק כעניין פרספקטיבי. הוא לא רואה את החוק כהכללה כלשהי, אלא החוק הנורמטיבי הוא חוק שמצווה לעשות דבר מה. שורה תחתונה- זה לא חוק שקיים בטבע. יש אישיות תבונית (דני אדם או אלוהים) שמורידים את הפקודה אל אישיות תבונית אחרת. **מה נכלל בחוק לפי אוסטין?**

1. חוקי האל – חלק ממשפט הטבע.
2. חוקים שבני אדם קובעים אחד לשני- מוסר פוזיטיבי.
3. חוקים שבני אדם **מוסמכים** קובעים אחד לשני- משפט פוזיטיבי.

אוסטין ממפה בעצם את החוקים השונים. הוא מתייחס לחוקי הטבע ואומר שהשימוש בהם במונח של חוק הוא רק מטאפורי כי הטבע איננו מציית לאישיות תבונית. **הכלל לא מדריך והטבע לא מציית.** כלומר, הטבע לא יוצר חוקים רק בני האדם או אלוהים. כעת הוא מתרכז בחוק המדינה- המשפט הפוזיטיבי. החוק הפוזיטיבי, של המדינה, הוא החוק שבני האדם קובעים. לדעתו, המוסר אינו חלק מהמשפט הפוזיטיבי וכך גם הדת. הוא מגדיר מהו המשפט.

**אדם נמצא תחת חובה כאשר יש עליו איום שאם לא יבצע את רצונו של אדם אחד יגרם לו רע כלשהו (סנקציה).** הוא מתאר מצב פסיכולוגי שבו אדם נמצא תחת איום ולכן הוא חייב לעשות דבר מה. מתי חוק יוצר חובה? רק כאשר יש לצידה סנקציה! מכאן אוסטין מגיע להגדרת הפקודה: **פקודה = הוראה כללית שיש לצידה סנקציה.** רק פקודה יוצרת חובה ולכן אוסטין מגדיר את החוק המשפטי כפקודה. אם אין לצד החוק סנקציה הוא לא חובה.

אוסטין עושה הבחנה בין פקודה כללית לספציפית:

* **פקודה ספציפית =** הוראה לעשות פעולה מסוימת.למשל- הוראה של ביהמ"ש ביחס למקרה ספציפי.
* **פקודה כללית** = הוראה לעשות פעולה מסוימת באופן קבוע (סדרה של פעולות שנופלות תחת אותה הגדרה).

**כדי הפקודה תחשב חוק היא חייבת להיות פקודה כללית ולא ספציפית.**

מי רשאי לתת פקודה? חוק פוזיטיבי הוא חוק שניתן ע"י אנשים שיש להם **עליונות (סמכות)** כלפי אחרים. מושג הסמכות נמדד לפי **הכוח** – אדם שיש בידו הכוח להטיל עונש על חברו. אוסטין מציג מעמד היררכי של גורמים שיש להם סמכות להפעיל כוח על הכפופים להם. שורה תחתונה – **יכול לתת פקודה רק מי שיש לו סמכות\כוח כלפי אחר.**

החוק הפוזיטיבי הוא החוק של המדינה. המדינה היא ישות פוליטית עצמאית ותושביה מצייתים לה ולא לאף אדם אחר. המוקד, מקור הכוח של המדינה, נקרא הריבון. **הריבון הוא מי שרגילים לציית לו והוא אינו מציית לאחרים.** אם אין לנו גורם כזה, אין לנו ריבון. צריך למצוא כפיפות מבנית- צריך למצוא גורם אחד שלא כפוף לאחרים. במלוכה אבסולוטית זה היה מלך. במערכת דמוקרטית גם קיים מבנה בסיסי כזה ואפשר להגיד שמי שרגילים וחייבים לציית לו והוא איננו כפוף לאיש הוא **המחוקק.**

**תורת הפקודה**

תורת הפקודה של אוסטין היא ההגדרה הבאה: **החוק הפוזיטיבי הוא פקודה כללית של הריבון**.

כדי לדעת מהו חוק של המדינה צריך לזהות קודם כל את הריבון, ואחר"כ לבחון אם הוא הוציא פקודה כללית שיש לצידה סנקציה. אם כן- זה חלק מחוק המדינה.

התיאוריה של אוסטין מעלה כמה קשיים:

1. **תקדים** – במשפט המקובל הפסיקה היא מקור משפטי מרכזי. פסיקה היא פקודה ספציפית שאינה חוק. ההסבר של אוסטין: המעמד של הפסיקה הוא **מכוח הסמכות** שהריבון נתן בידו ולכן הפסיקה הופכת להיות חוק.
2. **מנהג –** מנהג הוא נורמה שנוצרת ע"י בני אדם שרואים אותה כמחייבת. התפיסה האנגלית היא שמנהג מחייב. מנהג הוא אינו פקודה של הריבון. האם הוא מחייב? התשובה של אוסטין: כאשר ביהמ"ש מאמץ את המנהג הוא הופך להיות מחייב, הוא הופך לפקודה. וכאמור, ביהמ"ש עצמו פועל מכוחו של הריבון. לפי אוסטין נראה שלביהמ"ש יש שק"ד אם לקבוע שמנהג מחייב או לא. בפועל, באנגליה של ימיו מנהג תמיד היה מחייב ולכן יש כאן פגם בהסבר של אוסטין.
3. **המשפט האזרחי-** אוסטין מודע לחוקים נוספים שאינם בגדר פקודה. למשל- חוק החוזים; חוקי נישואין; חוק הירושה; חוק החברות ועוד. אלו חוקים שאין בצדם סנקציות והם לא מטילים חובה הם רק חוקים מגדירים, חוקים שמעניקים כוח או זכויות. החוק הפלילי לעומת זאת הוא חוק שמטיל חובה ובצדו סנקציה. התשובה של אוסטין: אלו חוקים שיש בהם **חובה היפותטית**: אם אני ארצה להתחתן אני אהיה חייב לעשות זאת בדרך המסוימת שהחוק מגדיר. אוסטין אומר שאפשר להגיד שיש בהם סנקציה מעצם **בטלות הפעולה**. אם לא אעמוד בחוק, לא יכירו בנישואין או בחוזה שלי. זו הסנקציה.
4. **חוקים שאינם פקודה**: אוסטין מכין ב3 סוגים שונים של חוקים-
5. חוקים הצהרתיים ופרשניים- חוקים שהם הצהרתיים או פרשניים. אין בהם בכלל חובה ובטח שאין סנקציה. למשל- חוק הכשרות המשפטית.
6. חוקים מבטלים או מתירים- ישנם חוקים שאינם פקודות, הם מבטלים הוראות קודמות או מתירים לעשות כל מיני פעולות, כלומר אלו חוקים שמעניקים סמכות. לדוג': חוק לביטול המג'לה; או חוק רישוי עסקים שמסמיך את שר הפנים לקבוע בצו סוגי עסקים שלגביהם הרישיון טעון אישור.
7. חוקים לא שלמים- המושג הזה לקוח מהמשפט הרומי. אלו חוקים שמטילים חובה (זה ההבדל בינם לבין המשפט האזרחי) אבל לא מכילים סנקציה. יש חוקים כאלה גם בישראל. למשל- ס' 323 לחוק העונשין מטיל חובה על הורה להיות אחראי לקטין בן ביתו ולספק לו את כל צרכיו. לצד החובה הזו אין סנקציה! אוסטין מכיר בתופעה כזו והוא מגדיר חוקים מסוג זה כ'חוקים לא שלמים'. כלומר, הם מעיין חריגים לתורת הפקודה.

* התשובה של אוסטין לגבי סוגי החוקים א+ב: החוקים האלה אינם פקודות אבל הם חלק מהמשפט כיוון שהם משתלבים במערך של הפקודות. **הם נחוצים כדי להבין את הפקודות ולכן הן חלק מהמשפט**. בהיבט הזה, צריך להכיר את התופעה הכללית של **אינדיווידואציה של חוקים**. לחוקים יש מארג כללי ולכן מאוד קשה לבודד סעיף\חוק ולהגדירו אותו כחוק שעומד בפני עצמו. החוקים נמסכים זה על זה ומאוד קשה להבין חוק אחד בלי להכיר את החוק השני. למשל- חוק העונשין מגדיל גיל מינ' של אחריות פלילית (12), זה לא כתוב בסעיף של גניבה. לכן אנחנו צריכים להסתכל על החוקים השונים כמארג אחד בלתי נפרד וקשה להגדיר חוק בצורה אינדווידואלית. אוסטין בעצם אומר שחלק מסעיפים האלה הם אינם פקודה אבל הם קשורים קשר הדוק לפקודה עצמה ויש להסתכל על החוק **בצורה רחבה** ולא מצומצמת.

**המשימה של אוסטין הייתה לבודד את המשפט מהמוסר והדת**. המשפט הוא מערכת נפרדת וכדי להכריע הכרעות משפטיות צריך לקחת בחשבון רק את העניין הזה. זה מאמץ חשוב אבל אנחנו רואים שבפועל יש קשיים שעולים מהתיאוריה. המהלך של אוסטין היה בשעתו מהלך מהפכני כיוון שהוא הפריד בין המוסר למשפט.

לסיכום גישתו של אוסטין: המשפט הוא **תחום נפרד מהמוסר והדת**; המרכיב המרכזי במשפט הוא **כוח**; המשפט מעוגן ברצונו של **הריבון**.

**ביקורת על תורת הפקודה**

1. **התיאוריה לא מתאימה לכל** **מקורות המשפט**. יש שיטות משפט שונות עם מקורות משפטיים שונים. המשפט האנגלי מתאפיין בכך שהוא מכיר גם בחקיקה, גם במנהג וגם בתקדים. המשפט הקונטיננטלי מבוסס רק על חקיקה. כשמסתכלים על תורת הפקודה של אוסטין היא בעצם מתייחסת רק למקור משפטי אחד שהוא החוק. החוק הוא ביטוי ישיר של רצון הריבון. לכן תורת הפקודה לא מתאימה למקורות כמו- **תקדים ומנהג**. מוזר שאוסטין הוא אנגלי והוא מקדם תפיסה שלא תואמת לתפיסת המשפט האנגלית.
2. **תיאוריית הפקודה לא מתאימה לכל סוגי הנורמות המשפטיות**. המשפט מכיל סוגים שונים של נורמות ולא רק נורמות המטילות חובה שלצידן סנקציה. יש סוגים שונים של חוקים: (1) כללים מטילים חובה- אלו כללים שאוסטין דיבר עליהם. (2) כללים שמעניקים רשות. (3) כללים שמעניקים כוח. (4) כללים שמעניקים זכויות. אוסטין הכיר את החוקים האלה וניסה להכניס אותם תחת תורת הפקודה. בפועל, אלו כללים שלא מסתדרים עם התיאוריה של אוסטין. עיקר החוקים האלה, להבדיל מכללים שמטילים חובה, אלו חוקים שמרחיבים את האפשרויות של האדם. הם מאפשרים לאזרחים לפעול במסגרת אזרחית וזה שונה מהתפיסה של הפקודה ש'מגבילה' את פעילות האזרח (כמו המשפט הפלילי).
3. **מושג הריבון**. הבעיה במושג הריבון היא העניין שמושג הריבון לא מתאים לתפיסה שגם הריבון כפוף לחוק. אוסטין מבין את הריבון כריבון שיש בידיו את כל הכוח. התפיסה היום היא שגם הריבון כפוף לחוק והוא לא יכול לעשות כל מה שהוא רוצה. זה היה רלוונטי גם במונרכיה חוקתית (המלך היה כפוף לחוקה), וזה רלוונטי וודאי בשלטון דמוקרטי. הביקורת הזו לא בהכרח ממוטטת את התיאוריה שלו, כלומר היא לא ביקורת קטלנית כיוון שניתן לשכלל את התיאוריה ולהגיד שגם ריבון שכפוף לאחרים הוא עדיין ריבון. (ביקורת של הארט).
4. **מושג החובה**. זוהי ביקורת עקרונית וחשובה. לפי אוסטין חובה נובעת מסנקציה. כלומר, חובה קיימת רק אם מישהו מטיל עלי סנקציה\מאיים עלי ולכן אני יודע שאם לא אעשה את מה שמצווה עלי אני ייענש. החובה היא **תחושה פסיכולוגית של איום**. הפירוש הזה מעלה קושי. הקושי מודגם באמצעות דוגמת השודד (של הארט). אפשר להציע 2 פירושים לחובה כפי שאוסטין מבין אותה**: (1) פירוש פסיכולוגי; (2) פירוש אובייקטיבי-** מצייתים כיוון שאנו צפויים לסנקציה. זו לא תחושה פסיכולוגית של פחד אלא תחושה רציונלית. הפירוש השני תלוי במידה רבה באפקטיביות של אכיפת הסנקציה. אם הסנקציה לא אפקטיבית אז מבחינה רציונלית אני לא אציית כי אני אניח שלא יתפסו אותי. התפיסה הזו יוצרת בעיה. למעשה נכון להגיד את ההפך- לא בגלל שמענישים אותי יש לי חובה אלא בגלל שיש לי חובה מענישים אותי. לפי ביקורת זו, אוסטין החמיץ את מושג החובה. בעצם החובה נובעת ממקור אחר. **יש הבדל בין חובה נורמטיבית לבין אילוץ פיזי**. כאשר מאיימים עלי איום פיזי יש עלי אילוץ. יש מושג אחר של חובה נורמטיבית שהיא חובה שמוטלת עלי מכוח נורמה שאני מאמץ אותה והיא אינה קשורה לאיום שמוטל עלי.

**פוזיטיביזם: תורת המשפט של קלזן**

קלזן היה משפטן אוסטרי ממוצא יהודי שפעל במאה ה-20. הוא מציע תורת משפט משוכללת. הוא גם הולך בכיוון הפוזיטיבי. הוא מודע לביקורת על אוסטין ולכן מנסה לשכלל תורת משפט שתגדיר את המשפט כתחום נבדל מהמוסר. קלזן מגדיר את המשפט **כמערכת של נורמות שיוצרות סדר חברתי, שנאכף ע"י המדינה.**

הוא קורא לחיבור שלו "תורת המשפט טהורה". בטהורה הוא מתכוון ל-2 נקודות:

1. המערכת המשפטית כוללת נורמות משפטיות ולא נורמות אחרות (הפרדה בין משפט למוסר ודת).
2. מערכת המשפט מבוססת על נורמות ולא על עובדות. זו הבחנה חשובה בתיאוריה של קלזן.

**מצוי ורצוי**

ההבחנה היא בין המצוי- העובדות, והרצוי – מה צריך להיות (תפיסה ערכית). הטענה הבסיסית של קלזן היא שאי אפשר לבסס את המשפט על עובדות אלא יש להסתכל קודם על מה שרצוי. יש עניין שידוע בפילוסופיה שנקרא **הכשל הנטורליסטי**. זה הוא הכשל להסיק מסקנות ערכיות או נורמטיביות מהטבע. הטבע מגדיר עובדות ומן הטבע עצמו אי אפשר להסיק מסקנות נורמטיביות- של מה צריך להיות. גישות של משפט הטבע שמסיקות זכויות מן העובדות שבטבע הן גישות שאין להן בסיס כיוון שהן מבוססות על הכשל הנטורליסטי. לא כל גישות משפט הטבע הן כאלה- למשל אריסטו אמר שבני האדם קובעים את נורמות ולכן המשפט בנוי על מסגרת נורמטיבית.

**לפי קלזן, הנורמות הן לא עניין שניתן להסיק מעובדות. אלו נורמות כיוון שראוי\שרוצים שאלו יהיו נורמות.** המימד הערכי והנורמטיבי אינם נגזרים באופן לוגי מהטבע, אינם קיימים באופן טבעי. ביקורת זו שייכת גם לפוזיטיביזם.

אוסטין אמר שמכך שהריבון נותן פקודה הוא יוצר חובה. קלזן אומר שהפקודה כעניין עובדתי לא יוצרת חובה- החובה נוצרת רק כתוצאה מנורמה בעצמה. הוא שותף לביקורת (גם של הארט), שהאיום הפיזי לא יוצר חובה. גם העובדה של הסכמת העם לחוק לא יוצרת חובה. **רק נורמה יוצרת חובה!**

**מערכת המשפט ומושג התקפות**

העולם הנורמטיבי הוא עולם של עקרונות שבני אדם מטילים על העולם. אלו לא עקרונות שקיימים מאליהם. העולם המוסרי למשל, הוא עולם נורמטיבי. שיטות משפט הטבע, לעומת זאת, טוענות שיש עקרונות מוסר שקיימות מאליהן.

**מוסר רציונלי-קוגנטיבי**: אנשי משפט הטבע מחזיקים בעמדה רציונלית של המוסר. הם טוענים שאפשר לבסס את המוסר באופן רציונלי. העמדה של קלזן למוסר היא עמדה **נון-קוגניטיבית**. קלזן טוען שהמוסר הוא מערכת לא רציונלית. מסקנות מוסריות הן עניין של רגש ותחושה ולכן מסקנה מוסרית היא סובייקטיבית. המוסר הוא עניין ערכי ואינטואיטיבי. לפי קלזן, אי אפשר לחשוב על מוסר באופן רציונלי. מחשבה רציונלית- דבר שאני יודע שקיים בעולם (עובדות; מתמטיקה וכו'). קלזן, כאמור, לא מאמין שניתן להגיע לנורמות מוסריות ע"ב עובדות (בצורה רציונלית), אלא רק ע"י נורמות. ולכן, טענה מוסרית אינה רציונלית. זו סיבה טובה, בעניי קלזן, להפריד בין משפט למוסר. קלזן רוצה לבסס את המשפט על מערכת נורמות שתהיה רציונלית.

**מושג התקפות**

נורמה משפטית אינה מחייבת מאליה, אלא מכוח נורמה משפטית אחרת. ליחס הזה קוראים **תקפות.** בזה המשפט נבדל מתחומים אחרים. החיוב המשפטי איננו מדבר מכוח עצמו, הוא מדבר מכוח נורמה אחרת שקבעה אותו. אנו לא סתם שומעים לחוקים, אנו מצייתים לחוקים מכוח נורמה שקבעה שיש לציית לחוקים.   
המשפט הוא שרשרת של נורמות שקשורות במערכת של תקפות. הנורמה נעשית משפטית משעה שהיא משתלבת במשפט (ברגע שקובעים אותה בחוק היא הופכת להיות החוק). למשל- הממשלה מוציא תקנות איזה עסקים יסגרו בקורונה, והתקנות האלה הן מכוח חוק, אז ההוראה הספציפית שלה בתקנות תהפוך לחוק כיוון שיש נורמה גבוהה יותר שמעניקה לה את הכוח. הוראה של פרויקטור הקורונה לא תהיה מחייבת כל עוד היא לא בתוך מערכת המשפט בצורה של חוק\תקנה\חקיקה משנה וכו'. **ההוראות חייבות להשתלב במערכת המשפט כדי להפוך למחייבות.** נורמה משפטית לא תחייב כשלעצמה. כך גם נורמות מוסריות – אם הן לא חלק מהמערכת המשפטית הן לא מחייבות. קלזן הוא שסרטט את פירמידת הנורמות שנראית כך בסדר יורד: **חוקה 🡨 חקיקה ראשית 🡨 חקיקת משנה 🡨 צווים 🡨 חוזים.**

אם כל נורמה משפטית נשענת על נורמה אחרת, **על מה נשענת הנורמה הראשונה (החוקה)?** קלזן יוצר מושג שנקרא **"נורמה בסיסית"** – היא הנורמה הראשונית שאומרת שיש לציית לחוקה. הנורמה הבסיסית לא כתובה בשום מקום. היא הנחת יסוד ואין מוסד שיוצר אותה. הנורמה הבסיסית אינה "תקפה", היא איננה נשענת על נורמה אחרת. כוחה נובע מהתוכן שלה. לרעיון של משפט פוזיטיבי טהור יש מגבלות- המגבלה היא נקודת האפס, האקסיומה, נקודת מוצא שיש להניח את קיומה.

**אפקטיביות השיטה**

יש בחברה כל מיני מערכות של נורמות טהורות שלכל מערכת נורמה בסיסית משלה. למשל, מערכת הנורמות של ההלכה שבבסיסה הנורמה הבסיסית שיש לציית לתורה. עולה השאלה-אם המשפט הוא מערכת נורמות שאינה מעוגנת בעובדות איך מבחינים בין משפט נוהג למשפט היסטורי?

כאן קלזן מכניס את **מבחן האפקטיביות** – יש לשאול האם הנורמות נאכפות? **המשפט שנאכף ע"י המדינה הוא המשפט הנוהג.** כל המערכות האחרות שאינן נאכפות הן מערכות וולנטריות ולא מחייבות.

ישנם שני סוגי יחסים בתוך פירמידת הנורמות:

* **יחסית דינמים:** נורמה משפטית אחת מעניקה כוח לנורמה אחרת ליצור נורמה נוספת. לדוג'- בחוקה נקבע שהכנסת היא הרשות המחוקקת.
* **יחסים סטטיים**: נורמות הכוללות תכנים שמגבילים את הכוח הדינמי. למשל- שר לא יכול להתקין תקנה שחורגת מתוכן החוק. דוג' נוספת- חקיקה ראשית שלא יכולה לסתור חוק יסוד אם זה לא בהתאם לפסקת ההגבלה.

סיכום ביניים- קלזן הלך בכיוון של אוסטין בניסיון להגדיר את המשפט כתחום נפרד. הוא מציע הגדרה אחרת מאוסטין לשאלה מהו חוק- כל מה שמקבל תוקף מהנורמה הבסיסית.

**ביקורת השיטה של קלזן**

1. **פירמידת הנורמות אינה מתאימה לכל מקורות המשפט** – גם כאן רואים את הבעיה שראינו בתיאוריה של אוסטין. אם ניקח לדוג' את **המנהג**- הוא לא מקבל תוקף ישיר מנורמה שמעניקה לו תוקף, אלא המנהג צומח מלמטה. השיטה של קלזן לא מתאימה למנהג. התיאוריה של קלזן לא נועדה להסביר שיטת משפט מסוימת אלא לתת תורת משפט כללית. תיאוריה שבאה להסביר את תורת המשפט שתתאים לכל שיטה. במובן הזה, אם היא לא מצליחה להסביר את מקור המנהג היא נכשלת בהתאמתה למציאות. מה התשובה האפשרית של קלזן? יש מקומות בהם ישנם חוקים שמסדירים את המנהג כעניין מחייב ולכן אפשר לחשוב על כך שהחוק יצהיר בפירוש שהמנהג מחייב. החוק יכול להסדיר גם את התחום של מנהג. לפי קלזן חייבת להיות הפניה מפורשת בחוק. לגבי **פסיקה**- גם היא איננה מתיישבת יפה בתוך פירמידת הנורמות וגם כאן קלזן יכול להשתמש בגישה דומה לאוסטין, שאומרת שהמחוקק נתן תוקף לפסיקות ביהמ"ש בחוק. אם החוק יכיר בתקדים (למשל חו"י השפיטה) אזי שאפשר לפתור את העניין. (יש לעניין זה נפקויות בהיבט של מעמד והיקף הפרשנות של ביהמ"ש. במסורת המשפט המקובל, למשל המעמד של ביהמ"ש הוא עצמאי ובלתי תלוי בחוק).
2. **הנורמה הבסיסית אחידה ואינה רגישה לשיטות משפט שונות** – לפי קלזן, הנורמה הבסיסית היא אחידה. בכל שיטות המשפט יש לנו פחות או יותר אותו נוסח של נורמה בסיסית- "יש לציית לחוקה", בשיטות משפט בהן הן חוקה הנוסח הוא – "יש לציית לפרלמנט". הניסוח הזה שוב מעמיד במרכז את המחוקק. זו ביקורת דומה לביקורת על אוסטין. הנורמה הבסיסית לא מביאה בחשבון שיטות משפט שאין בהן מחוקק. למשל, שיטות משפט שמאמצות ספר קדוש בתור חוק המדינה ולא מחוקק. היו בעבר שיטות כאלה כאן הנורמה הבסיסית בעצם מוגבלת כיוון שהיא לא מתייחסת למגוון שיטות המשפט האפשריות.

קלזן הצליח לפתור כמה בעיות שהיו אצל אוסטין אך עדיין אנחנו רואים 2 ביקורות דומות שלא מצאו את פתרונן במלואן אצל קלזן. קלזן מחזיק בעמדה נון-קוגניטיבית. ז"א, קלזן לא ראה את עצמו מחויב לאיזושהי עמדה מוסרית ולכן הוא ראה במשפט את המנגנון החברתי שקובע מה טוב ומה רע. לפי גישתו, אין קביעה אובייקטיבית אחרת חוץ מהמשפט.

**פוזיטיביזם: תורת המשפט של הארט**

**מבט על הפוזיטיביזם**

הארט במאמרו, ,Separation of Law and morals מעמיד את מה שהוא חושב להבחנה המהותית ביותר בין השיטה הפוזיטיבית לשיטות הנון-פוזיטיביות (משפט הטבע). יש שתי ההבחנות החשובות בין התיאוריה הפוזיטיבית לתיאוריות אחרות:

1. **החוק כפי שהוא לבין החוק כפי שהוא צריך להיות**- זו נק' המוצא הראשונה של הפוזיטיביזם. יש הבחנה בין מצוי לרצוי. החוק כפי שהוא זה עניין עובדתי. זה רק מה שהמחוקק קבע. המשפט הוא עניין עובדתי אובייקטיבי, החוק קיים מחוץ לאמונה האישית של כל אדם. את החוק מצוי צריך להבחין מהרצוי. החוק האידאלי יכול להיות מבחינות שונות- כלכלית, חברתית וכו'. כלומר, יש כל מיני אידאלים אבל אסור לערבב בין האידאל לבין מה שקיים. חייבים לפעול לפי החוק הקיים. כל המושג של חוק נועד להעמיד על השולחן חוק אובייקטיבי שלפיו פועלים. התחומים האחרים של המוסר ורעיונות חברתיים אחרים תלויים בעמדות סובייקטיביות ולכן צריך חוק אובייקטיבי עובדתי אחד שיהיה ניטרלי לכל.
2. **הבחנה בין חוק למוסר-** הבחנה זו נובעת מההבחנה שבין המצוי לרצוי. מהו היחס בין החוק למוסר? חובה מוסרית אינה בהכרח חובה משפטית. ברור גם לפוזיטיביסטים שהמוסר כן משפיע על המשפט באיזשהו אופן- המחוקק רוצה לחוקק חוקים מוסריים וטובים. עם זאת, לא כל חובה מוסרית נרצה שתהיה חוק (למשל החובה המוסרית לתת צדקה- לא נרצה לקבוע זאת כחובה). לכן, צריך להפריד בין החוק למוסר. הנורמה המוסרית כשלעצמה אינה חוק, אלא היא תהפוך לחלק מהמשפט ברגע שיעגנו אותה בחוק. בהתאמה- גם חוק שאינו מוסרי הוא עדיין חוק. התיאוריות המנוגדות אומרות שעקרון מוסרי הוא מחייב גם אם הוא לא מעוגן בחוק. דוג': חשין שנוקט בגישת משפט הטבע בפס"ד פלוני. בנוסף, תיאוריות נון-פוזיטיביסטיות אומרות, שחוק שאינו מוסרי אינו תקף. הגישה הפוזיטיבית אומרת שגם שחוק מנוגד לעקרון מוסרי הוא תקף. התוקף של חוק לא תלוי בצדק שלו\במוסר שלו.

במאמרו, הארט מציג את הטענות העיקריות והביקורות כלפי הפוזיטיביזם ועונה עליהן. הארט אומר שיש נטייה לייחס לפוזיטיביזם כל מיני עמדות בטענה שהן מאפיינות את הפוזיטיביזם. הארט אומר שגישות אלה לא מאפיינות את כל הפוזיטיביזם- אולי רק תיאוריות מסוימות בתוכו- הן לא חלק מלב הטענה הפוזיטיבית:

* הביקורת על תורת הפקודה – החוק הוא לא תוצאה של פקודה.
* הפוזיטיביזם מזוהה עם העמדה שכדי ללמוד את החוק יש לעשות ניתוח אנליטי של המונחים המשפטיים (ולא לעסוק בהקשר ההיסטורי שלו).
* לפי הפוזיטיביזם, המשפט הוא מערכת סגורה של כללים שיש ביניהם קשר לוגי.
* לפי הפוזיטיביזם, שיפוטים מוסריים אינם מבוססים על הכרעות רציונלים.

הארט אומר שלב ליבה של הגישה הפוזיטיבית היא ההבחנה בין הרצוי למצוי ובין המשפט למוסר. זה הלב של הפוזיטיביזם וכל הטענות האחרות לא מאפיינות את הגישה בהכרח.

**ביקורת על תורת הפקודה**

הארט מצטרף לביקורת על תורת הפקודה, אך מדגיש כי היא איננה משמיטה את הקרקע תחת הליבה של הפוזיטיביזם שהיא, כאמור, ההפרדה בין משפט למוסר.

1. **חובה** איננה נובעת מאיום או סנקציה, כפי שאוסטין אמר. אם חובה נובעת מאיום אז גם שודד מטיל חובה על הנשדד. חובה לא נובעת מאיום אלא מאיזשהו כלל אחר שיוצר חובה.
2. **מושג הריבון** מתאים למונרכיה. ובוודאי הוא לא מתאים לדמוקרטיה.
3. **המחוקק אינו מעל לחוק**. אי אפשר להבין את פעולת החקיקה אלא במסגרת החוק. המחוקק לא מעל החוק והוא עצמו כפוף לחוקים. בנוסף לכך, סמכותו של המחוקק נובעת מהחוק. הריבון לא פועל באופן עצמאי לחלוטין, הוא כפוף לחוקים בהיבט הפרוצדוראלי וכן שואב את סמכותו מהחוק.
4. **הפקודה מתאימה לכללים שמטילים חובה ולא לכללים שמעניקים כוחות וזכויות**.

**הביקורת המוסרית נגד הפוזיטיביזם**

הביקורת הזו הגיעה על רקע הניסיון של מלחמת העולם השנייה. הביקורת אומרת שהניסיון של המשפט הנאצי מלמד שיש צורך להתאים את המשפט למוסר. הגישה של "חוק הוא חוק" הביאה לכך שאנשים צייתו לחוק הנאצי. הגישה הפוזיטיבית אפשרה את היחס המקבל והלא מתקומם ביחס לחוקים הנאצים הבלתי מוסריים.

הארט סבור שהמשטר הנאצי לא התקיים הודות להפרדה בין חוק למוסר אלא כתוצאה מהליכים היסטוריים. לדעתו, מדובר במקרה חריג שלא משליך על הכלל. בניגוד למבקרים, הוא טוען שלפוזיטיביזם יש ערך כיוון שהוא עושה את ההפרדה בין החוק למוסר ומשכך אפשר להעריך בצורה נכונה את החוק ולשנותו. ההפרדה החדה והברורה בין משפט הטבע לחוק הפוזיטיבי היא כלי שמאפשר לשפר וליעל את החוק. אדרבא, דווקא הטשטוש בין משפט למוסר הוא שמוביל למציאות בה מקדשים חוקים שאינם ראויים. אם במישור החברתי לא נדע לבקר את החוקים ע"ב ערכים מוסריים, הרי שהתוצאה בפועל תהיה ציות לחוקים בלתי ראויים ורעים.

עולה השאלה, איך אפשר לשפוט פושעים נאצים או משתפי פעולה עם הנאצים אחרי המלחמה כאשר הם פעלו בזמנו ע"פ חוק? הפתרון של ביהמ"ש היה להגיד שהחוק לא היה תקף לפי עקרונות משפט הטבע. הם הסתכלו על עקרונות מוסר על חוקתיים וקבעו שהחוק הנאצי היה מנוגד לעקרונות מוסר אוניברסליים ולכן בשעתו היה בלתי תקף. **הארט לא מקבל את הגישה הזו**. בעניו החוק היה תקף כיוון שחוק לא מתבטל אם הוא אינו מוסרי. הפתרון שלו- צריך לשפוט את אותם פושעים נאצים ע"ב חקיקה רטרואקטיבית. זו פגיעה בעקרון החוקיות אך יש לספוג אותה כיוון שזה הרע במיעוטו (האופציה השנייה היא לא להרשיע כלל). אלו מקרי קיצון בהם המוסר גובר על המשפט.

**הארט מבקש להפריד בין ההכרה בתוקפו של החוק לבין חובת הציות לו**. ישנם מקרים בהם למרות שהחוק קיים, ישנה חובת אי ציות לחוק. ברגע שהחוקים מגיעים לשפל מוסרי מסוים, אזי ישנה מחויבות מוסרית בסיסית להתנגד להם ולא לסור למרותם. כך היה ראוי לנהוג עם החוקים הנאצים. הגישה הפוזיטיבית, בניגוד למה שחושבים, לא מתעלמת לגמרי מהמוסר היא רק מפרידה בינו לבין המשפט בהבחנה המושגית.

**האם לגמרי אין קשר בין משפט למוסר? האם החוק לא צריך לעמוד באיזשהו מינ' של דרישות מוסריות?**  
הארט אומר שיש היבט פנימי במושג של חוק שאם הוא לא יתקיים זה כלל לא יהיה חוק. ההיבט הזה הוא סטנדרט מינ' של מוסר בתוך החוק. משפט הטבע לוקחים את התפיסה הזו עד הסוף- אם חוק הוא מוסרי הוא לא חוק. הארט מקבל היבט מסוים של העמדה הזו. הוא מדבר על מינ' של מוסר שצריך לבוא לידי ביטוי בחוקים. בהיבט המוסרי יש ההבחנה היא בין חוקים ספציפית לבין מערכת המשפט כולה. מערכת המשפט כולה חייבת לעמוד בסטנדרט מוסרי מינימלי. מערכת משפט **צריכה להסדיר את ההתנהגות האנושית הבסיסית.** למשל- היא צריכה לספק הגנה על החיים, הרכוש, מניעת אלימות וכו'. מערכת משפט שלא תעשה זאת, היא לא תהיה מערכת משפט אפילו אם היא תהיה מעוגנת בחוקים. חוקים ספציפיים לא חייבים להיות צודקים או מוסריים במהותם אבל כל מערכת משפטית בכללותה חייבת להכיל חוקים שמסדירים מערך בסיסי של חיים אנושיים.

הארט מבחין בין 2 אפשרויות להבין את אוסטין:

1. **הסבר פסיכולוגי** – יש תחושה פסיכולוגית של חובה. זו מעיין תחושה של פחד מאיום. הארט אומר שזו לא הייתה הכוונה של אוסטין.
2. **תיאוריית הניבוי** – הפקודה מנבאת הטלת סנקציה. הסנקציה היא לא מהפחד אלא מעצם הידיעה שעומדת להגיע סנקציה אם נפר את החובה. זו לא תחושה של פחד אלא תחושה של ידיעה רציונלית. הסבר זה של הארט תואם את התפיסה המוסרית שלו, התפיסה התועלתנית- יש לשאוף להביא את מירב האושר למירב בני האדם. הארט יישם אותה למושג החובה- חובה היא כאשר צפויה לי רעה כלשהי ולכן נוצרת החובה. לבסוף, גם את תיאוריית הניבוי הארט מבקר- לפי תיאוריית הניבוי תהיה חובה רק כאשר באופן ממשי צפויה לי סנקציה. מה קורה כאשר לא צפויה סנקציה? נניח שאדם נוסע במקום בו אף אחד לא רואה אותו, אין מצלמות ואין אף אחד בכביש, נראה שלפי תיאוריית הניבוי לא צפויה סנקציה ולכן הוא יכול לעבור על החוק ולנסוע מעל 100 קמ"ש. האם נכון לומר שאין חובה לנסוע במהירות המותק כי לא צפוי לי עונש?

**מושג החובה לפי הארט- חובה אינה אילוץ או הכרח, אלא היא עניין נורמטיבי.** חובה מגבילה את החירות של האדם, לא באמצעות כוח אלא באמצעות **טעם (נימוק) לפעולה.** החובה היא מושג מופשט אי אפשר להעמיד אותה על תופעה פיזית כמו פחד או ניבוי- אלא היא מושג נורמטיבי שקשור בתוך מערכת של נורמות בה האדם פועל. לפי הארט, **חובה קיימת כאשר יש כלל שמטיל חובה.** החובה נוצרת ישירות מהנורמה ולא מהאיום. החובה היא אותו יחס שיש בין האדם לבין הכללים. אם אני אראה את הכלל רלוונטי ונחוץ לי אראה אותו כמטיל חובה.

כדי להבין את המושג חובה צריך להבין את סוגי **הכללים החברתיים:**

* **הרגל-** סדירות של פעולות. למשל- בני אדם רגילים לשתות קפה בבוקר.
* **כלל שקובע סטנדרט**- כללי לשון, כללי נימוס. עדיין אנו לא מדברים על הכללים הללו כחובה.

מתי הרגל\סטנדרט יהפכו לכלל שמטיל חובה?

* **כלל שמטיל חובה**- כללים שבעקבות הפרתם תבוא **תגובה ביקורתית או תגובה עוינת**. יש להבחין כאן בין:
* **כלל שמטיל חובה מוסרית:** יש הבחנה בין מוסר נוהג לבין מוסר אידאלי:

1. מוסר אידאלי= מוסר שהוא סובייקטיבי. יכול להיות במוסר האידאלי מחלוקת בנושאים כמו– הזנות, סחר באיברים, צמחונות ועוד. אלו כללים שאדם מאמין בהם.
2. מוסר נוהג= זה מוסר פוזיטיבי, עובדתי. מסתכלים על החיים בחברה וכך ניתן לראות מהו המוסר הנוהג. המוסר הנוהג ישקף לפעמים את המוסר האידאלי אך לא בהכרח. את הארט מעניין המוסר הנוהג. אלו כללים חברתיים שמביאים לביקורת חברתית והחובה היא מכוחם של כללים אלו.

* **כלל שמטיל חובה משפטית**: הביקורת עליו תהיה **גינוי וענישה.**

אפשר להתייחס לכללי החברה מ-2 נק' מבט:

1. **נק' מבט חיצונית-** משקיף חיצוני אינו מקבל על עצמו את הכללים הצופה מהצד רק יזהה כללים. הוא יכול לתאר אותם וכן לתאר את התוצאות של הפרת הכללים. הוא יחמיץ את המימד של החיים החברתיים של אלו שהוא צופה בהם. הוא יפספס את מהות הכלל. אלו הם האנשים שיצייתו לכללים רק משום החשש שתוטל עליהם סנקציה. משקיף חיצוני יכול לומר שבאור ירוק מכוניות נוסעות ובאור אדום הן עוצרות. הוא יגיד שמי שיסע באדום צפוי לו קנס.
2. **נק' מבט פנימית**- משקיף פנימי מקבל על עצמו את הכללים. הוא רואה אותם לא רק כניבוי לכך שתבוא סנקציה אלא כהדרכה איך לנהוג. אלו שיכולים לראות את ההגיון\ההצדקה שמאחורי הכללים. הם רואים את הסנקציה כנגזרת מהפרה של הכלל שחיוני לחברה. הנהגים בכביש רואים אור אדום לא רק כניבוי לכך שהמכוניות יעצרו אלא כסיבה לעצור.

**הארט אומר שיש לנו בחברה בו זמנית משקיפים פנימיים וחיצוניים**. יש לנו בחברה אנשים שרואים את החוק כהדרכה, כטעם לפעולה, והם פועלים לפי החוק כי הם נותנים אמון בחוק. יש קבוצה בחברה שמסתכלת על החוק מבחוץ, ואומרת שהחוק לא מחייב אותה ולא רואה בו טעם לפעולה. החוק מנקודת מבט חיצונית לא נתפס לחובה, אלא רק לניבוי הסנקציה. ואז עושים חשבון האם אני אתפס או לא וכמה זה יעלה לי.

**ההבדל בין הארט לאוסטין**: **אוסטין ראה את החובה מנק' מבט חיצונית ולא מנק' מבט פנימית.**

**המשפט כשילוב של כללים ראשוניים ומשניים**

לפי הארט, יש להבחין בין 2 סוגי כללים:

1. **כללים ראשוניים-** כללים שכופים חובות על האזרחים. מסדירים מה מותר\אסור.
2. **כללים משניים**– כללים שמופנים למערכת המשפט עצמה. כללים שמסדירים אותה ומעניקים סמכויות.

הארט עושה תרגיל מחשבתי ונותן דוגמא לחברה פרימיטיבית שמתבססת רק על כללים ראשוניים ללא כללים משניים (מוסדות משפטיים כמו מחוקק וביהמ"ש). החוק בחברה זו כולל את הדברים הבסיסיים שכל חברה אנושית צריכה- איסור על גניבה, שוד, אלימות, רצח וכדומה. חברה זו מתנהלת בדרך של מסורת ומנהל ואמצעי הכפייה העיקרי הוא לחץ חברתי. לפי הארט, מבנה כזה של חברה מתאים לקהילה קטנה. רק קהילה קטנה תוכל לחיות באופן כזה ללא מנגנון אכיפה מסודר.

הליקויים שצפויים בחברה זו לפי הארט:

1. **אי וודאות-** היעדר מקור מוסמך לחוק יוצר אי וודאות. הכללים שהחברה תחיה על פיהם לא יוצרים מערכת אלא מהווים רק מערכת של סטנדרטים נפרדים. אם יצוץ ספק בקשר למהות הכללים או לתחולה המדויקת שלהם, לא תהיה פרוצדורה ליישב את הספקות אם ע"י פניה לטקסטים סמכותיים או לבעלי סמכות שיכולים להכריע, כי אלה מחייבים קיום כללים מסוג שונה. הכללים לא יהיו ברורים מכיוון שהם לא כתובים בשום מקום.
2. **האופי הסטטי של הכללים**- היעדר מנגנון שינוי. אין אמצעי להתאמת החוקים לנסיבות משתנות. היבט דרסטי של סטטיות כזו הוא שהמחויבות שצומחת תחת כללים כאלה לא ניתנת לשינוי ע"י בחירה מכוונת של הפרט. ייתכנו שינויים בחברה כזו אך השינויים שנערכים בחברה כזו הם מאוד איטיים והדרגתיים. מאוד קשה לשנות את החוק ולכן יחסית הוא סטטי.
3. **חוסר יעילות** **של מנגנון האכיפה-** סכסוכים לגבי הפרת כללים יהיו תמיד ועשויים להימשך אם אין מי שיש לו את הסמכות להחליט בקשר לעובדת ההפרה. נלווית לבעיה זו בעיית הענישה. הענישה נמצאת בידיים של הפרט, שהושפע מהפרת הכלל, ולא ע"י מי שממונה על כך. יגרום לבזבוז זמן במאמץ הקבוצתי לתפוש ולהעניש את הפוגעים. מגדיל סכנה של נקמת דם הנובע מכך שאין גוף מרכזי שמטפל בסנקציות.

**הפתרון- הוספת כללים משניים**. בעוד שהכללים הראשוניים עוסקים בפעולות שפרטים אמורים לעשות או להימנע מלעשות, הכללים המשניים עוסקים בכללים הראשוניים עצמם. הם מגדירים דרכים שבהם הכללים הראשוניים יכולים להתברר בוודאות, להיות מוצגים, להתבטל ולהשתנות וכלים להגדיר מתי הם מופרים.

סוגי הכללים המשניים:

1. **כלל זיהוי**- הוא כלל שמזהה את החוק. הוא נועד לטפל בבעיית אי הוודאות. כללים שמגדירים את הדרך לזהות כלל ראשוני. בצורה הכי בסיסית הוא מעלה על הכתב את החוק הנוהג או מצביע על ספר\לוח שבו כתוב החוק. בצורה משוכללת הוא מזהה מקור משפטי שיכול ליצור חוק (=מזהה את המחוקק). כשיש מספר מאפיינים לזיהוי ניתן למנוע קונפליקטים בין חוקים ע"י קביעת היררכיה בין מקורות חוק שונים (למשל, חקיקה קודמת בהיררכיה לפסיקה כמקור חובה). **תפקידי כלל הזיהוי:**

* מקור סמכותי לדעת מהו החוק;
* הופך את הכללים הראשוניים מכללים נפרדים **למערכת** של כללים, כלל ששייך למערכת הוא מזוהה ע"י כלל הזיהוי;
* בצורה המשוכללת- כלל הזיהוי הוא מקור סמכותי ליצירת כללים\חוקים חדשים.

1. **כללי שינוי-** נועד לטפל בבעיית הסטטיות. מעניקים כוח לאדם או לגוף לשנות את הכללים הראשוניים. בנוסף להגדרת בעל סמכות השינוי, אפשר להגדיר את הפרוצדורה לשינוי חקיקה. כללי השינוי מגדירים מוסדות משפטיים: מחוקק- כמי שיכול לשנו את הכללים הראשוניים, הליכי חקיקה, סמכות להתקין תקנות משנה וכן הלאה. כללי שינוי יכולים להיות גם כללים שמעניקים לפרטים כוח לשנות את מצבם הראשוני תחת הכללים הראשוניים. כללים אלו מעניקים יכולת להכנת צוואות, חוזים, העברת בעלות וזכויות וחובות וולונטריים שמאפיינים חיים תחת חוק. אם כי העיקר הם הכללים המופנים למערכת המשפט עצמה- אלו שיוצרים את החקיקה עצמה.
2. **כללי שפיטה-** פתרון לבעיית חוסר היעילות של האכיפה בלחץ חברתי. מעניקים כוח לאדם או גוף לקבוע האם הכללים הראשוניים הופרו. כללים כאלו יקבעו מי בעל הסמכות ומה הפרוצדורה שיש להשתמש בה. כללים אלו מגדירים עקרונות מוסדות משפטיים: עקרון השיפוט, בתי המשפט, סמכות שיפוטית ושפיטה.

אוסטין אומר שהמשפט הוא אוסף הפקודות שהריבון מטיל על אזרחים הוא המשפט. הארט אומר שזה רק צד אחד של המשפט. המשפט כולל מערכת פנימית שלמה שהיא כללים שיוצרים את המוסדות המשפטיים שלא מופנים אל הפרטים בחברה, אלא הם מופנים אל המערכת עצמה. כלל הזיהוי מגדיר מהו החוק, כללי השינוי שקובעים איך משנים את החוק וקובעים את מוסד החקיקה, וכללי השפיטה יוצרים את מערכת השיפוט.

**מערכת משפט מורכבת מכללים ראשוניים ומכללים משניים.**

**כלל הזיהוי**

**אין יודעים מהו כלל הזיהוי?**

הארט מחפש נורמה שנמצאת בבסיס מערכת המשפט. מערכת המשפט לא יכולה להעיד על עצמה שהיא חוק. צריכה להיות נקודה חיצונית שעליה יהיה ניתן להישען. הארט קורה לנורמה העליונה הזו : **"כלל הזיהוי".**  
הארט מדמה לכללי משחק- במשחק כדורגל יש שחקנים, יש גול, יש חוץ ויש פנדל. יש שופט ששורק ומצהיר על כל המהלכים. יש כללים למשחק. הוא אומר שיש מערכת כללים סמויה שלפיה מתנהל כל המשחק. כלל הזיהוי הוא אותו כלל יסודי שלפיו המערכת מתנהלת מבלי שהוא כתוב.

השחקנים בזירה משפטית פועלים לפי כלל הזיהוי- הפקידים, השופטים והאזרחים מן השורה. הארט יסתכל על השחקנים האלה ויבחן לפי איזה חוק הם פועלים. **את כלל הזיהוי למדים מהתבוננות על דרך הפעולה של השחקנים.**

מכל השחקנים יש גורם אחד שהוא הגורם הטוב ביותר שממנו ניתן ללמוד את כלל הזיהוי והוא **בית המשפט**. למה? בתי המשפט נותנים את הדיווח המלא ביותר על מהו החוק. בית המשפט הוא צינור ישיר ליישום החוק. ביהמ"ש מנמק את החלטתו ע"פ החוק. בתי המשפט פורסים תמונה משפטית שלמה ובמובן הזזה נותנים את הדיווח הטוב ביותר על החוק. דרך פסקי הדין אפשר לדעת מהו חוק.

**מי קובע את כלל הזיהוי?**

כלל הזיהוי איננו מחוקק מלמעלה ע"י המחוקק, הוא **כלל שמתקבל באופן ישיר ע"י שחקני המשפט**. כלומר, ברגע מכונן (בדר"כ הקמת המדינה או מהפיכות מסוגים שונים), מקבלים את כלל הזיהוי. שעה שקמה מדינת ישראל השתנה כלל הזיהוי מהחקיקה המנדטורית לחקיקה הישראלית. כלל הזיהוי התקבל באופן ישיר מהשחקנים. באופן מעשי, במדינה מודרנית שבה מיליוני בני אדם, כלל הזיהוי נקבע ע"י השופטים. השופטים הם אלו שכותבים את פסקי הדין ולכן הם אלו שבאופן מעשי מגדירים מהו החוק במדינה. לדוג': מי ששינה את המהות של כלל הזיהוי במהפכה החוקתית הוא ביהמ"ש בפס"ד בנק המזרחי. הוא הוסיף נדבך נוסף לכלל הזיהוי – מעכשיו בישראל יש גם חו"י כאשר אלו מעל חוקי הכנסת.

**מהו התוכן היותר מדויק של כלל הזיהוי?**

קובע את מקורות המשפט בהתאם לשיטה:

* כלל הזיהוי הבסיסי מצביע על **החוק** (ספר\לוח).
* כלל זיהוי משוכלל מצביע על **המחוקק**.
* כלל זיהוי מורכב מצביע על **מספר מקורות משפטיים**: חוקה, חוק, פסיקה, מנהג.

**תפקיד של כלל הזיהוי**

* **עונה על** **בעיית הוודאות** – נותן מבחן ברור למה הוא החוק.
* **תקפות**- מעניק תוקף לכללי המשפט. כלל משפטי הוא כלל תקף אם הוא מקבל את התוקף שלו מכלל הזיהוי.
* כלל הזיהוי **מעניק אחידות למערכת המשפט**- כלל הזיהוי הוא המבחן האולטימטיבי כדי לדעת אם כלל הוא משפטי או לא. ואם כן הוא חלק מאותה מערכת משפטית אחת.
* כלל הזיהוי הוא **המקור האולטימטיבי של המשפט.**

**סוגים של כללי זיהוי**

* ככל זיהוי פשוט – מהזהה מקור משפטי אחד.
* כלל זיהוי מורכב- מזהה כמה מקורות משפטיים וגם **מדרג בניהם**: חוקה, מחוקק, בתי משפט, מנהג.. כלל הזיהוי המורכב מכריע מי גובר על מי.

יש להבחין בין 2 צורות של כלל זיהוי מורכב:

1. **כלל הזיהוי מזהה את המקורות באופן ישיר ומקביל** – מכיר במספר מקורות של משפט במקביל. במודל הזה כל מקור משפט הוא עצמאי ויש לו כוח ללא זיקה למקורות משפטיים אחרים.
2. **כלל הזיהוי מזהה את המקורות ע"י גזירה** – הוא מכיר במקור משפטי אחד עליון, וממנו גוזר את שאר המקורות המשפטיים האחרים (אם נדמיין פירמידה- בדגם הזה נלך מהקצה עד התחתית). בדגם זה, עצם הסמכות של המקורות המשפטיים מגיעה מהמקור העיקרי.

את ההבדל בין שני הדגמים ניתן לראותו **בחוק יסודות המשפט** המונה את מקורות המשפט בישראל. חקיקה היא המקור הראשון, לאחריו הלכה פסוקה, השלישי הוא היקש והרביעי הוא עקרונות הצדק של מורשת ישראל. קובע סדר עבודה מבחינת בתי המשפט. המקור המשפטי שנעדר מהחוק הוא **המנהג.** אם כך מהו התוקף של המנהג? בחוק יסודות המשפט המנהג איננו כתוב, המנסחים של החוק השמיטו אותו מכמה סיבות: (1) הוא לא וודאי (2) המנהג נקבע מלמטה, מהשטח וזה לא תמיד מוצא חן בעיני המחוקק. כעת עולה השאלה, אחרי שהמחוקק קבע את מה שקבע, האם המנהג אינו מקור מחייב בישראל?

לעיתים המחוקק עצמו מפנה למנהג. יש להתבונן בשאלה הזו לפי הכללים של הארט ובפרט בכלל הזיהוי:

* אם כלל הזיהוי הוא **גזירה**, המנהג אינו מחייב כי המחוקק לא מנה אותו בחוק יסודות המשפט. היו דעות של מלומדים שאמרו שחוק יסודות המשפט ביטל את מעמדו של המנהג במשפט הישראלי כי הוא לא הכיר בו.
* אם לעומת זאת כלל הזיהוי בנוי במתכונת של **זיהוי ישר**, אז המחוקק לא משפיע על עצם המעמד של בתי המשפט ושל המנהג. המחוקק לא מנה את המנהג אבל בכך לא ביטל בו בגלל ההכרה הישירה של כלל הזיהוי. יש מלומדים שטעונים שבישראל המנהג הוא מקור משפטי מחייב גם אם הוא לא נמנה בחוק.

יש לכך השפעה ישירה על בתי המשפט, אם הדגם הוא דגם של גזירה המעמד של בתי המשפט הוא בהתאם למה שהמחוקק הגדיר. אם נניח שכלל הזיהוי מכיר במעמד בתי המשפט באופן ישיר ולא דרך המחוקק אז המעמד שלהם הוא לא כפי שהמחוקק מגדיר אלא כפי שמקובל. הדגם הפשוט הוא הדגם המתאים למשפט המקובל ולפיכך גם למשפט בישראל. שאלה זה עולה בעיקר כנוגע **למנהגים חוקתיים:** יש מנהג בישראל שהסכמים בינ״ל מובאים לחתימה בכנסת, מה יקרה אם ההסכם לא יובא לאישור הכנסת? ביהמ״ש כרגע לא הכריע בשאלה הזו, מבחינה חוקתית השאלה פתוחה. מעבר **לשאלה הנורמטיבית** האם מנהג מחייב, יש גם **שאלה מעשית**- מתי מתגבש הנוהג? לא כל פרקטיקה שנוהגים ישר נעשית מנהג מחייב. פה יש הבחנה בין נוהג (מה נוהגים לעשות), לבין מנהג- שהוא כבר מחייב ומי שלא יפעל לפיו יופעל עליו לחץ וסנקציות.   
נראה שאם מבינים בחשבון את הניתוח הזה של הארט המנהג הוא מקור מחייב במשפט הישראלי.

**השוואה לאוסטין**

* כלל הזיהוי איננו תלוי בריבון- אצל אוסטין הכל התחיל בריבון. אצל הארט כלל הזיהוי הוא כלל חברתי פוזיטיבי, שקיים בחברה בפועל. השאלה היא מה החברה מקבלת כחוק. זו אינה שאלה שתלויה בגוף שהוא ריבון.
* כלל הזיהוי מתאים לכל מקורות המשפט- כיוון שכלל הזיהוי הוא עניין חברתי עובדתי הוא מתאים לכל מקומות המשפט והוא אינו מוגבל לחקיקה כפי שהיה בתורת הפקודה. כלל הזיהוי יכול לכלול את התקדים והמנהג כמקורות מחייבים אם פועלים לפיהם בפועל.
* כלל הזיהוי מתאים לכל סוגי הנורמות– כלל הזיהוי לא מצומצם לכללים שמטיבים חובה בלבד, הוא מתאים לכללים נוספים כמו כללים שמעניקים כוח או זכויות. כלל הזיהוי מזהה את כל סוגי הנורמות אם אלו חוקים נוהגים.
* כלל הזיהוי מתאים לשיטות משפט שונות – כלל הזיהוי מתאים לשיטות משפט שונות. כלל הזיהוי הוא גמיש בהיבט הזה כיוון שהוא יכול להתאים את עצמו לשיטת משפט מקובל, דיקטטורית, דמוקרטית וכן הלאה. כלל הזיהוי הוא תיבה פתוחה שניתן למלא אותה ביחס לכל שיטה.

**השוואה לקלזן**

* כלל הזיהוי הוא מוחשי- הנורמה הבסיסית היא מושג מופשט (פיקציה) ואילו כלל הזיהוי הוא כלל חברתי (פוזיטיבי). כלל הזיהוי הוא עובדה חברתית.
* התאמה לשיטות משפט שונות- נורמה הבסיסית של קלזן היא קשיחה (אחידה) היא לא מתאימה את עצמה לשיטות בהן יש גם תקדים או מנהג. כלל הזיהוי הוא גמיש לעומת זאת, ומתאים לשיטות משפט שונות.

**גישות פרשניות למשפט**

נושא זה עוסק **בגישות פרשניות למשפט**. בהיסטוריה של המשפט האמריקאי והמערבי בכלל, במחצית השנייה של המאה ה-19 עד מלחמת העולם הראשונה, השיטה ששלטה היא השיטה הפורמליסטית. אחרי מלחמת העולם השניה התפתחה איזושהי תגובת נגד שהיא הגישה הריאליסטית שהיא הובילה להתפתחויות הדרמטיות של תורת המשפט במחצית השנייה של המאה ה-20.

**מבוא – פורמליזם וריאליזם**

**פורמליזם משפטי**

יש להבחין בין פורמליזם ב-3 היבטים:

* פורמליזם כתכונה ככלית של המשפט.
* שיטת פרשנות מסוימת- אפיון גישה פרשנית.
* תורת משפט פורמליסטית.

**א. פורמליזם כתכונה כללית של המשפט**

המילה פורמליזם לקוחה מהמילה צורניות. הרעיון הוא **הדגשת הצורה לעומת התוכן**. מה שמאפיין את המשפט זה היותו בעל מרכיבים צורניים. למשפט יש כל מיני היבטים פורמליים:

1. **ארגון הנורמות במערכת פורמלית בעלת היגיון פנימי**- מימד אנכי: חוקה, חקיקה ראשית, חקיקה משנית, צווים. מימד אופקי: הפרדת תחומי המשפט למשפט ציבורי מול פרטי; בתוך משפט פרטי בין חיובים לקניין; בתוך חיובים בין נזיקין וחוזים; וכן הלאה.
2. **נתק בין המשפט למטרות הערכיות והחברתיות שלו**- כלומר, החוק קובע כללים משפטיים והם יוצרים חציצה בין התכלית שלהם לבין הכלל עצמו. **לדוג':** יש בקורונה תכלית למנוע הדבקה ולהתמודד עם המגיפה. החקיקה מושתתת על מטרות אך ברגע שנחקק הכלל הוא הכלל שלפיו פועלים ולא חושבים אם זה תואם לתכלית או לא. מכאן והלאה נתייחס רק לכלל ונפעל לפיו גם אם הוא לא משיג את המטרה בצורה המיטבית. הכללים, מרגע שנוצרו, יוצרים נתק בינם לבין מטרתם. החריגים הם מקרים בהם באים לפרש את החוק ואז חותרים להתאים את הפרשנות לתכלית החוק. בהיבט הזה יהיה ויכוח בין פרשנות פורמליסטית לפרשנות שאינה פורמליסטית.
3. **דרישות צורניות-** המשפט מלא ברישות צורניות שמופרדות מהתוכן. למשל לכתוב צוואה בכתב יד עם תאריך וכו.

למה מערכת המשפט בנויה באופן כזה? מערכת המשפט שמה לה ליעדים מרכזייםאת **הוודאות ויכולת תכנון.** הפורמליזם היא תכונה אינהרנטית של המשפט. אין משפט ללא פורמליזם.

**ב. פרשנות פורמליסטית**

פרשנות שמדגישה את **הפרשנות המילולית** של הכללים המשפטיים. פרשנות שמפעילה כללים לוגיים. פרשנות שצמודה יותר לכלל מאשר לתכליתו. בכל תחום יש מתח בין פורמליזם לתכלית. ישנה טענה כללית בהיסטוריה של המשפט, שהמשפט בתחילתו היה פורמליסטי ולאט לאט עבר לגישה אנטי-פורמליסטית.

פורמליזם כגישה פרשנית מתאפיינת בכמה היבטים:

1. ניתוק המשפט מן המימד הערכי והחברתי- הפרשן הפורמליסט לא ישים דגש אל התכלית של החוק לעומת הצורה הפורמלית.
2. וודאות ויכולת תכנון כיעדים המרכזיים של המשפט.
3. יצירתיות מוגבלת בהליך שיפוטי.
4. פרשנות מילולית ולוגית לעומת פרשנות תכליתית.

דוג' לפרשנות פורמליסטית: **פס"ד פאול קניג נ' יהושוע כהן**- מסופר על בני זוג שהיו נשואים. היחסים בניהם היו קשים והאישה סבלה מאוד מבעלה. הסבל שלה הביא אותה להחלטה להתאבד. לפני שהתאבדה היא רשמה במהירות צוואה. היא בקשה בצוואה שבעלה יקבל 'כמה שפחות'. כוונתה הייתה ברורה- היא רצתה לחלק את רכושה למשפחתה והיא לא רצתה שבעלה יקבל דבר. הבעיה שצוואה זו לא עומדת בתנאים של צוואה לפי חוק הירושה- הצוואה חייבת להיכתב ולהיחתם ביד הכותב ויש לרשום תאריך. אלו **3 תנאים פורמליים שהחוק דורש- כתב ידו של המצווה; חתימה; ותאריך.** השופט בכור קבע בערעור שהדרישות הן קונסטיטוטיביים ובהעדרם לא תיתכן צוואה. ביהמ"ש המחוזי נתן ביד הבעל את הרכוש בניגוד לרצון אשתו המנוחה. ס' 25 בחוק קובע: " לא היה לביהמ"ש ספק באמיתות של הצוואה, ראשי הוא לקיימה אף אם יש פגם בחתימתם של המצווה או של העדים או בתאריך הצוואה". **השופט שלמה לוין בעליון** אמר שלא מדובר פה בפגם אלא בהעדר חתימה ותאריך. מדובר פה בחסר ולא בפגם.

**הגישה הנגדית של השופט ברק**: "כאשר מגמתו החקיקתית של המחוקק היא להגשים את מצוות המת, ואשר המחוקק נותן לרשות השופטת מכשירים מרחיקי לכת לריפוי פגם שנפל בצוואה, והרי מגמתו הפרשנית של השפיטה צריכה להיות מרחיבה וגמישה, התואמת לתפיסת יסוד חקיקתית זו. שכן, אפילו קובע החוק דרישות פורמליות נוקשות, אין בכך כדי להביא לכך שהפרשן יהא פורמליסט בפירוש החוק. על אחת כמה וכמה, כאשר המחוקק עצמו מגלה גישה ליברלית וגמישה, הרי אלו לו לפרשן לנקוט גישה פרשנית פורמלית. גישה פרשנית מרחיבה זו היא המחייבת, לדעתי, ליתן לביטוי "פגם" פירוש מרחיב כדי להגשים את תפיסת היסוד החקיקתית הגלומה בחוק הירושה".

לבסוף נקבע בדעת הרוב של השופט ברק. בעקבות כך תוקן החוק ונקבע כי לביהמ"ש הסמכות לקבוע שהצוואה תקפה גם ב**העדר** פרט מן הפרטים הנדרשים.

נושא הפרשנות הוא בוויכוח עד היום, בין השופטים השמרנים-פורמליסטים לבין השופטים האקטיביסטים.

**ג. תורת המשפט הפורמליסטית**

ישנן כמה הנחות מוצא בתורת המשפט הפורמליסטית:

* הפורמליסטים המשפטיים טוענים שמערכת המשפט היא **גוף אוטונומי וסגור של נורמות**. כלומר, אין לפנות למקורות חוץ משפטיים.
* המשפט הוא **מערכת שלמה של נורמות**- לכל בעיה משפטית יש פתרון במשפט. זו הנחה אפריורית שהמשפט יכול לפתור כל בעיה.
* **החלטות משפטיות מבוססות על פרשנות מילולית ולוגית של הכללים המשפטיים**. ההליך השיפוטי הוא הליך של גילוי התשובה הנכונה מתוך המשפט. אם תעלה בעיה חדשה שהמחוקק לא התייחס אליה בפירוש יש לה פתרון בתוך המערכת כי היא בנויה על היגיון פנימי וכל בעיה חדשה שתעלה אפשר לפתור אותה אם נגלה את ההיגיון הפנימי של המערכת. השופט לא ממציא אמיתות חדשות אלא מגלה את הפתרון לבעיה מתוך החוק הקיים.
* ההליך השיפוטי הוא הליך של גילוי התשובה הנכונה.

זו תפיסה יותר רחבה של המשפט שמה במאפיין אותה הם העקרונות הללו.

**האם יש קשר בין פורמליזם לפוזיטיביזם?**

לכאורה, יש קירבה שמזוהה ע"י רבים. אם נדקדק בעניין נראה שאין זהות מוחלטת. ישנם 2 דברים שונים למרות הקירבה:

* **מקור המשפט:** פוזיטיביזם מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעובדה חברתית. לעומת זאת, משפט הטבע מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעקרונות מוסר\צדק מופשטים. עמדה פורמליסטית יכולה לקבל תפיסת משפט טבע. מכאן יוצא שעמדה פורמליסטית של משפט טבעי לא מתיישבת עם עמדה פוזיטיביסטית. פורמליזם לא מחויב לעיקרון הפוזיטיבי שמשפט מקורו בחברה, פוזיטיביסט יכול לחשוב שמערכת המשפט מחויבת למקורות על של צדק טבעי.
* **מבנה המערכת:** פורמליזם מחויב לעמדה שההליך המשפטי מבוסס על מקורות משפטיים ולוגים, דהיינו זו מערכת סגורה ושלמה. מנגד, פוזיטיביסט לא חייב לראות את המשפט כמערכת סגורה. הוא יכול להיות פוזיטיביסט ולהגיד שהמשפט מקורו בחברה, אך במשפט יש חללים ואותם יש להשלים באמצעות עקרונות חוץ משפטיים.

**הריאליזם המשפטי**

תנועה שצמחה כתגובת נגד לפורמליזם בארה"ב בראשית המאה ה-20. מבשר התנועה היה אוליבר גו'ן הולמס והמשכו היה בקבוצה של שופטים ואחר"כ גם מלומדים, שיצרו תנועה שביקרה את העמדה הפורמליסטית ששלטה עד אז בתורת המשפט. הם אמרו כמה דברים:

* **יש להתבונן במשפט כפי שהוא (במציאות), ולא בתיאוריה.**
* **הגורם המכריע בקביעה מהו חוק הם בתי המשפט.**

השופט הולמס חי בין 1841-1935 וכיהן כשופט ביהמ"ש העליון בארה"ב. הוא ידוע כשופט שהיה בדעת מיעוט. פס"ד המפורסם שלו הוא **פס"ד לוכנר**- באירופה התפתחה, בעקבות המהפכה התעשייתית, התנועה הסוציאליסטית שדרשה זכויות לעובדים. בראש ובראשונה הם דרשו תנאי עבודה הולמים (הגבלת שעות העבודה, תנאים פיזיים הולמים, שכר מתאים וכו'). בארה"ב, לעומת זאת, קידשו את הקפיטליזם ושמו דגש על חירות. המציאות הייתה שאנשים בארה"ב עבדו ב'סדנאות הזיעה', כלומר בתת-תנאים. על רקע מציאות זו, עיריית ניו יורק מעוניינת לחוקק חוק שעות עבודה וקובעת שמותר לעבוד עד 10 שעות ביום יחד עם יום חופש אחד בשבוע. לאחר שחוקק החוק, מאפיה בניו יורק פונה לביהמ"ש העליון וטוענת שהחוק לא חוקתי כיוון שהוא פוגע בחופש החוזים. חופש החוזים קובע שצדדים יכולים לקבוע בניהם כל שירצו. המאפיה מחתימה את העובדים שלה בחוזה שיעבדו 7 ימים בשבוע במשך 12 שעות. ביהמ"ש העליון האמריקאי קובע שהחוק לא חוקתי ומבטל את החוק. ביהמ"ש העליון תפס את עקרון חופש החוזים כעקרון סגור ומחייב שאי אפשר להפר אותו, ולכן ביטל את החוק. השופט הולמס היה במיעוט בפס"ד ואמר שהמטרה של ביהמ"ש אינה רק חופש חוזים וצריך לקחת בחשבון ערכים נוספים.

**הפרדה בין משפט למוסר**

הולמס מאמץ את ההפרדה הפוזיטיבית בין משפט למוסר:

* המוסר מחייב הזדהות. המשפט לא מחייב זאת.
* המשפט הוא הפעלת הכוח של המדינה.
* "האדם הרע" איננו מחויב למוסר אבל הוא יהיה מחוייב לחוק מפני שהוא רוצה להימנע מנחת זרועו של החוק.

**מהי חובה משפטית?**

לפי הולמס, **חובה משפטית היא ניבוי שאם אדם יעשה מעשה כלשהו או יימנע ממעשה כלשהו, הוא יסבול באופן כזה או אחר כתוצאה מהחלטת ביהמ"ש**. זה מזכיר את התפיסה של אוסטין למה היא חובה אך הנקודה החשובה בשביל הולמס היא לתפוס את המשפט כמערכת ריאלית שצופה מה יקרה. מערכת המשפטית ניבויית מסתכלת על התוצאה העתידית מהמעשים שלנו.

אם כן, **מהו חוק? החוק הוא תחזית של מה שביהמ"ש יאכוף**. כלומר, את הולמס לא מעניין מה 'כתוב בספר' הוא לא מחפש 'פקודה של הריבון', אלא מעניין אותו החוק שמופעל בשטח. החוק בעניו הוא התחזית של מה יופעל ע"י בתי המשפט. הולמס מנמק תפיסה זו- מכיוון שמה שמעניין את 'האדם הרע' הוא איך המשפט ישפיע עליו. אזי מה שיקרה בפועל הוא החוק. אם יש חוקים שלא יאכפו אותם במציאות זה לא חוק. אם חוק ייאכף וביהמ"ש יאכוף אותו אזי שהוא חוק אמיתי. כדי להבין את גישתו של הולמס צריך לצאת מנק' הנחה שיש פער בין מה שהמחוקק מחוקק בספר, לבין החוק שמופעל בשטח. זה פער הכרחי, הוא לא טעות, וביהמ"ש משמש כסנן ע"י פרשנות החוק וכך ניתן להבחין מהו באמת החוק.

**שורה תחתונה- החוק הוא לא מה שכתוב. החוק הוא ההבנה של החוק בחיי המציאות.**

החידוש של הולמס: מקובל להניח שהחוק בנוי באופן לוגי. שמעקרונות מופשטים נגזרים כללים ספציפיים. הולמס אומר, שההגיון שבחוק לא ממצה אותו. **החוק לא נועד רק להגשים את עצמו החוק נועד להשיג מטרות חברתיות.** **חיי המשפט אינם אלא ניסיון.** הכוונה של הולמס הוא הניסיון של השופטים. הניסיון הוא כלי לפסוק נכון בהתאם לתכליות החברתיות שמאחורי החוקים. מה שצריך להשפיע הם תכלית החוק והתועלת החברתית. בעצם מהגישה של הולמס נולדה **גישת הפרשנות התכליתית** – היא פרשנות שמגיעה מהגישה הריאליסטית. בתי המשפט לא רק מסיקים מסקנה מהחוק הם גם מחדשים. זה מה שקורה בפועל. מעבר למה שקורה במציאות, זה גם מה שראוי שיהיה. בתי המשפט צריכים גם לחשוב מחדש על דברים לאור התכליות המעשיות שהם רואים במשפט.

**ביקורת על הגישה של הולמס**

* אם המשפט הוא רק תחזית של מה יעשו השופטים, עולה השאלה מהו המשפט מבחינת השופטים עצמם? הולמס רואה את השופטים כגורם מרכזי בהתפתחות המשפט אך לא נותן הוראה כיצד השופטים צריכים לפעול? ע"פ מה? זו נקודה שמעלה חשש לפגיעה בדמוקרטיה, ויצירת אי-וודאות מצד האזרחים.
* אי אפשר לחשוב על המשפט רק ככוח, זוהי נק' מבט "חיצונית" (כפי שכינה אותה הארט). המשפט הוא גם טעם להתנהגות – לפי נק' מבט "פנימית". יש לחשוב על המשפט גם באופן חברתי ולא רק כוחני. חובה צריכה להיות טעם לפעולה ולא מהציפייה לסנקציה. ביקורת זו היא כמו הביקורת של הארט על אוסטין.

**ביקורת הריאליזם על הפורמליזם**

* **הכללים אינם יכולים ואינם צריכים להכתיב את התוצאה המשפטית במקרה נתון.** למה?
* עמימות סמנטית-לכל מונח ולכל כלל משפטי יש **ריבוי משמעות**. בלתי אפשרי לייצר כללים חד משמעיים לפיכך, נדרשת פרשנות.
* ריבוי דוקטרינרי- במשפט יש **ריבוי כללים**. מה הכוונה? לכל נורמה, למשל איסור רצח, יש כלל ויוצאים מן הכלל (הגנה עצמית למשל). בגלל שיש ריבוי כללים, יש צורך לבחור מה הכלל שחל על המקרה. כל דוקטרינה משפטית כוללת לפחות 2 מגמות הפוכות. לפני השופט תמיד מועלים 2 צדדים של אותו כלל משפטי ולכן יש צורך בבחינה של השופט את המקרה הספציפי.
* כלליות הכללים- הכללים המשפטיים מנוסחים בצורה כללית ומכסים מגוון רחב של מקרים אפשריים. יש מקרים שאם נחיל בהם את הכלל נקבל תוצאה לא ראויה- שמנוגדת לתכלית הכלל (מזכיר את פס"ד פלוני). יש מקרים שאינם נופלים בגדר כלל כלשהו ואז יש חסר. הכללים לא יכולים לחסות את כל המקרים ולכן אנו נמצאים במצב שבו בעצם הכללים המשפטיים לא מספיקים ויש צורך בפרשנות תכליתית בהתאם למקרה הספציפי.
* **המשפט איננו שלם- אין בו תשובה לכל שאלה.** הטענה שהשופט משלים את החסר באמצעות היסקים מתוך החוק היא טענה לא נכונה. מהלך זה מביא לתשובות שאינן מתאימות. באופן עובדתי המשפט איננו שלם כיוון שהמציאות כל הזמן משתנה. ישנה התפתחות טכנולוגית ולכן יש צורף לחדש את המשפט.
* **המשפט איננו ולא צריך להיות סגור- יש לפנות למקורות חוץ משפטיים**. כדי להשלים את החוסר במשפט יש להשתמש במקורות חוץ משפטיים ולהתאימו למציאות. את זה יש לעשות ע"ב התכלית של החוק.

**כללים ושיקול דעת שיפוטי – הארט**

הטענה של הארט היא שמשפט מדבר באמצעות כללים. הדרך לכוון התנהגות של קבוצות גדולות היא באמצעות כללים. לפי הארט, הכללים המכווינים התנהגות בנויים **גם מתקדימים וגם מחקיקה.** חקיקה קובעת כללים מנוסחים היטב בעוד שתקדימים נוגעים למקרה טיפוסי וקובעים בו את הדין. החוק הוא מנוסח באופן ברור ע"י המחוקק אז יש לנו יסודות של הכלל (למשל- יסודות העבירה הפלילית בעונשין). לכן נהוג לחשוב שחקיקה היא וודאית ובהירה יותר מתקדימים. יש חוסר וודאות בתקדימים אך הארט טוען שגם בחקיקה יש חוסר וודאות לגבי ההתנהגות הרצויה:

1. עמימות השפה- הכלל מנוסח באופן כללי – מתייחס לסוג של בני אדם, סוג של עצמים, סוג של מקרים. המילים עצמן יכולות להתפרש לכמה כיוונים. בלתי אפשרי לייצר כללים חד משמעיים לפיכך, נדרשת פרשנות. בגלל ריבוי המשמעויות שהחוק יוצר הפרשנות לא תהיה אינטואיטיבית ולכן יש אי וודאות במקרים כאלו. הדוג' שהארט נותן הוא המונח 'כלי רכב'. מהו כלי רכב? האם המושג הזה כולל בחובו גם קורקינט? אופניים חשמליים? וכו'. הפורמליסט תמיד יניח שהתשובה טמונה בחוק, הפורמליסט יחפש פרשנות בחוק (אולי לפי פק' התעבורה) כדי לפרש את המונח 'כלי רכב'. לפי הארט, צריך לצאת מנק' הנחה שאנחנו לא יודעים מה הייתה כוונת המחוקק ולכן נגיד שהמחוקק השאיר **'רקמה פתוחה'**.   
   לכל חוק יש **גרעין** ברור- מה המחוקק צפה, ומאידך לכל חוק יש **שוליים (רקמה פתוחה)**- ששם אין תשובה ברורה בחוק ולכן יש צורף בחקיקה שיפוטית ופרשנות.
2. כלליות הנובעת מחוסר יכולת לצפות מקרים עתידיים- החוק לא מספיק ספציפי כדי להכיל את כלל המקרים היכולים להיכנס בגדרו. למחוקק אין אפשרות לצפות את כל המקרים ולכן החוקים מנוסחים בלשון כללית ועמומה. המחוקק לא מכיר את הסיבות הקונקרטיות של כל מקרה עתידי. לפיכך, המחוקק עוד לא יודע את כל המטרות והשיקולים בהתאמה למציאות העתידית. כשהמציאות משתנה גם המטרות משתנות (אולי לא כל מטרות המחוקק הראשוניות יבואו לידי ביטוי, ורק חלקן יבואו. במצב כזה נשאל האם המקרה נכנס בגדר החוק?).

**התיאוריה הפורמליסטית** מושתתת על כללים מילוליים מנוסחים היטב, המצמצמים את אפשרות הבחירה ושיקול הדעת. הפורמליסטים מעדיפים וודאות על פני פתרון ראוי. הפורמליסט מקפיא את משמעות הכלל ולא מאפשר את יישומו בנסיבות חדשות. הפורמליסט לא מכיר באפשרות בחירה של השופט ביישום הכללים.   
**הביקורת של הארט על הפורמליזם:** הטעות היא בחוסר ההכרה בקיומה של רקמה פתוחה בחוק.הרקמה הפתוחה נועדה להתאים את החוק בכפוף לתכליות החברתיות שלו, למקרים השונים.אחידות זו מקבעת את החוק ולא מאפשרת להתאימו למטרות חברתיות.קיצוניות זו אינה נכונה וכדי להשיג את שלטון החוק יש ראשית להכיר בכך שהחוק לא יוכל לצפות כל מקרה עתידי ולכן נדרשת בחירה.

לפי הארט, יש צורך לעשות איזון בין כללים ברורים שניתנים ליישום במספר רב של מקרים (וודאות וצפיות) לבין מרחב פתוח שבו ניתן לקבל החלטות חדשות (פתרון מתאים). העולם שלנו אינו עולם שמתאים לתורת משפט מכנית. לא ניתן לצפות מראש כל מקרה אפשרי ואת מאפייניו. לכן, יש צורך להשאיר גמישות בחוק וכאשר יגיע מקרה חדש, נאזן בין האינטרסים שעל הכף ונכריע בניהם בהתאם למטרת החוק.

**התמודדות עם בעיית הרקמה הפתוחה:**

1. **איזון בין וודאות לגמישות:** ישנן חברות שנותנות מקום רחב מידי לכללים משפטיים ולצורך בוודאות משפטית (פורמליזם). לעומתן, ישנן חברות ששמות דגש רחב על שיקול דעת השופטים ותקדימים הניתנים לשינוי. הארט טוען שיש לעשות איזון. מלאכת האיזון מיוחדת לכל שיטת משפט, וגם מיוחדת לענפי משפט ולעניינים שונים (למשל- משפט פלילי מול משפט אזרחי).
2. **שימוש במונחים כלליים:** המחוקק מבין שהוא לא יכול להגדיר מראש את כל המקרים העתידיים ולכן הוא קובע סטנדרט (כמו למשל – סבירות) כדי להבחין במספר רב של מקרים, מה נכנס תחת הכלל.הסטנדרט עצמו הוא עמום ומאפשר מקום לשיקול דעת והתאמה למקרה הספציפי.המחוקק עצמו משתמש במונחים כללים ועמומים מטבעם, כדי שהם יוכלו להכיל מספר רב של מקרים (סבירות, מחיר הוגן, תום לב, סביבה בטוחה וכיו"ב). רצון המחוקק היה להשאיר את החוק בצורה כללית כדי שנוכל בעתיד לפרש את הכללים בהתאמה למציאות ולנהוג נכון.השימוש במונחים כללים פותר את 'אי הידיעה' של המחוקק ביחס למקרים עתידיים.
3. **תקנות:** החוק מדבר בשפה כללית, והתקנות של המחוקק יוצרות כללים הרבה יותר טובים וספציפיים.על המחוקק לחוקק חוקים כלליים ולהאציל את סמכותו להתאים אותם לימים ולמקרים השונים לידי הגוף המוסמך לכך.
4. **הכרעות שיפוטיות:** ע"י שיקול דעת שיפוטי משלימים את הרקמה הפתוחה. יש סטנדרט כללי והפרטים נדרשים לפעול לפיו. בתי המשפט מתקנים את הפעולה וקובעים סטנדרט מדויק יותר. לדוג'- המונח 'חובת זהירות' בעוולת הרשלנות מתפצלת לחובת זהירות כללית וחובת זהירות ספציפית, וביהמ"ש מפרש האם אדם פעל בהתאם לחובת הזהירות.

**הכרעות שיפוטיות**

מכיוון שהמחוקק לא יכול לתת הגדרה שתכסה את כל המקרים, יש צורך בהכרעות שיפוטיות.המושג שיקול דעת במשפט, לא בא לציין את תהליך המחשבה או מחשבה נכונה או שקולה, אלא פירושו במשפט הוא הפעלת סמכות.באילו מקרים יש לשופטים שיקול דעת שיפוטי? **לפי הארט רק במקרי השוליים, או רק ברקמה הפתוחה.**

לביהמ"ש 2 תפקידים:

* **יישום של החוק-** במקרים בהם הכלל הוא ברור, בגרעין החוק, לשופט יש תפקיד ליישם את החוק כפי שהוא.
* **חקיקה שיפוטית-** הארט אומר שבמקום שבו יש רקמת פתוחה, ויש חסרים של החוק מכל מיני טעמים (שהמחוקק לא צפה אותם, או צפה והתעלם), השופט ניצב בפני בחירה או החלטה מהי התשובה הנכונה, והוא לא יכול לשאוב זאת מהחוק, וגם לא מהתכלית של החוק, מפני שיכולות להיות תכליות נוספות שהחוק מעלה, ולכן השופט פועל כאן כמחוקק משנה. לפי הארט, **לשופט יש סמכות לקבל החלטות איפה שהמחוקק לא קבע את הדין.**

לבתי המשפט, לפי הארט, יש תפקיד מהותי בהתפתחות של המשפט. ולכן בתי המשפט נוטלים חלק בהתפתחות של החוק ע"י חקיקה שיפוטית. לסיכום, הארט אומר שבמקום שיש גרעין של המשפט, המשפט הוא ברור, וזה רוב המשפט, וכאן השופט צריך להחיל את המשפט כפי שהוא. במקום שבו אנו בתחום השוליים של השפה, או בתחום הרקמה הפתוחה של החוק, השופט משמש לא כמפרש של החוק, אלא כמייצר של החוק. זה מתקשר להבחנה שעשה רז במאמרו בין סכסוכים מוסדרים ללא מוסדרים. הסכסוכים הבלתי מוסדרים הם אלו הקיימים ברקמה הפתוחה ושם ביהמ"ש חייב לעשות פעולה יצירתית.

**התיאוריה הריאליסטית**

**הנחות הגישה הריאליסטית:**

* הכללים לא מספקים תשובה מדויקת לכל מקרה.
* הכללים הם רק "מקורות" להחלטות ביהמ"ש.
* החוק ה"אמיתי" הוא החלטות בית משפט הקונקרטיות.

הריאליסטים יגידו שהכללים הם רק קווים מנחים לביהמ"ש. המציאות היא מורכבת יותר מהכלל. כל המקרים הם מקרים מיוחדים (לא רק השוליים) ולכן שיקול הדעת והחקיקה השיפוטית של השופט לא מוגבלת רק למקרי השוליים.

**הביקורת של הארט על הריאליזם:**

* לגבי ההתכחשות של הריאליזם לכך שהמשפט מורכב מכללים:

1. בלי הכרה בכללים משניים אין בתי משפט! הסמכות של ביהמ"ש נובעת מכללים מסדר שני (כללי שפיטה), ולכן אם לא נכיר בכך שמערכת המשפט מושתתת על כללים לא נוכל להכיר בסמכות ביהמ"ש.
2. בלי הכרה בכללים ראשוניים לא מבינים את יחסם של בני האדם לחוק. בני האדם רואים בכללים מקור לחובות וזכויות (נק' מבט פנימית). הכללים הראשוניים יוצרים חובה אצל האזרחים. זו התופעה הבסיסית ביותר של המשפט ולכן נק' המבט של הריאליסטים לא מתארת נכון את היחס של החברה אל הכללים. הריאליסטים מסתכלים על החוק מנק' מבט חיצונית ועל כך הארט מעביר עליהם ביקורת.

* לגבי תפקיד ביהמ"ש: יש טענה ריאליסטית עדינה יותר שאומרת שהחלטות נעשות באופן אינטואיטיבי או משיקולים שונים ואחר"כ השופט יכול להצדיק את החלטתו באמצעות הכללים (כפי שראינו בפס"ד פלוני). טענה זו תגיד שיש כללים במשפט (כלומר, המשפט מורכב מכללים) אבל כללים אלו אינם מכתיבים את החלטות ביהמ"ש. על טענה כזו הארט אומר שיש להכיר בכללים ובמגבלותיהם. לא כל החוק פתוח (כפי שאמרו הפורמליסטים), אלא יש גבולות. יש שוליים דקים שבהם יש רקמה פתוחה, אבל זה לא כל החוק. במסגרת המשפט הכללים פועלים באופן שונה מזה שהריאליסטים מדמים. כל המשפט בנוי על כללים ויש גרעין חזק למשפט שמתבסס על הכללים כלשונם. במקום שאנחנו דנים בגרעין החוק השופט צריך להתבסס על החוק כלשונו. במקרים של הרקמה הפתוחה, בשולי החוק, לשופט יש שק"ד. העמימות הקיימת במשפט לא ממוטטת את כל מערך הכללים. יש כללים ברורים והם גרעין נוקשה וחייבים להכיר בכך.

לפי הארט, גרעין החוק הוא חזק והוא מכסה את רוב החוק. ישנם מקרים מועטים, מקרי קצה בהם יש בחוק רקמה פתוחה. זאת בשונה מהריאליסטים שהכלילו את הרקמה הפתוחה על כל החוק. הארט מוכן להתחשב בשיקולים מוסריים חוץ משפטיים במקום בו החוק פתוח. לכן לפי הארט יש קודם להוכיח שיש רקמה פתוחה בחוק. בכל מקום שבו המחוקק לא 'סגר' את החוק נכנס עם השיקולים החברתיים והמוסריים השונים.

**המושג שיקול דעת שיפוטי** נוגע לא רק מקום בו השופט חושב, שוקל בדעתו, אלא הכוונה למקום בו השופט **מפעיל את סמכותו.** במקום שבו הסכסוך מוסדר והכלל המשפטי מכתיב את התוצאה אז השופט לא נדרש להפעיל שק"ד (סמכות) ועליו ליישם את הכלל. במקום שבו בחוק אין תשובה (עמום\דורש פרשנות)- על השופט להפעיל את שיקול הדעת שלו. בשלב הזה השופט מחליט מחדש לאור התכליות של החוק. בשלב הזה השופט חושב על כל השיקולים החברתיים והמוסריים הרלוונטים. בשלב זה השופט פועל כמחוקק משנה.

**יש הבדל בין שיקול דעת ופרשנות**. כאשר נמצאים ברקמה פתוחה הארט ממעט לדבר על פרשנות, הוא מסתכל על סמכות המחוקק כ'מחדש את החוק'. **הגישה הפרשנית** מכניסה את ההחלטה לתוך החוק, היא בעצם אומרת שההכרעה היא הפירוש של החוק ולא יצירת דבר חדש. הארט לא מסכים עם גישה זו. אם ניקח לדוג' את פס"ד פלוני, שופטי הרוב הכניסו את ההחלטה שלהם בגדרי החוק. הם פרשו את המונח 'אי מסוגלות הורית' באופן רחב יותר כך שהכניסו את הכרעתם לתוך החוק. הארט טוען שמדובר בהסוואה כדי לקבל לגיטימציה ציבורית. באותו מקרה המחוקק לא נתן תשובה למקרה הספציפי ולכן השופט מחליט מחדש ומתפקד כמחוקק משנה. בפרשנות השופט יחשוב במסגרת החוק, בתוך הפרמטרים של החוק. לעומת זאת, בהפעלת סמכות , שק"ד, השופט עושה איזון חדש ולכן יוצא ממסגרת החוק הקיים.

בהיבט הזה, **הארט מקבל את הגישה הריאליסטית שאומר שהשופט הוא מעיין מחוקק משנה.**

**תורת המשפט של דוורקין**

דוורקין היה פילוסוף של המשפט שהתחיל לכתוב בסוף שנות ה-60. הוא הוזמן לשבת על כיסאו של הארט באוקספורד ולהיות יורשו. בהרצאת הפתיחה שלו הוא תקף את תורת המשפט של הארט ובעצם המאמרים הראשונים שלו הם התקפה מפורשת על תורת המשפט של הארט, לה הוא הציג אלטרנטיבה.

דוורקין מתחיל בלסכם את **שלושת עקרונות הפוזיטיביזם:**

1. המשפט של חברה הוא מערכת של כללים ספציפיים. הכללים ניתנים לזיהוי באמצעות קריטריון שבוחן את תוקפם. המבחן לתוקף הכלל הוא **מקורו**, ולא התוכן שלו. (הארט- כלל הזיהוי; קלזן- נורמה כללית; אוסטין- פקודה שלצידה יש סנקציה).
2. במקרה שבו אין כלל שמכסה את המקרה אי אפשר להחיל את החוק. במקרה כזה, ניתן לשופטים שיקול דעת ליצור כלל חדש. לשופט יש את הסמכות ליצור כלל ויש לו את החופש לבחור.
3. במקום בו אין כלל שמכסה את המקרה אין חובה משפטית.

דוורקין מחדד שאצל הארט יש שתי דרכים להכיר בכלל משפטי:

* הכרה ישירה של כלל דרך כלל הזיהוי.
* הכרה דרך תקפות מכוח כללים אחרים (בסופו של דבר מכוח כלל הזיהוי).

דוורקין אומר שבתמונה של הארט חסר מימד מרכזי אחד – **קיומם של סטנדרטים עקרונות ומדיניות.**

דוורקין עושה הבחנה בין עקרון למדיניות:

* **עיקרון=** הכוונה לעקרון מוסרי. מכוון **למעשה** מסוים ולא לתוצאה. לדוג': העקרון המוסרי 'שלא יצא חוטא נשכר'. לטענתו, העקרונות האלה הם חלק מהמשפט גם אם אינם כתובים בפירוש.
* **מדיניות=** הדגש הוא על **התוצאה**. המטרה היא תוצאה חברתית או כלכלית מסוימת. לדוג': הגדלת הצמיחה במשק. לעיתים מדיניות משיקה לעניינים מוסריים ולפעמים לא. מדיניות היא החלטה של מדינה מסוימת והיא לא חייבת להיות זהה בכל המדינות.

דוורקין אומר שהעקרונות ושיקולי המדיניות האלה הם חלק מהמשפט. לדעת דוורקין, שופט לא יכול לקבוע מדיניות. מדיניות היא עניין של הממשלה או של המחוקק. השופט לא מייצר מידניות משלו אבל הוא יכול להסתמך על מדיניות קיימת ולפסוק לפיה.

לדוורקין חשובה יותר ההבחנה בין כללים לעקרונות:

* **כלל-** כלל פועל בדרך של **'הכל או לא כלום'**. כלומר, אם הכלל פועל- הוא **מכתיב את התוצאה**. אם הכלל לא רלוונטי למקרה- אז לא כלום. הוא לא מועיל. לדוג': מעמידים אדם לדין שנסע במהירות 70 קמ"ש בדרך עירונית. אם יוכח שביצע עבירה- הכלל יכתיב את התוצאה (אלף ₪ קנס). אם יוכח שהאיש נסע בדרך שאינה עירונית- הכלל לא רלוונטי. אם אדם לא יעמוד בהגדרות העבירה- לא נוכל להפעיל את הכלל. כלל לא ידרוש מהשופט הפעלה של שיקול דעת כיוון שהשופט רק יחיל את הכלל.
* **עקרון-** עקרונות לא פועלים בדרך של הכל או כלום, הם **לא מכתיבים את התוצאה**. אלא יש להם השפעה מסוימת על התוצאה המשפטית כאשר מידת ההשפעה תלויה במשקל שניתן להם.בדר"כ, בקבלת החלטה, יהיו **מספר עקרונות שיפעלו במקביל** ויהיו רלוונטים לעניין. בעקרונות השונים נתחשב במידה מסוימת בדרך של איזון. עקרונות יכולים להיות מוסריים\חברתיים או לכלול שיקולי מדיניות. כשאנחנו מדברים על עקרונות, נדרש שיקול דעת של השופט במלאכת האיזון.

הטענה המרכזית של דוורקין היא **שהמשפט מכיל עקרונות**. איך הוא מוכיח את זה? הוא משתמש ב-2 פסקי דין:

* **פס"ד ריגס**– נכד שרצח את הסבא שלו ורצה לזכות בירושה. החוק באותו העת אמר שמי שרשום בצוואה כיורש הוא היורש. ביהמ"ש בכל זאת לא נתן לו את הירושה, מכיוון שלא ראוי שממעשה עוולה תצמח עילת תביעה. דוורקין אומר שמדובר פה בעקרון מוסרי. ביהמ"ש העדיף את העקרון המוסרי על פני חוק הירושה. אם המשפט היה מורכז רק מכללים, כפי שמתאר הארט, הרי שהמקרה נופל בגרעין הכלל והיה צריך להעניק לו את הירושה. העובדה שביהמ"ש סטה מן הכלל היא שמוכיחה שעקרונות הם חלק אינהרנטי מהמשפט.
* **פס"ד הנינגסן**- אדם רכש מכונית מחברה, בחוזה נכתב שבמקרה של תקלה, החברה מתחייבת לתקן את התקלה אבל לא מתחייבת לגבי שום תקלה אחרת. הייתה תאונת דרכים, והוכח שהתאונה נגרמה בשל פגם בייצור. הנהג תובע את החברה על הנזק שנגרם לו כתוצאה מהתאונה. החברה אומרת שהיא לא אחראית על פיצוי בתאונת דרכים שנגרמה כתוצאה מהרכב. התקלה נגרמה בשל פגם בייצור, זו אחריות החברה אך יש ס' בחוזה שאומר שהחברה פטורה. ביהמ"ש לא בחן את המקרה עפ"י עקרונות של תניה מקפחת בחוזה אחיד. ביהמ"ש מחליט לחייב את החברה למרות שחוק החוזים פוטר אותה. מתוך הנחה שמבחינה מוסרית, ליצרן מכוניות יש אחריות מיוחדת כלפי הלקוח. האחריות הזו גוברת על התנאי החוזי.

**דוג' מישראל: פס"ד טבעול נ' שף הים**- עסקה חוזית בין שתי חברות שייצרו מאכלי דגים מוקפאים, הן ידעו שברגע שתיעשה העסקה כל הסודות העסקיים יחשפו. לכן, עשו הסכם שכאשר מפסיקים את שיתוף הפעולה לא יתאפשר לחברה הפורשת לעסוק בתחום למשך מספר שנים. מה שקרה במציאות הוא ששף הים החליטה להפסיק את החוזה והמשיכה לייצר מוצרים קפואים של דגים, טבעול טענו שהיא מפרה חוזה, אין ספק שיש כאן הפרת חוזה מבחינת חוק החוזים. ביהמ"ש ברוב הדעות מכריע כי זה מותר על מנת להגביר תחרות במשק, זו מדיניות המדינה ובימ"ש מכריע על בסיס עיקרון הקובע מדיניות.

**האם עקרונות הם חלק מן המשפט?** דוורקין מעלה 2 אפשרויות:

1. עקרונות אינם חלק מהמשפט ולכן הם אינם מחייבים, בימ"ש פונה אליהם כאשר הוא מפעיל שק"ד. זה יהיה הפתרון של הגישה הפוזיטיביסטית.
2. העקרונות הם חלק מהמשפט והם מחייבים כמו כללים. העקרונות, כולל אלו שלא כתובים, הם חלק מתמונת המשפט הכוללת. כאשר הפוזיטיביסטים מראים לנו את המשפט רק כאוסף של כללים הם בעצם לא רואים את כל תמונת המשפט. עקרונות לא מבטיחים וודאות ויציבות מדובר בדברים מופשטים שיכולים להכתיב תוצאות שונות. זו הגישה של דוורקין.

העקרונות אינם תקפים מכוחו של כלל הזיהוי והם מחייבים משום שהם מוצדקים. כלומר, משום שהם מתקבלים באופן ישיר ע"י ביהמ"ש. המסקנה היא **שהמשפט איננו מוגבל ע"י כלל הזיהוי** כפי שתיאר הארט. ההסבר הזה של דוורקין חותר תחת כל התפיסה הפוזיטיבית של המשפט.

**שיקול דעת שיפוטי לפי דוורקין**

המונח שיקול דעת משמש בשפת היום-היום כתהליך של חשיבה או הערכה. לפי דוורקין, כשאומרים שיקול דעת מתכוונים להפעלת סמכות. דוורקין מציע לחשוב על כמה צורות של שיקול דעת:

* **שיקול דעת 'חלש'** – מפעיל שיקול הדעת כפוף לנורמה. דוורקין נותן דוגמא של שופט במשחק כדורגל. אופי ההחלטה של שופט במשחק כדורגל הוא רק יישום של כלל קיים. דוג' נוספת: מ"פ מורה למ"מ לקחת למשימה את חמדת החיילים החזקים ביותר. שיקול הדעת פה הוא מחלש כיוון שהוא כפוף לקריטריון שקבע מפקד הפלוגה. עדיין, יש כאן יכולת הערכה מסוימת של המ"מ ולכן זה מעט שונה מדוגמת שופט הכדורגל.
* **שיקול דעת 'חזק'-** מפעיל שיקול הדעת איננו כפוף לנורמה, יש לו חופש בחירה. לדוג': מ"פ מורה למ"מ לקחת למשימה חמישה חיילים. שיקול הדעת כאן הוא חזק כיוון שהמ"מ לא כפוף לקריטריונים.

הואיל ועקרונות הם חלק מהמשפט, אז במקרים שאין כלל מפורש השופט מחליט לפי העקרונות. לפיכך, לפי דוורקין, לעולם אין חלל במשפט בו השופט מחליט באופן פתוח. המשפט תמיד מלא בעקרונות שבאים למלא על החסר בחוק. במצב כזה, **לשופט יש שיקול דעת חלש.**

**תזת 'תשובה אחת נכונה' של דוורקין– ניתוח מושגי**

לפי דוורקין, לכל שאלה משפטית יש תשובה אחת נכונה והיא נובעת למעשה מאותה צורת מחשבה. אם יש לנו עקרונות שקובעים את הדין במקום שאין כלל, אז הם מכוונים לתשובה אחת. יש עניינים בעולם שמבוססים על העדפה אישית ובהם אין תשובה אחת נכונה ('על טעם וריח'). יש עניינים **שמבוססים על סטנדרטים אובייקטיבים ובהם יש תשובה אחת נכונה**– או שהם מתאימים לסטנדרט או שלא. הטענה של דוורקין היא שהמשפט מבוסס על החלטות אובייקטיביות, על סטנדרטים, ולכן יש רק תשובה אחת נכונה לכל מקרה.

כיוון שגם במקרה שאין כלל, ביהמ"ש אף פעם לא מפעיל העדפה אישית אלא פועל לפי עקרונות שנקבעו במשפט. לכן תמיד יהיה ניתן להפוך את ההחלטה. התשובה הנכונה במשפט היא **תשובה נכונה תיאורטית.** היא לא תשובה נכונה ריאלית שאפשר להוכיח אותה (כמו במתמטיקה). במשפט לא ניתן להוכיח את התשובה הנכונה בצורה ריאלית ולכן קיומה של התשובה הנכונה הוא קיום תיאורטי. לכן גם ששופטים מתווכחים בניהם (דעת רוב ודעת מיעוט) זה לגיטימי כיוון שהם מנסים להגיע אל התשובה הנכונה האובייקטיבית. כל הוויכוחים של השופטים הם תחת ההנחה ההיפותטית שיש תשובה אחת נכונה. השופטים אף פעם לא מחליטים ע"ב של העדפה אישית, אלא הם מנסים לקלוע אל התשובה הנכונה. לפיכך, **אפשר לבקר החלטות שיפוטיות.**

**למה ראוי להחזיק בעמדה של "תשובה נכונה"?**

* **הטיעון המקצועי-** שופט צריך לפעול לפי התשובה האובייקטיבית שבחוק ולא לפי החלטה אישית. הרעיון הוא להכניס תודעה לשופטים שהם פועלים במסגרת החוק ולכן הם לעולם לא קובעים בעצמם.
* **הטיעון הדמוקרטי**- השופט איננו נבחר ציבור ולכן הוא לא קובע את החוק אלא רק מיישם את החוק.
* **טיעון שלטון החוק**- יישום של החוק שקיים הוא אף פעם לא רטרואקטיבי. יצירת של חוק חדש ע"י הרשות השופטת, מנוגדת לעקרון שלטון החוק. אחד העקרונות של שלטון החוק הוא שהחוק יהיה פרוספקטיבי ויכון התנהגות. אם יש עוולה נזיקית שקודם לכן לא נחשבה כעוולה וביהמ״ש קובע אותה ככזו ישנו אלמנט רטרואקטיבי. לפי דוורקין, השופט אף פעם לא יוצר כי התשובה קיימת קודם אבל הפוזיטיביסטים אומרים שהדבר לא כך באמת. הטיעונים הללו פועלים לטובת דוורקין אבל לא אומרים לנו אם באמת החוק נותן תשובה נכונה.

לסיכום, **תפקידי השופט לפי דוורקין:**

* נדרש להחיל נורמות משפטיות- כללים ועקרונות
* השופט מיישם את החוק
* השופט אינו מחוקק משנה
* השופט לא רשאי לקבוע מדיניות

**נון- פוזיטיביזם: סיכום**

* דחיית העקרון הפוזיטיבי הראשון- שהנורמות המשפטיות מזוהות ע"י כלל הזיהוי, כלל אב אחד. כיוון שעקרונות, סטנדרטים ומדיניות אינם בהכרח מזוהים לפי כלל הזיהוי.
* דחיית העקרון הפוזיטיבי השני- לפיו, השופט מפעיל שק"ד חזק בהחלטות שיפוטיות.
* דוחה את העקרון הפוזיטיבי השלישי- היעדר חובה משפטית בהיעדר כלל. יש חובה משפטית גם בהיעדר כלל.

**דוורקין ומשפט הטבע**

* **דמיון:** דוורקין מתנגד לתזת ההפרדה בין משפט למוסר. דוורקין אומר ששיקולים מוסריים הם שיקולים משפטיים. רבים משייכים את דוורקין למסורת המשפט הטבעי בגלל הדמיון הזה. דוורקין עצמו מתנגד לכך בגלל ההבדל בניהם:
* **ההבדל:** אין מדובר בשיקולים של משפט רצוי אלא בעקרונות שהם חלק מהמשפט הקיים. עמדת המשפט הטבעי היא שיש להכניס כל עקרון רצוי למשפט הקיים. דוורקין עצמו טוען שיש לקחת בחשבון את המשפט הקיים ובמקביל להכיר גם בעקרונות שהם חלק מהמשפט. הוא לא מכיל כל דבר רצוי למשפט, אלא רק מכניס לתוכו עקרונות, שלטענתו, הם כבר חלק מהמשפט.

**דוורקין והפורמליזם**

* **דמיון:** היעדר שיקול דעת לשופט ותזת התשובה הנכונה (מערכת סגורה של כללים).
* **שוני:** שימוש בעקרונות ולא רק בכללים.הפרשנות שדוורקין מציע למשפט היא לא רק פרשנות מילולית, אלא הוא מציע פרשנות ערכית ותכליתית (גישה יותר ראיליסטית של דוורקין).

**פרשת נחמני – ניתוח תורת משפטי**

**עובדות המקרה-** בני הזוג נחמני היו נשואים מספר שנים. הם היו חשוכי ילדים לאחר שהעותרת עברה ניתוח שבעקבותיו איבדה את יכולתה להרות באופן טבעי. בני הזוג החליטו להביא ילד לעולם בהפריה חוץ-גופית. ביציות שהוצאו מגופה של רותי נחמני הופרו בזרעו של דניאל נחמני והוקפאו בבית החולים. בני הזוג התקשרו עם מוסד בארצות הברית לשם איתור פונדקאית שתישא את ילדם, אלא שקודם שהגיע התהליך לשלב זה, עזב דניאל את הבית, הקים משפחה חדשה והוליד בת, בעודו נשוי לרותי, שסירבה להתגרש. רותי פנתה לבית החולים וביקשה לקבל לרשותה את הביציות המופרות כדי להמשיך בתהליך, ומשסורבה – פנתה בתביעה לבית המשפט המחוזי וזה נענה לבקשתה. על כך הגיש דניאל נחמני ערעור לבית המשפט העליון והתהפכה ההחלטה לטובתו של הבעל. לאחר החלטת העליון הוחלט על דיון נוסף. זו הסוגיה שלפנינו.

פרשת נחמני מעלה שאלות מוסריות ומשפטיות. פרשת נחמני היא מה שמכנים "מקרה קשה". ההגדרה הבסיסית של מקרה קשה היא **שאין נורמה משפטית ברורה,** בעצם סכסוך לא מוסדר. במקרה של נחמני, לא רק שאין נורמה משפטית ברורה אלא יש פה **שיקולים מוסרים וחברתיים מנוגדים (ניגוד מוסרי)**. לכן, קשה להכריע בו גם במישור המוסרי הלא משפטי.

**המישור הנורמטיבי- מוסרי ומשפטי**

בפרשה יש שלוש תת-סוגיות\שאלות מוסריות ומשפטיות שיש להתייחס אליהן:

1. **האם יש לדני חובה כלפי הביציות המופרות?** האם הוא מחויב לשמור אותן ולאפשר את התפתחותן? מדובר בשאלה מוסרית המתקשרת לנושא של איסור הפלות. זו גם שאלה משפטית – מה הדין אומר ביחס לשאלה הזו?
2. **האם יש לדני חובה כלפי רותי מכוח הסכם בניהם או מכוח הסתמכות?** ברור שהיה הסכם בין הצדדים לגבי שלב הכניסה להליך ההפריה. האם זו הסכמה שמחייבת לאורך כל הדרך או שיש כעת להגיע להסכמה חדשה בשלב הפונדקאות? יכול להיות שאם לדני אין חובה מכוח ההסכם, אך ייתכן שיש לו חובה מכוח ההסתמכות החזקה של רותי. במידה ויש חובה כזו, האם היא מכוח הדין או שהיא רק חובה מוסרית?
3. **האם לדני יש חובה להתחשב באינטרס, בזכותה של רותי, להיות אם?** האם הזכות של רותי להיות הורה היא זכות שיש להתחשב בה והיא עדיפה על הזכות של דני שלא להיות הורה.

נדון בשאלות כסדרן:

1. **מעמד הביציות**– זו שאלה שקשורה לסוגיית ההפלות. נניח שמישהו מתנגד להפלות, האם מבחינתו יהיה צריך להפריד בין שלב ההריון עצמו לשלב שבו יש רק ביציות מופרות?

* מבחינה משפטית- לפי החוק בישראל אסור לבצע הפלה בתחילת ההיריון אלא אם יש עילה. אבל הדין מדבר על עוברים ולא על ביציות. לפי דעת הרוב, כולם מסכימים שביציות הן לא עוברים ולכן לא מדובר על הריון מבחינה משפטית.
* מבחינה מוסרית- מבחינה מוסרית, אין חובה כלפי הפרה-עובר. נקודת המוצא של השופטים הייתה שהביציות הן קדם-עובריות, זה חומר גנטי משותף ולא החל ההיריון, לכן אין לביציות זכות ואין חובה לשמר אותן.

1. **הסכמה וההסתמכות בין רותי לדני**- האם יש חובה מוסרית ומשפטית שדני חב לרותי?

* מבחינה משפטית -חלק מהשופטים אכן הסכימו שיש חוזה מחייב אבל רובם לא. נשאלת השאלה האם מבחינה משפטית ההסכמה מחייבת לכל התהליך או רק לשלב הראשוני? אין תשובה חד משמעית והשופטים נחלקים בניהם.
* מבחינה מוסרית- הואיל ושניהם נכנסו לתהליך, ויש אינטרס הסתמכות גדול של רותי, אז יש חובה מסורית ויש לבחון אם אפשר לאכוף אותה חוקית. ניתן גם לטעון שאין בכלל חובה מוסרית, כי לא ניתן לכפות על אדם להיות אבא.

1. **הזכות להיות הורה–**

* מבחינה משפטית- נשאלת השאלה איזה אינטרס יותר חזק מבחינת הדין? להיות הורה או לא להיות הורה? יש הבדל בין:
* זכות חיובית = הזכות לתבוע ממישהו לעשות דבר מה. לדוג': הזכות לתנאי מחייה מינימליים.
* זכות שלילית= הזכות שלא יפריעו לאדם לעשות דבר מה. לדוג': חופש ביטוי היא זכות שלילית, אסור לפגוע בה אבל לא ניתן לדרוש ממישהו לתת לי את הבמה לבטא את עצמי.

רוב זכויות היסוד הן שליליות כיוון שהן חרויות. הזכות להיות אם היא חירות. דהיינו, זו זכות שלילית. אסור למנוע מאדם להיות הורה. לכאורה היא לא יכולה עם הזכות השלילית הזו לתבוע ממישהו להיות אב ילידה וזו גם דעת המיעוט בפסק הדין.

* מבחינה מוסרית- שופטי הרוב טענו, שבמקרה הזה הזכות של רותי להיות הורה גוברת בגלל הנסיבות המיוחדות של המקרה- לרותי אין הזדמנות אחרת להרות ולכן האינטרס שלה חזק יותר.

**ניתוח המקרה מבחינה תורת משפטית**

האם יש נורמות משפטיות שקובעו את הדין במקרה הזה? במקרה הנ״ל אין נורמה ישירה, ישנו חוק לנשיאת עוברים אבל הוא נחקק אחרי תחילת ההפריה וברור שההפריה הזו לא נעשתה בהתאם לחוק כי יש צורך בהסכם פורמלי בכתב בין בני הזוג המזמינים לבין האם הפונדקאית, מה שלא קרה במקרה שלנו. בהנחה שאין נורמה מפורשת השאלה היא כיצד יש לקבוע את הדין? במקרה לא מוסדר השופט מפעיל שק"ד (חזק או חלש). נשאלת השאלה **האם יש להבחין בין הנורמות המוסריות לנורמות המשפטיות או לאמץ את הנורמות המוסריות (הפרדה בין משפט למוסר)?** השאלה הזו קיימת גם מנק' המבט של הארט וגם מנק' המבט של דוורקין. גם לפי דוורקין, שחושב שנורמות מוסריות הן חלק מהמשפט, מבחין בין נורמות מוסריות גרידא לבין נורמות מוסריות שהן חלק מהמשפט. גם לפי דוורקין- לא כל נורמה מוסרית היא משפטית.

לכל הדעות, אין נורמה ישירה שחלה על העניין. האם יש נורמות אחרות שחלות על העניין באופן עקיף? נורמות שניתן ללמוד מהן על הסיטואציה הנוכחית? דעות השופטים נחלקו לשלוש קבוצות:

**קבוצה 1: קרובה לגישה של הארט-** טוענת שיש חלל נורמטיבי (רקמה פתוחה) וצריך להפעיל **שק"ד חזק:**

**שופטי הרוב:**

* **השופט גולדברג-** טוען שיש כאן חלל נורמטיבי, דהיינו אין נורמה רלוונטית במשפט למקרה הנדון. יש הבדל בין חלל נורמטיבי ללקונה- לקונה= חסר ספציפי, נושא שאופן כללי מוסדר אבל בחוק חסרה התייחסות לעניין מסוים. הדרך הנכונה להשלים לקונה היא דרך חוק יסודות המשפט. לעומת זאת, חלל נורמטיבי=אין בכלל הסדר. לא כללי ולא ספציפי. במקרה כזה, הוא אומר שצריך לפעול לפי **עקרון הצדק.** עקרון חוץ-משפטי שאומר שצריך לקבוע מה צודק. איך הוא קובע מה צודק? הכרעה משפטית צודקת, המבוססת על תחושת הצדק של השופט, אינה הכרעה ניטרלית אולם היא גם איננה שרירותית (החלטה מנומקת שיש לה טעם). במקרה דנן, גולדברג מעדיף את האינטרס של רותי להיות הורה. הוא לוקח בחשבון את הסיטואציה הייחודית של רותי- היא במצב של היעדר חלופות ואינטרס ההסתמכות שלה הוא גדול.
* **השופט צבי טל-** "קיומו של חסר בדין מטיל על ביהמ"ש את החובה לפתח את המשפט כדי לתת מענה למקרה שלפניו".הוא טוען שאין לפנינו לקונה אלא חסר נורמטיבי. הוא מתווה כמה שלבים:

1. יש לבחון את האינטרסים המתנגשים;
2. יש לעמוד על הציפיות הלגיטימיות של שני הצדדים;
3. יש לשקול את שיקולי המדיניות המשפטית הראויה;

גם הוא טוען שהאינטרס להיות הורה עולה על האינטרס שלא להיות הורה. האינטרס בהורות מהווה ערך בסיסי קיומי. הערך המוגן באינטרס שלא להיות הורה הוא ערך הפרטיות. הייתה כאן הסתמכות, ולכן יש להשתמש **בדוקטרינת ה"השתק"** (=מצב שבו כתוצאה מחוסר הוגנות, צד מסוים לא יכול לטעון טענה מסוימת). השתק הוא טיעון דיוני. בעצם האינטרס לא להיות הורה הוא אינטרס חזק שעלול להפוך את התוצאה אבל יש לשים עליו השתק בגלל חוסר הוגנות של דני. יש לשער שכוונתם הייתה שאין ביכולתו של צד אחד להפסיק את התהליך בניגוד לרצונו של הצד המעוניין בהשתלה.

* **השופט בך-** אין חוק ולכן פועלים לפי **שיקולים של צדק**: הסכמה על תחילת התהליך, ההסתמכות של רותי והעדר אפשרות אחרת לרותי להיות אם.
* **השופט טירקל-** אומר שהסכסוך מצוי כולו בתחום הרגשי, מוסרי, חברתי, פילוסופי ומכאן החלל הנורמטיבי. הוא אומר בצורה ברורה שיש חלל. במצב כזה השופט נזקק **לנורמה חיצונית "צדק"**. התשובה תימצא בעולם הערכים הפנימי של כל אחד מאיתנו ואוצר הרגשות שבתוך כל אחד מאיתנו – מדבר לגמרי על אינטואיציה ותחושות פנימיות. **הוא אומר שהוא בוחר בחיים.** הוא מכניס שיקול חדש- לא רק אינטרס ההסתמכות של רותי וזכותה להיות הורה, אלא החיים שהיא עומדת להביא לעולם. החיים של הביציות. פוטנציאל החיים של הביציות המופרות מטה את הכף לטובת שימורם ופיתוחם.

**קבוצה 2: קרובה לגישה של דוורקין-** אין חלל נורמטיבי ולכן לא צריך להפעיל שק"ד **(שק"ד חלש):**

**שופטי המיעוט:**

* **השופטת שטרסברג-כהן:** מציגה גישה דוורקינית.אין אנו מצויים בחלל ריק. גם אם אין נורמה ספציפית יש בתוך הדין עולם ומלואו שממנו ניתן לגזור ממנו את התשובה. הנורמות הקיימות כבר בחוק:
* מבחינת הדין, הביצית המופרית איננה יצור חי. אין מדובר בשימור חיים אלא ביצירת חיים. לפיכך, חברה איה רשאית לכפות על אדם יצירת חיים בעל כורחו.
* מבחינה עובדתית ומשפטית לא הייתה מצד דני הסכמה להמשך התהליך בנסיבות של התפרקות התא המשפחתי.
* הזכות להיות הורה היא חירות שאין מולה חובה משפטית. גם הזכות לאי-הורות היא חירות. זוהי זכותו של הפרט לשלוט בחייו ולתכננם. אלו שתי זכויות שקולות מבחינה ערכית.
* **השופט זמיר-** אומר שבמצב שלנו אין חלל נורמטיבי.השופט צריך לחפש את התשובה בתוך עולם המשפט. תקנות ההפריה החוץ גופיות מחייבות הסכמה לכל שלב בהליך וגם חוק ההסכמים מחייב הסכמה של הבעל להליך (נחקק אחרי המקרה).למרות שהחוקים האלו הם מאוחרים, התכלית שלהם עדיין קיימת בחוק.
* **תאודור אור-** סבור כי בנסיבות העניין ביהמ"ש לא ניצב מול חלל נורמטיבי ולכן אין ליצור דין חדש אלא לחפש את התשובה בדין הקיים.רותי ודני התכוונו ליצור הסכמה בעלת תוקף משפטי. מנסיבותיו של מקרה זה עולה כי אומד דעת הצדדים היא הסכמה לשתף פעולה לקראת מימושו של תהליך ההפריה החוץ-גופית. הסכמה זו אינה כוללת הסכמה מראש לכל שלביו של ההליך. מעבר לחוזה, יש גם את תקנות ההפריה החוץ-גופית שדורשת הסכמה לכל שלב בהליך.
* **ברק-** כל ההחלטות בעניין הביציות המופרות כשהן מחוץ לגופה של האישה- צריכות להתקבל ע"פ הסכמה משותפת. הוא טוען שמסקנה זו משקפת את הדין הקיים. היא עולה בקנה אחד עם דרישות הצדק. המשפט והצדק הולכים יד ביד. **ברק כאן עומד על העניין שאין ניגוד בין דין לצדק. עקרון הצדק נמצא בתוך המשפט (גישה של דוורקין).** לדעת ברק:
* הביצית אינה "עובר", היא שלב פרה-עוברי.
* שנית, הורות כרוכה בחובות וזכויות, היא בנויה על שותפות ובהיעדר הסכמה אין כל אפשרות אחרת להתחיל את הליך ההפריה.
* החירות להיות הורה או שלא להיות הורה נגזרת מכב"א ומהזכות לפרטיות. חירות זו איננה מטילה חובה על איש.

תפיסת הצדק של שופטי הרוב היא תפיסה שהעדיפה את האינטרס של רותי. מנק' העמדה של ברק מה שצודק היא תפיסה המעדיפה את האינטרס של דני שלא להיות הורה. בעצם המיעוט אומר שהחובה המוסרית לא יוצרת חובה משפטית ולכן מה שצודק להעדיף הוא האינטרס של דני. אנחנו רואים זיקה מעניינת, אם כי לא הכרחית בין השאלה התורת משפטית- מיישמים את הדין או מפעילים שק"ד, לבין השאלה המוסרית – את האינטרס של מי יש להעדיף? מה שמעניין אצל ברק, הוא שהוא היחיד שהלך לפי עקרון הצדק (כמו שופטי הרוב) ועדיין הגיע למסקנה שיש ללכת עם האינטרס של דני.

השפה של השופטים עוזרת לנו לחלק את השופטים למחנות שמזכירים גישות תיאורטיות. עם זאת, חשוב לזכור שהשופטים לא נוקטים עמדה תיאורטית. מנק' מבט תיאורטית למשל של הארט- כל השופטים יכולים לדבר באיזה שפה שירצו אך בעניו תמיד השופטים מפעילים שק"ד חזק כשהם עומדים מול הרקמה הפתוחה. כך גם ביחס לדוורקין- הוא יגיד שכל השופטים תמיד מפעילים שק"ד חלש כאשר אין נורמה מפורשת. לכן, **צריך לזכור שאפשר לנתח כל אחד מהשופטים מכל נקודת מבט תיאורטית.**

**קבוצה 3: מעיין גישת ביניים-** אין נורמה ישירה אבל **ההחלטה היא במסגרת הדין** שמגיעה מתוך תפיסה רחבה של הדין:

* **השופטת דורנר-** על הדין להביא לתוצאה צודקת. גם לפי הגישה של דוורקין ששולל את קיומו של שק"ד שיפוטי סבור שצריך להכריע במקרים קשים על סמך עקרונות מוסר וצדק. גם ע"פ הגישה של הארט, נדרשים להפעיל פרשנות על בסיס עקרונות מוסר, צדק וזכויות האדם. אם העקרונות לא מעניקים תשובה אחידה כיוון שהם סותרים- אנו נדרשים לאיזון. כל אלו בענייה **פעולות פנים-משפטיות**.במידה מסוימת היא קרובה כאן לדרישה של דוורקין. היא הולכת להכריע לפי עקרון הצדק אבל טוענת שזו הכרעה פנים משפטית. שופטי המיעוט פנו לנורמות משפטיות, לעומתם דורנר פונה לעקרון הצדק (כמו דעת הרוב) וטוענת שהוא פנים-משפטי.דורנר מוסיפה ופונה לעניין שהעלה אריסטו**- "עקרון היושר":** צריך להשלים את החוק מפאת כלליותו. עקרון היושר יכול לבוא לידי ביטוי גם במקרים בהם החוק דורש דרישות מסוימות, פורמליות, וצץ מקרה בו יש צורך להתגמש בדרישות אלה. יהיו מקרים בהם ניתן לסטות מן הכלל כדי להגשים את תכליתו. למשל- סטייה מדרישות פורמליות של הצוואה כדי לקיים את רצון המת. מה שדורנר אומרת הוא שבמקרה דנן ניתנה הסכמה מראש, ועל אף שהיא אינה הסכמה משפטית מחייבת היא יוצרת הסתמכות כך שיש להעדיף את האינטרס של רותי. היא אומרת שהדרך הנכונה היא איזון בין האינטרסים של הצדדים המסוימים (דני ורותי). מכאן היא מגיעה למסקנה שמכלול השיקולים מוביל לעדיפות האינטרס של רותי. היא לוקחת בחשבון שהזכות להיות הורה עדיפה על הזכות שלא להיות הורה, המצב הספציפי של רותי – כבר לא יכולה ללדת, הציפיות שלה והשלב המתקדם שלה בתהליך. דורנר בעצם מצביה 2 מסלולים אלטרנטיביים שדרכם אפשר להבין למה שיקולי הצדק הם פנים משפטיים: **הדרך של אריסטו** (השופט מפעיל שק"ד) **והדרך של דוורקין** (שק"ד חלש).
* **מצא–** הוא רוצה להציג ניתוח אלטרנטיבי לניתוח הזכויות המתנגשות. שופטי המיעוט, לפי ניתוח הזכויות המשפטיות, הגיעו לתוצאה שבה דני צודק. מצא עושה ניתוח זכויות אחר כיוון שהוא רוצה להגיע לתוצאה אחרת. לפני כן הוא אומר שהעדר נורמה משפטית היא תופעה שקורת. הוא אומר שיש צורך לעשות איזון בזכויות. איזון זה אינו יכול להתבסס על תחושת הצדק לבדה. **עריכתו טעונה אמת מידת אובייקטיבית.** בעצם הוא מבקר כאן את שופטי הרוב שהלכו יותר על הכרעה סובייקטיבית. מצא מנסה לנתח את הזכויות באופן שיביא לתוצאה אחרת. הוא מבחין בין רמות שונות של זכויות:
* זכות עקרונית – זכות שקיימת במשפט
* זכות כללית – זכות של אדם לממש את זכותו העקרונית
* זכות ספציפית – זכותו לממש את זכותו העקרונית בנסיבות מסוימות.

לדעתו, דני פוגע בזכותה של רותי פגיעה מעיין כללית. כיוון שמכאן היא לא תוכל יותר להיות אם. לעומת זאת, הפגיעה של רותי בדני היא פגיעה ספציפית! מכאן שהפגיעה בזכותה של רותי היא קשה יותר- היא לא תוכל יותר להיום אם. הוא בעצם אומר שלדני אין התנגדות עקרונית להיום אב אלא הוא לא מעונין להיות אב לילדים הספציפיים של רותי. מצא, בניתוח שלו, דומה לדורנר במובן זהה שהוא עושה ניתוח זכויות משפטי (לא כפי שהן מופיעות בדין). הוא במובן הזה קרוב ממש לשופטי המיעוט. מצד שני, הוא לא מדבר על תחושת צדק אינטואיטיבית.

השופט היחיד שלא מכריע לגבי השאלה התורת משפטית:

* **השופט קדמי-** היחיד שלא התייחס לשאלה התורת משפטית. הוא קובע כמה קביעות כלליות:
* ההפריה היא השלב המכריע של יצירת העובר.
* מכאן ואילן אי אפשר להחזיר את המצב לקדמותו.
* עד לשלב זה גוברת זכותו של הצד שאינו מעוניין להיות הורה. אי אפשר לכפות עליו.
* משלב ההפריה של הביצית ואילך, גוברת זכותו של הצד שמעוניין להיות הורה.

**זכויות**

במשפט משתמשים במונח זכות בהמון הקשרים. עולות השאלות: מה זכות מקנה? אלו מעשים או מחדלים? מי יכול להיות בעל זכות? מדוע לאדם יש זכות? וכיצד היא נוצרת? האם בעל זכות שולט על זכותו? האם יש זכויות שלא ניתן לוותר עליהן? וכו'.

**הבחנות:**

* זכויות מוסריות- זכות מנק' המבט של המוסר, ולא בהכרח המשפט מכיר בה.
* זכויות משפטיות- זכות שהמשפט מכיר בה. בתוך זכויות משפטיות אפשר להבחין בין:
  + **זכויות מותנות**– הן זכויות שקשורות במשהו, מותנות במשהו. (1) מעשים- למשל זכות מכוח חוזה, (2) ביחסים מיוחדים- הורים וילדים, בעל ואישה וכו'; (3) מעמד – תושב, אזרח; (4) מצב– זקנה, נכות;
  + **זכויות יסוד-** זכויות מוחלטות וכלליות. אינן מותנות למשל- הזכות לחיים, לכבוד וכו'.

**ניתוח של מושג הזכות**

למה הכוונה כשאנחנו אומרים שלאדם יש זכות מסוימת? אלו מעשים או מחדלים נדרשים מכוח ה"זכות"?  
ניתוח מושג הזכות **לפי הופלד:** ניתן לפרק זכות לארבעה מובנים שונים-

* **תביעה – זכות במובן הצר**: ל-א' יש זכות תביעה כלפי ב' ל-X אם ולב' יש חובה כלפי א' ל-X. כלומר, לאחד יש זכות ולשני יש חובה. לדוג'- אדם הלוואה לאדם אחר כסף, כעת יש לו זכות תביעה לבל את כספו חזרה. כנגד הזכות בעצם עומדת חובה בצד השני. דוג' נוספת, אם דינה היא בעלת דירה יש לה זכות לתבוע מכל אדם אחר שלא יכנס לדירתה. זה המובן הבסיסי ביותר של הזכות.
* **חירות**- לאדם יש חירות לדבר כלשהו אם אין לו את החובה שלא לעשות את אותו הדבר. לדוג': לאדם יש חירות להביע את דעותיו, אבל אין לו זכות תביעה שישמעו את דעותיו; יש לאדם חירות לקחת צדף שמצא על חוף הים (בהנחה שאין חוק שאוסר את הפעולה). החירות הזו האי לא תביעה- אם אדם אחר ייקח את הצדף אין לי תביעה על הצדף. לאדם יש את החופש לעשות דבר מה כאשר אין את החובה שלא לעשות דבר מה. ראינו זכות שהיא חירות בפרשת נחמני – הזכות להיות הורה היא חופש ואין בה תביעה. זכויות יסוד הן בדר"כ חירויות.
* **כוח-** לאדם יש כוח אם ורק אם יש לו את היכולת לשנות את המצב המשפטי (זכות או חירות) שלו או של אדם אחר. לדוג': לשופט יש כוח לפסוק שרחל תשלם פיצויים ללאה; לאדם יש כוח לכתוב צוואה וקבוע את יורשיו; לאדם שהוצעה לו הצעה יש כוח לקבל אותה (וליצור חוזה);
* **חסינות-** לאדם יש חסינות מפני X אם לאדם אחר אין כוח כלפי א' ל-X. לדוג': לח"כ יש חסינות מפני חקירת משטרה; לאדם שמחזיק בצוואה בלתי חוזרת יש חסינות מפני שינוי הצוואה; לעד מדינה שחתם הסכם עם הפרקליטות, יש חסינות מפני העמדה לדין;

כבני אדם אנחנו תמיד משתמשים במונח 'זכות'. אצל הופלד זכות היא רק במקרים בהם לאדם יש זכות תביעה. ולכן צריך לפרק את מובן הזכות לארבעה מובנים שונים כדי לדייק את ההגדרה.

**טבלת הופלד:**

|  |  |
| --- | --- |
| זכות (תביעה) | חובה |
| חירות | היעדר זכות |
| כוח | כפיפות |
| חסינות | היעדר כוח |

אפשר לנסח את טבלת הופלד על דרך הניגוד:

|  |  |
| --- | --- |
| זכות (תביעה) | היעדר זכות |
| חירות | חובה |
| כוח | העדר כוח |
| חסינות | כפיפות |

לפי הופלד המושגים האלה ממצים את מונח הזכות. זכות וחירות הם המושגים הבסיסיים והראשונים שמגדירים את הכוח של הפרטים, וחסינות וכוח הם המושגים שיכולים לשנות את מאזן הכוחות בין הזכות לחירות.

נחזור **לפרשת נחמני** – רותי טוענת שיש לה הזכות להיות הורה. מה פירושה של הזכות להיות הורה? מה שיש לרותי זו בעצם **חירות.** זה אומר שלדני אין זכות לתבוע מרותי שלא להיות הורה. לדני עצמו גם יש **חירות** שלא להיות הורה. לרותי אין זכות לתבוע מדני שיהיה הורה. מכאן שהזכות להיות הורה כשלעצמה לא יכולה להצמיח תביעה מול דני מבחינה משפטית. מה כן יכול להצמיח לרותי זכות תביעה? בפסק הדין רותי טענה שיש לה **זכות תביעה** להמשיך בהליך הפונדקאות, אם היא צודקת- לביה"ח יש **חובה** לאפשר לה להמשיך בתהליך ובמקביל יש לה **כוח** להכריח את דני להיות אב בעל כורחו. מה לטענתה הצמיח לה זכות תביעה כלפי דני? ההסכמה ההתחלתית שלו ואינטרס ההסתמכות הגדול שלה.

**אשכול זכויות**

לעיתים מושג הזכות יכול לכלול היבטים שונים. לדוגמא, אם אני בעלים של נכס יש לי זכות תביעה כנגד כל אדם אחד שלא יכנס לנכס שלי; בנוסף, יש לי חירות להשתמש בנכס כרצוני ולעשות בו כל דבר; יש לי גם כוח להעביר זכויות בנכס; יש לי חסינות – כנגד אחרים שאינם יכולים להעביר את הזכויות בנכס אליהם;

* **זכות חיובית** – דורשת הספקה של נכס או שירות.
* **זכות שלילית** - דורשת אי-התערבות.

לפי טבלת הופלד ראינו שחירות לא מצמיחה חובה למישהו אחר. הבעיה בטבלת הופלד- יש זכויות, כמו הזכות לחיים, שהשאלה מה ההיבטים שכלולים בה היא לא שאלה אנליטית אלא היא **שאלה נורמטיבית** שצריכה לשקף את הערכים הנורמטיביים של מדינה. חירויות לא חיבות להיות רק זכויות שליליות אלא גם חיוביות וזו הכרעה מדינית.

**זכויות וחובות**

אין זכות תביעה ללא חובה. ברגע שזכות היא ללא חובה היא כבר חירות. האם יש חובה ללא זכות? נניח שיש לי חובה לתת צדקה אבל לאף אחד אחר אין זכות לתבוע ממני את הצדקה. ניתן לחשוב על עולם כזה, אולי עולם מוסרי. האם יכולה להיות חובה משפטית כזו? באופן תיאורטי אפשר לחייב את האזרחים לתרום. אפשר לחשוב על חובות כלפי הסביבה- למשל חובה שלא לכרות עצים. אין מישהו שעומד עם זכות ויכול לתבוע זאת אבל **יכולה להיות חובה כלפי מי שאינו נושא זכות**. את מושג הזכות חייבים להבין יחד עם מושג החובה בעוד שמושג החובה יכול לעמוד בפני עצמו.

**פרשנות משפטית**

יש שתי קטגוריות דרכן אפשר להסביר החלטה שיפוטית:

1. דרך שיקול דעת- פירושו של דבר שהשופט מחליק בעניין שלפניו לא כפרשנות אלא כחידוש. כהחלטה עצמאית. הטענה של הארט אומרת שכאשר שופט מקבל מולו מקרה הוא לעולם לא מפרש, כיוון שהחוק לא התכוון אליו, אז מה שנכון לומר הוא שהשופט מחדש. הוא עכשיו מחוקק מחדש ולכן הוא לא גוזר את התוצאה מהחוק.
2. דרך פרשנות– החלטה של השופט מעוגנת באמת בחוק. זו הגישה של דוורקין. הוא רוצה לעגן את ההחלטות השיפוטיות בחוק ולכן הוא הולך לקטגוריה של פרשנות. פרשנות יכולה להיות רחבה או צרה ואנחנו נראה את זה בגישות השונות.

**בעיית הפרשנות**

הבעיה של פרשנות היא איננה בעיה ייחודית למשפט. אנו נתקלים בה גם בפירוש טקסטים אחרים כמו טקסטים ספרותיים, היסטוריים וכו'. מהו הפרוש הנכון לטקסט? אפשר לחלק שאלה זו לשלוש תתי-שאלות:

* **היחס בין המחבר והטקסט-** האם פירוש נכון הוא זה שחותר לכוונת המחבר או זה שמפרש בצורה הטובה ביותר את הטקסט?
* **היחס בין הלשון לתוכן**- "גוף ונשמה", האם הפירוש הנכון הוא פירוש מילולי או פירוש מתאים לתוכן (לטעם, התכלית) של הטקסט?
* **היחס בין הטקסט לקונטקסט**- האם פירוש נכון הוא פירוש הטקסט עצמו או האופן שבו משתלב בהקשר (הספרותי, ההיסטורי, החברתי)? האם יש להסתכל על הטקסט כיחידה נפרדת או כיחידה מתוך שלם?

**פירוש לפי הכוונה שזהה לטקסט (משה אזר)**

מהו טקסט? טקסט הוא קבוצת סימנים שנבחרו ע"י מחבר מסוים להעביר משמעות מסוימת לקורא מסוים או קהל של קוראים. הטקסט הוא **אמצעי להעביר כוונה של מי שיצר אותו**. הסימנים מסודרים באופן שיוצר מילים ומשפטים ע"פ כללי הלשון- **הסמנטיקה והתחביר (המובן של המילים)**. כאשר אדם קורא טקסט השאלה הראשונה שהוא שואל תהיה מה התכוון המחבר לומר? הדרך לדעת את זה היא באמצעות הבנת המילים והתחביר. לכאורה, ההנחה היא שכוונת המחבר צריכה להשתקף בטקסט. התיאוריה הזו מקובלת על ידי הירש- מלומד אמריקאי- שהבחין בהקשר הזה בין מובן ומשמעות:

* **מובן**= מה הטקסט אומר, פירושו של דבר מה התכוון המחבר (הבנת המילים וגם המטאפורות). זו שאלה אובייקטיבית.
* **משמעות** = מה הטקסט אומר לי? זו שאלה סובייקטיבית.

הירש טוען שאנשים מבלבלים בין השניים. הוא טוען שפרשנות של טקסטים עומדים תחת אותה תיאוריה בסיסית של חתירה לכוונת המחבר דרך הטקסט. תוך הפרדה בין המובן למשמעות.

תיאוריה זו מעוררת **בעיות**: מה קורה כאשר המובן של הטקסט איננו ברור או איננו חד-משמעי? האם אפשר להשתמש בחומרים מחוץ לטקסט? מה קורה בטקסט של כמה מחברים? מה קורה בטקסט שהתחבר לפני זמן רב, בהם היכולת להגיע אל ה'מובן' היא קשה יותר אבל אולי חשוב יותר לדבר על ה'משמעות' שלהם? האם כל הטקסטים שווים? האם כל מטרות הפירוש שוות?

**פרשנות ספרותית**

פרשנות זו שונה מכמה בחינות מהטקסט יום-יומי.

* טקסט שהמחבר התכוון לרב משמעויות: הטקס לא התכוון להביא כוונה אחת אלא ריבוי משמעויות.
* טקסט ספרותי עשוי להכיל מעבר לכוונת המחבר, למשל:
* רבדים לא מודעים – מחשבות שעולות באופן בלתי מודע בספרות;
* רמיזות לשוניות וספרותיות – גם אלו מעבר למה שהמחבר התכוון. נניח שהוא משמש בניב שמוליך אותנו להיות ממה שהתכוון המחבר.

שורה תחתונה – טקסט יכול להכיל יותר ממה שהתכוון במחבר. בהרבה מצבים המשמעות תהיה חשובה יותר מהמובן מבחינת האינטרס של הטקסט.

**פרשנות משפטית**

גם היא שונה מפרשנות של טקסט יום יומי. בהקשר המשפטי השאלות יראו כך:

* כוונת המחוקק או פירוש החוק?
* פרשנות מילולית או פרשנות תכליתית?
* פרשנות החוק (הסעיף) או פרשנות בהתאם לסביבה החוקתית(לאור עקרונות\חוקים אחרים)?

מה מיוחד בטקסט משפטי? יש לנו טקסט שלא התחבר ע"י אדם אחד אלא ע"י כמה מחברים; החוק מכיל כללים שנועדו להכיל מספר רב של מקרים; הטקסט משתלב במערכת של כללים- מכאן שאפשר לומר שלחוק יש כוונה רחבה יותר (השתרעות רחבה של החוק); החוק משתלב במערכים כללים מורכבת (טקט בקונטקסט);

נראה כמה גישות פרשניות:

**טקסטואליזם (גישתו של השופט סקליה)**

הוא אומר שכאשר מפרשים חוק צריך לפרשו באופן פורמליסטי. השיטה הזו אומרת **שהטקסט הוא הביטוי של המחוקק**. לא צריך לחשוב על כוונת המחוקק כיון שהיא איננה ידועה. צריך להניח, שלמחוקק יש כוונה אובייקטיבית והיא אותה כוונה שעולה בפשטות מן הטקסט. "שווה בנפשך שאת הטקסט כתב אדם אינטליגנטי וסביר, מה הוא התכוון לומר?". טקסטואליזם היא לא פרשנות מילולית "צרה" או "דווקנית". זו **פרשנות סבירה בהתאם להגיון של הטקסט**. המאבק של השופט סקליה היה נגד שופטים שמייצרים כוונה באופן מלאכותי וסובייקטיבי. שורה תחתונה- אם מפרשים את הטקסט טוב אז יש לנו את כוונת המחוקק. לא צריך להפוך את הטקסט ליותר ממה שהוא.

**ההצדקה לגישה שלו- פרשנות דמוקרטית**: שופטים אינם מוסמכים ליצור חוק. שופטים שמפרשים את החוק בהתאמה לאיזושהי כוונה או תכלית הם בעצם ממציאים בעצמם את התכלית כך שיוכלו לפרש את החוק כרצונם. סקליה דוגל בריסון שיפוטי. סקליה מציע גישה שמאוד קרובה לגישה הפורמליסטית.

הבעיה בגישה זו- בדר"כ בשאלות הדורשות פרשנות אנחנו לא נמצאים בבעיה של פרשנות של מילה כזו או אחר אלא בוחנים עד היכן החוק משתרע. ואלו שאלות שהכוונה שבטקסט לא תמיד פותרת.

**פרשנות נאמנה: תלתא משמע (הגישה של השופט חיים כהן)**

הוא מחפש שלושה סוגים של נאמנויות:

1. שופט צריך להיות נאמן ל**לשון החוק** (זו הפרשנות המילולית) והיא נובעת משלטון החוק. דרך הלשון יש לנו וודאות, פומביות ושוויון. מנקודת מבטו, אם הפרשנות הלשונית מספקת לי תשובה טובה אז אני לא הולך לרבדים מעבר לזה.
2. נאמנות **לרוח החוק** – כוונה, טעם תכלית החוק. החוק ללא טעם הוא כמו גוף ללא נשמה. הטעם נותן לחוק חיים (מובן), הטעם נותן לחוק צדק- הוא נותן לנו את היכולת לפרש את המילים באופן צודק. אי אפשר לפרש חוק באופן שייצור אבסורד. לדעתו הפרשנות צריכה להיות משולבת (במבנה של מדרגות).
3. נאמנות **לרוחו של המחוקק** – בלשוננו, **עקרונות יסוד**: הוא מזכיר שני עקרונות כלליים- דמוקרטיה וחירות האדם.

השופט חיים כהן בונה **פירמידה פרשנית** שבו מתחילים בפרשנות הלשונית- אם היא מספקת את התשובה, מה טוב. אם לא- נעבור לרובד של התכלית של החוק- אם גם היא לא נותנת לנו פרשנות נכונה או ששתי תכליות מתנגשות, נעבור לרובד האחרון- עקרונות יסוד.

**תורת הפרשנות של דוורקין**

דוורקין פותח את המאמר ביחס של פוזיטיביזם ומשפט הטבע. דוורקין מגדיר איך הוא רואה את המתח בין שתי הגישות- הפוזיטיביזם קובעת תיאוריה מה אומר החוק, לעומת זאת משפט הטבע קובע קביעות נורמטיביות- מה רצוי שיאמר החוק. דוורקין אומר שהוא לא איש משפט טבע. הוא לא דן בשאלה מה רצוי אלא במה מצוי.

לפי דוורקין, **פרשנות חייבת לעגן את הרצוי בחוק המצוי**. כלומר, הפרשנות לוקחת רעיונות מופשטים שנמצאים בחוק והיא מעגנת אותן לתוך החוק דרך קריאה של החוק באופן רחב יותר.

דוורקין מפתח את התיאוריה הפרשנית שלו שנקראת**Law as integrity** . למילה integrity יש שתי פרשנויות בעברית- שלמות ויושרה. שפירא אומר שכאן למעשה הפירוש הנכון הוא שלמות. דוורקין אומר שהגישה של המשפט כמערכת שלמה **מחויבת למסורת המשפטית ומחויבת לפתרון הצודק**. הוא רואה את מושג הפרשנות כדבר שיכול לגשר בין העבר לעתיד- בין הפתרון הצודק והמסורת המשפטית הקיימת.

**הפרשנות הספרותית של דוורקין**

בתחום הפרשנות הספרותית דוורקין מנסח **תזה אסתטית** – "פירוש טוב ליצירה ספרותית הוא זה שמאיר אותה באור הטוב ביותר, באופן המעניין והאסתטי ביותר". דוורקין אומר שקריאה שמציגה את הבעיות בטקסט היא לא פרשנות נכונה. הפרשנות הטובה צריכה להאיר את היצירה הספרותית באור הטוב ביותר. דוורקין לא שולל חסרונות, הוא אומר שצריך להתחיל באופן שמפרש את היצירה באופן טוב ורק אז לבקר אותה.

הביקורת והתגובות:

1. התזה האסתטית היא **סובייקטיבית** כיוון שבעניי אנשים שונים ה'אור הטוב ביותר' שונה. דוורקין עונה לכך שהעובדה שלא ניתן להוכיח מהו הפירוש הטוב ביותר אינה אומרת שאין תיאוריה טובה ביותר. כלומר, מבחינה תיאורטית יש לשאוף להציג את היצירה באופן היפה ביותר.
2. התיאוריה של דוורקין **איננה תואמת את כוונת המחבר.** דוורקין רוצה לטעון שהתיזה האסתטית לא שואפת להגיע לכוונת המחבר. כוונת המחבר אינה מכריעה. יש כוונות לא מודעות. אפשר להחליט שמה שמעניין אותנו זה היצירה ולא הכוונה. דוורקין אומר זאת כבר בהקשר הספרותי והוא ישתמש בגישה הזו גם בפרשנות המשפטית.

**רומן שרשרת-** נותנים משימה לקבוצה של מחברים לכתוב רומן בדרך שבה כל מחבר כותב פרק אחר. מהם עקרונות הפעולה שלפיהם צריך לפעול כל מחבר? דוורקין מעלה שתי עקרונות:

1. **עקרון ההתאמה:** כאשר מחבר כותב פרק חדש ברומן הוא חייב להתאים לפרקים הקודמים. צריך להמשיך את העלילה, להיות נאמן לאופי הדמויות וכדומה.
2. **הארת היצירה באור הטוב ביותר:** הפרק החדש צריך להקרין אחורה על היצירה את האור הטוב ביותר. הרעיון הוא לכתוב פרק שהופך את היצירה כולה לפרקים יפים ומעניינים.

**הפרשנות המשפטית – שופט כמחבר פרק ביצירה משפטית**

צריך לחשוב על המשפט כיצירה בהמשכים. דוורקין מחליף את התיאוריה הספרותית בהקשר המשפטי לתזה אחרת שבה קנה המידה הוא להציג את המשפט בצורה הצודקת ביותר (במקום היפה ביותר). **הפרשנות המשפטית הטובה היא זו שמאירה את המשפט באור הצודק ביותר.**

1. התאמה – פסק הדין צריך להתאים למסורת המשפט. השופט לא משוחרר ומחליט החלטות באופן בלתי תלוי, הוא כפוף לכל המסורת המשפטית.
2. האור הטוב ביותר – פסק הדין צריך להאיר את המשפט של הקהילה באופן הטוב ביותר, הצודק ביותר.

**פרשנות משפטית אמיתית** - קביעות משפטיות הן אמתיות אם הן נובעות מ-, או מתאימות לעקרונות של צדק, הגינות, והליך הוגן ומספקות את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה. דוורקין מנה עקרונות מסוימים- צדק, הגינות והליך הוגן. אפשר לשאול את השאלה למה צריך להיות צמודים דווקא לעקרונות האלה?

מצד אחד יש בדוורקין דמיון מבני לפורמליסטים- הוא מסכים לתזת התשובה הנכונה. הוא חושב שהמשפט הוא מערכת שלמה שיש בו תשובה נכונה לכל שאלה. ההבדל- התשובה הנכונה אצל דוורקין חייבת לשקול את העקרונות המופשטים של צדק, הגינות והליך הוגן. חייבים לתפוס את החוק כדבר רחב, עשיר יותר הכולל גם עקרונות. הפרשנות מחייבת את השופט להפעיל הערכה ערכית. השופט חושב באופן צודק ולכן הוא לא מיישם את הכלל באופן יבש – זה כבר יותר קרוב לריאליסטים. זה מביא אותנו להעריך מחדש את התפיסה של דוורקין את השופט כבעל שק"ד חלש. אנחנו רואים שדוורקין לא מגביל את השופט רק למקרים של "הרקמה הפתוחה". השופט הוא פרשן לכל אורך החוק והוא לא מוגבל להפעלת פרשנות רק ברקמה הפתוחה.  
בעניי דוורקין השופט האידאלי הוא הרקולס- יש לו נק' מבט על אנושית שמכילה את כל העקרונות ויודעת לאזן בניהם נכון.

**תורת הפרשנות התכליתית של אהרון ברק**

נק' המוצא היא השאלות העיקריות:

* מהו פירוש נכון לטקסט?
* האם פרשנות צריכה לחתור לכוונת המחבר (סובייקטיבית), או לספק את הפירוש הטוב ביותר לטקסט מבחינה אובייקטיבית?
* מהו תפקיד הפרשן – האם הוא מגלה את הכוונה הגלומה בטקסט או שהוא יוצר פרשנות חדשה? – גילוי או יצירה.

**הגדרה לפרשנות משפטית: לטקסט משפטי יש לתת אותו פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט.**

צריך לשים לב שברק מדבר על טקסט משפטי באופן כללי ולאו דווקא על חוק. ברק מייצר תיאוריה פרשנית **לכל הטקסטים המשפטיים** למיניהם- החל מצוואה ועד חוק. ההנחה שעומדת ביסודה של תורת הפרשנות התכליתית היא שכל נורמה משפטית יש לה תכלית שאותה היא נועדה להגשים. ביסוד כל כלל יש טעם, מטרה, תכלית. כל כלל נועד לשם תכלית מסוימת ולכן צריך לקיים את הכלל לאור התכלית. תיאוריה זו נותנת מענה לשאלה על היחס בין המובן המילולי של הכלל לבין התוכן שלו (הגוף והנשמה). הפרשנות התכליתית רואה את הנשמה כדבר שמפיח חיים בגוף. היא רואה את הגוף כנושא טעם. הגוף לא עומד כשלעצמו. העדיפות תהיה לתכלית – לנשמה של החוק.

**מהי תכלית?**

* תכלית היא **מושג נורמטיבי**. להבדיל מכוונה שהיא מושג פסיכולוגי (כוונה של המחוקק מול תכלית).
* פרשנות דינמית: **התכלית היא מושג דינמי**. תכלית של חוק יכולה להשתנות עם הזמן כיוון שאינה מונח פסיכולוגי. דוג': חוק איסור ביגמיה- התכלית ההתחלתית שלו הייתה דתית (חיקוי של התפיסה המונוגמית הנוצרית), כיום התכלית של החוק מתפרשת כעניין של שמירה על שוויון.

הפרשנות התכליתית מבחינה בין:

* **תכלית סובייקטיבית** – התכלית שקבע יוצר הנורמה (קרובה מאוד לכוונה של המחוקק)
* **תכלית אובייקטיבית**- התכלית שעולה מן הנורמה ומסביבתה החוקית.

התכלית הסובייקטיבית איננה זהה לתכלית האובייקטיבית. התכלית האובייקטיבית קשורה לדברים שייתכן שיוצר הנורמה לא היה מודע להם. נורמה משתלבת במארג חוקי. התכלית האובייקטיבית היא **מושג מורכב.** היא כוללת את התכלית של הנורמה הספציפית (הסעיף בחוק), את התכלית של החוק כולו, את התכלית של הענף המשפטי, וגם את העקרונות של השיטה (עקרונות חוקתיים). לבסוף צפוי **איזון** בין התכליות השונות.   
עולה השאלה מה היחס של התכליות השונות? וכמה משקל נותנים לתכלית הסובייקטיבית? התכלית הסובייקטיבית היא מקור, מרכיב בקביעת התכלית האובייקטיבית אבל האם יש להעדיף אותה על פני התכלית האובייקטיבית?

**ההתחשבות בכל אחת מן התכליות**: יש שיקול מרכזי בהתחשבות בתכלית הסובייקטיבית (כוונת המחוקק)- הפרדת רשויות, עקרונות דמוקרטיים. כוונת המחוקק צריכה להיות מכריעה בעניין הזה. זה נכון גם למשפט האזרחי– יש להבין את כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים. מצד שני, יש שיקולים לטובת התכלית האובייקטיבית. שיקול אחד נובע לעובדה שהחוק משתלב בשיטת המשפט. הוא לא עומד בפני עצמו. ברגע שנתנו אותו במשפט אנחנו חייבים לפרש אותו באופן הרמוני במערכת המשפט.

תורת הפרשנות של ברק, כאמור רלוונטית לכל המסמכים המשפטיים, והיחס בין התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית משתנה בין טקסטים משפטיים שונים:

* צוואה- טקסט משפטי שהיה לו מחבר אחד והתכלית של הצוואה היא להגשים את רצון המצווה. לכן, התכלית הסובייקטיבית היא העיקר. היא הגורם המכריע. 99% תכלית סובייקטיבית.
* חוזה- יש משקל מכריע לכוונת הצדדים. הפרשנות של חוזה היא בהתאם לאומד דעת הצדדים. כוונת הצדדים היא לא הגורם היחיד שמכריע. הואיל וחוזה הוא מסמך שנעשה בין יותר מצד אחד- יש שני צדדים או יותר לחוזה. כבר יכול להיות שיש יותר מתכלית סובייקטיבית אחת. מתחילים לערב עקרונות כמו תום לב, תקנת הציבור וכו'. מכניסים למושג הפרשנות תכליות נוספות. המרכז עדיין זו התכלית הסובייקטיבית.
* חוק- בפרשנות של חוק יש משקל לתכלית הסובייקטיבית אבל כאן משיקולים שונים, ניתן משקל גדול יותר לתכלית האובייקטיבית. הסיבות – בעוד שבצוואה וחוזה החוק נועד להשקיע על הצדדים האלה בלבד. החוק חל על כל אזרחי המדינה. התכולה של החוק היא רחבה. שנית, החוק משתלב במארג שלם של חוקים ועקרונות. ההשפעה של הסביבה המשפטית היא קריטית פה. שלישית, החוק מתקיים זמן רב. על מרחב גדול של זמן ומקרים הרבה מעבר למה שהמחוקק יכול היה לצפות.
* חוקה- בחוקה הכי פחות מחוייבים לכוונת המחוקק . דוג': חו"י כב"א בפס"ד מזרחי.

**מרכיבי הפרשנות התכליתית**

הפרשנות התכליתית מבוססת על שלושה מרכיבים:

* לשון- הלשון קובעת את גבולות הפרשנות. הפרשן אינו יכול לתת לטקסט פירוש שהלשון אינה יכולה לשאת. עם זאת, ברק מסתכל על הלשון באופן גמיש- כל ביטוי לשוני מכיל ממד של עמימות או ריבוי משמעות. בשלב הראשון הפרשן **משרטט את גבולות המשמעות הלשונית ובכך מגדיר את גבולות הפרשנות**. חשוב לשים לב- אפילו שהלשון ברורה, מלאכת הפרשנות לא מסתיימת בלשון!הלשון רק מתחמת את גבולות הפרשנות.
* תכלית- התכלית, כאמור, היא מושג נורמטיבי ולכן היא נקבעת ע"י הפרשן- השופט והיא נקבעת לפי מקורות מגוונים (סובייקטיבית- כוונת המחוקק + תכלית אובייקטיבית).
* שיקול דעת- בנקודה הזו ברק נבדל מדוורקין. באופן עקרוני שק"ד ופרשנות הן שתי אסטרטגיות שונות לגשת לעבודה השיפוטית. ברק טוען שהפרשנות לא יוצאת מאליה, אין תשובה אחת נכונה ולכן נדרש שיקול דעת. בשלב השיקול דעת צריך לעשות **איזון** בין כוונה ותכלית. איזון בין תכליות מרמות הפשטה שונות, איזון המתאים לסוגי טקסטים משפטיים, קביעת היחס בין התכלית ללשון. כל ההכרעות האלה, הן הכרעות שבשיקול דעת.

שיקול דעת הוא הפעלת סמכות של השופט להחליט. שיקול דעת מניח אפשרות של בחירה. דוורקין כופר במושג שיקול הדעת החזק מכיוון שהוא טוען שמההליך הפרשני יוצאת תשובה אחת נכונה. ברק טוען שהשופט צריך להחליט. ברק מכניס בפרשנות מרכיב של שק"ד כיוון שבהליך הפרשנות יש בחירות, יש הכרעות. השוואה להארט- הארט חושב שצריך להפעיל שק"ד רק ברקמה הפתוחה, בעוד שברק אומר ששק"ד מופעל בכל שלב בחוק ולא רק ברקמה הפתוחה.

**השוואה בין ברק לדוורקין**

* לא מקבל את עקרון הצדק וההגינות כעקרון יחיד.
* דגם רומן השרשרת אינו ממצה. לעיתים שופט מוגבל יותר ולעיתים חופשי יותר. השופט לא צריך להיות צמוד לדגם השרשרת.
* ברק לא מקבל את העמדה שיש פרשנות משפטית נכונה אחת בלבד (תזת תשובה נכונה אחת).
* ברק סבור שלשופט יש שק"ד חזק. יש לו יכולת בחירה בין האפשרויות השונות.

**היצירה השיפוטית לסוגיה- אהרון ברק**

ברק פורס את סוגי היצירה השיפוטית והוא מעמיד את הפרשנות במקום אחד ובוחן באילו מקומות אחרים הדיון הוא לאו דווקא פרשני. לא כל פעולה של ביהמ"ש היא פעולה פרשנית! דוורקין הכליל הכל בגדר פרשנות של המשפט. ברק אומר שפרשנות היא אסטרטגיה מסוימת שיפה רק למקום בו ביהמ"ש מפרש חוק. ברק מודה בקיומם של מקרים בהם השופט הוא רק מיישם של החוק (עבירות תנועה). אבל יש מקרים שבהם השופט יוצר את החוק:

1. **פרשנות**– מקום בו **השופט נדרש לתת משמעות לטקסט, דבר חקיקה או פס"ד.** בדר"כ השאלה היא קביעת **היקף ההתפרסות** (האם הכלל חל על המקרה הזה), בפרשנות השיטה הפרשנית של ברק היא **הפרשנות התכליתית. מהו התוקף הנורמטיבי של ההלכה שנגזרת מהפרשנות?** תשובה: התוקף נגזר מהתוקף של הנורמה המתפרשת: חוק יסוד, חוק, תקנה, פסק דין. למשל- אם ביהמ"ש מפרש חוק אז ההלכה מעמדה כחוק. אם הוא מפרש חו"י- ההלכה מתפקדת ברמה נורמטיבית של חו"י וכן הלאה. הפרשנות אחרי הכל נטמעת בחוק והיא נתפסת אחרי הכל כיישום של החוק, והמעמד הנורמטיבי הוא כמעמדו הנורמטיבי של החוק.
2. **השלמת חסר הגלוי (לקונה)-** חסר הוא חלל בתוך הסדר משפטי קיים (אבן חסרה בקיר של לבנים). אם אין קיר בכלל, אין הסדר נורמטיבי- זה לא מצב של לקונה אלה מצב של **חלל נורמטיבי**. מקרה שבו מזהים חסר שאינו חלל נרמטיבי, צריך להבחין בין:

* **חסר סמוי** = מקרה בו החוק הסדיר את המקרה אבל החלת הכלל לא תעלה בקנה אחד עם כוונת המחוקק והתכלית. בחסר סמוי ההשלמה של ביהמ"ש לא מתפקדת כחוק.
* **חסר גלוי**= **חסר במובן הצר**. מקום בו המחוקק היה אמור להסדיר אותו ואנחנו רואים באופן גלוי שיש חסר. יש כמה דרכים להתייחס לחסר גלוי בחוק:

1. מה שלא הוסדר בחוק נשאר במתכונת הקודמת (מה שהיה קודם לכן נשאר)
2. הסדר במשתמע– אומר שבכלל לא רואים פה חסר. הוא הוסדר במשתמע בדרך של פרשנות. משהו לא הוסדר בפירוש אבל הוסדר במשתמע (בדרך של קל וחומר).
3. הסדר שלילי- מה שלא הוסדר בחוק, הוסדר **להיפך.** (בדין הפלילי כך נהוג לפרש).
4. חסר הטעון השלמה–אם מדובר בלקונה הטעונה השלמה יחול על המקרה חוק יסודות המשפט, יש להשלים לפי:

* דבר חקיקה
* הלכה פסוקה
* היקש
* עקרונות הצדק, החירות היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל.

**אסטרטגיה מאוד מוגבלת וצרה. כפופה לדין השיור.** מה התוקף של השלמת החסר? ברק טוען שהתוקף הוא כמו חוק למרות שזו הלכה שביהמ"ש קבע. ברק אומר שבשיטה הקונטיננטלית ביהמ"ש יכול להשלים חוק, לעומת זאת במשפט האנגלי ביהמ"ש לא משלים אף פעם חוק אלא במקום של חסר זו הלכה פסוקה (חידוש של ביהמ"ש). בישראל- חוק יסודות המשפט מעניק לביהמ"ש סמכות להשלים חוק והמשמעות היא שהשלמת החוק היא **בתוקף של חוק.** הדרך- לא בדרך של פרשנות אלא לפי המדרג בדין.

1. **פיתוח המשפט-** חסר בחוק שאיננו בגדר לקונה, ז"א כאשר הנושא לא הוסדר לגמרי. לא חסר ספציפי בתוך נושא שהוסדר אלא נושא שלא הוסדר בכלל. כאן ביהמ"ש הוא זה שמשלים. הלגיטימציה של ביהמ"ש להשלים היא דרך המסורת המשפטית של המשפט המקובל. עקרונות הפעולה:

* פיתוח המשפט איננו כפוף לחוק יסודות המשפט **(דין השיור)**
* ביהמ"ש עדיין כפוף לעקרונות השיטה.

התוקף הנורמטיבי של ההלכה הוא **כהלכה פסוקה** – הכרעה של ביהמ"ש.

ההבחנה הזו של ברק בין השלמת חסר לפיתוח במשפט עוררה התנגדות מצד שופטים מסוימים והטענה הייתה שהוא עושה את זה כדי להשתחרר מחוק יסודות המשפט והעקרונות של המשפט העברי. הנימוק של ברק הוא שבשיטת המשפט הישראלי שהיא ממשיכת דרך של המשפט המקובל באמת לא היה טעם לכפוף את ביהמ"ש לחוק יסודות המשפט בהקשר הזה.