מחברת מתומצתת- תורת המשפט

זוהי מחברת מתומצתת למדי על בסיס המחברת המצטברת שלי. ממליצה לעבור רק לאחר שיודעים את שאר החומר בתור חזרה ולא בתור אמצעי למידה. בהצלחה לכולם!

* מבוא

**שני סוגי שאלות**: 1. שאלות נורמטיביות

2. שאלות אנליטיות

**שלושת נושאי העיסוק**: 1. הבנת טיב המשפט ומערכת המשפט

2. הבנת טיב ההליך השיפוטי

3. הבנת טיב מושגים משפטיים

**שני סוגי חוקים**: 1. פרספקטיביים

2. דסקריפטיביים

- חוק טבע שמופר הוא מופרך בעוד חוק מדינתי שמופר אינו מופרך.

- המשפט מחובר לכח של המדינה ונאכף על ידה.

* מוסר

תחום שעניינו הבחנה בין מעשים טובים לרעים, בין התנהגות רצויה ללא רצויה, בין דרגות שונות של חובות שונות. שאלות מסובכות. אתיקה עוסקת בכללי בהתנהגויות מוסריות, גם כלפי הטבע.

**פילוסופיה של המוסר**: 1. אתיקה נורמטיבית

2. מטא אתיקה

**הבחנה**: 1. מוסר נוהג פוזיטיבי

2. מוסר אידיאלי ביקורתי

* ייחוד המשפט

**שלושה היבטים**: 1. מעמד- המשפט קשור לכח המדינה.

2. צורה- א. **אובייקטיביות**. המשפט קיים באופן בלתי תלוי בדרך שחושבים עליו. מעבר לאמונות. הכרעות חברתיות-פוליטיות שלאחר שנחקקות, הופכות לאובייקטיביות. בא להכווין התנהגות.

**ב. מוסדיות**. מערכת מוסדית בכך שהוא נוצר במוסדות. **שני סוגי מוסדות**: (1) מוסדות יוצרי נורמות- להם הסמכות ליצור חוקים ונורמות. (2) מוסדות מיישמי נורמות- לא יוצרים. מוודאים שאנשים אכן פועלים על-פי החוק. ביהמ"ש בישראל (ובשיטה האנגלו-אמריקאית) גם יכול ליצור הלכה מחייבת חדשה על דבר שלא הייתה עליו תשובה בחוק ובכך להפוך גם ליוצרי נורמות.

**ג. מערכת כללים**. המשפט מאופיין בצורה צורנית בכללים כניגוד לעקרונות. בנוי ממערכת כללים ספציפיים. הכללים מכסים את רוב המקרים אך לא את כולם. **חסרונות**: (1) מה מחייב את האדם? הכלל בנוסחו או הטעם מאחוריו? (2) תחולת יתר (3) תחולת חסר.

כלל ניתן ליישום ללא הפעלת שיקול-דעת. **סוגי כללים**: (1) כללים המטילים חובה (2) כללים המעניקים כח (משפטי). (3) כללים המעניקים זכויות

3. תוכן ומטרות- א. המשפט הוא כללי ובלתי מוגבל

ב. המשפט הוא פתוח

ג. גבולות המשפט וולונטריים.

* יחס משפט-מוסר

**שתי גישות**: 1. פוזיטיבית- המשפט מנותק מהמוסר

2. גישת הטבע- המשפט הוא לא מנותק מהמשפט. **שתי השלכות עיקריות**: א. חוקי המחוקק כפופים לחוקי הצדק.

ב. כאשר אין תשובה בחוק, נסתכל בעקרונות הצדק והמוסר.

-ע"א 3798/94 **פלוני נ' פלונית**

עובדות המקרה- אדם נשוי חשוך ילדים פיתה נערה בת 15 והכניס אותה להריון. הוא נענש על בעילת קטינה. נולד בן והנערה מבקשת למסור אותו לאימוץ. האב מתנגד ומבקש שהוא יהיה אצלו.

השאלה המשפטית- האם בנסיבות המקרה, בהן ההיריון נגרם תוך ניצול ועבירה, התגבשה עילת אימוץ? אימוץ יכול להיעשות או בהסכמת ההורים או דרך אחת מעילות האימוץ בסעיף 13 לחוק. לכאורה השופטים לא מוצאים עילה משפטית שתאפשר את האימוץ.

**איך מתמודדים**? 1. הצעת היועמ"ש- "מעילת עוולה לא תצמח עילת תביעה". לא להכריע. לא עוסקים בכך בכלל. השופטת דורנר טוענת שהכלל תקף רק בזכויות רכושיות.

2. דעת הרוב (דורנר)- התקיימה **עילת אי מסוגלות הורית** דרך ההתנהגות המחפירה של האב שהובילה להיריון. גישה פוזיטיביסטית.

3. השופט לוין- **שתי דרכים**: א. **"פרשנות מרחיבה".** חוקים לא חוקקו בחלל ריק. משתמש בעילה של התנהגות ההורה נוגדת את תקנת הציבור. הצדק מחייב את האימוץ ולכן גם תקנת הציבור דורשת זאת.

ב. **"החסר הסמוי"**. מקרים אשר המחוקק לא צפה ולכן ביהמ"ש צריך לחשוב מה המחוקק היה עושה.

4. השופט חשין- מכניס את משפט הטבע ואת העקרון "**הרצחת וגם ירשת**". ישנן נורמות מוסריות אשר הן באותה הרמה של נורמה משפטית. משל האגם והחבצלות.

* המשפט הטבעי

**אפלטון**- הדיאלוג "מינוס". החוק לא ניטרלי- רואים בו כטוב. "החוק מבקש, אפוא, להיות גילויה של האמת". הוא צריך לעמוד בסטנדרטים של אמת ומוסר ולא עומד לבדו. החוק אכן משתנה אך אין זה אומר שהוא אינו מנסה להיות גילוי האמת. השינוי הוא תודעתי/חברתי. ניתן להעמיד אותו במבחנים אובייקטיבים אשר אינם תלויי זמן/מקום. לפעמים השינוי הוא ביטוי להתאמה לנסיבות. החוק הוא תוצר של אנשים מלומדים. לא כל חוק הנדמה כחוק (בפרוצדורה), הוא באמת חוק. סיפור מינוס.

**אריסטו**- המשפט מורכב מחקיקה פוזיטיבית (תלויה בדעת הבריות ובמקום) וכן מהטבע (אינו תוצר של הסכמה). גם דברים טבעיים יכולים להשתנות. משפט הטבע הוא מערכת על-טבעית מינימאלית. לאריסטו יש חשיבה תכליתית-טלאולוגית. האדם הוא חיה פוליטית. הוא אינו יכול לחיות לבד אלא במדינה, בחברה אך הוא צריך כללים מסוימים על מנת להיות בה.

**קיקרו**- "חוק אמיתי הוא הסכמה של התבונה עם הטבע. הוא אוניברסאלי, בלתי משתנה וקיים לעד."

- **שתי פונקציות למשפט**: 1. שמרנית- המשפט של המדינה הוא יישום של משפט הטבע. דוגמא: תומס אקווינס.

2. ביקורתית- מבקרים את משפט המדינה לאור משפט הטבע חוק סותר, בטל.

- **תורת הזכויות הטבעיות**: 1. תומס הובס- פיתח את האמנה החברתית. מייצג את התיאוריה הפוזיטיבית. המצב הטבעי הקדם פוליטי הוא שוויון בסכנת האחר. יש מלחמה, תחרות וחוסר ביטחון. אין מושגים של צדק ועוול. חיי בדידות. מסתכל על הצד האלים והפסימי של בני-האדם. ולכן יש מעבר למצב של מדינה. יש **שלושה חוקים/עקרונות מרכזיים**: א. שלום עדיף על מלחמה.

ב. מוכנות לוותר על חירות מלאה

ג. צדק

מושגי הצדק והעוול נקבעים על-ידי הריבון ולו יש את הסמכות לדון את המפרים ולנהל את ענייני המדינה. מצדיק משאר מלוכני-אבסולוטי. אין הגבלה על הריבון.

2. ג'ון לוק- במצב הטבעי הקדם פוליטי היה שוויון בסיסי. חירות היא אינה מצב של הפקרות. כולם כפופים לחוקי הטבע. מסתכל על החמלה והאמפתיה של בני-האדם. לכל אדם יש זכות להעניש וזכות לפיצויים. יש מעבר למדינה משום שאין יכולת אכיפה באופן הוגן. חוקי המדינה נעשים בכפיפות לזכויות הטבעיות. יש הגבלה על הריבון. תורת הזכויות הטבעיות. **השפעות**: א. הכרזת העצמאות האמריקאית

ב. הצהרת זכויות האדם והאזרח

כדי להראות שזכויות טבעיות במעמד של משפט טבעי **צריך להראות**: א. חלק ממשפט המדינה

ב. מחייבות גם אם לא נקבעו בחוק

ג. יש להן מעמד על-חוקי

- סיכום המשפט הטבעי: יש עקרונות מוסר אובייקטיבים-טבעיים שאינם תלויים. ניתנים להכרה על-ידי התבונה. מעניקים תוקף לחוק ואף מאלצים ומכפיפים אותו. ניתן לפנות אליהם גם בהיעדר חוק.

**התנגדויות**: 1. במישור הפילוסופי- המוסר הוא פיקציה. עניין רגשי ומוסכמה חברתית.

2. במישור המעשי- בני האדם אינם מסכימים עם כל השאלות המוסריות.

* הפוזיטיביזם

- טענה מרכזית: יש להבחין בין המשפט לבין המוסר והדת.

**תורת הפקודה של אוסטין**- ניתוח אנליטי של **מושגים בסיסיים**: 1. חוק- כלל מדריך שניתן בידי אישיות תבונית אחת לאישיות תבונית אחרת. במובן הרחב. חוקי הטבע הם חוקים מתארים ולא מצווים. המשפט הפוזיטיבי הוא משפט אשר בני אדם מוסמכים קובעים.

2. חובה- אדם נמצא תחת חובה כאשר יש עליו איום במקרה של הפרת רצון האחר (סנקציה). כללים מוסריים לא מטילים סנקציה.

3. פקודה- פקודה היא דרישה שיש בצידה סנקציה. חוק שיוצר חובה, חייב להיות פקודה. פקודה ספציפית (פסיקה) מול פעולה כללית (קביעת המחוקק).

4. הריבון- מי שרגילים לציית לו והוא אינו מציית לאחרים.

כלומר, החוק הוא פקודה כללית של הריבון. המרכיב העיקרי הוא כח.

**אתגרים ותגובות**: 1. תקדים- הריבון קבע כי כל פסיקה תהיה תקדים וכך הופך לחוק כללי.

2. המנהג- השופטים מאמצים מנהג והופכים אותו לפקודה.

3. חוקים אזרחיים- מטילים חובה מותנית

**חוקים שאינם פקודה**: 1. חוקים הצהרתיים/פרשניים

2. חוקים מבטלים/מתירים

3. חוקים לא סנקציה

**ביקורות**: 1. אינה מתאימה לכל מקורות המשפט- מבחינה היסטורית, הפרלמנט לא נתן לביהמ"ש את הסמכות לפסוק אלא ההפך. כמו כן, תוקף המנהג לא נובע מפסיקת ביהמ"ש, אם כי מעצם היותו. התיאוריה של אוסטין אינה תואמת לכל שיטות המשפט.

2. לא מתאימה לכל סוגי הנורמות המשפטיות- רוב ענפי המשפט אינם כוללים סנקציה/חובה. הם מגוונים.

3. מושג הריבון- יש **שתי ביקורות**: א. מתאים למערכת מונרכית.

ב. בדמוקרטיה, הריבון גם כפוף לחוק

4. מושג החובה- הארט פיתח. כשיש איום, יש חובה. שתי סיבות: א. **הסבר פסיכולוגי**. תחושת חובה כתוצאה מאיום. אוסטין לא מבחין בין המושג הנורמטיבי לבין המושג הפסיכולוגי.

ב. **טיעון אובייקטיבי**. מושג הסנקציה הוא ניבוי התוצאה של הפרת החובה. היחס בין הסנקציה לחובה הוא הפוך ממה שאוסטין אומר.

אפשרות אחרת, חובה משמעותה שיש טעם טוב, לא שיקרה דבר רע. ניתוק החובה מהעונש.

**תורת המשפט של קלזן**- המשפט הוא מערכת נורמות היוצרת סדר חברתי שנאכף על-ידי המדינה. "תורת משפט טהורה" המורכבת מ**שני חלקים**: 1. נורמות משפטיות ולא אחרות.

2. נורמות ולא עובדות- הבחנה בין המצוי לרצוי. חוק מתאר מול חוק מצווה. הכשל הנטורליסטי. העובדה שיש דבר נוהג, לא אומר שיש חובה לנהוג כך. אם רוצים לעבור מהתיאור לנורמטיביות, צריך להכניס הנחה נורמטיבית

מושג התקפות: נורמה משפטית אינה מחייבת מאליה אלא מכח נורמה משפטית אחרת. הנורמה היא חלק מפירמידת הנורמות. "הנורמה הבסיסית" שביסוד החוקה אשר אומר שיש לציית לחוקה. כוחה נובע מהתוכן שלה.

מהי המערכת המשפטית התקפה? מערכת נורמות שאינה מעוגנת בעובדות. "מבחן האפקטיביות".

**שני סוגי יחסים**: 1. יחסים דינאמיים- נורמה משפטית נותנת כח לנורמה אחרת ליצור נורמות נוספות.

2. יחסים סטטיים- היסקים ופרשנות של עקרון קיים.

**ביקורות**: 1. פירמידת הנורמות לא מתאימה לכל מקורות המשפט

2. הנורמה הבסיסית אינה רגישה לשיטות משפט שונות

**תורת המשפט של הארט**- מושג החובה אינו אילוץ או הכרח, אלא עניין נורמטיבי. חובה קיימת כאשר יש כלל המטיל חובה.

**סדרה של כללים**: 1. הרגל- פעולות שבני אדם עושים במסגרת חברתית. גמיש

2. כלל הקובע סטנדרט- קובעים את התקן לאיך צריך להתנהג

3. כלל המטיל חובה- אם יפרו אותם, תבוא ביקורת חמורה מהחברה. **שני סוגי כללים**: א. מטילים חובה **מוסרית**. ביקורת חברתית. **שני סוגי מוסר**: (1) מוסר פוזיטיבי- מוסר הנוהג בחברה נתונה. (2) מוסר אידיאלי. כללים שאדם מאמין בהם בלי קשר לעמדת החברה.

ב. מטילים חובה **משפטית**. ביקורת מסוג ענישה וגינוי. **שתי נקודות מבט**: (1) חיצונית- תיאור הכללים והתוצאות. לא רואה טעם (2) פנימית- הדרכה איך לנהוג. הכלל כסיבה לחובה. אנשים שונים מתייחסים לחוק בצורה אחרת.

הגינוי החברתי הוא מה שמשקף אם כלל מטיל חובה. סוג הגינוי משקף אם החובה היא מוסרית או משפטית. החובה באה מהכלל, לא מהענישה. נוצרת מהכרה פנימית או ממציאות אובייקטיבית שהחברה קבעה.

הארט חושב על חברה פרימיטיבית קדם-משפטית. יוצרת לעצמה "כללים ראשוניים". אמצעי הכפייה הוא הלחץ החברתי.

**שלוש בעיות**: 1. היעדר מקום מוסמך לחוק- גורם לחוסר וודאות

2. היעדר מנגנון שינוי- גורם לסטטיות

3. אין מנגנון אכיפה יעיל- גורם לחוסר יעילות.

**שלושת סוגי הכללים המשניים**: 1. כלל הזיהוי- כלל על. בא לזהות את החוק. בצורה משוכללת אף מזהה מקור משפטי. מאחד את החוקים השונים למערכת משפט אחת. תוכנו לא אחיד, יכול להיות שונה משיטה לשיטה. אינו כתוב אשר ניתן ללמוד אותו תוך התבוננות בזירה המשפטית (בביהמ"ש). מי שקובע אותו הם השחקנים עצמם. **תפקיד כלל הזיהוי**: א. ודאות

ב. תקפות

ג. אחידות

ד. מקור אולטימטיבי

**סוגי כללי זיהוי**: א. כלל זיהוי פשוט

ב. כלל זיהוי מורכב

**שני מצבים**: א. זיהוי ישיר

ב. זיהוי על-ידי נגזרת

חוק יסודות המשפט בישראל לא כולל מנהג. האם מחייב? תלוי בסוג הזיהוי.

2. כלל שינוי- מעניקים כח לאדם/לגוף לשנות את הכללים הראשוניים. פרוצדורה. מגדירים את המוסדות המשפטיים.

3. כלל השפיטה- קובעים מיהו הגוף השופט. מעניקים כח לגוף לאדם/לגוף לקבוע אם הכללים הראשוניים הופרו.

- סיכום הפוזיטיביזם: **שלושה יסודות**: 1. המשפט כתחום עצמאי ונפרד

2. מבוסס על עובדות חברתיות ולא עקרונות מופשטים

3. הבחנה בין משפט מצוי למשפט רצוי

המשפט עומד על נורמה/נורמות יסוד. **שלוש נורמות**: 1. תורת הפקודה של אוסטין

2. הנורמה הבסיסית של קלזן

3. כלל הזיהוי של הארט

**השוואה** בין הארט לאוסטין: 1. מושג הריבון- של אוסטין מתאים למלוכות וכן אינו מוגבל. כלל הזיהוי לא תלוי בריבון.

2. היקף המקורות המשפטיים- של אוסטין לא מסביר טוב מקורות שאינם מן הריבון. כלל הזיהוי יכול להכיר באופן בלתי תלוי במקורות משפטיים שונים.

3. סוגי נורמות- של אוסטין מתאים לכללים המטילים חובה. כלל הזיהוי מתאים לכל סוגי הנורמות.

כלל הזיהוי מתאים באופן פשוט יותר לשיטות משפט בעלות אופי שונה.

**השוואה** בין הארט לקלזן: 1. הנורמה הבסיסית היא פיקציה בעוד כלל הזיהוי הוא כלל חברתי

2. הנורמה הבסיסית היא קשיחה בעוד כלל הזיהוי הוא גמיש.

הפרדה בין משפט למוסר: המשפט לא שווה למוסר. לא כל מה שחוקי- צודק, ולא כל מה שלא צודק- לא חוקי. פולר טוען כי אם המשפט מחייב נאמנות, הוא חייב להיות צודק ולהיות מבוסס על עקרונות הצדק. ביקורת היסטורית- גרמניה הנאצית. דוגמא לכישלון הפוזיטיביזם שכן אילו המשפט היה מבוסס על עקרונות מוסריים, אי אפשר היה להפוך את החוק למרושע. (הארט אומר שהבעיה היא בתרבות הגרמנית). שניהם מסכימים שהשופט הגרמני לא יצא נקי אם יקיים/יציית חוק רע. משפט הטבע יטען שהוא לא בתוקף ומתוך כל אין לציית לו בעוד הפוזיטיביזם יטען שהחוק תקף אך יש חובה לא לציית לו. הארט מתנגד לגישת ביהמ"ש בגרמניה בעניין משתפי הפעולה, הוא טוען שיש לחוקק באופן רטרואקטיבי. **משפט אייכמן**. הם ידעו שהמעשה לא צודק ואסור מוסרית. פולר טוען שיש קשר בין מוסריות חיצונית למוסריות פנימית ולכן שיטת המשפט של הנאצים הייתה רעה. שלטון החוק מבטיח את המוסריות.

* פורמליזם מול ריאליזם

**פורמליזם**- **שלושה מובנים**: 1. תכונה כללית של המשפט- **שלושה מאפיינים**: א. את הנורמות ניתן לארגן במערכת פורמלית בעלת היגיון פנימי.

ב. המשפט דורש דרישות צורניות רבות בפעולות מסוימות.

ג. הסתמכות על כללים באופן כללי.

2. פרשנות פורמלית- הצמדות לכללים וללשון.

- ד"נ 40/80 **פאול קניג נ' יהושע כהן**.

עובדות המקרה- אישה שבעלה התעלל בה לאורך השנים. ניסתה להתגרש ללא הצלחה ולכן החליטה להתאבד בקפיצה מחלון בית-מלון. כאשר נכנסו לחדר, מצאו פתק בו כתבה את צוואתה תוך שהיא מציינת שלדאוג שבעלה התעלל יקבל כמה שפחות.

השאלה המשפטית- על פי הדין הישראלי, הגבר יורש את אשתו. ולכן נשאלת השאלה האם הפתק נחשב כצוואה תקפה. על פי סעיף 19 לחוק הירושה: "צוואה בכתב יד תיכתב כולה ביד המצווה, תישא תאריך כתוב בידו ותיחתם בידו". חסרים תאריך וחתימה. סעיף 25 לחוק קובע כי במקרה וביהמ"ש אין ספק בנוגע לאמיתות הצוואה, הוא רשאי לקיימה אף אם נפל פגם.

**דעות**: א. **השופט לוין** (דעת הרוב)- צריך להיות דבר שנמצא ונכתב ולכן ס' 25 לא קשור שכן **המרכיבים נעדרים**.

ב. **השופט ברק**- יש דרישות פורמאליות שהחוק מציב אולם לא צריך להיות פורמליסטים **ולא צריך לדבוק בלשון** במיוחד כאשר המחוקק מאפשר פירוש מרחיב.

ג. **השופט אלון**- הצוואה כ-"**שכיב מרע**" על פי ס' 23(א) לחוק.

3. כתורת משפט- **מרכיבים נוספים**: א. המשפט הוא גוף אוטונומי וסגור של נורמות

ב. מערכת שלמה של נורמות

ג. פרשנות מילולית ולוגית

ד. גילוי של התשובה הנכונה. פס"ד **לוכנר** על חוקי העבודה מול חופש החוזים.

- פורמליזם מול פוזיטיביזם: יש קירבה. **שני הבדלים**: 1. מקור משפט

2. מבנה המערכת

- שיקול דעת שיפוטי: על פי הפורמליסטים, אין לשופט שק"ד.

**ריאליזם**- גישה שפותחה על-ידי שופטים. המשפט הוא מה שקורה בפועל. אוליבר הומלס נחשב כמבשר התנועה. היה שופט מיעוט בפס"ד לוכנר. המשפט לפיו הוא: "התחזיות מה בתי המשפט יפסקו למשעה ולא דבר יומרני מכך, הם מה שאני מתכוון בחוק". חובה משפטית היא: "ניבוי שאם אדם יעשה מעשה כלשהו או יימנע ממעשה כלשהו הוא יסבול באופן כזה או אחר כתוצאה מהחלטת ביהמ"ש". בארה"ב "החוקה החיה"

**שני שיקולים**: 1. תכלית החוק

2. התועלת החברתית

**התנגדויות**: 1. חוסר ודאות

2. כח

**ביקורת הריאליזם על הפורמליזם**. **נקודות מרכזיות**: 1. בעיית הכלליות והמקרים המיוחדים

2. עמימות סמנטית

3. ריבוי דוקטרינרי

- סיכום: ספקנות כללים

**מסקנות אנטי פורמליסטיות**: 1. המשפט אינו תחום אוטונומי

2. לא תחום שלם

3. כל החלטה שיפוטית היא יצירה ולא גילוי

**בעיות**: 1. ודאות

2. לגיטימציה

**שיקול הדעת על פי הארט**- מציע שק"ד שיפוט. **איך קובעים את הכללים**: 1. חקיקה

2. תקדימים

ביקורת הארט על הפורמליזם- יש בעיית עמימות הנוצרת מההכללה של החוק על הקבוצה אליו הוא מתייחס. מושג אינהרנטי לשפה. יש גרעין ויש שוליים. דוגמא: איסור הכנסת כלי רכב לפארק. הפורמליסטים- הקפאת משמעות הכלל. **פתרון הארט**: 1. איזון

2. שימוש במונחים כלליים

3. תקנות

**סיווג ההחלטות השיפוטיות**: 1. החלת הדין הקיים

2. יצירת דין חדש

לחוק יש רקמה פתוחה שיכולה לנבוע מ**שני דברים**: 1. מקרים בהם יש עמימות סמנטית

2. מקרים שהמחוקק לא צפה

ביקורת הארט על הריאליזם- ספקנות כללים. **טענות הריאליזם**: 1. הכללים לא מספקים תשובה מדויקת לכל מקרה.

2. כללים הם רק מקורות להחלטות ביהמ"ש.

3. החוק "האמיתי" הוא החלטת ביהמ"ש.

הארט טוען כי הריאליזם מערער על קיום חוקים וכללים מחייבים וכן על משפט אובייקטיבי.

**ביקורת הריאליזם**: 1. קיום רקמה פתוחה אינו סותר את קיום הכללים.

2. יש רקמה פתוחה למרות שהולכים לפי הכללים אבל יש שוליים

3. הספקן מאוכזב מכך שאינו חי בגן עדן של כללים

4. יש להכיר בכללים ובמגבלותיהם

- סיכום: חילוק מערכת הכללים לשניים. גרעין ושוליים.

- הפרשנות של השופט בפס"ד היא הסוואה של הדבר האמיתי- החלטה חדשה של השופט באמצעות שק"ד. בשוליים של המשפט ניתן לשקול גם שיקולים מוסריים. **שני מצבים בתחום שק"ד**: 1. אין כלל בדין.

2. תכלית לא ידועה.

* תורת המשפט של דוורקין

נקודת המוצא שלו היא שק"ד שיפוטי.

**שלושת עקרונות הפוזיטיביזם**: 1. משפט החברה הוא מערכת של כללים ספציפיים

2. אי אפשר להחיל את החוק במקרה בו אין כלל המכסה את החוק

3. אין חובה משפטית כאשר אין כלל המכסה את החוק

**שתי דרכים להכרה בכלל משפטי**: 1. קבלה ישירה

2. תקפות

**הבחנה**: 1. כלל- מכתיב את התוצאה. חל בדרך של הכל או כלום.

2. עקרון- שם עקרונות מוסריים ומדיניות יחד. לא מכתיב תוצאה. עקרונות פועלים לצד עקרונות אחרים. יש לו משקל אשר שוקלים על מנת למצוא איזון מתאים.

פרשת **Riggs v. Palmer**

עובדות המקרה- נכד שרצח את סבו על מנת שיקבל ירושה.

השאלה המשפטית- לפי כללי הירושה, אדם הרשום בצוואה כיורש, הוא היורש. האם נאפשר לנכד לקבל את הירושה?

ביהמ"ש- **ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה**

דוורקין- ביהמ"ש דחה את הכלל המשפטי בעזרת עיקרון מופשט, לא פורמאלי אך מקובל בביהמ"ש ומשפיע.

פרשת **Henningsen v. Bloomfield Motors**

עובדות המקרה- יצרן מכוניות. מכונית עשתה תאונה והיו נפגעים, עקב פגם בייצור.

השאלה המשפטית- האם הצרכן יכול לתבוע את היצרן על נזק הנגרם על ידי פגם בייצור?

ביהמ"ש- **יש ליצרן אחריות מיוחדת כלפי הלקוח**

- בהחלטה משפטית יש גם שימוש בעקרונות מופשטים שלא קבועים בחוק. המשפט עשיר יותר ממה שמתארים. גם לעניין מדיניות.

**שתי אפשרויות לעקרונות**: 1. שיקולים חוץ משפטיים

2. חלק מהמשפט

- העקרונות מחייבים. מעמדם לא מגיע ממודל התקפות או מכוח כלל זיהוי. לא ניתן להגדיר את המשפט כתחום עצמאי. למשפט אין גבולות.

- שיקול הדעת

**סוגים**: 1. חלש

2. חזק

העקרונות הם חלק מהמשפט ולכן השופט נמצא בעולם ללא חללים. אין שק"ד לשופט.

- תזת "התשובה האחת הנכונה"

לכל שאלה משפטית יש תשובה משפטית אחת נכונה. אם לא הייתה תשובה נכונה, לא היה מקום לביקורת.

**שני סוגי טיעונים:**  1. טיעון אנליטי- החלטות משפטיות זה לא עניין של העדפה אישית/בחירה, אלא עניין שנקבע על-ידי סטנדרטים אובייקטיבים.

2. שיקולים נורמטיביים- **שלושה שיקולים**: א. טיעון מקצועי

ב. טיעון דמוקרטי

ג. טיעון מכח שלטון החוק

- **סיכום הפרכת עקרונות הפוזיטיביזם**: 1. נורמות מזוהות על-ידי כלל אב- המשפט מכיל עקרונות שהם לא בהכרח מזוהים

2. שק"ד חזק במקום בו אין כלל משפטי- לשופט יש שק"ד חלש בלבד

3. בהיעדר כלל משפטי, אין תשובה משפטית, אין חובה משפטית- בהיעדר כלל, יש חובה משפטית הנובעת מאותם עקרונות ושיקולים. יש לתפוס את המשפט באופן רחב יותר.

- דוורקין ותורת הטבע: רבים מתייחסים לדוורקין כאיש משפט הטבע. הוא לא מזדהה עם עמדה זו. **סיבות**: 1. במשפט הטבע יש שיקולים של משפט רצוי. דוורקין לא עושה הבחנה בין משפט רצוי למשפט מצוי. הטענה המרכזית שלו.

2. פחות מבסס את טיעוניו על מה שאנשי הטבע ביססו את טענותיהם. טענה קלאסית של משפט הטבע היא שיש מוסר אובייקטיבי. דוורקין לא טוען טענות פילוסופיות כלליות, אלא אומר שכחברה, אנו בעלי הנחות מסוימות לגבי עקרונות והנחות אלה, הן חלק מהמשפט.

- דוורקין והפורמליזם: מצד אחד דומים בתבנית הכללית, במחשבה של תזת התשובה הנכונה והיעדר שק"ד, אולם מצד שני, שונים בפירוש החוק. פורמליסטים רואים את המשפט במודל של כללים בעוד דוורקין רואה את כל השיקולים כרלוונטיים ולכן הוא אנטי פורמאליסט. הוא עושה פרשנות ערכית/תכליתית.

- דוורקין ואקטיביזם שיפוטי: אם מסתכלים על האופן בו הגדיר שופט, רואים הגדרה מרוסנת- שופט הוא מיישם, לא יוצר. אולם תמונת המשפט שלו היא רחבה כל כך שהוא בעצם נותן לשופט ארגז כלים מלא ועשיר.

- מושג השמרנות: **שני מובנים**: 1. שמרנות שיפוטית

2. שמרנות אידיאולוגית

- **ביקורת רז (הפוזיטיביזם) על דוורקין**: 1. המשפט כולל עקרונות מופשטים- למשפט יש גבולות ויש צורך להבחין בינו לבין דברים אחרים. מהות המשפט הוא ההנחה שהוא בנוי על כללים שהחברה קובעת ושהם מחייבים.

2. יש תשובה אחת נכונה- רז עושה **הבחנה**: א. סכסוכים מוסדרים

ב. סכסוכים שאינם מוסדרים. ביהמ"ש מיישם ויוצר.

3. המשפט כולל גם עקרונות- רז מסכים אך עושה **מספר הבחנות**: א. עקרונות משפטיים מול עקרונות חוץ משפטיים.

ב. עקרון מוסרי מול קווי מדיניות.

ג. עקרון תיאורי מול עקרון נורמטיבי.

- יכול להיות שחובה משפטית תיווצר מכח של עיקרון

- המשפט הוא יצירה חברתית של המדינה/ הקהילה הפוליטית. הפוזיטיביסט יכיר במעמד של עקרונות רק אם אין עקרונות משפטיים.

* דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**

עובדות המקרה- בני זוג אשר היו נשואים. האישה (רותי) עברה ניתוח לכרית רחם ולכן בני הזוג החליטו להביא ילד בהפירה חוץ-גופית. הביציות הופרו בזרע של הגבר (דני) ונשמרו בהקפאה בביה"ח. בטרם השלימו את התהליך, הגבר עזב את הבית והקים משפחה חדשה, ללא הליך גירושין (רותי סירבה לגבל את הגט). היא פנתה לביה"ח בבקשה לקבל את הביציות המופרות על מנת שתוכל להמשיך את התהליך אך היא סורבה. דני דורש להפסיק את ההליך בטענה כי אין לכפות עליו הורות.

**שני כיוונים**: 1. קבלת הבקשה וכפיית דני להיות הורה

2. קבלת הסירוב ומניעת רותי מלהיות אם.

**שאלות משפטיות**: 1. מעמד הביציות- האם הביציות נחשבות כעוברים ובכך יוצרות חובה כשלעצמן? השופטים מסכימים שאין מדובר בעובר. יש שופטים הטוענים כי יש לפסוק לטובת רותי כי היא בעד החיים בעוד דני מעוניין בכריתת המשך החיים.

2. קיום חוזה- האם יש חוזה/הסכם/הסתמכות המחייב את דני?

3. חובה מוסרית- האם יש חובה על דני להתחשב באינטרס של רותי להיות אם? דעת המיעוט טוענת כי אין להכריח את דני. יש שופטים הטוענים כי הזכויות לא שקולות וכי הזכות של רותי להיות אם, חזקה יותר. השופט גולדברג טוען כי יש חובה מוסרית ומשפטית.

4. התחשבות באינטרס- האם יש להתחשב, עקב הנסיבות המיוחדות, באינטרס של רותי להיות אם?

**במישור התורת משפטי**: 1. האם יש נורמות משפטיות הקובעות את הדין במקרה זה?

2. אם אין, איך מכריעים את הדין?

3. האם יש להבחין בין הנורמות המוסריות לבין המשפטיות או לאמץ אותן?

**דעות הרוב**: 1. השופט גולדברג- **"ענייננו בצורך ליצור יש מאין. בבריאת נורמה חדשה"**. פונה לעקרון הצדק. **שיקולי צדק**: א. הכרעה משפטית צודקת

ב. עדיפות האינטרס של רותי

ג. ההסתמכות של רותי

הבחנה בין זכות חיובית (אי אפשר לכפות) לשלילית (אי אפשר למנוע). דעת המיעוט טענה כי לא ניתן לתבוע חרויות שליליות. השופט גולדברג מודה כי אין חובה כלפי הביציות וכלפי רותי. הוא שוקל את האינטרסים של הצדדים ונותן עדיפות לרותי.

2. השופט טל- האינטרסים אינם שקולים. **משקל גדול יותר לזכות להיות הורה משום שזהו ערך חיובי**. מוסיף אינטרסים של הסתמכות והשתק.

3. השופט בך- יש להיאחז בתחושת הצדק **ולפסוק על פי מה שנראה כצודק יותר**.

4. השופט טירקל- מדובר בהחלטה סובייקטיבית ו**הוא בוחר בחיים**.

- סיכום דעת הרוב: אין נורמה משפטית ולכן יש ללכת לשיקולי צדק. קרובים לגישה של הארט.

**שופטי המיעוט**: 1. השופטת שטרסברג-כהן- **לא נמצאים בחלל ריק**. יש נורמות מהן ניתן לגזור מהן למקרה הספציפי. **מספר טענות**: א. לא ניתן לכפות על אדם יצירת חיים בעל כורחו

ב. לא הייתה מצד דני הסכמה להמשך התהליך בנסיבות של התפרקות התא המשפחתי.

ג. הזכות להיות הורה היא חירות שאין מולה חובה משפטית

2. השופט זמיר- **אין חלל נורמטיבי**. חייבים למצוא נורמה במשפט ולהחיל אותה. **נורמות**: א. תקנות הפריה חוץ גופית

ב. חוק ההסכמים לנשיאת עוברים

3. השופט אור- הייתה הסכמה לשת"פ אולם **ההסכמה אינה גורפת לכלל השלבים מראש**.

4. השופט ברק- נדרשת הסכמה וזה עולה בקנה אחד עם דרישת הצדק. **צדק כמעמד של הזכויות, לא איזון אינטרסים**. מספר טענות: א. הביצית אינה עובר

ב. הורות כרוכה בזכויות וחובות

ג. החירות להיות הורה או לא, נגזרת מכבוד האדם ומהזכות לפרטיות.

- סיכום דעת המיעוט: עקרון הצדק הוא עקרון פנים משפטי. נוטים לגישה של דוורקין. הולכים על מעמד זכויות והתפיסה של חירות שלא ניתן לכפות על אדם.

**שלושת השופטים האחרים**: 1. השופטת דורנר- במקרה של התנגשות בין עקרונות יסוד, **יש להשתמש באיזון ספציפי, על פי נסיבות המקרה**. בנוסף, היא משתמשת ב-**"עקרון היושר"** של אריסטו אשר אומר שכאשר יש כלל ויש לו חריג, השופט רשאי לתקן את החוק על-ידי קביעה שזה חריג. **שני מצבים להתאמת הכלל למקרה הספציפי**: א. הכלל נראה לשופט כבלתי צודק.

ב. הכלל נראה לשופט כלא מתאים.

עקרון היושר לא מתאים משום שאין בכלל כלל. היא מביאה אותו על מנת להמחיש את הצורך לבחון כל מקרה לגופו. היא פוסקת לטובת האישה עקב הנסיבות המיוחדות.

2. השופט מצא- "איזון זה אינו יכול להתבסס על תחושת הצדק לבדה. **עריכתו טעונה אמת אובייקטיבית**". **שלושה סוגי זכויות**: א. זכות עקרונית

ב. זכות כללית

ג. זכות ספציפית

3. השופט קדמי- **הפריית הביצית היא השלב המכריע ביצירת העובר**

- סיכום: שופטי המיעוט הולכים על פי הדין ופוסקים לטובת דני. שופטי הרוב חושבים שהתוצאה אינה נכונה ולכן פונים לשיקולי הצדק.

פס"ד **פלוני נ' פלונית**

עובדות המקרה- אדם תרם תרומת זרע ואישה השתמשה בה דרך בנק הזרע. נולד ילד והיא רצתה לשריין מנה נוספת לילד שני. הבחור התחרט ולא מעוניין שישתמשו במנה שלו. יש ביצית מופרית המוכנה לשימוש לאחר 3 שנים.

שאלה משפטית- האם נאפשר לגבר להתחרט במקרה כזה?

ביהמ"ש- **הוא יכול לחזור בו ולבטל. יש שינוי מבחינת האיזונים**.

* תורת המשפט של CLS

הביקורת המשפטית יוצאת מנק' המבט של הריאליזם. תנועה זו טענה כי ההחלטות השיפוטיות, אינן רק אד-הוק, אלא נובעות מעמדות אידיאולוגיות, המבטאות העדפה בשאלות כלכליות, חברתיות ופוליטיות עקרוניות. שימוש במשפט כהסוואה להכרעות ערכיות-אידיאולגיות. תנועה זו גם הביאה לתיאוריות פמיניסטיות על המשפט.

**שלוש גישות מרכזיות בתנועה הפמיניסטית**: 1. פמיניזם ליבראלי

2. פמיניזם תרבותי

3. פמיניזם רדיקאלי

* פרשנות במשפט

- מהי פרשנות נכונה לחוק/לחוקה/למסמך משפטי אחר?

**שלושה מתחים**: 1. מחבר וטקסט

2. לשון ותוכן

3. טקסט וקונטקסט

-פירוש לפי כוונה שזהה לטקסט: בלשנות (משה אזר). הטקסט הוא קבוצה של סימנים אשר מסודרים באופן שיוצר מילים ומשפטים על פי כללי הלשון, הסמנטיקה והתחביר אשר חותרים להבין את כוונת המחבר.

- ההבחנה של Hirsch: מובן ומשמעות.

-**בעיות**: 1. מה קורה כאשר הטקסט אינו ברור?

2. מה קורה אם בטקסט יש מספר כותבים?

3. מה קורה בטקסט שחובר לפני זמן רב?

4. האם כל הטקסטים שווים?

5. האם כל מטרות הפירוש שוות?

- פרשנות ספרותית. **שוני מטקסט יומיומי**: 1. רב משמעויות

2. מעבר לכוונה

- פרשנות משפטית. **שאלות**: 1. כוונת המחוקק או פירוש החוק?

2. פרשנות מילולית או פרשנות תכליתית?

3. פרשנות החוק או פרשנות בהתאם לסביבה החוקית והחוקתית?

**ייחוד הטקסט המשפטי**: 1. חוק חובר על-ידי מספר אנשים

2. מכיל כללים שנועדו להכיל מספר רב ואינסופי של מקרים

3. מתקיים לאורך זמן וצריך להתאים לנסיבות משתנות

4. השתלבות במערכת כללים מורכבת

-**תיאוריות משפטיות**: 1. טקסטואליזם- השופט סקאליה. התחשבות בטקסט ונתינת משקל לו משום שכך כוונת המחוקק באה לידי ביטוי. על פי הכוונה האובייקטיבית. מתנגד לגישה של "החוקה החיה". ההצדקה היא פרשנות דמוקרטית- השופט אינו מוסמך ליצור חוק. שופט המפרש את החוק בהתאם לכוונה או לתכלית, ממציא בעצמו תכלית שלא כתובה רק כיד שיוכל לפרק את החוק כרצונו.

2. פרשנות נאמנה- חיים כהן. **3 נאמנויות**: א. ללשון החוק. החשובה ביותר. **נימוקים**: (1) ודאות (2) פומביות (3) שוויון

ב. לרוח החוק

ג. לרוח המחוקק

- לפי כהן, לא ניתן להבין כלל משפטי, ללא להבין את התכלית שלו.

3. אינטגריטי- דוורקין. הפרשנות צריכה להתאים ל**שלושה עקרונות**: א. צדק

ב. הגינות

ג. הליך הוגן

-מנסה לשמור על המסורת הקהילתית, מצד אחד, אך גם לא להיות מחויב לפרשנות טקסטואלית ואורגינליסטית, מצד שני.

* תורת הפרשנות של דוורקין

**שני ניגודים**: 1. פוזיטיביזם ומשפט טבעי- הפרשנות כמחייבת עיגון הרצוי בחוק המצוי. כל החלטה שיפוטית היא פרשנית, גם אם היא לא מפרשת טקסט בצורה ברורה. מושג הפרשנות רחב יותר.

2. קונבנציונאליזם ופרגמטיזם- **הבחנה**: א. קונבנציונאליסטים מתבססים על חקיקה ותקדימים. מבט לאחור.

ב. פרגמטיסטים מחפשים פתרון טוב לשאלה המשפטית. מבט לפנים. **ביקורות**: (1) לגיטימציה (2) פגיעה בחוק (3) סובייקטיביות

- על פי דוורקין, המושג שיעזור לו להתגבר על הפער הוא- הפרשנות שנותנת מבט לפנים ולאחור. המשפט כפרשנות. "המשפט כשלמות/יושרה".

- פרשנות ספרותית: התיזה האסתטית. פירוש טוב ליצירה ספרותית הוא זה שמאיר אותה באור הטוב ביותר, באופן המעניין ביותר. "קריאה של חסד". **ביקורות ותגובות**: 1. סובייקטיבית- העובדה שלא ניתן להוכיח מהו הפירוש הנכון ביותר, לא אומרת שאין תיאוריה טובה יותר.

2. חוסר תיאום לכוונת המחבר- כוונת המחבר אינה מכריעה. רואים ביצירה יותר ממה שהמחבר התכוון.

- ניסוי רומן שרשרת: קבוצת אנשים אשר צריכה לכתוב רומן בהמשכים כאשר כל אחד כותב פרק אחד. **שני עקרונות**: 1. עיקרון ההתאמה (fit)

2. הארה באור הטוב ביותר (best light)

- השופט הוא כמחבר ברומן מתמשך ולכן יש להחיל עליו את שני עקרונות אלה.

-פרשנות אמיתית: **שני יסודות**: 1. הכנסת עקרונות

2. הפרשנות הטובה ביותר

- דוורקין מאפשר לשופט מרחב פעולה רחב לפרשנות שלו.

-הערכה: כל החלטות השופט הן במסגרת המשפט והוא מכניס לתוכה את עקרונות הצדק, ההגינות וההליך ההוגן. תשובות משפטיות הן אמיתיות והשופט צריך לחתור להחלטה נכונה ככל שזה אפשרי. דוורקין מודה כי לשופט יש תפקיד יצירתי. שק"ד פירושה סמכות לשופט להחליט מה שבמשפט אין תשובה. פרשנות פירושה לתת החלטה שתפרש את המסורת המשפטית.

* תורת הפרשנות התכליתית של אהרון ברק

- מושג הפרשנות נהפך למושג המרכזי ביותר בהחלטות שיפוטיות. התיאוריה הפרשנית נקבעה כהלכה.

- הדילמה הפרשנית: מה פירוש נכון לטקסט? מה הוא תפקיד הקורא/הפרשן? **שתי גישות**: 1. כוונת המחבר.

2. פרשנות טובה

ברק מדבר על פרשנות במובן הרחב ומדבר גם על טקסטים משפטיים. על פי ברק, פירוש נכון של הטקסט הוא כזה שמקיים את התכלית שלו. הגישה שלו היא סובייקטיבית-אובייקטיבית.

-תכלית: ברק מנגיד מושג זה למושג הכוונה. **סיבות**: 1. מושג נורמטיבי

2. פרשנות דינמית- **שיקולים תומכים**: א. עקרונות השיטה

ב. דינמיות והשתנות של החיים

ג. שיקולים פרשניים

3. תכלית אובייקטיבית- התכלית העולה מהנורמה

4. תכלית סובייקטיבית- התכלית שמחבר הטקסט המשפטי התכוון אליה

 - תכלית אובייקטיבית: התכלית העיקרית. **שלושה יסודות**: 1. לשון

2. תכלית

3. שיקול דעת

**פרשנות טקסטים שונים**: 1. צוואה

2. חוזה

3 חוק

4. חוקה

פס"ד **קעדאן**

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

ברק- פרשנות תכליתית. לס' 1 לחו"י מקרקעי ישראל יש **תכליות מיוחדות**: 1. שמירה וניהול ריכוז ופיתוח של מקרקעי המדינה

2. מניעת העברת בעלות לגורמים לא רצויים

3. מדיניות בטחון

4. פרויקטים לאומיים

ניתן לפעול במסגרת הביטחון אבל תוך אי פגיעה בעקרון העל של שוויון.

-השוואה בין ברק לדוורקין: **דמיון**: 1. משקל לתכלית

2. עקרונות כלליים

3. תפקיד מרכזי

4. החלת עקרונות

**שוני**: 1. אינטגריטי כעקרון יחיד

2. דגם רומן השרשרת

3. פרשנות אחת נכונה

4. שיקול דעת השופט

* היצירה השיפוטית לסוגיה

- **שלושה סוגים**: 1. פרשנות- מתן משמעות לטקסט משפטי. בישראל הגישה היא הפרשנות התכליתית

2. השלמת חסר- **שני מושגים**: א. אין בחוק הסדר כלל

ב. לקונה

חוק יסודות המשפט בא להשלים חוסר. ביהמ"ש פירש אותו באופן צר. עולה שאלת סמכות ביהמ"ש להשלים חסר בכך לתת לו מעמד.

3. פיתוח המשפט- נושאים שלא הוסדרו. ביהמ"ש כמחוקק משנה. התוקף הנורמטיבי הוא של הלכה פסוקה.

- חסר בחוק: **4 אפשרויות**: 1. נשאר במשמעות קודמת

2. הסדר שלילי

3. הסדר משתמע

4. חסר הטעון השלמה

- יש לבחון את 4 האפשרויות בחסר.

- אין לקונה בחוק בדין פלילי

* זכויות

- **הבחנה**: 1. זכויות מותנות/יחסיות

2. זכויות יסוד

**שאלות**: 1. מה זכות מקנה?

2. מי יכול להיות בעל זכות?

3. מדוע לאדם יש זכות?

4. האם בעל זכות שולט על זכותו?

-זכות: **ארבעת המובנים**: 1. זכות במובן הצר

2. חירות

3. כח

4. חסינות

- טבלת הופלד: זכות מול חובה, חירות מול היעדר זכות, כח מול כפיפות, חסינות מול היעדר כח. בטבלה יש גם ניגודים.

- אשכול זכויות: בעלות בנכס כוללת מגוון של זכויות. זכויות במובן הצר- תביעה. **שני סוגים**: 1. זכות חיובית

2. זכות שלילית

- זכויות וחובות: על פי הופלד אי אפשר לחשוב על מושג הזכות ללא חובה כי זה בהגדרה שלה, אך ניתן לחשוב על חובות שיש לאדם מבלי שיש לצד השני זכויות.

-על פי רז, רק בני אדם יכולים להיות נושאי זכויות. **שתי תפיסות**: 1. תורת הרצון

2. תורת האינטרס

לפי רז, זכות אינה קורלטיבית לחובה. היא יכולה להיות הצדקה להטלת חובות מסוגים שונים. הזכות היא נקודת המוצא, היא האינטרס המסוים שיש לאדם, ואינטרס זה הוא מספיק חשוב ועשוי להטיל חובות על אחרים.

**הבחנה**: 1. זכות עיקרית

2. זכות נגזרת

- ויתור על זכות: במובן של תורת הרצון, כן. אך אם מגדירים זכות כאינטרס, יכול להיות אינטרסים שאנו רואים באופן אובייקטיבי ולא מאפשרים לאדם לוותר. יש זכויות שלא תופסים אותן במובן של רצון.

* עבודות

1. ציות לחוק- אפלטון, סמית' וגנז

2. ויכוח הארט-פולר- הארט, פולר ופס"ד אייכמן

3. מרי אזרחי וסרבנות מצפון- רולס, רז ופס"ד וזונשיין