|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| הוגי דעות | **רקע** | **מושג החובה**  | **מושג החוק בעיניו** | **מערכת המשפט בעיניו** | **פוזיטיביזם/ משפט הטבע** | **המוסר בעיניו** |
| אפלטון | תלמידו של סוקרטס פילוסוף יווני שפעל במאה החמישית לפני הספירה |  | חוק אמיתי נכתב ע"י אנשים מלומדים. חוק שאיננו משקף עקרונות צדק הוא איננו חוק. החוק עוסק בגילוי האמת. יש חוקים ניטרליים כמו לנסוע בצד ימין של הכביש.  | המשפט צריך להיות גילוי של האמת/ רעיון מופשט של הצדק. עקרונות טבעיים בלתי ניתנים לשינוי.  | משפט הטבע | זיקה פנימית בין החוק למוסר.  |
| אריסטו | אריסטו היה תלמידו של אפלטון |  | לחוק המדינה שני מקורות: עקרונות הצדק הטבעי שאינם כפופים לחוק והסדרים שונים שהחוק קובע שצריך לעשות אותם כי ככה כתוב בחוק כמו לנסוע בצד ימין של הכביש. החוק כללי מידי והמציאות יותר מורכבת ממה שניתן להביא לידי ביטוי בחוקים.  | למשפט יש שני מקורות: יסוד טבעי- השפיטה מחויבת לה גם בלי קביעת המחוקק. יסוד פוזיטיבי- חוקים שנקבעו לפי דעת המחוקק, המשתנים בין שיטות משפט. משפט הטבע זה מערכת על חוקתית שיש לעמוד בה. עקרונות טבעיים ניתנים לשינוי. | משפט הטבע- הצדק הטבעי הכרחי לקיום קהילתי.  | יש בטבע יסוד מוסרי ונורמטיבי.לכל אובייקט יש תכלית אובייקטיבית שהיא חלק מהטבע שלו ולשמה הוא נוצר. מוסר הוא קביעה מדינית- לא לנסוע בצד ימין זה לא מוסרי כי המדינה החליטה.  |
| קיקרו  |  |  | הלגיטימציה של החוק נובעת ממשפט הטבע.  | האל יוצר את החוק על בסיס משפט הטבע. משפט הטבע קודם למדינה והמדינה לא יכולה לשנות את חוקי הטבע, חוקי הטבע הם נצחיים.  | משפט הטבע | המוסר הוא החוקה של החוק והחוק צריך לעמוד בהתאם למשפט הטבע- המוסר.  |
| אוסטין- תורת הפקודה | אבי הפוזיטיביזם. נולד בבריטניה בתחילת המאה הקודמת תלמידו של בנת'אהם- אבי תורת התועלתנות | אדם נמצא תחת חובה אם לדרישה של החובה והאמירה הזאת מצורף איום בסנקציה. | כלל מדריך שניתן בידי אישיות תבונית אחת לאישיות תבונית אחרת. חוק- פקודה כללית הוראה לעשות פעולה מסוימת באופן קבוע שאם לא יעשו אותה יהיה סנקציה.  | חוקים שבני אדם מוסמכים קובעים אחד לשני. המשפט הפוזיטיבי הוא חוק המדינה. אין משפט בלי כוח, אם אין כוח אין חובה. מי שיכול לתת פקודה הוא האדם שיכול לממש את הסנקציה הנקבעת ע"י הריבון- מי שחייבים לציית לו ולא חייב לציית לאחרים.  | פוזיטיביזם- אובייקטיבי, קיים מחוץ לתפיסה הסובייקטיבית של האדם.  | המוסר נפרד מהחוק.  |
| קלזן- תורת משפט טהורה | הוגה אוסטרי ממוצא יהודי.  | חובה נורמטיבית- מה שיוצר חובה זה רק נורמה חברתית מסוימת, לא הריבון ולא הסכמת העם. החובה לא נוצרת מכוח, רק מנורמה. | הלגיטימציה של החוק נובעת מהנורמה הבסיסית- "יש לציית לחוקה".  | המשפט הוא תחום נפרד מהמוסר, מערכת של נורמות היוצרות סדר חברתי שנאכף ע"י המדינה. כל נורמה משפטית מקבלת תוקף מהנורמה שקדמה לה: חוקה> חוקי הכנסת> חוקי עזר ותקנות. הנורמה עליה החוקה נשענת היא הנורמה הבסיסית- "יש לציית לחוקה".התוקף של הנורמה הבסיסית נובע מהתוכן שלה.  | פוזיטיביסטי | המוסר הוא מערכת לא רציונלית, סובייקטיבית הנובעת מרגש. אין דבר כזה אמת מוסרית לדעתו.  |
| הארט | אנגלי, פילוסוף מהמחצית הראשונה של המאה ה-19. מבקר את תורת הפקודה | חובה נורמטיבית היא חובה שראוי לעשות מטעמים משפטיים ומוסריים. איום לא יוצר חובה נורמטיבית. אני חייב לעשות דבר מה בגלל שיש לי טעם חזק לעשות אותו, לא בגלל הפעלת כוח. כאשר יש גינוי להתנהגות ניתן לומר שיש חובה התנהגותית.  | חובה משפטית מחייבת שיהיה כלל שמטיל חובה, הכלל קבוע בחוק ויש ביקורת על מפרי הכלל המתבטאת בענישה.הבחנה בין שתי נקודות מבט על החוק: חיצונית- מי שמשקיף על החוק מבחוץ, יכול לתאר את המציאות אבל לא רואה טעם לפעולה, חושש מהסנקציה. פנימית- הפנמת החוק, הכלל הוא טעם לפעולה.  | ביהמ"ש לא תלוי בריבון. המשפט הוא לא רק חובות, לפעמים הוא גם נותן זכויות. הריבון כיום כפוף לחוק. מערכת המשפט מורכבת מכללים ראשוניים- חובות שמופנים אל פריטים בחברה וחלים על החברה. וכללים משניים- מוסדות שמגדירים ומאפשרים ליצור את הכללים הראשוניים. יש שלושה סוגים של כללים משניים: 1. **כלל זיהוי**- מזהה את המקור לחוק. 2. **כלל שינוי**- קובע איך לשנות חוק. 3.**כלל שפיטה**- מעניק כוח וכיצד לשפוט. לא צריך לערבב בין המשפט והמוסר.  | פוזיטיביסטי | המוסר הפוזיטיבי- המוסר הנוהג בחברה, כללים שמביאים לביקורת חברתית. מוסר אידיאלי- עניין סובייקטיבי. ההכרה שלי, הכללים שאדם מאמין בהם באופן אישי, החובה באה מתוך הכלל.  |
| פולר  |  |  | חוק שאינו מוסרי הוא לא חוק ואין לציית לו.  | נצליח להשיג נאמנות לחוק ולהכווין התנהגות רק במצב בו החוק ישקף את המוסר, משום שאז האזרחים ירגישו חובה לציית לו. מהות מערכת המשפט – הכוונת התנהגות באמצעות כללים. **שלטון החוק.**אי אפשר לעשות הפרדה מלאה בין משפט ומוסר. | משפט הטבע הפרוצדוראלי | מבחין בין מוסר פנימי לחיצוני. החוק חייב להיות בנוי על יסודות מוסריים. חוק לא מוסרי באופן קיצוני הוא לא חוק. מוסר חיצוני- מה שאנחנו רואים כמוסר, שוויון, אי אפליה. מוסר פנימי- כללים פנימיים לקביעת החוק- בהירות החוק, אופן פרסום החוק וכד'. אם לחוק אין מוסריות פנימית אז בהכרח גם אין בו מוסריות חיצונית, ולכן החוק לא מוסרי.  |

**עקרון היושר וההגינות-** אריסטו. תמיד יהיו מקרי קצה, גם לפי משפט טבע וגם לפי הפוזיטיביזם. כל חוק כללי מידי ולא תמיד ניתן להחיל את כל המקרים בחוק. ברגע שיש ניגוד בין מטרות החוק לצדק יש להפעיל את עקרון ההגינות. ההגינות מצריכה סטייה מן החוק. זה יעשה לפי אריסטו אם השופט ישים את עצמו בנעלי המחוקק. אם השופט מתנגד לחוק אז החוק הוא רע, ואין לשופט סמכות לבטל. אם השופט מתנגד ליוצא מן הכלל, המחוקק לא חשב על המקראה שבא לפניו והתיקון מוטל על השופט (פס"ד ריקס).

**פקודה ספציפית**- אוסטין. לעשות פעולה מסוימת במקום וזמן נתונים.

**פקודה כללית**- אוסטין. הוראה לעשות פעולה מסוימת באופן קבוע. פקודה כללית= חוק.

פקודה היא דרישה שיש בצידה סנקציה-> סנקציה יוצרת חובה-> חוק שיוצר חובה חייב להיות פקודה-> פקודה כללית הקובעת הוראה לא מסוימת וקבועה-> חוק.

**תורת הפקודה** (אוסטין)- לכל פקודה יש חובה ולצידה סנקציה.

**כללים שמטילים חובה**(הארט)- כללים שאומרים לנו איך לנהוג וכיצד לנהוג (חוק העונשין).

**כללים שמטילים כוח**- (הארט) כללים שנותנים כוח ליצור חובה לאדם אחר.

**חובה נורמטיבית** (הארט)- חובה שראוי לעשות מטעמים משפטיים ומוסריים..

**איום** (הארט)- אילוץ אחר לעשות משהו פיזי בהטלת סנקציה, איום לא מטיל חובה.

**הכשל הנטורליסטי (**קלזן**)-** אין בהכרח קשר בין העובדות הקיימות בעולם לבין הנורמות הרצויות במשפט.

**האפקטיביות של השיטה (**קלזן**)-** מערכת משפט צריכה להיות אפקטיבית ולקבל את הכוח שלה ע"י המדינה.

**יחסים דינאמיים (**קלזן**)-** הענקת כוח לנורמה משפטית ליצור נורמות נוספות. 0נותן כוח).

**יחסים סטטיים (**קלזן**)-** נורמה עליונה מגבילה נורמה תחתונה. למשל, הגבלת זכויות הכנסת בידי חוק יסוד.

**הנורמה הבסיסית (**קלזן**)-** עליה מתבססת פירמידת הנורמות, "יש לציית לחוקה".

**כללים ראשוניים** (הארט)- חובות שמופנים אל הפרטים בחברה וחלים על החברה.

**כללים משניים** (הארט)- המוסדות שמגדירים מהם הכללים הראשוניים, חוקים שמגדירים סדר ומאפשרים ליצור את הכללים הראשוניים. שלושה סוגים לכללים משניים: כלל זיהוי, כלל שינוי, כלל שפיטה.

**כלל זיהוי (**הארט)- מזהה את המקור לחוק. מה ומי קובעים את החוק. מקור המשפט יכול להיות החוק, ספר התנ"ך. כלל הזיהוי מצביע על הגורם שיצר את החוק. התוכן של כלל זיהוי משתנה משיטה לשיטה. "יש לציית לחוקה" זה כלל זיהוי, הוא מזהה שמקור החוק הוא בחוקה. תפקידו: יצירת וודאות, מתן תוקף.

* **כלל זיהוי פשוט-** מזהה מקור משפטי אחד, למשל חוקה.
* **כלל זיהוי מורכב-** מונה כמה מקורות משפטיים. באנגליה- חוקה, מחוקק, בתי משפט, מנהג. במצב כזה יהיה מדרג לכללי השפיטה.
* **זיהוי ישיר-** המקורות לחוק נפרדים ולא נתלים זה על זה. הם עצמאיים. בתי המשפט לא כפופים לכנסת וכן הלאה.
* **כלל זיהוי ע"י גזירה-** כל מקור מקבל את הזיהוי שלו והתוקף שלו מהקודם.

**כלל שינוי** (הארט)- מערכת כללים שקובעת איך משנים את החוקים, מעניקים כוח לאדם או גוף לשנות את החוקים. מגדירים מוסדות חקיקה.

**כללי שפיטה** (הארט)- מגדירים את המוסדות, סמכות השיפוט, דרכי השפיטה.

**התיאוריה הפוזיטיביסטית**- המשפט הוא תחום סגור בעל כלל אב. המוסר הוא חלק מהמשפט רק אם המשפט מאמץ אותו.

**משפט הטבע-** אין גבולות למשפט והמשפט צריך להיות מותאם למוסר. המוסר עומד מעל המשפט.

**ביקורת אנליטית לפוזיטיביזם-** כשביהמ"ש מפרש חוקים הוא נאלץ להיכנס לשיקולים מוסריים, המונחים המשפטיים מעורפלים בכוונה כך שניתן לנתח אותם לפי עקרון המוסר. (מענה- הארט אומר שהגרעין ברור ורק השוליים לא).

**הביקורת המוסרית לפוזיטיביזם**- קבלת חוק מחייב בלי בחינה מוסרית שלו היא מסוכנת. (מענה- השאלה היא לא מה החוק הראוי אלא מה החוק הקיים).

**ארגון הנורמות במערכת פורמלית-** במימד אנכי: תיאור מערכת נורמות והפרדה בין מדרגים שונים של נורמות. במימד אופקי: ארגון הנורמות המשפטיות וענפי המשפט (קניין/ חוזים/ חוקתי).

**שק"ד חזק**- (הארט) השופט קובע את הכללים ולא רק מיישם. לפי הארט שק"ד חזק יהיה ברקמה הפתוחה של החוק.

**שק"ד חלש** (הארט)- השופט לא יוצר דין, רק מיישם.

**בעיית התקדים** (הארט)- התקדים יוצר הכרעה לפי מקרה ספציפי.

**שק"ד חזק** (דוורקין)- במקום שבו מפעיל שק"ד אינו כפוף לנורמה, הוא פועל באופן חופשי והוא מחליט.

**שק"ד חלש (**דוורקין)- מפעיל שיקול הדעת כפוף לנורמה.

**עקרון (**דוורקין)- עקרון לא מכתיב תוצאה ולא חל בדרך של הכל או כלום. עקרון לא פועל לבד ותמיד נצטרך לאזן.

גישות פרשניות למשפט:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| גישה  | רקע | מושג החובה | מושג החוק לפי גישה זו | מערכת המשפט  | פורמליזם/ ריאליזם | מוסר  |
| פורמליזם  | תיאוריה של המשפט.  | הדגשת הצורה לעומת התוכן. חוק הוא הפרשנות המילולית של מה שכתוב בו.  | פועלים לפי מה שהחוק אומר ולא לפי הטעם שלו.  | מערכת המשפט היא מערכת סגורה. פרשנות פורמליסטית: היצמדות לכללים משפטיים וללשון החוק, פרשנות מילולית ולא תכליתית. ניתוק המשפט הממד הערכי והחברתי. אין לפנות למקורות חוץ, רק לחוק. לכל שאלה משפטית יש תשובה בחוק. פרשנות החוק תהיה באופן מילולי ולא תכליתי. יש לשאוף לגילוי התשובה הנכונה. שק"ד חלש.  | פורמליזם | תחום נפרד וסגור מהמוסר, אין לפנות למוסר. המשפט הוא מערכת שלמה.  |
| ריאליזם (הולמס) | ביקורת על הפורמליזם. התנועה התפתחה בשנות העשרים בארה"ב. | ניבוי שאם אדם יעשה מעשה כלשהו הוא יסבול כתוצאה מהחלטת בתי המשפט. | חוק הוא התחזיות של מה בתי המשפט יפסקו למעשה. החוק נועד להשיג מטרות חברתיות. אין תשובה לכל שאלה בחוק.  | יש פער בין המשפט התיאורטי לבין המשפט הלכה למעשה. מה שחשוב הוא המשפט שנוהג למשה.חיי המשפט אינם היגיון אלא ניסיון. פרשנות החוק תהיה לפי: 1. תכלית החוק. 2. תועלת חברתית. אם אין תשובה צריך לדון במקרה מחדש. שיקולים חוץ משפטיים- תועלת כלכלית.  | ריאליזם  | חשוב לבצע הפרדה בין המשפט והמוסר.  |
| שיקול דעת שיפוטי- הארט | אנגלי, פילוסוף מהמחצית הראשונה של המאה ה-19. מבקר את תורת הפקודה |  | כלל יהיה באמצעות חקיקה או פסיקה ותקדימים. חוק יהיה ברור וייתן וודאות אבל החוקים צריכים לתת לבתי המשפט מרחב פעולה הולם. ביהמ"ש שותף ליצירת החוק.  | המשפט בנוי על כללים. הכללים נקבעים באמצעות חקיקה או פסיקה ותקדימים. בגלל התקדים יש לנו בעיית הכללה במערכת המשפט. כל חוק יוצר עמימות, נתגבר עליה בעזרת התכלית.המחוקק משאיר מרחב פתוח לקבלת החלטות חדשות. קודם ננסה ליישם את הכלל המשפטי, במקום שהכלל לא ברור- נפעיל שק"ד וניצור החלטה חדשה.   | מבקר את שתי הגישות. לא פורמליסט- לחוק יש רקמה פתוחה, ויש כללים עמומים.לא ריאליסט- הכרה בכללים ראשוניים ומשניים חשובה.  | במקום בו הרקמה פתוחה יש מקום לשיקולי מוסר.  |
| דוורקין | משפטן ופילוסוף של המשפט האמריקאי ממוצא יהודי. ירש את הארט למרות שהוא היה ממבקריו העיקריים.  |  גם בהעדר חובה משפטית יש חובה לנהוג לפי עקרונות מופשטים ולא רק לפי החוקים.  | חוק הוא לא רק כלל, גם עקרונות הם חלק מהחוק ששופט צריך לבחון לפיו. יש עקרונות צדק- עקרונות מוסריים, ויש עקרונות משיקולי מדיניות- שיקולי תועלת מדינית.  | המשפט לא בנוי רק על כללים, הוא בנוי גם על עקרונות מופשטים. הוא אומר שעקרונות מוסריים הם חלק מהמשפט. במקום בו הכלל לא ברור לא נפעיל שק"ד, על השופט לבחון את המקרה לפי עקרונות ואיזון בינהם. יש לשופט שק"ד חלש- הוא רק מחליט איזה עקרון הכי רלוונטי ומה לפסוק לפי העקרון. ביהמ"ש צריך לפסוק לפי שיקולי מדיניות.  | לא פוזיטיבי, לא ריאליסט- הוא לא נותן מקום לשק"ד חזק. השופט צריך לפסוק לפי עקרונות.  | המוסר במשפט בא לידי ביטוי בעקרונות מוסריים שיש לאזן לפיהם במקום בו אין כלל ברור.  |

פרשנות טקסט משפטי- למדנו רק על דוורקין.

**פרשנות**- איך ליישם כלל.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| הוגי דעות  | מהו הטקסט | מהי הפרשנות | הצדקה | גישה |
| דוורקין | שופט הוא כמו מחבר פרק ביצירה ספרותית. כתיבת הטקסט צריכה להיות לפי עקרון ההתאמה- להתאים למסורת המשפטיתולפי הארה באופן הטוב ביותר- להתאים לשיטה ולממש את הסיפור.  | כל תפקידו של השופט, איזון בין עקרונות. קביעות משפטיות הן אמיתיות אם הן נובעות או מתאימות לעקרונות של צדק, הגינות והליך הוגן ומספקות את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה.  | הוא טוען שהפוזיטיביזם זה מבט לאחור ומשפט הטבע זה מבט רק לפנים הנוגד את עקרון הוודאות. הוא רוצה גישה מאחדת | באמצע בין פוזיטיבי למשפט הטבע. |

**זכויות מותנות-** תלויות ביחסים מסוימים ובין מעשים, מכוח חוזה למשל.

**זכויות יסוד-** מגיעות לכל אדם באשר הוא.

**זכות חיובית**- מחייבת אחר לפעול לטובת קיום הזכות.

**זכות שלילית**- שוללת אחר מהתערבות.

**זכויות** (הופלד)- ארבעה מובנים- צר, חירות, כוח, חסינות.

**זכות במובן צר** (הופלד)- יש לי זכות רק אם למישהו אחר יש חובה כלפי. ניתן לתבוע את הזכות.

**זכות במובן של חירות** (הופלד)- משאב שאין עליו חובה, יש לי חופש לעשות במשאב כרצוני ואין לי יכולת לתבוע עבור המשאב (צדף בים).

**זכות במובן של כוח** (הופלד)- יכולת ליצור כפיפות לאחר בניגוד לרצונו, שינוי המצב המשפטי של האחר (שופט, צוואה).

**זכות במובן של חסינות (**הופלד)- לאדם אחר אין יכולת להפעיל עלי כוח (חסינות).

יש חובות בלי זכויות- חובה לא לבצע הפלה למשל.

**תורת האינטרסים של רז-** פרט יכול לשאת זכויות רק אם הרווחה שלו בעלת ערך עליון- אדם/ תאגיד. ערך החיים אולטימטיבי. יש זכות רק למי שיכול שיהיו לו זכויות ויש לאדם הזה אינטרס שבגללו אחר חייב לו.

**מקרה קשה בפסיקה** (פס"ד נחמני)- אין נורמה משפטית ויש שיקולים חברתיים מנוגדים.

**איך קובעים את הדין (**נחמני)- 1. האם יש נורמות משפטיות שקובעות את הדין למקרה? 2. אם אין- כיצד נפעיל שק"ד? 3. האם נאמץ את הנורמות המוסריות?

**פס"ד נחמני:**

השופטים בנחמני מגיעים למסקנה שאין נורמה משפטית, הם מנסים למצוא נורמה עקיפה. לאחר מכן הם מאזנים בין אינטרסים. לפי דוורקין האיזון בין האינטרסים לא מהווה שק"ד.

רוב: גולדברג מתייחס לפי הארט לכך שלשופט יש חובה להשלים את החסר כשאין פתרון לפי עקרון הצדק. צבי טל- מאזן בין האינטרסים והולך לפי רותי, הוא טוען שיש טענת השתק לדני בגלל ההסתמכות ההדדית. בך גם נוטה לטובת רותי לפי מאזן האינטרסים. טירקל הולך לפי עקרון הצדק לטובת רותי וטוען שזה עקרון חוץ משפטי. הם סברו שאין תשובה בדין ויש לפנות לעקרונות חוץ משפטיים.

מיעוט: שטרסברג- כהן מאמצת את תורת האינטרסים של רז, הביציות הן לא יצור חיים וולכן אין להן מעמד משפטי ולא צריך להתייחס לזכות שלהן. בנוסף היא טוענת שאכיפת ההסכם תלויה בהמשך הזוגיות בין דני ורותי והזוגיות פסקה, עוד היא טוענת שלרותי יש חופש להביא ילדים לעולם וחופש לא מקנה זכות תביעה. זמיר מאמץ נורמות עקיפות וקובע שהחוק מחייב את הסכמת האב. ברק טוען שחייבת להיות הסכמה הדדית בין בני הזוג. השופטים מכריעים לפי תיאוריית הזכויות, בנוסף אפשר להחיל נורמה עקיפה.