תוכן עניינים

[1. מבוא: הגדרות והבחנות ראשוניות 2](#_Toc162262226)

[2. משפט וצדק 6](#_Toc162262227)

[3. המשפט הטבעי- אפלטון: 8](#_Toc162262228)

[4. המשפט הטבעי- אריסטו 10](#_Toc162262229)

[5. עקרון היושר וההגינות 13](#_Toc162262230)

[חומרי קריאה לעבודה 1- "אקטיביזם שיפוטי" לא בחומר למבחן למיקוד 2024: 14](#_Toc162262231)

[6. הפוזיטיביזם: תורת הפקודה של אוסטין 19](#_Toc162262232)

[7. ביקורת תורת הפקודה- הארט: 22](#_Toc162262233)

[8. תורת המשפט של קלזן- תורת משפט טהורה 25](#_Toc162262234)

[9. תיאוריית המשפט של הארט- מושג החובה: 27](#_Toc162262235)

[10. תורת המשפט של הארט: כללים ראשוניים ומשניים. 30](#_Toc162262236)

[11. סיכום הפוזיטיביזם: משפט ומוסר 36](#_Toc162262237)

[חומרי הקריאה לעבודה 2- "שלטון החוק ועליונות החוקה" לא בחומר למיקוד 2024: 39](#_Toc162262238)

[12. פורמליזם משפטי 45](#_Toc162262239)

[13. ריאליזם משפטי 50](#_Toc162262240)

[14. כללים ושיקול דעת שיפוטי- הארט: 54](#_Toc162262241)

[15. שיקול דעת שיפוטי- דוורקין 58](#_Toc162262242)

[16. דוורקין: תורת המפרשנות 63](#_Toc162262243)

[17. תיאוריה של זכויות 65](#_Toc162262244)

[18. בעיית שיקול הדעת בפסיקה 67](#_Toc162262245)

תורת המשפט- פרופ' שפירא חיים:

הרכב ציון: 90% בחינה 10% מטלות (2 עבודות). יש מטיב וקריאה מומלצת.

# מבוא: הגדרות והבחנות ראשוניות

תורת המשפט- הפילוסופיה של המשפט, תיאוריית החוק, JURISPRUDENCE תורת המשפט עוסקת זה בעצם התיאוריה של המשפט, והתיאוריה, פילוסופיה של המשפט עוסקת בכמה שאלות:

1. נורמטיביות- שאלות שמתייחסות לעניינים שמטפלים בהם בענפי המשפט השונים ובוחנים אותם מבחינה פילוסופית ומוסרית. למשל- מדוע מענישים? מה תכלית הענישה? זו שאלה מאוד תיאורטית, ענישה היא גמול? הרתעה? שיקום? או בחוזים- מהו מקור החיוב של חוזה? החובה לקיים הבטחות או מכשיר עם תועלת חברתית. יש המון תחומים שהמשפט עוסק בהם מההיבט המשפט ולהם יש היבט תיאורטי והוא הבסיס להחלטות המשפטיות.
2. שאלות אנליטיות- שאלות על המשפט עצמו העוסקות בניסיון להבין את המשפט, **לא איך צריך לנהוג אלא איך להבין את המשפט** למשל, מה מייחד את המשפט ממערכות אחרות? מה ההבדל בין נורמות משפטיות לנורמות מוסריות? כיצד נורמה הופכת להיות חלק מהחוק? מהן זכויות? מה משמעות המושג זכות. אנחנו משתמשים במושגים חופשי בשפה, אבל יש להם פירושים שונים בהקשרים שונים. כיצד שופט מחליט? לפי מה? מהי פרשנות משפטית? אנחנו בקורס בעיקר נעסוק בשאלות הנורמטיביות הללו.

הנושאים המרכזיים שאנחנו נעסוק הם טיבו של המשפט והיחס בין משפט ומוסר, הבנת טיבו של ההליך השיפוטי.

השיעור נדבר על מאפיינים כללים של המשפט והבחנה בין מערכות נורמטיביות אחרות. אנחנו משתמשים במשפט במושג משפט וחוק, אבל אנחנו משתמשים באותה המילה- חוק, גם בהקשרים אחרים. אנחנו רוצים להבין את השימוש במשפט, מה ההבדל בין חוקי המדינה לחוקי הטבע? בפיזיקה למשל משמשים גם בחוקים- החוק הראשון של ניוטון, מה ההבדל לבין החוקים? ההבדל הוא שחוקים פרספקטיביים, **נורמטיביים-** הם חוקים מדרכים ומצווים וחוקים **דסקריפטיביים**- מתארים את המציאות.

החוקים במשפט הם חוקים שמצווים כיצד לנהוג, ולא מתארים את המציאות, הם לא עובדה קיימת. יש להבנה חשיבות גדולה- מה קורה אם אין התאמה בין החוק והמציאות? אם אין התאמה בין החוק למציאות החוק **נפסל** וצריך **לתקן** אותו. כשאני רואה שחוק לא מתאים את המציאות בחוקי הטבע, והחוק מתאר את המציאות, החוק נפסל. לעומת זאת, בחוקים משפטיים אין בהכרח התאמה בין החוק למציאות.

אנחנו עוסקים בחוקים שאינם מתארים את המציאות אלא מדריכים כיצד לנהוג. אז מה משותף בכל זאת למילה חוק? המשותף הוא ההכללה, לחוק יש הכללה, הוא קובע כלל למקרים רבים וזה משותף גם למדעי הטבע וגם למשפט. במשפט יש דברים יותר ספציפיים כמו פסקי דין, אבל חוקים הם כלליים.

בכלכלה למשל, החוקים מתארים, כלומר אומרים לנו מה יקרה אם נעשה X חוקי הכלכלה מתארים התנהגות אנושית, לא את הטבע. יש לפעמים הפתעות, יש כשלים בשוק, אבל מבחינת ההבחנה בין חוקים מתארים לנורמטיביים העיקרון דומה.

יש עוד חוקים נורמטיביים, חוקי משחק למשל הם גם מצווים- יש כללים איך לשחק. הדת היא גם חוק נורמטיבי, לדת יש מצוות והוראות, הם מייצרים נורמות. מוסר הוא גם חוק נורמטיבי. גם כללים של אגודות חברתיות ומוסדות הם חוקים נורמטיביים. יש לנו הרבה מאוד ארגונים בעולם שמייצרים כללים בעלי אופי נורמטיבי, המשפט לא מיוחד.

כעת נרצה לבדוק מה מייחד את המוסר, ובסוף נגלה מה מייחד את המשפט:

למה אנחנו מתכוונים במוסר? התחום שעוסק בהבחנה בין מעשים טובים למעשים רעים, כלומר כיצד נהוג לנהוג וכיצד לא נהוג לנהוג. יש דיאלוג בין משפט ומוסר שיעסיק אותנו הרבה. צריך קודם לעשות הבחנה בין מוסר ואתיקה.

1. מה זה אתיקה:

אתיקה מגיע מהמילה היוונית אתוס, המילה אתוס פירושה התנהגות ואתקיה היא תורת ההתנהגות הרצויה, למעשה אתיקה רחבה יותר ממוסר. מעניינת את היוונים השאלה מהי ההתנהגות הרצויה של אדם.

1. מה זה מוסר:

מוסר עוסק בשאלות שבין אדם וחברו. המוסר מניח שאנחנו כבני אדם עלולים לפגוע ולהיפגע, והוא עוסק באיזה התנהגות **ראוי לעשות שלא פוגעת בזולת** שמועילה לזולת ומסייעת לו. השאלה האם התנהגות היא מוסרית זו בעצם השאלה האם התנהגות מסוימת פוגעת באדם.

אתיקה- האם ההתנהגות הזו היא **ראויה**, במנותק מהשאלה האם היא פגעה בזולת או לא. אתיקה רחבה יותר.

המשפט יותר משיק למוסר. למשל האם לעסוק בזנות או לא, לאישה שמעוניינת בכך, זו שאלה אתית ולא מוסרית. כי אין פגיעה לצדדים, לכן השאלה היא האם זה אתי.

המוסר עוסק בשאלות שבין אדם וחברו, האם הדבר ראוי או לא, טוב או רע.

יש שתי תיאוריות מרכזיות:

גישה תועלתנית- התנהגות טובה זו התנהגות שמביאה תועלת, עושר, אושר, רווחה, זה כל מה שמשנה לגישה הזאת וזה מה שמכתיב התנהגות טובה או לא.

הגישה הדאונטולוגית- גישה של צדק, יש מעשים שחובה לעשות או לא לעשות, בלי קשר לתוצאה שלהם.

דוגמה לדילמה: אדם חוטף עשרה בני אדם, מבקש תמורתם להרוג אדם אחר. האם צריך להרוג את האדם הזה? לפי הגישה התועלתנית- עדיף להקריב אדם אחד ולא לפגוע בעשרה. גישת הצדק אומרת- אסור להרוג אדם חף מפשע, לא משנה מה מונח על השולחן.

הבחנה בין סוגי מוסר:

**מוסר נוהג-** מה התפיסות המוסריות בחברה נתונה? מהם הערכים וכללי ההתנהגות המקובלים בחברה ספציפית? לדוגמה: הבאת ילדים לעולם נחשבת מעשה ראוי, ומעריכים אנשים שמביאים ילדים לעולם. זו התפיסה הרווחת בישראל. להתנדב ליחידה קרבית זה מעשה הראוי להערכה, זנות נחשב מעשה פסול. יש תיאור להתנהגות. מה בני אדם בכללי חושבים על התנהגות כלשהי.

**מוסר אידיאלי (ביקורתי)-** קביעה מהי ההתנהגות הראויה, הטענות לגבי מוסר אידיאלי הן נורמטיביות, ויש בו כללי התנהגות מחייבים. אדם יכול לחיות בחברה ולהחזיק בתפיסות שונות. למשל, רוב בני האדם אוכלים בשר ולא רואים זאת כמעשה פסול. לעומת זאת, אנשים צמחוניים כן רואים אכילת בשר כהתנהגות בלתי ראויה. המוסר הזה הוא אישי, לפעמים זה יחפוף את המוסר הנורמטיבי והנהוג ולפעמים לא. האידיאלי מתיר ביקורת על המוסר הנוהג. מה בן אדם חושב שנכון באופן מנותק מהחברה שמסביבו.

כשאנחנו מדברים על מוסר אנחנו צריכים לבחון האם אנחנו מדברים על המוסר הנוהג או האידיאלי והמוסרי.

מה מייחד את המשפט לעומת המוסר ומערכות נורמטיביות אחרות?

זאת שאלה שתעסיק אותנו הרבה בשיעורים הקרובים על **היחס בין משפט ומוסר**. אנחנו עוסקים בתחומים מתחרים- גם המוסר שואל איזה התנהגות אסורה ואיזה מותרת וגם המשפט. משתמשים באותה השפה, אבל אפשר לשאול מבחינה מוסרית ומבחינה משפטית. חלק מהאיסורים המוסריים המשפט הופך לאיסורים משפטיים.

יש מצבים של התנגשויות בין משפט ומוסר, המשפט יקבע התנהגות שלדעת חלק אינה מוסרית. השאלות האלה עולות גם בזמן לחימה.

**האם חוק חייב להיות מוסרי? מה קורה אם מדינה מחוקקת חוק שהוא לא מוסרי? הוא מחייב או לא מחייב? האם המוסר הוא חלק אינטגרלי מהמשפט?**

לפני כן נרצה לדבר על מאפיינים כללים שמייחדים את המשפט ממערכות מוסר אחרות:

1. **מעמד-** למשפט יש מעמד שונה מכל המסגרות הנורמטיביות האחרות שדיברנו עליהם, המעמד של המשפט חזק יותר. זה בא לידי ביטוי בשתי צורות:
2. כוח- דבר זה קורה כתוצאה מהכוח של המדינה, מאחורי המשפט עומדת המדינה עם מערכות האכיפה שלה- משטרה, צבא. המדינה מגבה את המשפט באמצעות הכוח שלה. בעיקר בהיבט הפלילי- אם אדם מבצע עבירה האדם יכול לשבת בכלא או לשלם קנס. למוסר אין את הכוח הזה. אם אדם מתנהג באופן בלתי מוסרי באון פרטי, בגידה בבת זוג למשל, אזי אין יכולת אכיפה, זו לא עבירה חוקית והוא לא ייענש מהמדינה. למוסר אין כלים, למשפט יש מנגנון שלם המאפשר לו לעמוד מאחורי המשפט. גם בתחום האזרחי ניתן לאכוף באמצעות המדינה והמשפט.
3. עליונות- המשפט רואה את עצמו מעל המערכות הנורמטיביות אחרות. אם מערכת תקבע חובות שמנוגדים למשפט הכללי, אפשר יהיה לאלץ אותה לשנות את הכללים האלה. מקום עבודה לא יכול לקבוע כללים מפלים, כי יפנו נגד מקום העבודה ויתבעו אותו. המשפט היא מערכת כללית שכופה על מקום העבודה איך להתנהג. המשפט תופס את עצמו כעליון ביחס למערכות אחרות והוא מאלץ את עצמו להתנהג לפי כללים שלו. דבר זה קשור גם לדת- אדם שטוען כי יש לו חובה לשאת 2 נשים, במדינה שלנו זה אסור. החוק יגיד לו שהדבר אסור. המדינה קובעת את גבולות חופש הדת. כמו כן, גם לגבי המוסר, יש עליונות. המדינה תעדיף להימנע מדברים כאלה ולכן יש את חופש הדת וחופש הביטוי, והמדינה מאפשרת כמה שניתן את החופשים האלה. אפילו המילה מדינה מגיעה מהמילה דין, כל הארגון הזה של המדינה בנוי ממערכת משפטית והמשפט הוא זה שמכונן את המדינה.
4. **צורה-**
5. אובייקטיביות- המשפט הוא אובייקטיבי. כלומר, הוא קיים מחוץ לאדם שחושב עליו, הוא לא רק אמונה וגם בכך הוא שונה מהמוסר. המשפט קובע עמדה בשאלה מחוץ לאמונה הפרטית של אדם במה נכון ומה לא נכון, הוא לא תלוי במה שחושבים. למשל, בשאלת ההפלות יכול להיות ויכוח חברתי או מוסרי אחד התפקידים המרכזיים של המשפט הוא לכוון התנהגות ולכן זה חשוב שיהיה אובייקטיבי, אם הוא היה תלוי באמונה הוא לא היה יכול לכוון התנהגות. אין שאלה של מה בכך בעניין המשפט, הוא אובייקטיבי וזה תנאי מרכזי. האובייקטיביות קשורה גם למוסדיות, המשפט קשור למוסדות שמייצרים את המשפט כמו פרלמנט. למוסר אין מוסדות כאלה.
6. מוסדיות- המשפט הוא מוסדי, יש מוסדות שקובעים את המשפט. יש מוסדות יוצרי נורמות- הפרלמנט (כנסת) וגופים רגולטורים, יש גם גופים שהם מיישמי נורמות כמו בתי המשפט. כלומר, המשפט עובר דרך מערכת מוסדית. בתי המשפט יכולים גם להצהיר על מצב נורמטיבי קיים וגם לענות על השאלה מה החוק אומר בביהמ"ש העליון. הרבה מהשאלות שמגיעות לעליון הן שאלות פתוחות, וכך בית המשפט קובע נורמה חדשה. בערכאות נמוכות יותר רוב הדיונים נוגעים ביישום המשפט. ההבנה הראשונה היא שבית המשפט פועל בתוך מערכת מוסדית.
7. כללים- החוק מתאפיין ממערכת של כללים, להבדיל למשל מהמוסר. במוסר אין כללים מפורטים אלא עקרונות. המשפט מתאפיין בשימוש בכללים ולא רק בעקרונות. המשפט לא מסתפק בהנחיה מופשטת כמו "אסור לפגוע בזולת", הוא מגדיר בפירוש. לא משאירים לנו במשפט אפשרויות. בכל עניין ועניין יש לנו מערכת כללים. למה המשפט משתמש בכללים**? כדי לא להשאיר מקום לשיקול דעת**, כדי להשאיר ידיעה בלי ספק, בלי הבהירות בכללים לא היינו יודעים מה נכון. השימוש בכללים חוסר הרבה מאוד זמן של עבודה וכסף, אם כל אדם בכל מקרה היה צריך להחליט מה לעשות זה היה גוזל זמן רב. בעוד שבמערכות אחרות אנחנו יכולים לאפשר חופש בחירה, במשפט נרצה שהדברים יהיו ברורים ולכן צריך כללים.
8. **תוכן-**

המשפט רחב וכללי, הוא יכול להסדיר כל נושא, הוא אימפריאליסטי. יש נושאים שבעבר לא סודרו והיום הם מוסדרים. בנוסף, המשפט פתוח ומאמץ נורמות אחרות. האם יש למשפט גבולות? האם מלוא כל הארץ משפט ולמשפט יש עמדה בכל נושא? כל נושא מעורר מחשבה ומעניין.

 המשפט של המדינה הוא המערכת הנורמטיבית החשובה ביותר המשפיעה על כל המערכות, בגלל זה שהיא רואה את עצמה מעל מערכות אחרות. הכוח בתחרות שבין המשפט למערכות אחרות כמו המוסר והדת או מערכות פרטיות אחרות, היתרון של המשפט זה הכוח שלו, לא הצדק שלו. בהחלט יכול להיות שאדם יחזיק במוסר יותר צודק מהמשפט, אבל המכריע הוא המשפט. המשפט של מדינות דמוקרטיות מנסה להקטין את ההתנגשות בין המוסר לצדק ע"י חופש כמו חופש הביטוי וחופשים אחרים.

# משפט וצדק

מה היחס בין המשפט והמוסר, ומה עושה את המשפט למשפט ומסור למוסר, והאם המוסר הוא חלק מהמשפט.

* **ע"א 3798/94 פלוני נ. פלונית, פ"ד נ (3), 133:**

במקרה זה גבר מבוגר, נשוי בלי ילדים, הכניס להריון קטינה בת 15 דרך מניפולציה. הוא הועמד לדין והורשע על בעילת קטינה. השאלה היא מה יהיה עם הילד שנולד. הנערה מבקשת למסור את הבן לאימוץ ואב הבן מתנגד ורוצה לקחת את הילד.

**השאלה המשפטית:** האם התגבשה עילת אימוץ לפי החוק. על פניו, במקרה שלנו בלשון החוק אין עילה, אבל צו המוסר לא אפשר לבית המשפט לתת את הילד, האינטואיציה המוסרית לא ראתה לנכון לתת לאבא לגדל את הילד הזה אם כי מבחינה משפטית אין עילה לכך.

**טענה דיונית:** בהיעדר עילה מהותית ניתן להשתמש בטענה שממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה. אדם שבא לתבוע כתוצאה ממעשה עוולה לא רשאי לתבוע.

השופטת דורנר קבעה כי הכלל הזה הוא כלל שמתאים לסכסוכים רכושיים, ורק כאשר יש סכסוך רכושי אפשר להשתמש בכלל הזה.

איך השופטים התמודדו עם הבעיה הזו? הם השתמשו בס' 13 (7) לחוק האפוטרופוסיות שקובע כי ההורה לא מסוגל לדאוג לילדו עקב מצבו או התנהגותו. הסעיף הזה בדרך כלל מדבר על סיטואציה של הורים חולי נפש או נרקומנים. הייתה חוות דעת של פסיכולוג שקבעה שלאור המצב לילד יכול להיות סיבוך נפשי גדול אם הוא יגלה את התוצאה, ואם הוא לא יגלה כל החיים יהיה סוד שיוסתר מהילד.

הקביעה הזו היא "חלשה" לאור המקרה, הסוד הזה הוא לא כל כך חמור ויוצא דופן וברור שזה לא האישיו שצריך לשלוח אותו לאימוץ. יש קושי לא קטן בחוות דעת, אנחנו לא רוצים שהאב יגדל את הבן שלו כי "לא מגיע לו", ולא מתוך הדאגה לילד. העילה של אי מסוגלות הורית זה דאגה לילד, ולא כי לא מגיע לאב לגדל את הילד.

השופט ש' לוין: אומר בדיוק את הביקורת ומציע פתרון אחר. הפתרון הראשון הוא דרך של פרשנות מרחיבה- "חוקים לא חוקקו בחלל ריק" החוק הוא פרט בתוך מערכת שלמה, הוא מתייחס לסעיף 13 (8)- סירוב ההורה לאפשר אימוץ נוגד את תקנת הציבור, וטוען שצריך לא לאפשר את האימוץ לפי העילה הזו. ההתנגדות של האב לדעתו סותרת את תקנת הציבור. חשין מתנגד לטענה זו, הוא טוען שהסירוב של האב לא נוגד את תקנת הציבור, האב רצה ילד והוא לא רוצה לשלוח את הילד לאימוץ. לכן, השופט ש' לוין הציע פתרון נוסף:

חסר סמוי, מצב בו יש לאקונה וביהמ"ש אומר שהוא משוכנע שאם הדבר היה בא לידי המחוקק, אזי המחוקק היה קובע אחרת. המחוקק לא העלה על דעתו שדבר כזה יקרה, אילו המחוקק היה מודע למקרה כזה הוא היה קובע מקרה כזה כחריג. ברור להם שהריון שנגרם כתוצאה מנימול האב לא ראוי מלגדל את הילד, והואיל וזה לאקונה אז השופטים משלימים אותה.

השופטים מציגים את הדבר כיישום הדין ולא כיצירת הדין. אבל בפועל זה יצירת נורמה. יש חסר והם משלימים אותו, הם יצרו את הנורמה.

השופט חשין: חשין מדבר בכנות, והוא מתחיל בגילוי לב שהוא לא ייתן את הילד למערער, כי הוא נדמה בפניו כי מי שאנס קטינה, גם אם המעשה לא היה אנס לפי שורת החוק. זה מסוג המקרים שברגע שהוא שמע את הסיפור והעובדות, אז תחושתו הראשונית הייתה תחושת בטן, אינטואיציה חזקה שהאב לא יכול לגדל את הילד. עכשיו צריך לראות איך עושים את זה מבחינה משפטית. אפשר להתווכח האם זה ראוי, השופט הרי כפוף לחוק. מהבחינה הזו, יש פה כנות מצדו של חשין. אנחנו מצפים ששופט יפעל לפי החוק ולא לפי תחושות בטן.

חשין מבקר את דעת הרוב, הוא לא השתכנע שיש באב אי מסוגלות כפי שהיא מקובלת בהלכה- ההורה כן מסוגל לדאוג לצרכי הילד. יש כאן אדם שמסוגל לדאוג לילד, אבל לא ראוי לגידול הילד. לכן, הפתרון המוצע מדעת הרוב לא נראית לו. הוא לא מסכים עם פתרון החסר הסמוי כי היא יותר מתוחכמת מחסר הגלוי. חסר סמוי הוא גם כשהחוק מספק תשובה לשאלה, אבל התשובה לא הולמת את העניין. זה לא שאין תשובה (ואז זה חסר גלוי)- המקרה פשוט לא נופל באחת העילות. המחוקק קבע עילות, המקרה לא נופל בגדר העילה, אז זה לא נופל במקרה. אם אנחנו מחליטים שכן, אנחנו מחוקקים מחדש. הם היו בקונפליקט בין לשון החוק לבין המוסר. הפתרונות המשפטיים שהוצעו נראים לא נכונים, ולא מתאימים. במקום שבו התוצאה היא פסיקה לפי לשון החוק אינה מוצדקת, לא ניתן לקבל זאת. חשין פונה למערכת מושגים שהשופטים האחרים לא השתמשו בה- "משפט הטבע"- מה הטבע אומר?, משפט הטבע הזה קדם למדינה. משפט הטבע קובע שילד צריך לגדול בחזקת הוריו וזו זכות טבעית, משפט המדינה הולך בעקבות משפט הטבע. הוא מחריף מצד אחד את הזכות של האב. הוא בעצם משתמש במוסר, אין לנו לוחות בהם קבוע מהו משפט הטבע. יש מצבים בהם הזכות נשללת, מצב שבו האב ניצל את הנערה, הזכות הטבעית הזו נשללת ממנו.

חשין מציע פתרון: "הרצחת וגם ירשת" היא נורמה משפטית מחייבת ברמת חוק, זה לא כלל של פרשנות ולא כלל של חסר. העקרון של הרצחת וגם ירשת, דהיינו שאדם לא זכאי לעשות מעשה עוולה ולהנות מפרי עוולתו. החידוש הוא שזה עקרון מוסרי שהופך לעקרון משפטי. המשפט איננו רק החוקים שהכנסת והכללים שהממשלה והכנסת קובעים, או התקדימים. יש במשפט גם עקרונות שלא יקבעו בשום דרך פורמלית אבל הם מחייבים. זו השקפתו של חשין. זה בעייתי, המשפט צריך להיות אובייקטיבי, אם אנחנו מניחים שי שבמשפט גם כללים מוסריים שלא נקבעו בידי אף אחד, כל שופט ועולם המוסר שלו והגישה הזו מעוררת בעיה. לכן שופטים לא נוטים ללכת בדרך כלל בדרך זו. גם השופטים האחרים חשבו אותו דבר אבל הם לא רצו להגיד את הדברים בצורה הזו וניסו להכניס זאת דרך העילות הקבועות בחוק.

היתרון של חשין: הכנות שלו. החיסרון: שהוא לא משתמש בלשון החוק.

המשפט והמוסר לפי חשין: . הוא משווה את המשפט והמוסר **לאגם וחבצלות מים**. החבצלות מכסות את המים כשם המשפט שורשיו במוסר ומכוסה במים (החבצלות זה המשפט, והמים זה המוסר). המוסר מזין את המשפט בשורשיו והוא על אף סביבותיו של המשפט. המוסר משלים ויכול להשלים את המשפט. יש חבצלות שלא נמצאות במים כשם שיש חוקים שלא מושרשים במוסר ולא נועדו לאסור או לחייב התנהגות שמחויבת מבחינה מוסרית. לדעתו, יש זיקה בין מוסר ומשפט, לא בכל החוקים אבל הנקודה החשובה היא- המשפט לא מאבד קשר עין עם המוסר, המוסר קיים בסביבות המשפט, **וייתכנו מצבים שנפנה לנורמות המוסריות**.

 הוא כמובן מודע בבעיה שבתקדים שעלול להיווצר מהפסיקה שלו, הוא לא היה רוצה שזה יהיה כלל. הוא אומר "אל תלכו בעקבותינו כאן", רק בהתנגשות כל כך ברורה בין החוק ובין המוסר בפסיקה מהסוג הזה תיתכן חריגה כזו מלשון החוק. הוא פונה לערכאות הנמוכות ומבקש שלא ייקחו את הפסק דין כהלכה. בתי המשפט אכן לא נוטים ללכת בדרך הזו.

**סיכום:** היו 3 הנמקות- דעת הרוב, הנמקה של פרשנות מרחיבה לעילת 13 (8), חסר סמוי והשופט חשין עם השימוש שלו במשפט הטבע.

 בעצם פס"ד זה פותח לנו את המחלוקת המרכזית בתורת המשפט שתלווה אותנו לאורך כל הקורס בין מה שמכונה **פוזיטיביזם מול משפט הטבע**.

האם המשפט הוא העובדות האובייקטיביות של החוק? כלומר מה שנקבע על ידי המחוקקים והמוסדות שיוצרים את החוק. איך אנחנו יודעים האם עקרון כמו "הרצחת וגם ירשת" הוא חוק? מה עושה דבר לחוק? שתי גישות:

**הגישה הפוזיטיבית**- מה שעושה נורמה כלשהי לחוק היא שהיא עברה הליך מוסדי שקובע אותה בחוק. לפי גישה זו, כל מה שלא עבר הליך בירוקרטי הוא לא חוק. זה יוצר הבחנה ברורה בין עולם המוסר לעולם החוק. לפי הגישה הפוזיטיביסטית המוסר הוא מחוץ למשפט, נרצה לחתור למוסר, אבל המשפט הוא תחום נבדל השונה מן המוסר.

 **משפט הטבע**- מדבר על התאמה עקרונית ומהותית של המשפט לעקרונות מוסר. ההליך של החקיקה וקביעת החוקים קשור לעקרונות המוסר והצדק. הקשר הזה בא לידי ביטוי בעמדת השופט חשין. לכן, יכול להיות מצב בו יש תשובה בחוק הנוגדת עקרון מוסרי ונשלים את התשובה מעקרונות צדק ומוסר. המוסר לפי גישה זו הוא חלק מהמשפט.

# המשפט הטבעי- אפלטון:

פילוסוף יווני שפעל במאה החמישית לפני הספירה. **סוקרטס** הוא המורה של אפלטון והוא נהג לכתוב בצורה של דיאלוג בינו לבין חברו. הוא עונה על השאלה "מהו החוק" בצורה פוזיטיבית- החוק הוא מה שנחקק ונוהגים על פיו.

התפיסה הפוזיטיבית נחשבת אינטואיטיבית, זו התשובה שאדם מן המניין היה נותן. לאחר מכן הוא מקשה את השאלה ושואל- **מה נותן את התוקף לחוק?** מכוח מה נחוקק? האם מתוך תחושה, או לפי הוראה? ההחלטה לאסור גניבה- מאיפה היא נובעת? החבר עונה- החוק נובע מהחלטת המדינה, המדינה היא ריבונית בקביעת החוק והיא עושה מה שהיא רוצה ויכולה להחליט אם היא אוסרת או מתירה התנהגות כזו או אחרת.

אפלטון תוקף זאת בסברה טובה- **האם מקמי החוק צדיקים ומי שמפר את החוק הוא עבריין הראוי לגנאי?** החבר מסכים איתו. אם כך, אנחנו מניחים שציות לחוק הוא התנהגות טובה, ואם החוק הוא בהכרח טוב אז המדינה לא ריבונית להחליט מה שהיא רוצה, היא צריכה להחליט החלטה טובה. אם המשפט הוא שרירותי- אין סיבה להתייחס למי שמפר אותם כעבריין, כמו שבכדורגל לא נראה שחקן כדורגל המפר את הכלל במשחק כעבריין. כלומר, זה מעמיד את המדינה במצב שהיא צריכה לקבוע כללים נכונים צודקים וטובים מעבר לחוק.

לא כל חוק יהיה צודק- אנשים עושים טעויות ומי שעושה את החוקים הם אנשים. סוקרטס מגדיר שהמשפט חייב להתאם לאמת המוסרית כדי להניח שהוא דבר צודק, החוק מבקש להיות גלויה של האמת האובייקטיבית: **הסברה הגונה/ מוסרית= סברה אמיתית**. משפט זה לא רק מה שמחוקקים, אלא גם חותר תחת אמת מוסרית . הסיבה שראוי לציית לחוק היא כי הוא מכיל בתוכו עקרונות של צדק ומוסר. המשמעות- **המחוקק הוא לא כל יכול, אם יחוקק חוק לא צודק או סותר אמת מוסרית הוא לא חוק= מבחינה משפטית הוא בטל.**

לפי משפט הטבע, עקרונית חוק רע צריך להיות **בטל**. כי התנאי לתוקף של החוק איננו רק הפרוצדורה- חוקק ע"י המחוקק, אלא יש תנאי **מהותי**- עמידה בכללי הצדק והמוסר של משפט הטבע.

**חברו מעלה ביקורת:** שינוי החוק- אם החוק הוא גילוי האמת, איך ניתן להסביר שהחוק משתנה בין מקומות ובין תקופות?

סוקרטס מביא פתרונות:

1) החוקים משתנים מדור לדור כי בני האדם לא תמיד מסוגלים לגלות את כל האמת ברגע, הם מגלים אותה בהדרגה. לוקח זמן להשיג את האמת. בהקשר לפתרון זה החבר לוחץ- שינוי חוק בחברה נתונה: איך הגיוני שהחוק נחשב למעשה ולעוול במקומות שונים ובזמנים מקבילים? שהרי, אם הכל אוניברסלי וקיימת אמת נצחית ואוניברסלית, איך זה שהחוק משתנה בתוך אותה חברה? לא ניתן להאמין שהחוק הוא גילוי האמת.

2) לא כל שינוי בחוק בחברה נתונה מלמד על שינוי בתפיסת הצדק בין חברות. לפעמים שינוי בחוק הוא ביטוי להתאמה שלו לנסיבות המשתנות, יכול להיות שבחברות שונות ישנו מוסר נוהג שונה.

החלק האחרון של הדיאלוג נוגע למקורות של החוק- סוקרטס אומר שלא כל מה שנחזה להיות חוק הוא חוק. אפלטון אליטיסט, במובן הזה שנאבק להציג את דמותו של מינוס (מלך כריתים בזמנו) שחוקק את החוקים הראשונים, כדמות מפוארת שמאחוריה מורשת של חוקים נצחיים. הוא מתאמץ לתאר את דמותו כך , כיוון שבעיניו מינוס הוא המלך הפילוסוף שהאמת גלויה אליו ולכן חוקיו הם חוקי האמת. אולם, מינוס היה בנו של זאוס, משמע מדובר בחוקי האל. **חוק אמיתי נכתב, ע"י אנשים מלומדים** מאחר שהוא משקף את האמת. לכן, אם ישנו חוק תוצר פשוטי העם שאינם בקיאים- הוא לא חוק, כי הם יכולים לשנות את דעתם מעת לעת. מלומדים לעומת זאת לא ישנו- יש אמת אחת והם יודעים את זה.

**לסיכום:** התפיסה שלנו כי המשפט הוא חיובי מגלמת בתוכה את ההנחה שממילא כל מושגי הצדק נכנסים בו. לכן, בשאלות מוסריות יש נכון ולא נכון, שלא נקבעים ע"י החברה, אלא ע"י עקרונות צדק אוניברסליים המחייבם תמיד. הזיקה בין החוק למוסר היא פנימית מכאן:

* חוק שאינו משקף עקרונות צדק הוא אינו חוק.
* אפשר לטעון שיש חוקים נטרלים מבחינת אמת, למשל שנוסעים בצד ימין, ללא עיקרון.

המשפט בכללו צריך להיות גילוי של האמת/ רעיון מופשט של צדק=> ביטוי של משפט טבעי.

# המשפט הטבעי- אריסטו

**חוק הטבע הוא לנהוג בהגינות**

אריסטו היה תלמידו של אפלטון (סוקרטס-> אפלטון->אריסטו). עם זאת, הוא **חלק עליו בהיבטים רבים.** הוא הקים את הפילוסופיה היוונית שהניחה את היסודות למשפט הטבעי.

בספר האתיקה הניקומאכית, אריסטו קובע: "הצדק המדיני קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו מן החוק, טבעי הוא אותו חלק השריר בכל מקום ואין תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות. ואילו מן החוק נובע כל מה שהיה יכול להיקבע באופן שונה".

כלומר לצדק המדיני (המשפט) יש שני מקורות/ יסודות:

1. היסוד הטבעי- חל בכל מקום. השיטה המשפטית מחויבת לה גם בלי שהמחוקק קבע אותם. נראה שיש גרעין משותף בחוקים בין מדינות שונות. למשל, עבירות רצח, שוד, גניבה, אונס וכו' זה יסוד קבוע אוניברסלי כי זוהי אמת שאיננה תלויה בהסכמת האדם. גם אם יהיה מותר לרצוח, אנשים לא יעשו זאת כי זה מנוגד למשפט הטבע.
2. היסוד הפוזיטיבי- תלוי בדעת הבריות. חוקים שנקבעו לפי דעת המחוקק, אספת העם או המלך. אי אפשר לגזור אותם מהטבע, כל שיטת משפט יכולה לקבוע לעצמה (למשל נסיעה בצד ימין או שמאל) מאחר שהסכמה חברתית עשויה להשתנות ממקום למקום, מדיניות ענישה שונה בין מדינות (כלא, קנס וכו), או קביעת המועד בו נכרת חוזה, אופן הטלת המיסים. שאלות בדבר מדיניות זה שאלות פוזיטיביות בעיקר, הן לא משהו בהכרח מתוך מקור רציונלי ומוסרי.

אריסטו מאמין כי הצדק מורכב גם מחוקי הטבע וגם מהחוקים של בני האדם. כלומר יש נדבך נוסף שהוא חוקי המדינה, כך שבקביעת החוק יש אלמנט פוזיטיבי והוא אינו טבעי. בעוד שאפלטון מציג גישה מוניסטית של החוק: החוק כולו הוא גילוי האמת (הגילוי נעשה ע"י המחוקקים). כך שניהם מאמינים שלחוק יש מקור משותף והוא גילוי של האמת/ חוק הטבע.

משמעות נורמטיבית שאריסטו לא אומר בפירוש: משפט הטבע מתפקד כמעין מערכת על חוקתית- שהחלטות מדיניות שמנוגדות למשפט הטבע דינם להתבטל ולכן משפט המדינה כפוף לו.

**הבעיה**: אפשרות של השתנות המשפט ומושגי הצדק בין תקופות ומקומות-

יש מי שסובר שאם העקרון של משפט טבע הוא אוניברסלי, אז המשפט היה טבעי, העקרונות והכללים שבו היו צריכים להיות זהים בכל מקום ובכל זמן. אך, ידוע שהמשפט משתנה. לכן, מסקנתם שהחוק פוזיטיבי (תוצאה של חקיקה ולא עקרון) אם כך- לא ניתן לומר שיש משפט טבעי, הוא בסה"כ קונבנציה חברתית.

אריסטו לא פוסל את האפשרות של שינוי בעקרונות המשפט הטבעי, הוא טוען שיש נטייה למשפט הטבעי אבל גם דברים טבעיים יכולים להשתנות. למשל, אדם שנולד ימני והצליח להפוך לשמאלי. הוא שינה את הנטייה הטבעית והמולדת שלו. באותו אופן גם עקרונות טבעיים ניתנים לשינוי, בניגוד לאפלטון שסובר שיש אמת אחת.

**הערה**: המשפט הטבעי קצת מטשטש את ההבחנה בין חוק תיאורי (מה שקורה בטבע) לחוק נורמטיבי (משפט, דת). התיאוריה של משפט הטבע מניחה שחוקי המשפט הם גילוי של אמת קיימת. כלומר, **שהחוק הנורמטיבי הוא תיאורי** אי אפשר לחוקק בניגוד לחוקי הטבע המוסריים ולהתיר גניבה או רצח. ההבחנה בין הנורמטיבי למוסרי מטושטשת. תורת המשפט מניחה שהמוסר הוא רציונאלי, קוגניטיבי- ניתן לגלות אותו באמצעות התבונה, הוא רגיש.

מהו המשפט שבא מן הטבע: הצדק הטבעי

**רקע:** שהרי, הוא לא כתוב בשום מקום. יהיו שיגידו שאין חוקי טבע (צדק), בטבע יש הישרדות והחזק שורד. בטבע אין ממד מוסרי, הוא מטיל אילוצים ביולוגים, כימיים, פיזיים שגורמים לנו לנהוג בניגוד למוסר. המוסר הוא מערכת ששייכת לתרבות. אולם אפלטון ואריסטו טוענים, שיש בטבע יסוד מוסרי ונורמטיבי.

נק' המוצא של אריסטו היא החשיבה התכליתית- טלאולוגית. לכל אובייקט בעולם יש תכלית אובייקטיבית שהיא חלק מהטבע שלו- לשמה הוא נוצר.

בספרו של אריסטו "הפוליטיקה" הוא קובע: אדם הוא בעל חיים מדיני ע"פ הטבע". דהיינו, התכלית של אדם היא לחיות במדינה/ בקהילה, כי זה הטבע שלו ולא עניין תרבותי. לדעתו האדם הוא חיה **פוליטית**.

לדעתו, לכל צורה פיזית יש קשר לתכלית התפקיד והמהות. זה נכון לדברים פשוטים כמו כיסא שעשוי מעץ וגם שולחן אבל הצורה שונה ולכן תכליתם שונה, אבל גם בדברים מורכבים יותר. הצורה של האדם שונה משאר היונקים. הבחנה הזו בין חומר וצורה היא מאוד יסודית להבחנתו. הרבה מאוד חומרים בעולם יכולים לקבל צורות שונות ובכך תפקידים ותכליות שונות. אפלטון לוקח את המציאות כרוחנית, אריסטו לעומת אומר שהעולם הוא כמו שהוא אבל אין צורה בעולם בלי חומר וחומר בלי צורה **ותכליתו בהתאם**. אחד ההיבטים של הצורה קשורים לתכלית שלו, התכלית של האובייקט מבטאת את הטבע שלו.

לכל אובייקט בעולם יש תכלית שטבועה בו. לדעתו, האדם נועד לחיות במסגרת מדינית. למה?

בואו נראה שאדם לא יכול לחיות כאינדיבידואל, ולכן אדם אינו אוטרקי= אינו מספק את כל צרכיו. למשל, הוא לא יכול להתרבות לבד-> זקוק למשפחה כדי להתרבות וכדי לגדל צאצאים, אדם לא יכיר את הדרך להסתדר לבד בלי הנחיה של ההורים. בניגוד לחיות-> המשפחה אינה אוטרקית= זקוקה לכפר כדי לספק מזון, ביגוד, כל אחד מגדל משהו אחר, משפחה אחת בלבד לא יכולה לספק את כל הצרכים בשביל זה צריך את הכפר-> הכפר אינו אוטרקי, הוא זקוק לבעלי מלאכה= **זקוק למדינה, והיא אוטרקית ועצמאית.**

האדם לא יכול לחיות כפרט, הוא זקוק למסגרות עד המסגרת המדינית וזו המסגרת הטבעית לאדם, כמו שיש בעלי חיים שחיים בלהקות ולא יכולים לשרוד בלעדיה.

הסבר: המציאות האנושית היא מציאות של חיים פוליטיים במסגרת המדינה- האדם חי בקהילה מתוך צורך, כי זה טבעו. שיתוף הפעולה עם הסביבה של האדם הוא הכרחי לצורך קיומו. לפיכך, החיים במסגרות משפחתיות- קהילתיות- חברתיות זה חלק מטבעו של האדם.

שפירא: ההצדקה של אריסטו למשפט הטבע היא שמדובר במערכת מינימום-> הצדק הטבעי **הכרחי** לקיום הקהילתי. אבל התיאוריה שלו יכולה לשמש למערכת מקסימלית משוכללת יותר כך שהחיים בחברה מהווים קיום צודק יותר מעבר לדרך התקיימות גרידא.

האדם הוא בעל חיים מדיני על פי הטבע, הוא חיה פוליטית והוא נועד לחיות בקהילה, במסגרת חברתית. זה טבע האדם. אין בעולם אדם שחי לבד לאורך זמן.

גילוי הצדק הטבעי: איך אדם שונה מחיות אחרות החיות בלהקות או בעדרים? רמת ההיזקקות של האדם לקהילה אינטנסיבית יותר משל החיות בלהקות. זאת מאחר שלבני האדם יש ייחוד- כוח הדיבור והתבונה, המגלה את המועיל והמזיק, את הצדק ואת העוול. **לבני האדם יכולת להבדיל בין טוב ורע, צדק ועוול. יכולת זו לא קיימת לבעלי החיים.**

מהם התנאים ההכרחיים לחיות במסגרת קהילתית? יש גם חיות החיות בלהקה, ההבחנה בין אדם לבעלי חיים **מתבטאת בכוח הדיבור שלו**. הוא מבטא את השכל והתבונה, התקשורת, והיכולת לדבר זה עם זה כדי לגלות מה מועיל, מה צודק ולקבוע את הכללים של טוב ורע. לכן, האדם הוא החיה היחידה בעלת התודעה העצמית וההבנה של טוב ורע, והדבר הזה שזה שילוב של היכולת השכלית של האדם והמילולית שלו מאפשרת לקבוע את הכללים לפיהם יחיו.

הואיל והחיים של בני אדם בקהילה ובמדינה הם הכרחיים אז גם הנורמות ההכרחיות לחיות במסגרת הקהילה הם המשפט הטבעי. הנורמות האלה הם חלק מהטבע. איך אנחנו יודעים מהם הכללים האלה? **באמצעות התבונה**. היכולת התבונית הזו מאפשרת לגלות. אריסטו מגלה שאי אפשר לחיות בחברה בה אנשים רוצחים, אונסים וגונבים אחד לשני. בניגוד לידע איך לשתות או לאכול, התנאים הנחוצים לצורך התנאים הקהילתיים הם תנאים שאותם אנחנו צריכים לגלות באמצעות התבונה וזה בעצם משפט הטבע.

אריסטו מניח שיש נורמות טבעיות ומוסריות שאינן תלויות במדינה והיא לא יכולה להחליט לגביהם.

כלומר, לכל בני האדם צורך לחיות בקהילה (צדק טבעי= משפט הטבע), אבל כדי לחיות בה יש לקיים כללים מסוימים (איך נכון להתנהג בחברה). לכן, הקיום של החיים הקהילתיים כחלק ממשפט הטבע, מחייב מערכת נורמטיבית ולכן גם הן עניין טבעי. את התוכן שלהן נגלה באמצעות התבונה האנושית וכוח הדיבור שמאפשרים לבני האדם לתקשר, לדון ולהסכם על עקרונות הצדק ולהבחין בין רע לטוב. כיוצא מכך- הקיום המדיני הוא קיום טבעי- **אם האדם לא יקיים את המערכת הנורמטיבית הוא לא יוכל לממש את הטבע שלו לחיות בקהילה.**

רע כשלעצמו- דבר שרע ואינו תלוי במדינה. יש מעשים שהם רעים כשלעצמם והמדינה מאפשרת את הדבר הטבעי הזה.

רע מפני שנאסר- יש דברים שהם לא רעים כשלעצמם, כמו לא לשלם מס, כמו לעשן מריחואנה בניגוד להחלטת המדינה.

**סיכום:** העקרונות של אריסטו הם אוניברסאליים:

* האדם נועד לחיות, ע"פ הטבע במסגרת מדינית.
* לאדם יש כישורים- תבונה וכוח דיבור, המאפשרים לו לדעת מהם התנאים הדרושים לקיום מדיני.
* התנאים הללו הם עקרונות הצדק והם המרכיב ה"טבעי" בצדק.
* עקרונות הצדק בטבעי אינם כפופים לחוק (ולהחלטות הרוב).
* לצד המרכיב הטבעי, החוק קובע הסדרים שונים שיש בהם ממד שירותי והסכמי.

**קיקרו**:

הרעיון של טבע הוא שהוא בלתי תלוי במדינה, הוא קיים קודם למדינה. הוא עניין טבעי, ולכן המדינה לא יכולה לשנות את חוקי הטבע וזה יהיה נגד חוקי הטבע לעשות דבר שכזה. חוק הטבע הוא אינטואיטיבי וכל אדם מבין אותו באופן טבעי ונצחי, האל הוא היוצר של החוק המכריז שלו. נשמע תפיסה קצת דתית שלא מוכרת בעולם הרומי.

לתיאוריה של משפט הטבע שני תפקידים פוליטיים:

1. **הלגיטימציה של החוק-** למה צריכים להיות כפופים לחוק, למה כופים עליו את החוק. משפט הטבע העצם מצדיק את החוק, החוק הוא התגלמות למשפט הטבע, רק כשהחוק רע כשלעצמו.
2. **תפקיד ביקורתי-** אם יש מערכת מוסר שקודמת את מערכת המדינה, אני יכול לבחון את חוקי המדינה בהתאם למערכת הזו, זה בעצם החוקה של החוק והחוק צריך לעמוד לפי משפט הטבע.

# עקרון היושר וההגינות

המעשה ההגון (הישר) אינו מצטמצם אך ורק למה שצודק לפי החוק, אלא **מטרתו לתקן את הצדק החוקי**. בהתאם לתפיסתו **שהחוק הוא רק אספקט אחד של המשפט** ויש גם אספקט של משפט הטבע והמוסר, נוצרת בעיה אוניברסלית הנקראת בעיית כלליות החוק.

תיקונו של החוק שבא מחמת כלליותו. מאחר שהחוק **נחקק בצורה כללית** נוצר עוול שיש לתקן. המעשה ההגון "אינו מצטמצם למה שצודק ע"פ החוק אלא בא לתקן את הצדק החוקי" אריסטו עומד על בעיית כלליות החוק- כל חוק באשר הוא, הוא כללי מידי. המציאות יותר מורכבת ממה שניתן להביא לידי ביטוי בחוקים. הכלליות של החוק יוצרת בעיה אינהרנטית כיוון שתמיד יהיו מקרי קצה. כלומר, יהיו מצבים שאם נחיל בהם את החוק נגיע לתוצאה **שאינה** צודקת. הבעיה הזו רלוונטית לשני צידי החוק- גם לחוקי הטבע וגם לחוקים פוזיטיביים שהם קביעות אנושיות. ברגע שיש ניגוד בין הצדק שבחוק לבין מטרות החוק (המוסר המעוגן מאחורי החוק) יש להפעיל את עקרון ההגינות (לדוגמה- פס"ד הרצחת וגם ירשת בו נכד רצח את סביו כדי לזכות בירושה ובביהמ"ש לא נתנו לזה לקרות) **ההגינות מצריכה סטייה מן החוק**-> טיב ההגינות היא תיקון החוק, העוול שבא מחמת כלליותו.

**המחוקק לא יצליח לחשוב על הכל, תמיד יהיו חריגים שהוא פשוט לא יצליח להגיע אליהם.**

תיקון אי צדק- אריסטו טוען שעל השופט לשים עצמו בנעלי המחוקק, כשהוא רואה אי צדק המצריך תיקון. זה כמו חסר סמוי (גישתו של לוין בפס"ד פלוני). אולם, כאשר המצב נראה צודק, יש לפעול לפי רצון המחוקק.

אריסטו מציע מבחן: אם השופט מתנגד לחוק אז כל החוק הוא רע, ולשופט אין סמכות לבטלו. אם השופט מתנגד ליוצא מן הכלל אז יש חסר, המחוקק לא חשב על המקרה שבא לפנינו והתיקון מוטל על השופט. עקרון היושר הוא תיקון החוק בבעיה שנובעת בגלל הכלליות שלו, לא כשמתנגדים לחוק.

על חובת השופט לקבוע חריג לכלל שבחוק הצודק.

Rigs vs palmer- הרצחת וגם ירשת

פס"ד ישן, בו גבר הוריש את רוב רכושו לנכדו ולא לבנותיו. הנכד חשב שהסבא ישנה את הצוואה ולכן הרעיל את הסבא.

**לעניינינו השאלה המשפטית:** האם הנכד יזכה בירושה? הוא תבע את הירושה בבית משפט והדילמה של בית המשפט הייתה האם לתת לנכד את הירושה או לא? לא נקבע חוק שעונה על השאלה הזו בניו יורק (בצרפת זה כן עלה), נשאלת השאלה האם היה לאקונה בחוק כי המחוקק התכוון שהרוצח של המוריש ירש אותו או כי לא עלו בדעתם שזה יקרה? לכאורה, לפי לשון החוק הכלל הוא שיש יורשים ולפי הצוואה הוא צריך לרשת, למה מוצדק שבית המשפט יחריג אותו? אומר בית המשפט את הדבר הבא- **בפרשנות רציונלית הגיונית לפעמים נרצה להרחיב כדרכה את החוק ולפעמים להקטין את פרשנות החוק**. בית המשפט יישם את עקרון היושר ולא נתן לנכד לרשת את הסב- הרצחת וגם ירשת.

לשופט יש תפקיד לתקן את החוק כי החוק מטיבו בגלל הכלליות שלו לא יכול לתת פתרון לכל מקרה, והחוקק לא יכל לצפות כל מקרה.

### חומרי קריאה לעבודה 1- "אקטיביזם שיפוטי" לא בחומר למבחן למיקוד 2024:

**אקטיביזם שיפוטי- עבודה 1 סיכום חומרי קריאה (לא למבחן):**

אהרון ברק, על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי, כתבים, עמ' **732-727** (בלבד):

אקטיביזם וריסון עצמי: אקטיביזם וריסון עצמי הם מילים בעלי ניגודיות מאוד גדולה על קו רצף אחד ונרצה להגדיר כיצד נשתמש בהם. ברק מגדיר שופט אקטיבי כשופט שבוחר מבין מכלול האפשרויות שעומדות בפניו את האפשרות שמשנה את הדין הקיים ושופט פסיבי הוא מגדיר כשופט שבוחר את האפשרות שמשנה הכי פחות את הדין הקיים. כלומר, **אקטיביזם וריסון עצמי נקבעים ע"פ מידת השינוי של הדין הקיים**. ברק טוען שלפי עמדת זמיר, הוא עצמו אקטיביסט קיצוני. אבל בעיניו, **כל בעיה היא שפיטה** ורק במקרים מיוחדים ניתן לראות בבעיה כבלתי שפיטה. לכן ברק היה מוכן לדון בהרבה בעיות כמו גיוס בחורי ישיבות, חוקיותו של הסכם פוליטי, חוקיות של צוואה הנוגדת את תקנות הציבור ועוד. ברק גם טוען כי לפי עמדתו של קנון, הוא אינו רואה עצמו כאקטיביסט שיפוטי ברמה גבוהה. האם אקטיביזם הוא טוב: שופט שמצהיר על החוק ולא יוצר משפט חדש הוא אינו אקטיביסט, ואינו בעל ריסון עצמי. דומה לכך הוא ששופט חייב לפעול לפי הדין ושום דבר לא מצדיק הפרת החוק ע"י שופט. רק כאשר יש אופציה לבחור בין כמה אפשרויות, רק אז ניתן לבחור אם הבחירה מעידה על אקטיביזם שיפוטי או על ריסון עצמי. אקטיביזם וריסון קשורים איפוא במושג שיקול הדעת השיפוטי ובדרכי הפעלתו. האם אקטיביזם וריסון הם טובים או רעים? המענה לשאלה מותנה בהגדרות המילים אקטיביזם, ריסון, טוב ורע. אם הגדרת טוב ורע מתייחסים לטיב הפתרונות כמו הרחבת חופש הביטוי או הגנה על שלום הציבור, אז רוב ההגדרות של אקטיביזם וריסון לא נותנות מענה לשאלה זו. שופט יכול להרחיב את חופש הביטוי למשל, או לצמצם וזה לא עניין של טוב או רע. כששואלים טוב או רע על אקטיביזם וריסון- מתכוונים לתהליך או לתוצאה? אם מתכוונים לתהליך, אפשר לנסות לבדוק האם האקטיביזם והריסון טובי או רעים. האם טוב לדבר על אקטיביזם וריסון עצמי: אין הגדרה אחת למושגים האלה, הם נהפכים לסיסמאות ריקות מתוכן. עם זאת, המושגים האלה לא יעזבו אותנו ולכן ראוי להתעמק במושגים האלה ושההתעמקות תכלול גם את הבנת המושגים. אם נעשה זאת, ונשאל את השאלות המתאימות כמו מתי ביהמ"ש העליון היה אקטיביסט יותר- לפני או אחרי קום המדינה, נבין טוב יותר את ההליך השיפוטי.

יצחק זמיר, אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט, עיוני משפט יז, עמ' 658-647:

האקטיביזם השיפוטי, לא משנה איך נגדיר אותו, ילווה אותנו תמיד. שופטים בעבר חששו מהאקטיביזם השיפוטי, שהוא יוריד ממעמדם ובוא היום חמת המחוקק תגדל. שופטים אנגליים טיפחו דעה עממית לפיה השופטים אינם יוצרים משפט אלא מגלים משפט. בארץ ישראל הלכו כמותם. שופט אנוס כביכול לדין, ולפי גישה זו האקטיביזם השיפוטי לא קיים. לאט לאט התברר כי גישה זו היא למעשה פיקציה. לאט לאט התברר שהגישה הזו היא פיקציה, במקרים רבים הדין לא נות תשובה או שהתשובה לא עולה על הנסיבות ובמקרים אלה ההחלטה היא החלטת השופט שתיקבע לפי מדיניותו השיפוטית, ויכול להיות הבדל גדול בין שופט לשופט. גישה זו נותנת הכרה מפורשת לתפקיד השופט כיוצר המשפט. גישתו של ברק אומרת שבמקרים רבים לשופט אין לשופט ברוב המקרים רק כמה תשובות לגיטימיות, וכל מה שהוא צריך זה לבחור. רוב המקרים בהם יש תשובה אחת ברורה לא מגיעים לבתי המשפט ומגיעים להסכמה בשלב מוקדם בהרבה. המקרים שלא ברורים ואין להם תשובה חד משמעית מגיעים לבתי המשפט. לדיון באקטיביזם השיפוטי יש השלכות לצד המעשי- העורך דין לעיתים צריך להכיר במדיניות השופט ולהכין את עצמו לכך. נרצה לברר מהו האקטיביזם השיפוטי, לשאלה זו יש יותר מתשובה אחת ואין תשובה אחת מוסכמת. **ברק רואה את האקטיביזם כשינוי הדין** בין אם השינוי טוב או רע, בין אם זה שינוי לאחורה או לקדימה. לדעת ברק- שינוי באשר הוא שינוי הוא אקטיביזם. שופט הדבק במצב הקיים וממשיך ללכת בו, אינו אקטיביסט. עם זאת, ברור שלא כל שינוי מבטא אקטיביזם, שינוי ההוא חלק מהשפיטה וחלק מתפקידו של בתי המשפט. אז רק שינויים בעלי אופי מסוים מבטאים אקטיביזם, מהם השינויים האלה? **הכוונה**, כלומר בכוונה של השופט ליצור דין חדש. השופט האקטיביסט מנסה לשין עצמו רפורמטור של המשפט. **הוא מנצל את ההזדמנות שנקרתה לפניו ומשתמש בעניין הנדון על ידו כדי ליצור דין חדש וטוב יותר. הוא חסר סבלנות, לא מוכן להמתין עד שהדין יתוקן. במובן הזה, האקטיביזם יותר סובייקטיבי מאובייקטיבי.** השופט האקטיביסט לא מחליט לגופו של עניין, אלא מושך את ידו מן העניין. למשל, השאלה של המתת חסד. המחוקק נמנע ממתן תשובה, והשאלה באה בעתירה לידי השופט. אולם, עד שהשאלה באה לדיון נפטר החולה. העותרת ביקשה בכל זאת להמשיך את העתירה, כי אם זה המצב לעלם לא יוכל בית המשפט לדון בשאלה (תמיד האדם כנראה ימות באמצע התהליך), ובית המשפט סרב להמשיך. לדעת זמיר, אם בית המשפט היה בוחר להמשיך היה הדבר מבטא אקטיביזם שיפוטי, לא משנה מה הייתה התשובה. כאשר בית המשפט מקבל על עצמו לדון ולהכריע בעניין מסוים, שהיה קוד לכן מחוץ לתחום ההתדיינות השיפוטית, הרי זה אקטיביזם טהור. במקרה כזה, יש יותר מאשר שינוי הדין הבא לידי ביטוי ביצירה ראשונית של הדין. שני שלבים לאקטיביזם השיפוטי: 1. התערבות במקום שבית המשפט לא צריך להתערב בו. 2. מידת ההתערבות, ועד כמה השופט מוצא את עצמו כדומיננטי. המבחן של האקטיביזם השיפוטי נעוץ בסופו של דבר בתוצאות. אפשר להתווכח עד מחר מה אופי התפקיד השיפוטי ומה גבול סמכותו של בית המשפט ביחס לרשויות אחרות, בפועל מכריעים לפי העובדות- האם לפי העובדות מצודק האקטיביזם השיפוטי או לא? האם האקטיביזם השיפוטי הביא ברכה לישראל? זמיר מצטט את רובינשטיין במאמרו ומביא שורה של החלטות של ביהמ"ש העליון כמו ההחלטה לשדר טלוויזיה בשבת, ההחלטה לפתוח תחנות דלק בשבת ועוד. זוהי רשימה מכובדת של הישגים חברתיים שביהמ"ש העליון עיצב בעזרת האקטיביזם השיפוטי. נשאל, איך המדינה היית הנראית היום לולא ההחלטות האלה- טובה יותר או פחות? התשובה ברורה לחלוטין- אנחנו חיים בחברה חופשית יותר בעקבות ההחלטות ובמשטר מתוקן יותר במידה רבה בזכות האקטיביזם השיפוטי.

**B. C. Canon, Defining the Dimensions of Judicial Activism:**

מהו אקטיביזם שיפוטי? המונח אקטיביזם שיפוטי משומש ללא בהירות, וגם כשמנסים להגדיר אותו, מתעלמים לגמרי מכל שאר הפרשנויות. אקטיביזם לרוב מזוהה עם ליברליות פוליטית וחסר שמרנות. במאמרו קנון מנסה להביא מבנה כללי לקונספט של אקטיביזם שיפוטי.

הוא מסווג שישה מימדים של אקטיביזם שיפוטי:

1. רובנות- המידה שבה מדיניות שאומצה בהליך דמוקרטי נשללת משפטית.
2. יציבות פרשנית- המידה בה החלטות, דוקטרינות ופרשנויות שיפוטיות קודמות משתנות.
3. נאמנות פרשנית- המידה שבה הוראות חוקתיות מפורשות בניגוד לכוונות המחוקק הברורה.
4. הליך דמוקרטי ייחודי/ הליך מהותי- הרמה בה החלטות שיפוטיות גורמות למדיניות מהותית במקום להשפיע על שמירת תהליך דמוקרטי.
5. ספציפיות של מדיניות- המידה בה הכרעה שיפוטית מבססת את עצמה במקום להשאיר שיקול דעת לאחרים.
6. זמינות של קובע מדיניות אלטרנטיבי- המידה בה הכרעה שיפוטית מחליפה שיקול דעת רציני של אותה בעיה שנשקלה באמצעות מוסדות ממשלתיים אחרים.

רובנות: הקריטריון הכי נפוץ הטוען שהביקורת השיפוטית של ביהמ"ש מחליפה מדיניות דמוקרטית כמו חוק. **רובנים סבורים שהחלפת מדיניות חוקתית במדיניות שיפוטית זה לא לגטימי בדמוקרטיה.** כששופטים מבטלים חקיקה זה מעשה לא חוקתי המתבטא בהפרת הרובנות.

המחוקק מול המשפט, עד כמה בית המשפט מבטל חוקים קיימים.

יציבות פרשנית: המידה שבה ביהמ"ש העליון משמש או נוטש תקדים או דוקטרינה משפטית קיימת. ברבים מהמקרים לא מבטלים חוק או תקנה, אלא פשוט הופכים תקדים. המקרה הכי בולט ודרמטי של חוסר יציבות פרשני קורה כאשר בית המשפט הופך בצורה בוטה את ההחלטות הקודמות שלו עצמו. בדרך כלל בית המשפט אומר את זה בצורה גלויה, לדוגמא:

"מסקנותינו הן שבמקרה של אדקינס נגד ביה"ח לילדים סופרה, צריכות להתהפך ועל כן אנו הופכים אותן.

אך לפעמים זה ייעשה בצורה לא גלויה, כמו במקרה של בראון נגד מועצת החינוך: "כל ניסוח בפלסי נגד פרגוסון אשר סותר את הממצא הזה, נדחה". לכן מעטים לא הבחינו בכך שפלסי נגד פרגוסון נהפך.

המחוקק מול המחוקקים שקדמו לו, עד כמה ביהמ"ש מבטל תקדימים קיימים.

בפרשנות חוקה מודד את ההבניה המעשית והמסתברת של ביהמ"ש להוראות החוקה. אקטיביזם קורה לפי מימד זה כאשר פרשנות החוקה לא מתיישבת עם ניסוח ההוראה החוקתית או עם הכוונות הידועות. למעשה, זה כמו שהאפיפיור יתמוך בכפייה. למילים ולביטויים יש משמעות ולמנסחי החוקה היו כוונות ומטרות, כשביהמ"ש בעצם עוקף זאת זה מבטא אקטיביזם שיפוטי. למשל, במלחמת העולם השניה ביהמ"ש קבע להוציא את האמריקאים- יפניים מבתיהם, מעשה שהוא בניגוד לחוקה. מבקרי המימד הזה טוענים שהחוקה אינה חוקה אם ניתן לשנות אותה ע"פ רצונם של שופטים. תומכי האקטיביזם טוענים כאן שתפקידו העיקרי של בית המשפט הוא יישום יעיל/חלק של מסמך מהמאה ה-18 שנכתב עבור בעיות של המאה ה-18, שעשוי לדרוש משמעויות חדשות עבור הוראות ישנות, ושרוח המסמך שחשובה יותר מאשר המילים והניסוחים המדויקים והכוונות של המנסחים שיועדו לתקופת זמן מסוימת. החוקה צריכה להתאים את עצמה דרך השופטים. לא תמיד ניתן לקבוע מה היו כוונותיהם של המנסחים, ובמקרים כאלה אי אפשר להאשים את השופטים בדבר פרשנותם.

הליך דמוקרטי ייחודי/ הליך מהותי ייחודי: נטען כי לעיתים יש הצדקה גדולה יותר לקביעת מדיניות ע"י בית המשפט מאשר בתחומים אחרים. יש להבחין בין תוכן למהות ההליך ולפי כך לקבוע האם מדובר באקטיביזם. ההחלטות שמפתחות או משנות מדיניות המשפיעה על ההליך המשפטי אינן אקטיביסטיות. ההחלטות שמערבות את חופש הביטוי, זכות ההצבעה, התנהלות הבחירות ואת אופי הייצוג לא משפיעות באופן ישיר על מדיניות מהותית אלא הן נודעות לאפשרויות של אזרחים להשפיע על המערכת המדינית. החלטות אקטיביסטיות לפי המימד הזה הן החלטות שקובעות מדיניות כלכלית, מנהלות פעולות שלא קשורות להליך הפוליטי של המוסדות או קבוצות, או כאלה שמגבילות לאנשים את תחומי העיסוק המוסר או ערכים דתיים.

ספציפיות של מדיניות: בתי המשפט התערבו במדיניות ציבורית רק כדי לבטל חוקים. בשנים האחרונות בתי המשפט הפכו יותר ויותר לקובעי מדיניות בעצמם, כלומר התחילו להורות לגורמי הממשל לאמץ מדיניות מסוימת. קביעת מדיניות 'חיובית' על ידי בית המשפט. זה כולל את ההחלטות שלמעשה מצהירות או מפתחות מדיניות חדשה, לפעמים עם ירידה לפרטים, או שקובעות איזו התנהגות ספציפית מוסדות ממשלתיים צריכים לאמץ כאשר הם מנסים להגשים מדיניות קיימת.

זמינות של קובע מדיניות אלטרנטיבי: לאיזו מידה יכולה רשות אחרת לקבוע מידניות שדומה לזו שנמצאת בהחלטת ביהמ"ש? כלומר, האם לרשות אחרת יש סמכות ומומחיות לקבוע? זה בא לידי ביטוי בשתי צורות: 1) כשיש קובע מדיניות אלטרנטיבי (מחוקק למשל) היה יכול לקבוע מדיניות במקרה הנדון. 2) חלטות של ביהמ"ש המתבססות על מידע ונתונים. אם וביהמ"ש העליון קבע בהחלטות כאלה= אקטיביזם שיפוטי.

בג"ץ 5158/21 גורטלר נגד שר הרווחה (השופט פוגלמן)

הפס"ד עוסק בכשירותם של בני אותו מיל להינשא בהתאם להסדר הסטטוטורי שקבוע בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א- 1981 הקובע איך מאמצים ילדים בישראל. במוקד העניין הוראה הקבועה בס' 3 לחוק בדבר הכשירות לאמץ. הסעיף קובע שרק זוג נשוי של איש ואישה יכולים לאמץ ילדים, אלא אם בית המשפט מתיר אחרת בשני נסיבות חלופיות: 1) אם בן זוגו של המאמץ היחיד הוא ההורה המאומץ או אימץ אותו לפני כן (זוג שחי ביחד והילד שייך רק לאחד מהם מנישואים קודמים למשל) 2) אם הורי המאומץ נפטרו והמבקש לאמץ אותו הוא קרוב משפחה לא נשוי. בס' 25 (2) עוגנה גם סמכותו של ביהמ"ש לסטות מחלק מהתנאים שנקבעו בס' 3 (2): ביהמ"ש יהיה רשאי לסטות מס' 3(2) לפי עקרון טובת הילד **בנסיבות מיוחדות**. על ידי סעיפים אלה זוגות מאותו מין רשאים להגיש בקשת אימוץ, והיא נבחנת רק במקום שבו לא ניתן למסור את הילד לזוג הורים של "איש ואשתו יחד". השאלה שעולה היא האם ניתן לפרש את "איש ואשתו יחד" גם כזוג בני אותו מין. כיום יש עדיפות לבני זוג נשואים ממין שונה, רק כשלא מוצאים זוג "הטרוסקסואלי" נשקלת לבני זוג מאותו המין. בעתירה קודמת בנדון המדינה טענה שאין סמכות לדון בנדון וכי הסמכות מוקנית לוועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים (ועדת גרוס), וכי הועדה צריכה לדון שוב ולכן העתירה נמחקה. בוועדה הדעות על טובת הילד כשההורים המאמצים בני אותו מין נחלקו, והוחלט שם שזוגות "ידועים בציבור" לא יהוו חריג לאימוץ ויוכלו לאמץ לפי ס' 3. מנגד, באשר לזוגות מאותו המין נקבע חד וחלק- זה לא נופל בלשון החוק ואין מקום לשנות את המדיניות הקיימת. הטענה היא שילד מאומץ גם ככה נושא משקל של חריגות, ועדיף להימנע מעוד "חריג". הציבור עורר מחאה בנדון. פוגלמן כדי להכריע במקרה בודק כיצד הכריעו במקרים קודמים (הולך לפי תקדימים) תחילה בוחן את לשון החקיקה, ובוחר באפשרות שמגשימה את תכלית החוק. תחילה הוא מסתכל על התכלית הסובייקטיבית- בוחן את דברי ההסבר להצעת חוק (מנסה לפרט כלשון המחוקק) ואז בוחן את התכלית האובייקטיבית הכוללת את המטרות והמדיניות, את הערכים שאותם נועד להגשים כל דבר חקיקה בחברה דמוקרטית מודרנית. הוא מתייחס ללשון החוק בס' 3 וקובע לפי פסקי דין קודמים כי "פרשנות אינה אך בלשנות". הוא שואל מהו המסר הנורמטיבי הטמון במונח "איש ואשתו". הוא מגיע למסכנה כי הפרשנות לפי ס' 2 כי בני זוג יהיה גם זוג בני אותו מין לא חורגת ממתחם הפרשנויות. יתרה מכך, המחוקק בס' 6 לחוק הפרשנויות קבע כי כשמצוין איש ואישה זה נכון גם ההפך אלא אם צוין אחרת, הוא קבע שהפרשנות הלשונית ההפוכה אכן אפשרית. תכלית סובייקטיבית: השאלה שניצבת לפניינו בדבר כשירותם של אותו בני מין לאימוץ בכלל לא עלתה לפני המחוקק. לנגד המאמצים היו רק שני אפשרויות- אימוץ בידי הורים הטרוסקסואלים או מאמץ יחיד. כשמדובר בטובת הילד- טובת הילד היא להימסר לזוג הורים ולא ליחיד. מדבר המחוקק ניתן ללמוד כי הדרישה לזוג הייתה הדרישה ליציבות התא המשפחתי. התכלית האובייקטיבית: בוחנים את עקרון טובת הילד, האם הפרשנות שלפיה זווגת מאותו המין כשירים לאמץ יש בה לקדם או לפגוע בעיקרון טובת הילד? השר מאמין שזוגות בני אותו מין פוגע בעקרון טובת הילד, אבל הטענה שלו נטענת בעלמא. נהפוך הוא, לפי העמדות המבוססות והמקצועיות שהובאו לפנינו מעידות כי לנטייה המינית של ההורים אין השפעה על טובת הילד. בנוסף, מתייחס לדבריה של היועצת המשפטית לממשלה בכך שאומנה ניתן לגדל במסגרת הורים בני אותו מין ולעיתים רבות האומנה מהווה שלב מקדים לאימוץ, והיתר לבני אותו מין לאמץ מקדם את ההרמוניה בין ההליכים ומונע הסתגלות נוספת של המון ילדים, ואז זה פוגע בעקרון טובת הילד. לאחר מכן, הוא בוחן את הפגיעה בזכות לשוויון. אמנם החוק מוגן בשמירת דינים אבל יש לבחון האם ההבחנה שבמוקד ההסדר אינה מבוססת על שוני רלוונטי, ככל שלא קיים שוני רלוונטי- החוק מפלה ויש לעבור לשלב השני- בחינה האם ההפליה קשורה בקשר "ענייני הדוק" לכבוד האדם. הוא קובע כי לא קיים שוני רלוונטי (מחוות הדעת) וכי יש קשר הדוק לחו"י כבוה"א בכך שהחוק מפלה, והוא פוגע בזכות האימוץ. שלב המסקנות (פרשת החוק בראי התכלית): השופט בחן את החוק לפי תכליתו- טובת הילד. בפרשנות הלשונית היו כמה פרשנויות שונות ולכן לא הלך לפי םרשנות זו. באשר לתכלית הסובייקטיבית: טובת הילד לפי המחוקק תהא תא משפחתי יציב ואחיד, שזה לא סותר את הזוגיות של בני אותו מין, והמחוקק לא העלה בדעתו את שאלת בני בזוג מאותו מין. בנוגע לתכלית האובייקטיבית: מן אפשרות לבני אותו מין לאמץ מקדם את טובת הילד, מקדם שוויון, ומגשימה את ההרמוניה בין האומנה לאימוץ. מכל האמור מגיע למסקנה כי המונח "איש ואשתו יחד" מתייחס גם לבני זוג מאותו המין.

# הפוזיטיביזם: תורת הפקודה של אוסטין

ג'ון אוסטין- תורת הפקודה: אבי הפוזיטיביזם.

רקע: אנחנו דיברנו על תורת משפט הטבע בשיעורים האחרונים, בעיקר על אפלטון ואריסטו. התפיסה של משפט הטבע הייתה תפיסה דומיננטית בתורת המשפט.

בלאקסטון כותב בתמצית את תפיסת תורת המשפט שלו והוא אומר שהמשפט האנושי עומד על שני יסודיות- החוק הטבעי וחוק ההתגלות. אריסטו דיבר על חוק הטבע שאנחנו רואים באמצעות התבונה והתפיסה הנוצרית הוסיפה גם את ההיבט של ההתגלות. כלומר, מה שהאל מגלה לאדם באמצעות הקודש. זה גם סוג של משפט "טבעי", ושניהם נחשבים חוקים עליונים באופן שחוקי האדם לא יכולים לסתור אותם- רצח שנאסר גם בחוק התבונה וגם בחוק הטבע וכאשר המדינה מכירה באיסור רצח היא בעצם מכירה בחוק הטבע וחוק ההתגלות.

יש חוקים שלא נובעים מחוקי הטבע. למשל, חוקי מסחר בין מדינה למדינה, זה חוקים שהמדינה מייצרת. בלאקסטון מוסיף את התפיסה הדתית- תפיסת ההתגלות. אנחנו מגיעים לאחת הבעיות של משפט הטבע- היא מערבת את המוסר הטבע והמשפט. ההנחה שהמשפט לא יכול לסתור לא את **המוסר** לא את **הדת** ולא את **הטבע** זאת אומרת שכל החלטה משפטית צריכה לעמוד בשלושת המבחנים האלה, וזה הופך את מערכת המשפט למערכת מאוד מורכבת. זה יוצר ערפול, אי בהירות, תורת המשפט **מערבת את החוק המצוי והרצוי**. חוק המצוי- מה שהמחוקק קבע. החוק הרצוי- מבחינה מוסרית. תיאוריה של משפט הטבע יוצרת אי בהירות יסודית במערכת המשפט מכיוון שהיא מערבבת לצד המשפט את המוסר והדת. זה יוצר טשטוש לשאלה מהו הדין. הם רואים את המשפט ככפוף הן למוסר והן לדת. כלומר, כל החלטה שיפוטית צריכה לעמוד במבחן המוסרי ובמבחן הדתי.

בפני הרקע הזה ניצב ג'ון אוסטין, והוא מנסה לחשוב על המשפט מחדש. (ג'ון אוסטין הוא תלמידו של בנת'אהם- אבי תורת התועלתנות) הוא מנסה להגדיר מה זה חוק ומה זה משפט ומתוך כך לפתח תורת משפט מודרנית.

מהו חוק? הוא מגדיר חוק בהקשר שלנו – חוק הוא כלל מדריך שניתן בידי אישיות תבונית אחת לידי אישיות תבונית אחרת. הגדרת החוק הזו יכולה לכלול כמה וכמה צורות:

1. חוקי האל- משפט הטבע
2. חוקים שבני אדם קובעים לפי המוסר הפוזיטיבי ולא באופן פורמלי, תפיסות מוסריות חברתיות. המוסר שבני האדם קובעים.
3. חוקים שבני אדם מוסמכים קובעים אחד לשני, וזה המשפט הפוזיטיבי.

הוא היה הראשון להכניס את המושג הזה פוזיטיבי. פוזיטיבי זה דבר קיים להבדיל ממשהו מופשט, חוקי הטבע הם מופשטים. אנחנו לכל היותר יכולים להגיד שאנחנו מגלים אותם ומבינים אותם. משפט פוזיטיבי הוא אובייקטיבי, קיים מחוץ לתפיסה הסובייקטיבית של האדם.

הוא בעצם הגדיר לנו את המשותף והשונה משלושת המערכות- המשפט המוסר והמשפט. הם שונות כי חוקי האל מופשטים, והמוסר פוזיטיבי, אבל הוא נקבע באופן לא פורמלי. המשפט נקבע בידי אנשים מוסדיים.

יש כמובן חוקים במובן מטאפורי (חוקי הטבע של הפיזיקה והנוירולוגיה למשל), זה לא כלל נורמטיבי, זה כלל תיאורי. החוק שבני האדם המוסמכים קובעים זה חוק המדינה.

**המשפט הפוזיטיבי הוא חוק המדינה**. חוקים אחרים הם לא פוזיטיביים. המוסר והדת אינם חלק מהמשפט הפוזיטיבי.

המשפט עוסק בחובות והוא מטיל עלינו חובות, אוסטין מגדיר בהתחלה של מושג החובה. מה פירוש הדבר שמוטלת על אדם חובה משפטית?

הוא נותן את ההגדרה הבאה: אדם נמצא תחת חובה כאשר יש עליו איום שאם לא יבצע את רצונו של אדם אחר יגרם לו רע כלשהו.

כלומר, אדם נמצא תחת חובה אם לדרישה של החובה והאמירה הזאת מצורף איום בסנקציה. להגיד "אסור לגנוב" לא מייצר חובה, רק כשמגדירים מהי הסנקציה זו חובה. חובה נוצרת כאשר יש איום בסנקציה צמוד לדרישה הנורמטיבית, ודרישה נורמטיבית בלי שיש לידיה עונש אינה מייצרת חובה. מי יכול להטיל סנקציה? מי שיש לו הכוח, ולכן אוסטין בעצם אומר **שאין משפט בלי כוח** משום שאם אין כוח אין חובה. לכן מגדיר אוסטין את הדבר הבא: מושג הפקודה. פקודה היא דרישה שיש לצידה סנקציה, ורק דרישה מהסוג הזה יוצרת חובה.

פקודה היא דרישה שיש בצידה סנקציה-> סנקציה יוצרת חובה-> חוק שיוצר חובה חייב להיות פקודה.

אוסטין מבחין בין פקודה ספציפית- לעשות פעולה מסוימת במקום וזמן נתונים, לבין פקודה כללית- הוראה לעשות פעולה מסוימת באופן קבוע.

מה שהופך חוק לחוק הוא שהפקודה כללית- באופן קבוע אסור לעשות משהו.

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

מי יכול לתת פקודה? אוסטין אומר שאם הפקודה מלווה באיום בסנקציה מי שיכול לתת פקודה הוא האדם שיכול לממש את הסנקציה. רק מי שיש לו כוח כלפי האחר יכול לתת פקודה. אם פרופ' אומר שכדאי לעשות משהו "חובה להפגין נגד הממשלה" אבל אף אחד מהם לא יכול להטיל סנקציה, הוא לא מוסמך לתת פקודות ולממש את הכוח. **החוק הפוזיטיבי הוא החוק שאדם יכול לתת ולהטיל סנקציה בגינו**. החוק חייב להינתן על ידי גורם בעל סמכות ובעל כוח.

עכשיו אוסטין מפתח את הדבר הזה הלאה- מי קובע את החוקים במדינה?

הריבון- השליט העליון של המדינה, הוא הגורם שעומד במדינה מעל לכל ואם החוק הפוזיטיבי הוא החוק של המדינה. המדינה היא ישות פוליטית עצמאית: תושביה מצייתים לאדם אחד או לגוף אחד ולא אחר. גם המדינה היא גוף היררכי שבתוכה חייבים לציית לריבון, גם אם כל אחד יכול לתת פקודות בתחומו (למשל מפקד לחיילים שלו) אבל בסוף כל אחד מהגורמים האלה לא עצמאי, הם גם כפופים לגורם, ואנחנו מגיעים בסוף להגדרה של ריבון: **הריבון הוא מי שחייבים לציית לו והוא אינו מציית לאחרים.**

במלוכה למשל, יש לכל עירייה ומחוז מי שמצייתים לו, ובסוף בסוף מצייתים למלך, והמלך לא מציית לאחרים, ולא כפוף אליהם מבחינת כוחו לשום גורם אחר. התמונה של אוסטין, שחי במאה ה- 19 באנגליה, מתחשבת בריבון כגוף העליון שעומד בראש המדינה ומאחוריו עומד הכוח של המדינה, והוא יכול לקבוע חוקים ולהטיל חובות באמצעות איום בסנקציה. הריבון עומד בראש הפירמידה וכולם מצייתים לו.

אז זיהינו את הריבון.

אם כך, **מהו משפט המדינה**? מהו החוק הפוזיטיבי? חוק המדינה הוא פקודה כללית של הריבון. אוסטין עשה מאמץ גדול להגדיר את המשפט כתחום נפרד מהדת והמוסר, כתחום פוזיטיבי. אם רב מסוים אומר שדבר מסוים אסור, הרב הוא לא מכוח הריבון והוא לא יכול להטיל סנקציה מוחשית בתחום של משפט המדינה, ולא זה לא חוק. חוק המדינה שהאזרחים כפופים לו, זה החוק הפוזיטיבי של המדינה והוא עניין עובדתי, הוא לא דבר מופשט. בתיאוריה, אם המנהיג העליון זה המנהיג הדתי וכולם מציתים לו הוא הריבון. באיראן למשל בהחלט אפשר להגיד שהמנהיג הדתי הוא הריבון.

אנחנו יודעים עכשיו מה זה משפט, וכל מה שלא קשור למדינה ולכוח שלה הוא לא משפט.

עד לכאן תמצית התיאוריה של אוסטין, ועכשיו אנחנו נתמודד עם אתגרים שהתיאוריה הזו צריכה להסדיר. יש הבדל ביו תורה כללית של המשפט לתורה ספציפית. האתגר של אוסטין הוא ליצר תורת משפט כללית, ותיאוריה של המשפט שמתאימה **לכל** שיטות המשפט. הטענה של אוסטין היא שתורת הפקודה שלו, היא תורת משפט כללית שנכונה לכל מקום. כתורת משפט כללית אנחנו צריכים לענות על כמה בעיות.

באנגליה, המשפט האנגלי **התפתח לפי תקדימים ולא לפי חוקים,** האם אפשר לראות בפסיקת בית משפט כפקודה של הריבון? לא ממש- זה גם ספציפי, וגם הוראה שלא ניתנת דרך הריבון. איך בתיאוריה האנגלית משתלב תורת המשפט שאוסטין מציע? אוסטין **מציע פתרון שהמעמד של הפסיקה יהיה מכוח הסמכות שהפרלמנט נתן בידו.** הפרלמנט קבע את עקרון התקדים וקבע שהחלטות של בית משפט מחייבות, והוא נתן להם גיבוי. כלומר, בתי המשפט הם בעצם שלוחה של הפרלמנט. עם זאת, באנגליה יש גם את המנהג כמחייב. המנהג מגיע מנוהג- **מלמטה למעלה**. איך אוסטין מתמודד עם המנהג? הוא אומר שמי שמכיר במנהג זה השופטים, השופטים מכירים במנהג, השופטים הם יד הפרלמנט, ולכן המנהג הוא גם נובע מהריבון. המשמעות של זה היא שהריבון שולט גם בבתי המשפט וגם במנהג, כי הוא יכול להכיר אותם וההכרה נותנת את המעמד, הם לא עצמאיים.

בעיות נוספות בתיאוריה של אוסטין: דיני עונשין בנויים כהוראה שיש בצידה סנקציה. הבעיה היא שבחוקי המדינה **יש הרבה חוקים שאין בהם סנקציה.** כמו חוק החוזים, כל מערכת החוקים האזרחית לא בנויה לפי המודל הקלאסי של פקודה. אוסטין מודע לכך, ואז הוא היה צריך לתת לזה פתרון. הפתרון שלו לעניין היה שהסנקציה היא בעצם הבטלות של החוזה, הבטלות של הירושה או הבטלות של החברה. בעצם מה שאוסטין אומר- מאחורי כל מדינה עומד הכוח של המדינה, והכוח של המדינה נמצא גם במשפט האזרחי. אמנם זו לא סנקציה פלילית, אבל זה גם סנקציה. לכן גם המערכת האזרחית כפופה לפקודות של המדינה.

**חוקים הצהרתיים:** מה עם חוקים שאינם פקודה והם גם לא במסגרת החוקים שדיברנו אליהם, אלא חוקים הצהרתיים או פרשניים. כלומר, יש חוקים שהם מנוסחים ככה והם מצהירים, לא כוללים באופן ישיר לא חובה ולא סנקציה, אבל הם חלק ממערך שלם. למשל, חוק הכשרות המשפטית. חוק הכשרות המשפטית אומר שכל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו. חוקים הצהרתיים לא מתיישבים עם ההגדרה של אוסטין כלשונה.

**חוקים מבטלים או מתירים:**

יש חוקים לא שלמים, חוקים שלא מטילים סנקציה. זה לא כל המשפט האזרחי, אבל סעיפים הצהרתיים או חוקים מבטלים ומתירים, הם אל שלמים.

החוק קשור באופן האינהרנטי לכוחה של המדינה, החובה נוצרת רק כאשר מאיימים בסנקציה ומי שיכול לקבוע חוק הוא רק מי שיש בכוחו לאיים בסנקציה, והחוק הוא פקודה כללית של הריבון. הוא בנה תיאוריה ויצר חידוש גדול. הוא רצה להתייחס למשפט באופן יותר רציונלי ועובדתי, מופרד מהמוסר ומהדת.

בשיעור הזה נדבר על הבעיות שיש בתורת הפקודה, היא בהחלט ניסיון להשתחרר מן המסורת של משפט הטבע שמערערת את המוסר והמשפט, אבל היא לא הייתה מספיק מוצלחת.

# ביקורת תורת הפקודה- הארט:

פרופסור הארט הוא גם אנגלי, פילוסוף חשוב של המשפט מהמחצית הראשונה של המאה ה-19 והוא קורא את אוסטין מאה שנה אחריו. הוא מתרשם מניסיונו של אוסטין להציג תורת משפט פוזיטיבית אבל היא לא ביקורת נכונה לדעתו.

פרופסור הארט העביר ביקורת על תורת הפקודה, הביקורת הראשונה היא שתיאוריית הפקודה לא מתאימה לתקדים, ובעיקר **אי התאמה למנהג**:

הביקורת שמעלה הארט על תורת הפקודה היא שהתאוריה של אוסטין לא מתאימה לכל מקורות המשפט והתיאוריה של אוסטין מסתדרת יפה עם החקיקה, אבל כשאנחנו מגיעים למרכיבים אחרים שנמצאים לפחות בשיטת המשפט האנגלית, אז יש לנו את **התקדים** **והמנהג** ושם תיאוריית הפקודה פחות טובה. הארט אומר שהפתרונות שמציע הארט לבעיה לא מוצלחים. לדעת אוסטין המחוקק והריבון נתן כוח לבתי המשפט, הפתרון הזה מעמיד את ביהמ"ש כתלוי בריבון. זה לא נכון היסטורית, באנגליה המשפט המקובל התפתח כמשפט שצמח בבתי המשפט בכוח עצמאי בלי להסתמך על הריבון. הפתרון שהחוקק או הריבון הוא זה שהכיר בבתי המשפט וכל הכוח שלו מגיע משם, לא באמת מגיע למסורת האנגלית. בעיה חמורה יותר יש בהקשר של המנהג, אוסטין אמר על המנהג שהתוקף של המנהג הוא מכוח ההכרה של בתי המשפט, וכאשר בתי המשפט מוכרים במנהג אז יש לו כוח, ואז **הכוח של הכרת המנהג מגיע מבית המשפט ומגיע מהריבון**. הפתרון הזה הוא עוד יותר בעיה, בשיטה האנגלית המשפט מחייב פירושו של דבר שבית המשפט חייב לפסוק לפי המנהג. אם אני אומר שהמנהג מחייב פירושו שבית המשפט היה חייב לפסוק כך, אם המנהג מחייב אז הוא מחייב לפני שבית המשפט, זה לא נובע מכוח ההכרה שלו, הוא פשוט חייב.

הביקורת השנייה: תיאוריית הפקודה לא מתאימה לכל סוגי הנורמות המשפטיות:

הנורמות המשפטיות מתחלקות לסוגים. כללים שמטלים חובה ואומרים כיצד לנהוג או לא לנהוג, חוק העונשין למשל מתאים לכללים שמטילים חובה. חוק העונשין מלא כולו חובות. יש בחוק העונשין חובות מה לא לעשות ומה כן לעשות, אם אדם מוזמן לבית המשפט, יש לו חובה להעיד, אם אדם נתקל בהתעללות בחסרי ישע הוא חייב לדווח, זה חובת עשה, אבל רוב החובות אומרות מה **לא** לעשות. אבל יש עוד סוג של כללים- כללים שמטלים כוח. כוח משפטי פירושו של דבר- אדם שמקבל כוח יכול ליצור חובה על אדם אחר. למשל, לשוטר יש כוח לעצור אדם שביצע עבירה, לשופט יש כוח לכתוב פסק דין שמחייב לשלם כוח. גם לנו כאנשים פרטיים יש כוח. למשל, לאדם יש כוח לכתוב צוואה, והיורשים כפופים לה. כל חוזה יש בו כוח בין הצדדים. מושג הכוח הוא רחב מאוד וחלק מהכללים המשפטיים מעניקים כוח. כלל שמעניק כוח לא מטיל חובה. יש לי כוח לכתוב צוואה, **אין לי חובה**, יש לי כוח לכתוב חוזה אבל אין לי חובה.

כלומר, התיאוריה של אוסטין, תורת הפקודה בנויה על כך שלכל פקודה יש חובה ולצידה סנקציה, העקרון שנותן כוח בחוקים לא מתאים לתיאוריה זו.

לפעמים אנחנו מקבלים דברים בחוק. חוקים מעניקים לי גם זכויות, מה זה אומר על החוקים האלה לפי אוסטין? המשפט הוא לא רק חובות. במשפט יש הרבה דברים אחרים **והוא דוחף את כל הכללים של המשפט לכללים שמטילים כוח, זו תפיסה פרימיטיבית**.

בעיקר במדינה מודרנית, במשפט יש המון צדדים מעבר לחובה. יש כללים שמעניקים רשות- רשות לפתוח עסקים, לעשות פעולות כאלה ואחרות. תורת הפקודה מתאימה באופן טבעי בעיקר לכללים שמטלים חובה, ולא לכללים משפטיים מגוונים אחרים שהם חלק גדול מהמשפט שלנו. כל התחומים האזרחיים והציבוריים לא מתאימים. אי אפשר לראות בחוק רק חובה עם סנקציה. זאת ביקורת חריפה על התורה של אוסטין.

הביקורת השלישית: מתייחסת למושג הריבון:

מושג הריבון של אוסטין מאוד מתאים לתפיסה של מלך שהוא הריבון והוא קובע לאחרים. כשאנחנו מגיעים למבנה של מדינה דמוקרטית אז אנחנו שואלים מי בעצם הריבון? זה מתאים רק **לשליט אבסולוטי**, לא מתאים לתפיסה שגם הריבון כפוף לחוק. כלומר, האמרה- מי שהעם כפוף לו והוא אינו כפוף לאחרים, לא מתאר את הריבון כיום. התפיסה המודרנית אומרת שהריבון עצמו כפוף לחוק, והוא לא באמת ריבון בהגדרה של אוסטין, כי גם הכנסת מצייתת לחוקי היסוד והיא כפופה לביקורת של בית המשפט. במדינות חוקתית הריבון כפוף לחוק, ומושג הריבון נראה יושן ולא מתאים לדמוקרטיה מודרנית.

הביקורת הרביעית: מתייחסת למושג החובה:

מה זה חובה משפטית? חובה נובעת מסנקציה, במקום שיש סנקציה יש חובה ובמקום שאין סנקציה אין חובה. כשמאיימים על אדם הוא חייב לעשות משהו. אומר ארט, שודד נכנס לבנק ושודד פקיד, מאיים עליו בחייו. השודד מאיים בסנקציה הכי חמורה שיש. לפי אוסטין האם יש לו חובה לתת את הכסף? התשובה היא **כן**, כי יש סנקציה. מה פירוש האמרה "חייב", האם תלמיד חייב לעשות את מה שהמרצה אומר? מזאת אומרת חובה? אוסטין לא תלה את מושג החובה בסמכות. הדוגמה של השודד מראה שיש בעיה אצל אוסטין בין מושג החובה המעשית, האילוץ, לבין חובת המושג הנורמטיבית. זה שני דברים שונים. זה שמאיימים ודורשים דבר מה, לא אומר שבאמת יש חובה לעשות כן. חובה נורמטיבית היא חובה שראוי לעשות מטעמים משפטים ומוסריים, זו אותה מילה אבל זה לא אותו דבר. מושג החובה קיים כשאין רצון של האדם. החובה הנורמטיבית לא מתאימה בדוגמה של הפקיד, הוא אולי נאלץ לעשות כן אבל החובה הנורמטיבית שלו היא לא לעשות את מה שמאיימים עליו. איום מאלץ אדם לעשות משהו פיזי, אבל הוא לא מטיל עליו חובה נורמטיבית. זה שאדם חש חייב, זה לא מספיק, וזה לא יוצר חובה נורמטיבית.

אוסטין מנסה להתעלות על המחשבה הזו וקובע שאם אדם לא יעשה את המוטל עליו הוא צפוי לסנקציה ולפי זה אדם חייב. למשל, כשמרצה מבקש לקרוא חומרי חובה, המרצה יודע שתהיה שאלה על החומרי קריאה ואי קריאה מטילה סנקציה בכך שירד הציון בפועל. הסנקציה היא ביטוי לזה שיש כאן חובה. כלומר, אם המחוקק אומר לעשות דברים, זה המלצות. אבל כשהוא נותן סנקציה כמו לשבת בבית סוהר זה סנקציה. הארט עדין לא מסכים עם זה.

בעצם הכלל לא רק מביא לענישה, אלא הוא ההצדקה לענישה. קודם מטילים עונש לפי אוסטין ורק אחרי שמטילים עונש יש חובה. קודם כל יש חובה ואחרי החובה מגיעה הסנקציה. הארט מראה לנו שהקשר שאוסטין יצר בין סנקציה לחובה הוא לא אמיתי. כשבודקים לעומק מגלים שזה לא עומד ולא מספיק, אם כשמענישים אותי אני חייב לעשות משהו אז גם כששודד מאיים יש חובה.

אנחנו צריכים לחשוב בעקבות הארט על המושג של חובה כמושג נורמטיבי, לא כמושג של אילוץ. אין קשר בין החובה הנורמטיבית לעונש. לפי אוסטין החובה תמיד מלווה בסנקציה, אם כך אין באמת דבר כזה חובה מוסרית, אין סנקציה בחובה המוסרית.

הארט אומר שאוסטין פשוט לא הבין מהי חובה נורמטיבית, היא קיימת גם כשאין סנקציה.

החובה הנורמטיבית לדעת הארט, לא קשורה בכלל לכוח. חובה היא עניין נורמטיבי והיא קשורה לטעם, סיבה, נימוק. חובה היא מקום שבו אני חייב לעשות דבר מה בגלל שיש לי טעם חזק לעשות אותו, לא בגלל שמפעילים עלי כוח. יש לי חובה להציל תינוק שעומד לתבוע בגלל המוסר, ולא כי מופעלת סנקציה. חובה היא עניין רציונלי, יש חובה לעזור כי יש טעם חזק ומוסרי לעשות זאת. המדינה מפעילה כוח כתגובה לחובה, כלומר בגלל שיש חובה רציונלית לעשות פעולה מסוימת אז המדינה מאלצת אותי ומחליטה. מושג החובה הנורמטיבית לא קשור לכוח, הוא קשור לסיבה, לטעם.

הארט סתר את כל התיאוריה של אוסטין. זה מאלץ אותנו ללכת לתיאוריות אחרות שמנסות לתת מענה במקומו.

התיאוריה שנדבר עליה היא הביקורת של קלזן, ואז נדבר על מה שהארט בעצמו הציע.

החובה קיימת כאשר יש כלל שמתיר חובה שיוצר טעם.

# תורת המשפט של קלזן- תורת משפט טהורה

תורה פוזיטיבית נוספת לדבריו של אוסטין, קלזן הוא הוגה אוסטרי ממוצא יהודי. הוא הוגה חשוב. קלזן גם הוא הולך בכיוון הפוזיטיבי ורוצה להגדיר את המשפט כתחום נפרד.

המשפט הוא מערכת של נורמות היוצרת סדר חברתי שנאכף על ידי המדינה. מערכת שאיננה נאכפת ע"י המדינה, איננה משפט. המשפט העברי איננו משפט. הוא מכנה את התיאוריה שלו **תורת משפט טהורה**, והוא מתכוון לומר שהיא כוללת נורמות משפטיות ולא נורמות אחרות.

בנוסף, היא מבוססת על נורמות ולא על עובדות. ההבחנה שמאוד חשובה לקלזן היא ההבחנה בין הרצוי והמצוי. הוא טוען שאין להסיק מן המצוי על הרצוי, מהעובדות על הערכים או על המימד הנורמטיבי. שאלת העובדות של מה שקיים בעולם היא שאלה אחת ואילו השאלה של הנורמות הרצויות במשפט, היא שאלה אחרת שאין ביניהם קשר. זה נקרא **הכשל הנטורליסטי**.

נגדים זאת: בעלי חיים מגדלים את צאצאים, בני אדם הם בעלי חיים. מה המסקנה שניתן להסיק? בני האדם מגדלים את צאצאיהם. האם ניתן להסיק גם מסקנה נורמטיבית שבני האדם חייבים לגדל את צאצאיהם? לא. עובדות חברתיות לא יוצרות שום נורמה. ההחלטה מה לעשות או לא לעשות אינה תוצאה של עובדות. יכול להיות שעובדות משפיעות עלינו, אנשים לא יעשנו סיגריות כי זה גורם לסרטן, אבל אנשים לא חייבים לא לעשן כי זה גורם לסרטן.

אפשר להגיד שבעקבות נתון מסוים לא כדאי לפעול או כדאי לפעול, אבל זה לא הכרח. זה חשוב לקלזן בגלל הביקורת שנוקב על אוסטין. העובדה שהריבון נתן פקודה אינה יוצרת חובה, גם העובדה שהעם מסכים לא יוצרת חובה. מה שיוצר חובה זה רק נורמה מסוימת. הנורמה כטעם לפעולה יכולה ליצור חובה. חובה נורמטיבית לא נוצרת מעצם העובדה שהריבון יצר פקודה, וגם לא מזה שהריבון מאיים עלי.

כששודד שודד אותי **החובה שלי** לעשות את מה שהוא מאלץ אותי לעשות **נוצרת מהאילוץ**, ולא מנורמה חברתית. הנקודה החשובה שהוא מדגיש שהעובדה עצמה, כמו שלא ניתן ללמוד שיש חובה לגדל צאצאים כי בטבע זה קורה כך. הטבע לא מכריח אותי ליצור פעולה ערכית. גם לא עובדות חברתיות כגון אלה שעצם זה שהריבון ציווה ומאיים עלי, זה לא מטיל חובה נורמטיבית. החובה הנורמטיבית נובעת רק מנורמה.

מה פתאום אני מחליט לקיים נורמות? או בגלל שהן מוצאות חן בעיני, אני מבין את הנורמה ומבין שלא ראוי לגנוב, או בגלל שהיא קשורה במערכת יותר מקיפה שאותה אני מקבל.

לקלזן חשוב גם להפריד בין משפט ומוסר, הוא רואה את המשפט כעצמאי ונפרד מן המוסר, **הוא לא חושב שהמשפט חלק מהמוסר**. העמדה של קלזן היא שהמוסר זה מערכת לא רציונלית. אנחנו פועלים בצורה שנובעת מאינטואיציות ורגשות, אבל זו מערכת שאינה רציונאלית והוא חולק על תורת משפט הטבע בכך. קלזן לא מקבל את ההנחה של אמת מוסרית, הוא חושב שהמוסר זה עניין רגשי, אינטואיטיבי, לא ניתן לנסח באופן רציונאלי מערכת מוסרית שתהיה עליה הסכמה, ואין לנו כלים להגיע למערכת אחת. המוסר הוא לא קוגניטיבי, הוא לא מתמטיקה. אין לנו מנגנון מקביל כמו מתמטיקה שיכול להוכיח האם התנהגות מסוימת היא רצויה או לא. כל מה שיש לנו זה הסכמות חברתיות מה טוב ומה רע.

קלזן אומר שהמוסר הוא עניין של מפורסמות, הסכמה חברתית. אין שום עניין רציונלי במוסר. אין אמת במוסר, אמת ושקר יש במדע. ביסוד המוסר אין רציונליות. לכן, לא נרצה לבנות מערכת נורמטיבית על המוסר. זה לא בגלל שאחד צודק ואחד טועה, אין כלים שמאפשרים להגיע לאמת מוסרית. לכן, אם אנחנו רוצים ליצור מערכת נורמטיבית שתאחד את כולנו, אנחנו לא יכולים לבנות על המוסר וצריכים לבנות על המשפט. אחרי שכתבנו חוק, החוק הוא אובייקטיבי, וכולם צריכים להסכים לו. המשפט נקבע והמשפט משקף קיום רציונאלי ואובייקטיבי.

המוסר משתנה, יש בו חילוקי דעות. אם אנחנו רוצים מערכת שאנחנו יכולים להתנהל לפיה, היא רק החוק. אנחנו לא יכולים להסתמך על החוק, לייצר את המשפט בתור עולם אובייקטיבי. **המשפט הוא עצמאי ונפרד מן המוסר**. המוסר הוא מערכת לא רציונלית. נון- קוגניטיבית. המשפט הוא מערכת רציונלית וניתנת להכרה.

לכן, בעיני קלזן המשפט הוא תחום קריטי לכונן עליו את הסדר החברתי. אי אפשר לכונן סדר חברתי על מוסר שהוא בלתי רציונאלי. צריך ליצור מערכת רציונלית שהיא תאפשר סדר חברתי.

על מה אפשר להעמיד את מערכת המשפט אם היא בועה בעצם שלא מעוגנת בעולם? אנחנו צריכים להבין שעל המשפט אנחנו מדברים במושגים של מערכת, מערכת משפט, שיטת משפט. כל נורמה בנויה על נורמה אחרת, והיחס הזה שבין הנורמות נקרא תקפות.

**כל נורמה משפטית מקבלת תוקף מהנורמה שקדמה לה**. צווים שמקבלים לשלם דו"ח תקפים מכוח חקיקה משנית שתקף בחקיקה ראשית שתקף בחוקה. כל נורמה משפטית, אם היא פועלת לפי פירמידת הנורמות של קלזן היא תקפה מחייבת ויוצרת חובה. כל חובה משפטית, מכל סוג, החל מהוראה של מורה לתלמידו, צו לתשלום דוח, דרישה לגיוס לצבא, הכל מקבל תוקף מתוך נורמה קודמת. גם אם מבחינה מוסרית אני לא חושבת שאני צריכה לשלם את הדו"ח כי לא פגעתי באף אחד, יש לי חובה מכוח המערכת לשלם את הדו"ח.

אנחנו מבינים שהוא חלק ממערכת, אנחנו לא נשאל האם הנורמה עצמה מוצאת חן בעיני, אלא האם היא תקפה ומחייבת. מתעוררות שאלות: הראשית, למה החוקה עומדת בראש הפירמידה ומחייבת? אם כל נורמה נשענת על נורמה אחרת למה החוקה מחייבת? מה יוצר את החוב הבסיסית?

בעיני קלזן, מקור החובה זה לא האיום מהעירייה. מושג החובה לא קשור לכוח, הוא נובע מהנורמה עצמה. הנורמה עצמה יוצרת את החובה. מושג החובה הוא מושג נורמטיבי שמנותק מהמציאות.

על מה נשענת החוקה? מאיפה החוקה באה?

יש נורמה בסיסית, הנורמה שעליה עומדת כל החוקה היא נורמה בסיסית שהתוכן שלה הוא ש"יש לציית לחוקה". זאת נורמה בלתי כתובה, זו נרומה חברתית. הנורמה הזו שהיא דבר פיקטיבי, היא נורמה יסודית שבלעדיה אי אפשר להבין למה מצייתים לחוקה ולא לגורם אחר. הנורמה הזו היא נורמה מקובלת והיא זו שעליה עומדת כל השיטה, היא לא כתובה בשום ספר, אבל ברור שהיא קיימת כי מצייתים לחוקה. הנורמה הבסיסית שאומרת "יש לציית לחוקה" זאת הנורמה שיש בכל מקום, והנורמה הזאת נותנת **תוקף** לחוקה שנותנת תוקף לחוקה הראשית שנותנת תוקף לחקיקה המשנה וכן הלאה. נורמת הבסיס אינה תקפה, היא לא נשענת על שום נורמה אחרת. ממה נובע אם כן, הכוח המחייב של הנורמה הבסיסית? **מהתוכן שלה**. זו הנורמה היחידה במשפט שהתוכן שלה מחייב, ולא התוקף.

הנורמה הבסיסית בעצם מגדירה את מערכת המשפט, היא מאפיינת בין מערכת משפט בישראל ובין בצרפת או באמריקה.

מה קרה כשקמה מדינת ישראל? המשפט שהיה תקף במדינת ישראל ערב הקמת המדינה ימשיך להתקיים לאחר הקמתה. המשפט לא השתנה בהקמתה. הדבר היחיד שכן השתנה הוא הנורמה הבסיסית, מ- "יש לציית לחוקי המנדט" שינו ל- "יש לציית לחוקי הכנסת".

הוא לא מייחס שום חשיבות לתוכן מעבר לנורמה הבסיסית, אנחנו אמורים לציית לכל חוק. זה לא כמו אנשי משפט טבע, לא צריך לבדוק האם חוק מקיים את המוסר, מה שנותן כוח לחוק זה לא התכון שלו אלא התוכן שלו.

נורמה משפטית היא חלק מהשיטה אם היא מתייחסת לנורמה הבסיסית. הנורמה הבסיסית יוצרת את המשפט כמערכת סגורה, הנורמה האמריקאית לא מחייבת את המשפט הישראלי.

**האפקטיביות של השיטה:** מערכת המשפט חייבת להיות מערכת אפקטיבית במדינה שבה אנחנו מדברים, היא צריכה להיות זאת שנאכפת ע"י הכוח שלה מהמדינה. נשאל האם הנורמות נאכפות? בישראל המשפט שנאכף הוא משפט המדינה. החוק הוא מה שנחקק ונוהגים על פיו. שיטת משפט שאיננה נאכפת היא לא משפט המדינה. במשפט בישראל הוא המשפט שהמדינה מפעילה כוח לאכוף אותו.

עוד נקודה חשובה, קלזן מדבר על שני מערכות יחסים בתוך השיטה ובתוך פירמידת הנורמות. יחסים **דינאמיים** ויחסים **סטטיים**.

**יחסים דינמיים-** נורמה משפטית מעניקה כוח לנורמה אחרת ליצור נורמות נוספות. למשל, הקביעה שהכנסת הנה הרשות המחוקקת והיא זאת שנותנת כוח לכנסת לחוקק. (נותן כוח).

**יחסים סטטיים**- מצב שבו נורמה עליונה מגבילה את הנורמה התחתונה, מכיוון שהיחסים נובעים מתוך היסק של עיקרון קיים. לדוג', חו"י כבו"ה קובע זכויות אדם, זכויות אלו יוצרות מגבלות על הכוח הדימני של הכנסת. (מגביל כוח)

# תיאוריית המשפט של הארט- מושג החובה:

נמשיך עם הארט.

חוק סטטי, מעקרון הקניין הפרטי אפשר לגזור הרבה דברים כמו אסור לגנוב, אסור לשדוד, אסור להשיג גבול. המון חוקים נגזרים מהקניין הפרטי. אבל יש גם מערכת של יחסים דינאמיים, יחסים דינאמיים זה מקור של גורם לפעול בלי הגבלה, למשל החוקה קובעת שהכנסת היא הרשות המחוקקת. כלומר, הכנסת יכולה לחוקק כמעט כל מה שהיא רוצה. במערכת הנורמות יש שילוב בין כל רמה נורמטיבית לרמה שמתחתיה ליצור דברים שהם לא נמצאים בה לבין הכוח הסטטי שמגביל את החוקים.

הארט מתחיל עם אוסטין כנקודת מוצא והוא מבקר אותו ואת מושג החובה, לפי אוסטין יש חובה משפטית וחובה נוצרת כאשר יש איום בסנקציה. הארט אומר שאם האיום בסנקציה יוצר חובה, אז כל מקרה של איום ע"י מישהו יוצר חובה, וגם שודד כאשר הוא מאיים על אדם מטיל עליו חובה. זה כמובן לא הגיוני.

אנחנו יכולים לומר שהשודד מטיל אילוץ אבל לא חובה נורמטיבית, הוא מבלבל בין אילוץ לבין חובה. כדי להבין את מושג החובה צריך להבין שחובה היא עניין נורמטיבי, לא נובעת מאילוץ, ולכן היא מגבילה את החירות שלי. החובה הנורמטיבית מגבילה את החירות של אדם באמצעות טעם, סיבה. יש נורמה שמטילה חובה על האדם, והנורמה הזאת מהווה כלל, כלל שמטיל עליו חובה.

יכול להיות שהיא לא סומכת על החובה, על זה שבני אדם יקיימו את החובה שלהם, והיא גם משכנעת אותם בסנקציה. החובה קיימת לא מכוח הסנקציה אלא מכוח הכלל המשפטי, וגם כאשר אין סנקציה ואין סבירות לקבל עונש אז תהיה חובה. צריך לשאול עד כמה יש סבירות שהסנקציה תוטל עלי ושיתפסו אותי, אם יש סנקציה על כך שאני נוסעת במהירות מופרזת אני אקבל קנס של 1000 ₪. אבל בנסיעה בנגב בלילה כשאין משטרה לפי הארט עדין יש חובה ולפי אוסטין אין. חובה נורמטיבית היא חובה טבעית שקשורה למערכת שמטילה עלי חובות, חלקן נאכפות וחלקן לא. חובות מוסריות לא נאכפות. מושג החובה יכול להתקיים בלי סנקציה.

הארט מתחיל מבראשית ומדבר על כל מיני כללים שיכולים ליצור חובות. הוא מתחיל מכללים חברתיים, לאו דווקא משפטיים.

היא מתחיל מהמונח הרגל- משהו שרגילים לעשות ולא מטיל שום חובה. למשל, לשתות תה בארבע באנגליה זה הרגל, לבוש זה הרגל- אף סטודנט לא לובש חליפה, בהודו מתלבשים אחרת, יש הרגלים שהם תלויים בחברה וכולם נוהגים לפיהם, אבל אי אפשר להגיד שהם מעוררים חובה. יש לנו כל מיני כללים אחרים שקובעים סטנדרט ועדין לא מטילים חובה. למשל, כללי משחק של כדורגל או שחמט, הם אולי קובעים חובה בתוך המשחק, אבל **אי אפשר להגיד שהם מטילים חובה כללית**. יש לנו גם כללים שמטילים חובה. אם אנחנו מסתכלים על מושג החובה בצורה פוזיטיבית, מה החברה חושבת עליו, מה שמאפיין את מושג החובה זה התגובה של הגינוי. כלומר, כאשר יש גינוי להתנהגות אני יכול לומר שיש חובה התנהגותית.

למשל, אם מישהו ישקר בהמלצה, יגיד שמקום מסוים ממש זול, עמית ילך לקנות שם בעקבות ההמלצה ויספר לאחרים שקנה שם. אם הסביבה שלו תגנה את מי ששלך אותו לקנות במקום הזה אז אנחנו מבינים שיש חובה לא לשקר.

כלומר, לפי הארט חובה פוזיטיבית קיימת כאשר החברה מגנה את ההתנהגות, **כלל שמטיל חובה הוא כלל שבעקבות ההתנהגות תבוא ביקורת שלילית**. כך אנחנו מבדילים בין כלל מוסרי לכלל משפטי.

התגובה השלילית מלמדת על החובה שקיימת.

כל אלה כללים חברתיים פוזיטיביים.

**מוסר פוזיטיבי – המוסר הנוהג בחברה, כללים שמביאים לביקורת חברתית.**

**מוסר אידיאלי- עניין סובייקטיבי, ההכרה שלי, הכללים שאדם מאמין בהם באופן אישי, החובה באה מתוך הכלל.**

השאלה האם יש לי חובה מוסרית תלויה באיזה מובן, החברה תסתכל עלי באופן רע ומכוח כך החובה או האדם בעצמו יסתכל באופן רע ומכוח כך הכלל. העיקרון היסוד של הארט הוא שחובה נובעת מטעם, וזה הולם את עקרון החובה המוסרית.

**חובה משפטית-** מחייבת שיהיה כלל שמטיל חובה, הכלל הזה צריך להיות קבוע בחוק. בכלל משפטי יש ביקורת על מפרי הכלל. הביקורת בכלל משפטי היא ענישה. לכן, גם המשפט הוא פוזיטיבי, הוא מכיל רק את הכללים שהחברה והמדינה קבעה ויש להן ענישה.

כדי לחדד את העניין הזה הארט עושה הבחנה חשובה בין שתי נקודות מבט על החוק.

נקודת מבט חיצונית היא נקודת המבט של מי שמשקיף **מבחוץ** על החוק, והוא יכול לתאר את המציאות, הכללים והתוצאות שלהם, אבל הוא לא רואה בכלל טעם לפעולה.

נקודת המבט הפנימית היא מי **שמפנים** את החוק, והוא רואה את הכללים לא רק כניבוי לכך שיהיה עליהם עונש, אלא הוא רואה כלל כטעם לפעולה. כלומר, הוא רואה בכללים הדרכה איך לנהוג. כשאנחנו נוסעים באור אדום, אנחנו אומרים שחייבים לעצור.

לא רק שאנחנו יודעים שיש עונש, אלא אנחנו מפנימים אותו כטעם לפעולה. לעומת זאת, אדם שלא מפנים את הכלל המשפטי מסתכל על החוק מבחינה חיצונית. כשאדם טס למדינה זרה הוא בוחן את החוק מבחינה חיצונית. הרעיון הוא שכאשר אדם מפנים את הכלל הוא רואה בכללים המשפטיים טעם לפעולה ולא רק בגלל הסנקציה. למה עוצרים באור אדום? כי יש כלל שקובע כך ואנחנו מפנימים אותו, אנחנו לא מסתכלים אם יש שוטר בצד או מצלמה. אנחנו רואים בכלל המשפטי את הטעם לפעולה. מי שמסתכל מבחוץ לא רואה בכלל המשפטי את הטעם לפעולה, הוא עושה זאת מתוך החשש קבל סנקציה.

אם אני מבין שהחובה הנורמטיבית היא כאשר יש לי טעם לפעולה, זאת נקודת המבט הפנימית. אם אני עיוור לזה, מה שישכנע אותי זה רק הכוח שמופעל אם אני מפר את החובה קרי, הסנקציה.

רוב האנשים נקודת המבט שלהם לחוק היא גם פנימית, יש כאלה שיש להם נקודת מבט חיצונית.

כל הרעיון של הארט הוא **שנקודת מבט חיצונית פועלת לפי אוסטין**, בנקודת מבט חיצונית מקיימים חובה בגלל הסנקציה.

הכלל המשפטי הוא טעם לפעולה, אני רואה בכלל ניבוי לסנקציה וזה הטעם החיצוני. אם מסתכלים מנקודת מבט חיצונית נעשה את החשבון של תוחלת הסנקציה (הסיכוי להיתפס וגודל העונש).

# תורת המשפט של הארט: כללים ראשוניים ומשניים.

המשפט כשילוב של כללי ראשונים ומשניים:

הארט אומר שכדי לחשוב על המשפט, נחשוב על חברה פרימיטיבית קדם משפטית חברת מערכת משפט, שבט קדום. אין בחברות האלה מוסדות משפטיים, אין מחוקק או בתי משפט. החברה הזו חיה בעיקר לפי מסורת אבל המסורת הזו כמובן יש בה גם חובות. אין חברה אנושית שאין בה חובות (אריסטו), בלי זה החברה לא תוכל לתפקד. **המערכת כללים של החברה הזאת נקראת כללים ראשוניים לפי הארט**. הם כללים שמופנים אל הפרטים בחברה. גם בשבט הזה שנמצא באפריקה או בדרום אמריקה והוא לא חי במדינה ולא כפוף למחוקק, הם יודעים שאסור לגנוב ולרצוח אחד מהשני ואם מישהו יעשה את זה יהיה לו סנקציה. יש להם כללים, **כללים ראשוניים**. הם כללים שחלים על החברה. האמצעי שניתן לאכוף את הכללים דרכו הוא לחץ חברתי שמאפשר הטלת סנקציות. בדרך כלל הדבר מאפיין קבוצות קטנות. גם במשפחה יש כללים, המשפחה מסתדרת לפי הכללים שקבועים בתוכה, ולכל משפחה כללים אחרים.

הבעיות במערכת הזו ולמה היא לא מספקת:

1. היעדר מקור מוסמך לחוק- חוסר ודאות: אנחנו יודעים שאסור לגנוב, אבל מה זה גניבה? מתי זה גניבה? מה הגבולות של שטח? איך רוכשים בעלות? איך עושים עסקה מסובכת יותר מעסק תחליפין? יש לנו נוהג אבל לא וודאות ברורה בחוק.
2. היעדר מנגנון שינוי- סטטיות: אין מנגנון איך לשנות ומי משנה, מה קורה כשיש מסגרת כלכלית חדשה?
3. היעדר מנגנון אכיפה- חוסר יעילות: זקני השבט אולי אוכפים, אבל זה יוצר בעייתיות. אין מי שבאמת יאכוף בחברה כזו.

**מוסדות משפטיים מסודרים יתנו מענה בעניינים האלה.** במה שונה מערכת משפט בחברה ובמדינה לבין השבטים הפרימיטיביים שאין בהם מערכת משפט? מה מבדיל ביניהם?

אומר הארט- מה שמיוחד במערכת משפט זה שהיא שילוב של כללים ראשוניים ומשנים. זה משלב את הכללים שמופנים לפרטים בחברה- חוק העונשין, חוקי קניין, חוק החברות, כל החוקים שמופנים לפרטים. מה שמיוחד במערכת משפט הוא שיש בה גם כללים משניים, כללים מסדר שני, והם לא מופנים אל הפרטים בחברה אלא מאפשרים ליצור את הכללים הראשוניים. הכללים המשניים יוצרים את מוסדות החקיקה והשיפוט.

שלושה סוגים עיקריים **לכללים משניים** שנותנים מענה לשלושת הבעיות שהוא מנה קודם:

1. כלל הזיהוי- הכלל הזה מזהה את החוק ואומר מהו החוק, אמרנו שהבעיה בחברה הפרימיטיבית שהחוק בלתי מזוהה ואינו ודאי. מה שמאפיין חברה שיש בה מערכת משפט הוא שיש בה כלל זיהוי שמזה הוא אומר מהו מערכת משפט, הוא יכול ללבוש כל מינוי צורות. בצורה הבסיסית ביותר שלו הוא מזהה מהו המשפט. בצורה בסיסית: כולם יודעים מהו ספר החוקים. בצורה משוכללת: לא רק מזהה את החוק הנתון, אלא מצביע על מקור שבו יכול להיווצר חוק, מי שכותב את החוק, וכך הכלל אינו רק סטטי. הוא הופך את הכללים הראשוניים בחברה למערכת של כללים. כלל הזיהוי צריך להגיד מה קובע את החוק ומי קובע את החוק. הוא יוצר מקור ליצירת חוקים בצורה המשוכללת שלו.
2. כללי שינוי- מערכת כללים שקובעת איך משנים את החוקים במערכת המעניקים כוח לאדם או לגוף מסוים לשנות את הכללים הראשוניים. הם קובעים את פרוצדורת החקיקה ומגדירים את המוסדות, את המחוקק ואת הליכי החקיקה. הוא מזהה את הדרך לשנות, בישראל זה דרכי החקיקה- שלוש קריאות בכנסת וכו.
3. כללי שפיטה- כללי השפיטה מעניקים כוח לאדם מסוים לקבוע האם שני הכללים הראשונים עברו, הם מגדירים את המוסדות הראשונים, את סמכות השיפוט, את דרכי השפיטה.

מה שהופך מערכת משפט למערכת משפט להבדיל מהמערכת הקדם משפטית הוא מערך הכללים המשניים שמעמידים את המוסדות המשפטיים. זאת מערכת שלא מופנית אל הפרטים, אלא אל מערכת המשפט עצמה.

הכללים הראשונים מופנים אל הפרטים בחברה בכל תחומי המשפט והכללים המשניים מופנים אל מערכת המשפט ומכוננים את המוסדות של מערכת המשפט. **כלל הזיהוי מזהה מהו החוק**, **כללי השינוי קובעים איך משנים את החוק**- מגדירים מוסדות חקיקה, פרוצדורת החקיקה. כללי השפיטה הם הכללים שמכוננים את מערכת השיפוט- קובעים את מערכת המשפט, סדר הדין, מה שבתוך המשפט. יש את הרובד שפונה את האזרחים והרובד שפונה אל מערכת המשפט עצמה.

איזה נורמה זה מזכיר אצל קלזן? הנורמה הבסיסית. **המשותף לכל השיטות הוא הניסיון להגדיר את המשפט באופן עצמאי.**

המאפיין לכל התיאוריות המשפט הפוזיטיביות זה הניסיון להגיע להגדרה אחת של מהו המשפט.

**כלל הזיהוי:**

במה הוא עוסק? כלל הזיהוי קובע את מקורות המשפט. ההנחה בתיאוריה הפוזיטיבית היא שבמשפט יש מקורות מסוימים שאותם אנחנו צריכים להגדיר. מקורות המשפט יכולים להיות החוק- ספר התנ"ך, כל מה שהמלך אומר. מקור משפטי שהוא החוק. כלל זיהוי מפותח מצביע על מקורות החוק, לא רק החוק כדבר סטטי אלא הוא מצביע על הגורם שיוצר את החוק, מטבע הדברים המחוקק ותקדימים. זה התוכן האפשרי של כלל הזיהוי, והתוכן נקבע בהתאם לשיטה.

היתרון של הארט- התוכן של כלל הזיהוי משתנה משיטה לשיטה, ובכלל שיטה יש כלל זיהוי שמזהה את המקורות המשפטים שלה. איך יודעים מהו כלל הזיהוי בשיטה נתונה?

כלל הזיהוי הוא כמו כללי האב בתיאוריות האחרות- כלל בלתי כתוב שלא נחקק בשום מקום. הוא צריך לזהות מה נחקק והוא כלל שמאחורי החוקה. אנחנו צריכים כלל מקדים שגיד לנו להסתכל בחוקה ולא בחוק אחר. הכלל הזה בלתי כתוב, זה גם היה אצל קלזן ("יש לציית לחוקה"). אנחנו יודעים מה הכלל הזה מתוך התבוננות- השחקנים משחקים לפי כללים השחקנים הם השופטים, האזרחים, הפקידים של המדינה, איפה הם מסתכלים כדי לראות מהו החוק?

כאשר אספת העם הוציאה את הפקודה לסדרי שלטון ומשפט וקבעה שהמשפט יימשך, למה אנחנו מקשיבים לפקודה הזו? למה אנחנו מסתכלים על הפקודה לסדרי שלטון ומשפט שנקבעה שבוע לאחר הקמת המדינה? כלל הזיהוי החדש נקבע ע"י השחקנים, אבל במיוחד ע"י ביהמ"ש. לאחר מכן נקבע כלל זיהוי שהוא הולך את מדינת ישראל כמעט חמישים שנה שאמר "יש לציית לחוקי הכנסת". המהפכה המשפטית שינתה את כלל הזיהוי. היא קבעה שיש לציית לחוקה. בא ביהמ"ש בעצמו והכריז בפס"ד מזרחי שמעכשיו חוקי היסוד הם בדרגה על חוקית ויש לנו עכשיו חוקה. הכלל קבע שיש לציית לחוקי הכנסת בכפוף לחוקי היסוד, דהיינו לחוקי היסוד. המהפכה המשפטית שינתה את כלל הזיהוי.

ביהמ"ש שינה את כלל הזיהוי, לביהמ"ש במדינה המודרנית היכולת לקבוע את כלל הזיהוי בשיטה. באופן מעשי כלל הזיהוי נקבע ע"י השופטים.

התפקיד של כלל הזיהוי:

יצירת וודאות, לזהות מה החוק, כלל הזיהוי מזהה את מקורות המשפט המחייבם. צריכה להיות לנו הסכמה, אם אין הסכמה אז אין לנו שיטת משפט אחידה, הוא מעניק **תוקף** לחוקה ולבתי המשפט. הוא קובע גם את אחידות מערכת המשפט, כלל לא מזוהה הוא לא חלק מהשיטה המשפטית. למשל, אם אומרים "בעולם מקובל ש..." זה לא מחייב.

אדם נוחת מהירח ובא לישראל. הוא רואה שיש אנשים שמסתכלים בשו"ע או בקוראן, בחוקי המדינה, הוא שואל את עצמו מה החוק במקום הזה, איך הוא יודע מה החוק במדינה. לפי מה נדע לפי מה המדינה מפעילה את הכוח שלה? מי מסמיך את הכנסת ואת השופט? מי שצריך להכריז צריך להיות מבחוץ ולקבוע מהו הכלל המשפטי המחייב. אנחנו רוצים וודאות, תקפות, אחידות המערכת. לכן, כלל הזיהוי הוא המקור האולטימטיבי, הסופי, של המשפט.

השוואה לאוסטין:

להבדיל מאוסטין, כלל הזיהוי איננו תלוי בריבון. כלל הזיהוי מזהה את מערכת המשפט באופן בלתי תלוי בריבון. אפשר להגיד שבשיטה קונטיננטלית המחוקק זה אספת העם, בשיטת המשפט המקובל זה בתי המשפט. בנוסף, כלל הזיהוי מתאים לכל מקורות המשפט- חקיקה, תקדים, מנהג. כלל הזיהוי מזהה את מקורות המשפט באופן ישיר, המחוקק המשפט והמנהג. כלל הזיהוי מתאים לכל סוגי הנורמות. כלל הזיהוי מתאים לשיטות משפט שונות, הוא גמיש.

השוואה לקלזן:

יש הבדל בין הנורמה הבסיסית לבין כלל הזיהוי, הנורמה הבסיסית היא נורמה, פיקציה. לא יודעים מניין היא באה, מדמיינים אותה מבחינה לוגית. אם כולם מצייתים לחוקה יש להניח שיש כלל שאומר שיש לציית לחוק. להארט חשוב לעגן זאת בכלל חברתי. בנוסף, הנורמה הבסיסית קשיחה ואחידה ואילו כלל הזיהוי גמיש, מתאים לשיטות משטר ומשפט שונות, לא נכון רק למבנה המערבי.

**כלל הזיהוי:**

כלל הזיהוי הוא כלל לא כתוב, הוא רק מצביע על המקור הכתוב. הכרזת העצמאות לא זוהתה כחוק ע"י כלל הזיהוי, אספת העם כן. בבתי המשפט היו כפופים לחוקי הכנסת עד המהפכה החוקתית, לכן כלל הזיהוי הוא הכנסת. כלל הזיהוי הוא לא חוק, הוא כלל "יש לציית לחוקי הכנסת" ,יש לציית לחוקי היסוד".

בכל שיטת משפט יש כלל זיהוי נסתר, הוא נוהג חברתי שמזהה את מקורות המשפט. אנחנו רוצים לשנות את כלל הזיהוי כמה שפחות. באופן עקרוני לגוף מחוקק אין כוח לכבול את הגוף הבא. באופן עקרוני הכנסת לא יכולה לחוקק חוקים שתכבול את המחוקק העתידי, רק דרך חוקה ניתן. **בשביל חוקה צריך פרוצדורה נפרדת**. בשביל ברק בפס"ד מזרחי כל מה שהיה צריך לעשות כדי לשנות את כל הזיהוי זה להחליף מהמונח חוק לחוק יסוד, לחוקק חוק ולחוקק חוק יסוד זה אותו תהליך, אז איך זה הגיוני?

בית המשפט רצה מאוד להכיר בחוקה והוא עשה את זה בלי שהדרכים יתקבלו בדרך מיוחדת. הדבר הזה יצר סיבוך גדול, שעד היום רלוונטי. חוקי יסוד לא נקבעים לפי מבחן אובייקטיבי, פורמאלי, לא לפי פרוצדורה. רק לפי מבחן של תוכן.

אנחנו מסכמים את הדיון של הארט בכלל הזיהוי.

ראינו שהתפקיד העיקרי של כלל הזיהוי הוא לזהות את החוק ולספק וודאות מהו החוק. אי אפשר לומר שהחוק הוא עמדה מוסרית או תפיסה דתית- החוק צריך להיות וודאי. **כלל הזיהוי מצביע על החוק ומעניק תוקף לכללי המשפט**. כל כללי המשפט מזדהים ע"י כלל הזיהוי והוא נותן להם תוקף. כל נורמה משפטית צריכה להיות מזוהה ע"י כלל הזיהוי. לכן, כלל הזיהוי יוצר את אחידות מערכת המשפט, מה שייך למערכת משפט אחת- כל מה שמזוהה עם כלל הזיהוי שלה. בכך, כלל הזיהוי הוא למעשה המקור האולטימטיבי של המשפט.

להבדיל מהנורמה הבסיסית, כלל הזיהוי משתנה משיטת משפט לחברתה.

אנחנו נתעכב בעוד היבט אחד של כלל הזיהוי שקשור לתוכן שלו, אנחנו רוצים להבחין בין שני סוגים של כלל זיהוי:

1. **כלל זיהוי פשוט**- מזהה מקור משפטי אחד. למשל, בשיטה הקונטיננטלית כלל הזיהוי אומר שהחוקה היא מקור המשפט. כלל הזיהוי בשיטה הקונטיננטלית אינו מכיר בתקדים ובמנהג כמקור מחייב.
2. **כלל** **זיהוי מורכב**- מונה כמה מקורות משפטיים. למשל, כלל הזיהוי באנגליה קובע גם את החוקה גם את המחוקק גם את בתי המשפט וגם את המנהג. במצב כזה כלל הזיהוי צריך לכלול גם דירוג, מי גובר על מי. באנגליה הפרלמנט מעל בתי המשפט ומעל המנהג והוא המקור המשפטי העליון. בשיטה האמריקאית המקור המשפטי העליון הוא החוקה והקונגרס- הגוף המחוקק, כפוף לחוקה. הקונגרס מעל בתי המשפט, מעל המנהג, אבל הוא כפוף לחוקה.

נשאל מהם מקורות המשפט. מה שלא כתוב בחוק זה לא חוק, יש למשפט מקורות שהם קובעים את המשפט ומה שלא נמצא שם איננו משפט. הפוזיטיביסט מחפש את מקורות המשפט בכל שיטה וכלל הזיהוי הוא הכלל שאומר מהם מקורות המשפט, וכלל הזיהוי בכל שיטה נתונה מזהה מקורות אחרים.

**מה ההבדל בין כלל הזיהוי לפירמידת הנורמות**? פירמידת הנורמות היא אחת שכוללת את כל מקורות המשפט והיא עולה בסוף לנקודה אחת- החוקה. לפי הארט, הנורמה הבסיסית לא חייבת להיות פירמידה אחת כי אם כלל הזיהוי מזהה כמה מקומות יכול להיות שהמשפט מאורגן באופן מבוזר.

כלל הזיהוי יכול לזהות כמה מקורות, מנוסח בשני דגמים. דגם אחד הוא דגם שאנחנו קוראים לו

1. הזיהוי הישיר- כלל הזיהוי מזהה את הפרלמנט, בתי המשפט והמנהג כשלושה מקורות משפטיים. כלל הזיהוי יכול לזהות את המקורות האלה בנפרד והמשמעות היא שהם **עצמאיים**, הם לא חלק מפירמידת הנורמות.

יש לנו פירמידה אחת שיוצאת מהפרלמנט ובתי המשפט לא חלק מהם, הארט מציע מודל שבתי המשפט הם כוח עצמאי, בניגוד לאוסטין, כלל הזיהוי מזהה אותם באופן בלתי תלוי בפרלמנט. כנ"ל למנהג- המנהג הוא תופס לא בגלל שהפרלמנט קבע חוק שהפרלמנט מחייב, או נתן כוח לבתי המשפט להכיר בכך, המנהג הוא מקור עצמאי ולכן בדגם הזה אין לנו פירמידת נורמות אחת. יש לנו מערכת יותר מבוזרת. כלל הזיהוי מזהה מקורות משפטיים שונים שאינם תלויים זה בזה.

1. כלל זיהוי ע"י גזירה- יכול להיות כלל זיהוי שעובד לפי גירה. כלומר, כלל זיהוי שמזהה את החוקה והיא נותנת כוח למחוקק והמחוקק נותן כוח לבתי המשפט ולמנהג. כל אחד מקבל את הזיהוי שלו והתוקף שלו מהקודם.

כמובן שזו שאלה מהו כלל הזיהוי, באיזה דגם. יש לכך השלכות חשובות מאוד על בתי המשפט והמנהג. האם כל הכוח של בתי המשפט נובע מהמחוקק והכוח של בתי המשפט הוא ממה שהמחוקק מאמין לו. כלומר, המחוקק יכול לעשות נורמה משפטית ולהגביל את הכוח של בתי המשפט **או שהכוח שלו עצמאי**? כלל הזיהוי לא כתוב בשום מקום, זה דגם תיאורטי שצריך להחליט לפי השיטה. איך הוא מארגן את הדברים האלה? האם הם מאורגנים במסגרת של זיהוי ישיר או של זיהוי נגזר? כדי להבין את הדילמה ניקח את חוק יסודות המשפט, החוק מונה את מקורות המשפט בישראל והוא מונה אותם בסדר מסוים:

 הסדר הקבוע בחוק הוא כזה: ביהמ"ש צריך לפנות **לחוק**->אם לא מצא את התשובה בחוק הוא יפנה **להלכה של בית המשפט** (תקדימים מחייבים)-> לאחר מכן **להיקש**-> ולבסוף לעקרונות הצדק היושר החירות והשלום של **המשפט העברי** ומורשת ישראל.

יש לנו מקור משלים שהוא די מופשט, אבל יש לנו פה את מקורות המשפט. האם חוק יסודות המשפט הוא כלל הזיהוי של שיטת המשפט הישראלית? **לא** משום שהוא דורש זיהוי אחורה- מי חוקק את החוק? הוא צריך מקור שיזהה אותו. אז הוא לא כלל הזיהוי אבל הוא בהחלט קרוב לכך. צריך להיות כלל זיהוי שמזהה את המחוקק, אבל זו השאלה החשובה לגבי מה מתכונת כלל הזיהוי הישראלי. אם מתכונת כלל הזיהוי הישראלי היא מתכונת של גזירה, אז כלל הזיהוי מזהה את הכנסת והכנסת מזהה את המקורות האלה (חקיקה, פסיקה...) ואלה המקורות. או שכלל הזיהוי מזהה את כל המקורות האלה באופן **עצמאי** בלתי תלוי בכנסת.

שאלה למחשבה: שימו לב שבמקורות שחוק יסודות המשפט מונה חסר מקור אחד, **מנהג**. עצם המנהג יש לו כוח, הוא עצמאי, הוא בא מלמטה ולא מהמחוקק. המנהג קיים בארץ, פיצויי פיטורין צמחו מן המנהג, זאת אומרת שבית המשפט מכיר במנהג. האם מנהג מחייב למשל בוועדה למינוי שופטים? יש נוהג שחבר כנסת אחד מהאופוזיציה בוועדה, אך זה לא כתוב בחוק. עכשיו ממנים וועדה למינוי שופטים בלי נציג באופוזיציה, האם ביהמ"ש יחייב למיין נציג מהאופוזיציה? מנהג זה עסק מסובך וצריך לקבוע בו שיש פרקטיקה כזו. כלומר שיש נוהג וצריך להראות שהנוהג נתפס כמחייב. ביהמ"ש בישראל הניח שהמנהג מחייב, עכשיו יש שאלה לאור חוק יסודות המשפט האם המנהג בישראל מחייב? הרי המחוקק לא כתב את המנהג, ויש סיבה לכך. כאשר ישבה מחלקת ייעוץ וחקיקה וניסחה את החוק הזה, חשבה בדקדוק והחליטה לא להכניס מנהג. מנהג זה בעייתי, מי אמר שהוא טוב? הוא חסר וודאות, זה מקור בעייתי מאוד. אנחנו משערים שמנסחי החוק לא כללו את המנהג כי הוא מקור משפטי בעייתי שלא ניתן לזהות.

עכשיו נשאלת השאלה- האם בישראל המנהג מחייב? הואיל והכנסת קבעה בפירוש שכאשר ביהמ"ש ניצב בהכרעה ואין תשובה בדבר חקיקה והלכה פסוקה הולכים להיקש ולעקרונות מורשת ישראל, **לא למנהג**. האם לאחר חוק יסודות המשפט המנהג הוא מקור משפטי מחייב בישראל? מלומדים כתבו שלא, המנהג איננו מחייב. לעומת זאת, יש מלומדים אחרים שכתבו שהמנהג עדין מחייב.

איך המנהג יוכל לחייב בישראל אם הכנסת לא כללה אותו בין מקורות המשפט? אם כלל הזיהוי בישראל הוא **בדגם של גזירה**, אז המנהג לא מחייב כי הוא לא נגזר מהכנסת. אבל אם אנחנו מבינים את כלל הזיהוי **כמקור ישיר**, הזיהוי שלו לא תלוי בכנסת, המעמד של המנהג הוא מעמד עצמאי, ואם כלל הזיהוי ישיר, המנהג מחייב כי כלל הזיהוי זיהה אותו באופן ישיר.

יש דילמה, איך אנחנו יודעים מה נכון? לפי הארט כלל הזיהוי יכול לזהות באופן ישיר ולכן לכנסת אין שליטה. נדע מה התשובה לפי מה שקורה בפועל, האם בתי המשפט מכירים במנהג לאחר חוק יסודות המשפט? כשבודקים המנהג בישראל מחייב, כלומר כלל הזיהוי **בישראל** בנוי באופן של **זיהוי ישיר**. אם המחוקק יחוקק חוק לביטול המנהג בישראל אז יהיה שינוי ולא יהיה יותר מנהג.

השאלה האם המעמד של בתי המשפט נובע מהמחוקק או שהוא ישיר זו אותה שאלה כמו השאלה של המנהג. אפשר לומר שהמחוקק נתן לבתי המשפט כוח או שהכוח מגיע להם מזיהוי ישיר, האם הכנסת יכולה לקצץ בסמכויות של בתי המשפט? המעמד של בתי המשפט הוא מעמד **עצמאי** ולכנסת אין שליטה לבטל זאת, **מעמד בתי המשפט בלתי מותנה בכנסת**, זה מושרש בשיטה. לכן השאלה איך נזהה את כלל הזיהוי היא בעלת השלכות חשובות.

ברק סבר שהמעמד של בתי המשפט הוא עצמאי ובלתי תלוי במחוקק.

העיקר הוא שכלל הזיהוי האו כלי די מתוחכם בשביל לעבוד איתו.

**סיכום התיאוריה של הארט:**

לא סיימנו איתו, הוא נחשב לפילוסוף החשוב ביותר של המשפט והוא דמות מרכזית. הוא ניסה לייצר שיטה פוזיטיבית. הארט ממשיך את המסורת של אוסטין ושל קלזן כדי לומר שהמשפט הוא גוף ידע נתון, לא עניין של אמונות או מנהגים חברתיים. המשפט הוא עניין מוגדר ואנחנו צריכים לזהות בכל שיטת משפט את מקורות המשפט. המשותף לכל השיטות הפוזיטיביות הוא הניסיון למצוא כלל עליון שהוא השער של המשפט, ומה שעובר דרכו הוא המשפט. היה לנו כלל אב, ואז את קלזן שקבע את הנורמה הבסיסית ואחר כך את הארט שקבע את נורמות הזיהוי.

לעומת זאת, אנשי משפט הטבע לא מסתפקים בכלל האב לשני הצדדים שלו. הם אומרים שכלל האב אינו תנאי מספיק כדי שחוק יהיה חוק, הוא צריך להיות מותאם למוסר, אנחנו בודקים את התוכן והאם הוא מתאים לעקרונות מוסריים. אם כלל בלתי צודק ובלתי מוסרי אזי הכלל לא חוק מחייב. האם הוא הכרחי? לא, אנחנו יכולים להכניס למשפט כללים שלא מתאימים לכלל הזיהוי כמו מה שחשין עשה בפלוני. אילו חשין היה לוקח את חוק יסודות המשפט והיה אומר שזה אחד מעקרונות הצדק, המהלך היה הולם את הפוזיטיביזם. אפשר לקבוע כללים חדשים ולבטל כללים שנקבעו מכוח אי התאמת התוכן.

**התיאוריה הפוזיטיבית תופסת את המשפט כתחום סגור, תורת משפט הטבע לא מגדירה גבולות למשפט. זו מחלוקת עקרונית.**

# סיכום הפוזיטיביזם: משפט ומוסר

בשיעור הזה ננתח את הוויכוח בין הארט לרז לגבי המתח בין הפוזיטיביזם למשפט הטבע. מה עיקר הטענה? המשפט נוצר ע"י קביעות חברתיות כמו חקיקה, זה הפוזיטיביזם לפי הארט. כלומר, המשפט איננו דבר מופשט אלא המשפט זה מה שחברה נתונה או מדינה נתונה קובעת כמשפט באמצעות חקיקה, פסקי דין ומוסדות. עקרונות מופשטים הם אינם חלק מהמשפט אם הם לא נקבעו בחוק. לכן, התפיסה הפוזיטיביסטית **מניחה הפרדה עקרונית בין המוסר למשפט, המוסר הוא חלק מהמשפט רק אם המשפט מאמץ אותו.**

אי אפשר לפנות אל המוסר באופן ישיר, המשפט יוצר הפרדה עקרונית.

אומר הארט שהעיקרון הזה מאפיין את תפיסת המשפט המודרנית, ברגע שהתחילו לחשוב על מוסר ומשפט באופן מודרני חשבו כך.

**גישה תועלתנית מול גישה דאונדטולוגית:**

כל המהלך הזה היה מהלך ליברלי שנועד לדאוג לזכויות אדם, חופש ביטוי. כל המאמץ של אוסטין היה להפריד בין משפט ומוסר, אי אפשר להגיד שהגישה שלו הייתה טוטליטרית או אנטי ליבראלית, הוא רצה שהשופטים לא יערבבו שאלות משפטיות עם מוסריות.

למה אחרי מלחמת העולם השנייה יש נסיגה מהתפיסה הפוזיטיביסטית? גרמניה הגדישה את החוק והוא הפך להיות חוק רעש, אמרו אנשי תורת המשפט שחייבים לשלב תפיסה מוסרית במשפט.

כבר מייד אחרי המלחמה, היה תחושה שזונחים את הפוזיטיביזם. הארט שואל האם זה מוצדק והאם באמת התפיסה הפוזיטיביסטית היא א- מוסרית, או שצריך לדון באופן יותר מורכב בעניין? הארט חושב שלא צריך לערבב בין משפט ומוסר.

מה זה מוסר? זה עניין סובייקטיבי, הגרמנים חשבו שזה מוסרי לרצוח יהודים. המוסר לבד חסר רציונאליות, עומד הגיון מאחורי המוסר וניתן לשכנע בו. ההנחה היא שמאחורי המוסר נותן אפשרות לבקר את המשפט.

האתגר של הארט היה להתמודד עם שאלת היחס בין המשפט והמוסר. ברור שהמשפט שואף להלום את המוסר אבל **לא תמיד זה מתאפשר**, אנחנו לא רוצים לערבב בין השאלה המוסרית לשאלה המשפטית. המשפט קובע את העניינים, ההתנהגות הראויה והבלתי ראויה באופן פוזיטיבי והמוסר זה עניין תיאורטי ולכן ההפרדה חשובה. התוקף של המשפט איננו נובע מהעניינים החברתיים. אנחנו לא בוחנים לפי אמת מופשטת, אלא לפי ההליך. לכן, מנקודת מבט פוזיטיבית אין לקבל את האמרה "מה שלא צודק לא חוקי" או "מה שחוקי צודק".

**המשפט שואף להיות צודק, אם מוצאים שיש חוק שיש בו עוול אז ראוי לתקן אותו, אבל עד שלא מתוקן הוא עדין קיים.**

על העמדה הפוזיטיבית הזו שבה החזיקו בנת'האם אוסטין קלזן והארט, הארט אומר שזה הלב של הפוזיטיביזם. הוא מתמודד עם הביקורת על זה:

**ביקורת אנליטית:** הכללים המשפטיים עמומים מטבעים, הם לא ברורים כל כך. יש לנו המון שאלות כשאנחנו באים ליישם את החוק. הואיל והכללים המשפטיים עמומים, דורשים פרשנות, כאשר ביהמ"ש מפרש אותם הוא ממילא נאלץ להיכנס לשיקולים מוסריים. אין רק שיקולים משפטיים, המונחים המשפטיים כל כך מעורפלים שניתן לנתח אותם לפי עקרון המוסר. יש עמימות טבעית לכללים המשפטיים והם מעוררים תמיד שאלה, זה מגבלה של השפה. השפה תמיד מזמינה פרשנות. האנטי- פוזיטיביסטים אומרים שאי אפשר להתגדר בגבולות המשפט. המשפט תמיד יברח למקומות שיזמינו שיקולים מוסריים, ודאי כשעוסקים בשאלות חוקתיות. הפרדה בין המוסר למשפט היא בלתי אפשרית.

מענה לביקורת: תשובת הארט לטענה הזו נוגעת לכך שלא כל הכללים עמומים, יש כללים ברורים ולכל **כלל יש גרעין ברור**. כמו כל דבר השוליים עמומים אבל זה רק בשוליים. לכל ביטוי יש גרעין ברור. למשל, פארק שאסור להיכנס אליו עם רכב. ברור שאסור להיכנס עם אוטו או עם משאית, זה הגרעין הברור. אבל האם אני יכולה להיכנס עם אופניים חשמליים? זו הפרשנות שבשוליים.

**במקום שהמשפט עמום וניתן לפרשנויות נכנסים שיקולים**. לכן, הטענה הביקורתית שאי אפשר להפריד אינה נכונה. רוב המשפט והכללים המשפטיים מובנים.

מענה לביקורת: הטענה של הארט מול הביקורת האנליטית היא שזה לא שהמשפט הוא בלתי מוסרי, הוא מתחשב בשיקולים מוסריים. באופן עקרוני יש הפרדה ולא בכל המקרים צריך להביא את המוסר לידי ביטוי במשפט.

**הביקורת המוסרית:** קבלת חוק כמחייב בלי בחינה מוסרית שלו היא מסוכנת. כאן אנחנו נוגעים בלב של טענת משפט הטבע שקבלת החוק כמחייב בלי ביקורת מוסרית רק בגלל שהמחוקק קבע או ביהמ"ש פסק היא **מסוכנת**.

כאן אנחנו חוזרים לדוגמה של המשפט הנאצי. המשפט הנאצי מבוסס על חוקים, מנקודת מבט פוזיטיבי זה היה המשפט בגרמניה, זה מה שקבע המחוקק, ולכן מנקודת מבט פוזיטיבי **זה משפט**. אם אתה אומר שחוק הוא חוק והוא תלוי רק בפרוצדורה זאת אומרת שהחוק הנאצי הוא חוק והיה צריך לקבל אותו, וזה בסדר שקיבלו אותו. אנחנו מתקשים מאוד לקבל את ההחלטה הזו, אם שופטים בגרמניה היו מחזיקים בתפיסת משפט טבע ובוחנים את החוק מבחינה מוסרית, החוקים היו נפסלים. זו טענה חריפה שאומרת שהתפיסה הפוזיטיבית נכשלה תחת המשפט הנאצי. במסורת הגרמנית יש גישה של מדינת חוק והמושג הזה היה מאוד חזק בגרמניה. לכן, אנחנו חייבים להכניס בתוך המושג של החוק מימד מוסרי, ולכן העמדה היא **שחייבים להכניס שיקולים מוסריים במשפט.**

מענה לביקורת: יש נקודה חשובה שצריך להבין בפוזיטיביזם. כשהפוזיטיביסט אומר שהחוק הוא עניין עובדתי, השאלה האם דבר מסוים הוא מותר על פי החוק או אסור זו שאלה עובדתית, לא מה החוק הראוי. השאלה היא מה המשפט הקיים, **לא מה המשפט הראוי**. זה לא אומר שתמיד צריך לציית לו, יש מקום לביקורת מוסרית על החוק אבל היא חיצונית לחוק ולא חלק מהחוק. הדוגמה הנאצית היא אכן כזו, בדוגמה הנאצית **השופט היה צריך לסרב לחוק ולפעול ע"פ המוסר**. לא צריך לציית לחוק בכל מקרה. לא כל דבר שהוא בלתי צודק ובלתי מוסרי ניתן לסירוב, אבל כשאנחנו מגיעים לעוולות מוסריות קשות צריך לסרב לחוק. העובדה שאני מחזיק בעמדה פוזיטיבית ואומר שהמשפט הוא משפט איננה אומרת שצריך לציית לו בכל תנאי.

**הפוזיטיביסט לא מתנגד ולא שולל ביקורת מוסרית על החוק.**

נאצים לאחר המלחמה: לאחר המלחמה היו משפטים שהעמידו נאצים לדין. גרמניה שאחרי המלחמה שפטה אנשים פרטיים על המעשים שלהם. עלתה סוגיה מאוד מעניינת בהתאם לטענתם של הנאצים או משתפי הפעולה. הם טענו שהם פעלו בהתאם לחוק. כאמור, מה שהם עשו באותו זמן היה חוקי, אז איך ניתן להעניש אותם על דבר שהיה חוקי. התשובה לכך היא פיתוח התיאוריה של משפט הטבע- **מה שהם עשו היה מנוגד למשפט הטבע, למשפט המוסר.** הטענה של משפט הטבע אומרת שהמוסר עומד מעל המשפט, אי אפשר להצדיק את הפעולות בעזרת החוק.

איך הארט התמודד עם האפשרות להעמיד לדין אנשים שעשו מעשה שהיה חוקי באותה עת: הארט הציע **לקבוע חוק רטרואקטיבי** שיקבע שהמעשים הללו הם עבירה. זה פוגע בעקרון החוקיות, אבל ההתנהגות היא כל כך פסולה שניתן להתפשר על עקרון החוקיות במקרה הזה. **כשאנחנו פועלים במשפט אנחנו חייבם לפעול לפי החוק.** הוא בעצם מכניס את משפט הטבע מהדלת האחורית.

הבעיה בפתרון: אדם לא יודע שהמעשה אסור ומעמידים אותו לדין, סותר את היסוד הנפשי לעבירה הקובע שאדם צריך להיות מודע לה.

משפט אייכמן למשל התבסס על חוק איסור העזרה לנאצים ולעוזריהם. החוק חוקק לאחר הקמת המדינה, בשנת 1950. אייכמן טען לעניין היסוד הנפשי והרטרואקטיביות. כתגובה נטען שאין חידוש שרצח עם זה לא מוסרי ודבר פסול. ביהמ"ש אמר שאכן זה חוק רטרואקטיבי אבל המעשים שהוא עשה כל כך לא מוסריים שזה ברור שהם אסורים ולכן הרטרואקטיביות קטנה ביחס למעשה.

פולר מגיב להארט ומבחין בין המוסריות הפנימית לחיצונית:

אם יש חובת נאמנות לחוק, חובה לציית לו, אז החוק חייב להיות ראוי לכך שיצייתו לו ולכן החוק חייב להיות בנוי על יסודות מוסריים. אחנו מניחים חובת ציות, אם אנחנו מניחים את החובה הזו אנחנו מניחים באופן אינהרנטי שהחוק חייב להיות טוב ומוסרי. לכן, אנחנו חייבים להניח שחוק **לא מוסרי באופן קיצוני** שמביא להפליות ורצח, הוא לא חוק. כאן טוען פולר את הטענה הבאה: כדי לומר שחוק בלתי צודק הוא לא חוק, לא צריך לפנות לחוק עליון ולהניח שיש עקרונות מוסריים עליונים, **מספיק לפנות לשאלת המוסריות הפנימית של החוק**. דהיינו, לבחון האם חוק עומד בכל הדרישות שחוק צריך לעמוד בהם. אם נבדוק את החוקים הנאצים נמצא שהם לא עמדו בכלל המוסריות הפנימית שלהם.

* **מוסריות חיצונית-** מה שאנחנו רואים כמוסר. כלומר החוק מעודד אי שוויון ויצירת הפליה, חוק המעודד אלימות וכד'.
* **מוסריות פנימית**- כללים פנימיים כמו בהירות החוק, אופן פרסום החוק. לפי פולר יש קשר בין חוק שהתוכן שלו פנימי לבין הצורה שלו. רוב החוקים הגרמניים לא היו מפורסמים לכולם כמו מחנות ריכוז וזה עובר על עקרון הפרסום ובכך גם על המוסריות הפנימית. אם חוק לא מפורסים כראוי ולא עובר את השלבים הראויים לאופן יצירתו ונגישותו, אזי אין גם מוסריות חיצונית, ולכן החוק לא מוסרי.

יש התאמה בין אי מוסריות פנימית לאי מוסריות חיצונית. הוא סבור שהמשפט צריך להיות בנוי על יסודות מוסריים, הבחינה לא נעשית מול עקרונות מוסריים מופשטים אלא מול עמידה במוסריות הפנימית של החוק, אם החוק לא בנוי לפי התנאים הפנימיים אז הוא פסול ואין לראות אותו כחוק.

### חומרי הקריאה לעבודה 2- "שלטון החוק ועליונות החוקה" לא בחומר למיקוד 2024:

**שלטון החוק ועליונות החוקה- אהרון ברק:**

בוחן מהו שלטון החוק ומהי עליונות החוקה. התזה שלו היא שבמדינה דמוקרטית יש לקיים את עקרון שלטון החוק ולשם כך יש להבטיח את עליונות החוקה. ברק היה היועץ המשפטי לממשלה בתקופת כהונתו של מנחם בגין ז"ל, וכותב את מאמר זה בעקבותיו.

שלטון החוק:

מורכבות המושג- שלטון החוק, המשפט הוא מושג סבוך ומעורפל. יש הסכמה על מהותו הגרעינית, אך ככל שמתרחקים מגרעינו מתערפלת התמונה. האנגלים והאמריקאים מגדירים את הביטוי באופן שונה. המושג "שלטון החוק" מעורר קשיים רבים, האם באמת החוק שולט באדם? האם אין בשלטון החוק כדי לפגוע בחירות הפרט? האם כל חוק, לא משנה מה תוכנו ראוי שישלוט? מה אם החוק בלתי צודק? כדי להבין את מורכבות שלטון החוק יש להבחין בין שלושה היבטים עיקריים של שלטון החוק: ההיבט הפורמלי, ההיבט היוריספרודנטלי וההיבט המהותי. **ההיבט הפורמלי:** (א) כללי- שלטון החוק משמעו בהיבט זה שכל הגורמים במדינה חייבים לפעול לפי החוק, פעולה בניגוד לחוק צריכה להיתקל בסנקציה המאורגנת של החברה. משמעות כפולה- חוקיות השלטון והשלטת החוק. עקרון פורמלי לפיו אנחנו לא מתעניינים בתוכן החוק אלא בצורך להשליטו, במובן הזה שלטון החוק לא קשור לטיב המשטר אלא לעיקרון הסדר הציבורי. לתפיסה זו, צריך לכבד את החוק משום שהוא חוק במנותק משאלת התוכן.

(ב) שלטון החוק והפרט: תפיסה זו מופנית לפרטים במדינה, עלינו לפעול אך ורק בהתאם לחוק, איש אינו פטור מחובה זו, גם אם החוק נוגד את השקפת עולמו, העבריינות האידיאולוגית כמוה כעבריינות הפלילית. החוקים נותנים לנו מטובתם ולא לקיים את החוק זו כפיות טובה. רק בדרך ציות החוק ניתן לשמור על מסגרת חברתית שתבטיח את אושרו של היחיד והגינות בחברה.

(ג) שלטון החוק והמדינה- המדינה צריכה לפעול בגדרי החוק, היא הוקמה על ידיו ואין לה קיום בלעדיו. המדינה פועלת באמצעות האורגניים הממלכתיים, וכל אחד מהאורגניים השלטוניים כפוף לחוק, זהו שלטון החוק בשלטון. את ריבונות העם מסמל הנשיא, הוא עומד בראש המדינה והוא כפוף לחוק גם אם יש לו חסינות. מעקרון שלטון החוק נובע כי החוקים של המחוקק הרגיל חייבים להתאים לחוקה, זהו שלטון החוקה במחוקק. שלטון החוק מופנה גם כלפי הרשות השופטת, הכוח לפרש חוקים צריך להיות מוגבל ומצומצם, על השופט לפעול באובייקטיביות ולא לשקף את שיקוליו האישיים, לשופטים כבילה לחוק ובכך יובטח אמון הציבור בשפיטה, בלעדיו אין לקיים שפיטה ראויה ולא את שלטון החוק, השפיטה צריכה להיעשות באופן ניטראלי. לשופטת ניתנה עצמאות מוסדית משום שהוא נאבק על שלטון החוק ולא על החוק.

**ההיבט המהותי:** ההיבט הפורמלי כלל לא מתעניין בתוכן החוק, רק בקיומו. אך מדוע ניתנת סמכות לפגוע בזכויות אדם שלא לתכלית ראויה ומעבר למידה הדרושה? איש לא יאמר שבגרמניה שרר שלטון חוק ולא שלטון פשע. עקרון החוקיות הוא הכרחי אך לא מספיק. הציות לחוקים במנותק משאלת התוכן מבטיח סדר ויציבות אך לא חירות ורווחה, הוא אינו משרת את כבוד האדם. לכן, יש להרחיב את שלטון החוק מעבר להיבט התוכני.

(ב) איזון ראוי בין הכלל והפרט- שלטון המשפט בא להשיב את הצדק על כנו. נקודת המוצא היא המשטר הדמוקרטי. שהמשטר יהיה ייצוגי הפועל לפי דעת הרוב ושהמשטר מקיים את זכויות האדם ורואה במסגרת המדינית אמצעי להגנה על זכויות האדם. זה ההיבט המהותי של הדמוקרטיה, שלטון החוק מהותי הוא שלטונו של אותו חוק המתקבל ע"פ כללי הדמוקרטיה הפורמלית- עקרון הרוב, וממלא את דרישותיה של הדמוקרטיה המהותית- הגנה על זכויות האדם. מדינה שמקבלת חוקים בניגוד לעקרונות האלה לא נשלטת לפי עקרון שלטון החוק אלא ע"י האדם שמקבל את החוקים. שלטון החוק אינו רק סדר ציבורי, אלא גם צדק חברתי המבוסס על סדר חברתי, אי אפשר להפריד בין המשמעות הפורמלית למהותית של החוק, יש בינהם קשר הכרחי. ברק חושש כי הדגשת שלטון החוק במובן של השלטת החוק וכיבודו מטשטש את הנחות היסוד שעליהן בנוי החוק ושלטונו. ההנחות האלה הן משטר דמוקרטי אשר בעצם היותו מעמיד במרכזו את האדם ואת המסגרת החברתית- המדינה- שבה היחיד מגשים את עצמו, כאשר המדינה פועלת באמצעות משטר של נציגים המבוסס על הכרעת הרוב.

(ג) שלטון החוק המהותי וזכויות האדם- כבוד האדם הוא ערך יסודי לכל חברה, הוא כבודו של כל אדם כולל אסירים. מכבוד האדם מתבקש עקרון השוויון, הכל שווים בפני החוק והשוויון הוא ערך עליון בישראל. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם והוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות, הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית עליה היא בנויה. חירות הביטוי הוא ערך נוסף היקר למשטרנו, באמצעותה נחשפת האמת ובעזרתה האדם מגשים את עצמו. מידע אודות השלטון, שקיפות הם תנאים הכרחיים לקיומה של דמוקרטיה. בלא חופש הביטוי הדמוקרטיה מאבדת את נשמתה. על עקרונות אלה יש להוסיף את חופש התנועה, חופש המצפון והדת, חופש ההתארגנות, חופש הקניין וכד'. מטבע הדברים זכויות מתנגשות, זה לא הכל או כלום, צריך לעשות איזון בין האינטרסים השונים. לכן, זכויות יסוד אינן מוחלטות אלא יחסיות- הזכות של האחד מצטמצמת כדי הגנה על הזכות של האחר, היחיד חי במסגרתה של החברה שצריכה להבטיח את זכויות הכלל. מכאן הצורך בצמצום זכויות היחיד, כדי שהחברה תוכל להבטיח זכויות עליה גם להטיל חובות. בצד זכויות האדם אנחנו מכירים גם בשלום הציבור, בבטחון המדינה ובקיומה כאינטרסים שמדינה דמוקרטית מבקשת להגן עליהם. נשים לב כי חופש אינו הפקרות, המדינה צריכה לשמור על זכויות האדם באופן ששומר על המדינה ומאפשר קיומה של חברה. מכאן, הבעיה המרכזית הניצבת ביסודו של עקרון שלטון החוק המהותי היא האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים הראויים להגנה. השאלה היא באיזה מידה הוא מוצדק להגביל את זכויות של היחיד כדי לשמור על קיומה של החברה, אשר מצדה נועדה לשמור על זכויותיהם של היחידים כולם.

ב. עליונות החוקה: כיצד מבטיחים שלטון חוק פורמלי ומהותי? כל מחוקק יכול לחוקק כפרשנותו בצורה שלא מגשימה את העקרונות הללו. אך לפרשנות יש גבול. כדי להבטיח את שלטון החוק על כל היבטיו יש לגרום לכך שהמחוקק יהיה חייב כעניין שבמשפט לכבד את עקרון שלטון החוק, וניתן להשיג זאת ע"י הסדר נורמטיבי המעניק לשלטון החוק מעמד עליון, זהו המבנה המשפטי שלפיו כל חוק של המחוקק הרגיל חייב לקיים את דרישותיו של שלטון החוק.

**Fuller- the morality of law:**

המוסר של החוק. שמונה דרכים להיכשל בחקיקה, מתחיל באנלוגיה על מלך ששמו רקס. רקס הגיע לכס המלוכה בלהט לקדם רפורמה, הוא סבר שהכשלון הגדול ביותר של קודמיו היה התחום המשפט. במשך דורות מערכת המשפט לא ידעה רפורמה בסיסית, כללי המשפט היו מסורבלים ובלשון ארכאית של עידן אחר, השופטים היו מרושלים ולעיתים מושחתים. רקס רצה לתקן זאת ולהיזכר בהיסטוריה כמחוקק גדול. אך הוא נכשל בגדול. לא רק שהוא לא הצליח להנדס רפורמה חדשה במערכת המשפט, הוא לא הצליח ליצור חוק בכלל- טוב או רע. עם זאת, המעשה הרשמי הראשון שלו היה דרמטי וטוב. הוא היה זקוק לדף נקי, אז הודיע לנתיניו על ביטול כל החוק הקיים. לאחר מכן הוא ניסה לחדש את הקודיפיקציה. לרוע מזלו, השכלתו היית הלקויה בחסר והוא לא הצליח לחדש אפילו לא ברמה הבסיסית. אפילו שהוא לא היה חסר ביטחון בנוגע להחלטות כאלה ואחרות, וידע מה טוב ומה רע, היה לו קושי רב לנמק כל מסקנה והוא הגיע לנקודת שבירה שבעקבותיה הכריז כי יפעל כשופט בכל מחלוקת שתתעורר. בדרך זו הוא קיווה שיצליח להחיל קודיפיקציה חדשה ויבחן כל מקרה לגופו. לצערו, הפגמים בהשכלתו היו עמוקים יותר משסבר והמיזם נכשל לחלוטין, איש לא הצליח לזהות דפוס בהחלטותיו והן נדמו כשרירותיות. לאחר מכן הוא היה חייב התחלה חדשה, השלב הראשון היה להירשם לקורס שלימד יצירת הכללות ובעזרת כוחותיו האינטלקטואליים המחוזקים הוא חידש את הפרויקט של הקודיפיקאציה ואחרי שעות רבות של עבודה הוא הכין מסמך ארוך למדי המבטא את החוק החדש. עם זאת, הוא עדין לא היה בטוח שהתגבר על הפגמים. ואז הודיע לנתיניו על החוק החדש, והוא ישתמש בו ויהיה כפוף לו במקרים שדורשים הכרעה, אך לזמן בלתי מוגבל רק הוא ידע מה הכללים שקבע. להפתעתו, הציבור לא אהב את הרעיון והם אפילו התעצבנו מאוד לגלות זאת. הם טענו שזה לא סביר שמקרה של אדם ייקבע לפי כללים שאין לדעת מה הם. רקס היה המום והחליט שיותר קל לו לזהות מקרים מראיה לאחור מאשר לחזות את העתיד ולשלוט בו. מבט לאחור הקל על מתן נימוקים. הוא החליט לנצל את התובנה הזו ועבר לתוכנית הבאה, בכל תחילת שנה הוא היה מודיע לנתיניו על החלטות מהשנה שעברה והיה מנמק את החלטותיו, ולאחר מכן לא יקבל החלטה באותו נימוק שוב, כי זה יקשה על מתן החלטות בעתיד. **נתיניו הסבירו שהם צריכים לדעת את הכללים מראש כדי שיוכלו לפעול על פיהם**. רקס הבין כעת כי אין דרך להתחמק ממתן קוד המצהיר על הכללים שיושמו בסכסוכים עתידיים. כתוצאה מכך פרסם שוב כללים, שלא היו מובנים כלל- לא לאזרח מן המיין ולא לעורך דין הבקיא ביותר. עד מהרה הופיעה מחאה **שסברה שאי אפשר לפעול לפי כללים שאיש לא מכיר ומבין**.

 מהו חוק?

רקס הבין שהוא זקוק לסיוע והעמיד צוות מומחים כדי להבהיר את הניסוחים. הקוד היה בהיר אבל מלא בסתירות, לא הייתה הוראה אחת בלתי ניתנת לסתירה. רקס איבד את סבלנותו, שינה את הקוד שוב אבל החמיר כל דבר בקוד- הוראה להתייצבות לכס המלוכה שהייתה בעבד עד עשרה ימים, שונתה לעד עשר שניות עם עונש מאסר של עשר שנים. **הקוד היה בלתי ניתן לביצוע ואזרחים הצהירו כי אינם מוכנים לציית לחוק שלא ניתן לבצע**ו. רקס שינה את הקוד שוב, והחליט שכל פעם שנתקלים בדבר בלתי ניתן לביצוע המומחים יהפכו אותו לבר ביצוע. התוצאה הסופית הייתה מופת של ניסוח- ברורה, עקבית, לא דרשה דבר שלא ניתן לבצע, הקוד הודפס והופץ ללא תשלום בכל פינות ברחוב.

עם זאת, התגלה כי זמן כה רב הושקע בתיקון החוק עד שהנסיבות **השתנו ותוכן הקוד לא היה רלוונטי** בגלל אירועים שקרו בעקבות השעיית ההליכים המשפטיים, היה צורך בהתאמה מחדש ולכן מהרגע שהחוק נכנס לתוקף מבחינה משפטית הוא היה נתון לזרם יומי של תיקונים. שוב ההמון זעף וטען שחוק שמשתנה כל יום יותר גרוע ממצב בו אין חוק בכלל. לאט לאט החוק הפך עקבי יותר ונהיו פחות ופחות תיקונים. בהרהור מחדש על ההחלטות הוא הגיע למסקנה שרוב ההחלטות השגויות היה טמון במינוי המומחים, והוא נטל לעצמו מחדש את הכוח השיפוטי כדי לשלוט ישירות ביישום הקוד החדש, הוא הקדיש את כל זמנו לטיפול והכרעה בתיקים הנובעים מהקוד החדש. הוא החל להבין את תבנית ההלכות ונראה היה שסוף סוף יהיה חוק קוהרנטי. אולם, עם הזמן התגלו שלא היה שום קשר בין פסקי הדין ליישום החוק שרקס חוקק, לא היה לחוק שום השפעה. כל החלטה שניתנה הכריז רקס כחוק יסוד. אזרחים מובילים החלו לקיים פגישות כדי להרחיק את המלך מהמלוכה עד שהוא מת במפתיע.

יורשו השני החל לקחת סמכויות מהממשלה ולהפקיד את הסמכות לפסיכיאטרים ולמומחי ציבור.

השלכות הכשלון:

הקריירה המקרטעת של רקס ממחישה כי הניסיון ליצור ולשמר מערכת של כללים משפטיים עלולה לטעות בשמונה דרכים לפחות:

1. אי השגת הכללים כלל כך שכל נושא צריך להיות מוכרע על בסיס אד- הוק כלומר החלטות ניתנות באופן ספציפי ואינו מוגדר.
2. חוסר יכולת לפרסם או להנגיש לרשותו של האדם הרלוונטי את הכללים שהוא אמור לקייים.
3. ניצול לרעה של חקיקה רטרואקטיבית. כלומר, לא רק שהחקיקה לא יכולה להנחות את החוק היא מעמידה את הכללים לאיום לשינוי אירועים שכבר התרחשו.
4. כשלון להפוך את הכללים למובנים.
5. חקיקת כללים סותרים.
6. כללים המחייבים התנהגות מעבר לסמכויותיו של האדם הרלוונטי.
7. הכנסת שינויים תכופים כך שהנתין אינו יכול לכוון את פעולתו על פיהם.
8. כשל בהלימה בין הכללים שהוכרזו לבין המעשים דה פקטו.

כשלטון מוחלט בכל אחד משמונת המבחנים האלו אינו רק מביא למערכת משפטית גרועה, הוא אינו מביא למערכת משפטית כלל. זה כמו חוזה בטל, הוא סוג של חוזה. אבל לא ניתן לומר שלאדם יש חובה מוסרית לציית לכלל משפטי שאינו קיים או שעומד בסתירות או שבא לעולם רק לאחר שפעל או עבר שינוי כל דקה.

אם הממונים על הכלל מתעלמים ממנו- הוא עדין כלל? הציות לכלל כזה הופך לחסר תועלת, כמו הצבעה שלעולם לא תיספר. ישנה הדדיות בין הממשלה לאזרח לגבי שמירה על הכללים.כאשר הממשלה שומרת כל הכללים ומבטיחה לאזרח שהם יחולו על התנהלותו לא נותר דבר שעליו ניתן לבסס את חובתו של האזרח לשמור על הכללים.

למשל בגרמניה תחת היטלר, למרות שרוב החוקים היו פרוספקטיביים מטבעם, נעשה שימוש חופשי כל כך בחקיקה רטרוספקטיבית שאך חוק לא חסין מפני שינוי בדיעבד אם הוא מתאים לנוחיות המחוקק. בתי הדין בגרמניה הנאצית התעלמו מהכללים שאמורים לשלוט בהחלטותיהם. נראה היה כי המטרה של השלטון לא הייתה לתת לאזרח כלים לעיצוב התנהגות אלא ליצור פחד עד רמה של חוסר יכולת לפעול. בניגוד לבוחר שיודע שקולו לא ייספר (אדם שיודע שאין סיבה לציית לחוק כי הציות לא נאכף) , הבעיה הזו אינה פשוטה, היא דומה יותר לאדם שילך להצביע למרות שקולו ייחשב כקול לצד שכנגד, אזרח במצב זה צריך להחליט האם להישאר עם המערכת ולהצביע כמעין אקט סמלי המבטא תקווה ליום טוב יותר (ממה שאני מבינה- ההצבעה זה ההתנגדות לנאציזם, מי שהיה מתנגד היו מטילים עליו סנקציה ורק יוצרים יותר פחד ובכך מגדילים את כוחו של השלטון).

אין לערבב בין כבוד גרידא לסמכות המכוננת לבין נאמנות לחוק. נתיניו של רקס נשארו נאמנים לו לאורך תקופת המלכות אך לא היו נאמנים לחוק שלו כי הוא מעולם לא ייצר חוק.

השאיפה לשלמות בחוקיות:

שמונת הכללים שעסקנו בהן הן שמונת הכללים אליהם מערכת משפטית צריכה לשאוף. מה שנראה בסיסי ביותר במערכת משפט הופך לאתגרים תובעניים יותר ויותר ליכולת האנושית. אוטופיה של חוקיות היא מערכת בה הכללים ברורים לחלוטין, תואמים זה את זה, ידועים לכל אזרח ולעולם אינם רטרואקטיביים והכללים נשארים קבועים לאורך זמן ונשמרים בקפידה ע"י הרשויות. אך מטרת השלמות מורכבת הרבה יותר, וקשה יותר ליישום מאשר סתם לקבוע כללים. המוסריות הפנימית של החוק מציגה את ההיבטים האלה ומעמתת אותנו עם השאלה- איך לדעת היכן למתוח את הגבול בין הדברים שאי שמירה עליהם תיראה כמו כשלון ותגרור גינויים אבל שמירה עליהם לא תסב הצלחה גדולה?

המוסר הפנימי של החוק מכונה כמוסר הבסיסי של החיים החברתיים. המוסר הבסיסי הוא חובות שמוטלות כאיסור והן שליליות בטבען- לא תרצח, אל תפצע, אל תרמה, אל תשמיץ וכד. ניתן להגדיר חובות כאלה די בבירור ובאופן פורמלי, אנחנו מסוגלים לפתח סטנדרטים כמעט מדויקים לסוג ההתנהגות שיש להימנע ממנה.

דרישות המוסר הפנימי של החוק דורשות יותר מאשר שליטה עצמית, הן חיוביות בטבען. למשל: עליך לפרסם את החוק, עליך להפוך אותו לקוהרנטי וברור. כדי לענות על דרישות אלה יש לכוון להישגים, ולא רק לא לפעול בדרך מסוימת.

בגלל התכונה המתקנת/ חיובית והיצירתית של דרישות המוסר הפנימי, המוסר הפנימי של המשפט לא יכול להיות מוגשם באמצעות יצירת חובות. נצטרך להגדיר באיזה נקודה הופרה חובה זו. קל לקבוע כי על המחוקק מוטלת חובה מוסרית לחוקק חוקים ברורים ומובנים בלי להגדיר את מידת הבהירות שעליו להשיג כדי למלא חובה זו. אפשר להסתפק באמירה כי למחוקק מוטלת חובה מוסרית לחוקק חוקים ברורים. אך, זה יישאר לכל היותר בגדר ניסיון שכנוע אלא אם נגדיר כמותית את מידת הבהירות שעליו להשיג כדי למלא את חובתו. זה מציב קשיים, לא ניתן למדוד זאת ולא ניתן למדוד ניסיון של המחוקק לעשות את מה שלא עשה. המלך רקס הוכיח היטב- כוונות טובות אינן מועילות, המוסר הפנימי נדון להישאר במסגרת שאיפה ולא חובה. הפנייה העיקרית של המוסר הפנימי חייבת להיות לתחושת נאמנות וגאווה של עושה המלאכה.

יוצא דופן- הנגשת החוקים. חוקה יכולה לקבוע שחוק יקבל תוקף רק לאחר שפורסם. ניתן לקרוא לזה דרישה חוקית לחקיקת חוק. עם זאת, ניתן גם להעלות על הדעת חובה מוסרית ביחס לפרסום. אם יש מנהג לדרך פרסום חוק (למשל שתמיד חוקים מתפרסמים באתר הכנסת), אך הוא עמום בנוגע לסטייה מן המנהג הזה ומה ההשלכות לכך. להגדרה רשמית לאופן הפרסום יש יתרונות ברורים על פני מאמצים לא מנותבים, זה מאפשר לציבור לדעת לאן ללכת כדי ללמוד מהו החוק.

המוסר החיצוני זה המוסר האינטואיטיבי- לא תרצח, לא תגנוב.

המוסר הטבעי הוא עמידה בשמונת התנאים שהציב לחוק, ואם חוק עומד בשמונת התנאים הוא בהכרח בעל מוסר חיצוני.

מוסר משפטי ומשפט טבעי:

הוא מנסה לקשר בין המוסר הפנימי למסורת המשפט הטבעי. האם העקרונות מהפרק הקודם מייצגים מגוון כלשהו של חוקי הטבע? רובם כן. הוא ניסה לדייק את חוקי הטבע למשימה אנושית שיש לעמוד בה "מפעל הכפפת ההתנהגות האנושית לשלטון של כללים". לחוקי הטבע האלה אין זיקה ליישות על אנושית, הם ארציים לחלוטין. הם לא עליונים ולא באו מלמעלה, הוא מדמה אותם לחוקים של נגר שרוצה לעבוד באופן יסודי. אם כי, הם אינם מאמצים את כל המוסר של האדם ויש נושאים כמו מס פרוגרסיבי שאין להם מה לומר. המוסר הפנימי של המשפט הוא מעין גרסה פרוצדורלית של המשפט הטבעי (הנהלים של המשפט הטבעי). אם כי למילה פרוצדורלי יש להקצות משמעות רחבה שתכלול התאמה מהותית בין פעולה רשמית לחוק חקוק. המונח פרוצדורלי עם זאת מתאים יותר לדרכים שבהן מערכת כללים לפיקוח חייבת להתנהל ולא למהות הכללים המשפטיים.

אנשים לא רואים צורך להסביר את הברור מאילו. אף אלד לא היה צריך להסביר לנו למה חוקים צריכים להיות מפורסמים וכך כפופים יוכלו לדעת מה החוקים. זה נראה לנו ברור מאילו. הוא מצטט פס"ד שאומר שכאשר חוק של הפרלמנט הוא נגד הזכות וההיגיון המקובלים, או מעורר דחייה, או בלתי אפשרי לביצועו, המשפט המקובל ישלוט בו ויפסוק שהחוק בטל. זה נקודת מבט של החוק הטבעי. בדיוק כמו שכללים משפטים יכולים לדחות זה את זה, כך מוסדות משפטיים יכולים לדחות כללים. אם כי תפיסה נאיבית בחוק הטבע כמו זו עלולה להיות דוגמה לכך שהשימוש במשפט הטבע לעיתים הוא רק העדפה סובייקטיבית. כיום השימוש במשפט הטבע הרבה פחות מקובל. מי שיצר את החוקה והרפובליקה דאג להימנע מדברים מעוררי סלידה במוסדיהם ושהמוסדות יתאימו לטבע (מוסר) האדם.

האם בפרשנות החוקה בתי משפט צריכים להיות מושפעים משיקולים הלקוחים מ"חוק הטבע". לדעת פולר דיון זה עשוי לתרום יותר לבירור הסוגיות. כלומר, אם תיעשה הבחנה בין חוק טבעי בעל תכלית מהותית לבין משפט טבעי העוסק בפרוצדורות ומוסדות יש להודות כי חוק טבעי נוצל לרעה (פרשנות מרחיבה מידי) עד שקשה לשחזר גישה ניטרלית לגביו.

ברור שהוראות רבות בחוקה הן כלליות ולא מושלמות, אז יש למלא את משמעותן. כמובן שכל מי שמושפע מהפירוש וגם המפרשים מעוניינים שהיא תתנהל על הבסיס הבטוח ביותר שניתן להשיג ושהיא תהיה מעוגנת ככל הניתן במשטר הדמוקרטיה ובטבע האנושי עצמו.

פרשנות יכולה לעתים קרובות לסטות מן המילים המפורשות של החוקה ואם זאת להישען על האמונה שהיא נאמנה לכוונה המשתמעת ממבנה הממשל בכלליות. אין איסור בחוקה למשל על לחוקק חוק מעורפל ועם זאת אף אחד לא ייתן יד לחוק פלילי שאינו ברור איזה מעשה נאסר. אנחנו תמיד נשאף ל"הליך משפטי הוגן".

# פורמליזם משפטי

תפעול המשפט. עד היום דיברנו על תורות של משפט טבע, על תורות של משפט פוזיטיבי והיום אנחנו עוברים לדבר על יישום המשפט בפרשנות ובשיקול דעת משפטי.

אז היום נדבר על המושג של **פורמליזם משפטי**. אחד המושגים המרכזיים בתורת המשפט ובכל דיון משפטי ואנחנו נדון בו באופן קצת יותר מעמיק. המושג של פורמליזם משפטי מופיע בהקשרים שונים ואנחנו נדבר עליהם היום בשלושה מובנים:

1. פורמליזם כתכונה כללית של המשפט- מושג רחב המגדיר צורניות.
2. פורמליזם כגישה מסוימת למשפט- אפיון של גישה פרשנית פורמליסטית למשפט, מאפיין כללי, אוניברסאלי של מערכת המשפט.
3. פורמליזם כתורת משפט.

הוא מתרחב מגישה מסוימת והוא מתאר תיאוריה שלמה של המשפט. קודם כל מה פירוש המילה פורמליזם- צורה, גישה או דגש על הצורה ולא על המהות והתוכן. ההבחנה הזו בין פורמליזם ומהות יכולה לבוא לידי ביטוי בהרבה מאוד תחומים של החיים למשל באומנות. בהקשר המשפטי אפשר לומר שפורמליזם היא תכונה כללית של המשפט. **בכל מערכת משפט באשר היא יש מימד פורמליסטי**. המילה פורמליזם הרבה פעמים משמשת כגנאי- שופט פורמליסטי, פסק דין פורמליסטי.. יש ויכוח עד כמה אנשים בעד ונגד פורמליזם. בכל משפט באשר הוא יש היבטים פורמליסטים זה דבר אינהרנטי למשפט.

1. **פורמליזם כתכונות כלליות של המשפט:**
2. ארגון הנורמות במערכת פורמלית שיש בה היגיון פנימי. סיווג פורמלי זה עניין חשוב ומהותי למשפט. כל תיאור של המשפט מתאר את הנורמות המשפטיות במבנה פורמלי כלשהו.
* במימד אנכי- תיאור מערכת הנורמות (פירמידת הנורמות) כל מערכת משפט מבחינה בין נורמות במדרגות שונות. הצורה הזאת זה לא רק אגון של יופי, יש לו משמעות. הניגוד בין חוק לחוקה **הוא קודם כל ניגוד פורמלי.** אם התקנה סותרת את החוק התקנה בטלה, זה שיקול פורמלי.
* מימד אופקי לארגון הנורמות המשפטיות- מבחינים בין משפט פרטי וציבורי. בתוך המשפט הפרטי מבחינים בין חוזים, קניין, נזיקין. כל משפט מאורגן ואנחנו בוחנים שאלה משפטית לפי הסיווג לאיזה ענף היא שייכת. לכל התפיסת יש מימד פורמליסטי חזק.
1. דרישות צורניות-

למשל חוזה, יש לנו צורה איך החוזה צריך להיראות- הצעה וקיבול וכן הלאה. יש לנו דרישות צורניות ביחס לצוואה ואיך היא צריכה להיראות. צריך לעמוד בצורות הצורניות האלה. המשפט רווי בדרישות צורניות. ערעור צריך להגיש 30 יום מרגע מתן פסק הגין, גם אם הטענה בערעור הכי צודקת בעולם הוא לא יתקבל לאחר 30 יום.

1. הסתמכות על כללים משפטיים- נתק בין הכללים לטעמים

אנחנו סומכים על הכלל שיוצר נתק בין הכלל לטעם שלו. אנחנו פועלים לפי מה שהחוק אומר ולא לפי הטעם. נוסעים בצד ימין של הדרך גם אם הכביש פנוי. אנחנו כפופים לכלל הזה של לנסוע בצד ימים. כך בכל יסוד משפטי, אחרי שהכלל נקבע **אנחנו לא נבדוק מחדש את הטעם שלו** ולכן נוצר נתק בין הכלל לטעם. אם ניתן להוציא רישיון מעל גיל 17 כדי שיהיו אנשים בוגרים על הכביש, אנחנו לא נשאל על כל אחד האם הוא בוגר מספיק כדי להוציא רישיון או לא. הדגש על הכללים הוא פורמליזם בניגוד לטעם.

המשפט מתאפיין בפורמליזם ומהות. יש בו טעמים וערכים שהמשפט רוצה לקדם. **תמיד ייווצר לנו מתח בין פורמליזם למהות ובין פורמליזם לערכים.**

1. **אפיון של המשפט- פרשנות פורמליסטית:**

הפרשנות הפורמליסטית מאופיינת בשלושה היבטים:

* היצמדות לכללים המשפטיים וללשון החוק- שופט הולך לפי כללים ולא לפי תפיסתו האישית. היתרונות: יציבות, וודאות, שוויון.
* פרשנות מילולית- בניגוד לפרשנות התכליתית.
* ניתוק המשפט מהממד הערכי והחברתי- נעדיף וודאות ויציבות על פני תוצאה חברתית טובה יותר.

לדעת רוב המלומדים פורמליזם זו דרך פרשנית מגונה. מקס וובר מוחה על כך- העלה על נס את הפורמליזם של המשפט. הוא **הבחין בין מחשבה פרימיטיבית לבין מחשבה רציונלית**.

בעבר הכרעות משפטיות בחברה לא מפותחת וקדומות היו מבוססות על כריזמה. כלומר, על כוחות עליונים. נביא, איש קדוש, נחשב כחכם במיוחד ברמה האלוהית. השופט היה מחליט מכוח הכריזמה שלו. משה רבנו היה שופט מכוח הכריזמה (הנבואה). לעומת זאת, חשיבה מודרנית ומפותחת **מבוססת על טעמים**. חשיבה משפטית בעיני וובר היא רציונלית ופורמלית. נותנים נימוק לטובת עניין מסוים ויש מערכת כללים, הכללים מבוססי טעם אבל נתונים מראש ובעקבות הכללים ניתן להחליט בכל מקרה קונקרטי וליישם בכל מקרה לגופו.

* פס"ד קניג נ' כהן:

יהושוע כהן היה נשוי לאישה, החיים שלהם לא היו מאושרים. מנקודת מבט האישה הוא התעלל בה והיא סבלה מאוד, היא ניסתה להתגרש וזה לא בדיוק הלך ולבסוף בחרה להתאבד. היא לא סתם התאבדה, אלא עשתה זאת יחד עם ביתה הקטנה. היא עלתה על קומה גבוהה במלון בבית מלון וקפצה מהחלון עם ביתה. לפני שהיא התאבדה היא כתבה צוואה- כל מה ששייך לה לחלק בין האחים שלה, השאר שאמה תחליט כרצונה ולדאוג שיהושוע יקבל כמה שפחות.

כשאדם מת יש או ירושה ע"פ דין או ירושה ע"פ צוואה. אם לא היה את המסמך הזה הבעל היה יורש את אשתו מכוח דין. צוואה גוברת על הדין ואדם בצוואה יכול לכתוב למי הוא מוריש את רכושו בלי מגבלות והוא יכול לנשל את היורשים ע"פ דין מכל חלק.

האחים ביקשו לרשת לפי הצוואה והבעל התנגד לכך. האם הצוואה הזו תופסת לפי חוק הירושה? ס' 19 לחוק הירושה מבחין בין סוגים שונים של צוואות. יש צוואות הנעשות לפי עדים, יש צוואות בכתב יד. הצוואה הזו היא צוואה בכתב יד, לא ע"י עורך דין, היא נעשתה באופן רשלני. צריך לבחון האם לפי החוק הירושה זה עומד בכללים לצוואה בכתב יד. הכללים: צוואה תיכתב ביד המצווה בכתב ידו, עם תאריך וחתימת המצווה. זה הדרישות הפורמליות. בצוואה של גב' כהן לא היה תאריך וחתימה. מכאן הבעיה המשפטית. אמנם, ס' 25 אומר שאם אין ספק באמינות הצוואה ניתן לקיימה גם אם יש פגם בחתימה או בתאריך הצוואה. האם זה פגם בצוואה או חסר? זה לא שטעו ביום או שהחתימה מטושטשת.

הש' לוין: הצורך בחתימה ובתאריך כתובים בכתב ידו של המנוח היא קונסטיטוטיבית ובידם לא תיקום צוואה. צוואה חייבת להיות בכתב יד כולל חתימה ותאריך.

**פגם זה אינו חסר מלא,** אם היה כתוב תאריך שגוי אז היה מדובר בפגם.

ס' 25 בא לרפא פגמים אבל **לא חסר שלם**, ולכן אפילו שהשופט משוכנע שהאישה אכן לא רוצה שהבעל ירש אותה הצוואה אינה עומדת בדרישות ולכן הוא פסק ירושה לפי דין.

השופט ברק: מה **התכלית** של חוק הירושה? **להגשים את רצון המת**. הגישה שלנו לא יכולה להיות פורמליסטית כי אנחנו רוצים להגשים את רצון המת וזו תכלית חוק הירושה. אפילו אם החוק קובע **דרישות פורמליסטיות** הפרשן לא צריך להיות פורמליסט. ברק אומר כלל- לא רק במקרה הזה, תמיד לא צריך ללכת לדווקנות בדרישות פורמליסטיות. צריך לראות מה התכלית של הפורמליסטיקה. אם אני יודע מה המטרות הגישה לא צריכה להיות פורמליסטית. ברק נותן לפירוש ס' 25 פירוש מרחיב שכולל גם חסר. תמיד גישת הפרשן צריכה להיות להגשמת רצון המת, במיוחד כשיש כלים לכך כמו ס' 25.

פסק הדין הזה מבטא התנגשות בין הגישה הפורמליסטית לגישה המהותית.

השופט אלון: מציע פתרון דרך המשפט העברי: אלון לא פורמליסט אבל הוא לא רוצה להיות אקטיביסט כמו ברק. לכן אלון פונה למשפט העברי וקובע **צוואת שכיב מרע**. מי שרואה עצמו מול פני המוות יכול לצוות לא בכתב, בעל פה, בפני שני עדים השומעים את לשונו. שכיב מרע הוא מושג שאלון שולף מן המשפט העברי ולפי המשפט העברי העדים אינם באים אלא לברר את תוכן הצוואה. העדים רק מעידים על התוכן, אם בית המשפט משתכנע בנכונות הצוואה הוא יכול לשכנע בלי שני עדים.

הכרעה: שופטי הרוב אומרים שהם **צריכים ליצור וודאות לגבי צוואות**. אם יכשירו את הצוואה הזאת המון אנשים יכתבו בכתב יד צוואות ומאוד קשה יהיה לברר את ודואות העניין. מאחורי הדרישות הפורמליסטיות עומדת וודאות ויכולת תכנון כערכים מרכזיים של המשפט. אנחנו לא נרצה שביהמ"ש כל פעם ייכנס לדיון על כך. גם אם כאן זה מובהק, מה קורה כשיש ספק? הדרישות הפורמליסטיות במשפט יוצרות וודאות.

בעקבות פסק הדין הזה ס' 25 השתנה. המחוקק הוסיף את העדר פרט בצוואה. הוא נותן לביהמ"ש את הכלי בצורה הרבה יותר מלאה, פגם זה גם העדר חתימה/ תאריך.

1. פורמליזם המשפטי כתורת משפט-

הגישה הרווחת היא לגנות את הפורמליזם ולהגיד שפורמליזם מבטא עמידה על הדברים הלא חשובים. אבל יש הרבה משפטנים בעולם שכן עומדים בגישה הפורמליסטית. **כאשר המחוקק פורמליסט יש כאלה שחושבים שהפרשן אינו צריך להיות פורמליסט.**

נחזור לסוף המאה ה-19 ותחילת המאה העשרים, שם פותחה תיאוריה מהמרכיבים הפורמליסטים שמתחייבת מכך:

1. **מערכת המשפט היא מערכת סגורה ואוטונומית של נורמות-** אין לפנות למקורות חוץ משפטיים. ביהמ"ש צריך לפנות לפי החוק בלבד.
2. **המשפט הוא מערכת שלמה של נורמות**- לכל שאלה משפטית יש תשובה בחוק. מה קורה כשיש לאקונה? מפעילים **היקש** למשהו אחר, עולים לעקרון נורמטיבי גבוה יותר. אבל, אנחנו נשארים בתוך המשפט ומניחים שבמשפט יש תשובה לכל שאלה ואם אין תשובה נלמד אותה בהיקשים. אין שאל המה צודק אלא מה נכון מבחינה משפטית.
3. **החלטות משפטיות מבוססות על פרשנות מילולית ולוגית של הכללים המשפטיים**. אנחנו מפרשים את המשפט באופן מילולי ולוגי, אנחנו לא הולכים לתכלית או מה יעיל. נטו מה הוא אומר.
4. **ההליך המשפטי מנקודת מבט פורמליסטי הוא הליך משפטי של גילוי התשובה הנכונה-**השופט מגלה מה התשובה הנכונה.

שיקול הדעת של השופטים הוא **חלש**. בסוף יש תשובה שנמצאת בחוק, השופט לא קובע מה התשובה. אין לשופט מנקודת מבט זו שיקול דעת באמת. לכן, הוא תמיד נמצא במצב של גילוי התשובה הנכונה. לעומת זאת, אם אנחנו מניחים שאין תשובה בחוק לחלק מהשאלות אז שופט יכול ליצור את התשובה ולהחליט. התפיסה הפורמליסטית היא כזאת שאין לשופט שיקול דעת.

* פס"ד לוכנר-

בארה"ב הקפיטליסטית תנאי העבודה קיפחו את העובדים, והם נוצלו לשעות ממושכות בכל ימות השבוע, בלי מיזוג אוויר או מנוחה. באירופה של המאה ה19 החלו תנאי ההעסקה, דבר שהשפיע על ארה"ב **וחוקקו חוקי העבודה.** בעל מאפייה בניו יורק טוען שמדובר בפגיעה בחופש החוזים- זהו עיקרון חוקתי, מדינת ניו יורק מגבילה את היכולת לעשות חוזה עם העובדים ועד כה הם עבדו שבע ימים בשבוע למשך 14 שעות כל יום. ביהמ"ש העליון של ארה"ב קובע שבעל המאפייה צודק ומבטל את חוקי העבודה בניו יורק. **אחד מפסקי הדין הידועים לשמצה.**

למה ביהמ"ש קבע כך: חופש החוזים. בעלי העסקים טענו שהם יכולים לקבוע איזה תנאים בחוזה והעובדים לא חייבים לקבל את החוזה, הגבלה על התנאים מהווה הגבלה על חופש החוזים. מי שרוצה לעבוד שיעבוד, אף אחד לא מכריח. מנגד, לעובדים לא הייתה ברירה, כל עסק נתן את אותם תנאים. יחסי הכוחות בין העובד למעביד לא שוויוניים ועובדים מנצלים את העובדים במצב זה.

**האם יש קשר בין פורמליזם לפוזיטיביזם?**

באופן מסוים יש קשר. הפוזיטיביזם מגדיר את המשפט כשדה עצמאי, תחום נפרד. גם הפורמליזם תופס את המשפט כתחום נפרד וסגור. מנגד, פוזיטיביסטים מודים בכך שלפעמים אין ברירה אלא לפנות למחוץ למשפט. המשפט הוא לא בהכרח מערכת שלמה. הפורמליזם והפוזיטיביזם יענו על שתי השאלות באופן שונה:

* **מהו מקור המשפט?** פוזיטיביזם מניח שמקור המשפט הוא בעובדה חברתית, המשפט אינו מופשט. מנגד עומד משפט הטבע, לדעת הפוזיטיביזם המשפט אינו מוסר ולא תועלת חברתית. משפט טבע מחויב לעקרונות מוסריים שהם מחוץ למשפט.
* **מה מבנה המערכת-** פתוחה/ סגורה? פורמליזם מחויב לעמדה שההליך המשפטי מבוסס על מקורות משפטיים ועל פרשנות מילולית ולוגית. הפוזיטיביסט לא תמיד מניח שיש בחוק תשובה לכל שאלה, המשפט הוא נפרד ועצמאי מהמוסר אבל כאשר יש חלל סגור ניתן להשלים אותו באמצעות עקרונות חוץ משפטיים.

מהו שיקול דעת שיפוטי

שיקול דעת במובן הרגיל, הוא בכל מקום בו האדם חושב בדעתו איך לפעול. **שק"ד במובן השיפוטי**- נבחן האם השופט מחליט בעצמו על המקרה שלפניו, או שהוא מיישם החלטה קיימת. אם מדובר בשופט כדורגל, אין לו שק"ד- יש כללי משחק קיימים.

מכאן, כאשר השאלה המשפטית פתוחה ואין עלייה תשובה בחוק -> יהיה לשופט שק"ד להחליט איך לפסוק. במצב זה ניתן לומר שהשופט מחליט בעצמו.

אולם, לפי הגישה הפורמליסטית- לשופט אף פעם אין שק"ד, כי כל התשובות נמצאות בחוק, ניתן לגלותן אך לא להמציאן. לפי הגישה הפורמליסטית: השופט תמיד מיישם את הדין, ואף פעם לא יוצר דין.

פורמליזם וערכים:

המשפט כולל גם ערכים, טעמים ותכליות ולכן יש מתח פנימי במשפט בין פורמליזם וערכים. במשפט עצמו יש מאפיינים פורמליסטים מאוד חזקים ויש גם טעמים לא פורמליסטים. הגישה הפורמליסטית תמיד תדגיש את הערכים הפורמליסטים. יש ניתוק הכללים מהטעם, דרישות צורניות, מוסדות משפטיים. כשהכלל מובן לא נלך לתכלית.

המושג של פורמליזם הוא קטגוריה מאוד מרכזית בתיאור המשפט. בארצות הברית מקובל לתאר את ההיסטוריה המשפטית האמריקאית כמעבר מפורמליזם לערכים. באופן כללי המשפט נע מכיוון של פורמליזם לכיוון של ערכים.

בדרך כלל הגישה לפורמליזם היא כגנאי. כאשר אומרים פרשנות פורמליסטית מתכוונים לגנות אותה **ככזו שמתעלמת מתכלית החוק**.

# ריאליזם משפטי

תנועה שהתפתחה בארצות הברית בתחילת המאה העשרים והיא הייתה תגובה לפורמליזם שדיברנו עליו. הביקורת שלה על הפורמליזם חשובה מאוד ובמובן מסוים קיימת עד היום. היא אחראית להתפתחות בעולם המשפט. התנועה סוברת שהמשפט התפתח בפועל בשטח ולכן יש להתבונן במשפט כפי שהוא למעשה ולא בתיאוריה.

אוליבר וונדל הולמס:

שופט ביהמ"ש העליון של ארה"ב והוא היה אחראי על פס"ד לוכנר הידוע לשמצה בנוגע לחוקי עבודה. אנשים עבדו שבעה ימים בשבוע בין 14-16 שעות וכך היו עובדים. הייתה בעיה גדולה וכללית בעיקר ליהודים, בעלי ההון האמריקאים אמרו שהם מציעים עבודה. כאשר מדינת ניו יורק הוציאה חוק שהגביל את השעות ואת הימים בעלי ההון עתרו על החוק. בעלי ההון עתרו בעילת חופש העיסוק. ביהמ"ש העליון קיבל את הטענה הזו, פס"ד זה ידוע לשמצה. מי שהיה בדעת מיעוט זה הולמס, הוא תמך ברעיון של הפרדה בין המשפט למוסר.

אם כל המעסיקים דורשים תנאים של 7 ימי עבודה ו14 שעות ביום, אין למועסקים ברירה. העקרון של חופש החוזים נכשל ויש צורך בהתערבות השוק החופשי.

הוא נחשב למבשר התנועה הריאליסטית.

The path of law:

בפתיחת המאמר הוא טוען שאם מסתכלים על האיש הרע שלא בהכרח מזדהה עם המשפט. האיש הרע אולי יכול להתנהג באופן לא מוסרי. המוסר זה עניין של מוסר טוב. המשפט לא שואל בני אדם האם הם טובים או רעים, ולכן חשובה ההפרדה בין משפט ומוסר. המוסר מחייב הזדהות והמשפט איננו מחייב. האדם הרע שאיננו מחויב למוסר, כן צריך להתחייב למשפט. צריך להבדיל בין מוסר למשפט והשאלה היא מהו המשפט.

הולמס אומר- אנחנו רגילים לומר שהמשפט הוא מה שהמחוקק ובתי המשפט אומרים. יש לנו כתבים קנוניים של המשפט וזה השפט. יש חוק שכתוב בספרים ויש חוק שנוהג למעשה ואם שואלים אותו כמייעץ ללקוחות צריך לתת עצה ללקוח מה יקרה בפועל ולא מה כתוב בספרים. העמדה שלו יוצאת מנקודת הנחה שיש **פער בין המשפט התיאורטי לבין המשפט הלכה למעשה**. מה שחשוב הוא המשפט שנוהג למעשה- זה **הריאליזם** וזה מה שחשוב.

מהו חוק? "חוק הוא התחזיות של מה בתי המשפט יפסקו למעשה" צריך לשאול כיצד בית המשפט יפסוק במקרה הקונקרטי וזה החוק, יש פער בין מה שכתוב בחוק למה שהשופט קובע והוא אומר זאת בתור שופט. הוא שינה את הפוקוס מהחוקים לבתי המשפט.

מהי חובה משפטית? חובה משפטית היא ניבוי שאם אדם יעשה מעשה כלשהו או יימנע ממעשה כלשהו הוא יסבול באופן כזה או אחר כתוצאה מהחלטת בית המשפט. הוא הולך בתפיסה של אוסטין.

חובות משפטיות: כפי שאוסטין מגדיר, הפעלת כוח בין בעונש ובין בהטלת חובות אחרות.

* חובה חוזית- חובה חוזית היא שאם אדם הפר את החוזה תוטל עליו חובה לשם פיצויים. התפיסה שלו אוסטיאנית והוא מאוד מושפע ממנו.
* חובה נזיקית- אם אדם מזיק, עליו לפצות את הניזוק. אי אפשר לתת חובה שלא להזיק ולא זו כוונתו.

התפתחות החוק ויישומו:

התפיסה המקובלת היא שהחוק בנוי באופן לוגי, מעקרונות מופשטים נגזרים כללים ספציפיים. התפיסה של הפורמליזם מבוססת על רציונאליות והיגיון פנימי במשפט. אומר הולמס את הדבר הבא: הלוגיקה זה לא הדבר היחיד ששליט במשפט, יש גם מטרות חברתיות שסותרות. המטרה החברתית שהחוק משיג חשובה יותר ולא ההיגיון הצרוף. החוק נועד להשיג מטרות חברתיות.

יש בחוק היגיון אך ההיגיון לא ממצה את המשפט. חיי המשפט אינם היגיון אלא ניסיון. כלומר, ההתפתחות המשפטית לא נובעת ממסקנה למדנית מניתוח תיאורטי של המשפט אלא היא צריכה תמיד לפגוש את המציאות ולשאול איך זה מועיל למציאות.

אנחנו צריכים להיות יותר גמישים במחשבה המשפטית, ההכרעה המשפטית הנכונה היא לפי תכלית חברתית ולא רק לפי ההיגיון הפנימי של המשפט.

השיקולים שצריכים להשפיע על פרשנות החוק:

1. תכלית החוק- יש לחשוב על התכלית בכל פירוש בכל חוק.
2. תועלת חברתית- החוק לא צריך להיות תיאורטי, הוא לא מופשט ואינו עומד לעצמו. החוק הוא מכשיר חברתי ואנחנו רוצים לראות איזה תועלת חברתית הוא משיג ולכן נפרש אותו לפי התועלת החברתית.

התנועה הריאליסטית לא צמחה מעולם של הוגי דעות או מרצים, אלא מאנשים בפרקטיקה. הגורם הקובע מהו החוק הם בתי המשפט ולכן צריך להתייחס מהו דרך הפעולה של בתי המשפט.

ביקורת על הפורמליזם:

הפורמליזם טען ששיטת משפט היא שלמה, שיש לה פתרון לכל שאלה משפטית. הריאליזם מתנגדים לכך. זה התחזות בעיניהם. האמת היא שאין למשפט תשובה לכל שאלה. יש שאלות שאין עניין לדון בהם או שאלות שלא עלו עדין. בנוסף, המשפט הוא לא מערכת סגורה ויש מקום לפנות למקורות חוץ. **הריאליסטים** אומרים שאם אין תשובה במשפט או תקדים או היקש, צריך לדון במקרה החדש **מחדש** ולא לנסות להתחזות למקרה אחר. **הפורמליזם** מאלץ אותנו לדון בכל מקרה לפי התקדימים או מקרים אחרים או מה שהמחוקק אמר כאשר זה לא באמת מתאים. כל מקרה יש את הייחוד שלו והעבודה לפי כללים מכניסה אותנו למיטת סדום. גם במקום שיש כלל, הכלל לא תמיד תופס את המקרה המסוים והוא לפעמים סוטה ממנו. הנסיבות יכולות להיות יותר מורכבות והכלל לא יכולה להכתיב את התוצאה בכל מקרה.

השופט פוגש את הסיטואציה. המחוקק קובע כלל ופעולות אסורות, עונשים לפי המדרג שלהם. השופט פוגש את הגנב לצורך העניין. הגנב יכול לגנוב מתוך מצוקה אמיתית ויכול לגנוב כי הוא רודף בצע. כאמור, במקרה כזה העונש שלהם לא צריך להיות זהה. השופט לא צריך להיות רובוט, המציאות משתנה וכשהשופט פוגש את המציאות כל מקרה הוא שונה.

זה הסיבה **לפער בין החוק בספר לחוק במציאות**. המציאות היא מורכבת וכל מקרה הוא שונה. השופט נפגש עם מציאות מורכבת והוא נותן מענה למציאות.

למה הריאליסטים מתנגדים לתפיסה שכללים מכתיבים תוצאה? הכללים מכסים מגוון רחב של מקרים ומתאימים לרוב המקרים, אבל יש תמיד מקרים שלא נופלים בגדר כלל כלשהו ואם נכיל עליהם את הכלל בכוח הם יתנו תוצאה רעה.

**הדוגמה של ריקס** בו הנכד רצח את הסבא כדי לזכות בירושה, הוא מקרה כזה בו תוצאה לפי הכלל מביא לתוצאה רעה. המחוקק לא חשב על היתכנות שח מקרה כזה.

אריסטו קורא לזה ההבחנה בין הצדק וההגינות, יש הבדל בין להיות צודק ולבין להיות ישר. תמיד יש פער. הציע פתרון למצב בו מוצג בפני השופט מקרה, שאם יחיל את החוק יגיע לתוצאה לא ראויה. השופט נמצא בדילמה, כי אם הוא יפסוק בניגוד לחוק זה לא יהיה לגיטימי כי תפקידו להיות כפוף לחוק. **הפתרון הוא תרגיל מחשבתי,** השופט צריך לחשוב מה המחוקק היה אומר (לפי מבחן זה, השופט נשאר עם תכלית החוק).

**עמימות סמנטית:**

לכל כלל בשפה ולכל מילה תיאורית יש עמימות סמנטית. כלומר, יש שוליים לא מובנים. העמימות הסימנטית היא תכונה אינהרנטית של השפה. המשמעות של זה היא שלכל כלל משפטי יש שוליים עמומים ולכן אי אפשר ליצור כללים חד משמעיים וצריך לפרש אותם.

המחשבה הפורמליסטית שאפשר לתת כללים שיכסו כל מקרה היא מוטעית בגלל שהכללים הם עמומים ואי אפשר לתת פתרון לכל מקרה.

 יש יוצאים מן הכלל שאם נכיל שם את הכלל זה יהיה רע (פרשת ריקס). יש עמימות של הכללים- לא תמיד נבין מה הכוונה בשוליים (פרשת הצוואה).

**ריבוי דוקטרינרי:**

יש ריבוי כללים וכשיש ריבוי כללים חייב להיות בחירה מה הכלל שחל על המקרה. הדוקטרינות כל כך רבות, תמיד יש אפשרות לעשות שימוש בכללים וכללים מנוגדים באופן שנגיע לתוצאה שונה. העובדה שיש ריבוי כללים **מאפשרת לשופט המון אפשרויות.**

**ספקנות כללים:**

הריאליסטים ספקנים לגבי האפשרות שהכללים מכתיבים את התוצאה המשפטית לאור ריבוי דוקטרינרי, עמימות סמנטית ולא ניתן לכסות את כל המקרים. מערכת הכללים קובעת את הדין מראש והשופט רק קובע מה הכלל המתאים לו.

**ספקנות בעבדות:**

העובדות המשפטיות מוגבלות. דיני הראיות מגבילים את הראיות הניתנות להגשה, יש עדי שקר וראיות שאינן מהימנות. יש לנו אמת עובדתית ואמת משפטית והיא לא תמיד זהה. האמת המשפטית שואפת להיות זהה לה אבל יש מגוון של הגבלות על דיני הראיות שיש להם את הטעמים שלהם. אנחנו לא מקיימים חלק מהראיות כדי שהמשטרה לא תתנהג באופן בלתי קביל.

מסקנות אנטי פורמליסטיות: המשפט אינו תחום סגור ושלם. החלטה שיפוטית היא לא גילוי של דין קיים ויישומו אלא יצירה של החלטה חדשה. לעיתים אין פתרון במשפט. **למשל**: בעבר המושג גניבה היה נטילת חפץ מידיו של אחר. מנגד, כיום ניתן לגנוב באינטרנט. לכן, היה צורך להגדיר את המושג מחדש. השופט הוא **יוצר**, הוא מחליט מה התשובה הנכונה במקרה. השופט שוקל מחדש האם נכון להכיל את הכלל. השופט אינו רובוט ולכן חייב להפעיל שיקול דעת.

בעיות בתפיסה הריאליסטית:

האם יש משפט אובייקטיבי או שהמשפט הוא כולו יצירה של השופטים? אם הכל תלוי לשופט אין לנו משפט אובייקטיבי, והוא לא קיים מחוץ לראש של שופט כזה או אחר. המשפט כל כולו מבוסס על החלטות **המשתנות** בין שופטים.

יש לנו 2 בעיות:

1. וודאות- אם כל מקרה תלוי בעיניו של השופט איך ניתן לדעת מה יוכרע במקרה הספציפי?
2. לגיטימציה- מה הסמכות של השופט לעשות כל דבר בכל מקרה לגופו. השופט מיישם את החוק שהרוב קבע אבל אם הוא מחליט מחדש אז יש בעיה של לגיטימציה וסמכות.

הריאליסטים כמובן לא מכחישים את הקיום של משפט אובייקטיבי. היישום של הכללים אינו מכאני ומחייב תשומת לב למקרה השונה.

**מסקנות:**

התפיסה הריאליסטית אומרת שלמשפט יש תכליות חברתיות. המשפט מתקיים לא רק בגלל שהוא קבוע בחוק, אלא גם בגלל שהוא מקיים תכליות חברתיות ולכן הנורמות המשפטיות דורשות הצדקה תכליתית. מה שכתוב בחוק לא מספיק, אנחנו מקיימים את החוק כי הוא מקיים תכלית מסוימת. החוק צריך להתפרש באופן תכליתי, לחשוב איזה מטרה הוא נועד לקדם ולפסוק לפיה. הגדש הוא לא הנאמנות לחוק.

לכן אנחנו צריכים לשקול שיקולים שהם ביסדם לאו דווקא משפטיים, הם חוץ משפטיים. שיקולים של תועלת כלכלית, של מוסר, של פסיכולוגיה. השופט צריך להיות פתוח להרבה תחומים.

"כולנו ריאליסטים כעת" הביקורת על הפורמליזם הייתה מאוד חריפה ומשכנעת, הגישה הזו שהייתה מקובלת לפני 120 שנה פחות או יותר, לא קיימת היום וכולם השתכנעו שהמשפט לא פורמליסטי.

אתגרים:

כיצד ליישב בין האובייקטיביות של המשפט לסובייקטיביות של השופטים? כיצד להתחשב במתח הזה שנוצר במשפט בין המחויבות לחוק ולתקדימים לבין הפתרון הצודק והמועיל כמו בפס"ד פלוני.

# כללים ושיקול דעת שיפוטי- הארט:

היבט נוסף של תורת המשפט הקשור לפרשנות, רצינו לראות זאת על רקע היווכח בין הפורמליזם לריאליזם. הפורמליזם מניח שהמשפט בנוי מכללים ולכל שאלה משפטית תשובה, הכללים מיושמים באופן מילולי ולוגי וכך אנחנו פותרים כל בעיה משפטית. מאידך התפיסה הריאליסטית קובעת שהכללים לא יכולים להכריע בכל מקרה, לכל מקרה המאפיינים שלו ונדרשת הכרעה שיפוטית חדשה בכל מקרה ומקרה. הריאליסטים סוברים **שהמשפט הוא הנחיה כללית לשופט** אבל בעצם הוא צריך להכריע בכל מקרה מחדש ולא באמת ליישם את הכלל אלא לקבל ממנו הכוונה. על הרקע הזה מגיע הארט במחצית השנייה של המאה העשרים עם תורת המשפט החדשה.

משפט וכללים:

בנושא הפרשנות הארט סובר שצריך להכיר בעובדה **שמשפט בנוי על כללים**. כללים זה הדרך היחידה לעשות סדר ציבורי, לכוון את ההתנהגות של קבוצות גדולות.

הדרך למסור את הכללים היא באמצעות **חקיקה**, אי אפשר לחשוב על חברה בלי שיש לה מערכת כללים ובוודאי לא משפט. התפיסה הריאליסטית מאתגרת ומערערת את כל מושג הכללים. הארט נוקט עמדה מאוד חזקה שמאפיינת את המשפט שלנו וסובר שאי אפשר בלי כללים. אפשר למסור כללים בשתי דרכים:

1. חקיקה- להגדיר מראש מהי ההתנהגות המצופה.
2. פסיקה, תקדימים- הכללה למקרים הבאים.

הארט חושב על התקדימים באופן מושגי, בוחן את הבעיה האינהרנטיות בשתי הדרכים. מצד אחד יש חובה להשתמש בכללים אבל בשתי הדרכים יש בעיות.

בעיית התקדים:

1. התקדים מחייב הכללה- אינדוקציה. התקדים הוא קביעה של כלל קבוע לאורך זמן, כדי שהמקרה יהפוך לכלל צריך לעשות למקרה הספציפי הכללה.

 זה בעייתי כי אנחנו לא יודעים אילו מקרים שהיו במקרה הקונקרטי רלוונטיים לכלל. הארט מדגים זאת בעזרת דוגמה לא מעולם המשפט. בעולם נוצרי, כשנכנסים לכנסייה צריך להסיר את הכובע. נניח שאב לוקח את בנו לכנסיה ואומר לו לעשות את מה שהוא עושה, והילד מסיר את הכובע, אבל אז יש המון שאלות- באיזה יד ניתן להסיר את הכובע? איפה לשים את הכובע לאחר מכן? מה לב התקדים? רק להסיר את הכובע או גם הנסיבות המתלוות? זו בעיה גם בסוגיה המשפטית, כשאנחנו לוקחים מקרה מסוים ופוסקים אחריות, כמה מהמפרטים במקרה הקונקרטי אנחנו מסיקים לכלל? מה יחול הלאה מן התקדים אל הפרט? מכך נובע מושג האבחון. לכן, יש מגבלה על התקדים. בגלל זה הגדירו מראש מהו הכלל, וזו השיטה השנייה.

בעיית הכללים- עמימות:

1. הכלל מבוסס על הכללה, קבוצות של בני אדם, סוגים של עצמים, סוג של פעולות.

זו **בעיית העמימות**, היא נובעת מההכללה. גם במושג כלל יש הכללה והם אפילו מגיעים מאותו שורש. כל הרעיון של כלל הוא ההכללה. כשאנחנו מנסחים כלל אז אנחנו שואלים האם הפרט הקונקרטי הוא חלק מהכלל. הארט אומר שכל אחת מהדרכים ליצור כללים לא פשוטה. מצד אחד ברור לנו שחברה צריכה להתנהל לפי כללים- מה מותר לעשות ומה לא ואף אחד לא חולק על כך. מצד שני, כל דרך שבה אנחנו נוקפים כללים יש לנו בעיית הכללה.

"אסור להיכנס עם רכב לפארק"

נחזור לדוגמה הזו. זו הוראה שניתנה כדי לעשות סדר, אבל יש פה הכללה- כלי רכב. אנחנו שואלים את עצמנו מה פירוש המושג. מייד אנחנו מבינים שזה כולל מכונית, אוטובוס, משאית (הגרעין).

העמימות צצה בשוליים, לגבי דברים אחרים. למשל, לגבי אופניים- האם אופניים הם כלי רכב לצורך העניין? איך אנחנו נחליט אם זה כלים רכב? אמרנו, אם אני פורמליסט אני אלך להגדרות. אבל אם אין לי הגדרה בחוק, אז אולי אני אחפש במקום אחר? למשל בפקודת התעבורה. שם כתוב שאופניים זה כלי רכב. מכאן יסיק **הפורמליסט** שברור שאסור להיכנס עם אופניים לפארק.

עכשיו, יגיד לו הריאליסט שזה נכון לפקודת התעבורה, מי אומר שהאיסור כניסה לפארק קשור גם לכניסה עם אופניים? מה השופט צריך לעשות? לשאול **מה התכלית של היישום** ולהחליט לפי זה. עליו לבדוק האם למשל התכלית של איסור כלי רכב בפארק הוא למנוע זיהום אוויר או רעש, אז לא צריכה להיות התנגדות לכניסת אופניים כי הם שומרים על אווירה טבעית. מנגד, אם האיסור הוא בטיחות- יש ילדים שמשחקים ואנחנו לא רוצים שיפגעו בהם, לא נרצה גם אופניים.

יש לנו בעיה, הארט אומר נגד הפורמליסטים- איך אני יודע מה התכלית של האיסור? מניעת רעש או בטיחות? אם התכלת לא כתובה דרך המלך היא להכריע. הארט אומר שאנחנו באמת לא יודעים למה התכוון המחוקק. אם הוא חשב על זה יש להניח שהיה אומר ואם לא כנראה לא חשב על כך ואנחנו כנראה לא יודעים מה התכלית. אם כתוב שהמטרה בחוק היא לא לפגוע בבטיחות אז הוא יצטרך רק לשקול לאזן את החוק.

אפשרות אחרת, מה קורה עם עגלת נכים ממונעת? יש לנו רכב ממונע ולכאורה אם זה היה רכב ממונע רגיל היינו אוסרים זאת, עכשיו יש עגלת נכים ממונעת. זו התפתחות טכנולוגית חדשה וביהמ"ש צריך להחליט מה יהיה עם עגלת נכים ממונעת. מה הבעיה? בעיה כפולה:

1. **המחוקק לא צפה** את המקרה ואפשרות של עגלת נכים ממונעת.
2. **שיקול חדש**, נניח שמטעמי בטיחות וזיהום אוויר היה ניתן לאסור זאת אבל עכשיו אין לנכה דרך להיכנס, גם אם יש טעם לאסור צריך לאזן מחדש את החוק, גם אם יש סיכון מסוים בעגלת הנכים, אנחנו רוצים לתת לנכה אפשרות להיכנס לפארק ולכן נכריע לטובת האדם הנכה.

הארט קובע שכל חוק יוצר עמימות סמנטית וכדי לענות על העניין **אנחנו צריכים לשאול מהו תכלית היישום ועל איזון היישום**. יש טכנולוגיות חדשות שבאות כך שהסיפור הזה הוא סיפור יסודי מאוד, אבל ממחיש את בעיית העמימות. העמימות נוצרת בגלל השפה- מה זה בדיוק כלי רכב? כל מושג מכליל מעורר בעיה לגבי פרטיו. יש כאן נקודה נוספת, אם המחוקק מראש יודע ולהתמודד עם העניין, מגדיר את המושגים בהם הוא משתמש וכותב בהגדרות החוק "לרבות..." אז בעצם יש חוסר יכולת של כל מחוקק לצפות את כל המקרים האפשריים, המציאות היא מגוונת, דינאמית, משתנה ויש חוסר אפשרות לצפות הכל מראש.

אנחנו צריכים לצאת מנקודת הנחה שכל כלל לא לבהכרח יכסה את כל המקרים או לפחות יעורר שאלה האם מקרים מסוימים קיימים בו. כשאנחנו לא יודעים את המקרה הפרטי אנחנו לא יודעים עד הסוף את התכלית **ואת האיזון בין התכליות**. הארט- אין מנוס לביהמ"ש להכריע.

הוא עושה הבחנה מאוד חשובה בין מה שהוא מכנה "הגרעין של המושג" לבין "השוליים של הכלל" שהם עמומים.

הארט אומר בפילוסופיה של השפה- לכל מושג בשפה יש גרעין מובן, אנחנו יודעים מהו כלי רכב, אבל יש לכל כלל גם שוליים עמומים. כמו ירח וההילה שלו. כשאנחנו מדברים על כלי רכב אנחנו יודעים בדרך כלל מה כן, אבל יש את המקרים הבודדים שהם השוליים, בין לבין. כשיש שוליים עמומים, שם צריך ביהמ"ש לפעול. במובן הזה הוא מתנגד לפורמליזם. הפורמליזם מכחישים את השוליים העמומים ושל רקמה פתוחה. הם מניחים שלכל דבר יש תשובה בכללים ואנחנו נמצא תשובה לכל שאלה. הם מקפיאים את המושג של הכלל ומחילים אותו בנסיבות עמומות. אבל אם הם ערים למציאות שאולי המחוקק לא צפה את עגלת הנכים, הם בעצם מכחישים את העניין שיש משהו פתוח שהמחוקק לא קבע וצריך להבין אותו ע"י פירוש תכליתי או ע"י איזון בין הערכים.

למה הפורמליסט עושה את זה? הפורמליסטים אינם טפשים או רעים, כאשר שופטים פוסקים באופן פורמליסטי, זה לא מתוך טיפשות או רוע. בפסק דין עם הירושה למשל **השופטים רצו להבטיח וודאות וצפיות**. הם רוצים שאנשים ידעו לגמרי מה החוק אומר, וגם אם יש מקרים בשוליים ופוגעים ברצון של הפרט, נסתכל על האינטרס הכללי יותר מאשר האינטרס הספציפי ולכן אנחנו הולכים באופן פורמליסטי. הארט אומר שצריך ללכת באופן פורמליסטי לפעמים- במקום שהגרעין של החוק אומר זאת באופן ברור, במקום בו יש שוליים עמומים לעומת זאת צריכים ויש חובה על ביהמ"ש להפעיל שק"ד.

יש מגוון של דרכים שצריך המחוקק להתמודד בעזרתם עם אי הידיעה בחוק. המחוקק משאיר מרחב פתוח לקבלת החלטות חדשות שהם נותנים את המקרה המתאים לכל אירוע, כמו סבירות, תו"ל וצדק- מונחים כללים שנותנים מרחב לפרשנות, יש איסור: "נהיגה שלא בהתאם לדרך" מה זה בהתאם לדרך? **נתון לשק"ד**. מצד אחד ביהמ"ש מחיל כללים באופן כמעט מכני, אבל יש מצבים שהמחוקק מראש משתמש במונחים כללים המחייבים שיקול דעת.

לפעמים יש תקנות שקובעות מראש את התוכן הספציפי ע"י רשות מתנלית, ובסופו של דבר יש לנו פרטים שמגיעים להחלטה שיפוטית וביהמ"ש מתקן אותם. כללים הם מאוד חשובים, אבל אי אפשר להניח שהם סגורים לגמרי והם בלבד נותנים תשובה לכל שאלה. בין בגלל שהמחוקק לא צפה מקרים עתידיים, ולכן לא קבע לפיהם דין ובין בגלל שהמחוקק משתמש במונחים כללים כך שהוא מראש משאיר לשק"ד. כאשר יש מושג כללי בחוק יש מראש שיתוף פעולה בין המחוקק לבימה"ש, יש **סטנדרט כללי** ובתי המשפט קובעים **סטנדרט מדויק**. דוגמה טיפוסית לכך היא זהירות בעוולת הרשלנות, לאדם יש חובת זהירות במקום בו אדם צופה נזק. מצד אחד, אדם צריך לנקוט חובת זהירות נגד כל נזק אמיתי, מצד שני האמצעים צריכים להיות סבירים.

**אנחנו צריכים לקבוע כללים ברורים שיתנו וודאות אבל גם שיתנו לבתי המשפט מרחב פעולה הולם.**

החידוש המרכזי של הארט הוא הטענה נגד הפורמליזם- לחוק יש רקמה פתוחה. החוק לא סגור ולא שלם כמו שהפורמליסטים מתארים אותו. **ממה נובעת הרקמה הפתוחה הזו**?

1. **כשיש חסר**- אין כלל מתאים מחוסר צפי של המחוקק לאירוע.
2. **כשיש עמימות** של הכללים.
3. רקמה פתוחה- שימוש של המחוקק במונחים כלליים ומופשטים, פה השופט צריך להחיל שיקול דעת שיפוטי.

מה הכוונה בשיקול דעת שיפוטי? במשחק כדורגל לשופט יש שיקול דעת האם היה חוץ או לא למשל. שיקול הדעת במקרה הזה הוא שיקול דעת בהתאם לכלל- **מצומצם וחלש**. הוא לא קובע את הכלל עצמו, הכלל קבוע. זה מתייחס רק **ליישום** של הכלל. זה יכול להיות גם במשפט. זה נקרא שיקול דעת חלש.

שיקול דעת חזק- מקום שבו **לא נקבע הכלל המשפטי**, הכלל המשפטי חסר. במקום בו יש רקמה פתוחה **השופט לא רק מיישם את הכללים אלא הוא צריך לקבוע את הכללים**. זה הכרעה חדשה, לא יישום של כלל קיים. ההכרעה הזו מבוססת על תכליות ואיזונים חדשים מכיוון שאם התכלית ידועה אז אנחנו עדין נמצאים בשיקול דעת חלש עם יישום. אבל, **במקום בו אנחנו לא יודעים את התכלית אז ההכרעה היא חדשה** וצריך לאזן בית התכליות הקיימות.

נקודה מרכזית- שיקול דעת שיפוטי כרוך בעקרונות חוץ משפטיים. כאשר ביהמ"ש מחליט במקרה מסוים, אם הוא יודע מה הפרשנות או יפעיל שיקול דעת חיצוני- מה יותר כלכלי, מה יותר צודק?

בוויכוח בין פולר להארט פולר אמר להארט שאי אפשר לעשות הפרדה מלאה בין משפט ומוסר כי תמיד יש מקום לשק"ד שיפוטי שיהיה בו מוסר. הארט אמר שיש מקום לשיקולי מוסר בדיוק במקום שבו הרקמה הפתוחה. במקום שיש שיקול דעת שיפוטי נכנסים העניינים המוסריים, ויש לנו שיתוף פעולה בין המחוקק למוסר. ביהמ"ש משלים את המחוקק בדיוק בכל המקומות האלה שיש להם חללים ומייצר חוקים שמשלימים במסגרת החוק הקיים.

ביהמ"ש לא רק מיישם את החוק לדעת הארט, **הוא ממש שותף ליצירתו**.

ביקורת הריאליזם:

התגובה של הארט לריאליסטים: הארט מתמודד עם שתי הגישות, הפורמליסטים והריאליסטים. הריאליסטים טוענים שהכללים לא באמת מחייבים והחוק האמיתי הוא ביהמ"ש.

הארט אומר-

1. בלי הכרה בכללים משניים אין בתי משפט.
2. בנוסף, בלי הכרה בכללים ראשוניים לא מבינים את יחסם של בני האדם לחוק, הערעור על הכללים גורם לנו לא להבין איך חוק מתפקד. אם ביהמ"ש לא יציית לחוקים אז למה שבני האדם יצייתו?

**הרקמה הפתוחה לא מערערת את קיומם של הכללים**, יש דברים בסיסיים שאנחנו לא מערערים לגבי נכונותם כמו שמשאית היא כלי רכב.

"הספקן מאוכזב מזה שהוא לא חי בגן עדן של כללים" העובדה שיש לנו אחרי הכללים שאלות פתוחות היא חלק מהמשחק, ככה כללים עובדים וזה המגבלות של הכללים.

במקום שבו הכלל ברור צריך ליישם אותו, במקום שבו הכלל לא ברור אז אנחנו נכנסים לסיפור של פרשנות תכליתית. צריך להגיד**, הארט בכלל לא השתמש במושג הפרשנות**, רק במושג השיקול דעת. יש מצבים שזה לא עניין של פירוש אלא עניין של החלטה מחדש.

מושג הפרשנות כולל את המושג של יישום, במקום שהחוק ברור לא צריך לפרש, רק ליישם. במקום שהחוק לא ברור המאמץ לא כרוך בפרשנות אלא בשיקול דעת. אפשר לחלק את ההכרעות השיפוטיות לשני סוגים: יישום הכלל המשפטי- מכאני, הפעלת שיקול דעת- במקום שבו אין כלל משפטי ונוצרת החלטה חדשה.

הארט לא מכחיש את עקרון היושר.

# שיקול דעת שיפוטי- דוורקין

אנחנו מלמדים את תורת המשפט במקום הזה של הקורס מכיוון שנקודת המוצא שלנו תהיה שיקול דעת שיפוטי, ואנחנו נמשיך ונתקוף את הארט. התיאוריה של דוורקין רחבה יותר והוא מציג תורת משפט שלמה.

דוורקין היה משפטן ופילוסוף של המשפט אמריקאי ממוצא יהודי. הוא למד בארצות הברית באוקספורד, הצטיין שם בלימודים ובחר להיות פרופ' בתורת המשפט ובעצם לרשת את הארט. הארט בחר אותו לתפקיד למרות שדוורקין המבקר העיקרי של הארט.

דוורקין בעבודתו הראשונה מתקיף ישירות את תורת המשפט של הארט. אנחנו נדבר על עיקרי תורת המשפט שלו ובשיעור הבא נדבר על תורת הפרשנות שלו.

את המאמר הראשון שלו הוא פרסם ב1967 **בו הוא מתקיף ישירות את הפוזיטיביזם ואת הארט**.

הוא נותן לנו סיכום קצר של הפוזיטיביזם והוא טוען שהפוזיטיביזם תופס את המשפט בצורה של מודל של כללים, והוא בנוי על שלושת העקרונות האלה:

1. המשפט של חברה הוא מערכת של כליים ספציפיים- הכללים ניתנים לזיהוי באמצעות קריטריון שבוחן את תוקפם. המבחן הוא **המקור של הכלל** ולא התוכן שלו. כלומר, המבחן של הכללים לפי הפוזיטיביזם זה המקור של הכללים והאם המקור תואם את כלל הזיהוי.
2. במקרה שבו אין כלל שמכסה את המקרה- אי אפשר להחיל את החוק. במקרה כזה ניתן לשופטים שיקול דעת ליצור כלל מחדש. בין אם מדובר בלאקונה או שהכלל לא ברור ולא חל על המקרה, השופט יוצר את הכלל החדש.
3. במקום שבו אין כלל שמכסה את המקרה אין חובה משפטית- כשיש חלל משפטי השופט מפעיל שק"ד וקובע כלל חדש.

שתי דרכים להחיל כלל משפטי:

1. **קבלה ישירה**-> כלל הזיהוי. אימוץ ישיר של הכלל.
2. **תקפות**-**>** כל הכללים המשפטיים יקבעו האם יינתן להם תוקף משפטי.

זה סיכום של התיאוריה של הארט שאותה דוורקין שם מטרה לתקוף ומציע לה חלופות. הדבר המרכזי בתיאוריה שלו זה תפיסה יותר עשירה של המשפט. בעוד שתפיסת המשפט של הארט בנויה על מודל של כללים, **אומר דוורקין שיש במשפט סוג של נורמות שהארט מתעלם מהן ועיוור כלפיהן, והן מאוד חשובות ומרכיב במשפט והם לא כללים שהמשפט משתמש בו.** אלו הם עקרונות מופשטים. הוא רוצה להדגים את העקרונות במשפט, עקרונות בלתי כתובים.

הפרשה הראשונה היא פרשת ריקס בו הנכד רצח את הסבא כדי לקבל ירושה. לפי חוק הירושה הנכד היה צריך לרשת, אבל קבעו שהוא לא ירש. שתי הנמקות לכך:

* **עקרון היושר**- מכיוון שזה כל כך ברור שהסיטואציה לא צודקת, נשאל מה המחוקק היה אומר אילו הוא היה פוגש את המקרה.
* **ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה**- הנכד תובע ירושה מכוח הרצח שלו. דוורקין אומר שהעיקרון הזה לא מופיע בחוק הירושה הרי ועצם זה שבית המשפט שולף עקרון צדק כה מופשט שלא כתוב בחוק אומר שהחוק לא בנוי רק מהכללים.

פוזיטיביסט אמיתי צריך להסתכל בחוק הירושה ולתת את הירושה לנכד. ביהמ"ש לא עושה זאת. הוא שולף עקרון מוסרי שלא כתוב בחוק וזה מעיד על כך שהמשפט פועל לא רק לפי הכללים שלו.

המקרה השני שדוורקין משתמש בו הוא פס"ד בדיני נזיקין-

* פס"ד הניגסן:

אדון הניגסן קנה מכונית מחברת בלומפילד ובחוזה היה כתוב שאם יש תקלה ברכב את החברה נושאת באחריות ותתקן כל תקלה ברכב. אבל זהו ותו לא, החברה לא נושאת באחריות לנזק שנובע מעבר לתיקון התקלה. קרתה תאונה **ויש נזקי גוף**, הנגסן תובע לפיצוי בפגיעות האישיות. ביהמ"ש הולך עם הניגסן ואומר שליצרן מכוניות יש אריות כלפי הלקוח מפני שמדובר פה בערך חשוב של הגוף, של שמירת החיים. לכן, יש לייצרן מכוניות אחריות מיוחדת מעבר לחוזה והוא לא יכול להסתתר בזכות תניה חוזית.

אומר לנו דוורקין- איך ביהמ"ש החליט את ההחלטה הזו? הוא לא הסתכל רק על דיני הנזיקין ודיני החוזים הכתובים ואם הוא היה מסתכל עליהם הוא היה צריך לכבד את החוזה. ביהמ"ש אומר שיש עקרון של ערך החיים ושלמות הגוף וכתוצאה ממנו יצרן הרכב צריך לשאת באחריות ולא יכול להשתחרר מהאחריות בעקבות החוזה. דוורקין מראה שבתי משפט לא מחליטים רק לפי כללים משפטיים, יש גם עקרונות משפטיים ופועלים דברים שלא נראים במבט ראשון.

**הוא מכניס למשפט מערכת בלתי מוגבלת של עקרונות מוסריים שהם חלק מהמשפט.**

הרבה פעמים שואלים האם תורת המשפט תיאורית או נורמטיבית. הדבר הראשון שדוורקין עושה זה לתאר את המשפט הקיים. הוא מראה שלא ניתן להסתפק בתיאוריה הפוזיטיבית, בתי המשפט גם נדרשים לעקרונות מופשטים. זה לב העניין.

לצורך כך הוא יסביר לנו מה זה בדיוק עקרונות:

הוא מבחין בין כלל לעקרונות:

**כלל:** מכתיב את התוצאה והוא חל בדרך של הכל או לא כלום. כלומר, אם אדם הואשם בעבירה פלילית ביהמ"ש בודק האם התקיימו יסודות העבירה, האם האדם גרם למותו של אדם או האם זה היה בכוונה תחילה. אם יש לאדם סניגור טוב והוא אמר שהוא לא גרם למותו של אדם אז ביהמ"ש יקבע שהאדם זכאי. הכלל נותן תנאים ספציפיים לתחולה שלו. או שהכלל חל או שהוא לא חל, כך פועל כלל. לכלל יש מעמד אקסקלוסיבי.

**עקרון:** עקרון להבדיל מכלל לא מכתיב תוצאה ולא חל בדרך של הכל או לא כלום, הוא דבר הרבה יותר מופשט והוא משפיע אבל הוא לא קובע את התוצאה באופן חד משמעי. עקרון לא פועל לבד ותמיד יש לנו כמה עקרונות שפועלים. הוא משפיע על התוצאה אבל לא קובע אותה. לעקרון יש משקל, זה לא הכל או לא כלום. כלל ועיקרון פועלים לפי לוגיקה שונה- או שהכלל חל או שהוא לא חל והלוגיקה של העקרונות היא לוגיקה של משקל ואיזונים.

העקרונות נמצאים כל הזמן במשפט, הם לא פועלים רק בהיעדר כללים.

שני סוגי עקרונות:

* PRINCIPLES – **(עקרונות הצדק)** עקרון מוסרי, עקרונות צדק. עקרונות הפועלים בתוך כלל כמו הזכות לכבוד.
* POLICIES – **(עקרונות תועלתנות)** מדיניות של מטרה חברתית. זה לא עקרון צדק או עקרון מוסרי, מטרה חברתית של חברה נתונה או מדינה נתונה. גם בזה בית המשפט התערב. למשל צמיחה כלכלית- זו מטרה כלכלית ולא עקרון צדק. מדיניות הגירה זה עקרון. מהם הייעודים החברתיים של החברה?

לפעמים החלטות נובעות מהחלטות צדק ולפעמים ממדיניות.

* טבעול נ' שף הים:

היה הסכם בין טבעול לשף הים. טבעול מייצרת אוכל מעובד ושף הים היא חברה המוכרת דגים. שף הים וטבעול שיתפו פעולה וייצרו קציצות דגים מעובדות. בהסכם נקבע שאם הם מפרים את השותפות כל חברה לא תהיה רשאית לעסוק בעיסוק של חברתה למשך חמש שנים, ואז הם מחליטים לפרק את השותפות. שף הים זכתה במרכז על ייצור קציצות מעובדות בחברה אחרת וזה מהווה הפרת חוזה. ביהמ"ש קבע מתוך שיקולי מדיניות שעדיף שהם ייצרו אפילו שזה נוגד את החוזה **משיקולי תחרות חופשית**.

פס"ד זה הולם את עמדתו של דוורקין. דוורקין סובר שצריך לקבוע מדיניות אחידה ושביהמ"ש צריך לפסוק לפי המדיניות של החברה. זה לא עמדה סובייקטיבית של השופט, אלא מדיניות אובייקטיבית וכללית.

העקרונות האלה הם חוץ משפטיים.

דוורקין מעלה את השאלה בצורה ישירה- האם העקרונות האלה הם חלק מהמשפט?

1. **העקרונות אינם חלק מהמשפט ולכן אינם מחייבים**. ביהמ"ש פונה אליהם כאשר הוא מפעיל שיקול דעת. אם יש כלל משפטי ביהמ"ש מיישם את הכלל, אם אין אז בימה"ש מכניס את עקרונות המדיניות. אנחנו נפנה לעקרונות האלה במקום בו אין לנו תשובה.
2. **העקרונות הם חלק מהמשפט והם מחייבים**. הפניה לעקרונות נעשית לא רק במקום שאין לי ברירה ואני נדרש להפעיל שיקול דעת, אלא היא נעשית כל הזמן והעקרונות האלה מחייבים כמו המשפט. כך חושב דוורקין, הוא מאמץ את הדרך השנייה.

הארט מודה שיש עקרונות שהם חלק מהמשפט. אבל, עקרונות שהם לא משפטיים ולא כתובים בחוקה פונים אליהם כאשר צריך להחליט ולהפעיל שיקול דעת. ביהמ"ש מחויב להם כמו לכללים, למרות שהם אינם מזוהים ע"י כלל הזיהוי והם לא התקבלו באופן פורמלי ע"י המחוקק, הם לא נחקקו, הם מופשטים והם עדין חלק מהמשפט. העקרונות האלה הם מחייבם.

איך הם מחייבים? הרי הם לא תקפים מכלל הזיהוי. עקרונות מחייבים משום שהם מוצדקים, הם מתקבלים באופן ישיר.

**מסקנה:** המשפט איננו מוגבל ע"י כלל הזיהוי. הגישה שלו לא פוזיטיבית והוא חולק על הגישה הזו באופן חזיתי.

זה לא שאנחנו לא עובדים לפי כללים, **אבל במקרים חריגים יש מקום לביקורת על הכללים באמצעות העקרונות ושיקולי המדיניות**. הערת צד: דוורקין וברק הם די זהים, וברק מאוד מושפע מדוורקין.

חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מחיל עקרונות. הארט ישאל האם העקרונות בחו"י הם משפטיים או לא משפטיים. הוויכוח הוא בשאלה **האם למשפט יש גבולות**. הפוזיטיביסטים טוענים שכן והם נקבעים ע"י כלל הזיהוי, מה שמחוץ לזה זה לא משפט. המשפט לפי דוורקין זו אימפריה בלי גבולות מוגדרים, הוא יכול להשתלט על הגבולות. דוורקין סובר שהכל זה משפט, כל שיקול הוא משפט. המשפט הוא סוג של שפה שהמוסדות המשפטיים מדברים כאשר אין לה גבולות.

**ההבדל בין דוורקין למשפט טבע:** יש דמיון רב. דוורקין מאוד קרוב למשפט טבע אבל הוא עצמו נמנע מכך מכמה טעמים. דוורקין לא נכנס לסוגיה הפילוסופית של מוסר נצחי ואוניברסלי המאפיין את משפט הטבע, הוא מדלג על זה. מבחינתו מספיק העקרונות המוסריים שהחברה המערבית מחזיקה בהם.

**שיקול דעת לפי דוורקין:**

הוא מבין את שיקול הדעת המשפטי כמחוקק משנה. ביהמ"ש חייב להוסיף שיקול דעת בגלל שהמחוקק לא צופה את הכל. הוא מבחין בין סוגים שונים של שיקול דעת:

שופט במשחק כדורגל לא קובע כלל חדש, הוא בוחן האם הכדור נכנס לשער. הוא מיישם את הכלל על העובדות. זה שיקול דעת "חלש". כשמפקד פלוגה מורה למפקד המחלקה לקחת חמישה חיילים חזקים, למפקד המחלקה יש שיקול דעת חלש.

לעומת זאת, מפקד הפלוגה מבקש ממפקד המחלקה לקחת חמישה חיילים למשימה, השיקול דעת חזק.

**שיקול דעת חזק הוא מקום שבו מפעיל שיקול הדעת אינו כפוף לנורמה, הוא פועל באופן חופשי והוא מחליט**. לעומת זאת, שיקול דעת חלש הוא במקום שבו **מפעיל שיקול הדעת כפוף לנורמה**.

איזה שיקול דעת יש לשופט?

איזה שיקול דעת יש לשופט כאשר הוא מחליט במצב בו אין כלל? **שיקול דעת חלש.** כי כשאין כלל השופט צריך לבחון עקרונת, למעשה אין מצב של לאקונה לפי דוורקין, אין ריק במשפט.

דוורקין אומר לפוזיטיביסטים שהם לא כפופים רק לחוק אלא גם לעקרונות. השופט תמיד כפוף לדעתו.

הוא טוען שלכל טענה משפטית יש תשובה נכונה אחת בלבד. הוא מגיע למסקנה הזו מכמה כיוונים.

1. יש עניינים שמבוססים על העדפה אישית- אין בהם תשובה נכונה, ואדם יכול להחליט מה שהוא רוצה למשל העדפת קפה על תה והעדפת סרט כזה או אחר.
2. מנגד, יש עניינים בהם יש סטנדרט שקובע קנה מידה אובייקטיבי לתשובה- כלומר, אם אנחנו שואלים האם לפי החוק מותר לתלמיד להיעדר מכך הסמסטר, יש תקנון שלא מתיר זאת, זה כלל.

לפי דוורקין הואיל ויש סטנדרטים למשפט בכל מצב, כלומר גם אם הכלל עמום יש עקרונות מופשטים יותר והכללים האלה בסופו של דבר מכתיבים את התוצאה הנכונה. כלומר, אף פעם השופט לא נמצא במקום בו הוא בוחר כביכול מה הכלל הנכון ומה עליו לעשות, הוא תמיד נמצא במצב בו יש סטנדרט שקובע את התשובה. לכן, לפי דוורקין החלטה שיפוטית תמיד מבוססת על סטנדרט ולא על עמדה אישית. השופט מחליט על איזון נכון. במתמטיקה ברור שיש תשובה נכונה, גם אם הפתרון קשה בסוף יש תשובה נכונה אחת הבעיה הזו. יבוא פרופ' למתמטיקה ויבחן את התשובה הזו, במשפט אין לנו קנה מידה כזה ובזה דוורקין מודה.

כאשר אנחנו מגיעים לסיפור של עקרונות מופשטים ואיזונים בין העקרונות אין לנו דרך אובייקטיבית כדי להצביע על התשובה נכונה.

הוא עדין טוען שברמה התיאורטית יש תשובה נכונה והשופט צריך להיות בתודעה של תשובה נכונה על אף שאי אפשר להוכיח אותה ולהראות אותה.

זה חשוב לו שהשופט יהיה מודע לכך שיש תשובה נכונה. זה היה השיקול האנליטי והמושגי הנובע מתוך הנחה שאנחנו נובעים מתוך סטנדרט ולא מתוך העדפה אישית.

שיקולים נורמטיביים:

כאן נכנסים השיקולים הנורמטיביים, למה זה ראוי לעשות כך. השיקול הראשון הוא ששופט צריך לפעול **לפי המצב האובייקטיבי של החוק ולא לפי רצונו**. הוא הופך את הקערה על פיה, בהיעדר כלל הפוזיטיביסטים סוברים שיש שיקול דעת. דוורקין סובר ששופט אינו נבחר ציבור, הוא לא יכול לייצר חוק והוא צריך ליישם חוק בלבד.

השופט לא בפוזיציה לבחור חדש ולכן **כל חוק שהוא יוצר זה תוצאה של העקרונות הקיימים**. הוא מעלה טיעון נוסף של שלטון החוק- אי אפשר לקבוע חוקים רטרואקטיביים, אם השופט יוצר כלל חדש במקום לא ברור יש בעיה של שלטון החוק. לשיטתו אין דבר כזה רטרואקטיבי, זה מובלע בחוק.

לכן השופט אף פעם לא יוצר חוק חדש, הוא תמיד מיישם את מה שבמשפט. לפעמים זה ברור ולפעמים זה יותר מורכב. עד לכאן התזה שלו.

**סיכום:**

השופט נדרש להחיל נורמות משפטיות בהן יש גם כללים וגם עקרונות, לא רק עקרונות חוקתיים אלא גם עקרונות מופשטים ואפילו שיקולי מדיניות הקשורים לתועלת החברתית. השופט לא יכול לקובע את המדיניות אבל הוא יכול ללמוד את המדיניות מדברים מאוד ברורים. לכן, השופט בעיני דוורקין תמיד נמצא בפוזה של יישום החוק, הוא לא יוצר חוק חדש ולא פועל כמחוקק משנה.

הוא התחיל ברצון להתקיף את הפוזיטיביזם, נבדוק האם הוא השיג את מטרתו:

דחה את העקרון הפוזיטיבי הראשון: הכלל הפוזיטיבי הראשון אומר שהנורמות המשפטיות מזוהות ע"י כלל אב/ כלל זיהוי-> עקרונות לא בהכרח מזוהים על ידי כלל כלשהו.

דחה את העקרון הפוזיטיבי השני: שיקול דעת חזק-> שיקול דעת חלש של השופט.

דחה את העקרון הפוזיטיבי השלישי: היעדר חובה משפטית בהיעדר כלל-> יש חובה משפטית גם בהיעדר כלל, קרי, העקרונות.

נשאל- **מה בין דוורקין למשפט הטבע**? מה הדמיון ביניהם? יש דמיון בולט, לפי דוורקין העקרונות המוסריים הם חלק מהמשפט, הוא לא מחזיק בתזת ההפרדה

אם צריך לסמן את קו פרשת המים בין תיאוריות פוזיטיביות לתיאוריות לא פוזיטיביות דוורקין **נמצא באמצע ביניהם**. הרבה אנשים מייחסים אותו למשפט הטבע אבל הוא נמנע מכך משום שבמשפט הטבעי יש הבחנה בין משפט רצוי למשפט מצוי.

הדמיון למשפט הטבע: שיקולים מוסריים הם חלק מהשיקולים המשפטיים.

הוא תופס את העקרונות חלק מהמשפט הנתון, אין חסר בעקרונות. יש הבדל בין עמדה פרטיקולרית שלו. השופט צריך לבחון מהם העקרונות הבסיסיים של המדינה, שהם לאו דווקא חלק מהחוקים.

ההבדל: אין מדובר בשיקולים של משפט רצוי אלא בעקרונות שהם חלק מהמשפט הקיים.

הדבר המעניין אצל דוורקין זו ההשוואה שלו לפורמליזם. אנחנו לומדים אותם על רקע הוויכוח בין ריאליזם לפורמליזם.

**דוורקין והפורמליזם:**

הדמיון בין דוורקין לפורמליזם זה **היעדר שיקול דעת**, יש תשובה אחת בלבד. במובן הזה זה מאוד דומה.

מה ההבדל הגדול: תזת התשובה הנכונה. לפורמליסטים זה כמו מתמטיקה. אצל דוורקין לעומת זאת, הנורמות של המשפט הם עקרונות ולא כללים ולכן לא נפרש באופן מילולי או לוגי, אלא עושים הערכה ערכית שהיא אנטי פורמליסטית במובן הזה. תמונת המשפט שלו שונה לחלוטין.

האם השיטה של דוורקין קשורה לאקטיביזם שיפוטי או ריסון שיפוטי?

**באופן מוצהר** תפקיד השופט ליישם את החוק בלבד. **באופן מעשי** ניתן לו ארגז כלים עשיר. משפט ללא גבולות. הוא טוען ששופט אובייקטיבי אבל בפרקטיקה זה לא באמת יכול להיות כך.

# דוורקין: תורת הפרשנות

עד כה למדנו את גרעין תורת המשפט של דוורקין, עם הזמן הוא השתכלל והוא הרגיש צורך לפתח גם תורת פרשנות. זה עניין מאוד חשוב בתיאוריה שלו. מה הוא אומר? אם אין לשופט שיקול דעת אלא הוא פועל לפי עקרונות מופשטים, אז עכשיו צריך לנסח תיאוריה של פרשנות. כלומר, יש שני מושגים עיקריים שדרכם אפשר לתאר פעולה של שופט. מושג אחד הוא **מושג שיקול הדעת** ומושג אחר הוא **מושג הפרשנות**. דהיינו, אם יש כלל אני מיישם אותו, אם אין אז אני נדרש להפעיל שיקול דעת ולייצור שיקול דעת חדש, אני לא צריך לפרש את החוק. כל מקום ששופטים מפרשים את החוק זה בעצם הסוואה, הם לא באמת מפרשים אלא מחליטים מחדש. הם צריכים להחליט מחדש כי זה עניין של שיקול דעת, הואיל והשופט לא רשאי ליצור כלל חדש אז מושג הפרשנות הופך להיות מושג רציני, הוא צריך באמת לפרש את החוק. מושג הפרשנות אצל דוורקין זה בעצם כל מה שהשופט עושה. זה לא רק פרשנות הכלל המשפטי, גם איזון בין העקרונות.

הוא פרסם מאמר בשם המשפט כפרשנות. כל המשפט הוא פרשנות אצל דוורקין. ברק פרסם בשנת 1988 ספר שנקרא שיקול דעת שיפוטי, בשנות התשעים הוא פרסם ספר על תורת הפרשנות. גם ברק עבר משיקול דעת לפרשנות.

דוורקין הרגיש שמושג שיקול הדעת שהארט הציע לא ממצא עימו.

מה אומרת תורת הפרשנות של דוורקין? הוא מתחיל בהשוואה בין פוזיטיביזם ומשפט טבע. הוא רואה את הגישה שלו כגישת ביניים. משפט הטבע אומר מה צריך שיהיה החוק והפוזיטיביזם אומר מה אמר החוק. אם הולכים עם הפוזיטיביזם ניתקע עם העבר. עם משפט החוק אין באמת משפט. אנחנו צריכים לעגן את המשפט.

**הגישה הקונבנציונלית**- מכריעה את המקרה לפי מה שכתוב בחוק, הסתכלות לאחור שלתקדימים וחוקים.

**הגישה הפרגמטיסטית-** מבט לפנים: לפתרון הנכון. זה נוגד את עקרון הדמוקרטיה ואת עקרון הוודאות.

דוורקין מחפש בתורת פרשנות את היכולת להביט לפנים ולאחור, לאחד את שני הממדים. אם רק נשועבד לאחור לא נביא תוצאה טובה, אם נלך קדימה נשתחרר מהחובות כשופטים לחברה.

הוא כותב מאמר- LAW AS INTEGRITY

התכוון לשלמות ויושרה. גישת המשפט מחויבת מצד אחד למסורת המשפטית ומצד שני לפתרון הצודק. זה האתגר של פרשנות- לתת כלים לשופט, להתייחס להתחייבות שלו לתקדימים ולמשפט ומצד שני לא להיות שבוי לחוק, **לתת לשופט חופש מוגבל.**

**פרשנות ספרותית:**

למה התכוון המשורר, הפרשנות האינטואיטיבית. האם אנחנו מפעילים בספרות ובשירה את אותה אינטואיציה של מה התכוון המשורר כמו שאנחנו מתייחסים אליה כשאנחנו מקבלים הודעה? דוורקין מציע את התזה האסתטית- **פירוש טוב ליצירה הוא זה שמעיר אותה באופן הטוב ביותר**. מה פירוש הטוב ביותר? המעניין ביותר והאסתטי ביותר. כלומר אם אני קורא סיפור של סופר המספר עלילה, נשאל מה יש פה בעצם. השאלה המעניינת היא לעשות את הסיפור מעניין, הפירוש נבחן בסופו של דבר אם הסופר הצליח להוסיף ערך ליצירה. הפירוש המוצלח ביותר יעשה את היצירה יותר מעניינת. יש ביקורת נגד התזה הזו.

1. סובייקטיביות- כל אחד מעניין אותו משהו אחר, יפה זה דבר אחר. אם אני מאבד קשר עין עם כוונת המשורר אז אני אולי לגמרי סובייקטיבי. זה הופך להיות עניין של העדפה אישית.

תגובה: זה שאי אפשר להוכיח מה הפירוש הטוב ביותר לא אומר שלא ניתן להוכיח שאין תיאוריה טובה יותר.

1. אינה תואמת את כוונת המחבר.

תגובה: כוונת המחבר לא צריכה להיות קנה המידה בפרשנות ספרותית. אולי להבדיל מפרשנות של טקסט פרקטי כמו מייל או ווטצאפ בו הכוונה רלוונטית. כשאנחנו מדברים על יצירת אומנות אז אנחנו צריכים להתנתק מכוונת המחבר משורה של טעמים. ראשית, כוונת המחבר לפעמים לא ממצא באמת את הטקסט. שנית, הואיל והכוונה כל כך קשה לזיהוי, עדיף לוותר מראש על לנסות לזהות.

מה קורה ברומן שרשרת? מה זה רומן שרשרת? זו משימה בה נותנים לכותבים לכתוב רומן וכל מחבר כותב פרק אחר. איך הם יעמדו במשימה? מצד אחד צריך לייצור המשכיות ולשמור על מה שהכותבים לפני קבעו, מצד שני צריך ליצור משהו חדש. מהם העקרונות לכתיבת רומן שרשרת בצורה הטובה ביותר? דוורקין שואל מהם עקרונות הפעולה שכל אחד צריך לכתוב. הוא מענה שני עקרונות:

1. עקרון ההתאמה: המחבר צריך להתאים את הפרק החדש שהוא כותב לפרק הקודם, שיהיו בו אותם דמויות, שיהיה קו עלילה זהה, אופי זהה לדמויות. אבל אם הוא רק ישכפל את הפרק הקודם זה לא יהיה מעניין.
2. הארה באור הטוב ביותר: לפעמים לעשות טוויסט בעלילה, לפעמים לממש. לעשות שימוש באופן שבו הסיפור יהיה מעניין.

שופט כמחבר פרק ביצירה המשפטית:

הוא לקח את זה לעולם המשפט. בעולם המשפט אני צריך לראות את השופט כמי שכותב פרק ברומן השרשרת ופרק ביצירה המשפטית. לביהמ"ש יש תקדימים, הוא צריך להתאים את עצמו לפרקים הקודמים במסורת המשפטית. הוא צריך לעמוד בתנאים של רומן שרשרת:

1. התאמה: פסק הדין צריך להתאים למסורת המשפטית.
2. האור הטוב ביותר: פסק הדין צריך להאיר את המשפט של הקהילה באופן הטוב ביותר , הצודק יותר. כלומר, כאשר בא מקרה לבית משפט, פסק הדין שלו צריך להתאים לשיטה כולה באופן הטוב ביותר.

לכן, הגישה הפרשנית הנכונה של השופט צריכה להיות מותאמת לעקרונות שהיו בעבר עם הפנים קדימה לתוצאה הצודקת ביותר והמאירה ביותר את שיטת המשפט.

מכאן הוא מגיע להגדרה שלו למהי פרשנות נכונה ואמיתית:

**"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"**

הפרשנות לא יכולה להתנתק מהקהילה ומהמסורת שלו, השופט צריך להיות אכפתי.

הוא מכניס לשופט תפקיד יותר יצירתי, בניגוד לשיקול דעת לפי דוורקין בפרשנות כן יש מקום ליצור.

שיקול דעת מבטא את סמכותו של שופט ליצור דין חדש.

פרשנות היא ביטוי לכך שהשופט מגלה את הדין בחוק.

# תיאוריה של זכויות

**זכויות:**

החובה היא טעם לפעולה. בשיעור הזה נדבר על מושג הזכות. הזכות זה גם מושג בסיסי בתור המשפט ואנחנו פוגשים אותו בהרבה מאוד הקשרים.

אנחנו משתמשים הרבה מאוד במילה זכות, למה אחנו מתכוונים במילה זכות? יש הבחנה בין זכויות **יסוד** לזכויות **מותנות** **ויחסיות**.

* מותנות- תלויות ביחסים מסוימים או במעשים בין בני אדם. למשל, זכויות שנובעות מחוזה, זכויות בין הורים לילדים, בין עובד ומעביד. זכויות נישואין. יש מערכות מחסים שהמשמעות של מערכת יחסים היא יצירת זכויות וחובות.
* זכויות יסוד- כלליות שיש לכל אדם באשר הוא אדם ואינן מותנות במערכת יחסים או במעשים כלשהם. גם זכויות יסוד אינן מוחלטות והזכויות השונות יכולות להיות מאוזנות בזכויות אחרות.

בשיעור הזה נדבר על מושג הזכות ומה הכוונה בזכות האדם, ומה נדרש מכוח הזכות הזו.

זכות חיובית- מחייבת אחר לפעול עבור קיום הזכות.

זכות שלילית- שוללת אחר מהתערבות.

הופלד:

טבלת הזכויות של הופלד היא דבר בסיסי ויפה. למושג הזכות יש ארבעה מובנים:

* זכות במובן הצר
* זכות במובן של חירות
* כוח
* חסינות

**זכות במובן הצר-** תביעה. הזכות של התובע היא החובה של הנתבע לתת את הכסף. זו זכות חיובית שיכולה לבוא גם לידי ביטוי בדרכים אחרות. דינה היא בעלת דירה, יש לה זכות לתבוע מכל אדם שלא ייכנס לדירתה ללא רשותה, זכות במובן השלילי. ל-א יש זכות כלפי ב' ל-X אם ורק אם ל-ב יש חובה כלפי א' ל-X. הזכות קופרטיבית לחובה ומתאימה לה. במקום שיש זכויות בהכרח תהיה חובה. הפוזיטיביסט יאמר שאנחנו מכירים את הזכויות והחובות רק במערכת המשפט. המשפט והמוסר משתמשים באותם קטגוריות.

**זכות במובן של חירות-** חירות זה מושג קצת יותר מבלבל, חירות זה מצב שאין עלי חובה. אז יש לי חירות. למשל, יש לי חירות, חופש, כשאני בחוף הים להרים צדף ולקחת אותו. מותר לי להרים את הצדף הזה. יש לי חופש ביטוי להביע את דעתי. נדייק- חירות איננה תביעה שלי ממישהו אחר, אין לי תביעה לצדף שמצאתי בחוף הים. אם ראינו צדף וגם מישהו אחר ראה ולקח, הוא יכול לקחת ואי אפשר להגיד שהיה זכות על הצדף. אין לי תביעה בחופש הביטוי מאף אחד שישמע את דעתי וישמיע את דעתי. מחופש הביטוי לא צומחת שום תביעה שמישהו ישמע או ישמיע את דעתי. כמו על חוף הים, גם אם יש לי חופש ללכת ברחוב אז פירוש החופש הוא חוסר חובה. מושג החירות פירושו מצב בו אין עלי חובה לא לעשות משהו. חירות זה רשות, אבל היא לא מקנה תביעה. ההגבלה על החירות תתבצע בעזרת חובות. החופש עצמו לא מטיל חובה על מישהו להבטיח את החופש הזה.

**זכות במובן של כוח-** מושג אחר של הזכות, אנחנו נבחין מתי יש לאדם כוח לעשות משהו. לשופט יש כוח לקבוע שרחל חייבת ללאה פיצויים. יש לו כוח, זכותו לומר זאת. כוח יוצר כפיפות של מישהו אחר בניגוד לרצון שלו. לאדם יש כוח לכתוב צוואה ולקבוע מי יירשם ומי לא, היורשים כפופים לצוואה שלי. יש כפיפות של מישהו לכוח שלי. יש לנו את זה גם בחוזה- מישהו הציע הצעה ומי שמקבל אות היש לו כוח לייצור את החוזה. המושג של כוח פירושו שאדם ורצונו יכול להכפיף אחרים לרצון שלו. המושג של כוח הוא הצד השני של כפיפות. זה לא הטלת חובה, יש כפיפות. כוח פירושו של דבר יכולת לשנות את המצב המשפטי של מישהו אחר. הצד השני של כוח זה הכפיפות.

**זכות במובן של חסינות-** לחבר כנסת יש חסינות מחקירת משטרה. לאדם שמחזיק בייפוי כוח בלתי חוזר יש חסינות מפני שינויי ייפוי הכוח. לאדם יש חסינות מפני X אם ורק אם לאדם אחר אין כוח כלפי א' ל-X.

מדובר על שני צדדים של אותו מטבע, הטבלה מייצגת את הניגוד לכל אחד מהעקרונות שלו:

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

בעלות בנכס- אשכול זכויות:

יש לנו כמה זכויות שמעורבות בעניין:

זכות, תביעה- אם לאדם יש בעלות בנכס יש לו זכות במובן של תביעה- לא להיכנס ולא לעשות שימוש בנכס שלו.

חירות- להשתמש בנכס ולעשות בו כל דבר.

כוח- כוח להעביר זכויות בנכס, הנכס הוא שלי ואני יכולה להעביר בו זכויות.

חסינות- כנגד אחרים, אם אני הבעלים אף אחד אחר לא יכול למכור את הדירה שלי או להשכיר אותה.

המושגים האלה יכולים לשמש בו זמנית בהרבה מאוד סיטואציות וצריך לנתח כל פעם מה המשמעות של מושג הזכות.

הזכות לחיים- אשכול הזכויות:

חירות- חירות של אדם לחיות.

זכות שלילית- תביעה שאדם אחר לא יסכן את חיי.

האם לזכות החיים יש גם היבט חיובי? יש את חוק לא תעמוד על דם רעך, אדם אחר לא צריך לסכן את עצמו כדי לשמור על הזכות לחיים שלי. מידת התביעה החיובית שנגזרת ממנה לא ברורה.

אנחנו צריכים לפרט את הכוונה בזכות לחיים. עד כמה יש תביעות חיוביות כלפי אחרים וכלפי המדינה, זה נתון לשאלה.

האם יש זכות בלי חובה? לא. זה קורלטיבי. אין זכות בלא חובה, לכל זכות יש כנגדה חובה. נשאל היפך- האם יש חובה בלי זכויות

יש לנו זכויות וחובות אבל היחסים לא סימטריים, זכות מניחה חובה אבל חובה לא בהכרח מניחה זכות. למשל בהפלה. יש חובה לא להפיל אבל אין זכות מול החובה הזו.

**רז** כתב מאמר על זכויות, הוא נותן ניתוח יותר רחב וחולק על הופלד בנקודה מסוימת. רז מגדיר מי יכול לשאת זכויות: פרט יכול להיות נושא זכויות אם ורק אם הרווחה שלו היא בעלת ערך עליון- בני אדם, או אם הוא אישיות משפטית ייחודית- תאגיד. המושג של זכות במובן המוסרי והמשפטי מתייחס לערך החיים האולטימטיבי. ההנחה שלנו היא ששאר העצמים בעולם לא בעלי ערך אולטימטיבי ואנחנו משתמשים בעצים ובבעלי חיים בלי רצונם. אנחנו מתייחסים לאובייקטים האחרים בעולם כאמצעים, מושג הזכות יכול להיות בעולם רק כשערך האדם הוא ערך אולטימטיבי. אם אנחנו מקבלים את התפיסה הזו, רק בני אדם נושאי זכויות, ולכן אין זכויות כלפי בעלי חיים אלא חובות כלפי בעלי חיים בלבד. תאגידים בעלי זכויות כי יש להם ערך אינסטרומנטלי והזכויות שלהם מוגבלות. הטענה של רז היא שיש פה אלמנט של הדדיות- בעל זכות יכול להיות רק מי שהוא בעל חובה. מושג הזכות איננה קורלטיבית לחובה, יכול להיות שיש מקרים בהם היא כן קורלטיבית אבל לא בהכרח. נכון שזכות מולידה חובה

**תורת האינטרס של רז:**

כשלמישהו יש זכות למישהו אחר פירושו של דבר שאני מוכן להטיל חובה. ל-X יש זכות אם ורק אם הוא יכול שיהיו לו זכויות, ויש לו אינטרס שמהווה טעם מספיק שבגינו נראה אדם אחר כנמצא תחת חובה. כלומר יש לו אינטרס שבגללו לאדם אחר יש חובה.

למשל, זכות להשתתפות פוליטית: לאדם יש כוח להביע דעה וכוח להשפיע באמצעות בחירות. הזכות היא אינטרס שבגינה יוצרים חובה. עם זאת, עד כמה נוצרת החובה זאת שאלה שתוכרע לפי המקרה. ככל שיבחרו בו יותר יש לו יותר זכות להשפיע.

# בעיית שיקול הדעת בפסיקה

**פס"ד נחמני:**

דני ורותי נישאו, רותי חלתה בסרטן והייתה צריכה לעבור כריתת רחם. היא ודני עברו הפריית ביצית וזרע והקפיאו עוברים טרם הכריתה. דני ורותי נפרדו ודני עבר לגור עם אישה אחרת ונולדה להם ילדה. רותי רצתה להשתמש בעובר הקפוא ודני סרב. היא תבעה שיאשרו לה להשתמש בעובר הקפוא. תהליך פונדקאות מורכב משני שלבים: 1. הפריית ביצית וזרע. 2. השתלה ברחם של האם הפונדקאית. רותי ודני היו בשלב הראשון טרם הפרידה.

המקרה הזה מוגדר "מקרה קשה". מקרה קשה מנקודת מבט משפטית הוא מצב בו:

1. אין נורמה משפטית ואי אפשר להחיל את החוק.
2. יש שיקולים חברתיים ומוסריים מנוגדים.

גם דוורקין שחושב שגם במקרה כזה אפשר להחיל את המשפט במובן הרחב אבל מספיק שאין מקרה פשוט.

דוורקין טען שגם במקרים קשים ביהמ"ש פועל לפי החוק ומחיל את המשפט במובן הרחב ויש שיקולים מוסריים וחברתיים מנוגדים. כלומר, קשה מאוד אינטואיטיבית לתת את התשובה מי צודק וכל אחד מהצדדים בעל טענה צודקת.

הדילמה: רותי אומרת שהיא רוצה להיות הורה, שהיא התחילה כבר בתהליך שהיא לא יכולה להיות אם ביולוגית באמצעי אחר (גיל, נסיבות רפואיות). מצד שני, אומר דני שאינו רוצה להיות אב ולא ניתן להכריח אותו להיות אב.

במישור הנורמטיבי צריך לענות על שלוש שאלות עיקריות כדי לחייב את דני. על פניו נקודת המוצא היא שלא מחייבים אדם להיות הורה בעל כורחו. הזכות של רותי להיות הורה לא יכולה לכפות על דני. **הזכות של רותי היא חירות-** יש לה חופש להיות הורה, אין לה איסור להיות הורה. אבל, חירות לא מצמיחה תביעה.

1. האם הביציות המופרות הן עובר שדני חייב לאפשר את התפתחותן לאדם? **כלומר האם לדני יש חובה כלפיי הביציות המופרות?**
* כל השופטים הסכימו בעניין זה שהביציות המופרות הן לא עובר, זה שלב ראשוני של תאים בודדים (מחוץ לרחם).
* אבל כל שופט ייחס לזה משקל שונה- יש מי שאמרו שהאינטרס של רותי גובר בגלל הנקודה הזו, שהיא בעד החיים והוא נגדם.
1. **האם יש לדני חובה כלפי רותי שנובעת מההסכם ביניהם או מההסתמכות שלה עליו?** או לחלופין הסכם משתמע והסתמכות כתוצאה מההסכם המשתמע. אמנם לא מדובר בעובר, אך הם היו זוג נשוי, הסכימו להליך רפואי מורכב, היא הייתה צריכה לקבל טיפולים הורמונאליים, שאבו לה ביציות מהרחם. היא הסתמכה על זה שהיא תהיה אמא ויהיה לה ילד, היא הפסידה זמן בשעון הביולוגי.
* מבחינה מוסרית: ניתן לטעון שיש לו חובה כלפיה.
* מבחינה משפטית: נפנה לדיני החוזים, יש לבדוק האם היה הצעה, קיבול וגמ"ד. לא ברור שהיה גמ"ד ליצור חוזה מחייב. ככל שכל, האם זה חוזה שניתן לאכוף לפי ס' 3 (4) לחוק החוזים? נראה שלא יאכפו את החוזה, מדובר בכורח לביצוע מעשה בניגוד לרצונו של האדם.
1. **האם לדני יש חובה להתחשב באינטרס (זכות) של רותי להיות אם?** לגבי השאלה הזו היו כאלה שטענו שזו חובה מוסרית. בנסיבות האלה היא לא תוכל להיות אמא בכלל, אם הוא ימנע ממנה זאת עכשיו. אם יש חובה- האם היא מוסרית או משפטית?

תוצאה: בערעור קבעו לפי דני ובדיון נוסף הקערה התהפכה ונתנו לרותי להיות אם (התהליך השני לא עבד בכל מקרה והיא לא נכנסה להריון למרות הכל).

**המישור התורת משפטי:**

השאלה האם יש נורמות וכללים משפטיים שקובעים את הדין במקרה, ואם אין אז איך קובעים את הדין? כל שופט בחן 3 שאלות:

1. האם יש נורמות משפטיות שקובעות את הדין במקרה זה? שאלה שנותרה במחלוקת.
2. אם אין נורמות, איך מכריעים את הדין? שק"ד? איך מפעילים אותו?
3. האם יש להבחין הנורמות המוסריות למשפטיות? ואם כן, האם יש לאמץ את הנורמות המוסריות?

**שופטי הרוב**

המצב המשפטי- אין נורמה ישירה שחלה על העניין. אין נורמה שקובעת האם צריך הסכמה של שניהם, האם די באחד מהם. יש חוק לנשיאת עוברים, שנחקק לאחר ההפריה והוא דורש הסכם בין ההורים לבין האם הפונדקאית. במקרה זה הוא לא חל ולא נעשה הסכם. **האם יש נורמות עקיפות?**

גולדברג: הוא מודה שאין לדני חובה משפטית, לא כלפי הביציות ולא כלפי אינטרס ההסתמכות או ההסכמה ביניהם, **כי אין חוזה**. לכן היא לא יכולה לתבוע אותו. מציין "לפנינו חלל נורמטיבי, אין מדובר בהשלמת חסר בנורמה חקיקתית קיימת המחייבת הפעלתו של חוק יסודות המשפט." הוא לא מתייחס לזה כנושא מוסדר וחסר פרט אחד. כאן הוא טוען שכל הנושא של נשיאת עוברים לא הוסדר, לרבות המחלוקת בין ההורים. **טוען לפי גישת הארט**- השופט הוא המחוקק ועליו להשלים את החסר: "בעקרונות השיטה אין פתרון, לכן יש לפנות לערך הבסיסי החולש על שיטתנו: **עקרון הצדק".** כשהוא שוקל את האינטרסים האלה, הוא טוען שיש עדיפות לאינטרס של רותי להיות הורה והיעדר חלופות (הגיל, המצב הרפואי, לא יכולה להביא ילדים). **לכן יוצר נורמה חדשה עפ"י שיקולי הצדק**: **האיזון צריך להיות לטובתה לאור ההסתמכות של רותי.**

צבי טל: **אין נורמה בדין ולכן יש להפעיל שק"ד שיפוטי**; איך מפעילים שק"ד? יש לבחון את האינטרסים המתנגשים ולבחון שיקולי מדיניות ראויה. נותן משקל גבוה יותר לאינטרס להיות הורה, האינטרס בהורות מהווה ערך בסיסי וקיומי לעומת זאת האינטרס "לא להיות הורה", ללא ערך מבחינה חברתית, מה שעומד מאחוריו הוא הזכות לפרטיות. למרות שהוא מודה שאין חוזה מחייב, אומר שיש סוג של הסתמכות הדדית שמביאה **לטענת השתק,** כלומר מונעת ממנו להעלות טענה לסגת מהסכם כי הם הלכו לכך ביחד, ולא רק שהסכימו הייתה הסתמכות, גם נעשו מאמצים גדולים מצידה לאורך הדרך. ולכן מבחינת איזון אינטרסים הוא מעדיף את האינטרס של רותי.

גבריאל בך: במצב הנתון, שבו אין נורמה משפטית נפנה לעקרון "הצדק"; השיקולים: ההסכמה על תחילת התהליך, ההסתמכות של רותי וכניסה לתהליך שיש בו סיכונים. היעדר אפשרות אחרת להיות הורה. ולכן נוטה לטובת רותי.

טירקל: במהותו, המשפט לא נועד להסדיר נושאים מהסוג הזה. מאחר שמצוי הוא בתחום הריגשי, מוסרי, חברתית, פילוסופי. לכאורה היה צריך לסגת מהדיון אולם הוא ממשיך לדון וטוען שנזקק השופט לנורמה חיצונית חוץ משפטית: "הצדק". **בוחר בפוטנציאל החיים של הביציות המופרות**, על פני אי החיים (למרות שזה לא עובר יש לזה משקל חשוב). לכן האינטרס של רותי להיות הורה חזק יותר מהאינטרס לא להיות הורה. הוא מטה את הכף לטובת האינטרס של רותי.

כל שופטי הרוב, מתייחסים לעיקרון ה"צדק" כעיקרון חוץ משפטי. וכדי ליישמו, עושים איזון בין האינטרסים בשונים של שני הצדדים. קבעו שיש להעדיף את האינטרס של רותי.

* *לפי דוורקין* נטען שההכרעה שלהם משפטית, כי עקרון הצדק הוא שיקול משפטי, שנמצא בתוך תחום המשפט.
* *הריאליסטים* יטענו שהשופטים הפעילו שק"ד, מאחר שמדובר במקרה חדש שלא נידון בעבר. אולם לא רק בגלל שיש חלל נורמטיבי במקרה דנן, אלא בגלל שתמיד הם יכולים להעדיף כל נורמה אחרת על פני החוק.

**שופטי המיעוט**

שטרסברג כהן: היא מודה שאין נורמה בדין, וטוענת שצריך לקבוע נורמה. אך אומרת שלא מצויים בחלל ריק. "לרשותנו עומד עולמו העשיר של הדין הקיים על כל ענפיו המשליכים על הסוגיה הנתונה".

עונה על השאלות:

1. **המעמד המשפטי של הביציות**- ביציות אינן יצור חי, המעמד של הביציות המופרות לא מעמד שיכול לתבוע מדני לשמר אותן. לא מדובר בשימור חיים אלא ביצירת חיים, חברה אינה רשאית לכפות על אדם יצירת חיים בעל כורחו.
2. **לא היה הסכם שניתן לאכוף אותו מבחינה משפטית**- מבחינה עובדתית ומשפטית, לא הייתה מצד דני הסכמה להמשך התהליך בנסיבות של התפרקות התא המשפחתי. כלומר טיב ההסכמה הטבעית בנושא מסוג זה, תלויה בהמשך הזוגיות. ביחסים בין בני זוג יש הרבה הסתמכויות הדדיות, יש שנים שהוא משקיע יותר בפרנסה והיא פחות, היא במשק הבית והוא פחות. הסתמכויות אלה הן לטווח הארוך אך זה לא סיבה לכפות את המשך הקשר ולרבות המשך הליך ההפריה.
3. **במצב זה יש לעשות איזון בין הזכויות**- הזכות להיות הורה היא חירות שאין מולה חובה משפטית. גם הזכות לאי הורות היא חירות. במצב כזה של חירויות לא ניתן לכפות על דני להיות הורה- זוהי זכותו של הפרט לשלוט בחייו ולתכננם.

"הצדק כמושג מופשט הוא ניטרלי. בענייננו, היענות לכל אחד מהם היא עשיית אי צדק לשני. יש לתור אחר הצדק שעולה בקנה אחד עם העקרונות הפילוסופיים והמוסריים שמהווים חלק אינטגרלי מן המשפט". כלומר צריך להשתמש במושגי צדק והם תוך משפטיים. המסקנה: אי אפשר לכפות על דני את ההורות.

זמיר: גם אם אין נורמה מפורשת שתחול על העניין הנידון, וודאי יש נורמה משתמעת ועל ביהמ"ש לפתח אותה לפי הנדרש. תורת המשפט נותנת לשופט כלים לפתח דין מתוך דין 🡨 פועלים בתוך עולם המשפט. **תקנות הפריה חוץ גופית** מחייבות הסכמה של שני בני הזוג לכל שלב בתהליך. **חוק ההסכמים לנשיאת עוברים** מחייב הסכמה של הבעל לתהליך. ואם אין הסכמה, אין לו חובה. אמנם הם חוקים מאוחרים, אולם התכלית שלהם חלק מהחוק. לכן מגיע למסקנה שלפיה אי אפשר לכפות על דני להיות הורה בעל כורחו.

תאודור אור: בנסיבות העניין אין חלל נורמטיבי, לא צריך ליצור נורמה משפטית יש מאין.

הנורמות: מוכן לומר שיש הסכמה, עולה כי אומד דעת הצדדים היא הסכמה לשתף פעולה לקראת מימושו של תהליך ההפריה החוץ גופית. אבל תוכן ההסכמה הוא לשתף פעולה, והסכמה זו אינה כוללת הסכמה מראש לכל שלביו. אין הסכמה לכל התהליך.

ברק: כל ההחלטות בנוגע להפריית הביציות, כל עוד זה מחוץ לגופה של האישה, זה צריך להיות על פי הסכמה משותפת של בני הזוג. לדעתו לא ניתן להמשיך בהליך ההפריה כל עוד לא ניתנה הסכמה. טוען **שמסקנתו משקפת את הדין הקיים**. היא עולה בקנה אחד עם דרישת הצדק, שלפיו היא דורשת את הזכויות עצמן! ולא האיזון בין הזכויות. לדעתו, המשפט והצדק הולכים יד ביד. הביצית איננה עובר, הורות כרוכה בחובות ובזכויות. היא בנויה על שותפות. הזכות להיות הורה או שלא, נגזרת מכה"א ומהזכות לפרטיות. חירות זו אינה מטילה חובה על איש.

\*מה שמכריע אצל שופטי המיעוט- היא **תאוריית הזכויות:** חירות = לא יכולה להטיל חובה. לרותי יש זכות שלילית להיות אמא = חירות להיות הורה. כלומר, אי אפשר למנוע ממנה להיות אמא (לא ניתן לגרום לה להפיל אם היא בהיריון). אבל אין זה אומר שהיא יכולה לתבוע אדם להיות אבא לילדים שלה. כי הזכות לא להיות הורה, היא גם כן זכות שלילית = חירות [לא ניתן לחייב אדם להיות הורה בניגוד לרצונו]. לכן, **אי אפשר לכפות זאת עליו**.

**לפי שופטי המיעוט,** מי שפונה למושג הצדק טוען שהוא חלק מהמשפט ומגיע למסקנה או שהוא לא רלוונטי או שדני עדיף. מי שלא פונה לצדק, מוצא את התשובה שדני עדיף לפי הדין הקיים בהתנגשות בין זכויות.

**המעניין:** מי שתומך בדני, חושב שהתשובה בדין אמנם אין נורמה ישירה אבל אפשר ללמוד את התשובה בעקיפין ובעיקר מתאוריה של זכויות. ומי שתומך ברותי, סבור כי אין תשובה בדין ויש לפנות לעקרונות חוץ משפטיים.

אפשר לראות שלוש גישות בין השופטים:

1. למרות שאין כלל משפטי, אין כאן חלל משפטי. יש נורמות אחרות רלוונטיות ואפשר להכריע על פיהן את המקרה. השופטים שהיו בגישה זו הכריעו לטובת דני.
2. הואיל ואין כאן כלל משפטי אז יש כאן חלל משפטי, ובמקרה הזה לא נחליט לפי המשפט, השופט צריך לפנות לעקרונות של צדק. השופטים שהיו בגישה זו הכריעו לפי רותי.
3. אין כלל משפטי ואי אפשר להכריע, צריך להכריע לפי עקרונות של צדק שבדין. כלומר עקרון יושר. הכריעו לפי רותי.

איזו תורת משפט מייצגת כל גישה?

1. שופטי הרוב הסתמכו על עקרון הצדק.
2. שופטי המיעוט הסתמכו על נורמות משפטיות.
3. שופטי גישת ביניים (דורנר, מצא) הסתמכו על עקרון "הצדק שבדין".

אפשר לפרש את הפסיקה של שופטי המיעוט גם מנקודת מבט פורמליסטית וגם לפי גישות שונות. התיאוריות מספיק גמישות ומתמודדות עם סוגים שונים של גישות ומגוון של עמדות משפטיות ולתת להן את הפירוש שלהן.

שופטים לא מחויבים לתיאוריה. שופטים רוצים לפסוק לתשובה נכונה מצד אחד מול החוק ומצד שני מול הצדק. דורנר רצתה לפסוק במה שהיא מאמינה.

הגענו עד לפרק 18 בקורס.

על המבחן: המבחן בחומר סגור.

חלק 1- פסק דין ומבקש לנתח, כמו מה שעשינו בשיעור הזה, לקחת כל החלטה ולשאול באיזה מידה היא מייצגת מידה של תיאוריה אחת. 40%

חלק 2- שאלות פתוחות על נושאים שדיברנו עליהם שצריך לענות עליהם. סוג של קייס אבל קצת יותר תיאורטי.