מחברת קורס תורת המשפט

זוהי המחברת המצטברת שלי במהלך הקורס. תודה לכל מי ששלח לי גם סיכומים! במקרה של טעויות, אשמח שתפנו אליי על מנת שאתקן.

בהצלחה לכולם!

**שיעור 1- מבוא- 3.3**

כללי על הקורס:

יהיו 3 עבודות- 10%

מבחן- 90% בחומר סגור

כדאי מאוד להשתתף.

ישתדל להקליט אך ישלח רק למי שנעדר עקב הקורונה.

פניות למרצה או למתרגלים דרך המתרגל הראשי נריה רטיג

מבוא  
המערכה המרכזית של הקורס היא תיאוריית המשפט. תחום המשקיף על המשפט באופן כללי. תחום מפגש בין פילוסופיה למשפט. נדון בשאלות תיאורטיות. זהו תחום בינלאומי ולכן המקורות יהיו לרוב באנגלית.

את השאלות בתחום תורת המשפט ניתן לסווג ל**שני סוגים**:

1. שאלות נורמטיביות- כמו מהי הסיבה לעונש? יש פילוסופיה לכל סוגי המדע במשפט הקירבה בין התיאוריה למשפט בפועל היא הרבה יותר גדולה. כשעוסקים בעונש צריך לשאול גם מה המטרה. האם יש חובה מוסרית לציית לחוק? מה מקור החיוב בחוזה? האם לאישה יש זכות להפסיק הריון? מה עם המתת חסד?
2. שאלות אנליטיות- עוסקות בהבנה וניתוח פנימיים של מושג המשפט עצמו. מה מבדיל את המשפט ממערכות אחרות. כיצד נורמה הופכת לחוק. מה כולל החוק? מה תפקיד ביהמ"ש? היחס בין משפט למוסר. מהן זכויות? מה זה שקד שיפוטי?

בקורס זה נעסוק יותר בשאלות האנליטיות כי מטרתו היא להבין את המשפט.

נדון ב-**3 נושאים**:

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

מה בין חוקי המדינה לחוקי הטבע?

נעשה הבחנה בין **שני סוגי חוקים**:

1. חוקים פרספקטיביים- חוקים מצווים מחייבים. הדת היא בעלת חוקים מנחים. נורמות קהילה.
2. חוקים דסקריפטיביים- מתארים. למשל, חוקים בכלכלה מתארים בדר"כ מציאות.  
   בנ"א מנסחים את חוקי הטבע. אם משהו מפר את החוק, כנראה החוק אינו נכון או חסר. החוק בא לתאר מציאות.

חוק מדינתי שמופר אינו מופרך.

יש מערכות נורמטיביות אחרות למשפט (מוסר, הדת, כללי נימוס, כללי מועדונים ואגודות). אז מה ההבדל? המשפט מחובר לכח של המדינה. הוא נאכף על ידי המדינה. האם ייתכן משפט שלא נאכף על ידי המדינה?

**מהו מוסר**?

התחום שעניינו הבחנה בין מעשים טובים לרעים בין התנהגות רצויה לבלתי רצויה בין דרגות שונות של חובה לרשות. יש דברים מוסכמים אך ישנם מקרים בהם יש דילמות רבות. האם נתינת צדקה היא חובה? לפעמים ההבחנה בין טוב לרע היא לא בגבול בין חובה להיתר. יש מעשים שהם מעבר לחובה.

פילוסופיה של המוסר

אתיקה נורמטיבית- האם יש חובה לתת צדקה? האם מותר לגנוב כדי לסייע לנזקקים? האם מותר להפיל?  
מטא-אתיקה- האם המוסר הוא תוצאה של מסקנה תבונית או של רגש? המוסר אובייקטיבי או יחסי? (אם הוא יחסי, לכאורה אין הצדקה לבקר חברה אחרת) אנחנו מחזיקים בתפיסות ביקורתיות כלפי חברות אחרות.

נעשה **הבחנה**:

* מוסר נוהג פוזיטיבי- המוסר הנוהג בחברה נתונה. נורמות התנהגות הנכונות לחברה מסוימת. זהו מוסר המשתנה.
* מוסר אידיאלי ביקורתי- מוסר בהיבט הביקורתי. מה ראוי? מה נכון?

אתיקה עוסקת באופן כללי בהתנהגויות מוסר. לא רק מול בנ"א אחרים אלא גם כלפי הטבע וכלפי עצמו. ניתן לטעון שהוא אינו משתנה. ניתן לטעון שאנחנו מגלים את התפיסות המוסריות הנכונות. שינוי בהכרה זהו שינוי באמת.

שואלים מה נכון, לא מה שקורה בפועל. שאלות מוסריות הן שאלות מסובכות.

מה מייחד את המשפט בהשוואה למערכות נורמטיביות אחרות?

**שלושה היבטים**:

1. מעמד- המשפט קשור לכח המדינה. המוסר לכשעצמו (לפעמים יש חפיפה) לא נאכף על ידי המדינה. צריך להראות שהזכות/החובה היא משפטית. המשפט והמדינה רואים את המשפט כדבר עליון על מערכות אחרות (דבר שלא מחייב).

נמשיך את ההיבטים בשיעור הבא.

**שיעור 2- המשך ייחוד מערכת המשפט- 8.3**

חזרה על השיעור הקודם. דיברנו על מערכות נורמטיביות של המשפט. להרבה מאוד ארגונים יש תקנון. יש מערכות נורמטיביות כלליות (כמו מוסר או דת).

מה מייחד את המשפט ביחס למערכות נורמטיביות אחרות?

יש **שלושה היבטים**:

1. מעמד- הקשר לכח המדינה ועליונות. דיברנו על כך בשיעור הקודם.
2. צורה- א. **אובייקטיביות**. כניגוד לסובייקטיביות. קיום מחוץ לדעה של האדם. המשפט קיים באופן בלתי תלוי בדרך שחושבים עליו. הוא שונה בדרך זו מן המוסר. יהיו שאלות מוסריות אשר ניתן להתווכח לגביהן. המוסר הוא בחלקו סובייקטיבי. תלוי אנשים, אמונות והשקפות. במשפט, החוק נחקק והוא קיים מעבר למה שהאדם הרגיל חושב. מעבר לאמונות. המשפט הוא הכרעות חברתיות-פוליטיות אולם לאחר שנחקקו, הן הופכות להיות אובייקטיביות. דבר זה נחוץ על מנת להכווין התנהגות (אחת ממטרות המשפט). אם המשפט לא יצליח להכווין התנהגות באופן אובייקטיבי, הוא לא ימלא את אחת ממטרותיו העיקריות. האובייקטיביות של המשפט נתון למתקפה. באתגר. מה קורה במצב בו קורה דבר אשר אין עליו חקיקה? מה על ביהמ"ש לעשות? פרשנות ביהמ"ש הופכת את המשפט ללא אובייקטיבית (אך ההלכה שלהם הופכת לאובייקטיבית). כמובן שיש דברים אשר אינם אובייקטיבים בחקיקה. כל המערכת המשפטית והמדינית צריכה לעבוד תחת ההנחה שהמשפט הוא אובייקטיבי ואינו תלוי בהשקפות ודעות אחרות.

ב. **מוסדיות**. המשפט הוא מערכת מוסדית בכך שהוא נוצר במוסדות. בגופים מוסדיים שונים. ניתן לחלק אותם ל**שני סוגים**: (1) מוסדות יוצרי נורמות- הם היוצרים את החוקים והנורמות. יש להם את הסמכות. הגוף המחוקק, פרלמנט. יש גם גופים רגולטורים.

(2) מוסדות מיישמי נורמות- גופים של שיפוט ואכיפה המיישמים את הנורמות בפועל. הם לא יוצרים. רק מוודאים שאנשים אכן פועלים על פי החוק. גופי שיפוט- קביעה מחייבת של המצב הנורמטיבי. הצהרה על מצב נורמטיבי קיים וכן יצירה של נורמות חדשות- תקדימים משפטיים.

בשיטה הקונטיננטלית, כאשר לביהמ"ש אין דרך לקבוע על פי החוק, ביהמ"ש יהיה חייב לקבוע. הוא לא יכול לטעון שאין תשובה. כשהוא מספק תשובה חדשה, הוא קובע רק לגבי המקרה הספציפי. בשיטה האנגלו-אמריקאית והישראלית, כאשר בימ"ש מביא הלכה חדשה, על דבר שלא היה עליו תשובה בחוק, הוא בעצם מייצר נורמה חדשה. הם מייצרים הלכה מחייבת וכך הופכים גם ליוצרי חוק ולא רק למיישמים. הטענה שביהמ"ש תפקידו אך ורק ליישם אינה נכונה מ**שתי סיבות**: (1) בימ"ש חייב לקבוע. (2) יש מקרים רבים בהם אין תשובה בחוק ולכן אין זה מעשי להימנע מליצור הלכות חדשות. כאשר הוא יוצר נורמה חדשה, עולה הוויכוח האם היא מחייבת למקרים אחרים. (בפועל יהיה בלאגן גדול אם התקדימים לא יהיו מחייבים).

אם שואלים היכן נוצר החוק- הוא נוצר במגוון מאוד מוסדות (הרשות המחוקקת, גופים ממשלתיים...) יש חשיבות למעמד הנורמטיבי של נורמות מסוימות והמחוקק יכול לשנות ולהשפיע על כך.

ג. **מערכת כללים**. המשפט מאופיין בצורה צורנית בכללים כניגוד של עקרונות. (נורמות מופשטות). כללים הם נורמות ספציפיות. אנחנו עושים פעולות שאנחנו חושבים באותו שהן מוצדקות. המשפט בנוי ממערכת כללים. לא כלל, עקרון או מטרה יחידים.

מדוע המשפט משתמש בכללים? עם הנוחות שלו, השימוש בכללים הוא לעיתים בעייתי. ככל שהכללים יותר מופשטים, הם יותר פתוחים לפרשנויות שונות בעוד שכללים ספציפיים, פחות פתוחים לפרשנויות. בנוסף, כללים ספציפיים הם וודאיים יותר, חסכוניים במשאבים, מונעים בעיות וכן הם כלי יעיל להכוונת התנהגות. הכללים מכסים את רוב המקרים, לא את כולם. לצד הכללים יש להוסיף סטנדרטים אשר מופשטים יותר מכללים. חייב להיות תמהיל בין מערכת משפטית ברורה לבין מערכת עקרונות שיכסו את המקומות בהם הכללים אינם נותנים תשובה.

**חסרונות**: (1) יחס בין כללים לטעמים- מה בסוף מחייב אדם? הכלל בדרך שמנוסח או הטעם שמאחוריו? כמה אדם דבק בכלל ועד כמה אדם מרשה לעצמו ללכת לטעם מאחוריו.

לדוגמא: ירושה. שאלה מאוד מרכזית. (2) תחולת יתר- תמיד יש כללים שנכנסים למרות שלא צריך (3) תחולת חסר- תמיד יש כללים שלא נכנסים למרות שצריך. לפעמים אף סותר את הטעם בכללים.

כלל ניתן ליישום ללא הפעלת שיקול דעת. סטנדרט או עקרון מחייבים הפעלת שיקול דעת. **סוגי כללים**: (1) כללים המטילים חובה- לדוגמא, חוק העונשין. כולו מלא בכללי "לא תעשה" וכן יש בו מעט כללי "עשה" (פחות נפוץ במדינות דמוקרטיות). אלו כללים המטילים חובה. (2) כללים המעניקים כח- כללי הסמכה. כח ככח משפטי. החלטה של שופט היא החלטה עם כח. כח זה הוא גם דבר יום יומי. כמו הכח לכרות חוזה. המושג של כח באופן משפטי, הוא רחב מאוד. (3) כללים המעניקים זכויות- לדוגמא: חוק ביטוח לאומי. חוק חינוך חינם. חוק הבריאות.

1. תוכן ומטרות- א. **המשפט הוא כללי**. יש לו היקף מאוד רחב- בלתי מוגבל. בעוד שרוב המערכות האחרות הן ספציפיות. המשפט באופן עקרוני יכול להסדיר כל התנהגות אנושית.   
   ב. **המשפט הוא פתוח**. הוא יכול לאמץ נורמות אחרות ולהכיר במערכות נורמטיביות אחרות.   
   ג. **גבולות המשפט הם וולונטריים**. המשפט קובע את הגבולות של עצמו. הוא מחליט במה לא יעסוק. הבחנה בין פרטי לציבורי.

מכלול המאפיינים מסביר מדוע המשפט הוא המערכת הנורמטיבית החשובה ביותר.

**שיעור 3- פס"ד פלוני נ' פלונית- 10.3**

יש **שתי גישות** ביחס המשפט והמוסר:

1. גישה פוזיטיבית- המשפט נקבע על ידי המחוקק, הוא רוצה להיות הדבר הצודק אך אין כך בפועל. המשפט מנותק מהמוסר.
2. גישת הטבע- המשפט אחוז בקשר בל ינתק והדוק מהמוסר והצדק. אי אפשר לחשוב עליו במנותק. לדבר זה יכולות להיות **שתי השלכות עיקריות**: א. חוקים שהמחוקק מחוקק, כפופים באופן עקרוני לחוקי הצדק. דבר הסותר, אין לראות אותו כחוק.

ב. כאשר יש שאלה משפטית שאין לנו תשובה בחוק, ניתן להסתכל בעקרונות הצדק והמוסר ולראות אותם כחוק.

כדי להדגים את חשיבות השאלה, אנו ננתח את פס"ד פלוני אשר מדגים את השיטות השונות.  
**ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית**

עובדות המקרה- אדם בוגר נשוי, שהיה חשוך ילדים, פיתה נערה כבת 15 והכניס אותה להריון. נולד בן והנערה מבקשת למסור את הבן לאימוץ. הגבר נענש על בעילת קטינה. האב מתנגד לאימוץ ומבקש שהילד יהיה אצלו.

השאלה המשפטית- האם בנסיבות המקרה, בו ההיריון נגרם תוך ניצול ועבירה, התגבשה עילת אימוץ? החוק קובע כי אימוץ של ילד יכול להיעשות ב-**2 מקרים עיקריים**: א. הסכמת ההורים

ב. אם אין הסכמה, אז רק דרך אחת מ-8 עילות האימוץ שבסעיף 13 לחוק.

החוק על פניו לא מעניק עילת אימוץ. עילה אחת היא שאין אפשרות להורים לגדל אותו- אי מסוגלות הורית. אך הגבר לא נכלל בעילה זו. יש פה שאלה מוסרית ומשפטית.

שיקול אחד הוא לא לפתוח פתח למקרים אחרים כאלו. "שילם" על המעשה הרע אך בסופו של דבר ביצע את זממו.

למרות שכל השופטים טענו שאין לאפשר לו לגדל את הילד, הם נתקלים בבעיה שאין לכאורה עילה משפטית שתאפשר את הוצאת הילד. יש להם אינטואיציה מוסרית- זה לא צודק ולא ירתיע.    
זה נראה בלתי צודק שאותו אדם יזכה במה שרצה תוך זה שעשה מעשה עוולה.

**איך מתמודדים** עם דילמה זו?

* הצעת היועמ"ש- יש כלל במשפט המקובל, האנגלי ובישראל, כלל שאינו כתוב אך נמצא במסורת הפסיקתית אשר אומר: "**מעילת עוולה לא תצמח עילת תביעה**". זוהי טענה דיונית. כלומר, בפרוצדורה. לא מכריעים במקרה, אלא אומרים שלא עוסקים במוסר כזה. לא נותנים סעד ולא נותנים תשובה. פוסלים על הסף.

השופטת דורנר טוענת כי הכלל תקף **רק בזכויות רכושיות**. מדובר בזכויות אישיות ולכן הכלל לא תופס. מזכיר פס"ד מארה"ב (פס"ד ריגס שעוד נדבר עליו) בו נכד רצח את סבו ולאחר מכן פנה לביהמ"ש בבקשה לקבל מהירושה.

* דעת הרוב (דורנר)- התקיימה **עילת אי מסוגלות הורית**. וזאת **משום ההתנהגות של האב** אשר הביאה להריון. היחסים בין הילד לאב יהיו מתוחים מאוד. הם מתבססים על חוות הדעת הפסיכיאטרית. לילד תהיה פגיעה נפשית וזה ייכלל באי מסוגלות הורית.  
  דעה זו היא מאוד קשה וזה עלול לגרום לעילות נוספות במשפחות אחרות בעלות סיפורים כאלה או אחרים. כמו כן, הטעם העיקרי הוא טעם מוסרי שלא מגיע לאב לגדל. לא עניין טובת הילד. הם משנים את הכיוון. זו דעה מעט לא כנה ואמיתית. בכל משפחה יש בעיות וסיבוכים, אי אפשר להוציא ילד בגלל זה. למה בכל זאת השתמשו בהנמקה זו?
* לוין- מבקר על דעת הרוב וטוען שאינו רואה אי מסוגלות הורית. האב מסוגל לגדל את בנו. אך טוען גם הוא שלא מגיע לאב לגדל. הוא משתמש ב**-"פרשנות מרחיבה"**- "חוקים לא חוקקו בחלל ריק". הם חוקקו בתוך מערכת כללים ועקרונות קיימת. דעת הרוב היו בגישה פוזיטיבית וניסו לבסס את המקרה על חוק מסוים. לוין בא ואומר שיש עקרונות וכללים מעל. הוא לוקח את ס' 13(8) המדבר על סירוב ההורה לאפשר אימוץ נוגד את תקנת הציבור. **הצדק, מחייב את האימוץ ולכן גם תקנת הציבור דורשת זאת**. סירוב האב היא נגד תקנת האימוץ. תקנת הציבור באה מתוך הצדק. אולם, אין עילה ותקנה שניתן להשתמש בה על מנת להכריע על פי תקנת הציבור. תקנת הציבור זה דבר רחב מאוד. ניתן לומר שלוין קולע יותר לטעם העיקרי אך עדיין תולה זאת על סעיף בעייתי. פתרון נוסף- **"החסר הסמוי"**. מצבים בהם המחוקק לא צפה מצבים מסוימים. הוא "פספס". ניתן לומר שהחוק מתייחס למצב נדון ואין בו חסר אך בנסיבות מיוחדות יש חסר. ביהמ"ש צריך לחשוב מה המחוקק היה עושה. יוצרים חסר סמוי. לוין טוען כי המחוקק יסכים שאין האב זכאי לגדל את הילד. חסרה עילה של היריון שנגרם כתוצאה מניצול. המחוקק לא נתן את דעתו למקרה כזה. אילו היינו שואלים אותו היה בוודאי אומר שבמקרה כזה יש עילה להכרזה על הילד כבר-אימוץ.

השופט לוין עשה פרשנות מרחיבה שהסעיף יכלול את כללי הצדק ועושה "חסר סמוי". הוא לא באמת מתייחס לסעיף ספציפי.

* חשין- השופט הכי כן. הוא אומר שכבר מהרגע שקרא את פרטי התיק, הבין שאין לאבא זכות גידול. אדם אנס נערה ומבקש את הילד. הוא פיתה אותה וניצל אותה ולכן מאוד קרוב לאונס. הוא מודה שעוד לפני המחשבה המשפטית, מבחינה מוסרית אי אפשר. הוא אומר על הפורמאליסט חסר הלב- ייעשה הצדק וייחרב העולם. הוא מכניס את **משפט הטבע**- שהילד יגדל בבית הוריו. זכות ההורים וזכות הילד. משפט המדינה ילך על פי משפט הטבע. משפט הטבע לא תלוי במשפט המדינה. הוא טבעי וזהה לעקרונות צדק ומוסר. יש מסגרת מוסרית קודמת למשפט המדינה. כמו כן, מכניס את עקרון **"הרצחת וגם ירשת"**- הוא מסתכל על המוסר ולא רק על החוק. מה צודק. ואיך מלבישים את עקרון הצדק בלבוש החוק? איך מלווים אותו? "הרצחת וגם ירשת" הוא נורמה משפטית מחייבת במשפט הארץ, עקרון הנושא את עצמו. עקרון יסוד נמצא במשפט הישראלי בצדם של עקרונות יסוד אחרים ובצדם של חוקים, חוקי יסוד וכל מרכיבי המשפט הישראלי. עקרון יסוד זה- רמתו רמת חוק היא ואת החוקים יתהלך. הוא לא פרשנות או כלל חסר. לא כל נורמה מוסרית היא נורמה משפטית. חשין אומר **שישנן נורמות מוסריות אשר הן באותה הרמה של נורמה משפטית**. הן עקרונות יסוד. הוא מתייחס לעקרון זה כחקיקה ראשית. זוהי **דעה לא פוזיטיבית**. המשפט כולל עקרונות מוסריים גם אם הם לא נחקקו. חשין מוסיף משל של אגם מים טהורים וחבצלות מים. האגם- המוסר, החבצלות- המשפט. המשפט שואב מהמוסר אך כמו שחבצלות המים מכסות רק את רוב האגם, כך גם המשפט עצמו וכך כאשר יש בעיה משפטית שאין עליה תשובה משפטית, ניתן להשתמש במוסר. הוא מודע לעובדה שמדובר במקרה חריג ואין להשתמש בזה במשפט רגיל. "הכרעה מלאכותית".

פס"ד יפתח לנו דיון רחב. נעסוק במשפט הטבע ולאחר מכן נעסוק בגישה הפוזיטיבית.

ליום שלישי לקרוא את הדיאלוג של אפלטון. לא יהיה בכיתה. יעלה שיעור מוקלט.

**שיעור 4- שיעור מוקלט- אפלטון 15.3**

השיעור נדבר על תורת המשפט הטבעי על-פי אפלטון.

חזרה על השיעור הקודם. המשמעויות של המחלוקת בין המשפט הטבעי לגישה הפוזיטיבית כפי שבאה לידי ביטוי בפס"ד פלוני. ראינו שביהמ"ש (חשין) היה מוכן להשתמש בעקרונות המשפט הטבעי, בעקרונות מוסריים שאינם חלק מהמשפט הפוזיטיבי של המדינה (כלומר, כללים אשר לא נחקקו) ולהשתמש בהם על מנת למצוא פתרון לבעיה שעמדה בפניו. זה מביא אותנו להסתכל בצורה יותר רחבה, תיאורטית והיסטורית על התפתחות רעיון המשפט הטבעי. המקום הראוי שממנו נתחיל הוא תורת אפלטון.

היה מי שאמר שכל הפילוסופיה המערבית אינה אלא הערות שוליים לאפלטון. במידה מסוימת זה נכון, בהקשר שלנו, במשפט. השאלות הגדולות הנוגעות בתורת המשפט ולתיאוריה היסודית של משפט ביחס למוסר, נשאלו כבר על-ידי אפלטון. נראה את השאלות ואת הפתרונות שהוא נותן.   
אפלטון היה פילוסוף יווני שחי במאה הרביעית לפני הספירה. היה תלמידו של סוקרטס והוא כתב את הפילוסופיה שלו בסדרת ספרים שהייתה בנויה במתכונת דיאלוג. כלומר, שיחה בין אנשים שה-"גיבור" הוא סוקרטס. בדרך זו, אפלטון משמר את מורשתו של סוקרטס. קשה באמת לדעת עד כמה סוקרטס שבספרים זהה לסוקרטס האמיתי, ההיסטורי. לא ידוע אם באמת אפלטון בעצם מתעד את דבריו או רק משתמש בדמותו כדמות ספרותית ומכניס את מחשבותיו שלו. החוקרים מבחינים בין הדיאלוגים המוקדמים (בהם הדמות משקפת יותר את סוקרטס ההיסטורי) לבין הדיאלוגים המאוחרים (בהם אפלטון מכניס לדמות את דעותיו שלו).

הדיאלוג "מינוס" הוא אחד מהדיאלוגים המאוחרים של אפלטון (יש הסבורים כי אפלטון עצמו כלל לא כתב אותם אלא תלמידיו ברוח דבריו) ואידאולוגיה של המוסר המשתקפת בדיאלוג זה משקפת את הפילוסופיה של אפלטון.

הדיאלוג נפתח בשאלה של סוקרטס לחברו בה שואל: "החוק- מהו בעינינו?" מהו החוק? שואל חברו לאיזה חוק הוא מתכוון? כלומר, ניתן להתכוון לכמה דברים כמו מהו החוק לעניין מסוים או מהו החוק כחוק? החבר מבין את השאלה באופן ספציפי ולכן שואל לאיזה חוק הוא מתכוון. סוקרטס אומר לו כי הוא לא הבין אותו. לא מעניין אותו החוק הספציפי, הוא שואל בכללי. **מה מאפיין את החוק באשר הוא**? החבר עונה לו שחוק זה מה שנחקק ואשר נוהגים על פיו. הוא פועל על פי הגישה הפוזיטיבית. החוק הוא מה שהחברה קובעת ומחליטה שהוא חוק. זוהי תשובה אינטואיטיבית.

הוא נותן את **שני היסודות**:

1. נחקק

2. נוהגים לפיו.

סוקרטס טוען כי החוק לא מתחיל ונוצר יש מאין. הוא נחקק מחוק של דבר אחר. אותו הדבר יכול להיות תוכן או סעיף סמכות. סביר להניח שסוקרטס מדבר על תוכן. החוק שנחקק נקבע על ידי איזה עקרון. יש סיבה לחקיקת חוק מסוים.

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

הוא מציע **שתי אפשרויות**:

1. החוק כהוראה, כחכמה שהמחוקק קובע כיצד להתנהג

2. גילוי של תופעה קיימת כמו הרפואה (הרופא מתבסס את המציאות. הוא מגלה את המציאות).

החבר בוחר את האפשרות הראשונה- החוק כהוראה. החוק אינו מתאר את הטבע, אלא עמדת המחוקק.

סוקרטס לא מקבל את תשובתו ושואל אותו: "מקיימי החוק- צדיקים הם? ומפרי החוק עוולים הם?" החוק הוא ניטרלי או האם יש לנו עמדה לגביו? החברה עונה בחיוב. **החוק לא ניטרלי**. אפשר לזהות שהחוק הוא טוב. שהמצייתים לו הם צדיקים והמפרים הם מעוולים. אנחנו מתאימים את החוק במשמעות חיובית.

אז אם אמרנו שזו סברה של מדינה, סביר להניח שיהיו גם סברות רעות. ואם יש סברות רעות, כיצד ניתן להגיד שקיומו הוא דבר טוב וצודק? החוק אינו יכול להיות סברה נכונה או לא נכונה כי אז תהיה בעיה לקיימו. אנו מזהים את הטוב עם הצודק, ואת הפרתו עם הרע, עם הלא צודק. צריך להעמיד את החוק מול קריטריון של צדק ולא רק ברצון המחוקק. סוקרטס אומר כי ברור שהחוק הוא סברה הגונה. צריך להניח שהחוק צודק ועומד באיזה קריטריון אובייקטיבי. **סברה הגונה אמיתית היא גילוי האמת**. כלומר, אם החוק צריך להיות אמיתי על מנת שנייחס אליו כאל דבר אמיתי, צריך להניח שהחוק הוא צודק ולכן יש צורך לגלות את האמת. "**החוק מבקש, אפוא, להיות גילויה של האמת**". בעוד שהחבר טוען להגדרה פוזיטיבית, אפלטון בשמו של סוקרטס מציע הגדרה חלופית- החוק מבקש להיות גילויה של האמת. הוא צריך להיות אמת חיצונית לחוק. על מנת להטעין חוק בכל המטען של הצדק והטוב, צריך להניח שהוא טוב. החוק צריך להיות מעבר לרצון המחוקק.

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

הדבר מעמיד את אפלטון ב**תפיסה של משפט טבעי** המניח את קיומם של עקרונות צדק שהחוק צריך להתאים את עצמו אליהם.

החבר תוקף את הצעת סוקרטס: "וכיצד ייתכן, סוקרטס, שאם החוק הוא גילויי האמת, אין אנחנו נזקקים תמיד לאותם החוקים באותם העניינים?" אם החוק הוא גילוי האמת, איך מסבירים את אי אחידותו של החוק? את העובדה שהוא משתנה במימד המקום (חוקי מדינות שונים זה מזה) ומימד הזמן (מה שהיה פעם חוק צודק, בעבר לא היה ומה שהיום נחשב חוק צודק, בעבר ייתכן שלא היה). התפיסה המוסרית משתנה ולכן כיצד ניתן לייחס לחוק תמונה של אמת אם אנחנו רואים שהוא תמיד משתנה?

סוקרטס אומר שהחוק **רוצה** להיות גילוי האמת. העובדה שבני האדם לא מצליחים לחוקק את החוק הצודק והנכון זה בגלל שהם אינם מסוגלים להשיג את האמת. הם לא יודעים מה נכון. **העובדה שהתפיסה משתנה לא משנה את העובדה שהחוק עדיין מנסה להיות גילוי האמת.** המרצה מציין את הדוגמא של המדע. יש חוקי טבע נכונים וישנם שלא נכונים. אבל גם בעבר למדע היו דעות שונות שהתבררו שאינם נכונות. המדע אינו יחסי והוא מושג בתהליכים היסטוריים. העובדה שהידע המדעי השתנה לא אומר שהידע של עכשיו הוא יחסי. השגת האמת הוא דבר שלוקח זמן. כמובן שעדיין יש דברים שלא יודעים. יש הבדל בין מדע לתיאוריה. עצם השינוי של הידע לא אומר שהידע מטבעו יחסי.

סוקרטס אומר שהחוק מנסה להיות האמת. זה שלוקח לבני אדם זמן להגיע אליו, וזה שהם לא מסוגלים לגלות, לא מלמד שהחוק אינו חותר להיות אמת.

הוא ממשיך עם עניין זה. הוא מבחין בין אנשים שונים אשר חלקם זקוקים לחוקים מסוימים בעוד אחרים לא צריכים. החוק משתנה. החבר מספר על האיסור להקריב בני אדם לאלים (ואף שזהו חטא) בעוד שבני הקרתגו, מקריבים את בניהם לקרונוס (בעל). הוא מציג קבוצות שונות במקומות שונים בעלי תפיסות משפטיות ומוסריות שונות. כמו כן הוא מציג את מנהגי הקבורה ביוון בעבר מול בהווה. התפיסות הנורמטיביות משתנות עם הזמן או בין מקומות.

זה לכאורה מוליך לעמדה שהיא יחסית של החוק. החוק אינו עמדה והעמדה הפוזיטיבית מתאימה לכך. יש הבדל בין חברות מסוימות וכל אחת מחוקקת על פי מה שמתאים לה. לכאורה עדיף להגדיר את החוק על פי החברה ומה שמתאים לה.

סוקרטס שואל אותו אם הוא מסכים להשתמש במונחים של צדק ועוול או שהוא חושב שאין להם משמעות אובייקטיבית. החבר לא נוקט עמדה יחסית קיצונית. הוא מכיר במושגים. הוא משתמש במונחי אמת ושקר כטוב ורע. זוהי נקודת המוצא של סוקרטס. הוא אומר שאם הוא מסכים, ניתן לפסוק על פיהם את הדין. האם ניתן לשפוט אותם? האם הקרבת אנשים זה רצח או מצווה? אם מכירים במושגים אלה, יהיה ניתן לבחון את החוק על פי מבחן חיצוני-אובייקטיבי. אם לחבר הייתה עמדה קיצוני לפיה אין טוב ורע, הדיון היה מקבל תפנית אחרת. רובנו לא מחזיקים בעמדה רלטיבית קיצונית. אם אנחנו בעלי עמדה שיפוטית, נוכל לשפוט חוקים ומנהגים בקהילות אחרות. **אנחנו יכולים להעמיד את המשפט במבחנים אובייקטיביים אשר אינם תלויי זמן או מקום**.

החבר חוזר לעניין השתנות החוק וסוקרטס עונה שלא כל שינוי בחוק מלמד על שינוי בתפיסת הצדק. **לפעמים שינוי הוא ביטוי להתאמה לנסיבות**. התנאים משתנים. זהו אינו פתרון אוניברסלי.

סוקרטס שואל: "ושל מי הכתבים וההוראות בעניין ישובה של מדינה? כלום לא של הבקיאים בממשל של מדינות?" מי זה המחוקק? אנשים מומחים. "החוקים שנקראים בשם זה בפי הבריות אינם אפוא **אלא כתבים מדיניים שנכתבו בידי מלכים ואנשים מצויינים**". החוק הוא תוצר של אנשים מלומדים. הם לא משנים את דבריו באופן אקראי, הם בדר"כ עיקביים. אם אנשים משנים את דעתם מעת לעת, נראה אותם כאנשים לא בקיאים. בעלי דעה עקרונית לא משנים אותה. אפלטון נכנס להבחנה כי לא כל מה שנחזה כחוק הוא באמת חוק. חוק אמיתי הוא חוק שכתבו אנשים מלומדים מכיוון שבסופו של דבר הוא משקף את האמת. חוקים שאינם מלומדים או בקיאים, חוקים אלה רק נחזים לחוקים. הם אינם באמת ביטוי לאמת. חברו מודה בכך. סוקרטס הביא את החבר להתכחש להגדרה שהחבר הביא מקודם. לא כל מה שנחקק הוא באמת חוק משום שאינו באמת גילויה של האמת (ניתן לראות כאן את דעתו הספקנית של אפלטון על הדמוקרטיה).   
מגיעים לסיפור היסטורי על מקור חוקי יוון.

סוקרטס שואל: "מי הם היוונים שנזקקים לחוקים הישנים יותר?" החבר עונה מי שמוצאו מכרתים. סוקרטס שואל ועונה מי היו המלכים שלהם- מינוס ורדמנתיס בני זאוס ואירופה. החבר מציין שמספרים שרדמנתיס היה צדיק בעוד מינוס היה איש פראי ואכזר. סוקרטס אומר שזהו מיתוס המוצג על בימות התיאטרון. סוקרטס מספר סיפור על מינוס ומביא את דבריו של הומרוס: "קנוסוס העיר הגדולה שבה מלך מינוס, שבכל שנה תשיעית היה בן שיחו של זאוס"- למינוס היה קשר ישיר לזאוס. בכל תשע שנים ביקר מינוס במערת זאוס כדי ללמוד אשר ילמד ובמשך תשע שנים הציג את אשר למד. הוא למד מזאוס כיצד לחנך לסגולה הטובה. אפלטון נותן פירוש להומרוס ואומר שמינוס בא ללמוד מזאוס וחוזר כל תשע שנים על מנת להראות את אשר למד וחוזר לזאוס על מנת ללמוד איך לחנך את הסגולה הטובה. החוקים של כרתים הם חוקים אלוהיים שהבטיחו לכרתים הצלחה במשך שנים רבות. אפלטון עובר מהיותו פילוסוף להיות פרשן. אפלטון רוצה להשריש את התובנה שהחוק הוא לא סתם דבר שנחקק ושנוהגים על פיו אלא מחוקקים על ידי אנשי מעלה ופילוסופים. למינוס יצא שם רע משום שהיה אויבה של אתונה. המשוררים והסופרים באתונה הציגו אותו באור שלילי למרות שבפועל הוא היה מלך-פילוסוף. הכניסו פוליטיקה להיסטוריה. אתונה היו נגד כרתים.

אפלטון עושה סיבוב. התחיל מדיון פילוסופי-אנליטי של החוק, עובר בסוף לתוך המיתוס היווני ורוצה להוכיח שאף מינוס היה פילוסוף.

סיכום הדברים:

הטענה המרכזית היא שהחוק אינו כל קביעה של המחוקק. במיוחד לא כל קביעה שרירותית של המחוקק. לא כל מה שעונה על הפרוצדורה, ראוי להיחשב כחוק. מה שראוי הוא רק מה שמבקש להיות גילוי האמת. החוק צריך לעמוד בסטנדרטים של צדק ושל מוסר ולא עומד בעצמו לבד.

ניתן להציג את השאלה כמו אוכל. נניח שבני אדם יושבים ורואים ילדים מכניסים לפה חול. האם נכון לומר שהם אוכלים? הם עושים את הפעולה אבל הם לא באמת אוכלים. הם לועסים חול. זה לא העניין של הפרוצדורה. יש  מהות. צריך להכניס מזון.

הגישה של אפלטון היא גישה דומה. אנחנו מייחסים לחוק הגדרות של טוב ורע, צדק ועוול. לא כדבר אגבי. מי שעושה אותו עושה דבר טוב, מי שמפר עושה דבר רע. יש חובה לקיים את החוק. יש צורך להניח שהוא באמת נכון. החוק קשור במהותו למושגים של טוב ורע, צדק ועוול. על פי תפיסה זו, לא כל מה שנדמה כחוק, הוא באמת חוק. לפעמים אנשים נחזים כמחוקקים והחוק הוא רע. איך יודעים שהחוק רע? הקביעה של תוקף החוק אינה רק הפרוצדורה אלא התוכן. חוק שאינו צודק, לא ייחשב כחוק. תפיסה קלאסית של גישה טבעית. החוק מתאים לעקרונות צדק ומוסר אוניברסליים שמעבר לחברה הנתונה. יש עקרונות שנותנים תוקף לחוק. אם הוא עומד מנגד, אינו נחשב.

זוהי טענה עקרונית בגישת המשפט הטבעי אשר אומרת שהחוק צריך לעמוד בהתאמה לעקרונות המשפט הטבעי. לעמוד בעקרונות הצדק והמוסר הכלליים. לחילופין ניתן לומר שעקרונות מוסריים יכולים להיות בעלי תוקף חוקי גם אם לא נחקקו על ידי המדינה (כפי שראינו בפס"ד פלוני בעניין "הרצחת וגם ירשת"). באופן זה נוצרת זיקה קבועה בין המשפט למוסר.

**שיעור 5- אריסטו- 22.3**

חזרה על השיעור הקודם. עדיין בפילוסופיה היוונית.

האתיקה הניקומאכית- ספר המאגד סיכומי שיעורים.

הצדק המדיני קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו נובע מן החוק. יש לו **שני מקורות**:

1. ישנם חלקים של המשפט שהם תוצאה של חקיקה פוזיטיבית. כלומר, מה שהמחוקק קובע (אסיפת העם, המלך, המחוקק המודרני).
2. חלק קיים מן הטבע.

כבר רואים את ההבדל מאפלטון, שהוא טען שכל המשפט צריך להיות ביטוי של המשפט מן הטבע. טבעי הוא אותו חלק השריר בכל מקום ואינו תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות. ואילו מן החוק נובע כל מה שהיה יכול היה להיקבע באופן שונה. הוא נותן סימן. משפט הטבע לא תלוי והוא משפט אוניברסאלי בעוד **המשפט החקיקתי הפוזיטיבי, תלוי בדעת הבריות ותלוי מקום**. תלוי בהסכמה חברתית. **המשפט הטבעי אינו תוצר של הסכמה** אלא הוא מעבר לכך. השאלה האם הדבר ראוי הוא מעבר להסכמת ודעת הבריות.

אריסטו מדגים את יסודות הפוזיטיביזם: ענישה. קביעת דרך הענישה של פשעים אוניברסאליים, היא דבר המשתנה ממקום למקום. מקום אחד ייתן עונש מוות על רצח בעוד מקום אחר רק מאסר.   
הדרך לקבוע איך נכרת חוזה, חוקי ביטוח, הקמת חברה.

היבטים רבים של החברה הם פוזיטיביים. אריסטו עושה הבחנה ומקדם אותנו יותר. יש צדדים אוניברסאליים ויש צדדים פוזיטיביסטים.

הוא עובר לבעיית שינוי החוק לאורך זמן. אריסטו אומר שיש כאלה החולקים וטוענים שהחוק הוא רק פוזיטיביסטי משום שהמשפט משתנה. **חוקי הטבע אינם משתנים**. אם המשפט הוא טבעי, הוא היה צריך להיות זהה בכל מקום ובכל זמן והרי אנחנו רואים שהמשפט משתנה ולכן לא ניתן להגיד שהמשפט יכול להיות טבעי.

אריסטו מסביר את שינוי המשפט בכך שאומר **שגם דברים טבעיים יכולים להשתנות**. אפלטון טען שהשינוי הוא שינוי תודעתי, הכרתי. אריסטו טוען שגם הדברים הטבעיים יכולים לעבור שינויים מסוימים. כמו אדם שנולד שמאלי, הוא יכול לשנות את נטייתו אם יאמן את ידו הימנית. אריסטו לא פוסל את האפשרות של שינוי בעקרונות המשפט הטבעי.

גם הוא מתמודד עם השונות שיש לאורך זמן ומקום.

\*המשפט הטבעי מטשטש את ההבחנה בין תיאורי לנורמטיבי. בין תיאור המציאות לבין החוקים שאומרים מה לעשות בפועל. המשפט הטבעי מטשטש משום שהוא מניח שיש אמת משפטית. חוקי המשפט הם גילוי של איזו אמת קיימת (מעין תיאור המציאות) בעוד החוקים מנסים להיות נורמטיביים.

יש מערכת נורמטיבית מוסרית שהיא טבעית וקיימת והמשפט מגלה אותה. אי אפשר לחוקק בניגוד אליה. ההבחנה בין הנורמטיבי לתיאורי היא מטושטשת משום שגם חוקים נורמטיביים הם גילוי של המשפט הטבעי. משפט קוגניטיבי.

בעצם אומר שיש עקרונות מוסריים יסודיים אשר אינם תלויים בדעת המחוקק או החברה. משמעות נורמטיבית אשר יוצרת כפיפות של משפט המדינה למשפט הטבע. משפט הטבע הוא מערכת על-טבעית. החלטות מדיניות משפטיות שמנוגדות למשפט הטבע, דינן להתבטל. יש גרעין של צדק. המשפט אינו כל יכול ואינו עצמאי. המחוקק לא יכול לקבוע מה שירצה. החוק לא יהיה חוק אם הוא לא יהיה צודק.

כיצד אנחנו יודעים מה הטבע מצווה?

הוא לא כתוב בשום מקום. איך יודעים מה נכון ומה לא? יהיו שיגידו שהטבע לא מצווה דבר. הטבע הוא טבע. אין צדק ואין חוקים. יש הישרדות ומשחקי כח. המערכת הנורמטיבית תהיה מולבשת על הטבע. **הטבע אינו בעל פן מוסרי**. הכוחות הטבעיים הם דווקא להפך. להישרדות, כח ואכזריות. באיזה אופן ניתן למצוא בטבע יסוד מוסרי ונורמטיבי. אפלטון ואריסטו הניחו שהם קיימים בטבע. בניגוד לטענות האחרות.

על מנת להבין את אריסטו, צריך להבין את צורת חשיבתו. **יש לו חשיבה תכליתית-טלאולוגית**. לכל דבר בעולם יש תכלית. זוהי תכלית אובייקטיבית. לפי אריסטו, התכלית של האדם היא לחיות במדינה. זה בטבע שלו. האדם הוא חיה פוליטית- "האדם בעל חיים מדיני על פי הטבע". האדם חייב חברה.

הוא מסביר זאת מ**כמה נימוקים**:

1. האדם אינו אוטארקי- אינו מספק את צרכיו
2. אדם זקוק למשפחה על מנת להתרבות ולגדל צאצאים
3. המשפחה אינה אוטארקית- זקוקה לכפר כדי לספק מזון וצרכים אחרים
4. הכפר אינו אוטארקי- זקוק למדינה (פוליס)
5. המדינה (פוליס) היא אוטארקית. היא היחידה שמספקת הכל.

הדבר נכון גם להיות. אפילו המדינה לא קיימת לבד. היא גלובאלית. זוהי מציאות חיים פוליטיים-קהילתיים. **אדם לא חי לבד.** לא מתוך בחירה אלא מתוך צורך. זהו טבעו. הצורך שלו אף יותר משל צורך של להקת ציפורים או להקת זאבים. שת"פ של האדם עם הסביבה בה חי הוא הרבה יותר רחב ואינטנסיבי. בני האדם זקוקים לקהילה בצורה הרבה יותר מקיפה. כל הצרכים שלנו תלויים באנשים אחרים. הקיום של האדם כיצור חברתי/קהילתי/פוליטי הוא חלק מהטבע שלו. לא עניין תרבותי. "לפיכך אם טבעיות השותפיות הראשונות גם המדינה טבעית בכללה. כי היא תכליתן, וטבעו של דבר הוא תכליתו".

אריסטו משווה בין האדם לבע"ח החיים בלהקות או עדרים. **האדם הוא בעל יכולת דיבור (תבונה)**. יכולת התקשור עם חברתו, היא הרבה יותר משוכללת משל בע"ח, בכח הדיבור. כח הדיבור מאפשר תיאום בין בני אדם. מתוך כח זה, לבן אדם יש יכולת להבחין בין טוב לרע, מה שאין לבע"ח. זה משתלב עם הקיום החברתי של האדם. האדם חייב לדעת איך להתנהג בחברה. מה טוב ומה רע. **לאדם יש צורך להיות בקהילה אך הוא צריך כללים מסוימים על מנת להיות בה**. אדם אגואיסטי, שמתנהג כמו חיות הטבע, אין לו באמת קיום. הקיום מחייב מערכת נורמטיבית שתאפשר את החיים האלה. המערכת היא טבעית ומחייבת ולא דבר תרבותי משום שהיא זו מה שמאפשרת את החיים הפוליטיים הטבעיים של האדם.

המשפט הטבעי היא אותה מערכת נורמטיבית ההכרחית לקיום הקהילתי. ומתוך כך, היא טבעית. האדם לא יכול לוותר עליה. אם האדם לא יקיים מערכת נורמטיבית, הוא לא יוכל לחיות בקהילה.  
את תוכן אותה מערכת, אנו מגלים באמצעות התבונה, כח הדיבור. כללים אלו הם טבעיים. המערכת היא אוניברסאלית שכן כל חברה חייבת במערכת זו.

אז גם החלק השני של המערכת, החוקים הנורמטיביים אומנם לא מוכתבים על-ידי משפט הטבע אבל הם כפופים למשפט הטבע.

האם המערכת היא מערכת מינימום (ניתנת לפיתוח) או מקסימום? אריסטו טוען שמדובר **במערכת מינימום.** צריך את הכללים המוסדיים בשביל קיום מינימאלי. צריך לראות את המערכת המוסרית כביטוי לטבע האדם ולכן ניתן לראות בה משפט טבעי.

קיקרו

משפטן רומי השייך לזרם פילוסופי אחר משל אריסטו (חי 300 שנה לאחר מכן). מסכם את התיאוריה של המשפט הטבעי. הוא טוען כי "חוק אמיתי הוא הסכמה של התבונה עם הטבע. הוא אוניברסאלי, בלתי משתנה וקיים לעד. הוא מטיל חובה באמצעות מצוותיו ודורש להימנע מעבירות באמצעות איסוריו. יהיה זה חטא לנסות לשנותו או לערער על חלק ממנו או לבטל את כולו. איננו יכולים להשתחרר מחובותיו לא על ידי הסנט ולא על ידי העם, ואיננו צריכים לחפש מפרש לחוק מחוצה לנו. לא יהיה הבדל בחוק זה בין רומא לאתונה ובין עכשיו לעתיד, אלא כל החוקים הם נצחיים ואינם משתנים ויהיו תקפים בכל האומות ובכל הזמנים. האדון האחד המושל על כולנו, האל, הוא היוצר של החוק הזה, הוא המכריז עליו והוא השופט."

למשפט הטבעי יש **שתי פונקציות**:

1. שמרנית- המשפט של המדינה הוא ביטוי של משפט הטבע. הוא יישום של המשפט הטבעי. גם את הדת ניתן לראות כך. למשל הוורסיה הנוצרית- תומס אקווינס אשר הבחין בין 4 רמות במשפט: המשפט הנצחי של האלוקים, המשפט הטבעי בטבע, המשפט האלוהי שהדת מגלה ומשפט המדינה.

הוא טען שמשפט המדינה צריך להיות הרמוניה בין הטבע לדת. המשפט שואב מכל אלה.

1. ביקורתית- מבקרים את משפט המדינה לאור משפט הטבע. האם הוא עומד בסטנדרטים של משפט הטבע. התיאוריה של משפט הטבע אומרת שחוק הסותר, הוא אינו חוק (כפי שאומר קיקרו). המשמעות של זה היא שאם רואים החלטה של המחוקק אשר מנוגדת, היא בטלה.

**שיעור 6- תורת הזכויות הטבעיות- 24.3**

נדבר על תורת הזכויות הטבעיות על פי הובס ולוק. ניגע גם על ההשפעה שהיה לזה על מסמכים משפטיים מודרניים.

תומס הובס (1588-1679)

פעל במאה ה-17. פיתח את תורת האמנה החברתית. דגם שהפך להיות שמיש וזכה לגרסאות שונות. הוא האיש החתום על תורה זו. נקודת המוצא שלו היא שההבחנה הבסיסית היא הבחנה בין המצב הטבעי למצב מדיני.

המצב הטבעי הוא קדם פוליטי לפני יסוד המדינה. מצב קדום, היסטורי. במצב זה בני האדם פועלים רק על פי חוקי הטבע אשר הם חוקים חפים מכל מסגרת נורמטיבית. אין מערכת משפט או מערכת מוסר. מה שמאפיין את מצב זה הוא **השוויון**. והרי בני האדם אינם זהים. יש מובן בסיסי בו יש שוויון והוא העובדה שכל אדם יכול לסכן את חברו. האדם החלש ביותר יכול להרוג את החזק ביותר אם תהיה לו ההזדמנות. מבחינת כישורים פיזיים, אינטלקטואלים ורגשיים, לא משנים את העובדה שאנשים יכולים לפגוע אחד בשני. יש **מלחמה ותחרות** כל הזמן על עמדות כח ועל משאבים בסיסיים. תחרות זו היא כוללת איום, יוצרת מצב של **חוסר** **ביטחון** משום שכל אדם, ללא מגבלות, יכול לפגוע באחר. במצב הטבעי בו בני האדם נוהגים כמו בע"ח, יש מלחמה בהכל. מלחמת ההישרדות הופכת למלחמה כללית.

מבחינה נורמטיבית, במצב הטבעי יש רק דבר אחד שהוא **חירות גמורה**. כך הובס מתאר את המצב. אין על בני האדם מסגרת נורמטיבית וכן **אין מושגים של צדק ועוול.** אין נכון או לא נכון. כל אדם יכול לעשות מה שיחפוץ.

מבחינה מעשית, תוצאה של מצב זה היא **מלחמה בהכל**. פועלים לפי אינטרסים. אדם יכול לעשות שימוש בהכל ולהשיג כל שירצה. אין מגבלה. האדם חי **חיי בדידות** משום שלא סומך על אף אחד (גם בבריתות עם אנשים אחרים). **חיים דלים, מאוסים, בהמיים וקצרים**.

אז מצד אחד יש חירות גמורה אך מצד שני, התוצאה היא אומללה למדי. ולכן, בני האדם שחיו במצב זה (אם חיו), מגיעים למסקנה שכדאי להם לשנות את מצב זה. לעבור מהמצב הטבעי למצב אחר. אם החירות הגמורה מובילה לחיים לא טובים, אולי כדאי לוותר על החירות. בני האדם פועלים וקמים עם רעיון המדינה. יש אמנה, חוזה, שמשתיתה את החיים המדיניים-קהילתיים. כדי שדבר זה יצליח, יש לקבוע חוקים רציונליים טבעיים- טבעיים כרציונליים ומועילים.

**שלושה חוקים/עקרונות עיקריים**:

1. שלום עדיף על מלחמה. במלחמה יש אובדן ולכן עדיף לחיות בשלום. אם לא מקבלים עקרון זה, אין סיבה לקבל את המצב החדש. אם טוב לאדם לחיות במלחמות, לא תהיה לו סיבה לשנות. זהו מצב לא טוב. עקרון זה נכון על כולם. גם על החזקים והעשירים
2. אדם צריך להיות מוכן לוותר על חירותו המלאה לטובת השלום.
3. צדק. אמנות צריך לקיים.

אם מקבלים שלושת עקרונות הכרחיים אלה, אפשר לעבור למצב המדיני. לשנות ולהתארגן כקהילה או מדינה.

במצב המדיני בני האדם כורתים אמנה או הסכם בו הם מתחייבים למסור את זכויותיהם לריבון. ריבון זה, אוסף הכל על מנת שיוכל להגביל ולוודא חיי שלום וביטחון. **מושגי הצדק והעוול נקבעים על-ידי הריבון**. עד עכשיו לא היה. במצב המדיני, הריבון קובע את החוקים וקובע מה נכון ומה לא נכון. וכן יש לו **הסמכות לדון את המפרים ולנהל את ענייני המדינה**.

הובס בא להצדיק את מושג המדינה. מאיפה למדינה יש הסמכות והכח להגביל חרויות. טענת הובס היא ש**המדינה אינה טבעית אלא יצירה של בני אדם.** זוהי יצירה הכרחית משום שהאלטרנטיבה היא מצב של אנרכיה המוביל למלחמה וחיים אומללים. מדינה היא הדבר העדיף.

הובס גם מצדיק משטר מלוכני אבסולוטי. משטר בו לריבון יש כח בלעדי לקבוע את החוקים.

התפיסה הקלאסית הייתה שמלוכה בסמכות האל. הובס מביא הצדקה מעין חילונית- הוא לא מתבסס על האל או הדת אלא על התבונה. לאחר מכן, רואים שדגם זה הפך לדגם מאוד מרכזי להצדקת המדינה. יש גרסאות שונות הבאות להצדיק סוגי משטרים אחרים. הוא מציג את התפיסה המלוכנית.

מבחינת נקודת המבט של תורת המשפט, הובס מייצג את ה**תיאוריה הפוזיטיבית**. הוא מציב **ניגוד בין החוק לטבע**. במצב הטבעי אין חוק. **הסמכות היא מהאמנה החברתית** בהסכמת החברה. **מקור החוק הוא בריבון.** בדגם שהוא בנה אין מנגנון איזון בו ניתן לעצור את הריבון מהיות עריץ. זה לא מה שהובס התכוון אך זוהי הגישה הפוזיטיבית. הריבון יכול לקבוע מה שהוא רוצה. הוא לא מכיר במערכת נורמטיבית אחרת.

ג'ון לוק (1632-1704)

לקח את התפיסה של הובס אך מסביר אותה באופן שונה. לעניין השוויון הוא אומר שבעוד שהובס טוען לשוויון בעניין הסכנה. לוק אומר שיש שוויון בסיסי. לכל אחד יש יכולות פיזיות בעלות תכונות דומות. גם יכולות רגשיות. שוויון בסיסי הוא ביטוי לשוויון נורמטיבי. **בני האדם שווים באופן בסיסי ומבחינה נורמטיבית**- אסור לאדם לפגוע באדם אחר. גם בטבע יש שוויון זכויות. לכל אדם יש זכויות ולכן הם לא יכולים להיות מעל אנשים אחרים. לוק טוען כי החירות שהובס תיאר היא מוגבלת כבר במצב הטבעי. **חירות אינה מצב של הפקרות**. **כולם כפופים לחוקי הטבע.** אדם אחד לא יכול להגביל חירות אדם אחר, לפגוע בו או ברכושו. לוק מתאר מצב אחר מהמצב אותו הובס תיאר. לפי לוק, גם בטבע יש מערכת נורמטיבית טבעית.

הובס טוען שהמצב הטבעי קיים במישור הבינלאומי. ביחסים בין מדינות, המצב הטבעי הוא המתרחש. ללא מערכת נורמטיבית שתאכוף.

איך הם מתארים את אותו המצב אך בצורה שונה? הובס אומר שהטבע הוא חירות מוחלטת בעוד לוק אומר שגם בטבע יש נורמות ואיסורים.

לבני האדם יש יצרים הישרדותיים טבעיים הגורמים לאדם לנצל הזדמנויות על מנת לעלות על אנשים אחרים אך יש גם יצרים של חמלה. הובס מסתכל על הצד האלים והפסימי של בני האדם בעוד לוק מסתכל על החמלה והאמפתיה של בני האדם ועל כיבוד הזכויות.

לוק אומר שיש לכל אדם זכות להבטיח את החוק הטבעי. גם במצב הטבעי, מבחינה נורמטיבית, זכויות בני האדם כוללות הזכות להבטיח את קיומן. **זכות להעניש וזכות לפיצויים על נזק.** על פי לוק יש מערכת נורמטיבית עשירה מאוד הכוללת זכויות, ענישה ופיצויים.

אז למה צריך מדינה אם יש את כל המערכת הנורמטיבית?

יש מצב נורמטיבי אבל השאלה היא אם יש כח לאכוף אותו. מי יהיה בעל הכח שיבטיח את האכיפה? הבעיה היא בעיית יישום. לא כל אחד יכול להגן על זכויותיו. מבחינה נורמטיבית ניתן לתאר מצב יחסית מספק אבל אין הכח לאכוף. כמו כן, אם נשאיר את האכיפה והענישה בידי האנשים, הם עלולים להעניש יתר על המידה. יהיו מניעי נקמה ומעין משפט שדה. צריך משפט הוגן וצודק. לפי לוק הבעיה במצב הטבעי היא היעדר של יכולת אכיפתן באופן הוגן. וזה מביא למצב המדיני. מטרת המעבר היא הגנה על הזכויות הטבעיות.

במצב המדיני מעניקים למדינה הסמכות לחוקק ומתחייבים לשמור על חוקי המדינה אך **חוקי המדינה נעשים בכפיפות לזכויות הטבעיות**. בני האדם אינם מוסרים את מלוא חירותם וזכויותיהם לריבון אלא משאירים אותם אצלו. הוא מונה **3 זכויות עיקריות:** הזכות לחיים, הזכות לחירות והזכות לקניין. אלו זכויות הנשארות אצל בני האדם. אסור על המחוקק לפגוע בזכויות אלה.

לוק נחשב לאבי הזכויות הטבעיות. הוא בנה את הדגם בו במצב הטבעי יש זכויות טבעיות והן נשמרות במצב המדיני.

בדגם של הובס אין הגבלה על הריבון בעוד בדגם של לוק **יש הגבלה על הריבון**. מסירת סמכות לריבון אך שומרים את הזכויות הטבעיות והריבון כפוף אליהם.

לוק מתאר את **תורת המשפט הטבעית** משום שהוא מניח את קיומן של זכויות במצב הטבעי. יש משפט טבעי שהמשפט המדיני (הפוזיטיבי) כפוף לו.

**השפעות** תפיסתו של לוק:

* הכרזת העצמאות האמריקאית (1776)- כל בני האדם נבראו שווים ובעלי זכויות מסוימות ביניהן הזכות לחיים ורדיפת האושר וכדי להבטיח זכויות אלה, יש לייסד ממשלה ששואבת את כוחה מהסכמת הנשלטים.

רואים השפעה עצומה של תיאוריית לוק על הכרזה זו. גם עניין הזכויות הטבעיות וגם מהי מטרת הממשלה. יש פה אימוץ של התפיסה הלוקיאנית.

* הצהרת זכויות האדם והאזרח (1789)- כל בני האדם נולדים ונשארים בני חורין ושווי זכויות. מטרת ההתאגדות הפוליטית היא שמירה על הזכויות הטבעיות והבלתי מתבטלות. זכויות אלה הן: החופש, הקניין, הביטחון וההתנגדות לדיכוי.

האם תורת הזכויות הטבעיות התקבלה?

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.

התיאוריה של לוק השפיעה רבות על מסמכים משפטיים רבים במאה ה-18 והיא התקבלה בספרות. המשפט נוטה עדיין לעגן את הזכויות. ביהמ"ש לא יפנה אליהם באופן ישיר. אם מדינה עיגנה את זכויות אלה, רק אז ביהמ"ש פונה אליהן וכן הוא פונה אליהן כזכויות חוקתיות. יש מתח בין תיאוריה פוליטית לתיאוריה משפטית. מערכות משפט לא אוהבות לעשות שימוש בזכויות אלא מחפשות מסגרת פוזיטיבית-חוקתית. נפנה למשפט הטבעי רק במקרים קיצוניים.

סיכום קצר על המשפט הטבעי

הטענה הראשונה היא **שיש עקרונות מוסר אובייקטיבית-טבעיים אשר אינם תלויים** בחברה מסוימת או בתרבות. הם **ניתנים להכרה על ידי התבונה**. עקרונות מוסריים אלה **מעניקים תוקף לחוק ואף מאלצים את החוק ומכפיפים אותו**. אם חוק פועל בניגוד אליהם, הוא בטל. מצד שני, עקרונות אלה הם חלק מהמשפט **וניתן לפנות אליהם גם בהיעדר חוק** (כמו שראינו את חשין).

**התנגדויות** למשפט הטבעי:

* במישור הפילוסופי- ויכוח קיים. המשפט הטבעי מניח את קיום מוסר בסיסי, רציונאלי ואובייקטיבי. המוסר הוא פיקציה. המוסר אינו רציונאלי, הוא עניין רגשי. הוא אינו אובייקטיבי אלא מוסכמה חברתית. גישה זו כופרת בקיום מוסר טבעי ורציונאלי.
* במישור המעשי- בני האדם אינם מסכימים על כל השאלות המוסריות. אי אפשר להניח עקרונות אוניברסאליים מוסכמים. יש מחלוקות וממילא מכך, לא נוכל לנהל מערכת משפט רק על פי דעתם המוסרית הסובייקטיבית. למען הוודאות, יש צורך לבסס את המוסר בחוק. באופן מעשי מערכות המשפט יטו להיות פוזיטיביות.

בשבוע הבא נלמד על אוסטין.

**שיעור 7- תורת הפקודה של אוסטין- 29.3**

חזרה על השיעור הקודם. נדבר על התיאוריה של ג'ון אוסטין בפוזיטיביזם.

התפיסה הרווחת של המשפט במאה ה-18 הייתה משפט הטבע אשר הניחה שהמשפט הוא סיכום/ שילוב של משפט הטבע עם משפט המדינה. ניתן לראות זאת בדבריי בלקסטון (מהמאה ה-18): "המשפט האנושי עומד על שני יסודות: **החוק הטבעי וחוק ההתגלות** (החוק הדתי). **חוקי האדם אינם יכולים לסתור את החוקים הללו**. **חלק מהחוקים האנושיים אינם אלא חוקים הצהרתיים** שמבוססים על החוקים הללו. לדוגמא, רצח שנאסר בחוק אלוהי ולפי חוק הטבע. **יש חוקים אחרים שאינם נובעים מחוק עליון דתי או מוסרי**. לדוגמא, החוקים הקובעים את הכללים של מסחר ושל יבוא מארצות רחוקות."

אם מבינים לעומק את דבריו, הוא בעצם אומר שמשפט המדינה מחויב לא לסתור את החוק הטבעי והחוק הדתי. זה לא יהיה לא לגיטימי לעו"ד או שופט לקבוע דבר מה מתוך החוק הטבעי או החוק הדתי. יש פה ערבוב של המשפט שנחקק על ידי המדינה, אך גם עקרונות מוסריים, טבעיים ודתיים, שלא נחקקו ושלא ניתן לסתור עליהם. אין הפרדה בין המשפט למוסר והדת. נימוקים מוסריים או דתיים יהיו לגיטימיים במשפט המדינה.

התפיסה הנגדית המתפתחת במחצית הראשונה של המאה ה-19, היא תפיסה שמנסה להתמודד עם אתגר זה וטוענת ש**יש להבחין בין המשפט לבין המוסר והדת**. הם אינם תחומים חופפים, אלא נבדלים. צריך להגדיר את המשפט כדבר נבדל. מהלך זה הוא מהלך רחב יותר בו מבחינה רציונאלית. מנסים למצוא מעין מדע במשפט. יש תפיסה מוסרית, תועלתנית, לפיה מה שנחשב מוסרי הוא מה שהוא תועלתי.

אוסטין רוצה להגדיר את המשפט כתחום נבדל, דבר היאפשר לשופטים, לעו"ד ולבני אדם לקבוע על פיו. הוא עושה ניתוח אנליטי של **מושגים בסיסיים** על מנת להגדיר את המשפט:

* חוק- חוק הוא **כלל מדריך שניתן בידי אישיות תבונית אחת לאישיות תבונית אחרת**. חוק במובן הרחב. כלל או נורמה הקובעים כיצד להתנהג והם ניתנים על ידי אישיות תבונית אחד לאחרת. דבר זה כולל את חוקי האל (משפט הטבע), חוקים שבני אדם קובעים אחד לשני (מוסר פוזיטיבי) וכן חוקים שבני אדם מוסמכים קובעים אחד לשני (משפט פוזיטיבי). יש פה הבחנה בין מוסר פוזיטיבי לבין משפט פוזיטיבי. הוא כולל את שלושת המושגים איתם הוא מעוניין מתמודד. את חוקי המוסר, האל קובע. את חוקי המוסר הפוזיטיביים, בני האדם, שאינם בעלי סמכות, קובעים. משפט הוא מה שבעלי סמכות קובעים. חוקי הטבע- הכלל לא מדריך והטבע לא מציית. חוק הוא דבר מצווה והרי הטבע אינו אישיות תבונית ולכן אינו מציית. חוקי הטבע הם חוקים מתארים ולא מצווים.

אוסטין מגדיר את המשפט הפוזיטיבי כמשפט אשר בני אדם מוסמכים קובעים. אלו הם חוקי המדינה. צריך בני אדם מוסמכים. הוא לא מקבל את טענתו של בלקסטון.

* חובה- **אדם נמצא תחת חובה כאשר יש עליו איום שאם לא יבצע את רצונו של אדם אחר, יגרם לו רע כלשהו** (סנקציה). אם אומרים לאדם לעשות דבר מה ללא כל סנקציה, במקרה של הפרת דבר זה, לא ניתן להגיד שיש בכך חובה. אוסטין מגדיר את מושג החובה כתלוי במצב של סנקציה. עד כה הגדרנו את מושג החוק ללא קשר למושג החובה. כדי שתהיה חובה, צריכה להיות מוטלת סנקציה. כללים מוסריים לא מטילים סנקציה. הם מעין המלצה.
* פקודה- אנו צריכים לייצר מושג שכולל חוק וסנקציה. ולכן אוסטין מביא את ההגדרה "פקודה". **פקודה היא דרישה שיש בצדה סנקציה**. סנקציה יוצרת חובה. ולכן, **חוק שיוצר חובה חייב להיות פקודה.** כל החוקים הם סוג מסוים של פקודה. חוק, הוא מושג כללי מדי. אין בהם סנקציות ולכן אין בהם חובה. הוא יוצר קטגוריית משנה. הוא עושה הבחנה נוספת:

פקודה ספציפית- הוראה לעשות פעולה מסוימת.

פקודה כללית- הוראה לעשות פעולה מסוימת באופן קבוע (סדרה של פעולות).

פסיקה של שופט היא ספציפית בעוד קביעת המחוקק היא כללית. חוק הוא פקודה כללית. מי יכול לתת פקודה? רק מי שיש לו סמכות/כח כלפי אחר. חוק פוזיטיבי הוא חוק שניתן על-ידי אנשים שיש להם עליונות (סמכות) כלפי אחרים. אוסטין רואה את הכח כסמכות. הוראות של סתם אדם ברחוב, אינן מחייבות. הן כמו המלצות. משום שאותם אנשים לא בעלי סמכות וכח להטיל סנקציה. רק גורמים מדינתיים יכולים להטיל ולקבוע סנקציה על אדם. הם אלו שיכולים לקבוע חוק פוזיטיבי. יש מצב של חובה לא לגיטימית (כמו במקרים בו אדם אחד מאיים על אדם אחר ויכול להטיל סנקציה). מושג החובה אינו מוגבל בעצם רק למדינה. אוסטין מודע לכך שיש פקודות בלתי חוקיות ולכן הוא מדבר רק על סוג מסוים של פקודות אשר יהיה חוק.

* הריבון- החוק הפוזיטיבי הוא של המדינה. מה שמבדיל בין מקומות זה למי מצייתים. המדינה היא ישות פוליטית עצמאית. תושביה מצייתים לאדם אחר או לגוף אחד ולא לאחר. **הריבון הוא מי שרגילים לציית לו והוא אינו מציית לאחרים.**

הגדרתו של אוסטין: **החוק הוא פקודה כללית של הריבון**. בעצם כולל **שלושה מרכיבים**:

1. חוק חייב להיות פקודה על מנת לחייב.
2. איזו פקודה? פקודה כללית.
3. החוק חייב להיות של הריבון.

ולכן חוק פוזיטיבי גובר על כל חוק אחר או יכול להכיל אותם בתוכו. אוסטין במהלך האנליטי הנ"ל הרוויח את ההפרדה בין המשפט לבין המוסר והדת. המוסר איננו משפט משום שאין חובה. שופט צריך להכריע על פי החוק המדינתי- המשפט ולא המוסר או הדת. זהו האתגר הראשון שלו אותו פתר.

אילו אתגרים יש לאוסטין בהגדרה זו?

האם אוסטין מצליח לכלול בתיאוריה את כל המרכיבים של המשפט? לא כל כך פשוט לענות על כך. לדוגמא: **התקדים**. במשפט המקובל, הפסיקה היא מקור משפטי מרכזי. והרי הפסיקה היא פקודה ספציפית. כיצד היא הופכת לחוק? אוסטין היה מודע לכך ושואל עצמו כיצד הוא יכול להכיל את מושג התקדים בתיאוריה זו? אוסטין טוען שהתוקף של הפסיקה כמחייבת, מבוסס על החלטה של הפרלמנט. הפרלמנט (הריבון), קובע כי כל פסיקה של ביהמ"ש יהיה תקדימי. הפרלמנט נותן גיבוי להחלטה. כך הפקודה הספציפית, הופכת לחוק כללי.

אתגר נוסף, **המנהג**. במשפט המקובל מנהג הוא מקור משפטי מחייב. דורש דיון יותר רחב משום שמנהגים מסוימים הופכים לנורמה מסוימת. מי שיוצר את המנהג הוא בני אדם אשר אינם מוסמכים. הוא אינו פקודה של הריבון? אוסטין טוען שהשופטים המאמצים את המנהג, הופכים אותו לפקודה. המנהג לבדו אינו מחייב אולם כאשר ביהמ"ש מאמץ אותו, הוא נהפך לחוק כללי. (והרי השופטים ממונים על-ידי החוק מכח הפרלמנט).

ישנם **חוקים אזרחיים** רבים **שהם אינם מנוסחים כפקודה**, כלומר אין להם סנקציה. לדוגמא: חוק החוזים, חוק הנישואין, חוק הירושה, חוק החברות... חוקים אלו מעניקים זכויות או כח, לא חובה. פקודה מטילה חובה. אוסטין טוען שחוקים אלו, מטילים סוג מסוים של חובה. היא אינה חובה קטגורית אלה חובה מותנית. אם רוצים דבר מה, יש תנאים מסוימים שהחוק קובע. יש בחובה זו גם סנקציות אשר ביהמ"ש יכול להטיל במקרה של הפרה.

אוסטין תופס את המשפט ככח. כל חובה מותנית בכח.

יש גם **חוקים שאינם פקודה** ואוסטין מונה אותם:

* חוקים הצהרתיים או פרשניים- כמו חוק הכשרות הפרשנית. אינם מטילים חובה. הם חוקים שדרושים לצורך המערכת, על מנת להסביר אותה.
* חוקים מבטלים או מתירים- כמו חוק לביטול המג'לה או חוק רישוי עסקים. חוקים אשר מבטלים הוראות קודמות או מתירים לעשות כל מיני פעולות. חוקים המעניקים סמכות.
* חוקים לא שלמים- כמו חוק העונשין (סעיף 323-חובת הורה או אחראי לקטין) חוקים שאין בהם סנקציה. אם אין בחוק סנקציה, הוא לא מטיל חובה.

סיכום:

אוסטין רצה להגדיר את המשפט כנבדל מהמוסר והדת. המרכיב העיקרי הוא הכח. הוא מחובר לכח המדינה. מושג החובה בנוי על מושג הכח- כאשר יש סנקציה. המשפט הוא חובות שהמדינה יוצרת, להבדיל מחובות שגורמים אחרים יוצרים. ולכן, המשפט מעוגן ברצון הריבון. אוסטין יצר תיאוריה שיכולה להגדיר את המשפט. המבחן לשאלה מה הוא חוק, הוא האם הוא פקודה כללית של הריבון. אין חובה משפטית אם זה חוק אחר.

בשיעור הבא נדבר על הביקורות והבעיות בתיאוריה זו.

**שיעור 8- ביקורות תורת הפקודה - 31.3**

חזרה על השיעור הקודם. הצגנו את תורת הפקודה של אוסטין. הוא ניסה להגדיר את המשפט באופן שונה. המשפט הוא פקודה כללית של הריבון. הריבון הוא האדם/גוף לו מצייתים והוא לא מציית לאף אחד. והפקודה מלווה בסנקציה. המשפט כולל כל פקודה כללית של הריבון. את כל מערכת המשפט ניתן להכניס לכותרת זו. משפט הטבע/כללי הטבע, אינם פקודה של הריבון ולכן אינם חלק מהמשפט. ראינו איך הוא מנסה להכניס את מערכת המשפט להגדרה זו.

נושא השיעור כיום הוא ביקורת תורת הפקודה של אוסטין.

תיאוריה זו הייתה חשובה ומשמעותית על מנת לקדם את התיאוריה הפוזיטיביסטית אך היא לא נקייה מבעיות. מי שביקר אותו באופן שיטתי הוא הארט- אשר הציג פילוסופיה חלופית. נתבסס לרוב בביקורות עליו.

נתחיל **בבעיות אשר אוסטין העלה בעצמו**:

* התיאוריה אינה מתאימה לכל מקורות המשפט שאנו מכירים- מלבד החוקים, יש תקדימים אשר על פניו אינם פקודה של הריבון. אוסטין העלה נקודה זו וטען כי הריבון הוא זה שקבע שתקדים משפטי יהיה מחייב ולכן נכלל. היסטורית, טענה זו אינה משקפת את התהליך בו התפתח המשפט. הפרלמנט לא נתן לביהמ"ש את הסמכות לפסוק אלא ההפך. הפרלמנט לא בהכרח נותן תוקף לכל בתי המשפט. המשפט בא מביהמ"ש. האם מעמד המשפט בא מהחוק או באופן עצמאי? לכאורה, בישראל לדוגמא, החוק מכיר בבתי המשפט. אך האם המעמד נובע אך ורק מהחוק? כנראה שלא. סמכות בימה"ש לפסול חוקים לדוגמא, אינו מוכר על פי המדינה. ביהמ"ש קבע כי חוקי היסוד קבעו כי חוק לא יכול לפסול חוק יסוד ולכן מי שצריך לטפל בסתירה הוא ביהמ"ש. זוהי סמכות שלא כתובה בפירוש בחוק. בתי המשפט באנגליה בימי הביניים, מעמדם לא נבע מהפרלמנט או מהחוק. היסטורית טיעון אוסטין אינו נכון. יש גם שאלה מהותית- האם מעמד ביהמ"ש נובע מהכרת החוק? גם לגבי המנהג עולה שאלה זו. מנהג לא בא מהמחוקק ולא ניתן להגיד שיש חוק שאומר שמנהג הוא מקור מחייב. כמו כן, כאשר מונים את מקורות המשפט בישראל (חקיקה, פסיקה, היקש ומורשת ישראל), לא מזכירים את המנהג. לגבי המנהג, אשר צומח מלמטה, אין הכרה של החוק. אז מאיפה מגיע ההכרה? אוסטין טוען כי מקור הכח של המנהג בא מביהמ"ש. כאשר ביהמ"ש משתמש במנהג ופוסק על פיו, הוא נותן לו תוקף. ביהמ"ש לא חייב להשתמש במנהג והוא אינו מקור עצמאי. אם הוא היה חייב, המנהג היה לכאורה קודם לחוק. באנגליה ההנחה היא שהמנהג מחייב. איך זה מסתדר?

דוגמא לפס"ד בו פסקו על פי מנהג בישראל. מקרה בו אדם פוטר מהעבודה ותבע את המעביד לפיצויים. החוק לא חייב זאת אולם הנורמה/הנוהג קבע כי חייב פיצויים. ביהמ"ש פסק כי נוהג זה הוא מנהג מחייב. לא כל נוהג הוא מחייב. על מנת שהוא יחייב, הוא צריך להיות מושרש וכן שהנוהג נעשה כדין מחייב. כאשר ביהמ"ש קבע את הפיצויים הוא הסתמך על הטענה שמנהג הוא מחייב.

בימ"ש לא יכול לטעון שיש מנהג מחייב ולא ללכת על פיו. תוקף המנהג אינו נובע מפסיקת ביהמ"ש אלא מעצם היותו. ולכן, טענת אוסטין, שהסמכות באה מביהמ"ש, אינה נכונה.

התיאוריה של אוסטין בעצם אינה תואמת למשפט האנגלי. אולי תואמת למשפט קונטיננטלי, אשר בו אין תקדים מחייב. די מוזר שאוסטין היה אנגלי ובכל זאת התיאוריה שלו מנוגדת.

אנו עוסקים בתורת משפט כללית- מחפשים תיאוריה שתסביר את כל שיטות המשפט, ולא שיטה יחידה. התיאוריה של אוסטין אינה מתאימה לכל שיטות המשפט.

* תיאוריית הפקודה לא מתאימה לכל סוגי הנורמות המשפטיות. האם ניתן לראות ענפים אזרחיים ומסחריים (כמו חוק החוזים או חוק החברות) במשפט כפקודה במשפט? הרי אמרנו שהפרת פקודה מביאה סנקציה. איך אוסטין מתאים את התיאוריה שלו לחוקים כאלו, שנותנים בעצם זכויות? חוזה הוא כח של בני אדם לכרות הסכם שיעניק להם זכויות וחובות. אין חובה לכרות חוזים, יש חובה להתנהגות ותנאים לדרך בה כורתים חוזה. אוסטין טוען כי יש לראות את בטלות החוזה, כסנקציה. הדרך שהמדינה קובעת איך לנהוג, היא החובה (חובה מותנית). הסבר זה הוא מעט צולע ולא ברור. בטלות היא לא עונש. הוא מנסה להכניס את כל הכללים המשפטיים ככללי חובה. והרי **הכללים המשפטיים הם מגוונים ואינם רק מטילים חובה**. המשפט הפלילי הוא ענף מובהק אשר מטיל חובות ועונשים אולם זהו רק ענף אחד מכלל המשפט. רוב הענפים אינם כאלה.
* מושג הריבון. מושג מפתח הוא מושג הריבון בתיאוריה של אוסטין. החוק הוא ביטוי לרצון הריבון. יש ביקורת על **מספר היבטים**: א. **מושג הריבון מתאים למערכת מונרכית**. מלך. בדמוקרטיה, מושג הריבון הוא מעין מטאפורה לדבר מורכב יותר. הריבון במדינת ישראל הוא הכנסת- המורכבת מאנשים שונים.

ב. הריבון הוא זה שכולם מצייתים לו אך הוא לא כפוף לדבר אחר. אולם, **בדמוקרטיה אפילו הריבון כפוף לחוק**. זוהי הגדרה לא מדויקת. מושג הריבון כדבר מעל החוק, היא תפיסה פשטנית שכנראה התאימה לתפיסות עתיקות יותר. במדינות מודרניות דמוקרטיות, הריבון אינו מעל החוק. הוא כפוף לפחות לחוקה. וכן יש מערכת מורכבת יותר הכוללת רשויות אחרות הפועלות יחד איתו. מה עושים אם מתחלף שלטון? שאלה פחות קשה- **את הריבון לא צריך לתפוס כדמות פרסונאלית אלא כדמות סמכותית.**

ולכן מושג הריבון לא מתאים באופן מלא לרעיון של אוסטין.

* מושג החובה. ביקורת שפיתח הארט. מה היא חובה? לפי אוסטין, חובה נובעת מאיום בסנקציה. רק כשיש איום, יש חובה. מדוע? **מספר הסברים**: א. **הסבר פסיכולוגי**. **תחושת חובה כתוצאה מאיום**. אם חושבים על דבר זה, מגיעים לתופעה מוזרה. כל איום, אפילו שודד בבנק, נחשב לחובה. הריבון הוא כמו השודד הגדול. זו טענה מאוד מוזרה. **דוגמא**: חייל בשבי. על פי המשב"ל חייל בשבי חייב להגיד רק את שמו ומספרו האישי. המדינה ששבתה אותו, מאיימת עליו אם לא יעביר מידע אולם גם יש חובה עליו מהמדינה ששלחה אותו לא להעביר מידע. שתי המדינות מאיימות. **אוסטין לא מבחין בין מושג החובה כמושג נורמטיבי לבין תחושת החובה כמושג פסיכולוגי או כהכרח/אילוץ.** אוסטין היה מודע לכך וניסה לתת פתרון. הסנקציה היא תיאור, אם לא ימלא את החובה, הוא ייענש. אך מדוע העונש יוצר תחושת חובה?

ב. **טיעון אובייקטיבי**. הארט מציע לאוסטין. **מושג הסנקציה הוא ניבוי של תוצאת המעשה**. הסנקציה אינה עניין של פחד אלא התוצאה בעקבות הפרת החוק. לא נובע מתחושה פסיכולוגית. הארט טוען שטיעון זה אינו פותר את הבעיה. **כאשר אנו אומרים שכאשר אדם עובר על החוק הוא מקבל עונש, אנו מתכוונים לומר שבגלל שהוא עבר על החוק, הוא מקבל עונש.** כלומר, היחס בין הסנקציה לחובה הוא הפוך ממה שאוסטין אומר. הסנקציה היא בגלל החובה. מושג החובה הוא דבר שונה מהטלת העונש.

האם יש חובה מוסרית? איך נגדיר חובה זו אם אין סנקציה עליה? האם ניתן לחשוב על חובה ללא העניין של הסנקציה?

אלטרנטיבה אחרת למושג החובה (של הארט?). **חובה פירושה שיש טעם טוב לעשות את המעשה.** לא שיגרם דבר רע לי או לאחרים. מדוע קשה לנו להגיע לכך? משום שאנחנו רגילים לקשר בין מושג החובה למושגי השכר והעונש. מבחינה פילוסופית, עשיית מעשה ללא קשר לסנקציה, היא משום שיש טעם חזק וטוב לדבר זה. נתינת צדקה או שתיית קפה? נתינת צדקה יש בה טעם טוב וחזק יותר מאשר שתיית קפה. אנו **מנתקים את החובה מהעונש**. יש חובה לעשות מעשה אם יש טעם טוב חזק. החובה יכולה לעמוד בקונפליקט בין רצונות ושיקולים אחרים של האדם. כאשר יש טעם לעשות חובה, החובה גוברת על טעמים אחרים. אם יש חובה לתת צדקה, חובה זו גוברת על כך שמוציאים כסף. לא נראה את החובה כדבר הנובע מאיום אלא מטעם טוב וחזק לעשות. המטא-פיזיקה של החובה- מה עומד מאחורי החובה הנורמטיבית. חובה נורמטיבית אינה תלויה בתוצאה, היא תלויה בטעם הטוב לעשייה. יש חובות משפטיות (החובה מפורשת בחוק) וחובות מוסריות. אם החובה תלויה באיום, האיום צריך להיות אפקטיבי. במקום בו אין באמת אכיפה, אם הבסיס היא הסנקציה, לא באמת תהיה חובה. אם עדיין תהיה חובה כנראה היא קיימת גם ללא הסנקציה. אוסטין מסביר את החובה הנורמטיבית דרך אילוץ וכורח. בגלל שיש חובה בעלת טעם טוב, יש הצדקה להטיל סנקציה.

עד כאן הביקורות על אוסטין.

ביום שלישי נלמד את התיאוריה הפוזיטיבית של קלזן.

**שיעור 9- תורת המשפט של קלזן- 5.4**

חזרה על השיעור הקודם. נדבר על תורת המשפט של קלזן. קלזן היה משפטן אוסטרי ממוצא יהודי שפעל במחצית הראשונה של המאה ה-20. הוא היה תאורטיקן של המשפט. הוא היגר לארה"ב שם נפטר. הוא הציג תיאוריה פוזיטיבית על משפט כאשר נקודת המוצא שלו הייתה אוסטין. הוא הציג את הגישה הפוזיטיבית והציג את התורה שלו. קלזן מבקש להציע תורה אחרת. הוא השתכנע שהפוזיטיביזם הוא נכון אך מציע אלטרנטיבה.

מהו משפט?

**המשפט הוא מערכת נורמות היוצרת סדר חברתי שנאכף על-ידי המדינה**. קלזן מזהה את המשפט עם המדינה. רק משפט שנאכף על-ידי המדינה, הוא משפט. משפט אחר הקיים אשר אנשים פועלים על פיו, לא נחשב משפט. לדוגמא: משפט עברי. אנשים רבים הולכים לפיו אולם הוא לא נאכף על-ידי המדינה ולכן על פי קלזן, הוא אינו משפט. הוא מערכת משפטית וולונטרית. זיהוי זה, הוא דבר אשר היה משותף גם עם אוסטין. במובן הזה, הוא ממשיך את התפיסה של אוסטין אולם הוא לא נזקק למושג הריבון. הוא מדבר על המדינה. כמו כן, הסנקציה אינה גורם לחובה לציית.

לקלזן חשוב לומר שהתיאוריה שלו היא "תורת משפט טהורה".

היא מורכבת **משני חלקים**:

1. כוללת נורמות משפטיות ולא נורמות אחרות- מערכת נורמטיבית של חוקים. לא כוללת מוסר.
2. מבוססת על נורמות ולא על עובדות- הבחנה מאוד יסודית בפילוסופיה **בין המצוי לרצוי**. is and ought. הבחנה בין חוק מתאר (is) לחוק מצווה (ought). חוק מתאר עוסק במציאות בעוד חוק מצווה עוסק במה שצריך להיות. המשמעות היא שלא ניתן לעבור מטענה עובדתית על המציאות למטרה נורמטיבית. דבר זה נקרא "**הכשל הנטורליסטי**".

**דוגמא**: הקדמה 1- בע"ח מגדלים את צאצאיהם. הקדמה 2- בני אדם הם בע"ח. מסקנה- בני אדם חייבים לגדל את צאצאיהם. האם מסקנה זו נובעת משתי ההקדמות? לא. משום שהמסקנה הנובעת תהיה שבני אדם מגדלים את צאצאיהם, לא שיש עליהם **חובה**. להסיק מהמציאות, כדבר חובה, הוא טעות. הרבה מהטיעונים המוסריים/פוליטיים המתארים את מה שמקובל, מקבלים זווית חדשה. זה מראה שטיעונים כאלה הם טיעונים שאינם תקפים מבחינה לוגית. **העובדה שיש דבר הנוהג, לא מחייב שאני חייב לנהוג כך**. טענות של משפט טבעי עלולות להתערער. לדוגמא: טענת אריסטו שבני אדם חיים בקהילה. ובגלל שהם חיים בקהילה, הם מחויבים לשמור על נורמות מסוימות על מנת להישאר בקהילה. קלזן יטענו שמדובר בכשל נטורליסטי משום שעצם העובדה שבני אדם חיים בצורה כזו, לא מחייב שזה דבר רצוי. עד כמה ההבחנה בין שתי ההגדרות היא חדה? לא ניכנס לכך- יש ויכוח פילוסופי גדול על כך. למשל, אסור לעשן משום שזה מזיק לבריאות- נצטרך להוכיח שראוי לא לפגוע בחיים ולא לקצר אותם. **על מנת לעבור מהתיאור לנורמטיביות, צריך להכניס הנחה נורמטיבית**. על מנת לבצע היקש. עצם קיום עובדה מסוימת, היא כשלעצמה אינה מטילה חובה נורמטיבית.

בדבר זה הוא גם השתמש על מנת לבקר את אוסטין. העובדה שהריבון נתן פקודה, לא יוצרת חובה אף הסכמת העם לא יוצרת זאת. רק נורמה יוצרת חובה. צריכה להיות קביעה נורמטיבית אשר תאמר שראוי להקשיב לפקודה/לפעול על פי ההסכמה. **הוא לא מסתפק בסיפור עובדתי.**

התקפות

קלזן מכניס לשיח את המושג "**התקפות**" (validity)- נורמה משפטית אינה מחייבת מאליה אלא מכח נורמה משפטית אחרת. יש הבדל בין טענות מוסריות למשפטיות. מוסריות- יכולות לשכנע בפני עצמן. הכח של נורמה משפטית בא תמיד מכח נורמה אחרת. **רק אם היא תקפה מכח נורמה אחרת**. מתקבלת התמונה שמערכת המשפט מורכבת מנורמות שאחת נובעת מהשנייה והכח המחייב של נורמה משפטית הוא רק כאשר היא תקפה משרשרת נורמות אלה. **היא מחייבת רק כשהיא נכנסת למערכת**. היא לא עומדת בפני עצמה. שלא כמו נורמה מוסרית, היכולה לעמוד לבדה, נורמה משפטית תחייב רק כאשר היא תהיה חלק מהמערכת המשפטית. כמובן, אותה המערכת כוללת נורמות מוסריות ודבר זה הוא בלתי תלוי במקום או בסוג מערכת המשפט. **נורמה משפטית נעשית כזאת משעה שהיא משתלבת במערכת המשפט**.

קלזן מביא **פירמידת נורמות**:

1. חוקה
2. חקיקה ראשית
3. חקיקת משנה
4. צווים
5. חוזים.

מושג התקפות קושר בין כל נורמה ספציפית לשיטה.

איך יודעים שנורמה תקפה במדינת ישראל? אם ניתן לקשר אותה למדרג התקפות. שתי נורמות שיש להן מקור משפטי אחד, שייכות לאותה מערכת משפט.

ניתן לשאול- על מה נשענת הנורמה הראשונה (החוקה)? קלזן אומר שנורמה משפטית צריכה להישען על נורמה אחרת. ניתן להבין על מה ניתן להשעין כל נורמה על החוקה, אך על מה נשענת החוקה עצמה? אם היינו שואלים את אוסטין, הוא היה אומר שזה בא מהריבון. קלזן לא יכול לקבל זאת ולכן הוא יוצר מושג הנקרא **"נורמה בסיסית**". היא הנורמה הראשונה, הבסיסית שכל הפירמידה נשענת עליה. היא ביסוד החוקה. נורמה זו היא- **יש לציית לחוקה** (או לחוקי הפרלמנט כאשר אין חוקה). יש להניח את קיומה, באופן לוגי, של נורמה מופשטת, שלא נקבעה על-ידי מוסד או כתובה בחוק, שאומרת שיש לציית לחוקה. נורמה בסיסית זו אינה כתובה בשום מקום. היא לא עובדה, אלא נורמה. מה מבדיל את הנורמה הבסיסית לכל נורמה אחרת? היא עומדת בפני עצמה והיא זו שנותנת תוקף לכל הנורמות האחרות. תקפות- קבלת כח ותוקף מנורמה אחרת. הנורמה הבסיסית בעצמה היא אינה תקפה משום שהיא מקור הכח והתקפות. **הנורמה הבסיסית אינה "תקפה". היא אינה נשענת על נורמה אחרת. כוחה נובע מהתוכן שלה.** יש הבדל בין נורמה זו לבין נורמה אחרת. לא התוכן הוא מה שמצדיק את הנורמות, אלא הכח שהיא מקבלת מנורמות אחרות. בעוד הנורמה הבסיסית היא רק על פי התוכן. היא משכנעת בפני עצמה. "**לרעיון של משפט פוזיטיבי יש מגבלות**". כל המשפט הפוזיטיבי בנוי על מושג התקפות.

אפקטיביות השיטה

אם מדברים על משפט כמערכת נורמטיבית טהורה, ולא על עובדות, מתעוררת השאלה כיצד נבחין בין מערכת משפט נוהגת לבין כזו שלא נוהגת. למשל: המשפט הרומי- ניתן לפרק אותו על פי הפירמידה אולם הוא משפט היסטורי ותיאורטי היום. כיצד יודעים מהי המערכת הנורמטיבית התקפה? אם המשפט הוא מערכת נורמות שאינה מעוגנת בעובדות, איך מבחינים בין משפט נוהג למשפט היסטורי? קלזן מביא את "**מבחן האפקטיביות**"**- האם הנורמות נאכפות?** איזה משפט נאכף בפועל על-ידי המדינה.

השימוש בתורה של קלזן הוא רחב והפך למושג מפתח בניתוח המשפטי. לדוגמא: השופט שמגר בפס"ד המזרחי וכן תורת הריבונות של הכנסת.

קלזן מבחין בין **שני סוגי יחסים** בפירמידת הנורמות:

1. יחסים דינאמיים- נורמה משפטית נותנת כח לנורמה אחרת לייצור נורמות נוספות. לדוגמא: החוקה נותנת את הכח לכנסת להיות הרשות המחוקקת.
2. יחסים סטטיים- היסקים ופרשנות של עקרון קיים. נורמה עליונה מגבילה נורמה תחתונה. הגבלת הכח. לדוגמא: החוקה- חו"י: כבוד האדם וחירותו מטיל מגבלות על פגיעה בזכויות אדם. דבר זה נכון לכל תקנת משנה, המוגבלות על-ידי תוכן החוק עצמו. דוגמא נוספת: חופש החוזים מול תו"ל.

ביקורת השיטה של קלזן

בהשוואה לאוסטין, קלזן שכלל את המשפט הפוזיטיבי בעניין הנורמה הבסיסית. ביסוד כל משפט, יש נורמה האומרת שיש לציית לחוקה. קלזן מבסס על הנורמה ולא על הסנקציה ובכך פותר את הבעיות ברכיב הסנקציה על פי אוסטין. דבר נוסף, הוא משתחרר ממושג הריבון. הוא לא מגדיר ריבון אלא הוא בעולם של נורמות. אין מוסד או אדם העומד בבסיס השיטה, אלא נורמה בסיסית. אולם עדיין **יש בעיות**:

1. פירמידת הנורמות אינה מתאימה לכל מקורות המשפט- מנהג ופסיקה. כמו הביקורת אצל אוסטין. ניתן לחשוב שקלזן לא מקבל את רעיון התקדים המחייב. ייתכן ויגיד שהתקדים נובע מהחוק. גם בעניין המנהג, הוא יצטרך לעגן אותו בהוראה של החוק. זה חושף בעיה יסודית יותר.
2. הנורמה הבסיסית אינה רגישה לשיטות משפט שונות- הנורמה היא אחידה. זהו תוכן אחיד לכל שיטות המשפט. צריך לשנות אותה מעט במעבר בין ארצות וכן אם מגיעים למדינה מונרכית. כח התקדים באנגליה לא נובע מהחוק, הוא היה כח עצמאי. באנגליה, מקורות המשפט הם אחרים משאר אירופה וניסוח הנורמה הבסיסית לא תואם. אם רוצים תורת משפט כללית אשר תתאים לכל שיטות המשפט בהיסטוריה ובמציאות. לא רק מדינות דמוקרטיות או מודרניות. התיאוריה של קלזן מתאימה לעולם הקונטיננטלי אך לא עולמות אחרים מכיוון שהוא הניח את קיום הנורמה הבסיסית על חוקה.

ביום חמישי נראה את תגובת הארט ואת התיאוריה שלו.

**שיעור 10- תורת המשפט של הארט- 7.5**

בשיעורים הקודמים הצגנו את הביקורת על מושג החובה של אוסטין, אותה הוא מבסס על איום בסנקציה. הארט מבקר על כך וטוען שאם כך, כל שודד המאיים בנשק על אדם אחר, מטיל על אותו האדם חובה, דבר אשר לא מתקבל על הדעת שכן הוא מבלבל בין מושג האילוץ, ההכרח, לבין מושג החובה הנורמטיבית. חובה נורמטיבית לא קשורה באיום. איום יכול לעודד ציות אולם הוא לא נעשה בהכרח על-ידי בני אדם היכולים באמת להטיל חובה נורמטיבית. שודד יכול לאיים ולאלץ אך לא יכול להטיל חובה. יש צורך להבין את מושג החובה בדרך אחרת.

הארט טוען כי **מושג החובה אינו אילוץ או הכרח אלא עניין נורמטיבי. החובה מגבילה את החירות, היא מטילה חובה לעשות דבר מה או להימנע מעשייתו, לא באמצעות כח אלא באמצעות טעם לפעולה**. כלומר, יש סיבה, טעם, לעשות פעולה זו או להימנע ממנה. טעם זה, יכול להיות רציונאלי- מנותק מהסביבה (שישנה מעין חובה מוסרית), או פוזיטיבי- שאינו רק תוצאה מהכרה סובייקטיבית של האדם אלא גם חובות אובייקטיביות, פוזיטיביות, במסגרת חברתית. **חובה קיימת כאשר יש כלל שמטיל חובה**. אלו הן חובות הנכנסות למסגרת החובות משום שיש טעם מסוים המחייב לעשות מעשה או להימנע ממעשה. אולם, יש חובות שהן חובות חברתיות- חובות שהחברה מטילה על חבריה.

נסביר את מושג החברה על פי הארט. מושג זה קשור בקיום כללים חברתיים. מהם אותם כללים? הארט מסביר **סדרה של כללים** שהחברה פועלת על פיהם:

1. הרגל- הרמה הראשונה. פעולות שעושים לפי כללים. **פעולות שבני אדם עושים במסגרת חברתית**. לדוגמא: לבוש בין קהילות שונות, דרכי אכילה, ניצול הפנאי... יש מערכות שונות של הרגלים הניתנות לתיאור, כך שאם יבוא משקיף, הוא יוכל לתאר את אותם ההרגלים. מה משמעות הרגל? נבין דרך הכלל הבא.
2. כלל שקובע סטנדרט- כללים חזקים יותר מהרגל הקובעים כיצד נוהגים באופן הדוק יותר. בעוד שהרגל הוא דבר גמיש יותר, אלו כללים נוקשים יותר. לדוגמא: כללי לשון, כללי נימוס... **הם קובעים את התקן לאיך צריך להתנהג**.
3. כלל שמטיל חובה- כללים נוקשים יותר, המטילים חובה. כלומר, אם נתנהג בניגוד לכלל, תבוא ביקורת. ביקורת לא רואים באמת בסוגים האחרים של הכללים (במנהג כמעט ולא ובכלל הקובע סטנדרט הביקורת לא תהיה חמורה). **כאשר יש כללים חברתיים אשר מטילים חובה, התגובה של החברה לסטייה מהם, תהיה ביקורת חמורה יותר**. הגינוי יהיה חריף יותר. כללים המטילים חובה זוכים לביקורת חריפה מן החברה.

ניתן להבחין בין **שני כללים**: א. כללים המטילים **חובה מוסרית**, בהם הביקורת תהיה ביקורת חברתית.

ב. כללים המטילים **חובה משפטית**, אשר בהם הביקורת תהיה מוסדית- מהמדינה. ביקורת מסוג גינוי וענישה.

הארט אומר שאם רוצים להבין את מושג החובה בחברה, **יש צורך לראות שהחברה כולה פועלת במסגרת של כללים חברתיים שהיא יוצרת**, כללים מדרגות שונות, **כך שכלל יקרא כמטיל חובה רק אם הסטייה ממנו תזכה לביקורת**. אם אין ביקורת, זהו כלל מסוג אחר.

מושג הכללים החברתיים, עוזר להבנת החובה החברתית-הפוזיטיבית. כלומר, מתי כלל יטיל חובה? אם החברה יצרה כלל כזה והתגובה להפרתו תהיה תגובה ביקורתית. **כלל שלצידו יש גינוי**.

יש דירוג בו הרגל מורכב מכללים שאינם מטילים חובה (ומי שסוטה מהם, לא זוכה לביקורת), מעליו כללים הקובעים סטנדרטים בהם הביקורת היא נקודתית ומעליהם, יש כללים המטילים חובה, המתחלקים לאלו המטילים חובה מוסרית לבין אלו המטילים חובה משפטית.

ניתן לשאול האם לכאורה יש דירוג בכללים המטילים חובה. אולם לעיתים, הביקורת המוסרית חריפה יותר מהביקורת המשפטית. אין התאמה מלאה. כמובן שיש שאיפה שהגינוי המשפטי ישקף את גודל העבירה, אולם אין זה כך בפועל. **הגינוי החברתי הוא מה שמשקף אם כלל מטיל חובה. סוג הגינוי משקף אם החובה היא מוסרית או משפטית**. הארט עושה ניתוח סוציולוגי של הכללים אשר גם עוזר להבין את מושג החובה.

מה ההבדל בין הארט לאוסטין בעניין היחס בין סנקציה לחובה (משפטית)? לפי הארט, חובה באה לידי ביטוי בגינוי של סנקציה, דבר הדומה מאוד לאוסטין. בעצם, הענישה מעידה על כך שיש חובה. היא לא יוצרת את החובה. **החובה באה מהכלל, לא מהענישה**. כח לא מטיל חובה. הוא רק מתמרץ התנהגות. אוסטין מסכים שיש סוגים של הפעלת כח אשר אינם לגיטימיים (כמו שודד), אך הוא לא הצליח להסביר זאת. הפעלת כח עצמה, אינה יוצרת חובה. **חובה נוצרת מהכרה פנימית או ממציאות אובייקטיבית שהחברה קבעה**.

ניכנס יותר **להבחנה** שהארט עושה בין חובה מוסרית לחובה משפטית:

1. חובה מוסרית- ניתן להבחין בין **שני סוגי מוסר**: א. מוסר **פוזיטיבי** (מוסר נוהג). **מוסר הנוהג בחברה נתונה.** יש בה כללים חברתיים המביאים לביקורת חברתית. הם אומרים כיצד לנהוג. זהו דבר תלוי חברה. מה מקובל בחברה מבחינה מוסרית. בחברה זו, החובה נובעת מכח הכללים. כמובן שכללים יכולים להשתנות אולם בזמן נתון, המשפט הפוזיטיבי, אשר אינו תלוי אמונת אדם, הוא הנורמות המקובלות.

ב. מוסר **אידיאלי**. **כללים שאדם מאמין בהם בלי קשר לעמדת החברה**. מוסר שהאדם מאמין בו שיכול להיות ביקורתי ביחס למה שהחברה נוהגת. לפעמים יש נורמות בחברה שהאדם בוחן אותן באופן ביקורתי. גם בסוג מוסר זה, החובה היא מכח הכללים. אילו כללים? שאינם בהכרח פוזיטיביים. לא מחייב שיזכה לגינוי חברתי אולם ההכרה הפנימית של האדם מחייבת אותו. הארט עושה הבחנה חשובה בין סוגי המוסר. **מבחינת ניתוח החובה, עדיין החובה נובעת מכח הכללים,** בין אם היא נובעת מהכרה ובין אם נובעת מהחובה.

1. חובה משפטית- חובה משפטית קיימת כאשר יש כלל המטיל חובה. כלל בעל ביקורת על הפרתו. ביקורת מסוג ענישה. על מנת להסביר את החובה המשפטית, הארט עושה הבחנה בין **שתי נקודות מבט**: א. נקודת מבט **חיצונית**. משקיף חיצוני יכול **לתאר את הכללים ואת התוצאות של הפרתם**. מתאר את מה שהוא רואה, את המציאות הקיימת. אולם **אינו רואה בכלל טעם לפעולה**.

ב. נקודת מבט **פנימית**. משקיף פנימי **רואה את הכללים** לא רק כניבוי לכך שתבוא סנקציה, אלא **כהדרכה איך לנהוג**. הוא רואה את **הכלל כסיבה לחובה**, ולא את הסנקציה. החובה נובעת מהפנמת הכללים.

בעצם, כאשר אנו רואים את הכלל המשפטי כטעם לפעולה, אנו משקיפים מנקודת מבט פנימית, בעוד כאשר אנו רואים את הכלל המשפטי כמנבא סנקציה, אנו משקיפים מנקודת מבט חיצונית. **אנשים שונים מתייחסים לחוק בצורה אחרת**.

\*מה ההבדל בין טעם לסיבה? סיבה- מניח סיבתיות טבעית. יורד גשם כי השרב נשבר. יש סיבה לכך שדבר קורה. סיבתיות היא סיבה טבעית. חוקי הטבע. טעם- מניח שלבני אדם יש בחירה חופשית לעשות פעולות. יש לבני האדם טעם מסוים לבחור במעשה מסוים ולא במעשה אחרת. טעמים אינם טבעיים, הם קשורים להכרה.

עד כאן, דיברנו על מושג החובה לפי הארט. הארט הציע אלטרנטיבה לאוסטין בהבנת החובה כטעם לפעולה. דרך זה, הוא הסביר את הכללים המשפטיים בתוך הכללים הפוזיטיביים-חברתיים. עכשיו ניכנס יותר לתיאוריה שלו להגדרת המשפט. מה מבחין את המשפט מהמוסר, מהדת וממערכות נורמטיביות אחרות.

על מנת להבין את המשפט, הארט **חושב קודם על חברה פרימיטיבית-קדם משפטית**. כיצד פועלת חברה ללא משפט? אין בה מוסדות משפטיים- אין מחוקק ובתי- משפט. חברה כזו חיה לפי מסורת ומנהגים מקובלים. חברה מסורתית שבמשך הזמן, יוצרת לעצמה כללים. לכללים אלו, הארט קורא "**כללים ראשוניים**". כלומר, הם כללים החלים על החברים בחברה. האמצעי בעזרתו החברה כופה את הציות לכללים הוא **לחץ חברתי**. בדר"כ מדובר על קהילה קטנה, שבט.

יש **3 בעיות** בחברה כזו:

1. היעדר מקום מוסמך לחוק- כלומר, אין מחוקק. יש רק כללים שנוצרו במהלך השנים. כללים אלו לא כתובים. זה גורם ל**חוסר וודאות**. לא יודעים בדיוק מה החוק אומר.
2. היעדר מנגנון שינוי- מכיוון שאין מחוקק, ואין מי שיקבע את החוקים, אין בה שינוי. החברה היא **סטטית**. השינויים הם איטיים והדרגתיים. נוהגים כפי שנהגו בעבר. לא יודעים איך לשנות את הכללים.
3. אין מנגנון אכיפה יעיל- יש גינוי אולם אין מוסד חקירה שיברר את הסכסוך ואין בתי-משפט. האכיפה **לא יעילה**.

הארט טוען שכאשר עוברים למצב של מערכת משפט משוכללת, עוברים למערכת שאמורה לפתור את שלושת הבעיות הללו. מערכת משפט משוכללת לא מסתפקת בכללים הראשוניים המופנים לפרטים בחברה, אלא מעוניינת **בקיומם של כללים משניים** שיחולו על הכללים הראשוניים. הכללים המשניים מכוננים את מוסדות החקיקה והשפיטה. הכללים הראשוניים אמורים לפרט איך לנהוג בעוד הכללים המשניים קובעים איזה מוסד אחראי על מה.

הארט מביא **3 סוגי כללים משניים** אשר באים לענות על שלושת הבעיות:

1. כלל זיהוי (Rule of Recognition)- כלל **שמזהה את החוק.** הוא מצביע על החוק. מעלה על הכתב, מצביע על ספר או לוח בהם החוק כתוב- ניתן למצוא לזה מקבילה היסטורית. ברומא העתיקה, במאות ה-6 וה-7 לפני הספירה, היה מאבק בין שני מעמדות- בין הפטריקים לבין הפלבאים (בין האצילים לבין פשוטי העם). אחת הטענות של הפלבאים הייתה שמי שמנהל את מערכת המשפט, הם האצילים והם קבעו את החוקים. הפלבאים אפילו לא הכירו אותם וכאשר היו מגיעים למשפט, היו פוסקים נגדם (כי לא ידעו את החוק). הם עשו מהומות במאה ה-5 לפנה"ס ובשנת 450 לפנה"ס, פרסמו לראשונה את החוקים ברומא ב-"12 הלוחות"- המסמך המשפטי הראשון ברומא. חוקים אלו הצביעו על מהו החוק. בעבר הם התנהלו כחברה מסורתית שהחוק היה ידוע רק לאצילים (והשתמשו בו לטובתם), והאחרים לא ידעו. הצעד הראשון היה פרסום החוק. 12 הלוחות הם הבסיס למשפט הרומי. 12 הלוחות נשמרו על-ידי סופרים שציטטו מהם אך אין את הנוסח המלא. המהלך הראשון במעבר לחברה משפטית מחברה פרימיטיבית, הוא יצירת כלל זיהוי לחוק. כלל זיהוי זה, פותר את בעיית הוודאות אולם לא פותר את בעיית הסטטיות. כלל הזיהוי בצורה משוכללת יותר לא רק מצביע על החוק אלא אף **מזהה מקור משפטי** שיכול ליצור חוק (מצביע על המחוקק). כלל הזיהוי לא רק מזהה את החוק אלא גם **מאחד את החוקים השונים למערכת משפט אחת.** הוא הכלל שמזהה את החוקים. כלל שייך למערכת משפט אם הוא מזוהה על פי כלל הזיהוי. בצורה הבסיסית, כלל זיהוי מזהה את החוק. בצורה המשוכללת, הכלל לא רק מצביע על ספר אחד, אלא מצביע על גוף, על מחוקק. איך כלל יזוהה כחוק? אם הוא נחקק על-ידי המחוקק.

מהו כלל הזיהוי מבחינה פונקציונאלית, בתיאוריה? מה שייך לחוק על פי קלזן? מה שממלא תפקיד של נורמה בסיסית. יש לציית לחוקה. על פי אוסטין מה שייך לחוק? פקודה כללית של הריבון. מה שייך לחוק על פי הארט? מה שזוהה על פי כלל הזיהוי.

כל התיאוריות הפוזיטיביות מחפשות הגדרה למשפט. אוסטין בחר בפקודה הכללית, קלזן בחר בנורמה בסיסית והארט בוחר בכלל הזיהוי. כלל הזיהוי מחליף את הנורמה הבסיסית. כמו שהנורמה זיהתה את החוקה ואת המשפט שנבע ממנה, כלל הזיהוי מזהה את המקורות המשפטיים ואת המשפט שנובע ממנו.

בשיעורים הבאים נעסוק בשאלה מהם היתרונות של כלל הזיהוי בהשוואה לנורמה הבסיסית ותורת הפקודה של אוסטין.

1. כללי שינוי- כללים **המעניקים כח** **לאדם או לגוף לשנות את הכללים הראשוניים**. פותרים את בעיית הסטטיות. קובעים מנגנון המצביע על מחוקק שיכול לשנות את החוק. **קובעים פרוצדורה** כיצד לשנות. כללים אלו **מגדירים את המוסדות המשפטיים** (מחוקק, הליכי חקיקה...)

לקרוא את הפרק החמישי והשישי של הארט. נמשיך לאחר הפסח.

**שיעור 11- המשך תורת המשפט של הארט- 26.4**

חזרה על השיעור הקודם. ראינו שהארט הסביר שמערכת משפט משוכללת היא כזו שמורכבת מכללים ראשוניים ומשניים. בחברה פרימיטיבית, קדם משפטיים, אין מוסדות משפטיים, יש בה כללים ראשוניים. בקהילה כזו יש בעיות בגלל שהיא בנויה על מסורת והכללים אינם ברורים במיוחד.

הארט מונה **3 בעיות**:

1. היעדר מקור מוסמך לחוק- הגורם לחוסר ודאות
2. היעדר מנגנון שינוי- הגורם לסטטיות
3. היעדר מנגנון אכיפה- הגורם לחוסר יעילות

כדי ששיטת משפט תוכל להיות מערכת משפט משוכללת, היא צריכה לארגן עצמה מחדש ולצד הכללים הראשוניים המופנים לחברה, היא צריכה גם להקים מערכת כללים משניים אשר אומרים איך לתפעל את החוקים מהסדר הראשון. מערכת זו היא המערכת המכוננת את מוסדות החקיקה והשיפוט.

יש **3 כללים משניים** אשר באים לפתור את הבעיות:

1. כלל זיהוי- כלל המזהה את החוק (כמו הלוחות של רומא). בצורה בסיסית- מצביע על החוק. בצורה משוכללת- מזהה מקור משפטי שיכול ליצור חוק (בצורה המשוכללת הוא יכול להיות גם כלל שינוי)
2. כללי שינוי- כללים המעניקים כוח לאדם או לגוף לשנות את הכללים הראשוניים. הם קובעים את הפרוצדורה.
3. כללי שפיטה- כללים **הקובעים מי הוא הגוף השופט**. אלו היוצרים מערכת אכיפה יעילה בתוך מערכת המשפט. הם **מעניקים כוח לאדם או לגוף לקבוע האם הכללים הראשוניים הופרו**. הם קובעים את הפרוצדורה לכך. הם מגדירים מוסדות משפטיים (שופט, בתי משפט, סמכות שיפוט, דרכי שפיטה).

כבר במערכות משפט עתיקות, היה ניתן לראות כללים ראשוניים ומשניים. אנו נתמקד בכלל הזיהוי שהוא המרכזי בתורת המשפט של הארט. נעמוד על כלל זה, על תפקידו ועל תוכנו.

**כלל הזיהוי**:

מה תפקיד כלל זה? לזהות מהו החוק. **הזיהוי יוצר אחידות בשיטת המשפט משום שהוא כלל העל**. הוא קובע מהו החוק בשיטת משפט נתונה. במשפט הרומי נקבע ש-12 הלוחות הוא החוק. לעומת זאת, במשפט העברי יקבעו שהתורה היא החוק.

**מה התוכן של כלל הזיהוי**? כלל הזיהוי מזהה את מקורות המשפט. שיטות משפט שונות יכולות להחזיק במקורות משפט שונים. הארט רגיש לכך שיש שוני בשיטות המשפט. במשפט האנגלי, מזהים לצד חוקי הפרלמנט, את הלכות בתי המשפט. שיטת המשפט הקונטיננטלי, לא מקבלים זאת. לפיהם, פסיקות בימ"ש אינן תקדים משפטי. יש הבדלים בין שיטות משפט. הארט אומר **שכלל הזיהוי הוא כלל שתוכנו הוא לא אחיד**. הוא משתנה משיטה לשיטה. **תוכן כלל הזיהוי הוא מקורות המשפט. מקורות אלה יכולים להיות שונים משיטה לשיטה**. הארט אומר דבר נוסף- יש כלל פשוט המצביע על מקור אחד ויש כלל מורכב המצביע על כמה מקורות.

איך יודעים מהו כלל הזיהוי בשיטה משפטית נתונה? על מנת לדעת מהו החוק המחייב נסתכל מנקודת מבט תיאורטית, ונשאל מהו כלל הזיהוי. באופן עקרוני, את כלל הזיהוי צריך לראות כמו כלל משחק. מתבוננים בשחקנים, אשר פועלים על פי הכללים, ולומדים דרכם. כלל **הזיהוי הוא אינו כלל כתוב. הוא כלל שקיים באופן מופשט שניתן ללמוד אותו תוך התבוננות בזירה המשפטית**. זה לא תמיד מספיק והארט אומר **שנקודת המבט הטובה ביותר היא בתי המשפט** וזאת משום, שבין השאר, בתי המשפט מנמקים את ההחלטות שלהם.

מי קובע את כלל הזיהוי? נראה בהיסטוריה שלנו, לפני הקמת המדינה, חל המשפט המנדטורי. כאשר הוקמה המדינה, המסמך המשפטי הראשון שיצא היה ה-"מנשר". מדינה לא יכולה לחוקק את כל החוקים יש מאין. המנשר קבע שהחוק שהיה קיים בארץ ישראל ערב הקמת המדינה ימשיך להיות בתוקף גם לאחר הקמתה. הם השאירו בתוקף את החוקים שהיו לפני. הפקודה לסדרי שלטון ומשפט באה לאחר מכן על מנת לכונן את מוסדות השלטון והשפיטה. מה השתנה מבחינה משפטית אם ביום העצמאות הוקמה המדינה והחוק שהיה תקף לפני, עדיין תקף? התוכן לא השתנה אז מה כן השתנה? הוא השתנה בכך שהמחוקק השתנה. לפני הקמת המדינה זה היה הנציב העליון בעוד שבהקמה, זה נהפך למועצת העם (האסיפה המכוננת-הכנסת). הקביעה הראשונה של מועצת העם הייתה שהחוק שהיה תקף לפני, ממשיך להיות תקף. הם אלו שנתנו את התוקף לחוק. **כלל השינוי השתנה בכך שהוא זיהה מקור אחר לחוק**. כמובן שמועצת העם יכולה לשנות עכשיו את החוק והחוקים החדשים יהיו תקפים משום שכלל הזיהוי מזהה אותם כמחוקקים. המערכת כולה תשחק על-פי כלל זיהוי חדש. מי החליט על השינוי? ניתן להגיד שהשחקנים היו אלה שקבעו. הכלל התקבל באופן ישיר מהשחקנים. כל השחקנים בזירה יוצרים את הכלל החדש. לא באמת מעשי (במיוחד שמדובר על אלפי ומיליוני אנשים) ולכן אנו נסתכל על השופטים. מה עושים לגבי התקדים המשפטי? האם נישאר בשיטה הבריטית או שנלך על פי השיטה האירופית? זה היה פתוח ולא נקבע בשום מקום (עד שחוקקו את חוק השפיטה). השופטים עצמם קבעו את התקדים. הם קבעו את כלל הזיהוי דרך פסיקות ביהמ"ש. לא הייתה החלטה של הכנסת או דרך משאל עם אלא דרך בתי-המשפט. והארט אומר שזהו בכללי בכל שיטת משפט.

**תפקיד** כלל הזיהוי:

1. **וודאות**. מבחן ברור כדי לדעת מהו החוק.
2. **תקפות**. מעניק תוקף לכללי המשפט. המבחן האולטימטיבי הוא כלל הזיהוי. (קלזן יגיד נורמה בסיסית הארט יגיד כלל הזיהוי)
3. **אחידות**. אם נשאל אם נורמה משפטית שייכת לשיטת משפט, נשאל האם היא עומדת בכלל הזיהוי. האם לפסיקה של הרבנות הראשית של ישראל יש לה כח מחייב במשפט הישראלי? נשאל האם הוראות הרבנות הראשית מחייבות. והרי החוק קובע שיש לה סמכות להשיב לשאלות הלכתיות שאנשים שואלים. הרבנות היא גוף ממלכתי ולכן צריכה הסמכה. הציבור לא מחויב לציית ואף השואלים לא מחויבים לציית. ייתכן מצב שיש מספר שיטות משפט במדינה אך בסופו של דבר, שיטת המשפט הישראלית היא אחת והשיטות האחרות הן מחוץ לה.
4. **מקור אולטימטיבי.**

נבחין בין **כללי זיהוי שונים**:

1. כלל זיהוי פשוט- מזהה מקור משפטי אחד (מחוקק)
2. כלל זיהוי מורכב- מזהה כמה מקורות משפטיים (חוקה, מחוקק, בתי-משפט, מנהג-זהו גם הדירוג) המשפט הוא אינו רק תוצר של המחוקק.

יש צורך לדרג ביניהם. מי כפוף ומי גובר. הכנסת גוברת על המשפט ופסיקות רגילות של ביהמ"ש שהכנסת לא אוהבת, היא יכולה לשנות. המחוקק יכול לשנות משום שהוא במעמד גבוה יותר מבתי המשפט. איך בעצם ביהמ"ש מבטל חוקים של הכנסת? משום שהוא פועל מכח חוקי-היסוד. פסיקה רגילה כפופה למחוקק אך אם הפסיקה מעורבת עם חוקי-יסוד, היא מעל.

נבחין בין **שני מצבים**:

1. זיהוי ישיר- כלל הזיהוי מזהה את המקורות ומדרג ביניהם.
2. זיהוי על-ידי גזירה (derivation)- מזהה מקור אחד וכתוצאה מכך, הוא מזהה מקורות נוספים. כלל הזיהוי מזהה רק את החוקה. ואז יש את המחוקק ומתוכם בתי-המשפט והמנהגים.

מה קורה בישראל? חוק יסודות המשפט שחוקק ב-1980. עד אז היה סעיף מהמנדט שהיה בתוקף, שבמקרה שביהמ"ש נתקל בשאלה שאין עליה תשובה, הוא יקבע על פי בתי המשפט באנגליה. כשחוקק חוק יסודות המשפט, ביטלו סעיף זה. אך צריך אלטרנטיבה. ולכן נחקק: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הערכה ולא מצא לה תשובה בדבר **חקיקה**, **בהלכה פסוקה** או **בהיקש**, יכריע בה לאור עקרונות הצדק, היושר והשלום של **המשפט העברי** ושל מורשת ישראל" החוק בעצם מונה את המקורות המשפטיים ואף מדרג אותם. מאוד מעניין שאין מנהג. לא נפלה טעות. למה לא הכניסו? משום שהוא בעייתי. **משני מובנים:**

1. **חלק נוהגים** וחלק לא נוהגים. לא ברור מתי נוצר מנהג.
2. מנהג **בא מלמטה**. לא ידוע אם זה מנהג טוב או לא טוב.

האם מנהג מחייב בשיטה הישראלית? לדעת רוב המשפטנים היא שכן. איך יכול להיות מחייב אם המחוקק לא הכניס אותו? זו **שאלה התלויה באיזה סוג זיהוי חל בישראל**. האם זיהוי ישיר או על-ידי גזירה. אם הולכים על פי ישיר, כלל הזיהוי מכניס אותו. אם הולכים לפי גזירה, אין תוקף למנהג.

יום חמישי ושלישי אין שיעור.

**שיעור 12- פורמליזם משפטי- 10.5**

חזרה על השיעור הקודם. סיימנו את הפרק שעסק בפוזיטיביזם המשפטי (סיכום נעשה בשלישי הבא). אנו נעסוק בשאלות של שיקול דעת שיפוטי ופרשנות. את פרק זה נפתח בוויכוח בין שתי גישות של המשפט שאחת היא הפורמליזם והשנייה היא הריאליזם. היום נדבר על פורמליזם אשר הוא מושג מורכב למדי בהקשר המשפטי.

פורמליזם (צורניות) במובן הרחב, בא מול מהות ותוכן. זה בא **בשלושה מובנים** שונים:

1. כתכונה כללית של המשפט- אין ויכוח עליו (לפחות לא במשפט המערבי). ניתן לחלק ל**שלושה מאפיינים**: א. **את הנורמות ניתן לארגן במערכת פורמלית בעלת היגיון פנימי**. כל משפטן, כשבאה אליו נורמה משפטית, בודק איזו סוג נורמה היא. לא ניתן לחשוב באופן משפטי ללא שימוש בסיווג ובדרגות. במימד האנכי: חוקה, חקיקה ראשית, חקיקה משנית, צווים. במימד האופקי: ציבורי-פרטי, חיובים- קניין, נזיקין- חוזים וכו' יש סיווג צורני, שלא קשור למהות.

ב. **המשפט דורש דרישות צורניות רבות בפעולות מסוימות**. כמו חוזה, צוואה, טפסים, מועדים וכו'. המשפט מלא בדרישות צורניות. זוהי תכונה כללית של המשפט, אפיון כללי, שעל עצם היותו לא ניתן להתווכח והוא לא שרירותי. יש אינטרסים המכתיבים דרישות ומאפיינים אלה.

ג. **באופן כללי, יש הסתמכות על כללים**. המשפט מדבר על כללים והם מחייבים אותנו לנהוג בצורה מסוימת ולכל כלל יש סיבה למה הוא מנוסח בדרך שהוא מנוסח. בסופו של דבר נוצר נתק בין הכלל לבין הטעמים שלו. יש כללים המגדירים ואנו בוחנים כל פעם אם העניין הנדון נכנס לכלל, ולא שחוזרים לטעמים שביסוד הכלל. בהצמדות לכללים, מדברים על עניין פורמאלי.

שלושת מאפיינים אלו הם מאפיינים של המשפט הקשורים למהות המשפט המראה איך הוא שונה ממערכות שונות. מאחוריו יש כל מיני טעמים כללים התומכים במבנה זה. יש מקרים בהם יש התנגשות בין הדרישות הצורניות למהות וזה מביא אותנו להקשר הבא.

1. פרשנות פורמאליסטית- כאשר אנו מגיעים לצומת דרכים בפרשנות. אנו מכנים גישה אחת כגישה פורמליסטית ואת הגישה השנייה כלא פורמליסטית. למה אנו מתכוונים כשאנו אומרים פורמאליסטי? הצמדות ללשון (בניגוד לפרשנות תכליתית). הצמדות לכללים וללשון. הגישה הרווחת במשפט במאה השנים האחרונות היא גישה הרואה בפורמליזם כגנאי. יש המערערים על זה כמו הסוציולוג מקס ובר אשר טען שמה שמאפיין את המשפט המודרני הוא הפורמליזם- הרציונלי. העובדה שיש פורמליזם, זה נותן ודאות, ביטחון, יציבות, יכולת תכנון, שוויון (כאשר נותנים שקילות דעת, אנו נותנים כח לאדם להחליט על פי דעותיו האישיות אשר הן נוטות לצד אחד). אם השופט יחליט כפי דעתו, אנשים לא ידעו מה לעשות.

על מנת לראות את הדילמה, נדבר על ד"נ 40/80 **פאול קניג נ' יהושע כהן.**

**עובדות המקרה**- האישה התחתנה ולאורך השנים יחד, הוא התעלל בה. היא רצתה להתגרש אך לא הצליחה והחליטה לשים קץ לחיה בקפיצה מחלון של בית-מלון יחד עם ביתה. כאשר נכנסו לחדר המלון, ראו פתק בו נכתב "צוואה. כל מה ששייך לי באופן רשמי, כספים וכו', לחלק בין 4 אחים שלי. השאר שאמי תחיה תחליט בעצמה כרצונה. לדאוג שיהושע יקבל כמה שפחות". על פי הדין הישראלי, הגבר יורש את אשתו אך המשפחה טענה שיש צוואה כתובה בכתב ידה. על פי סעיף 19 לחוק הירושה: צוואה בכתב יד

"צוואה בכתב יד תיכתב כולה ביד המצווה, תישא תאריך כתוב בידו ותיחתם בידו".

כלומר, חסר תאריך וחתימה. לכאורה על פי חוק הירושה, הפתק אינו צוואה תקפה. יש סעיף נוסף בחוק (לפני תיקונו)- סעיף 25: קיום צוואה על אף פגם או חסר בצורתה

"...ולא היה לביהמ"ש ספק באמיתותה של צוואה, רשאי הוא לקיימה אף אם יש פגם בחתימתם של המצווה או העדים או בתאריך הצוואה..."

לכאורה סעיף זה אמור לעזור. לא היה ספק באמיתות ולכן ביהמ"ש יכול לראות בפתק זה כצוואה תקפה.

**הדעות** בפס"ד:

* השופט שלמה לוין- הצורך החתימה ובתאריך כתובים בכתב-ידו של המנוח היא קונסטיטוטיבית ובהעדרם לא תיכון צוואה. המשמעות הרגילה של הדיבור "פגם" היא החסרת משהו מהשלם ולא "חסר". **זה צריך להיות דבר שנמצא ונכתב ולכן ס' 25 לא קשור שכן המרכיבים נעדרים.**
* השופט ברק- נגד דעת השופט לוין. הוא הולך על פי פרשנות תכליתית. מה תפקיד חוק הירושה ובפרט הצוואה? להוציא לפועל את רצון המצווה. הוא הולך לטעם. המחוקק נתן את ס' 25 בשביל מקרים כאלו. מגמתו הפרשנית של השפיטה צריכה להיות מרחיבה וגמישה. **יש דרישות פורמאליות שהחוק מציב אולם לא צריך להיות פורמליסטים ולא צריך לדבוק בלשון במיוחד כאשר המחוקק מאפשר פירוש מרחיב**. ולכן כאשר ברור שהצוואה אמיתית, ויודעים את כל הסיפור והרקע, אנו צריכים לפעול על פי רצונה. ולכן לא בוחר בפרשנות פורמליסטית.
* השופט מנחם אלון- הסכים עם ברק אולם עדיין היה בוויכוח עם ברק ולכן בוחר בדרך אחרת. הוא טוען שיש לראות את הצוואה כ-**"שכיב מרע"** השאול מהמשפט העברי. על פי סעיף 23(א): צוואה בעל פה

"שכיב מרע וכן מי שרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות, רשאי לצוות בע"פ בפני שני עדים השומעים את לשונו".

היא ראתה עצמה כעומדת מול המוות. הוא טוען שיש לפרש את הביטוי על פי המשפט העברי, אשר הוא קובע ששני העדים, לא באים לברר את תוכן הצוואה. תפקידם הוא קונסטיטוטיבי. אם ביהמ"ש משתכנע בנכונות הצוואה הוא רשאי לקיימה גם ללא עדים. השופט אלון עומד לצד השופט ברק.

* דעת הרוב בסופו של דבר הייתה על פי השופט לוין, **הדרישות הפורמליות הן מחייבות**.

זהו מקרה טיפוסי המראה לנו את הוויכוח. מדוע השופטים פסקו כך למרות שידעו את רצון האישה? החוק היה יכול לומר שכל מה שמצווה אדם לפני מותו, מחייב. אך הוא לא עושה זאת. המחוקק קובע הגדרות מאוד מדויקות על מנת למנוע אי ודאויות. אם יוותרו על דרישות אלה, יהיו ויכוחים בכל מקרה ואי ודאויות. שופטי הרוב מעדיפים ודאות וביטחון. הם מוכנים להקריב את המקרה הזה לטובת הציבור. השופט הברק רוצה להגיע לתוצאה נכונה ופחות דואג למה יקרה באופן הכללי (הוא טוען שזה לא באמת יקרה).

לאחר פס"ד זה, תיקנו את חוק הירושה, ניסחו מחדש את ס' 25, והוסיפו: "...או בהעדר פרט מן הפרטים..."

סיכום: היצמדות לכללים משפטיים, פרשנות מילולית לעומת פרשנות תכליתית, ניתוק המשפט מהמימד הערכי והחברתי בגלל ודאות ויכולת תכנון כיעדים מרכזיים של המשפט, ויצירתיות מוגבלת.

1. פורמליזם כתורת משפט- תופעה שהתפתחה בסוף המאה ה-19 ותחילת המאה ה-20. גישה זו לקחה את המרכיבים הפורמליסטים של המשפט, ופיתחה סביב זה תיאוריה שלמה אשר ראתה כמתחייבת של המשפט הכוללת **מרכיבים נוספים**:
2. **המשפט הוא גוף אוטונומי וסגור של נורמות**. אין לפנות למקורות חוץ משפטיים. ההחלטה המשפטית צריכה להתקבל על יסוד מקורות משפטיים בלבד. זה עניין של לגיטימציה. יש לו לגיטימציה לפעול על פי החוק ולא על פי השקפות אישיות שלו. הפורמליסט רוצה שהשופט יקבע רק על פי המשפט והכללים ולא על פי דברים לא משפטיים.
3. **מערכת שלמה של נורמות**. לכל שאלה משפטית יש תשובה. בחוק יש תשובה להכל. מה קורה במקרים שאין? הפורמליסט יטען שיש למצוא נורמה בהיקש או דרך נורמה עליונה.
4. החלטות שיפוטיות, מבוססות על **פרשנות מילולית ולוגית** של החוקים.
5. החלטות משפטיות הן תמיד **גילוי של התשובה הנכונה.** השופט לא יוצר חוק אלא מיישם חוק דרך פרשנות מילולית ולוגית של החוק. למה זה היה אטרקטיבי במאה ה-19? איזה ענף מדעי זה מזכיר? מתמטיקה, גיאומטריה. יש משפטים ואנו מוכיחים מתוכם, משפטים חדשים ואנו מוכיחים אותם משפטים דרך חשיבה מתמטית. זוהי חשיבה מדעית של המשפט. גישות אחרות, הן נחשבו כגישות על פי הרגש ולא רציונאליות. המשפט הוא מדע והוא בעל כללים המנוסחים על פי החוקים ואנו מתוך החוקים צריכים להסיק מה תהיה התשובה הנכונה. אם יהיה כתוב שבצוואה צריך מרכיבים מסוימים, הם צריכים להתקיים. חושבים באופן לוגי. זה מתרחב גם לחשיבה קונספטואלית. **פס"ד לוכנר** מארה"ב. בסוף המאה ה-19, לא היו חוקי עבודה. פועלים היו עובדים 7 ימים בשבוע, 14-16 שעות ביום. סדנאות הזיעה. כולם עובדים לפרנסתם בתנאים קיצוניים מאוד. ואז, בארה"ב, לאחר מלחה"ע ה-1, בניו יורק קובעים חוקי עבודה וקובעים שיש צורך ביום מנוחה אחד בשבוע. בעל מאפייה עותר לביהמ"ש וטוען שיש בכך פגיעה בחופש החוזים. ביהמ"ש מקבל את טענתו וטוען שיש בכך פגיעה ויש לבטל את החוק. חופש החוזים קובע שאין להגביל אותו והחוק אכן מגביל. מה ההצדקה להגבלה? יש יחסי כוחות והעובדים נאלצו לעבוד בתנאים לא טובים. החוזים לא מכבדים בכלל זכויות בסיסיות. ביהמ"ש חשב שהקונספט של חופש החוזים הוא דבר קבוע שאסור לפגוע. גישה גמישה יותר היא זו שתראה את הניצול ותקבע שיש אפשרות להגביל אותו בנסיבות מסוימות.

גישה פורמאליסטית זו, שלטה בגלל האופי המדעי שבה. היו לאורך השנים, הוגים שחשבו אחרת. לדוגמא הרמב"ם טען שחוכמת המשפט אינה כמו חוכמת המתמטיקה ואין הוכחה במשפט צריכה להיות הוכחה מתמטית.

פורמליזם מול פוזיטיביזם

האם הם קשורים? יש קירבה וניתן לראות בפורמליזם כהמשך שלו. המשפט כתחום עצמאי עקב ההפרדה בין המוסר למשפט. אולם הקשר ביניהם הוא מורכב. הם עונים על שתי שאלות שונות.

**שני הבדלים**:

1. מקור משפט- פורמליזם יכול להיות גם במשפט טבעי. הפוזיטיביזם מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעובדה חברתית. משפט טבע מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעקרונות מוסר/צדק מופשטים.
2. מבנה המערכת- פורמליזם מחויב לעמדה שההליך השיפוטי מבוסס על מקורות משפטיים ועל פרשנות מילולית ולוגית (יכול להכיר במשפט הטבעי או בפוזיטיביזם).

**בפס"ד פלוני נ' פלונית**, הייתה השאלה האם הולכים על פי מוסר. הם לא היו פורמליסטים. הם פירשו אי מסוגלות באופן גמיש. מצד שני לא רצו להכריע בשאלות מוסריות שלא קשורות למשפט. השופט חשין הכריע על פי עקרון מוסרי. השאלה שעמדה הייתה האם לפנות לעקרונות מוסריים. לעומת זאת, ב**פס"ד כהן**, השאלה שעמדה הייתה האם יש מקום לגמישות משפטית. פורמליזם מסמל גישה פרשנית מילולית. כגישה כתורת משפט, היא מחייבת יותר.

הפורמליזם הותקף על ידי גישות חדשות ועל-ידי הובס. אולם הדילמה עצמה, לא הובסה. יש משפטנים חשובים בעולם שטוענים שאין לעזוב את הפורמליזם שאם כן, מערערים את היציבות במשפט.

\*שיקול דעת. מה זה שק"ד שיפוטי? יש שני מובנים. במובן יומיומי- כיצד לפעול. קיים תמיד. כאשר אנו מדברים על שק"ד שיפוטי, מדברים על דבר מוגדר יותר- האם שופט מחליט בעצמו על המקרה או מיישם החלטה קיימת. האם באמת יש לו שק"ד? שופט יכול להחליט. שופט כדורגל, לא יכול לקבוע. כללי המשחק קיימים. הוא יכול רק לקבוע אם זה פועל או לא. השופט במשפט, גם לו יש מקרים שאין לו באמת שק"ד. תהיה לו שק"ד מקום בו אין תשובה במשפט ויש שאלה חסרת תשובה.

מהי העמדה הפורמליסטית? לשופט אין שק"ד אף פעם וזאת משום שהכללים תמיד קיימים, כתובים בחוק או מפורשים. אם לא, הם חושבים אך לא מתוך עצמך, אלא מתוך המשפט עצמו. זה מה שמאפיין את הגישה הפורמליסטית. זה יעמוד לדיון מצד הריאליזם המשפטי.

לקרוא את המאמר של אוליבר.

**שיעור 13- ריאליזם משפטי- 12.5**

חזרה על השיעור הקודם. נמשיך לעסוק בנושא תפעול המשפט. בהשוואה למהות המשפט, זה עוסק בשקילות דעת ופרשנות. התחלנו את הדיון בתיאור של תפיסה פורמליסטית של המשפט שמניחה שהמשפט הוא שיטה סגורה ושלמה, יש בה תשובה לכל שאלה ותפקיד השופט היא לגלות את התשובה הנכונה, בין דרך כלל מפורש והחלתו לבין מקרים מורכבים יותר שבהם נדמה שאין כלל, ועדיין יטען הפורמליסט שבמשפט יש תשובה דרך היקש ונורמות אחרות. מנקודת מבט פורמליסטית, השופט מיישם את הדין ואף פעם לא יוצר דין. הוא מגלה את התשובה בדין ומיישם על המקרה הקיים. תיאוריה זו הייתה רווחת בסוף המאה ה-19 בין השאר בגלל שהציגה את המשפט כמערכת אוטונומית ומדעית. גישה זו שהייתה מקובלת במוסדות הלימוד המשפטיים, זוכה להתקפה חמורה במאה ה-20 ממלחה"ע ה-1 ואילך. התיאוריה שמחוללת את התקפה זו ואת השינוי הדרמטי היא התנועה הריאליסטית. תנועה זו מתפתחת לראשונה אצל שופטים במערכת המשפט ואליהם מצטרפים פרופסורים. לתנועה זו יש השקפה קצת אחרת על המשפט. נראה גם שהיא יוצרת תיאוריה משל עצמה. הם טענו שהמשפט אינו תיאורטי והוא אינו החוק שכתוב, אלא הוא מה שקורה בפועל. איך הוא מתנהל למעשה, בביהמ"ש. התבוננות במשפט כפי שהוא למעשה ולא בתיאוריה. כדי לדעת מהו החוק למעשה, צריך ללכת לביהמ"ש. ולא סתם בימ"ש, אלא דווקא הנמוכים. מבשר תנועה זו הוא השופט אוליבר (Oliver Wendell Holmes).

אוליבר הולמס (1841-1935)

היה שופט בביהמ"ש העליון של ארה"ב. הוא היה בדעת המיעוט בפס"ד לוכנר והתנגד להכרעה. אחד המהלכים הקלאסיים שלו, עשה במאמרו. מדובר באדם שחי בתורת משפט קודמת והוא מתחיל בתפיסה של הפרדה בין מוסר למשפט. משום שטען שמשפט הוא בראשונה הפעלת כח של המדינה. המוסר הוא עניין וולונטרי, אישי וסובייקטיבי. המשפט לא זקוק להזדהות. מקשיבים לו לא משנה מה. מסתכלים על המשפט מנקודת המבט של האדם הרע- לא מזדהה עם החוק ולא מעוניין בו. הוא שואל מה עליו לעשות על מנת לא להיפגע מהחוק. הוא לא רוצה לעשות עבירות רק בגלל שהוא לא מעוניין בעונש, ולא משום שהוא חושב שהוא ראוי. אותו אדם לא ישאל על הגינות העסקה אלא רק שתהיה תקפה ושלא יהיה עונש. הוא מסתכל על התוצאה- אם יקבל עונש או פרס. המשפט הוא כוח של המדינה, ולא מתחשב בהשקפת עולמם של האנשים ולכן יש צורך לתת הגדרה אחרת למשפט.

מהי ההגדרה לפי אוליבר? **"התחזיות מה בתי המשפט יפסקו למעשה ולא דבר יומרני מכך, הם מה שאני מתכוון בחוק**". כלומר, כאשר אדם עושה פעולה, הוא רוצה לדעת האם ביהמ"ש יקבע שמדובר בעבירה וייתן עונש או לא. הוא רוצה לדעת איך ביהמ"ש פועל למעשה. הוא אומר זאת בשל ניסיונו כשופט. הוא מכיר את הפער בין המשפט הרצוי לבין המשפט המצוי. שופט לא מחיל את החוק, מכל מיני סיבות, באופן מלא. יש פער, וכאשר מישהו שואל מהו החוק, לא צריך להסתכל על מה שכתוב, אלא מה שביהמ"ש עושה בפועל.

מהי חובה משפטית? **"ניבוי שאם אדם יעשה מעשה כלשהו או יימנע ממעשה כלשהו הוא יסבול באופן כזה או אחר כתוצאה מהחלטת ביהמ"ש"**. זוהי ההגדרה של אוסטין והוא רואה בה כהגדרה טובה. החובה היא תחת מושג הכוח. אוליבר שם את הדגש על המעשי. חובה חוזית אינה "מיסטיקה" או מסתורין. חובה פירושה שאם אדם מפר חוזה, תוטל עליו חובה לשלם פיצויים. חובה נזיקית אינה חובה "מיסטית" שלא להזיק. אלא שאם אדם מזיק חובה עליו לפצות את הניזוק.

זוהי נקודת מבטו. הוא לוקח למעשה ואומר שהמשפט מובן כמערכת לוגית בעלת היגיון פנימי וכללים ולכן גם ההשלמה של המשפט היא ככה. בגלל שהפורמליסטים תופסים כך את המשפט, הם טוענים שניתן להשלים חסרים משפטיים דרך ההיגיון. הולמס טוען שיש היגיון אולם הוא אינו רק פורמלי פנימי אלא בעל תכליות חבריות. רוצים להשיג דרך הכללים המשפטיים את המטרות. צריך לשמור על הקשר עם התכליות ולכן ההחלטה משפטית אינה רק דרך המשפט, אלא גם דרך המטרות החבריות.

**בפס"ד קניג נ' כהן**, נותנים שלושה יסודות לכתיבת צוואה. בא מקרה בו צוואה כתובה בכתב יד אך בלי תאריך וחתימה ולכן לפי היגיון לוגי, זוהי אינה צוואה. מה יחשוב הריאליסט? שדברים אלו באים לשרת תכלית חברתית- מימוש רצון המצווה. אם אדם נוכח לדעת שהמצווה רצה בצוואתו דבר מה, צריך לבנות את הכללים שיתאים לרצונו. במחשבה של הולמס, צריך לראות את ההיגיון הפנימי. אנו לא במתמטיקה וההגדרות נועדו למלא תכליות חבריות. בביקורת שלו על הלוגיקה של המשפט, טמונה הביקורת על כלל הגישה הפורמליסטית. "**חיי המשפט אינם היגיון אלא ניסיון**"- זו לא עבודה של כללים, צריך לראות את השפעת הכללים המשפטיים על המציאות. זה מכניס לתוך המשפט שיקולים אחרים שהפורמליסטים נמנעים מלשקול. הולמס טוען שיש שיקולים שצריך לשקול.

**שני שיקולים**:

1. תכלית החוק
2. התועלת החברתית- לפעמים התועלת החברתית היא מעבר לתכלית החוק והיא מתגלה מבחינה חברתית כלא ניתן להגשמה והיא מביאה לדבר אחר. לדוגמא: מהמשפט העברי. שמיטת חובות בשנת שמיטה. מהי התכלית? צמצום פערים. מה היה בפועל? אנשים נמנעו מלהלוות. חוק זה שבא להיטיב עם הלווים, פגע בהם יותר. היה צריך לעשות תרגיל כלשהו כדי לתקן זאת ולכן בא מסמך הפרוזבול- אם לווה פרטי מפקיד את חובו לבי"ד, החוב הופך לציבורי. שמיטת הכספים היא רק ליחסים פרטיים ולכן מי שעושה את הפרוזבול, בעצם נשאר מחויב לחוב.

המושג של פרשנות תכליתית, הגיע מהריאליזם האמריקאי.

**"החוקה החיה"**- מושג שמייחסים להולמס. כדי שחוקה תתקיים, יש לפרש מחדש את הגישות ולכן הולמס טוען שיש לפרש את החוקה כדבר חי ויש לפרשו כל פעם מחדש.

גישתו של הולמס נתקלה **בהתנגדויות**:

1. ודאות- כיצד ביהמ"ש צריך לפסוק? אם המשפט הוא רק תחזית של מה יעשו השופטים, מהו המשפט מבחינת השופטים עצמם? הולמס אומר לפסוק על פי החוק ועל פי שיקולים חברתיים. יש פה **חוסר ודאות.**
2. כוח- המשפט ככוח שהמדינה מפעילה. זוהי נקודת מבט חיצונית למשפט. והרי המשפט הוא גם טעם להתנהגות- נקודת מבט פנימית.

ביקורת הפורמליזם

בשנות ה-20, מתפתחת תנועה שלמה של שופטים ופרופסורים שבאים ונעשים מודעים לפער בין החוק בספר לבין החוק במעשה ורואים שפסיקותיהם אינם תמיד לפי החוק. הם לא נגד החוק, רק שיש לסטות ממנו במקרים מסוימים. והם מתחילים לנסח ביקורת נגד הפורמליזם שעיקרה היא ביקורת נגד כל הדברים.

**נקודות מרכזיות**:

1. בעיית הכלליות והמקרים המיוחדים- הכללים המשפטיים מנוסחים בצורה כללית ומכסים מגוון רחב של מקרים אפשריים. אולם יש מקרים שאם נחיל את הכלל, נקבל בהם תוצאה לא ראויה שמנוגדת לתכלית הכלל (כמו פס"ד קניג). כמו כן, יש מקרים שאינם נופלים בגדר כלל כלשהו, יש חוסר (ב**פס"ד** **ריגס** בארה"ב, הכלל אמר שמי שרשום בצוואה כיורש, הוא יירש. אולם מה עושים במקרה בו היורש רוצח את המוריש? הרצחת וגם ירשת?). זוהי בעיה מוכרת ועתיקה. אריסטו עושה הבחנה בין צדק להגינות (יושר). יש הבדל בין להיות צודק מבחינת החוק לבין להיות ישר. תמיד יש פער ויש מקרים שאם נחיל את החוק, נגיע לתוצאה לא ראויה. הוא מציע תרגיל מחשבתי כפתרון- מול שופט עומדת דילמה האם יבקר את החוק לחלוטין (שלא לגיטימי), או שהוא מתקן את החוק רק במקרה המסוים? מה שופט הגון יעשה? הוא יטען שהוא לא נגד החוק אולם הוא נגד התוצאה שלו. השופט צריך לחשוב מה המחוקק עצמו היה אומר במקרה זה. מבחן זה נשאר עם תכלית החוק. עקרון היושר של אריסטו- אם יש מקרה מסוים בו החלת הכלל המשפטי תהיה בלתי צודקת, ביהמ"ש צריך לתקן את הכלל. כל עניין זה הוא תפיסה אנטי-פורמליסטית. הביקורת על הפורמליסטים היא ש**יש מקרים חריגים**.
2. עמימות סמנטית- לכל מונח ולכל כלל משפטי יש ריבוי משמעויות. בלתי אפשרי לייצר כללים חד-משמעיים. תמיד יהיו מקרי קצה שיעוררו שאלות. (כמו הדיון על מונח ה"פגם" בפס"ד קניג). **יש מקרים בהם הכלל לא יהיה ברור ויהיה צורך בפרשנות**. דוגמא של הארט: אסור להיכנס עם כלי רכב לפארק. מהו כלי רכב? מכונית, משאית. אך האם זה כולל אופניים או קורקינט? יש קושי להגדיר ולכן יש סעיפי הגדרות אולם גם הם מוגבלים ותלויים במחשבתו את המחוקק באותו הרגע. תמיד נשאל מה הפירוש של הדברים. טענת הריאליסטים היא שהדרישה/ההנחה הפורמליסטית שניתן לפרש את החוק על פי לשון החוק של החוק, לא מתמודדת עם בעיית העמימות. הפורמליסט יראה באופניים ככלי רכב למרות שייתכן שתכלית החוק הייתה למנוע זיהום. ייתכן שהגדרה אוניברסלית אינה נכונה ומדויקת לכולם. אם חושבים על תכלית, יהיה ניתן לפתור את בעיית העמימות. אולם הפורמליסט לא חושב על התכלית, אלא רק הלשון והלוגיקה ולכן הפתרון יהיה על פי תכלית החוק. לא ניתן להחליט על פרשנות מילולית סתם. הפרשנות נדרשת על מנת לפתור עמימות. **פרשנות זו תהיה בהכרח מבוססת על התכלית,** משום שאם לא, היא תהיה שרירותית. ביקורת זו היא רחבה יותר מהביקורת הראשונה.
3. ריבוי דוקטרינרי- המשפט מלא כללים. יש בו ריבוי כללים. **ריבוי זה, מחייב בחירה מה הכלל שחל על המקרה.** כל דוקטרינה משפטית כוללת לפחות שתי מגמות הפוכות. לדוגמא: רצח מול הגנה עצמית. יש שני כללים של המשפט שניתן להפעיל. השופט יכול לראות בכך כרצח או כהגנה עצמית. נוצר מצב בו כללים משפטיים לא מכתיבים את התוצאה. בכל החלטה של שופט, הוא בוחר באילו כללים משפטיים להשתמש. יש לו בחירה וזה יכול להוביל לתוצאות שונות. **ריבוי הכללים, מאפשר לשופט תמרון בין ההחלטות המשפטיות**. כלומר, הריאליסטים טוענים שאם מסתכלים על מערכת המשפט, הכוללת כללים רבים כל כך, לא ניתן לראות את החוקים ככופים עצמם על השופט. שופט מיומן יכול למצוא כלל אחר שיביא אותו לתוצאה אחרת. הריאליסטים אומרים שהמערכת לא יציבה בגלל העמימות ובגלל ריבוי הכללים. הם לא רואים את השופט כלא הגון או לא ישר אלא הוא משתמש בכללים שונים כדי להגיע לתוצאה שנראית לו נכונה. אין כלל שקובע את הדין במקרה, אלא הפוך, השופט מחליט מהי התוצאה הרצויה והוא מחליט ובוחר איזה כלל מתאים.

סיכום:

הם קוראים לכך **ספקנות כללים.** עמימות דוקטרינרית שנובעת מריבוי הכללים, עמימות סמנטית שנובעת מריבוי משמעות, הכללים אינם יכולים לכסות את כל המקרים.

הם אף טוענים שיש ספקנות לגבי העובדות המשפטיות. דיני הראיות מגבילים את הראיות הניתנות להגשה. יש מקרים בהם לא יהיה ניתן להשתמש בראיות בגלל שהושגו בדרך לא חוקית או בעייתית ולא רוצים לתת למשטרה להשתמש בהם. יש עדי שקר וראיות שאינן מהימנות. ההכרעה בקביעת ממצאים עובדתיים כפופה לשאלה מהם העובדות הרלבנטיות. "אמת משפטית" מול "אמת עובדתית". מה שהוכח בביהמ"ש לא בהכרח זהה לאמת העובדתית.

**מסקנות** אנטי פורמליסטיות:

1. המשפט אינו תחום אוטונומי- הוא לא סגור וההחלטות המשפטיות אינן רק על פי הכללים. צריך להכריע בהתבוננות מחוץ לעולם המשפט תוך שקילת עקרונות חברתיים נוספים.
2. הוא לא תחום שלם- אין לכל שאלה פתרון. לדוגמא: בגלל התפתחויות טכנולוגיות, היסטוריות או חברתיות. צריך לפרש את המשפט, לא על פי החוק הישן, אלא על פי המציאות החדשה. הריאליזם טוענים שיש לפרש מחדש את החוק ולספק פתרונות.
3. כל החלטה שיפוטית היא יצירה ולא גילוי- מסקנה רדיקלית שנובעת מהמסקנות והטענות האחרות. כל מקרה שבא בפני השופט הם בעלי מאפיינים מיוחדים משלו והשופט קובע על פי מאפיינים אלו. אם לפי הפורמליסטים, שופטים לא מפעילים שיקול דעת, אצל הריאליסטים, השופטים כל הזמן מפעילים שיקול דעת. כל מקרה הוא חדש ומחייב את השופט להכריע באופן קונקרטי.

הביקורת הריאליסטית העלתה מחשבות רבות וגרמה לשינויים משמעותיים בתיאוריה הכללית של המשפט.

מספר **בעיות** בגישה הריאליסטית:

1. ודאות- הגישה מערערת על המושג האובייקטיבי של החוק. הדגש הוא על המשפט בשטח ועל הגמישות. זה גורר לבעיות בוודאות. אם אין משפט אובייקטיבי, יש בעיה של ודאות
2. לגיטימציה- אם המשפט פתוח לפרשנות, זה נגד העובדה שהחוק נחקק על-ידי נבחרי ציבור. הוא כן צריך ליישם ולא ליצור יש מעין.

בשיעור הבא נעשה סיכום על הפוזיטיביזם המשפטי ובשיעור לאחר מכן, נמשיך את הריאליזם.

**שיעור 14- סיכום פוזיטיביזם- 17.5**

חזרה על הפוזיטיביזם. בשיעור הזה נסכם את הפרק של הפוזיטיביזם ונתייחס גם על הנושא של העבודה. את הפוזיטיביזם ניתן להגדיר ב**שלושה יסודות**:

1. הגדרת המשפט כתחום עצמאי ונפרד- נפרד מן המוסר, הדת, הפוליטיקה ומערכות נורמטיביות אחרות. ברגע שמגדירים את המשפט כתחום נפרד, בוחנים אותו רק בפרספקטיבה משפטית. האם ייתכן שיש נקודת השקה? נעסוק בפרק המדבר על שקילות דעת ופרשנות.
2. המשפט מבוסס על עובדות חברתיות ולא על עקרונות מופשטים- כאשר עוסקים בשאלה משפטים, שואלים מהו החוק. עובדתית/אובייקטיבית מהו החוק. אלו התומכים בגישת הטבע יטענו שהוא גם מבוסס על עקרונות מופשטים.
3. הבחנה בין משפט מצוי למשפט רצוי- הפוזיטיביסט מסתכל על המשפט כדבר עובדתי. זהו המשפט המצוי. מבחינים בין המצוי לבין המשפט הרצוי. איש הטבע יטען כי הוא צריך להיות גם הדבר הרצוי.

מה שמאפיין את התיאוריות הפוזיטיביות הוא שהן מניחות שהמשפט עומד על נורמת/נורמות יסוד. משום שהמשפט מבוסס על עובדה חברתית. כל תיאוריה מנסה להגדיר מהו המשפט בשיטה נתונה. כל שיטת משפט באשר היא, מבוססת על נורמת יסוד כזו ושלושת התיאוריות מציעות **שלוש נורמות** יסודיות כאלה:

1. אוסטין- **תורת הפקודה.** פקודה כללית של הריבון. תורת הפקודה היא נורמת היסוד של כל שיטת משפט. פקודה שלא עומדת בהגדרה, היא לא פקודה.
2. קלזן- **הנורמה הבסיסית**. מזהה את החוקה ואת כל המשפט הנובע ממנה. יש לפעול לפי החוקה. נורמה שלא באה מהחוקה, היא לא נורמה בסיסית.
3. הארט- **כלל הזיהוי**. מהותו הוא זיהוי מקורות המשפט של השיטה.

בין תיאוריות אלה יש הבדלים, שכבר למדנו עליהן. אנו נעשה השוואה ביניהם מהפרספקטיבה של הארט. מבחינה פונקציונאלית לנורמות אלה יש אותה פונקציה- להגדיר משפט. אצל אוסטין הדבר משתנה משיטה לשיטה (משום שהריבון משתנה), אצל קלזן, משתנה מחוקה לחוקה. כלל הזיהוי הוא מעט שונה וזאת משום שאפילו התבנית שלו לא זהה. מקורות המשפט עלולים להיות שונים. כלל הזיהוי הוא כלל גמיש יותר ומקורות המשפט של השיטה יכולים להיות שונים. מקור המשפט יכול להיות מלך, ספר, פרלמנט, צירוף של שני גורמים וכו'. הוא גמיש מבחינת התחביר שלו והוא יראה אחרת בין כל שיטת משפט.

* **השוואה בין הארט לאוסטין**

מה היו **הבעיות** בתיאוריה של אוסטין?

1. מושג הריבון- מתאים למלוכות. הריבון במדינות דמוקרטיות הרבה יותר מסובך. כמו כן, לפי אוסטין הריבון הוא לא מוגבל.

* כלל הזיהוי של הארט **לא תלוי בריבון.** לא צריך לזהות ריבון. נניח שהכלל מזהה את הריבון, הוא לא צריך להסתבך עם ההגדרות של ריבון

1. תורת הפקודה מתאימה יפה לחוקים שיוצאים מהריבון. אולם הם לא מסבירים יפה מקורות משפטיים אחרים כמו מנהג ותקדימים משפטיים. אוסטין אומר שהריבון נותן כח לביהמ"ש. אולם מבחינה היסטורית זה לא נכון כלל.

* כלל הזיהוי נותן פתרון פשוט. הוא לא מחויב למקור אחד אלא **יכול להכיר באופן בלתי תלוי במקורות משפטיים שונים.**

1. תורת הפקודה מתאימה באופייה לכללים המטילים חובה. אוסטין קובע כלל כדבר שבא יחד עם סנקציה. הוא היה צריך להסביר בדרכים מלאכותיות כיצד זה תואם לסוגי חוקים אחרים

* כלל הזיהוי **מתאים לכל סוגי הנורמות** (כוח ונורמות).

כלל הזיהוי **מתאים באופן פשוט יותר לשיטות משפט בעלות אופי שונה**. הוא גמיש. כלל הזיהוי, לאור העובדה שאין לו תבנית אחידה, הוא יכול להיות מותאם לכל שיטת משפט.

כל ביקורות אלה, הארט הביא ובאמצעות כלל הזיהוי הוא עונה על בעיות אלה.

* **השוואה בין הארט לקלזן**

1. הנורמה הבסיסית היא מושג מופשט (פיקציה) ואילו כלל הזיהוי הוא כלל חברתי (פוזיטיבי). קלזן בעצם מביא את פירמידת הנורמות ומניח מבחינה לוגית שיש כלל הסכמתי שיש לפעול על פי החוקה. הוא כלל קיים. את הנורמה הבסיסית מניחים שהיא קיימת. קלזן לא מעגן אותה בעובדה (ואף נמנע מכך). הארט טוען שיש כלל חברתי עובדתי שהוא מזהה את המחוקק ועל פיו בונים את העניין.
2. הנורמה הבסיסית קשיחה (אחידה). כלל הזיהוי גמיש. מתאים לשיטות משפט שונות. קלזן חושב על שיטת משפט אחידה.

הפרדה בין משפט למוסר

מה משמעות ההפרדה? שהמשפט לא שווה למוסר. המשפט שואף להיות מוסרי אולם מה שקובע אם דבר מסוים הוא חוקי, זו שאלה עובדתית- אם המשפט מאפשר זאת. **לא כל מה שחוקי- צודק, ולא כל מה שלא צודק- לא חוקי.**

הארט טוען שהמסורת הפוזיטיבית, היא יחסית מודרנית (בתקופה העתיקה יותר נטו למשפט טבע). אבל, טענת הארט היא שהיא לא באה לשחרר את המשפט מלהיות צודק, אלא שהוא יעבוד באופן יעיל יותר וכן שיהיה אפשר לבקר על המשפט. **שני טעמים**:

1. תיאורטי אנליטי
2. טעם מוסרי

הארט בא ומבקר הפרדה זו. הוא טוען שהחוק הוא לא דבר ניטרלי או שרירותי. מושג החוק בא יחד עם דרישת הציות. יש כלפיו יחס מסוים. צריך להיות נאמן לו. אם הוא בא יחד עם דרישת ציות, עליו לבוא גם יחד עם עקרונות הצדק. זו טענה שאפלטון העלה כבר בדיאלוג- אם מי ששומר את החוק הוא צדיק ומי שמפר אותו רשע, ממילא הוא חייב להיות צודק. שאם לא, אין סיבה לפעול על פיו. **אם המשפט מחייב נאמנות, הוא חייב להיות צודק ולהיות מבוסס על עקרונות הצדק.** אם משהו לא צודק, אין סיבה לדרוש לציית אותו.

\*אם אפלטון טוען שהמשפט דורש נאמנות, איך סוקרטס מקבל על עצמו את החוק ומציית לו למרות שהוא לא צודק? סוקרטס מסביר זאת באמצעות נימוקים שונים.

המרצה אומר שאם מקבלים את טענת פולר ואנשי משפט הטבע, האם המשמעות תהיה שכל פעם שאדם יחשוב שחוק הוא לא צודק, הוא יתעלם ממנו? האם שופט יכול להתעלם מחוק בגלל שהוא רואה אותו כלא צודק? על פי משפט הטבע, החוק הוא חוק לא רק אם הוא נחקק, אלא אם הוא גם נאמן לעקרונות צדק. **גם אם מקבלים תפיסה זו באופן התיאורטי, זה לא כל כך אפשרי בפועל.** במקרים קיצוניים זה אכן כך כמו המשטר הנאצי, אשר פולר והארט מעלים.

פולר מביא ביקורת היסטורית. המשפט הגרמני הוא דוגמא מובהקת למשפט שהיה מבוסס על עקרון החוקיות הפוזיטיבי ("מדינת חוק"), ודווקא מדינה זו היא זו שהפכה להיות נאצית. עקרון "מדינת החוק" לא מנע הפיכת המשפט הגרמני למשפט נאצי (ואף עזר לכך) וזה מסמל את הכישלון של המשפט הפוזיטיבי. **אילו המשפט היה מבוסס על עקרונות מוסריים, אי אפשר היה להפוך את החוק לחוק מרושע**. אם מבינים שמושג המשפט במהותו מבוסס על צדק, גם המחוקק לא היה יכול לחוקק כל שירצה. **על פי פולר, הניסיון ההיסטורי גרמני, מוכיח את כישלון הפוזיטיביזם**.

הארט טוען שהשיטה הפוזיטיבית הייתה רווחת בתחילת המאה ה-20 ו"כישלון" התרחש רק בגרמניה. במדינות אחרות, שהחזיקו בגישה זו, זה לא קרה משום שהגישה במהותה לא באה לאפשר משפט לא מוסרי. כמובן שהמשפט הפוזיטיבי יוצר הפרדה על מנת שהמשפט יהיה כלי צודק. הגרמניים נהפכו לנאצים, בעוד במדינות אחרות זה לא קרה. הבעיה היא לא בגישה הפוזיטיבית אלא בתרבות הגרמנית שהיא זו שיצרה את הנאצים. לא היה ניתן למנוע זאת מאמצעות עקרונות מוסריים. אם שופט היה טוען שהחוק מנוגד לעקרונות, סביר להניח שהיו הורגים אותו. נאיבי לחשוב שאילו השופטים או המשפטנים היו מחזיקים בגישת צדק, היה להם כח להתנגד לשלטון.

פולר טוען שהפוזיטיביזם לא נותן מענה לשופט אשר ביהמ"ש העליון שלו פוסק בדרך לא צודקת. **פולר רוצה שהשופט יקבע על פי העקרונות ויאמר שהוראות החוק הן בלתי חוקיות ולכן אין לציית**.

הארט טוען כי שופט כזה, מבחינה פוזיטיבית, לא צריך לציית. לא בגלל שהוא לא תקף, משום שהוא כן תקף, אלא בגלל שלשופט יש מצפן מוסרי **וכאשר יש התנגשות קיצונית בין החוק לבין עקרונות צדק ומוסר, החובה המוסרית גוברת**. השופט הגרמני היה בקונפליקט בין החובה המשפטית- לציית לחוק, לבין החובה המוסרית- המצפון. הארט אומר בדיוק כפי שפולר אומר אך בדרך אחרת. שופט לא יצא נקי אם יקיים ויציית לחוק כזה. ההבחנה בין הפוזיטיביסטים לבין אנשי משפט הטבע הוא בתוקף החוק. **משפט הטבע יטען שהוא לא בתוקף ומתוך כך אין לציית לו בעוד הפוזיטיביזם יטען שהחוק תקף** (החוק הוא חוק) **אך יש חובה לא לציית.**

כיצד לנהוג לאחר המלחמה בנאשמים ששיתפו פעולה עם הנאצים? החוק הגרמני לא קבע שכל המשפט במשטר הנאצי, הוא בטל. כאשר העמידו לדין אנשים ששיתפו פעולה (כמו האישה שהלשינה על בעלה), נתקלו בטענה שהם פעלו על פי החוק (הנאצי). גרמניה פיתחה שיטה לפיה **יש עקרונות טבעיים על חוקתיים והמשפט צריך להיות נאמן לעקרונות אלה**. חוק, לא משנה באיזו דרגה נורמטיבית הוא, המנוגד לעקרונות אלה, הוא בטל. תיאוריית משפט טבע קלאסי. ביהמ"ש פתרו באמצעות גישה זו את הטענה של נאשמים שהם פעלו על פי החוק. מדוע הוא בטל? משום שהוא מנוגד לעקרונות צדק. הארט לא מקבל פתרון זה ומתנגד להכנסת העקרונות החיצוניים. הוא דחה אותה. מה הוא מציע? **הוא מציע חקיקה רטרואקטיבי שהמעשים שנעשו תחת השלטון הנאצי אינם חוקיים**. בנסיבות אלה הוא הבין שהוא לא יכול לבטל את החוק או לאשר אותו אז הוא מציע חקיקה. מה הבעיה בחוק כזה? הוא פוגע בידיעת האדם. האדם לא ידע שזה מעשה אסור. הטענה במקרים כאלה, הועיל ומבחינה מוסרית זהו מעשה אסור, החקיקה לא מחדשת כלום. היא קובעת את המובן מאליו. ניתן לראות זאת **במשפט אייכמן**- הוא טען שהוא פעל על פי החוק הנאצי. ביהמ"ש טוען שהחוק לעשיית דין בנאצים, אשר הוא חוק רטרואקטיבי, הוא נכון, שכן, **הם ידעו שהמעשה לא צודק ואסור מוסרית.**

פולר עושה הבחנה בין מוסריות חיצונית למוסריות פנימית. חיצונית- האם החוק צודק או לא צודק. מוסריות פנימית- יש כללים פנימיים (8 כללים). לכאורה עקרונות אלה לא קשורים למוסריות החיצונית. ניתן לחשוב על חוק נאצי שיעמוד במוסריות הפנימית ויהיה רשע וחוק טוב שלא יעמוד. פולר טוען שיש קשר בין שני סוגי המוסריות. החוקים הנאציים מתאפיינים בכך שכל הזמן פעלו בדרכים רטרואקטיביות על מנת לתת תוקף למעשים שלהם כחוקיים. כמו כן, היו חוקים סודיים. שיטת משפט אשר בעלת חוקים סודיים וחוקים רטרואקטיביים ומאפשרת לשליט לנצל את המשפט לרעה היא רעה. שלטון החוק מבטיח את המוסריות. פולר טוען שיש קשר בין המעשים של הנאצים והחוקים שקבעו.

המרצה מעיר שבפרספקטיבה היסטורית, אין ספק שמלחה"ע ה-2 הייתה קו פרשת המים ששינתה את קו המחשבה של תורות המשפט המודרניות. הניסיון הנאצי, שרואה את המשפט כעצמאי. ורואים אצל משפטנים מודרניים את הכנסת העקרונות המוסריים. עלייתן של תורות משפט המכניסות את הפן המוסרי, הייתה לאחר מלחה"ע ה-2 (בעוד הפוזיטיביזם ירד).

בכך אנו סוגרים את פרק הפוזיטיביזם. ביום חמישי נדבר שוב על הארט, איך הוא מבין את מושג שקילות הדעת. ואז נראה את הביקורות עליו.

**שיעור 15- שיקול הדעת השיפוטי על פי הארט - 19.5**

תודה לכל מי ששלח/ה לי סיכום!

חזרה על השיעורים הקודמים. דיברנו על פורמליזם וריאליזם. הארט מציד גישה חדשה על מנת לפתור את הבעיות- שק"ד שיפוטי.

על פי הארט, משפט מורכב מכללים (כללים ראשוניים וכללים משניים), אך כאן הוא בעצם מתמקד על תפקיד הכללים בהכוונת התנהגות. כלומר, גם בני האדם מאמצים לעצמם כללים שעל פיהם הם חיים, במקום לשאול בכל מצב כיצד עליהם לנהוג. זה נוח יותר. כאשר מדברים על קבוצה גדולה, חייבים כללים שיכוונו את התנהגותם בקהילה או במדינה. כללים אלו צריכים להיקבע ולהיות מודעים בפני הציבור.

איך **קובעים** את הכללים?

1. חקיקה- המחוקק קובע כללים. בין אם בתחום הפלילי (מהי התנהגות אסורה ומחייבת) ובין אם בתחומים אזרחיים (כריתת חוזה, הקמת חברה, כתיבת צוואה ועוד).
2. תקדימים של בימ"ש- לא קובעים כלל אחד מקיף, אלא ההתקדמות נעשית ממקרה למקרה, כאשר התקדים הופך לסוג של הכללה. הסעדים נעשים כדרך של ניסוי ותהייה.

אחת הטענות נגד תקדימים היא שלא ניתן לדעת מראש מהי ההתנהגות המצופה. אולם, גם כאשר מחוקקים חוק, אשר אמור להגדיר מראש את ההתנהגות הרצויה, יש את בעיית העמימות.

**בעיית העמימות**

בעיה זו **נוצרת מההכללה של החוק על הקבוצה אליו הוא מתייחס** (קבוצה של אנשים, עצמים, וכו'). ההכללה מעוררת את השאלה האם מקרים מסוימים הם חלק מהכלל או לא.

לדוגמא: כלל האוסר הכנסת כלי רכב לפארק. השאלה המתעוררת היא מה נחשב ככלי רכב? אנשים יגידו מכוניות, אוטובוסים ומשאיות אולם יתחילו בדיונים לגבי כלים אחרים כמו אופניים, סקייטבורד וגלגיליות. התשובה לא ברורה מאליה. אנחנו נמצאים בשולי המונח. מה עם מכונית צעצוע או עגלת נכים ממונעת? לא ניתן לדעת למה המחוקק התכוון בדיוק.

אם נלך על פי הגישה הפורמליסטית, נחפש הגדרה במילון או מקום אחר בחקיקה (כמו פקודת התעבורה) ונחיל אותה על המקרה. אולם לא נרגיש שהפתרון בהכרח יקלע לתשובה הנכונה. אופניים על פי פקודת התעבורה הם כלי רכב. אך האם זה בהכרח אומר שהמחוקק רצה לאסור כניסתם לפארקים? ייתכן אך לא ברור. צריך לבדוק את הרציונל. ייתכן שהוא להבטיח את בטיחות האנשים בפארק ולכן נכלול אופניים אך ייתכן שהרציונל הוא בכלל לשמור על שקט או למנוע זיהום אוויר ולכן לא נראה סיבה לכלול אופניים. המחוקק לא ציין את התכלית והרציונל ולכן אנחנו עדיין נמצאים בבעיית עמימות. הפתרון הפורמאליסטי הוא לא בהכרח הפתרון הנכון.

מקור בעיית העמימות

למה יש עמימות סמנטית? מושג העמימות הוא מושג אינהרנטי (פנימי) לשפה. כל מונח שניקח יהיה בעל גרעין ושוליים, למשל קובייה- אם יושבים עליה, האם היא כיסא? לכל מונח יש שוליים עמומים ובגלל שהמשפט משתמש במילים, עמימות זו באה לידי ביטוי גם במשפט, בכללים המשפטיים.

המחוקק מנסה להתמודד עם עמימות זו דרך **סעיף הגדרות** בתחילת כל חוק אולם ניסיון זה לא יכול להצליח במלואו מכיוון שהעולם מגוון מאוד והמילים לא יכולות ללכוד את כל האפשרויות במציאות. ולכן, למרות מאמץ המחוקק להגדיר את הדברים מראש, הוא לא יוכל להגדיר הכל. בנוסף, יש התפתחויות טכנולוגיות מאז שהחוק נקבע. יש חוסר יכולת של המחוקק לפרט מראש את כל המצבים. המחוקק לא יודע את כל המקרים האפשריים בתחומי הכלל, וכן לא יודע מקרים ונסיבות קונקרטיים. לאור אי הידיעה של המטרות והשיקולים, ביהמ"ש צריך להחליט מה הייתה כוונת המחוקק או מהי תכלית החוק. האם התכלית היא למנוע רעש או על מנת להבטיח בטיחות. ביהמ"ש יכול לשחזר תכלית גם כאשר התכלית לא כתובה.

יש מקרים בהם התכלית והאיזונים לא ידועים (לדוגמא עם עגלת נכים ממונעת, היא עלולה לסכן את בטיחות האנשים בפארק אך לא רוצים למנוע את ההנאה בפארק מהנכה). ביהמ"ש צריך להגדיר מחדש את התכלית ולאזן בין תכליות שונות, דבר שהמחוקק לא עשה.

העמימות מתחילה מבעיה לשונית וממשיכה את חוסר אפשרות המחוקק לצפות את כל המקרים העתידיים (לא קבע תכלית ולא איזן כראוי).

פתרון הפורמליסטים- **הקפאה** של משמעות הכלל ויישמו בנסיבות החדשות. פרשנות מבוססת נוסחה, משמעות לשונית או כלל אחר. **היא לא שוקלת מחדש כל אחד מהמקרים אלא מניחה שהכלל יתפוס את כולם, בין אם המחוקק צפה אותם ובין אם לא. הפורמליזם כופר בשיקול הדעת של השופט ומתוך כך הוא מכחיש שיש בחירה**. בכל מקרה שמתעוררת בו שאלה, מסתכלים על החוק, על חוקים אחרים ועל מילונים ובעזרתם מחילים עליו את הכלל. הפורמליסט מעדיף אינטרסים של ודאות, צפיות ויכולת תכנון על פני פתרון אחר קונקרטי. אי אפשר לקבוע כל פעם מחדש איזו התנהגות היא ראויה ואיזו לו. יש לקבוע כלל ולהיות נאמנים לו משום שהוא יוצר ודאות.

בניגוד לפורמליסט, הריאליסט, יעדיף לדון כל מקרה לגופו. הוא יסתכל על הנסיבות ועל פיהם יקבע את הכלל.

ההתמודדות עם בעיית העמימות

הארט אומר שהבעיה העיקרית עם הפתרון הפורמאליסטי היא שהיא מכחישה את אפשרות הבחירה. היא מקפיאה את הכלל ומחילה אותו על כל מקרה ומקרה, ולא מודה שהמחוקק לא צפה מקרים מסוימים. הוא מציע **פתרון** משלו:

* איזון- בין כללים ברורים הניתנים ליישום במספר רב של מקרים (ודאות וצפיות) לבין מרחב פתוח שבו ניתן לקבל החלטות חדשות (הפתרון המתאים).
* שימוש במונחים כלליים- על מנת להגיע לאיזון. המחוקק יכול ליצור אותם.
* תקנות- שקובעות מראש את התוכן הספציפי של המושגים.

באופן זה, על פי הארט, המשפט מתנהל תוך תמרון בין הוודאות לבין הפתרון הנכון.

הכרעות שיפוטיות

אחת הדרכים להגיע לפתרון היא כאשר יש סטנדרט כללי והפרטים נדרשים לפעול על פיו (כמו סבירות). ביהמ"ש בעזרתו יכול לתקן וליצור סטנדרט וכיוון יותר מדויקים. המחוקק נותן מעין תמהיל שמורכב מתנאים ספציפיים ושימוש במונחים כללים אשר בני האדם פועלים על פיהם ובימה"ש מתקן.

לדוגמא: חובת זהירות בעוולת הרשלנות. מצד אחד יש לנקוט באמצעי זהירות על מנת למנוע פגיעה אך מצד שני הם צריכים להיות סבירים (ולא שיטילו עול כבד מדי). יש פה מצב של עמימות והטיפול בו יעשה בשטח על-ידי תיקון ביהמ"ש את התנהגות האנשים.

שיקול דעת שיפוטי

שק"ד שיפוטי קיים במקום בו אין בחוק או בדין קביעה ברורה ולכן הפעולה השיפוטית יוצרת הכרעה חדשה. קביעת מטרות ואיזון בין אינטרסים. בשיטה התקדימית של המשפט הישראלי, משמעות שק"ד זו היא יצירת הכרעה חדשה.

ניתן לסווג את כל ההחלטות השיפוטיות ל**שני סוגים**:

1. החלת הדין הקיים- השופט מחליט להחיל דין קיים ולא לקבוע דבר חדש. אין שימוש בשק"ד. מצמצמים בתנאים העובדתיים או התאמה של הכלל למקרה.
2. יצירת דין חדש- כאשר אין תשובה בדין קיים, השופט קובע מהו הדין. מדובר פה בהכרעה שיפוטית, מעין חקיקה שיפוטית (ביהמ"ש מייצר חוקים בדומה לרשות מנהלית), ולכן מפעיל שק"ד.

לפי הארט, **לחוק יש רקמה פתוחה**. כלומר, יש במערכת פתרונות לרוב המקרים אולם יש בה רקמה פתוחה העלולה לנבוע מ**שני דברים**:

1. ממקרים בהם יש עמימות סמנטית- עמימות סמנטית כלומר, יש הבחנה בין הגרעין לשוליים. **נקודת המוצא של הארט היא שהגרעין הוא מובן ורק בשוליים יש אי הבנה**. רק בשוליים יש את הרקמה הפתוחה ונדרשות החלטות חדשות בהתאם למטרות החברתיות.
2. ממקרים שהמחוקק לא צפה- לא בעיה סמנטית של מילים אלא בעיה מחוסר, לקונות, של מצבים.

הארט אומר שבמקום בו יש רקמה פתוחה, אי אפשר להכיל מלאכותית את החוק הקיים. החלתו באופן מלאכותי הוא הקפאת המשמעות ומי שכן צריך להחיל הוא ביהמ"ש. אם נפעל רק לפי המחוקק, ביהמ"ש לא יוכל לפעול. ביהמ"ש הוא לא רק מיישם החוק, אלא לעיתים אף מייצר החוק.

**הריאליזם: ספקנות כללים**

נעבור למאבקו של הארט נגד הריאליזם.

**טענות** הריאליזם:

* הכללים לא מספקים תשובה מדויקת לכל מקרה
* כללים הם רק "מקורות" להחלטות ביהמ"ש. לא ניתן להכניס כל מקרה לתבנית. כל מקרה עומד בפני עצמו ודורש החלטה קונקרטית.
* החוק "האמיתי" הוא החלטת ביהמ"ש

הארט טוען כי הריאליזם מערער על קיום חוקים וכללים מחייבים וכן על משפט אובייקטיבי. על פי הריאליסטים, רק החלטת ביהמ"ש היא זו היוצרת את הדין. הארט אומר שבכך שהם מערערים על קיום החוקים והכללים, הם מערערים על מושג המשפט משום שבלי כללים, אין משפט. מושג המשפט בנוי על כללים, לצד הרכיב המוסדי. ביהמ"ש פועל מכח כללים המגדירים אותם ואת סמכויותיו (כללים משניים) ואם כופרים בכך, מכוח מה פועל המשפט? כמו כן, ללא הכרה בכללים ראשוניים, לא מבינים את יחס בני האדם לחוק. בני האדם רואים בחוק כמקור לחובות ולזכויות (נקודת מבט פנימית).

**ביקורת** הריאליזם:

* קיומה של רקמה פתוחה אינו סותר את קיומם של הכללים. המשפט בנוי מכללים שיוצרים גם רקמה פתוחה, אבל יש להם גרעין בו הם פועלים. במקרים רבים הכלל חלק אבל יש מקרים בשוליים בהם הם לא פועלים.
* "אם כללים אינם פועלים כמו שהפורמליסט חושב שהם פועלים, אז אין כללים". כלומר, הפורמליסט חושב שהוא פועל כמו אלגוריתם. הארט אומר שיש רקמה פתוחה למרות שהולכים לפי הכללים אבל יש שוליים.
* הספקן מאוכזב מזה שאינו חי בגן עדן של כללים.
* יש להכיר בכללים ובמגבלותיהם. כלומר, הכללים פועלים ברוב המקרים ואי אפשר להבין את המשפט בלעדיהם אבל צריך להכיר בקיומה גם של רקמה פתוחה.

סיכום:

שיטת הביניים של הארט היא חילוק מערכת השיפוט לשניים. יש מקרים בהם המשפט פועל באופן פורמאליסטי (בגרעין או ברקמה הסגורה של החוק) אך במקרים בהם הכלל לא חל, המשפט פועל באופן ריאליסטי (על-ידי הרקמה הפתוחה) ואז מפעילים שק"ד. שק"ד הוא חשיבה מעמיקה.

\*איך שופטים בדר"כ מצדיקים את ההחלטות שלהם? מפרשים את החוק וטוענים שהפירוש קיים בו. הארט טוען כי פרשנות זו היא הסוואה, אמצעי רטורי, באמצעותה השופט רוצה לשכנע שהוא לא מקבל החלטה חדשה, אלא מיישם את החוק. הלגיטימציה הציבורית רואה בבימה"ש כמיישם החוק. הפרשנות היא הסוואה לדבר האמיתי- החלטה חדשה של השופט באמצעות שק"ד. שקילות דעת ופרשנות הן בעצם שתי אלטרנטיבות להסביר החלטה שיפוטית. למשל במקרה של **פס"ד פלוני**, הארט יטען כי הייתה רקמה פתוחה. המחוקק לא חשב על סיטואציה כזו ולכן ביהמ"ש היה צריך להחליט. הוא יטען כי החלטה של ביהמ"ש היא החלטה חדשה ולא היה צורך באמת להסביר מדוע קבעו מה שקבעו. לא היה צורך להכניס את הקביעה תחת אי מסוגלות הורית. גישתו דומה לגישת "החסר הסמוי"- יש חסר בגלל שהמחוקק לא התייחס ולכן יש להשלים אותו. הנימוקים הפרשניים באו כעניין רטורי- לשכנע את הציבור בפסיקתו. על פי הארט, המאמץ הפרשני הוא משני.

כמו כן, הוא טוען שאין זה דרמטי כל כך שצריך ללכת למשפט הטבע (רואים את עניין ההפרדה בין המשפט למוסר). במאמרו "Separation of Law and Morals", הארט מניח הבחנה בין הגרעין לשוליים בהקשר של הפרדה בין משפט ומוסר. הוא מתייחס אליהם בצורה יותר מתוחכמת. אז מה קורה בשוליים? הארט מסכים שהשופט לא יכול להחיל דין קיים ולכן הוא מזמין את השופט לשקול גם שיקולים מוסריים. התמונה של ההפרדה, נסדקת. הוא נותן מקום לשיקולים מוסריים/ביטחוניים/חברתיים וכו' (שיקול רלוונטי על פי העניין) במקום בו אין תשובה בדין.

**שני מצבים** בתחום שק"ד:

1. אין כלל בדין- אוכל לפעול על פי תכלית החוק. השופט יכול לקבל החלטה אך עליו להיות נאמן לתכלית החוק.
2. תכלית לא ידועה- צריך לעשות איזונים מחדש.

מי שדוגל בשק"ד שיפוטי (כמו הארט), גם מניח שהשופט שוקל שיקולים חוץ משפטיים. הפורמליסטים טוענים שהשופט פועל תמיד על פי החוק ולא מפעיל שק"ד. הארט יענה להם שאין תמיד תשובה בדין ובמקרים כאלה, השופט יהיה בעל שק"ד שיפוטי. שק"ד שיפוטי: הפעלת שיקולים חוץ משפטיים. לא רק מה שהמחוקק מגדיר.

**פס"ד נחמני**- היה מדובר בטכנולוגיה חדישה. מקרה בו יש חוסר סמוי כי המחוקק לא ידע אותם. נוסע רק מההגדרה שלנו. המבחן הוא לדעת מה המחוקק היה אומר.

נדבר בשיעור הבא על רונלד דוורקין- ירש את הארט באוקספורד בשנות ה-70. כשהתמנה, ישר חלק עליו.

**שיעור 16- תורת המשפט של דוורקין- 24.5**

חזרה על השיעור הקודם. אנו נלמד על תורת המשפט של דוורקין מנקודת המוצא של שק"ד. הוא מתחיל משאלה זו. רונלד דוורקין (1931-2013) החל לכתוב בסוף שנות ה-60 של המאה הקודמת. הוא ירש את הארט באוקספורד בקתדרה של תורת המשפט. מיד לאחר שירש אותו, הוא תקף את תורתו של הארט והציע תורת משפט אחרת כאשר נק' המוצא שלו היא שק"ד שיפוטי. הוא מתחיל במאמרו בהעמדה של **שלושת עקרונות** הפוזיטיביזם (כפי שהוא רואה אותם):

1. המשפט של חברה הוא מערכת של כללים ספציפיים. הכללים ניתנים לזיהוי באמצעות קריטריון הבוחן את תוקפה. המבחן לתוקף הכלל הוא מקורו ולא התוכן שלו.
2. במקרה שבו אין כלל שמכסה את המקרה, אי אפשר להחיל את החוק. במקרה כזה, ניתן לשופטים שק"ד ליצור כלל חדש.
3. במקום שבו אין כלל שמכסה את המקרה, אין חובה משפטית.

הוא אומר שמבין כל התורות הפוזיטיביות, התורה המשוכללת ביותר היא של הארט ולכן הוא תוקף אותה. הוא מחדד שיש **שתי דרכים עקרוניות** להכרה בכלל משפטי:

1. קבלה ישירה- דרך כלל הזיהוי
2. תקפות- כל הכללים המשפטיים. כל פעם שואלים האם לכלל משפטי יש תוקף. מקור התוקף האחרון הוא כלל הזיהוי.

דוורקין רוצה להבחין בין סוגים שונים של נורמות משפטיות. בין כללים לבין סטנדרטים/עקרונות/ מדיניות- נורמות כלליות.

**עקרון**- עקרון מוסרי. מכוון למעשה מסוים ולא לתוצאה. לדוגמא: חוטא לא יצא נשכר.

**מדיניות**- המטרה היא תוצאה חברתית או כלכלית. לא מחייב מוסרית.

מה המקור של עקרונות אלה בתוך המשפט? **ההבחנה היסודית שהוא עושה היא הבחנה בין כללים לעקרונות** (שם עקרונות מוסריים ומדיניות יחד). דוורקין אומר שלכל שאלות המדיניות יש השפעה על המשפט. כל הנורמות יחד שם, תחת המונח עקרונות. הוא מעוניין להנגיד אותם לכללים משפטיים. הבחנה זו כבר עשינו ואנו נחזור עליה לפי דוורקין.

איך מגדירים כלל?

כלל משפטי, בדר"כ, הוא ספציפי. כלל ספציפי הוא כמו כללים מתחום המשפט הפלילי. יש הגדרות מדויקות מהם יסודות העבירה. יש הגדרות ספציפיות על הכללים. להבדיל מעקרונות מופשטים יותר. לדוגמא: עקרונות חוקתיים (זכות הקניין..).

איך מבחינים בין כללים לעקרונות?

**הפשטה**- ניתן להגיד שהכלל הוא ספציפי בעוד העיקרון הוא כללי. מבחינת ההפשטה. עקרון הוא ברמת הפשטה גבוהה יותר. דבר נוסף, ניתן לראות את העקרונות כמטרות של הכללים.

דוורקין לא מסתפק בכך ועושה **הבחנה** אחרת:

* כלל- **מכתיב את התוצאה**. **חל בדרך של הכל או לא כלום**. לדוגמא: אדם המואשם בנסיעה מעל המהירות המותרת בדרך עירונית. האדם בא ומצלם את התמרור ומראה שהיה מדובר בדרך בין עירונית. באותו הרגע, כתב האישום נמחק והאדם מזוכה. כלומר, הכלל יהיה רלוונטי אם יסודות העבירה יתקיימו. אם הן לא מתקיימות, הוא לא פועל. אם הכלל היה סטנדרט, למשל: זהירות, זה היה שונה.
* עקרונות- **אינו מכתיב תוצאה**. **עיקרון פועל כאשר יש לצדו עקרונות אחרים**. בביהמ"ש תמיד שואלים איזה כלל ספציפי יהיה תואם למקרה והוא זה שיקבע את התוצאה בעוד כאשר ידברו על עקרונות, ידברו על כמה עקרונות ותמיד ינסו לאזן ביניהם. **לעקרון יש משקל. ושוקלים אותו על מנת למצוא את האיזון המתאים בין עקרונות שונים.**

דוורקין טען שהתפיסה הפוזיטיבית, תופסת את המשפט כמודל של כללים ובעצם הפוזיטיביזם מתעלם מקיומם של עקרונות במשפט. הטענה שהייתה החידוש הגדול באותו הזמן בו נכתבה, היא שבמשפט יש גם עקרונות.

**פרשת Riggs Vs. Palmer**

נכד שרצח את סבו על מנת שיקבל ירושה (דיברנו עליו כבר). כפי שאנו רואים, לפי כללי הירושה, אדם הרשום בצוואה כיורש, הוא היורש. ובגלל שריגס נכתב בצוואה כיורש, הוא אמור להיות יורש. הם העלו את עקרון "**ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה"**. הוא לא מתייחס לטענה שצריך להיכנס לעומק דיני הירושה ולראות שיש כאן מקרה של חוסר סמוי.

דוורקין מנתח את המקרה. יש כלל משפטי ויש עקרון. ביהמ"ש דחה את הכלל המשפטי בעזרת העיקרון. עקרון זה הוא מופשט אשר לא מופיע במשפט כלל. אלא מקובל בביהמ"ש, מבלי להיקבע באופן פורמאלי, ועדיין הוא משפיע. אם מנתחים פס"ד של בימ"ש מגלים שמשתמשים בעקרונות שאינם פורמליים מן הדין.

**פרשת Henningsen vs. Bloomfield Motors**

יצרן מכוניות. אחת המכוניות עשתה תאונת דרכים והיו נפגעים. גילו שהתאונה התרחשה בגלל פגם בייצור ולכן הצרכן תבע את היצרן. היצרן טען כי יש חוזה ושם כתוב שעל כל פגם שיגרם היצרן נושא אחריות בלתקן, כלומר יש אחריות לתקן ולא לשם על הנזק שנגרם. ביהמ"ש דחה את טענה זו בטענה **שיש ליצרן אחריות מיוחדת כלפי הלקוח.** יש כאן הסכמה חוזית.

דוורקין טוען כי החלטה שיפוטית היא לא רק יישום הכללים המשפטיים. בהחלטה משפטית יש גם שימוש בעקרונות מופשטים שלא קבועים בחוק. הם לא חלק מההגדרה המשפטית של הפוזיטיביזם. הוא אומר שהמשפט הוא יותר עשיר ממה שמתארים. יש עקרונות רחבים יותר אשר לא נמצאים בחוקים אולם ביהמ"ש משתמש בהם. גם לעניין מדיניות, יש החלטות שמחליטים על פי שיקולי מדיניות לדוגמא: **פס"ד טבעול נ' שף הים**. שף-הים היו מומחים למוצרי דגים וטבעול מומחים למוצרים טבעוניים. הם עשו הסכם ליצור דגים מוקפאים אולם החשש הוא שיתחרו זה בזה ולכן הם קבעו אי-תחרות. במהלך פרק זמן מסוים, אף אחת לא תוכל לייצר מוצרים כמו של החברה השנייה עם פיצוי גדול במקרה של הפרה. לאחר זמן מה, אחת מהם הפרה את החוזה. ביהמ"ש פסק כי טוב לשוק שתהיה תחרות. התועלת הכללית שיש לתחרות, עולה על ההסכם. עדיף שתהיה תחרות. זה לכאורה מקרה קל של הפרת חוזה אולם ביהמ"ש דוחה את הדיון מההיבט החוזי ומכניס שיקול מדיניות-תחרות. מנק' מבט של דוורקין, יש שימוש בעקרון מדיניות- של תחרות חופשית, ומדיניות זו אשר לא נקבע בדיני החוזים, נחשבת במשמעותית מאוד במשפט עצמו.

דוורקין שואל, האם העקרונות באמת חלק מהמשפט או שביהמ"ש מתחשבים בהם כשיקולים חוץ משפטיים?

**שתי אפשרויות**:

1. שיקולים חוץ משפטיים- עקרונות אינם חלק מהמשפט ולכן אינם מחייבים. ביהמ"ש פונה אליהם כאשר הוא מפעיל שק"ד.
2. עקרונות הם חלק מהמשפט והם מחייבים כמו כללים.

על פי נק' מבט פוזיטיבית, אנו נגיד שהם שיקולים חוץ משפטיים. דוורקין מקשה על כך. הוא אומר, אם כך, הם היו פועלים רק במקום בו אין כללים משפטיים. ראינו דוגמאות בהם היו כללים משפטיים אך בכל זאת העקרונות גברו. ולכן **העקרונות בעצם מחייבים** ושווים (ואף יותר) לכללים. פונים לעקרונות אלה משום שהם מוצדקים. **המעמד המשפטי שלהם לא בא ממודל התקפות, אלא באופן ישיר. הם אינם תקפים מכוחו של כלל הזיהוי**. המסקנה של דוורקין היא שהתמונה הפוזיטיבית שעל פיה המשפט בעל עקרון על המגדיר את גבולות המשפט, היא לא נכונה משום שהיא לא כוללת את הכל. **המשפט מכניס גם שיקולים אשר לכאורה מחוצה לו ולכן לא ניתן להגדיר אותו כתחום עצמאי**. הוא תחום פתוח.

הטענה של דוורקין היא מרחיקת לכת. **למשפט אין גבולות**. זה מנוגד למה שהפוזיטיביזם אומר. ניתן לומר שהמשפט הוא אינו תחום סגור אלא שפה/שיטה דרכה אנו שוקלים שיקולים גם מחוץ למשפט.

שיקול הדעת

על פי העמדה הפוזיטיבית, במקום שבו אין כלל משפטי, השופט מפעיל שק"ד ויוצר כלל חדש. השופט פועל כמחוקק משנה. דוורקין מתנגד לכך ולכן מסביר מהו המונח "שיקול דעת".

**סוגים שונים** של שק"ד:

1. שיקול דעת חלש- מקבל ההחלטה לא קובע קביעה נורמטיבית. יש עליו חובה לפעול על פי הקריטריונים. שק"ד מתמצה בעובדתי, ביישום הכלל. **הוא כפוף לנורמה**.

לדוגמא: שופט במשחק כדורגל מפעיל שק"ד. הוא קובע מתי "חוץ", "עבירה", "בעיטת עונשין" וכו'. לשופט יש שק"ד אולם הוא מיישם את הכלל על המקרה. במישור העובדתי ולא במישור הנורמטיבי.

דוגמא נוספת: מפקד פלוגה מורה למפקד תחתיו לקחת למשימה את 5 החיילים החזקים ביותר. איזה שק"ד יש למפקד הפלוגה? הוא קובע קריטריון מסוים והמפקד הזוטר מיישם את קריטריון זה. דומה מאוד למקרה של שופט כדורגל. הם לא מחליטים בעצמם.

1. שיקול דעת חזק- מקום בו מקבל ההחלטה משוחרר מקריטריון. אין עליו חובה. הוא יכול לבחור ולקבוע. **הוא** **אינו כפוף לנורמה**. לדוגמא: מפקד פלוגה מורה למפקד המחלקה לקחת למשימה 5 חיילים. אין לו קריטריון מסוים וזה נתון לשק"ד של המפקד לבחור. הוא קובע את הקריטריון. במקרה זה שיקול הדעת הוא שיקול דעת חזק.

אז דוורקין שואל: איזה שיקול דעת יש לשופט? האם מדובר בשק"ד חלש או חזק? האם הוא כפוף לנורמה או לא. אין ספק שבמקרה שיש כלל משפטי, השופט מפעיל שק"ד חלש. כאשר אדם בא לשופט תעבורה במקרה של מהירות מעל המותר, יש כלל ספציפי. אך מה קורה במקרים בהם אין כלל פשוט? (כמו פס"ד פלוני נ' פלונית, פס"ד טבעול ועוד). לכאורה מדובר במקרה חדש. הארט יטען לשיקול דעת חזק, וזאת משום שאין כלל. אין חובה משפטית. השופט עושה איזונים חדשים. השופט פועל כמחוקק משנה. על פי דוורקין, איזה שק"ד יהיה לשופט כזה?

איך שופט מחליט במקרים בהם אין כלל משפטי רלוונטי? באחד מן המאמרים הקלאסיים של דוורקין ("מקרים קשים"), הוא מתנגד לטענה שיש לשופט שק"ד. דוורקין אומר **שעקרונות הם חלק מהמשפט והרי במקרים כאלה, השופט קובע על פי עקרונות כאלה ולכן אם הוא קובע על פיהם, השופט קובע על פי נורמות משפטיות**. כלומר, לשופט עדיין יש שק"ד חלש. הוא לא מביא מעצמו. הוא עדיין כפוף לנורמות משפטיות. אין דבר כזה שיקולים חוץ משפטיים. עקרונות אלה הם חלק מהמשפט. איך יודעים? משום ששופטים עושים בהם שימוש. **המשמעות היא ששופט הוא בעולם משפטי בו אין חללים**. בעולם זה **אין מקומות ללא משפט**. הארט שם גבולות ומתוך כך יש חסר דוורקין אומר שאין גבולות ומתוך כך אין חסר. עולם המשפט הוא עולם עשיר בעל עקרונות וכללי מדיניות הממלאים לכאורה את החלל הריק. יש להם משקל נורמטיבי מחייב והשופט לא פטור מלשקול אותם. בדר"כ הכלל יכתיב את התוצאה אולם כאשר אין כלל, יש מכלול שיקולים משפטיים אחרים שהשופט כפוף להם.

תזת "תשובה אחת נכונה"-ניתוח מושגי

יש נקודה נוספת בדיון של דוורקין. מהי המסקנה הנובעת מהשאלה האם לכל שאלה משפטית יש תשובה? לפי הארט, אם זה נופל בכללים, יש תשובה. אם נופל ברקמה הפתוחה, אין תשובה.

דוורקין בא עם תזה חדשה- **לכל שאלה משפטית יש תשובה משפטית אחת נכונה**. ברמה התיאורטית, יש איזון נכון בין הכללים. יש תשובה נכונה. יש עניינים שמבוססים על העדפה אישית בהם אין תשובה נכונה (תה או קפה, סרט או ספר). אולם בשאלות נורמטיביות, **בעניינים שמבוססים על סטנדרטים אובייקטיבים, יש תשובה נכונה.** או שהם מתאימים לסטנדרט או שלא. החלטות שיפוטיות מבוססות על סטנדרטים לכן יש בהם תשובה נכונה. דוורקין לא אומר שזה כמו מתמטיקה. לא ניתן לשכנע בוודאות איזה עקרון גובר במקרים. לא ניתן לשכנע באיזון ולכן יש מחלוקות. ברמה התיאורטית, כל שופט חותר לתשובה הנכונה ולכן מבקר דעות אחרות. **אם לא הייתה תשובה נכונה, לא היה מקום לביקורת.** יש מדד אובייקטיבי כלשהו להחלטה ולכן הטענה של דוורקין היא שלכל החלטה שיפוטית יש תשובה נכונה אחת. שופט חייב להחליט על פי הדין.

זהו טיעון אנליטי. יש סטנדרטים אובייקטיבים ולכן יש להניח שיש תשובה נכונה. יש איזון נכון. לא מדובר בהעדפה אישית (טיעון שהסברנו למעלה).

**שיקולים נורמטיביים:**

1. טיעון מקצועי- שופט צריך לפעול לפי התשובה האובייקטיבית שבחוק ולא לפי החלטה אישית.
2. טיעון דמוקרטי- שופט אינו נבחר ציבור. מנוגד להארט. הארט רואה את השופט כשותף למחוקק (במקרים בהם לכאורה אין תשובה). דוורקין שואל מי שם את השופט למחוקק? הוא לא נבחר ציבור. אין סמכות מבחינת הלגיטימציה, להיות מחוקק משנה. מחוקק יש רק אחד. מדוע השופט לא מחוקק משנה? משום שהוא רק מיישם את החוק ואת מערכת המשפט בכללותה (גם העקרונות). מנק' מבט דמוקרטית, נכון לתפוס את השופט כמי שמיישם את החוק.
3. טיעון מכח שלטון החוק- אינו רשאי להטיל חובות רטרואקטיביים.

נמשיך עם דוורקין בשיעור הבא.

**שיעור 17- המשך תורת המשפט של דוורקין- 26.5**

חזרה על השיעור הקודם. דיברנו על תורת המשפט של דוורקין. בתזה שלו יש **שלוש נקודות**:

1. המשפט מכיל לא רק את הכללים המזוהים על-ידי כלל הזיהוי. הוא מכיל גם עקרונות. לא רק עקרונות משפטיים אלא עקרונות גם שהם אינם מזוהים על-ידי כלל הזיהוי. עקרונות שלא נחקקו אי פעם.
2. מכלול הנורמות במשפט, הכללים והעקרונות, מספקים תשובה לכל שאלה. ולכן, בעצם לשופט אין שק"ד/יש לו שק"ד חלש, וזאת משום שהתשובה קיימת והוא רק צריך לגלות אותה ולהחיל אותה על המקרה. הוא לא יוצר אף פעם תשובה חדשה.
3. תזת התשובה הנכונה, הקשורה לאותו העניין. לכל שאלה משפטית יש רק תשובה אחת נכונה. תזה זו מבוססת על **שני סוגי טיעונים**:
4. **טיעון אנליטי**. הטענה **שהחלטות משפטיות הן לא עניין של העדפה אישי או בחירה של השופט אלא עניין שנקבע על-ידי סטנדרטים אובייקטיבים** היכולים להיות גלויים לעין כמו כללים אך יכולים להיות גם נסתרים והם העקרונות. ולכן, מבחינה אנליטית צריך להניח שיש תשובה נכונה. הראיה על כך היא שכאשר חולקים על שופט, הם לא אומרים שהוא בחר בדבר וזכותו להחליט כך, אלא שזה עניין שמבקרים החלטה זו ומניחים שיש תשובה אחת.
5. **שיקולים נורמטיביים**. יש **שלושה שיקולים**: (1) טיעון מקצועי- השופט צריך למצות את ידיעותיו והחלטותיו המקצועיות ולא להחליט החלטה אישית. (2) טיעון דמוקרטי- השופט איננו נבחר ציבור. הוא צריך ליישם את הכללים המשפטיים, ולכן יש להניח שהכללים קיימים עוד קודם. (3) טיעון מכח שלטון החוק- השופט לא יכול באופן רטרואקטיבי לקבל החלטות, ולכן הוא צריך להניח שהוא מיישם החלטה קיימת.

אם נסכם, תפקיד השופט הוא להחיל נורמות משפטיות, בין שהם מסוג כללים ובין שהם מסוג עקרונות. השופט מיישם את החוק. השופט איננו מחוקק משנה.

מכאן ניתן לסכם את המהלך של דוורקין (לפני שנתבונן בו מנקודת מבט יותר חיצונית), בו התחיל את תחילת המאמר שלו. הוא תיאר את התיאוריה הפוזיטיבית על בסיס שלושה עקרונות ואנו נראה **איך הוא בעצם הפריך את שלושת עקרונות** אלה או לפחות הגיע למסקנה שונה בכל שלושת עקרונות אלה:

1. העיקרון הפוזיטיבי אמר שהנורמות המשפטיות מזוהות על-ידי כלל אב (על פי הארט- כלל זיהוי).

* לדעת דוורקין **המשפט מכיל עקרונות שהם לא בהכרח מזוהים**. הוא הביא שני פסקי-דין (ריגס והנינגסן), אותם ניתח, בהם ביהמ"ש הכריע נגד הכללים בגלל עקרון שהוא לא חלק מהחוק הפורמאלי. בעזרתם הוא מראה לנו שהחלטות שופטים נעשות לא רק דרך כללים משפטיים אלא גם לפי עקרונות. לא רק עקרונות חוקתיים אלא גם עקרונות שהם חוץ-משפטיים (מנק' המבט הפוזיטיבית), והשימוש בעקרונות שאינם מזוהים על פי כלל הזיהוי מוכיח שהמשפט מכיל לא רק נורמות המזוהות על-ידי כלל הזיהוי.

1. העיקרון של הארט לגבי שק"ד חזק- במקום בו אין כללים משפטיים, לשופט יש שיקול דעת חזק כדי להכריע.

* דוורקין דוחה עקרון זה באמצעות הטענה **שלשופט יש שק"ד חלש בלבד**. מכיוון שאם עקרונות קיימים במשפט, אז הם מספקים תשובה והואיל שהם מספקים תשובה לכל שאלה, אז בעצם לשופט נותר רק ליישם את הדין. כלומר, יש לו שק"ד חלש.

1. בהיעדר כלל אין תשובה משפטית אז אין חובה משפטית ולשופט יש שק"ד חזק.

* דוורקין טוען **שבהיעדר כלל, יש חובה משפטית הנובעת מאותם עקרונות ושיקולים** (עקרונות במובן הכללי שלו הכולל עקרונות מוסריים, סטנדרטים ומדיניות) אשר ביהמ"ש מתחשב בהחלטות המשפטיות שלהם למרות שלא לבשו צורה של חוקים. ולכן, **יש לתפוס את המשפט באופן רחב יותר**, באופן עשיר יותר, הכולל לא רק מה שאנו מכנים "נורמות משפטיות" אלא כולל גם עקרונות. בעצם מנק' המבט של דוורקין למשפט אין גבולות ברורים. המשפט הוא פרספקטיבה/שפה להתמודד עם שאלות אלה אבל השופטים שוקלים גם שיקולים אלה אשר יש לראות אותם כחלק מן המשפט.

מקבלים מדוורקין לא רק תיאוריה פרשנית על המשפט, לא רק הסבר על שיקול הדעת, אלא אנו רואים שיש כאן תיאוריה שלמה על המשפט, מקיפה יותר, העונה על השאלה מהו המשפט ולא רק איך מפעילים אותה.

אנו נשווה אותו עכשיו לתורות משפט אשר למדנו קודם.

דוורקין ותורת הטבע

דוורקין העמיד עצמו מול הפוזיטיביזם ולכן ברור שהוא נון-פוזיטיביסט. זו ההגדרה שלו. האם ניתן לראות אותו כאיש משפט הטבע? אם ההפרדה של הפוזיטיביזם היא ההפרדה בין מוסר למשפט, הארט נמצא בצד של ההפרדה בעוד דוורקין נמצא בצד של אי-ההפרדה. הוא טען ששיקולים מוסריים הם חלק משיקולים משפטיים. אין להפריד ביניהם ואף ניתן לקחת זאת במובן רחב יותר- יש מכלול שיקולים חברתיים וציבורים שהם חלק מהמשפט ולא ניתן להפריד אותם ממנו. ולכן בספרות המשפטית, רבים מתייחסים לדוורקין כאיש משפט הטבע. זה קו פרשת המים והוא בצד המשפט הטבעי. ובכל זאת, דוורקין עצמו לא היה מעוניין בהגדרה זו. הוא התנגד לה והרגיש שהוא לא איש משפט הטבע. הוא לא מזדהה עם עמדה זו.

**מדוע?**

1. במשפט הטבע יש שיקולים של משפט רצוי. אנשי משפט הטבע שואלים עצמם את השאלה, כאשר הם אומרים שהם שוקלים לפי שיקולים מוסריים, איך על פי הצדק יש לנהוג. הם בעצם מכניסים שיקולים של משפט רצוי לתוך המשפט המצוי. דוורקין לא מבחין בין משפט רצוי לבין משפט מצוי. הוא בעצם פוסק על פי המשפט המצוי. הטענה שלו היא **שאת ההחלטות המשפטיות לא בוחנים לפי מה שראוי לעשות, אלא על פי מה שקיים במשפט הקיים.** הוא רואה את המשפט הקיים בצורה רחבה והוא מגיע להחלטות על פי המשפט הקיים. כבר בשלב הראשון הוא מנתח את המשפט כך שיכלול שיקולים כאלה. הוא בעצם טוען **שאצל אנשי משפט הטבע יש הפרדה בין הרצוי למצוי** והוא לא מכיר בהפרדה זו. הוא רואה את המשפט המצוי תמיד. במובן זה, הוא מעין פוזיטיביסט. לגבי המשפט הקיים יש לו תמונה אחרת. לפי דעתו המשפט הקיים הוא משפט הכולל את הכל ולכן הוא יכול להגיע לתוצאות כאלה.
2. דוורקין פחות ביסס את טיעוניו (לפחות בכתיבה המשפטית שלו) על מה שאנשי הטבע ביססו את טענותיהם (טבע העולם או טבע האדם). אריסטו ביסס את טענותיו על טבע האדם וגם תיאוריות מודרניות יחסית מבססות על הטבע. **משפט הטבע מכיל טענה קלאסית שיש מוסר אובייקטיבי**. לא רק החלטות של קבוצות וקהילות, מה שנקרא מוסר יחסי, אלא יש טבע לאדם ולעולם, יש מוסר אובייקטיבי ולהם יש להם רלוונטיות/תכולה גם בעולם המשפטי. יש עקרונות מוסריים בעלי אופי אוניברסאלי ונצחי. דוורקין לא נכנס לשאלה האם יש מוסר אובייקטיבי/ריאלי אלא הוא עוסק בשאלה מה אנו, כחברה אנושית, עושים כחלק מהמוסר. **הוא לא טוען טענות פילוסופיות כלליות על טבע העולם/האדם, אלא אומר שאנחנו, כחברה, בעלי הנחות מסוימות לגבי עקרונות (**לדוגמא: כבוד האדם, שוויון, צדק...) **והנחות אלה, בעיניו, הן חלק מהמשפט**. הוא לא מתעסק בשאלה אם יש איזו קבוצה במקום אחר בעולם שהם בעלי מערכת ערכים אחרת, והאם יש לכפות את מערכת הערכים של הקבוצה שלנו על הקבוצה האחרת. דוורקין לא נכנס לאוניברסליות והנצחיות של הנורמות. הוא מדבר עליהם כנורמות המקובלות על החברה שלנו (המערבית) ולא טוען טענות יותר מרחיקות לכת. הוא לא נכנס לשאלות של מוסר אובייקטיבי/ריאלי בדר"כ. במובן הזה, הוא שונה מהמשפט הטבעי.

\*לא למדנו- אחד הפילוסופים המודרניים של המשפט הטבעי, ג'ון פיניס, מארה"ב, כתב הרבה על משפט טבעי מודרני, מאותו כיוון של מהו טבע האדם ומהם העקרונות המוסריים הנצחיים. דוורקין לא נכנס לזירה זו אלא טוען שיש עמדות מוסריות המקובלות עלינו והן חלק מהמשפט.

הנקודה המרכזית בעיניו היא הטענה שהוא מתייחס לטענה של משפט מצוי ולא משפט רצוי. אך עדיין צריך להודות שאם ממקמים את קו פרשת המים בשאלת הפרדת המוסר והמשפט, דוורקין בהחלט נמצא בצד שאין הפרדה ובמובן הזה, הוא נמצא באותה החלטה של המשפט הטבעי. זה לא יהיה מופרך לשייך אותו לאותה גישה.

דוורקין והפורמליזם

יש כאן שאלה מעניינת. דוורקין הוא פורמליסט אך באיזה מובן? יש דמיון יסודי ביניהם. דבר ראשון, בעניין היעדר שיקול הדעת של השופט. הפורמליסטים טוענים שאין שק"ד. השופט צריך לגלות במשפט את התשובה וליישם אותה. הוא לא יוצר תשובה חדשה. בהתאם לכך, עומדת תזת התשובה הנכונה. גם מנק' המבט של דוורקין וגם מנק מבט של הפורמליזם, יש תשובה אחת נכונה לכל שאלה ולדברים האלה דוורקין באמת מזכיר את הפורמליסטים.

כנגד דמיון זה, יש הבדלים מאוד בולטים אחד מהם הוא ההבדל בפירוש החוק- הפורמליסטית דוגלים בפירוש מילולי של החוק. פרשנות לוגית, היסקים. **בניתוח שלהם, משפט הוא בעצם במודל של כללים**. הפורמליסטים רואים את המשפט בצורה של כללים ולפי כללים אלו, מכריעים החלטות באופן ראשוני ואם אין הכרעה ראשונית מהכללים, מסיקים היסקים לוגים מהכללים ודרך כל מיני היקשים. לדוגמא: איך מגדירים כלי רכב? אם אין תשובה נלמד זאת ממקום אחר, נחיל את דיני התעבורה. המודל של דוורקין התנגד לכך. הטענה שלו שהמשפט מכיל עקרונות, אשר הם עולם ומלואו, והם שיקולים לאו דווקא כלליים אלא גם חברתיים, מוסריים, כלכליים, ביטחוניים, **כל השיקולים שאנו בוחנים לפני החלטות שיפוטיות, הם רלוונטיים לצורך העניין ולכן החשיבה שלו היא אנטי-פורמליסטית**. יש לו תבנית גדולה שניתן לדמות אותה כפורמליסטית אולם בצורת החשיבה כשופט, הוא אנטי פורמליסט. במובן הזה, הוא יותר קיצוני מהארט. הארט טען שבמקום שיש כלל ברור, צורת המחשבה צריכה להיות פורמלית. יש להפעיל את הכלל. במקום שאין כלל ברור, כאשר נמצאים בשוליים, ברקמה הפתוחה, שם נפעיל שק"ד. אצל דוורקין, ההבחנה בין גרעין לשוליים אינה רלוונטית כל כך. וזאת משום שבשבילו, כוחם של העקרונות והשיקולים האחרים, יכול לגבור אף על כללים. **הפרשנות בעיניו, היא פרשנות ערכית/תכליתית**. מבחינתו, כל החלטה שיפוטית היא לא רק לפי הכללים ולפי המשמעות המילולית שלהם ולא לפי ההיסקים הלוגיים שלהם, אלא המשמעויות החברתיות, המוסריות האחרות. אצל דוורקין יש שתי פנים. מצד אחד, דמיון בתבנית הכללית, במחשבה של תזת התשובה הנכונה והיעדר שיקול הדעת, אך מצד שני, באופן מעשי הוא בהחלט אנטי פורמליסט.

דוורקין ואקטיביזם שיפוטי

האם התיאוריה של דוורקין מביאה לריסון שיפוטי או לאקטיביזם שיפוטי? זה לא ברור. לדוורקין יש תיאוריה מאוד מתוחכמת וניתן להתבונן בה בשתי פנים. מדוע שאלה זו בכלל עולה? כי **אם מסתכלים על האופן שבו הוא הגדיר את תפקיד השופט, ההגדרה היא מרסנת, קונסרבטיבית, מסורתית. השופט הוא רק מיישם ולא יוצר.** לכאורה, מי שאומר שתפקיד ביהמ"ש הוא ליישם את החוק בלבד הוא בדר"כ שמרן המבקר את האקטיביזם. דוורקין שותף לסיסמאות אלה אז לכאורה זה היה ממקם אותו כשמרן. איך מצד שני הוא יכול להיכנס לאגף האקטיביזם השיפוטי? מכיוון **שתמונת המשפט שלו היא כל כך רחבה, עשירה ומכילה שיקולים רבים, אז ממילא דרך זה הוא נותן לשופט ארגז כלים מאוד מלא ומאוד עשיר, אשר יכול להביא את השופט להיות אקטיביסט**.

\*הערה כללית על מושג השמרנות. חלק מהשיח כיום על שמרנות מערבב שני סוגים של שמרנות.

מושג השמרנות משומש **בשני מובנים שונים**:

1. שמרנות שיפוטית- האם אתה אקטיביסט או מרוסן. שופט אקטיביסט הוא שופט שמוכן להתערב בהחלטות של רשויות אחרות ואף בהחלטות המחוקק וכן לשנות החלטות ישנות של ביהמ"ש. שופט שמרן/מרוסן הוא פחות אקטיביסט. הוא יבקר פחות את הממשלה ויצטרך סיבה טובה להתערב בהחלטותיה (ואף לפסול). הוא ימנע מלבקר את המחוקק ואף ייתן לו קרדיט. במובן זה, שמרנות שיפוטית עומד בניגוד לאקטיביזם שיפוטי.
2. שמרנות אידיאולגית- כאן השמרנות עומדת בניגוד לליברליזם. עמדה ליברלית היא עמדה אשר דוגלת בזכויות אדם, חופש מלא ושוויון והולכת עם זה אדם הסוף בעוד עמדה שמרנית היא דעה המחזיקה בערכים שמרניים כמו משפחה, לאומיות וכן הלאה. במקרה של התנגשות, הליברל יעדיף את זכויות האדם והשמרן יעדיף לשמור על המצב הקיים. לדוגמא: הלהט"ב. הליברל יכיר במבנה משפחה חדש ובנישואים חד-מיניים והשמרן ירצה לשמור על ערכי המשפחה והוא יתמודד אחרת עם הלהט"ב ולאו דווקא ייתן את מלוא הזכויות. בוויכוח על לאומיות, הליברל יטען לשוויון מלא לכולם ושהוא בעד הגירה חופשית וזכויות מהגרים בעוד השמרן יטען שהוא מעוניין לשמור על המדינה ועל ערכיה. זהו ויכוח אוניברסאלי.

יש להבחין בין שמרנות שיפוטית לבין שמרנות אידיאולוגית משום שהשמרן האידיאולוג, יכול להיות אקטיביסט שיפוטי ולהתערב בהחלטות המחוקק או הממשלה למען המדיניות האידיאולוגית שלו. אין לזהות את השמרנות השיפוטית עם השמרנות האידיאולוגית. דוגמא: השופט סולברג, אשר נחשב כשמרן מבחינות אידיאולוגיות, ניתן לסווג כאקטיביסט מבחינה משפטית. הוא פסל חוקים של הכנסת כמו חוק הדירה השלישית (בטענה שהיא לא שקלה מספיק).

נחזור לדיון עם דוורקין. יכול להיות שתחת התיאוריה של דוורקין, ניתן יהיה לראות את השופט השמרן, כאקטיביסט. שאלה אחת שנשאל היא מהי העמדה האידיאולוגית של דוורקין בנושא של שמרנות מול ליברליזם. שאלה אחרת היא מנק' המבט של תורת המשפט. **הוא מציג תמונה מורכבת, הוא טוען מצד אחד באופן עקרוני לכפיפות השופט לחוק ולמדינה** (באחד המאמרים שלו הוא טוען ששופט לא יכול לקבוע מדיניות חדשה. אם למדינה יש מדיניות מסוימת, השופט יכול להיות ביקורתי באמצעות שיקולים מוסריים כלפי החלטות אך לא יכול להמציא מדיניות) **אך מצד שני, ארגז הכלים העשיר יוצר שופטים מאוד אקטיביסטים** (דוורקין תמך באקטיביזם ליברלי). מכאן באה גם הביקורת כלפיו שברטוריקה שלו יש מעין הסוואה. הוא מרסן את השופט אולם נותן לשופט כלים לנהוג באופן אקטיביסטי.

\*אחד הספרים אשר כתב- "האימפריה של המשפט"- התפיסה של דוורקין היא תפיסה אימפריאליסטית. המשפט חובק כל, דבר המזכיר את הביטוי של ברק: "מלוא כל הארץ משפט". תפיסה זו, שלמשפט יש תשובה להכל והוא איננו מוגבל בכללים של עצמו משום שהוא מכיל כל כך הרה דברים, הופך אותו לאימפריאליסטי וחסר כל גבולות. כשנלמד על תורת הפרשנות, לדוורקין הייתה השפעה גדולה על אהרון ברק. דוורקין כתב יותר כתיבה תיאורטית אשר השפיעה רבות על החשיבה המשפטית של ברק ויש דמיון ביניהם. כשנלמד על הפרשנות, נראה איך כתיבתו של דוורקין השתכללה ואז גם נלמד את ברק על עניין זה וכיצד הוא משווה את עצמו לדוורקין.

ביקורת הפוזיטיביזם

נחזור לפוזיטיביזם מנקודה זו וננסח את הוויכוח. שני מאמרים (של עמוס שפירא ושל יוסף רז) הנכתבו בישראל בשנות ה-80, שבזמנם התיאוריה של דוורקין פרצה. שפירא במאמרו בעצם מתרגם את התזה של דוורקין בעברית ויוסף רז חולק עליו. יוסף רז (1939-2022), היה מלומד ישראלי ולימים היגר וירש באוקספורד את דוורקין. רז היה נחשב לאחת הדמויות החשובות ביותר של המשפט בימים אלו והוא ממשיך את דרכו של הארט. הוא פוזיטיביסט וכתב הרבה מאוד על הפילוסופיה של המשפט. רז במאמרו מתמודד עם גישת דוורקין. דוורקין איתגר מאוד את כל החבורה הארטיאנית. הארט עצמו פרסם ספר ("הקונספט של החוק") באחרית ימיו, אשר בו כתב אחרית דבר-תגובה לדוורקין. הוא הרגיש שיש לו אתגר והוא מגיב לדוורקין. גם רז במאמרו הגיב לדוורקין. דוורקין בעצם איתגר את הפוזיטיביסטים. הוא איתגר אותם במובן מקום העקרונות במשפט. כי באמת בתיאוריה של הארט, לא היה מקום לעקרונות. דוורקין טען שהניתוח שלהם הוא לא נכון. התמונה היא יותר מורכבת. אם הפוזיטיביסטים טוענים שיש כללים ובמקום שאין, אין משפט, **דוורקין טוען שבמשפט יש גם עקרונות מופשטים**. זה חייב אותם להגיב. רז מגיב לטענה של דוורקין. הוא טוען כמה טענות. אחת הטענות המרכזיות שלו היא ש**למשפט יש גבולות**. אם מתארים את המשפט כדבר חסר גבולות, בעצם ממוססים אותו. אז מהו המשפט? זה רק שפה באמצעותה ניתן להגיד כל דבר בצורה משפטית ולטעון אותה בבימ"ש? **אם רוצים לתת מובן כלשהו לתופעה של משפט, לקיום כללים ועקרונות שהחברה קובעת, יש צורך להבחין בינם לבין דברים אחרים**. האם ההבדל בדיון המתנהל בביהמ"ש וזה המתנהל בעיתון או בטלוויזיה, הוא רק עניין של שפה? שהמשפטנים יודעים לנסח את הדברים שלהם בכללים והפוליטיקאים או הדוברים בטלוויזיה מדברים חופשי? או שיש משהו במושג של משפט שפירושו של דבר הוא שמדובר בכללים שהחברה קיבלה דרך הליך מסודר של חקיקה עם הסכמה של רוב? דוורקין אומר שלא משנה מה המחוקק קבע, בסופו של דבר השופט יקבע על פי עקרונות אחרים. לא נעלה על הדעת מקרה בו חוק לא עובר ואז יקום שופט שיטען שמנקודת מבט חברתית ומוסרית יש לקיים חוק זה. **ההנחה שהמשפט בנוי על כללים שהחברה קובעת ושהם מחייבים (ולא שאחרים קובעים), היא מהותו של המשפט**. ולכן אומר רז שיש לחשוב על המשפט כדבר ממשי ולהניח שיש לו גבולות. לא ייתכן דבר במשפט כפי שדוורקין מתאר.

אם ההנחה היא שלמשפט יש גבולות, פירושו של דבר שיהיו מצבים בהם למשפט לא תהיה תשובה. לפי הטענה של דוורקין, שהמשפט חסר גבולות, יהיה ניתן שכל שיקול הוא שיקול משפטי ולכן יש לכל שאלה תשובה. והטענה של רז היא לא כך. הוא טוען שיש גבול והאתגר שלהם זה איך מגדירים אותם. אבל אנו צריכים להניח שיש גבולות ושיש מצבים בהם אין לגביהם המשפט לא נתן את דעתו. במצבים כאלה בדין אין תשובה. **והטענה של דוורקין שיש תשובה, היא טענה מלאכותית**. ולכן יש להניח שביהמ"ש ממלא תפקיד כפול. רז עושה הבחנה חשובה בין מה שהוא קורא **סכסוכים מוסדרים לבין סכסוכים שאינם מוסדרים**. סכסוכים מוסדרים הם סכסוכים שיש לגביהם בחוק תשובה. הם מוסדרים. תפקיד ביהמ"ש הוא לאתר את ההסדר ולהחיל אותו. לעומת זאת, סכסוכים שאינם מוסדרים הם סכסוכים שהחוק לא נתן עליהם תשובה מסיבה כזו או אחרת ובמקרים כאלה השופט צריך למצוא תשובה. **ולכן יש להניח שלביהמ"ש יש תפקיד כפול- ליישם את החוקים וליצור חוקים/נורמות אחרים**. רז ממשיך כאן את הגישה של הארט.

אז איך מתייחסים לעקרונות? דוורקין בעצם חשף שהמשפט עובד גם עם עקרונות ולא רק עם כללים. גם ההבחנה שלו בין עקרונות לכללים היא הבחנה שהתקבלה. רז מקבל את הבחנה זו אך עושה הבחנה נוספת, בין **עקרונות משפטיים לבין עקרונות חוץ משפטיים**. הוא עושה הבחנה פוזיטיביסטית מסורתית. עקרונות משפטיים הם עקרונות שמזוהים על-ידי כלל הזיהוי. עקרונות שנקבעו על-ידי הרשות המחוקקת והם מחייבים. למשל: עקרונות חוקתיים. עקרונות חוץ משפטיים הם עקרונות אשר אינם חלק מהמשפט ואין חובה לנהוג על פיהם. עקרונות כאלה, יש לשקול כל פעם אם ללכת על עקרון כזה או אחר. זו החלטה שיפוטית. לכן, **לא ניתן להגיד שעקרון חוץ משפטי, מטיל חובה כמו עקרון משפטי**, כפי שדוורקין אומר. רז אומר שחייבים לעמוד מאחורי הבחנה זו. הוא מאמץ הבחנה זו גם בין עקרונות לבין קווי מדיניות. יש כאן דבר מעניין, הוא מחדד הבחנה זו. **עקרון מוסרי מול קווי מדיניות**. תפקידו העיקרי של עקרון מוסרי הוא להגביל ולא להנחות. העקרונות המוסריים והחוקתיים הם בעיקרם עקרונות מגבילים. לכנסת יש חופש פעולה ועקרון מגביל. זה דומה למה שקלזן אמר, יש עקרון מגביל. קווי מדיניות הם מנחים. הם מביאים לתוצאה מסוימת. הבחנה זו של עקרונות מגבילים, מתאימה לתפיסת הזכויות כדבר שלילי המגבילה. אם חושבים על זכויות כדבר חיובי (כמו זכויות חברתיות), יש להם כח מנחה. ההבחנה מתייחסת לזכויות הקלאסיות, מדור ראשון, השליליות.

רז עושה ניתוח מעניין לתפקיד העקרונות. הוא מבחין בין **עקרונות תיאוריים לבין עקרונות נורמטיביים**. עקרון תיאורי הוא שמאחורי שורה של כללים עומד איזה עקרון. מתארים מצב נתון. למשל: כללים המגנים על החיים. שואלים מהו העיקרון העומד מאחוריהם ורואים שזה ערך החיים. מחפשים את העיקרון העומד מאחורי הכללים. האם ניתן לעבור מעיקרון כזה לעיקרון נורמטיבי? נניח שבחוקי ההפליה נקבע שאסור להפלות במתן שירותים. נניח שהחוק לא אוסר הפליה בקבלה לעבודה. אם אדם יטען שלא מקבלים אותו לעבודה על בסיס הפליה, על בסיס מה הוא יכול לבסס זאת? אם יש את עקרון השוויון בחוקה, הוא יוכל לטעון זאת כעקרון נורמטיבי. אולם אם עקרון זה לא קיים, האם הוא יכול ללמוד את זה רק מהעובדה שעקרון זה פועל במסגרת כללים אחרים? **פס"ד שהיה** (כיום יש חוקים על עיצוב הדירקטוריון), עסק בשאלה האם בדירקטוריון יש חובה שהיו גם נשים. ביהמ"ש החיל את מתן השוויון מכך שבכל מיני ארגונים יש חוקים כאלו. השאלה היא **האם ניתן ללמוד מעקרון תיאורי ולהפוך אותו לנורמטיבי**? רז אומר להבחין בין תיאור העיקרון לבין הדבקת עקרון כזה לעקרון נורמטיבי. כאשר רואים עקרון הנלמד מכללים אך לא נקבע כעקרון נורמטיבי, חייבים להבחין ביניהם. ולכן יש להבחין את העיקרון המשפטי, אם הוא עיקרון של פירוש או עיקרון נורמטיבי. כמובן שעיקרון גם מאפשר לייצר ולבקר כללים. רז עושה אנליזה של איזה מן שימוש עושים בעקרונות. רז מרים את הכפפה שדוורקין זרק ואומר שעקרונות אכן פועלים. ניתן לפרש כללים, ליצור כללים ולבקר כללים בעזרתם.

הטענה של רז היא **שההבחנה צריכה להיות בין עקרונות משפטיים ללא משפטיים**. בעקרונות משפטיים ניתן לעשות הכל, ואף להכריע הכרעה ישירה בין העיקרון למקרה ללא תיווך של כלל. אך זה חייב להיות עיקרון משפטי. ב**פס"ד פלוני**, מי שעשה שימוש ישיר בהכרעה לפי עקרון היה השופט חשין. אבל מנק' המבט של רז הוא עושה שימוש בעקרון חוץ משפטי. העיקרון "הרצחת וגם ירשת" הוא אינו עיקרון משפטי ולכן בעיני רז לא ניתן להכריע בשאלה משפטי בעזרת שימוש בעקרון חוץ משפטי. מה שעומד ברקע של הטענה של רז הוא מה הפוזיטיביסטים לקחו מדוורקין- את תפקיד העקרונות, אך תוך שימוש בהבחנה בין עקרונות משפטיים לחוץ משפטיים. ולכן הטענה הפוזיטיביסטית נשארת כפי שראינו אז שהמשפט כולל כללים ועקרונות אך הם צריכים להיות מזוהים על-ידי קריטריון וכן שבמקום שאין כלל, אין חובה משפטית ולביהמ"ש יש תפקיד כפול של מיישם ויוצר. הם חולקים על דוורקין במקום בו אין חובה משפטית. רז מוסיף על הארט בכך שהוא מכיר בכך. הוא טוען **שיכול להיות שחובה משפטית תיווצר מכח של עקרון**. רז מפנים את הביקורת של דוורקין וטוען שהמשפט הוא לא רק מודל של כללים. המשפט מכיל גם עקרונות אך עדיין יש להבחין. במאמר של הארט על ההבחנה בין חוק למוסר, באחת מהערות השוליים הייתה הגדרה למה זה פוזיטיביזם. הארט מציע 5 הגדרות אלטרנטיביות. אחת מהן היא שפוזיטיביזם דוגל בכללים משפטיים ונון פוזיטיביזם מקבל גם עקרונות. רז רואה הגדרה זו ודוחה אותה. רז מחדד אותה. הפוזיטיביסט יכול גם לקבל עקרונות. **הפוזיטיביסט תופס את המשפט כיצירה חברתית של המדינה/ הקהילה הפוליטית**. הטענה האנטי-פוזיטיבית היא שאין הפרדה. רז מחדד את העניין וכל מאמרו עוסק בנקודה שהוא, כפוזיטיביסט, מכיר בתפקיד העקרונות. אך אחרי הכל, **מכיר במעמד של עקרונות רק אם אין עקרונות משפטיים ועושים הבחנה ברורה בין עקרונות משפטיים לבין עקרונות חוץ משפטיים**. עדיין תופסים את המשפט כתחום סגור. ביהמ"ש לא חייב לשקול עקרונות חוץ משפטיים.

בשבוע הבא אנו ננתח את **פס"ד נחמני נ' נחמני**. עוסק בשאלה מה דין ביציות מוקפאות. שאלות שהטכנולוגיה מעלה. זוג שהתקשרו בהבאת ילדים והחלו בתהליך של הפריה חוץ גופית. הוציאו ממנה ביציות, הפרו אותן בזרעו והקפיאו אותן כדי להשתמש בהם בבוא העת. בתהליך הזה, הם נפרדו. היא טוענת שהיא מעוניינת להשתמש בהן כי אחרי זה, היא לא תוכל ללדת והוא סירב. ביהמ"ש נדרש לשאלה זו. שאלה זו מעניינת מצורה מוסרית אך גם מנק' המבט של תורת המשפט. זהו מקרה שאין לגביו הסדר חוקי והשאלה היא איך מפעילים את שיקול הדעת בו. אנו ננתח את דעות השופטים השונים על פי הגישות בתורת המשפט אשר למדנו.

**שיעור 18- פס"ד נחמני נ' נחמני- 31.5**

תודה לכל מי ששלח/ה לי סיכום!

חזרה של השיעור הקודם. נדבר על פס"ד נחמני. פס"ד זה מכונה כקשה לאור העובדה שאין דין הנוגע לעניין ומסדיר אותו, וכן יש שיקולים מוסריים וחברתיים מנוגדים אשר גורמים לדילמה מוסרית. פס"ד זה יצר סדרה של תקדימים פרוצדוראליים ומהותיים. המקרה נדון בהרכב של 5 שופטים אך ערערו ולכן הוא נדון בהרכב של 11 שופטים.

דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**

עובדות המקרה- בני זוג אשר היו נשואים מספר שנים. האישה עברה ניתוח לכריתת רחם ובעקבות כך בני הזוג החליטו להביא ילד לעולם בהפריה חוץ-גופית. הביציות של האישה (רותי), הופרו בזרע הגבר (דני) ונשמרו בהקפאה בבית-החולים. בטרם השלימו את ההליך (בטרם מצאו פונדקאית), דני עזב את הבית והקים משפחה חדשה, ללא הליך גירושין (רותי סירבה לקבל גט). היא פנתה לבית-החולים בבקשה לקבל את הביציות על מנת שתוכל להמשיך את ההליך אך סורבה. דני דורש להפסיק את ההליך בטענה כי אין לכפות עליו הורות.

עבור רותי, זוהי הדרך היחידה לזכות בצאצא גנטי, בשל גילה ומצבה הרפואי.

ההחלטה להתחיל בהליך ולהרחבת המשפחה, הייתה פרי הסכמה של בני הזוג. חילוקי הדעות נבעו בעיקר מהעובדה שלא הונחה בפני ביהמ"ש תשתית ראייתית הסכמית בשאלה מה יקרה במצב של פירוד.

יש **שני כיוונים**:

1. קבלת הבקשה- תכפה על דני להיות הורה, בעל כורחו, והוא לא יכול להשתחרר ממחויבות כלכלית.
2. קבלת הסירוב- תמנע מרותי להיות אם. היא לא תוכל להביא ילדים בשל גילה ומצבה הרפואי.

**שאלות משפטיות**:

1. מעמד הביציות- **האם הביציות נחשבות כעוברים, ובכך יוצרות חובה כשלעצמן**? על פי החוק הישראלי, אסור לבצע הפלה מתחילת ההיריון אלא אם יש עילה. אם הביציות ייחשבו כעוברים, האיסור יחול.

* השופטים מסכימים כי **אין מדובר בעובר**. עוד מדובר בשלב הראשוני של תאים.
* יש שופטים אשר טוענים כי האינטרס של רותי, גובר על האינטרס של דני. רותי בעד החיים בעוד דני מעוניין בכריתת המשך החיים.

1. קיום חוזה- **האם יש חוזה/הסכם/הסתמכות המחייב את דני**? האם ההסכמה מהווה כוונה ליצור יחסים משפטיים? אם כן, יהיה צורך לדון בכך כחוזה מחייב. אם אין, ייתכן וקיימת חובה מוסרית. רותי הסתמכה על כך ונכנסה להליך ארוך, כאוב ולא פשוט. האם ניתן לטעון כי כתוצאה מההסתמכות, הוא חייב לאפשר את המשך ההליך?
2. חובה מוסרית- **האם יש על דני חובה מוסרית להתחשב באינטרס של רותי להיות אם**? מבחינה חוקית, ניתן לשאול איזה אינטרס חזק יותר מבחינת הדין- להיות או לא להיות הורה. אם הזכויות שוות, אי אפשר לכפות על דני להיות אב (זכות חיובית) כמו שאי אפשר למנוע מרותי להיות אם (זכות שלילית). לכאורה היא לא יכולה עם זכות שלילית לתבוע ממישהו להיות אב ילדיה.

* דעת המיעוט טוענת כי **אין להכריח** את דני להיות אב.
* יש שופטים הקובעים כי הזכויות לא שקולות **והזכות להיות אם, חזקה יותר** מהזכות לא להיות אב. באופן עקרוני, השופטים טל וטירקל טוענים כי הזכויות אינן סימטריות כי בזכות להיות הורה יש ערך של ממש בעוד הזכות לא להיות הורה היא רק חלק מחירות ואוטונומיה. זו עמדה לא ברורה במיוחד כי לכאורה אישה תוכל לתבוע את בעלה ולחייב אותו להיות אב ילדיה מבלי בניגוד לרצונו.
* השופט גולדברג טוען כי **יש חובה מוסרית ומשפטית.**

1. התחשבות באינטרס- גם אם אין חובה משפטית, **האם יש להתחשב באינטרס** (לא זכות), של רותי להיות אם? אילו הייתה אישה צעירה ובריאה, דני היה יכול לסרב וזה היה הגיוני, אולם, האם בנסיבות המיוחדות, יש להתחשב באינטרס?

**המישור התורת-משפטי**:

1. האם יש נורמות משפטיות הקובעות את הדין במקרה זה? זו שאלה תיאורטית, שהשופטים חלוקים עליה בגלל שהיא לא פשוטה וכן בגלל שאין נורמה ברורה. חלק אומרים שיש נורמות וחלק אומרים שאין.
2. אם אין נורמות משפטיות, איך מכריעים את הדין? נמצאים במצב של היעדר נורמה המביא את השופט להפעלת שק"ד. איך מפעילים את שיקול-הדעת?
3. האם יש להבחין בין הנורמות המוסריות למשפטיות או לאמץ את הנורמות המוסריות?

מבחינה משפטית, אין נורמה ישירה החלה במקרה זה. חוק ההסכמים לנשיאת עוברים דורש הסכם בין ההורים המיועדים לאם הפונדקאית אולם החוק חוקק לאחר שהחלו בתהליך וברור שהוא לא נעשה בהתאם לחוק זה, שכן יש צורך בהסכם פורמאלי בכתב. השופטים חלוקים בדעותיהם האם יש נורמות אחרות, שיהיה ניתן להחיל באופן עקיף.

**דעות הרוב**:

1. השופט גולדברג- "לפנינו חלל נורמטיבי. אין מדובר בהשלמת חסר (לקונה)... שכן לדעתי, אין בנמצא הסדר חקיקתי כלשהו להיאחז בו...". כלומר, לקונה במובנה הצר- חוסר בהסדר/נורמה חקיקתית קיים, המחייב בהפעלתו של חוק יסודות המשפט. לא מדובר על השלמת הפרט. כל הנושא לא הוסדר והמחלוקת לא הוסדרה, ולכן אין לראות בכך כלקונה. "**ענייננו בצורך ליצור יש מאין. בבריאת נורמה חדשה**". כלומר, הוא פועל על פי השיטה הארטיאנית ופונה לעקרון הצדק, אשר נחשב לעקרון חוץ-משפטי.

מהם **שיקולי צדק**?

1. **הכרעה משפטית צודקת** המבוססת על תחושת הצדק של השופט. ההכרעה אינה ניטרלית אך גם אינה שרירותית.
2. **עדיפות האינטרס של רותי** להיות אמא והיעדר חלופות
3. **הסתמכות** של רותי

עושים הבחנה בין זכות חיובית לשלילית. טענת רותי שאין למנוע ממנה להיות אם, היא זכות שלילית. טענת דני שאי אפשר לכפות עליו להיות אב, היא זכות חיובית. יש כאן התנגשות של שתי חירויות. מה עושים?

על פי דעת המיעוט, לא ניתן לתבוע חרויות שליליות ולכן לא ניתן לכפות על דני. גולדברג אומר שאם אין הסתמכות, אז לא יהיה ניתן לכפות הורות. השופט גולדברג מודה כי אין חובה כלפי הביציות ואין על דני חובה כלפי רותי בשל חוזה או הסתמכות. הוא שוקל את האינטרס של הצדדים ונותן עדיפות לאינטרס של רותי- הסתמכות, גיל, מצב בריאותי, חוסר חלופות אחרות וכו'.

1. השופט טל- מדובר על חסר רחב יותר. אין הוראה בדין והמקרה נועד לפיתוח המשפט, לא להשלמת החסר. עלינו לבחון את השיקולים המתנגשים, לבחון את ציפיות הצדדים ולשקול שיקולי מדיניות ראויה. הוא חורד מניתוח הזכויות. האינטרסים אינם שקולים. הוא לא מקבל את הניתוח של זכות שלילית מול זכות חיובית. הוא בוחן את התוכן שלהן. אי אפשר לכפות את דני להיות הורה אך לא ניתן למנוע מרותי להיות אמא. **הוא נותן משקל גדול יותר לזכות להיות הורה וזאת משום שזהו ערך חיובי**. אין ערך בהיעדר הורות. זה חלק מאוטונומיה וחירות. הוא מוסיף את האינטרסים של ההסתמכות והשתק (דוקטרינה משפטית שאומרת שגם אם הטענה נכונה, היא מושתקת מלטעון אותה. בדר"כ מועלית במקרים של חוסר הגינות). הוא מביא בעצם טענה פרוצדוראלית, ולא מהותית. דני יצר אצל רותי ציפיות סבירות ולכן טענתו מושתקת. שיקולי ציפייה, הסתמכות והשתק תומכים באישה. אין חוזה מבחינת דיני החוזים אבל יש מעין הסתמכות הדדית. יש לשער שכוונתם הייתה שאין ביכולת צד אחד להפסיק את התהליך בניגוד לרצון הצד האחר המעוניין בו.
2. השופט בך- תומך בדעת השופטים. **יש להיאחז בתחושת הצדק ולפסוק על פי מה שנראה כצודק יותר.**
3. השופט טירקל- מוסיף על דברי שופטי הרוב. בחלל נורמטיבי כזה, נזקק השופט לנורמה חוץ משפטית. התשובה נמצאת בעולם הערכים הפנימי של כל אחד, אפילו בעולם הרגשות. לפי טירקל **מדובר בהחלטה סובייקטיבית**. מהם השיקולים בקביעת החלטה כזו? **הוא בוחר בחיים**. חייה של רותי ופוטנציאל חיי הביציות המופרות. למרות שאין מדובר בעוברים, ולכאורה אין איסור פורמאלי להפסקת היריון שחל, הוא נותן משקל משפטי לפוטנציאל החיים של הביציות. מדוע? הוא רואה את האינטרס של רותי כגובר על האינטרס של דני. יש כאן הסכמה, הסתמכות, אין ברירה אחרת...

* טירקל הוא אב שכול והוא קורא לעצמו "אבי ברוך". האמירה שלו בעד החיים היא אמירה רגשית. הרגש החזק שלו הוא שמוביל להחלטה. השיקולים הם שיקולים מוסריים אבל לפי טירקל, מדובר בהחלטה משפטית.

שופטי הרוב בעצם קובעים שאין נורמה משפטית ולכן יש ללכת לשיקולי צדק. יש לאזן את האינטרסים. האינטרס של רותי עדיף. הם קרובים יותר לגישה של הארט (הרקמה הפתוחה ושק"ד חזק).

שופטי המיעוט יותר נוטים לגישה של דוורקין. כלומר, עיקרון הצדק הוא עקרון פנים משפטי, ולא חוץ משפטי. לכן, ההכרעה תהיה משפטית ובעלת שק"ד חלש.

**שופטי המיעוט**:

1. השופטת שטרסברג-כהן- היא כתבה את פס"ד הרוב בדיון הקודם ולכן היא השופטת המרכזית. היא מודה שאין חוק מסוים שעונה על הבעיה אולם **אנו לא נמצאים בחלל ריק**. בכך היא מתנגדת באופן חזיתי לשופטי הרוב. היא טוענת ש**בתוך הדין יש עולם שלם של נורמות אשר ניתן לגזור ממנו למקרה הספציפי**.

היא מעלה **מספר טענות**:

1. על פי הדין, ביצית היא אינה יצור חי ולכן, לאור העובדה שמדובר ביצירת חיים ולא שימור חיים, **לא ניתן לכפות על אדם יצירת חיים בעל כורחו**.
2. מבחינה עובדתית ומשפטית **לא הייתה מצד דני הסכמה להמשך התהליך בנסיבות של התפרקות התא המשפחתי**. הוא הסכים לתהליך בשלב הראשון, אולם ההסכמה מותנית בקיום הקשר ביניהם. אין הסכמה לייפוי כח בלתי חוזר גם אם הקשר חדל מלהתקיים.
3. **הזכות להיות הורה היא חירות שאין מולה חובה משפטית**. גם הזכות לאי-הורות היא חירות. לאדם יש זכות לשלוט בחייו ולתכננם, ולכן, לא ניתן לכפות על דני להיות הורה.

בנוגע לצדק, זהו מושג מופשט וניטרלי. לרותי יהיה אי-צדק אם יקבלו את טענתו אך גם לדני יהיה אי-צדק אם יקבלו את טענתה. היענות לכל אחד מהם, פירושה אי צדק לאחר.

1. השופט זמיר- מקבל את דעת השופטת שטרסברג-כהן וחולק על גולדברג באופן חזיתי. **אין חלל נורמטיבי**. ביהמ"ש חייב למצוא נורמה, גם אם היא עקיפה, אשר נמצאת בתוך המשפט, ולהחיל אותה בהתאם. אילו **נורמות**?
2. **תקנות הפריה חוץ גופית**. דורשות הסכמה של שני הצדדים בכל שלב.
3. **חוק ההסכמים לנשיאת עוברים**. מחייב הסכמה של הבעל בתהליך.
4. השופט אור- הזוג התכוון ליצור הסכם בעל תוקף משפטי. הוא מוכן לקבל כי הייתה הסכמה לשיתוף פעולה לקראת מימוש התהליך. אולם, **ההסכמה אינה גורפת לכלל השלבים מראש.** הייתה הסכמה לשלב הראשון אולם לשלב השני, לא הייתה ולכן לא ניתן לקיים את התהליך ואי אפשר לאכוף אותו.
5. השופט ברק- על כל עניין בעניין הביציות, כל עוד הן מחוץ לגוף האישה, נדרשת הסכמה משותפת ובלעדיה לא ניתן להמשיך את התהליך. לפי ברק, מסקנה זו עולה בקנה אחד עם דרישת הצדק. המשפט והצדק הולכים יחדיו. איך ברק מבין את הצדק? **צדק כמעמד הזכויות**. צדק הוא אינו איזון אינטרסים. אם עושים ניתוח של זכויות, לא ניתן לכפות על דני את ההורות.

הוא מעלה **מספר טענות**:

1. **הביצית אינה עובר**. היא בשלב לפני. אין מדובר בשימור חיים אם כי ביצירת חיים.
2. **הורות כרוכה בזכויות וחובות**. היא בנויה על שותפות. בהיעדר הסכמה, אין אפשרות להתחיל את התהליך.
3. **החירות להיות הורה או לא, נגזרת בכבוד האדם ומהזכות לפרטיות**. חירות אינה מטילה חובה על איש.

\*מעניין לראות שהשופטים הליבראליים, תומכים בדני. כיוון שהם רואים זכויות, הם קובעים שזכות החירות של דני גוברת.

מדובר במחלוקת ברמה רעיונית. שופטי המיעוט פונים לדוורקין וכן לפורמליזם. בעוד שבפורמליזם מדובר בכללים משפטיים וניתוח לוגי, אצל דוורקין מדובר יותר בערכים ושיקולים מוסריים וחברתיים. דעת המיעוט הולכת על מעמד הזכויות והתפיסה של חירות שלא ניתן לכפות על אדם.

בשיעור הבא אנו נראה את דעות שלושת השופטים שנשארו (דורנר, קדמי ומצא) ונקדיש תשומת לב רבה לדורנר.

**שיעור 19- המשך פס"ד נחמני- 2.6**

תודה לכל מי ששלח/ה לי סיכום!

חזרה על השיעור הקודם. הצגנו את עיקרי הדברים בשאלה המהותית ובשאלה התורת משפטית. שופטי הרוב טוענים בצורה ארטיאנית כי אין תשובה בדין ופוסקים לטובת האישה באמצעות עקרונות חוץ-משפטיים, בעוד שופטי המיעוט טוענים בצורה פורמאליסטית כי יש תשובה בדין ופוסקים לטובת הגבר באמצעות נורמות עקיפות. השופט ברק טוען שגם אם ילך על פי שיקולי הצדק, עדיין יגיע למסקנה כי אין לכפות את דני, וזאת משום שלפי נק' מבטו, צדק הוא ניתוח של זכויות. השופטת שטרסברג-כהן טוענת כי אין ללכת על פי שיקולי הצדק משום שמדובר בדבר רחב שלא יכול להכריע.

אמרנו שבהרכב ישבו 11 שופטים ודיברנו על 8 מהם.

**דעות שלושת השופטים** האחרים:

1. דורנר- מודעת למחלוקת התיאורטית ומעוניינת לתת תשובה שמתאימה ל-2 הגישות. היא מצטטת את דוורקין – על הדין להביא לתוצאה צודקת. דוורקין שולל שק"ד שיפוטי וסבור שביהמ"ש צריך להכריע על פי עקרונות צדק שהם בעיניו חלק מהמשפט. גם על פי הארט, אשר דוגל בשק"ד שיפוטי, נדרש שימוש בנורמות. היא טוענת שבמקרים בהם עקרונות יסוד מתנגשים, יש לפתור את ההתנגשות על-ידי איזון. לא איזון כללי בין הזכות להיות הורה לבין הזכות לא להיות, אלא **יש להשתמש באיזון ספציפי, על פי נסיבות המקרה**.

בנוסף, היא משתמשת ב-**"עקרון היושר"** של אריסטו. מה עיקרון זה אומר? הבעיה היא מהותית לחוק ונובעת מטבע הדברים. כלומר, מהגיוון של המציאות. החוק נותן כללים ותמיד יהיו מקרים שהתאמת הכלל, הצודק בדר"כ, לא תתאים לפרטים שלא ניתן לצפות מראש. תמיד יהיו יוצאי דופן. אחת מהבעיות של השופט היא המקרים החריגים. במקרים חריגים, אריסטו טוען כי יש להתאים את הכלל למקרה הספציפי. ישנם **שני מצבים**:

1. **הכלל נראה לשופט כבלתי צודק**. מסובך לקבוע משום שההנחה היא שהשופט כפוף למחוקק.
2. **הכלל נראה לשופט כלא מתאים**. הכלל בדר"כ נכון אך לאור הנסיבות המיוחדות של המקרה, ראוי שלא לפסוק על פיו.

איך יודעים אם המצב הוא 2 ולא 1 בעקיפין? מדובר בתרגיל מחשבתי- מה היה עושה המחוקק במקרה זה? לדוגמא, בפס"ד ריגס וחוק הירושה. מה יעשה ביהמ"ש במצב בו הרוצח יורש את הנרצח? הלשון הכללית של החוק חוטאת את המציאות. האם מגיע לו לרשת כאשר החוק לא אוסר זאת? השופט עושה את התרגיל המחשבתי הזה ופוסק שהמחוקק היה קובע חריג אשר לא יאפשר לרוצח לקבל מהירושה. עקרון היושר הוא ספציפי- כאשר יש כלל ויש לו חריג שהמחוקק לא הזכיר, השופט רשאי לתקן את החוק על-ידי קביעה שזה חריג ואישור שכך המחוקק היה עושה.

השופטת מעוניינת להשתמש בעקרון זה במקרה שלנו, אך האם זה בכלל מתאים? עיקרון היושר פועל כאשר יש כלל אשר המקרה הספציפי אינו קבוע כחריג לו. במקרה שלנו, אין בכלל כלל. עיקרון היושר לא מתאים ואי אפשר להכריע על פיו. אולי בפס"ד פלוני, המדבר על אימוץ הילד, עיקרון זה יתאים. אז למה השופטת מתכוונת כאשר היא מביאה את עקרון זה? היא לא מעוניינת להפעיל אותו בצורתו הרגילה, אלא להמחיש את הצורך לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו. כלומר, מה שאפשר ללמוד מעקרון היושר. מצד אחד, השופט פועל לפי כללים אך מצד שני, הוא צריך לבחון את הכללים בנסיבות של המקרה. היא רצתה לחזק את גישתה, שבמקרה הזה יש לבצע איזון ספציפי, ולא איזון כללי. היא טוענת שלא ניתן לכפות נגד זכות שלילית אך מנגד לא נעדיף את הזכות להיות הורה. הזכויות אינן סימטריות. היא לא עושה ניתוח זכויות. **היא פוסקת לטובת האישה, לא בגלל הזכות, אלא בגלל הנסיבות המיוחדות**. בגלל ההסתמכות, הטיפול והחוסר של אפשרות אחרת. אם היה מדובר באישה צעירה, היא לא בהכרח הייתה פוסקת לטובתה. היא נעזרת בעקרון היושר על מנת להראות שבוחנים את המקרה הספציפי על פי מכלול השיקולים, אך לא באמת עושים בו שימוש משום שאין כלל. **היא לא מכריעה בשאלה אם תשובתה היא מתוך המשפט, או מחוצה לו**.

1. מצא- הוא נותן נימוק שונה וייחודי ביחס לשאר השופטים. מבחינה עקרונית, הוא נוטה לעמדה שאין נורמה מחייבת משפטית. אין ברירה אלא להתבסס על איזון בין הזכויות. ואז הוא אומר דבר שונה מהרוב: **"איזון זה אינו יכול להתבסס על תחושת הצדק לבדה. עריכתו טעונה אמת אובייקטיבית"**. הוא מנוגד לטירקל בדבר זה, אשר פונה לרגש. תחושת הצדק, היא אינה טענה מספקת.

במשפט יש **שלושה סוגי זכויות**:

1. **זכות עקרונית**. זכות הקיימת במשפט. כמו הזכות להיות/לא להיות הורה.
2. **זכות כללית**. זכותו של אדם לממש זכות עקרונית.
3. **זכות ספציפית**. זכותו של אדם לממשה בנסיבות מסוימות.

הוא רואה את הזכות של רותי ככללית בעוד את של דני כספציפית. הוא לא מתנגד באופן כללי להיות אב, אלא באופן ספציפי להיות אב לילדים שלה. **הפגיעה בזכותה של רותי קשה יותר**. היא לא תוכל להיות אם.

1. קדמי- הוא טוען כי **הפריית הביצית היא השלב המכריע ביצירת העובר**. מדמה את השלב העוברי בהיריון אמיתי. מאותו הרגע של ההפריה לא ניתן להשיב את המצב לקדמותו. הוא מחלק את חשיבות הזכויות בהתאם לשלב ההפרייה. עד לאותו השלב, גוברת זכותו של הצד שאינו מעוניין להיות הורה, ולכן אין לכפות עליו. משלב זה ואילך, גוברת זכותו של הצד המעוניין בהורות. זוהי קביעה עקרונית ולא ספציפית לנסיבות המקרה.

לפי חוק הפונדקאות, צריך הסכמה ל-2 השלבים באופן מצטבר. יותר מכך, זה לא תלוי רק בצדדים, אלא גם בוועדה, אשר יכולה להחליט שלא לאשר. השופטת דורנר לא מסכימה להפרדה הזו וטוענת שיש לבחון על פי הנסיבות באופן ספציפי.

סיכום:

הפרשה ממשיכה שנים רבות. החלטת ביהמ"ש אינה מובנת מאליה והיא שנויה במחלוקת. גם בדיעבד, מי שהיה בערעור, ובמיעוט העדיף את החירות של דני, סביר להניח שעדיין מחזיק בדעה זו. השאלה היא האם ביהמ"ש לא ערבב שאלה משפטית עם שאלה מוסרית.

שופטי המיעוט- הולכים על פי הדין ולכן פוסקים לטובת דני.

שופטי הרוב- מבינים את שופטי המיעוט אך חושבים שהתוצאה אינה נכונה ולכן פונים לשיקולי צדק על מנת להגיע לתוצאה אחרת. ניתן לטעון כי אלו שיקולים מוסריים. אולי היה נדיב שדני היה מסכים אך לא בטוח שתפקיד השופט לקבוע זאת. לא בטוח שזוהי החלטה משפטית גרידא.

נחשוב על המקרה הבא:

**פס"ד פלוני נ' פלונית**

אדם תרם תרומת זרע ואישה השתמשה בה דרך בנק הזרע, ונולד לה ילד. היא רצתה מראש שהילד השני יהיה מאותו האדם ולכן שריינה מנה נוספת של אותו האיש על מנת להוליד ילד נוסף. בינתיים הבחור התחרט והחליט שהוא לא מעוניין שיעשו שימוש במנה שלו. יש ביצית מופרית השייכת לאישה ולזרע הנתרם, כדי להשתמש בכך 3 שנים לאחר הילד הראשון. האם במקרה כזה נאפשר לו? אם חושבים על כך במובנים של השופט קדמי, לא ניתן. דורנר טוענת כי העובדה שהיא מעדיפה ממנו, לא מונעת ממנה עוד ילדים. זו בחירה שלה. זה שונה מהמקרה של נחמני. ביהמ"ש פסק כי **הוא יכול לחזור בו ולבטל. יש שינוי מבחינת האיזונים**.

סיימנו את פרק שק"ד שיפוטי הכולל את דוורקין. נקדיש מספר מילים לנושא נוסף (לא ניתנה קריאה לגביו לשיעור הנוכחי).

**תורת המשפט של CLS (הביקורת המשפטית)**

תיאוריה זו התפתחה בארה"ב בשנות ה-80 של המאה הקודמת, והיא עדיין בעלת השפעה רבה. תיאוריה זו יוצאת מנק' המבט של הריאליזם. הטענה הריאליסטית שאין בכוחם של כללים משפטיים לקבוע את התוצאה במקרה נתון, וזה נעשה על-ידי החלטות שיפוטיות. תנועה זו הוסיפה מימד חשוב לריאליזם. היא טענה **שההחלטות שיפוטיות אינן רק אד-הוק, אלא נובעות מעמדות אידיאולוגיות, המבטאות העדפה בשאלות כלכליות, חברתיות ופוליטיות עקרוניות**.

לדוגמא, הטענה הניאו-מרקסיסטית שנעשה שימוש במשפט כמסווה כדי להעדיף ערכים של שוק חופשי וקפיטליזם, על חשבון זכויות הפרט. כלומר, יש העדפה אידיאולגית של שופטים קפיטליסטים הפועלים בשם הזכויות והעקרונות המשפטיים. במילים אחרות, **יש שימוש במשפט כהסוואה להכרעות ערכיות-אידיאולוגיות.** למשל, שאלת הסבירות, שהפכה להיות משמעותית במשפט החוקתי, היא עניין מופשט אשר בא להסוות כל מיני העדפות של שופטים. השופט משתמש בשפה משפטית על מנת להגיע לתוצאה שהוא מעוניין בהתאם לאידאולוגיה שלו לגבי שאלות חבריות, כלכליות ופוליטיות. המשפט נתון להטיית השופטים.

עמדה זו התפתחה ומלומדים, בעיקר בארה"ב אך לא רק, פיתחו אותה. הם טוענים כי כך המשפט מתנהל.

תנועה זו הביאה גם לתיאוריות פמיניסטיות על המשפט. הטענה היא שהמשפט דומה להעדפות גבריות.

**3 גישות מרכזיות** בתנועה הפמיניסטית:

1. פמיניזם ליבראלי- יש לקדם זכות שווה של נשים וגברים לאותו יחס ולאותן זכויות.
2. פמיניזם תרבותי- מזוהה על-ידי קרול גיליגן, פרופ' לפסיכולוגיה אשר בספרה "קול אחר" טענה שנשים מדברות בקול שונה ויש להן העדפות אחרות בהעדפות המוסריות שלהן. יש תפיסה מוסרית של זכויות שהיא מאוד גברית בעוד אצל נשים, מדגישים את הקשר הבין-אישי והחובות שנוצרות מאותו קשר, דבר המוליד לתפיסות מוסריות שונות. פרשת נחמני יכולה להמחיש זאת. אם ננתח מנק' מבט פמיניסטית, ביהמ"ש עשה ניתוח גברי בעוד נשים מסתכלות על כך מנק מבט של קשר אישי וחובה המוטלת. ההתקשרות בין רותי לדני מטילה חובות.
3. פמיניזם רדיקאלי- מרחיק לכת. ישנן תבניות חבריות ומשפטיות שהן גבריות המשפיעות באופן מהותי על המשפט, ואשר מעדיפות את הגבריות בכל מיני עניינים. גישה זו טוענת כי יש צורך בהגדרות חדשות. גישה זו הובילה לביקורת משפטית חריפה ביותר. למשל, בשאלת הנישואין או עבירות המין. באנגליה, עבירת האינוס בין בעל ואישה, לא הייתה קיימת בחוק. הייתה ביקורת גם כלפי המחוקק, אבל גם כלפי השופטים על השימוש שלהם במשפט.

בשיעור הבא נדבר על הפרשנות במשפט.

**שיעור 20- פרשנות במשפט- 7.6**

תודה לכל מי ששלח/ה לי סיכום!

חזרה על השיעור הקודם. סיימנו לדבר על שק"ד ודיברנו על הביקורת המשפטית. היום נדבר על בעיית הפרשנות וכיוונים בתוך תורת המשפט.

מהי בעיית הפרשנות? אנו נתקלים בה במשפט ושואלים **מהי פרשנות נכונה לחוק/לחוקה/למסמך משפטי אחר (כמו חוזה/צוואה)?** בעיית הפרשנות היא בעיה כללית שקיימת לא רק בהקשר המשפטי אלא גם בהקשרים אחרים, במיוחד מדעי הרוח, ספרות והיסטוריה.

אז מה הפירוש הנכון לטקסט? אנו מבינים שטקסטים יכולים להתפרש בדרכים שונות ואנו מבררים מהו קנה המידה על פיו בוחנים פירוש נכון. ישנם מספר מתחים מרכזיים בהקשר של פרשנות טקסט, כשכל אחד מהם מציג דילמה על מה יש לתת את המשקל. כל אחד יוביל אותנו לפרשנות שונה ונצטרך להכריע בהם.

**שלושה מתחים**:

1. מחבר וטקסט- האם פירוש נכון הוא זה שחותר לכוונת המחבר או זה שמפרש בצורה הטובה ביותר את הטקסט? האם זהו קנה המידה או שהעמידה היא מול הטקסט עצמו ואין צורך לחתור לכוונת המחבר?
2. לשון ותוכן- "גוף ונשמה". האם פירוש נכון הוא פירוש מילולי או פירוש שמתאים לתוכן (טעם/תכלית)? קוראים לזה פרשנות לשונית מול תכליתית. האם הטקסט כולל משהו שאולי לא מנוסח מילולית וזהו תוכנו/טעמו/הגיונו/תכליתו (בהקשר המשפט) ויש לפרש את המילים בהתאם לתכלית.
3. טקסט וקונטקסט- האם פירוש נכון הוא פירוש הטקסט עצמו או האופן בו הוא משתלב בהקשר (היסטורי/חברתי/ספרותי)? האם ההסתכלות היא רק על סעיף חוק מסוים או גם על חוקים אחרים/חוקה בהקשר כללי?

פירוש לפי כוונה שזהה לטקסט- בלשנות (משה אזר)

טקסט הוא קבוצה של סימנים שנבחרו על-ידי מחבר מסוים להעביר משמעות מסוימת לקורא מסוים או קהל קוראים. כמו שטון דיבור שיכול לבטא מחשבות, כך גם טקסט. **הסימנים מסודרים באופן שיוצר מילים ומשפטים על פי כללי הלשון, הסמנטיקה והתחביר אשר חותרים להבין את כוונת המחבר.** אנחנו יודעים מה פירוש המילים ומה התחביר מעיד עליה (כמו סימן שאלה או סימן קריאה). מן המכלול, אנו מבינים את משמעות הטקסט הזהה למשמעות המחבר. כל פירוש החורג ממשמעות זו, ותולה בטקסט דברים אחרים, שהמחבר לא התכוון לומר, בעצם לא מפרש. לאזר יש **הבנה מאוד בסיסית של פרשנות**. במאמרו הוא פסקי-דין של בימ"ש הנותנים פרשנויות רחוקות לסעיפי החוק ומכניסים להם משמעות שלא נמצאת. (דוגמא: מדרש חכמים על התורה. יכול להיות שביהמ"ש עושה זאת כדי לשכנע להגיע לתוצאה מסוימת אבל זה לא רלוונטי אם הוא לא עולה לפרשנות הלשונית.

כאשר אדם קורא טקסט, הוא צריך לשאול למה התכוון המחבר? הדרך לדעת זאת היא באמצעות הבנת המילים והתחביר. הטקסט לא עומד בפני עצמו.

**ההבחנה** של Hirsch:

* מובן- מה הטקסט אומר. למה התכוון המחבר?
* משמעות- מה הטקסט אומר ללי? יכול להיות כאן מימד סובייקטיבי. המחבר אומר דבר אחד והקורא יכול לקחת זאת למקום אחר שלא מגיע לכוונת המחוקק.

**בעיות**:

* מה קורה כאשר הטקסט אינו ברור? לפעמים הטקסט סובל מעמימות, אם בכללותו או אם בחלקו, כיצד ניתן להכריע?
* האם ניתן להשתמש בחומרים מחוץ לטקסט?
* מה קורה בטקסט של כמה כותבים? איך ניתן לדבר על כוונה? ייתכן שמדובר בכוונה משותפת, שאולי מצמצמת את מושג הכוונה אך גם פותחת את האפשרות שבטקסט מושקעות כוונות מגוונות. למשל, כוונת המחוקק. יש 120 ח"כים. כולם הסכימו על מילים, אבל על התכלית יהיו חילוקי דעות. כשיש כמה מחברים, זה מסבך את העניין של "כוונת המחבר". לכוונה של איזה מהכותבים יש לחתור? מצב כזה אולי מעביר את כובד המשקל אל הטקסט ולא אל המחבר עצמו. **ההנחה של אזר שחותרים לכוונת המחבר קלה יותר כשיש רק מחבר אחד**. כשיש טקסט קולקטיבי, שאלת הכוונה מעוררת שאלה ומורכבות.
* מה קורה בטקסט שחובר לפני זמן רב? (מובן ומשמעות) קשה להתחקות אחר הכוונה כי הם חיים בעולם אחר. היסטוריונים ינסו למצוא את הכוונה של המחברים באותה התקופה ולהבין למה מתכוונים אז. הסמנטיקה במצב כזה, לפעמים משתנה וההבנה של מילה תהיה שונה מאיך שאנו מבינים אותה כיום.
* האם כל הטקסטים שווים?
* האם כל מטרות הפירוש שוות? האם יש הבדל בין פירוש היסטורי לבין פירוש משפטי הבוחן מה הטקסט אומר היום? אם ננתח את החוקה האמריקאית, היסטוריון ינתח את כוונת המייסדים בעוד שהשופט ישאל מה היא אומרת כיום (יש החולקים והטוענים שעל השופט ללכת על פי דעת ההיסטוריונים). למשל, מה עונש מוות אומר? ההיסטוריון יכול להגיד שמדובר בעונשי אינקוויזיציה ועינויים ולא מוות בעוד השופט יראה זאת כעונש אכזרי ולא יאפשר זאת (בפועל לא קרה אך כן עלה לדיון). דוגמא נוספת, בעניין הפלות. זכות הפרטיות לתת לאישה להפיל אולם ההיסטוריון יכול לטעון שזוהי אינה כוונת המייסדים. ביהמ"ש, שנים רבות לאחר החוקה, קובע שיש לאפשר.

פרשנות ספרותית

גם בפרשנות זו, קשה להזדהות עם התיאוריה של אזר אחר כוונת המחבר.

פרשנות זו שונה **מכמה בחינות** מהטקסט היומיומי:

1. רב משמעויות- יכול להיות שהמחבר התכוון בטקסט לרב משמעויות. משתמש בכוונה בביטויים דו משמעיים או עמומים ולא מתכוון לדבר אחד. אולי אנשי התיאוריה של אזר יטענו כי זה בסדר.
2. מעבר לכוונה- טקסט ספרותי עשוי להכיל מעבר לכוונת המחבר. דברים שהמחבר לא היה מודע אליהם עד הסוף כמו רבדים לא מודעים או רמיזות לשוניות וספרותיות.

בניתוח ספרותי, המשמעות חשובה יותר מהמובן של כוונת המחבר.

אם אנו מוותרים על הקריטריון של כוונת המחבר, איך נבחן מהי פרשנות ספרותית נכונה? קריטריון אחד יהיה המתאים למילים, לסמנטיקה ולתחביר. אבל יש טקסטים שיש להם רבדים שונים של פרשנות ואנו צריכים לחפש את הפרשנות הנכונה. האם כל דבר שמתאים ללשון או שיש קריטריון מעבר לכוונת המחבר? **דוגמא** לקריטריונים: הכוונה המשוערת של המחבר; פרשנות מקובלת בטקסט מסורתי; איזה פירוש עושה את הטקסט יפה/מעניין יותר וכו'.

פרשנות משפטית

אותן **השאלות** עולות בהקשר המשפטי:

1. כוונת המחוקק או פירוש החוק- מה עדיף? האם עדיף חוזה על פי אומד דעת הצדדים או פירוש החוזה על פי שפתו? ברק קורא לכוונת המחוקק "פרשנות סובייקטיבית" בעוד לפירוש החוק הוא קורא "פרשנות אובייקטיבית". ניתן לומר שהמחוקק מכניס את הכוונה שלו בדברי החוק. האם מפרשים לאור דברי ההסבר או שהם עומדים במנותק? זו שאלה שעולה גם בביהמ"ש.
2. פרשנות מילולית או פרשנות תכליתית.
3. פרשנות החוק או פרשנות בהתאם לסביבה החוקית והחוקתית.

**ייחוד** טקסט משפטי ביחס לטקסט ספרותי/היסטורי:

* חוק חובר על-ידי מספר אנשים- האם יש כוונה משותפת? ניתן לטעון שכן ושהיא באה לידי ביטוי בגיבוי דברי ההסבר לחוק אך ניתן גם לטעון שלא ושייתכן והיו למחוקקים מחשבות נוספות.
* מכיל כללים שנועדו להכיל מספר רב ואינסופי של מקרים- הכלל הוא קבוע וצריך לפרש אותו על כל מקרה, דבר העלול לגרום לעיתים לחריגות מכוונת המחבר. המחוקק ידע שהוא קובע כלל משפטי אשר צריך להתאים להרבה מקרים. **הוא יודע מראש שהוא לא יכול לצפות את כל הפרטים, אך הוא יודע שהכל צריך להיכנס לתוך הכלל**. אין צורך להניח שהמחוקק צפה את על המקרים או התכוון לצפות אותם. **הוא בנה תבנית ואנו צריכים לבחון אם המקרה נכנס לתוך התבנית**. כמו מקרה של ירושה. השאלה על כוונת המחוקק היא קונקרטית. האם המחוקק התכוון לתת לרוצח לרשת את הנרצח? נצטרך להגביל את כוונת המחוקק. לכאורה ניתן לטעון שאם המחוקק היה רוצה להגביל, הוא היה מוסיף סעיף על כך .הוא קבע כלל שיתאים למקרים רבים אך לא יכול לצפות את כולם.
* מתקיים לאורך זמן וצריך להתאים לנסיבות משתנות- כמו שכשאנו שואלים אם המחוקק התכוון למקרה מסוים, כך גם נשאל האם המחוקק התכוון לנסיבות הללו. **יכול להיות ששינוי בנסיבות יוביל לשינוי בפרשנות.**
* השתלבות במערכת כללים מורכבת- **כל כלל הוא חלק ממערכת שלמה**. הוא לא עומד לבדו. יש מצבים בהם יהיו מתחים והתנגשויות בין חוקים שונים, אשר המחוקק לא נתן עליהם את הדעת. לאור העובדה שזה חלק משלם, עלינו ליישב בין החוקים.

זה נותן ייחוד למערכת המשפטית. העובדה שיש הקשר נוסף מעבר, אמור להביא לתוצאה צודקת בסכסוך שלפניו. המשמעות המשפטית משפיעה על החלטה קונקרטית בה ביהמ"ש מעוניין לתת תשובה צודקת. ולכן יש שאלות מיוחדות שלא עולות בפרשנות ספרותית או היסטורית.

**תיאוריות משפטיות**

נעבור לתיאוריות משפטיות. נפתח במשפט האמריקאי.

טקסטואליזם

גישתו של השופט סקאליה. הוא היה שומר שמרן בביהמ"ש העליון בארה"ב. הוא דגל בגישת הפרשנות הטקסטואליסטית. כלומר, **התחשבות בטקסט ונתינת משקל לו משום שכך כוונת המחוקק באה לידי ביטוי**. הוא טען שכוונת המחוקק אינה ידועה ולכן אנו צריכים לחתור להבנת הטקסט. בשאלת ההעדפה בין טקסט למחבר, הוא יכריע לטובת הטקסט. הבנת הטקסט הובילה אותו לפרשנות מסוימת- על פי ה**כוונה האובייקטיבית**. (שווה בנפשך שאת הטקסט כתב אדם אינטליגנטי וסביר, מה הוא התכוון לומר?) פרשנות זו מכונה "פרשנות אורגינליסטית", החותרת להבנה של החוק.

הפרשנות המקובלת במשפט האמריקאי, היא "החוקה החיה". הולמס אומר כי החוקה חייבת להיות חיה. היא לא יכולה להישאר קפואה 200 שנה. ולכן, ניתן לתת לה פירושים שונים. השופט סקאליה מתנגד לגישה זו. הוא דוגל בחוקה המקורית, הפורמאלית. הוא התנגד לפירוש שהזכות לפרטיות כוללת בתוכה את איסור ההפלה. לא ניתן לקרוא זאת לתוך החוקה. את החוקה יש לפרש על פי כוונת המחברים המקוריים. לא חותרים להבין אותם באופן אישי, אלא רק למצוא פירוש סביר של המחוקקים. האם בזכות לשוויון התכוונו גם לשחורים? כן, כי החוקה קבעה שכולם שווים בפני האל. הוא לא ידחוף לחוקה פירושים ותכליות שהתווספו לה בעתיד.

על פי סקאליה, הטקסטואליזם היא אינה פשרנות צרה או דווקנית, זו פרשנות סבירה בהתאם להיגיון הטקסט.

**ההצדקה שלו לגישה זו היא פרשנות דמוקרטית**. השופט צריך להיות כפוף לחוקה ולחוק. הטקסט הוא ביטוי של המחוקק והכוונה היא לא ידועה ולכן יש לפרש את החוק בצורה כזו. כלומר, **השופטים אינם מוסמכים ליצור חוק.** **שופטים שמפרשים את החוק בהתאם לכוונה או לתכלית, ממציאים בעצמם תכלית שלא כתובה בחוק רק כדי שיוכלו לפרש את החוק כרצונם**. הפרשנות האמיתית היא נאמנות למילים. לא מחפשים כוונה אלא מחפשים פירוש סביר.

פרשנות נאמנה: תלתא משמע- חיים כהן

חיים כהן במאמרו מדבר על נאמנויות השופט, מדרג אותן ומסביר מהי החובה.

**3 נאמנויות**:

1. ללשון החוק- פרשנות מילולית. נובעת משלטון החוק. אם מקבלים את עקרון זה, יש להניח נאמנות. הפרשנות ללשון היא חשובה ביותר **מכמה נימוקים**:
2. **ודאות**. הלשון נותנת ודאות לדין. החוק אומר דבר מה ואנו מצופים לנהוג לפיו. פרשנות מנוגדת, תפגע בוודאות החוק.
3. **פומביות**. כך החוק ידוע ומפורסם לכולם.
4. **שוויון**. נאמנות ללשון מבטיחה שוויון. כאשר שופט חורג מהפרשנות המילולית וקובע על פי פרשנויות שלא מתאימות, זה פותח פתח ששופטים יפרשו כרצונם, בין אם בהתאם ללשון ובין אם לא, אשר עלול ליצור מצב של אי-שוויון.
5. לרוח החוק- היחס בין מילולי לכוונה. יש לראות את הכוונה/ טעם/התכלית של החוק. כפי שהשופט אלרון טען "חוק ללא טעם, הוא כמו גוף ללא נשמה". **הטעם נותן חיים לחוק**. הכללים אינם שרירותיים וללא הבנת הכלל, זה עלול להשפיע על הפירוש ולהיות שרירותי. **הטעם נותן לחוק צדק**.

חיים מציג מדרגות. קודם מפרשים על פי לשון החוק. אם החוק עדיין לא מובן ועדיין יכול להשתמע לכמה כיוונים, אז מכריעים על פי רוח החוק.

1. לרוח המחוקק- עקרון קצת מסובך. "עקרון יסוד של השיטה" מפרש את החוק בהתאם לעקרונות היסוד, לדמוקרטיה ולחירות האדם.

זוהי גישה פרשנית שונה לחלוטין מזו של סקאליה. הוא יטען שהכנסת התכלית היא בעייתית. שזה מניפולטיבי. כהן יטען שזוהי הדרגה השנייה. איפה שהלשון לא נותנת פתרון בגלל שהיא עמומה, לא ניתן לעצור בה, אלא חייבים להתקדם לתכלית. **לפי כהן, לא ניתן להבין כלל משפטי, ללא להבין את התכלית שלו**. במקום בו יש מבוי סתום, יש להשתמש בתכלית על מנת להכריע בשאלה. במקום בו ניתן להכריע אך התוצאה תהיה נוגדת לעקרונות השיטה, אז נעבור לשיטה 3.

**בפס"ד פלוני נ' פלונית**, האם הכריעו דרך פרשנות? דעת הרוב הכניסה את המקרה לתוך "אי מסוגלות הורית" בעוד השופט לוין הכניס זאת ל-"חסר הסמוי" ול-"פרשנות מרחיבה". מה זה פרשנות מרחיבה? שימוש בעקרונות היסוד של המשפט. ב**פרשת ירדור**, השופט אגרנט טען שיש לפרש את סמכות הוועדה לפי עקרונות היסוד של השיטה- שמדינת ישראל היא יהודית ודמוקרטית. אנחנו נותנים פרשנות מרחיבה למה שכתוב בחוק.

אז דיברנו על סקאליה מצד אחד ועל כהן מצד שני. נרצה לדון יותר בהרחבה באלטרנטיבה המשמעותית שצמחה לסקאליה מדוורקין. במאמר שלו, "פרשנות משפטית", הוא מציע תיאוריה רחבה יותר לפרשנות משפטית של הוויכוח בין נאמנות לחוק לבין מחויבות לפתרון צודק.

לפי הגישה הריאליסטית-פרגמטיסטית, יש מחויבות לחוק אבל צריך לתת לו את הפירוש הצודק ביותר. כאשר נתקלים במקרה, קוראים את החוק, אך לא מהססים לסטות ממנו או לפרשו בצורה חריגה, על מנת לפרשו בצורה צודקת. גישה זו מייצגת את השופט פוזנר. לפיו, מחויבות השופט לחוק היא בסיסית אולם הוא יכול לסטות ממנה כדי להגיע לתוצאה צודקת. **במאמר של דוורקין, הוא מנסה להציג תיאוריה שלמה של הפרשנות**. הוא יקרא לה "אינטגריטי"- פרשנות שלמה, והוא יציע דרך להגדיר מהי פרשנות נכונה לטקסט וכיצד היא יכולה להתחשב, מצד אחד, בקיים, ומצד שני, לא להיות מחויב לו.

אינטגריטי

**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".**

לפי דעתו, הפרשנות הנכונה צריכה להתאים ל**שלושה עקרונות**:

1. צדק
2. הגינות
3. הליך הוגן

באופן זה, הוא מזכיר את גישתו של כהן.

בנוסף, הוא מדבר על המסורת המשפטית של הקהילה. אנו רוצים לפרש את מסורת זו, את החוקים והתקדימים, אך עלינו לפרש אותה באופן הטוב/הנכון ביותר. במובן זה, הוא שונה מהגישה הפרגמטית, שאומרת שיש לתת פירוש נכון ולהסתדר איכשהו עם החוק, אך הוא גם שונה מהגישה של סקאליה, המחויב ללשון החוק. **הוא מנסה לשמור על המסורת הקהילתית, מצד אחד, אך גם לא להיות מחויב לפרשנות טקסטואלית ואורגינליסטית, מצד שני**. הוא מנסה להתאים אותם לעקרונות הצדק.

**שיעור 21- תורת הפרשנות של דוורקין- 9.6**

תודה לכל מי ששלח/ה לי סיכום!

חזרה על השיעור הקודם.

דוורקין מוציא מאמר, לו קורא "המשפט כפרשנות". הכותרת ממצה בצורה יפה את התפיסה שלו. המאמר היה גרסה מוקדמת (ומעט מקוצרת) של הפרק בספרו "las empire", בו איגד מאמרים שלו, והציג את תורתו.

הוא מתחיל בהצגה של **2 ניגודים**:

1. פוזיטיביזם ומשפט הטבעי- הוא מתחיל לדבר על הניגוד בין שתי גישות אלה והוא ממקם את עצמו באמצע. הוא לא משייך את עצמו אליהן.

מהו הפוזיטיביזם? **קביעת תיאוריות מה אומר החוק**. מותר או אסור, חייב או פטור. הם מכירים בחוק, רואים בו כנתון, כעובדה חברתית שזהו המשפט. מה תפקיד השופט? לזהות את המשפט ולהכילו. השופט צריך לתאר את מה שהחוק אומר.

מהו המשפט הטבעי? לא מסתפק בכך **וקובע קביעות נורמטיביות של מה שראוי ורצוי שיאמר החוק**. הוא לא מקבל את ההבחנה בין רצוי למצוי. אי אפשר להסתפק רק במשפט המצוי ולכן יש לשלב קביעות נורמטיביות לגבי המשפט הרצוי. אנשי משפט הטבע מכניסים למשפט את התפיסות המוסריות האידיאליות מה רצוי. הטענה נגדם היא שהקביעות אולי רצויות אך לא נקבעו על-ידי החברה באופן לגיטימי וזה פותח פתח לקביעות סובייקטיביות של השופט ולא נהנות מהלגיטימציה של המשפט.

דוורקין רואה את **הפרשנות כמחייבת עיגון הרצוי בחוק המצוי**. תפקיד הפרשנות הוא לעגן את הקביעות הרצויות ולהראות שהן הפירוש הנכון של החוק. אם נפרש באופן פשטני, יכולה להתרחש סתירה אולם אם נפרש באופן משוכלל ומפותח, אז נוכל לעגן את המשפט הרצוי בדין המצוי, ובכך לגשר. הפרשנות היא מהלך קריטי בתורת המשפט. לא רק פעולה. מובן הפרשנות לא רק במובן טקסטואלי, כמו חוזה או חוק, אלא בעצם כולל בתוכו את כל הפעלת המשפט. **כל החלטה שיפוטית היא פרשנית, גם אם היא לא מפרשת טקסט בצורה ברורה.** תפקידה הוא לגשר בין המשפט המצוי (החלטות תקדימיות/חוקים) לבין הדין הרצוי ולכן בהחלטה הזו תמיד יהיה מימד פרשני. זהו המקום הראשוני. המשפט כולו הוא פעולה פרשנית. הוא לא מסתפק בעמדה הארטיאנית שאומרת שיש גרעין של כלל שברוב המקרים נחיל אותו ונדון בשאלות פרשניות במקום שיש עמימות או כשאין כלל ויש צורך להפעיל שק"ד. לפי דוורקין, **מושג הפרשנות רחב הרבה יותר** וכולל את הגישור בין המשפט הרצוי למצוי.

1. קונבנציונאליזם ופרגמטיזם- מה זה קונבנציונאליזם? **מבט לאחור- לחקיקה ולתקדימים**. **התבססות על הסכמות חברתיות ופוליטיות שיוצרות את החוק**. כלומר, חקיקה ופסיקה. זאת העמדה הקלאסית. בעצם השופט מסתכל אחורה ובוחן את התשובה לשאלה.

בניגוד לעמדה זו, עומדים הריאליסטים בטענה שלא ניתן להסתמך על כך משום שלפעמים יש צורך בהחלטות חדשות.

מה זה הפרגמטיזם? **מבט לפנים- לפתרון הנכון**. הפרגמטיסטים צמחו מתוך הגישה הריאליסטית אשר אומרת שאין בחוק תשובה לכל שאלה. **מחפשים פתרון טוב לשאלה המשפטית. טוב=צודק, יעיל**. הם לא מסתכלים על החוק. בעיניהם הוא משקולת. החובה הראשונית היא לחוק. הם יכולים להתחיל מהחוק אבל אם הפתרון החוקי לא מספיק טוב/לא צודק (מבחינה כלכלית)/לא נכון (מבחינה חברתית), אז הפרגמטיסט ייתן את הפתרון הטוב ויסביר מדוע הפתרון אינו טוב. הוא לא צריך לעבוד קשה כי הוא תופס את מחויבותו לחוק כחובה לכאורה.

יש **מספר ביקורות** לגישה זו:

1. **לגיטימציה**. תפקיד השופט הוא להחיל את החוק. הפרגמטיסט מוותר על כך בקלות.
2. **פגיעה בחוק**. בעיות של שלטון החוק ופגיעה בוודאות.
3. **סובייקטיביות**. השופט הופך לסובייקטיבי. המשפט מניח כפיפות לשלטון החוק. אם השופט יטען שהוא לא נותן תשובה מדויקת ויפנה למקומות אחרים, הוא בעצם יערער את המשמעות של החוק בכלל.

דוורקין לא מוכן לבחור בין הקטבים. הקוטב הקונבנציונאלי אומנם נאמן לחוק ומשרת אינטרסים של וודאות אבל הוא עשוי להביא לפתרון לא צודק במקרים מסוימים. גם הקוטב הפרגמטי סובל מפגמים משל עצמו. דוורקין סבור שהמושג שעוזר לו להתגבר על פער זה הוא **הפרשנות שנותנת מבט לפנים ולאחור**. פרשנות זו מחויבת לחוק, לא מדלגת מעליו בקלות ועוברת לפתרון הפרגמטי. אבל היא גם לא תקועה בחוק אלא רואה את הפתרון הרצוי לנגד עיניה ומנסה לגשר בין החוק לבין הפתרון הרצוי. הפרשנות בעיניו היא כלי מרכזי בפעולה משפטית. זו גם הסיבה למה הוא קורא למאמרו "המשפט כפרשנות"- כל פעולה משפטית היא פרשנות ביחס לפעולות הקודמות. בספרו הוא מגדיר זאת כ- "המשפט כשלמות/יושרה" (law as integrity). **שלמות**- מחזיקים את המקל בשני הצדדים. מסתכלים קדימה ואחורה. **יושרה**- מכניסים לחוק יסודות של יושרה. גישת המשפט כאינטגריטי מחויבת למסורת המשפטית ומחויבת לפתרון הצודק. מגשרת בין העבר לעתיד.

זו הייתה הקדמה לאיזו בעיה הפרשנות באה לפתור ואילו פתרונות יש לה. כעת נספק תיאוריה מפורטת יותר שתסביר כיצד שופטים צריכים לפרש את החוק בפועל. על פי אילו עקרונות.

פרשנות ספרותית

דוורקין מתחיל ברעיון הפרשנות הספרותית בשנות ה-80. בעולם הספרות יש דיונים מפותחים של מהי פרשנות ספרותית ולכן הוא לוקח את מה שאנו יודעים על זה ומעוניין ללמוד ולהשתמש בה.

**התיזה האסתטית**

על פי דוורקין, העיקרון המרכזי בפרשנות ספרותית הוא המוטיב של התזה האסתטית. תזה זו אומרת **שפירוש טוב ליצירה ספרותית הוא זה שמאיר אותה באור הטוב ביותר, באופן המעניין והאסתטי ביותר**. "**קריאה של חסד**"- קוראים טקסט ומעריכים אותו. לא מבקרים מיד. מבחינה מתודית, לא קוטלים מיד אלא מנסים לקרוא אותו באופן הטוב ביותר שניתן. היצירה לאחר פירוש הקורא/המבקר הספרותי, תהיה הכי יפה מבחינה אסתטית והכי מעניינת מבחינה אינטלקטואלית. מראים שהסיום הוא כמו הפתיחה שיש למבנה. כמובן, כאשר שואלים מה הוא הפירוש הנכון, **הכוונה היא לא להמציא מידע מהטקסט**. זה יהיה שגוי. בהנחה שתנאי הסף זה מתקיים (שהפרשן מראה שהפירוש שלו משתלב עם היצירה), אז נבחר בפירוש שמאיר את היצירה באופן הטוב והאסתטי ביותר. זה לב העניין של קריאה ספרותית.

**ביקורות ותגובות**:

1. סובייקטיבית- גם אם הקורא עושה מאמץ, הוא מכניס את התמונה שלו לטקסט ולכן **יש בקריאה זו יסוד סובייקטיבי**. עצם השאלה מהו הפירוש שמאיר באופן הטוב ביותר הוא בעצמו יכול להיות נתון לוויכוח.

* העובדה שלא ניתן להוכיח מהו הפירוש הנכון ביותר, **לא אומרת שאין תיאוריה טובה יותר**. כלומר, דוורקין מדוע לזה שלא ניתן להוכיח פרשנות ספרותית. השאלה עצמה שנויה במחלוקת. כאשר מפרשים טקסט, רוצים לתת לו את הפירוש הטוב ביותר ולכן הולכים על פי התיאוריה לפירוש הטובה ביותר, גם אם לא נסכים מהו.

1. חוסר תיאום לכוונת המחבר- **התזה אינה תואמת את כוונת המחבר**. כקורא, אני מחפש את הפירוש הכי יפה והכי מעניין אבל מי אמר שזו כוונת המחבר? אם הקריטריון הוא אסתטי, אנו מוותרים מראש על הקריטריון של כוונת המחבר.

* **כוונת המחבר אינה מכריעה**. יש כוונות לא מודעות. אפשר להחליט שמה שמעניין הוא היצירה ולא הכוונה. כלומר, **רואים ביצירה יותר מאשר ממה שהמחבר התכוון** כאשר כתב אותה. היא יכולה להכיל משמעויות מעבר. צריך כמובן להוכיח את הפירוש בתוך היצירה.

אז מה ניתן ללמוד מהתיאוריות של ספרות על המשפט? דוורקין בעצם מוותר על קריטריון כוונת המחבר. יש יסודות סובייקטיביים במובן שלא ניתן להוכחה מתמטית אבל צריכים לעמוד במסגרת התיאוריה.

ניסוי רומן שרשרת

דוורקין מציע ניסוי מעניין. הוא רוצה להראות ולחדד את עניין הכוונה שבטקסט עם מספר מחברים לאורך זמן.

המשימה: קבוצת אנשים צריכה לכתוב רומן בהמשכים כאשר כל אחד כותב פרק אחד.

השאלה: מהם עקרונות הפעולה שלפיהם צריך כל מחבר לפעול כאשר הוא כותב פרק חדש?

**שני עקרונות** **מרכזיים**:

1. עיקרון ההתאמה (fit)- **הפרק המתאים באופן בסיסי לפרק הקודם**. אותן דמויות, אותו הקשר חברתי והיסטורי. אבל גם דברים עמוקים יותר כמו אופי הדמויות. כאשר נקבע אופי, זה לא יהיה מתאים שדמות תעשה דבר שלא באופי שלה.
2. הארה באור הטוב ביותר (best light)- לא רק שהפרק החדש יהיה יפה, **אלא יאיר גם את הפרק לפניו באור מעניין**. יש להביא פרטים המופיעים בפרקים הקודמים. למשל פרקים שהופיעו בפרקים הראשונים, צריכים למלא תפקיד בפרק בעתיד.

דוורקין מכניס כאן את התזה האסתטית.

מדוע הוא בוחר בדוגמא הזו לתיאוריה הפרשנית שלו?

משום שהוא רואה את השופט בפס"ד כמחבר ברומן מתמשך/יצירה מתמשכת. השופט צריך לתפוס עצמו כך ולהבין שיש חוקים, תקדימים ומסורת לפניו, הקובעים עקרונות משפטיים. כאשר יש שאלה משפטית חדשה, השופט צריך לראות עצמו ככותב פרק חדש. ולכן, את שני העקרונות הפעולה הקיימים על המחברים, יש להחיל על השופט.

**שני עקרונות פעולה**:

1. התאמה- **פס"ד צריך להתאים למסורת המשפטית**. לא ניתן לקבוע פס"ד המנותק מהחוקים או מתקדימים. במובן זה, הוא **שונה מהפרגמטיסטים** המציעים פתרון טוב ללא התחשבות בעבר.
2. הארה- השופט בפס"ד צריך להאיר את המשפט באור הטוב ביותר, הצודק ביותר. כאן דוורקין מציין שלהבדיל מהתזה האסתטית (שהיא עיקרון הפרשנות של היצירה הספרותית), **התזה המחייבת במשפט היא התזה של הצדק**. אם המבחן בספרות היה מה יותר אסתטי, במשפט השאלה היא מה יותר צודק.

פרשנות אמיתית

דוורקין מגדיר פרשנות כ-"**קביעות משפטיות הן אמיתיות אם הן נובעות מ-/מתאימות לעקרונות של צדק, הגינות והליך הוגן, ומספקות את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה".**

לפי גישה זו, של משפט כשלמות, קביעות משפטיות יהיו אמיתיות אם יקיימו תנאים אלו.

**שני יסודות**:

1. הכנסת עקרונות- דוורקין מכניס עקרונות לתוך הפרשנות. **פרשנות משפטית צריכה להתאים לעקרונות צדק, הגינות והליך הוגן** (מתאים להליך של החוק. פרוצדורה הוגנת).
2. הפרשנות הטובה ביותר- החלטות לא נובעות רק מעקרונות ולהיות צודקות/הוגנות, הן **צריכות להיות קשורות למסורת המשפטית** (לתקדימים ולחוקים).

מדוע דוורקין מעלה רק את עקרונות אלה? דוורקין בעצם **מאפשר לשופט מרחב פעולה רחב לפרשנות שלו**. וזאת משום שהוא לא חייב להיות נאמן בדיוק לחוק הקיים ולתקדימים, אלא הוא צריך לפרש את החוק באופן הטוב והצודק ביותר. **הוא נותן כלים לחרוג מהפסיקה**. כאשר מדובר על פרשנות, הוא לא מתכוון למובן הצר שלה, אלא **ניתן לראות כל החלטה שיפוטית כפרשנות של המסורת של הקהילה**. תפקיד השופט הוא לקבל החלטה צודקת ולפרש את החוק נכון בעצם קיומו. אם ברור שהחוק ייתן החלטה שתגרום לעוול, ברור שזו פרשנות לא טובה למסורת.

הערכה

עד כמה דוורקין נשאר נאמן לתפקיד השופט שתיאר במאמריו הקודמים?

במאמר "model of rules" ראינו שהוא אומר שבגלל שהשופט מיישם את העקרונות המשפטיים ואת המשפט, אין לו בעצם שק"ד. פה דוורקין נותן תיאוריה פרשנית מפורטת יותר, שלא הייתה קודם לכן, על איך השופט צריך לפרש את החוק ולפסוק. של התאמה והאור הטוב ביותר.

על פי דוורקין, פרשנות זה לא דבר חוץ משפטי. הוא לא מקבל את ההבחנה בין אם יש או אין פתרון בחוק. מכריעים לפי שיקולים פנים משפטיים בלבד. בעצם, **כל החלטות השופט הן במסגרת המשפט ומכניס לתוכה את עקרונות הצדק, ההגינות וההליך ההוגן**. במובן זה, הוא ממשיך את אותו קו מחשבה.

בנוסף, הוא ממשיך את התפיסה של תשובה משפטית נכונה. **תשובות משפטיות הן אמיתיות והשופט צריך לחתור להחלטה נכונה ככל שזה אפשרי**. הוא נותן קנה מידה מופשט ולא אובייקטיבי אבל גם ברמה זו, השופט צריך לחתור לנקודה הנכונה ולהתאים לעקרונות.

בניגוד לאמירתו שבשורה התחתונה, אין לשופט שק"ד, אלא הוא מיישם חוק, כאן **לשופט יש תפקיד יצירתי**. דוורקין שם את השופט בתור מחבר של פרק חדש. כמובן שהוא כפוף לפרקים הקודמים, אך הוא עדיין יוצר דבר חדש ולכן יש מימד יצירתי וברור יותר. יש פה **הודאה של דוורקין בתפקיד היצירתי של השופט**. יש כאן מעין התפתחות.

צריך לשים לב למעבר מהמושגים של שק"ד ופרשנות על מנת להסביר החלטה שיפוטית.

שק"ד מבטאת את סמכותו של השופט ליצור דין חדש. **במאמרים הראשונים**, מסוף שנות ה-60 וה-70 ("model of rules" ו- "hard cases"), **הוא חלק על הארט אבל נשאר בעולם המושגים** אותו קבע הארט. עולם של שק"ד שיפוטי. הארט אומר שבמקרים קשים השופט מפעיל שק"ד בעוד דוורקין טוען שאין שק"ד גם במקרים קשים, אלא השופט מיישם עקרונות במשפט. במקום בו הדין ברור, יש להפעיל את הדין. במקום בו הדין לא ברור, המשפט משאיר רקמה פתוחה, בין אם במושגים, בין אם בעמימות ובין אם חוסר התייחסות (כמו בנחמני), ונצטרך להשלים. הארט מתייחס להשלמה במקום בו יש עמימות. פרשנות היא מעין שק"ד. הביטוי "פרשנות" אינו מוזכר במאמרים הראשוניים. שק"ד הייתה המסגרת המושגית בה דיבר. בשנות ה-80 הוא "מגלה" את מושג הפרשנות ומפתח אותו במאמר ובספרו. **פרשנות היא ביטוי לכך שהשופט מגלה את הדין בחוק.** הוא מציג תיאוריה של המשפט כפרשנות. תיאוריה זו היא מפותחת יותר וקושרת בין הדין המצוי לרצוי. **היא מבטאת יסוד יצירתי אצל השופט כפרשן, מצד אחד, וקושרת אותו למסורת המשפטית הקיימת, מצד שני.** בהתחלה, דוורקין ראה את תפיסתו של הארט על המשפט כצרה, אשר רואה רק את הכללים. הוא מנגד, רואה את המשפט כעולם עשיר יותר המכיל בתוכו גם עקרונות ולכן אין זה משאיר לשופט מקום של שק"ד. בעיני הארט, הפרשנות היא מעין הסוואה להפעלת שק"ד של שופט. מושג הפרשנות עזר לדוורקין להגדיר את תפקיד השופט במקרים קשים. השופט עוסק בפרשנות. הוא החליף את המסגרת המושגית של הארט של שק"ד ,למושג הפרשנות. **שק"ד פירושה סמכות לשופט להחליט מה שבמשפט אין תשובה. פרשנות פירושה לתת החלטה שתפרש את המסורת המשפטית**. היא לא תיצור דבר חדש. המשפט אומר זאת על-ידי כללים ועקרונות והשופט מפרש את החוק.

דוורקין בעצם דוחה את ההגדרה של הארט, לא רק במקרים הקשים, אלא אף במקרים הקלים. לפי דוורקין, בכל המקרים, השופט מפעיל פרשנות, וזה מאפשר לו להיות מחויב לכללים. גם במקום שיש דין, השופט יכול לחרוג ממנו כי הוא תמיד נותן פרשנות. החידוש- משפט מכיל עקרונות, תזה מתאימה לכל משפט. השופט כמיישם החוק. דוורקין נשאר נאמן אך החליף את השימוש למושג הפרשנות. מצד אחד, הכיר את התפקיד היצירתי של השופט כפרשן אך מצד שני גם כמיישם על פי מושג הפרשנות. כלי רחב של השופט תוך הפעלת שק"ד חלשה.

בשלישי נדבר על תורת הפרשנות של השופט ברק.

ברק פרסם ב-1988 את ספרו "שיקול דעת שיפוטי". באותו הזמן, זהו היה ספר חשוב מאוד. כשופט בעליון, הוא נחשף יותר למשפט הציבורי ולתורת המשפט. הוא רוצה ליצור שיטה להחלטות שלו כשופט, ולכן הוא קובע כיצד שופט קובע שק"ד שיפוטי. הדבר המעניין הוא שבשנות ה-90, הוא עבר לספר שנקרא "תורת הפרשנות". כמו דוורקין, הוא עובר שינוי מושגי ממושג של שק"ד שיפוטי למושג הפרשנות. הוא מודה שזה בהשפעתו של דוורקין אך שהוא עדיין לא מסכים איתו בהכל. אנו נראה את התיאוריה של ברק ונשווה אותה לתפיסה של דוורקין, כפי שהוא עושה בעצמו.

**שיעור 22- תורת הפרשנות התכליתית של אהרון ברק- 14.6**

תודה לכל מי ששלח/ה לי סיכום!

חזרה על השיעור הקודם. לאחר התורות הקדומות שדנו בהן, אנו נדבר על תורתו של ברק. הוא מציג תיאוריה מפורטת של פרשנות הפרוסה על פני 6 ספרים עבי כרס. תיאוריה זו יצאה גם באנגלית בשל נוכחותה בשדה הבינלאומי של הפרשנות. כמובן שיש לה חשיבות בפני עצמה במשפט הישראלי. יהיה מעניין להשוות אותה לתיאוריות אחרות שלמדנו.

הדבר יוצא הדופן במשפט הישראלי, בהשוואה למשפטים אחרים (האמריקאי או האירופאיים), היא ש**התיאוריה הפרשנית נקבעה כהלכה**. זהו דבר שלא מקובל בעולם. במקומות אחרים יש כמה תיאוריות וכל שופט משתמש בתיאוריה אחרת. התיאוריה התיאורטית של דוורקין פחות מצוטטת בפסקי דין. השופט סקאליה ישתמש בתיאוריה הטקסטואלית שלו ויש שופטים שישתמשו בפרשנות חוקתית- "חוקה חיה". בישראל, התיאוריה הפרשנית נקבעה כהלכה, באופן חריג, ונתקשה למצוא אנשים שיחלקו עליה.

אנו נלמד את התיאוריה באופן תמציתי, שכן היא פרוסה על כל השדה המשפטי. ברק עצמו עבר שינוי מהתפיסה של החלטות שיפוטיות במסגרת שיקול-הדעת השיפוטי, אשר הציג בשנות ה-80, לתפיסה בה אימץ את המושג "פרשנות" כמושג מפתח להחלטות פרשניות, בשנות ה-90. **מושג הפרשנות נהפך למושג המרכזי ביותר בהחלטות שיפוטיות.**

ברק מציג את הדילמה הפרשנית- מהו פירוש נכון לטקסט?

**שתי גישות** מקוטבות:

1. כוונת המחבר- גישה סובייקטיבית. האם פרשנות צריכה לשאוף לכוונת המחבר?
2. פרשנות טובה- גישה אובייקטיבית. האם פרשנות צריכה לספק את הפירוש הטוב ביותר לטקסט?

כבר בשלב זה הוא מעלה אפשרות של שילוב בין שני הקטבים. וכך נראה גם בתיאוריה שלו.

בעצם השאלה היא **מה הוא תפקידו של הקורא/הפרשן**? האם גילוי או יצירה? עניין הקורא הוא סובייקטיבי בעוד עניין הפרשן יכול להיות אובייקטיבי.

אחת מעוצמותיו של ברק היא שבתיאוריה שלו הוא **מדבר על פרשנות במובן רחב ובכך לא רק מדבר על פירוש לחוק (**צוואה, חוזה, חוק חוקה...) **אלא גם לטקסטים משפטיים**. לכל טקסט יש כמובן התאמה מיוחדת אולם בבסיס, התיאוריה היא מקיפה. כשדיברנו על סקאליה, דנו בשאלה האם יש לפרש את החוק כחיה או כאורגינלית וכן דנו בפרשנות החוקים ובכוונת המחוקק. אחת העוצמות של התזה של ברק היא שהיא לא מוגבלת לחוק אלא לכל הטקסטים המשפטיים. היא מקיפה להכל.

לפי ברק, **"לטקסט משפטי יש לתת את הפירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט"**. ברק מניח שלכל נורמה משפטית יש תכלית. נורמה משפטית חסרת תכלית היא חסרת פשר ושרירותית. אם אומרים לאדם ללכת עם כובע אדום, האם יש סיבה לכך? אולי בכדי לסמן אך אם אין סיבה, זה סתם עניין של שליט כוחני. ההנחה שלנו היא שהמחוקק לא עושה דברים שרירותיים וחסרי פשר. הטענה של ברק היא **שפירוש נכון של הטקסט הוא כזה שמקיים את התכלית שלו**. ברק מכריע בשאלה בין פרשנות מילולית לבין פרשנות תכליתית וקובע כי בתחום המשפט, יש עדיפות לפרשנות תכליתית. כלומר, פרשנות מילולית גרידא, ללא הגשמת התכלית, הופכת את הנורמה לחסרת טעם. כאשר נמצאים בדילמה פרשנית, צריך לבחור בפירוש המקיים את תכלית הנורמה בצורה הטובה ביותר. בנורמה יש ביטוי לתכלית שהיא נועדה להגשים.

תכלית

נבין את מושג ה-"תכלית". ברק מנגיד מושג זה למושג הכוונה. כלומר, פירוש נורמה לפי תכלית זה לא לפי כוונת המחבר.

מספר **סיבות**:

1. מושג נורמטיבי- להבדיל כוונה, שהיא מושג פסיכולוגי. החידוש הוא היות התכלית מושג נורמטיבי.
2. פרשנות דינמית.
3. תכלית אובייקטיבית- התכלית העולה מן הנורמה. תכלית אשר הפרשן קובע ולכן היא יכולה להיות שונה מהתכלית הסובייקטיבית. זוהי תכלית נורמטיבית דינמית. היא משתנה ולא קבועה. ברק רואה בה כעיקר. קובעים דבר שהוא מעבר לכוונה ותוך התחשבות בגורמים שונים.
4. תכלית סובייקטיבית- התכלית שמחבר הטקסט המשפטי התכוון אליה. נק' המוצא של ברק היא שלכל טקסט יש תכלית. יש טעמים לקביעת הכללים במיוחד כשזה מגיע מהמחוקק. תכלית סובייקטיבית משקפת את כוונת המחבר. ברק מעדיף את התכלית על פני הכוונה בין השאר בגלל שכוונה במקום מסוים נעלמת. אין גישה ישירה למחבר הטקסט. בעצם מתחילים מהתכלית הסובייקטיבית אך היא אינה היחידה ולא העיקרית.

**דוגמא**: בכל מדינות העולם המערבי, יש איסור על ביגמיה (ריבוי נשים). אדם לא יכול לשאת יותר מאישה אחת. בישראל זה אף עבירה פלילית. מהי תכלית החוק? שוויון, הגנה על חלשים. במדינות מוסלמיות, אין איסור כזה שכן לפי האסלאם זה מותר. עובדה זו מעידה כי מקור האיסור הוא מקור דתי (בעיקר בנצרות). היה פס"ד בו היה ניסיון לאפשר זאת. גבר מוסלמי עתר לביהמ"ש בטענה שהחוק פוגע בו בכך שהוא מונע ממנו לקיים את המצווה לשאת 4 נשים. ביהמ"ש דחה טענתו בכך שאין חובה לשאת, זה מותר. ביהמ"ש בעצם קבע חופש דת- יש אפשרות לקיים מה שהדת מחייבת, אך לא מה שהיא מתירה. בארה"ב היה מקרה בו גבר טען כי יש לו חובה לשאת יותר מאישה אחת. היה נימוק הנורמוני, אין לכפות נורמות נוצריות. ביהמ"ש לא נימק את החלטות בנימוק דתי, אלא בטענה לשוויון האישה. ערך השוויון עולה על חופש הדת. איסור הביגמיה הוא כבר לא רק איסור דתי, הוא קיבל פירוש אזרחי. **הפירוש הדתי נהפך לפירוש אזרחי**. אנו רואים כאן **דינמיות של תכלית האיסור**. המדינות המודרניות לקחו חוק בעל נימוק דתי, והעניקו לו פירוש חדש ובעצם תכלית חדשה. לפעמים תכלית נשארת אותו הדבר היא פשוט מתפרשת באופן שונה. אנו לא מחויבים לתכלית ולכן קביעתה היא אובייקטיבית ולא כפופה להיסטוריה.

מהי ההצדקה לסטייה מהתכלית הסובייקטיבית לתכלית אובייקטיבית?

יש שיקולים שונים. השיקולים המרכזיים הם עיקרון שלטון החוק ושיקולי דמוקרטיה והפרדת רשויות. הם תומכים בהעדפת כוונת המחוקק שכן הוא הנבחר והוא זה שקבע את החוק.

**שיקולים** התומכים בפרשנות דינמית:

1. עקרונות השיטה- כוונת המחוקק יכולה להיות אחרת אך יש להתחשב בעקרונות חוקתיים של השיטה.
2. דינמיות והשתנות של החיים.
3. שיקולים פרשניים- ברק מוסיף. לפעמים הכוונה נעלמת או לא ברורה. כאשר אנו עוסקים במציאת הכוונה, אנו נמצאים במצב של אי ידיעה. ראינו דילמה דומה כאשר עסקנו בפרשנות ספרותית אצל דוורקין. אנו לא מעוניינים בפרשנות היוצר על היצירה. דבר דומה נאמר על החוק.

שיקולים אלו יכריעו בסוגי טקסטים שונים. ברק לא מבטל את כוונת המחבר והפרשנות הסובייקטיבית אלא אומר שיש לשקול אותם בהתאם לטקסטים ולנסיבות השונות. ולכן הוא מציג את הגישה שלו כ- סובייקטיבית-אובייקטיבית, עם שני היסודות. **משלב יסודות סובייקטיביים ואובייקטיביים ורואה מתי יש טעמים להתחשב יותר בכוונה ובתכלית סובייקטיבית ומתי להתחשב יותר בתכלית אובייקטיבית.**

תכלית אובייקטיבית

זוהי התכלית העיקרית אצל ברק בפרשנות החוקים והחוקה. זהו מושג מורכב ממכלול תכליות.

מה היחס בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית?

**שלושת יסודות** הפרשנות התכלית:

1. לשון- קובעת את גבולות הפרשנות. פרשן אינו יכול לתת לטקסט פירוש שהלשון אינה יכולה לשאת. הלשון יכולה להתפרש בדרכים שונות אבל בסוף היא קובעת את הגבולות. כל ביטוי לשוני מכיל מימד של עמימות או ריבוי משמעות (כמו דוורקין).

חיים כהן טען שכאשר קוראים טקסט, יש להכריע את המקרה על פי הלשון ונתחשב בתכלית רק כאשר הלשון אינה ברור. ברק מתנגד לכך וטוען שכאשר קוראים את החוק, יש לחפש קודם את ריבוי המשמעויות שבו. לא נותנים מובן אחד אלא כמה. בשלב הראשון, בודקים את גבולות המשמעות הלשונית ובשלב השני בוחרים את הפירוש שיגשים את התכלית הטובה ביותר. לדוגמא: מה ההגדרה של כלי רכב? בודקים את גבולות הלשון ואז בוחרים את הפירוש המתאים בהתאם לתכלית החוק (ביטחון/שקט/אוויר צח). ברק לא רואה את הלשון כעומדת בפני עצמה, אין מובן אינטואיטיבי. כל טקסט צריך פרשנות. במקום בו מתעוררת שאלה, אנו ניעזר בתכלית כדי להכריע בין האפשרויות השונות. הלשון לא מכריעה. **לא ניתן לפרש טקסט רק על פי הלשון. נשתמש בלשון רק כפירוש ראשוני בסיסי.**

1. תכלית- מושג נורמטיבי הנקבע על-ידי הפרשן ולפי מקורות מגוונים.
2. שיקול דעת- על פי ברק, בתכלית יש מרכיב גדול של שק"ד. זהו בניגוד לטענת דוורקין שהפרשנות כמוליכה למקום מסוים. יש לאזן בין כוונה לתכלית, בין רמות הפשטה שונות ובין סוגי טקסטים משפטיים שונים.

ברק מכניס את מושג שק"ד בגלל שפרשנות היא החלטה נורמטיבית. פרשנות היא מתן תכלית אובייקטיבית של הטקסט. ברק מטשטש את ההבחנה בין שק"ד השופט לבין פרשנות הטקסט. גילוי הטקסט כולל שק"ד.

פרשנות **טקסטים שונים**:

* צוואה- הוראה של המצווה כיצד לחלק את רכושו לאחר מותו. הטקסט הכי סובייקטיבי שבו יש משקל גדול ומכריע לכוונת המחבר. בסופו של דבר, התכלית המרכזית של צוואה היא להגשים את רצון המצווה. אופי הטקסט נותן משקל מכריע לתכלית הסובייקטיבית- כוונת המחבר. כאשר יש שאלה של פרשנות הצוואה, נבחן את עקביות מחבר הצוואה.
* חוזה- צעד אחד מעבר לכוונה. בחוזה יש כבר שני צדדים (ואפילו יותר). בפרשנות חוזה, רוצים לחתור להבין את מפגש הרצונות אבל זה מורכב. נכנסים עקרונות כמו עקרון תום-הלב, עיקרון אובייקטיבי ולא כוונת הצדדים. יש משקל גדול לכוונת הצדדים כי אנו מעוניינים לפרש על-פי כוונתם אבל העובדה שיש כמה צדדים, מכניסה יסודות אובייקטיבים. כמו כן, לאור ההשפעה הרבה שיש לחוזים על המרחב הציבורי, נרצה להגביל חלק מן החוזים באמצעות פירוש ראוי כמו תקנת הציבור.
* חוק- הטקסט הוא יותר אובייקטיבי ולכן ניתן משקל רב יותר לתכלית אובייקטיבית. יש להתחשב בשיקולים של שלטון החוק והפרדת רשויות אך גם להתחשב בתכלית הסובייקטיבית. נכנסים גם שיקולים נוספים לשילוב החוק במסגרת החוקתית, בסביבתו החוקית, בדינמיות של החיים. יש רצון לסדר צודק ויעיל חברתית.
* חוקה- הטקסט הכי אובייקטיבי. משקל מקסימאלי לתכלית האובייקטיבית.

זוהי תיאוריה מעניינת משום שמצד אחד, היא אחידה לכל סוגי הטקסטים, אך מצד שני, היא נותנת משקל שונה המושפע משיקולים שונים, שיקולים פרשניים (עניין הצוואה ומנסחי החוזה)

ביקורת על ברק- בשונה מהמשפט האמריקאי, אי אפשר לשנות חוק עד שנה מחקיקתו. ברק אומר שעדיין יש מדרג בין התכלית האובייקטיבית לבין הסובייקטיבית.

**דוגמא**: **פס"ד קעדאן**

השאלה המשפטית- האם המדינה רשאית להקצות קרקע להתיישבות המיועדת ליהודים בלבד?

ברק עושה שימוש בפרשנות תכליתית. אין סעיף הקובע אך יש את סעיף 1 לחו"י: מקרקעי ישראל: איסור העברת בעלות

"מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת."

בעצם הסעיף קובע כי מדינת ישראל היא הבעלים של הקרקע. ברק לומד מדברי החוק כי יש לו תכליות מיוחדות.

**תכליות מיוחדות**:

1. שמירה וניהול ריכוז ופיתוח של מקרקעי המדינה.
2. מניעת העברת בעלות לגורמים לא רצויים.
3. מדיניות ביטחון.
4. לאפשר ביצוע של פרויקטים לאומיים (כמו קליטת עלייה, פיזור אוכלוסין והתיישבות חקלאית).

חלק מהתכליות ניתנות להסכמה בפס"ד זה, כמו תכלית הביטחון. רצו ליצור הפרדה בין אזור ג'נין לשטחי ישראל על מנת שלא ייווצר רצף ערבי מהגדה. לכאורה ניתן לומר שתכלית זו מצדיקה התיישבות יהודית בלבד.

תכליות כלליות- יש גם תכליות כלליות. כמו עקרונות היסוד של המשפט הישראלי ובמיוחד עיקרון השוויון.

האם ניתן להתיר הקצאת קרקע ליהודים בלבד? אין תכליות שמחייבות ומנגד עיקרון השוויון שולל דבר כזה. תיאורטית יש אלמנט של שק"ד בין העיקרון הכללי לבין התכלית הספציפית. ברור כי מבחינת המדרג יש עדיפות לשוויון בשל היותו עקרון חוקתי, עקרון על. עדיפות זו מובילה למסקנה כי ניתן לפעול במסגרת הביטחון, אבל תוך אי פגיעה בעיקרון השוויון.

השוואה בין ברק לדוורקין

ברק היה מודע לכך שהוא הושפע מהתיאוריה של דוורקין ולכן מביא נקודות דמיון ושוני ביניהם.

**הדמיון**:

1. משקל לתכלית- שניהם מביאים פרשנות שאינה פורמאליסטית מילולית אלא כזו שנותנת משקל גדול לטעם/לתכלית/לעקרונות היסוד של השיטה.
2. עקרונות כלליים- עקרונות אלה לוקחים חלק.
3. תפקיד מרכזי- לפרשנות יש תפקיד מרכזי בתיאוריות שלהם.
4. החלת העקרונות- בהשוואה להארט, ברק לא מקבל שיש כללים בעלי מובן גרעיני שמחילים אותם כפי שהם. לפי הארט, יש כללים מובנים ואין צורך לחשוב על התכלית שלהם (כמו חיים כהן). בעיניי דוורקין, לא כך הדבר. בעיניו העקרונות חלים על הכל וכך גם חושב ברק.

**ההבדל**:

1. אינטגריטי כעקרון יחיד- ברק לא מקבל את האינטגריטי (צדק והגינות) כעקרון יחיד. הוא טוען שיש עקרונות חוקתיים נוספים מחייבים.
2. דגם רומן השרשרת-ברק טוען כי דגם זה אינו ממצה. לעיתים השופט מוגבל יותר ולעיתים הוא חופשי יותר.
3. פרשנות אחת נכונה- לא מקבל את העמדה לפיה יש רק פרשנות משפטית אחת נכונה. דוורקין, בתזת התשובה הנכונה, הוא טוען שלכל שאלה יש תשובה משפטית אחת. תזה זו היא רכיב מרכזי שנגזר ממנה שיש שק"ד חלש. ברק טוען כי אין פרשנות אחת נכונה. לא רק שחושבים במושגי שק"ד, אלא חושבים במושגים של פרשנות. הפרשנות היא קביעה נורמטיבית אשר דורשת שק"ד חזק.
4. שיקול דעת השופט- לפי ברק, לשופט יש שק"ד חזק. הוא מבדיל את עצמו מדוורקין בנקודה זו. מושג שק"ד משתלב בפרשנות ובהחלטה השיפוטית. הפרשנות היא קביעה נורמטיבית המחייבת את השופט להחליט מה נכון לפרש במכל מקרה, דבר המחייב שק"ד.

**שיעור 23- היצירה השיפוטית לסוגיה- 16.6**

חזרה על השיעור הקודם. עסקנו בפרשנות. דיברנו לפי דוורקין ואז לפי ברק. נעבור לדיון מסכם בפעולה השיפוטית. ברק דיבר על הפעולה של השופטים כפעולה יצירתית. יש הרבה החלטות ולא בכל אחת מהן נעשית פעולה יצירתית מבחינה משפטית. כלומר, לא נעשה שק"ד אלא יישום של הדין. השופטים מתמודדים בעיקר עם שאלות עובדתיות כמו: שמיעת ראיות, עדים, ממצאים אחרים ועוד, בעניינים פליליים ואזרחיים. לאחר שביהמ"ש קובע את הממצאים העובדתיים, וקובע מה היה, הוא מיישם כללים משפטים, באופן שהוא לאו דווקא יצירתי. כלומר, הוא לא מחדש דבר. אלו הן רוב ההחלטות של ביהמ"ש.

אנו נדבר על סוג מסוים של החלטות, בהן ביהמ"ש עושה פעולה יצירתית- מחדש חידוש משפטי. את חידושים אלה ניתן לסווג **לשלושה סוגים**:

1. פרשנות
2. השלמת חסר
3. פיתוח המשפט

ברק סוטה מדרכו של דוורקין. דוורקין רואה כל החלטה שיפוטית כפרשנות. מושג הפרשנות הוא מושג המקיף את כל פעולות ביהמ"ש, גם אם היא לא פרשנות של טקסט או חוק. ברק לא מסכים עם כך וטוען שרק פעולה מסוימת תיחשב כפרשנות בעוד פעולות אחרות יחשבו כהשלמת חסר וכפיתוח המשפט.

פרשנות

**פרשנות היא מתן משמעות לטקסט משפטית** (דבר חקיקה, פס"ד, חוזה, צוואה). בדר"כ השאלה המשפטית היא קביעת היקף ההתפרסות- האם הוא חל על מקרה מסוים (למשל: האם אופניים זה כלי רכב). יש צורך לפרש מילים מסוימות. השיטה הפרשנית המחייבת בישראל היא **הפרשנות התכליתית.** כלומר, לתת לטקסט משפטי את הפירוש המגשים באופן הטוב ביותר את תכליתו. הדגש על התכלית כמובן מעמיד אותה במקום גבוה יותר ונותן לה משקל רב יותר מהפירוש המילולי. ברק מניח וקובע כי זוהי השיטה הפרשנית הנוהגת בישראל. אם שופט ירצה להיות צמוד ללשון, הוא ידון בתכלית סובייקטיבית. ברוב שיטות המשפט בעולם אין הלכה מחייבת ויש שיטות שונות.

מהו התוקף הנורמטיבי של החלטה של ביהמ"ש שהיא פרשנות לחוק? כאשר ביהמ"ש מפרש חוק, האם זו הלכה שיפוטית או שמדובר בחוק עצמו? התוקף יהיה בהתאם לטקסט אותו מפרשים. אם מפרשים תקנה, אז מה שקבע ביהמ"ש זה ברמה של תקנה. אם ביהמ"ש קבע שחוק יסוד כבוד האדם וחירותו כולל את עקרון השוויון, אז מעכשיו, השוויון בישראל יש לו מעמד חוקתי ולא של הלכה פסוקה. שופטים מנסים לבסס את ההחלטה על פרשנות חוקית ולא ממהרים לומר "אני מחליט", ולכן, דרך המלך היא שתפקיד ביהמ"ש הוא לפרק את החוק.

השלמת חסר (לקונה)

חסר הוא מצב של חלל בחוק, שאין בחוק פתרון לבעיה. לא כל מצב של היעדר משפטי הוא מצב של חסר. יש מקרים של לקונה. אנו מבחינים בין **שני מושגים** של השלמת חסר:

1. אין בחוק בכלל הסדר- יש צורך ליצירה משפטית. ברק קורא לזה פיתוח המשפט.
2. לקונה- יותר ספציפי. מצב בו יש הסדר משפטי בעניין אבל חסר בו פרט מסוים.

ניתן משל: קיר שחסרה בו לבנה מול חוסר של קיר שלם.

בישראל, על השלמת חסר, חל דין שיור- חוק יסודות המשפט. חוק זה קובע איך משלימים חסר. ברק טוען שלהשלמת חסר בחוק, יש תוקף של חוק.

סעיף 1 לחוק יסודות המשפט: מקורות משפט משלימים

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל."

כאשר לביהמ"ש שאלה שאין לה תשובה, לא בדבר חקיקה או הלכה פסוקה (תקדימים) או היקש (למידה ממקורות אחרים), אז יכריע ביהמ"ש על פי עקרונות מהמשפט העברי ומורשת ישראל. מדובר על עקרונות מופשטים וכלליים.

את הסעיף ניתן לפרש על כל חוסר, לאו דווקא לקונה. המחוקק משתמש בהגדרה כללית מאוד. ביהמ"ש פירש זאת כחסר צר. כדי להמחיש זאת, נזכר **בפרשת נחמני**, בה היה מצב של חלל נורמטיבי לפי דעת הרוב. האם החסר הוא לקונה או חסר רחב יותר? השופטים טענו כי מדובר בחסר רחב יותר. אין שום הסדר על סוגיה זו. ואז הם אמרו כי אין צורך ללכת לפי חוק יסודות המשפט אלא להשלים באופן משוחרר יותר. הבחנה זו מבוססת על הנחה של ביהמ"ש, אשר פיתח לאורך שנים, ואשר אינה כתובה בחוק. ניתן לטעון כי החוק הוא רחב יותר, ומדבר על כל חסר, כפי שהשופט אלון טען. הייתה פסיקה של אלון בה הוא חלק על ברק וטען כי ברק רוצה למנוע את ההרחבה, על מנת להצר את מקום המשפט העברי בפסיקה הישראלית. לפי דעת המיעוט היה מדובר בלקונה. ברק היה מאלה שהובילו את הבחנה זו ובסופו של דבר היא התקבלה. היא הובילה לכך שאנו מבחינים בין החסר הצר (הלקונה) לבין חסר כללי. עמדת ברק אינה נובעת רק מהקטנת המקום של המשפט העברי.

עולה השאלה, **האם לביהמ"ש יש סמכות להשלים חוק**? יש גישות האומרות שביהמ"ש חייב להכריע גם אם אין חוק. זו החלטה שיפוטית. **השלמת חוק פירושו שמשלימים ונותנים לו מעמד כחוק**. האם לביהמ"ש יש הסמכות להשלים חוק כחוק? במדינות קונטיננטליות מותר לביהמ"ש. בניגוד לכך, במשפט האנגלו-אמריקאי אסור. זה דבר מעניין. בשיטות אירופיות, אין תקדים להחלטות בימ"ש. אם בימ"ש ישלים חוק, הוא לא באמת משפיע. לעומת זאת, במשפט האנגלו-אמריקאי, החוק הוא לא המקור המשפטי היחידי המחייב. גם הפסיקה מחייבת. האנגלים לא מתרגשים מכך שאין תשובה לכל שאלה. זו נקודת המוצא שלהם ולכן ביהמ"ש חייב להשלים. מנק' מבט אירופאיות, ברגע שאין תשובה בחוק, יש בכך בעיה וביהמ"ש צריך לפתור. בגישה האנגלו-אמריקאית, הם מודעים לכך ומכירים ולכן לא נותנים לביהמ"ש להשלים ולקבוע דין שיהיה לו מעמד של חוק. המושג של השלמת חסר, במובן הזה, זה להשלים אותו כחוק. האם יש לאפשר בישראל השלמת חסר? לא. **יש לנו מסורת אנגלו-אמריקאית. בעצם, לא היינו צריכים לתת לביהמ"ש את הכח להשלים חסר. לפי זה, לא היה צריך להיות לנו חוק יסודות המשפט**. יכול להיות שנוכל לראות זאת כהנחיות שיפוטיות כלליות. האם באנגליה יש חוק כזה? לא. היה חוק כזה רק בארץ בזמן המנדט. באנגליה אין שום חידוש לביהמ"ש. למה בישראל יש חוק? סימן 46 לדבר המלך שקבע שאם אין תשובה בחוק, יש לקבוע על פי ביהמ"ש באנגליה. ישראל הייתה קולוניה (מושבה בריטית) והבריטים רצו לעשות סדר ולכן אמרו להם שיש לקבוע על פי החוקים אך במקרים של חלל, יש להיצמד לפסיקות באנגליה. ב-30 השנים הראשונות של ישראל, היא הייתה כפופה למשפט האנגלי. הואיל ונקבע בישראל שיש תפקיד לביהמ"ש כאשר במקום של השלמת חסר, **מטעמים משפטיים היה צורך לחוקק את זה** ולא ממניעים אידיאולוגיים כפי שתקפו את ברק.

\*סימן 46 לכאורה לא היינו צריכים לפרש בצמצום. מדינת ישראל הייתה יכולה למחוק סעיף זה אך רצו להחליף אותו ולכן עלתה השאלה באיזה היקף וקבעו שיהיה רק במקום של לקונה.

\*כאשר חוקקו את חוק יסודות המשפט, ברק היה היועמ"ש. היה עליו לחץ מאוד גדול מהפרקליטות שרצתה להחליף את סימן 46.

**דוגמא להשלמת חסר**:

סעיף 15א (ד) לחוק הבחירות דרכי תעמולה: הסדר של שידורים בטלוויזיה

"לא תשודר לפי סעיף זה אלא תעמולת בחירות שהופקה על ידי המפלגות או רשימות המועמדים על חשבונן ושבא עליה אישורו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, למעט תעמולה מטעם רשימה לבחירתה של רשימת מועמדים אחרת."

הוא בא להגביל. רק רשימות המועמדים רשאיות לפרסם ולא כל מיני ארגונים אחרים. ובנוסף, כל תעמולה צריכה לעבור אישור. חוק זה נחקק בשנות ה-70 כאשר החלו את כל דרכי התעמולה בטלוויזיה. חוק זה לא קבע דין לגבי הרדיו. מה הדין? האם רדיו צריך אישור או לא?

ביהמ"ש בבג"ץ 212/03 **חירות נ' יו"ר ועדת הבחירות** קבע כי **יש להשלים בהיקש**. שידורים ברדיו כמו בטלוויזיה דורשים אישור יו"ר ועדת הבחירות. מאז, זה נהפך להיות כחוק.

פיתוח המשפט

ברק קורא לזה **חסרים בחוק שאינם בגדר לקונה. נושאים שלא הוסדרו** (כמו נחמני). הוא אומר שזוהי חקיקה שיפוטית. מהי הלגיטימציה? המסורת של המשפט המקובל שלפיה ביהמ"ש קובע במצב של חסר. **ביהמ"ש הוא כמחוקק משנה**. ביהמ"ש מודע לכך שהחלטתו היא קביעה בעלת אופי חקיקתי. הוא לא קובע רק במקרה הזה. הוא לא עושה זאת מכח פרשנות של חוק ולא השלמת חסר. זהו נושא רחב יותר. השיטה של פיתוח המשפט היא בכללם, אין כפיפות לדין השיור. **התוקף הנורמטיבי הוא של הלכה פסוקה**. כלומר, אלו החלטות של ביהמ"ש, הניתנות להפיכה בתוך היררכיות ביהמ"ש וכן על יד המחוקק. הכנסת לא יכולה לשנות החלטות שיפוטיות המבוססות על פרשנות של החוק של ביהמ"ש אלא אם היא עושה זאת בחוק יסוד. אך כאשר מדובר בהחלטות שאינן מדברות על פרשנות משפטית, המחוקק יכול לשנות. ביהמ"ש פועל כמחוקק משום שהוא מסדיר נושא שלא הוסדר על-ידי המחוקק. חקיקה שיפוטית נעשית בתחום זה, של פיתוח המשפט. בפרשנות, זה פרשנות. זה מקבל כח מהחוק עצמו. כאשר ביהמ"ש מפרש חוק, הוא לא מחוקק אלא מפרש. כאשר ביהמ"ש לא מפרש או משלים חוק (לקונה היא דבר נדיר יחסית), הוא עושה החלטות שיפוטיות של פיתוח המשפט.

\*טכניקה נוספת של ביהמ"ש- קריאה לתוך החוק. הוא קורא דבר לתוך החוק. זה בין השלמת חסר לבין פרשנות. יש קרבה מסוימת ביניהם משום שמבחינה נורמטיבית מיחסים את זה לחוק

חסר בחוק

כעת ננתח יותר את הסיפור של חסר. כאשר אנו רואים חסר בחוק, יש כמה אפשרויות פרשניות לגבי דבר זה. מה זה אומר שחסר? זה יכול להגיד כל מיני דברים.

ברק מביא **4 אפשרויות**:

1. מה שלא הוסדר בחוק, נשאר במשמעות הקודמת שלו.
2. הסדר שלילי- מה שלא הוסדר- הוסדר להיפך. אם כתוב לעשות בדרך כלשהי, אסור לעשות בדרך אחרת.
3. הסדר משתמע- פרשנות. למרות שדבר לא הוסדר, משתמע שזה כולל גם משום אחר.

* ההחלטה בין שלושת האפשרויות, היא לא פורמלית. מבחינה לוגית, כל אפשרות היא נכונה.

1. חסר הטעון השלמה- אם אין כל אחת מהאפשרויות, מדובר בחסר ויש להשלים אותו.

**דוגמא**:

סעיף 21 לחוק החולה הנוטה למות: איסור הפסקת טיפול רפואי דחוף

"אין בהוראות חוק זה כדי להתיר הפסקת טיפול רפואי רציף בחולה הנוטה למות, העלולה להביא למותו, בין שהוא בעל כשרות ובין אם לאו;"

חוק זה מגדיר מי ייחשב כחולה הנוטה למות. מי שלא משנה איזה טיפול, הוא עדיין ימות. ביהמ"ש התירו לעיתים לנתק מכשירים, גם לחולים שלא עומדים בהגדרה זו. הם לא נוטים למות, הם חולים קשה. יש אנשים המבקשים ניתוק ממכשירים. המחוקק קבע את ס' 21 על מנת להסדיר את העניין. האם לפי ס' זה מותר ניתוק ממכשירים? לא. משום שזה טיפול דחוף. ס' זה מעורר שאלה מעניינת. מה דינו של חולה במחלה כרונית (חשוכת מרפא) שלא נוטה למות? איך יש לפרש את החוק? לפי האפשרות הראשונה, המתכונת הקודמת היא שיש מקרים בהם מותר לנתק. אם חושבים על הסדר שלילי, החוק בהחלט מתיר לנתק. על פי האפשרות השלישית, מה שלא הוסדר בפירוש הוסדר במשתמע. ניתן להסיק (בדרך קל וחומר) שגם חולה כזה אין לנתק ממכשירים.

היה ויכוח מהי הדרך הנכונה. בסופו של דבר קבעו על פי הדרך השלישית. היה מקרה בו בימ"ש מחוזי קבע לפי הדרך הראשונה. יש אנשים שלא אוהבים את הסדר זה. חולים בהכרה, טוענים שיש להם אוטונומיה והם לא מעוניינים להיות עם מכשירים.

השאלה היא אינה פורמאלית אלא שאלת היגיון. האפשרות הרביעית לא רלוונטית משום שאין דבר חסר. אין מה להשלים.

יש לשקול את ארבעת האפשרויות בחסר.

**דוגמא נוספת**:

סעיף 23 (ב) לחוק יסוד: הממשלה: הפסקת כהונת שר מחמת עבירה

"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? מדובר בהסדר שלילי וכהונתו לא תיפסק. **בדין הפלילי**, לעניין ענישה בפלילים, **אין לקונה בחוק**. שתיקתו היא לעולם הסדר שלילי (פלר).

**שיעור 24- זכויות- 21.6**

חזרה על השיעור הקודם. נושא השיעור הנוכחי ושל יום חמישי יהיה במושג הזכות ובתורת זכויות. מושג הזכות הוא מושג מרכזי במשפט, אם לא הכי מרכזי. הוא משומש בכל מיני דברים כמו: 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 ועוד.

יש סוגים שונים של זכויות. אחת ההבחנות הבסיסיות היא ההבחנה בין זכויות מותנות/יחסיות לבין זכויות יסוד. **ההבחנה**:

* זכויות מותנות/יחסיות- זכויות המותנות במעשים (כמו בחוזים), ביחסים מיוחדים (כמו הורים וילדים, בעל ואישה, מעביד ועובד), במעמד (אזרח, תושב), במצב (זקנה, נכות).
* זכויות יסוד- כלליות ומוחלטות. לכל אדם באשר הוא אדם. מה שאנו קוראים זכויות אדם.

אנו נדבר על תורת זכויות, על תיאוריית זכויות ואנו נעסוק ב**כל מיני שאלות**:

1. מה זכות מקנה? אלו מעשים או מחדלים? רוב השיעור נעסוק בכך. אנו נראה שיש הבחנות בין מובנים שונים.
2. מי יכול להיות בעל זכות? אנו יודעים שלבני האדם יש זכויות. אך האם רק לבני האדם יש? האם כלב יכול להיות בעל זכות ירושה ולהיות בעל נכסים? האם בעל חיים/תאגידים נושאים זכויות כמו בני האדם? מה עם עצים או אבנים?
3. מדוע לאדם יש זכות? כיצד נוצרת/נקבעת זכות? יש שימוש נפוץ באימרה "יש לי זכות לעשות..." מתי בעצם יש לאדם זכות ומדוע?
4. האם בעל זכות שולט על זכותו? האם יש זכויות שלא ניתן לוותר עליהן?

אנו נתחיל בשאלה הראשונה. זה מחייב אותנו לעבור לניתוח מושג הזכות.

מהי הכוונה שאנו אומרים שלאדם מסוים יש זכות מסוימת? אלו מעשים או מחדלים נדרשים מכח "זכות"?

אחד הניתוחים הרלוונטים הוא הניתוח של הופלד (Hofled). הוא עשה ניתוח אנליטי בשני מאמרים. הוא טען שכאשר אנו משתמשים במונח זכות, אנו עלולים להתכוון ל- 4 מובנים שונים. אנו צריכים לבדוק על איזה מובן אנו מדברים.

**4 המובנים**:

1. זכות במובן הצר- תביעה (claim). דוגמא: אם אדם הלווה לאדם אחר כסף ומועד הפירעון הגיע, לאדם שהלווה יש זכות תביעה לקבל את הכסף.דוגמא נוספת: אם אדם הוא בעל דירה, יש לו זכות לתבוע מכל אדם אחר שלא להיכנס לדירה.

**לצד אחד יש זכות תביעה כלפי צד שני, אם לצד השני יש חובה כלפי הצד האחד**. זה קורלטיבי.

1. חירות- אין בצדו חובה. מה הכוונה? חופש. דוגמא: לאדם יש חופש לקחת צדף שמצא על חוף הים. אך אין לאדם אחר חובה לתת לאותו אדם את הצדף. הקודם זוכה כי זוהי חירות. יש התנגשויות. דוגמא נוספת: לאדם יש חירות להביע את דעותיו. לאף אדם אחר אין תביעה כלפי אחר לא להביע את דעותיו. החופש להביע דעות, לא מצמיח תביעה. לא ניתן לתבוע מאדם אחר לשמוע את הדעות. דוגמא נוספת: לאדם יש חירות ללכת לרחוב. אין לאדם אחר חירות לחסום את המדרכה. בעיקרו של דבר זה חופש ללכת. חופש זה לא מצמיח תביעה לאפשר ללכת

**לאדם יש חירות ל-X אם אין חובה ללא X**. החירות לא מצמיחה עילת תביעה.

1. כח- לפעמים אנו משתמשים במונח "זכות" כ-"כח". כח במובן המשפטי. הוא יכול לשנות את המצב המשפטי של אדם. דוגמא: לשופט יש כח לפסוק שאדם ישלם פיצויים לאחר. הפסיקה שלו משנה את המצב המשפטי בין אנשים. כח זה לא רק לפקידי ציבור. דוגמא נוספת: לאדם יש כח לכתוב צוואה ולקבוע את יורשיו. היורשים מחויבים לצוואה ויש לו את הכח לשנות את מצבם. דוגמא נוספת: אדם שהוצעה לו הצעה, יש לו כח לקבל אותה. ברגע שיקבל, הוא יוצר מצב משפטי וכפיפות של הצד האחר.

**לאדם יש כוח אם, ורק אם, יש לו את היכולת לשנות את המצב המשפטי (זכות או חירות) שלו או של אדם אחר**.

1. חסינות- לפעמים אומרים שלאדם יש זכות אך מתכוונים לחסינות. דוגמא: לח"כ יש חסינות מפני חקירת משטרה. חסינות היא מנוגדת לכח. דוגמא נוספת: אדם המחזיק בייפוי כח בלתי חוזר, יש חסינות מפני שינוי ייפוי הכח. דוגמא נוספת: לעד מדינה שחתם הסכם עם הפרקליטות, יש חסינות מפני העמדה לדין.

**לאדם יש חסינות מפני X אם ורק לאדם אחר, אין כח כלפי א ל-X**

טבלת הופלד- קורלציה

הוא מביא מושגים קורלטיביים.

|  |  |
| --- | --- |
| זכות | חובה |
| חירות | היעדר זכות |
| כח | כפיפות |
| חסינות | היעדר כח |

זכות מול חובה. אם לאדם יש זכות במובן הצר- תביעה- פירוש שלאדם אחר יש חובה. זכות היא כלפי כל העולם.

חירות מול היעדר זכות. היעדר תביעה. אם לאדם יש חופש ביטוי, לאף אחד אין את הזכות למנוע ממנו להתבטא. לאדם אין זכות לתבוע מאדם אחר למנוע זכות. שאלת החירות תלויה בשאלה האם יש חובה ממול. זוהי שאלה עובדתית. אם יש חובה לא להרים קונכיות, אין זכות להרים. אין חירות לעשות זאת. ניתן להגיד כי חירות היא היעדר חובה.

כח מול כפיפות. אם יש כח לדבר מה, אדם אחר אשר כלפיו יש את הכח, הוא כפוף לכח. אדם החשוד בעבירה כפוף לכח השוטר.

חסינות מול היעדר כח. אם לאדם יש חסינות, אין כח כנגדו. אם ח"כ חסין מחקירת משטרה, לשוטר אין הכח כלפיו.

|  |  |
| --- | --- |
| זכות | היעדר זכות |
| חירות | חובה |
| כח | היעדר כח |
| חסינות | כפיפות |

נשחק עוד קצת בטבלה ונראה את הניגוד. במושגים יש גם ניגודים.

נביא **דוגמא**: **פרשת נחמני**- הזכות להיות הורה. לרותי יש זכות להיות הורה. כלומר, לרותי אין חובה שלא להיות הורה. יש לה חירות. לדני אין זכות לתבוע מרותי שלא להיות הורה. לדני אין חובה להיות הורה. לרותי אין זכות לתבוע מדני שיהיה הורה. אמנם דני לא יכול לתבוע מרותי לא להיות הורה, אולם היא גם לא יכולה לתבוע אותו להיות הורה. זהו הנימוק הבסיסי של דעת המיעוט.

רותי טוענת שיש לה חירות אך גם זכות (תביעה). אם יש לה תביעה, לביה"ח יש חובה לאפשר לה להמשיך את תהליך הפונדקאות. לדני אין חובה משום שהוא לא נדרש לעשות דבר מה אך אם נקבל את התביעה שלה, יהיה לה את הכח להפוך אותו להורה ממילא. בעל כורחו. אם נישאר רק בניתוח הקודם, נישאר רק בחירויות. אך היא טוענת שיש לה גם זכות.

אשכול זכויות-בעלות בנכס

המובנים השונים של מושג הזכויות, הם לא בהכרח מבודדים. יכולים להיות מצבים בהם בזכות אחד יש אשכול של זכויות. בעזרת אנליזה זו, ניתן לראות **שכאשר יש זכות בעלות בנכס, היא כוללת מגוון של זכויות**. קודם, יש זכות תביעה שאנשים אחרים לא ישתמשו בנכס. אך יש גם חירות, להשתמש בנכס ולעשות בו כל דבר. מבחינה אנליטית כמובן. יכולות להיות הגבלות. אדם לא יוכל לעשות שריפה במגרש שלו משום שזה יזהם ויפריע לאחרים. לבעל זכות יש גם כח להעביר זכויות בנכס. יש גם חסינות כנגד אחרים שאינם יכולים להעביר זכויות.

כאשר אומרים שלאדם יש זכות בנכסים, שהוא בעלים, במילה "זכות" יש היבטים שונים על פי הניתוח של הופלד.

נדבר על המושג "זכות חיובית ושלילית" זכות במובן הצר- תביעה. **מהן**:

* זכות חיובית- יכול **לתבוע מאדם הפקה** של נכס או שירות. אדם שהלווה כסף, יכול לתבוע את הכסף בחזרה. אדם שחתם חוזה לאדם שינקה את הבית, יש זכות לתבוע ממנו את השירות עליו חתמו.
* זכות שלילית- דורשת **אי התערבות.** לא לעשות דבר מסוים. האם ניתן לטעון שחירות היא זכות שלילית? לפי ההגדרה שנתנו, לא. חירות היא לא תביעה. היא לא זכות שלילית. אי אפשר לתבוע אדם שישמע את דעותיי על פי חופש הביטוי. זכות שלילית היא יותר מתביעה.

לעיתים יש שאלה מה היקפה של הזכות ומה מתלווה עליה. אם חושבים על הזכות לחיים. מה פירושו של דבר? מה המובן הבסיסי של הזכות לחיים? אין חובה שלא לחיות. אם אומרים שזה רק חירות, לא ניתן לתבוע מכך דבר. הזכות לחיים כוללת גם תביעה, גם זכות שלילית- שאדם אחר לא יסכן את חיי. הזכות השלילית היא הבסיס של הזכות לחיים.

האם הזכות לחיים היא גם זכות חיובית? האם יש תביעה מאדם אחר להציל את חיי? האם למדינה יש חובה להציל חיים של אדם? האם יש תביעה מהמדינה לדאוג לתנאים שמגנים על הזכות לחיים (כמו הגנה של מערכת הביטחון והמשטרה, דאגה למערכת בריאות וכו')?

זכויות וחובות- דיון

האם יש זכות בלא חובה? ברור שמדברים על זכויות במובן הצר- תביעה. זכות במובן הצר שכנגדה יש לה חובה. התשובה היא שלא. הם מושגים קורלטיביים. **אין זכות ללא חובה**. זכות יוצרת חובה. יש זכות לחיים פירושו שיש תביעה שלילית שלא יפגעו בחיי. זכות כלפי כל העולם. אם נגיד גם שיש זכות חיובית, אז גם יש חובה להציל. במובן הבסיסי לכל זכות במובן הצר, שלילית וחיובית, יש חובה מנגד. אז זכות במובן הצר היא תמיד בצידה חובה. אך אנו מדברים על מצב הפוך. האם יש חובה ללא זכות? ניתן לחשוב על חובה בלא זכות. דוגמא: החובה לתת צדקה. ניתן להניח שיש חובה (לא משנה אם היא מוסרית, דתית או משפטית). מהצד השני, אין לאדם זכות לדרוש אותה. נניח שאדם צריך לתת 10% ממשכורתו לצדקה. לעני אין הזכות לתבוע את הצדקה. אני מחליט למי אני נותן. ניתן לחשוב על מושג החובה ללא זכות. דוגמא אחרת: ייתכן ויש חובה כלפי בע"ח מבלי שיש להם זכויות. יכול להיות שהם אינם נושאי זכויות אך לבני האדם יש חובה לא להתעלל. החיה אינה יכולה לתבוע זאת. דוגמא נוספת: לאדם אסור להשחית עצים לאדם יש חובה כלפי הטבע אך לטבע אין זכות שהוא יוכל לתבוע.

**אי אפשר לחשוב על מושג הזכות ללא חובה כי זה בהגדרה שלה, אך ניתן לחשוב על חובות שיש לאדם מבלי שיש לצד השני זכויות.**

עד לכאן הניתוח ההופלדיאני החשוב ביותר להבנת מושג ה-"זכות".

ביום חמישי נדבר במושג רחב יותר על מושג ה- "זכויות". נעסוק בשלושת השאלות האחרות. לקרוא את המאמר של הארט.

**שיעור 25- המשך זכויות- 23.6**

חזרה על השיעור הקודם. נמשיך בנושא תורת הזכויות. בסוף השיעור נגיד כמה דברים כלליים על הבחינה. דיברנו על הניתוח של הופלד על מושג הזכויות. נדבר בהרחבה על תורת זכויות רחבה יותר. דיברנו על מה פירושו של דבר שלאדם יש זכות. ראינו את הניתוח של הופלד שאומר שזכות יכולה להיות במובנים שונים וראינו את היחסים ביניהם.

אנו נשאל עכשיו את 3 השאלות האחרות שהבאנו בשיעור הקודם, וננתח אותן דרך המאמר של רז. על פי רז: **"פרט יכול להיות נושא זכויות אם ורק אם הרווחה שלו היא בעלת ערך עליון (אולטימטיבי) או אם הוא אישיות מלאכותית (תאגיד)"**

כלומר, רק רווחתם של בני אדם היא בעלת ערך אולטימטיבי ולכן רק הם יכולים להיות בעלי זכויות. תאגידים הם בעלי זכויות על אף שאינם בעל ערך אולטימטיבי (בעלי ערך אינסטרומנטלי). איזה זכויות יש לתאגידים? לא זכויות אדם. אז אילו זכויות יש לבעלי חיים? לפי ההגדרה של רז, לבע"ח לא יכולות להיות זכויות. האם רווחתם של בע"ח זה ערך עליון? לא נתערב ממש כי אנו מניחים שהם פועלים על פי הטבע. אצל בני אדם יותר נתערב. אם יש מצוקה הנגרמת מבני אדם, כמו זיהום סביבה, אז נתערב. ההתערבות היא מוגבלת. לכן, ניתן לומר, שזה מראה שאנו לא תופסים את הרווחה של בע"ח כערך עליון במובן הזה. אנו לא מדברים על היחס בין רווחת בע"ח לבני אדם כמו ניסויים בבע"ח. אך גם מי שמתנגד לכך, עדיין סוג ההתערבות יהיה מוגבל. לכל היותר אנו יכולים להגיד שאנו לא רשאים לפגוע בבע"ח. התפיסה הרווחת רואה את רווחת בע"ח לא כערך עליון. אנו לא מניחים שיש להם ערך אולטימטיבי עליון. לפי ההגדרה של רז, בע"ח לא יכולים להיות בהגדרה נושאי זכויות. יש מי שיחלוק ויטען שזהו לא תנאי אולטימטיבי ויטען שכן יש כלפיהם חובות. לא נכריע בנושא זה. על פי רז, **רק בני אדם יכולים להיות נושאי זכויות**.

מה זה אומר להיות בעל זכות? יש **שתי תפיסות**:

1. תורת הרצון- זכות היא הכרה ברצונו של בעל הזכות. בעל הזכות הוא כעין "ריבון" על התחום בו משתרעת הזכות. יש לו כח (במובן ההופלדיאני) על אחרים לשלוט בתחום בו משתרעת הזכות. כמו כן, יש לו כח על הזכות עצמה.
2. תורת האינטרס- זכות היא הכרה באינטרס של בעל הזכות. לבעל הזכות יש אינטרס שאותה הזכות מקדמת. מקורה של הזכות אינו ברצון של בעל הזכות אלא באינטרס שלו.

רז מגדיר זאת כ- **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.**

לפי זה, זכות תלויה באינטרס ולא ברצון. דוגמאות: הזכות לחינוך, הזכות לחיים והזכות לחירות. זה תלוי אינטרס ולא רצון. האם אדם יכול לוותר על הזכות שלו? באינטרס, לא תלויים זאת ברצון בהכרח.

אצל רז, **זכות אינה קורלטיבית לחובה**. היחס הוא של הצדקה. **זכות יכולה להיות הצדקה להטלת חובות מסוגים שונים.** היחס דינמי ולא סטטי. דוגמא: חופש הביטוי הוא בסופו של דבר חירות. לאדם יש חירות להתבטא ואין לו חובה לא להתבטא. אבל, חירות לא מצמיחה תביעה. אם תופסים את מושג חופש הביטוי כחירות, זוהי חירות רזה יחסית. לאף אחד אין חובה לשמוע אותו. רז יגיד שהוא לא מקבל את ההגדרה הצרה. הזכות יכולה להתפתח לתביעה. יהיה אפשר להגיד שהמדינה צריכה להגן על זה. אפשר אף להרחיב ולהגיד שהיא צריכה להגיע לאמצעי תקשורת כך שאם אמצעי תקשורת מסרב לפרסם דעה מסוימת, יהיה אפשר לתבוע על הפרת חופש הביטוי. רואים את החירות כגרעין אך היא יכולה להתפתח ליותר מכך. חופש הביטוי הוא אינטרס ויש לו כל מיני הצדקות, בין אם פוליטיות ובין אם מימוש עצמי. זהו אינטרס חשוב. יש לנו את ההגדרה הבסיסית של חופש הביטוי כחירות אך אין זה מונע מזכות זו להתפתח למעבר מחירות אלא להגיע לתביעה.

דוגמא נוספת: זכות להשתתפות פוליטית. חירות להביע דעה. אך זה יכול להפוך לתביעה. זה כח להשפיע באמצעות בחירות. זה יכול להיות גם תביעה לנמק החלטות ממשלתיות משום שהציבור זכאי להשתתף בדיון פוליטי ולהגיב לממשל.

לפי רז, מושג הזכות יכול להיות בסיס להטלת חובות ולכן, לא מגדירים את הזכות במובן צר. רז לא כפוף להגדרה של הופלד. והטענה שלו היא שכאשר יש זכות, יש הצדקה להתפתחות לדרגות שונות של הזכות. **הזכות היא נקודת המוצא, היא האינטרס המסוים שיש לאדם , ואינטרס זה הוא מספיק חשוב ועשוי להטיל חובות על אחרים**. מגדירים את הזכות ומשם ההיקף יכול להתרחב.

רז עושה **הבחנה** חשובה:

* זכות עיקרית- זכות **ליבה**. בעלת אינטרס מוצדק.
* זכות נגזרת- זכות **בת**. זכות שאין לה הצדקה בפני עצמה, כאינטרס שמצדיק הטלת חובה, אבל היא נגזרת מזכות עיקרית.

דוגמא: אם חושבים במושגי הגדרות, האם הליכה על הידיים היא אינטרס שיעמיד אחרים תחת חובה? האם זה ערך עליון? התשובה היא כנראה שלא. אך אם נראה את זה כנגזרת לחירות כללית- לאדם יש חירות אישית אשר היא אינטרס המטיל חובה על אחרים- נגזר מכך ההליכה על הידיים. היא כשלעצמה לא באותו המעמד של חירות אישית, לא אינטרס המטיל חובה, אבל אנו תופסים את זה כנגזרת של זכות בעלת הצדקה עליונה.

**ברק פיתח את זכויות אלה בכבוד האדם**. הוא גזר כל מיני זכויות מעקרון זה. לפי התפיסה של רז, לא צריך לתפוס זכויות אלה כזכויות נגזרות משום שהן זכויות מספיק חשובות כדי לגרום לחובות. לא צריך להגדיר אותן כזכויות נגזרות. ברק מגדיר אותן כנגזרות על מנת להראות שהן נמצאות בתוך החוק הכללי. לפי רז, זכות נגזרת היא זכות שאין לה הצדקה להטיל חובה. דוגמא: חירות אישית. יש הרבה זכויות שהן נגזרות שאילו היו עומדות בפני עצמן, הן לא היו כל כך חשובות.

האם ניתן לוותר על כל זכות?

אם תופסים זכות במובן של תורת הרצון, הזכות היא ביטוי לרצון האדם, אז לכאורה ניתן לוותר. **אך אם מגדירים זכות כאינטרס, יכול להיות אינטרסים שאנו רואים באופן אובייקטיבי ולא מאפשרים לאדם לוותר.** דוגמא: הזכות לחיים. האם אדם יכול לוותר על הזכות לחיים בכל נקודה שירצה? נבדיל ממקרים כמו של חולים סופניים. נתמקד במקרה בו אדם רוצה לוותר על חייו מבלי שהוא חולה סופני או איזו מצוקה אובייקטיבית. האם אדם יכול לוותר? הזכות לחיים היא דוגמא לכך שאנו לא מקבלים את הוויתור. למשל בנכס, אם אדם מוותר, אין לנו כל כך בעיה. לא יבואו בטענות. אך יש **זכויות כמו החיים שאנו לא מקבלים את הוויתור. אנו מניחים שזה לא תלוי רק ברצונו.** יש מקרים מיוחדים כמו חולה סופני. זוהי שאלה מוסרית משפטית ולמדינות רבות יש גישות שונות. מעט מדינות מתירות. רוב מדינות עדיין אוסרות. הזכות לחיים היא דוגמא לכך שאנו לא תופסים את הזכות רק כרצון של האדם.דוגמא נוספת: הזכות לכבוד. האם אדם יכול לוותר על כבודו ולתת לאחרים לנהוג בו באופן מזלזל. "מוחל על כבודי" נשמע אצילי אך יש מקרים שזה לא באמת יהיה אצילי ולא נאפשר. **פס"ד של העליון**, מקרה בו אדם נחשד על-ידי המשטרה כמחזיק סמים מסוכנים. הם עצרו אותו ואמרו לו שהם רוצים לבדוק אם הוא מחביא סמים על גופו. אחד המקומות שמחביאים זה בתחתונים. הם אומרים לו להתלוות אליהם לחדר סגור (חדר מדרגות) ושם יבדקו. האדם אומר להם שלא אכפת להם שיבדקו אותו ברחוב. הם מסכימים ואף מוצאים סמים. אותו אדם תובע אותם בביהמ"ש בכך שפגעו בכבודו. השוטרים אומרים שהוא התיר להם. האם העובדה שהתיר להם לבצע פעולה פולשנית זו ברחוב, מהווה היתר לשוטרים? ביהמ"ש פסק **שאדם לא יכול לוותר על כבודו והמשטרה לא יכולה לראות זאת בעיניה כהיתר.** לא ניתן לוותר על כבוד האדם, גם אם לכאורה הוא מוחל. יש כל מיני זכויות שאנו לא תופסים אותן במובן של רצון. אדם לא בהכרח אדון לזכות שלו. **גם אם אדם מוותר, רואים בזכות זו כמעבר לרצון והאדם אינו בעלים על הזכות ואינו יכול לוותר**.

סיימנו את נושא הזכויות.

סיכום הקורס

טיפלנו במגוון גדול בקורס. החלק הראשון עסק בשיטות משפט. ראינו שיטות של משפט טבעי ושל פוזיטיביות. דיברנו על נושא שק"ד אצל הארט ודוורקין. אז דיברנו על נושא הפרשנות ובסוף על נושא הזכויות.

הבחינה תהיה מורכבת **משני חלקים** עיקריים:

1. פס"ד- יהיה צורך לנתח אותו מנקודת מבט משפטית. יש צורך לנתח את עמדת השופטים.
2. שאלות ישירות- פתוחות. מושגים שונים שלמדנו במהלך השנה. 4-5 שאלות. יש בחירה.

מבחן בחומר סגור. החומר של העבודות גם לבחינה.

* עבודה 1- **ציות לחוק**: אפלטון ("קריטון"), סמית' ("Is There a Prima Facie Obligation to Obey the law"), גנז ("ביסוסי חובת הציות לחוק").
* עבודה2- **ויכוח הארט-פולר**: הארט ("Positivism and Separation of Law and Morals"), פולר ("A Replay to Prof. Hart"), פס"ד אייכמן.
* עבודה 3- **מרי אזרחי וסרבנות מצפון**: רולס ("Civil Disobedience"), רז ("הזכות למרי אזרחי"), בג"ץ זונשיין