**מחברת מקוצרת תורת המשפט- תשפ"ב**

**מבוא**

* **סיווג השאלות בתחום ל-2 סוגים**- **(1)** אנליטיות- ניתוח המושג "משפט". למשל, מה מייחד את המשפט ממערכות אחרות? **(2)** נורמטיביות- דיון שעוסק בתיאוריה או בפילוסופיה של המשפט. מהי ההתנהגות הרצויה באופן תיאורטי?
* **מה בין חוקי המדינה לחוקי הטבע?** יש להבחין בין-
1. חוקים פרספקטיביים שהם חוקי המדינה- חוקים מדריכים, יש מאחוריהם ערכים.
2. חוקים דסקריפטיביים שהם חוקי הטבע- חוקים מתארים עובדות.
* סטייה מחוק הטבע- החוק לא נכון. חוקי הטבע משתנים בגלל תיאור לא נכון של המציאות.סטייה מחוק המדינה- אין הפרכה של החוק. שאלה מכווינה- האם החוק מתאר מציאות או מגדיר מה נכון לעשות?
* מערכת המשפט היא **מערכת נורמטיבית** שמעגנת בתוכה את המוסר של המדינה.
* **עקרונות שקובעים את ההתנהגות הרצויה בין אנשים-**
* **אתיקה**= מוסר במובן הרחב ביותר. יש להבחין בין 2 נושאים: **(1)** אתיקה נורמטיבית- עיסוק בשאלות פרקטיות. למשל, האם יש חובה לתת צדקה? **(2)** מטא-אתיקה- עיסוק בשאלות של המקור המוסרי. למשל, האם מוסר או אוב' או סוב'?
* **מוסר=** תחום שמבחין בין התנהגות רצויה ("טובה") לבלתי רצויה ("רעה"), בין דרגות שונות של חובה לרשות. אדם גדל בצל המוסר מינקות והוא הדבר שמבחין בין האדם לבע"ח. בעיה- הרבה שאלות מוסריות שנופלות לתחום אפור והאבחנה בין טוב לרע אינה פשוטה. עם זאת, **המוסר יכול לחייב דברים שהמשפט לא יכול.**
* **אבחנה במוסר- (1)** מוסר נוהג (פופולרי)- מוסר שמקובל בחברה נתונה. מזכיר **משפט מצוי**. **(2)** מוסר אידאלי (ביקורתי)- מה הדבר הראוי מבחינה תיאורטית? מזכיר **משפט רצוי**. המוסר האידאלי לא תמיד חופף את המוסר הנוהג. למשל, זנות- רוב המדינות מתירות בעוד שהדבר פסול מבחינה מוסרית.
* **מה מייחד את המשפט בהשוואה למערכות נורמטיביות אחרות?**
1. **מעמד:** מהווה הייחוד של המשפט.
* כוח- המשפט נאכף ע"י הכוח של המדינה.
* עליונות- מערכת המשפט המדינית קודמת למערכות נורמטיביות אחרות (למשל דת או מוסר).
1. **צורה:**
* אובייקטיביות- לחוקים יש קיום אוב' שלא משתנה בין אנשים, המשפט הוא מעבר לאמונות של בנ"א (לעומת המוסר שמשקף את האמונות). האוב' נחוצה ע"מ להכווין התנהגות. עם זאת, ישנם מקרים עמומים שההכרעה תתבסס על הכרעתו של ביהמ"ש כפרשן של החוק ← שאלת האוב' באתגר.
* מוסדות- המשפט פועל דרך- **(1)** מוסדות יוצרי נורמות- מחוקקים. **(2)** מוסדות מיישמי נורמות-גופי אכיפה וגופי שיפוט.
* כללים ועקרונות- **(1)** עקרונות-נורמות מופשטות שדורשות יישום ושק"ד על כל מקרה (למשל, צדק או שוויון). **(2)** כללים-נורמות ספציפיות של מותר ואסור, **המשפט בעיקר משתמש בכללים.**
* **יתרונות לכללים-** **(1)** הכוונת התנהגות. **(2)** יצירת וודאות. **(3)** חיסכון במשאבים(זמן וכסף). **(4)** מניעת טעויות.
* **חסרונות לכללים-** **(1)** יחס בין כללים לטעמים- מה בסוף מחייב את השופט? הכלל או הטעם מאחוריו? **(2)** תחולת יתר/ תחולת חסר- הכלל מכסה יותר מידי מקרים לעומת פחות מידי.
1. **תוכן:**
* כללי- למשפט היקף רחב ובלתי מוגבל ביחס למערכות אחרות ← המשפט יכול להסדיר כל התנהגות אנושית.
* פתוח- המשפט מאמץ הסכמים חיצוניים של אנשים ונותן להם תוקף. למשל, הסדרים ציבוריים או הסכמים פרטיים.
* גבולות המשפט- המשפט קובע את גבולותיו. למשל, האבחנה בין פרטי לציבורי.
* **תפקידי המשפט -** Raz, Functions of Law. למשפט שני סוגים של מטרות:
1. **מטרות ראשוניות**- מטרות שפונות ישירות לנמעני החוק (האזרחים):
* מניעת התנהגות בלתי רצויה והבטחת התנהגות רצויה– כללים שמטילים חובה. למשל חוק העונשין ← מצמצם את חירות האדם.
* יצירת תנאים להסדרים בין פרטים- כללים שמעניקים כוח. כוח במובן במשפטי. למשל, החלטה של שופט/מחוקק ← מרחיבים את החירות של האדם.
* אספקת שירותים וחלוקה מחדש של משאבים- כללים שמעניקים זכויות ומטילים חובה. למשל, ביטוח לאומי, מיסים וחוק חינוך חובה.
* **יישוב סכסוכים**- **(1)** סכסוכים מוסדרים – שיש להם תשובה בחוק. **(2)** סכסוכים שאינם מוסדרים- אין להם תשובה בחוק ולכן השופט צריך לפעול במקרים כאלו כמחוקק ולהפעיל שק"ד. ביהמ"ש לא יכול רק ליישם את החוק, יש לו בהכרח תפקיד של קביעות חדשות במקרים שבהם העניין לא הוסדר בחוק.
1. **מטרות משניות-** מטרות שפונות למערכת עצמה.החוקה מכוננת ומסדירה את פעולות מערכת השלטון והמשפט. היא קובעת מי המוסד שיסדיר את הנורמות ובאיזה אופן יהיה ניתן להסדיר את הנורמות.
* **גבולות המשפט ביחס למוסר-**
* **גישה פוזיטיבית**- המשפט הוא עצמאי שנבדל מהמוסר והצדק (על אף ששואף להיות צודק). עם זאת, לא שואלים מה צודק, אלא המשפט מוגדר ע"פ המקורות שלו, למשל, פסיקה וחקיקה.
* **גישת הטבע**- המשפט אחוז בקשר ישיר למוסר והצדק. כל החוקים כפופים למערכת מוסרית מופשטת. לכן, יש להתייחס אל החוק בשני מובנים- **(1)** החוק צריך להביא לידי ביטוי את עקרונות הצדק, קרי החוק צודק. **(2)** מערכת מופשטת של חוקים יכולה להכיל חוקים שקיימים גם ללא חקיקה פוזיטיבית (=בעלת קיום עצמאי שנובעת מהמוסר).

**דילמות של צדק ומשפט**

פס"ד פלונית-

* רקע- אדם נשוי וחשוך ילדים שפיתה נערה בת 15 והכניס אותה להריון. הנערה רוצה למסור את הילד לאימוץ ואותו אדם, אבי הבן, מתנגד.
* שאלה משפטית- האם בנסיבות המקרה התגבשה עילת אימוץ? **מבחינה משפטית-** אין עילת אימוץ מכיוון שילד יכול להימסר ב-2 דרכים- **(1)** הסכמת ההורים (לא רלוונטי- האב לא מסכים). **(2)** רשימת עילות סגורות בחוק. בנדוננו, לא מתקיים. **מבחינה מוסרית-** לא ראוי שהאב יגדל את בנו ← **מקרה של ניגוד עניינים בין המוסר לבין הכלים המשפטיים הקיימים.**
* טענת ב"כ היועמ"ש- ניתן להתמודד עם הבעיה ע"י דוקטרינה דיונית- "ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה". דורנר- הדוק' רלוונטית רק לזכויות רכושיות.
* ביהמ"ש-
* **דורנר** (דעת הרוב)- מכניסה את המקרה תחת העילה של אי מסוגלות הורית מכוח סע' 13(7). במקרה דנן, הורחבה העילה להתנהגות ההורים שתשפיע נפשית על הילד ולא רק כאשר ההורה לא מסוגל לדאוג לצרכי הילד (בהנחה שהילד יגלה את האמת על איך הגיע לעולם). לשופטי הרוב חשוב להראות שההחלטה שהם הגיעו אליה היא אוב' ולכן מתאמצים להסמיך אותה ללשון החוק.
* **לוין** (דעת מיעוט)- דעת המומחה לא מתארת אי- מסוגלת הורית, אלא האב מסוגל לגדל את הילד והמומחה העלה קשיים שיעלו בגידול הילד שלא עולים לכדי אי- מסוגלות. מכאן, מציע 2 פתרונות:
1. **פרשנות מרחיבה=** *"חוקים לא חוקקו בחלל ריק"-* הם חוקקו לתוך מערכת כללים ועקרונות קיימת. דרך הפרשנות מרחיבה של החוק לוקחת בחשבון גם את תכלית החוק ועקרונות היסוד של השיטה. מכאן, ניתן להחיל את סע' 13(8) שמכיל בתוכו מניע לסירוב מטעמים שנוגדים את תקנת הציבור. בנסיבות המקרה, לא ראוי שהאב יגדל את בנו וסירובו למסור אותו לאימוץ נוגד את תקנת הציבור. **קושי-** הסירוב עצמו לא נוגד את תקנת הציבור, אלא הגידול של הילד ע"י אביו. **יתרון-** עדיין מעגנים את ההחלטה בחוק.
2. **השלמה דרך חסר סמוי-** חסר סמוי זו הנחה של השופט שיש כאן חסר (להבדיל מחסר גלוי שברור שיש כאן חסר).החסר- עילה של הריון שנגרם כתוצאה מניצול. המחוקק לא נתן את דעתו ואם היו שואלים אותו, ככל הנראה היה קובע שבמקרה מסוג זה, יש עילה לאימוץ (עיקרון היושר של אריסטו).
* **חשין** (דעת מיעוט)- **פונה למשפט הטבע** וטוען שנק' המוצא היא שילד יגדל בבית אביו ואימו. אך, לצד זכות טבעית זו, ישנם זכויות מוסריות אחרות הנוגעות למעשי האב. במקרה דנן, מתייחס לעיקרון **"הרצחת וגם ירשת"** שמהווה עקרון יסוד ולו מדרגת חוק משלו. למרות שהעיקרון לא כתוב בחוק, הוא חלק מהחוק. חשין טוען שלפי גישת משפט הטבע, המוסר והמשפט אינם נפרדים. המשפט הוא לא רק החוקים הפוזיטיביים שאנו מכירים אלא הם גם עקרונות מוסריים וכאשר אין פתרון צודק במשפט, השופט רשאי לפנות למוסר. עם זאת, חשין מזהיר שמדובר בפסיקה חד"פ ואין להקיש ממנה למקרים אחרים- אלא לבחון כל מקרה לגופו.
* יתרון בגישתו של חשין: חשין קולע לסיבה שבגללה מראש לא מגיע לאב לגדל את הילד. הוא הולך על התשובה הפשוטה שקשורה לתחושה המוסרית שלנו ולא מנסה "לכופף" את החוק.
* חיסרון בגישתו של חשין: פגיעה בעקרון החוקיות- אין וודאות ואובייקטיביות.

**תורת הזכויות הטבעיות**

**תומס הובס**

* **המצב הטבעי (טרום-מדיני) :** מצב קדם פוליטי לפני ייסוד המדינה. מתאפיין בעדר מסגרת נורמטיבית ולא רק משפטית.
* **הובס יוצא מנק' הנחה של שוויון (לא נורמטיבי) בין בנ"א-** השוויון בעניי הובס נוגע להיבט הפיזי והשכלי, הוא מכיר בכך שיש אי שוויון מכיוון ולפעמים לאנשים אין נתונים שווים. עם זאת, יש בניהם שוויון בסיסי כי בני האדם שווים ביכולת האיום שלהם אחד על השני. מכאן- *שוויון* 🡨 *תחרות* 🡨 *אי בטחון* 🡨 *מלחמת כל בכל.*
* מבחינה נורמטיבית, המצב הוא של חירות מלאה וזוהי הזכות הטבעית הקיימת בטבע. בטבע אין מושגים של צדק ועוול יש רק חירות מוחלטת והחירות מובילה לפראות ומלחמות. זה מוביל לכך שבני האדם נלחמים זה בזה ויש חיי בדידות, חיים דלים, מאוסים בהמיים וקצרים.
* נוכח האמור לעיל, בנ"א מגיעים למסקנה שהם לא מעוניינים בחיים אלו והם מתאגדים ומסכימים על מספר חוקים טבעיים:
1. השלום עדיף ממלחמה.
2. אם שלום עדיף על מלחמה, על האדם לשלם את מחיר השלום. דהיינו, ויתור על החירות המלאה.
3. צדק- יש לקיים את האמנה (מסכימים לתת סמכות מלאה לריבון).
* מכאן **עוברים למצב המדיני.**
* **המצב המדיני:**
* במצב המדיני יש לנו אמנה חברתית שעל פיה הנתינים מוסרים את זכויותיהם לריבון. הזכות היחידה שלא מוסרים למדינה היא הזכות להגנה עצמית.
* מכאן הריבון קובע חוקים, שופט את מפרי החוקים ומנהל את ענייני המדינה.
* התיאוריה של הובס לא רק מצדיקה את קיומה של המדינה, היא מצדיקה **משטר אבסולוטי**. הובס מדבר על ריבון אחד שמחזיק בידיו את כל הכוח. קרי, גם מחוקק, גם שופט וגם מבצע.
* **לסיכום, תורת המשפט של הובס היא פוזיטיבית (החוק מנוגד לטבע)**.החוק הוא ביטוי של הסכמה חברתית ומקור החוק הוא בריבון.

**גו'ן לוק**

* **המצב הטבעי (טרום-מדיני) :**
* גם לוק יוצא נק' הנחה של שוויון. עם זאת, לפי לוק **השוויון הוא נורמטיבי**. הוא טוען שעל אף ההבדלים המגדריים\גזעיים, יש מצב של שוויון מכיוון שלכל אדם, במצב הטבעי, זכויות טבעיות: **"אין אדם רשאי לפגוע בחברו- בחייו, בחירותו וברכושו**"- השוויון הבסיסי הוא ביטוי לשוויון נורמטיבי. לפי לוק, כבר במצב הטבע יש חירות מוגבלת. \*לפי לוק במצב הטבעי ישנה מסגרת נורמטיבית עשירה מאד לעומת הובס שמציג מצב טבע כ"עירום".
* **אז למה בכלל צריך מדינה?** מתעוררות בעיות במצב זה- האם יש כוח לאכוף את המצב? מי יהיה בעל הכוח שיבטיח זאת? מכאן שמטרת המעבר למצב מדיני היא להגן על הזכויות הטבעיות של בנ"א (ולא ליצור אותם).
* **המצב המדיני:**
* במצב המדיני, מעניקים למדינה סמכות לחוקק ובני האדם מתחייבים לשמור על החוקים= תוכן האמנה החברתית. עם זאת**, האדם שומר לעצמו את זכויותיו הטבעיות- הזכות לחיים חירות וקניין**.
* **לסיכום, לוק מציג תורת משפט טבעי**.במדינה לפי לוק, השלטון כפוף לעקרונות של חיים חירות וקניין אפילו אם אינם כתובים. לוק בגישתו ראה לנגד עניו משטר של **מלוכה חוקתית** – משטר זה מניח שהמלוכה כפופה למערכת חוקים מסויימת (חוקה מסויימת) ואלו הם לפי לוק הזכויות הטבעיות. ניתן לראות ביטוי לגישתו בהכרזת העצמאות האמריקאית ובהצרה הצרפתית לזכויות האדם.
* מרכיב הזכויות הטבעיות לקוח מתורת המשפט הטבעי והוא מרכיב מכונן בעולם המודרני.
* **האם תורת הזכויות הטבעיות התקבלה מבחינה משפטית?** ע"מ להוכיח שהתקבלו יש להראות: **(1)** אותן זכויות חלק ממשפט מדיני. **(2)** הזכויות מחייבות גם אם לא נקבעו בחוק. **(3)** לזכויות מעמד על חוקתי- חוק שסותר אותן בטל.
* ניתן לראות שכיום במדינות הדמוקרטיות יש ביטוי לשתי הגישות: **(1) לוק-** המדינות יצרו חוקות שמגדירות את הזכויות הטבעיות כזכויות יסוד, המכפיפות את שאר החוקים והזכויות; **(2) הובס-** העיגון של הזכויות כמשהו חוקי הוא פוזיטיבי; נקודת המוצא בכתיבת החוקה, היא שרק המסמך מחייב, כלומר הזכויות שלא כתובות בחוקה (שהיא יצירה פוזיטיבית) לא קיימות.

**אפלטון (משפט טבעי)**

**עקרונות משפט הטבע:**

1. **החוק צריך להיות צודק-** החוק צריך להביא לידי ביטוי את עקרונות הצדק.
2. מערכת מופשטת של חוקים יכולה להכיל **חוקים שקיימים גם ללא חקיקה פוזיטיבית = חוקי צדק שלא נחקקו הם חוקים.**

**דיאלוג מינוס**

* **סוקרטס:** מהו החוק? (שאלה כללית שלא נוגעת לחוק ספציפי אלא לטיבו של החוק).
* **חברו:** **החוק הוא מה שנחקק ונוהגים לפיו (תשובה פוזיטיבית).**
* **סוקרטס:** החוק לא מתחיל מנק' אפס, אלא נחקק מכוחו של דבר אחר. תחת איזה סמכות פועל המחוקק כשהוא מחוקק את החוקים? ודוק, מה עומד מאחורי החוקים שמעניק להם את כוחם? משווה את המצב לדרך הרפואה- כפי שהרופא קודם למתן התרופה מגלה את המחלה הקיימת(=את האמת), כך יש לשאול האם גם החוקים מטרתם לשקף ולגלות משהו קיים?
* **חברו: החוק הוא סברה מדינית.**
* **סוקרטס:** אם אנחנו חושבים על החוק בתור דבר צודק, שכאשר מקיימים אותו עושים מעשה צדק והמפרים אותו עושים מעשה עוול, החוק אינו יכול להיות מבוסס רק על החלטה של המחוקק או על "סברה מדינית". הוא צריך להיות מבוסס גם על הצדק או על האמת (=קריטריון חוץ משפטי). סוקרטס טוען שהחוק מבקש להיות **גילוי של האמת.** רק חוק שיעמוד בסטנדרטים הללו, יוכל להיות צודק.
* **חברו:** בהנחה שהחוק הוא גילוי האמת, כיצד ניתן להסביר את העובדה שאינו אחיד ו משתנה בשני ממדים: **(1)** מקום- חוק במדינה אחת לא זהה לחוק במדינה אחרת; **(2)** זמן- מה שהיה בעבר חוק צודק, כיום לא נחשב לצודק – התפיסה המוסרית משתנה.
* **סוקרטס**: בני האדם לא תמיד מסוגלים לגלות את האמת. הם מוגבלים ומגלים בהדרגה את האמת המוסרית ולכן החוקים משתנים מדור לדור ← **לפי אפלטון (מחבר הדיאלוג) קיימת אמת אחת נצחית ואוניברסלית.**
* **תפיסה אליטיסטית של אפלטון-** בחלק האחרון של הדיאלוג הוא נאבק להציג את דמותו של מינוס (מלך כריתים) כדמות מפוארת שמאחוריה מורשת של חוקים נצחיים. הוא מתאמץ לתאר את דמותו כך מכיוון שבעיניו, מינוס הוא המלך הפילוסוף שהאמת גלויה אליו ולכן חוקיו הם חוקי האמת (שמע את חוקי האל מהאלים)לאפלטון חשוב לטעון שהחוק הבסיסי צריך להיות תוצר של אנשים מצוינים- מומחים בתחום המדיני והמשפט (מביא את מינוס כראיה לטענתו).
* **סיכום משפט הטבע מפי אפלטון-** החוק איננו קביעה שרירותית של המחוקק. אלא, חוק שלא משקף עקרונות צדק (את האמת האוניברסלית) איננו חוק. הזיקה בין חוק למוסר היא זיקה פנימית ובכך הדבר מממש את עקרונות משפט הטבע(ר' לעיל).

**אריסטו (המשפט הטבעי)**

**אריסטו –** היה תלמידו של אפלטון אך חלק עליו במספר היבטים. לפי אריסטו, לחוק המדינה שני מקורות:

1. **צדק מן הטבע-** אוניברסאלי ולא תלוי בזמן, מקום או בדעת הבריות. מה שנותן לו תוקף הוא האמת שבו ולא הקביעה החברתית.
2. **צדק מן החוק–** המשפט הפוזיטיבי, מה שהמדינה מחוקקת. היבט של החוק שתלוי בדעת הבריות.
* בספרו "הפוליטיקה" אריסטו **מתאר את האדם כבעל חיים מדיני- זו התכלית של האדם בעולם כחלק מהטבע שלו.** הוא בונה את התיאוריה שלו החל מהצרכים הבסיסיים ביותר של האדם עד שהוא מגיע למסקנה שהמדינה מספקת את כל צרכיו של האדם (אדם, משפחה, כפר ואז מדינה). אריסטו ממשיך ושואל מה שונה האדם משאר בעלי החיים? לבני אדם יש ייחוד- **"לאדם יש כוח דיבור (תבונה) שמכוון לגלות את המועיל והמזיק וכן את הצדק והעוול".**
* **לסיכום,** הואיל והחיים של בנ"א במדינה הם עניין טבעי, הנורמות ההכרחיות לחיות במסגרת מדינית גם הן עניין טבעי. הצדק הטבעי מתגלה באמצעות התבונה וכוח הדיבור מאפשר לבנ"א לתקשר, לדון ולהסכים על עקרונות הצדק שמאפשרים את קיומה של המערכת הפוליטית. עם זאת, עקרונות הצדק אינם כפופים לחוק ולהחלטות הרוב. אך יש לזכור שלצד המרכיב הטבעי, החוק קובע הסדרים שונים שיש בהם ממד שרירותי והסכמי.
* **כיצד ההשתנות של המשפט עולה בקנה אחד עם משפט הטבע?** אריסטו טוען שמשפט הטבע נתון לשינוי וכך מצדיק את העובדה שחוקים משתנים ממקום למקום. למשל, אדם נולד ימני אך אם מתאמן יכול להפוך לשמאלי. **בניגוד** לאפלטון שסבר שהשינוי הינו תודעתי ובנ"א מגלים את האמת בהדרגה. מכאן, אם המשפט הטבעי משתנה, כיצד נדע אילו נורמות הן חלק ממשפט הטבע?
* **הצדק טבעי = אותן הנורמות המוסריות שהן הכרחיות, חיוניות לקיומה של חברה.** כיצד מגלים את הנורמות האלה? באמצעות התבונה. כוח הדיבור הוא הכוח התבוני שמאפשר לתקשר על הדברים ולהסכים על הנורמות ההכרחיות לקיומה של הקהילה\המדינה (בהיבט הזה דומה להארט).
* **מושג ההגינות\ עקרון היושר של אריסטו:** **הגינות = תיקונו של החוק שבא מחמת כלליותו**. אריסטו עומד על **בעיית כלליות החוק**- כל חוק באשר הוא, הוא כללי. הכלליות של החוק יוצרת בעיה אינהרנטית- תמיד יהיו מקרים שהחלת החוק תוביל לתוצאה שלילית ולא רצויה, כמו בפס"ד פלוני או פס"ד ריגס (הנכד שרצח את הסב והיה אמור לרשת אותו). הבעיה הזו רלוונטית לשני צידי החוק- גם לחוקי הטבע וגם לחוקים פוזיטיביים. במקרי הקצה יש להפעיל את עקרון ההגינות. **עקרון ההגינות = חסר סמוי** (גישת לוין בפלוני).
* - **יש תשובה בחוק אבל המחוקק לא חשב על המקרה הספציפי הזה).** התרגיל המחשבתי הוא שהשופט ישים עצמו בנעלי המחוקק. השופט צריך לשאול את עצמו מהו תכלית החוק?
* **אפלטון ואריסטו:**
* **דמיון-** שניהם מאמינים שלחוק יש אלמנט של משפט טבעי.
* **שוני-** אפלטון טוען שהחוק **כולו** הוא גילוי האמת, כל החוק מושתת על צדק. **מנגד,** אריסטו- מבקש להבחין בין הצדדים השונים במשפט - **יש גם חלק שבני האדם מחליטים עליו מכאן שבקביעת החוק אלמנט פוזיטיבי והוא אינו טבעי.**

**קיקרו (משפט טבעי מודרני)**

* משפטן רומי שלימים תפיסתו של המשפט הטבעי, תהפוך לניסוי הקלאסי של התיאוריה בעת החדשה. הוא טען **שכמו שחוקי הטבע הפיזיקליים אינם משתנים, כך גם חוקי הטבע המוסרי.**
* **דימיון לאריסטו**- אריסטו טוען שחוק הטבע אונ' ולא תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות והדבר מזכיר את ההנחה של המשפט הטבעי שטוענת שיש חוקים מוסריים שבמובן מסוים הם חלק מחוקי הטבע, על אף שהם לא נראים או נשמעים התבונה מזהה אותם ולכן הם בעלי קיום אוניברסלי ונצחי והם הבסיס של המשפט.
* **שוני מאריסטו**- אריסטו רואה את המשפט הטבעי בצורה **צרה**. משפט טבעי = רק החוקים שנחוצים לקיום החברה. לעומת קיקרו שרואה את המשפט הטבעי בצורה **רחבה**. כולל גם עקרונות כמו שוויון, על אף שחברה יכולה להתקיים בלעדיהם.
* **תפיסת המשפט הטבעי בעלת 2 פונקציות מנוגדות**- **(1)** פונקציה שמרנית- המשפט של המדינה הוא ביטוי של משפט הטבע ולכן המשפט של המדינה הוא משפט צודק. **(2)** פונקציה ביקורתית- מבקרים את משפט המדינה אל מול משפט הטבע ויש לשאול האם משפט המדינה עומד בסטנדרטים של משפט הטבע?
* **חוקי המוסר הטבעי-**חוקי המוסר הטבעי הם חוקים שעומדים מעל למשפט ומהווים מעין מערכת ״על חוקתית״. במקום שאין בחוק המדינה מענה לבעיה מסוימת, ניתן לפנות אל חוקי המוסר הטבעי כחלק ממשפט המדינה (מהווה הרחבה של מערכת המשפט - חשין בפרשה של פלונית).

**אקווינס (משפט הטבע)**

* הבחין בין 4 רמות של המשפט- משפט נצחי, משפט טבעי, משפט של הדת ומשפט של המדינה (=התפקיד של משפט המדינה היא לעשות הרמוניזציה בין כל הרמות) ← חוקי המדינה **צריכים להתאים** לחוק הטבעי ולחוקי האל.

**בלקסטון (משפט הטבע)**

* בונה מבנה משולש- **(1)** החוק הטבעי (=המוסר האוניברסאלי). **(2)** חוק ההתגלות (=החוק הדתי) ← המשפט האנושי כפוף להם ולא יכול לסתור אותם. **(3)** חוקי המדינה- נחלקים לשניים; **(א)** חלק מהחוקים האנושיים הם חוקים הצהרתיים, המבוססים על החוק הטבעי/הדתי, למשל איסור רצח. **(ב)** חלק מהחוקים לא נובעים מחוק עליון דתי או מוסרי, למשל חוקי מסחר ← חוקי המדינה **לא יכולים לסתור** את החוק הטבעי ואת חוקי האל.
* **סיכום משפט טבעי-**
* יש עקרונות מוסריים "אובייקטיביים"- אינם תלויים בחברה מסוימת או בתרבות. הם "טבעיים"- אינם תלויים בחוק וניתנים להכרה ע"י התבונה.
* העקרונות המוסריים הללו מעניקים תוקף לחוק (חוק שאינו מתאים לעקרונות הללו אינו תקף).
* העקרונות המוסריים הללו הם חלק מהמשפט וניתן לפנות אליהם גם בהעדר חוק.
* **התנגדויות למשפט הטבע**-
	1. התנגדות במישור הפילוסופי- המשפט הטבעי מניח קיומו של מוסר רציונלי ואובייקטיבי. כנגד זה יש הטוענים שהמוסר אינו רציונלי- הוא עניין רגשי; לא אובייקטיבי- אלא תוצאה של מוסכמה חברתית.
	2. התנגדות מעשית- מבוססת על כך שבנ"א באופן קונקרטי אינם מסכימים על כלל השאלות המוסריות. מכאן שיש לבסס את המערכת המשפטית כוודאית ואוב', קרי על חוק. כאשר יש מסגרת מסוג זה, אזי השופטים יכולים לפסוק כראוי. כאשר השופטים אינם כפופים למערכת חוקית, יוצרים אי וודאות.
* במאה ה-19 מתחילה להתערער תפיסת משפט הטבע ממס' שיקולים: **(1)** עירוב של דת, מוסר ומשפט. **(2)** לא ברור מהם גבולותיו של המשפט ומתי כפוף למוסר/דת. **(3)** מתקבלת מערכת נורמטיבית שמורכבת מבליל של נורמות כאשר לא ברור מה הדין ← מכאן מתפתח הפוזיטיביזם שמתמקד במצוי ולא ברצוי. יש רצון לתחום את המשפט לתחום עצמאי בלתי מושפע.

**פוזיטיביזם- תורת הפקודה של אוסטין**

* **אוסטין** טבע את מונח הפוזיטיביזם וכך פתח עידן חדש בתורת המשפט. אוסטין מנסה לבודד את מע' המשפט מהמוסר והדת ע"י כך שמגדיר מחדש את המונח "חוק" לפי **תורת הפקודה.**
* **מהו חוק?** חוק הוא כלל מדריך שניתן מישות תבונית אחת לישות תבונית אחרת. לפי אוסטין תחת החוק יש- **(1)** חוקי האל; **(2)** חוקים שבני האדם קובעים- **מוסר פוזיטיבי**; **(3)** חוקים שבני אדם מוסמכים קובעים –**משפט פוזיטיבי**. ההגדרה האחרונה מתארת את חוק המדינה.
* **הגדרת המשפט הפוזיטיבי**- *"חוק הוא פקודה כללית הניתנת ע"י יצור תבוני ליצור תבוני אחר, כדי לכוון את התנהגותו, ושיש לנותן הפקודה כוח כלפיו" ←* **חוק= פקודה כללית של הריבון.**
* לפי אוסטין החוק מורכב מ-3 רכיבים:

דרישה (הוראה)

1. **פקודה-** פקודה = דרישה(=הוראה כללית) + סנקציה. **הסנקציה יוצרת חובה, בלי סנקציה אין חובה. פקודה יוצרת חובה, בלי פקודה אין חובה.**

חובה

⇐

סנקציה

פקודה

* **החובה באה לידי ביטוי ב-2 היבטים: (1)** מצווה הפקודה- ליווי ההוראה בסנקציה מעידה על כוונתו של המצווה. **(2)** מקבל הפקודה- כשיש איום הוא מרגיש מחויב לפעול.
1. **כללית-** סוגי הפקודות- **(1)** פקודה ספציפית- הוראה לעשות פעולה מסוימת (למשל, הוראה של שופט). **(2)** פקודה כללית- הוראה לעשות פעולה מסוימת באופן קבוע. **החוק הוא פקודה כללית.**
2. **הריבון-** נותן הפקודה הוא בעל עליונות. העליונות מתבטאת בכך שיש כוח לפגוע באחר. החוק ניתן ע"י הריבון (המדינה). מאפייני הריבון: **(1)** כולם מצייתים לריבון. **(2)** הריבון לא מציית לאחרים.
* **לסיכום,** המרכיב המרכזי במשפט הוא **כוח** (הסנקציה והריבון שהוא בעל הכוח).
* **קשיים בתיאוריה של אוסטין:**
1. **תקדים-** פסיקה היא פקודה ספציפית ומכאן שאינה חוק. **לפי אוסטין**, ביהמ"ש פועל כשליח של הריבון (=המחוקק) וכך הופך למעין מחוקק-משנה.
2. **מנהג-** נורמה שנוצרה ע"י בנ"א שרואים אותה כמחייבת – צומחת מלמטה. **לפי אוסטין**, השופטים (שהמחוקק הסמיך) מאמצים את המנהג וכך המנהג הופך למחייב.
3. **חוקים שאינם פקודה** (ללא סנקציה)- למשל, חוק החוזים. **לפי אוסטין**, יש בהם חובה היפותטית (לפעול בדרך מסוימת- לכרות חוזה ולעמוד בו) והסנקציה תהיה בטלות הפעולה (למשל שהחוזה לא תקף).
* **אוסטין מעלה סדרה נוספת של חוקים שאינם פקודה:**
	1. **חוקים הצהרתיים/פרשניים**- קובעים הגדרות (למשל, מי הוא בגיר). **לפי אוסטין,** הם בגדר חוקים כי הם דרושים ע"מ להבין חובות ועניינים אחרים.
	2. **חוקים מבטלים או מתירים**- משחררים מחובה (למשל מי פטור מהצבא). **לפי אוסטין,** הם בגדר חוקים כי הם מבהירים בעקיפין על מי כן חלה החובה.
	3. **חוקים שאינם שלמים**- חוקים ללא סנקציה אך עם חובה (למשל חובה על הורה לדאוג לילדו). **לפי אוסטין,** הם בגדר חוקים כי ברור שביהמ"ש יפעיל סנקציה מכיוון שהם בגדר נורמה מחייבת.
* **ביקורת על תורת הפקודה:**
1. **התיאוריה של אוסטין לא מתאימה לכל מקורות המשפט**- לגבי התקדים, זה לא נכון שסמכות ביהמ"ש נובעת מהמחוקק. לגבי המנהג, ביהמ"ש לא חייב לאמץ את המנהגים. התיאוריה של אוסטין מתאימה באופן אינטואיטיבי למשפט הקונטיננטלי שבו הריבון (המחוקק) הוא המקור היחיד.
2. **התיאוריה לא מתאימה לכל סוגי הנורמות המשפטיות**- הגדרתו של אוסטין לחוק, בגדר טענה מלאכותית, מכיוון שמטשטשת את האבחנה בין חוקים שמעניקים כוח לאלו שמעניקים זכויות. כמו"כ, זוהי תפיסה ילדותית של המשפט, חובות ובצדם עונשים. דה פקטו, המשפט הוא מערכת מורכבת יותר. ישנם כללים שמטילים חובה ומגבילים את החירות ולצידם כללים שמעניקים כוח ומרחיבים את החירות.
3. **מושג הריבון כמקור החוק לא מתאים לתפיסה שלפיה גם הריבון כפוף לחוק**- אוסטין מזהה את המשפט עם הריבון שבמקור היה המלך. הרעיון נעוץ בכך שהמשפט הוא ביטוי לרצונו של הריבון והריבון עצמו הוא מקור המשפט ואינו כפוף לו. לכן, התיאוריה של אוסטין מתאימה רק **למונרכיה אבסולוטית** ובוודאי לא לגישה דמוקרטית המניחה **שהריבון גם הוא כפוף לחוק.**
4. **מושג החובה- האם חובה נובעת מסנקציה?** (ביקורת של הארט)- לפי אוסטין חובה נובעת מסנקציה. כלומר, חובה קיימת רק אם מישהו מטיל עלי סנקציה\מאיים עלי ולכן אני יודע שאם לא אעשה את מה שמצווה עלי אני ייענש. הארט- בהנחה וסנקציה יוצרת חובה, מה קורה אם פושע מאיים על אדם (דוגמת השודד)? לטענתו במקרה כזה, למרות שיש סנקציה לא נוצרת חובה. יש הבדל בין אילוץ לבין חובה. לדעת הארט**,** אוסטין **מבין את החובה בתור אילוץ שנובע מהכוח**. הארט מבחין בין מושג החיוב הפיזי/האילוץ שמטילים על אדם (כורח) לבין הטלת חובה. מושג החובה הנורמטיבית לא קשור בכלל לאילוץ הפיזי, הוא נובע ממקום אחר. הארט טוען כי הוא מחמיץ דבר יסודי ולא מבחין בין החובה הנורמטיבית (הנובעת מנורמה שאומצה) לבין האילוץ הפיזי. החובה שואבת את כוחה מכך שאני מקבל על עצמי את החובה.

**תורת המשפט הטהורה של קלזן (פוזיטיביזם)**

* **קלזן** מגדיר את המשפט כמערכת של נורמות שיוצרות סדר חברתי, שנאכפת ע"י המדינה.
* הוא שם דגש על **ההפרדה בין משפט למוסר** – **"תורת המשפט הטהורה".**
* **התורה כוללת נורמות משפטיות ולא נורמות אחרות והיא מבוססת על נורמות ולא על עובדות-** הטענה הבסיסית של קלזן היא שאין להסיק מהמצוי לרצוי – אין לבסס את המשפט על עובדות.
* **הכשל הנטורליסטי**- אין להסיק מסקנות ערכיות או נורמטיביות מהטבע עצמו. כלומר, אין להסיק נורמות מעובדות. גישות של משפט הטבע שמסיקות זכויות מן העובדות שבטבע הן גישות שאין להן בסיס מכיוון שהן מבוססות על הכשל הנטורליסטי ← כך קלזן דוחה את אוסטין- העובדה שהריבון נתן פקודה, לא יוצרת חובה. **רק נורמה יוצרת חובה**. כמו"כ, דוחה את הטענה האריסטוטלית שלפי הטבע, בנ"א חיים בקהילה ולכן הן צריכים לשמור על מערכת של נורמות שתאפשר להם לחיות בקהילה (אין להסיק נורמה מעובדה).
* **מושג התקפות**- נורמה משפטית איננה מחייבת מאליה, אלא מכוח נורמה משפטית אחרת. דהיינו, יש הבדל בין טענות מוסריות לבין טענות משפטיות. טענות מוסריות יכולות להיות משכנעות בפני עצמן, לעומת טענה משפטית, שלא נעשית תקפה בגלל שהיא משכנעת בפני עצמה, אלא נעשית מחייבת רק כאשר היא מקבלת תוקף מכוח נורמה אחרת. **מכאן, מערכת המשפט הנה שרשרת של נורמות שקשורות במערכת של תקפות. קלזן משרטט את פירמידת הנורמות.**
* **על מה נשענת הנורמה הראשונה (החוקה)?** קלזן יוצר מושג שנקרא **"נורמה בסיסית"- אקסיומה.** הנורמה הבסיסית לא כתובה בשום מקום. היא הנחת יסוד ואין מוסד שיוצר אותה. הנורמה הבסיסית איננה נשענת על נורמה אחרת. **כוחה נובע מהתוכן שלה**. לרעיון של משפט פוזיטיבי טהור יש מגבלות- המגבלה היא נקודת האפס, האקסיומה, נקודת מוצא שיש להניח את קיומה. \*אוסטין היה טוען שהחוקה נשענת על הריבון.
* **כיצד מבחינים בין משפט נוהג למערכות משפט אחרות?** מכאן, קלזן תובע את המושג- **"אפקטיביות השיטה"** לפי שיטה זו- המשפט שנאכף ע"י המדינה הוא המשפט הנוהג.
* **שני סוגי יחסים בתוך פירמידת הנורמות**:
1. יחסים דינמיים- נורמה משפטית אחת מעניקה כוח לנורמה אחרת ליצור נורמה נוספת. למשל, החוקה קובעת שהכנסת היא הרשות המחוקקת וכך נותנת לה כוח לחוקק.
2. יחסים סטטיים- נורמות הכוללות תכנים שמגבילים את הכוח הדינמי. למשל, שר לא יכול להתקין תקנה שחורגת מתוכן החוק; חקיקה ראשית לא יכולה לסתור חו"י, אלא רק בכפוף לפסקת ההגבלה.
* **ביקורת השיטה של קלזן:**
1. **פירמידת הנורמות אינה מתאימה לכל מקורות המשפט-**
* **מנהג-** הוא לא מקבל תוקף ישיר מנורמה שמעניקה לו תוקף, אלא המנהג צומח מלמטה. תשובה אפשרית של קלזן- יש מקומות בהם ישנם חוקים שמסדירים את המנהג כעניין מחייב (בדומה לתשובתו של אוסטין).
* **פסיקה**- אם החוק יכיר בתקדים, אזי אין בעיה. הפסיקה מאתגרת במקומות בהם מעמד ביהמ"ש הוא עצמאי ובלתי תלוי.
1. **הנורמה הבסיסית אחידה ואינה רגישה לשיטות משפט שונות**- הניסוח שיש לציית לחוקה, מעמיד במרכז את המחוקק. הנורמה הבסיסית לא מביאה בחשבון שיטות משפט שאין מקורן במחוקק. למשל, שיטה שמאמצת ספר קדוש בתור חוק המדינה ולא את קביעת המחוקק.

**תורת המשפט של הארט (פוזיטיביזם)**

* **מושג החובה ע"פ הארט-** חובה אינה אילוץ או הכרח; חובה היא עניין נורמטיבי. החובה מגבילה את החירות שלי לא באמצעות כוח, אלא באמצעות טעם לפעולה. החובה יכולה להיות מוסרית או חובה שמוטלת באופן פוז'(=אוב') במסגרת חברתית.
* **הארט מבחין בסדרה של סוגים של כללים שהחברה פועלת על פי הם:**
1. רמה 1- הרגל: הרגל הופך להיות חובה אובייקטיבית כאשר הוא זוכה לביקורת.
2. רמה 2- כלל שקובע סטנדרט: למשל, כללי לשון וכללי נימוס. כלל יהפוך לחובה כאשר יש ביקורת על הסטייה מן הכלל.
3. רמה 3- כלל שמטיל חובה: שני סוגים של כללים שמטילים חובה- **(1)** חובה מוסרית- משקפת את המוסר **הנוהג** בחברה, מי שיפר את הכלל, תבוא תגובה ביקורתית; **(2)** חובה משפטית – הביקורת עליו תהיה גינוי וענישה- לא מדברים בערכים.
* **חובה קיימת כשיש כלל שמטיל חובה (חובה מוסרית/חובה משפטית).**
* **חובה מוסרית-** הארט טוען שיש להבחין בין 2 סוגים שונים של מוסר- **(1)** **מוסר פוזיטיבי** (מוסר נוהג)- בחברה נתונה ישנם כללים חברתיים שמביאים לביקורת חברתית. המוסר הפוזיטיבי הוא תלוי חברה והחובה נובעת מכוח הכללים של אותה חברה שנתונים לשינויי הטבע. **(2)** **מוסר אידאלי** (ביקורתי)- כללים שאדם מאמין בהם.
* **חובה משפטית-** חובה זו מתקיימת כאשר יש כלל שמטיל חובה ויש ביקורת על מי שמפר אותה והדבר בא לידי ביטוי ע"י ענישה. 2 נק' מבט להסתכל על כללים-
* **נק' מבט פנימית-** רואה את הכללים לא רק כניבוי של התוצאה שתנבע מהם, אלא טעם לפעולה. נק' המבט הפנימית מפנימה את הכללים ורואה את הכלל כטעם לפעולה.
* **נק' מבט חיצונית-** המשקיף החיצוני יכול לתאר חברה באמצעות כללים ואת התוצאות של הפרתם. עם זאת, אינו רואה בכלל טעם לפעולה וכך מחמיץ את נק' המבט הפנימית ← **זו הגישה של אוסטין (לפי הארט).**
* **המשפט כשילוב של כללים ראשוניים ומשניים:**
* כללים ראשוניים – הארט טוען שע"מ להבין מה היא מערכת משפט, תחילה יש לחשוב על חברה פרימיטיבית שבה אין בה משפט ומוסדות משפטיים והיא חיה לפי מסורת ומנהגים מקובלים – (=איסורים וחובות) ובמשך הזמן יוצרת לעצמה כללים. הארט קורא לכללים אלו**– "כללים ראשוניים".**
* חסרונות של חברה שמתנהלת ע"פ מערכת כללים מסוג זה- **(1)** היעדר מקור מוסמך לחוק. **(2)** היעדר מנגנון שינוי- החברה סטטית והשינויים מאד איטיים. **(3)** היעדר מנגנון אכיפה לכללים- יש גינוי אך אין מוסדות חקירה/ מיישבות סכסוך והדבר לא אפקטיבי. **לכן יש לעבור למערכת משפט משוכללת שתיתן מענה לבעיות לעיל ולא מסתפקת בכללים ראשוניים.**
* כללים משניים – חלים על הכללים הראשונים ומכוננים את מוסדות החקיקה והמשפט.
* **סוגי הכללים המשניים שעונים על הבעיות בחברה הפרימיטיבית:**
* **כלל זיהוי=** כלל שמזהה את החוק **ועונה על בעיית הוודאות**. תפקידיו: **(1)** בצורה הכי **בסיסית** הוא מעלה על הכתב את החוק הנוהג או מצביע על ספר\לוח שבו כתוב החוק. **(2)** הופך את הכללים הראשונים מכללים נפרדים למערכת של כללים;
**(3)** בצורה **משוכללת** הוא מזהה מקור משפטי שיכול ליצור חוק (=מזהה את המחוקק).
* **איזו פונקציה כלל זה ממלא בתיאוריה של הארט בהשוואה לתורה של קלזן ואוסטין?** כלל זה מקביל לנורמה הבסיסית של **קלזן**, שטוען שיש לציית לחוקה (הנורמה הבסיסית זיהתה את החוקה וכל מה שנובע ממנה) והמבחן לחוק הוא מה כל מה שמבוסס על הנורמה הבסיסית. לפי **אוסטין**, כל מה ששייך לחוק זו הפקודה הכללית של הריבון. **הארט** טוען שמה ששייך לחוק הוא מה שמזוהה ע"פ כלל הזיהוי. **לסיכום,** כל התיאוריות הפוזיטיביות מחפשות הגדרה למשפט. אוסטין בחר בפקודה הכללית עם חסרונותיה, קלזן בחר בנורמה הבסיסית והארט בוחר בכלל הזיהוי שמחליף את הנורמה הבסיסית.
* **כלל שינוי= עונה על בעיית הסטטיות**. מעניקים כוח לאדם או לגוף לשנות את הכללים הראשוניים. כלל השינוי יגדיר גם את הפרוצדורה לשינוי החקיקה.אלו כללים **שמגדירים את המחוקק ואת סמכותו**. אלו יכולים להיות גם כללים שמעניקים לפרטים במדינה כוח לשנות את מצבם בהתאם לכללים הראשוניים- חוזים, צוואות וכו'.
* **כללי שפיטה=** **עונה על בעיית חוסר היעילות של האכיפה.** מעניקים כוח לאדם או גוף לקבוע האם הכללים הראשוניים הופרו. כללים שמסדירים את **מוסד השפיטה**.
* **כלל הזיהוי**- כלל הזיהוי יוצר אחידות בשיטת המשפט מכיוון שהוא כלל העל שקובע מהו החוק בשיטת משפט נתונה.
* **תוכן כלל הזיהוי:** בצורתו **הבסיסית,** מזהה את החוק. בצורתו **המפותחת,** מזהה את **החוק, המחוקק, ואת המקורות המשפטיים** (אם זה **כלל זיהוי מורכב**- הוא יזהה כמה מקורות משפטיים וידרג בניהם; אם זה **כלל זיהוי פשוט**- יזהה מקור משפטי אחד).
* את כלל הזיהוי למדים **מהתבוננות על דרך הפעולה של השחקנים**. הגורם הטוב ביותר שממנו ניתן ללמוד על כלל הזיהוי הוא ביהמ"ש מכיוון שביהמ"ש מנמק את החלטותיו והוא פורש את המקורות המשפטיים ודרך העבודה שלו ניתן לראות מה בעיניו מחייב ולמה הוא נותן משקל.
* כלל הזיהוי **איננו** מחוקק מלמעלה ע"י המחוקק, **הוא כלל שמתקבל באופן ישיר ע"י שחקני המשפט**. כלומר, ברגע מכונן (בדר"כ הקמת המדינה או מהפיכות מסוגים שונים), מקבלים את כלל הזיהוי.
* **תפקידי כלל הזיהוי**: עונה על בעיית אי-הוודאות; מעניק תוקף לכלל משפטי; יוצר אחדות במערכת המשפט; מקור אולטימטיבי של המשפט;
* **שני סוגים של כלל זיהוי מורכב**:
1. זיהוי **ישיר ומקביל** – מכיר במספר מקורות של משפט במקביל. במודל הזה כל מקור משפט הוא עצמאי ויש לו כוח ללא זיקה למקורות משפטיים אחרים.
2. זיהוי **ע"י גזירה** – הוא מכיר במקור משפטי אחד עליון, וממנו גוזר את שאר המקורות המשפטיים האחרים.
* יש לכך השפעה ישירה על בתי המשפט- אם הדגם הוא כלל זיהוי ישיר ומקביל- המעמד של ביהמ"ש ומנהג הוא עצמאי וכוחו של המחוקק כפוף לכלל הזיהוי, כמו כוחם של ביהמ"ש והמנהגים. **לעומת זאת,** אם מדובר בזיהוי ע"י גזירה, המחוקק הוא זה שמכיר במעמדם של ביהמ"ש והמנהג. סמכות ביהמ"ש והמנהגים נגזרים מסמכות המחוקק, המחוקק יכול לבטלם או לקבוע באילו תחומים יחלו.
* דוג'- חוק יסודות המשפט- חוק יסודות המשפט מונה את מקורות המשפט בישראל לפי הסדר שיש לגשת אליהם (חקיקה, הלכה פסוקה, היקש, עקרונות הצדק של מורשת ישראל). **בחוק יסודות המשפט לא מוסדר המנהג.** המחוקקים השמיטו זאת בכוונה. **האם המנהג הוא לא מקור מחייב בישראל?**
* אם כלל הזיהוי הוא גזירה, המנהג **לא** מחייב כי המחוקק לא מנה אותו בחוק יסודות המשפט. המעמד הוא בהתאם למה שהמחוקק הגדיר.
* אם כלל הזיהוי הוא ישיר, אז המנהג **כן** מחייב כי המחוקק לא משפיע על מעמד המנהג או קיומו. המנהג קיים ישירות מההכרה של כלל הזיהוי במנהג (**משפט מקובל**). הדעה הרווחת היא שישראל היא לפי המשפט המקובל, כך שלמנהג יש מעמד מחייב בישראל.
* **סיכום הארט**: חוק= כל מה שמזוהה ע"י כלל הזיהוי; מערכת המשפט= שילוב של כללים ראשוניים ומשניים כאשר המערכת *עומדת ברף מוסרי מינימלי.*

**סיכום הפוזיטיביזם**

* **יסודות הפוזיטיביזם (מאפיינים של כל שיטות הפוזיטיביזם**): **(1)** הגדרת המשפט כתחום עצמאי ונפרד מן המוסר והדת. **(2)** המשפט מבוסס על עובדות חברתיות ולא על עקרונות מופשטים. **(3)** אבחנה בין משפט מצוי למשפט רצוי.
* ישנן שלוש תפיסות פוזיטיביזם, המשותף לכולם הוא שישנה הנחה שהמשפט עומד על נורמת יסוד מסוימת המגדירה מהו משפט בשיטה נתונה; כל שיטת משפט באשר היא חייבת להיות מבוססת על נורמה אחת. ההבדל **בין התפיסות הוא מהי נורמת היסוד**:
* **אוסטין:** נורמת היסוד= תורת הפקודה- פקודה כללית של הריבון.
* **קלזן:** נורמת היסוד= הנורמה הבסיסית- הנורמה שמזהה את החוקה ואת המשפט שנובע ממנה.
* **הארט:** נורמת היסוד= כלל הזיהוי שתפקידו לזהות את יסודות המשפט של השיטה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **מה הוא חוק?** | **מה היא מע' משפט?** |
| **אוסטין** | החוק הוא פקודה כללית של הריבון. פקודה היא דרישה שיש בצידה סנקציה (ובכך מטילה חובה). | המשפט הפוזיטיבי כולל רק את החוקים שבני אדם מוסמכים קובעים (ולא דת ומוסר). |
| **קלזן** | חוק הוא כל מה שמקבל תוקף מהנורמה הבסיסית (אקסיומה).  | מע' נורמות היוצרות סדר חברתי שנאכף ע"י המדינה. למעשה כוללת שרשרת נורמות הקשורות במערכת של תקפות. מע' המשפט כוללת נורמות בלבד ונשענת על נורמות ולא על עובדות (הפרדה בין רצוי למצוי, בין החוק למוסר). |
| **הארט** | חוק הוא כל מה שמזוהה ע"י כלל הזיהוי. | מערכת שיש בה איחוד של כללים ראשוניים ומשניים שמתקיים בה סטנדרט מוסרי מינ'.  |

**נבחן מה המשמעות של ההגדרות השונות ואת היתרונות של השיטה של הארט- דרך השוואה בין השיטה של הארט לשיטות של קלזן ואוסטין:**

|  |  |
| --- | --- |
| **הארט** | **אוסטין** |
| כלל הזיהוי איננו תלוי בריבון- כלל הזיהוי הוא נורמה/ כלל חברתי פוזיטיבי. הוא מראה מה החברה מקבלת כחוק. | הפקודה **תלויה בריבון.** |
| כלל הזיהוי מתאים לכל מקורות המשפט והוא לא מוגבל לחקיקה- הוא מתאים גם לתקדים ומנהג. | **הפקודה לא מתאימה לכל מקורות המשפט** (מנהג ותקדים).  |
| כלל הזיהוי מתאים לכל סוגי הנורמות- גם לכללים הנותנים כוח וכללים המעניקים זכויות. | הפקודה **מתאימה רק לכללים המטילים חובה.** |
| כלל הזיהוי מתאים לשיטות משפט שונות, הוא גמיש. הוא מזהה מקורות משפט בכל שיטה. | הפקודה **לא מתאימה את עצמה לכל שיטות המשפט** השונות. |

**השוואה בין הארט לקלזן**

|  |  |
| --- | --- |
| **הארט** | **קלזן** |
| כלל הזיהוי הוא כלל חברתי פוזיטיבי. | הנורמה הבסיסית של קלזן היא **מושג מופשט, פיקציה**.  |
| כלל הזיהוי גמיש ומתאים לשיטות משפט שונות. | הנורמה הבסיסית **קשיחה** (אחידה) ולא מתאימה את עצמה. |

**גישות פרשניות למשפט**

**פורמליזם משפטי**- **הדגשת הצורה לעומת התוכן.** לפורמליזם 3 הקשרים מרכזיים-

1. **תכונות כלליות של המשפט**-
	* + 1. ארגון הנורמות במערכת פורמלית בעלת הגיון פנימי- 2 ממדים: **(1)** ממד האנכי- פירמידת הנורמות; **(2)** ממד האופקי- אבחנה בין ענפי משפט שונים.
			2. דרישות צורניות- חוזה, צוואה וכו'. המשפט דורש שפעולות מסוימות ייעשו בצורה מסוימת ולא רק המהות חשובה, אלא הצורה. זהו אפיון כללי של המשפט ומטרתו לתת ביטחון ויציבות.
			3. הסתמכות על הכללים- המשפט מדבר בלשון של כללים והם מחייבים את בנ"א להתנהג באופן מסוים ולכל כלל יש סיבה (לעיתים יותר מאחת) מדוע מנוסח בצורה כזאת. ברם, לא משנה אם החקיקה לא מגשימה מטרה ערכית. היא עדיין חקיקה.
2. **פרשנות פורמליסטית-**
* גישה שמדגישה את **הפרשנות המילולית** של הכלל המשפטי לעומת הפרשנות התכליתית.
* **המשפט מנותק מן הממד הערכי והחברתי.**
* המטרה ליצור **וודאות, שוויון, ידיעה ויכולת תכנון.**
* לשופט יצירתיות מוגבלת בהליך הפרשני ועליו להעדיף **פרשנות מילולית ולוגית ולהיצמד לכללים המשפטיים ולא לתת מקום להעדפותיו האישיות.**
* פס"ד פאול קינג-אישה שהתאבדה בגלל בעלה וביקשה בצוואה שבעלה יקבל כמה שפחות. לאחר מותה, התנהל ויכוח לגבי טיב הצוואה. חוק הירושה דורש 3 תנאים פורמליים בצוואה: כתב יד, חתימה, ותאריך. בנדוננו, צוואתה הייתה ללא חתימה וללא תאריך. ביהמ"ש המחוזי פסק שהצוואה לא תקפה בגלל שלא עונה על הדרישות הצורניות של החוק וע"כ רכוש האישה ילך לבעלה. ביהמ"ש העליון: **השופט לוין**- מציג גישה פורמלית שקובעת שמכיוון שאין חתימה ותאריך אי אפשר להכיר בצוואתה – יש חסר מהותי בצוואה. **השופט ברק-** מציג גישה של פרשנות תכליתית: תכלית החוק היא הגשמת רצון המת ולכן יש להתאים את החוק למקרה הספציפי לפי תכליתו. **השופט אלון-** יש לבחון את הצוואה בדומה לצוואת שכיב מרע, האישה עמדה לפני המוות וציוותה אשר ציוותה וע"כ הצוואה תקפה. פרשנות זו עוררה ויכוח האם יש ליתן מקום למשפט העברי. לבסוף הנשיא לנדוי דחה את העתירה ומכאן שהצוואה לא תקפה.
* בעקבות הפסיקה תוקן חוק הירושה ונקבע כי לביהמ"ש הסמכות לקבוע שהצוואה תקפה גם בהעדר פרט מן הפרטים הפורמליים הנדרשים.
1. **פורמליזם כתורת משפט-** הנחות המוצא של הפורמליזם התורת-משפטי הן:
* מערכת המשפט היא **גוף אוטונומי סגור של נורמות- אין לפנות לנורמות חוץ משפטיות.**
* המשפט הוא **מערכת שלמה של נורמות** – **לכל בעיה יש תשובה קיימת במשפט.**
* החלטות משפטיות מבוססות על **פרשנות מילולית לוגית** של הכללים המשפטיים.
* ההליך השיפוטי הוא **גילוי של התשובה הנכונה הקיימת כבר בתוך המשפט- שק"ד חלש.**
* **מדוע גישה זו הייתה הרווחת במאה ה-19?** מכיוון שהחשיבה לעיל הנה גיאומטרית/ מתמטית והדבר היה אטרקטיבי מכיוון וזה היה נחשב כגישה מדעית של המשפט. תפיסות אחרות, למשל משפט הטבע, היו נחשבות לכאלו שמונעות ע"י שיקולים לא רציונליים.
* פס"ד לוכנר-עיריית ניו יורק על רקע המהפכה הסוציאלית מחוקקת חוק שאומר שמותר לעבוד עד 10 שעות ביום. מאפיה בניו יורק פונה לביהמ"ש העליון וטוענת שהחוק לא חוקתי כיוון שהוא פוגע בחופש החוזים (תפיסה קפיטליסטית).ביהמ"ש העליון האמריקאי קובע שהחוק לא חוקתי ומבטל את החוק. ביהמ"ש העליון תפס את עקרון חופש החוזים כעקרון סגור ומחייב שאי אפשר להפר אותו, ולכן ביטל את החוק. **השופט הולמס (מייסד התפיסה הריאליסטית)** היה במיעוט בפס"ד וטען שהמטרה של ביהמ"ש אינה רק חופש חוזים וצריך לקחת בחשבון ערכים נוספים.
* **ההבדלים בין פורמליזם לפוזיטיביזם-**
* **מקור המשפט- פוזיטיביזם** מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעובדה חברתית. **פורמליזם** לא מחויב לעיקרון הפוזיטיבי שמשפט מקורו בחברה יכול לחשוב שמערכת המשפט מחויבת למקורות על של צדק טבעי.
* **מבנה המערכת- פוזיטיביסט** לא חייב לראות את המשפט כמערכת סגורה. הוא יכול להיות פוזיטיביסט ולטעון שהמשפט מקורו בחברה, אך במשפט יש חללים ואותם יש להשלים באמצעות עקרונות חוץ משפטיים. **פורמליסט** מחויב לעמדה שההליך השיפוטי מבוסס על מקורות משפטיים ועל פרשנות מילולית ולוגית.
* **שיקול דעת[-** 2 מובנים: **(1)** במובן היומיומי- כיצד האדם פועל? **(2)** במובן השיפוטי- האם שופט מחליט בעצמו על המקרה שלפניו או לחילופין מיישם החלטה קיימת?

**ריאליזם משפטי –** הנחות היסוד של התפיסה הריאליסטית:

1. יש להתבונן על המשפט כפי שהוא, במציאות. הגורם המכריע בקביעת מהו החוק הוא ביהמ"ש.
2. הכללים לא מספקים תשובה מדויקת לכל מקרה.
3. הכללים הם בגדר "מקורות" להחלטת ביהמ"ש.
* **ביקורת על הפורמליזם (מצד הריאליזם):**
* **ספקנות כללים:**
	+ 1. **ריבוי כללים-** הכללים מנוסחים בצורה כללית מטבעם וישנם מקרים שבהם נחיל את הכלל ונקבל תוצאה שאינה ראויה שמנוגדת לתכלית הכלל (למשל, פס"ד קניג נ' כהן). לתופעה זו, אריסטו נתן פתרון שנקרא **"עיקרון היושר של אריסטו"**-על השופט להציב את עצמו בנעליי המחוקק, יש לרדת לתכלית החוק.
* פס"ד ריגס האמריקאי- נכד שהיה אמור לרשת את סבו, רצח אותו על מנת לקבל את הירושה. מכאן שיישמו את עיקרון היושר של אריסטו וקבעו כי הנכד לא יירש- "הרצחת וגם ירשת?"
	+ 1. **עמימות סמנטית-** לכל כלל משפטי יש ריבוי משמעויות. לא ניתן ליצור כללים שיהיו חד משמעיים, תמיד יהיו מקרי קצה שהם יעוררו שאלה. מכאן, שנדרשת פרשנות במצבים מסוימים והיא תהא מבוססת בהכרח על תכלית, אם לאו היא תהא שרירותית. לפיכך, הטענה הריאליסטית היא שההנחה הפורמליסטית שניתן לפרש את החוק בהתאם לפרשנות המילולית שלו היא הנחה שלא מתמודדת עם בעיית העמימות.
		2. **ריבוי דוקטריני**- המשפט מלא הכללים ואותם כללים יכולים להביא לתוצאות שונות ולמעשה בכל כלל יש בו"ז 2 מגמות; הכלל עצמו והיוצא מן הכלל. למשל, רצח והגנה עצמית. הדבר מאפשר לשופט תמרון בהחלטות משפטיות ונדרש איזון ואי אפשר להכריע ללא שק"ד.
* **ספקנות עובדות:** האמת של ביהמ"ש היא חלקית. **האמת המשפטית היא לא באמת זהה לאמת העובדתית** (למשל, דיני ראיות שמגבילים את הראיות שאפשר להציג).
* **המסקנות לעיל הנן אנטי פורמליסיטיות:**
* המשפט איננו שלם- אין בו תשובה לכל שאלה.
* כל החלטה שיפוטית היא יצירה ולא גילוי- תמונת הראי של הפורמליסטים היא שכל החלטה היא גילוי של תשובה קיימת ואילו הריאליסטיים טוענים שההפך הוא הנכון מכיוון ולכל שופט שק"ד משלו והכללים תיאורטיים ובגדר מסייעים ותו לא.
* המשפט הוא לא מערכת סגורה- יש לפנות למקורות חוץ משפטיים ע"ב תכלית החוק במקרים שבהם החוק אינו שלם.

**אוליבר הולמס**

* נחשב לאחד מגדולי השופטים האמריקאים שפעלו בסוף ה-19 ובתחילת המאה ה-20. \*הולמס היה בדעת מיעוט בפס"ד לוכנר (ר' לעיל) והדבר משקף את תפיסתו.
* **הולמס מאמץ את ההפרדה הפוזיטיביסטית בין משפט למוסר-** מאחורי המשפט עומד הכוח של המדינה לעומת המוסר שבגדר דבר וולונטרי. המוסר מחייב הזדהות בעוד שהמשפט לא חייב זאת; המשפט הוא הפעלת כוח מצד המדינה על כלל האזרחים; בוחן את המשפט מנק' המבט של "האדם הרע" (לא מזדהה/ מעוניין בחוק), לכן בעיני אותו אדם השאלה היא לא מה מוסרי, אלא כיצד ימנע מהענישה. מכאן, הולמס נותן הגדרה אחרת למשפט.
* **חוק= הוא תחזית של מה שביהמ"ש יאכוף**. מכיוון שמה שמעניין את 'האדם הרע' הוא איך המשפט ישפיע עליו. אזי מה שיקרה בפועל הוא החוק. אם יש חוקים שלא יאכפו אותם במציאות זה לא חוק. אם חוק ייאכף וביהמ"ש יאכוף אותו אזי שהוא חוק אמיתי. צריך לצאת מנק' הנחה שיש פער בין מה שהמחוקק מחוקק בספר, לבין החוק שמופעל בשטח. **החוק הוא לא מה שכתוב. החוק הוא ההבנה של החוק בחיי המציאות.**
* **חובה משפטית= היא ניבוי שאם אדם יעשה מעשה כלשהו או יימנע ממעשה כלשהו, הוא יסבול באופן כזה או אחר כתוצאה מהחלטת ביהמ"ש.** הולמס מאמץ את הגדרתו של אוסטין והוא תופס את הסנקציה כדבר מאד מרכזי- תופס את המשפט באופן ריאלי/ מעשי.
* **החידוש של הולמס-** החוק לא נועד רק להגשים את תכילתו, אלא החוק **נועד להשיג מטרות חברתיות.** מה שצריך להשפיע על השופט הם **תכלית החוק והתועלת החברתית.**
* **ביקורת על הגישה של הולמס:**
1. **כיצד ביהמ"ש צריך לפסוק?** הולמס טוען שהעו"ד צריך לייעץ ללקוח מה ביהמ"ש יפסוק, אך קיים בכך ממד של חוסר וודאות. מכאן שאם המשפט הוא רק תחזית של מה יעשו השופטים, מהו המשפט מבחינת השופטים עצמם?
2. **בעיה דמוקרטית-** הפרדת רשויות בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת.
3. **הולמס רואה את החוק מנק' מבט חיצונית** – תחזית של מה שביהמ"ש יאכוף, ולא מנק' מבט פנימית – הטעם לפעולה.
* לפי הגישה הריאליסטית שיקול הדעת והחקיקה השיפוטית של השופט היא **לכל אורך החוק.**

**וויכוח הארט- פולר**

|  |  |
| --- | --- |
| **פולר** | **הארט** |
| * המשפט מבוסס על המוסר- מה שלא צודק לא חוקי.
* הנימוק- מאחר שהמשפט מחייב נאמנות הוא חייב להיות צודק.
* סייג- רק כאשר החוק לא מוסרי בעליל הוא לא חוקי.
 | * יש להפריד בין המוסר למשפט- תוקף החוק לא מגיע ממסורותיו.
* הנימוקים להפרדה: **(1)** טעם תאורטי- אפשרות להגדיר בצורה מיטבית את המשפט; **(2)** טעם מוסרי- לאפשר ביקורת על המשפט באמצעות המוסר.
 |
| * **מוסריות חיצונית**- תוכן החוק- מוסרי או לא.
* **מוסריות פנימית**- כללים פנימיים הקובעים את דרך יצירת החוק. לדוג', הימנעות מרטרואקטיביות, פרסום, בהירות, (עקרונות שכיום אנו קושרים לעקרון של שלטון החוק).

המוסריות הפנימית מבטיחה את החיצונית. לדוג', בטרגדיה הנאצית- הנאצים הקפידו לעבור על כל הכללים הפנימים- חוקקו חקיקות רטרואקטיביות (כמו בליל הסכינים) וחוקים סודיים. כל אלה אפשרו להם לאמץ חוקים שהתוכן שלהם לא מוסרי.  |  |
| המשפט הגרמני היה מבוסס על עקרון החוקיות הפוזיטיבי ("מדינת חוק"). עקרון זה לא מנע את הפיכת המשפט הגרמני למשפט נאצי ואולי אף גרם לכך; אילו המשפט היה מבוסס על עקרונות מוסריים, לא הייתה מתרחשת הטרגדיה הנאצית. המוסר היה משמש כמנגנון פנימי במשפט, שהיה מונע ממנה להפוך למשפט נאצי. | **דווקא ההפרדה בין משפט למוסר היא שמאפשרת ביקורת על המשפט**. המשטר הנאצי התקיים כתוצאה מהליכים היסטוריים. מכאן שהבעיה היא בעיה תרבותית עמוקה ולא משפטית, לא היה ניתן למנוע זאת ע"י אימוץ עקרונות מוסריים לתוך המשפט.  |
| ניתן להכריז על חוקי הנאצים **כבטלים** מאחר והם לא מוסריים. | צריך להכריז על החוקים **כחוקיים** אך לא צריך לציית להם בגלל שהם לא מוסריים. השופט הפוזיטיבי אינו נטול מוסר; הוא כפוף לחובות משפטיות ומוסריות. במקרה הזה, עליו להעדיף את החובה המוסרית על פני החובה המשפטית.  |
| תמך בגישת **המשפט הגרמני**- במשפט יש עקרונות מוסריים על חוקיים (=משפט הטבע). כל נורמה משפטית המנוגדת לעקרונות אלו היא בטלה. לשיטתו אין להשתמש בחקיקה רטרואקטיבית שמהווה פגיעה חמורה בעקרונות השיטה.  | התנגד לתפיסה הגרמנית (לשיטתו יש הפרדה מוחלטת בין משפט למוסר) ומציע פתרון של חקיקה רטרואקטיבית; לחוקק חוק שקובע שהלשנה/שיתוף פעולה מהווה עבירה וניתן להעניש עליה. הקושי- חקיקה רטרואקטיבית יוצאת חוסר וודאות. הפתרון של הארט- היה ברור שהחוק הנאצי הוא בלתי מוסרי ואסור לציית לו, ולכן אין פגיעה בוודאות 🡨 זו הגישה **שהמשפט הישראלי** מאמץ במשפט אייכמן. |

**שיקול דעת שיפוטי לפי הארט**

* הארט טוען שמערכת המשפט מורכבת **מחקיקה וגם מתקדימים**. נהוג לחשוב שחקיקה היא יותר ברורה מתקדימים שיוצרים אי-וודאות, אבל גם בחקיקה יש חוסר וודאות בגלל-
* **עמימות השפה**- השפה היא לא חדמ"ש ויכולה להתפרש לכמה כיוונים (דוג'- כלי רכב בפארק).
* **חוסר היכולת לצפות מקרים עתידיים-** נובע מכמה סיבות: **(1)** התפתחויות טכנולוגיות. **(2)** מציאויות חברתיות חדשות. **(3)** המחוקק לא מודע לכלל המטרות והשיקולים.
* **התמודדות עם בעיית הרקמה הפתוחה:**
* המחוקק מבין שהוא לא יכול להגדיר מראש את כל המקרים העתידיים ולכן הוא **קובע סטנדרט** (כמו למשל – סבירות, תו"ל וכו') הסטנדרט עצמו הוא עמום ומאפשר החלה על מספר רב של מקרים וכן שק"ד והתאמה למקרה הספציפי.
* דרך **תקנות-** החוק מדבר בשפה כללית, והתקנות של המחוקק יוצרות כללים הרבה יותר טובים וספציפיים.
* ע"י **הכרעות שיפוטיות** – השופטים מבארים את כלליות הכללים ומתאימים אותם למקרה הספציפי.
* **איזון** בין כללים ברורים שניתנים ליישום (וודאות וצפיות) לבין מרחב פתוח בו ניתן לקבל החלטות חדשות (הפתרון הראוי).
* **שיקול דעת = הפעלת סמכות.**
* **לביהמ"ש שני תפקידים:**
1. **יישום החוק**– במקרים בהם הכלל ברור, בגרעין החוק (רוב המשפט). **יוצר וודאות.**
2. **חקיקה שיפוטית**– לשופט יש סמכות לקבל החלטות איפה שהמחוקק לא קבע את הדין (מקרי השוליים).לפי הארט,לשופט יש שיקול דעת חזק ברקמה הפתוחה. **מאפשר גמישות.**
* **הביקורת של הארט על הפורמליזם-** הטעות היא בחוסר ההכרה בקיומה של רקמה פתוחה בחוק. **הפורמליסט מעדיף וודאות וצפיות על פני הפתרון הנכון**. אחידות זו מקבעת את החוק ולא מאפשרת להתאימו למטרות חברתיות. המחוקק לא יכול לצפות מראש כל מקרה אפשרי ואת מאפייניו ולכן המשפט לא שלם וסגור כפי שאמרו הפורמליסטים. **יש צורך להשאיר גמישות בחוק** וכאשר יגיע מקרה חדש, נאזן בין האינטרסים שעל הכף ונכריע בניהם בהתאם למטרת החוק.
* **ביקורת של הארט על הריאליזם (ספקנות כללים)-** הראליסטים מערערים הן על קיומו של משפט אוב' מחוץ / לפני ההחלטה השיפוטית והן על כללים מחייבים. טענתנו של הארט היא שגישה זו מערערת על מושג המשפט מכיוון ש- **(1)** בלי הכרה בכללים משניים אין ביהמ"ש. **(2)** בלי הכרה בכללים ראשוניים לא מבינים את יחסם של בנ"א לחוק, בנ"א רואים בכללים מקור לחובות וזכויות (נק' מבט פנימית).
* **ההבדל בין הפעלת שק"ד לפרשנות- שיקול דעת=** הפעלת סמכות לחדש את החוק; **גישה פרשנית=** מכניסה את ההחלטה לתוך החוק. בפרשנות השופטים לא יוצרים דבר חדש. על הגישה הפרשנית הארט טוען שמדובר באמצעי רטורי ובהסוואה כדי לקבל לגיטימציה ציבורית.
* **דרך הביניים של הארט:** במקום בו הכללים ברורים (סכסוכים מוסדרים), דרך הפעולה היא מעין פורמליסטית (יישום הכלל) ובשוליים, במקום בו יש רקמה פתוחה- פועלים בדרך מעין ריאליסטית, השופטים מפעילים שיקול דעת (בוחנים תכליות ושיקולים חברתיים=שיקולים חוץ משפטיים) ופועלים כמעין מחוקק משנה.

**תורת המשפט של דוורקין**

* דוורקין ירש את הארט אך מציע תורת משפט אלטרנטיבית. נק' המוצא שלו היא **שיקו"ד שיפוטי.**
* **דוורקין מתחיל בלסכם את שלושת עקרונות הפוזיטיביזם**:
1. **המשפט הוא מערכת של כללים ספציפיים-** הכללים **ניתנים לזיהוי באמצעות קריטריון** שבוחן את תוקפם. המבחן לתוקף הכלל הוא **מקורו**, ולא התוכן שלו. (הארט- כלל הזיהוי; קלזן- נורמה כללית; אוסטין- פקודה שלצידה יש סנקציה).
2. **במקום בו אין כלל שמכסה את המקרה אין חובה משפטית**.
3. **במקרה שבו אין כלל שמכסה את המקרה, ניתן לשופטים שיקול דעת ליצור כלל חדש.**
* **בכלל הזיהוי (של הארט) ישנן 2 דרכים ע"מ שכלל יקבל תוקף:**
* **קבלה ישירה-** רק כלל הזיהוי. היחיד שמקבל תוקף באופן ישיר -מקבל תוקף כי הוא הצודק.
* **תקפות-** הכלל מקבל את תוקפו מכלל אחר שהוא מוכר ע"י כלל הזיהוי.
* **דוורקין טוען שהעקרונות ושיקולי המדיניות הם חלק מהמשפט** (הארט מתעלם מהעקרונות מכיוון ולא מזוהים ע"י כלל זיהוי):
* **עקרון=** מכוון למעשה מסוים ולא לתוצאה. אלו עקרונות מוסריים שהם חלק ממערכת המשפט אף אם אינם כתובים.
* **מדיניות =** מכוונת לתוצאה חברתית או כלכלית מסוימת. מדיניות היא עניין של הממשלה או של המחוקק. השופט לא מייצר מדיניות משלו אבל הוא יכול להסתמך על מדיניות קיימת ולפסוק לפיה (אין שיקולי מוסר).
* **לדוורקין חשובה יותר האבחנה בין כללים לעקרונות**:
* **כלל=** מכתיב את התוצאה- פועל בדרך של **"הכל או כלום"**. תמיד יש להפעיל כלל ועל ביהמ"ש לשאול איזה כלל חל על המקרה.
* **עקרון=** לא מכתיב את התוצאה, אלא יש לו השפעה מסוימת על התוצאה המשפטית. מידת ההשפעה תלויה במשקל שניתן לעקרון. בקבלת החלטה יהיו מספר עקרונות שיפעלו במקביל שביניהם נצטרך לעשות איזון.
* **הטענה המרכזית של דוורקין- המשפט מכיל גם עקרונות**. מזכיר 2 פס"ד ע"מ לבסס את טענתו:
* פס"ד ריגס- נכד שרצח את סבו. ביהמ"ש לא נתן לרוצח לרשת מכיוון שממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה. העובדה שביהמ"ש סטה מן הכלל היא שמוכיחה שעקרונות הם חלק אינהרנטי מהמשפט.
* פס"ד הנינגסן- אדם רוכש מכונית ועושה ת"ד כתוצאה מפגם ברכב. חוזה פוטר חברה מלתקן תקלות שנגרמו כתוצאה מפגם בייצור. ביהמ"ש מחליט לחייב את החברה למרות שחוק החוזים פוטר אותה מתוך הנחה שמבחינה מוסרית, ליצרן יש אחריות מיוחדת כלפי הלקוח.
* פס"ד טבעול נ' שף ים- דוג' מישראל: שתי חברות שייצרו מאכלי דגים מוקפאים חתמו בניהן על הסכם שכאשר מפסיק שיתוף הפעולה החברה הפורשת לא רשאית לעסוק בתחום במשך מספר שנים (מחשש לחשיפה ושימוש בסודות עסקיים). שף ים הפסיקה את החוזה והמשיכה לייצר מוצרי דגים קפואים. ביהמ"ש קובע שלמרות הפרת החוזה, זה מותר ע"מ להגביר את התחרות במשק (ביהמ"ש מכריע ע"ב מדיניות).
* **המסקנה של דוורקין**- **העקרונות הם חלק מהמשפט ולכן מחייבים כמו כללים. המסקנה היא שהמשפט איננו מוגבל ע"י כלל הזיהוי כפי שתיאר הארט.** ההסבר של דוורקין חותר תחת כל התפיסה הפוזיטיבית של המשפט מכיוון שהמשפט אינו מוגבל ע"י כלל זיהוי ולא ניתן להגדיר אותו כתחום עצמאי.
* **דוורקין מציע לחשוב על שק"ד בשתי צורות**:
* שיקול דעת חלש- מפעיל שיקול הדעת כפוף לנורמה/כלל ופועל במסגרתה.
* שיקול דעת חזק- השופט לא כפוף לנורמה אלא יוצר משהו חדש.
* **לפי דוורקין, לשופט יש שק"ד חלש כיוון שהוא מפעיל שיקול דעת במסגרת עקרונות שהם חלק מהמשפט.** לעומת **הארט** שיטען שבמקום שאין כלל משפטי, ברקמה הפתוחה של החוק, השופט יפעיל שק"ד חזק.
* **תזת "תשובה אחת נכונה":**
* **החלטות שיפוטיות הן החלטות שמבוססות על סטנדרטים אובייקטיבים ולכן יש להן תשובה אחת נכונה**- השופטים אף פעם לא מחליטים ע"ב העדפה אישית, אלא הם מנסים לקלוע אל התשובה הנכונה.
* **החלטות שיפוטיות אינן עניין של העדפה והן נעשות לפי סטנדרטים לכן גם ניתנות לביקורת-** כיוון שביהמ"ש אף פעם לא מפעיל העדפה אישית אלא פועל לפי עקרונות שנקבעו במשפט.
* **תשובה הנכונה במשפט היא תשובה נכונה תיאורטית**. היא לא תשובה נכונה ריאלית שאפשר להוכיח אותה.
* **למה ראוי להחזיק בעמדה של תשובה נכונה?**
1. **טיעון מקצועי** - להכניס תודעה של שופטים שהם פועלים במסגרת החוק ולכן הם לעולם לא קובעים בעצמם.
2. **טיעון דמוקרטי** - השופט איננו נבחר ציבור ולכן הוא לא קובע את החוק אלא רק מיישם את החוק.
3. **שלטון החוק**- יצירת חוק חדש ע"י הרשות השופטת פוגע בשלטון בחוק- החוק חייב להיות פרוספקטיבי ולהכווין התנהגות. אם ביהמ"ש מתפקד כמעיין מחוקק משנה יש פה אלמנט רטרואקטיבי.
* **סיכום הגישה הנון-פוזיטיבית של דוורקין:**

|  |  |
| --- | --- |
| **עקרונות הפוזיטיביזם** | **דחייתם ע"י דוורקין** |
| המשפט הוא מע' של כללים ספציפיים שניתנים לזיהוי באמצעות קריטריון שבוחן את תוקפם. | עקרונות ומדיניות הם גם חלק מהמשפט והם לא מזוהים ע"י כלל הזיהוי. הם מחייבים כי הם מוצדקים בעיני ביהמ"ש. **כלל הזיהוי אינו השער היחידי לכניסה למשפט.** |
| כשאין כלל שמכסה את המקרה (רקמה פתוחה)- לא ניתן להפעיל את החוק. כאן, ניתן לשופט שק"ד ליצור כלל חדש. | לשופט יש **שק"ד חלש**. כשאין כלל הוא פונה לעקרונות שהם חלק מהמשפט ומחיל אותם. |
| היעדר חובה משפטית בהיעדר כלל. | **יש חובה משפטית גם בהיעדר כלל**, העקרונות והמדיניות נכללים גם הם במשפט. |

* **השוואות:**
1. **דוורקין ומשפט הטבע:**
* **דמיון-** עקרונות מוסריים הם חלק מהמשפט.
* **שוני-** לפי דוורקין, העקרונות הם כבר חלק מהמשפט ולא מוחלים מבחוץ. בנוסף, הוא מתעסק רק מה שקיים כבר במשפט לטענתו (מצוי) ולא כל עקרון מוסרי (רצוי).
1. **דוורקין והפורמליזם:**
* **דמיון-** יש מערכת סגורה של כללים (תזת התשובה הנכונה) ולכן השופט צריך לגלות בתוך המשפט את התשובה, לעולם לא יוצר אותה.
* **שוני-** הפורמליזם לא מכירים בעקרונות, אלא רק בכללים, בעוד שדוורקין כן מכיר. גם, דוורקין מציע פרשנות יותר תכליתית וערכית למשפט (בפן הזה יותר ריאליסט).
* **האם התאוריה של דוורקין מביאה לריסון שיפוטי או לאקטיביזם שיפוטי?**
* **ריסון שיפוטי**- תפקיד השופט הוא ליישם את החוק בלבד -מתוך שיקול דמוקרטי, כך השופט כפוף לחוק. לחיזוק הטענה; באחד ממאמריו טוען ששופט לא יכול לקבוע מדיניות חדשה, אלא רק להמשיך אותה. השופט יתערב בחקיקה הקיימת מתוך שיקולים מוסריים, או באמצעות ביקורת על החלטות המדינה או בפרשנות חוקים אבל לא ימציא מדיניות.
* **אקטיביזם שיפוטי**- באופן מעשי, מאחר שדוורקין טוען שהמשפט הוא ללא גבולות כי כולל בתוכו עקרונות ושיקולי מדיניות, הוא מעניק לשופט ארגז כלים רחב ועשיר מאוד בהכרעתו השיפוטית. מוביל את השופט להיות אקטיביסט.
* ביקורת: דוורקין יוצר מראית עין שמתבססת על שיקול דמוקרטי לטובת זה ששופט יישם את החוק, אבל באופן מעשי התאוריה שלו מובילה את השופט להיות משוחרר מהכללים המשפטיים.

**תורת המשפט של יוסף רז**

* יוסף רז, הוגה ישראלי וממשיכו של הארט.
* **טענתו של רז**- **למשפט גבולות.** מכאן נובע ש:
1. רק נורמות שמתאימות לכלל הזיהוי הן נורמות משפטיות.
2. המשפט צריך להבחין בין נורמות משפטיות לבין נורמות שאינן משפטיות.
3. יש מצבים שאין לגביהם נורמות משפטיות. במצבים כאלה, אין תשובה בדין.
* **לדעת רז מערכת המשפט:**
* כוללת נורמות משפטיות (חוקים).
* ביהמ"ש ממלאים תפקיד כפול: **(1)** מיישבים סכסוכים מוסדרים- בהם מיישם את החוקים; **(2)** מיישבים סכסוכים שאינם מוסדרים- יוצרים נורמות.
* **תפקיד כלל הזיהוי במשפט:**
* **עקרונות משפטיים-** אם ניתן לזהות את העקרון ע"י כלל הזיהוי, אזי הם משפטיים ויש חובה לפעול על פיהם.
* **עקרונות חוץ משפטיים**- אינם חלק מהמשפט, לא ניתן לזהות אותם ע"י כלל הזיהוי, ואין חובה לפעול על פיהם.
* **אבחנה בין עקרון מוסרי לקווי מדיניות:**
* **עקרון מוסרי**- תפקידו **להגביל** (ולא להנחות). נשאל האם הוא פוגע בכבוד האדם, בשוויון, בפרטיות? מאפשרים מספר דרכי פעולה, אך הם מגבילים את המחוקק שלא יפגע בעקרונות צדק או זכויות יסוד.
* **קווי מדיניות**- **מנחים**. מביאים לתוצאה מסוימת שמביאה להשגת המדיניות בצורה המיטבית.
* **אבחנה בין עקרונות תיאוריים לנורמטיביים:**
* **עיקרון תיאורי-** מתאר את המצב הקיים. מאחורי שורה של כללים עומד העיקרון. למשל פרק עבירות המתה בחוק העונשין, כולל הרבה עבירות שמאחוריהן עולה העיקרון של קדושת החיים.
* **עיקרון נורמטיבי-** עוסק בשאלה מה ראוי להיות במשפט? עקרונות על שצריכים להנחות אותנו. למשל קדושת החיים.
* **תפקיד העקרונות:**
* **פירוש כללים**- עקרונות השיטה.
* **יצירת כללים**- ע"י ביהמ"ש.
* **ביקורת כללים**- ניתן לבקר את הכללים המשפטיים ע"י עקרונות, או שיקולי מדיניות.
* **הכרעה ישירה**- השופט מכריע באופן ישיר לפי הנורמות המצויות במשפט, ללא תיווך של כללים.
* **לסיכום, (1)** המשפט כולל כללים ועקרונות שמזוהים ע"י קריטריון. **(2)** במקום בו אין כלל שחל, או עיקרון ברור – אין חובה משפטית. **(3)** לביהמ"ש יש תפקיד כפול: מיישם ומייצר. כלומר נתון לו גם שק"ד חזק.

לקח מדוורקין את קיומם ותפקידם של העקרונות, אבל עדיין יש אבחנה פוזיטיביסטית- הם צריכים להיות **מזוהים ע"י נורמת אב: "כלל הזיהוי"** ובמקום בו אין כלל – אין חובה משפטית. **לפי רז,** יכול להיות שחובה משפטית תוקם מכוח עיקרון. המשפט הוא לא רק מודל של כללים, אלא מחיל גם עקרונות. הוא מבחין אבחנה ברורה בין עקרונות משפטיים לעקרונות חוץ משפטיים.

**בעיית שיקול הדעת בפסיקה**

**פרשת נחמני – ניתוח תורת משפטי:**

* פרשה זו נחשבת ל-**"מקרה קשה"** שמאופיין ע"י 2 תכונות עיקריות: **(1)** אין נורמה משפטית ברורה; **(2)** ישנם שיקולים מוסרים וחברתיים מנוגדים ← פרשת נחמני הוא מקרה בו **אין נורמה מפורשת מכוח הדין** ולכן השופט נאלץ **להפעיל שק"ד.**
* **עובדות המקרה**– בני הזוג נחמני היו חשוכי ילדים (רותי עברה ניתוח להוצאת השחלות) והחליטו להביא ילד לעולם בהפריה חוץ-גופית. הם ביצעו את שלב ההפריה, אך לפני שהספיקו להגיע לשלב ההשתלה בפונדקאית, דני עזב את הבית והקים משפחה חדשה. כעת דני לא מעוניין שרותי תמשיך בתהליך הפונדקאות. המחוזי פסק לטובת רותי ודני ערער לעליון. בעליון נפסק לטובתו ונקבע דיון נוסף.
* **שלוש שאלות משפטיות ומוסריות שעולות מהמקרה**:
1. **מעמד הביציות–** מבחינת משפטית- הדין הישראלי מעניק מעמד לעוברים ולא לביציות (אסור לבצע הפלה אלא אם יש עילה); מבחינה מוסרית- נק' המוצא של השופטים הייתה שהביציות הן קדם-עובריות, זה חומר גנטי משותף ולא היריון, לכן אין לביציות זכות ואין חובה לשמר אותן.
2. **ההסכמה וההסתמכות שבין דני לרותי**- מבחינה משפטית- דני נתן הסכמה לתחילת ההליך אך האם זה תקף לכל ההליך? אין תשובה ברורה השופטים נחלקים; מבחינה מוסרית- נראה שיש חובה מוסרית הואיל ושניהם נכנסו בהסכמה להליך ולרותי יש **אינטרס הסתמכות** גדול מפני שזו ההזדמנות האחרונה שלה להביא ילדים (ניתן לטעון שאין חובה מוסרית כי אי-אפשר לכפות על אדם להיות אבא).
3. **הזכות להיות הורה-** מבחינה משפטית- איזה אינטרס חזק יותר? הזכות להיות הורה או לאו? בהינתן והזכויות שוות, א"א לכפות על דני להיות אב (זכות חיובית) כמו שא"א למנוע מרותי להיות אם (זכות שלילית). אך לכאורה, לפי הדין זכות שלילית לא יכולה לכפות על אדם אחר. מבחינה מוסרית- שופטי הרוב טענו שהזכות להיות אם גוברת בנסיבות המיוחדות של המקרה.
* **השופטים נחלקים לשלוש קבוצות**:
1. **שופטי הרוב**: **יש חלל נורמטיבי ולכן צריך להפעיל שק"ד חזק (הגישה של הארט):**
* **גולדברג**- יש **חלל נורמטיבי** (ולא לקונה- חסר ספציפי) ולכן הדרך הנכונה להשלים את החלל הוא דרך **עקרון הצדק.** עקרון חוץ-משפטי שאומר שצריך לקבוע מה צודק. גולדברג מעדיף את האינטרס של רותי להיות הורה. הוא לוקח בחשבון את הסיטואציה הייחודית של רותי- היא במצב של היעדר חלופות ואינטרס ההסתמכות שלה הוא גדול.
* **צבי טל**- יש לבחון שלושה שיקולים: **(1)** האינטרסים המתנגשים; **(2)** הציפיות הלגיטימיות של שני הצדדים; **(3)** שיקולי מדיניות משפטית ראויה; צבי טל טוען שהאינטרס להיות הורה עולה על האינטרס שלא להיות הורה. הייתה כאן הסתמכות, ולכן יש להשתמש **בדוקטרינת ה"השתק"** (=גם אם הטענה נכונה היא מושתקת מלטעון אותה, בדרך כלל מועלית במקרים של חוסר הגינות).
* **בך**- יש לפעול לפי **שיקולים של צדק**- יש להעדיף את האינטרס של רותי בגלל ההסכמה שניתנה וההסתמכות.
* **טירקל-** יש לפעול לפי **נורמה חיצונית של צדק.** טירקל מדבר על אינטואיציה ותחושות פנימיות של השופט.הוא מצדד ברותי מכיוון ש: **(1)** אינטרס ההסתמכות של רותי וזכותה להיות הורה; **(2)** החיים שהיא עומדת להביא לעולם. פוטנציאל החיים של הביציות המופרות מטה את הכף לטובת שימורם ופיתוחם.
1. **שופטי המיעוט: אין חלל נורמטיבי, ולכן יש שק"ד חלש (הגישה של דוורקין)**
* **שטרסברג-כהן- כל התשובות נמצאות בחוק**: **(1)** מבחינת הדין הביצית המופרית איננה יצור חי; **(2)** מבחינה משפטית לא הייתה הסכמה של דני להמשך ההליך בנסיבות של התפרקות התא המשפחתי; **(3)** הזכות להיות הורה היא חירות שאין מולה חובה משפטית. אלו זכויות שקולות ולכן רותי לא יכולה לחייב את דני להיות אב.
* **זמיר- אין חלל נורמטיבי.** שופט צריך לחפש את התשובה בתוך עולם המשפט. כאשר בוחן את עולם התוך משפט, מוצא שיש תקנות ההפריה החוץ גופית שלומדים מהם את כוונת המחוקק שדרושה את הסכמת הבעל לכלל התהליך. מכאן, לא ניתן לכפות על דני להיות הורו בעל כורחו.
* **אור- יש לחפש את התשובה בדין הקיים.** מבחינה חוזית, ההסכמה לא כוללת הסכמה מראש לכל שלבי ההליך. מעבר לחוזה, יש גם את תקנות ההפריה החוץ-גופית שדורשת הסכמה לכל שלב בהליך.
* **ברק-** ברק עומד על העניין שאין ניגוד בין דין לצדק. **עקרון הצדק נמצא בתוך המשפט**.עקרון זה מוביל את ברק למסקנה שהאינטרס של דני עדיף מהאינטרס של רותי: **(1)** הביצית אינה עובר; **(2)** הורות כרוכה בשותפות ובהעדר הסכמה אין כל אפשרות להתחיל את הליך ההפריה; **(3)** הזכות להיות הורה היא חירות הנגזרת מכב"א והזכות לפרטיות ואינה מטילה חובה על איש.
1. **גישת ביניים: יש חלל נורמטיבי אבל ההחלטה היא במסגרת הדין- שק"ד חלש.**
* **דורנר-** מציגה שתי דרכי פעולה ומעדיפה **איזון ספציפי בין הזכויות.**
* **עקרון הצדק-** עושה איזונים בין העקרונות. טוענת שעקרון הצדק הוא פנים-משפטי (גישה דוורקינית) או לחילופין עיקרון הצדק הוא חוץ-משפטי בהפעלת שק"ד שיפוטי (חלל נורמטיבי) (גישת הארט).
* **עקרון היושר של אריסטו**- יהיו מקרים בהם השופט יצטרך לסטות מהכלל כדי להגשים את תכליתו (גישה יותר ריאליסטית\משפט טבע).הכלל הוא שהורות צריכה להיות תלויה בהסכמה, אבל אפשר לסטות מהכלל מכוח עקרון היושר. ע"י איזון בין האינטרסים של הצדדים במקרה דנן והנסיבות היא קובעת שהסכמתו של דני תקפה לכל הדרך והזכות להיות הורה גוברת בנסיבות המקרה הספציפי. היא מגיעה למסקנה שהאינטרס של רותי עדיף.
* **מצא-** האיזון לא יכול להסתמך רק על תחושת הצדק, הוא עושה גם ניתוח משפטי: שופטי הרוב עשו איזון בין שתי זכויות שהן חירויות ולכן הוא טוען שזה איזון לא נכון ושזו הכרעה סובייקטיבית. הוא מציע חשיבה אחרת על הזכויות: **(1)** זכות עקרונית- קיימת במשפט; **(2)** זכות כללית- יש לאדם זכות לממש את זכותו העקרונית; **(3)** זכות ספציפית- זכות של אדם לממש את זכותו הכללית בנסיבות מסוימות. לדעתו, דני פוגע בזכותה של רותי פגיעה מעיין כללית- כיוון שמכאן היא לא תוכל יותר להיות אם. לעומת זאת, הפגיעה של רותי בדני היא פגיעה ספציפית. מכאן שהפגיעה בזכותה של רותי קשה יותר ויש להעדיף את האינטרס שלה.
* **השופט קדמי-** השופט היחיד שלא מכריע לגבי השאלה התורת משפטית. לדעתו, משלב ההפריה של הביצית ואילך גוברת זכותה של רותי להיום אם (לפני ההפריה גוברת זכותו של דני).

**תורות משפט נוספות**

* **CLS-** בבסיס הגישה הביקורתית למשפט עומדת ההנחה שהעולם המשפטי הוא מעשה ידי אדם ובבסיסו ערכים, אמונות ואינטרסים, כלומר נעשה במשפט שימוש שנועד להעדיף ערכים של שוק חופשי וקפיטליזם על חשבון זכויות של פרטים תוך שימוש במשפט במעין מסווה (תפיסה מרקסיסטית). התפיסה הביקורתית גורסת שיש לחשוף את ההנחות הללו ולבארן מתוך מגמה להביא לשינוי הסדר החברתי, הכלכלי והמשפטי. כמו"כ, עמדה זו מוכיחה שהחלטות של ביהמ"ש נעשות באמצעות שימוש בערכים כלליים, למשל מושג ה"סבירות" והוא מהווה **מסווה** לכל מיני העדפות של שופטים וממחיש ששופט עושה שימוש בשפה משפטית ע"מ להוביל להחלטה ולא קובע ע"פ עקרונות אשר קבועות במשפט.
* **פמיניזם תרבותי**- מזוהה עם כותבת בשם פרופ' קרול גיליגן. היא טענה כי העניין של פמיניזם נמצא במתח עם ליברליזם. ככלל הניתוח המוסרי של זכויות הוא מאד גברי, לעומת תפיסה של נשים שיותר דוגל בקשר בין אישי ובחובות שנוצרות מהקשר הזה. ההתחשבות בנשים במשפט לא באה לידי ביטוי. תפיסה זו מעוררת שאלות, בין היתר, האם השוויון בא לידי ביטוי כאשר נשים עושות דברים כמו גברים או עושות דברים אחרים?
* **פמיניזם רדיקלי**- ישנן תבניות חברתיות ומשפטיות שהן גבריות ומשפיעות באופן מהותי על המשפט. זה זרם פמיניסטי שדוגל במאבק יסודי לשחרור האישה. בהשקפת הזרם הרדיקלי של הפמיניזם, הדיכוי החברתי של האישה הוא עמוק ומבני, ונדרש שינוי יסודי של החברה כדי להביא לשוויון מהותי בין המינים.

**פרשנות משפטית**

* **בעיית הפרשנות- מהו הפירוש הנכון לטקסט?** המתחים:
	+ - * שאלת המחבר והטקסט- כוונת המחבר או כוונת הכתוב?
			* לשון ותוכן- מהו היחס בין לשון ותוכן (=גוף ונשמה)? פירוש מילולי או פירוש תכליתי?
			* טקסט וקונטקסט- כאשר מפרשים טקסט מסוים, הוא נמצא בהקשר רחב יותר ומכאן השאלה האם יש לפרש את הטקסט באופן מבודד או בהקשר שבו משתלב (ספרותי, היסטורי, חברתי)?
* **שתי קטגוריות דרכן אפשר להסביר החלטה שיפוטית:**
1. שיקול דעת – השופט מחדש בהחלטה עצמאית (הגישה של הארט).
2. פרשנות- השופט לא מחדש. ההחלטה שלו מעוגנת בחוק ולכן הוא פועל מכוח מגבלותיו (הגישה של דוורקין).
* **הגדרה בלשנית לפרשנות – פירוש לפי הכוונה שזהה לטקסט** (משה אזרן)- **משמעות הטקסט זהה למשמעות המחבר שלו ואמצעי להעביר את הכוונה של יוצרו.** לכן על האדם לשאול מה התכוון המחבר לומר? הדרך לענות על השאלה **היא באמצעות המילים/התחביר.** לפי הגדרה זו, טקסט לא אמור להעמיד במתח את כוונת המחבר ולשון הטקסט.
* **הירש- מקבל את התיאוריה לעיל ומבחין בין מובן ומשמעות**:
* **מובן =** מה הטקסט אומר (כאן כוונת המחבר תשתקף) - שאלה אובייקטיבית.
* **משמעות =** מה הטקסט אומר לי, לקורא- שאלה סובייקטיבית.
* **לסיכום, הגישה הבסיסית חותרת לכוונת המחבר דרך הבנת המילים והתחביר בטקסט**.
* **פרשנות ספרותית:**
* הטקסט מאופיין **בריבוי משמעויות** ועשוי להכיל **מעבר** **לכוונת המחבר עצמה**: **(1)** רבדים לא מודעים- מחשבות שעולות באופן בלתי מודע; **(2)** רמיזות לשוניות וספרותיות שמוליכות לרעיונות שונים; טקסט יכול להיות יותר גדול ממחברו, להחיל דברים שהוא לא התכוון אליהם במפורש **ולכן הדגש לא יהיה על הפרשנות המילולית של כוונת המחבר אלא הבנת היצירה בכללותה** (המשמעות יותר חשובה מהמובן).
* **פרשנות משפטית:** מה מייחד טקסט משפטי בהשוואה לטקסט היסטורי/ ספרותי?
* טקסט שהתחבר ע"י קבוצה של אנשים; החוק מכיל כללים שנועדו להכיל מספר רב של מקרים ויש לפרש כל מקרה בהתאם לכלל המשפטי (למרות שהכלל לא תקף לכל המקרים); חוק מתקיים לאורך זמן ועליו להתאים לנסיבות משתנות; כל חוק משתלב במערכת כללים מורכבת ולא עומד בפני עצמו. מדובר בפרשנות שונה לגמרי והשאלה המשמעותית שעולה היא **עד כמה הפרשנות צריכה לשקף את כוונת המחוקק?**
* **גישות פרשניות לטקסט משפטי:**
1. **טקסטואליזם (השופט סקליה)- הטקסט הוא הביטוי של המחוקק.** צריך להניח שלמחוקק יש כוונה אובייקטיבית והיא אותה כוונה שעולה בפשטות מן הטקסט. טקסטואליזם היא לא פרשנות מילולית "צרה" או "דווקנית". זו פרשנות סבירה בהתאם להגיון של הטקסט. המאבק של השופט סקליה היה נגד שופטים שמייצרים כוונה באופן מלאכותי וסובייקטיבי. **הצדקה דמוקרטית**- שופטים אינם מוסמכים ליצור חוק. סקליה מציע גישה שמאוד קרובה לגישה הפורמליסטית.
2. **פרשנות נאמנה "תלתא משמע" (השופט חיים כהן)-** בונה **פירמידה פרשנית** בהנחה שהנאמנות הראשונה לא נותנת מענה, אזי יהיה לפנות לשנייה וכן הלאה.
* **נאמנות ללשון החוק**- נאמנות זו נובעת משלטון החוק. דרך הלשון יש לנו וודאות, פומביות ושוויון.
* **נאמנות לרוח המחוקק** (=תכלית החוק)- יחס בין התכלית לכוונה – "חוק ללא טעם הוא גוף ללא נשמה. הטעם נותן לחוק חיים (=מובן) והטעם נותן לחוק צדק.
* **נאמנות לרוחו של המחוקק** (=עקרונות היסוד)- הוא מזכיר שני עקרונות: דמוקרטיה וחירות.
* **בהשוואה לסקליה**- סקליה יטען שחיים כהן מכניס את התכלית לשאלת הפרשנות ואילו חיים כהן יטען שמדובר במדרגה שנייה, רק במקרה שהלשון לא הביאה לפתרןן. כמו"כ, בשונה מסקליה, כהן טוען שלא ניתן להבין כלל משפטי, מבלי להבין את תכליתו- הכלל אינו שרירותי.
1. **תורת הפרשנות של דוורקין (Law as integrity) -**. **פרשנות חייבת לעגן את הרצוי (=רעיונות מופשטים הנמצאים בחוק) בחוק המצוי** = החוק במובן הרחב.
* **קונבנציונליזם ופרגמטיזם: קונבנציונליזם –** מבט לאחור; לחקיקה ולתקדימים. ביקורת- מביא לפתרון לא יעיל במקרה הקונקרטי. **פרגמטיזם-** מבט לפנים; לפתרון הנכון. ביקורת- בעיית לגיטימציה. תפקידו של השופט הינו להכיל את החוק. פוגע בוודאות ובסוב' של השופט. דוורקין לא בוחר באף אחד מהקטבים הללו, אלא מציג גישה שלמערכת משפטית שלמה המחויבת מצד אחד למסורת המשפטית מחד ומצד שני לפתרון הצודק.
* **פרשנות ספרותית- התזה האסתטית**(מנוסחת ע"י דוורקין):הפרשנות הטובה צריכה להאיר את היצירה הספרותית **באור הטוב ביותר*.*** דוורקין לא שולל חסרונות, הוא טוען שצריך להתחיל באופן שמפרש את היצירה באופן טוב ורק אז לבקר אותה. **ביקורות:**
* התזה האסתטית היא **סובייקטיבית**. דוורקין עונה שהעובדה שלא ניתן להוכיח מהו הפירוש הטוב ביותר אינה קובעת שאין תיאוריה טובה ביותר. כלומר, מבחינה תיאורטית יש לשאוף להציג את היצירה באופן היפה ביותר.
* **התיאוריה איננה תואמת את כוונת המחבר.** דוורקין עונה שהתיזה האסתטית לא שואפת להגיע לכוונת המחבר. כוונת המחבר אינה מכריעה. יש כוונות לא מודעות. אפשר להחליט שמה שמעניין אותנו זה היצירה ולא הכוונה.

**מכאן, דוורקין מציע את תרגיל רומן השרשרת -** נותנים משימה לקבוצה של מחברים לכתוב רומן בדרך שבה כל מחבר כותב פרק אחר. מהם עקרונות הפעולה שלפיהם צריך לפעול כל מחבר?

1. **עקרון ההתאמה-** חייבים ליצר התאמה לפרקים הקודמים. צריך להמשיך את העלילה, להיות נאמן לאופי הדמויות וכדומה.
2. **הארת היצירה באור הטוב ביותר-** הפרק החדש צריך להקרין אחורה על היצירה את האור היפה ביותר.
* **פרשנות משפטית**- יש לראות את השופט כמחבר פרק ביצירה משפטית. קנה המידה של 'היפה ביותר' משתנה בהקשר המשפטי ל'צודק ביותר. *הפרשנות המשפטית הטובה היא זו שמאירה את המשפט באור הצודק ביותר.*
1. **התאמה –** פס"ד צריך להתאים למסורת המשפטית. השופט כפוף לחוקים, נורמות חוקתיות וכו'.
2. **האור הטוב ביותר-** פסק הדין צריך להאיר את השפט באור הצודק ביותר. **עקרון הצדק, ההגינות והליך הוגן.**
* **קביעות משפטיות הן אמיתיות אם הן נובעות מ-/מתאימות לעקרונות של צדק, הגינות והליך הוגן. כמו"כ, מספקות את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה.**
* מחד, דוורקין קרוב **לפורמליזם המשפטי** – טוען שהמשפט הוא מערכת שלמה (תזת "התשובה הנכונה") ולשופט אין שק"ד חזק. מאידך **קרוב לריאליזם**- הוא לוקח בחשבון שיקולי צדק בפרשנות. דוורקין לא מגביל את הערכת השופטים ל-"רקמה הפתוחה" השופט הוא פרשן לכל אורך החוק.
1. **תורת הפרשנות התכליתית של אהרון ברק- יש לתת לטקסט משפטי פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט.** ברק מייצר תיאוריה פרשנית לכל הטקסטים המשפטיים למיניהם (הופך להלכה למעשה).
* **מהי תכלית? מושג נורמטיבי** (להבדיל מכוונה- מושג פסיכולוגי סוב'). לפיכך, התכלית היא **מושג דינמי ו**יכולה להשתנות עם הזמן. נק' המוצא היא שלכל נורמה משפטית יש תכלית שרוצים להגשים. הפרשנות התכליתית מבחינה בין:
* **תכלית סובייקטיבית =** התכלית שקבע יוצר הנורמה- כוונת המחבר/ המחוקק.
* שיקול להתחשבות בתכלית הסובייקטיבית – הפרדת רשויות, שלטון החוק (עקרונות דמוקרטיים).
* **תכלית אובייקטיבית=** התכלית שעולה מן הנורמה ומסביבתה החוקית. **התכלית האוב' היא מושג מורכב**. היא כוללת את התכלית של הנורמה הספציפית (הסעיף בחוק), את התכלית של החוק כולו, את התכלית של הענף המשפטי וגם את העקרונות של השיטה (עקרונות חוקתיים). לבסוף יש לבצע איזון בין התכליות השונות.
* שיקולים להתחשבות בתכלית האובייקטיבית-שהחוק משתלב בשיטת המשפט. הוא לא עומד בפני עצמו. ברגע שנתנו אותו במשפט אנחנו חייבים לפרש אותו באופן הרמוני במערכת המשפט.

**היחס בין התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית משתנה בין טקסטים משפטיים שונים:**

1. **צוואה-** טקסט משפטי שהיה לו מחבר אחד והתכלית של הצוואה היא להגשים את רצון המצווה. לכן, התכלית **הסובייקטיבית** היא הגורם המכריע.
2. **חוזה-** הואיל וחוזה הוא מסמך שנעשה בין יותר מצד אחד יש משקל מכריע לכוונת הצדדים. בנוסף, יש ליתן משקל לעקרונות כמו תו"ל, תקנת הציבור וכו'. מכניסים למושג הפרשנות תכליות נוספות. המרכז זה התכלית **הסובייקטיבית**.
3. **חוק-** ניתן משקל גדול יותר לתכלית **האובייקטיבית**. הסיבות –**(1)** החוק חל על כלל אזרחי המדינה - התכולה של החוק היא רחבה. **(2)** החוק משתלב במארג שלם של חוקים ועקרונות- ההשפעה של הסביבה המשפטית היא קריטית. **(3)** החוק מתקיים זמן רב, על מרחב גדול של זמן ומקרים הרבה מעבר למה שהמחוקק יכול היה לצפות.
4. **חוקה-** בחוקה הכי פחות נותנים מקום לכוונת המחוקק. נתינת משקל מקסימלי לתכלית **האובייקטיבית**. לדוג', חו"י כבו"ה וחירותו (פס"ד קעאדן).
* **מרכיבי הפרשנות התכליתית:**
* **לשון**- הלשון משרטטת את גבולות הפרשנות. ברק מסתכל על הלשון באופן גמיש, כל ביטוי לשוני מכיל ממד של עמימות או ריבוי משמעות - מלאכת הפרשנות לעולם לא מסתיימת בלשון, אלא יש להיעזר בתכלית.
* **תכלית**- מושג נורמטיבי. הפרשן צריך לגלות את הפרשנות האובייקטיבית והסובייקטיבית של הטקסט\החוק.
* **שיקול דעת**- ברק מחדש בכך שטוען שמלאכת הפרשנות כוללת בתוכה הפעלת שק"ד. בשלב השיקול דעת צריך לעשות **איזון** בין כוונה ותכלית אובייקטיבית. איזון בין תכליות מרמות הפשטה שונות, איזון המתאים לסוגי טקסטים משפטיים, קביעת היחס בין התכלית ללשון. כל ההכרעות האלה, הן הכרעות שבשיקול דעת. ברק מכניס בפרשנות מרכיב של שק"ד מכיוון שבהליך הפרשנות יש בחירות, יש הכרעות.
* **השוואה בין ברק להארט-** הארט טוען שצריך להפעיל שק"ד רק ברקמה הפתוחה, בעוד שברק טוען ששק"ד מופעל בכל שלב בחוק.
* **השוואה בין ברק לדוורקין-**
* לא מקבל את עקרון הצדק וההגינות כעקרון יחיד- יש עקרונות אחרים שנלקחים בחשבון בתכלית האובייקטיבית.
* דגם רומן השרשרת אינו ממצה. לעיתים שופט מוגבל יותר ולעיתים חופשי יותר.
* ברק לא מקבל את תזת תשובה נכונה אחת ולכן השופט מפעיל שק"ד גם בהליך הפרשני.
* ברק סבור שלשופט יש שק"ד חזק. יש לו יכולת בחירה בין האפשרויות השונות.

**היצירה השיפוטית לסוגיה- הניתוח של ברק**

* **ברק מסווג את היצירה השיפוטית**: גם כאן ברק סוטה מדוורקין שסובר שכל החלטה שיפוטית היא בגדר פרשנות. ברק סובר שפרשנות זה סוג מסוים של פעולה ויש פעולות אחרות שבגדר השלמת חסר ופיתוח המשפט.
1. **פרשנות**– מקום בו השופט נדרש לתת משמעות לטקסט, דבר חקיקה או פס"ד. בדר"כ **השאלה היא קביעת היקף ההתפרסות** (האם הכלל חל על המקרה הזה?). כאן לפי ברק, השופט צריך לבצע פרשנות התכליתית. התוקף הנורמטיבי של ההכרעה השיפוטית נגזר מהתוקף של הנורמה המתפרשת: חוק יסוד, חוק, תקנה, פסק דין. למשל, אם ביהמ"ש קבע שחו"י כבודה"א כולל גם שוויון, מעתה השוויון הוא חלק מחוק היסוד.
2. **השלמת החסר הגלוי (לקונה)-** חסר הוא חלל בתוך הסדר משפטי קיים (אבן חסרה בקיר של לבנים). אם אין קיר בכלל, אין הסדר נורמטיבי- זה מצב של **חלל נורמטיבי**. במקרה שמזהים חסר צריך להבחין בין:
* **חסר סמוי**= החוק הסדיר את המקרה אבל החלת הכלל לא תעלה בקנה אחד עם כוונת המחוקק והתכלית. בחסר סמוי ההשלמה של ביהמ"ש לא מתפקדת כחוק אלא כהלכה.
* **חסר גלוי**= **חסר במובן הצר**. מקום בו המחוקק היה אמור להסדיר נושא ואנחנו רואים באופן גלוי שיש חסר. ישנן כמה דרכים להתייחס לחסר גלוי:
1. מה שלא הוסדר בחוק נשאר במתכונת הקודמת (מה שהיה קודם לכן נשאר)
2. הסדר במשתמע– החסר הוסדר במשתמע בדרך של מעיין פרשנות (בדרך של קל וחומר).
3. הסדר שלילי- מה שלא הוסדר בחוק, יוסדר **להיפך.** (בדין הפלילי כך נהוג לפרש).
4. חסר הטעון השלמה– אם מדובר בלקונה הטעונה השלמה יחול על המקרה **חוק יסודות המשפט**. ההשלמה תהיה במדרג: **(1) דבר חקיקה; (2) הלכה פסוקה; (3) היקש; (4) עקרונות הצדק, החירות היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל.** בישראל חוק יסודות המשפט מעניק לביהמ"ש סמכות להשלים חוק והמשמעות היא שהשלמת החוק היא **בתוקף של חוק.**
* על השלמת חסר חל **דין השיור** (חוק יסודות המשפט). קרי צריך להשלים חסר בהתאם לחוק. ברק טוען שלהשלמת חסר יש תוקף של חוק. לפיכך, אם אין תשובה לשאלה משפטית בחקיקה, בהלכות או בהיקש, יש להכריע לאור עקרונות הצדק, החירות, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל (שיטה אנגלו אמריקאית).
1. **פיתוח המשפט-** מקרה של חלל נורמטיבי, נושא שלא הוסדר בכלל בחוק (לדוג': פרשת נחמני). ביהמ"ש הוא זה שמשלים. הסמכות של ביהמ"ש להשלים היא דרך המסורת המשפטית של המשפט המקובל והתוקף הנורמטיבי של ההלכה הוא **כהלכה פסוקה** – הכרעה של ביהמ"ש. עקרונות הפעולה:

**זכויות**

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **מובן הזכות** | **המושג הקורלטיבי** | **הקשר** |
| **זכות במובן הצר (תביעה)**  | חובה  | זכות מקימה חובה אצל אדם אחר. |
| **חירות**  | היעדר זכות/חובה  | השאלה אם יש חירות תלויה בהיעדר זכות של מישהו אחר לתבוע/לחייב את בעל הזכות. |
| **כוח** | כפיפות | כאשר לאדם יש כוח, יש אדם אחר הכפוף לו. לדוג'- אשר אדם כותב צוואה, יורשיו כפופים לה. |
| **חסינות** | היעדר כוח | אם למישהו יש חסינות, זה אומר שלמישהו יש היעדר כוח כנגדו. לדוג'- כאשר לאדם יש ייפוי כוח בלתי חוזר יש לו חסינות מפני שינוי ייפוי הכוח. |

* **ניתוח מושג הזכות:**

|  |  |
| --- | --- |
| **זכות תביעה** | **חובה** |
| **חירות** | **היעדר זכות** |
| **כוח** | **כפיפות** |
| **חסינות** | **היעדר כוח** |

* לא' יש **זכות תביעה** אם לב' יש חובה כלפיו.
* לא' יש **חירות** אם אין לו חובה.
* לא' יש **כוח** אם יש לו היכולת לשנות את המצב המשפטי של אדם אחר.
* לא' יש **חסינות** אם לב' אין כוח כלפיו.
* לפי הופלד המושגים האלה ממצים את מונח הזכות. **זכות וחירות מתארים מצב משפטי** במישור הראשוני שחל על הפרטים.במישור השני, **חסינות וכוח משנים את המצבים הראשונים**.
* **אשכול זכויות:** זכות אחת יכולה לכלול מגוון היבטים מהטבלה לעיל. כשיש זכות מסוימת, השאלה אם היא מצמיחה את כל היבטיה זו **שאלה נורמטיבית** (הכרעה מדינית) ולא אנליטית (ניתוח). לדוג':
* **פרשת נחמני**- הדיון נסב סביב השאלה האם הזכות היא חופש או תביעה; אם תביעה- רותי יכולה לתבוע את זכותה להיות אם; אם חופש- לא ניתן לתבוע את דני כדי להגשים את זכותה.
* **בעלות בנכס**- יכולה לכלול את כל ההיבטים: **תביעה**- לתבוע מאדם שלא יכנס לנכס; **חירות**- לעשות כל דבר בנכס; **כוח**- להעביר את הזכויות בנכס; **חסינות**.
* **הזכות לחיים**- ניתן לפרשה בכמה מובנים. הפירוש משפיע על היקפה: **חירות**- אף אחד לא לתבוע ממני לא לחיות; **זכות שלילית**- תביעה שאדם אחר לא יסכן אותי; **זכות חיובית**- המדינה חייבת להבטיח לי ביטחון.
* **זכות (תביעה) חיובית ושלילית**-
* **זכות חיובית-** דורשת אספקה של נכס/שירות;
* **זכות שלילית-** דורשת אי התערבות.
* **אין זכות בלי חובה אך יש חובה בלא זכות**- לדוג' -יש חובה לתת צדקה אך לעני אין זכות לתבוע זאת ממני.

**תורת הזכויות של רז**

* **מי יכול לשאת זכויות**? פרט יכול להיות נושא זכויות אם הרווחה שלו בעלת ערך עליון (אולטימטיבי) או אם הוא אישיות מלאכותית (תאגיד).
* רווחתם של בני האדם היא בעלת ערך אולטימטיבי ולכן רק הם יכולים להיות בעלי זכויות.
* תאגידים הם בעלי זכויות למרות שאינם בעלי ערך אולטימטיבי (יש להם ערך אינסטרומנטלי). אולם, יש להם זכויות כלכליות, ולא זכויות אדם (למשל חירות).
* לבעלי חיים לא יהיו זכויות משום שהרווחה שלהם אינה ערך עליון.
* **מה זה אומר להיות בעל זכות?** יש 2 תורות:
1. **תורת הרצון**- קיומה של הזכות תלויה ברצונו של בעל הזכות.
2. **תורת האינטרס-** קיומה של הזכות תלויה באינטרס של בעל הזכות. מכירים לאדם בזכותו מאחר ויש לו אינטרס מסויים. אין תלות ברצונו האישי.
* לפי רז הזכות תלויה באינטרס של האדם, ולא ברצון שלו: הזכות לחינוך, לחיים, לחירות. לאדם יש זכויות אלה לא בגלל שהוא רוצה בהן, אלא כי יש לו אינטרס בקיומן. **הוא מוסיף** **רובד נוסף**: לX יש זכות אם הוא יכול שיהיו לו זכויות ואם יש לו אינטרס שמהווה טעם מספיק להכרה בזכות זו, שבגינה תוטל חובה על אדם אחר. **ההנחה**: מושג הזכות יגרור אחריו חובה. לכן צריך להגדיר את האינטרס כחשוב.
* האם ניתן לוותר על זכויות? נק' המוצא היא שזכות לא מבוססת על הרצון אלא על אינטרס- נמדד בצורה אובייקטיבית. לכן, לא ניתן לוותר על הכרה בזכויות. לדוג'-
* **הזכות לחיים**- אדם חולה סופני וסובל. האם יכול לוותר על הזכות לחיים שלו? רוב המדינות אוסרות זאת.
* **פס"ד של העליון**- המשטרה עצרה אדם ברחוב כדי לבדוק אם הוא מחביא סמים בתחתונים והם אמרו לו שילך איתם למקום סגור לצורך הבדיקה. הוא אמר להם שהם יכולים לחפש עליו ברחוב ומצאו לו סמים בתחתונים. הוא תבע את המשטרה בטענה לפגיעה בכבודו. העליון קבע: המשטרה לא יכולה לראות בזכות לכבוד כזכות שניתן לוותר עליה. לזכות לכבוד יש אינטרסים חשובים, גם אינדיבידואלי וגם בעלת ערך חברתי, ואינטרסים אלה לא מאפשרים לפגוע בכבודו של אדם, גם אם הרשה זאת.
* **היחס בין חובות לזכויות:**
* **זכות** **אינה קורלטיבית** **לחובה** (אם יש לי זכות לא אומר שיש חובה), אלא, **זכות מצדיקה קיומה של חובה-** ההכרה ב"זכות" של אדם יכולה להיות הצדקה להטלת חובות מסוגים שונים על אדם אחר.
* היחס בין החובה לזכות הוא **דינמי** ולא סטטי. לדוג'- חופש הביטוי – בסיס הזכות הוא חירות. החירות היא רזה יחסית משום שאין לאף אחד חובה לשמוע אותו. רז יטען כי הזכות יכולה להתפתח לתביעה- אם אמצעי תקשורת מסרב לפרסם דעה מסוימת, יהיה אפשר לתבוע על הפרת חופש הביטוי. החירות היא גרעין אבל היא יכולה להתפתח מעבר לכך.
* **היחס בין זכות עיקרית לזכות נגזרת:**
* **זכות עיקרית (ליבה)-** יש לה אינטרס חשוב שעומד בבסיסה (למשל חופש הביטוי, שהאינטרסים בבסיסו הם יתרונות פוליטיים).
* **זכות נגזרת (בת)-** זכות שאין לה הצדקה בפני עצמה, אין לה אינטרס שמצדיק הטלת חובה בגין הכרה בה. אך היא נגזרת מהזכות העיקרית. לדוג'- זכות עמידה על הידיים- נגזרת מהזכות לחירות.
* לפעמים במשפט חוקתי עושים שימוש במונחים אלו במובן אחר. למשל ברק פיתח זכויות נגזרות (שוויון, ביטוי וכו') מכבוד האדם (זכות עיקרית). אם נתייחס לזכויות אלו במובן של רז – לא צריך לתפוס אותן כנגזרות אלא כעיקריות. לדוג', ;חופש דת הוא אינטרס מספיק כדי להטיל חובות על אחרים.