**תורת המשפט- מבואות**

**מהי תורת המשפט?**

תורת המשפט ואם נתרגם לתיאוריה של המשפט, הכוונה היא לעסוק בעניינים תיאורטיים של המשפט שהם לא נדונים באופן שיטתי במהלך הקורסים השונים. זהו לא קורס דוקטרינרי כמו משפט פלילי, קניין, חוזים, זהו תחום שמקיף על המשפט באופן כללי ודן בשאלות תיאורטיות של המשפט. הקורס הזה נמצא מבחינת דיסציפלינה על המפגש שבין משפטים פילוסופיה- הכלים של הדיון הם מתחום הפילוסופיה והחומרים עליהם נדבר הוא המשפט. התחום הזה הוא תחום בינלאומי- תחוש ורב החומרים התיאורטיים שלו באנגלית.

**סוגי שאלות בתורת המשפט**

את התחום של תורת המשפט ניתן לסווג את השאלות שנדונות, לשני סוגים של שאלות:

1. שאלות נורמטיביות

כאן אנחנו עוסקות דיון תיאורטי\ פילוסופי של המשפט שנוגע לשאלות נורמטיבית.

לדוגמא: האם יש חובה מוסרית לציית לחוק? מדוע מענישים? להרתיע או לגמול על עבריין כמעשיו? תיאוריות של ענישה- האם ענישה היא גמול או הרתעה, אלה תיאורטיות שימושיות במשפט. השאלות משתרעות על כל תחומי המשפט- כמו חוזים (מה מקור החיוב של החוזה? החובה המוסרית לקיים הבטחות או תועלת חברתית? שכן אם זה עניין של תועלת חברתית לא נצטרך לעמוד בהבטחה במקרים מסוימים). האם לאישה יש זכות להפסיק היריון לא רצוי? שאלה שמפלגת במיוחד בציבור האמריקאי- זו שאלה מוסרית, והמשפט קובע עמדה.   
המעניין הוא שלהבדיל ממשקים אחרים של פילוסופיה, בממשק עם המשפט, השאלות הפילוסופיות מאוד רלוונטיות לתחום המטריאלי של המשפט. למשל בפילוסופיה של המדע, אם נלך למדענים, לא מעניין אותם השאלות הפילוסופיות התיאורטיות- אלא שסופו של דבר יש פרקטיקה, נהגים שלפיהם המדענים עובדים. בתחום המשפט, הקרבה בין שאלות התיאורטיות לשאלות המשפטיות המעשיות הוא הרבה יותר גדול. למשל במשפט פלילי לא ניתן שלא להידרש לשאלות תיאורטיות של מה מטרת הענישה וכן הלאה. מי שעוסק בענישה פלילית חייב לגעת בזה, ולכן הממשק בין הפילוסופיה למשפט הוא קרוב יותר מאשר תחומים אחרים של המדע.

1. שאלות אנליטיות

השאלות האנליטיות לא עוסקות במה ראוי לעשות ולמה, אלא הן עוסקות בהבנה פנימית וניתוח של מושג המשפט עצמו.

* מה מייחד את המשפט ממערכות אחרות? מה ההבדל בין החובה המסורית לחובה המשפטית?
* כיצד נורמה הופכת לחוק, או מה כולל החוק? האם חוק הוא רק מה שהכנסת חוקקה או גם מה שבית המשפט קובע? והאם הוא יכול לקבוע דברים מעבר למה שבית המחוקקים קובע? האם תפקיד בית המשפט זה ליישם את חוקי הכנסת או ליצור לחוקים בעצמו? השאלה מהו התחום של המשפט ומה הוא כולל, האם אלו רק חוקים של הכנסת או עוד עקרונות מופשטים כמו עקרונות מוסריים שהמחוקק לא חוקק הם חלק מהמשפט?
* מהן זכויות? אילו סוגים של זכויות? מתי נאמר שלאדם יש זכות ומתי יש לו רק אינטרס? למשל האם יש זכויות לבעלי חיים?
* מהו שיקול דעת שיפוטי? כיצד שופט? לשופט יש שיקול דעת להחליט במקום שבו החוק לא נותן תשובה ברורה, האם הוא יכול להחליט כל מה שהוא רוצה? מה הוא מפעיל בשיקול הדעת?

אלו שאלות שונות מהשאלות הנורמטיביות- של כיצד ראוי לנהוג בתחום הענישה, חוזים, הפלות. שכן, בשאלות אנליטיות לא שואלים כיצד לנהוג אלא איך להבין את המושג של החוק, פרשנות, זכות, שיקול דעת שיפוטי. יש להבין כי במהלך לימודי המשפט והעיסוק הפרקטי, ההתייחסות למושגים המשפטים היא כאל מובן מאליו ובעצם לא מתעוררות שאלות הבסיס של מהי זכות? חובה? וכו.

תורת המשפט כתחום אקדמי עוסק בעיקר בתחום הזה של השאלות האנליטיות ולא בתחום הנורמטיבי. התפיסה המקובלת בעולם האקדמי היא שתורת המשפט מהווה כלי נחוץ בכדי שמשפטנים יבינו יותר לעומק את עבודת המשפט והשלכותיה. יחד עם זאת, גם לשאלות הנורמטיביות יש משקל משמעותי, והוא בעיקר שעוסקים בתחומים ספציפיים של המשפט- כמו דיני עונשין, דיני חוזים, דיני נזיקין וכו. כך שבניגוד לדיסציפלינות שעוסקות בשאלות נורמטיביות, התחום של תורת המשפט עניינו בעיקר בשאלות אנליטיות, וזאת מפני שמטרתו להבין את טיבו של המשפט ומערכת המשפט- הבנת טיבו של ההליך השיפוטי (שיקול דעת שיפוטי, פרשנות, הנמקה) והבנתם טיבם של מושגים משפטיים (זכויות, חובות).

**המשפט כמערכת נורמטיבית**

**מה בין חוקי המדינה לחוקי הטבע?**

אנחנו משתמשות במילה חוק בהקשרים שונים- כמו חוקי המדינה וחוקי הטבע (אותם לומדים בתחום המדעים). נרצה להבין את המושג חוק ומה משמעותו בהקשר המשפטי, וזאת להבדיל מתחומים אחרים. כלומר נשאל את עצמינו מה הוא ההבדל בין חוקי המדינה (למשל חוקים שהפרלמנט מחוקק) לבין חוקי מדעי הטבע?

לשם כך נצטרך לייצר את ההבחנה של חוקים מנחים מול חוקים מתארים:

* חוקים פרספקטיביים- חוקים מנחים, מדריכים, מצווים, נורמטיביים, אלה הם חוקי המדינה.
* חוקים דסקריפטיביים- חוקים שמתארים את המציאות, אלה הם חוקי הטבע או חוקי הכלכלה.

דוגמאות:

* כלכלה- דוגמא לחוק כלכלי היא שהדפסת כסף תגרום לאינפלציה. כלומר החוק הכלכלי הוא חוק המתאר את התנהגות הכלכלית, מה שמוביל לזה שצבר ניסיון ומכוח הניסיון נוכל לצפות מה יקרה בהמשך. לכן, ביסודו של דבר, חוקי הכלכלה נחשבים לחוקים מתארים (ולא מנחים כמו חוקי המדינה), אף אם הם מתארים התנהגות של פרטים ולא של הטבע.
* דת- בבסיס הדת יש חוקים מנחים, שכן, הם חוקים נורמטיביים שאומרים כיצד לנהוג.
* מוסר- זאת גם כן מערכת נורמטיבית שלא מתארת את המציאות אלא איך לנהוג במציאות.

הבחנה זו, בין חוקים פרספקטיביים לחוקים דסקריפטיביים, היא ההבחנה הבסיסית ביותר בהבנת מושג החוק.

האם החוק מתאר מציאות נתונה? בעוד שחוקי הטבע מתארים את המציאות ואת החוקיות הטבעית, התפקיד המהותי של חוקי המדינה הוא הכוונת התנהגות- הם מדריכים ומנחים את האזרחים במה נכון לעשות. כך שהחוק המדינתי אינו מתאר את המצוי והמציאות הנתונה בכל מדינה, אלא מגלם אמירה נורמטיבית- איך ראוי להתנהג.

אם בסופו של דבר בני האדם הם אלו שמנסחים את חוקי הטבע, מתעוררת השאלה מה ההבדל בין חוקים שמדענים מנסחים לבין חוקים שהכנסת מנסחת?   
הבדל מרכזי הוא בשאלת נפקות הפרת החוק? בחוקי הטבע, אם אנחנו מוצאות שהטבע מפר את החוק (כלומר נקבע חוק, אך פתאום רואים שהטבע מתנהג בצורה שנה מהמצופה ובעצם מפר את החוק), אזי החוק לא נכון? וזאת משום שחוקי הטבע תפקידם הוא לתאר את הטבע וחוקיותו. למשל- אם ניוטון ניסח חוק שמכסה את כל המקרים ואז איינשטיין גילה שבמקרים מסוימים החוק לא עובד, אז נוכל לומר שהחוק של ניוטון לא נכון, מכיוון שתפקידו של החוק הוא לתאר את המציאות, כך שאם המציאות לא לפי החוק, אז החוק לא נכון. יחד עם זאת, המצב שונה מחוקי בני האדם, שכן, אם בני האדם יפרו את החוק, זה לא ישפיע על הנכונות והרלוונטיות של החוק עצמו- גם בהפרתו, החוק עדיין נכון. כלומר, למרות שהפרת החוק תוביל להשתת עונש, אך עדיין אין לזה השפעה על התחולה של החוק.

הבחנה זו מביאה אותנו להבחנה שבין עובדות לערכים – החוקים הדסקריפטיביים מתארים את עובדות המציאות והחוקים הנורמטיביים מתארים ערכים.

לסיכום, האפיון היסודי ביותר של המשפט הוא שהיא מערכת נורמטיבית.

**מערכות נורמטיביות נוספות**

אחרי שיצרנו את ההבחנה הבסיסית ביותר בין חוקים מתארים ומנחים, ומערכות נורמטיביות לבין מערכות מתארות, נוכל לחשוב על מערכות נורמטיביות נוספות:

1. **מוסר**

מוסר כמערכת נורמטיבית

מדובר בתחום אמורפי, ולכן קודם נצטרך להבין, מה זה מוסר? ההגדרה הפשוטה ביותר למוסר היא "התחום שעניינו הבחנה בין מעשים טובים לרעים, בין התנהגות רצויה לבלתי רצויה, בין דרגות שונות של חובה לרשות".

מוסר זה הדבר הראשוני שאדם גדל איתו מינקות- פיתוח המוסר נעשה מגיל צעיר ביותר, גם בהיעדר הסבר או הנמקה (לא להרביץ לאחים, לא לקחת צעצועים וכו'). בדיוק אותו פיתוח של מושגי מוסר בסיסיים מילדות, זה מה שמבדיל את אדם מבעלי חיים. כשהתינוק גדל ומתפתח אצל הוריו בהדרגה, הוא מקבל כל מיני הנחיות ראשוניות על מה מותר ומה אסור- וזאת על ידי תגמול בהתנהגות טובה ועונש בהתנהגות רעה. ככל שהאדם מתבגר הוא מפתח לעצמו מושגים מוסריים רחבים שנוצרו מתוך סיבה קוהרנטית.

יש להדגיש כי במוסר, יש דברים שהם מוסכמים מאוד (כמו חוסר מוסריות ברצח) אבל יש הרבה יותר שאלות מורכבות בעלות דילמות מוסריות שיש נימוקים לכאן ולכאן. ההתחלה היא של הסכמה על שאלות שטוחות מאוד, וככל שיורדים לעומק הסכמה פוחתת. ההבחנה הפשוטה לכאורה בין מעשים טובים לרעים מאוד מסובכת- גם מכיוון שלמעשים יש צדדים שונים ולפעמים ההבחנה בין טוב ורע היא לא הכרח בין חובה להיתר- יש דברים שנשים באמצע ונאמר כי יכול להיות שהמעשה עצמו הוא טוב, אך לא בהכרח נשים את המעשה במסגרת של חובה. לפעמים ההבחנה היא יותר מורכבת- יש מעשים טובים ורצויים אך הם מעבר לחובה וכן הלאה. המוסר לא עובד רק בהבחנה של שחור ולבן אלא גם בדרגות ביניים, מעשים שהם חובה מעבר לחובה, חובה מוךת ניחת.  
לפעמים ההבחנה בין טוב לרע, או למותר ואסור לא מספיקה בשאלות מוסריות, שכן יש תחום ביניים- כמו דברים שטוב לעשות אותם, אך לא נוכל להסכים שהם בגדר חובה. כלומר, לעומת מוסר הנוגע לחובה, ישנו מוסר הנוגע לרשות (מתן צדקה, עזרה לקשיש החוצה את הכביש, לקום לאדם מבוגר באוטובוס). למשל, חובת צדקה- קשה להחילה כלפי כל הנזקקים בעולם. אם אתן צדקה לכל מי שצריך, בסוף אהפוך לנזקק בעצמי. כלומר- נראה שיש גבולות למוסר, בהתקיימם ההתנהגות הופכת מחובה מוסרית לרשות, למעשה שהוא מעבר לחובה.   
לכן, המוסר לא נוגע רק לפער בין טוב לרע, אלא גם לעניינים המצויים על הסקאלה (חובה מותנית, חובה שהופכת לרשות, וכו').

שאלה מרכזית שנשאלת בתחום המוסר, היא האם המוסר משתנה או קבוע? האם מה שלא נחשב למוסרי היום, היה מוסרי בעבר, או שגם בעבר הוא לא היה מוסרי? שאלה זו מתקשרת לשאלה האם המוסר הוא אוניברסלי או רלטיביסטי?   
לדוג'- עבדות באמריקה. כיום מוקיעים סמלים שעשו דברים חשובים עבור אמריקה (ווילסון, ג'פרסון) בגלל שהחזיקו עבדים. האמירה שעומדת בבסיס ההוקעה הזאת היא שהמוסר לא משתנה, ולכן נוכל לשפוט את אותם אנשים בעבר שפעלו בצורה לא מוסרית. כלומר, הסיבה להוקעה היא בכך שמכירים בזה שהעבדות לא הייתה מוסרית גם בעבר, אך התעלמו ממנה/ לא פעלו לפיה ולכן אין הצדקה להתנהגות שלהם.

פילוסופיה של המוסר

בדומה להבחנה בין שאלות נורמטיביות לאנליטיות, לפילוסופיה של המוסר יש הבחנה בין אתיקה נורמטיבית לבין מטא-אתיקה:

* אתיקה נורמטיבית- האם יש חובה לתת צדקה? האם מותר לגנוב כדי לסייע לנזקקים? האם מותר להרוג עובר?
* מטא אתיקה- שאלות אלו לא עוסקות כיצד להתנהג אלא בשאלות של איך להבין את המוסר- האם המוסר הוא תוצאה של תבונה או רגש?

או לדוגמא, האם המוסר הוא אובייקטיבי (אוניברסלי) או יחסי (הסכמה חברתית)? אם המוסר הוא יחסי וכל חברה מחליטה בתנאים שלה מה מוסרי ומה לא (מה שמוביל לכך שלא ניתן לבקר את המוסריות של חברה אחרת)?   
היחסיות של המוסר לכאורה מוכחת- עובדתית, הנורמות המוסריות השתנו עם הזמן (כמו עבדות, קורבנות אדם, מבנה פטריארכלי) ולכן, לכאורה המסקנה המתבקשת היא שהמוסר יחסי- אך ניתן לשאול האם זו באמת המסקנה שנובעת מהמציאות הזו? שכן, אם המוסר יחסי אז אין שום הצדקה לביקורת מוסרית על חברה אחרת, וזאת משום שכל חברה בוחרת את הנורמות שלה- אם המוסר יחסי והוא הסכמה חברתי אז כל חברה בהסכמה החברתית שלה. לכן, העמדה שהמערב מחזיק בה אינה קוהרנטית- שכן, מצד אחד המערב מחזיק בעמדה פוסט-מודרניסטית בקשר למוסר (כלומר אמונה במוסר רלטיביסטי), ומהצד השני, המערב כן מחזיק בגישה ביקורתית כלפי חברות אחרות, לכן קשה מאוד לטעון שהחברה המערבית מחזיקה בתפיסת מוסר יחסית- אנחנו חושבות שאכן יש התנהגות נכונה גם במקומות אחרים.

מוסר נוהג מול אידיאלי

שאלה מעניינת- מה היקף מונח המוסר? האם הוא נוגע רק למובנים של בין אדם לחברו או במובנים רחבים יותר? כאן ניתן לציין את ההבחנה בין אתיקה למוסר:

* מוסר- משתמשים בו יותר ביחסיים הבין אישיים. נהוג לתפוס את המוסר כנוגע ליחסים שבין אדם לחברו.
* אתיקה- מוסר במובן הרחב ביותר. אתיקה היא מושג רחב יותר והיא כוללת את המוסר גם אדם כלפי עצמו וגם כלפי הסביבה. ניתן להסתכל על אתיקה בצורה צרה או רחבה- אפשר להסתכל על אתיקה בתפיסה צרה הנוגעת לתחום מסוים (בין עורכי דין, רואי חשבון וכו') ובתפיסה רחבה וכוללת על ההתנהגות הרצויה בחברה (בין אדם לטבע, בין אדם לחברו וכו'), כך למשל צמחונות נוגעת לשאלות של התנהגות כלפי הסביבה הרחבה יותר ולא כלפי בני אדם. אתיקה בעיקרה היא מושג רחב יותר מהמוסר.

הבחנה החשובה לענייננו:

* מוסר נוהג (פוזיטיבי)- המוסר הנוהג בחברה נתונה, ובוודאי שנוכל לתאר אותו (מה מקובל בחברה ההיא, מה מותר ואסור, מה ראוי ומה לו). ניתן לתאר את המוסר שנוהג בכל מקום, ולכן מוסר נוהג הוא תוצר של שאלה עובדתית. תחת גישה זו, אנו נתאר (אובייקטיבית אולי) את המוסר הנהוג בחברה אחרת.
* מוסר אידאלי (ביקורתי)- מה אנו רואות כמוסר אידאלי. קרי שהמוסר הנוהג הוא מוסר משתנה ולא קבוע, בהתייחס לשני צירים: האורך (תקופות שונות) ורוחב (חברות שונות).

המוסר האידיאלי מתנתק מההתנהגות הנתונה, למשל העובדה שהתפיסות המוסריות משתנות לאורך ההיסטוריה ומחברה לחברה, לפי ההבחנה הזו משתנה המוסר הנוהג- המוסר הנוהג הוא המוסר המשתנה. תפיסות מוסריות משתנות, גם על ציר אורך ההיסטוריה וגם על ציר הרוחב (בין חברות שונות). לכן, ההבחנה הזו בין מוסר פוזיטיבי לבין אידאלי-ביקורתי, מאפשר לטעון שמוסר אידיאלי איננו משתנה. העובדה שמוסר נוהג משתנה לא מפריכה כשלעצמה את הטענה שמוסר אידיאלי הוא נצחי. ניתן להחזיק בעמדה שיש תפיסה מוסרית שהיא נכונה והיא אובייקטיבית ואוניברסלית, שנכונה תמיד כשמגלים אותה- כלומר המוסר נצחי-אובייקטיבי ומתגלה לאורך זמן (בדומה לדרך שאנחנו מתייחסות למדע- שהחוקיות הטבעית נכונה תמיד, אלא החוק שהתגלה בידי האדם לא), כך שייתכן שהשינוי בהכרתנו הוא שינוי במוסר הנוהג. העובדה שיש שינוי בהכרה שלנו לא אומרת שהמוסר יחסי, יכול להיות שהשינוי בהכרה הוא ביטוי לשינוי באמת. הגם שאנחנו מודות שהמוסר הנוהג הוא המשתנה, לא בהכרח המוסר האידאלי והביקורתי משתנה- ניתן לטעון שההכרות האלה בעלות תוקף יותר חזק מבעבר, בני האדם היו פרימיטיביים וחשבו שניתן לשעבד בני אדם, היום כשאנחנו מגיעות להכרה היא לא הכרה יחסית אלא הכרה בעלת תוקף אוניברסלי. לכן, ההוכחה המרכזית למוסר יחסי היא בהשתנות ההשקפות המוסריות אינה בהכרח נכונה, שכן מהצד השני ניתן לטעון שההכרות המתקדמות הן גילוי של מוסר נצחי.

כלומר, השאלה המעניינת הנוגע למוסר אידאלי: האם מוסר זה משתנה עם הזמן, או קבוע ומתגלה עם הזמן? שאלת המוסר הנוהג היא אמפירית בעיקרה וחשובה פחות.

ניתן לתאר את המוסר הנוהג כדומה לדין המצוי, ואת המוצר האידאלי כדומה לדין הרצוי. המוסר הנוהג זו ההבחנה המקבילה של משפט רצוי למשפט רצוי- מה ההסדר הרצוי מול מה ההסדר הנהוג. כך שהשאלה מבחינה מוסרית מה צריך להיות, בדרך כלל אנחנו מתכוונות בכך לשאלה אידיאלית- האם מבחינה מוסרית מותר להפר חוזה, זו שאלה של המוסר האידיאלי- למה נכון, ולא שאלה מה בני האדם עושים בפועל.

1. **דת**
2. **כללי נימוס (נורמות חברתיות)**
3. **כללי אגודות חברתיות**- בני אדם במסגרות שונות מייצרים הרבה מאוד מערכות בעלות אופי נורמטיבי.

**מה מייחד את המשפט ממערכות נורמטיביות אחרות?**

על הרקע הזה, נצטרך לברר מה מייחד את המשפט ובמה הוא שונה מהמערכות הנורמטיביות הנוספות. נבין את מושג המשפט ומה מייחד את המשפט לעומת המוסר. שכן, כמו המשפט (המהווה מערכת נורמטיבית הנוגעת ומשפיעה על החיים הפרטיים והציבוריים) גם המוסר הוא מערכת נורמטיבית שאנו מתחשבות בה בחיינו הפרטיים והציבוריים. ולכן מתעוררת השאלה מה מייחד את המשפט לעומת המוסר? במה המשפט כמערכת חברתית, שונה מהמוסר?   
נדון בשלושה היבטים בהם המשפט נבדל מהמוסר וממערכות נורמטיביות אחרות:

1. **מעמד בחברה**

את מעמד החברה נחלק לשני היגדים שיוצרים את המעמד העליון של משפט כמערכת נורמטיבית:

1. כוח המדינה

מה שמייחד את המשפט זה שהוא מחובר לכוח של המדינה- זו מערכת שהמדינה תפעיל את כוחה כדי לאכוף אותה. בעובדה שהמדינה אוכפת את המשפט, זה מה שמקנה למשפט את מעמדו המיוחד, שכן, זאת בעוד שהמוסר אינו קשור לכוחה של המדינה והמדינה איננה אוכפת מוסר שהוא עומד כשלעצמו. כל המערכות האחרות מהבחינה הזו, אין להן מנגנון אכיפה מהסוג הזה- של אכיפה של המדינה, יכול להיות שיש להן מנגנון אכיפה אחר- למשל מנגנון חברתי של נידוי (מנגנונים חברתיים שיכולים אפילו להיות קשים יותר מהענישה של המדינה, אך זה לא הכוח של המדינה). המדינה איננה אוכפת חובות מוסריים, ולכן כדי שהמדינה תתערב צריך להראות שהחובה היא לא רק מוסרית אלא גם משפטית. כך גם במקרה של הדת- אם אדם מתנהג בניגוד לנורמה דתית, זה עניין בינו לבין קונו, או ככל היותר לקהילתו שיכולה להפעיל אמצעים חברתיים, אך המדינה לא מפעילה את כוחה ביחס לדת. כך למשל, המדינה פר-סה לא אוכפת חווקים של ארגונים, לפעמים יש לכללים תוקף של חוזים ואז המדינה תוכל להיכנס תחת חוק החוזים- דוגמא סטודנטים שמחויבים למערכת הכללים של האוניברסיטה (שעל ידי הכללים ניתן להפעיל סנקציות) משפט המדינה יכול להיכנס ולהתערב במערכת היחסים במסגרת חוק החוזים. זה מה שקורה עם כל מועדון וולונטרי של המדינה- יש אכיפה עקיפה של המדינה למערכות נורמטיביות נוספות, כך כשלעצמן המדינה לא תאכוף באופן ישיר.

זה כלל נכון חוץ מסימן שאלה- האם נכון לומר שרק מערכת שנאכפת על ידי כוח המדינה הוא משפט? האם ניתן לחשוב על מערכות משפט בעלות אופי קהילתי או וולונטרי שקובעות נוהגים- האם נומר שהכללים האלה זה סוג של משפט או רק מה שמחובר לכוח של המדינה זהו משפט? כשמדברים על חוק המדינה אנחנו מניחות שחוק המדינה נאכף על ידי המדינה להבדיל ממערכות אחרות שלא נאכפות על ידי המדינה, אך לא ענייננו האם זה חלק בהגדרה של המשפט.

1. עליונות

המשפט רואה את עצמו כעליון ומעל המערכות הנורמטיביות האחרות. המדינה רואה את המשפט כעליון ביחס למערכות הנורמטיביות האחרות- יש לציין שבמציאות הוא לא באמת בהכרח עליון, אלא שהמערכות הנורמטיביות האחרות הן העליונות. יש לציין כי גגם מנקודת מבט של המערכות האחרות, הן רואות את עצמן כעליונות, כך למשל מנקודת מבט מוסרית, המוסר רואה את עצמו כחשוב יותר ועליון למדינה (למשל המוסר הטבעי), וכך למשל אדם שמחויב למוסר יהיה מחויב לו יותר המשפט. אך המיוחד הוא שהמדינה עצמה חושבת שהמשפט עליון מהמוסר, מה שמוביל להתנגשות בין המשפט למוסר- אדם מוסרי יעדיף לעבור על משפט המדינה בכדי לשמור על המוסר. באותו האופן גם הדת- אדם דתי מנקודת מבטו לדת יש מעמד יותר גבוה מהמדינה. יש לציין כי מדינה דמוקרטית תשאף ותיתן את חופש הדת, אך היא זאת שקובעת את חופש הדת וגבולותיו, במקום שהיא חושבת שאין חופש דת היא תאסור על כך (לדוגמא בבלגיה, איסור שחיטה כשרה). למשפט בניגוד למערכות הנורמטיביות האחרות יש יכולת לבטא את העליונות שלו, משום שהוא מחובר לכוח ולמדינה. משום שהמשפט רואה את עצמו כעליון ביחס למערכות נורמטיביות אחרות, המשפט הוא המאפשר ומאשר את כל המערכות הנורמטיביות האחרות. במדינה דמוקרטית נשאף למנוע סכסוכים והתנגשויות בין החוק למערכות נורמטיביות אחרות, אך אם אכן תהיה התנגשות אז המשפט יגבר, ונעדיף לציית לחוקי המדינה מאשר למוסר, דת וכדומה. המדינה מנסה לצמצם את החיכוכים האלה כמה שיותר, אך ברמה העקרונית התפיסה היא שמשפט המדינה גובר על מערכות אחרות- כך בדומה לדת ומדינה, והתנגשויות אישית- רצון להימנע מפעולה מסוימת שמחויבת על פי חוק. למשל התנגשות בין פציפיזם לחוק גיוס חובה, או איסור על ברית מילה וכדומה. אנשים שמחויבים למערכות אחרות לא מקבלים את הטענה של המשפט בקשר לעליונות. אך מאחר והמשפט יש בידו את הכוח הוא יכול לאכוף ולהטיל עונשים על מי שמסרב לפעול בהתאם לחוק.

1. **צורה**

מהם המאפיינים של המשפט מבחינה צורנית, מבחנת הצורה שלו שמייחדים אותו בהשוואה למערכות אחרות: לאופן שבו המשפט מנוסח:

1. אובייקטיביות- בניגוד לסובייקטיביות

אובייקטיביות המשפט במובן שבניגוד לסובייקטיביות. הכוונה היא לסובייקטיביות היא התפיסה שנמצאת רק אצל הסובייקט עצמו אך לא קיימת מחוצה לו, כך למשל רגשות, כמו כעס, הם סובייקטיביים כי הם נמצאים אצל האדם בלבד ולא אצל אחר- כאני כועסת, רק אני מרגישה את הכעס והאחרים לא.   
כך שיש דברים שאנחנו מניחות באופן סובייקטיבי ויש קיום של דברים אובייקטיבים- שנמצאים מחוצה לי ולא תלוי במחשבה הסובייקטיבית והתפיסה של מי שתופס אותו. הבלבול במילה אובייקטיביות זה שהרבה פעמים אנחנו משתמשות במילה בכוונה לניטרלי- שאינו נוקט עמדה.   
במובן של האובייקטיביות, המשפט קיים באופן שאינו תלוי במה שחושבים עליו, ובזה הוא שונה מהמוסר. אם נשאל האם התנהגות המסוימת היא מוסרית, ראויה- אז יש דברים שנסכים בוודאי (כך למשל הרג חף מפשע) אך יהיו שאלות שנחלוק עליהן- ניתן להעלות הרבה מאוד שאלות חברתיות שלא נסכים עליהן. לכן, המוסר סובייקטיבי לפחות בחלקו, יש גרעין שניתן להגיד שהוא משותף לכולם, אך בהרבה מאוד שאלות מוסריות לא ניתן לחפש ולמצוא תשובה אחת אובייקטיבית לשאלה. לעומת זאת, המשפט קיים באופן אובייקטיבי בכך שהחוק נחקק והוא קיים מעבר לשאלה מה אני חושבת עליו כפרט, אזרח, שופטת, וכו. למשל, אם ננהל דיון האם הליך פונדקאות מותר, יש תשובה אובייקטיבית אחת- החוק מתיר את זה. השופטת יכול להיות בעמדה של פסלות אך אם הוא שופט לפי החוק עמדתו צריכה להיות שהחוק מתיר את זה. המשפט קיים מעבר לאמונות של בני אדם, לעומת המוסר שהוא קיים כאמונה של בני אדם מה ראוי ולא ראוי- לא צריך להחזיק בתפיסה של מוסר הוא יחסי, אך בשאלה מהו המוסר המוחלט נתווכח, ולכן ההחלטה מה מוסרי ומה לא נשארת בתחום הסובייקטיבי, התכונה המייחדת את המשפט הוא אובייקטיבי- החוק קובע סדרה של הכרעות, חברתיות, פוליטיות סובייקטיביות אך אחרי שהן נקבעות הן הופכות להחלטות בעלות קיום אובייקטיבי אובייקטיביות.

הדבר נחוץ כדי לקדם תפקיד בסיסי של משפט- זה הכוונת התנהגות- איזו התנהגות אסורה ואיזו מותרת, המשפט אומר איזו התנהגות אסורה או תחת חובה וכדי שהמשפט יכול לחייב אותו מראש זה צריך להיות סובייקטיבי- לא תלוי בתפיסת העולם של אדם, כל שאם הוא לא יהיה אובייקטיבי הוא לא יוכל להסדיר ולמלא את התפקיד הבסיסי שלו. משפט שאין לו קיום אובייקטיבי והוא ידוע לאזרחים לא יכול למלא את תפקידו, ולכן תכונת האובייקטיביות- הקיום מעבר לאומנות סובייקטיביות של בני אדם, היא תכונה יסודית של המשפט. יש לציין כי גם למערכות נורמטיביות אחרות מתאפיינות באובייקטיביות- כמו חוקים דתיים, חוקים של התאגדות וולונטרית, אך מכלול ההיבטים זה מה שמייחד את המשפט. משפט שאיננו אובייקטיבי ותלוי רק באמונות של אנשים- המשפט לא יוכל לתפקד. ברור שכל המערכת המשפטית צריכה לעבוד תחת הנחה שלמשפט בעיקרו יש קיום אובייקטיבי שלא תלוי באמונות של שחקני המשפט בשאלה של מה נכון ולא נכון.

האובייקטיביות של המשפט נמצאת תחת מתקפה- יש חלקים במשפט שהם לא ידועים, כלומר מקרים ששלהם המחוקק לא קבע כלל, ובית המשפט הוא זה שצריך להכריע במקרה הנידון. ככל שנעניק יותר לבית המשפט כפרשן של החוק, יהיה לו תפקיד מאוד חשוב בפירוש וביישום שלו באופן שלפעמים מערער את האובייקטיביות שלו. כי אם זה תלוי בדבר בית המשפט, החוק כבר לא אובייקטיבי. ואכן זה אחד מהוויכוחים המרכזיים- אסכולות שמדגישות את תפקיד בית המשפט בפרשנות המשפט אומרת שהחוק קיים רק כפי שבית המשפט מפרש אותו, ואמירה כזו חותרת תחת האובייקטיביות של המשפט כי לא נדע מראש מהו הכלל. המשפט בעיקרו הוא אובייקטיבי, אך יש דברים פתוחים שנתונים למה נכון. כל פעם שבית המשפט קובע הלכה חדשה, מרגע זה הוא הופך לאובייקטיבי. תכונת האובייקטיבית מייחדת באופן חלקי ולא מלא- יש שאלות חדשות שהמחוקק לא נתן עליהן את הדעת או בתי המשפט הקודמים לא נתנו עליהן את הדעת. יש תיאוריות שמרחיבות את התחום הזה באופן כזה שקצת מערער על מושג האובייקטיביות.

1. מוסדיות

מאפיין המוסדיות במובן שהחוקים נוצרים במוסדות, וזה גם מסביר את האובייקטיביות של המשפט. המשפט בעצם נוצר מגופים מוסדיים שונים (החוק נוצר ממוסדות שמוסמכים לכך ולא במחשבה של אדם), שניתן באופן רחב לחלק אותם לכמה סוגים:

1. מוסדות יוצרי נורמות (פרלמנט, גופים רגולטורים)- הגופים המרכזיים היוצרים את הנורמות של המשפט הם הפרלמנטים. אך כידוע הם לא הגופים היחידים של יוצרי הנורמות אלא עליונים להם- כמו גופים רגולטורים שתחת הממשלה ולא לרשות המחוקקת- אותם גופים פועלים מכוחו של החוק בדרך של סמכות שניתנת (תקנות, הנחיות וכו) ואחרי שלגופים אלו יש סמכות, ניתן לומר מהו החוק. כל עוד החוק נמצא בזירה הזו לחוק יש קיום סובייקטיבי בלבד, אך ברגע שמתרחש תהליך חקיקה אז נוצר החוק, שלו יש קיום אובייקטיבי.
2. מוסדות מיישמי נורמות (גופי שיפוט ואכיפה)- גופים של שיפוט ואכיפה שהם מיישמים את החוק בפועל. בגופים האלה, אכיפה למשל, אז האכיפה לא יוצרת את הנורמות אלא רק אוכפת- השוטר לוקח למעצר, הם מיישמים את החוק בשאלה את מי ניתן לעצור.
3. גופי שיפוט- קביעה מחייבת של המצב הנורמטיבי- גופי שיפוט קובעים מה המצב הנורמטיבי בסיטואציה מסוימת, הקביעה הזאת יש לה שני פנים: 1. הצהרה על מצב נורמטיבי קיים- כאן השופט בעצם מיישם את החוק בנסיבות מסוימות. השופט לא מחדש, שכן, הנורמה קיימת, הוא רק מחיל את החוק. לקביעה הזו יש ממד סמכותי, החיוב הוא לא אוטומטי, צריך שהדבר יוכרז על ידי גורם מסומך, בדרך כלל בית משפט. אך יש מצבים שבהם אין תשובה בחוק לשאלה הנידונה ואז גוף השיפוט יקבע הלכה תקדימית, יקבע הלכה חדשה והיא בעצם יוצרת נורמה- כאן יש שילוב של שיטת התקדים (כך שלא בכל השיטות היא יוצרת נורמה). כך בשיטה הקונטיננטלית אין תקדים מחייב, אז כאשר בית המשפט נמצא בסיטואציה שאין תשובה בחוק- החוק לא אומר במפורש האם האדם ביצע עבירה או לא, בית המשפט חייב תמיד להכריע בסכסוך שבפניו. כאשר בית המשפט מספק תשובה חדשה, הוא קבע קביעה לגבי המקרה הזה (אם אין עקרון התקדים), אלא שבשיטה האנגלו-אמריקאית- הלכה של בית המשפט הופכת לתקדים מחייב, ממילא שבית המשפט קבע החלטה חדשה שלא הייתה תשובה בחוק, הוא יצר נורמה חדשה, הדבר בולט בבית המשפט העליון. זאת אומרת שפסיקה של בית המשפט בשאלה שלא הייתה לה תשובה קודם לכן, יוצרת נורמה חדשה- וכך בית המשפט הופך לביות יוצר חוק ולא רק מיישם.

הטענה כי בית המשפט לא רשאי לקבוע את החוק אלא רק ליישמו בעייתית בשני מובנים: כשמגיעה לבהמ"ש שאלה שלא קבועה בחוק, מה מצפים שהוא יעשה? שהרי- הוא חייב להכריע. לא מעשי לטעון שבהמ"ש יוכל להותיר את ההכרעה בידי המחוקק. לעיתים המחוקק אכן קובע הכרעה על זאת של בהמ"ש, אך בהמ"ש מחויב לקבוע עמדה מקום שהמחוקק לא עשה זאת. לאחר שקבע הכרעה- ניתן להתווכח אם להכרעה יש מעמד תקדימי (שיטה אנגלו-אמריקאית של המשפט) או שהיא אינה מחייבת ונוגעת רק למקרה הספציפי (שיטה קונטיננטלית של המשפט).  
ללא התקדים וקביעת בית המשפט בחלל חוקי, המערכת הופכת לכאוטית. כך שגם במערכת המשפט הקונטיננטלית שלא מחויבת להלכת התקדים, באופן מעשי גם שם מכבדים את התקדים. הואה היא שבית המשפט קובעים הלכות חדשות ונורמות כחלק מהמשפט, ולכן בשאלה איפה נוצר החוק- הוא נוצר במגוון רחב מאוד של מוסדות, בראש הראשונה המחוקק- הרשות המחוקקת, אבל בנוסף וכך בהרבה מאוד גופים ממשלתיים שמוסכמים ליצור נורמות מכוחו של החוק (כך תקנות של שר), ובאחרונה בית המשפט- בעת שהוא עונה על שאלות שלא ניתנה תשובה בחוק. כמובן שיש חשיבות גדולה למעמד הנורמטיבי שלהם- והמחוקק רשאי לשנות את זה- כך שאם המחוקק מתנגד לפסיקה ולתקדים מחייב של בית המשפט, המחוקק עצמו יכול לקבוע אחרת ולבטל את התקדים בחוק.

נסכם: בראש ובראשונה, משפט המדינה נוצר ע"י הפרלמנט, אך בין היתר גם ע"י גופים רגולטורים נוספים ובתי המשפט (שיכולים לקבוע תקדים בנושא מסוים, אותו המחוקק יוכל לשנות ומדובר בדינמיקה מקובלת מאוד ומדובר בצעד טבעי ומתבקש). כלומר- נורמות משפטיות נוצרות בהחלטות מוסדיות- בין בכאלו של המחוקק (עיקר המסגרת של משפט המדינה), בין של גופים רגולטוריים אחרים ובין של בתי משפט.

1. מערכת של כללים

המשפט מאופיין מבחינה צורנית על ידי כללים- בניגוד לעקרונות. עקרונות (נורמות מופשטות) מול כללים (נורמות ספציפיות). עקרונות הם נורמות מופשטות, נורמות כלליות- למשל צדק, שוויון, חירות, הגינות וכו. כך שעקרונות בניגוד לכללים, הם בעלי אופי רחב.

לדוגמא: "כלל" קדושת החיים שנקבע בס' 2 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו- אומנם הוא מנוסח בלשון של כלל "אין פוגעים בחייו של אדם", אך בכל זאת יש לקבוע שזהו עקרון. כלל הוא תמיד יותר ספציפי- כמו עבירת הרצח- "הגורם למותו של אדם בכוונה, דינו- מאסר עולם". יש כאן עבירה שרואים את פרטיה ואת היסודות שלה, שהיסודות הם שהופכים לספציפי- המילה אין פוגעים בחייו של אדם היא כללית ביותר (משום שממנה נסיק שאסור לפגוע בחייו של אדם בשום צורה- אין את הסייגים למשל הגנה עצמית). נבין מהניסוח הכללי שלא קובעים נסיבות ספציפיות שבהן המקרה אסור או מותר, אלא מדברים על ערך כללי של קדושת החיים.

המאפיין את המשפט, בהשוואה למוסר, הוא הישענותו וכך שהוא בנוי על מערכת של כללים. חוק הוא מערכת של כללים מפורשת ולא עקרון אחד, משפט אחד או הגדרה אחת. נראה הרבה מאוד כללים.

מדוע המשפט משתמש בכללים?

נדגיש כי ככל שהכלל יותר מוגדר, כך הוא פחות נתון לפרשנות- בעוד שעקרון תמיד פתוח לפרשנות. ככל שהשפה של הכללים היא יותר מופשטת, הם פתוחים יותר לפרשנות, ככל שהיא יותר ספציפית הם פחות פתוחים לפרשנות, ולדבר הזה יתרונות וחסרונות:

יתרונות:

1. חיסכון בזמן, עבודה וכסף- כללים חוסכים משאבים- אם לא היו לנו כללים, היינו נדרשות להשקיע הרבה יותר משאבים. למשל- למה ניתן לקבל רישיון נהיגה מגיל 17 ולא קודם לכן? לכללים תמיד יש תחולת חסר ותחולת יתר- תמיד יהיו אנשים שעונים על הרציונל של הכללים אך לא נכנסים לתוכו. הכלל לא מכסה את הכל אלא את הרוב, וזה בדיוק היתרון שלו. כך למשל יש צעירים שהם בוגרים מספיק לרמה של גיל 17, אך פורמאלית, הם עדיין לא בני 17. כך שאם לא היה הכלל- היינו צריכות משאבים רבים לקביעה ספציפית של כל אדם האם הוא נכנס תחת הכלל. כך שהכללים חוסכים משאבים- השילוב של השיקולים כל כך מורכב שניתן להתיר לכל אדם פתח לנהוג. ולכן יש תהליך של גורמי מקצוע עליונים שמשקללים את השיקולים ואחרי זה קובעים את הכללים. שילוב השיקולים המקצועיים המכווינים את הכלל מורכבים ונכונים לרוב האוכלוסייה, ויישומם חוסך עלויות אדירות שהיינו נדרשים להוציא כדי להביא לאותה התוצאה לה היה מביא הכלל.
2. מניעת טעויות- כללים מונעים טעויות. כלל "מחליט בעבור הפרט" על יסוד שיקולים מקצועיים ומונע ממנו לקבל החלטה מוטעית שתוצאתה יכולה להיות קשה. בני אדם לא יודעים מה נכון בכל סיטואציה ולכן אם היינו משאירות את זה לשיקול הדעת של בני האדם היו נגרמות טעויות רבות שבגינן נצטרך לשלם מחירים רבים (כך למשל נסיעה במהירות בטוחה ללא מספר מוגדר- כל אדם יחליט אחרת מה עונה על המונח נסיעה בטוחה). ההחלטה של גורמי המקצוע לקבוע את המהירות במקום מסוים, זהו כלי יעיל בהכוונת התנהגות. לפעמים את מקבלת החלטה שהיא פשוטה וברורה גם אם המעשה הנכון הוא מורכב.
3. כלי יעיל בהכוונת התנהגות: וודאות, תכנון מראש- כללים הם וודאים, ברורים. ככל שהכללים יותר ספציפיים כך הם יותר וודאים. וזאת משום שהכללים משאירים מינימום שיקול דעת לאנשים זה מה שמאפשר את הוודאות. כלל ניתן ליישום ללא הפעלה של שיקול דעת, לעומת סטנדרט שמחייב הפעלה של שיקול דעת. מפעילים את הכלל באופן מכני, לעומת עיקרון שחובה להפעיל שיקול דעת כדי לתת לו תוכן (בית המשפט צריך להידרש לשאלה ולהיכנס לעיקרון).

כללים אינם מספיקים, ומלווים גם בעקרונות המשלימים את הכוונת ההתנהגות של הפרט ויוצרים תמהיל הנדרש במשפט המדינה: לא תמיד הכללים מספקים אותנו- יש מקרים שנופלים בין לבין, והכללים לא מכסים אותם. חייב להיות תמהיל בחקיקה- מצד אחד מערכת כללים מאוד ספציפית, שהיא וודאית ולא נצטרך לעשות דיון תואם סיטואציה, מצד שני חייב להיות גם סטנדרט שיכסה מעבר לכלל. המשפט מתאפיין במערכת כללים שנותנת את היתרונות של הכללים, אך הוא חייב גם לקיים לצידה מערכת של עקרונות שבהפשטה גבוה יותר והם באים לכסות על המקומות שבהם הכללים לא נותנים תשובה.

חסרונות: בעיות האופי של כללים במשפט:

1. היחס בין כללים וטעמים- מאחורי כל כלל יש טעם\ הצדקה שבגינו הוא נקבע. על רקע זה, מתעוררת השאלה, האם הכלל, כפי שהוא מנוסח, הוא שמחייב את הפרט או שמא הטעם שעומד מאחוריו? לעיתים הטעם והכלל יביאו לתוצאות שונות, ולכן עמידה על היחס ביניהם ולאיפה נרצה להיצמד חשובה ביותר.  
   לפעמים הטעם יצדיק מעבר על הכלל. השאלה הזו היא שאלה מרכזית ביישום של כללים- עד כמה אני דבקה בכלל ועד כמה אני מרשה לעצמי ללכת לטעם שמאחוריו. למשל- צוואה תקפה היא תוצאה שנכתבה וחתמה בידו של המצווה. מה קורה במקרה מסוים שבו אדם כתב צוואה אך לא חתם עליה? הניגוד הוא בין הכלל לטעם שלו- כי הכלל רק קובע שדרושה חתימה, ואם נלך בהתאם לכלל, נצטרך לקבוע שהצוואה לא חוקית ונפעל לפי חוק הירושה. אך אם נלך לפי הטעם של הכלל- כיבוד רצונו של הנפטר, והכלל הזה נועד הבטיח את הידיעה על הרצון, כאן יש ניגוד בין הכלל לטעם. זוהי שאלה חשובה שעולה מידי פעם כשאלות משפטיות. אם נרצה שכללים יתנו וודאות נצטרך לדבוק בהם, אם נרצה שהכללים יתנו וודאות ויכווינו התנהגות, ניישם את הכלל וניצמד אליו.

אך מצד שני אם נרצה לפעול לפי הטעם זה יאבד מהוודאות.

1. תחולת יתר- אנשים שלא צריכים להיות תחת הכלל ונמצאים. לכל כלל יהיו פרטים שלא ראוי לשייך אליו- הכלל מכניס את מי שלא ראוי להיות בפנים.
2. תחולת חסר- אנשים שצריכים להיות תחת הכלל אך הם בחוץ. לכל כלל יהיו פרטים שראוי לשייך אליו אך לא שויכו- הכלל לא מכניס את מי שראוי להיות בפנים.

השאלה הנשאלת- האם ראוי לתקן את הכלל כך שנכליל את מי שראוי להיכלל בו ונוציא מתחולה את מי שאינו רשאי להיכלל בו? לעיתים- הכללתו של הפרט מכלל או הוצאתו ממנו נוגדים את הרציונל שבו, ואז סביר שלא נבקש לתקן אותו. הרעיון שבכלל- להותיר מינימום של שק"ד לפרט ולמי שמיישם אותו. כשאדם מפעיל שק"ד, הוא פועל מעבר לכלל. קרי- הפעלת כלל אינה נתונה לבחינת שק"ד. עם זאת- יישומו של עקרון מחייב הפעלת שיקול דעת, כדי שנוכל ליצוק לעקרון תוכן.   
דוג'- מהי נהיגה לא זהירה בהתאם לתנאי הדרך? הדבר יחייב שק"ד של השופט ושל הפרט. השופט יישם שק"ד ויצמצם את תחולת עקרון על חשבון קביעת כלל(למשל- דרך תקדים המגדיר מהי התנהגות לא זהירה).

סוגי כללים

הבחנה בין סוגים של כללים- אנחנו מבחינות בכללים משפטיים שונים:

1. כללים המטילים חובה- יש כללים משפטיים שמטילים חובה, או חובת עשה או חובת אל תעשה. למשל, המשפט הפלילי הוא המשפט המרכזי שמטיל חובות- רובו חובות אל תעשה, אך יש גם חובות עשה (למשל תשלום מס, מתן עדות, לא תעמוד על דם רעך).

אך המשפט לא מכיל רק כללים המטילים חובות:

1. כללים המעניקים כוח– הם לא כללים המטילים חובה אלא נותנים כוח, כמו כללים שמסמיכים שר\ה להתקין תקנות, שופט\ת לשפוט וכולי. יש לשים לב שזהו כוח במובן המשפטי (ולא כוח פיזי ואלים)- כוח של מישהו לעשות דבר שאחר כפוף לו. אז החלטה של שופט היא החלטה עם כוח, כי נידון חייב לציית להחלטתו.   
   הכוח הוא גם דבר יומיומי- למשל כתיבת צוואה, הצוואה מתגברת על חוק הירושה, חוק הצוואה מכיל כללים המעניקים כוח למצווה- אין חובה לכתוב צוואה, אך הכלל נותן לו את הכוח לכתוב צוואה (שהיא מכפיפה את היורשים לצוואתו של האדם). או כוח לכרות חוזה- מערכת יחסים שיוצרות מורמות וכפיפיות אחד לשני. המושג של כוח משפטי הוא מושג רחב מאוד- לא רק לשחקני המשפט, אלא לפרטים עצמם בהתנהלות היומיומית שלהם, ולכן יש כללים במשפט שכל תפקידם זה הענקת כוח.
2. כללים המעניקים זכויות- יש כללים משפטיים שבדומה להטלת חובה, הם מעניקים זכויות- כמו חוק ביטוח לאומי (זכויות לאוכלוסיות מוחלשות וכן הלאה), חוק חינוך חינם (זכות לכל אדם הלינות מחינוך), חוק הבריאות.

המשפט הוא מערכת יותר רחבה ועשירה מאשר חוקים המטילים חובה, שהם רק חלק אחד מהמשפט (החלק הכופה). למרות שאינטואיטיבית לא חושבים על כך, חוקים המעניקים כוח וזכויות גם הם חלק מהמשפט, המרחיבים את חירות הפרט. (שאפילו שחוקים המטילים חובה מצמצמים את החירות של האדם, וחוקים שמעניקים כוח הם מרחיבים את החירות שלו, ולעשות דבר שלפני כן לא יכל לעשות).

1. **תוכן**

כללי- המשפט הוא כללי- היקף רחב ובאופן עקרוני בלתי מוגבל, בעוד שהמערכות האחרות הן ספציפיות (בוודאי כל החוקים של ארגונים, או הדת שרחבה) אך המשפט הוא כללי במובן הזה שהוא יכול אופן עקרוני להסדיר כל התנהגות אנושית, וניתן לראות תחום של התפשטות- כך לדוגמא, בעוד שבעבר לא נכנס לתחום הנישואין, היום הוא התפשט יותר ויותר. אחת התכונות המשמעותיות זו הכלליות שלו ובהיקף הוא בלתי מוגבל. זה לכאורה כי למשפט עצמו יש שיקולים ואינטרסים שלא להגדיר כל התנהגות אנושית.

פתוח- המשפט הוא פתוח במובן הזה שהוא יכול לאמץ נורמות אחרות, לקלוט אותן לתוכו ובכך- להפכן למחייבות. המשפט יכול להכיר בהן כמו שהוא מכיר בחוזים, ומאפשר יצירה של מערכת חוזית- מכיר בחברות, ארגונים ותקנוניהם. המשפט יש לו תכונה שהוא יכול להקיף ולהכיר מערכות נורמטיביות אחרות ולהכניס אותם פנימה. מצד אחד הן עצמאיות ומצד שני המשפט מכיר בתוקף שלהן בעיקר באמצעות חוק החוזים.

גבולות המשפט- האם ניתן לדון בגבולות וולונטריים מול היקף. המשפט קובע לעצמו את גבולותיו לעניין ההיקף. הוא קובע לעצמו גבולות הוא מחליט שיש תחומים שהוא רוצה להסדיר ולא רוצה להסדיר. לדוגמא הבחנה בין פרטי לציבורי- יש תחומים פרטיים שאני לא מסדיר, כך ניתן להסדיר אפליה בשוק אך לא בתחום החברות.

**דילמות של צדק ומשפט**

אחת השאלות היסודיות ביותר בתורת המשפט היא השאלה שנוגעת ליחס בין המשפט והמוסר או עקרונות צדק מופשטים, לשאלה זו יש שתי גישות מרכזיות:

1. הגישה הפוזיטיבית

משפט פוזיטיבי הוא תיאוריה של המשפט ומה שעומד ביסודה הוא ההנחה שהחוק הוא מה שנקבע ע"י החברה כחוק. החוק הוא עובדתי. החוק הוא פוזיטיבי במובן הזה שניתן להצביע על מחוקק ועל חוקים ספציפיים.  
המשפט הוא תחום עצמאי, נבדל מהמוסר או הצדק, כמובן לכל הדעות המשפט שואף להיות צודק בכל עניין ועניין, ובכל הסדר, אבל לכלות הכל המשפט הוא תחום עצמאי המוגדר לפי מקורותיו. כלומר, החקיקה, הפסיקה, וכאשר נשאל שאלה משפטית נתונה אנחנו צריכים לשאול מה אומר החוק ומה אומרת הפסיקה- ולפי זה נשיב את התשובה. לא נשאל את השאלה מה צודק ומה נכון בעיניהם, כי המשפט נקבע על ידי המחוקק או על ידי תקדימים קודמים, אך בדרך כלל לא נשאל את השאלה מה צודק ומה יעיל כלכלית.

1. משפט הטבע

התפיסה של משפט הטבע אומרת שהחוק איננו רק פוזיטיבי. לעומת הגישה הפוזיטיבית, לפי משפט הטבע, השופט אחוז בקשר בל-ינתק מהמוסר או הצדק, ולא ניתן לחשוב על המשפט במנותק ממנו. כלומר, כל החוקים כולם כפופים למערכת מוסרית מופשטת .לגישה הלא-פוזיטיבית, לפיה המשפט אחוז בקשר הדוק עם המוסר והצדק, עשויות להיות שתי השלכות מרכזיות:

* חוקים שהמחוקק מחוקק או בתי המשפט קובעים כפופים באופן עקרוני לעקרונות צדק, ואם יש חוק בלתי צודק בעליל, אין לראות אותו כחוק.
* המשמעות השנייה של הקשר, יכולה להיות שכאשר יש שאלה משפטית שאין תשובה בחוק, נוכל לגשת אל עקרונות הצדק והמוסר ולראות אותם כאילו הם לק מין החוק.

שתי הגישות האלה הן גישות עקרוניות שלכל אחת מהן יש גירסאות שונות. כדי להדגים את החשיבות והרלוונטיות של השאלה הזאת, נרצה לנתח את פס"ד פלוני נ' פלונית:

**פלוני נ' פלונית**

מידע עובדתי: בעל ואשתו (גיל 35) לא הצליחו להביא ילד. הבעל חיזר אחר ילדה בת 15 במטרה להרות איתה ילד שיגדל עם אשתו. הנערה שאמה מתה מצאה בו נחמה ונענתה, ואכן הרתה. לפני הלידה הנערה חתמה על כתב הסכמה לאימוץ לפני הלידה, והוסיפה התנגדות למסירת הילד למערער ואשתו. המערער, לאחר שהודה והואשם בבעילת קטינה (וישב במעצר) רוצה לקבל את ילדו. פסיכולוג שבחן את המסוגלות ההורית של הזוג מצא כי הם נעדרי מסוגלות וגידול הילד בידם עשוי להוביל לנזקים פסיכולוגיים. (התכנון לתינוק על ידי עיבור נערה שלעצמו העיד שהוא בלתי כשיר להורות).

הבעיה המשפטית: השאלה המשפטית היא האם בנסיבות המקרה שבו ההיריון נגרם תוך ניצול ועבירה (אדם מבוגר שמפתה קטינה)- התגבשה עילת אימוץ? האם בנסיבות המקרה נתגבשה עילת אימוץ? החוק על פניו לא מעניק עילת אימוץ. החוק קובע כי אימוץ של ילד יכול להיעשות ב-2 מקרים עיקריים: (1) הסכמת ההורים; (2) אם אין הסכמה, אז רק דרך אחת מ-8 עילות האימוץ שבסעיף 13 לחוק.

הבעיה המיוחדת של המקרה הזה: אם נחשוב על המקרה מנקודת מבט משפטית טהורה- החוק עצמו קובע רשימה סגורה של עילות, ברשימות העילות על פניו אין עילה שמתאימה למקרה- העילה המרכזית היא אי מסוגלות הורית- אם ההורים אינם מסוגלים לגדל את הילד, והילד גדל בתנאים בלתי-אפשריים, זאת העילה המרכזית והשכיחה. על פניו, החוק לא נותן עילה ישירה שמתאימה למקרה הנידון, כי האיש לא עבריין סדרתי, לא בעל רקע פסיכיאטרי ולא בעל חוסר יכולת כלכלית, ולכן אין עילה משפטית להפרדה ושליחת התינוק לאימוץ. מהצד האחר, האינטואיציה המוסרית של כלל השופטים הייתה שאין לאפשר לו לגדל את הילד. מבחינה משפטית, אין לכאורה עילה המאפשרת להכריז על הילד כבר אימוץ. אך מבחינה מוסרית לא ראוי שהאב יגדל את בנו. מתעוררת כאן דילמה משמעותית ביותר, ואם לרוב, דרך הפעולה הרגילה בבירור שאלה משפטית היא באמצעות החוק, ולא לשאול מה צודק ונכון (זה מה שמאפשר את האובייקטיביות של ההכרעה המשפטית- עד שהחוק מחוקק יש מגוון דעות שונות אך ברגע חקיקת החוק, תפקיד השופטים הוא ליישם את החוק- אם כל פעם השופט ישאל את עצמו מה צודק ומה מוסרי בעיניו, זה מוביל לפגיעה באובייקטיביות החוק והפיכתו לסובייקטיבי). המקרה הזה הוא **דוגמא לניגוד בין התחושה המוסרית שיש לנו לבין הכלים המשפטיים הקיימים**. פס"ד מדגים את ההתמודדות עם הבעיה המוסרים שנובעת מהמקרה.

כל השופטים מגיעים למסקנה שהילד בר אימוץ למרות שאביו של הילד על פניו מסוגל לדאוג לכל צרכיו של הילד. נק' המוצא היא שכנוע פנימי של כל חמשת השופטים שאין לאפשר לאב לגדל את הילד:  
שיקול מרכזי הוא של חוטא נשכר- המזימה של הגבר הייתה להביא ילד תוך ניצול קטינה, ואכן מזימתו הצליחה- הנערה הרתה ונכנסה להיריון מהעבירה. מבחינה הזו שלא יהיה חוטא שנשכר ויצא מורווח מביצוע העבירה, ובעצם גם מהחשש לעידוד מעשי עבירה נוספים, ראוי היה שלא לאפשר לו. אבל בעצם, הנימוק העיקרי שבבסיס עמדות השופטים למה לא לאפשר לאב לגדל את הילד- האדם הזה עשה מעשה בל יעשה- זמם מזימה של בעילת קטינה, ניצל נערה בת 15 והשתמש בה כדי להביא לו ולאשתו ילד לאחר שנים של אי הצלחה. נראה בלתי צודק שהאדם הזה יזכה בסופו של דבר בפרי מעלליו וזאת עוד לפני השיקול ההרתעתי. זה לא צודק כשלעצמו- שאדם שיעשה מעשה עוולה, עבירה חמורה, ייהנה מפרותיו של אותו מעשה- זה כשלעצמו בלתי צודק, כי כאן יש ניצול בהקשר של יחסים אינטימיים ורגישים- הוא לוקח ילדה ומנצל אותה. כמובן, יש את האלמנט ההרתעתי, וכנגדו יש את השיקול לפיו אם החוק לא מונע ממנו לגדל את הילד, יש להעניש אותו אך לא לקחת את הילד.

אין פתרון פשוט בחוק כדי להצדיק החלטה זו. אז איך השופטים מציקים החלטה כזו?

טענת ב"כ היועמ"ש: בהיעדר עילה מהותית ניתן להשתמש **בטענה דיונית** של המשפט המקובל- "מעילה בת עוולה לא תצמח תרופה". זהו כלל בלתי כתוב במשפט המקובל ושאיננו מעוגן בחוק אלא דרך מסורת פסיקתית, לפיו ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה. זו טענה פרוצדורלית מטעם ההגנה שנועדה לחסום את הערעור. למשל כשאדם מגיש תביעה, והוא בא לבית המשפט אחרי שביצע עוולה. זוהי טענה דיונית בכך שהיא טענה בפרוצדורה- שכן, במקרה שמקבלים טענה כזו, לא נכריע ונפסוק במקרה הנידון, בית המשפט לא שואל ופוסק בעניין, אלא שער בית המשפט נחסם מלדון במקרה- אדם שביצע מעשה כזה, לא ניתן לו סעד ולא נכריע בשאלה לגופו של עניין. היועץ המשפטי הודה שאין עילה מפורשת בחוק שבאמצעותה ניתן יהיה לשלוח את התינוק לאימוץ, אך כן יהיה ניתן לסגור את שערי בית המשפט בפני האב. לכן לא נאשר את התביעה ולא נאפשר לו להיות הורה (למרות היעדר עילה) ונדחה את התביעה על הסף.

לכאורה זה היה סוגר את פס"ד ולא היה מצריך את השופטים לדון בסוגיה (כפי שהם עשו). יחד עם זאת, השופטים לא השתמשו בכלל בטענה הדיונית שממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה, משום שלפי השופטת דורנר, הכלל של המשפט המקובל, נכון רק לזכויות רכושיות בלבד בעוד שהוא איננו תקף לזכויות אישיות, כמו זכות הורית. אם היה סכסוך רכושי אכן היינו משתמשות בכלל, כך למשל הרצחת וגם ירשת. אך המקרה הנדון הוא מקרה שונה- מדובר בזכות אישית, הורית, אותה לא נשלול בשל מעשה העוולה. הזכות ההורית של האב היא זכות עליונה וחשובה מידי, ובכדי לשלול אותה מהאב, לא נסתפק בטענה הדיונית, אלא צריך לקבוע לגופו של עניין האם מתקיימת עילה, ולכן על בית המשפט להתמודד עם השאלה המשפטית ולקבוע כיצד מכריעים בה.

* **דעת הרוב- השופטת דורנר: :** ס' 13(7) - ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו עקב מצבו או התנהגותו. זו העילה של אי מסוגלות הורית והיא העילה המרכזית של הכרזה על ילד כבר אימוץ. הם טוענים האב לא מסוגל לדאוג לילד. הם מסתמכים על חו"ד המומחים שהסביר את הסיכונים בגידול הילד בסביבת האב. המומחה קבע שהסיפור יוצר קשיים בגידול הילד. ביהמ"ש קובע כי התקיימה כן עילה של אי מסוגלות הורית בשל התנהגות. ההתנהגות שהביאה להריון מביאה למצב שיש לו אי מסוגלות לגידול הילד.

בהרחבה: השופטת דורנר קובעת כי התקיימה העוולה השכיחה של אי מסוגלות הורית והיא מבססת את פסק דינה על פי חוות הדעת של הפסיכולוג- שטען כי מדובר במקרה קשה מאוד ולכן יש חשש שאו שהילד יגדל באווירה של הסתרה וסוד כמוס במשפחה הילד (משום שיסתירו מהילד ולא יגלו לו) או חשש שהילד יגדל בידיעה שהוא נוצר מתוצאה של עבירה של אביו, מה שיצור סיבוך במערכת היחסים בין השניים.   
בית המשפט למעשה מרחיב את עילת אי המסוגלות- בדרך כלל אי מסוגלות הורית פירושה שההורה לא מסוגל לדאוג לצרכים הבסיסיים של הילד- טיפול חם, מזון, השגחה. כל מה שקשור לתנאים פיזיים- מה שילד צריך פיזית כדי לגדול איתו, שזה קורה רק במקרים קשים ביותר. על פניו זה המקרה הנדון לא נופל לגדר אי מסוגלות הורית, אך בית המשפט קובע כי בכל זאת יש אי מסוגלת אחרת- במקרה הזה כאשר תיגרם לילד פגיעה נפשית קשה, גם נכלול את זה באי מסוגלות הורית. דעת הרוב מאוד קשה, משום שהמדרון הוא חלקלק- אי גילוי והסתרה זאת לא עילה של הוצאת ילד מהבית.

ניתן לקרוא בין השורות כי הטעם האמיתי ששופטי הרוב חשבו שלא ניתן לאבא לגדל את הילד- הוא מהתחושה האינטואיטיבית שלא מגיע לאב לגדל את הילד, ולא מתוך טובת הילד. כך שיש כאן הנמקה לא כנה של דעת הרוב- כי ההנמקה האמיתית היא של צדק ומוסר בקשר למעשי האב, וזה לא קשור לתוצאות מגידול הילד, זו רק ההנמקה הפורמאלית. לדעת הרוב היה חשוב מאוד לבסס את ההכרעה השיפוטית על חוק האימוץ- ובעצם ניתן לטעון כי גישתם של שופטי הרוב היא הגישה הפוזיטיבית, ששואפת לפתירת הבעיות המשפטיות תוך התבססות על החוק. ולכן שופטי הרוב רצו לבסס את החלטתם על חוק האימוץ ולבסס אותה על עילה מתאימה, וכשזה לא קרה, הם כפו את המקרה על הכלל.

* **דעת מיעוט- לוין:** טוען כי אי אפשר לפסול בשל אי מסוגלות, משום שדעת המומחה לא מתארת אי מסוגלות הורית. דעת המומחה רק מתארת קשיים שיעלו בגידול הילד והקשיים האלו לא עולים לכדי אי מסוגלות. יש להבחין בין טענה שאומר שהאב **לא מסוגל**, לבין טענה שאומרת שלאב **לא מגיע** לגדל את בנו. אם לאב לא מגיע, יש כאן אשמה מוסרית. זאת בניגוד לטענה שבה האב לא מסוגל.

אך לוין גם חושב שלא יהיה ראוי לתת לאב לגדל את הילד- לכן הוא דוחה את דעת השופטים ומציע 2 פתרונות משלו:

1. פרשנות מרחיבה- "חוקים לא חוקקו בחלל ריק", הם חוקקו בתוך מערכת כללים ועקרונות קיימת. חוקים נמצאים בתוך מאגר רחב יותר של עקרונות- דרך פרשנות מרחיבה של החוק לוקחת בחשבון גם את התכלית החוק ועקרונות היסוד של השיטה. לפי פרשנות זו, ניתן להגיד שס' 13(8) מכיל בתוכו גם מניע לסירוב מטעמים שנוגדים את תקנת הציבור (במקרה שבו ההורה שמתבקש לחתום על מסירת הילד מסרב, כשהיינו מצפות ממנו לחתום בשל עקרונות תקנת הציבור). תקנת הציבור הוא מושג כללי שכולל עקרונות צדק, שוויון וכדומה. הוא מציע לפרש את ס' 13(8) שאומר "הסירוב לתת את ההסכמה בא ממניע בלתי מוסרי או למטרה בלתי חוקית." כך שעילת האימוץ קמה גם אם סירוב ההורה לאפשר אימוץ נוגד את תקנת הציבור. במקרה שנו נסיבות הבאתו של הילד לעולם היו בלתי מוסריות יש חובה לאב להסכים לאימוץ, סירובו נוגד את תקנת הציבור. כלומר במקרה כזה, תקנת הציבור דורשת מההורה לחתום בשל עקרונות הצדק. ואומנם תקנת הציבור איננה עילה עצמאית בחוק האימוץ, אין עילה שאומרת כי ראוי להכריז על הילד כבר אימוץ בגלל תקנה כזו (הוא לא קיים בשל הרוחב של תקנת הציבור). דרך הפרשנות של לוין הלכה למעשה יוצרת סעיף סל- הפותח פתח לקבלת מגוון רחב של עילות, מקרים ונסיבות.

במובן הזה לוין קולע לטעם האמיתי שמניע את כלל השופטים, אך בדומה לשופטי הרוב גם הוא תולה ומבסס את פסק דינו וההכרעה המשפטית על ס' בעייתי בחוק. העמדה הזו של לוין, ככל שהיא מתקרבת לדעתם האמיתית של השופטים, בעייתית.

1. השלמה דרך חסר סמוי- חסר סמוי זו הנחה של השופט שיש כאן חסר (להבדיל מחסר גלוי שברור שיש כאן חסר). המחוקק צפה מגוון אפשרויות אך לא צפה אפשרות אחת ספציפית שהשופטים יצטרכו להתמודד איתה- חסרה עילה של הריון שנגרם כתוצאה מניצול. במצב של חסר סמוי, בית המשפט צריך להיכנס לנעלי המחוקק ולהעריך בדיעבד מה תהיה עמדתו ואיך היה נוהג לו פגש במקרה הנדון. אנחנו בעצם אומרות שהמחוקק לא נתן דעתו על מקרה כזה ואילו היינו שואלים אותו היה בוודאי אומר שבמקרה כזה יש עילה להכרזה על הילד כבר אימוץ. ההתנהגות של האב לא נכנסת בגדרו של ס' 13(7) ולכן יש להוסיף עילה נוספת לעילות האימוץ. יש לקרוא לתוך ס' 13 כלל נוסף: "אין הורה רשאי לסרב להכרזת קטין כבר אימוץ אם הדבר נוגד טעמים שבתקנת הציבור".  
   בית המשפט לא השתמש במפורש בחסר סמוי- אך הוא כן אומר שאם הוא שואל את המחוקק, המחוקק היה עונה בוודאות שאין למסור את הילד לאב. כך למשל קרה כאשר בית המשפט דן במקרה של רצח הסב ובקשת הנכד לרשת את כספו. גם שם נשאל שאם היו שואלים את המחוקק האם לאפשר לנכד לרשת את סבו למרות שהוא זה שרצח אותו, המחוקק היה עונה בפירוש לא. לפי התרגיל המחשבתי הזה, בית המשפט קובע פתרון שמבוסס על חסר סמוי. לוין אומר את אותו הדבר במקרה הזה- אם נשאל את המחוקק, האם אדם שניצל נערה והכניס אותה להיריון, זכאי לגדל את הילד? אין ספק המחוקק יגיד לא, ולכן צריך להתייחס להנמקה הזו כחסר ולהשלים אותה בחקיקה של חסר סמוי. אנחנו בעצם משלימות את החסר.

החשש המרכזי בדרך של השלמה באמצעות חסר סמוי הוא המדרון החלקלק- פתיחת הרשימה הסגורה של העילות באמצעות חסר, מאפשר לבית המשפט להיכנס לתפקיד המחוקק ולחוקק במקומו. אין לנו ספק לו היה אונס את הילד, לא היו נותנים לו לגדל את הילד, אך השאלה האם ניצול שדל קטינה עד כמה הוא קרוב לאונס.

* **חשין:** חשין פותח את פס"ד בגילוי נאות והוא מספר שהוא החליט על התוצאה של המקרה ברגע שהתבררו לו העובדות לאישורן. ז"א, לפי שהוא בדק את הפתרון החוקי הוא כבר ידע מה תהיה התוצאה מבחינתו. זו תחושת בטן מוסרית- בינת האינטואיציה המוסרית. חשין שומע את הקול הפורלמליסטי, והוא מדגיש מההתחלה כי לא ניתן לפסוק בניגוד לתפיסת המוסר והצדק, לא ניתן לקבוע את התוצאה לפי התשובה המשפטית בלבד, וזאת מבלי להתייחס לשאלות צדק ומוסר.עם זאת, חשין לא השתכנע מדעת הרוב והוא אינו חושב שיש כאן אי מסוגלות הורית. חשין מכניס כמה מושגים חדשים שהשופטים לא התשמשו בהם- "משפט הטבע שילד יגדל בבית אביו ואמו" נק' המוצא של חשין היא שמשפט הטבע הוא שילד יגדל בבית אביו ואימו- זו זכותם של ההורים וזו זכותו של הילד, כלומר גם לילד יש זכות לגדול אצל הוריו וגם להורים יש זכות לגדל את הילד. מה זה משפט הטבע בדבריו של השופט חשין? מדובר בתופעות בלתי תלויות בדין, משפט הטבע הוא פרה-פוליטי. הוא איננו תלוי במדינה ובחוק. חשין יוצר הבחנה בין משפט הטבע למדינה- משפט הטבע הוא משפט קדם מדינתי, שלא תלוי במדינה או במחוקק. הוא טבעי- משפט הטבע זהה לתפיסת הצדק המוסרי שקודם למסגרת החוקית. משפט הטבע הוא חוק מוסרי. משפט המדינה מאשרר את מה שהטבע\המוסר קבע קודם לכן. חשין ממשיך ואומר שלצד זכות טבעית זו, יש זכויות מוסריות אחרות הנוגעות למעשים שעשה האב. במקרה דנן, רלוונטי העקרון המוסרי של "הרצחת וגם ירשת". כיצד ימצא ציווי מוסרי זה דרכו אל משפט הארץ? כלומר איך נוכל לחבר משפט הטבע למשפט המדינתי? חשין מודה שהוא מסתכל גם על עקרונות הצדק, ואחרי שהוא מחליט מה צדוק הוא שואל את השאלה איך נלביש את עקרון הצדק בלבוש חוק- איך לייבא אותו אל החוק. לפי חשין, עקרון "הרצחת וגם ירשת" הוא עקרון יסוד ולו מדרגת חוק משלו. למרות שהעיקרון לא כתוב בחוק, הוא חלק מהחוק.העקרון העל-מוסרי הזה, לא כתוב באף חוק בחוקי מדינת ישראל, אך הוא קובע כי זו נורמה מחייבת- הוא בעצם לוקח עקרון מוסרי ומעניק לו מעמד מחייב משפטית. חשין מציג לנו תפיסה עקרונית שלפיה יש עקרונות מוסריים שהם חלק מהמשפט. נקודת המוצא הפוזיטיבית היא שיש הפרדה בין משפט למוסר- כדי שנוכל לאכוף מוסר יש למצוא אותו החוק, ואם זה לא נמצא בחוק זו לא נורמה משפטית- יש הפרדה בין משפט למוסר. יש חובות מסוריים שאינם חובות משפטיים, ולא כל נורמה משפטית היא מוסרית. חשין קובע שיש נורמות מוסריות שהן משפטיות למרות שהן לא כתובות בחוק- הוא קובע שזו לא סתם נורמה אלא עיקרון, עיקרון זה רמתו ומעמדו כחקיקה ראשית. חשין טוען כי תמונת המשפט יותר עשירה מאשר תמונת המשפט הפוזיטיבי- בעיניו המשפט כולל גם עקרונות מסוריים מסוימים, גם אם הכנסת לא חוקקה אותם. בעינו המוסר הוא חלק מהמשפט, במובן הזה הוא מציג גישה לא פוזיטיבית של המשפט. סוג התיאוריות האלה נקראות תיאוריות המשפט הטבעי. לפי התיאוריה הזו המוסר והמשפט אינם נפרדים. המשפט הוא לא רק החוקים הפוזיטיביים שאנו מכירים אלא הם גם עקרונות מוסריים. חשין קולע לסיבה שבגללה מראש לא מגיע לאב לגדל את הילד. הוא הולך על התשובה הפשוטה שקשורה לתחושה המוסרית שלנו. בגלל הקשיים שמעלה פסיקה זו, חשין מזהיר שמדובר בפסיקה חד-פעמית הנוגעת למקרה הספציפי ולהבא יש לבחון כל מקרה לגופו.

הערכת עמדתו של השופט חשין

* יתרון: חשין בניגוד לשאר השופטים- כנה ואמיתי בקשר לנימוקו, ולא נשען על מניפולציות שמנסות לעגן בחוק את הגישה האמיתית של השופטים. המשפט נועד להגשים עקרונות של צדק, וגם במקומות שהמשפט נכשל בעיגון המוסר, השופט תפקידו לייבא את העיקרון המוסרי לתוך החוק והמשפט.
* חיסרון: יש פה בלי ספק פסיקה חריגה המייצרת תוצאה משפטית שגויה.

כשחשין מסביר את פסק דינו, הוא מצייר את התמונה של חבצלות המים של אדוארד מונה- הוא מתאר את התמונה בכך שהמשפט יונק מהמוסר- החבצלות גדולות ותופסות מרחב רב, אך עדיין ניתן לראות את מי הבריכה שמקיפים את החבצלת. כלומר המשפט מכסה את רוב המקרים והסוגיות שמתעוררות, אך פה ושם קמות פרשות שלהן אין פתרון משפטי, המים מצבים (הנמסור) וניתן להתייחס אליו כחלק המשפט. זו גישה התופסת את המשפט כמקיים זיקה אל המוסר- במקרה זה שיש בעיה משפטית שאין פתרון צודק במשפט, אנחנו רשאיות לפנות אל המוסר ולמצוא את הפתרון (השופט חשין יודע שזה דבר חריג, זהו לא מקרה רגיל והוא לא קובע תקדים, זאת הכרעה יחידה ומיוחדת). בית המשפט העליון פוסק את זה במקרה חריג, יש החלטות מאוד נדירות שבית המשפט פוסק בדרך הלא רגילה, אך יש מקרים נדירים אך עדיין מגלים על הזיקה העמוקה של המשפט אל המוסר.

סיכום - בפס"ד יש 3 גישות שונות:

1. גישת שופטי הרוב **–** תואמים לגישה הפוזיטיבית שמבקשת לבסס החלטות משפטיות על החוק והחוק בלבד. יש לעגן את ההחלטה בסעיף בחוק. הסעיף הוא 13(7) הנוגע לאי מסוגלות הורית. לשופטי הרוב חשוב להראות שההחלטה שהם הגיעו אליה היא אובייקטיבית ולכן מתאמצים להסמיך אותה ללשון החוק.
2. גישת השופט לוין-גישת ביניים- טוען שאין כאן אי מסוגלות הורית. ולמעשה, אין סעיף בחוק שמאפשר להכריז על הילד כבר אימוץ. הוא מציע 2 דרכים:(1) פרשנות מרחיבה; (2) הוספת החסר הסמוי.נתייחס אל המשפט כדבר רחב יותר מאוסף של כללים, אלא גם כולל עקרונות מופשטים מעבר לכך. ולכן הפתרון גם בהיעדר כלל שבאמצעותו נכריע, נחליט בעזרת העקרון של תקנת הציבור (המקביל לעקרון המוסרי, אך לא צריך לפנות אל מחוץ למשפט, אלא נמצא בתוך).
3. גישת השופט חשין-בעל ההכרעה הנועזת ביותר. חשין לא חושש לפרוץ את גבולות המשפט ופונה לתחום המוסרי. הוא טוען כי המשפט איננו נבדל לגמרי מין המוסר- ומוסיף כי בהחלטות משפטיות מותר לשופטים להשתמש בעקרונות מוסריים לצורך הכרעה משפטית **לוקח את עקרון "הרצחת וגם ירשת" ומתייחס אליו כעקרון יסוד מוסרי שניתן לפסוק לפיו.** הוא נותן לעיקרון מעמד של חוק.הקושי הוא שחשין לא נסמך בכלל על החוק וניתן אפילו להגיד שהוא מתעלם בגסות מהחוק הקיים. חשין מגביל את השימוש בעקרונות מוסר רק לביהמ"ש והוא מוסיף שיש לבחון כל מקרה לגופו ואין להקיש מהכרעה זו למקרים הבאים.

פס"ד פלוני נ' פלונית יפתח דיון רחב בשאלה היסודית הזאת בתורת המשפט, נלמד את תפיסת משפט הטבע שאותה חשין פתח. ולאחר מכן נעבור לגישה הפוזיטיבית.

**תיאורית משפט הטבע מול תיאורית הפוזיטיביזם**

**משפט הטבע**

דיברנו על המשמעויות ומה הם המשמעויות של המשפט הטבעי כפי שבא לידי ביטוי בפסיקה ישראלית - בפס"ד פלוני. ראינו שם שביהמ"ש יותר נכון שהשופט חשין היה נכון להשתמש בעקרונות המשפט הטבעי כפי שהוא עצמו הגדיר את זה כלומר בעקרונות מוסריים שאינם חלק מהמשפט הפוזיטיבי של המדינה (הם לא נחקקו ע"י הכנסת) ולהשתמש בהם לצורך פתרון בעיה משפטית שהייתה לפניו. זה מביא אותנו להסתכל קצת יותר רחבה, תיאורטית והיסטורית על התפתחות הרעיון המשפט הטבעי.

**משפט הטבע בעת העתיקה**

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

המקום שבו ראוי להתחיל את התבוננות הזאת היא בתורתו של אפלטון. היה כבר מי אמר ש"*כל הפילוסופיה המערבית אינה אלא הערות שוליים לאפלטון",* במידה מסוימת זה נכון בהקשר שלנו של המשפט השאלות הגדולות שנוגעות לתורת המשפט או לתיאוריה היסודית של המשפט והיחס שלו למוסר נשאלו כבר ע"י אפלטון. אנחנו נראה את השאלות שהוא הציג ואת התשובות שהוא נותן.

**הקדמה**

אפלטון כידוע לכם הוא פילוסוף יווני, שחי במאה הרביעית למעשה נולד במאה החמישית לפני הספירה ופעל במאה הרביעית לפני הספירה היה תלמידו של סוקרטס מורו הגדול. הוא כתב את הפילוסופיה שלו בסדרה של ספרים שרובם בנויים במתכונת של דיאלוג כלומר דיאלוג של אישים, בד"כ הגיבור בדיאלוג הוא סוקרטס ואפלטון דרך זה משמר את תורתו של סוקרטס. אומנם קשה לדעת עד כמה סוקרטס הגיבור והדיאלוגים של אפלטון הוא זהה לסוקרטס ההיסטוריה מורו של אפלטון כלומר שאפלטון רק מתעד את התורה/ הפילוסופיה שהוא שמע מרובו או שמע אפלטון כבר משתמש בדמות של סוקרטס כדמות ספרותית ולאו דווקא היסטורית ובעצם מכניס לתוכו את מחשבותיו שלו.   
החוקרים בעניין זה מבחינים בין הדיאלוגים המוקדמים של אפלטון, שבהם מקובל לומר שהדמות של סוקרטס משקפת יותר את דמותו ההיסטורית ואת מחשבותיו לבין הדיאלוגים המאוחרים שלו, שבו אפלטון כבר מכניס לדמותו של סוקרטס ולדבריו את דעותיו.

**הדיאלוג מינוס**

הדיאלוג מינוס, הוא אחד הדיאלוגים המאוחרים של אפלטון יש גם שסבורים שלא יצא מידיו של אפלטון אלא מתלמדיו, אבל גם אם אלה תלמידיו הם כותבים לפי תורתו כלומר זה ברוח דבריו של אפלטון הגיבור סוקרטס. הפילוסופיה של המשפט שמשתקפת בדיאלוג הזה משקפת את ככל הנראה את הפילוסופיה של אפלטון.

הדיאלוג נפתח בשאלה של סוקרטס את חברו: "*החוק- מהו בעניינו*?" וכתגובה, חברו שואל "*לאיזה מין החוקים מתכוון אתה?*" כלומר ששואלים את השאלה מהו החוק אפשר להתכוון לכמה דברים:

* אפשרות אחת: מהו החוק בעניין מסוים, מה אומר חוק החוזים? או מה אומר חוק העונשין לגבי עבירת גניבה? או מהו החוק לגבי גרימת נזק? וכו'.
* אפשרות שנייה: שאלה יותר כללית , מהו חוק כחוק?

החבר מבין את השאלה באופן ספציפי ולכן הוא שואל אותו לאיזה חוק מן החוקים אתה מתכוון, אתה מתכוון בענייני עבירות, בעניינים של נזיקין בעניינים אזרחיים. סוקרטס אומר לו לא שהוא לא רוצה לדעת באופן מסוים אלא מה מאפיין את החוק באופן כללי את החוק באשר הוא (באופן כללי – בכללו של הדבר).

אומר חברו דבר מאוד פשוט, חוק זה שנחקק ונוהגים על-פיו. כלומר, זוהי תשובה פוזיטיבית- המשפט הוא מה שהחברה קובעת (המחוקק קובע), זהו החוק. וזה תשובה אינטואיטיבית של החבר לשאלה מהו החוק עמדה פוזיטיבית. כלומר מה זה אינטואיטיבית? החוק זה מה שמחוקקים, מה שקובע המחוקק, מה שקובעת המדינה ומה שקובעת אותה חברה ונוהגים על-פיו. כלומר יש לשים לב שבהגדרה הפוזיטיבית יש שני יסודות: 1. מה שנחקק 2. נוהגים על-פיו. ז"א אם החוק הוא מנותק ואף אחד לא נוהג על-פיו אז הוא לא חוק. אבל חוק שנחקק וגם נוהגים על-פיו זהו חוק.

סוקרטס לא מניח לו ושואל : *"מאחר שמכוח החוק נחקק הדין שנוהגים על פיו. מה הוא אותו חוק שמכוחו יחקק*? "- לסוקרטס יש כאן איזה תובנה שמאפיינת אותו- אומר שהחוק לא מתחילים ממנו, כלומר הוא אף פעם לא מתחיל מנקודה אפס, הוא נחקק מכוחו של משהו אחר- שהמשהו אחר הזה יכול להיות תוכן שממנו נגזר חוק, ויכול להיות גם סעיף סמכות שהוא מעניק סמכות למישהו לחוקק, כנראה שסוקרטס מדבר על תוכן. ז"א יש חוק שנחקק נקבע מכוח איזשהו עיקרון, הוא לא מתחיל מאפס, יש איזושהי סיבה או מקור חקיקה, עניין מסוים הוא עבירה פלילית / עוולה נזיקית / יכול להיות חוזה תקף וכו'.

ואז הוא שואל "*האם תחושה הוא או מעין הוראה, כדרך שלפי הוראת הידיעה נלמד, או האם הוא גילוי ממינם של שאר גילויים, כדרך שהרפואה, למשל, מגלה את הגורמים של בריאות ומחלה".* עכשיו הוא מציע שתי אפשרויות:

1. החוק הוא איזשהו הוראה שהיא קובעת כלומר חוכמה של המחוקק שקובעת כיצד ראוי להתנהג.
2. או שמא החוק הוא גילוי של תופעה קיימת. כמו שרפואה, האבחנות של הרופא הכללים הרופאים או המדע של הרופאה הוא לא יצירה שלא מסתמכת, היא בעצם גילוי של הטבע כמו שאמרנו חוקי הטבע הם תיאור או גילוי של מה שקיים בטבע. הרפואה מתארת את מה שקיים בטבע ולכן החוק הרפואי זה לא מה שהוא חושב בעיניו באופן סתמי או באופן בלתי תלוי במציאות, הרפואה אמורה לתת גילוי של המציאות.

שואל סוקרטס האם המשפט הוא אותו דבר הוא גילוי של משהו שקיים כבר קודם או שהוא הוראה שהמחוקק יוצר מאפס ובעצם באופן תיאורטי הוא יכול לחוקק כל מה שעולה על דעתו. החבר מבין שתי האפשרויות בוחר את האפשרות הראשונה, החוק הוא לא גילוי של עובדה, הוא שומר על האבחנה החזקה החוק הוא עניין נורמטיבי ולחוק לעניין תיאורי. הוא איננו תיאור של משהו, הוא עניין נורמטיבי זו עמדה של המחוקק, הכרעה של המחוקק היא לא מגלה שום דבר בטבע במובן הזה היא שונה מחוקי הטבע או מחוקי הרפואה דוגמא שהוא נותן כאן, הרופאה הוא גילוי של משהו שקיים בטבע ואילו המשפט הוא איננו גילוי של משהו שקיים בטבע או במציאות כלשהי אלא הוא הכרעה. כלומר חברו אומר שזו הכרעה מדינית כיצד ראוי להתנהג, מבחינת החברה מבחינת המדינה .

סוקרטס לא מקבל את התשובה הזו והוא רוצה להביא את החבר למקום אחר ואומר לו את הדברים הבאים: *"מקיימי החוק- צדיקים הם? ומפירי החוק עוולים הם?"* סוקרטס שואל האם החוק הוא עניין נטרלי, או מי שמקיים את החוק הוא צדיק לעומת זאת מי שמפר את החוק הוא עושה מעשה עוול. חברו אומר, כן בוודאי לקיים את החוק זה טוב זה צדיק ומי שמפר עושה עוול.   
יש איפשהו לחשוב על החוק כדבר נאה מבחינת דבר טוב - ז"א החוק הוא לא דבר ניטרלי לא כל דבר אפשר להחליט עליו, אתה מזהה אתה אומר שהחוק הוא דבר טוב כי שומרי החוק עושים מעשה טוב ועושים מעשה צדק ואילו המפרים את החוק הם עבריינים, הם רעים. ז"א אנחנו מטעינים את החוק במשמעות חיובית (אומר סוקרטס) משיב לו החבר שכן.   
כלומר אומר סוקרטס אנחנו מזהים את החוק עם הטוב או עם הצודק ואת הפרת החוק עם הרע, משמעות הדבר שאנחנו צריכים להניח שהחוק עצמו הוא צודק. החוק לא יכול להיות סברה של מדינה – שכן, אם היא לא נכונה או צודקת לא צריך לקיים אותה. עכשיו, לא כל סברה ומעשה חקיקה הוא בהכרח צודק, כלומר אנחנו צריכים להעמיד את החוק מול איזה קריטריון אובייקטיבי של צדק ולא לתלות אותו רק מול המחוקק ורצונו הגחמני.

אם החוק הוא צריך להיות אמיתי כדי שאנחנו נתייחס אליו באופן חיובי ונאמר שמי שמקיים אותו עושה משהו טוב ומי שמפר אותו מפר חובה, אז צריך להניח שהחוק הוא צודק, אם כך החוק צריך להיות גילויה של האמת, החוק מבקש איפה להיות גילויה של האמת. כאן נותן סוקרטס (אפלטון) הגדרה חלופית- בעוד שהחבר הגדיר את החוק שמה שנחקק ונוהגים על פיו (דהיינו שזוהי הגדרה פוזיטיבית), מה שמחוקקים ותקף באותה מדינה זה החוק. מציע אפלטון בשמו של סוקרטס הצעה אלטרנטיבית לפי החוק מבקש להיות גילויה של אמת. החוק הוא לא כל מה שהמחוקק מחוקק, אלא הוא צריך להיות גילויה של איזושהי אמת שהיא חיצונית לחוק. מכיוון שאם החוק עצמו, כדי להטעין בכל המטען שאנחנו מתייחסים אליו כדבר נכון, כדבר צודק, כדבר טוב אנחנו צריכות להניח שהוא טוב. ואם המחוקק יחוקק חוק רע , חוק בלתי צודק- לא תהיה חובה לקיים אותו. אז לכן אי אפשר להסתפק בהגדרה הפוזיטיבית שהחוק הוא מה שהמחוקק קובע, צריך להעמיד (לשעבד) אותו מול איזשהו קריטריון חוץ משפטי מעבר לרצונו של המחוקק שהוא מגדיר אותו (סוקרטס) גילויה של האמת. אומנם צריך לדייק סוקרטס אומר שהחוק מבקש להיות גילויה של האמת, אנחנו לא יודעים בוודאות שהוא אכן גילויה של האמת, אבל הוא מבקש הוא חותר להיות גילויה של האמת, הכוונה אמת מוסרית, אמת של צדק ורק חוק שיעמוד בסטנדרטים של צדק מעבר לחוק הוא יהיה חוק שאפשר יהיה לומר עליו שיש חובה לציית לו ומי שמפר אותו עושה מעשה עוול.

סיכום הטיעון של סוקרטס - אם אנחנו חושבות על החוק בתור דבר צודק, שהמקיימים אותו עושים מעשה צדק והמפירים אותו עושים מעשה עוול, החוק אינו יכול להיות מבוסס רק על החלטה של המחוקק בלבד או על "סברה מדינית". הוא צריך להיות מבוסס על קריטריונים של הצדק או של אמת. המהלך הזה מיד מעמיד את אפלטון במקום שהתפיסה של המשפט הטבעי ולא במקום של המשפט הפוזיטיבי שהוא החלטה או רצון של המחוקק, לעומת המשפט הטבעי שהוא מניח קיומם של עקרונות צדק שהם מעבר לחוק שהחוק צריך להתאים להם.

החבר תוקף את ההצעה של סוקרטס- "*אם החוק הוא גילוי האמת, אין אנחנו נזקקים תמיד לאותם החוקים באותם עניינים?"* הוא מעלה את השאלה שהעלינו כבר בשיעור הראשון, אם אתה אומר שהחוק הוא אמת איך אתה יכול להסביר את העובדה שהחוק איננו אחיד אלא משתנה. הוא משתנה בשני מדדים: ממד המקום – בין המדינות (חוק של מדינה אחת איננו זהה למדינה אחרת) ובממד הזמן – מה שצודק היום לא היה פעם ולהיפך, הוא משתנה לפי התפיסה המוסרית. אז איך ניתן לייחס לחוק תכונה של אמת? אם נוכח לדעת שהחוק איננו אחיד אלא משתנה בין מקום וזמן. כך שאם החוק משתנה אי אפשר לומר שהחוק הוא אמיתי ואוניברסלי.

סוקרטס משיב בחזרה- *"אף על פי כן רוצה החוק להיות גילוי האמת...... ואילו בני האדם... אינם מסוגלים תמיד לגלות את אשר מבקש בחוק, היינו את האמת"*. העובדה שבני אדם לא מצליחים לחוקק את החוק הצודק או הנכון ודעתם משתנה, מכיוון שהם לא משיגים את האמת הם לא יודעים מה נכון ועמדתם לגבי הנכון משתנה. אבל העובדה שהיא משתנה, איננה אומרת שהחוק איננו חותר להיות האמת והחוק הצודק הוא החוק האמיתי.   
כפי שכבר אמרנו הדוגמא שממחישה את זה היא המחשבה שלנו על המדע גם התפיסה שלנו את המדע, מצד אחד יש לנו תפיסה של מדע שהיא איננה יחסית (אנו מניחות שיש חוקי טבע נכונים ושאינם נכונים), מצד שני אם אנחנו מסתכלות על ההיסטוריה של המדע אנחנו רואים שהיו מחשבות שונות, כך למשל פעם חשבו שהשמש מסתובבת סביב כדור הארץ והיום אנחנו יודעים שכדור הארץ מסתובב סביב השמש. אז מה נכון, אז המדע הוא יחסי?   
לא, אנחנו מניחות שהמדע הוא לא יחסי, אבל הגילוי שלו – למדע יש תשובה אחת שהיא נכונה ותשובה שאיננה נכונה, המדע מגיע לאמת, אבל האמת הזאת מושגת בתהליכים היסטוריים ארוכים עד שמגיעים לאמת בכל מיני תחומים והאמת היא תמיד בלתי מושלמת. יש דברים היום שאנחנו יודעים ביחס לעבר שבעבר הם היו לא נכונים והיום הם נכונים, אז זה לא מעיד, העובדה שהידע המדעי שלנו משתנה מעבר להיום לא מלמד שהידע המדעי שלנו הוא יחסי. הידיעה המדעית שלנו היא כמובן יחסית, אנחנו לא יודעות בכל נקודת זמן הכול. אבל תפיסת האמת איננה יחסית- אנחנו יכולות להחזיק בעמדה שלפיה יש אמת מדעית, אבל להשיג את האמת הזו ולדעת אותה לוקח לפעמיים שנים רבות עד שהמדע מגיע לתובנה או ידיעה שעכשיו הוא יודע משהו.   
עדיין יש דברים שהוא לא יודע. אחד הדברים החשובים בפילוסופיה של המדע, זה האבחנה בין עובדה להשערה\ בין עובדה לתיאוריה. כלומר איזה דברים אני יודעת אותם כעובדות ואיזה דברים כהשערות. על כל פנים, עצם השינוי של הידע לא מלמד שהידע הוא מטבעו יחסי, אלא ההשגה שלו היא דבר שלוקחת זמן. אותו דבר אומר סוקרטס ביחס לחוק, החוק רוצה להיות גילוי של האמת- החוק הנכון, הוא החוק האמיתית, הוא דבר שניתן לבחון ולתקף אותו באמצעות עיקרון שמשהו שמעבר לו. זה שבני אדם לא מגיעים או לוקח זמן להגיע לזה, או שהם לא תמיד מסוגלים לגלות אשר מבקש החוק, היינו את האמת, לא מלמד שאכן החוק לא חותר להיות אמת.

הוא ממשיך עם העניין הזה :הוא מבחין שיש פה שינויים לפעמים אצל אותה קבוצת אנשים (כלומר החוק משתנה לאורך זמן), ולפעמים קבוצות אנשים שונות אצלם החוקים משתנה (שינוי במקום). והוא מדגים זאת:

* דוגמא של הקרבת בני אדם- בעוד שאצל היוונים הקרבת בני אדם היא חטא, אצל הפניקים היה מנהג להקריב בני אדם וזה נחשב כמעשה נאצל ולא כחטא. הדוגמא הראשונה היא דוגמא של קבוצות בני אדם שונות במקומות שונים יוון וקרתגו, יש להם תפיסות משפטיות, אפשר לומר גם מוסריות, שונות.
* "בעניין הקבורה מנהגינו שונים משל אבותינו" – בדוגמא הזו הוא מראה שיש גם שינוי בתוך אותה קבוצה. אז אנחנו רואות שהתפיסות, המנהגים השונים שלנו (כאן הדוגמאות מעניין נלקחות דווקא מהעולם הדתי), זה נלקח מהעולם הדתי, לעולם המוסרי, לעולם המשפטי, כל התפיסות הנורמטיביות שלנו משתנות עם הזמן באותה קבוצה או משתנות ממקום למקום.

זה לכאורה מוליך לעמדה שהיא יחסית של החוק, כלומר החוק איננו יכול להיות אמת ואולי מתאים לעמדה פוזיטיבית. עמדה פוזיטיבית קובעת, שהחוק הוא מה שחברה נתונה מחוקקת במקום מסוים, כלומר שהחוק הוא מה שנחקק ונוהגים על פיו. החברה הזו, יש הבדל כמובן בין חברה, של המאה ה-5, לבין חברה המאה ה-2, לפני הספירה לבין חברה של המאה ה-21, וכל חברה מחוקקת מה שמתאים לה וכל מקום מחוקק מה שמתאים לו. כלומר יש כאן איזה תפיסה אינטואיטיבית שהשונות מלמדת על יחסיות של החוק ועל כך שנכון להגדיר את החוק באופן יחסי בהתאם לחברה שהוא נקבע.

סוקרטס מתמודד עם האתגר הזה ועונה לו כך: סוקרטס אומר, אתה מסכים איתי שאנחנו צריכים להשתמש במונחים של צדק ושל עוול או שאתה חושב שלמושגים הזה אין משמעות אובייקטיבית הדעה הזו רווחת אצל כל בני האדם? חברו משיב שכן. כלומר חברו הוא לא נוקט עמדה יחסית קיצונית, כלומר הוא לא אומר שהוא לא מכיר בכלל במושגים של טוב ורע (של צדק ושל עוול) אלא הוא מכיר במושגים האלה.

סוקרטס ממשיך: מושגים של שקר ואמת זו נקודת המוצא של סוקרטס. וחברו לא מכחיש את הדבר הזה. כלומר אם אתה מסכים שיש לנו מושגים של צדק אז לפיהם אנחנו יכולים לשפוט את החוקים. כלומר נכון שבקרתגו מקריבים בני אדם וביוון לא, אז עכשיו עובדה זו אין מה להתווכח. עכשיו בו נשאל האם אנחנו יכולים לייחס את העובדה הזו לשפוט אותם. כלומר לפי דעתך האם זה שמקריבים בני אדם בקרתגו זה צודק או לא?, זה רצח או זה מצווה?  
אם אתה מניח שיש לך מושגים של צדק ועוול שהם מושגים אוניברסליים, אתה יכול לשפוט את התנהגות הזו, ז"א שאתה יכול להעמיד החוק הזה באיזשהו מבחן אובייקטיבי. אם הוא היה נוקט עמדה רלטיבית קיצונית שאומרת שאין לי מושגים של צדק ועוול, המושגים של צדק ועוול המוסריים הם עצמם מושגים יחסים אז הדיון היה צריך לקבל תפנית. אבל החבר לא מחזיק בעמדה קיצונית כזו , הוא לא מחזיק בעמדה רלטיבית ביחס למוסר, הוא מוכן לקבל שיש מושגים של צדק ועוול. הוא מחזיק בעמדה רלטיבית ביחס לחוק הנוהג והמוסר הנוהג אבל לא ביחס למוסר האידיאלי הוא מניח את קיומו של צדק ועוול.

לסיכום: אומר לו סוקרטס אם אתה מסכים איתי שיש מושגים של צדק ועוול אז אני בעזרתם יכול לשפוט את החוקים ולומר איזה חוק צודק ואיזה לא צודק. ז"א סוקרטס מוליך אתה החבר אם החבר היה מחזיק בעמדה רלטיבית קיצונית, שלפיה אין מושגים של טוב ורע, מעבר למה שחברה נתונה, מחזיקה בה אז יתכן שלא היינו שופטים. רובנו עד היום לא מחזיקות בעמדה רלטיבית קיצונית שאנחנו אומרות בסדר במקומות מסוימים כמו שאמרנו בהודו שורפים את האלמנה עם בעלה והדבר הזה בסדר גמור זה המנהג או במקומות מסוימים זורקים מהגגות הורגים להט"בים או עושים כל מיני. אנחנו נוקטות עמדה שיפוטית ביחס למעשים שחברות שונות עושות. אם אנחנו נוקטות עמדה שיפוטית כזו ויש לנו מושגי טוב ורע שהם מנותקים או אינם משועבדים לנוהג של חברה מסוימת, אז אנחנו מסוגלות לשפוט את הדברים האלה. אבל אם ככה, שאנחנו יכולות לשפוט גם את החוקים, ולכן אומר אפלטון אנחנו יכולות להעמיד את המשפט במדדים אובייקטיבים מעבר למה שנהוג באותו מקום.

חברו לוחץ עליו עכשיו הוא אומר את זה. עכשיו הוא חוזר לעניין הזה שהשתנות החוק בחברה נתונה אצלנו ביוון. אם החוק משתנה אני לא יכול להאמין שהחוק הוא גילוי שלא איזשהו אמת. אומר לו סוקרטס: כאן הוא מעלה דיון נוסף שלעיתים לא כל שינוי בחוק הוא מלמד על שינוי בתפיסה בצדק. כלומר לפעמים שינוי בחוק הוא ביטוי להתאמה לנסיבות. כמו כלים על לוח משחק – שיש לו כללים אחידים, אבל הכלים נעים על הלוח ממקום למקום בהתאם לכללים. כאן מעלה סוקרטס פתרון נוסף לבעיית השונות בחוק- שהוא מתאים לחלק מהמקרים. שלעיתים השונות בחוק איננה ביטוי של תפיסה שונה מבחינה מהותית, של מהות הטוב והרע, לפעמים התפיסה העקרונית היא תפיסה דומה. אבל השונות הנובעת מהתאמה לנסיבות שונות. אז לכן זה כמו הכלים שנעים על הלוח בהתאם לאותם כללי משחק, אז לפעמים גם נורמות משפטיות, אותן נורמות יחולו במצבים שונים, באופן אחר בהתאם לנסיבות.  
זה לא פתרון אוניברסלי כלומר הוא נתן כאן כמה פתרונות לבעיית השונות וחלק מהשונות נובעת מחוסר יכולת לעמוד על האמת, וחלק מהשונות נובעת מתפיסות שונות של האמת ולפעמים השונות נובעת מהתאמה לנסיבות.

סוקרטס ממשיך: "*של מי הכתבים וההוראות בעניין ישובה של המדינה? כלום לא של הבקיאים בממשל של המדינות?"* כלומר מי הם המחוקקים? אז הם היו מנהיגים דגולים או מלכים. החוק הוא לא תוצר כי לאחר יד של שוטי העם אלא הוא תוצר של אנשים מצוינים, בהקשר הזה כוונתו של אפלטון בעיקר מלומדים. ואם אנשים משנים את הכתבים באופן לא עקבי, אז אנשים כאלו שמשנים את דעתם מפעם לפעם, נאמר שהם לא בקיאים, כי אנשים בעלי דעה נאמר שהם לא משנים.

אפלטון, נכנס לאבחנה הבאה: לא כל מה שנחזה להיות חוק הוא חוק. חוק אמיתי הוא חוק שכתבו אנשים מלומדים, מכיוון שבסופו של דבר הוא משקף את האמת. לעומת זאת חוקים שלעיתים מוציאים אנשים שאינם מלומדים ואינם בקיאים והם מחוקקים חוקים, אז החוקים האלה נחזים להיות חוקים. אבל מכיוון שהם לא באמת ביטוי לאמת אז הם אינם חוק. סוקרטס הביא את חברו לכך שהוא בעצם מתכחש להגדרה הראשונה. ההגדרה הראשונה של החבר שמה שנחקק ונוהגים על פיו זה חוק. עכשיו סוקרטס הביא אותו לזה שלא כל מה שנחקק ונוהגים על-פיו הוא חוק. אם מה שנחקק הוא נחקק ע"י אנשים פשוטים חסרי דעה, אז הוא נחזה אומנם להיות חוק, ויש אנשים שהתייחסו אליו כחוק, אבל הוא לא באמת חוק מכיוון שהוא איננו גילויה של האמת והוא לא תוצר של מלומדים שהם יכולים לגלות את האמת.   
במאמר מוסגר דעתו של אפלטון על הדמוקרטיה היא הייתה מאוד ספקנית, הוא לא התלהב מהדמוקרטיה האתונאית- לפיה, הדמוקרטיה שכל אדם יש לו את אותו מעמד והוא יכול לחוקק חוק, לא היה נראה לו דבר דגול. הוא חשב שהחוקים צריכים להיות ביטוי של חוכמה ולכן רק אנשים משכילים-פילוסופים, רק הם יכולים לחוקק חוקים, לפעמים גם השליט המלך הפילוסוף של אפלטון. אז דמוקרטיה שבה כל פשוטי העם יכולים לחוקק חוקים והחוקים האלה לא צודקים ולא נכונים, היא וודאי לא דבר שהוא ראה כמשובח בעיניו. התפיסה העקרונית הזו יכולה להיות רלוונטית גם לדמוקרטיה כי התפיסה העקרונית של אפלטון היא שהחוק צריך להיות גילויה של האמת.

בעקבות זה הוא מגיע לסיפור היסטוריה על מקורם של חוקי יוון- הוא מתאר את המלך האגדי מינוס (על שמו נקרא גם הדיאלוג הזה) והאלים זיאוס ואירופה הם היו בניהם של המלכים של האגדיים האלה. התפיסה היוונית, בני אדם דגולים יכלו להיוולד מאלים או אלים מבני אדם, הפער הגדול בין בני אדם לבין אלים לא היה בתפיסה היוונית הקדומה. הם נחשבו באיזשהו מקום שיש איזשהו קשר בין שמיים לארץ, האלים יכולים להיות בני אלים או בני אדם בני אלים. הרעיון של בן האל שאנחנו מכירים גם במזרח וגם באיזשהו אופן גם בנצרות. בתפיסה הקדומה היה קשר בין בני אדם לבין אלים. על כל פנים הוא מזכיר פה את המלכים מינוס ורדמנתיס. חברו אומר שעל רדמנתיס מספרים שהוא איש צדיק ואילו על מינוס פראי ואכזר. ואז סוקרטס אומר שהדבר הוא מיתוס וסיפור אגדה, שמציגים על בימות התיאטרון. שם מציגים את מינוס כאיש פראי ואכזר אבל זה לא ככה. ז"א אומר סוקרטס מצטט שורה מהומירוס, הוא מביא הוכחה לדיון התיאורטי מהומירוס, הוא מוצא מקור שבה מינוס נחשב לבין שיחו של זיאוס. אפלטון נותן פירוש להומירוס, ואומר מה שהומירוס מספר שמינוס ביקר את זיאוס, הוא ביקר אותו כדי ללמוד ממנו וכל תשע שנים הוא היה מורה את מה שלמד מזאוס וחוזר לזיאוס כדי ללמוד איך לחנך לסגולה הטובה. ולכן המשמעות היא שמינוס הוא המחוקק, המלך האגדי של כרתים, כלומר הוא בעצם חוקק חוקים אלוהיים. החוקים של כרתים הם חוקים אלוהיים שהבטיחו לכרתיים הצלחה במשך שנים רבות. כלומר אפלטון כאן משחק על המיתוס. אפלטון עובר מלהיות פילוסוף (קודם טען טענות פילוסופיות) עכשיו הוא גם רוצה לפרש וגם עושה שימוש במיתוס היווני בסיפור על מינוס ואומר מינוס הוא המלך אגדי, המחוקק הזה היה לו קשר בלתי אמצעי עם האל והחוקים שהוא הביא היו חוקים אלוהיים, ולכן החוקים האלה הם חוקים בעלי מעמד. אפלטון חותר לזה להשריש את התובנה שהחוק הוא לא סתם חקיקה שמחוקקים ונוהגים על פיו אלא המחוקקים הם לא סתם מחוקקים אלא רבי מעלה פילוסופים. הוא אומר למה מתארים את מינוס בתור אל רע מכיוון שמי כותב את ההיסטוריה זה המשוררים והסופרים של אתונה שהם היו יריבים של כריתים. מינוס היה אויב של אתונה, אז הסופרים של אתונה מציגים אותו באור שלילי.

**סיכום - עיקרי הדברים של אפלטון**

הטענה המרכזית של אפלטון, היא שהחוק איננו כל קביעה של המחוקק, וודאי שלא קביעה שרירותית של המחוקק. לא כל מה שנחקק כלומר שמבחינת הפרוצדורה עונה על ההגדרה של חוק. כך לדוגמא- נחקק כראוי ע"י המחוקק ,מועצת הזקנים, המלך, או כל גורם שמוסמך לחוקק בכל חברה, לא כל מה שהוא מחוקק ראוי להיחשב כחוק. מה שראוי להיחשב כחוק זה רק מה שמבקש להיות גילויה של האמת. כלומר החוק צריך לעמוד בסטנדרטים של צדק, של מוסר והוא לא עומד בעצמו לבד.  
לפעמים מציגים את השאלה הזו באופן הבא- אם אנחנו חושבות על אוכל, נניח שיש חבורה של ילדים שיושבים ומכניסים לפה חול לפה ולועסים, האם ניתן לומר שהם אוכלים? הם מבצעים פעולה דומה לאכילה כלומר הם מכניסים חול לפה ואולי אפילו בולעים. אבל אנחנו בדרך כלל נאמר הם לועסים חול, לא נאמר שהם אוכלים. כי במושג האוכל שלנו קשור רק לפרוצדורה החיצונית (שמכניסים לפה לועסים ובולעים) אלא זה צריך להיות גם מזון כלומר זה צריך להיות גם משהו מהותי.

התפיסה של אפלטון את החוק, היא תפיסה דומה. אנחנו מייחסות לחוק טוב ורע (מושגי צדק ועוול) ,לא מתייחסים לחוק באופן אגבי, ואומר בסדר יש חוק אפשר לקיים ואפשר לא לקיים, כי בעייננו מי שמקיים חוק הוא מעשה טוב ומי שמפר אותו עושה מעשה רע. יש חובה לקיים את החוק אם אנחנו מייחסים חובה לקיים את החוק, צריך להניח שהחוק צודק ונכון ולכן מושג החוק בעצמו, אפלטון אומר שהחוק קשור באופן מהותי (במהותו) למושגים של טוב ורע (צדק ועוול). ואפשר לומר לפי התפיסה הזו לא כל מה שמבחינת הפרוצדורה נחקק הוא יהיה חוק. ניתן היה לראות שאפלטון אמר את זה גם במהלך הדיאלוג, הוא אמר שלפעמים אנשים נחזים להיות מחוקקים אבל החוק שהם מחוקקים הוא רע . אז איך אני יודע אם החוק הוא טוב או רע?, כלומר לפי התפיסה הזו הקביעה של תוקף החוק איננה רק לפי הפרוצדורה בה הוא נחקק (האם הוא נחקק ע"י מועצת הזקנים, האיספה המחוקק, המלך, ע"י כל גורם שהוא הגורם המוסמך לחוקק את בכל מדינה ומדינה), אלא מה שקובע זה התוכן של החוק כלומר צריך לבחון את החוק כשלעצמו וחוק שהוא בלתי צודק גם אם הוא נחקק ע"י הפרוצדורה ע"י המחוקק הראוי הוא לא יחשב כחוק.

זוהי תפיסה קלאסית של משפט טבעי שאומרת התנאים שלתוקף של החוק התנאים הם:

1. שהם יחוקקו בהתאם לכללים
2. שתהיה התאמה של החוק לעקרונות של צדק ומוסר אוניברסליים שמעבר לחברה הנתונה.

כלומר יש איזשהם עקרונות אוניברסליים של צדק שהם נותנים תוקף לחוק המסוים. אם החוק עומד בניגוד לעקרונות האלה אז הוא איננו חוק.

אנחנו נפגשות לראשונה עם תיאוריה מסודרת של משפט טבעי, שטוענת שהחוק צריך לעמוד בהתאמה לעקרונות המשפט הטבעי או לעקרונות הצדק והמוסר הכלליים, וחוק שאיננו עומד בהתאמה אליהם הוא בעצם איננו חוק בעצם. לחילופין אפשר לומר גם וזאת ראינו בפס"ד פלוני שגם שעקרונות מוסריים יכולים להיות בעלי תוקף חוקי גם אם לא נחקקו ע"י המדינה. כך למשל עקרון "הרצחת וגם ירשת", אומר השופט חשין הוא עיקרון מחייב במשפט המדינה הגם שהוא לא נחקק ע"י הכנסת. באופן הזה נוצרת איזושהי זיקה קבועה בין המשפט לבין מוסר.

1. **אריסטו- האתיקה הניקומאכית**

הפילוסופיה היוונית היא שזו שהניחה את היסודות לתורת המשפט הטבעי. אריסטו היה תלמידו של אפלטון אבל חלק עליו בהיבטים רבים. הוא הקים אסכולה פילוסופית משלו. האתיקה הניקומאכית- ספר שמאגד סיכומי שיעורים של אריסטו.

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

הצדק המדיני, למעשה המשפט, אומר אריסטו כי יש לו שני מקורות: **חלק מן הטבע וחלק מן החוק**. כלומר יש חלקים של המשפט שהם תוצאה של חקיקה פוזיטיבית- מה שהחוקק קובע, אספת העם\ המלך\ המחוקק המודרני. וחלק קיים מן הטבע.

אנחנו כבר רואות חלק שונה מאפלטון שטען כי המשפט בכללו צריך להיות גילוי של האמת, כולו כאילו ביטוי של משפט טבעי- של איזשהו רעיון מופשט של צדק. אריסטו טוען שיש במשפט שני ממדים- יסוד שבאמת הוא פוזיטיבי שלא ניתן למצו אותו באופן טבעי ומן הטבע, ויש במשפט יסוד טבעי.

1. צדק מן הטבע- אריסטו נותן סימן לחוק מן הטבע- מה שהוא מהטבע הוא אוניברסלי, הוא נכון בכל מקום. כשאנחנו משוות בין חוקים בזמנים או במקומות שונים, נראה שיש במשפט גרעין משותף בכלל המקומות- כמו רצח, אונס, שוד וכו- זה יסוד קבוע, שהקביעות בו היא מפני שהחוק איננו תלוי בדעת הבריות. הצדק והנכונות שלו, החלק של המשפט הוא צודק לא מפני שבני אדם הסכימו עליו, הוא לא תוצאה של הסכמה הוא מעבר להסכמה של בני אדם. השאלה האם הוא נכון וראוי לעשות או להימנע מהמעשים האלה, זוהי אמת שהיא מעבר להסכמתם של בני אדם ואיננה תלויה בדעת הבריות.

היסוד הטבעי אלו עקרונות מוסריים שאינם תלויים בדעת הבריות, כלומר האמת שלהם לא תלויה בהחלטת המחוקק. יש לאמירה זו השפעה נורמטיבית שאריסטו לא אומר בפירוש אבל זאת התוצאה המתבקשת של משפט הטבע- שיש כפיפות של משפט המדינה למשפט הטבע. זאת אומרת, משפט הטבע מתפקד כמערכת על-חוקתית, במובן הזה שלכל המערכת יש רמה גבוהה ומעליה. ולכן החלטות מדיניות ומשפטיות שמנוגדות למשפט הטבע, דינן להתבטל. בתוך המשפט יש גרעין של צדק שמונע מהמשפט להיות כל יכול. המשפט לא עומד על רגליו שלו והוא חלק ממערכת מוסרית שהוא כפוף לה, ולכן המחוקק לא יכול לומר את כל מה שעולה על רוחו, אם החוק אומר דבר בלתי צודק אז החוק הוא לא חוק, כי לו יש כפיפות מוסרית.

1. צדק מן החוק- מה שנובע מהחוק- הוא הצדדים השונים. לעומת החוק הטבעי, יש דברים שתלויים בדעת הבריות, ומכיוון שהם תלויים בדעת הבריות, הם משתנים בזמן ובמקום. אלו חוק שבני האדם קובעים בדרך של הסכמה וראוי שיקבעו. ההסכמה החברתית עשויה להשתנות ממקום למקום.

אריסטו נותן סימן מהותי- חוקים שהם שווים במקומות וזמנים שונים הם ביטוי לאמת אוניברסלית שאיננה תלויה בדעת הבריות. וגם אם בני האדם יסכימו, זה מנוגד לאמת- זה מנוגד למשפט הטבעי. לעומת זאת, יש צדדים במשפט שהם תוצאה של הסכמה, כלומר תוצאה של החלטה אנושית והם הצדדים של המשפט הפוזיטיבי ששולט. כלומר בעוד שהיסוד הטבעי של המשפט הוא אוניברסלי ונצחי, היסוד הפוזיטיבי של המשפט תלוי בדעת הבריות.

אריסטו נותן דוגמאות ליסודות פוזיטיביים:

* ענישה- קביעת העבירה, למשל רצח, זה עניין אוניברסלי- מעשה שהוא פסול בכל מקום ולא תלוי בהסכמה (גם אם מדינה אחת תקבע שמותר לרצוח, זה יהיה מנוגד למשפט הטבעי), לעומת זאת שאלת העונש- כיצד להעניש את העבריין (עונש מוות, קנסות, כלא וכדומה), זה משתנה ממקום למקום ותלויה בהסכמה. לא ניתן לומר שהענישה משקפת איזשהו היבט אוניברסלי- שכן מדיניות וסוג הענישה יכולים להשתנות.
* ניתן גם להרחיב למדיניות כלכלית-מסחרית- של המשפט שהם יכולים להיות תוצאה של הסכמה- למשל כיצד נכרת חוזה- האם הצעה וקיבול, תמורה וכן הלאה. השאלה איך לקבוע מהו חוזה, זו יכולה להיות שאלה המשתנה מחברה לחברה וממדינה למדינה. כלומר צדדים רבים של המשפט הם פוזיטיביים.

אריסטו מקדם אותנו בהשוואה לאפלטון שאומר כי המשפט בכללותו צריך להיות תואם לצדק, אריסטו מבחין- יש במשפט צדדים וודאי פוזיטיביים שכל שיטת משפט יכולה לקבוע לעצמה, ויש צדדים אוניברסליים שהשיטה מחוייבת לה גם מבלי שהיא קבעה משום שהם לא תלויים בדעת הבריות.

**בעיית השונות**

אריסטו עובר לבעיית השונות- האפשרות להשתנות החוק לאורך זמן (נראה כי הבעיה הזו גם הטרידה את אפלטון). אריסטו אומר כי יש כאלה שטוענים שהחוק הוא פוזיטיבי בלבד- הוא רק תוצאה של הסכמה ולא תוצאה של עקרונות אוניברסליים בשל העובדה שהמשפט משתנה. לעומת זאת, חוקי הטבע אינם משנים כמו שהאש שורפת בכל מקום "גם כאן וגם בפרס". אם המשפט הוא משפט טבעי, חוק הטבע- אז הוא היה צריך להיות זהה בכל מקום ובכל זמן, אך אנחנו גם יודעות שהמשפט משתנה. לנקודה הזאת גם אפלטון וגם אריסטו היו מודעים ואף התייחסו לזה. ואם כך, לא ניתן לקבוע שיש דבר כזה משפט טבעי, המשפט הוא בסך הכל קביעה חברתית- תוצאה של הסכמה חברתית.

בעוד שאפלטון נותן תשובה הנוגעת לגילוי ממושך של האמת, אריסטו נותן תשובה אחרת- לפיה גם גברים טבעיים מסוגלים להשתנות. אפלטון אמר שהשינוי הוא שינוי בסך הכל בתודעה ובהכרה של בני אדם- הם מגיעים לתוצאות שונות בזמנים שונים. אך אריסטו טוען שגם דברים טבעיים יכולים להשתנות- כפי שאדם ימני יכול עם הזמן לשנות את הנטייה הטבעית. באותה אופן, גם עקרונות טבעיים אפשר לשנות אותם. הטבע נותן נטיות טבעיות אך הוא לא כובל אותנו. כך שאריסטו לא פוסל באופן עקרוני את האפשרות של שינוי בעקרונות המשפט הטבעי- יש נטייה למשפט הטבעי, אך יכול להיות בהם גם שינוי. כך שלמרות שיש חוקי טבע שהם אוניברסליים, יכול להיות שתהיה חברה שתנהג בצורה שמנוגדת להם- כך למשל חברת רשע, סדום ועמורה- זה שיש חוק טבע לא אומר שלא ניתן לפעול כנגדו. הוא נותן מענה לכך שלמרות שהמשפט הטבעי הוא טבעי, ניתן להתנגד אליו.

כל אחד מתמודד עם תפיסת המשפט הטבעי בהשוואה לחוקי הטבע, את השונות שיש במשפט, ואיך היא מתיישבת.

**טשטוש בין תיאורי לנורמטיבי**

המשפט הטבעי מטשטש את ההבחנה בין תיאורי לנורמטיבי. הבחנו במושג החוק, בין חוקים שהם תיאוריים- חוקי הטבע, לבין חוקי משפט\מוסר\דת שהם חוקים נורמטיביים שאומרים כיצד לפעול. התיאוריה של משפט הטבע מטשטשת את ההבחנה הזאת משום שתיאוריית משפט הטבע מניחה שיש איזושהי אמת משפטית- כך למשל אפלטון אמר שהמשפט מנסה להיות גילוי האמת, אז המשפט הוא גילוי של אמת קיימת. אם המחשבה הראשונית הייתה שמשפט זה מה שבני אדם קובעים ובני אדם אומרים איך צריכה להיות המציאות- כלומר יש מציאות טבעית ולא ניתן לחוקק חוקים שהם סותרים את חוקי הטבע, כמו חוק שמונע לאכול. לא ניתן לחוקק חוקים נגד הטבע, אלא רק במסגרתו לקבוע חוקים נורמטיביים. התפיסה הבסיסית של המשפט היא כמערכת נורמטיבית שבני אדם יכולים לקבוע כיצד להתנהג. תפיסת משפט הטבע מניחה גם איזשהו סוג של אמת שהיא קיימת, המשפט זה לא שניתן לקבוע חוק נורמטיבי בכל דבר- אומרים אפלטון ואריסטו כי יש גם מערכת נורמטיבית-מוסרית שהיא טבעית וקיימת, והמשפט באיזשהו מובן מגלים אותה- כמו שאי אפשר לחוקק בניגוד לטבע, כך אי אפשר לחוקק חוקים בניגוד לחוקי הטבע המוסריים. ההבחנה בין הנורמטיבי לתיאורי בתפיסת משפט הטבע מטושטשת במובן הזה שגם יסודות נורמטיביים הם גילוי של איזושהי מציאות נורמטיבית.

התפיסה של משפט הטבע מניחה שיש אפשרות לגלות את אותה מציאות נורמטיבית של חוקי הטבע. היא מניחה שהמוסר הוא רציונלי- הוא נגיש. בתורת המוסר יש ויכוח גדול לגבי המוסר- למשל האם המוסר הוא קוגנטיבי (ניתן להכרה) וא-קוגנטיבי (אינו עניין של תבונה). למשל מוסר עניין של רגש- אינטואיציות, אך זה לא עניין תבוני משום שלא ניתן לנמק למה להיות מוסרי ומה היא הדרך הנכונה לנהוג. תורת המשפט הטבעי מחזיקה בעמדה מוסרית קוגנטיבית- רציונלית ולכן ניתן להגיע אליו ואפשר להכניס אותו לחוק. הא-קוגניטים יטענו כי בשבי זה יש חוק, אותו ניתן לקבוע וזה בעצם עניין של נורמות חברתיות. אם יש מוסר במציאות, גם אם היא מופשטת, אז תהליך המשפט קשור בגילוי של האמת המוסרית הזו, שהיא מטילה אילוצים על המשפט- אם אנחנו חושבות מראש שהמשפט הוא אוטונומי, כל יכול והמחוקק יכול לחוקק כל מה שהוא רוצה, המשפט הטבעי מתנגד לכך. המשפט הטבעי טוען שלמשפט יש אילוצים שחלים והמחוקק לא יכול לקבוע דבר בניגוד למוסר- ואם הוא יעשה זאת הוא נוגד את עקרונות המשפט הטבעי.

**מהו משפט הטבע וכיצד נדע מה הטבע מצווה?**

דיברנו על האובייקטיביות של החוק, אך משפוט הטבע לא כתוב בשום מקום- אז איך אנחנו יודעות מהו משפט הטבע ומה הטבע מצווה. היום יהיו אנשים רבים שיגידו שהטבע לא מצווה דבר, הטבע הוא טבע- הנמר טורף את הגדי- אין צדק ואין חוקי טבע בטבע- יש רק הישרדות וכוח. המערכת הנורמטיבית מולבשת על הטבע ואינה חלק מהטבע באמת. רבים יגידו שבטבע אין בו ממד מוסרי, אלא רק מטיל עלינו אילוצים פיזיקליים-כימיים אך לא נורמטיביים ואפילו להפך- הכוחות הטבעיים דוחפים ת האדם להישרדות ולפגוע באחר כמו בעלי חיים. אז באיזה אופן ניתן למצוא בטבע יסוד מוסרי ונורמטיבי? בעוד שהפילוסופים היוונים הניחו שזה נמצא בטבע, ההוגים המודרניים שיטענו שבטבע אין שום יסוד מוסרי, אלא מוסר הוא מערכת שנמצאת בתרבות.

העולם לפי אריסטו:

כדי להבין את דעתו של אריסטו בשאלת מהו משפט הטבע, יש לבחון את צורת המחשבה שלו: נק' המוצא של אריסטו היא חשיבה תכליתית – חשיבה טלאולוגית. לכל עצם\ אובייקט בעולם יש תכלית שהתכלית הזו היא חלק מהטבע שלו- היא תכלית אובייקטיבית שלשם זה הוא נוצר.

* מיחיד למדינה

בספרו של אריסטו "הפוליטיקה", הוא קובע שתכלית של האדם היא המדינה: *"האדם הוא בעל חיים מדיני על פי הטבע"-* טבעו הוא לחיות במדינה, קהילה. הוא מסביר את זה בכמה דרכים:

1. **האדם** אינו אוטארקי- הוא לא מספק את כל צרכיו. האדם זקוק ל**משפחה** כדי להתרבות ולגדל צאצאים.
2. **המשפחה** אינה אוטארקית- היא זקוקה ל**כפר** כדי לספק מזון. גם כדי לספק את צרכיו של האדם, המשפחה עצמה לא מצליחה לספק את צרכיו- מזון על סוגיו. בניגוד לבעלי חיים שיכולים לחיות לבד, אדם אינו כזה, הצרכים של האדם הם מאוד מגוונים החל מהמזון, ביגוד, מכשור וכו.
3. **הכפר** אינו אוטארקי- הוא זקוק ל**מדינה** (פוליס). אפילו הכפר שמגדל מגוון של מוצרי מזון וחקלאות, גם בכפר אין למשל בעלי מלאכה- יש רק את ייצור המזון.
4. ה**מדינה** (הפוליס) היא אוטארקית. הפוליס היא היחידה האוטארקית הראשונה.

אריסטו שמכיר את המבנה הכלכלי פוליטי של זמנו, אך הקביעה נכונה גם היום. המציאות האנושית היא מציאות של חיים פוליטיים במסגרת המדינה. האדם איננו חי לבד, לא מתוך בחירה אלא מתוך צורך- זה טבעו. כמו שיש בעלי חיים שחיים בלהקות ועדרים, אדם שייך לקהילה. אך הצורך שלו יותר גדול אפילו מלהקה, שיתוף הפעולה של האדם עם הסביבה בה הוא חי הוא יותר אינטנסיבי ורחב- הוא נוגע לצרכים הבסיסיים ביותר שלו- מזון, ביגוד, ביטחון וכו. כל הצרכים שלנו כמעט תלויים בזולת, אנחנו לא מקיימים את עצמינו כיחידים כמעט בשום מובן, כל הקיום הוא שיתוף פעולה עם אנשים אחרים. לכן הטענה של אריסטו היא שהקיום של האדם כיצור חברתי\קהילתי\פוליטי היא חלק מהטבע שלו ולא עניין תרבותי. החיים במסגרות משפחתיות קהילתיות זה חלק מטבעו האדם ומשום כך, האדם מטבעו אינו יחיד.

* אדם ובעלי החיים

האדם שונה מהחיות לא רק בעניין של להקות ועדרים כפי שאריסטו הזכיר- שרמת ההזדקקות שלו לקהילה היא אינטנסיבית יותר והיא גם משוכללת יותר, במובן שלאדם יש את כוח הדיבור- יכולת התקשורת של האדם עם הסביבה (גם לבעלי חיים יש כל מיני קריאות ותקשורת אך התקשורת של אדם עם חברתו היא יותר משוכללת). כוח הדיבור מאפשר לתאם את הפעילות בין בני האדם. ואף יותר מזה- לאדם יש תחושה של צדק ועוול מה שאין לחיות. בעקבות זאת יש לאדם יכולת להבחין בין טוב לרע ולקבוע מה הוא טוב ומה רע, מה שאין לבעלי חיים.   
לפי אריסטו הקביעות של הצדק והעוול, הן קביעות שמשתלבות עם הקיום החברתי שלו. במילים אחרות- האדם לא יכול לחיות בחברה בלי שיש מושגים של טוב ורע- איך נכון להתנהג בחברה. כלומר, לאדם יש צורך כחלק מהטבע שלו זה לחיות בחברה, אך כדי לחיות בקהילה יש צורך בכללים מסוימים. אם אדם חי בקהילה אך בתוכה כל אחד לעצמו, אגואיסטי ופועל רק לצרכיו כמו בעלי חיים בטבע- לא יהיה קיום לקהילה. כשהוא רעב הוא יגנוב מחברו, כשהוא יצא הוא ישתה מהמים שלו וכו, אז לא יהיה קיום לקהילה.

* הצדק הטבעי

הקיום של החיים הקהילתיים שהוא חלק מטבע האדם, מחייב איזושהי מערכת נורמטיבית שמאפשרת את החיים וממילא המערכת הנורמטיבית הזאת לפי אריסטו היא טבעית, זה לא דבר תרבותי שמולבש מבחוץ. היא טבעית כי היא זאת שמאפשרת את החיים הקהילתיים והפוליטיים שהם חלק מטבע האדם. לכן טוען אריסטו שהמשפט הטבעי היא אותה מערכת נורמטיבית שהכרחית לקיום הקהילתי. והואיל והיא הכרחית לקיום הקהילתי , היא טבעית- היא לא יצירה תרבותית המנוגדת לטבע ושהאדם יכול לוותר עליה. אם האדם לא יקיים מערכת נורמטיבית הוא לא יוכל להקים קהילה. משפט הטבע זו אותה מערכת נורמטיבית שדרושה לחיים קהילתיים, שבלעדיהם בני אדם לא יוכלו לחיות יחד במסגרת מדינית. את הדברים האלה אנחנו מגלים באמצעות התבונה, לאדם יש יכולת תבונה- וכוח הדיבור מאפשר לאדם לגלות מהם כללי המשפט הטבעי, ולכן הכללים האלה הם טבעיים. התבונה של האדם היא המאפשרת לו לחשוב מהן נורמות ההתנהגות הנחוצות במסגרת חיים קהילתית.

ארגון החיים הקהילתיים של בני האדם לפי כללים מוסריים זה חלק מהטבע שלהם ולא מהלך תרבותי שנפרד מהטבע, ולכן כללי המוסר הם טבעיים במובן הזה שהם נחוצים לחיים הקהילתיים. והאמת הזו שלהם, המסגרת הבסיסית של בני האדם נחוצה לכל הקהילות של בני האדם. לבני האדם יש יכולת משוכללת לחקיקת חוקים שיש בהם גם מרכיבים של החלטות שהן לא מוכתבות מכוח משפט הטבע אך הן כפופות אליו.

אפשר להתקדם ולשאול האם בהחלט הדיון של אריסטו מסביר את השאלה הבאה: האם המשפט הטבעי הוא מערכת מינימום שמאפשרת לחברה להתקיים או מערכת מקסימום- שיכולה להשתכלל ולעלות כללים מוסריים טובים יותר? מערכת מוסר שתאפשר מוסר מינימלי הוא מוסר שבענייננו יהיה פסול, או לתפוס את מערכת המוסר הטבעי כמערכת מקסימלית ששואפת להיות כמה שיותר צודקת. ההצדקה של אריסטו לאורה היא מערכת מינימום- מערכת שהיא הכרחית לקיום קהילתי ואפשר לתפוס כמערכת מקסימלית שהיעד שלה הוא להשתכלל ולהיות כמו שיותר צודקת. הוא לא נותן מענה על כך, אבל הוא כן אומר שאת המערכת המוסרית צריך לראות אותה כשלא מערכת שמוטלת מבחוץ אלא מערכת שהיא ביטוי לטבע של האדם ולכן ניתן להסתכל עליה כמשפט טבעי. התיאוריה של אריסטו גם יכולה לשמש הצדקה למערכת מקסימום- שקיום טוב של חברה היא לא רק הכרח והבסיס, אלא גם מערכת צודקת יותר.

סיכום: הצדק המדיני (המשפט)- הצדק המדיני חלקו בא מן הטבע- מהתבונה, ומבינים מתוך הטבע מה הן הנורמות הדרושות לחיים הקהילתיים, וחלקו בא עם החוק- אלו קביעות של המדינה שהיו יכולות להיקבע באופן שונה אבל לאחר שהם נקבעו צריך להתנהג על פיהם- כמו הטלת מס, שיעור מס וכו. אחרי שהמדינה קובעת את זה, יש לחוקים האלה ערך להמשך שיתוף הפעולה והחיים המשותפים של הקהילה. זה לא שלפי אריסטו יש לציית רק לחוקי המשפט הטבעי, צריך לציית לכל החוקים- כל החוקים דרושים אך החוקים מן הטבע מטילים אילוץ על הקביעות של המדינה. כלומר המדינה איננה חופשית לקבוע כל דבר, ואם היא קובעת דברין המנוגדים לעקרונות המשפט הטבעי אז דינם להתבטל. עקרונות הצדק הם לא עניין רק של החלטה אנושית, אלא תחת אמת אוניברסלית, מאורגנת בטבע האדם שבלי זה לא יכל להתקיים.

**קיקרו**

הסיכום של משפט הטבע מופיע באופן מלא אצל משפטן רומי בשם קיקרו, שחי במאה ה1 לפנה"ס. הוא היה שייך לזרם פילוסופי בשם הסטואה, אך הוא מסכם בצורה טובה את התיאוריה של המשפט הטבעי:

*"חוק אמיתי הוא הסכמה של התבונה עם הטבע. והוא אוניברסלי, בלתי משתנה וקיים לעד"-* ההנחה היא שחוק טבע, כמו חוקי הטבע הפיזיקליים הם נצחיים ואוניברסליים גם חוק הטבע המוסרי. המשפט הטבעי הזה הוא קיים ואסור לערער אותו.

*"איננו יכולים להשתחרר מחובותיו לא על ידי הסנאט ולא על ידי העם, ואיננו צריכים לחפש מפרש לחוק מחוצה לנו*"- ההנחה של קיקרו ובזה הוא משקף את הזרם הסטואי, שההבנה של החוק הטבעי היא אינטואיטיבית- לא צריך להיזדקק לפרשן חיצוני לנו, אלא לאדם יש הבנה בלתי אמצעית- הוא יודע באופן טבעי מה הוא הנכון לעשות. הוא יודע מה ההתנהגות הראויה ולא צריך הכוונה חיצונית, יש משהו טבעי גם במובן של ההיכרות עם החוק הטבעי. הוא נגיש לזה באופן אינטואיטיבי.

קיקרו מדבר על אל אחד אוניברסלי, חקו הטבע הזה האו תוצר של האל, הוא חלק מהטבע אוניברסלי ונצחי. יש פה תפיסה מאוד יסודית של מוסר שקיים, לא עניין של הסכמה וחלק מהטבע- נצחי ובלתי משתנה. הוא לא נותן את הדעת לכך שהתפיסות המוסריות משתנות, והוא מניח שקיום נצחי ולא מודע לשינויים האלה. אנו בפרספקטיבה שלנו אכן רואים שינויים בתפיסות המוסריות החברות האנושיות. אך באופן עקרוני אמרנו שההשתנות שחלה לא מחייבת לסגת מהטענה שהחוק הוא נצחי- אפשר לייחס את השינוי לגילוי של האמתות האלה ולא לתוקף.

זה יהיה בסיס לתפיסה שרווחת בימי הביניים- התפיסה של המשפט הטבעי שתהיה דומיננטית עד לעת החדשה. התפיסה הזו הייתה תפיסה דומיננטית במשך שנים, אך בראשית העת החדשה היא מתחילה להשתנות. בעת הישנה, אכן היו הסופיסטים שהנגידו בין הטבע לתרבות, בעוד שאריסטו ואפלטון דיברו על מוסר טבעי, תפיסה שהתקבעה בימי הביניים.

**הפונקציות של משפט הטבע**

נדגיש כי התפיסה של המשפט הטבעי יש לה שתי פונקציות אפשריות ומנוגדות: אחת הגרסאות של משפט הטבע הייתה הגרסה הנוצרית בימי הביניים- אחת הגרסאות שלה היא גרסה של הוגה דעות בשם אקווינס, שהבחין בין ארבע רמות של המשפט: המשפט הנצחי של האל, המשפט הטבעי שרואים בטבע, המשפט האלוהי שהדת מגלה ומשפט המדינה. הוא טען שתפקיד המשפט של המדינה זה לעשות הרמוניזציה בין כל הרמות האלו. משפט המדינה צריך לקחת מצד אחד ממשפט הטבע (הפיזי), מצד שני הוא הכניס את ההתגלות הדתית לתוך המסגרת של משפט הטבע (כלומר גם היא מגלה את המשפט הטבעי) ומשפט המדינה נמצא מתחת ושואב בצינורות ממשפט הטבע הרציונלי ומהצד השני ההתגלות הדתית. משפט המדינה הוא ההתגלות הקונקרטית של משפט הטבע. כי החוקים הכללים האלה של הטבע והדתיים, לא מספיקים כדי ליצור חוק מעשי- שמתייחס לכלל תחומי החיים, אבל הוא שואב משני היסודות האלה. שהאיבה הזאת, יש לה שתי פונקציות:

1. פונקציה שמרנית- המשפט של המדינה הוא ביטוי של משפט הטבע, הוא יישום שלו. ולכן, המשפט של המדינה הוא משפט צודק. תופסים את המשפט שלנו כהתגלמות של משפט הטבע. משפט המדינה תמיד צודק משום שההנחה היא שאנחנו מגלמים את משפט הטבע הכללי והמופשט בחוקים מעשיים. משפט הטבע הופך להיות הצדקה למשפט המדינה ולציות לחוקי המדינה.
2. פונקציה ביקורתית- יש לבחון האם חוק המדינה הוא צודק בהתאם לעקרונות של משפט הטבע. נבקר את משפט המדינה לאור משפט הטבע, ונשאל האם משפט המדינה עומד לאור הסטנדרטים של משפט הטבע- האם הוא צודק\ מוסרי. וכאשר החוק סותר את משפט הטבע, דינו להתבטל. זה בדיוק מה שאומר קיקרו. ההחלטה של הסנאט\ מחוקק לא יכולה להפר את חוק הטבע- המשמעות היא שאם נמצא שהמחוקק חוקק בניגוד לחוק הטבע, החוק יתבטל ואף ניתן לקרוא את זה כהצדקה לאי ציות לחוק כאשר החוק לא מוסרי. כאן חוק הטבע הופך להיות כלי ביקורתי ביחס למשפט.

**משפט הטבע בעת החדשה- זכויות טבעיות**

נדון במקומו של המשפט הטבעי בראשית העת החדשה בהגות של הוגים חשובים בנושא תורת המדינה. ניגע גם בהשפעה שהייתה לזה במסמכים משפטיים מודרניים.

**תומס הובס (1588-1679)- הבסיס למשנתו של לוק**

הוגה אנגלי שפעל במאה ה-17. הובס פיתח והוא הראשון שיש לו את זכות היוצרים על תורת האמנה החברתית. דגם שהפך להיות שמיש וזכה לכל מיני גרסאות שונות על ידי הוגים במאה ה17-18 ואפילו במאה ה20, כך שהוא בעצם האיש החתום על הדגם\ התורה זו. נדון על התורה של הובס והשלכתה על תורת המשפט.

נקודת המוצא של הובס וההבחנה הבסיסית היא הבחנה בין המצב הטבעי למצב המדיני:

**המצב הטבעי**

המצב הטבעי

**שוויון:** "הטבע עשה את בני האדם שווים ביכולות הגוף והנפש"

**תחרות**

**אי ביטחון**

**מלחמה**

המצב הטבעי הוא קדם פוליטי, לפני יסוד המדינה. מצב שאפשר להתייחס אליו כעניין קדום, היסטורי שהיה קיים בעבר וקיים בכל מיני חברות פרימיטיביות, ואפשר להתייחס אליו גם כמצב היפותטי, מצב שמדמיינים אותו- אך לו יש השפעה רבה על התורה שהובס מפתח. במצב הטבעי, הקדם מדיני התאפיין בהיעדר מסגרת נורמטיבית, לא גם משפטית אלא גם מוסרית. במצב הזה, בני האדם פועלים רק על פי חוקי הטבע, ובעיניו חוקי הטבע זהו הטבע העירום, שלא כמו אריסטו ראה בתמונת הטבע תמונה עשירה שמקיימת את התכלית של הקיום הקהילתי ויסודות נורמטיביים, בעיני הובס המצב הטבעי הוא מצב חף מכל מסגרת נורמטיבית. יש דבר נורמטיבי שעליו נדבר בהמשך, אך באופן בסיסי אין בו מערכת משפט או מערכת מוסר שהיא כתוצאה ממצב של התאגדות חברתית.   
נקודת המוצא שמאפיינת את המצב הטבעי היא השוויון בין בני אדם. מה הכוונה שיוויון? שהרי בני האדם אינם באמת שווים וזהים- גבוהים מול נמוכים, חזקים מול חלשים, עשירים ועניים וכן הלאה. אבל הובס אומר כי יש מובן בסיסי שבו יש שוויון בין בני אדם והמבחן שלו הוא העובדה שכל אדם יכול לסכן את חברו- האדם החלש ביותר יכול להרוג את החזק ביותר אם תהיה לו ההזדמנות מתאימה. ולכן הפערים שקיימים בין בני אדם בנושא הכישורים הפיזיים, האינטלקטואלים והרגשיים, הם לא משנים את העובדה שביסודו של דבר יש סוג של שוויון בזה שכל אדם יתחרה בחברו וגם יכול לאיים עליו.   
השוויון הזה מביא לתחרות בין בני אדם על משאבים- משאבים של הטבע, אדמה, מים, נכסים אחרים וגם על עמדות של כוח והשפעה. מכיוון שתחרות הזו כוללת בתוכה איום, אז היא יוצרת מצב של חוסר ביטחון. משום שאם במסגרת התחרות הזו, לכל אדם אין מגבלות- הוא יכול לפגוע בזולתו. כלומר שאם אין מניעה מוסרית\ נורמטיבית אין מניעה שכל אדם יפגע באחר במסגרת התחרות- כך הוא יכול להשתלט על נכס של אדם אחר ולפגוע בו, כך לגבי אשתו, הרכוש שלו וכל הנכסים שיש בעולם.   
אם יש תחרות שאין עליה מגבלות נורמטיביות אז התחרות הזו באופן עקרוני היא תחרות שמביאה לחוסר ביטחון ולמלחמה- כפי שהובס מכנה אותה כמלחמת כל בכל. זאת אומרת, במצב הטבעי שבו בני האדם נוהגים כמו בע"ח, יש מלחמה בכל וכל- כמו שכל בעל חיים מאיים על החלש ממנו, כך בני האדם מאיימים על כולם (הואיל ובני האדם שווים במובן שכל אחד יכול לאיים על זולתו- כיחידים וקבוצות). מלחמת ההישרדות על השפעה הופכת למלחמה כללית- הכל בכל.

בהערת אגב, הובס טוען שהמצב הטבעי קיים במישור הבינלאומי. אם נרצה לראות מצב טבעי שיש מלחמתה כל בכל- תלכו לשדה הבינלאומי. ביחסים בין מדינות, המצב הטבעי הוא המתרחש- מלחמת כל בכל שהחזק גובר על החלש ואין מערכת נורמטיבית שמסדירה את החיים.

המצב הטבעי מבחינה נורמטיבית

לפי הובס במצב הטבעי מבחינה נורמטיבית, יש רק דבר אחד שהוא חירות גמורה. לבני אדם במצב הטבעי יש חירות לעשות הכל- הטבע לא מגביל אותם. הובס תופס את מושג הטבע כפי שהוא באופן עירום, כפי שהוא אצל בעל החיים- כפי שהחיות אינן מוגבלות אלא על ידי חוקי הטבע עצמם- את הצורך שלהם למזון, מים, התרבות וכו, אך יש להם גם חירות גמורה. כך הובס מתאר את המצב הטבעי- בני האדם נמצאים במצב של חירות גמורה, אין עליהם שום מסגרת נורמטיבית- ולכן אין על בני האדם מושגים של צדק ועוול, נכון או לא נכון. המצב הטבעי בו פועלים חוקי הטבע הוא מצב עירום מכל מסגרת נורמטיבית- יש כל אדם חירות לעשות הכל.

מבחינה נורמטיבית:

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

המצב הטבעי מבחינה מעשית

מבחינה מעשית התוצאה של המצב הטבעי לפי הובס- זה מלחמת הכל בכול- כל אדם רוצה למלא ולפעול למען האינטרסים האיששים שלו, ויש לו חירות גמורה לעשות את זה- הוא יכול להשיג כל דבר ואין עליו שום מניעה להשיג ולעשות שימוש בכל חפץ בעולם לצורך הישרדותו. אז המצב הטבעי הוא מצב שמביא למלחמת הכל.   
והתוצאה של המצב הזה- של מלחמת הכל, היא שהאדם חי חיי בדידות. וזאת מפני שאומנם האדם יכול לפעול בבריתות, אך הוא לא סומך על אף אחד (גם מי שעושה איתו ברית כנגד אויב משותף, אחר כך בין עצמם אין חובת נאמנות, כך שבתוך הברית עצמה ייווצרו בריתות משנה ומשברים שבסופו של דבר האדם עומד לבדו). לכן, חיי האדם במצב הטבעי הוא חי חיי בדידות, דלים, מאוסים, בהמיים וקצרים- יש לו סיכוי לסיים את חייו מוקדם מכפי שהוא מצפה או שהטבע יאפשר לו.

מבחינה מעשית:

* מלחמת הכל בכל
* האדם חי חיי בדידות, דלים, מאוסים, בהמיים וקצרים

האמנה החברתית

בסופו של דבר יש בטבע מין מצב שמצד אחד יש חירות גמורה אך מצד שני, התוצאה היא אומללה למדי. ולכן, בני האדם שחיו במצב זה (אם חיו בו אי פעם), מגיעים למסקנה שכדאי להם לשנות את מצב הטבעי ולעבור מהמצב הטבעי למצב אחר. כלומר, אם החירות הגמורה מובילה למלחמה, חוסר ביטחון וחיים אומללים וקצרים אז אולי כדאי לוותר על החירות. כאן בני האדם מפעילים שיקולים רציונליים ותבוניים- פועלים לפי מה שנראה להם שהוא הנכון ובכך הם קוראים להתארגנות, ויתור על החירות ומעבר למצב המדינה בו החירות אומנם מוגבלת אך חייהם יהיו טובים יותר. כך שהמצב הטבעי מוביל את בני האדם לייצר את רעיון המדינה. זה מה שמאפיין את רעיון האמנה החברתית- בני האדם יקיימו אמנה\חוזה\הסכם שמשתית את החיים המדיניים-קהילתיים. לשם כך, כדי שהאמנה תצליח ותחזיק מעמד, צריך להניח ולקבוע חוקים רציונליים, שהובס קורא להם חוקים טבעיים- לא במובן של חוקי טבע, אלא חוקים טבעיים כרציונליים ומועילים.

חוקים טבעיים (רציונליים)

הובס הוגה 3 חוקים/עקרונות עיקריים:

1. שלום עדיף על מלחמה- לפי התבונה הבסיסית של בני האדם שלום עדיף על מלחמה, וזאת משום שבמלחמה יש אובדן של חיים ורכוש, ולכן עדיף לחיות בשלום. כמובן שאם לא מקבלים את העקרון הזה, אין שום סיבה לשנות את המצב הטבעי ולקבל את המצב החדש. החוק הטבעי האינטואיטיבי הוא חוק שמניע לשנות את המצב הטבעי, כי הוא מוביל למלחמת כל בכל. אם טוב לאדם לחיות במלחמות, לא תהיה לו סיבה לשנות את המצב של מלחמת הכל. כך שנקודת המוצא היא שזהו מצב לא טוב- כי החיים הם חיי בדידות, מאוסים, בהמיים וקצרים. מי שלא מקבל את נקודת המוצא ומעדיף לחיות במלחמת הכל בכל לא יעבור למצב חדש, אך הטענה של הובס היא שזהו חוק רציונלי וכל בני האדם מקיימים את החוקים האלה- הם חוקים שמתקבלים פה אחד. העקרון זה נכון על כולם- גם על החזקים והעשירים, משום שגם הם נמצאים תחת איום תמידי.
2. ויתור על החירות- אם השלום עדיף על המלחמה, אז האדם צריך להיות מוכן לשלם את מחיר השלום, שבהקשר הזה פירושו ויתור על זכותו לחירותו המלאה. החירות המלאה היא זאת שמובילה למצב המלחמה ולכן האדם צריך להיות מוכן לוותר עליה לטובת שלום. כדאי לו לוותר על החירות כי זה יבטיח את שלומו.
3. צדק-הכורת אמנה חייב לקיימה- עקרון הצדק לפיו מי שכורת אמנה חייב לקיימה- כלומר אמנות צריך לקיים. עיקרון אינטואיטיבי פשוט שחייב לקבל אותו, כי אם לא נקבל אותו והאדם לא יפעל לפי מה שהוא הבטיח- זה ימוטט את כל המערכת.

אם אנחנו מקבלות את שלושת עקרונות האלה (שכל עקרון הוא הכרחי), אפשר לעבור למצב המדיני- לשנות ולהתארגן כקהילה או כמדינה.

**המצב המדיני**

המצב המדיני

* אמנה, שעל פיה הנתינים מוסרים את זכויותיהם לריבון
* מושג הצדק והעוול נקבעים מעתה על ידי הריבון.
* לריבון יש סמכות לקבוע חוקים
* לריבון סמכות לשפוט את מפרי החוקים
* לריבון סמכות לנהל את ענייני המדינה

במצב המדיני, בני האדם כורתים אמנה\הסכם בו הם מתחייבים למסור את חירותם לריבון. הריבון הוא האוסף את כל זכויותיהם של בני האדם, שהם סומכים עליו בהפקדת חירותם, כדי שהוא יוכל להגביל את החירות במידת הצורך ולוודא חיי שלום וביטחון- לכן יש ויתור על החירות המלאה. מעתה, מושגי הצדק והעוול נקבעים על-ידי הריבון. נזכיר כי במצב הטבעי אין ולא היו מושגים כאלו- אין צדק ועוול כי יש חירות גמורה שלפיהם בני האדם יכולים לעשות הכל. כתוצאה מכך, במצב המדיני, בני אדם מוסרים את חירותם לריבון, והריבון קובע את החוקים שהם הקובעים מה נכון ומה לא נכון, מה צודק ומה עוול. ולריבון יש כמובן גם את הסמכות לדון ולשפוט את המפרים ולנהל את ענייני המדינה.

הצדקת מושג המדינה

אם חושבים על תורתו של הובס, נבין כי הובס בא להצדיק את מושג המדינה- כלומר לשאלה מאיפה למדינה יש הכוח, ההצדקה והסמכות להגביל את חירויות הפרט. טענת הובס היא שהמדינה אינה טבעית (כפי שאריסטו ראה אותה) אלא יצירה תרבותית של בני אדם**.** והיצירה הזו היא יצירה הכרחית משום שאנחנו צריכות לדמיין מה האלטרנטיבה- שלפי הובס האלטרנטיבה למדינה היא אנרכיה= המצב הקדם-מדינתי. לכאורה המצב הטבעי במבט ראשון יכול להיראות אטרקטיבי כי אף אחד לא מגביל את חירותנו, אך אם נסתכל טוב על המצב הטבעי, החירות הגמורה הזו מביאה למלחמת הכל, לחיים אומללים- ולכן באלטרנטיבה הזו שבין המצב הטבעי, בלי חוק וחירות גמורה, המדינה היא הדבר העדיף.   
הובס גם מצדיק משטר מלוכני אבסולוטי. משטר בו לריבון יש כוח בלעדי לקבוע את החוקים.   
היסטורית הובס לא רק מצדיק את המדינה אלא מצדיק משטר מלוכני אבסולוטי. משטר שבו יש לריבון, המלך, את הכוח הבלעדי לקבוע את החוקים. מלוכה אבסולוטית בניגוד למלוכה חוקתית- שהמלך כפוף לחוקה מסוימת והוא חייב לפעול לפיה, הרעיון של מלוכה אבסולוטית היא שכל הכוח נמצא אצל המלך. מבחינה היסטורית, הובס מצדיק את המלוכה באנגליה בתקופה של מלחמת אזרחים, הוא פרו מלוכני והתיאוריה שלו מצדיקה לא רק את המדינה אלא משטר מסוים, מלוכני. כאן יש לשים לב שבניגוד להצדקה שהייתה מקובלת בכל ימי הביניים, לפיה המלך בחסדי האל- האל נותן למלך את הכוח (האפיפיור, נציג האל הביא למלך את הסמכות). הובס מביא הצדקה מעין חילונית- הוא לא מבסס את ההצדקה שלו למדינה ולמלוכה על הצדקה דתית- על האל או הדת אלא על התבונה הרציונלית- מה האופציה האחרת. החירות הגמורה תביא למלחמת הכל בכל, לחיים אומללים ולכן האופציה הקיימת היא של מדינה ומלוכה.   
לאחר מכן, הדגם הזה של מעבר בין מצב טבעי למצב מדיני נשאר דגם מרכזי עד למאה ה20, ומצאו לו גרסאות שונות להצדקת משטרים שונים. אך הובס הביא את הרעיון של התארגנות המדינית כאלטרנטיבה למצב הטבעי והציג את האופציה המלוכנית. רואים שדגם זה הפך לדגם מאוד מרכזי להצדקת המדינה.

**איזו תיאוריה משפטית מייצג הובס?**

נחשוב על התיאוריה של הובס מנקודת מבטה של תורת המשפט- איזו תיאוריה משפטית הובס מייצג? מבחינת קו פרשת המים בין תורת המשפט הטבעית, שלה גרסאות שונות, לתורת המשפט הפוזיטיבית שלה גרסאות שונות- איפה הובס עומד? האם הוא מייצג תורת משפט טבעית או פוזיטיבית?

הובס מייצג את התיאוריה הפוזיטיבית, נקודת המוצא שלו היא שהמשפט לא קיים אלא אפילו מציג ניגוד בין המשפט לטבע, בין החוק לטבע. במצב הטבעי אין חוק ואין מדינה- מצב של היעדר חוק. מקורה של הסמכות המדינית היא מהאמנה החברתית ובהסכמת החברה. ומקורו של החוק הוא בריבון- אם הריבון קובע את החוק אז החוק הוא חוק פוזיטיבי. לכן התפיסה שהובס מייצג היא בסיס לתפיסה פוזיטיבית של המשפט. באופן עקרוני, בתיאוריה של הובס אין מנגנוני איזון- הוא מדבר על מלוכה אבסולוטית, בדגם שהוא בנה אין מנגנון איזון שמונע מהשליט להיות עריץ ולקבוע חוקים רעים (שמגבילים את החירות הטבעית). זה לא מה שהובס התכוון, הוא רצה שליט ליברלי ורציונלי, אבל כשבונים את הדגם שלו, אם החירות של בני האדם נמסרת באופן מלא לריבון, והוא רשאי לקבוע חוקים וכל מה שהוא יקבע יהיה נכון ולא נכון, אז ממילא אין מנגנון שמגביל את הכוח שלו באופן מעשי, גם מבחינה משפטית אין אילוץ שחל על החוק. כלומר, הריבון קובע את החוק ומה שהריבון קובע זה החוק. הגישה היא לגמרי פוזיטיבית- הריבון יכול לחוקק איזה חוקים שהוא רוצה, שסביר להניח שנגד עינו יש את טובת החברה, אך אם הריבון רוצה לקדם את טובתו האישית, אין מנגנון שיגביל את זה. ולכן ניתן לראות את התיאוריה שהובס מציע כתפיסה פוזיטיבית, שהוא לא מכיר במערכת נורמטיבית אחרת מחוץ לחוק שמטילה עליה אילוצים.

התיאוריה המשפטית שהובס מייצג

* החוק מנוגד לטבע
* מקורה של הסמכות המדינית באמנה החברתית
* מקורו של החוק בריבון
* פוזיטיביזם

נשמע ממנו שגם המוסר הוא יצירה חברתית- הוא איננו נמצא בטבע, אין זכויות וחובות טבעיות, בני אדם הם בעלי חיים. יש מערכת מסורית שהיא קונבנציה חברתית- שכמו שהחוק נוצר כדי לאפשר חיים טובים, גם המוסר נקבעו חברתית. יכולה להיות מערכת מוסרית לצידו של החוק, אך היא גם כן קונבנציה חברתית. כל המערכת הנורמטיבית היא מערכת תרבותית שבני האדם מלבישים על המציאות והיא תוצאה של ההסכמה שלהם. אין מערכת מוסרית אובייקטיבית-טבעית, והיא מתאימה לתפיסה הפוזיטיבית- גם המוסר הוא פוזיטיבי, הוא מוסר שבני האדם מסכימים עליו- הם יוצרים גם את המערכת המשפטית וגם המוסרית.

1. **ג'ון לוק (1632-1704)**

גון לוק שחי אחרי הובס, לוק מנצל את התובנה שהובס הניח- של אמנה חברתית והבחנה בין מצב מדיני-טבעי למצב מדיני, אך הוא נותן לה פירוש לגמרי אחר:

**המצב הטבעי**

לעניין השוויון, בעוד שהובס טוען לשוויון בעניין הסכנה- כשוויון בסיסי שמתבטא לא כשוויון נורמטיבי (לא שהם שווים מבחינה נורמטיבית) אלא כשוויון שבני האדם יכולים לסכן אחד את זולתו, לוק טוען שיש שוויון בסיסי (כל בני האדם שווים בכך בעלי יכולות פיזיות\מנטליות דומות- וכך גם בלי ספק ביכולת לעזור ולסכן אחד את השני), אך השוויון הבסיסי הוא ביטוי לשוויון נורמטיבי. הואיל ובני האדם שווים באופן בסיסי, לפחות כמו שהובס טוען, אך גם צריך להניח שהם שווים מבחינה נורמטיבית- דהיינו, אסור לאדם לפגוע באדם אחר וליטול את מה שהוא שלו. כלומר הרעיון הזה שהחזק יכול לפגוע בחלש בגלל חוזקתו, הוא מוטעה ביסודו. בעיני לוק, מצב השוויון בטבע מגלם גם שוויון בזכויות שלהם- לכל בני האדם יש את אותן זכויות, ולכן בני האדם לא יכולים להיות כפופים זה לזה (אף אדם לא יכול לשעבד ולפגוע בזולתו).

המצב הטבעי

* שוויון- יצורים מאותו מין שהטבע לא הפלה ביניהם מין הדין שיהיו שווים זה לזה ולא כפופים זה לזה.
* חירות- אין זה מצב של הפקרות. הכל כפופים לחוק הטבע.

לוק טוען כי החירות שהובס תיאר היא חירות מוגבלת כבר במצב הטבעי. הטענה של הובס שהחירות היא מוחלטת, כמו חירות בעולמם של בעלי החיים- שאחד יכול לטרוף את חברו, היא לא נכונה. כבר במצב הטבעי, בהיעדר מדינה, בלי שיש התארגנות מדינית החירות איננה הפקות- כולם כפופים לחוקי הטבע, שפירוש חוק הטבע זה חירויות וזכויות בסיסיות לכולם**.** כך למשל הזכות לחיים- לכולם יש זכות לחיים ואף אדם לא יכול להרוג את זולתו, לכולם יש זכות שווה ברכוש- ואף אחד לא יכול לפגוע ברכוש של השני, לכולם יש חירות- ואף אדם לא יכול להגביל את חירותו של השני.

המצב הטבעי שלוק מתאר, הוא מצב ממש מנוגד למצב שהובס תיאר. לפי לוק, גם במצב הטבעי בהיעדר מדינה, יש מערכת נורמטיבית טבעית.

איך אפשר להבין את התובנה השונה של הובס ולוק לגבי המצב הטבעי?

שני ההוגים מתארים מצב טבעי שאולי היה אי פעם וקיים באיזשהן חברות אך הם מתארים מצב טבעי שנגזרותיו שונות- בעוד שהובס טוען כי הטבע זה חירות גמורה בהיעדר כל מסגרת נורמטיבית, לוק טוען שהטבע הוא גם כן מכיל נורמות- נקודת המוצא שלבני אדם יש זכויות שוות, ואדם לא רשאי לפגוע בזכותו של חברו- בחייו, רכושו וחירותו, גם במצב הטבעי.

ניתן להסביר את השונות במצב הטבעי בעזרת אופטימיזם מול פסימיזם- ההסתכלות על הצדדים השונים של הקיום האנושי, כאשר מסתכלים על בני האדם- יש בהם יסודות יצריים הישרדותיים, מהסוג שהובס מתאר, שהם מובילים בני אדם לנצל הזדמנויות על מנת לעלות ולפגוע בזולתם, אך יש גם יסודות ויצרים של חמלה. חלק מהטבע במובן הביולוגי- יסוד של חמלה ואמפתיה שיכול לראות ולחוש את הזולת. כל אחד מהם מסתכל על שני הצדדים שקיימים במציאות:

* הובס מסתכל בנקודת מבט פסימית- על הצד האלים, התחרותי וההישגי של בני האדם- אחד על חשבון השני שיש בבני אדם ולכן הוא אומר כי זה הטבע ובשביל לרסן אותו צריך לפעול במשהו מחוץ הטבע.
* לוק מסתכל בנקודת מבט אופטימית- לוק מסתכל על הטבע של האדם כיסודות של חמלה, אמפתיה ולראות את השני, ולכן בטבע יש גם כיבוד הזולת וזכויותיו.

**המצב הנורמטיבי- חוק טבעי**

מכיוון שבני האדם שווים מטבעם, אז אדם לא רשאי לפגוע בזכותו של חברו, ולוק אף מוסיף ואומר כי לכל אדם יש זכות להבטיח את הזכויות הטבעיות, כלומר להבטיח את החוק הטבעי. גם במצב הטבעי, מבחינה נורמטיבית, יש לבני אדם זכויות שצריך לכבד אותם, ואף כחלק מהזכויות האלה, כוללת הזכות להבטיח את קיומן של הזכויות הטבעיות של בני האדם.  
כלומר, יהיה מוצדק באופן טבעי להצדיק עבריינים כדי למנוע מהם לפגוע מאחרים, ולדרוש לפיצויים על מי שפגע בהם. כלומר, על פי לוק, מושגי בפיצוי והענישה הם גם חלק מהחוק הטבעי. ללוק יש מערכת נורמטיבית עשירה מאוד הכוללת זכויות, ענישה ופיצויים. זה לא רק מה נכון או לא נכון, אלא איך לפצות. אם אדם גרם נזק לזולתו, אז חובה עליו לפצות אותו- זה צדק טבעי, והנפגע רשאי לתבוע את פיצוי הנזק, וכך לגבי העבריין- העבריין שפגע במישהו מוצדק יהיה להעניש אותו.

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

**מהן הסיבות לעבור למצב המדיני?**

המצב הטבעי מניח לוק, בניגוד להובס שטוען שהמצב הטבעי חסר כל מסגרת נורמטיבית, יש מצב הטבעי מסגרת נורמטיבית עשירה מאוד שקובעת זכויות טבעיות וגם זכויות לקיים את אותן זכויות טבעיות- גם לתבוע פיצויים על פגיעה ולהעניש עבריינים. אז אם לוק מניח מצב טבעי כל כך עשיר, אז למה לעבור למצב המדיני אם יש את כל המערכת הנורמטיבית?

1. קשיי אכיפה- יש מצב נורמטיבי אבל השאלה היא האם יש כוח לאכוף אותו- אנחנו יודעות שאסור להרוג, לגנוב ואנחנו יודעות שמי שעשה את זה צריך להשית עליו עונש, אך מי יהיה זה שיאכוף, מה יהיה בעל הכוח שיבטיח את זה? יהיו אנשים חזקים שיבטיחו את האינטרסים שלהם, אבל יהיו אנשים חלשים שלא יזכו להגנה. לפי הדגם של לוק הבעיה היא לא בעיה נורמטיבית אלא הבעיה היא של יישום ואכיפה. מבחינה נורמטיבית ניתן לתאר מצב שהוא מספק אבל אין את הכוח לאכוף אותו.

* במצב הטבעי לא כל אחד יכול להגן על זכויותיו
* במצב הטבעי אדם עלול להעניש יותר מן המידה הראויה או לתבוע פיצוי יותר מן הראוי

1. אכיפה צודקת- לוק טוען דבר נוסף- אם נשאיר את האכיפה והענישה בידי כל אדם, אנשים יכולים לקחת את החוק לידיים ויפעלו להבנתם- אנשים יענישו מעבר ויתר על המידה. אם יהיה איש עשיר בעל כוח, כל מי שיפגע בו ייענש באופן חמור, בעוד שאיש אחר לא יוכל להעניש בכלל.

כלומר יש פה שתי בעיות מרכזיות:

1. בעיה של הפעלת הכוח- הבטחה של כל המערכת הנורמטיבית
2. הפעלה הוגנת של המערכת הנורמטיבית- הפעלה הוגנת וצודקת של המערכת הנורמטיבית משתקפת למשל בכך שאנשים לא יענשו יתר על המידה- שלא יהיו מניעי נקמה ומעין משפט שדה.

במילים אחרות, לפי לוק הבעיה במצב הטבעי איננה היעדר של נורמות אלא היעדר יכולת אכיפתן, ואכיפתן באופן הוגן. וזה מה שיביא את בני האדם לעבור למצב המדיני. כלומר, מטרת המעבר למצב המדיני היא להגן על הזכויות הטבעיות ולא כדי ליצור אותן (כפי שהובס טען).

**המצב המדיני**

במצב המדיני מעניקים למדינה את הסמכות לחוקק ומתחייבים לשמור על חוקי המדינה, אך חוקי המדינה נעשים מתוך כפיפות לזכויות הטבעיות. כלומר במילים אחרות לפי לוק בני האדם אינם מוסרים את מלוא חירותם וזכויותיהם לריבון (כפי שתיאר הובס) אלא בני האדם שומרים לעצמם את זכויותיהם.

לוק מונה 3 זכויות עיקריות: הזכות לחיים, הזכות לחירות והזכות לקניין. שלוש הזכויות האלה הן זכויות טבעיות, במובן שהן קיימות גם במצב הטבעי, ובני אדם שומרים עליהם גם בתוך המסגרת והמצב המדיני. כאשר המדינה מחוקקת, הריבון יכול לחוקק חוקים ולאכוף אותם, אך בחוקים שלו הוא לא רשאי לפגוע בחירויות הבסיסיות שיש לבני אדם.

המצב המדיני

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

בעוד שבדגם של הובס אין הגבלה על הריבון, בדגם של לוק יש הגבלה על הריבון- בני האדם מוסרים לריבון את הסמכות לחוקק, אך שומרים לעצמם את הזכויות הטבעיות, כך שהריבון עצמו כפוף בחוקים שלו למסגרת הזכויות. תפקיד המדינה זה לשמור ולהגן על הזכויות ולא לפגוע בהן- הכוח של המדינה מוגבל למסגרת של זכויות.

לוק נחשב לאבי הזכויות הטבעיות- הוא בנה את הדגם בו במצב הטבעי יש זכויות טבעיות (הן לא נוצרו עם ההתארגנות המדינית, הן חלק מהטבע) והן נשמרות במצב המדיני.

**איזו תיאוריה משפטית מייצג לוק?**

לוק מתאר את תורת המשפט הטבעית משום שהוא מניח את קיומן של זכויות טבעיות במצב הטבעי. ולכן הוא מניח קיומו של משפט טבעי- משפט שיוצר אילוץ על המשפט המדיני (הפוזיטיבי). המדינה יכולה לחוקק חוקים מעבר למשפט הטבעי, והיא מחוקקת הרבה חוקים שאין בהם סתירה למצב הטבעי, אבל כל החקיקה הזאת היא בעצם כפופה למסגרת של הזכויות הטבעיות. ולכן, במובן הזה, התיאוריה של לוק היא סוג של תיאוריה של משפט טבעי שמניחה את קיומו של משפט טבעי וגם את זה שהוא מטיל אילוצים על המשפט הטבעי.

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

**השפעות תפיסתו של לוק**

ללוק הייתה השפעה חשובה על המסמכים המשפטיים שנוסחו בסוף המאה ה18:

1. הכרזת העצמאות האמריקאית (1776)- הכרזת העצמאות מהווה תרגום של דבריו של לוק לתוך החוקה האמריקאית. כל בני האדם נבראו שווים והוענקו על ידי הבורא לזכויות מסוימות, שהן זכויות טבעיות הקיימות בטבע. הזכויות לא תלויות ברצונם הטוב של השליטים או הריבון, ואפילו לא בהסכמת בני אדם- הם חלק מהטבע. הזכויות האלה- הם מונים שלוש זכויות- הזכות לחיים, חירות ורדיפת האושר (פירוש הזכות לקניין). וכדי להבטיח זכויות אלה, יש לייסד ממשלה ששואבת את כוחה מהסכמת הנשלטים. כלומר, מטרת ההתאגדות המדינית היא להבטיח את הזכויות האלה. יש פה אימוץ של התפיסה הלוקיאנית של הזכויות הטבעיות.
2. הצהרת זכויות האדם והאזרח (1789)- כל בני האדם נולדים ונשארים בני חורין ושווי זכויות. ניתן להבחין בין השפה הצרפתית לאמריקאית- הצרפתית מדברת בשפה חילונית והאמריקאית מדברת בשפה דתית. אך מבחינת המהות התפיסה דומה- בני חורין ושווי זכויות זה יסוד מהותי בלידה של האדם. מטרת ההתאגדות הפוליטית היא שמירה על הזכויות הטבעיות והבלתי מתבטלות, זכויות אלה הן: החופש, הקניין, הביטחון וההתנגדות לדיכוי.

כל הרעיון של תורת הזכויות הטבעיות ניתן לראות אותו כסוג של גרסה של המשפט הטבעי.

**האם תורת הזכויות הטבעיות התקבלה?**

תורת הזכויות הטבעיות התקבלה מבחינה משפטית, אך כדי להראות שהזכויות הטבעיות הן במעמד של "משפט טבעי" צריך להראות:

1. שהן חלק ממשפט המדינה
2. שהן מחייבות גם אם לא נקבעו בחוק
3. שיש להן מעמד על-חוקי- חוק שסותר אותן, בטל.

תורת הזכויות הטבעיות התקבלה מבחינה מוסרית או מוסר פוליטי, אך האם היא התקבלה באופן משפטי מלא? האם בית משפט יקבע שהזכות הטבעית מחייבת גם היא לא נקבעה בחוק? יש כאן מעבר בין הטענה שיש זכויות טבעיות במישור המוסרי לבין הטענה שהזכויות האלה בעלות מעמד משפטי, ובעלות מעמד משפטי עליון. כדי לעשות שימוש בזכויות הטבעיות, צריך להניח שבגרסה של המשפט הטבעי הזכויות הטבעיות הללו הן חלק מהמשפט.

מבחינת הפילוסופיה המדינית התיאוריה של לוק השפיעה רבות על מסמכים משפטיים שנקבעו במאה ה-18 והיא התקבלה בספרות. באופן מעניין, מבחינה אישית יש אנשים שמקבלים את התפיסה של הובס שהמדינה היא מסגרת מלאכותית ויצירה אנושית, אך מבחינה פוליטית הם נוטים לתת יותר כוח לתפיסה של הזכויות הטבעיות של לוק. אבל המשפט נוטה עדיין לעגן את הזכויות. ביהמ"ש לא יפנו אל הזכויות האלה באופן בלתי אמצעי ובאופן ישיר. הקישור של הכנסת הזכויות הטבעיות לתוך המשפט נעשה במידה רבה על ידי המסגרות החוקתיות. כאשר המדינות קבעו בחוקות שלהן את הזכויות- אז ביהמ"ש פונה אליהן כזכויות חוקתיות. כשבתי המשפט משתמשים בזכויות האלה הם לא פונים אליהן כזכויות טבעיות אלא כזכויות חוקתיות. המבחן לקבוע האם המשפט מכיר בזכות טבעית כשאין חוק- האם הוא יבטל חוק מכוח זכות טבעית? או יוסיף נורמה מכוח חוק טבעי?   
זה מגלם את המתח בין תיאוריה פוליטית לתיאוריה משפטית. מערכות משפט לא אוהבות לעשות שימוש בזכויות ולכן הן מחפשות מסגרת פוזיטיבית- חוקתית. המשפט הנטייה שלו הוא להיות פוזיטיבי, כפי שראינו שדעתו של חשין בפס"ד פלונית היא חריגה בנוף המשפטי- בית המשפט יפנה למשפט הטבעי רק במקרים קיצוניים.

**סיכום קצר על המשפט הטבעי**

בבסיס תיאורית המשפט הטבעי יש שלוש הנחות יסוד:

1. יש עקרונות מוסריים אובייקטיבים, אשר אינם תלויים בחברה מסוימת או בתרבות, אלא הם טבעיים- אינם תלויים בחוק וניתנים להכרה על ידי התבונה. אנשי המשפט הטבעי, בניגוד להובס, היא שאפשר לזהות עקרונות מוסריים אובייקטיבים-רציונליים באמצעות התבונה, והם עקרונות טבעיים במובן הזה שהם אינם תלויים במדינה ובחוק.
2. העקרונות המוסריים הללו מעניקים תוקף לחוק ואף מאלצים את החוק ומכפיפים אותו (חוק שאינו מתאים לעקרונות הללו אינו תקף\הוא בטל). מתייחס למשפט הטבעי כפי שחוקה מתייחסת לחוק.
3. העקרונות המוסריים הללו הם חלק מהמשפט וניתן לפנות אליהם גם בהיעדר חוק- מהצד האחר, במקום שאין פתרון בחוק, ניתן לפנות אליהם גם בהיעדר חוק, כמו שראינו את חשין.

**התנגדויות למשפט הטבעי**

תורת המשפט הטבעי כמו שהייתה מאוד רווחת בעת העתיקה, ימי הביניים ובעת החדשה בגרסאות שונות שלה, בתקופה המודרנית יש הסתייגויות ממנה וכיום היא התיאוריה הפחות רווחת:

1. במישור הפילוסופי- ויכוח קיים. המשפט הטבעי מניח כאמור את קיומו של מוסר בסיסי-רציונאלי-אובייקטיבי. יש גישות מנוגדות שטוענות כי המוסר הוא פיקציה ולמעשה אין מוסר אובייקטיבי-רציונלי. כך שהמוסר או שהוא אינו רציונאלי והוא עניין רגשי. וביקורת אחרת היא שהמוסר הוא אינו אובייקטיבי אלא מוסכמה חברתית ותלוי תרבות- לא ניתן להגיד שיש מוסר שמתאים לכל האנשים באשר הם. הגישה הזאת כופרת בקיומו של מוסר אובייקטיבי ורציונאלי, שזה אבן היסוד בתורת המשפט הטבעי.
2. במישור המעשי- התנגדות שמבוססת על כך שבני האדם באופן מעשי אינם מסכימים על כל השאלות המוסריות- יש מחלוקת בין בני אדם, ולכן מכיוון שיש מחלוקת אי אפשר להניח עקרונות אוניברסאליים מוסכמים. יש מחלוקות וממילא מכך, לא נוכל לנהל מערכת משפט שתתנהל רק על ההכרה המוסרית של השופטים- רק על פי דעתם המוסרית הסובייקטיבית. ולכן, לפי הטענה הזאת יש לבסס את המערכת המשפטית למען הוודאות, יש צורך לבסס את המוסר בחוק. וכאשר יש מסגרת כזאת, השופטים יוכלו לפסוק. ככל שאתה משחרר את השופטים מחובת החוק נוצרת אי וודאות, לכן הנטייה של שיטות משפט ככלל, היא נטייה פוזיטיבית- גם נחזיק בתיאוריה של משפט טבעי, באופן מעשי מערכות המשפט יטו להיות פוזיטיביות. דוגמא לכך הוא פס"ד פלוני נ' פלונית, שם שופטי הרוב ניסו לבסס את הכרעתם על החוק, שמולם עמד שופט יחיד שהלך בכיוון של שימוש במשפט הטבעי. וגם הוא, מזהיר ואומר כי ההחלטה היא יוצאת דופן וחד פעמית- גם חשין שהלך בכיוון הזה נתן שורה של אזהרות.

**פוזיטיביזם**

**רקע לצמיחת הפוזיטיביזם**

התפיסה הרווחת של המשפט במאה ה18, היא בעצם סיכום לכל ימי הביניים. מאז העת העתיקה, התיאוריה השלטת הייתה התיאוריה של המשפט הטבעי, שהניחה שהמשפט הוא איזשהו סיכום או שילוב של משפט הטבע עם משפט המדינה. נוכל לראות את זה בדבריו של בלאקסטון שהיה הוגה מרכזי במשפט האנגלי של המאה ה18: שאומר כי המשפט האנושי עומד על שני יסודות- החוק הטבעי וחוק ההתגלות- כלומר החוק הדתי. טענתו מזכירה את אריסטו, שטען כי הצדק המדיני הוא המשפט הטבעי. בעצם יש לנו כאן ביטוי להתפתחות שחלה בימי הביניים ששילבה והכניסה את התפיסה הדתית לתוך המשפט הטבעי. כך למשל תומס אקווינס טען כי המשפט הוא תוצאה של משפט נצחי-אלוהי-אוניברסלי, שבא לידי ביטוי במשפט הטבע, חוקי המוסר והמשפט הדתי. המשפט האנושי מחויב לכל העקרונות האלה- גם מחויב לעקרונות המשפט הטבעי (המוסר), גם לעקרונות החוק הדתי, בזמן שהחוק האנושי לא יכול לסתור אותם אלא רק להוסיף עליהם. בלאקסטון ממשיך את קו המחשבה של אקווינס, וטען כי המשפט המדינתי מחויב לשני היסודות של המשפט הטבעי- אחד, למוסר האוניברסלי והשני, מחויב להתגלות- החוק הדתי, ולכן חוקי האדם אינם יכולים לסתור את החוקים הללו.   
יש להבין כי חלק מהחוקים האנושיים הם חוקים הצהרתיים שמבוססים על החוקים של המשפט הטבעי- למשל עבירת רצח אסורה לפי עקרונות החוק הטבעי, חלק מהמוסר האוניברסלי ואסורה לפי החוק הדתי. ולכן כאשר חוק המדינה אוסר על רצח, ניתן לראות אותו רק כחוק הצהרתי- הוא לא ייצר את העבירה, אלא רק קובע והצהיר על חוקים שהיו קיימים קודם.   
חוקים כלכלים מסחריים הם חוקים שהמדינה קובעת ולא נובעים מתוך מוסר אוניברסלי או חוק טבעי- המדינה יכולה להתיר או לאסור ייבוא, לקבוע מסים בשיעורים שונים וכו.   
התוצאה לכך שמשפט המדינה מחויב ולא יכול לסתור לא את עקרונות המוסר ולא את הדין הדתי, היא שהמשפט כולל גם את החיובים המוסריים והדתיים. מכאן, כאשר יש לנו דיון משפטי, הדיון יסתמך על המשפט המדינתי אך זה לא בלתי לגיטימי לצד לדיון לקבוע ולטעון הלכה מכוח עקרונות מוסריים או מכוח עקרונות דתיים. זאת אומרת, משפט המדינה בתיאוריה השולטת לפי בלאקסטון- היא ערבוב של המשפט המדיני שהמדינה חוקקה עם עקרונות מוסריים (שהמדינה לא קבעה והם מהווים חלק מהמשפט הטבעי) וכי המשפט לא יכול לסתור אותם. יש לשים לב שכמו שטיעונים מוסריים לפי התפיסה של בלאקסטון הם טיעונים לגיטימיים בהליך המשפטי, כך גם טיעונים דתיים. שכן, המשפט הוא עירוב של המשפט עם המוסר והדת. הטענה הזאת מובילה לכך שאין הבחנה ברורה בין המשפט לשני ענפים נורמטיביים אחרים שהם המוסר והדת.

התפיסה הנגדית שמתפתחת במחצית הראשונה במאה ה19 היא התפיסה הפוזיטיבית, שמי שחתום עליה לראשונה הוא ג'ון אוסטין. זאת תפיסה שמנסה להתמודד עם האתגר וטוענת כי יש להבחין בין המשפט לבין שאר המערכות הנורמטיביות של המוסר והדת. טענת היסוד שבבסיס התפיסה הפוזיטיביסטית היא שהמשפט, המוסר והדת אינם תחומים חופפים ומעורבבים כפי שהמשפט הטבעי טוען, אלא שהם תחומים שונים לגמרי והמשפט הוא תחום נבדל- שצריך להגדיר אותו באופן נכון כתחום נבדל, ולפסוק לפיו לבד משאר המערכות הנורמטיביות. כמו כן, כחלק מצמיחת הגישה הפוזיטיבית, נעשה ניסיון לבסס את המושג הרציונלי, כחלק ממהלך רחב יותר של מהלך אינטלקטואלי של הוגים בריטיים שמנסים לתת היגיון במוסר. המורה של ג'ון אוסטין היה הפילוסוף ג'רמי בת'האם שידוע בתור פילוסוף תועלתן שטען כי קנה המידה לקבוע מה מוסרי ומה לא מוסרי- זה האם יש תועלת או רווח. כלומר, נעשה ניסיון לקבוע קנה מידה רציונלי.

1. **תורת הפקודה של ג'ון אוסטין**

אוסטין מסמן את המעבר מתורת המשפט הטבעי אל תורת המשפט הפוזיטיבי. במובן הזה הוא פותח עידן חדש בתורת המשפט, לכן נתרכז בתיאוריה של ג'ון אוסטין בגישת הפוזיטיביזם המשפטי. אוסטין רואה את המשפט הפוזיטיבי כתחום נבדל מהמוסר והדת, מה שמאפשר לשופטים בדיון משפטי להכריע לפי המשפט. תורת הפקודה של אוסטין שהומצאה במחצית הראשונה במאה ה19- הציגה אלטרנטיבה לתפיסה הרווחת שהייתה מהוססת על משפט הטבע. אוסטין מתחיל בניתוח אנליטי של מושגים בסיסים כדי שיוכל לגשת ולהגדיר מהו משפט.

**מהו חוק?**

הוא מתחיל בהגדרה למהו חוק- ניתן להציע לחוק שני תרגומים באנגלית-law שהוא המשפט באופן רחב, או חוק של המחוקק, בהגדרתו של אוסטין למהו חוק, נדבר על חוק במובן הרחב, שהוא המשפט.

אוסטין טוען כי חוק הוא כלל מדריך שניתן בידי אישיות תבונית אחת לאישיות תבונית אחרת. כלומר הוא כלל שמדריך ונועד לקבוע כדי להתנהג, והוא ניתן בידי אישות תבונית אחרת לאחרת. בשפה פשוטה יותר, היינו מגדירות את זה כנורמה. ניתן להתייחס להגדרתו של אוסטין כ"כלל מדריך שניתן בידי אישות תבונית" בצורה רחבה- לא רק בידי אדם אחד לאחר, אלא גם אישיות תבונית במובן של אל.   
אוסטין מתחיל בהגדרה מאוד רחבה של מושג החוק- הוא מגדיר את החוק כנורמה שכוללת את חוקי האל, חוקים שבני אדם קובעים אחד לשני וגם את המשפט.

כאן הוא עושה הבחנה בין המוסר למשפט- המוסר זה החוקים שבני אדם קובעים, אך בני אדם שאינם מוסמכים. לעומת זאת, המשפט ניתן על ידי בני אדם שהם מוסמכים- שיש להם סמכות לקבוע חוקים. בעצם בהגדרה האנליטית הזאת, משום שאת מושג החוק אוסטין הגדיר ככלל נורמטיבי שקובע התנהגות, התוצאה היא שהחוק שייך לשלושת הענפים והמערכות הנורמטיביות- הדת, המוסר והמשפט:

* משפט הטבע- את חוקי המוסר האל קובע, חוקי המוסר האידיאלי.
* מוסר פוזיטיבי- חוקים שבני אדם קובעים אחד לשני. המוסר הפוזיטיבי מתפתח באופן אורגני ולא מוסדי, ומהווה דעה והסכמה של בני אדם, אך זוהי קביעה שאיננה נובעת מכוח הסמכות.
* משפט פוזיטיבי- חוקים שבני אדם מוסמכים קובעים אחד לשני.

ודוק: מושג החוק רלוונטי למוסר, הדת והמשפט ואוסטין מבחין ביניהם בשאלת מי מחוקק אותם.

**חוקי הטבע- כמטאפורה**

חוקי הטבע- הכלל לא מדריך והטבע לא מציית. כלומר אוסטין טוען כי חוקי הטבע הם לא חוקים במובן של חוק, וזאת מפני שהטבע לא מציית לשום לדבר. חוק זה דבר הפועל בין אישיות אחת לאחרת, ומאחר שהאדמה, ההרים, המים והאש אינם אישיות תבונית, הם אינם מצייתים לחוק. מכאן שהטבע הוא לא אישות תבונית.  
את הטענה של אוסטין הגדרנו כחוקים מתארים מול חוקים מצווים. חוקי הטבע הפיזיקליים הם חוקים המתארים את המציאות הטבעית, ואינם מצווים להתנהגות ראויה. לכן, לפי אוסטין נגדיר את חוקי הטבע כמתארים להבדיל מנורמטיביים. השימוש במילה חוק בחוקי הטבע, נעשה באופן מטאפורי, כשבפועל אין פה ציות לחוק נורמטיבי.

**המשפט הפוזיטיבי**

אוסטין מגדיר את המשפט הפוזיטיבי כמשפט אשר בני אדם מוסמכים קובעים, כלומר חוק המדינה. חוק המדינה מתאפיין בכך שבני אדם בעלי סמכות הם אלו הקובעים אותו, וזה בדיוק מה שמבדיל אותו משאר המערכות הנורמטיביות של המוסר והדת. מכאן שהתנאי המשמעותי ביותר להגדרת נורמה כחלק מהמשפט פוזיטיבי הוא בשאלת הסמכות.

הסמכות היא המבדילה את החוק המדיני מהמוסר והדת: המוסר איננו חלק מהמשפט הפוזיטיבי כי הוא נקבע על ידי בני אדם שאינם בעלי סמכות- הסכמות חברתיות המתגבשות באופן אורגני ולא מוסדי מכוח הסמכות, וגם הדת איננה חלק מהמשפט הפוזיטיבי כי היא נקבעת בידי האל.   
לכן אוסטין מבחין בין שלושת המערכות ולא מקבל את העמדה של בלאקסטון לפיה הדת, המוסר והמשפט נמצאים בסביבה אחת אלא שיש להבחין ביניהם.

**חובה**

אוסטין מנסה להגדיר את מושג החובה- מתי נוכל לומר שאדם נמצא תחת חובה או רשות?

לפי מושג החובה של אוסטין, חובה- אדם נמצא תחת חובה כאשר יש עליו איום שאם לא יבצע את רצונו של אדם אחר, יגרם לו רע כלשהו (סנקציה\ עונש). רק אם יש בצד הבקשה לביצוע פעולה מסוימת סנקציה, אז נאמר כי מוטלת על האדם חובה. כל עוד אומרים תעשה משהו- כמו נסיעה מצד ימין של הדרך, תיסע בזהירות, אך לא מטילים עליי איזושהי סנקציה או איום שאם לא אעשה את זה אז יקרה לי משהו, לא נוכל להגיד מוטלת חובה- משום שהאדם יכול לבחור האם להתנהג בצורה הנדרשת או לא. האדם חייב רק כאשר יקרה לו משהו- עונש או איום.   
יש דברים שאומרים לנו לעשות גם בני אדם בעלי סמכות או סתם בני אדם, יש כל מיני הוראות, הדרכות, כללים נורמטיביים שאין בצידם סנקציה- ואין בזה חובה. אוסטין מגדיר את מושג החובה כתלוי ושלצידו יש סנקציה- איום או עונש. יש להדגיש כי לפי מושג החובה של אוסטין, אין זה תלוי או קשור בסמכות- אדם נמצא תחת חובה ברגע שמאיימים עליו לעשות משהו, בלי קשר לזהות המאיים. אוסטין קושר את החובה לאיום, רק אם יפעילו עליי או יעשו לי משהו רע- קנס כספי, בית סוהר, ביטול זכויות וכו. ברגע שמאיימים עליי בדבר כזה אני נכנסת למצב של חובה, אפ לא מטילים עליי שום איום ושום דבר רע משאירים את ההדרכה כהמלצה שתלויה ברצוני הטוב.

לשים לב שלפי ההגדרה עד כה, מושג החוק לא קשור במושג החובה. חוק זהו כלל שמדריך התנהגות, אבל כלל המדריך התנהגות כדי שהוא יהיה חובה, צריך שהוא ילווה סנקציה, משום שבהיעדר סנקציה אין הוא חובה. כך למשל, כללים מוסריים כמו איסור לשקר או חובת נתינת צדקה, אומנם הם חוקים לפי הגדרתו של אוסטין בכך שהם כללים מדריכים, אבל האם יש לנו סנקציה על זה? לא. ולכן כללים מוסריים שאין בצידם סנקציה, אינם מטילים חובה במובן המלא, שכן, חובה מתקיימת רק כאשר לצידה יש סנקציה\איום. היעדר הקשר של מושג החוק במושג החובה, מצריך לייצר מושג חדש שכולל את החוק והסנקציה ביחד, וזה מושג הפקודה.

**פקודה**

מאחר ואנו צריכות לייצר מושג שכולל חוק וסנקציה, אוסטין מביא את ההגדרה "פקודה". פקודה היא דרישה שיש בצידה סנקציה. סנקציה יוצרת חובה- ולכן, חוק שיוצר חובה חייב להיות פקודה. משום שממילא אם נרצה להגדיר מהו חוק מחייב- חוק מחייב הוא כלל שיש בצידו סנקציה= דהיינו פקודה, מכאן שחוק מחייב חייב להיות פקודה.

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

זה מרכיב מרכזי בתורת של אוסטין, בעצם הוא טוען שכל החוקים מהווים סוג מסוים של פקודה: החוק הוא כלל מדריך, אך מושג החוק לפי אוסטין הוא כללי מידי שמכיל את הדת והמוסר. אך יש לשים לב כי חוקי הדת והמוסר הם חוקים שאין לצידם סנקציה, ולכן, הם לא חוקים שיוצרים חובה- אלא הם חוקים שראוי להתנהג עליהם. אוסטין לא יוצא כנגד המוסר והדת, אלא שהוא תופס אותן כמערכות וולונטריות ולא כמערכות שמטילות חובה- בשל היעדר הסנקציה.

ולכן אוסטין יוצר בתוך מושג החוק קטגורית משנה- שהיא הפקודה. כל פקודה היא חוק אך לא כל חוק הוא פקודה, משום שרק חוק שיש בצידו סנקציה הוא פקודה, כך שחוק שיוצר חובה חייב להיות פקודה.

**חוק = פקודה כללית**

אוסטין יוצר הבחנה בין הוראות, בין פקודה כללית לפקודה ספציפית:

* פקודה ספציפית- הוראה על מעשה מסוים, הוראה לעשות פעולה מסוימת.
* פקודה כללית- הוראה על סדרה של פעולות, הוראה לעשות פעולה מסוימת באופן קבוע (סדרה של פעולות).

לדוגמא: קביעה של שופט היא קביעה ספציפית- כאשר שופט קובע שג'ון סמית גנב והוא יכנס לכלא, זו פקודה ספציפית ולא חוק. אך אם הפרלמנט קובע שאסור לגנוב וכל הגונב יאסר- זאת פקודה כללית. יש הבחנה בין פקודה לפעולה מסוימת, לבין פקודה כללית- פעולה מסוימת באופן קבוע, סדרה של פעולות. זאת הבחנה מאוד חשובה משום שאוסטין יטען שחוק הוא פקודה כללית, כי חוק זה בדיוק ההבחנה בין מה ששופט קובע (הוא לא קובע חוק- אלא פקודות ספציפיות), לבין מה שהמחוקק קובע (המחוקק קובע פקודות כלליות, קובע חוקים).

ודוק: פסיקה של שופט היא ספציפית בעוד קביעת המחוקק היא כללית. לכן, חוק מחייב הוא הוא פקודה כללית.

**מי יכול לתת פקודה?**

ג'ון אוסטין נותן הגדרה כללית כי פקודה יכול לתת רק מי שיש לסמכות כלפי מישהו אחר. ודוק: חוק פוזיטיבי הוא חוק שניתן על-ידי אנשים שיש להם עליונות (סמכות) כלפי אחרים. הסמכות נמדדת במושג אחד- מושג הכוח, הוא יכול לגרום לו רע, להטיל עליו סנקציה. זאת אומרת, פקודה חייבת להינתן על ידי אדם בעל סמכות. פקודה זה כלל שיש בצידו סנקציה, אז מי שנותן את הפקודה אז הוא חייב להפעיל את הסנקציה הזאת, ולכן הפקודה יכולה להינתן רק בידי מי שיש לו את הכוח, ומי שיש לו את הכוח תמיד נמצא במעמד גבוה ועליון כלפי אחר.   
לדוגמא יש חובה לתת לשוטר פרטים, שאם לא ניתן את הפרטים אני איענש, ולשוטר יש יכולת להפעיל את העונש.

הפקודה יכולה להינתן על ידי גורם שיש לו יכולת להפעיל ולגרום רע למקבל הפקודה- לאיים ולממש את האיום. ולכן רק אדם שיכול להפעיל את הכוח, הוא המוסמך. אוסטין מזהה את מושג הסמכות עם מושג הכוח- היכולת לאיים או לממש איום. ולכן אוסטין מגיע למסקנה שחוק פוזיטיבי זה חוק שניתן על ידי אנשים שיש להם עליונות או סמכות כלפי אחרים. כך למשל כל אדם ברחוב יכול לאיים, הוראות של סתם אדם ברחוב, אינן מחייבות, הן כמו המלצות, משום שאותם אנשים לא בעלי סמכות וכוח להטיל סנקציה. יש חובה רק אם הוא יטיל עליי סנקציה, ומי שיכול להפעיל את הסנקציה הם הגורמים המדינתיים בלבד- רק גורמים מדינתיים יכולים להטיל ולקבוע סנקציה על אדם, הם אלו שיכולים לקבוע חוק פוזיטיבי. מחוקק, שופט, אלה הם שיכולים לקבוע חוקים, הם בעלי סמכות המשתקפת ביכולת לגרום לרע ולהטיל סנקציה על אחרים, ולכן הם אלו שיכולים ליצור כלל פוזיטיבי- גם כלל מדריך וגם כלל שבצידו יש סנקציה.

יש מצב של חובה לא לגיטימית (כמו במקרים בו אדם אחד מאיים על אדם אחר ויכול להטיל סנקציה). מה ההבדל בין מאפיונר לגבי עצם מושג החובה קיימת חובה גם אם המאפיונר נותן הוראה? אומנם, אפשר לטעון שהחובה הזאת לא לגיטימית- לפי הגדרתו של אוסטין יוצא שגם המאפיונר מטיל חובה, אך אוסטין יטען שזאת חובה לא לגיטימית, בעוד שלמדינה יש חובה לגיטימית. זה קושר לעוד נקודה שאוסטין ידבר עליה. מושג החובה אינו מוגבל בעצם רק למדינה- אוסטין מגדיר את מושג החובה שמי שיוטל איום, אך הוא לא מגביל למוסד המדינה, גם אחרים יכולים להפעיל איום. אך אוסטין עוד לא אמר שכל פקודה היא חוק, פקודה מסוימת היא חוק. אוסטין מודע לכך שיש פקודות שהן בלתי חוקיות- כמו שודדים ומאפיונרים שמטילים חובה לפי הפקודה של אוסטין, אך הן לא לגיטימיות ולא מהוות חוק. אוסטין מודע לכך שיש פקודות בלתי חוקיות ולכן הוא מדבר רק על סוג מסוים של פקודות אשר יהיה חוק.

**הריבון**

אוסטין מגיע לעוד מושג אותו הוא מגדיר- החוק הפוזיטיבי הוא החוק של המדינה, יש חוקים ופקודות של גורמים אחרים (של מעבידים, מאפיונרים וכל מיני אנשים שמייצרים פקודות) כל מי שיש לו כוח לאיים יכול לייצר פקודה אך זה איננו חוק. מה שמאפיין את החוק זה שהוא חוק של המדינה, המדינה היא ישות פוליטית שמה שמאפיין ומאחד אותה- זה הציות שלה לאדם אחד או גורם אחד, שהוא הריבון. לדוגמא מה שמייחד ומבדיל את מדינת ישראל מישראל לירדן, שבישראל כולם מצייתים לכנסת ובירדן מצייתים לפרלמנט הירדני. יש מערכת נורמטיבית שונה בישראל מאשר ירדן. ולכן בראש כל מדינה עומד הריבון.

אוסטין מגדיר את הריבון בכך שהריבון הוא מי שרגילים לציית לו והוא לא מציית לאחרים. למשל בשאלה מי הריבון במדינת ישראל, הצטרך לשאול למי בני אדם מצייתים. כך למשל סטודנטים מצייתים לאוניברסיטה, והאוניברסיטה עצמה איננה ריבון משום שהיא מצייתת למל"ג, אך היא גם שוכנת ברמת לגן ולכן משלמת לעיריית רמת גן וכך הלאה. האם עיריית רמת גן היא ריבון? לא כי חוקיה כפופים לחוקי מדינת ישראל ולאישור שר הפנים וכו. אם נלך בהיררכיה הזאת- בסוף נגיע לאיזשהו גוף שלו הכל מצייתים- כל העיריות, גורמי החינוך וכולם מתנקזים לגוף שלו כולם לחייבים לציית. לדוגמא במשטר מלוכני, הריבון הוא המלך- לו אין חובת ציות לשום גורם אחר. במדינה דמוקרטית נזהה גורם שלו הכל מצייתים- הכנסת. מבחינת חוקים כל ההסכמים והגופים הממשלתיים מצייתים לגוף המחוקק, והמחוקק הזה עצמו לא מציית לאף אחד אחר.

אם הגדרנו שהריבון זה מי שהכל מצייתים לו והוא אינו מציית למישהו אחר, אז במקרה ובו הריבון חייב לציית בעצמו להוראות שיוצאות לדוגמא מוושינגטון, לא נוכל לקבוע שהוא הריבון, כדי להגיד שהריבון הוא ריבון נצטרך להניח שהריבון לא מציית לאף אחד אחר. כל ישות מדינית יש בראשה גורם שהוא בהגדרה לא חייב ציות לאחרים, הריבון הוא הגילום\ הייצוג של מוסד המדינה.

שאלה מהכיתה- אם המלך מציית לאל, אז האם האל הוא הריבון? בשביל לענות על שאלה זו, נצטרך להתייחס למושג החובה- לפיה חובה היא כאשר לצד האיום יש סנקציה. משום שהאל לא יוכל להטיל סנקציה- חוקי הדת לא מטילים חובה על המלך כי הם לא מענישים אותו, אם נשאל על חטבה קונקרטית האל לא מטיל חובה לפי המושגים של אוסטין על המלך, ולכן המלך הוא הריבון.

**תורת הפקודה**

אחרי שאוסטין גמר את המהלך הזה הוא יכול לספק את הניסוח למושג חוק- למשפט הפוזיטיבי. תורת הפקודה של אוסטין במשפט אחד: חוק הוא פקודה כללית של הריבון. שלושה מרכיבים- פקודה (שיש בה סנקציה), כללית (ולא ספציפית), ריבון.

נפרק את זה אחורה:

1. חוק- חייב להיות פקודה, כי יש בה סנקציה.
2. איזו מין פקודה- פקודה כללית להבדיל מפקודה ספציפית שהיא לא חוק אלא הוראה.
3. היא של הריבון- החוק הוא פקודה כללית של הריבון, נכון שיש גם גורמים אחרים שיכולים להוציא פקודות ולהטיל חובה, אך הפקודה של שודדים היא לא לגיטימית ולכן לא נחשבת לחוק. כך שהפקודה של הריבון היא בלבד חוק- כי הפקודה שלו גוברת על כל שאר הפקודות.

יש הרבה גורמים שמייצרים חוקים ואפילו פקודות שיש בהן סנקציות, אך הן אינן יכולות להיחשב חוק המדינה. לחוק הפוזיטיבי יש מקור אחד-הריבון, ומכוח זה גובר על כל החוקים האחרים. החוק המדינתי יכול להכיל את החוקים האחרים, כמו שהוראות של מעביד-לעובדים הן יכולות להיות פקודות לגיטימיות אם הן בהתאם לכללים של הריבון. ומנגד, פקודות השודדים הן פקודות לא-לגיטימיות כי הן מנוגדות לפקודות הריבון, שהריבון יצטרך להתמודד איתן בכוח. הריבון הוא גילום המדינה, הוא זה שמוצא את הפקודה, שהיא בעצם חוק.

בהגדרה של אוסטין למשפט הפוזיטיבי, אוסטין הצליח לייצר את ההפרדה של המשפט, מהמוסר והדת, שזה היה האתגר הראשון שאיתו היה צריך להתמודד. בתורת הפקודה, המוסר איננו משפט, המוסר נותן עצות וכללים להכוונת התנהגות ראויה אך לצד זאת, הוא לא מטיל חובות- אומנם, ראוי לציית להוראות ולכללי המוסר, אך אין בגינן חובה. זה מביא למסקנה כי הכרעה שיפוטית לאורו של החוק, חייבת להיות לפי המשפט ולא המוסר, כי המוסר לא מטיל חובה. כתוצאה מכך, השופט לא יכול לפסוק לפי מערכות נורמטיביות אחרות שהן לא המשפט הפוזיטיבי. וזאת משום שהוראות הדת והמוסר, הן לא חובות כי הן לא חלק ממשפט המדינה- והשופט יכול להחליט רק על פי חוקי המדינה. העבודה האיטית וההדרגתית של אוסטין אפשרה לו להגדיר את המשפט כתחום נפרד מן המוסר והדת.

**האתגרים בתורת הפקודה של אוסטין**

נראה כמה אתגרים שיש בתורת הפקודה של אוסטין, אך קודם נשאל האם אוסטין מצליח לכלול בתיאוריה שלו את כל המרכיבים של המשפט.

1. התקדים- במשפט המקובל, הפסיקה היא מקור משפטי מרכזי. כך למשל, המשפט האנגלי מבוסס על מושג תקדים, החלטות של שופטים הן חלק מן המשפט. והרי הפסיקה היא פקודה ספציפית ולא חוק. אז איך יכול להיות שפקודה ספציפית הופכת לחוק? אוסטין עצמו היה מודע לזה והוא שואל את עצמו איך הוא יכול להכיל את מושג התקדים בתיאוריה שלו, שהרי מושג התקדים מבוסס על פקודה ספציפית. ודוק: מאחר והפקודה הספציפית איננה חוק- אז איך היא הופכת לחוק?  
   אוסטין טוען כי התוקף של הפסיקה כמחייבת מבוסס על החלטה של הפרלמנט- כלומר, הפרלמנט שהוא הריבון, קובע כי כל פסיקה של בית המשפט תהיה תקדימית, בעצם הפרלמנט נותן גיבוי להחלטה. ממילא פרלמנט נותן גיבוי להחלטה הזאת- למה שהשופט בבית משפט שלום מחויב להחלטה של שופט עליון? כי הפרלמנט קובע שהחלטה של השופט תהיה מחייבת. כך שפקודה ספציפית שהשופט נתן הופכת להיות חוק כללי.
2. מנהג- במשפט המקובל המנהג הוא מקור משפטי מחייב- מנהגים מחייבים למרות שהמחוקק לא הוא שקבע אותם. כאשר מנהגים מסוימים, שהם נחשבים כנורמה למחייבת, הופכים להיות נורמה מחייבת? מי שיוצר את המנהג אלו בני אדם כמו סוחרים, לקוחות וכו, ולא שום גורם מדינתי מוסמך, ובוודאי שלא הריבון, שכן מה שמאפיין את המנהג הוא שלא נוצר על ידי הריבון. ולכן איך נוכל לקבוע כי המנהג הוא חוק? השופטים שמאמצים את המנהג הופכים אותו כפקודה. כלומר, המנהג כשלעצמו איננו מחייב, אלא שהוא הופך לכזה מנרגע שבית המשפט מאמץ אותו. אוסטין טוען שהשופטים המאמצים את המנהג, הופכים אותו לפקודה. המנהג לבדו אינו מחייב אולם כאשר ביהמ"ש מאמץ אותו, הוא נהפך לחוק כללי. (והרי השופטים ממונים על-ידי החוק מכוח הפרלמנט).

מעמדם של התקדים והמנהג הוא מחייב, למרות שהם אינם נחשבים לחוקים- כך למשל התקדים הוא פקודה ספציפית ולא כללית, ומנהג של אנשים לא מוסמכים ולא ריבון, אך ברגע שבית המשפט אימץ את המנהג הוא הופך את המנהג לנורמה.

1. חוקים אזרחיים שלכאורה אינם פקודה- חוקים אזרחיים שאינם מנוסחים בפקודה, דהיינו אין בצדם סנקציה: האם הם לא חלק מהמשפט? לדוגמא: חוק החוזים, חוק הנישואין, חוק הירושה, חוק החברות... חוקים אלו מעניקים זכויות או כוח, אך לא מטילים חובה. אוסטין מגדיר את כל המשפט במושג הפקודה ככללים שמטילים חובה, אך יש כללים רבים שאינם מטילים חובה אלא נותנים אפשרויות- ולכן מתעוררת השאלה איך אוסטין מסביר את החוקים האלה במסגרת תורת הפקודה?   
   אוסטין טוען שחוקים אלו מטילים סוג מסוים של חובה- היא אינה חובה קטגורית אלה חובה מותנית נכון שאין חובה להינשא אך אם הוא רוצה להינשא צריך להתנהג בדרך מסוימת שהמדינה קובעת. אולי זאת לא חובה קטגורית- מה מותר ואסור לעשות, אך יש חובות מותנות- אם את רוצה לכרות חוזה תעשי בדרך הזאת. זוהי חובה מסוג מסוים- חובה משנית, וחובה כזאת יש בה גם אלמנט של סנקציה, אכיפה שהרי בית המשפט יתייחס לכך- הוא יגיד האם יש חוזה או אין וכו, כך שיש בחובה זו גם סנקציות אשר ביהמ"ש יכול להטיל במקרה של הפרה. . ולכן מושג הסנקציה שייך גם לחוקים כאלו.

אוסטין מאוד דוחף- הוא מתחיל מנקודה בה הוא תופס את המשפט ככוח- כל החובה מותנית מהפעלת כוח, והמשפט מטיל חובות- ולכן יש חוקים שבאופן אינטואיטיבי אינם נכנסים לחובה הזאת אך אוסטין יתאמץ ויגיד שגם הם נחשבים לחובה, רק בדרך מסוימת. לתפוס את הכל להגדרת החובה זה שהכל נאכף לבית המשפט.

1. חוקים שאינם פקודות- אוסטין גם מודע לזה שיש חוקים שהם אינם פקודה בכלל, והוא עצמו מונה שלושה סוגים של חוקים כאלו:

* חוקים הצהרתיים\פרשניים- למשל חוק הכשרות המשפטית- החוקים האלה לא מטילים שום חובה אפילו לא במונחים של בטלות הפעולה, אך כאן אומר אוסטין שהם חוקים פרשניים. כדי שנוכל לקרוא את כל מערכת החוקים- למשל חוק החוזים מגדיר התחייבות של אדם, אך יש צורך להגדיר מיהו האדם שיכולים להתחייב, אלו לא חוקים בעלי סנקציות אלא חוקים שמאפשרים את קיומה של כל המערכת. הסעיף הזה הוא סעיף פרשני לצורך החוק- יש בו צורך לכל החוקים שעוסקים בפעולות משפטיות.
* חוקים משחררים מחובה חוקית- יש חוקים שהם קובעים על מי יחולו החובות והזכויות, שלא כל סעיף הוא פקודה. למשל, חוק ביטול המג'דלה, חוק רישוי עסקים
* חוקים שאינם שלמים- שלא מטילים סנקציה, כמו חוק העונשין. חוקים שאין בהם סנקציה. על פניו החוק הזה לא מטיל עונש על הורה שלא מספק את צורכי מחייבות של קטין בן ביתו.

תורת הפקודה היא תורת על, שברור שיש חוקים שאינם פקודות אך הם דרושים לצורך הפקודות. אוסטין טוען שאכן הם לא שלמים, חוק שלם חייב לכלול סנקציה- אם אין בחוק סנקציה, הוא אכן מטיל חובה.

**סיכום תיאוריית הפקודה**

* אוסטין הוא אבי הפוזיטיביזם המשפטי, שפעל מתוך ניסיון להגדיר מהו משפט וליצור תיאוריה שתגדיר את המשפט כתחום עצמאי ונבדל, שתבחין בין המשפט לבין מערכות נורמטיביות אחרות- נבדל מהמוסר, או מהדת.
* המרכיב המרכזי שאוסטין מדגיש זה המרכיב של הכוח- המשפט מתאפיין בזה שהוא מחובר לכוח של המדינה. קודם כל מושג החובה בנוי על מושג הכוח- מתי אדם נמצא תחת חובה? כאשר יש מישהו שמאיים עליו ויכול לממש את האיום שירע ויטיל עליו עונש.
* מושג החובה יכול להיות גם על גופים אחרים, אך המשפט הוא חובות שהמדינה יוצרת- להבדיל מחובות שגורמים אחרים, ולכן המשפט בסופו של דבר מעוגן ברצון של הריבון. הריבון הוא אדם או הגוף כולם רגילים לציית לו והוא לא מציית לאף אחד- הוא מגלם את המדינה. רצונו של הריבון בא לידי ביטוי בצורה של פקודה- כלל שיש בצידו סנקציה ולכן מטיל חובה. אם נתפוס את מושג הריבון בעולם מונרכי, הריבון זהו הרצון של המלך, אך בעולם דמוקרטי זה הרצון הקולקטיבי והמצטבר של העם שבא לידי ביטוי במחוקק. אז אם נתפוס את המחוקק כביטוי של הרצון הקולקטיבי המצטבר של הציבור, הרצון הזה יוצר את המשפט.
* על רקע כל זה- אוסטין יוצר תיאוריה שיכולה להגדיר את משפט המדינה (המשפט זה פקודה כללית של הריבון) ולכן בכלל השאלות שמתעוררות כמו: האם הוראה שקיבלתי לתרום מהרבנות הראשית, האם יש חובה חוקית לעשות זאת? נשאל האם זו פקודה כללית של הריבון- האם זאת פקודה? האם היא הוראה כללית והאם זה הריבון? המבחן לכל שאלה שמתייחסת בבסיסה למהו חוק, חייב להיות פקודה כללית של הריבון אם הוא איננו כזה, הוא לא מחייב מבחינה משפטית\ חוקית. החובה הזאת נבדלת מהחובות האחרות.
* את כל מערכת המשפט ניתן להכניס תחת הכותרת של פקודה כללית של הריבון. אך יש לזכור כי משפט הטבע או כללי המוסר אינם פקודה של הריבון ולכן הם לא חלק מהמשפט- כמו עיקרון "הרצחת וגם ירשת". מבחינת אוסטין, כל אלה מידות טובות וכללים מוסריים יפים אך אינם חלק ממשפט המדינה. התוצאה הנובעת מתיאורית הפקודה היא שכאשר שופט דן במקרה שלפניו, הוא צריך להתייחס ולהגיע להכרעה על בסיס המשפט בלבד- הפקודות הכלליות של הריבון.

**החסרונות והקשיים של תורת הפקודה של אוסטין**

אפשר לראות את התיאוריה של אוסטין ראשונית- הוא יצר אותה בניסיון להגדיר את המשפט הפוזיטיבי, ואכן תורת הפקודה של אוסטין אומנם עשתה צעד מרכזי וחשוב בכינון של תיאוריה פוזיטיבית, אך יש לה לא מעט פגמים ואתגרים שעמדו עליהם הוגים מאוחרים יותר ואף אוסטין עצמו. מי שביקר את אוסטין באופן שיטתי היה הפילוסוף של המשפט, הארט. הארט הציג תיאוריה פוזיטיבית חלופית, וכמבוא לתיאוריה שלו הוא ביקר את התיאוריה של אוסטין. נתחיל בנקודות שאוסטין עצמו הבחין שהן בעייתיות וניסה להבהיר ולפתור אותן, ובסוף נגיע לקשיים שהארט הצביע בתורת הפקודה.

1. ביקורת ראשונה: התיאוריה לא מתאימה לכל מקורות המשפט

התיאוריה של אוסטין איננה מתאימה לכל מקורות המשפט שאנחנו מכירות. יש מקורות שתורת הפקודה מתאימה להם, כגון חוקים שהריבון מוציא- אבל המשפט האנגלי בפרט, והמשפט המקובל ככלל, כולל בתוכו מקורות נוספים מאשר חוקים, שלאו דווקא עונים על הגדרת "פקודה כללית של הריבון":

* התקדים- מקור מרכזי במשפט המקובל הוא התקדים, התקדים הוא חלק מפסיקת בית המשפט, ולכן לא ניתן לקבוע כי התקדים הוא פקודה של הריבון. אוסטין עצמו התייחס לקושי הזה וניסה לפתור אותו על ידי כך ששאל למה פסיקת בית המשפט מחייבת למרות שלא הריבון הוציא אותה? משום שהריבון הוא זה שקבע כי התקדים של בית המשפט מחייב. אם אנחנו בוחנות את הטענה הזאת, היסטורית היא איננה משקפת את תהליך התפתחות של המשפט המקובל. המשפט המקובל, האנגלי, לא התפתח בדרך שהפרלמנט העניק לבתי המשפט סמכות לפסוק, אלא הוא התפתח מבתי המשפט עצמם. כלומר פסיקת בתי המשפט כמקור משפטי מחייב לא נוצר היסטורית בעקבות החלטה של הפרלמנט, אלא הוא נוצר מאליו. הפרלמנט בדיעבד הכיר בפסיקה כמקור משפטי- המשפט הוא משפט המתפתח מבתי המשפט, שבסופו של דבר הפרלמנט הכיר באיזשהו אופן בכך.   
  יתרה מזאת, חלק מהקושי הוא שלא ברור האם הפרלמנט נותן תוקף מלא לכל הפסיקה, קושי שנכון גם בשיטת המשפט בישראל. כך למשל, מתעוררות השאלות האם המעמד של בתי המשפט והסמכות שלהם תלויים בחוקי הכנסת? האם המעמד של בתי המשפט נובע מהחוק- או שהמעמד הוא עצמאי ולא קשור בחוק? נכון שבישראל חוק השפיטה ובתי המשפט מעניק כוח וקובע כי פסק דין של בתי המשפט גבוה מנחה בתי משפט נמוכים והעליון מנחה את כל בתי המשפט, אך האם כל המעמד שלהם נובע רק מזה? סמכות בית המשפט למשל לפסול חוקים בישראל לא נובעת מין החוק באופן ישיר- לא החוק הוא המסמיך ומעניק לבית המשפט את סמכות פסילת החוקים, אלא שבית המשפט נטל לעצמו את הסמכות בטענה כי עצם חקיקת חוקי היסוד הניחה את סמכות בית המשפט לבטל חוקים. כאשר ביהמ"ש דן בשאלה הזאת- בפס"ד בנק המזרחי, נטען כי חוק לא יכול לסתור חוק יסוד ואם הוא סותר בית המשפט יצהיר על זה. הסמכות הטבועה הזאת שבית המשפט הניח לא קבועה בפירוש בחוק, אלא שהוא נטל אותה.  
  לכן, בשורה התחתונה נכון לומר היסטורית, שמעמדם של בתי המשפט באנגליה לא נבע מחוק של הפרלמנט, כמו היום. למרות שבתקופת ימי הביניים לא היה חוק שעיגן את פסיקת בית המשפט כמחייבת, היא בכל זאת היא חייבה. לכן התיאור שהמעמד של הפסיקה נובע מהחוק הוא תיאור שנכון בדיעבד אך לא היסטורית. יש להבין כי זאת לא רק שאלה היסטורית אלא מהותית- האם מעמד בתי המשפט, נובע מהכרה של החוק או שהוא עצמאי? אוסטין טען שהוא נובע מהחוק, אך היסטורית זה לא נכון.
* המנהג- קושי בולט יותר מתעורר בשאלת מעמדו של המנהג. המנהג מתאפיין בשני מאפיינים:
* המנהג הוא לא פקודה של הריבון, הוא בא מלמטה ולא מהחלטת המחוקק. המהות והכוח של המנהג הוא שהריבון לא מאשר אותו.
* לא ניתן להגיד שהחוק קובע את המנהג (כך למשל בשיטות המשפט הישראלית והאנגלית אין חוק שקובע כי המנהג מחייב). ואף אם כן קיים חוק המונה את מקורות המשפט, לרוב הוא לא מונה את המנהג- למשל חוק יסודות המשפט. אם בית המשפט לא מצא תשובה בהלכה פסוקה, הוא יכריע בה לאור המקורות המושרשים- כמו פסיקה, חוק, היקש ומקורות מורשת ישראל. מה לא נמצא בו? מנהג. אין בישראל חוק שאומר כי המנהג מחייב.

כך שהמנהג מעורר שתי בעיות- לא רק שהוא צומח מלמטה, אין לו הכרה אפריורית שמעוגנת בחוק. לכן, ניתן גם לראות שמבחינה היסטורית בדומה לתקדים והפסיקה, מעמדו של המנהג מחייב, גם בלי חוק שהכיר בו, המנהג הוכר מאליו. כתוצאה מכך הניסיון של אוסטין לפתור את הקושי בטענה שהריבון מסכים למעמדו המחייב של המנהג, היא טענה נכונה אך רק בדיעבד- המחוקק רק יישר ועיגן בחוק, בדיעבד מצב שקיים. אוסטין טוען כי מעמדו של המנהג נובע מההכרה של בית המשפט בו- כלומר, ברגע שבית המשפט פוסק לפי המנהג הוא נותן לו תוקף מחייב.  
האם התשובה מספקת? בסכסוך שבא בפני בית המשפט, האם הוא חייב לפסוק לפי המנהג או לא? אם הוא לא חייב לפסוק לפי המנהג, אז המנהג הוא לא מקור מחייב באנגליה. אך אם מניחים שהמנהג מקור מחייב, אז התוצאה היא שבית המשפט חייב לפסוק לפיו, ואז הכוח המחייב של המנהג לא תלוי בהחלטת בית המשפט אלא קודם לו.

באנגליה ההנחה היא שהמנהג מחייב, אך אם המנהג מחייב הוא מחייב לפני שבית המשפט קבע, בדומה לחוק- בית המשפט חייב לפסוק לפי חוק, ולכן החוק קודם למשפט.

הדוגמא הידועה בישראל לפסיקה שניתנה לפי מנהג- בשנות החמישים חוקי העבודה לא היו מפותחים ולא היו חוק פיצויים למי שמפטרים אותו מהעבודה. הנוהג היה שמעביד שמפטר את העובד חייב לו פיצויים, בעוד שהעובד טען שהוא לא חייב משום שאין קביעה מחייבת בחוק. בית המשפט פסק שהמנהג הוא מנהג מחייב (לא כל נוהג הוא מנהג מחייב, כדי שהוא יחייב הוא צריך להיות נוהג מושרש וגם נוהג שעושים אותו מכיוון שהוא מחייב). כך שאחרי שהוכחנו כי יש חובת פיצויי פיטורים בישראל משום שבית המשפט קבע כי יש חובה מין הדין לפצות תוך הסתמכות על עיקרון המנהג המחייב, אז התוצאה היא שברגע שמקבלים את העיקרון של מנהג מחייב (אם אכן מוכיחים את קיומו של מנהג), צריך לפסוק לפיו בכל מקרה. זאת אומרת שהחובה והתוקף של המנהג אינם נובעים מהפסיקה של בתי המשפט אלא שהם קיימים קודם לכן, ולכן ההסבר של אוסטין לחיוב המנהג איננו מספק. המנהג הוא מקרה פרטי של פסיקה. כדי שנאמר שלמנהג יש כוח מחייב צריך שבית המשפט יגיד שיש חובה לפסוק לפי המנהג, ואם יש חובה, היא קודמת למשפט- אך לפי תורת אוסטין המנהג הוא לא פקודה של הריבון.

המסקנה היא שהתיאוריה של אוסטין לא מתאימה לפחות לא למשפט האנגלי. יכול להיות שהיא מתאימה למשפט האירופי, כי שם התקדים והמנהג לא מחייב, כך שתורת המשפט של אוסטין מתאימה למשפט הקונטיננטלי. מעניין שדווקא אוסטין שהיה בעצמו בריטי, הוא מייצר תיאוריה שמתאימה רק למשפט הקונטיננטלי. כתוצאה מכך, אם המסקנה היא שתורת המשפט של אוסטין מתאימה רק לשיטת משפט אחת, היא לא עונה על דרישת תורת המשפט הכללית.  
הדיון שלנו בתורת המשפט עוסק בתורת משפט כללית- תורת משפט שמתאימה לכל שיטות המשפט. אנחנו מחפשות תיאוריה שתסביר את כל שיטות המשפט ולא שיטת משפט מסוימת. ואם היא מסבירה רק אחת אז היא לא יכולה למלא את התפקיד של הסבר לשיטת משפט כללית. למשל תורת משפט הטבע ושיטת המשפט הפוזיטיבית מתאימה לכלל שיטות המשפט, התיאוריה של אוסטין לא מתאימה לכל שיטות המשפט, משום שהיא לא מתאימה למשל למשפט האנגלי- שם התקדים והמנהג מחייב כמקורות משפטיים. היא מכירה רק בשיטת משפט שמכירה בחקיקה של הריבון כמקור משפטי.

1. ביקורת שנייה: התיאוריה לא מתאימה לכל הכללים שיש במשפט

גם על הביקורת השנייה אוסטין עצמו חשב וניסה להציע לה פתרון. הביקורת השנייה סוברת כי תורת הפקודה לא מאימה לכל סוגי הנורמות והכללים המשפטיים. אמרנו כי ענפים כמו חוזים, קניין, חברות, משפחה וכו- האם אפשר לראות את כל המשפט המסחרי והאזרחי כפקודה? המהות והפקודה ביסודה היא כלל שמטיל חובה, כלל שמטיל חובה מפני שיש לצדו סנקציה, ולכן הפקודה מתאימה רק לחוקים שמטילים חובה. כתוצאה מכך, מתעוררת השאלה איך אוסטין מסביר ומתאים את מושג הפקודה שביסודה כלל שמטיל חובה לכללים שאינם מטילים חובה?  
הכללים שיש במשפט האזרחי והמסחרי- בטיבם לא מעניקים חובה אלא כוח\ זכות\ רשות. למשל הכוח לכרות חוזה, להקים חברה- אלו כללים שנותנים כוח אך הם לא מטילים חובה כמו חובה להקים חברה. החוק מאפשר ונותן את הכוח להקים חברה אך לא ניתן לראות זאת כחובה. חוזה זה כוח של בני אדם לכרות חוזה שיטיל עליהם חובות ויעניק זכויות, אבל חוק החוזים לא מטיל חובה לכרות חוזה- נכון שיש חובות לנהוג בתום לב, אך זאת חובה שנוצרת רק לאחר כריתת חוזה, והיא חובה משנית ביחס למהות החוק. רק אחרי שאדם כורת חוזה, חלה עליו החובה לנהוג בתום לב.

אוסטין עצמו הרגיש את הבעייתיות הזאת, וניסה לתת לזה תשובה בעצמו. הפתרון שאוסטין המציע הוא שעצם בטלות הפעולות האלה צריך לראות אותה כסנקציה- נכון שאין חובה לכרות חוזה, אם אדם רוצה ליצור חוזה מחייב, יש דרכים מסוימות לכריתת החוזה, ואם הוא לא יכרות בדרך זו, החוזה יתבטל ולא יהיה לו תוקף (בדומה לצוואה ונישואין). המדינה קובעת באמצעות החוק את הדרך וכיצד ניתן לבצע אחת מהפעולות האלה, ולכן אומנם זאת לא חובה קטגורית (למשל אין חובה לכרות חוזה) אלא חובה מותנית (אם כרתת חוזה, אז חלה עליה חובה לעשות את זה בדרך מסוימת).

יחד עם זאת, ניתן לבקר את התשובה של אוסטין. לא ניתן להגיד כי צעד של בטלות פעולה מהווה עונש אמיתי. המושגים של חובה ועונש שונים מהמושגים של תוקף לפעולה משפטית והיעדר תוקף- בטלות היא לא עונש, כמו שהדרך המסוימת לבצע את הפעולה היא לא חובה. אוסטין מנסה להכניס את כל הכללים המשפטיים למיטת סדום של כללי חוק אך זה לא נכון, משום שצריך להכיר בזה שכללים משפטיים הם מגוונים יותר- הכללים משפטיים אינם רק כללים שמטילים חובה אלא גם כללים המעניקים כוח, זכות רשות. נכון להגיד כי המשפט הפלילי הוא הענף המובהק של כללים המטילים חובה- דיני העונשין קובעים כללים לפיהם יש חובה לעשות פעולה מסוימת או חובה להימנע ממנה, ולצד החובה עונשים שמטילים בגין הפרתה. את כללי המשפט הפלילי ניתן לראות כפקודות, אך יש לזכור כי זה מהווה רק ענף אחד מכלל ענפי המשפט. רוב המשפט איננו כמו המשפט הפלילי, ולכן להכניס את כל המשפט לתוך ענף אחד, ולהגיד כי למשל בטלות חוזה היא סנקציה על כך שאדם לא התנהג נכון, זה לא מדויק בכלל ויוצא אפילו עקום. כתוצאה מכך, תורת המשפט של אוסטין מתאימה רק לכללים המטילים חובה, שזהו סוג מסוים של כללים. ולכן הקושי הוא שאוסטין לא מצליח להחיל את התיאוריה שלו גם על כללים המעניקים כוח, זכות או רשות.

שאלה מהקהל- האם ניתן לראות את החוקים שמטילים זכויות כחוקים שמטילים חובה על המדינה? כלומר הריבון מחוקק חוקים המטילים חובות על עצמו? אם נשתמש במונחים כאלה, הריבון אולי מטיל חובות על עצמו, אך הוא לא מטיל סנקציה. אולי בית המשפט יחייב את המחוקק לעמוד בחובות שקבע לעצמו ויאכוף אותן, אך בית המשפט לא ישית על המחוקק עונש\סנקציה. אפילו אם נסתכל על זה באופן הזה של הטלת חובות על עצמו, קשה לראות את זה כחובה במובן של סנקציה- אין פה עונש על אי קיום הזכות. ככלל החוקים האלה במהותם, מנקודת המבט של אוסטין שרואה על הריבון כמטיל פקודות על אנשים תחתיו- כאן הוא מטיל חובות על עצמו ואין מישהו עליון לו שמטיל עליו. גם במובן הזה זה לא מתאים באמת לתיאוריה הזאת.

1. ביקורת שלישית: מושג הריבון

מושג מפתח אצל אוסטין זה מושג הריבון- הוא רואה את החוק כביטוי לרצון הריבון. הביקורת השלישית מתמקדת במושג הריבון של אוסטין:

* מורכבות זהות הריבון- מושג הריבון באופן אינטואיטיבי מתאים למונרכיה- יש מלך והוא מבטא את רצונו. במדינה דמוקרטית, אפילו אנגליה- מושג הריבון הוא סוג של מטאפורה של דבר יותר מורכב. למשל באנגליה הריבון הוא שילוב של המלך והפרלמנט- המלך הוא ראש המדינה אך חסר סמכויות, והפרלמנט אומנם לא עומד בראש אך הוא מחזיק בסמכויות חקיקה נרחבות. לכן, צריך להניח שבמדינה דמוקרטית מושג הריבון יהיה יותר מורכב מאשר במונרכיה.
* כפיפות הריבון לחוק- אוסטין הגדיר את הריבון כמי שהכל מצייתים לו בעוד שהוא לא מציית לאף אחד. אך במדינה דמוקרטית הריבון עצמו הוא כפוף ומחויב לציית לחוק. לדוגמא: הכנסת כפופה לחוקי יסוד ומחויבת לציית ולפעול לפיהם, הסנאט בארצות הברית מחויב וכפוף לחוקה. מושג הריבון אצל אוסטין כמי שעומד מעל החוק והוא המקור שלו מייצג תפיסה פשטנית שאולי התאימה לשיטות משפט עתיקות- המלך והקיסר בעת העתיקה היה מקור החוק ואליו כולם צייתו. במדינות דמוקרטיות הריבון לא נתפס כמי שהוא מעל החוק באופן מלא- יש לו כפיפות מסוימת לפחות לחוקה, לא ניתן לתאר מן פירמידה שבראשה עומד הריבון- זה מורכב יותר מקודקוד אחד שעומד בראש, לכן לא נכון לומר שהריבון לא כפוף לאף אחד, אלא שבמסגרת איזונים ובלמים הריבון כפוף גם לחוק. כתוצאה מכך, בפועל הריבון לא תואם באופן מלא למושג הריבון בתורתו של אוסטין.
* בחירות והחלפת הריבון- היו שביקרו את מושג הריבון של אוסטין בכך שהוא לא מסביר את ההמשכיות- אוסטין מגדיר את הריבון שמי שרצונו קובע את החוק. אך מה שקורה במדינות דמוקרטיות שמרכיב מרכזי בהן אלו הבחירות? שהרי הבחירות מעמידות כל פעם מחדש ריבון אחר. מאחר ואוסטין לא מספק תשובה צריך להניח מה אוסטין היה עונה בשאלת ההמשכיות והתחלפות השלטון. ניתן להסביר כי גם במושגים של אוסטין לא צריך לתפוס את הריבון באופן פרסונלי- בתור בני האדם שממלאים את התפקיד, אלא יש לתפוס את הריבון כמשרה. יש הרגל ציות למושג הריבון ולא לאדם שמתפקד כריבון. לדוגמא יש הרגל ציות לכנסת ולא לחברי הכנסת- יש לציית לכנסת בלי קשר לכך שהאנשים הממלאים את התפקיד מתחלפים כל בחירות.

הביקורת השלישית מתמקדת בכך שמושג הריבון לא מתאים לתפיסה לפיה גם הריבון כפוף לחוק.

1. הביקורת הרביעית: מושג החובה

הביקורת העמוקה יותר פותחה על ידי הארט. בביקורת הרביעית אנחנו חוזרות למושג החובה של אוסטין. אוסטין מסביר את החובה כמלווה בסנקציה- רק כשיש סנקציה יש חובה. ניתן להסביר את החובה בשתי דרכים:

1. הסבר הפסיכולוגי- כאשר מאיימים עליי בכך שאם לא תבצעי פעולה ותצייתי לחוק, יוטל עלייך עונש, אז אני מרגישה תחושה של חובה. אך אם אנחנו מסבירות את תחושת החובה מתוך הסבר פסיכולוגי, אנחנו מגיעות לתוצאה מוזרה, לפיה כל איום יוצר חובה.

לדוגמא: שודד נכנס לבנק, שולף אקדח ומכוון לראשו של הפקיד, הפקיד לפי התפיסה של אוסטין יגיד שיש לו חובה להביא את הכסף ולשלם לשודד. לעומת זאת, ניתן לשאול כי נכון שמכריחים את הפקיד, אבל אולי יש לו חובה הפוכה- לשמור על הכספים של הבנק? כלומר יש פה התנגשות בין חובות: לפי ההסבר הפסיכולוגי כולם מטילים חובה- גם השודד וגם הריבון, אך יש לציית לריבון כי הוא בעצם ה"שודד גדול" שמאיים על כולם. אך החובה היא אותה חובה- גם השודד הקטן וגם הגדול מייצרים חובה.   
דוגמא נוספת היא של נפילה בשבי- חייל נופל בשבי, לפי הכללים של המשפט הבינלאומי והמדינות, חייל שנופל בשבי יכו להגיד את שמו ומספרו האישי אך אסור לו לתת מידע מקצועי על צבאו. השובים מענים אותו- אז איזו חובה יש עליו? מצד אחד, לפי אוסטין משום שהשובים יכולים לגרום לחייל רע, קמה עליו החובה למסור מידע, ומהצד השני של המדינה, יש לו חובה לא למסור מידע. יש פה חובות סותרות. ההרגשה היא שאוסטין מפספס נקודה- להגיד כי כשהשודד נכנס לבנק, קמה החובה לשלם? כלומר, מבחינה מושגית לפי אוסטין גם השודד מטיל חובה על הפקיד- אך האם זה מתקבל על הדעת?

אוסטין לא מבחין בין מושג החובה כמושג נורמטיבי וכחובה כעניין פסיכולוגי או אילוץ\ הכרח. נכון לומר כי השודד מכריח את הפקיד לשלם כסף, אך לא ניתן להגיד שמבחינה נורמטיבית על הפקיד יש את החובה לשלם. יש לפקיד תחושת חובה משום שהשודד מאלץ אותו לשלם, אך אין לפקיד חובה נורמטיבית\ משפטית\ מוסרית לשלם. יש להבחין במושג החובה כמושג נורמטיבי לבין תחושת החובה או כהכרח שיש באיום. אוסטין עצמו היה מודע לזה- אפשר להגיד שהסנקציה היא לא משום שהיא יוצרת תחושת אילוץ אלא יש תיאור- אם לא תמלא את הכלל אתה תיענש, אבל למה עונש יוצר תחושת חובה? העונש יוצר תחושת חובה לפי אוסטין רק מכיוון שהוא מייצר תחושה פסיכולוגית והכרח. אך צריך להבחין בין הכרח לבין החובה הנורמטיבית.

1. ההסבר האובייקטיבי- העונש הוא כתוצאה על המעשה (הארט) ולא בגלל תחושת החובה. הארט מציע לאוסטין לתת פירוש כתוצאה על המעשה ולא פירוש פסיכולוגי. זה לא בגלל תחושת החובה הפסיכולוגית אלא זה מפני שמושג הסנקציה הוא ניבוי התוצאה של המעשה.

לדוגמא: אם אדם נוסע במהירות גבוהה מהמותר, תקבל קנס, אז הסנקציה- לא משנה אם הוא מרגיש פחד או לא, הסנקציה מתארת את התוצאה- שהיא עונש על המעשה. לפי הפירוש של הארט, זה לא נובע מתחושה פסיכולוגית של פחד או של חובה- אלא מושג הסנקציה מתאר את התוצאה של המעשה שלך. זה פירוש אובייקטיבי למושג החובה- החובה מתארת מצב בו יוטל על אדם עונש כתוצאה מהפרת החוק, כתוצאה מכך, תחושת הפחד היא לא מקור החובה אלא שהסנקציה היא תיאור אובייקטיבי של תוצאת המעשה. יש חובה כי את צפויה לעונש, לא משנה אם את מרגישה פחד.

האם זה פותר את הבעיה של אוסטין? לפי הארט אין זה פתרון של הבעיה, הארט מציין כי כאשר אנחנו אומרות שאם אדם עובר על החוק אז הוא מקבל עונש, אנחנו מתכוונות לומר שמכיוון שהוא עבר על החוק, הוא מקבל עונש- כלומר זאת הצדקה לכך שהוא מקבל עונש. במילים אחרות היחס בין הסנקציה לחובה הוא הפוך- לא כפי אוסטין שטען שמפני שיש סנקציה יש חובה, אלא מפני שיש חובה יש סנקציה. נטיל עונש על בני אדם שעברו על החוק- כי הם היו מחויבים לציית לחוק אך לא צייתו לו. החובה היא נקודת המוצא- מכיוון שהאדם הפר את החובה שלו- את החוק, אנחנו מטילות עליו עונש, וזה לא שמאחר ונטיל עליו עונש נגיד שיש חובה. הארט טוען כי מושג חובה איננו נובע כתוצאה מכך שמטילים על אדם עונש, אלא מושג החובה הוא משהו אחר. הסנקציה לא מייצרת את החובה אלא היא תוצאה של החובה.

ביקורת נוספת על מושג החובה של אוסטין שתלויה בסנקציה כדי שהחובה תממש- היא שהאיום צריך להיות אפקטיבי. כך למשל מה קורה בנגב שאין אכיפה? אם החובה נובעת מהסנקציה פירושו של דבר שיש איום קונקרטי וסנקציה, אז אם אין איום אפקטיבי שמפחידים ממנו, יש קושי בסנקציה ולכן אין חובה. אם החובה היא עניין של טעם, אם כך הדבר אינו תלויה בסנקציה. הסנקציה תוטל אם לא תציית, אך עצם החובה קיימת גם בלי זה.

**האלטרנטיבה שהארט מציע**

לפי אוסטין מושג החובה זה הסנקציה, אפשר לחשוב על חובה שהחוק מטיל, חובה הנובעת מהעונש. אך האם יש חובה מוסרית? למשל האם נגיד שמבחינה מוסרית יש חובה לתת צדקה? לפי אוסטין התשובה שלילית משום שאין בחובת הצדקה סנקציה- לא יוטל עונש אם לא תיתני צדקה. לכאורה אוסטין אומר שהחובה תלויה בסנקציה ובכך הוא משאיר את מושג החובה לעניינים המשפטיים שבכוחם יש סנקציה. איך נחשוב על חובה מוסרית שאיננה חובה משפטית? איך נבין את המושג חובה מוסרית אם אין סנקציה בצידה? אוסטין אומר כי ברגע שמכריחים לעשות משהו אז אתה חייב לעשות אותו, אך אם לא מכריחים אותך לפעול בצורה מוסרית, האם נגיד שיש חובה מוסרית? האם אני יכולה לחשוב על חובה בלי קשר לסנקציה? הדוגמא לזה היא חובה מוסרית או דתית.

האלטרנטיבה לאוסטין היא להגיד שחובה פירושו של דבר כי יש טעם טוב לעשות את הדבר הזה. לא משום שיגרם רע למישהו, אלא החובה לעשות דבר מה פירושו הוא שיש טעם טוב שבגללו צריך לעשות את זה. אין לחשוב על חובה כדבר שנובע מאיום אלא נובע מטעם טוב וחזק לעשותו. קשה לנו להגיע לזה משום שביום שאנחנו נולדות אנחנו גדלות בשכר ועונש- אם תעשה משהו טוב תקבל פרס, ואם לא תקבל עונש, ולכן אנחנו רגילות לקשור את מושג החובה לענישה- התנית חיזוק חיובי ושלילי- שכר ועונש, על חובה. אם נשתחרר מכך שחובה תלויה בעונש, נוכל לקשור חובה בטעם- אני חייבת לתת צדקה פירושו של הדבר שיש טעם טוב\ טעם חזק לעשות את זה. אם אין טעם חזק אז זה רשות. אנחנו מחפשות את מושג החובה של אוסטין במושג אחר- חובה תלויה בשאלה האם יש לי טעם טוב לעשות את המעשה הזה? אם יש טעם אז יש עליי חובה לעשות, ואם אין טעם טוב לא עומדת בפני חובה. כמו כן, החובה יכולה לעמוד בקונפליקט מול רצונות אחרים שיש לי- כל מיני אינטרסים שונים, במקרה כזה, ניתן לעשות את שכלול של השיקולים, אך כאשר יש טעם לעשות חובה- אז החובה גוברת על טעמים אחרים. אם נגיד שיש חובה לתת צדקה לעני אז החובה הזאת גוברת על זה שזה עולה לי כסף. למשל הטעם של קליטת פליטים גובר על הכסף שזה עולה לנו. לפי הארט, ננסה לחשוב על מושג החובה באופן מנותק משאלת התוצאה והסנקציה שמוטלת אלא לחשוב על חובה כטעם טוב.   
מה עומד מאחורי המילה חובה נורמטיבית להבדיל מאילוץ? אילוץ נובע מאיום- הוא איום קונקרטי ואז נאלץ לעשות את הדבר הזה. בעוד שחובה נורמטיבית לא תלויה בתוצאה, אלא היא עניין של האם יש טעם טוב לעשות את זה.   
בחובות מוסריות שהן משפטיות, אלו חובות שהן אובייקטיביות, החוק מטיל אותם ולכן מבחינה משפטית הן חובה. מכיוון שהוא מטיל עליך חובה יש חובה- צריך לנסוע במהירות המותרת כי בחוק כתוב, והסיבה לחובה שהחוק המטיל היא שיש טעמים טובים בבסיס החוק.

אוסטין רוצה בעזרת האינטואיציה של אילוץ (הכורח) להסביר מהי חובה נורמטיבית. אך האם מושג החובה הנורמטיבית תלוי בסנקציה? ההצעה האלטרנטיבית אומרת שמושג החובה הנורמטיבית לא תלוי בסנקציה אלא קשור בטעם לפעולה. כשיש טעם חזק לפעולה אז יש עליי חובה. מושג החובה ביסודו איננו תלוי בסנקציה, כי לפי אוסטין אין כלי להבין חובה מוסרית. המוסר מספק עצות טובות, ואין כלי להבין חובה מסורית חובה שאין בצידה סנקציה. לעומת זאת, האלטרנטיבה היא לחשוב על חובה לא כסנקציה אלא תלויה בטעם. זה לא מייתר את מושג החובה כסנקציה מבחינה פרקטית- מושג הסנקציה זה לא מכיוון שיש חובה בגלל סנקציה, אלא יש חובה ובגללה יש סנקציה- מפני שיש טעם טוב מוצדק בעיני להטיל סנקציה. מפני שיש חובה לא לרמות, לרצוח וכו, עכשיו יש הצדקה להעניש מי שלא נוהג בהתאם לחוק. הסנקציה היא תוצאה של החובה ולא החובה היא תוצאה של סנקציה.

1. **תורת המשפט של קלזן**

קלזן היה משפטן אוסטרי ממוצא יהודי, שפעל במחצית הראשונה של המאה ה20. קלזן היה משפטן חשוב, משפטן-תיאורטיקן של המשפט שעסק גם במשפט חוקתי. קלזן לימים היגר מאוסטריה בעקבות המלחמה לארצות הברית, שם נפטר בשנות ה70 של המאה ה20. הוא הציג תיאוריה פוזיטיבית של המשפט כאשר נקודת המוצא שלו מצד אחד הייתה אוסטין (זה שהציג תורת משפט פוזיטיבית) אבל עמדנו על הבעיות של תורת המשפט של אוסטין וקלזן מבקש להציע אלטרנטיבה- תורת משפט פוזיטיבית אחרת, הוא השתכנע שהפוזיטיביזם הוא נכון אך הוא מציע אלטרנטיבה.

**מהו המשפט?**

קלזן מתחיל בהגדרה של המשפט. המשפט, ניתן לומר אינטואיטיבית היא מערכת של נורמות היוצרת סדר חברתי שנאכף על ידי המדינה. אז המשפט כמערכת נורמות שיוצרת נורמות חברתית זה מובן, אך הנקודה החשובה של אכיפה על ידי המדינה משמעות הדבר היא שקלזן מזהה את המשפט עם המדינה. רק המשפט שנאכף על ידי המדינה הוא משפט.  
משפט אחר שאולי אנשים נוהגים על פיו בכל מיני מסגרות וולונטריות הוא לא יקרא משפט. לדוגמא, המשפט העברי של ימינו. יש מערכת של משפט עברי- מערכת של ההלכה שנוגעת לעניינים המשפטיים- לנזיקין, עבודה, חוזים, קניין וכדומה, יש מערכת משפט שנוהגים על פיה ואף הולכים להישפט לפיה וולונטרית בבתי דין. כלומר יש מערכת כזאת שנוהגת, אך בעיני קלזן המערכת הזאת איננה משפט, כי המשפט הזה איננו נאכף על ידי המדינה- היא מערכת וולונטרית כמו כל מיני מערכות של ארגונים אחר- כמו הסתדרות, מפלגות וכו. אך עדיין חשוב לקלזן לומר שהמשפט הוא המערכת שנאכפת על ידי המדינה.   
הזיהוי הזה של המשפט עם המדינה היה משותף גם לאוסטין שטען שהמשפט הוא פקודה כללית של הריבון, במובן הזה הוא ממשיך את הרעיון של אוסטין אם כי הוא לא נזקק למושג הריבון. קלזן נסמך על מוסד המדינה ואומר כי המשפט הוא אותו מערכת של נורמות שנאכפת על ידי המדינה.

**תורת משפט טהורה**

לקלזן חשוב מאוד לומר את הדבר הבא: הוא קורא לתיאוריה שלו תורת משפט טהורה. וכשהוא משתמש במילה טהורה הוא מתכוון לשני עניינים:

1. מערכת המשפט הטהורה כוללת נורמות משפטיות ולא נורמות אחרות-במובן זה הוא שותף לפרויקט של אוסטין שבא להבחין בין המשפט למערכות אחרות, כמו המוסר, הדת, מערכות נורמטיביות של ארגונים וולונטריים תת-מדינתיים. לכן, כשלקזן מדבר על משפט הוא מבחין ומגדיר את המושג של משפט משאר המערכות הנורמטיביות, כך שהאתגר שעומד בפני קלזן הוא לתת תיאוריה של משפט ולא תיאוריה נורמטיבית שכוללת מוסר.
2. מערכת המשפט הטהורה מבוססת על נורמות ולא על עובדות- הטענה השנייה של קלזן היא שהמשפט היא מערכת של נורמות והיא מבוססת על נורמות ולא על עובדות. כאן נקודת המוצא שלו היא הבחנה מאוד יסודית בפילוסופיה בין המצוי לרצוי.

תחת הנחת המוצא כי המשפט אינו יכול להיות מבוסס על עובדות, קלזן מבקר את אוסטין. אוסטין בונה את התיאוריה שלו על כך שהריבון נתן פקודה. אך מנגד, קלזן טוען כי העובדה שהריבון נתן פקודה כשלעצמה איננה יוצרת חובה, וכך גם הסכמה של העם איננה יוצרת חובה. צריכה להיות נורמה שיוצרת את החובה. צריך להכניס לכל תיאוריה נורמה- קביעה נורמטיבית שראוי לעשות. הריבון נתן פקודה אך מי אמר שצריך לציית לריבון? יכול להיות שכדאי משום שאם לא נציית לריבון, יושת עליי כאב, אך זה לא עניין נורמטיבי. כך למשל יכול להיות שאציית לפקודה של שודד, אך אין בזה עניין נורמטיבי. לכן עצם הפקודה של הריבון לא מחייבת אם לא נניח הנחה נורמטיבית שיש לציית לפקודות שלו. אותו דבר גם הסכמה של העם- העובדה שהעם הסכים לכשעצמה איננה יוצרת חובה, אלא אם כן אנחנו מניחות הנחה מובלעת שראוי לנהוג לפי החלטות הרוב. אם נניח הנחה נורמטיבית אז הסכמה של העם תחייב אותנו.

הבחנה בין מצוי ורצוי (is and ought)

יש הבדל בין טענה על המציאות שהיא טענה מסוג המצוי- קרי היא טוענת על המציאות\מצוי, לבין טענה מסוג רצוי שהיא מה צריך להיות. בעצם ההבחנה הזאת היא הבחנה מהותית בין שני סוגים של חוק- בין חוק מתאר לחוק מצווה. כלומר, החוק המתאר עוסק ומתאר מה המציאות, בעוד שחוק מצווה הוא חוק שאומר מה צריך להיות. ההבחנה הזאת היא הבחנה חשובה מאוד ומשמעותה שלא ניתן לעבור מטענה על המציאות לטענה נורמטיבית. הדבר הזה מכונה הכשל הנטורליסטי.

הכשל הנטורליסטי

זהו כשל שמאפיין טיעונים שבאים להסיק מן המציאות על המצב הרצוי. והטענה הזאת דבר הכשל הנטורליסטי שיש לה היסטוריה במסורת הפילוסופית וקלזן מאמץ אותה, היא שיש להבחין בין המצוי לרצוי:   
לדוגמא: הקדמה 1: בעלי חיים מגדלים את צאצאיהם- הקדמה 2: בני אדם הם בעלי חיים- מסקנה: בני אדם חייבים לגדל את צאצאיהם.   
האם המסקנה נובעת משתי הקודמות? יש טענות של משפט טבע האומרות כי בואו נראה איך הטבע מתנהג, ויש דברים שהם טבעיים, כשכל דבר טבעי צריך ללמוד ממנו איך לנהוג באופן נורמטיבי. למשל בטבע אנחנו יודעות שבעלי החיים מגדלים את צאצאיהם ולכן יש חובה טבעית לגדל את הצאצאים. אז ניתן להקיש מזה טענה של היקש פורמאלי- אם בעלי חיים מגדלים את צאצאיהם, ובני אדם הם בעלי חיים, מכאן ניתן להסיק שחלה חובה על בני אדם לגדל את צאצאיהם. אך האם ניתן להסיק את המסקנה הזאת או למה המסקנה הזאת לא נובעת משתי ההקדמות? מה חסר? מושג החובה הוא החסר בשתי ההקדמות. כלומר, ההקדמה שבני אדם מגדלים את צאצאיהם כעניין תיאורי, אך המסקנה הנורמטיבית שחייבים לנהוג כך היא קפיצה מעבר למסקנה, שהקפיצה הזאת בפילוסופיה מכונה הכשל הנטורליסטי.   
כלומר להסיק מהמציאות, שכך המציאות ומכאן שכך צריך להיות, זאת מסקנה מוטעית מנקודת מבט לוגית, מכיוון שהיא עוברת מהעניין התיאורי לעניין הנורמטיבי. אם ערים לדבר הזה- הרבה מאוד טיעונים בוויכוחים מסוריים-פוליטיים, שמתבססים על מה מקובל ומה המציאות היא מקבלת זווית חדשה, הדבר הזה מראה שטיעונים כאלו הם טיעונים שאינם תקפים מבחינה לוגית. זה שיש עבודה מסוימת עדיין לא אומר שצריך לנהוג לפי העובדה הזאת. האמירה שצורת חיים מסוימת מנוגדת לטבע, היא מנוגדת לטבע באמת אז היא בלתי אפשרית. אם אתה אומר שהיא מנוגדת לטבע רק מכיוון שהטבע מתנהג באופן מסוים ובני האדם מתנהגים אחרת, זאת איננה טענה נורמטיבית. כך שהטענה שעל בני האדם מוטלת החובה לגדל את צאצאיהם צריכה לנבוע לא מתיאור המציאות וההתנהגות הקיימת, אלא היא צריכה להתבסס על תפיסה נורמטיבית- כך למשל מי שמוליד ילדים יש לו אחריות לגדל אותם (אך הטענה לא יכולה להתבסס על הנתון הטבעי). המעבר בין הis לought הוא מעבר שגוי.   
אם מקבלים את זה, סוג מסוים של טענות של משפט טבעי עלולות להתערער. כך למשל טענתו של אריסטו כי בני אדם לפי הטבע חיים בקהילה, ומכיוון שהם חיים בהקהילה הם צריכים לשמור על מערכת נורמות מסוימת שתאפשר להם להמשיך לחיות בקהילה. זאת טענה שמבוססת על הis- הוא מתאר. בני אדם חיים בהקהילה ולכן הם צריכים לקיים מערכת התנהגות, אז קלזן יאמרו על הטענה האריסטוטלית שהיא לוקה בכשל נטורליסטי. מכיוון שהעובדה שבני אדם חיים כך איננה אומרת כי הם צריכים לחיות כך. אך מצד שני, באופן אינטואיטיבי מאוד מתקבל על הדעת שאם בני אדם חיים בהקהילה, אז לא ניתן לחיות בה אם לא נשמרים חוקים מסוימים, שלהם אריסטו קרא חוקי המשפט הטבעי. הפילוסופים האנליטיים יטענו שהטענה לא תקפה מבחינה לוגית, כך שיכול להיות שנצטרך לנסח אותה בצורה אחרת. יש לנו הנמקות לבחינה מחודשת ועד כמה ההבחנה בין המצוי לרצוי נכונה, משום שלכאורה יש כל מיני דברים נורמטיביים שאנחנו מסיקות אותם מן המציאות.   
למשל אסור לעשן סיגריות כי הן מזיקות לבריאות- הזקה לבריאות זה עניין תיאורי, עובדתי בעוד שאסור זה עניין נורמטיבי. לכן המסקנה הזאת לא נובעת ישירות ויהיה כשל נטורליסטי. כך שבשביל לתקף את הטענה הזאת נצטרך למצוא עיגון נורמטיבי ולהגיד שמבחינה נורמטיבית ראוי לא לפגוע בחיים- נצטרך להניח הנחה מובלעת שראוי לקיים חיים ארוכים ולא לקצרם. ודוק: הקדמה 1- ראוי לא לקצר את החיים, הקדמה 2- סיגריות מקצרות את החיים, מסקנה שנובעת משתי הקדמות- ראוי לא לעשן סיגריות. כדי לעבור מן העניין התיאורי לנורמטיבי נצטרך להניח הנחה נורמטיבית. כל שנוכל לעשות שימוש בנתונים עובדתיים אם יש גם הקדמה נורמטיבית, שהיא בלתי תלויה בנתון העובדתי.   
אם נקבל את התפיסה הזאת אומר קלזן שעצם קיומה של עובדה מסוימת, העובדה כשלעצמה לעולם לא מניחה חובה נורמטיבית. החובה הנורמטיבית איננה תלויה בעובדה, ולפעמים היא יכולה להצטרף אליה. קלזן משתמש בכשל לא רק כדי לבקר ולשלול את התיאוריה של המשפט הטבעי אלא כדי לבקר את התיאוריה של אוסטין.

המשפט אינו יכול להיות מבוסס על עבודות

* העובדה שהריבון נתן פקודה לא יוצרת חובה
* העובדה של הסכמת העם לחוק לא יוצרת חובה
* רק נורמה יוצרת חובה

לקלזן מאוד חשובה ההבחנה הזאת בין היסוד הנורמטיבי ליסוד העובדתי. הוא מסתכל על המשפט כמערכת נורמות, שהמשך יצטרך לעגן אותה על מה היא מבוססת. הוא יחפש כל הזמן, כמו שהמשפט עצמו מערכת נורמטיבי- החוקים והמשפט הפלילי שמסדיר ומכווין התנהגות, הם היבטים נורמטיביים, והשאלה היא מה היסוד שלהם. זה תכף יהיה אתגר שקלזן יגיע אליו. אף התחלנו בנקודה שלא ניתן להסתפק בסיפור עובדתי. הסיפור העובדתי נניח שהריבון נתן פקודה, לא מספק בשביל קלזן והוא יחפש בשביל זה אלטרנטיבה.

**מערכת המשפט ומושג התקפות**

* נורמה משפטית אינה מחייבת מאליה אלא מכוח נורמה משפטית אחרת. ליחס הזה קוראים תקפות.
* המשפט הוא שרשרת של נורמות הקשורות המערכת של תקפות.
* נורמה משפטית נעשית כזאת משעה שהיא משתלבת במערכת המשפט.

קלזן מכניס לשיח תורת המשפט מושג חשוב הנקרא מושג התקפות. נורמה משפטית איננה מחייבת מאליה אלא מכוח נורמה משפטית אחרת. יש הבדל מבחינה הזו בין טענות מסוריות לטענות משפטיות. טענות מסוריות יכולות להיות שמשכנעות כבפני עצמן- כך הטענה בדבר איסור שקר או עזרה לזולת- אלו טענות מוסריות שהן משכנעות. עכשיו בהעלאת טענה משפטית כמו תשלום מס לעירייה- האם אני אשתכנע שצריך לשלם מס לעירייה? כדי שאשתכנע צריך להראות שהנורמה באה מנורמה אחרת. משום שהכוח של נורמה משפטית תמיד בה מכוח נורמה אחרת. זה שהטענה המשפטית עצמה לשלם מס ובשיעור המסוים שלו, הטענה המשפטית נעשית תקפה לא בגלל שהיא משכנעת בפני עצמה ואפילו לא בזה שיש לה טעם, היא נעשית מחייבת רק כאשר היא מקבלת תוקף מכוח נורמה אחרת.

לדוגמא: אם יבוא אליי נציג עיריית רמת גן ויגיד כי מועצת עיריית רמת גן החליטה להטיל מס בגובה 5%, ועיריית רמת גן מסומכת לעשות זאת מכוח פקודת העיריות, וכדי שהיא תהיה מוסמכת היא צריכה לקבל את אישור וועדת הכספים של הכנסת. אם הוא אמר כי הוא כעיריית רמת גן מסומך על פי החוק להטיל מס על תושבי עיריית רמת גן בתנאים מסוימים, אז כאשר יתמלאו התנאים אהיה חייבת לשלם. לפני כן אני לא חייבת לשלם.

אז כל נורמה משפטית כדי שהיא תהיה מחייבת היא בעצם נובעת מנורמה אחרת. ליחס הזה קלזן קרא תקפות. המושג של תוקף קשור ביחס של נורמות ממדרגים שונים. ואז בעצם מתקבלת התמונה שמערכת המשפט היא מערכת ושרשרת של נורמות שרחת נובעת מהשנייה, והכוח המחייב של נורמה משפטית הוא רק כאשר היא תקפה מתוך שרשרת הנורמות.

נורמה משפטית מחייבת ברגע שהיא נעשית חלק ממערכת המשפט והיא לא עומדת עצמאית, זה ההבדל בינה לבין נורמה מסורית. נורמה מסורית לא קשורה לתוקף והתקוף שלה לא נובע מבעל סמכות שקבע אותה או מכך שהיא משתלשלת מנורמה אחרת. הנורמה המוסרית יכולה לעמוד ולשכנע בפני עצמה ולכן מטבע הדברים, יש לה כוח מחייב בכל מקום- אם אני מאמינה שאסור לשקר אז אסור לשקר גם כשאני חיה בישראל, צרפת או רוסיה. אך אם אני חושבת על המשפט, הנורמות של המשפט לא תקפות מכיוון שהן עומדות בפני עצמן, אלא רק כאשר הן חלק ממערכת המשפט, ברגע שהמערכת מאמצת נורמה ברגע הזה היא הופכת למחייבת, והיא לא תחייב לפני- גם אם יש בה היגיון. כמובן שאותה מערכת נורמות משפטיות שהן גם מוסריות מחייבות בכל מקרה ובכל קשר- אסור לגנוב, לרצוח ולאנוס, גם בגלל נורמה מוסרית ולכן הוא בלתי תלוי. אך כדי שנורמה תהיה מחייבת באופן משפטי, היא מחייבת כאשר היא נעשית חלק ממערכת המשפט ולא עומדת לבדה. ולהיות חלק ממערכת המשפט משמעותו של דבר זה שלקבל תוקף מנורמה אחרת.

לדוגמא- תשלום שכר לימוד באוניברסיטה- לא ההיגיון לתשלום שכר לימוד הוא המחייב אותי, כדי שאהיה חייבת בשכר לימוד צריך לקבל דרישה בעלת תוקף משפטי- הנובע מהחוזה שנכרת בין הסטודנט לאוניברסיטה. והחוזה מחייב מכוח חוק החוזים. כך שהחובה נובעת קודם כל מההסכם עם האוניברסיטה, וההסכם עצמו תקף מכוח חוק החוזים, וחוק החוזים תקף במדינה ישראל מכוח זה שהכנסת היא הרשות המחוקקת שכך נקבע בחוק היסוד. יש פה שרשרת נורמטיבית שכל חובה המוטלת עלינו כאזרחים בין אם זה תשלום מס, שכר לימוד, ציות לתמרורים, נעשית לפיה.

חוקה

חקיקה ראשית

חקיקה משנית

צווים

חוזים

זה מושג התקפות שמשמעותו היא שנורמה משפטית נעשית משפטית משעה שהיא נעשית חלק ממערכת המשפט- שזה נעשה באמצעות בעל סמכות שחוקק אותה. זה יכול להיות מהרגע שהכנסת מחוקקת חוק שנעשה מחייב מרגע שהוא חוקק- לא הטעם שלו מחייב אלא מה שמחייב ברגע שהוא חוקק על ידי הכנסת. כך תקנות ההמשלה מחייבות ברגע שהן הותקנו, החוזים הפרטיים מחייבים מרגע שנכרת חוזה וכן הלאה. כל נורמה מחייבת משעה שהיא נקבעה על ידי גורם בעל סמכות.

**פירמידת הנורמות**

קלזן משרטט בעקבות מה שהוא תיאר, את פירמידת הנורמות הידועה. מי ששרטט לראשונה את פירמידת הנורמות הוא קלזן, הפירמידה מתארת את המדרג הנורמטיבי.

אם למשל יש חוזה בין צדדים- ונשאל מה מקור החיוב? החיוב הוא מכוח חוזה, כשחוזה תקף ישירות מחקיקה ראשית, אך יכולים להיות מקרים בהם זה עובר את כלל המדרג הנורמטיבי.

למשל צווים- צו גיוס, כל הוראה מהרשות, הצו צריך להיות מעוגן מכל נורמה שמעליו כמו חוקי עזר עירוניים, או חקיקת משנה של הממשלה. וחקיקת המשנה צריכה להיות מעוגנת בחקיקה ראשית שלך הכנסת, והחקיקה הראשית בחוקה. ניתן לתפוס את כל מערך הנורמות שמבסס המשפט ואותו נחיל על המדרג.

לפני כל ההשלכות של המדרג, קלזן מתחיל מנקודה יותר בסיסית- נקודת המוצא של קלזן היא שמושג התקפות קושר בין כל נורמה ספציפית לשיטה. כך לדוגמא, איך אני יודעת שנורמה מסוימת תקפה במדינת ישראל? אם ניתן לקשור אותה אל מערכת המשפט והמדרג הנורמטיבי. כלומר שתי נורמות שיש להן מקור משפטי אחד שייכות לאותה השיטה. אז כלל הנורמות נשענות ומתכנסות למקור אחד- לחקיקה הראשית שקובעת אותה, והן מתכנסות לחוקה.

**בעיית הישענות הנורמה הראשונה**

על בסיס כך שכלל הנורמות נשענות ומתכנסות למקור אחד, מתעוררת השאלה על מה נשענת הנורמה הראשונה, שהיא החוקה?

את כל הנורמות במדינה ישראל ניתן לקשור אותן לחוקה, מה שהופך אותן לשייכות לשיטה אחת- לשיטת המשפט הישראלית, על ידי זה שהתוקף של כולן היא החוקה. החוקה שקובעת כי הכנסת היא הרשות המחוקקת, כל החוקים שיצרה הכנסת בעצם מבוססים על הקביעה של חוק יסוד הכנסת. כל אלפי החוקים שהכנסת יוצרת נשענים על הקביעה שהכנסת היא הרשות המחוקקת, וכל התקנות מתכנסות כל אחת לחוק שלה- אם זה תקנות לחוק שירות בטחון, תקנות של פקודת התעבורה וכן הלאה.   
אם הגענו בסוף ובעצם התפיסה של קלזן שאומרת כי נרומה משפטית צרכה להישען על נורמה אחרת- אנחנו מבינות איך אנחנו נשענות על החוקה, אך כעת נשאל על מה החוקה עצמה נשענת? החוקה לכאורה תלויה באוויר. החוקה שקבעה כי הכנסת היא הרשות המחוקקת, על מה היא נשענת? שזה הרי ההתחלה. כך למשל עוד לפני שחוק היסוד נוסח, התחיל בהקמת המדינה, אז על מה נשענת החוקה וכל שיטת המשפט? ופה מתחיל האתגר הראשון של קלזן.

אם אוסטין אמר כי הפקודה היא כלל של הריבון, ובעצם נשען על הריבון, קלזן לא יכול לקבל את הטענה כי בשבילו העובדה הזאת לכשעצמה איננה מספקת, ולא יכול לעשות קפיצה מהעובדה אל הנורמה, אז קלזן צריך ליצור נורמת על, שהוא קרא לזה נורמה בסיסית. הנורמה הבסיסית שכל המערכת עומדת עליה. בעצם קלזן תיאר את זה או כפירמידה הפוכה- הכל נשען על נורמת הבסיס: למטה יש את נורמת הבסיס, עליה יש חוקה, חוקים, תקנות וכו\ כפירמידה רגילה שנורמת הבסיס מהווה הקולב שעליה תלויות שאר הנורמות. כשהרעיון הוא שיש איזושהי נורמה שעומדת ביסוד החוקה. כשנורמת הבסיס ופירושה היא שיש לציית לחוקה, ובהיעדר חוקה- לחוקי הפרלמנט\ חוקה מהותית.  
ודוק: יש להניח את קיומה של נורמה שאומרת כי יש לציית לחוקה. הנורמה הבסיסית הזאת איננה כתובה בשום מקום. אך אומר לנו קלזן, שכל המשפט נכתב ונעשה על פעולה מוסדית של חקיקה, אבל ביסוד המבנה הזה, צריך להניח באופן לוגי את קיומה של נורמה מופשטת שלא נקבעה על ידי מוסד ולא כתובה בשום מקום, אך היא קובעת את החובה לציית לחוקה. הנורמה הזאת איננה עובדה אלא נורמה. התשובה לשאלה איך היא מתקבלת היא מסתורית, אך צריך להניח את קיומה של נורמה בסיסית כזאת.

הנורמה הבסיסית

קלזן מחפש מבחן כמו אוסטין שיגדיר מהו המשפט ויבחין בין המשפט למערכות נורמטיביות אחרות שלא מחייבות, כי הן לא נאכפות על ידי המדינה. המבחן של אוסטין נכשל, ולכן קלזן מחפש מבחן אחר לפיו המשפט הוא כל מה שנובע מהחוקה עצמה. כשהחוקה כמה מבוססת על אותה נורמה בסיסית-מופשטת שתוכנה הוא שיש לציית לחוקה(זהו תוכן אוניברסלי שמתקיים בכל מקום).

מה מבדיל בין הנורמה הבסיסית לכל שאר הנורמות של מערכת המשפט לפי קלזן? הנורמה הבסיסית היא הנורמה היחידה שלא תקפה אלא נותנת תוקף לכל המערכת כל הנורמות המשפטיות הן נורמות שמחייבות מכוח היותן תקפות, שהפירוש לתקפות הוא שהן מקבלות את הכוח שלהן מכוח נורמה אחרת. קלזן מדייק למושג תוקף זה לא רק שישי לו כוח או מחייב, אלא לומר שהוא תוקף מכוח זה שנורמה אחרת נתנה לו את התוקף. כל הנורמות המשפטיות הן תקפות מכיוון שהן מקבלות את הכוח שלהן מנורמה אחר ואינן עומדות בפני עצמן. אך הנורמה הבסיסית היא נרומה שאיננה תקפה כי היא לא מקבלת את הכוח שלה משום מקום אחר. צריך היה למצוא סיבה ראשונה, אז הנורמה הבסיסית היא הסיבה הראשונה של מערכת המשפט. כדי שמערכת המשפט תהיה תקפה צריכה לקבל כוח, את הכוח היא מקבלת מהחוקה, אך בשאלה מאיפה החוקה מקבלת את הכוח, קמה הסיבה הראשונה שהיא נורמת הבסיס, שנותנת תוקף לחוקה אך היא עצמה איננה תקפה כי היא מקור הכוח.

יש פה דבר פרדוקסאלי בכך שכל הכוח של מערכת המשפט נשען על נורמה בסיסית שהיא עצמה מאוד מופשטת, מעורפלת ולא כתובה בשום מקום- הנורמה הבסיסית שעליה כל מערכת המשפט עומדת היא נורמת בסיס מסתורית שאנו מניחות את קיומה מכוח הנחה לוגית שלא יתכן שהחוקה מחייבת אם אין נורמה לפיה יש לציית לחוקה. למה מצייתים לחוקה? לפי קלזן לא מצייתים לחוקה משום שהריבון קבע אותה ולא בגלל איום, אלא בגלל נורמה אחרת שמחייבת, שהיא הנורמה הבסיסית. אנחנו בונות איזושהי מערכת בעלת כוח רב- כי כל הכוח של המדינה עומד מאחוריה (המדינה מפעילה כח מאוד מסיבי ואכזרי כדי לאכוף את הנורמות שלה), אבל כל הנורמות האלה הן מערך שהמדינה יוצרת והוא כולו מבוסס על נורמות בלבד וביסודו עומדת הנרומה הבסיסית הזאת. כשהכוח שלה נובע מהתוכן- שהוא יש לציית לחוקה.

יש הבדל בין נורמת הבסיס לשאר הנורמות מבחינת התוכן- שהתוכן של נורמת הבסיס הוא לא תנאי לתוקף: בעוד שכל נורמה משפטית התוקף שלה נובע מנורמה מעליה ולא מהתוכן. לא התוכן הוא מה שמצדיק את הנרומה המשפטית. לעומת זאת, הנורמה הבסיסית הואיל ואין לה תוקף- אז מה שמחייב זה התוכן, שהוא יש לציית לחוקה. לאו דווקא מכיוון שהיא מוסרית אלא כי ראוי לציית. אפשר לומר שהנורמה הבסיסית פונה אלינו להבדיל מכל המשפט שלא מנסה לשכנע מצד עצמו, הנורמה הבסיסית משכנעת בפני עצמה ואומרת כי יש לציית לחוקה.

על זה קלזן מעיר הערה מעניינת שלרעיון של משפט פוזיטיבי טהור יש מגבלות, מרגש לראות כי מערכת המשפט כולה מאוד מורכבת ומסועפת, אך בשורשים ולבסיס הכי ראשוני שלה נמצא על קרקע לא מוצקה- בשאלה על מה הנורמה הבסיסית עומדת, התשובה היא שהנורמה לא מנוסחת בשום מקום והיא מהווה כחלק מהמגבלות של המשפט הפוזיטיבי. וזאת משום שכל המשפט הפוזיטיבי עומד על תוקף, על הרעיון שהכוח שלו נובע מנורמה אחרת ומכך שגורם בעל סמכות יצר אותה. אך הנורמה הבסיסית עצמה לא נוצרה על ידי גורם בעל סמכות, היא לא תקפה והיא משכנעת באופן ישיר או בלתי אמצעי. בני אדם מצייתים לחוקה מכוח הנורמה הזאת.

**בעיית אפקטיביות השיטה**

יש לשים לב שגם אצל קלזן כמו הארט, לא הסנקציה יוצרת את החובה אלא הנורמה עצמה. כמובן שהמשפט באופן מעשי פועל במין תנועת מלקחיים- מצד אחד יש נרומה ויש קבלה של הנרומה, אך מצד אחר יש פעולה של אכיפת המדינה שמפעילה כוח רב על מי שלא מציית לחוק, ולכן זה לא רק וולונטרי וכולם מתיישרים. אך הטענה בדומה להארט היא שהסנקציה בנויה על כך שקודם יש נורמה מחייבת- עצם החובה איננה תלויה בסנקציה, הסנקציה מעודדת אותה. אך עצם החובה נובעת מהנורמה עצמה. זה מתחבר לבעיית אפקטיביות השיטה.

אם אנחנו מדברות על משפט כמערכת נורמטיבית-טהורה כפי שקלזן מתאר, ולא על עובדות, מתעוררת השאלה איך נבחין בין מערכת משפט נוהגת למערכת משפט תיאורטית-שאיננה נוהגת, כלומר היסטורית? יש משפט רומי שבאופן היסטורי המשפט האירופי בנוי עליו, לבין משפט רומי מאוד מפותח שניתן לראות אותו לפי מדרג הנורמות של קלזן. אבל היום המשפט הרומי נחשב למשפט תיאורטי-היסטורי. אז אם אנחנו לא מתייחסות למציאות איך אני יודעת מה המערכת הנורמטיבית התקפה?

אם אנחנו מסתכלות על המשפט כמערכת נורמות טהורה שאיננה קשורה למציאות, אז כמערכת נורמות טהורה ניתן להתייחס לכמה מערכות- ואז איך נדע מה המערכת הנוהגת? לכאן מכניס קלזן את מושג האפקטיביות. אם המשפט היא מערכת שאיננה מעוגנת והנורמות קיימות באופן מופשט, איך נבדיל בין משפט נוהג, להיסטורי?

המבחן הוא מבחן האפקטיביות- האם הנורמות נאכפות? בסופו של דבר כאן קלזן מציץ ופותח עין למציאות. איך נדע בישראל מה שיטת המשפט? האם היא של הכנסת המחוקקת או המשפט העברי? צריך לראות מה הנורמות שנאכפות על ידי המדינה. הנורמות שנאכפות על ידי המדינה זה מסמל את המשפט הנוהג. הואיל וקלזן הגדיר כמשפט את אותה מערכת נורמות הנאכפת על ידי המדינה, כאן יש לנו אלמנט עובדתי. מערכת המשפט שקלזן תיאר מדומה לעפיפון- מערכת טהורה, שבשביל לדעת איזו מערכת נוהגת התשובה לזה היא מבחן האפקטיביות- איזו שיטת משפט נאכפת. אם יש שיטת משפט של נאכפת היא איננה משפט המדינה, וכדי לדעת זאת צריך לראות ולהסתכל על המציאות. ניתן לייצר ולחשוב על מערכת מתחרה, גם מבחינת המוסדות וגם מבחינת מערכת המשפט- ליצור מערכת חלופית למשפט המדינה ולשאול איזו מערכת מחייבת, התשובה של קלזן תהיה מבחן האפקטיביות. מצד אחד הוא מדבר על מערכת טהורה אך מהצד השני זו צריכה להיות מערכת אפקטיבית. הוא אומנם דיבר על מערכת טהורה אך גם היא צריכה להיות קשורה לשאלת האפקטיביות.

**תרומתו של קלזן**

השימוש בתורה של קלזן רווח- מעבר לתיאוריה הספציפית שלו, התרומה של המדרג הנורמטיבי הפך להיות למושג מפתח בכל ניתוח משפטי. דוגמא אחת היא בפס"ד בנק המזרחי. שם שואל השופט שמגר מה סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים בדרגות נורמטיביות שונות. התמונה של פירמידת הנורמות ומדרג נורמטיבי שונה שהתפיסה קיימת בכל מערכות המשפט, קלזן הציג אותה באופן ברור. ובית המשפט לא עושה שימוש דווקא בתורה הספציפית של קלזן:

**מערכת היחסים במדרג הנורמות**

נדון בעוד היבט חשוב בתיאוריה של קלזן מעבר לנורמה הבסיסית. נדון על מערכת היחסים בתוך פירמידת הנורמות. קלזן מבחין בין שני סוגי יחסים שמתקיימים בתוך מדרג הנורמות:

1. יחסים דינמיים- יחסים דינמיים הם כאשר נורמה משפטית נותנת לנורמה אחרת את הכוח ליצור נורמות חדשות.

לדוגמא: חוקה-חוק יסוד הכנסת קובע שהכנסת היא הרשות המחוקקת, כאשר הקביעה הזאת שהכנסת היא הרשות המחוקקת היא נותנת כוח לכנסת לחוקק. ברגע שחוק היסוד קבע שלכנסת יש יכולת לחוקק, מכאן ואילך לכנסת יש כרטיס פתוח לחוקק, מכל סוג ותוכן שהיא רוצה.   
חוק- כך למשל הסמכות להתקין תקנות היא סמכות דינמית- הממשלה יכולה להתקין כל תקנה שהיא רוצה.

1. יחסים סטטיים- מצב שזו נורמה עליונה מגבילה את הנורמה התחתונה. כאן היחסים נובעים מתוך היסק של עקרון קיים. כלומר יש עקרון שממנו מסיקים ומפרשים, היסק הזה מגביל את התוכן של העיקרון.

לדוגמא: חוק יסוד כבוד האדם, זכויות האדם האלה יוצרות מגבלות על הכוח הדינמי של הכנסת. כי אם כתוב שאין לפגוע בכבוד האדם, חייו וקניינו, כל העקרונות האלה מהם ניתן להסיק מהם ולשאול האם פעולה מסוימת פוגעת בכבוד האדם? חופש הביטוי? וכן הלאה. וההיסקים האלה הם מגבילים את הכוח.

בעצם על הכנסת פועלים שני וקטורים שהחוקה יצרה- הווקטור האחד הוא הווקטור הדינמי שנותן לכנסת כוח לכאורה בלתי מוגבל לחוקק, והקטור השני הוא וקטור התכנים שמגביל את הכוח הזה, וניתן לחוקק כל עוד זה לא פוגע בזכויות אדם. הדבר הזה נכון גם לכל חקיקת משנה- יש תקנה שלה כוח דינמי, אך כמובן שהתקנות האלה מוגבלות על ידי תוכן החוק ולא יכולות לסתור את החוק עצמו- כל שהתוכן של החוק פועל במקביל וכנגד החוק הדינמי.   
כך לדוגמא חוק חופש החוזים שנותן כוח ליצור חוזים ומהצד השני יש עקרון של תום הלב המגביל את חופש החוזים.

כל מערכת היחסים שבתוך מדרג הנורמות יש לנו מצד אחד כוח דינמי, יחסים דינמיים שנותנים כוח והוא זה שיוצר את החיוב ליצור נורמות חדשות, ומהצד השני יש תכנים שמגבילים את הכוח הדינמי.

**יתרונות השיטה של קלזן**

בהשוואה לאוסטין, איך קלזן הרוויח ושכלל את הניסיון של אוסטין? קלזן היה שותף לאותו פרויקט של יצירת משפט פוזיטיבי, המצוי והמחייב שנבדל מן המוסר, הדת ונורמות חברתיות אחרות.

המושגים של מצוי ורצוי חייבים להגיד קיימים גם במשפט עצמו- הבחנה מאוד מרכזית בכל משפט פוזיטיבי היא בין המשפט המצוי לרצוי. לפעמים דנים בשאלה מה רצוי שהמשפט יאמר- הפוזיטיביסטים אומרים כי מה שמחייב הוא המשפט המצוי- מה שהפרלמנט חוקק ומה שבית המשפט קבע בתקדימים. מה שראוי במשפט זאת שאלה חשובה אך אחר כך צריך להפוך אותה למצוי- כלומר המחוקק צריך לחוקק אותה. הטענה הפוזיטיבית האי שמה שמוטעה בגישת משפט הטבע היא שמשפט הטבע מניח שכל משפט רצוי הוא גם מצוי. אז אם רצוי מבחינה מסורית אז זה מה שהתוכן שלו גם אומר. ואילו השיטה הפוזיטיבית אומרת כי זה דבר מה הוא רצוי לא אומר שהוא קיים. זאת הבחנת יסוד בכל שיטה פוזיטיבית, שאוסטין וגם קלזן היו שותפים לה.

אוסטין יצר את המבחן האולטימטיבי של פקודה כללית של הריבון, בעוד שמבחנו של קלזן היא הנורמה הבסיסית. אנחנו צריכות להניח שביסודה של כל שיטת משפט יש נורמה בסיסית לפיה יש לציית לחוקה והיא זאת שמגדירה את שיטת המשפט. במובן הזה, מה היתרונות של קלזן בהשוואה לאוסטין?

* שחרור מהתלות של מושג החובה בסנקציה- בעוד שאוסטין ביסס את מושג החובה על הסנקציה, קלזן לא מבסס את מושג החובה על הסנקציה ובמקום הוא מבסס אותה על הנורמה.
* שחרור ממושג הריבון ועל הבעייתיות שבו- לא צריך להגדיר ריבון כאחד שכולם מיתיים לו, אלא אנו נמצאים בעולם של נורמות, ומדברים על נרומה חוקתית שמעליה הנרומה הבסיסית. מה שעומד ביסוד השיטה זה לא אדם או מוסד, אלא הנורמה הבסיסית. במקום להיכנס לכל המגבלות של מושג הריבון, קלזן מתבסס על מושג הנורמה הבסיסית.

**ביקורת השיטה של קלזן**

האם החסרונות שדנו בהם אצל תורת הפקודה של אוסטין, קיימים אצל תורת הנורמה של קלזן?

* פירמידת הנורמות אינה מתאימה לכל מקורות המשפט מנהג ופסיקה- הבעייתיות אצל אוסטין במושג התקדים ומושג המנהג, הדבר הזה מתאים והבעיה הזאת קיימת גם אצל קלזן. גם אצלו, הפסיקה והמנהג לא משתלבים באופן אורגני בפירמידת הנורמות. אך יש שתי הערות על כך:  
  1. להבדיל מאוסטין קלזן בא מהעולם הקונטיננטאלי- והאירופאים להבדיל מהאנגלים, הם באמת חושבים על המשפט כמערכת חוק ולא מקבלים בכלל את העיקרון של תקדים מחייב, ולכן מנקודת המבט של קלזן אין צורך להכניס את התקדים לתוך פירמידת הנורמות. אך ניתן אולי לחשוב על דרך בה ניתן להכניס את התקדים. קנזן ייתן תשובה דומה לאוסטין, בעצם התוקף של התקדים נובע מהחוק. הכוח המחייב של התקדים נובע גם כן מהחוק ומבוסס על חוק יסוד השפיטה בישראל או על חוקים מקבילים באנגליה או בארצות הברית. אותו הדבר לגבי המנהג- הוא יצטרך לעגן אותו באיזשהו בסיס חוקי, הוא יצטרך לומר שכדי שהמנהג מחייב יש לעגן אותו בהוראת חוק.

הדבר הזה חושף בעיה יותר יסודית שיש בתיאוריה של קלזן:

* הנורמה הבסיסית אחידה ואינה רגישה לשיטות משפט שונות- הנורמה הבסיסית אצל קלזן היא אחידה- התוכן היחידי שלה הוא יש לציית לחוקה, כשזהו תוכן אחיד לכלל שיטות המשפט- כך למשל בנוגע לאנגליה ניתקל בקושי, משום ששם אין חוקה. משום שהנורמה הבסיסית של קלזן לא מתאימה לאנגליה ונצטרך לעשות התאמות, כמו בהיעדר חוקה אולי נגיד כי הנורמה הבסיסית היא לציית לחוקי הפרלמנט או לחוקה המהותית. אך אם נדון על מלך אבסולוטי שהוא יוצר החוק ואין חוקה, אז התיאוריה של קלזן לא מתאימה. ואם נעצור באנגליה, אם נחזור לענייני התקדים והמנהג- הכוח של התקדים מאנגליה וודאי לא נובע באופן היסטורי מהחוק. הכוח של בתי המשפט היה כוח עצמאי שלא תלוי בחוק, לפני שהפרלמנט קבע בחוק כי לבתי המשפט היה כוח תקדימי, בפועל בתי המשפט החזיקו בכוח הזה. זאת אומרת, באנגליה מקורות המשפט הם אחרים מאשר באירופה, והניסוח של הנרומה הבסיסית של קלזן לא תופס ורגיש להבדלים בין שיטות משפט שונות. אם אנחנו מעוניינות בתורת משפט כללית שתוכל לספק תיאוריה לכל שיטות המשפט, בהיסטוריה ובמציאות- לא רק למדינות דמוקרטיות, מודרניות וכו. התיאוריה של קלזן מתאימה לעולם הקונטיננטאלי אך מתאימה פחות שליטות אחרות- וודאי לשיטה האנגלית, וגם לשיטות היסטוריות אחרות. מכיוון שהוא הניח קיומה של נורמה בסיסית אחידה כלל שיטות המשפט- יש שיטות משפט שבהן לא מצייתים בחוקה, ויש שיטות שבנוסף לחוקה יש גורמים אחרים.

1. **מושג החובה לפי הארט**

הצגנו את הביקורת על מושג החובה של אוסטין, המבסס אותה על איום בסנקציה. השאלה שמעורר הארט בביקורת שלו על אוסטין זה האם כל שודד שמאיים בנשק על אדם ודורש את הכסף, הוא בעצם מטיל עליו חובה? זה לא מתקבל על הדעת כי זה בלבל בין מושג האילוץ או ההכרח לבין מושג החובה הנורמטיבית, שלא קשורה באיום. איום יכול לעודד ציות, אך הוא לא בהכרח נעשה על ידי בני אדם היכולים להטיל חובה נורמטיבית- השודד יכול לאיים עליי באקדח, אך הוא לא יוצר חובה. ולכן את מושג החובה, אומר הארט כי יש להבין בדרך אחרת- מושג החובה איננו אילוץ או הכרח אלא הוא עניין נורמטיבי. לפי הארט יש להבין את מושג החובה, החובה המגבילה את החירות שלי- מטילה עליי חובה לבצע מעשה או להימנע, לא באמצעות כוח אלא טעם לפעולה- יש לי סיבה או טעם לעשות את הפעולה הזאת. הטעם הזה יכול להיות טעם רציונלי המנותק מהסביבה או אפילו נובע מחובה מוסרית, למשל כשיש חובה שאסור לשקר או לפגוע באדם אחר, ולכן ההכרה הזאת מטילה עליי חובה להימנע מלפגוע בזולת או מטילה עליי חובה לסייע לו. יש חובות שאינן רק תוצאה של הכרה סובייקטיבית של האדם אלא הן חובות המוטלות באופן אובייקטיבי או פוזיטיבי במסגרת חברתית. ואת זה הארט ינסה להסביר יותר טוב בהמשך.

נכון ואמר שחובה קיימת כאשר יש כלל שמטיל חובה- חובה פוזיטיבית, שאיננה רק תלויה בהכרה הסובייקטיבית שלי שלא ראוי לעשות X, הן נכנסות למושג החובה במובן שיש איזשהו טעם שאומר כי יש חובה להימנע או ביצוע מעשה. אך יש חובות שהן חבתמיות, אובייקטיביות- פוזיטיביות, חובות שהחברה מטיליה על חבריה. ננתח בעקבות הארט את מושג החובה הזה.

**כללים חברתיים**

המושג של החובה קשור בכללים חברתיים. הארט מבחין בסדרה של סוגים של כללים שהחברה פועלת על פיהם:

* 1. הרמה הראשונה הוא הרגל- פעולות שאנחנו עושים לפי כללים, אנחנו כבני אדם הפועלים במסגרת חברתית. למשל, אנחנו לובשות מכנסיים וחולצה ולא גלביות וכו. יש הרגלים שונים, באופן ההתנהלות שלנו במה אנחנו עושות בשעות הפנאי, יש לנו כל מיני מערכות הרגלים שניתן לתאר אותם- שאם יבוא איזשהו אנתרופולוג וינחת אל החברה הוא יוכל לתאר את ההרגלים שלה. ההרגלים האלה כוללים איך אנחנו מתלבשות, אוכלות (למשל הרגל של אכילה עם סכין ומזלג). יש הרגלי אכילה, לבוש, ניצול הפנאי. נקרא לזה הרגלים משום שאנחנו מבחינות בכך שלעומת ההרגלים יש כללים יותר חזקים הקובעים איך להתנהג באופן יותר הדוק מאשר הרגלים. בהרגלים יש גמישות מסוימת- למשל גם בתל אביב ניתן לנגב חומוס בפיתה, לאכול עם צ'ופסקטיק וכו. לעומת זאת, יש כללים יותר נוקשים שהם לדוגמא כללי הלשון:
  2. כלל הקובע סטנדרט- כללי לשון, כללי נימוס- למשל כללי לשון שקובעים כלל הדוק של איך לדבר, והם קובעים את התקן של איך נכון להתנהג, לדבר.
  3. כלל המטיל חובה- יש כללים יותר נוקשים שהם מטילים עלינו חובה. כלל המטיל עלינו חובה שאומר איך להתנהג. פירושו של דבר שאם אנחנו מתנהגות בניגוד לכלל תבוא ביקורת. אם למשל בנושא ההרגלים אנחנו נתנהג בניגוד להרגל אז לא תהיה ביקורת של ממש- לפעמים זה לגמרי לגיטימי, כך למשל מי שיאכל עם פיתה את החומוס זה לגיטימי, ויש מקרים של למשל הופעה בלבוש של גלביה תרים גבה- רוב הדברים הקשורים בהרגלים הביקורת היא יותר תמיהה, אך זאת לא ביקורת שמגנה ממש את ההתנהגות. כך למשל לגבי השפה, מי שיאמר חמישה שקלים לעומת חמש שקלים הביקורת לא תהיה קשה. אך כללים חברתיים המטילים חובה, אז התגובה של החברה לסטייה מהכלל תהיה חמורה יותר- יהיה גינוי. לדוג' אם אדם משקר אז יגידו שהוא שקרן ולא ניתן לסמוך על המילה שלו, או אם הוא יבגוד בחבריו אז יהיה גינוי חריף יותר וכן הלאה. כללים המטילים חובה הם זוכים לביקורת חריפה מן החברה.

ניתן להבחין בין כלל המטיל חובה מוסרית לכלל המטיל חובה משפטית- ניתן להבחין בין כללים המטילים חובה מוסרית שאז הביקורת תהיה ביקורת חברתית, והביקורת תהיה בשקר, בגידה, או גינוי אך הוא נשאר ברמה החברתית. לעומת זאת, כללים המטילים חובה משפטית הם זוכים לביקורת גם כן, הביקורת הזאת באה לידי ביטוי באופן מוסדי- בענישה מצד המדינה, שכן הענישה היא סוג של ביקורת. אומר הארט שאם אנחנו רוצות להבין את מושג החובה בחברה, אנחנו צריכות לראות שהחברה כולה פועלת במסגרת של כללים חברתיים שהיא עצמה יוצרת, כללים מדרגות שונות. אנחנו נגדיר ונאמר על כלל שהוא מטיל חובה, רק אם הסטייה מן הכלל תזכה לביקורת. כך שאם הסטייה מן הכלל לא זוכה לביקורת, אז אנחנו נמצא בתחום אחר- למשל תחום ההרגל, בו ניתן לתאר את הפעילות שלנו בבחינת כללים סוציולוגיים, כל זה ניתן להכניס למסגרת של כללים, וניתן לדרג את סוגי הכללים ברמות שונות. חלק מהם נקרא לזה הרגלים כי כשפועלים על פיהם יש גמישות מסוימת בסטייה מההרגל. אך יש כללים שמי שסוטה מהם נחשב למישהו שראוי לגנותו ולפעמים התגובה של הגינוי חריפה מאוד. אך יש להבחין בין גינוי הנשאר במישור החברתי, לזה נקרא חובה מסורית, לעומת זאת, גינוי שמטיל חובה משפטית כאן אנחנו רואות שהגינוי יבוא בצורה ממוסדת של ענישה. יטילו על האדם הזה לשלם קנס, מאסר וכו.

אז מושג הזה של הכללים החברתיים עוזר להבין את מושג החובה החברתית- פוזיטיבית. מתי נוכל לומר שמוטלת חובה? אם החברה יצרה כלל כזה והתגובה היא תגובה שיש בה ביקורתיות. לכאורה יש כאן דירוג- הרגל הם כללים שלא מטילים חובה, ומי שסוטה מהם לא זוכה לביקורת, וגם כללים הקובעים סטנדרטים שגם להם יש ביקורת נקודתית אך לא גינוי חריף- יש חובה במסגרת מאוד מצומצמת. לבין כללים שמטילים חובה וחובה מסורית- ששם הביקורת במישור החברתי, וכלל המטיל חובה משפטית שם הגינוי משתקף בענישה.

הביקורת המוסרית לפעמים תהיה חריפה יותר מהביקורת המשפטית. למשל יש מעשים שנחשבים לעבירות פליליות בעוד שמעשים אחרים לא, או מעשים שאין התאמה בין רמת הענישה לגינוי (שלכאורה הענישה אמורה לשקף את דרגת הגינוי) ולפעמים יש אדם שלא נוקטים לגביו שום פעולה ממוסדת של ענישה, אך הוא משקר או מבזה אחרים, או מתנהג באופן מגונה וביקורת המוסרית והגינוי החברתי יכולים להיות יותר חמורים מאשר מי שמטילים עליו עונש מוסדי. לדוגמא- הטרדה מינית, עבירה שלרוב הענישה עליה תהיה מאוד נמוכה ואפילו לא יועמד לדין, אך הגינוי החברתי יהיה עצום. לעומת זאת, עבירות מס- עבריין כזה יכול לקבל עונש חמור מאוד אך הגינוי הציבורי יהיה פחות. אין התאמה מלאה ודירוג שמשקף את הגינוי החברתי. לעיתים הגינוי המוסרי חריף יותר מהמשפטי, ולפעמים גינוי משפטי חריף יותר מגינוי מוסרי.   
למרות שהשאיפה היא התאמה בין הגינוי המוסרי למשפטי, הענישה משקפת את עומת הגינוי ביחס לעבירה, אך זה לא תמיד קורה בפועל, והגינוי החברתי יהיה חריף מאוד.

בשורה התחתונה: הגינוי החברתי הוא מה שמשקף האם בעיני החברה, הכלל מטיל חובה. כלומר, אם החברה לא מגנה את הסטייה מהכלל, סימן שהכלל לא מטיל חובה וזה רק הרגל לכל היותר. אם החברה מגנה את ההתנהגות, זאת אומרת שהיא רואה בכלל חובה. וסוג הגינוי משקף- גינוי חברתי הוא כלל מוסרי וענישה היא גינוי המשקף כלל משפטי.

**מושג החובה כסנקציה?**

זהו ניתוח סוציולוגי של הארט, שעוזר להבין את מושג החובה- מתי כלל מטיל חובה? כאשר יש בצידו גינוי. כבר בשלב הזה, נוכל לשאול מה ההבדל בין הארט לאוסטין מבחינת היחס בין הסנקציה לחובה? גם לפי הארט, החובה באה לידי ביטוי בגינוי וסנקציה (ענישה), ואז הוא פתאום מתקרב לאוסטין. יש לציין שאוסטין לא מנתח החובה המוסרית ומנתח רק את החובה המשפטית, בעוד שהארט מנתח את החובה המשפטית על בסיס המוסרית. כפי שאוסטין אמר, כי החובה המשפטית חלה רק כאשר יש סנקציה, הארט אומר דבר דומה- שהחובה המשפטית חלה כאשר יש ענישה.

אך יש להבין כי אצל הארט החובה לא נובעת מהענישה (כמו אוסטין) אלא מהכלל- החברה מטילה כלל ואומרת כי יש חובה. זה נכון שאת הכללים החברתיים ניתן לסווג. אם הכללים מביאים לענישה אז סימן שזו חובה משפטית, אך הענישה היא לא מקור החובה- מקור החובה הוא הכלל והענישה היא התוצאה להפרת הכלל.   
יש קשר מסוים בין חובה משפטית לענישה- חובה משפטית גוררת ענישה אך הענישה היא לא מקור החובה, הענישה היא סימן לכך שהייתה חובה משפטית ולא חובה מסורית גרידא. החברה מייצרת התנהגויות שעוברות את הרף הפלילי וכאלו שלא. האם זה שפקיד מקבל מתנות מחברים זה רק לא יפה? או שזה כבר עובר לשוחד? אם זה רק לא יפה זה ראוי לגינוי, אך אם זה שוחד הגינוי ישתקף בעונש. החובה קשורה לכלל ולא לענישה- הענישה זה האופן שהיא באה לידי ביטוי, ברור שהחובה של אדם, פקיד בעל סמכות זה לא לקחת מתנות מחברים- יש חובה מוסרית ויש חובה משפטית. המעבר יקרה- ברגע שזה יעבור את הרף מהחובה המוסרית לחובה המשפטית. אבל עדיין אצל הארט, החובה עצמה לא נובעת מהעונש, אלא מהכלל שהחברה מטילה. זו הנקודה המרכזית אצל הארט המהווה גם אלטרנטיבה לאוסטין- כוח לא מטיל חובה, הכללים מטילים חובה, והכוח מתמרץ התנהגות- בין אם זה על ידי המאפיה ובין אם זה על ידי המדינה שדורשת ציות לחוקיה. הכוח מבחינה פונקציונלית מטיל אותו דבר- גורם לאדם לציית, אך המדינה משתמשת בכוח הזה עם שני הבדלים:

1. בנורמה שאותה הכוח מתחזק\מתמרץ- האם הנורמה לגיטימית או לא
2. הפעלת הכוח לגיטימית או לא?

אוסטין מסכים שהפעלת הכוח של השודד לא לגיטימית אך הוא לא הצליח להסביר למה זה לא מטיל חובה. הפעלת הכוח כשלעצמה איננה יוצרת חובה, היא נוצרת ממקום אחר- או בהכרה פנימית ובזה יש סיבה טובה להסביר למה זאת חובה, או ממציאות אובייקטיבית פוזיטיבית, לפיה החברה מטילה כללים של חובה- החברה האנושית יוצרת כללים של חובה מדרגות שונות. כך למשל בצמחונות יש הכרה פנימית כי בחברה הכללית אין איסור כזה, אבל בכל זאת נבחין בין ההכרה הזאת לחובה שיש מהחוק- ניתן לומר שההכרה הזאת ושיש חובה פוזיטיבית דתית- ההלכה היהודית אוסרת לאכול חזיר. זה כלל חברתי-דתי שהדת מטילה, אדם שנענה לכלל הזה מקבל את החובה הפוזיטיבית הדתית הזאת. לעומת זאת, יכול להיות שהחוק יטיל איסור אכיפה- וזה כבר יהיה חובה משפטית.

**החובה המוסרית**

בתוך החובה המוסרית ניתן להבחין בין מוסר פוזיטיבי (נוהג) לבין מוסר אידיאלי, מוסר ביקורתי.

1. מוסר פוזיטיבי- מוסר פוזיטיבי זה המוסר שנוהג בחברה נתונה, בחברה נתונה יש כללים מוסריים נהוגים- כללים חברתיים שבאים בביקורת חברתית ואומרים כיצד לנהוג, כשזה דבר התלוי בכל חברה. פוזיטיבי- לא שואלים מה באמת האמונה אלא מה מקובל בחברה הזאת מבחינה מוסרית. בחברה מסוימת החובות המוסריות באות מכוח הכללים האלה, והן יכולות להשתנות, אבל בזמן נתון זהו המוסר שנוהג בחברה. הוא פוזיטיבי בכך שהוא לא תלוי בהכרח באמונה האישית של האדם, אך אלה נורמות מקובלות. למשל, זנות נחשבת מבחינת המוסר הנוהג להתנהגות פסולה מבחינה חברתית. ודוק: השאלה מה מוסרי ומה לא- זה המוסר הנוהג הפוזיטיבי בחברה.
2. מוסר אידיאלי\ביקורתי- המוסר האידיאלי זה מוסר שאדם מאמין בו ושיכול להיות ביקורתי ביחס למה שהחברה נוהגת. לפעמים יש נורמות מסוימות בחברה ואדם חושב עליהן באופן ביקורתי ביחס לחברה, כלומר אין זהות מבחינת מה שהחברה חושבת כאסור ובלתי מוסרי, לבין אדם שמבקר את החברה על כך. הוא לא אומר שהחברה מסכימה לזה שהמעשה הוא בלתי מוסרי, אך הוא באופן אישי מאמין בעמדה הזאת. כאן אנחנו משתמשות במוסר אידיאלי. לכן, השימוש במושג בלתי מוסרי נעשה שלא לכוונתו המקורית, משום שכשאנחנו אומרות בלתי מוסרי הכוונה היא לא שהחברה לא מקבלת את המעשה, אלא האדם באופן אישי חושב שהמעשה הוא לא מוסרי.

בשני המקרים מושג החובה הוא שונה. בשניהם זה מכוח הכללים, אך במוסר פוזיטיבי זה כללים נוהגים ומכוח הכלל הנוהגים חלה החובה. כלומר בעוד שאדם שפועל בניגוד למוסר הפוזיטיבי יגונה חברתית, בחובה האידיאלית יכול להיות שהוא לא יזכה לגינוי אך זאת ההכרה הפנימית שלו שמגנה אותו. כלומר ההבדל בין המוסר הפוזיטיבי לאידיאלי הוא בין חובה שנוצרת מכוח כללים פוזיטיביים לבין הכרה פנימית. כך למשל, אדם שנמנע מלאכול מן החי אם הוא יפר את זה, לא יהיה גינוי חברתי אך הוא סותר את ההכרה הפנימית שלו ולכן ירגיש חובה לא לאכול בשר מן החי. בכללים מוסריים אחרים יכול להיות שכשהוא יפר אותם הוא יקבל ביקורת חברתית מהסביבה.

זאת הבחנה חשובה שהארט עושה בין מושג פוזיטיבי למוסר האידאלי, אך מבחינת ניתוח החובה נשארים בזה שהחובה נובעת מכוח הכללים בין שמקורם בהכרה ובין שמקורם בחברה.

**החובה המשפטית**

חובה משפטית קיימת כאשר יש כלל המטיל חובה ועל הכלל הזה יש ביקורת כלפי מי שמפר אותו. הביקורת על הפרת הכלל באה לידי ביטוי בענישה. כדי להסביר את מושג החובה משפטית, הארט מבחין בין שתי נקודות מבט- פנימית וחיצונית:

1. נקודת מבט חיצונית- המשקיף החיצוני, הסוציולוג\ אנתרופולוג שנוחת לחברה ורואה אותה, יכול לתאר את החובה המשפטית- כי יש כללים שמי שנוהג באופן מסוים יקבל עונש, וצפוי לו עונש. כלומר המשקיף החיצוני מתאר את הכלל על ידי התוצאה שלו- הענישה. אבל המשקיף החיצוני לא רואה בכלל את הטעם לפעולה, זה לא הסיבה שבגללו הוא פועל. למשל הוא יכול לתאר שבאור ירוק מכוניות נוסעות, וגם יכול לתאר שמי שנוסע באור אדם יקבל קנס, אך הוא לא רואה בזה סיבה לפעולה. כלומר הוא יכול לתאר את הכללים ואת התוצאות שלהם. נקודת מבטו של האדם הנבון היא נקודת המבט החיצונית והיא הרלוונטית לנקודת המבט שלו- כדי שיזהר. זה משפיע על הפעולה שלו אך עדיין התפיסה של הכללים התוצאות שלהם הוא מובן החיצוני, התיאור של מה שיכול לקרות.
2. נקודת מבט פנימית- רואה את הכללים לא רק כניבוי של התוצאה שתנבע, אלא בכללים כטעם לפעולה. האדם מפנים את הכלל, ואומר כי זה שהחוק קובע איך להתנהג זאת הסיבה להתנהג כך. החוק עצמו זו הסיבה ולאו דווקא הענישה. לדוגמא, נהגים שנוסעים בכביש, הכלל של אור אדום הוא המטיל חובה, הוא החובה עליי ולאו דווקא הסנקציה. יש סנקציה וצריך להיזהר ממנה- לעומת זאת, אם נראה בכלל טעם לפעולה, אז אני מבינה שהכלל האדום מטיל עליי חובה. נקודת המבט הפנימית היא מפנימה את הכללים, הרבה פעמים למשל במדינה אחרת את אומרת כי יש כללים מסוימים ויש להם תוצאות מסוימות ולכן צריך להיזהר ולקיים את הכלל. אך כשהכללים הם חלק מעולמך את רואה בכללים טעם לפעולה.

החובה המשפטית אומר הארט- הכללים האלה יוצרים טעם לפעולה אצל נקודת המבט ומי שמסתכל בפנים. בעוד שמי שמתסכל מבחוץ מסתכל רק על הכלל והסנקציה- לא על הכלל כטעם. נקודת המבט הפנימית רואה בכלל טעם פעולה, אני עושה את הדבר הזה בגלל מה שהכלל אומר. לפעמים אם מטעמי נוחות לא נקיים את הכלל, אז הענישה תתמרץ אותנו לציית לכלל, אך עצם החובה נובעת מהכלל עצמו ולאו דווקא מהענישה עליו.

**הכלל המשפטי**

אז הכלל המשפטי הוא:

* הכלל המשפטי הוא טעם לפעולה (נקודת מבט פנימית)
* הכלל המשפטי מנבא סנקציה (נקודת מבט חיצונית)

אפשר לומר שהכלל המשפטי הוא טעם לפעולה- יש כלל משפטי וזה מביא אותי לפעול, כי אני מניחה שהכלל המשפטי הוא טעם לפעולה. אך הוא גם מנבא סנקציה- שזאת נקודת המבט החיצונית- אם מישהו עובר על הכלל הוא ייענש. אנשים מתייחסים לחוק אחרת- יש אנשים שמתסכלים רק מנקודת המבט החיצונית- של חישוב עלויות עם הסנקציה. היחס שלו אל החוק הוא יחס חיצוני. לעומת זאת, מי שמפנים את החובה- החובה מוטלת והוא רואה בה טעם לפעולה, אך החובה נובעת מהכלל- הואיל והמדינה לא יכולה רק לסמוך על כך שבני אדם יפנימו את הכללים היא מתמרצת אותם עם ענישה- וזוהי הסיבה שבני אדם מקשיבים לכללים. אך עצם החובה לא נובעת מהענישה אלא נובעת מהכלל עצמו.

מה ההבדל בין טעם לסיבה?- הרחבה

הענישה היא טעם לפעולה או סיבה לפעולה? המונח סיבה מניח סיבתיות טבעית, כלומר הסיבה שיורד היום גשם כי שהשרב נשבר. אך יש סיבה שבגללה שיורד גשם. הסיבתיות היא שפה טבעית של חוקי הטבע. טעם מניח בני אדם שפועלים לא על פי סיבתיות- זה מניח שלבני אדם יש בחירה חופשית ופועלים לפי ההכרה שלה- טעם זה לא כי יש סיבה חיצונית שפועלת עליי, אלא יש גם טעמים שהם לא טבעיים, ביולוגיים ולא חיצוניים- אלא קשורים בהכרה שלנו. אז שימוש במילה טעם הכוונה היא שיש טעם לבחור בפעולה המסוימת. לפעמים זה מסובך כי יש ויכוח בקשר לשאלת הבחירה החופשית- האם כשאני רוצה להימנע מסנקציה זה טעם או סיבה? זה תלוי אם אני מסכלת על האדם כיצור חופשי או כמו בעלי חיים וגירויים. אנחנו מניחות שהטבע של כל בעלי החיים זה להימשך לעונג ולהימנע מכאב. סנקציה פועלת על בני אדם באופן דומה, אך טעם נוגע למחשבה שיש בחירה חופשית. אם אנחנו מניחות שאנחנו לא פועלות רק מכוח הסנקציות שמאלפות אותנו, זה אומר שאנחנו באיזשהו עמוק מבחינות בטעמים. כשאומרים האם זה שיטילו עליי סנקציה זה טעם לפעולה- ניתן להגיד בהנחה שאנחנו יצור חופשי, אך גם ניתן להגיד שזו הסיבה להימנע מהדבר הזה.

**מושג החובה של הארט**

הארט הציע אלטרנטיבה בהבנת מושג החובה כטעם לפועלה, ודרך זה הוא הסביר את הכללים המשפטיים ואיך הם יושבים בתור כללים חברתיים- מערך של כללים פוזיטיביים שהחברה מייצרת.   
האתגר של הארט דומה לזה של אוסטין- להגדיר מהו המשפט. ומה מבחין את המשפט מהמוסר, הדת ומערכות נורמטיביות אחרות. זה האתגר של אוסטין, קלזן וגם של הארט- ואחרי שהוא הסביר שיש כללים חברתיים, משפטיים וכו, מבינים כי יש צורך להבחין בין כל הכללים. זה נחוץ לכלל השחקנים של המשפט- לאזרחים על מנת שידעו למה הם חייבים לציית מבחינה משפטית ומה לא, לפקידים שאוכפים, ולשופטים שהם פוסקים ואיך הם מבחינים בין פעולה שמבחינה מוסרית אסורה לבין פעולה שמבחינה משפטית אסורה. האתגר הפוזיטיבי הוא לחדד את ההבחנה הזאת בין המשפט למוסר ולמערכות נורמטיביות אחרות.

**חברה פרימיטיבית- קדם משפטית**

הארט אומר כי כדי להבין מהי מערכת משפט, קודם יש לחשוב על חברה פרימיטיבית שאין בה משפט, כמו איזשהו שבט באפריקה\ אמזונס. אנחנו יוצאות מנקודת הנחה כי כל חברה אנושית צריכה לפעול במסגרת קבוצתית, אז איך חברה כזאת פעולת ללא מוסדות משפטיים?

* לפי מה היא חיה? היא חיה לפי מסורת וכללים מקובלים. היא חברה מסורתית שבמשך הזמן יוצרת לעצמה כללים. והכללים האלה, קורא להם הארט כללים ראשוניים, שהם הכללים החלים על כל החברים חברה, על האזרחים.
* מה האמצעים באמצעותם החברה כופה את הציות לכללים? האמצעי העיקרי הוא לחץ חברתי. החברה מפעילה לחץ חברתי וכך אנשים מצייתים לכללים.
* בדרך כלל מדברים על הקהילה קטנה של כמה עשרות ולא יותר מזה.

בעיות בחברה הפרימיטיבית

מהן הבעיות של חברה המתנהלת במערכת כללים כזאת? מה חסר בה בהשוואה לחברה שיש בה מערכת משפט משוכללת?

1. היעדר מקור מסומך לחוק- חוסר וודאות- כלומר אין מחוקק, בחברה הזאת יש כללים הפועלים מהמסורת, אך הכללים האלה הואיל ואין מקור מוסמך, הכללים לא כתובים על ספר ולכן נוצר חוסר וודאות. יש כללים שידועים לכל, אך כאשר מגיעים למקרים נדירים ופחות שכיחים, אז לא נדע בדיוק מה החוק אומר, ולכן חברה כזאת שפועלת לפי שיטת הכללים, סובלת מחוסר וודאות. הזקנים של השבט אומרים מה אסור ומה מותר וכשיש מקרה חדש הם לא יודעים מה מותר ומה אסור, וכשמענישים את העבריין הוא בכלל לא יודע שזאת התנהגות אסורה. לפעמים האסור והמותר ידוע לכל או שכבה מאוד צרה של אנשים. לכן הבעיה הראשונה היא חוסר וודאות של מהו החוק.
2. היעדר מנגנון שינוי- סטטיות- החברה סובלת מהיעדר מנגנון שינוי. מכיוון שאין מושג מחוקק ואין מי שקובע את הכללים, אז מה שעשו פעם עושים גם היום. החברה הזאת שחיה ממסורת בשבילה מה שהיה הוא שיהיה, ואין מנגנון המאפשר לשנות את החוק מהרגע להרגע- כתוצאה מהתפתחויות. אפשר לומר שהחברה היא סטטית ואין שינויים בכללים. זה לא שאין שינוי בכלל אלא שהשינוי מאוד איטי והדרגתי- הם לא משנים בבת אחת את הכללים כי אין גוף שיעשה את זה. זקני השבט הם אלו שאומרים כיצד נכון להתנהג, אך אם יש מציאות חדשה זקני השבט לא יודעים לשנות את הכללים ואין להם מנגנון שיעשה את זה, אז אין יכולת להגיב לה.
3. אין מנגנון אכיפה – אין מנגנון אכיפה יעיל שיאכוף את הכללים. אין מערכת של בתי משפט, מערכת כזאת אם אין לה מוסדות משפטיים סובלת גם מבעיה של היעדר מנגנון אכיפה, ולכן לרוב ידעו לטפל במקרי קיצון אך לא בביניים. יש גינוי למי שפועל בניגוד לכללים, אך אין מוסדות חקירה שיחקרו מי עשה מה עשה, ויבררו את הסכסוך. לכן האכיפה לא יעילה- אולי פועלים לפי שמועות, ואולי תהיה חוסר פרופורציה בענישה, ולא נפעיל לגביו ענישה או אלימות שהיא ספונטנית. אם אין בתי משפט, אז מנגנון האכיפה אינו יעיל.

אלו הבעיות של חברה פרימיטיבית- שאין בה מערכת משפט משוכללת. ודוק: יש לנו שלוש בעיות:

1. וודאות- לדעת מה בידוק החוק כי החוק לא ידוע והוא רק מסורת שעוברת אצל זקני השבט והרבה פעמים מובלעת. חלק מהדברים יומיומיים וידועים בעוד שחלק לא.
2. אין מנגנוני שינוי- החוק מערכת סטטית.
3. חוסר יעילות באכיפה של המערכת.

**מערכת המשפט**

ולכן אומר הארט שכאשר אנחנו עוברות למצב של מערכת משפט משוכללת היא כזאת המורכבת מכללים ראשוניים ומשניים, והיא מערכת שבאה לענות על שלושת הבעיות האלה.

בחברה פרימיטיבית קדם-משפטית אין בה מוסדות משפטיים, אלא כללי עשה ואל תעשה המכוונים אל הפרטים בחברה. זה מה שנקרא כללים ראשוניים אבל הכללים בחברה כזאת, בנויים על מסורת ולא כל כך ברורים וידועים ולכן הארט מנה שלוש בעיות מרכזיות שמתעוררות מכך. מערכת משפט משוכללת לא מסתפקת רק בכללים ראשוניים- שהם חובות עשה ולא תעשה המוטלים על בני החברה, אלא היא רוצה שיהיו כללים משניים, מסדר שני, שהם כללים שחלים על הכללים הראשוניים. אין חברה אנושית שיכולה להתקיים בלי כללים כלשהם, כשהכללים הראשוניים הם אותם מעשים אסורים כדי של יפגעו אחד בשני, אותם כללים המתחייבים כדי שהחברה תתקיים, הם קיימים בכל חברה אנושית מאורגנת.

כדי ששיטת משפט תהפוך להיות מערכת משפט משוכללת, היא בעצם צריכה לארגן את עצמה מחדש ולצד כללים ראשוניים, היא צריכה להקים מערכת של כללים משניים- מסדר שני ואומרים בעצם איך לתפעל את הכללם מסדר ראשון- איך ליצור, לשנות ולאכוף כללים מסדר ראשון. למעשה הכללים המשניים מכוננים את מסודות החקיקה והמשפט. הכללים המשפטיים לא אומרים לחברי הקהילה כיצד לנהוג, כמו הכללים הראשוניים, הנמענים של הכללים משניים אינם הפרטים החברה, אלא הם כללים החלים על הראשוניים ויוצרים מוסדות. הם הכללים שאומרים מי יקבע את החוקים ומי המוסד שישנה ויאכוף אותם. מערכת כזאת בעצם תכלול שלושה סוגים של כללים שיתנו מענה לשלוש הבעיות של השיטה הפרימיטיבית.

סוגי כללים משניים

הארט מגיע לרשימה של שלושה סוגי של כללי משניים שבאים לענות על שלשות הבעיות שהוא מצא בחברה הפרימיטיבית:

1. כלל זיהוי

כלל שמזהה את החוק, הוא הכלל האומר מהו החוק. דבר ראשון הוא יכול להצביע על ספר חוקים ולומר שזהו החוק. הארט מתאר מודל תיאורטי שניתן למצוא מקבילות היסטוריות- כך למשל ברומא היה מאבק בשני מעמדות האצילים והאנשים הפשוטים, שאחת הטענות של הפלבאים הייתה שמי שמנהל את מערכת המשפט הם האצילים, הם קבעו אתה חוקים והפלבאים אפילו לא הכירו אותם, ותמיד שהגיעו למשפט היו קוראים את החוק ופוסקים נגדם. והם שאלו כיצד נדע? אז במאה ה5 הם עוררו מהומות שהובילו לפרסום לראשונה ברומא את החוקים- 12 הלוחות המסמך המשפטי הראשון ברומא. הלוחות האלה אמרו שזה החוק- כי קודם היה חוסר וודאות. רומא התנהלה אז כחברה מסורתית שהחוק היה ידוע רק לאצילים, ואחרים לא ידעו. הצעד הראשון היה לפרסם את החוק.

הדוגמא הרומית מדגימה איך החברה עוברת מהשלב הפרימיטיבי לשלב בו יש כלל זיהוי- שאומר מהו החוק. כך שהמהלך הראשון במעבר מחברה פרימיטיבית זה יצירת כלל זיהוי שאומר כי זה החוק, לדוג' 12 הלוחות הרומאים זה החוק.

אולם אם כלל הזיהוי בצורה הבסיסית שלו מצביע על החוק אומר כי ספר מסוים הוא החוק, בצורה יותר מפותחת שלו, כלל זיהוי יותר משוכלל, לא רק מצביע על החוק אלא מצביע על מקור שיכול ליצור חוק (מחוקק). הוא לא רק אומר מהו החוק, אלא הוא יצביע על המחוקק שיכול ליצור חוק, כלומר על מקור מסוים יכול ליצור חוק- כמו הפרלמנט, זהו כבר כלל יותר מפותח כי הוא לא רק מזהה חוק קיים אלא את הדרך ליצור חוק חדש. פה אנחנו גולשות לכלל השינוי- כי בצורה הזאת אנחנו פותרות את בעיית הוודאות- של לדעת מה החוק, וגם את בעיית השינוי. זה לא פותר את בעיית הסטטיות, כי אם זה החוק שהיה אז זה נכון תמיד, איך נפתור את בעיית הסטטיות צריך לייצר כלל זיהוי משוכלל שלא רק מזהה את החוק אלא את המחוקק.

כלל הזיהוי הוא קובע לנו ונותן מקור מאפשר לדעת מה החוק- כלל הזיהוי הוא בעצם לא רק מזהה את החוק, אלא מאחד את החוקים השונים למערכת משפט אחת, כי הוא אומר- הוא הכלל האולטימטיבי של מהו החוק. ואם הוא אומר ש12 הלוחות זה החוק אז כל הכללים השונים הנמצאים ב12 הלוחות, כולם הופכים להיות חלק ממערכת אחת, כי הוא מזהה את כולם כחלק מהחוק, הוא מזהה מערכת שלמה. וכך אפשר לומר שכלל שייך למערכת המשפט אם הוא מזוהה על ידי כלל הזיהוי. כלל הזיהוי כשמו, מזהה את החוקים וזאת הדרך כלל להפוך כחלק מהמשפט אם הוא מזוהה על ידי כלל הזיהוי. ודוק: כלל זיהוי בצורה הפרימיטיבית שלו מזהה את החוק. אך כלל זיהוי משוכלל יותר לא אומר ולא רק מצביע על ספר אחד, אלא מצביע גם על גוף מחוקק ואומר מה שהמחוקק אומר זה החוק. ברגע שהוא עושה את זה- עכשיו נשאל איך כלל נעשה כחלק ממערכת המשפט? אם הוא מזוהה על ידי כלל זיהוי- אם הוא מחוקק על ידי המחוקק.

כלל הזיהוי מבחינה פונקציונלית מקביל לנורמה הבסיסית של קלזן. הנורמה הבסיסית היא שיש לציית לחוקה, והחוקה מכאן ואילך אם הוא זיהה אתה חקוה הוא זיהה אתה חוק, המבחן לחוק לפי קלזן כל מה שהוא מבוסס לנורמה הבסיסית. ואצל אוסטין זה פקודה כללית של הריבון. לפי הארט מה שיישך לחוק זה מה שמזוהה על ידי כלל הזיהוי. מבחינת התיאוריה, כל התיאוריות הפוזיטיביות מחפשות הגדרה למשפט- אוסטין בחר בפקודה הכללית, קלזן בחר בנורמה הבסיסית והארט בוחר בכלל הזיהוי. כלל הזיהוי מחליף את הנורמה הבסיסית הוא אומר שכמו שהנורמה הבסיסית זיהתה את החוקה וכל מה שנבע ממנה, כלל הזיהוי מזהה את המוסדות המשפטיים וכל מה שנובע ממנו. נשאל בהמשך מה היתרונות של כלל זיהוי בהשוואה לנורמה הבסיסית ובהשוואה לתיאוריית הפקודה של אוסטין. זו תיאוריה משוכללת שפותרת הרבה בעיות שנתקלנו בהם בתיאוריות האחרות.

1. כלל השינוי

כללי שינוי הם מעניקים כוח לאדם או לגוף מסוים לשנות את הכללים הראשוניים, וכאן נפתרת בעיית הסטטיות. אנחנו קובעות מנגנון- זה לא רק כלל זיהוי שזיהה את החוק אלא גם הצביע על מחוקק שיוכל לשנות את החוקים. הם כללים הקובעים פרוצדורה איך לשנות: למשל כללי השינוי במדינת ישראל- זה הכלל קובע שלכנסת יש סמכות לחוקק חוקים, וכללים נוספים אלא שקובעים את הפרוצדורה- למשל שלוש קריאות, הבחנה בין הצעת חוק פרטית.

כללי השינוי מגדירים את המוסדות המשפטיים- מחוקק והליכי חקיקה.

דוגמא לחוקים ראשוניים ומשניים: חוקים ראשוניים אלו חוק העונשין, והכללים המשניים מסדר שני קובעים שהכנסת היא הרשות המחוקקת ואת כל הפרוצדורה לחקיקת חוקים. כללי השפיטה הם הכללים שקובעים מיהו הגוף השופט- חוק יסוד השפיטה. בתי המשפט וכל החוקים האלה מכוננים את חוקי המשפט ויוצרים מערכת אכיפה יעילה בתוך מערכת המשפט, והם מעניקים לאדם או לגוף לקבוע האם הכללים הראשוניים הופרו וקובעים את הפרוצדורה לעשות זאת. כללי השפיטה קובעים מוסדות משפטיים, שופט ,בית משפט סמכות משפט וכו.

כאשר הארט קובע את זה, הוא בעצם מבחין מה מאפיין את מערכת משפט משוכללת לפרימיטבית. חשוב להבהיר כי מערכות משפט משוכללות לאו דווקא חייבות להיות מודרניות, כך למשל מערכת המשפט הרומי המשפט העברי, המשפט האנגלי בימי הביניים וכו- אלו אומנם מערכות משפט עתיקות אך הן מערכות משוכללות שניתן להבחין בהם בין כללים ראשוניים למשניים.

**תפקיד הכלל**

תפקיד כלל הזיהוי- כלל הזיהוי מזהה את החוק ויוצר אחידות בתוך מערכת המשפט.

כשמו לזהות מהו החוק ולקבוע מהו החוק. הזיהוי הזה הוא היוצר את האחידות בשיטת המשפט, וזאת משום שכלל הזיהוי הוא כלל העל שקובע מהו החוק בשיטת משפט נתונה. למשל במשפט הרומי הוא קבע ש12 הלוחות הם החוק, וכל מה שנובע מ12 הלוחות זה חלק מהמשפט הרומי. לעומת זאת כלל הזיהוי של המשפט העברי יגיד כי התורה היא החוק.

**התוכן של כללי הזיהוי**

צורתו הבסיסית של כלל הזיהוי הוא לזהות את החוק- ספר, תורה וכו. אך בצורה מפותחת יותר הכלל מזהה את מקורות המשפט ולא רק את החוק- הוא מצביע על מקורות המשפט, כששיטות משפט שונות יכולות להחזיק במקורות משפט שונים. יש שיטת משפט שתגיד כי החוק הוא 12 הלוחות ותו לא, או אחרת שאומרת כי החוק זה מה שהמלך אומר- הוא מקור החוק וכל מה שהוא אומר זה החוק (כמו אוסטין- הריבון), אבל יש שיטות משפט שמזהות מקורות משפט שונים, וזה ההבדל בין הארט לאוסטין- בעוד שאוסטין קובע מקור אחד והוא הריבון, הארט רגיש לכך ששיטות משפט שונות מזהות מקורות משפט שונים. לדוגמא: באנגליה מזהה לצד חוקי הפרלמנט אומרת כי מה שבית המשפט קובעים באופן תקדימי זה חוק, בניגוד לשיטת המשפט הקונטיננטלית, שם רק החוק מחייב ופסיקות בתי המשפט לא מהוות תקדים אלא הכרעות אד-הוק לכל סיטואציה. יש הבדל בין שיטת משפט הקונטיננטלי לבין המשפט המקובל- הקונטיננטלי מזהה מקור אחד לחוק- והוא החוק שקבע הפרלמנט (בלי הכרה בתקדים ומנהג כיוצרים חוק), בעוד שהמשפט המקובל מזהה כמה מקורות חוק- כמו תקדים ומנהג, מכיר בבית המשפט כיוצר חוק.

כלל זיהוי הוא לא מהווה תוכן אחיד, אלא תוכן המשתנה משיטה לשיטה. אפשר לומר כי תוכנו של כלל הזיהוי זה מקורות המשפט- כלל הזיהוי מזהה את החוק, אך גם את מקורות החוק. המקורות האלה יכולים להיות שונים משיטה לשיטה. וכאן הארט מוסיף כי יש כלל פשוט שמצביע על מקור אחד, וכלל מורכב שמצביע על כמה קמורות. אם כלל מצביע על כמה מקורות הוא יצטרך לדרג ביניהם- האם בית המשפט גובר על החוק, או החוק גובר על בית המשפט. התוכן של כלל הזיהוי הוא מקורות המשפט, אך מקורות המשפט יכולים להיות שונים בין שיטת משפט אחת לאחרת. כך כלל הזיהוי בצרפת שונה מישראל, סין או דרום אפריקה, שיטות משפט שונות ואפילו מודרניות. כלומר התיאוריה של הארט יכולה להסביר כל שיטת משפט, וזה הכוח בתורת משפט כללית המסוגלת לתאר נכון ובאופן תיאורטי, את אופן עבודתם של שיטות משפט שונות.

**איך נדע מה כלל הזיהוי בשיטה נתונה?**

אם ננחת במדינה מסוימת ונרצה לדעת מהו החוק- כדי לדעת מהו החוק המחייב במדינה, בעצם מנקודת במבט תיאורטית נשאל מהו כלל הזיהוי בשיטה הזאת, וכלל הזיהוי יאמר לי מהו החוק. נרצה לדעת האם חוק של הפרלמנט, הוראה של המלך, בית המשפט, מנהגים הם אלו הקובעים את החוק- וזה כאמור משתנה בין שיטה לשיטה. נצטרך להבין, לאתר את כלל הזיהוי ודרכו לדעת מהו החוק.

באופן עקרוני צריך לחשוב על כלל הזיהוי כמו כללי משחק- למשל במשחק כדורגל, השחקנים משחקים לפי כללים. אדם המתבונן במשחק, יכול להבין את הכללים תוך כדי התבוננות במשחק. לכן כלל הזיהוי הוא בעצם סוג של כלל משחק: תחילה משחק במובן שהוא לא כלל כתוב (כלל הזיהוי איננו כתוב בשום מקום). כלל הזיהוי הוא כלל שקיים באופן מופשט וניתן ללמוד עליו מתוך דרך הפעולה של המשפט. כלומר, השחקנים בזירה המשפטית פועלים לפי כלל הזיהוי, השופטים, השוטרים, מחוקקים- כולם מניחים מהו החוק- החוק של הכנסת הוא חוק. יודעים מדרך הפעולה של כל השחקנים בזירה המשפטית שלפי כלל הזיהוי הזה הם פועלים, ואם נתבונן בדרך הפעולה של השחקנים ניתן לראות לפי מהם פועלים ומה הם רואים כמחייב.

אך ההתבוננות בשחקנים לא תמיד מספיקה. ולכן הארט קובע כי נקודת המבט הטובה ביותר מבין כל השחקנים זה בתי המשפט, וזאת מהסיבה שבתי המשפט, בניגוד לשחקנים אחרים, הם מנמקים את החלטותיהם. אם נבוא לרשות משפטית- כמו רשות המסים, משרד התחבורה- יש להם כללים שנקבעו לפי החוק והם פועלים לפיהם ותקנות שהוצאו מכוח החוק- אך הם בדרך כלל לא ינמקו ולא יתחשבו- הם פועלים לפי מנגנון בירוקרטי שיהיה קשה לדעת את כל הפרטים. אך בניגוד לכך, בפסק דין של בית המשפט נראה באופן מפורט את ההסתמכות שלו על החוק, חוקי יסוד, פסיקה קודמת- מה שלא נראה בפעולות של רשויות מנהליות וכן האלה. אם נתבונן בדרך העבודה של בתי המשפט ופסקי הדין נוכל לדעת מה בשיטת משפט נתונה הוא כלל הזיהוי. למשל האם חוק של הפרלמנט הוא חוק, האם פסיקת בתי המשפט מחייבת, האם הוראה של המלך מחייבת- ניתן לקרוא את כל זה בבית המשפט.   
חשוב לציין כי יש הבדל בין פסקי דין של אנגליה לבין צרפת. כך בצרפת בדרך כלל יתייחסו לחוק- הם כן יתייחסו לתקדימים של הפסיקה אך יש להם מעמד פחות, אין להם מעמד של חוק ממש. לעומת זאת, באנגליה, ארצות הברית- החלטות של בתי המשפט יש להן תוקף של חוק ממש, ורואים את זה בפסק דין- רואים איך הם יבחינו בין פסקי דין של המשפט המשווה מול פסקי דין של בית המשפט במדינה. ניתן לראות בכך, איך בית המשפט מסתכל על פסקי דין מקומיים כמחייבים, בינלאומיים- כמייעצים, של מלומדים כהשראה וכו.

**מי קובע את כלל הזיהוי?**

מי קובע מהו החוק?

כדי להבין את הסיטואציה הזאת ולנסות לענות עליה, ננסה לחשוב מה קרה מבחינה משפטית ביום הקמת מדינת ישראל. ביום שהוקמה המדינה, 15 במאי 1948- עד קום המדינה המשפט שנהג זה המשפט הבריטי (השלטון היה של המנדט, הרשות העליונה היה הנציב העליון הבריטי). ברגע קום המדינה, לכאורה יש ריק- ביום שקמה המדינה הוציאו את המנשר- המסמך הראשון המשפטי, שקבע כי החוק שהיה קיים במדינת ישראל ערב הקמת המדינה, ימשיך לעמוד בתוקפו גם לאחר הקמתה, וזאת משום שהמדינה שהרגע קמה לא יכולה להתחיל לחוקק את כל חוקי המשפט יש מאין. במילים אחרות לא חל שינוי משפטי, היה צורך מהותי להמשיך את החוק הקיים עד לחקיקת חוקים חדשים. המנשר זכה לניסוח יותר חדש בעת חקיקת החוק הראשון של המדינה, שהוא פקודת סדרי שלטון ומשפט. זה בעצם המסמך החוקתי הראשון במדינת ישראל, הוא המסמך המכונן הראשון. הפקודה היא הזיהתה את המוסדות המשפטיים, והיא החוק שכונן את המשפט בישראל, בה נאמר כי החוק הבריטי נשאר אלא בשינויים מחייבים עם קום המדינה.

אז עכשיו נשאל- מה השתנה מבחינה משפטית ביום העצמאות? אם ביום העצמאות הוקמה המדינה ועכשיו אומר החוק כי המשפט שהיה קיים ימשיך לעמוד בתוקפו, אז מה קרה? כלל הזיהוי הוא אף פעם לא החוק עצמו, צריכה להיות נורמה שעומדת מאחוריו כדי לתת לו תוקף. תוכן החוק לא השתנה ביום העצמאות, החוק שהיה קיים שלפני המשיך להתקיים אחר כך- אבל כלל הזיהוי השתנה לא במובן של החוק, אלא הוא מצביע מיהו החוק-מי המחוקק. כלל הזיהוי לפני קום המדינה קבע כי המחוקק הוא הנציב העליון, אך ביום העצמאות הוא בעצם השתנה ומהרגע הזה קבע כי המחוקק הוא מועצת העם (הכנסת). השתנה כלל הזיהוי במובן הזה שמחוקק לא הנציג העליון אלא מועצת העם. בעוד שהתוכן של החוק נשאר אותו הדבר, התוקף של החוק פשוט בא ממקור אחר כלומר כלל הזיהוי השתנה בזיהוי מקור אחר למשפט- לא הנציב העליון אלא מועצת העם, ומעכשיו מועצת העם יכולה לסטות בהדרגה.

**מי קובע את כלל הזיהוי= כלל הזיהוי מתקבל באופן ישיר**

מי קובע את כלל הזיהוי? השאלה מי עשה ומי החליט על השינוי הזה? זה דבר לא פשוט להכרעה, שכן אולי זה קרה בהקמת המדינה והכרזת העצמאות, שקבעה את המחוקק וזיהתה גוף מחוקק חדש. אך באופן תיאורטי אפשר לומר שכלל הזיהוי מתקבל באופן ישיר על ידי השחקנים בזירה המשפטית. השחקנים מתחילים לשחק על פי כללים חדשים. פתאום מערכת המשפט מתחילה לזהות כלל חדש ומתחילה להתנהג לפיו, כשבעצם כל השחקנים בזירה יוצרים את הכלל החדש. כמובן שזה לא מעשי משום שמדינה גדולה לא יכולה ליצור באופן ספונטני כלל זיהוי חדש, ולכן מדברים על השופטים.   
השופטים הם אלה שמחדדים את זה- לכולם היה ברור שעם הקמת מועצת העם הוא המחוקק החדש, אבל השופטים הם שעונים באופן מפורש ומחדדים כאשר תעלה השאלה האם נזהה כלל זיהוי בריטי או אירופאי? שהמשמעות של התשובה היא בשאלת התקדים- האם אנחנו נשארות בשיטה הבריטית במובן הזה שפסיקות בתי המשפט מחייבות או שנעבור לשיטה אירופית? ויש רק חוק.   
למעשה זאת שאלה שהייתה פתוחה עם הקמת מדינה, מאחר וזה לא נקבע בשום מקום. לא ישב שום גוף מוסמך שקבע תשובה לכך, וזה עד שחוקקו את חוק בתי המשפט. אך בשלב הראשון, זו שאלה פתוחה ועד שהכנסת תחוקק מאוחר יותר ותקבע כי תקדים מחייב, יעבור זמן רב, ומי שקבע בינתיים את כלל הזיהוי הם השופטים. לכאורה בידי השופטים הייתה האפשרות לאמץ שיטה אחרת, אך בתי המשפט החליטו להישאר וללכת עם השיטה הבריטית וקבעו כי כלל הזיהוי הוא הגוף המחוקק- מועצת העם ולימים הכנסת, וקבעו שתקדימי בתי המשפט מחייבים. בעצם כלל הזיהוי נקבע דרך פסיקות של בית המשפט עצמו, וזאת לא הייתה החלטה של הכנסת, משאל עם וכו, זה קרה דרך בתי המשפט. זה קורה בכל שיטה- השופטים אלה הם שבאופן מעשי קובעים את כלל הזיהוי.

**תפקידי כלל הזיהוי**

1. תפקיד ראשון הוא וודאות- כלל הזיהוי נותן וודאות ומבחן ברור מהו החוק.
2. תפקיד שני הוא תקפות- אם כלל הזיהוי קובע כי הכנסת היא הגוף המחוקק, אז בעצם כלל הזיהוי גם מעניק תוקף לכללי המשפט. אנחנו מאמצות את מושגיו של קלזן- מושג התקפות. בתורת משפט פוזיטיבית מדברים על תוקף, כלומר הכללים המשפטיים לא עומדים בעצמם, הם לא מחייבים מכוח עצמם, אלא הם מחייבים מכוח זה שהם תקפים, מכוח נורמה אחרת. ולכן כשהולכים שוב באותה שרשרת ושואלים מהו המבחן האולטימטיבי של התקפות, התשובה תהיה כלל הזיהוי. הפירוש האולטימטיבי משמעותו האחרון, העליון. כלומר, יש כללים שהם בדרך- למשל חוק העזר העירוני נותן תוקף קנס, והתוקף לחוק עזר עירוני חוק העיריות, ולכך חוק יסוד הכנסת שקובע כי הכנסת היא הרשות המחוקקת, ומי שנותן תוקף לחוק יסוד הכנסת הוא כלל הזיהוי. למרות ששקלזן יגיד הנורמה הבסיסית, מבחינה פונקציונאלית כלל הזיהוי ממלא את הנורמה הבסיסית בתרוה של קלזן. אם למשל קיבלתי הוראה מבית משפט המחייבת אותי לנהוג בצורה מסוימת- ונשאל מה מקור התוקף של החלטת בית המשפט ולמה היא מחייבת אותי- התשובה לכך נעוצה בחוק יסוד השפיטה או בכלל הזיהוי, לדוגמא אם בשיטה בריטית שמזהה כי בתי משפט הם מקור משפטי מקביל לחוק, אז יש להם תוקף מחייב של חוק.
3. תפקיד שלישי הוא אחידות מערכת משפט- כלל הזיהוי קובע את האחידות של שיטת משפט- נורמה משפטית שייכת לשיטת משפט רק אם היא עומדת בכללי כלל הזיהוי, כך שאם היא לא עומדת בכללי כלל הזיהוי זאת שיטת משפט אחרת. למשל נשאל האם פסיקה של הרבנות הראשית בישראל מחייבת- לרבנות יש סמכות להשיב שאלות משפטיות של מי ששואל אותם, אך אין חובה חוקית לפעול על פיהם. הרבנות הראשית צריכה הסמכה לכל פעולה, ולכן היא צריכה הסמכה מהחוק להוציא פסקי הלכה. כשהחוק קובע כי היא יכולה להשיב פסקי הלכה לשואלים בעצתה, אך הם לא מחויבים לפעול לפי פסק הדין.

כלל הזיהוי הוא המקור האולטימטיבי של המשפט- האחרון, בכל שרשרת פירמידת הנורמות ובכל שרשרת התקפות המבחן והקור האחרון של המשפט הוא מבחן הזיהוי.

**סוגים של כללי זיהוי**

* כלל זיהוי פשוט- כלל הזיהוי המזהה מקור משפטי אחד- מחוקק. כלל הזיהוי יכול לזהות את המלך, הכנסת, תורה, 12 לוחות כל מיני דברים שהם מזהים מקור משפטי אחד.
* כלל זיהוי מורכב- כלל זיהוי המזהה כמה מקורות משפטיים- הוא מזהה מחוקק (למשל פרלמנט), חוקה, בתי משפט, מנהג. במקרה כזה, למערכת המשפט יש כמה מקורות שיוצרים את המשפט- המשפט הוא לא רק תוצר של המחוקק. ולכן כלל זיהוי מורכב המזהה כמה מקורות משפטיים, צריך לדרג ביניהם ולקבוע מי גובר על מי. למשל באנגליה- מי גובר על מי- החוק או בתי המשפט? באופן היסטורי במשפט המקובל, קודם הייתה פסיקה של בית המשפט שיצרה מכוחה גם חוקים. זה גם המצב בישראל- מבחינת הדירוג הכנסת היא מעל בתי המשפט, פסיקות של בתי המשפט שאינן נראות לכנסת, בתגובה הכנסת יכולה לחוקק חוק הסותר וגובר עליה. למשל חוק פיצוי נפגעי תאונות דרכים- החוק קבע כי תאונת דרכים זה מפגיעה ברכב, ואז בית המשפט קבע כי תאונת דרכים היא כתוצאה משימוש ברכב וכן הלאה. המחוקק יכול לתקן את הפסיקה משום שהוא גבוה יותר מבחינת כלל הזיהוי מבתי המשפט. אך איך בתי המשפט מבטל חוקים של הכנסת? לכאורה הכנסת במעמד גבוה יותר, אך בית המשפט יכול לעשות זאת כתוצאה מזה שהוא פועל מכוח חוקי היסוד, שהם עצמם גבוהים במדרג מחוק הכנסת. הדירוג של מקורות המשפט: חוקקה, מחוקק, בתי משפט, מנהג. החוקה יותר גבוהה מהחוקק, ולכן פסיקה רגילה של בית המשפט כפופה למחוקק, אך כאשר בית משפט נתלה בחוקי יסוד ובחוקה, אז הוא יכול להתגבר על המחוקק.

יש להבחין בין 2 צורות של כלל זיהוי מורכב:

1. זיהוי ישיר- כלל הזיהוי יכול לעשות זיהוי ישיר- כלומר כלל הזיהוי מזהה את הפרלמנט, בתי המשפט, המנהג וגם מדרג ביניהם. זאת אופציה אחת-לפי הדגם הזה בתי המשפט מקבלים את התוקף הישיר שלהם מכלל הזיהוי.
2. זיהוי על ידי גזירה- אך אפשר לחשוב גם על מצב אחר בו יש זיהוי על ידי גזירה- כלומר, כלל הזיהוי מזהה מקור אחד, לדוגמא חוקי היסוד- והם את המחוקק ובתי המשפט. אפשר לתלות את סמכות בתי המשפט בחוק- סמכות של בתי המשפט נובעת מחוק בתי המשפט, שקובע כי פסיקת בית המשפט מחייב את כלל בתי המשפט.

כאן יש כלל זיהוי פשוט- שמזהה מקור אחד וכתוצאה מכך על ידי גזירה הוא מזהה מקורות נוספים- אז כלל הזיהוי מזהה רק את החוקה, ובאנגליה למשל רק את המחוקק, אך מכוח זה בתי המשפט ומכוח זה מנהג.

נשאל איזה מודל מתאר נכון את המצב במדינת ישראל?

האם הסמכות של בתי המשפט בישראל מקורה במחוקק, ובעצם יש כלל זיהוי פשוט שמזהה רק את המחוקק והחוקה, או שיש כלל זיהוי גזירה? לכאורה ניתן לזהות בשני סוגי כללים זיהוי- גם זיהוי ישיר וגם זיהוי באמצעות גזירה.

למשל חוק יסודות המשפט- היה את סימן 46 שקבע כי כשבית המשפט נתקל בשאלה שאין לזה תשובה, הוא יכריע לפי מה שנקבע בבתי המשפט באנגליה. אחרי הקמתה, במשך שלושים שנה היה ס' שקבע כי מדינת ישראל כפופה לפסיקות בתי המשפט באנגליה. במילים אחרות לא הייתה עצמאות משפטית ובתי המשפט היו חייבים לפסוק לפי אנגליה וזאת למרות שכלל הזיהוי השתנה. אך אחרי חקיקת חוק יסודות המשפט שקבע כי בלקונה משפטית- שחקיקה, הלכה או בהיקש- יכריע בית המשפט לפי עקרונות צדק היושר והשלום של המשפט העברי, החוק בעצם קבע את מקורות המשפט. חוק יסודות המשפט מונה את קמורות המשפט בישראל וגם מדרג אותם:

1. המקור הראשון שהוא קובע זה דבר חקיקה
2. המקור השני זה הלכה פסוקה
3. המקור השלישי זה היקש- כלומר דרך ללמוד מהחקיקה או מהפסיקה
4. המקור הרביעי זה עקרונות המשפט העברי ומורשת ישראל.

בהערת אגב- מה אין בחוק יסודות המשפט? מנהג. הטענה היא שהחוסר במנהג היא לא טעות- המחוקק שלא הכניס את המנהג בכוונה תחילה מאחר ולא רצה שהמנהג יופיע בחוק. המנהג הוא מקור משפטי בעייתי בשני מובנים- 1. הקושי לזהות אותו, 2. באופי שלו- זה מלטה למעלה- מהעם למחוקק. לכן מתעוררת השאלה האם בישראל של היום, המנהג מחייב או לא? ברור למשל בפרשנות חוזים מסתמכים על מנהג, אך האם הוא תוקף מחייב? לדעת רוב המשפטנים התשובה היא כן. איך הוא יכול להיות מחייב אם המחוקק לא הכניס אותו לחוק יסודות המשפט? התשובה היא שיכול לזהות זיהוי ישיר- השאלה תלויה באיזה דגם נחזיק, אם התשובה היא שנחזיק בדגם של גזירה מכאן שהמנהג לא מחייב- כי המחוקק שמקבל תוקף מכלל הזיהוי, בהנחה שהמחוקק לא נותן תוקף ואין חוק כללי שנותן תוקף למנהג, אם אין חוק כללי אז לפי מודל הגזירה המנהג לא מחייב. לעומת זאת, אם אני הולכת על דגם של זיהוי ישיר- אז המנהג לא מקבל תוקף מהחוק אלא ישירות מכלל הזיהוי. אז בעצם אפשר לומר כי תהיה נפקה מינה לדגם הנכון בישראל- אם נתפוס כדגם של זיהוי ישיר יכול להיות תוקף מנהג, אך אם נתפוס את זיהוי על ידי גזירה אז למנהג אין תוקף. אם נקבל את ההנחה של רוב המשפטנים בישראל שהמנהג הוא מקור משפטי מחייב, אז אנחנו חייבות להניח שכלל הזיהוי הוא כלל זיהוי ישיר- יש פה הכרה בבתי המשפט כלא כפופים למחוקק, לבתי משפט יש מעמד עצמאי הנובע ישירות מכלל הזיהוי מזהה אותם.

**סיכום התיאוריה הפוזיטיבית**

את הפוזיטיביזם אפשר להעמיד על כל מיני יסודות, במהלך היחידה הדגשנו שלושה דברים:

1. הגדרת המשפט כתחום עצמאי ונפרד מן המוסר והדת-הפוזיטיביזם אומר שהמשפט הוא תחום נפרד והחלטות משפטיות מתקבלות על סמך מקורות משפטיים, חקיקה, תקדימים מנהג, כל שיטה והמקורות שלה. אבל יש תחום כזה וכאשר אחנו מחליטות החלטות משפטיות אני לא בהכרח שוקלת שיקולים מוסריים, יש מקום לזה אבל השאלה הקודמת והראשונית שאצטרך לשאול היא מה העמדה המשפטית בשאלה שעומדת בפניי. לדוגמא, השאלה היא האם המשפט מגדיר עבירה ביחסי מין ולא האם ממבחינה מוסרית או חברתית הם ראויים או לא. השאלה היא לא האם הנאשם התנהג יפה או לא, אלא האם החוק מגדיר את ההתנהגות שלו כעבירה פלילית. ברגע שמגדירים את המשפט כתחום נפרד מתחומים אחרים אז בוחנים אותו רק בפרספקטיבה משפטית. יכול להיות שיש השקה לתחומים אחרים אבל זה קשור לשאלה הפורמליסטית ולא הפוזיטיביסטית- האם יכול להיות שבאופן עקרוני יש השקה, לא נעסוק בפרק זה אלא ביחידה הבאה.
2. המשפט מבוסס על עובדות חברותיות ולא על עקרונות מופשטים- היא קשורה לזה, כלומר שעוסקים בשאלה משפטית שואלים מה החוק והחוק הוא עניין של עובדה חברתית, זה עניין עובדתי מה החוק ואובייקטיבי, וזאת לא שאלה של עקרונות מופשטים ומוסריים- האם זה ראוי, צודק וכו. הפוזיטיביזם מבקש לבחון שאלות משפטיות ורואה את המשפט כולו כמבוסס על עובדות, שהעובדה המרכזית היא החקיקה, אך יכול להיות פסיקה, תקדימים וכל שיטת משפט יש לה את הגדרות של המקורות שלה, אך המקורות האלה הם עובדות חברתיות ולא עקרון מופשט של ראוי צודק וכו.
3. ההבחנה בין משפט רצוי למשפט מצוי- הואיל והפוזיטיביסט מסתכל על המשפט כעניין עובדתי- כלומר הוא אומר זה המשפט, והוא יכול לשאול האם זה המשפט הרצוי (מכל מביני בחינות) אך הוא מבחין בין המשפט כעובדה כמצוי לבין המשפט כרצוי. הוא מסכים כי יכול להיות שצריך לתקן אותו אך זהו המשפט ועל פיו נפעל.

איש משפט הטבע בכל השאלות האלה משיב אחרת- אנשי משפט הטבע יגידו כי המשפט מבוסס לא רק על עובדות חברתיות אלא גם על עקרונות מופשטים ואם הוא מבוסס על עקרונות מופשטים אז השאלה של המשפט הרצוי נכנס למשפט ולא נשאל ונבחן לפי רק מה אומר החוק אלא מה רצוי שיאמר. ולכן איש משפט הטבע שובר את ההבחנה בין המשפט למה שמחוץ למשפט. זאת המהות והכללים הבסיסים של התיאוריה הפוזיטיבית.

**הדמיון בין התורות הפוזיטיביות- נורמות יסוד**

כתוצאה מכך ממה שמאפיין את התיאוריות הפוזיטיביסטיות, שהפוזיטיביזם הוא משפחה של תיאוריות: כל המאפיינים שציינו לעיל מאפיינים כל שיטה פוזיטיבית, וכעת נדון בהבחנה בין שיטות ותיאוריות פוזיטיביות שונות בתוך המשפחה הזאת. למדנו שלוש תיאוריות בסיסיות- אוסטין, קלזן והארט.

מה שמשותף לשלושת התיאוריות הפוזיטיביות הוא שהן מניחות שהמשפט עומד על נורמת יסוד או על נורמות יסודות, מכיוון שהמשפט מבוסס על עובדה חברתית, כעת השאלה היא מה העובדה החברתית הזאת שעליה מבוסס המשפט. כלומר, מהן בכל אחת מהתורות הפוזיטיביות מחפשת להגדיר כלל אחד או כמה כללים שהם יגדירו מהו המשפט בשיטה נתונה. בעצם כל שיטת משפט באשר צריכה להיות מבוססת על נורמת יסוד. שלוש התיאוריות שלמדנו מציעות שלוש נורמות יסודיות:

1. אוסטין- פקודה כללית של הריבון- נורמת היסוד של המשפט שמציע אוסטין היא פקודה כללית של הריבון. אוסטין מדבר על תורת הפקודה, שהיא בעצם נורמת היסוד של כל שיטת משפט. שאנחנו נשאל מהי העובדה החברתית שעליה מבוסס המשפט, נשיב כי זו תורת הפרודה- דהיינו פקודה כללית של הריבון. כל נורמה משפטית היא פקודה כללית של הריבון, ולכן אם היא אכן פקודה כללית של הריבון היא חלק מהמשפט, ואם היא לא, אז היא איננה חלק מהמשפט- כך למשל אם היא פקודה אך לא של הריבון, או לא פקודה כללית וכו, אז זה לא נכנס למשפט. כך לדוגמא מנהג ותקדים לא מתאימים. כלומר תורת הפקודה מנסה להגדיר דרך קביעת נורמה משפטית מהו המשפט.
2. קלזן- נורמת היסוד היא הנורמה הבסיסית, שהיא מזהה את החוקה- הנורמה הבסיסית היא בעצם מזהה את החוקה וקובעת כי יש לפעול לפיה. הנורמה הבסיסית היא המזהה את החוקה ואת כל המשפט שנובע ממנה, ולכן שוב יש הגדרה מאוד ברורה למהו המשפט ומהם מקורותיו- כך שאם נגיע לנורמה שמוצאה איננה בחוקה ואיננה מתחברת לנורמה הבסיסית היא איננה חלק מהמשפט- כמו נורמה שנקבעה לפי הרבנות הראשית, כנסייה, הסתדרות העובדים, נוהג של אנשים, וכל מיני דברים שאינם חלק מהמשפט. מכאן ניתן להבין את הצורך של השיטה הפוזיטיבית להגדיר נורמת יסוד, ולפיה בעצם להגדיר מהו המשפט, וזאת כדי להבחין בינו לבין הנורמות המוסריות, הדתיות, החברתיות וכן הלאה. בשורה התחתונה, קלזן בנה את התיאוריה של הנורמה הבסיסית.
3. הארט- כלל הזיהוי- אצל הארט נורמת היסוד הוא כלל הזיהוי, מהות התורה היא זיהוי מקורות המשפט של השיטה.

**השוואה והשוני בין התיאוריות הפוזיטיביות**

בין התיאוריות הפוזיטיביות יש הבדלים, ולכן נעשה השוואה בין התפקוד של כל אחת מהנורמות לאחרת, תוך השוואה מהפרספקטיבה של הארט. אם בסופו של דבר מבחינה פונקציונלית, לכל אחת מהנורמות האלה יש את אותה הפונקציה, שהיא להגדיר את המשפט, ולא רק להגדיר את המשפט אלא להגדיר שיטת משפט נתונה. כלומר נורמה בסיסית בישראל לא זהה לנורמה הבסיסית בצרפת, אוסטריה, אנגליה וכו. הדבר הזה משתנה משיטה לשיטה, אם כי נראה שיש דמיון בבסיס שלו. למשל הריבון הוא שונה בין גרמניה לישראל, ברור שאצל אוסטין תבנית הריבון היא זהה אך היא משתנה בין שיטה לשיטה כי הריבון עצמו משתנה. גם אצל קלזן התבנית זהה של הנורמה הבסיסית- יש לפעול לפי החוקה, התוכן הזה של הנורמה הוא אותו תוכן בכל מקום אך יזהה חוקות שונות בכל מקום, למשל בישראל החוקה היא חוקי היסוד, בעוד שבארצות הברית החוקה האמריקאית.

כלל הזיהוי במובן הזה הוא שונה, הוא שונה משום שכלל הזיהוי אפילו התבנית שלו לא זהה. כלומר, הוא אמור לזהות את מקורות המשפט, אך הם עשויים להיות שונים בכל שיטה- מה שנותן לו יתרון. כי בעוד שקלזן מזהה את החוקה או החוק, וכל השאר יוצא ממנו, כלל הזיהוי הוא כלל גמיש יותר ומקורות המשפט של השיטה יכולים להיות ממש שונים ממקום למקום- משום שזה לא רק חוקות שונות, אלא זה אפילו יכול להיות , פרלמנט, המלך, צירוף של הפסיקה עם החקיקה וכן הלאה. כלומר, כלל הזיהוי הוא מאוד גמיש מבחינת התבנית שלו, ובכל שיטת משפט נתונה הוא יראה אחרת לא רק מבחינת מי הריבון או החוקה, או האם מי שקובע זה רק ריבון, החוקה, מנהג, תקדימים וכו. אז במובן הזה כלל הזיהוי שונה ויש לו גמישות מסוימת ולכן הוא יוצר תיאוריה יותר משוכללת שתענה על בעיות שראינו בתיאוריות האחרות.

השוואה של הארט לאוסטין

1. כלל הזיהוי אינו תלוי בריבון- התחלנו התיאוריה של אוסטין כי הבעיה הראשונה שהוא מתמודד איתה הוא מושג הריבון. מושג הריבון של אוסטין מתאים מאוד למלוכות שהיו עד המאה ה18- יש מונרך, יש מלך, הוא הריבון והוא העומד בראש המדינה. במדינות דמוקרטיות מושג הריבון עצמו הוא מאוד מסובך, כי זה כבר לא איש אחד אלא קבוצה של אנשים, וזה גם לא ממשלה אלא הפרלמנט, וגם זה בעצם מסובך משום שאנחנו תופסות את הפרלמנט כמייצג העם, שהוא בסופו של דבר הריבון. כך שלא רק שמושג הריבון עצמו מסובך, מה שמסובך עוד יותר זה שבתיאוריה של אוסטין, הריבון הוא בלתי מוגבל. מה שעומד בניגוד לתיאוריות המשפטיות-המודרניות המטילות על הריבון מגבלות ובבסיסו הוא לא כל יכול. לקושי הזה נכנסת התורה של הארט ומנסה לפתור אותו על ידי כלל הזיהוי. כלל הזיהוי של הארט לא תלוי בריבון, משום שלא נאמר כי צריך לזהות ריבון. נגיד שכלל הזיהוי מזהה מחוקק ואומר כי במדינה הזאת צריך לציית לחוק, נגיד כלל הזיהוי בצרפת הוא שיש לציית למחוקק ולפעול לפי החוקים, אז אולי בזה אנחנו מזהות מחוקק אך, בבסיס כלל הזיהוי לא מצריך ולא נדרש להגדרת הריבון.
2. כלל הזיהוי מתאים לכלל מקורות המשפט- בעיה שנייה שהתעוררה בתיאוריה של אוסטין, היא שתורת הפקודה מתאימה בצורה טובה לחוקים שיוצאים מהריבון- לצורך העניין הפרלמנט, אך תורת הפקודה לא מצליחה להסביר מקורות משפטיים אחרים כמו מנהג ועוד קודם לכן תקדים, שאותם קובע בית המשפט ולא הריבון. אוסטין נותן פתרון לבעיה בכך שהוא טוען כי הריבון הוא זה שנותן לבתי המשפט את הכוח לקבוע תקדים, אך ראינו כי היסטורית זה שגוי, שיטות המשפט המקובל, בבסיסו בית המשפט הוא עצמאי, שכן בית המשפט הוא זה המקנה לעצמו את הכוח. כלל הזיהוי נותן פתרון יותר פשוט כי הוא לא קשור ומחויב רק למחוקק אחד, אלא הוא יכול להכיר באופן בלתי תלוי במקורות משפטיים שונים, ולכן מהבחינה הזאת הוא יכול להגיד כי בשיטת משפט נתונה הוא מכיר גם במחוקק, גם בתקדימים וגם במנהג וכו, בעוד שבשיטת משפט אחרת הוא מכיר רק במחוקק. כלל הזיהוי מכיר במקורות האלה באופן בלתי תלוי בריבון ובמובן הזה יש לו יתרון על אוסטין.
3. כלל הזיהוי מתאים כלל סוגי הנורמות- תורת הפקודה מתאימה באופייה לסוג כללים של המטילים חובה (מו המשפט הפלילי). הפקודה מטבעה היא הטלת חובה שיש בצידה סנקציה, אז ראינו כי יש קושי להסביר כללים משפטיים אחרים המעניקים זכויות כמו המשפט הפרטי. אוסטין היה צריך לתמרן כדי לומר שהואיל והכוח של המדינה עומד גם מאחורי הכללים האלה הוא רואה אותם גם כפקודות. כלל הזיהוי מתאים לכל סוגי הנורמות כי לא מגדיר נורמה לפי האופי שלה אם היא חובה או לא חובה, וודאי לא לפי העונש שלה, ולכן כלל הזיהוי יכול להכיר במחוקק כגורם שיכול ליצור חוקים מסוגים שונים- כללים שמעניקים חובה, זכויות וכן הלאה.
4. כלל הזיהוי מתאים שליטות משפט שונות-גמישות כלל הזיהוי- כלל הזיהוי מתאים באופן יותר פשוט לשיטות משפט בעלות אופי שונה. מכיוון שראינו שנגיד תורת הפקודה התבנית אחידה- היא חייבת בכל מדינה לזהות ריבון ואת פקודתיו, בעוד שכלל הזיהוי מתאים לשיטות משפט שבהן יש רק חוק, ואז יכול להיות שכלל הזיהוי מזהה את המחוקק כמקור משפטי אחיד, וכלל הזיהוי יכול להתאים לשיטות משפט שבהן יש לצד המחוקק בתי משפט הקובעים תקדימים, ושיטות אולי שימציאו עוד מקורות. כלל הזיהוי הואיל ואין לו תבנית אחידה, והתבנית שלו משתנה אז היא יכולה להיות מותאמת בסופו של דבר לכל שיטת משפט, וזה נותן לו יתרון גם על השיטה של קלזן.

דרך כל הנקודות האלה הארט ביקר את תורת הפקודה של אוסטין, וניתן לראות איך התיאוריה שלו נותנת מענה לכל השאלות האלה. לפי המודל של אוסטין, תמיד תורת הפקודה פירושה הריבון הוא מקור המשפט, כשבעצם שיטות משפט הן יותר מורכבות מהדגם של אוסטין. כלל הזיהוי הגמישות שלו מאפשרות להתאים את עצמו לשיטות משפט שונות.

השוואה של הארט לקלזן

1. הנורמה הבסיסית היא מושג מופשט (פיקציה) ואילו כלל הזיהוי הוא כלל חברתי (פוזיטיבי)- הנקודה הראשונה שמבחינה בין הנורמה הבסיסית לבין כלל הזיהוי, היא שהנורמה הבסיסית היא מושג מופשט. יש תרגיל בתיאוריה של קלזן- קלזן בעצם אומר כי יש את פירמידת הנורמות שהיא עומדת על החוקה, כשעל מה החוקה עומדת? צריך להניח מבחינה לוגית שהציות לחוקה מבליע כלל שאומר כי יש לפעול לפי החוקה, שזה הנורמה הבסיסית. אך הכלל הזה הוא פיקטיבי במובן שהוא לא נקבע בלי שום גוף, אדם ובלי הגדרה- אף פעם לא נעשה למשל משאל על הנרומה הבסיסית, זהו כלל שקיים ומונח. זה נכון שגם כלל הזיהוי לא נקבע בשום פורום רשמי, ובמובן הזה יש דמיון מסוים בין הנורמה הבסיסית לכלל הזיהוי. אך כלל הזיהוי מזהה את העובדות החברתיות, ואילו הנורמה הבסיסית, אותה נורמה שאומרת כי יש לציית לחוקה, אנחנו מניחים שקיימת נורמה כזאת והנורמה הזאת היא בעצם מושג יותר פיקטיבי. כלומר, קלזן לא מעגן אותה ממש בעובדה, אלא אפילו נמנע מזה, כי הוא רוצה להישאר בעולם הנורמטיבי ולא עובדתי. בעוד שהארט מניח שיש כלל חברתי שהוא עובדתי שמזהה את המחוקק והתקדים ועל פיו הוא בונה את המשפט. הטענה של הארט היא שכלל הזיהוי הוא עניין חברתי ועובדתי, גם אצלו, בדומה לקלזן, אין גוף שמחליט על כלל הזיהוי, אלא אנחנו מניחות את זה. לפי הארט כלל הזיהוי הוא לא רק פיקציה אלא הוא משקף משאל עם. לדוגמא, בהקמת המדינה החברה הישראלית החליטה לראות בכנסת כמחוקק ולא בנציב העליון, ואם היינו עושות משאל עם כולם היו מצביעים ועונים באותה צורה, אך בפועל לא עשו משאל עם שיצביע על כך. גם כאן יש אלמנט פיקטיבי אך לפחות הארט חותר לזהות דבר פוזיטיבי. הארט חותר לכך וזאת המהות של הפוזיטיביזם- פוזיטיבי פירושו של דבר עובדתי, ולכן כל התיאוריות האלה רוצות לעגן את המשפט בבסיס עובדתי. קלזן מכיוון שהוא רוצה להיזהר בהפרדה בין הנורמטיבי לעובדתי, הוא נשאר במישור נורמטיבי והוא לא רוצה לגעת בעובדות ולקבוע אותן, אך זה מאוד קרוב- קלזן אומר שמניחים את קיומו של כלל שצריך לזהות.
2. הנורמה הבסיסית קשיחה (אחידה), כלל הזיהוי גמיש ומתאים לשטות משפט שונות- הארט מזהה את מקורות המשפט בצורה שונה, אל מול קלזן שמזהה את המקור כאחד ואחיד- הנורמה הבסיסית. לפי כלל הזיהוי של הארט, ניתן לתאר שיטות שונות, כשזה חלק מהיתרון של התיאוריה של הארט- שיטות משפט נמנות על תבניות ותכליות שונות, ולכן הוא מציע כלל זיהוי גמיש שיכול להתאים את עצמו לגישות משפט שונות. קלזן גם חושב על המשפט באופן אחיד שהנורמה הבסיסית מזהה את החוקה לא החוק, הוא חושב על שיטת משפט שיש פירמידה שבראש יש חוקה אחת, אך מעבר לשיטה הקונטיננטלית יש לא רק את החוק אלא גם בתי משפט. הארט נותן כלל זיהוי גמיש המאפשר לזהות את מקורות המשפט בכל שיטה.

**הפרדה בין משפט למוסר**

העיקרון של הפרדה בין משפט למוסר בעצם מובלע בתיאוריה הפוזיטיבית. ברגע שנתפוס את המשפט כתחום עצמאי ונבדל, בעצם מדברות על העקרון שלפי הארט הוא העקרון המרכזי של פוזיטיביזם, עקרון של הפרדה בין משפט למוסר. פירוש ההפרדה הזאת בין המוסר למשפט, הוא שהמשפט לא זהה למוסר, כלומר שיש הבדל בין המשפט למוסר. תמיד שרצו להשמיץ את הפוזיטיביסטים אמרו כי לדעתם המשפט לא צריך להיות מוסרי. אך זה לא נכון, ברור כי המשפט שואף להיות צודק ומוסרי אך הטענה הפוזיטיביסטית היא שמה שקובע האם וכי עניין מסוים הוא חוקי, זאת שאלה עובדתית ושאלה של התאמה- האם המשפט מעניק את הזכות הזאת ולא שאלה מוסרית. במילים אחרות לא כל מה שחוקי צודק, ולא כל מה שצודק לא חוקי, וזה מה שמאפיין את עניין ההפרדה בין משפט למוסר. יכול להיות שיש חוקים שהם לא לגמרי צודקים במהותם ובהשלכותיהם, כלומר יש הפרדה בין מוסר למשפט ולכן יכול להיות שחוק יהיה לא צודק וגם לא כל מה שהוא לא צודק הוא לא חוקי לא בהכרח. הפוזיטיביסטים מבחינים ויוצרים הבחנה בין המשפט לבין המוסר או הצדק, ובשל כך על מנת לבסס טענה משפטית צריך להראות שהמשפט קובע כי הדבר חוקי או בלתי חוקי.

הטענה העקרונית של הארט היא שהמסורת הפוזיטיבית שמתחילה עם בנת'האם ואוסטין וממשיכה עם הוגים אחרים, היא מודרנית. מאחר ובעת העתיקה הגישה הייתה נוטה יותר למשפט טבע, היא רצתה גם להצדיק את המשפט דרך זה ולטעון שעקרונות של צדק מושפעים המשפט. אך הטענה של הארט לא באה כדי לשחרר את המשפט מלהיות צודק או מוסרי, אלא להפך- שיעבוד באופן יותר יעיל וגם שיהיה צודק, על מנת לאפשר ביקורת על משפט. המטרה של ההוגים הפוזטיבים הייתה ליצור משפט צודק ומוסרי אך להבחין בינו לבין תחומים אחרים.

לפי הארט, ההפרדה הזאת נחוצה משני טעמים:

1. נחוץ מבחינה תיאורטית- כדי להגדיר את המשפט צריך להגדיר אותו כתחום עצמאי ולא לערבב בינו לבין דברים אחרים. זה נחוץ מבחינה אנליטית.
2. נחוץ מבחינה מוסרית- כדי שתהיה יכולת לבקר את המשפט צריך להעמיד אותו כתחום עצמאי ועכשיו ניתן לבקר אותו- יכול להיות שזה חוקי ולא צודק. ולכן צריך לעשות את ההפרדה הזאת המסייעת לי בביקורת על משפט ולעשות אותו צודק.

המשפט שואף להיות צודק (מוסרי) אבל התוקף שלו אינו נובע מהתאמה לעקרונות מוסריים אלא מהתאמה לעובדות חברתיות.

**ביקורת עקרונית (פולר)**

החוק הוא לא עניין נפרד, אנחנו לא מדברות על החוק כעניין שרירותי של כללי משחק וניטרלי, מושג החוק בא יחד עם הדרישה לציית לו- יש לנו יחס אל החוק כיחס מסוים, יש חובה לציית לחוק. אנחנו מבינות את מושג החוק יחד עם החובה לציית לו, אז אם נתייחס אל החוק כדבר שצריך לציית לו זה ממילא חייב להתאים ולבסס אותו עקרונות של צדק. אפלטון היה הראשון שהעלה את הטענה הזו, בדיאלוג עם סוקרטס- שם מתחיל הויכוח בשאלה מה החוק- החבר אומר כי החוק הוא כל מה שנוהגים על פיו, אך אפלטון מתנגד לכך וטוען כי אם אנחנו אומרות שמי ששומר וממלא אחרי החוק הוא צדיק ומי שעובר עליו הוא רשע\עבריין, יש יחס ערכי לחוק והחוק קשור בחובה לציית לו אז ממילא החוק חייב להיות צודק, כי אחרת אין סיבה לציית לו. פולר חוזר על הטענה הזאת וזו הביקורת שלו על הארט. אם המשפט מחייב נאמנות אז במהותו הוא חייב להיות צודק, ולכן המשפט חייב להיות מבוסס על עקרונות צדק, כך שמה שלא צודק לא חוקי, אין סיבה לדרוש למלא אותו. זה הטענה הבסיסית של פולר ולב הביקורת שלו.

* אם המשפט מחייב נאמנות אז במהותו הוא חייב להוות צודק
* המשפט חייב להיות מבסס על עקרונות צדק (מוסר)
* מה שלא צודק לא חוקי

נניח ונקבל את טענתו של אפלטון, פולר ואנשי הטבע- שאומרים שהמשפט במהותו צריך להיות גם צודק, ומה שלא צודק לא חוקי- אך האם המשמעות של זה תהיה כי ברגע שכל אדם שיחשוב החוק בלתי צודק, אז התוצאה היא שהוא לא יפעל לפיו. לכאן נכנס לבעיה גדולה מאוד- מבחינה פרקטית והביטחון במערכת המשפט, נניח שנקבל את תיאוריית משפט הטבע שאומרת, כי בניגוד לפוזיטיביזם שקובע כי חוק הוא חוק אם הוא נקבע בהתאם לעקרונות היסוד, אנשי משפט הטבע מוסיפים כלל שהחוק לא צריך להיות נאמן רק לנורמות היסוד אלא מתאים לעקרונות הצדק המופשטים. הטענה של משפט הטבע שהחוק הוא חוק לא רק אם הוא נחקק, אלא אם הוא נאמן לעקרונות הצדק, ואם הוא לא נאמן זה לא חוקי. גם אם נקבל את התפיסה באופן עקרוני ותאורטי ברור שבאופן מעשי לא ניתן להתנהג כך ביומיום- לא ניתן שכל אדם שיחשוב שזה לא צודק אז הוא לא יציית, זה נכון רק במקרים קיצוניים. כי אם זה יהיה נכון לכל רגע זה יהפוך את מערכת המשפט לכאוטית- כי כל אחד יחליט לעצמו מה צודק ומה לא, ולכן לא יהיה ניתן להתנהל. אך במקרים הקיצוניים זה ככה, וזה הסיפור של המשטר הנאצי.

זאת הטענה הנוספת והביקורת שמעלה גם הארט עצמו במאמרו וגם פולר:

ביקורת היסטורית

הארט מעלה את הטענה של הביקורת ההיסטורית, מה שלומדים מהניסיון של המשטר הנאצי. המשפט הגרמני הוא דוגמא מובהקת למשפט שהיה מבוסס על עקרון החוקיות הפוזיטיבית. גרמניה המציאה את המושג של מדינת חוק, כלומר גרמניה הייתה האות והמופת למדינה המתנהלת על פי חוק, ודווקא המדינה הזאת היא שהפכה להיות נאצית. כלומר העקרון של מדינת החוק לא מנע ממנה להפוך למדינה נאצית אלא אפילו סייע להגשים זאת ביעילות. ולכן זה בעצם מסמל את הכישלון של הפוזיטיביזם. אילו המשפט היה מבוסס והייתה הכרה גרמנית עמוק שהמשפט הוא לא רק עצמאי ולא רק מבוסס על נורמות היסוד שלו אלא גם עקרונות צדק אז זה לא היה קורה. כאילו היה מנגנון פנימי בתוך שיטת המשפט שמונע ממנה להפוך להיות נאצית. כי אם נתפוס את המשפט כתחום עצמאי שמנותק מהכל ונקבע על ידי הריבון, אז הוא יכול לקבוע הכל, ואכן הוא גם קבע חוקי נאצים. אך אם נבין שמושג המשפט במהותו מבוסס על חוקי צדק אז גם הריבון עצמו לא יכול היה לקבוע את החוקים הנאצים ולהפוך את המשפט הגרמני לנאצי, כי החוק לא יכול להיות מנותק אלא גם צודק. כאן הביקורת היא לא אנליטית אלא היסטורית, שכן הניסיון ההיסטורי הזה מוכיח את כשלון הפוזיטיביזם, ולא מדובר רק בטיעון אנליטי. מה שאפשר את זה, היא התפיסה הפוזיטיבית של החוק, ודווקא אילו הייתה תפיסה של חוק כצודק לא היה ניתן לעשות מהפך כזה. בעצם התפיסה של החוק כמושג של צדק לא הייתה יכולה להפוך את החוק למשהו אחר, כי הייתה התקוממות של פקידים, העם וכו, כלומר משהו בחברה הגרמנית שהפך את החוק לכלי בידי המשטר הנאצי, היה נמנע אילו הייתה מושרשת תפיסה מוסרית של החוק.

* המשפט הגרמני היה מבוסס על עקרון החוקיות הפוזיטיבי (מדינת החוק)
* העקירון הזה לא מנע את הפיכת המשפט הגרקמני למשפט נאצי
* אילו השמפט היה מבוסס על קערונות מסוריים אזי אפשר היה להפוך את החוק לחוק מרושע.

**תגובה פוזיטיבית לפולר**

התפיסה פוזיטיבית הזאת וההפרדה של מוסר למשפט, הייתה די רווחת מאה ה20, אך רק בגרמניה נוצרה המפלצת הזאת שהפכה את גרמניה לנאצית. בעוד שבמדינות אחרות שהחזיקו בגישה הפוזיטיבית זה לא קרה. כי התפיסה הפוזיטיבית במהותה לא באה כדי לאפשר משפט לא מוסרי. המשפט הפוזיטיבי כעצמאי על מנת לאפשר משפט לא צודק זו הצגה מוטעית של התיאוריה הפוזיטיבית. שכן, המשפט הפוזיטיבי יוצר הפרדה מתוך רצון שהמשפט יהיה כלי צודק והפרדה כזאת באה לאפשר ביקורת מסורית על המשפט. ולכן הארט מגיב על הביקורת של פולר בכך שרק גרמניה היא שהפכה להיות נאצית ולא בשאר המדינות שגם החזיקו בתפיסה פוזיטיבית של המשפט. אז הבעיה כאן היא לא בתיאוריה המשפטית ותפיסת המשפט אלא בעיה תרבותית עמוקה שקשורה בתרבות ובהיסטוריה הגרמנית שיצרה את המפלצת הנאצית הזאת. היא הייתה הופכת את זה בכל דרך וכמובן לא היה ניתן ואפשר למנוע את זה באמצעות חיבור בין המשפט למוסר. נאיבי לחשוב שבסיטואציה שנוצרה בגרמניה, אם השופטים או פרקליטים היו מחזיקים בתפיסה של משפט טבע או תפיסה של הצדק היה בכוחם להתנגד לשלטון. הארט בעצם טוען שלא באמת היה כוח לשופטים למנוע את המשטר הנאצי.

* ההפרדה בין משפט למוסר לא באה לאפשר משפט לא מוסרי
* ההפרדה בין משפט למוסר נועדה לאפשר ביקורת מוסרית על המשפט
* המשפט הגרמני הפך לנאצי משום שהגרמנים הפכו לנאצים (זה לא קרה קודם ולא קרה במקום אר)
* אי אפשר היה למנוע את זה באמצעות עקרונות מוסריים

**מה צריך לעשות שופט גרמני בתקופה הנאצית?**

פולר מדבר על כך שהפוזיטיביזם לא נותן תשובה לשופט שמרגיש התנגשות בינו לבין בית המשפט העליון שלו לבין המחוקק. הפוזיטיביזם לא נותן למענה בניגוד למשפט הטבע, שם המשפט מבוסס לא רק לפי החוק אלא גם לפי הצדק- רוצים שופטים יפרש את החוק באופן שיעשה אותו מוצדק או שיעשה משהו אחר. פולר נותן לזה מענה משום שהוא חושב שהמשפט זה לא רק מה שנקבע על ידי המחוקק או בית המשפט, אלא גם על עקרונות של צדק, ולכן נדרוש מהשופט לפסוק כראוי לא רק לפי החוק אלא גם לפי הצדק.

* פולר: לומר שהוראות החוק הן בלתי חוקיות ולכן אין לציית להן
* הארט: הוראות החוק הן חוקיות אבל נוגדות עקרונות מוסריים ולכן אין לציית להן

על זה אומר הארט מגיב ואומר כי שופט בעיניים פוזיטיביות צריך לקבוע כי החוקים האלה נחשבים לחוקים אך הארט מבחין בין התוקף של החוק לחובת הציות לו. החוקים הם חוקים אך לא צריך לציית להם, כי שופט פוזיטיביסט לא נעדר מצפן מוסרי. הארט אומר לפולר לא להציג את הפוזיטיביסט כאדם שאין לו מצפן מוסרי, הארט חושב כי אומנם החוק הוא חוק אך יש גם מצפן מוסרי ולכן כאשר יש התנגשות קיצונית כזאת בין החוק לבין עקרונות של צדק ומוסר אז החובה המסורית תגבר על החובה המשפטית. בעצם צריך לתאר את השופט הגרמני (כשופט בעל מצפון) כאדם שנמצא בקונפליקט בין החובה המשפטית שלו לחובה המוסרית שלו. החובה המשפטית היא לציית לחוק והחוק הוא חוק, אך החובה המוסרית מחייבת שלא לפעול לפי החוק. כלומר, המשפט תובע באופן טבעי ציות, אך לשופט יש גם לחובה מוסרית ואם הוא עומד בהתנגשות בין החובה המשפטית למוסרית, במצב כזה הוא צריך לציית לחובה המוסרית שלו. למעשה הוא אומר בדיוק מה שפולר אומר. יש עליו חובה וברור ששופט גרמני לא יצא נקי אם הוא ישלח חפים מפשע למוות, כלומר ברור ששופט שיעשה מה שדרש החוק הנאצי לא יהיה נקי, גם מנקודת מבט פוזיטיבית.

בעצם, לפי הארט ההבחנה בין הפוזיטיביסטים לאנשי משפט הטבע הפך להיות- בעוד שאנשי משפט הטבע יגידו שהחוק לא חוק, הוא לא תקף ולכן לא צריך לציית לא, והפוזיטיביסטים יגידו שהחוק תקף אבל אין לציית לו. שניהם מודים כי אדם בעל מצפון במשטר הגרמני היה חייב לסרב לחוקים הגרמניים, ובזה יש הסכמה.

פולר יגיד להארט, אם ככה מה ההבדל- אם החוק הוא חוק, וכל ההבדל הוא בשאלה האם לציית לוף בעצם נחזור לנקודת המוצא. שהרי המהות של חוק הוא בכך שחוק תובע חובת ציות, אז בעצם הארט ויתר ואומר כי החוק הוא חוק אך לא צריך לציית לו, ולכן מכאן שהחוק הוא לא חוק. זאת הטענה הנגדית של פולר- אם החוק סותר עקרונות צדק באופן קיצוני החוק הוא לא חוק, בעוד שהארט אומר כי הוא כן חוק אך החובה המוסרית עולה על החובה המשפטית ולכן לא צריך לציית לו, אז ההבדל ביניהם מאוד מצטמצם, והארט מגיע לאותה תוצאה של פולר.

**כיצד לנהוג לאחר המלחמה בנאשמים ששיתפו פעולה עם הנאצים?**

לאחר המלחמה עלתה השאלה כיצד לנהוג בנאשמים ששיתפו פעולה עם הנאצים. הבעיה הייתה שהחוק הגרמני, גרמניה לא קבעה כי כל החוק שהיה בתקופה הנאצית (12 שנה) בטל, לא היה ניתן למחוק אותו מההיסטוריה ומדפי החוקים. אז העמידו לדין כל מיני משתפי פעולה עם הנאצים- נוגע למקרה בו אישה רצתה להיפטר זוגה ולכן הלשינה עליו שהיה מתנגד לשלטון הנאצי. המקרה ממחיש את הבעיה של כל מיני מלשינים ומשתפי פעולה, או אנשים שטענו כי התנהגו לפי החוק ולכן נשאל על פי איזה דין מעמידים אותם? הטענה היא שהם פעלו לפי החוק ואז איזו עבירה מעמידים אותם לדין. גרמניה התמודדה עם הטענה הזאת אחרי המלחמה על ידי שימוש בעקרונות מוסריים. הגישה הרווחת של בתי המשפט הגרמנים הייתה גישתו של רדברוך, שעומד בוויכוח מול הארט ומוגן על ידי פולר. כשבתי המשפט אחרי המלחמה אימצו את גישתו של רדברוך, הם בעצם אימצו את תורת משפט הטבע. רדברוך טען כי יש עקרונות טבעיים על-חוקתיים, והמשפט צריך להיות נאמן לעקרונות הצדק העל חוקתיים האלה, וחוק לא משנה באיזו דרגה נורמטיבית הוא- מחוקה ועד צו, כל נורמה משפטית המנוגדת לעקרונות העל-חוקתיים האלה היא בטלה. בעצם תיאוריית משפט טבע קלאסית. זה מה שרדברוך אימץ ובעצם בתי המשפט בגרמניה ככה פתרו את הבעיה, כשנאשמים טענו כי הם פעלו לפי החוק, התשובה הרווחת של בתי המשפט הייתה שהחוק הזה היה בטל כי הוא היה מנוגד לעקרונות העל-חוקתיים.

מנקודת מבטו של הארט, הארט לא יכול היה לקבל את זה, כי הארט לא מחזיק לתפיסת משפט הטבע, והוא מתנגד להכניס גורם חוץ-משפטי ועקרונות מופשטים של צדק החולשים על כל מערכת המשפט. ולכן התפיסה הגרמנית הזאת של עקרונות מוסריים, הארט לא יכל לקבלה ודחה אותה. בעיניו הפתרון לבעיה שבתי המשפט התמודדו איתה צריך להיות- כלורמ מה יעשה הארט בנוגע לכך שאותם נאשמים טענו כי הם פעלו לפי חוק ולא ניתן להגיד שהם ביצעו עבירות. כאן הוא מציע את הפתרון של חקיקה רטרואקטיבית. הארט מציע פתרון לחקיקת חוק שקובע כי המעשה הזה הוא עבירה, נכון שזה חוק רטרואקטיבי שבדרך כלל עושים מאמץ לא להשתמש בחקיקה רטרואקטיבית, אך בנסיבות כאלה הארט מודה שהוא נכנס למבוי סתום- כי מצד אחד הוא לא יכול להכריז שזה לא חוקי כי הוא לא יכול לקבל את קיומם של עקרונות על-חוקתיים, ומהצד השני הוא לא יכול לאשר את המעשים שנעשו אז בשל פגיעה קשה בצדק ובמוסר, אז הוא בעצם מחוקק חוק רטרואקטיבי.

הבעיה עם חקיקה רטרואקטיבית היא שאני לא ידעתי שהמעשה הוא אסור ואתה בדיעבד אומר שהמעשה שעשיתי הוא אסור ואתה מעמיד אותי לדין. צריך להגיד מראש שהמעשה הוא אסור. הטענה שבמקרים כאלו, הואיל ומבחינה מוסרית המעשה הזה היה פסול, אז הקביעה הרטרואקטיבית לא חידשה כלום, להגיד שאסור לבצע רצח המונים היה אסור כבר אז, אז זה שהחוק הגרמני הכשיר את המעשה הזה לא מצדיק את המעשה, מאחר ועל האדם עומדת החובה המוסרית לא לעשות זאת, למרות שבחסות החוק ניתן. ולכן אם ביצעת את המעשה הזה, את תענשי בחקיקה רטרואקטיבית.

זה בעצם ההסבר שיש במשפט אייכמן- אייכמן טען בטענה המקדמית שלו איך מעמידים על חוק שלא היה בתוקף בזמן ההוא- הוא פעל בהתאם לחוקי גרמניה, מדינת ישראל לא הייתה קיימת, וזאת חקיקה רטרואקטיבית. בית המשפט בדיוק מסביר את הנקודה הזאת- נכון שזאת חקיקה רטרואקטיבית אך חקיקה רטרואקטיבית בהקשר הזה היא מוצדקת כי לא מחדשים שום דבר- אסור היה לרצוח גם אז. אז נכון שזאת חקיקה רטרואקטיבית, אבל זאת חקיקה מוצדקת.

**מוסריות חיצונית ומוסריות פנימית**

הבחנה חשובה נוספת היא הבחנתו של פולר בין מוסריות פנימית לחיצונית:

* מוסריות חיצונית- יש מוסריות חיצונית הכוונה האם החוק צודק או לא צודק, האם החוק רצחני, גזעני וכו.
* מוסריות פנימית- יש מוסריות פנימית, יש כללים פנימיים למשל עקביות החוק, פומביות החוק, בהירות, עקרונות שנקשור לעיקרון שלטון החוק.

פולר טוען כי לכאורה העקרונות האלה על פניו הם לא קשורים לשאלה של צדק החוק ולמוסריות החיצונית. ניתן לחשוב על חוק נאצי כחוק בהיר, מפורסם, עקבי אך יחד עם זאת הוא יהיה מרושע. ומנגד ניתן גם לחשוב על מערכת חוק אחרת שהיא מבולבלת, לא ברורה וכן הלאה. פולר מכחיש מציאות כזאת בטענה שיש קשר הדוק בין המוסריות הפנימית והחיצונית – שכן החוקים הנאצים מתאפיינים בעבירה מתמדת על המוסריות החיצונית, הם מכשירים בדיעבד כל מיני פשעים, למשל ליל הסכינים הארוכות- שם בהוראת היטלר הנאצים הרגו פעילים מהאס-איי ללא משפט, אבל המעשה הזה אחר כך הוכשר בחקיקה בדיעבד. זאת דוגמא אחת מיני רבות, שהנאצים בעצם כל הזמן פעלו בדרכים רטרואקטיביות שיכשירו מעשים בדיעבד, על ידי חקיקה בדיעבד. דוגמא נוספת היא החוקים הסודיים, כלומר חוקים שהיו בגרמניה ולא היו ידועים לכולם והם בעצם ניהלו את רוב הפעילות הגרמנית, מה שעובר על העקרון הבסיסי של המוסריות הפנימית- פרסום.   
פולר מעלה את הטענה כי יש קשר בין עקרונות של מסוריות פנימית של החוק למסוריות החיצונית שלו, דהיינו שיטת משפט שיש לה חוקים סודיים, רטרואקטיביים היא מאפשרת לשליט לעשות בחוק שימוש לרעה ובעצם להיות חוק לא צודק גם במוסריות החיצונית שלו. ולכן העקרון של מסוריות פנימית מה שנקרא לו היום שלטון החוק, הוא המבטיח גם את המוסריות החיצונית, בספרו של פולר הוא מונה שמונה עקרונות של המסוריות החיצונית, והטענה שלו כאמור היא. יש קשר בין זה לאי צדק- לגזענות ולרצחנות של החוק, כי כדי להשיג מטרות כאלה לא מוסריות צריך להקפיד שמערכת המשפט שתגן ממצבים כאלה לא תקפיד על כך. וכאן הוא אומר להארט שבפתרון למשפט הנאצי אין להשתמש ברטרואקטיביות גם אם היא למטרה ראויה ורצויה, נעדיף לא לחטוא בשימוש ברטרואקטיביות ובמקום זה לומר שהחוקים האלה לא תקפים לפי תורת משפט טבע ובעצם שהחוקים הנאצים יהיו בטלים.

בפרספקטיבה היסטורית, למרות שהתורה של הארט אכן הצליחה להגן על עצמה והאסכולה הפוזיטיבית המשיכה בגאון אחרי הארט, אין ספק שמלחמת העולם השנייה הייתה קו פרשת המים ששינתה את הכיוון של תורות המשפט המודרניות. בעצם ירד קרנו של הפוזיטיביזם בין השאר גם בגלל הניסיון הנאצי. הניסיון הזה שבונה את המשפט כתחום עצמאי נבדל, למרות ההסברים של הארט ואנחנו רואות נטייה אצל משפטנים בדור שאחרי מלחמת השנייה, נטייה להכניס חזק לתוך משפט חזרה את היסוד המוסרי ובמידה רבה בהשפעת מלחמתה עולם השנייה. השמות הגדולים שמטפלים בזה הם: דוורקין, ברק שהוא בלי ספק חוזר לגישה לא פוזיטיבית. ברק מכניס למשפט מחדש את התפיסות של כבוד האדם ותפיסות מוסריות, ואומר בצורה גלויה כי זה חלק מניסיון של מלחמת העולם שהנייה. ובקיצור, עלו קרנם של שיטות משפט שמעמידות את ההיבט המוסרי ומתנגדות לגישה הפוזיטיבית, הן בולטות אחרי מלחמת העולם השנייה. אם בתקופה המודרנית הפוזיטיביזם שלט, אחרי מלחמת העולם שהנייה יש נסיגה במעמד הפוזיטיביזם בגלל הניסיון הנאצי.

**המתח של הפורמליזם והריאליזם המשפטי**

1. **פורמליזם משפטי**

בחטיבה זאת, נעסוק בשאלות של שיקול דעת שיפוטי ופרשנות. את הפרק נפתח בוויכוח בין שתי גישות, שתי תיאוריות של המשפט, שאחת היא הפורמליזם המשפטי והשנייה היא הריאליזם המשפטי.

**פורמליזם משפטי- הקשרים שונים**

הפורמליזם הוא מושג מורכב למדי בהקשר המשפטי. אנחנו משתמשות בו הרבה מאוד הקשרים, שלעיתים אנחנו אפילו לא יודעות באיזה הקשר אנחנו משתמשות במילה פורמליזם. המונח פורמליזם בא מהמילה צורה\צורניות, ומכאן ניתן להבין כי מושג הפורמליזם עומד בדרך כלל בניגוד למהות או תוכן. בהקשר המשפטי, הפורמליזם מופיע בשלושה מובנים שונים:

1. פורמליזם כתכונה כללית- משתמשים במושג פורמליזם כתכונה כללית של המשפט. כלומר המשפט להבדיל מהמוסר ומערכות חברתיות אחרות, יש בו יסוד פורמליסטי.
2. פורמליזם כגישה פרשנית- איפיון של גישה מסוימת, כגישה פרשנית של המשפט.
3. פורמליזם כתורת משפט- כתיאוריה מסוימת של המשפט.

**א. פורמליזם כתכונה כללית של המשפט**

* ארגון הנורמות במערכת פורמלית בעלת היגיון פנימי:

אנחנו מתכוונות לכך שאת המשפט כולו אפשר לארגן (את הנורמות במערכת המשפטית) באופן לוגי. כלומר, ארגון הנורמות כמערכת פורמלית-צורנית בעלת היגיון פנימי. לדוגמא:

* ממד אנכי- חוקה חקיקה ראשית, חקיקה משנית, צווים.

אנחנו מדברות בממד האנכי על פירמידת הנורמות- על חוקה, חקיקה ראשית, חקיקה משנית. הממד האנכי של הנורמות מייצר צורה ומבנה של פירמידה, ולכן יש דירוג בין כל סוג של נורמה. כל משפטן שעוסק במשפט, כשנורמה משפטית עומדת בפניו, השאלה הראשונה שהוא ישאל את עצמו היא איזו מן נורמה זו? כך שהדבר הראשון שמשפטן יעשה זה סיווג הנורמות המשפטיות ודירוגן.   
יש להבין כי סיווג הנורמות המשפטיות הוא איננו עניין אסתטי אלא נורמטיבי- יש הבדל נורמטיבי ומהותי במעמדה של החוקה לעומת חוק, ובמעמד חקיקה ראשית מול חקיקת משנה וכן הלאה. הסיווג הזה הוא ההבדל מרכזי בין המשפט למוסר- בעוד שבמוסר נשאל האם הכלל המוסרי הביא התנהגות ראויה (ולא נשאל באיזו דרגה הכלל נמצא), במשפט, לא שואלים רק אם המעשה מותר\ אסור, אלא מה הסיווג והדרגה שלו בפירמידת הנורמות. זהו מבנה פורמלי ומהותי של מערכת המשפט.

* ממד אופקי- ציבורי-פרטי, חיובים- קניין-חוזים וכו

כמו שלא ניתן לחשוב באופן משפטי מבלי להשתמש בממד האנכי, כך גם סיווג של נורמות במעמד האופקי. הממד האופקי מייצר הבחנה בין ענפי משפט שונים- בין משפט ציבורי לפרטי, דיני חיובים לקניין, נזיקין לחוזים וכן הלאה. יש פה סיווג צורני שלא קשור למהות- אם אדם חייב דבר מה כלפי חברו, אז אפשר לשאול האם יש זכות או לא, אך ניתן גם לשאול ולסווג האם הזכות היא זכות קניינית או זכות לגטורית בלבד.

הסיווגים הפורמליים הם תכונה מהותית למשפט, ולא מהווים סיווג צורני בלבד.

* דרישות צורניות

המשפט מלא ודורש הרבה מאוד דרישות צורניות כלפי לא מעט פעולות שנעשות- חוזה, צוואה, טפסים, מועדים וכו'. כך למשל ביחס לדיני חוזים, ניתן לדבר על הצעה וקיבול. המשפט דורש שפעולות מסוימות יעשו בצורה מסוימת ולא רק המהות של הפעולה היא החשובה, למשל האם ניתנה צוואה או לא, אלא גם בצורה שבה היא ניתנה.

* הסתמכות על כללים

הנתק בין כללים לטעמים קשור להסתמכות או היצמדות לכללים. המשפט מדבר בלשון של כללים, והכללים האלה מחייבים אותנו להתנהג בדרך מסוימת- דורשים מאיתנו דרישות מסוימות. ולכל כלל יש סיבה, טעם המשפיע על האופן שהכלל מנוסח, אבל בסופו של דבר נוצר איזשהו נתק בין הכלל לטעמים שלו. כאשר אנחנו באות לבחון שאלה משפטית, יש לנו כללים המדריכים אותנו האם העניין הנדון נכנס לגדר הכלל, אך בדרך כלל, בעת הבחינה הזאת אנחנו לא חוזרות ועומדות על הטעמים שביסוד הכלל. ההיצמדות לכללים גם בהקשר הזה הוא עניין פורמאלי- ההיצמדות היא אל הכלל, למרות שהצורה של הכלל היא עניין מופשט ושאינו ויזואלי.

זוהי תכונה ואפיון כללי של המשפט שעל עצם קיומו קשה להתווכח, יש לו מטרה והוא לא שרירותי. גם לסיווג של נורמות וגם לדרישות צורניות יש תפקיד של יציבות, גמירות דעת וכו. כל האינטרסים האלה, הם אשר מכתיבים את הדרישות הצורניות של החוק. כלומר צורת הכלל נובעת מהטעם שבבסיסו.

שלושת המאפיינים הללו הם מאפיינים כללים של המשפט- הם קשורים למהות המשפט, ומה שמבחין אותו ממערכות אחרות זה שיש מאחוריו כל מיני טעמים כללים\מערכתיים התומכים במבנה של היצמדות לכללים. הסיבה לכך שאנחנו מבחינות בין חוקה לחוק, כלומר הסיבה לכך שאנחנו מארגנות את הנורמות בדרגות שונות היא משום שאנחנו רוצות ליצור מערכת של נורמות כלליות וצרות, שמצד אחד הן מגבילות את השחקנים (מחוקק עצמו, ממשלה ופרטים), ומצד שני, נורמות היוצרות חובה אך אנחנו לא רוצות שהחובה הזאת תהיה במעמד חוקתי. כל המבנה הזה בנוי בפירמידה משום שאנחנו רוצות שהמערכת תתפקד בצורה מסוימת. וגם לגבי הדרישות הצורניות, יש להן אינטרסים כמו וודאות, ביטחון (למשל שאדם באמת חתם על חוזה, צוואה), יציבות, יש אינטרסים כלליים המכתבים את הכללים הפורמליסטים של שיטת משפט באשר היא.

אנחנו מגיעות תמיד למתח שבין העניין המהותי לעניין הפורמלי, מה שמוביל אותנו להקשר בו אנחנו משתמשות בפורמליזם- לא רק כתכונה כללית של המשפט, שעליו הכל מסכימים, אלא כגישה פרשנית של המשפט. הכוונה ב"הכל מסכימים" היא שאין ויכוח על כך שלמשפט באופן כללי יש יסוד פורמליסטי שקשור בכל מה שציינו. למשל, אף אחת לא מציעה שלא נעשה הבחנה במשפט בין חוק לחוקה, ואף אחת לא מציעה שלא נבחין בין דיני המשפט הציבורי והפרטי, וכי אף אחד לא מציע שגם שלא יהיו דרישות צורניות הנדרשות לאותו עניין, למשל דרישות צורניות לצוואה. המאפיין הפורמאלי הוא מאפיין אוניברסלי של מערכת המשפט שעליו יש לומר שאין ויכוח.  
אפילו, מקס ובר, גדול הסוציולוגים, שיבח את המבנה הפורמליסטי של המשפט. ובר השתמש במושג "משפט אכדי", כלומר הוא השווה את המשפט המערבי למשפט בו אין כללים והשופט מחליט לפי שיקול דעתו לחיוב או לשלילה. הוא מתאר שבעבר היו כל מיני מסורות שבהן פונים אל השופט, שהוא לא כפוף למערכת כללים קבועה ופורמלית, אלא הוא מכריע בסכסוך במקום. זהו סוג משפט מנוגד ואנחנו אפילו לא מכירות כזה במשפט המערבי.

**ב. פורמליזם כגישה פרשנית של המשפט**

הוויכוח מתחיל שאנחנו מגיעות לשאלת היישום- אנחנו משתמשות במושג הפורמליזם כאשר מדברים על פרשנות מסוימת של המשפט. פרשנות פורמליסטית היא כאשר אנחנו מגיעות למעין צומת דרכים- בעיקר בהחלטות שיפוטית- שופט שמגיע לצומת ויכול לפרש במגוון דרכים. אנחנו נכניס את דרך א' כגישה פורמליסטית, ודרך ב' כגישה מהותית. אנחנו מתכוונת בשימוש במילה פורמליסטית בהקשר של לשון החוק, היצמדות ללשון החוק להבדיל מתכלית החוק. מה שמאפיין פרשנות פורמליסטית זה פרשנות מילולית וללשון החוק לעומת פרשנות תכליתית.

נאמר שהגישה הרווחת במשפט במאה השנים האחרונות, פורמליזם הפך להיות במידה רבה לכינוי גנאי- שופט שנצמד למילים, לכללים ולא לתכלית. יש המערערים על זה וטוענים בדיוק להפך- מקס ובר הסוציולוג של המאה ה20, אמר כי מה שמאפיין את המשפט המודרני זה הפורמליזם שלו, זה בדיוק הכפיפות לכללים. החברה המודרנית יצרה מערכת כללים, לא רק במסגרת המשפט, אלא גם כללי עבודה. המשפט הוא דוגמא לכך שיש פורמליזם רציונלי- הכללים לא שרירותיים אלא יש להם טעמים, אבל הכללים והעובדה שאנחנו פועלות לפי כללים יש לה הרבה יתרונות: וודאות, ביטחון, אפשרות תכנון, אם אדם ידוע מהכללים ויודע שיפעלו לפיו הוא ידע לתכנן את מעשיו, שיוויון- ככל שניתן יותר מרחב ושיקול דעת לפקיד, הוא יפנה להעדפות לא ענייניות הקשורות להעדפות האישיות שלו, וככל שאתה דורש ממנו לפעול לפי כללים אתה דורש ממנו לפעול בשוויון. ובר העלה על הנס את הפורמליזם, ועד היום יש לא מעט משפטנים שמתקוממים נגד הגנאי שניתן למושג הזה- אחנו מפסידות הרבה מאוד, גם שבמקרים מקומיים מרוויחים מההחלטה.

* היצמדות לכללים המשפטיים
* פרשנות מילולית בניגוד לפרשנות תכליתית

דוגמא: ג'יזל קניג נ' יהושע כהן

הגברת ג'יזל כהן הייתה נשואה ליהושע כהן. הנישואים של בני הזוג לא עלו יפה, שלטענת ג'יזל כהן התעלל בה במשך שנים, מה שהוביל לרצון לסיים את הנישואין. לאחר שנים של חיים קשים וחוסר יכולת להתגרש, ג'יזל שכרה חדר במלון בתל אביב, עלתה עם ביתה הקטנה וקפצה יחד איתה מהחלון. אחרי מעשה ההתאבדות, בחדר המלון מצאו פתק שעליו נרשמה הצוואה, שלשונה:

"כל ממה ששייך לי באופן רשמי, לחלק בין ארבע האחים שלי. השאר שאמי תחיה ותחליט בעצמה כרצונה, לדאוג שיהושע יקבל כמה שפחות".

אחרי מותה התקיים ויכוח על הצוואה- מצד אחד, בן הזוג ביקש לרשת את אשתו לפי הוראות חוק הירושה. ולעומת זאת אחיה טענו כי מאחר ואחותו השאירה צוואה, במקרה לא פועלת ירושה מכוח דין אלא ירושה מכוח צוואה, שכן בצוואה כתוב במפורש לחלק את הירושה לאחים וכתוב שיהושע כהן יקבל כמה שפחות. המקרה הזה הלך והתגלגל בבתי המשפט- מחוזי, עליון ודיון נוסף בעליון. הייתה דילמה קשה:

*מסגרת חקיקתית- חוק הירושה:*

* ס' 19: צוואה בכתב יד תיכתב כולה ביד המצווה, תישא תאריך כתוב בידו ותיחתם בידו.

החוק קובע דרישות פורמליות וצורניות לצוואה, שכולה צריכה להיות כתובה בידי המצווה, יהיה בתאריך שכתוב ביד המצווה ותהיה חתימה של המצווה. אם אנחנו בוחנות את הצוואה אז אנחנו רואות שהיא אכן כתובה בכתב ידה של המצווה, אך חסר בה תאריך וחסרה בה חתימה. לכאורה, לפי חוק הירושה זו אינה צוואה\ או צוואה בתוקף.

אבל יש ס' בחוק הירושה שעשוי להציל את המצב:

* ס' 25: התקיימו מרכיבי היסוד בצוואה, ולא היה לבית המשפט ספק כי היא משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה, רשאי הוא, בהחלטה מנומקת, לקיימה גם אם נפל פגם בפרט מן הפרטים.

ס' 25 נועד לכאורה בדיוק למקרה שלנו. ס' זה קובע כי אם לבית המשפט אין ספק באמיתותה של הצוואה, גם אם נל בה פגם, היא תיחשב כצוואה. ואכן לבית המשפט לא היה ספק- היה בכתב ידה, כתבה לפני שהתאבדה, היה רקע ברור- היחסים המערערים שלה עם זוגה, ולכן בעצם לא היה ספק באמיתותה של הצוואה, אז הנה בית המשפט יכול לקיים אותה גם אם יש פעם בחתימה של המצווה.

*בית המשפט:*

*שלמה לוין*- אמר כי הצורך בחתימה ובתאריך כתובים, שלושת המרכיבים שיש שם הם מרכיבים שבלעדיהם אין צוואה בכלל- זה לא דבר משני שניתן להתעלם. המשמעות של המילה פגם פירושה שמשהו קיים אך הוא פגום, אך אם הוא נעדר לגמרי- אין לגמרי חתימה, זה לא פגם בחתימה. פגם בחתימה אולי זה חתימה מטושטשת, אך אם הוא לא קיים בכלל- אין בכלל חתימה ותאריך זה לא פגם, אלא חסר במרכיב מהותי של צוואה. לפי השופט לוין אין פה בכלל צוואה- צוואה זה מסמך שיש בו מרכיבים מסוימים שהחוק מגדיר, ולכן בחוסר הזה אין צוואה וכי ס' 25 לא עוזר, מאחר ואין צוואה אין בה פגם.

*שופט ברק*- השופט ברק שהוא סמל לאיש הפרשנות תכליתית, טען כי תפקיד חוק הירושה, בפרט הצוואה זה להגשים את רצון המצווה. ברק הולך קודם כל לטעם ולתכלית- המחוקק שם את ס' 25 בדיוק בשביל מקרה כזה. ברק לא מתכחש לדרישות הפורמליות הנוקשות, אך אין בכך כדי להביא שהפרשנות יהיה פורמלית. כלומר יש פה את שני הקשרים שדיברנו עליהם: הדרישות הפורמליות יש, גם השופט ברק מודה בכך שהחוק מציב דרישות פורמליות בעניינים שונים, אך הפרשן לא צריך להיות פורמליסטית, הפרשנות לא צריכה להיות דווקנות בדרישות האלה. ברק מודה לכך שפגם הוא כאשר קיים אך פגום, אך זה לא בלתי אפשרי פגם כהיעדר, ולכן במקרה הזה כאשר ברור לנו שהצוואה אמיתית, יודעים את המקרה הטרגי, למה שנצפצף על רצון האישה שזה סותר את כל תכלית דיני הירושה ונתעלם מהצוואה שלה. אז למרות שהדרישות הפורמליות של החוק ברק לא בוחר בפרשנות פורמליסטיות.

*לצידו היה השופט אלון*- במקרים מסוימים הייתה לו אותה אינטואיציה כמו השופט ברק, אך הוא חלק עליו, עד כדי כך שהיה ויכוח מרכזי בינו לבין ברק בשנות ה80. אלון משתמש במשפט העברי כדי להגיע לאותה תוצאה- הוא מציע לראות בצוואה כצוואה שכיב מרע, זו צוואה שניתנה על ערש דווי. זה מושג שלקוח משהמשפט העברי שאם אדם חולה ונמצא על ערש דווי הוא לא צריך לכתוב צוואה אלא גם יכול להגיד אותה בעל פה. לא רק חולה, אלא הרואה עצמו מול שדה המוות- זה יכול להיות גם אדם שעומד להתאבד. היא רצתה לצוות- נכון שהצוואה הזאת צריכה עדים, והיא את הצוואה כתבה בכתב יד. כאן אלון אומר כי המושג לקוח מהמשפט העברי ויש לפרש לפי המשפט העברי. ולכן העדים הם לא הכרחיים אלא עדים שתפקידם למסור את תוכן הצוואה, כי אם זה לא כתוב איך נדע מה הוא אומר? אם המצווה בכל זאת יכתוב לא צריך את העדים ולכן אפשר לקרוא אותה בלי עדים. נסתכל על הצוואה כמצוות שכיב מרע, היא עמדה בפני המוות, והיא ציוותה את מה שציוותה בכתב ולא בפני עדים ולכן יש לקבל את הצוואה. שאלה נוספת שעלתה זה האם נכון לפרש את החוק לפי המשפט העברי.

דעת הרוב הייתה כדעתו של השופט שלמה לוין, העתירה נדחתה והנשיא לנדוי שישב בראש ההרכב אמרו כי הדרישות הפורמליות של החוק מחייבות למרות שלא חלקו על אמיתות הצוואה או כשירותה. זהו מקרה טיפוסי המראה את הויכוח על פרשנות פורמליסטית- האם אנחנו עומדות על דרישת החוק ואנחנו מפרשות באופן מילולי.

האם שלושת שופטי הרוב לא ידעו שהאישה באמת לא רצתה שזוגה ירש אותה? הם ידעו, אז למה פסקו פסק דין משונה כזה? זה יערער את הלכת הצוואה, החוק יכל לומר שכל מה שאדם ציווה לפני מותו מחייב, החוק לא הלך בדרך הזאת. וידע כי כשאדם מת לא ניתן לברר מה רצה ולרוב יש סכסוך בין היורשים, והמחוקק אמר כי הוא צריך להסדיר את מוסד הצוואה באופן שיהיה וודאי, ולכן הוא קובע הגדרות מאוד מדויקות- שתהיה צוואה בכתב יד, צוואה בעורך דין, צוואה משכיב מרע, והוא מגדיר לכל צוואה מהן הדרישות שהיא צריכה לעמוד בהן. אם הוא יוותר על הדרישות האלה יהיו ויכוחים בכל מקרה- למה התכוון המצווה, האם היה כשיר, האם גמר בדעתו וכו. שופטי הרוב העדיפו את הוודאות, הביטחון, יכולת התכנון ושאנשים ידעו שמצווים צוואה הם ידעו שהיא תקוים. וגם אם במקרה הנדון הזה יודעים שצוואתה היה רצונה, היו מוכנים להקריב את המקרה הפרטי הזה לטובת שאר המקרים. אך ברק ואלון רצו להגיע לתוצאה נכונה ופחות דאגו למה שקורה בשאר המקרים- ואף ברק התייחס לזה בפסק דינו שאין חשש כזה, אך כאשר בא לפנינו מקרה כזה צריך לפסוק בדרך הנכונה. זו דוגמא לויכוח בין הפרשנות הפורמליסטית שנאחזת בכלל ובלשון, לעומת פרשנות תכליתית.

חוק הירושה- תיקון החוק: ס' 25 (תיקון תשס"ד):

קיום צוואה על אף פגם או חסר בצורתה:   
התקיימו מרכיבי היסוד בצוואה, ולא היה לבית המשפט ספק כי היא משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה, רשאי הוא, בהחלטה מנומקת, לקיימה אם אף נפל פגם בפרט מן הפרטים או בהליך מן ההליכים המפורטים בסעיפים 19, 20, 22 או 23 או בכשרות העדים, או בהעדר פרט מן הפרטים או הליך מן ההליכים כאמור.

עכשיו המחוקק עצמו נתן את דברו ואמר כי הוא לא רוצה יפרשו את דבריו באופן כל כך דווקני כמו השופטים הפורמליסטים, וכעת המחוקק יותר ליברלי מהשופטים ונותן מרחב וגמישות לכללים הדווקנים.

סיכום פרשנות פורמליסטית:

* היצמדות כללים המשפטיים
* פרשנות מילולית לעומת פרשנו תכליתית
* ניתוק המשפט מן הממד הערכי והחברתי- פורמליזם יוצר מחסום בין המשפט לתכליות החברתיות והערכיות. הוא לא מכחיש המשפט נורת למלא תכליות ערכיות וחברתיות, כמו קיום רצון המצווה. אך הכללים הפורמליסטים יוצרים נתק בכלל הוודאות וכילות התכנון כיעדים המרכזיים של המשפט
* וודאות ויכולת תכנון כיעדים מרכזיים של המשפט- הם מצדיקים אפילו ויתור על תוצאה נכונה וצודקת לטובת האינטרס הכללי.

**ג. פורמליזם כתורת משפט**

הפורמליזם המשפטי כתורת משפט- מדברות על תורה\ תופעה שהתפתחה בסוף המאה ה19 ובתחילת המאה ה20. הגישה הזאת בעצם לקחה את המרכיבים הפורמליסטים של המשפט ומפתחת סביב זה תיאוריה שלמה, שראתה את עצמה כתיאוריה מתחייבת של המשפט. כאן כוללת מרכיבים נוספים ממה שראינו עד עכשיו:

* התייחסות למשפט כגוף סגור ואוטונומי של נורמות- אין לפנות למקורות חוץ משפטיים- מנקודת מבט פורמליסטית החלטה משפטית צריכה להתבסס על המשפט, ניתן לראות בזה צעד שממשך את הכיוון הפוזיטיבי אך נראה למה הוא מרחיק לכת יותר ממנו. הוא מבחין- אם פוזיטיביזם התחיל מהבחנה בין המשפט למוסר, לדת, לשאר המקורות הנורמטיביים, ההחלטה המשפטית צריכה להתקיים על יסודות משפטיים בלבד. לא צריך שהשופט יחשוב מה ראוי ומה צודק, אפשר להוסיף על אינטרסים, שאלה של לגיטימציה- הלגיטימציה של השופט זה לפעול לפי החוק ולא לפי גחמותיו. ולכן אומר הפורמליסט- הוא רוצה שהשופט יקבל החלטה אך רק על יסוד נורמות משפטיות, והוא לא יסתכל אף פעם בשאלות אל משפטיות- מה צודק, מה ראוי, מה יעיל, וכו. המשפט מדבר בלשון של כללים והמשפט לא יכול לדבר במושגים אחרים בכללים.
* המשפט לא מערכת סגורה אלא גם מערכת שלמה של נורמות- לכל בעיה משפטית יש תשובה- אחד משלים את השני, כלומר לכל שאלה משפטית יש תשובה, אין שאלות משפטיות בלי תשובה, יש בחוק תשובה לכל שאלה. מה קורה כשבפועל אין בדיוק תשובה? הפורמליסט צריך לחפש דרכים למצוא את התשובה- היקש, פנייה לנורמה בדרגת הפשטה גבוהה יותר, אך הפורמליסט מניח שהמשפט הוא מערכת שלמה שיש בה תשובה לכל שאלה.
* החלטות משפטיות מבוססות על פרשנות מילולית ולוגית של הכללים המשפטיים- וממילא החלטות שיפוטיות מבוססות על פרשנות מילולית ולוגית של הכללים המשפטיים. קריאה והבנה של המושגים מבחינה לוגית- לכל מושג יש מובן ולפי זה נחליט. כאשר השופט מגיע לשאלה משפטית שאין לה תשובה- מישהו אנטי-פורמליסט יכריע לפי מה צודק, ומה ראוי, לפי הפרומליסט אסור לעשות את הקפיצה ואסור אף פעם לצאת מתחומי המשפט. עליו ללמוד בדרך אחרת, כמו היקש, והוא תמיד ימצא את התשובה בתוך המקרה הזה.
* ההליך השיפוטי הוא הליך של גילוי תשובה נכונה- החלטות משפטיות הן תמיד גילוי של התשובה הנכונה- השופט אף פעם איננו יוצר חוק, השופט תמיד מיישם את החוק. הוא מיישם את החוק דרך פרשנות מילולית ולוגית, תמיד מבין את המושגים עצמם ולא חורג מהם אף פעם.

המבנה הזה היה אטרקטיבי בסוף, המאה ה19, משום שהוא מזכיר מתמטיקה- החשיבה היא חשיבה מתמטית, יש משפטים ומוכיחים מתוך המשפטים משפטים חדשים- ותמיד מוכיחים אותם בדרכים דומות לחשיבה גיאומטרית. זה היה אטרקטיבי כי זאת תפיסה מחשבה מדעית של המשפט. התפיסות האחרות, של משפט הטבע או גישות מוסריות, הן נחשבו להיות גישות שפועלות לפי הרגש וכל מיני שיקולים לא רציונליים. המשפט הוא מדע וכמו שלגיאומטריה יש כללים, כך גם למשפט. הכללים שלנו מנוסחים באמצעות החוקים ומתוך החוקים צריך להסיק מהי התשובה הנכוננה. ולכן לחשיבה משפטית היא חשיבה לוגית המסיקה את התשובה הנכונה מתוך הכללים הקיימים. כמו המתמטיקאי העובד באופן לוגי אך כך צריך להיות השופט.

הפורמליסט מתרחב גם לחשיבה קונספטואלית ולא רק לוגית- מה שיכול לעזור להבין את הטענה הזאת הוא פס"ד הידוע לשמצה של בית המשפט העליון האמריקאי- לוכנר. פס"ד שניתן אחרי מלחמת העולם השנייה, שניתן בניו יורק. אז לא היו חוקי עבודה. פועלים עבדו כמו עבדים- 16 שעות ביום, 7 ימים בשבוע- נקראו סדנאות הזיעה. אחרי המפכה התעשייתית היו מפעלי חרושת, ואנשים עבדו סביב מכונות מהבוקר עד הלילה. כך התנהלה ארצות הברית ללא חוקי עבודה, הקפיטליזם במהותו. באירופה כבר במאה ה19, יש את התנועה הסוציאליסטית ובארצות הברית בא הרעיון אחרי מלחמת העולם הראשונה- ניו יורק מחוקקת חוקי עבודה וקובעת יום חופש. בעל מאפייה בניו יורק עותר לבית המשפט העליון בטענה לפגיעה בחופש החוזים- חופש החוזים הוא עיקרון חוקתי, מדינת ניו יורק פוגעת ומגבילה את היכולת של המעסיק לעשות חוזה עם העובדים. בית המשפט העליון קובע בפס"ד שהמאפייה צודקת והוא מבטל את החוק של ניו יורק לחוקי עבודה. מה בית המשפט חשב? בית המשפט הציגו לו את חופש החוזים, לפיו אסור להגביל את החוזה בין צדדים, ובלי ספק חוק מדינת ניו יורק בא להגביל את חופש החוזים של המעסיק. אולי יש חופש חוזים אך ביחסי מעביד-עובד, למעביד יש כוח הרבה יותר גדול ואין חופש אמיתי לעובד לבחור, העובדים נאלצו לענות ליחסי הכוח- יש פה יחסי כוח שגורמים לכך שהחוזה לא יכבד את זכויותיהם הבסיסיות של העובדים. בית המשפט חשב על הקונספט של חופש החוזים, שאין להגבילו, הוא חשב שהקונספט של חופש החוזים הוא מושג קבוע סגור שאסור לפגוע בו, לעומת זאת תפיסה גמישה אומרת שיש תפיסה של חופש החוזים, אך במקום שיחסי הכוחות זה ניצול, נגביל את חופש החוזים. זה מחייב אותנו להתייחס לחופש החוזים באופן יותר גמיש ולא נקבע שהוא עקרון מוחלט. מבחינת הפרשנות התייחסו לזה לפרשנות פורמליסטית המתייחסת למושגים קיימים שלא ניתן לשחק איתם או לפגוע בהם. לכן גם בהקשרים האלה הפרשנות נחשבה לפרשנות פורמליסטית.

הגישה הפורמליסטית הזאת ששלטה והייתה בולטת מאוד בסוף המאה ה19- שלטה ברמה בגלל האופי הכביכול מדעי, מקצועי שלה. והגישות האחרות נתפסו באופן לא מדעי ומקצועי. לאורך השנים, היו הוגים שחשבו אחרת.

**היחס בין פורמליזם לפוזיטיביזם**

האם פורמליזם קשור לפוזיטיביזם או לא?

הפוזיטיביזם ממשיך את אותו כיוון, והוא מתייחס אל המשפט כתחום עצמאי ותחום סגור. אך האם הקשר הוא הכרחי עד סוף? מצד אחד יש קרבה אך אין קשר הכרחי מלא.

* פוזיטיביזם מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעובדה חברתית. משפט טבע מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעקרונות מוסר\ צדק מופשטים
* פורמליזם מחויב לעמדה שההליך השיפוטי מבוסס על מקורות משפטיים ועל פרשנות מילולית ולוגית (יכול להכיר במשפט הטבעי או בפוזיטיביזם).

פורמליזם עוסק בשאלה של פרשנות פורמליסטית למשפט, ופורמליזם יכול להיות גם במשפט טבע- פורמליזם ופוזיטיביזם משיבים לשתי שאלות שונות. פוזיטיביזם שואל מהו המשפט ומקור המשפט. וכאן יש את המתח בין משפט הטבע לפוזיטיביזם- הפוזיטיביזם טוען כי המשפט הוא הכרעה חברתית, ומשפט הטבע טוען כי זה רק חלק מהמשפט ויש חלק במשפט בלתי תלוי בקביעות החברתיות והוא המוסר. הויכוח בין פורמליזם לריאליזם, קשור בשאלת הפעלת הנורמות המשפטיות- פורמליזם מחובר לעמדה שההליך השיפוטי מבוסס על פרשנות של נורמות משפטיות ועליהן בלבד, יחד עם זאת פורמליזם יכול להכריע במשפט הטבעי באיזשהו מובן.

ניתן להצביע על הוגי משפט ומשפטנים שהחזיקו בתפיסות פורמליסטיות ביחס למשפט, והם פרשו את המשפט האופן פורמליסטי. עם זאת הם חשבו שמעל המשפט עומדים עקרונות מוסריים של משפט טבע ובסופו של דבר הפורמליסטים האלה יכולים גם לפנות ברמה מסוימת לפנות למשפט טבע ולראות אותם כחלק מהמשפט. אז הקשר הוא מורכב, מבחינה אחת בלי ספק הפורמליזם הוא המשך של הפוזיטיביזם, ברגע שהפוזיטיביזם הגדיר את המשפט כתחום עצמאי ונבדל הפורמליזם המשיך באותו כיוון ופירש אותו רק מכוח הנורמות המשפטיות, והניח שיש תשובה לכל שאלה ושהפסיקה היא תמיד גילוי של תשובה קיימת. אך היו גם משפטנים שהחזיקו בעמדה של משפט טבע במובן זהה שהם סבורים שהמשפט כולל גם נורמות מוסריות, אין הפרה בין המשפט למוסר, אך הגישה ליישום המשפט היא פורמליסטית. נרצה לחדד שהם עונים על שאלות שונות ואם נראה את פס"ד בפרשת פלוני נ' פלוני מול כהן:

בפלוני השאלה הייתה האם ניתן לפנות לעקרון מוסרי, אך האם שופטי הרוב היו פורמליסטים? הם פירשו את אי מסוגלות הורית באופן גמיש ולכן אין אפשר לומר שהם פורמליסטים, אך הם גם לא רצו לצאת מגבולות המשפט ולהכריע בשאלות מוסריות. אז הן פוזיטיביסטים-ריאליסטים. חשין פנה אל עיקרון מוסרי והכריע לפניו. השאלה לא הייתה איזו פרשנות או גמישות פרשנות, אלא שאלה שנוגעת לפנייה לעקרונות מסוריים.

לעומת זאת, בפרשת כהן מה שעמד היא שאלה של גמישות פרשנית- הזירה של פורמליזם.

פורמליזם מייצג את הגישה הפרשנית מילולית, כפורמליזם כתורת משפט הוא מחייב ומצמצם יותר. נראה כי הפורמליזם הותקף בראשית במאה ב20 על ידי גישות אחרות שניצחו והביסו את הפורמליזם. הפורמליזם שהיה בשיאו בסוף המאה ה19, תוך דור אחד הובס. אך הויכוח עדיין קיים ויש עדיין משפטנים שטוענים כי אין לעזוב את הפורמליזם. הויכוח בין גישה פורמליסטית לריאליסטית עדיין קיים.

**שיקול דעת שיפוטי**

המושג של שיקול דעת- מה זה שיקול דעת שיפוטי? המילה של שיקול דעת יש לה שני מובנים: 1. יומיומי- חושב איך לפעול, במובן הזה שיקול דעת קיים תמיד, 2. בשיקול דעת שיפוטי אנחנו מתכוונות לדבר מוגדר יותר-האם שופט מחליט בעצמו על המקרה שלפניו או הוא מיישם החלטה קיימת.

למשל שופט כדורגל- שופט שורק כאשר כדור יצא החוצה, האם לשופט יש שיקול דעת האם לשרוק או לא? המושג המדויק של שיקול דעת פירושו של דבר ששופט יכול להחליט, שופט כדורגל לא יכול להחליט על כללי המשחק, הם כללים קיימים הוא צריך ליישם אותם- שיקול הדעת שלו זה האם הכלל חל או לא, האם העובדות מכילות את הכלל או לא? גם שופט במשפט בחלק מן ההחלטות שלו אין לו שיקול דעת, כמו קנס על מעבר על המהירות המותרת. שיקול דעת יש לשופט במקום בו השאלה המשפטית פתוחה ואין בחוק תשובה. ואז נאמר כי השופט יכול להחליט מה התשובה הנכונה- יש דילמה ואז השופט בעל שיקול דעת להכריע מה קורה בנסיבות הקונקרטיות.

העמדה הפורמליסטית ביחס לשיקול דעת היא שלשופט אף פעם אין שיקול דעת. אם העמדה הפורמליסטית טוענת כי הכללים תמיד קיימים ותמיד יש תשובה בחוק- גם אם הכללים לא מפורשים השופט צריך לחשוב ואין זה משקף שיקול דעת. אך פעם לשופט אין שיקול דעת להחליט במקרה שלא קיים. זה מה שמאפיין את הגישה הפורמליסטית, זה יעמוד לדיון בהתחלה מצד הריאליזם המשפטי.

**נושא תפעול המשפט**

להבדיל מהדיון במהות המשפט והויכוח בין משפט בטבע תורות פוזיטיביות, אנחנו מדברות על תפעול המשפט שעוסק המושגים של שיקול דעת ופרשנות. התחלנו את הדיון מתיאור של תפיסה פורמליסטית של המשפט שמניחה כי המשפט הוא שיטה סגורה ושלמה- יש בה תשובה לכל שאלה, ותפקיד השופט הוא לגלות את התשובה הנכונה. הוא מגלה אותה בין בדרך זו שיש לו כלל מפורש במשפט ומחיל אותו באופן פשוט, לבין מקרים יותר מורכבים שאין על פניו כלל במשפט. ואף על פי כן יטען הפורמליסט שטמונה תשובה לשאלה הזאת וניתן ללמוד אותה מהיקש והסקה של נורמות קיימות. מנקודת מבט פורמליסטית השופט תמיד מיישם את הדין ואף פעם לא מייצר את הדין- הוא מגלה את הדין הקיים, לפעמים גילוי פשוט או מורכב, אבל תמיד יש תשובה בדין שאותה הוא מחיל על המקרה הקיים. השיטה הזאת רואה את השופט מבחינת הלגיטימציה שלו ליישם את החוק ואף פעם לא ליצור דין חדש.

**(2) ריאליזם משפטי**

התיאוריה הפורמליסטית הייתה תיאוריה מאוד פופולרית בסוף המאה ה19, כי היא הציגה את המשפט כמערכת אוטונומית ומעין מדעית. השיטה הזאת זוכה להתקפה חריפה מתחילת המאה ה20- ממלחמת העולם הראשונה ואילך. התנועה\ התיאוריה שמחוללת את ההתקפה הזאת והשינוי דרמטי בתולדות תורת המשפטית היא התנועה הריאליסטית. לא מדובר בהוגה בודד כמו בפוזיטיביזם, כאן מדברים על תנועות. התנועה הריאלסטית היא תנועה המתפתחת לראשונה אצל שופטים, שופטים במערכת המשפט. כל הדיון שנעסוק בו, יש זיקה בין הדברים והם לא לגמרי מנותקים- כמו הקשר המסוים בין פורמליזם לפוזיטיביזם, הגישה הזאת יוצרת תיאוריה של המשפט עצמו.

המשפט הוא לא תיאורטי, והוא לא החוק שכתוב בספרים, אלא המשפט הוא מה שמנהל בפועל בשטח, ולכן קוראים להם הריאליזם- איך המשפט מתנהל למעשה ולא מה כתוב בחוקה, אלא כיצד מתנהל למעשה- בבית המשפט. הם יוצרים את ההבחנה בין חוק שבספר לעומת החוק בפעולה, כשמהמשפט האמיתי הוא חוק בפעולה ולא התיאוריה שבספרים. וכדי לדעת מה החוק למעשה, צריך ללכת לבתי המשפט, והמשך לא יגידו משפט עליון אלא הנמוכים. לפיכך צריך להתבונן בדרך הפעולה של בית המשפט.

**מבשר הריאליזם- אוליבר וונלדר הולמס**

המבשר של התנועה הריאליסטית הוא השופט אוליבר וונלדר הולמס, שופט מהולל של בית המשפט העליון האמריקאי.

הוא היה שופט דגול בבית משפט העליון, שבהערת אגב, הזכרנו את פס"ד לכונר בעניין חוקי העבודה שבית המשפט העליון האמריקאי ביטל את החוק הסוציאלי בגלל שהוא נוגד את חופש החוזים, הולמס היה בדעת המיעוט והתנגד אליו, זה משקף את התפיסה שלו והוא לא התרשם בפגיעה בחופש החוזים, מאחר וראה כי זהו חוק חברתי הדרוש במעלה הראשונה. הוא נחשב למבשר התנועה. אחד המאמרים הקלסיים שלו- דרך המשפט.

**הפרדה בין משפט ומוסר**

המאמר מעניין מכמה בחינות- מדברים על אדם שחי בסוף המאה ה19-תחילת המאה ה20, הוא לא מכיר את קלזן והארט, הוא חי בתורת משפט קדום.

הוא מתחיל בתפיסה של הפרדה בין משפט ומוסר. הוא מדבר על הפרדה שלא בגלל אי-מסוריות, אלא הוא אומר שצריך להבחין בין המשפט למוסר, משום שהמשפט הוא בראש ובראשונה הפעלה של כוח המדינה, זו מערכת מאוחרי כוחה של המדינה, והמוסר הוא ביסודו דבר עניין וולונטרי- אישי, סובייקטיבי, אדם מזהה עם תפיסה מסורית ומתנהג לפיה.

המשפט לא דורש הזדהות, הוא מפעיל את כוחו על כלל האזרחים בין אם אוהבים את החוק או לא. ולכן הוא מסתכל על המשפט מנקודת המבט של האדם הרע, שהוא לא יזדהה עם החוק ולא מעוניין בו. ולכן השאלה היא לא מה ראוי להיות ומה מוסרי, אלא האדם הרע לא מחויב לעקרונות מוסריים, אלא מה שמאפיין את האדם הרע זה לא להיפגע מהחוק. הוא לא רוצה לעשות עבירות לא בגלל התפיסה המוסרית שלו, אלא ימנע מהעלות-תועלת. הוא לא שואל מה החוק בשביל לדעת איזושהי תמונה אידאלית כיצד ראוי לנהוג, אלא נמנע בשביל שלא ייענש. האדם לא שואל מה העסקה מבחינת ההגינות שלה, אלא הוא רוצה לבצע עסקה שלא תהיה בטלה. הוא רוצה לדעת מה יהיו התוצאות של המעשים שלו. זאת אומרת, אם הוא יתנהג בתורה מסוימת וייענש הוא ימנע ממנה וכו. נקודת המבט על המשפט זה מהאדם הרע, לכן אם נרצה לשאול בצורה מוסרית, במישור המשפט, הכוח שלו זה בהפעלת כוח המדינה וחל על כולם ללא התחשבות בתפיסת העולם שלהם, ואם כך הוא ייתן הגדרה אחרת למהו המשפט.

**מהו החוק?**

ציטוט מאמרו- התחזיות מה בתי המשפט יפסקו למעשה ולא הדבר יומרני מכך, הם מה שאני מתכוון בחוק.

אם נפנה לעורך דין ונתייעץ לגבי פעולה, השאלה שהוא יצטרך לשאול היא כיצד יפסוק בית המשפט אם זה יגיע לבית המשפט. נדע לפי פסיקת בית המשפט האם פעולה נכונה או לא. נרצה לדעת האם בית המשפט יכבדו את הפעולות האלה או לא- כיבוד חוקי ולא יכבד זה לא חוקי. השאלה האם זה חוקי היא לא זאת לא שאלה מה כתוב בחוק אלא כיצד נוהג בית המשפט למעשה. כל הדיון הזה מניח דבר הולמס יודע מניסיונו כשופט- יש פער מסוים בין מה שכתוב לחוק לבין מה שפוסק בית המשפט. יש פער בין החוק שבספר לבין החוק שפעולה. כשופט ההסתכלות היא בחוקים, אך הפסיקה שלו היא לא חפיפה מלאה של החוק- אין החלה מלאה של החוק, אלא יש פער מסוים בין החוק לפסיקה., וכאשר מישהו בא לשאול מהו החוק- התשובה היא לא מה כתבו בחוק אלא מה כתוב בבית המשפט. זאת הבשורה בריאליזם- המשפט כפי שהוא נעשה בפועל, בשטח ולא המשפט בתיאורטי.

**מהי חובה משפטית?**

הוא בא להגדיר מהי חובה משפטית- חובה משפטית היא ניבוי שאם אדם יעשה מעשה כלשהו או ימנע ממעשה כלשהו הוא יסבול באופן כזה או אחר כתוצאה מהחלטת בית המשפט- הגדרתו של אוסטין. זאת בלי ספק הגדרה של אוסטין, והוא רואה אותה הגדרה טובה לצרכיו- תוצאה משפטית היא ניבוי שאם אדם יעשה פעולה הוא יסבול באיזשהו אופן מהחלטת בית המשפט ולכן יש עליו חובה. מושג החובה תלוי כוח-כל התיאוריה שלו ספוגה בתפיסה אוסטינית שהמשפט הוא הפעלת כוח המדינה והחובה היא תוצאה של איום בסנקציה.

אך הדגש שלו הוא הדגש המעשי, כך למשל:

* חובה חוזית איננה מיסטיקה, חובה פירושה שאם אדם מפר את החוזה תוטל עליו חובה לשלם פיצויים. זה לא עונש במובן הפלילי אלא שהתוצאה היא תשתלום פיצויים.
* חובה נזיקית- אינה חוזה מיסטית.

מושג החובה הוא מושג החובה האוסטינית- הפעלה של כוח על האדם בין אם בעונש, כמו בפלילי, או הטלת חובות אחרות, כמו פיצויים בחוזים ונזיקין.

**התפתחות החוק ויישמו**

המשפט והחוק מובן\ מקובל להניח, במיוחד על ידי הפורמליסטים, כמערכת לוגית ומערכת שהיא בנויה על היגיון פנימי- מהעקרונות המופשטים נגזרים כללים ספציפיים, והכל נלמד באופן הגיוני ולוגי. הנחות מוקדמות מהן יש מסקנות, וכל התפיסה היא כך ולכן ההשלמה של המשפט היא ככה. הפורמליסטים רואים את המשפט כמערכת לוגית- יש כללים שממנו נובעים פרטים, ולכן הפורמליסטים חשובים שאם משהו חסר הם יכלו להשלים לפי המחשבה הלוגית הפנימית הקבועה במפשט שאותה ניתן ליישם בכל מקרה.

זה כנון שיש היגיון במערכת החוק, היא אל מערכת שרירותית, אם ההיגיון הוא לא רק היגיון פורמלי פנימי, אלא להיגיון הזה יש תכליות חברתיות- נרצה להשיג מטרות מסוימות באמצעות הכללים האלה, וצריך תמיד לשמור על קשר עין עם התכליות החברתיות, ולכן ההחלטה המשפטית הנכונה היא לא רק לפי ההיגיון הפנימי אלא לפי התכלית הפנימית.

פס"ד ברנינג נגד כהן מראה באופן מובהק את גישתו- במקום לדבוק בכללים הפורמליים, השופטים היו צריכים לפעול לפי תכלית החוק שהיא כיבוד רצון המת. הדברים האלה נועדו לשרת מטרה חברתית, זה לא גזרת הכתוב וזה נועד למלא תכלית מסוימת- והתכלית היא מימוש רצון המצווה. אם אנחנו נכוחים לדעת שהמצווה רצה בצוואה, למרות שהיא חסרה, צריך לבנות את הכללים באופן שיענו על רצון המצווה. ולכן ס' 25 נותן כלים לשופט לעקוב אחרי רצונו. יש לראות את התכלית החברתית ולכן ההיגיון הפנימי, זה לא מתמטיקה- נכון שאם נחשוב על זה באופן מתמטי, יש שלושה תנאים הכרחיים ואם לא נעמוד בהם לא הוכחנו את המשפט, אך זה בדיוק העניין- אנחנו לא במתמטיקה, ולכן המושגים נועדו למלא תכליות חברתיות, ואם התכלית החברתית של מימשו המצווה תסוכל. בביקורת שלו על הלוגיקה של המשפט, בעצם תמונה הביקורת על התפיסה הפורמליסטית שהיא כולה בנויה על הלוגיקה- שתופסת את המשפט כמערכת רציונלית בעלת לוגיקה פנימית שיש לפעול לפיה. הולמס טוען כי הלוגיקה היא רכיב אחד, המערכת צריכה להגשים תכליות חברתיות, ואם הכללים לא מגשימים, יש לפעול להגשמת התכלית ולא לפעול לפי כללים. המערכת לא מגשימה יש לפעול להגשמה.

**חיי המשפט**

חיי המשפט אינם היגיון אלא ניסיון- זה מכניס לתוך המשפט שיקולים אחרים שהפורמליסטים נמנעים מלשקול. חיי המשפט אינם לוגיקה פנימית, אלא ניסיונו של השופט עם ההשלכות של המשפט על המציאות. אם המשפט הוא היגון יש להכריע לפי ההיגיון- כך למשל יש לפעול לפי הכללים של החוק, אך אם נחשוב על התכלית שאותה נועד החוק להשיג, אז צריך לחשוב שיכול להיות מצב שרצון המצווה בור אך הצוואה לא עומדת בכל הכללים. אילו לא היה ס' 25 בחוק שנותן גמישות, זה היה צעד יותר רדיקלי של בית המשפט לסתור את החוק, אך אם ניתן פתח יש ללכת לפיו.

**השיקולים שצריכים להשפיע**

זה מכנסי לתוך המשפט שיקולים אחרים שהפורמליסטים נמנעים מלשקול, יש שני שיקוים שצריכים להשפיע:

1. תכלית החוק- כל חוק שנפרש צריך לחשוב על התכלית שעומדת בבסיסו.
2. התועלת החברתית-בדרך כלל התכלית היא התועלת החברתית, אך יכול להיות שהתועלת החברתית היא מעבר לתכלית החוק. כלומר התכלית לא ניתנת להגשמה ואותה תכלית מביאה לדבר אחר שלא תועלת חברתית. את התכלית הרצויה לא תמיד ניתן ליישם במציאות, אז החוק שהייתה לו תכלית חברתית מסוימת, בעצם פגע יותר או לא מימש את התכלית, אז עכשיו צריך לשעות תרגיל כדי לשנות אז התוצאה שהתכלית הובילה אליה. כמו שמיטת הלוואות- להוסיף למחברת. עניין הפרוזבול. התכלית נכשלה במבחן השוק ואז צריך לחשוב על התועלת החברתית שלפעמים חורגת מהתכלית.

אלה המושגים שצריך לעבוד איתם בפרשנות חוקים, לא צריך לעבוד עם הלוגיקה הפנימית של המשפט. צריך לשים לנגד עינינו את תכלית החוק והתועלת החברתית. המושג של פרשנות תכליתית לא נולד עם השופט ברק, אלא נוצר בחוגים של הריאליזם המשפטי שהדגישו את הפרשנות התכליתית של חוקים.

עוד אחד המושגים שהולמס חתום עליו, בפרשנות החוקתית האמריקאית, על המושג של החוקה החיה- החוקה האמריקאית התחברה אי שם בסוף המאה ה18, החוקה הזאת קיימת 240 שנה ולא השתנתה. כדי שהחוקה תתקיים לא יכול להיות שהתפיסות לא ישתנו וצריך לרפש אותם מחדש, הולמס הציע את מושג החוקה החיה, שלא צריך להסתכל על החוקה כמושג קפוא אלא מושג חי שצריך לפרש כל פעם בחדש, מה שעורר ויכוח רב.

**ביקורת הגישה של הולמס**

* אם המשפט הוא רק תחזית של מה יעשו השופטים, מהו המשפט מבחינת השופטים עצמם?   
  כיצד בית המשפט צריך לפסוק? הולמס אומר כי עורך דין צריך לייעץ ללקוח תסכל על מה בית המשפט פוסק, אך כיצד בית המשפט צריך לפסוק? האם הוא יכול לעשות כל דבר? הולמס נותן את השיקולים- בשאלה הזאת מה יעשו השופטים יש לו את תשובת השיקולים. אך בתשובה הזאת, יש ממד של חוסר וודאות- אם השופט חושב מחדש על תכלית החוק ומפרש את החוק עכשיו שהוא מבין את התכלית התועלת החברתית שלו, אנחנו גמיעות לגמישות פרשנית שיוצרת אי וודאות מבחינת המערכת.
* לגיטימציה- הלגיטימציה קשורה בחלוקת התפקידים בין המחוקק לשופט, כך שאם נעמיד את השופט במקום שיכול לכתוב את החוק מחדש, יכולה להתעורר בעיית לגיטימציה, שהשופט חורג מסמכותו.
* אי אפשר לחשוב על המשפט רק ככוח, וזהי נקודת מבט חיצונית. המשפט הוא גם טעם התנהגות- נקודת מבט פנימית: תפיסת המשפט שלו היא תפיסה של כוח שהמדינה מפעילה, מושג החובה נגזר מכוח הזה. אם נשתמש במושגים של הארט- זו נקודת מבט חיצונית למשפט, אך מנקודת מבט פנימית אנשים רואים את המשפט לא רק ככוח אלא כטעם להתנהגות.

בעקבות הולמס נעבור באופן יותר רחב לתנועה הריאליסטית. בשנות ה20 כשהולמס יורד מהבמה, מפתחת תנועה שלמה של שופטים אמריקאים שהם נעשים מודעים- יש מודעות לפער בין החוק בספר לחוק למעשה. הם מודעים לכך שהפסיקות שלהם כשופטים לא בדיוק מחילים את החוק בצורה מלאה. יש מקרים שהם משוכנעים שצריך לסטות מהחוק- הפעלה נכונה שלו במקרה מסוים צריכה לסטות ממנו. למשל שופטי המיעוט ברק ואלון משבו שצריך להמשיך עם שלושת היסודות, אך המקרה הנדון הוא מקרה אחר. ואז הם מתחילים לנסח ביקורת נגד הפורמליזם שעיקרה הוא ביקרות על:

**ביקורת הפורמליזם**

1. בעיית הכלליות והמקרים המיוחדים

הבעיה זאת אומרים שהואיל והכללים המשפטיים מנוסחים הצורה כללים מטבעם ומכסים מגוון רחב של מקרים אפשרים. אם נחיל את הכלל נקבל תוצאה לא ראויה שנוגדת את תכלית הכלל. זאת בעיה קלאסית שמשפטנים והפילוסופים התייחסו אליה מאז ומעולם- בעיית הכלל והמקרה המיוחד כמו פס"ד כהן. הדרישה שהצוואה תהיה בכתב יד חתומה עם תאריך הוא כלל שמתאים ברוב המקרים, אבל יהיו מקרים מיוחדים כמו המקרה הזה, בו אנחנו משוכנעות באמיתות הצוואה למרות שלא עומדת בכלל, ואם נחיל את הכלל נגיע לתוצאה לא ראויה. יש מקרה יוצא מן הכלל שאם נחשוב עליו, בהתאם לכלל לא נעשה אותו. זאת אומרת, כל המקרים האלה מראים שהחשיבה הפורמליסטית של מה הכלל ואותו נחיל, יש מקרים מסוימים שזה לא יהיה נכון.

זאת בעיה עתיקה שמי שעסק בה לראשונה ונתן פתרון הוא אריסטו. אריסטו קורא לזה הבחנה בין הצדק ובין ההגינות\יושר- יש הבדל בין להיות צודק מבחינת החוק ולבין להיות ישר- תמיד יש פער בין הצדק לחוק, והוא מוביל למקרים שאם נחיל את החוק נגיע לתוצאה לא ראויה. הפתרון הוא דרך תרגיל מחשבתי- השופט עומד במבחן, יש בפניו מקרה שאם נחיל את החוק נגיע לתוצאה לא ראויה, אם ייתן את הירושה לרוצח זה תוצאה מזעזעת ולא ראויה, כל אדם נשאל באופן הגון היה צריך לכבד את הצוואה. השופט נמצא בדילמה- האם הוא מבקר את החוק לגמרי, שזה יהיה בלתי לגיטימי כי תפקידו הוא כפוף לחוק, או הוא יתקן את החוק במקרה המסוים? שופט הגון שלא רשאי לפסול חוק כי הוא כפוף למחוקק, אטך אם נחיל את החוק נגיע לתוצאה לא ראויה. אריסטו כבר הציע פתרון לפיו- תעשה את התרגיל המחשבתי הבא, השופט צריך לחשוב האם המחוקק שחוקק את החוק, מה הוא היה אומר במקרה הזה- אם המחוקק היה אומר לעשות דבר מה, אז זאת אומרת, המבחן הזה אומר שנשאר עם תכלית החוק, לא נחלוק על החוק הקיים, אך אם המחוקק היה אומר כשהגיע אליו המקרה של הירושה, המחוקק לא היה נותן לרוצח- הוא היה יוצר בעצמו את הכלל הזה. ואכן כך היה- אחרי שבית המשפט קבע שהרוצח לא יורש, המחוקק תיקן את החוק וקבע שרוצח לא ירש. זה מבחן עקרון היושר- אם יש מקרה מסוים יוצא מן הכלל שהחלת הכלל תהיה בלתי צודקת, אז השופט צריך לתקן את הכלל- שהמבחן לזה הוא מה היה אומר המחוקק, יוצר הכלל אילו המחוקק היה נתקל במקרה הזה.

* הכללים המשפטיים מנוסחים בצורה כללית ומכסים מגוון רחב של מקרים אפשריים
* יש מקרים שאם נחיל בהם את הכלל נקבל תוצאה לא ראויה- שמנוגדת לתכלית הכלל
* יש מקרים שאינם נופלים בגדר כלל כלשהו (חסר)

אנחנו רואות כי כל העניין היא תפיסה אנטי-פורמליסטית- הדבקה בלשון הכלל. הביקורת הראשונה היא שיש מקרים יוצאים מן הכלל. זאת ביקורת מתונה שרוב אנשי העולם יסכימו על עקרון היושר של אריסטו ועל פס" כהן. שופטים לא יחלקו על כך שיש מקרים שראוי לסטות מהכלל. אך הביקורת הריאליסטית לא עוצרת כאן וממשיכה:

1. עמימות סמנטית

ביקורת נוספת המתייחסת לעמימות הסמנטית. לכל מונח בשפה וכתוצאה מכך לכל כלל משפיע יש ריבוי משמעות. לא ניתן ליצור כללים שהן יהיו חד משמעיים, תמיד יהיו מקרי קצה שהם יעוררו שאלה. כך למשל- האם פגם נחשב רק לפגם או היעדר. כל כלל משפטי שננסה לנסח נשאל על איזה מן מקרים בקצה שלו ששם הכלל לא יהיה ברור.

* לכל מונח ולעל כלל משפטי ריבוי משמעות
* בלתי אפשרי לייצר כללים חד משמעיים
* נדרשת פרשנות

יש כלל שהארט ניסח- אם נגיד שאסור להיכנס עם כלי רכב לפארק, נשאל מהו כלי רכב- האם זה נחשב לאופניים? קורקינט? סקטבורד. כל צנוח שנקבע אותו יהיה קושי להגדיר אותו.

בשביל זה יש את סעיפי הגדרות בחוקים. אך סעיפי החוק הם גם כן מוגבלים משום שזה מה שהמחוקק חשב באותו רגע. תמיד כל כלל משפטי שננסח נשאל מה פירוש. לכל כלל משפטי יש עמימות ולכן הטענה של הריאליסטים היא שהדרישה והננחה הפורמליסטית שניתן לפרש את החוק בהתאם למשמעות המילולית שלו, היא הנחה שלא מתמודדת עם בעיית העמימות כי צריך לשאול איך הפורמליסטים יפרש כלי רכב בפארק- לא בטוח שהגדרה אוניברסלית היא נכונה. ההנחה הזאת שמונח אחד ישתמשו בו באותו מובן בכל החוקים, היא לא ברורה מאליה. כך גם שהשופטים אומרים שצריך לפרש חוק בהתאם ובמקום בו הוא נתון. הטענה הריאליסטית שהפורמליסט אם הוא לא ימצא בחשבון איך הוא יתמודד עם זה, אך אם תחשוב על התכלית- האם תכלית היא רעש או סיכון ילדים, נוכל לפתור את הבעיה. אך הפורמליסט לא חשוב על תכליות אלא חושב על הלשון והלוגיקה. ולכן באים הפורמליסטים ואומרים כי יש עמימות טבועה במובנים משפטיים, היתרון לעמימות חייבת להיות התייחסות לתכליות החוק ולתועלת החברתית, לא ניתן להניח פרשנות למונח סתם- יהיו תמיד מקרים בכלל שהם יהיו עמומים, ולכן נדרשת פרשנות כלל משפטי, לפחות באותם שוליים עמומים= באותו המקום בו הוא עמום נדרשת פרשנות שתהיה מבוססת בהכרח על תכלית, כי אם לא, היא תהיה שרירותית. כך למשל אם נפרש כלי רכב כפיש כתוב במיליון זה אל בהכרח משרת את התכלית של אי כניסה שלכלי רכב לשמורת טבע. כדי להכריע בשאלה הזאת צריך לרדת לתכלית החוק, ולא ניתן להניח פרשנות מילולית או לוגית גרידא.

זאת ביקורת שנייה שיותר רחבה מהראשונה היא לא רק נוגעת למקרים היוצאים מהכלל- וכאן יש טענה כי כל כלל משפטי יש מקרים מסוימים שידרשו פרשנות.

1. ריבוי דוקטרינרי

הטענה הריאליסטית היא שהמשפט מלא כללים- יש בו ריבוי כללים, למשל יש 500 סעיפי חוק בחוק העונשין. המקרים האלה יכולים להביא לתוצאות שונות וניתן לטעון שלכל כלל יש שתי מגמות- הכלל עצמו והשני זה היוצא מהכלל. למשל רצח והגנה עצמית- ההחלטה האם יש פה רצח או הגנה עצמית, אלה שני כללים של המשפט שניתן להפעיל- או לראות בזה מעשה רצח או הגנה עצמית. הטענה הריאליסטית אומרת כי כללים משפטיים לא מרחיבים את התוצאה- כל החלטה של שופט הוא בוחר באיזה כללים להשתמש. הוא יכול להחליט לבחור כלל מסוים או כלל אחר, יש לו בחירה בין כללים שיביאו לתוצאות שונות- זה לא רק עמימות אלא מגון כללים שיכול להשתמש בהם. ריבוי הכללים מאפשר לשופט תמרון בתוצאות המשפטיות, המיוחד בעקרונות עמומים שבהם יש גמישות. אם נסתכל על מערכת המשפט שיש בה כללים כה רבים. ולשופט יש אפשרות לבחור את הכללים, לא ניתן לחשוב כמו הפורמליסט שהכללים כפויים על שהשופט, והשופט נכפה מה להחליט. שופט מיומן תמיד ימצא כלל אחר שיכול לחץ אותו- אז כלל אומר דבר אחד וניתן שללוף כלל אחר שהוא יכול להגיע איתו לתוצאה אחרת. כל פסיקה תהיה מבוססת על כלל משפטי. אך אם היה נדמה לנו שהכללים נותנים מערכת יציבה וברורה כיצד לפסוק, הריאליסטים אומרים שהמערכת הזאת מאוד לא יציבה, גם בגלל העמימות הסמנטית שיש בכל כלל, וריבוי הכללים מאפשר תמרון בין כללים עד שלמעשה הוא יכול לשחק עם זה ולהעדיף כלל אחד על אחר. הריאליסטים לא חושבים כי השופט לא הגון אך הוא מחליט מה שנכון למקרה ומשתמש בכללים. הכללים המשפטיים לא יכפו עליו את זה. יהיו מקרים שהשופט משתמשים בכללים שונים כדי להגיע לתוצאה שהוא רוצה. ולא כמו הפורמליסטים שאומרים כי השופט מאתר כלל שמתאים למקרה, אלא השופט קובע את המקרה ומאתר כלל שמתאים למקרה, הוא בוחר את הכלל שמגשים את התוצאה הרצויה בעיניו ולא שהכלל כופה על השופט.

* ריבוי כללים- מחייב בחירה מה הכלל שהחל על המקרה.
* כל דוקטרינה משפטית כוללת לפחות שתי מגמות הפוכות
* כלל ויוצא מן הכלל- רצח והגנה עצמית
* עקרונות תום לב וסבירות

**סיכום: ספקנות כללים**

הם ספקנים לגבי האפשרות של הכללים להכתיב את התוצאה המשפטית, כי בכללים יש:

* עמימות דוקטרינרית שנובעת מריבוי הכללית
* עמימות סמנטית שנובעת מריבוי שממעות
* הכללים אינם יכולים לכסות את כל המקרים

בסופו של דבר, מערכת הכללים שהיא כביכול קובעת את הדין מראש, הכללים כל כך רבים שהשופט צריך להחליט.

**ספקנות עובדות**

הם טוענים שאפילו יש ספקנות גלבי העובדות המשפטיות. העובדות המשפטיות בועות כללי ראיות וההכרעה בשאלה מהן העבודות המשפטיות- בדיני הראיות יש הרבה מאוד כללים שנועדו לוודא ולהבטיח שהראיה נאמנה, אך יש גם כללים שלא קשורים לזה ואפילו אם הראיה אמינה אנחנו נוותר עליה בשביל להגשים תכליות אחרות- כמו הליך הוגן. הכלים של בית המשפט להגיע לתוצאה והבנה טובה של העובדות היא גם מאוד מפוקפקת.

יד את האמת העובדתית והאמת המשפטית של מה שהוכח בבית המשפט שלא בהכרח זהה לאמת העובדתית. לכן באים הריאליסטים ומסיקים מכל הדיון הזה שהצגנו כי:

* דיני ראיות מגבילים את הראיות הניתנות להגשה
* יש עדי שקר וראיות שאינן מהימנות
* ההכרעה לפי הממצאים העובדתיים כפופה לשאלה מהן העובדות הרלוונטיות.
* אמת משפטית מול אמת עובדתית

**מסקנות אנטי-פורמאליסטיות**

* המשפט איננו תחום אוטונומי וסגור- הוא לא סגור והכרעות משפטיות הן לא רק לפי הכללים המשפטיים, צריך להכריע גם מחוץ לעולם המשפט- כגון שאלות התועלת החברתית.
* המשפט אינו תחום שלם- יש שעלות שאין להן פתרון: לא לכל שאלה יש פתרון. הם כופרים בטענה הפורמליסטית שלכל שאלה יש פתרון על ידי חשיפת הלוגיקה הפנימית של המשפט. יש שאלות ללא פתרון במשפט, למשל התקדמויות טכנולוגיות, יש מציאות חדשה שהמחוקק לא חשב עליה קודם, מה שמעלה שאלות משפטיות חדשות- למשל פונדקאות, מי האמא- זאת ע הביצית או הפונדקאית? יש שאלות שהמשפט לא נותן את הדעת בהתפתחות טכנולוגיות או ההתפתות חברתית. אז בניגוד לתפיסה של הפורמליסטית שלכל שאלה יש תשובה, הריאסליטים טוענים כי למקרה כזה אין פתרון במשפט וצריך לתת על זה את הדעת.
* כל החלטה שיפוטית היא יצירה ולא גילוי- הואיל ויש עמימות וריבוי דורקטרינרי, הם מגיעים למסקנה רדיקאלית שכל החלטה שיפוטית יש בה יסוד של יצירה ולא גילוי. בעצם תמונת הראי של פורמליסטית- פורמליסטים חשבו שכל החלטה היא גילוי של תשובה קיימת ויישום שלה, הריאליסטים אומרים שהחלטה היא לא יישום של תשובה קיימת אלא יצירה שלה. אם לפי הפורמליסטים שופטים אף פעם לא מפעילים שיקול דעת כי האם תמיד מיישמים את הדין, לפי הריאליסטים הם תמיד מפעילים שיקול דעת, כי כל החלטה היא תשובה חדשה. הריאליסטים לא מתווכחים שיש חוקים משפטיים המנחים את השופטים, אך כל מקרה יש לו אלמנט חדש ומחייב את השופט להחליט החלטה קונקרטית. בחלק גדול, ההחלטות הקונקרטיות מתאימות כלל וחלק מההחלטות הוא יסטה מהכלל. אז התפיסה שלהם את ההחלטה שיפוטית ושיקול הדעת שונה לגמרי מהתפיסה הפורמליסטית.

**בעיות- בתיאוריה הריאליסטית**

הריאליזם חולל מהפכה בתורת המשפט- הביקורת הכל כך גדולה יצרה מחשבה חדשה עד כדי כך שהתאוריה המשפטית נוטה לכיוון הריאליסטי. מה התוצאה הכוללת של התיאוריה, כאן ניתן לחשוב על כמה בעיות:

האם יש משפט אובייקטיבי או שהוא כולו יצירה של השופטים? מערער על וודאות המשפט- התחלנו את השנה ודיברנו על המשפט כגוף אובייקטיבי שקיים מחות לסובייקט האדם- אם יש וויכוח מה הדין יש לפתחו חוק, וכל הרעיון של המשפט עומד על התפיסה האובייקטיבית שלו, שקיים מחוץ לאדם, מה שמוביל לוודאות ותכנון. זה מהלך רדיקאלי, הריאליסטים מערערים על האובייקטיביות של החוק- שהמחוקק של השטח, כל שופט מחליט מחדש, כל החלטה של שופטת יש בה גמישות ביחס לידע הקודם מה שמערער על מושג האובייקטיביות של החוק, של הוודאות ואפשרות התכנון.

אם אין משפט אובייקטיבי אז יש כמה בעיות:

* וודאות
* לגיטימציה- כיוון שאם החוק לא אומר דבר ותפתחו לפרשנות השופט, הוא יחליט והרי נקודת המוצא היא שהחוק צריך להיקבע על ידיד נבחרי העם והשופט צריך ליישם אותו ולא להכריע מחדש.

**שיקול דעת שיפוטי- דוורקין מול הארט**

נתחיל לדבר על תפיסת שיקול הדעת, שהיא קשורה לתפיסת המשפט הכללית. ובכל זאת זה נושא נפרד שנתסכל עליו על רקע שתי התורות האלטרנטיביות שהצגנו- הפורמליזם והריאליזם המשפטי. שתי תורות משפט שהוצגו בסוף המאה ה19 ותחילת המאה ה20. הארט מגיב להן ומציע תיאוריה חדשה משלו שהוא מדבר על הקשיים שלפי דעתו יש בתורה הזאת.

1. **שיקול הדעת השיפוטי של הארט**

**משפט וכללים**

הארט מתחיל מהרעיון שמשפט מורכב מכללים. ראינו את זה כבר בהבחנה הראשונית שלו בין כללים ראשוניים למשניים, אך כאן, הארט מפנה את תשומת הלב לתפקיד הכללים בהכוונת התנהגות. גם בני אדם פרטיים ביומיום מתנהגים לפי כללים- בני האדם קובעים לעצמם כללי התנהגותם שלפיהם הם חיים, מאחר וזה נוח יותר לנהל את חיינו כאשר יש כללים קבועים מראש, שכן, אדם שלא חי לפי כללים צריך לשאול את עצמו כל פעם מחדש כיצד לנהוג.. למשל מה קונים- מה נעדיף, איזה מותגים נעדיף? וכו.. אך כשמדברים על הכוונת התנהגות של קבוצות גדולות- לא רק משפחה, כמו אוכלוסיות של מדינות אז הדרך לכוון את התנהגות הקבוצה היא באמצעות כללים שצריכים להיקבע וליידע את הציבור על קיומם. לשאלה איך קובעים את הכללים, יש שתי דרכים עיקריות:

1. חקיקה- המחוקק קובע כללים והם יכולים להיות בכל תחום שהוא- בין אם זה התחום הפלילי- איזו התנהגות אסורה, מה ההתנהגות המחייבת, ובין אם זה בתחומים האזרחיים למיניהם. המחוקק קובע הכללים, מפרסם אותם על מנת שהם יהיו ידועים, ולבסוף הציבור מתאים את עצמו לכללי ההתנהגות וכל כל אחד יודע מה מצופה ממנו, מזולתו וכו.
2. פסיקה- הדרך השנייה לקביעת הכללים היא באמצעות תקדימים של בית המשפט. בדרך הזאת אנחנו לא קובעות כלל אחד מקיף (כמו חוק), אלא ההתקדמות נעשית ממקרה למקרה, כאשר בכל מקרה התקדים הופך למכליל יותר והצעדים מתקדמים ממקום למקום. בדומה לחוק, מרגע שנקבע תקדים, האדם יודע שההתנהגות אסורה.

**בעיית העמימות**

נקדים ונאמר שאחת הטענות המרכזיות נגד תקדימים, היא שהאדם לא יכול לדעת את הכל מראש. כאשר בית המשפט מחוקק ממקרה למקרה כמו במסורת של המשפט המקובל, אז לא תמיד יודעים מראש מה ההתנהגות הנכונה והרצויה. יחד עם זאת, יש להבין כי גם כשקובעים כללים מראש באמצעות חקיקה, גם אז לא הכל ברור. לכאורה הרעיון של חקיקה הוא שתפקידה להגדיר מראש מהי ההתנהגות המצופה בשלל תחומים- תחום הפלילי, תחום אזרחי וכן הלאה, אך גם הדרך הזאת שכביכול נועדה להגדיר כללים מראש סובלת מקשיים שנגענו בהם בריאליזם:  
הבעיה הראשונה היא בעיית העמימות- בעיית העמימות מתייחסת להכללות. כאשר יש כלל אנחנו יכולות להבין ממנו משהו, ואפילו להבין אותו לגמרי, אבל באותו הזמן נוצרת בעיה שנובעת מההכללה. הכללה משמעותה כי כל כלל מטבעו מכליל- הכלל קובע איך תמיד לכרות חוזה, איך תמיד להקים חברה, מהו נזק, מהי עוולת רשלנות, כלומר קובעים כללים מאוד רחבים המתייחסים לבני אדם, עצמים ומקרים. אך תמיד בשוליים שלהם, תתעורר השאלה האם המקרה המסוים שעומד לפנינו, הוא חלק מהכלל? וזאת עמימות סמנטית.

* הכללות מתייחסות לסוג של בני אדם של עצמים ולסוג של מקרים.
* שפה של הכללה מעוררת שאלות האם מקרים מסוימים הם חלק מהכלל או לא.

דוגמא אסור לכלי רכב להיכנס לפארק

איסור הכנסת כלי רכב לפארק זה הכלל כלל שנקבע. עליו מתעוררת השאלה מהו כלי רכב, ומכאן ניתן להבין כי למונח כלי רכב יש יותר ממשמעות אחת ברורה- אין ספק שזה כולל מכונית, אוטובוס משאית. זהו הגרעין המסוים שהוא מובן ואין עליו שאלה, זה הברור בכלל מאחר וברור כי לא ניתן להכניס לפארק עם כלי רכב כאלה. אבל אז נתחיל לשאול על מקרים יותר גבוליים כמו אופניים, האם הם גם כלי רכב? נוכל להמשיך ולשאול מה הדין לעגלת נכים ממונעת. שבנקודה הזאת, אנחנו לא יודעות בדיוק למה התכוון המחוקק.   
התשובה הפורמליסטית לשאלה תהיה לחפש הגדרה של כלי רכב או במילון או במקום אחר בחוק, נגיד בפקודת התעבורה, ולהחיל את הגדרה הזאת למקרה הזה. זאת תהיה תשובה פורמליסטית המניחה שיש בתוך החוק תשובה שניתן ללמוד בדרך של היקש. אך מיד נרגיש כי הפתרון הזה לא בהכרח יקלע לתשובה הנכונה. נניח שאופניים הם כלי רכב ובמובן של פקודת התעבורה, המשמעות היא שאופניים חייבים לציית לפקודת התעבורה, מאחר והיא מכילה את האופניים ככלי רכב. אך האם זה אומר בהכרח שגם המחוקק שקבע את איסור הכניסה לפארק התכוון לכלול אותה? יכול להיות אך זה לא ברור. ניתן להגיד כי זהו כלי רכב אז כן. אך יכול להיות שהאיסור להיכנס לפארק יש לו רציונל אחר מאשר פקודת התעבורה. כאן נצטרך לשאול למה לא להכניס רכב לפארק ודרך הרציונל הזה לשאול האם יש מקום לאופניים. אם הרציונל הוא להבטיח את הבטיחות, ולא נרצה שאופניים ייסעו במהירות ויסכנו את עוברי האורח בפארק, אז לפי הרציונל הזה, צריך לאסור כניסת אופניים. אך אם הרציונל הוא שקט, להימנע מרעש וצפצופים וכל מה שכלי רכב ממונע מייצר, אז אין מניעה שיכנסו אופניים. אך גם אם ניתן תשובה לאופניים, נצטרך לדון מה הדין לגבי עגלת נכים ממונעת. יש פה שאלה, שלפני שנדון בדרכי הפתרון-הפורמליסטים ינסו למצוא את התשובה בהגדרה או של החוק או במילון ואיזושהי הגדרה לשונית ויחילו אותה כאן. אך לפני כן הטענה היא שהפתרון הזה הוא לא בהכרח הפתרון הנכון למקרה הזה, לכן נשאל מה המקור לבעיית העמימות? למה יש עמימות סמנטית לגבי המושג של כלי רכב או כל מושג אחר.

המקור לבעיית העמימות

הנקודה הראשונה היא שמושג העמימות הוא מושג אינהרנטי לשפה האנושי- כל מונח שניקח נשאל בקצה שלו האם זה בגדר למונח. למשל אנחנו מבינות מה זה כיסא, אך אם פתאום תהיה קובייה שניתן לשבת עליה האם היא תחשב לכיסא? מהבחינה הפונקציונלית היא מממשת את התפקיד של כיסא, אך מבחינת הנראות היא לא. בעצם כל מונח בשפה שלנו, עשירה מאוד ובעלת עשרות אלפי מונחים ולמרות העושר הזה לכל מונח שניקח יהיו לו שוליים עמומים, שבגלל העמימות הזאת נצטרך ונשאל האם הדבר הזה הוא בכלל המונח. כל מונח לשוני אנחנו מבינות את הגרעין שלו, אבל יהיו לו שוליים שהם עמומים, ולכן עמימות סמנטית היא תכונה אינהרנטית של השפה. ומכיוון שהמשפט מדבר במילים אז העמימות הזאת באה לידי ביטוי גם במשפט והכללים המשפטיים, הכללים המשפטיים עמומים בכל הנוגע למונח שהם נוגעים בו. אפשר לטעון כי המונחים מה אסור או מותר הם ברורים- אלה שקובעים את דרך ההתנהגות והחובה הם ברורים, אסור ומותר הוא חד משמעי. אך שנדבר במונחים שנתאר את הכלל מה אסור ומה מותר, תמיד נגיע בשוליים לעמימות מסוימת, בכל מונח נגיע למקרים שהם לא בגדר המונח.

את העמימות הזאת המחוקק מנסה לפתור אותה מראש- בסעיפי הגדרות שבחוק. סעיפי הגדרות באים לענות על העמימות שנוצרת ולכן יהיה כתוב כלי רכב-לרבות אופניים וכו. זה הניסיון להתגבר על העמימות הזאת, אך הניסיון הזה לא יכול להצליח באופן מלא.

* אי ידיעה של יוצר הכלל (המחוקק) את כל המקרים האפשריים בתחומי הכלל- העולם הוא מגוון מאוד והמילים לא יכולות ללכוד את כל האפשרויות שיש במציאות. לכן כמה שהמחוקק יעשה מאמץ להגדיר את הדברים מראש, אף פעם לא יוכל לקלוע להכל, זה נכון להגדרת המונחים וגם לצפיית המקרים שיהיו במציאות. ואפילו שלא נדבר כל כך שיש התפתחויות טכנולוגיות מאז שהחוק נקבע לפני מספר השנים ועד היום. למשל, לא הייתה עגלת נכים ממונעת בעבר. יש גם התפתחויות חברתיות ומציאויות חברתיות שהן חדשות, ולכן למחוקק יש חוסר יכולת לצפות מראש את הכל.
* אי ידיעה של המקרים והנסיבות הקונקרטיים
* אי ידיעה של המטרות והשיקולים- זה שהמחוקק לא יודע את המקרים מראש, המשמעות היא שהוא גם לא יודע את כל הטעמים והמטרות והשיקולים. לדוגמא- המחוקק קבע כי אסור שיכנס כלי רכב לפארק עכשיו השאלה היא לא רק האם זה בגדר כלי רכב. בבעיית האופניים נשאל את עצמנו, בית המשפט שירצה להחליט החלטה פורמליסטית נכונה יקבע לפי מה שנכתב בחוק, אך כדי להגיע לתשובה הנכונה השופט יצטרך לשאול מה הייתה התכלית של החוק- האם הבטחת הבטיחות של השוהים בפארק או למנוע רעש וזיהום אוויר. אם בית המשפט משוכנע כי התכלית הייתה להבטיח את הבטיחות הוא ימנע אופניים, אך אם זה זיהום אוויר נאפשר כניסה לפארק.

ברגע שהתכלית לכלל ידועה, ניתן יהיה להגשים אותה. במקרה הזה, ניתן לשחזר את התכלית, למרות שהיא לא כתובה. אך מה קורה במצב שהתכלית והאיזונים הנדרשים בכלל לא ידועים? אם ניקח את עגלת הנכים שנניח שהיא מסכנת במידה מסוימת את הבטיחות- מצד אחד, עגלת נכים ממונעת מסכנת פעוטות, אך מהצד השני, באיסור כניסה איתה נצטרך לפגוע בנכה להיכנס לפארק. בית המשפט יצטרך לא רק להחליט מה התכלית אלא גם לעשות מחדש את האיזון- מצד אחד להבטיח את הבטיחות של השוהים בפארק ומצד שני להבטיח נגישות של נכים, ולכן הוא יצטרך לקבוע איזון מחדש בין שני צדדי המתח. זה איזון שהיינו מצפות מהחוקק לעשות, אך אנחנו יוצאות מנקודת הנחה שזה לא היה ידוע ולכן לא עשה. ידיעה של המקרים העתידים היא לא רק בשביל שנוכל לפרש בקלות, אלא שהיא גם מגדירה את התכליות והאיזון ביניהן. לעומת זאת, אי ידיעה של אותם מקרים, מחייבת את בית המשפט להגדיר מחדש את התכליות ולאזן ביניהן, דבר שהמחוקק לא עשה. נצטרך להבין כי העמימות היא שבתי המשפט לא יכולים להבין מתוך הכללים המשפטיים את הדין.

1. **שיקול הדעת השיפוטי של הארט**

**פורמליזם**

העמימות מתחילה מהבעיה הראשונית של עמימות סמנטית הטבועה בשפה, וממשיכה בחוסר האפשרות של המחוקק לצפות את כלל המקרים. המשמעות לחוסר הצפיות, כפי שנראה לעיל, היא שהמחוקק לא קבע את התכלית ולא איזן כראוי לגבי כל מקרה. הפתרון של הפורמליסטים זה שבעצם נתייחס לכלל בנסיבות החדשות, נתייחס לכלל ונחיל אותו על המקרה. ההתייחסות הזאת מבוססת על נוסחה ועל כלל לשוני, אך הפתרון לא שוקל מחדש את כל אחד מהמקרים האלה, אלא מניח שהכלל של המחוקק יתפוס ויחול על כל המקרים העתידיים, בין שהוא צפה אותם ובין שלא צפה. נפרש את כלל כלי הרכב, נאמץ את פקודת התעבורה- נלך לפי המשמעות הלשונית הזאת ונאלץ אותה על המקרה.

* הקפאה של משמעות הכלל ויישום בנסיבות החדשות
* הכחשה של אפשרות הבחירה.
* העדפת האינטרסים של וודאות וצפיות על פני פתרון נכון.

הפתרון המאולץ של הפורמליסטים נובע מכך שהפורמליזם כופר בשיקול הדעת של השופט- הוא מכחיש את האפשרות שיש לשופט בחירה. הפורמליסט טוען כי הכלל המשפטי קובע לכל סיטואציה ולכן על כל סיטואציה נחיל את הכלל המשפטי. נראה מה כתוב במילות החוק, נעזר במילונים ונחיל את הכלל. הנטייה המנוגדת לפורמליסט- הריאליסט יטען כי כל מקרה הוא מקרה חדש ולכן אף אחד לא בגדר הכלל. הוא יסתכל בנסיבות המחודשות וכל פעם יידון בכלל מחדש, בעוד שהפורמליסט מסתכל רק על הכלל, ולכן הוא לא דן מחדש, מאחר ולמחוקק אין שיקול דעת מחדש.

מבחינת אינטרסים, זה לא שהפורמליסט לא מבין שאפשר לעשות הבחנות, אלא זה נובע מכך שהוא מעדיף אינטרס מאוד מרכזי של מערכת המשפט, שהוא אינטרס הוודאות והצפיות, על פני הפתרון הנכון והאופטימלי על כל מקרה. התחלנו את השיעור בזה שהמשפט פועל על כללים, העוול בזה שלא נוכל לקבוע מחדש מהי ההתנהגות האסורה ומותרת, ולכן צריכים להיות נאמנים לכללים, מה שיוצר וודאות. נעדיף את הוודאות על פני פתרון אופטימלי בכל מקרה, נעדיף לעשות שימוש בכללים ולהכניס כל מקרה לכלל למעט היוצא מן הכלל. כגישה אנחנו מכניסות את הכלל פנימה.

**התמודדות עם הבעיה**

הגישה הפורמליסטית, היא גישה בעייתית מכיוון שהיא מכחישה את אפשרות הבחירה, היא מקפיאה את כלל ומחילה אותו על כל המקרים והיא לא מודה שהמחוקק לא צפה את הדברים האלה. אחרי הכל אנחנו יודעות שאם עגלת נכים ממונעת נוצרה אחרי 1950, החוק נחקק ב1950 אז החוק לא יכל לצפות את זה. בכל מקרה שקורה אנחנו מניחות שהמחוקק לא צפה אותו, והטענה שהוא צפה יש בה דבר מלאכותי. מבחינתו של הארט הגישה הפורמליסטית לא תקינה, והוא דוחה אותה. ועכשיו מתעוררת השאלה, איך הוא מציע להתמודד עם הבעיה הזאת?

הארט טוען כי צריך להיות איזון בין אינטרס של וודאות לצפיות שמתייחס אליו בחשיבות רבה וצריך לנהוג לפי הכללים המשפטיים, אך באותו הזמן צריך להכיר גם בכך שיש מרחב פתוח שבו ניתן לקבל החלטות חדשות. הארט מביא פתרון אחר ומתאים, לפיו צריך ליצור מצב של מרחב פתוח, כשהמחוקק בעצמו יכול ליצור את זה. המחוקק יכול ליצור את המרחב הפתוח באמצעות שימוש במונחים כללים- כמו מושגים של סבירות, צדק, מחיר הוגן, מונחים שהם רחבים ומופשטים. על ידי כך המחוקק מכוון את השופט איך לקבוע את הדין, כאשר הוא משאיר מצד אחד את הכללים הברורים והבטוחים, והמצד השני הוא נותן שם מונחים כללים המשפטים לשופט מרחב. או אפשרות של תקנות ספציפיות הקובעות את התוכן של המושגים. באופן הזה המשפט מתנהל על ידי תמרון בין שני הקטבים, של הוודאות ושל הפתרון הנכון.

**הכרעות שיפוטיות**

אחת הדרכים לעשות זאת, כאשר הכרעה השיפוטית פועלת לפי סטנדרט כללי, שימוש במונחים של צדק, מחיר הוגן, זמן סביר ומושגים שלא מוגדרים עד הסוף. המחוקק קובע באופן כללי וכעת, הפרטים כאשר הם מתנהגים בשטח פועלים לפי זה, ובית המשפט באמצעות החלטותיו יוצר כיוון מדויק של מה זה יחשב זמן סביר, מהן נסיבות של צדק וכן הלאה. כלומר, המחוקק נותן לנו מונחים יחסית כללים, יש תמהיל בחוק שלצד הכללים הספציפיים יש שימוש במונחים וסטנדרטים יותר כלליים, שהסטנדרטים האלה, בני אדם פועלים לפיהם ובתי המשפט מתקנים אותם.

* יש סטנדרט כללי והפרטים נדרשים לפעול על פיו.
* בתי המשפט מתקנים את הפעולה וקובעים סטנדרט מדויק.
* דוגמא חובת זהירות בעוולת הרשלנות.

למשל חובת זהירות בעוולת הרשלנות, אז צריך להגדיר מה חובת הזהירות אומרת- יש לנקוט אמצעי זהירות כדי למנוע פגיעה, האמצעים צריכים להיות סבירים, לא עול כבד מידי. צריך לחשוב מה האמצעים המבטיחים את הזהירות מהפגיעה ומצד שני לא נטיל אמצעים שיטילו עלויות כבדות מידי.

החוק לא קובע בכל מקרה ומקרה, ולכן בכל מקרה יש מחדש את הדיון הזה. לפעמים הרשויות יקבעו מראש מה לעשות במקרה מסוים אך זה לא ממצה ולכן ניתן בכל תחום מחדש לדון במקרה. המחוקק לא יקבע בחקיקה ראשית אלא יהיו הנחיות מסוימות למקרים מסוימים. יש פה עמימות והטיפול צריך להיעשות בשטח, כאשר בית המשפט מתקן את התנהגות בני האדם. כך הדוגמא של חובת הזהירות, שהיא מאוד כללית. נצטרך לשאול איך נקבע מהי חובת הזהירות באותו מקרה. אז באופן כללי ננוע בין שני הדברים האלה: לנקוט אמצעי זהירות, אך הם צריכים להיות סבירים. נצטרך בכל תחום ומקרה לדון בשאלה מחדש.

מה בעצם התפיסה של הארט את המושג של שיקול דעת שיפוטי?

הטענה של הארט היא ששיקול דעת שיפוטי קיים במקום שבו אין בחוק או בדין קביעה ברורה. ולכן הפעולה השיפוטית בעצם יוצרת קביעה הכרעה חדשה. זהו המקום של שיקול דעת שיפוטי, המקום שבו אין קביעה מראש בחוק. בית המשפט מחליט, וכאשר הוא מחליט ההחלטה היא כתוצאה של קביעת מטרות ואיזון בין מטרות לאינטרסים שונים. במצב כזה, בשיטה התקדימית של המשפט המקובל, ובמשפט הישראלי, המשמעות של החלטה שיפוטית כזאת היא קביעת נורמה חדשה, היוצרת חקיקה שיפוטית.

ניתן לסווג את כל ההחלטות השיפוטיות למשני סוגים:

1. מקרה אחד- החלטות שיפוטיות שבהן השופט מחיל את הדין הקיים ולא קובע מהבחינה נורמטיבית שדבר חדש, הקביעה שלו מצטמצמת לקביעת העובדות והתאמת הכלל שבדין אל המקרה. במקרה הזה הוא מחיל את המשפט הקיים ולכן אין שיקול דעת.

* הכרעה חדשה, קביעת מטרות ואיזון בין אינטרסים.
* חקיקה שיפוטית- בית המשפט מייצר חוקים בדומה לרשות מנהלית.

1. במקרה השני- בו אין תשובה בכלל הקיים, ואז השופט צריך לקבוע את הדין. השופט נמצא בממציאות שלא הוכרעה ולכן יצטרך לשאול שאלה חדשה בה הוא יצטרך להפעיל שיקול דעת. פירוש שיקול הדעת זה יצירת הלכה חדשה, שלצורך כך הוא צריך לקבוע מטרות ולאזן בין האינטרסים, כשהתוצאה תהיה החלטה חדשה שהתווה תקדים ולכן ניתן לראות אותה כחקיקה שיפוטית.

**החוק והרקמה הפתוחה**

הטענה של הארט היא שיש בחוק רקמה פתוחה. הוא רואה את החוק כמערכת שיש בה פתרון לרוב המקרים, אבל יש לה רקמה פתוחה, שהיא נובעת ממקרים שבהם יש עמימות סמנטית. לכאן נכנסת ההבחנה החשובה של הארט המבחינה בין גרעין לשוליים. ההבחנה בין גרעין שוליים היא הבחנה יסודית בעניין של עמימות סמנטית. נקודת המוצא של הארט שהגרעין הוא מובן ובשוליים יש אי הבנה. זה יהיה חשוב משום שהוא הולך לנהל מערכה כפולה מול הפורמליזם לריאליזם. עד עכשיו היה ויכוח של ריאליזם ופורמליזם. הוא מתמודד ומנהל מערכה עם שני יריבים משני קטבים- מול הפורמליסטים ששם הטענה מנסה לשכנע כי יש בחוק רקמה פתוחה, שמורכבת או מעמימות סמנטית (גרעין שוליים) או משום שהמחוקק איננו צופה את מגוון המקרים הקיימים והעתידיים- ששם זאת לא רק בעיה של מילים, אלא בעיה של לקונות ושל היעדר התייחסות לכל מיני מצבים. וכל התחום הזה בין שזה עמימות סמנטית או חוסר עמימות בכלל, או מתוך אי צפיות או בגלל טכנולוגיות חדשות, אז כל זה יוצר את הרמה הפתוחה. וטענתו של הארט כנגד פורמליסטים שבמקום שיש רקמה פתוחה אל ניתן להחיל באופן מלאכותי את החוק הקיים. המשמעות של הפעלת חוק המלאכותי היא להקפיא את המשמעות שלו. צריך קודם כל להודות שהמחוקק לא התייחס לכלל המקרים ולכן תפקידו של בית המשפט זה להשלים את החסר. מכאן שיש חלוקת עבודה בין המחוקק לבית המשפט- בית המשפט לא מחזיק רק בתפקיד יישומי, משום שיש מקרים רבים שאין בחוק תשובה, והואיל ואין בדין תשובה אז נכנס בית המשפט לפעולה בתפקיד מייצר חוק ולא של מיישם חוק.

* רוב המקרים הכללים רבורים והילצטות של פרטים ושל בתי משפט הם בהתאם לכללים.
* רק בשוליים קיימת רקמה פתוחה ונדרשות החלטות חדשות בהתאם למטרות החברתיות.

כעת נעבור לפרק השני בו הארט ינהל את הקרב מול הריאליסטים. עד כאן כל המאבק היה לשכנע כי אין תשובה ברורה והשופט לא יכול להחליף באופן מלאכותי את הדין.

**הריאליזם: ספקנות כללים**

הכללים לא מספקים תשובה מדויקת לכל מקרה, והם מהווים רק מקורות לבית המשפט בהכרעתו. בית המשפט מסתכל על הכללים, אך בסופו של דבר החוק הריאלי אלו החלטות של בית המשפט. המחוקק רק מכוון ומייצר כאורדינטות, אך הואיל ואף מקרה לא ניתן להכניסו לכלל, יש להסתכל עליו כמקרה מיוחד. בסוף תהיה החלטה קונקרטית של בית המשפט לגבי המקרה, ולכן בעוד שהמחוקק מייצר חוק פורמאלי, בתי המשפט מייצרים חוק ריאלי.

**תשובתו של הארט**

* בלי הכרה בכללים משניים אין בתי משפט
* בלי הכרה בכללים ראשוניים לאט מבינים את יחסם של בני אדם לחוק. בני אדם רואים בכללים מקור לחובות וזכויות.

בעצם הריאליסטים מערערים על קיומם של כללים משפטיים מחייבים. ומכאן שניתן לומר שהם מערערים על קיומו של משפט אובייקטיבי מחוץ להחלטה שיפוטית, שכן, רק ההחלטה היא זו שיוצרת את הדין. טענתו של הארט שהריאליסטים מערערים על מושג המשפט מכיוון שבלי כללים אין משפט. בלי הכרה בכללים ראשוניים, הכרה בכללים המטילים חובות וזכויות על בני אדם, אז בעצם לא נבין את ההתייחסות של בני אדם לחוק. אדם פועל בהתאם לחוק והחוק הותאם לפעולה שלו. ולכן זה חוטא לכל האינטראקציה של בני אדם למשפט- גם המוסדות ובני האדם, פועלים מכוח כללים המגדירים חובות, סמכויות וזכויות. אם לא נכיר בכללים אז מתוקף מה עובד בית המשפט? הטענה הראדיקלית שיש בה כוח משכנע, שהכללים לא מחייבים כי ניתן לראות בכל מקרה כיוצא מן הכלל, בסופו של דבר הארט אומר כי בני אדם ובתי המשפט חייבים לפעול לפי הכללים שהמדינה מטילה, ובני האדם בסופו של דבר, רואים בהם כמקור שלזכויות חובות ופעלים לפיהם.

**ביקורת הריאליזם**

הריאליסטים מצביעים על רקמה פתוחה, אך הארט טוען כי זה שיש רקמה פתוחה המשפט לא אומר שאין גם רקמה סגורה. המשפט באמת בנוי בכללים שיוצרים רקמה פתוחה אך יש בהם גם גרעין מסוים שבהם הם פועלים, וברוב המקרים הכלל חל. יש מקרים בשוליים שבהם הכללים לא פועלים.

* קיומה של רקמה פתוחה אינו סותר אל קיומם של כללים
* אם כללים אינם פועלים כמו שהפורמליסט חשוב שהם פועלים אז אין כללים
* הספקן מאוכזב מזה שאינו חי בגן עדן של כללים
* יש להכיר בכללים ומגבלותיהם

אז במילים אחרות מה שהריאליזם אומרים: "אם כללים אינם פועלים כמו שהפורמליסט חושב שהם פועלים אז אין כללים".

הריאליסטים מסתכלים על הפורמליסטים, שהכל פועל לפי מכונה- כך פועל המשפט. אז הם אומרים כי אם הכללים אינם פועלים כמו שהפורמליסט חושב אז אין כללים. אך זה לא נכון כי כללים פועלים בדרך אחרת, הם פועלים במקרים רבים, לכן לא נכון להגיד שלא פועלים כלל. יש להכיר בכללים ובמגבלותיהם- זאת אומרת כללים פועלים והם פועלים ברוב המקרים ואי אפשר להגדיר משפט ללא כללים אך צריך להכיר בקיומה גם של רקמה פתוחה.

הארט הולך בכיוון הבא: אם הפורמליסטים אמרו שהמשפט פועל באופן לוגי ועקבי, והריאליסטים אומרים שהכללים לא יכולים להציג תוצאה בכל מקרה, יש ללכת בדרך האמצע. יש מצבים שבהם המשפט פועל באופן פורמליסטי- ברקמה הסגורה והגרעין של החוק, כלומר במקום שהחוק מהודק צריך לפעול כמו פורמליסטים. ובמקום שבו הכלל לא חל אז פועלים באופן ריאליסטי. הארט הלך על גישת ביניים שאמר כי ניתן לחלק החלטות שיפוטית לשני סוגים- יש החלטות שיפוטיות שבהן השופט מכיל את הכלל כלפי שהוא, ושיש החלטות שיפוטיות שהוא לא יכול להחיל את הכלל.

הפעלת שיקול הדעת לא דומה לחשיבה, בלשון המשפטית אין הכוונה לחשוב. אם השופט יישם את הדין הוא לא קיבל החלטה חדשה ולכן אין שיקול דעת, אך במקום שבו שיכול להיות שמבחינה ראייתית המקרה ברור אך מתעוררת שאלה משפטית ולא ברור מה הדין שם הוא מפעיל שיקול דעת ומקבל החלטה חדשה.   
הארט אומר כי שופטים מצדיקים את ההחלטות שלהם על ידי פרשנות- הם מפרשים את החוק, ושם הארט אומר כי הפרשנות שהשופטים נותנים לחוק ומכניסים את המקרה שלהם לתוך הכלל הקיים היא בעצם הסוואה ואמצעי רטורי. השופט רוצה לשכנע שהוא לא מקבל החלטה חדשה ושהוא מיישם את החוק, כי הלגיטימציה הציבורית של בית המשפט היא בתור התפקיד של מיישם החוק, ולכן השופטים משתמשים בדרך כלל בשיטה של הפרשנות. הארט טוען כי הפרשנות היא כיסוי והסוואה של הדבר האמיתי, שזה החלטה חדשה של השופט- של שיקול דעת. שיקול דעת ופרשנות ביסודו של דבר, הם שתי חלופות ושתי אלטרנטיבות להסביר החלטה שיפוטית. רוב השופטים מנמקים את החלטה שלהם על ידי פרשנות, מנסים להסביר איך ההחלטה שלהם נכנסת ללשון החוק (כמו פלוני). זו הגישה של רוב השופטים ברוב המקרים, כי לגישה זאת יש יותר לגיטימציה ציבורית בשל הנחה של השופט כמפרש החוק ויישומו. הארט טוען כי במקרים האלה השופט לא מפרש את החוק אלא מקבל החלטה חדשה. הארט יאמר כי בפס"ד פלוני זה היה מקרה של רקמה פתוחה של החוק, המחוקק לא התייחס לסיטואציה שבה אדם פיתה נערה והוליד ממנה ילד ולא קבע תשובה לשאלה האם הילד צריך להישלח לאימוץ. במקרה שהמחוקק לא קבע בית המשפט צריך להחליט על ידי שיקול דעת- הוא מאזן מחדש ושוקל האם במקרה כזה ראוי להכריז על התינוק כבר אימוץ, שההנחה היא שכן, ההנמקות הן פחות מעניינות. האם חשין נזקק למשפט הטבע הארט טוען שהוא לא צריך, משום שברגע שהשופט נתקל במקרה שאין בדין תשובה תפקיד השופט להחליט, ומנקודת מבטו הוא גם לא צריך להתאמץ כמו החלטת הרוב, ולהכניס בכוח את המקרה לאי מסוגלות הורית. הדרך הכי קרובה להארט של חסר סמוי, שטוענת כי יש פה חסר, יש מצב שהמחוקק לא התייחס למקרה ולכן נשלים אותו. זה הארט אומר במהות הדבר, הוא מתייחס לכל האמצעים הפרשניים כעניין רטורי- בית המשפט צריך לשכנע את קוראי פסק הדין בפסיקה, אך מנקודת מבטו של הארט יש פה מקרה חדש שאין עליו תשובה בדין, ואז נכנס בית המשפט כמי שנותן תשובה. לכן מנקודת מבטו של הארט המאמץ הפרשני הוא משני ולא צריך להתאמץ על מנת לעגן את המקרה בחוק. לדעתו של הארט זה לא יהיה דרמטי להכניס את משפט הטבע, וכאן מטשטשת הפרדה בין משפט ומוסר.

במאמר של הארט, הוא מניח את ההבחנה בין גרעין לשוליים, בהקשר של הפרדה בין משפט למוסר. הארט מתייחס למשפט בצורה יותר מורכבת, בשאלה מה קורה בתחום של השוליים או הרקמה הפתוחה. במקרה הזה, הרי השופט לא יכול להחיל את הדין הקיים, אז כאן הארט מזמין את השופט לשקול שיקולים מוסריים. כאן יש מקום לשקילת שיקולים מוסריים, כלכליים, ביטחוניים וכו. ברגע שהשופט נמצא במקום שאין לו בדין תשובה הוא צריך שלקול אותה לפי השיקולים הרלוונטים, לפי העניין. ואז בעצם ההפרדה הזאת נסדקת, זאת לא הפרדה חדה כי כאן לבית המשפט אין מה לומר, ולכן הוא רשאי לשקול שיקול מוסרי. במובן הזה הפתרון של הארט משוחרר, משום שאם אין לו כלל בדין הוא יכול לשקול שיקול מוסרי. בתוך מתחם שיקול הדעת שבו אין כלל בדין, יש שני מצבים- שאין כלל בדין אך באמצעות תכלית החוק נוכל לקבל הכרעה, אך יש מצבים שתכלית החוק לא מספיקה ונדרש לעשות את האיזונים מחדש. למשל בפלוני תכלית החוק להורה זכות וחובה לגדל את ילדו אך יש מקרה ש הוצאה הילד מחזקת הוריו.

מי שדוגל בשיקול דעת שיפוטי כמו הארט גם מניח שהשופט בשלב הזה שוקל שיקולים חוץ משפטיים. הפורמליסטים טוענים כי השופט אף פעם לא שוקל שיקולים חוץ משפטיים ולא מפעיל שיקול דעת, אך הארט אומר כי במקום שהשופט מפעיל שיקול דעת כי אין תשובה בדין, אז שיקול הדעת השיפוטי פירושו הפעלה של שיקולים חוץ משפטיים, כי אם נפעיל רק שיקולים משפטיים- הטעמים שנמצאים בדין, אז נמצא בתחום הדין, אך אם נצא מהדין ובדין אין תשובה צרך לשקול שיקולים חוץ משפטיים- כלכליים, ביטחוניים, מוסריים וכו, אך הם לא שיקולים שהחוק מגדיר אותם. הם חוץ משפטיים בהגדרה. אם לא נפעיל שיקולים חוץ משפטיים לא מופעל שיקול דעת שיפוטי. בתי המשפט נתקלים במקרים שיש חלל, יש להם אפשרות להכחיש את החלל ולהתאמץ כמו שיטה הפורמליסטית, או להפעיל שיקול דעת שיפוטי כמו שהארט מציע- ושקילת שיקולים חוץ משפטיים. לכן מתברר כי לשופט שי שני תפקידים, ליישם את החוק ולקבוע חוקים חדשים שבו יש חלל.

1. **תורת המשפט של רונלד דוורקין**

דוורקין ירש את הארט בתור פרופ' הפילוסופיה של המשפט באוקספורד. דוורקין נכנס לנעליו וירש את הארט בשנות ה70, וכשהוא התמנה וירש אותו, המיוחד הוא שדוורקין ישר הוציא מאמר התוקף את תורת המשפט של הארט והציע במקום, תורת משפט אלטרנטיבית כאשר נקודת המוצא שלו היא בדיוק השאלה של שיקול הדעת השיפוטי.

נקודת המוצא תהיה שיקול דעת. יכלנו ללמוד את תורת המשפט ליד התורות של הפוזיטיבזם ומשפט טבע והוא מתקשR גם על השאלה הזאת, אך נקודת המוצא של דוורקין הוא שיקול דעת, והוא מתחיל מהשאלה הזאת.

**עקרונות הפוזיטיביזם**

הוא התחיל בהעמדה של שלושת עקרונות הפוזיטיביזם והוא אומר שכל גישות הפוזיטיביות, ששלושת אלה שלמדנו ואחרות מחזיקות בעצם בשלושה עקרונות:

1. כלל הזיהוי- המשפט של החברה הוא מערכת של כללים ספציפיים, הכללים ניתנים לזיהוי באמצעות קריטריון הבוחן את תוקפם. המבחן לתוקף הכלל הוא מקורו ולא התוכן שלו- לא נשאל האם כלל המשפט הוא צודק, מועיל או לא, ולא בוחנים את תוכן הכלל, אלא שואלים האם, כלל שחוקק בהתאם לכללי החקיקה באותה שיטת משפט? ובסופו של דבר מה מקורו של הכלל.
2. שיקול דעת- במקרה שאין כלל המכסה את המקרה ללא ניתן להחיל את החוק, במקרה כזה ניתן לשופטים שיקול דעת ליצור כלל חדש. במקרה שאין כלל משפטי יש לשופט שיקול דעת לקבוע כלל חדש.
3. שיקולים חוץ משפטיים- במקום הזה שאין כלל המכסה את המקרה, אין חובה משפטית- אז מעורבים שיקולים חוץ משפטיים כי החוק לא עונה או מכסה את המקרה. בכל המקרים אין בכל תשובה ולכן אין תשובה משפטית, יש חלל ולכן השופט יכול להפעיל שיקול דעת ולקבוע כלל חדש.

דוורקין אומר כי מבין כל התורות הפוזיטיביות התורה המשוכללת ביותר היא של הארט ולכן נתקוף אותה. הוא מחדד שבתיאוריה של הארט יש שתי דרכים להכרה בכלל משפטי:

1. קבלה ישירה- שזה נכון רק לגבי כלל הזיהוי, רק אותו מאמצים באופן ישיר, הקהילה המשפטית מאמצת באופן ישיר וקובעת מה מקורות המשפט.
2. תקפות- כל הכללים המשפטיים. מכאן ואילך כל הכללים המשפטיים לא מאומצים באופן ישיר אלא בדרך של תקפות- כל פעם נשאל האם לכלל המשפטי יש תוקף בתוך הפירמידה של הנורמות, מקור התוקף הוא כלל הזיהוי וכך נבחן את התוקף. אם מקבלים צו מקצין משטרה כדי לדעת האם הוא מחייב מבחינה משפטית, יש לשאול האם הצו נעשה בסמכות ובהתאם לחוק. כל נורמה משפטית, בעצם נשתלשל איתה עד למקורה, נצרך להשתלשל איתה עד למקור שלה ולראות שהמקור שלה הוא מחייב.

**סטנדרטים עקרונות ומדיניות**

דוורקין רוצה להבחין בין סוגים שונים של נורמות משפטיות- בין כללים ובין מה שקוראים לעיתים סטנדרטים\עקרונות\ מדיניות- נורמות כלליות, שכולם נופלים תחת ההגדרה של עקרונות. כלומר, בתוך המשפחה של עקרונות הוא מבחין בין עקרונות סטנדרטים.

* עקרון- עקרון מוסרי המכוון למעשה מסוים ולא לתוצאה. למשל שלא יהיה חוטא נשכר. בעקרונות כאלה אנחנו מדברות על עקרונות המכוונים למעשה מסוים, עקרון מוסרי.
* במדיניות- יש מטרה שהיא תוצאה חברתית או כלכלית. להגדיל את הצמיחה במשק וכו.

דוורקין ישאל מה המקום של הנורמות המשפטיות האלה- של עקרונות מוסריים ומדיניות בתוך המשפט. ההבחנה היסודית שהוא הולך לעשות היא הבחנה בין כללים ועקרונות. תחת עקרונות הוא שם גם עקרונות מוסריים וגם מדיניות שהיא לאו דווקא מוסרית- היא ניטרלית ותלוית שיטה, היא מונעת לא משיקולי מוסר אלא רווחה חברתית. שאלות מדיניות לא מסוריות אלה שאלות של החלטות חברתיות בכל מדינה, האם למשל היא רוצה הגירה או לא, תחרות במשק איזו מידה, רוצה להגדיל ייצור כלכלי- שאלות כלכליות מסחריות, ביטחונות וגם הלאה.

**כללים ועקרונות**

נראה כי הטענה של דוורקין היא שלשאלות הנוגעות למדיניות, יש השפעה על המשפט. למרות שהמדיניות היא לאו דווקא מוסרית, הוא שם את המדיניות והעקרונות המוסריים יחד. בעוד שאת כל העקרונות האלה, דוורקין שם ביחד, תחת הכותרת של כללים, הארט פעל על מנת להנגיד את המוסר והמדיניות לכללים משפטיים. את ההבחנה הזאת עשינו בראשית הקורס, ונחזור עליה ביתר פירוט לפי דוורקין:

* כלל- הכלל הוא ספציפי, מכתיב את בתוצאה, חל בדרך של הכל או לא כלום.
* עקרון- עקרון הוא כללי- אינו מכתיב תוצאה, עקרון פועל כאשר יש לצדו עקרונות אחרים, לעקרון יש משקל, הכרעה לפי עקרונות זו דרשת איזון או הכרעה.

ההגדרה של כלל משפטי היא שהוא ספציפי. כלל ספציפי, למשל בתחום המשפט הפלילי יש עבירות ויסודות, שאותן נצטרך לנתח, הכלל מנוסח בצורה כזאת שהוא מחיל את היסודות שלו. כל הגדרה מורכבת מכללים ספציפיים. להבדיל מהבחנה של עקרונות שהם מופשטים יותר- למשל עקרונות חוקתיים, כמו לכל אדם יש זכות קניין. אז מה ההבחנה? ההבחנה הרגילה שאנחנו רגילות אליה היא ההבחנה בין כלל לעקרון. יש הבדל ברמת ההפשטה- בעוד שהכלל הוא ספציפי לנסיבות מסוימות, העיקרון הוא ברמת ההפשטה הגבוה יותר. והיחס הוא שהכללים הם הפירוט של העקרונות, כלומר העקרונות הם המטרות של הכללים.

כלל מטבעו מכתיב את התוצאה במקרה הנידון, והכלל חל בדרך של הכל או לא כלום. נניח שאני מואשמת שנהגתי במהירות מעל המהירות שבדרך בין-עירונית, ובכתב האישום הטענה שלי שנסעתי בדרך בין עירונית ולא עירונית. אם אני מצליחה להראות שנסעתי בכביש בין-עירוני ולא עירוני, באותו הרגע כתב האישום מזוכה. הכלל פועל בדרך של הכל או לא כלום, לעומת זאת אם זה היה סטנדרט בעניין של זהירות, כאן זה יכול להיות גמיש יותר. כלל תמיד חל כשמתגשמים יסודות העבירה, ולא בשאלה אם המעשה שהאדם עשה לא ראוי או מוסרי, שאם זה לא בגדר הכלל אז זה לא רלוונטי. עקרונות לא מכתיבים תוצאה, אלא הם פועלים בדרך כלל לצד עקרונות אחרים. אנחנו תמיד מפעילות כלל אחד בלבד ותמיד השאלה של בית המשפט הוא מה הכלל החל על המקרה כי הכלל שיחול יכתיב את התוצאה. לעומת זאת במקום שאנחנו פועלות לפי עקרונות עקרון אחד לא יחיל את התוצאה, בשל ההפשטה שהם מאופיינים בה. בגלל ההפשטה, כמה עקרונות פועלים על מקרה אחד, ואז נצטרך לאזן בין העקרונות. למשל כך תמיד קורה במשפט חוקתי—כי יש חופש ביטוי מול סדר ציבורי, יש כמה עקרונות הפועלים ואף עקרון לא קובע את התוצאה. דוורקין מוסיף כי לעקרון יש משקל, עקרון יש משקל ונשקול את המשקל שלו לצורך האיזון בין עקרונות שונים. ולכן חייבת להיות הכרעה בין העקרונות.

הטענה של דוורקין הייתה כי התפיסה הפוזיטיבית היא שהמשפט בנוי מכללים בלבד (ולכן למאמרו הוא קרא מודל של כללים). התפיסה הפוזיטיבית תופסת את המשפט כמודל של כללים, ובעצם מכאן שהפוזיטיביזם מתעלם מקיומם של עקרונות במשפט. הטענה שהייתה חידוש גדול בזמן שמאמר נכתב, כי המשפט מכיל עקרונות.

**המשפט מכיל עקרונות**

* פרשת ריגס נ' פאלמר- הנכד הרוצח. לפי כללי הירושה שנהגו באותה עת בניו יורק, נקבע שאדם הרשום בצוואה כיורש הוא היורש, ולכן היות וריגס נרשם בצוואה כיורש הוא צריך להיות היורש בלי קשר לכך שהוא רצח את סבו. בית המשפט לא קיבל את הטענה והוא התייחס לשתי הנמקות: 1. ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה- מעשה עוולה של רצח אתה לא יכול לתבוע את הירושה. זה מחסום פרוצדורלי ולא נוגע לשאלת הירושה לגופה, והוא חוסם את המנער מהלהגיש תביעה לירושה. 2. הרציונל של המצווה- כשיש מקרה של חסר סמוי שהמחוקק לא נתן עליו את הדעת ואם הוא ייתן את הדעת הוא גם יתנגד לזה.

דוורקין מנתח את המקרה- יש כלל משפטי, דיני הירושה, ויש עקרון. ובית המשפט דחה את הכלל המשפטי מכוח העקרון- ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה. העקרון לא קבוע בחוק, דיני הירושה ובאופן כללי בדין האזרחי האמריקאי. זהו מין עקרון מופשט- צודק ומוסרי המקובל על בתי המשפט, עקרון שנחשב כמקובל מבלי שהוא נקבע באופן פורמאלי ובכל זאת העקרון הזה משפיע על הכרעת בית המשפט. דוורקין אומר כי יש לשים לב שלפוזיטיביזם יש שטח מת במשפט- אתם מדמיינים שאתם מפעילים את המשפט לפי הדין, אך אם ננתח את פסקי הדין נגלה שבית המשפט משתמש גם בעקרונות שהם אינם חלק פורמלי מן הדין.

* פרשת המיגמן נ' בלומפילד- פרשה נוספת שדוורקין מדגים עליה. הייתה תאונה ומסתבר שהתאונה נגרמה מפגם בייצור של המכונית. הלקוח תבע את היצרן על כך שהוא גרם לו נזק. היצרן טען כי יש חוזה ולפיו ברגע שיש פגם על היצרן לתקן את הפגם, אך האחריות לא מגיעה לפצות על נזקים שנגרמו ממנו. לפי החוזה שנחתם, החוזה הגדיר את האחריות של היצרן והיא רק לתקן את המכונית ולא לפצות על נזקים שיקרו בעקבות זאת. בית המשפט דחה את טענת היצרן וקבע כי הוא צריך לפצות את הניזוק- למה? זה בניגוד לדיני החוזים אך הוא התבסס על העקרון ש: ליצרן המכוניות יש אחריות מיוחדת כלפי הלקוח. העקרון הזה גובר על ההסכמה החוזית. ההסכמה החוזית לא יכולה לבטל את האחריות של היצרן. זה מגיע לבית המשפט העליון כי הכללים הם מעבר לחוזים- בית המשפט מקבל את הטענות כי החוזה לא הוגן ולא צודק ולכן הוא סותר את החוזה באמצעות אותם עקרונות שקובעים כי אי אפשר להתגונן ולבטל את האחריות הזאת באמצעות חזוה.

דוורקין מסיק כי החלטה שיפוטית היא לא רק יישום של הכללים המשפטיים. ההחלטה השיפוטית שיש בה גם שימוש בעקרונות מופשטים שאינם קבועים החוק, הם לא חלק מהמשפט לפי ההגדרה הפוזיטיבית. הם לא נקבעו על ידי המחוקק והם לא מזוהים על ידי כלל הזיהוי. לא ניתן לשלשל אותם אחורה ולטעון כי כלל הזיהוי הוא מעבר למשפט. הטענה של דוורקין היא כי המשפט הוא יותר עשיר ממה שהתיאוריה הפוזיטיבית מתארת. התיאור הפוזיטיבי לא נכון משום שהמשפט עשיר יותר מאשר מודל של כללים, יש בו גם עקרונות. יש הטוענים שדוורקין מקצין מאחר והפוזיטיביסטים מודים בקיומם של עקרונות במשפט במידה שהם נקבעו. הטענה של דוורקין בכל זאת קיימת משום שהעקרונות הם מעבר לעקרונות החוקתיים, יש עקרונות רחבים יותר שגם אם החוקה לא תגדיר אותם- כמו ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה, ואף על פי כן בתי המשפט יעשו בזה שימוש. בית המשפט מחליט החלטות רבות על פי המדיניות למשל של דיני התחרות.

**האם העקרונות הם חלק מהמשפט?**

האם הם באמת חלק מהמשפט או שבתי המשפט משתמשים בהם כששיקולים חוץ משפטיים? דוורקין מעלה שתי אפשרויות:

1. לחשוב על העקרונות כשיקולים חוץ-משפטיים- העקרונות אינם חלק מהמשפט ולכן אינם מחייבים. הוא מחליט באיזו מידה להשתמש בהם או לא.
2. העקרונות האלה הם חלק מהמשפט- והם מחייבים באופן עקרוני כמו כללים.

כלל הזיהוי

התשובה הפוזיטיבית היא שהם כללים חוץ משפטיים. העקרונות אינם תקפים מכוח כלל הזיהוי מאחר וכלל הזיהוי לא מזהה אותם, ולכן הם יגידו שהם שיקולים חוץ-משפטיים. אך דוורקין מקשה בטענה כי אם העקרונות האלה הם חוץ-משפטיים, אז הם בתי המשפט היו מפעילים אותם רק במקומות שמשתמשים בשיקולים חוץ משפטיים- רק בחלל המשפטי. אך במקרים שראינו, היו להם כללים משפטיים ברורים, ולמרות זאת העיקרון התגבר על הכלל המשפטי. זאת אומרת, לפי דוורקין לעקרונות יש משקל שווה לכללים ואולי אפילו גוברים עליהם, כי בכל המקרים האלה העקרונות המשפטיים גוברים ומחייבים על הכללים המשפטיים ויכולים להתחרות איתם. ולכן אנחנו פונות אל העקרונות שלא מחייבים לכלל הזיהוי, אלא כי הם מוצדקים- הם נראים באופן מוסרי כעקרונות מוצדקים. המעמד של העקרונות לא נובע מכוח התקפות כמו במודל הפוזיטיבי לא נובע מכוח קבלה ישירה, שלא מתאים למודל הפוזיטיבי שיש רק כלל אחד שנובע באופן ישיר וכל השאר נובעים מכוח התקפות.

* העקרונות אינם תקפים מכוחו של כלל הזיהוי
* עקרונות מחייבים משום שהם מוצדקים, כלומר משום שהם מתקבלים באופן ישיר
* מסקנה: המשפט אינו מוגבל על ידי כלל הזיהוי

המסקנה של דוורקין היא שהתמונה הפוזיטיביסטית לפיה הכלל נובע מנורמת על- הניסיון להגדיר את המשפט באמצעות עקרון-על, שקובע שער וגבולות למשפט, זהו ניסיון לא מוצלח שלא משקף את המשפט כפי שעובד בפועל. המשפט הוא מפולש ופתוח לעולם- הוא לא עצמאי ונבדל כמו הפרויקט הפוזיטיבי, המשפט הוא מפולש, יש לו דלתות פתוחות שדרכן נכנסים כל מיני שיקולים שנכנסים מעולם של חוץ-המשפט לתוך המשפט. ולכן לא ניתן להגדיר את המשפט כתחום עצמאי ולא ניתן להגביל אותו לפי כלל הזיהוי ולפי כללים.

הפנייה לעקרונות מוסריים ולמדיניות היא לא המצאת השופט אלא הוא פונה לעקרונות וקווי מדיניות מוסכמים שהמדינה מסכימה עליהם. העקרונות האלה כשלעצמם אין עליהם ויכוח, אלא השאלה היא האיזון הספציפי במקרה, וזאת מלאכת השיפוט. המדיניות הזאת היא לא פרי של השופט אלא של המחוקק. הטענה של דוורקין מרחיקת לכת משום שלפי הטענה הזאת למשפט אין גבולות, הוא לא תחום סגור אלא הוא שפה או שיטה שדרכה אנחנו שוקלות גם עקרונות שהם כביכול מחוץ למשפט. ניתן לראות את הויכוח של דוורקין לפוזיטיביסטים, האם למשפט יש גבולות. הוא לא רואה את המשפט כתחום סגור המורכב רק מנורמות חברתיות ושל חקיקה, אלא רואה את המשפט העובד על יסוד מופשט שלא סגור רק לנורמות חקיקה.

**מושג שיקול הדעת**

לפי הגישה הפוזיטיביסטית במקום בו אין כלל משפטי השופט מפעיל שיקול דעת ויוצר כלל חדש, וכך השופט פועל כמחוקק משנה. דוורקין מתנגד לתמונה הפוזיטיבית הזאת ובשביל זה הוא מסביר את מושג שיקול דעת ומהו.

דוורקין מבחין בין סוגים שונים של שיקול דעת:

* הוא מתחיל עם הדוגמא של השופט במשחק כדורגל המפעיל שיקול דעת והוא קובע חוץ, עבירה, בעיטת עונשין וכדומה. יש לשופט שיקול דעת, אך הוא לא קובע שום דבר נורמטיבי, הכללים קיימים ולכן הוא מתאים בין הכלל למקרה, הקביעה שלו היא במישור העובדתי ולא נורמטיבי. הוא מפעיל שיקול דעת מסוג חלש.
* המקרה הבא הוא יותר מורכב. מפקד פלוגה מורה למפקד מחלקה לקחת למשימה את חמשת החיילים החזקים ביותר. יש למפקד פלוגה שיקול דעת במובן של קביעת קריטריון והמפקד הזוטר מיישם את הקריטריון. זה דומה מאוד לשופט כדורגל, במובן הזה שהמפקד הזוטר לא מחליט בעצמו החלטה נורמטיבית אלא יש לו החלטה עובדתית. לעומת זאת אם המפקד הבכיר מורה למפקד הזוטר לקחת חמישה חיילים והוא לא נותן קריטריונים, אז עכשיו המפקד הזוטר צריך להחליט לפי איזה קריטריון לקחת את החיילים, ולכן הוא קובע את הכללים. המפקד הזוטר צריך להחליט איזה חיילים מתאים לכל משימה ואיזה קריטריון לקבוע לכל משימה. אז במקרה הזה למפקד הזוטר יש שיקול דעת.

מכאן מגיע דוורקין להבחנה בין שיקול דעת חלש לחזק.

**סוגים של שיקול דעת**

1. שיקול דעת חלש- שיקול דעת חלש הוא במקום בו מקבל ההחלטה לא קובע קביעה נורמטיבית, כמו הכדורגל- יש עליו חובה. יש קריטריון שקובע לו מה להחליט, השופט כדורגל חייב לשרוק במקרה של פנדל. הוא לא באמת שוקל, שיקול הדעת מתמצא ברמה העובדתית של התאמת הכלל למקרה, וכך גם במקרה של המפקד הזוטר שהטילו עליו החובה לבחור את אלה והוא מחליט ברמה העובדתית מי החזקים. שיקול דעת חלש מקבל ההחלטה כפוף לנורמה.
2. שיקול דעת חזק- לעומת זאת, במקום שבו מקבל ההחלטה משוחרר מקריטריון אלא הוא יוצר בעצמו את הכלל, אז אין עליו חובה ומכאן ששיקול הדעת שלו חזק. זה המקרה בו המפקד יכול לבחור איזה חיילים ולאיזה משימה. אין עליו חובה ואין עליו קריטריון. זאת אומרת, שיקול דעת חזק הוא מקום בו מקבל ההחלטה אינו כפוף לנורמה.

איזה שיקול דעת יש לשופט בקבלת החלטות?

עכשיו דוורקין רוצה להבין את שיקול הדעת השיפוטי- האם לשופט בקבלת החלטות יש שיקול דעת חלש שכפוף לנורמה או חזק, שאינו כפוף?

אין ספק שבמקום שבו יש כלל משפטי רלוונטי אז השופט מפעיל שיקול דעת חלש, גם לפי הארט. אך מה קורה במקרים שבהם אין כלל? למשל פלוני נ' פלוני, שפע ים, ריגס- מקירם רבים שמגיעים לסביבת המשפט והם לא שאלות עובדתיות אלא משפטיות, אז נשאל איזה כלל יחול כאשר על פניו אין כלל ויש מקרה חדש? הארט יענה כי השיקול הדעת שיש לשופט במקום בו אין תשובה משפטית, הוא יפעיל שיקול דעת חזק- במקום שבו אין כלל משפטי, ברקמה הפתוחה של החוק אז השופט מפעיל שיקול דעת חזק כי אין כלל, אין חובה משפטית והשופט נדרש ליצור את הכלל, החוק לא קובע והשופט נמצא בפני המקרה והחליט החלטה ופועל כמחוקק משנה, יש לו פער ולכן יש לו שיקול דעת חזק.

**שיקול דעת לפי דוורקין**

איזה מין שיקול דעת יש לשופט? דוורקין מתווכח עם זה- שופט במקרים קשים פועל לפי עקרונות שהם לפי הארט חוץ-משפטיים- עקרונות כלכליים, תכלית החוק, עקרונות מוסריים, יש מקרה שהחוק לא דן בו. אך לפי דוורקין העקרונות הם חלק מהמשפט ואם השופט מחליט לפי העקרונות במובן הרחב, זאת אומרת שהוא מחליט לפי נורמות משפטיות. כלומר, אם הוא מחליט לפי נורמות משפטיות זה כאילו יש כללים- במילים אחרות לשופט יש שיקול דעת חלש. התזה של דוורקין האי שלשופט יש שיקול דעת חלש, כי השופט אף פעם לא נמצא במקום שהוא מחליט בעצמו אלא תמיד יש לו חובות משפטיות, מאחר והמשפט עשיר יותר ממה שהארט אמר. דוורקין טוען כי שאין דבר כזה עקרונות חוץ משפטיים, שהרי הם שיקולים משפטיים, העקרונות האלה הם חלק מהמשפט והם לא חוץ משפטיים, מאחר והם והשופטים משתמשים בהם כדי לגבור על כללים. השופט נמצא בפני עולם משפטי שלפי דוורקין אין בעולם הזה חללים, אין בו מקומות של משפט כי כל שיקול הוא שיקול משפטי. עולם המשפט הוא עשיר הרבה יותר, הכללים הם הנורמות, אך יש גם עקרונות הממלאים את חלל המשפט, ולכן השופט אף פעם לא נמצא במקום ריק, וכל השיקולים האלה יש משקל נורמטיבי מחייב והשופט לא פטור מלשקול אותם. במקום שאין כלל יש מכלול שיקולים שהשופט מחויב לשוקל אותם ולכן אף פעם אין חלל. בעוד שהארט פונה אל הכללים האלה רק במקרה בו אין כלל משפטי, דוורקין פונה אליהם בכל מצב.

* עקרונות הם חלק ממשפט
* במקרים בהם אין כללים השופט מחליט לפי עקרונות
* לשופט יש שיקול דעת חלש

**האם לכל שאלה משפטית יש תשובה?**

לפי הארט אם זה נופל בכללים אז יש תשוב,ה ואם זה ברקמה הפתוחה אין תשובה. אך לפי דוורקין תמיד יש תשובה נכונה אחת בלבד, והיא בעצם מתחייבת המסקנה הקודמת שלו. זה לא רק שיש נורמות, השאלה היא כיצד לאזן ביניהם. ברמה התיאורטית לכל תשובה משפטית יש תשובה נכונה אחת, יש איזון נכון בין הכללים האלה. המהלך שלו אומר את הדבר הבא:

* יש עניינים שמבוססים על העדפה אישית- אין בהם תשובה נכונה (תה, קפה, סרט, ספר), כל אדם יכול להחליט מה הוא מעדיף.
* אך בעניינים שמבוססים על סטנדרטים אובייקטיבים- שאלות נורמטיביות, אין בהם אפשרות של בחירה הואיל יש בהם תשובה נכונה. או שהם מתאימים לסטנדרט או שאינם מתאימים.
* החלטות משפטיות מבוססות על סטנדרטים ולכן יש בהם תשובה נכונה- הואיל והמשפט בנויים על סטנדרטים אובייקטיבים צריך להניח שיש בהם תשובה נכונה אחת.

הטענה של דוורקין היא שמבחינה נורמטיבית השופט לא יכול לבחור ולהחליט מה התשובה נכונה, אלא התשובה שלו מבוססת על סטנדרטים והוא חותר לתשובה נכונה. דוורקין לא חותר לקבוע כי משפט זה מתמטיקה, דוורקין מודע לכך שהמשפט לא פועל כך, וברמה של עקרונות לא ניתן לשכנע את האיזון המדויק. אך ברמה התיאורטית כל שופט חותר למה שבעיניו נראית התשובה הנכונה ולכן הוא מבקר את השני, כי אם אין תשובה נכונה אז אין מקום לביקורת, אין מקום לביקורת על העדפה. אך בשאלות נורמטיביות אנחנו כל הזמן מבקרות- גם החלטה של בית משפט שהיא בתחום שיקול הדעת נבקר אותה, אז אם אנחנו מבקרות אותה, אנחנו מניחות שיש פה איזשהו מדד אובייקטיבי לחלטה. לכן הטענה של דוורקין היא שלכל החלטה שיפוטית יש החלטה נכונה אחת. אין ביטחון שכל ההכרעות הן נכונות, אך הטענה של דוורקין שאנחנו חותרות לתשובה נכונה אחת, צריך להניח את התשובה הזאת והתפקיד של השופט זה לשכנע שהוא נותן את התשובה הנכונה. אך התוקף של טענתו של דוורקין שבית המשפט בוחר- בית המשפט לא בחר אלא הוא כפוף על פי הנורמות כפי שהוא תופס אותן, הוא אף פעם לא נמצא במקום שהוא בוחר, הוא מחליט כך מכיוון שזה נכון ואין אפשרות אחרת.

**שיקולים נורמטיביים**

מעבר לעניין האנליטי שהחלטות שיפוטיות הו החלטות המבוססות על סטנדרטים אובייקטיבים לעומת הנחות המבוססות על העדפות אישיות שאותן לא ניתן לבקר. בעולם של סטנדרטים אובייקטיבים אין מקום להעדפות אישיות. הוא מעלה שלושה טיעונים נורמטיביים:

* הטיעון המקצועי- שופט צריך לפעול לפי תשובה אובייקטיבית שהחוק ולא לפי החלטה אישית. הטיעון המקצועי רוצה שהשופט יתאמץ להחליט החלטה מקצועית ולא אישית. השופט מחויב לתת החלטה מקצועית אישית מנוקמת ולא החלטה אישית שלו, הקשורה לנטיות האופי שלו, הוא צריך לתת החלטה מקצועית ולכן נלחץ עליו לחתור להבין מה היא ההחלטה מקצועית ולהבין מה המשפט אומר
* הטיעון הדמוקרטי- הוא בא בהפוכה להארט, הארט רואה את השופט שותף למחוקק, באותם מקרים שהמחוקק לא נתן תשובה, התפקיד עבור לשופט והוא מחוקק משנה, אך מי שמו? איך השופט יכול להחליט להיות מחוקק מאחר והוא לא נבחר ציבור. לשופט אין סמכות בגלל הלגיטימציה שלו להיות מחוקק משנה, מחוקק משנה יש רק אחד. מנקודת מבט של דוורקין השופט איננו מחוקק אלא מיישם את החוק, ולכן המחוקק מנקודת מבטו נאמן לנקודת מבטו של דוורקין שהוא לא יוצר את החוק אלא מיישם אותו. העקרונות המוסריים האלה הם עקרונות מוסכמים על ידי החברה, השופט פונה אל העקרונות המוסכמים, שהם יסודות של החברה שלנו והוא מחיל אותם. ולכן מנקודת מבט דמוקרטית השופט נכון לתפוס כמי שמיישם את החוק ולא כמי שיוצר.
* הטיעון מכוח שלטון החוק- זאת שאלה ידועה אם השופט יוצר חוק והוא יוצר בדיעבד, אז איך הוא יכול להטיל חובה רטרואקטיבית, אז מנקודת מבט דווחת יוצא שהוא מחליט החלטות רטרואקטיביות, אז לפי דוורקין הוא בעצמן טוען שמנקודת מבט של שלטון החוק צריך לתפוס את השופט כמיישם החוק.

סיכום קצר: דיברנו על תורת המשפט של דודוקין ובתזה שלו היינו מדגיישים שלוש נקודות: 1ץ הטהענהש השנפט מכיל לא רק את הכלליןה מזוהעועל ידי כלל הזיהויףה וא מכיל גם עקרונוצ, ולא רק סתם עקורנות סמפטיים אלא גם עקרונותש הם אינם מזוהים על ידי כלל זהיהויף עקרונותש לא נחקקו אי פעם. 2. מכלול הנרומות של המשפטף הכללים והקעונות מספקים תשןובה לכל שאלה- ולכן בעצם לשופט אין שיקול דעת או יש שיקול דעת חלש, מכיוון שהשתובה קיימת הווא תריך לגלות והכליל אותה ולא יוצראף פעם תשובה חדשה. 3. תזת התשובה הנכונה הקשוהר לאותו ענייןףף התזה שלא לכל תשובה משפםטית יש תשובה פירוש שלכל שאלה יש תשובה כיונה אחת בלבד. היא מבוססת על טעיוןא נליטי, על הטענה כי החלטות משפטיותה ן אל עניין של העדפה הישיתא ו בחריה של שהופט, אלא הם עניין שנקבע על ידי סטנדרטיםא ובייקטיבים היכולים ךלהיות לוייפ לעין או נסתרים, אלו הם הקערונות, ולכם מבחינהא נליטית צריך להניח שיש תשובה נכונהץ הראיה היא שכאשר אנחנו נחלוק על שופט, לא נאמר כי הוא בחר להחליט כך וזוהי זכותו כפי שאומריםע לד ברים התלוים בעדפות אישיות, אלא זה עניין של מבקריםא תההחלהט ונמיחים שיש תשובה אחת.

בנוסף לענייןם הזה יש גם שיקולים נרומטיבים ודיבנרו על שלושה מהם- טיעון מקצועי שהשופטצריך למצות את ידיעותיו המקתועיות ואל החלטה איישית, הטעיון הדמוקרטי- שהופט אחננו נבחר ציבור אלא ליישםא תה כללים השמפטיים ולכן תצריך להניחש הכללים קיימים קודם, 2. טיעון מכוח שלוןל החוק המחוקק לא יכול רטרוארטיבי לקבוע החלטות וכלןה או צריךל ליישם החלטה קיימת.

**סיכום: תפקיד השופט**

שופט תפקידו להחיל נורמות משפטיות, בין שהן מסוג כללים ובין שהן מסוג עקרונות. במילים אחרות השופט מיישם את החוק, ולכן השופט איננו מחוקק משנה.

* השופט נדרש להחיל נורמות משפטיות כללים ועקרונות
* השופט מיישם את החוק
* השופט איננו מחוקק משנה

**נון פוזיטיביזם- סיכום**

מכאן אנחנו יכולות לסכם את המהלך של דוורקין, שבו הוא התחיל את תחילת מאמרו. הוא תיאר את התיאוריה הפוזיטיבית על סוג שלושה עקרונות ונראה איך הוא בעצם הפריך את שלושת העקרונות או הגיע למסקנה שונה בכל שלושת המקומות:

1. דחיית העקרון הפוזיטיביזם הראשון- העיקרון המשפטי אמר שהנורמות המשפטיות מזוהות על ידי כלל אב\ כלל זיהוי- לדעת דוורקין המשפט מכיל עקרונות שאינם בהכרח מזוהים, הוא ציין כל מיני מקרים שבית המשפט הכריע בעזרת עקרונות שהם לא חלק מהכללים המשפטיים, החלטות של שופטים נעשות לא רק על פי כללים משפטיים אלא גם עקרונות, ולא רק עקרונות משפטיים אלא גם עקרונות ההם חוץ משפטיים מנקודת המבט הפוזיטיבית, והשימוש בעקרונות שהם עקרונות שאינם מזוהים על ידי כלל הזיהוי, מוכיח שהמשפט מכיל לא רק נורמות שמזוהות על ידי כלל זיהוי.
2. דחיית העיקרון הפוזיטיביזם השני- שיקול דעת חזק- במקום שבו אין כללים משפטיים לשופט שיקול דעת חזק כדי להכריע- דוורקין דחה בעזרת הטענה שיש לשופט שיקול דעת חלש בלבד, לא רק שהעקרונות האלה קיימים במשפט אלא הם גם מספקים תשובה לכל שאלה, והואיל שהם מספקים תשובה לכל שאלה אז לשופט נותר רק ליישם את הדין ויש לו שיקול דעת חלש.
3. דחיית העיקרון הפוזיטיביזם השלישי- היעדר חובה משפטית בהיעדר כלל- לפי הארט בהיעדר כלל אין חובה משפטית, ולכן לשופט שיקול דעת חזק. דוורקין טוען כי בהיעדר כלל, יש חובה משפטית הנובעת מאותם עקרונות ושיקולים שכוללים גם עקרונות מוסריים, סטנדרטים, קווי מדיניות שבתי משפט מתחשבים בהם בהכרעות משפטיות, למרות שהם לא היו בצורה של חוקים. הטענה של דוורקין היא שיש לתפוס את המשפט באופן רחב ועשיר שלא כולל רק נורמות משפטיות, אלא כולל גם עקרונות מוסריים, מדיניות וכו. מנקודת המבט של דוורקין למשפט אין גבולות ברורים. המשפט הוא פרספקטיבה או שפה להתמודד עם השאלות האלה, אך השופטים שוקלים גם את השיקולים האלה שצירך לראות אותם כחלק מן המשפט.

**דוורקין ומשפט הטבע**

מקבלים מדוורקין לא רק תיאוריה פרשנית של המשפט. לא רק הסבר לשיקול הדעת אלא תיאוריה שלמה של המשפט- תורת משפט מקיפה יותר ותורת משפט שעונה מהו המשפט ולא רק איך מפעילים אותו. הגענו דוורקין מאיך מפעילים את המשפט למהו המשפט. התמונה שלו של המשפט היא תמונה רחבה. ועכשיו נשווה אותו לתורות משפט שלמדנו קודם.

דוורקין העמיד את עצמו מול הפוזיטיביזם ולכן מתעוררת השאלה האם אפשר לראות אותו כאיש משפט הטבע? אם הקו של הפוזיטיביזם הוא הפרדה בין מוסר למשפט, אז הארט נמצא בקו של הפרדה, כשמולו דוורקין נמצא באי הפרדה. אך בכל זאת דוורקין טען על עצמו שהוא לא חלק מהאסכולה של משפט הטבע. הדמיון בתפיסתו של דוורקין למשפט הטבעי הוא ברור, שאין להפריד בין שיקולים מוסריים למשפטיים, ואף מכניס מכלול שיקולים חברתיים וציבוריים. ואכן בספרות המשפטית והתיאוריה של המשפט רבים מתייחסים אליו כאיש משפט הטבע. כי אם זה קו פרשת המים הוא בקו של משפט הטבע. אך דוורקין עצמו מתנגד להגדרה הזאת ולא משתייך או מזדהה עם העמדה של משפט טבעי.

למה הוא לא רואה את עצמו כאיש משפט הטבע?

דוורקין עצמו הסתייג מהזיהוי משום שמשפט הטבע, מה שיש שם זה שיקולים של משפט רצוי. אנשי משפט הטבע בעצם שואלים את עצמם את השאלה ומכניסים את השיקולים של משפט הרצוי לתוך המשפט המצוי- מכיוון שיש להתייחס מהשיקולים האלה הם חלק מהמשפט. הטענה של דוורקין באופן עקבי שהוא לא מבחין בין משפט מצוי לרצוי. הוא פוסק לפי המשפט המצוי- את ההחלטות המשפטיות הוא לא בוחן לפי מה שראוי לעשות, אלא לפי המשפט הקיים. הוא רואה את המשפט בצורה רחבה ומגיע להחלטות לפי המשפט הקיים, הוא לא מסתכל על המשפט הרצוי, כבר בשלב הראשון הוא מנתח את המשפט באופן שהוא כולל את המשפט המצוי בלבד. אצל אנשי משפט הטבע אין הפרדה בין המשפט הרצוי למצוי, ואצל דוורקין לשיטתו הוא מדבר על משפט מצוי תמיד, לכן בנקודת הזאת הוא מסתכל כפוזיטיביסט.

* דמיון למשפט הטבע- שיקולים מוסריים הם חלק מהשיקולים המשפטיים
* ההבדל- אין מדובר בשיקולים של משפט רצוי אלא בעקרונות שהם חלק מהמשפט הקיים

דוורקין לא השקיע בכתיבתו בפילוסופיה של האדם, הטיעונים שלו פחות מבוססים על טבע העולם ועל טבע האדם. שדיברנו על אריסטו הוא דיבר על טבע האדם, ואפילו תיאוריות מודרניות של משפט הטבע הן אומרות מה טבע אומר, מה טבע האדם וטוענת המשפט הטבעי מכילה טענה בדבר קיומו של משפט אובייקטיבי- יש טבע ומוסר אובייקטיבי, והערכים האלה יש להם רלוונטיות ותחולה גם במשפט הטבעי. והטענה של דוורקין הוא לא מתעסק ונכנס לשאלה האם יש מוסר אובייקטיבי, מוסר ריאלי, אלא הוא עוסק בשאלה מה אנחנו כחברה אנושית תופסים כחלק מהמסורת. הוא לא טוען טענות פילוסופיות כלליות על טבע האדם, אלא לנו כחברה מערבית יש הנחות מסוימות לגבי כבוד האדם, שוויון, צדק וההנחות הן בעיניו, חלק מהמשפט. ולא נכנס לוויכוח האם יש קבוצה בדרום אפריקה שיש להם מערכת ערכים אחרת והאם ניתן לכפות את מערכת הערכים.

הנקודה המרכזית בעיניו היא הטענה שהוא מתייחס למשפט מצוי ולא רצוי. אך צריך להודות שאם נמקם את קו פרשת המים בשאלה של הפרדה בין מוסר למשפט הוא נמצא בקו של אין הפרדה, ולכן הוא נמצא באותה מחלקה של המשפט הטבעי.

**דוורקין והפורמליזם**

שאלה מעניינת בהשוואה בין פורמליזם לדוורקין, באיזה מובן דוורקין פורמליסט?יש דמיון יסודי בין דוורקין ובפורמליזם:

1. בהיעדר שיקול דעת- הטענה הפורמליסטית שהשופט צריך לגלות במשפט את התשובה, והוא אף פעם לא יוצר תשובה.
2. תזת התשובה הנכונה- בשניהם יש תשובה נכונה שלכל שאלה.

אבל כנגד הדמיון הזה יש גם הבדלים מאוד בולטים

1. שימוש בעקרונות ולא בכללים- הפורמליזם דוגל בפרשנות מילולית לחוק, בפרשנות לוגית, היסקים לוגים. מבחינת הפורמליסטים המודל של המשפט הוא מודל של כללים, דוורקין התנגד לו. הפורמליסטים רואים את המשפט בצורה של כללים שאותם מכריעים באופן לשוני, ואם אין הכרעה לשונית מהכללים, מסיקים את התשובה (על ידי היסק). אצל דוורקין השימוש הוא בעקרונות ולא כללים. הטענה שלו שהמשפט מכיל עקרונות ועקרונות זה עולם ומלואו, אלו שיקולים חברתיים מגוונים, כל השיקולים שבוחנים בפניהם החלטות שיפוטיות הם רלוונטיים, ולכן המחשבה שלו היא אנטי פורמליסטית. יש לו תבנית גדולה שניתן לדמות פורמליזם, אבל בנקודת המחשבה של השופט הוא אנטי פורמליסט, והוא אפילו יותר קיצוני מהארט. במקום שיש כלל ברור, אז צורת המחשבה צריכה להיות פורמלית, אך במקום שאין כלל ברור, שנמצאים בשוליים ורקמה הפתוחה שם נפעיל שיקול דעת. אצל דוורקין ההבחנה הזאת לא רלוונטית- הבחנה של הארט בין לגרעין לשוליים היא לא רלוונטית כי כוחם של העקרונות יכול לגבור גם על כללים. מכאן שהמחשבה שלו היא אנטי פורמליסטית.
2. פרשנות ערכית ותכליתית- הפרשנות היא פרשנות ערכית או תכליתית, הבחינה שלו היא בכל החלטה שיפוטית. היא לא רק לפי הכללים ולא רק למשמעות המילולית אלא המשמעויות החברתיות, מוסריות אחרות ולכן הוא אנטי פורמליסט.

אצל דוורקין יש שני פנים- מצד אחד יש דמיון במחשבה הכללית התבנית של היעדר שיקול דעת, אך באופן המעשי הוא בהחלט אנטי פורמליסט.

**אקטיביזם שיפוטי**

האם התיאוריה של דוורקין מביאה לריסון או אקטיביזם שיפוטי?

דוורקין באופן מוצהר, אם נחשוב באופן בו הגדיר את תפקיד השופט ההגדרה שלו היא הגדרה מרסנת, קונסרבטיבית בטענה שהשופט רק מיישם את החוק ולא יוצר החוק, לכן לכאורה הוא באגף השמרני. אך מהצד השני הוא מתמקם באקטיביזם השיפוטי מכיוון שתמונת המשפט שלו היא כל כך רחבה, עשירה ומכילה שיקולים מוסריים, חברתיים, כללים, אז ממילא הוא נותן לשופט ארגז כלים מאוד מלא ועשיר, מה שמביא את השופט להיות אקטיביסט.

חלק מהשיח היום מהשמרנות ניתן לשים לב שהוא מערבב שני מושגים שונים של שמרנות- המילה שמרנות משמשת בשני מובנים שונים: 1. השמרנות השיפוטית- האם אתה אקטיביסט או מרוסן. האם שופט אקטיביסט הוא שופט המוכן להתערב בהחלטות של רשויות אחרות ואפילו של המחוקק, לשנות החלטות ישנות של בית המשפט וכו, ולכן ריסון שיפוטי זה להימנע מלהעביר ביקורת על חוקים. במובן הזה שמרנות שיפוטית עומדת בניגוד לאקטיביזם שיפוטי 2. שמרנות אידאולוגית- העומדת מול ליברליזם, ליברליזם דוגל בזכויות אדם, חופש מלא ושוויון, הולכת עם זה עד הסוף ועמדה שמרנית היא עמדה המחזיקה בערכים שמרניים- משפחה, לאומניות וכאשר תהיה התנגשות הליברלית מעדיף את זכויות האדם והשמרן יעדיף וירצה לשמור על ערכי המשפחה. יש לשים לב להבדל בין שמרנות אידאולוגית לשיפוטית, משום שהשמרן והאידאולוג יכול להיות אקטיביסט שיפוטי ויתערב בהחלטות המחוקק למען האידאולוגיה שלו, וכך ההפך.

אם נחזור לדוורקין, שאלה אחת היא מה העמדה האידיאולוגית של דוורקין בנושא של שמרנות מול ליברליזם, ושאלה אחרת, שהיא מנקודת מבט של תורת המשפט- הוא מציג תמונה מורכבת משום שהוא טוען באופן עקרוני לכפיפות של השופט לחוק ולמדינה. למשל הוא טוען כי שופט לא יכול לקבוע מדיניות חדשה- אם יש מדיניות מסוימת, הוא יכול להתערב בהחלטות של המדינה רק באמצעות שיקולים מוסריים ולהיות ביקורתי , אבל שופט לא יכול להמציא מדיניות, האם המדינה היא בעד הגירה או נגד וכו, השאלות האלה הן שאלות שהשופט זה חלק מהתפיסה שלו לכפיפות השיפוטית ולא יכול להחליט בהחלטות האלה. יש לו יותר חופש בעקרונות מוסריים, הטענה שלו שברמה של העקרונות השופט לא מייצר לא רק מפעיל. ולכן התמונה הזאת של דוורקין יש ריסון מסוים, אך מהצד השני הארגז העשיר שהוא נותן לשופט יוצר שופט מאוד אקטיביסט.

חלק מהביקורת היא שיש פה הסוואה- התיאוריה שלו את השופט כמי שתפקידו הוא ליישם את החוק, והמצד השני תפיסת החוק, שהיא עשירה וחסרת גבולות מיד נותנת כלים לשופט אקטיביסטי. העמדות שלו אופן מעשי היא שהשופט משוחרר.

1. **יוסף רז- תגובה לדוורקין**

יוסף רז הוא מלומד ישראלי במקורו, שלימים היגר וירש באוקספורד את דוורקין. רז נחשב לחשוב ביותר להוגי תורת המשפט והוא ממשיך דרכו של הארט. רז חוזר לעמדה ההארטיאנית בתורת המשפט. במאמרו המוקדם משנות ה80 הוא מתמודד עם דוורקין. גם מבחינת הארט, דוורקין אתגר מאוד את כל החבורה ההארטיאנית, הארט עצמו פרסם ספר עם תגובה לדוורקין, הוא הרגיש שיש לו אתגר ולכן הוא מגיב לדוורקין. וגם רז במאמר הזה מגיב לדוורקין. דוורקין אתגר את הפוזיטיביסטים במובן של מקומם של עקרונות המשפט- משום שבתיאוריה של הארט אל היה מקום כל כך גדול לעקרונות, ואותם דוורקין מציף ומראה איך המשפט עובד בפועל. הארט עובד בצורה שיש כללים ומחילים אותם כמו הפורמליסטים, אך הפורמליסטים לא ידעו שיש רקמה פתוחה וצריך להפעיל שיקול דעת. דוורקין מפעיל תמונה מורכבת יותר-שלא קיימים רק כללים אלא עקרונות מופשטים.

1. למשפט יש גבולות (רק נורמות שמתאימות כלל הזיהוי הן נורמות משפטיות)- אם דוורקין מתאר את המשפט כדבר חסר גבולות אתה בעצם ממוסס אותו- אם המשפט זה רק שפה, ניתן לשאול כל דבר. אם נרצה לתת איזשהו מובן לתופעה של משפט שבו יש עקרונות כוללים והחברה קובעת, אז צריך להבחין בין כללים. יש הבדל בין הדיון המשפטי לבין הדיון בעיתונות, אך אם לא נייצר את הגבול הזה המשפט יתמוסס ויהיה דומה לכך. במשפט יש כללים שהחברה גיבשה וחוקקו אותם כחוק מחייב. ברור לנו שהמדינה לא תפעל בלי חוק, ובלי הכנסת אין חוק, ולכן לא יעלה על הדעת שהשופט יחיל את המחוקק ויקבע במקומו. ההנחה שהמשפט בנוי על כללים שהחברה קובעת, והם מחייבים אחרים, היא מהותו של המשפט. הטענה של רז היא שאם נרצה לחשוב על המשפט באופן ממשי, חייבים להניח שיש לו גבולות, משום שלא ייתכן שכל דבר הוא משפט. אז אם כן השאלה היא איך להתייחס לעקרונות.
2. יש מצבים שאין לגביהם נורמות משפטיות- אם ההנחה היא שלמשפט יש גבולות פירושו של דבר שיהיו מצבים שבהם המשפט לא אומר ואין לו תשובה. אם לפי דוורקין למשפט אין גבולות ניתן לייצר מכל דבר תשובה, אך רז מתנגד וטוען כי למשפט יש גבולות שצריך להניח כי יכול להיות מצב, אם למשפט יש גבולות שהמשפט לא נתן את דעתו, יש מצבים שאין נורמות משפטיות.
3. במצבים כאלה אין בדין תשובה- במצבים כאלה אין בדין בתשובה. ולכן הטענה של דוורקין שיש תשובה להכל היא טענה מלאכותית, לא באמת יש לו תשובה, ולכן צריך להניח שבתי המשפט ממלאים תפקיד כפול.

**מערכת המשפט**

יש למערכת המשפט תפקיד כפול בניגוד לטענתו של דוורקין. רז עושה הבחנה חשובה בין סכסוכים מוסדרים לאלו שאינם מוסדרים. סכסוכים מוסדרים הם סכסוכים שיש בחוק לגביהן תשובה, הם מוסדרים והתפקיד של בית המשפט הוא לאתר את ההסדר ולהחיל אותו. לעומת זאת סכסוכים אינם מוסדרים הם סכסוכים שהחוק לא נותן תשובה ולכן במקרים כאלה השופט צריך להרכיב תשובה. מכאן שלבית המשפט יש תפקיד כפול- להחיל את החוקים, והתפקיד השני הוא לייצר נורמות. בעניין הזה הוא ממשיך את כיוונו של הארט.

**עקרונות משפטיים**

כאן הוא נותן את התשובה לעקרונות המשפטיים. דוורקין חידש משהו במובן הזה שדוורקין חשף את העקרונות. גם ההבחנה שלו בין עקרונות וכללים והבחנה הזאת התקבלה על ידי רז- בין כלל ועקרון. דוורקין באמת חשף את זה שהמשפט עובד גם עם עקרונות ולא רק כללים, אך כאן מגיעה ההבחנה של רז בין עקרונות משפטיים לחוץ משפטיים. בעוד שדוורקין טוען כי כל העקרונות הם משפטיים רז מבחין בין עקרונות משפטיים לבין עקרונות חוץ משפטיים. ההבחנה נעשית על ידי כלל הזיהוי- עקרונות משפטיים הם עקרונות שהמזוהים על ידי כלל הזיהוי, והם מחייבים. אך יש עקרונות חוץ משפטיים שאינם חלק מהמשפט ואין חובה לפעול לפיהם. בעקרונות חוץ משפטיים יש להכריע בכל פעם האם לפעול או לא.

**עקרונות וקווי מדיניות**

רז מאמץ גם את ההבחנה בין עקרונות לקווי מדיניות: כאן הוא מחדד את ההבחנה בין עקרון מוסרי לקווי מדיניות, שהיא הבחנה חשובה גם לתפיסה של דוורקין.

* עקרון מוסרי- רז טוען כי תפקידו העיקרי של עקרון מוסרי הוא להגביל ולא להנחות. כאשר הכנסת מחוקקת חוק ונשאל האם הוא מתאים לעקרון מוסרי או חוקתי- יש לשאול האם פוגע בכבוד האדם, שוויון, פרטיות וכו. כלומר העקרונות המוסריים וגם החוקתיים הם בעיקרם עקרונות מגבילים (מאשרים מספר דרגי פעולה אך מגבילים אותם שלא יפגעו בעקרונות צדק או זכויות). יש להם ממד מקביל.
* קווי מדיניות- לעומת זאת קווי מדיניות הם מנחים. מכוונים לתוצאה מסוימת שמביאה להשגת המדיניות בצורה המיטבית. ואז נשאל איזה צעד יביא לאותה תוצאה- איזה צעד יביא להגבלת הגירה, הגדלת הכנסות המדינה, איזה מדיניות שלא נבחר היא מנחה לפעולה מסוימת, ובמובן הזה היא יכולה לשמש בקנה מידה להנחות אותה.

נשאל את עצמינו האם חוק של הרשויות פוגע בזכויות מסוימות, כאשר העיקרון עצמו פועל כעיקרון מגביל. זה קשור לתפיסה מסוימת, זה מתאים לתפיסת הזכויות. השלילית מגבילה, אך אם נחשוב על זכויות באופן חיובי- זכויות חברתיות אז יש להן כוח מנחה. ההבחנה הזאת מתייחסת לזכויות האדם הקלאסיות מהדור הראשון שהיו יותר שליליות ולכן מגבילות. ולכן אם נחשוב על זכויות חברתיות אז יש להן גם תפקיד מנחה.

**תפקיד העקרונות**

רז עושה גם ניתוח מעניין של תפקיד העקרונות- הוא מבחין בין עקרונות תיאוריים לעקרונות נורמטיביים:

* עקרון תיאורי- עקרון תיאורי הוא כשאני רואה הרבה מאוד כללים ואני אומרת שמאחוריהם עומד עיקרון מסוים. למשל- יש הרבה מאוד כללים שתפקידם להגן על החיים, ואז נטען שמה שעומד מאחוריהם הוא העקרון של קדושת החיים. עקרון שמתאר את המצב הקיים, מאחורי שורה של כללים עומד עקרון מסוים. העקרון עוזר להבין את המשותף מאחורי כל הכללים.
* עקרון נורמטיבי- למשל עקרון החוקיות, החוק קבע אותם כעקרונות נורמטיביים.

שאלה אחרת האם נוכל לעבור מהעיקרון התיאורטי לעקרון נורמטיבי?  
הדוגמא של חיי אדם זה קל כי היא מופיעה כעקרון נורמטיבי, ניסוח מאוד כללי ברמת העיקרון והוא נורמטיבי. אם יש את עקרון השוויון בחוקה כעקרון נורמטיבי, אז במקרה בו אדם שפוטר מעבודה יכול לטעון להפליה, אך אם הוא לא קיים- האם הוא יכול ללמוד את זה רק מעצם העובדה שהעיקרון פועל במסגרת כללים אחרים?   
למשל היה פסד שנגע לכך שיש חובה להעסיק אחוז מסוים של נשים, בא בית המשפט ואמר כי מזה שיש חוקים בכל מיני ארגונים לעשות העדפה מתקנת אז נחיל את זה גם במקום שזה לא קיים.   
רז מפריד ומסתכל האם יש מאחורי העיקרון כללים משותפים, או עקרון שנקבע כעיקרון נורמטיבי כמו עיקרון חוקתי. לדעתו, כאשר רואים עיקרון שעומד מאוחרי כללים אך לא נקבע כעיקרון נורמטיבי יש להבחין בין השניים- את העקרון המשפטי צריך להבחין האם הוא עקרון של פירוש או עקרון נורמטיבי. העיקרון מאפשר לייצר כללים- לפעמים נרצה ליצור כלל חדש אז בית המשפט ייצר כלל מכוח עקרון או לבקר כלל אחר. רז עושה אנליזה של איזה מן שימוש עושה בעקרונות.

**סיכום (פוזיטיביזם)**

רז מרים את הכפפה שדוורקין זרק- ואומר כי אכן עקרונות פועלים במשפט, ומראה איך פועלים- ומסכים כי באמת צריך לפרש כללים באמצעות עקרונות, ניתן לייצר כללים ולבקר אותם מכוח עקרונות. אך הטענה של רז שההבחנה צריכה להיות בין עקרונות משפטיים ללא משפטיים- בעקרונות משפטיים ניתן לייצר כללים מכך ולבקר, ולהכריע הכרעה ישירה בין העיקרון למקרה, בלי תיווך של כלל, אך זה צריך להיות עקרון משפטי. למשל בפלוני- העקרון של הרצחת וגם ירשת הוא עקרון חוץ משפטי ולכן לא ניתן להכריע במקרה על ידי עקרון חוץ-משפטי. מה שעומד ברקע טענותיו של רז היא ההפרדה של המוסר מהמשפט. הפוזיטיביזם לוקח את התפקיד של עקרונות אך תוך שימוש בהפרדה בין עקרונות משפטיים לחוץ משפטיים, ובשל כך הטענה הפוזיטיבית נשארת שהמשפט מכיל כללים ועקרונות אך הם צריכים להיות מזוהים ל ידי כלל הזיהוי, כשבמקום שאין כלל אין חובה משפטית. ולמשפט יש תפקיד כפול של מיישם ויוצר. רז אפילו מרחיב את הארט בכך שניתן לייצר כלל מכוח עקרון. רז בעצם מכיר בעקרונות משפטיים והתפקיד שלהם, אך אחרי הכל הוא מכיר במעמד של עקרונות רק אם הם עקרונות משפטיים והוא מבחין הבחנה ברורה בין עקרונות משפטיים לחוץ משפטיים.

* המשפט כולל כללי ועקרונות שמזוהים על ידי קריטריון
* במקום שבו אין כלל שחל או עיקורן ברור אין חובה משפטית
* לבית המשפט יש תקפיד כפול- מיישם ויוצר
* כלומר נתון לו גם שיקול דעת חזק

**פרשת נחמני- ניתוח**

פרשת נחמני הוא מקרה שעורר שאלות גדולות מנקודת מבט מוסרית, פילוסופית וכו. במקרה הזה היה גם מקרה תקדימי- גם מבחינה פרוצדורלית של בית משפט העליון (שהרי הליך הפונדקאות לא היה אפשרי בישראל) וגם מבחינה משפטית. התקדים הפרוצדורלי הוא שהשאלה המשפטית שנדונה בערעור הייתה בהרכב של 5 שופטים. יש שראו כי יש פה בעיה מיוחדת ולכן מראש ההרכב היה ייחודי. עם זאת, אחרי הערעור היה דיון נוסף, שם עלתה שאלה האם אפשר לעשות דיון נוסף במקרה שנידון בפעם הראשונה בחמישה- כי דיון נוסף קובע כי מקרה שהוכח בשלושה ונשיא בית המשפט העליון רואה שיש טעם הוא יכול להביא לדיון נוסף. המקרה הזה באמת עורר דיון מכל בחינה שהיא. ננתח אותו גם מבחינה נורמטיבית וגם מנקודת מבט של תורת המשפט שהיא המעניינת אותנו.

**מקרה קשה**

המקרה הזה שייך למה שמקובל לקרוא כמקרים קשים- במאמרו של דוורקין הוא ניסה לתת את התיאוריה שלו למקרים קשים. מקרה קשה הוא מנקודת מבט משפטית, לא מבחינה טראגית או רמת הסיבוך בו, אלא הכוונה שמבחינה משפטית אין נורמה משפטית ברורה. במונחים של רז ניתן לקרוא לזה סכסוך לא-מוסדר. מקרה קשה יכול להיות גם במקרה בו יש שיקולים מוסריים וחברתיים מנוגדים. כלומר, מההתחלה אין נורמה ברורה, ואחר כך יש שיקולים מורכבים.

* אין נורמה משפטית ברורה
* יש שיקולים מוסריים וחברתיים מנוגדים

למה מקרה נחמני הוא מקרה מסובך?

נחמני היו בני זוג שניסו להביא ילדים לעולם לאורך זמן רב. לאישה היה סרטן שבמהלכו הוציאו את הרחם. כתוצאה מכך, הזוג הוציאו את הביציות של האישה והפרו עם הזרע של הגבר מחוץ לרחם, ובשלב השני המתוכנן רצו להשתיל את הביצית המופרה ברחמה של פונדקאית. כל הפעולות הרפואיות בוצעו מחוץ-לארץ. להליך כפי שראינו יש שני שלבים, 1. שלב הוצאת הביציות והזרע, 2. השלב השני של ההשתלה ברחם. זוג נחמני ביצעו את השלב הראשון- היו ביציות מופרות במקפיא ועכשיו היה צריך להיכנס בשלב השני של ההשתלה. באמצע התהליך בני הזוג נפרדו, ולא רק שנפרדו דני התחתן עם מישהי אחרת ונולד לו ילד במסגרת הנישואין. בשלב הזה הוא כבר לא היה מעוניין להמשיך בהליך. רותי שהיא כבר הגיעה לגיל 40, שהתקשתה להיכנס להיריון, ביקשה מבית החולים שישחררו לה את הביציות המופרות כדי שתוכל להמשיך בהליך. בית החולים סירב מאחר ודני סירב. כתוצאה מכך נוצר סכסוך משפטי, שהתחיל ממחוזי ועבר לעליון עם דיון נוסף.

השאלה הזאת במקרה של נחמני היא שאלה קשה, ולכן קודם נפרק אותה לשאלות משנה ונדון בהן כל אחת. כל אחת מהשאלות, אפשר לדון בה מנקודת מבט מוסרית ומשפטית- נקרא לזה המישור הנורמטיבי שנכלול בו את השאלה המוסרית והמשפטית, ועל כל שאלה נשיב מה אנחנו חשובות מבחינה מוסרית, ואז מבחינה משפטית אם יש תשובה. נפרק את השאלות שעולות לדיון:

**המישור הנורמטיבי- מוסרי ומשפטי**

הדילמה היא כפיית הורות- השאלה המשפטית הגדולה היא האם אפשר לתת לאם את אפשרות שימוש בביציות, שאם נותנים לה מול ההתנגדות של דני, פירושו של דבר שכופים אותו להיות הורה בעל כורחו- הוא יהיה הורה והוא לא יכול להשתחרר מהחובה הזאת. וגם אם נשחרר אותו מהחובות המשפטיות (מה שלא ניתן מאחר והאם לא יכולה לוותר על חובותיו של האב מול הילד) יש גם עניין רגשי. ברור שהוא נמצא במצב שהוא לא רוצה להיות אב לילד של רותי. ואם יתנו לה להשתמש בביציות, הוא יהיה אבא בעל כורחו. מצד שני אם יענו לסירוב של דני, רותי לא תוכל להיות אמא, וכנראה בכלל לא. בגלל הנסיבות המיוחדות שלה- של הגיל והמצב הרפואי, אז כנראה שלא תוכל להיות בכלל אם. אם יכבדו את הרצון המובן של דני, המשמעות היא שמונעים ממנה את האפשרות להיות אם.   
אחרי שאנחנו מבינות את הקושי שאדם נהיה הורה בלי רצונו, או שנכבד את חירותו ולא נכפה אבל אז נמנע ממנה בנסיבות האלה, נמנע באופן קבוע להיות אם. אילו היה מדובר באישה בריאה בת 30, הייתה לה אופציה אחרת להביא ילד מגופה, אבל בנסיבות הטרגיות האלה, המשמעות של הסירוב היא כנראה שלא תוכל להיות אם.

השאלות הפרטניות שעומדות על הפרק:

1. האם יש לדני חובה כלפי הביציות המופרות? האם הוא חייב לשמור אותן ולאפשר את התפתחותן- האם הביציות במעמד של עוברים? והאם מעצם כך הן יוצרות חובה של דני לשמר אותן ולאפשר את ההתפתחות. זאת שאלה השייכת לשאלת המשפחה של הפלה- כמו שנשאל האם מוצדק להפסיק היריון באמצע, אז נכניס את המקרה הזה למסגרת הפלה. יכול להיות שהביציות האלה בעצם כבר עוברים ומכאן שהם כבר יוצרים חובה מסוימת של דני לאפשר את התפתחותן. ראינו בפס"ד כי כולם מסכימים שהביציות המופרות לא במעמד של עובר, ביציות מופרות הן אפילו לא עובר, מאחר והן בשלב טרום-עוברי- בשלב של תאים בודדים שמחוץ לרחם. על זה יש הסכמה של כלל השופטים. היו שופטים שטענו כי האינטרס של רותי גובר בגלל הנקודדה שהיא בעד החיים ודני נגד החיים. הם לא מנחסים את זה כחובה ואיסור הפלה, אך באיזון הם נותנים למשקל של החיים מול אי-חיים. זאת לא שאלה טריוויאלית, יכלנו לומר שהן לא עובר ולכן אין חובה. אפשר להגיד שהואיל והן לא עובר אין חובה, אך למרות שהן לא עובר וזה לא בדרגה של הפסקת היריון, בכל זאת ניתן לזה משקל בשכלול של האינטרסים. יש עמדה קתולית- שרגע ההפריה היא התחלת החיים, אך אם מאמצים עמדה כזאת יש לשמור על ביציות בכל מקרה. השיקול הזה לא רלוונטי, אך הוא יכול להיות רלוונטי בשאלת האיזון בין האינטרסים.
2. האם יש לדני חובה כלפי רותי שנובעת מההסכם ביניהם או מהסתכמות- הרי שניהם הסכימו ללכת להליך הזה, אך לא רק שהייתה הסכמה של שניהם להתחיל בהפריה מלאכותית, יש פה גם הסתמכות מצידה של רותי. רותי על סמך ההסתמכות הזאת, נכנסה להליך מאוד מורכב- טיפולים הורמונליים, שאיבת ביציות. רותי נכנסה להליך לא רק בהסכמה משותפת של שניהם, אלא הסתמכה על כך שיקרה משהו. מתעוררת השאלה, האם כתוצאה מההסתמכות הזאת, דני חייב לאפשר לה להמשיך בהליך לשלב השני? כאן צריך להבחין בין השאלה המוסרית לשאלה המשפטית. האם יש לו חובה מוסרית כלפיה? ואחר כך האם החובה הזאת מגיעה לרמה המשפטית- האם זאת חובה שצריך לאכוף? גם אם יש פה הצעה וקיבול והייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים, וגם אם הייתה כוונה כזאת, האם זה חוזה שנאכף? שהרי בדיני החוזים חוזה אישי לא נאכף.

מבחינת דיני חוזים, התשובה תהיה שלילית. מבחינת דני, זה חוזה שלא אוכפים. אבל יכול להיות שיש חובה שהיא מתחת לדיני החוזים- חובה מוסרית. אבל גם השאלה המוסרית לא פשוטה. למשל בני זוג מתחתנים ורוצים להביא ילד, נכנסים להליך של טיפולי פוריות, משלב מסוים היחסים עולים על שרטון והגבר רוצה להתגרש, האם האישה יכולה להגיד שהם נמצאים בהליך של הפריה, ולכן כחלק מהחובה מוסרית יש לו חובה להמשיך בקשר? האם זה שיש הסכמה בשלב הראשון מחייב הלאה? במישור המשפטי אם נעמיד את זה על דיני חוזים יש הסכמה אצל כולם, שאי אפשר יהיה לחייב להמשיך לשלב השני מאחר ולא נוצר פה חוזה. אפילו אם יש פה גמירות דעת ,אין גמירות דעת ליצירת יחסים משפטיים, וגם אם גמירות דעת כזאת נוצרה, זה לא חוזה שנאכף- חוזה שירות אישי. אם נניח שבכל נקודת זמן יש לבני זוג אפשרות להשתחרר מהקשר, אז המשמעות היא של פגיעה בציפיות של השני. זה לא אומר שזה מטיל חובה להימנע מלצפות, זה מדגים עד כמה השאלה הזאת מאוד מסובכת. מצד שני, רותי הסתמכה וציפתה, ולכן מה המשקל של הציפייה הזאת? האם יש פה חובה מוסרית או שהציפייה מגיעה לרמה משפטית? יכול להיות שנאמר כי יש לו חובה מוסרית כלפיה, במיוחד במצב בו היא נמצאת, אך השאלה האם החובה הזאת מגיעה לידי חובה משפטית? בדיני חוזים ראינו שזה לא מגיע, אך האם יש משהו אחר?

1. האם לדני יש חובה להתחשב באינטרס בזכות של רותי להיות אם- גם אם אין חובה של דני, האם בנסיבות האלה שהיא לא תוכל להביא ילדים לעולם, האם אז הוא יצטרך להתחשב באינטרס שלה? וגם אם אין חובה מוסרית אז יש חובה להתחשב באינטרס שלה ולהסכים. האם ההתחשבות באינטרס הזה ההיא עניין מוסרי בלבד או משפטי?

יש פה שלוש שאלות שונות:

1. היחס לביציות\ עוברים- אם היינו קובעות שהביציות מהוות עוברים זה היה מכריע את המקרה. אם נגיד שיש לו חובה לתת לחיים אפשרות זה היה מכריע את המקרה בשלב הראשון. אם נאמר שאין לו חובה משום שהם אינם עוברים, צריך לפנות לשאלה השנייה.
2. האם בעקבות ההסכם וההסתמכות שהייתה לרותי אז לדני יש חובה- והאם היא מוסרית או משפטית?
3. גם אם נאמר שאין חובה ביחס לשאלה השנייה, האם יש חובה הצומחת מהסיטואציה המסוימת שבה היא נמצאת, גיל ומצב רפואי, שאם הוא ימנע ממנה הוא ימנע ממנה בכלל להיות אם ולכן יש עליו חובה. האם החובה מוסרית בלבד או גם משפטית שבית המשפט כופה. זה ניתוח של השאלות האלה. השופטים התייחסו לכך בערבוב.

בערעור העדיפו את הזכות של דני לא להיות הורה, חשבו שלא ניתן לכפות את זה, וזאת הייתה החלטה של 4 נגד 1, צבי טל היה בדעה אחרת. כשהעבירו את זה מהערעור לדיון הנוסף שם התהפכה המסקנה.

**המישור תורת-משפטי**

שאלות המשנה ניתחנו מנקודת מבט מוסרית-משפטית, כעת נשאל מבחינת תורת המשפט, מה מעניין בפס"ד?

1. האם יש נורמות משפטיות שקובעות את הדין במקרה הזה? האם יש נורמות משפטיות שקובעות את הדין? התחלנו בכך שזה מקרה קשה שאין נורמה ברורה, אך אין זה אומר שאין נורמה בכלל. זאת ששאלה תיאורטית וגם שאלה שהשופטים נחלקו בה בפס"ד. השאלה הזאת נתונה במחלוקת בפס"ד- השופטים שחושבים שיש נורמות- ברק, זמיר, שטרסברג-כהן, בעוד השופטים שחושבים שאין נורמות- טירקל, טל, גולדברג, בך. מאחר אין נורמה ברורה החלה על המקרה, זה מקרה קשה.
2. אם אין נורמות משפטיות כיצד יש לקבוע את הדין? אם יש נורמות משפטיות קובעים לפיהן את הדין. אך אנחנו נמצאות במצב של היעדר נורמות, ולכן נשאל איך נקבע? האם יש כאן שיקול דעת?
3. האם יש להבחין בין הנורמות המוסריות לנורמות המשפטיות, או לאמץ את הנורמות המוסריות?

**המצב המשפטי**

על פני השטח יש הסכמה שאין נורמה ישירה ברורה שחלה על המקרה- מה לעשות במחלוקת בין בני זוג על שימוש בעוברים או ביציות מוקפאות. אין נורמה שקובעת- האם צריך הסכמה של שניהם, או שדי באחד. יש חוק לנשיאת עוברים שהוא נחקק אחרי ההפריה של בני הזוג, והוא דורש הסכם בין ההורים לאם הפונדקאית. אך הוא לא חל במקרה הזה, מאחר והוא נחקק אחרי ההפריה של הזוג, וגם מפני שהחוק הזה דורש הסכם שיחתם בין ההורים לאם הפונדקאית ולא נחתם בענייננו הסכם כזה. החוק לא חל ולא ברור- האם מהחוק ניתן ללמוד הסכמה בין ההורים לפונדקאית אבל לא בין בני הזוג.

כעת השאלה היא האם יש נורמות אחרות (עקיפות)? השאלה הזאת שנויה במחלוקת בין השופטים.

**שופטי הרוב**

1. השופט גולדברג: חלל נורמטיבי

"לפנינו חלל נורמטיבי". גולדברג מתייחס להגדרה של לקונה- חסר במובן הצר, פירושו של דבר החסר בהסדר קיים. יש נושא שמוסדר וחסר בו פרט אחד ואז יש לשופט כלים להשלמת החסר. אך פה לא מדובר על השלמת פרט, משום שכל הנושא של נשיאת עוברים לא הוסדר. המחלוקת לא הוסדרה, מכאן שלא מדובר על השלמת לקונה במובן הצר, ומשום כך אין להשתמש בחסר בהסדר קיים אלא חלל רחב יותר. יש ליצור נורמה חדשה- הסכסוך הזה הוא בחלל נורמטיבי לא מוסדר, ועל בית המשפט ליצור נורמה חדשה. גולדברג מדבר מנקודת מבטו של הארט- יש חלל וצריך להשלים אותו על ידי חקיקה, כשהשופט במקרה כזה הוא מחוקק. השאלה איך להשלים? האם על פי עקרונות השיטה? אין פתרון כי יש בסתירה בין עקרונות חקיקתיים, ולכן יש לפנות לערך בסיסי יותר- הוא פונה לעקרון הצדק שהוא נחשב מבחינה הזאת, עקרון חוץ משפטי. עקרון כללי מאוד, מופשט של צדק, ולכן השופט צריך ליצור נורמה חדשה, שאותה ניצור על פי שיקולי צדק. שיקולי צדק הם בסופו של דבר תחושת הצדק של השופט, שאיננה שרירותית אלא נובעת משקילת שני האינטרסים. לפי גולדברג, עדיפות האינטרס של רותי להיות הורה והיעדר החלופות שלה, וההסתמכות של רותי האינטרס שלה עולה על של דני.

מאחר וצדק זה מונח כללי, ניתן לפרש צדק באופנים שונים. למשל צדק יכול להיות עניין של זכויות- זכות להיות הורה מול זכות לא להיות הורה. אנחנו מבחינות בין זכות שלילית לזכות חיובית- הזכות של כל אדם להיות הורה, היא זכות שלילית ולא חיובית. התביעה של האם לזכות שלה להיות אם, פירושה שלא ניתן למנוע ממנה להיות אם ,אך לא שניתן לתבוע ממשהו להיות אב. גם הזכות של אדם לא להיות אב, זאת זכות שלילית- שאי אפשר לכפות עליו להיות אב. הוא לא יכול לדרוש מאישה שכבר נכנסה להיריון להפיל את התינוק, אלא רק מלכתחילה- לפני ההיריון. משום כך שאנחנו מדברות על חירויות שליליות- כאשר יש התנגשות של שתי חירויות אז בעצם אף אחד לא יכול לכפות את השני. מכוח הניתוח של הזכויות- זכות להיות אם מול זכות לא להיות אב, כחירויות שליליות ושלא ניתן לתבוע ממישהו, לפי הניתוח הזה המסקנה היא שאי אפשר לכפות על דני הורות ואי אפשר לתת לה את הביציות. זהו ניתוח של דעת המיעוט, של שטרסברג-כהן, ברק, זמיר- שופטים שבדרך כלל דוגלים בזכויות אדם.   
שאלת הזכויות שלו נוגעת לשאלה הקודמת- אם נאמר שאין פה הסתמכות, ואין פה הסכם ואנחנו מנגידות את הזכויות, הסמקנה היא שלא ניתן לכפות עליו להיות הורה. אנחנו מגיעות למצב בו אין זכויות שמעמידות זכות תביעה- למשל אם אין חוזה תקף, אך יש עדיפות של האינטרס. שיקולי הצדק זה האיזון בין האינטרסים- באינטרס שלו מול האינטרס שלה, גולדברג מודה שאין חובה כלפי הביציות ואין חובה של דני כלפי רותי, אבל כשנשקול את האינטרסים האלה אז יש עדיפות לאינטרס שלה- זה קשור בכל זאת להסתמכות ובעיקר למצב הספציפי שלה- לגיל, המצב הרפואי, היעדר חלופות אחרות. ולכן למרות שברך כלל הדבר לא יוצר תביעה, כאן יש איזון אינטרסים שבא לטובתה ולא לטובתו. בעיניו ההתחשבות הזאת היא גם משפטית- הוא כשופט מורה לאפשר לרותי שימוש בביציות.

1. השופט צבי טל

טל מסכים למצב המשפטי- מדברים לא על מצב של לקונה בהסדר קיים, אלא על חסר רחב יותר. ועכשיו בסכסוך הזה יש להפעיל את שיקול הדעת של השופט על ידי בחינת ואיזון האינטרסים המתנגשים, שקילת מדיניות ראויה. כאן הוא אומר את הדבר הבא וחורג משיח הזכויות- האינטרסים של להיות הורה מול לא להיות הורה אינם שקולים. השופט טל לא מקבל את הניתוח של השופטים שאומרים כי יש זכות שלילית מול זכות שלילית, אלא הוא בוחן את התוכן של הזכויות. מנקודת מבט של זכויות המסקנה של חירויות היא שלא ניתן לכפות אותו להיות הורה וממנה למנוע להיות הורה, אך צבי טל מתייחס אחרת ונותן משקל יותר גדול לזכות להיות הורה, מכיוון שזה ערך חיובי. אין לזכות לא להיות הורה ערך, הערך הוא בלהיות הורה- הבאת חיים לעולם. כאן הוא חורג מהניתוח של הזכויות לטובת בחינת תוכן הזכות והעדפה של הזכות להיות הורה. ולכן בהתנגשות ואיזון בין הזכויות הוא מעדיף את האינטרס של רותי.

הוא מוסיף כי שיקולי ציפיות, הסתמכות והשתק, תומכים ברותי. הוא מודה שלמרות שאין החוזה מבחינת דיני החוזים, יש פה סוג של הסתמכות ההדדית שהיא גם מביאה לטענת השתק- מונעת ממנו לעלות טענה שהוא רוצה לסגת מההסכם, כי הם הלכו לזה ביחד, ולא רק הסכמה הייתה הסתמכות והמאמצים גדולים מצדה, ובשל כך, באיזון האינטרסים השופט טל מעדיף את האינטרס של רותי.

1. השופט גבריאל בך

למילה צדק יש כל מיני מובנים אפשריים, והם מדברים על צדק במובן של איזון בין האינטרסים הצודקים. כי אם היינו מדברות על צדק במובן של זכויות, היינו מגיעות למסקנה כי לא ניתן לכפות.

1. השופט טירקל

טירקל הוא השופט הכי רגשן מבחינת השופטים. לדעתו, משפט לא נועד להסדיר סכסוכים מהסוג הזה, ומשום כך, השאלה שקמה היא שאם המשפט לא נועד להסדיר את הסכסוך הקונקרטי, אז אולי בכלל צריך למשוך את הידיים מהתביעה. אם במהותו של עניין, זהו סכסוך מוסרי אז צריך להשאיר את זה כעניין מוסרי, ולא לקבוע ולהכריע משפטית. יחד עם זאת, הוא בכל זאת מתערב בהחלטה ונכנס למהות העניין. יש פה סתירה כי אם זה במהותו עניין שלא צריך להסדיר אז, גם הוא במהות הוא לא צריך לקבוע עמדה.

הוא מדגיש כי שיקולי הצדק שבהם נאחזים כל השופטים, הם שיקולים חוץ-משפטיים ולא מתייחסים לצדק כאל עיקרון פנימי. כל השופטים שהם שופטי הרוב- הוא מדבר על רגשות ועל החלטה לא-רציונלית, אינטואיציה ותחושה פנימית, אך הוא מפרט למה זה לא לגמרי לא-רציונלי. בסכסוך הזה הוא בוחר בחיים- והאינטרס של רותי חזק יותר משל דני. טירקל מסכים עם השופט צבי טל. בשורה התחתונה הוא אומר שההעדפה שלו את האינטרס של רותי נובע משני דברים:

1. העדפת החיים על פני אי החיים- השיקול של מעמד הביציות למרות שהן לא עובר, יש לו מעמד חשוב בהתנגשות של חיים על פני אי חיים. השופט טירקל מעדיף בפירוש את החיים ומכאן שהוא מעדיף את האינטרס של רותי,
2. במובן שזה לא רק הביציות, אלא הציפיות של רותי על רקע ההסתמכות.

בהערת אגב, ניתן לציין כי השופט טירקל הוא אב שכול, בנו מת ממחלה, והוא קורא לעצמו אבי ברוך- הצמיד את שם בנו.יש בזה כדי להסביר את העמדה הרגשית, בעולמו הפנימי והסובייקטיבי. זהו פרט המסביר בעיניו את הערך של החיים.

**סיכום שופטי הרוב**

כולם הניחו ש:

1. אין נורמה משפטית, והואיל ואין נורמה משפטית יש לפנות לשיקולי צדק.
2. שיקולי צדק זה איזון האינטרסים של שני הצדדים.
3. ובאיזון האינטרסים של שני הצדדים יש להעדיף את האינטרס של רותי.

מנקודת מבט תיאורטית, הכי נוח להסביר את שופטי הרוב מתורתו המשפטית של הארט- ההחלטות של השופטים האלה מדברים בשפה הארטינית משום שיש חלל, ולכן על השופט להפעיל שיקול דעת חזק בהתייחס לשיקולי צדק. מאחר התאירוטיקן יצטרך להסביר גם בשפה אחרת ממנו, דוורקין יגיד כי עקרון הצדק הוא עקרון פנים-משפטי למרות שהם מדברים עליו כחוץ-משפטי. הפנייה לצדק הוא עקרון פנים משפטי, ולכן הוא רואה את ההכרעה שלהם כהכרעה משפטית וכשיקול דעת חלש. הוא כופה עליהם את שיקולי הצדק כשיקולים משפטיים.

הריאליסטים היו מסבירים אותם שהכל שיקול דעת ומקרה חדש- אין פה החלה, זה לא רק מכיוון שיש חלל נורמטיבי, וגם אם הייתה נורמה, והם היו מעדיפים את האינטרס של רותי זה משקף הפעלת שיקול דעת. שיקול דעת שהם שהיו מפעילים גם בקיומה של נורמה משפטית ברורה.

**שופטי המיעוט**

1. שופטת שטרסברג-כהן

השופטת שטרסברג-כהן מודה כי על המקרה לא חלה נורמה ישירה וברורה, אך היא חולקת באופן חזיתי על כל שופטי הרוב, במיוחד על גולדברג והחלל נורמטיבי. היא טוענת כי אנחנו לא נמצאים בחלל מאחר ויש עולם שלם של נורמות שממנו ניתן ללמוד.

נקודת המוצא היא תשובה לשאלה הראשונה- מה מעמד הביציות? היא משיבה תשובה ישירה כי הביציות הן אינן יצור חי, אינן בגדר של עובר, והשאלה היא האם ליצור מהן חיים (כי אין בהן החיים) ולכן המעמד של ביציות אינו מעמד שתובע מדני לשמר אותו. דני הסכים לתהליך בשלב הראשון, בכניסה לתהליך ההפריה היה מוסכם מצידם של שני הצדדים, אך ההסכמה הזאת מותנית בקיום הקשר ביניהם. דני לא נתן ייפוי כוח בלתי חוזר להיות אב, גם אם הקשר ביניהם התפרק. אם הוא התפרק זה עוצר את התהליך- כי זאת הייתה ההסכמה הטבעית. ביחסים בין בני זוג יש הרבה מאוד הסתמכויות הדדיות שהן בנויות בטווח הארוך, מתוך ההנחה שבסופו של דבר, שניהם יצאו מורווחים מהקשר בשל ההשקעות ההדדיות. אך אם זה נפסק באמצע, הם ירגישו מאוכזבים כי הם עדיין לא קיבלו את התוצר מההשקעה. השופטת מדגישה כי בקשר נקטע יש צד מאוד מאוכזב אך זה לא מטיל על הצד השני החובה להשלים את הציפיות האלה, זו לא סיבה לכפות על אחד הצדדים את המשך הקשר ואת המשך תהליך ההפריה.

לאדם יש את החירות להיות הורה, אך החירות הזאת לא מצמיחה חובה של אף אחד אחר. גם הזכות אל-הורות היא חירות, וגם היא לא מצמיחה חובה. במצב כזה אי אפשר לכפות על דני להיות הורה. נכון שיש לרותי חירות להיות אם- יכול להיות שהמצב רפואי שלה היא לא יכולה לממש את החירות, אך הטרגיות של חוסר יכולתו של אדם לממש את חירותו לא יוצר חובה על מישהו אחר להגשים את החירות הזאת, ולכן בניתוח של זכויות החירויות לא ניתן לכפות את ההורות. חירות בהגדרה היא זכות שלא מצמיחה חובה, חירות זה החופש לפעול בלי שיש תביעה מהצד השני.

היא מוסיפה ואומרת דבר כלפי הצדק- הצדק הוא עניין ניטרלי בעניין זה- מאחר וצדק לרותי מהווה אי צדק לדני וההיפך. לא ניתן לצאת מחוץ-המשפט ולהגיד שזה צודק יותר כך או אחרת, יש להשתמש במושגי הצדק התוך-משפטיים.

הניתוח שלה הוא שהשאלה הראשונה של הביציות אין מעמד, השאלה השנייה לא היה הסכם שאפשר לאכוף אותו מבחינה משפטית, והשאלה השלישית של האינטרסים המנוגדים ניתן להעריך את זה בצורה כזאת או אחרת, אך מבחינה משפטית יש פה שתי חירויות, שבמצב כזה לא ניתן לאכוף על אדם דבר אחד.

1. השופט זמיר

חולק על גולדברג בצורה חזיתית- עולם המשפט מלא נורמות משפטיות. אנחנו לא נמצאים בחלל נורמטיבי אלא פועלים בתוך עולם המשפט- שאם נסתכל עליו נראה למשל תקנות הפריה חוץ גופית, שהן מחייבות הסכמה של שני בני הזוג בכל הליך. למשל מחוק לנשיאת עוברים שלא חל באופן ישיר על העניין, אנחנו לומדות את כוונת המחוקק- הדורשת את ההסכמה של הגבר לכל ההליך, ולכן אם אין הסכמה כזאת אין עליו חובה. השופט זמיר מגיע לעמדה של השופטת שטרסברג כהן, לפיה אין חובה על דני ולכפות עליו להיות הורה בעל כורחו, וכי אין לתת לרותי את השימוש בביציות.

1. תאודור אור

הוא מוכן לקבל שיש הסכמה ליצור יחסים משפטיים. הצבנו על זה סימן שאלה- יש פה הסכמה לצורך יחסים משפטיים, אך אם אנחנו מאות להעריך את אומד דעתם של הצדדים, זה הסכמה לשתף פעולה, אך היא לא כוללת לכל שלביו של תהליך ההפריה. יש הסכמה ליצור יחסים משפטיים, שתוכנה הוא שיתוף פעולה ואין פה הסכמה גורפת. מאחר ואין הסכמה בשלב השני לא ניתן לאכוף ולבצע אותו.

1. השופט ברק

לדעת ברק אי אפשר להמשיך בהפריה בלי הסכמת דני, והוא רואה ההחלטה הזאת כצדק, וזה המשפט. הוא מבין את מושג הצדק כדין- אך ניתן גם לנתח את דבריו שהדין והצדק הולכים יד ביד. ברק אומר כי שיקולי צדק זה לא איזון אינטרסים, אלא מעמד הזכויות. מבחינתו צדק הוא ניתוח של זכויות, ומשום כך המסקנה היא שלא ניתן לכפות על דני. בעיני ברק הצדק הוא הזכויות.

יש לשים לב כי כל השופטים הליברלים, תומכים בדני, ולא מכיוון שהם לא בעד נשים, אלא הם רואים בעיניהם את הזכויות- והזכות של דני לא להיות אב גוברת מזכותה של דני להיות אם, ולא ניתן לכפות עליו. בניתוח של הזכויות יש פה שתי חירויות מתנגשות, חירויות שלא מטילות חובה ולכן לא ניתן לדרוש מדני.

**שיקולים**

כלל השופטים- הרוב והמיעוט, טוענים כי יש דין. גם השופטים הראשונים שטוענים כי נמצאים בחלל נורמטיבי, מודים כי אולי אין נורמה ישירה ומפורשת, אבל יש נורמות אחרות שהן יוצרות דין. מנקודת מבט תיאורטית נסביר את העמדה של השופטים על ידי פורמליזם ואף דוורקין- לפי הפורמליזם הנורמות קיימות וניתן להסיק מהן. ולפי דוורקין, יש במשפט תשובה לכל שאלה. אך השאלה האם זה יותר פורמליזם או דוורקין- שניהם חושבים כי יש תשובה לכל שאלה, אך אצל פורמליסטים זה כללים משפטיים וניתוח לוגי. בעוד שאצל דוורקין זה ערכים ושיקולים מוסריים וחברתיים. מה שמכריע את דעת המיעוט זה מעמד הזכויות- תפיסת החירות, שהחירויות של אדם ולא ניתן לכפות נגד רצונו להיות הורה.

מי שחושב שצריך לתמוך בדני, טוען שיש תשובה בדין, ומי שחושב שצריך לתמוך ברותי, רואה כי אין דין ולכן צריך להכריע לפי שיקולים חוץ משפטיים. כל שופטי המיעוט אומרים כי יש תשובות בדין שניתן ללמוד בעקיפין- מתקנות ובעיקר מתיאוריה של זכויות. התיאוריה של הזכויות בעצם מציבה פה את הזכות והחירות של להיות הורה מול החירות של לא להיות הורה, ולכן במצב כזה לא ניתן לכפות. בערעור זאת הייתה דעת הרוב.

שיעור 5:תקציר

בשאלה המהותית ראינו את שלושת שופיטי המיעוט שטענו כי לכפות על דני להיות הורה בעל כורחו, ומבחינה מהוית הניתוח נבע מניתוח הזכויות. הזכות של רותי להיות אם היא זכות שלילית, וזהכות של דני גם היא זכות שלילית, ואף אחת מהזכויות האלה לא מצמיחה עילת תביעה אחד כלפי השני. ולכן המסקנה של שופטי המיעוט היא שאין לכפות. לעומת זאת שוםטי הרוב טוענים כי אפש רלכפות כי באיזון הזוכיות יש עדיפות לזכות שלה. השאלה שעניינה אותנו היא השאלה התורת משפטית- מה עושים במקהר קשה? מה עושין במקרה בו אין דין ואין נרומה ישירה ומפורשת? בעצם שני הצדדדים נחלקו כאן כאשר שופטי הרוב, ארבעת השופטים שדגלו בהעדפת הזכות של דני טענוש הואיל ואין נורמה ישירה על המקהר אנחנו נמצאיםבחלל משפטיף אין הסדר בחוק, ולכן הואיל ובית המשפט חייב להכירע הוא צריך לפנוץ לעקורנות ות משפטיים- עקרון התצדק, שבאופן מעשי פירושו הוא איזון בין הזכויות שלהם. לעומתז את שופטי המיעוט טוענים כי הפתרון נמצא בדין, כשגם כאשר אין נרומה ישירה השופט לא בוהה מול חלל אלא יש נרומות עקיפוץ, ובהקשר הזה או שלומדים המנרונות העקיפות, וגם מניתוח זהכויותש אותן צריל לראות כחלק מהדין. זה באמת מעניין כי כל השופטים, אין מצב שהוא אמר כי הוא מכריע שמיקולי צדק ואומר דני, ומבחינת הדין ופונים לרותי, יש פה שני מישורים שונים- כגם ברק אומר שאם הוא היה מפעיל שיקולי צדק הוא היה מדיע לתשובה דומה, משו שהצדק בעיניו זה מה צודק מנקודת בצט של ניתוח הזכויות, שיש את התהתנהגשות הזאת אין לכפות את דני מכוח הזכות של רותי שהיא זכות שלילית ולא מצמיחה כלשעצמה עילת בצתיעה. גם אם היינו משתמשותב משוג הצדק (שטרסברג כהן אמרה שהוא משוגד לא רלוונטי כי הוא כל כך מופשט וניתן להגיע איתו לחכל מיני תוצאות מנוגדות- זכויות אחת ואיזון הבאינרטסים תוצאה אחרת, ולכן שטרסברג שטענה שמשוג הצדק הוא לא משוג שיהביא לתוצאה כלשהי), ואם נדבסר מנקודת הזו צדק איתה זה לא צדק איתו וכן הלאה. לפי ברק הצדק הוא שהזכויות גוברות. הם נמצאים במצב ששמנות השופטים האלה דיברו בפירוש האם הלכירע לפי הדין או לפי הצדק, כמושג חוץ משפטי.

המחולוקת הזאת מתורות מבט תורת משפטית מדברים על תיאורית הארטיאנית ושופטי המיעוט מדובריםן בשפה דוורקנית, הדין עצמו מספיק מלא ועשיר כלדי לתת תשובה לשאלה הזאת, אל ]ונים למקורות חות שמפטיים אלא תוך משפטיים.

שלושת השופטיןם האחרים אל התייחסו בישירות שלאלה אלא ב אופן עקיף

**שופטי האמצע**

דורנר

דורנר מודעת למחלוקת התיאורטית שבבסיס המקרה, והיא מצהירה במפורש כי היא רוצה לתת תשובה המתאימה לשתי השיטות. היא מצטטת את דוורקין ואומרת כי על הדין להביא לתוצאה צודקת. דוורקין אומר כי צריך להכריע במקרים קשים על סמך עקרונות מוסר וצדק שהוא רואה אותם כעקרונות פנים- משפטיים. דורנר מעדיפה ומסבירה את האיזון הספציפי והמסוים בהתאם לנסיבות האלה, והיא לא שואפת להגיע לאיזון כללי בין הזכות להיות הורה בין הזכות לא להיות הורה. יש שופטים שידברו על העדפה עקרונית, יש כאלה שידברו על זכויות שונות, אך דורנר הולכת בדרך אחרת, ומציינת כמו השופט טל שהיא עושה איזון ספציפי, לא איזון כללי בין הזכויות אלא איזון בנסיבות המקרה הזה, ובנסיבות המקרה הזה יש העדפה לאינטרס של רותי.

דורנר גם משתמשת בעיקרון שאזכרנו אותו בעבר- עקרון היושר של אריסטו. עקרון שלפיו מתחילים מבעיה- הבעיה היא מהותית לחוק, היא לא שגגה של המחוקק והיא נובעת מטבע הדברים- מהגיוון של המציאות. כלומר, החוק מדבר בלשון כללית ומספק כללים, תמיד יהיו מקרים שמתאימים הכלל (גם אם הכלל צודק והוא צודק בדרך כלל) ולכל כלל יש יוצא מן הכלל. אם המחוקק יכול לצפות את זה ולמצוא את היוצאים מהכלל, זה מעולה אך מאוד קשה. המציאות כל כך מגוונת ובלתי צפויה ולא תמיד אפשר מראש לצפות את היוצאים מהכלל,. אחת מהבעיות של שופט, כשהוא נפגש במקרה שהוא יוצא מהכלל. במקרה כזה צריך להתאים את הכלל למקרה הספציפי. צריך להבחין בין שני מצבים- מצב בו הכלל לא נראה לשופט כעיקרו, זו שאלה גדולה האם הוא יכול לבטל כלל של המחוקק (שבדרך כלל ההנחה שלנו היא שהוא לא יכול לבטל את הכלל), אך יש מצבים שבהם הכלל צודק, הכלל הוא בדרך כלל נכון. המקרה שלפניו הוא יוצא מהכלל ולכן ראוי לא לפסוק לפי הכלל. איך אנחנו ידועות שהשופט באמת, שזה באמת יוצא מהכלל ולא מצב בו השופט בעצם עוקף את הכלל? איך נדע שהשופט חורג מהכלל רק במקרה המסוים ולא בעצם חולק על הכלל?

* הדרך הנכונה להכרעה היא איזון בין האינטרסים של הצדדים המסוימים
* מכלול השיקולים מוביל לעדיפות האינטרס של האם רותי, הזכות להיות הורה עדיפה מהזכות שלא להיות הורה, המצב הספציפי של רותי, הציפיות שלה, השלב בתהליך (לאחר הפריה)

התרגיל הוא התרגיל מחשבתי- מה היה אומר המחוקק אילו היה עומד בפנינו. השופט צריך להיות במצב ולהגיע למסקנה שגם המחוקק עצמו (נכון שאי אפשר לשאול אותו בפועל) היה מגיע לתוצאה אחרת. כך למשל המקרה של ריגס בחוק הירושה, או פלוני נ' פלונית וכן הלאה. אינטואיטיבית כל אחד אומר שלא מגיע לו לרשת אך זה בניגוד לחוק שאומר כי מגיע לו לרשת. זה דוגמא קלאסית למקרה שהלשון הכללית של המחוקק החטיאה את המציאות, וכשהשופט נתקל בזה הוא צריך לחרוג ממנה. הוא לא מערער על העיקרון שמי שרשום על הצוואה צריך להיות יורש, הוא מערער במקרה הזה שהיורש הוא הרוצח. הוא עושה זאת באמצעות תרגיל מחשבתי ששואל אילו המחוקק היה בפניו המקרה הזה, מה היה עושה- האם הוא היה סוטה מהכלל. זה עקרון היושר האריסטוטלי שהוא מקובל על כולם.

השופטת דורנר רוצה להשתמש בעקרון במקרה שלנו, אך מתעוררת השאלה, האם זה בכלל מתאים למקרה שלנו? למקרה של פרשת נחמני? איזה כלל יש לנו שזה החריג שלו? אין פה כלל שחל על המקרה שזה החריג שלו. עקרון היושר הוא עקרון מאוד מדויק וספציפי ולא מופשט, הוא מתאים למצב בו יש כלל ויש מקרה יוצא מהכלל שהמחוקק לא הזכיר אותו, אבל השופט נוכח לדעת שהוא יוצא מהכלל ולכן הוא רשאי לתקן את החוק במקרה הזה. אך כאן אין כלל, עקרון היושר לא מתאים באופן ישיר למקרה הזה, ולכן לא ניתן להכריע לפי עקרון היושר. אז למה בכל זאת מתכוונת השופטת דורנר? לדוגמא, יכול להיות שפרשת פלוני גם מתאימה לעיקרון היושר- שם ניתן לטעון שהכלל שאין להכריז על ילד כבר אימוץ בלי הסכמת הורים, יש מקום להחריג במקרה כזה. במקרה שלנו עקרון היושר בשימוש הקלאסי שלו לא מתאים, אז למה הזכירה אותו השופטת דורנר? היא לא התכוונה להפעיל אותו באופן כפי שהוא מופעל בדרך כלל, היא התכוונה להמחיש באמצעותו את הצורך לבחון כל מקרה בנסיבות שלו. כלומר מה שכן ניתן ללמוד מעקרון היושר זה שהשופט מצד אחד פועל לפי כללים, ומצד שני צריך לבחון את המקרה בנסיבות שלו. היא רצתה לחזק באמצעות עקרון היושר את כיוונה שהכרעה במקרה הזה צריכה להיות באמצעות איזון הזכויות הספציפי, ולא לפי כלל כללי שנטען כי לא יוכל לכפות כנגד זכות שלילית, אף פעם. וגם מהצד האחר, גם לא ללכת לכיוון שתמיד נעדיף את הזכות להיות הורה. יש שופטים שאמרו שיש להעדיף את הזכות להיות הורה על פני לא להיות הורה- הזכויות לא סימטריות והזכות של להיות הורה היא עליונה על השנייה.   
דורנר לא הולכת בשתי הדרכים האלה- היא לא עושה ניתוח זכויות בשני המובנים- לא של אינטרסים ולא של התנגשות זכויות. היא טענה שיש לעשות איזון ספציפי, יכול להיות מקרה דומה שבו לא נעדיף את הזכות להיות הורה. למשל אם מדובר באישה צעירה באותה סיטואציה יכול להיות שלא נגיע למסקנה הזאת. צריך לעשות איזון זכויות במקרה המסוים הזה, שהמקרה המסוים הזה, איזון הזכויות נוטה לטובת רותי, בגלל ההסתמכות, הטיפול ובגלל העובדה שאין לה אפשרות אחרת להביא ילדים. כדי לבסס את הטענה שצריך לעשות בחינה של הזכויות הספציפיות ולא הזכויות העקרונית, היא נעזרת בעקרון היושר ואומרת שעקרון היושר הוא דוגמא לכך שבוחנים ספציפית ולא מכניסים מקרה לכלל.

דורנר לא מכריעה בשאלה האם ההכרעה שלה היא הכרעה בתוך המשפט או מחוצה לו. ההכרעה שלה מתאימה גם משיטה דוורקיאנית וגם מתאימה לשיקול הדעת, והיא לא נוקטת עמדה ברורה. אך ההכרעה שהיא נותנת היא לטובת רותי מתוך איזון הזכויות הספציפיות.

מצא

השופט מצא הולך בדרך אחרת ויש לו הנמקה די ייחודיות ביחס לשופטים האחרים. מבחינת השאלה העקרונית התורת משפטית נוטה לעמדה שאין נורמה מחייבת. הוא בעצם אומר כי אין פה נורמה משפטית. ולכן בנסיבות אלה הוא פונה לאיזון בין הזכויות.

מצא מנסה למצוא אובייקטיביות במושג הצדק, ואת זה אפשר להעמיד מול השופט טירקל שאומר שהצדק זה דבר סובייקטיבי, פנימי ורגשי ואין לו אמת מידה אובייקטיבית. השופט מצא לא יכול להכריע כך- הוא שייך למחנה שאין נורמה משפטית, אך תחושת צדק וצדק אינטואיטיבי לא מספיק, הוא צריך להיות אובייקטיבי. איך הוא אובייקטיבי? הוא נכנס לניתוח של זכויות לפיו יש דבר כזה שנקרא זכות עקרונית במשפט (זכות להיותה ורה או שלא) יש זכות כללית- האפשרות של האדם לממש את זכותו באופן כללי, ויש זכות ספציפית שזה לממש אותה בנסיבות מסוימות. לרותי יש זכות עקרונית להיות אם, יש לה אפשרות כללית והשאלה היא האם יש לה זכות ספציפית בנסיבות האלה ומול הביציות האלה השייכות גם לדני. הטענה שלו שהפגיעה בזכות של רותי היא מעין כללית. כלומר ברגע שנקבל את הסירוב של דני היא לא תוכל להיות אם בכלל, ולעומת זאת רותי פוגעת בזכות ספציפית- היא לא פוגעת ביכולת שלו להיות אב, אלא פוגעת בו ביכולת של להיות אב לילדים הספציפיים האלה. בשורה התחתונה הוא מכניס לתבניות כלליות של זכות עקרונית, זכות כללית אך במילים אחרות הוא אומר שפגיעה בה יותר קשה, היא לא תוכל להיות אם בעוד שלו אין התנגדות כללית להיות אב בכלל אלא לילדים האלה.

השופט מצא מנסה להמחיש למה זאת פגיעה יותר גדולה, כי הפגיעה בה היא פגיעה כללית שלא תוכל להיות אם. אך איך ניתן לכפות על אדם להיות הורה בעל כורחו?

השופט קדמי

קדמי מדמה היריון טבעי, שם המשלב המכריע הוא ההתערבות, ההפריה, אז גם בהיריון מלאכותי זה השלב המכריע. עד שלב ההפריה, גובר הצד של דני של הצד שלא להיות הורה- הוא לא חייב להיכנס להליך של הפריה מלאכותי, אך משלב זה ואילך גובר האינטרס והצד שרוצה להיות הורה.

* הפריית הביצית היא השלב המכריע של יצירת העובר
* מכאן ואילך אי אפשר להחזיר את המצב לקדמותו
* עד לשלב זה גוברת זכותו של הצד שאינו מעוניין להיות הורה. אי אפשר לכפות עליו. משלב זה ואילך גוברת זכותו של הצד המעוניין להיות הורה.

יחד עם זאת יש קושי משום שהסכמה בשלב הראשון לא גוררת הסכמה בשלב השני, במיוחד שמדובר בתהליך עם שליטה לאורך כל הדרך, ולא כמו היריון טבעי- שברגע שההפריה קורת ההיריון ממשיך ולא ניתן לסגת מהשלב הזה. אפשר לציין כי כיום, החוק קובע כי ברמת בהסכמי פונדקאות צריך הסכמה לשני השלבים- הסכמה לשלב הראשון ולשלב השני, וזה שיש הסכמה שלשלב הראשון לא אומר שתהיה הסכמה לצד השני. וזה אפילו לא תלוי בשני הצדדים אלא גם תלוי בוועדה, שיכולה משיקולים שלה לא לאשר את השלב השני.

השופט קדמי לא נותן את הדעת לשאלה התורת-משפטית- האם השיקולים האלה הם שיקולים פנימיים או חוץ משפטי. אבל הוא קובע את הכרעתו. הקביעה הזאת לא ברורה מאליה, לא ברור כי עד שלב ההפריה הוא יכול להתחרט ואחרי זה לא, ללא תלות במצב באישה. גם אם מדובר באישה צעירה שהתחילה את התהליך והגבר רוצה לסגת הוא לא יכול. הוא קובע קביעה עקרונית שהפריה מלאכותית היא כמו הירון טבעי, למרות שהיריון מלאכתי בנוי משני שלבים. הקביעה שלו היא קביעה עקרונית ולא תלויה בנסיבות הספציפיות. כך למשל השופטת דורנר חולקת עליו, ולא מקבלת את זה שיש נקודה כזאת של הפריה ומכאן ואילך זה מתקדם, זה תלוי בנסיבות וההכרעה שלה תלויה במקרה המסוים. בעוד שהקביעה שלו היא עקרונית וכוללנית לכל שאר המקרים שיבואו בעתיד.

**סיכום**

ההחלטה של בית המשפט לא מובנית מאליה והיא עד היום שנויה במחלוקת, והשאלה המתעוררת היא האם בית המשפט לא עירב שאלות מוסריות עם משפטיות. שופטי המיעוט טענו כי אם נחליט לפי הדין, התוצאה היא העדפת זכותו של דני. בעוד ששופטי הרוב הבינו את העמדה של שופטי המיעוט, הם לא רצו להגיע לאותה תוצאה וטענו כי אם נגיע לשיקולי צדק נגיע להעדפה של רותי, משום שאין תשובה בדין נפנה לשיקולים מוסריים. והביקורת היא בדיוק על זה- שזה לא רק חובה מוסרית של דני אלא גם חובה משפטית, ולכן הם קבעו כי יש לרותי יכולת להשתמש בביציות. הביקורת היא בטענה כי שופטי הרוב עירבו בין חובה מוסרית לבין חובה משפטית.

**מקרה תיאורטי הפוך**

אדם תרם בתרומת זרע, אישה השתמשה בתרומת זרע שלו דרך בנק הזרע. האישה הזאת, השתמשה בתרומה אחת שלו ונולד לה ילד, היא רצתה מראש שהילד השני יהיה מאותו הורה ואז היא שריינה מנה נוספת של הגבר כדי להוליד ילד נוסף. בינתיים אותו גבר התחרט והחליט שהוא לא מעוניין שישו שימוש במנה שלו. יש כבר ביצית מוקפאת כדי שהיא תשתמש בהפריה חוץ גופית בעתיד.

* אם חושבים על זה במונחים של קדמי הוא לא יכול כי ברגע שנעשתה ההפריה התהליך ממשיך.
* לפי דורנר איזון האינטרסים שונה כי כאן יש לה אפשרות לעשות שימוש בתרומות אחרות, זאת העדפה שלא מונעת ממנה את האפשרויות לילדים נוספים.

במקרה הזה אפשרו לו לוותר- פלוני נ' פלונית, משום שבית המשפט אמר כי הוא יכול להתחרט ולבטל את תרומתו. אמר כי בעצם העמדה של קדמי לא התקבלה, בית המשפט אפשר מצב שניתן לחזור בו כאשר איזון האינטרסים שונה. הפגיעה בה היא הרבה יותר קלה, וכאן העדיפו את החירות שלו, למרות שהוא עשה מעשה.

**תורת משפט של CLS- הביקורת המשפטית**

**התורה הביקורתית**

התיאוריה הביקורתית התפתחה בארצות הברית בשנות ה80 של המאה ה20, שעד היום יש לה השפעה גדולה על המשפט. התיאוריה הזאת יוצאת מנקודת מבט ונקודת מוצא של הריאליזם. הטענה הריאליסטית היא שאין בכוחם של הכללים המשפטיים לקבוע את התוצאה במקרה נתון, והדבר בעצם נעשה על ידי החלטות שיפוטיות ולא על ידי כללים. אך התנועה הביקורתית הוסיפה ממד מאוד חשוב לגישה הריאליסטית. הטענה שלהם הייתה שההחלטות השיפוטית הן לא רק אד-הוק כפי שטוענים הריאליסטים, אלא שההחלטות נובעות מעמדות אידיאולוגית, המבטאות העדפה בשאלות עקרוניות.

למשל אחד הכיוונים המרכזיים הבולטים בתנועה של הCLS הוא כיוון נאו- מרקסיסטי. הטענה שהיא שנעשה במשפט שימוש כדי להעדיף ערכים של שוק חופשי, קפיטליזם על חשבון זכויות של פרטים, תוך שימוש במשפט כמעין מסווה. יש לשופטים ההעדפה אידיאולוגית, שהיא ביסודה קפיטליסטית, ובעצם הם עושים שימוש בזכויות ועקרונות משפטיים על מנת להעדיף את הגישה הקפיטליסטית. בעצם יש פה שימוש במשפט בהסוואה להכרעות ערכיות, אידיאולוגיות כלכליות.

**שימוש במונחים מופשטים**

מכאן צמחה כתיבה גדולה מאוד של סדרה של מלומדים שפיתחו את העמדה הזאת. העמדה הזאת עושה ניתוח ומראה כי בהחלטות של בית המשפט, משתמשים בכל מיני מונחים כללים המצדיקים את ההחלטה כעניין משפטי. קל להראות את זה על ידי מושג הסבירות- כל שאלת הסבירות שהפכה להיות מאוד מרכזית במשפט החוקתי, מושג הסבירות הוא מושד מופשט והוא מסווה כל מיני העדפות של שופטים. מה שממחיש את זה שלא המשפט קובע את זה מראש, אלא שופט עושה שימוש בשפה המשפטית כדי להוביל לכך.

**ביקורת על המשפט וההבדל מהריאליזם**

הגישה הביקורתית טוענת כי כך המשפט מתמהך, אין להאמין לטענות הפורמליסטיות שיש פה משפט. אלא בעצם יש פה אידיאולוגיה, תפיסות של שופטים לגבי שאלות כלכליות פוליטיות והם משתמשים במשפט כדי להכריע את ההכרעות האלה, כשהמשפט הוא שפה שדרכה הם אומרים את הדברים האלה.

נקודת המוצא היא ריאלסיטית שאין הכרעה, אך הגישה מכניסה גם ביקורת פוליטית- מהריאליזם עדיין ניתן להתייחס לשופטים באופן מקצועי אל הכללים לא יכולים להכריע, אך הטענה כאן היא ביקורתית שמאחורי המשפט יש עמדות אידיאולוגיות. המשפט גמיש מאוד ונתון לשיקול דעתם של שופטים, והחלטותיהם הן החלטות ערכיות ופוליטיות הנתונות לביקורת. בעיקר בארצות הברית הפסיקה הליברלית הייתה מאוד שוק חופשי וקפיטליסטיות.

זה היה בסיס לתיאוריות פמיניסטיות של המשפט- הביקורת הפמיניסטית של המשפט הלכה לכיוון דומה וטענה כי במשפט טבועות כל מיני העדפות גבריות. שוב על ידי ניתוח ביקורתי של המשפט יש כאן שימוש בתיאוריות ביקורתיות של המשפט כדי לטעון לקידום אדיאולוגיה, במקרה הזה העדפה ממוסדת של גברים.

הביקורת הופנתה גם כלפי המחוקק וגם כלפי השופטים בשימוש שהם עשו במשפט. הביקורת הזאת הושפעה מהCLS נקודת המוצא הייתה המשפט עצמו ניטרלי, והשופטים דרך המשפט משקפים את הערכים והאידיאולוגיות שלהם. אם הפמיניסטיות טענו שהם משקפים השקפות גבריות, והניאו-מרקסיסטיות טענו להשקפות קפיטליסטית.

העשרה על גלי הפמיניזם:

מקובל להבחין את הפמיניזם לשלושה דורות:

1. ליברלי- הפמיניזם הראשון שהוא ליברלי, פמיניזם של זכויות שטוען את הטענה הפשוטה שיש זכויות שוות לגברים ולנשים ומכל מה שדברים זכאים להם כך גם נשים.
2. תרבותי- הגל השני הוא הפמיניזם התרבותי שטען טענה יותר מורכבת, מתח עם ליברליזם, הטענה היא שלנשים מדברות בקול שונה ויש להם העדפות האחרות בתפיסות המוסריות שלהן, ולכן כל הניתוח המוסרי של זכויות הוא מאוד גברי, בעוד שהתפיסה של נשים היא תפיסה של קשר בינאישי וחובות שנוצרות מהקשר הזה. פרשת נחמני, נקודת מבט פמיניסטית כזאת הניתוח של מאזן זכויות היא גברית, בעוד שהתפיסה הנשית היא התקשרות בין דני לרותי שמטילה חבות מסוימות. בתפיסה היא שאין התחשבות בנקודת המבט הנשית על כך. התפיסה הזאת מעוררת שאלות וחוזרת לשאלות האם השוויון בא לידי ביטוי בכך שנשים צריכות לעשות אותו דבר כמו גברים או לעשות אחרת בגלל שהן שונות.
3. רדיקאלי- הגל השלישי, הפמיניזם הראדיקלי שהטענה האי מרחיקת לכת- הטענה שיש תבניות חברתיות ומשפטיות שהן גבריות ומשפיעות באופן מהותי על המשפט. הגישה הזאת הביאה לביקורת משפטית חריפה יותר. התבניות והמבנה החברתי המשפטי הוא מאופיין בהעדפה גברית באופן יותר קיצוני, וכאן צריכות להיות הגדרות חדשות במערכת היחסים. למשל שאלות של נישואין, הגדרת עבירות מין וכו. למשל בעבר לא הייתה בחוק עבירה של הטרדה מינית, או למשל היעדר אונס במסגרת נישואין (יש דיון מפורסם שבית המשפט העליון נזדקק למשפט העברי במקרה של אונס במשפחה, בלית המשפט לא היה נוח עם הטענה הזאת ולכן הוא פנה למשפט העברי, שלפיה אדם לא יכול לאנוס גם את אשתו, הייתה פניה למשפט העברי כדי להשתחרר מהמשפט האנגלי).

**תורת הפרשנות**

ביחידה זו נדון באופן מקיף על תורת הפרשנות בכלל, ועל כיוונים בתוך תורת המשפט. נדבר על הפרשנות אצל דוורקין ונתחיל לדון על תורת הפרשנות של ברק.

**בעיית הפרשנות**

אנחנו נתקלות בה במשפט ושואלות הרבה פעמים במשפט, מהי פרשנות נכונה לחוק או לחוקה? או לכל מסמך משפטי אחר- חוזה, צוואה וכו. מסמכים משפטיים קובעים נורמות, ואנחנו שואלות מהוה פירוש הנכון למסמך הזה. בעיית הפרשנות היא בעיה כללית שקיימת לא רק בהקשר של המשפט, אלא גם בהקשרים אחרים, במיוחד של מדעי הרוח- ספרות והיסטוריה. מהו פירוש נכון לטקסט? נתחיל מהשאלה הכללית יותר ונעבור לשאלה בהקשר המשפטי.

השאלה היא מהו פירוש נכון לטקסט, כי טקסטים יכולים להתפרש בדרכים שונות, ולכן מהו קנה המידה שלפיו נורמה מהו הפירוש הנכון. נצביע על שלושה מתחים מרכזיים בהקשר של פרשנות טקסט שכל אחד מהם מצגי דילמה על מה לתת את המשקל:

1. מחבר והטקסט- האם פירוש נכון הוא זה שחותר לכוונת המחבר, או זה שמפרש בצורה הטובה ביותר את הטקסט. את הטקסט כלשהו חיבר אדם שהתכוון לומר דבר מה, אז אפשר לומר מה הייתה הכוונה של מחבר הטקסט, לשקול את זה כדבר הקובע, האם זה קנה המידה או שאני עומדת בפני הטקסט עצמן, שואלת מה פירוש הטקסט, ולא צריך לחתור לכוונת המחבר. ניתן לפרש אותו בניגוד או בניתוק מכוונת המחבר.
2. לשון ותוכן- יהיה הפירוש אשר יהיה, בפירוש צריך לזכור שהמחבר לא נמצא לפנינו ומה שנמצא לפנינו זה הטקסט. בין שחותרים לחבר או לטקסט, מה שחוזר על עצמו היא השאלה בין הלשון לתוכן. פרשנות מילולית או תכליתית- האם הפירוש הנכון הוא הפרשנות המילולית של הטקסט, ועל זה צריך להניח או שהמחבר או שהטקסט התכוון, או שהטקסט כולל משהו שלא מנוסח באופן מילולי וזה התכון, הטעם והיגיון שלו, התכלית שלו, וצריך לפרש את המילים בהתאם לתכלית. נאמר בפרשנות משפטית- צריך לחשוב על תוכן וההיגיון ולפעמים להעדיף פרשנות פחות מילולי אך קולע יותר לתוכן הטקסט.
3. טקסט וקונטקסט- כשמפרשים טקסט מסוים הוא בדרך כלל נמצא בהקשר רחב יותר, או בהקשר טקסטואלי או לא טקסטואלי- בנסיבות שהם התחבר. האם צריך לפרש את הטקסט באופן מבודד או בתוך הקשר שבן הוא משתלב. הוא יכול להיות בהקשר ספרותי רחב יותר, לא רק על הפסקה אלא על כל הספר, לא רק על סעיף חוק הזה, אלא להסתכל על כל חוק- לפרש אותו בתוך קונטקסט. ואלי הקונטקסט הוא לא רק עניין טקסטואלי אלא נסיבות חברתיות, והיסטוריות שבהן הטקסט התחבר וצריך להתחשב בהם.

כל אחד מהכיוונים האלה יוליך אותי לפרשנות שונה של הטקסט, וצריך להכריע בהם או הכרעה עקרונית מה אני מעדיפה או הכרעה אד הוק, של מה בנסיבות האלה נכריע.

**ההגדרה המסורתית\ בלשנית של פרשנות- משה אזר**

פירוש לפי הכוונה שזהה לטקסט. נתחיל מהגדרה מסורתית\ בלשנית של פרשנות. משה אזר אומר מה זה טקסט בכלל? טקסט זו קבוצת סימנים שנבחרו על דיני מחבר מסוים- מילים, משפטים, כדי להעביר מסר- הוא התכוון לומר משהו. הדיבור הוא המדיום, הוא הדרך שמבטאת את המחשבות שלי, אז גם הטקסט הוא מדיום שדרכו המחבר מעביר מחשבות או תוכן מסוים לקורא. זה הטקסט, ולכן הסימנים האלה מסודרים באופן שיוצר מילים ומשפטים על פי לשון- סמנטיקה ותחביר המקובל בשפה. הפירוש של הטקסט זה הפירוש שחותר להבין את כוונת המחבר דרך כללי הלשון. כלומר אנחנו יודעות מה הפירוש של כל מילה, ומה התחביר אומר עליה, ומן המכלול הזה אנחנו מבינות את משמעות הטקסט שהיא זהה למשמעות המחבר שלו. כל פירוש שהוא חורג מהמשמעות הזאת, ותולה בטקסט דברים שהמחבר לא מתכוון לומר, בעצם לא משאר את הטקסט.

יש לו הבנה מאוד בסיסית למהי פרשנות, בתוך כך הוא במקר פסקי דין של בית משפט שנותנים פרשנויות רחוקות לסעיפי חוק ומכניסים להם משמעות שהיא לא נמצאת שם. זה כמו מדרש של חכמים על התורה- מכניסים על התורה ודורשים אותה, ונותנים לה פירוש לא כתוב מתוך רצון שזה יהיה הפירוש הנכון לחוק. אז בית המשפט מפרש את בחוק באופן שונה המשמעות הלשונית שלו. משה אזר אומר כי זאת חריגה, וזה לא פירוש נכון. יכול להיות שבית המשפט עושה זאת על מנת להגיע לתוצאה מסוימת- יש בחוק אילוץ ולכן הוא תולה בחוק פירוש כדי שהוא יעבור, אך זה לא באמת פירוש אם הוא לא עומד בכללים של הבלשנות. נקודת המוצא הבסיסית ביותר לפרשנות טקסים בכלל ולפרשנות משפט בפרט. ולכן השאלה שאדם צריך לשאול, המבחן שצריך לעמוד לנגד עיניו- זה מה התכוון המחבר לומר. והדרך לגעת את זה היא באמצעות הבנת התחביר והמילים.

כמובן שהכל מודים שהמחבר לא נמצא לנגד עינינו, יש את הטקסט ואנחנו רוצות להגיע לכוונה דרך הטקסט ולא דרך משהו אחר. אך אם הכוונה היא הטקסט נרצה להשתמש בדרכים אחרות מעבר לטקסט, שנדע על המחבר ולמה הוא מתכוון. אך המבחן בקשר לשאלה הראשונה של טקסט ומחבר- משה אומר מחבר כי הטקסט לא עומד בעצמו.

**מובן ומשמעות**

הבחנה מועילה בהקשר הזה היא הבחנה שמבחינה בין המובן של הטקסט לבין המשמעות שלו.

המובן של הטקסט זה מה שהטקסט אומר, למה התכוון המחבר, זה המובן שלו לפי המילים, כללי השפה, והוא זהה לכוונת המחבר.

* מובן- מה הטקסט\ המחבר אומר?
* משמעות- מה הטקסט אומר לי?

אך בטקסט יש גם עניין של משמעות, שאומר מה הטקסט אומר לי. לפרשנות יש יסוד סובייקטיבי כי מה הטקסט אומר לי ומה אני מואצת בו, זה לא בהכרח מה שהמחבר התכוון. זאת המשמעות שיש בעיני הטקסט לי. הירש מסכים כי המובן של הטקסט הוא מובן לפי כללי הלשון, והמשמעות היא דבר אחר.

**בעיות**

נראה כמה בעיות שההגדרה הביסית של אזר של טקסט לפי כללי הלשון, כמה בעיות שהיא מעוררת?

1. מה קורה במקום כאשר המובן של הטקסט איננו ברור? לפעמים הטקסט סובל מעמימות, יש משהו ברור, משהו בכלל לא ברור או שיש משהו לא ברור בטקסט, אז איך נכריע בשאלה הזאת?
2. האם אפשר להשתמש בחומרים מחוץ לטקסט- שזה קשור לשאלה הקודמת, אם מעניין המחבר אז נשתמש בחומרים מחוץ לטקסט שמביאים עוד מידע על המחבר.
3. מה קורה בטקסט של כמה מחברים? איך נוכל לדבר על כוונה במקרה כזה? יכול להיות שיהיה ניתן לדבר על כוונה משותפת של כלל המחברים שזה מצמצם את מושג הכוונה- מה המכנה המשותף. אך גם פותח את האפשרות שבתוך הטקסט יש כמה כוונות שונות. למשל כוונת המחוקק בכנסת- אולי כל חברי הכנסת הסכימו על המילים, אך שנשאל על התכליות, שאלת כוונתה מחוקק נעשית מסובכת. שיכול להיות שיש להם כוונות שונות. לכוונה של מי אני חותרת? מצב כזה יכול להעביר את כובד המשקל לטקסט מאשר למחבר. ההנחה של אזר שאנחנו חותרות לכוונת המחבר, היא קלה יותר כאשר יש מחבר אחד, וכאשר יש טקסט קולקטיבי שאלת הכוונה מעוררת שאלה. יש שיגידו שיש כוונה משותפת, ויש שיגידו שהכוונה מרוכבת יותר.
4. מה קורה בטקסט שהתחבר לפני זמן רב? כאן יותר קשה לחתור לכוונה, זה אדם שחי בתקופה אחרת ובעולם אחר. היסטוריונים יעשו מאמץ לפרש את הטקסט לפי כוונת כותבים שהיו בתקופת הזמן הזו. לפעמים הסמנטיקה ומובן המילים משתנה- מילה שמשתמשים בה היום ויש לה מובן מסוים, לטקסטים עתיקים, אותה מילה יש מובן אחר. אפילו אם אנחנו בטוחות שהטקסט הוא הטקסט ההיסטורי, איך מגשרים על הפער? היסטוריונים יעשו מאמץ גדול לגשר ולחפש את האוטנטיות של טקסט ולפרש אותו בהתאם לקונטקסט ההיסטורי, אחרים יוותרו על זה ויפרשו את זה בצורה שונה.
5. האם כל הטקסטים שווים?
6. האם כל מטרות הפירוש שוות? האם יש הבדל בין פירוש היסטורי שמתעניין במה היה פעם לבין פירוש משפטי שמעניין מה הטקסט אומר היום. יכול להיות שאם נפרש בצורה שונה, היסטוריון יפרש מה הייתה כוונת האבות המייסדים, והשופט ישאל מה החוקה אומרת היום. זה המובן והמשמעות- היסטוריון שואל מה המובן של החוקה, והשופט שואל מה המשמעות שלה היום. האם כשהחוקה אמרה שאסור להעניש עונשים אכזריים, ואז יבוא שופט וישאל מה זה אומר על עונש מוות? היסטוריון יכול להגיד שמדבר על עינויים ועונש מוות לא התנגדו שהראיה היא שהיו עונשי מוות בכל המדינות. יבוא השופט היום וקורא את המשפט כחל על עונש מוות. יכול להיות שיש הבדל בין מטרות הפירוש- בין היסטוריון שמטרתו לקבל את הפירוש ההיסטורי לבין פרשנות של שופט.

התיאוריה של אזר מובאת בתור איזושהי תיאוריה אינטואיטיבית.

**פרשנות ספרותית**

גם שם יש שאלות שלא תמיד קל לקבל את הפרשנות הפשוטה או התיאוריה הפשוטה של אזר, התיאוריה של פרשנות כוונת הטקסט.  
יש מצב שהמחבר התכוון מראש לרב משמעויות- המחבר השתמש בשפה רב משמעית, למשל בשירה שימוש במטאפורות, ביטויים עמומים ורב משמעיים ולא התכוון לדבר אחד. יכול להיות שגם אנשי התיאוריה בסיסית, שאם המחבר התכוון לרב משמעויות אז זה בדר כי הוא התכוון לכך.   
הטענה יש טענה שהטקסט מכיל תכנים ומשמעויות שהם מעבר לכוונת המחבר- כרבדים לא מודעים, שאפשר למצוא בטקסט בלי שהמחבר היה מודע להם.  
יש גם רמיזות לשוניות וספרותיות בטקסט שרומז לטקסטים וביטויים אחרים שהוא בעצמו לא היה מודע לזה עד הסוף.

* טקסט שהמחבר התכוון לרב משמעוות (שירה)
* הטקסט עשוי להכיל מעבר לכוונת המחבר
* רבדים לא מודעים
* רמיזות לשוניות וספרותיות

המשמעות חשובה יותר מהמובן

ולכן הטענה היא שמראש לא צריך להגביל את הפרשנות הספרותית לכוונת המחבר. ובניסוח יותר קיצוני, בפרשנות ספרותית המשמעות יותר חשובה מראש המובן של כוונת המחבר. יכולה להיות שכל מה שתולה בטקסט אפשר להגיד, כך פרשנות רצינית המתנתקת מכוונת המחבר צריכה לעמוד באיזשהו אופן ובהתאמה לטקסט עצמו. כי אחרת ניתן לתלות כל מילה ולתת לה מובנים אחרים אז בכלל נתרחק מהמשמעות. אז גם בפרשנות הספרותית שלא חותרת לכוונת המחבר ומתקרבת למשמעות, אז מה שעומד לפינינו זה הטקסט אבל אז הפירוש צריך להלום את הטקסט, את מיליו ומבנהו.

נשאל מה יהיה הפירוש והקריטריון, אם נוותר על קריטריון כוונת המחבר, אז מה יהיה הקריטריון שבו נבחן מהי פרשנות ספרותית נכונה? זאת אומרת קריטריון אחד שהיא מתאימה למילים- מה שיש לפנינו זה טקסט עם סמנטיקה ותחביר וצריך לתת פירוש מתאים לכך. אך לטקסטים ספרותיים יש כל מיני פרשנויות, ולכן השאלה מה יהיה פרשנות נכונה לטקסט לפי איזה קריטריון- האם כל דבר שמתאים למילים וללשון עובד, או שיכול להיות קריטריון על? למשל קריטריון אחד הוא כוונת המחבר. אך אם נזנח את קריטריון כוונת המחבר, איזה קריטריונים אחרים נעלה מקריטריון על כדי שנוכל לדעת מה הפירוש הנכון?

קריטריונים שיכולים להיות בספרות זה למשל: איזה פירוש עושה את הטקסט יותר יפה או מעניין? אם נפרש יצירה ספרותית איזה פירוש עושה אותה שהוא נאמן למילים ולח\תחביר, אך האם הוא עושה אותה יותר מעניינת או יפה? אפשר לשאול מה יותר מתאים להקשר ההיסטורי או החברתי של הסיפור- הסיפור מתרחש בתקופה מסוימת ובחברה מסוימת

**פרשנות משפטית**

פרשנות משפטית, את אותן שאלות ששאלנו קודם יש גם בהקשר של המשפט למשל:

1. כוונת המחוקק או פירוש החוק? השתמשנו בפירוש חוק, אך זה יכול להיות כל מסמך משפטי- האם כוונת הצדדים או פירוש מנותק מכוונת הצדדים? ניתן לקרוא לכוונת המחוקק כפרשנות סובייקטיבית- הסובייקט שכתב את החוק, והאובייקטיביות זה הטקסט שעומד באופן אובייקטיבי מולי. במובן אחר יכול להיות שפירוש החוק הוא סובייקטיבי- פירוש החוק כאובייקט אך מה אני מפרשת אותו. משחק מילים שבמקרה ברק בוחר לפרש דווקא את פירוש הטקסט כפרשנות אובייקטיבית. אפשר לומר כי כאשר הכנסת מחוקקת חוק הכוונה שלה התגבשה בדברי ההסבר לחוק, ואז כשנפרש את החוק, יש מקום לשאול האם נפרש אותו לאור דברי ההסבר המייצגים את כוונת המחוקק. האם נתחשב בדברים האלה או עד כמה נתחשב או שנאמר החוק קיים, המילים עומדות במנותק מהכוונה ונפרש אותו מחות לכוונה? למשל בית המשפט לא רואה את עצמו כמחובר באופן מסורתי לדברי ההסבר, אין לו חובה אולטימטיבית לפרש את דברי ההסבר.
2. פרשנות מילולית או פרשנות תכליתית? זה העניין של לשון ותוכן.
3. ההקשר- פרשנות החוק או פרשנות בהתאם לסביבה החוקית והחוקתית?

**מה מייחד טקסט משפטי בהשוואה לטקסט ספרותי או היסטורי?**

1. כשמדברים על חוק, הוא לא התחבר על אדם אחד אלא על ידי כמה מחברים- כאן יש שאלה האם יש כוונה משותפת. אפשר לטעון שיש כוונה משותפת שבאה לידי ביטוי בדברי ההסבר החוק, אשר להעלות שאלה ולהגיד שהמחוקקים הצביעו אך יש מחשבות נוספות.
2. מכיל כללים שנועדו להכיל מספר רב (אינסופי) של מקרים- ואנחנו צריכות לפרש כל מקרה בהתאם לכלל המשפטי, כלומר הכלל קבוע וזה מעלה כל מיני שאלות החורגות מהכוונה של המחברים. המחוקק ידע שהוא קובע כלל משפטי הוא קובע כלל שטוב להרבה מאוד מקרים, הוא ידוע מראש שהוא לא יודע את כלל המקרים אך הוא יודע שהם מריכים להיכנס לתוך הכלל. וההכנסה שלהם לכלל- לא צריך להניח שהמחוקק צפה את כל המקרים העתידיים, זה ברור שהוא אל צפה ולא התכוון לצפות. המחוקק מראש לא יכול לצפות את כל המקרים העתידים, הוא קבע תבנית שלתוכה צריך להכניס הכל. ועכשיו שהאלה מה שצריך להיכנס לתוכה? יש כל מיני מקרים חריגים שעכשיו נשאל האם המחוקק התכוון שהמקרה יכנס לתוכו, צריך לתאר האם המחוקק חשב שהמקרה מתאר את הכלל. אולי הוא לא צפה את זה, אך נגביל את הכוונה שלו ונגיד שלא התכוון לזה. אך בכל זאת בפרשנות משפטית צריך לתת את הדעת לעובדה שהמחוקק קבע כללים יועלי לכל מיני מקרים והוא מראש לא צפה את כולם
3. חוק מתקיים לאורך זמן וצריך להתאים לנסיבות משתנות- האם המחוקק התכוון למקרה המסוים, נשאל האם הוא התכוון לנסיבות האלה? כללים קיימים כאשר הנסיבות משתנות ויכול להיות שהנסיבות יביאו לפירוש שונה.
4. הטקסט משתלב במערכת כללים וחוקים מורכבת- הוא לא עומד לבד, יכול להיות שבסעיף הזה התכוונו לדבר מסוים, אך פתאום אחרי שהוא קבע את מה שקבע, רואים שזה עומד במתח לחוק אחר ולכן צריך ליישב בין החוקים, והמחוקק לא בהכרח נתן על זה את הדעת. העבודה שכל סעיף חוק משתלב בתוך הקשר רחב יותר של חוקים מחייבת לעיתים ליישב את סעיף חוק אחד לאחר, או חוקים מסיומים עם חוקה.

כל זה מייצר ייחודיות למערכת המשפט, והפירוש צריך להביא לתוצאה צודקת. להבדיל מפרשנות ספרותית שהשאלה היא שתיאורטית בלבד, הפרשנות המשפטית משפיעה על החלטה במקרה קונקרטי שבו בית המשפט רוצה לתת תוצאה צודקת. כל הדברים האלה נותנים לפרשנות המשפטית איזשהו גוון אחר, ושאלות ייחודית שאין בפרשנות ספרותית או היסטורית.

**פרשנות משפטית- גישות פרשניות**

1. **טקסטואליזם (השופט סקליה)**

השופט סקליה מקובל לייצג בבית המשפט העליון האמריקאי את הקו הפרשני. הוא קרא לפרשנות טקסטואליזם. כלומר התחשבות בטקסט, לתת משקל לטקסט.

מצד אחד השאלה היא למה הטקסט? הטקסט הוא הביטוי של המחוקק, ובנגוע לשאלה של טקסט או מחבר הוא הכריע דווקא לטובת הטקסט. כוונת המחוקק איננה ידועה, הוא לא נמצא לפנינו, במיוחד בהקשר של פרשנות חוקה. אז האבות המייסדים היו לפני 200 שנה, הם לא לפנינו ולכן לא נחתור להבין כוונה אלא טקסט.   
הבנת הטקסט הוליכה אותו לפרשנות מסוימת והוא הגדיר אותה כך: יש לפרש את הטקסט בהתאם לכוונה האובייקטיבית, הכוונה המשוערת של המחבר. אם נקרא טקסט, נצטרך לדמיין מחבר, לא מחבר קונקרטי ולא נחתור לרדת למוחו, אלא נחשוב למה שהתכוון אדם סביר בעת שכתב את הטקסט הזה?

הפרשנות הזאת מכונה בהקשר של החוקה פרשנות אורגנ'יסליסטים- החותרת לכוונה המקורית של החוקה. הפרשנות הזאת באה כנגד גישה מקובלת בבית המשפט העליון, שהיא נקראת החוקה החיה. הפרשנות המקובלת במשפט האמריקאי, שהמשפט הזה קבע הולמס. שם הוא מדבר על העניין של החוקה החיה- לא ניתן להניח שהחוקה קפואה 200 שנה, אלא צריך להניח שהחוקה היא חיה ולכן אני יכולה לייחס לה פירושים אחרים. נגד זה יוצא סקליה, ואומר כי החוקה החיה זו המצאה של בית המשפט להיאחז בחוקה. הוא דוחה את החוקה החיה ודוגל בחוקה המקורית, למה התכוונו המחברים. הוא מתנגד לפירוש למשל לומר שהפרטיות אומרת שיש איסור הפלה, לא ניתן לקרוא ולראות את זה לתוך החוקה. בחוקה לא התכוונו להתיר הפלה, אלא פרטיות כמובנה, ואתה צריך לפרש את החוקה לפי האופן שאליו התכוונו האבות המסיידים, לא למה שהתכוונו בנפשם אלא למה הטקסט חותר.

* הטקסט הוא הביטוי של המחוקק
* כוונת המחוקק אינה ידועה
* יש לפרש את הטקסט בהתאם לכוונה האובייקטיבית. (שווה בנפשך שאת הטקסט כתב אדם אינטליגנטי וסביר, מה התכוון לומר?)
* טקסטואליזם אינו פרשנות צרה או דווקנית, אלא פרשנות סבירה בהתאם להיגיון הטקסט.

דוגמא נוספת היא שוויון- שמחברי החוקה אמרו שכל אדם זכאי לשוויון בפני החוק, הגנה שווה של החוק, הם התכוונה לגברים לבנים. הם לא התכוונו לשוויון בין שחורים ללבנים, או שוויון לנשים וגברים. ג'פרסון עצמו נסיח וכתב שכולם נבראו בידי האל- הוא ראה בזה רק לבנים. אך כשנפרש את סקליה, לא ננסה לפרש כפי שג'פרסון פירש, אלא לפי הכתוב עצמו. ולכן סקליה יכול לקבל פירוש ליברלי- הוא לא חורת לפרש את ג'פרסון באופן ישיר, אלא בצורה סבירה את הטקסט. הוא לא התכוון לשחזר את הכוונה של המחברים, אך גם לא לייחס דברין שלא כתובים.

הפרשנות שלו היא פרשנות מקורית של חוקה, ולכן הוא מתנגד לשופטים האחרים שממציאים ומנסים לתלות השקפות ליברליות בתוך החוקה. הפרשנות שלו היא לא פרשנות צרה או דווקנית אלא פרשנות סבירה בהתאם להיגיון של הטקסט.

ההצדקה: פרשנות דמוקרטית

ההצדקה המרכזית שלו היא ההצדקה הדמוקרטית- השופט צריך להיות כפוף לחוקה ולחוק, הטקסט הוא הביטוי של המחוקק, הכוונה לא ידועה ולכן אנחנו צריכות לפרש את החוק כך, כי השופטים אינם מוסמכים לייצר את החוק, ולכן שופטים שמפרשים את החוק בהתאם לכוונה או לתכלית בעצם מפרשים את החוק כרצונם. אין תכלית בחוק, אם נייחס לחוק תכלית האדם המפרש הוא הקובע את התכלית.

* שופטים אינם מסומכים ליצור חוק
* שופטים שמפרשים את החוק בהתאם לכוונה או לתכלית, ממציאים תכלית כך שיוכלו לפרש את החוק כרצונם

בשאלה הראשונה הוא עדיף את החוק על פני המחבר, אך בשאלה השנייה של מילולי מול תכליתי הוא הולך לקוטב המילולי. התכלית של החוק זה כלי בידי המחוקק לפרש אותו בניגוד לכוונתו או משמעותו ולכן אומרת סקליה שהוא רוצה לפרש את המחוקק בהתאם לטקסט.

1. **חיים כהן- פרשנות נאמנה: תלתא משמע**

מאמרו של חיים כהן הזה דיבר על שלושת הנאמנויות של השופט. הוא מדרג אותם ומסביר מה החובה- בנוגע לשאלות האלה: יש שלוש נאמנויות

1. הנאמנות הראשונה היא הנאמנות ללשון החוק- הפרשן חייב להיות נאמנן ללשון ולא יכול לפרש בניגוד ללשון- הוא מונה כמה נימוקים לכך- 1. היא נובעת מלשון החוק- אם נקבל את העיקרון של שלטון החוק אז צריך להניח את הנאמנות שלו, הוא מפרש את לשון החוק במובן של וודאות (לתת לדין את וודאותו), 2. אם ניתן לחוק פרשנות המנוגדת ללשון החוק הוא לא וודאי, נותנת לדין את המבומיות שלו- החוק ידוע לכולם כפי שהוא פורסם, אם ניתן פרשנות אחרת היא פרשנות נסתרת מכולם. 3. הנאמנות ללשון החוק מבטיחה את השוויון- אם כולם נוהגים לפי החוק הכתוב ולפי הפרשנות המילולית שלו ברגע שהשופט חורג מהפרשנות המילולית ונותן פרשנות לא מילולית, זה נותן פתח לכל אחד לפרש כרצונו, זה יכול לגרום לאי שוויון.

הפרשן צריך לפרש את החוק לפי המשמעות המילולית שלו מכיוון שהמשמעות המילולית שחובה מבחינת עקרונות שלטון החוק והם פומביות, וודאות, שוויון

1. נאמנות לרוח החוק- כאן אנחנו גמיעות ליחס בין מילולי לכוונה. הוא רואה את הנאמנות הזאת כנאמנות נוספת שיכולה לסבך אתה נאמנות הראשונה. הכוונה של הנאמנות זה לתכלית החוק, וחוק ללא טעם הוא כמו גוף ללא נשמה. הטעם נותן לחוק חיים. לכללים וחוקים יש סיבה וטעם, הם לא שרירותיים, בולי שנבין את הטעם של הכלל אז הכלל הוא שרירותי, והטעם הזה יכול להשפיע על פירושו, ולכן צריך לפרש את החוק בהתאם לרוח שלו. חיים כהן מציג מדרגות- הפרשן דבר ראשון צריך לפרש לפי משמעות החוק, אם הוא מגיע לנקודה בה החוק לא מובן ואיננו מספיק ברור, או שלשון יכולה להשתמע לכמה טעמים, אז מה שצריך להשפיע זה הרוח שלו.

הוא מתאר שלבים לפרשנות. תחילה, צריך לפרש לפי הלשון כי זה מתחייב לעקרון שלטון החוק, אך כשהפרשן מפרש את החוק לכמה פנים והוא צריך להכריע ביניהם. ההכרעה הזאת תצטרך להיות לפי התכלית, הוא מגיע לתכלית רק ממקום שבו הלשון ממילא מייצרת יותר מפרשנות החוק, כלומר הוא לא סותר את הלשון משום שהתכלית תמיד נצטרך לעמוד לפי הלשון. התפיסה שלו שונה מברק- התפיסה שלו שהפניה לתכלית קוראת רק כאשר הלשון לא ברורה או משתמעת לשני פנים, ואז התכלית באה על מנת לגשר על הפער והחלל של הלשון.

1. נאמנות לרוח המחוקק- זה מה שניתן לקרוא לו כעקרונות יסוד של השיטה. עקרונות יסוד של השיטה הם דמוקרטיה וחירות האדם, ונפרש את החוק בהתאם לעקרונות האלה. הוא מניח חזקה- חזקה למחוקק שרוחו טובו עליו. נניח את העקרונות, והפירוש של החוק צריכים להתאים לעקרונות השיטה. מגיעים באמצעות הפרשנות, הוא נותן לשופט כלים להתמודד עם סיטואציה הפירוש המילולי של החוק יהיה בלתי צודק ואולי התכלית של החוק עצמה אין בה כדי להפוך אותה לצודקת. כאן יש עקרונות יותר מופשטים וגבוהים המדרג הנורמות שהם יהפכו פרשנות לצודקת, וזה התחשבות בעקרונות היסוד. היום במבנה המשפטי ניתן לומר שנאמנות לעקרונות הסיוד של היסוד זה לחוק היסוד.

אם נשווה לסקליה זה שונה לגמרי, כאן רואים גישה פרשנית שונה כי הוא הכניס ורואה כללי לגיטימי את הפרשנות התכליתית. סלקיה מתנגד משום שכהן מכניס תכלית, תכלית זה רק מניפולציה. וחיים כהן יתגונן משום שזאת דרגה שנייה, הוא מגיע לתכלית כאשר הלשון לא מביאה לפתרון, כאשר הלשון מביאה לתוצאה עמומה אז חובה להשתמש בתכלית. התכלית לפי חיים כהן באה לפתור דילמה שנוצרה בשלב הראשון ולכן היא אל באה לעקור את החוק. חיים כהן גם בביטויים שהוא השתמש בהם- נשמה של החוק. יש הבנה שונה מסקליה במובן הזה שיש טענה עמוקה שלא ניתן להבין כלל משפטי בלי הבנת התכלית שלו. כלל משפטי הוא לא שרירותי, אלא יש לו תכלית מסוימת. במקום שבו אני מגיעה למבוי סתום חובה להשתמש בתכלית כד להכריע את השאלה הזאת. חיים כהן בעצם משתמש בפרשנות מרחיבה זה שימוש בעקרונות יסוד של השיטה.

האלטרנטיבה שצמחה לסקליה

יש את הגישה הריאליסטית, שאומרת כי השופט מחויב לחוק אך צריך לתת לו את הפירוש הצודק ביותר, וכאשר נתקל במקרה אני צריכה להתחשב בחוק, לקרוא אותו אבל לא אהסס לסטות מהחוק או לתת לו פירוש חריג כדי להגיע לתוצאה הצודקת. את הגישה הזאת מייצג שופט בית המשפט העלין האמריקאי, שאומר כי המחויבות של שופט לחוק היא בסיסית, מחויבות ראשונית אך הוא יכול לחרוג ממנה כדי להגיע לתוצאה צודקת.

1. **אינטגריטי (דוורקין)**

מה שמיוחד אצל דוורקין זה ניסיון להציג תיאוריה יותר שלמה של הפרשנות. דוורקין מציע את ההגדרה הבאה: פרשנות משפטית היא אמיתית אם היא נובעת או מתאימה לעקרונות של צדק, הגינות, הליך הוגן ומספקת את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה.

פרשנות נכונה צריכה להתאים לעקרונות של צדק- הוא מונה שלושה עקרונות של צדק- הגינות, הליך הוגן, צדק. היא צריכה להתאים כמו העקרון של חיים כהן, והוא אומר דבר נוסף שהיא מספקת את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה. המסורת של הקהילה זה החוקים והתקדימים, אבל את החוקים והתקדימים צריך לפרש באופן הצודק והטוב ביותר. כלומר במובן הזה הוא שונה מהגישה הפרגמטית שאומרת כי יש לתת פירוש צודק למקרה שלי ולהסתדר עם החוק, וברור שהוא שונה מהגישה של סקליה שהוא מחויב לחוק כלשונו. משום שדוורקין אומר שהפרשנות שלו לחוק צריכה להתאים לעקרונות של צדק. דוורקין מנסה לאחוז שני קטבים בפרשנות ביחד- הקוטב האחד הוא של מחויבות למסורת המשפטית, ולא אומר כי הוא לא מחויב לכך, מצד שני הוא לא מחויב לפרשנות האורג'נליסטית אלא מחויב לעקרונות צדק.

תורת הפרשנות של דוורקין- המאמר שלו המשפט כפרשנות. הכותרת הזו ממצה יפה אתה תפיסה של דוורקין. המאמר שניתן הוא גרסה מקודמת ומקוצרת של הפרק בספר- כלומר, לימים הוא פרסם, כדרכם של מאמרים, הוא פרסם כמה מאמרים ובסופו של דבר הפך אותם לספר- האימפריה של המשפט, שיצא בשנות ה80 והוא מציג את תורתה משפט של דוורקין בשלב הבא שלה. נדבר גם על המשפט כפרשנות ועל המשפט כשלמות.

**הפוזיטיביזם ומשפט טבע**

באופן בו דוורקין פותח את העניין חוזרת תורת המשפט שלו ולהבנה הכללית של תורת המשפט שלו. הוא מתחיל עם שני ניגודים שממקמים אותו באמצע.

1. תורת משפטי
2. פרשני

הניגוד של תורת משפטי זה הניגוד בין בפוזיטיביזם ומשפט וטבע, והוא לא ממקם את עצמו בין שניהם. הוא טוען שהתיאוריה שלו היא לא אחת מהשניים. הוט טון שפוזיטיביזם טוענים כי יש חוק ותפקיד השופט הוא לתאר מה אומר החוק. הפוזיטיביזם מסתכל על המשפט כנתון. הוא נקבע בצורות שונות ויש משפט- ותפקיד השופט הוא לקבוע ולזהות את המשפט ואז להחיל אותו.

מנגד המשפט הטבעי לא מסתפק בזה וקובע קביעות נורמטיביות מה ראוי ומה רצוי יאמר החוק. מהבחינה הזו המשפט הטבעי לא מאמץ את ההבחנה בין משפט מצוי לרצוי. שכן המשפט המצוי לא טוב ואל מספק ואז י שלב קביעות נורמטיביות של המשפט הרצוי, ולכן הם מכניסים למשפט את התפיסות המוסריות והאידאליות מה רצוי. שהטענה הביקורתית כנגדם שהקביעות האלה אולי רצויות אך לא נקבעו על ידי החברה ולכן הן פותחות פתח לסובייקטיביות של השופט ולא נהנות מהלגיטימציה של המשפט.

דוורקין לא ממקם את עצמו במשפט הטבע, והוא רואה את הפרשנות אמצעי לעגן את המצוי ברצוי- לעגן את הקביעות הרצויות בתוך החוק ולהראות שהן הפירוש הנכון של החוק. במובן הזה הוא מתגבר ואומר כי נפרש את החוק באופן פרשני נוכל להגיע לסתירה בין המצוי לרצוי, אך אם נתייחס למלאכת הפרשנות באופן משוכלל אז נוכל לעגן את המשפט הרצוי בתוך הדין המצוי וכך בעצם לגשר על העניין. לכן פרשנות בשבילו היא מהלך קריטי בתוך המשפט ולא רק פעולה טקסטואלית, לכל פעולה פרשנית צריך לתת תוכן בטקסט, אך אצל דוורקין זה לא רק פעולה טקסטואלית אלא מושג הפרשנות הוא בעצם כולל בתוכו את כל ההפעלה של המשפט, כל החלטה שיפוטית בעיני דוורקין היא פרשנית, גם כשהיא לא מפרשת בצורה ברורה טקסט. חשין אמר שפרשנות היא שיש טקסט ורצה לתת לו מובן, אך לחרוג מהטקסט זה לא פרשנות. אצל דוורקין פרשנות היא פרשנות רחבה יותר ולא רק פעולה טקסטואלית, כל ההחלטה שיפוטית היא מעשה פרשנית מכיוון שהתפקיד שלה הוא לגשר בין המשפט המצוי, וזה יכול להיות החלטות תקדימיות- חוקים, לבין הדין הרצוי. ההחלטה הזאת תמיד יש בה ממד פרשני. זה המקום של המשפט כפרשנות, המשפט כולו היא פעולה פרשנית, הוא אף פעם לא מסתפק בעמדה ההארטיאנית שיש גרעין של כלל ונגיע לשאלות פרשניות כאשר יש עמימות בכלל. בשביל דוורקין כל החלטה ויישום היא פרשנות, מושג הפרשנות הוא רחב יותר והוא כולל את הגישור הזה בין המשפט הרצוי למצוי .עד עכשיו הניגוד היה תורת המשפט.

* פוזיטיביזם- קביעות תיאוריות, מה אומר החוק?
* משפט הטבע- קביעות נורמטיביות, מה רצוי שיאמר החוק?
* פרשנות- מחייבת לעגן את הרצוי בחוק המצוי

**ניגוד בין קונבנציונליים ופרגמטיזם**

קונבנציה- זה הדבר המוסכם, במובן של משפט זה ללכת על ההסכמות של החוקים והפסיקה. ההסכמה הקונבנציונלית זה המשפט, זה עניין של להתבסס על הסכמות הפוליטיות והחברתיות שיוצרות את החוק- כלומר חוקים ופסיקה. הוא מסתכל אחורה, כאשר יש שאלה משפטים השופט שואל מה החוק אומר- במובן הרחב, או החוק או הפסיקה. מה התשובה לשאלה? זאת העמדה הקלאסית.

כנגד זה מתקוממים הריאליסטים שטונים שלא ניתן להסתמך על זה כחי זה צריך לקבוע החלטות חדשות ולכן יש את הגישה הפרגמטיסטית שאומרת וניתן לראות אותה שהריאליסטים מצמחים פרגמטיזם. הריאליסטים שאומרים שבחוק אין תשובה לכל שאלה, אולי יש בכוחם של כללים אך הפתרון לא תמיד טוב, ולכן הוא מחפש פתרון פרגמטי פתרון טוב לשאלה המשפטית. התפקיד של השופט זה לחפש תשובה צודקת ויעילה לשאלה. המבט של הפרגמטיסטים הוא לפנים ולא לאחור, הם יכולים להתחיל מהחוק, אך אם הוא רואה שהתשובה של החוק והפסיקה לא טובה ולא נכונה בנסיבות האלה, אז הפרגמטיסט בלי רהבה כאבי בטן או ייסוריי מצפן ילך לפתרון הצודק, שם יגיד כי החובה לחוק היא חובה לכאורה- היא חובה באופן ראשוני, אך אם הוא רואה שהפתרון החוקי הוא פתרון לא מספיק טוב, אז הפרגמטיסט שייתן את הפתרון הטוב ויסביר למה הפתרון של החוק הוא לא טוב, והוא לא צריך מנקודת מבט פרגמטית לעמול קשה כי הוא תופס את המחויבות שלו לחוק כמחויבות לכאורה.

* קונבנציונליזם- מבט לאחור: לחקיקה ולתקדימים
* פרגמטיזם- מבט לפנים: לפתרון הנכון
* פרשנות- מבט לאחור ולפנים

הביקורת הצפויה על הגישה הפרגמטיסטית שגם דוורקין שותף לה יש פה כמה בעיות- לגיטימציה- השופט תפקידו ליישם ולהחיל את החוק בעוד שפרגמטיסט לא מסתכל על החוק. יש בעיה של וודאות, יציבות, תכנון עתידי. הגישה פרגמטית היא מאוד בעייתית ממושג המשפט. מושג המשפט מניח כפיפות של כולם לדין ובראש ובראשונה של השופטים. אם השופט בקלות יכול לומר שאם החוק לא נותן תוצאה צודקת הוא מערער את מושג החוק ככלל. ולכן דוורקין אומר שהוא לא יכול לבחור בין אף לא משני הקטבים- הקוטב הקונבנציונלי נאמן לחוק ומשקף אינטרסים של וודאות, לגיטימציה ויציבות אך לא מספק פתרון צדוק. הפתרון הפרגמטיסטי של לתת פתרון טוב, הוא מעורר בעיות אחרות. ולכן דוורקין נעזר שוב בפרשנות כדי להתגבר על הפער.

פרשנות היא בעצם נותנת מבט לפנים ולאחור- הפרשנות מחויבת לחוק ולא בקלות מדלגת מעליו ופונה לפתרון הפרגמטי אך היא גם לא תקועה בחוק. אלא רואה את הפתרון הרצוי לנגד עיניה ומנסה לגשר בין החוק לבין הפתרון הרצוי. ולכן הפרשנות בעיניו היא כלי מרכזי בפעולה משפטית, הכלי המרכזי. ולכן הכותרת של המאמר היא המשפט כפרשנות- כי כל מהות המשפט היא פרשנות ביחס לפעולות הקודמות. ובספר הוא מגדיר את זה חור כשלמות או יושרה.

**החוק כיושרה\שלמות**

הגישה הזאת מחויבת למסורת המשפטית ומחויבת גם לפתרון הצודק והיא כאמור פנים ואחור. עד לכאן הקדמה- איזו בעיה הפרשנות באה לפתור ומה היתרונות שיש לה. אך לא ניתן לעצור כאן ולספק תיאוריה יותר מפורטת שתסביר איך השופטים צריכים לעבוד בפועל- על פי איזה עקרונות הם צריכים לפרש את החוק.

**פרשנות ספרותית**

דוורקין מתחיל ברעיון של פרשנות ספרותית, הוא לקוח מה ידוע על פרשנות ספרותית ומשתמש בה לטיעונים. כשדוורקין כותב את זה בשנות ה80 אין תיאוריות מבוססות על פרשנות המשפט, היום במידה רבה בעקבות דוורקין התחילו לכתוב באופן מלא יותר על פרשנות, ועד אז התיאוריות הפרשניות לא היו מספיק מפותחות, עוד שבעולם הספרות יש מאמרים רבים על מהי הפרשנות הספרותית הנכונה, ולכן דוורקין שואב משם כדי לטעון לפרשנות משפטית.

התזה האסטית

בעיני דוורקין העקרון המרכזי פרשנות ספרותית- הוא לוקח מתוך הפרשנות הספרותית מוטיב אחד ועליו הוא עומד- התזה האסתטית.  
היא אומרת שפירוש טוב ליצירה ספרותית הוא זה שמאיר אותה באופן הטוב ביותר, המעניין והאסתטי ביותר. זה קריאה של חסד- כשקוראים טקסט ומעריך קוראים אותו באופן הטוב ביותר ולא מבקרים את היצירה מיד, אלא קודם מחפש את הדבר הטוב בה. מבחינה מתודית לא מיד נקטול את החיבור שלפנינו, אך יש לפרש אותו באופן הטוב ביותר שניתן- לקחת סיפור ולפרש אותו באופן הטוב ביותר. כלומר הכוונה היא שהיצירה אחרי הפרוש של הקורא ומבקר ספרותי תהיה הכי יפה, מעניינת מבחינה אינטלקטואלית. למשל מראים הקבלות ביצירה, מעגליות וכו. מראים באופן יפה את המהלך המתרחש ביצירה הספרותית, ולכן דוורקין אומר שהפירוש הכי נכון ליצירה זה להאיר בצורה הטובה ביוצר ולא להמציא אם אדם יכניס דברים שלא כתובים ביצירה, אז הפירוש הזה נכשל. הפירוש צריך לעמוד בהתאמנה מסוימת אל הטקסט, וצריך לשכנע את הקורא שזה פירוש של טקסט ולא המצאה של הקורא והמבקר הספרותי,. אך בהנחה שתנאי הסף הזה שהמפרשן של היצירה עומד בו ורואה שהפירוש שלו מתאים ומשתלב עם היצירה, אחר כך אם יש כמה פרושים נבחר את הפירוש שמאיר את היצירה באופן האסתטי ביותר. מתוך הטיעונים הספרותיים האו טוען שזה לב העניין של קריאה ספרותית.

הביקורת והתגובות

* ביקורת א' אובייקטיבית- כמובן שניתן לבקר גם את הקריאה הספרותית, הקורא גם אם הוא עושה מאמץ לבקר אותה הוא מכניס את התמונה שלו פנימה לתוך הטקסט ולכן היצירה יש בה יסוד סובייקטיבי. היינו מוסיפות לסובייקטיביות לא רק העניין של פרשנות, אלא עצם השאלה מהו הפירוש שמאיר באופן המעניין ביותר, הוא עצמו נתון לוויכוח. גם השאלה מה הכי יפה וטוב. היא כפופה לקריטריונים פנימיים וסובייקטיביים. השאלה של הסובייקטיביות נוגעת לא רק למה שמוצא ביצירה אלא גם מה שהכי יפה, טוב ומעניין זה עצמו שאלה.

תגובה: דוורקין עונה כי נכון שלא ניתן להוכיח מהו הפירוש הטוב ביותר, אך זה שלא ניתן להוכיח לא אומר שאין תיאוריה טובה יותר. זה מהדהד את מה שהוא חשוב על פרשנות משפטית- דוורקין מודע לכך שלא ניתן להוכיח פרשנות ספרותית כמו שניתן להוכיח מתמטיקה. בספרות שהאלה מה הפירוש הטוב ביותר הוא עצמו שנוי במחלוקת, אבל עדיין דוורקין אומר כי הוא צריך להניח שבפירוש טקסט אני פועל תחת תיאוריה שאומרת לי שאני רוצה לתת לטקסט את הפירוש הטוב ביותר- אולי לא נסכים מהו הטוב ביותר, אך נצטרך להניח שיש פירוש הוא טוב ביותר ונצטרך למצוא אותו. נסכים שהמטרה היא לפרש תא היצירה באופן שהיא הכי יפה, אז אולי אין קריטריונים מסוכמים ודרך למדוד את היופי, אבל נסכים שנרצה לפרש אותה בצורה היפה ביותר ולזה נחתור. כשאנשים מתווכחים מהו פירוש נכון ויפה, לא נשאר רק בשאלה שאני חשובת כך ואתה אחרת., אלא נתווכח מה מציג את היצירה באופן היפה ביותר- מה שנותן ומצמצם קריטריון היפה ביותר.

* ביקורת ב' אינה תואמת את כוונת המחבר- כלומר אני כקוראת מחפשת לפרש את הסיפרו באופן הכי יפה ומעניין, אך מי אומר זו כוונת המחבר? לכאורה דוורקין בלי להגיד כלום דילג על האפשרות שהפירוש הטוב לסיפור הוא לא כוונת המחבר. מי אומר שהקריטריון צריך להיות הקריטריון האסתטי? או שברגע שאני קובעת את הקריטריון האסתטי אני מוותרת על הקריטריון של כוונת המחבר, שלו יש את ההצדקה שלו. התזה האסתטית בעצם לא תופסת את כוונת המחבר כקריטריון המרכזי.

תגובה: כוונה המחבר אינה מכריעה. דוורקין מודה בכך ואומר כי כוונת המחבר איננה מכריעה. המחבר כתב משהו והתכוון למשהו מסוים, אך ברגע שאני קוראת טקסט כוונת המחבר היא לא הדבר החשוב ביני, כי יכול להיות שהמחבר עצמו יצר יצירה שיש בה יותר ממה שהוא חשב- אם כותב יצירה ונכנסות כל מיני כוונות לא מודעות. ולאחר כך בקריאת היצירה רואים בה יותר ממה שהמחבר התכוון. כוונת המחבר אינה מכריעה, מאחר ויש כוונת לא מודעות. אפשר להחליט שמה שמעניין הוא היצירה ולא הכוונה. היצירה יכולה להוכיח משמעויות מעבר לכוונת המחבר, מה שמכריע ביצירה ספרותית שיש ניתוק בין המחבר ליצירה, ובפירוש יצירה מה שמעניין זה היצירה עצמה, וזה אל אותו דבר למשל בקריאת מכתב- שם ברור שנחתור לכוונת המחבר ומה המסר, אך יצירה ספרותית היא לא אותו הדבר ולא כל כך חשוב מה התכוון המחבר. יצירה ספרותית חשוב מה היצירה כשלעצמה, זה לא אומר שניתן לתלות ביצירה כל דבר וצריך להוכיח לפי ההיגיון הפנימי של היצירה, אך הוא מוותר בפירוש את הקריטריון של כוונת המחבר, כי ההסתכלות היא על היצירה עצבה ולכן יש לחפש את הפירוש היפה ביותר.

דוורקין מסתכל על הספרות ושואל מה הוא יכול ללמוד מתיאוריות פרשנות הספרותית על המשפט- יש לה קריטריון תזה אסתטית ומוותרת על כוונת המחבר, ולה יש ממד סובייקטיבי אך לא תלוש מהיצירה.

**רומן שרשרת**

כשהוא מדבר לכיוון התנועה שלו למשפט- הוא מציע ניסוי מאוד מעניין, הניסוי של רומן שרשרת. דוורקין רוצה להראות ולחדד את העניין הזה של כוונה וטקסט שיש לו כמה מחברים וטקסט הנמשך לאורך זמן. דוורקין רוצה להמחיש את הפעולה של כוונה מעבר לסיפור. הוא מעלה רעיון דמיוני המאפשר לנו להבין יצירה ספרותית מסוג אחר, יצירה ספרותית מתמשכת ואת התפקיד שיש לכותבים השונים בתוך היצירה הזאת:

* קבוצה של אנשים מקבלת משימה באופן שכל אחד מהאנשים כותב פרק מרומן- רומן המשכים. כלומר המשימה היא קבוצת מחברים כותבת רומן באופן שכל מחבר כותב פרק אחד. פה אין מחבר אחד אלא כמה מחברים לאורך זמן.
* השאלה שנשאל מהם עקרונות הפעולה שלפיהם צריך לפעול כל מחבר? אדם מקבל לכתוב את הפרק הבא בספר, האתגר הוא דומה לסדרות בהמשכים. מה העקרונות הפעולה של מי שכותב פרק חדש? זאת אומרת, כדי שהסדרה תהיה מעניינת וכאן דוורקין אומר שהוא צריך שני עקרונות פעולה מרכזיים:

1. עקרון ההתאמה- פירושו של דבר שהפרק החדש שנכתב מתאים באופן בסיסי לפרק הקודם- אותן דמויות, אותו הקשר חברתי היסטורי, ודברים יותר עמוקים- האופי של הדמויות, למשל הדמות הרומנטית צריכה להמשיך להיות רומנטית בפרק הבא, אחר שנקבע אופי של דמות לא ניתן שהיא תבצע מעשה שלא מתאים לה, אלא אם כן יש קונפליקט בעלילה שצריך להסביר אותו.
2. העקרון שמאיר את היצירה באור הטוב ביותר- שעושה אותה מעניינת. שמאיר אותה באופן הטוב ביותר זה לא ר4ק שהפרק החדש יהיה מעניין אלא גם מאיר אחורה לפרק הקודם שיהיה מעניין. למשל מביא פרטים שצצו בפרק הראשון, הם צריכים להוביל ולהמשיך גם בפרקים הבאים. אם חזרנו אל פרט בשלב מתקדם, אז נותנים לו פירוש, כמו אקדח במערכה הראשונה. זה נכון על הרבה מאוד פרטים שאם הם מופיעים ביצירה, הרעיון שהוא שנהפוך את היצירה כולה ולהאיר אותה באור הטוב ביותר.

**שופט כמחבר פרק ביצירה המשפטית**

כאן דוורקין מכניס את התזה האסתטית וניתן לנחש למה הוא בחר את הדוגמא הזאת של רומן בהמשכים לקראת התיאוריה הפרשנית שלו. כי עכשיו הטענה תהיה ששופט כאשר הוא כותב פס"ד, הוא כותב פרק ברומן המתמשך או פרק ביצירה המשפטית המתמשכת. הוא מעמיד את השופט והוא צריך לתפוס את מי עצמו כמי שכותב פרק ביצירה. יש מסורת משפטית שלמה, הכתובה ומספרת סיפור מסוים- קובעת עקרונות משפטיים, ועכשיו כאשר יש שאלה משפטית חדשה השופט צריך לראות את עצמו כמי שכותב פרק חדש, ובעצם אותם שני עקרונות פעולה המאפיינים את הסופר ברומן ההמשכי, צריכים לאפיין את השופט:

1. התאמה- פס"ד צריך להתאים למסורת המשפטית. שופט לא יכול לפסוק פס"ד המנותק מהחוק והתקדימים הקודמים, במובן הזה ניתן לומר שהוא שונה מהפרגמטיסטים המציעים פתרון טבו בלי להתחשב במה שהיה, השופט צריך לתת פס"ד הנמצאים למסורת, לחקיקה ולתקדימים.
2. האור הטוב ביותר- מהצד השני האו צריך להאיר את המשפט באור הטוב ביותר, פסק דין צריך להאיר את המשפט של קהילה באופן הטוב ביותר, הצודק ביותר. להבדיל מהתזה האסתטית היא עקרון הפרשנות של יצירה הספרותית, התזה שמחייבת במשפט היא התזה המסורית או התזה של הצדק, כלומר השופט צריך להאיר את המסורת המשפטית באור הטוב ביותר, כלומר הפירוש הוא באור הצודק ביותר. אם המבחן בספרות היה מה יותר אסתטי ומה יותר יפה, במשפט השאלה מה יותר צודק ולכן הוא צריך להאיר את המשפט באופן הצודק ביותר.

כלומר שני העקרונות האלה- יוצרים חיבור בין העבר לעתיד. השופט לא רק מסתכל אחורה למסורת המשפטית, על ידי התאמה, אלא גם מסתכל לעתיד, על ידי האור הטוב\ הצודק ביותר. מעניין להתייחס למה דוורקין אמר בעבר שיש גם עקרונות בנוסך לכללים, ולכן כאן הוא מכניס גם את העקרונות- לפרש את המסורת המשפטית על ידי העקרונות שמאירים אותה באופן הטוב ביותר.

**פרשנות אמיתית**

ההגדרה של דוורקין לפרשנות- קביעות משפטיות הן אמיתיות אם הן נובעות מ-או מתאימות לעקרונות של צדק, הגינות והליך הוגן, ומספקות את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה.

דוורקין נותן הגדרה למהי פרשנות נכונה, אמיתית. לפי הגישה של משפט כשמות, קביעות משפטיות אם הן נובעות ומתאימות לעקרונות של צדק ומספקות את הפרשנות הטובה ביותר, ניתן לראות את שני היסודות שדוורקין דיבר עליהם:

הוא מכניס עקרונות לתוך הפרשנות- פרשנות משפטית צריכה להתאים לעקרונות של צדק, הגינות והליך הוגן. מתאים להליך של החוק, לא יוצאות ממנו, ומספקות את הפרשנות הטובה ביותר. ההחלטות לא יכולות לנבוע רק מעקרונות או רק להיות צודקות והוגנות, אלא הן צריכות להיות בסופו של דבר הפרשנות הטובה ביורת של המסורת המשפטית- כלומר חוקים ותקדימים. ההחלטה המשפטית צריכה להיות פרשנות טובה של המסורת והקהילה- צודקת.

ניתן לראות שדוורקין מכניס את מושג העקרונות, ומציין עקרונות מסוימים ולא פותח את זה בצורה רחבה. הוא מונה עקרונות רחבים אך אלו עקרונות שהוא רואה את השופט מחויב אליהם- ומצד שני הם פרשנות של המסורת המשפטית. בדרך הזו הוא סולל דרך ונותן לשופט מרחב פעולה רחב למדי לגבי הפרשנות שלו. כיוון שהוא אומר לשופט שהוא לא חייב להיות נאמן בדיוק לחוקים, תקדימים והחוק הקיים, אלא לפרש את החוקים האלה באופן הטוב והצודק ביותר, מה שנותן לשופט כלים ומסלול לחרוג מהפסיקה. כשהוא מדבר על פרשנות אל מדבר על פרשנות במובן הצר- פרשנות של מילים. מצידו כל החלטה שיפוטית הוא יכול הראות אותה כפשרנות של מסורת הקהילה. חשמל אם בעיניו כתוצאה מחוק מסוים הוא יביא לתוצאה שתגרום עוול, זו לא פרשנות טובה כי היא לא מביאה לתוצאה צודקת.

**הערכה**

עד כמה דוורקין נאשר נאמן לתפקיד השופט שתיאר באמריו הקודמים? אם נשווה את דוורקין שדיבר במאמר הקודם לגישה שלו כאן, האם הגישות עולות בקנה אחד או שונות?

* שיקול דעת מול פרשנות- דוורקין אמר בעבר כי אין לשופט שיקול דעת כי הוא מיישם את העקרונות המובן הרחב ולכן אין לו שיקול דעת. כאן דוורקין נותן תיאוריה יותר מפורטת, תיאוריה פרשנית שלא נתן בעבר- תיאוריה פרשנית שקובעת איך השופט צריך לפרש ולפסוק את החוק, התיאוריה שבנויה על שני עקרונות- התאמה ולהאיר באור הטוב ביותר.
* עקרונות חוץ משפטיים- דוורקין נשאר לתיאוריה שלו במובן הזה שהפרשנות זה לא דבר חוץ משפטי ולא מקבל את ההבחנה בין גרעין קשה- דוורקין אומר כי כל החלטות של שופט הן החלטות משפטיות במסגרת המשפט, ומכניס את העקרונות לתוך המשפט, ולכן במובן הזה הוא ממשיך את אותו הקו שתיאר בעבר.
* התשובה הנכונה- השופט צריך לחתור לתוצאה צודקת, ומביא קנה מידה מופשט לכך- גם ברמה הזאת השופט צריך לחתור לתשובה הכוונה, וצריך להחליט ולהתאים לעקרונות של צדק. פה דוורקין ממשיך את הקו שהיה קודם לכן.
* שיקול דעת- בעבר אמר שלשופט אין שיקול דעת, ופה הוא אומר שכל דבר הוא פרשנות של החוק. בעבר שדוורקין אמר שלשופט אין שיקול דעת, הוא מיישם את המשפט, ופה דוורקין נותן לשופט תפקיד יצירתי. אם בעבר הוא צייר את השפט כמי שמיישם את המשפט ואין לו שיקול דעת, אז כאן השופט הרבה יותר יצירתי שכותב פרק חדש. יש פה ממד יצירתי והודאה בתפקיד היצירתי של השופט- הוא מודה שהשופט כותב פרק חדש שלא כתב קודם. במובן הזה הוא שונה מהדברים האחרים. שם הוא רצה לצייר את השופט בתור מיישם ופה הוא יוצר פרק חדש.

יש פה התאמה אך גם התקדמות במובן הזה שכאן דוורקין מצהיר על תפקידו היצירתי של השופט בכתיבתו של פרק חדש. שגם הפרק החדש הזה ככפוף לעקרונות המשפט, אך כאן יש דבר יצירתי שהוא לא יכול להמחיש אותו.

**שיקול דעת ופרשנות**

עוד הבחנה מושגית שצריך לשים לב מהפרק הקודם לפרק הזה, המעבר ממושגים של שיקול דעת לפרשנות.

במאמרים הראשונים שלו, דוורקין חלק על הארט אך נשאר בעולם המושגים של הארט- שהוא קבע את שיקול הדעת השיפוטי. הוא נשאר באותם מושגים ואך הבחין- הארט אומר כי רק במקרים קשים מפעיל שיקול דעת, ודוורקין אמר שהוא לא מפעיל שיקול דעת.

* שיקול דעת מבטא את סמכותו של השופט ליצור דין חדש.
* פרשנות היא ביטוי לכך שהשופט מגלה את הדין בחוק.

שיקול דעת מבטא את סמכותו של השופט ליצור דין חדש. המילה פרשנות לא נזכרה במאמריו של דוורקין המוקדמים, הוא לא התשמש במושג הזה ובעיניו שיקול דעת זאת הייתה המסגרת המושגית בה הוא דיבר. בשנות ה80 הוא מגלה את מושג הפרשנות, מפתח אותו מאוד ומציג תיאוריה של המשפט כפרשנות הקושרת בין הדין הרצוי למצוי, מבטאת יסוד יצירתית של השופט כפרשן ומצד שני קושרת אותו למסורת המשפטית הקיימת.

שיקול דעת ופרשנות הם שתי מערכות מושגים שונות כדי להסביר החלטה שיפוטית. המושג של שיקול דעת שאותו בעצם פיתח הארט, אומר כי: השופט במקום שיש דין ברור מחיה את הדין, ובמקום שאין דין הוא מפעיל שיקול דעת- חשוב מה נכון להחליט במקום הזה כי המשפט לא קבע ומשאיר רקמה פתוחה, ולכן יש חלוקת עבודה בין המשפט למחוקק. התפקיד של בית המשפט הוא לא רק ליישם את החוק במקום שהוא קיים, אלא התפקיד של בית המשפט הוא לא רק ליישם את החוק אלא ליצור חוק חדש במקום שהחוק חסר.   
הארט מתייחס לכך ששופטים מפרשים את החוק במקום שאין תשובה בחוק, הארט מתייחס למושג הפרשנות לא ברצינות. הפרשנות שבעיני הארט זאת הסוואה להחלטה של הפעלת שיקול דעת. מה שבעצם השופט עושה זה לקבוע וליצור דין חדש, והפרשנות לא שייכת. אצל הארט פרשנות היא תמיד הסוואה להפעלת שיקול דעת. הפרשנות לא עושה את העבודה, הארט תופס את המשפט כחלוקת תפקידים בין המחוקק לבית המשפט- מחוקק קובע דבר מה, וכשהגענו לחסר בית המשפט מפעיל שיקול דעת.

דוורקין בהתחלה הלך לפי המסגרת המושגית של הארט, ורק אמר כי תפיסת המשפט של הארט היא צרה משום שהיא רואה רק כללים, בעוד שדוורקין רואה את המשפט כעקרונות- עולם עשיר, ולכן הוא לא מפעיל שיקול דעת אלא מה שהארט תיאר כהפעלת שיקול דעת זה יישום של הדין. בשלב השני של דוורקין, הוא גילה את מושג הפרשנות שעזר לו להסביר טוב יותר את ההחלטה של שופט במקרים קשים. השופט במקרים קשים אחן לו שיקול דעת, בעתיד דוורקין נותן תיאוריה מפותחת יותר ואומר שהשופט בעצם עוסק בפרשנות. ואחרי שהוא הגיע למושג הזה הוא אומר שהשופט משתמש בפרשנות בשני המקרים- גם בגרעין קשה וגם בעמימות. דוורקין החליף את מושג שיקול הדעת בפרשנות- מאחר פרשנות יש רעיון של גילוי הדין הקיים. שיקול דעת זה הסמכות ליצור משהו שבדין לא קיים, ודוורקין לא מקבל את ההבחנה ואומר כי השופט עוסק בפרשנות שמוצאת את התשובה בדין ואף פעם לא יוצאת מחוצה לה. השופט נמצא במקום שיש למשפט תמיד מה לומר, ולכן הוא לא מפעיל שיקול דעת. דוורקין דוחה את ההבחנה של הארט למקרים קשים וקלים, לפי דוורקין בכל המקרים- קלים וקשים, תמיד השופט מפרש, מה שמאפשר לו להיות מחובר לכללים גם אם הכללים קלים. במקום שבו יש דין מסוים, השופט יכול לחרוג ממנו כי השופט תמיד נותן פרשנות, הוא מפרש בכל מקום גם במקום שיש כלל.

החידוש של דוורקין, הוא שהוא נשאר במסגרת אותה תמונה- משפט רחב שמכיל עקרונות ותזה של פרשנות\ תשובה נכונה לכל שאלה משפטית, מזה שלישית של יישום עקרונות, אף הוא ישנה את המסגרת המושגית משימוש במושג שיקול הדעת לשימוש במושג הפרשנות. ועל ידי זה מצד אחד הוא הכרי בתפקיד היצירתי של השופט כפרשן אך הוא תופס אותו במסגרת של מי שתפקידו ליישם את החוק, הפרשנות נתנה לו כלי מאוד רחב לפרש.

1. **תורת הפרשנות התכליתית של אהרן ברק**

דיברנו על הגישה הבסיסית שהציג אותה משה עזר, אחר כך חיים כהן, סקליה, דוורקין וכעת אהרן ברק שמציג תיאוריה מאוד מפורטת של תורת הפרשנות. התיאוריה שלו נמצאת גם בשדה הבינלאומי של הפרשנות ויהיה מעניין להשוות אותה לתיאוריות שלמדנו, ויש לה חשיבות בפני עצמה בהקשר של המשפט הישראלי.

דבר יוצא דופן יחסית בשיטה הישראלית בהשוואה לשיטות אחרות- גם לאמריקאית וגם אירופאיות, הוא שהתיאוריה הפרשנית בישראל נקבעה כהלכה. הדבר הזה לא מקובל בעולם, בעולם יש כמה תיאוריות פרשניות והשופטים שונים מאמצים תיאוריות פרשניות שונות. חלק מהן הן תיאוריות תיאורטיות, כמו דוורקין ונמצא אותה פחות מצוטטת בפסקי דין. יש שופטים שיפרש לפי התיאוריה הטקסטואלית שלו ושופטים אחרים שיפרשו לפי תיאוריה של פרשנות חוקתית של חוקה חיה. בישראל באופן חריג התיאוריה הפרשנית נקבעה במידה רבה בזכותו של אהרן ברק שפעל לא רק כאקדמאי וגם שופט ונקבעה כהלכה. זה דבר יוצא דופן ואפשר לחשוב עליו כדבר רצוי ולא רצוי.

התיאוריה פרוסה על גבי כל המשפט. אמרנו כי ברק עצמו עבר איזשהו שינוי מתפיסה של החלטות שיפוטיות במסגרת המושג של שיקול דעת שיפוטי בשנות ה80, לשנות ה90 בהן הוא אימץ את מושג הפרשנות כמושג המתח להחלטות פרשניות. מושג הפרשנית הפך להיות למושג מרכזי ביותר בהחלטות שיפוטיות. ברק מציג את הדילמה הפרשנית למהו פירוש נדון לטקסט.

**הדילמה הפרשנית**

ברק מציג מיד שתי גישות מקוטבות:

1. גישה שהוא קורא לה סובייקטיביות- גישה המבוססת על כוונת המחבר, שהמבחר האו הסובייקט.
2. הפרשנת הטובה ביותר לטקסט ולתוכן הוא קורא לה גישה אובייקטיבית.

השאלה מה היא פרשנות נכונה לטקסט- האם פרשנות סובייקטיבית שחותרת לכוונת המבחר, או פרשנות האובייקטיבית שחותרת לפירוש הטוב ביותר של הטקסט. הוא מעלה כבר מעמד בשאלה כשילוב של שני הדברים, והוא עצמו רואה בתיאוריה שלו כמשלבת שני היסודות- אובייקטיבי, ובסובייקטיבי. היה ניתן לומר שהפרשן הוא הסובייקט והוא דווקא קורה למחבר סובייקט. קשורה לזה השאלה האם הפרשן התפקיד שלו הוא גילוי או יצירה. אן הפרשן חותר לכוונת המחבר אז עניינו בגילוי המשמעות של הטקסט, ואם הפרשן עוסק בפרשנות אובייקטיבית יכול להיות שהוא יוצר פרשנות ותורם. זוהי דילמה פרשנית המשותפת לכולם ולא ניכרת הגישה המיוחדת שלו.

**טקסטים משפטיים שונים**

הדבר שמאפיין את ברק שהוא מדבר על פרשנות משפטית במובן רחב- דהיינו פרשנות הכוללת את כל הטקסט המשפטיים- צוואה חוזה, חוק, חוקה ולא רק פרשנות של חוקים וחוקה. חלק גדול מהוויכוחים השיפוטיים בעולם הוא בהקשר חוקתי- הם החוקה היא חיה או שיש לפרש אותה באופן אורגינלי. יש ויכוח גדול בעולם המשפט בשאלה של פרשנות חוקים- כוונת המחוקק. ברק אחת העוצמות של התזה שהוא מציג תיאוריה כוללת למושג של פרשנות משפטית שלא מגובלת לפרשנות חוקה וחוקים אלא לכל הטקסטים המשפטיים. לכל טקסט יש התאמה מיוחדת אך באופן בסיסי התיאוריה שלו היא תיאוריה פרשנות מקיפה לכל הטקסטים המשפטיים.

**ברק- פרשנות תכליתית**

לטקסט משפטי יש לתת את הפירוש המקיים בצורה הטובה ביותר, את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט. זו ההגדרה התמציתית של פרשנות תכליתית. לכל טקסט משפטי, צוואה, חוק, חוזה, חוקה- יש לתת את אותו פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את התכלית של הנורמה הטבועה בטקסט. כלומר ההנחה של ברק היא שכל נורמה משפטית יש לה תכלית. הנורמה משפטית איננה חסרת תכלית, נורמה שהיא חסרת תכלית היא חסרת פשר- היא שרירותית. כלומר אומרים לאדם ללכת עם כובע אדום על הראש- יכול להיות שיש סיבה, בסימונו, אך אם אומרים סתם זה דבר שרירותי של שליט כוחני שאומר דבר מה, בלי סיבה. ההנחה שלנו שהמחוקק, כל מחוקק, לא עושה דברים שרירותיים וחסרי פשר. כאשר מחוקק קובע מצוות, חובות, איסורים- יש תכלית וטעם לחקיקה.

הטענה של ברק היא שפירוש נכון לטקסט היא פירוש שמקיים את התכלית שלו. זאת אומרת הוא מכריע כאן בשאלה- בין פרשנות מילולית לפרשנות תכליתית. הוא מכריע שלפחות בתחום המשפט יש עדיפות לפרשנות המבוססת על התכלית. פרשנות מילולית גרידא באופן שלא מגשים אתה תכלית, זה הופך את הנורמה לחסרת טעם. צריך להניח שלנורמה משפטית יש איזושהי מטרה, איזושהי תכלית ולכן בדילמה פרשנית יש לפרש לפי התכלית. יש מקרים שאין דילמה ופשוט צריך ליישם את הנורמה, במקום שיש דילמה פרשנית ורואים שניתן לרפש את הנורמה ביותר מדרך אחת- הדרך שצריך לפרש זה לא רק לפרש דרך מילים בלבד אלא לפרש באופן מגשים את התכלית, אנחנו רואות בכלל ביטוי לאיזושהי תכלית שהוא נועד להגישם.

אז כבר בהגדרה של פשפרשנותרנות תכליתית יש הכרעה בשאלה במילולי או תכליתי, לכיוון התכליתי.

**תכלית**

נראה את המושג תכלית שהוא מושג מרכזי אצל ברק וברק מנגיד אותו למושג הכוונה. כלומר לפרש נורמה לפי התכלית שלה זה לא לפי כוונת המחבר. וזאת משום שהתכלית היא מושג נורמטיבי, זה חלק מן הנורמה. לעומת זאת הכוונה היא מושג פסיכולוגי- הכוונה זה מה שוכתב מחבר הטקסט, או החוזה- מה שהוא התכוון באופן פסיכולוגי בעת כתיבת הטקסט, יכול להיות שיש לזה משמעות, אך חידוש מושג התכלית הוא היותה מושג נורמטיבי.

* תכלית היא מושג נורמטיבי, להבדיל מכוונה שהיא מושג פסיכולוגי
* לתכלית פרשנות דינמית
* תכלית אובייקטיבית- התכלית שעולה מן הנרומה
* תכלית הסובייקטיבית- התכלית שקבע יותר הנורמה

ניתן להבחין בין תכלית אובייקטיבית לסובייקטיבית- תכלית סובייקטיבית זו התכלית שהטקסט המשפטי התכוון אליה. הואיל וכוונתו של ברק שכל טקסט יש תכלית, כלומר אדם לא הטיל מטבע ולפי זה הוא קבע את הכלל המשפטי, אפילו לא צוואה, אך בוודאי שמדברים על חוק, חקוה וחוזה- יש טעם לקביעת הכללים. אז התכלית נקבעה כבר על ידי המחוקק, שניתן לראות אותה בדברי ההסבר. ברור המחוקק חוקק כל חוק הייתה לו תכלית, ורואים את זה בדברי ההסבר לחוקים שם המחוקק מסביר מה התכלית. לזה ברק קורא תכלית סובייקטיבית, התכלית הסובייקטיבית משקפת את הכוונה של המחבר- היא בעצם משקפת את הכוונה. גם כאן ברק מעדיף את הביטוי תכלית סובייקטיבית מאשר כוונה, משום שכוונה נעלמת מעינינו, לא נמצא ולא נדע אין לנו גישה ישירה אל מבחר הטקסט- הוא לא קיים, ולכן במובן זהה הכוונה כעניין פסיכולוגי נעלם מענינו, כך שאפילו שמדברים על הכתלית סובייקטיבית ברק מעדיף להשתמש בתכלית סובייקטיבית, שבעצם ניתן לומר שהתכלית הסובייקטיבית משקפת את הכוונה של המבחר. נתחיל מתכלית סובייקטיבית כי לכל טקסט יש תכלית סובייקטיבית- המצווה, המחוקק התכוון לדבר מה. אבל התכלית הסובייקטיבית הזאת היא רק מרכיב אחד, היא לא העיקר. בסופו של דבר ברק חותר להגיע ובשבילו מושג התכלית שהוא דיבר בהגדרה האם כל טקסט מקיים את התכלית בצורה הטובה ביותר זאת התכלית האובייקטיבית שהפרשן קובע אותה. הפרשן עומד ומתחשב בכוונה של המחבר, אבל בסופו של דבר נקבעת תכלית האובייקטיבית כלל נורמה, וזאת התכלית החשובה ביותר שצריכה לעמוד לנגד הפרשן. זאת התכלית שהיא נורמטיבית. התכלית הסובייקטיבית היא לא נורמטיבית במובן זהה שהיא מתארת מה קבע המחוקק, אך התכלית האובייקטיבית זו התכלית שהפרשן קובע אותה, עכשיו והיא יכולה להיות שונה מהכתלית הסובייקטיבית, ולכן הפרשנות שלה כדינמית- היא משתנה ולא קבועה. תכלית סובייקטיבית, כוונת המחבר קבועה- המחבר התכוון לדבר מה שבעת כתיבת הטקסט וזה דבר קבוע ולא משתנה כשהוא כתב את זה. אבל התכלית הזאת היא נתון שמתחשבים בו אך התכלית שבסופו מדברים על תכלית הנורמה היא תכלית אובייקטיבית שהיא נורמטיבית- היא קובעת איך לפעול במסגרת הנורמה, ולכן היא דינמית.

דוגמא לתכלית דינמית- כל המדינות בעולם המערבי, כולל ישראל, יש בחוק איסור על ביגמיה= ריבוי נשים. אדם לא יכול להתחתן עם יותר מאישה אחת, יש אפילו בישראל עבירה פלילית על ביגמיה. כל זה קורה במדינות מערביות, אך במדינות מוסלמיות ברובן אין איסור כזה. בעובדה הזאת מעניינת משום שהיא מצביעה על מקור האיסור הזה- מקור האיסור הוא מקור דתי. בעיקר בדת הנוצרית. בנצרות יש איסור על ריבוי- גם נשים וגם גברים. גם ביהדות העתיקה והאסלאם היה ריבוי נשים, אך לא היה ניתן ריבוי גברים- אישה לא יכלה לשאת כמה גברים. הנצרות אחד מהחידושים שהביאה לעולם, היה איסור נשיאת שתי נשים ונישואים מונוגמיים זה רעיון מרכזי בדת הנוצרית. היה פס"ד בארצות הברית, וגם בישראל- שאנשים עתרו לשאת שתי נשים כי האיסור פוגע בחופש הדת- כי מוסלמי זה מצווה בשבילו לשאת מספר נשים. בית המשפט דחה את הדרישה הזאת בנימוק שלפי הדת המוסלמית אין חובה לשאת, רק מותר. בית המשפט פתר את זה בקלות כי חופש הדת זה לאפשר מה שהדת מחייבת ואל מה שהדת מתירה. בארצות הברית פנה אדם הרומוני שהייתה מצווה דתית שהיא בגדר חובה שלאת אישה אחת. גם אז בית המשפט דחה אותו בנימוק של שוויון האישה. ערך שווויון האישה עדיף במקרה הזה על חופש הדת, ולכן לא נאפשר ריבוי נשים. אם מה שאמרנו נכון, המקור האיסור על ריבוי נשים זה האיסור הדתי הנוצרי, כי לפי הנצרות הנישואים האידאליים הם איש ואישה- זכר ונקבה, אז גם לדורות צריך להיות כך ואסור להרבות בנשים. למה בית המשפט העליון לא נימק את האיסור של ריבוי נשים בדין הדתי? בהקשר הזה זה מובן מאליו, אן דה היה דין דתי אז ההרומוני היה טוען שלא ניתן לכפות עליו נורמות נוצרות, ואם זה היה אסירו דתי לא היה ניתן להעדיף את ההצדקה של הדין הנוצרי על ההרומוני, ההשקפה השתנתה, והדין במדינות לא נחשבים כדתיים אלא אזרחיים, והחוק של ריבוי נשים קיבל פירוש חדש, והפירוש ההיסטורי שלו כחוק שנועד להגישם את הצו הדתי-נוצרי, שאסור להרבות נשים, התפרש עכשיו מחדש כעיקרון שנועד להבטיח את שוויון האישה. הדוגמא הזאת מראה את הפרשנות הדינאמית לתכלית. זאת אומרת יש נורמה עתיקה מאוד שמקורה בימי הביניים, המדינות המערביות ירשו אותה- אם זה היה איסור דתי פר-סה היו מבטלים אותו, אך נתנו לזה פירוש חדש שאומר כי תכלית הנורמה היא לא להגשים את הערך הדתי של איסור להרבות נשים בדת הנוצרית, אלא להבטיח את שוויון האישה. זאת דוגמא לכך שנורמה העתיקה נשארת בספר החוקים ומקבלת פירוש חדש.

כאשר הנורמה נקבעה לצורך מסוים והיא מתפרשת אחר כך באופן אחר, ולכן לתכלית פרשנות דינאמית ולא מחויבים לתכלית הזו. ולכן קביעת התכלית היא אובייקטיבית והיא לא כפופה לתכלית ההיסטורית.

מה ההצדקה לסטות מהתכלית הסובייקטיבית של המחוקק לתכלית אובייקטיבית?

* השיקול התומך לשמור על התכלית הסובייקטיבית, כוונת המחוקק- התכלית של הנורמה תמיד יש בה ממד של אי וודאות.
* שיקולים של דמוקרטיה והפרדת רשויות תומכים הנמנות לכוונת המחוקק, הוא המחבר והוא קובע את החוק.

השיקולים התומכים בפרשנות דינמית- בסטייה מכוונת המחוקק- או עקרונות השיטה, כלומר כוונת המחוקק יכולה להיות כוונה מסוימת אבל יש התחשבות בעקרונות רחבים של השיטה, או ההשתנות והדינמיות של החיים. יש שיקולים מהסוג הזה שהולכים לכיוון של התחשבות בדינמיות. ברק מוסיף לזה שיקולים ארמנוטים, של פרשנות, הוא חוזר לכך שלפעמים הכוונה נעלמה, לא ידועה ולא ברורה- לפעמים היא ברורה, אך לפעמים גברי ההסדר לא נותנים פירוט מלא, כוונת המחוקק לא ידועה ולכן כשיש דילמות פרשנויות, כאשר עסוקים בחיפוש של הכוונה ההיסטורית והפסיכולוגית למה התכוון המחבר, נמצא במצב של אי ידיעה. ראינו את אותה הדילמה אצל דוורקין. כאשר עוסקים ביצירה ספרותית, לא מעוניינים בכוונה של המחבר אלא בפרשנות היצירה, ניתן לומר זאת גם על החוק.

השיקולים האלה ישפיעו בטקסטים שונים- ברק לא מבטל את כוונת המחבר והתכלית הסובייקטיבית, אלא אומר שצריך לשקול אותה בהקשרים של טקסטים שונים ונסיבות, וכן ברק לא מציג כשיטת פרשנות אובייקטיבית, אלא גישת פרשנות סובייקטיבית- אובייקטיבית. הוא לא מתעניין רק באובייקט, כפי שמשתמע מדוורקין והריאליזם, אלא הגישה שלו משלבת בין יסודות סובייקטיביים ואובייקטיבים, ויש כטעמים מתי להתחשב בכוונה ומתי להתחשב בתכלית.

**תכלית אובייקטיבית**

התכלית האובייקטיביות שהיא התכלית העיקרית בפרשנות חוקים וחוקה.

הדבר שחשוב לזכור כי תכלית אובייקטיבית היא מושג מורכב- זו לא תכלית אחת, אלא מושג שמורכב ממכלול תכליות. שהמכלול כולל קודם כל את התכלית של הנורמה הספציפית (של סעיף החוק). אך הוא כולל דברים רחבים יותר, כמו תכלית של החוק כולו ושל הענף המשפטי כולו.   
מושג התכלית הוא מושג מאוד מרוכב ולכן אחד הדברים המעניינים בחוקים שבדרך כלל חוקים לא כותבים את התכלית שלהם. חוקים על ידי כל המחוקקים אומרם מה לעשות ומה לא, אך לא מרפשים את הטעם ומסבירים למה. מחוקק מודרני קובע דברי הסבר, אך בחוקים העתיקים לא נכתב הסבר. אחד הדברים החדשים יחסית, שיש חוקים בישראל חוקים עם סעיפי מטרה, שהם חוקים יוצאי דופן שקובעים את תכלית החוק. אחת הסיבות היא שהתכליות מרוכבות, יש תכלית מסוימת אחת לחוק, אבל זה דבר מורכב ואין רק תכלית חוק אחת. החוק לא מפרשת התכלית, כי התכליות של החוקים זה דבר מרוכב- יש תכלית ספציפית לנורמה ויש תכלית יותר מלאה. ולכן חוקים בדרך כלל כותבים רק את הכלל, ומזה נובעת השאלה הגדולה האם להיות נאמן לכל ולמילים או להיות נאמן לתכלית- יכול להיות מצב שהנאמנות למילים מביאה לתכלית שונה.

* מושג מורכב
* כולל את התכלית של הנרומה הספצפית של החוק, של הענף המשפטי, של השיטה-
* איזון בין תכליות שונות

לא צמוד רק לכוונת המחוקק כי הפרשן רואה את הכלל בהקשר רחב יותר, הקשר של עקרונות ותכליות הענף המשפטי והשיטה. המושג של תכלית, מכיוון שהוא מורכב וכולל תכליות שונות, בסוף צריך לאזן בין התכליות ושלקוך ת זה.

שאלה מרכזית היא מה היחס בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית? התכלית הסובייקטיבית מתכוון להמחבר הטקסט, לבין התכלית שהפרשן מוצא שמשתמעת לעיניו וצריכה להישמע מהחוק, והאם תכלית סובייקטיבית מתגברת על אובייקטיבית ולהפך.

**מרכיבי הפרשנות התכליתית**

לפי ברק הפרשנות התכליתית מורכבת משלושה יסודות:

1. לשון

הלשון קובעת את גבולות הפרשנות, הפרשן לא יכול לתת לטקסט פירוש שהלשון לא כיולה לשאת, לא ניתן לפרש טקסט משפטי בניגוד ללשון שלו. הלשון יכול להתפרש בדרכים שונות- ניתן למתוח את הלשון, א היא בסוף קובעת את גבולות המשמעות.

* הלשון קובעת את גבולות בפרשנות, הפרשן אינו יכול לתת לטקסט פירוש שהלשון אינה יכולה לשאת.
* כל ביטוי לשוני מכיל ממד של עמימות או ריבוי משמעות.
* בשלב האשון, הפרשן שמרטט את גבולות המשמעות הלשונית, וממילא מגדיר את גבולות הפרשנות.

למדנו מהאקט שכל ביטוי לשוני מכיל ממד של עמימות או ריבוי משמעות. אך הטענה של ברק שונה למשל מחיים כהן. חיים כהן אמר שכאשר קוראים טקסט אם אנחנו מבינות ויכולות להכריע את המקרה לפי הלשון, צריך לעשות זאת. נעבור להתחשב בתכלית במקום שבו הלשון איננה ברורה, שהלשון משתמעת ליותר מדבר אחד אז נכריע לפי התכלית. ברק לא מקבל את המגבלה הזאת והולך הפוך. ברק אומר בקריאת הטקסט דבר ראשון מחפש את המרחב המשמעות שלה- את ריבוי המשמעות שלה. וכל טקסט כמעט יש לו ריבוי שממעות, ריבוי המשמעויות הוא מאפשר את הכתלית. בשלב הראשון הפרשן משרטט את גבולות הלשון ומשרטט את המתחם, וכעת הוא יבחר מבין הפירושים השונים את התכלית הטובה ביורת. ברק לא מחויב מראש לאיזושהי פרשנות ראשונית. מראש פותח את מרחב האפשרויות ואז מפרש את התכלית. ברק לא רואה את הלשון כעומדת בפני עצמה, אין ובן אינטואיטיבי. זה מתקשר לכך שברק אומר שכל טקסט צריך לפרשנות. מצד אחר יש כאלה שיטענו שלא תמיד צריך פרשנות, ורק במקום שמתעוררת שאלה נעזר בתכלית כדי להכריע באפשרויות השונות. ברק לא הולך בדרך הזאת והזה מבטא את הפרשנות התכליתית שלו- התכליתית כל כך קובעת שהוא מתייחס לכל מובן, והלשון כבסיסי פרשנות הזאת. הלשון אף פעם לא מכריעה לפי ברק, היא לא המרכיב היחידי ותמיד צריך להיעזר בתכלית שלו. הלשון נועד רק לפירוש הראשוני שלו ולא יכולה לעמוד בלי תכלית.

1. תכלית

תכלית היא מושג נורמטיבי הנקבעת על ידי בפרשן והיא נקבעת לפי מקורות מגוונים. התכלית היא אחד המקורות שמהם קובעים את התכלית אך זה לא מסתיים כאן כי יש מגוון של שיקולים. התכלית זה הדבר המרכזי בקביעת פרשנות תכליתית, אבל התכלית עצמה יש מריב של שיקול דעת.

1. שיקול דעת

זאת נקודה מאוד חשובה- להבדיל מדוורקין שראה בפרשנות כפרשנות שמוליכה למקום מסוים, ברק אומר כי בקביעת בפרשנות הנכונה יש מרכיב חשוב לשיקול דעת. צריך לאזן בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית, או בין תגליות מרמות הפשטה שונות- חוק, חוקה וכו, ואיזון המתאים לסוג טקסטים משפטיים. הפרשנות היא רצופה להחלטות שיפוטיות ולא נתונה להחלטה אחת. פרשנות וששיקול דעת הם שני מושגים נפרדים- פשרנות היא מה שיש בטקסט, ושיקול דעת זה יצירה- בעוד שברק מכניס את שיקול הדעת לתוך הפרשנות. ממילא הפרשנות היא החלטה נורמטיבית ולכן בתוך הפרשנות יש מרכיב של שיקול דעת. זה לא שניתן לומר כי שנחתור לתשובה אחת, הואיל ופרשנות משפטית היא לא גילוי כוונת מחבר הטקסט, אלא היא מתן תכלית אובייקטיבית של הטקסט, ממילא יש פה אלמנט של שיקול דעת מעצם הפרשנות. אז אצל ברק כבר מטשטש בין שיקול דעת לפרשנות. אם התחלנו הבחנה בין פרשנות לשיקול דעת, גילוי הטקסט כולל שיקול דעת.

פרשנות טקסטים שונים

נחזור לטקסטים השונים ברק דיבר עליהם:

1. צוואה- צוואה זו הוראה של המצווה כיצד לחלק את רכושו לאחר מותו. צוואה היא דוגמא לטקסט שבו יש משקל גדול ומכריע לכוונת המחבר, כי בסופו של דבר תכלית מרכזית של צוואה היא להגשים את רצון המצווה. אפשר לומר שיש תכלית עיקריות- לחלק את רכושו, ושהניה חילוק לפי רצון המצווה. הצוואה מכירה ברצון של המצווה לחלק את רכוש. ברור שאופי הטקסט הזה נותן משקל מכריע לכוונת המחבר. לשון אחר- לתכלית הסובייקטיבית, וכאשר יש שאלה בפרשנות צוואה- נלמד לפי החלוקה ויורת מזה נלמד לפי רצונו לגבי החלוקה. נלמד מהצוואה מה הייתה כוונתו ולפי זה נלמד אז פרשנות צוואה זו דוגמא לטקסט המשפטי הכי סובייקטיבי- שמבוסס על כוונת במחבר באופן החזק ביותר, וכמעט אין משקל לשיקולים ותכליות אחרות.
2. חוזה- חוזה נבדל מצוואה, חוזה נכתב על ידי אנשים ולכן יש משקל לכוונת הצדדים, חוזה נבדל הוא במספר האנשים- שנייפם ועמלה, אין כבר כוונה אחת, אלא נחתור הלבין את הפרשנות המשותפת שלשניהם, ולכן כדי לפרש את זה נכנסים לפרשנות עקרונות כמו תום לב, שהם עקרונות אובייקטיביים שלא נוגעים לכוונת הצדדים. שי מקל גדול לכוונת הצדדים, אבל העבודה שיש פה יותר מצד אחד כבר מכניסה יסודות אובייקטיבים, גם העבודה שיש על זה השפעה למרחב ויש חוזים שנגביל אותם לעקרונות של תום לב. נרצה לתת להם פירוש שהוא ראוי מבחינת תקנת הציבור, תום לב. ולכן בחוזה נצעד צעד אחד מעבר לכוונה בהשוואה לצוואה. ככוונת הצדדים היא כבר לא בידור כמו צוואת יחיד גם בגלל העובדה שיש יותר מצד אחד וגם בגלל שנכנסים עקרונות אובייקטיבים של תום לב
3. חוק- כאן עבור את קו פרשת המים. בחוק נעבור את קו פרשת המים במובן הזה שהתכלית הסובייקטיבית היא משמשת ברקע ויש שיקולים טובים להתחשב בה, כמו שיקולים של שלטון החוק, שיקולים דמוקרטיים של הפרדת רשויות, אבל כאן נכנסים שיקולים נוספים הקשורים השתלבות החוק במסגרת החוקתית, בדינמיות של החיים, ברצון לתת הסדר צודק ויעיל, הסדר חברתי וכן הלאה, ולכן זה מעביר אותנו אומר ברק אל מבער לקו פרשת המים ובאיזון הזה בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית. אם בקודמים יש משקל גדול יותר לתכלית הסובייקטיבית כאן, יש מקורם לאובייקטיבית.
4. חוקה- לחוקה יש משקל מועט מאוד לתכלית של מחברי החוק ומשקל מקסימלי לתכלית האובייקטיבית- כלומר למה ניתן לפרש מתוך החוק ולא לכוונה של המחוקק. בגללה אופי המופשט שלה מראש, אין מקום לפרשנות סובייקטיבית. הטענה שכאשר קובעים הסדר מקיף מאוד ולשון כללית מאוד, אז הכוונה הספציפית פחות חשובה.

התיאוריה היא מצד אחד תיאוריה אחידה כלל סוגי הטקסטים, אך גם מסגרת התיאוריה נותנת משקל שונה לעדיפות, והמשקל השונה מושפע משיקולים- מצד אחד שיקולים פרשניים, ניתן יותר קלוע לפירוש של כותבי הצוואה והחוזה, מאשר לחוקקים ומכוונים, וגם שיקולים נורמטיביים- של פירוש החוק בהקשר של השיטה המשפטית.

נדגם בפס"ד קעדאן

השאלה המשפטית: האם המדינה רשאית להקצות קרקע להתיישבות במיועדת ליהודים בלבד?

שם ברק עושה שימוש בפרשנות תכליתית- אין חוק שקובע כן או לא- האם המדינה רשאית או לא, ולכן זה דורש פרשנות. ברקע מצד אחד יש את חוק מקרקעי ישראל וכל מיני תכליות אחרות. דבר ראשון הוא לוקח את חוק מקרקעי ישראל שבס' 1- נקבע כי אין העברת בעלות על קרקע מהמדינה. יש תכליות מיוחדות של החוק והוא קורא את זה מדברי ההסדר. התכליות הן:

* הקרקעות ישראל בבעלות והמדינה תכולת לנהל אותם
* מניעו העברת הבעלות בקרקע לידי גורמים בלתי רצויים
* מדיניות ביטחון
* ביצוע פרויקטים לאומיים, כגון קליטת עלייה, פיזור אוכלוסין, והתיישבות חקלאית-

אלו התכליות שחוק מקרקעי ישראל בא לשרת. חלק מהתכליות האלה לכאורה אפשר היה להסתמך עליהן בסוגיה של קעדאן כדי לומר שבמקרה הזה הממשלה יכולה להקצות קרקע ליהודים בלבד, וזאת על סמך- תכלית הביטחון, שמטרת הקמת היישוב הייתה ליצור חיץ בין גנין לשטחי ישראל, מטעמי ביטחון לא רצו שיהיה רצף של התיישבות ערבית ולכן היה שיקול ביטחוני של יצירת חיץ של ישובים יהודיים. התכלית הזאת מצדיקה התיישבות יהודית. או התכלית של פיזור אוכלוסין. לכאורה התכליות האלה לא מחייבות אלא לכל הפחות מצדיקות את זה.

יש גם תכליות כלליות- הכוללות את עקרונות היסוד של המשפט בישראל, שהמרכזי הוא עקרון השוויון.

כאן נראה את הדרך בה הוא עובד- ברק שואל האם לפי תכליות החוק, ניתן להתיר למדינת ישראל להקצות קרקע ליהודים בלבד. אין כאן תכליות המחייבות את זה אלא תכליות המאפשרות את זה. ומצד שני קיים עקרון סיוד שהוא עקרון היסוד של השיטה שהוא ולל זאת. מבחינת התיאורטית יש פה שיקול דעת- לגבי מה היחס ביו התכליות הכלליות לבין הכתליות הספציפיות. מבחינת המדרג יש עדיפות לעקרון השוויון שהוא עקרון חוקתי- עקרון על, ולכן העדיפות הזאת מביאה לכך שניתן לפעול במסגרת הביטחון, אך גם כשפועלים במסגרת הביטחון לא נפגע בשוויון. ולכן פרשנותו של ברק גם מסתכלת על התכליות הספציפיות של החוק וגם התכליות הכלליות.

**השוואה ברק לדוורקין**

השוואה שברק עושה אותה בעצמו. ברק היה מודע לפרשנות התיאוריה של דוורקין ואף הושפע ממנה:

דמיון:

1. המשקל של הטעם או התכלית בתוך הכלל, במובן הזה האו דומה לדוורקין. הפרשנות של שניהם היא לא פרשנות פורמליסטית במובן המילולי, אלא פרשנות שנותנת משקל גדול לטעם, כתלית, עקרונות היסוד של השיטה.
2. תפקיד הפרשנות כמושג מפתח בפרשנות משפטית.
3. בהשוואה להארט הוא לא מקבל את העניין שיש כללים שיש להם מובן גרעיני שאותם מכילים כפי שהם. לפי הארט, יש כללים משפטיים שהם מובנים- יש כללים אותם מכילים ולא צריך לחשוב על תכלית. כאשר נבין מבחינה לשונית את הכלל לא נצטרך כללת לתכלית. נלך לכתלית רק במקום שלא נבין. בעיני דוורקין העקרונות חיים על הכל וגם התרות הפרשנות שלו חלה על הכל, ואותו הדבר ברק.

שוני:

1. לא מקבל את האינטגריטי (צדק והגינות) כעיקרון יחיד- דוורקין קבע עקרונות ספציפיים, ברק לא מחויב רק לעקרונות האלה, יש מגוון גדול של עקרונות חוקתיים שהם מחייבים אותי.
2. הדגם של רומן השרשרת ברק קובע כי הוא איננו ממצה- לעתים שופט מגובל יותר ולעיתים חופשי יותר- הוא לא רוצה להגביל את עצמנו למודל של התאמה ולהישאר באור הטוב ביותר, ולפעמים הוא נוטה להתאמה ולפעמים הוא יותר חופשי, כמו צוואה מול חוקה.
3. כאשר ברק נותן דין לעצו, הוא לא מקבל את העמדה שיש פרשנות משפטית נכונה אחת בלבד- בתזה של דוורקין, הוא מחזיק בה גם במאמרו השני- פרשנות לאחר שנעשה שימוש בעקרונות הפרשנות של התאמה ולהאיר באופן בטוב ביורת מגיעים לתשובה אחת. דוורקין מבחינת תפיסה שלו כעצמו הוא צריך להניח שיש תושבה נכונה אחת. זה מרכיב מרכזי בתיאוריה של דוורקין שנגזר ממנה שיקול הדעת החלש. בעיני ברק אין פרשנות ואפשרות נכונה אחת- לא רק שהוא חשוב במושגי שיקול הדעת אלא גם פרשנות. פרשנות היא לא יצירה אלא קיבעה של משהו קיים, וגם היא דורשת שיקול דעת חזק. ברק מאבחן את עצמו מדוורקין בניגוד לתזה הנכונה האחת ונגזר ממנה היעדר שיקול דעת, ברק לא מקבל וחושב ברפלקציה שלו עצמו כשופט הוא רואה יותר מפרשנות משפטית אחת, הוא מקבל סדרה של החלטות שיש להן יותר מפרשנות אחת. ולכן החלטה זה שיקול דעת, בנקודה הזאת הוא מבדל את עצמו בדווקרין הוא מחזיק בתפיסה של שיקול דעת חזק גם בהקשר של פרשנות. בהחלטה פרשנית, שופט מחזיק שיקול דעת, אם הוא חוזר לכך שפרשנות זה לא רק גילוי של מה שיש בטקסט- שם חורתים לתשובה אחת ויחידה. פרשנות של טקסט משפטי היא לא גילוי של משהו קיים אלא החלטה נורמטיבית שמערבת את שיקול דעתו של השופט מה נכון לפרש- מה שמחייב את החלטה של השופט שיש בה שיקול דעת.

**היצירה השיפוטית**

**הקדמה**

ברק מסווג את הפעולה של שופטים, הפעולה היצירתית של שופטים. כאן יש להדגיש, לא כל החלטה, יש החלטות רבות של שופטים ואולי רוב ההחלטות, שבהן לא נעשית פעולה יצירתית מבחינה שיפוטית. אלו החלטות שבמונח של שיקול דעת לא ניתן שיקול דעת ובמונח של פרשנות לא ניתנת פרשנות. אלא יש פה יישום של הדין, השופטים בעיקר מתמודדים עם שאלות עובדתיות. וזה רוב עבודת השופטים. אם ניכנס בעיקר לבתי המשפט הדיוניים- שלום, מחוזי וכו, נראה עיקר העבודה של בית המשפט הוא בשאלות עובדתיות לשמוע, ראיות, עדים ועדויות וראיות שמציגים בבית המשפט. הם קודם כל דנים בשאלה מה המציאות, ואחרי בית המשפט קובע את הממצאים העובדתיים ואמר מה היה, אז הוא מיישם כללים משפטיים באופן שהוא לאו דווקא יצירתי, הוא לא מחדש דבר.   
אבל ביחידה הזאת, אנחנו מדברות על סוג מסוים של החלטות שבהן בית המשפט עושה פעולה יצירתית, דהיינו מחדש חידוש משפטי.

**היצירה השיפוטית לסוגיה**

גם בעניין הזה, ברק סוטה מדרכו של דוורקין. בעיני דוורקין כל החלטה שיפוטית היא פרשנות. מושג הפרשנות בשבילו הוא מושג המקיף את כל הפעולות שבית המשפט עושה. גם אם החלטה היא לא פרשנות של טקסט, חוק, היא פרשנות של המשפט במובן רחב והוא רואה כל החלטה כפרשנות. ברק לא מסכים איתו והוא מדויק יותר- הוא אומר כי פרשנות זה סוג מסוים של פעולה, ויש פעולות אחרות שלא נקרא להן פרשנות אלא השלמת חסר של המשפט. את החידושים האלה ניתן לסווג לשלושה סוגים.

1. **פרשנות**

מתן משמעות לטקסט- דבר חקיקה או פסק דין. אפשר להוסיף גם חוזה וצוואה. כלומר פרשנות היא מתן משמעות לטקסט משפטי. בדרך כלל השאלה הפרשנית היא התפרסות של הנורמה המשפטית, האם היא חלה במקרה מסוים. האם אופניים הם כלי רכב, האם גלגליות היא כלי רכב. זאת השאלה הפרשנית, היא היקף ההתפרסות של הכלל- האם הכלל חל על המקרה או לא חל. בשביל זה נצטרך לפרש הרבה מילים, תכליות וכן הלאה.   
כאן אומר ברק כי השיטה הפרשנית המחייבת בישראל היא הפרשנות התכליתית. כלומר, לתת לטקסט משפטי את הפירוש שמגשים באופן הטוב ביותר את התכלית שלו. הדגש על התכלית מעמיד אותה במקום גבוה ביותר ונותן לה משקל רב יותר מאשר לפירוש המילולי של טקסט. ברק קובע ומניח ויש לו תרומה אישית לזה שזאת השיטה הפרשנית הנוהגת בישראל. לא בכל שיטות המשפט וברב שיטות המשפט אין הלכה מהי הדרך הפרשנית. זו שיטה שמשאירים לשופטים, ושפטים שונים נוהגים בשיטות שונות. יש שופטים שהם טקסטואליסטים שהם יתנו משקל רב יותר לפרשנות המילולית ולא יפרשו באופן תכליתית. סקליה יטען שהפרשנות התכלית היא כלי המאפשר לשופט לחרוג מהחוק. ואכן בבתי משפט בעולם נראה שיטות שונות. בישראל התיאוריה הפרשנית הפכה להיות הלכה מחייבת- וכל בתי המשפט מפרשים באופן תכלית ומנמקים כל החלטה שיפוטית שלהם לפי התכלית. אם השופט ירצה להיות יותר דווקן ללשון הוא ידבר על התכלית הסובייקטיבית וייתן לה משקל גדול יותר, יש כלים לשופט המעוניין להיות יותר צמודים ללשון לעשות זאת גם במסגרת התיאוריה הזאת. אך התורה הפרשנית הזאת הפכה בישראל להלכה מחייבת, כלומר שופטים ינמקו את החלטותיהם דרך תורת הפרשנות התכליתית. לא ניתן למצוא שופטים ישראלים שלא מקבלים את תורת הפרשנות התכליתית בנימוק שהיא נותנת משקל גדול יותר לתכלית מאשר ללשון.

* מתן משמעות לטקסט- דבר חקיקה או פסק דין
* קביעת היקף ההתפרסות- האם חל על מקרה מסוים?
* השיטה: פרשנות תכליתית
* התוקף הנורמטיבי-תוקף של הנורמה המתפרשת, חוק יסוד, חוק, תקנה, פסק דין

מהו התוקף הנורמטיבי של החלטה של בית משפט שהיא פרשנות לחוק?

זאת שאלה מעניינת, כאשר בית משפט מפרש חוק או מפרש חוקה, האם זאת הלכה שיפוטית או שזה החוק עצמו? האם הפירוש של בית משפט את החוק האם זו הלכה שיפוטית או החוק עצמו? ההחלטה של בית המשפט במסגרת הפרשנות וזה קושר לעצם מושג הפרשנות. מושג הפרשנות מבליע את הפירוש בתוך החוק ולכן התוקף הנורמטיבי של ההלכה שמפרשים היה בהתאם לטקסט המשפטי שאותו מרפשים. זאת אומרת, אם נפרש תקנה, אז מה שקבע בית המשפט זה ברמה של תקנה. אם נפרש חוק, זה חוק. ואם נפרש חוקה זו חוקה. אם בית המשפט אמר שכבוד האדם בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו כולל את עיקרון השוויון, עקרון השוויון הוא חלק מכבוד האדם ומעכשיו השוויון במעמד חוקתי ולא במעמד הלכה פסוקה.   
מי שעוסק בהלכה ובמשפט עברי יודע שזאת שאלה גדולה- האם כשחמים דורשים דרשה של הכתוב, האם זה מהתורה או מרבנים? יש סוגים של נדרש, יש דברים שהדרשה נאמר השרדה רק נסמכת על הכתוב. ויש דברים שהדרשה היא הפירוש ואז זה מהתורה. יש מחלוקת מה ברירת המחדל- הרמב"ן אומר שברירת המחדל זה הלכה שיפוטית, ורק במקום שנאמר בפירוש שיש לזה תוקף של תורה זה תורה. רמב"ם אומר הפוך שברירת המחדל זה מהתורה. במשפט המודרני שמה הוא פרשנות לטקסט משפטי הוא נבלע בטקסט ומקבל את התוקף שלו, ולכן פירוש של חוקה היא חוקה, פירוש של טקסט הוא טקסט, פירוש של חוזה הוא חוזה וכן הלאה.

יש הבדל בין השאלה ההיסטורית (מה המקור) לבין השאלה הנורמטיבית, יכול להיות שיש לזה תוקף החוקה אבל לא מכיוון שהם חשבו על זה, אלא זה נבלע. למשל כותבי החוקה לא הכניסו שוויון לחוקה כי לא רצוף אז ברור שביניהם כבוד האדם לא כולל שווין. בית המשפט רואה בכבוד האדם שוויון ומעכשיו זה כתוב בחוקה. אז הקביעה הזאת היא לא שאלה היסטורית- לא נאמר שלזה הם התכוונו, אך ברגע שזה הפירוש המוסמך בטקסט הוא מקבל את התוקף והמעמד של הטקסט.

הכוח של הפרשנות זה לתת את אותו מעמד לתת את אותו התוקף. זאת הפעולה העיקרית שהשופטים נוטים ככל האפשר לבסס את ההחלטות שלהם על פרשנות חוקים, וכלן זאת הדר הראשונה, דרך המלך וזה מובן מאליו שתפקיד השופט לפרש את החוק.

1. **השלמת חסר**

השלמת חסר או לקונה. חסר הוא מצב של חלל חוק, אין בחוק פתרון לבעיה. אבל לא כל מצב שאין בחוק פתרון לבעיה שלו נגדיר אותו כלקונה. אנחנו מבחינות כאן ביו שני מושגים של השלמת חסר- מצב שבו אין בחוק בכלל הסדר הוא סוג של חסר, אך הוא לא בגדר לקונה שנשלים אותה, אלא זה בגדר יצירה שיפוטית שברק יקרא לה יצירה של המשפט. לקונה הוא מצב שבו יש הסדר משפטי בעניין, אבל חסר בו פרט מסוים. הדימוי הדווח למצב הזה- הוא קיר לבנים שחסרה בו לבנה- כלומר יש פה קיר שלם וחסרה בו לבנה, אך אם אין קיר וצריך לבנות אותו מההתחלה זה אל לקונה אלא חסר. הצורך להבדיל בין שתי השלמות החסרים נובע לשיטה בה נשלים, וגם התוקף הנורמטיבי זה.

* לא כל מצב של היעדר כלל משפטי הוא מצב של חסר
* חסר הוא חלל בתוך הסדר משפטי קיים (אם חסרה לבנה)
* על השלמת חסר חל דין השיור (חוק יסודות המשפט)
* היקף ההשלמה: כשל חוק

נתחיל מהשלמת החסר במובן הצר: על השלמת חסר חל דין שיור של השיטה, של חוק יסודות המשפט. השלמת החסר צריכה להינתן בהתאם לחוק, אם נשלים חסר בחוק התוקף שלו של חוק גם כן.

חוק יסודות המשפט

לפי חוק יסודות המשפט: ***"****ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"*.

זאת אומרת, כאשר בית המשפט יש לו שאלה שאין להם תשובה, לא בדבר חקיקה (הולכים לחוק), לא בפסיקה (תקדימי בית המשפט), היקדש (ללמוד מכאן לכאן) אז יכריע בה לפי עקרונות מופשטים של הצדק, החירות, היושר והשלים לש משפט עביר. הוא לא יסתכל על ההלכות שם אלא על העקרונות המופשטים שלהם. את הס' הזה אפשר היה לפרש, וכאן גם היה ויכוח, על כל חסר ולאו דווקא על קלונה? המחוקק לא השתמש במילה לקונה, אלא השתמש בדבר כללי מאוד. אבל בית המשפט פירש את זה שהוא מדבר בחסר צר.   
כדי להמחיש צריך להיזכר בפרשת נחמני, שם היה מצב של חלל נורמטיבי לפי דעת הרוב. האם החסר בנחמני הוא לקונה או הוא חסר רחב ביותר? האם אמרו כי אנחנו ניצבים בפני חסר אבל זה לא לקונה אלא זה חסר רחב יותר כי אין שום הסדר על הסוגיה של הפונדקאות, זה לא שחסר פרט אחד אלא אין הסדר כללי. ואז הם אמרו שלא צריך ללכת לפי חוק יסודות המשפט אלא להשלים את זה באופן משוחרר יותר. ההבחנה הזאת מבוססת על ההלכה שבית המשפט פיתח במשך השנים, שלא כתובה בחוק. אפשר היה לומר שחוק יסודות המשפט הוא רחב יותר וחל גם על חסר, והיה מי שחשב כך כמו אלון. זה מתחיל בוויכוח עתיק, בו ברק יצר את ההבחנה הזאת ואלון חלק עליו. אלון טען כי ברק רוצה להצר את מקומו של המשפט העברי במשפט הישראלי, ולכן הוא מלכתחילה שהחוק לא חל על זה. אם אלון קורא את החוק אז הוא חל על כל דבר שאין לבית המשפט החלטה. גם בפרשת נחמני הוא לא מצא תשובה בדעת הרוב, אז הוא היה צריך להחליט לאור עקרונות הצדק של המשפט העברי.

אבל ברק היה מאלה שהובילו כשופט את ההבחנה הזאת שבסופו של דבר התקבלה. והובילה לכך שאנחנו מבחינות בין חסר במובן הצר והמדויק- לקונה, שזאת הלבנה החסרה בקיר, בלין חסר כללי שעליו אנחנו לא משועבדות. נרצה לומר כי העמדה של ברק לא רק נובעת מהצרת צעדיו של המשפט העברי, אך זה לא רק זה. ניתן הצדקה יותר מהותית לעמדה של ברק.

בהשלמת חסר צריך לשאול האם יש סמכות לבית המשפט להשלים חוק?

ברור לכל שיטות המשפט כי כאשר יש שאלה שאין לה תשובה בחוק בית המשפט מוסמך להחליט, יש אפילו שיטות שכותבות בפירוש שבית המשפט חייב להשיב- כמו בחוק הצרפתי. בית המשפט לא רשאי להימנע בהחלטה בנימוק שאין חוק בעניין. אך זה לא השלמה של חוק, כי נותנים את התשובה כהשלמה שיפוטית, השלמת חוק זה השלמת שיפוטית ומתן מעמד של חוק. בפרשנות נותנים תוכן לטקסט הכתוב, אך כעת אין טקסט, אז האם לבית המשפט יש את הסמכות להשלים חוק להגדיר אותו כחוק? כאן שיטות המשפט נבדלות.   
הקונטיננט, בשיטות אירופאיות יש לבית משפט סמכות להשלים חוק, השלמת חסר. הקטגוריה הזאת קיימת. לעומת זאת במשפט האנגלו-האמריקאית אין לבית משפט סמכות כזאת. זה מעניין משום שזה קשור לכל התפיסה התורת-משפטית של כל אחת מהשיטות. בשיטה האירופאית החוק המחייב הוא רק החוק, להחלטות בית משפט אין כוח תקדימי ותוקף תקדימי. ממילא אם יש חסר בחוק אם בית משפט נותן החלטה מקומית הוא לא פתר את הבעיה לכן השיטה האירופאיות הנותנת סמכות לבית המשפט להשלים חוץ לעומת זאת, בבית משפט אנגלו-אמריקאית החוק הוא לא המקור היחידי, התקדימים של בית משפט הם מקור משפטי מחייב, וממילא הם מקום מרכזי. אז אנגלים לא מתרגשים שאין תשובה בחוק לשאלה, נקודת המוצא היא שהחוק לא נותן תשובה כלל דבר ולכן בית משפט צריך להשלים. נקודת המבט האירופאית שהחוק הוא מהמקור היחידי, כשאין תשובה בחוק יש בעיה ולכן נותנים לבית המשפט להשלים. האנגלים מראש לא בונים רק על החוק ולכן הוא לא מתרגש מזה שהחוק לא נותן תשובה לכל שאלה, לבית המשפט ישלים. ולכן אם לא נותנים סמכות לבית המשפט להשלים את החוק בשיטה האירופאית הסמכות להשלמת החוק זה לקבוע דין שיהיה לו מעמד של חוק, במשפט האנגלי אין לו תוקף, למעמד של החלטה אין מעמד של חוק אלא החלטה שיפוטית. זה להבין את הבעיה של השלמת חוק. זה לא טריוויאלי לתת לבית המשפט את הסמכות לחוקק. האנגלים לא נותנים סמכות, בית משפט נותנים לו רהבה כוח ממילא ולא צריך לתת לו את הסמכות של המחוקק.

האם לבית משפט יש סמכות להשלים חוק?

* בקונטיננט- כן
* במשפט האנגלי-אמריקאי- לא
* בישראל- כן
* הדרך: היקש, דין שיור

המושג של השלמת חסר הוא השלמת החוק ולא לתת החלטות של בית המשפט. להשלים חוק זה לא דבר מובן מאליו ולא כל השיטות מקבלות אותו. מנקודת מבט של ישראל האם לאפשר השלמת חסר במובן המלא? כן או לא- המסורת שלנו היא מסורת אנגלו-אמריקאית המאמינים בתקדימים, ולכן לא היינו צריכות בכלל לתת בלית המשפט את הכוח להשלים חסר. בית המשפט רשאי לענות על שאלות וללתת הלכות אך לא לכתוב חוקים. לפי זה, לא היה צריך להיות חוק יסודות המשפט במובן של השלמת חסר. יכול להיות חוק כהנחיה כללית לעקרונות. זו שאלה מעניינת, האם באנגליה יש דין שיור- מה לעשות במקרה של שאלה שאין תשובה עליה. הדין הישראלי בה במקום דין אנגלי, אך זה לא אומר שיש אותו באנגליה. האם באנגליה יש דין שאומר לבית המשפט כיצד לפעול במקום שאין תשובה בחוק. באנגליה לא צריך להגיד לבית משפט לפעול, כי בית המשפט תמיד מחוקק חוקים, אין שום חידוש לבית המשפט לפעול. במדינות אירופאיות יש דין שיור כי שם צריך להשלים את החוק. אז למה בישראל יש חוק יסודות המשפט? בישראל המנדטורית היה סימן 46 שאמר כי אם אין תשובה בחוק יש להשלים לפי חוקי אנגליה. זה לא נובע מהשיטה האנגלית אלא הקולוניאלית. שהרי ישראל הייתה קולוניה והבריטים רצו להכניס לסדר ולא כל קולוניה הייתה עצמאית, אמרו להם כי הם צריכים להחליט לפי החוקים כי מחוקקים בכל מקום. אך אם יש חלל היצמדו להחלטות באנגליה. הואיל והיה ס' חוק כזה בתקופת המנדט היה צריך להחליף אותו באיזשהו שלב. חוק יסודות המשפט בישראל חריג ביחס לשיטה, ולכן נצדיק את ברק מכיוון אחר ולא מכיוון של צמצום המשפט העברי. מכיוון שבעצם כל החוק הזה צריך לצמצם אותו. בשיטה שלנו לא היה צריך להגיד לבתי המשפט מה לעשות, בשיטה האנגלית לבית המשפט יש סמכות קבועה ולא צריך לתת להם הנחיות כי הם פועלים, הואיל ונקבע בסופו שלד בר שבישראל יש סמכות להשלים חסר, אבל מצד אחר יש היגיון תורת משפטי ולא היגיון אידיאולוגי .לא מטעמים אידאולוגיים כאלה אלא מטעמים תורת משפטיים היה טעם לצמצם את חוק יסודות המשפט ולומר שדין השיור חל במקום של השלמת חסר. כי אם נתייחס בהשלמת חסר במובן המלא שלה- של לתת תשובה לכל שאלה שאין עליה תשובה בחוק, אז בית משפט יכול לעשות זאת. אך אם צריך לתת לו השלמת חסר במובן המלא של תוקף של חוק, צריך לצמצם את זה מאוד. לא נגיד כי כל החלטה שיפוטית של נחמני זה חוק, זה לא מתקבל על הדעת. אך מצד שני, לא מצריך להגביל אותה. יכלנו לפרש את חוק יסודות המשפט לא כחוק אלא כהנחיה כללית להשלמת חסר. זהו גוף זר בשיטה. את סימן 46 לא היינו מפרשות באופן מצומצם, מאחר והוא בא להגיד לביתה המשפט להסתכל בהחלטות שלהם על אנגליה, אך חקו יסודות המשפט שבא להחליף אותו, למרות שלא צריך להחליף אותו מאחר והוא ס' קולוניאלי, היא יכלה לוותר עליו ולמחוק אותו. יש גם שיקול תורת משפטי לצמצם את חוק יסודות המשפט.

דוגמא להשלמת חסר שנעשתה על ידי בית המשפט- השלמת חסר במובן המדויק שלה, דהיינו במובן של לתת לזה תוקף של חוק:

חוק הבחירות דרכי תעמולה

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

ברגע שהתחילה תעמולת בחירות בטלוויזיה, נחקק חוק המגביל ואומר בי רק רשימות המועמדים רשאיות לפרסם ולא ארגונים אחרים, ארגונים וולונטריים שיפרסמו תעמולת בחירות. וכל תעמולה צריכה לעבור פיקוח של וועדת הבחירות. החוק הזה עסק בשידורי טלוויזיה ונכנס בעקרבות כניסת הטלוויזיה לארץ, השאלה היא מה דינה של תעמולה ברדיו?

החוק לא קבע דין לגבי הרדיו, הוא כתב ס' על הטלוויזיה ולא לגבי הרדיו. מה הדין לגבי הרדיו? האם הוא צריך אישור של יו"ר וועדת בחירות או שלא?

בית המשפט שדן בכך קבע כי יש להשלים בהיקש. כלומר, יש פה חסר כי המחוקק הסדיר את התעמולה ולא דיבר על דיו, ברור יש כאן חסר. במצב כזה בית המשפט אומר כי יש להשתמש בהיקש. אותו רציונל שהנחה את המחוקק לומר ששידורי טלוויזיה ניתנם על ידי מפלגות ונתונים לוויכוחים, הוא קורא את זה גם ברדיו. זה לא כתוב, בית המשפט השלים בהיקש ומעכשיו זאת הוראה חוקית ששידורי התעמולה חל על הרדיו אותו דין של הטלוויזיה.

1. **פיתוח המשפט**

רק כדי לחדד את העניין נגיע למה קורה בחסר רחב יורת שהוא לא לקונה, זה מה שנקרא פיתוח המשפט. מה זה פיתוח המשפט? זה שם שברק נותן לחסרים שהם מעבר ללקונה במובן הצר. זה חסר שאיננו בגדר לקונה. מאחר שכאן יש חסר רחב יותר, למשל נחמני. יש הרבה מאוד החלטות של בית המשפט שבהן שי הרבה תחומים שלא הוסרו על ידי המחוקק, כמו דיני מכרזים. ובית המשפט נאלץ להחליט בהם. כאשר הוא מחליט, להחלטה הזאת, זו חקיקה שיפוטית באופן מובהק. בית המשפט רואה נושא שלא הוסדר והוא עכשיו צריך לקבוע לו כללים הואיל הוא צריך להחליט בשאלה. השאלה, אם נשאל מה הלגיטימציה ומקור הסמכות של בית המשפט להחליט בשאלה כזאת. בלגיטימציה היא המסורת של המשפט המקובל לפיה בית המשפט מחליט בכל שאלה שבאה לפניו, הואיל שלהחלטות שלו יש תוקף תקדימי הוא פועל כמעין מחוקק משנה. כשבית המשפט מחליט במקום שהמחוקק לא החליט בו וקובע כללים, המחוקק מודע לכך שהחלטה של בית המשפט היא החלטה בעלת אופן חקיקתי. הוא לא רק מחליט במקרה כזה, הוא לא עושה את זה על ידי פרשנות של חוק או השלמת חסר. זה נושא רחב יותר.

* חסר בחוק שאינו בגדר לקונה (נושא שלא הוסדר)
* הלגיטימציה: המסורת המשפטית של המשפט המקובל בישראל.
* הפיתוח לפי עקרונות השיטה בכללם, אין כפיפות לדין השיור
* תוקף נורמטיבי: הלכה פסוקה

השיטה של פיתוח המשפט, הדבר המרכזי שצריך לומר שאין כפיפות לדין השיור. בית המשפט לא מחויב להיקש, עקרונות המשפט העברי, הוא בעצם מקבל החלטות באופן חופשי, הכפיפות היחידה שלו הם העקרונות הכללים של השיטה- העקרונות החוקתיים. השאלה היחידה היא מה תוקף הנורמטיבי של החלטה כזאת היא הלכה פסוקה. כאשר בית המשפט מקבל החלטות בנושאים שהמחוקק לא הסדיר, אלו החלטות שיפוטיות. או החלטות של בית משפט, שניתן להפוך אותן בתוך ההיררכיה שך בתי המשפט וגם הכנסת יכולה להפוך אותה. כשעוסקים בפרשנות חוקתית, הכנסת לא יכולה בעצם לשנות החלטות שיפוטיות של בית משפט, שהרי הואיל והפרשנות החוקתית יש לה תוקף חוקתי אז הכנסת לא יכולה לשנות החלטות שלבית משפט. לעומת זאת, כאשר בית משפט מקבל החלטות של לא פרשנות חוקית, אלה החלטות רגילות שלו, הן כמובן כפופות לכנסת. והכנסת יכולה לשנות החלטות של בית משפט.

ודוק: החלטות של בית המשפט בפיתוח המשפט, בחסר של לא לקונה, יש להם תקוף של הלכה פסוקה ולכן הן כפופת לשינוי בידי הכנסת, הכנסת ככיולה לשנות החלטות של בית משפט והיא עושה את זה באופן רצוף. אבל החלטות של בית משפט שהנעשות במסגרת פרשנית, תלוי מה הוא מפרש- אם בית המשפט מפרש את החוקה וחוקי היסוד, אז ההחלטות הלאה מ'קבלות מעמד חוקתי והכנסת לא יכולה לשנות אותה בחלטה רגילה.

אם נבודד מכל הדברים חקיקה, חקיקה שיפוטית היא נעשית בתחום של פיתוח המשפט. בתחום של פרשנות לא נקרא לזה חקיקה שיפוטית, זאת פרשנות והיא מקבלת כוח מהכנסת. כשבית המפשט מפרש חוק הוא לא מחוקק אלא מרפש. כשבית משפט משלים חקו הוא משלים את החוק, אבל כאשר בית המשפט לא מפרש ומשלים את החוק (שזה דבר יותר נדיר), ברגע שהגדרנו לקונה באופן צר, היא הופכת להיות נדירה. כשהגדירו לקונה במובן הצר אלו מקרים ספורים. לעומת זאת גם פרשנות היא מאוד רחבה, בוית משפט בכל מקום שאפשר יעדיף פרשנות ובמקום שאי אפשר הוא יעשה החלטות שיפוטיות של פיתוח המשפט. ההחלטות האלה, הן החלטות שהשופט פעול כמחוקק משנה, הוא לא מפרש ולא משלים, ויש לזה תוקף נורמטיבי נמוך יותר.

פסק הדין של שלמה לוין בפלוני

הוא הציע שני פתרונות לבעיה- 1. חסר סמוי, 2. השלמת חסר. צריך להניח שהמחוקק לא התייחס למקרה כזה, הוא משלים כאילו כתוב בחוק, שבמקרה הזה יש עילה. הוא משלים את החוק, זאת השלמה של החוק, השיטה השנייה שלו היא הפרשנות המרחיבה- הוא מתייחס לתקנת הציבור ומפרש לתוכה. שני הדברים הופכים את זה כחוק- או כפרשנות או כהשלמת חסר.

אגב יש עוד טכניקה שבתי משפט עושים- ההבחנות האלה לא פשוטות במעשה. יש טכניקה שהבית המשפט משתמש בה והוא קורא לתוך החוק. הוא קורא מה כתוב בחוק, הוא קורא משהו שנמצא בין השלמת חסר לפרשנות. הוא קורא כאילו החוק אומר דבר מסוים. אפשר לומר שהוא עושה פעולה של השלמה או פרשנות, ויש גם קרבה מסוימת ביניהם. כי מבחינת נורמטיבית שניהם מייחסים את זה לחוק. זה דבר באמצע שניתן שלאול האם זאת פרשנות או האם זאת השלמת חסר.

ננתח בצורה יותר מפורטת את הסיפור של חסר, והוא די מסובך כדי לומר הם יש בחוק חסר.

**חסר בחוק- אפשרויות**

כשרואים חסר בחוק, כשחסר דבר מה, שי כמה אפשרויות פרשניות לגבי הדבר הזה: כלומר מה זה אומר שחסר משהו בחוק- זה יכול להנגיד כל מיני דברים. ברק מעלה ארבע אפשרויות:

1. מה שלא הוסדר בחוק נשאר במתכונת הקודמת- הוא נשאר במשמעות הקודמת שלו, לפי החוק אם לפני החוק זה היה מותר, אז מותר, אם לפני החוק זה היה אסור אז זה אסור. אם דבר לא נכלל בחוק, קיים ההסדר של קודם.
2. הסדר שלילי- מה שלא הוסדר- ונספר להיפך. הסדר שלילי פירושו של דבר אם כתוב שצריך לעשות בדרך מסוימת, אז אסור בחוק לעשות להפך. אם החוק מגדיר עבירה, אז מה שהוא לא הגדיר אז הוא מותר. למשל פונדקאות זה רק איש לאישה שנושאים זה לזה, אז זה הסדר שלילי- אם יש איש ואישה שלא נשואים הם לא יכולים להיכנס לזה. זאת האפשרות של הסדר שלילי. אך שהאלה איך לקרוא את החוק
3. הסדר במשתמע: פרשנות- למרותש דבר לא הוסדר בחוק משתמע הסדר ש.לו. למשל במקרה של שידורי טלוויזיה, א הוסדרה רק הטלוויזיה השאלה מה קורה ברדיו, אפשר היה לומר כי רדיו לא הייתה חובה להעביר אישור של יו"ר וועדת הבחירות אז גם עכשיו אין חובה. או הסדר שלישי- אם רק טלוויזיה צריכה אישור, אז רדיו אל צריך. אפשרות שלישית הסדר במשתמע- נחיל על רדיו כי זה אותו היגיון.
4. חסר הטעון השלמה- הבחירה האם זה חסר טעון השלמה זאת מסקנה אחרונה, היא לא נובעת באופן לוגי המעניין אלא מחייבת החלטה מושכלת לא פורמלית. אם אין את כל אחת מאפשרויות למעלה- שלוש האפשרויות, נגיד כי זה חסר הטעון השלמה.

ההחלטה בשלושת האפשרויות היא לא פורמלית- צריך לחשוב על התכלית והטעם כדי לחשוב מה הגיוני ומה לא. מבחינה לוגית, כל אפשרות היא נכונה. אם נשאל שאלה לוגית, אז אפשר לומר שיש הסדר שלילי- כתוב שידורי טלוויזיה ומכאן רדיו לא. אבל ניתן לחשוב גם כי שירודי טלוויזיה ההיגיון הוא אותו רדיו, אז במשתמע זה חל גם על רדיו. זאת לא בחירה פורמליסטית אלא בחירה הקשורה להבנת טעם העניין. נכון שהמחוקק דיבר רק על טלוויזיה אבל הואיל וההיגון של רדיו הוא דומה, נחיל גם על רדיו. השאלה באיזו אפשרות לבחור היא לא פורמלית הקשורה לניסוח של המילים, אלא היא שאלה מהותית הקשורה להבנה מה מחייב ההיגיון.

דוגמאות:

1. חוק החולה הנוטה למות

מסדיר את הטיפול באנשים חולים העומדים למות, כשהחוק עצמו מגדיר מיהו אדם הנוטה למות- אדם שלפי הערכת הרופאים גם אם יינתן לו טיפול הוא יישאר בחיים למעבר משישה חודשים. ניתן לשאול במסגרת החוק, קורה בהמתות חסד וניתוק ממכשירים. עד אז לא היה חוק והיו החלטות של בתי המשפט, שקבעו כי במקרים מסוימים הסכימו ניתוק ממכשירים, ולא פעולה אקטיבית- של הרג, אלא רק במצב של ניתוק מכשירים.

המחוקק החליט להסדיר את העניין וקבע את הקביעה הבאה: הוא התיר להימנע מטיפול ורפואי, אך הוא לא התיר הפסקת טיפול רציף העלול להביא למותו. לכן לפי החוק, חל איסור ניתוק ממכונת הנשמה- מאחר והוא טיפול רפואי רצוף.

כעת מתעוררת שאלה נוספת, למה דינו של חולה במחלה כרונית שאינו נוטה למות? כלומר מה דינו של מטופל שחולה במחלה כרונית שהמקרה שלו הוסדר. זה חסר מכוון מצידו של המחוק, מאחר והוא לא רצה להסדיר מה המצב של חולים אחרים.

* לפי האפשרות הראשונה שמה שלא הוסדר בפירוש נשאר במתכונת הקדמות- בנסיבות מסוימת מותר. בתי משפט לא ראו מניעה להימנע מניתוק מכשירי הנשמה של חולי ALS. אז לפי האפשרות הזאת זה מותר.
* הסדר שלילי- זה עוד יותר קיצוני, אמרו שאותו ספציפית לא מותר לנתק, ולכן את האחרים מותר.
* אפשרות שלישית- הסדר משתמע, אפשר לומר בדרך של קל בחומר, אם אדם שנותרו לו שישה חדשים אסור לנתק ממכשירים, אז אדם שיכול לחיות עוד כמה שנים, אז ברור שאסור לנתק אותו.

יש כאלה שלא אוהבים את ההסדר הזה, מאחר והוא נוגד את רצונו של המטופל- אדם שסובל מאוד ולא רוצה שיחברו אותו למכשירים. בהתחלה, בית המשפט נאחז באופציה הראשונה קובע כי האיסור לא חל עליו. בדיונים מאוחרים הופיע אחר כך היועץ המשפטי למשלה שטען כי טענה א' או ב'- לא מתקבלות על הדעת. אם המחוקק מתנגד במקרה של חולה הנוטה למות, אז אחת כמה וכמה במקרה שהחולה לא נוטה למות. השאלה פה היא לא פורמלית אלא שאלה של היגיון.

ניתן להגיד שזה הסדר הטעון להשלמה, אך זאת אופציה פחות סבירה כי אין לבנה חסרה. המחוקק הסדיר מטופל הנוטה למות, אין מבון של השלמה, ההתלבטות הייתה בין א-לג' כאשר ההיגיון הפנימי של החוק ג' חזק יותר.

בכל פעם שיש חסר צריך לשקול את ארבעת האפשרויות האלה, שהיא שקילה לא פורמלית אלא הבנת הטעם.

1. שר שהוגש נגדו כתב אישום

חוק יסוד הממשלה ס' 23: *"בית המשפט שהרשיע שר בעבירה, יקבע בפסק דינו אם יש באותה עבירה משום קלון; קבע בית המשפט כאמור, תיפסק כהונתו של השר ביום מתן פסק הדין."*

אם בית המשפט קבע שיש קלון אז תיפסק כהונתו של השק ביום מתן פסק הדין. מה דינו של שר שלא נקבע כי יש בעבירה קלון? הוא לא יפסיק את כהונתו כי זה הסדר שלילי. אנחנו מבינות שפה יש הסדר שלילי, ההבנה היא שבנושאים פליליים, בדרך כלל אין לקונה ולעולם שתיקתו של המחוקק היא היתר.

**הסדר שלילי**

בדין הפלילי יש כל פשוט- לעניין איסור ענישה בפלילים אין לקונה בחוק שתיקתו היא לעולם הסדר שלילי. במקרים אחרי הכלל לא פשוט ולא מחייב לשקול בכל אחד מהמקרים של חסר את 4 האפשרויות והחליט מה יותר הגיוני. חסר נשאל על קיומו של הסדר משהו, האופציות האלה הן אופציות הקיימות כאשר יש חוק כלשהו. אם אין חוק, אז ממילא האפשרויות האלה נופלות.

**תורת הזכויות**

ביחידה זו נתרכז במושג הזכות בתורת זכויות. מושג הזכות הוא מושג מרכזי, ואולי הכי מרכזי במשפט.

**זכויות וההבחנה ביניהן**

יש מגוון רחב של זכויות כמו: זכות לבחור ולהיבחר, זכות לקניין פרטי, זכות לחופש ביטוי, זכות לחיים, זכות להגדרה עצמית, זכות בנכס (בעלות), זכות שתיקה, זכות של שופט לפסק דין, זכויות עובדים. אך מיד נבחין שיש סוגים שונים של זכויות- שזאת אחת ההבחנות הבסיסיות ביותר:

1. זכויות מותנות- הזכויות שמותנות במעשים, למשל זכות חוזית קשורה לכך שקודם כרתנו חוזה, זכויות עובד בין מעביד-עובד, זכויות אזרח, זכויות שנובעות ממצב בריאותי וכו.
2. זכויות יסוד- שהן זכויות כלליות ומוחלטות שנתונות לכל אדם באשר הוא אדם.

**תורת זכויות**

ביחידה הזו נדבר על תורת\ תיאוריה של זכויות, שהשאלות שיתעוררו הן:

1. מה זכות מקנה- מה פירוש שיש לאדם זכות, מה מתחייב ונובע מהדבר- האם מעשים או מחדלים? זה יחייב ניתוח מושג הזכות, מה היא מקנה ומה היא אומרת.
2. מי יכול להיות בעל זכות? בהקשר הזה אנחנו יודעות שבעלי אדם הם בעלי זכויות, לא האם רק אדם הוא בעל זכויות? למשל אישיות משפטית בדיני חברות. למשל אישה שהורישה את רכושה לבעל הזכות, האם ניתן לרשום את הכלב כבעל הבית, זה מביא לשאלה של זכויות בעלי חיים, אם בעל חיים נושא זכות כמו אדם, האם התאגידים הם נושאי זכויות? האם הטבע והסביבה נושאים זכויות? כלומר סביב השאלה מי בכלל יכול להיות בעל זכות.
3. מדוע יש לאדם זכות? כיצד נוצרת זכות- מתי באמת יש לאדם זכות ומדוע יש לו?
4. האם אדם שולט על זכותו או שיש זכויות שלא ניתן לוותר עליהן?

נתחיל עם השאלה הראשונה של מה זכות מקנה, ובעצם זה מחייב אותנו לעבור לניתוח מושג הזכות.

**ניתוח של מושג הזכות**

מה הכוונה שלאדם יש זכות מסוימת, איזה מעשים או מחדלים נדרשים מכוח הזכות?

1. **ניתוח הזכויות של הופלד**

אחד הניתוחים הקלאסיים הוא הניתוח של הופלד, שהיה פרופ' למשפטים באוניברסיטת ייל. הוא כתב שני מאמרים המנתחים את מושג הזכות ובזכותם הוא נזכר לדורות. הוא עשה ניתוח אנליטי שהוא הבסיס לכל דיון במושג הזכות.  
כשאנחנו משתמשות במושג זכות אנחנו עשויות להתכוון לארבעה מובנים שונים, וצריך לברר כל פעם באיזה מובן אנחנו משדברים שלאדם יש זכות בדבר מה?

1. **תביעה- זכות במובן הצר**

המובן הראשון של זכות הוא זכות במובן הצר- פירושו של דבר בעצם תביעה. הכוונה במילה זכות היא שיש יכולת תביעה ממישהו. דוגמאות:

* אם אדם הלווה לחברו כסף ומועד הפירעון הגיע, למלווה יש זכות לקבל מהלווה את הכסף. במובן הזה יש לו תביעה והוא יכול לתבוע מראובן לקבל את הכסף. אך זה לא רק ביחסים של המשפט הפרטי וזה יכול להיות גם בתחומים אחרים.

**לא' יש זכות (תביעה) כלפי ב' לX אם ורק אם לב' יש חובה כלפי א' לX**

* אם אישה בעלת דירה, יש לה זכות קניינית בדירה אז מזה נובעות כל מיני אפשרויות לתבוע מאדם אחר שלא להיכנס לדירתה. אז הזכות במובן הזה משמעותה תביעה מאדם אחר.

אם יש תביעה זאת אומרת שלצד השני יש חובה. אם לי יש זכות במובן של תביעה ממישהו אז לאותו אדם יש חובה כלפי כנגד הזכות שלי. לא' יש זכות כלפי ב', ורק אם לב' יש חובה כלפי א'.   
זכות וחובה הם מושגים הקשורים אחד לשנייה, אך לא בכלל המובנים של הזכות, רק במובן של זכות במובן הצר. זכות במובן הצר היא קורלטיבית לחובה, אם ראובן הלווה לשמעון כסף אז לראובן יש זכות לאותו סכום שהוא הלווה, ולשמעון יש זכות כנגד הכסף הזה. אלו שני מושגים קורלטיביים המתאימים זה לזה- אם יש זכות יש חובה, אם יש חובה יש זכות, אלו צדדים של אותו מטבע.

1. **זכות במובן חירות**

זכות לא משמשת רק במובן הזה, אלא מובן אחר שאין בצידו חובה- לדוגמא חירות. זכות במובן חירות נקרא לדוגמא- לאדם יש חירות לקחת צדף שמצא על חוף הים. אין לו שום חובה להימנע מכך, אבל גם אין תביעה ממישהו שייקח לי את הצדף. זה שאני התכוונתי לקחת את הצדף לא נותן לי שום תביעה ממנה לקחת את הצדף. לשנינו יש חירויות והחירויות שלנו עלולות להתנגד, ובמצב כזה כל הקודם זוכה. מי שלוקח את הזכות הוא זוכה בה כי זוהי חירות.

**לאדם יש חירות לX אם אין לו חובה ללא X**

דוגמא- לאדם יש חירות להביע את דעותיו, אף אחד לא יכול למנוע ממני ולאדם אחר אין זכות\תביעה כלפי אל תביע את דעותיך. אבל החופש שלי להביע את דעותיי לא מצמיח תביעה. לא יכול לתבוע ממישהו אחר לשמוע את דבריו. יש לי חופש דעות אך לא ניתן להכריח מישהו אחר לשמוע את קולו, לתת ערוץ ברדיו, להופיע, או כיוצא בזה. כל מה שיש לי אם זאת רק חירות, יש לי את החופש להביע את דעותיי- לאף אחד אין זכות למנוע ממני את הבעת הדעות, אין לו תביעה כלפיי, אין לי חובה שלו, אך גם לי אין תביעה ממישהו אחר שישמיע את דעותיי. זה חופש ומתחרים על חופש הדעה והביטוי וכל אדם יכול לומר כל מה שהוא רוצה, אך לא חייבים לפרסם אותו.

זכות במובן של חירות, היא בעצם נוגעת את הזכות במובן של תביעה. זכות לא שווה תביעה. כאשר מדובר על חירות זה רק חופש, אך זו לא זכות המייצרת תביעה.

לפעמים זה קצת יותר מורכב, אם הרחוב צפוף לא ניתן לדרוס את האנשים ולהגיד תנו לי לעבור. לאותו אדם אין חירות לחסום את המדרכה, אז במובן הזה, אך הליכה שלי ברחוב היא בעיקרו של דבר חופש ללכת, והחופש הזה לא מצמיח תביעה באופן עקרוני לאפשר לי ללכת.   
אפשר לומר שלאדם יש לו חירות לX כי אין לו חובה ללא X. יש לי חירות ללכת ברחוב כי אין לי חובה שללא ללכת ברחוב. אך החירות כשלעצמה לא מצמיחה תביעה. כמובן שאם יש לי חירות אישית, זה לא אומר שאדם שחוטף אותי, יש לי תביעה כנגדו, מאחר ואסור לחטוף, אותי. יכול להיות שיהיו חובות מסוימות, אך החירות כשלעצמה לא מצמיחה עילת תביעה. החירות האישית יש לי עילת תביעה לא למנוע או לצמצם את החירות שלי- כמו מקרה שיחטפו אותי. אבל החירות עצמה, שנדבר על חירות בלבד, היא לא מצמיחה עילת תביעה. חופש הביטוי זו דוגמא מצוינת שזה חופש בלבד שלא מצמיחה עילת תביעה להשמיע את דעותיי.

ובקיצור: אחד המובנים של מושג הזכות הוא חירות, הכוונה יש חופש לעשות דבר מה, אין חובה מנוגדת והמשמעות היא שהחירות לא מצמיחה עילת תביעה. ברור שהחירויות מוגבלות, למשל על ידי חוק- שמגביל את החירות לא לבצע עבירות וכן האלה. אין שאלה מבחינה נורמטיבית האם לאדם יש חירות מוגבלת אומר בלתי מוגבלת, אלא שואלים שאלה אנליטית רוצה להבין מה פירוש להגיד שיש לי זכות. ראינו שאחד, זה יכולת לתבוע משיהו, פירוש אחר שיש זכות וחופש אך לא לתבוע מישהו- ונשתמש במילה בזכות במובנים שונים. זאת הייתה השאלה בנחמני- מה זה הזכות להיות הורה? האם הזכות היא תביעה ואז ניתן לחייב, או שהזכות היא רק חופש? ואם היא חופש להיות הורה אז היא לא מצמיחה עילת תביעה. ולכן לפי התביעה הזאת, לרותי יש זכות להיות אדם אך היא לא יכולה לבוא בתביעה אל מישהו. מי שחשב שניתן לחייב את דני, חשב שהזכות הזאת חרגה להיות זכות כחופש, והפכה לתביעה.

1. **זכות במובן של כוח**

לפעמים נשתמש במילה זכות במובן של כוח, כוח במובן המשפטי. כלומר כוח במובן המשפטי, שהוא יכול לשנות את המצב המשפטי של אדם.

למשל: לשופט יש זכות לכתוב פסק דין, פירושו של דבר יש לו כוח לפסוק דבר מה- כמו פיצויים. יש לו כוח מאחר והפסיקה שלו משנה את המצב המשפטי של רחל שצריכה עכשיו לשלם פיצויים. כוח זה לא רק לפקידים, אלא לכל אדם יש למשל כוח לקבוע צוואה ולקבוע את יורשיו. אדם יש לו כוח כי הוא יכתוב צוואה והיורשים כפופים לצוואה, ומה שהוא אומר מתקיים.

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

או אדם בחוזה, אדם שהוצעה לו הצעה יש לו כוח לקבל אותה, כי ברגע שהוא קבל את ההצעה הוא יוצר כפיפות של מציע ההצעה. מציע ההצעה אין לו כוח, ובהצעה הוא לא משנה מצב משפטי, אך מקבל ההצעה בעצם משנה את המצב המשפטי של המציע, ונוצר חוזה מחייב. ולכן למקבל ההצעה יש כוח. יש את הדוגמא שמציעים בעיתון שאנשים יציעו הצעה לדירה, ולכן תמיד כתוב- מוזמנים להציע הצעה בנוגע לדירה, אז המציע הוא רק מציע ובסוף בעל הדירה הוא שמקבל את ההצעה ויכול להפוך אותה לחוזה מחייב.

כך בנוגע לשופטים, פקידים שוטרים- כוח יכול להיות לפקידים ציבוריים, למשל לשוטר יש כוח לעצור אדם שהוא חשוד בו בביצוע עבירה, יש כוח כי אותו אדם כפוף משפטית לכוחו של השוטר. אך השימוש במילה כוח הוא לא רק לפקידי ציבור אלא גם לאנשים פרטיים.   
לאדם יש כוח אם ורק אם יש לו את היכולת לשנות את המצב המשפטי (זכות או חירות) שלו או של אדם אחר.   
אם הוא משנה את המצב המשפטי של אדם אחר, הוא מטיל עליו חובות, או מגביל את החירות שלו, אז נאמר שיש לו כוח. השוטר שעוצר אדם חשוד בעבירה מגביל את החירות שלי, אותו אדם כבר לא יכול ללכת לדרכו אלא לתחנת המשטרה. הכוח של השוטר לעשות את זה קשור לזה שיש לו כוח בהיותו שוטר בתנאים מסוימים- אם הוא ראה חשד סביר בביצוע העבירה יש לו את הכוח להגביל את החירות, כוח כי הוא הגביל את החירות. השופט גם הוא יכול להגביל חירות שבליחה למאסר, וגם כל אדם יכול בתנאים מסוימים, יש לו כוח לשנות מצב משפטי של אדם אחר שנובע מהחוזה ביניהם או שנובע ממערכת יחסים אחרת.

אז שימוש במילה זכות, הזכות היא לא חובה אלא היא יוצרת כפיפות, כלומר אדם אחר הוא כפוף לבעל הכוח.

1. **חסינות**

מובן אחרון של ניתוח הזכות לפי הניתוח של הופלד, הוא מובן של חסינות. אם לאדם יש לו זכות מתכוונים לומר שיש לו חסינות.

**לאדם יש חסינות מפני X רק אם לאדם אחר אין כוח כלפי א' לX.**

למשל:

* חבר כנסת חסינות מפני חקירת משטרה. במובן הזה, יש לו חסינות מפני כוח- יש לו חסינות מפני הכוח של השוטר לחקור אותו.
* אדם שמחזיק בייפוי כוח בלתי חוזר, יש חסינות מפני שינוי ייפוי הכוח. למשל בקניית דירה, מקובל שהמוכר נותן ייפוי כוח לקונה שיוכל לרשום את הדירה על שמו בעל הזכות זה המוכר והוא מעביר את הדירה לקונה. אחרי שהקונה משלם, הוא רוצה לרשום את הדירה שלו, המוכר יכול להיעלם, ולכן מקובל במכירת דירה, כאשר חותמים את החוזה, אז המוכר נותן לקונה ייפוי כוח לרשום את הדירה על שמו, לאחר קבלת הכסף. הייפוי כוח הזה, מכיוון שהמוכר מחזיק בזה- הוא מעביר את הכוח שלו לרושם את דהירה, וזה הכוח לשנות את הבעלות על הדירה. בעלים של דירה יש כוח לרשום את הדירה על שמו על שם אדם אחר, והכוח הזה הופך את הדירה לבעלותי. כשאדם נותן ייפוי כוח, ייפוי כוח רגיל מאפשר לחזור באדם, ומי שמחזיק בייפוי כוח כפוף לדעתו של נותן ייפוי הכוח. אך בייפוי הכוח החוזר, הקונה הוא חסין מפני ייפוי הכוח של המוכר. מקובל לתת ייפוי כוח בלתי חוזר כדי שלא יכול לשנות את ייפוי הכוח, מה שהופך את מקבל ייפוי הכוח כחסין מפני שינוי.
* לעד מדינה שחתם הסכם עם הפרקליטות יש חסינות מפני העמדה לדין.

ניתן להבין כי החסינות היא הניגוד של כוח.

**טבלת הופלד**

קורלציה:

הטור הימני של הטבלה מכיל את ארבעת המשמעויות: זכות, חירות, כוח, חסינות, אלו מושגים קורלטיביים למושגים אחרים:

1. זכות היא קורלטיבית לתביעה- אם לאדם יש זכות, יורש שלאדם אחר יש חובה. להגיד שלי יש זכות במובן של תביעה, אומר שלמישהו אחר שי חובה כלפי. יש לי זכות כלפי הלווה, והלווה יש לו חוב כלפי המלווה. אם יש לי זכות למשל בעלות הדירה, לכל העולם מחיוב, הזכות היא כלפי כל האדם.
2. חירות-היעדר זכות(תביעה)- אם יש לי חופש ביטוי, פירוש שלאף אחד אחר אין זכות לתבוע ממני לא להתבטא. אם יש לי זכות לרהים צדק בים, פירוש לאף אחד אחר אין תביעה לתבוע ממני. אך אם החוק לשלול את הזכות, אז כרב אין לי את החירות להרים צדפים. השאלה האם יש לי זכות או אין לי, תלויה בשאלה האם יש חירות כזו. יש חובה שלא להרים קונכיות ולכן אין לי זכות להרים. השאלה האם יש לי חירות היא שאלה עובדתית ונורמטיבית- זה תלוי בשאלה האם יש לי חובה או אין לי חובה. חירות זה שלמישהו יש היעדר זכות לתבוע ממני. אפשר גם לומר אותו מובן שחירות היא היעדר חובה. מבחינה קורלטיבית חירות היא היעדר חובה, להגיד שיש חירות פירושו של דבר שאין חובה מנוגדת ולאדם אחר אין זכות לתבוע ממני.

|  |  |
| --- | --- |
| **זכות** | **חובה** |
| **חירות** | **היעדר זכות** |
| **כוח** | **כפיפות** |
| **חסינות** | **היעדר כוח** |

1. כוח-כפיפות- מישהו שיש לי כלפיו כוח, הוא כפוך לכוח שלי. שוטר רשאי לעצור אדם, אותו אדם שחדוד בביצוע העבירה כפוף לכוח של השוטר. בעל דין שעומד בפני שופט, כפוף לכוח שלו מכיוון שהוא צריך לעשות מה שהשופט אומר.
2. חסינות-היעדר כוח- אם למישהו יש חסינות, פירושו של דבר שאין כוח כנגדו. אם חבר כנסת חסין מפני חקירת משטרה, אז השוטר שיש לו בדרך כלל כוח כלפי כל אזרח, אין לו חסינות כלפי חבר כנסת. אדם שיש לו ייפוי כוח בלתי חוזר, הוא חסין ואין לו כוח. בייפוי כוח, בעל הייפוי משמר אצלו את הכוח, ולכן המיופה כפוף לבעל הכוח. אך אם בעל הכוח נתן ייפוי כוח בלתי חזור, המיופה חסין משינוי הייפוי- הוא נתן לו כוח פעם אחת, ומעכשיו הוא מאבד את כוחו.

ניגוד:

|  |  |
| --- | --- |
| **זכות** | **היעדר זכות** |
| **חירות** | **חובה** |
| **כוח** | **היעדר כוח** |
| **חסינות** | **כפיפות** |

1. זכות מול היעדר זכות
2. חירות מול חובה- אם יש לי חירות אז אין חובה, ואם אין לי חירות יש לי חובה.
3. כוח מול היעדר כוח- אם יש לי כוח הניגוד של זה שאין היעדר כוח. בייפוי כוח רגיל לבעל הזכות יש לו כוח, ובייפוי כוח בלתי חוזר הוא מוותר על הכוח, ומכאן שאין לו כוח.
4. חסינות מול כפיפות- בחסינות אין כפיפות, כלומר אדם רגיל כפוף להוראה של השוטר, בעוד שחבר כנסת הוא חסין ולכן הוא אינו כפוף.

דוגמא: פרשת נחמני

לרותי יש זכות היות הורה, ולכן לרותי אין חובה שלא להיות הורה. כלומר יש לה חופש להיות הורה, כי אין לה חובה שלא להיות הורה.

לדני אין זכות לתבוע מרותי שלא להיות הורה, לדני אין חובה להיות הורה, ולרותי אין זכות לתבוע. אם נתפוס את מערכת הזכיות של להיות הורה כחירות, אז לכל אחד יש חירות להיות הורה או לא, והתוצאה היא שדני לא יכול לכפות להיות על רותי לא להיות הורה, ורותי לא יכולה לכפות על דני להיות הורה. זה הניתוח הבסיסי של דעת המיעוט.

1. לרותי יש זכות להיות הורה
2. לרותי יש חירות להיות הורה
3. לרותי אין חובה שלא להיות הורה
4. לדני אין זכות לתבוע מרותי שלא להיות הורה
5. לדני אין חובה להיות הורה
6. לרותי אין זכות לתבוע מדני שיהיה הורה

רותי טוענת שאין לה זכות לא רק במובן של חירות, אלא שיש לה זכות במובן של תביעה- ואם יש זכות תביעה, לבית החולים יש את החובה לאפשר שלה, ולדני אין חובה מאחר והוא לא נדרש לעשות דבר מה, אך אם נקבל את התביעה של רותי לעשות שימוש בביציות אז יהיה לה כוח להפוך את דני לאב. כלומר, הוא יהפוך לאב בעל כורחו. אם אני נשאר בניתוח הקודם נשאר רק בחירות ואין חובות, אך רותי טוענת שיש לה זכות במובן של תביעה, ולכן לבית החולים תהיה החובה לאפשר ויהיה לה כוח להפוך את דני לאב.

**אשכול של זכויות**

המובנים השונים של מושג הזכות, הם לא בהכרח מבודדים, וזה לא שיש זכות רק במובן תביעה, זכות רק במובן חירות, כוח או חסינות, יכולים להיות מצבים שהו בזכות אחת יש אשכול של זכויות. אפשר באמצעות האנליזה הזאת לראות שכאשר אומרים שיש זכות למשל בעלות בנכס, קניתי דירה והמכור העביר את כלל הזכויות בדירה, מה פירוש להיות בעל זכויות בנכס? זכות הבעלות כאן היא באמת כוללת מגוון של זכויות במובנים הופלדיאנים:

בעלות בנכס

1. זכות, תביעה- כנגד אדם שלא ישתמש בנכס- אם אני בעלים בנכס יש לי זכות לתבוע מכל אדם אחר שלא ישתמש בנכס. דבר ראדון היא תביעה שנובעת מבעלות, שבעלות היא זכות אקסקלוסיבית- המשמעות של בעלות בנכס היא רק לי יש זכות בנכס וכל האחר יש לי זכות תביעה שלא יעשו משהו בנכס.
2. חירות- להשתמש בנכס ולעשות בו כל דבר- אך יש גם חירות להשתמש בדירה ולעשות בה כל דבר- אז יש גם חירות כתוצאה מהבעלות שלי בנכס, אפילו למכור, להעביר את הזכויות ואפילו גם להשמיד את הנכס. יש חירות מלאה לעשות כל שימוש בנכס, יכולות להיות הגבלות על שימוש בנכס, אך באופן עקרוני מושג הבעלות מצמיח חירות לעשות כל דבר בנכס, כמובן שיש הגבלות מסוימות על החירות, שהן לא קשורות לאנליזה של מושג הזכות, ממושג הזכות כשלעצמה יש את החירות לעשות כל דבר בנכס.
3. כוח- להעביר זכויות בנכס- לבעל זכות יש גם כוח- הוא יכול להעביר את הזכיות בנכס למישהו אחר, יש לי דירה ואני יכולה לרשום אותה על שם מישהו אחר, במובן הזה יש לי כוח לעשות בנכס ולהעביר את הזכויות לכל אדם שארצה.
4. חסינות- כנגד אחרים שאינם יכולים להעביר זכויות- יש לי גם חסינות במובן נהזה שכל מי שהוא לא הבעלים של הנכס לא יכול להעביר זכויות, ולכן יש לי חסינות ממכוון בעלים שלא יכולים לכלת לטאבו ולרשום את הנכס לעצמם.

במילה זכות יש הרבה מאוד אספקטים.

**זכות (תביעה) חיובית ושלילית**

עכשיו נדבר על המושג של זכות חיובית ושלילית, כלומר זכות במובן הצר במובן של תביעה.

1. זכות חיובית דורשת הסםקה של נכס או שירות

כלומר אם יש לי תביעה, פירושה שניתן לתבוע מאדם הספקה של נכס או שירות.   
אם הלוויתי לאדם כסף ויש לי זכות ממנו לתבוע את הכסף, המשמעות שדורש ממנו הספקה של כסף. למשל חתמתי על חוזה שמישהו ייעשה ניקוי בבית, יש לי זכות לתבוע ממנו לבצע את הניקיון הזה.

1. זכות שלילית דורשת אי התערבות

זכות שלילית הפירוש הוא שהיא דורשת אי התערבות- למשל אסור לעשות שימוש בנכס שלי, זאת זכות שלילית. יש לשים לב האם אפשר לומר כי חירות היא זכות שלילית? אם יש לי חופש ביטוי היא לא זכות שלילית. לפי ההגדרה שנתנו, ההגדרה היא לא- זכות שלילית היא תביעה, חירות היא לא תביעה, חירות היא לא זכות שלילית. לפי הניתוח של הופלד, אם יש לי חירות, חירות כשלעצמה לא מצמיחה תביעה. אפילו שלילית מישהו אחר, אם שי לי חופש ביטוי לא ניתן לתבוע ממישהו אחר שישמע אותי או שיאפשר לי לדבר ושלא יתערב בדיבור שלי. אם יש לי חירות היא לא מצמיחה תביעה, כדי שתצמח תביעה צריך להיות משהו מעבר לזה. החירות כשלעמה לא מצמיחה תביעה אפילו לא שלילית. אם יש לי חירות להרים צדף לא ניתן להגיד למישהו שלא ירים את הצדף, אם יש לי חירות לחופש ביטוי לא ניתן להגיד שלא ישיר לידי. זכות שלילית היא יותר מחירות, היא תביעה. אם נאמר שאדם כיול לתבוע שלא יפריעו לו אז אין לו רק חופש אלא גם זכות תביעה. השאלה בפועל האם יש לי זכות או רק תביעה צריך לבחון כל מקרה לגופו.

השיח של זכות חיובית ושלילית נוגע רק לתביעה- זכות חיובית ושלילית היא זכות במובן של תביעה, אדם יכול לתבוע שלא יתערבו בחייו, ואם הוא יכול לתבוע את זה יש לו זכות שלילית וזו תביעה. למשל בבעלות, אך יכול להיות גם במצבים אחרים שאדם יכול לתבוע של לא יתערבו לו, כלומר גם זכות שלילית מגלמת בתוכה זכות תביעה הדורשת אי התערבות.

כוח זה לא לדרוש שירות מסוים, אלא לדרוש כפיפות שלו כלפי. זו לא דרישה של הספקה של נכס או שירות- להכניס לתוך הס' המדבר על כוח.

**היקף הזכות**

לפעמים יש שאלה מה היקפה של הזכות, ומה מתלווה אליה?

למשל הזכות לחיים:

מה פירושו של דבר, להגיד לאדם שיש לו זכות לחיים? מה המובן הכי בסיסי של הזכות לחחים? אם זה שלא יפגעו בך, זה אומר שהזכות שלילית, ולא חופש כשלעצמו. חירות זה אומר שאין לי חובה שלא לחיות, אם זה רק חירות לא ניתן מכוח זה לתבוע שום דבר, אין לי חובה שלא לחיות, אדם יכול להתאבד. אם זה נכון שהזכות לחחים היא גם הזכות לתבוע מאדם שלא יפגעו בחיי, זה יותר מזכות, זה כבר זכות שלילית. הזכות לחיים כוללת גם זכות במובן הצר- גם זכות לתביעה שאדם אחר לא יפגע בחיי ויסכן את חיי. הזכות השלילית זה המובן הבסיסי ביותר והגרעיני של הזכות לחיים.

אם האם זכות לחיים היא גם זכות חיובית? האם הזכות שלי לחיים כוללת גם תביעה להציל את חיי. למשל המדינה- האם למדינה יש חובה גם להציל חיים של אדם, אולי לספק לו שירותים רפואיים כדי להבטיח את חייו של אדם. אז כבר הזכות היא גדולה יותר.

הזכות לחיים אפשר להתחיל מחירות, זכות שלילית תביעה שלא יפגעו בחיי, וזכות חיובית תביעה להציל את חיי- למשל על המדינה החובה לספק שירותים רפואיים. יכול להיות זכות חיובית רחבה יותר להבטיח את הזכות לחיים- הזכות לחיים היא שבמובן הראשוני שלה היא שאדם אחר לא יפגע בחייו, ואם נלך לזכות חיובית זה שיצילו את חיי, ואלי גם המדינה שחובה עליה לספק תנאים שיצילו את חיי.

הגרעין של הזכות לחיים, היא זכות שלילית- תביעה לא לפגוע בחיים ולא לסכן אותם.

**זכויות וחובות- דיון**

האם יש זכות בלא חובה?

למשל חירות היא בהגדרה היא זכות ללא חובה, ולכן ברור שהשאלה הזאת נוגעת לזכות במובן בצר, במובן של תביעה. זכות במובן הצר שכנגדה יש חובה, אז כאן השאלה היא האם יש זכות בלא חובה- התשובה היא לא. וזאת משום שהם מושגים קורלטיביים- אין זכות במובן הצר ללא חובה, בהגדרה של זכות במובן הצר- תביעה. המובן הצר של זכות, הוא מובן שיש כנגדו חובה. אם יש לי זכות לחיים, אז יש חובה כלפי כל האדם שלא יפגעו בחיי- יש תביעה שלילית שלא יפגעו בחיי, יש לי זכות כלפי כל העולם שלא יפגעו בחיי, ואם נגיד שיש לי זכות חיובית אז יש לי תביעה שיצילו אותי- כמו הספקת שירותי בריאות.   
המובן הבסיסי ביותר, בכל מקרה שנגדיר זכות שהיא תביעה, אז יש חובה בצד השני, מאחר ואין זכות בלא חובה. להגיד שיש לי זכות במובן של תביעה לדבר מה- בין אם האי שלילית או חיובית, אזי יש חובה בצד השני- או חובה שלילית לא לפגוע בי ולא להתערב, או חובה חיובית לספק לי נכס או שירות. זכות במובן הצר, תמיד יש בצידה חובה- זה שני צדדים של אותו מטבע. כלומר אין זכות בלא חובה.

האם יש חובה בלא זכות?

השאלה במצב ההפוך של האם יש חובה בלא זכות. זכות במובן הצר, זכות שהיא תביעה, אמרנו שכל זכות יוצרת בהגדרה חובה בצד השני. עכשיו השאלה היא האם אפשר לדבר על חובה שהיא ללא זכות? אפשר לחשוב על חובה בלא זכות, למשל חובה לתת צדקה- אפשר להניח חובה שיש צדקה, אפשר להניח שיש חובה משפטית לאדם באופן היפותטי לתת צדקה, אך מהצד השני, אין לאף אדם זכות לדרוש אותה. יש חובה על אדם לתת צדקה, אבל אף עני לא יכולה לתבוע את זה. הדוגמא הזאת ממחישה שאפשר לחשוב על מושג החובה ללא זכות. יש הרבה מאוד גם דוגמאות אחרות- יכול להיות שיש לי חובה כלפי בע"ח בלי שיש להם זכויות. גם אם נניח שלבעל חיים אין זכות, יכול להיות שלבני אדם יש חובה להתעלל בבעל חיים, בלי שיש להם זכות. בעל חיים אין לו זכות לתבוע את זה, אבל לבן אדם יש חובה לא להתעלל בבע"ח. או למשל במקרה של השחתת עצים- לאדם יש חובות כלפי הטבע לא לעשות, אך הטבע לא נושא זכות תביעה. יש חובת גיוס- אז האם יש זכות כנגדה? התשובה היא שאין. זאת אומרת אפשר לחשוב על מושג החובה בלא זכות. ואי אפשר לחשוב על זכות במובן הצר בלי חובה, כי בהגדרה של תביעה לצידה חובה, אך אפשר להגיד שיש חובות לאדם בלי שבצמד השני תהיה זכות תביעה. אפשר להעמיד חובות על בני אדם בלי שבצד השני לא יהיה מי שיוכל לתבוע אותם. בניגוד למושג הזכות שהיא לא יכולה לבוא לבד, חובה יכולה לעמוד לבד בלי זכות.

1. **ניתוח הזכויות של רז**

אם עד כה, דיברנו מה פירושו של דבר שאומרים לאדם יש זכות, למה הכוונה, ראינו את הניתוח של הופלד שעמד על כך זכות יכולה להיות בעלת מובנים שונים. כעת נשאל מדוע יש זכות ומי יכול לשאת זכויות. הניתוח הוא בעקבות מאמרו של רז.

**האדם ותאגיד כנושאי זכויות**

רז קובע כי פרט יכול ליהנות ולהיות נושא זכויות אם ורק אם הרווחה היא של בני האדם מאחר והיא ערך אולטימטיבי, או שהוא בעל אישיות מלאכותית כמו תאגיד. הטענה היא שמושג הזכות שייך רק לבני אדם, במובן הבסיסי. רק רווחתם של בני אדם היא בעלת ערך אולטימטיבי ולכן רק הם יכולים להיות בעלי זכויות. תאגידים הם בעלי זכויות על אף פי שהם לא ערך אולטימטיבי, תאגיד יכול להתפרק ולהיעלם, אבל הם בעלי ערך ולכן יש להם זכויות הקשורות במעמדם שלהם- זכויות כלכליות בדרך כלל, ואין להם זכויות אדם. ודוק: מושג הזכות הוא מתייחס לבני האדם, אך שייך גם לגבי תאגידים.

* רק רווחתם של בני אדן היא בעלת ערך אולטימטיבי ולכן רק הם יכולים להיות בעלי זכויות
* תאגידים הם בעלי זכויות על אף שאינם בעלי ערך אולטימטיבי (הם בעלי ערך אינסטרומנטלי)
* איזה זכויות יש לתאגידים?
* זכויות בעלי האדם?

תוצאות

המצב של בעל חיים, לפי הגדרתו של רז שרק רווחתם של בבני אדם היא רווחת ערך אולטימטיבי אז בעלי חיים לא נושאי זכויות. יכול להיות שיש אנשים שיתנגדו לקביעה הזאת ויאמרו שגם לבעלי חיים יש זכויות. אך אפילו הם יודו, שרווחתם של בעלי חיים איננה בעלת ערך עליון, לא ננסה פוגע אך האם נתפוס את רווחתם של בעלי חיים כערך עליון. למשל לא ניכנס לג'ונגל כדי לדאוג לשלומם, בעוד שבני אדם שהאיפה היא להתערב ולמנוע את סבלם, לקדם את רווחתם או למנוע פגיעות בהם, למשל אם יש רצח עם, רעב וכו. לא פועלים כך ביחס לבעלי חיים. לא נוטים ולהתערב באופנים אחרים, אם יש מצוקה שנגרמת על ידי האדם, פוגעים באפשרות של בעלי החיים לחיות אז נתערב ונאמר לא לעשות זאת, אך ההתערבות ביחס לבעלי חיים היא מוגבלת ולא זהה ביחס לבני אדם. זה מראה שאנחנו לא תופסים את הרווחה להם כבעלת ערך עליון במובן הזה. לכן גם אם הם חושבים שאסור לפגוע בבעלי חיים לא נתייחס לרווחה שלהם שהיא בעלת ערך עליון.

למשל אפילו שימוש בבעלי חיים בניסויים רפואיים, סוג ההתערבות יהיה מוגבל ולא נתערב ברווחתם של בני החיים בטבע. יכול להות שאנחנו בני אדם לא אמורים לגרום לסבל של בעלי חיים, וגם עמדה כזאת שלא מוסכמת בעולם מאחר וחלק גדול אוכלים בעלי חיים, משתמשים בהם בניסויים, התפיסה הרווחת רואה את בעלי החיים כמי שרווחתם אינה בעלת ערך עליון. אך מי שינקטו גישה קיצונית יותר ויגיד שכל זה פסול- אם זה אוכל או ניסויים בבעלי בחיים, עדיין זה לא אומר שצריך להתערב ברווחתם של בעלי החיים בטבע. ולכן לא נניח שיש להם ערך אולטימטיבי עליון.

לפי ההגדרה הזאת של רז, בעלי חיים אינם יכולים להיות בהגדרה נושאי זכויות. יש מי שיחלוק על זה ויאמר שזה אולי לא תנאי אולטימטיבי ולומר שהם יכולים להיות בעלי זכויות במובן שיש כלפיהם חובות, בשאלה איך נתפוס את היחס בין הזכויות לחובות, ניתן לתפוס את החובות של בעל החיים שאין בצידם זכויות, אך יש גם מי שיאמר שאם יש חובה נגדיר אותם גם כבעלי זכות. ההנחה של רז שרק בני אדם יכולים להיות נושאי זכויות, ובחובת כלפי בע"ח ניתן להגדיר כחובות אך לא כזכויות.

**תורת הרצון מול תורת האינטרס**

נקודה נוספת המבחינה בין תפיסות שונות של זכויות היא הבחנה בין שני מושגים של מה פירוש להיות בעל זכות. תפיסה אחת שמוכנה בשם תורת הרצון, אומרת שלהכיר בזכות של אדם פירושו של דבר שלמי שיש זכות הוא ריבון על הזכות הזאת, ומובן הזה הוא שולט בהיקפה של הזכות- הוא יכול לוותר עליה והוא שולט על היקפה.

העמדה המנוגדת לעמדה הזאת, היא תורת האינטרס- שאומרת כי זכות נובעת מהאינטרס של בעל הזכות, כלומר לא ברצון שלו- זה לא שהוא רוצה בדבר ויכול לשלוט, אלא שיש לו אינטרס מסוים.

**תורת האינטרס של רז**

רז מגדיר את הדבר הזה אומר כי לX יש זכות אם ורק אם הוא יכול שיהיו לו זכויות, כלומר הוא צריך להיות נושא זכויות, ומי שאיננו נושא זכויות אז הוא לא יכול להיות בכלל בעל זכות ויש לו אינטרס המהווה טעם מספיק שבגינו נראה אדם אחר כנמצא תחת זכויות. להגיד שלמישהו יש זכות למשהו זאת אומרת שהוא נושא זכויות, יש כאן אינטרס המצדיק להטיל חובה. נחים שמוג הזכות יגרור אחריו הטלת חובה. ולכן צריך להגדיר את האינטרס כאינטרס חשוב, טעם מספיק שיטיל אחרי מישהו אחר חובה.

**לX יש זכות אם ורק אם, הוא יכול שיהיו לו זכויות ויש לו אינטרס, המהווה טעם מספיק שבגינו נראה אדם אחר כנמצא תחת חובה.**

אינטרס

זכות תלויה ברצון ולא באינטרס, דוגמאות:

* הזכות לחינוך
* הזכות לחיים
* הזכות לחירות
* הזכות לכבוד

לפי רז, הזכות תלויה לא רק ברצון של האדם אלא באינטרס שלו, כל הזכויות קשורות לאינטרס שנחשיב אותו ולאו דווקא לרצון. לאדם יש זכות לחיים לאו דווקא שהוא רוצה בחיים, אלא שיש לו אינטרס. הנפקות שזה לא תלוי ברצון שלו. זו שאלה הקשורה להאם אדם יכול לוותר על הזכות שלו. אך התפיסה הבסיסית היא שנגדיר באינטרס אז לא נתלה את זה ברצון בהכרח

**היחס בין זכויות וחובות**

כדאי לשים לב שאצל רז הזכות היא לא קורלטיבית כחובה אצל הופלד. הוא לא תופס את מושג הזכות כמושג שמביא חובה, אלא היחס בין הזכות לחובה הוא יחס של הצדקה. כלומר זכות יכולה להיות הצדקה להטלת חובות מסוגים שונים. למשל חופש הביטוי: חופש הביטוי הוא ביסודו של דבר חירות, כלומר לאדם יש חופש ביטוי בפירושו יש לו זכות להתבטא אין לו חובה לא להתבטא, אבל אם זאת חירות פירושו של דבר שהיא לא מצמיחה תביעה. אם נתפוס את זכות לחופש ביטוי כחירות, אז זו חירות רזה יחסית ולא מצמיחה תביעה. לאדם יש חופש להתבטא ואף אחד אחר אין יכולת למנוע ממנו, אך לאף אחד אחר אין חובה לשמוע אותו. רז לא מגדיר את ההגדרה הצרה הזאת, הזכות לחופש ביטוי נכון שהגרעין הוא חירות, אך היא יכולה להתפתח גם לממדים יותר גדולים מזה- לתביעות. למשל יכולה להצמיח תביעה מהמדינה להגן על חופש הביטוי שלי. להגיד שהמדינה צריכה להגן ואל לאפשר לאנשים לסתום לי את הפה. או יותר רחוק- והזכות לחופש ביטוי מצמיחה תביעה לנגישות לאמצי תקשורת, אמצעי תקשורת צריכים לבטא דעות של אנשים ואם תקשורת מסרבת לבטא דעה מסוימת, הוא תובע שיתנו לו אפשרות לשדר ולפרסם בפלטפורמה אחרת כדי להביע.

* זכות אינה קורלטיבית לחובה
* היחס הוא של הצדקה ולא של קורלטיביות
* זכות יכולה להיות הצדקה להטלת חובות מסוגים שונים
* היחס דינמי ולא סטטי

הטענה של רז, אם נכיר בזכות לחופש הביטוי זה לא אומר שנכיר בה כמו הופלד שהיא חירות, אלא רואים את החירות כגרעין, עדיין היא יכולה להתפתח לחובות מעבר לחירות. כי אם נאמר שחופש הביטוי, לפי הגדרתו של רז לX יש זכות רק אם יש לו זכות ויש לו אינטרס, אז אם אדם יש לו חופש ביטוי הוא נושא זכויות, ויש לו אינטרס שנראה אותו תחת חובה. חופש ביטוי הוא אינטרס שיש לו הרבה הצדקות- בין אם זה הצדקות פוליטיות, מימוש עצמי, בכל אופן רואים אינטרס חשוב, אך יכול להיות שיש את ההגדרה הבסיסית של חופש ביטוי כחירות, אך זה מונע בשל היחס של הצדקה ולא קורלטיביות, לא נגדיר את זה בהכרח רק במושגים של חירות, יכול להיות שהחירות תתפתח להיות גם מעבר לחירות אלא לזכות שיש איתה תביעה, למשל תביעה למדינה או כלי התקשורת לפרסם.

דוגמא: הזכות להשתתפות פוליטית

הזכות להשתתפות פוליטית- הגרעין שלה זה החירות להביע דעה ולהצביע בבחירות וכן הלאה. והיא יכולה לעבור לתביעה, למשל כוח להשפיע באמצעות הבחירות. הבחירות יקבעו לפי הקולות של האזרחים, והיא יכולה להיות תביעה לנימוק החלטות ממשלתיות- הממשלה צריכה לנמק את חובותיה כי הציבור זכאי להשתתף בדיון הפוליטי. נראה כי לפי רז, מושג הזכות הוא בעצם יכול להיות בסיס להטלת חובות ולכן הזכות, אל נגדיר אותה באופן צר אלא ניתן לראות בה בסיס להתפתחות של תביעה לחופש מידע.

* חירות להביע עמדה
* כוח להשפיע באמצעות בחירות
* תביעה לנמק החלטות ממשלתיות
* תביעה לחופש מידע

רז לא כפוף להגדרת הופלד להגדרת הזכות הכיוון מסוים- חובה, חירות, כוח, והטענה שלו שיש זכות זאת הצדקה שיכולה להתפתח לדרגות שונות של הזכות. כלומר קודם נגדיר את הזכות, הזכות היא נקודת המוצא אצל רז, זכות זה אינטרס מסוים שיש לאדם, והאינטרס המסוים הזה הוא מספיק חשוב, שעלול ועשוי להטיל חובות על אחרים. הגדרנו את הזכות הזאת, וממנה ההיקף של הזכות יכול להשתנות. הוא יכול להיות רק בדרגה של חירות, תביעה, כוח וכן הלאה. לא כל זכות בהכרח מטילה חובה, אך ברגע שהגדרנו זכות ניקח בחשבון שהיא יכולה להטיל חובה. אם זכות היא רק בגדר חירות אז היא לא מטילה חובה. אם נתפוס את חופש הביטוי רק כחירות זה אומר שלאדם יש חופש בלבד להביע את דעותיו, והוא לא יוכל לדרוש ולהטיל חובות על גופים אחרים בשל הזכות לחופש הביטוי. אם אנחנו תופסות את חופש הביטוי בצורה מצומצמת, היא בסופו של דבר רק חירות.   
לפי רז יש יחס דינמי, לפני העניין ביחס הקורלטיבי של חובה וזכות. הוא לא חולק על האנליזה של הופלד שיש להבין בין חירות, כוח, תביעה, אך טענתו שלא מגדירים זכות באופן חד ערכי- כמו חופש ביטוי הוא חירות בלבד. חופש ביטוי הוא זכות מסוימת שהגרעין שלה הוא חירות, אך ניתן להמשיך מכאן ולהטיל תביעות על המדינה, או אפילו תביעה על התקשורת לבטא ולשקף דעות רחבות בציבור. התקשורת אין לה זכות והיא לא יכולה להימנע מלשמוע דעה מסוימת. מנקודת המבט של רז ניתן להרחיב את מושג הזכות והיחס הוא דינמי בין הזכות לבין ההשלכות שלה.

**זכויות עיקריות וזכויות נגזרות**

הבחנה חשובה שרז עושה בין זכות עיקרית לזכויות נגזרות.

זכות עיקרית היא זכות שמתחילה מהאינטרס, והיא האינטרס המוצדק ויש זכויות הנגזרות ממנה. לדוגמא: האם יש לאדם זכות ללכת על הידיים? אם אני חושבת במושגי ההגדרה של רז, האם הליכה על הידיים היא אינטרס חשוב דיו המעמיד אחרים תחת חובה, התשובה יכולה להיות לא- למה חשוב שמישהו ילך על הידיים? ואז הלכיה על הידיים נתפס אותו זכות לביה. אך אם נתפוס אותה כנגזרת של זכות כללית- החירות הכללית של אדם הוא אינטרס המטיל חובה, לאדם יש חירות אישית לעשות מה שהוא רוצה, והואיל וזה אינטרס מספיק חושב שלאדם תהיה החירות האישית, אך הנגזרת ממנו יכולה להיות הליכה לידיים שהיא כשלעצמה באותו מעמד. האינטרס הזה כשלעצמו לא מטיל חובה, אך נתפוס את ההליכה על הידיים כנגזרת של זכות שהיא עיקרית, יש הצדקה עליונה. זה מביא למושג של זכות עיקרית וזכות נגזרת.

זכות נגזרת (זכות בת) היא זכות שאין לה הצדקה בפני עצמה- כאינטרס המצדיק הטלת חובה- אבל היא גזרת מזכות עיקרית (זכות ליבה).

לפעמים במשפט חוקתי עושים שימוש במובן אחר- למשל ברק פיתח זכות עיקרת ונגזרת בנושא של כבוד האדם. הוא לקח הרבה מאוד זכויות שלא מפורשת בחוק, וגוזר אותן מכבוד האדם. במובן הזה יש כאן שימוש ברעיון של נגזרת ועיקרית. אך לפי התפיסה של רז לא צריך לתפוס אותן כנגזרות אלא כעיקריות, חופש דת הוא אינטרס מספיק כדי להטיל חובות על אחרים, כנ"ל שוויון, חופש ביטוי וכן האלה. ולכן במובן הזה, אין צורך להגדיר אותן כזכות נגזרת אלא היא עצמאית, מגדירים אותם כזכות נגזרת מכבוד האדם בשל הצורך הפרשני להעמיד ולעגן אותם בחוק, שהחוק שלנו לא מונה את זה. במגילת זכויות רגילה הן היו נמנות בחוק. לפי ההגדרה של רז נגדיר זכות נגזרת כשזכות שהיא עצמה אין לה הצדקה להטיל חובה, ואך ניתן לראות אותה כזכות נגזרת. אם הייתי בוחנת אותה בפני עצמה היא לא הייתה חשובה מאוד אך היא נגזרת מזכות אחרת- כמו חירות אישית.

**האם על כל זכות ניתן לוותר?**

אחת השאלות העולות בהקשר של תורת זכויות, היא האם אדם יכול לוותר על זכות?

האם על כל זכות ניתן לוותר?

* הזכות לכבוד
* הזכות לחיים
* הזכות לחירות

אם נתפוס את הזכות במובן של תורת הרצון, הזכות היא ביטוי לרצונו של אדם, על פניו כל אדם יכול לוותר על זכות שלו. אך אם נגדיר את הזכות כביטוי לאינטרס חשוב של האדם, יכול להיות שהם אינטרסים שנראה באופן אובייקטיבי ולא מאפשרים לו בעצם לוותר עליהן.

למשל: הזכות לחיים. האם אדם יכול לוותר על הזכות לחיים בכל נקודה שהיא? נפריד את השאלה של המצבים המיוחדים כמו אדם סובל, אך מקרה שאדם רוצה לוותר על חייו בלי שהוא חולה סופני ובלי שיש לו מצוקה אובייקטיבית, והוא פשוט רוצה לוותר על חייו. אנחנו בדרך כלל לא מתייחסות לזה- למשל אדם שמנסה להתאבד מנסים להציל אותו בכל דרך. אך למה לא נכבד את רצונו לסיים את חייו?

אפשר להגיד שהמאמץ הזה נעשה מתוך הנחה שאדם רוצה להתאבד רואים את זה כמצב לא נורמלי, כחולשה זמנית של האדם ולכן נרצה למנוע ממנו. אנחנו מניחות שהוא במצוקה ואל נרצה לאפשר לו מכיוון שזה בלתי הפיך, ונרצה להגן עליו. אך אדם רוצה באופן רציונלי לשכנע אותנו שהוא לא במצוקה והוא רוצה לסיים את חייו, בדרך כלל לא נאפשר את זה. אנחנו מניחות שאדם לא יכול לסיים את חייו ברגע שהוא רוצה. לא מקבלים באופן פשוט את הזכות של אדם לוותר על חייו, בניגוד לנכסים- אם אדם רוצה לוותר על כספו, אף אחד לא יבוא בטענה על מישהו שיוותר על זכות רכושית שלו. אך יש זכויות שלא נקבל בתוכה את הוויתור של האדם על חייו, אנחנו מניחות שזה לא תלוי רק ברצונו. יש מצבים שכן נסכים כמו בחולה סופני, ומדינות שונות יש לה גישות שונות. מעט מדינות מתירות לגמרי לאדם לוותר על חייו ולסייע בהתאבדות והמתת חסד אקטיבית.

נרצה לומר שהזכות לחיים היא דוגמא לכך שלא נתפוס את הזכות רק לביטוי לרצונו של האדם שיכול בקלות לוותר.  
כך גם הזכות לכבוד, האם הוא יכול לוותר על כבודו וירשה שיתנהגו כלפיו באופן מבזה. לפעמים מוחל על כבוד זה נשמע אצילי, אך לפעמים יש כבוד שלא נאפשר לוותר עליו.

לדוגמא: פס"ד של בית המשפט העליון, במקרה שבו אדם נחשד על ידי המשטרה כמי שמחזיק סמים מסוכנים. היא עצרה אותו והם רצו לבדוק האם הוא נושא סמים. ההנחה הוא שהוא החביא סמים זה בתחתון. המשטרה רצו שהוא יתלווה אליהם למקום סגור בו יבדקו אותו. האדם הזה אמר כי לא אכפת לו ויבדקו אותו ברחוב, הוא היה מוכן והמשטרה אכן הפשיטה אותו ברחוב. האדם הזה תבע אחר כך את המשטרה ותבע על פגיה בכבודו. אם הרי הוא התיר לשוטרים לבצע בו את הבדיקה ברחוב, אז איך הוא תובע? כאן הייתה השאלה האם זה שהוא מתיר לשוטרים לבצע את הבדיקה החושפנית ברחוב, באמת מהווה היתר מנקודת המבט של השוטרים? כי הפגיעה בכבוד ניתן לתפוס כאינטרס שהוא מעבר לכבודו. ואכן בית המשפט ספק שהאדם לא יכול לוותר על כבודו באופן כזה והמשטרה לא יכולה לראות בוויתור על הכבוד כשהראה. כבוד האדם הוא אינטרס חשוב על ערך אינדיבידואלי שלא מאפשר לקבוע בכבודו גם אם הוא מוחל על כבווד יש כל מיני זכויות שאנחנו לא בהכרח תופסים אותן במובן של רצון, במודל הזה שהאדם בעל הבית על הזכות שלו.

יש כמה זכויות שיש מקום לחשוב ולהתווכח על זה, וניתן לראות שגם בזכות לחיים וכבוד אדם הוא לא בהכרח אדון לזכות הזאת, הוא לא יכול לוותר עליה. גם אם האדם מוותר על הזכות, ניתן לראות אותה כמעבר לרצון ואדם הוא לא הבעלים ולא נאפשר לו לוותר עליה. לא מתייחסים לזכות החיים כמו זכויות רכושיות שאדם יכול לוותר עליה.

אם נבין את הזכות לאו דווקא כרצון של האדם שהוא שולט בה אלא אינטרס שלו, יש מצבים שהאינטרס של האדם עומד מעבר לרצון שלו, כמו הזכות לחיים וכבוד, שם נגיד כי אלו אינטרסים חשובים שאפילו אדם לא יכול לוותר עליהם.