**מבוא**

* מערכת המשפט היא **מערכת נורמטיבית** שמעגנת בתוכה ערכים ומוסר של המדינה.
* "מוסר"- הגדרה אינטואיטיבית: תחום שעניינו הבחנה בין מעשים טובים לרעים, בין התנהגות רצויה לבלתי רצויה, בין דרגות שונות של חובה לרשות.
* ייחודה של מערכת המשפט בהשוואה למערכות נורמטיביות אחרות:
1. **מעמד**- למדינה יש כוח **לאכוף** את המשפט, ולכן הוא **עליון** על פני מערכות נורמטיביות אחרות (דת, מוסר) שהמדינה לא תאכוף.
2. **צורה**-
* המשפט קיים באופן **אובייקטיבי**, ללא תלות באמונות של בני אדם (כמו במוסר או בדת) שמונע ויכוח מה נכון ומה לא; (פתח לסובייקטיביות- כאשר השופט קובע הלכה חדשה).
* המשפט מנוהל ע"י **מוסדות**: (1)**יוצרי נורמות**- הממשלה והכנסת (וגם ביהמ"ש במקום בו אין חוק); (2)**מיישמי נורמות**- גופי שיפוט ואכיפה (משטרה, רשות המס וכו').
* מערכת שבנויה **בצורה של כללים** (להבדיל מעקרונות)- מערכת המשפט היא מאוד מפורטת ויותר ספציפית ממערכות מוסר אחרות. היא מחולקת לנושאים, סעיפים, תתי סעיפים וכו'.
1. **תוכן-** (1)כלליות המשפט- מסדיר את רוב תחומי החיים וההתנהגויות. (2)מערכת פתוחה-מאמצת נורמות חיצוניות (חוזים פרטיים, הסכמים ציבוריים וכו'). (3)גבולות המשפט- המשפט קובע לעצמו את גבולותיו באופן וולונטרי, אילו נושאים יסדיר ואילו לא (אפליה כן, אבל ניאוף לא).

**סוגים שונים של כללים**

* כללים המטילים חובה-חובות עשה (חובת הזהירות) או אל תעשה (איסורים בחוק העונשין). החלק הכופה של המשפט,עיקרו הגבלת החירות של האזרח לטובת אינטרסים ציבוריים.
* כללים המעניקים כוח-הכוח של הפרטים בהתנהלות היום יומית, לעשות דבר, שאחר יהיה כפוף לו,כללים שמאפשרים להקים חירויות חדשות לאזרח (למשל- חוק החוזים).
* כללים המעניקים זכויות-למען הספקת שירותים וחלוקה מחדש של משאבים,חוק חינוך חינם, חוק בריאות.

**מדוע המשפט משתמש בכללים?**

**יתרונות: (1)**חיסכון בעלויות- זמן, עבודה, משאבים**; (2)**מניעת טעויות- יוצר וודאות, ברור המותר והאסור; **(3)**כל יעיל להכוונת התנהגות- מאפשר לאזרח לתכנן מראש את ההתנהגות שלו כדי לא לעבור על החוק.

**חסרונות:** **(1)**הכלל לעולם לא יתאים לכל המקרים: *תחולת יתר*- חל על מי שלא ראוי; *תחולת חסר*- לא חל על מי שראוי. **(2)**היחס בין כללים לטעמים- מאחורי כל כלל יש טעם שעומד מאחוריו, לפעמים **הטעם יצדיק עבירה על הכלל**. כדי שכלל יצור וודאות, צריך לדבוק בו גם מקום בו הוא מנוגד לטעם שלו.

**גישות לפיהם נבחן תורות משפט**

יש 2 גישות ביחס לתורות המשפט**:** עוסקות בשאלה: **מה היחס בין המשפט לבין המוסר (עקרונות צדק מופשטים)?**

1. **הגישה הפוזיטיבית**- המשפט הוא תחום עצמאי, מוגדר לפי המקורות שלו (חקיקה, פסיקה). ועליהם נסתמך במענה לשאלה משפטית ולא לפי מה צודק או נכון.
2. **גישת הטבע**- החוקים כפופים לצדק, לכן **החוק צריך להיות צודק.** ואם יש חוק לא צודק- הוא לא חוק. מדובר ב**מערכת מופשטת** של חוקים- כתובים ולא כתובים. כך שאם אין תשובה בחוק הפוזיטיבי (האנושי, הכתוב ע"י בני האדם), ניתן לפנות לעקרונות המוסר והצדק כי ממילא המשפט מבוסס עליהם.

**דילמות של צדק ומשפט**

* *פס"ד פלוני נ' פלונית*-אדם בוגר נשוי, שהיה חשוך ילדים, פיתה נערה כבת 15 והכניסה להריון, ונולד בן. הנערה מבקשת למסור את הבן לאימוץ ואילו האבא מתנגד.טען שעשה עבירה ונענש עליה, אך זהו בנו והוא זכאי לגדלו.
* **האם בנסיבות המקרה שההיריון נגרם תוך ניצול ועבירה נתגבשה עילת אימוץ?** חוק האימוץ מאפשר אימוץ: 1)בהסכמת ההורים; 2)לפי אחת מ8 עילות אימוץ בס'13, אולם הוא לא מעניק עילת אימוץ למקרה דנן. **מבחינה מוסרית לא ראוי שהאב יגדל את בנו. מבחינה משפטית, אין בחוק עילה שמאפשרת להוציא את הילד מהבית.**
* **טענת ב"כ היועמ"ש**: העלה טענה דיונית של המשפט המקובל- "**ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה**". דורנר: הכלל נכון רק לזכויות רכושיות, לא ניתן שהכלל ישלול זכויות אישיות כמו זכות הורית.
* **גישות השופטים:**
* **דורנר (דעת הרוב)**: מכניסה את המקרה תחת העילה של אי מסוגלות הורית מכוח ס' 13(7), **על רקע היווצרות בעיות נפשיות**; מנמקת ע"ב 'עיקרון טובת הילד'- לפי חוו"ד מומחה, עלולה להיגרם לילד פגיעה נפשית אם יישאר בקרבת אביו (נולד כתוצאה מפשע). לשופטי הרוב חשוב להראות שההחלטה אובייקטיבית ולכן מתאמצים להסמיך אותה ללשון החוק. ביקורת על ההכרעה: העילה מכוונת למצב שההורים **לא יכולים** לדאוג לצרכיו הבסיסיים (בית, ביגוד, השגחה). הנימוק האמיתי שלהם: לא רוצים שיצא חוטא נשכר, לא מגיע לו.
* **לוין (דעת מיעוט)**: האב הינו אדם נורמטיבי, לא נכון להגיד שלא מסוגל לגדל את בנו. אך עדיין חושב שהוא לא ראוי לכך, מציע 2 פתרונות: **(1)** **פרשנות מרחיבה =** **"חוקים לא חוקקו בחלל ריק". הם חוקקו בתוך מערכת כללים ועקרונות קיימת.** יש לקחת בחשבון גם את **תכלית החוק ואת עקרונות היסוד** של השיטה. מכניס תחת ס' 13(8) (שקובע חובה להסכים לאמץ אם המניע בלתי מוסרי), גם אם המניע נוגד את **תקנת הציבור**, בנסיבות שהבאת הילד היו בלתי מוסריות. כאן עדיין מעגנים את ההחלטה בחוק; **(2)חסר סמוי =** השופט מניח שיש חסר כך שהמחוקק לא נתן את דעתו על המקרה, אבל אם היה נשאל, היה משלים את החוק (להבדיל מחסר גלוי, שברור שהמחוקק לא התייחס לנושא זה). לוין טוען כי **חסרה עילה של הריון שנגרם כתוצאה מניצול**. ולכן ניתן להחיל על המקרה עילה זו בדרך של השלמה.
* **חשין (מיעוט)**: נק' המוצא של חשין בהכרעה- החוק ועקרונות הצדק. ואז מחליט. כדי לנמק הכרעה מוסרית- מסתמך על **משפט הטבע,** שמבוסס על עקרונות מוסריים שקודמים למשפט המדינה. חשים טוען שכאשר אין מענה במשפט, יש לפנות לנורמות של צדק, כגון עקרון "הרצחת וגם ירשת". אמנם לא כתוב בחוק, אך המשפט יונק מהמוסר ולכן הוא חלק מהחוק. חשין מציג לנו תפיסה עקרונית שלפיה יש עקרונות מוסריים שהם חלק מהמשפט (לפי התיאוריה הזו המוסר והמשפט אינם נפרדים). חשין מזהיר שמדובר בפסיקה חד-פעמית הנוגעת למקרה הספציפי ולהבא יש לבחון כל מקרה לגופו.

**משפט טבעי**

**אפלטון**

* היה תלמידו של סוקרטס ומשתמש בשמו כדי להביא את דעותיו שלו. אפלטון משתמש בכתיבת דיאלוגים.
* בדיאלוג מינוס, נראה כי סוקרטס שואל את חברו "מהו חוק", וחברו עונה לו "חוק הוא סברה מדינית", דהיינו יש לציית רק לחוק שנכתב ע"י המחוקק (תנאי לתוקפו של החוק הוא מקורו, אלמנט פוזיטיבי). מנגד, סוקרטס טוען שיש לנו הנחה שראוי לקיים את החוק, כי הוא נתפס כדבר טוב. יש כאן סתירה פנימית, כי המדינה מורכבת מגורמים אנושיים שלעיתים עושים טעויות בקביעת החוקים ויכולים ליצור חוק רע שלא ראוי לציית לו. לכן המסקנה המתבקשת היא ש**החוק מבקש להיות גילויה של האמת המוסרית.** התנאי לתוקפו של חוק הוא תוכנו- נציית לחוק אם הוא עומד בכללי הצדק והמוסר. כך שאם המדינה תחוקק חוקים שאינם צודקים, הם אינם חוקים ובטלים.
1. **אם החוק הוא גילוי האמת, איך יש שינוי בין תקופות?** תשובה: החוקים משתנים מדור לדור כי בני האדם לא תמיד מסוגלים לגלות את האמת. הם מוגבלים ומגלים בהדרגה את האמת המוסרית.
2. **איך יתכן שאותו מעשה נחשב לחוק במקום מסויים, ולעוול במקום אחר?** השינוי בחוק הוא ביטוי להתאמה שלו לנסיבות המשתנות. יכול להיות שבחברות שונות ישנו מוסר נוהג שונה, בהתאם להתפתחות כל חברה.
* **תפיסה אליטיסטית-** מציג את דמותו של מינוס (מלך כריתים, הבן של זאוס האל) כדמות מפוארת שמאחוריה מורשת של חוקים נצחיים, כך שהאמת גלויה אליו ולכן חוקיו הם חוקי האמת.🡨 לאפלטון חשוב לומר שהחוק הבסיסי נכתב ע"י **אנשי מעלה, בקיאים ומלומדים** שלא ישנו את דעתם מעת לעת.
* **סיכום: קיימת אמת אחת נצחית ואוניברסלית שהמשפט כפוף לה; חוק שלא משקף עקרונות צדק (האמת האוניברסלית) איננו חוק. הזיקה בין חוק למוסר היא זיקה פנימית.**

**אריסטו**

* היה תלמידו של אפלטון אך חלק עליו במספר היבטים. לפי אריסטו, לחוק המדינה (הצדק המדיני) יש שני מקורות:
1. **צדק מן הטבע**-יש בחוק יסוד קבוע ואוניברסאלי בין מדינות שונות. אינו תלוי בהסכמת הבריות לציית לו. התוקף שלו נובע מהאמת שבו ולא לפי הקביעה החברתית (למשל האיסור לרצוח- גם אם מדינה תתיר זאת, אנשים לא ירצחו כי זה לא מוסרי בעיני כולם).
2. **צדק מן החוק**-היסוד הפוזיטיבי, תלוי בדעת הבריות, נקבע ע"י המחוקק.אי אפשר לגזור אותו מהטבע, כי הוא מבוסס על הסכמה חברתית שמשתנה בין מקומות.
* **אריסטו** מאמין שהצדק מורכב גם מחוקי הטבע וגם מהחוקים של בני האדם- ישנו צדק שנובע מהחוקים של בני האדם (אלמנט פוזיטיבי בקביעת החוק). ואילו **אפלטון** מציג גישה מוניסטית של החוק: החוק כולו הוא גילוי האמת/משפט הטבע (רק הגילוי נעשה ע"י המחוקקים).
* אריסטו מצדיק את העובדה שהחוקים משתנים ממקום למקום- **כי המשפט הטבעי ניתן לשינוי.** אריסטו לא פוסל את האפשרות של שינוי בעקרונות המשפט הטבעי. טוען שאמנם לטבע יש נטייה, אך גם דברים טבעיים יכולים להשתנות. לדוג'- אדם נולד שמאלי אך יכול במאמצים לאמן את יד ימין ולהפוך אותה לידו החזקה.
* **אם המשפט משתנה, איך נדע איזה נורמות הן חלק ממשפט הטבע?**
* **הצדק הטבעי- אותן הנורמות המוסריות שהן הכרחיות וחיוניות לקיומה של חברה**. נק' המוצא שלו היא שהאדם נועד לחיות במסגרת מדינית: האדם אינו אוטרקי = אינו מספק את כל צרכיו (אדם זקוק למשפחה, שזקוקה לכפר שזקוק למדינה). מגיעה למסקנה שהמדינה מספקת את כל צרכיו של האדם. התכלית של האדם כחלק מהטבע שלו זה לחיות חיים מדיניים.
* **גילוי הצדק הטבעי**- **באמצעות התבונה**. כוח הדיבור (הכוח התבוני) מאפשר לבני האדם לתקשר, לדון ולהסכים על הנורמות ההכרחיות לקיומה של הקהילה\המדינה (עקרונות הצדק).
* **עקרון ההגינות:** **תיקונו של החוק שבא מחמת כלליותו**. הבעיה עליה עומד אריסטו: נוצר עוול מאחר שהחוק נחקק בצורה כללית. יהיו מצבים שאם נחיל בהם את החוק נגיע לתוצאה שאינה צודקת. הבעיה הזו רלוונטית גם לחוקי הטבע וגם לחוקים הפוזיטיביים. ולכן, ברגע שיש ניגוד בין הצדק שבחוק (2 הסוגים) לבין מטרות החוק (המוסר המעוגן מאחורי החוק), יש להפעיל את עקרון ההגינות שמצריך סטייה מהחוק (לדוג': **פס"ד רינגס**, הנכד שרצח את הסבא). התרגיל המחשבתי של השופט: עליו לשים עצמו בנעלי המחוקק, ולשאול את עצמו מהי תכלית החוק? דומה לחסר הסמוי (פרשת פלוני): השופט מניח, שאם המחוקק היה נשאל על כך, הוא היה מוסיף לחוק כלל שיתן מענה למקרה הספציפי שמונח בפניו.
* **אפלטון ואריסטו:**
* **דמיון-** שניהם מאמינים שלחוק יש אלמנט של משפט טבעי = החוק הוא מוסרי.
* **שוני-** אריסטו מוסיף היבט פוזיטיבי לחוק- **מוסר** שהוא קביעה מדינית, מבוסס על הכרעה חברתית.

**קיקרו**

* המשפט הטבעי- אוניברסאלי, מערכת "על חוקתית"; לא מדובר בעניין של הסכמה, אלא זה חלק מהטבע. הוא נצחי, בלתי משתנה וקיים לעד. כמו שחוקי הטבע הפיזיקליים אינם משתנים, כך גם חוקי הטבע המוסרי. [דומה לאפלטון/אריסטו- חוק הטבע לא תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות].
* גילוי המשפט הטבעי- ההבנה של החוק הטבעי היא **אינטואיטיבית.** לא צריך להיזקק לפרשן חיצוני, אלא לאדם יש הבנה בלתי אמצעית. הוא מתבונן בעצמו ויודע מה נכון לעשות.
* שינוי החוק בין מקומות וזמנים: כמו אריסטו; העובדה שהחוק משתנה לא שוללת את הטענה שהחוק נצחי, אלא תלויה בגילוי של האדם.
* 2 תפקידים של המשפט הטבעי כמשפט מדיני, מעניקים 2 תשובות מנוגדות לשאלה**: האם חוק המדינה צודק ומוסרי?**
	1. **תפקיד שמרני**- המשפט של המדינה **הוא** **ביטוי** של משפט הטבע, ההנחה היא שמשפט הטבע כללי ומופשט, והמשפט המדיני קובע את הכללים המעשיים. לכן **תמיד יש לציית למשפט המדינה.**
	2. **תפקיד ביקורתי**- נבקר את משפט המדינה **לאור** משפט הטבע. לכן **חוק שסותר את משפט הטבע, הוא לא חוק**.

**הצדקות להתאגדות מדינית**

**תומס הובס – פוזיטיביזם**

* **המצב הטבעי (טרום-מדיני) :**
* נק' המוצא: **שוויון בסיסי בין בני האדם.** אמנם יש חכמים יותר ופחות, אולם הם שווים ביכולת האיום שלהם אחד על השני. השוויון בעניי הובס נוגע להיבט הפיזי והשכלי.
* התאוריה: *שוויון* [אין ריבון= אין מגבלות] *🡨 תחרות* [על משאבי הטבע יוצרת איום] *🡨 חוסר בטחון* [כל רגע יכולים לפגוע בי]  *🡨 מלחמת כל בכל.*
* הזכות הטבעית: **חירות מלאה**. המצב הטבעי הוא מצב עירום מכל מסגרת נורמטיבית (אין מוסר- מושגים של צדק ועוול), כי לכל אחד יש חירות לעשות הכל והחירות מובילה לפראות ומלחמות 🡨 האדם יחיה חיי בדידות, דלים, מאוסים בהמיים וקצרים.
* כיוון שבני האדם לא מעוניינים בחיים אלו, הם מתאגדים ומסכימים על מספר חוקים טבעיים:
1. **השלום** עדיף ממלחמה.
2. האדם **מוכן לוותר על חירותו** המלאה כדי להבטיח את שלומו.
3. **עקרון של צדק**- מי שכורת אמנה חייב לקיימה (מסכימים לתת סמכות מלאה לריבון).
* מכאן עוברים למצב המדיני.
* **המצב המדיני:**
* אמנה חברתית- בני האדם יקיימו חוזה שמשתית את החיים המדינתיים. על פיה, הם מוותרים על זכויותיהם ומעבירים אותם לריבון. על הריבון לקבוע חוקים טבעיים=רציונאליים (במובן של יעילות), שכל בני האדם יהיו מחוייבים להם.
* הזכות היחידה, לפי הובס, שלא מוסרים למדינה היא **הזכות להגנה עצמית**.
* מכאן לריבון צומחת הסמכות: לחוקק חוקים, לשפוט את מפרי החוקים ולנהל את ענייני המדינה.
* הצדקת התאוריה לפי הובס: כוחה של המדינה להגביל את החירות של בני האדם **עדיפה על פני המצב הטבעי**, **שמביא למלחמה**.
* ביקורת: התיאוריה מצדיקה **משטר אבסולוטי כוחני**, לריבון יש את הכוח הבלעדי לחוקק, לשפוט ולמשול.
* **לסיכום, הובס מצדיק את המצב המדיני מכוח התורה הפוזיטיבית**: החוק הוא ביטוי של הסכמה חברתית, ומקורו בריבון [האמנה החברתית מעניקה לו סמכות לחוקק חוקים].

**גו'ן לוק** – **משפט טבעי**

* **המצב הטבעי (טרום-מדיני):**
* נק' המוצא: **שוויון נורמטיבי בין בני האדם**. למרות ההבדלים המגדריים/גזעיים, בטבע יש יסודות של חמלה, אמפתיה וכיבוד זכויות האחר.
* התאוריה: לכל אדם, במצב הטבעי, זכויות טבעיות: **"אין אדם רשאי לפגוע בחברו- בחייו, בחירותו וברכושו."** ברגע שהכרנו בשוויון הנורמטיבי, כולם כפופים לחוקי הטבע המוסריים (שנובעים מהחמלה והאמפתיה הטבועים באדם) שהם הכרה בזכות לחיים, לחירות ומכאן בזכות לקניין. דהיינו, לאדם אסור לפגוע בזולתו וליטול מה שאינו שלו.
* איך אדם מבטיח את הזכויות הטבעיות שלו? לכל בני האדם במצב הטבעי יש את הזכות להעניש והזכות לתבוע פיצויים.
* **המצב המדיני:**
* ההצדקה להקמת מדינה: **להגן על הזכויות הטבעיות של בני האדם ולהסדיר את האכיפה.** ההנחה היא שלא כל בני האדם יכולים להגן על זכויותיהם ולא כולם מכבדים את הזכויות של האחר. בנוסף, יש חשש שאנשים יענישו יתר על המידה או יתבעו פיצוי ביתר, מה שיפגע בשוויון הבסיסי.
* יישום המערכת הנורמטיבית הטבעית במצב המדיני: 1)מעניקים למדינה **סמכות** לחוקק; 2)בני האדם מתחייבים לשמור על החוקים; 3)האדם שומר לעצמו את זכויותיו הטבעיות **לחיים חירות וקניין**, בכך הריבון אינו רשאי לפגוע בהן.
* לוק מציג משטר של **מלוכה חוקתית** –המלוכה כפופה למערכת זכויות מסויימת (חוקה), ולפי לוק הן **החיים, החירות והקניין**.
* כדי להראות שזכות הינה 'טבעית' (בעלת מעמד על חוקתי) צריך להראות: 1)היא חלק ממשפט המדינה; 2)היא מחייבת גם אם לא נכתבה בחוק; 3) חוק שסותר אותה, יהיה בטל. 🡨 בהתקיים 3 אלה, היא בעלת מעמד על חוקתי ולכן מהווה זכות טבעית של האדם.

**לסיכום, לוק מצדיק את המצב המדיני מכוח תורת משפט הטבע**:יש לאדם זכויות טבעיות קדם מדיניות, **שאינן כתובות**.

**תאוריות פוזיטיביות למהו "חוק"**

**תורת הפקודה של אוסטין**

* עד המאה ה-19 הגישה ששלטה היא משפט הטבע שתפסה את מערכת המשפט כשילוב של משפט ומוסר.
* **אוסטין** היה מבשר השינוי. לפיו, יש להגדיר את המשפט באופן נבדל מהמוסר; **מכנה את המשפט האנושי "משפט פוזיטיבי".**
* מנסה להסביר את "החובה לציית לחוקי המדינה", באמצעות **תורת הפקודה** שפיתח**:**
* **חוק** = כלל מדריך שניתן מישות תבונית אחת לישות תבונית אחרת. לפי הגדרה זו, קיימות 3 מערכות נורמטיביות עם אישיות תבוניות (חוקי הדת- האל קובע, חוקי המוסר- משפט הטבע, **חוקי המדינה- בני אדם קובעים**). ממשיך להגדיר מהו חוק המדינה.
* 3 רכיבים לחוקי המדינה:
1. **חובה**= **אדם נמצא תחת חובה כאשר יש עליו איום** שאם יתנגד לו- יגרם לו רע (סנקציה). ללא האיום, רשאי לפעול כרצונו.
2. **פקודה**= **הוראה כללית שיש בצידה סנקציה**. ולכן, כלל מדריך שמטיל סנקציה יהיה פקודה מחייבת. אוסטין מבחין בין: פקודה ספציפית= הוראה לעשות פעולה מסוימת.למשל- פסיקה של ביהמ"ש למקרה ספציפי; פקודה כללית = **הוראה לעשות פעולה בלתי מסוימת (סדרה של פעולות שנופלות תחת אותה הגדרה)** 🡨 **חוק מחייב.**
3. **ריבון= 1)יש לו את הסמכות (=הכוח)** לתת פקודה כי יכול לממש את הסנקציה בצידה**; 2)מי שרגילים לציית לו והוא אינו מציית לאיש.** צריך למצוא גורם עצמאי שלא כפוף לאחרים**.**
* **לסיכום- החוק הפוזיטיבי הוא פקודה כללית של הריבון**. יש 3 יסודות לחוק הפוזיטיבי: 1)כדי שחוק יהיה מחייב- הוא חייב להיות פקודה (כי יש בצידה סנקציה). 2)הפקודה חייבת להיות כללית. 3)הפקודה ניתנה ע"י הריבון- כדי שהציות לה יגבר על פקודות מגורמים פרטיים.

**קשיים בתיאוריה של אוסטין:**

1. התאוריה לא מתאימה לכל מקורות המשפט: לפחות, לא למשפט האנגלי
* **תקדים-** נתפס כמקור משפטי מחייב במשפט המקובל, אולם הוא אינו הוראה כללית של הריבון, אלא פקודה ספציפית שיוצאת מביהמ"ש. ההסבר של אוסטין: המעמד של הפסיקה כמחייב, הוא מכוח הסמכות שהריבון נתן בידי ביהמ"ש, שהפסיקה שלהם תהפוך לחוק. סתירת הטענה: המעמד של פסיקת בתי המשפט כמקור משפטי, לא נבע מהחקיקה. אין חוק שקובע שבית המשפט מקבל את סמכותו מכוח החוק. הפרלמנט בדיעבד מכיר במעמדו של ביהמ"ש.
* **מנהג-** נתפס כמקור משפטי מחייב במשפט המקובל, אולם הוא אינו פקודה כללית של הריבון, אלא נוצר מלמטה, ע"י בני אדם. ההסבר של אוסטין: ביהמ"ש מכיר במנהג כמחייב, מכוח הפסיקה שלו. סתירת הטענה: ביהמ"ש מכיר במנהג המקום בדיעבד, מאחר שיש לו מעמד עצמאי, שהוא קודם להכרה במעמדו לפי פסיקת ביהמ"ש.
1. התאוריה לא מתאימה לכל סוגי הכללים: אלא רק לעבירות פליליות.
* **חוקים אזרחיים שלכאורה אינם פקודה- כללים שמעניקים סמכות, זכויות או רשות:** אין בצידם סנקציה ואינם מטילים חובה.הם רק חוקים מגדירים; למשל חוק החוזים, חוק החברות, חוק הירושה או חוק הנישואין. ההסבר של אוסטין: יש בהם **חובה היפותטית**- אם אני ארצה להתחתן, אני אהיה חייב לעשות זאת בדרך המסוימת שהחוק מגדיר. והסנקציה היא **בטלות הפעולה**- אם לא אעמוד בדרישות החוק, לא יכירו בנישואין או בחוזה שלי. סתירת הטענה: ככל שיש חובה, היא משנית. שהרי, מדובר על תוקף לפעולה משפטית או היעדר תוקף וזה תלוי ברצונו של האזרח (אם מעוניין להינשא). אוסטין מנסה להכניס את כל הכללים המשפטיים לדפוס אחיד של הפקודה ש'מגבילה' את פעילות האזרח (כמו המשפט הפלילי). אולם יש גם כללים אזרחיים, שמאפשרים לאזרחים מרחב פעולה.
* **חוקים שאינם פקודה בכלל- חוקים הצהרתיים ופרשניים**: למשל חוק יסודות המשפט, דרוש לצורך המערכת; **חוקים מבטלים או מתירים**- למשל החוק לביטול המג'לה; אלו לא חוקים שמטילים חובה ואין לצידם סנקציה. ההסבר של אוסטין: החוקים הללו אינם פקודות אבל הם חלק מהמשפט, כיוון שהם קשורים קשר הדוק לפקודה עצמה. כי לחוקים יש מארג כללי, מאוד קשה לבודד סעיף\חוק ולהגדירו אותו כחוק שעומד בפני עצמו, לכן הם נחוצים כדי להבין את הפקודות- הם משתלבים במערך של הפקודות.
* **חוקים שמטילים חובה אבל אין לצידם סנקציה**- **עבירות מחדל:** למשל, אין סנקציה אם הורה לא מספק את צורכי הילד. ההסבר של אוסטין: מגדיר אותם כ- **'חוקים לא שלמים'**. כלומר, הם מעין חריגים לתורת הפקודה.
1. מושג הריבון- לפי אוסטין, הגדרת הריבון **מתאימה רק למונרכיה**, כי כל הכוח מרוכז אצל המלך והוא מקור החוק. אולם **במשטר דמוקרטי** גם הריבון כפוף לנורמות מעליו – חוקי היסוד. הביקורת הזו לא בהכרח ממוטטת את התיאוריה שלו, כיוון שניתן לשכלל את התיאוריה ולהגיד שגם ריבון שכפוף לאחרים הוא עדיין ריבון.
2. מושג החובה- לפי אוסטין חובה נובעת אם יש בצד האיום סנקציה. 2 פירושים להבנת מושג 'החובה' כפי שאוסטין תופס אותה: **(1)פירוש פסיכולוגי:** החובה נובעת מתחושה פסיכולוגית של פחד מהסנקציה שתוטל.הביקורת של הארט: "תחושת ההכרח" שיש באיום אינה מקימה חובה. נותן דוג': אין פקיד חובה לתת את הכסף לשודד שמאיים שיהרוג אותו אם לא יעשה זאת. לא כל איום שיוצר תחושת אילוץ, מייצר חובה לציית. **(2)פירוש אובייקטיבי**- לפי אוסטין, בגלל שיש סנקציה שתגרום לי לרע, יש עליי חובה לציית לאיום. הביקורת של הארט: אם הסנקציה לא אפקטיבית אז מבחינה רציונלית אני לא אציית כי אני אניח שלא יתפסו אותי. לא מייצר חובת ציות. לכן, **מציע יחס הפוך**: בגלל שיש חובה, יש סנקציה. מגדיר "חובה" כמושג נורמטיבי, **חובה נורמטיבית** = **האם יש לי טעם טוב לבצע את הפעולה?** אם יש לי טעמים חזקים לבצע את הפעולה, שגוברים על שיקולים אחרים להימנע מהפעולה = זו חובה. אם אין, זו *רשות*.

**הנורמה הבסיסית של קלזן**

* **קלזן** מגדיר את המשפט כמערכת של נורמות שיוצרות סדר חברתי, שנאכף ע"י המדינה- **רק המשפט שנאכף ע"י המדינה הוא משפט.**
* **תורת המשפט הטהורה- במילה 'טהורה' מתכוון ל2 דברים: 1)** המשפט כולל נורמות משפטיות בלבד**-** מפרידבין משפט למוסר; **2)**המשפט מבוסס על מערכת נורמות ולא על עובדות**-** אי אפשר לבסס את המשפט על עובדות אלא יש להסתכל קודם על מה שרצויולפי זה להסיק נורמות. **החובה הנורמטיבית (הרצוי) לא תלויה בעובדות קיימות (המצוי).**
* **הכשל הנטורליסטי**= הסקת המצב הרצוי מתוך המצב המצוי. אם נסיק מסקנות ערכיות או נורמטיביות (נייצר כלל שמטיל חובה) מתוך העובדות, זה יהיה מוטעה. דוג': אריסטו- האדם חי בקהילה מתוך צורך קיומי, **לכן הוא חייב** מערכת נורמות שתסדיר את החיים בקהילה; או אוסטין- הריבון נתן פקודה, לכן **יש חובה** לציית לחוק. = הכשל הנטורליסטי.
* **תקפות = רק נורמה יוצרת חובה**: **נורמה משפטית תהפוך למחייבת רק כאשר היא מקבלת תוקף מכוח נורמה אחרת**. בניגוד לטענות מוסריות, שיכולות להיות תקפות/מחייבות אם יש בהן היגיון, היא אינה תקפה בפני עצמה. צריך להשתלשל עד המקור של הנורמה המשפטית, ולראות אם המקור מחייב.
* **פירמידת הנורמות** = **מדרג התקפות**:

**כל נורמה משפטית מקבלת תוקף מהנורמה שמעליה**. יש במערכת המשפט אלמנט של **אחידות**- כל הנורמות קשורות לאותו מדרג תקפות, ולכן המשפט הוא שרשרת של נורמות שקשורות לאותה מערכת. מכאן, ניתן לקבוע שנורמה היא משפטית (מחייבת נורמטיבית), אם היאנקבעת כחלק ממערכת המשפט. פירמידת הנורמות היא המצאה של קלזן!

* על מה נשענת הנורמה הראשונה (החוקה)? קלזן יוצר מושג: **"נורמה בסיסית" = אקסיומה.** היא נותנת את התוקף לכלל המערכת, והיחידה שאינה נהיית תקפה מכוח נורמה אחרת. היא לא כתובה בשום מקום, היא הנחת יסוד. **כוחה נובע מהתוכן שלה**. לרעיון של משפט פוזיטיבי טהור יש מגבלות- המגבלה היא נקודת האפס, נקודת מוצא שיש להניח את קיומה.
* **איך נזהה את הנורמה המשפטית**? כאשר עוסקים במשפט כמערכת נורמטיבית טהורה, איך מבחינים בין המשפט הנוהג, למערכות נורמטיביות היסטוריות (למשל ההלכה- הנורמה הבסיסית: "לציית לתורה")? **לפי "אפקטיביות השיטה"= הנורמות שנאכפות ע"י המדינה מסמלות מהו המשפט הנוהג.**
* שני סוגי יחסים בתוך פירמידת הנורמות:
1. **יחסים דינמיים**- נורמה משפטית אחת מעניקה כוח לנורמה אחרת ליצור נורמה נוספת (למשל, החוקה קובעת שהכנסת היא הרשות המחוקקת).
2. **יחסים סטטיים**- נורמות הכוללות תכנים שמגבילים את הכוח הדינמי. למשל- שר לא יכול להתקין תקנה שחורגת מתוכן החוק; חקיקה ראשית לא יכולה לסתור חו"י, אלא בכפוף לפסקת ההגבלה.
* **ביקורת השיטה של קלזן:**
1. **פירמידת הנורמות אינה מתאימה לכל מקורות המשפט-** מנהג: צומח מלמטה, לכן לא מקבל תוקף ישיר מנורמה שמעניקה לו תוקף. פסיקה: נקבע ע"י ביהמ"ש ולא מכוח נורמה משפטית, אלא אם החוק יכיר בתקדים בדיעבד, אז אין בעיה. תשובה אפשרית של קלזן [בדומה לאוסטין]- התקדים והמנהג מחייבים מאחר שיש חוק המכיר בהם כמחייבים.
2. **הנורמה הבסיסית אחידה ואינה רגישה לשיטות משפט שונות**- הנורמה הבסיסית אחידה "יש לציית לחוקה", "יש לציית לפרלמנט". הנורמה הבסיסית לא מביאה בחשבון שיטות משפט שאין בהן מחוקק. למשל, שיטות משפט שמאמצות ספר קדוש בתור חוק המדינה.

**כלל הזיהוי של הארט**

* **הארט** מדגיש שני מאפיינים ייחודים לפוזיטיביזם:
1. **הבחנה בין רצוי למצוי-** המשפט הוא עניין מצוי, עובדתי ואובייקטיבי. החוק קיים מחוץ לאמונה האישית של כל אדם. החוק האידאלי יכול להיות מבחינות שונות- כלכלית, חברתית וכו' אבל אסור לערבב בין האידאל לבין מה שקיים. חייבים לפעול לפי החוק הקיים.
2. **הבחנה בין משפט למוסר**- חובה מוסרית אינה בהכרח חובה משפטית. ברור גם לפוזיטיביסטים שהמוסר כן משפיע על המשפט באיזשהו אופן- המחוקק רוצה לחוקק חוקים מוסריים וטובים. עם זאת, **לא נרצה שכל חובה מוסרית תהיה חוק**. הנורמה המוסרית כשלעצמה אינה חוק, אלא היא תהפוך לחלק מהמשפט ברגע שיעגנו אותה בחוק. **בהתאמה- גם חוק שאינו מוסרי הוא עדיין חוק**.
* **הביקורת של הארט על תורת הפקודה:**
* חובה: אינה נובעת מאיום או סנקציה אלא מהטעם, הנימוק שמאחוריה. הארט מציג שתי אפשרויות להבנת החובה של אוסטין: **(1) ההסבר הפסיכולוגי-** הפחד מהסנקציה. הביקורת של הארט בדוגמת השודד; **(2) תיאוריית הניבוי-** זו לא תחושה של פחד אלא תחושה של ידיעה רציונלית. הבעיה כאן שאם אין אכיפה אין חוק. **אוסטין מסתכל על המשפט מנק' מבט חיצונית ולכן מפספס את מושג החובה.** חובה קמה אם יש לי טעם לפעולה.
* מושג הריבון: לא מתאים לדמוקרטיה בה הריבון כפוף לחוקים. המחוקק אינו מעל לחוק. סמכותו של המחוקק נובעת מהחוק. הריבון לא פועל באופן עצמאי לחלוטין, הוא כפוף לחוקים בהיבט הפרוצדוראלי וכן שואב את סמכותו מהחוק.
* אי-התאמה לכל סוגי הכללים: תורת הפקודה מתאימה רק לכללים שמטילים חובה ולא לסוגי כללים אחרים.
* **הביקורת המוסרית נגד הפוזיטיביזם-** התרחשותה של מלחמת העולם השנייה. הביקורת היא שאם החוק היה גם מוסרי, השואה לא הייתה מתרחשת. **אולם,** לפי הארט, המשטר הנאצי הוא תוצאה של תהליכים היסטוריים. ו**ההפרדה בין משפט למוסר מאפשרת להעביר ביקורת על המשפט**.
* **איך אפשר לשפוט פושעים נאצים או משתפי פעולה עם הנאצים אחרי המלחמה כאשר הם פעלו בזמנו ע"פ חוק?** הפתרון של ביהמ"ש היה להגיד שהחוק לא היה תקף דאז, לפי עקרונות משפט הטבע. **הארט-** צריך לשפוט את אותם פושעים נאצים ע"ב חקיקה רטרואקטיבית. אמנם זו פגיעה בעקרון החוקיות (כי מענישים בגין עבירה שלא הייתה קיימת בעת ביצועה), אך יש לספוג זאת, כיוון שזה הרע במיעוטו (האופציה השנייה היא לא להרשיע כלל). אלו מקרי קיצון בהם המוסר גובר על המשפט. **ישנם מקרים בהם למרות שהחוק קיים, ישנה חובת אי ציות לחוק.** ברגע שהחוקים מגיעים לשפל מוסרי מסוים, אזי ישנה מחויבות מוסרית בסיסית להתנגד להם.
* לדעת הארט, **מערכת המשפט כולה חייבת לעמוד ברף מוסרי מינימלי**- היא צריכה להסדיר התנהגות אנושית בסיסית (הגנה על החיים, הרכוש, מניעת אלימות וכו'). **מערכת משפט שלא תעשה זאת, לא תהיה מערכת משפט אפילו אם היא מעוגנת בחוקים**. חוקים ספציפיים לא חייבים להיות צודקים או מוסריים במהותם אבל כל מערכת משפטית בכללותה חייבת להכיל חוקים שמסדירים מערך בסיסי של חיים אנושיים.
* **מושג החובה לפי הארט- חובה היא עניין נורמטיבי. חובה קיימת כאשר יש כלל שמטיל חובה.** החובה נוצרת ישירות מהנורמה ולא מהאיום. החובה היא אותו יחס שיש בין האדם לבין הכללים. אם אני אראה את הכלל רלוונטי ונחוץ לי, אראה אותו כמטיל חובה. הארט שם את הדגש על **הטעם (הנימוק) לפעולה- נק' מבט פנימית.**
* הארט מבחין בין סוגים של כללים חברתיים:
* **הרגל-** דבר שרגילים לעשותו; אין ביקורת.
* **כלל שקובע סטנדרט-** כלל התנהגת כלשהו; ביקורת נקודתית.
* **כלל שמטיל חובה- התנהגות בניגוד לכלל תגרור לביקורת.** **כאשר בעקבות הפרתו, תבוא תגובה ביקורתית או תגובה עויינת**. יש שני סוגים לכללים שמטילים חובה:
1. חובה מוסרית- משקפת את המוסר **הנוהג**. מי שלא ינהג לפי הכללים שקובעים כיצד יש לנהוג בחברה נתונה, יביא לביקורת חברתית- גינוי מצד החברה. \*יש לשים לב שלא מדובר על 'מוסר אידיאלי'- אמונה של אדם ללא קשר לעמדת החברה בה חי. הפרה שלהם לא בהכרח תגרור גינוי חברתי.
2. חובה משפטית- מי שלא ינהג לפיה, יביא לביקורת מוסדית- גינוי וענישה מצד המדינה.

**לכן, הגינוי משקף אם כלל מטיל חובה. סוג הגינוי (חברתי או מדיני) משקף אם החובה היא מוסרית או משפטית**.

* אפשר להסתכל על הכללים משתי נקודות מבט:
* **נק' מבט חיצונית- כלל כמנבא סנקציה.** משקיף חיצוני שמתאר את המציאות הקיימת- את הכללים ואת התוצאות של הפרתם. כלומר, יכול לנבא את הסנקציה שתבוא, אך לא רואה בתוך הכלל את הטעם לפעולה. אלו הם האנשים שיצייתו לכללים רק משום החשש שתוטל עליהם סנקציה [הגישה של אוסטין].
* **נק' מבט פנימית- כלל כטעם לפעולה.** משקיף פנימי רואה את הכללים כהדרכה איך לנהוג, כאשר מקבל על עצמו את הטעם לפעולה (הפנמת הכללים), קמה עבורו החובה. לא יסתכל על הסנקציה אם יפר את החובה. רואה את ההיגיון/ההצדקה שמאחורי הכללים.
* הגדרת המשפט- המשפט כשילוב של כללים ראשוניים ומשניים:
1. **כללים ראשוניים** – קובעים איך לנהוג. כללים שמופנים לאזרחים, וכופים עליהם חובות (מה מותר ומה אסור).
2. **כללים משניים** – קובעים איך ליצור כללים ראשוניים, לשנות אותם ולאכוף אותם. מופנים למוסדות החקיקה והשפיטה.
* בחברה פרימיטיבית, שאין מוסדות משפטיים- יוצרת לעצמה כללים ע"ב מסורת ומנהג. כופה את הציות להם ע"י לחץ חברתי. 3 בעיות:
* **אין וודאות** לגבי מהם הכללים ומה פירושם הנכון. 🡨 סיבה: החוקים לא כתובים (אין מחוקק) ואין בתי משפט.
* **חברה סטטית**- היעדר מנגנון שינוי של החוק, ממשיכים לנהוג כפי שנהגו בעבר. 🡨 סיבה: אין מחוקק.
* **אין מנגנון אכיפה יעיל**- גינוי חברתי לא יברר את הסכסוך לעומק 🡨 סיבה: אין רשות שופטת ואוכפת שיסדירו סכסוכים.

אם מיישמים את הכללים המשניים, ניתן לפתור את 3 הבעיות האלו ולעבור **למערכת משפט משוכללת**.

* **3 סוגים של כללים משניים:**
* **כלל זיהוי=** פותר את בעיית הוודאות לשאלה "מהו החוק?". **תפקידו לזהות איזה כלל הוא חוק**. (1)בצורה בסיסית: מצביע על מקור משפטי אחד- החוק הכתוב ע"י המחוקק. (2)בצורה משוכללת: מזהה מס' מקורות משפטיים (חוקה, מחוקק, בימ"ש, מנהג). בצורה זו, הוא יצטרך לדרג בין המקורות השונים 🡨 לכן יזהה **מערכת משפט נתונה**.
* **כלל שינוי=** נועד לטפל בבעיית הסטטיות. מעניקים כוח לאדם או לגוף לשנות את הכללים הראשוניים. כלל השינוי יגדיר גם את הפרוצדורה לשינוי החקיקה.אלו כללים **שמגדירים את המחוקק ואת סמכותו**. אלו יכולים להיות גם כללים שמעניקים לפרטים במדינה כוח לשנות את מצבם בהתאם לכללים הראשוניים- חוזים, צוואות וכו'.
* **כללי שפיטה=** יוצרים מערכת אכיפה יעילה. כללים שמסדירים את **מוסד השפיטה**, מעניקים כוח לאדם או גוף לקבוע האם הכללים הראשוניים הופרו.
* **כלל הזיהוי**- הארט מחפש נורמה שנמצאת בבסיס מערכת המשפט. מערכת המשפט לא יכולה להעיד על עצמה שהיא חוק. צריכה להיות נקודה חיצונית שעליה יהיה ניתן להישען: **"כלל הזיהוי**", הוא לא כתוב בשום מקום, קיים באופן מופשט.
* **איך לומדים את כלל הזיהוי?** מהתבוננות על דרך הפעולה של השחקנים. הגורם הטוב ביותר כדי לאתר מהו החוק- הוא ביהמ"ש. השופטים בפסקי הדין, נותנים דיווח מלא ומדוייק על מהו החוק ועל המדרג בין המקורות המשפטיים השונים.
* **איך נוצר כלל הזיהוי?** הוא **לא** נחקק ע"י המחוקק, **הוא כלל שמתקבל באופן ישיר ע"י שחקני המשפט**. כלומר, ברגע מכונן (בדר"כ הקמת המדינה או מהפיכות מסוגים שונים), מקבלים את כלל הזיהוי, במובן שהוא משתנה בהתאם לשיטה החדשה. בישראל, הכרזת העצמאות שינתה את כלל הזיהוי מזיהוי הנציב העליון כמחוקק 🡨 לזיהויה של מועצת העם כמחוקקת.
* **תפקידי כלל הזיהוי**: מייצר וודאות; מעניק תוקף לכללי המשפט; יוצר אחידות במערכת המשפט; מקור אולטימטיבי של המשפט;
* **תוכן כלל הזיהוי:** קובע את מקורות המשפט; **כלל זיהוי מורכב**- יזהה כמה מקורות וידרג בניהם; **כלל זיהוי פשוט**- יזהה מקור אחד.
* דגמי כלל זיהוי במערכות משפט:
1. זיהוי **ישיר** [מורכב]- כלל הזיהוי מזהה באופן ישיר את כל המקורות המשפטיים הקיימים ומדרג ביניהם. במודל זה כל מקור משפט הוא עצמאי ויש לו כוח ללא זיקה למקורות משפטיים אחרים.
2. זיהוי **ע"י גזירה** [פשוט]- כלל הזיהוי מכיר במקור משפטי אחד עליון (החוקה). וע"י גזירה, מזהה מקורות נוספים: חוקה 🡨 מחוקק 🡨 מכיר בסמכות של : 1)בתי משפט, 2)מנהג.

סוג הדגם משפיע על מעמד בתי המשפט: **מודל של זיהוי ע"י גזירה**- מעמד ביהמ"ש בהתאם למה שהמחוקק הגדיר. **מודל של זיהוי ישיר**- כלל הזיהוי מכיר במעמד של בתי המשפט באופן עצמאי. בישראל, חוק יסודות המשפט מונה את מקורות המשפט ומדרג ביניהם (חוק, פסיקה, היקש, מורשת ישראל). מכאן, מדובר על זיהוי ישיר ומעמד ביהמ"ש הוא בלתי תלוי בחקיקת הכנסת + למנהג אין תוקף.

* **השוואה לאוסטין:**
* **הכלל מתאים לכל מקורות המשפט**- כלל הזיהוי יכול לכלול את התקדים והמנהג כמקורות מחייבים אם פועלים לפיהם בפועל (כלל זיהוי מורכב שמזהה באופן ישיר).
* **כלל הזיהוי מתאים לכל סוגי הנורמות**- לא מצומצם לכללים שמטילים חובה בלבד.
* **כלל הזיהוי אינו תלוי בריבון** - השאלה היא מה החברה מקבלת כ'חוק' מחייב.
* **כלל הזיהוי מתאים לשיטות משפט שונות**- כלל הזיהוי הוא גמיש בהיבט הזה כיוון שהוא יכול להתאים את עצמו לשיטת משפט מקובל, דיקטטורית, דמוקרטית וכן הלאה. כלל הזיהוי הוא תיבה פתוחה שניתן למלא אותה ביחס לכל שיטה.
* **השוואה לקלזן**
* **כלל הזיהוי הוא מוחשי**- עובדה חברתית (לעומת 'הנורמה הבסיסית' שהיא מונח מופשט).
* **כלל הזיהוי מאפשר התאמה לשיטות משפט שונות.**
* **סיכום הארט: חוק= כל מה שמזוהה ע"י כלל הזיהוי; מערכת המשפט= שילוב של כללים ראשוניים ומשניים כאשר המערכת עומדת ברף מוסרי מינימלי.**

**הבנת טיבו של שיקול הדעת שיפוטי והפרשנות השיפוטית**

**הזרם הפורמליסטי והריאליסטי במשפט**

**פורמליזם שיפוטי** – שלושה מובנים: 1)תכונה כללית; 2)גישה פרשנית; 3)תורת משפט

1. **פורמליזם כתכונה כללית של המשפט:** **הדגשת הצורה לעומת התוכן** [נועד ליצור וודאות ויכולת תכנון במשפט].
2. ארגון הנורמות במערכת פורמלית בעלת הגיון פנימי- מימד אנכי: פרמידת הנורמות; מימד אופקי: הבחנה בין ענפי המשפט השונים.
3. נתק בין המשפט לטעם שעומד מאחוריו- לא משנה אם החקיקה לא מגשימה את תכליתה במקרה ספציפי. מסתמכים על כללים בלבד.
4. המשפט כתחום שמלא בדרישות צורניות- בחוזי מקרקעין, צוואות וכדומה.
5. **פורמליזם כגישה פרשנית:**
* היצמדות לכללים המשפטיים- השופט פוסק לפי החוקים הקיימים, ולא לפי מה שנראה לו צודק.
* היצמדות ללשון החוק-השופט ידבוק בפרשנות מילולית, בניגוד לפרשנות תכליתית.יפרש את החוק בהתאם ללשונו.
* המשפט מנותק מן הממד הערכי והחברתי- המטרה ליצור **וודאות, יציבות ויכולת תכנון** במשפט שלעיתים מצדיקים ויתור על תוצאה צודקת במקרה מסוים.
* לשופט יצירתיות מוגבלת בהליך הפרשני ועליו להעדיף **פרשנות מילולית ולוגית.**
* *פס"ד קניג***:** אישה שהתאבדה בגלל בעלה וביקשה בצוואה שבעלה יקבל כמה שפחות. הבעיה שס'19 לחוק הירושה דורש 3 תנאים פורמליים כתנאי לתוקפה: כתב יד, חתימה, ותאריך. והתקיים רק התנאי הראשון. אך לפי ס'25: ביהמ"ש רשאי לקיים את הצוואה גם אם נפל בה פגם". **השופט לוין**- מציג גישה פורמלית: פגם משמעו טשטוש, ריצוד, חיתוך. כאן אין חתימה ואין תאריך- רכיבים מהותיים לקיום של צוואה ולכן היא לא תקפה. **השופט ברק-** מציג גישה של פרשנות תכליתית: יש לתת לדרישות אלו **פירוש מרחיב הסוטה מהרגיל**, **כדי להגשים את תכלית החוק** (הגשמת רצון המת). קרי, להתאים את החוק למקרה הספציפי לפי תכליתו.
* התביעה נדחתה, למרות שכל השופטים ידעו בבירור מהו רצונה. הסיבה: דבקות בפורמליזם, יוצר וודאות. **בעקבות הפסיקה** תוקן ס'25 ונקבע כי לביהמ"ש הסמכות לקבוע שהצוואה תקפה גם **בהעדר** פרט מן הפרטים הפורמליים הנדרשים.
1. **פורמליזם כתורת משפט:** הנחות המוצא של הפורמליזם התורת-משפטי הן-
* מערכת המשפט היא **גוף עצמאי וסגור-** רק נורמות משפטיות הן מחייבות. השופט פוסק רק לפי הכללים המשפטיים, ולא לפי מה שנראה לו צודק. נסמך רק על מה שנמצא בגדר המשפט.
* המשפט הוא **מערכת שלמה ומלאה של נורמות**- לכל בעיה משפטית קיימת תשובה.אין לפנות למקורות חוץ משפטיים, אם אין תשובה מפורשת, השופט יפנה לנורמה מופשטת יותר וילמד ממנה בדרך של היקש.
* **החלטות משפטיות מבוססות על** **פרשנות מילולית לוגית** של הכללים המשפטיים- השופט מיישם חוק, ולא יוצר אותו(אין לו שק"ד).
* המסקנה: **בהליך השיפוטי השופט מגלה את התשובה הנכונה הקיימת כבר בתוך המשפט = יישום של הדין.**
* **היחס בין הפורמליזם לפוזיטיביזם- מחד,** יש קרבה כי הפוזיטיביזם הגדיר את המשפט כתחום נפרד ועצמאי (מהמוסר) והפורמליזם גם, וכן, ממשיך באותו כיוון ותופס את המשפט כתחום מלא וסגור. **מאידך,** הם עונים על שאלות שונות:
* **מהו מקור המשפט?** רלוונטי לפוזיטיביסט. הוא יענה שמקור המשפט הוא עובדה חברתית. מולו ניצב "משפט הטבע", שלפיו למשפט יש עוד מקור- עקרונות מופשטים של צדק ומוסר. ואילו הפורמאליסט לא עוסק בשאלה "מהו חוק" ולמה הוא מחייב, אלא יוצא' מנק הנחה שיש לציית לחוק. יכולה להיות פרשנות פורמליסטית בגישת משפט הטבע.
* **מבנה המערכת (פתוחה/סגורה)?** רלוונטילפורמליסט יטען שההליך השיפוטי מבוסס על מקורות משפטיים ותמיד ישנה תשובה בדין הקיים, המשפט הוא מערכת עצמאית ומלאה. ואילו הפוזיטיביסט יכול להכיר בכך שכאשר יש במשפט חללים חסרים, ניתן להשלים אותם באמצעות עקרונות חוץ משפטיים (הארט). כך שלא חייב לראות את המשפט כמערכת מלאה, אך הוא כן נפרד ועצמאי מהמוסר.
* *פס"ד לוכנר*-על רקע המהפכה הסוציאלית ארה"ב חוקקה חוקי עבודה, שמתיר לעבוד עד 10 שעות ביום. מאפיה בניו יורק פונה לביהמ"ש העליון וטוענת שהחוק לא חוקתי כיוון שהוא פוגע בחופש החוזים (תפיסה קפיטליסטית).ביהמ"ש מקבל את הטענה. תפס את חופש החוזים כעקרון סגור ומחייב שאי אפשר להפר אותו, ולכן ביטל את החוק. מי שרוצה יעבוד ומי שלא, לא. **תורת משפט פורמאליסטית מובהקת.**
* **ביקורת על הפורמליזם (מצד הריאליזם):**
* יש בעיה בכך שהכללים גרידא יכתיבו את התוצאה המשפטית בגלל המאפיינים שלהם: **(1)עמימות סמנטית –** קשה להגדיר מושגים, לאור ריבוי המשמעויות לכל מונח; **(2)ריבוי דוקטרינרי-** ריבוי כללים שמעלה את השאלה איזה כלל חל על המקרה? כמו כן לכל כלל יש יוצא מן הכלל (רצח/הגנה עצמית); **(3)כלליות הכללים-** הכללים מנוסחים בצורה כללית ולכן יתכנו מקרים בהם אם נחיל את הכלל, נקבל תוצאה לא ראויה מבחינת תכלית החקיקה.
* המשפט איננו תחום שלם ומלא- אין בו תשובה לכל שאלה. יש לפנות למקורות חוץ משפטיים ע"ב **תכלית החוק** במקרים שבהם החוק אינו שלם (כמו המוסר).

**ריאליזם שיפוטי**

* הנחות היסוד של התפיסה הריאליסטית:
1. המשפט מתנהל בפועל בשטח, **יש להתבונן במשפט כפי שהוא במציאות** = בתי המשפט.
2. **ספקנות כללים** (ספקנות עובדות). הריאליסטים ספקנים לגבי האפשרות שהכללים המשפטיים מחייבים. הכללים לא מספקים תשובה מדויקת לכל מקרה- לפיהם, אף מקרה לא בגדר הכלל. 🡨 לכן **הכללים הם רק "מקורות"** להחלטת ביהמ"ש.
3. **שיקול הדעת של השופט הוא לכל אורך החוק-** יש להסתכל על כל מקרה לפי הנסיבות שלו ולהחיל את הכלל מחדש לפי שיקול דעתו.
4. **הגורם המכריע בקביעת 'מהו החוק'** הוא פסה"ד של השופט. 🡨 רק החלטה שיפוטית, באיזון בין ערכים שונים, יוצרת את הדין.
* **השופט הולמס (מייסד התפיסה הריאליסטית)** היה במיעוט בפס"ד לוכנר ואמר שהמטרה של ביהמ"ש אינה רק חופש חוזים וצריך לקחת בחשבון ערכים נוספים. המרצה הוסיף: גישה גמישה יותר הייתה מתייחסת ליחסי הכוחות בין המעביד לעובד שיכולים להגיע לכדי ניצול.
* **הולמס כן מאמץ את ההפרדה הפוזיטיביסטית בין משפט למוסר:** (1)המוסר מחייב הזדהות בעוד שהמשפט לא חייב זאת; (2)המשפט הוא הפעלת כוח מצד המדינה; (3)'האדם הרע' מחויב למשפט ולא למוסר- בהנחה שהוא רציונאלי, הוא לא יעבור על החוק כדי להימנע מהסנקציה, ולא כי זה לא מוסרי.
* **חובה= ניבוי שאם אדם יעשה מעשה כלשהו או יימנע ממנו, הוא יסבול כך או אחרת כתוצאה מהחלטת ביהמ"ש.** זה מזכיר את התפיסה של אוסטין למושג 'חובה', אך הנק' החשובה של הולמס היא לתפוס את המשפט כמערכת ריאלית שצופה מה יקרה (תיאוריית הניבוי).
* **חוק= הוא תחזית של מה שביהמ"ש יאכוף**. יש לשאול: **כיצד יפסוק בית המשפט בנוגע למקרה קונקרטי?** ולא מה אומר החוק שחל בעניין זה. מכיוון שמה שמעניין את 'האדם הרע' הוא איך המשפט ישפיע עליו. צריך לצאת מנק' הנחה שיש פער בין החוק הכתוב, לבין אכיפתו בשטח. מכאן, אם יש חוקים שלא יאכפו אותם במציאות, הם לא חוק. **החוק הוא לא מה שכתוב. החוק הוא ההבנה של החוק בחיי המציאות.**
* **החידוש של הולמס: החוק נועד להשיג מטרות חברתיות**. לכן ההכרעה המשפטית הנכונה היא לא רק לפי ההיגיון הפנימי של החוק, אלא גם לפי התכלית החברתית שלו. מה שצריך להשפיע על השופט הם **תכלית החוק והתועלת החברתית.** לכן *בפס"ד קניג*- היה צריך להכריע לפי תכלית הצוואה – להגשים את רצון המת.
* ביקורת על הגישה של הולמס**:**
1. **חשש לפגיעה בדמוקרטיה ויצירת אי-אמון בביהמ"ש**- אם המשפט הוא רק תחזית של מה יעשו השופטים, מהו המשפט מבחינת השופטים עצמם? הולמס רואה את השופטים כגורם מרכזי בהתפתחות המשפט אך לא נותן הוראה כיצד השופטים צריכים לפעול, לפי איזה אמות מידה יש להכריע.
2. **הולמס רואה את החוק מנק' מבט חיצונית** – המשפט ככוח, לפי תחזית של מה שביהמ"ש יאכוף. צריך להסתכל על המשפט מנק' מבט פנימית – הטעם לפעולה.
3. **יסוד סובייקטיבי**- התפיסה שלשופט יש **גמישות** ביחס לידע הקודם ולכן יכול ליצור דין חדש- מערערת את האובייקטיביות של המשפט.
4. **פגיעה בעקרונות דמוקרטיים**- כגון הפרדת הרשויות או שלטון החוק, אם השופט **יוצר דין** חדש שלא נובע במפורש מהחוק. מערער אתהלגיטימיות של המשפט.
* **גישת הפרשנות התכליתית=** פרשנות שמגיעה מהגישה הריאליסטית. בתי המשפט לא רק מסיקים מסקנה מהחוק **הם גם מחדשים**. בתי המשפט צריכים גם לחשוב מחדש על דברים לאור התכליות של החוק.

**הבנת טיבו של שק"ד שיפוטי**

ההבדל בין הפעלת שק"ד לפרשנות:

* **שיקול דעת=** הפעלת סמכות לחדש את החוק- נשקלים מחדש האיזונים והמטרות;
* **פרשנות=** הכנסת ההחלטה השיפוטית בגדרי החוק. בפרשנות השופטים לא יוצרים דבר חדש.

**תורת המשפט של הארט**

* הארט טוען שמערכת המשפט מורכבת **מחקיקה וגם מתקדימים**. נהוג לחשוב שחקיקה יותר ברורה מתקדימים שיוצרים אי-וודאות, אבל גם בחקיקה יש חוסר וודאות שמחייב שק"ד שיפוטי במקרים של **"רקמה פתוחה" – אין בדין תשובה ברורה למקרה הספציפי.**
* הרקמה הפתוחה נובעת מכמה סיבות:
* **עמימות השפה**- השפה היא לא חד משמעית ויכולה להתפרש לכמה כיוונים. הדוג' של הארט: 'כלי רכב'.
* **כלליות הכללים-** המחוקק לא יכול לצפות כל תרחיש.
* **אי ידיעת המטרות והשיקולים**- כשהמציאות משתנה גם המטרות משתנות, והשופט לא תמיד יודע מה התכלית של החוק.
* התמודדות עם בעיית הרקמה הפתוחה:
* **קביעת סטנדרט** (סבירות, תו"ל וכו')- הסטנדרט עצמו הוא עמום ומאפשר החלה על מספר רב של מקרים, וכן שק"ד והתאמה למקרה הספציפי.
* **תקנות-** החוק מדבר בשפה כללית, והתקנות של המחוקק יוצרות כללים הרבה יותר טובים וספציפיים.
* **הכרעות שיפוטיות** – השופטים מבארים את כלליות הכללים ומתאימים אותם למקרה הספציפי. (לדוג'- בתי המשפט קובעים מהם אמצעי הזהירות שיש לנקוט כדי לא להפר את חובת הזהירות שקבע המחוקק).
* **איזון** בין כללים ברורים שניתנים ליישום (וודאות וצפיות) לבין מרחב פתוח בו ניתן לקבל החלטות חדשות (הפתרון הראוי).
* **מכאן, לפי הארט לביהמ"ש שני תפקידים:**
1. **יישום החוק**- במקרים בהם הכלל ברור, בגרעין החוק (רוב המשפט) השופט לא מפעיל שק"ד. **יוצר וודאות.**
2. **הפעלת שק"ד**- אין בדין את התשובה למקרה הספציפי= ברקמה הפתוחה, השופט הופך למחוקק משנה. לא צריך לנסות להגיע לכוונת המחוקק כי אלו מצבים שהמחוקק לא צפה. המציאות לא הוכרעה בעבר, לכן צריך להפעיל שק"ד ולפנות גם לנורמות מוסריות, תכליות חברתיות וערכיות. **מאפשר גמישות.**
* **הביקורת של הארט על הפורמליזם: צריך להשאיר גמישות בחוק**. הטעות שלהם היא **בחוסר ההכרה** **בקיומה של רקמה פתוחה בחוק**- רקמה זו מובילה לכך שהמשפט לא שלם ומלא- כאשר מגיע מקרה חדש שאין לו מענה, צריך לאזן בין האינטרסים שעל הכף בהתאם למטרות החברתיות של החוק. החלת חוק במקום בו הוא לא נותן מענה ברור יהיה מלאכותי ויביא להקפאה של המשמעות שלו. במקרים אלה, על ביהמ"ש ליצור חוק.
* **הביקורת של הארט על הריאליזם: צריך להשאיר וודאות.** המשפט מורכב מכללים מחייבים! **(1)** בלי הכרה בכללים משניים אין בתי משפט. **(2)** בלי הכרה בכללים הראשוניים, לא ניתן להבין את היחס של בני האדם לחוק- אם חייבים לציית לחוק או לא. כללים אלו יוצרים חובה אצל האזרחים. זו התופעה הבסיסית ביותר של המשפט.
* **דמיון בין הארט לריאליזם** – שניהם חושבים שלשופט יש סמכות להפעיל שק"ד (ליצור דין). ריאליזם- תמיד. הארט- רק ברקמה הפתוחה.
* לסיכום: הארט לא מתייחס ל'פרשנות', אלא להפעלת שק"ד.לדידו 'פרשנות' מסווה הכרעה לפי שק"ד, כדי לקבל לגיטימציה ציבורית.
* יש להוסיף**: לפי הארט,** יכול להיות שהנורמות המשפטיות יהוו נורמות מוסריות, אולם הנורמה המוסרית לכשעצמה לא מחייבת עד שהיא לא מעוגנת בחוק, ומזוהה עפ"י כלל הזיהוי.

**תורת המשפט של דוורקין, עמדה נון-פוזיטיבית**

* דוורקין מתחיל בלסכם את שלושת עקרונות הפוזיטיביזם לפי הארט:
1. **המשפט הוא מערכת של כללים ספציפיים.** הכללים **ניתנים לזיהוי באמצעות קריטריון** שבוחן את תוקפם. המבחן לתוקף הכלל הוא **מקורו**- אם נחקק ע"י המחוקק (הארט- כלל הזיהוי; קלזן- נורמה הבסיסית; אוסטין- תורת הפקודה) ולא התוכן שלו (משפט הטבע, אם חוק צודק ומוסרי).
2. **במקום בו אין כלל שמכסה את המקרה** = העדר חובה משפטית.
3. במקרה בו אין חובה משפטית = יש חלל, וצריך לתת **לשופטים שיקול דעת ליצור כלל חדש**.
* דוורקין אומר **שהעקרונות ושיקולי המדיניות** הם חלק מהמשפט:
* **עקרון מוסרי=** דרישה מוסרית שמכוונת למעשה מסוים (ולא לתוצאה). אלו עקרונות מוסריים שהם חלק ממערכת המשפט אף אם אינם כתובים.
* **שיקולי מדיניות =** החלטות שמכוונות למען תוצאה חברתית או כלכלית מסוימת. אין שיקולי מוסר, נקבעות ע"י הממשלה או המחוקק. השופט לא מייצר מידניות משלו אבל הוא יכול להסתמך על מדיניות קיימת ולפסוק לפיה.
* דוורקין מבחין **בין כללים לעקרונות**:
* **כלל=** מנוסח באופן ספציפי- יחול על מקרה מסויים אם יתקיימו כל היסודות שלו. פועל בדרך של 'הכל או כלום'.
* **עקרון=** מנוסח ברמת הפשטה גבוהה יותר- יכול לחול על כמה מקרים. לא מכתיב את התוצאה, אלא יש לו השפעה מסוימת על התוצאה המשפטית כאשר יש לצידו עקרונות אחרים. מידת ההשפעה תלויה במשקל שניתן לכל עקרון. צריך לעשות איזון בין העקרונות השונים.
* **דוורקין דוחה את עקרונות הפוזיטיביזם של הארט בתורתו כלל הזיהוי:**
1. **דחיית העיקרון הראשון: "המשפט הוא תחום עצמאי ונפרד מהמוסר"**
* *פס"ד רינגס*- ביהמ"ש לא נתן לרוצח לרשת מכיוון שממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה. העובדה שביהמ"ש סטה מהכלל היא שמוכיחה שעקרונות הם חלק אינהרנטי מהמשפט.
* *פס"ד הנינגסן*- אדם רכש מכונית ועשה ת"ד. תבע את היצרן אך הוא טען שהחוזה פוטר חברה מלתקן תקלות שנגרמו מפגם בייצור. ביהמ"ש מחליט לחייב את החברה למרות ההתחייבות החוזית, מתוך הנחה שמבחינה מוסרית, ליצרן יש אחריות מיוחדת כלפי הלקוח.
* *פס"ד טבעול נ' שף ים*- דוגמא מישראל: שתי חברות שייצרו מאכלי דגים מוקפאים חתמו על הסכם לשיתוף פעולה ביניהם, ואם שת"פ יפסק אז מחוייבות לסעיף 'אי תחרות' במשך 5 שנים. שף ים הפרה את הסעיף ונתבעה לפיצויים. ביהמ"ש קובע שלמרות הפרת החוזה, לא מחייב אותה בפיצויים כי המדיניות של שוק חופשי הכרחית- הגברת התועלת הכלכלית, הורדת המחירים, איכות גבוהה יותר. (ביהמ"ש מכריע ע"ב מדיניות).
* המסקנה: **העקרונות הם חלק מהמשפט, למרות שלא כתובים, ולכן מחייבים כמו כללים.** עקרונות מחייבים כי הם מוצדקים 🡨 הם מתקבלים באופן ישיר! לכן, המשפט איננו מוגבל ע"י כלל הזיהוי כפי שתיאר הארט. **המשפט כולל גם עקרונות מוסריים בתוכו.**
1. **דחיית העיקרון השני והשלישי:**  **רק כאשר אין כלל => אין חובה משפטית => השופט יפעיל שק"ד**
* דוורקין מציע לחשוב על שק"ד בשתי צורות:
* **שק"ד חלש**- מקום בו מקבל ההחלטה כפוף לנורמה, יש עליו חובה. **יש מענה בדין.**
* **שק"ד חזק**- מקום בו מקבל ההחלטה לא כפוף לנורמה, אין עליו חובה. **אין מענה בדין.**
* הארט מכיר במצב שהשופט לא כפוף לנורמה (אין מענה בדין), אז הוא יוצר בעצמו את הקריטריון/הכלל. לכן שק"ד שהארט מציג הוא שק"ד חזק במונחים של דוורקין. לפי דוורקין, כל הכרעה שיפוטית היא במסגרת של "שיקול דעת חלש".
* המסקנה: **תמיד קיימת חובה (=נורמה משפטית), שעל פיה השופט יוכל להכריע**🡨כי מקורות המשפט הם לא רק הכללים הכתובים, אלא גם עקרונות מוסריים. לכן יכולה להיות חובה מכוחם שחלה בעניין. 🡨 תמיד השופט מעגן את ההכרעה שלו בחוק = שק"ד חלש.
* מציג את תזת **"תשובה אחת נכונה":** מבחינה תאורטית, על השופט להניח קיומה של תשובה נכונה אחת.
* **הכרעות משפטיות מבוססות על סטנדרטים אובייקטיבים קיימים-** השופט אף פעם לא מחליט ע"ב העדפה אישית, אלא פועל לפי עקרונות שנקבעו במשפט.
* **כל שופט חותר למה שבעיניו נראית התשובה הנכונה**- או שהעניין מתאים לסטנדרט, או שלא. אם לא, כל שופט ינסה להגיע לאיזון הנכון ביותר בין הנורמות השונות.
* **התשובה הנכונה במשפט היא תשובה נכונה תיאורטית.** היא לא תשובה נכונה ריאלית שאפשר להוכיח אותה כיתמיד יהיה ניתן להפוך את ההחלטה ולבקר אותה.
* **למה ראוי להחזיק בעמדה של תשובה נכונה? שיקולים נורמטיביים**
1. **טיעון מקצועי**- השופט מחוייב לתת החלטה מקצועית מנומקת, לחתור לתשובה הנכונה. לא מתוך נימוק של העדפה אישית, אלא לפעול לפי התשובה האובייקטיבית שבחוק.
2. **טיעון דמוקרטי**- לשופט אין סמכות מבחינת הלגיטימציה שלו, להיות מחוקק משנה. השופט אינו נבחר ציבור, אלא מיישם את החוק. לכן השופט דווקא נשאר נאמן לעיקרון הדמוקרטי כאשר מיישם את החוק ומעגן את ההחלטה שלו במשפט הקיים.
3. **שלטון החוק**- יצירת חוק חדש ע"י ביהמ"ש, תמיד תהיה בדיעבד = מהווה הטלת חובות רטרואקטיביים. פוגע בשלטון החוק, כי מאבדים את **עקרון הפומביות, הוודאות והיציבות**. החוק חייב להטיל חובה רק מכאן והלאה כדי להכווין התנהגות. לפי דוורקין תמיד ההכרעה השיפוטית תהיה במסגרת שלטון החוק, כי הוא כולל גם נורמות מוסריות.
* **סיכום הגישה הנון-פוזיטיבית של דוורקין:**
* **נורמות משפטיות לא מזוהות ע"י כלל הזיהוי-** כיוון שגם עקרונות, סטנדרטים, מדיניות הם חלק מהמשפט.
* בהחלטות שיפוטיות, **השופט לא מפעיל שק"ד חזק, אלא חלש.**
* הפוזיטיביסטים אמרו שבהעדר כלל אין חובה משפטית (ואז השופט יוצר חובה),ודוורקין טוען **שגם בהעדר כלל יש חובה משפטית ע"ב עקרונות.**
* **השוואות:**
1. **דוורקין ומשפט הטבע:**
* **דמיון:** עקרונות מוסריים הם חלק מהמשפט.
* **שוני:** (1)הבחנה בין רצוי למצוי: לפי משפט הטבע, יש הבחנה. מסתכלים על מה רצוי ואז מחילים את זה על המשפט המצוי, גם אם זה נוגד את החוק. לפי דוורקין, אין הבחנה. הוא פוסק לפי המשפט המצוי, **שהעקרונות המוסריים הם כבר חלק ממנו**. (2)גבולות המוסר: לפי משפט הטבע, ישנו מוסר אובייקטיבי, אוניברסאלי וניצחי **שנובע מטבע האדם**. לפי דוורקין, הוא מכיל רק את העקרונות המוסריים שקיימים כבר במשפט. ולא עוסק בכל עקרון מוסרי שהוא.
1. **דוורקין והפורמליזם:**
* **דמיון:** (1)היעדר שק"ד חזק- השופט לא יוצר דין; (2)יש תשובה נכונה אחת לכל שאלה.
* **שוני:** (1)מודל של כללים/עקרונות: הפורמליזם לא מכירים בעקרונות בעוד שדוורקין כן. (2)פרשנות ערכית- דוורקין מציע גם להכריע לפי התכליות החברתיות והערכיות בנוסף לפרשנות המילולית.
* **האם התאוריה של דוורקין מביאה לריסון שיפוטי או לאקטביזם שיפוטי?**
* ריסון שיפוטי**:** דוורקין מצהיר שתפקיד השופט ליישם את החוק בלבד, מתוך שיקול דמוקרטי. כך שהשופט כפוף לחוק.
* אקטיביזם שיפוטי**:** באופן מעשי, מאחר שדוורקין טוען שהמשפט הוא ללא גבולות כי כולל בתוכו עקרונות ושיקולי מדיניות, הוא מעניק לשופט ארגז כלים רחב ועשיר מאוד בהכרעתו.

**תורת המשפט של יוסף רז**

* יוסף רז, הוגה ישראלי; אחד מההוגים הגדולים: ממשיכו של הארט- ההנחה שהמשפט בנוי על כללים, היא ממהותו של המשפט.
* לקח מדוורקין את קיומם ותפקידם של העקרונות, אך טוען**: יש למשפט גבולות!**
* **מערכת המשפט:**
1. בנויה על נורמות משפטיות, שכוללות: גם כללים (חוקים) וגם עקרונות.
2. המשפט צריך להבחין בין נורמות משפטיות לבין נורמות שאינן משפטיות- נורמות שמתאימות לכלל הזיהוי הן נורמות משפטיות.
* עקרונות משפטיים- ניתן לזהות ע"י כלל הזיהוי לכן יש חובה לפעול על פיהם.
* עקרונות חוץ משפטיים- לא ניתן לזהות אותם ע"י כלל הזיהוי, ואין חובה לפעול על פיהם כי הם לא חלק מהמשפט.
1. **יש מצבים שאין לגביהם נורמות משפטיות**. במצבים כאלה, אין תשובה בדין.
* בתי המשפט ממלאים תפקיד כפול: 1) **מיישבים סכסוכים מוסדרים**- בהם מיישמים את החוקים; 2) **מיישבים סכסוכים שאינם מוסדרים**- אין נורמה משפטית ברורה, לכן השופט יוצר נורמות = מפעיל שק"ד חזק.
* **עקרונות מוסריים** (ולא שיקולי מדיניות): דרישה מגבילה בנוגע למעשה מסויים. מגבילים את המחוקק שלא לפגוע בעקרונות צדק או זכויות יסוד בקביעת החוקים. מאפשרים מס' דרכי פעולה. **2 סוגי עקרונות**: עיקרון תיאורי- עומד מאחורי הרבה כללים ספציפיים [למשל, בבסיס פרק עבירות המתה עומד עיקרון קדושת החיים]. עיקרון נורמטיבי- מופשט, עוסק בשאלה מה ראוי להיות במשפט, וממנו נקבע כללים ספציפיים [למשל, חקיקת חוקים תהיה בהתאם לחוקי היסוד].
* **האם ניתן ללמוד על קיומו של עיקרון נורמטיבי** **במקום בו הוא לא קבוע בחוק?** *פרשת דירקטוריון נשים*-האם יש חובה לקבל גם נשים לדירקטוריון? ביהמ"ש לומד מקיומם של חוקים כאלה בכל מיני ארגונים, שהעיקרון הנורמטיבי קיים. והוא מחיל את העיקרון גם על המקרה. למעשה נעזר בעיקרון תיאורי כדי לתת תוקף לעיקרון נורמטיבי.
* **תפקיד העקרונות**: **(1)**מסייעים בפירוש הכללים- עקרונות השיטה; **(2)**יצירת הכללים ע"י ביהמ"ש; **(3)**ביקורת על הכללים המשפטיים; **(4)**השופט מכריע באופן ישיר מהעקרונות, ללא תיווך של הכללים.
* **לסיכום**: (1) המשפט הוא מודל של כללים ועקרונות גם יחד; (2)רק העקרונות המשפטיים מחייבים משפטית. (3)חובה משפטית תקום מכוח עיקרון, רק אם הוא מזוהה ע"י כלל הזיהוי, ואז נאמר שהוא עקרון משפטי.

**יישום התאוריות בפרשת נחמני – הפעלת שק"ד שיפוטי**

**עובדות המקרה**: בני הזוג נחמני היו חשוכי ילדים (רותי עברה ניתוח להוצאת השחלות) והחליטו להביא ילד לעולם בהפריה חוץ-גופית. הם ביצעו את שלב ההפריה, אבל לפני שהספיקו להגיע לשלב ההשתלה באם הפונדקאית, דני עזב את הבית והקים משפחה חדשה. כעת דני לא מעוניין שרותי תמשיך בתהליך הפונדקאות. לרותי אין חלופות אחרות אם ההליך יפסק (גיל מבוגר, מצב רפואי). הזדמנות האחרונה שלה. המחוזי פסק לטובת רותי ודני עירער לעליון. בעליון נפסק לטובתו ונקבע דיון נוסף.

* פרשת נחמני היא מקרה "קשה": (1) **אין נורמה מפורשת מכוח הדין**; (**2)ישנם שיקולים מוסריים מנוגדים**.
* שלוש שאלות משפטיות ומוסריות שעולות מהמקרה:
1. **האם יש לדני חובה כלפי הביציות המופרות?** **מעמד הביציות:** מבחינת משפטית- יש מעמד רק לעוברים ואילו ביצית מופרת היא שלב אחד לפני; מבחינה מוסרית- נקודת המוצא של השופטים הייתה שהביציות הן קדם-עובריות, זה חומר גנטי משותף ולא החל ההיריון, לכן אין לביציות זכות ואין חובה לשמר אותן.
2. **האם יש לדני חובה כלפי רותי שנובעת מההסכם ביניהם או מההסתמכות שלה?** מבחינה משפטית- דני נתן הסמכה לתחילת ההליך, האם זה תקף לכל ההליך? אין תשובה ברורה השופטים נחלקים; מבחינה מוסרית- נראה שיש חובה מוסרית הואיל ושניהם נכנסו בהסכמה להליך ולרותי יש אינטרס הסתמכות גדול מפני שזו ההזדמנות האחרונה שלה להביא ילדים (ניתן לטעון שאין חובה מוסרית כי אי-אפשר לכפות על אדם להיות אבא).
3. **האם לדני יש חובה להתחשב באינטרס של רותי להיות הורה?** מבחינה משפטית- הזכות להיות הורה היא חירות (זכות שלילית) וגם הזכות שלא להיות הורה היא חירות (זכות שלילית). לכאורה, לפי הדין זכות שלילית לא יכולה להטיל חובה על אדם אחר. מבחינה מוסרית- שופטי הרוב טענו שהזכות להיות אם גוברת בנסיבות המיוחדות של המקרה.

השופטים נחלקים לשלוש קבוצות:

1. **שופטי הרוב**: **יש חלל נורמטיבי ולכן צריך להפעיל שק"ד חזק (הגישה של הארט),** השופט הוא מחוקק משנה כאשר אין מענה בדין.
* **גולדברג**- יש חלל נורמטיבי- עניין נשיאת העוברים לא הוסדר כלל (זה לא לקונה- חסר ספציפי) ולכן הדרך הנכונה להשלים את החלל היא דרך **עקרון הצדק**, עקרון חוץ-משפטי שאומר שצריך לקבוע מה צודק. לנוכח הסיטואציה הייחודית בה נמצאת: היעדר חלופות אחרות, ואינטרס ההסתמכות שלה הוא גדול- מעדיף את האינטרס של רותי להיות הורה.
* **צבי טל**- יש לבחון את האינטרסים המתנגשים ושיקולי מדיניות ראויה: נותן משקל גבוה יותר לאינטרס להיות הורה, שמהווה ערך בסיסי וקיומי בעוד שהאינטרס "לא להיות הורה" ללא ערך מבחינה חברתית, עומד מאחוריו הזכות לפרטיות; יש להשתמש **בדוקטרינת ה"השתק",** שמונעת ממנו להתנער מהסכמתו. לאור אינטרס ההסתמכות של רותי, הציפייה הלגיטימית, נעשו מאמצים גדולים מצידה, ולאורך כל הדרך הוא הלך איתה ביחד- מעדיף את האינטרס של רותי להיות הורה.
* **בך**- יש לפעול לפי **שיקולים של צדק**- טוען שיש להעדיף את האינטרס של רותי בגלל ההסכמה לתחילת התהליך וההסתמכות של רותי לכניסה לתהליך שיש בו סיכונים בהיעדר אפשרות אחרת להיות הורה. מעדיף את האינטרס של רותי להיות הורה.
* **טירקל-** יש לפעול לפי **נורמה חיצונית של צדק.** טירקל מדבר על אינטואיציה ותחושות פנימיות של השופט.לדידו, צדק זו אמת מידה פנימית, סובייקטיבית הוא מכניס שיקול חדש- לא רק אינטרס ההסתמכות של רותי וזכותה להיות הורה, אלא החיים שהיא עומדת להביא לעולם**. פוטנציאל החיים של הביציות** המופרות מטה את הכף לטובת שימורם ופיתוחם.מעדיף את האינטרס של רותי להיות הורה.
1. **שופטי המיעוט: אין חלל נורמטיבי, ולכן יש שק"ד חלש (הגישה של דוורקין)**.תמיד השופט מיישם חוק, במשפט יש תמיד תשובה.
* **שטרסברג-כהן- כל התשובות נמצאות בחוק**: (1)מעמד הביציות- מבחינת הדין הביצית המופרית איננה יצור חי; (2)אין חוזה מחייב שניתן לאכוף- מבחינה משפטית לא הייתה הסכמה של דני להמשך ההליך בנסיבות של התפרקות התא המשפחתי; (3)מבחינת איזון בין זכויות [הצדק הוא חלק מהמשפט, אולם הוא לא רלוונטי, כי **היענות לאחד מהם היא עשיית אי צדק לשני]**. לכן, לפי תורת הזכויות: הזכות להיות הורה וגם הזכות שלא להיות הורה הן חירויות [לא יכולות להקים חובה]. לכן הן זכויות שקולות, **ורותי לא יכולה לחייב את דני להיות אב.**
* **זמיר- אין חלל נורמטיבי,** שופט צריך לחפש את התשובה בתוך עולם המשפט. תקנות ההפריה החוץ גופיות מחייבות הסכמה לכל שלב בהליך וגם חוק ההסכמים מחייב הסכמה של הבעל להליך, **ואם אין הסכמה- אין חובה.** למרות שהחוקים נחקקו אחרי המקרה, התכלית שלהם קיימת כעת בחוק. ולכן אי אפשר לכפות על דני להיות הורה.
* **אור- יש לחפש את התשובה בדין הקיים.** מבחינה חוזית, ישנה הסכמה לשתף פעולה, אולם היא לא כוללת הסכמה מראש לכל שלביו. אין הסכמה לכל ההליך ולכן לא ניתן לכפות על דני.
* **ברק-** טוען **שעקרון הצדק נמצא בתוך המשפט, ולפי האיזון בין האינטרסים, עדיף האינטרס של דני**: (1) הביצית אינה עובר; (2) הורות כרוכה בשותפות ובהעדר הסכמה אין כל אפשרות להתחיל את הליך ההפריה; (3) הזכות להיות הורה היא חירות הנגזרת מכב"א והזכות לפרטיות ואינה מטילה חובה על איש.

כשפונים לצדק (כעיקרון חוץ משפטי)- איזון בין אינטרסים. כשמסתכלים על הדין- מכריעים בעקיפין לפי ההתנגשות בין זכויות.

1. **גישת ביניים: יש חלל נורמטיבי אבל ההחלטה היא במסגרת הדין- שק"ד חלש.**
* **דורנר- עקרון היושר של אריסטו**- נק' המוצא היא שהחוק לא עונה על כל המקרים. במצבים אלו- על השופט לחרוג מהכלל כדי להגיע להכרעה צודקת. **אולם, אין כלל שחל על המקרה!** הזכירה אותו כדי **לחזק את הטענה שלה:** ההכרעה צריכה להיעשות באמצעות איזון הזכויות במקרה הספציפי הזה לפי נסיבותיו. ולא איזון כללי כמו שעשו שופטי המיעוט (בין הזכות להיות הורה לזכות שלא להיות הורה). דורנר מעדיפה את האיזון הספציפי בהתאם לנסיבות האלה. **נוטה לטובת רותי בגלל ההסתמכות, הטיפול הרפואי ובגלל שאין לה חלופה אחרת.**
* **מצא-** האיזון לא יכול להסתמך רק על תחושת הצדק, הוא עושה גם ניתוח משפטי. מציע חשיבה אחרת על הזכויות: (1) זכות עקרונית- קיימת במשפט; (2) זכות כללית- יש לאדם זכות לממש את זכותו העקרונית; (3)זכות ספציפית- זכות של אדם לממש את זכותו הכללית בנסיבות מסוימות. לדעתו, דני פוגע בזכותה של רותי פגיעה מעין כללית- כיוון שמכאן היא לא תוכל יותר להיות אם. לעומת זאת, הפגיעה של רותי בדני היא פגיעה ספציפית. מכאן שהפגיעה בזכותה של רותי קשה יותר ויש להעדיף את האינטרס שלה.
* השופט היחיד שלא מכריע לגבי השאלה התורת משפטית- **השופט קדמי**. לדעתו, משלב ההפריה של הביצית ואילך גוברת זכותה של רותי להיום אם (לפני ההפריה גוברת זכותו של דני).

**טיב הפרשנות המשפטית**

* שתי קטגוריות דרכן אפשר להסביר החלטה שיפוטית:
1. **שיקול דעת**- השופט מחדש בהחלטה עצמאית (הגישה של הארט).
2. **פרשנות**- השופט לא מחדש. ההחלטה שלו מעוגנת בחוק ולכן הוא פועל מכוח מגבלותיו (הגישה של דוורקין).
* **בעיית הפרשנות- מהו הפירוש הנכון לטקסט? 3 מתחים:**
* היחס בין המחבר לטקסט- כוונת המחבר מול הכתוב.
* היחס בין הלשון לתוכן- פירוש מילולי מול פירוש תכליתי.
* היחס בין הטקסט לקונטקסט-האם יש להסתכל על הטקסט כיחיד או כחלק ממערכת שבה הוא משתלב?

**תאוריות פרשניות ספרותיות**

* **הגישה הבסיסית ביותר (משה אזר)- מהו טקסט?** הטקסט הוא **אמצעי להעביר כוונה של מי שיצר אותו לקורא.** לפיכך, כאשר אדם קורא טקסט, הוא שואל מה המחבר התכוון לומר? הדרך לדעת זאת, היא באמצעות הבנת המילים עפ"י כללי הלשון, הסמנטיקה והתחביר. בכך, טקסט לא אמור להעמיד במתח את כוונת המחבר ולשון הטקסט. שכן הם באים ביחד.
* **לסיכום- הגישה הבסיסית חותרת לכוונת המחבר דרך הבנת המילים והתחביר בטקסט**.
* **הירש** מבחין בין מובן ומשמעות:
* **מובן =** מה המחבר אומר או מתכוון לומר באמצעות הטקסט (התאוריה של משה אזר). לפי הירש, זו שאלה אובייקטיבית.
* **משמעות =** מה הטקסט אומר לי, לקורא. שאלה סובייקטיבית.
* הירש טוען שאנשים מבלבלים בין השניים. אם רוצים להגיע **לכוונת המחבר** צריך להגיע **למובן של הטקסט.**
* **פרשנות ספרותית: המשמעות יותר חשובה מהמובן.**
* טקסט ספרותי מאופיין **בריבוי משמעויות** – למחבר יש בדר"כ יותר מכוונה אחת שהוא רוצה להעביר.
* טקסט ספרותי עשוי להכיל מעבר **לכוונת המחבר עצמה**: (1) רבדים לא מודעים- מחשבות שעולות באופן בלתי מודע; (2) רמיזות לשוניות וספרותיות שמוליכות לרעיונות שונים. **לכן הדגש יהיה על משמעות הטקס = הבנת היצירה בכללותה** ולא המובן של הטקס (מה שהמחבר מנסה לומר).

**תאוריות פרשניות משפטיות**

* פרשנות משפטית:השאלה שעולה היא **עד כמה הפרשנות צריכה לשקף את כוונת המחוקק?**
* אפיון כללים משפטיים: **(1)** הרבה מחברים; **(2)** מכיל כללים שנועדו להכיל מספר רב של מקרים; **(3)** מתקיים לאורך זמן וצריך להתאים לנסיבות המשתנות; **(4)** הטקסט המשפטי משתלב במערכת מורכבת של כללים- חוק לא עומד לבד (הוא חלק מהקשר), ועל השופט ליישב סתירות.
* **גישות פרשניות לטקסט משפטי:**
1. **טקסטואליזם (השופט סקליה)- הטקסט הוא הביטוי של המחוקק.** כוונת המחבר איננה ידועה- לכן צריך להניח שלמחוקק יש כוונה אובייקטיבית והיא אותה כוונה שעולה בפשטות מן הטקסט. **יש לפרש את הטקסט בהתאם לכוונה ה'אובייקטיבית'**. נשאל למה התכוון מחבר סביר בעת שכתב טקסט זה. זו פרשנות סבירה בהתאם להגיון של הטקסט. המאבק של השופט סקליה היה נגד שופטים שמייצרים כוונה באופן מלאכותי וסובייקטיבי. **הצדקה דמוקרטית**- שופטים אינם מוסמכים ליצור חוק. סקליה מציע גישה שמאוד קרובה לגישה הפורמליסטית.
2. **פרשנות נאמנה "תלתא משמע" (השופט חיים כהן)-** בונה **פירמידה פרשנית** שבה אם נקבל תשובה בקומה עליונה יותר, לא נרד לקומה הבאה וכך הלאה. שלוש נאמנויות לחוק:
* **לשון החוק**- פרשנות מילולית. נאמנות זו נובעת משלטון החוק. דרך פירוש לשוני משיגים: וודאות, פומביות ושוויון.
* **תכלית החוק-** לכל חוק יש טעם, שנותן לו צדק. שופט צריך לפרש את החוק לפי לשון החוק, אבל אם עולות 2 משמעויות- ההכרעה תהיה בהתאם לתכלית. הטעם של החוק מאפשר לפרש את המילים באופן צודק.
* **"רוח"; עקרונות היסוד**- על השופט לפרש את החוק בהתאם לעקרונות הדמוקרטיים וחירויות האדם.נותן מענה לשופט במצב בו הפירוש המילולי של החוק יביא לתוצאה לא צודקת.
1. **תורת הפרשנות של דוורקין (Law as integrity) –** העלה שני מתחים לביסוס התאוריה שלו לפרשנות של המשפט:
* **ניגוד תורת משפטי**: פוזיטיביזם- השופט מסתכל על המשפט כנתון (עובדה חברתית) והוא צריך להחיל על מקרה מסויים את החוק (חיסרון: לא תמיד החוק נותן מענה). משפט הטבע- השופט פוסק עפ"י מה שחשוב שראוי (חיסרון: פגיעה בדמוקרטיה). **ניגוד בתורת הפרשנות:** פורמאליזם-השופט תמיד ימצא מענה בדין הקיים ורק בו (חיסרון: לא מגיע להכרעה הנכונה/היעילה ביותר). הריאליזם- אם הדין לא מביא לתוצאה צודקת, השופט יחפש פיתרון אחר צודק (חיסרון: פגיעה בוודאות ובשלטון החוק).
* התאוריה: גישת המשפט כאינטגרטי: 1)שלמות- מחויבות למסורת המשפטית; 2)יושרה- מחוייבות לפתרון הצודק. 🡨 **כל הכרעה שיפוטית היא מעשה פרשני. פרשנות רואה את הפתרון הרצוי לנגד עיניה, ומנסה לעגן אותו בחוק המצוי.** איך? לפי התאוריה שלו שהמשפט כולל עקרונות מופשטים שלא כתובים בחוק ולא נקבעו ע"י המחוקק.
* לוקח מהפרשנות הספרותית את **התזה האסתטית:** הפרשנות הטובה צריכה להאיר את היצירה הספרותית ***באור הטוב והמעניין ביותר.*** דוורקין לא שולל חסרונות:
* **סובייקטיבית**- כל אחד יגדיר "יופי/עניין" באופן שונה. דוורקין: גם אם לא מסכימים על הקריטריון לפיו נכריע 'מה הכי יפה', ניתן להניח מבחינה תיאורתית שיש פירוש טוב יותר מפירוש אחר. לא צריך את ה"הכי" טוב, אלא רק "טוב יותר". יש לשאוף להציג את היצירה באופן יפה יותר מהאופן הקודם בו הוצגה.
* **התיאוריה איננה תואמת את כוונת המחבר.** דוורקין: כוונת המחבר אינה השאיפה לתאוריה, כי היא לא רלוונטית- יש כוונות לא מודעות, אפשר להחליט שמה שמעניין אותנו זה היצירה ולא הכוונה.
* **תרגיל רומן השרשרת-** נותנים משימה לקבוצה של מחברים לכתוב רומן בדרך שבה כל מחבר כותב פרק אחר. מהם עקרונות הפעולה שלפיהם צריך לפעול כל מחבר?
1. **עקרון ההתאמה:** לייצר התאמה בסיסית בין הפרקים הבאים לקודמים. מבחינת המשך העלילה, אופי הדמויות, רקע וכו'.
2. **הארת היצירה באור הטוב ביותר:** הפרק החדש צריך להקרין אחורה על היצירה את האור היפה ביותר.
* **פרשנות משפטית**- יש לראות את השופט כמחבר פרק ביצירה משפטית. קנה המידה של 'היפה ביותר' משתנה בהקשר המשפטי ל'צודק' ביותר. *הפרשנות המשפטית הטובה היא זו שמאירה את המשפט באור הצודק ביותר.*
1. **התאמה –** פס"ד צריך להתאים למסורת המשפטית. השופט כפוף לחוקים, נורמות חוקתיות וכו'.
2. **האור הטוב ביותר-** פסק הדין צריך להאיר את המשפט באור הצודק ביותר. **עקרון הצדק, ההגינות והליך הוגן**.
* **קביעות משפטיות הן אמיתיות אם הן נובעות מ- או מתאימות ל- עקרונות של צדק, הגינות והליך הוגן, ומספקות את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה.**
* **התפתחות בגישה של דוורקין:** המשפט הוא עולם ומלואו. בעבר טען שהשופט תמיד מפעיל שק"ד חלש. כעת החליף את המסגרת המושגית, וטוען שבכל הכרעה שיפוטית יש מימד פרשני 🡨 השופט עוסק **בפרשנות** בכל המקרים (לא רק ברקמה הפתוחה), תמיד השופט מפרש את החוק. במקום "שיקול דעת" משתמש במושג "פרשנות".
* שילוב הפורמאליזם והריאליזם:מאחר שעולם המשפט מלא בעקרונות צדק, פרשנות מאפשרת לשופט לא להיות רק מחוייב לכללים, אלא גם לתור אחר ההכרעה הצודקת ביותר.
1. **תורת הפרשנות התכליתית של אהרון ברק- לטקסט משפטי יש לתת פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בו.** ברק מייצר תיאוריה פרשנית לכל הטקסטים המשפטיים למיניהם.
* **מהי תכלית?** תכלית היא **מושג נורמטיבי** (להבדיל מכוונה- מושג פסיכולוגי סובייקטיבי). לכן התכלית היא **מושג דינמי,** התכלית יכולה להשתנות עם הזמן.
* **הפרשנות התכליתית מבחינה בין:**
* **תכלית סובייקטיבית =** התכלית שקבע יוצר הנורמה- כוונת המחבר, מחוקק. **הוא הסובייקט.**
* שיקול להתחשבות בתכלית הסובייקטיבית – הפרדת רשויות, שלטון החוק (עקרונות דמוקרטיים).
* **תכלית אובייקטיבית=** התכלית שעולה מן הנורמה ומסביבתה החוקית.התכלית האובייקטיבית היא מושג מורכב. היא כוללת את התכלית של הנורמה הספציפית (הסעיף בחוק), את התכלית של החוק כולו, את התכלית של הענף המשפטי, **וגם את העקרונות של השיטה (עקרונות חוקתיים**). מחייבת איזון בין התכליות השונות.
* שיקולים להתחשבות בתכלית האובייקטיבית**-** החוק משתלב בשיטת המשפט נתונה, הוא לא עומד בפני עצמו. לכן מחייב להתאים את עצמו **לדינמיות של החיים ולשינוי העקרונות של השיטה.**
* פרשנות דינמית**:** ייתכן שנורמה תישאר אך התכלית תשנה בהתאם למציאות, לכן הפרשנות צריכה להתבסס על התכלית האובייקטיבית. למשל, החוק של איסור ריבוי נשים, תכלית מקורית- דתית. כיום- נועד להבטיח את שוויון האישה.

**"פרשנות במובן הרחב"- היחס בין התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית משתנה בין טקסטים משפטיים שונים:**

1. **צוואה-** טקסט משפטי שהיה לו מחבר אחד והתכלית של הצוואה היא להגשים את רצון המצווה. לכן, התכלית הסובייקטיבית היא הגורם המכריע.
2. **חוזה-** המשקל המכריע הוא לכוונת המחברים = תכלית סובייקטיבית. אבל בגלל שיש כמה צדדים, נכנסים יסודות אובייקטיבים (תו"ל, תקנת הציבור וכו').
3. **חוק-** כלל נורמטיבי שהמחוקק קבע- ניתן משקל גדול יותר לתכלית האובייקטיבית. הסיבות- (1)החוק חל על כל אזרחי המדינה. התכולה של החוק היא רחבה. (2)החוק משתלב במארג שלם של חוקים ועקרונות. ההשפעה של הפירוש שלו, על הסביבה המשפטית היא קריטית. (3)החוק מתקיים זמן רב. על מרחב גדול של זמן ומקרים הרבה מעבר למה שהמחוקק יכול היה לצפות.
4. **חוקה-** יש לתת משקל מועט מאוד לתכלית של מחברי החוקה (סובייקטיבי), בגלל: (1) אופי מופשט, (2)אין כוונה ספציפית; (3)ריבוי משמעויות שטבוע בה באופן טבעי. ומשקל מכריע לתכלית האובייקטיבית. דוג': חו"י כב"א בפס"ד מזרחי.
* לסיכום, מצד אחד, תאוריה אחידה בין כל סוגי הטקסטים, מצד שני מאפשרת פרשנות ייחודית לכל סוג של טקסט משפטי בהתאם לתכליתו – השאלה שתהיה בנוגע לכל סוג היא- אם תכריע יותר התכלית האובייקטיבית או הסובייקטיבית.
* **מרכיבי הפרשנות התכליתית:**
* **לשון**- הלשון קובעת את גבולות הפרשנות. הפרשן צריך לחפש מס' משמעויות במסגרת לשון הטקסט, **כי ההנחה היא שכל ביטוי לשוני מכיל ממד של עמימות או ריבוי משמעות**. ברק מסתכל על הלשון באופן גמיש. הפרשנות לא מסתיימת בלשון--
* **תכלית**- מאחר שהלשון לא עומדת בפני עצמה, על הפרשן לחפש אחר התכליות האובייקטיביות והסובייקטיביות של הטקסט.
* **שיקול דעת**- ברק מחדש: **מלאכת הפרשנות כוללת בתוכה הפעלת שק"ד**. לאחר הוצאת התכליות בהתאם למסגרת הלשונית, על השופט להפעיל שק"ד בין איזונים שונים, כדי להכריע: (1)איזון בין תכליות מרמות הפשטה שונות, (2)איזון המתאים לסוגי טקסטים משפטיים, (3)קביעת היחס בין התכלית ללשון. כל הכרעה שיפוטית מחייבת פרשנות, וכדי לפרש נאמנה את החוק- יש להפעיל שק"ד (בחירה בין אפשרויות).
* **השוואה בין ברק להארט-** הארט חושב שצריך להפעיל שק"ד רק ברקמה הפתוחה, בעוד שברק אומר ששק"ד מופעל בכל שלב בחוק.
* **השוואה בין ברק לדוורקין- דימיון:** שכל החלטה שיפוטית נדרש הליך פרשני ויש לתת משקל גדול לטעם של החוק ולהתחשב בעקרונות מופשטים. **הבדלים:**
* ברק לא מקבל את עקרון הצדק, ההגינות וההליך ההוגן כעקרונות יחידים- רק העקרונות החוקתיים נלקחים בחשבון.
* דגם רומן השרשרת אינו ממצה. לעיתים שופט מוגבל יותר ולעיתים חופשי יותר.
* ברק דוחה את תזת **"תשובה נכונה אחת"-** הוא סבור שחלק מהפרשנות מחייב את השופט להפעיל שק"ד = לבחור בין אפשרויות. (לפי ברק שק"ד ופרשנות הם לא אלמנטים חלופיים כמו שסברו הארט ודוורקין). לפי ברק, לשופט תמיד יש שק"ד חזק.

**היצירה השיפוטית לסוגיה- הניתוח של ברק**

**חסר סמוי**= החוק הסדיר את המקרה אבל **לא התייחס** לנושא ספציפי. החלת הכלל לא תעלה בקנה אחד עם כוונת המחוקק והתכלית. בחסר סמוי ההשלמה של ביהמ"ש **מקבלת תוקף של** **הלכה**.

מצב בו אין מענה מפורש בדין בנוגע לשאלה המשפטית, יש 3 אפשרויות לפי ברק שהשופט יכול להתמודד עם המצב:

1. **פעולה פרשנית**- יש דין, אבל הלשון מעולם לא תתן תשובה מפורשת, לכן צריך פרשנות. ויש לפרש במסגרת הפרשנות התכליתית, מתן משמעות לטקסט משפטי (דבר חקיקה, חוזה, פס"ד). נדרש לקבוע את היקף ההתפרסות **של הכלל המתפרש. התוקף הנורמטיבי של ההכרעה השיפוטית כאן נגזר מהתוקף של הנורמה המתפרשת**: חוק יסוד, חוק, תקנה, פסק דין.
2. **חסר (לקונה)**- חלל ריק בתוך הסדר משפטי קיים (אבן חסרה בקיר של לבנים). במקרה שמזהים חסר צריך להבחין בין חסר גלוי (לקונה) המחוקק לא נתן מענה לבין חסר סמוי (לעיל- לא רלוונטי). **חסר גלוי**= **חסר במובן הצר**. מקום בו המחוקק **היה אמור להסדיר** נושא ואנחנו רואים באופן גלוי שיש חסר. הקביעה של ביהמ"ש תהיה **בתוקף של חוק,** מקבלת מעמד של חקיקה (כמו בשיטת המשפט **הקונטיננטלית** למרות שישראל נוהגת במשפט המקובל). יש *כמה דרכים לשופט להתמודדות*:
3. חסר הטעון השלמה- ההשלמה תהיה לפי הדין השיורי: **חוק יסודות המשפט** מעניק לביהמ"ש סמכות לתת מענה ללקונה ע"ב עקרונות הצדק והיושר.
4. הנושא לא הוסדר על ידי המחוקק וההסדר שהיה קודם לכן תקף או שיחולו עקרונות אחרים.
5. הסדר במשתמע– המחוקק הסדיר נושא אחר, ובדרך של היקש (קל וחומר) מסדירים את הנושא הנדון באותו חוק. למשל **חוק הבחירות** מתייחס לשידורי תעמולה בטלוויזיה, **ובבג"ץ חירות**- השלימו בדרך של היקש, שחל גם על שידורי רדיו.
6. הסדר שלילי- מה שלא הוסדר בחוק, יוסדר **להיפך.** כאשר המחוקק לא הסדיר עניין מסוים פירושו שההסדר האחר לא חל עליו. (בדין הפלילי כך נהוג לפרש).
* השאלה באיזה הסדר לפעול היא שאלה נורמטיבית הקשורה לתכלית החוק**. דוגמאות: (1) חוק החולה הנוטה למות(ס'21)-** לפני החוק, הייתה הכרעה שיפוטית שחולה במצב קשה ניתן לנתקו ממכשירים, החוק קבע שרק חולה הנוטה למות ניתן לנתק. מה דינו של חולה במחלה חשוכת מרפא שאינו נוטה למות? כל אחד מההסדרים מביאים לתוצאה שונה, **לבסוף ה'הסדר במשתמע' נקבע להלכה**. **(2)שר שהוגש נגדו כתב אישום-** כאשר מרשיעים שר בעבירה שיש עמה קלון, ניתן להפסיק את כהונת השר. מה עם עבירה ללא קלון? נקבע שמדובר בהסדר שלילי ויכול להמשיך לכהן (בפלילים ההסדר פשוט).
1. **פיתוח המשפט**- **חלל נורמטיבי**- **נושא שלא הוסדר בכלל בחוק** (לדוג': *פרשת נחמני*). ביהמ"ש זה שמשלים. הסמכות של ביהמ"ש להשלים היא דרך המסורת המשפטית של המשפט המקובל, והתוקף הנורמטיבי של ההשלמה יהיה **כתקדים (הלכה פסוקה).** עקרונות הפעולה: **(1)** ביהמ"ש לא כפוף לחוק יסודות המשפט; (**2)** **ביהמ"ש כפוף לעקרונות השיטה** (החוקתיים, שוויון, חירות).

**תורת הזכויות**

**תאוריית הזכויות של הופלד**

* **הבחנות:**
* זכויות מוסריות- זכויות מנק' המבט של המוסר (המשפט לא בהכרח מכיר בהן).
* זכויות משפטיות- זכויות שהמשפט מכיר בהן. נחלקות ל: **(1) זכויות מותנות**- מותנות במשהו כגון: חוזה, יחסים מיוחדים (הורים-ילדים), מעמד (תושב\אזרח), מצב וכו'. **(2) זכויות יסוד**- זכויות מוחלטות וכלליות.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **מובן הזכות:** | **המושג הקורלטיבי:** | **הקשר:** |
| **זכות במובן הצר (תביעה)**  | חובה  | כאשר קמה לאדם זכות במובן הצר, קמה חובה לאדם אחר. לדוג'- אם ראובן הלווה לשמעון כסף, לראובן יש זכות תביעה לכסף משמעון במועד הפירעון. |
| **חירות**  | היעדר זכות של אחר/ אין לי חובה  | לאדם יש חופש לעשות דבר מה, אם אין לו חובה להימנע מעשיית אותו דבר (כלומר רק אם אין לאף אחד זכות תביעה כנגדו). |
| **כוח** | כפיפות | לאדם יש כוח אם יכול לשנות את המצב המשפטי (להקים זכות או חובה) שלו או של אדם אחר = היכולת להכפיף אחר. לדוג'- כאשר אדם כותב צוואה, יורשיו כפופים לה. או שלשופט יש כוח להכפיף את האזרחים לפסיקותיו (תשלום פיצויים, קנס, כלא וכו'). |
| **חסינות** | היעדר כוח | כאשר לאדם יש חסינות, זה אומר שאין למישהו כוח כלפיו. לדוג'- כאשר לאדם יש ייפוי כוח בלתי חוזר יש לו חסינות מפני שינוי ייפוי הכוח. או לחבר כנסת יש חסינות מפני חקירת משטרה. |

* **טבלת הופלד: למונח "זכות" 4 מובנים:**
* **זכות וחירות** מתארים מצב משפטי **במישור הראשוני** שחל על הפרטים. **ובמישור השני**, **חסינות וכוח משנים את המצבים הראשונים**.
* **זכות (תביעה) במובן הצר**, נחלקת ל2 סוגים:
* **זכות חיובית**- דורשת (מקימה חיוב) הספקה של נכס או שירות.
* **זכות שלילית**- דורשת (מקימה את החיוב של) אי התערבות = החירות לעשות דבר מה. חובה שלא לפגוע לי בחירות (למשל: חופש העיסוק).
* **זכות (תביעה) במובן הצר**:
* **האם יש זכות בלי חובה?** לא. בהגדרתה יוצרת חובה.
* **האם יש חובה בלי זכות?** כן. אפשר לחשוב על חובה של אדם כלפי מי שאין לו זכות, או כלפי מי שאינו נושא זכויות.
* **אשכול זכויות-** זכות אחת יכולה לכלול אשכול זכויות. למשל, זכות הבעלות:
* זכות, תביעה- כנגד אדם אחר שלא ישתמש בנכס.
* חירות- להשתמש בנכס ולעשות בו כל דבר.
* כוח- היכולת להעביר את הזכויות בנכס על שם אדם אחר.
* חסינות- כנגד אחרים שאינם יכולים להעביר זכויות.
* כשיש זכות מסוימת, השאלה אם היא מצמיחה את כל היבטיה זו **שאלה נורמטיבית** (הכרעה מדינית) ולא אנליטית (ניתוח).

**תורת הזכויות של רז**

* 2 תורות להכרה בהיותו של פרט 'נושא זכות':
* **תורת הרצון**- לאדם יש זכויות כתלות ברצונות שלו. האדם ריבון על היקפה של הזכות. מכאן, יכול להחליט לוותר עליה אם מעוניין בכך.
* **תורת האינטרס**- זכות קיימת לאור ההכרה באינטרס של בעל הזכות. מכירים לאדם בזכותו מאחר ויש לו אינטרס מסויים. אין תלות ברצונו האישי. זכות כביטוי לאינטרס.
* התאוריה של רז:פרט יכול להיות נושא זכויות אם הרווחה שלו בעלת ערך עליון (אולטימטיבי) או אם הוא אישיות מלאכותית (תאגיד). 🡨 **רק בני אדם או תאגיד.** לכן, אין לבע"ח זכויות, כי לא מניחים שיש להם ערך אולטימטיבי עליון (לא נתערב כדי לשמור על רווחתם בטבע).
* רז מבסס את התאוריה על תורת האינטרס: לנושא זכות יכירו בזכות אם יש לו אינטרס שמהווה טעם מספק להכרה בזכות זו שתצדיק הטלת חובה על אדם אחר. 🡨 **ההנחה המובלעת של רז: זכות יכולה להצדיק הטלת חובה**.
* הבחנה של רז: זכויות עיקריות וזכויות נגזרות
* זכות נגזרת (זכות בת)- זכות שאין לה הצדקה בפני עצמה, אין לה אינטרס שמצדיק הטלת חובה בגין ההכרה בה.
* זכות עיקרית (זכות ליבה)- יש לה אינטרס חשוב שעומד בבסיסה (למשל חופש הביטוי, שהאינטרסים בבסיסו הם יתרונות פוליטיים).

יישום היחס בין זכות עיקרית לזכות נגזרת: הזכות עמידה על הידיים הינה זכות נגזרת של הזכות לחירות, שהיא זכות עיקרית (ליבה).

* היחס בין זכויות וחובות: ההכרה ב'זכות' של אדם, יכולה להיות הצדקה להטלת חובות מסוגים שונים על אדם אחר, **אך לא כל זכות מטילה חובה**. **יחס דינמי**, היקף הזכות (אם תטיל חובות או לא), ישתנה בהתאם להשלכות שלה (האינטרסים בבסיסה).
* *למשל-* חופש הביטוי מעניק חירות להתבטא, אך יכול להקים חובה מהמדינה לא לפגוע ביכולת הביטוי שלי לאור הרציונאלים (הצדקות הפוליטיות, מימוש עצמי וכו').
* **האם ניתן לוותר על זכות?** לא. מאחר שהגדרנו זכות כביטוי לאינטרס, נסתכל על האינטרס באופן אובייקטיבי.
* *פס"ד סמים בתחתונים*- לזכות לכבוד יש אינטרסים חשובים, גם אינדיבידואלי וגם בעלת ערך חברתי, ואינטרסים אלה לא מאפשרים לפגוע בכבודו של אדם, גם אם הרשה זאת.