**שיעור 1- 03/03/21**

מרצה- ד"ר חיים שפירא.

**דרישות הקורס:**

* מטלות- 3 עבודות/ תרגילים קטנים. מועדים: 31/03/22, 12/05/22, 07/06/22.
* הרכב הציון: 90% מבחן בחומר סגור + 10% מטלות.
* סילבוס במודל.
* נוכחות לא חובה.
* הקלטות והנגשה לאנשים עם מגבלות עקב הקורונה בלבד. פונים למתרגל האחראי כדי לקבל הקלטה.
* כל הפניות למרצה והמתרגלים דרך המתרגל האחראי נריה. המייל שלו [neryayaakov.rettig@live.biu.ac.il](mailto:neryayaakov.rettig@live.biu.ac.il).

לקורס היבט תיאורטי-אנליטי. השתתפות בכיתה מאפשרת להצליח במבחן בצורה טובה יותר.

**מבוא**

**תורת המשפט היא תיאוריה של המשפט**. הכוונה בקורס הזה היא לעסוק בעניינים תיאורטיים של המשפט, שהם לא נידונים באופן שיטתי בקורסים השונים. זה קורס שונה- לא קורס פוזיטיבי דוקטרינרי בתחום מסוים, אלא **תחום שמשקיף על המשפט באופן כללי ודן בשאלות תיאורטיות של המשפט**. נמצא **במפגש בין משפטים לפילוסופיה**. כלים של הדיון מתחום הפילוסופיה במידה רבה והחומרים שנדבר עליהם הם המשפט.

**התחום מכונה philosophy of law , legal theory, jurisprudence**.

זהו תחום בינלאומי. רוב חומרי הקריאה באנגלית. בשבוע הבא נתחיל מבסיס של קריאת פס"ד ישראלי של ביהמ"ש העליון והוא יזמן דיון תיאורטי כדי לנתח אותו.

**יש פילוסופיה לכל תחום במדע**: האם יש סיבתיות; מהו הסבר או הוכחה מדעית. לומדים את זה בפילוסופיה. במדע- בביולוגיה, כימיה, פיזיקה- לא לומדים את זה. לא מתעסקים עם זה.

**בתחום המשפט הקרבה בין השאלות התיאורטיות לשאלות המשפטיות המעשיות היא הרבה יותר** **גדולה**. כאשר עוסקים במשפט פלילי, בעיקר באספקט הענישה לא ניתן שלא להידרש לשאלות התיאורטיות של מהי מטרת הענישה- גמול או הרתעה וכו'. תפיסות דאונטולוגיות [גמול] או תפיסות תועלתניות [הרתעה]. במשפט כן לומדים. הממשק קרוב מאוד.

**ניתן לסווג את השאלות הנידונות תחת תחום תורת המשפט [פילוסופיה של המשפט] לשני סוגים של שאלות:**

**סוג 1: שאלות נורמטיביות** (עוסקים בדיון בתיאוריה או פילוסופיה של המשפט הנוגעות לשאלות נורמטיביות).

* **מדוע מענישים? להרתיע או לגמול לעבריין כמעשיו?** -תיאוריות של ענישה [גמול/ הרתעה/שיקום]. יש דיון פילוסופי מעמיק יותר בשאלות הללו.
* **האם יש חובה מוסרית לציית לחוק?** -יש חוקים שיש חפיפה וברור שיש חובה מוסרית. אבל השאלה המעניינת היא האם יש חובה מוסרית לציית לחוק בהיותו חוק, ולא בשל החובה המשפטית-המוסרית. הגינות- אם יש החלטה שאין חובת מס מוסרית אלא רק מהחוק [בשונה מהחובה לא לרצוח, לא להרביץ]. אחרי שהחוק מטיל חובה לשלם מס באמצעות הנציגים בבית המחוקקים. כאשר מישהו לא משלם וכולם משלמים אפשר לומר שהוא נוהג בחוסר הגינות. מה קורה במקום שאין חוסר הגינות כזה? **נניח** חובה מהחוק לקבל אישור מהעירייה לסגור מרפסת. לא מפריע לאף שכן. מול העירייה בירוקרטיה גבוהה. הוא סגר מרפסת. האם יש חובה מוסרית לציית לחוק? **החוק עצמו מכשיר חברתי חזק, כי בלעדיו החברה תתפורר**. פגיעה בחוק כמכשיר חברתי שכולם צריכים לציית לו תפגע גם באחרים. זה דוגמה לנושא נורמטיבי שעוסקים בו בתורת המשפט.
* **מה מקור החיוב של חוזה?** **החובה המוסרית לקיים הבטחות או התועלת החברתית?** יש לזה השלכות. אם זה עניין של קיום הבטחה אז צריך לעמוד בזה בכל מקרה. אם זה עניין של תועלת חברתית אז אולי מקום שתועלת בהפרה גדולה מתועלת בקיום אולי לא נצטרך לקיים תמיד. הדיון הפילוסופי יותר מעמיק.
* **האם לאישה יש זכות להפסיק היריון לא רצוי?** היריון בכלל והיריון לא רצוי בפרט. שאלה מרכזית בציבור האמריקאי. שאלה מוסרית. מה המשפט צריך לקבוע.
* **האם מותר לבצע המתת חסד לחולה סופני?**

**סוג 2:** **שאלות אנליטיות-** לא עוסקות במה ראוי לעשות ולמה, אלא **עוסקות בהבנה יותר פנימית, ניתוח של מושג המשפט עצמו**.

* **מה מייחד את המשפט ממערכות אחרות?** [נניח המוסר]. מה ההבדל בין חובה מוסרית לחובה משפטית.
* **מתי וכיצד נורמה הופכת לחלק מהחוק?** האם החוק זה רק מה שהכנסת חוקקה או גם מה שביהמ"ש אומר? מאיפה ביהמ"ש שואב את הכוח להגיד דברים מעבר למה שהכנסת אומרת? זה ויכוח פוליטי בישראל ומדינות אחרות. האם תפקיד ביהמ"ש ליישם חוקי הכנסת או ליצור חוקים בעצמו? האם המשפט רחב יותר מהחוקים של הכנסת? מה כולל המשפט? האם עקרונות מוסריים הם חלק מהמשפט?
* **מה ההבדל בין נורמות משפטיות למוסריות?**
* **מהן זכויות? אלו סוגים של זכויות?** מתי לאדם יש זכות ומתי יש רק אינטרס. האם לבע"ח יש זכויות? מי יכול להיות נושא זכויות- בני אדם או גם בעלי חיים או גם דוממים. האם אפשר להוריש בית לכלב? האם לעצים יש זכויות? אסור לכרות עצים ללא אישור. הרבה אומרים שיש לבע"ח זכויות.
* **מהו שיקול דעת שיפוטי?** **כיצד שופט מחליט?** מקום שבו החוק לא נותן תשובה ברורה השופט יכול להחליט. האם הוא יכול להחליט כל מה שהוא רוצה? על סמך מה הוא מחליט?
* **מהי פרשנות?**

אלה שאלות שונות: כיצד ראוי לנהוג בתחום מסוים לעומת שאלה אנליטית איך להבין את המושג של החוק/שיקול דעת/פרשנות/זכות.

**תורת המשפט כתחום אקדמי שאותו מלמדים בקורסים עוסקת בעיקר בשאלות האנליטיות**. בד"כ לא עוסקים בתחום הנורמטיבי. זה כלי טוב למשפטנים כדי להבין מה הם עושים. בשאלות נורמטיביות עוסקים בתחומים הספציפיים שלומדים.

**נושאים**-

* הבנת טיבו של המשפט ומערכת המשפט.
* הבנת טיבו של ההליך השיפוטי: שיקול דעת שיפוטי, פרשנות, הנמקה שיפוטית.
* הבנת טיבם של מושגים משפטים: זכויות, חובות, אישיות משפטית, בעלות.

**המשפט**

**מה בין חוקי המדינה לחוקי הטבע?**

משתמשים במילה "חוק" בהקשרים שונים. יש חוקים של המדינה ויש חוקי טבע, שאותם לומדים בתחום המדעים- פיזיקה, ביולוגיה, כימיה. בכלכלה גם יש כל מיני חוקים שהיא מתנהלת על פיהם. **מהו חוק? מה המשמעות שלו בהקשר המשפטי להבדיל מהקשרים אחרים?**

* **חוקים פרסקרפטיביים (prescriptive)- מדריכים, מצווים (נורמטיביים**). -חוקי המדינה.
* **חוקים דסקריפטיביים (descriptive)- מתארים**. -חוקי הטבע.

**האם החוק מתאר מציאות נתונה לעומת חוק מדינה שמדריך ומנחה מה נכון לעשות?** מזה נגזר כל מיני דברים. **למשל:** חוקי הטבע- בני אדם מנסחים את חוקי הטבע [ניוטון, איינשטיין]. חוקי המדינה- הכנסת מנסחת.

* **מה קורה אם מישהו מפר את חוקי המדינה?** **החוק עדיין קיים**.
* **אם הטבע הפר את חוק הטבע אזי החוק לא נכון**. **נניח** שניוטון ניסח חוק וחשב שהוא מכסה את כל המקרים ואז איינשטיין גילה שבמקרים מסוימים החוק לא עובד, אז החוק של ניוטון לא נכון בחלק מהמקרים. אם המציאות לא מתנהגת בהתאם לחוק אז החוק לא נכון. לא אומרים את זה על חוקי המדינה.

**אם בני אדם לא ממלאים את החוק נאמר שהחוק עדיין קיים והם הפרו את החוק ולא הפריכו את החוק**.

**לדוגמה:** הכלכלה אומרת שאם המדינה תדפיס כסף, אז תהיה אינפלציה. חוק כלכלי אלמנטרי. זה חוק **שמתאר** התנהגות טבעית, אבל לא חוק מנחה. **חוקים בכלכלה מתארים התנהגות כלכלית**. לפעמים ההיגיון נצבר ניסיון ומכוח הניסיון יודעים מה יקרה.

**מערכות נורמטיביות נוספות** (חוקים מנחים נוספים)

* **המוסר**- מערכת נורמטיבית שאומרת איך לנהוג במציאות.
* **הדת**- חוקי הדת הם חוקים מנחים נורמטיביים, אומרים כיצד לנהוג. יש חוקים בעלי אופי מוסרי ויש חוקים בעלי אופי פולחני. הדת נותנת חוקים. זוהי מערכת נורמטיבית מחוץ למשפט.
* **כללי נימוס**- נורמות חברתיות מעבר לתחום המוסר.
* **כללים של מועדונים ואגודות חברתיות**.

אחרי שעשינו הבחנה בסיסית בין חוקים מנחים לחוקים מתארים, ובין מערכות נורמטיביות למערכות מתארות ניתן לחשוב באמת על מערכות נורמטיביות נוספות: מוסר, דת, כללי נימוס [מעבר למוסר], כללים של מועדונים ואגודות חברתיות. **בני אדם במסגרות שונות מייצרים הרבה מערכות בעלות אופי נורמטיבי**.

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

-המשפט לא יותר אוניברסלי ממערכות אחרות. מוסר ודתות גדולות אוניברסליים יותר ממשפט של מדינה נתונה.

-**אכיפה**: המשפט מיוחד כי הוא **מחובר לכוח של המדינה**. מערכת שהמדינה תפעיל את כוחה כדי לאכוף אותה. לכל המערכות האחרות אין מנגנון אכיפה מסוג זה. המדינה לא אוכפת אותן. אולי יש להן מנגנוני אכיפה אחרים- **נניח** גינוי חברתי למי שמתנהג בצורה בלתי מוסרית; לדת יש מנגנוני אכיפה בתוך הדת- חברתיים [חרמות, נידויים ומנגנונים שעשויים להיות יותר קשים מקנס שמוטל ע"י המדינה]. מועדונים ואגודות חברתיות- יכולים להוציא מהמועדון את מי שלא מתנהג בהתאם לכללים.

**המשפט מתייחד מכל המערכות האחרות בזה שהמשפט נאכף ע"י הכוח של המדינה**.

**האם נכון לומר שרק מערכת שנאכפת ע"י הכוח של המדינה היא משפט?** האם יכול להיות משפט שלא נאכף ע"י הכוח של המדינה? האם אפשר לחשוב על מערכות משפט בעלות אופי קהילתי-וולונטרי שהן קובעות לדוגמה נוהג של סוחרים בענפים שונים ויש כללים משפטיים- האם נאמר שהן סוג של משפט או רק מה שמחובר לכוח של המדינה נחשב משפט? **זו שאלה שנדון בה בהמשך**. באופן כללי אפשר לומר **שהמשפט = חוק המדינה- נאכף ע"י המדינה**. עכשיו לא הכרענו האם זה מרכיב בהגדרה של המשפט.

**ייחוד המשפט בהשוואה למוסר**

מה זה מוסר? מה ההגדרה? מבינים את זה אינטואיטיבית, אבל צריך לתת הגדרה. **מוסר= כללי התנהגות רצויים**.

**מוסר= התחום שעניינו הבחנה בין מעשים טובים לרעים, בין התנהגות רצויה לבלתי רצויה, בין דרגות שונות של חובה לרשות**.

**מוסר אדם גדל איתנו מילדות**. **לדוגמה:** הורים אומרים לילד אל תרביץ לאחיך. הילד לומד שאסור להרביץ. בהמשך, הילד לומד שאסור לקחת משהו ממישהו כאשר זה בחזקתו [לא לגנוב]. **לומדים מגיל צעיר על מוסר**, מהדברים הכי בסיסיים. **זה מבדיל בני אדם מבע"ח** [לאחר לידתם יכולים לרוץ ולהסתדר לבד]. **הילד גדל אצל הוריו בהדרגה** **ובתקופה הזו הוא מקבל הנחיות ראשוניות על התנהגות אסורה ומותרת** [אפילו לא להכאיב לאימו בזמן היניקה]. מפתחים את ההתנהגות הזו לאט-לאט.

**יש דברים אלמנטריים ומוסכמים**- **לא לפגוע בזולת**. "מה ששנוא עלייך אל תעשה לחברך". **אבל יש שאלות יותר מסובכות, דילמות מוסריות עם שיקולים לשני הצדדים**. במצבים מורכבים יותר מסובך. לא תמיד מספיקה ההבחנה בין טוב לרע, אלא יש דרגות ביניים. **נניח** נאמר שטוב לעשות את זה, אבל אין חובה לעשות את זה.

**שאלה:** האם יש חובה לעזור לנזקק? לתת צדקה? [ברור שאין חובה חוקית, אבל מבחינה מוסרית האם יש חובה?]. האם מותר לעני לגנוב ממני 50 ₪ כדי שיהיה לו מה לאכול? לא. מבחינה מוסרית אסור לגנוב וגם מבחינה משפטית. האם יש חובה מוסרית לתת צדקה? נסכים שזה מעשה טוב לתת צדקה [בהנחה שהאדם עני ולא יכול להתפרנס בעצמו]. אך האם זה חובה?

**הערה: תודעה מוסרית משתנה לאורך השנים**. **גם אם אנשים עשו משהו, זה לא אומר שזה היה מוסרי בעבר**. **לדוגמה:** **עבדות**- היום זה נראה לנו דבר נורא. כאשר מסתכלים אחורה לדעתנו זה היה בסדר או שהתעלמו מכך שזה לא בסדר? ככל הנראה התעלמו מזה. לא היה מוסרי גם בעבר. **הוכחה לכך**- **ג'פרסון** מהאבות המייסדים של ארה"ב. גילו שהיו לו המון עבדים. רצו למחוק את השם שלו מבי"ס. אם זה היה בסדר בעבר אז לא היו עושים את הפעולה הזו היום. רוצים למחוק אותו מההיסטוריה האמריקאית, לא לקרוא למוסדות על שמו, לנפץ את הפסל שלו. **זה שהיסטורית זה היה פעם כך- זה לא אומר שזה מוסרי**.

חזרה למוסר- ההבחנה הפשוטה בין מעשים טובים לרעים היא לפעמים מאוד מסובכת. גם בגלל שלמעשים יש צדדים שונים וגם בגלל שלפעמים ההבחנה הזו לא מספיקה. **לעיתים ההבחנה בין טוב לרע היא לא בהכרח בין חובה להיתר, יש דברים באמצע** ונאמר שיכול להיות שצדקה זה דבר טוב אבל עדיין לא בהכרח חובה.

**נניח** שאדם יגיד שאם יש לי כסף ולאחר אין כסף והוא צריך לאכול יש חובה לתת צדקה. הוא נותן לאחד. מגיע עני שני ונותנים גם לשני. גם לשלישי. אז העשיר מרוקן את הכיס. **אם יש חובה כלפי כל אחד ואחד זה ירוקן את כיס העשיר**. **כלומר, לפעמים ההבחנה יותר מורכבת**. יש מעשים שהם טובים ורצויים אבל הם לא חובה. מעבר לחובה.

**לדוגמה:** בית בוער. שריפה. תינוק קטן בפתח בכניסה. אפשר לגשת אליו ולהציל אותו מבלי להינזק. יש חובה מוסרית להציל אותו. אבל מה קורה אם התינוק בתוך חדר בפנים ואתה עלול לסכן את חייך? אז נאמר שאין חובה מוסרית אבל זה מעשה טוב. מעשה מעבר לחובה.

המוסר לא עוסק רק בהבחנה בין שחור לבן, אלא יש דרגות ביניים של מעשים שהם חובה; מעבר לחובה; חובה מותנית וכו'.

**פילוסופיה של המוסר**

תחום שדומה לפילוסופיה של המשפט. מבחינים בין שאלות אחרות-

**אתיקה נורמטיבית**:

* **האם יש חובה לתת צדקה?**
* **האם מותר לגנוב כדי לסייע לנזקקים?**
* **האם מותר להרוג עובר [להפיל]?**

**מטא-אתיקה**: [לא עוסקות בכיצד להתנהג, אלא שאלות של איך להבין את המוסר].

* **האם המוסר הוא תוצאה של מסקנה תבונית או של רגש?**
* **המוסר אובייקטיבי או יחסי?** האם מוסר הוא עניין יחסי ועניין של הסכמה חברתית? כלומר כל חברה תחליט בכל תקופת זמן מה מוסרי ומה לא. אם הוא אוניברסלי ואובייקטיבי אז משהו תמיד ייחשב מוסרי או לא. יכול להיות שטעו בעבר או התעלמו ממעשים לא מוסריים.

אם המוסר יחסי, לכאורה אין הצדקה לבקר חברה אחרת. כל חברה בוחרת את הנורמות שלה. יש חברה שבחרה עבדות. יש חברה שהיא נגד עבדות. יש חברה שהיא בעד שוויון נשים ויש נגד. יש חברה שהיא בעד זכויות להט"ב ויש נגד. **אם המוסר הוא יחסי ועניין של הסכמה חברתית, אז כל חברה לא תוכל לבקר חברה אחרת שנוהגת באופן שונה**. למרות שהיום כולם מודעים לשינויים בתפיסות המוסריות ("יחסיות"), אף אחד לא נמנע מלבקר חברה שנוהגת אחרת. מגנים חברה שזורקת להט"בים מהגגות; מגנים חברה ששורפת אישה שבעלה מת [קסטות בהודו שנהגו כך בעבר]. למרות היחסיות הפוסט-מודרנית, אנשים מגנים התנהגויות כאלה. מחזיקים בעמדה ביקורתית כלפי חברות שנוהגות אחרת. לכן קשה לומר שתופסים בתפיסה יחסית של המוסר. זה נושא קצת בלתי פתור. **מוסר אובייקטיבי הוא מה שבני אדם חושבים ונוהגים**. מצד שני התפיסה היא לא רק יחסית.

**מוסר- הבחנה בין מוסר נוהג למוסר אידיאלי**

1. **מוסר נוהג (פוזיטיבי)- המוסר שנוהג בחברה נתונה**. אנחנו **יכולים לתאר** את המוסר שנוהג בחברה נתונה. בחברה שלנו, בחברה במדינה אחרת או תרבות אחרת. יכולים לומר מה מקובל כהתנהגות טובה או רעה, מותר או אסור. **עניין עובדתי**.
2. **מוסר אידיאלי (ביקורתי)**- מה ההוגה חושב שהוא מוסר אידיאלי, רצוי. זה שונה מהמוסר הפוזיטיבי. יכול להיות אדם שחי במדינה מסוימת ויאמר שאזרחי המדינה חושבים שמותר לאכול בשר, אבל הוא חושב שזו עבירה מוסרית [טבעוני/צמחוני]. רואה בזה מעשה פסול מבחינה מוסרית או אתית. [מה ההיקף של המוסר? עניינים של יחסים בין אדם וחברו או מדברים על מוסר באופן רחב יותר כמו המונח אתיקה]. **מוסר אידיאלי מתנתק מהמציאות הנתונה**.

**הערה: אתיקה ביוונית היא תורת המעשה**.

* אתיקה במובן צר- אתיקה מקצועית. למשל אתיקה של עורכי דין/ אתיקה רפואית/ אתיקה של מטפלים, פסיכולוגים/ אתיקה צבאית.
* אתיקה במובן רחב- **אתיקה שרחבה יותר ממוסר**. מוסר עוסק בשאלות של בין אדם לחברו, אתיקה עוסקת באופן כללי בהתנהגויות רצויות של בני אדם גם כלפי הסביבה [הטבע] וגם כלפי עצמו.

תפיסה ליברלית= בעיקר מגבילים את האדם בהתנהגות כלפי אחרים. אבל אפשר להגביל גם מעבר לכך.

העובדה שהתפיסות המוסריות משתנות לאורך ההיסטוריה ומחברה לחברה [זו עובדה שלא ניתן להתווכח עליה]. **המוסר הנוהג הוא מוסר משתנה**. ציר האורך- לאורך ההיסטוריה; ציר הרוחב- על פני חברות שונות.

**אפשר לטעון שמוסר אידיאלי איננו משתנה**. העובדה שמוסר נוהג משתנה אינה מפריכה כשלעצמה את הטענה שמוסר אידיאלי הוא נצחי. **אפשר להחזיק בעמדה שיש תפיסה מוסרית שהיא נכונה, אובייקטיבית, אוניברסלית ונכונה תמיד, ומגלים אותה עם הזמן**. כמו שהמדע מגלה עובדות עם הזמן. לא אומרים שהמדע הוא יחסי. **העובדה שיש שינוי בהכרה שלנו לא אומרת שזה יחסי**. יכול להיות שהשינוי בהכרה שלנו הוא ביטוי של שינוי באמת. המוסר הנוהג משתנה [זו עובדה], המוסר האידיאלי לא בהכרח משתנה. אפשר לומר שכאשר מגיעים להכרות מוסריות חדשות הן חזקות, הן בעלות תוקף אוניברסלי. -**לא הכרענו בשאלה הזו**. -עצם הטענה שהשינוי במוסר הנוהג מהווה הוכחה שהמוסר הוא יחסי 🡨 זה לא בהכרח נכון. אפשר לטעון שההכרות המתקדמות הן גילוי של מוסר נצחי אוניברסלי. ומנגד אפשר לטעון שעל אף פי כן הוא יחסי.

ההבחנה מקבילה למשפט מצוי [מוסר נוהג] ומשפט רצוי [מוסר אידיאלי].

**בד"כ אנחנו שואלים בהתייחס למוסר אידיאלי**. לדוגמה: האם מבחינה מוסרית ניתן להפר חובה? **יש שוני בין מה נכון לעשות לבין מה בד"כ בני אדם עושים**. לדוגמה: האם ניתן לתקוף מדינה שלא להגנה עצמית? באופן מעשי יודעים שפוטין תקף את אוקראינה, אך זו לא השאלה המעניינת מה אנשים עושים. אלא **מעניין מבחינה ביקורתית אידיאלית האם זה רצוי**.

-**קנט** טוען שיש מעשים אסורים /פסולים, גם אם תוצאותיהם חיוביות. **לדוגמה:** אסור לשקר. אבל האם מותר לשקר לרוצח שמחפש את הקורבן שלו? **לפי התפיסה הקנטיאנית אסור לשקר גם לרוצח**. אך זה נשמע מוזר, זו פעולה קטנה כדי למנוע רצח. אלה דילמות מוסריות. זו דילמה מוסרית פשוטה. בד"כ **מי שמחזיק** **בתפיסות דאונטולוגיות** **לא מתחשב בתוצאות**, אבל לעיתים זה יהיה מטופש לא להתחשב בתוצאה אם אפשר להציל חיי אדם.

**מה מייחד את המשפט לעומת המוסר?**

הואיל והמוסר הוא מערכת נורמטיבית גם כן, אנחנו מתחשבים בו בחיינו הפרטיים והציבוריים. מה מייחד את המשפט לעומת המוסר? במה המשפט כתופעה או כמערכת חברתית שונה מהמוסר?

**יש מושגים חופפים ל2 המערכות [זכות, חובה, היתר]**. זה מסבך את הדיון. זכות מוסרית היא לא בהכרח זכות משפטית.

**אכיפה**- המוסר כשלעצמו, כשהוא לא מעוגן בחוק, בד"כ איננו נאכף ע"י המדינה. לעומת זאת, המשפט נאכף.

**נדבר על 3 היבטים שבהם המשפט מיוחד ושונה מהמוסר**:

1. **מעמד** בחברה.
2. **צורה**- האופן שבו המשפט מנוסח ומופיע.
3. **תוכן**.

**1-מעמד**

* **כוח- הכוח של המדינה**.

המשפט קשור לכוח של המדינה וזה נותן לו מעמד מיוחד כי הוא נאכף. המדינה איננה אוכפת מוסר כשלעצמו. לעיתים המוסר מתלבש עם החוק ויש חפיפה. אך **המדינה איננה אוכפת חובות מוסריות כשלעצמן**. כדי שהמדינה תתערב צריך להראות שהחובה או הזכות היא משפטית ולא רק מוסרית.

* **עליונות**- **המשפט רואה עצמו כעליון, מעל המערכות הנורמטיביות האחרות**. לא בהכרח שהוא באמת עליון.

מנקודת מבט מוסרית, המוסר יותר חשוב מהמדינה. אבל המדינה חושבת שהמשפט חשוב יותר. למדינה יש כוח לאכוף אותו.

**כאן יבואו ויכוחים בין מוסר למשפט**. המדינה משתדלת לכבד את **המצפון** אבל זה לא בהכרח מעל המדינה. גם בדת- בעיני האדם הדתי לדת מעמד גבוה יותר. המדינה תיתן **חופש דת** אבל היא תקבע את גבולות חופש הדת ותפגע במקומות שהיא חושבת שאין חופש דת. האדם הדתי יכול לחשוב שהמדינה עושה עוול בגבולות האלה.

* חומרי קריאה ליום חמישי הבא- פס"ד פלוני נ' פלונית [ע"א 3798/94] סעיף 3 בסילבוס. פס"ד חשוב מאוד שילווה אותנו שליש קורס. יש בסילבוס הנחיות לגבי הקריאה.

**שיעור 2- 08/03/22**

המשך השיעור הקודם- **מה מייחד את משפט המדינה?** מעמד, צורה ותוכן.

**מעמד**- **הכוח של המדינה**- המדינה אוכפת את המשפט ולכן זה מקנה לו מעמד מיוחד בהשוואה למערכות נורמטיביות אחרות שמאחוריהן לא עומד הכוח של המדינה. מאחורי **המוסר** כשלעצמו לא עומד הכוח של המדינה. אם מישהו יגיד "שיקרת לי", "בגדת בי" הטענות האלה חזקות אך לא זוכות לגיבוי מהמדינה. הן נשארות במערכות הבין-אישיות. כנ"ל **הדת** כשלעצמה- אם אדם מתנהג בניגוד לנורמה דתית, גם אם הוא רואה עצמו כדתי, זה עניין בינו לבין הקהילה שלו [שיכולה להפעיל אמצעים מסוימים] אבל לא המדינה.

**ארגונים אחרים**- המדינה פר-סה לא אוכפת את חוקיהם. לעיתים יש לכללים האלה תוקף של חוזים ואז המדינה יכולה להיכנס לזה תחת דיני החוזים. **נניח** סטודנטים מחויבים למערכת הכללים של האוניברסיטה, ניתן להפעיל סנקציות תחת המערכת הזו, האוניברסיטה יכולה להפעיל על הסטודנט כוח [קנס, שלילת ציון וכו']. משפט המדינה מגבה את זה משום שזה חוסה תחת חוק החוזים. יש חוזה בין סטודנט לאוניברסיטה שכולל ציות להוראות ולכללים. **צריך להראות שזה חוזה תקף ואז זה ייכנס**. **יש אכיפה עקיפה של המדינה גם למערכות נורמטיביות אחרות**. אבל המערכות כשלעצמן אינן זוכות לאכיפה ישירה.

**עליונות**- המשפט רואה את עצמו עליון ביחס למערכות נורמטיביות אחרות. אם נשווה את המשפט למערכות אחרות [מוסר; דת; מערכות וולונטריות פוליטיות, ארגוני עובדים וכו]. המשפט תופס את עצמו כמערכת נורמטיבית עליונה ועדיפה על פני מערכות נורמטיביות אחרות. הוא מאשר את כל המערכות האחרות.

**העיקרון של חופש מצפון**: לא רוצים להביא אדם להתנגשות בין מצפונו לבין משפט המדינה. אבל אם תהיה התנגשות כזו אז המשפט יאמר שהוא גובר. **החובה החוקית יותר חזקה מהחובה המוסרית**. **למשל**, סרבנות מצפון- אנשים מסרבים לעשות פעולות מסוימות בגלל מצפון. **לדוגמה**, לא רוצים לשלם מיסים כי עושים עם הכסף פעולות איומות; לא רוצים להתגייס כי לא מסכימים עם פעולות צה"ל וכו'. אבל המדינה תטיל סנקציה. המדינה משתדלת לתת אפיקים של סרבנות מצפון ולא לכפות על מי שהוא פציפיסט עקרוני. מנסים לצמצם חיכוכים. אבל באופן כללי המשפט גובר על מערכות נורמטיביות אחרות.

**כנ"ל לגבי חופש דת**. האם **ברית מילה** היא הטלת מום בילד? יש מדינות ששוקלות לאסור את זה מטעמי פגיעה בקטינים. **שחיטה**- איסור שחיטת בהמות באופן הדתי שלו כפי שיהודים ומוסלמים עושים. יש דרישה להמם את הבהמה לפני כן [להביא למצב של חוסר הכרה]. אך הימום הבהמה אסור מבחינה הלכתית. בבלגיה ומדינות אחרות אסור לשחוט כך בהמה. **דתיים יאמרו חופש דת, המדינה יכולה לומר שלדעתה צער בע"ח חשוב יותר** [אבל מהצד השני המדינה מתירה צייד בע"ח. אבל זו בעיה שלא ניכנס אליה].

**האנשים שמחויבים למערכות האחרות לא מקבלים את הטענה הזו**. אדם דתי חושב שהדת גוברת על המשפט. מוסר גובר על המשפט. אך המשפט יכול לאכוף ולהכניס לכלא מי שלא ממלא את החובות.

**2-צורה**- מאפייני המשפט מבחינה צורנית שמייחדים אותו בהשוואה למערכות אחרות.

1. **אובייקטיביות- בניגוד לסובייקטיביות** [תפיסה שנמצאת רק אצל הסובייקט אבל לא קיימת מחוצה לו. למשל אם אני מרגיש כעס, זו הרגשה סובייקטיבית כי היא נמצאת רק אצלי. הכעס לא קיים מחוצה לי. לעומת זאת, מניחים שאם אני רואה מישהו הוא קיים באופן אובייקטיבי כי עוד אנשים רואים אותו. כלומר הקיום הוא אובייקטיבי]. \*לפעמים משתמשים במושג אובייקטיבי כניטרלי. מובן אחר של המילה ופחות מדויק.

**המשפט קיים באופן בלתי תלוי למה שחושבים עליו**. זה שונה למשל מהמוסר. לדוגמה: אם שואלים שאלה האם התנהגות מסוימת היא מוסרית / ראויה? יש דברים שנסכים- להרוג אדם חף מפשע זה דבר בלתי מוסרי. אבל יהיו שאלות שנחלוק בהן ויהיו לנו השקפות שונות. האם מותר להרוג אדם בהתקפה מקדימה? האם מותרות פעולות חברתיות- הליך פונדקאות ראוי או שיש פה ניצול של גוף האישה? האם זנות זה פסול או מותר? במובן הזה- **המוסר סובייקטיבי [לפחות חלקים מרכזיים שלו]**. יש גרעין שניתן לומר שהוא אובייקטיבי או משותף לכולם. אבל יש חלקים שהתשובות חלוקות [אדם יאמר א' ואחר יאמר ב'].

לעומת זאת, המשפט קיים באופן אובייקטיבי [לפחות חלקו העיקרי] במובן הזה שהחוק נחקק והוא קיים מעבר לשאלה מה אני חושב עליו כפרט / כשופט / כשוטר / כפקיד ממשלה.

שאלה של הליך פונדקאות שאישה יכולה לשאת עובר עבור זוג אחר. אם נשאל בישראל- יש תשובה אובייקטיבית, החוק מתיר את זה. שופט יכול להיות בעמדה שזה פסול, אבל הוא צריך לפסוק לפי החוק בישראל שמתיר את זה.

**למשל:** חוק העונשין- יש פעולות אסורות באופן אובייקטיבי. הרשעה לגבי עבירה תיעשה לפי החוק באופן אובייקטיבי.

המשפט קיים מעבר לאמונות של בני האדם. לעומת זאת, המוסר קיים כאמונה של בני אדם מה ראוי ומה לא ראוי. ההחלטה מה מוסרי ומה לא נשאר בתחום הסובייקטיבי. המשפט מיוחד כי החוק קובע סדרה של הכרעות חברתיות, פוליטיות [איזה סעיפים להכניס לחוק העונשין / לחוק המפלגות וכו'] אבל אחרי שהן נעשות הן קיימות באופן אובייקטיבי ולא ניתן להתווכח על דבר קיומן.

* **המשפט קיים באופן בלתי תלוי במה שחושבים עליו**.
* **האובייקטיביות של המשפט היא תנאי לכך שיוכל למלא את תפקידו כמכוון התנהגות**.

הכוונת התנהגות לגבי מהי התנהגות אסורה או מותרת. איזה התנהגות היא תחת חובה [חובת לא תעשה או חובת עשה- חובה לשלם מס, להתגייס לצבא. סעיפי המשפט הפלילי וכו']. **כדי שהמשפט יכוון התנהגות צריך לדעת אותו מראש והוא צריך להיות אובייקטיבי**. לא להיות תלוי בדעה של אדם. כנ"ל בתחום האזרחי- אם משפט רוצה להסדיר את הדרכים שבני אדם מתקשרים בחוזים, המשפט צריך להסדיר באופן אובייקטיבי איך לכרות חוזה [גמירות דעת, הצעה וקיבול וכו']. משפט שאין לו קיום אובייקטיבי ואינו ידוע לאזרחים 🡨 לא יוכל למלא את תפקידו.

מעבר לאמונות הסובייקטיביות של בני אדם מה נכון ומה לא, **האובייקטיביות היא תכונה יסודית של המשפט**.

\*חלק מהתכונות נכונות למערכות נורמטיביות אחרות, אבל אין לאף מערכת את כל התכונות יחד.

\***מה קורה כאשר בא מקרה חדש והמשפט לא קבע בו כלל?** **ביהמ"ש מחליט באופן לא אובייקטיבי**. לביהמ"ש כפרשן של החוק יש תפקיד מאוד חשוב בפירוש ויישום החוק, באופן שלפעמים מערער את האובייקטיביות שלו. אם זה תלוי במה שביהמ"ש יאמר אז זה לא קיים באופן אובייקטיבי קודם לכן. זה אתגר שקיים ויש אסכולות שמדגישות את תפקיד ביהמ"ש בפרשנות המשפט: אומרות **שהחוק קיים רק לפי איך שביהמ"ש מפרש אותו- זו אמירה שחותרת תחת האובייקטיביות**- כי אני לא יודע מה יאמרו עד לפרשנות השופטים.

המשפט בעיקרו אובייקטיבי, המחוקק קובע דברים אובייקטיביים, אבל יש דברים פתוחים (שאלות חדשות שהמחוקק לא נתן עליהן את הדעת; בתי משפט קודמים לא פסקו הלכה) וביהמ"ש ייקבע לפי אמונות. מרגע שיש הלכה חדשה, היא הופכת להיות אובייקטיבית.

משפט שתלוי רק באמונות של אנשים לא יוכל לתפקד. אם לשוטר אין הנחיה מתי לעצור- לא יוכל לתפקד. כנ"ל גובה מס. כנ"ל שופט. כולם מתנהלים לפי קיום אובייקטיבי של המשפט שאיננו תלוי באמונות או מחשבות של השחקנים השונים שפועלים במשפט, בשאלה מה נכון ומה לא נכון.

1. **מוסדיות-**

* **מוסדות יוצרי נורמות**- פרלמנט, גופים רגולטוריים.

**המשפט היא מערכת מוסדית, במובן הזה שהחוקים נוצרים במוסדות**. זה קשור לאובייקטיביות ומסביר למה זה קיים. המשפט נוצר מגופים מוסדיים שונים. אפשר באופן רחב לחלק אותם למוסדות יוצרי נורמות שהם יוצרים את הנורמות של המשפט- הפרלמנט [הכנסת שלנו, פרלמנט באנגליה, סנאט בארה"ב וכו']. **גופים מחוקקים בכל מדינה**. הם הגופים העליונים שיוצרים נורמות, אבל לא היחידים. יש **גופים רגולטוריים** שקשורים לממשלה, פועלים מכוח סמכות שניתנת להם בחוק- תקנות שמוציאים בהתאם לחוק; הנחיות שמוציאים גופים רגולטוריים אחרים כמו בנק ישראל וממונים על שוק ההון ועל הפיקוח וכו'. **יש לגופים האלה סמכות לומר מהו החוק**. בזירה הזו לחוק יש קיום סובייקטיבי. אבל **מרגע שמתרחש תהליך חקיקה, נוצר חוק שיש לו קיום אובייקטיבי**.

* **מוסדות מיישמי נורמות-** גופי שיפוט ואכיפה.

הם מיישמים את החוק בפועל. **האכיפה** לא יוצרת את הנורמות, היא אוכפת. כלומר השוטר לוקח למעצר את מי שלפי החוק ניתן לקחת למעצר [אם יש חשד שביצע עבירה מסוימת וכו'].

* **גופי שיפוט**- קביעה מחייבת של המצב הנורמטיבי.
* הצהרה על מצב נורמטיבי קיים.
* יצירה של נורמות חדשות.

עושים דבר מורכב יותר- קובעים מה המצב הנורמטיבי בסיטואציה מסוימת. יש לה 2 פנים. **1)** הצהרה על מצב נורמטיבי קיים. **נניח** המחוקק אומר שמי שנוסע מעל 100 קמ"ש יש קנס 500 שקלים. השופט לא מחדש. הוא **מחיל את הנורמה הקיימת על פלוני שביצע את העבירה**. יש בקביעה הזו **ממד סמכותי**. הקנס לא מוטל באופן אוטומטי, צריך שהדבר יוכרז ע"י גורם מוסמך [בד"כ בימ"ש, לפעמים גם שוטר בדרגה מסוימת יכול]. **2)** יצירה של נורמות חדשות- **מצבים בהם אין תשובה בחוק לשאלה הנידונה ואז גוף השיפוט יקבע הלכה תקדימית, חדשה, שהיא יוצרת נורמה**. שילוב של **שיטת התקדים**- **בשיטה הקונטיננטלית** באופן תיאורטי אין תקדים מחייב. כאשר בימ"ש נתקל בסיטואציה שאין תשובה בחוק [לא ידוע אם החוזה תקף או לא; לא מבינים אם זו עבירה או לא], ביהמ"ש מחויב להכריע בסכסוך שבא לפניו [גם אם אין תשובה בחוק- זה אפילו כתוב בחוק הצרפתי]. הקביעה הזו לא הפכה למחייבת כי עיקרון התקדים לא מקובל. לעומת זאת, **בשיטה האנגלו-אמריקאית והשיטה הישראלית** הלכה של ביהמ"ש הופכת לתקדים מחייב. ממילא אם ביהמ"ש קבע הלכה חדשה בשאלה שלא הייתה בה תשובה בחוק, הוא יצר נורמה. זה בולט בהחלטות של ביהמ"ש העליון. החלטה של ביהמ"ש המחוזי יכולה להתהפך ע"י העליון; ביהמ"ש המחוזי יכול לתת הכרעות שונות.

פסיקה של ביהמ"ש בשאלה שלא הייתה לה תשובה קודם לכן 🡨 יוצרת נורמה חדשה. בכך ביהמ"ש הופך להיות יוצר חוק ולא רק מיישם. זה חלק מהמבנה המוסדי של המשפט.

איפה נוצרות הנורמות המשפטיות? החלטות מוסדיות- בין שהן החלטות של המחוקק [שהן עיקר המסה של המשפט מבחינת המסגרת], בין שהן החלטות של גופים רגולטוריים אחרים, בין שהן החלטות של בתי משפט.

בתי משפט לא יכולים להימנע מזה. **חלק מהוויכוח הפופוליסטי שתפקיד ביהמ"ש ליישם את החוק ולא ליצור את החוק, לא נכון ב-2 מובנים**. ביהמ"ש חייב לפסוק מקום שאין תשובה, לא ניתן להשאיר תשובה פתוחה. **זה לא מעשי לא להכריע**. בנוסף, גם אם זה אחוז קטן מכלל השאלות המשפטיות- זה המון מקרים בהשוואה לאלפי התיקים שמגיעים לביהמ"ש מדי שנה כדי לעלות את זה חזרה למחוקק. לא מעשי שהמחוקק יכריע במקרה ספציפי. המחוקק יכול לתת את הדעת לאורך זמן. ביהמ"ש אומר למחוקק שיקבע עמדה; שייקח לתשומת ליבו וכו'. הכרעות קונקרטיות לא יכולות להיעשות בלי שהם מתערבים. ביהמ"ש לא יכול להימנע מלתת הלכות חדשות.

**מקום שהמחוקק לא הביע עמדה 🡨 חובה על ביהמ"ש לקבוע עמדה**.

**הוויכוח בין שיטות משפט**: האם יש להלכה הזו מעמד תקדימי. משקל תקדימי להחלטה של ביהמ"ש בשיטות האנגלו-אמריקאית; בשיטה הקונטיננטלית היא לכאורה לא מחייבת. אבל גם שם ביהמ"ש מסתכל אחורה לתקדים באופן מעשי. אם לא מתנהלים כך המערכת הופכת קאוטית, בלאגן גדול.

החוק נוצר במגוון רחב של מוסדות: המחוקק [בראש ובראשונה]; בנוסף, גופים ממשלתיים שמוסמכים ליצור נורמות מכוחו של החוק [השר/גוף מסוים רשאי להתקין תקנות בתחום מסוים]-יש מדרג נורמטיבי; שאלות חדשות- פסיקת ביהמ"ש, שעם הזמן יש מסורת של פסיקה עם מעמד מחייב. בתי המשפט הם חלק מהגופים המחוקקים. יש חשיבות גדולה למעמד הנורמטיבי שלהן. המחוקק יכול לשנות אותו. אם המחוקק לא אוהב את הנורמות שנקבעו ע"י ביהמ"ש [לא כלכלי, לא מוסרי, לא מתאים מבחינה פוליטית וכו'], הוא יחוקק חוק שישנה זאת. **יש למחוקק כוח טבעי לשנות פסיקות של ביהמ"ש** **[כל עוד לא נכנסים להכרעות בעלות אופי חוקתי ואז זה מסובך יותר]**.

**למשל:** גוף אכיפה כמו מס הכנסה שקובע כללים מתי לגבות מס. המחוקק קובע את הכללים. אם פקיד השומה מחליט לנהוג בצורה מסוימת, הוא יוכל לומר שהוא קיבל הנחיות מנציב מס הכנסה האם לגבות מס או לא. זה יכול להיות תחת וויכוח. **למשל:** גובים מס על מלגות מטעם אוניברסיטה- למרות שפקודת מס הכנסה נותנת פטור על מלגה; הגוף הרגולטורי החליט לגבות מס על מלגות כאלה [שאנשים עובדים באוניברסיטה וקיבלו חלק מזה כמלגה]. הכריעו לטובת הגוף הרגולטורי. בהמשך המחוקק יתערב.

1. **מערכת כללים**-

המשפט מאופיין מבחינה צורנית בצורה של כללים= rules. **הניגוד של עקרונות**.

* **עקרונות- נורמות מופשטות**, כלליות. "מה ששנוא עלייך, אל תעשה לחברך". עקרון השוויון. צדק. הגינות. סבירות. **כלל בעל אופי רחב**.

**לדוגמה:** **קדושת החיים** (חוק יסוד כבוד האדם וחירותו: אין פוגעים בחייו של אדם). זה נראה כלל אבל המרצה אומר שזה עיקרון. כלל הוא יותר ספציפי. **לעיקרון ניסוח כללי שממנו לא רוצים לקבוע נסיבות ספציפיות שבהן המעשה הזה הוא אסור, מותר או חובה**. אלא מדברים על ערך כללי של קדושת החיים. למרות שאין פוגעים בחיי אדם, יש פעולות שעושים [נהיגה ברכב; רפואה] שעלולות לסכן, וכמובן פעולות מלחמתיות, ואנו חושבים שבנסיבות מסוימות הן מוצדקות. הכלל לא באמת עומד כשלעצמו, יש עקרון מופשט.

* **כללים- נורמות ספציפיות**.

**לדוגמה: הגורם למותו של אדם בכוונה דינו- מאסר עולם**. **יסודות ספציפיים**. עבירת תוצאה. כוונה.

במשפט אפשר לשים את העבירות תחת העיקרון "אל תפגע בזולת", שהוא עיקרון מופשט. אבל **המשפט הפלילי מפרט סעיפים רבים לגבי עבירות שונות** [מהו שוד, גניבה, רצח]. **כנ"ל במשפט הפרטי האזרחי** [איך נוצר חוזה, מה מאפיין אותו וכו']. המשפט מיוחד מהמוסר כי הוא בנוי ממערכת של כללים מפורטת. אין עיקרון אחד או מטרה אחת. יש הרבה כללים.

**מדוע המשפט משתמש בכללים?**

* חיסכון בזמן, עבודה וכסף.
* מניעת טעויות.
* כלי יעיל בהכוונת התנהגות: וודאות, תכנון מראש.

השימוש בכללים הוא לפעמים בעייתי. מחד נוח, מאידך בעייתי. **עקרון תמיד פתוח לפרשנות; כלל פחות**. הוא יותר מוגדר וספציפי. ככל שהשפה של הכללים יותר מופשטת הם פתוחים יותר לפרשנות, ולהיפך ככל שהם יותר ספציפיים הם פחות פתוחים לפרשנות.

**יתרונות:** שפה של כללים כמאפיינת את המשפט: **וודאים, ברורים**. **לדוגמה:** הכלל אומר מאיזה גיל ניתן ללמוד נהיגה ולקבל רישיון, וזה ברור לכולם שהחל מגיל 17 ניתן לקבל רישיון. **לדוגמה:** הכלל אומר מי חייב גיוס; מי חייב במס. **ככל שהם יותר ספציפיים הם יותר וודאיים**.

**כללים חוסכים משאבים- זמן וכסף**. אם לא היה לנו כללים, היינו נדרשים להשקיע הרבה יותר משאבים. **לדוגמה:** למה אפשר לקבל רישיון מגיל 17? בגרות, אחריות, גודל פיזי. יש סיבות לכך. אבל יש אנשים שגם בגיל 16 הם מספיק בוגרים ואחראים ויכולים לנהוג, ויש גדולים מגיל 17 שלא מתאימים.

**חיסרון- יש להם תחולת יתר ותחולת חסר**. קובעים כלל שהוא מועיל ברוב המקרים, אבל תמיד יהיו אנשים שגם אם הם בגיל מתחת ל17 הם ראויים לנהוג, ואנשים שמעל 18-19 ולא ראויים לנהוג. **הכלל מכסה את רוב המקרים, ולא הכל**.

**למה לא נלך על פתרון שיכסה את כל המקרים?** נניח בחינות ספציפיות: גובה מתאים; ראיון פסיכולוג. הסיבה היא **שזה דורש המון משאבים**. **שימוש בכללים= חסכוני** [זמן, משאבים, מחשבה]. אומרים מהם הכללים.

**יש שיקולים שמעורבים** [רפואיים, כלכליים, חברתיים]. לא ניתן לומר באופן אינטואיטיבי האם צריך ללכת עם מסכה או לא, לכן קובעים כלל. בשל שילוב השיקולים המקצועיים בהקשר עטית מסכה והאיזון המורכב ביניהם- לא ניתן להשאיר לאדם לנהוג כפי שהוא מבין. צריך לקבוע כללים ברורים: איזו התקהלות מותרת, כמה אנשים בתוך מבנה, איזה בדיקות, מסכות- מתי כן ולא. **אחרי שהושקעו המשאבים, הציבור הרחב מבין את הכללים**.

**לא היינו מסוגלים כל אדם או כל ארגון בעצמו לעשות את כל תהליך החשיבה כדי להביא לתוצאה הזו**. יש תהליך של גורמי מקצוע [לפי העניין]- נניח בקורונה משרד הבריאות ומשרד האוצר; עניינים אחרים- משרד התחבורה, חינוך, עבודה. משקללים כללים שחוסכים משאבים.

**כללים מונעים טעויות**. בני אדם לא יודעים מה נכון בכל סיטואציה. אם היינו משאירים את זה לשיקול דעת של האנשים, הם היו עשויים לטעות בהחלטתם. **למשל:** תנהג במהירות סבירה. אדם יכול היה לנהוג ב-140 קמ"ש מבלי לדעת שזה מסוכן.

**בנוסף, זה כלי יעיל בהכוונת התנהגות**.

לצד הכללים, יש תמהיל מסוים של עקרונות שמערבים במשפט. **לדוגמה:** פקודת התעבורה שקובעת איך לנהוג בדרך. נניח אדם נוהג בכביש באזור שמותר לעקיפה; הוא נוסע במהירות המותרת; הוא עוקף רכב לפי החוק. אבל מולו יש רכב על הכביש הנגדי. הוא **נוהג לפי הכללים, אבל נוהג באופן לא** **זהיר**. לא עבר על עבירת תמרור, מהירות, סימני הדרך. יש סעיף נוסף בפקודה: נהיגה לא זהירה שלא בהתאם לתנאי הדרך. "נהיגה לא זהירה"- זה לא כלל. מגיעים למשהו מופשט יותר מכלל [עקרון / סטנדרט]. **אם זה היה הכלל היחיד- לא היינו מבינים אותו**.

חייב להיות **תמהיל בחקיקה**- מחד מערכת כללים ספציפית וודאית. מבקשים למנוע טעויות, מבקשים לחסוך בזמן, עבודה וכסף [משאבים]. מאידך, חייב להיות סטנדרט שיכסה מעבר לכללים הספציפיים.

המשפט מתאפיין במערכת כללים שנותנת את היתרונות הללו, אבל הוא חייב גם לקיים לצידה מערכת של עקרונות או סטנדרטים בהפשטה רבה יותר, שבאים לכסות על המקומות בהם הכללים לא נותנים תשובה.

**בעיות**:

* **יחס בין כללים וטעמים**- **מאחורי כל כלל יש טעם**. מה בסוף מחייב אותי כאדם וכשופט? האם הכלל כפי שהוא מנוסח או הטעם? **לעיתים הטעם עשוי להצדיק עבירה על הכלל**. **האם במקרה כזה אני רשאי לפעול בניגוד לכלל?** זו **שאלה מאוד מרכזית בפרשנות ויישום של כללים**. עד כמה אני דבק בכלל ועד כמה אני מרשה לעצמי ללכת לטעם שמאחוריו. **לדוגמה:** צוואה תקפה היא צוואה שנכתבה ונחתמה בידו של המצווה. רוצים להיות בטוחים שהוא זה שציווה. אבל מה קורה אם אדם כתב צוואה, אבל בגלל שהוא לא משפטן הוא לא ידע שהוא צריך לחתום עליה, והצוואה מאוד חשובה ויקרה כי הוא הוריש את כל רכושו לילד מאומץ לא פורמלית שלו והוא לא רצה להוריש לילד אחר שהתעלל בו [הביולוגי שלו]. זו צוואה בניגוד לירושה ע"פ דין. האדם התאבד. ביהמ"ש נשאר עם צוואה שלפי הכלל המשפטי- הצוואה איננה תקפה, כי חייבים לחתום על הצוואה ותופעל ירושה ע"פ דין. אבל זה בניגוד לצדק כי הילד המאומץ לא פורמלית טיפל בו וזה גם מנוגד לרצון המת. אין ספק שזה כתב ידו ואין ספק שזה רצונו. האם נפעל לפי החוק?

הניגוד הוא בין הכלל לבין הטעם שלו. הכלל קובע שדרושה חתימה. הטעם- רצון המת. **אם רוצים שכללים ייתנו וודאות לכאורה צריך לדבוק גם אם הם סותרים את הטעם**. **אבל מצד שני הכלל נועד לבטא טעם**.

* **תחולת יתר**- הכלל מכניס אנשים שלא ראויים להיות בפנים.
* **תחולת חסר**- הכלל לא מכניס אנשים שראויים להיות בפנים.

**לכל כלל יש תחולת יתר וחסר- יש אנשים שצריכים להיות בתוכו ומחוצה לו;** **ואז תתעורר השאלה האם נתקן את תחולת היתר ותחולת החסר**. יש מקרים שאין סיבה לתקן: רישיון נהיגה אין סיבה לתקן. ילד בן 16 יגדל לגיל 17 ויוכל לקבל רישיון. אבל לפעמים הנאמנות לכלל לא מאפשרת לחכות. אם אדם לא עומד בכלל זה לא עניין שהוא ימתין זמן מסוים ואז הוא יוכל לעמוד בו, ואז זו שאלה רצינית.

\*בכללים- לפרט יש מינימום של שיקול דעת, והשאיפה היא גם לשופטים.

\*מקום שניתן שיקול דעת הוא מעבר לכלל.

\***נסיעה מעל המהירות המותרת היא עובדה**. אין עניין של שיקול דעת. יקבל קנס. אבל, כאשר מגיעים לסעיף של "נהיגה לא זהירה" נכנס שיקול דעת לגבי מה זה "לא זהיר".

**כלל ניתן ליישום ללא הפעלה של שיקול דעת [מופעל באופן מכאני], לעומת זאת סטנדרט מחייב הפעלה של שיקול דעת [כדי לתת לו תוכן]**.

אפשר לצמצם את שיקול הדעת בהתאם לידע שצוברים עם הניסיון. למשל מה מרחק העצירה הנדרש לפי מהירות מותרת- לשופטים יש סטטיסטיקה כזו כבר. מבוסס על מדע מדויק [פיזיקה וכו'].

**סוגי כללים**

הבחנה יסודית בין סוגים של כללים. מבחינים בכללים משפטיים שונים.

1. **כללים המטילים חובה**- **חובת עשה או חובת אל-תעשה**. **לדוגמה:** חוק העונשין. רובו הטלת חובה לא-תעשה.
2. **כללים המעניקים כוח**- הסמכת שוטר לעצור; הסמכת שר להתקין תקנה.

**כוח משפטי הוא כוח של מישהו לעשות דבר שאחר כפוף לו**. **לדוגמה:** החלטת שופט היא החלטה עם כוח כי מי שנידון כפוף לה. **יש כוחות לבעלי תפקידים, אבל גם יש כוח לפרטים בהתנהלות היומיומית שלהם**. יש ענפים שלמים במשפט שעיקרם יצירת כוח [חוק הירושה, חוק החוזים]. ויש ענפים שמטילים חובה [חוק העונשין].

**לדוגמה:** **כוח לכתוב צוואה**. אנשים כפופים לכתיבת הצוואה. הצוואה מתגברת על חוק הירושה. יש כוח למצווה. **אין חובה לכתוב צוואה**. אם אדם לא כותב צוואה, רכושו יחולק לפי חוק הירושה ע"פ דין. הוא יכול להכפיף יורשים לצוואה שלו.

**לדוגמה:** **כוח לכרות חוזה**. חוק החוזים מעניק כוח לצדדים לכרות חוזה שמחייב אותם, כי הם כפופים אחד לשני. במערכת הנורמות אין לאדם א' ואדם ב' מערכת יחסים מיוחדת. לא חייבים זה לזה כלום. ניתן לכרות חוזה למכירת נכס. לאדם א' יש חובה לספק מוצר, לאדם ב' יש חובה לשלם. מעשה כריתת החוזה מטיל כוח וכפיפות על הצדדים.

1. **כללים המעניקים זכויות**- **לדוגמה:** חוק ביטוח לאומי מעניק המון זכויות: הענקת קצבה לנכים, לקשישים. פיצויים על תאונת עבודה. חוק חינוך חינם- זכות לכל אדם ליהנות מחינוך חינם. חוק הבריאות- מעניק זכויות לקבל טיפול רפואי.

המשפט הוא מערכת הרבה יותר עשירה מאשר חוקים שמטילים חובה. הם רק חלק מהמשפט- החלק הכופה של המשפט. חוקים המעניקים כוח וחוקים המעניקים זכויות הם גם חלק של המשפט. **אפשר לומר שחוקים שמטילים חובה הם חוקים שמצמצמים את החירות של האדם, לעומת זאת חוקים המעניקים כוח מרחיבים את החירות**. בנוסף, הענקת זכויות- חינוך, רווחה, בריאות וכו'.

**לכללים שונים תפקידים שונים**.

**3-תוכן**

* **כללי- היקף רחב ובלתי מוגבל** (יכול להסדיר כל התנהגות אנושית). Comprehensive.

ארגוני חברים, מוסר- די ספציפיים. דת- די רחבה.

המשפט הוא כללי במובן הזה שהוא יכול **באופן עקרוני** להסדיר כל התנהגות אנושית. ניתן לראות במשפט תחומי התפשטות. בעבר פחות טיפלו בענייני משפחה- היום המשפט מטפל באופן עמוק במערכת היחסים בין הורים וילדים וכו'. למשפט יש שיקולים משלו לא להסדיר הכל. אבל מבחינה עקרונית אין הגבלה מבחינת הסדרת ההתנהגות האנושית.

* **פתוח**- מאמץ נורמות אחרות (הסכמים פרטיים, הסכמים ציבוריים, תקנונים של ארגונים).

מאפשר יצירה של מערכת חוזית; מכיר בחברות, בארגונים ותקנונים שלהם. המשפט יכול להקיף ולהכיר מערכות נורמטיביות אחרות ולהכניס אותן פנימה. להפנים אותן. הן מחד עצמאיות, מאידך המשפט מכיר בתוקף שלהן בעיקר באמצעות חוק החוזים ובאמצעות דברים אחרים.

* **גבולות המשפט**- לדוגמה הבחנה בין פרטי וציבורי.

**גבולות וולונטריים בהשוואה להיקף**. **המשפט קובע בעצמו את גבולותיו**. הוא מחליט שיש נושאים שהוא רוצה להסדיר וכאלה שלא רוצה להסדיר. **לדוגמה:** בעבר- המשפט קבע שהמשפחה תהיה עניין אוטונומי מחוץ למשפט. היום- כן מסדירים. **למשל**- הפליה מסדירים במשפט הציבורי אבל לא בפרטי. בשוק החופשי הדבר אסור. אבל אם אדם באופן אישי רוצה להתחבר עם אדם לבן ולא שחור המשפט לא מתערב. פעם זה היה לא נתפס שהמשפט יכפה את שוק העבודה לעניין האפליה. אבל היום המשפט כן פועל בתחום העבודה, ובתחום הפרטי לגמרי לא.

**מכלול המאפיינים מסביר למה המשפט הוא המערכת הנורמטיבית החשובה ביותר בחברה**. בראש ובראשונה המעמד [עליונות, כוח המדינה, היקפו].

\*יש לקרוא את פס"ד פלוני נ' פלונית לפי הנחיות הקריאה במודל ליום חמישי.

**שיעור 3- 10/03/22**

**אחת השאלות היסודיות ביותר בתורת המשפט היא השאלה שנוגעת ליחס בין המשפט לבין המוסר או הצדק**. כלומר עקרונות צדק מופשטים.

**לפי גישה 1- מזוהה עם הגישה הפוזיטיבית למשפט**, **המשפט הוא תחום עצמאי, נבדל מהמוסר והצדק**. כמובן, לכל הדעות המשפט שואף להיות צודק בכל עניין ובכל הסדר [בדין הפלילי או האזרחי או דיני המדינה]. אבל ככלות הכל, המשפט הוא תחום עצמאי שמוגדר לפי המקורות שלו: החקיקה, הפסיקה. כאשר שואלים שאלה משפטית נתונה אנחנו צריכים לשאול מה אומר החוק ומה אומרת הפסיקה [מה התקדימים]. לפי זה נשיב את התשובה. לא שואלים את השאלה מה צודק ומה נכון בעינינו. לא שואלים מה מועיל, מה צודק וכו'.

**לפי גישה 2-מזוהה עם הגישה של משפט הטבע, הגישה לא-פוזיטיבית למשפט**, **המשפט אחוז בקשר בל יינתק [קשר הדוק] מהמוסר או הצדק**. אי אפשר לחשוב על המשפט במנותק ממנו. עשויות להיות לכך **2 השלכות עיקריות:** 1) חוקים שהמחוקק מחוקק או בתי המשפט קובעים כפופים באופן עקרוני לעקרונות של צדק. אם יש חוק בלתי צודק בעליל באופן ברור - אין לראות אותו כחוק. 2) כאשר יש שאלה משפטית שאין לגביה תשובה בחוק, אנחנו יכולים לגשת אל עקרונות הצדק והמוסר ולראות אותם כאילו הם חלק מן החוק.

**2 הגישות האלה הן גישות עקרוניות שלכל אחת יש ורסיות שונות**.

כדי להדגים את החשיבות והרלוונטיות של השאלה הזו, ננתח את פס"ד פלוני שקראנו. פס"ד מדגים יפה את הגישות השונות.

**דילמה של משפט וצדק- פס"ד פלוני נגד פלונית '94**

* אדם נשוי שהיה חשוך ילדים פיתה נערה כבת חמש עשרה והכניס אותה להריון. כתוצאה מכך נולד בן.
* הנערה מבקשת למסור את הבן לאימוץ. ואילו האיש, אבי הבן, מתנגד. -האב אומר למרות שהוא עשה עבירה [בעילת קטינה] ונענש עליה, הוא רוצה לגדל את הילד כי הוא שלו ולטענתו הוא מסוגל לגדל אותו.

**טובת הילד היא שיקול, אבל היא לא שיקול בהוצאת ילד מהבית**. כשיש הסדרים בין הורים גרושים, טובת הילד היא שיקול איפה הוא יגדל. אבל טובת הילד איננה שיקול האם להוציא ילד מהבית. **למשל**, נולד ילד למשפחה ענייה/ חסרת השכלה / הורים עם רקע פסיכיאטרי. מצד שני הורים בריאים, משכילים ואמידים. אם נשאל באיזה בית עדיף לילד לגדול? עדיף לו לגדול בבית בריא, אמיד ומבוסס; מאשר בית של עוני, מחלות וקשיים פסיכיאטריים. אבל המדינה לא תתערב ותוציא ילד כזה מהבית בשל שיקול של טובת הילד.

* **השאלה המשפטית**: האם בנסיבות המקרה- ההיריון נגרם תוך ניצול ועבירה- התגבשה עילת אימוץ?

פיתוי של אדם מבוגר שמפתה נערה בת 15, שהיו לה קשיים אישיים והייתה קלה לפיתוי. המעשה נעשה תוך ניצול ועבירה. הבעיה היא שאם מסתכלים בחוק האימוץ **יש רשימה סגורה של עילות אימוץ**- **העילות שבגינן אפשר להוציא ילד מחזקת הוריו**. עילה אחת- אם ההורים עצמם מוותרים על גידול הילד [חשים שאינם יכולים לגדל אותו שניהם]. אם אין וויתור של ההורים אז צריכה להיות עילה חוקית שבגינה ניתן להוציא ילד מהבית. זה דבר קשה מאוד לקחת להורים ילד. על פניו, אין עילה כזו בחוק.

**יש פה שאלה מוסרית ומשפטית**. האם מבחינה מוסרית ראוי להוציא את הילד מידי האב הביולוגי? האיש עבר עבירה אבל הוא נענש עליה וישב בכלא.

**שיקול מרכזי- שלא יהיה חוטא נשכר**. גם אם אדם עבר את העבירה, ובסופו של דבר המזימה/המטרה שלו הייתה להביא ילד – הוא הצליח. שילם את "חובו" וישב כמה חודשים במאסר, אבל בסוף הרוויח ילד. זה שיקול לא לאפשר לו לקבל את הילד **כדי שלא יהיה בכך גם עידוד למעשים נוספים**.

**כל 5 השופטים היו בדעה שאין לאפשר לאב לגדל**. הנימוק העיקרי: לא מגיע לו לגדל את הילד. האדם הזה עשה מעשה בל יעשה. זמם מזימה של בעילת קטינה. ניצל נערה בת 15 שהייתה במצוקה. השתמש בה כדי להביא לו ולאשתו ילד. **נראה בלתי צודק שהוא יזכה בילד פרי מעלליו**.

לא צודק שאדם עשה מעשה עוולה, עבירה, פשע חמור – **לא צודק כשלעצמו [שיקול מוסרי]**- ייהנה מפירותיו של אותו מעשה. **זה מקומם במיוחד כי יש ניצול של יחסים אינטימיים**- מנצל נערה ומביא ילד בציניות כדי שיהיה לו ולאשתו.

**מנגד**, יש שיקול לפיו הגבר אמנם לא עשה מעשה טוב, אבל **אם החוק לא מונע ממנו אפשר להעניש בחומרה אבל לא לקחת את הילד**.

איזו בעיה מציב לנו המקרה הזה? **הבעיה מנקודת מבט משפטית טהורה, פורמלית-** אין בחוק עילה שמאפשרת להוציא את הילד מהבית. החוק קובע רשימה סגורה של עילות. הוצאת ילד מהבית היא דבר קשה וחמור. לא עושים את זה בכל פעם שחושבים שלילד יהיה טוב במקום אחר. ברשימת העילות הסגורה על פניו אין עילה שמתאימה למקרה. **העילה הרגילה [המרכזית] היא אי מסוגלות הורית**: אם ההורים אינם מסוגלים לגדל את הילד [נניח האבא במעצר ממושך, האמא נרקומנית], **לא ידאגו לצרכיו הבסיסיים של הילד**- בית, אוכל, ביגוד, השגחה בסיסית. לחילופין התעללות קשה.

**על פניו אין בחוק עילה שמתאימה למקרה**. האיש הזה לא נרקומן, אין רקע פסיכיאטרי, אין חוסר יכולת כלכלית, לא עבריין סדרתי. הוא כן מסוגל לדאוג לצרכיו הבסיסיים של הילד. **אך מן הצד האחר, האינטואיציה המוסרית** של השופטים [כולם, כל ה-5] הייתה שאין לאפשר לו לגדל את הילד. 2 טעמים: לא צודק שאדם ניצל ילדה ועכשיו ייהנה מפרי עוולתו, וגם מסר הרתעתי.

אם הגישה השיפוטית הטיפוסית היא לבדוק מה החוק קובע, ולא מה ראוי- החוק הוא אובייקטיבי ולכן אנחנו רוצים שההכרעה השיפוטית תהיה לפי האובייקטיביות של החוק. לפי מה שהחוק אומר. **תפקיד השופטים ליישם את החוק האובייקטיבי**. אם כל פעם שופט ישאל מה ראוי בעיניו- זה בעייתי. תהליך החקיקה הוא תהליך מאוד מורכב. שופט לא מנהל תהליך חשיבה מהסוג שהתבצע לפני חקיקת החוק [לא פונה לרשויות הרווחה לשמוע את דעתם, לא פונה למשפטנים נוספים וכו']. לכן הנטייה הטבעית של השופטים היא להחליט לפי החוק. אבל הבעיה פה שהאינטואיציה של השופטים היא שזה יהיה בלתי מוסרי וצודק לתת לאב לגדל את הילד.

* **הבעיה**-
* מבחינה מוסרית לא ראוי שהאב יגדל את בנו.
* מבחינה משפטית, אין לכאורה עילה שמאפשרת להכריז על הילד כבר-אימוץ.
* **טענה דיונית (ב"כ היועמ"ש)**- בהיעדר עילה מהותית ניתן להשתמש בטענה דיונית של המשפט המקובל: **ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה**.

יש כלל במשפט המקובל [המשפט האנגלי ובישראל], כלל בלתי כתוב, כלל של המסורת הפסיקתית שאומר שממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה. **נניח** סכסוך אזרחי בין שני גנבים לגבי הפרת הסכם ביניהם. ביהמ"ש יגיד שממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה. **זו עילה דיונית, בפרוצדורה**. **לא מכריעים את המקרה**- לא אומרים לאיזה גנב מגיע יותר. ביהמ"ש אומר שהוא לא דן במוסר של גנבים. **חוסמים בפניהם את השער של ביהמ"ש** ואומר שממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה. לא נותנים סעד.

היועמ"ש טען שאמנם אין עילה מפורשת בחוק שמאפשרת להורות על הילד כבר אימוץ, אבל הוא מבקש מביהמ"ש לומר לאב שתובע לגדל את הילד שממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה. אתה תובע בגין מעשה עוולה שעשית [אין על זה ויכוח, האב הורשע בבעילת קטינה] ועל כן לא יענו לתביעתו גם אם אין עילה חוקית. **פוסלים על הסף את מעמדך כתובע** בגלל הכלל הדיוני הזה.

לכאורה זה היה פותר לביהמ"ש את כל הבעיה. לא היה צריך להיכנס לכל הפלפולים האלה. היה אומר מלכתחילה "לך הביתה".

* **השופטת דורנר**- **הכלל: ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה נכון רק לזכויות רכושיות**. **כאשר מדובר בזכויות אישיות כמו זכות הורית הכלל לא תופס**.

מצטטים את **סיפור הנכד שרצח את סבא שלו**. מקרה שהיה בניו-יורק. הנכד שרצח את הסבא שלו ביקש גם לרשת. חוק הירושה קבע שמי שכתוב בצוואה יורש. הנכד היה כתוב בצוואה ולכן כביכול לפי החוק הוא אמור לרשת. זה **"הרצחת וגם ירשת"** קלאסי. ביהמ"ש אמר שממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה. ביהמ"ש אמר שהרוצח התובע לרשת בזכות הרצח 🡨 לא יקבל זכות לירושה.

דורנר אומרת שהמקרה הזה שונה, מדובר בזכות אישית- זכות הורית. זו זכות חשובה וחמורה מדי. גם אם חושבים שהיה פה מעשה עוולה, כדי לשלול את הזכות הזו צריך משהו מעבר לטענה דיונית. צריך לקבוע לגופו של עניין האם יש עילה. ביהמ"ש היה צריך להתמודד עם השאלה המשפטית- כיצד מכריעים.

* **השופטת דורנר (דעת הרוב)**- איתה 2 שופטים נוספים- **התקיימה פה העילה השכיחה של אי מסוגלות הורית**.

**התבססו על חוות דעת של פסיכולוג**, לפיו מדובר במקרה קשה- או שיסתירו מהילד ואז הילד יגדל באווירה של הסתרת סוד כמוס במשפחה, או שיגלו לו והוא יגדל כל החיים בידיעה שהוא נולד כתוצאה ממעשה כה נורא של אביו, ייצור סיבוך במערכת היחסים.

אי מסוגלות הורית פירושה שההורה לא מסוגל לדאוג לצרכים הבסיסיים של הילד [מקום מגורים, ביגוד, מזון, השגחה, טיפול חם]. על פניו לא מדובר באי מסוגלות הורית. אבל ביהמ"ש אומר בכל זאת יש אי-מסוגלות אחרת. לא אי יכולת לדאוג לצרכים בסיסיים של הילד. במקרה הזה**, כאשר תיגרם לילד פגיעה נפשית, או עלולה להיגרם לו פגיעה נפשית כ"כ גדולה נכלול את זה באי מסוגלות הורית**.

אם הולכים למקום הזה שבעיות נפשיות מהסוג הזה של סיפורי הורים מגיעים לאי-מסוגלות הורית אפשר להרחיב את היריעה מאוד.

**ביקורת לדעת הרוב** [בעיקר ע"י **השופט חשין**]- היא מאוד קשה. אי מסוגלות הורית היא חוסר יכולת לדאוג לצרכיו הבסיסיים של הילד. אם אנחנו מרחיבים את אי מסוגלות הורית לכל מיני בעיות נפשיות שיש בגלל סיפורים בבית, נגיע להרבה משפחות שיש המון סיפורים שלא מגלים לילדים ואח"כ הם מגלים. זו בד"כ לא עילה להוציא ילד מהבית.

מה היה הטעם האמיתי שבגללו השופטים חשבו שאסור לתת לאבא לגדל את הילד? טעם מוסרי שלא מגיע לאב לגדל את הילד ולא בגלל שזה פוגע בילד. משנים לגמרי את השיקול. השיקול האמיתי שעמד ביסוד הגישה של כלל השופטים הוא שלא מגיע לאב הזה לגדל את הילד. ואז מנסים להצדיק שלילד לא טוב לו בגלל כל מיני סיבוכים. ניתן לומר שיש משהו לא כנה, לא אמיתי בהנמקה של הרוב.

כאשר השופטים ישבו מול המקרה וחשבו למה אסור לו לגדל את הילד- כי הוא ניצל את הנערה, לא מגיע לו, חוששים שיהיה חוטא נשכר, ייהנה מפרי עוולתו. הם נתנו הנמקה לגמרי אחרת- שזה נובע מחוות הדעת של הפסיכולוג וזה עשוי לפגוע בילד. אבל משפחה זה דבר מסובך- יש סודות וסיפורים. זו לא עילה להוציא ילד. להוציא ילד צריך להיות משהו נורא. למה בכל זאת השופטים השתמשו בהנמקה הזו? [נדון בהמשך].

הביקורת הזו נאמרת גם ע"י השופט שלמה לוין. הוא אומר שהוא לא רואה אי מסוגלות הורית. האב הזה מסוגל לגדל את בנו. הוא אדם נורמטיבי, יש לו אמצעים בסיסיים, הוא מאוד רוצה את הילד. לא ניתן לפסול מעילה זו. אבל גם השופט שלמה לוין חושב שלא מגיע לאב לגדל. מה ההנמקה שהוא מציע? נוגד את תקנת הציבור- קורא לזה פרשנות מרחיבה. חוקים לא מחוקקים בחלל ריק, אלא חוקקו בתוך מערכת כללים ועקרונות.

**לדעת הרוב היה חשוב לבסס את ההחלטה שלה על חוק האימוץ- גישה פוזיטיבית** שרוצה לפתור את הבעיות המשפטיות תוך התבססות על החוק [חיפשו עילה שתתאים, לא מצאו והכניסו בכוח לעילה של אי מסוגלות הורית].

**השופט לוין** נותן כלל- אל תיבהלו מזה שאין סעיף מסוים לחוק. החוקים לא חוקקו בחלל ריק, אין רק את חוק האימוץ לבדו, אלא החוקים נמצאים במארג רחב יותר של עקרונות- מערכת כללים ועקרונות קיימת.

* **השופט לוין**-
* **פתרון (1) פרשנות מרחיבה**: "חוקים לא חוקקו בחלל ריק". הם חוקקו בתוך מערכת כללים ועקרונות קיימת.
* **סעיף 13(8):** סירוב ההורה לאפשר אימוץ נוגד את תקנת הציבור.
* במקרה שבו נסיבות הבאתו של הילד לעולם היו בלתי מוסריות יש חובה לאב להסכים לאימוץ. סירובו נוגד את תקנת הציבור.

לפי סעיף 13(8) עילת אימוץ תהיה אם סירוב ההורה לאפשר את האימוץ נוגד את תקנת הציבור- יש מצב שמבקשים מההורה לחתום והסירוב שלו נוגד את תקנת הציבור, כלומר מצפים ממנו שהוא יסכים.

**תקנת הציבור**= מושג כללי שכולל עקרונות צדק, תועלת חברתית.

**מכיוון שהצדק מחייב שהילד יימסר לאימוץ, ממילא תקנת הציבור מחייבת שהילד יימסר ושהאב יסכים לאימוץ**. כאשר האב מסרב זה נוגד את תקנת הציבור. הוא חותר להכניס את הפתרון הנכון (הצדק) דרך תקנת הציבור. מן הצדק שלא לאפשר לו לגדל את הילד בגלל שהוא רימה וניצל את הנערה. למרות שתקנת הציבור היא לא עילה עצמאית בחוק האימוץ [אחרת כל השופטים היו משתמשים בה. אין כזו עילה כי היא מרחיבה מדי].

**לוין קולע לטעם האמיתי שמניע את כל השופטים אבל תולה את זה בסעיף בעייתי**. אפשר לומר ללוין שהסירוב של האב הוא לא פסול. זה רצונו. לא ניתן לומר שאסור לאב להביע את דעתו. גם העמדה של שלמה לוין, ככל שהיא מתקרבת, בעייתית.

* **פתרון (2) חסר סמוי**.
* חסרה עילה של היריון שנגרם כתוצאה מניצול. המחוקק לא נתן דעתו למקרה כזה. אילו היינו שואלים אותו היה בוודאי אומר שבמקרה כזה יש עילה להכרזה על הילד כבר-אימוץ.

**מה זה חסר? מצב של לקונה**- **המחוקק הסדיר שורה של עניינים ולא הסדיר עניין אחד**. המחוקק צפה מספר אפשרויות אבל לא צפה אפשרות אחת. לא התייחסו למצב מסוים- ואז לא יודעים מה לעשות.

**מה זה חסר סמוי?** **מצב שעל פניו אין פה חסר**. ניתן לומר שהחוק מתייחס למקרה הנדון ואין בו חסר. אבל, יש פה נסיבות מיוחדות שבאמת היה חסר. **המבחן הוא: אילו המחוקק היה עומד מול מקרה כזה- מה הוא היה עושה?** ביהמ"ש צריך להעריך בדעתו מה היה המחוקק עושה. אם המחוקק היה עושה את זה, אז זה מקרה של חסר.

**למשל** במקרה של רצח הנכד את הסבא שלו, הנמקה שנייה של ביהמ"ש האמריקאי [מלבד ממעשה עוולה לא תצמח עילה] היא חסר סמוי. ביהמ"ש בניו יורק אומר אם הייתי שואל את המחוקק האם הנכד הרוצח צריך לרשת את הסבא וודאי שהוא היה אומר לא [לא קראו לזה בשם חסר סמוי]. בשנת 1899, באותה עת חוק הירושה לא קבע יוצא מן הכלל לגבי יורש שרצח בהקשר ירושה. אבל ביהמ"ש משתמש בהנמקה של חסר סמוי. למרות שזה לא מקרה של חסר, באמצעות שיקול הדעת והתרגיל המחשבתי מה המחוקק היה אומר, אני מבין שיש חסר סמוי. מעניין שלאחר המקרה הזה נקבע חריג לחוק הירושה בארה"ב וגם בשיטות משפט אחרות [גם בישראל]- אדם שהורשע ברצח לא זכאי לרשת את מי שהוא רצח. -ביהמ"ש צדק פה.

**לוין** עושה דבר דומה- אם אני אשאל את המחוקק האם אדם שניצל נערה והכניס אותה להיריון האם הוא זכאי לגדל את הילד, לוין אומר שאין לו ספק שהמחוקק היה אומר לא. לכן הוא מתייחס להנמקה הזו כאל **חסר סמוי ויש להשלימו באמצעות חקיקה שיפוטית**.

**מה דעתכם על ההנמקה הזו?** המהלך הזה עשוי להיות מסוכן, יש רשימה סגורה של עילות, ואז נותנים סמכות לביהמ"ש מעין לחוקק. הרחבת הרשימה. אין לנו ספק שאילו האב היה אונס את הנערה, מוליד ילד ממנה ואז רוצה לגדל את הילד- לא היו מאשרים. זה מקרה בוטה. אבל השאלה עד כמה ניצול של קטינה קרוב לאונס? [לא לגמרי רחוק אם חושבים על עניין ההסכמה].

**לוין מנסה לקחת את הטעם האמיתי ולהתקרב אליו באמצעות פרשנות**. אבל הוא לא לקח סעיף בחוק כמו שופטי הרוב. הוא הציע 2 פתרונות- **פרשנות מרחיבה** שמאפשר להתחשב בעיקרון של תקנת הציבור וצדק בעניין של הכרזה על בר-אימוץ ומקרה של **חסר סמוי**- המקרה לא היה קיים כי המחוקק לא נתן את דעתו, אבל אם היינו שואלים אותו בוודאי שזה מה שהוא היה אומר.

**ביהמ"ש צריך להכריע בסכסוך**. **כל הכרעה תהיה קשה**. אם יכריעו ויגידו שאין עילה בחוק לכן האב יכול לגדל: נאפשר לאב להנות ממעשה עוולה שעשה [ניצל נערה בעבירה] וגם משדרים מסר לחברה. **מנגד**, אם נגיד שזה לא צודק לתת לו לגדל את הילד: יש בעיה של נימוק, כי החוק לא מספק לנו את התשובה שנראית לנו נכונה.

**השאלה היא מה היקף המשפט / היקף סמכות ביהמ"ש? האם המשפט הוא רק מה שכתוב בסעיפי החוק או גם עקרונות של צדק?**

-**דעת הרוב** בעייתית: הרחבה מאוד גדולה של עילת "אי מסוגלות הורית" וגם ההנמקה נראית לא אמיתית [הטעם האמיתי שלא מגיע לאב לגדל, ולא שהילד ייפגע]. יש פער בין ההנמקה לסיבה האמיתית [לטעם]. **לוין** ניסה להיות שלם עם ההנמקה והטעם. הוא הרחיב והשתמש במושגים של פרשנות מרחיבה וחסר סמוי כדי לכלול את ההנמקה הזו.

-לפעמים אי אפשר לחכות שהמחוקק יתקן את החוק. עומד לפני השופטים מקרה והם צריכים להכריע בו.

ניצול אינטימי של הנערה, להכניס אותה להיריון, לקחת ממנה את הילד בציניות לחזקתו= לא מוסרי וצודק לדעת כולם. האינטואיציה הזו מאוד חזקה. הדילמה הקשה של השופטים היא מה עושים כשהחוק לא מספק תשובה.

* **השופט חשין-**
* "אודה ולא אכחד: לאחר שמסכת העובדות נפרסה לפניי בשלמותה, ידעתי בי כי לא אתן ידי להעברת הקטן להחזקת אביו הטבעי, המערער. המערער נדמה בעיניי כמי שאנס קטינה- גם אם מעשהו לא היה כמעשה "אינוס" כהוראתו בחוק העונשין". -אותו דבר מבחינה מהותית. הוא בעל אותה בניגוד לרצונה בסופו של דבר.
* "משנתבררו לי העובדות לאשורן, תחושתי הראשונה הייתה- תחושת קרביים חריפה שהמערער אינו זכאי לסעד".

לדעת המרצה, **חשין השופט הכי כנה מכל השופטים**. חושף הכי הרבה את תחושותיו.

**חשין בגילוי לב אומר מה האינטואיציה שלו**. חשין שמע את המקרה לפרטיו והייתה לו תחושת בטן שהמערער הזה אינו זכאי לסעד. הוא עוד לא יודע איך הוא יתמודד עם זה מבחינה משפטית, אך היה לו ברור שמבחינה מוסרית האיש הזה לא זכאי לסעד. זה אונס- אדם אנס קטינה ואח"כ תובע לגדל את הילד שנולד כתוצאה מהאונס. אמנם לא אונס פורמלי אבל יש פה דבר קרוב מאוד, כי אם אונס משמעותו קיום יחסים לא בהסכמה. פה הוא פיתה אותה, ואין הסכמה מלאה.

* **היקוב הדין את ההר?**
* **הפורמאליסטון**- נרחיק לכת ונוסיף: הפורמאליסטון חסר הלב- היה עוצר במקום זה ומכריז: הנה הוא הדין, כך הורנו המחוקק- וייקוב הדין את ההר: ייעשה הצדק וייחרב העולם. -חשין אומר שהוא יכול לשמוע את הקולות של הפורמליסט, שאותו הוא מכנה חסר הלב, אומר "ייעשה הצדק וייחרב העולם" [משפט לטיני]. קולות אפשריים שאם זה מה שהחוק אומר כך נפסוק. אבל זה בניגוד גמור לתפיסת הצדק.
* בהתייצבנו אל מול מסקנה זו, מסקנה שלא נוכל להשלים עמה בהיותה "בלתי ראויה ובלתי צודקת בעליל", נעמוד אנו ונשאל: האמנם כורח הוא שנעמוס מסקנה זו על כתפינו השופטים ונכריז כי כך הדין? האמנם נעשה צדק אם כך נפסוק?
* **משפט הטבע**- משפט הטבע הוא שילד יגדל בבית אביו ואימו. הם שיאהבו אותו, הם שיאכילו וישקו אותו, הם שיגדלו אותו עד כי היה לאיש. **זו זכותם של אב ואם וזו זכותו של הילד**. **משפט המדינה ילך בעקבות משפט הטבע**.

2 זכויות להורים ולילד. **חשין יוצר ניגוד בין משפט הטבע למשפט המדינה**. משפט הטבע הוא **משפט קדם-מדינתי**. לא תלוי במדינה ולא במחוקק [לא במלך, בביהמ"ש, בפרלמנט]. משפט הטבע דומה לעקרונות צדק טבעיים, מוסר. משפט המדינה מגבש את העקרונות האלה לחוקים. משפט המדינה הולך בעקבות משפט הטבע בכך שהוא מכיר בזכות ההורים לגדל את הילד וזכות הילד לגדול אצל ההורים.

* **העיקרון**- על דרך העיקרון, לא ניתן ידנו לקביעת הלכה שתורה כי יכול שאדם ירצח ויירש, שעוול יעוול ויימצא נשכר בעוולתו. שאלה נוספת- שאלה לעצמה- היא, **כיצד ימצא ציווי מוסרי זה של "הרצחת וגם ירשת?" דרכו אל משפט הארץ?**

חשין אומר שיש עיקרון מוסרי של "הרצחת וגם ירשת". חשין לא מוכן כעיקרון מוסרי לחתום על פסק דין שמאפשר לרוצח גם לרשת. חשין אומר שהוא בהחלט מסתכל על המוסר, על עקרונות הצדק. הוא לא מסתכל רק על החוק. **אחרי שחשין מחליט מה צודק, הוא שואל את השאלה איך להלביש את עיקרון הצדק הזה בלבוש חוק**. איך הוא מייבא אותו אל החוק.

* **הפתרון**- **"הרצחת וגם ירשת" הוא נורמה משפטית מחייבת במשפט הארץ, עקרון יסוד הנושא את עצמו, חי העומד על רגליו ומדבר מגרונו ובלשונו**. עקרון יסוד זה חי את חייו שלו במרחבי משפט ישראל, בצדם של עקרונות יסוד אחרים ובצדם של חוקים, חוקי יסוד ושאר מרכיבים היוצרים את משפט ישראל בכללו. **עיקרון יסוד זה, רמתו רמת חוק היא** ואת חוקים יתהלך. אין הוא, בעיקרו, לא כלל של פרשנות ולא כלל של חסר.

האם "הרצחת וגם ירשת" זו נורמה משפטית? לא מוצאים את העיקרון הזה באף חוק מחוקי מדינת ישראל. הכנסת לא חוקקה אותו אף פעם באף רמת חקיקה. השופט חשין אומר שזו נורמה מחייבת במשפט הארץ.

זה **חידוש דרמטי- חשין לוקח עיקרון מוסרי ואומר שהוא מחייב מבחינה משפטית**.

**נקודת המוצא הפוזיטיבית= יש הפרדה בין משפט ומוסר**. כדי לדעת מה המשפט אומר צריך למצוא אותו בחוק. אם זה לא בחוק, זו לא נורמה משפטית. הבחנה- יש חובות מוסריות שאינן חובות משפטיות. לא כל נורמה מוסרית היא משפטית. **מנגד, חשין אומר שיש נורמות מוסריות שהן גם נורמות משפטיות, גם אם הן לא כתובות בחוק**.

זו לא סתם נורמה, זה עיקרון שחי את חייו שלו במרחבי משפט ישראל לצידם של עקרונות אחרים וחוקי יסוד. רמתו רמת חוק היא= **מתייחס אליו כחקיקה ראשית**.

"אין הוא בעיקרו לא כלל של פרשנות ולא כלל של חסר"- **מבקר את לוין**.

**לדעת חשין, תמונת המשפט עשירה יותר מתמונת המשפט הפוזיטיבית**. בעיני חשין המשפט כולל גם עקרונות מוסריים מסוימים הגם שהכנסת לא חוקקה אותם. זו **גישה אופיינית לאסכולה של משפט הטבע**.

לא התנ"ך הוא המקור הסמכותי- הנורמטיבי אלא המוסר- "הרצחת וגם ירשת". בעיני חשין המוסר חלק מהמשפט.

* **הערכת עמדתו של השופט חשין**
* **מה היתרון שיש בפסיקתו של חשין לעומת השופטים האחרים?** הוא גלוי וכנה. אומר שבעצם כל השופטים לא רוצים לתת לאב לגדל את הילד כי הוא עשה עוולה, לא מגיע לו. כל שאר הנימוקים הם מניפולציות. אם זו האמת אז זו צריכה להיות ההנמקה. המשפט נועד להגשים עקרונות של צדק, לכן גם אם המשפט נכשל לעשות זאת, על השופט לפסוק פסיקה צודקת.
* **מה החיסרון שיש בה?** הבעיה- לא כתוב בחוק [פגיעה בעיקרון החוקיות]. ההליכה אל המחוזות של הצדק המופשט או המוסר מזיזה את המשפט מהתחום האובייקטיבי שלו, הוודאות, העיקרון הדמוקרטי של החוק כביטוי הרוב, הוודאות מול מהו החוק, הסכנה בסובייקטיביות של החוק. **הפסיקה הזו היא חריגה** והיא גם חריגה בביהמ"ש. **גם השופט חשין חושב שהיא לא צריכה להיות כלל**.
* **המשפט והמוסר**- המוסר וציוויו נדמים הם לאגם מים טהורים, והמשפט וציוויו נדמים הם לחבצלות מים (נימפיאות) הטובלות במים, הפרוסות על פני המים והשואבות מן המים חיים ועוצמה. המוסר מזין את המשפט בשורשיו והוא אף על סביבותיו של המשפט. יש מהם מפרחי חבצלות המים הנותנים תוקף משפטי לציווי מוסר; יש שהמוסר ימצא מקומו בינותיו כמות שהוא, בלא שיידרש למתווכים; ויש פרחי חבצלת שאינם מתקיימים כלל מן המוסר.

חשין מתאר את התמונה של חבצלות מים [ציור מפורסם של אדוארד מאנה]- **המוסר הוא האגם מים**, **חבצלות המים הן המשפט**. **א) חבצלות המים יונקות מהאגם -המשפט יונק מהמוסר**. **ב) כאשר רואים אגם עם חבצלות מים כמעט לא רואים את המים** [רואים את העלים הגדולים]- **המשפט מכסה את רוב העניינים, אבל לפעמים אין פתרון משפטי, המים מבצבצים (המוסר) ואז אפשר להשתמש במוסר במילוי החוק (המשפט)**. חשין מזוהה עם גישת תורת משפט הטבע, תופס את המשפט כמקיים זיקה אל המוסר ב-2 אופנים אלה. במקרה שלנו, כאשר יש בעיה משפטית שאין לנו פתרון צודק במשפט, שופטים רשאים לפנות למוסר ולמצוא שם את הפתרון.

**חשין יודע שזה מקרה חריג ולא רגיל**. הוא לא קובע תקדים שאומר לשופטים כך לנהוג. **החלטות בהם ביהמ"ש פוסק על סמך שיקולים מוסריים הן לא דרך המלך**. המקרים המעטים האלה מגלים את הזיקה העמוקה של המוסר אל המשפט [גם פס"ד ירדור].

* **Hard cases make bad law**- אין ספק כי ענייננו מציג לפנינו **מקרה יחיד ומיוחד** של שתי מלכויות הנוגעות זו בזו ונכנסות זו בתוך זו; מלכות המשפט מזה ומלכות המוסר מזה. ניתן לומר, כי מלך של משפט כמו פסק את פסוקו, לכאורה, ואילו אנו אמרנו והכרענו כי מלכות המוסר תשלים את מלכות המשפט. **ההכרעה היא הכרעה יחידה ומיוחדת**, ממש "הכרעה מלכותית". והנה, בהיות ההכרעה הכרעה מלכותית יחול עליה משפט המלך, שאין לומדים ממנו למשפט אחד העם ואין לומדים ממשפט אחד העם למשפט המלך.

**סיכום: 3 ההנמקות**

* **הרוב**: מכוח הסעיף בחוק של אי מסוגלות הורית. 🡨 מתאימה במידה מסוימת **לגישה הפוזיטיבית**, בכך שמבקשת לבסס החלטות משפטיות **על סמך חוק** **בלבד**.
* **השופט ש' לוין**: אין סעיף מתאים בחוק. 🡨 **גישת ביניים**- מתייחס למשפט כמשהו רחב יותר מאשר רשימה של כללים. המשפט כולל גם עקרונות מופשטים מעבר לכך, כמו תקנת הציבור. לכן גם אם אין כלל- **מחליטים באמצעות עקרון של תקנת הציבור, שהוא מקביל למוסר ולצדק, אבל מוצאים אותו במשפט**.

1. פרשנות מרחיבה: חובה על האב להסכים לאימוץ.
2. חסר סמוי: יש להשלים את הדין.

* **השופט חשין**: יש להכריז עליו בר-אימוץ מכוח עיקרון מוסרי של "הרצחת וגם ירשת?". לעיקרון המוסרי מעמד של חוק. חשין לא חושש לפרוץ את גבולות המשפט, ללכת לתחום המוסרי. אומר דבר **רדיקלי** יותר- המשפט איננו לגמרי נבדל מהמוסר. יש בין התחומים זיקה. מותר לשופטים להשתמש בעקרונות מוסריים בהחלטות משפטיות.
* בשיעורים הקרובים נלמד על גישת הטבע- הגישה העתיקה יותר בפילוסופיה של המשפט; אח"כ נעבור לגישה הפוזיטיבית. הפרק הראשון של הקורס יעסוק בשאלה הזו.
* ליום ג' לקרוא את הדיאלוג של אפלטון בסילבוס. ביום ג' יהיה שיעור מוקלט במודל.

**שיעור 4- 15/03/22 שיעור מוקלט**

**אפלטון על המשפט- תורת המשפט הטבעי של אפלטון**

בשיעור הקודם דיברנו על כמה מהמשמעויות של המחלוקת בין המשפט הטבעי לתורה הפוזיטיבית, כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקה ישראלית- **פס"ד פלוני**- **השופט חשין** היה מוכן להשתמש בעקרונות המשפט הטבעי כפי שהוא הגדיר אותם- עקרונות מוסריים שאינם חלק מהמשפט הפוזיטיבי של המדינה [הם אינם נחקקו ע"י הכנסת] ולהשתמש בהם לצורך פתרון בעיה משפטית שהייתה לפניו.

בשיעורים הקרובים נסתכל בצורה יותר רחבה, תיאורטית והיסטורית על התפתחות הרעיון של המשפט הטבעי. המקום שבו ראוי להתחיל את ההתבוננות הזו היא בתורתו של אפלטון.

היה מי שאמר ש"כל הפילוסופיה המערבית אינה אלא הערות שוליים לאפלטון". במידה מסוימת זה נכון. בהקשר שלנו- **השאלות הגדולות שנוגעות לתורת המשפט או לתיאוריה היסודית של המשפט והיחס שלו למוסר נשאלו כבר ע"י אפלטון**. אנחנו נראה את השאלות שהוא מציג ואת התשובות שהוא נותן.

**אפלטון** הוא פילוסוף יווני, שנולד במאה ה-5 לפני הספירה ופעל במאה ה-4 לפנה"ס. היה **תלמידו של סוקרטס**, מורו הגדול. **כתב את הפילוסופיה שלו בסדרה של ספרים, שרובם בנויים במתכונת של דיאלוג בין אישים**. בדרך כלל **הגיבור בדיאלוג הוא סוקרטס**. דרך זה אפלטון משמר את תורתו של סוקרטס.

אמנם **קשה לדעת עד כמה סוקרטס הגיבור מהדיאלוגים של אפלטון זהה לסוקרטס ההיסטורי מורו של אפלטון**- כלומר האם אפלטון רק מתעד את התורה/הפילוסופיה ששמע מרבו, או שמא אפלטון משתמש בדמות של סוקרטס כדמות ספרותית ולאו דווקא היסטורית ומכניס לתוכו את מחשבותיו שלו.

החוקרים בעניין זה מבחינים בין **הדיאלוגים המוקדמים** של אפלטון בהם מקובל לומר שהדמות של סוקרטס משקפת יותר את **דמותו ההיסטורית** והמחשבות שלו, לבין **הדיאלוגים המאוחרים** שלו שבו אפלטון כבר מכניס לדמותו של סוקרטס ולדבריו את דעותיו שלו.

**הדיאלוג מינוס** הוא **אחד הדיאלוגים המאוחרים** של אפלטון. יש הסבורים שהדיאלוג לא יצא מידיו של אפלטון, אלא של תלמידיו. אבל גם אם אלה תלמידיו- הם כותבים את תורתו של אפלטון, כלומר ברוח דבריו של אפלטון והגיבור הוא סוקרטס. **הפילוסופיה של המשפט שמשתקפת בדיאלוג הזה משקפת את הפילוסופיה של אפלטון**.

הדיאלוג נפתח **בשאלה של סוקרטס את חברו**-

**סוקרטס**: החוק – מהו בעינינו?

**חברו**: לאיזה חוק מן החוקים מתכוון אתה? כלומר כששואלים את השאלה מהו החוק, אפשר להתכוון לכמה דברים- **אפשרות 1: מהו החוק בעניין מסוים?** מה אומר חוק החוזים או חוק העונשין לגבי עבירת גניבה או מהו החוק לגבי גרימת נזק וכו'. **אפשרות 2: שאלה יותר כללית**- מהו החוק כחוק?

**החבר מבין את השאלה באופן ספציפי** ולכן הוא שואל אותו לאיזה חוק מן החוקים אתה מתכוון? החוק בענייני עבירות / החוק בענייני נזיקין / בעניינים אזרחיים.

**סוקרטס**: וכי מה? כלום נבדל חוק אחד ממשנהו מאותה בחינה עצמה, כלומר מבחינת היותו חוק? ... שואל אני בכללו של הדבר- מה הוא חוק? סוקרטס אומר שהחבר לא הבין אותו. שואל אני בכללו של הדבר מהו. אותי לא מעניינת השאלה- מהו החוק בעניין מסוים; מה אומר החוק לגבי סיטואציה מסוימת או תחום מסוים. **מעניין אותי מהו החוק באופן כללי**. מה מאפיין את החוק באשר הוא?

**חברו**: וכי מה יכול להיות חוק, סוקרטס, מלבד **מה שנחקק ונוהגים על פיו**. החבר נותן תשובה פשוטה- זוהי **תשובה פוזיטיבית**. המשפט הוא מה שהחברה/המחוקק קובעים. זוהי **תשובה אינטואיטיבית** של החבר. החוק זה מה שמחוקקים, מה שקובע המחוקק/המדינה/החברה ונוהגים על פיו. **בהגדרה הפוזיטיבית יש 2 יסודות: 1) מה שנחקק 2)מה שנוהגים על פיו**. אם החוק הוא מנותק ואף אחד לא נוהג על פיו, זה לא חוק. אבל חוק שנחקק וגם נוהגים על פיו= הוא חוק.

**סוקרטס**: מאחר שמכוח החוק נחקק הדין שנוהגים על פיו, מה הוא אותו חוק שמכוחו ייחקק? לסוקרטס יש **תובנה** והוא אומר **שהחוק לא מתחיל מנקודת אפס**. **החוק נחקק מכוחו של משהו אחר**. המשהו האחר הזה יכול להיות **תוכן** שממנו נגזר חוק או **סעיף סמכות** שמעניק סמכות למישהו לחוקק. **כנראה שסוקרטס מדבר על תוכן**.

**חוק שנחקק נקבע מכוח עיקרון כלשהו**. **לא מתחיל מאפס**. **יש סיבה או מקור לחקיקה**, שעניין מסוים הוא עבירה פלילית או שהוא עוולה נזיקית או שעניין מסוים יכול להיות חוזה תקף וכו'.

הוא ממשיך ושואל-

האם תחושה הוא או מעין הוראה, כדרך שלפי הוראת הידיעה נלמד מה שנלמד, או האם הוא גילוי ממינם של שאר גילויים, כדרך שהרפואה, למשל, מגלה את הגורמים של בריאות ומחלה.

הוא מציע 2 אפשרויות:

1. החוק הוא איזשהו הוראה, חוכמה של מחוקק, שקובעת **כיצד ראוי להתנהג**.
2. או שמא החוק הוא **גילוי של תופעה קיימת**, כמו שהרפואה- האבחנות של הרופא, הכללים הרפואיים או מדע הרפואה- היא גילוי של הטבע. כפי שאמרנו, חוקי הטבע הם תיאור או גילוי של מה שקיים בטבע. הרפואה מתארת את מה שקיים ולכן החוק הרפואי זה לא מה שהרופא חושב בעיניו באופן סתמי או באופן בלתי תלוי במציאות, אלא הרפואה אמורה לתת גילוי של המציאות.

סוקרטס שואל האם המשפט הוא כמו רפואה, גילוי של משהו שקיים כבר קודם, או שהמשפט הוא הוראה שהמחוקק יוצר מאפס ובאופן תיאורטי הוא יכול לחוקק כל העולה על דעתו.

**חברו**: דומני שהוא בגדרן של הכרעות והחלטות. כללו של החוק אינו אלא החלטה של מדינה. מבין 2 האפשרויות **החבר** **בוחר את האפשרות ה-1:** **החוק הוא לא גילוי של עובדה**. הוא שומר על ההבחנה החזקה בין החוק כעניין נורמטיבי לבין החוק כעניין תיאורי. החוק איננו תיאור של משהו, **החוק הוא עניין נורמטיבי**. זו עמדה/הכרעה של המחוקק. היא לא מגלה שום דבר בטבע, ובמובן הזה היא שונה מחוקי הטבע או מחוקי הרפואה בדוגמה שהוא נוקט כאן [רפואה היא גילוי של מה שקיים בטבע, ואילו המשפט איננו גילוי של מה שקיים בטבע או במציאות כלשהי, אלא היא הכרעה].

**סוקרטס**: נראה אפוא לפי דבריך שהוא סברה מדינית. נראה מתשובת החבר שזו הכרעה מדינית כיצד ראוי להתנהג מבחינת החברה/המדינה. אבל סוקרטס לא מקבל את התשובה הזו. הוא רוצה להביא את החבר למקום אחר ואומר את הדברים הבאים:

**סוקרטס**: מקיימי החוק- צדיקים הם? ומפירי החוק עוולים הם? האם החוק זה עניין ניטרלי או שיש אתגר? אומרים שמי שמקיים את החוק הוא צדיק ולעומת זאת מי שמפר את החוק הוא עושה מעשה עוול.

**חברו**: כן. החבר אומר בוודאי שלקיים את החוק זה טוב/ צדיק ולהפר זה מעשה עוול.

**סוקרטס**: והרי דבר נאה עד מאד הוא הצדקה והחוק, ואילו העוול והפרת החוק- דבר מגונה עד מאוד?

**חברו**: כן.

**סוקרטס**: יש אפוא לחשוב על החוק בבחינה דבר נאה ולבקשו בחינת דבר טוב. **החוק הוא לא ניטרלי, לא כל דבר ניתן להחליט עליו**. אתה אומר שהחוק הוא דבר טוב. שומרי החוק עושים מעשה טוב ואילו המפרים את החוק הם עבריינים, רעים. אנחנו מטעינים את החוק במשמעות חיובית.

**חברו**: כמובן.

**סוקרטס**: וכי לא קראנו לו סברה של מדינה? והרי ישנן גם סברות הגונות וגם גרועות? אם זו סברה של מדינה כיצד להתנהג, אז יש אנשים שהסברה שלהם הגונה וצודקת, ויש כאלה שהסברה שלהם בלתי צודקת. אם הסברה היא בלתי צודקת, לא נוכל לומר שלקיים את החוק זה דבר צודק. **כדי להגיד שלקיים את החוק זה דבר צודק, צריך להניח שהחוק עצמו הוא צודק**.

**חברו**: ישנן.

**סוקרטס**: ואשר לחוק, נמצא שאין הוא גרוע. אין זה נכון אפוא להשיב שהוא סברה של מדינה. החוק לא יכול להיות סברה, שיכולה להיות נכונה או לא נכונה. אם הסברה לא נכונה ולא צודקת, הרי שלא צריך לקיים אותה. כלומר, **סוקרטס אומר שאנחנו מזהים את החוק עם הטוב, עם הצודק**. **את הפרת החוק עם הרע, הבלתי צודק**. משמעות הדבר **שאנחנו צריכים להניח שהחוק הוא צודק**. אבל לא כל סברה או מעשה חקיקה הוא צודק. **צריך להעמיד את החוק מול קריטריון אובייקטיבי של צדק**. לא לתלות אותו רק במחוקק, ברצונו הגחמני (אולי) של המחוקק.

**סוקרטס**: ואולם גם לי נראה שהחוק סברה מה. ומאחר שסברה גרועה אינה חוק. כלום לא ברור מתוך כך שהחוק הוא סברה הגונה? צריך להניח שהחוק הוא עצמו צודק, עומד בקריטריון אובייקטיבי.

**חברו**: כן.

**סוקרטס**: סברה הגונה היא סברה אמיתית, וסברה אמיתית היא גילוי האמת. אם החוק צריך להיות אמיתי כדי שנתייחס אליו באופן חיובי ונאמר שמי שמקיים אותו עושה משהו טוב וחובה לקיים אותו, ומי שמפר מפר חובה- צריך להניח שהחוק הוא צודק. לכן, החוק צריך להיות גילויה של האמת.

**החוק מבקש, אפוא, להיות גילויה של האמת**. **אפלטון בשם סוקרטס נותן הגדרה חלופית**. בעוד שהחבר הגדיר את החוק כמה שנחקק ונוהגים על פיו, דהיינו זו הגדרה פוזיטיבית [מה שמחוקקים ותקף באותה מדינה הוא החוק]. סוקרטס מציע הצעה אלטרנטיבית לפיה החוק מבקש להיות גילויה של האמת. החוק הוא לא כל מה שהמחוקק מחוקק, אלא הוא צריך להיות **גילוי של אמת חיצונית לחוק**.

כדי להטעין את החוק במטען שאנחנו מתייחסים אליו כדבר צודק, טוב – אנחנו צריכים גם להניח שהוא טוב והוא צריך להיות גילוי של האמת. אם המחוקק יחוקק חוק רע, בלתי צודק- לא תהיה חובה לקיים אותו. לכן לא ניתן להסתפק בהגדרה הפוזיטיבית שהחוק הוא מה שהמחוקק קובע, אלא צריך לשעבד את החוק, להעמיד אותו מול קריטריון חוץ משפטי, מעבר לרצונו של המחוקק, שהוא "גילויה של האמת".

ליתר דיוק, סוקרטס אומר שהחוק מבקש להיות גילויה של האמת. לא יודעים בוודאות שהוא אכן גילויה של האמת, אבל הוא מבקש, חותר להיות גילויה של אמת- אמת מוסרית, אמת של צדק. **רק חוק כזה שיעמוד בסטנדרטים של צדק שהם מעבר לחוק, נוכל לומר עליו שהוא צודק ויש חובה לציית לו**. **מי שמפר אותו עושה מעשה עוול**.

**סיכום הטיעון של סוקרטס**- אם אנחנו חושבים על החוק בתור דבר צודק, שהמקיימים אותו עושים מעשה צדק והמפירים אותו עושים מעשה עוול, החוק אינו יכול להיות מבוסס רק על החלטה של המחוקק או על "סברה מדינית". הוא צריך להיות מבוסס גם על צדק או על האמת.

המהלך הזה מיד מעמיד את אפלטון **בתפיסה של "משפט טבעי"**, בניגוד למשפט הפוזיטיבי [החלטה/רצון המחוקק]. המשפט הטבעי מניח את קיומם של עקרונות צדק שהם מעבר לחוק והחוק צריך להתאים להם.

**בעיית השונות של החוק**

**חברו**: וכיצד ייתכן, סוקרטס שאם החוק הוא גילוי האמת, אין אנחנו נזקקים תמיד לאותם החוקים באותם העניינים? **החבר תוקף את ההצעה של סוקרטס**. מעלה את השאלה שהעלינו בשיעור הראשון- אם החוק הוא גילוי האמת, **איך נסביר את העובדה שהחוק איננו אחיד?** **החוק משתנה בשני מימדים- א. במימד המקום**- חוק במדינה אחת לא זהה לחוק במדינה אחרת; **ב. במימד הזמן**- מה שהיה פעם חוק צודק, היום לא נחשב חוק צודק; מה שהיום חוק צודק, אולי פעם לא היה צודק. **התפיסה המוסרית והמשפטית משתנה**. איך אפשר לייחס לחוק תכונה של אמת, אם אנחנו נוכחים לדעת שהחוק איננו אחיד ומשתנה ממקום למקום ומזמן לזמן. אם החוק משתנה- לא נוכל לומר אף פעם שהחוק הוא אמיתי. אמת היא נצחית, אוניברסלית.

**סוקרטס**: אף על פי כן **רוצה** החוק להיות גילוי האמת. ואילו בני האדם שכפי שנראה לנו אינם נזקקים תמיד לאותם החוקים אינם מסוגלים תמיד לגלות את אשר מבקש החוק, היינו את האמת. העובדה שבני אדם לא מצליחים לחוקק את החוק הצודק/ הנכון, דעתם משתנה מכיוון שהם לא משיגים את האמת, לא יודעים מה נכון ועמדתם לגבי הנכון משתנה; **העובדה הזו איננה אומרת שהחוק איננו חותר להיות האמת והחוק הצודק הוא החוק האמיתי**.

הדוגמה שממחישה את זה היא התפיסה שלנו את המדע. **מצד אחד, יש לנו תפיסה של מדע שהיא איננה יחסית**. מניחים שיש חוקי טבע נכונים ושאינם נכונים. **מצד שני,** אם מסתכלים על היסטוריה של המדע, אנחנו יודעים **שלמדע היו מחשבות שונות**. לדוגמה: בעבר חשבו שהשמש מסתובבת סביב כדור הארץ, והיום אנחנו יודעים שכדור הארץ מסתובב סביב השמש. **האם המדע הוא יחסי?** לא. אנחנו מניחים שהמדע הוא לא יחסי. הגילוי שלו [במדע יש תשובה נכונה ותשובה שאיננה נכונה], **המדע מגיע לאמת שמושגת בתהליכים היסטוריים ארוכים עד שמגיעים לאמת בכל מיני תחומים**. אבל **האמת היא תמיד בלתי מושלמת**. יש דברים שהיום אנחנו יודעים ביחס לעבר, שבעבר הם היו לא נכונים והיום הם נכונים- העובדה שהידע המדעי השתנה מהעבר להיום לא מלמדת שהידע המדעי שלנו יחסי. **הידיעה שלנו היא יחסית**. **אנחנו לא יודעים בכל נקודת זמן הכל**, **אבל תפיסת האמת המדעית שלנו איננה יחסית**. אנחנו יכולים להחזיק בתפיסה שיש אמת מדעית אחת, אבל להשיג את האמת הזו ולדעת אותה זה דבר שלוקח זמן [שנים רבות], משתנה עם הזמן, יש תפיסות שונות עד שהמדע מגיע לתובנה שהוא יודע משהו. אבל עדיין יש דברים שהוא לא יודע. אחד הדברים החשובים בפילוסופיה של המדע ובמדע בכלל הוא להבחין [לא רק בין מה שאני חושב שהוא נכון ולא נכון ולהוכיח זאת] בין עובדה להשערה, בין עובדה לתיאוריה. לדעת איזה דברים אני יודע אותם כעובדות ואיזה דברים אני משער לגביהם השערות [עשויות להיות נכונות וגם להשתנות].

עצם השינוי של הידע איננו מלמד שהידע הוא מטבעו יחסי. הידע יכול להיות אובייקטיבי ולא יחסי אבל ההשגה שלו לוקחת זמן.

**סוקרטס אומר אותו דבר ביחס לחוק**. **החוק רוצה להיות גילויו של האמת**. החוק הנכון הוא החוק האמיתי. חוק שאפשר לבחון / לתקף אותו באמצעות עקרון שמעבר לו. זה שבני אדם לא תמיד מגיעים לזה, לוקח זמן להגיע לזה, בני אדם לא תמיד מסוגלים לגלות את האמת- לא מלמד שאכן החוק איננו בסופו של דבר חותר להיות אמת.

**סוקרטס**: אך הבה נצא ונראה אם תמיד נזקקים אנחנו לאותם חוקים או פעמים לאלה ופעמים להללו.

**חברו**: אין שום קושי, סוקרטס, לעמוד על כך שגם אותם האנשים אינם נזקקים תמיד לאותם החוקים, ושאנשים שונים נזקקים לחוקים שונים.

אצלנו למשל לא דין הוא, אלא חטא לאלים, להקריב אדם, ואילו אנשי קרתגו מקריבים את בניהם לקרונוס [=בעל]. ובעניין הקבורה מנהגינו שונים משל אבותינו. אבות אבותינו קברו את מתיהם בתוך ביתם, ואנחנו איננו נוהגים כך.

הוא מבחין שהחוק משתנה- יש **שינויים אצל אותה קבוצת אנשים** בנוסף לכך שהחוק משתנה לאורך זמן ומקום.

**דוגמה 1:** **קבוצות בני אדם שונות במקומות שונים**: ביוון- להקריב בני אדם לאלים זה **חטא**, לעומת זאת אצל אנשי קרתגו [פיניקים שגרים בקרתגו בצפון אפריקה] היה מנהג של **הקרבת בני אדם לאלים**. **מצווה**, מעשה נאצל.

יש להם תפיסות משפטיות ומוסריות שונות.

**דוגמה 2: שינוי באותה קבוצת אנשים**: **עניין הקבורה**- החוק עצמו ביוון השתנה.

דוגמאות שלקוחות מהעולם הדתי, לעולם המוסרי, לעולם המשפטי. **התפיסות הנורמטיביות שלנו משתנות עם הזמן באותה קבוצה או משתנות בין מקום למקום**.

זה לכאורה מוליך **לעמדה יחסית של החוק**. החוק איננו יכול להיות אמת. אולי מתאים לעמדה פוזיטיבית, שקובעת שהחוק הוא מה שחברה נתונה מחוקקת במקום מסוים [החוק הוא מה שנחקק ונוהגים על פיו]. יש הבדל בין חברה במאה ה-2 לפנה"ס לעומת חברה במאה ה-21. כל חברה מחוקקת מה שמתאים לה. יש כאן תפיסה אינטואיטיבית שהשונות מלמדת על יחסיות של החוק, ועל כן שנכון להגדיר את החוק באופן יחסי בהתאם לחברה שבה הוא נקבע.

**סוקרטס**: האם לפי דעתך מעשי הצדק- עוול הם ומעשי העוול- צדק, או מעשי הצדק- צדק ומעשי העוול- עוול? סוקרטס מתמודד עם האתגר ועונה כך לחבר. האם אתה מסכים איתי שאנחנו יכולים להשתמש במונחים של צדק ושל עוול או שאתה חושב שלמושגים האלה אין משמעות אובייקטיבית.

וכי דעה זו רווחת אצל כל בני האדם כפי שהיא רווחת כאן?

**חברו**: כן. חברו לא נוקט עמדה יחסית קיצונית, לפיה הוא לא מכיר בכלל במושגים של טוב ורע, צדק ועוול. הוא כן מכיר במושגים האלה.

**סוקרטס**: האמת ולא השקר נחשבת לאמת. אצלנו ובכל העולם כולו. מושגים של אמת ושקר, טוב ורע, זו נקודת המוצא של סוקרטס. חברו לא מכחיש את הדבר הזה.

**חברו**: כן נראה לי.

**סוקרטס**: המחטיא אפוא את האמת מחטיא את הדין. **אם אתה מכיר שיש מושגים של צדק, אז לפיהם אנחנו יכולים לשפוט את החוקים**. נכון שבקרתגו מקריבים בני אדם וביוון לא מקריבים בני אדם. אין מה להתווכח לגבי עובדה זו. אך האם נוכל לשפוט את העובדה הזו? האם זה שמקריבים בני אדם בקרתגו זה צודק או לא צודק, זה רצח או מצווה? אם אתה מניח שיש לך מושגים של צדק ועוול שהם מושגים אוניברסליים, שאתה יכול לשפוט את ההתנהגות הזו, זאת אומרת שאתה יכול להעמיד את החוק במבחן אובייקטיבי.

אם החבר היה נוקט עמדה רלטיבית-קיצונית לפיה אין מושגים של צדק ועוול, טוב ורע, מעבר למה שחברה נתונה מחזיקה בהם, שהמונחים של צדק ועוול המוסריים הם עצמם מושגים יחסיים- הדיון היה צריך לקבל תפנית. החוק בלתי שיפוטי. אבל **החבר לא מחזיק בעמדה קיצונית רלטיבית ביחס למוסר**. הוא מוכן לקבל את זה שיש צדק ועוול. **הוא** **מחזיק בעמדה רלטיבית ביחס לחוק הנוהג והמוסר הנוהג, אבל לא ביחס למוסר האידיאלי**.

סוקרטס אומר שאם החבר מסכים איתו שיש מושגים של צדק ועוול הוא יכול בעזרתם לשפוט את החוקים ולומר איזה חוק צודק או לא צודק. רובנו עד היום לא מחזיקים בעמדה רלטיבית קיצונית ואומרים שזה בסדר נניח שבמקומות מסוימים כמו הודו בעבר שרפו את האלמנה עם בעלה [זה המנהג]; מקומות מסוימים זורקים מהגגות והורגים להט"בים. **אנחנו נוקטים עמדה שיפוטית ביחס למעשים שחברות שונות עושות** 🡨 אם אנחנו נוקטים עמדה שיפוטית כזו ויש לנו מושגי "טוב ורע" שהם מנותקים או אינם משועבדים לנוהג של חברה מסוימת **הרי שניתן לשפוט את החוקים**. אפלטון אומר שאנחנו יכולים להעמיד את המשפט במבחנים אובייקטיבים מעבר למה שנהוג באותו מקום.

**חברו**: לפי דבריך מסתבר שאותו דין נוהג אצלנו בכל הזמנים, ואין הבדל בינו לבין דינם של שאר בני האדם. אולם כשאני מעלה על דעתי שבלא הפסק אנו הולכים ומשנים את חוקינו אין אני יכול להאמין בכך. החבר לוחץ עליו. לפני כן הוא דיבר על שינוי בין חברות שונות. עכשיו הוא חוזר לעניין של השתנות החוק בחברה נתונה, למשל ביוון. אם החוק משתנה קשה להאמין שהחוק הוא גילוי של אמת.

**סוקרטס**: אולי אינך שם אל לב שהללו, בהיותם מועברים ממקום למקום כאותם הכלים על גבי לוח המשחק, בכל זאת לא יחול בהם שינוי.

סוקרטס מעלה טיעון נוסף, **לא כל שינוי בחוק מלמד על שינוי בתפיסת הצדק**. **לפעמים שינוי בחוק הוא ביטוי להתאמה לנסיבות**. כמו כלים על לוח המשחק שיש לו כללים אחידים, אבל הכלים נעים על הלוח ממקום למקום בהתאם לכללים.

פתרון נוסף לבעיית השונות בחוק- לעיתים השינוי בחוק איננו ביטוי של תפיסה שונה מבחינה מהותית של מהות הטוב והרע. לפעמים התפיסה העקרונית דומה, אך השונות נובעת מהתאמה לנסיבות שונות. **כמו הכלים שנעים על הלוח בהתאם לאותם כללי משחק**, לפעמים גם נורמות משפטיות יחולו במצבים שונים באופן אחר בהתאם לנסיבות. זה **לא פתרון אוניברסלי**.

חלק מהשונות נובעת מחוסר יכולת לעמוד על האמת, חלק מהשונות נובעת מתפיסות שונות של אמת [טוב ורע, מוסר] ולפעמים השונות נובעת מהתאמה לנסיבות.

**מקורות משפטיים- החוק החרות**

**סוקרטס**: ושל מי הם הכתבים וההוראות בעניין יישובה של המדינה? כלום לא של הבקיאים בממשל של מדינות? מי הם המחוקקים? אנשים מומחים.

**חברו**: כך נראה לי.

**סוקרטס**: וכי בקיאים כך אנשים כל שהם זולת אלה שמדינאים הם ואנשים מלכותיים? המחוקקים בעבר- מנהיגים דגולים או מלכים.

**חברו**: אלה בלבד.

**סוקרטס**: החוקים שנקראים בשם זה בפי הבריות אינם אפוא אלא כתבים מדיניים שנכתבו בידי מלכים ואנשים מצוינים. החוק הוא לא תוצר כלאחר יד של פשוטי עם, אלא הוא תוצר של אנשים מצוינים. כוונתו של אפלטון בהקשר זה היא בעיקר מלומדים.

**סוקרטס**: והרי הבקיאים אינם כותבים לעיתים כך ולעיתים כך. ואם אנחנו רואים אפוא במקום כלשהו אנשים שנוהגים כך, בקיאים או אינם בקיאים? הם לא משנים את הדברים באופן אקראי, הם עקביים. אם אנשים משנים את דעתם מעת לעת- נאמר שהם לא בקיאים, כי **אנשים בקיאים בעלי דעה מחזיקים בעמדה עקרונית ולא משנים**.

**חברו**: אינם בקיאים.

**סוקרטס**: וכן גם בכתבים בעניין צדק ועוול ובדרך כלל על סדריה של מדינה, הנכון בעניין זה הוא חוק מלכותי. ומה שאיננו נכון אף על פי שבעיני עמי הארץ נראה הוא כחוק איננו כן, שכן מנוגד הוא לחוק. **אפלטון נכנס להבחנה- לא כל מה שנחזה להיות חוק הוא חוק**. חוק אמיתי הוא חוק שכתבו אנשים מלומדים מכיוון שבסופו של דבר הוא משקף את האמת. לעומת זאת, חוקים שלעיתים מוציאים אנשים שהם אינם מלומדים ואינם בקיאים, החוקים נחזים להיות חוקים אבל מכיוון שהם לא באמת ביטוי לאמת אז הם אינם חוק.

**חברו**: כן. חברו מודה בזה.

**סוקרטס**: משמע, בצדק הוסכם בינינו שהחוק הוא גילוי האמת. סוקרטס הביא לכך שהחבר מתכחש להגדרה הראשונה שלו, שהייתה: מה שנחקק ונוהגים על פיו זה חוק. סוקרטס הביא את החבר לכך שלא כל מה שנחקק ונוהגים על פיו הוא חוק. אם מה שנחקק נחקק ע"י אנשים פשוטים חסרי דעה אז הוא נחזה להיות חוק, יש אנשים שהתייחסו אליו כחוק, אבל הוא לא באמת חוק כי הוא לא גילויה של האמת והוא לא תוצר של אנשים מלומדים שיכולים לגלות את האמת.

במאמר מוסגר- **דעתו של אפלטון על הדמוקרטיה הייתה מאוד ספקנית**. הוא לא התלהב מהדמוקרטיה, שיש לכל אדם את אותו מעמד וכל אדם יכול לחוקק חוק. הוא לא ראה בזה דבר דגול. **הוא חשב שהחוקים צריכים להיות ביטוי של חוכמה ולכן רק אנשים משכילים, פילוסופים, יכולים לחוקק חוקים**. לפעמים גם השליט/ המלך הפילוסוף של אפלטון. דמוקרטיה שבה כל פשוטי העם יכולים לחוקק חוקים, והחוקים אינם צודקים- זה לא דבר שהוא ראה כמשובח בעיניו.

התפיסה העקרונית של אפלטון, לפיה החוק צריך להיות גילויה של האמת, יכולה להיות רלוונטית גם לדמוקרטיה.

בעקבות זאת, סוקרטס מגיע לסיפור היסטורי על חוקי יוון.

**מקורם של חוקי יוון**

**סוקרטס**: מי הם היוונים שנזקקים לחוקים הישנים ביותר?

**חברו**: לפי מה שנוהגים לומר מוצאם מכרתים. כריתים נחשבת לתרבות העתיקה ביותר ביוון. התרבות המיקנית.

**סוקרטס**: ומי היו מלכיהם הטובים? מינוס ורדמנתיס בניהם זיאוס ואירופה. **הוא מתאר את המלך האגדי מינוס [על שמו גם נקרא הדיאלוג הזה] והאלים זאוס ואירופה**. **המלכים היו בניהם של האלים האגדיים האלה**. בתפיסה היוונית בני אדם דגולים יכלו להיוולד מאלים או אלים מבני אדם. הפער הגדול בין בני אדם ואלים לא היה בתפיסה היוונית הקדומה. היה קשר בין שמיים וארץ. **יכולים להיות בני אדם שהם בני אלים**. רעיון של "בן האל" שאנחנו מכירים מהמזרח ואח"כ בנצרות. בתפיסה קדומה היה קשר בין בני אדם לבני אלים. **סוקרטס מזכיר את המלכים מינוס ורדמנתיס**.

**חברו**: על רדמנתיס מספרים שהיה איש צדיק ואילו מינוס איש פראי ואכזר. במסורת היוונית מקובל להגיד שרדמנתיס צדיק ואילו מינוס אכזר.

**סוקרטס**: זה סיפור אגדה [מיתוס] שמוצג על בימות התיאטרון שלנו. בתיאטרון מציגים את מינוס כאיש פראי ואכזר אבל זה לא ככה.

**מינוס**

**סוקרטס**: הומירוס מספר: "קנוסוס העיר הגדולה שבה מלך מינוס, שבכל שנה תשיעית היה בן שיחו של זיאוס".

* בכל תשע שנים ביקר מינוס במערת זיאוס כדי ללמוד אשר ילמד ובמשך תשע שנים הציג את אשר למד. הוא למד מזיאוס כיצד לחנך לסגולה הטובה.
* החוקים של כרתים הם חוקים אלוהיים שהבטיחו לכרתים הצלחה במשך שנים רבות.

היוונים מסתמכים על המקורות הספרותיים שלהם בערך כמו שהיהודים מסתמכים על התנ"ך. **סוקרטס מצטט שורה מהומירוס ומביא הוכחה לדיון התיאורטי ביניהם**. מוצא מקור שבו מינוס נחשב לבן שיחה עם זאוס, יש לו קשר בלתי אמצעי עם האל. **אפלטון נותן פירוש להומירוס**. מה שהומירוס מספר שמינוס ביקר את זיאוס, הוא כדי ללמוד ממנו וכל 9 שנים הוא היה מורה את מה שלמד מזאוס והוא היה חוזר אליו כדי ללמוד איך לחנך לסגולה הטובה. המשמעות היא **שמינוס הוא המחוקק המלך העתיק של כריתים**. הוא חוקק חוקים אלוהיים.

אפלטון משחק על המיתוס. הוא עובר מלהיות פילוסוף, הוא עושה שימוש במיתוס היווני בסיפור על מינוס והוא **מפרש**. מינוס לא היה סתם מלך, אלא למחוקק האגדי הזה היה קשר בלתי אמצעי עם האל. החוקים שהביא הם חוקים אלוהיים. החוקים הם בעלי מעמד.

אפלטון חותר להשריש את התובנה שהחוק הוא לא סתם כל מה שמחוקקים ונוהגים על פיו, לא כל מחוקק, אלא רק אנשים שהם בעלי מעלה, פילוסופים.

למינוס יצא שם רע משום שהיה אויבה של אתונה. לכן המשוררים והסופרים באתונה הציגו אותו באור שלילי. מינוס חי בכרתים. יש כאן **פוליטיקה של ההיסטוריה**- מי שכתב את ההיסטוריה הם המשוררים והסופרים של אתונה, שהם היו אויבים של כרתים. לכן הם מציגים את מינוס באור שלילי.

במאמר מוסגר- אפלטון התייחס לאתונה בביקורת, משום שהיא הוציאה להורג את מורו הנערץ סוקרטס. לכן הוא לא קנה את כל מה שסיפרו באתונה.

האמת היא שמינוס היה מלך- פילוסוף. לכן החוקים שלו הם חשובים והאופן שבו מציגים אותו באתונה הוא הצגה שלילית.

אפלטון עשה סיבוב- התחלנו מדיון פילוסופי-אנליטי של **מושג החוק**, ואילו בחלק האחרון אפלטון נכנס למיתוס היווני, שבו הוא רוצה להוכיח שגם דמות המלך מינוס שנחשבה ביוון הוא מלך פילוסוף ולכן הולכים אחריו.

**סיכום עיקרי הדברים של אפלטון**-

**הטענה המרכזית שלו היא שהחוק איננו כל קביעה של המחוקק**, וודאי איננו קביעה שרירותית של המחוקק. לא כל מה שנחקק, שמבחינת הפרוצדורה עונה על ההגדרות של חוק [נחקק כראוי ע"י המחוקק/מועצת הזקנים/ המלך/ כל גורם שמוסמך לחוקק בכל חברה] ראוי להיחשב כחוק, אלא רק מה שמבקש להיות גילויה של האמת. **החוק צריך לעמוד בסטנדרטים של צדק, מוסר והוא לא עומד כשלעצמו לבד**.

לפעמים מציגים את השאלה הזו באופן הבא- אם אנחנו חושבים על אוכל. **נניח** שרואים ילדים שמכניסים לפה חול ולועסים אותו. האם נכון לומר שהם אוכלים? הם מבצעים פעולה דומה לאכילה- מכניסים חול לפה, לועסים ואולי אפילו בולעים. ניטה לומר שהם "לועסים חול" ולא נאמר שהם "אוכלים", כי **מושג האוכל שלנו קשור לא רק לפרוצדורה החיצונית [מכניסים לפה, לועסים ובולעים] אלא זה צריך להיות מזון- יש משהו מהותי**.

התפיסה של אפלטון את החוק היא תפיסה דומה. אנחנו מייחסים לחוק מושגי טוב ורע, מושגי צדק ועוול. לא מתייחסים באופן אגבי ואומרים שיש חוק- אפשר לקיים ואפשר לא לקיים. מי שמקיים עושה מעשה טוב ומי שמפר עושה מעשה רע. **אם מייחסים חובה לקיים את החוק, צריך להניח שהחוק אכן נכון וצודק**. לכן אפלטון אומר שהחוק קשור באופן מהותי במהותו למושגי טוב-רע, צדק-עוול.

לפי התפיסה הזו ניתן לומר שלא כל מה שנחקק לפי הפרוצדורה של חוק יהיה חוק. לפעמים אנשים נחזים להיות מחוקקים, אבל החוק הנחקק הוא רע.

איך אני יודע אם החוק הוא טוב ורע? הקביעה של תוקף החוק איננה רק לפי הפרוצדורה שבה הוא נחקק [ע"י מועצת הזקנים / האסיפה המחוקקת / המלך / כל גורם שהוא מוסמך לחוקק במדינה נתונה] אלא מה שקובע הוא התוכן של החוק. אני צריך לבחון את החוק כשלעצמו. **חוק שהוא בלתי צודק גם אם הוא נחקק מבחינת הפרוצדורה ע"י המחוקק הראוי לא ייחשב חוק**.

**זו תפיסה קלאסית של "משפט טבעי", שאומרת שהתנאים לתוקף החוק הם:**

**א) יחקקו בהתאם לכללים**.

**ב) הדבר המרכזי יותר- החוק מתאים לעקרונות של צדק ומוסר אוניברסליים שהם מעבר לחברה נתונה**. אם חוק עומד בניגוד לעקרונות האלה הוא איננו חוק. חוק צריך לעמוד בהתאמה לעקרונות המשפט הטבעי= עקרונות צדק ומוסר כלליים.

**לחילופין**, על זה אפלטון לא דיבר אבל ראינו **בפס"ד פלוני**- **עקרונות מוסריים יכולים להיות בעלי תוקף חוקי גם אם לא נחקקו ע"י המדינה**. למשל, השופט חשין אמר שעקרון "הרצחת וגם ירשת" הוא עקרון מחייב במשפט המדינה, הגם שהוא לא נחקק ע"י הכנסת. **באופן** **הזה נוצרת איזשהי זיקה קבועה בין המשפט לבין המוסר**.

**המשך השיעור בזום-**

בפסה"ד שקראנו בשיעור שעבר ראינו את הגישה של השופט חשין, שהוא נזקק למושג של משפט הטבע כדי להשלים נורמה לבעיה משפטית שהייתה לפניו. החוק כפשוטו לא סיפק פתרון משפטי ברור למצב שהיה- אדם ניצל נערה והכניס אותה להיריון. החוק לא אפשר להכריז על הילד כבר אימוץ. השופטים האחרים ניסו לעשות תמרונים משפטיים כדי להגיע לאותה תוצאה, 3 שופטי הרוב הלכו על עניין אי מסוגלות הורית: עיגון בסעיף בחוק ע"י פרשנות רחוקה שלו. **השופט חשין אומר משהו חדש לגמרי- אם אין פתרון טוב בחוק, הוא רשאי לפנות לעקרונות המשפט הטבעי- עקרונות מוסריים**. עקרון "הירשת וגם רצחת" הוא עקרון חזק והוא רואה אותו כחוק מחייב במדינת ישראל ופוסק על פיו.

בשיעורים הקרובים נעיין במושג של המשפט הטבעי, שיש לו היסטוריה מאוד עשירה בתרבות המערבית. ראשיתו בפילוסופים היווניים [אפלטון ואריסטו]. הם הניחו את היסודות למושג של "המשפט הטבעי". אח"כ הוא נכנס גם למחשבה הנוצרית בימי הביניים וגם בעת החדשה המושג של זכויות [אדם] טבעיות משקף את התפיסה של המשפט הטבעי.

התפיסה הזו אומרת שיש משפט טבעי. יש עקרונות מוסריים, אוניברסליים שהם מעבר למשפט שכל מדינה קובעת לעצמה. המשפט הפוזיטיבי שכל מדינה קובעת לעצמה הוא עניין קוגנטי, מה המחוקקים קובעים באותו מקום, אבל המשפט הטבעי הם העקרונות האוניברסליים. הטענה של אנשי המשפט הטבעי היא שיש **זיקה בין המשפט הפוזיטיבי של המדינה למשפט הטבעי**.

המשפט הפוזיטיבי שהמדינה מחוקקת איננו מנותק או יכול להיות מנותק לעקרונות המוסריים. הוא חייב לעמוד בכפיפות להם. היחסים האלה הם ב-**2 כיוונים עיקריים**:

1. **חוק שהמדינה מחוקקת כפוף לעקרונות מוסריים כלליים**, **המשפט הטבעי**.
2. **במקרה שחוק של המדינה לא מספק תשובה, אפשר לפנות לעקרונות מוסריים כלליים ולתת להם מעמד משפטי**.

בד"כ לפי התפיסה הפוזיטיבית צריך להבחין בין שני התחומים האלה ואין לקשר ביניהם.

את היסודות לתפיסה של משפט הטבע מניח אפלטון בדיאלוג של מינוס.

**בדיאלוג יש עימות בין תפיסות**- תפיסה פוזיטיבית: המשפט הוא מה שמחוקקים [דעת החבר] לעומת דעת אפלטון שהמשפט הוא גילויה של האמת. הכוונה לא לאמת מדעית או פיזיקלית, אלא **לאמת מוסרית**. הוא מניח שהמשפט חייב להתאים לאמת המוסרית הזו.

משמעות הטענה- **המחוקק הוא לא כל יכול או חופשי**, **הוא כפוף לעקרונות**. אם המשפט שהוא קובע הוא מוטעה ומנוגד לאותה אמת מוסרית, אז **החוק הזה מבחינה משפטית בטל**. יש תפיסה שממזגת ורואה קשר פנימי בין שני המושגים הללו.

מדוע יש קשר? מושג המשפט מכיל את האמת המוסרית שלו. מדברים על משפט באופן חיובי- ראוי לשמור על החוק ולא ראוי להפר אותו. מייחסים למשפט ערך חיובי וכדי לעשות זאת הוא חייב לעמוד בתנאים האלה.

אם נראה במשפט עוול, בלתי צודק לממש את החוק, **נניח מינה הווי התאמה בין המשפט הפוזיטיבי למשפט הטבעי**. כמסקנה ניתן לפסול חוק בטענה שאינו תואם את המשפט הטבעי + להשלים חוק באמצעות המשפט הטבעי.

**שאלות כיתה**:

* ההנחה של אפלטון היא שאפשר לגשת למוסר הטבעי, למשפט הטבעי. באמצעות התבונה [**הנחה של סוקרטס**] אפשר לדעת מה טוב/רע, מה נכון/לא נכון. התפיסה המוסרית היא לא שרירותית. היא לא רק רגשית. אלא היא קשורה ונובעת מהתבונה.

יש בעולם ויכוחים מוסריים ודילמות מוסריות עם דעות לשני הצדדים וההכרעה אינה פשוטה. אך יש עקרונות מוסריים שמתחייבים מהתבונה ולכן הם נגישים לבני אדם. לכן אפשר באמצעות הקריטריונים האלה לשפוט את המשפט.

* העמדה הפוזיטיבית=הבחנה בין משפט ומוסר. **טענת סוקרטס**= המשפט נובע מהתפיסה שלנו את המשפט. זו תפיסה **שהמשפט לא יכול להיות כל דבר**. מייחסים למשפט ערך חיובי, רואים אותו כצודק.
* השליט/המחוקק מייצר מערכת כללים למטרות ציבוריות/אישיות/פוליטיות וכו'. מאחורי המשפט עומד הכוח של המדינה. צריך להתנהג על פי המשפט- מי שלא מתנהג נענש ומי שמתנהג כך זוכה ליחס חיובי.
* המשפט הוא לא רק עניין של צורה- מערכת כללים אובייקטיבית, שמאחוריה עומד הכוח.
* אם אומרים שבאופן מהותי המשפט הוא טוב- צריך לבחון את החוקים שהם אכן עומדים בהתאם לכללים המוסריים.
* לפי התפיסה של משפט הטבע באופן עקרוני חוק שהוא רע או אנטי-מוסרי צריך להיות בטל, כי תנאי לתוקף של החוק איננו רק הפרוצדורה שבה הוא חוקק ע"י המחוקק אלא יש תנאי מהותי לתוקפו שהוא עמידה בכללי הצדק של המשפט הטבעי.
* זה יכול להכניס למערכת **גישה ביקורתית** ולהטיל ספק בכל חוק. [גם היום אנשים טוענים שחוק פגום או גזעני וכו']. **אנשי משפט הטבע יצטרכו לפתח גישה יותר מורכבת לגבי בטלות חוקים**. לא כל אחד שבעיניו החוק לא צודק אזי נבטלו, אבל כאשר מדברים על מקרים קיצוניים אז הוא יהיה בטל. **כנ"ל לגבי מצבים קיצוניים שאין תשובה בחוק ואז ניישם את העקרונות המוסריים** כפי שעשה השופט חשין בפס"ד פלונית.

אפלטון מתמודד עם שאלות שעלו בכיתה כגון: שינוי המשפט בפועל. החבר שואל- אמנם אתה אומר שהמשפט צריך להיות גילויה של האמת [והיא נצחית, אוניברסלית] אבל אנחנו רואים שבמציאות המשפט הולך ומשתנה במרחב הזמן ובמרחב המקום. במקום- לא נוהגים כמו אנשים במקומות אחרים [קרתגו נוהגים להקריב אנשים לאלים (מעלה גדולה, מצווה); בעיני היוונים הדבר פסול]. איך ניתן לומר שהמשפט הוא גילוי של האמת כאשר המשפט שונה מאוד אחד מהשני?

גם בתוך יוון- המשפט שונה ממה שהיה בעבר לבין היום. **המשפט הוא דינמי**. **איך אפשר לקשור את המשפט למושגים נצחיים ואוניברסליים של משפט טבעי?** זה שאנשים בפועל מחזיקים בתפיסות שונות, זה אומר שאנשים חותרים להגיע לאמת הזו אבל לא בהכרח מצליחים. מניחים שיש אמת אובייקטיבית במדע- אבל המדע משתנה לאורך זמן. **השינוי לא מעיד על יחסיות הידע עצמו; אלא הוא מעיד על יחסיות הידע של היודעים**. לא כל אנשי המשפט יודעים הכל, כנ"ל מדענים וכו'. זה לא אומר שאין אמת מוסרית אחת. הוא לא לומד ממנו על יחסיות. הוא נשאר בתפיסה של אמת אוניברסלית אובייקטיבית. השינוי משקף את השינויים של החכמים שעוסקים בזה.

בנוסף, דוגמה של כלי המשחק- כלי המשחק על הלוח נעים ממקום למקום. חוקי המשחק הם אותם חוקים, אבל הכלים נעים על הלוח ממקום למקום. זה **רעיון של השתנות הנסיבות**. לפעמים הבדלים בחוקים לא משקפים שינוי באמת אובייקטיבית אלא בכך שצריך להתאים אותה אל הנסיבות בכל מקרה ומקרה.

אפלטון בעצם לא מניח או נותן מקום לחוק הפוזיטיבי. אפלטון מכופף את כל המשפט כולו לאותה אמת אובייקטיבית שהוא מניח את קיומה.

**ניתן לטעון שיש חוקים שהם ניטרליים מבחינת האמת**. לא ניתן לומר שכל חוק מתחייב מעקרון כללי. לדוגמה: נסיעה בצד ימין או שמאל של הדרך- הקביעה הזו לא מתחייבת משום עקרון. למשל: ענישה בקנס או מאסר. יש דברים שתלויים בסך הכל בקביעה של המחוקק ולא כפופים לעקרונות כלליים. **על זה אפלטון לא נותן לגמרי את הדעת**. **אריסטו יוסיף בבחינה הזו**.

התרומה של אפלטון היא הרעיון/ההנחה של המשפט בהיותו צודק. כדי לשמור עליה- צריך להבטיח שהמשפט באמת יהיה צודק ולא להיות כפופים לפרוצדורה של החקיקה בלבד, אלא לעקרונות מהותיים שהם מבקרים. התפיסה הזו משפיעה עד היום [נראה את הגלגולים שלה].

**השאלה הזו שעקרונות משפטיים ניתנים לביקורת מנקודת מבט מוסרית ועל כן ביהמ"ש יכול לבקר אותם- ראשיתה בתפיסה הזו במשפט הטבעי של אפלטון**.

אפשר לקשור את העמדה של אפלטון לחוויה שהוא חווה עם רבו סוקרטס- סוקרטס הואשם ע"י אנשי אתונה בעבירות בכך שהוא מבזה את האלים ומשחית את הנוער. הוא הועמד לדין, הורשע במשפט והוטל עליו עונש מוות. בסוף הוא שתה את כוס הרעל ומת. **החוויה המזעזעת הזו שאפלטון תלמידו ראה את מורו מוצא להורג ע"י מערכת המשפט של אתונה, שנחשבה אז וגם במורשת נחשבת "אם הדמוקרטיה", עיר-מדינה משגשגת, הביא אותו** **לעמדה ביקורתית גם ביחס לדמוקרטיה** [אפלטון אומר שדמוקרטיה עלולה להגיע למקומות האלה] **וגם ביחס למשפט**. יש הליך משפטי חוקי, האדם הורשע בדין לפי החוק, בימ"ש דן אותו למשפט, לקחו אדם חכם-קדוש שתרם הרבה לפילוסופיה של אתונה והוציאו אותו להורג כי דעותיו נראו רדיקליות. כלומר **ניתן לעשות שימוש לרעה במשפט**. זה הביא את אפלטון לבקר את המשפט ולומר שהמשפט הוא לא סוף פסוק. **סוף פסוק הם מושגים כלליים יותר של מוסר וצדק**. המשפט עצמו לא יכול להסתפק במה שהמחוקק קובע או ביהמ"ש קובע. המשפט צריך להיות גילויה של האמת, להביא לאמת, לצדק.

**דוגמה** של קבוצת ילדים שלוקחים חול, מכניסים לפה ובולעים. האם הם אוכלים חול? זו פעולה שדומה לאכילה, אבל כנראה שלא נאמר שהילדים אוכלים אלא בולעים חול. **מושג האוכל קשור עם משהו שראוי למאכל, מזון** לתפיסתנו. **כנ"ל צורת המשפט לדעת אפלטון** שחוקק ע"י המחוקק, ע"י ביהמ"ש, מיושם ע"י הציבור- זה לא מספיק. **המשפט צריך להיות צודק באופן מהותי**.

זו עמדה רבת עוצמה שמאפשרת ביקורת על המשפט, ביקורת פנימית. בתי משפט יכולים לפסול חוקים לפי תפיסת המשפט הטבעי מכוח היותם נוגדים עקרונות מוסריים כלליים. עקרונות מופשטים לפיהם השופטים יכולים לבקר את המשפט מכוח העקרונות הללו.

* לשיעור הבא- לקרוא את הקטעים של אריסטו שנמצאים בסילבוס- מהאתיקה, הפוליטיקה. נדבר על הגרסה של אריסטו לגבי המשפט הטבעי. היא ממשיכה לו וייחודית.

**שיעור 5- 22/03/22**

**המשפט הטבעי- אריסטו**

הפילוסופיה היוונית הניחה את היסודות לתפיסת המשפט הטבעי.

**האתיקה הניקומאכית [**סיכומים שסיכם ניקומאכוס].

* **הצדק המדיני קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו נובע מן החוק**.

יש חלקים של המשפט שהם תוצאה של חקיקה פוזיטיבית [המחוקק, אסיפת העם, המלך] וחלק מהטבע. **הבדל מסוים מאפלטון** שטען שהמשפט בכללו צריך להיות גילוי של האמת, כולו כאילו ביטוי של משפט טבעי, של רעיון מופשט של צדק.

אריסטו אומר שיש במשפט 2 היבטים, חלקים, מימדים: יסוד פוזיטיבי שלא ניתן לגזור אותו באופן טבעי מן הטבע ויש יסוד טבעי.

* טבעי הוא אותו חלק השריר בכל מקום ואינו תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות. ואילו מן החוק נובע כל מה שהיה יכול היה להיקבע באופן שונה.

**נותן סימן מהותי: מה שהוא מן הטבע הוא אוניברסלי**. נכון בכל מקום. **מה שנובע מהחוק הוא הצדדים השונים**. כאשר משווים בין חוקים בין מדינות שונות- לעניינו בין ערי מדינה שונות ביוון, בין יוון לעולם הברברי- יש גרעין משותף בכל המקומות [עבירות על רצח, שוד, הונאה וכו'] זה יסוד קבוע. למה הוא קבוע? מפני שהוא איננו תלוי בדעת הבריות. הנכונות שלו, החלק הזה של המשפט הוא צודק לא מפני שבני אדם הסכימו עליו, הוא לא תוצאה של הסכמה [דמוקרטית או חקיקת מלך או כל גוף מחוקק אחר]. הוא **מעבר להסכמה**. השאלה האם ראוי לעשות או לא לעשות את המעשים האלה- זוהי אמת שהיא מעבר להסכמתם של בני אדם. היא איננה תלויה בדעת הבריות.

**לעומת זאת, יש צדדים בחוק שהם תלויים בדעת הבריות**. מכיוון שהם תלויים, מטבע הדברים הם **משתנים ממקום למקום**. באתונה אפשר לחשוב א, בספרטה ב'. ארה"ב כך, ברוסיה אחרת. אם מדברים על **הסכמה חברתית**- היא עשויה להשתנות ממקום למקום.

חוקים שהם שווים בכל מקום= אמת אוניברסלית משותפת לכל הבריות. היסוד הטבעי של המשפט הוא אוניברסלי ונצחי באופן עקרוני [ניתן לגלות אותו מעת לעת ולכן אולי לא נצחי].

חוקים שונים= תוצר של הסכמה, החלטה אנושית. הצדדים של המשפט הפוזיטיבי ששונה ממקום למקום. תלוי בדעת הבריות.

**דוגמאות:** קביעת העבירה של רצח, גניבה, רמאות וכו' זה עניין אוניברסלי. זה מעשה שהוא פסול בכל מקום ולא תלוי בהסכמה. גם אם מדינה תאמר שמותר לגנוב או לרצוח- זה יהיה מנוגד למשפט הטבעי.

לעומת זאת השאלה כיצד להעניש את העבריינים- מאסר [כמה שנים], מלקות, עונש מוות, קנסות, להקריב קורבנות ואיזה קורבנות וכו'- אלה הם דברים שמשתנים ממקום למקום והם תלויים בהסכמה. לא ניתן לומר שהענישה משקפת אמת אוניברסלית. מדיניות הענישה יכולה להשתנות, סוג הענישה יכול להשתנות.

ניתן להרחיב ולדבר על הסדרים בתחום המסחרי-כלכלי של המשפט. כיצד נכרת חוזה- הצעה וקיבול. השאלה איך לקבוע מהו חוזה זו יכולה להיות שאלה שמשתנה מחברה לחברה ומדינה למדינה. או כיצד מקימים חברה; מהם חוקי הביטוח וכו'.

**צדדים רבים של המשפט הם פוזיטיביים**. כאן אריסטו מקדם אותנו לעומת אפלטון, שאומר שהמשפט בכללותו צריך להיות תואם לצדק. יש צדדים במשפט שהם פוזיטיביים שכל שיטת משפט יכולה לקבוע לעצמה ויש צדדים אוניברסליים שהשיטה מחויבת לה גם בלי שהיא קבעה מפני שהם אינם תלויים בדעת הבריות.

**בעיית השונות** של החוק [השתנות החוק לאורך זמן] זו בעיה שהטרידה גם את אפלטון והיו לו ההסברים שלו.

* אמנם סבורים כמה אנשים שהצדק המדיני כולו מסוג זה (מן החוק), כיוון שכל מה שמן הטבע הוא אינו ניתן לשינוי כל שהוא ופועל בכל מקום באותו אופן עצמו. כמו האש ששורפת גם כאן וגם בפרס. בעוד שלדעתם כל מה שנחשב לצדק הולך ומשתנה.

אולם זה איננו נכון, יש לנו סוג של צדק שהוא מן הטבע וסוג שאיננו מן הטבע. ואין קושי להבחין ביניהם! אף על פי ששני הסוגים ניתנים לשינוי.

יש כאלה שסבורים שהחוק הוא תוצאה של חקיקה ולא של עקרונות אוניברסליים, מכיוון שהמשפט משתנה ולעומת זאת חוקי הטבע אינם משתנים. אם המשפט הוא חוק טבע אז הוא היה צריך להיות זהה בכל מקום ובכל זמן, האש שורפת בכל מקום- בפרס וביוון. אך, המשפט משתנה. כלומר המסקנה שהמשפט הוא הסכמה חברתית [קונבנציה חברתית].

**איך הוא מסביר את השתנות המשפט ומושגי הצדק עם העקרון של משפט טבע?** אם משפט טבע הוא משהו אוניברסלי, חוק טבע שקיים בכל מקום, המשפט לא היה צריך להשתנות.

**אריסטו נותן תשובה מסוג אחר**- **גם דברים טבעיים יכולים להשתנות**. **אפלטון** אמר שהשינוי הוא בתודעה, בהכרה של בני אדם. בני אדם מגיעים למסקנות שונות במקומות שונים. אריסטו הולך בדרך אחרת- גם דברים טבעיים יכולים לעבור שינויים מסוימים. נותן **דוגמה** לכך שאדם נולד ימני או שמאלי, אבל אם הוא מתאמן הוא יכול לשנות את הנטייה הטבעית הזו המולדת להיות ימני או שמאלי. באותו אופן גם עקרונות טבעיים ניתנים לשינוי.

**אריסטו לא פוסל באופן עקרוני את האפשרות של שינוי בעקרונות המשפט הטבעי**.

כל אחד מתמודד עם השונות שיש במשפט לאורך זמן ולאורך מקום ועונה כיצד היא מתיישבת עם המשפט הטבעי.

**הערה**: **המשפט הטבעי קצת מטשטש את ההבחנה בין תיאורי לנורמטיבי**. בשיעור הראשון אמרנו שההבחנה הבסיסית ביותר במושג החוק הוא הבחנה בין חוקים תיאוריים שהם חוקי הטבע [מתארים את המציאות ומגלים אותה] לבין חוקים נורמטיביים [חוקי משפט, מוסר, דת שאומרים מה לעשות]. התיאוריה של משפט הטבע קצת מטשטשת את ההבחנה הזו.

**התפיסה שלנו את המשפט היא שהוא נורמטיבי**. התיאוריה של משפט טבע מניחה שיש איזשהי אמת משפטית. חוקי המשפט הם גילוי של איזשהי אמת קיימת. אם המחשבה הראשונה שלנו הייתה שמשפט זה מה שבני אדם קובעים ומחליטים איך צריך לנהוג במציאות הטבעית, לא יכולים לחוקק חוקים מנוגדים לטבע כמו להימנע מלאכול בכמה ימים [יש סכנה למוות]. **לא ניתן לחוקק חוקים נגד הטבע**, **אבל אפשר לחוקק חוקים במסגרת הטבע ושיהיו חוקים נורמטיביים**. מערכת נורמטיבית שבני אדם יכולים לקבוע איך להתנהג. תפיסת משפט הטבע מניחה אמת שהיא במובן מסוים קיימת, ריאלית. אריסטו ואפלטון- לא ניתן לקבוע באופן נורמטיבי כל דבר. חשבנו שהמגבלות שלנו הם חוקי הטבע [גרביטציה, חוקי הגוף]. אבל הם אומרים **שיש מערכת נורמטיבית מוסרית טבעית שהיא קיימת והמשפט באיזשהו מובן מגלה אותה**. לא ניתן לחוקק בניגוד לה. כפי שלא ניתן לחוקק בניגוד לחוקי הטבע, לא ניתן לחוקק בניגוד לחוקי הטבע המוסריים.

* **ההבחנה בין הנורמטיבי לתיאורי בתפיסת משפט הטבע קצת מטושטשת במובן הזה שגם יסודות נורמטיביים הם גילוי של מציאות (נורמטיבית)**.

התפיסה המוסרית שלנו מניחה שהמוסר הוא רציונלי, נגיש. תיאורי= אנחנו צריכים לגלות מהו המוסר הנכון, הרציונלי. יש לנו כלים לגלות זאת כי זה עניין של תבונה.

**ויכוח גדול בתורת המוסר**- **האם המוסר הוא קוגניטיבי** [ניתן להכרה, תוצר של הכרה שכלית] **או א-קוגניטיבי** [לא עניין של תבונה, אולי עניין של רגש, אינטואיציות; לא יכולים לנמק למה להיות מוסריים ולא מה הדרך הנכונה לנהוג]. **לדוגמה:** כלל לפיו כאשר גורמים נזק זה לא מוסרי.

תורת משפט טבעי מחזיקה בעמדה של מוסר קוגניטיבי, רציונלי ולכן ניתן להגיע למוסר. מנגד, מי שטוען שהמוסר א-קוגניטיבי יגידו שיש חוק. מחנכים את הילדים ומפתחים את הרגשות האלה. המשפט יכול לעמוד על יסודות רציונליים.

אם יש לי מוסר במציאות [באיזשהו מובן- גם אם לא פיזי] התהליך של המשפט קשור בגילוי של **האמת המוסרית הזו, שהיא מטילה אילוצים על המשפט**. אם אני חושב שהמשפט הוא אוטונומי והמחוקק יכול לחוקק כל מה שהוא רוצה, אנשי משפט הטבע אומרים שזה לא נכון, למשפט יש אילוצים של משפט טבעי, של המוסר. אם המחוקק קובע משהו בניגוד למוסר זה נוגד את עקרונות המשפט הטבעי.

-**נניח** שיש חברת רשע, כמו סדום ועמורה. אנשים החולקים על אריסטו יגידו איך אתה חושב שיש משפט צדק, הרי בסדום פועלים בניגוד למשפט הטבע [אונסים בני אדם; מתייחסים ברשעות גמורה וכו']. אם חוק הטבע הוא להתנהג בהגינות, לא לרצוח, לא לגנוב, לא לאנוס- איך זה קורה? אי אפשר שהאש לא תשרוף. **אריסטו אומר שלמרות שזה חוק טבע אפשר לפעול כנגדו**.

יש צדדים של חוק המדינה שבוודאי יכולים להשתנות. כל החלקים של המשפט שהם לא הכרחיים לפי משפט הטבע. לדוגמה: הענישה, חוקים כלכליים [להתיר ייבוא, להטיל מיסים ובאיזה גובה]. דברים שלא שייכים למשפט הטבע. אלה החלטות מדינה.

**צדדים רבים של המשפט אינם תלויים במשפט הטבע, אלא בהסכמה חברתית**. אבל יש במשפט יסוד טבעי והוא עקרונות מוסריים שאינם תלויים בדעת הבריות. האמת שלהם לא תלויה בהחלטה של המחוקק.

משמעות נורמטיבית שאריסטו לא אומר כאן במפורש- יש כפיפות של משפט המדינה למשפט הטבע. משפט הטבע מתפקד כמערכת על-חוקתית. כל המערכת הנורמטיבית לפי תפיסה של משפט טבע. יש רמה נורמטיבית גבוהה של משפט טבע. החלטות מדיניות, משפטיות שהן מנוגדות לעקרונות משפט הטבע – דינם להתבטל.

**ההנחה היא שיש דברים שהם בלתי צודקים, ואם המשפט יקבע אותם נאמר שהם בלתי צודקים בעליל**.

אריסטו אומר שיכול להיות במציאות שאנשים ינהגו בניגוד למשפט הטבעי. אך השאלה מה צודק= ניתן להכריע באופן רציונלי. אין ספק שגניבה, רצח ושוד הם אסורים. אבל יש דילמות מוסריות יותר מורכבות. לדעתם יש גרעין של צדק שהמשפט כפוף לו, **המשפט לא עצמאי- הוא לא כל יכול**. זו נקודת המפתח אצל אריסטו וגם אצל אפלטון. המשפט הוא חלק ממערכת מוסרית שהוא כפוף לה. המחוקק לא יכול להגיד כל העולה על רוחו. אם החוק אומר דבר בלתי צודק= החוק לא חוק. לחוק יש כפיפות מהותית לעקרונות מוסריים. זו העמדה של משפט הטבע. מהפילוסופים היווניים ועד הגרסאות המודרניות של היום.

* מהו המשפט שבא מן הטבע?
* כיצד אנחנו יודעים מה הטבע מצווה?

משפט טבע נשמע מופשט, אבסטרקטי. איך אני יודע מהו משפט הטבע. איך אני יודע מה הטבע מצווה. **משפט הטבע לא כתוב**. יהיו אנשים שיאמרו שהטבע לא מצווה דבר- בטבע הנמר טורף את הגדי. אין צדק בטבע, אין חוקי טבע. בטבע יש הישרדות וכוח. המערכת הנורמטיבית מולבשת על הטבע והיא כאילו לא קיימת באמת. זו תפיסה שאריסטו מתנגד לה. היום רבים יאמרו שבטבע אין מימד מוסרי. הטבע מטיל אילוצים פיזיולוגיים, כימיים אבל לא נורמטיביים. אולי הכוחות הטבעיים אפילו דוחפים אותנו לבצע עבירות- להשתלט על האחר, לגנוב, לפגוע באחר. כמו אצל בע"ח- אכזריות, כוח, הישרדות. באיזה אופן נוכל למצוא בטבע יסוד מוסרי ונורמטיבי?

הפילוסופים היווניים [אפלטון ואריסטו] הניחו שזה קיים בטבע, בניגוד להוגים מודרניים שאומרים שאין בטבע יסוד מוסרי. המוסר הוא מערכת ששייכת לתרבות [**ניגוד מפורסם בין טבע לתרבות**]. הטבע= כוחות פיזיקליים, ביולוגיים, יצריים. לעומת תרבות= יסוד נורמטיבי, מוסרי. אריסטו טוען שלא כך.

**העולם לפי אריסטו**

* חשיבה טלאולוגית- תכליתית (Telos= תכלית).
* לכל אובייקט בעולם יש תכלית.
* תכליתו של דבר- היא טבעו.

לכל אובייקט בעולם יש תכלית, שהתכלית הזו היא חלק מהטבע שלו. זו **תכלית אובייקטיבית** שלשם זה הוא נוצר.

**אריסטו, פוליטיקה**

* **התכלית של האדם היא לחיות במדינה [פוליס] ולכן זה הטבע שלו**.
* "האדם בעל חיים מדיני על פי הטבע". האדם הוא חיה פוליטית.

טבעו הוא לחיות במדינה, בקהילה.

**מיחיד למדינה**

* **האדם אינו אוטרקי**- **אינו מספק את צרכיו**.
* אדם **זקוק למשפחה** כדי להתרבות ולגדל צאצאים.
* **המשפחה אינה אוטרקית**- זקוקה לכפר כדי לספק מזון.
* **הכפר אינו אוטרקי**- זקוק למדינה (פוליס).
* **המדינה (פוליס) היא אוטרקית**.

האדם אינו אוטרקי- אינו מספק את צרכיו. אדם לבד לא יכול להביא צאצאים, להתרבות. רק בני זוג. צריך מסגרת, משפחה כדי לגדל אותם. האדם היחיד לא יכול לספק את כל צרכיו המגוונים [מזון, ביגוד, מכשור טכנולוגי]- את המזון על סוגיו, ביגוד על סוגיו. להבדיל מבע"ח שהם אוכלי עשב, הם יכולים לחיות לבד ולא צריכים שום דבר נוסף.

גם אם המשפחה יכולה לקיים סוג של משק בית, היא גם לא אוטרקית כי כדי לצרוך מזון, ביגוד וכו' היא זקוקה לאנשים אחרים. גם כפר שמייצר מגוון של מוצרי מזון, חקלאות, בע"ח -גם בכפר חסרים דברים. נניח אין בעלי מלאכה בכפר, יש שם רק ייצור מזון. **הפוליס היא היחידה האוטרקית הראשונה**.

הדבר שהוא אומר נכון גם להיום. היום אפילו נאמר שהמדינה לא קיימת לבד, העולם הוא גלובלי. חיים קהילתיים. **האדם לא חי לבד- לא מתוך בחירה, אלא מתוך צורך**. זה טבעו. יש בע"ח שחיים בלהקות, עדרים. אבל לאדם יש צורך יותר גדול מאשר להקה. **נניח** ציפורים בלהקה, זאבים בלהקה. הצורך של האדם הוא מעבר לכך, כי גם בלהקות האלה יש שת"פ מסוים. שיתוף הפעולה של האדם עם הסביבה שבה הוא חי הוא יותר אינטנסיבי ורחב. הוא נוגע לצרכים הבסיסיים ביותר שלו [מזון, ביגוד, ביטחון]. הצרכים הולכים ומתרחבים לאורך ההיסטוריה. לכן האדם חי במסגרת קהילתית ופוליטית.

ההזדקקות שלנו לעדר או ללהקה היא הרבה יותר מקיפה מאשר בע"ח שחיים כך. אנחנו זקוקים יותר אחד לשני, במובן הזה **שכל הצרכים שלנו כמעט תלויים בזולת**. לא מקיימים את עצמנו כיחידים כמעט בשום מובן [מזון, ביגוד, בית, רכב, טכנולוגיה, טלפון]. כל הקיום שלך הוא בשיתוף פעולה עם אנשים אחרים [שאתה מכיר ושאתה לא מכיר]. **האדם הוא בעל חיים מדיני לפי הטבע**, לפי הצרכים שלו. זו הטענה של אריסטו. האדם חי בסביבה אנושית, לא יכול לחיות לבד.

הטענה של אריסטו: הקיום של האדם כיצור חברתי/קהילתי/פוליטי הוא חלק מהטבע שלו. זה לא עניין תרבותי [לפי ההבחנה בין טבע לתרבות].

* **אריסטו, פוליטיקה**: לפיכך, אם טבעיות השותפויות הראשונות **גם המדינה טבעית בכללה**. כי היא תכליתן וטבעו של דבר הוא תכליתו.

החיים במסגרות משפחתיות, קהילתיות היא לפי טבע האדם. האדם לפי טבעו הוא יצור שאינו חי כיחיד.

**אדם ובעלי חיים**

* אדם שונה מבעלי חיים אחרים החיים בלהקות או בעדרים.
* **לאדם יש כוח דיבור (תבונה)** שמכוון לגלות את המועיל והמזיק וכן את הצדק והעוול.
* לאדם לבדו הרגשת צדק ועוול והיא זו שמאפשרת לחיות בבית ובמדינה.

משווה בין האדם לבע"ח. האדם שונה מלהקות ועדרים בכך שרמת ההיזקקות שלו ללהקה/לעדר/לקהילה היא אינטנסיבית יותר והיא גם משוכללת יותר במובן הזה שלאדם יש כוח דיבור. יכולת התקשורת של האדם עם הסביבה [גם לבע"ח יש קריאות לאזהרה, יש ביניהם תקשורת] הרבה יותר משוכללת. **כוח הדיבור מאפשר לתאם את הפעילות בין בני האדם**.

**לאדם יש תחושה של צדק ועוול**, מה שאין לבעלי חיים. בעקבות זאת יש לאדם יכולת להבחין בין טוב לרע ולקבוע טוב ורע. בניגוד לבע"ח. הקביעות האלה משתלבות עם הקיום החברתי של האדם. כלומר, האדם לא יכול לחיות בחברה כשאין מושגים של טוב רע, כיצד יש להתנהג בחברה.

חלק מהצורך של האדם הוא לחיות בקהילה וכדי לחיות בקהילה צריך לקיים כללים מסוימים. אם אדם חי בקהילה אבל בקהילה הזו כל אחד הוא לגמרי אגואיסטי ופועל רק לצרכים שלו- לא יהיה קיום לקהילה. למשל, אדם רעב יגנוב מהחבר; חי כמו בטבע= אין קיום לקהילה.

**הקיום של החיים הקהילתיים, שהוא חלק מטבע האדם, מחייב מערכת נורמטיבית שמאפשרת את החיים האלה**.

המערכת הזו היא טבעית ואינה תרבותית שמולבשת מבחוץ. היא טבעית כי היא מאפשרת את חיי הקהילה והחיים הפוליטיים, שהם חלק מטבע האדם. אם אדם יגנוב מחברו, ירצח/ישדוד אותו- אין קיום לחיים הקהילתיים.

**המשפט הטבעי היא אותה מערכת נורמטיבית שהכרחית לקיום הקהילתי**. הואיל והיא הכרחית היא טבעית. היא לא יצירה תרבותית מנוגדת לטבע, שאדם יכול לוותר עליה [כשם שהוא יכול לוותר על מוזיקה או תיאטרון]. אם האדם לא יקיים מערכת נורמטיבית הוא לא יוכל לקיים קהילה – וקיום קהילה זה מטבעו.

הטענה של **הובס**= עולם הטבע הוא באמת טבע. עולם טבעי עם חירות גמורה. **הבחירה של האדם לעבור למצב המדינה היא בחירה רציונלית**. לעומת זאת, **אריסטו** טוען שזה לא עניין של בחירה, אלא המצב הטבעי הוא מצב שיש בו כללי מוסר. במצב טבעי נועדנו לחיות חיים מדינתיים, חיים פוליטיים. המדינה שייכת לעולם הטבע ולא לעולם המדיני.

* הקיום המדיני הוא קיום טבעי.
* משפט הטבע= המערכת הנורמטיבית הדרושה לחיים קהילתיים, שבלעדיה בני אדם לא יוכלו לחיות יחד בקהילה או במסגרת מדינית.
* התוכן: בני אדם מגלים מהם כללי המשפט הטבעי באמצעות התבונה, כוח הדיבור. לכן הם טבעיים. ארגון בני אדם ע"פ כללים מוסריים הוא חלק מהטבע שלהם. הם נחוצים לחיים הקהילתיים ועל כן טבעיים.

**המסגרת הבסיסית הזו היא אוניברסלית**. היא נחוצה לכל הקהילות של בני אדם- בכולן אסור לרצוח, לאנוס, לשדוד. אם נעבור על הכללים האלה החברה לא תוכל להתקיים.

לבני אדם יש יכולת ליצור מערכת משוכללת של חוקים- שיש בה מרכיבים של החלטות, שהן לא מוכתבות מכוח משפט הטבע אבל הן כפופות למשפט הטבע. בכל אחת מהחברות יש מערכת מוסרית של כללים.

הדיון של אריסטו מוביל **לשאלה**- **האם המשפט הטבעי הוא מערכת מינימום שמאפשרת לחברה להתקיים או שזו מערכת מקסימום**- המערכת יכולה להשתכלל ואפשר להעלות כללים מוסריים טובים יותר? **נניח** חברה שאומרת אסור להרוג, אבל אנחנו הורגים את הרוצחים, מאפשרים נקמת דם; או שהתוכן של המשפט הטבעי הוא מסוים. **אריסטו לא נותן מענה גמור** אבל הוא אומר שיש לראות את המשפט הטבעי לא כמערכת שמוטלת מבחוץ כעניין תרבותי אלא היא ביטוי לטבע האדם ועל כן היא משפט טבעי.

**הצדק הטבעי**

* הואיל והחיים של בני אדם במדינה (בקהילה) הם עניין טבעי, הנורמות ההכרחיות לחיות במסגרת מדינית גם הן עניין טבעי.
* הצדק הטבעי מתגלה באמצעות התבונה. כוח הדיבור מאפשר לבני אדם לתקשר, לדון ולהסכים על עקרונות הצדק.

התבונה של האדם מאפשרת לו לחשוב מהם נורמות ההתנהגות הנכונות והנחוצות בחיים במסגרת מדינית, קהילתית.

**ההצדקה של אריסטו היא למערכת מינימום**. **אבל גם מאפשר מערכת מקסימלית**- **חברה טובה יותר**. **נניח** אריסטו הניח מערכת זכויות לגברים בני חורין [לא עבדים ולא נשים]. האם זה סוף הדרך או שאפשר במסגרת אותה תיאוריה לחשוב גם על כך שהחברה תיתן זכויות לעבדים ולנשים? וזה ייקרא מערכת מקסימום.

**סיכום הצדק המדיני [המשפט]**

* **הצדק המדיני חלקו בא מהטבע**, פירושו מן התבונה, שמגלה מהן הנורמות הצודקות וההכרחיות, שאינן תלויות בדעת הבריות. אנחנו מבינים מתוך הטבע מהן הנורמות הדרושות לחיים הקהילתיים.
* **חלקו בא מן החוק**- קביעות של המדינה שהיו יכולות להיקבע באופן שונה אבל לאחר שנקבעו יש לנהוג על פיהן. כמו: שיעור מס.

לדברים האלה יש ערך להמשך שת"פ של החיים המשותפים של הקהילה. צריך לציית לכל החוקים ולא רק לחוקי המשפט הטבעי לפי אריסטו.

החוקים מן הטבע מטילים אילוץ על הקביעות של המדינה, כלומר המדינה איננה חופשית לקבוע כל דבר. אם היא קובעת דברים מנוגדים למשפט הטבעי- דינם להתבטל.

**קיקרו**

סיכום העמדה של משפט הטבע- **משפטן רומי** בשם קיקרו, חי במאה ה-1 לספירה. שייך לזרם פילוסופי שנקרא הסטואה [זרם אחר מאריסטו]. הוא מסכם יפה את התיאוריה של המשפט הטבעי.

"חוק אמיתי הוא הסכמה של התבונה עם הטבע. הוא אוניברסלי, בלתי משתנה וקיים לעד". -כפי שחוקי הפיזיקה הם אוניברסליים ולא משתנים, כך גם משפט הטבע.

הוא מטיל חובה באמצעות מצוותיו ודורש להימנע מעבירות באמצעות איסוריו. יהיה זה חטא לנסות לשנותו או לערער על חלק ממנו או לבטל את כולו. איננו יכולים להשתחרר מחובותיו לא על ידי הסנאט ולא על ידי העם, ואיננו צריכים לחפש מפרש לחוק מחוצה לו. לא יהיה הבדל בחוק זה בין רומא לאתונה או בין עכשיו לעתיד, אלא כל החוקים הם נצחיים ואינם משתנים ויהיו תקפים בכל האומות ובכל הזמנים. האדון האחד המושל על כולנו, האל, הוא היוצר של החוק הזה, הוא המכריז עליו והוא השופט.

המשפט הטבעי קיים ואסור לשנותו, לערער אותו. **"איננו צריכים לחפש מפרש לחוק מחוצה לו"**- ההנחה של קיקרו שההבנה של החוק הטבעי היא אינטואיטיבית, לא צריך לפרש אותו או להיזקק לפרשן מחוצה לו. לאדם יש הבנה בלתי אמצעית, כאילו באופן טבעי, מה נכון לעשות. נניח יודע שאסור לפגוע בזולת, מה ששנוא עלייך אל תעשה לחברייך. יש משהו טבעי בהיכרות עם החוק הזה. הוא נגיש לאדם. יודע אותו באופן אינטואיטיבי.

כל החוקים הם נצחיים ואינם משתנים ויהיו תקפים בכל האומות ובכל הזמנים. **האדון האחד המושל על כולנו, האל** -**קול מונותאיסטי**. מדבר על אל אחד אוניברסלי. החוק הזה הוא תוצר של האל, חלק מהטבע, הוא נצחי. יש תפיסה מאוד יסודית של מוסר שהוא ריאלי, קיים. לא עניין של הסכמה, אלא חלק מהטבע. **נצחי = בלתי משתנה**.

הוא לא נותן את הדעת לגבי המציאות שבה התפיסות המוסריות משתנות. הוא מניח כאילו קיום נצחי. לא מודע לשינויים האלה. בפרספקטיבה היסטורית אנחנו רואים שינויים מוסריים בחברות שונות. **יש כאילו משהו תמים בתפיסה שהאמת היא נצחית**. באופן עקרוני אמרנו שאין מניעה לשינוי, **אפשר לייחס את ההשתנות לגילוי של האמיתות אבל לא לתוקף שלהן**. היום אנחנו מכירים בעמדות האלה, אבל הן נצחיות.

זה יהיה בסיס לתפיסה של המשפט הטבעי שתהיה רווחת בימי הביניים, ותהיה דומיננטית עד לעת החדשה. תפיסה שבפילוסופיה של המשפט הייתה דומיננטית לאורך שנים. נדבר על כך שהיא מתחילה להשתנות בראשית העת החדשה [מהעולם העתיק ולאורך ימי הביניים היא הייתה מקובלת].

היו מי שהנגידו בין הטבע לתרבות. אריסטו ואפלטון אמרו שהמוסר הוא חלק מהטבע. התפיסה הזו הייתה מקובלת לאורך ימי הביניים.

**לתפיסת המשפט הטבעי יש 2 פונקציות אפשריות מנוגדות בהקשר המשפט**:

1. **פונקציה שמרנית**- המשפט של המדינה הוא ביטוי/יישום של משפט הטבע, לכן המשפט של המדינה הוא משפט צודק. תופסים את המשפט שלנו [של המדינה] כהתגלמות של משפט הטבע. גם את הדת אפשר לראות כחלק מזה. אחת הוורסיות של משפט הטבע היא **הוורסיה הנוצרית בימי הביניים**. אחת הגרסאות שלה היא גרסה של **הוגה דעות נוצרי חשוב- תומס הקווינס**, **שהבחין בין 4 רמות של המשפט**-
2. המשפט הנצחי של אלוהים.
3. המשפט הטבעי שרואים בטבע. המשפט הפיזיקלי.
4. המשפט האלוהי שהדת מגלה. ההתגלות הדתית. גם הדת מגלה משהו מהמשפט הטבעי.
5. משפט המדינה.

**תומאס הקווינס טען שתפקיד המשפט של המדינה הוא לקחת מכל הרמות ולאחד אותן**. משפט המדינה לוקח משני הצינורות- משפט הטבע הרציונלי ומצד שני ההתגלות הדתית. משפט המדינה הוא הביטוי הקונקרטי של אלו. החוקים / הכללים המוסריים והדתיים לא מספיקים כדי ליצור חוק מעשי [עונשים, חוקים כלכליים וכו']. הוא שואב משני היסודות האלה. לשאיבה הזו יש פונקציה שמרנית= משפט המדינה הוא גילוי משפט הטבע ויש לציית לו. **המשפט תמיד צודק,** שואבים את משפט הטבע לתוך משפט המדינה. זו הצדקה. [**גישה הרמוניסטית**- שילוב משפט של התגלות האל (דרך הטבע וכתבי הקודש) עם המשפט הטבעי. משפט המדינה משלב אותם ומתאים לשניהם. אסור לו לסתור אותם].

**העמדה השמרנית משתמשת במשפט הטבע כהצדקה למשפט המדינה**. חברה אנושית לא יכולה להתקיים בלי חוקים. התיאוריה של משפט הטבע היא הצדקה למה שקורה בפועל.

1. **פונקציה ביקורתית**- מבקר את משפט המדינה לאור משפט הטבע ושואל את עצמי האם משפט המדינה עומד בסטנדרטים של משפט הטבע, האם הוא צודק ומוסרי. **התיאוריה אומרת שחוק שסותר את משפט הטבע הוא לא חוק**. זה מה שאומר קיקרו. החלטת המחוקק לא יכולה להפר את משפט הטבע. אם אמצא שהחלטת המחוקק מנוגדת למשפט הטבע הוא בטל. **משפט הטבע הוא כלי ביקורתי ביחס למשפט המדינה**. שימוש במשפט הטבע באופן ביקורתי ולבחון אם חוק מדינה הוא צודק לפי משפט הטבע.

* היום תפורסם עבודת הגשה 1, מועד ההגשה 31/03/22 11:00. עד השיעור.
* קריאת 2 מאמרים- 1 באנגלית ו-1 בעברית, התמודדות עם החומר. נושא תיאורטי.
* ביום חמישי- נושא הובס ולוקס. זכויות טבעיות. לקרוא חומרים.
* לגבי הערות שוליים בתרגיל- אין צורך. אפשר בסוגריים או לכתוב בקצרה בהערת שוליים.

**שיעור 6- 24/03/22**

היום נדבר על מקומו של המשפט הטבעי בראשית העת החדשה, בהגות של הוגים חשובים בנושא תורת המדינה של הובס ושל לוק. בנוסף, ניגע בהשפעה שהייתה לזה במסמכים משפטיים מאוחרים מודרניים. נדבר עליהם בהקשר של תורת המשפט.

**זכויות טבעיות- הובס ולוק**

**הובס (1588-1679)**

הוגה אנגלי שפעל במחצית המאה ה-17. **הובס פיתח את תורת האמנה החברתית**. הראשון שיש לו את זכות היוצרים. דגם שהפך להיות שמיש וזכה להרבה ורסיות ע"י הוגים במאות ה-17, 18 ואף ה-20. הוא האיש שחתום לדגם הזה. נדבר על ההשפעה שלה על תורת המשפט.

ההבחנה הבסיסית שהובס עושה הוא בין המצב הטבעי למצב המדיני.

**המצב הטבעי הוא המצב הקדם-פוליטי לפני ייסוד המדינה**. מצב שאפשר להתייחס אליו כמצב היסטורי שהיה קיים בעבר, ואולי קיים בחברות פרימיטיביות עד לאחרונה. ואפשר להתייחס אליו כאל מצב היפותטי שמדמיינים אותו. יש לו חשיבות רבה בתפיסה. הובס טוען שהמצב הטבעי, הקדם-מדיני, **מתאפיין בהיעדר מסגרת נורמטיבית**. **לא רק משפטית, אלא גם מוסרית**.

במצב הזה בני אדם פועלים רק על פי חוקי הטבע, ובעיניו חוקי הטבע הם חוקי "טבע עירום, טבע יחף". לא כמו אריסטו שראה בטבע תמונה עשירה שכוללת את תכלית הקיום האנושי וממנה גם ממילא יסודות נורמטיביים. בעיני הובס המצב הטבעי הוא מצב חף מכל מסגרת נורמטיבית [יש משהו אחד שנדבר עליו]. באופן בסיסי אין בו מערכת משפט וגם לא מערכת מוסר, שגם היא תוצאה של התאגדות חברתית.

**נקודת המוצא במצב הטבעי- שוויון בין בני אדם**. אבל מה זה שוויון? יש גבוהים ונמוכים; חכמים ופחות; אינם זהים במובנים האלה. אבל יש מובן בסיסי שבו יש שוויון בין בני אדם והמבחן שלו- העובדה שכל אדם יכול לסכן את חברו. האדם החלש ביותר יכול להרוג את החזק ביותר, אם תהיה לו הזדמנות מתאימה. על כן הפערים הקיימים, בלי ספק, בין בני אדם בנושא הכישורים הפיזיים, האינטלקטואליים והרגשיים שלהם, הם לא משנים את העובדה שביסודו של דבר יש סוג של שוויון בכך שכל אדם מתחרה בחברו וגם יכול לאיים עליו. השוויון הזה מביא **לתחרות** בין בני אדם על משאבים של הטבע- אדמה, מים ונכסים אחרים. עמדות כוח ושל השפעה. התחרות הזו מכיוון שהיא כוללת איום היא יוצרת מצב של **חוסר ביטחון**. כל אדם במסגרת התחרות הזו, אם אין עליו מגבלות, הוא יכול לפגוע בזולתו. לדוגמה: מישהו רוצה להשיג בית, בבית הזה גר אדם, אם אין לי מניעה נורמטיבית או משפטית הרי שהאדם הזה יכול לזרוק את האדם מביתו ולהרוג אותו; כך גם לגבי אשתו או לגבי הרכוש שלו. כך לגבי כל הנכסים שיש בעולם.

* שוויון: "הטבע עשה את בני האדם שווים ביכולות הגוף והנפש".
* תחרות.
* אי ביטחון.
* מלחמה.

אם יש תחרות שאין עליה מגבלות נורמטיביות היא מביאה לחוסר ביטחון ולמלחמה- **מלחמת הכל בכל**. במצב הטבעי שבני אדם פועלים כמו בע"ח יש מלחמת הכל בכל. כמו שכל בעל חיים מאיים על זולתו, החלש ממנו. הרי שבני אדם מאיימים על כולם. בני אדם שווים במובן שכל אדם יכול לאיים על זולתו [כיחידים או כחבורה- דרך בריתות- חבורה של חלשים יכולה לאיים על איש חזק]. מלחמה על הישרדות ועל השפעה הופכת להיות מלחמת הכל בכל.

**המצב הטבעי**

**מבחינה נורמטיבית**:

* זכות טבעית- חירות מלאה.
* היעדר מושגים של צדק ועוול.

לפי הובס יש רק דבר אחד שהוא חירות גמורה. הטבע לא מגביל אותם. תפיסת הטבע ערום כמו שהוא, כמו אצל בע"ח. פועלים ע"פ צרכים- לאכול, לשתות. הם במצב של חירות גמורה אין עליהם שום מסגרת נורמטיבית, וממילא במצב הטבעי אין מושגים של צדק ועוול, נכון / לא נכון. המצב הוא ערום מכל מסגרת נורמטיבית.

**יש לכל אדם חירות לעשות הכל**.

**מבחינה מעשית**:

* מלחמת הכל בכול. כל אדם רוצה לפעול למען האינטרסים שלו ויש לו חירות גמורה. הוא יכול להשיג כל דבר ואין עליו כל מניעה להשיג כל חפץ/נכס/אדם/בע"ח בעולם, כל דבר שירצה. שימוש בכל דבר בעולם לצורך שגשוגו, כוחו, טובתו וכו'.
* האדם חי חיי בדידות, דלים, מאוסים, בהמיים וקצרים. האדם לא סומך על אף אחד. גם אם מישהו עושה איתו ברית נגד אויב משותף, בתוך הברית עצמה אין חובת נאמנות. האדם עובד לבד. יש לאדם סיכוי לסיים מוקדם מכפי שהוא מצפה או מכפי שהטבע מאפשר לו, מכיוון שמישהו יהרוג אותו.

לסיכום, בטבע יש מצב של מצד אחד חירות גמורה, ומצד שני תוצאה אומללה למדי. חיי בדידות דלים.

לכן, בני אדם שחיו במצב הזה (אם חיו בו אי פעם), מגיעים למסקנה שכדאי להם לשנות את המצב הטבעי ולעבור ממנו למצב אחר. כלומר אם החירות הגמורה מביאה למלחמה, לחוסר ביטחון ולחיים אומללים וקצרים, אז כדאי אולי לוותר על החירות. בני האדם מפעילים שיקולים רציונליים, תבוניים, פועלים לפי מה שנראה להם נכון- הם רוצים להתארגן, לוותר על חירות מלאה, לעבור למצב מדיני בו החירות מוגבלת אבל החיים טובים יותר. זה הרעיון של אמנה חברתית- נקיים אמנה, חוזה, הסכם שמשתית את החיים המדיניים שלנו, הקהילתיים.

**כדי שהאמנה הזו תחזיק מעמד צריך להניח חוקים רציונליים**, שהוא קורא להם חוקים טבעיים [לא במובן שהם חוקי טבע] אלא טבעיים במובן של רציונליים, מועילים.

**חוקים טבעיים רציונליים**

**חוק 1: בקש שלום ורדפהו-השלום עדיף על המלחמה**.

במלחמה יש אובדן של חיים ורכוש, על כן עדיף לחיות בשלום ולא במלחמה. לא כולם חושבים כך, לפחות להשגת מטרות מסוימות. נקודת המוצא שלו- אם אתה לא מקבל את העיקרון הזה, אין סיבה לשנות את המצב הטבעי. החוק הטבעי האינטואיטיבי הזה הוא חוק שמניע אותך לשנות את המצב הטבעי, שכן המצב הטבעי הוא מלחמת הכל בכול. אם טוב לך- אתה לא תשנה את המצב הזה. **נק' המוצא שהמצב לא טוב**= כי החיים קצרים, מאוסים, דלים.

**לטענתו זה חוק רציונלי וכל בני האדם מחויבים לו**. החוקים צריכים להתקבל פה אחד. זה נכון לכולם- גם לחזקים ולעשירים, כי גם הם נמצאים תחת איום מתמיד.

**חוק 2: אדם צריך להיות מוכן לוותר על זכותו [חירותו] לטובת השלום**.

אם שלום עדיף על מלחמה הרי שאדם צריך להיות מוכן לשלם את מחיר השלום. וויתור על חירות מלאה, שמובילה למצב המלחמה.

**חוק 3: צדק- הכורת אמנה חייב לקיימה**.

עיקרון של צדק שמי שכורת אמנה חייב לקיים אותה. עיקרון פשוט, אינטואיטיבי שצריך לקבל אותו. אם לא מקבלים את העיקרון הזה, רוצים שלום ולא מלחמה מוכנים לוותר על החירות אבל לא מוכנים להתחייב לגבי מה שמבטיחים- זה ממוטט את כל המערכת. "**הבטחות צריך לקיים**" / "חוזים צריך לקיים". נעמוד מאחורי התחייבותנו.

הובס אומר שאם אנחנו מקבלים את שלושת העקרונות ההכרחיים האלה, אנחנו יכולים לעבור למצב המדיני [מהמצב הטבעי]. יכולים לשנות ולהתארגן כקהילה או כמדינה.

**המצב המדיני**

* אמנה, שעל פיה הנתינים מוסרים את זכויותיהם לריבון.

בני אדם כורתים אמנה או הסכם בו הם מתחייבים למסור את חירותם לריבון. מוותרים על החירות לריבון, למדינה, ל"לווייתן רב העוצמה". הריבון אוסף את כל החירויות של בני האדם, הם סומכים עליו ומפקידים את חירותם בידי הריבון כדי שהוא יוכל להגביל אותה במידת הצורך, כדי שיוכלו לחיות יחד בשלום וביטחון.

מהלך של וויתור על החירות המלאה.

* מושג הצדק והעוול נקבעים מעתה ע"י הריבון.

במצב הטבעי אין מושגים כאלה כי יש חירות גמורה וניתן לעשות הכל. במצב המדיני בני האדם, הנתינים של המדינה, מוסרים חירותם לריבון והריבון קובע מה נכון ומה לא נכון לעשות.

* לריבון סמכות לקבוע חוקים.

החוקים קובעים בעצם את הצודק והעוול.

* לריבון סמכות לשפוט את מפרי החוקים.
* לריבון סמכות לנהל את ענייני המדינה.

**מה הובס בא להצדיק?** בא להצדיק **את מושג המדינה**. אם שואלים מאיפה למדינה יש כוח / הצדקה להגביל את חירותנו, הטענה של הובס שההצדקה של המדינה [שהיא אינה טבעית כפי שאריסטו ראה אותה; אלא יצירה תרבותית של בני אדם] **היא הכרחית כי האלטרנטיבה למדינה היא אנרכיה= המצב הטבעי**, **הקדם-מדיני**. המצב הזה יכול להיות אטרקטיבי במבט ראשון כי אף אחד לא מגביל את חירותנו. אבל, אם מסתכלים על זה טוב, מבינים שהחירות הגמורה מביאה לחיים אומללים חסרי ביטחון, שלום ושלווה כתוצאה ממלחמת הכל בכל.

**מצדיק משטר מלוכני אבסולוטי**, שבו יש לריבון [המלך] כוח בלעדי לקבוע את החוקים. בניגוד למלוכה חוקתית, שהמלך כפוף לחוקה והוא חייב לפעול על פיה, מלוכה אבסולוטית= כל הכוח אצל המלך. באופן היסטורי הובס מצדיק את המלוכה באנגליה בתקופה שבה הייתה מלחמת אזרחים. התיאוריה שלו מצדיקה כאמור לא רק את המדינה, אלא משטר מלוכני.

כחלק מתקופת הנאורות, הוא מוצא הצדקה אחרת ממה שהיה מקובל- "**מלוכה בחסד האל**". האל נתן למלך כוח. זו **התפיסה הקלאסית הנוצרית**. אם שואלים למה המלך? כי האל המליך אותו / האפיפיור כנציג האל נתן לו סמכות. **הובס מגיע עם הצדקה "חילונית"**, ולא מבססה על אמונה דתית או על האל. הוא **מבסס את ההצדקה על התבונה**. הצדקה רציונלית. האופציה האחרת [חירות גמורה] לא טובה.

הדגם של מעבר ממצב טבעי למצב מדיני נשאר דגם מרכזי בתולדות המדינה עד המאה ה-20. המציא את הרעיון של לחשוב על ההתארגנות המדינית כאלטרנטיבה למצב הטבעי והציג את האופציה המדינית.

**איזו תיאוריה משפטית מייצג הובס?**

הברירה שאנחנו דנים בה: תורת המשפט הטבעי [שיש לה גרסאות שונות] לבין תורת המשפט הפוזיטיבי [שיש לה גרסאות שונות].

הובס מתנגד לרעיון של משפט טבעי שקיים מהטבע. הוא מציב ניגוד בין המשפט והטבע. במצב הטבעי אין מדינה ואין חוק.

* החוק מנוגד לטבע.
* מקורה של הסמכות המדינית באמנה החברתית.
* מקורו של החוק בריבון. [החוק הוא פוזיטיבי כי הוא מה שהריבון קבע].
* **פוזיטיביזם**- התפיסה שהובס מייצג.

**בתיאוריה של הובס אין מנגנוני איזון מבחינה פוליטית**. דגם מלוכני. הוא לא דגל בעריצות ורצה מדינה יחסית ליברלית, אבל בדגם שהוא בנה אין מנגנון איזון שמונע מהשליט להיות עריץ ולקבוע חוקים "רעים", שמגבילים את החירות יותר מדי. **אין מנגנון פנימי**. [הובס לא התכוון לזה- הוא רצה שליט ליברלי ורציונלי].

**אין אילוץ שחל על החוק מבחינה משפטית**. הריבון קובע את החוק ומה שנקבע זה החוק. הריבון יכול לחוקק כל חוק שרוצה, כמובן שנניח שלריבון יש מול עיניו את טובת הציבור והאזרחים. אז מה קורה אם זה לא כך ורוצים לקדם טובה אישית או מפלגתית? אין מנגנון שמגביל את זה.

**בתיאוריה שהובס מציע ניתן לראות מפתח לתפיסה פוזיטיבית, שהוא לא מכיר במערכת נורמטיבית אחרת מחוץ לחוק שמטילה עליה אילוצים**.

**נשמע בעיניו שגם המוסר הוא קונבנציה חברתית**. כמו שהחוק נוצר כדי לאפשר את החיים המשותפים, כך גם ההסכמות המוסריות. יכולה להיות מערכת מוסרית שתשלים את החוק, אבל היא גם כן נוהג או הסכמה חברתית. **כל המערכת הנורמטיבית היא מערכת תרבותית שבני אדם מלבישים על המציאות**, **היא תוצאה של ההסכמה שלהם**. אין מערכת מוסרית אובייקטיבית טבעית לפיו. גם המוסר פוזיטיבי במובן הזה.

**ג'ון לוק (1632-1704)**

שנים מעטות אחרי הובס חי הוגה דעות אחר באנגליה בשם ג'ון לוק. פעל באוקספורד.

**המצב הטבעי**

הוא מנצל את התובנה שהובס הניח לגבי אמנה חברתית והבחנה בין מצב טבעי למצב מדיני, אבל הוא נותן לה פירוש אחר לגמרי.

* **שוויון- יצורים מאותו מין שהטבע לא הפלה ביניהם מן הדין שיהיו שווים זה לזה ולא כפופים זה לזה**.

**השוויון אצל הובס הוא לא נורמטיבי; הוא כזה שכל בני האדם יכולים לסכן אחד את זולתו**. **לוק** אומר שאם בני האדם שווים, יש בהם שוויון בסיסי [יכולות דומות אך שונות- פיזי, מנטלי, יכולת לסייע או לאיים]. **שוויון בסיסי הוא ביטוי לשוויון נורמטיבי**. דהיינו, לאדם אסור לפגוע בזולתו וליטול את מה שהוא שלו.

הרעיון שאני חזק ויכול לפגוע בחלש הוא מוטעה ביסודו. **המצב של השוויון בטבע מגלה מצב של שוויון בזכויות**. לכל בני אדם יש את אותן זכויות. אחד לא יכול לשעבד, לגזול את זולתו. לא כפופים זה לזה.

* **חירות- אין זה מצב של הפקרות**. **הכל כפופים לחוק הטבע**.

החירות הגמורה שהובס תיאר היא לא נכונה. **כבר במצב הטבעי, בהיעדר מדינה ובלי התארגנות מדינית, החירות היא מוגבלת**. החירות איננה הפקרות. חוק הטבע= חירויות וזכויות בסיסיות של כולם. **למשל**, זכות לחיים- לכולם זכות לחיים ולכן אדם לא יכול להרוג זולתו. זכות לרכוש- לא ניתן ליטול רכושו של אחר.

המצב שלוק מתאר הוא מצב מנוגד למה שהובס ראה. **יש מערכת נורמטיבית טבעית** גם במצב הטבעי, קדם מדינתי.

**הובס אומר שהמצב הטבעי קיים במישור הבינלאומי**. במישור המדיני, בני אדם התארגנו במסגרות מדיניות ולכן במסגרת המדינית יש חוקים. אם רוצים לראות מצב טבעי שבו יש מלחמת הכל בכל – לכו לשדה הבינלאומי. ביחסים שבין המדינות יש מלחמה, החזק גובר על החלש, אין מערכת נורמטיבית שמסדירה את החיים האלה. זה נכון עד המאה ה-21. בהדרגה אחרי מלחמת העולם ה-2, החברה ניסתה לעשות זאת, אך עדיין יכולה לבוא מדינה חזקה ולפגוע במדינה חלשה.

* **איך שני הוגים חשובים מתארים מצב שונה?** שניהם מתארים מצב טבעי, שאולי היה אי פעם וקיים בחברות מסוימות. הובס אומר שהטבע הוא חירות גמורה והיעדר כל מסגרת נורמטיבית; לוק אומר שהטבע מלא בנורמות ונק' מוצא שלבני אדם זכויות שוות, אדם לא רשאי לפגוע בזכותו של אחר גם במצב הטבעי.

**לוק**- **השפעה של תפיסה דתית**; הסתכלות על המציאות מנק' מבט דתית, האל ברא את בני האדם שווים. בנוסף, **אופטימיזם**, **הסתכלות לצדדים שונים של הקיום האנושי**. בבני האדם יש יסודות יצריים הישרדותיים מהסוג שהובס מתאר, שמובילים בני אדם מסוימים לנצל הזדמנויות ולנהוג באופן אלים כלפי זולתם; ויש בבני אדם גם יסודות של חמלה ואמפתיה [חלק מהטבע שלנו, הביולוגי] שיכולים לראות את הזולת, לחוש חמלה על הזולת. לכן בטבע יש את עניין כיבוד הזכויות של השני.

**הובס** מסתכל **מנקודת מבט פסימיסטית**- תחרותיים, הישגיים אחד על חשבון השני. הוא אומר שזה הטבע. כדי לרסן אותו צריך לפעול במשהו מחוץ לטבע.

**כל אחד מסתכל על שני צדדים שכנראה שניהם קיימים במציאות**.

**המצב הנורמטיבי- חוק טבעי**

* מכיוון שבני אדם שווים מטבעם אין אדם רשאי לפגוע בחברו בחייו, בחירותו וברכושו.
* לכל אדם זכות להבטיח את החוק הטבעי:
  + זכות להעניש את העבריין.
  + זכות לתבוע פיצויים על הנזק.

**מושגי הפיצוי והענישה הם חלק מהחוק הטבעי**. תפיסה מאוד עשירה של החוק הטבעי, לא רק מה נכון ולא נכון, אלא גם איך לפצות. אם אדם גרם נזק לזולתו [בכוונה או לא בכוונה], חובה עליו לפצות אותו. הנפגע רשאי לתבוע את פיצוי הנזק. עבריין מוצדק להעניש- להרתיע שלא יעשה שוב, לגמול, להרחיק מהחברה.

המצב הטבעי לפי לוק- יש **מסגרת נורמטיבית עשירה**, שקובעת זכויות, חובות. זכות לתבוע פיצויים ולהעניש עבריינים. אם המצב הטבעי הוא כל כך עשיר, מה חסר פה? למה לעבור למצב המדיני? **יש מצב נורמטיבי, אבל לא בטוח יש כוח לאכוף אותו**. יודעים שאסור לשדוד או לאנוס. יודעים שמגיע למי שעושה זאת עונש. אבל מי יהיה בעל הכוח שיבטיח את זה? יהיו חזקים שיבטיחו את האינטרסים שלהם, אבל יהיו חלשים שלא יזכו להגנה.

**הבעיה היא לא נורמטיבית, אלא בעיית יישום ואכיפה**. גם במצב הטבעי ניתן לתאר מצב מספק מבחינה נורמטיבית. אך אין כוח לאכוף את זה.

בנוסף, **אם האכיפה והענישה תהיה לכל אחד-** **אנשים ייקחו את החוק לידיים ויפעלו כהבנתם**. אנשים יענישו מעבר למידה. חזק- יענישו בחומרה; אחרים אולי לא יוכלו להעניש בכלל. נדרשת הפעלה אקטיבית והפעלה הוגנת של האכיפה [שאנשים לא ייענשו יותר על המידה].

* הבעיה לפי לוק היא לא היעדר נורמות, אלא היעדר של יכולת לאכוף אותה ולאכוף אותה באופן הוגן.

**מהן הסיבות לעבור למצב המדיני?**

* במצב הטבעי לא כל אחד יכול להגן על זכויותיו.
* במצב הטבעי אדם עלול להעניש יותר מן המידה הראויה או לתבוע פיצוי יותר מן הראוי. לפי הובס במצב הטבעי אין זכויות.
* **מטרת המעבר למצב המדיני היא להגן על הזכויות הטבעיות**.

**המצב המדיני**

* הענקת סמכות למדינה לחוקק.
* התחייבות לשמור על חוקי המדינה.
* **אדם שומר לעצמו את זכויותיו הטבעיות**: הזכות לחיים, לחירות ולקניין.

בני אדם לא מוסרים את מלוא חירותם וזכויותיהם לריבון, כפי שתיאר זאת הובס, אלא לפי לוק בני אדם שומרים לעצמם את הזכויות הטבעיות: מונה 3 זכויות. בני אדם שומרים עליהן גם בתוך המדינה.

הריבון יכול לחוקק ולאכוף חוקים, אבל בחוקיו הוא לא רשאי לפגוע בחירויות הבסיסיות הטבעיות שיש לבני אדם.

לכן **לוק נחשב לאבי תורת הזכויות הטבעיות**. הוא בנה את הדגם שבמצב הטבעי יש זכויות והן לא נוצרו עם המצב המדיני. הן חלק מהטבע, הן קדם-מדיניות. הן נשמרות בדגם המדיני.

הדגם של הובס לא מגביל את הריבון, בני אדם מוסרים את חירותם המלאה, סומכים על שק"ד של המחוקק; הדגם של לוק מגביל את הריבון. מוסרים לריבון סמכות לחוקק ושומרים לעצמנו את הזכויות הטבעיות. הריבון כפוף למסגרת של זכויות. הכוח לחוקק מוגבל במערכת של זכויות.

**איזה תיאוריה משפטית מייצג לוק?**

גלגול של תורת המשפט הטבעי, משום שהוא מניח את קיומם של זכויות טבעיות [זכויות במצב הטבעי]. **המשפט הטבעי יוצר אילוץ על המשפט הפוזיטיבי**. המדינה יכולה לחוקק חוקים מעבר למשפט הטבעי, שעל פניו אין בהם סתירה למשפט הטבעי [חוקי התנהלות, הבטחת הזכויות הטבעיות- משפט פלילי, חוזים, קניין וכו']. אבל כל החקיקה כפופה למסגרת של הזכויות הטבעיות.

* יש לאדם זכויות טבעיות- קדם מדיניות.
* הגנה על הזכויות האלה הן מטרת ההתאגדות המדינית.
* חוקי המדינה כפופים לזכויות הטבעיות.
* **משפט טבעי**.

תפקיד המדינה הוא להגן על הזכויות, ולא לפגוע בהם.

במציאות- צריך להגביל את הזכות לחירות והזכות לקניין. היום אומרים שהחירויות מוגבלות, נדבר על איזונים. כנראה שלוק תפס את הזכויות האלה באופן קיצוני יותר.

**לוק** **לא נותן פתרון מלא לכל התוצאות המעשיות**- מה קורה אם יש חוק שפוגע בזכויות; מבחנים לקביעת האיזונים. אך הוא מניח תמונה אחרת מהובס, שממילא דורשת לעשות את האיזונים. **לפי הובס**, כביכול אין בעיה והמחוקק יכול לקבוע על תשלום מיסים או הפקעת רכוש.

**השפעת התיאוריה של לוק**- השפעה חשובה על המסמכים המשפטיים שנוסחו בסוף המאה ה-18.

**הכרזת העצמאות האמריקאית (1776)**: "אנחנו מחזיקים באמיתות הבאות כמוכחות מאליהן, שכל בני האדם נבראו שווים, שהוענקו על ידי הבורא בזכויות מסוימות, **ביניהן הזכות לחיים, לחירות ולרדיפת האושר**. כדי להבטיח את הזכויות הללו יש לייסד ממשלה ששואבת את כוחה הצודק מהסכמת הנשלטים".

תרגום שפתו של לוק לתוך החוקה האמריקאית. כל בני האדם נולדו שווים, קיבלו זכויות טבעיות [קיימות בטבע והוענקו ע"י האל]. לא תלויות ברצון הטוב של השליטים והסכמת בני אדם. הם חלק מהטבע. חלק מהזכויות: לחיים, לחירות ורדיפת האושר. [אצל לוק באה הזכות לקניין, האמריקאים ניסחו משהו רחב- רדיפת אושר].

**תפיסת תכלית השלטון המדיני**: כדי **להבטיח את הזכויות** צריך להקים ממשלה, התארגנות מדינית שמטרתה הבטחת הזכויות.

אימוץ של התפיסה הלוקיאנית של הזכויות הטבעיות.

**הצהרת זכויות האדם והאזרח (1789) צרפתית**: **א**- כל בני האדם נולדים ונשארים בני חורין ושווי זכויות. ההבדלים החברתיים אינם יכולים להיות מיוסדים אלא על טובת הכלל בלבד. **ב**- מטרתה של כל התאגדות פוליטית היא השמירה על זכויותיו הטבעיות והבלתי מתבטלות של האדם. זכויות אלה הן: החופש, הקניין, הביטחון וההתנגדות לדיכוי.

שפה חילונית: "נולדים ונשארים". תפיסה דומה- בני חורין ושווי זכויות. זה יסוד מהותי בלידת האדם, לא תוצאה של החלטה פוליטית או מדינית. מונים רשימה קצת יותר ארוכה של זכויות.

הרעיון של תורת הזכויות הטבעיות [לוק האב המייסד] הוא גרסה של המשפט הטבעי.

**האם תורת הזכויות הטבעיות התקבלה?** (מבחינה משפטית)

**כדי להראות שהזכויות הטבעיות הן במעמד של "משפט טבעי" צריך להראות:**

1. **שהן חלק ממשפט המדינה**.
2. **שהן מחייבות גם אם לא נקבעו בחוק**.
3. **שיש להם מעמד על-חוקי: חוק שסותר אותם בטל**.

האם בימ"ש יקבע שהזכות הטבעית מחייבת גם אם היא לא נקבעה בחוק? יש 3 תנאים. מעבר בין הטענה שיש זכויות טבעיות במישור המוסרי לבין הטענה שהזכויות האלה בעלות מעמד משפטי עליון. **צריך להניח שהן חלק מהמשפט כדי לומר שהתורה התקבלה**.

הטענה של הובס נעשתה פופולארית, התקבלה ע"י הפילוסופיה המדינית. התיאוריה של לוק השפיעה על המסמכים המשפטיים שנקבעו בסוף המאה ה-18. גם מגילת העצמאות האמריקאית וגם הצהרת זכויות האדם והאזרח הצרפתית.

הגישור של הזכויות- הכנסת הזכויות הטבעיות למשפט נעשתה באמצעות המסגרות החוקתיות. כאשר מדינות קבעו בחוקות שלהם את הזכויות האלה. **עיגון החירויות בחוקה**. כאשר בתי משפט משתמשים בזכויות האלה, הם לא פונים אליהן כאל זכויות טבעיות אלא כאל זכויות חוקתיות.

**המבחן לקבוע האם המשפט מכיר בזכות טבעית? כשאין חוק**. האם יבטל חוק מכוח זכות טבעית או יוסיף נורמה מכוח זכות טבעית.

יש מתח בין תיאוריה פוליטית לתיאוריה משפטית. **מערכות משפט לא אוהבות לעשות שימוש בזכויות מוסריות וטבעיות, הן מחפשות עיגון פוזיטיבי-** בודקים האם המסגרת החוקתית מספיק רחבה.

**נטיית המשפט היא להיות פוזיטיבי**. **למשל** השופט חשין שפנה בפס"ד פלוני למשפט הטבע, זו פנייה חריגה. נפנה אליהם במקרים קיצוניים. כאשר דיברו על המשפט הגרמני הנאצי- פנו למשפט טבע. נדבר על הבעיות סביב זה. בד"כ בתי משפט לא ממהרים לפנות אל המשפט הטבעי, בשל אובייקטיביות המשפט. פנייה לעקרונות מוסריים מופשטים מוותרים במידה מסוימת על האובייקטיביות והוודאות של המשפט. [כמו כן חתירת משפט הטבע תחת משפט המדינה- התנגשות בין מערכות נורמטיביות]. יש נטייה לבתי המשפט להסתמך על חוקים.

**משפט טבעי- סיכום**

* יש עקרונות מוסריים "אובייקטיביים"- אינם תלויים בחברה מסוימת או בתרבות. הם "טבעיים"- אינם תלויים בחוק וניתנים להכרה ע"י התבונה. בניגוד להובס ואחרים, ההנחה של אנשי המשפט הטבעי היא שאפשר לזהות עקרונות מוסריים אובייקטיביים רציונלים באמצעות התבונה. הם טבעיים במובן הזה שהם אינם תלויים במדינה ובחוק.
* העקרונות המוסריים הללו מעניקים תוקף לחוק (חוק שאינו מתאים לעקרונות הללו אינו תקף). מטילים אילוץ על החוק. -התייחסות למשפט הטבעי כמו שחוקה מתייחסת אל חוק. כמו שביהמ"ש רשאי לבטל חוק כי הוא סותר חוקה. מנקודת מבט של משפט טבעי ניתן לפסול חוק שסותר עיקרון מוסרי.
* העקרונות המוסריים הללו הם חלק מהמשפט וניתן לפנות אליהם גם בהיעדר חוק. פס"ד פלוני עם השופט חשין. השלמת חסר; לקונה.

**התנגדויות למשפט הטבע** [תפיסה פחות פופולרית]

1. **התנגדות במישור הפילוסופי**

המשפט הטבעי מניח את קיומו של מוסר רציונלי (קוגניטיבי- ניתן להכרה) ואובייקטיבי. יש גישות מנוגדות שטוענות שכל הסיפור הזה הוא פיקציה.

* המוסר אינו רציונלי (נון-קוגניטיבי); הוא עניין רגשי (אמוטיבי). -המוסר נובע מרגשות חיוביים, אמפתיה. אך הוא לא מנומק באופן רציונלי.
* הוא אינו אובייקטיבי, אלא מוסכמה חברתית. -הוא רלטיבי, יחסי, תלוי תרבות, תוצר של הסכמה של חברה נתונה וקונבנציה חברתית (כל חברה והקונבנציה שלה). לחברות שונות ערכים שונים.

הגישה הזו כופרת בקיומו של מוסר אובייקטיבי ורציונלי, שזו אבן היסוד לתפיסה של משפט טבעי.

1. **התנגדות מעשית**

* בני אדם אינם מסכימים על כל השאלות המוסריות. [לכן לא רוצים שמערכת המשפט תתנהל לפי המערכת המוסרית של השופטים, השוטרים]. רוצים לבסס את מערכת המשפט על חוק כדי שהיא תהיה וודאית ואובייקטיבית. על חוק [קונקרטי] או חוקה [נותנת יותר מרחב לפרשנות].
* אי אפשר להניח עקרונות אוניברסליים מוסכמים.
* הסתמכות על עקרונות כאלה (מצד שופטים ופקידים) היא סובייקטיבית, חותרת תחת ההסכמה על החוק ומערערת את הוודאות.

הנטייה של שיטות משפט ככלל היא פוזיטיבית. גם אם דוגלים במשפט טבעי, הנטייה הטבעית היא לבסס החלטות משפטיות על החוק. **פס"ד פלוני**- שופטי הרוב ביססו את פסק הדין על "אי מסוגלות הורית" וגם השופט לוין ששיחק בצורה מורכבת יותר עם החוק. **השופט חשין הוא השופט היחיד שהלך לכיוון שימוש במשפט הטבעי**. **גם הוא מזהיר ואומר שההחלטה הזו מיוחדת, מלכותית**. מקרה יוצא דופן. מזהיר את השופטים לא ללכת בדרך הזו תמיד. לא לבסס החלטות שיפוטיות על עקרונות מוסריים, אלא על החוק. גם חשין שהלך בכיוון הזה נותן אזהרות מללכת בדרך הזו.

לתורת המשפט הטבעי יש גרסאות מודרניות- ע"י שופטים ופילוסופים. היא לא נעלמה, אך יש יותר גישות פוזיטיביות.

* בשבוע הבא נלמד על התיאוריה של אוסטין [אבי הפוזיטיביזם].

**שיעור 7- 29/03/22**

**ג'ון אוסטין- תורת הפקודה**

**פוזיטיביזם משפטי: התיאוריה של ג'ון אוסטין**

רקע לצמיחת הפוזיטיביזם שמי שחתום עליו לראשונה הוא אוסטין.

התפיסה הרווחת של המשפט **במאה ה-18** [סיכום של כל ימי הביניים מאז העת העתיקה] הייתה תיאוריה של משפט הטבע, שהניחה שהמשפט הוא סיכום או שילוב של משפט הטבע עם משפט המדינה. אנחנו יכולים לראות את זה בדבריו של בלקסטון, משפטן אנגלי מפורסם של המאה ה-18, שאומר:

**וויליאם בלקסטון [מאה 18]**-המשפט האנושי עומד על 2 יסודות: החוק הטבעי וחוק ההתגלות. [מזכיר את אריסטו, שאמר שהצדק המדיני הוא המשפט הטבעי ומשפט המדינה, החוק]. בלקסטון אומר שמשפט המדינה [=האנושי] עומד בעצמו על 2 יסודות.

**חוק ההתגלות= החוק הדתי**. יש ביטוי להתפתחות שחלה בימי הביניים ששילבה את התפיסה הדתית לתוך משפט הטבע [**תומס הקווינס**- הוגה דעות נוצרי דתי]. המשפט הוא תוצאה של משפט נצחי אלוהי אוניברסלי שבא לידי ביטוי במשפט טבעי [חוקי הטבע] ולצד זה גם חוקי המוסר, וגם המשפט הדתי. משפט המדינה, המשפט האנושי, בעצם מחויב לכל העקרונות הללו. גם לעקרונות המשפט הטבעי [עקרונות המוסר] וגם לעקרונות החוק הדתי. והוא מוסיף עליהם. בלקסטון ממשיך באותה רוח. המשפט האנושי עומד על 2 יסודות ומחויב להם.

חוקי האדם אינם יכולים לסתור את החוקים הללו. חלק מהחוקים האנושיים אינם אלא חוקים הצהרתיים שמבוססים על החוקים הללו. לדוגמה, רצח שנאסר בחוק אלוהי ולפי חוק הטבע. יש חוקים אחרים שאינם נובעים מחוק עליון דתי או מוסרי. דוגמה, החוקים הקובעים את הכללים של מסחר ושל יבוא מארצות אחרות.

**חוק הצהרתי= מצהיר על נורמה קיימת**. מוסר אוניברסלי, חוק דתי. לעומת זאת, בלקסטון קובע שיש חוקים אחרים שלא נובעים מחוק עליון דתי או מוסרי [שיעורי מיסים וכו'].

התוצאה של בלקסטון: משפט המדינה הוא מחויב ולא יכול לסתור את עקרונות המוסר או את החוק הדתי [חוקי ההתגלות]. המשמעות היא שהמשפט כולל גם את החיובים האלה. זה לא יהיה בלתי לגיטימי מצד עו"ד או שופט לקבוע/ לטעון הלכה מכוח עקרונות מוסריים או מכוח עקרונות דתיים.

משפט המדינה לפי התיאוריה של בלקסטון הוא ערבוב של המשפט שהמדינה חוקקה [פרלמנט וביהמ"ש קבע] וגם עקרונות מוסריים שהם לא קבעו [חלק מהמשפט הטבעי שהמשפט לא יכול לסתור אותם והם בעלי תוקף משפטי] ועקרונות דתיים.

**אין הבחנה ברורה בין המשפט לבין שני ענפים אחרים שהם המוסר והדת**. טיעונים מוסריים או דתיים הם לגיטימיים להיטען ע"י שופט, לגיטימיים בהליך משפטי.

**תפיסה נגדית** שמתפתחת **במחצית הראשונה במאה ה-19** היא תפיסה שמנסה להתמודד עם האתגר הזה וטוענת **שיש להבחין בין המשפט לבין המוסר והדת**. התפיסה של אוסטין. הם אינם תחומים חופפים או מעורבבים. המשפט הוא תחום נבדל. יש להגדיר אותו באופן נכון כתחום נבדל ואח"כ לפסוק על פיו כתחום נבדל.

מדעי ורציונלי- המהלך הזה הוא חלק ממהלך רחב יותר מבחינה אינטלקטואלית [הוגים בריטיים במאה ה-19 שמנסים לתת היגיון במוסר]. ג'רמי בנתם המורה של אוסטין, ידוע כפילוסוף תועלתן שבא ואומר **שקנה המידה לקביעת מהו מוסרי זה מה שמביא תועלת**. מתפתחת תפיסה מוסרית שניתן לכנותה תפיסה תועלתנית, רציונלית.

אוסטין- שותף למהלך שלו. הפרויקט שלו הוא המשפט. הוא רוצה להציע למשפט תיאוריה חדשה שהוא מכנה **"משפט פוזיטיבי"**, שמגדירה את המשפט כתחום נבדל ונפרד מהמוסר ומהדת. הוא יאפשר לשופטים להכריע לפי המשפט ולא לפי דברים אחרים, לעו"ד לטעון לפי זה ולבני אדם להתנהג לפי זה. התפיסה הזו מבוססת על הפרדה בין המשפט למוסר ובין המשפט והדת.

אוסטין מתחיל בניתוח אנליטי של המושגים הבסיסיים כדי להגדיר מהו המשפט.

**מהו חוק?**

* חוק הוא כלל מדריך שניתן בידי אישיות תבונית אחת לאישיות תבונית אחרת.

אנחנו מדברים על **חוק במובן הרחב= משפט**. Law. קובע כיצד להתנהג וניתן בידי אישיות תבונית אחת לאחרת. נגדיר זאת **כנורמה**. **אישיות תבונית**= הגדרה רחבה, לא אומר שזה אדם בהכרח. זה **יכול לכלול גם אל**.

**מושג החוק מוגדר בצורה רחבה**.

החוק כולל:

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

הוא עושה הבחנה בין המוסר למשפט. מוסר הם כללים שבני אדם קובעים, אך בני אדם שלא מוסמכים. לעומת זאת, המשפט ניתן ע"י בני אדם שהם מוסמכים [שיש להם סמכות לקבוע חוקים].

בהגדרה האנליטית הזו הוא כלל את 3 התחומים העיקריים שאיתם הוא רוצה להתמודד. מחד, המושג חוק שייך כעניין נורמטיבי, פרספקטיבי – עניין שקובע התנהגות. 3 ענפים: דת, מוסר, משפט. כולם מערכות נורמטיביות. את חוקי המוסר האידיאליים, משפט הטבע- האל קובע, אישיות תבונית. חוקי המוסר הפוזיטיבי, מוסר נוהג- אדם קובע. מתפתח באופן אורגני ולא מוסדי, אין סמכות למי שקובע זאת. סוג של דעה של בני אדם [שאולי יש להם השפעה, אם הם במעמד חברתי גבוה]. זו קביעה שאינה נובעת מסמכות. לעומת זאת, המשפט הם מה שבני אדם מוסמכים קובעים.

**חוקים במובן מטאפורי [אנלוגי]**

* חוקי הטבע- הכלל לא מדריך והטבע לא מציית.

**הם לא חוקים כי הטבע לא מציית לשום דבר**. חוק הוא דבר שפועל בין אישיות תבונית אחת לאישיות תבונית אחרת. מי שמצווה ומי שמצווה הם אישיות תבונית. **הטבע: אש, שמיים, בע"ח, מים- הם לא אישיות תבונית**.

**חוקי הטבע הם חוקים מתארים**. מתארים את הכלל אבל אין ציות לחוק נורמטיבי.

**החוק הפוזיטיבי**

* החוק שבני אדם **מוסמכים** קובעים: **חוק המדינה**. חוק המדינה מתאפיין בכך שבני אדם בעלי סמכות קובעים אותו. זה מה שמבחין אותו מהמוסר והדת.
* המוסר אינו חלק מהמשפט הפוזיטיבי. הוא אינו נקבע ע"י בני אדם בעלי סמכות, אלא ע"י דעה חברתית, הסכמות חברתיות שמתגבשות באופן אורגני ולא באופן מוסדי.
* הדת אינה חלק מהמשפט הפוזיטיבי.

**לדעת אוסטין יש להבחין בין הדת, המוסר והמשפט**.

**חובה**

* אדם נמצא תחת חובה כאשר יש עליו איום שאם לא יבצע את רצונו של אדם אחר יגרם לו רע כלשהו [סנקציה].

אדם תחת חובה אם במצב שלא יעשה זאת יוטל עליו עונש.

**אם לא תוטל עליי סנקציה- אני יכול לבחור מה לעשות**. גם אם יגידו לי לנסוע בצד הימין של הדרך. אם אין סנקציה= אין חובה לעשות את זה. אני יכול לנסוע בצד ימין, אבל לא חייב לנסוע בצד ימין. **אוסטין אומר שאין חובה** כי אם לא תעשה את זה- לא יקרה לך כלום.

אם לעומת זאת, אומרים לך לנסוע בצד ימין של הכביש כדי לאפשר לתנועה לנסוע מצד שמאל, אבל אם לא תיסע בצד ימין תקבל קנס 1000 שקלים, אוסטין אומר שזו חובה ולא עצה.

יש דברים שיכולים להגיד בני אדם בלי סמכות וכאלה בעלי סמכות.

אם אין בצידם סנקציה= אין חובה. **אוסטין מגדיר את מושג החובה כתלוי בסנקציה, בעונש**. לפי ההגדרה הזו מושג החובה לא תלוי בסמכות. כלומר, יש חובה על האדם לעשות משהו גם אם האיום נעשה ע"י מי שחסר סמכות. אם האיום חסר תוקף [כלומר מאיימים אבל אין באמת יכולת לאכוף]- לפי אוסטין ניתן לומר שאין חובה.

איום= ביטול זכויות, מכות, כלא. כל דבר רע. 🡨 ברגע שמאיימים עליי בדבר כזה, אני נכנס למצב של חובה.

אם אין איום 🡨 משאירים את ההדרכה שאומרים לי [הציווי] לרצוני הטוב. [יש לי אפשרות לבחור מה לעשות].

**נניח**, החברה יכולה להחרים פרטים בחברה שלא מבצעים חובה [למרות שהם בלי סמכות].

עד כה מושג החוק לא קשור במושג החובה. **חוק= כלל שמדריך התנהגות**. כדי שכלל שמדריך התנהגות יהיה חובה, הוא צריך להיות מלווה בסנקציה. **כללים מוסריים** שאומרים "אסור לשקר", "צריך לתת צדקה" וכו'- **הם חוקים** לפי ההגדרה של אוסטין, כי הם כללים מדריכים. **נניח** כאשר אתה רואה עני צריך לתת צדקה, צריך להגיד את האמת. אך האם יש סנקציה? לא. לכן, **כללים מוסריים אין בצידם סנקציה ולכן הם לא מטילים חובה** לפי מושגיו של אוסטין. חובה יש רק אם יש איום בסנקציה.

לכן מייצרים מושג שכולל **חוק + סנקציה= פקודה**.

**פקודה**

* פקודה היא דרישה שיש בצידה סנקציה.
* סנקציה יוצרת חובה.
* לכן, חוק שיוצר חובה חייב להיות פקודה.

לפי אוסטין, חוקי המוסר לא מטילים חובה, אלא הם עצה טובה איך לנהוג. הוא ירצה לומר שבמשפט יש חובה. כדי להגדיר **חוק מחייב= כלל שיש בצידו סנקציה, דהיינו פקודה**.

"תורת הפקודה" של אוסטין= כל החוקים הם סוג מסוים של פקודה. חוק כ"כלל מדריך" הוא מושג כללי מדי שכולל גם את הדת וגם את המוסר [שיש בהם חוקים] אבל אין בהם סנקציות. לכן הם לא באמת חוקים שיוצרים חובה, אלא הם חוקים שפשוט ראוי להתנהג על פיהם. **הדת והמוסר הם מערכות וולונטריות**.

אוסטין יוצר בתוך מושג החוק, קטגוריית משנה- פקודה. **כל פקודה היא חוק, אבל לא כל חוק הוא פקודה**. רק חוק שיש בצידו סנקציה הוא פקודה. חוק שיוצר חובה חייב להיות פקודה.

**חוק= פקודה כללית**

* **פקודה ספציפית= הוראה לעשות פעולה מסוימת**.
* **פקודה כללית= הוראה לעשות פעולה מסוימת באופן קבוע [סדרה של פעולות]**.

**למשל**,

* שופט קובע שג'ון סמית ייאסר- קביעה של שופט היא פקודה ספציפית.
* הפרלמנט קובע שאסור לגנוב וכל הגונב ייאסר- זו פקודה כללית.

יש הבחנה בין פקודה לפעולה מסוימת [להתייצב בשעה X, דרישה לשלם קנס, צו גיוס למילואים]. מקבלים הרבה פקודות כאלה מהרשויות. אלה פקודות ספציפיות. לעומת זאת, פקודה כללית היא פקודה על סדרה של פעולות (לא על מעשה מסוים). למשל תשלום 20% מההכנסה למס הכנסה- רלוונטי לכולם. לעומת זאת, אם יגידו למישהו תשלם 20,000 מההכנסה- פקודה ספציפית.

אוסטין אומר שחוק הוא פקודה כללית. החוק זו הבחנה בין מה ששופט קובע [מרי תשלם 100 פאונד; סמית ייכנס לכלא] לבין מה שהפרלמנט קובע.

**חוק מחייב הוא פקודה כללית**.

**מי יכול לתת פקודה?**

* **יכול לתת פקודה רק מי שיש לו סמכות / כוח כלפי אחר**. -הסמכות לפי אוסטין נמדדת במושג הכוח. יכול לגרום לו רע. **יכול להטיל עליו סנקציה**. פקודה [כלל שיש בצידו סנקציה] חייבת להינתן ע"י אדם מוסמך שיכול להיות מסוגל להפעיל את הסנקציה הזו.
* **חוק פוזיטיבי הוא חוק שניתן ע"י אנשים שיש להם עליונות (סמכות) כלפי אחרים**.

**לדוגמה:** אם שוטר עוצר אותי ברחוב ומבקש את הפרטים שלי. אני אומרת לא רוצה. הוא יבקש ממני להתלוות אליו לתחנת המשטרה ולבלות לילה במעצר. 🡨 יש לי חובה לתת פרטים מזהים, כי אם לא אעשה זאת אני איענש והשוטר שנתן לי את הפקודה יכול להעניש אותי.

אם אדם אחר מבקש ממני פרטים 🡨 אני יודעת שהוא לא יכול לקחת אותי למאסר ולכן אין לי חובה.

הפקודה יכולה להינתן ע"י גורם שיש לו יכולת להפעיל אותה, לגרום רע למקבל הפקודה. לאיים עליו ולממש את האיום. לכן רק אדם כזה הוא **מוסמך**. אוסטין מזהה את מושג הסמכות עם מושג הכוח= היכולת לאיים ולממשו.

המסקנה: אם נוציא מהכלל את האנשים האלימים שיכולים להרביץ לי בסמטת רחוב, כל אדם אחר שייתן לי הוראות [מועיל לסביבה, מפריע למישהו וכו'] הן אינן מחייבות. יכול להיות שיש להן תוצאות טובות, נניח אם יאמרו לי לא להסיק בתנור עצים כי מזהמים את הסביבה. אבל אני לא חייב להקשיב לזה, כי מי שאומר את זה לא יכול להטיל עליי חובה [להפעיל סנקציה]. הוא יכול לתת לי עצה ואולי כדאי לשמוע לעצה שלו.

**מי יכול להטיל סנקציה?** הגורמים המדינתיים- השוטר, השופט, המחוקק. הם יכולים לקבוע חוקים. יש להם סמכות בגלל שהם יכולים לגרום רע למישהו. ממילא הם יכולים ליצור חוק פוזיטיבי= כלל מדריך שיש בצידו סנקציה שניתנת למימוש.

מה אוסטין יגיד על המאפייה למשל? "שלמו פרוטקשיין או שנשרוף לכם את החנויות"; "שלמו מס חודשי". מאיימים בסנקציה. יש להם יכולת לממש זאת. **לפי אוסטין הם מטילים חובה**. 🡨 קיימת חובה גם אם המאפיונר מטיל עלייך הוראה. **אמנם אפשר לטעון, שהחובה הזו לא לגיטימית**. המאפיונר יכול להטיל חובה לפי הגדרת "החובה" של אוסטין, אך חובה לא לגיטימית. **למדינה יש חובה נגדית** שאומרת למאפיונר לא לקחת פרוטקשיין אחרת יוכנס לכלא. יש תחרות בין חובות- אם המדינה מצליחה להילחם בפשיעה היא גוברת, לעומת אזורים שהמדינה לא מצליחה להילחם בפשיעה וכוח המאפיונרים גובר.

**החובה נובעת מאילוץ, מאיום**. יש חובה לציית לחוקי המדינה אחרת המדינה תפעיל עלינו סנקציות [בית סוהר, קנסות].

הואיל ואוסטין מגדיר את מושג החובה לגבי איום הוא לא מוגבל למדינה, אלא גם גורמים פרטיים יכולים להטיל איומים. אך, **לא כל פקודה היא חוק**. פקודות מסוימות מהוות חוק. **יש פקודות שהן בלתי חוקיות, של שודדים ומאפיונרים** שמטילים חובה לפי ההגדרה של אוסטין אך הן לא לגיטימיות ולא חוק.

**הריבון**

* **החוק הפוזיטיבי הוא החוק של המדינה**.

יש פקודות של גורמים אחרים [מעבידים, מאפיונרים, אנשים שונים מייצרים פקודות- כל מי שיש לו כוח לאיים יכול לייצר פקודה] אבל זה עדיין לא חוק.

* **המדינה היא ישות פוליטית עצמאית: תושביה מצייתים לאדם אחד או לגוף אחד ולא לאחר**.

מה שמאפיין את המדינה הוא הציות שלה לאדם/גורם אחד. **הגורם הזה הוא הריבון**. הייחוד בישראל הוא שבישראל כולם מצייתים לכנסת ובירדן כולם מצייתים לפרלמנט הירדני/המלך. יש מערכת נורמטיבית שונה בין ישראל לבין ירדן. בראש כל מדינה עומד הריבון.

* **הריבון הוא מי שרגילים לציית לו והוא אינו מציית לאחרים**.

כדי לשאול מיהו הריבון בישראל, צריך לשאול למי בני האדם מצייתים? **נניח** סטודנט למשפטים מציית לאוניברסיטת בר אילן. האם היא הריבון? לא, היא כפופה לעיריית רמת גן, למל"ג וכו'. אבל גם עיריית רמת גן מצייתת לגופים נוספים- שרים, וועדות. 🡨 לפי ההיררכיה הזו נגיע בסוף לגוף שכולם מצייתים לו.

**בעולם מלוכני**- **כולם מצייתים למלך** והמלך לא חייב לציית לאף אחד אחר [יש לו אילוצים, הוא מתחשב בשיקולים שונים, אך לא מחויב לאף אחד אחר].

**מדינה דמוקרטית** [קצת יותר **מורכב** בגלל הפרדת רשויות]- באופן עקרוני אפשר לזהות גורם ש"לו הכל מצייתים"- **הכנסת**. התארגנויות במוסדות שונים, הסכמים חוזיים, גופים ממשלתיים- כולם מצייתים לגוף המחוקק והוא לא מציית לאף אחד אחר. **הוא לא חייב ציות לאף אחד אחר**. הוא חייב להתחשב בשיקולים פוליטיים, מוסריים וכו'.

אם הריבון חייב לציית בעצמו להוראות שיוצאות מוושינגטון- נאמר שהוא לא ריבון. צריך להניח שהריבון לא מציית לאף אחד אחר. הוא יכול להתחשב למה שאומרים בוושינגטון.

הריבון הוא הייצוג או הגילום של מוסד המדינה.

\***אוסטין מדבר על בני אדם וסנקציות ריאליות**. לכן, חוקי הדת לא מטילים חובה על המלך כי הם לא גורמים לו רע מבחינה קונקרטית. מוציאים מהתמונה עונשים של העולם הבא וכו'. האל לא מטיל חובה לפי המונחים של אוסטין על המלך.

לכל ישות מדינית יש בראשה גורם שהוא בהגדרה לא חייב ציות לאחרים [=הריבון].

יכול להיות שמדינה היא מדינת חסות והיא חייבת לציית למדינה אחרת 🡨 לפי אוסטין אין לה ריבון.

-הריבון: האם הכנסת לא כפופה לשום דבר אחר? **המחוקק כפוף לחוקי היסוד [החוקה]**. יש מערכת יחסים מורכבת. הואיל והכנסת כפופה לחוקי היסוד וביהמ"ש יכול לומר למחוקק לבטל את החוקים, אם ננסה לשים את האצבע על הריבון בישראל זה לא קל. **הכנסת כן כפופה לחוקי היסוד, אבל המחוקק של חוקי היסוד היא הכנסת עצמה**. אמנם ביהמ"ש יכול לבטל חוקים, אבל האם הוא הריבון? בוודאי שלא- ביהמ"ש כפוף לכנסת וצריך לפסוק לפי הכנסת. הוא יכול לפסול חוקים רגילים לפי חוקי היסוד, אך הוא לא יכול לייצר חוקי יסוד / לבטל חוקים רגילים שלא סותרים חוקי יסוד. זה מורכב יותר במדינה דמוקרטית לעומת משטר מלוכני. אולי יש מארג של הגופים האלה. נדון בשיעור הבא בהרחבה.

**תורת הפקודה של אוסטין**

* **החוק הוא פקודה כללית של הריבון**.

חוק- חייב להיות פקודה, כדי שיחייב ויש בה סנקציה.

פקודה כללית להבדיל מספציפית, שהיא לא חוק אלא הוראה ספציפית [לשלם מס, להיכנס לכלא].

הפקודה של הריבון. [עונה על השאלות של השודדים וכו']. יש גם גורמים אחרים שיכולים להוציא פקודות, אך מה שרלוונטי לחוק זו פקודה של הריבון בלבד. פקודת השודדים היא לא לגיטימית ולא חוק. פקודת הריבון גוברת על פקודות של מעבידים [שמוציאים פקודות מקומיות שהן לא חוק]; מועדוני חברים; מועדוני ספורט. יש הרבה גורמים שמייצרים "חוקים", "פקודות"- אבל הם אינם חוק המדינה החוק הפוזיטיבי.

לחוק הפוזיטיבי מקור אחד שהוא הריבון. מכוח זה הוא גובר על כל החוקים האחרים. הוא יכול להכיל את החוקים האחרים. פקודות של מעבידים יכולות להיות לגיטימיות אם הן לפי חוקי הריבון. לעומת זאת, פקודות שודדים שהן לא לגיטימיות והריבון יצטרך להתמודד איתן.

3 מרכיבים: פקודה + כללית + ריבון.

**במהלך המורכב של אוסטין הוא הרוויח את ההפרדה בין המשפט לבין מוסר ולדת**. זה היה האתגר הראשון שלו לומר שהמוסר איננו משפט. המוסר לא מטיל חובות כי הוא נקבע ע"י אנשים שאין להם סמכות וכוח. הוא נותן עצות, ראוי לקיימן כל אדם לפי שיקול דעתו. כאשר דנים בדיון משפטי, השופט צריך להכריע לפי החוק, החובה. הכרעה לפי החוק חייבת להיות לפי המשפט ולא המוסר. **השופט לא רשאי לפסוק לפי המוסר**. כנ"ל הדת. השופט לא יחליט לפי החוקים הדתיים, אלא רק לפי חוקי המדינה. **מצליח להגדיר את המשפט כתחום נפרד**.

**אתגרים של אוסטין בהגדרה הזו**- האם הוא מצליח לכלול בתיאוריה שלו את כל המרכיבים של המשפט? המשפט האנגלי מבוסס על תקדימים של שופטים, שהם חלק מהמשפט.

**התקדים**

* **במשפט המקובל** הפסיקה היא מקור משפטי מרכזי.
* פסיקה היא **פקודה ספציפית** היא אינה חוק.

פסיקות של בתי משפט הן פקודות ספציפיות לפי אוסטין. לא חוק. איך הוא יכיל את מושג התקדים בתיאוריה שלו, שהרי מושג התקדים מבוסס על פקודה ספציפית? כיצד הפקודה הספציפית תהפוך להיות חוק [פקודה כללית].

* **לפי אוסטין,** המעמד של הפסיקה הוא מכוח הסמכות שהריבון, הפרלמנט, נתן בידו. -התוקף של הפסיקה כמחייבת מבוסס על החלטה של הפרלמנט. הפרלמנט [הריבון] קובע שכל פסיקה של ביהמ"ש תהיה תקדימית. ממילא, הפרלמנט נותן גיבוי להחלטה הזו. לכן הכרעה של השופט במקרה מסוים הופכת להיות חוק כללי.

**המנהג**

* **במשפט המקובל** מנהג הוא מקור משפטי מחייב.
* מנהג הוא **נורמה שנוצרת ע"י בני אדם** ואינו פקודה של הריבון. -בני אדם **שאינם מוסמכים** יוצרים מנהג [מעבידים, סוחרים, לקוחות. לא גורם מדינתי מוסמך ובוודאי לא הריבון].

איך נתייחס אל המנהג כחוק?

* לפי אוסטין, השופטים שמאמצים את המנהג עושים אותו לפקודה. השופטים ממונים על החוק מכוח הפרלמנט.

המנהג לבדו איננו מחייב, אלא **המנהג מחייב מרגע שביהמ"ש מאמץ אותו**. זה בנוי על ההחלטה הקודמת לגבי התקדים- ביהמ"ש מאמץ אותו במקרה מסוים, אך הואיל וביהמ"ש יכול לקבוע במקרה מסוים והוא יהווה תקדים מחייב הרי שיש סמכות וזו פקודה כללית. כאשר ביהמ"ש מאמץ את המנהג הוא הופך אותו לנורמה.

אוסטין דוחף את התיאוריה שלו מאוד.

**חוקים אזרחיים שלכאורה אינם פקודה** [אין בצידם סנקציה]

* חוק החוזים.
* חוק הנישואין- אין חובה להתחתן לפי הדין או לא. אין נתפוס את זה כפקודה?
* חוק הירושה [צוואה].
* חוק החברות.

איך נתפוס אותם כפקודה? **החוקים האלה מעניקים חלקם כוח וחלקם זכויות**. הם לא מטילים חובה. **פקודה היא בהגדרה כלל שמטיל חובה**. הבעיה של אוסטין- מגדיר את כל המשפט במושג הפקודה, שהוא מושג של כללים שמטילים חובה. יש כללים רבים שאינם מטילים חובה. **למשל**, נותנים אפשרויות להקים חברה, לא חייב להקים חברה. אומרים איך להתחתן, לא אומרים שחייב להתחתן. אומרים איך לכרות חוזה, אבל לא חייב לכרות חוזה.

* **לפי אוסטין**: מטילים חובות והסנקציה- בטלות.

אוסטין אומר שהחוקים האלה מטילים סוג מסוים של חובה. אם רוצים להינשא, חייבים להינשא בדרך מסוימת שכל מדינה קובעת כיצד להינשא. זו לא חובה קטגורית, כמו הדין הפלילי. **זו חובה מותנית**- אם אתה רוצה להינשא, זה ייעשה בדרך הזו.

בחובה הזו **יש אלמנט של סנקציה**. ביהמ"ש יתייחס לזה- יש או אין חברה / חוזה וכו'. אכיפה או בטלות פעולה.

ניתן להרגיש שאוסטין מאוד דוחף לתורה שלו. מתחיל מנקודה שהוא תופס את המשפט ככוח- הטלת איום. גם אם יש חוקים שבאופן אינטואיטיבי לא נכנסים לתמונה הזו הוא מתאמץ להוכיח שנוכל לראות אותם גם במסגרת הזו.

**חוקים שאינם פקודה**

* חוקים הצהרתיים או פרשניים.
* חוקים מתירים- מרשים או משחררים מחובה חוקית.
* חוקים שאינם שלמים- אינם כוללים סנקציה.

**דוגמאות**:

**חוקים הצהרתיים ופרשניים- חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות**- 1. "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו..". לא מטיל חובה, גם לא במונחים של בטלות הפעולה. אוסטין אומר שאלה חוקים פרשניים, כדי לקרוא את כל מערכת החוקים. **למשל** חוק החוזים מדבר על התחייבות חוזית- צריך להגדיר מיהו אדם שיש לו כשרות משפטית. **יש חוקים שהם אינם פקודות ולא מטילים חובה, אלא הם דרושים לצורך המערכת**.

תורת הפקודה היא תורת על, כאשר ברור שיש חוקים מסוימים שאינם פקודות אבל נדרשים לצורך הפקודות.

**חוקים מבטלים או מתירים- חוק לביטול המג'לה, חוק רישוי עסקים**. 🡨 קובעים על מה יחולו החובות והזכויות, לא כל חוק הוא פקודה בעצמו.

**חוקים לא שלמים- חוק העונשין: ס'323**. חוקים שאינם מטילים סנקציה. אוסטין אומר שניתן לחיות עם זה. לא מטילים עונש על הורה שלא מספק את צרכיו של הקטין בן ביתו. לטענת אוסטין, אם אין סנקציה אין הטלת חובה.

**אוסטין סיכום**

* **המשפט הוא תחום נפרד מהמוסר והדת**.
* **המרכיב המרכזי במשפט הוא כוח**.
* **המשפט מעוגן ברצונו של הריבון**.

**אוסטין הוא אבי הפוזיטיביזם המשפטי**, מתוך רצון להבדיל את המשפט מהמוסר והדת. מדגיש את מרכיב הכוח במשפט. המשפט מחובר לכוח של המדינה ובכך הוא מאופיין. מושג החובה בנוי על מושג הכוח [מתי אדם נמצא תחת חובה? כאשר יש מישהו שמאיים עליו שיגרום לו רע ויטיל עליו עונש, ויכול לממש את זה]. מושג החובה יכול להתקיים ע"י גופים אחרים, אך המשפט הוא חובות שהמדינה יוצרת. להבדיל מחובות וולונטריות או שעבריינים יוצרים. המשפט מעוגן ברצון של הריבון. **עולם מונרכי**= רצון המלך; **עולם דמוקרטי**= הרצון הקולקטיבי או המצטבר של העם, שבא לידי ביטוי במחוקק.

המשפט הוא פקודה כללית של הריבון. **שאלה:** האם הוראה שקיבלתי מהרבנות הראשית לתרום מחצית השקל היא חובה? האם הוראה מההסתדרות היא חובה? האם יש עליי חובה חוקית לעשות את זה? נשאל לפי אוסטין- האם זו פקודה כללית מהריבון? **לא**.

המבחן לכל שאלה מהו חוק לפי אוסטין: פקודה כללית של הריבון. אם הוא לא פקודה כללית של הריבון הוא אינו מחייב מבחינה משפטית. ניתן לעשות מה שביקשו אבל זה לא חובה משפטית. היא מוגדרת ונבדלת מהחובות האחרות.

חוק החוזים הוא מכשיר מרכזי שניתן בעזרתו לקבל עוד חובות ממוסדות שונים [ארגוני חינוך, ארגוני עובדים, ארגונים פוליטיים, ארגוני חברים] – הן וולונטריות. החוקים האלה כפופים לחוקי המדינה.

רעיון המסגרת= למשפט יש את הכוח של המדינה. הכוח יוצר את החובה.

* ביום חמישי נדבר על המגבלות והביקורת של התיאוריה של אוסטין.

**שיעור 8- 31/03/22**

**ביקורת תורת הפקודה של אוסטין**

ראינו שהמאמץ של אוסטין היה לנסח תיאוריה שתגדיר מהו המשפט, תבחין בינו לבין מערכות נורמטיביות אחרות, בעיקר המוסר והדת. אוסטין הציע הגדרה פשוטה- משפט אחד- המשפט הוא פקודה כללית של הריבון. הריבון הוא הגוף שכולם רגילים לציית לו והוא לא מציית לאף אחד. הוא מגלם את המדינה. הרצון שלו בא לידי ביטוי בצורה של פקודה, כלומר כלל שיש בצידו סנקציה ולכן מטיל חובה. זהו המשפט.

**המשפט כולל כל פקודה כללית של הריבון**. כל מערכת המשפט שלנו יכולה להיכנס תחת הכותרת הזו.

**משפט הטבע או כללי המוסר אינם פקודה של הריבון ולכם הם לא חלק מהמשפט**. הוראה מוסרית כללית כגון לתת צדקה, לא לשקר, הרצחת וגם ירשת וכו'- כל אלה הן מידות טובות, כללים מוסריים יפים אך אינם חלק ממשפט המדינה. כאשר שופט דן במקרה שלפניו הוא צריך להתחשב במשפט ובו בלבד, דהיינו בפקודות הריבון.

ראינו כיצד אוסטין מנסה להכניס לזה את המשפט כולו. הוא הבחין במספר קשיים לגבי כמה תחומים.

התיאוריה הזו שהוצגה במחצית הראשונה של המאה ה-19 הציגה אלטרנטיבה לתורת המשפט הרווחת שהייתה מבוססת עד אז על משפט הטבע. התיאוריה הזו עשתה צעד מרכזי וחשוב בכינון של תיאוריה פוזיטיבית אבל יש לה לא מעט פגמים, שעמדו עליהם הוגים מאוחרים יותר.

**H. L. A. Hart**- **הארט**, הפילוסוף של המשפט הציג תורה פוזיטיבית חלופית. הוא **המבקר השיטתי של אוסטין**. הביקורת תהיה מבוססת בעיקרה על דבריו.

**ביקורת 1: תורת הפקודה לא מתאימה לכל מקורות המשפט שאנחנו מכירים**.

הנקודות שאוסטין עצמו הבחין שהן בעייתיות והוא ניסה להסביר אותן-

1. התיאוריה של אוסטין איננה מתאימה לכל מקורות המשפט שאנחנו מכירים. יש מקורות שהיא מתאימה להם כגון חוקים שהריבון מוציא. אבל המשפט האנגלי וגם המשפט הישראלי כוללים גם מקורות נוספים חוץ מהחוקים: למשל, **תקדימים של ביהמ"ש**. הם על פניו לא פקודה של הריבון. **אוסטין אמר שהפסיקה של ביהמ"ש מחייבת כי הריבון קבע שתקדים של ביהמ"ש מחייב**. היסטורית, הטענה איננה משקפת את תהליך ההתפתחות של המשפט המקובל. זה לא התפתח בדרך שהפרלמנט נתן לביהמ"ש סמכות לפסוק, אלא **זה התפתח מביהמ"ש**. המעמד של בתי המשפט או פסיקתם כמקור משפטי לא נוצר היסטורית בעקבות הוראה של הפרלמנט, אלא הוא נוצר מאליו. הכירו באיזשהו אופן במשפט המתפתח כתוצאה מבתי המשפט. הפרלמנט בדיעבד מכיר בזה. אך לא ברור שהפרלמנט נותן תוקף מלא לכל הפסיקה.

**שאלה**- האם המעמד של בתי המשפט נובע מהחוק או שהמעמד הוא עצמאי ולא קשור לחוק? אמנם בישראל יש חוק שקובע שפסק דין של בית משפט גבוה מנחה פסק דין נמוך ממנו ופס"ד של ביהמ"ש העליון מחייב כל בימ"ש, אך האם כל המעמד שלהם נובע רק מזה?

**תשובה**- **סמכות ביהמ"ש לפסול חוקים בישראל לא נובעת מן החוק באופן ישיר**. החוק לא מסמיך. **ביהמ"ש טען שחקיקת חוקי היסוד מניחה מני הווי את סמכות ביהמ"ש לבטל חוקים**. כאשר הוא דן בשאלה הזו **בפס"ד בנק המזרחי** הוא קובע שחוק רגיל לא יכול לסתור חוק יסוד ומי שיטפל במקרה כזה הוא ביהמ"ש. הסמכות הטבועה שביהמ"ש הניח לא כתובה במפורש בחוק, אלא הוא הניח אותה.

נכון לומר באופן כללי שהיסטורית מעמד בתי המשפט באנגליה לא נבע מחוק של הפרלמנט [כמו שיש כיום]. לא היה חוק כזה בימי הביניים. אך עדיין הפסיקה חייבה.

**התיאור שהמעמד של הפסיקה נובע מהחוק הוא תיאור שאולי נכון בדיעבד, אך הוא לא נכון היסטורית וגם מבחינה מהותית** [האם המעמד של בתי המשפט נובע מהכרה של החוק או שהוא עצמאי? אוסטין טוען שהוא נובע מהחוק אבל היסטורית זה לא נכון].

1. דבר בולט יותר קורה לגבי **המנהג**. המנהג הוא לא פקודה של הריבון, הוא **בא מלמטה**. בנוסף, לא ניתן לומר שהחוק קובע את המנהג- **אין חוק שאומר שהמנהג מחייב** [באנגליה או בישראל]. אם יש חוק שמונה את מקורות המשפט הוא לא מונה את המנהג, **למשל** חוק יסודות המשפט ["ראה ביהמ"ש שאלה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש, יכריע בה לאור עקרונות הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"]. מקורות המשפט לפי החוק: חקיקה, פסיקה, היקש ועקרונות מורשת ישראל. לא נמצא מנהג. ממה כוחו של המנהג? אוסטין אומר שהריבון מסכים לכך שהמנהג מחייב. זה בעצם אישר בדיעבד מקור של מנהג.

אוסטין אומר שבאנגליה הריבון הוא המלכה [מלוכה, ראש המדינה] והפרלמנט [2 בתים] יחד. המלך והפרלמנט יחד לא קבעו אף פעם שהמנהג מחייב. מניין הכוח המחייב של המנהג במשפט האנגלי? **אוסטין אומר שכאשר ביהמ"ש פוסק לפי המנהג, ביהמ"ש נותן תוקף למנהג**.

האם התשובה הזו היא תשובה מספקת? כאשר בא דיון בפני ביהמ"ש, האם הוא חייב לפסוק לפי המנהג? אם הוא מקור מחייב, על ביהמ"ש לפסוק לפיו. אם הוא לא מקור מחייב (אין לו כוח מחייב כשלעצמו), הרי שביהמ"ש לא חייב להחליט לפי המנהג [רשות]. **באנגליה** **המנהג מחייב ומהווה מקור עצמאי**. לפי תורת המשפט האנגלי נקודת המוצא היא שהמנהג מחייב, ואם כך ביהמ"ש חייב לפסוק לפי המנהג.

**לדוגמה בישראל**- חוקי עבודה לא היו מפותחים בשנות ה-50. לא היה חוק פיצויים למי שמפוטר מהעבודה. היה מקרה שאדם פוטר מהעבודה והוא תבע את המעביד לשלם פיצויים. החוק לא חייב לשלם פיצויים. המעביד טען שהוא לא חייב, אך הנוהג היה שמעביד שמפטר עובד משלם לו פיצויים. העובד טען שזה הנוהג כי כולם משלמים פיצויים. **ביהמ"ש אמר שהנוהג הזה הוא מנהג מחייב**. [הערה: לא כל נוהג/פרקטיקה הוא מנהג מחייב; נוהג זה מה שעושים. כדי שהוא יחייב הוא צריך להיות א. נוהג מושרש. ב. נוהג שעושים אותו בגלל שהוא מחייב. כמו שלמדנו במשב"ל]. הוכיחו שפיצויי פיטורין הן נוהג ועושים זאת בצורה מחייבת, ביהמ"ש קבע שיש חובה מן הדין לתת פיצוי. כאשר ביהמ"ש קבע את זה הוא הסתמך על העיקרון שהמנהג מחייב.

**התוקף של המנהג אינו נובע מהפסיקה של ביהמ"ש, הוא קיים קודם לכן**. לכן, ההסבר של אוסטין לתוקף המנהג איננו מספק. אוסטין טוען שהמנהג מחייב מכוח החלטה של ביהמ"ש, ואז לביהמ"ש כביכול בחירה האם לקבל- כלומר המנהג הוא מקרה פרטי של פסיקה. אבל ראינו שזה לא כך.

1. **התיאוריה של אוסטין לא מתאימה לפחות למשפט האנגלי**. יכול להיות שהיא מתאימה למשפט האירופי הקונטיננטלי, שבו התקדים לא מחייב וגם המנהג לא מחייב.

**תורת הפקודה של אוסטין מתאימה למשפט הקונטיננטלי** ולא למשפט הבריטי [אוסטין עצמו בריטי, מוזר שהוא מייצר תיאוריה לשיטת משפט אחרת].

אם היא עונה רק לשיטת משפט אחת, היא **לא עונה על תורת משפט כללית**- תורת משפט שמתאימה לכל שיטות המשפט. אנחנו מחפשים תיאוריה שתסביר את כל שיטות המשפט, ולא אחת מסוימת. שיטת משפט הטבע ושיטת משפט פוזיטיבי צריכות להתאים לכל שיטות המשפט. אך תורת הפקודה של אוסטין לא מתאימה למשפט הבריטי. היא מתאימה לתורת משפט שמכירה שרק חוק של הריבון הוא מקור משפטי.

**ביקורת 2: תורת הפקודה לא מתאימה לכל סוגי הנורמות [הכללים] המשפטיות**.

ענפים כמו חוזים, קניין, חברות, משפחה. **כל המשפט האזרחי והמסחרי, האם ניתן לראותו כפקודה?** פקודה ביסודה היא כלל שמטיל חובה, בגלל שיש בצידה סנקציה. איך אוסטין מתאים את מושג הפקודה לכללים שהם אינם מטילי חובה [מטילים כוח או זכות]? חוזה הוא כוח של בני אדם לכרות חוזה שיטיל עליהם חובות ויעניק עליהם זכויות. **חוק החוזים לא מטיל חובה** [למרות שיש חובה לשמור על תו"ל, אבל היא משנית ביחס למהות החוק]. כנ"ל צוואה, נישואין, גירושין. **אוסטין ניסה לתת לזה תשובה בכך שניתן לראות את הבטלות של הפעולות האלה כסנקציה**. אם אני רוצה לכרות חוזה אני צריך לעשות אותו בדרכים המקובלות, ואם אני לא אעשה בדרך זאת הרי שהחוזה לא יהיה תקף [בטל]. כנ"ל לגבי כתיבת צוואה, כנ"ל לגבי דרך להתגרש ולהתחתן וכו'.

אבל ההסבר של אוסטין נשמע צולע. **המושגים של תוקף לפעולה משפטית או היעדר תוקף היא לא עונש / סנקציה**. הדרך לעשות את זה היא לא חובה. מרגישים שהוא מחמיץ פה משהו. הוא מנסה להכניס את כל הכללים המשפטיים לתוך קטגוריה של כללי חובה. צריך להכיר בכך שכללים משפטיים הם מגוונים יותר. הענף המובהק שמטילים חובה הוא דיני עונשין, אך אלה לא הכללים היחידים במשפט. רוב המשפט איננו כזה.

יש חוקים רבים שמעניקים זכויות ולא מטילים חובות. לדוגמה: חוק ביטוח לאומי מקנה זכות לאדם לקבל תשלום כאשר הוא פורש ומגיע לגיל זקנה או כשיש לו תאונת עבודה. זה חוק שמעניק זכות. כיצד אפשר להכניס את זה לקטגוריה של חובה? לדוגמה: חוק חינוך חובה. יש חובה לשלוח את הילדים למוסדות חינוך, אבל לצידה יש זכות לקבל חינוך. כנ"ל חוקי בריאות.

התיאוריה של אוסטין היא ראשונה והוא עשה את הניסיון להגדיר את המשפט הפוזיטיבי. מיד ראינו את הפגמים וזה ברור שזה לא מתיישב יפה על הגיוון של החוקים שיש היום. לכן נראה בהמשך את האלטרנטיבות.

**ביקורת 3: מושג הריבון**

אצל אוסטין מושג מפתח הוא מושג הריבון. הוא רואה את החוק כביטוי לרצון של הריבון.

1. **מושג הריבון באופן אינטואיטיבי מתאים למונרכיה**- יש מלך והוא מבטא את רצונו. כאשר אנחנו מגיעים למדינה דמוקרטית, מושג הריבון הוא סוג של מטאפורה למשהו יותר מורכב.

מי הריבון באנגליה? המלך, אבל הוא לא מחוקק. באנגליה זה **צירוף המלך והפרלמנט**, על שני בתיו.

מי הריבון בישראל? **הכנסת**.

1. אוסטין הגדיר את הריבון כמי שהכל מצייתים לו והוא לא מציית לאף אחד. אבל **במדינה דמוקרטית הריבון עצמו כפוף לחוק**. בישראל, לא יהיה נכון להגיד שהכנסת לא מצייתת לאף אחד, כי היא מצייתת לחוקי היסוד.

הריבון בארה"ב= **הסנאט והנשיא** יחד. האם הם לא מצייתים לכלום? לא נכון. הסנאט מחויב לחוקה. בוודאי גם הנשיא.

תפיסה שהריבון הוא מעל החוק זו תפיסה פשטנית שאולי התאימה לתקופות עתיקות [העולם העתיק והמזרח הקדום], כמו המלך ברומא או הקיסר כמקור החוק. המלך היה מקור החוק, כולם צייתו לו והוא לא חייב לאף אחד. **במדינות דמוקרטיות** הריבון לא נתפס כמי שהוא מעל החוק באופן מלא. יש לו **כפיפות מסוימת** לפחות לחוקה. לכן מושג הריבון עצמו לא מתאים באופן מלא לדבריו של אוסטין. הוא מתאר מעין פירמידה שבראשה נמצא הריבון וכולם כפופים לו, אך זה לא ככה במדינה דמוקרטית. זה לא קודקוד, אלא דבר מורכב יותר + הוא **מציית לגורמים נוספים במסגרת מערכת הבלמים והאיזונים במדינה דמוקרטית**. המערכת מורכבת יותר.

1. **לא מסביר את ההמשכיות**. אוסטין מתאר את הריבון כמי שרצונו קובע את החוק. מה קורה כאשר שלטון מתחלף, נניח ע"י בחירות ויש ריבון חדש. צריך להבין איך הוא רוכש הרגל ציות? האם צריך פרק זמן? לדעת ד"ר שפירא, ניתן להסביר כי זו שאלה פחות קשה [הביקורת על כך שאוסטין לא מסביר את החילופים היא פחות חריפה]. גם במושגים של אוסטין **לא צריך לתפוס את הריבון באופן פרסונלי, אלא יותר כמשרה** [המחוקק]. למשל, יש הרגל ציות בישראל לכנסת ויש הרגל ציות באנגליה לפרלמנט.

הביקורת החריפה יותר שמושג הריבון לא מסביר את התפיסה לפיה גם הריבון כפוף לחוק.

**ביקורת 4: ביקורת שפיתח הארט- מושג החובה**.

אוסטין הסביר **שחובה נובעת מאיום בסנקציה**. למה? **הסבר ראשון** הוא **ההסבר הפסיכולוגי**, לפיו יש תחושה של חובה כאשר מאיימים עליי. אם אומרים לי שאם לא אציית לחוק יוטל עליי עונש [מאסר, קנס], אז אני מרגיש תחושה של חובה. **כאשר חושבים על זה מגיעים לתוצאה מוזרה שכל איום יוצר חובה**.

**לדוגמה:** שודד נכנס לבנק ומכוון אקדח לראשו של הפקיד. לפי התפיסה של אוסטין לפקיד יש חובה לתת את הכסף, כי מאיימים עליו אחרת יקבל כדור לראש. אולי יש גם חובה הפוכה לשמור כמה שיותר על כספי הבנק. ניתוח מושג החובה לפי אוסטין- גם השודד הקטן יוצר חובה, ואילו הריבון הוא השודד הגדול שמאיים על כולם ומצייתים לו.

**לדוגמה:** חייל נופל בשבי. לפי כללי המשב"ל והמדינות אסור לו לתת מידע אודות מדינתו. השובים מענים אותו כדי שימסור מידע. איזה חובה יש עליו? לפי אוסטין מאיימים עליו ולכן יש חובה למסור מידע. אבל מצד שני, הוא שלוח של המדינה ויש לו חובה לא למסור מידע. אולי יש חובות סותרות.

**ההרגשה היא שאוסטין מפספס משהו בהגדרתו**. מבחינה מושגית גם שודד מטיל חובה על הפקיד לשלם את הכסף. האם זה מתקבל על דעתנו? צריך להבחין בין מושג החובה כמושג נורמטיבי לבין החובה כעניין פסיכולוגי או כאילוץ, הכרח. נכון שהשודד מכריח את הפקיד לשלם כסף, אבל לא נכון לומר שיש עליו חובה נורמטיבית לשלם כסף, חובה משפטית, מוסרית לתת. **יש להבחין בין מושג החובה כמושג נורמטיבי לבין תחושת כורח שיש באיום**.

אוסטין היה מודע לזה והוא ניסה לתת תשובה- הסנקציה היא לא בגלל שהיא נותנת תחושת אילוץ, אלא יש תיאור שאם אתה לא ממלא את החובה/הכלל אתה תיענש. למה העונש יוצר תחושת חובה לפי אוסטין? כי הוא יוצר תחושה פסיכולוגית של הכרח. אבל כאמור צריך להבחין בין חובה נורמטיבית להכרח.

**הארט מציע לתת לאוסטין פירוש לא פסיכולוגי, פירוש אובייקטיבי**- לפיו **מושג הסנקציה הוא ניבוי של התוצאה של המעשה**. **לדוגמה:** אם נסעת בכביש מהיר מעל 100 קמ"ש, תקבל קנס אלף שקלים. הסנקציה מתארת את התוצאה (=העונש) של המעשה שלך ולא קשורה לפחד שאתה מרגיש מהעונש. לפי פירוש זה, זה לא נובע מתחושה פסיכולוגית של פחד, אלא מושג הסנקציה מתאר את התוצאה של המעשה שלך.

האם זה פותר את הבעיה של אוסטין? **הארט אומר שזה לא פותר**, משום שכאשר אנחנו אומרים אם אדם עובר על החוק הוא מקבל עונש, אנחנו מתכוונים לומר שבגלל שהוא עבר על החוק הוא מקבל עונש. **זו הצדקה** לכך שהוא נענש. במילים אחרות, **היחס בין הסנקציה והחובה הוא הפוך ממה שאוסטין אומר**. אוסטין אומר שבגלל שיש סנקציה יש חובה, הארט אומר שבגלל שיש חובה יש סנקציה.

למה מטילים עונש על בני אדם שעוברים על החוק? כי הם היו חייבים לציית לחוק ולא צייתו לו.

**החובה היא נקודת המוצא**. בגלל שאדם הפר את חובתו לציית לחוק 🡨 נטיל עליו עונש. [נקודה חשובה]. לפי הארט, הגדרת מושג החובה לא נובעת בגלל שמטילים על אדם עונש, אלא ממשהו אחר.

* **יש קשר בין המושג שאוסטין תיאר לתפיסת התועלתנות**- שני כוחות פועלים בעולם- שגורמים לך טוב ושגורמים לך רע. צריך לעשות מה שעושה לך טוב. לתוך המערך הזה נכנס החוק שאומר שאם תפר את החוק יוטל עלייך עונש. **אדם רציונלי יבקש לציית לחוק כדי להימנע מרע**. אבל הרע יכול להיות מוטל גם ע"י אנשים אחרים ולפי אוסטין אין ברירה לומר שגם שודדים מטילים חובות, וזה נראה לנו לא אותו דבר. החובה שיש לי לנסוע במהירות המותרת היא לא כמו שאני נותן לשודד כסף שמאיים עליי. אני עושה את האחרון בגלל שהוא הכריח אותי ולא כי אני חייב. **הארט מסביר אחרת את מושג החובה**.

**האלטרנטיבה שהארט מציע**

**מה פירוש המושג חובה באופן רחב?** אפשר לחשוב על חובה שהחוק מטיל עליי [חובה לנסוע במהירות מותרת; חובה לשלם מס הכנסה; חובה לא לגנוב].

**לפי אוסטין**- **מושג החובה הוא הסנקציה**. הוא משאיר את מושג החובה לעניינים המשפטיים שיש להם סנקציה. האם יש דבר כזה שנקרא **חובה מוסרית?** נניח מתן צדקה. נניח חובה לא לשקר. **האם ניתן לחשוב על מושג חובה בלי שמאיימים עליי?** האם יש חובה דתית? אפשר לומר שיש סנקציה שה' מעניש, ואז נשארים בשפה של אוסטין.

נחשוב על מוסר, כי בד"כ אין סנקציה. למה נחשוב על זה כחובה? באיזה מובן נאמר שזה חובה? אינטואיטיבית אם לאדם יש כסף ובא אליו עני אחד שמבקש אוכל, מבחינה מוסרית יאמרו שהוא חייב לתת.

**האלטרנטיבה לאוסטין** הוא לומר שיש **טעם טוב** לעשות את הדבר וזה חובה. לא בגלל שייגרם רע לי או למישהו, אלא כאשר אני אומר שיש עליי חובה לעשות דבר מה **פירושו שיש לי טעם טוב שבגללו אני חייב לעשות את זה**.

למה קשה להבין את זה? גדלנו מאז שאנחנו ילדים בשפה של "שכר ועונש". אם תעשה משהו טוב-תקבל פרס; אם לא תעשה-תקבל עונש. אנחנו רגילים לקשור את מושג החובה למושג של ענישה. זה כלי חשוב בפיתוח התנהגות ע"י חיזוק חיובי ושלילי. זה העולם שאנחנו חיים בו אינטואיטיבית.

חשיבה פילוסופית על כך [האם לתת צדקה לעני]- אף אחד לא יעשה לי משהו רע אם אני לא אתן צדקה, אבל יש לי טעם טוב וחזק לעשות את זה. אם אין לי טעם חזק זה רשות.

מה ההבדל בין אם אני רוצה לשתות קפה לבין לתת צדקה לעני? קפה- טעם טוב, צמא, טעם חלש. אם אני רוצה אני עושה. צדקה- טעם חזק.

**חובה= לא תלויה בכלל בעונש**. היא תלויה בשאלה האם יש לי טעם טוב לעשות את המעשה הזה. אם יש טעם טוב=יש חובה. יש סוגי טעמים חלשים יותר והם לא חובות.

**החובה עומדת בקונפליקט מול רצונות אחרים פנימיים שיש לי** [יש לי כל מיני אינטרסים]. **נניח**, התלבטות אם לשתות קפה ועוגה. יש כמה אינטרסים שונים- בא לי כי אני צמא ורעב. מנגד קלוריות, עולה כסף. **אני אשקלל את מאזן השיקולים ואבחר**.

**החובה גוברת על טעמים אחרים**- חובה לתת צדקה לעני גוברת על האינטרס שזה עולה לי כסף.

* **אלטרנטיבה לאוסטין: לא לחשוב על חובה כדבר שנובע מאיום; אלא נובע מטעם טוב, חזק לעשות**.
* **סוגי הטעמים מגוונים**- צריך לעזור לעניים; טוב לחברה וכו'.
* **מושג החובה נובע מההנחה שיש טעמים**. **יהיו ויכוחים לגבי הטעמים ולגבי האם יש חובה**.

**לדוגמה**: קליטת פליטים מאוקראינה. חובה או לא חובה? [יש מדינות אחרות שיכולות לקלוט, בעיות הגירה לישראל, עלויות כספיות; מנגד, צריך להציל אותם ממלחמה וכו'].

**כאשר אנחנו נמצאים בעולם מוסרי- אפשר לומר שהטעמים הם סובייקטיביים**. ניתן להתווכח. אין תשובה בהכרח אובייקטיבית.

חובות מוסריות קשורות אליי, הן לא קיימות באופן אובייקטיבי. לא כתובות בשום מקום לעומת החובה המשפטית שהיא כתובה ומוטלת [היא אובייקטיבית].

**בעבודת ההגשה**- ויכוח האם יש חובה=טעם טוב לציית לחוק. **סמית** אומר שאין חובה, פירושו של דבר שצריך לראות מה החוק אומר. אם החוק מטיל עליי חובות מסוימות אז אני אמר שיש חובה. אם החוק יטיל עליי חובה להגיש 3 טפסים לאישור בנייה, זה לא באמת חובה. **לעומתו גנז** יטען שעצם זה שהחוק קובע זו חובה.

**חובה נורמטיבית להבדיל מאילוץ**- אילוץ נובע מאיום קונקרטי. חובה נורמטיבית לא תלויה בתוצאה, אלא היא עניין של האם יש לי טעם טוב לעשות את זה.

יש חובות מוסריות וחובות משפטיות. היתרון של חובות משפטיות הן אובייקטיביות ומבחינה משפטית הן חובה. בגלל שהחוק מטיל חובה= יש חובה. יש טעם טוב לנסוע במהירות המותרת כי בחוק כתוב שיש לנהוג במהירות הזו.

אוסטין- אם החובה תלויה באיום, צריך שהאיום יהיה אפקטיבי. מה קורה במקום שאין כל כך אכיפה? האם יש לי חובה או אין חובה לנהוג בהתאם למהירות? לפי אוסטין אם החובה נובעת מהסנקציה הרי שהחובה לא תחול. אם החובה היא עניין של טעם חזק, הדבר לא תלוי בסנקציה. הסנקציה תוטל עליי אם לא אציית. אך עצם החובה קיימת גם בלי זה.

**הסברת המושג של חובה נורמטיבית-** מה פירוש שכלל משפטי או אחר מטיל עלינו חובה?

**אוסטין** **מסביר את החובה הנורמטיבית באמצעות מושג הכורח או** **האילוץ**. כמו שמאיימים על אדם לעשות פעולה והוא מרגיש חייב, כך גם החוק מדבר באותה שפה- הוא מטיל עלינו סנקציות ובכך מטיל עלינו חובה. אנחנו לא חולקים על אוסטין, שניתן לעודד בסנקציה לציית לחוק ולהתנהג נכון.

**ד"ר שפירא** מציע **הצעה אלטרנטיבית** שאומרת שמושג החובה נורמטיבית לא תלוי בסנקציה, אלא הוא קשור בטעם לפעולה. **כאשר יש לי טעם חזק לפעולה אז יש עליי חובה**. כדי לעודד אנשים לעשות, זה לא מספיק. כדאי שיהיו גם סנקציות. אבל מושג החובה כשלעצמו, ניתן להבינו אחרת.

לסיכום, מושג החובה ביסודו איננו תלוי בסנקציה. לפי אוסטין אין כלי להבין את המושג חובה מוסרית, אלא הוא יאמר שהמוסר הוא עצות טובות. האלטרנטיבה- טעם חזק לפעולה. **מבינים את הקשר הפוך**: בגלל שיש חובה [טעם טוב] מוצדק בעיני להטיל עונשים. ולא הפוך כפי שאוסטין רצה שבגלל שיש עונש יש חובה. **הסנקציה היא תוצאה של החובה ולא הפוך**.

* ביום שלישי נלמד על קלזן. לקרוא את המאמר.
* בהמשך נעבור להארט.

**שיעור 9- 05/04/2022**

**תורת משפט טהורה – הנס קלזן**

קלזן היה משפטן אוסטרי ממוצא יהודי, שפעל במחצית הראשונה של המאה ה-20. אוסטין היה במחצית הראשונה של המאה ה-19. אנחנו עוברים כמעט 100 שנה קדימה. הנס קלזן היה תיאורטיקן של המשפט, משפטן שעסק במשפט חוקתי. הוא לימים היגר מאוסטריה בעקבות המלחמה לארה"ב, ונפטר בעקבות המלחמה.

הוא הציג **תיאוריה פוזיטיבית של המשפט**. נקודת המבט שלו מצד אחד הייתה אוסטין. אוסטין הציג תורת משפט פוזיטיבית והציע את התיאוריה שלו. קלזן מבקש להציע אלטרנטיבה לאור הבעיות שראינו אצל אוסטין.

**מהו המשפט?**

* **המשפט הוא מערכת של נורמות היוצרת סדר חברתי שנאכף ע"י המדינה**.

הגדרה מעין אינטואיטיבית. נאכף ע"י המדינה= משמעות הדבר **שקלזן מזהה את המשפט עם המדינה**. רק המשפט שנאכף ע"י המדינה הוא משפט. משפט אחר שקיים ואולי אנשים נוהגים על פיו בכל מיני מסגרות וולונטריות, לא ייקרא משפט.

**לדוגמה:** **המשפט העברי**- כיום יש מערכת של משפט עברי של ההלכה. הצד המשפטי ולא הדתי של ההלכה. נוהגים ע"פ המערכת ואף יש בתי דין שנשפטים על פיה באופן וולונטרי. בתי דין תורניים- יהודים שרוצים הולכים לדון בבית דין תורני לפי המשפט העברי. יש מערכת כזו שנוהגת. **האם המערכת הזו בעיני קלזן היא משפט?** התשובה היא **לא**. למה לא? כי **המשפט הזה איננו נאכף ע"י המדינה**. היא מערכת נורמטיבית וולונטרית כמו כל מיני מערכות של ארגונים אחרים [הסתדרות, ארגוני ספורט, מפלגות פוליטיות וכו']. ניתן להניח שתקנון מכבי ת"א יותר מוגבל מאשר תקנון ההסתדרות; תקנון ההסתדרות יותר מוגבל מהמשפט העברי. אך עדיין רק המשפט הוא המערכת שנאכפת ע"י המדינה.

**זה משותף לאוסטין שאומר שהמשפט הוא פקודה של הריבון**. ממשיך את הרעיון של אוסטין במובן הזה, **אם כי הוא לא נזקק לדבר על מושג הריבון, אלא מדבר על המדינה**.

**תורת משפט טהורה**

* **כוללת נורמות משפטיות** **ולא נורמות אחרות**.
* **מבוססת על נורמות ולא על עובדות**.

קלזן מכנה את תורתו "תורת משפט טהורה". דומה לאוסטין שמבחין את מערכת המשפט ממערכות נורמטיביות אחרות [מוסר, דת וכו']. מגדיר משפט ולא תיאוריה נורמטיבית שכוללת מוסר וכו'. טענה נוספת לגבי 'טהורה': המשפט הוא מערכת של נורמות. לא מבוסס על עובדות. נקודת המוצא שלו היא הבחנה יסודית בפילוסופיה בין המצוי והרצוי.

**מצוי ורצוי is and ought**

* **אין להסיק מהמצוי לרצוי**. מעובדות על מה שצריך להיות.
* אי אפשר לבסס את המשפט על עובדות.

יש הבדל בין טענה על המציאות= היא טענה מסוג is [מצוי]. לעומת מה צריך להיות [ought]. הבחנה בין חוק מצווה [אומר מה צריך להיות] לחוק מתאר [מתאר את המציאות]. נורמטיבי מול דסקריפטיבי.

משמעותה- לא ניתן לעבור מטענה עובדתית על המציאות לטענה נורמטיבית.

**הכשל הנטורליסטי**

כשל שמאפיין טיעונים שבאים להסיק מן המציאות על המצב הרצוי. מן ה-Is על ה-Ought. לדוגמה:

* **הקדמה 1:** בעלי חיים מגדלים את צאצאיהם.
* **הקדמה 2:** בני אדם הם בעלי חיים.
* **מסקנה:** בני אדם חייבים לגדל את צאצאיהם.
* **כשל**.

יש טענות של משפט טבע שאומרות בואו נראה איך הטבע מתנהג. יש דברים שהם טבעיים. כל מה שהוא טבעי, צריך ללמוד ממנו איך להתנהג באופן נורמטיבי. כלומר, בטבע יש גידול בע"ח את צאצאיהם, אז מכאן יש חובה לגדל את הצאצאים. טענה נטורליסטית. הצגנו את זה בצורה של היקש פורמלי. אם גם בני אדם הם בע"ח, מכאן שהם חייבים לגדל את צאצאיהם.

למה המסקנה הזו לא נובעת מ-2 ההקדמות? **אין את מושג החובה מ-2 ההקדמות**. המסקנה הנובעת באמת היא שבני אדם מגדלים את צאצאיהם: **מסקנה תיאורית-עובדתית**. הניסוח הנורמטיבי של "חייבים" או "שראוי" לעשות כך, היא קפיצה מעבר למסקנה. זה מכונה בפילוסופיה הכשל הנטורליסטי. להסיק מהמציאות לגבי איך שצריך לעשות, זו **מסקנה מוטעית מנקודת מבט לוגית**. היא עוברת מהעניין התיאורי לעניין הנורמטיבי.

הטיעונים האלה אינם תקפים מבחינה לוגית- עצם זה שיש עובדה מסוימת, זה עדיין לא אומר שאני צריך לפעול כך. לומר שצורת חיים מסוימת מנוגדת לטבע רק בגלל שהטבע מתנהג באופן שונה, זו אינה טענה נורמטיבית.

"בני אדם חייבים לגדל את צאצאיהם"- יכול להיות שזה נובע מטענה נורמטיבית שמי שמביא ילדים יש לו חובה לגדל את ילדיו.

* המעבר ממצוי לרצוי הוא שגוי. **אם נקבל את זה- סוג מסוים של טענות של משפט טבעי עלולות להתערער**. למשל, הטענה של אריסטו שבני אדם לפי הטבע חיים בקהילה. בגלל שהם חיים בקהילה, הם צריכים לשמור על מערכת נורמות מסוימת שתאפשר להם לחיות בקהילה. זו טענה שמבוססת על is.
* **מה קלזן ופילוסופים יגידו על הטענה האריסטוטלית?** שהיא לוקה בכשל נטורליסטי. העובדה שבני אדם חיים כך איננה אומרת שהם צריכים לחיות כך או באיזשהו אופן אחר.

מצד שני, כשלמדנו על אריסטו היה אינטואיטיבי לקבל את הטענה שלו, שאם חיים בקהילה לא ניתן לחיות אם לא שומרים על חוקים מסוימים, שאותם הוא כינה "חוקי המשפט הטבעי". הפילוסופים האנליטיים יאמרו שהמסקנה הזו לא תקפה מבחינה לוגית.

**לדוגמה:** אסור לעשן סיגריות כי סיגריות מזיקות לבריאות. מזיק לבריאות= תיאורי. אסור לעשן= נורמטיבי. המסקנה הזו לוקה בכשל נטורליסטי. **נצטרך להניח הנחה מובלעת** שראוי להעריך את החיים או לא לפגוע בחיים. אם נקבל את ההנחה הנורמטיבית הזו 🡨 הקדמה 1: ראוי לא לקצר את החיים. הקדמה 2: סיגריות מקצרות את החיים. מסקנה: ראוי לא לעשן. כדי לעבור מהעניין התיאורי לנורמטיבי צריך להניח הנחה נורמטיבית מובלעת כדי להסיק את ההיקש הזה.

* **נוכל להשתמש בנתונים עובדתיים, אם יש הקדמה נורמטיבית שהיא בלתי תלויה בנתון העובדתי**.
* עצם קיומה של עובדה מסוימת, היא כשלעצמה לא מטילה לעולם חובה נורמטיבית. חובה נורמטיבית היא בלתי תלויה לעובדה.

**הביקורת על אוסטין**

אוסטין בונה את התיאוריה שלו על כך שהריבון נתן פקודה. קלזן אומר שהעובדה שהריבון נתן פקודה כשלעצמה איננה יוצרת חובה. גם הסכמה של העם לא יוצרת חובה. **צריך להכניס לכל קביעה נורמטיבית נורמה שראוי לעשות את זה**.

**המשפט אינו יכול להיות מבוסס על עובדות**

* העובדה שהריבון נתן פקודה לא יוצרת חובה.
* העובדה של הסכמת העם לחוק לא יוצרת חובה. -העובדה שהעם הסכים במדינה דמוקרטית כשלעצמה איננה יוצרת חובה, אלא אם כן אני מניח חובה נורמטיבית אחרת לפיה ראוי לנהוג לפי קביעות הרוב ואז הסכמת העם תחייב אותי.
* רק נורמה יוצרת חובה.

**לקלזן חשוב להפריד בין היסוד הנורמטיבי ליסוד העובדתי**.

קלזן תמיד יחפש במשפט [שיש בו היבטים נורמטיביים] מה היסוד שלו? זה האתגר של קלזן. **הוא לא יכול להסתפק בסיפור עובדתי**.

**מערכת המשפט ומושג התקפות**

קלזן מכניס את מושג התקפות והוא חשוב.

* **נורמה משפטית אינה מחייבת מאליה אלא מכוח נורמה משפטית אחרת**. **ליחס הזה קוראים תקפות (validity)**.

יש הבדל בין טענות מוסריות לטענות משפטיות. טענות מוסריות יכולות להיות משכנעות בפני עצמן. למשל, אסור לשקר. נשכנע למה אסור לשקר וכך יהיה. למשל, טענה למה ראוי לעזור לחלש / ראוי לתת צדקה.

טענה משפטית- ראוי לשלם מס לעיריית רמת גן. האם אני אשתכנע? אני מחפש נורמה משפטית שתחייב אותי. **כוח נורמה אחת נובע מנורמה אחרת**. **היא לא משכנעת בפני עצמה**. היא נעשית מחייבת רק כאשר היא מקבלת תוקף מכוח נורמה אחרת. אם יבוא אליי פקיד עיריית ר"ג ויגיד שהמועצה החליטה להטיל מס בגובה 5% מערך הנכס; עיריית ר"ג מוסמכת לעשות זאת מכוח פקודת העיריות; קיבלה אישור של ועדת הכספים של הכנסת 🡨 עכשיו אני חייב לשלם. לפני שהתמלאו כל התנאים האלה- אני לא חייב לשלם. ליחס הזה הוא קרא **תקפות- היחס שבין נורמות במדרגים שונים**.

* **המשפט הוא שרשרת של נורמות שקשורות במערכת של תקפות**.

**פירמידה של נורמות שאחת נובעת מהשנייה**. יש כוח מחייב לנורמה משפטית רק כשהיא תקפה מנורמה אחרת. נורמה משפטית מחייבת כאשר היא חלק ממערכת המשפט. זה **שונה מנורמה מוסרית, שהתוקף שלה לא נובע מכך שמישהו בעל סמכות קבע אותה / או שהיא משתלשלת מנורמה אחרת**. היא יכולה לעמוד בפני עצמה ולכן עשוי להיות לה תוקף מחייב בכל מקום. אבל במחשבה על המשפט- נורמות המשפט לא מחייבות כשעומדות בעצמן אלא רק כאשר הן חלק ממערכת משפט. מהרגע שמערכת מאמצת נורמה= היא מחייבת.

**נורמות משפטיות שהן גם מוסריות מחייבות בלי קשר לעניין המשפט**. הדבר הזה בלתי תלוי במקום או בהיותה שיש מערכת משפט. כדי שנורמה תחייב באופן משפטי עליה להיות חלק ממערכת המשפט, שפירושה לקבל תוקף מנורמה אחרת. לדוגמה: חוק החוזים תקף מכוח החוק שנחקק בכנסת, שקיבלה את סמכותה מחוק יסוד. כל נורמה כפופה לאחרת. שרשרת נורמטיבית.

מדוע אני צריך לציית לתמרור עצור? צריך להניח שהחוק אומר שיש לעצור עצירה מוחלטת מול תמרור עצור, צריך שרשות מוסמכת תקבע את התמרור ואז יש תוקף. כל נורמה משפטית נובעת מנורמה אחרת.

* **נורמה משפטית נעשית כזאת משעה שהיא משתלבת במערכת המשפט**. -כאשר גורם בעל סמכות מייצר את הנורמה הזו. למשל, הכנסת מחוקקת חוק והוא נעשה מחייב מרגע שחוקק [גם אם היה לו את אותו הטעם לפני החיקוק]. לא הטעם שלו מחייב, הטעם לא עומד בפני עצמו, אלא מה שמחייב זה החיקוק ע"י הכנסת. למשל, התקנות מחייבות מרגע שהותקנו.

**פירמידת הנורמות של קלזן**

אני יכולה לתפוס את כל מערך הנורמות שמחיל המשפט ולתאר אותו על בסיס של **מדרג נורמטיבי**.

הערה: יש למדרג הנורמטיבי רלוונטיות לכל מיני שאלות, למשל הסמכות לבטל חוקים; ביקורת שיפוטית; ביקורת מנהלית.

**מושג התקפות קושר בין כל נורמה ספציפית לשיטה**.

איך אני יודע שנורמה תקפה במדינת ישראל? אם אני יכול לקשור אותה אל מערכת המשפט, המדרג של התקפות.

שתי נורמות שיש להן מקור משפטי אחד שייכות לאותה שיטה. כלל הנורמות [ענפים שונים של המשפט] בסוף מתכנסות דרך הפירמידה למקור אחד- מתכנסות לחקיקה ראשית ומעליה חוקה.

**הבעיה**-

* אם כל נורמה נשענת על נורמה אחרת. **על מה נשענת הנורמה הראשונה (החוקה)?**

כל החוקים שיצרה הכנסת מבוססים על הקביעה של חו"י הכנסת שאומר שהכנסת היא הרשות המחוקקת. כל התקנות במדינת ישראל לפי החוקים הרלוונטיים שלהן [תקנות פקודת התעבורה קשורות לפקודת התעבורה וכו'].

קלזן אומר שנורמה משפטית צריכה להישען על נורמה אחרת. אנחנו מבינים איך אנחנו משעינים הכל על החוקה, אבל על מה החוקה נשענת? **החוקה כביכול תלויה באוויר**. החוקה התחילה בהקמת המדינה. על מה נשענת כל המערכת המשפטית, בכל שיטת משפט?

* **קלזן מתאר פירמידה אוניברסלית שמתאימה לכל שיטת משפט, שיש בה מדרג נורמטיביות כזה**.
* אם **אוסטין** היה נשאל- מה הוא היה אומר? החוקה היא פקודה של הריבון. **נשען על הריבון**. 🡨 **קלזן** לא יכול לקבל את העובדה הזו כי מבחינתו העובדה הזו כשלעצמה איננה מספקת. הוא לא מאפשר לעשות את הקפיצה הזו מעובדה למסקנה.
* **על הנורמה הבסיסית: "יש לציית לחוקה"** [או בהיעדר חוקה: לחוקי הפרלמנט].

נורמה בסיסית- כל המערכת עומדת עליה. צריך להניח שהכל נשען על הנורמה הזו. כמו עץ עם שורשים. השורשים= הנורמה הבסיסית. אפשר לצייר את זה הפוך כפירמידה הפוכה- נורמה בסיסית למטה והכל מלמעלה תלוי או פירמידה רגילה שהנורמה הבסיסית היא בקצה העליון ומתחתה הכל [כמו בציור עכשיו].

יש להניח את קיומה של נורמה שאומרת שיש לציית לחוקה. הנורמה הבסיסית הזו לא כתובה בשום מקום. החוקה כתובה. **ביסוד המבנה הזה צריך להניח באופן לוגי את קיומה של נורמה מופשטת, שהיא לא נקבעה ע"י מוסד כלשהו ולא כתובה בשום חוק, אבל היא קובעת את החובה לציית לחוקה**. היא לא עובדה, אלא נורמה.

איך בדיוק היא מתקבלת? זו שאלה מסתורית קצת. אבל צריך להניח את קיומה של נורמה בסיסית כזו.

\*קלזן מחפש מבחן שיגדיר מהו המשפט, שיבחין בין המשפט למערכות נורמטיביות אחרות, שלא מחייבות כמוהו, כי הן לא נאכפות כמו המשפט [המוסר, הדת, הסכמות של ארגונים וכו']. המבחן האולטימטיבי שנתן אוסטין: פקודה של הריבון. הוא בעייתי מכל מיני סיבות. קלזן מחפש מבחן אחר: **המשפט הוא כל מה שנובע מהחוקה**. החוקה עצמה מבוססת על נורמה בסיסית מופשטת, שתוכנה הוא **אוניברסלי** "יש לציית לחוקה". יש **ניסוח אחיד** לנורמה הבסיסית. כאשר אין חוקה, אומרים יש לציית לחוקי הפרלמנט. אפשר לומר ולהתחכם שיש לציית לחוקה המהותית.

**הנורמה הבסיסית**

* **הנורמה הבסיסית אינה "תקפה"**. **היא אינה נשענת על נורמה אחרת**. **כוחה נובע מהתוכן שלה**.

התוכן= יש לציית לחוקה.

הנורמה הבסיסית נותנת תוקף לכל המערכת. כל שאר הנורמות מחייבות מכוח היותן תקפות. "תקפות" פירושו שהן מקבלות את הכוח שלהן מנורמות אחרת. 'תקף' לא רק במשמעות 'מחייב', אלא שהוא תקף מכוח זה שנורמה אחרת נתנה לו תוקף [valid]. **הנורמה הבסיסית היא נורמה שאיננה תקפה, היא לא מקבלת את הכוח שלה משום מקום אחר**.

מחפשים במערכת סיבה ראשונה. קלזן אומר שהנורמה הבסיסית היא הסיבה הראשונה של מערכת המשפט. החוקה נותנת להכל כוח. מאיפה החוקה? מכוח נורמה בסיסית שמחייבת.

**פרדוקס**- כל מערכת המשפט נשענת על נורמה מופשטת לא כתובה. נורמה מסתורית. מניחים את קיומה מכוח הנחה לוגית, שלא ייתכן שהחוקה מחייבת אם אין נורמה שאומרת שיש לציית לחוקה.

הערה: לדעת קלזן המוסר הוא לא רציונלי, זה עניין סובייקטיבי. לעומת זאת, **המשפט הוא רציונלי**. המשפט מחייב לא בגלל היותו מוסרי או הטעמים האחרים [התועלות וכו']. אלא **המשפט מחייב כי יש נורמה לציית למשפט**.

יש הבדל בין הנורמה הבסיסית לבין כל נורמה משפטית: (1) לא חושבים על **התוכן** של הנורמה המשפטית, תוכנה לא מהווה תנאי לתוקפה. התוקף שלה נובע מכוח נורמה מעליה. התוכן לא מצדיק אותה. לעומת זאת, הנורמה הבסיסית הואיל ואין לה תוקף, אז מה שמחייב אצלה הוא התוכן. התוכן= יש לציית לחוקה. לאו דווקא בגלל שהיא מוסרית, אלא ראוי לציית. (2) הנורמה הבסיסית **פונה** אלינו. להבדיל מכל המשפט שהוא לא משכנע מצד עצמו אלא נובע מכוח המערכת, הנורמה הבסיסית משכנעת בפני עצמה ואומרת שיש לציית לחוקה.

* קלזן מעיר: "**לרעיון של משפט פוזיטיבי טהור יש מגבלות**".

המערכת מאוד מסועפת, אבל כשיורדים לבסיס שלה נמצאים על קרקע לא מוצקה. שואלים על מה החוקה עומדת, והתשובה היא על הנורמה הבסיסית שלא מנוסחת בשום מקום. כל המשפט הפוזיטיבי בנוי על רעיון התוקף, שהכוח שלו נובע מנורמה אחרת ושגורם בעל סמכות יוצר אותה. אבל הנורמה הבסיסית עצמה לא נוצרה מגורם בעל סמכות. היא לא תקפה והיא משכנעת לכאורה באופן ישיר או בלתי אמצעי. בני אדם מצייתים בסופו של דבר לחוקה מכוח הנורמה הזו.

* לא הולך כמו אוסטין: לא הסנקציה יוצרת את החובה, אלא הנורמה עצמה יוצרת את החובה.

המשפט באופן מעשי פועל בתנועת מלקחיים- מצד אחד יש נורמה וקבלה של הנורמה הזו. מצד שני, יש פעולה של אכיפה של המדינה. יש הרבה כוח באכיפה הזו. **הטענה המובלעת אצל קלזן, בדומה להארט, שהסנקציה הזו בנויה על כך שיש קודם נורמה מחייבת**. עצם החובה איננה תלויה בסנקציה. הסנקציה מעודדת לציית [אחרת נענש]. עצם החובה נובעת מהנורמה עצמה.

**אפקטיביות השיטה**

* אם המשפט הוא מערכת נורמות שאינה מעוגנת בעובדות **איך מבחינים בין משפט נוהג למשפט היסטורי?**
* **מבחן האפקטיביות- האם הנורמות נאכפות?** **מסתכל על המציאות**. רוצה לראות איזה נורמות נאכפות ע"י המדינה. זה מסמן את המשפט הנוהג.

אם אנחנו מדברים על משפט כמערכת נורמטיבית טהורה [כפי שקלזן מתאר] ולא על עובדות, מתעוררת השאלה איך אנחנו נבחין בין מערכת משפט נוהגת למערכת משפט תיאורטית שאינה נוהגת [היסטורית]?

**למשל**, המשפט הרומי. באופן היסטורי המשפט האירופי בנוי על המשפט הרומי. המשפט הרומי מאוד מפותח, ניתן לתאר אותו לפי פירמידת הנורמות של קלזן [יש בו חוקה, חקיקת משנה. מערכת נורמות שכל נורמה קשורה לנורמה אחרת]. אבל היום, המשפט הרומי הוא משפט תיאורטי-היסטורי שהיה פעם. אם אני לא מתייחס אל המציאות, איך אני יודע מה המערכת הנורמטיבית התקפה בישראל? אם נסתכל על המשפט כמערכת נורמות טהורה אפשר לחשוב על עוד מערכות נורמטיביות. מהו המשפט הנוהג? קלזן מכניס את מושג האפקטיביות.

**קלזן הגדיר את המשפט כמערכת נורמות שנאכפת ע"י המדינה**. מערכת המשפט לפי קלזן היא כמו עפיפון- מערכת נורמטיבית טהורה [של נורמות]. איזה מערכת נורמטיבית נוהגת בישראל? התשובה היא מבחן האפקטיביות. צריך לראות איזו שיטת משפט נאכפת בישראל. אם יש שיטה שהיא לא נאכפת הרי שהיא לא משפט המדינה.

**שאלה:** האם הצעה לחוקה היא מחייבת? נוכל לענות על השאלה ב-2 דרכים: 1) מי המוסד שחוקק אותו? הרשות המכוננת מוסמכת. 2) האם המדינה אוכפת את המסמך הזה? הואיל והיא לא מפעילה כוח ולא אוכפת, סימן שהיא לא מערכת המשפט.

ניתן לחשוב על מערכת מתחרה [גם מבחינת המוסדות: ניתן ליצור רשות מכוננת ורשות מחוקקת]-ליצור מערכת חלופית למשפט המדינה, ולשאול איזו מערכת מחייבת. קלזן יאמר שיש את מבחן האפקטיביות של השיטה. **מדבר על מערכת טהורה אך אפקטיבית במדינה מסוימת**. שיטת המשפט בישראל אפקטיבית בישראל, האנגלית באנגליה וכו'.

הנורמה הבסיסית של המשפט העברי: "יש לציית לתורה/להלכה". אפשר לתאר את מערכת המשפט העברי במונחים של קלזן. יש חקיקה ראשית ומשנית. אני יכול לתהות ולשאול- מה המשפט של מדינת ישראל? בסופו של דבר המבחן הוא מבחן האפקטיביות. **איזו מערכת משפט הכוח של המדינה מגבה?** אם היא מגבה את מערכת המשפט והחוק הרי שזו המערכת הישראלית, והמערכת האחרת לא מחייבת. יכול להיות שאנשים מאמצים אותו אבל זה לא משפט המדינה.

**מבחן האפקטיביות קושר בין הנורמה המופשטת לנורמה הקיימת**.

קלזן עוזר לתרומת מדרג נורמטיבי; תקפות- **מושגי מפתח בכל ניתוח משפטי**. קלזן הציג את ההנחה הזו באופן ברור, ניסח את המושגים הללו לראשונה. דוגמאות:

**פס"ד בנק המזרחי**- השופט שמגר: מה מקור סמכותה של הכנסת להביא לעולם דברי חקיקה בעלי רמות מדרג שונות זו מזו, היינו חקיקת משנה, חוקים רגילים וחקיקה חוקתית, אשר האחת מוגבהת מעל רעותה; ובפרט, מניין הסמכות של הכנסת לחוקק הוראות חוקתיות?

**תורת הריבונות של הכנסת**- תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת מעוגנת בתפיסה שלפיה הכנסת היא הרשות המחוקקת העליונה והיא מוסמכת לחוקק כל חוק, חוקתי או רגיל. כל אקט חקיקתי נעשה ע"י הכנסת בתור שכזאת. היא הרשות המחוקקת העליונה והכל יכולה של המדינה. זוהי אפוא תפיסה מוניסטית של סמכויותיה של הכנסת, כגוף מונוליטי, אשר בכוחו לבצע סוגי פונקציות שונים שאותן הוא מפעיל לפי שיקולו.

**קלזן מבחין בין 2 סוגי יחסים שמתקיימים בתוך מדרג הנורמות** [מערכת היחסים בתוך פירמידת הנורמות].

**יחסים דינמיים**

* **נורמה משפטית מעניקה כוח לנורמה אחרת ליצור נורמות נוספות**.

סוג אחד של יחסים מכונה יחסים דינמיים, פירושו שנורמה אחת נותנת לנורמה האחרת כוח ליצור נורמות חדשות. **לדוגמה:** החוקה קובעת/ חוק היסוד קובע שהכנסת היא הרשות המחוקקת. הקביעה שהכנסת היא הרשות המחוקקת נותנת כוח לכנסת לחוקק. זה נקרא מערכת דינמית. מכאן הכנסת יכולה ליצור חוקים מכל סוג שהיא רוצה, בכל תחום, לפי התוכן שהיא רוצה וכו'. היא יכולה לחוקק את חוק החוזים, שקובע שצריך הצעה וקיבול כדי שיהיה חוזה מחייב. מכאן שכל חוזה שיהיה בו הצעה וקיבול יהיה חוזה מחייב. אלה הם יחסים דינמיים. כנ"ל הסמכות להתקין תקנות, ניתן להתקין כל תקנה. אלה יחסים דינמיים.

* חוק: השר הממונה יתקין תקנות.

**יחסים סטטיים**

* **היסקים ופרשנות של עיקרון קיים**.

**נורמה עליונה מגבילה את הנורמה התחתונה**. היחסים נובעים מתוך היסק מעקרון קיים. ההיסק הזה מגביל את התוכן שלו. **לדוגמה** חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע זכויות אדם, שיוצרות מגבלות על הכוח הדינמי של הכנסת. אם כתוב שאין לפגוע בכבוד האדם / בחיי אדם / בקניינו של אדם / זכות לפרטיות לכל אדם וכו'- ניתן להסיק מהעקרונות האלה הואיל והם בדרגה חוקתית, ולשאול האם פעולה מסוימת פוגעת בפרטיות, בכבוד האדם, בחיים, בחופש הביטוי וכו'. ההיסקים האלה מגבילים את הכוח.

על הכנסת פועלים 2 וקטורים- 1 דינמי שנותן לכנסת כוח לכאורה בלתי מוגבל לחוקק. וקטור 2 של התכנים שמגביל את הכוח הזה ואומר שניתן לחוקק כל עוד זה לא פוגע בגופו/ קנייננו וחייו של אדם.

**זה נכון גם לחקיקת משנה**. חוק שמאפשר לשר להסמיך תקנות [דינמי]. התקנות האלה מוגבלות ע"י תוכן החוק- הן לא יכולות לסתור את תוכן החוק, אחרת הן בטלות [סטטי].

הכוח הסטטי פועל ככוח מגביל לכוח הדינמי. **כוחות הפוכים**. בתוך מדרג הנורמות יש מצד אחד כוח דינמי שנותן כוח ליצור נורמות חדשות. מצד שני יש תכנים שמגבילים את הכוח הדינמי הזה. **לדוגמה:** חופש החוזים, תום לב. חופש החוזים- נותן כוח ליצור חוזים; מצד שני עיקרון תום הלב או עיקרון תקנת הציבור שמגבילים את חופש החוזים.

**בהשוואה לאוסטין מה קלזן הרוויח?** **איך הוא שכלל את הניסיון של אוסטין?** הוא שותף לאותו פרויקט של להעמיד משפט פוזיטיבי, שהוא המשפט המצוי המחייב, שנבדל מהמוסר, הדת ונורמות חברתיות אחרות. המושגים של מצוי ורצוי קיימים גם לגבי מושג המשפט עצמו. ההבחנה המרכזית בתוך המשפט הפוזיטיבי היא בין הרצוי והמצוי.

**הפוזיטיביסטים אומרים שמה שמחייב הוא המשפט המצוי**- מה שהכנסת חוקקה ומה שביהמ"ש קבע בתקדימים. השאלה מה רצוי היא חשובה אך המחוקק צריך לתת עליה את הדעת ולחוקק בהתאם. השיטה הפוזיטיבית אומרת שעצם זה שמשהו רצוי, לא אומר שהוא בהכרח קיים. זו הבחנת יסוד בכל שיטה פוזיטיבית שקלזן ואוסטין שותפים לה.

**משפט הטבע מניח שכל משפט רצוי הוא גם מצוי**. אם הוא רצוי מבחינה מוסרית.

אוסטין יצר את המבחן האולטימטיבי של פקודה של הריבון.

מבחן אולטימטיבי של קלזן: הנורמה הבסיסית [ביסודה של כל שיטת משפט יש נורמה בסיסית שאומרת "יש לציית לחוקה" ומכוחה כל הנורמות תקפות].

**יתרונות מול אוסטין**

1. **מושג החובה מבוסס על נורמות**. מנתק את מושג הסנקציה מהחובה. דיברנו על הקושי העצום של לבסס את מושג החובה על סנקציה. סנקציה כעונש. אם חובה תלויה בסנקציה אז גם לשודד יש לי חובה לציית.
2. **הוא משתחרר ממושג הריבון**. דיברנו על הבעייתיות שלו. לא צריך להגדיר ריבון כאחד שכולם רגילים לציית לו, אלא נמצאים בעולם של נורמות- שם אני מדבר על הנורמה החוקתית ומעליה הנורמה הבסיסית. מה שעומד ביסוד השיטה הוא לא אדם או מוסד, אלא **ביסוד השיטה עומדת הנורמה הבסיסית**.

**ביקורת השיטה של קלזן**

בעיות בשיטה של קלזן. דיברנו על הבעייתיות בגישה של אוסטין לגבי מקורות המשפט- במושג התקדים, המנהג. הבעיה הזו קיימת גם אצל קלזן.

* **פירמידת הנורמות אינה מתאימה לכל מקורות המשפט- מנהג ופסיקה**. \*לא משתלב באופן אורגני.

הערה: **קלזן** להבדיל מאוסטין **בא** **מהעולם הקונטיננטלי**. האירופאים, להבדיל מהאנגלים, חושבים על המשפט כמערכת חוק. **לא מקבלים בכלל את העקרון של תקדים מחייב**. הוא לא צריך מנקודת המבט שלו להכניס את זה פנימה. אולי כן אפשר להכניס פנימה ולומר שהתקדים משתלב בתיאוריה שלו, שבעצם תוקף התקדים נובע מהחוק. תשובה דומה שאוסטין נתן. הכוח המחייב של התקדים מבוסס על חוק יסוד: השפיטה למשל וחוקים מקבילים באנגליה וארה"ב. כנ"ל לגבי המנהג הוא יצטרך לעגן אותו בבסיס חוקי, הוראה של החוק.

זה חושף בעיה יותר יסודית שיש בתיאוריה של קלזן והיא:

* **הנורמה הבסיסית אחידה- אינה רגישה לשיטות משפט שונות**. התוכן שלה "יש לציית לחוקה" והוא אחיד לכל שיטות המשפט. נתקלים בקושי במקומות שאין חוקה, נניח אנגליה. הנורמה הבסיסית הזו לא מתאימה לאנגליה. צריך לעשות התאמה ראשונה ולומר שיש לציית לחוקה המהותית או לחוקי הפרלמנט. למשל, מדינה שיש מלך אבסולוטי שיוצר את החוק ואין חוקה- התיאוריה של קלזן לא מתאימה [נניח בתקופה היסטורית].

בנוסף, **באנגליה עצמה- הכוח של התקדים באנגליה לא נובע [וודאי לא באופן היסטורי] מהחוק**. הכוח של בתי המשפט היה כוח עצמאי שאינו נובע מביהמ"ש. באנגליה מקורות המשפט אחרים מאשר באירופה. הניסוח של הנורמה הבסיסית של קלזן לא תופסת ולא רגישה להבדלים בין שיטות שונות- באחת המלך קובע, בשנייה התנ"ך קובע, בשלישית בתי המשפט קובעים, ברביעית המחוקק קובע.

אם אנחנו מעוניינים בתורת משפט כללית שתוכל לספק תיאוריה לכל שיטות המשפט- אנחנו רוצים שהתיאוריה תתאים למגוון רחב של שיטות משפט בהיסטוריה ובמציאות. לא רק למדינות דמוקרטיות או חוקתיות או מודרניות. מחפשים תורת משפט כללית. התיאוריה של קלזן מתאימה יפה לעולם הקונטיננטלי, אבל פחות יפה לשיטה האנגלית ובטח לשיטות היסטוריות מלוכניות. הסיבה: הוא הניח את קיומה של נורמה בסיסית אחידה שתופסת על כל השיטות, אבל לא בכל השיטות מצייתים לחוקה. זאת מגבלה של התיאוריה של קלזן.

הארט ינסה לענות על המגבלה הזו ולספק תיאוריה שתהיה כוללת יותר.

**שיעור 10- 07/04/22**

**תורת המשפט של הארט**

**ביקורת מושג החובה של אוסטין**-

* לפי אוסטין חובה נוצרת כאשר יש איום בסנקציה.
* לפי זה, כל איום בסנקציה יוצר חובה. גם כאשר שודד מאיים על אדם נוצרת חובה. זה לא הגיוני!
* אוסטין מבלבל בין אילוץ (הכרח) לבין חובה.

הצגנו את הביקורת על מושג החובה של אוסטין שהוא מבסס אותה על איום בסנקציה. הארט שאל אם ככה כל שודד שמאיים בנשק על אדם ומבקש כסף, בעצם מטיל עליו חובה- וזה לא מתקבל על הדעת כי הדבר הזה **מבלבל בין מושג האילוץ [ההכרח] לבין מושג החובה הנורמטיבית** [שלא קשורה באיום]. בשונה מאוסטין, הארט טוען שאיום יכול לעודד ציות, אך הוא לא מטיל על בני אדם חובה נורמטיבית.

**מושג החובה לפי הארט**-

* מושג החובה איננו אילוץ או הכרח; **חובה היא עניין נורמטיבי**.
* החובה מגבילה את החירות שלי לא באמצעות כוח אלא **באמצעות טעם לפעולה**. [יש לי טעם לעשות פעולה].

יכול להיות טעם רציונלי מנותק מהסביבה [חובה מוסרית לא לשקר, אל תעשה לחברייך מה ששנוא עלייך].

* **חובה קיימת כאשר יש כלל שמטיל חובה**.

יש חובות שהן אינן רק תוצאה של הכרה סובייקטיבית של האדם, אלא הן חובות שמוטלות באופן אובייקטיבי או פוזיטיבי במסגרת חברתית [חובות שהחברה מטילה על החברים שלה].

**כללים חברתיים**-

מושג החובה קשור בקיומם של כללים חברתיים. מהם כללים חברתיים? הארט מבחין בסדרה של סוגים של כללים שהחברה פועלת על פיהם.

* רמה ראשונה- **הרגל: סדירות של פעולות**. פעולות שאנחנו עושים לפי כללים. למשל: בחברה אחת לובשים חולצה ומכנסיים, לעומת חברה אחרת שלובשים אביות [מעין גלבייה, שמלה] או חברה שמכסים רק את החלק התחתון [אפריקה]. יש הרגלים שונים באופן ההתנהלות שלנו, במה שאנחנו עושים בשעות הפנאי [הולכים לעבודה או ללימודים ביום, בשעות הפנאי מבלים].

יש כל מיני מערכות של הרגלים שניתן לתאר אותן אם נשקיף עליהן. נניח תיאור ההרגלים בחברה בתל אביב או בכל מקום אחר. ההרגלים האלה כוללים איך מתלבשים, איך אוכלים [אוכל עם סכין ומזלג; מנגבים עם פיתה; מקלות צ'ופסטיקס; אוכלים ביד ימין- הודו]. **הרגלי אכילה ולבוש, הרגלים של ניצול הפנאי**.

למה זה הרגל? רוצים להבחין את זה לעומת כללים יותר חזקים שהם קובעים איך להתנהג באופן יותר אדוק. **בהרגלים יש גמישות** **מסוימת**- גם בת"א אפשר לנגב חומוס עם פיתה או לאכול בעזרת מקלות או דרכים אחרים. יש גמישות בהרגלים.

* רמה שנייה- **כלל שקובע סטנדרט**- כללי לשון, כללי נימוס.

לשפה כללים אורגניים. הם קובעים את התקן של איך נכון להתנהג- לדבר, להיות מנומס.

* רמה שלישית- **כלל שמטיל חובה**- בעקבותיו תבוא תגובה ביקורתית. כללים יותר נוקשים. לפי הארט, פירושו של דבר שאם אנחנו מתנהגים בניגוד לכלל, תבוא ביקורת.

אם נניח בנושא ההרגלים אנחנו נתנהג בניגוד להרגל, אז לא תהיה ביקורת של ממש. לפעמים זה לגמרי לגיטימי. למשל: אוכלים במערב בסכין ובמזלג, אבל אם ינגבו חומוס בפיתה זה יהיה בסדר. לבוש- מכנס וחולצה; מי שיחרוג מזה אולי נרים לגביו גבה. **ברוב הדברים שקשורים להרגלים אולי תהיה תמיהה כי זה מוזר אבל זו לא ביקורת שמגנה את ההתנהגות**.

גם לגבי השפה- מישהו אומר חמש שקל ולא חמישה שקלים. הביקורת היא לא קשה. לעומת זאת, כאשר יש כללים חברתיים שמטילים חובה- התגובה של החברה לסטייה מן הכלל תהיה עם גינוי וביקורת חמורה יותר. למשל: אם אדם משקר- יאמרו שהוא שקרן ולא ניתן לסמוך על המילה שלו. אם הוא יבגוד בחבריו- יהיה גינוי חריף יותר, שהאדם לא נאמן ולא ניתן לסמוך עליו.

* + **כלל שמטיל** **חובה מוסרית- ביקורת חברתית**. נשאר ברמה החברתית.
  + **כלל שמטיל** **חובה משפטית- גינוי וענישה**. הביקורת באה לידי ביטוי באופן מוסדי, בענישה מצד המדינה.

הארט אומר שאם אנחנו רוצים להבין את מושג החובה בחברה, אנחנו צריכים לראות שהחברה כולה פועלת במסגרת כללים חברתיים שהיא יוצרת, כללים בדרגות שונות. נאמר על כלל שהוא מטיל חובה רק אם הסטייה מן הכלל תזכה לביקורת. אם היא לא זוכה לביקורת- אז אנחנו נמצאים בתחום אחר [אולי תחום ההרגל].

אנתרופולוג, סוציולוג ישקיף על חברה ויבין מה ההרגלים של החברה. מתארים את החברות, הכללים הנוהגים. מדרגים את סוגי הכללים האלה בדרגות שונות- חלק הרגלים כי כך עושים וניתן לסטות מהם. אך, יש כללים שמי שסוטה מהם זה נחשב למשהו שראוי לגנות אותו. לפעמים תגובת הגינוי חריפה מאוד. הארט מבחין בין הגינוי שנשאר במובן החברתי [חובה מוסרית] לבין גינוי שמוטל מחובה משפטית, כאשר הגינוי יבוא לידי ביטוי בצורה ממוסדת של ענישה. יטילו עליו לשלם קנס, לשבת בבית סוהר וכיוצ"ב.

כללים חברתיים עוזרים להבין את מושג החובה החברתית, הפוזיטיבית. **מתי נכון לומר שכלל מטיל עלינו חובה? אם החברה יצרה כלל כזה והתגובה להפרתו תהיה ביקורתית**.

יש דירוג: הרגלים הם כללים שלא מטילים חובה, מי שסוטה מהם לא זוכה לביקורת. כנ"ל סטייה מכללים שקובעים סטנדרטים כמו לשון ונימוס, יכולה להביא לביקורת נקודתית [לא מתבטא כהלכה, לא מנומס כל כך] אבל לא גינוי חריף. ויש כללים שמטילים חובה [מוסרית-ביקורת במישור החברתי או משפטית-ביקורת ממוסדת].

האם לכאורה יש פה דירוג בין חובה מוסרית לחובה משפטית? לפעמים הביקורת המוסרית חריפה יותר מהביקורת המשפטית. יש אנשים שמבצעים עבירות משפטיות ומשלמים על זה [קנס, מאסר] ויש מעשים שלעיתים לא נוקטים שום פעולת ענישה אך האדם הזה משקר או מבזה אחרים או מתנהג לאנשים באופן מגונה [נושא רגיש בעולם הפלילי והמוסרי] והוא עשוי להיות מגונה יותר מאשר מי שמוטל עליו עונש מוסדי.

**רמת הענישה אמורה לשקף את דרגת הגינוי שלנו**. למשל, חנייה במקום אסור או נהיגה מעל המהירות המותרת. העונש הוא תשלום קנס. לא ייחשב כפגיעה גדולה במוסר; האשמה בהטרדה מינית- העונש נמוך אבל הגינוי החברתי עצום. לעומת זאת, אי תשלום מס- עונש גבוה [קנס גדול] לעומת הגינוי הציבורי שעשוי שיהיה פחות.

אם אדם הורשע בהטרדה מינית 🡨 יקבל עונש של עבודות שירות או קנס; הוא עשוי להתקשות יותר להשתלב בהמשך חייו בעבודה וכו'. הגינוי החברתי עשוי להיות חריף יותר מגינוי פלילי שבא לידי ביטוי בענישה. למרות שזו השאיפה- להתאים בין רמת הענישה לעוצמת הגינוי ביחס לעבירה. לפעמים העבירה חמורה בעיני החברה, אך מכל מיני סיבות לא מגדילים את הענישה. אולם הגינוי החברתי יהיה חריף מאוד.

* **אם החברה לא מגנה את הסטייה מהכלל = סימן שאין הפרת חובה**.
* אם החברה מגנה את ההתנהגות= היא רואה בכלל חובה.
* סוג הגינוי משקף את סוג החובה: גינוי חברתי=חובה מוסרית; ענישה=גינוי שמשקף כלל משפטי.

זהו ניתוח סוציולוגי של הארט שעוזר להבין את מושג החובה.

* **מה ההבדל בין הארט לאוסטין מבחינת היחס בין הסנקציה לחובה?**

אוסטין אומר שחובה משפטית חלה כאשר יש סנקציה. לכאורה הארט אומר דבר דומה שהחובה המשפטית חלה כאשר יש ענישה. האם יש הבדל? כן. **אצל הארט החובה לא נובעת מהענישה, אלא היא נובעת מהכלל**. החברה מטילה כלל ואומרת שיש חובה. את הכללים החברתיים אני יכולה לסווג ולומר שאם הכלל גורר ענישה אז סימן שמדובר בחובה משפטית. אך הענישה היא לא מקור החובה, אלא הכלל. **הענישה היא תוצאה על הפרת הכלל**. לא בגלל שיש ענישה יש חובה, אלא בגלל שיש חובה יש ענישה. יש קשר מסוים בין חובה משפטית לענישה- החובה גוררת ענישה; אבל הענישה היא סימן לכך שיש לי חובה משפטית ולא חובה מוסרית גרידא.

**לדוגמה:** החברה מייצרת רף פלילי- האם כאשר פקיד מקבל מתנה מחברים זה רק לא יפה, או שזה כבר עובר לשוחד? אם זה רק לא יפה- זה יהיה ראוי לגינוי חברתי [נניח גינוי בעיתונים- האדם חמדן וכו']. אם זה יעבור את הרף של שוחד יוטל על הפקיד גם עונש [זה יהפוך להיות פלילי, הגינוי בענישה ולא רק כתבה בעיתונים].

**אצל הארט החובה עצמה לא נובעת מהעונש אלא נובעת מהכלל שהחברה מטילה**. זו האלטרנטיבה לגישתו של אוסטין. הכלל מטיל חובה ולא הכוח/העונש. לפי אוסטין הכוח כמתמרץ התנהגות [המדינה שתדרוש ציות לחוקיה או הכוח של המאפיה לשלם פרוטקשן= נורמות של שוד ועושק]. הכוח מטיל אילוץ ומדרבן בני אדם לציית.

* **ההבדלים הגדולים בין המדינה לשודד שמפעילים כוח:**

1. הנורמה שאותה הכוח מתמרץ- האם הנורמה לגיטימית או לא.
2. האם הפעלת הכוח לגיטימית או לא.

אוסטין אמר שהפעלת הכוח של שודד אינה לגיטימית, אך הוא לא הצליח להסביר שזה לא יוצר חובה.

**חובה- הכרה פנימית**. למשל, אסור לאכול בע"ח. אמנם אין איסור כזה בחברה הכללית, אך ההכרה הזו לא מנותקת לגמרי מהסביבה. ההכרה הפנימית הסובייקטיבית לא מנותקת מהסביבה מול חובות שהמדינה יוצרת בדרגות שונות.

למשל, חובה דתית של אדם לא לאכול חזיר זו הכרה פנימית. יש גם חובה פוזיטיבית דתית. הדת, ההלכה היהודית, אוסרת לאכול חזיר. זה **כלל חברתי-דתי** שהדת מטילה. אדם שנענה לכלל מקבל את החובה הפוזיטיבית הדתית הזו. נניח שהחוק יטיל איסור אכילה של משהו מסוים- אז זו תהיה חובה משפטית ונוכל לדרג את כל הדברים הללו.

**חובה מוסרית**-

נוכל להבחין בין:

* **מוסר פוזיטיבי [מוסר נוהג**]. -המוסר שנוהג בחברה נתונה.
* כללים חברתיים (מוסריים) שמביאים לביקורת חברתית. הם אומרים כיצד לנהוג. זה **תלוי חברה**.
* חובה מכוח הכללים. -פוזיטיבי במובן הזה שהוא לא נובע מהאמונה האישית של האדם, אלא זו נורמה מקובלת. הכללים משתנים עם הזמן.

לדוגמה: מחלקות מוסר של המשטרה טיפלו בענייני זנות, עבירות מין וכיוצ"ב. לא תמיד העבירה הייתה מוגדרת כעבירה פלילית מבחינה משפטית. העבירה לא מוטלת על האיש/ה שעוסק/ת בזנות. הם בד"כ לא מואשמים. העבירה היא על הסובבים- המתווכים (הסרסורים). זנות נחשבה מבחינת מוסר נוהג כהתנהגות פסולה מבחינה חברתית. נחשב מגונה כמקצוע העתיק בעולם. המשטרה רצתה לטפל במעשים המגונים האלה. **תחת הכותרת "מוסר" חברה נתונה מחליטה מה מוסרי ולא מוסרי בעיניה**. למשל, יחסים הומוסקסואליים עד המאה הקודמת נחשבו דבר בלתי מוסרי. לפעמים אף הייתה עבירה פלילית שכתובה בספרי החוקים של מדינות המערב [בישראל עד 1980]. המשטרה טיפלה בזה.

* **מוסר אידיאלי [ביקורתי**]. המוסר שאדם מאמין בו, שהוא יכול להיות ביקורתי ביחס למה שהחברה נוהגת. לפעמים יש נורמות מסוימות בחברה ואדם חושב עליהן באופן ביקורתי.
* כללים שאדם מאמין בהם (בלי קשר לעמדה חברתית). למשל, רוב החברה אינה צמחונית בישראל. אדם שמחזיק בעמדה צמחונית ואומר שאסור לאכול בשר מבחינה מוסרית, הוא לא מתכוון לומר שהחברה מסכימה לזה אלא שהוא באופן אישי מאמין בעמדה הזו.
* חובה מכוח הכללים.

בשני סוגי המוסר נוצרת חובה מכוח כללים- יש כללים קיימים. אדם שינהג בניגוד למוסר הנוהג יזכה לגינוי חברתי. ואילו אדם שלא ינהג לפי מוסר אידיאלי, לא בהכרח יזכה לגינוי מהסביבה הכללית. **זה ההבדל בין ההכרה הפנימית של אדם לבין ההכרה שנוצרת מכוח כללים פוזיטיביים**.

זו הבחנה חשובה שהארט עושה במושג של מוסר: בין מוסר פוזיטיבי למוסר האידיאלי.

**חובה משפטית**-

* **כלל משפטי שמטיל חובה**.
* **ביקורת על מי שמפר את הכלל**.
* **הביקורת: ענישה**.

הארט מבחין בין 2 נקודות מבט כדי להבהיר את הנקודה הזו.

**נקודת מבט חיצונית**-

* משקיף חיצוני [סוציולוג, אנתרופולוג שנוחת לחברה ורואה אותה] יכול לתאר את הכללים ואת התוצאות של הפרתם. **אינו רואה בכלל טעם לפעולה**.

לדוגמה: ישראלית שהחזיקה סמים באמירויות ומוטל עליה עונש מוות. לפי עובדה זו, משקיף חיצוני יאמר שהמדיניות באמירויות היא שכל כמות סמים שתחזיק מפלילים אותך וניתן לקבל עונש מוות או מאסר של שנים ארוכות. **המשקיף החיצוני מתאר את הכלל ואת התוצאה שלו=הענישה**. לעומת זאת, משקיף חיצוני באמסטרדם יאמר שזה חוקי. מתארים את הכללים והתוצאות של החברה. המשקיף החיצוני לא רואה בכלל טעם לפעולה.

* משקיף חיצוני יכול לומר שבאור ירוק מכוניות נוסעות ובאור אדום הן עוצרות. הוא גם יכול לומר שמכונית שנוסעת באור אדום צפויה לקנס.

נקודת המבט החיצונית רלוונטית להתנהגות האדם הנבון. כאשר אני טס לאמירויות אני צריך לדעת מה לעשות. אני אזהר [טעם אחר לפעולה]. התפיסה של הכללים והתוצאות היא חיצונית [תיאור של מה שיכול לקרות].

**נקודת מבט פנימית**-

* משקיף פנימי רואה את הכללים **לא רק כניבוי לכך שתבוא סנקציה אלא** **כהדרכה איך לנהוג**.
* הנהגים בכביש רואים באור האדום לא רק ניבוי לכך שהמכוניות יעצרו אלא הם הסיבה [הטעם] לכך שהם עוצרים.

אם אני רואה בכלל טעם לפעולה, אז אני מבין שהכלל של רמזור אדום מטיל עליי חובה. **נקודת המבט הפנימית מפנימה את הכללים**. [מנקודת מבט חיצונית אולי הייתי מנסה לחמוק מהכללים אם לא רואים או לא יתפסו אותי]. כאשר הכללים הם חלק מהעולם שלך אתה רואה בכללים טעם לפעולה.

החובה המשפטית לפי הארט- הכללים האלה יוצרים טעם לפעולה אצל מי שמסתכל עליהם מבפנים. מי שמסתכל מבחוץ רק אומר שיש כלל שיכול להביא לתוצאה מסוימת [עונש, קנס]. כדאי לפעול בהתאם כמובן כדי לא להיענש. נקודת מבט פנימית רואה בכלל **טעם לפעולה- אני עושה את הדבר הזה משום שהכלל אומר**. אנחנו נוסעים בצד ימין של הכביש כי אומרים שצריך לנסוע בצד ימין של הכביש, ולאו דווקא בגלל שאני אקבל על נסיעה בצד שמאל קנס. מפנימים את הכללים ורואים בהם טעם לפעולה.

* נקודת מבט פנימית היא זו שרואה את **הכלל כטעם לפעולה**.

לפעמים יש תמרוץ בענישה- לפעמים יש טעמי נוחות שלא לקיים את הכלל [ממהרים, לא נוח] והענישה מתמרצת אותנו לציית לכללים. אך **עצם החובה נובעת מהכלל עצמו ולאו דווקא מהענישה עליו**.

**חובה משפטית**

* הכלל המשפטי הוא טעם לפעולה [נקודת מבט פנימית].
* הכלל המשפטי מנבא סנקציה [נקודת מבט חיצונית].

יש אנשים שמסתכלים רק על נק' מבט חיצונית ובמקום שאין שוטר הוא "יגנוב" רמזור אדום; אם לא ידרשו ממנו לשלם מס הוא לא ישלם. היחס שלו אל החוק הוא יחס חיצוני. לעומת זאת, מי שמפנים את החובה המשפטית, הוא רואה בחובה המוטלת טעם לפעולה. החובה נובעת מן הכלל. **הואיל ומדינה לא יכולה רק לסמוך שבני אדם יפנימו את הכללים ויפעלו על פיהם היא מתמרצת אותם גם בענישה**. זה לא בלתי לגיטימי לפעול כדי להימנע מסנקציה.

* **מה ההבדל בין טעם וסיבה?**
* **המונח סיבה מניח סיבתיות טבעית**. לדוגמה: הסיבה שיורד גשם, כי השרב נשבר.
* **טעם מניח שלבני אדם בחירה חופשית והם פועלים לפי ההכרה שלהם [לא פועלים ע"פ סיבתיות]**.יש להם טעמים למה לפעול, ולא בגלל סיבה טבעית שפועלת עליי חיצונית. יש טעמים שהם לא טבעיים, לא ביולוגיים ולא חיצוניים; הם פנימיים וקשורים להכרה שלנו. יש לנו טעם לבחור בפעולה המסוימת.

הענישה היא טעם לפעולה או סיבה לפעולה? האם כאשר אני רוצה להימנע מסנקציה זה נחשב טעם או סיבה? **תלוי** אם אני חושב על אדם חופשי שבוחר או שמפעילים את האדם לפי גירויים [פרס או עונש]. מניחים שחיות פועלות מ-סיבה [אוהבות עונג ונמנעות מכאב]. סנקציה על בני אדם פועלת באופן דומה- אם תשלם קנס, יכאב לך בכיס. תלך למאסר, תאבד את החירות שלך. הסנקציה פועלת עלינו באופן סיבתי טבעי.

אם אנחנו מניחים שיש לנו גם טעמים ולא פועלים רק מתוך סנקציה 🡨 אנחנו מפנימים את זה ורואים בחוקים טעמים לפעולה שלי. בהנחה שאני ייצור חופשי אפשר לומר שסנקציה היא טעם לפעולה, אבל יהיו שיטענו מנגד שזו סיבה.

הארט הציע אלטרנטיבה לאוסטין למושג החובה כטעם לפעולה. הוא הסביר את הכללים המשפטיים איך הם יושבים בתוך מערך של כללים חברתיים פוזיטיביים שחברה מייצרת. האתגר של הארט הוא להגדיר מהו המשפט ואיך הוא מובחן ממוסר, דת ומערכות נורמטיביות אחרות [זה היה גם האתגר של אוסטין וקלזן]. זו הבחנה שנחוצה לכל השחקנים במגרש: לאזרחים- שיידעו למה הם חייבים לציית מבחינה משפטית; חשובה לפקידים שאוכפים [משטרה ופרקליטות]; נחוצה לשופטים שפוסקים ואיך עליהם להבחין בין פעולה שאסורה מבחינה משפטית או אסורה מבחינה מוסרית. **האתגר הפוזיטיבי: חידוד ההבחנה בין המשפט למוסר ומערכות נורמטיביות אחרות**.

**המשפט כשילוב של כללים ראשוניים ומשניים**

**חברה פרימיטיבית- קדם משפטית**

למשל, לחשוב על שבט באפריקה. חברה שאין בה מערכת משפט, איך היא פועלת? כל חברה אנושית צריכה לפעול במסגרת של שת"פ.

* אין בה מוסדות משפטיים- מחוקק ובתי משפט.
* היא חיה לפי מסורת ומנהגים מקובלים (איסורים וחובות).
* כללים ראשוניים- Primary Rules- החברה יוצרת לעצמה עם הזמן כללים. כללים שחלים על החברים בחברה [האזרחים במדינה].
* אמצעי הכפייה- לחץ חברתי. -האמצעי שבאמצעותו החברה כופה את הציות לכללים הוא בעיקרו לחץ חברתי.
* קהילה קטנה.

**בעיות של חברה פרימיטיבית שמתנהלת במערכת כללים כזאת שאינה משוכללת**

* **היעדר מקור מוסמך לחוק**- **חוסר וודאות**. -אין מחוקק, יש כללים שפועלים על פיהם. אך הואיל ואין מקור מוסמך, הכללים לא כתובים על ספר. יש כללים שידועים לכל והם שכיחים, אך ככל שמגיעים למקרים פחות שכיחים- לא יודעים בדיוק מה החוק אומר. לכן שיטת כללים כזו סובלת מחוסר וודאות.
* **היעדר מנגנון שינוי**- **סטטיות**. מכיוון שאין מוסד מחוקק, אין מי שקובע את הכללים. הכללים הם מה שעשו פעם וממשיכים לעשות אותו הדבר גם היום. החברה היא סטטית ואין שינוי בכללים. גם אם יש שינוי- השינויים מאוד איטיים והדרגתיים. אין גוף שיקום יום אחד וישנה. שואלים את זקני השבט איך להתנהג והם מספרים איך נהגו אבותיהם ואבות אבותיהם. אם יש מציאות חדשה- זקני השבט לא יודעים לשנות את הכללים ואין להם מנגנון שיעשה את זה.
* **היעדר מנגנון אכיפה**- **חוסר יעילות**. יש גינוי למי שלא מתנהל בהתאם לכללים, אבל אין מוסדות חקירה שיחקרו מי עשה ומה עשה; אין לנו מוסדות שיבררו את הסכסוך. לכן **האכיפה היא לא יעילה**. אולי פועלים לפי שמועות ואז מגנים אותו, לפעמים אפילו ינהגו נגדו באלימות. עשויה להיות חוסר פרופורציה ולא נברר עד הסוף מיהו הנאשם. האופציות: או שלא נפעיל כלפיו ענישה או שנפעיל כלפיו אלימות ספונטנית של אנשים שפועלים נגדו וזה עלול להיות חמור יותר [יהרגו אדם על זה שהוא גנב]. כאשר אין בתי משפט מנגנון האכיפה לא יעיל.

**לוק** הצביע על היעדר מנגנון אכיפה יעיל ולגבי הזכויות. **הארט** הכין נקודות בעייתיות שיתאימו לדגם שהוא רוצה לפתח. כאשר אנחנו עוברים למצב של מערכת משפט משוכללת, היא מערכת שבאה לענות על 3 הבעיות האלה.

**מערכת משפט**

* כללים ראשוניים המופנים לפרטים בחברה.
* כללים משניים המופנים לכללים הראשוניים.
* למעשה, מכוננים מוסדות חקיקה ושיפוט.

מערכת המשפט המשוכללת לא מסתפקת בכללים הראשוניים, אלא צריכה גם כללים משניים המופנים לכללים הראשוניים. הנמענים שלה אינם הפרטים בחברה, אלא הם חלים על הכללים הראשוניים ויוצרים מוסדות- קובעים מי המוסד שיקבע את החוקים, מי המוסד שישנה אותם ומי המוסד שיאכוף אותם.

**רשימה של 3 כללים משניים** שבאים לענות על 3 הבעיות שהארט מצא בחברה הפרימיטיבית:

1. **כלל זיהוי – rule of recognition**

* **כלל שמזהה את החוק**.
* בצורה בסיסית: **מצביע על החוק** (מעלה על הכתב; מצביע על ספר או לוח שבו כתוב החוק).
* בצורה משוכללת יותר: **מזהה מקור משפטי שיכול ליצור חוק** (**מחוקק**).

זה לא רעיון מקורי של הארט, אלא גם בא לידי ביטוי אצל הרומים. ברומא פירסמו את החוקים על שנים עשר הלוחות- המסמך המשפטי הראשון ברומא. חוקים עתיקים שנקבעו בשנת 400 לפני הספירה. עד אז רומא התנהלה כחברה מסורתית שהחוק היה ידוע רק לאצילים, אחרים לא ידעו אותו. האצילים השתמשו בו לטובתם. הצעד הראשון היה לפרסם את החוק. מעניין לדעת שהקובץ הזה לא נשמר כמו שהוא, אלא הוא נשמר ע"י סופרים רומאים שציטטו חלקים ממנו. בשונה מהתורה, שהיהודים שמרו עליה במשך דורות בנוסח מלא.

השלב הראשון במעבר לחברה משפטית מחברה פרימיטיבית היא יצירת כלל זיהוי שאומר "זה החוק". הצעד הראשון שעושה כלל הזיהוי הוא לזהות את החוק. כלל משוכלל יותר אומר מי המחוקק, ולא רק מה החוק. המחוקק יכול ליצור חוק. זה כבר גולש לבעיית הסטטיות [היעדר מנגנון שינוי].

**כלל זיהוי מהסוג הבסיסי שמצביע על החוק פותר את בעיית הוודאות**, אך לא את בעיית הסטטיות [מצביעים על הכללים שהיו קיימים בעבר]. **כלל זיהוי משוכלל יותר פותר גם את בעיית הסטטיות**.

**תפקיד כלל הזיהוי**

* מקור סמכותי לדעת מהו החוק.
* כלל הזיהוי הופך את הכללים הראשוניים (החוקים) מכללים נפרדים **למערכת** של כללים. **מאחד** את הכללים השונים למערכת אחת.
* כלל שייך למערכת אם הוא מזוהה על ידי כלל הזיהוי. כלל הזיהוי מזהה את החוקים וזו הדרך לכלל להפוך לחלק מהמשפט אם הוא מזוהה ע"י כלל הזיהוי. בצורה הבסיסית: כל מה שבשנים עשר הלוחות זה החוק; כל מה שבתורה זה החוק.
* בצורה המשוכללת: מקור סמכותי ליצירת חוקים. לא רק מצביע על ספר אחד, אלא מצביע על גוף מחוקק. כל מה שהמחוקק אומר זה החוק. נשאל- איך כלל מזוהה עם מערכת השיטה? אם הוא נחקק ע"י המחוקק.
* **כלל הזיהוי מבחינה פונקציונלית בתיאוריה של הארט מקביל אצל קלזן ואוסטין**:
* זהה לנורמה הבסיסית של **קלזן**, לפיה יש לציית לחוקה. כלומר מכאן ואילך זיהו את החוקה ומכאן גם את החוק. מה שייך לפי קלזן לחוק? כל מה שמבוסס על הנורמה הבסיסית.
* לפי **אוסטין**, פקודה כללית של הריבון היא החוק.
* לפי **הארט**, מה ששייך לחוק הוא מה שמזוהה ע"י כלל הזיהוי.

כל התיאוריות הפוזיטיביות מחפשות הגדרה לחוק.

**כלל הזיהוי של הארט, מחליף את הנורמה הבסיסית של קלזן**. הוא מזהה מקורות משפטיים והמשפט שנובע ממנו.

מה היתרונות של כלל הזיהוי בהשוואה לנורמה הבסיסית ובהשוואה לתורת הפקודה של אוסטין? זו תיאוריה יותר משוכללת שפותרת הרבה מהבעיות שנתקלנו בהם בתיאוריות הקודמות.

1. **כללי שינוי**

* מעניקים כוח לאדם או גוף לשנות את הכללים הראשוניים. -פותרים את בעיית הסטטיות. קובעים מנגנון (מחוקק) שיכול לשנות את החוקים.
* קובעים פרוצדורה לעשות זאת [איך לשנות]. למשל בישראל: 3 קריאות, הצבעה.
* מגדירים מוסדות משפטיים: מחוקק, הליכי חקיקה.
* לשיעור הבא לקרוא את הפרק ה-5 וה-6 של הארט. נמשיך אחרי פסח.

**שיעור 11- 26/04/22**

חזרה על השיעור הקודם- הארט הסביר לנו שמערכת משפט משוכללת היא כזו שמורכבת מכללים ראשוניים ומשניים. **בחברה פרימיטיבית קדם-משפטית אין מוסדות משפטיים**. יש רק כללי עשה ולא תעשה שמכוונים אל הפרטים בחברה= כללים ראשוניים. קהילה כזו שחיה לפי מסורת, לפי כללים ראשוניים [מעשים אסורים שלא יפגעו אחד בשני ומעשים מחויבים כדי שחברה תתקיים] יש בכל חברה מאורגנת, גם בלהקת הציידים והלקטים. הכללים בנויים על מסורת והם לא כ"כ ברורים או ידועים.

**הארט מונה 3 בעיות מרכזיות שיש בחברה כזו**:

1. **היעדר מקור מוסמך לחוק- חוסר וודאות**. הזקנים של השבט מספרים מה אסור ומה מותר. כשמגיעים למקרה חדש לא יודעים מה אסור ומה מותר. כאשר מענישים מישהו הוא יטען שהוא לא ידע שההתנהגות אסורה, לא כתוב בשום מקום שאסור, אך מקובל שאסור. ידוע לקבוצה קטנה של זקני השבט או אצילים בחברה עירונית.
2. **היעדר מנגנון שינוי- סטטיות**. החברה שחיה ממסורת היא "מה שהיה הוא שיהיה". אין מנגנון שמאפשר לשנות את החוק כתוצאה מהתפתחויות או צרכים.
3. **היעדר מנגנון אכיפה- חוסר יעילות**. -יש אכיפה כלשהי, נניח מישהו רצח אז הקהילה תעניש. אבל המנגנון לא יעיל- אין מערכת חקירה מסודרת. במקרי ביניים פחות ידעו לטפל, לעומת המקרים הקיצוניים שכן ידעו לטפל.

כדי ששיטת משפט תוכל להפוך למערכת משפט משוכללת היא צריכה לארגן את עצמה מחדש ולצד הכללים הראשוניים שמופנים לפרטים בחברה [כללי עשה ולא תעשה] היא צריכה גם להקים מערכת של כללים משניים. **כללים מסדר שני שהם אומרים איך לתפעל את הכללים מהסדר הראשון**, איך ליצור / לאכוף / לשנות כללים מסדר ראשון. היא המערכת שמכוננת את המוסדות המשפטיים- החקיקה והשיפוט. היא **תכלול 3 סוגים של כללים** **שיתנו מענה ל-3 הבעיות של השיטה הפרימיטיבית**:

1. **כלל זיהוי**- כלל שמזהה את החוק ואומר "זה החוק". למשל, ברומא העתיקה של המאה ה-5 לפנה"ס היו 2 מעמדות. מעמד 1 שלטו במוסדות המשפטיים. חיו במסגרת הפרימיטיבית. המעמד ה2 דרשו שיפרסמו את החוק ויגידו מה החוק. בשנת 450 לפנה"ס כוננו את **12 הלוחות**. **זה החוק של רומא**. בכל חברה זה קרה בשעתה.

בצורה בסיסית הוא **מצביע על החוק** ואומר שספר או לוח הוא החוק. בצורה משוכללת הוא **מזהה מקור משפטי** שיכול ליצור חוק. נניח יכול לומר שהסנאט יכול ליצור חוק / המלך יכול ליצור חוק.

1. **כללי שינוי**- מעניקים לאדם או גוף מסוים את הכוח לשנות את הכללים הקיימים.

ברגע שיש כלל שמצביע על גוף שיכול לחוקק, הוא גם יכול ליצור חוק חדש. לא רק זיהוי החוק אלא מכיל גם מנגנון שינוי. כלל זיהוי מפותח הוא כלל שמכיל גם את מנגנון השינוי [כי הוא לא מצביע רק על חוק "12 הלוחות" אלא מצביע גם על גוף מחוקק- שיכול ליצור ולשנות חוק].

כללי השינוי קובעים **פרוצדורה** לעשות זאת. **לדוגמה:** כללי החקיקה בישראל- הכנסת היא הרשות המחוקקת; הפרוצדורה של החקיקה [3 קריאות, דיון בוועדות, הצעת חוק כללית וכו']. חוקי היסוד ומנגנון החקיקה.

כללים ראשוניים= החוקים שאנו לומדים [חוזים, נזיקין, חברות]. כללים מסדר משני=הכללים שקובעים שהכנסת היא המחוקקת וקובעים את הפרוצדורה של איך לחוקק חוקים.

1. **כללי שפיטה**- הכללים שקובעים מי הגוף השופט. חו"י השפיטה, חוק בתי המשפט. יוצרים מערכת אכיפה יעילה בתוך מערכת המשפט.

* מעניקים כוח לאדם או לגוף לקבוע האם הכללים הראשוניים הופרו.
* קובעים את הפרוצדורה לעשות זאת.
* מגדירים מוסדות משפטיים: שופט, בית משפט, סמכות שיפוט, דרכי שפיטה.

מערכות משפט עתיקות היו כאלה שניתן להבחין בהן בין כללים ראשוניים למשניים [כולל משפט עברי].

**הכלל המרכזי בתורת המשפט של הארט הוא כלל הזיהוי**. נעמוד על תפקידו ותוכנו.

**תפקידו של כלל הזיהוי**- לזהות ולקבוע מהו החוק. הזיהוי בעצם יוצר **אחידות** בשיטת המשפט, מכיוון שכלל הזיהוי הוא **כלל העל שקובע מהו החוק בשיטת משפט נתונה**. למשל במשפט הרומי הוא קבע ששניים עשר הלוחות הם החוק. כל מה שנובע משניים עשר הלוחות הוא חלק מהמשפט הרומי. לעומת זאת, כלל הזיהוי של המשפט העברי יאמר שהתורה היא החוק.

**מהו התוכן של כלל הזיהוי?**

* **קובע את מקורות המשפט (בהתאם לשיטה)**.
* כלל זיהוי בסיסי מצביע על החוק (ספר, לוח).
* כלל זיהוי מפותח מצביע על מקורות החוק.
* כלל זיהוי מורכב מצביע על מספר מקורות: חוק, פסיקה, מנהג.

שיטות משפט שונות יכולות להחזיק במקורות משפט שונים: התורה, מה שהמלך אומר, הריבון. **הארט** רגיש לכך ששיטות משפט מזהות מקורות משפטיים שונים. **למשל**, שיטת המשפט האנגלית מזהה לצד חוקים של הפרלמנט, שמה שבתי המשפט קובעים באופן תקדימי זה חוק. שיטת המשפט הקונטיננטלית לא חושבת כך- רק החוק מחייב לפיה, ואילו תקדימים ופסיקות של בתי המשפט לא מחייבים [הן הכרעות אד-הוק לכל סיטואציה].

שיטת המשפט המקובל שונה משיטת המשפט הקונטיננטלית [שמזהה מקור אחד של חוק: החוק]. **לדוגמה:** הקוד הצרפתי או החוק הגרמני. מנקודת מבט אירופית, החוק שקבע הפרלמנט הוא המקור היחיד של המשפט. לא מכירים במנהגים או פסיקות של בתי משפט כיוצרים חוק.

המסורת של המשפט המקובל מכירה בבתי המשפט כיוצרים חוק. לכן **הארט אומר שכלל הזיהוי תוכנו לא אחיד ומשתנה משיטה לשיטה**.

**ניתן לומר באופן כללי שהתוכן של כלל הזיהוי הוא מקורות המשפט**.

הארט אומר שיש **כלל פשוט** שמצביע על מקור אחד, **כלל מורכב** שמצביע על כמה מקורות. אם כלל מצביע על כמה מקורות הוא **יצטרך לדרג ביניהם**.

הנקודה החשובה: התוכן של כלל הזיהוי הוא מקורות המשפט. התוכן של מקורות המשפט יכול להיות שונה משיטה משפטית אחת לאחרת.

תיאוריה כללית של המשפט יכולה להיות מסוגלת לתאר נכון באופן תאורטי את דרך עבודתן של שיטות משפט שונות.

**איך יודעים מהו כלל הזיהוי בשיטה משפטית נתונה?**

כדי לדעת מהו החוק המחייב במדינה, מנקודת מבט תיאורטית של הארט שואלים מהו כלל הזיהוי בשיטה הזו. כלל הזיהוי יאמר לי מהו החוק. האם מנהג קובע, כלל של המלך, הפרלמנט וכו'.

**נזהה את כלל הזיהוי ודרכו נבין מהו החוק**.

באופן עקרוני, הארט אומר שצריך לחשוב על כלל הזיהוי כמו **כללי משחק**. **לדוגמה:** משחק כדורגל, רואים את המשחק שמתנהל לפי כללים. אם מישהו נגע ביד בכדור- זו עבירה, אסור לצאת מהקווים וכו'. לפעמים זה לא קל **להבין מהסתכלות על המשחק את הכללים**, אך אם מתבוננים מספיק טוב לומדים מהם הכללים.

**כלל הזיהוי הוא סוג של כלל משחק במובן הזה שהוא כלל לא כתוב**. הוא לא כתוב בשום מקום. הוא כלל שקיים באופן מופשט וניתן ללמוד עליו מתוך דרך הפעולה של המשפט.

* **השחקנים בזירה המשפטית פועלים על פיו:** פקידים, שוטרים ואזרחים מן השורה. **לדוגמה:** בישראל כולם מניחים שהחוק של הכנסת הוא החוק.
* **יודעים עליו מהתבוננות בדרך הפעולה של השחקנים**.
* **נקודת המבט הטובה ביותר היא בתי המשפט**. סיבה אחת: בתי המשפט מנמקים את ההחלטות שלהן.

תקנות שהוצאו מכוח החוק= חלק מכלל הזיהוי. בהחלטות מנהליות בדרך כלל לא ינמקו או יתחשבו [רשות המיסים, תעבורה]. פועלים לפי מנגנון בירוקרטי. לעומת, החלטה של בתי משפט שנשענים על פסיקה קודמת, חוקים, חוקי יסוד. אם אסתכל על בתי המשפט אני אוכל לדעת מה כלל הזיהוי בשיטת משפט נתונה.

האם חוק של הפרלמנט הוא חוק? האם פסיקה של בתי המשפט מחייבת? האם מנהגים מחייבים? האם הוראה של המלך מחייבת? אני אוכל לדעת לפי פסיקת בית המשפט. לדוגמה: בגרמניה וצרפת יתייחסו יותר לחוקים, משקל פחות לתקדימי הפסיקה [שרק מצביעים איך פירשו עד כה את החוק]. לדוגמה: באנגליה, ארה"ב- להחלטות בתי המשפט תוקף ממש של חוק.

קריאה טובה של פסקי דין עושה הבחנה באיזה מקומות מתייחסים לפסקי דין כחוק, או השראה.

**מי קובע את כלל הזיהוי?**

* **מה קרה מבחינה משפטית בה' באייר תש"ח, יום הקמת המדינה? מה זה עשה למשפט?**
* עד קום המדינה המשפט שנהג בישראל הוא המשפט הבריטי. השלטון היה של המנדט, שולט הארץ היה הנציב הבריטי. היה משפט בריטי נוהג ששכב על שכבה עות'מאנית.
* ביום שקמה המדינה כביכול יש ריק. המסמך הראשון שיצא נקרא "המנשר". ההכרזה אמרה "אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל..". מה החוק במדינה החדשה? **המנשר אמר שהחוק שהיה קיים במדינת ישראל ערב הקמת המדינה ימשיך לעמוד בתוקפו גם לאחר הקמתה**. לא חל שינוי משפטי. החוק ממשיך- אסור לגנוב, אסור לרצוח, חוקי הקניין והחוזים המשיכו.
* בהמשך זה זכה לניסוח מעודכן יותר. החוק הראשון שנוצר במדינת ישראל אחרי יום העצמאות, **הפקודה לסדרי שלטון ומשפט**. המסמך המכונן [constitution], שמעמיד את המשפט. **החוק ימשיך להיות כפי שהיה בשינויים המחויבים מהקמת המדינה**. במקום הנציב העליון, יאמרו מישהו אחר- היא זיהתה את המוסדות המחוקקים החדשים.

**אז מה השתנה מבחינה משפטית ביום העצמאות?** הוקמה המדינה והחוק אומר שהמשפט שהיה קיים ערב הקמת המדינה ימשיך לעמוד בתוקפו [חוק המנדט הבריטי (דבר המלך במועצתו)].

**כלל זיהוי הוא לא החוק עצמו**. **תוכן החוק לא השתנה**. **כלל הזיהוי השתנה במובן הזה שהוא מצביע על מיהו המחוקק**. כלל הזיהוי בד' באייר אמר שהמחוקק הוא הנציב העליון; כלל הזיהוי בה' באייר אמר שהמחוקק הוא מועצת העם [בהמשך תהיה הכנסת].

לאור הקמת הגוף החדש עם הקמת המדינה 🡨 **השתנה כלל הזיהוי רק במובן של מיהו המחוקק**. **לא במובן של מהו החוק**.

מועצת העם אמרה שהחוק ממשיך, כי אין להם חוק חדש להחליף הכל, כדי שלא יהיה בלאגן. **תוקף החוק בא ממקור אחר**. **תוכן החוק זהה**.

מכאן והלאה מועצת העם יכולה לסטות מהחוק הקיים בהדרגה. בשלב ראשון: בשינויים המחויבים. בשלב הבא: יצירת פקודת סדרי שלטון ומשפט. למה הפקודה הזו מחייבת? כי יש כלל זיהוי חדש עם מחוקק חדש, שהוא הוציא את הפקודה הזו. הוא ימשיך לחוקק חוקים נוספים בהדרגה עד שנגיע למצב שאין חוק בריטי בכלל.

ההתנתקות מהמשפט הבריטי לא הייתה פשוטה. המערכת כולה תשחק לפי כלל זיהוי חדש, כמעט בלי שמרגישים.

**מי קובע את כלל הזיהוי?**

* כלל הזיהוי מתקבל באופן ישיר **ע"י השחקנים בזירה המשפטית**. שחקני המשפט. -מכניסים כלל חדש ומתנהגים על פיו. כל השחקנים בזירה יוצרים את הכלל החדש. אמנם זה לא מעשי כי מדינה שיש בה מיליוני בני אדם לא יכולה ליצור באופן כזה ספונטני. לכן בד"כ מדברים על השופטים.
* **באופן מעשי**, במדינה מודרנית שבה מיליוני בני אדם, **כלל הזיהוי נקבע ע"י השופטים**. השופטים מחדדים מהו כלל הזיהוי שמאמצים במדינת ישראל [בריטי או אירופי- השלכה לגבי תקדימים מחייבים או לא; לכאורה בשלב הראשון השאלה הזו הייתה פתוחה, עד שזה נקבע בחוק בתי המשפט]. עד שהכנסת תחוקק את זה מאוחר יותר ותקבע שפסיקה תקדימית של בתי המשפט מחייבת יעבור זמן. בינתיים מי שקבע את כלל הזיהוי הזה הם השופטים [אולי כי היו מנוסים עם השיטה הבריטית, אהבו אותה וכו']. נקבע דרך פסיקות ביהמ"ש עצמו. זה קורה בכל שיטה- הארט אומר שהשופטים הם אלה שבאופן מעשי קובעים את כלל הזיהוי.

**תפקיד כלל הזיהוי**

* **וודאות**- מבחן ברור כדי לדעת מהו החוק.
* **תקפות**- כלל הזיהוי מעניק תוקף לכללי המשפט. [משתמשים במונח של קלזן, מושג התקפות]. בתורת משפט פוזיטיבית מדברים על תוקף. במערכת משפט, הכללים המשפטיים לא עומדים לעצמם כי הם משכנעים או צודקים. הם מחייבים כי הם **תקפים מכוח נורמה אחרת**. כשהולכים לפי שרשרת ושואלים מהו המבחן האולטימטיבי לתקפות הכללים [=האחרון, העליון] הוא כלל הזיהוי.

חוק עזר עירוני נותן תוקף להודעת הקנס שקיבלתי. חוק העזר העירוני מקבל תוקף מחוק העיריות שמסמיך אותה להוציא חוקים, שחוק יסוד: הכנסת נותן לה תוקף. מה נותן תוקף לחו"י: הכנסת? הגענו לפסגה בפירמידת הנורמות. בשיטה של הארט: כלל הזיהוי. בשיטה של קלזן: הנורמה הבסיסית. כלל הזיהוי נותן תוקף ישיר לפסיקת בתי המשפט.

* **אחידות מערכת המשפט**. אם נשאל אם נורמה משפטית שייכת לשיטת משפט, נבדוק האם היא עומדת בתנאי כלל הזיהוי. **מה שעומד בתנאי כלל הזיהוי, שייך לאותה שיטת משפט**. אם זה לא עומד- זו שיטת משפט אחרת. זה לא טריוויאלי.

**שאלה**: האם לפסיקה של הרבנות הראשית בישראל, לדוגמה לא להכניס חמץ לבתי חולים, יש כוח מחייב בשיטת המשפט הישראלית? האם הפסיקה של הרבנות הראשית מזוהה ע"י כלל הזיהוי של השיטה הישראלית? **לא**. תפקיד הרבנות לתת חוות דעת משפטית את השואלים. יש לה סמכות להשיב לשאלות הלכתיות את מי ששואל אותה בעצתה. אין חובה חוקית לציית להם, גם אנשים ששואלים אותם. הרבנות הראשית בתור גוף ממלכתי צריכה הסמכה לכל פעולה. החוק מסמיך אותה להוציא [חוק הרבנות]. וודאי שכלל הציבור איננו מחויב.

הניתוח הזה חשוב. כדי להבין מהם הכללים המשפטיים ששייכים לשיטת משפט, הכלל האולטימטיבי הוא כלל הזיהוי. כללים שמזהה אותם כלל זיהוי אחר= שייכים לשיטת משפט אחרת.

יכול להיות שבמקום אחד יש כמה שיטות משפט- שיטת משפט של המדינה, שיטת משפט הלכתית / שרעית. אך במדינה יש שיטה אחת. שאר השיטות חיצוניות וכוח המדינה לא יעמוד לצידה.

* **כלל הזיהוי הוא המקור האולטימטיבי של המשפט**. בכל שרשרת הנורמות, פירמידת הנורמות, המקור האחרון של המשפט הוא כלל הזיהוי.

**כלל הזיהוי**

* **כלל זיהוי** **פשוט**- **מזהה מקור משפטי אחד** (מחוקק). לדוגמה: מדינות אירופה. לדוגמה: החוק הוא התורה או שנים עשר הלוחות. המלך הוא המחוקק וכו'.
* **כלל זיהוי מורכב- מזהה כמה מקורות משפטיים**:
* חוקה, מחוקק, בתי משפט, מנהג.
* **מדרג ביניהם** (לדוגמה, פסיקה ומנהג כפופים לחוק). -צריך לקבוע מי גובר על מי.

**למשל** באנגליה או מדינת ישראל: החוק [הכנסת, הפרלמנט] גובר על בתי המשפט. אימצו את פסיקות בתי המשפט לכדי חוקים ועשו ברירה, איזה חוקים לאמץ ואיזה לא. אם פסיקות רגילות של בתי המשפט אינן נראות בעיני הכנסת, היא מתקנת אותם באמצעות חוקים. **לדוגמה:** דיני נזיקין, פלת"ד- השאלה מהי "תאונת דרכים"? בהתחלה החוק קבע שתאונת דרכים היא פגיעה כתוצאה מרכב. בהמשך, היה מקרה שמישהו רץ ברחוב והתנגש ברכב חונה. הוא תבע את הקרן בתאונת דרכים כי הוא נפגע כתוצאה מרכב והוא קיבל פיצויים. חברות הביטוח רצו להגדיל את הביטוח ולכן שינו שתאונת דרכים היא רק תאונה כתוצאה משימוש ברכב. אח"כ היה אירוע בסיני שמשפחות של ישראלים עשו טיול, העמידו את הרכבים מסביב שיאירו ויגנו מהרוח, היה פיצוץ גדול ממכלי הדלק לאור אש. האנשים נהגו בחוסר זהירות. אמרו שזה נגרם כתוצאה משימוש ברכב ולכן זו הייתה תאונת דרכים [אמנם השימוש ברכב היה בשביל להאיר ולהגן מהרוח]. השיקול של ביהמ"ש אנושי- לתת פיצוי לאנשים האלה. יש כיס עמוק לחברת קרנית. חברות הביטוח אמרו שאם מקרה כזה מוגדר תאונת דרכים הן יעלו את הפרמיות של הביטוח. הגדרה מאוד רחבה. לכן, הפסיקה הזו יוצרת בעיה מבחינת השוק. המחוקק הגדיר מחדש מהי תאונת דרכים- שימוש רגיל ברכב [לנסיעה]. **היה פינג פונג בין בתי המשפט ותיקוני המחוקק**. **המחוקק במעמד גבוה יותר מבחינת כלל הזיהוי ביחס לבתי המשפט**.

איך בית המשפט מבטל חוקים של הכנסת? הוא פועל מכוח חוקי היסוד [חוקה].

**זיהוי ישיר**

כלל הזיהוי יכול לעשות **זיהוי ישיר**, כלומר כלל הזיהוי מזהה את הפרלמנט / הכנסת, מזהה את בתי המשפט, מזהה את המנהג ומדרג ביניהם. זו אופציה אחת.

כלל זיהוי

3. מנהג

2. בתי משפט (פסיקה

1. פרלמנט (חקיקה)

מכוח מה פסיקת בתי המשפט מחייבת מכוח החוק או מכוח כלל הזיהוי? **לפי הדגם הזה בתי המשפט מקבלים את התוקף הישיר שלהם מכלל הזיהוי**.

**זיהוי ע"י גזירה (derivation)**

כלל זיהוי

חוקה (חוקי יסוד)

מחוקק

בתי משפט

מנהג

ניתן לחשוב על מצב אחר שבו יש זיהוי ע"י גזירה. כלל הזיהוי מזהה מקור אחד- חוקה (חוקי היסוד). אפשר לתלות את סמכות בתי המשפט בחוק.

יש פה כלל זיהוי פשוט [מקור אחד] וע"י גזירה הוא מזהה מקורות נוספים. חוקה 🡨 מחוקק 🡨 בתי משפט ומנהג.

* **איזה מודל מתאר נכון את המצב במדינת ישראל?** האם סמכות בתי המשפט בישראל מקורה במחוקק ואז יש כלל זיהוי פשוט שמזהה רק את המחוקק או החוקה [זיהוי ע"י גזירה] או שיש בישראל כלל זיהוי ישיר?

לכאורה ניתן לתאר את המצב בישראל בשתי הדרכים: כלל זיהוי ישיר שמזהה את כל המקורות המשפטיים או באמצעות כלל הגזירה שמזהה מקור אחד ומתחתיו מקורות משפטיים נוספים.

גם בכלל זיהוי ישיר יש דירוג.

**חוק יסודות המשפט, 1980**- ראה ביהמ"ש שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש, יכריע בה לאור עקרונות הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ושל מורשת ישראל.

עד 1980 היה סימן 46 לדבר המלך שנשאר בתוקף, שקבע שבמקרה שביהמ"ש נתקל בשאלה שאין לה תשובה הוא יכריע לפי מה שקובעים בתי המשפט באנגליה. במשך 32 שנים מיום הקמת המדינה, היה לה סעיף שהיא כפופה לפסיקות באנגליה. לא הייתה עצמאות משפטית למרות שכלל הזיהוי השתנה לאור שינוי המחוקק.

בחוק יסודות המשפט אמרו שסימן 46 לדבר המלך במועצתו בטל. לא צריך יותר את פסיקות בית הלורדים. צריך חלופה. מה החלופה? אם אין תשובה בחקיקה, בהלכה פסוקה [ביהמ"ש] או בהיקש- יכריעו לאור עקרונות הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל.

**חוק יסודות המשפט מונה את מקורות המשפט בישראל וגם מדרג אותם**. המקור הראשון שהוא קובע הוא דבר חקיקה, המקור השני הוא הלכה פסוקה והמקור השלישי הוא היקש [דרך ללמוד מהפסיקה או חקיקה] והמקור הרביעי הוא עקרונות הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ושל מורשת ישראל. **אין מנהג בחוק יסודות המשפט**.

לדעת המרצה, זו לא טעות. המחוקק ישב הרבה על הניסוח ולא הכניסו את המנהג בכוונה תחילה. המחוקק לא רצה שהמנהג יופיע. המנהג הוא מקור משפטי בעייתי בשני מובנים- 1) קשה לזהות אותו [חלק נוהגים, לא ברור כמה צריך לנהוג, האם מספיק ש-30% נוהגים, מתי זה נהיה מנהג]; 2)הוא באופיו מלמטה למעלה. המנהג הוא לפי איך שאנשים נוהגים- האם הוא רצוי או לא.

**האם בישראל המנהג מחייב?** פרשנות חוזים מסתמכים על מנהג; תקנת השוק בקניין ["בדרך מקובלת"]. לדעת רוב המשפטנים התשובה היא כן. השופט ברק כותב כמה פעמים בספרו שהמנהג מחייב.

השאלה הזו תלויה באיזה דגם אנחנו מחזיקים- אם זה בדרך של גזירה: המנהג לא מחייב בישראל. אם חוק יסודות המשפט לא נותן תוקף למנהג כמקור משפטי [למעט חוקים ספציפיים שנותנים תוקף למנהג], לפי מודל הגזירה המנהג לא מחייב. לעומת זאת, אם נלך על דגם של זיהוי ישיר- המנהג לא מקבל תוקף מהחוק אלא ישירות מכלל הזיהוי.

תהיה נפקא מינה מה הדגם הנכון בישראל.

אם נתפוס את הדגם של כלל הזיהוי בישראל כדגם של כלל זיהוי ישיר- יכול להיות למנהג תוקף. אם אכן כלל הזיהוי מזהה אותו ואת זה נבדוק בביהמ"ש.

זיהוי ע"י גזירה: למנהג אין תוקף.

**לכן חייבים לומר שדגם הזיהוי בישראל הוא כלל הזיהוי הישיר**.

בתי המשפט מניחים שהמנהג מחייב. לא ניתן לומר שהמנהג מחייב לפי הדגם של גזירה [החוק לא קובע שהמנהג מחייב].

המנהג שואב ישירות את כוחו מכלל הזיהוי.

**ניתן לחשוב בצורה זהה על בתי המשפט**- השופט ברק מתייחס לזה והוא בוחר בשיטה של זיהוי ישיר. ממשיכים את השיטה הבריטית. הואיל ובמשפט המקובל ברור שהדגם הוא זיהוי ישיר, הבריטים הכירו בבתי המשפט באופן בלתי תלוי בפרלמנט, לכן הדגם בישראל ממשיך זאת וכלל הזיהוי בישראל הוא זיהוי ישיר. **הנפקה מינה = הכרה במנהג והכרה בבתי המשפט שלא בכפוף למחוקק, דהיינו הכרה עצמאית למעמד בתי המשפט**.

**שיעור 12 – 10/05/2022**

**פורמליזם וריאליזם משפטי**

**פורמליזם משפטי- הקשרים שונים**

היום נדבר עליו באופן רחב. פורמליזם זה צורניות. המושג של פורמליזם עומד כצורה מול מהות או תוכן. בהקשר המשפטי זה מופיע במובנים שונים:

* תכונה כללית של המשפט.
* אפיון של גישה פרשנית למשפט.
* תורת משפט- כתיאוריה מסוימת של המשפט.

**מובן א'-פורמליזם כתכונה כללית של המשפט**

* ארגון הנורמות במערכת פורמלית בעלת היגיון פנימי. -תמיד מתארים כך את המערכת.
  + מדברים בממד האנכי על פירמידת הנורמות: חקיקה ראשית, חקיקה משנית, צווים. -זו פורמולה, צורה. יש מבנה של פירמידה, דירוג. מתייחסים לנורמות. כל משפטן שעוסק במשפט ובאה לפניו נורמה משפטית הוא שואל איזה נורמה זו- חוקתית, ראשית, משנית, תקנה, צו? **סיווג נורמות משפטיות כעניין נורמטיבי ולא אסתטי בלבד**. -נשאל האם ההתנהגות הזו ראויה או לא ראויה, ולא נשאל באיזה דרגה היא. העיסוק במשפט: נבחן את הסיווג. **מבנה מהותי למערכת המשפט**. לא ניתן לחשוב באופן משפטי ללא שימוש בכלי הפורמלי הזה.
  + ממד אופקי: ציבורי- פרטי; חיובים-קניין; נזיקין-חוזים וכו'. **הבחנה בין ענפי משפט שונים**. יש לזה השלכות חשובות אם הזכות היא קניינית או חוזית. זה סיווג צורני, שלא קשור למהות. אם אני חייבת משהו כלפי החבר, חשוב לסווג האם זו חיוב נזיקי או חוזי / חובה קניינית או אובליגטורית.
* דרישות צורניות (חוזה, צוואה, טפסים, מועדים וכו'). -דרישות צורניות לגבי פעולות שונות, כגון דרישת הכתב. המשפט דורש שפעולות מסוימות יעשו בצורה מסוימת. לא רק המהות חשובה [האם ניתנה הסכמה וכו'] אלא הצורה שבה זה ניתן. יש מועדים להגשת ערעור או בקשה מסוימת. **המשפט מלא בדרישות צורניות**. זו תכונה כללית של המשפט, אפיון כללי. על עצם קיומו קשה להתווכח. **יש לו מטרה, לא שרירותי**. גם לארגון הנורמות יש סיבה להתייחסות שונה לנורמות שונות. תפקידים: גמירות דעת, ודאות, ביטחון, יציבות. אינטרסים שמכתיבים את הדרישות הללו.
* **הסתמכות על כללים**- נתק בין הכללים לטעמים. -לא רק צורה, קשור להיצמדות לכללים. המשפט מדבר בלשון של כללים. הכללים האלה מחייבים אותנו להתנהג בדרך מסוימת. דורשים דרישות מסוימות. לכל כלל יש סיבה, לפעמים יותר מאחת, למה הוא מנוסח באופן שהוא מנוסח. אך בסופו של דבר נוצר נתק בין הכלל לטעמים שלו. כאשר אנחנו באים לבחון שאלה משפטית כלשהי [עבירה / חוזה / עוולה נזיקית וכו'] יש כללים שמגדירים כל דוקטרינה ואנחנו בוחנים האם העניין הנידון נכנס בגדר הכלל. בד"כ לא חוזרים לטעמים שביסוד הכלל. **אנחנו נצמדים לכללים וזה עניין פורמלי**. ענין הצורה כאן הוא מופשט. ויזואלית לא רואים צורה, אבל מדברים על פורמליות בהיצמדות לכללים ולא לטעמים.

אלה 3 מאפיינים כלליים של המשפט שמבחין אותו ממערכות אחרות. יש מאחוריו טעמים כלליים מערכתיים שתומכים במבנה הזה. הבחנה בין חוק וחוקה- ארגון הנורמות בדרגות שונות ורוצים ליצור מבנה מערכת כזה שיש נורמות כלליות שמחד מגבילות את השחקנים [המחוקק, הממשלה, הפרטים] ומאידך יוצרים נורמות בדרגה אחרת שקובעות ויוצרות חובה בדרגה אחרת לא חוקתית. יש סיבה למבנה הזה. כך אנחנו רוצים שהמערכת תתפקד.

גם לדרישות הצורניות יש אינטרסים של וודאות, ביטחון שאדם באמת חתם על החוזה / כתב את הצוואה. יציבות- לא רוצים שינוי מהיר לכן קובעים מועדים. לדוגמה, נקבע זמן שניתן לערער ואחר כך ההחלטה תהיה חלוטה. לדוגמה דרישות התיישנות.

יש הרבה פעמים התנגשות בין הדרישות הצורניות למהות. מתח בין העניין המהותי לפורמלי. אין וויכוח שלמשפט יש יסוד פורמליסטי. אף אחד לא מציע שבמשפט לא נבחין בין נורמות ובין ענפי משפט שונים.

מקס ובר- מתאר מסורות בשבטים מסוימים שפונים לשופט והוא לא מחויב לכללים, מחליט אד-הוק. לא מכירים תרבות כזו בעולם המודרני. זו דוגמה הפוכה.

**מובן ב'-פרשנות פורמליסטית**

**הוויכוח מתחיל כשמגיעים לשאלת היישום**. משתמשים במושג פורמליזם כשמדברים על פרשנות מסוימת של המשפט. כאשר מגיעים לצומת דרכים, בעיקר בהחלטות שיפוטיות. החלטה של שופט כשהוא מגיע לצומת דרכים של פרשנות, יכול לפרש ב-2 דרכים: גישה פורמליסטית או גישה אנטי-פורמליסטית/מהותית.

למה מתכוונים בפורמליזם? היצמדות ללשון החוק להבדיל מתכלית ותוכן החוק.

* היצמדות לכללים המשפטיים.
* פרשנות מילולית בניגוד לפרשנות תכליתית.

הגישה הרווחת במשפט ב-100 שנים האחרונות היא גישה שרואה את המילה פורמליזם **ככינוי גנאי**. שופט שנצמד למילים, לכללים. יש המערערים על זה. **מקס ובר**, סוציולוג חשוב בתחילת המאה ה-20, אמר שמה שמאפיין את המשפט המודרני הוא הפורמליזם והכפיפות לכללים. מה שהביא את החברה המודרנית להישגים שלה שהיא יצרה מערכת כללים, לא רק בתחומי המשפט אפילו בעבודה [מהפכה תעשייתית]. המשפט הוא דוגמה לכך שיש פורמליזם רציונלי- כללים לא שרירותיים. **העובדה שפועלים לפי כללים מבטיחה** **וודאות**, **ביטחון**, **אפשרות תכנון**- אם אדם יודע מה הכללים הוא יכול לתכנן את מעשיו. אם השופט יחליט בשונה מהכללים, לא נדע מה התוצאה. **שוויון**-עבודה לפי כללים מבטיחה שוויון. ככל שנותנים יותר שיקול דעת לגורם המחליט [שופט, פקיד] הוא צפוי ללכת להעדפות לא ענייניות שקשורות להעדפות האישיות שלו [השתייכות פוליטית, לאומית, דתית]. יש הרבה יתרונות. ובר העלה את זה. יש הרבה משפטנים שמתקוממים נגד הגנאי שניתן למושג זה. זו תכונה כללית של המשפט וככל שנוותר עליה מפסידים הרבה מאוד, למרות שבמקרים מקומיים מרוויחים מהחלטה ששונה מפורמליזם.

**ד"נ 40/80 פאול קניג נ' יהושע כהן**-

* טרם התאבדותה (יחד עם בתה) כתבה גיזל כהן "צוואה".

גיזל כהן הייתה נשואה ליהושע כהן. הנישואים לא עלו יפה. לדבריה הוא התעלל בה והיא רצתה לסיים את הנישואים. לא הצליחה להתגרש ולאחר שחיה חיים קשים, שכרה חדר במלון בת"א בקומה ה-20, עלתה לשם יחד עם ביתה הקטנה וקפצה מהחלון. לאחר שהיא התאבדה מצאו בחדר המלון פתק שכתוב עליו "צוואה"- "כל מה ששייך לי באופן רשמי כספים וכו' לחלק בין ארבע אחים שלי. השאר שאמי תחיה תחליט בעצמה כרצונה. לדאוג שיהושע יקבל כמה שפחות".

אחרי מותה התנהל וויכוח על הצוואה הזו. לפי החוק, הבעל יורש את אשתו. הבעל ביקש לרשת אותה. לעומת זאת, אח שלה פאול קניג אמר שכאן לא פועלת ירושה מכוח הדין אלא ירושה ע"פ צוואה. לפי הצוואה מבקשים לחלק את הירושה לאחים וכתוב שהבעל יקבל כמה שפחות. הנושא התגלגל בבתי המשפט- מחוזי, עליון ודיון נוסף בביהמ"ש העליון.

**חוק הירושה**

* **סעיף 19**: צוואה בכתב יד תיכתב כולה ביד המצווה, תישא תאריך כתוב בידו ותיחתם בידו.

יש סוגים שונים של צוואה בחוק הירושה ואחד הסוגים הוא צוואה בכתב יד והחוק קובע דרישות פורמליות. 1)כולה צריכה להיות כתובה בכתב יד המצווה 2)תאריך בכתב יד 3)חתימת המצווה.

אם נבחן את הצוואה- היא כתובה בכתב יד של המצווה, אבל חסר בה תאריך וחתימה.

לכאורה לפי חוק הירושה זו אינה צוואה.

* **סעיף 25**: לא היה לבית המשפט ספק באמיתותה של צוואה, רשאי הוא לקיימה אף אם יש פגם בחתימתם של המצווה או של העדים או בתאריך הצוואה.

סעיף 25 נועד לכאורה בדיוק למקרה שלנו. הוא אומר שאם לביהמ"ש אין ספק באמיתות הצוואה [לא היה ספק כי זה בכתב ידה, היא כתבה את זה לפני שהתאבדה, הרקע היה ברור- יחסים מעורערים עם בעלה], אז ביהמ"ש יכול לקיים אותה גם אם יש פגם בחתימה של המצווה או בתאריך.

**השופט שלמה לוין**

* הצורך בחתימה ובתאריך כתובים בכתב ידו של המנוח הוא קונסטיטוטיבי, ובהיעדרם לא תיכון צוואה.
* המשמעות הרגילה של הדיבור "פגם" היא החסרת משהו מהשלם ולא "חסר". -אם הוא נעדר לגמרי, אין לגמרי חתימה, זה לא פגם בחתימה. פגם בחתימה- אולי מטושטשת; פגם בתאריך- אולי כתוב לא נכון או באופן מלא. אם אין בכלל חתימה או תאריך זה לא פגם, זה חסר במרכיב מהותי בצוואה. כלומר אין פה צוואה.
* אין להעלות מן הדברים האמורים (בסעיף 25) דבר לגבי הכשרת מסמך, שמרכיבי היסוד של צוואה נעדרים ממנו.

סעיף 25 לא יכול לעזור לנו- הוא מדבר על פגם, ולא מדבר על מצב שהדברים אינם קיימים בכלל [=חסר]. עם כל הצער על המקרה הטראגי, זו לא צוואה. תהיה ירושה ע"פ דין.

**השופט ברק**

כאשר מגמתו החקיקתית של המחוקק היא להגשים את מצוות המת [**הולך לטעם, התכלית**], ואשר המחוקק נותן לרשות השופטת מכשירים מרחיקי לכת לריפוי פגם שנפל בצוואה, והרי מגמתה הפרשנית של השפיטה צריכה להיות מרחיבה וגמישה, התואמת לתפיסת יסוד חקיקתית זו. שכן, אפילו קובע החוק דרישות פורמליות נוקשות, אין בכך כדי להביא לכך כי הפרשן יהא **פורמליסט** בפירוש של החוק. -השופט ברק מודה שהחוק מציב דרישות פורמליות [אין וויכוח לגבי המובן ה-1] אבל הוא לא מחויב לפרש בצורה פורמלית [המובן ה-2].

על אחת כמה וכמה, כאשר המחוקק עצמו מגלה גישה ליברלית וגמישה, הרי אל לו לפרשן לנקוט גישה פרשנית **פורמלית**. גישה פרשנית מרחיבה זו היא המחייבת, לדעתי, ליתן לביטוי "פגם" בסעיף 25 פירוש מרחיב, הסוטה מהרגיל, כדי להגשים את תפיסת היסוד החקיקתית הגלומה בחוק הירושה.

* השופט ברק- למרות הדרישות הפורמליות של החוק, לא בוחר בפרשנות פורמליסטית. הוא שם דגש לתכלית חוק הירושה, רצון המצווה.

**השופט מנחם אלון**

* **סעיף 23**: שכיב מרע וכן הרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות, רשאי לצוות בעל פה בפני שני עדים השומעים את לשונו.

הוא מציע לראות בצוואה זו צוואת שכיב מרע. אם אדם חולה, נמצא על ערש דווי, הוא לא צריך לכתוב צוואה בכתב יד אלא הוא צריך לצוות בע"פ בפני שני עדים. לא רק חולה, אלא מי שרואה עצמו מול פני המוות- זה יכול להיות חייל בשדה הקרב וגם אדם שעומד להתאבד ורואה עצמו מול פני המוות.

נכון שהצוואה הזו צריכה עדים והיא כתבה את הצוואה בכתב יד. אך אלון אומר: "שכיב מרע" הוא מושג שאול מן המשפט העברי. לפי המשפט העברי, העדים בצוואת שכיב מרע אינם באים אלא לברר את תוכן הצוואה. תפקידם אינו קונסטיטוטיבי. אם ביהמ"ש משתכנע בנכונות הצוואה הוא רשאי לקיימה גם בלא עדים.

כלומר- נסתכל על הצוואה הזו כצוואת שכיב מרע [עמדה לפני המוות], היא ציוותה את מה שציוותה בכתב במקום בפני עדים ולכן יש לקבל את זה. -היה וויכוח האם נכון לפרש את החוק לפי המשפט העברי.

אלון עמד לצד השופט ברק, אותה אינטואיציה שמגיעים אליה בדרכים שונות. שני השופטים האלה לא הצליחו לשכנע את ההרכב. דעת הרוב הייתה כדעתו של השופט שלמה לוין. העתירה נדחתה.

**פסה"ד**

* **העתירה נדחתה ברוב דעות** של הנשיא מ' לנדוי, השופטים מ' בייסקי וש' לוין כנגד דעתם החולקת של השופטים אלון וברק. הדרישות הפורמליות מחייבות. למרות שלא חולקים על כשירות האישה ואמיתות הצוואה, זו אינה צוואה בכתב.

זה פס"ד שמראה את הוויכוח על פרשנות פורמליסטית. האם עומדים על דרישות החוק ומפרשים אותו באופן מילולי.

למה עושים זאת? האם שלושת שופטי הרוב לא ידעו שהאישה לא רצתה שבעלה יירש אותה? הם ידעו, אבל הם **פסקו פס"ד משונה כזה כי אחרת זה יערער את מוסד הצוואה**. החוק יודע שלאחר שאדם מת לא ניתן לברר מה רצה, יש במקרים רבים וויכוח בין היורשים, לפעמים מדובר בסכומי כסף עצומים, אין עם מי לברר. המחוקק אמר שכדי להסדיר את מוסד הצוואה באופן שיהיה וודאי הוא קובע הגדרות מדויקות- צוואה בכתב יד, צוואה אצל עו"ד, צוואת שכיב מרע. נגדיר לגבי כל צוואה מה הדרישות שצריך לעמוד בהן. אם נוותר על הדרישות יהיו וויכוחים בכל מקרה- למה התכוון המצווה, האם היה כשיר וגמר בדעתו.

**שופטי הרוב מעדיפים את הוודאות, הביטחון, את יכולת התכנון** [כאשר אנשים מצווים אנשים יפעלו בדרך הנכונה]. הגם שבמקרה הספציפי הזה אנחנו משוכנעים שזה היה רצונה, הם **מוכנים "להקריב" את המקרה המסוים הזה לטובת האינטרס הכללי של הציבור**. הם לא אומרים זאת, אך זו המסקנה מדבריהם.

לעומת זאת, השופטים ברק ואלון **רוצים להגיע לתוצאה נכונה** והם פחות דואגים מהמקרה הכללי.

**נכנסים לוויכוח גדול בין משפטנים איזה אינטרס להעדיף**.

**ברק** הולך לטעמים שמעבר לכללים. הוא לא רואה בכלל מחסום, אלא הכלל נועד לשרת את התכלית ולכן הוא חוזר לתכלית. לעומת זאת, השופטים האחרים לא הולכים לטעם/תכלית [לעניינו, חוק הירושה- רצון המצווה]. הם רואים בכלל מחסום לתכלית, לא מתוך אטימות לתכלית אלא הכלל משרת אינטרסים של יציבות וודאות. אחרי שנקבע הכלל לא חוזרים שוב לתכלית כי זה ייתן חוסר יציבות. שופטי המיעוט, בעיקר ברק, **מגמישים את הדין**. ללשון יש משמעות רבה.

**חוק הירושה (תיקון)**

* סעיף 25 [תיקון תשס"ד]: "התקיימו מרכיבי היסוד בצוואה, ולא היה לביהמ"ש ספק כי היא משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה, רשאי הוא, בהחלטה מנומקת, לקיימה אם אף נפל פגם בפרט מן הפרטים או בהליך מן ההליכים המפורטים בסעיפים 19, 20, 22, או 23 או בכשרות העדים, **או בהיעדר פרט מן הפרטים או הליך מן ההליכים כאמור**".

לאחר פסק הדין תיקנו את חוק הירושה. ניסחו מחדש. הוסיפו בסיפא: "בהעדר פרט מן הפרטים או הליך מן ההליכים כאמור". המחוקק מבקש ששופטים לא יגנו על הכלל מעבר למה שהתכוון. הוא מוכן להיות יותר ליברלי. **המחוקק לאחר פסק דין של ביהמ"ש העליון, חשב שהוא מוטעה, ולכן הוא תיקן בעצמו את החוק**.

**פרשנות פורמליסטית- סיכום**

* היצמדות לכללים המשפטיים.
* פרשנות מילולית לעומת פרשנות תכליתית.
* ניתוק המשפט מן הממד הערכי והחברתי. – מחסום בין המשפט לתכליות הערכיות, חברתיות. הוא לא מכחיש שהמשפט נועד למלא ביסודו תכליות חברתיות וערכיות, לדוגמה קיום רצון המצווה בחוק הירושה ותכלית הצוואה. אבל, בעיני הפורמליסטים הכללים המשפטיים יוצרים נתק משעה שהם קיימים.
* יצירתיות מוגבלת בהליך השיפוטי.
* וודאות ויכולת תכנון כיעדים המרכזיים של המשפט. -יציבות. אינטרסים כלליים של המשפט. הם מצדיקים אפילו וויתור על תוצאה נכונה או צודקת במקרה מסוים לטובת האינטרס הכללי.

עד כה דיברנו על פורמליזם כתכונה כללית ופרשנות פורמליסטית. כעת נדבר על המובן ה-3 של תורת משפט.

**מובן ג'- הפורמליזם המשפטי כתורת משפט**

תופעה שהתפתחה בסוף המאה ה-19 ותחילת המאה ה-20. הגישה הזו לקחה את המרכיבים הפורמליסטים של המשפט ופיתחה סביב זה תיאוריה שלמה, שראתה כתיאוריה מתחייבת של המשפט.

התייחסות אל המשפט כגוף סגור ואוטונומי של נורמות. מנקודת מבט פורמליסטית החלטה משפטית צריכה להתבסס על המשפט. צעד **שממשיך במובן מסוים את הכיוון הפוזיטיבי, אך מרחיק יותר לכת ממנו**. הפוזיטיביזם התחיל עם הפרדה בין המשפט לדת / מוסר וכו' [שדות נורמטיביים]. כלומר, החלטה משפטית צריכה להתקבל על יסוד מקורות משפטיים בלבד. לא רוצים שהשופט יחשוב מה נכון, ראוי וצודק.

שאלה של לגיטימציה של שופט- לגיטימציה של שופט היא לפעול לפי החוק ולא לפי ההשקפות האישיות שלו, או הגחמות שלו. צריך להתבסס על נורמות משפטיות. לא לחשוב מה ראוי, מה יעיל כלכלית, מה יפה ציבורית וכו'. המשפט מדבר בלשון של כללים והשופט צריך לפעול לפי הכללים האלה בלבד. שאלות שמעבר לכללים לא בסמכות השופט.

* המשפט הוא גוף אוטונומי **וסגור** של נורמות- אין לפנות למקורות חוץ משפטיים.
* המשפט הוא מערכת **שלמה** של נורמות- **לכל בעיה משפטית יש תשובה**. -אם אין תשובה, הפורמליסט יאמר שצריך ללמוד תשובה מהיקש או ללכת לנורמה בדרגת הפשטה גבוהה יותר ותלמד ממנה. הפורמליסט מניח שהמשפט הוא מערכת שלמה שיש בה תשובה לכל שאלה. אין לעשות קפיצה מתחומי המשפט לכיוון של מה צודק וראוי. יש ללמוד ממקרה אחר. תמיד התשובה תימצא בתוך המשפט ולא מחוצה לו.
* החלטות משפטיות מבוססות על **פרשנות מילולית ולוגית** של הכללים המשפטיים. -מנתחים את המושגים לוגית, קונספטואלית. מניחים שלכל משפט יש מובן ולפי זה מחליטים.
* ההליך השיפוטי הוא **הליך של גילוי התשובה הנכונה**. -השופט לא יוצר אף פעם חוק, אלא הוא תמיד מיישם את החוק. הוא מיישם את החוק דרך פרשנות מילולית, לוגית, קונספטואלית. בוחנים את המושגים עצמם ולא חורגים מהם אף פעם.

**למה המבנה הזה היה אטרקטיבי בסוף המאה ה-19?** החלטה שיפוטית מזכירה חשיבה מתמטית גיאומטרית. מוכיחים מתוך המשפט הקיים משפט חדש. אני מוכיח אותם בדרכים שדומות לחשיבה מתמטית וגיאומטרית. **התפיסה הזו נחשבה מדעית ולכן הייתה מקובלת**. תפיסה מדעית של המשפט. תפיסות אחרות כמו משפט הטבע או גישות מוסריות נחשבו גישות שפועלות לפי רגש ושיקולים לא רציונליים. כאן הציגו את המשפט כמדע. כמו שלמתמטיקה, גיאומטריה, אלגברה יש כללים, כך גם למשפט יש חוקים ומהם צריך להסיק מהי התשובה הנכונה.

* חשיבה משפטית, לוגית – מסיקה את התשובה הנכונה מתוך הכללים הקיימים. כמו שמתמטיקאי לא יעבוד לפי מה שנראה לו, כך המשפט צריך לעבוד באותו אופן. לא קופצים למה רצוי, צודק וכו'.

**הכינוי "פורמליסטי" התרחב לחשיבה קונספטואלית** [מלבד לוגית ומילולית]. **לדוגמה**: **פס"ד המפורסם של ביהמ"ש העליון האמריקאי הידוע לשמצה, פס"ד לוכנר**. ניתן אחרי מלחמת העולם הראשונה בפרשה בניו יורק. ארה"ב בסוף המאה ה-19 **לא היו חוקי עבודה**. פועלים עבדו 7 ימים בשבוע, 14-16 שעות ביום. קפיטליזם בקיצוניותו. הגיעו בתקופה הזו הרבה יהודים מאירופה לארה"ב. יהודי מבקש לא לעבוד בשבת ומפטרים אותו. עד שנשבר כי חייב להתפרנס ועובד בשבת. באירופה יש שינוי ויש חוקי עבודה; כנ"ל גם ניו יורק- **מבקשים לקבוע יום מנוחה בשבת**. **בעל מאפייה בניו יורק עותר לביהמ"ש העליון וטוען שיש פגיעה בחופש החוזים**. חופש החוזים הוא עיקרון חוקתי. מדינת ניו יורק מגבילה את היכולת שלו לעשות חוזה עבודה עם העובדים של 7 ימים בשבוע. **ביהמ"ש העליון של ארה"ב קובע שמאפייה צודקת והוא מבטל את חוקי העבודה של ניו-יורק**. אחד מפסקי הדין הידועים לשמצה.

איך מנתחים את פסה"ד? הציגו לביהמ"ש את חופש החוזים, לפיו אסור להגביל את החוזה בין צדדים. בלי ספק חוק העבודה של מדינת ניו יורק בא להגביל את חופש החוזים [אין חובה לעבוד 7 ימים בשבוע לכל כך הרבה שעות, אבל כולם פעלו כך ולכן העובדים נאצלו לעשות זאת]. התכלית- פערי כוחות בין המעסיק לעובדים. פרשנות פורמליסטית- ביהמ"ש חשב שהקונספט של חופש החוזים הוא מושג קבוע ולא ניתן לפגוע בו. גישה גמישה יותר- מקום שיחסי הכוחות יאפשרו ניצול העובדים ויהפכו אותם לעבדים, נוכל להגביל את חופש החוזים. בתנאים מסוימים ניתן להגביל. **הפרשנות הפורמליסטית התייחסה לחוקים הקיימים כאל משהו שלא ניתן לפגוע או לשחק איתם**.

הגישה הזו שלטה בגלל האופי הכביכול מדעי, מקצועי שלה. הגישות האחרות נחשבו לגישות לא מקצועיות ולא מדעיות.

כמובן שהיו לאורך השנים הוגים שחשבו אחרת. משפט ידוע של **הרמב"ן** שכותב בימי הביניים שחוכמת המשפט איננה כחוכמת התשבורת [מתמטיקה]. הוכחה במשפט היא לא כמו הוכחה מתמטית, היא צריכה לשכנע אותך.

אך זו הגישה השלטת בסוף המאה ה-19.

תיאורים רבים מתארים את השינויים של המשפט בין פורמליזם לערכים. מאמר של מנחם מאוטנר שמתאר את ירידת הפורמליזם ועליית הערכים בשנות ה-90. בנוי על תבנית דומה כפי שמתארים את המשפט האמריקאי.

**היחס בין פורמליזם לפוזיטיביזם**- מה הקרבה ומהם ההבדלים? הדמיון בין פס"ד פלוני לפס"ד קניג.

האם פורמליזם קשור לפוזיטיביזם? יש קרבה וניתן לראות בו המשך שלו. פוזיטיביזם בנוי על הפרדה בין משפט ומוסר, תפיסת המשפט כשדה עצמאי. הפורמליזם ממשיך את אותו הכיוון ומתייחס אל המשפט כתחום עצמאי ותופס אותו גם כתחום סגור ושלם. יש קרבה. אך האם הקשר הוא הכרחי? אין קשר הכרחי מלא.

פורמליזם עוסק בשאלה של פרשנות פורמליסטית למשפט. הוא יכול להיות גם בתורת משפט טבע. הם משיבים ל-2 שאלות שונות.

**פוזיטיביזם שואל את השאלה מהו המשפט ומהו מקור המשפט**. פוזיטיביזם אומר שהמשפט הוא עניין של עובדה חברתית, מה החברה מחליטה כמשפט, מה המחוקק קובע, מה בתי המשפט קובעים. משפט הטבע אומרים שזה רק חלק מהמשפט ויש מרכיב במשפט שהוא בלתי תלוי בקביעות החברתיות והם העקרונות המוסריים.

**פורמליזם שואל איך אני מפעיל את הנורמות המשפטיות**. מחויב לעמדה שההליך השיפוטי מבוסס על פרשנות של נורמות משפטיות ועליהן בלבד.

יחד עם זאת, פורמליזם יכול להכיר בקיומו של משפט טבע במובן מסוים. מעל המשפט עומדים עקרונות מוסריים של משפט טבע. הפורמליסטים יכולים לפנות גם לעקרונות של משפט טבע ולראות בהם חלק מהמשפט.

**האם יש קשר בין פורמליזם לפוזיטיביזם?**

* פוזיטיביזם מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעובדה חברתית. משפט טבע מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעקרונות מוסר / צדק מופשטים.
* פורמליזם מחויב לעמדה שההליך השיפוטי מבוסס על מקורות משפטיים ועל פרשנות מילולית ולוגית (יכול להכיר במשפט הטבעי או בפוזיטיביזם).

הקשר הוא מורכב. מחד, הפורמליזם הוא המשך של הפוזיטיביזם. ברגע שהפוזיטיביזם הגדיר את המשפט כתחום עצמאי ונבדל, הפורמליזם המשיך בכיוון הזה ופירש אותו רק מכוח הנורמות המשפטיות- הניח שיש תשובה לכל שאלה והפסיקה היא גילוי של תשובה קיימת. אך, יש משפטנים שמחזיקים בעמדה של משפט טבע כך שהם סבורים שהמשפט כולל נורמות מוסריות, אין הפרדה בין משפט ומוסר, יש החלטות בהם נפנה לעקרונות מוסריים, אך הגישה הפרשנית שלהם פורמליסטית. כאשר יפרשו צוואה הם יפרשו כמו שופטי הרוב בפרשת קניג; או כמו ביהמ"ש העליון בארה"ב בפרשת לוכנר. יסכימו שאין הפרדה בין משפט ומוסר ויהיו החלטות שמקורן במוסר.

פסה"ד בפרשת פלוני נ' פלונית – השאלה: האם ניתן לפנות לעיקרון מוסרי? הם לא היו פורמליסטים. הם פירשו את "אי מסוגלות הורית" באופן גמיש ולא פורמליסטי מילולי. אך הם לא רצו לצאת מגבולות המשפט ולהכריע בשאלות מוסריות. השופט חשין לא רצה לפרש באופן מאוד גמיש את אי מסוגלות הורית והכריע לפי עקרון מוסרי. השאלה לא הייתה לגבי הגמישות הפרשנית, אלה שאלת הפנייה לעקרונות מוסריים.

השאלה שעמדה בפרשת קניג נ' כהן- היצמדות מילולית. פרשנות מילולית או תכליתית. זו הזירה של פורמליזם.

פורמליזם כתורת משפט היא גישה מחייבת ומצומצמת. הפורמליזם הותקף בראשית המאה ה-20 ע"י גישות חדשות שניצחו והביסו את הפורמליזם. תוך דור אחד הובס. **הדילמה של פורמליזם וערכים עדיין תחת וויכוח**.

**יש המבקשים לא לזנוח את הפורמליזם**- כאשר הולכים לכיוון אנטי פורמליסטי ופרשנות תכליתית, יש בכך **ערעור הוודאות שבהחלטות שיפוטיות**.

כתיאוריה משפטית התיאוריה הפורמליסטית הייתה מאוד אדוקה- תפיסת המשפט במסגרת מעין מדעית, סגורה, שפועלת לפי כללים.

**מושג שיקול דעת**- מהו שיקול דעת שיפוטי?

במובן היומיומי- אדם שוקל בדעתו איך לפעול. במובן המשפטי- משהו מוגדר יותר: האם שופט מחליט בעצמו על המקרה שלפניו, או הוא מיישם החלטה קיימת. לדוגמה: שופט כדורגל- שורק כשהכדור יוצא מחוץ למגרש ואז הכדור עובר לצד השני. **לשופט כדורגל אין שיקול דעת כי הוא לא מחליט על כללי המשחק**. כללי המשחק קיימים. נגיעה ביד ברחבה זה פנדל, כדור חוץ עובר לידיים של הקבוצה השנייה. השופט נדרש לשאול האם התנאים מתקיימים. שיקול דעת הוא לגבי הכללים עצמם. אך הכללים נתונים.

**יש שיקול דעת כאשר השאלה המשפטית פתוחה ואז השופט יכול להחליט מה התשובה הנכונה**. **כאשר יש דילמה**. **נניח** **פס"ד פלוני**- האם ניתן להכריז על הילד כבר-אימוץ. החוק לא קבע על הנסיבות המיוחדות הללו מה התוצאה. עמדה פורמליסטית- לשופט אין אף פעם שיקול דעת, כי הכללים תמיד קיימים / תמיד יש תשובה בחוק- מפורשים ואז פועלים על פיהם; לא מפורשים ואז עושים חשיבה משפטית, היקשים ולומדים מהי התשובה מהחוק. זה יעמוד לדיון בהתקפה מצד הריאליזם המשפטי.

* לשיעור הבא יש לקרוא את המאמר של השופט האמריקאי הידוע אוליבר הולמס. לפחות החלק הראשון של המאמר.

**שיעור 13- 12/05/22**

ממשיכים לעסוק בנושא של **תפעול המשפט**, להבדיל מהדיון לגבי מהות המשפט והוויכוח בין תורות משפט טבע לתורות פוזיטיביות. הנושא עוסק במושגים של שיקול דעת ופרשנות.

התחלנו את הדיון מתיאור של תפיסה פורמליסטית של המשפט, שמניחה שהמשפט הוא שיטה סגורה ושלמה [יש בה תשובה לכל שאלה] ותפקיד השופט הוא לגלות את התשובה הנכונה. הוא מגלה אותה בין בדרך איתור כלל מפורש במשפט ומכיל אותו באופן פשוט, או בין מקרים מורכבים שעל פניו אין כלל במשפט אך עדיין גלומה במשפט תשובה לשאלה בדרכים של היקש ולימוד מנורמות אחרות שקיימות.

מנקודת מבט פורמליסטית השופט תמיד מיישם את הדין. אף פעם לא יוצר דין. לפעמים הגילוי פשוט, לפעמים מורכב, אך תמיד יש תשובה בדין שאותה נחיל על מקרה קיים. לגיטימציית השופט רק ליישם את החוק ולא ליצור דין חדש.

בעבר זו הייתה תיאוריה מאוד פופולארית [סוף המאה ה-19 ותחילת המאה ה-20] בין השאר כי היא הציגה את המשפט כמערכת אוטונומית ומדעית. היא הייתה מקובלת בהרווארד ושופטים נחשבים.

הגישה זוכה למתקפה במאה ה-20, ממלחמת העולם הראשונה. **התנועה הריאליסטית מחוללת את השינוי** הגדול בתורת המשפט. היא תנועה שמתפתחת לראשונה אצל שופטים במערכת המשפט, ולא במקרה. אליהם מתווספים אחר כך כמה פרופסורים למשפטים. לתנועה השקפה מסוימת לגבי מהו המשפט. היא יוצרת תיאוריה של המשפט עצמה.

**ריאליזם משפטי**

* התבוננות במשפט כפי שהוא למעשה ולא בתיאוריה- המשפט הוא לא תיאורטי או החוק שכתוב בספרים, אלא מה שמתנהל בפועל בשטח. ריאליזם= התנהלות למעשה בבתי המשפט.
* Law in the book – law in action. לדעתם החוק הוא law in action שקורה במעשה.
* הגורם המכריע בקביעה מהו החוק הם בתי המשפט.
* לפיכך צריך להתבונן בדרך הפעולה של בתי המשפט.

**Oliver Wendell Holmes**

* 1841-1935
* שופט בית המשפט העליון של ארה"ב.
* פסק דין לוכנר Lochner.
* מבשר התנועה הריאליסטית.

המבשר של התנועה הזו הוא **אוליבר הולמס**, שופט דגול ביהמ"ש העליון האמריקאי. הזכרנו את **פס"ד לוכנר** בעניין דיני העבודה במדינת ניו יורק- ביטול החוק הסוציאלי בגלל שנוגד את חופש החוזים. הולמס היה **בדעת המיעוט** והוא התנגד לו. זה משקף את התפיסה שלו. לא התרשם מהסתירה עם חופש החוזים. חוק שדרוש מהמעלה הראשונה. אך הוא נשאר בדעת מיעוט.

אחד המאמרים הקלאסיים שלו- "דרך המשפט"- the path of law. המאמר מעניין מכמה בחינות. הוא חי בתורת משפט קודמת, לפני קלזן והארט. הוא מתחיל בתפיסה של הפרדה בין משפט ומוסר. לפיו צריך להבחין בין המשפט למוסר.

**הפרדה בין משפט ומוסר**

* המוסר מחייב הזדהות. המשפט לא מחייב זאת. -המוסר הוא עניין וולונטרי.
* המשפט הוא הפעלת הכוח של המדינה.
* "האדם הרע" שאינו מחויב למוסר מעוניין בחוק.
* "האדם הרע" רוצה להימנע מנחת זרועו של החוק.

הוא מסתכל מנקודת המבט של האדם הרע שלא מזדהה עם החוק ולא מעוניין בחוק. אמנם לא מזדהה עם החוק, אך כאדם רציונלי הוא לא רוצה להיפגע מהחוק. הוא לא רוצה להיענש.

כאשר הוא שואל מה החוק הוא לא שואל בשביל לדעת תמונה אידיאלית כיצד ראוי לנהוג, אלא שואל כדי שהוא לא ייפגע ולא ייענש. כך גם בעניינים אזרחיים. הוא לא שואל כיצד לבצע את העסקה מבחינת ההגינות שלה, אבל הוא רוצה לדעת מהי עסקה כדי שלא תהיה בטלה, כדי שאם יכרות חוזה לא יצטרך לשלם פיצויים, איך כותבים צוואה וכו'.

הוא לא שואל האם החוק ראוי או לא, אלא הוא רוצה לדעת מה החוק כדי לדעת מה יהיו התוצאות של המעשים שלו. אם הוא יתנהל בצורה מסוימת- ייענש או הפוך.

**מהו החוק?**

* The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.
* התחזיות מה בתי המשפט יפסקו למעשה, ולא דבר יומרני מכך, הם מה שאני מתכוון בחוק.

אם אתה בא לעורך דין ואתה נועץ בו לגבי פעולה שאתה צריך לעשות, השאלה היא: **כיצד יפסוק ביהמ"ש אם זה יגיע לביהמ"ש?** לפי זה נדע האם הפעולה נכונה או לא. אני רוצה לדעת האם בתי המשפט יכבדו את הפעולות שלי או לא. השאלה האם משהו חוקי או לא היא לא שאלה של מה כתוב בחוק, אלא כיצד נוהג ביהמ"ש למעשה.

כל הדיון הזה מניח דבר שהולמס יודע מניסיונו כשופט, שיש פער מסוים בין מה שכתוב בחוק לבין מה שפוסק ביהמ"ש. פער בין החוק שבספר לבין החוק שבפעולה. זוהי נקודת המוצא שהולמס מכיר אותה כשופט. הוא פוסק לא בדיוק "העתק-הדבק" מהחוק. לא מחיל את החוק כפי שהוא, מכל מיני סיבות.

זו הבשורה של הריאליזם- המשפט כפי שהוא נעשה בפועל, בשטח, כפי שבתי המשפט פוסקים, ולא משפט התיאורטי שבספר.

**מהי חובה משפטית?**

* A legal duty called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right.
* חובה משפטית היא ניבוי שאם אדם יעשה מעשה כלשהו או יימנע ממעשה כלשהו הוא יסבול באופן כזה או אחר מהחלטת ביהמ"ש.

זו הגדרה של **אוסטין**. הוא מקבל את עמדתו של אוסטין כטובה לצרכיו. החובה כאן תחת מושג הכוח. המשפט הוא הפעלת הכוח של המדינה. החובה היא תוצאה של סנקציה או איום בסנקציה. תפיסה אוסטינאנית מובהקת. הדגש שלו, הוא לוקח למקום אחר, הוא הדגש המעשי.

**חובה חוזית**

* חובה חוזית אינה "מיסטיקה" או מיסתורין.
* חובה פירושה שאם אדם מפר את החוזה תוטל עליו חובה לשלם פיצויים.
* חובה נזיקית אינה חובה "מיסטית" שלא להזיק. אלא שאם אדם מזיק חובה עליו לפצות את הניזוק.

מושג החובה הוא מושג אוסטינאי, הפעלת כוח כנגד האדם בין כעונש מובהק כמו משפט פלילי ובין אם הטלת חובות נוספות בתחומים האזרחיים [תשלומי פיצויים בחוזים ונזיקין].

**התפתחות החוק ויישומו**

* מקובל להניח שהחוק בנוי באופן לוגי. מהעקרונות המופשטים נגזרים כללים ספציפיים. -יש למערכת המשפט לוגיקה פנימית שנאמנים לה. הולמס אומר שאם הלוגיקה מסכלת את התכלית החברתית, נעזוב אותה.
* יש בחוק היגיון אבל הוא אינו ממצה את החוק.
* החוק נועד להשיג מטרות חברתיות.

המשפט מובן ע"י הפורמליסטים כמערכת לוגית שבנויה ע"י היגיון פנימי. יש כללים, יש פרטים, יש להם השלכות. הכל נלמד באופן הגיוני-לוגי. הנחות מוקדמות מהן יש מסקנות. כל התפיסה היא כאן לכן גם ההשלמה של המשפט היא כך. הואיל והפורמליסטים תופסים את המשפט כמערכת רציונלית ולוגית, נובעות מכך הרבה השלכות. אם הם חושבים שמשהו חסר הם יוכלו להשלים לפי הלוגיקה הפנימית הטבועה במשפט. ניתן ליישם אותה בכל מקרה.

הולמס אומר שזה נכון שיש הגיון במערכת החוק, היא לא מערכת שרירותית אלא הגיונית. אבל ההיגיון הוא לא רק פורמלי פנימי, אלא יש לו תכליות חברתיות. רוצים להשיג מטרות מסוימות באמצעות הכללים האלה. אנחנו צריכים לשמור על קשר עין עם התכליות החברתיות כל הזמן. לכן **ההכרעה המשפטית הנכונה היא לא רק לפי ההיגיון פנימי של המשפט, אלא לפי התכלית החברתית**.

המקרה של **קניג נ' כהן** מדגים בצורה מיטבית את המחשבה הזו. שופטי הרוב אומרים שיש הגדרה של צוואה. הגדרה של צוואה בכתב עומדת על 3 יסודות- כתובה בכתב יד המצווה; חתימה; תאריך. יש לזה היגיון מסוים. בא מקרה של צוואה שכתובה בכתב יד אבל אין חתימה ואין תאריך. לפי ההיגיון הלוגי זו אינה צוואה. לא עומדים ב-3 התנאים. מנגד, הריאליסט מציע שהדברים האלה נועדו לשרת מטרה חברתית. זו לא גזירה משמיים, גזירת הכתוב שרירותית שכך יש לעשות. התכלית היא מימוש רצון המצווה. אם אני נוכח לדעת שהמצווה רצה בצוואה (למרות שהיא חסרה) אז צריך לבנות את הכללים באופן שיענה על זה. לכן בא ס'25 לחוק הירושה שנותן למחוקק כלים להתמודד עם זה. אבל גם את ס'25 שופטי הרוב קראו בצורה דקדקנית.

ההיגיון הפנימי זה לא מתמטיקה, שאם לא עומדים בתנאים הרי שלא הוכחתי את התיאורמה. לא נמצאים במתמטיקה ולכן ההגדרות הקונספטואליות נועדו למלא תכליות חברתיות. אם מימוש המצווה יסוכל- הכל הולך.

**חיי המשפט**

* The life of the law has not been logic; it has been experience.
* חיי המשפט אינם היגיון אלא ניסיון.

הניסיון של השופט עם ההשלכות של המשפט על המציאות. צריך לחשוב על תכלית חברתית. זה לא רק היגיון פנימי. אם לא היה את ס'25 זה היה צעד רדיקלי יותר של השופטים [אך אפשרי], אבל אם יש פתח אז צריך ללכת בו.

**השיקולים שצריכים להשפיע (בפרשנות החוק)**

* תכלית החוק.
* התועלת החברתית- לפעמים היא מעבר לתכלית החוק שחשבו עליה. התכלית מתגלה מבחינה חברתית כלא ניתנת להגשמה. דווקא אותה תכלית מביאה משהו אחר.

**לדוגמה:** משפט עברי- מצוות שנת שמיטה היא **שמיטת חובות** בסוף השנה. התכלית החברתית של צמצום פערים. יש עניים שלא מצליחים להחזיר את החוב, ורוצים להשיב אותם להתנהל מחדש. אבל התוצאה של החוק, על אף התכלית הרצויה, לא הצליחה להתגשם במציאות- המלווים נמנעו מלהלוות ככל שמתקרבים לשנת השמיטה. החוק שהייתה לו תכלית חברתית להיטיב עם הלווים שלא יצטרכו להחזיר את החוב, מרע איתם, כי כבר כמה שנים קודם לכן לא נתנו להם הלוואות. הלל הזקן קבע תקנה של פרוזבול, לפני ביה"ד, המושג המשפטי אומר שאם לווה פרטי מפקיד את החוב שלו בידי בית הדין החוב של הלווה הופך להיות לחוב של ביה"ד, זה הופך לחוב ציבורי שעליו לא חלה שמיטת החובות. ברגע שהמלווה כותב שטר פרוזבול ומפקיד אותו לביה"ד, זה היה **תרגיל פורמלי**, כך שהנושה של החוב לא היה המלווה אלא ביה"ד, ועל המדינה לא חלה שמיטה. שמיטה חלה בין היחסים הפרטיים בלבד. מה ההיגיון? הייתה תכלית חוק חברתית להיטיב עם הלווים. אך התכלית נכשלה במבחן השוק. לכן צריך לחשוב על התועלת החברתית שלעיתים חורגת מהתכלית [פה היא נשארת במסגרת הגדרים שלה].

לא צריך לעבוד עם הלוגיקה הפנימית של המשפט, אלא צריכים לשים לנגד עיננו את תכלית החוק והתועלת החברתית.

המושג של פרשנות תכליתית לא נולד עם השופט ברק, אלא נוצר בחוגים של הריאליזם המשפטי האמריקאי, שהדגישו את הפרשנות התכליתית של חוקים.

אחד המושגים המרכזיים שהולמס חתום עליהם לגבי החוקה האמריקאית- "**החוקה החיה**". החוקה חוברה בשנת 1781, בסוף המאה ה-18. קיימת 240 שנה ולא השתנתה. הולמס הציעה את פרשנות החוקה- "החוקה החיה". לא צריך להסתכל על החוקה כאל מושג קפוא אלא כמושג חי וצריך לפרש אותו כל פעם מחדש. זה עורר וויכוח גדול בין גישות פרשניות. ניגע בהמשך.

**ביקורת הגישה של הולמס**

* אם המשפט הוא רק תחזית של מה יעשו השופטים, מהו המשפט מבחינת השופטים עצמם?
* אי אפשר לחשוב על המשפט רק ככוח. זוהי נקודת מבט "חיצונית". המשפט הוא גם טעם להתנהגות- נקודת מבט "פנימית".

הולמס אומר שעורך הדין צריך לייעץ ללקוח שלו להסתכל על מה שביהמ"ש יפסוק. אבל כיצד ביהמ"ש צריך לפסוק? האם הוא יכול לעשות כל דבר? יש בעיה של חוסר וודאות. הוא נותן כלים לפסיקה- לפי תכלית החוק ולפי ערכים חברתיים. יש בתשובה הזו מימד של חוסר וודאות. אם השופט חושב מחדש על תכלית החוק ומפרש אחרת, השופט מקבל גמישות בפרשנותו וזה יוצר אי וודאות מבחינת המערכת.

בעיה של לגיטימציה- אם השופט כפוף לחוק הרי שהוא לא נבחר. אם מעמידים את השופט כמי שיכול לכתוב את החוק מחדש, מי שמך?

ביקורת שאמרנו גם לאוסטין- תפיסת המשפט שלו היא ככוח. מושג החובה נגזר מהכוח. זוהי נקודת מבט "חיצונית" כפי שהארט אומר. המשפט הוא גם טעם להתנהגות- נקודת מבט "פנימית".

מאפשרים לשופט להכניס את השקפות העולם שלו ככל שיש יותר גמישות. מצד שני, איזו פסיקה נעדיף בפס"ד קניג נ' כהן. מקרה בולט שרובנו נחשוב שהחלטת הרוב הייתה מוטעית. אבל הרוב הלכו עם הגישה [שהיום קוראים לה שמרנית] שמבקשת לכבד את הדרישות המדויקות של החוק. לא נהיה אקטיביים מדי.

**ביקורת הפורמליזם**

בסוף תקופתו של הולמס, מתפתחת תנועה של שופטים שנעשים מודעים לפער בין החוק בספר לחוק למעשה. הפסיקות שלהם כשופטים לא תמיד מחילות בדיוק את החוק. הם לא מתקוממים נגד החוק, אלא הם חושבים שהפעלה נכונה שלו במקרה מסוים צריכה לסטות ממנו. שופטי המיעוט, ברק ואלון, בפס"ד קניג חשבו שצוואה בכתב יד צריכה להיות עם 3 היסודות האלה, אבל המקרה הזה הוא מקרה אחר.

מתחילים לנסח ביקורת נגד הפורמליזם שעיקרה **בעיית הכלליות והמקרים המיוחדים**.

**בעיית הכלליות והמקרים המיוחדים**-

* הכללים המשפטיים מנוסחים בצורה כללית ומכסים מגוון רחב של מקרים אפשריים. -הכללה.
* יש מקרים שאם נחיל בהם את הכלל נקבל תוצאה לא ראויה, שמנוגדת לתכלית הכלל. -זו בעיה קלאסית שהמשפטנים והפילוסופים התייחסו אליה מאז ומעולם. בעיית הכלל והמקרה המיוחד. ניתן להתייחס למקרה של קניג נ' כהן כבעיה כזו. הדרישה של צוואה בכתב יד עם 3 תנאים מתאים לרוב המקרים וצריך להמשיך להחזיק בו. אך יהיו מקרים שנהיה משוכנעים באמיתות הצוואה גם אם לא עומד ב3 הכללים. אם לא נכשיר את הצוואה הרי שלא נגיע לתוצאה הרצויה.

פס"ד האמריקאי של הירושה-פס"ד ריגס- הנכד שרצח את הסבא שלו [מתוך פס"ד פלוני נ' פלונית]. הכלל אמר שמי רשום בצוואה כיורש הוא היורש. פתאם היורש רוצח את המוריש. האם נזכה את הרוצח, היורש, בירושה? "הרצחת וגם ירשת"? אמנם זה הכלל המשפטי, אך זה מקרה שהוא יוצא מן הכלל. אם נחשוב עליו בהתאם לכלל לא נעשה אותו.

* יש מקרים שאינם נופלים בגדר כלל כלשהו (חסר).

המקרים האלה מראים שהחשיבה הפורמליסטית לגבי הכלל שנחיל, יש מקרים מסוימים בהם זה לא יהיה נכון.

מי שעסק בבעיה זו לראשונה ונתן לה פתרון הוא **אריסטו**. הוא קורא לזה **ההבחנה בין הצדק וההגינות** [יושר]. יש הבדל בין להיות צודק לפי החוק, לבין להיות ישר. יש פער בין הצדק לחוק והוא מוביל למקרים שאם נחיל את החוק נגיע לתוצאה לא ראויה. **הפתרון הוא הצעה לתרגיל מחשבתי**. נניח השופט עומד מול מקרה שאם הוא יחליט לפי החוק הוא יגיע לתוצאה לא רצויה [יביא את הירושה ליורש הרוצח]. אין אדם בעולם שיחשוב שזה נכון. כל אדם הגון היה צריך לכבד את הצוואה בפס"ד קניג.

**השופט בדילמה**- ביקורת על החוק לגמרי- שזה יהיה בלתי לגיטימי לגמרי או שהוא מתקן את החוק רק במקרה מסוים. איך שופט כנה והגון שיודע שהוא לא רשאי לפסול חוק כי הוא כפוף למחוקק, אבל אם יחיל את החוק יגיע לתוצאה לא ראויה, האם הוא צריך ללכת נגד החוק או עם החוק?

יש לעשות תרגיל מחשבתי הבא: השופט צריך לחשוב האם המחוקק שחוקק את החוק הזה, מה הוא היה אומר במקרה הזה. המבחן טוב כי נשארים עם תכלית החוק ולא סותרים אותו.

**דוגמה**: ילד בוגר שלא בן 17 רוצה לקבל רישיון. השופט יכול לשאול את עצמו- מה המחוקק היה עושה? אם הוא היה מאפשר חריגות מן הכלל זה מערער את כל המציאות.

**בפס"ד ריגס**- ביהמ"ש פסק שהמחוקק היה אומר שהוא לא יירש. המחוקק בעצמו היה יוצר את היוצא מן הכלל הזה. השופט פסק כך. אכן בהמשך המחוקק תיקן את חוק הירושה כך שרוצח לא יירש.

**בפס"ד קניג** שופטי הרוב לא פסקו כך, ואח"כ המחוקק תיקן לפי שופטי המיעוט.

**עקרון היושר אצל אריסטו**- אם יש מקרה יוצא מן הכלל שהחלת הכלל תהיה בלתי צודקת, אז השופט צריך לתקן את הכלל. **המבחן**: מה היה אומר המחוקק או יוצר הכלל אילו היה נתקל במקרה הזה.

זו תפיסה אנטי פורמליסטית. זוהי ביקורת מתונה. אין מי שיחלוק על עקרון היושר של אריסטו. שופטים לא יחלקו על כך שיש מקרים בהם ראוי לסטות מן הכלל. **זו ביקורת על היוצאים מן הכלל**. הכללים לא טובים תמיד.

**ביקורת נוספת: עמימות סמנטית**

* לכל מונח ולכל כלל משפטי ריבוי משמעות. -לכל מונח בשפה.
* בלתי אפשרי לייצר כללים חד משמעיים. -תמיד יהיו מקרי קצה שיעוררו שאלה. למשל, הדיון בפס"ד קניג על המונח "פגם" [האם כולל חסר].
* נדרשת פרשנות.

יש **דוגמה שהארט השתמש בה**- נניח שאומרים **שאסור להיכנס עם כלי רכב לפארק אז שואלים מה זה כלי רכב?** מבינים שזה מכונית, משאית. אך האם זה גם אופניים, קורקינט, סקטבורד? לגבי כל מונח שאקבע יהיה לי קושי להגדיר. לכן יש סעיפי הגדרות בחוקים. אך גם הם מוגבלים. זה מה שהמחוקק חשב באותו רגע. הוא לרוב לא יכול למצות את זה עד הסוף. כל כלל משפטי שננסח נשאל מה הפירוש. גם אם נעשה שימוש בשפה מדויקת. לדוגמה: מה ההגדרה לתאונת דרכים בחוק הפלת"ד. לכל כלל משפטי סוג של עמימות.

הטענה של הריאליסטים היא שההנחה הפורמליסטית שאפשר לפרש את החוק בהתאם למשמעות המילולית שלו היא הנחה שלא מתמודדת עם בעיית העמימות. צריך לשאול איך הפורמליסט יפרש כלי רכב בפארק. מה הוא יגיד אם מישהו נכנס לפארק עם אופניים? האם הוא עבר עבירה או לא עבר עבירה? הפורמליסט ילך לחיקוקים אחרים וינסה להבין מה המשמעות של כלי רכב, נניח לפקודת התעבורה ויסיק משם שגם אופניים לא. אבל, אולי ההיגיון של פקודת התעבורה לא דומה להיגיון מאחורי החוק בפארק. אולי רצו למנוע כניסה מכוניות בלבד שלא יזהמו או יעשו רעש ולא לגבי סכנת הילדים או הולכי רגל וכו'. ייתכן שנסיעה בשמורת טבע לא רלוונטית לאופניים.

**לא משתמשים באותו מובן של מונח בכל החוקים**. ניתן לפרש באופן שונה. אם נחשוב על תכלית אפשר לפתור את זה. הפורמליסט לא חושב על התכלית, אלא רק על הלשון והלוגיקה. יש עמימות טבועה. הפתרון חייב להיות בהכרח התייחסות לתכלית החוק ולשאלת התועלת.

המסקנה: נדרשת פרשנות לכל כלל משפטי, באותם מקומות עמומים. הפרשנות הזו תהיה מבוססת בהכרח על תכלית. אם לא, היא תהיה שרירותית.

לדוגמה: אם נפרש כלי רכב לפי מה שכתוב במילון או בפקודת התעבורה, זה לא בהכרח עולה לתכלית הספציפית של הכלל לגבי שמורת טבע.

זו ביקורת רחבה יותר. לא נוגעת רק למקרים היוצאים מן הכלל, אלא הטענה היא שכל כלל משפטי יש מקרים מסוימים שידרשו פרשנות.

**ביקורת שלישית: ריבוי דוקטרינרי**

* ריבוי כללים- מחייב בחירה מה הכלל שחל על המקרה.
* כל דוקטרינה משפטית כוללת לפחות שתי מגמות הפוכות.
* כלל ויוצא מן הכלל- רצח והגנה עצמית.
* עקרונות: תום לב וסבירות.

המשפט הוא מלא כללים, יש בו ריבוי כללים. בכל חוק מוצאים עשרות כללים. הטענה המעניינת: הכללים האלה יכולים להביא לתוצאות שונות וניתן לטעון שבכל כלל יש בו זמנית 2 מגמות: אחד הכלל עצמו ושתיים היוצא מן הכלל שלו. לדוגמה, רצח והגנה עצמית. אדם מואשם ברצח והוא טוען להגנה עצמית. ההחלטה האם יש רצח או הגנה עצמית, יש 2 כללים משפטיים שניתן להפעיל. שתוביל לתוצאות משפטיות אחרות- אשם או זכאי.

**טענה מרחיקת לכת- כללים משפטיים לא מכתיבים את התוצאה**. כל החלטה של שופט, הוא בוחר באיזה כללים להשתמש. הוא יכול להחליט לבחור כלל מסוים או אחר. במקרים רבים יש לו בחירה בין כללים שיביאו לתוצאות שונות. ריבוי הכללים מאפשר לו תמרון בתוצאות המשפטיות. כמובן גם בעקרונות רחבים כמו תום לב וסבירות, בהם יש גמישות.

המשמעות היא אם מסתכלים על מערכת המשפט שיש בה כללים רבים והשופט יכול לבחור את הכללים, לא ניתן לחשוב כמו הפורמליסטים שחושבים שהכללים כופים על השופט. שופט יכול למצוא כלל אחר שיכול לחלץ אותו. יוכל לשלוף כלל אחר שיביא אותו לתוצאה אחרת.

כל פסיקה של השופט תבוסס על כלל משפטי.

אם הפורמליסטים חשבו שהכללים נותנים מערכת ברורה ויציבה לאיך לפסוק, הריאליסטים אומרים שהמערכת הזו מאוד לא יציבה. עמימות סמנטית שיש בכל כלל וריבוי הכללים מאפשר לשופט תמרון בין כללים עד שלמעשה הוא יכול "לשחק" עם זה. הריאליסטים לא חושבים שהשופט לא הוגן, אך הוא מחליט מה שנכון בעיניו למקרה ומשתמש בכללים. הוא יבחר האם זה רצח או הגנה עצמית.

לא כמו הפורמליסטים שאמרו שהשופט מאתר כלל ומתאים למקרה, הריאליסטים אמרו שהשופט עומד מול מקרה ומאתר את הכלל המתאים בדין. השופט בוחר את התוצאה הרצויה ועכשיו בוחר את הכלל שמגשים את התוצאה הרצויה שלו.

**סיכום: ספקנות כללים**

* עמימות דוקטרינרית שנובעת מריבוי הכללים.
* עמימות סמנטית שנובעת מריבוי משמעות.
* הכללים אינם יכולים לכסות את כל המקרים.

ספקנים לגבי האפשרות של הכללים להכתיב את התוצאה המשפטית. יש מקרים מורכבים שהשופט צריך להחליט.

**ספקנות עובדות**

* דיני הראיות מגבילים את הראיות הניתנות להגשה.
* יש עדי שקר וראיות שאינן מהימנות.
* ההכרעה בקביעת ממצאים עובדתיים כפופה לשאלה מהם העובדות הרלוונטיות.
* "אמת משפטית" מול "אמת עובדתית".

באותה מידה יש ספקנות לגבי העובדות המשפטיות, שקובעים כללי הראיות. ההכרעה בשאלה מהן העובדות המשפטיות. בדיני ראיות יש הרבה כללים, חלקם נועדו לוודא שהראייה מהימנה. ויש כללים אחרים שלא קשורים לזה, למשל אם לא רוצים לאפשר למשטרה להשיג ראייה שהושגה בעבירה. לא רוצים שייפגעו בזכויות של נחקרים או נאשמים. מוותרים על ראייה שיכולה להיות קריטית לתיק, לא בגלל האמת, אלא כי לא רוצים שהמשטרה תעשה פעולות שלא לפי החוק.

התוצאה: הכלים של ביהמ"ש להגיע להבנה טובה של העובדות הם עצמם מפוקפקים. לדוגמה: משפט נתניהו. העובדות שמגיעות לביהמ"ש מגיעות אליו אחרי מסננות של החקירות וגם אחרי מסננות של דיני ראיות.

נוצרת הבחנה בין אמת משפטית לבין אמת עובדתית. מה שהוכח בביהמ"ש לא בהכרח זהה לאמת.

**מסקנות אנטי-פורמליסטיות (המסקנה של הריאליסטים)**

* המשפט איננו תחום אוטונומי וסגור. -הכרעות לא רק לפי הכללים המשפטיים. צריך להכריע גם מחוץ לעולם המשפט, כמו התועלת החברתית.
* המשפט אינו תחום שלם- יש שאלות שאין להן פתרון. -כופרים בטענת הפורמליסטים. אין פתרון במשפט כי יש התפתחויות טכנולוגיות שהמשפט לא נתן עליהן את הדעת והפתרון במשפט לא יכול להיות רק בפרשנות של מה שהיה קודם אלא מחייב החלטות חדשות. לדוגמה הגדרת הגניבה בעולם הישן, דורש מאדם ליטול חפץ מרשותו של אדם אחר. מדברים על משהו קונקרטי של נטילת חפץ. אך היום יש גם גניבה באינטרנט והכל נעשה בלחיצת כפתור וניתן להעביר אלפי שקלים מאחד לשני. לא כסף של ממש, אלא נתונים באתר הבנק. המחוקק יצטרך להגדיר מחדש את הגניבה. למשל, טכנולוגיה רפואית – דרכי פוריות, הורות וכו'. **יש מציאות חדשה שהמחוקק לא חשב קודם**. המציאות החדשה מעלה שאלות חדשות שצריך לתת עליהן מענה. לא ניתן להסיק רק מהיקשים. יש שאלות שאין פתרון במשפט. **יכולות להיות גם התפתחויות חברתיות**. המחוקק לא חשב על מקרים מסוימים- כמו המקרה שהיורש רוצח את המוריש.
* **כל החלטה שיפוטית היא יצירה ולא גילוי**. מסקנה רדיקלית של הריאליסטים. זו תמונת הראי של הפורמליסטים שחשבו שכל החלטה היא גילוי של תשובה קיימת במשפט ויישום שלה. למה הריאליסטיים חושבים כך? לכל מקרה יש מאפיינים ייחודים משלו. הכללים מאוד כלליים ותיאורטיים. השופט מחליט מול מקרה מסוים מחדש.

לגבי שיקול דעת- **שופטים תמיד מפעילים שיקול דעת לפי הריאליסטים**. כל החלטה שלהם היא החלטה חדשה. לכל מקרה שבא לפניו יש אלמנט חדש שמחייב את השופט להחליט החלטה קונקרטית. לא מיישם מה שהיה. ברוב של המקרים ההחלטות הקונקרטיות משתלבות עם הכלל, אך ביוצאים מן הכלל תהיה סטייה מן הכלל.

**הולמס פוזיטיבי**: יש בחוק הקיים תכלית, שאותה הוא רוצה להגשים. הוא קורא את תכלית החוק. הוא לא מביא תכליות חיצוניות.

האם זה אומר משהו על תקדים מחייב? הם מקבלים את עקרון התקדים המחייב. הוא מתייחס אליו ככלל משפטי. יפרש אותו. הוא ילך איתו עד שהפעלת התקדים תיצור תוצאה לא טובה ויחרוג ממנה בשם התכלית החברתית.

הולמס וריאליסטים נוספים: תפיסת תכלית הכללים- "הטעם". לא מוגבלים רק לתכלית הכלל אלא בכלל תכליות חברתיות.

**בעיות בתיאוריה הריאליסטית**

* האם יש משפט אובייקטיבי או שהוא כולו יצירה של השופטים?
* אם אין משפט אובייקטיבי, אז יש כמה בעיות:

1. וודאות.
2. לגיטימציה.

במאה ה-20 התיאוריה המשפטית הולכת לכיוונים אחרים, כי קשה שלא להזדהות עם חלק מהביקורת של הריאליסטים. אך מה התוצאה הכוללת של התיאוריה? הריאליזם מערער על הוודאות של המשפט. דיברנו על היתרון של המשפט לעומת המוסר, שהוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. אם יש וויכוח מה הדין- נפתח חוק ונקרא. כל הרעיון של "משפט" עומד על תפיסה אובייקטיבית ,שהוא קיים מחוץ למה שאני או אחר חושבים שנכון. זה יכול להנחות ולאפשר וודאות בתכנון החיים.

הריאליסטים מערערים על מושג האובייקטיביות של החוק בספר. הם מפנים לחוק שבמעשה. בכל החלטה של שופט יש גמישות ביחס לידע הקודם. **מערער על וודאות, אפשרות התכנון**.

יש גם בעיית לגיטימציה. אם החוק פתוח לפרשנות שלי, השופט יחליט. הרי נקודת המוצא שלנו שהחוק צריך להיקבע ע"י נבחרי העם. השופט תפקידו לבדוק את החוק וליישמו, לא כל פעם לקבוע מחדש כי אז נכנסים לבעיית לגיטימציה.

התנועה הריאליסטית עוררה שאלות חשובות. האם התשובות מספקות לתיאוריה יציבה? זה וויכוח שמתקיים עד היום. **מאמר של חנוך דגן** על הריאליזם והוא דוגל בתפיסה זו. כנגדו אחרים מנסים לייצר קונטרה.

**שיעור 14 - 17/05/22**

**יסודות הפוזיטיביזם**

את הפוזיטיביזם ניתן להעמיד על כל מיני יסודות. אנחנו מדגישים כאן 3 דברים.

* הגדרת המשפט כתחום עצמאי ונפרד מן המוסר והדת.

המשפט כתחום עצמאי ונפרד מן המוסר, מדת, מפוליטיקה, ממערכות נורמטיביות אחרות. כלומר, הפוזיטיביזם אומר שהמשפט הוא תחום נפרד והחלטות משפטיות מתקבלות על סמך מקורות משפטיים [חקיקה, תקדימים, מנהג]. כל שיטה והמקורות שלה. יש תחום כזה. כאשר אני מחליט החלטות משפטיות אני לא בהכרח שוקל שיקולים מוסריים. יש מקום לזה כפי שנראה בהמשך, אבל השאלה הקודמת היא מה העמדה המשפטית בשאלה שלפניי- לדוגמה עניין של עבירה פלילית מסוימת: האם המשפט מגדיר עבירה פלילית ביחסי המין האלה ולא האם מבחינה מוסרית או חברתית הם ראויים או בלתי ראויים. לדוגמה אם מישהו תקף או העליב- לא שואלים האם הוא התנהג יפה או לא יפה, אלא השאלה היא האם החוק מגדיר את זה כעבירה וכו' גם בעניינים אזרחיים. ברגע שמגדירים את המשפט כתחום נפרד מתחומים אחרים, אז אני בוחן אותו רק בפרספקטיבה משפטית. האם יש השקה לתחומים אחרים [למרות שזה תחום נפרד]? ייתכן. זה קשור לשאלה הפורמליסטית, לא הפוזיטיביסטית. האם יכול להיות שלמרות שבאופן עקרוני זה תחום נפרד יש נקודות השקה? נדון בזה בפרק הבא שלנו לגבי שיקול דעת ופרשנות.

* המשפט מבוסס על עובדות חברתיות ולא על עקרונות מופשטים. -נקודה שנייה. כאשר אני שואל שאלה משפטית אני שואל מה החוק וזה עניין עובדתי חברתי, אובייקטיבי. זו לא שאלה של עקרונות מופשטים מוסריים [האם זה צודק, ראוי וכו']. הפוזיטיביזם מבקש לבחון את המשפט כמבוסס על עובדות. העובדה המרכזית- חקיקה וגם פסיקות של ביהמ"ש ותקדימים. לכל שיטת משפט יש הגדרה של מקורות אלה.
* הבחנה בין משפט מצוי למשפט רצוי. -נקודה שלישית שהואיל והפוזיטיביסט מסתכל על המשפט כמצב עובדתי, הוא שואל האם המשפט הוא הרצוי [ייתכן שיש הסדר יותר טוב מבחינה מוסרית / כלכלית / סביבתית]. הוא מבחין בין המשפט כעובדה לבין המשפט כרצוי. יכול להיות שצריך לתקן אותו.

איש משפט הטבע בכל השאלות האלה משיב אחרת. אנשי משפט הטבע יאמרו שהמשפט לא מבוסס רק על עובדות אלא גם על עקרונות מופשטים, ואז השאלה של משפט רצוי נכנסת לתוך המשפט. בוחנים לא רק לפי מה אומר החוק אלא לפי מה רצוי שיאמר.

**נורמת יסוד**

מה שמאפיין את התיאוריות הפוזיטיביסטיות. למדנו 3 תיאוריות. **מה שמשותף להן הוא** שהן מניחות שהמשפט עומד על נורמת יסוד או על נורמות יסודיות. מכיוון שהמשפט מבוסס על עובדה חברתית, השאלה היא מהי העובדה החברתית הזו שעליה מבוסס המשפט? כלומר **כל אחת מהתורות הפוזיטיביות מחפשת להגדיר כלל אחד או כמה כללים שיגדירו מהם המשפט בשיטה נתונה**. כל שיטת משפט צריכה להיות מבוססת על נורמת יסוד.

למדנו 3 נורמות יסוד כאלה:

**אוסטין**: **תורת הפקודה- פקודה כללית של הריבון**. מהי העובדה החברתית עליה מבוסס המשפט? תורת הפקודה, דהיינו פקודה כללית של הריבון היא משפט. אם היא איננה פקודה כללית של הריבון, אלא היא יוצאת ממקום אחר [נניח פקודה של אחר מהריבון או לא פקודה בכלל או לא כללית] היא לא משפט. נניח מנהג, אלא אם כן מאושר בעקיפין, הוא לא משפט.

**קלזן**: **הנורמה הבסיסית- יש לפעול לפי החוקה**. היא מזהה את החוקה ואת כל המשפט שנובע ממנה, ואומרת שיש לפעול על פיה. אם יש נורמה שמוצאה איננה בחוקה היא לא חלק מהמשפט. אם היא נקבעה ע"י כנסיה או הסתדרות עובדים או נוהג – זה לא חלק מהמשפט.

**הארט**: **כלל הזיהוי- זיהוי מקורות המשפט של** **השיטה**.

נשווה בין התפקוד של כל אחת מהנורמות לאחרת. השוואה מהפרספקטיבה של הארט. מה ההבדל בין הארט לבין תורת הפקודה של אוסטין, ומה ההבדל בין הארט לנורמה הבסיסית של קלזן? מבחינה פונקציונלית **כל אחת מהנורמות האלה יש לה את אותה פונקציה=להגדיר את המשפט ואף להגדיר שיטת משפט נתונה**. נורמה בסיסית בישראל לא זהה לנורמה בסיסית באוסטריה, צרפת או רוסיה. כנ"ל כלל הזיהוי לא זהה. זה משתנה משיטה לשיטה.

זה **תלוי בבסיס** שלו- למשל תורת הפקודה: משתנה לפי מי הריבון?

קלזן תבנית זהה של נורמה בסיסית. יש לפעול לפי החוקה- יזהה חוקות שונות במדינות שונות. בישראל יזהה את חוקי היסוד, גרמניה חוקי יסוד, ארה"ב חוקה אמריקאית, צרפת חוקה צרפתית, אנגליה את החוקה המהותית שאיננה חוקה או ישר את החוק. נניח באנגליה צריך לעשות התאמה ולפעול לפי חוקי הפרלמנט.

**כלל הזיהוי שונה- אפילו התבנית שלו לא זהה**. צריך לזהות את מקורות המשפט, והם עשויים להיות שונים בכל שיטה. זה נותן לו יתרון. בעוד שקלזן מזהה את החוקה ואת החוק וכל השאר יוצא ממנו, כלל הזיהוי הוא כלל גמיש יותר ומקורות המשפט של השיטה יכולים להיות ממש שונים ממקום למקום. לא רק במובן שהחוקה שונה, אלא זה לא בהכרח חוקה. זיהוי מקורות המשפט יכול להיות המלך, ספר קדוש, הפרלמנט, או צירוף של הפרלמנט והפסיקה בשיטות משפט מקובל, או צירוף שלהם עם המנהג וכו' .

כלל הזיהוי ייראה אחרת בכל שיטת משפט נתונה. לא רק מי הריבון, אלא מבחינת מה שקובע [ריבון, חוקה, מנהג וכו']. יוצר תורת משפט יותר משוכללת.

**השוואה של הארט לאוסטין**

**מה היו הבעיות בתיאוריה של אוסטין?**

1. מושג הריבון- מתאים מאוד למלוכות שהיו עד המאה ה-18. במדינות דמוקרטיות מושג הריבון זה מסובך. זה לא איש אחד זו קבוצה. זו לא הממשלה, אלא אספת הנבחרים של העם / הפרלמנט / הכנסת. תופסים אותם כמייצגי העם. מושג הריבון מסובך. בנוסף, לפי אוסטין הריבון בלתי מוגבל אך בתיאוריות המודרניות המשפטיות גם על הריבון יש מגבלות.

* כלל הזיהוי של הארט אינו תלוי בריבון. נניח: יש לפעול לפי החוקים. מזהים מחוקק- אספת נבחרים, פרלמנט. לא צריך להסתבך בהגדרות של ריבון.

1. תורת הפקודה מתאימה יפה לחוקים שיוצאים מאת הריבון, נניח הפרלמנט. אך, היא לא מסבירה יפה מקורות משפטיים אחרים כמו מנהג, תקדים בית משפט. אוסטין אמר שהריבון נותן כוח לבתי המשפט לקבוע הלכות. זה לא מדויק היסטורית בשיטות המשפט המקובל כי הבסיס של בתי המשפט הוא עצמאי ולא תלוי בריבון. במנהג זה עוד יותר מסובך לומר שהריבון מאשר.

* כלל הזיהוי מתאים לכל מקורות המשפט (חקיקה, תקדים ומנהג). -כלל הזיהוי נותן פתרון פשוט. הוא לא מחויב למקור משפטי אחד. הוא יכול להכיר באופן בלתי תלוי במקורות משפטיים שונים.

1. תורת הפקודה מתאימה באופייה לכללים שמטילים חובה. הטלת חובה שיש בצידה סנקציה, עונש. יש קושי להסביר כללים משפטיים אחרים שמעניקים כוחות וזכויות כמו המשפט האזרחי או המשפט הציבורי. אוסטין היה צריך לעשות תעלולים כדי לומר שהואיל והכוח של המדינה עומד מאחורי הכללים האלה אז רואה אותם גם כפקודות.

* כלל הזיהוי של הארט מתאים לכל סוגי הנורמות (כוח וזכות). נניח, מכיר במחוקק אז הוא מכיר בו כגורם שיכול ליצור חוקים מסוגים שונים- חובה, מעניקים כוחות וזכויות וכו'.

1. תורת הפקודה תבנית אחידה- צריך לזהות ריבון ואת הפקודות של הריבון בכל שיטת משפט. -המודל של אוסטין חייב להיות ריבון וממנו הכל יוצא. תמיד הריבון הוא מקור המשפט [המלך או הפרלמנט].

* כלל הזיהוי מתאים לשיטות משפט שונות (גמיש).

זה מתאים לשיטות משפט בהם יש רק חוק, ואז כלל הזיהוי מזהה את המחוקק כמקור משפטי יחיד. כלל הזיהוי יכול להתאים לשיטות משפט בהן יש לצד המחוקק גם בתי משפט שקובעים תקדימים. יכול להתאים לשיטות שיאמצו מנהג ועוד מקורות [צו המלך] וכו'. הואיל ואין לכלל הזיהוי תבנית אחידה, יש לו תבנית משתנה, היא יכולה להיות מותאמת לכל שיטת משפט . זה נותן לו יתרון גם על השיטה של אוסטין וגם על השיטה של קלזן.

**במציאות: שיטות משפט יותר מורכבות**. הדגם של אוסטין מתאים לשיטה הקונטיננטלית [האירופאית] למרות שהוא אנגלי. ההצעה של הארט טובה יותר כי היא מאפשרת לומר שכלל הזיהוי שונה בקונטיננט מאשר באנגליה.

**השוואה של הארט לקלזן**

* הנורמה הבסיסית היא מושג מופשט (פיקציה) ואילו כלל הזיהוי הוא כלל חברתי (פוזיטיבי). -צריך להניח שהציות לחוקה מבליע כלל שאומר "יש לפעול לפי החוקה" וזו הנורמה הבסיסית. הכלל הזה פיקטיבי במובן הזה שהוא לא נקבע ע"י שום גוף או אדם. הוא כאילו קיים. זה נכון שגם כלל הזיהוי לא נקבע בשום פורום רשמי [במובן הזה יש דמיון בין שניהם] אבל כלל הזיהוי מזהה את העובדות החברתיות. ואילו את הנורמה הבסיסית מניחים אותה. היא מושג יותר פיקטיבי. קלזן לא מעגן אותה בעובדה ממש. הוא אפילו נמנע מזה. הוא רוצה להישאר בעולם הנורמטיבי ולא העובדתי. הארט אומר שהוא מניח שיש כלל חברתי שהוא עובדתי, שמזהה את המחוקק או המחוקק והתקדים ועל פיו בונה את העניין.

נקודת המוצא שצריך לציית לחוק אחרת יהיה כאוס. בשיטה הפוזיטיבית מגדירים מה מקור החוק [נורמה בסיסית או כלל זיהוי]. לכן, עקרונות מופשטים הם לא חוק. הטענה של הארט שכלל הזיהוי הוא כלל חברתי, עניין עובדתי.

**מוכיחים את זה כשמדינה מתכוננת [כמו הכרזת העצמאות]**. לכאורה לא השתנה דבר. אמרו שהמשפט האנגלי ימשיך להיות. אבל מה שהשתנה במונחים תיאורטיים הם: לפי אוסטין- הריבון השתנה בהקמת מדינת ישראל. עד כה היה הנציב האנגלי ועכשיו מועצת העם. לפי קלזן- הנורמה הבסיסית. לפני כן, יש לציית לחוקי הנציב העליון. עכשיו היא אומרת שיש לציית לחוקי הכנסת. **השתנה מקור הסמכות**. עד כה צייתנו לחוק כי הנציב העליון קבע אותו ואילו עכשיו נציית לחוק כי הכנסת קבעה אותו. לפי הארט השתנה כלל הזיהוי- בעבר כלל הזיהוי זיהה את הנציב כמחוקק ועכשיו הוא מזהה את מועצת העם [הכנסת]. למרות שמזהה את אותם החוקים. **נורמת היסוד השתנתה לפי כל אחת מהתיאוריות**.

* הנורמה הבסיסית קשיחה (אחידה). כלל הזיהוי גמיש. מתאים לשיטות משפט שונות.

קלזן קונטיננטלי ולכן הנורמה הבסיסית מתאימה לשיטת המשפט שלו. אך יש שיטות משפט אחרות באנגליה, באפריקה וכו'. הארט מביא כלל זיהוי גמיש שמאפשר לזהות את מקורות המשפט בכל שיטת משפט.

**העיקרון המובלע- ברגע שתופסים את המשפט כתחום עצמאי, גם מדברים על העיקרון שהארט תופס כמרכזי - ההפרדה בין המשפט למוסר**.

**הפרדה בין המשפט למוסר**

* **המשפט איננו זהה למוסר**.
* המשפט שואף להיות צודק (מוסרי), אבל התוקף שלו אינו נובע מהתאמה לעקרונות מוסריים אלא מהתאמה לעובדות חברתיות (נורמת היסוד). -השאלה מה חוקי זו שאלה עובדתית. האם המשפט מעניק לי את הזכות הזו ולא שאלה מוסרית.
* **לא כל מה שחוקי צודק**.
* **לא כל מה שלא צודק לא חוקי**.

זו הטענה העקרונית של הארט. המסורת הפוזיטיביסטית שמתחילה עם בנת'ם ואוסטין וממשיכה להוגים אחרים היא יחסית מודרנית. בתקופה העתיקה הגישה הייתה בד"כ נוטה למשפט טבע- רצתה להצדיק את המשפט דרך זה ולטעון שעקרונות של צדק משוקעים במשפט.

הטענה של הארט, לא באה לשחרר את המשפט מלהיות צודק או מוסרי, אלא להיפך- 1) יעבוד באופן יותר יעיל. 2)שיהיה צודק- לאפשר ביקורת על המשפט. המטרה של ההוגים הפוזיטיבים ליצור משפט צודק ומוסרי אך להבחין בינו לבין תחומים אחרים. הבחנה זו נחוצה משני טעמים: 1)טעם תיאורטי, מושגי, אנליטי. כדי להגדיר את המשפט צריך להגדיר אותו כתחום עצמאי. לא לבלבל בינו לבין עניינים אחרים. 2)נחוץ מבחינה מוסרית- כדי שתהיה לי יכולת לבקר את המשפט אני צריך להעמיד אותו כתחום עצמאי. יכול להיות שזה חוקי אבל לא צודק, לכן יש לעשות את ההפרדה שמסייעת לי בביקורת המשפט ובבדיקה לעשות אותו צודק.

**ביקורת עקרונית (פולר)**

* אם המשפט מחייב נאמנות אז הוא חייב להיות צודק.
* המשפט חייב להיות מבוסס על עקרונות צדק (מוסר).
* מה שלא צודק- לא חוקי.

אם החוק הוא לא דבר ניטרלי, לא מדברים עליו כדבר שרירותי ככללי משחק. מושג החוק בא יחד עם דרישה לציית לו. יש לנו יחס מסוים אל החוק – יש חובה לציית לחוק. מבינים את החוק יחד עם החובה להיות נאמן לו, לציית לו. אם צריך לציית לחוק, זה ממילא צריך להטעין אותו ולבסס אותו על עקרונות של צדק.

**מי שהעלה את הטענה הזו לראשונה- אפלטון**. בדיאלוג של סוקרטס עם החבר. הוא שואל את החבר מהו החוק- "כל מה שנחקק ונוהגים על פיו". אפלטון אומר לו לא. אם אומרים שמי ששומר על החוק הוא צדיק ומי שעובר על החוק הוא עבריין, יש לנו יחס ערכי לחוק ומושג החוק קשור למושג לציית לו, אז ממילא החוק צריך להיות צודק. אחרת אין סיבה לציית. זו טענה עתיקה שפולר חוזר עליה.

הערה: חובת הציות לחוק: אמנם סוקרטס אומר שצריך לציית לחוק גם אם הוא לא צודק, אבל כאשר אפלטון מחפש את ההגדרה המהותית למשפט הוא שצריך לחשוב עליו באופן אידיאלי שהוא צודק.

-אם אפלטון מחד מחזיק בתפיסה שהמשפט האמיתי חייב להיות צודק והוא דורש נאמנות, איך מהצד השני אותו אפלטון מקבל על עצמו את החוק הבלתי צודק [שהוא קיבל עונש מוות]? יש לו אסירות תודה לחוק, צידוקים מהעבודה הקודמת.

זה מסבך את התמונה. נניח שאני מקבל את הטענה של פולר, אפלטון ואנשי הטבע שאומרים שהמשפט במהותו צריך להיות גם צודק, ומה שהוא לא צודק לא חוקי. **האם המשמעות של זה תהיה המשמעות שכל אדם ברגע שהוא יחשוב שחוק בלתי צודק הוא לא יפעל על פיו?** זו שאלה פרקטית מבחינת המערכת והביטחון במערכת.

טענת אנשי הטבע: החוק הוא חוק רק אם מתאים לעקרונות צדק מופשטים. אם נקבל את התפיסה באופן תיאורטי. באופן מעשי לא נוכל להתנהג כך ביומיום. לא ניתן לא לציית לחוק. גם שופט לא יכול לא לציית. **זה נכון במקרים קיצוניים**. אם לא וזה יהיה ביום יום- זה יהפוך את המשפט למערכת כאוטית, שלא נוכל להתנהל. מקרים קיצוניים כמו המשפט הנאצי.

**ביקורת היסטורית**

* המשפט הגרמני היה מבוסס על עקרון החוקיות הפוזיטיבי ("מדינת חוק"). דוגמה מובהקת למשפט שהתנהל כך. דווקא המדינה הזו הפכה למדינה נאצית. העיקרון של מדינת חוק לא מנע ממנה להפוך למדינה נאצית ואולי אפילו סייע לה לעשות זאת ביעילות כי היא יכלה לחוקק חוקים נאצים. וזה מסמל את הכישלון של הפוזיטיביזם. אילו הייתה הכרה משפטית עמוקה שהמשפט לא מבוסס רק על נורמות יסוד אלא גם על עקרונות צדק, זה לא היה קורה.
* העיקרון הזה לא מנע את הפיכת המשפט הגרמני למשפט נאצי.
* אילו המשפט היה מבוסס על עקרונות מוסריים אי אפשר היה להפוך את החוק לחוק מרושע.

**דווקא הניסיון הגרמני, הניסיון ההיסטורי הזה, מוכיח את כשלון הפוזיטיביזם**. המחוקק (הרייכסטאג) קבע מה שהוא רצה. אילו המשפט היה מבוסס על עקרונות צדק והוא לא היה עצמאי, אז זה לא היה קורה. היה מנגנון פנימי שהיה מונע ממנה להפוך להיות נאצית. אילו הייתה תפיסה שונה של תפיסת חוק- אז לא היה יכול להיות מהפך כזה. החוק לא מנותק וחייב להיות גם צודק.

**תגובה פוזיטיבית (הארט)**

* ההפרדה בין משפט למוסר לא באה לאפשר משפט לא-מוסרי.
* ההפרדה בין משפט למוסר נועדה לאפשר ביקורת מוסרית על המשפט.
* המשפט הגרמני הפך לנאצי בגלל שהגרמנים הפכו לנאצים (זה לא קרה קודם ולא קרה במקום אחר).
* אי אפשר היה למנוע את זה באמצעות עקרונות מוסריים.

הארט עונה על זה בצורה דומה- בכל זאת השיטה הפוזיטיבית של הפרדה בין משפט ומוסר הייתה די רווחת בתחילת המאה ה-20 והיא קרתה רק בגרמניה שהפכה את המדינה למדינה נאצית. במקומות אחרים זה לא קרה כי הגישה הפוזיטיבית במהותה לא באה לאפשר משפט לא מוסרי. יוצרים הפרדה מתוך מקום ליצור כלי צודק ולאפשר ביקורת על המשפט. מה שקרה בגרמניה- שהיא הפכה לנאצית, זה לא קרה באנגליה, צרפת וכו' שהחזיקו בתפיסה פוזיטיבית של המשפט. הבעיה היא לא בתורת המשפט אלא בעיה תרבותית עמוקה שקשורה לגרמניה להיסטוריה הגרמנית שיצרה את המפלצת הנאצית. היא הייתה הופכת לכזו בכל דרך. לא היה ניתן למנוע את זה באמצעות נאמנות לעקרונות מוסריים. אם היה שופט, בסיטואציה שנוצרה בגרמניה, שמסרב לציית לחוק הגרמני כי הוא מנוגד לעקרונות צדק, נניח שופט שמחזיק בתורת משפט טבע [מנוגד לעקרון השוויון], ניתן לנחש שגורל השופט היה דומה לגורל היהודים. זה נאיבי לחשוב שאילו היו מחזיקים בתפיסה של משפט טבע היה בכוחם להתנגד לשלטון.

לפולר יש פרק שמדבר על כך שהפוזיטיביזם לא נותן תשובה לשופט שמרגיש התנגשות בינו לבין ביהמ"ש העליון שלו לבין המחוקק. מה יעשה שופט לעניינים מסחריים שביהמ"ש העליון פוסק שטויות בעניינים מסחריים, שמנוגדים לעקרונות כלכליים בסיסיים. האם הוא יציית? וכמובן נקצין מה יעשה כאשר ביהמ"ש שלו יקבע חוקים מרושעים, גזעניים? הפוזיטיביזם לא נותן לזה מענה, ואילו פולר נותן לזה מענה כי המשפט הוא לא רק מה שקבע המחוקק אלא גם על עקרונות של צדק. נדרוש מהשופט לפסוק כראוי- לפי הצדק, לפי התועלת הכלכלית וכו'. רוצים שופט עם ראש גדול- יפרש את החוק באופן צודק או יעשה משהו אחר.

**מה צריך לעשות שופט גרמני בתקופה הנאצית?**

**פולר:** לומר שהוראות החוק הן בלתי חוקיות ולכן אין לציית להן.

**הארט**: הוראות החוק הן חוקיות אבל נוגדות עקרונות מוסריים ולכן אין לציית להן. החוקים הם חוקים, אבל לא צריך לציית להם. יש להבחין בין התוקף של החוק לבין חובת הציות לו. שופט פוזיטיביסט הוא לא נעדר מצפון מוסרי.

כאשר יש התנגשות קיצונית כזו בין החוק לבין צדק / מוסר – המוסר יגבר. שופט בעל מצפון צריך לתאר אותו כאדם שנמצא בקונפליקט בין החובה המשפטית שלו [לציית לחוק- "חוק זה חוק"- המערכת המשפטית הגרמנית מנקודת המבט הפוזיטיביסטית היא משפט לפי כלל הזיהוי הגרמני] לבין החובה המוסרית שלו [יש לו מצפון]. במצב כזה אני אומר שהוא צריך לציית לחובה המוסרית שלו. צריך לא לשפוט על פי זה.

מבחינה מעשית יכול להיות שהוא לא יכול לפסוק נגד זה כי יתלו אותו, אבל אולי הוא צריך להתפטר. שופט גרמני לא ייצא נקי אם הוא ישלח אנשים חפים מפשע למוות או מחנות ריכוז.

ההבחנה בין הפוזיטיביסטים לבין משפט הטבע- אנשי הטבע: החוק בטל ולכן לא צריך לציית לו; פוזיטיביסטים: החוק הוא בתוקף אבל צריך לסרב לו. שניהם מודים שאדם בעל מצפון [שופט, תובע וכו'] במשטר הגרמני היה חייב לסרב לחוקים הגרמניים. במובן הזה יש הסכמה. אבל תפיסותיהם אחרות.

**פולר יאמר להארט**- אם כך, אז מה ההבדל? **אם החוק הוא חוק וכל ההבדל הוא האם יש לציית לו, חוזרים לנקודת המוצא**. הרי המהות של חוק שהוא תובע "חובת נאמנות", תובע ציות. אמרת שהחוק הוא חוק אבל לא צריך לציית לו. אין הרבה מרחק בין מה שהם אומרים. פולר- חוק צריך להיות גם צודק; הארט- חוק זה חוק אבל לא נציית לו.

**כיצד יש לנהוג לאחר המלחמה בנאשמים ששיתפו פעולה עם הנאצים?**

* טענת הנאשמים: הם פעלו בהתאם לחוק הנוהג באותה עת.
* גרמניה: יש עקרונות מוסריים על חוקתיים- משפט טבעי. חוק שנוגד עקרונות אלה אינו חוקי.
* הארט: אין להשתמש במשפט טבעי. יש לקבוע באופן רטרואקטיבי שהמעשים שנעשו תחת השלטון הנאצי אינם חוקיים.

**הבעיה**- גרמניה לא קבעה שכל החוק שהיה בתקופה הנאצית במשך 12 שנה הוא בטל. לכן, החוק הוא חוק. העמידו לדין כל מיני משתפי פעולה עם הנאצים. **לדוגמה:** סיפור שנוגע לאישה שבעלה קילל את היטלר כשהוא בא לחופשה, היא רצתה לצאת עם המאהב והיא הלשינה עליו. הוא נידון לעונש מוות. זה מקרה זעיר בהשוואה לכל הפשעים הנאצים אבל הוא ממחיש את הבעיה. היו מקרים נוספים- אנשים שהלשינו ושיתפו פעולה עם הנאצים. הבעיה שהם טוענים שהם פעלו לפי החוק, על איזו עבירה אתם מעמידים אותנו לדין. זוהי טענה שטוען מלשין קטן כזה ועד מפקדי הנאצים והבכירים הנאציים. **הם פעלו לפי החוק**.

**כיצד גרמניה התמודדה עם זה אחרי המלחמה?** **רדברוך** עומד לוויכוח עם הארט ופולר מגן עליו. הגישה הרווחת של בתי המשפט בגרמניה אחרי המלחמה. הם אימצו את תורת משפט הטבע. רדברוך טען שיש עקרונות טבעיים על חוקתיים, והמשפט צריך להיות נאמן לעקרונות הצדק העל-חוקתיים האלה. חוק, לא משנה באיזו דרגה נורמטיבית הוא, כל נורמה משפטית שמנוגדת לעקרונות העל-חוקתיים האלה היא בטלה.

כאשר טענו נגדם נאשמים שהם פעלו לפי החוק, התשובה הרווחת של בתי המשפט היא שהחוק הזה היה בטל, כי הוא היה מנוגד לעקרונות צדק.

**הטענה של הארט**- לא קיבל את זה. מתנגד להכניס גורם חוץ-משפטי [עקרונות מוסריים] כחולשים על מערכת המשפט. אין להשתמש בעקרונות מוסריים. הפתרון לבעיה הזו היא חקיקה רטרואקטיבית. הוא יחוקק חוק עכשיו, שקובע שהמעשה הזה הוא עבירה. אמנם זה חוק רטרואקטיבי ובד"כ אנחנו לא אוהבים אותו ועושים מאמץ לא להשתמש בחקיקה רטרואקטיבית, אך בנסיבות כאלה [מחד לא ניתן לקבל עקרונות מוסריים מצד שני לא ניתן לאשר את המעשים שנעשו אז- פגיעה בקורבנות, בצדק, לא ניתן להעלות על הדעת שלא נעניש פושעים נאציים] נחוקק חוק רטרואקטיבי.

**מה הבעיה עם חוק רטרואקטיבי?** לא ידעתי שמעשה הוא אסור. בדיעבד אומרים שמעשה שעשיתי הוא אסור. צריך לומר מראש שהמעשה אסור. אך הואיל שמבחינה מוסרית המעשה היה פסול, אז הקביעה הרטרואקטיבית היא לא חידוש. להגיד שאסור לרצוח רצח המונים זה היה צריך להיות ברור גם אז. אמנם החוק התיר לרצוח המונים אם הם יהודים, אבל אותו אדם שעמד בהתנגשות בין החובה המשפטית לחובה המוסרית, היו עליו לדבוק בחובה המוסרית והיום הוא ייענש. זה ההסבר שיש **במשפט אייכמן**.

**חקיקה רטרואקטיבית בהקשר הזה מוצדקת כי לא מחדשים חידוש שאסור לרצוח**. אסור היה לרצוח גם אז. ידעת שאסור לרצוח. העובדה שמישהו ציית לחוק הגרמני במחשבה שמותר לרצוח יהודים הייתה שגויה ונעניש היום. אמנם אז לא יכולתי להעניש כי חוקי גרמניה אישרו את המעשים האלה. אבל באמצעות חקיקה רטרואקטיבית אני אעמיד לדין. הארט לא מבטל את החוקים.

הארט מודה שהוא מוותר על עיקרון- עיקרון החוקיות.

**פולר מבקר את הפתרון של הארט**: לוקח זמן עד שיחקקו חקיקה רטרואקטיבית; לא משרת את אידיאל הנאמנות לחוק אלא מי צריך לעשות את העבודה השחורה [המחוקק או ביהמ"ש]; ההפרדה בין מוסריות פנימית לחיצונית- הבחנה חשובה. פולר אומר שיש מוסריות חיצונית: האם החוק צודק או לא [רצחני, גזעני, מפלה- לא צודק]. ויש מוסריות פנימית- יש כללים פנימיים למשל עקביות החוק, פרסום החוק, בהירות החוק. עקרונות שהיום אנחנו קושרים אותם לעקרון שלטון החוק. העקרונות האלה על פניו לא קשורים לצדק החוק [מוסריות חיצונית]- יכול להיות חוק עקבי, מפורסם, בהיר וחוק מרושע. ניתן לחשוב על מערכת חוק מסורבלת, לא תמיד ברורה אך צודקת. פולר אומר שיש קשר בין הדברים- **החוקים הנאצים מתאפיינים בעבירות מתמדת על מוסריות פנימית**. מכשירים בדיעבד פשעים. דוגמה: ליל הסכינים הארוכות- בהוראת היטלר הנאצים הרגו כמה פעילים מארגון לאומני ללא משפט. חיסלו את הארגון הזה כדי להפוך את הs.s לארגון המרכזי. זו דוגמה מדי רבות **שהנאצים פעלו בשיטה רטרואקטיבית כדי להכשיר מעשים בדיעבד**. בנוסף, הוא מדבר על חוקים סודיים בגרמניה שלא היו ידועים לכולם והם ניהלו את מחנות הריכוז והפעילות הגרמנית ע"י חוקים סודיים שעוברים על העיקרון של פרסום החוק. פולר אומר טענה [שנויה במחלוקת] שיש קשר בין העקרונות של המוסריות הפנימית של החוק לבין המוסריות החיצונית שלו. שיטת משפט שיש לה חוקים סודיים, רטרואקטיביים- מאפשרת לשליט לעשות בחוק שימוש לרעה ובעצם להיות חוק לא צודק גם לפי המוסריות החיצונית שלו.

המוסריות הפנימית [אספקט של שלטון החוק] מבטיחה גם את המוסריות החיצונית. -זו טענה חשובה שבספר אחר הוא מונה 8 עקרונות של מוסריות פנימית. יש קשר בין זה לבין אי צדק [גזענות, רצחנות החוקים]. כדי להשיג מטרות כאלה צריך לתחמן כי מערכת משפט שתקפיד עליה לא תשרת אותך. לכן, הוא עונה להארט שהוא לא רוצה לחטוא ברטרואקטיביות הזו כפי שהנאצים עשו והוא מעדיף לומר שהחוקים הנאצים היו בטלים. חוזר לנקודה- מה ההבדל בינינו? שנינו אומרים שלא צריך לציית, אז על הארט לומר שהחוקים בטלים.

**בפרספקטיבה היסטורית**- הארט הגן על עצמו והאסכולה הפוזיטיבית המשיכה בגאון אחרי הארט; **בעיני המרצה** אין ספק שמלחמת העולם השנייה הייתה קו פרשת המים ששינה את הכיוון של תורות המשפט המודרניות. ירד קרנו של הפוזיטיביזם בין השאר בשל הניסיון הנאצי. רואים נטייה אצל משפטנים בדור שאחרי מלחמת העולם השנייה להכניס חזק לתוך המשפט חזרה את היסוד המוסרי. במידה רבה בהשפעת מלחמת העולם השנייה.

הוגה אמריקאי- רונלד רוקי- חוזר לגישה לא פוזיטיבית. בין דורו בישראל- אהרן ברק. מכניס למשפט את התפיסות של כבוד האדם, תפיסות מוסריות. אומר את זה בצורה גלויה שזה חלק מהניסיון של מלחמת העולם השנייה. **הסתייגות מהתפיסה הפוזיטיביסטית**.

אחרי מלחמת העולם השנייה יש נסיגה במעמד של הפוזיטיביזם, במידה רבה בשל הניסיון של מלחמת העולם ה-2. עלייה של תורות לא-פוזיטיביות.

ביום חמישי נדבר על הארט- איך הארט מבין את מושג שיקול הדעת. משתלב עם התפיסה שלו. נראה איך דוורקין שהחליף אותו חולק עליו.

**שיעור 15- 19/05/22**

**שיקול הדעת בתורת המשפט של הארט**

דיברנו על הארט מכיוון של תורת משפט כללית האופן שבו הוא מבין את תורת המשפט הפוזיטיבית. עכשיו נעבור לתפיסתו את שיקול הדעת. היא קשורה לתפיסת תורת המשפט הכללית שלו. אנחנו נסתכל עליו כנושא נפרד, במיוחד על רקע 2 התורות האלטרנטיביות שהצגנו- פורמליזם משפטי וריאליזם משפטי, שהתפתחו בסוף המאה ה-19 ותחילת המאה ה-20. הארט במידה רבה מגיב להם ומציע תיאוריה חדשה משלו שבאה להתגבר על הקשיים, שלפי דעתו יש בתורות האלה.

הארט מתחיל מהרעיון שמשפט מורכב מכללים. כאן הוא נותן את תשומת הלב לתפקיד הכללים בהכוונת התנהגות.

**משפט וכללים (rules)**

גם בני אדם פרטיים מתנהגים לפי כללים ביום-יום שלנו. אנחנו קובעים כללי התנהגות לפיהם אנחנו חיים. זה נוח יותר לנהל את החיים כאשר יש כללים קבועים מראש. נניח איזה מוצרי מזון מעדיף, איזה מותגים.

כאשר מדברים על הכוונת התנהגות של קבוצות גדולות [לא משפחה- אפשר לנהל לפי כללים או באופן ספונטני; תורנות מי זורק זבל ויש משפחות שזה זורם] כמו אוכלוסיות של מדינות, הדרך לכוון את ההתנהגות שלהם היא באמצעות כללים. הם צריכים להיקבע וצריכים ליידע את הציבור בכללים האלה.

* הדרך לכוון התנהגות של קבוצות גדולות היא באמצעות כללים.
* הדרך האחת היא באמצעות חקיקה. -המחוקק קובע כללים והם יכולים להיות בתחום פלילי [מהי התנהגות אסורה, מהי התנהגות מחויבת] וגם בתחומים האזרחיים [איך לכרות חוזה, איך לכתוב צוואה, איך להקים חברה]. הדברים האלה ידועים והציבור מתאים עצמו לכללי ההתנהגות האלה. כך ידוע לכולם מה מצופה ממנו ומזולתו.
* הדרך השנייה היא באמצעות תקדימים של ביהמ"ש. -בדרך הזו אנחנו לא קובעים כלל אחד מקיף, אלא ההתקדמות נעשית ממקרה למקרה. כל מקרה התקדים הופך לסוג של הכללה, אבל הסעדים נעשים ממקום למקום. מעין דרך של ניסוי וטעיה.

אחת הטענות נגד תקדימים שאתה לא יודע הכל מראש. בדרך הזו, כאשר ביהמ"ש מחוקק ממקרה למקרה כמו במסורת של המשפט המקובל, **לא תמיד יודעים מראש מהי ההתנהגות הנכונה המצופה בכל אחד מענפי המשפט**. אבל גם כאשר קובעים כללים ברורים מראש בחקיקה, לא הכל ברור.

רעיון של חקיקה תפקידה להגדיר מראש מהי ההתנהגות המצופה- בתחום פלילי, תחומים אזרחיים וכו'. אבל גם הדרך הזו שנועדה להצהיר מראש על כללים בנוגע להתנהגות היא סובלת מקשיים. נגענו בהם כשדיברנו על הריאליזם. הבעיה הראשונה היא בעיית העמימות.

**בעיית העמימות**

היא התופעה שכאשר יש כלל, יכולים להבין משהו ממנו או להבין אותו לגמרי אבל נוצרת בעיה שנובעת מההכללה. כל כלל כזה מטבעו מכליל -איך תמיד צריך לכרות חוזה, לכתוב צוואה, להקים חברה. מהו נזק, מהי עוולת רשלנות וכו'. קובעים כללים מאוד רחבים.

* נובעת מהכללה- הכללות מתייחסות לסוג של בני אדם, לסוג של עצמים, לסוג של מקרים.
* שפה של הכללה מעוררת שאלות האם מקרים מסוימים הם חלק מן הכלל או לא. -עמימות סמנטית.

**דוגמה: אסור לכלי רכב להיכנס לפארק**

כלל שנקבע ע"י המחוקק או רשות מקומית שאסור לכלי רכב להיכנס לפארק. תתעורר מיד שאלה-

* מהו כלי רכב? -לכלי רכב יש משמעות ברורה שזה כולל רכב, משאית, אוטובוס. זה הגרעין של המונח הזה שהוא מובן.
* מכונית, אוטובוס, משאית. -זה הצד הברור.
* אופניים? גלגיליות? -מקרים פחות ברורים. יותר גבוליים. התשובה לא ברורה מאליה. כאן אנחנו נמצאים בשוליים של המונח ואנחנו יכולים להמשיך לשאול מה הדין של מכונית צעצוע? עגלת נכים ממונעת?

לא יודעים מה בדיוק התכוון המחוקק.

התשובה הפורמליסטית: לחפש הגדרה של כלי רכב במילון או במקום אחר בחוק, נניח בפקודת התעבורה, ולהחיל את ההגדרה הזו על המקרה. ההנחה הפורמליסטית מניחה שיש לנו בתוך החוק תשובה שניתן ללמוד אותה ממקום אחר בדרך של היקש. אבל מרגישים שהפתרון הזה לא בהכרח ייקלע לתשובה הנכונה.

נניח שאופניים הם כלי רכב לפי פקודת התעבורה. צריכים לעצור ברמזור אדום וכו'. כללי פקודת התעבורה חלים על אופניים. האם זה אומר בהכרח שגם המחוקק שקבע את איסור כניסה לפארק יתכוון לכלול אותם? יכול להיות, אבל זה לא ברור. ניתן לומר שזה כלי רכב אז כן. אבל יכול להיות שיש לאיסור להיכנס לפארק רציונל אחר מאשר רציונל של פקודת התעבורה.

ניכנס לשאול- למה לא להכניס כלי רכב לפארק? ודרך הרציונל הזה לשאול האם יש מקום לאופניים. נניח- רציונל להבטיח בטיחות בפארק קטן שיש בו ילדים ומשפחות על הדשא. סביר שנאסור כניסת אופניים שנוהגים מהר. נניח שהרציונל הוא למנוע עשן, רעש שרכבים יוצרים אז אולי אין מניעה להכניס אופניים.

אם אני אוסרת אופניים ממונעים אז אולי צריך לאסור כניסה גם לעגלת נכים ממונעת, למרות שהמהירות נמוכה.

-פורמליסטים ינסו למצוא את התשובה בהגדרה בחוק או במילון. הגדרה לשונית ויחילו אותה כאן. הפתרון הזה הוא לא בהכרח הפתרון הזה במקרה הזה.

**מה המקור לבעיית העמימות?**

* אי ידיעה של יוצר הכלל (המחוקק) את כל המקרים האפשריים בתחומי הכלל.
* אי ידיעה של המקרים והנסיבות הקונקרטיים.
* אי ידיעה של המטרות והשיקולים.

מושג העמימות הוא מושג אינהרנטי (מובנה) לשפה האנושית, כל שפה. כל מונח שניקח, אם נשאל בקצה שלו- לדוגמה: נניח קובייה על הרצפה ונשאל האם היא "כיסא"? ניתן לשבת עליה מבחינה פונקציונלית, אבל לא נראה כמו כיסא. **לכל מונח בשפה שלנו שעשירה מאוד, יהיה לו שוליים עמומים**. נשאל: האם הקובייה היא כיסא? מה זה כלי רכב? מה זה מבנה? מה זה שולחן? נבין את הגרעין שלו, משהו מרכזי, אבל יש שוליים עמומים. עמימות סמנטית היא תכונה אינהרנטית של השפה.

המשפט מדבר במילים ולכן העמימות הזו באה לידי ביטוי גם במשפט. המונחים הדאונטיים (שקובעים את דרך ההתנהגות, את החובה) של המשפט [אסור או מותר] הם ברורים. אבל כשמתארים מונחים מגיעים בשוליים לעמימות מסוימת.

המחוקק מנסה לפתור את העמימות הזו מראש באמצעות סעיפי הגדרות. יהיה כתוב- כלי רכב= לרבות אופניים. זה ניסיון להתגבר על העמימות הזו. אבל הניסיון הזה לא יכול להצליח באופן מלא.

העולם מגוון מאוד. המילים לא יכולות ללכוד את כל האפשרויות שיש במציאות. לכן, כמה שהמחוקק יעשה מאמץ להגדיר את הדברים מראש הוא לא יוכל לקלוע לכל. זה נכון להגדרת מונחים וגם נכון להגדרת המקרים האפשריים- לצפות את ההתרחשויות שיהיו במציאות. יש גם התפתחויות טכנולוגיות מאז שהחוק נקבע לפני 50 שנה ועד היום. נניח שלא הייתה עגלת נכים ממונעת אז והמחוקק לא הכיר זאת. יש התפתחויות חברתיות- מציאות חברתית חדשה. יש חוסר יכולת של המחוקק לפרט מראש את הכל.

זה שהמחוקק לא יודע את המקרים, המשמעות היא שהוא גם לא יודע את כל הטעמים- את כל המטרות והשיקולים. **לדוגמה:** המחוקק קבע שאסור שייכנס כלי רכב לפארק. השאלה היא לא רק האם משהו בגדר רכב, אלא מה יהיה השיקול החדש? נניח שעגלת נכים ממונעת, שזו התפתחות טכנולוגית שהמחוקק לא הכיר, והוא לא התייחס אליה. זו בעיה מסובכת. בבעיית האופניים- ביהמ"ש שירצה להחליט החלטה נכונה- אם הוא פורמליסט הוא יאמר שאופניים הוגדרו כלי רכב; אבל אנחנו **נשאל מה הייתה כוונת המחוקק / תכלית החוק**. האם התכלית הייתה הבטחת הבטיחות של הנופשים בפארק או התכלית שלו הייתה למנוע רעש וזיהום אוויר. אם ביהמ"ש משוכנע שהתכלית הייתה להבטיח בטיחות, אז הוא יוכל לקבוע שאופניים מסכנים את הבטיחות. אם התכלית למניעת זיהום אוויר- אז אופניים יכולים. אם יש תכלית, אני יכול כביכול לשחזר את התכלית [למרות שהיא לא כתובה וזה לא פשוט].

מה קורה כאשר התכלית והאיזונים הנדרשים לא ידועים? הסיפור של עגלת הנכים הממונעת. נניח שהיא מסכנת במידה מסוימת את הבטיחות של פעוטות בין שנה או שנתיים שמשחקים בדשא. אבל אם אני לא אאפשר לנכה אני פוגע באפשרות של הנכה ליהנות מהפארק. נדרש איזון. **ביהמ"ש לא יכול לקבוע לפי התכלית, אלא לעשות מחדש את האיזון הדרוש= בטיחות מול הבטחת נגישות לנכים**. זה איזון שהיינו מצפים מהמחוקק לעשות אותו.

אי ידיעה של המקרים העתידיים, זה לא רק שאני יכול לפרש בקלות, אלא זה מחייב את ביהמ"ש להגדיר מחדש את התכלית ולאזן בין התכליות (דבר שהמחוקק לא עשה).

עמימות- מתחילה מבעיה לשונית של השפה, ממשיכה בחוסר האפשרות של המחוקק לצפות את כל המקרים- בין כל מגוון המקרים הקיים ובין שזה התפתחויות עתידיות. המשמעות של חוסר הצפיות היא שלא קבע את התכלית ולא איזן כראוי בין כל מקרה ומקרה.

**פורמליזם**

* הקפאה של משמעות הכלל ויישומו בנסיבות החדשות. -פתרון **הפורמליסטים**: אתייחס לכלל בנסיבות החדשות. אין שקילה מחדש של כל אחד מהמקרים. הוא מניח שהכלל יתפוס.

פירוש הכלל כלי רכב לפי פקודת התעבורה ומיישמים על פיה. הפורמליזם כופר בשיקול הדעת של השופט- הוא מכחיש את האפשרות שיש לנו פה בחירה. הכלל המשפטי קובע עבור כל סיטואציה שתהיה לי ונחיל עליה את הכלל המשפטי. איעזר בלשון החוק, במילונים, חוקים אחרים ואחיל את הכלל.

**הריאליסט** יאמר שכל מקרה הוא מקרה חדש ואף אחד לא בגדר הכלל. מסתכל על הנסיבות המחודשות ודן בו מחדש.

* הכחשה של אפשרות הבחירה.
* העדפת האינטרסים של וודאות וצפיות על פני פתרון נכון. -הפורמליסט לא טיפש, אלא הוא בוחר בדרך הזו כי הוא מעדיף אינטרס מרכזי של מערכת המשפט והוא וודאות וצפיות, על פני פתרון נכון ואופטימלי לכל מקרה.

נאמנות לכללים יוצרת וודאות לכל אחד איך לנהוג, גם לבתי המשפט, גם לציפיות של כל אחד מזולתו. יכולת תכנון וצפיות. נעדיף לעשות שימוש בכללים ולהכניס מקרים לכלל למעט יוצאים מן הכלל [אלא אם המחוקק קבע חריגים לכלל ונהיה נאמנים לזה].

**הטענה של הארט** שהפתרון של הגישה הפורמליסטית היא גישה בעייתית כי היא מכחישה את האפשרות של הבחירה. כאילו מקפיאה את הכלל ומחילה אותו על כל המקרים. היא לא מודה שהמחוקק לא צפה את הדברים האלה. אם עגלת נכים ממונעת הומצאה אחרי שהחוק נחקק, הרי שהמחוקק לא יכול היה לצפות את זה. יש בפתרון הזה משהו מלאכותי. דוחה את הגישה הפורמליסטית.

**התמודדות עם בעיית אי הידיעה**

* איזון בין כללים ברורים שניתנים ליישום במספר רב של מקרים (וודאות וצפיות) לבין מרחב פתוח שבו ניתן לקבל החלטות חדשות (הפתרון המתאים).
* שימוש במונחים כלליים (סבירות, סביבה בטוחה, מחיר הוגן, צדק וכד').
* תקנות- שקובעות מראש את התוכן הספציפי של המושגים.

הארט מציע להתמודד ע"י איזון בין אינטרס הוודאות והצפיות לבין הכרה בכך שיש לנו מרחב פתוח שבו אפשר לקבל פתרון אחר. צריך ליצור מצב כזה.

המחוקק עצמו יכול ליצור את זה ע"י שימוש במונחים יותר כלליים. מושגים של סבירות, צדק. מופשטים ורחבים. הוא מכוון את השופט איך לקבוע את הדין, כאשר הוא משאיר מצד אחד את הכללים הברורים הבטוחים, ומהצד השני הוא נותן גם מונחים כללים שנותנים לשופט מרחב. אפשרות אחרת- תקנות או סעיפי הגדרות שקובעים את תוכן המושגים.

המשפט מתמרן בין שני הקטבים האלה של הוודאות ושל הפתרון הנכון.

**הכרעות שיפוטיות**

* יש סטנדרט כללי והפרטים נדרשים לפעול על פיו.
* בתי משפט מתקנים את הפעולה וקובעים סטנדרט מדויק. -באמצעות החלטות ביהמ"ש, השופטים יוצרים כיוונון מדויק מה ייחשב זמן סביר, מהן נסיבות של צדק וכו'.

המחוקק נותן מונחים יחסית כלליים לצד הכללים, תמהיל בחוק שלצד הכללים הספציפיים יש שימוש במונחים וסטנדרטים יותר כללים ובני אדם פועלים על פיהם וביהמ"ש מתקן את זה.

* **דוגמה**: חובת זהירות בעוולת הרשלנות. -צריך להגדיר יותר מזה.

1. יש לנקוט אמצעי זהירות כדי למנוע פגיעה.
2. האמצעים צריכים להיות סבירים (לא עול כבד מדי).

נחשוב מה האמצעים שימנעו פגיעה, אבל לא נטיל עלויות בלתי אפשריות למימון. נניח, הפעלת מתקן ספורט ודרישה לרצף את כל הרצפה בגומי- נחשוב על עלויות, כוח אדם שצריך להשקיע במשאבים האלה. אם מחד הוא מתעלם הוא הפר חובת זהירות. מאידך, חובת הזהירות שמוטלת עליו צריכה להיות במידה סבירה.

יש את מכון התקנים שאומר באיזה כללים יש לעמוד. אבל גם זה לא ממצה את כל האירועים. המחוקק לא יקבע בוודאי בחקיקה ראשית וגם לא בחקיקת משנה. אולי יהיו הוראות / הנחיות לאירועים שונים.

הטיפול צריך להיעשות בשטח- בתי משפט מתקנים את ההתנהגות של בני האדם.

מושג חובת הזהירות הוא מאוד כללי. השאלה איך קובעים מהי חובת הזהירות הנדרשת בכל מקרה, נקבע ע"י תקדימי ביהמ"ש. גם השאלה מהם אמצעי זהירות, ומהם אמצעי זהירות סבירים- תתעורר ונצטרך לענות עליה.

**שיקול דעת שיפוטי**

* הכרעה חדשה. קביעת מטרות ואיזון בין אינטרסים.
* חקיקה שיפוטית. ביהמ"ש מייצר חוקים בדומה לרשות מנהלית.

התפיסה של הארט את המושג של שיקול דעת שיפוטי. הטענה שלו ששיקול דעת שיפוטי קיים במקום שבו אין בחוק או בדין [כולל תקדימים] קביעה ברורה. לכן בעצם הפעולה השיפוטית יוצרת קביעה / הכרעה חדשה. המשמעות היא קביעת נורמה חדשה ויוצרת חקיקה שיפוטית. ניתן לסווג את כל ההחלטות השיפוטיות לשני סוגים- (1) החלטות שיפוטיות בהם השופט מחיל את הדין הקיים ולא קובע מבחינה נורמטיבית דבר חדש. ההחלטה שלו מצטמצמת בקביעת הרכיבים העובדתיים או בהתאמת המקרה לכלל הקיים. **השופט לא מפעיל שיקול דעת**. או (2) מקרה שבדין אין תשובה למקרה הקיים ואז השופט צריך לקבוע את הדין. מציאות שלא הוכרעה וצריך לשקול החלטה חדשה. זו תהיה הכרעה משפטית **ויש הפעלת שיקול דעת**. כך נסווג את כל ההחלטות השיפוטיות.

שיקול הדעת פירושו יצירת הלכה חדשה, הכרעה חדשה. לצורך כך הוא צריך לקבוע מטרות, לאזן בין האינטרסים. התוצאה: החלטה חדשה שתהיה תקדים ולכן יש בה אלמנט של חקיקה שיפוטית.

**החוק והרקמה הפתוחה**

* ברוב המקרים הכללים ברורים והחלטות של פרטים ושל בתי משפט הם בהתאם לכללים.
* רק בשוליים קיימת רקמה פתוחה ונדרשות החלטות חדשות בהתאם למטרות החברתיות.

הארט טוען שיש לנו בחוק "רקמה פתוחה". כך הוא רואה את החוק. החוק כמערכת שיש בה פתרון לרוב המקרים, אבל יש לה רקמה פתוחה. הרקמה הפתוחה נובעת ממקרים בהם יש עמימות סמנטית [הבחנה בין גרעין ושוליים]. Penumbra= שוליים. Core= גרעין. זו הבחנה יסודית אצל הארט בעניין העמימות הסמנטית. נקודת המוצא שלו שהגרעין הוא מובן, ובשוליים יש אי הבנה.

הפרק של הארט- פורמליזם וספקנות כללים [=ריאליזם]. הוא מנהל מערכה מול יריבים משני קטבים. מול הפורמליזם הטענה שלו: השכנוע שיש בחוק רקמה פתוחה- היא מורכבת לא רק מעמימות סמנטית (גרעין ושוליים) אלא גם כל התחום שבו המחוקק איננו צופה את מגוון המקרים או את המקרים העתידיים [שם זו לא בעיית סמנטיקה, אלא לקונה והיעדר התייחסות לכל מיני מצבים]. אי צפיות המציאות או בגלל טכנולוגיות חדשות. כל זה יוצר את הרקמה הפתוחה בחוק.

הטענה של הארט נגד הפורמליסטים: במקום שיש רקמה פתוחה לא ניתן להחיל באופן מלאכותי את החוק הקיים. החלה שלו באופן מלאכותי היא בעצם להכניס את החוק ל"מיטת סדום", להקפיא את המשמעות שלו. צריך להודות שהמחוקק לא התייחס ומי שצריך להשלים את זה הוא ביהמ"ש. יש חלוקת עבודה בין המחוקק לביהמ"ש. **אם נאמר שביהמ"ש רק מיישם חוק ולא יוצר חוק, זה מנוגד למציאות (עיוור למציאות)**. במצבים שאין בדין תשובה, על ביהמ"ש להיכנס לתפקיד כיוצר חוק.

**הריאליזם: ספקנות כללים**

* הכללים לא מספקים תשובה מדויקת לכל מקרה.
* כללים הם רק "מקורות" להחלטות בתי המשפט.
* החוק "האמיתי" (הריאלי) הוא החלטות בתי המשפט.

המחוקק נותן לו כיוון כללי, כאורדינטות. לא ניתן להכניס את המקרים לתבנית. בכל מקרה נבחן מחדש.

**תשובתו של הארט**

הריאליסטים מערערים על קיומם של כללים משפטיים מחייבים. הם מערערים על קיומו של משפט אובייקטיבי מחוץ או לפני ההחלטה השיפוטית, כלומר רק ההחלטה יוצרת את הדין. הארט טוען שיש כאן ערעור על מושג המשפט משום שבלי כללים אין משפט.

* בלי הכרה בכללים ראשוניים לא מבינים את יחסם של בני אדם לחוק. בני אדם רואים בכללים מקור לחובות וזכויות (נקודת מבט פנימית). -החוק מותאם לפעולה. האם החוק אומר לי לשלם מס הכנסה; האם אני צריך לקבל אישור על הבנייה וכו'. הטענה שכל מקרה הוא פרטי והחוק לא אומר שום דבר זה חוטא לדינמיקה והבנת מוסד המשפט. כל המשפט בנוי על כללים ופעולה לפי כללים.
* בלי הכרה בכללים משניים אין בתי משפט. -ביהמ"ש פועל מכוח כללים שמגדירים אותו ואת סמכויותיו. אם כופרים בקיום הכללים, מכוח מה פועל ביהמ"ש? וגם פעולת בני אדם כפרטים נעשית מכוח הכללים. הטענה הרדיקלית שהכללים לא מחייבים כי כל מקרה ניתן לאבחן ולראות את הייחוד שלו, הארט אומר שבתחום המשפטי בני אדם פועלים לפי כללים. המדינה קובעת כללים.

**ביקורת הריאליזם**

* קיומה של רקמה פתוחה אינו סותר את קיומו של כללים [רקמה סגורה]. לכללים יש גרעין מסוים שבו הם פועלים. במקרים רבים הכלל חל. יש מקרים בשוליים שבהם הם לא מתקיימים.
* "אם כללים אינם פועלים כמו שהפורמליסט חושב שהם פועלים אז אין כללים". -הפורמליסט חושב שהוא פועל כמו אלגוריתם. הארט אומר שזה לא נכון כי כללים פועלים בדרך אחרת. הם פועלים במקרים רבים ויש להם יוצאים מן הכלל [רקמה פתוחה].
* הספקן מאוכזב מזה שאינו חי בגן עדן של כללים.
* יש להכיר בכללים ובמגבלותיהם. -אי אפשר להבין משפט בלי כללים, אבל צריך להכיר בקיומה של רקמה פתוחה.

**הארט**: אם הפורמליסטים אמרו שהמשפט פועל באופן מלא לפי כללים, באופן לוגי ועקבי. הריאליסטים אמרו שהכללים לא יכולים להכתיב תוצאה באף מקרה. **הארט אומר שיש לחלק את הפעילות השיפוטית ל-2**: יש מצבים בהם המשפט פועל באופן פורמליסטי- בגרעין של הכללים, "ברקמה הסגורה" של החוק. במקום שהחוק מהודק והכלל חל לגביו צריך לפעול כמו הפורמליסטים. במקום שהכלל לא חל [מקום של רקמה פתוחה], אז פועלים באופן ריאליסטי. הוא הלך על **גישת ביניים**. יש מקום שהשופט מפעיל שיקול דעת ויש מקום שהשופט לא מפעיל שיקול דעת.

להפעיל שיקול דעת אין כוונה ל"לחשוב" / "לשקול", אלא במשמעות המשפטית זה אומר יישום הדין הקיים [אין הפעלת שק"ד] או יצירת דין חדש, קבלת החלטה חדשה [יש הפעלת שק"ד].

-הריאליסטים נוכחים לדעת שהכללים לא נותנים פתרון מלא. אבל הארט אומר להם שבואו תראו מתי אין פתרון מלא ומדובר במיעוט המקרים. לכן נכיל את הגישה הזו רק לגבי "הרקמה הפתוחה", היוצאים מן הכלל.

הארט אומר במאמרו- איך שופטים בדרך כלל מצדיקים את ההחלטות שלהם? בדרך כלל הם מפרשים את החוק. בדרך של פרשנות. הארט אומר שהפרשנות ששופטים נותנים לחוק ומכניסים את המקרה שלהם לתוך הכלל הקיים זו הסוואה ואמצעי רטורי. השופט רוצה לשכנע אותנו שהוא לא מקבל החלטה חדשה (בדרך כלל) ושהוא מיישם את החוק. כי הלגיטימציה הציבורית של ביהמ"ש היא בתפקיד יישום החוק, פרשנות החוק. לדעת הארט הפרשנות היא כיסוי והסוואה לדבר האמיתי= החלטה אמיתית של השופט=שיקול דעת.

שיקול דעת ופרשנות ביסודו של דבר הם 2 חלופות, אלטרנטיבות להסביר החלטה שיפוטית. יש שופטים שמנמקים את ההחלטה שלהם בפרשנות. כמו בפס"ד פלוני- דעת הרוב: יש אי מסוגלות הורית והמקרה שלי נכנס ל"אי מסוגלות הורית". זו הגישה של רוב השופטים ברוב המקרים, כי יש לה יותר לגיטימציה ציבורית. תפקיד השופט לפרש את החוק וליישם אותו. הארט אומר שבעצם במקרים האלה השופט מקבל החלטה חדשה.

הארט ינתח את פס"ד פלוני בכך שזה מקרה של "רקמה פתוחה" של החוק. המחוקק לא התייחס לסיטואציה שבו אדם פיתה נערה והוליד ממנה ילד. הוא לא קבע תשובה בשאלה האם הילד בר אימוץ. זה מסוג המקרים שהמחוקק לא צפה. אחרי שהמחוקק לא צפה, ביהמ"ש צריך להחליט ולהפעיל שיקול דעת. **הארט יאמר שההחלטה האמיתית של ביהמ"ש היא החלטה מחודשת**- הוא שוקל ומאזן האם ראוי להכריז על הילד בר אימוץ. ההנמקות של השופטים מבחינת הארט פחות מעניינות. הארט לא צריך ללכת עד למשפט הטבע כמו חשין. כאשר שופט נתקל במקרה שאין בדין תשובה, תפקיד השופט להחליט מה ראוי והוא עושה איזון מחדש. הוא גם לא צריך להתאמץ כמו החלטת הרוב ולהכניס בכוח את המקרה ל"אי מסוגלות הורית".

מה הדרך הכי קרובה להארט מבין השופטים שננקטה שם? הגישה של חסר סמוי. יש מצב של חסר. המחוקק לא התייחס למקרה ולכן אני משלים אותו. הארט מתייחס לכל המאמצים הפרשניים וההנמקתיים כעניין רטורי. ביהמ"ש צריך לשכנע את קוראי פסה"ד, את הציבור, קהילת המשפטנים בפסיקה. אך, יש פה מקרה חדש שאין עליו בדין תשובה ונכנס ביהמ"ש כמי שנותן תשובה.

המאמץ הפרשני הוא משני, מנקודת המבט של הארט. לא צריך להתאמץ לומר שהתשובה נמצאת בחוק. זה גם לא יהיה דרמטי להכניס את משפט הטבע עכשיו. מתחבר לעניין של הפרדה בין משפט ומוסר.

במאמר שקראנו על הארט בפרק אחר, הארט מניח את **ההבחנה בין גרעין ושוליים** בהקשר של הפרדה בין משפט ומוסר. הוא מתייחס להפרדה בצורה יותר מתוחכמת. **מה קורה בתחום של השוליים [penumbra] – הרקמה הפתוחה?** הרי הארט מסכים שהשופט לא יכול להחיל את הדין הקיים**. הארט מזמין את השופט גם לשקול שיקולים מוסריים**. הארט מודה שיש מקום לכניסת שיקולים מוסריים / כלכליים / ביטחוניים / /חברתיים – לפי העניין.

במצב שלדין אין תשובה: השופט ישקול את התשובה לפי שיקולים רלוונטיים לעניין- האם זו שאלה מוסרית, כלכלית, ביטחונית. זה יהיה לגיטימי. ההפרדה הזו נסדקת והיא לא הפרדה חדה.

בתוך התחום של שיקול דעת כשאין כלל בדין- 2 דרכים: 1)קבלת הכרעה לפי תכלית החוק. השופט יהיה נאמן לתכלית החוק. 2)מקום שתכלית החוק לא מספיקה ונדרש לעשות מחדש את האיזונים.

**פס"ד פלוני**- תכלית החוק: להורה יש זכות לגדל את הילד; מצד שני יש מצבים שמוציאים ילדים מחזקת הוריהם. אם לא נוכל להגיע לפתרון באמצעות התכלית הזו, הרי שיש החלטה חדשה.

אם החוק לא אומר באופן רשמי הרי שהוא לא בר אימוץ. אבל יש מקרים שנשקול אותם שכן תהיה עילת אימוץ, כי ייתכן שהמחוקק החסיר משהו.

* אם אין כלל בדין אבל ניתן לפעול בהתאם לתכלית 🡨 אני אפעל. ניתן להתפלפל האם מפעילים שיקול דעת.
* **נניח** ביהמ"ש הגיע למסקנה שהתכלית היא שמירת בטיחות הילדים, לפי התכלית נאסור כניסת אופניים. מחד, זו הפעלת שיקול דעת כי זה לא קיים. זה עמום. מאידך, זה בהתאם לתכלית. זו לא הפעלה מובהקת של שק"ד [שאומרת שנשקלים מחדש האיזונים והמטרות של החוק].
* **פסה"ד ריגס** של הנכד שרצח את סבא שלו- חוק הירושה לא כתב חריג לגבי יורש שרצח מוריש. הכלל לכאורה חל אבל ביהמ"ש קבע חריג. אחת ההנמקות: חסר סמוי. נניח שהמחוקק לא צפה. נעשה תרגיל מחשבתי. נשאל את המחוקק מה אתה היית אומר על מקרה כזה, ואני מניח שהמחוקק היה אומר שאין לתת את הירושה לרוצח. לכן **רואים את זה כחסר שביהמ"ש משלים אותו**. **ביהמ"ש עשה איזון מחודש בין העיקרון של הצוואה לבין העיקרון המוסרי של "הרצחת וגם ירשת"**.
* אין כלל בדין= אני בחלל, חסר. שיקול הדעת עובר אל השופט. הסמכות להחליט + שיקול הדעת של המטרות והתכליות הדרושות לאיזון. במסגרת ההחלטה הזו הוא יכול לשקול שיקולים מוסריים אם מדובר בשאלה מוסרית. או שיקולים כלכליים אם מדובר בשאלה כלכלית: על מה ראוי להטיל מס. וכו'.

ביהמ"ש יכול להפעיל שיקולים חוץ-משפטיים.

מי שדוגל בשיקול דעת שיפוטי כמו הארט, גם מניח שהשופט בשלב הזה שוקל שיקולים חוץ-משפטיים. הפורמליסטים אומרים שהשופט אף פעם לא שוקל שיקולים חוץ-משפטיים. הארט אומר שבמצב שבו אין תשובה בדין והשופט צריך לשקול, **שק"ד שיפוטי פירושו הפעלה של שיקולים חוץ-משפטיים**. אם אני רק מפעיל שיקולים משפטיים, אני נמצא בתחום הדין. אם בדין אין תשובה, אני יוצא מהדין, ועובר לשיקולים חוץ-משפטיים [מוסריים, ביטחוניים.. לפי העניין]. לא שיקולים שהחוק הגדיר אותם.

הארט אומר לנו שמערכת המשפט מורכבת יותר ממה שחשבנו. במקום הפרדת רשויות- מחוקקת, מבצעת, שופטת. התמונה הקלאסית של מונטסקייה. נתמכת בשיקולים דמוקרטיים- המחוקקת= האספה הנבחרת= מייצגת את רצון העם. אבל, כעבור 200 שנה מתברר שהמציאות מורכבת יותר. היחס בין הרשות המחוקקת לבתי המשפט: בתי המשפט לא יכולים רק ליישם את החוק, כי הם נתקלים בהרבה חוקים שיש חלל. אופציה 1: פורמליסטית= הכחשת החלל והתאמצות להחיל את החוק. אבל לפי הארט זה מלאכותי. וכן הלאה.

לשופט 2 תפקידים: יישום החוק ויצירת החוק במקום שאינו קיים.

**פס"ד נחמני**- טכנולוגיה רפואית חדשה שהמחוקק לא הסדיר אותה. קל לומר שזה לא הוסדר.

מקרים של חסר סמוי [שנובע רק מכוח ההגדרה]. רצח הסבא ע"י הנכד / פס"ד פלוני- **זה חסר כי אם נכיל את הכלל התוצאה נראית בלתי צודקת.** המבחן לדעת שזה לא רק עניין של השופט נגד זה הוא המבחן של "מה היה אומר המחוקק". אם שואלים את זה בכנות, זה מגלה את הדבר הזה.

אם אני משוכנע שהמחוקק היה אומר אחרת, הרי שזה באמת חסר. זה תרגיל מחשבתי כי לא באמת שואלים את המחוקק.

**חשין בפס"ד פלוני** התנגד לטכניקה של חסר סמוי בטענה שהוא נתפר ע"פ התוצאה.

יש מקרים ברורים כמו מקרה הנכד שרצח את סבא שלו- זה מקרה שברור שהמחוקק היה אומר לתקן את החוק. יש מקרים שיהיה ויכוח מה יאמר המחוקק. זה תרגיל שמסייע להבין האם יש חסר אמיתי או רק ניסיון להגיע לתוצאה.

פרשנות תכליתית של השופט ברק- מיישם את התכלית, גם אם אין כלל ברור בדין.

הפעלת שיקול דעת= מודה שאני לא מיישם את החוק.

מושג של תכלית אצל השופט ברק הוא מאוד מורכב- גם תכליות השיטה בכלל, מלבד תכלית החוק.

בשבוע הבא נלמד את תורת המשפט של דוורקין, שהיה משפטן דגול. הוא ירש את הארט באוקספורד בתור פרופ' לפילוסופיה של המשפט. הארט פעל בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה. דוורקין ירש את הארט בשנות ה-70 ומיד חלק עליו. מאמר התקפה על תורת המשפט של הארט. ספציפית על הנושא של שיקול דעת ופרשנות. נקרא את המאמרים שלו בשבוע הבא. זו תיאוריה חלופית שמבוססת על פרשנות ולא על שיקול דעת. על רקע זה נבין את ברק, שהוא במידה רבה מושפע וממשיך את הכיוון של דוורקין.

**שיעור 16- 24/05/22**

**תורת המשפט של רונלד דוורקין**

נקודת המוצא תהיה עניין של שיקול דעת. הוא מתכתב גם עם השאלה של פוזיטיביזם ומשפט טבע, אבל נקודת המוצא שלו היא שיקול דעת ולכן נלמד אותו בפרק הזה.

רונלד דוורקין החל לכתוב בשנות ה-60 של המאה הקודמת [19]. נפטר ב-2013. הוא ירש את הארט. לאחר מכן, הוא כתב מאמר התקפה על התורה של הארט והציע תורת משפט אלטרנטיבית שנקודת המוצא שלה היא הנקודה של שיקול דעת שיפוטי.

הוא מתחיל בפוזיטיביזם- 3 עקרונות:

**פוזיטיביזם: 3 עקרונות**

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.

לא אשאל האם הכלל הוא טוב או לא, מועיל או לא. אלא שואל את השאלה האם הכלל הזה חוקק בהתאם לכללי החקיקה באותה שיטת משפט. בסופו של דבר, נשאל מה מקורו של הכלל.

1. במקרה שבו אין כלל שמכסה את המקרה, אי אפשר להחיל את החוק. במקרה כזה ניתן לשופטים שיקול דעת ליצור כלל חדש.
2. במקום שבו אין כלל שמכסה את המקרה אין חובה משפטית.

אם אין כלל אין חובה משפטית, לכן ההחלטה של השופט היא החלטה שמעורבים בה שיקולים חוץ-משפטיים. החוק לא אומר מה לעשות אם יש אופניים בפארק, החוק לא אומר מה לעשות כאשר יורש רוצח את סבו, אדם שפיתה אישה והביא ממנה ילד והאם להכריז עליו כבר אימוץ- לכל המקרים האלה אין תשובה בחוק ולכן אין חובה משפטית. יש שם חלל ובמקום הזה השופט מפעיל שיקול דעת וקובע כלל חדש.

**התיאוריה של הארט**

מבין כל התיאוריות הפוזיטיביות התורה המשוכללת ביותר היא התורה של הארט ולכן אתקוף אותה. מראה את התורה הכי טובה שגם היא לא נכונה.

**יש 2 דרכים עקרוניות להכרה בכלל משפטי:**

**קבלה ישירה 🡨 כלל הזיהוי**. [מאמצים את כלל הזיהוי שקובע מה מקורות המשפט. מכאן ואילך שאר הכללים המשפטיים לא מאומצים באופן ישיר אלא בדרך של תקפות].

**תקפות 🡨 כל הכללים המשפטיים**.

כל נורמה משפטית אני משתלשל איתה עד למקור שלה, ולראות שהמקור שלה הוא מחייב. כך לפי התיאוריה של הארט.

**סטנדרטים, עקרונות ומדיניות**

דוורקין רוצה להבחין בין סוגים שונים של נורמות משפטיות- בין כללים לבין מה שקוראים "סטנדרטים" או "עקרונות" או "מדיניות"- נורמות כלליות. כולם נופלים תחת ההגדרה "עקרונות"- principals. אבל דוורקין עדיין מבחין ביניהם.

* **עקרון**- עקרון מוסרי. מכוון למעשה מסוים ולא לתוצאה. לדוגמה: שלא יהיה חוטא נשכר.
* **מדיניות**- המטרה היא תוצאה חברתית או כלכלית. למשל: להגדיל את הצמיחה במשק, מניעת תאונות. צמצום או הגדלת ההגירה במדינה [תלוי חברה].

דוורקין ישאל מה המקום של עקרונות מופשטים אלה במשפט? הוא שם תחתם עקרונות מוסריים ומדיניות. שאלות של מדיניות- לא מוסריות בעיקרון אלא שאלה של החלטות חברתיות בכל מדינה- האם היא רוצה הגירה או לא, רוצה תחרות במשק ובאיזה מידה, רוצה לאפשר ייבוא וכו'. לכל שאלות המדיניות האלה יש השפעה על המשפט.

מדיניות [לאו דווקא מוסרית] ועקרונות מוסריים [דרישה מוסרית] – הוא שם אותם ביחד תחת כותרת "עקרונות". הוא רוצה להנגיד אותם לכללים משפטיים. **עשינו את ההבחנה הזו בשיעור הראשון בקורס**.

**כללים ועקרונות**

**כלל**- מגדירים אותו כספציפי. לדוגמה: משפט פלילי- יש עבירות ויש הגדרות מדויקות מהן יסודות העבירה, יסוד פיזי ויסוד נפשי. הכלל מנוסח בצורה כזו שהוא מכיל את היסודות שלו. לדוגמה: "הגורם בכוונה למותו של אדם"=רצח. לדוגמה: "בעילה אסורה". כל עבירה מוגדרת עם כללים ספציפיים. גם בתחום האזרחי יש הגדרות ספציפיות. **להבדיל מעקרונות שהם מופשטים יותר**. לדוגמה עקרונות חוקתיים- לכל אדם זכות קניין, זכות לפרטיות, חופש הדעה, חופש הביטוי, חופש הדת.

-כלל הוא ספציפי ועקרון הוא כללי. יש הבדל ברמת ההפשטה. כלל כולל נסיבות מסוימות והעקרון ברמת הפשטה גדולה יותר. בנוסף, ניתן לראות בעקרונות מטרות של הכללים. הכלל הוא סוג של מקרים פרטיים לעומת עקרון שהוא יותר מופשט.

דוורקין לא הסתפק בזה ונתן הגדרה מעניינת, שהיא אולי מועילה יותר:

* כלל מטבעו מכתיב את התוצאה במקרה הנדון. חל בדרך של הכל או לא כלום.

לדוגמה: אני מואשם שנהגתי במהירות מעל המותר בדרך עירונית. נסעתי 70 קמ"ש כשמותר 50 קמ"ש. נניח שאני בא ומראה שהדרך שנסעתי בה היא דרך בינעירונית [צילמתי את התמרור]. באותו רגע- אני מזוכה. הכלל הזה רלוונטי רק לגבי דרך עירונית. כשזו דרך בינעירונית הכלל בטל.

אם זה היה סטנדרט זה יכול היה להיות גמיש יותר.

אם לא הוכיחו את יסודות העבירה האדם זכאי, גם אם יאמרו שהוא נהג בצורה לא מוסרית. אם המקרה נופל לתוך הכלל זה מכתיב את התוצאה [לקבל עונש, חוזה יהיה תקף, הקניין יירשם על שמך וכו']. אם זה לא בגדר הכלל- הכלל לא רלוונטי.

לא כך עובדים עקרונות.

* עקרון אינו מכתיב תוצאה. עקרון פועל כאשר יש לצדו עקרונות אחרים.

בדרך כלל מפעילים כלל אחד. ביהמ"ש בודק איזה כלל רלוונטי. אבל במקום שפועלים לפי עקרונות עיקרון אחד לא קובע את התוצאה. בשל ההפשטה שלהם יחולו על המקרה מספר עקרונות. נצטרך לאזן בין העקרונות [כפי שבא לידי ביטוי בדיונים החוקתיים]. אף עיקרון לא קובע את התוצאה.

* לעקרון יש משקל. הכרעה לפי עקרונות דורשת איזון או הכרעה. [יש משקל סגולי ונצטרך להחליט לאיזה עקרון אני נותן יותר משקל. מתחייב איזון או הכרעה].

**המשפט מכיל עקרונות**

הטענה של דוורקין הייתה שהתפיסה הפוזיטיבית בנויה מכללים בלבד. שם המאמר= Model of rules. לטענת דוורקין, תפיסת המשפט הפוזיטיביסטית כמודל של כללים, והפוזיטיביזם מתעלם מקיומם של עקרונות במשפט. הטענה שהייתה חידוש גדול כשהמאמר נכתב [בשנת 68-69] היא שהמשפט מכיל עקרונות. הוא לוקח 2 פסקי דין כדי להדגים את זה- 1) הסיפור של הנכד הרוצח את סבו המוריש.

**1) פרשת Riggs vs. Palmer**

* **העיקרון: ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה**.

לפי כללי הירושה שפעלו באותה עת בניו יורק, נקבע שאדם הרשום בצוואה כיורש הוא יורש. הואיל והנכד ריגס נרשם בצוואה כיורש אז הוא היה צריך להיות היורש. לביהמ"ש זה לא נראה. היו לו מספר נימוקים. אחד מהם- ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה.

הנמקה אחרת- מה הרציונל של המצווה. להיכנס לעומק דיני הירושה ולומר שיש פה מקרה של חסר סמוי, שהמחוקק לא נתן עליו את הדעת ואילו היה מתייחס לזה לא היה מאפשר סיטואציה כזו. אנחנו לא נתייחס לנימוק הזה כרגע.

מנתח את המקרה- יש כלל משפטי: דיני הירושה, ויש עיקרון. ביהמ"ש דחה את הכלל המשפטי מכוח העיקרון. העיקרון הזה לא קבוע בחוק [בדיני הירושה או באופן כללי בדין האזרחי האמריקאי]. זה עיקרון צדק, עיקרון מוסרי מופשט, שמקובל על בתי המשפט. הוא מקובל במשפט המקובל בלי שנקבע באופן פורמלי ועדיין משפיע.

כלומר לטענתו לפוזיטיביסטים יש שטח מת במשפט. בניתוח פסקי דין של ביהמ"ש תגלו שביהמ"ש משתמש גם בעקרונות שהם אינם חלק פורמלי מהדין.

באמצעות ההנמקה הזו דוורקין מוכיח שבביהמ"ש מפעילים עקרונות שלא נקבעו במפורש ע"י המחוקק.

**2) פרשת Henningsen vs. Bloomfield Motors**

* **העיקרון: ליצרן מכוניות יש אחריות מיוחדת כלפי הלקוח**.

מדובר על יצרן מכוניות **בלומפילד**. **הנינגסן** הוא הלקוח שקנה מכונית. המכונית עשתה תאונת דרכים והיו נפגעים. חקרו את התאונה והתברר שהתאונה נגרמה מפגם בייצור המכונית. הלקוח תבע את היצרן על הנזק- היו פצועים, נכים, אולי אף הרוגים.

מה טען היצרן? יש לנו חוזה ובו כתוב שעל כל פגם שייגרם היצרן נושא באחריות **לתקן**. היצרן אמר שהוא לא מתכחש שהיה פגם ולאחריותו על הפגם, אבל האחריות שלו לא מגיעה לפצות על נזקים שנגרמו בעקבות הפגם. לפי כללי דיני החוזים, החוזה הגדיר את האחריות שלי. האחריות שלי רק לתיקון המכונית ולא לפצות על נזקים שייגרמו בעקבות זאת. ביהמ"ש דחה את טענת ההגנה של היצרן ואמר שהוא חייב לפצות את הלקוח. הרי זה בניגוד לדיני החוזים. הסיבה: יש לו אחריות מיוחדת כלפי הלקוח, זה נגרם עקב רשלנות, והעקרון הזה גובר על ההסכמה החוזית. ההסכמה החוזית לא יכולה לבטל את זה. [כמו שהיה **פס"ד צים** שאישה קיבלה קלקול קיבה בעקבות הפלגה, החברה טענה שזה לא באחריותם לפי תנאי הכרטיס. היצרן מגן על עצמו באמצעות חוזה. מרגישים שזה לא צודק. ביהמ"ש מדבר על זכות החיים, שלמות הגוף, ערכים חשובים שאי אפשר להתגונן מפניהם או לוותר על האחריות הזו באמצעות חוזה].

דוורקין מפיק מהמקרה הזה- החלטה שיפוטית היא לא רק יישום של הכללים המשפטיים. יש בהחלטה שיפוטית גם שימוש בעקרונות מופשטים שהם אינם קבועים בחוק [הם לא חלק מהמשפט לפי ההגדרה הפוזיטיבית- לא נקבעו ע"י המחוקק ולא מזוהים ע"י כלל הזיהוי].

**הטענה של דוורקין: המשפט הוא יותר עשיר ממה שאתם מתארים**.

אנחנו נמצאים בשאלה של תיאור נכון של המשפט. הטענה של דוורקין שהתיאור הפוזיטיבי של המשפט הוא לא נכון. המשפט כפי שמכירים אותו הוא יותר עשיר מאשר מודל של כללים, יש בו עקרונות שהם לא חלק מהכללים.

התגובה לדוורקין של הפוזיטיביסטים שהוא הקצין. פוזיטיביסטים מודים שיש עקרונות במשפט, כל עוד הם נקבעו. למשל, עקרונות חוקתיים. אבל דוורקין טוען שיש עקרונות שהם מעבר לעקרונות החוקתיים. יש עקרונות רחבים יותר, שגם אם החוקה לא הזכירה אותם, הם חלק מהמשפט. בתי המשפט עושים בהם שימוש. כנ"ל מדיניות- בתי המשפט עושים שימוש לא רק בעקרונות מוסריים, אלא גם במדיניות. ביהמ"ש מחליט החלטות לפי שיקולי מדיניות, למשל של חופש תחרות. **פס"ד טבעול נ' שף הים**. שף הים מומחים במוצרי דגים, טבעול מומחים בייצור מוצרים צמחוניים. שף הים רצו לעשות שיתוף פעולה ולייצר דגים מוקפאים כמו שטבעול מכינים. החשש בהסכם כזה, שכל חברה תלמד את הסודות של החברה השנייה תוך כדי עבודה ואח"כ הם יתחרו אחד בשני. היה להם הסכם של אי תחרות. הסכם שקבע שחברה לא יכולה בתוך 5/10 שנים לייצר בעצמה לבד את המוצרים של חברתה. שף הים לא יוכלו לייצר מוצרים מוקפאים וטבעול לא יכולים לייצר דגים. נקבע קנס גדול. כעבור שנתיים אחת החברות יצאה החוצה והתחילה לייצר לבד. החברה השנייה תבעה אותה על הפרת חוזה וביקשה פיצויים. מקרה פשוט לכאורה. אך ביהמ"ש העליון פסק שמשחררים את החברה, כי זה טוב לשוק שתהיה תחרות [שיקולי מדיניות]. **ביהמ"ש דחה את המסקנה המתבקשת מחוק החוזים**. הכניס פה שיקול שלא כתוב בשום חוק – שיקול תחרות חופשית.

מנקודת מבט של דוורקין יש שימוש בעיקרון, במקרה הזה מדיניות [policy] רוצים תחרות חופשית כי זה מועיל לכלכלה ולציבור. המדיניות הזו לא נקבעה כשיקול בדיני חוזים, וזה הופך להיות שיקול משפטי שמכריע נגד דיני חוזים.

**האם העקרונות הם חלק מהמשפט?** או שבתי משפט מתחשבים בהם כשיקולים חוץ-משפטיים.

**אפשרות 1:** לחשוב על העקרונות כחוץ-משפטיים. עקרונות אינם חלק מהמשפט ולכן אינם מחייבים. בית המשפט פונה אליהם כאשר הוא מפעיל שיקול דעת. זו התשובה הפוזיטיביסטית- העקרונות הם חוץ משפטיים.

**אפשרות 2:** עקרונות הם חלק מהמשפט והם מחייבים כמו כללים.

**כלל הזיהוי**

* עקרונות אינם תקפים מכוחו של כלל הזיהוי.

דוורקין מקשה ואומר שהיו כללים משפטיים ועדיין השתמשו בעקרונות האלה. העיקרון התגבר על הכלל המשפטי. יש להם משקל שווה לכללים ואולי אפילו גובר. כפי שראינו בכל המקרים. עקרונות מחייבים ואולי אפילו לא פחות.

* עקרונות מחייבים משום שהם מוצדקים, כלומר משום שהם מתקבלים באופן ישיר. -נראה לנו צודק שלא יצא חוטא נשכר, שתהיה אחריות יצרן ללקוח. המעמד שלהם לא נובע מכוח התקפות, אלא מכוח קבלה ישירה. זה לא מתאים למודל הפוזיטיבי- שם הכל נובע מכלל אחד. כאן הם פועלים באופן ישיר.
* **מסקנה**: המשפט אינו מוגבל על ידי כלל הזיהוי. -זו המסקנה של דוורקין. הניסיון להגדיר את המשפט באמצעות נורמת אב, עקרון על שקובע שער או גבולות למשפט זה ניסיון לא מוצלח שלא משקף את המשפט כפי שהוא עובד בפועל [תורת הפקודה; נורמת הבסיס; כלל הזיהוי]. המשפט מפולש ויש לו דלתות פתוחות, שדרכן נכנסים כל מיני שיקולים שנמצאים לכאורה מחוץ לעולם המשפט [מוסרי, מדיניות, כלכלי, חברתי]. לכן המשפט לא עצמאי ולא ניתן להגבילו באמצעות כללים.

דוורקין חושב שהמדיניות נקבעת ע"י המדינה ולא ע"י השופטים. הוויכוח הוא האם צריך להחיל אותה בביהמ"ש. המדינה מנהלת שוק חופשי והיא רואה את התחרות כערך רצוי. השופט לא מחדש בעניין הזה. אך הוויכוח האם זה צריך לגבור על הכלל. דוורקין יאמר שהפנייה אל העקרונות והמדיניות הם לא המצאה של השופטים, אלה עקרונות מוסכמים וקווי מדיניות שהמדינה מצהירה עליהם. **כל השאלה היא לגבי האיזון שלהם במקרה ספציפי, שזו מלאכת השיפוט**.

לטענת דוורקין- למשפט אין גבולות. הוא לא תחום סגור כפי שהפוזיטיביסטים מנסים לתאר אותו. המשפט הוא שפה או שיטה שדרכה שוקלים עקרונות שהם מחוץ למשפט. נציג את הוויכוח בין דוורקין לבין הפוזיטיביסטים בשאלה "האם למשפט יש גבולות".

**התיאוריה של דוורקין היא עמדה לא פוזיטיבית**. דוורקין שייך לגישה הלא-פוזיטיבית. אבל הוא לא קורא לעצמו משפט טבע. **לטענתו, יש במשפט יסוד מופשט שאינו מוגבל ע"י חקיקה**.

**שיקול דעת**

* לפי הפוזיטיביזם, במקום שבו אין כלל משפטי השופט מפעיל שיקול דעת ויוצר כלל חדש. בכך השופט פועל כמחוקק משנה.

**סוגים של שיקול דעת**

באנגלית discretion **מתאר את פעולת ההחלטה של גורם שמחליט**.

* שופט במשחק כדורגל שמפעיל שיקול דעת. הוא קובע מתי "חוץ", "עבירה", "בעיטת עונשין", "שער" וכדומה. השופט לא קובע שום דבר נורמטיבי, אלא הוא מיישם את המקרה על הכללים. מתאים את הכלל למקרה. הקביעה שלו היא במישור העובדתי ולא הנורמטיבי.
* מפקד פלוגה מורה למפקד מחלקה לקחת למשימה את חמשת החיילים החזקים ביותר. נניח שמ"פ לא מכיר את החיילים, אז הוא נותן קריטריון "הכי חזקים". המפקד הזוטר מיישם את הקריטריון. דומה לשופט כדורגל במובן הזה שהמ"מ לא מחליט בעצמו נורמטיבית, אלא יש לו החלטה עובדתית.
* מפקד פלוגה מורה למפקד מחלקה לקחת למשימה חמישה חיילים. לא נותן לו קריטריון. המפקד הזוטר צריך לחשוב לפי איזה קריטריון לבחור את החיילים והוא עכשיו קובע את הכללים. המ"מ צריך להפעיל שיקול דעת- הוא צריך להחליט איזה חיילים מתאימים לכל משימה ואיזה קריטריון לקבוע בכל משימה. יש משימה שהוא צריך את החזקים, משימה שצריך את המהירים, משימה שצריך את הצלפים וכו'.

**דוורקין נותן הבחנה בין שיקול דעת חלש לחזק**.

* **שיקול דעת חלש** הוא במקום שבו מקבל ההחלטה לא קובע קביעה נורמטיבית, כמו הכדורגל. **יש עליו חובה** – יש קריטריון שקובע עליו מה להחליט. שופט כדורגל חייב לשרוק במקרה של חוץ, שער או פנדל. שיקול הדעת שלו מתמצה בשאלה העובדתית, התאמת הכלל למקרה.
* **שיקול דעת חזק** -מקבל ההחלטה משוחרר מקריטריון, הוא יוצר בעצמו את הכלל **ואין עליו חובה**. לדוגמה המקרה האחרון שהמ"מ יכול לבחור איזה חיילים לאיזה משימה. משימות רגישות יותר שצריך להחליט. באופן כללי ניתן לומר שהוא צריך לתת החלטה מיטבית ולא רנדומלית.
* **שיקול דעת חזק**- מפעיל שיקול הדעת אינו כפוף לנורמה.
* **שיקול דעת חלש**- מפעיל שיקול הדעת כפוף לנורמה.
* **איזה שיקול דעת יש לשופט בעת קבלת החלטות?** שיקול דעת חלש / חזק?

אין ספק שבמקרה שבו יש כלל משפטי רלוונטי, השופט מפעיל שיקול דעת חלש. למשל, אדם בא לשופט תעבורה וצילמו אותו נוסע ב-90 במקום שמותר לנסוע 70, אז השופט מאשר את התביעה של המשטרה. מקרה מהסוג הזה לשופט שיקול דעת חלש. גם לפי הארט וגם דוורקין.

במקרים שאין כלל משפטי פשוט, לדוגמה: פלוני נ' פלונית, שף הים, ריגס- נשאל איזה כלל יחול כאשר על פניו אין כלל? **לפי הארט, במקום שבו אין כלל משפטי [נמצאים ברקמה הפתוחה של החוק] אז השופט מפעיל שיקול דעת חזק** כי אין כלל ואין חובה משפטית. השופט נדרש ליצור את הכלל ולעשות איזונים מחודשים.

**לפי דוורקין**, איזה שיקול דעת יש לשופט במקרה כזה? נחשוב איך השופט מחליט.

**שיקול דעת לפי דוורקין**

איך שופט מחליט במקרים שאין כלל משפטי רלוונטי. **במקרים קשים= אין כלל משפטי**.

דוורקין מתווכח עם הטענה של הארט, שלשופט במקרים קשים שיקול דעת חזק. כשאין כללים, השופט מפעיל את שיקול דעתו באמצעות העקרונות, שלפי הארט הם חוץ- משפטיים [מוסריים, ביטחוניים, חברתיים]. החידוש של דוורקין שעקרונות הם חלק מהמשפט. אם השופט מחליט לפי עקרונות אז הרי שהוא מחליט לפי נורמות משפטיות, אז זה כאילו שיש כללים ולשופט שיקול דעת חלש.

* **עקרונות הם חלק מהמשפט**.
* **במקרים שבהם אין כללים שופט מחליט לפי עקרונות**.
* **לשופט יש שיקול דעת חלש**.

השופט תמיד כפוף לחובות משפטיות. השיקול שלאב מסוים לא מגיע לגדל ילד, שיקול שיצרן מכוניות חייב באחריות כלפי לקוח שנגרם לו נזק, שיקול של תחרות חופשית במשק- אלה שיקולים משפטיים לפי דוורקין, והם חלק מהמשפט.

הוא יודע את זה כי השופטים יכולים להשתמש בהם כדי לגבור על כללים. למדים מדרך העבודה של השופטים.

שופט נמצא בעולם משפטי שלפי דוורקין אין בו חללים. אין בו מקומות שאין משפט, כי כל שיקול שאתה מעלה הוא שיקול משפטי.

לפי הארט, הואיל ולמשפט יש גבולות והוא מוגדר, אז במקום שאין כלל משפטי יש חסר וחלל שם נפעיל שיקול דעת.

**דוגמה של מוצק וגז**- האם כל מה שמעבר למה שרואים הוא ריק? יודעים שבחלל יש חמצן, שומנים, וירוסים- יש פה עולם ומלואו. המוצקים [הדברים הוויזואליים] הם לא הדברים היחידים בעולם. המשפט מלא יותר- נורמות שרואים וגם עקרונות וקווי מדיניות שממלאים את חלל המשפט. כאשר השופט מחליט הוא לעולם לא בעולם ריק. לכל העקרונות האלה משקל נורמטיבי מחייב. השופט לא פטור מלשקול אותם- עקרונות חוקתיים של זכות קניין, חופש ביטוי, דת, פרטיות וגם עקרונות לא חוקתיים [מוסריים, מדיניות כלכלית וכו'].

בדרך כלל כשיש כלל הוא יכתיב את התוצאה. אבל במקום שאין כלל יש מכלול שיקולים שהשופט מחויב להם ולכן תמיד יש לשופט שיקול דעת חלש.

**דוורקין שולל את הפוזיטיביזם**. יש הבדל תיאורטי בין הארט ודוורקין, כי הארט פונה לעקרונות האלה רק כשאין תשובה בכללים; דוורקין מראה איך העקרונות האלה יכולים לגבור על הכללים.

מה המסקנה שנובעת לעניין הזה- האם לכל שאלה משפטית יש תשובה? הפורמליסטים תמיד יש תשובה. לפי הארט, תלוי. לפי דוורקין- כן. לכל שאלה משפטית יש תשובה נכונה אחת.

**תשובה אחת נכונה- ניתוח מושגי**

עמדה זו מתחייבת מהטענה הקודמת שלו. יש נורמות והאיזון בין הנורמות מביא לתשובה משפטית נכונה אחת. יש איזון נכון בין הכללים האלה. במקרה שאין לי בו תשובה- חופש המידע מול זכות לפרטיות; פולחן וסדר ציבורי. **לפי דוורקין מבחינה אידיאלית תיאורטית יש גם תשובה נכונה**.

* יש עניינים שמבוססים על העדפה אישית- אין בהם תשובה נכונה (תה או קפה, סרט או ספר).
* יש עניינים שמבוססים על סטנדרטיים אובייקטיבים- יש בהם תשובה נכונה אחת: או שהם מתאימים לסטנדרט או שאינם מתאימים.
* החלטות שיפוטיות מבוססות על סטנדרטים ולכן יש בהם תשובה נכונה אחת.

עניינים נורמטיביים- השופט לא נמצא במצב שהוא יכול לבחור ולהחליט מהי התשובה הנכונה, אלא ההחלטה שלו מבוססת על סטנדרטים והוא חותר לתשובה נכונה. כמובן שזה לא כמו מתמטיקה [עם דרך הוכחה אחת]. דוורקין יודע שזה לא כך במשפט- ביטוי גובר על ביטחון או פרטיות וכו'. **לא יכול לשכנע באיזון**. נישאר חלוקים ולכן יש מחלוקות בין שופטים. אבל ברמה התיאורטית כל שופט חותר למה שבעיניו התשובה הנכונה ולכן הוא מבקר את השני.

**אם לא הייתה תשובה נכונה- לא היה מקום לביקורת**. החלטה של ביהמ"ש כשהיא בתחום שיקול דעת נוכל לבקר אותה, זה אומר שאנחנו מניחים שיש מדד אובייקטיבי להחלטה. הטענה של דוורקין היא שלכל החלטה שיפוטית יש תשובה נכונה אחת, אפילו כשהיא נמצאת בתחום שאין לגביה כללים ברמה המופשטת של העקרונות יש לגביה תשובה נכונה אחת.

דוורקין אומר שביהמ"ש כפוי ע"י הנורמות כפי שהוא תופס אותם. הוא לא נמצא במקום שהוא בוחר באמת. השופט מחליט כי הוא משוכנע שככה זה נכון וזו התשובה הנכונה. לפי דוורקין יכול להיות בעולם [לא במשפט] שיקול דעת חזק, אבל במשפט תמיד יש שיקולים נורמטיביים שמחייבים את השופט והוא אף פעם לא נמצא במקום שבו הוא מקבל החלטה חופשית.

**שיקולים נורמטיביים**

מעבר לעניין האנליטי שהחלטות שיפוטיות מבוססות על סטנדרטים אובייקטיביים, להבדיל מהחלטות שמבוססות על העדפות אישיות ולא ניתן לבקר אותן, יש טיעונים נורמטיביים.

-עניין אנליטי: שופט חייב לפעול לפי הדין, ולא איך שהוא רוצה. אם יש כלל הוא צריך להחיל אותו. כשאין כלל יש וויכוח. לפי הארט, נק' מבט פוזיטיבית, במקום כזה אין דין ואין חובה. לפי דוורקין, במקום שלכאורה אין כלל משפטי יש עקרונות ושיקולים משפטיים שמטילים חובה על השופט. השופט כאן במצב יותר מסובך. שאלת האיזון בין העקרונות היא מסובכת. לכן, יש להניח שיש את התשובה הנכונה [האיזון הנכון] והשופט אף פעם לא במקום שזו העדפה אישית שלו. שופט אחד יאמר שזכויות פרט גוברות על ביטחון; שופט אחר יאמר שהביטחון גובר על זכויות פרט. לפי דוורקין, העיקרון "הרצחת וגם ירשת" מטיל על השופט חובה שלא לתת לילד לרשת ואין פה בחירה. זה זר לנו כי אנחנו אומרים שהשופט בוחר ומחליט, אבל דוורקין אומר שההחלטה שלו היא בגדר חובה.

2 טיעונים נורמטיביים:

* **הטיעון המקצועי**: שופט צריך לפעול לפי התשובה האובייקטיבית שבחוק ולא לפי החלטה אישית. -השופט מחויב לתת החלטה שיפוטית מקצועית מנומקת. לא העדפה אישית שלו שקשורה להשקפת עולמו, נטיות האופי שלו וכו'. לכן לוחצים עליו שיבין מה המשפט אומר.
* **הטיעון הדמוקרטי**: שופט אינו נבחר ציבור. הארט רואה את השופט שותף למחוקק. במקרים בהם המחוקק לא נתן תשובה, האטר מעביר את התפקיד לשופט שהוא מחוקק משנה. דוורקין אומר "מי שמו"? איך השופט יתפקד כמחוקק הרי הוא לא נבחר ציבור והוא לא רשאי להחליט. אין לו סמכות מבחינת הלגיטימציה שלו להיות מחוקק משנה. מחוקק יש רק אחד והוא נבחרי הציבור. השופט מיישם את החוק. מנקודת מבט של דוורקין השופט נשאר נאמן לעיקרון הדמוקרטי של שופט שמיישם חוק ולא מייצר חוק. העקרונות האלה קיימים, גם אם לא חקוקים. אלה עקרונות מוסכמים ע"י החברה. בד"כ הוויכוחים הם על האיזונים ואף אחד ברמה העקרונית לא חולק על זכויות אדם, עקרון השוויון, שאלות של מדיניות וכו'. השופט פונה ליסודות המוסכמים של החברה ומחיל אותם.
* **הטיעון מכוח שלטון החוק**- אינו רשאי להטיל חובות רטרואקטיביות. אם השופט יוצר חוב בדיעבד, איך הוא יטיל חובה רטרואקטיבית? במשפט הפלילי, במשפט האזרחי [קובע שיש עוולה נזיקית שלא נקבעה קודם], החלטות חוזיות וכו'. **דוורקין יטען שגם מנקודת מבט של שלטון חוק יש לתפוס את השופט כמיישם את החוק**.

**שיעור 17- 26/05/22**

דיברנו על תורת המשפט של דוורקין. בתיזה שלו היינו מדגישים 3 נקודות:

1. הטענה שהמשפט מכיל לא רק את הכללים המזוהים ע"י כלל הזיהוי [כללי המשפט], אלא **המשפט מכיל גם עקרונות שאינם מזוהים ע"י כלל הזיהוי [שלא נחקקו אי פעם]**.
2. **הטענה שמכלול הנורמות של המשפט- הכללים והעקרונות- מספקים תשובה לכל שאלה**. לכן, בעצם לשופט אין שיקול דעת או יש שיקול דעת חלש. התשובה קיימת והוא צריך לגלות ולהחיל אותה, לכן הוא לא יוצר אף פעם תשובה חדשה.
3. **תיזת התשובה הנכונה**- התיזה שלכל שאלה משפטית יש תשובה אחת נכונה. היא מבוססת מחד על טיעון אנליטי- החלטות משפטיות הן לא עניין של העדפה אישית ולא עניין של בחירה של השופט [כמו בחירה בין ספר לסרט] אלא הם עניין שנקבע ע"פ סטנדרטים אובייקטיבים [שיכולים להיות גלויים לעין כמו הכללים אבל יכולים להיות גם נסתרים כמו עקרונות]. מבחינה אנליטית צריך להניח שיש תשובה נכונה. הראיה- כאשר אנחנו חולקים על שופט [שופט אחר או קהילה משפטית, מלומדים], לא אומרים שזו זכותו להחליט כך אלא זה עניין של ביקורת על ההחלטה. מניחים שיש תשובה אחת. מאידך, יש גם 3 שיקולים נורמטיביים- שיקול מקצועי, שיקול דמוקרטי, שיקול מכוח שלטון החוק.

**סיכום: תפקיד השופט**

* שופט נדרש להחיל נורמות משפטיות: כללים ועקרונות.
* השופט מיישם את החוק.
* השופט אינו מחוקק משנה.

מכאן אנחנו יכולים לסכם את המהלך של דוורקין.

**סיכום: נון-פוזיטיביזם**

דוורקין הפריך את 3 העקרונות של הפוזיטיביזם.

* דחיית העקרון הפוזיטיבי הראשון: הנורמות המשפטיות מזוהות ע"י כלל אב / כלל זיהוי.
* עקרונות אינם בהכרח מזוהים. -דוורקין הציג 2 פסקי דין בהם השופטים הכריעו בשונה מהכללים. החלטות של שופטים נעשות לא רק לפי הכלים המשפטיים אלא גם לפי עקרונות [לא רק חוקתיים, משפטיים] שהם חוץ-משפטיים מנקודת המבט הפוזיטיבית. השימוש בעקרונות שהם "אינם מזוהים ע"י כלל הזיהוי" (לפי השפה ההארטיאנית) מוכיח שהמשפט מחיל לא רק נורמות שמזוהות ע"י כלל הזיהוי.
* דחיית העקרון הפוזיטיבי השני: שיקול דעת חזק.
* שיקול דעת חלש. -העקרונות האלה קיימים במשפט ולפי דוורקין העקרונות האלה מספקים תשובה לכל שאלה (טענה לא טריוויאלית). הואיל והם מספקים תשובה לכל שאלה, אז לשופט נותר רק ליישם את הדין ויש לו שיקול דעת חלש.
* דחיית העקרון הפוזיטיבי השלישי: היעדר חובה משפטית בהיעדר כלל.
* יש חובה משפטית גם בהיעדר כלל. -נובעת מאותם העקרונות [=עקרונות מוסריים, סטנדרטים ומדיניות] והשיקולים.

לפי דוורקין למשפט אין גבולות ברורים (המשפט עשיר יותר). המשפט הוא פרספקטיבה או שפה להתמודד עם השאלות האלה. השופטים שוקלים גם את השיקולים האלה ולכן יש לראות אותם כחלק מהמשפט.

דוורקין לא מביא רק תיאוריה פרשנית למשפט [הסבר לשיקול הדעת] אלא יש פה **תורת משפט מקיפה יותר שעונה מהו המשפט, ולא רק איך מפעילים אותו**.

נשווה את דוורקין לתורות משפט אחרות. דוורקין העמיד את עצמו מול הפוזיטיביזם אז ברור שהוא לא פוזיטיביסט [נון-פוזיטיביסט]. האם אפשר לראות אותו כאיש משפט הטבע?

**דוורקין והמשפט הטבעי**

* הדמיון למשפט הטבעי: שיקולים מוסריים הם חלק מהשיקולים המשפטיים [מכלול שיקולים מוסריים, חברתיים, ציבוריים שהם חלק מהמשפט].
* ההבדל: אין מדובר בשיקולים של משפט רצוי אלא בעקרונות שהם חלק מהמשפט הקיים.

אנשי משפט הטבע שואלים את עצמם את השאלה- זה המשפט הפוזיטיבי ואנחנו חושבים שמבחינה מוסרית למשל צריך לנהוג אחרת, מבחינת הצדק צריך לנהוג אחרת. הם **מכניסים את השיקולים של המשפט הרצוי לתוך המשפט המצוי**. מכניסים שיקולים מוסריים, משום שלפי דעתם צריך להתחשב בהם.

הטענה של דוורקין באופן עקבי- הוא לא מבחין בין משפט רצוי למצוי, כלומר הוא פוסק לפי המשפט המצוי. את ההחלטות המשפטיות הוא לא בוחן לפי מה שראוי לעשות, אלא לפי המשפט הקיים. הוא מגיע להחלטות לפי המשפט הקיים. **הוא כאילו פוזיטיביסט** [מפריד בין משפט מצוי למשפט רצוי]- אבל המשפט הקיים שלו כולל הכל (מאוד רחב ועשיר) ולכן הוא יכול להגיע לתוצאות אחרות.

**הוא לא אומר המשפט אומר א' אבל מנקודת מבט של משפט רצוי צריך להיות ב'**. אלא כבר בשלב א' הוא מנתח את המשפט באופן שהוא כולל את הדברים האלה. אצל אנשי משפט הטבע יש הפרדה בין משפט רצוי למצוי והוא לא עושה את ההפרדה הזו. הוא תמיד מדבר על משפט מצוי.

בנוסף, דוורקין לפחות בכתיבה המשפטית שלו- הטיעונים שלו פחות מבוססים על טבע העולם או טבע האדם (כמו אריסטו). טענת המשפט הטבעי מכילה טענה בדבר קיומו של מוסר אובייקטיבי. יש טבע לאדם ולעולם. לערכים האלה רלוונטיות ותחולה גם בעולם המשפטי. דוורקין לא נכנס לשאלה האם יש מוסר אובייקטיבי / ריאלי. אלא עוסק בשאלה מה אנחנו כחברה אנושית תופסים כחלק מהמוסר. יש לנו הנחות מסוימות לגבי כבוד האדם, שוויון, צדק וההנחות האלה הן חלק מהמשפט. לא מתווכח לגבי קבוצות אחרות עם מערכת ערכים אחרת והאם אפשר לכפות עליהם את מערכת הערכים שלו [לא מדבר לפי מוסר אידיאלי].

הנקודה המרכזית בעיניו היא הטענה שהוא מתייחס למשפט מצוי ולא למשפט רצוי. אם נמקם את "קו פרשת המים" בשאלה של הפרדה בין מוסר ומשפט, הוא נמצא בקו של אין הפרדה ובמובן הזה הוא נמצא באותה "מחלקה" של המשפט הטבעי [הארט מפריד=פוזיטיביזם]. רבים בספרות המשפטית של התיאוריה של המשפט מתייחסים לדוורקין כאיש משפט טבע. אבל דוורקין לא רואה את עצמו כאיש משפט הטבע.

**דוורקין והפורמליזם**

**הדמיון**:

* היעדר שיקול דעת. -זו הטענה הפורמליסטית. השופט צריך לגלות במשפט את התשובה וליישם אותה. אין תשובה חדשה.
* תיזת התשובה הנכונה. -יש תשובה נכונה לכל שאלה.

**ההבדלים**:

הפורמליסטים דוגלים בפרשנות מילולית-לוגית לחוק. הניתוח שלהם את המשפט הוא מודל של כללים. המודל שדוורקין התנגד לו. מהכללים האלה הם מכריעים לפי פרשנות לשונית או היסקים לוגיים מהכללים [היקשים].

* שימוש בעקרונות ולא רק בכללים. -לדוורקין זה עולם ומלואו. אלה שיקולים חברתיים, מוסריים, כלכליים, ביטחוניים. כל אלה רלוונטיים. החשיבה שלו היא אנטי פורמליסטית.

הארט- במקום שיש כלל ברור צורת המחשבה צריכה להיות פורמליסטית. במקום שאין כלל ברור ["רקמה פתוחה"] שם מפעילים שיקול דעת. ההבחנה הזו בין גרעין ושוליים של הארט לא רלוונטית בשביל דוורקין, כי לפיו כוחם של העקרונות וכללים אחרים יכולים לגבור על כללים אחרים בלי קושי.

* פרשנות ערכית ותכליתית. -משמעותיות חברתיות, מוסריות ואחרות.

לדוורקין מצד אחד דמיון לפורמליזם בתבנית הכללית. אך מצד שני באופן מעשי הוא אנטי פורמליסט.

**אקטיביזם שיפוטי**

* האם התיאוריה של דוורקין מביאה לריסון שיפוטי או לאקטיביזם שיפוטי?

זו שאלה מורכבת, יש לו תיאוריה מתוחכמת. אפשר להסתכל על כל דבר אצלו בשני פנים. לפי דוורקין, הגדרת תפקיד השופט היא הגדרה מרסנת- תפקידו ליישם את החוק. אלה קולות שמרניים שמבקרים את ביהמ"ש על אקטיביזם. לכאורה אמירות כאלה ממקמות אותו באגף השמרני.

אבל, תמונת המשפט שלו כה רחבה והיא מכילה שיקולים מוסריים, חברתיים, כלכליים וכו'- אז דרך זה השופט מקבל ארגז כלים מאוד מלא ועשיר, זה יכול להביא את השופט להיות אקטיביסט. הוא יצטרך לעשות איזונים.

* באופן מוצהר תפקיד השופט ליישם את החוק בלבד. אבל באופן מעשי ניתן לו ארגז כלים עשיר. משפט ללא גבולות.

**הערה**: תחת התיאוריה של דוורקין אפשר לראות שופט שמרן מסוג מסוים. היום יש שיח גדול לגבי המושג של שמרנות משפטית. המילה שמרנות משמשת לשני מובנים שונים- מובן אחד: שמרנות שיפוטית- אקטיביסט או מרוסן. שופט אקטיביסט מוכן להתערב בהחלטות של רשויות אחרות ואף של המחוקק, לשנות החלטות ישנות של ביהמ"ש. שמרן שיפוטי הוא שופט שגישתו פחות אקטיביסטית- יימנע מלבקר את המחוקק, רק בנסיבות חריגות יתערב למחוקק או גופים אחרים.

יש למילה שמרנות גם מובן אידיאולוגי [בניגוד לליברליזם]. עמדה ליברלית דוגלת בזכויות אדם, חופש מלא, שוויון. הולכת עם זה עד הסוף. עמדה שמרנית מחזיקה בערכים שמרניים- משפחה, לאומיות וכו'. ויכוח על לאומיות: הליברלי יאמר שוויון מלא לכולם, זכויות למהגרים, הגירה חופשית. השמרן יאמר שהוא צריך להגן על המדינה ועל האופי שלה.

**יש הבדל בין שמרנות אידיאולוגית לשמרנות שיפוטית**. השמרן האידיאולוג יכול להיות אקטיביסט שיפוטי [יתערב בהחלטות הכנסת למען המדיניות השמרנית שלו]. **השופט סולברג** שמבחינה אידיאולוגית נסווג אותו כשמרן, אבל מבחינה שיפוטית הוא פסל חוקים של הכנסת [פסל חוק מס על דירה שלישית כי לכנסת לא היה מספיק זמן לשקול את החוק הזה]. **שמרן אידיאולוגית ואקטיביסט שיפוטי**.

לגבי דוורקין שאלה אחת היא מה עמדתו בנושא של שמרנות מול ליברליזם. שאלה שנייה מנקודת מבט של תורת המשפט-בה אנחנו מתעסקים- הוא מציג תמונה מורכבת. הוא טוען באופן עקרוני לכפיפות השופט לחוק ולמדינה- במאמר שלו (hard cases) הוא כותב **שופט לא יכול לקבוע מדיניות חדשה**. **השופט יכול להתערב באמצעות שיקולים מוסריים וכך הוא יהיה ביקורתי כלפי החלטות של המדינה, פרשנות חוקים** וכו'. אבל שופט לא יכול להמציא מדיניות האם המדינה בעד הגירה או לא, תחרות כלכלית כן או לא, צמיחת המשק כן או לא וכו'. זה חלק מהריסון של השופט (כפיפות השופט). מצד שני, ארגז הכלים שהוא נותן לשופט יוצר החלטות מאוד אקטיביסטיות.

דוורקין תומך בשופטים ליברליים ואקטיביסטיים. תפיסת העולם שלו ליברלית.

**חלק מהביקורות על דוורקין** שהרטוריקה שלו עם מעין הסוואה. תיאורו של השופט כמיישם את החוק ומצד שני תיאור המשפט ככה רחב וחסר גבולות מביאה את השופט לפעול באופן אקטיביסטי. הוא מדבר על השיקול הדמוקרטי לטובת זה ששופט יישם את החוק, אבל הוא מתאר את המשפט כחסר גבולות.

התפיסה של דוורקין היא **תפיסה אימפריאליסטית של המשפט**. המשפט חסר גבולות, חובק כל. דומה תפיסתו של **השופט ברק "מלוא כל הארץ משפט"**. יש לדוורקין השפעה על אהרון ברק. הם בערך בני אותו גיל. דוורקין השפיע על החשיבה המשפטית של ברק ללא ספק. יש דמיון ביניהם. נראה איך ברק משווה את עצמו לדוורקין.

**שני מאמרים של עמוס שפירא ורז-** נכתבו בשנות ה-80, אז התיאוריה של דוורקין רק פרצה. שפירא מתרגם אותם לעברית ומציע את התזה בעברית. יוסף רז חולק עליו.

**יוסף רז** (נפטר בימים אלה)- הוא מלומד ישראלי במקורו, ולימים היגר וירש באוקספורד את דוורקין [באוקספורד יש את הארט, דוורקין ורז. אלה השמות הגדולים של הדור האחרון בתורת המשפט]. רז נחשב לאחד הפילוסופים החשובים במשפט, הוא ממשיך דרכו של הארט. חוזר לעמדה הארטיאנית. זה מאמר מוקדם של רז משנות ה-80 והוא מתמודד עם העניין.

הארט עצמו כתב ספר שקראנו מספר פרקים שלו- the concept of law. הוא פרסם את הספר עם אחרית דבר תגובה לדוורקין [מבין שיש לו אתגר]. גם רז מגיב לדוורקין במאמר הזה. **דוורקין אתגר את הפוזיטיביסטים**- **לגבי מקומם של העקרונות במשפט**. בתיאוריה של הארט לא היה מקום גדול לעקרונות. לפי הארט המשפט הוא כללים, כשיש כללים נחיל אותם כמו הפורמליסטים. אבל הפורמליסטים לא ידעו שיש שוליים עמומים ו"רקמה פתוחה" שם נפעיל שיקול דעת (ריאליסטים). לפי דוורקין גם בשוליים יש משפט.

**העמדה הפוזיטיבית [רז במאמר]**

* למשפט יש גבולות (רק נורמות שמתאימות לכלל הזיהוי הן נורמות משפטיות).
* יש מצבים שאין לגביהם נורמות משפטיות.
* במצבים כאלה אין בדין תשובה.

רז אומר לדוורקין שאם אתה מתאר את המשפט כחסר גבולות אתה בעצם ממוסס אותו. האם משפט הוא רק שפה שניתן להגיד כל דבר? אם רוצים לתת מובן לתופעה שיש כללים ועקרונות שהחברה קובעת, צריך להבחין בינם לבין דברים אחרים. האם המשפט הוא כל דבר שיכול להיות ראוי או שהמשפט הוא מה שהמחוקקים קבעו לפי הפרוצדורה הנדרשת? **למשל**, חוק למתן מלגות לחיילים משוחררים. לא ייתכן שהשופט יחליט לתת מלגה למרות שזה לא נקבע בחוק.

העובדה שהמשפט בנוי על כללים שהחברה קובעת והם מחייבים היא ממהותו של המשפט. הארט ורז טוענים שכדי לחשוב על המשפט באופן ממשי צריך להיות לו גבולות. פירושו של דבר שיהיו מצבים שלמשפט לא תהיה תשובה לכל דבר. **השאלה איך נגדיר את הגבולות- זה האתגר של הפוזיטיביסטים**.

לפי רז ומבקרים נוספים, הטענה של דוורקין שיש תשובה ברמה כה מופשטת היא טענה מלאכותית. דוורקין חושב שהתשובה במשפט היא איזון מופשט של ערכים וקשה להוכיח את זה. לכן הם מבקרים ואומרים שזו טענה לא ממשית ולא יכולה לעמוד כי לא ניתן להוכיח זאת. יותר נכון להגיד שאין תשובה.

**מערכת משפט**

* כוללת נורמות משפטיות (חוקים).
* בתי המשפט שממלאים תפקיד כפול:

1. מיישבים סכסוכים מוסדרים. בהם מיישמים את החוקים. -יש לגביהם תשובה בחוק.
2. מיישבים סכסוכים שאינם מוסדרים. יוצרים נורמות.

לביהמ"ש תפקיד כפול ליישם חוקים וליצור חוקים או נורמות אחרות. הוא ממשיך כאן את התיזה של הארט.

דוורקין חידש משהו- חשף את העקרונות. ההבחנה שלו בין עקרונות וכללים התקבלה במאמר של רז. דוורקין חשף את זה שהמשפט עובד גם עם עקרונות ולא רק עם כללים. אך רז מבחין בין עקרונות משפטיים לבין עקרונות חוץ-משפטיים. זו הבחנה פוזיטיביסטית מסורתית.

* **עקרונות משפטיים**- מזוהים ע"י כלל הזיהוי. חובה לפעול על פיהם.
* **עקרונות חוץ משפטיים**- אינם חלק מהמשפט ואין חובה לפעול על פיהם.

**עקרונות וקווי מדיניות**

רז מאמץ את ההבחנה הזו. מחדד את ההבחנה בין עקרונות מוסריים לקווי מדיניות. עקרון מוסרי תפקידו העיקרי להגביל ולא להנחות. כשרוצים לחוקק חוק חדש שואלים האם הוא פוגע בפרטיות, בשוויון, בחופש הדת? העקרונות המוסריים והחוקתיים הם עקרונות מגבילים. מזכיר את המחשבה של קלזן שיש להם מימד סטטי, מגביל. **לעומת זאת** קווי מדיניות מביאים לתוצאה מסוימת. למשל, רוצים להגיע למקסימום תחרות בשוק. יכולה לשמש קנה מידה להנחות אותנו.

* **עקרונות מוסריים**- מגבילים (מאפשרים מספר דרכי פעולה אך מגבילים אותם שלא יפגעו בעקרונות צדק או זכויות יסוד).
* **קווי מדיניות**- מנחים (מכוונים לתוצאה שמביאה להשגת המדיניות בצורה המיטבית).

**הערה:** לאיזה סוג זכויות ההבחנה הזו רלוונטית? עקרונות מוסריים/חוקתיים מגבילים בעיקר ולא מנחים. האם זה נכון? זה נכון לתפיסת הזכויות כתפיסת זכויות שלילית, שמגבילה. אבל אם אני חושב על זכויות באופן חיובי, זכויות כזכויות חברתיות, אז יש להן כוח מנחה. [זכויות מדור ראשון- זכויות שליליות]. לפי זכות חיובית נוכל לראות את העקרון המוסרי כמנחה. למשל, מבין את זכות החיים ככוללת זכות לטיפול רפואי- אני צריך באופן פוזיטיבי לדאוג לטיפול רפואי. למשל, זכות לדיור, זכות לקיום בכבוד (שכר מינימום).

ההבחנה בין דוורקין ורז מתייחסת לזכויות שליליות מדור ראשון, זכויות אדם קלאסיות- שהיו יותר מגבילות. אם נחשוב היום על הזכויות, לעקרונות המוסריים יש גם תפקיד מנחה.

**תפקיד העקרונות**

* פירוש כללים (עקרונות השיטה).
* יצירת כללים (על ידי בתי המשפט).
* ביקורת כללים (עקרונות, מדיניות).
* הכרעה ישירה (ללא תיווך של כללים).

הוא מבחין בין עקרונות תיאוריים לעקרונות נורמטיביים. **תיאורי= רואה הרבה כללים ואז מבין שעומד מאחוריהם עיקרון**. **לדוגמה:** הרבה כללים שתפקידם להגן על החיים בחוק הפלילי (איסור רצח, המתה, גרימת מוות ברשלנות). מאחוריהם עומד עקרון ערך החיים [קדושת החיים]. **לדוגמה:** כללים שאוסרים הפליה ומאחוריהם עומד עקרון של שוויון. זה עקרון תיאורי=העקרון הזה עומד מאחורי הכללים האלה. עקרון שמתאר את המצב הקיים. מאחורי שורה של כללים עומד עיקרון.

שאלה- האם העיקרון הזה ישפיע במקום שאין כללים? יש פגיעה בשוויון שלא נופלת תחת חוקי ההפליה. האם אני אשתמש בעיקרון השוויון? כדי לעשות זאת אני צריך להניח שהוא גם עקרון נורמטיבי. **לדוגמה:** בחוק איסור הפליה אסור להפלות במתן שירותים. נניח שהחוק לא היה אוסר הפליה בקבלה לעבודה. מישהו טוען שלא מקבלים אותו לעבודה על בסיס של הפליה. על בסיס מה הוא טוען את הטענה? **אם יש לי את עקרון השוויון בחוקה הוא יכול לטעון את זה כעיקרון נורמטיבי**. אבל אם העיקרון הזה לא קיים, האם הוא יכול לטעון זאת רק כי העיקרון הזה פועל במסגרת חוקים אחרים?

**פס"ד**- האם חובה לקבל נשים לדירקטוריון של חברות או להעדיף נשים? [לפני שחוקק חוק כזה] ביהמ"ש בא ואומר שמזה שיש חוקים כאלה בכל מיני ארגונים [לעשות העדפה מתקנת] אז אני מחיל את זה גם במקום שזה לא קיים.

האם אני יכול להפוך עקרון תיאורי לעקרון נורמטיבי היא שאלה. רז אומר שיש להבחין בין עקרון שבו אתה מפרש כללים ומגלה את העיקרון המשותף שעומד מאחוריהם לבין עקרון שנקבע כעקרון נורמטיבי. **למשל:** חוק יסוד כבוד האדם אומר שאסור לפגוע בחיים, בפרטיות, בקניין. אלה עקרונות נורמטיביים.

רז עושה אנליזה איזה שימוש אני עושה בעקרונות. רז מרים את הכפפה שדוורקין זרק. אכן עקרונות פועלים במשפט והוא מראה איך הם פועלים- מפרש כללים באמצעות עקרונות, יכול ליצור כללים באמצעות עקרונות, יכול לבקר כללים באמצעות עקרונות [עקרון למשל "ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה"]. אני יכול לעשות הכרעה ישירה בין העקרון למקרה ללא מעורבות כללים. **בפס"ד פלוני** חשין עשה שימוש ישיר בעקרון במקום כלל משפטי. אבל חשין הכריע לפי עקרון חוץ-משפטי "הרצחת וגם ירשת" ולכן לפי רז לא ניתן להכריע ישירות באמצעות עקרון זה. **נוכל לעשות זאת רק באמצעות עקרונות משפטיים**.

הפוזיטיביסטים לוקחים מדוורקין את התפקיד של עקרונות אבל תוך הבחנה בין עקרונות משפטיים וחוץ-משפטיים.

**סיכום (פוזיטיביזם)**

* המשפט כולל כללים ועקרונות שמזוהים ע"י קריטריון [כלל הזיהוי].
* במקום שבו אין כלל שחל או עיקרון ברור- אין חובה משפטית.
* לביהמ"ש יש תפקיד כפול: מיישם ויוצר.
* כלומר, נתון לו (גם) שיקול דעת חזק.

רז אומר שיכול להיות שחובה משפטית תיווצר מתוך עקרון. רז הפנים את הביקורת של דוורקין שהמשפט הוא לא רק מודל של כללים. רז אומר שהמשפט מכיל גם עקרונות, אבל הוא עדיין פוזיטיביסט.

**במאמר של הארט על הפרדה בין משפט ומוסר**. הייתה הערה לגבי מהו פוזיטיביזם. הארט מציע 5 הגדרות אלטרנטיביות מהו פוזיטיביזם. אחת ההגדרות: פוזיטיביזם דוגל בכללים משפטיים ונון-פוזיטיביזם מקבל גם עקרונות. זה מאמר מוקדם של הארט ובו הוא דוחה את ההבחנה הזו. רז חוזר לזה ואומר שזו לא ההבחנה. הפוזיטיביסט יכול לקבל את קיומם של עקרונות. הפוזיטיביסט תופס את המשפט כיצירה חברתית של המדינה או הקהילה הפוליטית. הפרדה בין משפט ומוסר. לפי משפט טבע או נון-פוזיטיביזם אין הפרדה בין משפט ומוסר.

* בשבוע הבא ננתח את פסה"ד נחמני נ' נחמני. הסיפור של מה הדין של ביציות מוקפאות. **מראה את השאלות שהטכנולוגיה מעמידה בפני המשפט**. הזוג התקשו בהבאת ילדים והם בסוף הלכו לתהליך של הפריה חוץ-גופית. בתחילת הדרך, שנות ה-90. הוציאו ממנה ביציות, הפרו אותם בזרעו והקפיאו אותם כדי להשתיל בבוא העת. בדרך הם נפרדו. היא טענה שהיא רוצה לעשות שימוש בביציות האלה, אחרת לא תוכל ללדת (אישה מבוגרת, בת 40). הגבר לא רצה, זה גם שלו. ביהמ"ש נכנס לעניין הזה. **יש פה מקרה שאין לגביו הסדר חוקי**. השאלה איך מפעילים את שיקול הדעת. ננתח את דעות השופטים השונים באמצעות תורות המשפט השונות. שאלה מעניינת מבחינת נקודת מבט מוסרית ותורת משפט.

**שיעור 18- 31/05/22**

**פרשת נחמני- ניתוח תורת משפטי**

פרשת נחמני זהו מקרה שעורר שאלות גדולות מנקודת מבט מוסרית, פילוסופית. המקרה הזה היה מקרה תקדימי מהרבה בחינות גם פרוצדורליות של ביהמ"ש העליון וגם הליך הפונדקאות לא היה אפשרי בישראל באותה עת. גם מבחינה משפטית השאלה שלהם בערעור נדונה בהרכב של 5 שופטים כיוון שראו שיש בעיה מיוחדת ואחרי הערעור היה דיון נוסף, והייתה שאלה גדולה האם לאפשר לעשות דיון נוסף על מקרה שבפעם הראשונה נידון בהרכב של 5 שופטים.

**"****מקרה קשה"**

* אין נורמה משפטית ברורה (סכסוך לא מוסדר).
* יש שיקולים מוסריים וחברתיים מנוגדים.

פרשת נחמני שייכת למה שמקובל לכנות "מקרים קשים". הזכרנו את המאמר של דוורקין Hard cases, שבו הוא ניסה לתת תיאוריה שלו למקרים קשים. אך, קודם כל נאבחן מהו מקרה קשה. מקרה קשה מנקודת מבט משפטית הוא לא מקרה טרגי או מסובך, אנחנו מתכוונים בראש ובראשונה שאין נורמה משפטית ברורה. במונחים של יוסף רז ניתן לכנות את זה "סכסוך לא מוסדר". בנוסף, דבר שני שמאפיין אותו הוא שיש שיקולים מוסרים וחברתיים מנוגדים. מקרה קשה מבחינה משפטית= אין נורמה ויש שיקולים מורכבים.

**פס"ד נחמני- סיפור המקרה:** זוג שרצו להביא ילדים. האישה לא יכלה להוליד ילדים כי היה לה סרטן והוציאה לה את הרחם. הם עשו הליך פונדקאות- הוציאו את הביציות שלה, הפרו בזרע שלו מחוץ לרחם, אח"כ משתילים את זה אצל פונדקאית. היו 2 שלבים- הוצאת ביציות והפריה ברחם. הם היו בשלב הראשון- היו ביציות מוקפאות שלה במקפיא. היה צריך להיכנס לשלב השני של ההפריה. בינתיים בני הזוג לא הסתדרו ונפרדו. דני התחתן עם מישהי אחרת ונולד לו ילד. בשלב הזה הוא כבר לא היה מעוניין בהליך. רותי, שהזמן עובר, עברה את גיל 40 שקשה להיכנס באופן טבעי להיריון וכמובן בנסיבות שלה, והיא ביקשה מביה"ח שישחררו לה את הביציות המופרות כדי שהיא תוכל להמשיך בהליך הפונדקאות. ביה"ח סירב כי גם לדני יש אמירה בעניין. התחיל הליך משפטי בביהמ"ש המחוזי, ערעור בעליון (5 שופטים) ולבסוף דיון נוסף לעליון [שאותו קראנו].

השאלה היא שאלה קשה. נפרק את השאלה לשאלות משנה שצריך לדון בהן. נדון לגבי כל אחת מהשאלות מנקודת מבט מוסרית ומשפטית.

**המישור הנורמטיבי- מוסרי ומשפטי**

**כפיית הורות**- השאלה המשפטית הגדולה היא האם אפשר לתת לאם [לרותי] אפשרות שימוש בביציות, אם נותנים לה מול ההתנגדות של דני, המשמעות היא שכופים אותו להיות הורה בעל כורחו. הוא לא יכול להשתחרר מהחובה הזו להיות הורה מבחינה משפטית, ויש פה עניין רגשי [גם אם היינו משחררים מהחובות המשפטיות]. האישה לא יכולה להגיד שההוצאות עליה, כי לילד יש תביעה מול ההורה שהאמא לא יכולה לוותר עליה.

מצד שני, אם יענו לסירובו של הבעל, כנראה שרותי לא תוכל להיות אמא וגם בכלל לא תוכל להיות בעתיד [בשל הגיל ומצבה הרפואי]. המשמעות היא למנוע מרותי להיות אמא.

אחרי שמבינים את הקושי- אדם נהיה הורה מרצונו. מצב כזה- כופים על האיש להיות הורה או מכבדים את חירותו ופירושו של דבר שמונעים ממנה באופן קבוע להיות אם. אילו היה מדובר באישה בריאה וצעירה, היו אומרים לה שאמנם עם דני לא הצליח אבל שתנסה עם מישהו אחר. יש לה עוד עשור לנסות ליצור קשר. זה לא היה כה טרגי. אבל בנסיבות שלה משמעות הסירוב= רותי לא תוכל להיות אם.

שאלות יותר פרטניות עומדות על הפרק:

1. **האם יש לדני חובה כלפי הביציות המופרות? האם הוא חייב לשמור אותן ולאפשר את התפתחותן?**

אולי הביציות במעמד של עוברים, והן עצמן יוצרות חובה של דני לשמר אותן? שאלה מסוג של דיני משפחה לגבי הפלות [האם מותר להפסיק היריון באמצע, תלוי מתי וכו'].

הרוב מסכימים שזה לא עובר. ביציות מופרות זה שלב טרום-עוברי. שלב ראשוני של תאים בודדים מחוץ לרחם. אבל מה המשקל של זה? יש שופטים שאומרים שהאינטרס של רותי גובר בשל הנקודה הזו, שהיא בעד החיים וכאילו האב נגד החיים. הם לא מנסחים את זה כחובה של איסור הפלה, אבל באיזון הם נותנים לזה משקל.

יכולנו לומר- הם לא עובר= אין חובה.

אבל למרות שהם לא עובר וזה לא בדרגה של הפלה והפסקת היריון, בכל זאת ניתן לזה משקל ע"י חלק מהשופטים בשקלול האינטרסים.

אם מאמצים עמדה קתולית לפיה רגע ההפריה זה נחשב עובר, אז אפשר לומר שיש חיוב. אך לפי איך שהשופטים פירשו זה יהיה רלוונטי בשקלול האיזונים.

1. **האם יש לדני חובה כלפי רותי שנובעת מהסכם ביניהם או מהסתמכות?**

הם הסכימו ללכת להליך של הפריה מלאכותית, הם היו נשואים. הייתה ביניהם הסכמה בשלב הזה. יש פה גם הסתמכות- היא נכנסה להליך מורכב, שהיא צריכה לקבל בשבילו טיפולים הורמונליים, שואבים לה ביציות מהגוף. היא הסכימה והסתמכה על זה שיקרה משהו. היא הפסידה זמן בשעון הביולוגי. האם כתוצאה מההסתמכות הזו דני חייב לאפשר לה את ההפריה? צריך להבחין בין השאלה המוסרית לבין השאלה המשפטית?

האם יש חובה מוסרית והאם החובה מגיעה לרמה משפטית [חוזה שנאכוף]? האם יש הצעה וקיבול, כוונה ליצור יחסים משפטיים. האם זה חוזה שנאכף (חוזה אישי לא נאכף).

**מבחינת דיני חוזים המובהקים- התשובה תהיה לא**.חוזה לשירות אישי לא נאכף. לא אוכפים חוזה כזה. אבל יכול להיות שיש לו חובה שהיא מתחת לדיני החוזים [אולי מוסרית].

לא פשוט להבין את החובה המוסרית: נניח בני זוג שמתחתנים ורוצים להביא ילד. נכנסים להליך של טיפולי פוריות כי האישה מתקשה להיכנס להיריון. בשלב מסוים היחסים ביניהם עולים על שרטון. הבעל רוצה להיפרד. האם האישה יכולה לומר לו שהם כבר שנתיים בתהליך של הפריה ואתה עוזב אותי באמצע? היא יכולה לומר לו את זה מבחינת יחסים אישיים. אבל מבחינה מוסרית האם יש חובה? אם מכירים בלגיטימיות של גירושין, יש מחירים, ייתכן שניתן לומר שגם פה אפשר לנתק את היחסים.

מבחינת דיני חוזים לא נוצר חוזה. ניתן להתווכח האם הייתה גמירות דעת, וגם אם הייתה גמירות דעת- זה לא מסוג החוזים שנאכפים.

אם אנחנו מניחים שבכל נקודת זמן יש לבני הזוג יכולת להשתחרר מהקשר, אז המשמעות היא שתמיד תהיה בזה פגיעה בציפיות הצד השני. זה לא אומר שיש חובה להימנע מלפגוע בהסתמכות. לכן, השאלה הזו מסובכת. האישה הסתמכה וציפתה- השאלה מה משקל החובה הזו. האם בכלל יש חובה כזו ואם יש האם היא רק חובה מוסרית והאם היא גם מגיעה לרמה משפטית.

אולי לבעל יש חובה מוסרית, בשל המצב של האישה, אבל האם החובה הזו מגיעה לרמה משפטית? האם יש משהו אחר, מלבד דיני חוזים.

1. **האם לדני יש חובה להתחשב באינטרס (בזכות) שחל רותי להיות אם?**

-גם אם זה לא כתוצאה מהחוזה או ההסתמכות שלו. -המבחן יהיה מה יקרה אם היא הייתה אישה בריאה בת 30. היא נכנסה לתהליך של הפריה והבעל רוצה לעזוב. אם נאמר שאין חובה, אז בגיל 30 הוא יכול לעזוב אותה. אבל, בנסיבות האלה, שרותי כנראה לא תוכל יותר להיות אם, האם אז הוא צריך להתחשב באינטרס שלה גם אם אין חובה משפטית או מוסרית, תהיה לו חובה להתחשב באינטרס שלה.

האם ההתחשבות באינטרס הזה הוא עניין מוסרי בלבד או משפטי.

* היחס לביציות / עוברים.
* אין חובה כי אינם עוברים, נשאל האם בעקבות ההסכם שהיה להם / ההסתמכות שהייתה לאישה אז יש חובה.
* גם אם נאמר שאין חובה ביחס לשאלה 2, האם יש חובה שצומחת מהסיטואציה המסוימת, שבה האישה נמצאת, בגילה ובמצבה הרפואי. אם הוא ימנע ממנה עכשיו, הוא ימנע ממנה בכלל להיות אם. אז יש חובה.

בכל שלב נשאל האם זו חובה מוסרית או חובה משפטית שביהמ"ש כופה אותה. השופטים התייחסו לשאלות האלה בערבוב. השופטים התווכחו.

מבחינת ההליך הקודם- בערעור לא נתנו לה. העדיפו את הזכות של דני לא להיות הורה. הכרעה 4 נגד 1. מהערעור לדיון הנוסף התהפכה המסקנה.

**המישור התורת-משפטי**

* **האם יש נורמות משפטיות שקובעות את הדין במקרה הזה?** השאלה הזו נתונה במחלוקת בפסה"ד. מי חושב שאין נורמות שקובעות מבין השופטים? טל, גולדברג, בך. מי אומר שיש נורמות?
* **אם אין נורמות משפטיות, כיצד יש לקבוע את הדין?** הדיון לגבי שיקול דעת ואיך מפעילים אותו.
* **האם יש להבחין בין הנורמות המוסריות לנורמות המשפטיות או לאמץ את הנורמות המוסריות?**

שאלות תיאורטיות ונראה מה אומרים השופטים.

**המצב המשפטי**

* **אין נורמה ישירה שחלה על העניין**. -האם צריך הסכמה של שניהם או די באחד מהם לגבי הפריה.
* חוק ההסכמים לנשיאת העוברים (שנחקק לאחר ההפריה) דורש הסכם בין שני ההורים המיועדים לאם הפונדקאית. במקרה הזה החוק לא חל ולא נעשה הסכם. -החוק הזה נוגע יותר להסכם עם הפונדקאית, לא נחתם הסכם, הוא נחקק מאוחר יותר.
* האם יש נורמות אחרות (עקיפות)? השאלה הזו שנויה במחלוקת.

**השופט גולדברג: חלל נורמטיבי**

"לפנינו חלל נורמטיבי. ודוק: אין מדובר בהשלמת חסר (לקונה) בנורמה חקיקתית קיימת המחייבת הפעלתו של חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, שכן, לדעתי, אין בנמצא הסדר חקיקתי כלשהו שבידינו להיאחז בו לפתרון הסכסוך, וממילא אין מדובר בהסדר שאינו שלם המצדיק מילוי ע"י ביהמ"ש. ענייננו בצורך ליצור יש מאין. בבריאת נורמה חדשה.

בעקרונות השיטה אין פתרון. לכן יש לפנות לערך בסיסי החולש על שיטתנו: עיקרון הצדק".

**חסר בהסדר קיים= לקונה** 🡨 יש כללים איך משלימים את הפרט הזה. אבל כאן לא מדברים על השלמה של פרט, **אלא** **כל הנושא של נשיאת עוברים לא הוסדר**. מחלוקת בין ההורים כפי שכאן לא הוסדרה לכן לא מדובר בהשלמת לקונה במובן הצר [חסר בהסדר קיים] אלא חלל רחב יותר. ענייננו ליצור יש מאין ובריאת נורמה חדשה.

הוא מדבר לפי השפה של **הארט**. יש להשלים את החלל באמצעות חקיקה. **איך נשלים?** בעקרונות השיטה אין פתרון. יש ויכוח בשיטה- זכות להיות הורה או לא. לכן, הוא פונה לעקרון הצדק. הוא נחשב עקרון חוץ-משפטי. עקרון כללי ומופשט של צדק.

**שיקולים**

* הכרעה משפטית צודקת, המבוססת על תחושת הצדק של השופט, אכן אינה הכרעה ניטרלית. אולם גם היא איננה שרירותית.
* עדיפות האינטרס של רותי להיות הורה והיעדר חלופות.
* הסתמכות של רותי.

**מהם שיקולי הצדק?** אם היינו אומרים שצדק זה זכויות- זכותה של רותי להיות הורה לעומת זכותו של דני לא להיות הורה. מה גובר? מה טיב הזכות להיות הורה לעומת טיב הזכות לא להיות הורה? מבחינים בין זכות חיובית לזכות שלילית. זכות חיובית= יכול לתבוע ממך דבר; זכות שלילית= לא יכול למנוע ממני**. הזכות של כל אדם להיות הורה היא זכות שלילית**. לא ניתן לבוא לאף אחד בעולם ולדרוש ממנו להיות הורה לילדים שלי. הזכות שלה להיות אם פירושה שאי אפשר למנוע ממנה להיות אם, אבל היא לא יכולה לתבוע ממישהו כלשהו להיות הורה. הזכות של אדם שלא להיות אב, היא זכות שלילית. לא ניתן לכפות אותו להיות אב. כמובן שאם אשתו בהיריון הוא לא יכול לומר שיש לו זכות לא להיות אב ושתפילי את ההיריון. **מדברים על חירויות=זכות שלילית**. כשיש התנגשות של 2 חירויות אז אף אחד לא יכול לכפות את השני. [הניתוח הזה שנוי במחלוקת]. לפי הניתוח הזה לא ניתן לכפות עליו הורות וזוהי דעת שופטי המיעוט: שטרסברג-כהן, זמיר, ברק, אור. מעניין כי השופטים האלה בד"כ ליברלים ומעניין אותם זכויות אדם. **ניתוח זכויות פרופר- לא ניתן לכפות הורות**. אם אלה רק חירויות וזכויות שליליות, לא ניתן לכפות על דני להיות הורה. זכות שלילית להיות אם= לא ניתן למנוע ממנה להיות אם, אם היא בהיריון. אין פירוש שחייבים לספק לה את זה ולכפוף על אדם להיות הורה לילדים שלה.

השופט גולדברג בנימוקים שלו- שאלת הזכויות נוגעת לשאלה השנייה שנגענו בה מקודם. אם אומרים שאין פה הסתמכות והסכם, ומנגידים את הזכויות, המסקנה לכאורה שלא ניתן לכפות אותו להיות הורה. למרות זאת, השופט גולדברג אומר שיש שלב שאין זכויות תביעה, אין חוזה תקף, אבל יש עדיפות של האינטרס. אלה שיקולי הצדק= האיזון בין האינטרסים. **גולדברג מודה שאין חובה כלפי הביציות, אין חובה בין דני ורותי בגלל הסכם או הסתמכות, אבל בשקילת האינטרסים האלה יש עדיפות לאינטרס של רותי**. קשור להסתמכות ולמצב הספציפי שלה [גיל, מצב רפואי, אין לה חלופות אחרות להיות אם]. למרות שבד"כ זה לא יוצר תביעה, אבל כאן נלך לטובתה.

מבחינתו ההתחשבות הזו היא גם משפטית- הוא כשופט מורה לאפשר לה שימוש בביציות.

**השופט צבי טל**

אין לפנינו הוראה שבדין שעל פיה ייפתר הסכסוך שלפנינו. קיומו של חסר בדין מטיל על בית המשפט את החובה לפתח את המשפט כדי לתת מענה למקרה המובא לפניו. המקרה שלפנינו שייך לתחום של פיתוח המשפט ולא לתחום של השלמת החסר, שכן אין לפנינו נורמה חסרה או לקויה. בעשותנו כן, עלינו: א) לבחון את האינטרסים המתנגשים; ב) לעמוד על הציפיות הלגיטימיות של שני הצדדים; ג)לשקול את שיקולי המדיניות המשפטית הראויה.

האינטרסים "להיות הורה", ו"שלא להיות הורה" אינם שקולים. האינטרס בהורות מהווה ערך בסיסי וקיומי. לעומת זאת, אין שום ערך, כשהוא לעצמו, בהיעדר הורות. הערך המוגן באינטרס שלא להיות הורה הוא ערך הפרטיות. האינטרס של האישה לאימהות גדול ומכריע את האינטרס של האיש.

שיקולי ציפיות, הסתמכות והשתק תומכים באישה. יש לשער שכוונתם הייתה שאין ביכולתו של צד אחד להפסיק את התהליך בניגוד לרצונו של הצד המעוניין בהשתלה.

צבי טל לא מקבל את הניתוח של זכות שלילית מול זכות שלילית. הוא **בוחן את תוכן הזכויות**. אם יסתכל לפי זכויות, לא ניתן לכפות את דני להיות הורה. אבל, טל מתייחס אחרת לזכויות ונותן משקל יותר גדול לזכות להיות הורה כי זה ערך חיובי. הזכות שלא להיות הורה זו העדפה אישית של פרטיות או חירות, אבל מבחינה חברתית אין בזה ערך. הערך הוא בלהיות הורה. מביאים חיים לעולם, מביאים לילדים.

למרות שאין חוזה מבחינת דיני חוזים, יש פה סוג של הסתמכות הדדית שהיא גם מביאה לטענת השתק [מונעת ממנו להעלות טענה שהוא רוצה לסגת מההסכם, כי הם הלכו לזה יחד, הסכימו יחד, הייתה הסתמכות, היו מאמצים גדולים מצד האישה לאורך הדרך]. באיזון האינטרסים השופט טל מעדיף את האינטרס של רותי האם.

**השופט גבריאל בך**

במצב הנתון, שבו אין בנמצא חוק מפורש היכול להדריכנו, עלינו להיעזר בתחושת הצדק, ולקבוע את פסקנו על פי מה שנראה בעינינו כצודק ביותר, בהתחשב בכל הנסיבות של המקרה שלפנינו.

\*כולם מדברים על המילה "צדק" שיש לה כל מיני מובנים אפשריים. הם מדברים במובן של איזון בין האינטרסים הסותרים.

**שיקולים**

* **הסכמה** על תחילת התהליך.
* **הסתמכות** של רותי וכניסה לתהליך שיש בו סיכונים.
* **היעדר אפשרות אחרת** לרותי להיות אם.

**השופט טירקל**

הסכסוך שלפנינו אינו מצוי במהותו במסגרת נורמה משפטית קיימת. לא ניתן ליצוק אותו לתבניות המשפטיות של חוזה או מעין-חוזה. מצוי הוא כל כולו בתחום הרגשי-מוסרי-חברתי-פילוסופי. מכאן ההסבר לחלל הנורמטיבי ולקוצר ידם של הכללים המשפטיים המקובלים לתת מענה לסכסוך.

בתוך עולם תוהו משפטי כזה, אם מותר לכנות זאת כך, נזקק השופט לנורמה חיצונית, לבר-משפטית: "הצדק".

התשובה תימצא אפוא בעולם בערכים הפנימי של כל אחד מאתנו. אף אינני מהסס לומר, שמותר לה שתימצא באוצר הרגשות שבתוך לבו של כל אחד מאיתנו (אינטואיציה ותחושה פנימית).

-המשפט לא נועד להסדיר את העניין הזה, אבל הוא לא משאיר את זה כשאלה מוסרית. הוא מתערב משפטית בהחלטה. יש פה **סתירה**. אם זה דבר שבמהותו לא משפטי, לא אמור להתערב.

-מדגיש ששיקולי הצדק שכל השופטים נאחזים בהם הם **שיקולים לבר-משפטיים** [חוץ משפטיים]. הם לא מתייחסים לצדק כאל רכיב פנימי במשפט. הוא מדבר על **החלטה לא רציונלית- אינטואיציה ותחושה פנימית**. הוא מפרט לגבי השיקולים.

**השיקולים**

* בדין הקשה הזה, אני **בוחר בחיים**; בחייה- חיים כמשל של רות נחמני, וב"חיים"- או בפוטנציאל החיים- של הביציות המופרות.
* **האינטרס של רותי להיות הורה חזק יותר מהאינטרס לא להיות הורה**.
* פוטנציאל החיים של הביציות המופרות מטה את הכף לטובת שימורן ופיתוחן.

שורה תחתונה: העדפת האינטרס של רותי נובע מ-2 דברים: העדפת החיים מאשר אי חיים. השיקול של מעמד הביציות, הגם שכל הדעות הם לא עובר, יש לזה משקל חשוב בהחלטות השופטים [טירקל, טל] כי הם מעדיפים את אופציית החיים מאשר אי-חיים. זה לא רק החיים של הביציות אלא גם חייה של רותי וההסתמכות שלה. היא בת 40 ולא תוכל ללדת עוד.

השופט טירקל הוא אב שכול, שבנו מת ממחלה בגיל מבוגר. ייתכן שיש בזה כדי להסביר את העמדה הרגשית, עולם פנימי וסובייקטיבי. ייתכן ופרט זה מסביר את ערך החיים בעיניו. הוא עומד לצד השופט צבי טל, עם שפה קצת יותר רגשית.

* 4 השופטים הנ"ל הניחו שאין נורמה משפטית. הואיל ואין נורמה משפטית יש לפנות לשיקולי צדק, כלומר איזון האינטרסים של שני הצדדים. באיזון זה יש להעדיף את האינטרס של רותי.
* **מבחינה תיאורטית קל להסביר את השופטים האלה באמצעות הארט**.
* אם היינו מתארים **לפי דוורקין**- הפנייה לצדק כעקרון משפטי [שיקול משפטי]. הצדק הוא לא עקרון חוץ-משפטי. הוא התייחס להכרעה שלהם כהכרעה משפטית ושיקול דעת חלש.
* **לפי הריאליסטים**- הכל שיקול דעת של השופט. מקרה בולט של חלל נורמטיבי שמפעילים שיקול ענייני שלכם. אבל גם אם הייתה נורמה והייתם מעדיפים את האינטרס של רותי, זה משקף הכרעה שיפוטית.

**שופטי המיעוט**

**השופטת שטרסברג-כהן**: כותבת את חוות הדעת הראשית והיא מיעוט.

אכן אין אנו נקראים לפרש חוק מסוים ואין אנו נדרשים ליישם חוק כזה. -היא מודה שאין נורמה ישירה וברורה.

גם במקרה כזה, כבאחרים, נקראים אנו להכריע בסוגיות שאינן מסודרות ע"י חוק מיוחד. עלינו לקבוע נורמה משפטית בעלת משמעות ערכית. בעשותנו כן, אין אנו מצויים בחלל ריק. לרשותנו עומד עולמו העשיר של הדין הקיים על כל ענפיו המשליכים על הסוגייה הנדונה.

-היא חולקת באופן חזיתי על כל שופטי הרוב, במיוחד גולדברג שאמר שיש לפנינו חלל נורמטיבי. היא אומרת שלא נמצאים בחלל, כי יש עולם שלם של נורמות שממנו ניתן ללמוד.

**הנורמות**

* הביצית המופרית איננה יצור חי. אין מדובר בשימור חיים אלא ביצירת חיים. חברה אינה רשאית לכפות על אדם יצירת חיים בעל כורחו. -עונה על שאלה. לא ניתן לחייב את דני לשמר את הביציות.
* מבחינה עובדתית ומשפטית לא הייתה מצד דני הסכמה להמשך התהליך בנסיבות של התפרקות התא המשפחתי. -ההסכמה הזו מותנית בקיום הקשר ביניהם. הוא לא נתן ייפוי כוח בלתי חוזר להיות אב, גם אם הקשר ביניהם יתפרק. אמנם זה מצער והיו לה ציפיות, אבל זה היה טיב ההסכמה וזה גם טיב ההסכמה הטבעי בהסתמכויות כאלה בין בני זוג. יש שנים שהאישה בבית והבעל בחוץ משקיע בפרנסה, יש הסתמכויות הדדיות שבנויות לטווח ארוך. המטרה היא ששניהם ייצאו מורווחים מכל ההשקעות ההדדיות. אילו יחליטו להיפרד הם יהיו מאוכזבים אבל זה לא יטיל חובה על השני. זו לא סיבה לכפות על אחד הצדדים את המשך הקשר ואת המשך תהליך ההפריה בנסיבות שלנו.
* הזכות להיות הורה היא חירות שאין מולה חובה משפטית. גם הזכות לאי-הורות היא חירות. זוהי זכותו של הפרט לשלוט בחייו ולתכננם. -במצב של חירויות לא ניתן לכפות על דני להיות הורה. הטרגיות של חוסר אפשרות מימוש הורות, לא יוצרת חובה על מישהו אחר להגשים את החירות הזו. בניתוח הזכויות, החירויות, לא ניתן לכפות.

חירות= זכות שלא מצמיחה חובה. זכות שלילית.

**המשך שטרסברג-כהן**

"הצדק" כמושג מופשט הוא ניטרלי בעייננו. היענות לדני נחמני היא עשיית "אי צדק" עם רותי. והיענות לה היא עשיית "אי צדק" לו. עלינו לתור אחר צדק העולה בקנה אחד עם הרעיונות "הפילוסופים המדיניים והמוסריים" המהווים חלק אינטגרלי מן המשפט (ציטוט מח' כהן).

-מבחינה משפטית יש פה 2 חירויות ולכן לא ניתן לאכוף על אדם דבר.

**זמיר**

אפשר שלא יהיו דין, חוק או הלכה, שייתנו תשובה מפורשת לעניין הנדון בבית המשפט. **אך גם במצב כזה אין בית המשפט עומד תוהה ובוהה אל מול חלל נורמטיבי**. אולם המשפט מלא נורמות משפטיות. גם אם אין נורמה מפורשת, שתחול על העניין הנדון, ודאי יש נורמה משתמעת. ביהמ"ש חייב לחפש את דרכו כדי להגיע אל נורמה זאת, ואם יש צורך בכך, להתאים אותה או לפתח אותה לפי הנדרש. תורת המשפט מנחה אותו בדרכו ונותנת בידו כלים כדי להגיע אל הדין, ואף לפתח את הדין מתוך הדין.

-לא נמצאים בחלל נורמטיבי. תקיפה ישירה מול גולדברג.

**הנורמות**

* תקנות ההפריה החוץ-גופית מחייבות הסכמה של שני בני הזוג לכל שלב בתהליך.
* חוק ההסכמים לנשיאת עוברים מחייב הסכמה של הבעל לתהליך.

הוא לומד מנורמות אחרות לגבי הדין הרלוונטי כאן. לא ניתן לכפות על דני להיות הורה בעל-כורחו.

**תאודור אור**

בדומה לשני חבריי (השופטים שטרסברג-כהן וזמיר), וזה העיקר בעיניי, **אינני סבור כי בנסיבות עניין זה ניצב ביהמ"ש מול חלל נורמטיבי** וכי עליו ליצור דין יש מאין כדי לפתור את המחלוקת בין הצדדים. גם אני סבור, כי את ההכרעה בסכסוך זה יש לייסד על נורמה כללית, המעוגנת במהותה הייחודית של הסוגייה שבדיון.

**הנורמות**

* רותי ודני התכוונו ליצור הסכמה בעלת תוקף משפטי. -הוא מוכן לקבל שיש הסכמה ליצור יחסים משפטיים. אבל הם לא כתבו חוזה מפורט.
* 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 ותגיו של תהליך ההפריה.
* תקנות ההפריה החוץ-גופית דורשות הסכמה לכל אחד מהשלבים של ההפריה. -בשלב 1 הייתה הסכמה ובשלב 2 לא הייתה.

**ברק**

כל ההחלטות בעניין הביציות המופרות- כל עוד הן מחוץ לגופה של אישה- צריכות להתקבל ע"פ הסכמה משותפת של בני הזוג. בהיעדר הסכמה משותפת, אין כל אפשרות להמשיך בשלבי ההפריה החוץ-גופית. מסקנתי זו משקפת את הדין הקיים. היא עולה בקנה אחד עם דרישות הצדק. המשפט והצדק הולכים יד ביד.

-לדעת ברק, לא ניתן להמשיך בהפריה ללא הסכמת דני וזה גם הצדק. **איך הוא מבין מה הצדק? זה לא שיקולי אינטרסים, אלא מעמד הזכויות**. אם הוא עושה ניתוח של זכויות, המסקנה היא שלא ניתן לכפות את דני. הצדק הוא הזכויות.

השופטים הליברליים כולם תומכים בדני, לא כי הם לא בעד נשים, אלא הם רואים זכויות וזכות החירות של דני שלא יכפו אותו להיות אב גוברת או לא מאפשרת לכפות אותו.

הביצית המופרית אינה "עובר"; היא בשלב "פרה-עוברי". אין מדובר בשימור חיים אלא ביצירת חיים.

הורות כרוכה בחובות ובזכויות. היא בנויה על שותפות. בהיעדר הסכמה אין כל אפשרות להתחיל את תהליך ההפריה.

החירות להיות הורה או שלא להיות הורה נגזרת מכבוד האדם ומהזכות לפרטיות. חירות זו אינה מטילה חובה על איש.

שופטי מיעוט: אין נורמה ישירה, אבל יש נורמות אחרות שמהם נבין מה הדין. -איזה תורת משפט? א) של **פורמליזם**: הנורמות קיימות וניתן להסיק מהם, היקש. -**ב) דוורקין**: יש במשפט תשובה לכל שאלה [תואם לפורמליזם]. אך שונה מהפורמליזם כי המשפט כולל גם כללים שאינם משפטיים, גם ערכים ושיקולים מוסריים וחברתיים. כאן מה שמכריע הוא מעמד הזכויות. תפיסת החירות שלא ניתן לכפות אדם נגד רצונו להיות הורה.

* מי שתומך בדני [המיעוט] חושב שיש תשובה בדין (אין נורמה ישירה, אבל אפשר ללמוד בעקיפין מנורמות אחרות ובעיקר מתיאוריה של זכויות).
* מי שתומך ברותי חושב שאין תשובה בדין ולכן מחפשים תשובה מחוץ לדין.
* המחלוקת המשפטית מציגה מחלוקת תורת-משפטית.

בערעור דעת המיעוט בד"נ הייתה דעת הרוב. השופט טל דיבר בשפה אחרת לגמרי. זה מתהפך בדיון נוסף.

שופטי המיעוט לא התכחשו לסבל האישה והמצב הטראגי שבו היא נמצאת, אלא טענו שאין לה תביעה משפטית.

נדון בשיעור הבא בשופטת דורנר שמציעה תפיסה אחרת. השופטים קדמי ומצא.

**שיעור 19- 02/06/22**

**פרשת נחמני- ניתוח תורת משפטי**

בשיעור שעבר- הצגנו 4 שופטים מול 4 שופטים בשאלה המהותית ובשאלה התורת-משפטית. 4 שופטי המיעוט **בשאלה המהותית** חשבו שאין לכפות על דני להיות הורה בעל-כורחו. הניתוח נבע בעיקרו של דבר מניתוח הזכויות. הזכות של רותי להיות אם היא זכות שלילית, חירות. הזכות של דני לא להיות אב היא חירות, זכות שלילית. אף אחת מהזכויות לא מצמיחה עילת תביעה מכוח היותן חירויות. רותי לא יכולה לתבוע את דני להיות הורה לילדיה. מנגד, שופטי הרוב חושבים שניתן לכפות כי כאשר מאזנים את הזכויות יש עדיפות לזכות של האישה.

לגבי **השאלה התורת-משפטית**: מה עושים במקרה קשה? במקרה שבו אין דין / נורמה ישירה או מפורשת? שופטי הרוב טענו שהואיל ואין נורמה ישירה על המקרה, נמצאים בחלל נורמטיבי, צריך לפנות לעקרון חוץ-משפטי [עקרון הצדק]. עקרון הצדק באופן מעשי פירושו איזון בין הזכויות. לעומת זאת, שופטי המיעוט טוענים שההסבר נמצא בדין. גם אם אין נורמה ישירה, השופט לא עומד מול חלל אלא יש נורמות עקיפות. ניתן ללמוד מהנורמות העקיפות [כמו חוק ותקנות שלא חלים כאן] על כוונת המחוקק. ניתן ללמוד על ניתוח הזכויות.

התיישרו שני מישורים שונים- תשובה בדין ותשובה לבר-משפטית. **השופט ברק** אומר שגם אם הוא היה עושה שיקולי צדק הוא היה מגיע לאותה תוצאה, הוא לא צריך כי יש תשובה בדין. הוא **מבין את הצדק באופן שונה מהרוב** [מה צודק מנקודת מבט של ניתוח הזכויות].

**שטרסברג-כהן** אומרת שמושג הצדק הוא לא פרודוקטיבי, לא יביא לתוצאה כלשהי. צדק איתו הוא לא צדק איתה ולהיפך.

8 השופטים דיברו בפירוש האם מכריעים לפי הדין או לפי הצדק [כמושג חוץ-משפטי]. זו המחלוקת. מנקודת מבט תורת-משפט שופטי הרוב מדברים בשפה הארטיאנית [יש חלל ויש שיקול דעת]. שופטי המיעוט מדברים בשפה של דוורקין / פורמליזם. יש תשובה בדין- פונים לעקרונות משפטיים פנימיים.

3 שופטים לא התייחסו ישירות לשאלה. התייחסו באופנים אחרים לשאלה הזו.

**השופטת דליה דורנר**

השופטת דורנר מודעת למחלוקת התיאורטית שיש פה. היא רוצה לתת תשובה שמתאימה לשתי השיטות.

**על הדין להביא לתוצאה צודקת**. פרופ' דוורקין, השולל קיומו של שיקול דעת שיפוטי, סבור כי על בית המשפט להכריע במקרים קשים על סמך עקרונות מוסר וצדק.

גם על פי הגישה הדוגלת בקיומו של שיקול דעת שיפוטי נדרש כי נורמות משפטיות יתפרשו על יסוד עקרונות של מוסר, צדק וזכויות האדם. במקרים שבהם עקרונות היסוד מתנגשים בינם לבין עצמם, תיפתר הסתירה ע"י איזון ראוי בין הערכים המתנגשים.

דורנר מציינת כמו השופט טל שהיא עושה איזון ספציפי- בנסיבות המקרה הזה, ולא איזון כללי. במקרה הזה יש העדפה לאינטרס של רותי.

השאיפה לצדק עומדת ביסוד הדין. עמד על כך כבר אריסטו, בכותבו: הטעות אינה בחוק או במחוקק אלא בטבע הדברים: החוק מדבר בלשון אוניברסלית, ויכול שיתעורר עניין שאינו מכוסה ע"י הלשון האוניברסלית- ואז נכשל המחוקק בהפשטת יתר ועלינו למלא את החסר... לכן היושר הוא צדק, ואפילו טוב מן הצדק הכללי, ועל כל פנים טוב מן הטעות הנובעת מהחלטיות החוק.

היא משתמשת בעקרון נוסף- **עקרון היושר אצל אריסטו**. מתחילים מבעיה מהותית לחוק שנובעת מטבע הדברים, מהגיוון של המציאות. החוק נותן כללים ומדבר בצורה כללית. תמיד יהיו מקרים שהתאמת הכלל תהיה לרוב המקרים [בדרך כלל] ויש יוצאים מן הכלל. המציאות מגוונת והיוצאים מן הכלל בלתי צפויים. לא תמיד אפשר מראש למצוא אותם. אחת הבעיות של שופט כאשר המקרה שמולו הוא יוצא מן הכלל. במקרה כזה אריסטו אומר שצריך להתאים את הכלל למקרה הספציפי.

כאן יש בעיה- יש להבחין בין 2 מצבים: 1)מצב שהכלל לא נראה לשופט מעיקרו- שופט לא יכול לבטל כלל אם הוא נראה לו בלתי צודק. 2)מצב ששופט אומר שהכלל בד"כ נכון, אבל המקרה שלפניו הוא יוצא מן הכלל ולכן ראוי לא לפסוק לפי הכלל.

**איך אנחנו יודעים שזה באמת יוצא מן הכלל ולא מצב שהשופט עוקף את הכלל ורוצה לוותר עליו? תרגיל מחשבתי** של מה היה אומר המחוקק אילו היה עומד מול המקרה. השופט צריך להיות במצב שגם המחוקק עצמו היה אומר אחרת. לדוגמה: **פס"ד ריגס וחוק הירושה**. החוק אומר שמי שכתוב בצוואה הוא יורש. היורש רצח את הסבא. מה ביהמ"ש יעשה? מקרה שהלשון הכללית של המחוקק החטיאה את המציאות הזו, לא חשבה על זה. כאשר שופט מגיע מול מקרה כזה- הוא לא מערער על העיקרון שמי שכתוב בצוואה הוא היורש, אלא רק מערער על העקרון שמי שרצח את המוריש לא יורש. הוא רשאי לפסוק לפי עקרון היושר [אריסטו]. העקרון הזה מקובל על כולם.

דורנר רוצה להשתמש בו במקרה שלנו. **האם זה מתאים?** אין לנו כלל שמתאים למצב שלנו. עקרון היושר הוא עקרון מדויק וספציפי לפיו כאשר יש כלל ומקרה יוצא מן הכלל שהמחוקק לא הזכיר אותו, אבל השופט נוכח לדעת שהוא יוצא מן הכלל, אז הוא רשאי לתקן את החוק במקרה הזה. עושה זאת ע"י קביעה שזה יוצא מן הכלל ומאשר את זה באמצעות התרגיל המחשבתי שהמחוקק היה עושה אותו דבר.

**עקרון היושר לא מתאים באופן ישיר למקרה הזה** של פרשת נחמני. פרשת פלוני או פרשת ריגס מתאימות לעיקרון היושר- הכלל שאין להכריז על ילד כבר אימוץ ללא הסכמת הורה, יש לו מקום להחרגה במקרה כזה שהמחוקק לא חשב עליו.

השופטת דורנר הזכירה אותו כי היא לא התכוונה להפעיל אותו כמו שהוא, אלא להמחיש באמצעותו את הצורך לבחון כל מקרה בנסיבות שלו. למדים מעקרון היושר שהשופט מצד אחד פועל לפי כללים ומצד שני בוחן את המקרה בנסיבות שלו. צריך לעשות איזון זכויות ספציפי, ולא לעשות שימוש בכלל כללי. לא עושה ניתוח זכויות עקרוני כמו שאר השופטים. יכול להיות מקרה שבו אני לא אעדיף את הזכות להיות הורה= נניח מקרה של אישה צעירה בת 25-30 באותה סיטואציה, יכול להיות שלא היו מגיעים לפתרון הזה בניתוח הזכויות.

* דורנר= איזון הזכויות במקרה המסוים הזה. לענייננו, זה נוטה לטובת רותי בשל מכלול הדברים- הסתמכות, הטיפול, אין לה אפשרות אחרת להביא ילדים.

עקרון היושר הוא דוגמה שאנחנו עושים בחינה ספציפית ולא מכניסים מקרה לכלל. אבל זה לא השימוש הרגיל בעיקרון היושר כי זה לא מקרה של כלל ויוצא מן הכלל. בנוסף, היא לא מכריעה האם התשובה שלה במשפט או מחוץ למשפט. מבחינתה יכולים לסווג אותה איך שירצו.

**השופטת דורנר- שיקולים**

* **הדרך הנכונה להכרעה היא איזון בין האינטרסים של הצדדים המסוימים**.
* מכלול השיקולים מוביל לעדיפות האינטרס של האם רותי: הזכות להיות הורה עדיפה מהזכות שלא להיות הורה; המצב הספציפי של רותי; הציפיות שלה; השלב בתהליך (לאחר הפריה).

**השופט מצא**

אין נורמה משפטית מחייבת.

היעדרה של נורמה משפטית- ולמצער היעדר הסכמה בין השופטים בדבר קיומה של נורמה כזאת- הוא חיזיון נדיר. עם זאת, אין הוא חיזיון בלתי אפשרי.

להכרעה בסכסוך שלפנינו לא נמצאה לנו נורמה מוכרת שניתן להיבנות ממנה, אף תוך התחשבות בשינויים המחויבים. בנסיבות אלו לא היה מנוס מהכרעה שתתבסס על איזון בין הזכויות המתנגשות.

**איזון זה אינו יכול להתבסס על תחושת הצדק לבדה**. **עריכתו טעונה אמת מידה אובייקטיבית**.

**בניגוד לשופט טירקל**- דבר אינטואיטיבי, רגשי, אין אמת מידה אובייקטיבית. **מצא** אומר שלא ניתן להכריע כך. הוא שייך למחנה של "אין נורמה משפטית". אבל תחושת צדק לא מספיקה, צריך שיהיה אובייקטיבי. הוא נכנס לניתוח של זכויות. יש דבר כזה שנקרא "**זכות עקרונית**" במשפט- זכות להיות הורה או לא להיות הורה.

**"זכות כללית"-** זכותו של אדם לממש זכות עקרונית. "**זכות ספציפית**"- זכותו לממשה בנסיבות מסוימות.

**לדוגמה**- לרותי יש זכות עקרונית להיות הורה. יש לה אפשרות כללית והשאלה היא האם יש לה זכות ספציפית לגבי הביציות האלה ששייכות גם לדני.

דני פוגע בזכותה של רותי פגיעה "מעין כללית" (לא תוכל להיות אם). רותי פוגעת בזכותו של דני "פגיעה ספציפית" (לא מתנגד להיות אב בכלל אלא לילדים הללו). הפגיעה של דני בזכותה של רותי קשה יותר.

כשנקבל את הסירוב של דני, רותי לא תוכל להיות אם. הוא מכניס את זה לתבניות כלליות, אבל אומר במילים אחרות שהפגיעה בה תהיה יותר קשה. רותי לא תוכל להיות בכלל אמא, לעומת דני שלא רוצה להיות אבא לילדים האלה ספציפית [יש לו ילדים אחרים].

**השופט קדמי**

* הפריית הביצית היא השלב המכריע של יצירת העובר. -מקביל את זה למצב טבעי. היריון טבעי. אבל מצד שני, זה היריון מלאכותי שבנוי שלבים- אולי אדם הסכים לשלב 1 של הפריית הביצית [שאיבה, הפריה חוץ גופית], אבל לא בהכרח שהוא מסכים לשלב השני של פעולה אחרת. כך קובע החוק של הסכמי פונדקאות- צריך הסכמה לשני השלבים. הסכמה לשלב הראשון לא אומרת שתהיה הסכמה גם לשלב השני. זה לא תלוי רק בשני הצדדים, אלא זה תלוי גם בוועדה שצריכה לאשר.
* מכאן ואילך אי אפשר להחזיר את המצב לקדמותו.
* עד לשלב זה גוברת זכותו של הצד שאינו מעוניין להיות הורה. אי אפשר לכפות עליו. משלב זה ואילך גוברת זכותו של הצד שמעוניין להיות הורה.

לא ברור האם אלה שיקולים משפטיים פנימיים, או שאלה שיקולים חוץ-משפטיים. הקביעה הזו לא ברורה מאליה, שעד שלב מסוים הוא יכול להתחרט ואחריו הוא לא יכול להתחרט. **הקביעה שלו לא תלויה במצב האישה, זה אוניברסלי**. גם אם יש בחורה בת 25 שהתחילה את התהליך והגבר ירצה לסוג, הוא לא יוכל לאחר ההפריה. הוא קובע שהיריון מלאכותי הוא כמו היריון טבעי [שההפריה מתחילה את התהליך], למרות שהיריון מלאכותי בנוי משני שלבים. זו קביעה עקרונית- הסכמה לשלב 1 משמע הסכמה לכל השלבים.

**דורנר** חולקת עליו- ההכרעה שלה קשורות לנסיבות הספציפיות.

**לסיכום**- פסק דין שהסעיר בשנות ה-90. פרשה שנמשכה על פני מספר שנים. הייתה לאורך הדרך כתיבה בשאלה מה נכון נורמטיבית, ואח"כ באה השאלה המשפטית. החלטת ביהמ"ש לא מובנית מאליה והיא שנויה במחלוקת גם בדיעבד. האם ביהמ"ש לא עירב בין שאלות משפטיות למוסריות? שופטי המיעוט אמרו שאם מחליטים לפי הדין- התוצאה תהיה העדפת הזכות של דני. שופטי הרוב הבינו את העמדה הזו של שופטי המיעוט, ולכן אמרו שאם נכניס שיקולי צדק ואיזון בין האינטרסים נגיע להעדפה של רותי. אין תשובה בדין והולכים לשיקולי צדק.

**ביקורת אפשרית על שופטי הרוב**- הם הגיעו להכרעה בעקבות שיקולים מוסריים. אולי ראוי היה שדני יהיה נדיב ויסכים לה, אבל אין לגביו חובה משפטית. אבל שופטי הרוב האמינו שזו חובה משפטית ולכן קבעו שיש לתת לה אפשרות להשתמש בביצית.

יש התנגשות- שופטים ליברליים שבעד זכויות אדם, העדיפו את דני [זכויות אדם זה קדוש ולא נכפה אותו בעל-כורחו]. דווקא השופטים שלא מזוהים עם גישות ליברליות מובהקות הזדהו עם רותי [זכויות אדם פחות קדוש, מעדיפים את האינטרס של רותי והבאת החיים בהיריון].

**אם היה מקרה הפוך**- אדם תרם תרומת זרע ואישה השתמשה בזה דרך בנק הזרע. הוא הפקיד והאישה הזו השתמשה בתרומה אחת שלו ונולד לה ילד. היא רצתה מראש שהילד השני יהיה מאותו הורה. היא שריינה מנה נוספת של האיש כדי להוליד ילד נוסף. בינתיים, הבחור הזה התחרט והוא החליט שהוא לא מעוניין שיעשו שימוש במנה שלו שתרם. יש ביצית מופרית מוקפאת כדי שהיא תשמש בהפריה חוץ גופית לאחר 3 שנים מהולדת הילד הראשון. הוא חזר בתשובה בינתיים ולכן לא רוצה. **מה לדעתכם יכריעו במקרה הזה?**

* במונחים של קדמי- לא ניתן להתחרט. מרגע הפריית הביצית לא ניתן להתחרט.
* במקרה הזה איזון האינטרסים שונה- יש לה אפשרות להשתמש בתרומות אחרות. זה לא מונע ממנה אפשרות שיהיו לה עוד ילדים.
* **התוצאה בביהמ"ש היא שאפשרו לו להתחרט**. ביהמ"ש אמר שהוא יכול לחזור בו. יש לה ילד ויכולים להיות לה ילדים נוספים מתרומות זרע אחרות. אין פה מניעה. יכול להיות מצב שניתן לחזור בו כאשר איזון האינטרסים הוא שונה. הפגיעה באישה הרבה יותר קלה במקרה הזה. העדיפו את החירות שלו. למרות שגם הייתה הפריית ביצית.
* סיימנו את הפרק של שיקול דעת שיפוטי דרכו הכרנו תורות משפט נוספות- דוורקין.

**תורת המשפט של CLS****-legal studies critical – התורה הביקורתית**.

התיאוריה הזו התפתחה בארה"ב בשנות ה-80-90 של המאה שעברה. ועדיין יש לה השפעה גדולה. התיאוריה הזו יוצאת מנקודת מוצא של הריאליזם. הטענה הריאליסטית שאין בכוחם של הכללים המשפטיים לקבוע את התוצאה במקרה נתון. זה נעשה באמצעות החלטות שיפוטיות.

התנועה הביקורתית הוסיפה מימד חשוב לגישה הריאליסטית. הטענה שלהם הייתה שהחלטות שיפוטיות הן לא רק החלטות הד-הוק, אלא הן נובעות מעמדות אידיאולוגיות. הן מבטאות העדפה בשאלות עקרוניות. אחד הכיוונים החזקים הבולטים בתנועה הזו היא **נאו-מרקסיסטי**. טענה שנעשה במשפט שימוש כדי להעדיף ערכים של שוק חופשי, קפיטליזם על חשבון זכויות של פרטים, תוך שימוש במשפט כמסווה. יש העדפה אידיאולוגית של שופטים שהיא ביסודה קפיטליסטית.

שימוש במשפט כהסוואה להכרעות ערכיות אידיאולוגיות, כלכליות, חברתיות.

מכאן צמחה כתיבה ארוכה של מלומדים, בעיקר בארה"ב, שפיתחו את העמדה הזו. העמדה הזו עושה ניתוח ומראה שבהחלטות של ביהמ"ש עושים שימוש במונחים כלליים ומצדיקים במונחים משפטיים. **לדוגמה:** מסווים דרך מושג "סבירות". זה מושג מאוד מופשט והוא מסווה לכל מיני העדפות של שופטים. זה ממחיש את זה שלא המשפט קובע מראש, אלא שופט עושה שימוש בשפה משפטית כדי להוביל לדבר הזה.

השיטה הזו ביקורתית כלפי זה. היא טוענת שכך המשפט מתנהל- אל תאמינו לטענות הפורמליסטיות, הארט או דוורקין. יש אידיאולוגיה ותפיסות של שופטים לגבי שאלות חברתיות, כלכליות ופוליטיות, ומשתמשים במשפט כדי להכריע את ההכרעות האלה. המשפט הוא מעין שפה שדרכה אומרים את הדברים האלה.

היא ממשיכה את הגישה של הריאליזם ומכניסה מימד ביקורתי ופוליטי. תכירו שעמדות השופטים הן עמדות ערכיות, פוליטיות ולכן הן ראויות לביקורת.

הפסיקה הליברלית הייתה פרו-קפיטליזם ושוק חופשי. לכן חשבו שיש לאמץ את התפיסה הזו.

**הביקורת הפמיניסטית של המשפט,** שהלכה לכיוון דומה וטענה שטבועות במשפט העדפות גבריות. על ידי ניתוח ביקורתי של המשפט טענו טענה זו. מקובל להבחין בפמיניזם ב- 3 דורות:

**גל ראשון- פמיניזם ליברלי של זכויות**, שטוען את הטענה הפשוטה שיש זכויות שוות לנשים וגברים. כל מה שגברים זכאים – גם נשים זכאיות. היה צריך לנהל על זה מאבק שלם. בכל פעם מגלים נקודות שונות של אי-שוויון. השאלה כמה ללכת עם הטענה הזו. למשל, צבא- האם יש לאפשר לנשים למלא את כל התפקידים שגברים מבצעים.

**גל שני – פמיניזם תרבותי**. מזוהה עם קרול גיליגן [פסיכולוגית]. טענה בספרה "בקול שונה" - נשים מדברות בקול שונה ויש להן העדפות אחרות בתפיסות המוסריות שלהן. מכאן הטענה שהניתוח המוסרי של זכויות הוא מאוד גברי, לעומת זאת התפיסה של נשים היא תפיסה של קשר בין אישי וחובות שנוצרות מהקשר הזה. מוליד תפיסות מוסריות שונות. התחשבות בנשים.

הפרשה של נחמני יכולה להמחיש את זה. מנק' מבט פמיניסטית, הניתוח של עמדות הרוב הוא גברי. הגישה הנשית היא יותר גישה של התקשרות בין-אישית. ההתקשרות בין רותי ודני מטילה חובות מסוימות על דני. הטענה היא שאין התחשבות בנק' המבט הנשית על הדברים האלה. עולה שאלה- האם נשים עושות הכל כמו גברים, או עושות דברים אחרת כי נק' מבט שונה.

**גל שלישי- פמיניזם רדיקלי**- טענה מרחיקת לכת שיש תבניות חברתיות ומשפטיות שהן גבריות ומשפיעות באופן מהותי על המשפט. זה הביא לביקורת משפטית חריפה. המבנה המשפטי הוא עם העדפה גברית בכל מיני תחומים. צריך הגדרות חדשות למערכת היחסים- למשל, שאלות של נישואים, שאלות של הגדרת עבירות מין. אלה דברים שהתעוררו לפני 20 שנה, למשל אז לא הייתה עבירת הטרדה מינית. בעבר עבירת אינוס לא הייתה יכולה להיות בין בעל ואישה. ביקורת כלפי המחוקק- המחוקק לא קבע עבירת הטרדה מינית. חלק מהביקורות כלפי השופטים על השימוש שהם עשו במשפט.

חלק מהביקורת הזו הושפעה מה-CLS.

* **נקודת מוצא**: המשפט עצמו לא ניטרלי והשופטים דרך המשפט מבטאים את תפיסות העולם שלהם.

**שיעור 20- 07/06/2022**

**תורת פרשנות**

נדבר על בעיית הפרשנות בכלל, נדבר על הפרשנות אצל דוורקין ושל ברק.

**בעיית הפרשנות**

* מהו פירוש נכון לטקסט?

אנחנו שואלים הרבה פעמים במשפט מהי פרשנות נכונה לחוק או לחוקה או לכל מסמך משפטי אחר [חוזה, צוואה]. מסמכים משפטיים קובעים נורמות ואנחנו שואלים מהו הפירוש הנכון למסמך הזה? **בעיית הפרשנות היא בעיה כללית** שלא קיימת רק במשפט, אלא גם בהקשרים אחרים [במיוחד מדעי הרוח- ספרות והיסטוריה]. השאלה היא מהו קנה המידה שלפיו נאמר מהו פירוש נכון לטקסט, שכן הוא יכול להתפרש בכמה אופנים.

3 מתחים בפרשנות טקסט-

* **שאלת מחבר וטקסט**- האם פירוש נכון הוא זה שחותר לכוונת המחבר או זה שמפרש בצורה הטובה ביותר את הטקסט?

מה הייתה הכוונה של המחבר? נשאל את זה כדבר קובע, כקנה המידה. או שמא אני עומד מול הטקסט עצמו ושואל מה פירוש הטקסט, ללא חתירת כוונת המחבר. ניתן לפרש בניגוד או בניתוק לכוונת המחבר.

* **לשון ותוכן- "גוף ונשמה"**- האם פירוש נכון הוא פירוש מילולי או פירוש שמתאים לתוכן (טעם, תכלית)?

פרשנות מילולית מול פרשנות תכליתית [במנותק לשאלת כוונת המחבר]. לפעמים נעדיף פירוש פחות מילולי, אבל קולע יותר לתוכן [תכלית] הטקסט.

* **טקסט וקונטקסט**- האם פירוש נכון הוא פירוש הטקסט עצמו או האופן שבו משתלב בהקשר (הספרותי, היסטורי, חברתי)?

כשאני מפרש טקסט מסוים בד"כ הוא נמצא בהקשר רחב יותר [טקסטואלי או נסיבות בהן מתחבר]. האם אני צריך לפרש את הטקסט באופן מבודד או שאני צריך לפרש אותו בתוך ההקשר שבו הוא משתלב. הקשר ספרותי רחב יותר – לא להסתכל רק על סעיף החוק אלא על כל החוק וגם חוקים אחרים וגם חוקה. מפרש בתוך קונטקסט. קונטקסט יכול להיות נסיבות חברתיות או היסטוריות שבהן אתחשב.

* נצטרך להחליט לפי איזו גישה ללכת, כי עשויים להגיע לתוצאות שונות.

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

* טקסט הוא קבוצת סימנים שנבחרו ע"י מחבר מסוים להעביר משמעות מסוימת לקורא מסוים או לקהל של קוראים.
* הסימנים מסודרים באופן שיוצר מילים ומשפטים ע"פ כללי הלשון- הסמנטיקה והתחביר.

דרך הטקסט המחבר מעביר מחשבות או מסר מסוים לקורא. פירוש הטקסט חותר להבין את כוונת המחבר, דרך כללי הלשון [סמנטיקה ותחביר- יודעים מה הפירוש של כל מילה, מבינים לפי התחביר האם יש סימן שאלה או סימן קריאה. מהמכלול הזה מבינים את משמעות הטקסט, שהיא זהה למשמעות המחבר]. כל פירוש שחורג מהמשמעות הזו, ותולה בטקסט דברים שהמחבר לא התכוון לומר, בעצם לא מפרש כמו שצריך את הטקסט.

הבנה בסיסית מהי פרשנות. במאמר הזה הוא מבקר פסקי דין של בתי משפט שנותנים פרשנויות רחוקות לסעיפי חוק, ומכניסים להם משמעות שהיא לא נמצאת שם [כמו מדרש של חכמים את התורה, מכניסים פירוש שלא כתוב במקרא מתוך רצון שזה יהיה הפירוש הנכון]. משה אזר חושב שזה לא פירוש נכון. לשופט יש אילוץ שזה החוק והוא תולה בחוק פירוש שלא עומד בתנאי הלשון- הוא לא מקבל את זה.

* כאשר אדם קורא טקסט הוא שואל מה התכוון המחבר לומר?
* הדרך לדעת את זה היא באמצעות הבנת המילים והתחביר.

נוכל להשתמש במידע אחר לגבי המחבר ומה הוא יכול להתכוון.

בקשר לשאלה הראשון של טקסט ומחבר- התשובה היא מחבר. הטקסט לא עומד בפני עצמו.

**מובן ומשמעות [Hirsch] -הירש**

* מובן (meaning)- מה הטקסט אומר? (למה התכוון המחבר?)
* משמעות (significance)- מה הטקסט אומר **לי**?

הירש, חוקר שעסק בפרשנות, מסכים שהמובן של הטקסט הוא לפי כללי הלשון, והמשמעות היא דבר אחר. יכול להיות במשמעות יסוד סובייקטיבי= מה שאני מוצא בו, זה לא בהכרח מה שהמחבר התכוון.

בעיות שההגדרה הבסיסית של אזר [טקסט לפי כללי הלשון] מעוררת:

**בעיות**

* **מה קורה כאשר המובן של הטקסט אינו ברור?** לפעמים הטקסט סובל מעמימות. איך נכריע? [אם המחבר משתמש במושגים עמומים, אולי נוכל להיעזר בכך לטובת הפרשנות].
* **האם אפשר להשתמש בחומרים מחוץ לטקסט?** קשור לשאלה אם מעניין אותי המחבר, אז אשתמש בחומרים מחוץ לטקסט. ואם לא- אז לא.
* **מה קורה בטקסט של כמה מחברים?** לא נוכל לדבר על כוונה [לחתור לכוונה מסוימת]. אולי נוכל לדבר על כוונה משותפת- מצמצם את מושג הכוונה, לגבי מהו המכנה המשותף שעליו הסכימו. בנוסף, זה פותח את האפשרות שבתוך הטקסט משוקעות כוונות שונות, למשל כוונת מחוקק- בכנסת 120 חברי כנסת, כולם הסכימו על המילים, אבל לגבי התכליות והכוונות ייתכן ששאלת "כוונת המחוקק" תהיה מסובכת. יכול להיות שחלק הצביעו בעד החוק כי הם תומכים בקואליציה; אחרים הסכימו לכוונה של משרד המשפטים; לאחרים הייתה כוונה שתהיה בחוק הזה תועלת אחרת. יכולות להיות כוונות שונות וזה מסבך את העניין של "כוונת המחוקק" כשיש טקסט קולקטיבי. **יכול להיות שמצב כזה מעביר את כובד המשקל לטקסט, מאשר חתירה לכוונת המחבר**. לחתור אחר כוונת המחבר זה קל יותר כאשר יש מחבר אחד.
* **מה קורה בטקסט שהתחבר לפני זמן רב? (מובן ומשמעות)** קשה יותר לחתור לכוונה- אדם שחי בעולם אחר מהעולם שלי. אולי בכל זאת צריך להתאמץ- למשל, היסטוריונים יתאמצו לפרש טקסטים לפי כוונת המחברים שהיו לפני 1000-2000 שנה. הם יחפשו ראיות כדי להבין את ההקשר שהתכוונו בעבר. ייתכן שגם מובן המילים משתנה, סמנטיקה משתנה [לאותה מילה בעבר משמעות אחרת מהיום]. היסטוריונים יעשו מאמץ גדול לגשר על הפער- להבין את האותנטיות של הטקסט ולפרשו בהתאם לקונטקסט ההיסטורי. אחרים אולי יוותרו על זה ויאמרו שזה מאמץ קשה מדי, ויחליטו לפרש כמו שהוא.
* **האם כל הטקסטים שווים?**
* **האם כל מטרות הפירוש שוות?** פירוש היסטורי מול פירושי משפטי [מעניין אותי מה הטקסט אומר היום]. לדוגמה, החוקה האמריקאית התחברה לפני 250 שנה. היסטוריון יפרש אותה לפי מה הייתה כוונת האבות המייסדים לפני 250 שנה ואילו שופט שואל מה החוקה אומרת לי היום. **אולי זה שאלה של מובן ומשמעות:**
* **היסטוריון- מובן**.
* **שופט- משמעות**.

מחלוקת לגבי איך לפרש "עונשים אכזריים" בארה"ב- לפי היסטוריון, יראה מה היה בעבר [כן אפשרו עונש מוות]. לעומת שופט, שעשוי לומר שאסור להטיל עונש מוות כי זה נחשב עונש אכזרי. (הנושא עדיין בדיון בארה"ב).

למשל, סוגיית הפרטיות בהקשר של הפלות- ביהמ"ש האמריקאי אומר שהסעיף בחוקה ששומר על הפרטיות של אדם מכיל בתוכו את הזכות של אישה לבצע הפלה בשליש הראשון של ההיריון. זו הפרשנות שלה. האם כך האבות המייסדים חשבו על פרטיות? כנראה שלא. הם חשבו שהפלות אסורות. הם וודאי לא התכוונו לזה. באיזה מובן זה פירוש? אזר יאמר שזה לא קיים בטקסט בכלל. אולי יש הבדל בין **מטרות הפירוש**.

**פרשנות ספרותית**

יש שאלות שלא תמיד קל לקבל את הפרשנות הפשוטה / התיאוריה הפשוטה של משה אזר [פרשנות ככוונת הטקסט].

* **טקסט שהמחבר התכוון לרב משמעויות** [שירה]. -משתמש במטפורות וביטויים עמומים או רב משמעיים. הוא לא התכוון לדבר אחד. ייתכן שיאמרו אנשי התיאוריה הבסיסית שאם המחבר התכוון לרב משמעות, אז זה בסדר כי זה תלוי בכוונה שלו.
* **הטקסט עשוי להכיל תכנים ומשמעויות מעבר לכוונת המחבר**:
* רבדים לא מודעים (שאפשר אחר כך למצוא בטקסט ללא שהמחבר היה מודע להם).
* רמיזות לשוניות וספרותיות (אינטר-טקסטואליות).

יש טענה שפרשנות ספרותית מראש לא צריך להגביל אותה לכוונת המחבר.

* בפרשנות ספרותית- **המשמעות חשובה יותר מהמובן**.

לא חותרים לכוונת המחבר, בין בגלל שצריך להניח שיש לו כוונת רב משמעיות או שיש דברים מעבר לכוונה שלו, לכן מה שעומד מולנו הוא הטקסט. הפירוש צריך להלום את הטקסט- מילים ומבנה שלו.

**מה יהיה הקריטריון [אם מוותרים על כוונת המחבר] שבו נבחן מהי פרשנות ספרותית נכונה?** 1)התאמה למילים- יש לפנינו טקסט עם סמנטיקה ותחביר וצריך לתת לזה פרשנות. אבל לפרשנות ספרותית יש כל מיני פרשנויות אפשריות [רבדים שונים]. אז האם כל דבר שמתאים ללשון עובד, או שיש קריטריון על. לדוגמה: כוונה משוערת של המחבר. לדוגמה: איזה פירוש עושה את הטקסט יפה יותר או מעניין יותר? פירוש שנאמן כמובן למילים ולתחביר. ניתן לחשוב מה יותר מתאים להקשר ההיסטורי או החברתי של הסיפור.

**פרשנות משפטית**

* **כוונת המחוקק או פירוש החוק?** [נכון לכל מסמך משפטי- לדוגמה חוזה: כוונת הצדדים או פירוש אובייקטיבי של החוזה שמנותק מכוונת הצדדים].

פרשנות סובייקטיבית [כוונת המחוקק, הסובייקט שכתב את הטקסט] לעומת פרשנות אובייקטיבית [הטקסט שעומד מולי]. ניתן שגם פירוש החוק תהיה סובייקטיבית- כי אני מפרש את החוק.

-ברק קורא לכוונת המחוקק פרשנות סובייקטיבית.

לדוגמה: לחוק יש דברי הסבר. מניחים שניתן לייחס לטקסט הקולקטיבי את הכוונה שהסכימו לגביו. יש מקום לשאול האם נפרש חוק לפי דברי ההסבר שלו, שמייצגים את כוונת המחוקק [כוונה קולקטיבית]; או נאמר שהחוק קיים (המילים של החוק עומדות גם במנותק מהכוונה) ונפרשו גם בניגוד לכוונה.

ביהמ"ש לא מוצא עצמו מחויב באופן מסורתי לדברי ההסבר. מביאים אותם כשדנים במשמעות, אבל אין לביהמ"ש חובה אולטימטיבית לפרש כך.

* פרשנות מילולית או פרשנות תכליתית? לשון מול תוכן.
* פרשנות החוק (הסעיף) או פרשנות בהתאם לסביבה החוקית והחוקתית? -שאלת ההקשר.

מה מייחד טקסט משפטי בהשוואה לטקסט ספרותי או היסטורי? חוק- מתחבר ע"י כמה מחברים, לא ע"י אדם אחד. האם יש כוונה משותפת? אולי למצביעים היו כוונות שונות.

* הטקסט לא התחבר ע"י אדם אחד. כמה מחברים.
* מכיל כללים שנועדו להכיל מספר רב (אינסופי) של מקרים. -צריך לפרש כל מקרה בהתאם לכלל המשפטי, שהוא קבוע. זה מעלה שאלות שחורגות מהכוונה של המחברים. המחוקק ידע שהוא קובע כלל משפטי שטוב להרבה מאוד מקרים, אבל הוא יודע מראש שהוא לא יודע את הפרטים של המקרים שייכנסו בהמשך לתוך הכלל. ההכנסה שלהם לכלל- לא צריך להניח שהמחוקק צפה את כל המקרים העתידיים. זה ברור שהוא לא צפה והוא לא התכוון לצפות. המחוקק מראש לא יכול לצפות את כל המקרים העתידיים, אלא הוא קבע תבנית של כלל שאליו ייכנסו המקרים. מה צריך להיכנס לכלל? יש מקרים של יושר- שאלנו האם המחוקק התכוון שמקרה כזה ייכנס לתוכו [כמו הנכד שרצח את סבא שלו- האם כאשר המחוקק כתב שכל מי שכתוב בצוואה יורש הוא התכוון שגם רוצח של המוריש יירש? הנחנו שלא].
* חוק מתקיים לאורך זמן וצריך להתאים לנסיבות משתנות. -כמו שנשאל האם המחוקק התכוון למקרה מסוים, נשאל האם הוא התכוון לנסיבות הללו. נסיבות שונות עשויות להביא לתוצאה שונה.
* הטקסט משתלב במערכת של כללים (חוקים) מורכבת. -חוק לא עומד לבד. יכול להיות שלגבי סעיף אחד התכוונו דבר מסוים, אבל בהמשך נראה שזה עומד בניגוד או מתח לחוק אחר וצריך ליישב בין החוקים. המחוקק לא בהכרח נתן על זה את הדעת. למשל, בין החוק לחוקה. העובדה שכל סעיף חוק משתלב בתוך הקשר רחב יותר של חוקים מחייבת אותי ליישב ס' חוק 1 עם סעיפים או חוקים אחרים / סעיפי חוקה.

הפירוש אחרי הכל צריך להביא תוצאה צודקת של ביהמ"ש למקרה שלפניו. פרשנות משפטית משפיעה על החלטה במקרה קונקרטי, שבו ביהמ"ש רוצה להביא לתוצאה צודקת. זה מביא לפרשנות המשפטית גוון אחר, שאלות מיוחדות שאין בפרשנות היסטורית או ספרותית.

**תיאוריות משפטיות**

**טקסטואליזם (השופט סקליה)**- שופט ביהמ"ש העליון בארה"ב, נפטר לפני שנתיים. הוא ייצג את הקו השמרני. דגל בפרשנות טקסטואליזם= התחשבות בטקסט. לתת משקל לטקסט.

* הטקסט הוא הביטוי של המחוקק. -בנוגע לשאלה של טקסט או מחבר- הוא הכריע לטובת הטקסט.
* כוונת המחוקק איננה ידועה. [הוויכוח היה בעיקר לגבי פרשנות החוקה האמריקאית. האבות המייסדים היו לפני 200 שנה הם לא לפנינו ולכן לא נחתור להבין כוונה אלא את הטקסט].
* כוונת הטקסט הוליכה אותו לפרשנות מסוימת- **יש לפרש את הטקסט בהתאם ל"כוונה האובייקטיבית"**. (שווה בנפשך שאת הטקסט כתב אדם אינטליגנטי וסביר, מה הוא התכוון לומר?)
* **פרשנות כזו מכונה בהקשר של החוקה**- **אורגינליסטי**- חותרת להבנה המקורית של החוקה.
* **בניגוד** לגישה מקובלת בביהמ"ש האמריקאי- שנקראת **"חוקה חיה"** (living constitution). הולמס אומר שלא ניתן להניח שהחוקה קפואה 200 שנה, לכן הוא מניח שהיא חיה וניתן לייחס לה פירושים אחרים. נגד זה יוצא סקליה ואומר ש"חוקה חיה" זו המצאה של ביהמ"ש להיאחז בחוקה. הוא דוחה את המושג הזה ודוגל בחוקה מקורית. החוקה נכתבה בעבר, חוקה אורגינליסטית לפי מה שהתכוונו המחברים. הוא התנגד לפירוש שהפרטיות אומרת שיש זכות הפלה, כי לא ניתן לקרוא את זה לתוך החוקה. בחוקה לא התכוונו להתיר הפלה, אלא התכוונו לפרטיות במובנה. צריך לפרש את החוקה לפי מה שהתכוונו האבות המייסדים, לא כדי לחתור לכוונתם אלא כדי לשבות לטקסט את הכוונה של מחבריה.

לדוגמה: בהצהרת העצמאות האמריקאית- כל אדם זכאי לשוויון בפני החוק [הגנה שווה של החוק]. כולם נבראו שווים בפני האל. למה התכוונו המחברים? האם המחברים התכוונו לשוויון בין שחורים מול לבנים? קשה להניח. ג'פרסון שכתב את זה, התקוממו נגדו שהוא היה בעלים של הרבה עבדים שחורים. כשהוא עצמו ניסח וכתב "כולנו נבראנו ע"י האל" הוא ראה "בכולנו" רק לבנים. אבל אם תשאלו את סקליה- הוא לא רוצה לפרש את ג'פרסון, אלא הוא רוצה להבין איזה משמעות ניתן לתת לטקסט הזה. "כולנו"= כל בני האדם. הוא מחפש פירוש סביר של הטקסט, ולא חותר לכוונת המחבר. לוקח את עקרון השוויון שנקבע ע"י האבות המייסדים ולא רק לפי הכוונה ההיסטורית. הוא לא יבין שוויון כמוציא מן הכלל נשים או שחורים. הוא מחויב למונח שוויון מבלי לחתור לכוונה סובייקטיבית שלהם. מביא למושג שוויון מושג סביר- תכנים שמן העניין.

**לא מתחייב לשחזר את הכוונה**. אבל הוא לא ירצה לייחס לחוקה משמעויות שתלו בה מאוחר יותר [כמו **פרשת ההפלות**].

* **השופט סקליה**: טקסטואליזם + אורגינליזם [פרשנות מקורית לחוקה].
* טקסטואליזם אינו פרשנות "צרה" או "דווקנית". זו פרשנות סבירה בהתאם להיגיון של הטקסט.

**הצדקה: פרשנות דמוקרטית**

* שופטים אינם מוסמכים ליצור חוק.
* שופטים שמפרשים את החוק בהתאם ל"כוונה" או ל"תכלית" ממציאים בעצמם תכלית כך שיוכלו לפרש את החוק כרצונם. -מבקשים להיות נאמן למילים.

ההצדקה המרכזית שלו היא ההצדקה הדמוקרטית. בסופו של דבר השופט צריך להיות כפוף לחוקה ולחוק. הטקסט הוא הביטוי של המחוקק. הכוונה היא לא ידועה. לכן יש לפרש את החוק כך.

* טקסט + פרשנות מילולית. 🡨 הוא היה רוצה לקרוא את הטקסט בהקשר שלו, כדי לדעת את הפירוש הנכון של הטקסט. לפי הגישה של האורגינליזם **הקונטקסט ההיסטורי חשוב**.

**השופט חיים כהן- מאמר פרשנות נאמנה: תלתא משמע**

המאמר מדבר על 3 נאמנויות של השופט. הוא מדרג ומסביר.

1. **נאמנות ללשון החוק** (פרשנות מילולית)- פרשן חייב להיות נאמן ללשון ולא רשאי לפרש את החוק בניגוד ללשון. מדוע היא חשובה?
2. נובעת משלטון החוק:
   1. **וודאות**- נותנת לדין את וודאותו.
   2. **פומביות**- נותנת לדין את פומביותו. [הפירוש כפי שפורסם].
   3. **שוויון**- מבטיחה את השוויון. -אם כולם נוהגים לפי החוק הכתוב ומשמעותו המילולית נשמר השוויון. אם שופט ייתן משמעויות לא מילוליות אז זה פותח פתח לפרשנויות שונות- דבק ללשון או לא דבק ללשון. זה עלול לגרום לאי שוויון.
3. **נאמנות לרוח החוק**-

* כוונה, טעם, תכלית החוק. -כללים לא שרירותיים, אלא יש סיבה וטעם. זה יכול להשפיע על הפירוש שלו.
* חוק ללא טעם הוא כמו גוף ללא נשמה.
* הטעם נותן לחוק חיים (מובן).
* הטעם נותן לחוק צדק.

יש מדרג- פרשן צריך לפרש לפי לשון החוק. אם הוא מגיע לשלב שהלשון איננה מספיק ברורה או שיכולה להשתמע לכמה כיוונים, אז הרוח של החוק צריכה להשפיע. הוא **מתאר מבנה של שלבים**. מגיע אל התכלית, במקום שבו הלשון ממילא מייצרת יותר מאפשרות אחת. התכלית תאפשר לברור מבין האפשרויות השונות את הפרשנות המתאימה. [זו גישה שונה מהשופט ברק]. דומה לשיטת השלבים בפס"ד אפרופים.

1. **נאמנות לרוחו של המחוקק**-

* עקרונות יסוד.
* דמוקרטיה.
* חירות האדם.

רוח המחוקק="עקרונות יסוד של השיטה". מאמר ישן של חיים כהן, לפני חוקי היסוד ועקרונות היסוד של השיטה. מדבר על דמוקרטיה וחירות. מפרש את החוק בהתאם לעקרונות הללו. מניח **חזקה על המחוקק שרוחו טובה עליו**. היום ההנחה הזו כתובה בחוקי היסוד. פירוש החוק והתכלית שלו צריכה להתאים לעקרונות היסוד של השיטה.

הוא נותן לשופט כלים להתמודד עם סיטואציה שהפירוש המילולי של החוק יהיה בלתי צודק. ואולי תכלית החוק כשלעצמה אין בה כדי להפוך אותה לצודקת. יש עקרונות גבוהים יותר במדרג הנורמות שיהפכו פרשנות לצודקת. מתחשבים בעקרונות היסוד. היום במבנה החוקתי- "נאמנות לרוחו של המחוקק" היא נאמנות לעקרונות החוקתיים שמשפיעה על פירוש של חוק.

* אם אנחנו משווים את זה לשופט סקליה- זו גישה פרשנית שונה. חיים כהן רואה ככלי לגיטימי את הפרשנות התכליתית. המענה שלו לסקליה [שטוען שתכלית הוא כלי מניפולטיבי]- שהוא מגיע לזה רק בשלב שהלשון לא מביאה פתרון. מקום שהלשון עמומה או מספקת יותר ממשמעות אחת. התכלית פותרת דילמה של השלב הראשון "לשוני".

יש הבנה שונה- תכלית "נשמה"- לא ניתן להבין כלל משפטי מבלי שמבינים את התכלית שלו. כלל משפטי הוא לא שרירותי, סתם לעשות פעולות. אלא יש תכלית מסוימת לעשות אותם. מקום שבו אני במבוי סתום- אני חייב להשתמש בתכלית כדי להכריע את השאלה הפרשנית.

**פס"ד פלוני נ' פלונית**- דיון האם להכריע באמצעות פרשנות. דעת הרוב הכניסה את זה ל"אי מסוגלות הורית". לוין היו 2 דרכים- חסר סמוי ופרשנות מרחיבה. פרשנות מרחיבה היא התחשבות ושימוש בתקנת הציבור. שימוש בעקרונות יסוד של השיטה.

לדוגמה: **פרשת ירדור**- מפלגה קומוניסטית ערבית שחתרה נגד קיומה של המדינה. השאלה האם לאשר אותה בבחירות. לא היה סעיף חוק שמאפשר לפסול אותה ועדיין החליטו לפסול אותה. חיים כהן אמר שלוועדה אין סמכות וביטל את ההחלטה. **שופטי הרוב [אגרנט] השתמשו בפרשנות מרחיבה**- צריך לפרש את סמכות הוועדה לפי עקרונות יסוד של השיטה= מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית ולכן סמכויות הוועדה התפרשו בהתאם.

**האלטרנטיבה המשמעותית לסקליה – דוורקין** [מאמר שלו על פרשנות משפטית]. דוורקין מציע תיאוריה רחבה יותר לפרשנות שבאה להתמודד עם השאלה- מחד, נאמנות לחוק הקיים. מאידך, מחויבות לפתרון צודק של המקרה שלפנינו.

הגישה הריאליסטית [פרגמטיסטית] שאומרת שאני מחויב לחוק, אבל אני צריך לתת לו את הפירוש הצודק ביותר. כאשר אני נתקל במקרה, אני מתחשב בחוק אבל אני לא אהסס לסטות מהחוק או לתת לו פירוש חריג כדי להגיע לתוצאה צודקת. את הגישה הזו מייצג שופט ביהמ"ש העליון האמריקאי- **ריצ'ארד פוזנר**.

מה שמיוחד אצל דוורקין הוא ניסיון להציג תיאוריה יותר שלמה של הפרשנות- integrity- פרשנות שלמה. הוא יציע דרך להגדיר מה זה פרשנות נכונה של טקסט.

**אינטגריטי (דוורקין)**

פרשנות משפטית היא אמיתית אם היא נובעת או מתאימה לעקרונות של צדק, הגינות והליך הוגן, ומספקת את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה.

אומר שפרשנות צריכה להתאים לצדק. מזכיר את הרעיון של חיים כהן – שמדבר על התאמה לעקרונות. בנוסף, מסורת הקהילה= החוקים והתקדימים. נפרש באופן הצודק והטוב ביותר.

הוא שונה **מהגישה הפרגמטית** שאומרת שצריך לתת תשובה צודקת במקרה שלי, לא משנה מה פרשנות החוק. שונה מהשופט סקליה שמחויב לחוק כלשונו [באופן טקסטואלי]. הוא אומר שהמחויבות שלו לחוק נובעת מעקרונות של צדק. הוא מנסה לאחוז שני קטבים בפרשנות- 1)מחויבות למסורת המשפטית [חוקים ופסיקה]. לא כמו הפרגמטיסטים שאומרים שלא מחויבים לו בהכרח. 2)לא מחויב לפי כוונה אורגינליסטית, אלא לפי עקרונות צדק. עליו לספק פתרון צודק.

* סקליה – חשוב לו הקוטב של מחויבות לחוק.
* פרגמטיסטים- חשוב להם לספק פתרון צודק. המחויבות לחוק משנית.
* דוורקין מנסה לאחוז בשני הקצוות ולספק תיאוריה שתסביר- לתת פרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה. מפרש לפי עקרונות צדק והגינות, בכך הוא יגיע לתוצאה צודקת. בהנחה שאין חוקים רעים.

הוא משווה את זה לפרשנות ספרותית ומשתמש בעקרונות הללו כדי להסביר באמצעותם את הפרשנות המשפטית.

זה סוג של המשך לתיאוריה של דוורקין לגבי פרשנות מול הארט- מכריע ע"י עקרונות. שיקול הדעת מושפע מעקרונות. כאן הוא מכניס חזק את המושג של פרשנות. נדבר על זה ביום חמישי.

**שיעור 21 – 09/06/22**

**תורת הפרשנות של דוורקין**

**דוורקין- המשפט כפרשנות**

קראנו מאמר שנקרא "law as interpretation" המשפט כפרשנות. הכותרת הזו ממצה יפה את התפיסה של דוורקין. המאמר הזה הוא גרסה מוקדמת ומקוצרת של הפרק בספר, שלימים הוא פרסם ספר ובו כמה מאמרים שלו- שנקרא law's empire, "האימפריה של המשפט" [יצא בסוף שנות ה-80]. הספר מציג את תורת המשפט של דוורקין בשלב הבא שלה, אחרי מה שקראנו ולמדנו. הפרק הזה שם הורחב, אנחנו קיבלנו את הגרסה המקוצרת. שם הפרק נקרא "המשפט כשלמות" [law as integrity]. ולא "המשפט כפרשנות".

**פוזיטיביזם ומשפט טבע**

הוא מתחיל עם שני ניגודים- אחד תורת משפטי ואחד פרשני, שממקם אותו באמצע. הניגוד התורת-משפטי: פוזיטיביזם ומשפט טבע. דוורקין לא ממקם את עצמו באחת התיאוריות [לא פוזיטיביסט ולא משפט טבע].

* פוזיטיביזם- קביעות תיאוריות, מה אומר החוק? -מסתכל על המשפט כנתון. נקבע כעובדה חברתית, באמצעים שונים [חקיקה, תקדימים]. יש משפט. תפקיד של השופט הוא קודם כל לזהות את המשפט ולהחיל אותו.
* משפט טבע- קביעות נורמטיביות, מה רצוי שיאמר החוק? -המשפט הטבעי לא מסתפק בזה, הוא קובע מה ראוי שיאמר החוק. המשפט הטבעי לא מאמץ את ההבחנה בין המשפט המצוי למשפט הרצוי. צריך לשלב קביעות נורמטיביות לגבי משפט רצוי. אנשי משפט הטבע מכניסים למשפט את התפיסות המוסריות האידיאליות לגבי מה רצוי. הטענה הביקורתית כנגדם שהקביעות האלה אולי רצויות, אך הן לא נקבעו ע"י החברה בצורה לגיטימית. זה פותח פתח לקביעות סובייקטיביות של השופט ולא נהנות מהלגיטימציה שיש למשפט.
* **פרשנות: מחייבת לעגן את הרצוי בחוק המצוי**. -דוורקין לא ממקם את עצמו בתפיסות האלה. הוא רואה את הפרשנות כמאמץ לעגן את הרצוי בחוק המצוי. זה תפקיד הפרשנות בעיניו. **הפרשנות בשבילו היא מהלך קריטי** ולא רק פעולה. מושג הפרשנות רחב יותר- לא רק פרשנות טקסטואלית, לטקסט ששנוי במחלוקת [חוק, חוזה, חוקה]. מושג הפרשנות כולל בתוכו את כל ההפעלה של המשפט- **כל החלטה שיפוטית בעיני דוורקין היא פרשנית**, גם אם היא לא מפרשת בצורה ברורה טקסט. מכיוון שתפקידה לגשר בין המשפט המצוי [החלטות תקדימיות, חוקים] לבין הדין הרצוי. לכן תמיד יש בהחלטה הזו מימד פרשני.

**חשין פס"ד פלוני**- חושב אחרת. לתת פרשנות לטקסט ולא כל החלטה שיפוטית.

המשפט כולו הוא פעולה פרשנית. הוא לא מסתפק בעמדה ההארטיאנית שיש לי גרעין של כלל שברוב המקרים אני מכיל אותו ושאני מגיעה למקום של פרשנות כשיש עמימות בכלל או שצריך להפעיל שיקול דעת.

ניגוד בתורת הפרשנות- **קונבנציונליזם ופרגמטיזם**

* **קונבנציונליזם**- מבט לאחור: לחקיקה ולתקדימים. -ללכת על ההסכמות המשפטיות. נתבסס על ההסכמות החברתיות, הפוליטיות שיוצרות את החוק. חוקים ופסיקה. שואל מה החוק [באופן רחב].

כנגד זה מתקוממים הריאליסטים ואומרים שלא ניתן להתבסס עליהם. לפעמים צריך לקבל החלטות חדשות.

* **פרגמטיזם**- מבט לפנים: לפתרון הנכון. -הריאליזם אומר שאין תשובה בחוק לכל שאלה. -הפרגמטיסטים לא נכנסים למאבק הזה. גם אם יש כללים, אני מחפש פתרון פרגמטי וטוב לשאלה המשפטית. זה התפקיד של השופט. לחפש פתרון טוב= צודק, יעיל. לא מסתכלים על החוק. הם יכולים להתחיל מהחוק [כמו משקולת עבורם] אך אם הוא רואה שהתשובה של החוק או הפסיקה לא טובה, יעילה, צודקת בנסיבות האלה, אז הפרגמטיסט בלי הרבה "ייסורי מצפון / כאבי בטן" ילך לפתרון הצודק.

**ביקורת**: בעיה בלגיטימציה. הפרגמטיסט מוותר בקלות על החוק, פוגע בשלטון החוק, וודאות החוק. עניין של סובייקטיביות השופט. השיטה הפרגמטית [יש שופטים שמצהירים עליה בגלוי] היא מאוד בעייתית. מושג המשפט מניח כפיפות של כולם לדין [שלטון החוק], אפילו בראש ובראשונה של השופטים. אם שופט יכול בקלות ללכת למקום אחר מהחוק, הוא מערער את החוק ויוצר אי וודאות.

דוורקין לא בוחר באף אחד משני הקטבים האלה. הקוטב הקונבנציונלי אמנם נאמן לחוק ונהנה מלגיטימציה מלאה, משרת אינטרסים של וודאות ושלטון החוק, אבל הוא יביא לפתרון לא יעיל וצודק במקרה מסוים. הפתרון הפרגמטיסטי שאומר שצריך לתת פתרון טוב ואפשר לדלג על החוק סובל מהבעיות עליהן דיברנו. לכן לפי דוורקין הפתרון הוא פרשנות.

* **פרשנות**- מבט לאחור ולפנים. רואה את הפתרון הרצוי לנגד עיניו ומנסה לגשר בין החוק לבין הפתרון הרצוי. הפרשנות בעיניו היא כלי מרכזי בפעולה פרשנית.

כותרת המאמר "המשפט כפרשנות" בספר הוא מגדיר "המשפט כשלמות" או "המשפט כיושרה"

**Law as integrity**

* שלמות.
* יושרה.

הוא מדבר על השלמות הזו- של לפנים ולאחור. מחזיק בחבל משני קצותיו. גם יש הכנסה של עקרונות צדק (יושרה).

* גישת המשפט כאינטגריטי מחויבת למסורת המשפטית ומחויבת לפתרון הצודק.
* מגשרת בין עבר לעתיד.

**פרשנות ספרותית**

לוקח מה שיודעים על פרשנות ספרותית ועושה שימוש בדיונים הללו. כשהוא כותב את זה בשנות ה-80 עוד אין תיאוריות מבוססות. התיאוריות הפרשניות במשפט עד אז לא היו מספיק מפותחות. לעומת זאת, בספרות יש הרבה זמן דיונים של מהי פרשנות ספרותית נכונה. הוא רוצה ללמוד משהו עקרוני מתורת הפרשנות הספרותית.

* **התזה האסתטית**: פירוש טוב ליצירה ספרותית הוא זה שמאיר אותה באור הטוב ביותר, באופן המעניין והאסתטי ביותר.

"קריאה של חסד"- כאשר אתה קורא טקסט שאתה מעריך, אתה מנסה לקרוא אותו באופן הטוב ביותר שניתן [לא להמציא]. לא מבקר אותו וקוטל אותו מיד. באופן שהיצירה אחרי הפירוש של המבקר הספרותי [הקורא] תהיה הכי יפה אסתטית ומעניינת מבחינה אינטלקטואלית.

מהו הפירוש הנכון ליצירה? הפירוש שמאיר אותה בצורה הטובה ביותר. לא המצאות. הפירוש צריך לעמוד בהתאמה מסוימת אל הטקסט. צריך לשכנע את הקורא שזה פירוש של הטקסט ולא המצאה של המבקר הספרותי. זה תנאי סף.

**הביקורת והתגובות**

ניתן לבקר את התזה האסתטית.

* **ביקורת א': סובייקטיבית**. -הקורא מכניס את התמונה שלו פנימה לטקסט. בנוסף, עצם השאלה מהו הפירוש שמאיר באופן הטוב ביותר, מה יותר מעניין ביצירה ומה יותר יפה בה, זה עצמו יכול להיות נתון בוויכוח. אדם אחד יתפעל ממבנה היצירה, השני יתפעל מהחזרות הלשוניות, הרמיזות הלשוניות. אדם אחר יתפעל מהשאלה המעניינת שעולה ביצירה הספרותית. השאלה הזו גופה יש בה קריטריונים פנימיים.

מה שאני מוצא ביצירה + כשאני אומרת "הכי טוב ומעניין" זה סובייקטיבי.

* **תגובה של דוורקין**: העובדה שלא ניתן להוכיח מהו הפירוש הטוב ביותר אינה אומרת שאין תיאוריה טובה יותר.

דוורקין מודע שלא ניתן להוכיח את הפרשנות המשפטית. זו לא מתמטיקה. אמנם זה שנוי במחלוקת, אך עדיין צריך להניח שכאשר אני מפרש טקסט אני פועל תחת תיאוריה שאני רוצה לתת לטקסט את הפירוש הטוב ביותר.

מסכימים עם המטרה- להגיע ליצירה הכי יפה; מודה שזה לא מתמטיקה ואין פרשנות אחת. הוא נותן קריטריון למהו פירוש נכון=מה הכי יפה. נתווכח מה בעיניי הכי יפה, אבל לפחות נצמצם את האפשרויות. זה מה שאנחנו מחפשים ביצירה, ולא דברים אחרים [נניח מסר חינוכי/מוסרי -לא נחפש. נחפש אסתטיקה].

* **ביקורת ב': אינה תואמת את כוונת המחבר**. -אני כקורא מחפש לפרש את הסיפור שיהיה הכי מעניין, אבל מי אומר שזו כוונת המחבר? כאילו דוורקין דילג על האפשרות שהפירוש הטוב לספרות הוא הפירוש שהולם את כוונת המחבר.
* **תגובה**: כוונת המחבר אינה מכריעה. יש כוונות לא מודעות. אפשר להחליט שמה שמעניין הוא היצירה ולא הכוונה. -יכול להיות שהמחבר עצמו כתב יצירה שיש בה יותר ממה שהוא חשב. יש כוונות לא מודעות. אח"כ כשקוראים את היצירה, מגלים כוונות נוספות. היצירה יכולה להכיל משמעויות מעבר לכוונת המחבר- אולי כוונות לא מודעות, או שלא היו כוונות בכלל ומה שמכריע בקריאה הספרותית היא היצירה עצמה.

בניגוד לקריאת מכתב מחבר או מעביד, אז ברור שאני חותר להבין מה הוא התכוון. הוא העביר לי מסר ואני רוצה להבין אותו. יצירה ספרותית שונה כי בה לא כל כך חשוב מה התכוון המחבר. שם חשובה מה היצירה כשלעצמה. אני לא יכול לתלות ביצירה כל דבר [צריך להוכיח שזה אכן נמצא מבחינה לשונית, היגיון פנימי וכו']. מוותר בפירוש על הקריטריון של כוונת המחבר- זה לא קנה המידה בעיניו.

* **הוא בוחן את היצירה עצמה ומחפש את הפירוש היפה** **ביותר**.

**רומן שרשרת**

הוא מציע ניסוי מעניין [בתנועה שלו לקראת המשפט] – הניסוי של רומן שרשרת. הוא רוצה לחדד את העניין של כוונה בטקסט שיש לו כמה מחברים וטקסט שנמשך לאורך זמן. הניסוי יציג יצירה ספרותית מתמשכת והתפקיד שיש לכותבים השונים ביצירה הזו.

* המשימה: קבוצת מחברים כותבת רומן באופן שכל מחבר כותב פרק אחד. -רומן בהמשכים. מפרסמים כל פעם פרק אחד, שנכתב ע"י מחבר אחר.
* נשאל שאלה: מהן עקרונות הפעולה שלפיהם צריך לפעול כל מחבר? -אדם מקבל לכתוב את הפרק הבא לספר. יש את הראשון שהתחיל, יצר דמויות ועלילה. ממנו ממשיכים. [קל לחשוב על זה בהקשר של סדרות, שממשיכות לאורך זמן, יש דמויות, לעיתים מגיעות דמויות חדשות. אתגר דומה של דוורקין לגבי סדרות בהמשכים].

כדי שסדרה תהיה מעניינת מהם עקרונות הפעולה? דוורקין אומר שצריך 2 עקרונות פעולה מרכזיים:

1. **התאמה (fit)** – מבחינה אלמנטרית: הפרק החדש שנכתב יתאים באופן בסיסי לפרק הקודם. -אותם דמויות, אותו הקשר חברתי-היסטורי. מבחינה עמוקה יותר: האופי של הדמויות.
2. **הארה באור הטוב ביותר (best light)**- מה שעושה את היצירה הכי מעניינת. לא רק שהפרק החדש יהיה מעניין ויפה, אלא גם יאיר אחורה את הפרק הקודם באופן מעניין. נניח פרטים שהופיעו בפרק הראשון צריכים למלא תפקיד בפרקים המאוחרים יותר. נניח אקדח שהופיע במערכה הראשונה, יופיע במערכה השלישית. דוורקין מכניס את התזה האסתטית לתוך זה.

**שופט כמחבר פרק ביצירה המשפטית**

למה הוא בחר בדוגמה הזו של רומן בהמשכים לקראת התיאוריה הפרשנית שלו? הטענה שלו **שכאשר שופט כותב פסק דין, הוא כותב פרק ב"רומן המתמשך", ביצירה המשפטית המתמשכת**. הוא מעמיד את השופט כמי שצריך לתפוס את עצמו ככותב פרק ביצירה. יש לפניו הרבה פרקים שנכתבו [75 שנים קודם לכן]. יש חוקים, פסקי דין, מסורת משפטית שלמה כתובה שמספרת סיפור מסוים. קובעת עקרונות משפטיים. כאשר יש שאלה משפטית חדשה, השופט צריך לראות את עצמו כמי שכותב פרק חדש.

1. **התאמה- פסק הדין צריך להתאים למסורת המשפטית**. -שופט לא יכול לפסוק פסק דין שמנותק מן החוק או מן התקדימים הקודמים. שונה מן הפרגמטיסטים שמציעים פתרון טוב מבלי להתחשב במה שהיה.
2. **האור הטוב ביותר-** פסק הדין צריך להאיר את המשפט של הקהילה באופן הטוב ביותר, הצודק ביותר. -להבדיל מהתזה האסתטית שהיא עקרון הפרשנות של היצירה הספרותית, התזה שמחייבת במשפט היא התזה המוסרית / התזה של הצדק. כלומר, השופט צריך להאיר את מסורת המשפטית באור הטוב ביותר, דהיינו **באור הצודק ביותר**. בספרות- מה יותר אסתטי/ יפה? במשפט- מה יותר צודק?

ביצירה הספרותית יכול להיות וויכוח לגבי מהו הפירוש שמאיר את היצירה באור היפה ביותר. גם במשפט, ייתכן שיהיה וויכוח איזה פירוש צודק ביותר לחוק.

תקדימים= יש אפשרות לסטות מתקדימים (על אף כי מחייבים). ערכאות נמוכות- ע"י אבחון [ויהיה חשוף לערעור]. ביהמ"ש העליון- לא מחויב להם, יכול לסטות מהם. ישאלו האם ראוי לסטות מהפסיקה.

דוורקין מביא בצורה מוצהרת את עולם העקרונות.

* המודל שדוורקין נתן כאן בהשוואה למה שראינו בסיבוב הקודם- מבחינת התפתחות המחשבה שלו: ראינו קודם שדוורקין אמר שיש במשפט עקרונות. המשפט הוא לא רק מודל של כללים, אלא גם עקרונות שהם משפיעים על הפסיקה. כאן הוא מכניס- הוא מפרש את המסורת המשפטית תוך התחשבות בעקרונות שמאירים את זה באופן הטוב ביותר. זה מתאים.
* אם ביהמ"ש יחרוג מהכללים, ייתכן שדוורקין יטען שיש לפסול את זה- לא מתאים או חורג מהצדק.

**פרשנות אמיתית**

* According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from principles of justice, fairness and due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice.
* קביעות משפטיות הן אמיתיות אם הן נובעות מ- או מתאימות לעקרונות של צדק, הגינות, והליך הוגן, ומספקות את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה.

זו הגדרה של דוורקין למהי פרשנות נכונה ו"אמיתית".

לפי הגישה של משפט כשלמות, ניתן לראות בהגדרה הזו 2 יסודות: 1) מכניס עקרונות לתוך הפרשנות. פרשנות משפטית צריכה להתאים לעקרונות של צדק, הגינות והליך הוגן [עקרון חשוב במשפט האמריקאי- אלמנט של פרוצדורה הוגנת]. 2) חשוב שההחלטות לא יכולות לנבוע רק מעקרונות [רק צודקות או הוגנות], הן צריכות להיות הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית. כלומר, החוקים והתקדימים הקודמים.

מכניס פנימה את העקרונות. כאן הוא מונה עקרונות מסוימים ולא פותח. היה דיון מדוע רק אלה. אלה עקרונות רחבים, אך הוא מונה אותם בלבד ואליהם השופט מחויב בלבד.

הוא סולל דרך לשופט – מרחב פעולה רחב למדי לגבי הפרשנות שלו. אומר לשופט שהוא לא חייב להיות נאמן בדיוק לחוקים, לתקדימים והחוק הקיים. צריך לפרש את החוקים האלה באופן הטוב והצודק ביותר. זה נותן לשופט כלים או מסלול לחרוג מן הפסיקה.

כשהוא מדבר על פרשנות הוא לא מתכוון לפרשנות במובן הצר של מילים. בעיניו, כל החלטה שיפוטית ניתן לראות אותה כפרשנות של המסורת של הקהילה. אם השופט ייתן החלטה שתעשה עוול, זה אומר שהשופט עשה פרשנות לא טובה.

**הערכה**

עד כמה דוורקין נשאר נאמן לתפקיד השופט שתיאר במאמריו המוקדמים?

דיברנו על דוורקין בmodel of rules לפיו לשופט אין שיקול דעת, כי הוא מיישם את המשפט במובן הרחב [באמצעות העקרונות המשפטיים]. כאן הוא נותן תיאוריה פרשנית איך השופט צריך לפרש את החוק או לפסוק, שבנויה על התאמה והאופן הטוב ביותר [הצודק].

יש דמיון- הפרשנות היא לא משהו חוץ-משפטי. זה לא שהשופט במקום שיש חוק הוא מחליט לפי החוק ואם אין חוק לפי שיקולים אחרים. הוא לא מקבל את ההבחנה הזו. דוורקין אומר שכל החלטות של שופט הן החלטות משפטיות במסגרת המשפט ומכניס עקרונות. כאן הוא מונה עקרונות מסוימים [צדק, הגינות ומשפט הוגן].

הוא ממשיך את התפיסה שלו של "תשובה משפטית נכונה". החלטות שיפוטיות הן אמיתיות. צריך לחתור להחלטה אמיתית (לתשובה הנכונה)- קנה מידה מופשט.

שם הוא אמר שלשופט אין שיקול דעת [מיישם את המשפט]. האם זה נכון גם לגישה הזו? כאן לשופט תפקיד יצירתי. השופט צריך לכתוב פרק חדש, הוא יוצר. אמנם הוא כפוף לפרקים הקודמים, אך הוא עדיין צריך לכתוב פרק חדש. יש הודאה של דוורקין בתפקיד היצירתי של השופט. השופט כותב פרק חדש שלא היה קודם והוא מודה בכך. במובן הזה הוא שונה מדבריו הקודמים. יש סוג של התפתחות- השופט כמיישם לעומת השופט עם תפקיד יצירתי.

היצירה הזו נכתבה 20 שנה לאחר היצירה הקודמת- מצהיר על תפקידו היצירתי של השופט. אך, הוא עדיין כפוף לעקרונות שיש במשפט.

**שיקול דעת ופרשנות**

מעבר מהמושגים של שיקול דעת לפרשנות. במאמר הראשון model of rules ומאמרים מסוף שנות ה-60 ותחילת שנות ה-70 hard cases (מקרים קשים) – הוא חלק על הארט ונשען על עולם המשפטים של הארט והוא המושג של "שיקול דעת שיפוטי". הוא אומר שהארט אומר שבמקרים קשים השופט מפעיל שיקול דעת, ואילו דוורקין טוען שהשופט לא מפעיל שיקול דעת אלא מיישם עקרונות משפטיים. שיקול הדעת מבטא סמכות ליצור.

המילה פרשנות לא נזכרה במאמרים המוקדמים של דוורקין. בספר "האימפריה של המשפט" הוא מציג תיאוריה של המשפט כפרשנות. **זו תיאוריה מפותחת יותר, שקושרת בין הדין המצוי לרצוי**. מבטאת **יסוד יצירתי** אצל השופט, לפחות כפרשן. מצד שני, קושרת אותו למסורת המשפטית הקיימת.

* **שיקול דעת מבטא את סמכותו של השופט ליצור דין חדש**.
* **פרשנות היא ביטוי לכך שהשופט מגלה את הדין בחוק**.

שיקול דעת ופרשנות מערכות שונות להסביר החלטות שיפוטיות. **שיקול דעת**- השופט במקום שיש דין ברור מחיל את הדין, כשאין דין הוא מפעיל שיקול דעת. הוא חושב מה נכון להחליט כי המשפט לא קבע לי. המשפט משאיר רקמה פתוחה. למשל, שימוש במושגים "כלי רכב", מושגים עמומים "תום לב" או לא התייחס בכלל [פרשת נחמני]. כשאין תשובה, יש חלוקת עבודה, וזה תפקיד ביהמ"ש. תפקידו לא רק ליישם את החוק במקום שהוא קיים [כמו שופט כדורגל, לשרוק רק כשיש עבירה]. חידוש- תפקיד ביהמ"ש ליצור חוק חדש במקום שהחוק חסר.

**הארט** מתייחס למושג הפרשנות לא ברצינות. **הפרשנות** בעיני הארט היא **הסוואה** להפעלת שיקול דעת. מה שקורה באמת- שופט שואל את עצמו האם נכון לקבוע שאפשר שאופניים ייכנסו לפארק? האם נכון לקבוע שהביציות שייכות לגברת נחמני?

אם אני עושה פרשנות אמיתית, אני מגלה מה הדין. החוק אומר מה הדין. אם אני מגלה שהמחוקק לא דן במקרה שלפניי ולא התקדימים. הטילו עליי להכריע מה הדין בפרשת נחמני. בעצם, אנחנו מפעילים שיקול דעת= מפעילים סמכות חדשה. כמו בפס"ד פלוני- נניח חסר סמוי לגבי החוק. **אלמנט הפרשנות במקום כזה= היא לא עושה את העבודה באמת**. לפעמים שופטים מנסים לשכנע אותנו אז הם עושים שימוש בפרשנות, אבל זה לא כך. הארט עושה חלוקת עבודה.

**דוורקין** בהתחלה הלך לפי המסגרת המושגית של הארט. לטענתו, תפיסת המשפט של הארט היא צרה. הוא רואה בה רק כללים. **דוורקין אומר שהמשפט מכיל גם עקרונות**. המשפט הוא עולם עשיר, עולם ומלואו. לכן השופט לא מפעיל שיקול דעת כמו שהארט חשב, אלא הוא בעצם **מיישם את הדין**.

בשלב השני של דוורקין הוא מגלה את **מושג הפרשנות, שעוזר לו להסביר טוב יותר את ההחלטה של השופט במקרים קשים**. השופט עוסק בפרשנות= מחליף את המסגרת המושגית של הארט. הרעיון של פרשנות= גילוי הדין הקיים. **יש לתת החלטה שמפרשת את המסורת המשפטית**, היא תמיד מיישמת אותה ולא יוצאת החוצה לה. השופט נמצא במקום שבו למשפט תמיד יש מה לומר- באמצעות כללים ועקרונות. השופט מפרש את החוק. זה מאפשר לומר שלכן דוורקין דוחה את ההבחנה של הארט גם לגבי מקרים קלים. **לפי דוורקין, בכל המקרים [קלים וקשים] השופט תמיד עושה פרשנות**. הפירוש הזה מאפשר לשופט לא להיות מחויב לכללים גם במקרים "קלים", שיש דין מסוים. השופט יכול לחרוג ממנו כי הוא תמיד נותן פרשנות (גם אם יש כלל) לאור עקרונות המשפט.

דוורקין משנה את המסגרת המושגית משימוש במושג "שיקול הדעת" למושג "הפרשנות", תוך שנשאר עם מה שמאמין. מחד, הוא מכיר בתפקיד היצירתי של השופט כפרשן. מאידך, תופס אותו כמי שתפקידו ליישם את החוק באמצעות פרשנות. הוא זונח את מושג שיקול הדעת.

מושג הצדק בעיניו הוא לא מושג חוץ-משפטי, אלא מושג משפטי. למשל **פרשת נחמני**, את שופטי הרוב ניתן לפרש בצורה דוורקיאנית. מפרשים את הדין בצורה צודקת.

פרשנות מאפשרת לעגן את ההחלטה שלך [מה צודק] בתוך טקסט [החוק] קיים. -מבחינתו זה עדיין "שיקול דעת" חלש.

-מלומדים אומרים שדוורקין הוא איש משפט טבע [בחלוקה הנחרצת של תורת משפט בין פוזיטיביזם ומשפט טבע].

* ביום שלישי נלמד על תורת הפרשנות של ברק. ב-1988 ברק פרסם ספר שנקרא "שיקול דעת שיפוטי". זה היה ספר מאוד חשוב שהיום נזנח. הוא ניסה לייצר שיטה להחלטות שהוא מייצר כשופט. הוא קבע איך שופט קובע שיקול דעת שיפוטי. בשנות ה-90 הוא פרסם ספר שנקרא "תורת הפרשנות"- 5-6 כרכים עבי כרס. הוא עבר כמו דוורקין שינוי מושגי, ממושג של שיקול דעת שיפוטי למושג של פרשנות. במידה רבה בהשפעת דוורקין. הוא לא מסכים איתו על הכל, אבל מודה שיש השפעה כזו עליו.

נלמד על פרשנות תכליתית של ברק ונשווה אותה לדוורקין [כפי שברק עצמו עורך את ההשוואה].

**שיעור 22- 14/06/22**

**תורת הפרשנות התכליתית של אהרן ברק**

דיברנו על הגישה הבסיסית [חיים כהן, סקליה, משה אזר, דוורקין]. ברק מתאר תיאוריה מאוד מפורטת של פרשנות, שפרוסה על פני 6 כרכים עבי כרס [כאלף עמודים כל אחד]. התיאוריה שלו נמצאת גם בשדה הבינלאומי של הפרשנות. יהיה מעניין להשוות אותה לתיאוריות שלמדנו. יש לה חשיבות בפני עצמה בהקשר של המשפט הישראלי.

**התיאוריה הפרשנית בישראל נקבעה כהלכה. זה לא מקובל בעולם**. בעולם יש כמה תיאוריות פרשניות ושופטים שונים מאמצים תיאוריות פרשניות שונות -חלק תיאורטיות (התיאוריה של דוורקין היא בעיקר תיאורטית, ונמצא אותה פחות מצוטטת בפסקי דין). יש שופטים כמו השופט סקליה שיפרש לפי פרשנות טקסטואלית שלו, יש שופטים שיפרשו לפי "חוקה חיה". בישראל באופן חריג התיאוריה הפרשנית נקבעה במידה רבה בזכותו של השופט אהרן ברק, כשופט בעל מעמד ונשיא ביהמ"ש העליון, נקבעה כהלכה. קשה למצוא שופטים שיחלקו על התיאוריה. זה דבר יוצא דופן וניתן לחשוב האם הוא רצוי או לא רצוי.

נלמד את התיאוריה באופן תמציתי כי היא פרוסה על כל שדה המשפט.

ברק עצמו עבר שינוי מתפיסה שההחלטות השיפוטיות במסגרת המושג של שיקול דעת שיפוטי, אותה הציג בשנות ה-80 בספרו הראשון, לעומת שנות ה-90 שם אימץ את מושג ה"פרשנות" כמושג המפתח בהחלטות שיפוטיות. מושג הפרשנות הפך למושג מרכזי ביותר בהחלטות שיפוטיות.

**הדילמה הפרשנית**

* מהו פירוש נכון לטקסט?
* האם פרשנות צריכה לחתור לכוונת המחבר (סובייקטיבית) או לספק את הפירוש הטוב ביותר לטקסט (אובייקטיבית)?

מציג 2 גישות מקוטבות. הוא מעלה אפשרות של שילוב בין הדברים. הוא תופס את התיאוריה שלו כמשלבת את שני היסודות.

המושג סובייקטיבי משמש לסובייקט שהוא מחבר הטקסט. אפשר היה לומר שההבדל בין סובייקטיבי- שהפרשן הוא הסובייקט. אבל אנחנו נניח שזה עניין של מינוח והוא מתאר כפרשנות מחבר הטקסט.

* מה תפקידו של הקורא/הפרשן- גילוי או יצירה? -פרשנות אובייקטיבית יוצר ותורם, פרשנות סובייקטיבית גילוי.

הדבר שמאפיין את ברק זה שהוא מדבר על פרשנות משפטית במובן רחב. דהיינו פרשנות שכוללת את כל סוגי הטקסטים המשפטיים. לא רק פרשנות של חוקים או חוקה.

**טקסטים משפטיים שונים**

* צוואה
* חוזה
* חוק
* חוקה

**הוויכוח האמריקאי הוא בעיקר בהקשר חוקתי**- האם החוקה חיה או שהיא חוקה שצריך לפרש אותה באופן אורגינלי. יש וויכוח גדול בעולם המשפט בעניין של פרשנות חוקים.

**אחת העוצמות של התיזה של ברק**, **שהוא מציג תיאוריה כוללת** של המושג של פרשנות משפטית שאינה מוגבלת לפרשנות חוקה או חוקים, אלא לכל הטקסטים המשפטיים [כמובן שכל טקסט מיוחד].

**ברק- פרשנות תכליתית**

לטקסט משפטי יש לתת אותו פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט.

ההנחה של ברק- לכל נורמה משפטית יש תכלית. נורמה חסרת תכלית היא חסרת פשר, היא שרירותית. לדוגמה: לך עם כובע אדום. אם יש סיבה זה בסדר, אם אין סיבה זה שרירותי [זה סתם שליט כוחני שיאמר לעשות משהו ללא סיבה].

**ההנחה שלנו שכל מחוקק לא עושה דברים שרירותיים וחסרי פשר**. **כאשר מחוקק קובע מצוות, חובות, איסורים – יש תכלית וטעם לחוקים האלה**.

לפי ברק, פירוש נכון לטקסט הוא פירוש שמקיים את התכלית שלו. הוא עונה על השאלה- פרשנות מילולית לעומת פרשנות תכליתית. לפחות בתחום המשפט הוא קובע שיש עדיפות לפרשנות שמבוססת על התכלית. פרשנות שמבוססת על הבנת המילים גרידא ללא קשר לתכלית, זה הופך את הפרשנות לחסרת טעם.

כאשר אנחנו נמצאים בדילמה פרשנית, ניתן לפרש את הנורמה ביותר מדרך אחת, הדרך שצריכה להכריע היא לא נאמנות למילים בלבד אלא הפירוש שמבטא את התכלית בצורה הטובה ביותר.

יש הכרעה של מילולית או תכליתית 🡨 לכיוון התכליתית.

**תכלית**

ברק מנגיד את מושג התכלית למושג הכוונה. לפרש נורמה לפי התכלית שלה זה לא לפי כוונת המחבר.

* **תכלית היא מושג נורמטיבי** [חלק מן הנורמה]. להבדיל **מכוונה שהיא מושג פסיכולוגי**. -החידוש של מושג התכלית הוא היותה מושג נורמטיבי.
* **לתכלית פרשנות דינמית**.
* **תכלית אובייקטיבית- התכלית שעולה מן הנורמה**.
* **תכלית סובייקטיבית- התכלית שקבע יוצר הנורמה**.

נקודת המוצא- לכל טקסט יש תכלית. אדם לא הטיל מטבע ולפי זה הוא קבע את הכלל המשפטי, אפילו לא צוואה של אדם [יש להניח, למרות שבצוואה תיאורטית ייתכן שהמצווה הפיל גורל]. בחוקה, חוזה בין צדדים- יש טעם למה קבעו כך את הכללים. **המחוקק קבע את התכלית וניתן לראות אותה בדברי ההסבר**. לזה ברק קורא תכלית סובייקטיבית, שמשקפת את הכוונה של המחבר. גם כאן ברק מעדיף את הביטוי "תכלית סובייקטיבית" לעומת כוונה, כי הכוונה נעלמת מעינינו. אין לנו גישה ישירה אל מחבר הטקסט [ייתכן שהוא אפילו מת]. לא יכולים לשאול אותו. הכוונה כעניין פסיכולוגי נעלם מעינינו. לכן מעדיף להשתמש במושג "תכלית". אך היא בהחלט משקפת את הכוונה של המחבר.

**מתחילים מתכלית סובייקטיבית** [מתארת את כוונת המחבר]. לכל טקסט יש תכלית סובייקטיבית, היוצר התכוון לדבר מה. **אך, היא רק מרכיב אחד**. **היא לא העיקר**. בסופו של דבר, ברק חותר להגיע למושג התכלית האובייקטיבית, הנורמטיבית, שהפרשן קובע אותה. הפרשן מתחשב בכוונה של המחבר, אבל בסופו של דבר נקבעת תכלית אובייקטיבית לכל נורמה וזו התכלית החשובה שצריכה לעמוד לנגד הפרשן. היא יכולה להיות שונה מהתכלית הסובייקטיבית. לכן היא דינמית ולא קבועה.

כוונת המחבר היא קבועה. לפני X שנים שכתב, הוא התכוון לדבר מה. אך היא לא סוף פסוק. לעומת זאת, התכלית של הנורמה היא אובייקטיבית, נורמטיבית [קובעת איך לפעול במסגרת הנורמה ואיך לפרש] והיא גם דינמית.

**לדוגמה**: בכל המדינות בעולם המערבי יש איסור על ביגמיה, ריבוי נשים. אדם לא יכול להתחתן עם יותר מאישה אחת, אחרת זו עבירה פלילית. מה הטעם של האיסור? מבנה פטריארכלי- פגיעה בשוויון- גבר יישא כמה נשים. תיאורטית אפשר לשאול האם אישה יכולה לשאת כמה גברים. **לעומת זאת**, במדינות המוסלמיות ברובן אין איסור כזה. באסלאם מותר לשאת יותר מאישה אחת.

האיסור הזה מאפיין את המדינות המערביות, הנוצריות במקורן. מקור האיסור על ריבוי נשים הוא מקור דתי. **בנצרות** יש איסור על ריבוי נשים וכמובן ריבוי גברים. **נישואים מונוגמיים הוא מוטיב מרכזי בדת הנוצרית**.

היה **פס"ד בארה"ב ובישראל**, שאנשים עתרו לביהמ"ש בבקשה שיאפשרו להם לשאת שני נשים, כי האיסור נוגד את חופש הדת. **פס"ד מלחם**- אדם מוסלמי פנה ואמר שהאיסור פוגע בו כמוסלמי, כי זו מצווה בשבילו לשאת עד 4 נשים. ביהמ"ש דחה את הדרישה הזו בנימוק שלפי הדת המוסלמית אין חובה לשאת, אלא מותר לשאת. **חופש הדת מחייב לאפשר מה שהדת מחייבת ולא מה שהדת מתירה**.

**בארה"ב** פנה אדם הורמוני שהייתה חובה, מצווה דתית שהיא בגדר חובה לשאת יותר מאישה אחת. החוק האמריקאי אסר. **ביהמ"ש דוחה את הטענה בנימוק של שוויון האישה**. ערך השוויון של אישה עדיף על חופש הדת. אמנם יש הגבלה על חופש הדת, אך לא נאפשר ריבוי נשים.

**למה ביהמ"ש האמריקאי לא נימק את האיסור בדין הדתי?** אם זה היה דין דתי, אז ההורמוני שדוגל בריבוי נשים היה אומר שלא ניתן לכפות עליו נורמות נוצריות קתוליות או פרוטסטנטיות. **אם זה איסור דתי לא ניתן להעדיף דין אחד על דין אחר**. אבל זה היה יותר מזה, **התפיסה בעולם המערבי השתנתה**. החוקים במדינות לא נחשבים דתיים אלא אזרחיים**. החוק של ריבוי נשים קיבל פירוש חדש**. הפירוש ההיסטורי שלו כחוק שנועד להגשים את הצו הדתי הנוצרי שאסור להרבות נשים, התפרש עכשיו מחדש כעיקרון שנועד להבטיח את שוויון האישה.

הדגמנו את הפרשנות הדינמית של התכלית. יש נורמה עתיקה שמקורה בחוקי המדינות המערביות לפני מאות שנים בימי הביניים. אם היא הייתה נורמה דתית פר-סה ניתן להניח שהיו מבטלים אותה. אבל הם נתנו לה פירוש חדש שיתאים למציאות המודרנית- תכלית הנורמה לא להגשים את הערך הדתי של "זכר ונקבה", אלא להבטיח את שוויון האישה.

**נורמה עתיקה שמקבלת פירוש חדש**.

לדוגמה: הנורמה נקבעה לצורך מסוים, והיא מתפרשת אח"כ באופן אחר. 🡨 לתכלית פרשנות דינמית. קביעת התכלית היא אובייקטיבית ולא כפופה לתכלית הסובייקטיבית.

**מה ההצדקה** לסטות מתכלית סובייקטיבית של המחוקק לתכלית האובייקטיבית? יש שיקולים שונים.

* השיקול שתומך על שמירה על תכלית סובייקטיבית, כוונת מחוקק- **שיקולי דמוקרטיה של הפרדת רשויות**. הוא המחוקק שנבחר וקבע את החוק.
* השיקול שתומך בפרשנות אובייקטיבית, דינמית וסטייה מכוונת המחוקק- עקרונות השיטה. **התחשבות בעקרונות רחבים יותר של השיטה**, כמו עקרונות חוקתיים. **דינמיות החיים והשתנות החיים**. **שיקולים הרמנויטיים-פרשניים** [לפעמים הכוונה נעלמת, דברי ההסבר לא נותנים פירוט מלא וכוונת המחוקק לא ידועה. הרבה פעמים יש דילמות פרשניות. כאשר אנחנו עסוקים בחיפוש הפרשנות ההיסטורית אנחנו נמצאים באי-ידיעה].

ראינו את אותה הדילמה אצל דוורקין. הוא למד מהספרות. כמו שביצירה ספרותית לא מעוניינים בכוונת המחבר, אלא בפרשנות היצירה. באותה מידה ניתן לומר זאת על החוק.

התכליות האלה ישפיעו באופן שונה על סוגי טקסטים שונים. הוא לא מבטל את המקום של כוונת המחבר והתכלית הסובייקטיבית. יש לשקול אותה בטקסטים שונים או נסיבות מסוימות.

ברק לא מציג את השיטה שלו כשיטת פרשנות אובייקטיבית, אלא כשיטה שיש בה משני היסודות: סובייקטיבית-אובייקטיבית. הוא לא מתעניין רק באובייקט [כמו שמשתמע מדוורקין ושיטות פרגמטיות] אלא הוא משלב. הוא רואה שיש טעמים מתי להתחשב יותר בכוונה (תכלית סובייקטיבית) ומתי להתחשב יותר בתכלית אובייקטיבית.

**תכלית אובייקטיבית**

* מושג מורכב. -לא תכלית אחת, אלא מושג שמורכב ממכלול של תכליות.
* כולל את התכלית של הנורמה הספציפית, של החוק, של הענף המשפטי, של השיטה (עקרונות חוקתיים).

מושג התכלית כולל את התכלית של סעיף החוק שעליו אנחנו מדברים, וגם כולל דברים רחבים יותר כמו תכלית של החוק כולו, של הענף המשפטי כולו, וגם תכליות חוקתיות.

* איזון בין התכליות השונות.

**בד"כ חוקים לא כותבים את התכלית שלהם**. הם אומרים מה לעשות / מה לא לעשות. קובעים כללים מבלי לפרש את הטעם. **מחוקק מודרני כותב דברי הסבר** (שהם לא חלק מהחוק). בחוקים עתיקים כמעט ולא כתוב הסבר. למשל, התורה- ברוב חוקי התורה לא כתוב הסבר. מדוע לאכול חיה כזו ולא אחרת, מדוע להקריב קורבן וכו'. **סעיפי מטרה** הם יחסית יוצאי דופן, כי הם קובעים את תכלית החוק. 🡨 **אחת הסיבות- תכליות הן מורכות**.

הטענה של ברק שהולכים על התכלית. אך התכלית האובייקטיבית היא מושג מורכב.

למשל, התכלית הסובייקטיבית עשויה לסתור חוק יסוד. לכן אעדיף לפרש באופן אחר [אובייקטיבי].

דברי ההסבר מסבירים את החוק אבל אין להם תוקף כמו חוק. סעיף מטרה בתוך החוק= החוק קבע את תכליתו.

ביהמ"ש לא ימהר לבטל חוק, אם ניתן לפרשו בדרך שתתאים ולא תיצור סתירה עם חוק יסוד.

* מה היחס בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית? בין כוונת המחבר לבין התכלית שמשתמעת לפרשן. האם תכלית אובייקטיבית יכולה לגבור על תכלית סובייקטיבית, או ההפך, או שיש איזון ביניהם.

**מרכיבי הפרשנות התכלית**

* לשון.
* תכלית.
* שיקול דעת.

**לשון**

* הלשון קובעת את גבולות הפרשנות. פרשן אינו יכול לתת לטקסט פירוש שהלשון אינה יכולה לשאת.
* כל ביטוי לשוני מכיל ממד של עמימות או ריבוי משמעות.
* בשלב הראשון, הפרשן משרטט את גבולות המשמעות הלשונית וממילא מגדיר את גבולות הפרשנות.

שונה מחיים כהן, שאמר שכאשר קוראים טקסט אם אנחנו יכולים להכריע את המקרה לפי הלשון אז הרי שהיא קובעת. נעבור להתחשב בתכלית במקום שהלשון איננה ברורה והיא משתמעת ליותר מפירוש אחד.

ברק לא מקבל את המגבלה הזו והולך הפוך. כאשר הוא קורא טקסט הוא קודם כל מחפש את מרחב המשמעות שלו ולא לתת לו מובן אחד. ברק מחפש ריבוי משמעות של הטקסט, שמאפשר לו לשרטט את גבולות המשמעות הלשונית. אח"כ הוא יבחר מבין הפירושים האפשריים את הפירוש שמגשים את התכלית הטובה ביותר. ברק לא מחויב מראש לפרשנות ראשונית.

**למשל:** איסור כניסת כלי רכב לפארק. הוא מראש יודע ש"כלי רכב" יכול להכיל פירושים שונים [מכונית, אופניים, עגלת נכים וכו']. הוא פותח את מרחב האפשרויות ואז מפרש את התכלית. **הוא לא רואה את הלשון כעומדת בפני עצמה**. אין מובן אינטואיטיבי. ברק אומר שכל טקסט דורש פרשנות. יש מי שיאמרו שלא כל טקסט דורש פרשנות, אלא רק במקום שהדברים לא ברורים, כי יש לנו הבנה אינטואיטיבית [לפי השפה, התחביר וכו']. במקום שמתעוררת שאלה נעזר בתכלית להכריע באפשרויות השונות. ברק לא הולך בדרך הזו. זה מבטא את הפרשנות התכליתית שלו, התכלית כל כך קובעת כך שמראש הוא מתייחס ללשון כבסיס לפרשנות הזו. הלשון לא מכריעה אף פעם. לא ניתן לפרש טקסט רק לפי הלשון שלו. תמיד צריך להיעזר בתכלית. היא לא רק פתרון במקום שיש ריבוי משמעות בטקסט, אלא היא נועדה לפירוש הראשוני שלו.

**תכלית**

* התכלית היא מושג נורמטיבי.
* התכלית נקבעת ע"י הפרשן-כלומר, השופט.
* התכלית נקבעת לפי מקורות מגוונים, ביניהם כוונת המחבר (התכלית הסובייקטיבית).

התכלית הסובייקטיבית היא אחת המקורות הקובעים את התכלית. נקודת המוצא. אך יש מגוון נוסף של שיקולים. התכלית הוא הדבר המרכזי בקביעת פרשנות תכליתית. אך יש גם מרכיב של שיקול דעת.

**שיקול דעת**

* איזון בין כוונה ותכלית.
* איזון בין תכליות מרמות הפשטה שונות.
* איזון המתאים לסוגי טקסטים משפטיים.
* קביעת היחס בין התכלית והלשון.

להבדיל מדוורקין שחשב על פרשנות שמובילה למקום מסוים, ברק אומר שבקביעת הפרשנות הנכונה יש מרכיב חשוב לשיקול דעת. יש לאזן בין התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית (כוונה ותכלית), או בין תכליות מרמות הפשטה שונות [סעיף, חוק, ענף משפטי, חוקה] וגם איזון שמתאים לטקסטים שונים. לכן הפרשנות היא רצופה בהחלטות שיפוטיות. היא לא דבר שמיד נותן תוצאה אחת כמו שעולה מהתמונה של דוורקין. זה דבר שמחייב החלטה.

הערה: אמרנו שפרשנות ושיקול דעת הם מושגים נפרדים. פרשנות=מה יש בטקסט. שיקול דעת=הכרעה של השופט. ברק מכניס את מושג "שיקול הדעת" לתוך ה"פרשנות" ואומר מאחר שפרשנות היא לא גילוי של מה יש בטקסט או כוונת המחבר (כמו פירוש טקסט היסטורי), אלא היא מתן/גילוי/קביעת תכלית אובייקטיבית, ממילא יש בה אלמנט של שיקול דעת.

נדגים את מה שברק אומר על הטקסטים השונים.

**פרשנות טקסטים שונים**

* **צוואה**- הוראה של המצווה איך לחלק את רכושו אחרי מותו. יש משקל רב יותר לכוונת המחבר, לתכלית הסובייקטיבית. זאת כי בסופו של דבר, תכלית מרכזית של הצוואה היא להגשים את רצון המצווה. בצוואה 2 תכליות עיקריות- חלוקת הרכוש+ רצון המצווה לחלק את רכושו. **אופי הטקסט נותן משקל מכריע לתכלית הסובייקטיבית**. אם משהו לא ברור בצוואה (שאלה בפרשנות צוואה) איך לחלק, ננסה להתחקות אחר כוונת המחבר. לדוגמה: אם אני רואה שהמדיניות העקבית שלו הייתה לתת יותר לבנות מאשר לבנים, אז נכריע בדומה לכך. לדוגמה: נתן יותר למי שעזר לו בימיו האחרונים. **הטקסט המשפטי הכי סובייקטיבי, הכי מבוסס על כוונת המחבר, כמעט אין משקל לשיקולים ותכליות אחרות**.
* **חוזה**- משקל רב לכוונת המחברים, לתכלית הסובייקטיבית. במה חוזה נבדל מצוואה? הרי גם חוזה כתבו אנשים ויש משקל רב לכוונת הצדדים. בחוזה יש שני צדדים או יותר [לא צד אחד]. כשמגיעים לפרשנות חוזה חותרים להבין את מפגש הרצונות, הפרשנות המשותפת. אבל כשיש 2 – זו בעיה. ייתכן וכדי לפרש ייכנסו עקרונות אובייקטיבים של תום לב. לכן בפרשנות חוזה יש משקל גדול לכוונת הצדדים אבל העובדה שיש יותר מצד אחד מכניסה יסודות אובייקטיבים. יש לזה השפעה על המרחב- יש מקרים שאני ארצה להגביל אותם תוך שימוש בעקרונות של תו"ל. לתת להם פירוש שהוא ראוי מבחינת תקנת הציבור וכן הלאה. בחוזה אני צועד צעד אחד מעבר לכוונה בהשוואה לצוואה.
* **חוק- משקל רב יותר לתכלית האובייקטיבית**. כאן עוברים את "קו פרשת המים". התכלית הסובייקטיבית משמשת ברקע. יש שיקולים טובים להתחשב בה כמו שיקולים של שלטון החוק, שיקולים דמוקרטיים של הפרדת רשויות. אבל נכנסים גם שיקולים חדשים שקשורים להשתלבות החוק במסגרת החוקתית, בסביבה החוקית שלו, בדינמיות של החיים, ברצון לתת הסדר חברתי צודק ויעיל.
* **חוקה- משקל רב יותר לתכלית האובייקטיבית**. הקוטב השני, משקל מועט מאוד לתכלית הסובייקטיבית של מחברי החוקה. משקל מקסימלי לתכלית האובייקטיבית, מה אני יכול לפרש מתוך החוקה ולא מהכוונה של המחבר.

**מבחינת התיאוריה היא מצד אחד אחידה לכל סוגי הטקסטים, מצד שני מסגרת התיאוריה מאפשרת לתת משקל שונה להעדפות האלה**. המשקל השונה מושפע משיקולים שאמרנו- שיקולים פרשניים [לקלוע יותר לפרשנות של כותבי הצוואה או החוזה מאשר למחוקקים], שיקולים נורמטיביים [פירוש החוק בהקשר השיטה המשפטית].

חוקה מראש – טבוע בה מראש מספר משמעויות. היא יותר פתוחה לפרשנות מאשר חוק מסוים.

**בפס"ד קניג נ' כהן**- הייתה שאלה האם מדובר בצוואה כן או לא. לא עסקנו בפרשנות. הרוב אמר שיש דרישות מינימום לגבי מהי צוואה. המיעוט אמר שצריך להתחשב בכוונת המחבר.

**בפס"ד ריגס**- היה ברור מה כתוב בצוואה, הסבא הוריש לנכד. אך אמרנו ש"ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה". ובנוסף, אם המחוקק היה חושב על מקרה כזה, ברור שהוא היה קובע אחרת. ניתן לומר שהוא היה חושב על כוונת המוריש, יש להניח שאם הסבא היה יודע שהנכד ירצח אותו הוא לא היה מוריש לו. במקרה כזה יש להניח שהרצון שלו לא היה להוריש לרוצח שלו.

**דוגמה: פס"ד קעדאן**

* השאלה המשפטית: האם המדינה רשאית להקצות קרקע להתיישבות שמיועדת ליהודים בלבד?

ברק עושה שימוש בפרשנות תכליתית. אין סעיף חוק שאומר כן או לא- המדינה רשאית או לא. זה דורש פרשנות. יש ברקע מחד את חוק מקרקעי ישראל שנותן ותכליות נוספות.

**חוק מקרקעי ישראל, ס'1**- "מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת".

**תכליות מיוחדות של החוק**-ברק לומד את זה מדברי ההסבר של החוק.

* שמירת מקרקעי ישראל בבעלות המדינה וריכוז הניהול והפיתוח של המקרקעין בישראל.
* על מנת למנוע את העברת הבעלות בקרקע לידי גורמים בלתי רצויים.
* כדי לבצע מדיניות ביטחון. -מטעמי ביטחון המדינה רוצה לשלוט בקרקע.
* כדי לאפשר ביצוע פרויקטים לאומיים, דוגמת קליטת עלייה, פיזור אוכלוסין והתיישבות חקלאית.

חלק מהתכליות, לכאורה, ניתן היה להסתמך עליהן בסוגיה של קעדאן כדי לומר שישראל יכולה להקצות קרקע ליהודים בלבד, כמו תכלית הביטחון. הקמת היישובים הייתה בשביל ליצור חיץ בין אזור ג'נין לשטחי ישראל, במיוחד שטחי ואדי ערה. לא רצו שיהיה רצף של התיישבות ערבית שאולי יזלוג מהגדה לתוך ישראל. ניתן היה להצדיק באמצעות התכלית הזו. אולי גם הנושא של פיזור אוכלוסין- רוצים שהאוכלוסייה תהיה מפוזרת. רוצים פיזור אתני בין ערבים ויהודים. התכליות לא מחייבות את זה, אך יכול להיות שהן יכולות להצדיק את זה.

יש גם **תכליות כלליות**-

* כוללות את עקרונות היסוד של המשפט בישראל.
* השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל.

האם לפי התכליות אני יכול להתיר למדינת ישראל להקצות קרקע ליהודים בלבד? אין תכליות שמחייבות את זה, אבל יש תכליות שמאפשרות את זה. מצד שני יש עקרון שוויון שהוא עקרון יסוד של השיטה והוא בעצם שולל את זה. תיאורטית יש פה אלמנט של שיקול דעת- מה היחס בין העיקרון הכללי של השוויון לבין התכליות הספציפיות של ביטחון? מבחינת המדרג יש עדיפות לעקרון השוויון בהיותו עקרון חוקתי, עקרון על. העדיפות הזו מביאה לכך שאני יכול לפעול במסגרת הביטחון, אך לא תוך פגיעה בשוויון.

**הייחודיות במקרה הזה**: במקרה הזה היו 2 גבעות ביישוב. גבעה כללית ששווקה ע"י משרד הבינוי והשיכון שם לא הייתה הגבלה, לעומת גבעה אחרת שם הייתה הגבלה. זה לבד הוכיח שלא הייתה צריכה להיות הגבלה. לא עשו הגבלה על הגבעה המאוכלסת יותר. אם יכולתם להקים יישוב ישראלי בלי לבדוק את האוכלוסייה, ושיהיה פתוח לכולם, אז אין סיבה להקים בגבעה האחרת.

**השוואה ברק ודוורקין**- לסיכום, השוואה קצרה בין ברק לדוורקין, השוואה שברק עושה אותה בעצמו. ברק היה מודע לתיאוריה של דוורקין והוא הושפע ממנה.

**מה הדמיון בין ברק ודוורקין?** המשקל של הטעם/התכלית בתוך הכלל. הם לא פרשנות פורמליסטית, מילולית, אלא פרשנות שנותנת מקום גדול לטעם, תכלית, עקרונות היסוד של השיטה. תפקיד הפרשנות כתפקיד מרכזי ומושג מפתח בפרשנות משפטית.

**בהשוואה להארט,** הוא לא מקבל את העניין שיש כללים שיש להן מובן גרעיני שאותם מחילים כפי שהם. לפי הארט יש כללים משפטיים שהם מובנים, "הגרעין". שם לא צריך לחשוב על תכלית. מזכיר את חיים כהן. כאשר מבינים מבחינה לשונית את הכלל- לא צריך ללכת לתכלית. בעיני דוורקין, זה לא כך. העקרונות חלים על הכל, וגם תורת הפרשנות שלו חלה על הכל. כנ"ל אצל ברק.

**הבדלים**-

1. לא מקבל את האינטגריטי (צדק והגינות) כעקרון יחיד. לפי ברק יש מגוון עקרונות חוקתיים שמחייבים אותו.
2. דגם רומן השרשרת שדוורקין תיאר אינו ממצה. לעיתים שופט מוגבל יותר, לעיתים חופשי יותר. לא רוצה להגביל את עצמו לעקרון של התאמה והפירוש הטוב ביותר.
3. **לא מקבל את העמדה שיש פרשנות משפטית נכונה אחת בלבד**. תיזת התשובה הנכונה של דוורקין, שלכל שאלה משפטית יש תשובה אחת. דוורקין מבחינת התפיסה שלו את עצמו כקורא- הוא צריך להניח שיש תשובה נכונה אחת. נגזר מהתיזה הזו המושג של שיקול דעת חלש. לדעת ברק אין פרשנות נכונה אחת. גם כשאני חושב במושגי הפרשנות היא קביעה נורמטיבית של מה שקיים, והיא דורשת שיקול דעת חזק.
4. **סבור שלשופט יש שיקול דעת חזק**. ברק לא מקבל את דעתו של דוורקין. הרפלקציה שלו על עצמו כשופט הוא רואה לפניו יותר מתשובה אפשרית אחת. יש לו סדרה של החלטות, יש לו יותר מאפשרות אחת. הוא מחליט ולכן יש שיקול דעת. בהחלטה פרשנית שופט מפעיל שיקול דעת [לא רק בעניין של שיקול דעת, אלא גם בנושא של פרשנות].

אם זה רק גילוי= חותר לתשובה אחת. קביעה נורמטיבית= החלטה של השופט מה נכון לפרש במקום הזה ולא מה התכוון המחוקק. **מה נכון לפרש=דורש שיקול דעת של השופט**.

**שיעור 23- 16/06/22**

**היצירה השיפוטית לסוגיה**

מבט-על על הסוגייה כולה. מסווג את הפעולה היצירתית של שופטים. יש החלטות רבות של שופטים ואולי אפילו רוב ההחלטות, הן החלטות שבהן לא נעשית פעולה יצירתית מבחינה משפטית [=לא מופעל בהם שיקול דעת; לא ניתנת בהם פרשנות] אלא יש בהן יישום של הדין. השופטים בעיקר מתמודדים עם שאלות עובדתיות. זו רוב עבודת השופטים. בוודאי בבתי המשפט הדיוניים- בתי משפט שלום, בתי משפט מחוזיים, בתי משפט למשפחה. שומעים עדים ובודקים ראיות שמציגים להם. עיקר הדיונים בשאלה מה המציאות- בעניינים פליליים ועניינים אזרחיים. אחרי שביהמ"ש קובע את הממצאים העובדתיים ואומר מה היה, הוא מיישם כללים משפטיים באופן שהוא לאו דווקא יצירתי ומחדש. אלה רוב ההחלטות של בתי משפט.

אבל, אנחנו מדברים על סוג מסוים של החלטות שבהן ביהמ"ש עושה פעולה יצירתית, דהיינו מחדש חידוש משפטי. את החידושים האלה אפשר לסווג ל-3 סוגים:

1. פרשנות.
2. השלמת חסר.
3. פיתוח המשפט.

ברק סוטה מדוורקין. בעיני דוורקין כל החלטה משפטית היא פרשנות. מושג הפרשנות בשבילו היא מושג שמקיף את כל הפעולות שביהמ"ש עושה. ברק מדויק יותר ואומר שפרשנות היא סוג מסוים של פעולה. יש פעולות אחרות שלא נקראות פרשנות, והן השלמת חסר או פיתוח המשפט.

**פרשנות**

* מתן משמעות לטקסט משפטי- דבר חקיקה או פסק דין. -חוזה או צוואה.
* קביעת היקף ההתפרסות- האם חל על מקרה מסוים? -האם הנורמה המשפטית מתפרסת על מקרה מסוים. למשל, אופניים הם כלי רכב? האם גלגיליות הם כלי רכב? האם הכלל חל על המקרה או לא חל על המקרה. לשם כך נצטרך לפרש מילים.
* השיטה: פרשנות תכליתית. -זו השיטה המחייבת בישראל. **לתת לטקסט משפטי את הפירוש שמגשים באופן הטוב ביותר את התכלית שלו**. הדגש על התכלית מעמיד אותה במקום גבוה יותר, נותן לה משקל רב יותר מאשר לפירוש המילולי של הטקסט. ברוב שיטות המשפט אין הלכה מהי הדרך הפרשנית. משאירים את זה לשופטים- שופטים שונים נוהגים בשיטות שונות [פרשנות מילולית מול פרשנות תכליתית. השופט סקליה יטען שפרשנות תכליתית מאפשרת לשופטים לחרוג מהחוק]. בישראל התיאוריה הפרשנית הפכה להיות הלכה מחייבת. כל בתי המשפט, בכל הערכאות מהגבוהות לנמוכות, מפרשים באופן תכליתי ומנמקים כל החלטה משפטית שלהם לפי התכלית. אם שופט ירצה להיות יותר נאמן ללשון הוא ידבר על התכלית הסובייקטיבית. שופטים ינמקו את ההחלטות שלהם דרך תורת הפרשנות התכליתית.
* התוקף הנורמטיבי- התוקף של הנורמה המתפרשת: חוק יסוד, חוק, תקנה, פסק דין.

תורת המשפט היא תיאוריה. להבדיל מתחומים אחרים ששאלות תיאורטיות מופרדות מהפרקטיקה, במשפט הזיקה קרובה יותר. תורת פרשנות היא תיאוריה וגם הפעולה של שופטים.

כאשר בימ"ש מפרש חוק או חוקה, האם זו הלכה שיפוטית או שזה החוק עצמו? האם הפירוש של ביהמ"ש את החוק הוא הלכה שיפוטית או החוק? ההחלטה של ביהמ"ש במסגרת הפרשנות.

התוקף הנורמטיבי של ההלכה שמפרשים יהיה בהתאם לטקסט המשפטי שאותו מפרשים. אם אני מפרש תקנה, אז מה שקבע ביהמ"ש הוא ברמה של תקנה. אם אני מפרש חוק, זה חוק. אם אני מפרש חוקה, זה חוקה. לדוגמה: אם ביהמ"ש אומר שכבוד האדם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל את עקרון השוויון, הרי **שמעכשיו יש לעקרון השוויון מעמד חוקתי ולא מעמד של הלכה פסוקה**.

פרשנות של ביהמ"ש נבלעת בחוק או בטקסט המתפרש ולכן היא מקבלת את אותו המעמד.

**יש הבדל בין השאלה ההיסטורית לבין השאלה הנורמטיבית**. יכול להיות שהפרשנות של ביהמ"ש היא מחדשת. אם יוצרי החוקה לא כללו שוויון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וביהמ"ש אומר שכבוד האדם כולל שוויון כזכות לא מנויה 🡨 אמנם מבחינה היסטורית לא התכוונו לזה, אבל זה הפירוש לטקסט והמעמד מובלע. הזכות לשוויון בעלת מעמד חוקתי.

**כשאני מפרש טקסט אני נותן לפירוש את המעמד של הטקסט עצמו**. מפרש חוק= חוק.

הפעולה העיקרית- שופטים נוטים ככל האפשר לבסס את ההחלטות שלהם על פרשנות חוקים. הם לא ממהרים לומר "אני מחליט". זו הדרך הראשונה, דרך המלך. היא דרך מובנית מאליה כי חלק מתפקיד ביהמ"ש הוא לפרש את החוק.

**השלמת חסר**

חסר הוא מצב של חלל בחוק, אין פתרון לבעיה. אבל לא כל מצב שאין בחוק פתרון לבעיה שלו אנחנו נגדיר אותו כלקונה. מבחינים בין שני מושגים של השלמת חסר- מצב שבו אין בחוק בכלל הסדר, זה לא בגדר לקונה שמשלימים אותה, אלא בגדר יצירה שיפוטית ["פיתוח המשפט"]. לקונה היא יותר ספציפית, מצב שבו יש הסדר משפטי בעניין אבל חסר בו פרט מסוים. "קיר לבנים שחסרה בו לבנה"=לקונה. אם אין לי קיר ואני צריך לבנות אותו מההתחלה, זו לא לקונה. ההבדל: קשור לשיטה שבעזרתה אני משלים ולתוקף הנורמטיבי שלה.

* לא כל מצב של היעדר כלל משפטי הוא מצב של חסר.
* חסר הוא חלל בתוך הסדר משפטי קיים (אבן חסרה בקיר הלבנים).
* על השלמת חסר חל דין השיור (חוק יסודות המשפט).
* תוקף ההשלמה: כשל חוק.

**חוק יסודות המשפט-** "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש, יכריע בה לאור עקרונות הצדק, החירות, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל".

כאשר ביהמ"ש יש לו שאלה שאין לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה [תקדימים של ביהמ"ש], בהיקש [ללמוד מכאן לכאן], אז יכריע בה לאור עקרונות הצדק, החירות, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל. **עקרונות כלליים**.

יש ויכוח כי ניתן היה להשלים כל חסר. המחוקק השתמש בדבר כללי מאוד, אך ביהמ"ש פירש את זה שמדברים על **חסר צר**.

**פרשת נחמני**- היה מצב של חלל נורמטיבי לפי דעת הרוב, חסר. האם החסר הוא לקונה או חסר רחב יותר? השופטים אמרו שהם ניצבים בפני חסר, אבל זה לא לקונה, אלא זה **חסר רחב יותר, כי אין שום הסדר על הסוגייה של הפונדקאות**. זה לא שחסר לנו פרט אחד מה יקרה במקרה כזה, אין הסדר כללי. אמרו שלא צריך ללכת לפי חוק יסודות המשפט, אלא הם צריכים להשלים את זה באופן משוחרר יותר. הקביעה הזו נשענת על קביעת ביהמ"ש.

אפשר היה לטעון שחוק יסודות המשפט משוכלל ורחב יותר, וחל על כל חסר. היה מי שחשב את זה-**השופט מנחם אלון**. **ברק** יצר את ההבחנה הזו ואלון חלק עליו בסדרה של פסקי דין. חוק יסודות המשפט הולך למשפט העברי והטענה של אלון שברק מנסה לצמצם את תחולת המשפט העברי. לפי אלון הוא חל על כל דבר שאין למשפט הכרעה, על כל חסר (גם רחב).

אבל **לפי ברק אנחנו מבחינים בין חסר צר, לקונה, לבין חסר כללי** (שלא משועבדים לחוק יסודות המשפט). נראה בהמשך הצדקה מהותית יותר לעמדה של ברק.

את **פס"ד ריגס** (נכד רוצח את הסבא המוריש) ניתן לראות **כלקונה**. יש הסדר לגבי הצוואה. **מושג החסר הסמוי מכניס את זה ללקונה**. חסר גלוי= ברור שיש חסר. השאלה האם יש חסר היא יותר מורכבת.

**השלמת חסר**

* **האם לביהמ"ש יש סמכות להשלים חוק? -ולתת לו מעמד של חוק**. -בכל שיטות המשפט בעולם ביהמ"ש מוסמך להחליט. יש מדינות שביהמ"ש אפילו מחויב להחליט בעניין. אבל זו לא השלמה של חוק, אלא נותנים את התשובה כהחלטה שיפוטית. אם אני משלימה חסר, אני משלימה חוק ונותנת לזה מעמד של חוק.
* **בקונטיננט**- כן. במדינות האירופיות יש לביהמ"ש סמכות להשלים חוק [השלמת חסר].
* **במשפט האנגלו-אמריקאי**- לא.
* **בישראל**- כן.
* **הדרך**: היקש, דין שיור.

קשור לתפיסה התורת משפטית. בשיטה האירופית החוק המחייב הוא רק החוק. להחלטות בימ"ש אין כוח תקדימי, באופן תיאורטי (לפעמים כן מתחשבים בהם). ממילא כאשר יש לי חסר בחוק, אם ביהמ"ש ייתן החלטה מקומית לא פתרנו את הבעיה ולכן מבקשים לתת לזה תוקף של חוק.

בביהמ"ש האנגלו-אמריקאי מראש החוק הוא לא המקור המשפטי היחידי. גם תקדימי ביהמ"ש מחייבים. הם מקור מרכזי והיסטורי. האנגלים לא מתרגשים מזה שאין תשובה בחוק לשאלה. נקודת המוצא שלהם שהחוק לא נותן תשובה לכל שאלה.

* אירופאים= כשאין תשובה בחוק זה מזעזע, אז נותנים לביהמ"ש אפשרות להשלים חסר ושיהיה במעמד חוק.
* אנגליים= לא מתרגשים שהחוק לא נותן תשובה. גם הפסיקה יכולה לתת החלטה שיפוטית. אבל אין להחלטה מעמד של חוק.

השלמת חסר במובן הרציני הוא להשלים אותו כחוק. זה לא דבר מובן מאליו ולא כל השיטות מקבלות אותו.

**מנקודת מבט של ישראל**- אם הייתי שואל את עצמי האם לאפשר בישראל השלמת חסר? היינו עונים לא. המסורת שלנו היא מסורת אנגלו-אמריקאית, שאנחנו מאמינים בתקדימים. לא היינו צריכים לתת לביהמ"ש את הכוח להשלים חסר במעמד של חוק. לפי זה, לא היה צריך להיות לנו חוק יסודות המשפט במובן של השלמת חסר [אולי כן להשלים את החוק למען החלטות שיפוטיות].

**האם באנגליה יש דין שיור?** דין שאומר לביהמ"ש מה תעשה כשיש לך שאלה שאין לך תשובה עליה. באנגליה לא צריך להגיד לביהמ"ש לפעול, כי הוא כל הזמן יוצר חוקים. **אין שם דין שיור**. אין חידוש לביהמ"ש כשהוא פועל. מנגד, במדינות אירופיות יש דין שיור כי צריך להשלים את החוק ואומרים להם איך להחליט.

בישראל היה **סימן 46 לדבר המלך בישראל** המנדטורית ואמרו שאין תשובה בחוק תחליטו לפי מה שקורה באנגליה. ישראל הייתה קולוניה, מושבה בריטית, הבריטים רצו להכניס בקולוניה סדר אז הם אמרו להם תחליטו לפי החוק אבל אם יש חלל תיצמדו להחלטות של אנגליה. **הואיל והיה חוק כזה בתקופת המנדט, אז היה צריך להחליף אותו בשלב מסוים**. זה לקח 30 שנה [קבעו אותו רק ב-1980]. רק אז הגענו לעצמאות משפטית, עד אז היינו כפופים לאנגליה, למשפט האנגלי.

חוק יסודות המשפט בישראל הוא **חריג** ביחס לשיטה.

הצדקת ברק [מכיוון אחר מצמצום המשפט העברי] אלא שיש לצמצם את החוק הזה בשיטה שלנו. בשיטה האנגלית לא צריך לתת לביהמ"ש הנחיות או לתת להם סמכות, הם פועלים.

בישראל הוחלט לאפשר השלמת חסר. לא מטעמים אידיאולוגיים, אלא **מטעמים תורת-משפטיים היה טעם לצמצם את חוק יסודות המשפט ולומר שדין השיור חל רק במקום של השלמת חסר**. אם נתייחס להשלמת חסר במובן המלא שלה= לתת תשובה לכל שאלה שאין עליה תשובה בחוק, אז זה פשיטא וביהמ"ש יכול לעשות זאת. אם רוצים לתת השלמת חסר במובן המלא של תוקף של חסר אז צריך לצמצם את זה מאוד.

לדוגמה: אני לא אגיד שהחלטה של נחמני לתת את הביציות זה חוק. **לא כל החלטה שיפוטית היא חוק**.

**לפי אלון**= לומר שיש הנחיה כללית להתחשב במשפט העברי. ניתן היה לוותר על המושג של השלמת חסר. אבל גם זה יחסית זר לשיטה.

סימן 46 לדבר המלך אמר להסתכל על אנגליה בהחלטות, אך ישראל יכלה פשוט לבטל אותו. למחוק אותו ולפתור את הבעיות. אבל רצו להחליף אותו במשהו, חוק יסודות המשפט, ועלתה השאלה מה היקף התפרסותו.

כשהמחוקק ניסח את חוק יסודות המשפט, ברק היה יועמ"ש לממשלה. הוא היה אחראי לניסוח החוק. היה לחץ גדול. יכול להיות שאם היה לו הרבה כוח ייתכן שהוא היה מבטל את החוק. היה לחץ גדול 30 שנה למצוא חלופה לסימן 46 וברקע היה לחץ למשפט העברי. ברק ניסה למנוע אידיאולוגית את ההכנסה של זה. הואיל וזה נחקק, מבקשים לצמצם את התחולה של חוק יסודות המשפט [מובן תורת משפט].

**לדוגמה**: **חוק הבחירות דרכי תעמולה**

* "לא תשודר לפי סעיף זה [שידורי טלוויזיה] אלא תעמולת בחירות שהופקה על ידי המפלגות או רשימות המועמדים על חשבונן ושבא עליה אישורו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית".
* מה דינה של תעמולה ברדיו? - החוק כתב סעיף על טלוויזיה ולא לגבי הרדיו. האם צריך אישור של יו"ר ועדת הבחירות או לא.
* יש להשלים **בהיקש**. שידורים ברדיו כמו בטלוויזיה דורשים אישור יו"ר ועדת הבחירות.
* (**בג"ץ 212/03 חירות** נ' יו"ר ועדת הבחירות).

הסעיף מגביל ואומר שרק רשימות המועמדים רשאיות לפרסם, לא ארגונים אחרים וולונטריים. בנוסף, כל תעמולה צריכה לעבור פיקוח ואישור של יו"ר וועדת הבחירות. החוק הזה עסק בשידורי טלוויזיה.

ביהמ"ש שדן בעניין הזה קבע שיש להשלים את הדבר בהיקש. **זה חסר כי יש הסדרה של נושא התעמולה אבל לא מדבר על רדיו**. ביהמ"ש השתמש באותו היגיון ורציונל שהנחה את המחוקק לומר ששידורי טלוויזיה יינתנו ע"י המפלגות וצריך פיקוח = הרי שצריך לעשות זאת גם ברדיו.

**מעכשיו זו הוראה חוקית** שעל שידורי התעמולה ברדיו יחול אותו דין של הטלוויזיה.

**פיתוח המשפט**

* חסר בחוק שאינו בגדר לקונה (נושא שלא הוסדר). -חסר רחב יותר. תחומים שלא הוסדרו [למשל דיני מכרזים במשפט מינהלי/ציבורי]. ביהמ"ש נאלץ להחליט בהם. זו **חקיקה שיפוטית באופן מובהק**. יש נושא שלא הוסדר וביהמ"ש צריך לקבוע לו כללים, היות שהוא צריך להכריע בשאלה.
* הלגיטימציה: המסורת המשפטית של המשפט המקובל בישראל. -מה מקור הסמכות של ביהמ"ש להכריע בשאלה כזו. ביהמ"ש פועל כמחוקק משנה.
* הפיתוח לפי עקרונות השיטה בכללם. אין כפיפות לדין השיור. -ביהמ"ש לא מחויב לפעול לפי היקש או עקרונות המשפט העברי ומורשת ישראל. הוא מקבל החלטות באופן חופשי. הוא כמובן כפוף לעקרונות היסוד של השיטה, עקרונות חוקתיים.
* תוקף נורמטיבי: הלכה פסוקה. -החלטות שיפוטיות.

כשעוסקים בפרשנות חוקתית, הכנסת לא יכולה לשנות החלטות שיפוטיות של ביהמ"ש מכיוון שהואיל והפרשנות החוקתית בעלת תוקף חוקתי הרי שהכנסת לא יכולה לשנות את זה, אלא אם כן היא מכוננת חוק יסוד ומעמידה אחד מול השני. מנגד, אם ביהמ"ש מקבל החלטה שיפוטית רגילה בחסר רחב (פיתוח המשפט), תוקף של הלכה פסוקה, והכנסת יכולה לשנות החלטות של ביהמ"ש.

הפרשנות תלויה בטקסט שאותו היא מפרשת. היא מקבלת את התוקף מזה. מנגד, החלטות ביהמ"ש שהן לא פרשנות יש להן מעמד של הלכה פסוקה.

ביהמ"ש פועל כמחוקק בפיתוח המשפט כי לכל קביעה יש תוקף תקדימי. חקיקה שיפוטית נעשית בתחום של פיתוח המשפט. בתחום של פרשנות זה לא חקיקה שיפוטית, כי זה מקבל כוח מהכנסת. הוא לא מחוקק אלא מפרש. כשביהמ"ש משלים חוק, לקונה, זו אמנם חקיקה אבל באופן צר. זה נדיר מאוד להפעיל את חוק יסודות המשפט כהשלמת לקונה במובן הצר (אין הרבה מקרים כאלה, החלטות בודדות). פרשנות היא מאוד רחבה- הרבה פסקי דין עם פרשנות. לפיתוח המשפט מעמד נמוך יותר [החלטה שיפוטית- הלכה פסוקה].

**לדוגמה: פס"ד פלוני**- השופט שלמה לוין הציע 2 פתרונות. (1) חסר סמוי והשלמת חסר- אמר שצריך להניח שהמחוקק לא התייחס למקרה כזה ואני משלים כאילו כתוב בחוק שבמקרה הזה יש עילה. =משלים את החוק. (2) פרשנות מרחיבה- מפרש לפי תקנת הציבור.

לדוגמה: ביהמ"ש אומר "קורא לתוך החוק"- עושה פעולה שבין השלמת חסר לבין פרשנות. פעולת אמצע.

* השלמת חסר זה רק לגבי חוק.

**חסר בחוק**

יכול להיות כמה אפשרויות פרשניות לדבר.

**אפשרויות**:

1. מה שלא הוסדר בחוק נשאר במתכונת הקודמת. -אם לפני החוק זה היה מותר אז מותר. וההיפך. ההסדר הקודם קיים.
2. הסדר שלילי: מה שלא הוסדר- הוסדר להיפך. -אם כתוב לעשות בדרך מסוימת, אז אסור לעשות בדרך אחרת. בד"כ נקרא כך עניינים פליליים. אם החוק מגדיר עבירה, אז מה שהוא לא מגדיר = מותר. אם החוק אומר לי שפונדקאות זה רק איש ואישה הנשואים זה לזה, כלומר זה הסדר שלילי שאם בני זוג לא נשואים הרי שהם לא יכולים לבצע פונדקאות. **לדוגמה:** אימוץ רק לאיש או אישה הנשואים זה לזה [היום זה כבר שונה]. יש הסדר שלילי שאדם לא יכול לאמץ ילד אם לא נשוי.
3. הסדר במשתמע: פרשנות. -למרות שדבר לא הוסדר בחוק, משתמע ההסדר שלו. **לדוגמה:** המקרה של שידורי הטלוויזיה. אם הוסדר רק לגבי טלוויזיה, נוכל לשאול מה ההבדל בין טלוויזיה לרדיו? במשתמע נחיל את ההסדר גם על רדיו כי יש להם את אותו היגיון.
4. חסר הטעון השלמה.

ההחלטה בין האפשרויות היא לא פורמלית. צריך להחליט האם יש טעם. מבחינה לוגית כל אפשרות יכולה להיות נכונה. נניח: שידורי תעמולה בטלוויזיה דורשים אישור יו"ר ועדת הבחירות, הרי שיש הסדר שלילי ולא חייב אישור לגבי רדיו. אבל לא חייבים לחשוב על זה באופן לוגי. הואיל וההיגיון של שידורי טלוויזיה הם כמו רדיו, אז הפרשנות המשתמעת שנחיל את אותו ההסדר. 4 אפשרויות לוגיות להתמודד עם חסר.

הבחירה האם זה חסר טעון השלמה לא נובעת מהעניין אלא היא מחייבת החלטה מושכלת, לא פורמלית. ניתן להשתמש בכמה מהאפשרויות והתשובה תהיה הגיונית.

**השאלה באיזו אפשרות לבחור היא לא פורמלית שקשורה לניסוח המילים, אלא היא שאלה מהותית שקשורה להיגיון**. מה מחייב ההיגיון. יכולה להיות יותר מאפשרות אחת נכונה.

**לדוגמה**: **חוק החולה הנוטה למות**- החוק מגדיר חולה הנוטה למות= אדם שגם אם יינתן לו טיפול רפואי הוא לא יאריך ימים מעבר ל-6 חודשים. החוק קובע הסדרים איך לטפל. החוק חוקק ב-2006 ועלתה שאלה של המתות חסד וניתוק ממכשירים. בתי חולים התירו לנתק ממכשירים חולה סופני אבל לא המתת חסד אקטיבית [למשל להרוג מתרופה]. בניתוק ממכשירים- אני מחזיר את החולה למצב הטבעי. משאירים לטבע לעשות את שלו. יכול להיות שבעקבות הניתוק הוא ימות כעבור כמה שעות. יש שאלה בחוק מה צריך לעשות במצב כזה.

**לפני שנקבע החוק, בתי משפט התירו לנתק מכשירים**. **המחוקק החליט להסדיר את העניין**.

* סעיף 21- "אין בהוראות חוק זה כדי להתיר הפסקת טיפול רפואי רציף בחולה הנוטה למות, העלולה להביא למותו, בין שהוא בעל כשרות ובין אם לאו". החוק אסר על ניתוק ממכשירים, ממכונת הנשמה, חולה הנוטה למות. החוק מעורר שאלה מעניינת.
* מה דינו של חולה במחלה חשוכת מרפא (כרונית) שאינו נוטה למות? -למשל, חולה ALS שיכול לחיות 10-20 שנים והנושא שלו לא הוסדר. איך נפרש את החסר הזה? זה חסר מכוון ע"י המחוקק. הוא לא הסדיר מה המצב של חולים אחרים.
* אפשרויות:

1. מה שלא הוסדר בפירוש נשאר במתכונת הקודמת: לגבי חולה שאינו נוטה למות נשאר ההסדר הקודם (מותר לנתק). 🡨 אם זו האפשרות, אולי זה יהיה מותר.
2. הסדר שלילי: החוק הזה מתיר לנתק אותו. [אפשרות חריגה].
3. מה שלא הוסדר בפירוש הוסדר במשתמע: ניתן להסיק (בדרך קל וחומר) שגם חולה כזה אין לנתק ממכשירים.
4. הסדר טעון השלמה. -במקרה הזו האופציה הזו פחות סבירה. אין פה לבנה חסרה. המחוקק הסדיר חוק לחולה הנוטה למות אבל לא נתן הסדר מקיף לכל העניין.

**התקבלה לבסוף אפשרות ג'**. הייתה החלטה של ביהמ"ש מחוזי שהלכה בדרך א'. כיבדו את בקשת החולים שלא להיות מחוברים למכונת הנשמה. הם בהכרה מלאה ויש להם אוטונומיה לדרוש זאת. ביהמ"ש נאחז באופציה הראשונה ואמר שהאיסור לא חל עליהם. נחזור למצב של ההיתר. אח"כ היועמ"ש לממשלה הופיע בפסק דין אחר וטען את טענה ג'. לא מתקבל על הדעת. אם המחוקק מתנגד לניתוק ממכשירים במקרה של חולה הנוטה למות [מת תוך 6 חודשים] על אחת כמה וכמה שהוא מתנגד לחולה שעתיד למות בעוד מספר שנים.

ג' חזק יותר. אם נכניס שיקולים אחרים אולי יש מקום לא'.

* בכל פעם שיש חסר [רחב או לקונה] צריך לשקול את 4 האפשרויות הללו, והשקילה היא שקילה שקשורה להבנת הטעם [מהותית] ולא פורמלית.

**לדוגמה**: **שר שהוגש נגדו כתב אישום**

**חוק יסוד הממשלה ס'23**- (ב) בית המשפט שהרשיע שר בעבירה, יקבע בפסק דינו אם יש באותה עבירה משום קלון; קבע בית המשפט כאמור, תיפסק כהונתו של השר ביום מתן פסק הדין.

* מה דינו של שר שלא נקבע כי יש בעבירה קלון?
* הסדר שלילי: כהונתו לא תופסק!

**בד"כ בפלילי אין לקונה**. **לעולם שתיקתו של המחוקק היא היתר**. בפלילי הכלל פשוט. בתחומים האחרים הכלל לא כל כך פשוט. הוא מחייב לבחון את 4 האפשרויות במקרה של חסר ולהחליט מה יותר הגיוני.

**הסדר שלילי**

* הדין הפלילי: לעניין איסור ענישה בפלילים, אין לקונה בחוק. שתיקתו היא לעולם הסדר שלילי (**פולר**).

**שיעור 24- 21/06/22**

**זכויות**

נעסוק במושג הזכות ובתורת זכויות. מושג הזכות הוא מושג מרכזי במשפט, אולי הכי מרכזי. משתמשים בו בהרבה הקשרים.

**זכויות** -**דוגמאות**

* זכות לבחור ולהיבחר.
* זכות לקניין פרטי.
* זכות לחופש ביטוי.
* זכות לחיים.
* זכות להגדרה עצמית.
* זכות בנכס (בעלות).
* זכות שתיקה.
* זכות של שופט לפסוק דין.
* זכויות עובדים.

הביטוי של זכות הוא אולי הכי מרכזי במשפט ואנחנו צריכים לנתח אותו.

**סוגים של זכויות**

* **זכויות מותנות, יחסיות**.
  + במעשים (חוזה), ביחסים מיוחדים (הורים וילדים, בעל ואישה, מעביד ועובד), במעמד (אזרח, תושב), במצב (זקנה, נכות).
* **זכויות יסוד**.
  + מוחלטות וכלליות. לאדם באשר הוא אדם.

יש סוגים שונים של זכויות, אחת ההבחנות הבסיסיות היא בין זכויות מותנות ויחסיות לבין זכויות יסוד. זכויות מותנות הן זכויות שמותנות במעשים. למשל זכות חוזית או זכות שנובעת מיחסים מיוחדים, זכויות אזרח, זכויות שנובעות ממצב בריאותי או גיל. לעומת זאת, יש זכויות יסוד שהן כלליות ומוחלטות לכל אדם באשר הוא אדם.

**תורת זכויות**

השאלות שנציב בתיאוריה של זכויות הן אלה.

* מה זכות מקנה? אלו מעשים או מחדלים? -מה נובע מכך שיש לאדם זכות? בראש השיעור נעסוק בשאלה הזו של ניתוח מושג הזכות. נראה שיש הבחנות בין מובנים שונים של מושג הזכות.
* מי יכול להיות בעל זכות? -האם רק בני אדם הם בעלי זכויות? האם בע"ח בעלי זכויות וניתן לרשום על שמם מקרקעין? ירושה? האם בע"ח נושא זכות כמו אדם / האם תאגידים נושאי זכויות ואיזה זכויות יכולים לשאת / סביבה- האם עצים ואבנים הם נושאי זכויות.
* מדוע לאדם יש זכות? כיצד נוצרת (נקבעת) זכות?
* האם בעל זכות שולט על זכותו? והאם יש זכויות שלא ניתן לוותר עליהן?

**ניתוח מושג זכות**

* למה הכוונה כשאנחנו אומרים שלאדם יש זכות מסוימת?
* אלו מעשים או מחדלים נדרשים מכוח "זכות"?

אחד הניתוחים הקלאסיים שעדיין רלוונטיים זה ניתוח של **הופלד**, שהיה פרופ' למשפטים באוניברסיטת יל לפני כ-100 שנים. הוא כתב 2 מאמרים שמנתחים אנליטית את מושג הזכות ובעבור זה הוא נזכר לדורות. הניתוח האנליטי של מושג הזכות מהווה בסיס לכל דיון כיום במושג הזכות.

**ניתוח הזכויות של הופלד (Hofeld)**

* זכות במובן הצר- תביעה (claim).
* חירות (privilege, liberty).
* כוח (power).
* חסינות (immunity).

כשמשתמשים במושג זכות אנחנו עשויים להתכוון ל-4 מובנים שונים. צריך לברר בכל פעם שמישהו אומר "יש לי זכות" על איזה מובן אנחנו מדברים.

מובן ראשון הוא "זכות במובן הצר". פירושו של דבר זכות תביעה ממישהו.

**תביעה (זכות במובן הצר)**

* אם ראובן הלוואה לשמעון כסף ומועד הפירעון הגיע- לראובן יש זכות (תביעה) לקבל משמעון את הכסף.
* אם דינה היא בעלת דירה יש לה זכות לתבוע מכל אדם אחר שלא להיכנס לדירתה.
* **לא' יש זכות (תביעה) כלפי ב' ל-X אם ורק אם ל-ב' יש חובה כלפי א' ל-X**.

-אם לי יש זכות תביעה ממישהו, אז לאחר יש חובה כלפיי כנגד הזכות שלי. זכות במובן הצר וחובה הם מושגים קורלטיביים. לשמעון יש חובה לתת את הכסף לראובן שהלווה ויש לו זכות תביעה. שני צדדים של אותו מטבע.

זכות משמשת גם במובן אחר, שאין בצידו חובה. **לדוגמה** זכות במובן חירות, חופש.

**חירות**

* לאדם יש חירות לקחת צדף שמצא על חוף הים. 🡨 אין לי חובה להימנע לכך. אבל גם אין לי תביעה ממישהו שיאפשר לי לקחת את הצדף, אם הוא לקח אותו קודם לכן. לשנינו חירויות שיכולות להתנגש. ניתן לומר במצב כזה ש"כל הקודם זוכה".
* לאדם יש חירות להביע את דעותיו. -חופש ביטוי. זה לא מצמיח תביעה, אני לא יכולה להכריח מישהו להקשיב לי. אני לא יכולה להכריח מישהו לעשות לי ערוץ ברדיו וכו'. זה חופש ואנחנו מתחרים על חופש הדעה וחופש הביטוי. כל אחד יכול לומר מה שהוא רוצה, ולא חייבים לפרסם את זה. למשל, שליחת מכתב לעיתון. לא ניתן לומר "יש לי חופש דעה, תפרסם את מה שאני אומר". -אם אני זמרת, אני לא יכולה לחייב אנשים לשמוע ולהזמין אותי להופעות. אני לא יכולה לתבוע שיזמינו אותי לשיר. אני לא יכולה לתבוע שיזמינו הרצאה שלי. לא חייבים לשמוע אותי/לפרסם אותי/לתת לי במה.
* לאדם יש חירות ללכת ברחוב. -אם הרחוב צפוף ויש הרבה אנשים, אני לא יכול לומר לאנשים תנו לי. -אם אדם אחר יחסום את המדרכה, אז אין לו חירות לחסום. -ההליכה שלי ברחוב היא חופש ללכת והוא לא מצמיח תביעה באופן עקרוני לאפשר לי ללכת.
* **לאדם יש חירות ל-X אם אין לו חובה ללא X**. -יש לי חירות ללכת ברחוב כי אין לי חובה שלא ללכת ברחוב. אבל נדגיש שהחירות כשלעצמה לא מצמיחה תביעה. -כמובן שהחירות היא אישית. אם מישהו יחטוף אותי, כמובן שתצמח לי עילת תביעה.

החירות האישית שלי מצמיחה עילת תביעה שלא להגביל את החירות האישית שלי, במובן זה שלא יהיה ניתן לחטוף אותי, לכלוא אותי. זה מעבר לחירות. אלא זכות עם תביעה.

כמובן שחירות של אדם מוגבלת מבחינה נורמטיבית. אנחנו שואלים מבחינה אנליטית מה פירוש לומר שיש לי זכות? 1)יש לי זכות לתבוע מישהו. 2)זכות במובן של חופש, שאני לא יכול לתבוע מישהו. זו בדיוק השאלה **בפס"ד נחמני**, מהי הזכות להיות הורה? האם היא תביעה, ואז היא יכולה לחייב את דני שיאפשר לה להיות הורה; אם זה חופש היא לא מצמיחה עילת תביעה. כשלרותי יש זכות להיות אם, יש לה חופש להיות אם אז היא לא יכולה לבוא בתביעה לדני שיאפשר לה להיות אם. מי שחשב שבנסיבות האלה היא יכולה להגיד לו, הרי שהזכות הזו חרגה מחירות והפכה להיות תביעה.

**כוח**

לא מדברים על כוח פיזי, אלא על כוח משפטי.

* לשופט יש כוח לפסוק שרחל תשלם פיצויים ללאה. -יש לשופט כוח לפסוק דבר מה. הפסיקה של השופט משנה את המצב המשפטי של רחל.
* לאדם יש כוח לכתוב צוואה ולקבוע את יורשיו. -הכוח הוא לא רק לפקידים, אלא לכל אדם. האדם יכתוב צוואה והיורשים כפופים לצוואה. יש לו כוח בצוואה לשנות את המצב של היום.
* לאדם שהוצעה לו הצעה יש כוח לקבל אותה (וליצור חוזה). -ברגע שהוא מקבל את ההצעה, הוא יוצר כפיפות של מציע ההצעה. למציע ההצעה אין כוח. הוא לא משנה מצב משפטי בהצעה. המקבל משנה את המצב המשפטי של המציע. נוצר חוזה מחייב.
* **לאדם יש כוח אם ורק אם יש לו את היכולת לשנות את המצב המשפטי (זכות או חירות) שלו או של אדם אחר**.

לדוגמה: במודעות בעיתונים לא כתוב "מוצעת דירה" [אחרת מישהו יקבל את ההצעה ויזכה בה], אלא מוזמנים להציע הצעות לרכישת דירה. לדוגמה: לשוטר יש כוח לעצור/לעכב אדם שהוא חושד בו באופן סביר שביצע עבירה. אותו אדם כפוף להחלטת השוטר. הכוח הוא לא רק לפקידי ציבור אלא גם לאנשים פרטיים במסגרות שונות.

שוטר שעוצר אדם 🡨 הייתה לאדם זכות ללכת ברחוב, והשוטר הגביל את הזכות שלו. 🡨 יש לשוטר כוח בתנאים מסוימים [חשד סביר בביצוע עבירה]. יכול להגביל חירות אם שולח למאסר.

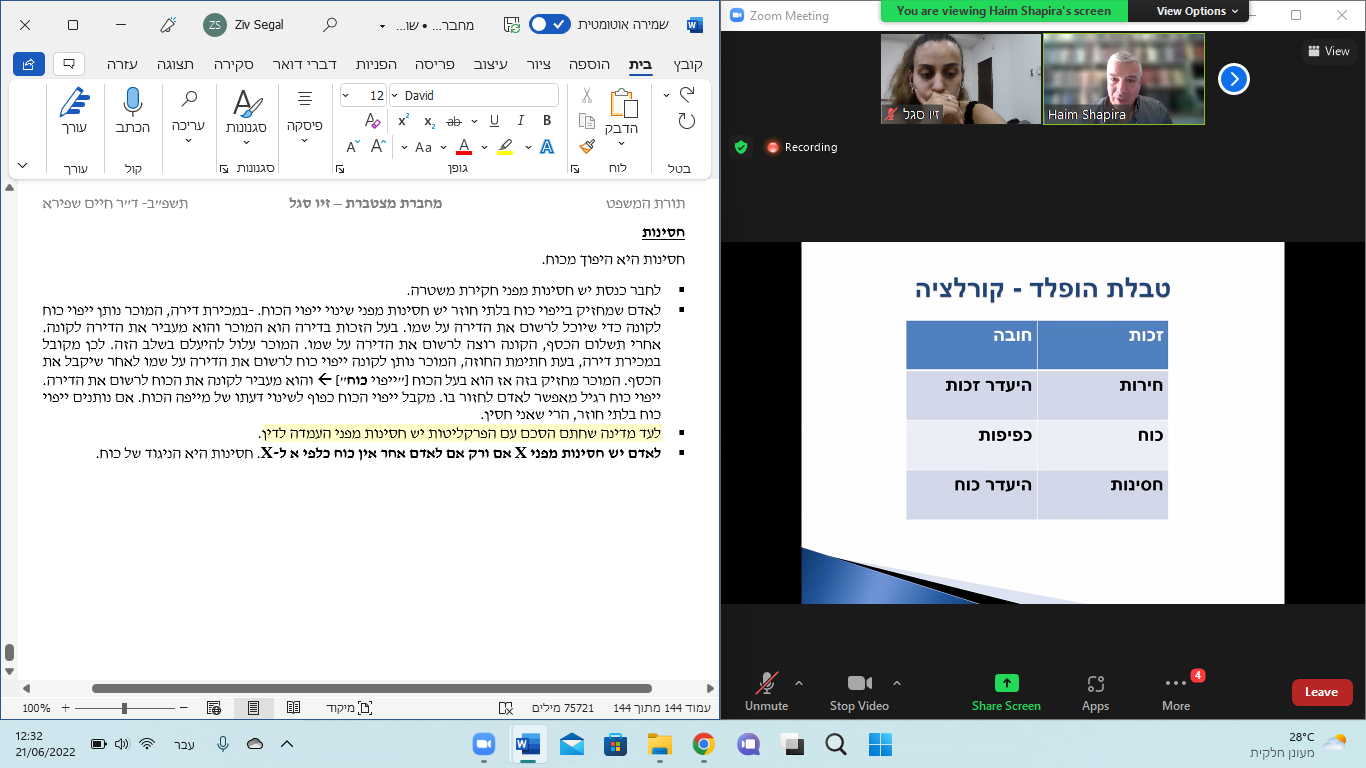
לפעמים שאומרים זכות, הזכות יוצרת כפיפות. **אדם אחר כפוף לבעל הכוח**.

**חסינות**

חסינות היא היפוך מכוח.

* לחבר כנסת יש חסינות מפני חקירת משטרה.
* לאדם שמחזיק בייפוי כוח בלתי חוזר יש חסינות מפני שינוי ייפוי הכוח. -במכירת דירה, המוכר נותן ייפוי כוח לקונה כדי שיוכל לרשום את הדירה על שמו. בעל הזכות בדירה הוא המוכר והוא מעביר את הדירה לקונה. אחרי תשלום הכסף, הקונה רוצה לרשום את הדירה על שמו. המוכר עלול להיעלם בשלב הזה. לכן מקובל במכירת דירה, בעת חתימת החוזה, המוכר נותן לקונה ייפוי כוח לרשום את הדירה על שמו לאחר שיקבל את הכסף. המוכר מחזיק בזה אז הוא בעל הכוח ["ייפוי **כוח**"] 🡨 והוא מעביר לקונה את הכוח לרשום את הדירה. ייפוי כוח רגיל מאפשר לאדם לחזור בו. מקבל ייפוי הכוח כפוף לשינוי דעתו של מייפה הכוח. אם נותנים ייפוי כוח בלתי חוזר, הרי שאני חסין.
* לעד מדינה שחתם הסכם עם הפרקליטות יש חסינות מפני העמדה לדין.
* **לאדם יש חסינות מפני X אם ורק אם לאדם אחר אין כוח כלפי א ל-X**. חסינות היא הניגוד של כוח.

**טבלת הופלד- קורלציה**



הטור הימני של הטבלה מכיל את 4 המשמעויות שדיברנו: זכות, חירות, כוח, חסינות. המושגים האלה קורלטיביים למושגים אחרים. **זכות היא קורלטיבית לחובה**. אם יש לאדם זכות במובן הצר, תביעה, פירוש שלאדם אחר יש חובה.

להגיד שלי יש זכות במובן של תביעה, זה להגיד שלמישהו אחר יש חובה כלפיי. למשל: הלוואתי לאדם כסף. יש לי זכות לקבל 1000 שקל, וללווה יש חובה להחזיר לי את הכסף.

אם אני בעלים של דירה יש לי זכות כלפי כל העולם [אני יכולה לסלק כל פולש לדירתי].

**חירות 🡨 היעדר זכות, היעדר תביעה**. אם יש לי חופש ביטוי, פירוש שלאף אחד אחר אין זכות לתבוע ממני לא להתבטא. אף אחד אחר לא יכול למנוע ממני להרים צדף בים, יש לי חירות.

השאלה אם יש לי חירות או אין לי תלויה בשאלה האם יש לי חובה ממול או אין לי. לדוגמה: אם החוף הוא מוגן ויש הוראה שלא להרים צדפות, הרי שאין לי חירות כי יש לי חובה שלא להרים צדפות.

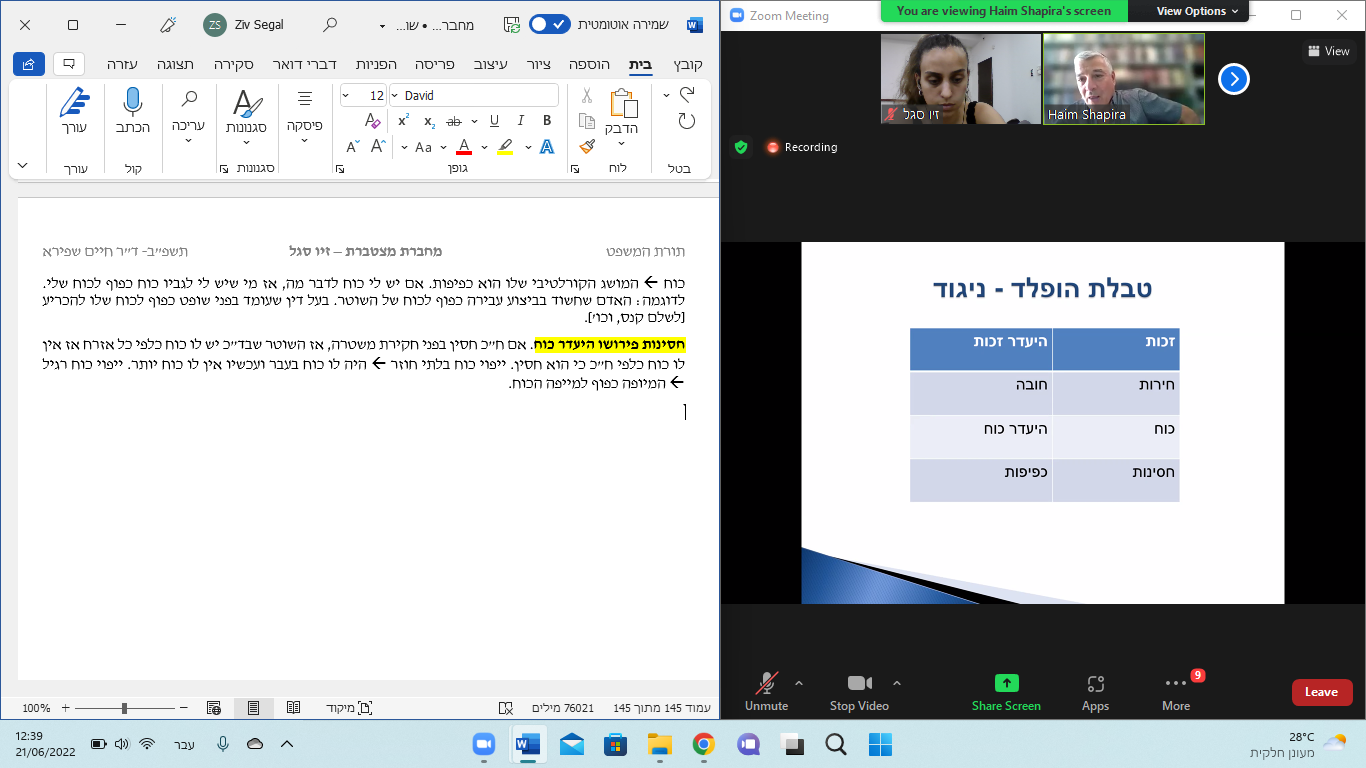
יש לי חירות ללכת ברחוב. אבל אם המשטרה סגרה רחוב מסוים מסיבה מסוימת, אז יש לי חובה שלא ללכת ברחוב. כלומר אין לי חירות יותר.

**זו שאלה עובדתית נורמטיבית שקשורה בנסיבות מסוימות**. מקום שיש לי חובה= אין לי חירות; מקום שאין לי חובה= יש לי חירות.

מבחינה קורלטיבית חירות היא היעדר חובה.

**כוח 🡨 המושג הקורלטיבי שלו הוא כפיפות**. אם יש לי כוח לדבר מה, אז מי שיש לי לגביו כוח כפוף לכוח שלי. לדוגמה: האדם שחשוד בביצוע עבירה כפוף לכוח של השוטר. בעל דין שעומד בפני שופט כפוף לכוח שלו להכריע [לשלם קנס, וכו'].

**חסינות פירושו היעדר כוח**. אם ח"כ חסין בפני חקירת משטרה, אז השוטר שבד"כ יש לו כוח כלפי כל אזרח אז אין לו כוח כלפי ח"כ כי הוא חסין. ייפוי כוח בלתי חוזר 🡨 היה לו כוח בעבר ועכשיו אין לו כוח יותר. ייפוי כוח רגיל 🡨 המיופה כפוף למייפה הכוח.



**ניגוד**

* זכות והיעדר זכות. חירות וחובה הם ניגוד. כוח והיעדר כוח. חסינות וכפיפות.
* לדוגמה: אדם רגיל כפוף להוראה של השוטר. ח"כ חסין ולא כפוף.
* ייפוי כוח רגיל= יש כוח; ייפוי כוח בלתי חוזר= אין לו כוח.

**פרשת נחמני- הזכות להיות הורה**

* לרותי יש זכות להיות הורה.
* **לרותי יש חירות להיות הורה**.
* =לרותי אין חובה שלא להיות הורה.
* לדני אין זכות לתבוע מרותי שלא להיות הורה.
* לדני אין חובה להיות הורה.
* לרותי אין זכות לתבוע מדני שיהיה הורה.
* **לדני יש חירות שלא להיות הורה**.

חירות= לכל אחד חירות להיות הורה. אמנם דני לא יכול לתבוע ממנה לא להיות הורה, אך היא גם לא יכולה לדרוש ממנו לאפשר לה שימוש בביציות כי אז הוא יחויב להיות הורה.

* רותי טוענת שיש לה **זכות (תביעה)** להמשיך בתהליך הפונדקאות.
* אם היא צודקת: לבית החולים יש **חובה** לאפשר לה להמשיך בתהליך.
* אם היא צודקת, יש לה **כוח** לעשות את דני לאב.
* **האם היא צודקת?**

**אשכול זכויות- בעלות בנכס**

מובנים שונים של מושג הזכות לא בהכרח מבודדים. זה לא שיש לי זכות רק במובן תביעה, או רק במובן חירות, או רק במובן כוח או רק במובן חסינות. **יכולים להיות מצבים שבו זמנית בזכות אחת יש אשכול של זכויות**. באמצעות האנליזה הזו ניתן לראות שכאשר אני אומר שיש לי **זכות בעלות בנכס**, לדוגמה, היא כוללת מגוון של זכויות במובנים ההופלדיאנים.

* **זכות, תביעה**- כנגד אדם אחר שלא ישתמש בנכס. -יכול למנוע שלא ייכנסו למגרש שלי. -תביעה שנובעת מהבעלות האקסקלוסיבית, רק אני הבעלים של הנכס. יש לי תביעה שלא יעשו שימוש בו.
* **חירות**- להשתמש בנכס ולעשות בו כל דבר. -אם אני בעלים של מכונית אני יכול לנסוע בה ולטייל איפה שאני רוצה. אני יכולה לשים מכונית אספנות בחנייה. יש לי חירות להעביר את הזכויות [למכור] ואולי אפילו להשמיד את הנכס. מבחינה אנליטית יש לי חירות מלאה. מבחינה נורמטיבית יכולות להיות הגבלות- למשל ,אם יש לי מגרש זה לא אומר שאני יכולה לעשות זיהום אוויר, שריפה גדולה. יכולות להיות הגבלות על השימוש שלי בנכס. אבל באופן עקרוני מושג הבעלות מצמיח חירות לעשות כל שימוש בנכס. יכולות להיות גם הגבלות. גם לאדם פרטי יש הגבלות ב11 בלילה לא להפעיל מוזיקה רועשת. אבל ההגבלות לא קשורות לאנליזה של מושג הזכות.
* **כוח**- להעביר זכויות בנכס. -למשל יש לי דירה, אני יכולה לרשום אותה על שם מישהו אחר. יש לי כוח להעביר זכויות בנכס.
* **חסינות**- כנגד אחרים שאינם יכולים להעביר זכויות. -כל מי שאינו בעלים בנכס לא יכול להעביר זכויות בנכס שלי. לא יכולים ללכת לטאבו ולרשום את הנכס על שמם.

**זכות (תביעה) חיובית ושלילית**

זכות במובן הצר של תביעה.

* זכות חיובית דורשת הספקה של נכס או שירות. -אני יכולה לתבוע מאדם הספקת נכס או שירות. -אם חתמתי על חוזה עם מישהו שיעשה לי ניקוי בבית, יש לי זכות לתבוע ממנו אחרי ששילמתי לו תמורה.
* זכות שלילית דורשת אי התערבות. -למשל אל תיכנס לנכס שלי.

**שאלה:** האם ניתן לומר **שחירות היא זכות שלילית?** יש לי חופש ביטוי ולכן לא להתערב?

**תשובה**: זכות שלילית היא תביעה, אבל חירות היא לא תביעה. החירות שלי לא מצמיחה זכות. אני לא יכולה לתבוע ממישהו אחר לשמוע אותי או שיאפשר לי לדבר אם יש לי חופש ביטוי. חירות כשלעצמה לא מצמיחה אפילו זכות שלילית. לא יכול לומר למישהו אל תשיר לידי. זכות שלילית היא יותר מחירות=היא תביעה.

אם אדם יכול לתבוע שלא יפריעו לו, אז יש לו יותר מחירות. יש לו זכות תביעה. נבדוק בכל מקרה לגופו לפי הנסיבות האם מדובר בזכות תביעה או חירות.

כוח 🡨 דורשת ממישהו ציות לכוח הזה. כפיפות.

**הזכות לחיים**

לפעמים עולה שאלה- מה היקפה של הזכות ומה מתלווה אליה? למשל, הזכות לחיים. מה פירושו של דבר להגיד שיש זכות לחיים?

* **חירות**- אם זה רק חירות, פירושו של דבר שאני לא יכול לתבוע מכוח זה שום דבר. אין לי חובה שלא לחיות= אין לי חובה להתאבד.
* **זכות שלילית: תביעה שאדם אחר לא יסכן את חיי**. -זו גם הזכות לתבוע מאדם שלא יפגעו בחיי. זכות במובן הצר של תביעה. זה המובן הבסיסי והגרעיני של הזכות לחיים.
* **האם הזכות לחיים היא גם זכות חיובית?** זכות חיובית: תביעה מאדם אחר להציל את חיי. האם על המדינה יש חובה להציל חיי אדם, למשל לספק שירותים רפואיים כדי להבטיח את חייו. למשל, כשאדם בסכנה במדבר אז ישלחו מסוק להציל אותו.
* **זכות חיובית**: תביעה מהמדינה לדאוג לתנאים שמגנים על הזכות לחיים: הגנה של מערכת הביטחון והמשטרה; דאגה למערכת בריאות וכו'.

**הערה בכיתה**: ניתן לטעון שהזכות לחיים היא גם במובן של חסינות, כי אין עונש מוות. האדם חסין מפני כפיפות לעונש מוות. 🡨 אבל בד"כ משתמשים במושג "חסין" בקשר למצב משפטי. כלומר, לכל אדם יש תביעה שלא יפגעו בחייו.

הגרעין של הזכות לחיים היא זכות שלילית=תביעה שלא לפגוע או לסכן את החיים.

**זכויות וחובות- דיון**

* **האם יש זכות בלא חובה?** מדברים על זכות במובן הצר (תביעה) שכנגדה יש חובה. **התשובה היא לא**. **הם מושגים קורלטיביים**. כל זכות יוצרת חובה בהגדרה. לדוגמה: יש לי זכות לחיים, כלומר לכל אחד יש חובה שלא לפגוע בחיי. יש לי זכות כלפי כל העולם שלא יפגעו בחיי. אם יש גם זכות חיובית, אז אולי על המדינה להציל אותי או לספק לי שירותי בריאות [כך נוטים לחשוב]. תמיד זכות יש בצידה חובה.
* אין זכות (תביעה) בלא חובה.
* **האם יש חובה בלא זכות? אפשר לחשוב על חובה בלא זכות**. למשל, חובה לתת צדקה. אפשר להניח שיש חובה לתת צדקה [לא משנה איך נגדיר אותה- חובה מוסרית/דתית/משפטית]. אבל בצד השני אין לאף אדם זכות לדרוש אותה. אף עני לא יכול לתבוע שאתן לו צדקה. אני יכולה לבחור למי לתת. לדוגמה: שאלות בנושא של בע"ח- מי שחושב שלבע"ח אין זכויות, יכול להיות שיש לי חובה כלפי בע"ח מבלי שלהם יש זכויות. זו שאלה גדולה האם לבע"ח יש זכות. ייתכן והוא לא נושא זכות. אם נניח שאין לבע"ח זכות, ייתכן שלאדם יש חובה לא להתעלל בהם. לדוגמה: אסור להשחית עצים, אדם לא יכול לכרות עצים בלי אישור. לאדם יש חובות כלפי הטבע. אך הטבע לא נושא זכות שיכול לתבוע ולומר "אל תכרות אותי".
* **יכולה להיות חובה בלא זכות**.

שאלה: האם גיוס לצבא זה חובה שיש בצידה זכות? ניתן לומר שלמדינה יש זכות תביעה מכל אדם להתגייס. ניתן לומר באופן מופשט, שלכלל האזרחים יש זכות. אם היינו אומרים שאין זכות 🡨 באופן בסיסי יש חובה ולא ייעתר מולה בעל זכות. ניתן לומר שהמדינה בעלת זכות בעניין הזה, כפי שהיינו אומרים לגבי חובת תשלום מיסים.

למשל תשלום מיסים. נחשוב על המדינה כבעלת זכות. אני צריכה לשלם מס ולמדינה יש זכות לתבוע ממני לשלם.

אם לכלב עצמו אין זכות, למשל כלב בר שהתעללו בו 🡨 אין לו זכות. **יכול להיות שהמדינה תאכוף את החובה הזו, אבל היא לא בעלת זכות**.

* חובה כלפי מי שאין לו זכות; או כלפי מי שאינו נושא זכות.

ביום חמישי נמשיך את תורת הזכויות, על בסיס המאמר של רז.

**שיעור 25- 23/06/22**

נמשיך בנושא של תורת זכויות. דיברנו על מה פירושו של דבר כשאומרים שלאדם יש זכות- מה הכוונה. ראינו את הניתוח של הופלד שדיבר על כך שזכות יכולה להיות בעלת מובנים שונים וראינו את היחסים שבין המובנים השונים.

**תורת הזכויות**

* מדוע לנושא זכות יש זכות?
* מי יכול להיות נושא זכויות?
* האם בעל הזכות שולט בזכותו?

**היכולת להיות נושא זכויות**

**רז**: פרט יכול להיות נושא זכויות אם ורק אם הרווחה שלו היא בעלת ערך עליון (אולטימטיבי) או אם הוא אישיות מלאכותית (תאגיד).

**תוצאות**

מאמר של רז- פרט יכול להיות נושא זכויות אם ורק אם הרווחה שלו היא בעלת ערך עליון.

* רק רווחתם של בני אדם היא בעלת ערך אולטימטיבי ולכן רק הם יכולים להיות בעלי זכויות. -המושג "זכות" במובן בסיסי שייך רק לבני אדם. לכן רק הם יכולים להיות בעלי זכויות.
* תאגידים הם בעלי זכויות על אף שאינם בעלי ערך אולטימטיבי (הם בעלי ערך אינסטרומנטלי). -יש להם זכויות כלכליות בעיקר. אין זכויות אדם.

זכויות לבעלי חיים? לפי ההגדרה של רז, רק רווחתם של בני אדם היא בעלת ערך אולטימטיבי, אז בע"ח לא יכולים להיות נושאי זכויות. יש ארגונים שיתנגדו לקביעה הזו ויאמרו שגם לבע"ח יש זכויות. תעלה שאלה האם נתפוס את רווחתם של בעלי חיים כערך עליון? **לדוגמה:** לא ניכנס לג'ונגל, לא נתערב, מתוך הנחה שהם מסתדרים בטבע. אבל אנחנו מכירים שכדי למנוע פגיעה ולשמור על רווחת האדם- מתערבים. לא נוהגים כך לגבי בע"ח- לא מוודאים שהאריה לא יטרוף את הצבי. לא מתערבים גם באופנים אחרים. אם יש מצוקה שנגרמת כתוצאה מבני אדם, לדוגמה זיהום הסביבה, אנחנו נתערב. אך ההתערבות ביחס לבע"ח מוגבלת.

גם אם אנחנו חושבים שאסור לפגוע בהם, אנחנו לא חושבים שלרווחה שלהם יש ערך עליון. יש שיקולים של ניסויים בבע"ח לטובת רפואה עבור בני אדם. גם אם נחשוב שזה לא ראוי, תחום ההתערבות מוגבל. לא נתערב לבע"ח בטבע. אולי נאמר שאנחנו לא רשאים לפגוע בבע"ח- לייצר פרוות/עורות, לאכול בע"ח, להשתמש בהם לניסויים. אבל זו לא העמדה המקובלת. עושים את הדברים האלה. העמדה הרווחת היא שרווחתם של בע"ח אינם ערך אולטימטיבי. לכן בהגדרה בע"ח אינם יכולים להיות נושאי זכויות.

יש שיאמרו שזה לא תנאי אולטימטיבי. הם יכולים להיות בעלי זכויות במובן הזה שיש כלפיהם חובות. זה קשור למה שלמדנו איך תופסים את היחס בין החובות לזכויות. מחד, לדעת המרצה, ניתן לתפוס את החובה כלפי בע"ח שאין בצידה זכות. מאידך, יש מי שיאמר שיש בצד החובה זכות.

**תורת הרצון**

הבחנה בין תפיסות שונות של זכויות- הבחנה בין 2 מושגים של מה פירוש להיות בעל זכות. תורה 1 מכונה בשם תורת הרצון, לפיה למי שיש זכות הוא ריבון על הזכות הזו. במובן הזה הוא שולט בהיקפה של הזכות- יכול לוותר עליה.

* זכות היא הכרה **ברצונו** של בעל הזכות.
* בעל זכות הוא כעין "ריבון" על התחום בו משתרעת הזכות. יש לו כוח (במובן ההופלדיאני) על אחרים לשלוט בתחום בו משתרעת הזכות. כמו כן, יש לו כוח על הזכות עצמה.

העמדה המנוגדת לעמדה הזו מכונה תורת האינטרס, לפיה זכות נובעת מאינטרס של בעל הזכות. לא ברצון שלו.

**תורת האינטרס**

* זכות היא הכרה **באינטרס** של בעל הזכות.
* לבעל זכות יש אינטרס שאותה הזכות מקדמת. מקורה של הזכות אינו ברצון של בעל הזכות אלא באינטרס שלו.

**תורת האינטרס של יוסף רז**

* **הגדרה**: ל-X יש זכות, אם ורק אם, הוא יכול שיהיו לו זכויות, ויש לו **אינטרס**, שמהווה טעם מספיק שבגינו נראה אדם אחר כנמצא תחת חובה.

יכול שיהיו לו זכויות (נושא זכות). לא יכול להיות דומם, בע"ח, צומח. -אינטרס שמצדיק להטיל על אחרים חובה. מניחים שמושג הזכות יגרור אחריו חובה, לכן נגדיר את האינטרס הזה כחשוב מספיק כדי להטיל על מישהו אחר חובה.

**אינטרס**

* הזכות תלויה באינטרס ולא ברצון של האדם.
* **דוגמאות**:
  + הזכות לחיים.
  + הזכות לחינוך.
  + הזכות לחירות.

לפי רז זה קשור לאינטרס ולאו דווקא רצון. לאדם יש זכות לחיים לא כי יש לו רצון לחיות, אלא כי זה אינטרס. זה נפרד מהרצון שלו.

**שאלה:** האם אדם יכול לוותר על הזכות שלו? התפיסה הבסיסית היא ש**כאשר אני מגדיר את זה כאינטרס אז אני לא תולה את זה ברצון בהכרח**.

**היחס בין זכויות וחובות**

* זכות אינה קורלטיבית לחובה. - אצל רז הזכות היא לא קורלטיבית לחובה, בניגוד להופלד.
* היחס הוא של הצדקה ולא של קורלטיביות.
* זכות יכולה להיות הצדקה להטלת חובות מסוגים שונים.
* היחס דינמי ולא סטטי.

**לדוגמה: חופש הביטוי**. בשיעור שעבר אמרנו שחופש הביטוי הוא ביסודו חירות. לאדם יש חופש ביטוי, פירושו יש לו חירות להתבטא, דהיינו אין לו חובה לא להתבטא אף אחד לא יכול למנוע ממנו. אך זה לא מצמיח תביעה. זו חירות רזה יחסית כי היא לא מצמיחה זכות תביעה.

רז אומר שאמנם הזכות לחופש ביטוי גרעינה הוא חירות, אך היא יכולה להתפתח למימדים יותר מזה, כמו תביעות. למשל, המדינה צריכה לאפשר לי. אולי נרחיק לכת ונאמר שהזכות לחופש ביטוי מצמיחה תביעה לנגישות לאמצעי תקשורת. אמצעי תקשורת צריכות לבטא דעות של אנשים. אם יסרבו- אז ניתן לתבוע אותם שיתנו אפשרות לשדר או לפרסם.

לפי הטענה של רז- הכרה בזכות לחופש ביטוי לא אומרת שאני מכיר בגרעין שלה כחירות בלבד, אלא היא יכולה להתפתח לחובות מעבר לחירות.

אם אני אומר שלאדם יש חופש ביטוי והוא נושא זכויות. חופש הביטוי הוא אינטרס שנראה אדם אחר כנמצא תחת חובה. לחופש ביטוי יש הצדקות פוליטיות [להיחשף לדעות שונות ולמצוא את הדרך הנכונה], הצדקות של מימוש עצמי. יש הגדרה בסיסית של חופש ביטוי כחירות. לפי רז בגלל שהיחס פה הוא של הצדקה ולא קורלטיביות אז אני לא מגדיר את זה בהכרח רק במושגים של חירות. יכול להיות שהזכות לחופש ביטוי תתפתח להיות מעבר לחירות, אלא זכות שיש עמה תביעה [תביעה למדינה להגן עליי או לכלי התקשורת לפרסם אותי].

**דוגמה: זכות להשתתפות פוליטית**

* חירות להביע דעה.
* כוח להשפיע באמצעות בחירות. -הבחירות ייקבעו לפי הקול שלי בין שאר הקולות.
* תביעה לנמק החלטות ממשלתיות. -הממשלה חייבת לנמק החלטות כי הציבור משתתף פוליטית.
* תביעה לחופש מידע.

לפי רז מושג הזכות הוא בעצם יכול להיות בסיס להטלת חובות. לכן, הזכות לא תוגדר באופן צר.

רז לא כפוף להגדרה של הופלד. לטענתו זכות זו הצדקה שיכולה להתפתח לדרגות שונות של הזכות. אני קודם כל מגדירה את הזכות. זו נקודת המוצא שלי. הזכות היא האינטרס המסוים שיש לאדם. אם הוא מספיק חשוב, הוא עשוי להטיל חובות על אחרים. היקף הזכויות יכול להשתנות.

לפי העניין נחליט איזה רמה של הזכות נממש. דינמי. [מפריד בין כוח, תביעה, חירות, חסינות; אבל לא מגדיר בהגדרה אחת]. יכול להיות שלזכות גרעין מסוים, אבל אפשר להרחיב לשאר המובנים, בהתאם לעוצמת האינטרס. יחס דינמי בין הזכות לבין ההשלכות שלה.

**זכויות עיקריות וזכויות נגזרות**

הבחנה חשובה שרז עושה. זכות עיקרית או זכות ליבה מתחילה מהאינטרס המוצדק. יש זכויות שנגזרות ממנה. לדוגמה: האם יש לאדם זכות ללכת על הידיים? אם אני חושב במושגי ההגדרה שלו- האם הליכה על הידיים היא אינטרס חשוב שיעמיד אחרים תחת חובה? תשובה אפשרית: לא.

אם נתפוס אותה כנגזרת של הזכות לחירות כללית 🡨 החירות האישית של אדם היא אינטרס חשוב שמטיל על אחרים חובה. יש חירות אישית ללכת לאן שרוצה, לעשות מה שרוצה. הואיל וזה האינטרס מספיק חשוב, נגזרת ממנו היא יכול להיות "הליכה על הידיים" שהיא לא באותו מעמד. לא אינטרס חשוב שמטיל חובה על אף אחד. אך זו נגזרת של זכות שיש לה הצדקה עליונה.

* זכות נגזרת (זכות-בת) היא זכות שאין לה הצדקה בפני עצמה- כאינטרס שמצדיק הטלת חובה- אבל היא נגזרת מזכות עיקרית (זכות ליבה).

השופט ברק השתמש בזה לגבי הזכות לכבוד האדם, וגזר זכות לשוויון, חופש ביטוי. שימוש ברעיון של נגזרת ועיקרית. אך לדעת רז, לא צריך לתפוס אותם כזכויות נגזרות. חופש דת הוא אינטרס מספיק כדי להטיל חובות על אחרים. כנ"ל שוויון וחופש ביטוי. הן זכויות עצמאיות.

ברק מגדיר אותן כזכות נגזרת מכבוד האדם בשל הצורך הפרשני לעגן אותן בחוק שלא מונה את זה. לפי ההגדרה של רז אני מגדיר זכות נגזרת כזכות שאין לה הצדקה להטיל חובה אבל היא נגזרת מזכות עיקרית אחרת.

**האם על כל זכות ניתן לוותר?**

* הזכות לכבוד (human dignity)
* הזכות לחיים
* הזכות לחירות

אם אני אתפוס זכות לפי תורת הרצון, הזכות היא ביטוי לרצונו של אדם. אז על פניו כל אדם יכול לוותר על זכות שלו. אבל אם אני מגדיר את הזכות כביטוי לאינטרס חשוב של אדם, יכול להיות שיש אינטרסים של אדם שנראה אותם באופן אובייקטיבי ולא נאפשר לוותר עליהם. לדוגמה: זכות לחיים. דוגמה בולטת.

האם אדם יכול לוותר על הזכות לחיים בכל נקודה שהוא רוצה? [נבדיל את זה ממצבים של חולה סופני. נניח שאדם רוצה לוותר על חייו ללא חולי סופני או מצוקה אובייקטיבית]. אם נראה אדם שרוצה להתאבד, אנחנו מנסים להצילו בכל דרך. למה לא מכבדים את רצונו? מחד, עושים זאת מתוך הנחה שבד"כ שאדם רוצה להתאבד, רואים את זה כמצב לא נורמלי. כאל חולשה זמנית של האדם. מניחים שהוא עכשיו במצוקה ולא רוצים לאפשר לו כי לא ניתן להתחרט על המעשה.

אבל אם אדם ישכנע אותנו שהוא לא במצוקה והוא רוצה לסיים את חייו 🡨 בדרך כלל גם לא נאפשר את זה.

הזכות לחיים היא דוגמה לכך שאנחנו לא מקבלים את האפשרות של אדם לומר שהוא רוצה לסיים את חייו. כמו שיש לו נכס, אז הוא יכול לוותר עליו. הוא יכול לתרום כסף לפרויקט. אף אחד לא יבוא בטענה על אדם שמוותר על זכות רכושית שלו. אך, אנחנו לא מקבלים בצורה פשוטה וויתור של אדם בחיים שלו. אנחנו מבינים שזה לא תלוי רק ברצון שלו.

האם חולה סופני יכול לוותר על החיים? זו שאלה מוסרית, שאלה משפטית מורכבת. מעט מדינות מתירות לגמרי לאדם במצב כזה לוותר על חייו ולסייע בהתאבדות או המתת חסד אקטיבית. רוב המדינות אוסרות. מנגד יטענו שאין סיבה שלא. זו דילמה. הזכות לחיים היא דוגמה לכך שאנחנו לא תופסים את הזכות רק כרצון של האדם שבקלות הוא יכול לוותר.

כנ"ל לגבי **הזכות לכבוד**- האם אדם יכול לוותר על הזכות לכבוד, כך שינהגו כלפיו באופן מבזה?

**לדוגמה**: פס"ד של ביהמ"ש העליון. מקרה שבו אדם נחשד ע"י המשטרה כמי שמחזיק סמים מסוכנים. הם עצרו אותו ואמרו לו שהם רוצים לבדוק האם הוא נושא סמים. ביקשו ממנו להתלוות אליהם לבניין סגור כדי לבדוק אותו. האדם אמר שהוא מוכן להיבדק ברחוב. הם הפשיטו אותו ברחוב ומצאו סמים בתחתונים. האדם הזה תבע את המשטרה אחר כך על פגיעה בכבודו. הרי הוא התיר לשוטרים לבצע בו את הבדיקה ברחוב. איך אתה תובע? **השאלה המשפטית: האם זה שהוא מתיר לשוטרים לבצע את הבדיקה החושפנית ברחוב באמת מהווה היתר מנקודת המבט של השוטרים? ניתן לתפוס את הפגיעה בכבודו כאינטרס שהוא מעבר לרצון שלו**. כך פסק ביהמ"ש. אדם לא יכול לוותר על כבודו באופן כזה. המשטרה לא יכולה להשתמש בוויתור על הכבוד כעילה לעשות מה שעשתה.

לא בהכרח נתפוס את זה במודל הרצון- "אדם הוא בעל הבית על הזכות שלו". ניתן לחשוב בנושאים שונים שאדם הוא לא בהכרח אדון לזכות הזו. אדם לא יכול להפסיק לחיות, לוותר על כבודו ושיבזו אותו. גם אם יש וויתור, ניתן לראות בזכות הזו כמשהו שהוא מעבר לרצון. אדם לא בעלים באופן מלא על הזכות, ולא נאפשר לו לוותר עליה.

-יש איסור על סיוע להתאבדות, לא משנה מה ההקשר [גם חולה סופני בישראל]. יש מדינות שהתירו סיוע להתאבדות בנסיבות מיוחדות של מחלות קשות.

\*למה החוק לא הותיר על כנו את האיסור על התאבדות? אולי הוא לא יעיל כשלעצמו. אחרי התאבדות לא ניתן להעמיד לדין. ניתן להעמיד לדין על ניסיון להתאבדות. אולי שיקולים מעשיים מונעים הפללת אדם לגבי התאבדות של עצמו.

אם אנחנו מבינים את הזכות לא כרצון שאדם שולט בה, אלא כאינטרס 🡨 אז לפעמים הוא מעבר לרצונו. אדם לא שולט על הזכות בכל המצבים.

**סיכום הקורס**- טיפלנו במגוון נושאים בקורס. בחלק הראשון- תורות משפט- משפט טבעי מול פוזיטיביזם. ראינו כמה שיטות של משפט טבעי וכמה פוזיטיביות. עברנו לפרק של שיקול דעת שיפוטי- מושג שק"ד אצל הארט ואצל דוורקין, עברנו לתורות של פרשנות. לבסוף, הנושא של זכויות.

**לגבי המבחן**

* הבחינה תהיה מורכבת משני חלקים עיקריים- חלק 1 הוא פסק דין שנצטרך לנתח אותו מנקודת מבט תורת משפטית. לראות לפי מבחני עבר- לנתח את עמדות השופטים לפי נקודת מבט של תורות משפט. איזה תורת משפט באה לידי ביטוי, איזה שק"ד, איזה תורת פרשנות. יש פה אלמנט של יישום וניתוח תוך שימוש בכלים. כ-50%.
* חלק 2- שאלות ישירות פתוחות על מושגים שונים שלמדנו במהלך הקורס. להסביר מושגים של תורת משפט טבעי של אפלטון או אריסטו, תורת הפקודה של אוסטין, קלזן או הארט. שאלה ממוקדות. יהיו 4/5 שאלות מהסוג הזה. בחירה של 4/5 או 5/6.
* המבחן בחומר סגור.
* תהיה הגבלת מילים.
* מבחן מותאם לשעתיים לפי התומקס.
* יעלה את המבחן כנספח.
* החומר של העבודות הוא גם חומר לבחינה. יכולה להיות שאלה על אחת מהן.
* יהיה מיטיב על סמך ההשתתפות בכיתה ובזום המוקלט. יפרסם בנפרד.