# 🏳: כותרת ראשית, כותרת, תתי כותרות, אישיות, פס"ד\מאמר, חשוב, ביקורת.

# מבוא: הגדרות והבחנות ראשוניות

|  |
| --- |
| **מבוא: הגדרות והבחנות ראשוניות** |
| תחום תורת המשפט עוסק ב**-2 סוגי שאלות**: |
| **1. שאלות נורמטיביות** שאלות שמתייחסות לאופן בו ראוי לנהוג בתחומים מסוימים | למשל, האם יש חובה מוסרית לציית לחוק? מדוע מענישים? מהי החובה המוסרית לקיום הבטחות בחוזה? האם לאישה יש זכות להפסיק הריון לא רצוי? וכן הלאה. אלו שאלות יותר פילוסופיות שמחפשות את ההצדקה הנורמטיבית של התנהגויות מסויימות בחברה. |
| **2. שאלות אנליטיות** שאלות שנוגעות להבנת מושג המשפט | למשל, מה מייחד את המשפט ממערכות אחרות? מתי וכיצד נורמה הופכת להיות חלק מהמשפט? מה ההבדל בין נורמות משפטיות למוסריות? מהו שק"ד שיפוטי? איך שופט מחליט? ועוד. **אלו השאלות שנדון בהן בקורס.** |
| **נדון ב-3 נושאים**: (1) הבנת טיבו של המשפט ומערכת המשפט (2) הבנת טיבו של ההליך השיפוטי (3) הבנת טיבם של מושגים משפטיים |

##

## מערכת המשפט

|  |
| --- |
| **מה בין חוקי המדינה לחוקי הטבע?** |
| **חוקים פרסקרפטיביים** | חוקים מנחים, מדריכים, מצווים, נורמטיביים. אלה הם חוקי המדינה. |
| **חוקים דסקריפטיביים** | חוקים שמתארים את המציאות. אלה הם חוקי הטבע או חוקי הכלכלה. |
| **אם מישהו מפר את חוקי המדינה🡨החוק עדיין קיים,** האנשים הפרו אבל לא הפריכו **; אם הטבע הפר את חוק הטבע\המציאות לא מתנהגת בהתאם לחוק 🡨 החוק לא נכון**. **הבחנה שבין עובדות לערכים** – החוקים הדסקריפטיביים מתארים את העובדות, המציאות. והחוקים הנורמטיביים מתארים ערכים. מערכות נורמטיביות נוספות: למשל- מוסר; דת; כללי נימוס; כללים של מועדונים, אגודות חברתיות ועוד. |
| **לסיכום, האפיון היסודי ביותר של המשפט הוא שהיא מערכת נורמטיבית שמעגנת בתוכה ערכים ומוסר.** |
| **מה מייחד את המשפט בהשוואה למערכות נורמטיביות אחרות?**  |
| המשפט לא יותר אוניברסלי ממערכות אחרות. הוא מיוחד כי הוא מחובר לכוח של המדינה, הוא נאכף ע"י הכוח של המדינה. [לשאר המערכות יש אכיפה כמו נידוי, חרמות וכו']  |
| **מוסר** | * **מוסר לפי שפירא**- התחום שעניינו הבחנה בין מעשים טובים לרעים, בין התנהגות רצויה לבלתי רצויה, בין דרגות שונות של חובה לרשות.
* ההבחנה הזו לא תמיד מספיקה, **יש דרגות ביניים, ההבחנה יותר מורכבת.**
* **תודעה מוסרית משתנה לאורך השנים**, (דוג'-עבדות) גם אם זה נעשה זה לא אומר שזה מוסרי🡨 מחיקת שמו של ג'פרסון מעידה שזה גם לא היה בסדר בעבר.
* מוסר מתמקד **ביחסיים הבין אישיים**. **מוסר הוא לא אובייקטיבי, הוא מונח סובייקטיבי**. לפיכך, ישנם 2 סוגים של מוסר:
1. **מוסר נוהג(פוזיטיבי)-** המוסר הנוהג בחברה נתונה. נורמות התנהגות הנכונות לאותה חברה, **עניין עובדתי**. הוא משתנה(אורך-היסטוריה; רוחב- חברות שונות) **מקביל לדין מצוי**.
2. **מוסר אידיאלי-** מוסר בהיבט הביקורתי. מה **ראוי**, מה נכון. **הוא מתנתק מהמציאות הנתונה.** איננו משתנה. **מקביל לדין רצוי**.
* עצם הטענה שהשינוי במוסר הנוהג מהווה הוכחה שהמוסר הוא יחסי 🡨 זה לא בהכרח נכון.
* **קנט** טוען שיש מעשים אסורים /פסולים, גם אם תוצאותיהם חיוביות. לפיו אסור לשקר גם לרוצח – דעה דאונטולוגית(ערך מוסרי ללא התחשבות בתוצאה).
* אין שום מוסד או ספר שניתן לפנות אליו ולדעת מה התשובה מבחינה מוסרית. במובן זה המשפט שונה מהמוסר (למשפט כללים מאוד ברורים).
* מוסר הוא מערכת נורמטיבית.
 |
| **פילוסופיה של המוסר** | **אתיקה נורמטיבית:** האם יש חובה לתת צדקה? האם מותר לגנוב כדי לסייע לקשישים? מותר להפיל? **מטא-אתיקה**[איך להבין את המוסר]: האם המוסר הוא תוצאה של מסקנה תבונית או של רגש? המוסר **האובייקטיבי**(תמיד ייחשב כמוסרי או לא) או **יחסי**(הסכמה חברתית)? אם יחסי – חברה לא תוכל לבקר את האחרת באופן בו היא נוהגת! אבל בפועל מבקרים לכן זה פחות יחסי. **מוסר אובייקטיבי הוא מה שבני אדם חושבים ונוהגים.**  |
| **אתיקה** | **אתיקה במובן הצר**: אתיקה מקצועית (אתיקה של עו"ד).**אתיקה במובן הרחב:** אתיקה זו היא מושג רחב יותר ממוסר והיא כוללת את **המוסר גם של האדם כלפי עצמו וגם כלפי הסביבה**. |

|  |
| --- |
| **מה מייחד את המשפט לעומת המוסר?** \*זכות מוסרית היא לא בהכרח זכות משפטית |
| **1. מעמד** | **בא לידי ביטוי ב:** | * **כוח** **המשפט**: מאחורי המשפט עומד **הכוח של המדינה**. כלומר, המשפט מייצג את המדינה והמדינה אוכפת את כללי המשפט. לעומת זאת המדינה איננה אוכפת חובות מוסריות כשלעצמן. **יש להראות שהחובה\זכות היא משפטית כדי שהמדינה תתערב.** בנוסף, ארגון שבו יש תוקף חוזי (סטודנט באוניברסיטה)- יש אכיפה עקיפה של המדינה גם למערכות נורמטיביות אחרות, אבל המערכות כשלעצמן אינן זוכות לאכיפה ישירה**.**
 |
| * **עליונות**-משפט המדינה רואה את עצמו **מעל המערכות הנורמטיביות האחרות**.חוקי המדינה תמיד יהיו עליונים על מוסר נוהג כמו למשל מוסר דתי, או חוקים נורמטיביים אחרים כמו תקנונים של קהילות וכדומה. **[ויכוחים בין מוסר למשפט, המדינה חושבת שהמשפט חשוב יותר לעומת אדם דתי שהדת ידה על העליונה] 🡨 חובה חוקית גוברת על חובה מוסרית.**
 |
| **2. צורה- מאפיינים צורניים.**  | **אובייקטיביות** | * המשפט בעיקרו **אובייקטיבי**, למשפט יש **קיום אובייקטיבי** במובן הזה שיש ספר חוקים שאומר מה נכון ומה לא נכון. זאת בעוד שבהקשר המוסרי ניתן להתווכח מה נכון ומה לא נכון(סובייקטיבי יותר). אם ישננו מקרה חדש בפני בימ"ש – פרשנות, מה שמערר את בסיס האובייקטיביות("החוק קיים לפי איך שבימ"ש מפרש אותו"), אך מרגע שיש הלכה היא אובייקטיבית.
* המשפט קיים **מעבר לאמונות של בני אדם** (הוא לא תלוי באמונות\מחשבות של שחקני המשפט) לעומת זאת, המוסר קיים כאמונה של בני אדם מה ראוי ומה לא ראוי.
* המשפט קיים באופן **בלתי תלוי** במה שחושבים עליו.
* כדי שהמשפט יוכל **לכוון התנהגות** עליו להיות **אובייקטיבי וידוע מראש.**
 |
| **מוסדיות** | המשפט הוא מערכת מוסדית, מנוהל דרך מוסדות, החוקים נוצרים בהם.במערכת המוסר אין מוסדות למעט חריגים (למשל דת).1. **מוסדות יוצרי נורמות –** מדובר בגופים רגולטורים שיוצרים את הנורמות- ממשלה(תקנות) , גוף מחוקק- כנסת. **\*בזירה הזו יש קיום סובייקטיבי עד לרגע שנוצר חוק והקיום נהפך לאובייקטיבי.**
2. **מוסדות מיישמי נורמות** –(מיישמים את החוק בפועל)
* **גופי אכיפה: לא יוצרת נורמות, היא אוכפת! המשטרה** היא הגוף בישראל שמתפקד כגורם אכיפה.
* **גופי שיפוט: ביהמ"ש יש לו תפקיד מהותי יותר**
* **קביעה מחייבת של המצב הנורמטיבי:** הוא מחיל נורמה קיימת (מעל 100 קמ"ש 500 ₪)**, ממד סמכותי.**
* **יצירה של נורמות חדשות מקום בו החוק שותק**:  **יוצר נורמה,** קובע הלכה תקדימית. (\*בשיטה הקונטיננטלית אין תקדימים, מכריעים לפי כל מקרה).

באופן שוטף המחוקק הוא מעל החלטות ביהמ"ש. הכנסת תמיד יכולה לחוקק חוקים שעוקפים את החלטות ביהמ"ש. הבעיה מתעוררת כאשר ביהמ"ש פועל מכוחם של חוקי היסוד ואז אין אפשרות בידי הכנסת לעקוף את החלטת בג"צ. **\*מקום שהמחוקק לא הביע עמדה, חובה על בימ"ש לקבוע עמדה.**  |
| **מערכת כללים** | * **עקרונות – נורמות מופשטות**: כלל בעל אופי רחב, לא רוצים לקבוע נסיבות ספציפיות שבהם המעשה הוא אסור, מותר או חובה. (למשל: צדק, הגינות, שוויון וכו')
* **כללים – נורמות ספציפיות**: הכוונה לפירוט של הכללים לנושאים שונים וסעיפים רבים (עונשין, נזיקין, חוזים וכו'). דהיינו, מערכת המשפט היא מאוד מפורטת ויותר ספציפית ממערכות מוסר אחרות.
* **המשפט הוא מערכת של כללים מפורטים\ ריבוי כללים בניגוד למערכות אחרות שמתבססות על עקרונות. למשל, מערכת של מוסר.**

**יתרונות לשימוש בכללים**: * חיסכון בזמן עבודה וכסף;
* מניעת טעויות;
* כלי יעיל בהכוונת התנהגות: וודאות, תכנון מראש (מוגדר, ברור ופחות פתוח לפרשנות).

**חסרונות לשימוש בכללים:** * הכלל מכסה את **רוב** המקרים ולא הכל.
* **יחס בין כללים וטעמים**: מאחורי כל כלל יש טעם, לעיתים הטעם עשוי להצדיק עבירה על הכלל. **אם רוצים שכללים ייתנו וודאות לכאורה צריך לבדוק 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.
* 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.
* **כלל** ניתן ליישם ללא הפעלה של שק"ד. לעומת זאת, **סטנדרט** מחייב הפעלה של שיקול דעת.
 |
| **סוגים של כללים:**1. **כללים המטילים חובה**- **חובת עשה או חובת אל-תעשה**. (למשל, עונשין. מצמצמים את החירות של האדם)
2. **כללים המעניקים כוח**- הסמכת שוטר לעצור; הסמכת שר להתקין תקנה. **כוח משפטי הוא כוח של מישהו לעשות דבר שאחר כפוף לו**. (החלטת שופט, כתיבת צוואה, כריתת חוזה – מרחיבים את החירות).
3. **כללים המעניקים זכויות**-חוק ביטוח לאומי(קצבת זקנה), פיצויים על ת"ע ;חוק חינוך חינם; חוק הבריאות.
 |
| **3.תוכן ומטרות** | **המשפט הוא כללי** | יש לו היקף בלתי מוגבל. הוא מסדיר את רוב תחומי החיים(כל התנהגות אנושית). |
| **המשפט הוא פתוח** | הוא מאמץ נורמות אחרות שהן מחוץ לנורמות המשפט הכלליות. כגון הסכמים פרטיים, הסכמים ציבוריים, תקנונים של ארגונים וכו'. |
| **הגבלות וולונטריות** | הבחנה בין משפט פרטי למשפט ציבורי.המשפט נוטה לא להתערב בעניינים פרטיים לעומת עניינים ציבוריים. מדובר בעניין אידאולוגי ולכן באיזשהו מובן ניתן להגיד שהמשפט בוחר שלא להתערב במשפט הפרטי באופן וולונטרי. **גבולות וולונטריים בהשוואה להיקף – הוא קובע בעצמו את גבולותיו** (למשל- השאלה עם מי להתחתן במשפט הפרטי לעומת הדין הדתי). |
| **מכלול המאפיינים מסביר למה המשפט הוא המערכת הנורמטיבית החשובה ביותר בחברה. מערכת המשפט ניחנת בעליונות והיא המערכת המקיפה ביותר בהשוואה למערכות נורמטיביות אחרות.** |

|  |
| --- |
| **מה היחס בין המשפט לבין המוסר או הצדק?**  |
| **גישה 1** – הפוזיטיבית למשפט | המשפט הוא תחום עצמאי, נבדל מהמוסר והצדק.  |
| **גישה 2** – הלא-פוזיטיבית למשפט | המשפט אחוז בקשר בל יינתק מהמוסר או הצדק. **2 השלכות**: (1) החוקים שנחקקו יהיו כפופים לעקרונות של צדק ואם החוק יהיה בלתי צודק לא נראה אותו כחוק. (2) ניגש לעקרונות אם אין לנו תשובה במשפט.  |

# דילמות של צדק ומשפט

|  |
| --- |
| **פלוני נ' פלונית** |
| **עובדות המקרה** | אדם בוגר נשוי, שהיה חשוך ילדים, פיתה נערה כבת 15 והכנס אותה להריון. כתוצאה מכך נולד בן. הנערה מבקשת למסור את הבן לאימוץ ואילו האבא מתנגד. |
| **הבעיה המשפטית** | **האם בנסיבות המקרה נתגבשה עילת אימוץ?** החוק על פניו לא מעניק עילת אימוץ. החוק קובע כי אימוץ של ילד יכול להיעשות ב-**2 מקרים עיקריים:**(1) הסכמת ההורים; (2) אם אין הסכמה, אז רק דרך אחת מ-8 עילות האימוץ שבסעיף 13 לחוק. |
| **הבעיה המיוחדת של המקרה הזה** | * **מבחינה מוסרית** לא ראוי שהאב יגדל את בנו.
* **מבחינה משפטית**, אין לכאורה עילה המאפשרת להכריז על הילד כבר אימוץ.
* המקרה הזה הוא **דוגמא לניגוד בין התחושה המוסרית שיש לנו לבין הכלים המשפטיים הקיימים**. פס"ד מדגים את ההתמודדות עם הבעיה המוסרית שנובעת מהמקרה🡨 האם ניתן להוציא את הילד מאביו הביולוגי?

כל השופטים מגיעים למסקנה **שהילד בר אימוץ** למרות שאביו של הילד על פניו מסוגל לדאוג לכל צרכיו של הילד. נק' המוצא היא שכנוע פנימי של כל חמשת השופטים שאין לאפשר לאב לגדל את הילד- "שלא יהיה חוטא נשכר" וגם לא לעודד אחרים- מסר הרתעתי. **מאידך**, **אין** פתרון פשוט\עילה בחוק כדי להצדיק החלטה זו(לאב יש מסוגלות הורית – לא נרקומן, אין לו רקע פסיכיאטרי וכו'..). **אז איך השופטים מצדיקים החלטה כזו?** \*תפקיד השופט הוא ליישם את החוק האובייקטיבי. \*טובת הילד לא מהווה שיקול בעת הוצאת הילד מהבית! |
| **טענת ב"כ היועמ"ש** | **בהיעדר עילה מהותית ניתן להשתמש בטענה דיונית של המשפט המקובל- "ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה".** זו טענה פרוצדורלית מטעם ההגנה שנועדה לחסום את הערעור. **התשובה של השופטת דורנר על הטענה**- הכלל נכון **רק** לזכויות רכושיות. כאשר מדובר בזכויות אישיות כמו זכות הורית הכלל לא תופס.דורנר סוברת שהמצב שונה מ- "הרצחת וגם ירשת" (נכד רצח את סבו כדי לרשת אותו). הזכות כאן חמורה יותר, היא **זכות אישית- זכות הורית.**  |
| **דעת הרוב****(דורנר זמיר ובך)** | **דורנר: ס' 13(7)** - "ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו עקב מצבו או התנהגותו" | זו העילה של אי מסוגלות הורית והיא העילה המרכזית של הכרזה על ילד כבר אימוץ. הם מסתמכים על חו"ד המומחים שהסביר את הסיכונים בגידול הילד בסביבת האב(או שיגדל בלי לדעת או שיגדל לדעת שאבא שלו עשה מעשה גרוע). המומחה קבע שהסיפור יוצר קשיים בגידול הילד. ביהמ"ש קובע כי התקיימה כאן עילה של אי מסוגלות הורית **בשל התנהגות**. ההתנהגות שהביאה להריון מביאה למצב שיש לו אי מסוגלות לגידול הילד.**רצו להתבסס על גישה פוזיטיבית – לפתור בעיות משפטיות תוך התבססות על החוק**.  |
| **ביקורת (חשין)**: 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. **(לוין)** : האב מסוגל לגדל את בנו, זו לא העילה.  |
| **דעת מיעוט** | **לוין-2 פתרונות.****ס'13(8)**"הסירוב לתת את ההסכמה בא ממניע בלתי מוסרי או למטרה בלתי חוקית." | טוען שדעת המומחה לא מתארת אי מסוגלות הורית. דעת המומחה רק מתארת קשיים שיעלו בגידול הילד והקשיים האלו לא עולים לכדי אי מסוגלות. הוא דוחה את דעת השופטים ומציע 2 פתרונות משלו:1. **פרשנות מרחיבה** = "חוקים לא חוקקו בחלל ריק". הם חוקקו בתוך מערכת כללים ועקרונות קיימת. **ניקח בחשבון גם את התכלית החוק ועקרונות היסוד של השיטה. לפי פרשנות זו, ניתן להגיד שס' 13(8) מכיל בתוכו גם מניע לסירוב מטעמים שנוגדים את תקנת הציבור**. הוא מציע לפרש את ס' 13(8) כך שעילת האימוץ קמה גם אם 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.**

**\*תקנ"צ – מושג כללי שכולל עקרונות צדק, תועלת חברתית. \*לוין מבסס את זה על סעיף בעייתי – ניתן לבקר אותו בכך שהסירוב של האב לא פסול כי מותר לו להביע את דעתו.** 1. **השלמה דרך חסר סמוי** (בדומה לבימ"ש האמריקאי בפרשת הנכד שרצח את סבו) **=** חסר סמוי זו הנחה של השופט שיש כאן חסר (להבדיל מחסר גלוי שברור שיש כאן חסר). חסרה עילה של הריון שנגרם כתוצאה מניצול. המחוקק לא נתן את דעתו במקרה כזה ואילו היינו שואלים אותו(מבחן) היה בוודאי אומר שבמקרה כזה יש עילה להכרזה על הילד כבר אימוץ. ההתנהגות של האב לא נכנסת בגדרו של ס' 13(7) ולכן יש להוסיף עילה נוספת לעילות האימוץ. **לכן יש להשלים את החסר הסמוי באמצעות חקיקה שיפוטית🡨** יש לקרוא לתוך ס' 13 כלל נוסף: "אין הורה רשאי לסרב להכרזת קטין כבר אימוץ אם הדבר נוגד טעמים שבתקנת הציבור".

**\*בעייתיות – מה היקף סמכות בימ"ש – רק מה שכתוב בחוק או גם עקרונות של צדק?** |
| יש להבחין בין טענה שאומר שהאב **לא מסוגל**, לבין טענה שאומרת שלאב **לא מגיע** לגדל את בנו. אם לאב לא מגיע, יש כאן אשמה מוסרית. זאת בניגוד לטענה שבה האב לא מסוגל. |
| **חשין****(המוסר חלק מהמשפט)** | * חשין פותח את פס"ד בגילוי נאות והוא מספר שהוא החליט על התוצאה של המקרה ברגע שהתבררו לו העובדות 🡨 זו תחושת בטן מוסרית. [לדעת **שפירא**- הוא הכי כנה].
* דוחה את טענת הרוב - אי מסוגלות הורית.
* נק' המוצא של חשין היא **שמשפט הטבע** הוא שילד יגדל בבית אביו ואימו. זו זכותם של ההורים וזו זכותו של הילד.

**מה זה משפט הטבע בדבריו של השופט חשין?** * **מדובר בתופעות בלתי תלויות בדין, משפט הטבע הוא פרה-פוליטי. הוא איננו תלוי במדינה ובחוק, הוא משפט קדם-מדינתי. משפט הטבע הוא חוק מוסרי.**
* משפט המדינה מאשרר את מה שהטבע\המוסר קבע קודם לכן. חשין ממשיך ואומר שלצד זכות טבעית זו, יש זכויות מוסריות אחרות הנוגעות למעשים שעשה האב. במקרה דנן, רלוונטי העקרון המוסרי של **"הרצחת וגם ירשת"** – **עקרון יסוד- לא כלל פרשנות ולא חסר (מבקר את לוין), אומנם לא כתוב בחוק אך הוא חלק ממנו.** ציווי מוסרי זה נכנס למשפטנו דרך **תיאוריות המשפט הטבעי** (עקרונות מוסריים שהם חלק מהמשפט). **לפי התיאוריה הזו המוסר והמשפט אינם נפרדים. המשפט הוא לא רק החוקים הפוזיטיביים שאנו מכירים אלא הם גם עקרונות מוסריים.**
* **חשין קולע לסיבה שבגללה מראש לא מגיע לאב לגדל את הילד. הוא הולך על התשובה הפשוטה שקשורה לתחושה המוסרית שלנו. בגלל הקשיים שמעלה פסיקה זו, חשין מזהיר שמדובר בפסיקה חד-פעמית הנוגעת למקרה הספציפי ולהבא יש לבחון כל מקרה לגופו. החידוש: לוקח עיקרון מוסר ואומר שהוא מחייב משפטית.**

**\*אם זה לא בחוק זו לא נורמה משפטית. חשין אומר שיש נורמות מוסריות שהן גם משפטיות אפילו אם הן לא כתובת בחוק. והוא מצמצם את הגישה שנבחן כל מקרה לגופו.**  |
| **סיכום:** | **שופטי הרוב** | יש לעגן את ההחלטה **בסעיף 13(7)** הנוגע לאי מסוגלות הורית. מראים שההחלטה שהם הגיעו אליה היא אובייקטיבית ולכן מתאמצים להסמיך אותה **ללשון החוק. (גישה פוזיטיבית)** |
| **לוין** | טוען **שאין** כאן אי מסוגלות הורית. **אין** סעיף בחוק שמאפשר להכריז על הילד כבר אימוץ. מתייחס למשפט כמשהו רחב יותר מאשר רשימה של כללים (כולל גם עקרונות מופשטים, תקנ"צ).🡨 אם אין כלל- **מחליטים באמצעות עקרון של תקנת הציבור, שהוא מקביל למוסר ולצדק, אבל מוצאים אותו במשפט**. **(גישת ביניים)** **פרשנות מרחיבה**: חובה על האב להסכים לאימוץ. **יתרון** – מעגן את ההחלטה בחוק; **חסר סמוי**: יש להשלים את הדין. נותן לגיטימציה להכניס את המקרה הספציפי בגדרו של החוק.  |
| **חשין (משפט הטבע)** | **חשין** אומר שלא מדובר באי מסוגלות הורית ולכן המקרה לא נכנס בגדרי הסעיף. מבחינה מוסרית לא מגיע לאב לגדל את הילד.  **לוקח את עקרון "הרצחת וגם ירשת" ומתייחס אליו כעקרון יסוד מוסרי שניתן לפסוק לפיו(**לעיקרון מעמד של חוק).* **יתרון**: הכי גלוי, נועז וכנה. לדעתו נימוקי השופטים הם מניפולציות. על השופט לפסוק פסיקה מוצדקת אם המשפט נכשל בכך – המשפט נועד להגשים עקרונות של צדק.
* **חיסרון**: פגיעה בעקרון החוקתיות- לא נסמך בכלל על החוק וניתן אפילו להגיד שהוא מתעלם בגסות מהחוק הקיים[חוסר וודאות]

**חשין בתגובה לביקורת על גישתו-** הוא מגביל את השימוש בעקרונות מוסר רק לביהמ"ש והוא מוסיף שיש לבחון כל מקרה לגופו ואין להקיש מהכרעה זו למקרים הבאים.**Hard cases make bad law –** זו הכרעה יחידה ומיוחדת, "הכרעה מלכותית", משפט מלך שאין לומדים ממנו למשפט אחד העם.  |
| דימוי של חשין – **משפט ומוסר:** 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). |
| **נבחין בין הסתמכות על עקרון יסוד לבין עקרונות מוסר** |
| יש עקרונות יסוד שהשופטים מסתמכים עליהם, המהווים עקרונות חוקתיים שהם חלק ממערכת המשפט. **לוין** קרוב לזה שהוא עושה את הפרשנות המרחיבה. עקרונות היסוד יש להן מעמד מוגבל והם לא מאפשרים לגבור על חוקים. **לעומת זאת, חשין** לוקח עקרון מוסרי שהוא מחוץ למערכת המשפט (עקרון חוץ- משפטי), ומחייב בו משפטית**. הוא מרשה לעצמו לפנות אל העקרון המוסרי כאילו הוא פונה לחוק כתוב ולכן המהלך הזה הוא מהלך דרמטי**.  |
| **תפיסה פוזיטיבית של המשפט מול משפט הטבע** |
| **משפט פוזיטיבי** הוא תיאוריה של המשפט ומה שעומד ביסודה הוא ההנחה שהחוק הוא מה שנקבע ע"י החברה כחוק. החוק הוא עובדתי. ניתן להצביע על מחוקק ועל חוקים ספציפיים. לעומת זאת, התפיסה של **משפט הטבע** אומרת שהחוק איננו רק פוזיטיבי. כל החוקים כולם כפופים למערכת מוסרית מופשטת. במערכת הזו יש להתייחס אליה כאל חלק מהחוק ב-2 מובנים:**(1) החוק צריך להביא לידי ביטוי את עקרונות הצדק- החוק צריך להיות צודק (משפט טבעי) (2) מערכת מופשטת של חוקים יכולה להכיל חוקים שקיימים גם ללא חקיקה פוזיטיבית**.  |

משפט טבעי

|  |
| --- |
| **אפלטון** |
| פילוסוף יווני, תלמידו של סוקרטס ובכתביו (דיאלוגים בין אישים) הוא משתמש בשמו של סוקרטס כדי להביא את דעותיו ולשמר את תורתו. [החוקרים מבחינים בין סוקרטס ההיסטורי לגיבור- **הדיאלוגים המוקדמים** משקפים את הסוקרטס ההיסטורי **והדיאלוגים המאוחרים** משקפים את דעת אפלטון לתוך דמותו של סוקרטס] |
| * **דיאלוג מינוס** – דיאלוג מאוחר של אפלטון:
* אפלטון דן בשאלה היסודית ביותר- **מהו החוק?** חברו שואל **לאיזה מן החוקים אתה מתכוון?** סוקרטס עונה שהוא שואל בכללותו של דבר.

אנחנו רואים שהשאלה יכולה להתפרש ב-2 כיוונים: (1) מהו החוק בעניין מסוים. למשל כמה מותר לי לנסוע בכביש מהיר. (2) מהו החוק במהותו. מה טיבו של החוק- **זו השאלה שמעניינת את סוקרטס.*** חברו עונה- **החוק הוא מה שנחקק ונוהגים לפיו**. **זו תשובה פוזיטיבית**. החוק הוא תלוי זמן, מקום ותרבות ונקבע ע"י המחוקק. (ההפך מאפלטון שלדעתו המשפט הוא גילויה של האמת)
* **מהו אותו חוק שמכוחו ייחקק?** הוא מדבר על תוכן, חוק נחקק מכוחו של משהו אחר- תוכן או סעיף סמכות. החוק הוא תופעה שאיננה **עומדת כשלעצמה**. חוק הוא תמיד חלק ממערכת. תחת איזה סמכות פועל המחוקק כשהוא מחוקק את החוקים? ודוק, מה עומד מאחורי החוקים שמעניק להם את כוחם?
* **סוקרטס שואל האם החוק הוא הוראה שקובעת כיצד ראוי להתנהג או שמא הוא גילוי של תופעה קיימת?**(משווה לרפואה- כפי שהרופא קודם למתן התרופה מגלה את המחלה (את האמת) הקיימת, כך יש לשאול האם גם החוקים מטרתם לשקף ולגלות משהו קיים).
* חברו עונה – **כללו של החוק אינו אלא החלטה של מדינה**. **כלומר, החוק הוא סברה מדינית, החוק הוא עניין נורמטיבי**.
* סוקרטס מעוניין להוביל אותו בנתיב אחר- הוא שואל **האם מקיימי החוק- צדיקים הם? ומפרי החוק עוולים הם?**
* חברו עונה- **לקיים את החוק זה טוב🡨 צדיק ולהפר זה מעשה עוול**. הוא מוביל אותו למסקנה שיש לנו הנחה לגבי החוק שהוא דבר טוב וראוי לקיים אותו. אך סוקרטס טוען שכדי להגיד שלקיים את החוק זה דבר צודק, צריך להניח שהחוק עצמו הוא צודק. צריך להעמיד את החוק מול קריטריון אובייקטיבי של הצדק.

סוקרטס מסכם ואומר- **החוק מבקש, אפוא, להיות גילויה (החיצונית) של האמת, אמת מוסרית, אמת של צדק.** **סברה הגונה היא סברה אמיתית.** חייבים להתייחס לחוק כמשהו מהותי שמכיל בתוכו עקרונות. לפיכך, אם המדינה תחוקק חוקים שאינם צודקים- הם אינם חוק. חוקים שראוי לקיים הם בהכרח חוקים צודקים. ואם נפר את אותם חוקים צודקים – נעשה מעשה עוול. סוקרטס הכניס להגדרת החוק את התאמתו לעקרונות מופשטים של צדק**. אפלטון מודע** **לזה שבני אדם לא יודעים תמיד את האמת ולכן הוא מגדיר זו כך שהחוק רוצה\שואף להיות גילוי האמת**.* **דבר זה מעמיד את אפלטון ככזה המציג תפיסה של משפט טבעי בניגוד למשפט פוזיטיבי.**

חברו **מעלה ביקורת: כיצד ייתכן אז שאין אנו נזקקים תמיד לאותם החוקים באותם עניינים**? (החוק משתנה בשני מימדים: מימד המקום[החוק במדינה אחת לא זהה לאחרת והזמן[מה שהיה פעם צודק, היום הוא לא])* סוקרטס עונה- בני האדם לא תמיד מסוגלים לגלות את האמת. הם מוגבלים ומגלים בהדרגה את האמת המוסרית ולכן החוקים משתנים מדור לדור. שינוי החוק הוא לא תלוי בבני האדם אלא תלוי בתהליך גילוי האמת שלהם בהדרגה. (בדומה למדע). הוא מבחין שהחוק משתנה, יש שינויים אצל אותה קבוצת אנשים בנוסף לכך שהחוק משתנה לאורך זמן ומקום! **דוגמאות:** (1) **קבוצות בני אדם שונות במוקמות שונים-** הקרבת בני אדם לאלים. (2) **שינוי באותה קבוצת אנשים:** עניין הקבורה. נק' זו לכאורה מלמדת על יחסיות של החוק.
* **סוקרטס** אומר שאם החבר מסכים איתו שיש מושגים של צדק ועוול הוא יכול בעזרתם לשפוט את החוקים ולומר איזה חוק צודק או לא צודק. אפלטון אומר שאנחנו יכולים להעמיד את המשפט במבחנים אובייקטיבים מעבר למה שנהוג באותו מקום. **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** – לא כל שינוי בחוק מלמד על שינוי בתפיסת הצדק, לפעמים שינוי הוא התאמה לנסיבות. זה יחסיות הידע של היודעים.
* **החוק החרות - סוקרטס**-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. [אפלטון היה ספקני לעניין הדמוקרטיה, הוא חשב שחוקים צריכים להיות ביטוי של חוכמה, חכמים יחוקקו]
* **מקורם של חוקי יוון**: **מינוס** –מינוס הוא המחוקק המלך העתיק של כריתים- חוקק חוקים אלוהיים. **למינוס יצא שם רע משום שהיה אויבה של אתונה. לכן המשוררים והסופרים באתונה הציגו אותו באור שלילי**. **אפלטון התייחס לאתונה בביקורת\***, משום שהיא הוציאה להורג את מורו הנערץ סוקרטס.

**סיכום**: * **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 ראוי להיחשב כחוק, אלא רק מה שמבקש להיות גילויה של האמת. **החוק צריך לעמוד בסטנדרטים של צדק, מוסר והוא לא עומד כשלעצמו לבד**. **לפי אפלטון- קיימת אמת אחת אוניברסלית ונצחית**.
* 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.** הזיקה בין החוק לבין המוסר היא זיקה פנימית. אלו אינם תחומים נבדלים והם קשורים זה בזה.

ראינו **בפס"ד פלוני**- **עקרונות מוסריים יכולים להיות בעלי תוקף חוקי גם אם לא נחקקו ע"י המדינה**. למשל, חשין אמר שעקרון "הרצחת וגם ירשת" הוא עקרון מחייב במשפט המדינה, הגם שהוא לא נחקק ע"י הכנסת.↓**באופן** **הזה נוצרת איזושהי זיקה קבועה בין המשפט לבין המוסר**. |
| \* 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** **וגם ביחס למשפט. (השתמשו לרעה במשפט) המשפט עצמו לא יכול להסתפק במה שהמחוקק קובע או ביהמ"ש קובע. המשפט צריך להיות גילויה של האמת, להביא לאמת, לצדק.** |

|  |
| --- |
| **אריסטו** |
| אריסטו היה תלמידו של אפלטון אבל חלק עליו בהיבטים רבים. הוא הקים אסכולה פילוסופית משלו. |
| **מהי תורת המשפט של אפלטון?** |
| **האתיקה הניקומאכית** = ספר שמאגד סיכומי שיעורים של אריסטו. בספרו הוא אומר ש"**הצדק המדיני קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו נובע מן החוק**". לחוק של המדינה יש 2 מקורות:  | 1. **צדק מן הטבע** **(אוניברסלי)–** אינו תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות ובהחלטת המחוקק. ז"א, מה שנותן לו תוקף הוא לא קביעה חברתית אלא האמת שבו. העובדה שהוא מן הטבע. זה חוק שאינו תלוי בחקיקה של בני אדם. **אמת** **אוניברסלית , נכון בכל מקום.**
 |
| 1. **צדק מן החוק (פוזיטיבי)–** היבט של החוק שתלוי בדעת הבריות. אלו חוק שבני האדם קובעים בדרך של הסכמה וראוי שיקבעו.
 |
| **גם אריסטו וגם אפלטון מניחים שהחוק הוא לא רק קביעה של המדינה**. שניהם מאמינים שלחוק יש מקור משותף והוא גילוי של האמת\חוק הטבע. אפלטון מציג גישה מוניסטית של החוק. לעומת זאת, אריסטו מאמין כי הצדק מורכב מהיבט נוסף והוא הצדק הנובע החוקים של בני האדם. כלומר יש עקרונות צדק שהם מקומיים ותלויים בדעת הבריות. אריסטו מאמין שבקביעת החוק יש **אלמנט פוזיטיבי** והוא אינו טבעי.כלומר -🡨לפי **אריסטו** יש להבחין– במשפט בוודאי ישנם צדדים פוזיטיביים שכל שיטת משפט יכולה לקבוע לעצמה, ויש צדדים אוניברסליים שהשיטה מחויבת לה גם בלי שהיא קבעה אותם, מכיוון שהם אינם תלויים בדעת הבריות.  |
| **הבעיות השונות** |
| הוא מעלה בעיה שאומרת שיש קושי להגדיר את החוק כמשפט טבע כיוון **שבפועל החוק משתנה ממקום למקום.** הוא ממשיך ואומר שקיימת טענה שאת חוקי המדינה אפשר לשנות בעוד שחוקי הטבע אי אפשר לשנות, הם כפויים על בני האדם. עם זאת, הוא טוען שגם **המשפט הטבעי ניתן לשינוי!** משפט הטבע לא זהה לחוקי הטבע הפיזיקליים, יש מעיין קטגורית ביניים של נטיות טבעיות שיכולות להשתנות (לדוג'- עבודה על כתיבה ביד ימין אם נולדת שמאלי). **נראה שיש שני היבטים בעניין השינוי:**1. יש חברות שיכולות לפעול **בניגוד לטבע**, ואולי הקיום שלהן לא יהיה מוצלח.
2. למרות שישנם כללי מוסר הנחוצים לקיומה של החברה, הם יכולים **להשתכלל, להשתפר ולהיות טובים יותר**.
* **אפלטון -** **השינוי הוא בסך הכל שינוי בתודעה ובהכרה של בני האדם**.
 |
| **טשטוש ההבחנה בין תיאורי לנורמטיבי ע"י משפט הטבע:** |
| * **חוקים תיאוריים,** **חוקי הטבע 🡨** מתארים ומגלים את המציאות.
* **חוקים נורמטיביים**, **חוקי המשפט** 🡨 מורים מה צריך לעשות.

**התפיסה של המשפט -** היא שהמשפט הוא **מערכת נורמטיבית** במסגרתה בני אדם יכולים לקבוע כיצד להתנהג. **אך תפיסת משפט הטבע מניחה גם סוג של אמת קיימת, ריאלית.*** **אפלטון** אומר שהמשפט צריך להיות גילוי של האמת, וגם לפי **אריסטו** לא ניתן לקבוע באופן נורמטיבי כל דבר במשפט.
* **אפלטון ואריסטו אומרים שישנה גם מערכת נורמטיבית ומוסרית שהיא טבעית וקיימת. כלומר** ישנם חוקי טבע מוסריים, ומכוחם לא ניתן להתיר פעולות אסורות, כמו רצח למשל [במסגרת הטבע ניתן לקבוע חוקים נורמטיביים].
* למה יש טשטוש? כי גם יסודות נורמטיביים הם גילוי של איזו שהיא מציאות נורמטיבית.

לפי **אריסטו**, תפיסת משפט הטבע מניחה שהמוסר הינו רציונלי ונגיש. 🡨 **ויכוח גדול לגבי המוסר**: האם הוא ניתן **להכרה**(קוגניטיבי) או לא עניין של **תבונה**(א-קוגניטיבי)?**תורת המשפט הטבעי מחזיקה בעמדה מוסרית קוגניטיבית ורציונלית, לפיה אפשר להכניס את המוסר למשפט.** * **אנשי משפט הטבע** טוענים שהמשפט הוא לא אוטונומי וכל יכול, ושהמחוקק יכול לקבוע כל שירצה. לפיהם, למשפט יש אילוצים של המשפט הטבעי, המוסר, ולכן המחוקק לא יכול לקבוע דבר בניגוד למוסר, כי זה נוגד את עקרונות המשפט הטבעי.

לפי **אריסטו -** צדדים רבים של המשפט (אם לא רובו) לא תלויים במשפט הטבע, אלא בהסכמה חברתית. אך יש במשפט גם יסוד טבעי, אשר מהווה עקרונות מוסריים שאינם תלויים בדעת הבריות - האמת שלהם לא תלויה בהחלטת המחוקק. **יש שני היבטים בדבריו: (1) אובזרבציה** - כך אריסטו מסתכל על העניין. **(2) משמעות נורמטיבית** - משפט הטבע מתפקד כמעין מערכת על חוקתית, והחלטות מדיניות, משפטיות המנוגדות לעקרונות משפט הטבע, דינן להתבטל.* **נקודת המפתח של אפלטון ואריסטו –** היא שהמשפט הוא לא עצמאי, לא עומד על רגליו שלו, אלא הוא חלק ממערכת מוסרית שהוא כפוף לה ולכן המחוקק לא יכול לקבוע מה שהוא רוצה – **אם הוא קובע משהו בלתי צודק, אז החוק לא תקף משום שיש לו כפיפות מהותית לעקרונות מוסריים.** **זוהי עמדת משפט הטבע – מאפלטון ואריסטו ועד לגרסאות המודרניות כיום.**
 |
| **מהו המשפט שבא מן הטבע? ומה הטבע מצווה?**  |
| **אריסטו מתנגד לתפיסה המקובלת ע"י רבים –** שאין בטבע חוקים וצדק, יש בו הישרדות וכוח, אין ממד מוסרי.**אפלטון ואריסטו הניחו שקיים יסוד מוסרי ונורמטיבי בטבע-** המוסר הוא מערכת השייכת לתרבות (ישנו ניגוד בין טבע לתרבות), והטבע הוא כל הכוחות הפיזיקליים, הכימיים והביולוגים היצריים של האדם, ולעומת זאת בתרבות יש יסוד מוסרי ונורמטיבי, ועוד**.**  |
| **העולם לפי אריסטו:**  |
| **נק' המוצא** של אריסטו היא **חשיבה תכליתית – חשיבה טלאולוגית; לכל אובייקט בעולם יש תכלית;** **התכלית הזו היא חלק מהטבע שלו**. בספרו של **אריסטו "הפוליטיקה",** הוא קובע שהתכלית של אדם היא מדינה: **"האדם הוא בעל חיים מדיני על פי הטבע".** האדם הוא חיה פוליטית, טבעו לחיות במדינה או קהילה. המדינה מספקת את צרכיו של האדם. **מיחיד 🡨 למדינה :** * ה**אדם** אינו אוטארקי – הוא איננו מספק את צרכיו לבד.
* אדם זקוק ל**משפחה** כדי להתרבות ולגדל צאצאים.
* המשפחה אינה אוטארקית- היא זקוקה ל**כפר** כדי לספק מזון.
* הכפר אינו אוטארקי- הוא זקוק ל**מדינה** (פוליס).
* המדינה (הפוליס) היא אוטארקית.
 |
| **מה ההבדל בין בעלי החיים לבני אדם?** |
| **אריסטו** 🡨**אדם הוא בעל חיים מדיני לפי הטבע.**  * **הנקודה המרכזית היא שאדם הוא חיה פוליטית כחלק מהטבע. זה לא נתון לבחירתו של האדם, זה עניין של צורך. מטבעו הוא יצור שלא חי כיחיד.**
* **אדם שונה מבעלי חיים אחרים החיים בלהקות או בעדרים.** גם בעלי חיים זקוקים לחיי שיתוף והם לא יכולים לחיות כיחידים. אבל, **ההזדקקות של בני האדם לקהילה היא הרבה יותר רחבה ומקיפה מאשר בעלי החיים לקהילתם**.
* **"לאדם יש כוח דיבור (תבונה) שמכוון לגלות את המועיל והמזיק וכן את הצדק והעוול".**
* לכל בני האדם היכולת **להבחין בין טוב ורע, צדק ועוול,** ויכולת זו היא המאפשרת לחיות בבית ובמדינה. התחושה המוסרית הזו הקיימת בבני האדם היא **בסיס החיבור של בני האדם במדינה.**
* **הקיום של החיים הקהילתיים, שהוא חלק מטבע האדם מחייב איזו שהיא מערכת נורמטיבית שמאפשרת את החיים האלו.**

**טענתו של הובס הפוכה מאריסטו-** הובס הוא **הדוגמא הקלאסית** לעולם טבעי בו יש חירות גמורה, ואין כללים. המעבר למצב מדיני היא בחירה רציונלית. * הקיום המדיני הוא קיום טבעי.
* **משפט הטבע**= המערכת הנורמטיבית **הדרושה לחיים קהילתיים,** שבלעדיה בני אדם לא יוכלו לחיות יחד בקהילה או במסגרת מדינית. כדי לקיים קהילה צריך לשמור על נורמות בסיסיות.
* **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.
 |
| * **האם המשפט הטבעי הוא איזו שהיא מערכת מינימום המאפשרת לחברה להתקיים? או שמא זו מערכת מקסימום אשר יכולה להשתכלל וניתן להעלות כללים מוסריים טובים יותר?**
* **אריסטו** לא נותן על זה מענה גמור, אך אומר שצריך לראות את המערכת המוסרית כ- **מערכת שהיא ביטוי לטבע של האדם ולכן ניתן להתייחס אליה כמשפט טבעי.**
* **בפועל**, הצדקתו של אריסטו היא לכאורה למערכת מינימלית - מערכת הכרחית לקיום הקהילתי, אך לפי **שפירא**, התיאוריה של אריסטו יכולה לשמש גם כמערכת מקסימלית משוכללת יותר, לפיה קיום טוב של חברה הוא קיום צודק יותר**.**
 |
| **סיכום לפי אריסטו:*** **חלקו של הצדק הטבעי בא מן הטבע-** מן התבונה שמגלה מהן הנורמות הצודקות וההכרחיות, שאינן תלויות בדעת הבריות. כלומר, אנו מבינים מתוך הטבע מהן הנורמות הדרושות לחיים קהילתיים**.**
* **חלקו בא מן החוק-** קביעות של המדינה שהיו יכולות להיקבע באופן שונה אבל לאחר שנקבעו יש לנהוג על פיהם. המדינה איננה חופשית לקבוע דברים המנוגדים לעקרונות הטבע. אם המדינה קובעת כללים המנוגדים למשפט הטבעי דינם להתבטל**.**
* עקרונות המשפט הטבעי הם נצחיים ואוניברסליים – לא עניין של החלטה אנושית.
 |

|  |
| --- |
| **סיכום משפט הטבע** |
| **תורת המשפט הטבעי התגבשה תחת ההנחה שיש עליונות למשפט הטבעי**- אם המחוקק יחוקק חוקים שהם בלתי צודקים או בלתי ראויים- אין לפעול לפיהם [כך, **חוק הטבע הופך להיות כלי ביקורתי ביחס למשפט המדינה]**.**קיקרו- זרם פילוסופי "אסטואה":*** **חוק אמיתי הוא הסכמה של התבונה עם הטבע. ההבנה של החוק הטבעי היא אינטואיטיבית.**
* **יש אל אחד אוניברסלי-** חוק הטבע הוא תוצר של האל,הוא חלק מן הטבע, אוניברסלי ונצחי.
* **התפיסה שהחוק נצחי ולא משתנה היא קצת תמימה**,אנו הרי יודעים שתפיסות מוסריות של בני אדם הן משתנות. אך באופן עקרוני, ההשתנות שחלה לא מחייבת לסגת מהטענה שהחוק הזה הוא נצחי – כלומר, **ניתן לייחס את ההשתנות לגילוי של האמיתות האלה, אך לא לתוקפן. זהו הבסיס לתפיסת המשפט הטבעי אשר נהייתה רווחת ודומיננטית בהיסטוריה ובפילוסופיה של המשפט מימי הביניים ועד לעת החדשה. תפיסה זו הייתה מקובלת לאורך ימי הביניים, מהעולם העתיק והחלה להשתנות בראשית העת החדשה.**

**אריסטו ואפלטון** טענו שהמוסר הוא חלק מן הטבע, ותפיסתם התקבלה מאוד חזק בימי הביניים. |
|  **לתפיסת המשפט הטבעי שתי פונקציות אפשריות ומנוגדות בהקשר של המשפט**:**תומס אקווינס [הוגה נוצרי, אחת הגרסאות של משפט הטבע היא נוצרית מימי הביניים]** אשר הבחין **בין ארבע רמות של המשפט:** המשפט הנצחי של אלוהים; המשפט הטבעי שאנו רואים בטבע; המשפט האלוהי שהדת מגלה; משפט המדינה 🡨**תפקיד המשפט של המדינה הוא לעשות הרמוניזציה בין כל ארבעתם. הוא לוקח מצד אחד את משפט הטבע הרציונלי, ומצד שני את ההתגלות הדתית וטוען שזהו משפט המדינה.****שתי פונקציות:**1. **פונקציה שמרנית** – **משפט המדינה הוא ביטוי ויישום של משפט הטבע, ולכן, המשפט של המדינה הוא משפט צודק** 🡨כלומר, תופסים את משפט המדינה כהתגלמות של משפט הטבע.
2. **פונקציה ביקורתית** – **לפיה יש לבקר את משפט המדינה לאור משפט הטבע, ולשאול האם משפט המדינה עומד בסטנדרטים של משפט הטבע?** **האם הוא צודק ומוסרי?** 🡨 התיאוריה של משפט הטבע קבעה שחוק הסותר את משפט הטבע הוא לא חוק, הוא בטל.[דומה לקיקרו]

\* לפי **תומס אקווינס**, מצד אחד למדינה יש את משפט הטבע שנלמד מהטבע על פי המסורת היוונית, ומצד שני יש את ההתגלות של האל דרך כתבי הקודש - **ומשפט המדינה צריך להתאים לשני הדברים האלו** האל מדבר אלינו בשתי שפות - גם דרך הטבע וגם בכתבי הקודש, ומשפט המדינה צריך להתאים לשניהם. |

# זכויות טבעיות

|  |
| --- |
| תורת הזכויות הטבעיות שמתפתחת במאה ה-17 בעיקרה, ולאחר מכן תופסת מקום מרכזי בפוליטיקה ובמשפט, היא במידה רבה תוצר\גרסה מסויימת של המשפט הטבעי. **הובס הוא הראשון ובעל זכויות היוצרים על תורת האמנה החברתית.**  |
|  **תומס הובס (1588-1679)** |
| **ההבחנה בין המצב הטבעי למצב המדיני:** |
| **הובס טוען שהמצב הטבעי הקדם מדיני מתאפיין בהיעדר מסגרת נורמטיבית**, לא רק משפטית אלא גם מוסרית🡨 **"טבע עירום", "טבע יחף". לעומת זאת, אריסטו –** רואה בתמונת הטבע תמונה עשירה הכוללת גם את התכלים של הקיום הקהילתי וממילא גם יסודות נורמטיביים.**שוויון: "הטבע עשה את בני האדם שווים ביכולת הגוף והנפש**", מכיר בכך שיש אי שוויון כי לפעמים לאנשים אין נתונים שווים. עם זאת, יש בניהם שוויון בסיסי כי בני האדם שווים ביכולת האיום שלהם אחד על השני.**↓****תחרות**: **השוויון** יוצר **תחרות** בין בני האדם על משאבים בטבע[אדמה, מים, כוח והשפעה]**↓****אי ביטחון:** מכיוון שהתחרות הזו כוללת איום היא יוצרת מצב של **חוסר ביטחון**, כי במסגרת התחרות הזו, אם אין על אדם מגבלות הוא יכול לפגוע בזולתו.**↓****מלחמה**: והתוצאה של התחרות שאין עליה מגבלות נורמטיביות יוצרת **"מלחמת כל בכל".*** **מבחינה נורמטיבית- לבני האדם זכות טבעית -חירות מלאה**. **והיעדר מושגים של צדק ועוול** יש רק חירות מוחלטת והחירות מובילה לפראות ומלחמות. **המצב הטבעי בו פועלים חוקי הטבע הוא מצב עירום מכל מסגרת נורמטיבית.**
* **מבחינה מעשית – זה מוביל לכך שבני האדם נלחמים זה בזה (מלחמת כל בכל) והם חיים חיי בדידות, דלים, מאוסים בהמיים וקצרים.**

בסופו של דבר, הטבע מצד אחד יוצר מצב של **חירות גמורה**, אך מהצד השני התוצאה היא **אומללה למדי**. כיוון שבני האדם לא מעוניינים בחיים אלו, הם מתאגדים ומסכימים על מספר חוקים טבעיים (**חוקים רציונליים**):1. **"בקש שלום ורדפהו"– השלום עדיף על מלחמה.** במלחמה מאבדים חיים ורכוש, ושלום עדיף על כך.
2. **אדם צריך להיות ממוכן לוותר על זכותו (חירותו המלאה) לטובת השלום.** כולם צריכים לוותר על זכויותיהם ולהעבירם לריבון.
3. **צדק – הכורת אמנה חייב לקדמה**. יש לקיים את ההסכם, כלומר מסכימים לתת סמכות מלאה לריבון.
* **אם מקבלים את 3 הכללים הרציונליים האלה תקום מדינה. מכאן נעבור למצב המדיני.**
 |
| **מצב מדיני** |
| במצב המדיני יש לנו **אמנה חברתית שעל פיה הנתינים מוסרים את זכויותיהם לריבון.** בתפיסתו - בני האדם מוותרים על החירות ומעבירים אותה לריבון. כעת, המדינה יכולה לקבוע מושגים של טוב ורע\צדק ועוול. * לריבון סמכות לקבוע חוקים.
* לריבון סמכות לשפוט את מפרי החוקים.
* לריבון סמכות לנהל את ענייני המדינה.
* הזכות היחידה, לפי **הובס**, שלא מוסרים למדינה היא הזכות להגנה עצמית.
* **הובס** בא להצדיק את קיום המדינה. הוא רואה את המדינה כלא טבעית (כמו אריסטו). היא יצירה תרבותית של בני אדם והמדינה **הכרחית** כדי לדעת מה האלטרנטיבה 🡨**אנרכיה**(המצב הטבעי הקדם מדינתי, במצב של חירות מלאה).
* התיאוריה של הובס לא רק מצדיקה את קיומה של המדינה, היא מצדיקה **משטר אבסולוטי**. הובס מדבר על ריבון אחד שמחזיק בידו את כל הכוח- **גם מחוקק, גם שופט וגם מבצע**. **אין אילוץ שחל על החוק מבחינה משפטית.** **בתיאוריה של הובס אין מנגנוני איזון מבחינה פוליטית**.
* **נשמע בעיניו שגם המוסר הוא קונבנציה 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.
* בעבר הייתה תפיסה נוצרית קלאסית "המלוכה", האל נותן את הסמכות למלך וזו הייתה ההצדקה (דתית) למלוכה. **הובס** הגיע עם הצדקה רציונלית ולא דתית והוא מראה שכדאי לנו מצב של מדינה ולא חירות מלאה.
 |
| **מהי תורת המשפט לפי הובס?** |
| נק' המוצא של הובס היא:* החוק **מנוגד** לטבע.
* **מקורה של הסמכות המדינית באמנה החברתית** – בהסכמה של החברה.
* **מקורו של החוק הוא בריבון** – אז החוק הוא פוזיטיבי, מה שהריבון קבע.
* אלו מאפיינים של **המשפט פוזיטיבי.** ולכן הובס מייצג תפיסה פוזיטיבית של המשפט.

\*הובס גם אמר שהמצב הטבעי קיים במישור הבינלאומי – ביחסים בין מדיניות יש מלחמת הכל בכל, וזו הייתה נכונה עד המאה ה21. אחרי מלחמת העולם השנייה - ניסו לשנות זאת אך עדיין מדינה חזקה תוכל לפגוע בחלשה יותר.  |

|  |
| --- |
| **ג׳ון לוק (1632-1704)** |
| **אבי תורת הזכויות הטבעיות (במצב טבעי יש זכויות).**ג'ון התחיל ממושג **השוויון** בצורה אחרת: **"יצורים מאותו מין שהטבע לא הפלה ביניהם מן הדין שיהיו שווים זה לזה ולא כפופים זה לזה"-** לפי **לוק** 🡨**השוויון הוא נורמטיבי**. הוא לא רק פיזי (יכולת איום) כפי שהציג הובס. יש שוויון מוסרי טבעי. הטענה היא שלמרות ההבדלים המגדריים\גזעיים, בכללותו יש שוויון מעמדות, שוויון נורמטיבי, שוויון בזכויות שלהם. המשמעות היא שכל אחד צריך ל**כבד את השני כחלק מאותו שוויון(**אחד לא יכול לפגוע, לשעבד או לגזול את זולתו על בסיס אותו השוויון).**↓****חירות –** כבר במצב הטבעי בהיעדר מדינה והתארגנות מדינית, **החירות היא איננה הפקרות, כולם כפופים לחוק הטבע שפירושו חירויות וזכויות בסיסיות של כולם**.* **לפי לוק, גם במצב קדם מדיני, בהיעדר מדינה, ישנה מערכת נורמטיבית טבעית🡨 לכל אדם, במצב הטבעי, זכויות טבעיות: "אין אדם רשאי לפגוע בחברו- בחייו, בחירותו וברכושו."**

**השוני בין הובס ללוק:** **מצב הטבע:*** **לפי הובס – הטבע הוא חירות גמורה, היעדר כל מסגרת נורמטיבית.**
* **לפי לוק – הטבע מלא בנורמות, ונקודת המוצא היא שבטבע יש לבני האדם זכויות שוות, אדם לא רשאי לפגוע בזכותו של חברו (חייו, רכושו, חירותו), גם במצב הטבעי. [משלב תפיסה דתית, כולנו שווים בעיני האל, אך לא בהכרח גם אתאיסטים אולי היו מגיעים לנק' זו].**

**אופטימיות מול פסימיות:*** **הובס** הסתכל במבט **פסימי** על בני האדם וראה את הצדדים האלימים, התחרותיים, ההישגיים "אחד על חשבון השני" בבני האדם, ואמר שזה הטבע ובכדי לרסן אותו צריך לפעול במשהו מחוץ לטבע.
* **לוק** בטבע של האדם יש גם יסודות של חמלה, אמפתיה, "לראות את השני" (**אופטימי**), ולכן בטבע יש גם את העניין של כיבוד הזכויות של האחד של השני.
 |
| **המצב הנורמטיבי- חוקי הטבע:**  |
| מכיוון שבני האדם שווים מטבעם, אין אדם רשאי לפגוע **בחברו, בחייו, בחירותו וברכושו**. לכל אדם זכות להבטיח את החוק הטבעי וזאת על בסיס: **זכות להעניש את העבריין; זכות לתבוע פיצויים על נזק.**  |
| **אז למה בכל זאת צריך מדינה לפי לוק?** |
| **כדי לשמור [הבטחה של המערכת הנורמטיבית] על הזכויות האלה ולאכוף אותם יש צורך להתאגד למדינה.** [**הבעיה היא ביישום ואכיפה, אם נשאיר את הכוח בידי האנשים לאכוף – כל אחד ייקח את החוק לידיים ויפעלו לפי שק"ד**]. 🡨 לוק טוען שהבעיה במצב הטבעי זה היעדר יכולת אכיפה באופן הוגן וזה מה שמביא למעבר למצב מדיני כדי להגן על הזכויות הטבעיות. (הובס טוען שבמצב טבעי אין זכויות). כדי לאזן ולשמור על הסדר יש צורך במדינה שתסדיר את העניינים האלה. **לסיכום:*** במצב הטבעי לא כל אחד יכול להגן על זכויותיו.
* במצב הטבעי אדם עלול להעניש יתר על המידה.
* מטרת המדינה להגן על הזכויות.
 |
| **מה קורה במצב המדיני?** |
| * **הענקת סמכות למדינה לחוקק.**
* **התחייבות לשמור על חוקי המדינה.**
* **אדם שומר לעצמו את זכויותיו הטבעיות - הזכות לחיים, לחירות ולקניין.**
* **לפי לוק, בני האדם לא מוסרים את מלוא חירותם וזכויותיהם לריבון כפי שתיאר הובס, אלא הם שומרים לעצמם את הזכויות הטבעיות ולא מוסרים אותן למדינה, הריבון כפוף למסגרת של זכויות.**
 |
| **איזו תיאוריה משפטית מייצג לוק?** |
| * יש לאדם זכויות טבעיות במצב הקדם מדיני.
* ההגנה על הזכויות האלה הן מטרת ההתאגדות המדינית
* חוקי המדינה כפופים לזכויות האלה.
* אלו מאפיינים של תיאוריית **המשפט הטבעי – ישנו קיום של משפט טבעי והוא מטיל אילוצים על המשפט הפוזיטיבי.** לוק בגישתו ראה לנגד עניו משטר של **מלוכה חוקתית** – משטר זה מניח שהמלוכה כפופה למערכת חוקים מסויימת (חוקה מסויימת) ואלו הם לפי לוק הזכויות הטבעיות.
 |
| **ההשפעה של לוק על 2 המהפכות הגדולות בסוף המאה ה-18 (הצרפתית והאמריקאית):** |
| **בהכרזת העצמאות האמריקאית (1776)**- דתית. אימצו את התפיסה הלוקיאנית. האמריקאים אומרים שבני האדם נבראו שווים. זה שוויון נורמטיבי. האמריקאים החליפו את זכות הקניין לזכות ל'רדיפת העושר'. **מטרת הממשלה וההתארגנות המדינית היא להבטיח את הזכויות הללו**.  רעיונותיו של לוק באים לידי ביטוי גם **בהצהרת זכויות האדם והאזרח (1789)** – חילונית שנחתמה לאחר המהפכה הצרפתית. **אנו רואים את ההשפעה המכרעת של רעיון הזכויות הטבעיות שמקורו בגישת 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 להן מעמד על חוקי – חוק שסותר אותן בטל.

**המבחן לקביעה האם המשפט מכיר בזכות טבעית מתעורר כשאין חוק -** כלומר, יש **לראות האם המשפט יבטל חוק מכוח זכות טבעית, או יוסיף נורמה מכוח זכות טבעית**. |
| הייתה לטענתו של לוק השפעה גדולה וכוח משכנע, **אך יש כאלו שדווקא מקבלים את תפיסתו של הובס** וטוענים שכל המסגרת הנורמטיבית היא מסגרת מלאכותית, אנושית ולא טבעית 🡨מבחינה פוליטית, בסופו של דבר היה יותר כוח לתפיסתו של לוק. **אך נזכור, שבתי משפט נוטים להשתמש ולהסתמך על חוקים ולא על משפט הטבע [חשין בפלונית].**  |
| **סיכום המשפט הטבעי:**1. **מכיל עקרונות מוסריים "אובייקטיבים"** :אינם תלויים בחוק וניתנים להכרה על ידי התבונה. (מנוגד להובס).
2. העקרונות המוסריים הללו **מעניקים תוקף לחוק** או מטילים עליו אילוץ, חוק שנוגד את העקרונות, בטל.
3. העקרונות המוסריים האלה **הם חלק מן המשפט** וניתן לפנות אליהם בהיעדר חוק.
 |
| **התנגדות למשפט הטבעי:** בתקופה המודרנית הפכה לפחות פופולארית בניגוד לימי הביניים. 1. **התנגדות במישור הפילוסופי:** המשפט הטבעי מניח את קיומו של מוסר רציונלי (קוגניטיבי) ואובייקטיבי במובן שניתן להכרה. **ההתנגדות** 🡨
* המוסר אינו רציונלי (נון קוגניטיבי) – הוא עניין רגשי (אמוטיבי).
* המוסר הוא אינו אובייקטיבי אלא מוסכמה חברתית.
1. **התנגדות יותר מעשית**: הנטייה של המשפט היא פוזיטיבית. **ההתנגדות** 🡨
* בני אדם אינם מסכימים על כל השאלות המוסריות.
* אי אפשר להניח עקרונות אוניברסליים מוסכמים.
* הסתמכות על עקרונות כאלו (מצד שופטים ופקידים) היא סובייקטיבית, חותרת תחת ההסכמה על החוק ומערערת את הוודאות.

**יישום על פס"ד פלוני:** לוין ניסה לשחק באופן מורכב עם החוק, וחשין היחידי שהשתמש במשפט הטבעי וגם הוא הזהיר שזה מקרה חריג.  |

פוזיטיביזם: תורת הפקודה של אוסטין

|  |
| --- |
| **פוזיטיביזם: תורת הפקודה של ג'ון אוסטין** |
| אוסטין מסמן את המעבר מתורת המשפט הטבעי אל תורת המשפט הפוזיטיבי- חתום עליו לראשונה! **במובן הזה הוא פותח עידן חדש בתורת המשפט**.  |
| **בלאקסטון** כותב פירוש לחוקי אנגליה והוא היה הסמכות העליונה בפרשנות של החוק האנגלי. **הוא מסביר שהמשפט של האדם עומד על 2 יסודות- החוק הטבעי וחוק ההתגלות** 🡨 דהיינו חוקי בני האדם לא יכולים לסתור את משפט הטבע וחוקי האל.הוא מציג **מבנה משולש:** **החוק הטבעי; חוק ההתגלות; חוקי בני האדם**. הוא אומר שחלק מהחוקים האנושיים הם הצהרה של החוקים הללו(לא מייצר, אלא מצהיר על נורמת קיימת)- למשל, **איסור רצח**. לעומת זאת, יש חוקים אחרים שאינם נובעים מחוק עליון דתי או מוסרי, למשל חוקי מסחר, ואלא הם חוקי המדינה. |
| **בלאקסטון מציג מערך שבנוי מ-3 שחקנים**. חוק המדינה נתפס לפי בלקסטון ככפוף לחוקים המוסריים\דתיים. זה מעמיד את מערכת המשפט במעיין מבוכה כיוון שחוק מסוים יכול לסתור את המוסר ואז אפשר לטעון שהוא לא תקף. **אין הבחנה ברורה בין המשפט לבין ענפי המוסר והדת -** אם אנו מקבלים את תפיסתו של בלאקסטון, טיעונים דתיים ומוסריים הינם לגיטימיים בהליך המשפטי. **המשפט הוא עירוב של המשפט יחד עם המוסר והדת**.**הגישה הזו מזמינה את השינוי שחל במאה ה-19, בהובלת אוסטין- לטענתו, יש להבחין בין המשפט לבין המוסר והדת.** **המורה של ג'ון אוסטין ג'רמי בנטאהם 🡨** התפתחה תפיסה מוסרית שניתן לכנות אותה כתפיסה רציונלית ותועלתנית. **אוסטין היה שותף למהלך שלו והוא התמקד במשפט -** הוא כינה את המשפט הזה **כ"משפט פוזיטיבי".** לכן, **התפיסה הזו מבוססת בין היתר על הפרדה בין המשפט והמוסר ובין המשפט והדת.**  |
| **חוק** | **חוק הוא כלל מדריך שניתן בידי ישות תבונית אחת לישות תבונית אחרת.** הגדרתו רחבה כי אישיות תבונית יכולה לכלול גם את האדם וגם את האל. החוק הוא נורמטיבי, חוק שמצווה לעשות דבר מה. **מושג החוק כעניין נורמטיבי ופרספקטיבי קובע התנהגות בשלושת הענפים - הדת, המוסר והמשפט.** **מה נכלל בחוק לפי אוסטין🡨** | 1. **חוקי האל –** משפט טבע במובן המוסרי והטבעי.
2. חוקים שבני אדם לא מוסמכים קובעים אחד לשני- **מוסר פוזיטיבי.**
3. חוקים שבני אדם מוסמכיםקובעים אחד לשני- **משפט המדינה- פוזיטיבי.**
 |
| אוסטין מתייחס לחוקי הטבע ואומר שהשימוש בהם במונח של חוק הוא רק **מטאפורי** כי הטבע איננו מציית. המצווה הוא אישיות תבונית, **הטבע הוא לא אישיות תבונית**. מכאן ש- **הכלל לא מדריך והטבע לא מציית.** כלומר, **הטבע לא יוצר חוקים רק בני האדם או אלוהים.**  |
| המשפט הפוזיטיבי הוא חוק המדינה, והוא מתאפיין בכך שבני אדם בעלי סמכות קובעים אותו, וזה מה שמבדיל את המשפט הפוזיטיבי מהמוסר ומהדת( לא נקבעים ע"י בני אדם בעלי סמכות).* **זו נקודת המוצא שחשובה לאוסטין,** ולכן הוא **לא** מקבל את עמדתו של בלאקסטון שהמשפט הדת והמוסר נמצאים בסירה אחת, אלא להפך - **יש להבחין ביניהם.**
 | **המשפט הפוזיטיבי:*** החוק שבני אדם מוסמכים קובעים - חוק המדינה.
* **המוסר** אינו חלק מהמשפט הפוזיטיבי.
* **הדת** אינה חלק מהמשפט הפוזיטיבי.
 |
| **חובה** | **אדם נמצא תחת חובה כאשר יש עליו איום שאם לא יבצע את רצונו של אדם אחד יגרם לו רע כלשהו (סנקציה).** הוא מתאר מצב פסיכולוגי שבו אדם נמצא תחת איום ולכן הוא חייב לעשות דבר מה. **מתי חוק יוצר חובה? רק כאשר יש לצידה סנקציה!** * אוסטין מגדיר את מושג חובה כתלוי בסנקציה, איום בעונש.
 | * מושג החובה לא תלוי בסמכות
* במקרה בו המדינה רק מאיימת אך **בפועל לא מענישה** – **אין חובה**.
* במושגיו של אוסטין, **הכללים המוסריים לא מטילים חובה**. חוקי המוסר מהווים עצה טובה איך לנהוג, אך לא מהווים חובה במובן הקונקרטי שלה.[מוסר ודת נותנים עצות]
 |
| **פקודה** | **היא הוראה כללית שיש לצידה סנקציה.** רק פקודה יוצרת חובה ולכן **אוסטין מגדיר את החוק המשפטי כפקודה.****פקודה היא דרישה שיש בצידה סנקציה 🡨 סנקציה יוצרת חובה 🡨 לכן, חוק שיוצר חובה חייב להיות פקודה**. [לא כל חוק הוא פקודה, **אבל** כל פקודה היא חוק. דת ומוסר הם לא חוקים היוצרים חובה].  | **פקודה ספציפית:** הוראה לעשות פעולה מסוימת. (הוראה של שופט להכניס את X לכלא). **פקודה כללית:** הוראה לעשות פעולה מסוימת באופן קבוע. (קביעה של הפרלמנט שאסור לגנוב)* **כדי שפקודה תחשב חוק היא חייבת להיות פקודה כללית ולא ספציפית.**
 |
| **מי רשאי לתת פקודה?** חוק פוזיטיבי הוא חוק שניתן ע"י אנשים שיש להם **עליונות (סמכות)** כלפי אחרים. מושג הסמכות נמדד לפי **הכוח והיכולת לממש איום** – אדם שיש בידו הכוח לגרום לרע ולהטיל עונש על חברו. אוסטין מציג מעמד היררכי של גורמים שיש להם סמכות להפעיל כוח על הכפופים להם- [גורם מדינתי- כמו שוטר, שופט, מחוקק]. * **היחס של אוסטין למאפיה**: לפי אוסטין, המאפיה לכאורה מטילה חובה. אך לדעתו זו לא חובה לגיטימית ולמדינה יש חובה נגדית(להכניס לכלא את המאפיונר שלקח כסף מאיש).
* **אוסטין** לא מגביל את מושג החובה רק למדינה כי גם גורמים אחרים יכולים להטיל איומים. הוא מודע שיש פקודות לא חוקיות אך הם לא לגיטימיות ולא מהוות חוק.
 |
| **ריבון** | **הריבון הוא מי שרגילים לציית לו והוא אינו מציית לאחרים.** **החוק הפוזיטיבי הוא החוק של המדינה**. המדינה היא ישות **פוליטית עצמאית** ותושביה **מצייתים לה ולא לאף אדם אחר**(הריבון). **הריבון הוא הייצוג והגילום של מוסד המדינה**. צריך למצוא **כפיפות מבנית**- צריך למצוא גורם **אחד שלא כפוף לאחרים**. במלוכה אבסולוטית זה היה מלך; במערכת דמוקרטית גם קיים מבנה בסיסי כזה ואפשר להגיד שמי שרגילים וחייבים לציית לו והוא איננו כפוף לאיש הוא **המחוקק (הכנסת בישראל).** |

|  |
| --- |
| **תורת הפקודה - לפי אוסטין** |
| תורת הפקודה של אוסטין 🡨 **החוק הפוזיטיבי הוא פקודה כללית של הריבון**.↓**החוק חייב להיות פקודה כדי שיחייב** (לצד הפקודה יש סנקציה), **הפקודה צריכה להיות כללית**(פקודה ספציפית היא הוראה ולא חוק) **ושל הריבון.** |
| **התיאוריה של אוסטין מעלה כמה קשיים:** |
| **1. תקדים** | במשפט המקובל הפסיקה היא מקור משפטי מרכזי. **פסיקה היא פקודה ספציפית שאינה חוק**. **ההסבר של אוסטין:** המעמד של הפסיקה הוא **מכוח הסמכות** שהריבון נתן (פרלמנט) בידו ולכן הפסיקה מחייבת – חוק. |
| **2. מנהג** | מנהג הוא **נורמה שנוצרת ע"י בני אדם(לא מוסמכים) שרואים אותה כמחייבת**. התפיסה האנגלית היא שמנהג מחייב. מנהג הוא אינו פקודה של הריבון, איך הוא מחייב? **התשובה של אוסטין:** כאשר ביהמ"ש מאמץ את המנהג הוא הופך להיות מחייב(נורמה), הוא הופך לפקודה. וכאמור, ביהמ"ש עצמו פועל מכוחו של הריבון(פרלמנט).  |
| **3. חוקים אזרחיים שלכאורה אינם פקודה** | אוסטין מודע לחוקים נוספים שאינם בגדר פקודה. למשל- חוק החוזים; חוקי נישואין; חוק הירושה; חוק החברות ועוד. אלו חוקים **שאין בצדם סנקציות והם לא מטילים חובה** הם רק חוקים מגדירים, חוקים שמעניקים כוח או זכויות. החוק הפלילי לעומת זאת הוא חוק שמטיל חובה ובצדו סנקציה. **התשובה של אוסטין**: אלו חוקים שיש בהם **חובה מותנית**: אם אני ארצה להתחתן אני אהיה חייב לעשות זאת בדרך המסוימת שהחוק מגדיר. אוסטין אומר שאפשר להגיד שיש בהם סנקציה מעצם **בטלות הפעולה**. אם לא אעמוד בחוק, לא יכירו בנישואין או בחוזה שלי. זו הסנקציה. **מדובר בחובה מסוג מסוים, חובה משנית, שיש בה גם אלמנט של סנקציה ואכיפה**.  |
| **4. חוקים שאינם פקודה** | **3 סוגים שונים:** 1. **חוקים הצהרתיים ופרשניים**-  **חוקים שלא מטילים שום חובה, אפילו לא במונחים של בטלות הפעולה** . למשל- חוק הכשרות המשפטית.
2. **חוקים מבטלים או מתירים**-  **חוקים המרשים או משחררים מחובה חוקית** . לדוג': חוק לביטול המג'לה.
3. **חוקים שאינם שלמים**- המושג הזה לקוח מהמשפט הרומי. אלו **חוקים שמטילים חובה** (זה ההבדל בינם לבין המשפט האזרחי) **אבל לא מכילים סנקציה**. יש חוקים כאלה גם בישראל. למשל- ס' 323 לחוק העונשין מטיל חובה על הורה להיות אחראי לקטין בן ביתו ולספק לו את כל צרכיו. לצד החובה הזו אין לכאורה סנקציה! (ניתן להתווכח) הם מעין חריגים לתורת הפקודה.  **חוק שלם חייב להטיל סנקציה, כי אם אין בו סנקציה הוא לא מטיל חובה.**
 |
| **התשובה של אוסטין לגבי סוגי החוקים א+ ב:** החוקים האלה אינם פקודות אבל הם חלק מהמשפט כיוון שהם משתלבים במערך של הפקודות. **הם נחוצים כדי להבין את הפקודות ולכן הן חלק מהמשפט**. בהיבט הזה, צריך להכיר את התופעה הכללית של **אינדיווידואציה של חוקים**. לחוקים יש מארג כללי ולכן מאוד קשה לבודד סעיף\חוק ולהגדירו אותו כחוק שעומד בפני עצמו. החוקים נסמכים זה על זה ומאוד קשה להבין חוק אחד בלי להכיר את החוק השני. אוסטין בעצם אומר שחלק מסעיפים האלה הם אינם פקודה אבל הם קשורים קשר הדוק לפקודה עצמה ויש להסתכל על החוק **בצורה רחבה** ולא מצומצמת. |
| **לסיכום: אוסטין** **הוא אבי הפוזיטיביזם המשפטי- ניסה להגדיר שהמשפט הוא תחום נפרד מהמוסר והדת (**זו הייתה המשימה שלו- מהלך מהפכני)המרכיב המרכזי במשפט הוא **כוח;** המשפט מעוגן ברצונו של **הריבון.** יצר תיאורה שמגדירה את המשפט של המדינה: **המשפט הוא פקודה כללית של הריבון** [המבחן בכדי לדעת האם מוטלת עליי חובה חוקית].  |

|  |
| --- |
| **ביקורת על תורת הפקודה מפי הארט** |
| **התיאוריה של אוסטין איננה מתאימה לכל מקורות המשפט שאנו מכירים.** | המשפט האנגלי מתאפיין בכך שהוא מכיר גם בחקיקה, גם במנהג וגם בתקדים. המשפט הקונטיננטלי מבוסס רק על חקיקה. התשובות של אוסטין לא מספקות ↓* אוסטין התייחס לכך **שתקדים** הוא מכוח הסמכות של הפרלמנט שנתן לבתי המשפט אך, טענתו לא נכונה היסטורית- **נטען שמעמד בימ"ש\ פסיקה הם לא בעקבות הוראה של הפרלמנט אלא המשפט נוצר כמשפט המתפתח מבתי המשפט. הפרלמנט בדיעבד מכיר בכך, אך לא ברור שהוא נותן תוקף מלא לכל הפסיקה**.
* **האם המעמד והסמכות של בתי המשפט תלויים בחוקי הכנסת או שהם עצמאיים? אוסטין** טוען שמעמד בימ"ש **נובע מהחוק**, אך המרצה טוען שזה לא נכון היסטורית אבל אולי יהיה נכון בדיעבד. (הסמכות של ביהמ"ש הישראלי לפסול חוקים לא נובעת מהחוק באופן ישיר - החוק לא מסמיך את בתי המשפט לעשות זאת, אלא ביהמ"ש טען שהחקיקה של חוקי היסוד מניחה את סמכותו של בית המשפט לבטל חוקים).
* **מנהג**: המנהג הוא לא פקודה של הריבון אלא הוא בא מלמטה. באנגליה (היסטורית) מעמד המנהג היה כפסיקה, אין לכך חוק שאומר שזה מחייב. לפי **אוסטין** הריבון מסכים לכך. מה הכוח של המנהג? [הריבון לא שם אותו בחוק הרי] באנגליה הריבון הוא המלך והפרלמנט ביחד. וכאשר בימ"ש פוסק לפי המנהג הוא נותן לו תוקף. **המנהג בנוי על החלטת ביהמ"ש, וביהמ"ש בנוי על החוק**.
* **באנגליה ההנחה היא שהמנהג מחייב, אוסטין טוען שביהמ"ש לא חייב לנהוג לפי המנהג, אלא זו רשות, ורק כשביהמ"ש פוסק לפי המנהג הוא מחייב**. מכאן שהמנהג הוא לא מקור עצמאי. אך, לפי צורת המשפט האנגלי נק' המוצא שהמנהג מחייב ולכן בימ"ש חייב לפסוק לפי המנהג. [**פס"ד בישראל** על פיצויים, זה לא היה בחוק אך מכיוון שזה הנוהג ניתן פיצוי לאדם שפוטר מעבודתו]. לא כל נוהג הוא מנהג מחייב, ולא כל פרקטיקה היא מנהג. יש הבדל בין נוהג למנהג 🡨 נוהג הוא מה שעושים, ולא כל מה שעושים הוא מחייב, **אלא בכדי שדבר יחייב הוא צריך להיות: (1)**נוהג מושרש. **(2)** נוהג שעושים אותו בגלל שהוא מחייב.
* ההסבר של אוסטין לתוקפו שלמנהג לא מספק – כי הוא אומר שהמנהג מחייב מכוח ההחלטה של ביהמ"ש. המנהג הוא בעצם מקרה פרטי של פסיקה. בכדי לומר שמנהג מחייב צריך להגיש שבימ"ש חייב לפסוק לפי מנהג ולא אם יחליט. לפי אוסטין לא ניתן להגיד זאת כי המנהג הוא לא פקודה של הריבון!

**ניתן לראות שהתיאוריה של אוסטין לא מתאימה למשפט האנגלי - אך מתאימה למשפט האירופי הקונטיננטלי** 🡨 אשר שם התקדים והמנהג אינם מחייבים. **ואם תורתו של אוסטין מתאימה רק לשיטת משפט אחת, אז היא לא עונה על הדרישות של תורת משפט כללית**. **התיאוריה שלו מתאימה לשיטת משפט שמכירה רק בחוק של הריבון כמקור משפטי.** |
| **תיאוריית הפקודה לא מתאימה לכל סוגי הנורמות המשפטיות** | המשפט מכיל סוגים שונים של נורמות ולא רק נורמות המטילות חובה שלצידן סנקציה. יש סוגים שונים של חוקים: **כללים מטילים חובה, שמעניקים רשות\ כוח\ זכויות.** הוא טען שיש לראות את הבטלות של הפעולות האלה כסנקציה, כלומר הן "חובה מותנית". בפועל, אלו כללים שלא מסתדרים עם התיאוריה של אוסטין. **להכניס את כל המשפט למיטת סדום ולקבוע שזה שחוזה לא יהיה תקף או נישואים לא יהיו תקפים זה כאילו "סנקציה" על זה שהצדדים לא התנהגו נכון, זה עקום או לפחות לא חלק.** אלו חוקים שמרחיבים את האפשרויות של האדם. הם מאפשרים לאזרחים לפעול במסגרת אזרחית וזה שונה מהתפיסה של הפקודה ש'מגבילה' את פעילות האזרח (כמו המשפט הפלילי). **ניתן להציע פתרון לאוסטין** - נטען שחוקים שמעניקים זכויות לאזרחים הם חוקים שמטילים חובה על המדינה(גם את קשה לראות במובן של סנקציה, לא נטיל על הריבון סנקציה- לא נוכל לראות זאת כפתרון). |
| **מושג הריבון** | * **מושג הריבון מתאים למשטר מלוכני -** כאשר ישנו מלך המבטא את רצונו.
* **מושג הריבון לא מתאים לתפיסה שגם הריבון כפוף לחוק**. התפיסה שמי שהוא ריבון הוא מעל החוק מהווה תפיסה פשטנית שמתאימה לשלטון מלך או קיסר, אך במדינות דמוקרטיות הריבון לא נתפס כמי שהוא מעל החוק באופן מלא- הוא כפוף בצורה מסוימת גם לחוקה.
* **אוסטין לא מתייחס להמשכיות ולמצב בו השלטון מתחלף –** לפי המרצה, ניתן להסביר שצריך לתפוס את הריבון לא באופן פרסונלי כאדם או כקבוצת בני אדם, **אלא יש לתפוס את הריבון כמשרה של מחוקק -** ואז, זה לא משנה אם הריבון מתחלף, כי כבר ישנו הרגל ציות במדינה. [הביקורת הזו לא בהכרח ממוטטת את התיאוריה שלו].

הביקורת החריפה יותר נוגעת לכך שמושג הריבון לא מתאים לתפיסה שלפיה **גם הריבון כפוף לחוק**. גם ריבון שכפוף לאחרים הוא עדיין ריבון. (ביקורת של הארט). |
|  **מושג החובה** | זוהי ביקורת עקרונית וחשובה. לפי אוסטין חובה קיימת רק אם מישהו מטיל עלי סנקציה\מאיים עלי ולכן אני יודע שאם לא אעשה את מה שמצווה עלי אני ייענש. החובה היא **תחושה פסיכולוגית של איום**. הפירוש הזה מעלה קושי ש- מודגם באמצעות דוגמת השודד (של הארט) 🡨 **הריבון הוא שודד גדול שמאיים עלינו**.* **אוסטין**, העונש הזה יוצר תחושת חובה רק בגלל שהוא יוצר את התחושה הפסיכולוגית הזו של ההכרח, **אך יש להבחין בין ההכרח לבין החובה הנורמטיבית.**
* **הארט - הארט מציע לתת לאוסטין פירוש אובייקטיבי ולא פסיכולוגי 🡨 הסנקציה מתארת את התוצאה של העונש של המעשה של האדם.** אך עדיין זה לא פותר את הבעיה, **אוסטין** אומר שבגלל שיש סנקציה יש חובה, אך **הארט** אומר שזה הפוך - בגלל שיש חובה יש סנקציה.
 |

|  |
| --- |
| **סיכום:**  |
| * **אוסטין סיפק הסבר פסיכולוגי למושג החובה -** המתמקד בעניין התחושה של החובה.
* **הארט הציע הסבר אובייקטיבי למושג החובה של אוסטין** - לפיו זה לא בגלל התחושה, אלא בגלל שהאדם צופה את הסנקציה.
* **אך הארט טען שגם ההסבר האובייקטיבי הוא לא מספק -** משום שכל הרעיון הוא שהסנקציה לא יוצרת את החובה, אלא להפך - הסנקציה היא התוצאה של החובה.
* **לכן, זה מחייב את הארט להסביר את מושג החובה בצורה אחרת ↓**
 |

**מושג החובה לפי הארט**

|  |
| --- |
| **הארט הציע אלטרנטיבה למושג החובה של אוסטין**. **האם ישנה חובה מוסרית לפי אוסטין?**כאשר נגיד שמבחינה מוסרית יש חובה על איש עשיר לתת צדקה. לפי אוסטין אין חובה כזו משום שאין סנקציה בדבר. **האלטרנטיבה לאוסטין -** היא להגיד שחובה פירושו של דבר היא שלאדם יש **טעם טוב** לעשות את הדבר 🡨**תפיסה זו קשה תחילה כי גדלנו בעולם של שכר ועונש – לא תאכל, יבוא שוטר!****החובה יכולה לעמוד בקונפליקט מול רצונות פנימיים אחרים שיש לאדם ומול כל מיני אינטרסים שלו. אך לעומת זאת, כאשר לאדם יש טעם לעשות חובה היא גוברת על טעמים אחרים**. לכן, **האלטרנטיבה לאוסטין היא שאין לחשוב על החובה כדבר הנובע מאיום, אלא כדבר הנובע מטעם טוב וחזק לעשות אותו.** ישנו טווח רחב של טעמים - בכדי לעזור לעניים, לתרום לחברה. 🡨**אם יש טעם טוב וחזק לעשות את החובה, אז ישנה חובה**.(למטה בהרחבה) |

**חובת הציות לחוק**

|  |
| --- |
| החוק מטיל חובות על האזרח, וזה שהוא מטיל חובות מהווה טעם טוב. **האם עצם זה שהחוק אומר מהווה סיבה? או שיש להסתכל ישירות על הסיבה ולראות את התוכן שלה?*** **סמית** - **אין חובה לציית לחוק, ועלינו לשאול את עצמנו מה החוק אומר.** אם החוק מטיל חובות מסוימות שהאדם איננו מסכים עם טעמן, אין לו חובה לציית לחוק.
* **גנז** - **עצם זה שהחוק קובע משהו הופך אותו לחובה.** דעתו של גנז היא הפוכה מדעתו של סמית.

**"חובה נורמטיבית" להבדיל מה-"אילוץ"?** האילוץ נובע **מאיום קונקרטי**, והחובה הנורמטיבית היא עניין של האם יש **לאדם טעם טוב** לעשות אותה.חובות משפטיות הן אובייקטיביות משום שהחוק מטיל אותן ולכן מבחינה משפטית הן חובה. החוק מטיל עלינו סנקציות ולכן הוא יוצר עלינו חובה.בנוסף, **אם החובה תלויה באיום, בכדי שהיא תתממש האיום צריך להיות אפקטיבי. אוסטין מבלבל בין הכרח לבין חובה (על אדם לציית לשודד שמאיים- חובה)****האם מכך נובעת החובה הנורמטיבית?****המרצה לא חולק על אוסטין בנוגע לכך שאיום בסנקציה מעודד אנשים לפעול,** אך מציע אלטרנטיבה 🡨 מושג החובה הנורמטיבי לא תלוי בסנקציה, אלא הוא קשור בטעם לפעולה - אם לאדם יש טעם חזק לפעולה אז יש על האדם חובה.**ההסבר האלטרנטיבי לא מייתר את מושג הסנקציה מבחינה פרקטית**, **אלא הוא מבין את הקשר בין הסנקציה לחובה באופן הפוך** - לא בגלל שיש סנקציה אז יש חובה, אלא **בגלל שיש חובה יש טעם טוב ומוצדק להטיל עונשים על מי שלא מציית לכללים**. ישנה הצדקה להעניש את מי שלא נוהג בהתאם אליהם, ולכן **הסנקציה היא תוצאה של החובה ולא להפך**.* **לפי אוסטין** אין כלי להבנת החובה המוסרית, אוסטין יגיד שאין דבר כזה חובה מוסרית והמוסר הוא עצות טובות, מדובר ב"חובה" שאין בצידה סנקציה ולפיכך לא מדובר בחובה.
 |

# פוזיטיביזם: תורת המשפט של קלזן

|  |
| --- |
| **פוזיטיביזם: תורת המשפט הטהורה של קלזן** |
| קלזן היה משפטן אוסטרי ממוצא יהודי שפעל במאה ה-20. הוא מציע תורת משפט משוכללת. הולך בכיוון הפוזיטיבי. מודע לביקורת על אוסטין 🡨**מנסה לשכלל תורת משפט שתגדיר את המשפט כתחום נבדל מהמוסר.**  |
| **מהו המשפט?** **קלזן** מגדיר את המשפט **כמערכת של נורמות שיוצרות סדר חברתי, שנאכף ע"י המדינה**. [משותף לאוסטין שטוען שהמשפט הוא פקודה כללית של הריבון].  |
| **"תורת המשפט טהורה"- בטהורה** הוא **מתכוון ל-2 נקודות**:1. המערכת המשפטית כוללת **נורמות משפטיות** ולא נורמות אחרות (הפרדה בין משפט למוסר ודת).
2. מערכת המשפט מבוססת על **נורמות** ולא על עובדות. זו הבחנה חשובה בתיאוריה של קלזן.

\*דומה לאוסטין שמבחין את מערכת המשפט ממערכות נורמטיביות אחרות [מוסר, דת וכו'].  |
| **מצוי ורצוי** |
| ההבחנה היא בין **המצוי- העובדות**, **והרצוי – מה צריך להיות** (תפיסה ערכית). * **הטענה הבסיסית של קלזן היא שאי אפשר לבסס את המשפט על עובדות אלא יש להסתכל קודם על מה שרצוי ואין להסיק מהמצוי לרצוי- מעובדות על מה שצריך להיות.**

**הכשל הנטורליסטי🡨** זה הוא הכשל להסיק מסקנות ערכיות או נורמטיביות מהטבע. יש טענות של משפט טבע שאומרות בואו נראה איך הטבע מתנהג. צריך ללמוד ממנו איך להתנהג באופן נורמטיבי. **אבל**, לא כל גישות משפט הטבע הן כאלה. * **אריסטו** אמר שבני האדם קובעים את הנורמות ולכן המשפט בנוי על מסגרת נורמטיבית.
* **לפי קלזן, הנורמות הן לא עניין שניתן להסיק מעובדות. אלו נורמות כיוון שראוי\שרוצים שאלו יהיו נורמות.** הממד הערכי והנורמטיבי אינם נגזרים באופן לוגי מהטבע, אינם קיימים באופן טבעי. ביקורת זו שייכת גם לפוזיטיביזם. **עצם קיומה של עובדה מסוימת, היא כשלעצמה לא מטילה לעולם חובה נורמטיבית. חובה נורמטיבית היא בלתי תלויה לעובדה.** (**נוכל להשתמש בנתונים עובדתיים, אם יש הקדמה נורמטיבית שהיא בלתי תלויה בנתון העובדתי)**.
* **אוסטין** אמר שמכך שהריבון נותן פקודה הוא יוצר חובה.
* **קלזן** אומר **שהפקודה כעניין עובדתי לא יוצרת חובה- החובה נוצרת רק כתוצאה מנורמה בעצמה**. הוא שותף **לביקורת**(על אוסטין) (גם של הארט), שהאיום הפיזי לא יוצר חובה, העובדה שריבון נתן פקודה לא יוצרת חובה, גם העובדה של הסכמת העם לחוק לא יוצרת חובה. **רק נורמה יוצרת חובה!**
* **קלזן** תמיד יחפש להפריד בין היסוד הנורמטיבי ליוסד העובדתי.
 |
| **מערכת המשפט ומושג התקפות** |
| **מושג התקפות** | * **נורמה משפטית אינה מחייבת מאליה, אלא מכוח נורמה משפטית אחרת**. ליחס הזה קוראים **תקפות🡨 היחס שבין נורמות במדרגים שונים(קושר בין כל נורמה ספציפית לשיטה).** אנחנולא סתם שומעים לחוקים, אנו מצייתים לחוקים מכוח נורמה שקבעה שיש לציית לחוקים.
* **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.
* **הנורמה נעשית משפטית משעה שהיא משתלבת במשפט (ברגע שקובעים אותה בחוק היא הופכת להיות החוק).**

**נורמה משפטית לא תחייב כשלעצמה** אלא רק כאשר היא חלק מהמשפט. **בשונה מכך- נורמה מוסרית,** התוקף שלה לא נובע מכך שמישהו בעל סמכות קבע אותה / או שהיא משתלשלת מנורמה אחרת**, היא יכולה לעמוד בפני עצמה!** קלזן הוא ששרטט את פירמידת הנורמות שנראית כך בסדר יורד: **חוקה 🡨 חקיקה ראשית 🡨 חקיקת משנה 🡨 צווים 🡨 חוזים.** |
|  | אם אני יכולה לקשור נורמה אל מערכת המשפט – אדע שהיא תקפה בישראל.* **הבעיה**: אם כל נורמה משפטית נשענת על נורמה אחרת, **על מה נשענת הנורמה הראשונה (החוקה)?**

**קלזן** יוצר מושג שנקרא **"נורמה בסיסית"** – היא הנורמה הראשונית שאומרת שיש לציית לחוקה. **הנורמה הבסיסית לא כתובה בשום מקום**. היא הנחת יסוד ואין מוסד שיוצר אותה. הנורמה הבסיסית אינה "תקפה", היא איננה נשענת על נורמה אחרת. **כוחה נובע מהתוכן שלה. המשפט הוא כל מה שנובע מהחוקה. והוא מחייב כי יש נורמה לציית למשפט. [מוסר הוא לא רציונלי, המשפט כן].**. **אוסטין** היה טוען שהיא נשענת על הריבון. * ההבדל בין נורמה **בסיסית** ל-**משפטית**:
1. התוכן של **נורמה משפטית** לא מהווה תנאי לתוקפה. **נורמה בסיסית** הואיל ואין לה תוקף, תוכנה מחייב.
2. **נורמה בסיסית** פונה אלינו ואילו המשפט נובע מכוח המערכת.

**לרעיון של משפט פוזיטיבי טהור יש מגבלות-** המגבלה היא נקודת האפס, האקסיומה, נקודת מוצא שיש להניח את קיומה. **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?* **קלזן** **מבחן האפקטיביות** – יש לשאול האם הנורמות נאכפות ע"י המדינה? **המשפט שנאכף ע"י המדינה הוא המשפט הנוהג.** כל המערכות האחרות שאינן נאכפות הן מערכות וולונטריות ולא מחייבות.

**\*מבחן האפקטיביות קושר בין הנורמה המופשטת לנורמה הקיימת**. מאיפה הסמכות לכנסת לחוקק הוראות חוקתיות? **תורת הריבונות של הכנסת** – הכנסת היא הרשות המחוקקת העליונה והיא מוסמכת לחוקק על חוק.  |
| **ישנם שני סוגי יחסים בתוך פירמידת הנורמות:** |
| **יחסים דינמיים** | **נורמה משפטית אחת מעניקה כוח לנורמה אחרת ליצור נורמה נוספת.** לדוג'- בחוקה נקבע שהכנסת היא הרשות המחוקקת. |
| **יחסים סטטיים** | **היסקים ופרשנות של עיקרון קיים**. נורמות הכוללות תכנים שמגבילים את הכוח הדינמי. לדוג'- חקיקה ראשית שלא יכולה לסתור חוק יסוד אם זה לא בהתאם לפסקת ההגבלה.**הכוח הסטטי** הוא מנוגד **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. לכנסת יש את הכוח לחוקק כל דבר, אך מבלי לפגוע בזכויות קניין למשל.  |
| **סיכום ביניים**: קלזן הלך בכיוון של אוסטין בניסיון להגדיר את המשפט **כתחום נפרד.** מבחין בין **המצוי לרצוי.** השיטה הפוזיטיבית אומרת **שעצם זה שמשהו רצוי, לא אומר שהוא בהכרח קיים**. זו הבחנת יסוד בכל שיטה פוזיטיבית ש-**קלזן ואוסטין** שותפים לה. **הפוזיטיביסטים אומרים שמה שמחייב הוא המשפט המצוי**- מה שהכנסת חוקקה ומה שביהמ"ש קבע בתקדימים.**משפט הטבע מניח שכל משפט רצוי הוא גם מצוי**. אם הוא רצוי מבחינה מוסרית. **אוסטין** יצר את המבחן האולטימטיבי של פקודה של הריבון. **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**. הקושי בביסוס מושג החובה על סנקציה- 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,. מה שעומד ביסוד השיטה הוא לא אדם או מוסד, אלא **ביסוד השיטה עומדת הנורמה הבסיסית**.
 |
| **ביקורת על השיטה של קלזן:** |
| **פירמידת הנורמות אינה מתאימה לכל מקורות המשפט** | גם כאן הבעיה שראינו בתיאוריה של אוסטין. * **המנהג**- הוא לא מקבל תוקף ישיר מנורמה שמעניקה לו תוקף, אלא המנהג צומח מלמטה. **התיאוריה של קלזן לא נועדה להסביר שיטת משפט מסוימת אלא לתת תורת משפט כללית**. במובן הזה, אם היא לא מצליחה להסביר את מקור המנהג היא נכשלת בהתאמתה למציאות.

**מה התשובה האפשרית של קלזן?** אפשר לחשוב על כך שהחוק יצהיר בפירוש שהמנהג מחייב(הפניה מפורשת בחוק). * **פסיקה**- גם היא איננה מתיישבת יפה בתוך פירמידת הנורמות וגם כאן קלזן יכול להשתמש בגישה דומה לאוסטין, שאומרת שהמחוקק נתן תוקף לפסיקות ביהמ"ש בחוק. אם החוק יכיר בתקדים (למשל חו"י השפיטה) אזי שאפשר לפתור את העניין. (יש לעניין זה נפקויות בהיבט של מעמד והיקף הפרשנות של ביהמ"ש. במסורת המשפט המקובל, למשל המעמד של ביהמ"ש הוא עצמאי ובלתי תלוי בחוק).
 |
| **הנורמה הבסיסית אחידה ואינה רגישה לשיטות משפט שונות** | לפי **קלזן**, הנורמה הבסיסית("יש לציית לחוק") היא **אחידה**. בשיטות משפט בהן אין חוקה הנוסח הוא – "יש לציית לפרלמנט". **הניסוח הזה שוב מעמיד במרכז את המחוקק.** זו ביקורת דומה לביקורת על אוסטין🡨 הנורמה הבסיסית לא מביאה בחשבון שיטות משפט שאין בהן מחוקק (למשלך מדינה שיש בה מלך אבסולוטי). 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.** |

#

# פוזיטיביזם: תורת המשפט של הארט

|  |
| --- |
| **פוזיטיביזם: 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.
* **הארט** - שודד שמאיים בנשק על אדם ומבקש כסף, וזה לא מתקבל על הדעת שהוא מטיל עליו חובה! כי הדבר הזה **מבלבל בין מושג האילוץ [ההכרח] לבין מושג החובה הנורמטיבית** טוען ש**איום יכול לעודד ציות, אך הוא לא מטיל על בני אדם חובה נורמטיבית**.
 |
| **כדי להבין את המושג חובה צריך להבין את סוגי הכללים החברתיים:** |
| **הרגל** | **סדירות של פעולות**. למשל- חברה שלובשת (عبايات – גלביות).  |
| **כלל שקובע סטנדרט** | כללי לשון, כללי נימוס. עדיין אנו לא מדברים על הכללים הללו כחובה. |
| **כלל שמטיל חובה** | כללים שבעקבות הפרתם תבוא **תגובה ביקורתית או תגובה עוינת**. יש להבחין כאן בין:**כלל שמטיל חובה מוסרית** יש הבחנה בין מוסר נוהג לבין מוסר אידאלי:1. **מוסר אידאלי** = מוסר שהוא סובייקטיבי. יכול להיות במוסר האידאלי מחלוקת בנושאים כמו– הזנות, סחר באיברים, צמחונות ועוד. אלו כללים שאדם מאמין בהם והחובה מכוח הכללים.
2. **מוסר נוהג** = **זה מוסר פוזיטיבי, עובדתי.** מסתכלים על החיים בחברה וכך ניתן לראות מהו המוסר הנוהג. המוסר הנוהג ישקף לפעמים את המוסר האידאלי אך לא בהכרח. את הארט מעניין המוסר הנוהג.
* **אלו כללים חברתיים שמביאים לביקורת חברתית והחובה היא מכוחם של כללים אלו [לפעמים מי שמפר את המוסר האידאלי, לא בהכרח יזכה לגינוי חברתי].**

**כלל שמטיל חובה משפטית**: הביקורת על מי שמפר את הכלל תהיה **גינוי וענישה.** [רמת הענישה תשקף את דרגת הגינוי].  |
| * **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.
 |
| **ההבדל בין הארט לאוסטין מבחינת היחס בין הסנקציה לחובה:**  |
| * **אצל אוסטין – חובה משפטית חלק כאשר יש סנקציה. הענישה היא מקור החובה. הכוח מטיל אילוץ ומדברן בני אדם לציית.**
* **אצל הארט החובה לא נובעת מהענישה, אלא היא נובעת מהכלל. הענישה היא התוצאה להפרת הכלל! הענישה מעידה על חובת משפטית ולא מוסרית.**
 |
| **אפשר להתייחס לכללי החברה מ-2 נק' מבט:**  |
| **נק׳ מבט חיצונית** | **משקיף חיצוני אינו מקבל על עצמו את הכללים, אינו ראוה בכלל טעם לפעולה. הוא מזהה כללים🡨 הוא יכול לתאר את הכללים ותוצאת הפרתם.** דוג': משקיף חיצוני יכול לומר שבאור ירוק מכוניות נוסעות ובאור אדום הן עוצרות. הוא יגיד שמי שיסע באדום צפוי לו קנס.* הכלל המשפטי מנבא סנקציה
 |
|  **נק׳ מבט פנימית** | **משקיף פנימי רואה את הכלל כטעם לפעולה. הוא רואה את הכללים לא רק כניבוי לכך שתבוא סנקציה אלא כהדרכה איך לנהוג.** אלו שיכולים לראות את ההגיון\ההצדקה שמאחורי הכללים. הם רואים את הסנקציה כנגזרת מהפרה של הכלל שחיוני לחברה. דוג': הנהגים בכביש רואים אור אדום לא רק כניבוי לכך שהמכוניות יעצרו אלא כסיבה לעצור. * הכלל המשפטי הוא טעם לפעולה
 |
| **מה ההבדל בין טעם וסיבה?** * **המונח סיבה מניח סיבתיות טבעית**.
* **טעם מניח שלבני אדם בחירה חופשית והם פועלים לפי ההכרה שלהם [לא פועלים ע"פ סיבתיות]**.

**האתגר הוא בעצם חידוד ההבחנה בין המשפט למסור ומערכות נורמטיביות אחרות.** **ההבדל בין הארט לאוסטין: אוסטין ראה את החובה מנקודת מבט חיצונית ולא מנקודת מבט פנימית. הארט הציע אלטרנטיבה לאוסטין למושג החובה כטעם לפעולה.** |

|  |
| --- |
| **המשפט כשילוב של כללים ראשוניים ומשניים** |
| הארט נותן כדוגמא - **חברה פרימיטיבית(קדם משפטית)*** **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:** לפי **הארט**, מבנה כזה של חברה מתאים לקהילה קטנה. רק קהילה קטנה תוכל לחיות באופן כזה ללא מנגנון אכיפה מסודר.
 |
| **הליקויים שצפויים בחברה זו לפי הארט:** |
| **1.היעדר מקור מוסמך לחוק- אי וודאות** | הכללים לא יהיו ברורים מכיוון שהם לא כתובים בשום מקום. 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. |
| **2. היעדר מנגנון שינוי- סטטיות** | אין אמצעי להתאמת החוקים לנסיבות משתנות. ייתכנו שינויים בחברה כזו אך השינויים שנערכים בחברה כזו הם מאוד איטיים והדרגתיים. מאוד קשה לשנות את החוק ולכן יחסית הוא סטטי. |
| **3. היעדר מנגנון אכיפה- חוסר יעילות** | סכסוכים לגבי הפרת כללים יהיו תמיד ועשויים להימשך אם אין מי שיש לו את הסמכות להחליט בקשר לעובדת ההפרה. נלווית לבעיה זו בעיית הענישה. הענישה נמצאת בידיים של הפרט, שהושפע מהפרת הכלל, ולא ע"י מי שממונה על כך. יגרום לבזבוז זמן במאמץ הקבוצתי לתפוש ולהעניש את הפוגעים. מגדיל סכנה של נקמת דם הנובע מכך שאין גוף מרכזי שמטפל בסנקציות.  |
| **לוק** הצביע על היעדר מנגנון אכיפה יעיל ולגבי הזכויות. **הארט** כאשר אנחנו עוברים למצב של מערכת משפט משוכללת, היא מערכת שבאה לענות על 3 הבעיות בחברה פרימיטיבית. **הפתרון- הוספת כללים משניים** 🡨**הם מגדירים דרכים שבהם הכללים הראשוניים יכולים להתברר בוודאות, להיות מוצגים, להתבטל ולהשתנות וכלים להגדיר מתי הם מופרים – מי המוסד שיקבע את החוק, מי ישנה ומי יאכוף.** **מערכת משפט*** כללים ראשוניים המופנים לפרטים בחברה.
* כללים משניים המופנים לכללים הראשוניים.
* למעשה, מכוננים מוסדות חקיקה ושיפוט.
 |
| **לפי הארט, יש להבחין בין 2 סוגי כללים:** |
| **1. כללים ראשוניים** | כללים שכופים חובות על האזרחים. מסדירים מה מותר\אסור. |
| **2. כללים משניים** | כללים שמופנים למערכת המשפט עצמה. כללים שמסדירים אותה ומעניקים סמכויות. |
| **סוגי הכללים המשניים:** |
| **1. כלל הזיהוי** | * **הוא כלל שמזהה את החוק**.
* בצורה הכי בסיסית הוא מעלה על הכתב את החוק הנוהג או מצביע על ספר\לוח שבו כתוב החוק.
* בצורה משוכללת הוא מזהה מקור משפטי שיכול ליצור חוק (=מזהה את המחוקק).
* **הוא נועד לטפל בבעיית אי הוודאות.** **כללים שמגדירים את הדרך לזהות כלל ראשוני.**

**תפקידי כלל הזיהוי:** * מקור סמכותי לדעת מהו החוק;
* הופך את הכללים הראשוניים מכללים נפרדים **למערכת** של כללים.
* כלל ששייך למערכת הוא מזוהה ע"י כלל הזיהוי; [כל מה שב12 הלוחות הוא חוק (צורה בסיסית- פותר את חוסר הוודאות)].
* בצורה המשוכללת- כלל הזיהוי הוא מקור סמכותי ליצירת כללים\חוקים חדשים -פותר את הסטטיות. **נשאל**- איך כלל מזוהה עם מערכת השיטה? אם הוא נחקק ע"י המחוקק.

**כלל הזיהוי [כל התאוריות הפוזיטיביות מחפשות הגדרה לחוק]**:* זהה לנורמה הבסיסית של **קלזן**, לפיה יש לציית לחוקה. כלומר מכאן ואילך זיהו את החוקה ומכאן גם את החוק. כל מה שמבוסס על הנורמה הבסיסית שייך לחוק.
* לפי **אוסטין**, פקודה כללית של הריבון היא החוק.
* לפי **הארט**, מה ששייך לחוק הוא מה שמזוהה ע"י כלל הזיהוי.
 |
| **2. כללי שינוי** | * **מעניקים כוח לאדם או לגוף לשנות את הכללים הראשוניים - פותר את הסטטיות.**
* **קובעים פרוצדורה איך לשנות** [3 קריאות, הצבעה]
* מגדירים מוסדות משפטיים: מחוקק- כמי שיכול לשנו את הכללים הראשוניים, הליכי חקיקה, סמכות להתקין תקנות משנה וכן הלאה.
* **כלל זיהוי מפותח** הוא כלל שמכיל גם את **מנגנון השינוי** – מצביע על הגוף המחוקק שיכול לשנות.
 |
| **3. כללי שפיטה** | * **מעניקים כוח לאדם או גוף לקבוע האם הכללים הראשוניים הופרו**.
* קובעים את **הפרוצדורה** לעשות זאת.
* כללים אלו מגדירים **עקרונות מוסדות משפטיים:** עקרון השיפוט, בתי המשפט, סמכות שיפוטית ושפיטה.

פתרון לבעיית חוסר היעילות של האכיפה בלחץ חברתי. |
| **אוסטין** אומר שהמשפט הוא אוסף הפקודות שהריבון מטיל על אזרחים הוא המשפט.**הארט** אומר שזה רק צד אחד של המשפט. המשפט כולל מערכת פנימית שלמה שהיא כללים שיוצרים את המוסדות המשפטיים שלא מופנים אל הפרטים בחברה, אלא הם מופנים אל המערכת עצמה. כלל הזיהוי מגדיר מהו החוק, כללי השינוי שקובעים איך משנים את החוק וקובעים את מוסד החקיקה, וכללי השפיטה יוצרים את מערכת השיפוט. |
| **כלל הזיהוי** |
| **אין יודעים מהו כלל הזיהוי?** | **הארט** מחפש נורמה שנמצאת בבסיס מערכת המשפט🡨צריכה להיות נקודה חיצונית שעליה יהיה ניתן להישען- **"כלל הזיהוי".**הארט מדמה לכללי משחק- דוג' כדורגל. כלל הזיהוי הוא אותו כלל יסודי שלפיו המערכת מתנהלת **מבלי שהוא כתוב**. * **השחקנים בזירה משפטית פועלים לפי כלל הזיהוי-** הפקידים, השופטים והאזרחים מן השורה.
* **את כלל הזיהוי למדים מהתבוננות על דרך הפעולה של השחקנים.**
* נקודת המבט הטובה ביותר היא **בתי המשפט,** משום שהם מנמקים את ההחלטות שלהם. דרך פסקי הדין אפשר לדעת מהו חוק.
 |
| **מי קובע את כלל הזיהוי?** | כלל הזיהוי איננו מחוקק מלמעלה ע"י המחוקק, הוא **כלל שמתקבל באופן ישיר ע"י שחקני המשפט- בזירה המשפטית.** כלומר, ברגע מכונן (בד"כ הקמת המדינה או מהפיכות מסוגים שונים), מקבלים את כלל הזיהוי. שעה שקמה מדינת ישראל השתנה כלל הזיהוי מהחקיקה המנדטורית לחקיקה הישראלית. ביום בעצמאות – **מה שהשתנה הוא לא תוכן החוק – אלא מיהו המחוקק**. **באופן מעשי, במדינה מודרנית שבה מילוני בני אדם, כלל הזיהוי נקבע ע"י השופטים.**  |
| **מהו התוכן היותר מדויק של כלל הזיהוי?** | התוכן של כלל הזיהוי הוא **מקורות המשפט**. התוכן של מקורות המשפט יכול להיות שונה משיטה משפטית אחת לאחרת:* כלל הזיהוי **הבסיסי** מצביע על **החוק** (ספר\לוח).
* כלל זיהוי **משוכלל\מפותח** מצביע על **מחוקק\מקורות החוק**.
* כלל זיהוי **מורכב** מצביע על **מספר מקורות משפטיים**: חוקה, חוק, פסיקה, מנהג.
 |
| **תפקידו של כלל הזיהוי** | * **עונה על** **בעיית הוודאות** – נותן מבחן ברור למה הוא החוק.
* **תקפות**- מעניק תוקף לכללי המשפט. כלל משפטי הוא כלל תקף אם הוא מקבל את התוקף שלו מכלל הזיהוי. [שימוש במונח של **קלזן**]. בפירמידת הנורמות בשיטה של **הארט**: כלל הזיהוי. בשיטה של **קלזן**: הנורמה הבסיסית.
* כלל הזיהוי **מעניק אחידות למערכת המשפט**- כלל הזיהוי הוא המבחן האולטימטיבי מה שעומד בתנאי כלל הזיהוי, שייך לאותה שיטת משפט.
* כלל הזיהוי הוא **המקור האולטימטיבי של המשפט-** המקור האחרון של המשפט הוא כלל הזיהוי.
 |
| **סוגים של כללי זיהוי** |
| **1. כלל זיהוי פשוט** | מזהה מקור משפטי אחד (מחוקק). |
| **2. כלל זיהוי מורכב** | מזהה כמה מקורות משפטיים וגם **מדרג בניהם**: חוקה, מחוקק, בתי משפט, מנהג.. **כלל הזיהוי המורכב מכריע מי גובר על מי.** |
| **יש להבחין בין 2 צורות של כלל זיהוי מורכב:** |
| **זיהוי ישיר** | מכיר במספר מקורות של **משפט במקביל**. במודל הזה כל מקור משפט הוא עצמאי ויש לו כוח ללא זיקה למקורות משפטיים אחרים- **בית המשפט מקבל את התוקף הישיר שלו מכלל הזיהוי.****כלל הזיהוי הישיר מזהה את – הפרלמנט, בתי המשפט ואת המנהג.** |  |
| **זיהוי ע"י גזירה** | הוא מכיר במקור משפטי אחד עליון, וממנו גוזר את שאר המקורות המשפטיים האחרים. בדגם זה, עצם הסמכות של המקורות המשפטיים מגיעה מהמקור העיקרי. |  |
| **חוק יסודות המשפט-1980:** בעבר, כשבימ"ש נתקל בשאלה שאין לה תשובה הוא הכריע לפי מה שקובעים בתי המשפט באנגליה. **בחוק יסודות המשפט** נקבע כי ביהמ״ש כבר לא תלוי בבתי המשפט של אנגליה אלא לפי עקרונות שנקבעו בחוק המונה את המקורות של המשפט בישראל. **חקיקה 🡨הלכה פסוקה🡨היקש 🡨עקרונות הצדק, היושר והשלום של מ"ע ושל מורשת ישראל.** המקור המשפטי שנעדר מהחוק הוא **המנהג. המנסחים** של החוק השמיטו אותו מכמה סיבות: (1) הוא לא וודאי- קשה לזיהוי. (2) המנהג נקבע מלמטה, מהשטח וזה לא תמיד מוצא חן בעיני המחוקק. **האם המנהג אינו מקור מחייב בישראל**? לעיתים המחוקק עצמו מפנה למנהג ורבים סבורים שמנהג מחייב. אך זה תלוי באיזה דגם מחזיקים: * אם כלל הזיהוי הוא **גזירה**, **המנהג אינו מחייב** כי המחוקק לא מנה אותו בחוק יסודות המשפט.
* אם כלל הזיהוי הוא **ישיר**, אז המחוקק לא משפיע על עצמם המעמד של בתי המשפט ושל המנהג. המחוקק לא מנה את המנהג אבל בכך לא ביטל בו בגלל ההכרה הישירה של כלל הזיהוי.

יש לכך השפעה ישירה על בתי המשפט, **בתי המשפט מניחים שהמנהג מחייב. המנהג שואב ישירות את כוחו מכלל הזיהוי**. השופט ברק מתייחס לזה והוא בוחר בשיטה של זיהוי ישיר. ממשיכים את השיטה הבריטית. **הנפקא מינא הוא הכרה במנהג והכרה בבתי המשפט שלא בכפוף למחוקק, דהיינו הכרה עצמאית למעמד בתי המשפט.** **דגם הזיהוי בישראל הוא כלל הזיהוי הישיר**.  |
| **השוואה לאוסטין** |
| **כלל הזיהוי איננו תלוי בריבון** | אצל **אוסטין** הכל התחיל **בריבון**. אצל **הארט** כלל הזיהוי הוא כלל **חברתי פוזיטיבי, שקיים בחברה בפועל**. השאלה היא מה החברה מקבלת כחוק. זו אינה שאלה שתלויה בגוף שהוא ריבון. **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. |
| **כלל הזיהוי מתאים לכל מקורות המשפט** | כיוון שכלל הזיהוי הוא עניין חברתי עובדתי הוא מתאים לכל מקומות המשפט והוא אינו מוגבל לחקיקה כפי שהיה בתורת הפקודה. כלל הזיהוי יכול לכלול את התקדים והמנהג כמקורות מחייבים אם פועלים לפיהם בפועל. **אוסטין** היה צריך לעשות תעלולים כדי לומר שהואיל והכוח של המדינה עומד מאחורי הכללים האלה אז רואה אותם גם כפקודות |
| **כלל הזיהוי מתאים לכל סוגי הנורמות** | כלל הזיהוי לא מצומצם לכללים שמטילים חובה בלבד, הוא מתאים לכללים נוספים כמו כללים שמעניקים כוח או זכויות. כלל הזיהוי מזהה את כל סוגי הנורמות אם אלו חוקים נוהגים.המודל של **אוסטין** חייב להיות ריבון וממנו הכל יוצא. תמיד הריבון הוא מקור המשפט [המלך או הפרלמנט] |
| **כלל הזיהוי מתאים לשיטות משפט שונות** | כלל הזיהוי מתאים לשיטות משפט שונות. כלל הזיהוי הוא גמיש בהיבט הזה כיוון שהוא יכול להתאים את עצמו לשיטת משפט מקובל, דיקטטורית, דמוקרטית וכן הלאה. כלל הזיהוי הוא תיבה פתוחה שניתן למלא אותה ביחס לכל שיטה.  |
| **השוואה לקלזן** |
| **כלל הזיהוי הוא מוחשי** | **הנורמה הבסיסית** היא מושג מופשט (פיקציה) ואילו **כלל הזיהוי** הוא כלל חברתי (פוזיטיבי). כלל הזיהוי הוא עובדה חברתית. |
| **התאמה לשיטות משפט שונות** | **נורמה הבסיסית** של קלזן היא **קשיחה** (אחידה) היא לא מתאימה את עצמה לשיטות בהן יש גם תקדים או מנהג. **כלל הזיהוי** הוא **גמיש** לעומת זאת, ומתאים לשיטות משפט שונות. |
| **תוקף הנורמה** | לדעת **קלזן**, תוקף נורמה מותנה באפקטיביות שלה. לדעת **הארט** האפקטיביות משקפת נקודת מבט חיצונית ושואלת האם החוק נאכף. למתבונן הפנימי אין עניין באפקטיביות. האפקטיביות אינה תנאי לתקפות, כי תקפות מבטאת נקודת מבט פנימית ושואלת האם הכלל נאכף. |

**הפרדה בין המשפט למוסר - הארט**

* **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**

**המטרה של ההוגים הפוזיטיביסטים 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.

**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.

**טענת אנשי הטבע:** החוק הוא חוק רק אם מתאים לעקרונות צדק מופשטים.

**ביקורת היסטורית**

* המשפט הגרמני היה מבוסס על עקרון החוקיות הפוזיטיבי ("מדינת חוק").
* העיקרון הזה לא מנע את הפיכת המשפט הגרמני למשפט נאצי. **מסמל את הכישלון של הפוזיטיביזם**
* אילו המשפט היה מבוסס על עקרונות מוסריים אי אפשר היה להפוך את החוק לחוק מרושע.

**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

**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

**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: **רדברוך** 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. (הוא מודע לוויתור על עיקרון החוקיות).
* הבעיה עם **חוק רטרואקטיבי: לא ידעתי שמעשה הוא אסור -** הואיל שמבחינה מוסרית המעשה היה פסול, אז הקביעה הרטרואקטיבית היא לא חידוש.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.**

**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];
* 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. פולר אומר שיש קשר בין הדברים- החוקים הנאצים מתאפיינים בעבירות מתמדת על מוסריות פנימית. מכשירים בדיעבד פשעים. דוגמה: ליל הסכינים הארוכות ומחנות ריכוז.
* **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] מבטיח גם את המוסריות החיצונית. 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.

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**.**

|  |
| --- |
| **הביקורת המוסרית נגד הפוזיטיביזם** |
| הביקורת הזו הגיעה על רקע הניסיון של מלחמת העולם השנייה. **הביקורת אומרת שהניסיון של המשפט הנאצי מלמד שיש צורך להתאים את המשפט למוסר**. הגישה של "חוק הוא חוק" הביאה לכך שאנשים צייתו לחוק הנאצי. הגישה הפוזיטיבית אפשרה את היחס המקבל והלא מתקומם ביחס לחוקים הנאצים הבלתי מוסריים.**הארט סבור שהמשטר הנאצי לא התקיים אודות להפרדה בין חוק למוסר אלא כתוצאה מהליכים היסטוריים**. לדעתו, מדובר במקרה חריג שלא משליך על הכלל. בניגוד למבקרים, הוא טוען שלפוזיטיביזם יש ערך כיוון שהוא עושה את ההפרדה בין החוק למוסר ומשכך אפשר להעריך בצורה נכונה את החוק ולשנותו. ההפרדה החדה והברורה בין משפט הטבע לחוק הפוזיטיבי היא כלי שמאפשר לשפר וליעל את החוק. אדרבא, דווקא הטשטוש בין משפט למוסר הוא שמוביל למציאות בה מקדשים חוקים שאינם ראויים. אם במישור החברתי לא נדע לבקר את החוקים ע"ב ערכים מוסריים, הרי שהתוצאה בפועל תהיה ציות לחוקים בלתי ראויים ורעים. |
| **עולה השאלה, איך אפשר לשפוט פושעים** נאצים או משתפי פעולה עם הנאצים אחרי המלחמה כאשר הם פעלו בזמנו ע"פ חוק? | **הפתרון של ביהמ"ש** היה להגיד שהחוק לא היה תקף לפי עקרונות משפט הטבע. הם הסתכלו על עקרונות מוסר על חוקתיים וקבעו שהחוק הנאצי היה מנוגד לעקרונות מוסר אוניברסליים ולכן בשעתו היה בלתי תקף. **הארט לא מקבל את הגישה הזו**. בעניו החוק היה תקף כיוון שחוק לא מתבטל אם הוא אינו מוסרי. **הפתרון של הארט**- צריך לשפוט את אותם פושעים נאצים ע"ב חקיקה רטרואקטיבית. זו פגיעה בעקרון החוקיות אך יש לספוג אותה כיוון שזה הרע במיעוטו (האופציה השנייה היא לא להרשיע כלל). אלו מקרי קיצון בהם המוסר גובר על המשפט.  |
| **הארט מבקש להפריד בין ההכרה בתוקפו של החוק לבין חובת הציות לו.** | ישנם מקרים בהם למרות שהחוק קיים, ישנה חובת אי ציות לחוק. ברגע שהחוקים מגיעים לשפל מוסרי מסוים, אזי ישנה מחויבות מוסרית בסיסית להתנגד להם ולא לסור למרותם. כך היה ראוי לנהוג עם החוקים הנאצים. הגישה הפוזיטיבית, בניגוד למה שחושבים, לא מתעלמת לגמרי מהמוסר היא רק מפרידה בינו לבין המשפט בהבחנה המושגית. |
| **האם לגמרי אין קשר בין משפט למוסר? האם החוק לא צריך לעמוד באיזשהו מינ' של דרישות מוסריות?** | הארט אומר שיש היבט פנימי במושג של חוק שאם הוא לא יתקיים זה כלל לא יהיה חוק. ההיבט הזה הוא סטנדרט מינ' של מוסר בתוך החוק. משפט הטבע לוקחים את התפיסה הזו עד הסוף- אם חוק הוא לא מוסרי הוא לא חוק. הארט מקבל היבט מסוים של העמדה הזו. הוא מדבר על מינ' של מוסר שצריך לבוא לידי ביטוי בחוקים. בהיבט המוסרי **יש ההבחנה היא בין חוקים ספציפית לבין מערכת המשפט כולה**. מערכת המשפט כולה חייבת לעמוד בסטנדרט מוסרי מינימלי. **מערכת משפט צריכה להסדיר את ההתנהגות האנושית הבסיסית**. למשל- היא צריכה לספק הגנה על החיים, הרכוש, מניעת אלימות וכו'. מערכת משפט שלא תעשה זאת, היא לא תהיה מערכת משפט אפילו אם היא תהיה מעוגנת בחוקים. חוקים ספציפיים לא חייבים להיות צודקים או מוסריים במהותם אבל כל מערכת משפטית בכללותה חייבת להכיל חוקים שמסדירים מערך בסיסי של חיים אנושיים. |

# גישות פרשניות למשפט

|  |
| --- |
| **גישות פרשניות למשפט** |
| נושא זה עוסק **בגישות פרשניות למשפט**. בהיסטוריה של המשפט האמריקאי והמערבי בכלל, במחצית השנייה של המאה ה-19 עד מלחמת העולם הראשונה, השיטה ששלטה היא השיטה הפורמליסטית. אחרי מלחמת העולם השנייה התפתחה איזושהי תגובת נגד שהיא הגישה הריאליסטית שהיא הובילה להתפתחויות הדרמטיות של תורת המשפט במחצית השנייה של המאה ה-20.  |
| **מבוא – פורמליזם וריאליזם** |
| **פורמליזם משפטי** |
| * פורמליזם **כתכונה כללית** של המשפט.
* שיטת פרשנות מסוימת- **אפיון גישה פרשנית**.
* **תורת משפט-** כתיאורה מסוימת של המשפט.
 |
| **א. פורמליזם כתכונה כללית של המשפט** |
| המילה פורמליזם לקוחה מהמילה צורניות. הרעיון הוא **הדגשת הצורה לעומת התוכן**. מה שמאפיין את המשפט זה היותו בעל מרכיבים צורניים. **למשפט יש כל מיני היבטים פורמליים:** |
|  **ארגון הנורמות במערכת פורמלית בעלת היגיון פנימי** | **מימד אנכי:** חוקה, חקיקה ראשית, חקיקה משנית, צווים. **מימד אופקי:** הפרדת תחומי המשפט למשפט ציבורי מול פרטי; בתוך משפט פרטי בין חיובים לקניין; בתוך חיובים בין נזיקין וחוזים; וכן הלאה. |
| **נתק בין המשפט למטרות הערכיות והחברתיות שלו** | כלומר, החוק קובע כללים משפטיים והם יוצרים חציצה בין התכלית שלהם לבין הכלל עצמו. **לדוג':** החקיקה מושתתת על מטרות אך ברגע שנחקק הכלל הוא הכלל שלפיו פועלים ולא חושבים אם זה תואם לתכלית או לא. מכאן והלאה נתייחס רק לכלל ונפעל לפיו גם אם הוא לא משיג את המטרה בצורה המיטבית. הכללים, מרגע שנוצרו, יוצרים נתק בינם לבין מטרתם. החריגים הם מקרים בהם באים לפרש את החוק ואז חותרים להתאים את הפרשנות לתכלית החוק. בהיבט הזה יהיה ויכוח בין פרשנות פורמליסטית לפרשנות שאינה פורמליסטית. **מדברים על פורמליות בהיצמדות לכללים ולא לטעמים**. |
| **דרישות צורניות** | המשפט מלא **בדרישות צורניות** שמופרדות מהתוכן. דרישת כתב, מועד ערעורים וכו' . |
| **למה מערכת המשפט בנויה באופן כזה?** מערכת המשפט שמה לה ליעדים מרכזייםאת **הוודאות, יציבות, שוויון ויכולת תכנון.** הפורמליזם היא תכונה אינהרנטית של המשפט. אין משפט ללא פורמליזם. |
| **ב. פרשנות פורמליסטית** |
| פרשנות שמדגישה את **הפרשנות המילולית** של הכללים המשפטיים. פרשנות שמפעילה כללים לוגיים**. פרשנות שצמודה יותר לכלל מאשר לתכליתו [פרשנות מילולית בניגוד לפרשנות תכליתית]**. בכל תחום יש מתח בין פורמליזם לתכלית. ישנה טענה כללית בהיסטוריה של המשפט, שהמשפט בתחילתו היה פורמליסטי ולאט לאט עבר לגישה אנטי-פורמליסטית.  |
| **פס"ד פאול קניג נ' יהושוע כהן** | יחסים קשים בין בני הזוג, מה שהוביל את האישה להתאבד, היא כתבה צוואה בכתב יד. **כוונתה הייתה ברורה- היא רצתה לחלק את רכושה למשפחתה והיא לא רצתה שבעלה יקבל דבר**. **הבעיה** הצוואה לא עומדת בתנאי ס'19 לחוק הירושה: **3 תנאים פורמליים שהחוק דורש- כתב ידו של המצווה; חתימה; ותאריך.** [חסר תאריך וחתימה] ס' 25 לחוק הירושה – אם לשופט לא היה ספק באמתותה של הצוואה הוא רשאי לאשר אותה חרף הפגמים. **מחוזי** – הבעל קיבל את הרכוש למרות התנגדות המנוחה. **בעליון:** * **לוין(רוב):** הצורך בחתימה ובתאריך כתובים בכתב ידו של המנוח היא **קונסטיטוטיבית, ובהיעדרם לא תיכון צוואה**, המשמעות הרגילה של הדיבור **"פגם"** היא החסרת משהו מהשלם ולא "חסר"- יש כאן חסר ולא חתימה מטושטשת. לכן, אין להעלות מן הדברים האמורים (ס'25- מדבר על פגם) **דבר לגבי הכשרת מסמך**, שמרכיבי היסוד של צוואה נעדרים ממנו. 🡨 **ירושה ע"פ דין**.
* **ברק**: **המגמה היא להגשים את רצון המת**, ברק הולך לפי התכלית. המחוקק נתן אפשרות הכשרת הפגם. ועל כן יש לפרש באופן רחב את מושג "הפגם" וללכת בעקבות פרשנות תכליתית. גם אם החוק קובע דרישות פורמליסטיות אין על הפרשן להיות פורמליסט בפרשנותו. ברק מודה בפורמליסטיות של הדרישות אך אין לפרש באופן פורמליסטי. עלינו להגשים את תפיסת היסוד החקיקתית הגלומה בחוק הירושה. 🡨 **מכשיר את הצוואה.**
* **אלון**: מציע להתייחס לצוואה הזו כצוואה של "שכיב מרע" (ראתה את עצמה לפני המוות) ס' 23 לחוק הירושה, למרות שחסרים עדים, אם בימ"ש ישתכנע בנכונות הצוואה הוא רשאי לקיימה בלא עדים.

העתירה נדחתה. שופטי הרוב מעדיפים- וודאות, ביטחון, יכולת תכנון. הם מוכנים "להקריב" את המקרה המסוים הזה לטובת האינטרס הכללי של הציבור. הם לא אומרים זאת, אך זו המסקנה מדבריהם. **הדרישות הפורמליות מחייבות**. למרות שלא חולקים על כשירות האישה ואמיתות הצוואה, **זו אינה צוואה בכתב**. בעקבות כך **תוקן החוק, החוקק הרגיש שהחוק מוטעה** ונקבע כי לביהמ"ש הסמכות לקבוע שהצוואה תקפה גם ב**העדר** פרט מן הפרטים הנדרשים. |
| **סיכום**: 1. היצמדות לכללים המשפטיים.
2. פרשנות מילולית ולוגית לעומת פרשנות תכליתית.
3. ניתוק המשפט מן הממד הערכי והחברתי- הפרשן הפורמליסט לא ישים דגש על התכלית של החוק אלא על הפורמליות.
4. וודאות ויכולת תכנון כיעדים המרכזיים של המשפט.
5. יצירתיות מוגבלת בהליך שיפוטי.

**נושא הפרשנות הוא בוויכוח עד היום, בין השופטים השמרנים-פורמליסטים לבין השופטים האקטיביסטים.** |
| **ג. תורת המשפט הפורמליסטית** |
| * הפורמליסטים המשפטיים טוענים שמערכת המשפט היא **גוף אוטונומי וסגור של נורמות**. כלומר, אין לפנות למקורות חוץ משפטיים.
* המשפט הוא **מערכת שלמה של נורמות**- לכל בעיה משפטית יש פתרון במשפט. זו הנחה אפריורית שהמשפט יכול לפתור כל בעיה.
* **החלטות משפטיות מבוססות על פרשנות מילולית ולוגית של הכללים המשפטיים**. מניחים שיש מובן ולפי מחליטים – ניתוח פרשני מילולי, לוגי, קונספטואלי.
* ההליך השיפוטי הוא הליך של גילוי **התשובה הנכונה**. השופט לא מייצר, הוא מיישם את החוק – מפרש מילולית, לוגית, קונספטואלית.

**החלטה שיפוטית מזכירה חשיבה מתמטית גאומטרית 🡨 מוכיחים מתוך המשפט הקיים משפט חדש.****פס"ד לוכנר –** מחד יש את דיני החוזים – אסור להגביל את החוזה בין הצדדים. מאידך יש פערי כוחות בין הצדדים מה שהוביל לניצול העובדים והפיכתם ל"עבדים". הפרשנות הפורמליסטית התייחסה לחוקים הקיימים כאל משהו שלא ניתן לפגוע או לשחק איתם(בהרחבה למטה).  |
| **היחס בין פורמליזם לפוזיטיביזם**  |
| לכאורה, יש קירבה שמזוהה ע"י רבים. אם נדקדק בעניין נראה שאין זהות מוחלטת. **ויכוח לבין משפט הטבע**: |
| **מקור המשפט:** | **פוזיטיביזם מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעובדה חברתית. לעומת זאת, משפט הטבע מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעקרונות מוסר\צדק מופשטים.** עמדה פורמליסטית יכולה לקבל תפיסת משפט טבע. מכאן יוצא שעמדה פורמליסטית של משפט טבעי לא מתיישבת עם עמדה פוזיטיביסטית. פורמליזם לא מחויב לעיקרון הפוזיטיבי שמשפט מקורו בחברה, פוזיטיביסט יכול לחשוב שמערכת המשפט מחויבת למקורות על של צדק טבעי. |
| **מבנה המערכת** | **פורמליזם מחויב לעמדה שההליך המשפטי מבוסס על מקורות משפטיים ועל פרשנות מילולית ולוגית, דהיינו זו מערכת סגורה ושלמה**- יכול להכיר במשפט טבעי או בפוזיטיביזם. מנגד, פוזיטיביסט לא חייב לראות את המשפט כמערכת סגורה. הוא יכול להיות פוזיטיביסט ולהגיד שהמשפט מקורו בחברה, אך במשפט יש חללים ואותם יש להשלים באמצעות עקרונות חוץ משפטיים. |
| * **פלוני נ' פלונית-** האם ניתן לפנות לעיקרון מוסרי? פירשו באופן רחב את אי מסוגלות הורית, חשין הכריע לפי עקרון מוסרי.
* **קניג נ' כהן –** היצמדות מילולית. פרשנות מילולית. פורמליזם כגישת משפט היא מצומצמת ומחייבת!
 |
| **הריאליזם המשפטי** |
| תנועה שצמחה כתגובת נגד לפורמליזם בארה"ב בראשית המאה ה-20. **מבשר התנועה היה אוליבר גו'ן הולמס (1935-1841) שופט בימ"ש העליון בארה"ב** והמשכו היה בקבוצה של שופטים ואחר"כ גם מלומדים, שיצרו 'תנועה' שביקרה את העמדה הפורמליסטית ששלטה עד אז בתורת המשפט. **הם אמרו כמה דברים**:* **יש להתבונן במשפט כפי שהוא (במציאות), ולא בתיאוריה. Law in the book – law in action**
* **הגורם המכריע בקביעה מהו חוק הם בתי המשפט. לפיכך צריך להתבונן בדרך הפעולה של בתי המשפט.**
 |
| פס"ד **שהולמס היה בדעת מיעוט**-מפורסם, **פס"ד לוכנר**- באירופה התפתחה, בעקבות המהפכה התעשייתית, התנועה הסוציאליסטית שדרשה זכויות לעובדים. בראש ובראשונה הם דרשו תנאי עבודה הולמים (הגבלת שעות העבודה, תנאים פיזיים הולמים, שכר מתאים וכו'). בארה"ב, לעומת זאת, קידשו את הקפיטליזם ושמו דגש על חירות. המציאות הייתה שאנשים בארה"ב עבדו ב'סדנאות הזיעה', כלומר בתת-תנאים. על רקע מציאות זו, עיריית ניו יורק מעוניינת לחוקק חוק שעות עבודה וקובעת שמותר לעבוד עד 10 שעות ביום יחד עם יום חופש אחד בשבוע. לאחר שחוקק החוק, מאפיה בניו יורק פונה לביהמ"ש העליון וטוענת שהחוק לא חוקתי כיוון שהוא פוגע בחופש החוזים. חופש החוזים קובע שצדדים יכולים לקבוע בניהם כל שירצו. המאפיה מחתימה את העובדים שלה בחוזה שיעבדו 7 ימים בשבוע במשך 12 שעות. ביהמ"ש העליון האמריקאי קובע שהחוק לא חוקתי ומבטל את החוק. **ביהמ"ש העליון תפס את עקרון חופש החוזים כעקרון סגור ומחייב שאי אפשר להפר אותו, ולכן ביטל את החוק. השופט הולמס היה במיעוט בפס"ד ואמר שהמטרה של ביהמ"ש אינה רק חופש חוזים וצריך לקחת בחשבון ערכים נוספים**.  |
| **הפרדה בין משפט למוסר** |
| **הולמס מאמץ את ההפרדה הפוזיטיבית בין משפט למוסר:** * המוסר מחייב **הזדהות**. המשפט לא מחייב זאת- המוסר הוא עניין וולונטרי.
* המשפט הוא הפעלת **הכוח** של המדינה.
* "האדם הרע" שאיננו מחויב למוסר **מעוניין** בחוק.
* "האדם הרע" רוצה **להימנע מנחת זרועו** של החוק.
 |
| **מהי חובה משפטית? חובה משפטית היא ניבוי שאם אדם יעשה מעשה כלשהו או יימנע ממעשה כלשהו, הוא יסבול באופן כזה או אחר כתוצאה מהחלטת ביהמ"ש**. 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. |
| **אם כן, מהו חוק?** **החוק הוא תחזית של מה שביהמ"ש יפסוק.** כלומר, את הולמס לא מעניין מה 'כתוב בספר' הוא לא מחפש 'פקודה של הריבון', אלא מעניין אותו החוק שמופעל בשטח. הולמס מנמק תפיסה זו- מכיוון שמה שמעניין את 'האדם הרע' הוא איך המשפט ישפיע עליו. אזי מה שיקרה בפועל הוא החוק. אם יש חוקים שלא יאכפו אותם במציאות זה לא חוק. **אם חוק ייאכף וביהמ"ש יאכוף אותו אזי שהוא חוק אמיתי**. כדי להבין את גישתו של הולמס צריך לצאת מנקודת הנחה שיש פער בין מה שהמחוקק מחוקק בספר, לבין החוק שמופעל בשטח. זה פער הכרחי, הוא לא טעות, וביהמ"ש משמש כסנן ע"י פרשנות החוק וכך ניתן להבחין מהו באמת החוק.  |
| **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.
 |
| **החידוש של הולמס** | **מקובל להניח שהחוק בנוי באופן לוגי. שמעקרונות מופשטים נגזרים כללים ספציפיים**. הולמס אומר, **שההיגיון שבחוק לא ממצה אותו**. **החוק לא נועד רק להגשים את עצמו החוק נועד להשיג מטרות חברתיות.** **חיי המשפט אינם היגיון אלא ניסיון.** הכוונה של הולמס הוא הניסיון של השופטים. הניסיון הוא כלי לפסוק נכון בהתאם לתכליות החברתיות שמאחורי החוקים. **מה שצריך להשפיע הם תכלית החוק והתועלת החברתית**. בעצם מהגישה של הולמס נולדה **גישת הפרשנות התכליתית** – היא פרשנות שמגיעה מהגישה הריאליסטית. בתי המשפט לא רק מסיקים מסקנה מהחוק הם גם מחדשים. בתי המשפט צריכים גם לחשוב מחדש על דברים לאור התכליות המעשיות שהם רואים במשפט. **פרשת קניג** – לפי ההיגיון זו לא צוואה.  |
| **ביקורת של הגישה של הולמס** | * אם המשפט הוא רק תחזית של מה יעשו השופטים, עולה השאלה מהו המשפט מבחינת השופטים עצמם? **זו נקודה שמעלה חשש לפגיעה בדמוקרטיה, ויצירת אי-וודאות מצד האזרחים**.
* אי אפשר לחשוב על המשפט רק ככוח, זוהי נק' מבט "חיצונית" (כפי שכינה אותה הארט). המשפט הוא גם טעם להתנהגות – לפי נק' מבט "פנימית". **יש לחשוב על המשפט גם באופן חברתי ולא רק כוחני. חובה צריכה להיות טעם לפעולה ולא מהציפייה לסנקציה. ביקורת זו היא כמו הביקורת של הארט על אוסטין.**
 |
| **ביקורת הריאליזם על הפורמליזם** |
| **ספקנות כללים**: * **כלליות הכללים-** **הכללים המשפטיים מנוסחים בצורה כללית ומכסים מגוון רחב של מקרים אפשריים**. **יש מקרים שאם נחיל בהם את הכלל נקבל תוצאה לא ראויה- שמנוגדת לתכלית הכלל** (**רצח הסבא**). יש **מקרים שאינם נופלים בגדר כלל כלשהו ואז יש חסר**. הכללים לא יכולים לחסות את כל המקרים ולכן אנו נמצאים במצב שבו בעצם הכללים המשפטיים לא מספיקים ויש צורך בפרשנות תכליתית בהתאם למקרה הספציפי. **אריסטו** – הבחנה בין צודק והוגן, תרגיל מחשבתי- 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.
* **עמימות סמנטית- לכל מונח ולכל כלל משפטי יש ריבוי משמעות ["פגם" או "חסר"). בלתי אפשרי לייצר כללים חד משמעיים לפיכך, נדרשת פרשנות**.
* נדרשת פרשנות לכל כלל משפטי, באותם מקומות עמומים. הפרשנות הזו תהיה מבוססת בהכרח על תכלית. אם לא, היא תהיה שרירותית(אופניים בפארק).
* **ריבוי דוקטרינרי**- **במשפט יש ריבוי כללים- מחייב בחירה מה הכלל שחל על המקרה.** כל דוקטרינה משפטית כוללת לפחות 2 מגמות הפוכות[**רצח והגנה עצמית- כלל ויוצא מן הכלל**]. לפני השופט תמיד מועלים 2 צדדים של אותו כלל משפטי ולכן יש צורך בבחינה של השופט את המקרה הספציפי, ריבוי הכללים מאפשר לו תמרון בתוצאות המשפטיות. **עקרונות: תו"ל וסבירות**.

**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".

**מסקנות אנטי-פורמליסטיות (ריאליסטים**):* **המשפט איננו שלם- אין בו תשובה לכל שאלה.** הטענה שהשופט משלים את החסר באמצעות היסקים מתוך החוק היא טענה לא נכונה. מהלך זה מביא לתשובות שאינן מתאימות. באופן עובדתי המשפט איננו שלם כיוון שהמציאות כל הזמן משתנה. ישנה התפתחות טכנולוגית\חברתית ולכן יש צורך לחדש את המשפט.
* **המשפט איננו ולא צריך להיות סגור- יש לפנות למקורות חוץ משפטיים**. כדי להשלים את החוסר במשפט יש להשתמש במקורות חוץ משפטיים ולהתאימו למציאות. את זה יש לעשות ע"ב התכלית של החוק.
* **כל החלטה שיפוטית היא יצירה ולא גילוי**- לכל מקרה יש מאפיינים ייחודים משלו. הכללים מאוד כלליים ותיאורטיים. השופט מחליט מול מקרה מסוים מחדש. לפי הריאליסטים השופטים תמיד מפעילים שק"ד.
* **הולמס** מתייחס לתקדים ככל משפטי, הוא ילך איתו עד שיצור תוצאה לא טובה ואז יחרוג בשם תכלית חברתית.

**בעיות בתיאוריה הריאליסטית*** האם יש משפט אובייקטיבי או שהוא כולו יצירה של השופטים?
* אם אין משפט אובייקטיבי, אז יש כמה בעיות:
1. חוסר וודאות.
2. לגיטימציה- שלא כל פעם יקבע מחדש.
 |

|  |
| --- |
| **יסודות הפוזיטיביזם**  |
| * הגדרת המשפט כתחום עצמאי ונפרד מן המוסר והדת.
* המשפט מבוסס על עובדות חברותיות ולא על עקרונות מופשטים.
* הבחנה בין משפט מצוי למשפט רצוי

**אנשי הטבע –** המשפט מבוסס לא רק על עובדות אלא גם על עקרונות מופשטים, ושאלת הרצוי נכנסת למשפט.  |
| **נורמות יסוד** |
| * **אוסטין**: **תורת הפקודה- פקודה כללית של הריבון**
* **קלזן**: **הנורמה הבסיסית- יש לפעול לפי החוקה**
* **הארט**: **כלל הזיהוי- זיהוי מקורות המשפט של** **השיטה**.
 |

# כללים ושיקול דעת שיפוטי – הארט

|  |
| --- |
| **כללים ושיקול דעת שיפוטי – הארט** |
| **משפט וכללים: הטענה של הארט היא שמשפט מדבר באמצעות כללים. הדרך לכוון התנהגות של קבוצות גדולות היא באמצעות כללים. לפי הארט, הכללים המכווינים התנהגות בנויים גם מתקדימים וגם מחקיקה.** חקיקה קובעת כללים מנוסחים היטב בעוד שתקדימים נוגעים למקרה טיפוסי וקובעים בו את הדין. החוק הוא מנוסח באופן ברור ע"י המחוקק אז יש לנו יסודות של הכלל (למשל- יסודות העבירה הפלילית בעונשין). לכן נהוג לחשוב שחקיקה היא וודאית ובהירה יותר מתקדימים. יש חוסר וודאות בתקדימים אך **הארט טוען שגם בחקיקה יש חוסר וודאות לגבי ההתנהגות הרצויה:** |
|  **עמימות השפה** | **הכלל מנוסח באופן כללי** – מתייחס לסוג של בני אדם, סוג של עצמים, סוג של מקרים. המילים עצמן יכולות להתפרש לכמה כיוונים. בלתי אפשרי לייצר כללים חד משמעיים לפיכך, נדרשת פרשנות. **בגלל ריבוי המשמעויות שהחוק יוצר הפרשנות לא תהיה אינטואיטיבית ולכן יש אי וודאות במקרים כאלו- שפה של הכללה מעוררת שאלות האם מקרים מסוימים הם חלק מן הכלל או לא. -עמימות סמנטית.** דוג' 'כלי רכב' [מכונית- מקרה ברור, אופניים? פחות]. **הפורמליסט** תמיד יניח שהתשובה טמונה בחוק, הפורמליסט יחפש פרשנות בחוק (אולי לפי פק' התעבורה) כדי לפרש את המונח 'כלי רכב'. לפי **הארט**, צריך לצאת מנק' הנחה שאנחנו לא יודעים מה הייתה כוונת המחוקק ולכן נגיד שהמחוקק השאיר **'רקמה פתוחה'**. לכל חוק יש **גרעין** ברור- מה המחוקק צפה, ומאידך לכל חוק יש **שוליים (רקמה פתוחה**)- ששם אין תשובה ברורה בחוק ולכן יש צורף בחקיקה שיפוטית ופרשנות. **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- כשהמציאו משתנה גם המטרות משתנות.
* **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). [עליו לאזן בין בטיחות מול הבטחת נגישות לנכים בפארק].**
 |
| **התיאוריה הפורמליסטית** מושתתת על כללים מילוליים מנוסחים היטב, המצמצמים את אפשרות הבחירה ושיקול הדעת. **הפורמליסטים מעדיפים וודאות על פני פתרון ראוי. הפורמליסט מקפיא את משמעות הכלל ולא מאפשר את יישומו בנסיבות חדשות. הפורמליסט לא מכיר באפשרות בחירה של השופט ביישום הכללים.** **ריאליסטים** יאמרו שכל מקרה הוא מקרה חדש ואף אחד לא בגדר כלל.**הביקורת של הארט על הפורמליזם:** 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 הרקמה הפתוחה(אי הידיעה)** |
| **1.איזון בין וודאות לגמישות** | **לפי הארט**, **יש צורך לעשות איזון בין כללים ברורים שניתנים ליישום במספר רב של מקרים (וודאות וצפיות) לבין מרחב פתוח שבו ניתן לקבל החלטות חדשות (פתרון מתאים).** העולם שלנו אינו עולם שמתאים לתורת משפט מכנית. לא ניתן לצפות מראש כל מקרה אפשרי ואת מאפייניו. לכן, יש צורך להשאיר גמישות בחוק וכאשר יגיע מקרה חדש, נאזן בין האינטרסים שעל הכף ונכריע בניהם בהתאם למטרת החוק. ישנן חברות שנותנות מקום רחב מידי לכללים משפטיים ולצורך בוודאות משפטית (פורמליזם). לעומתן, ישנן חברות ששמות דגש רחב על שיקול דעת השופטים ותקדימים הניתנים לשינוי. הארט טוען שיש לעשות איזון. מלאכת האיזון מיוחדת לכל שיטת משפט, וגם מיוחדת לענפי משפט ולעניינים שונים (למשל- משפט פלילי מול משפט אזרחי). |
| **2. שימוש במונחים כלליים** | **המחוקק מבין שהוא לא יכול להגדיר מראש את כל המקרים העתידיים ולכן הוא קובע סטנדרט (כמו למשל – סבירות) כדי להבחין במספר רב של מקרים, מה נכנס תחת הכלל**.הסטנדרט עצמו הוא עמום ומאפשר מקום לשיקול דעת והתאמה למקרה הספציפי.המחוקק עצמו משתמש במונחים כללים ועמומים מטבעם, כדי שהם יוכלו להכיל מספר רב של מקרים (סבירות, מחיר הוגן, תום לב, סביבה בטוחה וכיו"ב). **רצון המחוקק היה להשאיר את החוק בצורה כללית כדי שנוכל בעתיד לפרש את הכללים בהתאמה למציאות ולנהוג נכון**. **השימוש במונחים כללים פותר את 'אי הידיעה' של המחוקק ביחס למקרים עתידיים**.  |
| **3. תקנות** | החוק מדבר בשפה כללית, **והתקנות של המחוקק יוצרות כללים הרבה יותר טובים וספציפיים**.על המחוקק לחוקק חוקים כלליים ולהאציל את סמכותו להתאים אותם לימים ולמקרים השונים לידי הגוף המוסמך לכך. |
| **4. הכרעות שיפוטיות** | **ע"י שיקול דעת שיפוטי משלימים את הרקמה הפתוחה**. **יש סטנדרט כללי והפרטים נדרשים לפעול לפיו**. **בתי המשפט מתקנים את הפעולה וקובעים סטנדרט מדויק יותר.** **לדוג'**- המונח 'חובת זהירות' בעוולת הרשלנות מתפצלת לחובת זהירות **כללית** וחובת זהירות **ספציפית**, וביהמ"ש מפרש האם אדם פעל בהתאם לחובת הזהירות. |
| **הכרעות שיפוטיות – שק"ד שיפוטי** |
| מכיוון שהמחוקק לא יכול לתת הגדרה שתכסה את כל המקרים, יש צורך בהכרעות שיפוטיות.המושג שיקול דעת במשפט, לא בא לציין את תהליך המחשבה או מחשבה נכונה או שקולה, אלא פירושו במשפט הוא **הפעלת סמכות**.באילו מקרים יש לשופטים שיקול דעת שיפוטי? **לפי הארט רק במקרי השוליים, או רק ברקמה הפתוחה.****לביהמ"ש 2 תפקידים:** |
| **1. יישום של החוק** | במקרים בהם הכלל הוא ברור, בגרעין החוק, לשופט יש תפקיד ליישם את החוק כפי שהוא. אין הפעלת שק"ד.  |
| **2. חקיקה שיפוטית** | הארט אומר שבמקום שבו יש רקמת פתוחה, ויש חסרים של החוק מכל מיני טעמים (שהמחוקק לא צפה אותם, או צפה והתעלם), השופט ניצב בפני בחירה או החלטה מהי התשובה הנכונה, והוא לא יכול לשאוב זאת מהחוק, וגם לא מהתכלית של החוק, מפני שיכולות להיות תכליות נוספות שהחוק מעלה, ולכן השופט פועל כאן כמחוקק משנה. לפי הארט, **לשופט יש סמכות לקבל החלטות איפה שהמחוקק לא קבע את הדין.** מפעיל שיקול דעת, משמע: * הכרעה חדשה. קביעת מטרות ואיזון בין אינטרסים.
* חקיקה שיפוטית. ביהמ"ש מייצר חוקים בדומה לרשות מנהלית.
 |
| **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.
* **נקודת המוצא שלו שהגרעין הוא מובן, ובשוליים יש אי הבנה- ורק כאן השופט ייצר חוק.**

**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.  |
| **התיאוריה הריאליסטית** |
| **הנחות הגישה הריאליסטית- ספקנות כללים:*** הכללים לא מספקים תשובה מדויקת לכל מקרה.
* הכללים הם רק "מקורות" להחלטות ביהמ"ש.
* החוק ה"אמיתי" הוא החלטות בית משפט הקונקרטיות.

הריאליסטים יגידו שהכללים הם רק קווים מנחים לביהמ"ש. המציאות היא מורכבת יותר מהכלל. כל המקרים הם מקרים מיוחדים (לא רק השוליים) ולכן שיקול הדעת **והחקיקה השיפוטית של השופט לא מוגבלת רק למקרי השוליים.** תשובתו של **הארט**:* בלי הכרה בכללים ראשוניים לא מבינים את יחסם של בני אדם לחוק. בני אדם רואים בכללים מקור לחובות וזכויות (נקודת מבט פנימית).
* בלי הכרה בכללים משניים אין בתי משפט
 |
| **הביקורת של הארט על הריאליזם:** |
| * קיומה של רקמה פתוחה אינו סותר את קיומו של כללים [רקמה סגורה].
* "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- במקום שיש גרעין חוק, רקמה סגורה – נפעל כפורמליסט. במקום שיש רקמה פתוחה – נפעל כריאליסט = גישת ביניים.**הארט מוכן להתחשב בשיקולים מוסריים חוץ משפטיים במקום בו החוק פתוח(**הפעלת שיקול דעת שיפוטי** -יוצר ולא מיישם) 🡨לפי הארט יש קודם להוכיח שיש רקמה פתוחה בחוק. בכל מקום שבו המחוקק לא 'סגר' את החוק נכנס עם השיקולים החברתיים\המוסריים\ כלכליים\ביטחוניים- לפי העניין **נדרש איזון עם התכלית.** |
| **יש הבדל בין שיקול דעת ופרשנות כאשר נמצאים ברקמה פתוחה הארט ממעט לדבר על פרשנות, הוא מסתכל על סמכות המחוקק כ'מחדש את החוק'**. **הגישה הפרשנית** מכניסה את ההחלטה לתוך החוק, היא בעצם אומרת שההכרעה היא הפירוש של החוק ולא יצירת דבר חדש. **הארט לא מסכים עם גישה זו**. אם ניקח לדוג' את פס"ד פלוני, שופטי הרוב הכניסו את ההחלטה שלהם בגדרי החוק. הם פרשו את המונח 'אי מסוגלות הורית' באופן רחב יותר ומכניסים את הכרעתם לתוך החוק. **הארט טוען שמדובר בהסוואה כדי לקבל לגיטימציה ציבורית**. באותו מקרה המחוקק לא נתן תשובה למקרה הספציפי ולכן השופט מחליט מחדש ומתפקד כמחוקק משנה. בפרשנות השופט יחשוב במסגרת החוק, בתוך הפרמטרים של החוק. לעומת זאת, בהפעלת סמכות , שק"ד, השופט עושה איזון חדש ולכן יוצא ממסגרת החוק הקיים. **לדעת הארט הפרשנות היא כיסוי והסוואה לדבר האמיתי= החלטה אמיתית של השופט=שיקול דעת.**הארט מתייחס למקרה של **פלוני** כרקמה פתוחה של החוק – בימ"ש צריך להפעיל שק"ד. כאן השופט יפעל כמחוקק משנה (תפיסה ריאליסטית). הגישה הכי קרובה להארט בפס"ד – חסר סמוי, יש חסר ועל כך נשלים.דוג'- 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". |

# תורת המשפט של דוורקין

|  |
| --- |
| **תורת המשפט של דוורקין** |
| דוורקין היה פילוסוף של המשפט שהתחיל לכתוב בסוף שנות ה-60. הוא הוזמן לשבת על כיסאו של הארט באוקספורד ולהיות יורשו. בהרצאת הפתיחה שלו הוא תקף את תורת המשפט של הארט ובעצם המאמרים הראשונים שלו הם התקפה מפורשת על תורת המשפט של הארט, לה הוא הציג אלטרנטיבה.  |
| **דוורקין מתחיל ומסכם את שלושת עקרונות הפוזיטיביזם:** |
| 1. המשפט של חברה הוא מערכת של כללים ספציפיים. הכללים ניתנים לזיהוי באמצעות קריטריון שבוחן את תוקפם. המבחן לתוקף הוא הכלל הוא **מקורו**, ולא התוכן שלו. (הארט- כלל הזיהוי; קלזן- נורמה כללית; אוסטין- פקודה שלצידה יש סנקציה).
2. במקרה שבו אין כלל שמכסה את המקרה אי אפשר להחיל את החוק. במקרה כזה, ניתן לשופטים שיקול דעת ליצור כלל חדש. לשופט יש את הסמכות ליצור כלל ויש לו את החופש לבחור.
3. במקום בו אין כלל שמכסה את המקרה אין חובה משפטית.
 |
| **דוורקין מחדד שאצל הארט יש שתי דרכים להכיר בכלל משפטי**:* הכרה ישירה של כלל דרך כלל הזיהוי.
* הכרה דרך תקפות מכוח כללים אחרים (בסופו של דבר מכוח כלל הזיהוי).

דוורקין אומר שבתמונה של הארט חסר מימד מרכזי אחד – **קיומם של סטנדרטים עקרונות ומדיניות.** |
| דוורקין עושה **הבחנה בין עקרון למדיניות:** |
| **עיקרון** | הכוונה לעקרון מוסרי. מכוון **למעשה** מסוים ולא לתוצאה. לדוג': העקרון המוסרי 'שלא יצא חוטא נשכר'. לטענתו, העקרונות האלה הם חלק מהמשפט גם אם אינם כתובים בפירוש. |
| **מדיניות** | הדגש הוא על **התוצאה**. המטרה היא תוצאה חברתית או כלכלית מסוימת. לדוג': הגדלת הצמיחה במשק. לעיתים מדיניות משיקה לעניינים מוסריים ולפעמים לא. מדיניות היא החלטה של מדינה מסוימת והיא לא חייבת להיות זהה בכל המדינות. |
| דוורקין אומר שהעקרונות ושיקולי המדיניות האלה הם חלק מהמשפט. לדעת דוורקין, שופט לא יכול לקבוע מדיניות. מדיניות היא עניין של הממשלה או של המחוקק. השופט לא מייצר מידניות משלו אבל הוא יכול להסתמך על מדיניות קיימת ולפסוק לפיה. |
| לדוורקין חשובה יותר **ההבחנה בין כללים לעקרונות:** |
| **כלל** | ספציפי. כלל פועל בדרך של **'הכל או לא כלום'**. כלומר, אם הכלל פועל- הוא **מכתיב את התוצאה**. אם הכלל לא רלוונטי למקרה- אז לא כלום. הוא לא מועיל. לדוג': מעמידים אדם לדין שנסע במהירות 70 קמ"ש בדרך עירונית. אם יוכח שביצע עבירה- הכלל יכתיב את התוצאה (אלף ₪ קנס). אם יוכח שהאיש נסע בדרך שאינה עירונית- הכלל לא רלוונטי. אם אדם לא יעמוד בהגדרות העבירה- לא נוכל להפעיל את הכלל. כלל לא ידרוש מהשופט הפעלה של שיקול דעת כיוון שהשופט רק יחיל את הכלל. |
| **עיקרון** | כללי. עקרונות לא פועלים בדרך של הכל או כלום, הם **לא מכתיבים את התוצאה**. פועלים כאשר יש לצדו עקרונות אחרים. לעקרון יש משקל. הכרעה לפי עקרונות דורשת איזון או הכרעה. בדר"כ, בקבלת החלטה, יהיו **מספר עקרונות שיפעלו במקביל** ויהיו רלוונטים לעניין. בעקרונות השונים נתחשב במידה מסוימת בדרך של איזון. עקרונות יכולים להיות מוסריים\חברתיים או לכלול שיקולי מדיניות. כשאנחנו מדברים על עקרונות, נדרש שיקול דעת של השופט במלאכת האיזון. |
| הטענה המרכזית של דוורקין היא **שהמשפט מכיל עקרונות**. הראייה לכך: |
| **פס״ד ריגס** | נכד שרצח את הסבא שלו ורצה לזכות בירושה. החוק באותו העת אמר שמי שרשום בצוואה כיורש הוא היורש. ביהמ"ש בכל זאת לא נתן לו את הירושה, מכיוון שלא ראוי **שממעשה עוולה תצמח עילת תביעה.** דוורקין אומר שמדובר פה בעקרון מוסרי. ביהמ"ש העדיף את העקרון המוסרי על פני חוק הירושה. אם המשפט היה מורכז רק מכללים, כפי שמתאר הארט, הרי שהמקרה נופל בגרעין הכלל והיה צריך להעניק לו את הירושה. **העובדה שביהמ"ש סטה מן הכלל היא שמוכיחה שעקרונות הם חלק אינהרנטי מהמשפט**. |
| **פס״ד הנינגסן** | אדם רכש מכונית מחברה, בחוזה נכתב שבמקרה של תקלה, החברה מתחייבת לתקן את התקלה אבל לא מתחייבת לגבי שום תקלה אחרת. הייתה תאונת דרכים, והוכח שהתאונה נגרמה בשל פגם בייצור. הנהג תובע את החברה על הנזק שנגרם לו כתוצאה מהתאונה. החברה אומרת שהיא לא אחראית על פיצוי בתאונת דרכים שנגרמה כתוצאה מהרכב. התקלה נגרמה בשל פגם בייצור, זו אחריות החברה אך יש ס' בחוזה שאומר שהחברה פטורה. ביהמ"ש לא בחן את המקרה עפ"י עקרונות של תניה מקפחת בחוזה אחיד. ביהמ"ש מחליט לחייב את החברה למרות שחוק החוזים פוטר אותה. מתוך הנחה שמבחינה מוסרית, **ליצרן מכוניות יש אחריות מיוחדת כלפי הלקוח**. **האחריות הזו גוברת על התנאי החוזי**. דומה **לפס"ד צים** – קלקול קיבה בעקבות הפלגה. |
| **דוג' מישראל: פס"ד טבעול נ' שף הים**- עסקה חוזית בין שתי חברות שייצרו מאכלי דגים מוקפאים, הן ידעו שברגע שתיעשה העסקה כל הסודות העסקיים יחשפו. לכן, עשו הסכם שכאשר מפסיקים את שיתוף הפעולה לא יתאפשר לחברה הפורשת לעסוק בתחום למשך מספר שנים. מה שקרה במציאות הוא ששף הים החליטה להפסיק את החוזה והמשיכה לייצר מוצרים קפואים של דגים, טבעול טענו שהיא מפרה חוזה, **אין ספק שיש כאן הפרת חוזה מבחינת חוק החוזים**. **ביהמ"ש ברוב הדעות מכריע כי זה מותר על מנת להגביר תחרות במשק, זו מדיניות המדינה ובימ"ש מכריע על בסיס עיקרון הקובע מדיניות**. |
| **האם עקרונות הם חלק מן המשפט?** דוורקין מעלה 2 אפשרויות: |
| 1. **עקרונות אינם חלק מהמשפט ולכן הם אינם מחייבים**, בימ"ש פונה אליהם כאשר הוא מפעיל שק"ד. זה יהיה הפתרון של הגישה הפוזיטיביסטית.
2. **העקרונות הם חלק מהמשפט והם מחייבים כמו כללים**. העקרונות, כולל אלו שלא כתובים, הם חלק מתמונת המשפט הכוללת. כאשר הפוזיטיביסטים מראים לנו את המשפט רק כאוסף של כללים הם בעצם לא רואים את כל תמונת המשפט. עקרונות לא מבטיחים וודאות ויציבות מדובר בדברים מופשטים שיכולים להכתיב תוצאות שונות. זו הגישה של דוורקין.

**העקרונות אינם תקפים מכוחו של כלל הזיהוי והם מחייבים משום שהם מוצדקים. כלומר, משום שהם מתקבלים באופן ישיר ע"י ביהמ"ש**. **המסקנה** היא **שהמשפט איננו מוגבל ע"י כלל הזיהוי** כפי שתיאר **הארט**. ההסבר הזה של דוורקין חותר תחת כל התפיסה הפוזיטיבית של המשפט. **לדעת דוורקין יש במשפט יסוד מופשט שאינו מוגבל ע"י חקיקה**.  |
| **שיקול דעת שיפוטי לפי דוורקין** |
| לפי **הפוזיטיביזם**, במקום שבו אין כלל משפטי השופט מפעיל שיקול דעת ויוצר כלל חדש. בכך השופט פועל כמחוקק משנה. לפי **דוורקין**, כשאומרים שיקול דעת מתכוונים **להפעלת סמכות**. * **שיקול דעת 'חלש'** – **מפעיל שיקול הדעת כפוף לנורמה**. דוורקין נותן דוגמא של שופט במשחק כדורגל- יישום של כלל קיים. דוג' נוספת: מ"פ מורה למ"מ לקחת למשימה את חמדת החיילים החזקים ביותר. שיקול הדעת פה הוא מחלש כיוון שהוא כפוף לקריטריון שקבע מפקד הפלוגה. עדיין, יש כאן יכולת הערכה מסוימת של המ"מ ולכן זה מעט שונה מדוגמת שופט הכדורגל.
* **שיקול דעת 'חזק'-** **מפעיל שיקול הדעת איננו כפוף לנורמה, יש לו חופש בחירה.** לדוג': מ"פ מורה למ"מ לקחת למשימה חמישה חיילים. שיקול הדעת כאן הוא חזק כיוון שהמ"מ לא כפוף לקריטריונים.

הואיל ועקרונות הם חלק מהמשפט, אז במקרים שאין כלל מפורש השופט מחליט לפי העקרונות. לפיכך, לפי **דוורקין**, לעולם אין חלל במשפט בו השופט מחליט באופן פתוח. המשפט תמיד מלא בעקרונות שבאים למלא על החסר בחוק. במצב כזה, **לשופט יש שיקול דעת חלש.****הארט** - יש כלל🡨שק"ד חלש מופעל. אין כלל🡨שק"ד חזק. **דוורקין**- בגלל שהמשפט מכיל עקרונות(אין חלל ריק- כמו מוצק וגז), לשופט יש שק"ד חלש. לפיו:* **עקרונות הם חלק מהמשפט**.
* **במקרים שבהם אין כללים שופט מחליט לפי עקרונות**.
* **לשופט יש 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**.האם לכל שאלה משפטית יש תשובה? **הפורמליסטים** תמיד **יש** תשובה. לפי **הארט**, תלוי. לפי **דוורקין**- כן. לכל שאלה משפטית יש **תשובה נכונה אחת.**  |
| **תזת 'תשובה אחת נכונה' של דוורקין– ניתוח מושגי** |
| לפי דוורקין, לכל שאלה משפטית יש תשובה אחת נכונה והיא נובעת למעשה מאותה צורת מחשבה. אם יש לנו עקרונות שקובעים את הדין במקום שאין כלל, אז הם מכוונים לתשובה אחת. יש עניינים בעולם שמבוססים על העדפה אישית ובהם אין תשובה אחת נכונה ('על טעם וריח'). יש עניינים **שמבוססים על סטנדרטים אובייקטיבים ובהם יש תשובה אחת נכונה**– או שהם מתאימים לסטנדרט או שלא. הטענה של דוורקין היא שהמשפט מבוסס על החלטות אובייקטיביות, על סטנדרטים, ולכן יש רק תשובה אחת נכונה לכל מקרה. כיוון שגם במקרה שאין כלל, ביהמ"ש אף פעם לא מפעיל העדפה אישית אלא פועל לפי עקרונות שנקבעו במשפט. לכן תמיד יהיה ניתן להפוך את ההחלטה. התשובה הנכונה במשפט היא **תשובה נכונה תיאורטית.** היא לא תשובה נכונה ריאלית שאפשר להוכיח אותה (כמו במתמטיקה). במשפט לא ניתן להוכיח את התשובה הנכונה בצורה ריאלית ולכן קיומה של התשובה הנכונה הוא קיום תיאורטי. לכן גם ששופטים מתווכחים בניהם (דעת רוב ודעת מיעוט) זה לגיטימי כיוון שהם מנסים להגיע אל התשובה הנכונה האובייקטיבית. כל הוויכוחים של השופטים הם תחת ההנחה ההיפותטית שיש תשובה אחת נכונה. השופטים אף פעם לא מחליטים ע"ב של העדפה אישית, אלא הם מנסים לקלוע אל התשובה הנכונה. לפיכך, **אפשר לבקר החלטות שיפוטיות(ראייה לכך שיש תשובה אחת נכונה).** |
| **למה ראוי להחזיק בעמדה של "תשובה נכונה"?** |
| **הטיעון המקצועי** | **שופט צריך לפעול לפי התשובה האובייקטיבית שבחוק ולא לפי החלטה אישית.** הרעיון הוא להכניס תודעה לשופטים שהם פועלים במסגרת החוק ולכן הם לעולם לא קובעים בעצמם. הם צריכים לבסס הכרעה. |
| **הטיעון הדמוקרטי** | השופט איננו נבחר ציבור ולכן הוא לא קובע את החוק אלא רק מיישם את החוק. |
| **טיעון שלטון החוק** | **יישום של החוק שקיים הוא אף פעם לא רטרואקטיבי**. יצירת של חוק חדש ע"י הרשות השופטת, מנוגדת לעקרון שלטון החוק. אחד העקרונות של שלטון החוק הוא שהחוק יהיה פרוספקטיבי ויכון התנהגות. אם יש עוולה נזיקית שקודם לכן לא נחשבה כעוולה וביהמ״ש קובע אותה ככזו ישנו אלמנט רטרואקטיבי. לפי **דוורקין**, השופט אף פעם לא יוצר כי התשובה קיימת קודם אבל הפוזיטיביסטים אומרים שהדבר לא כך באמת. הטיעונים הללו פועלים לטובת דוורקין אבל לא אומרים לנו אם באמת החוק נותן תשובה נכונה. |
| **לסיכום, תפקידי השופט לפי דוורקין:** |
| * נדרש להחיל נורמות משפטיות- כללים ועקרונות
* השופט מיישם את החוק
* השופט אינו מחוקק משנה
* השופט לא רשאי לקבוע מדיניות
 |
| **נון- פוזיטיביזם: סיכום** |
| * **דחיית העקרון הפוזיטיבי הראשון**- שהנורמות המשפטיות מזוהות ע"י כלל הזיהוי, כלל אב אחד. **דוורקין**- עקרונות, סטנדרטים ומדיניות אינם בהכרח מזוהים לפי כלל הזיהוי.
* **דחיית העקרון הפוזיטיבי השני**- לפיו, השופט מפעיל שק"ד חזק בהחלטות שיפוטיות. **דוורקין** – מפעיל שק"ד חלש.
* **דוחה את העקרון הפוזיטיבי השלישי**- היעדר חובה משפטית בהיעדר כלל. **דוורקין** יש חובה משפטית גם בהיעדר כלל.

הוא העמיד את עצמו מול הפוזיטיביזם ולכן הוא **נון-פוזיטיביסט**. בשאלה ההפרדה של מוסר ומשפט, **הארט** נמצא בצד של הפרדה **ודוורקין** בצד של אי-הפרדה[לא מופרך לשייך אותו בקו המשפט הטבעי]. |
| **דוורקין ומשפט הטבע** |
| **דמיון** | דוורקין מתנגד לתזת ההפרדה בין משפט למוסר. דוורקין אומר ששיקולים מוסריים הם שיקולים משפטיים. רבים משייכים את דוורקין למסורת המשפט הטבעי בגלל הדמיון הזה. דוורקין עצמו מתנגד לכך בגלל ההבדל בניהם: |
| **הבדל** | **אין מדובר בשיקולים של משפט רצוי אלא בעקרונות שהם חלק מהמשפט הקיים.** **עמדת המשפט הטבעי** היא שיש להכניס כל עקרון רצוי למשפט הקיים. **דוורקין** עצמו טוען שיש לקחת בחשבון את המשפט הקיים ובמקביל להכיר גם בעקרונות שהם חלק מהמשפט. הוא לא מכיל כל דבר רצוי למשפט, אלא רק מכניס לתוכו עקרונות, שלטענתו, הם כבר חלק מהמשפט. מסתכל על המשפט המצוי!  |
| **דוורקין ופורמליזם** |
| **דמיון** | **היעדר שיקול דעת לשופט ותזת התשובה הנכונה** (מערכת סגורה של כללים)- גם דוורקין וגם הפורמליסטים רואים תשובה אחת לכל שאלה.  |
| **הבדל** | שימוש **בעקרונות ולא רק בכללים**.הפרשנות **שדוורקין** מציע למשפט היא לא רק פרשנות מילולית, אלא הוא מציע **פרשנות ערכית ותכליתית** (גישה יותר ראיליסטית של דוורקין).**הארט** טוען, במקום שיש כלל ברור אז צורת המחשבה צריכה להיות פורמלית ובמקום שאין כלל ברור, רקמה פתוחה – שם נפעיל שק"ד(לדעתו זה שק"ד חזק לדעת דוורקין, שק"ד חלש- ההבחנה בין ליבה לשוליים לא רלוונטית).  |

**אקטיביזם שיפוטי:**

האם השיטה\התאוריה של דוורקין מביאה לריסון שיפוטי או לאקטיביזם שיפוטי? **דוורקין** באופן מוצהר- אומר ששופט עליו **ליישם את החוק-זה מאוד שמרני**. אבל למה הוא יכול להביא לאקטיביזם? תכונת המשפט שלו רחבה, שמכילה מגוון, הוא מקבל ארגז כלים גדול, הוא יצטרך לעשות איזונים🡨 מובילה לאקטיביזם.

**2 סוגי שמרנות:** מובן אחד- שמרנות שיפוטית- **אקטיביסט שיפוטי** מוכן להתערב בהחלטות המחוקק. **ושמרן שיפוטי** יבקר פחות את הממשלה, יצטרך סיבה טובה כדי לפסול החלטת הממשלה. מובן אחר, שמרנות אידאולוגית – עמדה ליברלית: דוגלת בזכויות אדם, חופש מלא ובשווין והולכת עם זה עד הסוף ועמדה אחרת- שמרנית שמחזיקה במשפחה ולאומיות וכאשר תהיה התנגשות בין אלה.. **שמרן אידאולוגי יכול להיות אקטיביסט שיפוטי**, **סולברג** – ניתן לסווג כשמרן אבל מבחינת השיפוט זה קצת יותר קשה, כי הוא כן התערב בחקיקה – דוג' פסל מס על דירה שלישית.

**מה העמדה האידאולוגית של דוורקין – שמרנות מול ליברליזם?**

הוא טוען באופן עקרוני לכפיפות של השופט לחוק ולמדינה. שופט לא יכול להמציא מדיניות.

 הטענה של **דוורקין** באופן מוצהר- יש בה ריסון שיפוטי (מיישם בלבד). באופן מעשי- משפט ללא גבולות, נותן ארגז כלים רחב ועשיר וזה מה שמביא את השופטים לאקטיביזם. הוא תמך באקטיביזם לכיוון הליברלי. ביקורת – יש הסוואה (מרוסן אבל ללא גבולות).

התפיסה של **דוורקין** היא **תפיסה אימפריאליסטית** של המשפט, המשפט הוא חובק כל. יש לו עמדה על כל שאלה הוא לא מוגבל על-ידי הכללים של עצמו. זה והפך את המשפט לחסר גבולות. דוורקין השפיע מאוד על החשיבה של השופט **ברק**["מלוא כל הארץ משפט"].

**מאמר**

**רז** ממשיך את דרכו של הארט, הוא פוזיטיביסט. [הארט🡨דוורקין🡨רז]. הוא חוזר לעמדה ההארטיאנית. בתיאורה של הארט לא היה מקום כל כך גדול בעקרונות. הפורמליסטים לא ידעו שלכללים יש רקמה פתוחה ויש מקום להפעיל שק"ד. מנגד, הוא אומר שבמשפט פועלים גם עקרונות מופשטים והוא חייב אותם בתגובה **רז מגיב לכך**:

**העמדה הפוזיטיבית:**

* למשפט יש גבולות (רק נורמות שמתאימות לכלל הזיהוי הן נורמות משפטיות).
* יש מצבים שאין לגביהם נורמות משפטיות (יש גבול)
* במצבים כאלה אין בדין תשובה.

ההנחה שהמשפט בנוי על כללים שהחברה קובעת והם מחייבים והאחרים לא, **היא מהותו של המשפט**. והטענה של **דוורקין** לכך שיש תשובה ברמה מפושטת היא **טענה מלאכותית** [זו טענה רווחת שעולה נגדו].

**מערכת משפט**

* כוללת נורמות משפטיות (חוקים).
* בתי המשפט שממלאים תפקיד כפול:
1. **מיישבים סכסוכים מוסדרים בהם מיישם את החוקים**, יש בחוק תשובה לגביהן והמטרה לאתר את ההסדר וליישם אותו.
2. **מיישבים סכסוכים שאינם מוסדרים**, יוצרים נורמות. אין תשובה לגביהם. לכן על השופט ליצור.

**עקרונות משפטיים:**

**דוורקין** חידש משהו במובן שהוא חשף את העקרונות וגם ההבחנה שלו בין עקרונות וכללים ורז מקבל זאת. **רז** אומר שיש להבחין בין עקרונות משפטיים המזוהים על ידי כלל הזיהוי, עקרונות שנקבעו על ידי המחוקק, שהם מחייבים ויש לפעול לפיהם. **לבין** עקרונות חוץ משפטיים, אינם חלק מהמשפט ואין חובה לפעול לפיהם, כל פעם צריך להחליט אם להשתמש או לא [החלטה שיפוטית].

* מזוהים על ידי כלל הזיהוי
* חובה לפעול על פיהם
* עקרונות חוץ משפטיים – אינם חלק מהמשפט ואין חובה לפעול לפיהם.

**עקרונות וקווי מדיניות:**

* **עקרונות מוסריים-** מגבילים (מאפשרים מספר דרכי פעולה אך מגבילים אותם שלא יפגעו בעקרונות צדק או זכויות יסוד). עקרונות מוסריים וחוקתיים הם עקרונות מגבילים.
* **קווי מדיניות** – מנחים (מכוונים לתוצאה שמביאה להשגת המדיניות בצורה המיטבית).

? יש הבחנה בין הזכויות השליליות והחיוביות והיא מתאימה **לזכויות שליליות** שהן מגבילות. אבל אם נסתכל על **הזכויות החיוביות** – זכויות מנחות. ההבחנה הזו של דוורקין ורז מתייחסת לזכויות מדור הראשון, השליליות, קלאסיות שהם מגבילות אבל אם היום חושבים על זכויות לעקרונות מוסריים יש להם תפקיד מנחה.

**תפקיד העקרונות:**

* פירוש כללים (עקרונות השיטה)
* יצירת כללים (ע"י בתי המשפט)
* ביקורת כללים (עקרונות, מדיניות)
* הכרעה ישירה (ללא תיווך של כללים)

**עיקורן תיאורי** **הוא עקרון שעומד מאחורי שורה של כללים- אסור לרצוח (קדושת החיים)**. האם נוכל לעבור לעקרון נורמטיבי? **רז** אומר לנו להבחין בין עקרון שמפרש כללים לבין זה שהעיקרון נקבע כעקרון נורמטיבי[עקרונות חוקתיים שנקבעו, קניין, חירות פרטיות וכו']. טענתו של **רז** שההבחנה היא בין עקרון משפטי ללא משפטי. עקרון משפטי יכול לאפשר לנו לבקר, לייצר, לפרש כללים ולהכריע באופן ישיר ללא תיווך של כלל. מנק' מבטו של **רז**- הרצחת וגם ירשת" (חשין בפלוני) **זה עקרון חוץ משפטי ואי אפשר להכריע לפיו.** הפוזיטיביסטים לקחו מרז את התפקיד של עקרונות אבל תוך שימוש בהבחנה בין עקרונות משפטיים לחוץ- משפטיים. לכן:

**סיכום(פוזיטיביזם)**

* המשפט כולל כללים ועקרונות שמזוהים על ידי קריטריון.
* במקום שבו אין כלל שחל או עקרון ברור אין חובה משפטית.
* לבימ"ש יש תפקוד **כפול**: מיישם ויוצר.
* כלומר, נתון לו (גם) שיקול דעת חזק.

אם הביקורת של **דוורקין** הייתה הביקורת על המשפט כמודל של כללים, רז הפנים זאת ואומר שהוא לא רק מודל של כללים אלא מכיל גם עקרונות. אך, הוא עדיין פוזיטיביסט![במאמר של הארט, בה"ש הייתה הגדרה לפוזיטיביזם. הארט מציע 5 הגדרות אלטרנטיביות לפוזיטיביזם. אחת ההגדרות שה**פוזיטיביזם** דוגל בכללים משפטיים **ונון-פוזיטיביזם** מקבל גם עקרונות משפטיים הארט דוחה את ההבחנה. ורז חוזר לזה, הפוזיטיביסט יכול לקבל גם את קיומם של עקרונות. הפוזיטיביסט תופס את המשפט כיצירה חברתית של המדינה. והטענה האנטי-פוזיטיבית של **דוורקין ושל משפט הטבע** שאין הבחנה כזו. הארט מכיר בעקרונות משפטיים ומכיר במעמד של עקרונות כאשר יש הבחנה בין משפטיים ללא משפטיים.

# פרשת נחמני – ניתוח תורת משפטי

|  |
| --- |
| **פרשת נחמני – ניתוח תורת משפטי** |
| **עובדות המקרה** | בני הזוג נחמני היו נשואים מספר שנים. הם היו חשוכי ילדים לאחר שהעותרת עברה ניתוח שבעקבותיו איבדה את יכולתה להרות באופן טבעי. בני הזוג החליטו להביא ילד לעולם בהפריה חוץ-גופית. ביציות שהוצאו מגופה של רותי נחמני הופרו בזרעו של דניאל נחמני והוקפאו בבית החולים. בני הזוג התקשרו עם מוסד בארצות הברית לשם איתור פונדקאית שתישא את ילדם, אלא שקודם שהגיע התהליך לשלב זה, עזב דניאל את הבית, הקים משפחה חדשה והוליד בת, בעודו נשוי לרותי, שסירבה להתגרש. רותי פנתה לבית החולים וביקשה לקבל לרשותה את הביציות המופרות כדי להמשיך בתהליך, ומשסורבה – פנתה בתביעה לבית המשפט המחוזי וזה נענה לבקשתה. על כך הגיש דניאל נחמני ערעור לבית המשפט העליון והתהפכה ההחלטה לטובתו של הבעל. לאחר החלטת העליון הוחלט על דיון נוסף. זו הסוגיה שלפנינו.**השאלה הכללית** בפנינו היא האם יש לאפשר לרותי שימוש בביציות, משמע כופים על דני להיות הורה?  |
| פרשת נחמני מעלה שאלות מוסריות ומשפטיות. פרשת נחמני היא מה שמכנים **"מקרה קשה".** ההגדרה הבסיסית של מקרה קשה היא **שאין נורמה משפטית ברורה(סכסוך לא מוסדר)**. במקרה של נחמני, לא רק שאין נורמה משפטית ברורה אלא יש פה **שיקולים מוסרים וחברתיים מנוגדים (ניגוד מוסרי)**. לכן, קשה להכריע בו גם במישור המוסרי הלא משפטי.  |
| **המישור הנורמטיבי- מוסרי ומשפטי** |
| **3 תתי סוגיות:** |
| **1.האם יש לדני חובה כלפי הביציות המופרות? האם הוא מחויב לשמור אותן ולאפשר את התפתחותן?** מדובר בשאלה מוסרית המתקשרת לנושא של איסור הפלות. זו גם שאלה משפטית – מה הדין אומר ביחס לשאלה הזו? **אם הם במעמד עובר או לא? השופטים סברו שלא, עמדה קתולית – ברגע שיש הפריה, תחילת החיים.** **2. האם יש לדני חובה כלפי רותי מכוח הסכם בניהם או מכוח הסתמכות?**ברור שהיה הסכם בין הצדדים לגבי שלב הכניסה להליך ההפריה. האם זו הסכמה שמחייבת לאורך כל הדרך או שיש כעת להגיע להסכמה חדשה בשלב הפונדקאות? יכול להיות שאם לדני אין חובה מכוח ההסכם, אך ייתכן שיש לו חובה מכוח ההסתמכות החזקה של רותי. במידה ויש חובה כזו, האם היא מכוח הדין או שהיא רק חובה מוסרית?**3. האם לדני יש חובה להתחשב באינטרס, בזכותה של רותי, להיות אם?**האם הזכות של רותי להיות הורה היא זכות שיש להתחשב בה והיא עדיפה על הזכות של דני שלא להיות הורה. |
| **המישור התורת-משפטי:** 1. **האם יש נורמות משפטיות שקובעות את הדין במקרה הזה?** התחלנו שזה מקרה קשה כי אין נורמה ברורה, אבל זה לא אומר שאין כלל בכלל. מי שחושב שאין נורמות- טל, גולדברג, בך.
2. **אם אין נורמות משפטיות, כיצד יש לקבוע את הדין?** במקרה לא מוסדר השופט מפעיל שק"ד (חזק או חלש).
3. **האם יש להבחין בין הנורמות המוסריות לנורמות המשפטיות או לאמץ את הנורמות המוסריות?** השאלה הזו קיימת גם מנק' המבט של הארט וגם מנק' המבט של דוורקין. גם לפי דוורקין, שחושב שנורמות מוסריות הן חלק מהמשפט, מבחין בין נורמות מוסריות גרידא לבין נורמות מוסריות שהן חלק מהמשפט. גם לפי דוורקין- לא כל נורמה מוסרית היא משפטית**.**

**לפי חוק הפונדקאות יש צורך להסכם, אין הסכם משני הצדדים.**  |
| נדון בשאלות כסדרן: |
| **1. מעמד הביציות** | זו שאלה שקשורה לסוגיית ההפלות. נניח שמישהו מתנגד להפלות, האם מבחינתו יהיה צריך להפריד בין שלב ההריון עצמו לשלב שבו יש רק ביציות מופרות? * **מבחינה משפטית**- לפי החוק בישראל אסור לבצע הפלה בתחילת ההיריון אלא אם יש עילה. אבל הדין מדבר על עוברים ולא על ביציות. לפי דעת הרוב, כולם מסכימים שביציות הן לא עוברים ולכן לא מדובר על הריון מבחינה משפטית.
* **מבחינה מוסרית**- מבחינה מוסרית, אין חובה כלפי הפרה-עובר. נקודת המוצא של השופטים הייתה שהביציות הן קדם-עובריות, זה חומר גנטי משותף ולא החל ההיריון, לכן אין לביציות זכות ואין חובה לשמר אותן.
 |
| **2. הסכמה וההסתמכות בין רותי לדני** | האם יש חובה מוסרית ומשפטית שדני חב לרותי? * **מבחינה משפטית** -חלק מהשופטים אכן הסכימו שיש חוזה מחייב אבל רובם לא. נשאלת השאלה האם מבחינה משפטית ההסכמה מחייבת לכל התהליך או רק לשלב הראשוני? אין תשובה חד משמעית והשופטים נחלקים בניהם.
* **מבחינה מוסרית**- הואיל ושניהם נכנסו לתהליך, ויש אינטרס הסתמכות גדול של רותי, אז יש חובה מוסרית ויש לבחון אם אפשר לאכוף אותה חוקית. ניתן גם לטעון שאין בכלל חובה מוסרית, כי לא ניתן לכפות על אדם להיות אבא.
 |
| **3. הזכות להיות הורה** | * **מבחינה משפטית**- נשאלת השאלה איזה אינטרס יותר חזק מבחינת הדין? להיות הורה או לא להיות הורה? יש הבדל בין:
* זכות חיובית = הזכות לתבוע ממישהו לעשות דבר מה. לדוג': הזכות לתנאי מחייה מינימליים.
* זכות שלילית= הזכות שלא יפריעו לאדם לעשות דבר מה. לדוג': חופש ביטוי היא זכות שלילית, אסור לפגוע בה אבל לא ניתן לדרוש ממישהו לתת לי את הבמה לבטא את עצמי.

רוב זכויות היסוד הן שליליות כיוון שהן חרויות. הזכות להיות אם היא חירות. דהיינו, זו זכות שלילית. אסור למנוע מאדם להיות הורה. לכאורה היא לא יכולה עם הזכות השלילית הזו לתבוע ממישהו להיות אב ילידה וזו גם דעת המיעוט בפסק הדין. * **מבחינה מוסרית-** שופטי הרוב טענו, שבמקרה הזה הזכות של רותי להיות הורה גוברת בגלל הנסיבות המיוחדות של המקרה- לרותי אין הזדמנות אחרת להרות ולכן האינטרס שלה חזק יותר.
 |
| **שופטים:** |
| **קבוצה 1: קרובה לגישה של הארט-** **איך היו מפרשים זאת?** **דוורקין – הכרעה משפטית, שק"ד חלש.** **ריאליסטים – הפעילו שק"ד, אין הכלה.**  | טוענת שיש חלל נורמטיבי (רקמה פתוחה) וצריך להפעיל **שק"ד חזק. פונים לעקרון חוץ משפטי:****שופטי הרוב:** |
| **השופט גולדברג** | טוען שיש כאן חלל נורמטיבי, דהיינו אין נורמה רלוונטית במשפט למקרה הנדון. יש הבדל בין חלל נורמטיבי ללקונה- לקונה= חסר ספציפי, נושא שאופן כללי מוסדר אבל בחוק חסרה התייחסות לעניין מסוים. הדרך הנכונה להשלים לקונה היא דרך חוק יסודות המשפט. לעומת זאת, חלל נורמטיבי=אין בכלל הסדר. לא כללי ולא ספציפי. במקרה כזה, הוא אומר שצריך לפעול לפי **עקרון הצדק.** עקרון חוץ-משפטי שאומר שצריך לקבוע מה צודק. איך הוא קובע מה צודק? הכרעה משפטית צודקת, המבוססת על תחושת הצדק של השופט, אינה הכרעה ניטרלית אולם היא גם איננה שרירותית (החלטה מנומקת שיש לה טעם). במקרה דנן, גולדברג **מעדיף את האינטרס של רותי להיות הורה**. הוא לוקח בחשבון **את הסיטואציה הייחודית של רותי- היא במצב של היעדר חלופות והאינטרס שלה גובר.** \*גולדברג מודה שאין לו חובה כלפי הביציות, אבל האינטרס גובר \*זכות שלילית – אי אפשר לחייב או למנוע ממישהו להיות אב, אין זכות תביעה.  |
| **השופט צבי טל** | "קיומו של חסר בדין מטיל על ביהמ"ש את החובה לפתח את המשפט כדי לתת מענה למקרה שלפניו".הוא טוען שאין לפנינו לקונה אלא **חסר נורמטיבי.** הוא מתווה כמה שלבים:1. יש לבחון את האינטרסים המתנגשים;
2. יש לעמוד על הציפיות הלגיטימיות של שני הצדדים;
3. יש לשקול את שיקולי המדיניות המשפטית הראויה**;**

**גם הוא טוען שהאינטרס להיות הורה עולה על האינטרס שלא להיות הורה.** האינטרס בהורות מהווה ערך בסיסי קיומי. הערך המוגן באינטרס שלא להיות הורה הוא ערך הפרטיות. הייתה כאן הסתמכות, ולכן יש להשתמש **בדוקטרינת ה"השתק"** (=מצב שבו כתוצאה מחוסר הוגנות, צד מסוים לא יכול לטעון טענה מסוימת). השתק הוא טיעון דיוני. בעצם האינטרס לא להיות הורה הוא אינטרס חזק שעלול להפוך את התוצאה אבל יש לשים עליו השתק בגלל חוסר הוגנות של דני וההסתמכות ושיקולי הציפיות. יש לשער שכוונתם הייתה שאין ביכולתו של צד אחד להפסיק את התהליך בניגוד לרצונו של הצד המעוניין בהשתלה. **וזאת על סמך ההסכמה לתחילת התהליך, הסתמכות על רותי וכניסה לתהליך שיש בו סיכונים, היעדר אפשרות אחרת לרותי להיות אם.**  |
| **השופט בך** | אין חוק ולכן פועלים לפי **שיקולים של צדק**: הסכמה על תחילת התהליך, ההסתמכות של רותי וכניסה לתהליך שיש בו סיכונים והעדר אפשרות אחרת לרותי להיות אם. |
| **השופט טירקל** | אומר שהסכסוך מצוי כולו בתחום הרגשי, מוסרי, חברתי, פילוסופי ומכאן החלל הנורמטיבי. הוא אומר בצורה ברורה שיש חלל. במצב כזה השופט נזקק **לנורמה חיצונית "צדק"**. התשובה תימצא בעולם הערכים הפנימי של כל אחד מאיתנו ואוצר הרגשות שבתוך כל אחד מאיתנו – מדבר לגמרי על אינטואיציה ותחושות פנימיות. **הוא אומר שהוא בוחר בחיים.** הוא מכניס שיקול חדש- **לא רק אינטרס ההסתמכות של רותי וזכותה להיות הורה, אלא החיים שהיא עומדת להביא לעולם, התקוות שלה, החיים של הביציות[נותן מעמד של עובר]. פוטנציאל החיים של הביציות המופרות מטה את הכף לטובת שימורם ופיתוחם.** |
| **קבוצה 2: קרובה לגישה של דוורקין- ניתוח של זכויות, תפיסת החירות של האדם.** | אין חלל נורמטיבי ולכן לא צריך להפעיל שק"ד **(שק"ד חלש):** **שופטי המיעוט:** |
| **השופטת שטרסברג-כהן:** | * מציגה גישה דוורקנית.אין אנו מצויים בחלל ריק. גם אם אין נורמה ספציפית יש בתוך הדין עולם ומלואו שממנו ניתן לגזור ממנו את התשובה. הנורמות הקיימות כבר בחוק:
* מבחינת הדין, הביצית המופרית איננה יצור חי. אין מדובר בשימור חיים אלא ביצירת חיים. לפיכך, א"א לכפות על אדם יצירת חיים בעל כורחו.
* מבחינה עובדתית ומשפטית לא הייתה מצד דני הסכמה להמשך התהליך בנסיבות של התפרקות התא המשפחתי.
* הזכות להיות הורה היא חירות שאין מולה חובה משפטית. גם הזכות לאי-הורות היא חירות. זוהי זכותו של הפרט לשלוט בחייו ולתכננם. אלו שתי זכויות שקולות מבחינה ערכית – אין לכפות.
* צדק עם רותי הוא אי צדק עם דני וגם ההפך - צדק הוא לא פרודוקטיבי.
 |
| **השופט זמיר** | אומר שבמצב שלנו אין חלל נורמטיבי.השופט צריך לחפש את התשובה בתוך עולם המשפט-אם הנורמה לא מפורשת, ודאי תהיה משתמעת. תקנות ההפריה החוץ גופיות מחייבות הסכמה לכל שלב בהליך וגם חוק ההסכמים מחייב הסכמה של הבעל להליך (נחקק אחרי המקרה).למרות שהחוקים האלו הם מאוחרים, התכלית שלהם עדיין קיימת בחוק. |
| **תאודור אור** | סבור כי בנסיבות העניין ביהמ"ש לא ניצב מול חלל נורמטיבי ולכן אין ליצור דין חדש אלא לחפש את התשובה בדין הקיים. **כי את ההכרעה בסכסוך יש לייסד על נורמה כללית, המעוגנת במהותה הייחודית של הסוגייה שבדיון.** רותי ודני התכוונו ליצור הסכמה בעלת תוקף משפטי. מנסיבותיו של מקרה זה עולה כי אומד דעת הצדדים היא הסכמה לשתף פעולה לקראת מימושו של תהליך ההפריה החוץ-גופית. הסכמה זו אינה כוללת הסכמה מראש לכל שלב של ההליך. מעבר לחוזה, יש **גם את תקנות ההפריה החוץ-גופית שדורשת הסכמה של שני בני הזוג לכל שלב בהליך + חוק ההסכמים לנשיאת עוברים מחייב הסכמה של הבעל לתהליך.**  |
| **השופט ברק** | כל ההחלטות בעניין הביציות המופרות כשהן מחוץ לגופה של האישה- צריכות להתקבל ע"פ הסכמה משותפת. הוא טוען שמסקנה זו משקפת את הדין הקיים. היא עולה בקנה אחד עם דרישות הצדק. המשפט והצדק הולכים יד ביד. **ברק כאן עומד על העניין שאין ניגוד בין דין לצדק. עקרון הצדק נמצא בתוך המשפט (גישה של דוורקין).** לדעת ברק:* הביצית אינה "עובר", היא שלב פרה-עוברי.
* שנית, הורות כרוכה בחובות וזכויות, היא בנויה על שותפות ובהיעדר הסכמה אין כל אפשרות אחרת להתחיל את הליך ההפריה.
* החירות להיות הורה או שלא להיות הורה נגזרת מכבוה"ד ומהזכות לפרטיות. חירות זו איננה מטילה חובה על איש.
 |
| תפיסת הצדק של שופטי הרוב היא תפיסה שהעדיפה את האינטרס של רותי. מנק' העמדה של ברק מה שצודק היא תפיסה המעדיפה את האינטרס של דני שלא להיות הורה. בעצם המיעוט אומר שהחובה המוסרית לא יוצרת חובה משפטית ולכן מה שצודק להעדיף הוא האינטרס של דני. אנחנו רואים זיקה מעניינת, אם כי לא הכרחית בין השאלה התורת משפטית- מיישמים את הדין או מפעילים שק"ד, לבין השאלה המוסרית – את האינטרס של מי יש להעדיף? מה שמעניין אצל ברק, הוא שהוא היחיד שהלך לפי עקרון הצדק (כמו שופטי הרוב) ועדיין הגיע למסקנה שיש ללכת עם האינטרס של דני. **ביקורת 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]. |
| השפה של השופטים עוזרת לנו לחלק את השופטים למחנות שמזכירים גישות תיאורטיות. עם זאת, חשוב לזכור שהשופטים לא נוקטים עמדה תיאורטית. מנק' מבט תיאורטית למשל של הארט- כל השופטים יכולים לדבר באיזה שפה שירצו אך בעניו תמיד השופטים מפעילים שק"ד חזק כשהם עומדים מול הרקמה הפתוחה. כך גם ביחס לדוורקין- הוא יגיד שכל השופטים תמיד מפעילים שק"ד חלש כאשר אין נורמה מפורשת. לכן, **צריך לזכור שאפשר לנתח כל אחד מהשופטים מכל נקודת מבט תיאורטית.** **השופטים הליבראליים** תומכים בדני, ולא בגלל שהם לא בעד נשים אלא הם רואים זכויות והזכות שלא לכפות עליו להיות אב גוברת. בניתוח של זכויות יש שתי חירויות מתנגשות והן לא מטילות חובה ולכן לא ניתן לכפות.  |
| **קבוצה 3: גישת ביניים** | אין נורמה ישירה אבל **ההחלטה היא במסגרת הדין** שמגיעה מתוך תפיסה רחבה של הדין: |
| **השופטת דורנר** | **על הדין להביא לתוצאה צודקת. גם לפי הגישה של דוורקין ששולל את קיומו של שק"ד שיפוטי סבור שצריך להכריע במקרים קשים על סמך עקרונות מוסר וצדק**. **גם ע"פ הגישה של הארט, נדרשים להפעיל פרשנות על בסיס עקרונות מוסר, צדק וזכויות האדם. אם העקרונות לא מעניקים תשובה אחידה כיוון שהם סותרים- אנו נדרשים לאיזון**. כל אלו בענייה **פעולות פנים-משפטיות**.במידה מסוימת היא קרובה כאן לדרישה של דוורקין. היא הולכת להכריע לפי עקרון הצדק אבל טוענת שזו הכרעה פנים משפטית. שופטי המיעוט פנו לנורמות משפטיות, לעומתם דורנר פונה לעקרון הצדק (כמו דעת הרוב) וטוענת שהוא פנים-משפטי.דורנר מוסיפה ופונה לעניין שהעלה אריסטו**- "עקרון היושר":** 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. נעשה את התרגיל המחשבתי. היא מראה דרכו שלמחוקק יש מקום החרגה – כל מקרה לנסיבותיו. 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 הכללמה שדורנר אומרת הוא שבמקרה דנן ניתנה הסכמה מראש, ועל אף שהיא אינה הסכמה משפטית מחייבת **היא יוצרת הסתמכות כך שיש להעדיף את האינטרס של רותי. היא אומרת שהדרך הנכונה היא איזון בין האינטרסים של הצדדים המסוימים (דני ורותי).** מכאן היא מגיעה למסקנה שמכלול השיקולים מוביל לעדיפות האינטרס של רותי. היא לוקחת בחשבון שהזכות להיות הורה עדיפה על הזכות שלא להיות הורה, המצב הספציפי של רותי – כבר לא יכולה ללדת, הציפיות שלה והשלב המתקדם שלה בתהליך. דורנר בעצם מציבה 2 מסלולים אלטרנטיביים שדרכם אפשר להבין למה שיקולי הצדק הם פנים משפטיים: **הדרך של אריסטו** (השופט מפעיל שק"ד) **והדרך של דוורקין** (שק"ד חלש). |
| **מצא** | הוא רוצה להציג ניתוח אלטרנטיבי לניתוח הזכויות המתנגשות. שופטי המיעוט, לפי ניתוח הזכויות המשפטיות, הגיעו לתוצאה שבה דני צודק. מצא עושה ניתוח זכויות אחר כיוון שהוא רוצה להגיע לתוצאה אחרת. לפני כן הוא אומר שהעדר נורמה משפטית היא תופעה שקורית. **הוא אומר שיש צורך לעשות איזון בזכויות. איזון זה אינו יכול להתבסס על תחושת הצדק לבדה. עריכתו טעונה אמת מידת אובייקטיבית.** בעצם הוא מבקר כאן את שופטי הרוב שהלכו יותר על הכרעה סובייקטיבית. מצא מנסה לנתח את הזכויות באופן שיביא לתוצאה אחרת. הוא מבחין בין רמות שונות של זכויות: **זכות עקרונית** – זכות שקיימת במשפט; **זכות כללית** – זכות של אדם לממש את זכותו העקרונית; **זכות ספציפית** – זכותו לממש את זכותו העקרונית בנסיבות מסוימות.לדעתו, דני פוגע בזכותה של רותי פגיעה מעיין כללית. כיוון שמכאן היא לא תוכל יותר להיות אם. לעומת זאת, הפגיעה של רותי בדני היא פגיעה ספציפית! מכאן שהפגיעה בזכותה של רותי היא קשה יותר- היא לא תוכל יותר להיום אם. הוא בעצם אומר שלדני אין התנגדות עקרונית להיום אב אלא הוא לא מעונין להיות אב לילדים הספציפיים של רותי. מצא, בניתוח שלו, דומה לדורנר במובן זהה שהוא עושה ניתוח זכויות משפטי (לא כפי שהן מופיעות בדין). הוא במובן הזה קרוב ממש לשופטי המיעוט. מצד שני, הוא לא מדבר על תחושת צדק אינטואיטיבית. |
| **השופט היחיד שלא מכריע לגבי השאלה התורת משפטית: קדמי** | **השופט קדמי-** היחיד שלא התייחס לשאלה התורת משפטית. הוא קובע כמה קביעות כלליות: * ההפריה היא השלב המכריע של יצירת העובר.
* מכאן ואילן אי אפשר להחזיר את המצב לקדמותו.
* עד לשלב זה גוברת זכותו של הצד שאינו מעוניין להיות הורה. אי אפשר לכפות עליו.
* משלב ההפריה של הביצית ואילך, גוברת זכותו של הצד שמעוניין להיות הורה.
 |

**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.

**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 אד-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.

**"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.**

**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.

**גל שני – פמיניזם תרבותי**. מזוהה עם קרול גיליגן [פסיכולוגית]. טענה בספרה "בקול שונה" - נשים מדברות בקול שונה ויש להן העדפות אחרות בתפיסות המוסריות שלהן. הפרשה של נחמני יכולה להמחיש את זה.

**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 עבירות אינוס וכו'.

חלק מהביקורת הזו הושפעה מה-CLS. **נקודת מוצא**: המשפט עצמו לא ניטרלי והשופטים דרך המשפט מבטאים את תפיסות העולם שלהם.

# פרשנות משפטית

|  |
| --- |
| **פרשנות משפטית** |
| יש שתי קטגוריות דרכן אפשר להסביר החלטה שיפוטית: |
| **1. דרך שיקול דעת** | פירושו של דבר שהשופט מחליט בעניין שלפניו לא כפרשנות אלא כחידוש. כהחלטה עצמאית. **הטענה של הארט** אומרת שכאשר שופט מקבל מולו מקרה הוא לעולם לא מפרש, כיוון שהחוק לא התכוון אליו, אז מה שנכון לומר הוא שהשופט מחדש. הוא עכשיו מחוקק מחדש ולכן הוא לא גוזר את התוצאה מהחוק. |
| **2. דרך פרשנות** | החלטה של השופט מעוגנת באמת בחוק**. זו הגישה של דוורקין**. הוא רוצה לעגן את ההחלטות השיפוטיות בחוק ולכן הוא הולך לקטגוריה של פרשנות. פרשנות יכולה להיות רחבה או צרה ואנחנו נראה את זה בגישות השונות. |
| **בעיות הפרשנות:** |
| הבעיה של פרשנות היא איננה בעיה ייחודית למשפט. אנו נתקלים בה גם בפירוש טקסטים אחרים כמו טקסטים ספרותיים, היסטוריים וכו'. מהו הפרוש הנכון לטקסט? אפשר לחלק שאלה זו לשלוש תתי-שאלות:* **היחס בין המחבר והטקסט-** האם פירוש נכון הוא זה שחותר **לכוונת** המחבר או זה **שמפרש** בצורה הטובה ביותר את הטקסט?
* **היחס בין הלשון לתוכן**- **"גוף ונשמה",** האם הפירוש הנכון הוא פירוש **מילולי** או פירוש מתאים **לתוכן** (לטעם, התכלית) של הטקסט?
* **היחס בין הטקסט לקונטקסט**- האם פירוש נכון הוא פירוש הטקסט **עצמו** או האופן שבו משתלב בהקשר (הספרותי, ההיסטורי, החברתי)? האם יש להסתכל על הטקסט כיחידה נפרדת או כיחידה מתוך שלם?
 |
| **פירוש לפי הכוונה שזהה לטקסט (משה אזר)** | **מהו טקסט**? טקסט הוא קבוצת סימנים שנבחרו ע"י מחבר מסוים להעביר משמעות מסוימת לקורא מסוים או קהל של קוראים. הטקסט הוא **אמצעי להעביר כוונה של מי שיצר אותו**. הסימנים מסודרים באופן שיוצר מילים ומשפטים ע"פ כללי הלשון- **הסמנטיקה והתחביר (המובן של המילים)**. כאשר אדם קורא טקסט השאלה הראשונה שהוא שואל תהיה מה התכוון המחבר לומר? הדרך לדעת את זה היא באמצעות הבנת המילים והתחביר. לכאורה, ההנחה היא שכוונת המחבר צריכה להשתקף בטקסט. התיאוריה הזו מקובלת על ידי **הירש**- מלומד אמריקאי- שהבחין בהקשר הזה בין **מובן ומשמעות**:* **מובן**= מה הטקסט אומר, פירושו של דבר מה התכוון המחבר (הבנת המילים וגם המטאפורות). זו שאלה אובייקטיבית.
* **משמעות** = מה הטקסט אומר לי? זו שאלה סובייקטיבית.

**הירש** טוען שאנשים מבלבלים בין השניים. הוא טוען שפרשנות של טקסטים עומדים תחת אותה תיאוריה בסיסית של חתירה לכוונת המחבר דרך הטקסט. תוך הפרדה בין המובן למשמעות.תיאוריה זו מעוררת **בעיות**: * מה קורה כאשר המובן של הטקסט איננו ברור או איננו חד-משמעי?
* האם אפשר להשתמש בחומרים מחוץ לטקסט?
* מה קורה בטקסט של כמה מחברים?
* מה קורה בטקסט שהתחבר לפני זמן רב, בהם היכולת להגיע אל ה'מובן' היא קשה יותר אבל אולי חשוב יותר לדבר על ה'משמעות' שלהם?
* האם כל הטקסטים שווים?
* האם כל מטרות הפירוש שוות?
 |
| **פרשנות ספרותית** | פרשנות זו שונה מכמה בחינות מהטקסט יום-יומי.* **טקסט שהמחבר התכוון לרב משמעויות:** הטקסט לא התכוון להביא כוונה אחת אלא ריבוי משמעויות בכוונה תחילה.
* **טקסט ספרותי עשוי להכיל מעבר לכוונת המחבר**, למשל:
* **רבדים לא מודעים** – מחשבות שעולות באופן בלתי מודע בספרות;
* **רמיזות לשוניות וספרותיות** – גם אלו מעבר למה שהמחבר התכוון. נניח שהוא משתמש בניב שמוליך אותנו להיות ממה שהתכוון המחבר. ייתכן כי המחבר התכוון להציג מערכת יחסים מסוימת, אך מובנו הוא יותר רחב מזה. אפשר לומר שבמצבים כאלה המשמעות רחבה יותר מהמובן וחשובה יותר מבחינת האינטרס של הטקסט.

**שורה תחתונה – טקסט יכול להכיל יותר ממה שהתכוון במחבר. בהרבה מצבים המשמעות תהיה חשובה יותר מהתוכן**. |
| **פרשנות משפטית** | **פרשנות משפטית**גם היא שונה מפרשנות של טקסט יום יומי. בהקשר המשפטי השאלות יראו כך: מדדי הפרשנות-* כוונת המחוקק או פירוש החוק? [כוונה אובייקטיבית\סובייקטיבית(ברק קורא כך לכוונת המחוקק)]
* פרשנות מילולית או פרשנות תכליתית?
* פרשנות החוק (הסעיף) או פרשנות בהתאם לסביבה החוקתית(לאור עקרונות\חוקים אחרים)?

**מה מיוחד בטקסט משפטי?** **יש לנו טקסט שלא התחבר ע"י אדם אחד אלא ע"י כמה מחברים; החוק מכיל כללים שנועדו להכיל מספר רב של מקרים**; הטקסט משתלב במערכת של כללים(חוקים) מורכבת והוא מתקיים לאורך זמן וצריך להתאים לנסיבות משתנות- מכאן שאפשר לומר שלחוק יש כוונה רחבה יותר (השתרעות רחבה של החוק); החוק משתלב במערכים כללים מורכבת (טקסט בקונטקסט); |
| **נראה כמה גישות פרשניות:** |
| **טקסטואליזם (גישתו של השופט סקליה)** |
| הוא אומר שכאשר מפרשים חוק צריך לפרשו באופן פורמליסטי. השיטה הזו אומרת **שהטקסט הוא הביטוי של המחוקק. לא צריך לחשוב על כוונת המחוקק כיון שהיא איננה ידועה.** צריך להניח, שלמחוקק יש **כוונה אובייקטיבית** והיא אותה כוונה שעולה בפשטות מן הטקסט. טקסטואליזם היא לא פרשנות מילולית "צרה" או "דווקנית". זו **פרשנות סבירה בהתאם להגיון של הטקסט**. המאבק של השופט סקליה היה נגד שופטים שמייצרים כוונה באופן מלאכותי וסובייקטיבי. שורה תחתונה- אם מפרשים את הטקסט טוב אז יש לנו את כוונת המחוקק. לא צריך להפוך את הטקסט ליותר ממה שהוא.**\*בהקשר של חוקה פרשנות כזו מכונה אורגינליסטי והיא בניגוד ל"חוקה חיה" לפי סקליה זו המצאה של בימ"ש להיאחז בחוקה.** * **השופט סקליה: טקסטואליזם + אורגינליזם [פרשנות מקורית לחוקה].**

**ההצדקה לגישה שלו- פרשנות דמוקרטית**: שופטים אינם מוסמכים ליצור חוק. שופטים שמפרשים את החוק בהתאמה לאיזושהי כוונה או תכלית הם בעצם ממציאים בעצמם את התכלית כך שיוכלו לפרש את החוק כרצונם. סקליה דוגל בריסון שיפוטי. סקליה מציע גישה שמאוד קרובה לגישה הפורמליסטית.הבעיה בגישה זו- בדר"כ בשאלות הדורשות פרשנות אנחנו לא נמצאים בבעיה של פרשנות של מילה כזו או אחרת אלא בוחנים עד היכן החוק משתרע. ואלו שאלות שהכוונה שבטקסט לא תמיד פותרת. |
| **פרשנות נאמנה: תלתא משמע (הגישה של השופט חיים כהן)** |
| **הוא מחפש שלושה סוגים של נאמנויות**:1. שופט צריך להיות נאמן ל**לשון החוק** (זו הפרשנות המילולית) והיא נובעת משלטון החוק, השופט לא רשאי לפרש את החוק בניגוד ללשון. דרך הלשון יש לנו **וודאות, פומביות ושוויון**. מנקודת מבטו, אם הפרשנות הלשונית מספקת לי תשובה טובה אז אני לא הולך לרבדים מעבר לזה.
2. נאמנות **לרוח החוק** – **כוונה, טעם תכלית החוק. החוק ללא טעם הוא כמו גוף ללא נשמה. הטעם נותן לחוק חיים (מובן), הטעם נותן לחוק צדק**- הוא נותן לנו את היכולת לפרש את המילים באופן צודק. אי אפשר לפרש חוק באופן שייצור אבסורד. לדעתו הפרשנות צריכה להיות משולבת (במבנה של מדרגות).
3. נאמנות **לרוחו של המחוקק** –**עקרונות יסוד**: הוא מזכיר שני עקרונות כלליים- דמוקרטיה וחירות האדם.

השופט חיים כהן בונה **פירמידה פרשנית** שבו מתחילים בפרשנות הלשונית- אם היא מספקת את התשובה, מה טוב. אם לא- נעבור לרובד של התכלית של החוק- אם גם היא לא נותנת לנו פרשנות נכונה או ששתי תכליות מתנגשות, נעבור לרובד האחרון- עקרונות יסוד.**פס"ד פלוני + ירדור** – שימוש בעקרונות יסוד של השיטה.  |

|  |
| --- |
| **תורת הפרשנות של דוורקין** |
| דוורקין פותח את המאמר ביחס של **פוזיטיביזם ומשפט הטבע**. דוורקין מגדיר איך הוא רואה את המתח בין שתי הגישות- * **הפוזיטיביזם**- קביעות תיאוריות, מה אומר החוק.
* **משפט הטבע-** קביעות נורמטיביות- מה רצוי שיאמר החוק.

דוורקין אומר שהוא לא איש משפט טבע. הוא לא דן בשאלה מה רצוי אלא במה מצוי. לפי דוורקין, **פרשנות חייבת לעגן את הרצוי בחוק המצוי**. כלומר, הפרשנות לוקחת רעיונות מופשטים שנמצאים בחוק והיא מעגנת אותן לתוך החוק דרך קריאה של החוק באופן רחב יותר. ניגוד בתורת הפרשנות- **קונבנציונליזם ופרגמטיזם*** **קונבנציונליזם**- מבט לאחור: לחקיקה ולתקדימים. ללכת על הסכמות משפטיות.
* **פרגמטיזם**- מבט לפנים: לפתרון הנכון. – לחפש פתרון טוב= צודק, יעיל. ביקורת: פגיעה בשלטון החוק, וודאות, מוותרים בקלות על החוק.
* **פרשנות**- מבט לאחור ולפנים. רואה את הפתרון הרצוי לנגד ומנסה לגשר בין החוק לבין הפתרון הרצוי. הפרשנות בעיניו היא כלי מרכזי בפעולה פרשנית.

**דוורקין** מפתח את התיאוריה הפרשנית שלו שנקראת**Law as integrity** . [שלמות ויושרה]. שפירא אומר שכאן למעשה הפירוש הנכון הוא **שלמות**. דוורקין אומר שהגישה של המשפט כמערכת שלמה **מחויבת למסורת המשפטית ומחויבת לפתרון הצודק. הוא רואה את מושג הפרשנות כדבר שיכול לגשר בין העבר לעתיד**- בין הפתרון הצודק והמסורת המשפטית הקיימת. **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.*** **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.
 |
| **הפרשנות הספרותית של דוורקין** |
| בתחום הפרשנות הספרותית דוורקין מנסח **תזה אסתטית** – "פירוש טוב ליצירה ספרותית הוא זה שמאיר אותה באור הטוב ביותר, באופן המעניין והאסתטי ביותר". דוורקין אומר שקריאה שמציגה את הבעיות בטקסט היא לא פרשנות נכונה. צריך "קריאה של חסד". הפרשנות הטובה צריכה להאיר את היצירה הספרותית באור הטוב ביותר. דוורקין לא שולל חסרונות, הוא אומר שצריך להתחיל באופן שמפרש את היצירה באופן טוב ורק אז לבקר אותה. |
| **הביקורת והתגובות** | התזה האסתטית היא **סובייקטיבית** כיוון שבעניי אנשים שונים ה'אור הטוב ביותר' שונה.* **דוורקין** **העובדה שלא ניתן להוכיח מהו הפירוש הטוב ביותר אינה אומרת שאין תיאוריה טובה ביותר**. כלומר, מבחינה תיאורטית יש לשאוף להציג את היצירה באופן היפה ביותר.
 |
| התיאוריה של דוורקין **איננה תואמת את כוונת המחבר.** * **דוורקין** **רוצה לטעון שהתיזה האסתטית לא שואפת להגיע לכוונת המחבר. כוונת המחבר אינה מכריעה. יש כוונות לא מודעות. אפשר להחליט שמה שמעניין אותנו זה היצירה ולא הכוונה**. דוורקין אומר זאת כבר בהקשר הספרותי והוא ישתמש בגישה הזו גם בפרשנות המשפטית.
 |
| **רומן שרשרת-** נותנים משימה לקבוצה של מחברים לכתוב רומן בדרך שבה כל מחבר כותב פרק אחר. מהם עקרונות הפעולה שלפיהם צריך לפעול כל מחבר? דוורקין מעלה שני עקרונות:1. **עקרון ההתאמה:** כאשר מחבר כותב פרק חדש ברומן הוא חייב להתאים לפרקים הקודמים. צריך להמשיך את העלילה, להיות נאמן לאופי הדמויות וכדומה.
2. **הארת היצירה באור הטוב ביותר:** הפרק החדש צריך להקרין אחורה על היצירה את האור הטוב ביותר. הרעיון הוא לכתוב פרק שהופך את היצירה כולה לפרקים יפים ומעניינים.
 |
| **הפרשנות המשפטית – שופט כמחבר פרק ביצירה משפטית** |
| **כאשר שופט כותב פסק דין, הוא כותב פרק ב"רומן המתמשך", ביצירה המשפטית המתמשכת**.. דוורקין מחליף את התיאוריה הספרותית בהקשר המשפטי לתזה אחרת שבה קנה המידה הוא להציג את המשפט בצורה הצודקת ביותר (במקום היפה ביותר). **הפרשנות המשפטית הטובה היא זו שמאירה את המשפט באור הצודק ביותר.** 1. התאמה – פסק הדין צריך להתאים למסורת המשפט. השופט לא משוחרר ומחליט החלטות באופן בלתי תלוי, הוא כפוף לכל המסורת המשפטית.
2. האור הטוב ביותר – פסק הדין צריך להאיר את המשפט של הקהילה באופן הטוב ביותר, **הצודק ביותר(במשפט).**
 |
| **פרשנות משפטית אמיתית** - קביעות משפטיות הן אמתיות אם הן נובעות מ-, או מתאימות לעקרונות של צדק, הגינות, והליך הוגן ומספקות את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה. **דוורקין** מנה עקרונות מסוימים- **צדק, הגינות והליך הוגן**. אפשר לשאול את השאלה למה צריך להיות צמודים דווקא לעקרונות האלה?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 |
| **שיקול דעת ופרשנות:** * **שיקול דעת מבטא את סמכותו של השופט ליצור דין חדש.**
* **פרשנות היא ביטוי לכך שהשופט מגלה את הדין בחוק.**
* **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
* **הארט** מתייחס למושג הפרשנות לא ברצינות. **הפרשנות** בעיני הארט היא **הסוואה** להפעלת שיקול דעת.
 |
| **מצד אחד יש בדוורקין דמיון מבני לפורמליסטים**- הוא מסכים לתזת התשובה הנכונה. הוא חושב שהמשפט הוא מערכת שלמה שיש בו תשובה נכונה לכל שאלה. **ההבדל-** התשובה הנכונה אצל דוורקין חייבת לשקול את העקרונות המופשטים של צדק, הגינות והליך הוגן. חייבים לתפוס את החוק כדבר רחב, עשיר יותר הכולל גם עקרונות. הפרשנות מחייבת את השופט להפעיל הערכה ערכית. השופט חושב באופן צודק ולכן הוא לא מיישם את הכלל באופן יבש – **זה כבר יותר קרוב לריאליסטים**. זה מביא אותנו להעריך מחדש את התפיסה של דוורקין את השופט כבעל שק"ד חלש. אנחנו רואים שדוורקין לא מגביל את השופט רק למקרים של "הרקמה הפתוחה". השופט הוא פרשן לכל אורך החוק והוא לא מוגבל להפעלת פרשנות רק ברקמה הפתוחה.**בעיני דוורקין השופט האידאלי הוא הרקולס- יש לו נק' מבט על אנושית שמכילה את כל העקרונות ויודעת לאזן בניהם נכון.** |

|  |
| --- |
| **תורת הפרשנות התכליתית של אהרון ברק** |
| דילמות פרשניות: נק' המוצא היא השאלות העיקריות:* מהו פירוש נכון לטקסט?
* האם פרשנות צריכה לחתור לכוונת המחבר (סובייקטיבית), או לספק את הפירוש הטוב ביותר לטקסט (אובייקטיבית)?
* מהו תפקיד הפרשן – האם הוא מגלה את הכוונה הגלומה בטקסט(סובייקטיבי) או שהוא יוצר פרשנות חדשה(אובייקטיבית)? – גילוי או יצירה.

**ברק- פרשנות תכליתית: לטקסט משפטי יש לתת אותו פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט.*** שברק מדבר על טקסט משפטי באופן כללי ולאו דווקא על חוק. ברק מייצר תיאוריה פרשנית **לכל הטקסטים המשפטיים** (צוואה, חוזה, חוק וחוקה).
* ההנחה שעומדת ביסודה של תורת הפרשנות התכליתית היא שכל נורמה משפטית יש לה תכלית שאותה היא נועדה להגשים. ביסוד כל כלל יש טעם, מטרה, תכלית. כל כלל נועד לשם תכלית מסוימת ולכן צריך לקיים את הכלל לאור התכלית. **כל מחוקק לא עושה דברים שרירותיים וחסרי פשר**. **כאשר מחוקק קובע מצוות, חובות, איסורים – יש תכלית וטעם לחוקים האלה**.
* תיאוריה זו נותנת מענה לשאלה על היחס בין המובן המילולי של הכלל לבין התוכן שלו (הגוף והנשמה). **הפרשנות התכליתית רואה את הנשמה כדבר שמפיח חיים בגוף**. היא רואה את הגוף כנושא טעם. הגוף לא עומד כשלעצמו. העדיפות תהיה לתכלית – לנשמה של החוק.
 |
| **מהי תכלית** |
| * **תכלית** היא **מושג נורמטיבי**. להבדיל **מכוונה** שהיא **מושג פסיכולוגי** (כוונה של המחוקק מול תכלית)🡨 החידוש **שתכלית** היא מושג נורמטיבי.
* פרשנות דינמית: **התכלית היא מושג דינמי**. תכלית של חוק יכולה להשתנות עם הזמן כיוון שאינה מונח פסיכולוגי. דוג': חוק איסור ביגמיה- התכלית ההתחלתית שלו הייתה דתית (חיקוי של התפיסה המונוגמית הנוצרית), כיום התכלית של החוק מתפרשת כעניין של שמירה על שוויון. **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.
 |
| **הפרשנות התכליתית מבחינה בין**:* **תכלית סובייקטיבית** – התכלית שקבע יוצר הנורמה (קרובה מאוד לכוונה של המחוקק).
* **תכלית אובייקטיבית**- התכלית שעולה מן הנורמה ומסביבתה החוקית.

**התכלית הסובייקטיבית איננה זהה לתכלית האובייקטיבית**. התכלית האובייקטיבית קשורה לדברים שייתכן שיוצר הנורמה לא היה מודע להם. נורמה משתלבת במארג חוקי. התכלית האובייקטיבית היא **מושג מורכב.** היא כוללת את התכלית של הנורמה הספציפית (הסעיף בחוק), את התכלית של החוק כולו, את התכלית של הענף המשפטי, וגם את העקרונות של השיטה (עקרונות חוקתיים). לבסוף צפוי **איזון** בין התכליות השונות. **עולה השאלה מה היחס של התכליות השונות? וכמה משקל נותנים לתכלית הסובייקטיבית? התכלית הסובייקטיבית היא מקור, מרכיב בקביעת התכלית האובייקטיבית אבל האם יש להעדיף אותה על פני התכלית האובייקטיבית?****מה ההצדקה** לסטות מתכלית סובייקטיבית של המחוקק לתכלית האובייקטיבית? יש שיקולים שונים. * תמיכה ב**תכלית סובייקטיבית**, כוונת מחוקק- **שיקולי דמוקרטיה של הפרדת רשויות**. הוא המחוקק שנבחר וקבע את החוק.
* תמיכה **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].

**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**. |
|

|  |
| --- |
| **מרכיבי הפרשנות התכליתית** |
| **לשון** | הלשון קובעת את גבולות הפרשנות. הפרשן אינו יכול לתת לטקסט פירוש שהלשון אינה יכולה לשאת. עם זאת, ברק מסתכל על הלשון באופן גמיש- כל ביטוי לשוני מכיל ממד של עמימות או ריבוי משמעות. בשלב הראשון הפרשן **משרטט את גבולות המשמעות הלשונית ובכך מגדיר את גבולות הפרשנות**. חשוב לשים לב- אפילו שהלשון ברורה, מלאכת הפרשנות לא מסתיימת בלשון!הלשון רק מתחמת את גבולות הפרשנות. הוא רואה את הלשון כבסיס לפרשנות!!! ברק אין כמוך 3>  |
| **תכלית** | התכלית, כאמור, היא מושג נורמטיבי ולכן היא נקבעת ע"י הפרשן- השופט והיא נקבעת לפי מקורות מגוונים (סובייקטיבית- כוונת המחוקק + תכלית אובייקטיבית). |
| **שיקול דעת** | בנקודה הזו ברק נבדל מדוורקין. באופן עקרוני שק"ד ופרשנות הן שתי אסטרטגיות שונות לגשת לעבודה השיפוטית. ברק טוען שהפרשנות לא יוצאת מאליה, אין תשובה אחת נכונה ולכן נדרש שיקול דעת. בשלב השיקול דעת צריך לעשות **איזון בין כוונה ותכלית. איזון בין תכליות מרמות הפשטה שונות, איזון המתאים לסוגי טקסטים משפטיים, קביעת היחס בין התכלית ללשון**. כל ההכרעות האלה, הן הכרעות שבשיקול דעת. |
| **שיקול דעת** הוא הפעלת סמכות של השופט להחליט. שיקול דעת מניח אפשרות של בחירה. **דוורקין** כופר במושג שיקול הדעת החזק מכיוון שהוא טוען שמההליך הפרשני יוצאת תשובה אחת נכונה. **ברק** טוען שהשופט צריך להחליט. ברק מכניס בפרשנות מרכיב של שק"ד כיוון שבהליך הפרשנות יש בחירות, יש הכרעות. **הארט**- הארט חושב שצריך להפעיל שק"ד רק ברקמה הפתוחה, בעוד שברק אומר ששק"ד מופעל בכל שלב בחוק ולא רק ברקמה הפתוחה. |

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

**השאלה המשפטית**: האם המדינה רשאית להקצות קרקע להתיישבות שמיועדת ליהודים בלבד? ברק משתמש ב-**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.

**תכליות כלליות:** * כוללות את עקרונות היסוד של המשפט בישראל.
* השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל
 |
| **השוואה בין ברק לדוורקין** |
| * לא מקבל את עקרון הצדק וההגינות כעקרון יחיד.
* דגם רומן השרשרת אינו ממצה. לעיתים שופט מוגבל יותר ולעיתים חופשי יותר. השופט לא צריך להיות צמוד לדגם השרשרת.
* ברק לא מקבל את העמדה שיש פרשנות משפטית נכונה אחת בלבד (תזת תשובה נכונה אחת).
* ברק סבור שלשופט יש שק"ד חזק. יש לו יכולת בחירה בין האפשרויות השונות.

**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. |

|  |
| --- |
| **היצירה השיפוטית לסוגיה- אהרון ברק** |
| ברק פורס את סוגי היצירה השיפוטית והוא מעמיד את הפרשנות במקום אחד ובוחן באילו מקומות אחרים הדיון הוא לאו דווקא פרשני. לא כל פעולה של ביהמ"ש היא פעולה פרשנית! **דוורקין** הכליל הכל בגדר פרשנות של המשפט. ברק אומר שפרשנות היא אסטרטגיה מסוימת שיפה רק למקום בו ביהמ"ש מפרש חוק. ברק מודה בקיומם של מקרים בהם השופט הוא רק **מיישם** של החוק (עבירות תנועה). **אבל יש מקרים שבהם השופט יוצר את החוק**: |
| **פרשנות** | מקום בו **השופט נדרש לתת משמעות לטקסט, דבר חקיקה או פס"ד.** בד"כ השאלה היא קביעת **היקף ההתפרסות** (האם הכלל חל על המקרה הזה), בפרשנות השיטה הפרשנית של ברק היא **הפרשנות התכליתית. מהו התוקף הנורמטיבי של ההלכה שנגזרת מהפרשנות?** **תשובה: התוקף נגזר מהתוקף של הנורמה המתפרשת: חוק יסוד, חוק, תקנה, פסק דין.** למשל- אם ביהמ"ש מפרש חוק אז ההלכה מעמדה כחוק. אם הוא מפרש חו"י- ההלכה מתפקדת ברמה נורמטיבית של חו"י וכן הלאה. הפרשנות אחרי הכל נטמעת בחוק והיא נתפסת אחרי הכל כיישום של החוק, והמעמד הנורמטיבי הוא כמעמדו הנורמטיבי של החוק. |
| **השלמת חסר** | חסר\לקונה הוא חלל בתוך הסדר משפטי קיים (אבן חסרה בקיר של לבנים). אם אין קיר בכלל, אין הסדר נורמטיבי- זה לא מצב של לקונה אלה מצב של **חלל נורמטיבי🡨** לא כל מצב של היעדר כלל משפטי משמע חסר. מקרה שבו מזהים חסר שאינו חלל נורמטיבי, צריך להבחין בין:* **חסר סמוי** = מקרה בו החוק הסדיר את המקרה אבל החלת הכלל לא תעלה בקנה אחד עם כוונת המחוקק והתכלית. בחסר סמוי ההשלמה של ביהמ"ש לא מתפקדת כחוק.
* **חסר גלוי**= **חסר במובן הצר**. מקום בו המחוקק היה אמור להסדיר אותו ואנחנו רואים באופן גלוי שיש חסר. **יש כמה דרכים להתייחס לחסר גלוי בחוק**:
1. מה שלא הוסדר בחוק נשאר במתכונת הקודמת (מה שהיה קודם לכן נשאר)
2. הסדר במשתמע– אומר שבכלל לא רואים פה חסר. הוא הוסדר במשתמע בדרך של פרשנות. משהו לא הוסדר בפירוש אבל הוסדר במשתמע (בדרך של קל וחומר).
3. הסדר שלילי- מה שלא הוסדר בחוק, הוסדר **להיפך.** (בדין הפלילי כך נהוג לפרש, שתיקתו היא לעולם הסדר שלילי (פולר)).
4. חסר הטעון השלמה–אם מדובר בלקונה הטעונה השלמה יחול על המקרה חוק יסודות המשפט, יש להשלים(**השאלה באיזו אפשרות לבחור היא לא פורמלית שקשורה לניסוח המילים, אלא היא שאלה מהותית שקשורה להיגיון**) לפי:
* דבר חקיקה
* הלכה פסוקה
* היקש
* עקרונות הצדק, החירות היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל.

**אסטרטגיה מאוד מוגבלת וצרה. כפופה לדין השיור. מה התוקף של השלמת החסר? [כשל חוק] ברק טוען שהתוקף הוא כמו חוק למרות שזו הלכה שביהמ"ש קבע.** ברק אומר שבשיטה **הקונטיננטלית** ביהמ"ש יכול להשלים חוק, לעומת זאת **במשפט האנגלי** ביהמ"ש לא משלים אף פעם חוק אלא במקום של חסר זו הלכה פסוקה (חידוש של ביהמ"ש). **בישראל**- חוק יסודות המשפט (חריג ביחס לשיטה) מעניק לביהמ"ש סמכות להשלים חוק והמשמעות היא שהשלמת החוק היא **בתוקף של חוק(נשים לב שכאשר יש חוסר מלא יש לצמצמם מאוד! בפרשת נחמני לעניין הביציות לא נגיד שזה חוק אלא הלכה).** הדרך- לא בדרך של פרשנות אלא לפי המדרג בדין.פרשת נחמני- היה חסר במובן שלא היה כלל בעניין הפונדקאות, בעניין ריגס היה חסר כי יש הסדר לגבי צוואה- לקונה. **חוק הבחירות דרכי תעמולה** 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- מעכשיו זו הוראה חוקית. (**בג"ץ 212/03 חירות נ' יו"ר ועדת הבחירות**).  |
| **פיתוח המשפט** | חסר בחוק שאיננו בגדר לקונה, ז"א כאשר הנושא לא הוסדר לגמרי. לא חסר ספציפי בתוך נושא שהוסדר אלא נושא שלא הוסדר בכלל. כאן ביהמ"ש הוא זה שמשלים. הלגיטימציה של ביהמ"ש להשלים היא דרך המסורת המשפטית של המשפט המקובל. עקרונות הפעולה:* פיתוח המשפט לפי עקרונות השיטה בכללם איננו כפוף לחוק יסודות המשפט **(דין השיור)**
* ביהמ"ש עדיין כפוף לעקרונות השיטה.

התוקף הנורמטיבי של ההלכה הוא **כהלכה פסוקה** – הכרעה של ביהמ"ש. |
| ההבחנה הזו של ברק בין **השלמת חסר לפיתוח במשפט** עוררה התנגדות מצד שופטים מסוימים והטענה הייתה שהוא עושה את זה כדי להשתחרר מחוק יסודות המשפט והעקרונות של המשפט העברי. הנימוק של ברק הוא שבשיטת המשפט הישראלי שהיא ממשיכת דרך של המשפט המקובל באמת לא היה טעם לכפוף את ביהמ"ש לחוק יסודות המשפט בהקשר הזה.**הסבר מרחיב:**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]. **דוגמאות:** **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. **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".
* מה דינו של חולה במחלה חשוכת מרפא (כרונית) שאינו נוטה למות?
* 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.

**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.  |

**זכויות**

|  |
| --- |
| **זכויות** |
| במשפט משתמשים במונח זכות בהמון הקשרים. עולות השאלות: מה זכות מקנה? אלו מעשים או מחדלים? מי יכול להיות בעל זכות? מדוע לאדם יש זכות? וכיצד היא נוצרת? האם בעל זכות שולט על זכותו? האם יש זכויות שלא ניתן לוותר עליהן? וכו'.**דוג'** - 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.  |
| **הבחנות** |
| **זכויות מוסריות** | זכות מנק' המבט של המוסר, ולא בהכרח המשפט מכיר בה. |
| **זכויות משפטיות** | זכות שהמשפט מכיר בה. בתוך זכויות משפטיות אפשר להבחין בין: |
| **זכויות מותנות** | **הן זכויות שקשורות במשהו, מותנות במשהו**. (1) **מעשים**- למשל זכות מכוח חוזה, (2) **ביחסים מיוחדים**- הורים וילדים, בעל ואישה וכו'; (3) **מעמד** – תושב, אזרח; (4) **מצב**– זקנה, נכות; |
| **זכויות יסוד** | **זכויות מוחלטות וכלליות. אינן מותנות.** למשל- הזכות לחיים, לכבוד וכו'. |
| **ניתוח של מושג הזכות** |
| למה הכוונה כשאנחנו אומרים שלאדם יש זכות מסוימת? אלו מעשים או מחדלים נדרשים מכוח ה"זכות"?ניתוח מושג הזכות **לפי הופלד:** ניתן לפרק זכות לארבעה מובנים שונים- |
| **תביעה – זכות במובן הצר** | **ל-א' יש זכות תביעה כלפי ב' ל-X אם ורק אם לב' יש חובה כלפי א' ל-X.** כלומר, לאחד יש זכות ולשני יש חובה. לדוג'- אדם נתן הלוואה לאדם אחר, כעת יש לו זכות תביעה לקבל את כספו חזרה. כנגד הזכות בעצם עומדת חובה בצד השני. דוג' נוספת, אם דינה היא בעלת דירה יש לה זכות לתבוע מכל אדם אחר שלא יכנס לדירתה. זה המובן הבסיסי ביותר של הזכות. |
| **חירות** | **לאדם יש חירות ל X אם אין לו חובה ללא X.** לדוג': לאדם יש חירות להביע את דעותיו, אבל אין לו זכות תביעה שישמעו את דעותיו; יש לאדם חירות לקחת צדף שמצא על חוף הים (בהנחה שאין חוק שאוסר את הפעולה). החירות הזו היא לא תביעה- אם אדם אחר ייקח את הצדף אין לי תביעה על הצדף. לאדם יש את החופש לעשות דבר מה כאשר אין את החובה שלא לעשות דבר מה. ראינו זכות שהיא חירות בפרשת נחמני – הזכות להיות הורה היא חופש ואין בה תביעה. זכויות יסוד הן בד"כ חירויות. |
| **כוח** | **לאדם יש כוח אם ורק אם יש לו את היכולת לשנות את המצב המשפטי (זכות או חירות) שלו או של אדם אחר.** לדוג': לשופט יש כוח לפסוק שרחל תשלם פיצויים ללאה; לאדם יש כוח לכתוב צוואה ולקבוע את יורשיו; לאדם שהוצעה לו הצעה יש כוח לקבל אותה (וליצור חוזה); |
| **חסינות** | **לאדם יש חסינות מפני X אם לאדם אחר אין כוח כלפי א' ל-X.** לדוג': לח"כ יש חסינות מפני חקירת משטרה; לאדם שמחזיק בצוואה בלתי חוזרת יש חסינות מפני שינוי הצוואה; לעד מדינה שחתם הסכם עם הפרקליטות, יש חסינות מפני העמדה לדין; |
| כבני אדם אנחנו תמיד משתמשים במונח 'זכות'. אצל הופלד זכות היא רק במקרים בהם לאדם יש זכות תביעה. ולכן צריך לפרק את מובן הזכות לארבעה מובנים שונים כדי לדייק את ההגדרה. |
| **טבלת הופלד** |
|

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| זכות (תביעה) | חובה | זכות היא קורלטיבית לחובה – אם יש לי זכות לאחר יש חובה |
| חירות | היעדר זכות | **חירות היא היעדר חובה, מקום שאין לי חובה יש לי חירות** |
| כוח | כפיפות | **אם יש לי כוח לדבר מה, אז מי שיש לי לגביו כוח כפוף לכוח שלי** |
| חסינות | 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.** |

 |
| אפשר לנסח את טבלת הופלד על **דרך הניגוד**: |
|

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

 |
| לפי הופלד המושגים האלה ממצים את מונח הזכות. זכות וחירות הם המושגים הבסיסיים והראשונים שמגדירים את הכוח של הפרטים, וחסינות וכוח הם המושגים שיכולים לשנות את מאזן הכוחות בין הזכות לחירות. |
| נחזור **לפרשת נחמני** – רותי טוענת שיש לה הזכות להיות הורה🡨מה שיש לרותי זו בעצם **חירות.** זה אומר שלדני אין זכות לתבוע מרותי שלא להיות הורה. לדני עצמו גם יש **חירות** שלא להיות הורה. לרותי אין זכות לתבוע מדני שיהיה הורה, לדני יש **חירות** שלא להיות הורה. **מכאן שהזכות להיות הורה כשלעצמה לא יכולה להצמיח תביעה מול דני מבחינה משפטית**. מה כן יכול להצמיח לרותי זכות תביעה? בפסק הדין רותי טענה שיש לה **זכות תביעה** להמשיך בהליך הפונדקאות, אם היא צודקת- לביה"ח יש **חובה** לאפשר לה להמשיך בתהליך ובמקביל יש לה **כוח** להכריח את דני להיות אב בעל כורחו. מה לטענתה הצמיח לה זכות תביעה כלפי דני? ההסכמה ההתחלתית שלו ואינטרס ההסתמכות הגדול שלה. |
| **אשכול זכויות** |
| לעיתים מושג הזכות יכול לכלול היבטים שונים. לדוגמא, אם אני בעלים של נכס יש לי זכות תביעה כנגד כל אדם אחד שלא יכנס לנכס שלי; בנוסף, יש לי חירות להשתמש בנכס כרצוני ולעשות בו כל דבר(לשים לב שאני לא צופרת ב11 בלילה גם..); יש לי גם כוח להעביר זכויות בנכס; יש לי חסינות – כנגד אחרים שאינם יכולים להעביר את הזכויות בנכס אליהם;  |
| **זכות חיובית** | דורשת הספקה של נכס או שירות. |
| **זכות שלילית** | דורשת אי-התערבות. |
| . **חירות היא זכות שלילית?** **זכות שלילית היא תביעה, אבל חירות היא לא תביעה. חירויות לא חייבות להיות רק זכויות שליליות אלא גם חיוביות וזו הכרעה מדינית**. לפי טבלת **הופלד** ראינו שחירות לא מצמיחה חובה למישהו אחר. הבעיה בטבלת הופלד- יש זכויות, כמו הזכות לחיים, שהשאלה מה ההיבטים של הזכות שכלולים בה היא לא שאלה אנליטית אלא היא **שאלה נורמטיבית** שצריכה לשקף את הערכים הנורמטיביים של מדינה.מה פירוש הדבר שיש לי **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'.
 |
| **זכויות וחובות** |
| **אין זכות תביעה ללא חובה.** ברגע שזכות היא ללא חובה היא כבר חירות. **האם יש חובה ללא זכות?** נניח שיש לי חובה לתת צדקה אבל לאף אחד אחר אין זכות לתבוע ממני את הצדקה. ניתן לחשוב על עולם כזה, אולי עולם מוסרי. האם יכולה להיות חובה משפטית כזו? באופן תיאורטי אפשר לחייב את האזרחים לתרום. אפשר לחשוב על חובות כלפי הסביבה- למשל חובה שלא לכרות עצים. אין מישהו שעומד עם זכות ויכול לתבוע זאת אבל **יכולה להיות חובה כלפי מי שאינו נושא זכות(למשל המדינה)**. את מושג הזכות חייבים להבין יחד עם מושג החובה בעוד שמושג החובה יכול לעמוד בפני עצמו. |

**רז** **במאמר**:

**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).
* 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.
* לגבי בע"ח, לא נתערב אם אריה יטרוף את הצבי. ההתערבות ביחס אליהם מוגבלת. בע"ח אינם ערך אולטימטיבי.

**נבחין בין 2 פירושים של הפירוש "בעל זכות":**

1. **תורת הרצון**
* 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
1. **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

**אינטרס**

* הזכות תלויה באינטרס ולא ברצון של האדם.
* **דוגמאות**:
	+ הזכות לחיים.
	+ הזכות לחינוך.
	+ הזכות לחירות.

**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**. 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.

**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.

* 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?** 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.

* **הזכות לכבוד** (human dignity) : פס"ד – אדם נושא סמים מסוכנים, ביקש שיפשיטו אותו ברחוב. ואחרי זה תבע האם ההתרה שלו מאפשרת להם לפגוע בזכות לכבוד? זה לא עניין של רצון, אתה לא יכול לוותר על הכבוד שלך באופן כזה.
* **הזכות לחיים**: לא יכולה לתת לאדם להתאבד, זה לא תלוי רק ברצון שלו!
* **הזכות לחירות**

אם אנחנו מבינים את הזכות לא כרצון שאדם שולט בה, אלא כאינטרס 🡨 אז לפעמים הוא מעבר לרצונו. אדם לא שולט על הזכות בכל המצבים.