**מחברת מצטברת – תורת המשפט**

**מהי תורת המשפט?**

תורת המשפט היא התאוריה של המשפט, אשר עוסקת בעניינים תיאורטיים של המשפט אשר לא נדונים באופן שיטתי במהלך הקורסים השונים. התאוריה של המשפט עוסקת בכמה שאלות:

1. שאלות נורמטיביות

שאלות המתייחסות לעניינים שאנחנו מטפלים בהם בענפי המשפט השונים ובוחנים אותם פילוסופית/מוסרית. למשל:

* מדוע מענישים? מה תכלית הענישה? זוהי שאלה תיאורטית עם היבטים פילוסופיים חשובים.
* מהו מקור החיוב של חוזה? האם זה עניין של החובה לקיים הבטחות, או שמא חוזה הוא מכשיר עם תועלת חברתית?
* האם לאישה יש זכות להפלה? או האם אין לה זכות שכזו משום שהיא פוגעת בעובר?

המשפט עוסק בשאלות אלו מההיבט המשפטי, אולם יש לשאלות אלו גם בסיס תיאורטי.

1. שאלות אנליטיות

שאלות העוסקות בהבנה פנימית וניתוח של מושג המשפט עצמו. עוסקות בניסיון להבין את המשפט עצמו. למשל:

* מה מייחד את המשפט ממערכות אחרות? מה ההבדל בין נורמות משפטיות למוסריות? כיצד נורמה הופכת להיות חלק מהחוק? מה הן זכויות?
* כיצד שופט מחליט? מה הוא שיקול דעת שיפוטי ועל פי מה הוא מחליט? מהי פרשנות משפטית? ישנן תיאוריות שונות.

אנו נדון ב-3 נושאים:

1. הבנת טיבו של המשפט והיחס בין משפט ומוסר.
2. הבנת טיבו של ההליך השיפוטי – שיקול הדעת שיפוטי, תורות של פרשנות (ההנמקה השיפוטית).
3. הבנת טיבם של מושגים משפטיים – תורות של זכויות, חובות, אישיות משפטית, בעלות.

**הבנת טיבו של המשפט**

**מה בין חוקי המדינה לחוקי הטבע?**

מהו חוק? ומה המשמעות שלו בהקשר המשפטי לבין הקשרים אחרים? אנו משתמשים במילה "חוק" בהקשרים שונים. יש את חוקי המדינה ויש את חוקי הטבע, שאותם לומדים בתחום המדעים.

נבחין בין שני סוגי חוקים:

1. חוקים פרספקטיביים: **חוקי המדינה** **מצווים ומכוונים כיצד לנהוג**, הם מנחים, מצווים, נורמטיביים. הם לא מתארים את המציאות. אם אדם מפר את החוק, תהיה סנקציה, אבל החוק עדיין קיים. אין בהכרח התאמה בין החוק למציאות.
2. חוקים דסקריפטיביים: **חוקי הטבע** **מתארים את המציאות**. אם הטבע מפר את החוק, המציאות לא תואמת לו, נאמר שהחוק שגוי, זה יפריך את הכלל. אם אין התאמה בין החוק למציאות – הוא נפסל וצריך לתקן אותו. דוגמא לחוקים כאלו הם חוקי ניוטון.

צריך לשאול מה תפקיד החוק, האם הוא מתאר מציאות נתונה? או האם מדריך מה נכון לעשות? **המשותף בין החוקים** **הוא שבחוק יש הכללה**, הוא קובע כלל למקרים לרבים. דבר זה נכון לגבי שני סוגי החוקים.

הבחנה זו מביאה אותנו **להבחנה שבין עובדות לערכים** – החוקים הדסקריפטיביים מתארים את עובדות המציאות והחוקים הנורמטיביים מתארים ערכים. מערכות נורמטיביות נוספות למשל – מוסר, דת, כללי נימוס, כללים של מועדונים, אגודות חברתיות ועוד.

**לסיכום, האפיון היסודי ביותר של המשפט הוא, שהוא מערכת נורמטיבית**.

**המוסר**

תחום שעניינו הבחנה בין מעשים טובים לרעים, בין התנהגות רצויה לבלתי רצויה, בין דרגות שונות של חובה לרשות.

הבחנה בין מוסר ואתיקה: אתיקה היא תורת ההתנהגות הרצויה, היא רחבה יותר ממוסר. המוסר עוסק בשאלות שבין אדם לחברו, כלומר ביחסים שבין בני אדם. אתיקה עוסקת בשאלות רחבות יותר ביחס להתנהגות ראויה, לא רק בין בני אדם, אלא ככלל.

אתיקה נורמטיבית: מושג רחב הכולל את המוסר גם בין בני האדם וגם בין האדם לסביבה. למשל, האם זנות שהיא בהסכמה, היא מוסרית? מבחינת מוסרית אין בעיה, משום שזה בהסכמה ואף אחד לא נפגע. אך, מבחינה אתית עולה השאלה האם זנות היא ראויה או בלתי ראויה?

**מוסר:**

קשור ליחסים הבין אישיים, מה בני אדם חושבים וכיצד הם נוהגים. ההבחנה בין מעשים טובים לרעים מסובכת ומורכבת. היא לא בהכרח בין חובה להיתר, מכמה סיבות:

1. למעשים יש **צדדים שונים**, כי יש שיקולים נוספים לשיקולי מוסר.
2. תלוי בתקופות – **תודעה מוסרית משתנה לאורך השנים**.
3. ישנן **דרגות ביניים** – טוב לעשות אותם, אבל אין חובה. חובה מותנית.

האם המוסר אובייקטיבי או סובייקטיבי? המוסר הוא עניין של הסכמה חברתית, כל חברה בוחרת את הנורמה שלה – אחת בעד שוויון נשים ונגד עבדות, ואחרת להיפך. לכן, מוסר הוא מונח סובייקטיבי.

ישנם 2 סוגים של מוסר:

1. **מוסר נוהג (פוזיטיבי)**: אנו יכולים לתאר את המוסר הנוהג בחברה נתונה, בתרבות אחרת. נתאר מה מקובל, מה מותר או אסור. המוסר הנוהג הוא מוסר משתנה, גם על פני זמן וגם על פני תרבויות. למשל, הבאת ילדים לעולם נחשבת למעשה ראוי, התנדבות ליחידה קרבית נחשבת מעשה ראוי להערכה, זנות נחשבת להתנהגות פסולה.
2. **מוסר אידיאלי (ביקורתי)**: ערכים וכללי התנהגות מחייבים (בעיני הדובר), טענות לגבי מוסר אידיאלי הן נורמטיביות. מוסר בהיבט הביקורתי, מה ראוי? מה נכון? יכול להיות מוסר אידיאלי ניצחי, גם אם המוסר הנוהג הוא יחסי. למשל, אסור לגנוב, חובה לתת צדקה, חובה/אין חובה להביא ילדים לעולם.

מה שמאפיין מוסר הוא שהוא כאמור איננו אובייקטיבי, לכל היותר ניתן לומר שמעדיפים לחיות בחברה אחת ולא באחרת, אבל לא ניתן לבקר חברה שנוהגת באופן שונה. אין שום מוסד או ספר שניתן לפנות אליו ולדעת מה התשובה מבחינה מוסרית ובמובן זה המשפט שונה מהמוסר, שכן למשפט כללים מאוד ברורים.

**מאפיינים ייחודיים של המשפט בהשוואה למערכות נורמטיביות אחרות**

המשפט מחובר לכוח של המדינה – יכולת האכיפה. מערכת שבה המדינה תפעיל את כוחה כדי לאכוף את הדין, בשונה מהמערכות האחרות. מאחר והמוסר הוא מערכת נורמטיבית גם כן, ישנה חפיפה מסוימת, אך גם ישנם הבדלים ביניהם.

**הבדלים בין המשפט למוסר:**

מעמד:

* כוח: הכוח של המדינה. **למשפט יש כוח ייחודי ומעמדו חזק יותר כתוצאה מכך שהוא קשור בכוח של המדינה**. מאחורי המשפט עומדת המדינה עם כוחות האכיפה שלה (צבא, משטרה וכו'). לכן, המדינה מגבה את המשפט באמצעות הכוח שלה. **למוסר אין כוח אכיפה**, גם אם אדם עושה המון דברים שאינם מוסריים, אין מה לעשות אם מעשיו הם אינם עבירות חוקיות. למוסר אין כלים לאכוף התנהגות שאינה מוסרית, אולם המשפט כן יכול לאכוף את הכללים.
* עליונות: **המשפט רואה את עצמו כעליון על פני כל המערכות הנורמטיביות האחרות**. הוא זה שמאשר את כל המערכות האחרות (למשל, אם אוניברסיטה תתיר דבר שאסור ע"פ המשפט, המשפט יוכל לאלץ אותה לשנות זאת). למרות עליונותו, הוא כן מנסה להכיר בסרבנות מצפון, בפגיעה בחופש הדת או בעיקרון מוסרי, ומשכך המדינה מנסה לצמצם את החיכוכים ביניהם לבין החוק. אולם, הפרת החוק תוביל לסנקציה, כי החובה החוקית גוברת על החובה המוסרית.

צורה:

* אובייקטיביות: **המשפט הוא אובייקטיבי** (כלומר, קיים מחוץ לאדם שחושב עליו) **והמוסר הוא סובייקטיבי** (כלומר, מה אדם חושב על התנהגות מסוימת). הקיום של המשפט כאובייקטיבי (מעבר לאמונות הסובייקטיביות של בני האדם) הוא תנאי לכך שהחוק יוכל למלא את תפקידו כמכוון התנהגות. החוק קובע סדרה של הכרעות חברתיות, פוליטיות וערכיות שמהוות את המשפט, **שקיים באופן בלתי תלוי במה שחושבים עליו**. לעומת המוסר, שקיים על בסיס אמונות של בני האדם וניתן להתווכח מה נכון ומה לא. האתגר שעומד בפני ביהמ"ש בפרשנות החוק היא כאשר ישנו מקרה חדש. במצב זה, ביהמ"ש יקבע הלכה חדשה (על בסיס אמונות ולכן יש פתח לסובייקטיביות), **אך בו ברגע הוא הופך להיות אובייקטיבי**.
* מוסדיות: המשפט מנוהל דרך מוסדות. למערכת המוסר אין מוסדות למעט חריגים (למשל, דת). הבחנה בין 2 סוגי מוסדות:

1. **מוסדות יוצרי נורמות**: מערך שלם של גופים יוצרי נורמות שקובעים את תוכן החוק – הכנסת (מחוקק ראשי), גופים רגולטורים ממשלתיים (שרים ע"י התקנת תקנות או הוצאת הנחיות).
2. **מוסדות מיישמי** **נורמה**: גופי שיפוט ואכיפה (בתי המשפט, משטרת ישראל, מס הכנסה וכו'). פעולות בתי משפט:
3. **הצהרה של המצב הנורמטיבי** **הקיים** – יישום החוק.
4. **יצירת נורמות חדשות** – מצבים בהם אין תשובה בחוק לשאלה הנידונה, ביהמ"ש יקבע הלכה חדשה (תקדים) שהיא תיצור נורמה. בכך, ביהמ"ש הופך להיות יוצר חוק ולא רק מיישם. מקום בו המחוקק לא הביע עמדה, ביהמ"ש חייב לקבוע עמדה חדשה.

* מערכת של כללים: מערכת המשפט מתאפיינת במערכת של חוקים, להבדיל ממערכות המוסר.

1. **עקרונות**: **נורמות מופשטות** – למשל, "אין פוגעים בחייו של אדם" לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. "אין פוגעים" כולל הרבה פעולות. מבינים מהניסוח שהמטרה היא לא לקבוע נסיבות ספציפיות בהם המעשה אסור או מותר, אלא הגנה על ערך כללי של קדושת החיים. כמו גם עקרונות של שוויון, סבירות וכו'. העקרונות באים לכסות על המקומות בהם הכללים לא נותנים תשובה חד משמעית.
2. **כללים**: **נורמות ספציפיות** – למשל, "הגורם למותו של אדם בכוונה, דינו – מאסר עולם", ברור מה אסור. ככל שהכלל יותר מופשט, הוא פתוח יותר לפרשנות. כלל ניתן ליישום ללא הפעלת שיקול דעת, לעומת עקרון או סטנדרט שמחייב הפעלת שיקול דעת כדי לתת לו תוכן.

תוכן ומטרות:

* **כללי**: למשפט היקף רחב ובלתי מוגבל, להבדיל ממערכות אחרות שהן ספציפיות (מפלגות, מועדונים וכו'). המשפט יכול עקרונית להסדיר כל התנהגות אנושית. אם בעבר טיפל רק בנישואין וגירושין, היום מטפל באופן עמוק במערכת של ילדים והורים, חלוקת רכוש וכו'.
* **פתוח**: המשפט יכול לאמץ ולהכיר בנורמות אחרות (הסכמים פרטיים, ציבוריים, תקנונים של ארגונים וכו'). מצד אחד המשפט הוא מערכת עצמאית, אך מצד שני המשפט מכיר בתוקף של הנורמות בעיקר באמצעות חוק החוזים אבל לאו דווקא, הוא מכיר בהרבה מערכות אחרות.
* **גבולות**: המשפט קובע לעצמו את גבולותיו באופן רצוני והוא מחליט באופן רצוני אילו נושאים הוא יסדיר ואילו לא. למשל, הבחנה בין פרטי וציבורי. כלומר המשפט מסדיר אפליה בשוק אבל לא מסדיר אפליה בתחום יחסי חברות.

**מדוע המשפט משתמש בכללים?**

יתרונות:

* **חיסכון בעלויות**: זמן, עבודה, משאבים.
* **מניעת טעויות**: יוצר וודאות, יודעים מה מותר מה אסור.
* **כלי יעיל להכוונת התנהגות**: מאפשר לאזרח לתכנן מראש את ההתנהגות שלו כדי לא לעבור על החוק.

חסרונות:

* **הכלל לעולם לא יתאים לכל המקרים, אלא רק לרוב**: תחולת יתר – הכלל מכניס את מי שלא ראוי להיות בפנים; תחולת חסר – הכלל לא מכניס את מי שראוי להיות בפנים.
* **היחס בין כללים לטעמים**: מאחורי כל כלל יש טעם שעומד מאחוריו, לפעמים הטעם יצדיק עבירה על הכלל. אם אני רוצה שהכלל יצור וודאות צריך לדבוק בהם גם אם זה מנוגד לטעם שלו.

לסיכום, מכלול המאפיינים שעמדנו עליהם, מסבירים למה המשפט הוא המערכת הנורמטיבית החשובה ביותר במדינה, המשפיעה ביותר על החיים של הפרט ושל החברה.

**משפט וצדק**

השאלה היסודית ביותר בתחום היא **מה היחס בין המשפט לבין המוסר והצדק** (עקרונות צדק מופשטים)?

נבחין בין 2 גישות:

1. **הגישה הפוזיטיבית**: המשפט הוא תחום עצמאי, שנבדל מהמוסר והצדק. כמובן שהוא שואף להיות צודק בכל תחום, אבל ככלות הכל, הוא תחום שמוגדר לפי המקורות שלו (חקיקה, פסיקה). נשיב על שאלה משפטית לפי דברי המחוקק (בחוק) או לפי הפסיקה (תקדימים). לא נשאל מה צודק או נכון.
2. **גישת הטבע (הלא פוזיטיבית)**: המשפט אחוז בקשר הדוק בל ינתק מהמוסר והצדק. לא ניתן לחשוב על המשפט במנותק מהמוסר והצדק. גישה זו בעלת 2 השלכות עיקריות:

* החוקים כפופים באופן עקרוני לצדק. לכן, אם יש חוק שהוא בלתי צודק בעליל, אין לראותו כחוק.
* כאשר יש שאלה משפטית שאין עליה תשובה בחוק, ניתן לגשת אל עקרונות הצדק והמוסר ולראות אותם כחלק מהחוק.

**פלוני נ' פלונית:**

רקע: זוג נורמטיבי שלא יכול להביא ילדים לעולם. הבעל, אדם בוגר ובריא, פיתה נערה בת 15, בעלת קשיים אישיים, שנכנסה להיריון כתוצאה מכך, ונולד לה בן. הגבר הורשע בבעילת קטינה, ונכנס לכלא. כשהשתחרר, טען שהוא רוצה את הילד. האם הביולוגית חתמה על כך שהיא רוצה שהילד יאומץ. פקידי הרווחה תמכו בהחלטת האם. האב טען שעשה עבירה, נענש עליה וסיים לשלם את חובו לחברה. כעת, הוא רוצה לגדל את בנו והוא זכאי ומסוגל לגדלו.

עקרון טובת הילד: עדיף לילד לגדול בבית אמיד ומבוסס על פני בית עני עם מחלות, שלא מבוסס. העקרון משפיע על כל מיני היבטים אבל לא מהווה ערך מכריע. כך, המדינה לא תתערב ולא תוציא ילד מהבית בגלל שיקולים של טובת הילד.

השאלה המשפטית: האם בנסיבות המקרה, שההיריון נגרם תוך ניצול ועבירה, התגבשה עילת אימוץ?

לפי חוק האימוץ, אימוץ של ילד יכול להיעשות ב-2 מקרים עיקריים: (1) הסכמת ההורים לאימוץ, הסבורים שהם לא יכולים לגדלו. (2) אם אין הסכמה של ההורים – אחת מ-8 עילות האימוץ שבס' 13 לחוק, שבגינן ניתן להוציא את הילד מהבית.

הבעיה מאחורי השאלה המשפטית: לפי לשון החוק אין עילה לאימוץ על פניו, ע"פ נסיבות המקרה. אולם, צו המצפון של השופטים לא מאפשר להם שלא להכריז על הילד כבר-אימוץ. השופטים, מבחינה מוסרית, חושבים שלא ראוי שהאב יגדל את הילד. אולם, מבחינה משפטית, לפי החוק, אין אף עילה שקובעת כי במקרה הזה ניתן להכריז על הילד כבר-אימוץ.

שיקולים לא לאפשר לאב לגדל את בנו:

* **שיקול מוסרי**: אין זה צודק שאדם שעשה פשע חמור ייהנה מפירותיו. הוא זמם מזימה של בעילת קטינה ולכן, עשה מעשה בל יעשה.
* **שיקול הרתעתי**: שלא יצא חוטא נשכר. גם אם אדם עבר את העבירה ונענש עליה, בסופו של דבר הוא הצליח במזימתו – הביא את הילד. כך, הוא שילם את חובו ויוצא נשכר. זה עלול לתמרץ למעשים כאלה.

שיקולים לאפשר לאב לגדל את בנו: אמנם האב עשה מעשה לא חוקי, אך הוא כבר נענש וישב בכלא. לא ניתן לקחת לו את הילד שלו.

טענת ב"כ היועמ"ש: בהיעדר עילה מהותית, ניתן להשתמש בטענה דיונית של המשפט המקובל. הוא השתמש בכלל "**ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה**". השופטת דורנר סברה כי הכלל נכון רק לזכויות רכושיות. כאשר מדובר בזכויות אישיות, כמו זכות הורית, לא ניתן שהכלל ישלול אותן. הזכות ההורית היא זכות חשובה מידי, וגם אם חושבים שהיה מעשה עוולה, כדי לשלול אותה צריך לקבוע לגופו של עניין האם יש עילה.

הדילמה של השופטים: האינטואיציה המוסרית של כל השופטים, הייתה שאין לאפשר לו לגדל את הילד, אך מבחינה משפטית, אין בחוק עילה שמאפשרת להוציא את הילד מהבית. שכן, האיש לא בעל רקע נרקומני, לא בעל רקע אלים, ועל פניו יכול לדאוג לצרכים הבסיסיים של הילד.

**רוצים שההכרעה השיפוטית תהיה לפי הקביעה האובייקטיבית של החוק. אך, כאן, ההכרעה השיפוטית הייתה סובייקטיבית כי בחוק לא היה מענה. איך השופטים התמודדו עם הדילמה?**

**דורנר (דעת הרוב):**

ע"פ חוות דעת פסיכולוג, נקבע שהמקרה נכנס תחת העילה של "אי-מסוגלות הורית בשל התנהגות" לפי ס' 13(7) לחוק האימוץ – "ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו עקב מצבו או התנהגותו." העילה המרכזית בחוק, הקובעת שההורים שלא יכולים לדאוג לצרכים הבסיסיים של הילד (כגון: בית, ביגוד, השגחה וכו').

המומחה הסביר את הסיכונים שעלולים להיגרם לילד אם יישאר בקרבת אביו, או שלא יגלו לילד על נסיבות היווצרותו, ואז הוא יגדל בסביבה של הסתרה, או שיגלו לו, ואז כל החיים הוא ידע שהוא תוצר מפשעיו של אביו. כך או כך, **עלולה להיגרם לו פגיעה נפשית**.

* ביקורת על ההכרעה: **הכרעה קשה**. לקחו סעיף מסוים, וכללו בו גם אי מסוגלות על רקע נפשי, בעוד שאי מסוגלות הורית מכוונת למצב בו ההורים לא יכולים לדאוג לצרכים הבסיסיים של הילד בשל ההתנהגות שלהם. הכללת בעיות נפשיות תכניס בגדר העילה מצבים רבים מידי שלא ראויים להיכנס אליה.
* ביקורת על ההנמקה: **הנמקה בעייתית**. השופטים נימקו את החלטתם לפי עיקרון טובת הילד (להישאר בקרבת אביו לא יטיב עימו). אולם, זו לא ההנמקה האמיתית, שכן השופטים סברו כי לא מגיע לאבא לגדל את הילד. למה בכל זאת השתמשו בה? **גישה פוזיטיבית** – רצו לבסס את ההכרעה על חוק מסוים.

**לוין (דעת מיעוט):**

לא מתקיימת העילה של אי מסוגלות הורית. האב הינו אדם נורמטיבי, עם אמצעים בסיסיים ולכן, מסוגל לגדל את בנו. אי אפשר לפסול אותו. אך, גם הוא סבר שלא ראוי לתת לאב לגדל את הילד ולכן, מציע 2 פתרונות משפטיים להכרזה על הילד כבר-אימוץ:

1. פרשנות מרחיבה: "**חוקים לא חוקקו בחלל ריק, אלא חוקקו בתוך מערכת כללים ועקרונות קיימת**." כלומר, פרשנות מרחיבה של החוק לוקחת בחשבון גם את תכלית החוק ואת עקרונות היסוד של השיטה המשפטית הנהוגה. ס' 13(8) לחוק האימוץ: "הסירוב לתת את ההסכמה בא ממניע בלתי מוסרי או למטרה בלתי חוקית". לוין מנסה ליישם את תקנת הציבור (הכוללת עקרונות של צדק), כחלק מהמניעים לסירוב. הוא קובע ש**עילת האימוץ קמה גם אם סירוב ההורה לאפשר אימוץ נוגד את תקנת הציבור**. כלומר, בנסיבות מסוימות יש חובה להסכים לאימוץ, ואם לא מסכימים, העילה תחול. באילו נסיבות? **כשנסיבות הבאת הילד היו בלתי מוסריות**. כיוון שלפי הנסיבות הצדק מחייב שהילד יימסר לאימוץ, סירובו של האב נוגד את תקנת הציבור.

* ביקורת על ההכרעה: תקנת הציבור היא לא עילה עצמאית. אין עילה בחוק האימוץ לפיה ראוי להכריז על אימוץ הילד מטעמים של תקנת הציבור, כי לא רוצים לאפשר סעיף סל כזה (מרחיב מאוד).
* ביקורת על ההנמקה: תולה את הנמקתו בסעיף בעייתי, אך **מנסה לבטא את הטעמים האמיתיים**. קולע יותר לטעם האמיתי שמניע את השופטים.

1. חסר סמוי: חסר מתאר מצב בו המחוקק הסדיר מגוון אפשרויות אבל פספס אחת; חסר סמוי – המקרה הזה לא היה קיים אילו השופט לא היה מניח שיש חסר בחוק. כלומר, המחוקק לא נתן את דעתו על כך משום שלא היה מודע למקרה כזה. אך, אם היה נשאל על מקרה כזה, היה ככל הנראה משנה את החוק. מכאן, לוין טוען ש**חסרה עילת אימוץ שקובעת מצב של היריון שנגרם כתוצאה מניצול**. אם המחוקק היה נשאל על כך, אין לו ספק שהיה מוסיף את העילה, כדי להכריז על הילד כבר-אימוץ.

* נוטה לגישה הפוזיטיבית: נותן לגיטימציה להכניס את המקרה הספציפי בגדרו של החוק.
* המחשת חסר סמוי: פס"ד אמריקאי (1899) – נכד רצח את סבו ונותר היורש היחיד. ישב בכלא והשתחרר. טוען לירושה. כל השופטים טענו שלא מגיע לו. נימקו לפי: (1) **הרצחת וגם ירשת** – ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה. (2) **חסר סמוי** – אם המחוקק ישאל האם רוצח צריך לרשת את מי שהוא רצח, אין ספק שהיה עונה שלא. המחוקק שינה אח"כ את החוק. לכן, ביהמ"ש צדק בהכרעתו.

**חשין:**

מסביר כי הוא החליט על התוצאה ברגע ששמע את כל עובדות המקרה לפרטיו. כלומר, הוא לא יודע איך יתמודד מבחינה משפטית, אבל **הייתה לו תחושת בטן מוסרית, שהאב לא זכאי לגדל את הילד**. הוא מקביל את המקרה למצב בו אדם אנס קטינה ואח"כ תובע לגדל את הילד שנולד מהאונס. אמנם זה לא אונס פורמאלי, אבל הגבול מאוד דק עד כדי נוגע, הוא ניצל את חולשתה. הפורמאליסט יטען ל"יקוב הדין את ההר": משמעו, הקפדה מוחלטת על הכללים, ללא גמישות, "ייעשה הצדק וייחרב העולם". לפי הדין יש לתת לו לגדל את הילד.

נק' המוצא של חשין להכרעה היא ש**משפט הטבע הוא שילד יגדל עם אביו ואימו**. זו זכותם של ההורים וזו זכותו של הילד. **משפט הטבע הוא מסגרת עקרונות מוסריים שקודמת למשפט המדינה**. הוא לא תלוי במדינה, בחוק או בשלטון. לצד זה, חשין אומר שהוא לא יכול לחתום על פס"ד לא צודק. הוא לא מסתכל רק על החוק, אלא גם על מה צודק. אח"כ, הוא שואל איך הוא מייבא את עקרון הצדק אל החוק. כאמור, המשפט יונק מהמוסר. המשפט מכסה את רוב העניינים, אבל לעיתים אין פתרון משפטי ולכן, אפשר להסתכל גם על המוסר. המשפט ממילא מתמודד עם עקרונות של צדק, שהרי יש נורמות מוסריות שהן גם נורמות משפטיות. לכן, הוא מוסיף וטוען שעל דרך העיקרון **הרצחת וגם ירשת**, לא ייתכן שהוא יאשר פס"ד שייתן ל"רוצח" לרשת. הוא הולך על התשובה הפשוטה שקשורה לתחושה המוסרית שלו.

* חידוש דרמטי: **"הרצחת וגם ירשת" שהינו עיקרון מוסרי, הופך לנורמה משפטית מחייבת במשפט הארץ**. חשין קובע שיש להתייחס אליה כאל חקיקה ראשית.
* ביקורת על דעת הרוב: תמונת המשפט יותר עשירה מאשר המשפט הפוזיטיבי. לפי תאוריית המשפט הטבעי, המוסר והמשפט אינם נפרדים. המשפט אינו רק החוקים והתקדימים, אלא גם העקרונות המוסריים, הגם שהכנסת לא חוקקה אותם.
* ביקורת על חשין: הוא מכיל עקרון חוץ-משפטי נגד החוק. הכנסת הצדק המופשט מסכנת את האובייקטיביות של המשפט, הודאות והעיקרון הדמוקרטי של החוק כביטוי לרצון הרוב.
* היתרון בעמדת חשין: הכנות שלו – אמר באופן גלוי את המניעים להכרעתו, בניגוד ליתר השופטים שטענו לטובת הילד.

**מקרה זה מגלה את הזיקה העמוקה של המשפט כלפי המוסר**: המוסר מזין את המשפט בשורשיו והוא אופף את המשפט. אך, חשין מזהיר שזה לא הכלל. מדובר בפסיקה חד פעמית ואין להקיש ממנה למקרים הבאים. הוא מגביל את השימוש בעקרונות מוסר רק לביהמ"ש ומוסיף שיש לבחון כל מקרה לגופו.

**סיכום עמדות השופטים:**

* דורנר: יש לאשר את אימוץ הילד מכוח עילת **אי-מסוגלות הורית** לפי ס' 13(7) לחוק האימוץ.
* לוין: אין סעיף מתאים בחוק. (1) **פרשנות מרחיבה**: תקנת הציבור – חובה על האב להסכים לאימוץ. (2) **חסר סמוי**: יש להשלים את הדין.
* חשין: יש להכריז על הילד בר-אימוץ מכוח עקרון מוסרי של **"הרצחת וגם ירשת"**. לעקרון המוסרי יש מעמד של חוק.

**פוזיטיביזם ומשפט הטבע**

**מה הופך נורמה מסוימת לחוק?** ישנן 2 גישות:

1. פוזיטיביזם: **הליך של חקיקה**. כלומר, נורמה הופכת לחוק, אם היא עברה הליך מוסדי כלשהו של חקיקה. הגישה הזו יוצרת הבחנה חדה וברורה בין עולם החוק והמשפט לעולם שמחוץ לחוק.
2. משפט טבעי: **התאמה לעקרונות צדק ומוסר**. כלומר, התאמה עקרונית ומהותית של המשפט לעקרונות מוסר. הליך החקיקה קשור לעקרונות המוסר והצדק. הקשר הזה בא לידי ביטוי בעמדה של חשין בפס"ד פלוני נ' פלונית. ייתכן מצב שבו יש שאלה משפטית ואין תשובה בחוק או שיש תשובה אשר נוגדת עקרון מוסרי. במצב כזה, אפשר להשלים זאת בעזרת עקרונות הצדק והמוסר.

**תורת המשפט הטבעי**

**אפלטון**

אפלטון הוא פילוסוף יווני שחי במאה ה-4 לפנה"ס, הוא מבטא את עמדותיו בכתיבת דיאלוגים בדמותו של סוקרטס מורו. דרך דמות זו מכניס את מחשבותיו שלו.

**"מינוס" – על החוק:**

* סוקרטס: **החוק – מהו בעינינו?**
* חברו שואל: **לאיזה חוק מן החוקים אתה מתכוון?** השאלה יכולה להתפרש בשתי דרכים – (1) מה אומר החוק לגבי סיטואציה מסוימת או בנוגע לתחום מסוים? (2) מהו החוק במהותו, **מה מאפיין את החוק באשר הוא**? השאלה שמעניינת את סוקרטס.
* סוקרטס עונה: החוק בכללותו של דבר, החוק במובנו המהותי.
* חברו עונה: **החוק הוא מה שנחקק ונוהגים לפיו** (תשובה פוזיטיבית). כלומר, שני תנאים לקיומו של חוק – (1) **נחקק** (מה שהמחוקק קובע, שתלוי זמן, מקום ותרבות). (2) **נוהגים על פיו** (למשל, המשפט הרומי אינו חוק במדינת ישראל).
* סוקרטס מאתגר את חברו: מעלה תובנה – ישנה סיבה או מקור לחוק שנחקק. כלומר, החוק לא מגיע מאפס, אלא נקבע ע"פ עקרון מסוים. **תחת איזו סמכות פועל המחוקק כשהוא מחוקק את החוקים?** מעלה 2 אפשרויות – (1) **חוכמתו של המחוקק**, כיצד ראוי להתנהג. (2) **החוק הוא גילוי של תופעה קיימת**. סוקרטס משווה את המצב לדרך הרפואה – כפי שהרופא מגלה את המחלה הקיימת, טרם מתן התרופה, כך יש לשאול האם מטרת החוקים היא לגלות משהו קיים.
* חברו: **החוק הוא לא גילוי של תופעה קיימת, אלא** **הכרעה של המחוקק**.
* סוקרטס מעוניין להוביל אותו בנתיב אחר: **האם מקיימי החוק – צדיקים הם? ומפרי החוק עוולים הם?** ההנחה היא שאדם המקיים את החוק הוא צודק וערכי, ואילו מי שמפר חוק הוא עבריין ולכן, אנו מניחים שהחוק הוא דבר טוב. אולם, סוקרטס מוביל אותו למסקנה שהמדינה מורכבת מגורמים אנושיים שלעיתים עושים טעויות ולכן, לא כל חוק יהיה צודק. לפיכך, אם ההנחה הבסיסית היא שחוק הוא צודק, הוא אינו יכול להיות תיאוריה שרירותית. **החוק חייב להיות ביטוי פנימי של טוב מוסרי**. **לכן, המחוקק לא יכול להכריע חוקים שרירותיים, ההצדקה שלו חייבת להיות אמיתית**.
* סוקרטס מגדיר שהמשפט חייב להתאים לאמת המוסרית כדי להניח שהוא דבר צודק: **החוק מבקש להיות גילויה של האמת האובייקטיבית**. כלומר, סברה הגונה/מוסרית הינה סברה אמיתית. **הסיבה שראוי לציית לחוק היא כי הוא מכיל בתוכו עקרונות של צדק ומוסר**.
* הטענה של סוקרטס: המחוקק הוא לא כל יכול, שכן אם יחוקק חוק לא צודק או סותר אמת מוסרית – הוא לא חוק. כלומר, מבחינה משפטית הוא בטל.
* העמדה של אפלטון: המשפט הוא ביטוי לטבע. **לפי משפט הטבע, עקרונית, חוק רע צריך להיות בטל**. **זאת, מפני שהתנאי לתוקף של החוק איננו רק הפרוצדורה** (כלומר, חוקק ע"י המחוקק בהליך תקין), **אלא יש תנאי מהותי – עמידה בכללי הצדק והמוסר של משפט הטבע**.
* חברו מעלה ביקורת: בעיית השונות של החוק – אם החוק הוא גילוי האמת, איך ניתן להסביר שהחוק משתנה בין מקומות ובין תקופות?
* הפתרון הראשון של סוקרטס: החוקים משתנים מדור לדור כי **בני האדם לא תמיד מסוגלים לגלות את כל האמת ברגע**, הם מגלים אותה בהדרגה. לפיכך, קיימת אמת אחת אוניברסלית ונצחית, אך הידיעה שלה היא יחסית, כי לוקח זמן להשיג אותה.
* החבר לוחץ: שינוי חוק בחברה נתונה – איך ניתן להסביר שאותו מעשה נחשב לחוק ולעוול במקומות שונים בזמנים מקבילים? שהרי, אם הכל אוניברסאלי, אנו אמורים להסכים לכל החוקים בכל המקומות, אולם אנו נוקטים עמדה שיפוטית ביחס למעשים של חברות שונות בטענה שהם לא צודקים. אז אם החוק משתנה בתוך אותה חברה, לא ניתן להאמין שהחוק הוא גילוי של האמת.
* הפתרון השני של סוקרטס: לא כל שינוי בחוק בחברה נתונה מלמד על שינוי בתפיסת הצדק בין חברות. לפעמים **השינוי 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 שהוא נאבק להציג את דמותו של מינוס (מלך כריתים), 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 שהוא תוצר של אנשים פשוטי עם, שאינם בקיאים – הוא לא חוק, כי הם יכולים לשנות את דעתם מעת לעת. לפי אפלטון, מלומדים לא ישנו דעתם, כי האמת היא אחת והם יודעים אותה ולכן, פילוסופים צריכים לחוקק חוקים.

לסיכום, התפיסה שלנו את המשפט באור 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 המחייבים תמיד** (דוחה את החוק הפוזיטיבי). הזיקה בין החוק לבין המוסר היא פנימית. מכאן:

* חוק שלא משקף עקרונות צדק הוא אינו חוק.
* חוק מקבל את כוחו בכך שהוא מתאים את עצמו לעקרונות צדק מופשטים (חוקי צדק שאינם נחקקו הם חוקים מחייבים).
* אפשר לטעון שיש חוקים ניטרליים מבחינת האמת. למשל, הקביעה שנוסעים בצד ימין, ללא עיקרון.

**המשפט בכללו צריך להיות גילוי של האמת/רעיון מופשט של צדק 🡨 ביטוי של משפט טבעי**.

**אריסטו**

אריסטו היה תלמידו של אפלטון, אך חלק עליו בהיבטים רבים. הוא הקים את הפילוסופיה היוונית שהניחה את היסודות לתפיסת המשפט הטבעי. בספר האתיקה הניקומאכית, אריסטו קובע: "**הצדק המדיני קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו נובע מן החוק**. טבעי הוא אותו חלק השריר בכל מקום ואינו תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות. ואילו מן החוק נובע כל מה שיכול היה להיקבע באופן שונה."

אריסטו סבור כי **חוק הטבע הוא החוק הנצחי, אשר לא משתנה** ושווה בין כל מדינה ומדינה. ואילו, **חוק המדינה הוא החוק המשתנה**. מבחינה נורמטיבית, זה המצב.

כלומר, לצדק המדיני (המשפט), יש 2 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 על רצח, שוד, גניבה, אונס וכו'). זהו יסוד קבוע אוניברסאלי, 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 וכל שיטת משפט יכולה לקבוע לעצמה חוקים. מאחר שהסכמה חברתית עשויה להשתנות ממקום למקום, מדיניות הענישה שונה בין מדינות (כלא, קנס וכו'), או קביעת המועד בו נכרת החוזה, אופן הטלת המיסים וכו'.

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, ששניהם מאמינים שלחוק יש מקור משותף והוא גילוי של האמת/חוק הטבע.

משמעות נורמטיבית שאריסטו לא אומר בפירוש – משפט הטבע מתפקד כמעין מערכת "על חוקתית". החלטות מדיניות שמנוגדות למשפט הטבע, דינן להתבטל ולכן, משפט המדינה כפוף לו.

בעיית השונות:

הבעיה היא אפשרות של השתנות המשפט ומושגי הצדק בין תקופות ומקומות. יש מי שסובר שאם העיקרון של משפט הטבע הוא אוניברסאלי, אז אם 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 עקרונות אוניברסאליים). אם כך, לא ניתן לומר שיש משפט טבעי, כי משפט 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 נולד ימני, אבל הצליח להפוך לשמאלי. הוא שינה את הנטייה הטבעית המולדת שלו. באותו אופן גם עקרונות טבעיים ניתנים לשינוי. לעומת זאת, אפלטון טען שהשינוי הוא בתודעה, בהכרה של בני האדם. הם מגיעים למסקנות שונות במקומות שונים.

הערה: המשפט הטבעי קצת מטשטש את ההבחנה בין חוק תיאורי (מה שקורה בטבע) לבין חוק נורמטיבי (משפט, דת). **התאוריה של משפט הטבע, מניחה שחוקי המשפט הם גילוי של אמת קיימת**. כלומר, **החוק הנורמטיבי הוא תיאורי**. גם אפלטון וגם אריסטו אומרים שיש מערכת נורמטיבית מוסרית טבעית, קיימת. כך, שאי אפשר לחוקק בניגוד לחוקי הטבע המוסריים – לא נתיר גניבה, רצח, שוד וכו'. כלומר, **ההבחנה בין נורמטיבי לתיאורי קצת מטושטשת כי גם יסודות נורמטיביים הם גילוי של איזושהי מציאות נורמטיבית**.

תורת המשפט הטבעי מניחה שהמוסר רציונאלי, מוסר קוגניטיבי – ניתן לגלות אותו באמצעות התבונה, הוא נגיש.

**מהו המשפט שבא מן הטבע?**

נק' המוצא של אריסטו היא חשיבה תכליתית-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 על פי הטבע." דהיינו, התכלית של האדם היא לחיות במדינה/בקהילה, כי זה הטבע שלו וזה לא עניין תרבותי. לדידו, האדם הוא חיה פוליטית.

הטענה: **האדם אינו אוטרקי**, כלומר הוא אינו מספק את כל צרכיו 🡨 הוא זקוק למשפחה כדי להתרבות ולגדל צאצאים 🡨 **המשפחה אינה אוטרקית**, היא זקוקה לכפר כדי לספק מזון, ביגוד וכו' 🡨 **הכפר אינו אוטרקי**, הוא זקוק למדינה 🡨 **המדינה היא אוטרקית**, היא התכלית של האדם, שכן כל הצרכים שלו תלויים בזולת בין אם הוא מכיר אותם ובין אם לא.

המציאות האנושית היא מציאות של חיים פוליטיים במסגרת המדינה ולכן, האדם הוא יצור פוליטי, כלומר **האדם חי בקהילה מתוך צורך, כי זה טבעו**. שיתוף הפעולה עם הסביבה של האדם היא הכרח לצורך קיומו. לפיכך, החיים במסגרות משפחתיות, חברתיות, קהילתיות זה חלק מטבעו של האדם.

גילוי הצדק הטבעי: "אדם שונה מבעלי חיים אחרים החיים בלהקות או בעדרים". מה ההבדל בין בעלי החיים לבני האדם? שהרי גם הם זקוקים לחיי שיתוף, אולם **רמת ההיזקקות של האדם לקהילה היא אינטנסיבית יותר**, מאחר שלבני האדם יש ייחוד: "לאדם יש כוח דיבור (תבונה) שמכוון לגלות את המועיל והמזיק וכן את הצדק והעוול". כלומר, לכל בני האדם היכולת להבחין בין טוב ורע, צדק ועוול, מה שאין לבע"ח.

**לאדם יש צורך לחיות בקהילה** (צדק טבעי = משפט הטבע), **אך 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, המאפשרים לבני האדם להתקשר, לדון ולהסכים 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.

השלכות:

* רע כשלעצמו: דבר שהוא רע אשר לא תלוי במדינה. **מעשים שהם רעים כשלעצמם**, והמדינה בעצם מאשרת את הדבר הטבעי הזה (למשל, רצח).
* רע מפני שנאסר: דבר שהוא רע אשר תלוי במדינה. **מעשים שהם רעים מפני שהמדינה קבעה שהם רעים** (למשל, אי-תשלום מיסים).

**עקרון ההגינות:**

**הגינות** = תיקונו של החוק שבא מחמת כלליותו, **מאחר שהחוק נחקק בצורה כללית נוצר עוול שיש לתקן**. המעשה ההגון "אינו מצטמצם למה שצודק לפי החוק, אלא בא לתקן את הצדק החוקי". אריסטו עומד על בעיית כלליות החוק – **כל חוק באשר הוא, הוא כללי**. 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**. **ההגינות מצריכה סטייה מן החוק 🡨 טיב ההגינות היא תיקון החוק, העוול שבא מחמת כלליותו**.

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

דוגמא – פס"ד ריגס: מר פלמר הזקן, בעל חווה ורכוש נוסף, כתב צוואה ובה הוריש חלק קטן מרכושו לשתי בנותיו, ואילו את רוב רכושו הוריש לנכדו הצעיר. נכדו חשש שסבו ישנה את צוואתו ולכן, החליט להמיתו באמצעות רעל. עכשיו הוא תובע את הירושה. **האם יזכה בירושה?** לפי חוק הירושה בניו יורק, האדם הרשום הצוואה הוא היורש. החוק לא קבע סייג לפיו אם אדם רצח את המוריש, הוא לא יירש אותו. **האם המחוקק התכוון שהרוצח של המוריש יירש אותו?** לשון החוק כללית מדי ולכן, עולה השאלה **האם ביהמ"ש רשאי לפרש את החוק בצמצום?**

ביהמ"ש קבע כי כאשר עושים שימוש בפרשנות הגיונית, לעיתים מצמצמים את החוק ולעיתים מרחיבים אותו. הדרך לקבוע האם המקרה הוא בגבולות הפרשנות הצודקת של החוק היא לדמיין שהמחוקק נוכח ולשאול אותו האם הוא התכוון לכלול את המקרה בגבולות החוק? **זה המבחן של אריסטו**. לאחר מכן, על ביהמ"ש להשיב על כך בהנחה שהמחוקק הוא אדם נבון והגון.

פרשנות צודקת (ישרה), אשר מגבילה את לשון החוק הוגדרה ע"י אריסטו: "**טיבו של היושר הוא תיקון הליקוי של החוק שבא מחמת כלליותו**".

**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 "הטבעי" בצדק.
* עקרונות הצדק הטבעי אינם כפופים לחוק (ולהחלטות הרוב).
* לצד המרכיב הטבעי, החוק קובע הסדרים שונים שיש בהם מימד שרירותי והסכמי.

**קיקרו**

משפטן רומי שחי כ-300 שנה לאחר אריסטו, שייך לזרם פילוסופי "הסטואי". **הוא מסכם את התאוריה של המשפט הטבעי**.

"חוק אמיתי הוא הסכמה של התבונה עם הטבע. הוא אוניברסאלי, בלתי משתנה וקיים לעד. הוא מטיל חובה באמצעות מצוותיו ודורש להימנע מעבירות באמצעות איסוריו. יהיה זה חטא לנסות לשנותו או לערער על חלק ממנו או לבטל את כולו. איננו יכולים להתחייב מחובותיו לא ע"י הסנט ולא ע"י העם, ואיננו צריכים לחפש מפרש לחוק מחוצה לנו. לא יהיה הבדל בחוק זה בין רומא לאתונה או בין עכשיו לעתיד, אלא כל החוקים הם נצחיים ואינם משתנים ויהיו תקפים בכל האומות ובכל הזמנים. האדון האחד המושל על כולנו, האל, הוא היוצר של החוק הזה, הוא המכריז עליו והוא השופט."

ההנחה של קיקרו שמשקפת את הזרם הפילוסופי שלו, היא ש**ההבנה של החוק הטבעי היא אינטואיטיבית**. לא צריך להיזקק לפרשן חיצוני, אלא **לאדם יש הבנה בלתי אמצעית**, הוא מתבונן בעצמו ויודע מה נכון לעשות. לתפיסתו, כמו שחוקי הטבע הפיזיקליים אינם משתנים, כך גם חוקי הטבע המוסרי. **המוסר הוא ריאלי, קיים תמיד**. לא מדובר בעניין של הסכמה, אלא **הוא חלק מהטבע, הוא נצחי ובלתי משתנה**. מכאן, שתפיסתו דומה לאריסטו בכך שחוק הטבע לא תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות.

דעתו של קיקרו בנוגע להשתנות החוק בין מקומות וזמנים דומה לאפלטון – עקרונית, ההשתנות שחלה לא מחייבת שהטענה שהחוק נצחי תיסוג.

לתפיסה של המשפט המדיני כמשפט הטבעי יש 2 פונקציות מנוגדות:

1. פונקציה שמרנית: **המשפט של המדינה הוא ביטוי של משפט הטבע**, יישום שלו. ההנחה היא שמשפט הטבע כללי ומופשט, והמשפט המדיני קובע את הכללים המעשיים. תופסים את משפט המדינה כהתגלמות של משפט הטבע ולכן, **משפט המדינה תמיד יהיה צודק ותמיד צריך לציית לו**.
2. פונקציה ביקורתית: **חוק הטבע הינו כלי ביקורתי ביחס למשפט המדינה**. מבקרים את משפט המדינה לאור משפט הטבע, ושואלים: האם משפט המדינה עומד בסטנדרטים של משפט הטבע? קרי, האם הוא צודק ומוסרי? כך אומר קיקרו: "איננו יכולים להשתחרר מחובותיו." דהיינו, **חוק שסותר את משפט הטבע, הוא לא חוק**, זו מערכת "על חוקתית". במקום שאין בחוק המדינה מענה לבעיה מסוימת, ניתן לפנות אל העקרונות המוסריים כחלק ממשפט המדינה. כך פעל חשין בפס"ד פלוני נ' פלונית.

**סיכום המשפט הטבעי:**

* יש עקרונות צדק (מוסר) טבעיים – אוניברסליים ונצחיים.
* האדם מסוגל להכירם באמצעות התבונה.
* עקרונות הצדק הללו (המוסר) הם הבסיס למשפט.
* חוק שאינו תואם את עקרונות הצדק הללו – בטל.
* התוקף של המשפט אינו נובע רק מהמדינה, אלא גם מהמוסר.

**פוזיטיביזם**

**תורת הפקודה של ג'ון אוסטין**

אוסטין טבע את מונח הפוזיטיביזם ובכך, פתח עידן חדש בתורת המשפט. בלאקסטון מעלה אתגר שבהמשך אוסטין ינסה להתמודד איתו.

**גישתו של בלאקסטון:**

המשפט האנושי עומד על שני יסודות: **החוק הטבעי** (המוסר האוניברסאלי) **וחוק ההתגלות** (החוק הדתי, מה שהאל ציווה על האדם דרך כתבי הקודש). חוקי האדם לא יכולים לסתור את החוקים הללו. בניגוד לאריסטו, בלאקסטון מוסיף את חוק ההתגלות בנוסף לחוק הטבעי.

מתוך כך,חוקי המדינה נחלקים לשניים:

1. **חוקים הצהרתיים**: חוקים הנובעים מחוק דתי או מוסרי. חוק שמצהיר על נורמה שקיימת קודם לכן. למשל, איסור על רצח.
2. **חוקים נורמטיביים**: חוקים שהמדינה קובעת, הם אינם נובעים מחוק דתי או מוסרי. למשל, חוקים מסחריים בנושאים כלכליים.

התוצאה: חוקי האדם כפופים לעקרונות המוסר והדין הדתי ולא יכולים לסתור אותם. המשפט כולל גם את החיובים הללו.

המשמעות: לעקרונות המוסר והדת יש תוקף משפטי. החלטת השופט מערבת בין שיקולים מוסריים, דתיים ונורמטיביים. כך, שנימוקים דתיים ומוסריים יהיו נימוקים לגיטימיים. מצב כזה גורם לטשטוש של הדין.

**התפיסה הנגדית של אוסטין:**

תפיסתו הנגדית מנסה להתמודד עם האתגר וטוענת שיש להגדיר את המשפט באופן נבדל מהמוסר ומהדת. הם אינם תחומים חופפים/מעורבבים, אלא נבדלים זה מזה. הוא **מכנה את המשפט האנושי "משפט פוזיטיבי"**. התפיסה מבוססת על **הפרדה בין המשפט לבין המוסר והדת**.

**ניתוח אנליטי של המושגים הבסיסיים, כדי להגדיר מהו המשפט:**

* "חוק"/נורמה: **חוק הוא כלל מדריך שניתן בידי אישיות תבונית אחת לאישיות תבונית אחרת**.

לפי הגדרה זו, קיימות 3 מערכות נורמטיביות עם אישיות תבוניות: (1) **חוקי האל** – משפט הטבע. (2) **חוקים שבני אדם קובעים אחד לשני** – מוסר פוזיטיבי. (3) **חוקים שבני אדם מוסמכים קובעים אחד לשני** – משפט פוזיטיבי.

חוקי הטבע הם מופשטים, הם אינם כתובים בשום מקום. ואילו משפט ומוסר פוזיטיביים הם קיימים, מחוץ לתפיסה הסובייקטיבית של האדם.

* חוקים במובן מטפורי (אנלוגי): חוקי הטבע – הכלל לא מדריך והטבע לא מציית.
* החוק הפוזיטיבי: **החוק שבני אדם מוסמכים קובעים** **–** **חוק המדינה**. המוסר והדת אינם חלק מהמשפט הפוזיטיבי.

1. **חובה**: אדם נמצא תחת חובה כאשר יש עליו איום שאם לא יבצע את רצונו של אדם אחר יגרם לו רע כלשהו (סנקציה). הוא קושר את החובה לאיום בעונש (מכות, כלא, קנס וכו'). ללא האיום, האדם רשאי לפעול לפי רצונו.
2. **פקודה**: דרישה שיש בצידה סנקציה. סנקציה יוצרת חובה ולכן, חוק שיוצר חובה חייב להיות פקודה מחייבת. אוסטין מבחין בין פקודה כללית לספציפית.

* **פקודה ספציפית**: הוראה לעשות פעולה מסוימת. למשל, ההוראה לשלם מיסים.
* **פקודה כללית**: הוראה לעשות פעולה מסוימת באופן קבוע (סדרה של פעולות). למשל, המחוקק קובע שאסור לגנוב, אז כל מי שגונב יאסר. חוק מחייב הוא פקודה כללית.

1. **סמכות**: מי שרשאי לתת פקודה הוא רק מי שיש לו סמכות/כוח כלפי אחר, כלומר, כלפי מי שמקבל את הפקודה. אוסטין מזהה את מושג הסמכות עם מושג ה"כוח". כלומר, היכולת לממש איום. **חוק פוזיטיבי הוא חוק שניתן ע"י אנשים שיש להם עליונות (סמכות) כלפי אחרים**. למשל, שוטר עוצר אדם ומבקש ממנו מסמכים מזהים. אם לא ייתן לו, הוא ייקח אותו למעצר ללילה. מי הגורמים המוסמכים לכך? גורמים מדינתיים – שוטר, מחוקק, ממשלה וכו'. הם יכולים ליצור כלל מדריך שבצידו סנקציה, כי הם מוסמכים לממש את האיום. הואיל ואוסטין מגדיר את מושג החובה כמי שנמצא תחת איום, כל מי שיש לו כוח לאיים יכול לייצר פקודה. למשל, גורמים פרטיים. לכן, **צריך להיות גורם מרכזי לכך במדינה – הריבון**.

* הריבון: החוק הפוזיטיבי הוא החוק של המדינה. המדינה היא ישות פוליטית עצמאית – תושביה מצייתים לאדם אחד או לגוף אחד ולא לאחר. **הריבון הוא מי שרגילים לציית לו והוא אינו מציית לאחרים**. לכל מדינה יש ריבון במובן הזה שכולם מצייתים לו והוא לא כפוף לאף אחד אחר. למשל, במלוכה אבסולוטית זה היה מלך, במערכת דמוקרטית זהו המחוקק.

**תורת הפקודה – התאוריה של אוסטין:**

**החוק הוא פקודה כללית של הריבון**. מכאן, שיש 3 יסודות לחוק הפוזיטיבי:

1. **חוק חייב להיות פקודה** על מנת שיחייב, כי יש בה סנקציה.
2. **הפקודה חייבת להיות כללית**, ולא ספציפית.
3. **הפקודה חייבת להינתן ע"י הריבון**, רק אז היא תהיה לגיטימית ותגבר על פקודות מגורמים פרטיים.

לכן, כאשר דנים בדיון משפטי, **השופט צריך להכריע לפי חוקי המדינה, מה שמייצר חובה**. בכך, "המשפט" הוא תחום נבדל מהמוסר ומהדת.

לסיכום תפיסתו של אוסטין:

* ניסיון להגדיר את המשפט כתחום עצמאי ונבדל מהמוסר ומהדת.
* המרכיב המרכזי במשפט הוא הכוח.
* המשפט מעוגן ברצונו של הריבון – במשטר דמוקרטי, מדובר על הרצון הקולקטיבי המצטבר של העם, שבא לידי ביטוי בכל פקודה של המחוקק.
* על רקע זה, התיאוריה יכולה להגדיר את המשפט של המדינה.

**אתגרים בתאוריה של אוסטין:**

האם אוסטין מצליח לכלול בתאוריה שלו את כל המרכיבים של המשפט?

**התקדים**: במשפט המקובל, הפסיקה היא מקור משפט מרכזי. אולם, לפי אוסטין, פסיקה היא פקודה ספציפית והיא אינה חוק. פתרון: התוקף של הפסיקה כמחייבת, הוא מכוח הסמכות שהריבון, הפרלמנט, נתן בידי ביהמ"ש. השופטים ממונים על החוק מכוח הפרלמנט.

**המנהג**: במשפט המקובל, מנהג הוא מקור משפטי מחייב, מנהג שכולם נוהגים לפיו. אולם, מנהג הוא נורמה שנוצרת ע"י בני אדם ואינו פקודה של הריבון. פתרון: השופטים שמאמצים את המנהג, הופכים אותו לפקודה. כלומר, המנהג לבד איננו מחייב, אלא מהרגע שביהמ"ש מאמץ אותו למקרה מסוים (ומכיוון שיש לו סמכות לקבוע תקדים, זה הופך להיות חוק כללי).

* הפרלמנט הוא הריבון 🡨 נותן סמכותו לביהמ"ש ולכן, הפסיקות של השופטים מחייבות (תקדים) 🡨 השופטים מכירים במנהג ולכן, גם המנהג מחייב.

**חוקים אזרחיים שלכאורה אינם פקודה**: הם אינם פקודה כי אין בצידם סנקציה (למשל, חוק החוזים, חוק החברות, חוק הירושה או חוקי הנישואין). אלו מהווים כללים שמעניקים כוח, אבל לא מטילים חובה. בעוד שלפי אוסטין, חוק חייב להיות פקודה מחייבת. פתרון: הסנקציה היא "בטלות". הכללים קובעים לאילו פעולות יהיה תוקף. המערכת האזרחית כפופה לכוח של המדינה ולכן, יש חובה לנהוג לפי הכללים האזרחיים ואם לא, ניתן להטיל סנקציה. למשל, אם אני רוצה להינשא – זה חייב להיות בדרך מסוימת שהמדינה קבעה. אחרת, לא יהיה תוקף לנישואין (הסנקציה – ביטול הנישואין).

**חוקים שאינם פקודה בכלל**:

* חוקים הצהרתיים או פרשניים: לא מטילים שום חובה או סנקציה, אולם הם חלק ממערך של הגדרות לצורך החוקים האחרים. כלומר, הם דרושים לצרכי המערכת (למשל, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות).
* חוקים מתירים או מבטלים: קובעים על מי יחולו החובות או הזכויות, אך לא כל סעיף הוא פקודה (למשל, חוק רישוי עסקים, חוק לביטול המג'לה).
* חוקים שאינם שלמים: לא מטילים סנקציה כלל. חוק שלם חייב להיות עם סנקציה, שכן אחרת, הוא לא יהיה חוק מחייב. למשל, ס' 323 לחוק העונשין לא מכיל סנקציה. ע"פ ס' זה, לא מוטל עונש על הורה שלא מספק את צורכי מחייתו של ילדיו.

**ביקורות על תורת הפקודה של אוסטין:**

התאוריה של אוסטין הציגה אלטרנטיבה לתורת המשפט הרווחת שהייתה מבוססת על משפט הטבע, אולם יש לה פגמים.

1. התאוריה לא מתאימה לכל מקורות המשפט:

התאוריה מתאימה למקורות מסוימים, למשל חוקים שהריבון מוציא. אולם, במשפט המקובל, חלק מהמקורות הם גם תקדימים או מנהגים. המענה של אוסטין בעניין זה היה כי **הריבון, דהיינו המחוקק, הסמיך את ביהמ"ש ולכן, הוא יכול לקבוע תקדימים**. כמו כן, **ביהמ"ש נותן תוקף משפטי למנהג ולכן, המנהג הופך למקור משפטי מחייב** (כלומר, הסמכות היא מלמעלה למטה). אולם, בהסתכלות היסטורית על המשפט המקובל באנגליה, לא ניתן לטעון זאת:

* **תקדימים**: המעמד של פסיקת בתי המשפט כמקור משפטי, לא נבע מהחקיקה. אין חוק שקובע שביהמ"ש מקבל את סמכותו מכוח החוק. הפרלמנט בדיעבד מכיר במעמדו, אבל לא ברור שהוא נתן תוקף מלא לכל פסיקה שהיא. כך, גם הסמכות של ביהמ"ש לפסול חוקים, שלא באה מכוח החוק.
* **מנהג**: אין חוק באנגליה שקובע שהמנהג מחייב. כלומר, המנהג הוא לא פקודה של הריבון. במשפט המקובל, ביהמ"ש מכיר במנהג המקום מאחר ויש לו מעמד עצמאי וקודם למעמד של פסיקת ביהמ"ש. משכך, ביהמ"ש חייב לפסוק לפי המנהג. התוקף של המנהג אינו נובע מהכרתו ע"י ביהמ"ש.

לכן, נראה שתורת הפקודה של אוסטין לא מתאימה, לפחות, למשפט האנגלי. יכול להיות שהיא מתאימה למשפט הקונטיננטלי כי המקורות שלו לא מבוססים על תקדים או מנהג (התקדים והמנהג לא מחייבים). זה תמוה, כי אוסטין עצמו היה בריטי. מאחר שאנו בקורס מחפשים תאוריה שמתאימה לכל שיטות המשפט (תורת משפט כללית), אז **התאוריה של אוסטין לא מהווה תורת משפט כללית, כי היא מתאימה רק לשיטת משפט מסוימת**.

1. התאוריה לא מתאימה לכל סוגי הנורמות המשפטיות:

פקודה היא ביסודה כלל שמטיל חובה, כי יש בצידו סנקציה. אולם, יש במשפט כללים אשר לא מטילים חובה, אלא מעניקים כוח משפטי. אדם שמקבל כוח יכול ליצור חובה על האחר (לדוגמא, לשוטר יש כוח לעצור אדם אם הוא חושד שהוא ביצע עבירה והאדם חייב לציית לו, לאדם יש כוח לכתוב צוואה והיורשים שלו כפופים לה). חוקים אלו, המעניקים כוח, אינם מטילים חובה ואין בהם סנקציה. **אוסטין מתאים את "כלל הפקודה" גם לכללים שאינם מטילים חובה, אלא מעניקים כוח או זכות או רשות** (חוזים, קניין, חברות, נישואין וגירושין, ירושה וכו'). **הפתרון שלו הוא סנקציית הבטלות** – הפעולה תהיה חסרת תוקף אם לא יבצעו אותה באופן שנקבע בכלל (זו החובה). אולם, החובה היא משנית, אם בכלל קיימת. שהרי, מדובר על תוקף לפעולה משפטית או היעדר תוקף והדרך לעשות זאת אינה חובה, אלא רצונו של האזרח (לדוגמא, אם אדם מעוניין להינשא או לא, או אם הוא מעוניין לכתוב צוואה או לא). אוסטין מנסה להכניס את כל הכללים המשפטיים לדפוס אחד, אולם הראייה צריכה להיות מגוונת יותר.

1. מושג "הריבון":

**אוסטין הגדיר את הריבון כמי שכולם מצייתים לו והוא לא מציית לאף אחד**. הגדרת הריבון מתאימה למונרכיה, כי כל הכוח מרוכז אצלו, כמו מלך. אולם, **במשטר דמוקרטי, הריבון עצמו כפוף לחוק**. בעבר מקור החוק היה המלך וכולם צייתו לו והוא לא היה מחויב לאף אחד. ואילו כיום, במדינות דמוקרטיות, הריבון לא נתפס כמישהו מעל החוק. הוא בעצמו כפוף לנורמות שמעליו – חוקי היסוד.

1. מושג ה"חובה":

הביקורת של הארט, שהציע תאוריה פוזיטיבית חלופית. אוסטין הסביר שרק אם יש איום בסנקציה, קמה החובה. לדוגמא, שודד נכנס לבנק ודורש את הכסף. הוא אומר לפקיד שאם לא ייתן לו את הכסף הוא ירה בו. **מה הפירוש לאמירה שאדם חייב לעשות משהו?**

* **פירוש פסיכולוגי**: לפי אוסטין, החובה נובעת מתחושה פסיכולוגית של פחד מהסנקציה שתוטל על אדם. אולם, לפי הארט, יש להבחין בין "חובה" כמושג נורמטיבי, לבין תחושת החובה או ההכרח שיש באיום. לפי אוסטין, יש לפקיד חובה לתת את הכסף לשודד שמאיים עליו שיהרוג אותו. הפירוש הפסיכולוגי הוא שאצל האדם עולה תחושת אילוץ, תחושת כורח לבצע את החובה המוטלת עליו. אבל, לא כל איום יוצר חובה נורמטיבית לציית לחוק.
* **פירוש אובייקטיבי**: לפי אוסטין, אם מצייתים לחוק הוא יגרום לטוב, ואם לא, יגרום לרע. הארט מציע פירוש אחר, לפיו היחס בין הסנקציה לבין החובה הוא הפוך – בגלל שיש חובה יש סנקציה, ולא הפוך. אם האדם לא יפעל כפי שקבוע בחוק (לפי חובתו) אז תוטל עליו הסנקציה. כלומר, חובה מתארת באופן אובייקטיבי את התוצאה שתיגרם אם אדם לא יבצע את המעשה שעליו לבצע. הגישות שלהם מנוגדות – אוסטין סבור שהסנקציה מטילה חובה, ואילו הארט סבור שהחובה מטילה סנקציה. לפי הארט, חובה אינה הכרח, אלא עניין נורמטיבי. היא מגבילה את החירות של האדם לא באמצעות כוח, אלא באמצעות טעם.

**תורת המשפט הטהורה של קלזן**

הנס קלזן היה משפטן אוסטרי שפעל במחצית הראשונה של המאה ה-20. קלזן הציג תיאורה פוזיטיבית של המשפט, נק' המוצא שלו היא תורתו של אוסטין, לאחר שהשתכנע כי זו שיטת המשפט הנכונה. אך, הוא מציע לה אלטרנטיבה לאור הביקורות שהושמעו כנגדה.

הוא מגדיר את המשפט כ**"מערכת של נורמות שיוצרת סדר חברתי שנאכף ע"י המדינה"**. דהיינו, קלזן מזהה את המשפט עם המדינה – **רק המשפט שנאכף ע"י המדינה הוא משפט**. משפט אחר שקיים ושאנשים נוהגים על פיו במסגרות ווולונטריות הוא לא משפט, מאחר ולא נאכף ע"י המדינה (למשל, משפט עברי כיום). בדומה לאוסטין שזיהה את המשפט עם הריבון, הוא ממשיך את הרעיון, אך ללא מושג הריבון.

קלזן קורא לתיאוריה שלו "תורת המשפט הטהורה". במילה "טהורה" הוא מתכוון לשני דברים:

1. **המשפט כולל נורמות משפטיות בלבד**. בדומה לאוסטין, שביקש להבחין בין המשפט לבין מערכות נורמטיביות אחרות כדוגמת המוסר או הדת.
2. **המשפט מבוסס על מערכת של נורמות ולא על עובדות**. לפי קלזן, אי אפשר לבסס את המשפט על עובדות, אלא יש להסתכל קודם על מה שרצוי ולפי זה להסיק נורמות. הן נקבעו כנורמות כיוון שראוי/רצוי שיהיו קיימות.

הכשל הנטורליסטי:

אם נסיק מסקנות נורמטיביות של מה צריך להיות ע"פ העובדות שהטבע מגדיר, נעשה דבר מוטעה. למשל, העובדה היא שבעלי חיים מגדלים את צאצאיהם ושבני אדם הם בעלי חיים 🡨 משתי עובדות אלו, אם נסיק כי בני אדם חייבים לגדל את צאצאיהם, זו תהיה מסקנה מוטעית. המסקנה לא נובעת משתי העובדות, מכיוון שאין בהן את מושג ה"חובה". מסקנה זו מוטעית ומהווה כשל לוגי. **העובדות לא יוצרות שום נורמה, ההחלטה לעשות/לא לעשות איננה תוצאה של עובדות**. לפי קלזן, **עצם קיומה של עובדה מסוימת, לעולם לא מטילה חובה נורמטיבית** – החובה הנורמטיבית בלתי תלויה בעובדה (אפילו אם העובדה היא חלק מהמערך הנורמטיבי). **רק נורמה יוצרת חובה**.

הבחנה בין משפט ומוסר:

קלזן רואה את המשפט כעצמאי ונפרד מהמוסר. לדעתו, **המוסר הוא מערכת לא רציונלית, נון-קוגניטיבית, ואילו המשפט הוא מערכת רציונלית** **וניתנת להכרה**. במובן זה, הוא חולק על תורת משפט הטבע. קלזן סבור שהמוסר הוא עניין רגשי ואינטואיטיבי, לא ניתן לנסח באופן רציונלי מערכת חוקים שכולם יסכימו עליה בהתבסס על המוסר.

**מערכת המשפט ומושג התקפות:**

נורמה משפטית אינה מחייבת מאליה, אלא מכוח נורמה משפטית אחרת. ליחס הזה קוראים **תקפות**. המשפט הוא שרשרת של נורמות שקשורות במערכת של תקפות.

פירמידות הנורמות:

תמונה שמכילה טקסט, שלט

התיאור נוצר באופן אוטומטילפי פירמידת הנורמות, **כל נורמה משפטית מקבלת תוקף מהנורמה שמעליה**. לכן, יש במערכת המשפט **אלמנט של אחידות**, מושג התקפות קושר בין כל נורמה ספציפית לשיטה המשפטית. כלומר, **כל הנורמות מתכנסות למקור אחד**. נוכל לדעת שנורמה מסוימת תקפה באותה מדינה, אם ניתן לקשור אותה אל מערכת המשפט (אל מדרג התקפות). דהיינו, כל שתי נורמות או יותר, ששייכות למערכת, בעלות מקור משותף אחד לפחות.

לסיכום, **חובה משפטית וכללים משפטיים, באים מכוח המערכת**. הם אינם עומדים לבד.

עולה קושי מפירמידה זו, שכן אם כל נורמה נשענת על נורמה אחרת, אזי על מה נשענת הנורמה הראשונה (החוקה)? קלזן סבור שיש **נורמה בסיסית**, שכל מערכת משפט עומדת עליה – **יש לציית לחוקה (ובהעדר חוקה, לחוקי הפרלמנט) ויש להניח באופן לוגי שנורמה מסוג זה קיימת**.

הנורמה הבסיסית: נורמה זו איננה כתובה בשום מקום ולכן, היא איננה עובדה. אין תשובה ברורה לשאלה כיצד היא מתקבלת. **הנורמה הבסיסית היא הנורמה היחידה שאינה נהיית תקפה מכוח נורמה אחרת, אלא זו שנותנת את התוקף לכלל המערכת**. כוחה נובע מהתוכן שלה והיא מעניקה תוקף לכל מערכת המשפט.

הנורמה הבסיסית מגדירה את מערכת המשפט. שיטה משפטית משתנה אם הנורמה הבסיסית משתנה. למשל, הנורמה הבסיסית בארץ ישראל לפני הקמת המדינה הייתה ציות לחוקי ממשלת המנדט הבריטי. לאחר הקמת מדינת ישראל, מערכת המשפט הייתה זהה לחלוטין למערכת המשפט של המנדט הבריטי. אולם, **הנורמה הבסיסית השתנתה – ציות לחוקי הכנסת**. שיטת המשפט הקודמת הייתה בריטית, ואילו שיטת המשפט החדשה היא ישראלית. חוץ מהנורמה הבסיסית, דבר לא השתנה.

נורמה משפטית שאינה מתייחסת לנורמה הבסיסית של השיטה, אינה חלק מהשיטה. שתי נורמות משפטיות שייכות לשיטה משפטית אחת אם שתיהן מתייחסות לאותה נורמה בסיסית.

לפי קלזן, **המשפט מחייב בשל התוקף שלו ולא בשל התוכן שלו**. אין פה שאלה של מה צודק/לא צודק.

קלזן מבחין בין 2 סוגים של יחסים שמתקיימים בתוך מדרג הנורמות:

1. **יחסים דינמיים**: נורמה משפטית מעניקה כוח לנורמה אחרת ליצור נורמות נוספות. למשל, הקביעה שהכנסת הינה הרשות המחוקקת והיא זאת שנותנת כוח לכנסת לחוקק חוקים. הכוח של הכנסת לחוקק חוקים הוא כוח דינמי.
2. **יחסים סטטיים**: מצב שבו נורמה עליונה מגבילה את הנורמה התחתונה, מכיוון שהיחסים נובעים מתוך היסק של עיקרון קיים. למשל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע זכויות אדם אשר יוצרות מגבלות על הכוח של הכנסת.

במערכת המשפט יש שילוב של יחסים אלו. מחד, יש וקטור שנותן כוח לכנסת לחוקק חוקים ומאידך, וקטור שמגביל את כוחה.

**אפקטיביות השיטה – הבחנה בין משפט נוהג למשפט היסטורי:**

כאשר עוסקים במשפט כמערכת נורמטיבית טהורה ולא על עובדות, מתעוררת השאלה כיצד נבחין בין מערכת משפט נוהגת לבין מערכת משפט שאיננה נוהגת (היסטורית)? שהרי יש בחברה כל מיני מערכות של נורמות טהורות שלכל מערכת יש נורמה בסיסית משלה. למשל, מערכת הנורמות ההלכתיות, שבה הנורמה הבסיסית היא לציית לתורה. קלזן תובע את המושג **"אפקטיביות השיטה"**.על מנת לבדוק האם השיטה אפקטיבית, נבחן את **מבחן האפקטיביות – האם הנורמות נאכפות?** בעיני קלזן, שיטת משפט שאיננה נאכפת, היא לא משפט המדינה. **הנורמות שנאכפות ע"י המדינה מסמלות את המשפט הנוהג**.

מקור החובה לציית לחוק: אוסטין טען שהסנקציה יוצרת את החובה. אצל קלזן, **הסנקציה מעודדת את הציות**. לשיטתו, **החובה נובעת מהנורמה עצמה**.

קלזן הלך בכיוון של אוסטין בניסיון להגדיר את המשפט כתחום נפרד, אך הוא מציע הגדרה אחרת מאוסטין לשאלה מהו חוק. לפיו, **חוק הוא כל מה שמקבל תוקף מהנורמה הבסיסית**.

**תורת המשפט של הארט**

הארט הוא פילוסוף של המשפט שפעל באנגליה, החל מסוף מלחמת העולם השנייה ועד לשנות ה-90.

**מושג החובה:**

בשיעורים הקודמים הצגנו את הביקורת על מושג ה"חובה" של אוסטין, אותה הוא מבסס על איום בסנקציה. הארט מבקר זאת, וטוען שאם כך, כל שודד המאיים בנשק על אדם אחר, מטיל על אותו האדם חובה, דבר אשר לא מתקבל על הדעת, שכן הוא מבלבל בין מושג האילוץ, ההכרח, לבין מושג החובה הנורמטיבית.

הארט טוען כי **מושג החובה אינו אילוץ או הכרח, אלא עניין נורמטיבי**. **החובה הנורמטיבית מגבילה את החירות באמצעות טעם לפעולה, ולא באמצעות כוח שנובע מאיום**. היא גורמת לעשות דבר מה או להימנע מעשייתו, אם יש טעם לכך. **חובה קיימת כאשר יש כלל שמטיל חובה**.

ישנם 2 סוגי טעמים לחובות:

1. **חובות לפי טעם רציונלי**: הכרה סובייקטיבית של האדם בחובה מוסרית כלשהי.
2. **חובות לפי טעם חברתי**: חובה אובייקטיבית שהחברה מטילה על חבריה 🡨 הארט ינסה להסביר טעם זה.

הארט מבחין בין שלושה כללים חברתיים:

1. **הרגל**: סדירות של פעולות שבני אדם עושים במסגרת חברתית. לדוגמא: לבוש בין קהילות שונות, דרכי אכילה, ניצול הפנאי וכו'. ישנם כל מיני הרגלים שאנו עושים אשר קשורים לחברה בה אנו חיים, כלומר הם תלויים בחברה. אולם, **הם לא יוצרים חובה**.
2. **כלל שקובע סטנדרט**: כללים הקובעים כיצד נוהגים, באופן הדוק יותר מהרגל. בעוד שהרגל הוא דבר גמיש יותר, אלו כללים נוקשים והדוקים יותר. לדוגמא: כללי לשון, כללי נימוס, כללי משחק וכו'. גם כאן, **הם** **לא יוצרים חובה**.
3. **כלל שמטיל חובה**: כללים נוקשים יותר, המטילים חובה. כלומר, התנהגות בניגוד לכללים אלו תגרור ביקורת. כאשר יש גינוי להתנהגות, אז ניתן להגיד שיש חובה חברתית. בכללים מסוג זה יש חובה פוזיטיבית במובן הזה שהחברה מגנה התנהגות שנוגדת את הכללים האלו. בסוג זה, ניתן להבחין בין שני כללים המטילים חובה:

* כללים המטילים **חובה מוסרית**, בהם הביקורת תהיה **ביקורת חברתית** – גינוי חברתי.
* כללים המטילים **חובה משפטית**, בהם הביקורת תהיה **ביקורת מוסדית** – גינוי וענישה מצד המדינה.

**הבחנה בין חובה מוסרית לחובה משפטית:**

חובה מוסרית – חובה הנובעת מכללים:

1. **מוסר פוזיטיבי (נוהג)**: מוסר הנוהג בחברה נתונה. בחברה יש כללים חברתיים המביאים לביקורת חברתית. הם אומרים כיצד לנהוג. המשפט הפוזיטיבי אינו תלוי באמונת אדם, אלא תלוי חברה.
2. **מוסר אידיאלי**: כללים שאדם מאמין בהם בלי קשר לעמדת החברה. מתוך כך, יכולה להיות מחלוקת במוסר האידאלי בנושאים כמו זנות, סחר באיברים, צמחונות וכו'. הפרה של המוסר האידאלי לא בהכרח תגרור גינוי חברתי.

חובה משפטית:

חובה משפטית מחייבת כלל משפטי שמטיל חובה. חובה הנובעת מכלל 🡨 הכלל גורר ביקורת על המפר אותו 🡨 הביקורת תתבטא בענישה. המשפט הוא פוזיטיבי, הוא מכיל רק את הכללים שהחברה/המדינה קבעה.

כדי להסביר את החובה המשפטית, הארט עושה הבחנה בין שתי נקודות מבט על החוק:

1. **נקודת מבט חיצונית**: משקיף חיצוני מתאר את המציאות הקיימת – את הכללים ואת התוצאות של הפרתם. הוא יכול לנבא את התוצאה ואת הסנקציה שתבוא בעקבות ההפרה של הכללים. אך, המשקיף החיצוני לא רואה בתוך הכלל את הטעם לפעולה.
2. **נקודת מבט פנימית**: משקיף פנימי רואה את הכללים כהדרכה איך לנהוג – החובה נובעת מהפנמת הכללים, הוא רואה את הכלל ומבין ממנו את הטעם לחובה. הוא לא רואה את הסנקציה אם תהיה הפרה של החובה.

כאשר אנו רואים את הכלל המשפטי כטעם לפעולה, אנו משקיפים מנקודת מבט פנימית, בעוד כאשר אנו רואים את הכלל המשפטי כמנבא סנקציה, אנו משקיפים מנקודת מבט חיצונית.

**הגדרת המשפט:**

על מנת להבין את המשפט, הארט מתאר **חברה פרימיטיבית-קדם משפטית**.

כיצד פועלת חברה ללא משפט? יש בה מערכת כללים מחייבת, אך אין בה מוסדות משפטיים, אין מחוקק ובתי משפט. חברה כזו חיה לפי מסורת ומנהגים מקובלים. חברה מסורתית שבמשך הזמן יוצרת לעצמה כללים. לכללים אלו, החלים על החברים בחברה, הארט קורא "**כללים ראשוניים**". **החברה כופה את הציות לכללים באמצעות לחץ חברתי**. בד"כ מדובר על קהילות קטנות, למשל שבט או משפחה.

הבעיות בחברה כזו:

1. **היעדר מקום מוסמך לחוק**: אין מחוקק. הכללים שנוצרו במהלך השנים לא כתובים, דבר הגורם לחוסר וודאות בנוגע לתוכן החוק. לא יודעים בדיוק מה החוק אומר ואין כללים ברורים בנושאים מורכבים יותר. למשל, מה בדיוק גבולות השטח של כל אדם, או איך מבצעים עסקה מורכבת.
2. **היעדר מנגנון** **שינוי**: מכיוון שאין מחוקק, אין מנגנון שמאפשר לשנות את החוק כתוצאה מהתפתחויות. לא יודעים איך לשנות את החוקים. דבר זה מייצר חברה סטטית, שהשינויים בה איטיים והדרגתיים, נוהגים כפי שנהגו בעבר.
3. **אין מנגנון אכיפה יעיל**: אמנם ישנו גינוי אם מפרים את הכללים, אולם אין מוסד שיברר את הסכסוך (ביהמ"ש) או מערכת חקירה. כך, שהאכיפה לא יעילה.

הארט סבור כי **ניתן לפתור את הבעיות הללו, כאשר עוברים למצב של מערכת משפט משוכללת**, ע"י הוספת "כללים משניים":

* הכללים הראשוניים: כללי "עשה" ו"אל תעשה". כללים המופנים לפרטים בחברה וקובעים איך לנהוג.
* הכללים המשניים: כללים המופנים אל הכללים הראשוניים בעצמם. הם מאפשרים ליצור את הכללים הראשוניים. קובעים איך ליצור כללים מסדר ראשון, לשנות אותם ולאכוף אותם. למעשה, זו **המערכת שמכוננת את מוסדות החקיקה והשפיטה**. ישנם שלושה סוגים של כללים שיתנו מענה לבעיות של השיטה הפרימיטיבית.

3 סוגים עיקריים של כללים משניים שיפתרו את שלושת הבעיות:

1. **כלל הזיהוי** (Rule of Recognition): **כלל שמזהה את החוק**, אומר מהו החוק. אלו כללים שמגדירים את הדרך לזהות כללים ראשוניים. בצורה הכי בסיסית, הוא מעלה על הכתב את החוק הנוהג או מצביע על ספר/לוח שבו כתוב החוק. בצורה משוכללת הוא מזהה מקור משפטי שיכול ליצור חוק (מזהה את המחוקק). כפועל יוצא, אם יש מחוקק אחד באותה מערכת משפט, אזי הכלל מאחד את כל החוקים למערכת משפט אחת. כלל שייך למערכת משפט אם הוא מזוהה ע"פ כלל הזיהוי.

תפקיד כלל הזיהוי – מקור סמכותי לדעת מהו החוק, הופך את הכללים הראשוניים מכללים נפרדים למערכת של כללים, מקור סמכותי ליצירת חוקים.

🡨 פותר את בעיית הוודאות.

1. **כללי שינוי**: **מעניקים לאדם או לגוף כוח לשנות את הכללים הראשוניים**, קובעים פרוצדורה לעשות זאת. כללים אלו **מגדירים את המוסדות המשפטיים**, הם קובעים מנגנון שיכול לשנות את החוק (מחוקק). לכן, כלל זיהוי מפותח, משתלב עם כלל השינוי. כללי השינוי קובעים פרוצדורה כיצד לשנות את החוק (אופן הליכי החקיקה).

🡨 פותר את בעיית הסטטיות.

1. **כללי השפיטה**: קובעים מיהו הגוף השופט. מעניקים כוח לאדם או לגוף לקבוע האם הכללים הראשוניים הופרו. קובעים את הפרוצדורה לעשות זאת. מגדירים מוסדות משפטיים: שופט, בימ"ש, סמכות שיפוט, דרכי שפיטה.

🡨 יוצר מערכת אכיפה יעילה.

כל התיאוריות הפוזיטיביות מחפשות הגדרה למשפט – אוסטין בחר בפקודה הכללית, קלזן בחר בנורמה הבסיסית ("יש לציית לחוק") ואילו **הארט בחר בכלל הזיהוי – בו נתמקד**.

**כלל הזיהוי**

תפקידו: **לקבוע/לזהות מהו החוק**. הזיהוי יוצר אחידות בשיטת המשפט, מכיוון שכלל הזיהוי הוא כלל העל שקובע "מהו החוק בשיטת משפט נתונה".

התוכן של כלל הזיהוי: קובע את מקורות המשפט (בהתאם לשיטה), כלל זיהוי בסיסי מצביע על החוק (ספר, לוח). כלל זיהוי מפותח מצביע על מקורות החוק (מחוקק, תקדימים של בתי משפט).

התוכן שלו אינו אחיד, אלא משתנה משיטה לשיטה, כלומר התוכן שלו נקבע ע"פ שיטת המשפט. הארט רגיש לכך ששיטות משפט שונות מזהות מקורות משפטיים שונים (למשל, כלל הזיהוי באנגליה שיצביע על תקדים כמקור משפטי אינו זהה לכלל הזיהוי בשיטה הקונטיננטלית שלא יזהה תקדים כמקור משפטי). אפשר לומר, שתוכנו הוא המקורות של החוק.

היתרון של הארט: הוא לא קובע מה התוכן של כלל הזיהוי, התוכן שלו משתנה משיטה לשיטה. **הוא רק קובע כי בכל שיטה יש כלל זיהוי**, יש כלל שמזהה את המקורות המשפטיים שלה. אולם, הוא לא קובע את התוכן.

איך יודעים מהו כלל הזיהוי בשיטה משפטית נתונה? **כלל הזיהוי הוא כלל בלתי כתוב**, כי הוא צריך לזהות מה נחקק. הארט מחפש נורמה שנמצאת בבסיס מערכת המשפט, מעין כלל מקדים. מערכת המשפט לא יכולה להעיד על עצמה שהיא חוק. צריכה להיות נקודה חיצונית שעליה יהיה ניתן להישען. **הארט קורה לנורמה העליונה הזו "כלל הזיהוי"**.

הארט מדמה לכללי משחק: במשחק כדורגל יש שחקנים, יש גול, יש חוץ ויש פנדל. יש שופט ששורק ומצהיר על כל המהלכים. יש כללים למשחק. הארט אומר שיש מערכת כללים סמויה שלפיה מתנהל כל המשחק. **כלל הזיהוי הוא אותו כלל יסודי שלפיו המערכת מתנהלת מבלי שהוא כתוב בשום מקום**. כלל הזיהוי אינו עומד בפני עצמו, תמיד יש נורמה מאחוריו.

ניתן לדעת מהו הכלל ע"י "התבוננות על המשחק". כלל השחקנים בזירה המשפטית פועלים לפי כלל הזיהוי – הפקידים, השופטים ואזרחים מהשורה. **הארט יסתכל על השחקנים האלה ויבחן לפי איזה חוק הם פועלים, מה הם רואים כמחייב**. **את כלל הזיהוי למדים מהתבוננות על דרך הפעולה של השחקנים**.

מכל השחקנים, **הגורם הטוב ביותר שממנו ניתן ללמוד מהו כלל הזיהוי הוא** **בית המשפט**. דרך קריאת פסקי הדין ניתן לזהות את כלל הזיהוי בשיטת משפט נתונה, לאתר מהו החוק. בתי המשפט עדיפים מכיוון שהם פורסים תמונה משפטית שלמה, הם מנמקים את ההחלטות שלהם ובמובן הזה נותנים את הדיווח הטוב ביותר על החוק. כמו כן, הם צינור ישיר ליישום החוק, הם פועלים מכוח החוק או מכוח תקנות שהוצאו מכוחו.

מי קובע את כלל הזיהוי בשיטת משפט נתונה? כלל הזיהוי איננו נחקק ע"י המחוקק, אלא **מתקבל באופן ישיר ע"י שחקני המשפט**. מקבלים את כלל הזיהוי ברגע מכונן (בד"כ הקמת המדינה או מהפיכות מסוגים שונים).

בישראל, בעת בה קמה המדינה, נקבע כי שיטת המשפט אשר תישאר בארץ היא שיטת המנדט הבריטי. הדבר הראשון שמועצת העם קבעה הוא ה"מנשר": "החוק שהיה קיים ערב הקמת המדינה, ימשיך לעמוד בתוקפו גם לאחר הקמתה". כלומר, החוק הקודם של המשטר הבריטי ממשיך לחול בארץ, אך מעתה, מועצת העם יכולה גם לסטות ממנו ולקבוע חוק חדש. לכן, בשלב הבא נחקקה הפקודה לסדרי שלטון ומשפט, היא כוננה את מערכת המשפט בישראל. היא הוסיפה למנשר כך: "בשינויים המחויבים עם הקמת המדינה". למשל, בכל מקום שכתוב "נציב עליון" הכוונה תהיה לחלופי לו במדינה החדשה. לאחר המהפכה החוקתית, בעקבות פס"ד המזרחי, **כלל הזיהוי השתנה**. בפסק הדין נקבע כי חוקי יסוד מקבלים מעמד עליון. ביהמ"ש קבע כי חקיקה של הכנסת כפופה לחוקי היסוד. כלומר, עליהם לציית לחוקי היסוד.

לסיכום, בישראל, עד שנת 1995, כלל הזיהוי זיהה את הכנסת ובתי המשפט כמקורות המשפט. משנת 1995 (המהפכה החוקתית), כלל הזיהוי השתנה וזיהה את חוקי היסוד כמקור משפטי. לפי הארט, **בתי המשפט קובעים את כלל הזיהוי בשיטה**.

תפקידי כלל הזיהוי:

* **וודאות**: מבחן ברור כדי לדעת מהו החוק.
* **תקפות**: מעניק תוקף לכללי המשפט. יש לשאול האם לפי כלל הזיהוי בשיטת משפט נתונה, מקור זה מחייב משפטית. בישראל, הוראות הרבנות הראשית לא מחייבות, הן כלל ציבורי. אולם, פסיקת בתי המשפט מחייבת לצד היותם של פסקי הדין ראי לזיהוי כלל הזיהוי.
* **אחידות מערכת המשפט**: נשאל אם נורמה משפטית שייכת לשיטת משפט, נבחן אם היא מזוהה ע"י כלל הזיהוי.
* **מקור אולטימטיבי של המשפט**: כלל הזיהוי הוא המקור המשפטי האחרון/הסופי של מערכת המשפט.

השוואה לאוסטין:

* **כלל הזיהוי אינו תלוי בריבון**, הוא מזהה את מערכת המשפט באופן בלתי תלוי בריבון.
* **כלל הזיהוי מתאים לכל מקורות המשפט**, להבדיל מאוסטין, אשר אצלו, כלל הזיהוי אינו מתאים לכל מקורות המשפט (למשל, לתקדימים של בתי המשפט, או למנהגים).
* **כלל הזיהוי מתאים לכל סוגי הנורמות** (כוח וזכות).
* **כלל הזיהוי מתאים לשיטות משפט שונות** (גמיש).

השוואה לקלזן:

* הנורמה הבסיסית היא מושג מופשט (פיקציה), ואילו **כלל הזיהוי הוא כלל חברתי** (פוזיטיבי). כלומר, אצל קלזן זה נשאר בתחום הלוגיקה, בעוד להארט חשוב לעגן את זה בכלל חברתי.
* הנורמה הבסיסית קשיחה (אחידה), ואילו **כלל הזיהוי גמיש**, הוא מתאים לשיטות משפט שונות.

סוגי כללי זיהוי:

1. **כלל זיהוי פשוט**: מזהה מקור משפטי אחד (מחוקק).
2. **כלל זיהוי מורכב**: מזהה כמה מקורות משפטיים: חוקה, מחוקק, בתי משפט, מנהג. המשפט הוא לא רק תוצר של המחוקק. כמו כן, קובע את המדרג ביניהם (לדוג', פסיקה ומנהג כפופים לחוק). המחוקק מתקן את פסיקות בתי המשפט באמצעות החוק כי הכנסת עליונה.

2 סוגים של כלל זיהוי מורכב:

1. **זיהוי ישיר**: כלל הזיהוי מזהה את הפרלמנט (חקיקה) 🡨 קובע תוקף לפסיקת בתי המשפט (פסיקה) 🡨 נותן תוקף למנהג. דגם זה מדרג ביניהם (פסיקת בתי המשפט מחייבת מכוח כלל הזיהוי לפי דגם זה). כלומר, לפי דגם זה אין פירמידת נורמות אחת.
2. **זיהוי ע"י גזירה**: כלל זיהוי מזהה את החוקה (חוקי היסוד) 🡨 מחוקק 🡨 בתי המשפט ומנהג. כלל הזיהוי מזהה רק מקור אחד וע"י גזירה מזהה מקורות נוספים.

זהו דגם תיאורטי שצריך להיקבע לפי השיטה.

מה מתכונת כלל הזיהוי הישראלי?

חוק יסודות המשפט: "ראה ביהמ"ש שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה ברורה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש, יכריע בה לאור עקרונות הצדק, החירות, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל". חוק זה בעצם מונה את מקורות המשפט בישראל, **הוא מונה אותם בסדר מסוים**: דבר חקיקה 🡨 הלכה פסוקה (דהיינו, הלכה של ביהמ"ש) 🡨 היקש 🡨 עקרונות הצדק, החירות, היושר והשלום. נראה כי המחוקק אינו נותן תוקף למנהג, שכן הוא השמיט אותו מהחוק. עולה השאלה, האם בישראל המנהג מחייב או לא?

אם מתכונת כלל הזיהוי הישראלי היא **זיהוי ע"י גזירה** – ניתן לומר כי כלל הזיהוי מזהה את הכנסת והכנסת מזהה את המקורות שבחוק יסודות המשפט (חקיקה, הלכה, היקש וכו'). לכן, אם המחוקק לא נתן תוקף למנהג אז המנהג בישראל אינו מחייב. אולם, לדעת רוב המלומדים המנהג כן מחייב בישראל. מה ההסבר לך? אם מתכונת כלל הזיהוי היא **זיהוי ישיר**, אזי המנהג אכן יכול להיות מחייב, שכן הזיהוי שלו לא קשור בכנסת, אלא המעמד שלו הוא מעמד עצמאי. כלל הזיהוי זיהה את המנהג באופן ישיר ולכן, הוא מחייב. מכאן, שזה המודל שחל בישראל.

**פוזיטיביזם**

לפי הארט, **המשפט נוצר ע"י קביעות חברתיות** (חקיקה וכו'). המשפט איננו דבר מופשט, אלא הוא מה שחברה/מדינה נתונה קובעת באמצעות חקיקה, פסקי דין וכו'. עקרונות מופשטים (מוסר) הם אינם חלק מהמשפט, אם הם לא נקבעו בחוק. לכן, **התפיסה הפוזיטיבית מניחה הפרדה עקרונית בין המשפט והמוסר**. המוסר יהיה חלק מהמשפט אם המשפט יאמץ אותו.

**יסודות הפוזיטיביזם:**

* הגדרת המשפט כתחום עצמאי ונפרד מהמוסר והדת.
* המשפט מבוסס על עובדות חברתיות ולא על עקרונות משפטיים.
* ההבחנה בין משפט רצוי לבין משפט מצוי – הפוזיטיביסט מסתכל על המשפט כעניין עובדתי.

**הפרדה בין משפט ומוסר:**

עיקרון זה מאפיין את המשפט המודרני. בעיקרון זה החזיקו בנתהם, אוסטין, קלזן והארט. הם פיתחו תורת מוסר תועלתנית ודגלו בעקרונות ליברליים כמו זכויות אדם, חופש ביטוי, חופש קניין, חירות אישית ועוד. עקרון ההפרדה לא נועד ליצור משפט שאינו מוסרי ולא נועד לקדש את החוק הלא-מוסרי.

מדוע לאחר מלחמת העולם השנייה החלו להסתייג מהפוזיטיביזם? לאחר מלחמת העולם השנייה גברה הנטייה להכניס למשפט את היסוד המוסרי וחלה נסיגה של הפוזיטיביזם. הארט מעלה את השאלה האם מהלך זה מוצדק? זה המוקד של מאמרו והאתגר איתו הוא מתמודד.

**המשפט שואף להתאים לעקרונות מוסריים**. אך, התוקף של המשפט אינו נובע מעקרונות מוסריים, אלא נובע מהחלטות חברתיות – מה המחוקק או ביהמ"ש קבע. לכן, מנקודת מבט פוזיטיבית, אין לקבל את האמרה לפיה "מה שלא צודק לא חוקי", וגם להיפך, אין לקבל את האמרה לפיה "מה שחוקי צודק". כאשר עולה השאלה מה צודק ומה לא, שאלה זו היא בספירה המוסרית והיא אינה משפיעה על הספירה המשפטית.

**ביקורת אנליטית על הגישה הפוזיטיבית:**

הכללים המשפטיים הם עמומים ולא ברורים כל כך. יש המון שאלות כאשר באים ליישם את החוק. הואיל והכללים המשפטיים הם עמומים, זאת אומרת הם דורשים פרשנות, אזי כאשר ביהמ"ש מפרש אותם, הוא ממילא נאלץ להיכנס לשיקולים מוסריים. לדוגמא, פס"ד פלוני – עלתה שאלה מהי העילה להכריז על ילד בר-אימוץ? המושג של "אי-מסוגלות הורית" היה עמום מאוד. על כן, שופטי הרוב הכניסו אליו שיקול מוסרי.

מכאן, שהמלאכה של הפירוש היא תמיד כזו שיכניסו אליה שיקולים מוסריים. תומכי הגישה הפוזיטיבית סבורים שיש רק שיקולים משפטיים, אולם זה לא נכון. העמימות היא טבעית ולכן, הכללים המשפטיים מעוררים תמיד שאלות. זוהי מעין מגבלה של השפה. **הביקורת היא כי הפרדה זו בלתי אפשרית**.

תשובתו של הארט לביקורת זו: לא כל הכללים עמומים. יש כללים ברורים, ויש מרכיב בכל כלל שהוא ברור. כלומר, יש שוליים עמומים, אולם הגרעין של הכלל הוא ברור. בשוליים העמומים הוא סבור שאכן יש מקום לשיקולים מוסריים, חברתיים, כלכליים וכו'. **הארט סבור שרוב הכללים ברורים ולא צריכים להכניס אליהם שיקולים אחרים**.

**ביקורת מוסרית על הגישה הפוזיטיבית:**

ביקורת חריפה יותר לפיה, **קבלת החוק כמחייב, ללא ביקורת מוסרית היא מסוכנת**. המשפט הנאצי היה מבוסס על חוקים. אם הוא היה נשפט ע"י שיטת המשפט הפוזיטיבית, אזי חוק הוא חוק גם אם אינו מוסרי ועל כן, ההנחה היא כי היה צריך לציית לחוקים הנאצים. אם שופטים היו מחזיקים בתפיסת משפט טבע הם לא היו מצייתים לחוקים הנאצים.

תשובתו של הארט לביקורת זו: הבחנה בסיסית בפוזיטיביזם היא ההבחנה בין משפט מצוי לרצוי. השאלה היא מה המשפט הקיים, ולא מה המשפט הראוי. **העובדה שיש חוק ויש חובה משפטית לקיים אותו אינה אומרת שיש חובה מוסרית לקיים אותו**. כלומר, יש מקום לביקורת מוסרית על החוק. המקרה של החוקים הנאצים הוא דוגמא להתנגשות בין החובה המשפטית לבין החובה המוסרית. **כאשר מדובר באי-מוסריות כ"כ חריפה, יש חובה (מוסרית) שלא לציית לחוק**. כלומר, העובדה שאדם מחזיק בעמדה פוזיטיבית, איננה אומרת שצריך לציית לה בכל תנאי.

ההנחה שאילו שופטים היו מחזיקים בתפיסת משפט טבע הם לא היו מצייתים לחוק הנאצי היא נאיבית.

**משפטי נאצים לאחר המלחמה:**

נאצים ומשתפי פעולה הואשמו לאחר המלחמה בפשעיהם. הם טענו שהמעשים היו חוקיים. כיצד אפשר להעמידם לדין? ע"פ גישת משפט הטבע, המוסר עומד מעל המשפט ולכן, לא ניתן להגיד שהחוק, שאינו מוסרי בעליל, היה חוקי.

אישה הלשינה על בעלה שגידף את היטלר. הוא נשפט על כך, נדון למוות ונשלח לחזית. לאחר המלחמה היא הועמדה לדין. היא טענה שהמעשה שעשתה היה חוקי. ביהמ"ש דחה את הטענה שלה והרשיע אותה על בסיס זה שהמשפט כפוף לעקרונות מוסר (משפט הטבע). היה אסור לה להלשין על בעלה ולכן, היא הורשעה.

איך הארט התמודד עם האפשרות שניתן להעמיד לדין אנשים שביצעו מעשים שהיו חוקיים על בסיס החוקים באותה עת? הארט סבור כי ניתן לקבוע חוק רטרואקטיבי שקובע כי המעשים האלה אסורים. אומנם יש פגיעה בעקרון הרטרואקטיביות, אך היא לא חמורה. זאת, משום שעקרון הרטרואקטיביות נועד למנוע הטלת עונשים על התנהגויות שאנשים עשו בעבר ולא ידעו שהן אסורות. אולם, ההתנהגות הזו כל כך פסולה, כך שעקרון הרטרואקטיביות לא פוגע פגיעה חמורה.

דבר זה בא לידי ביטוי במשפט אייכמן. הסנגור של אייכמן טען כי החוק לפיו הוא מואשם, חוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, חוקק לאחר הקמת המדינה ולכן, הוא לא רלוונטי למעשיו שקרו הרבה לפני. טענתו הייתה עקרון הרטרואקטיביות. ביהמ"ש סבר כי עקרון זה אינו רלוונטי בעניין זה, משום שמעשיו היו כל כך חמורים, כך שהיה עליו לדעת שאסור לו לבצע אותם, עוד טרם חקיקת החוק.

**פולר:**

אם יש חובה של נאמנות לחוק, החוק חייב להיות ראוי לכך שנהיה נאמנים לו. החוק חייב להיות בנוי על יסודות מוסריים. חוק לא מוסרי (באופן קיצוני) אינו חוק. לשם כך, אין צורך לפנות ל"חוק עליון" (מוסרי). אפשר לפנות למוסריות הפנימית של החוק. זוהי הייתה טענתו הראשונה של אפלטון.

המוסריות הפנימית: חוקים נאצים לא עמדו בתנאי המוסריות הפנימית. היו חוקים שלא היו כלליים, אלא חלו על קבוצות מסוימות. בנוסף, היו חוקים נסתרים שלא פורסמו וכן, חוקים רטרואקטיביים.

יש התאמה בין אי-מוסריות פנימית לאי-מוסריות חיצונית. אם מערכת משפט באופן שיטתי עוברת על המוסריות הפנימית, אזי החוקים פגומים מבחינה מוסרית. לכן, החוק שלא עומד במוסר פנימי הוא לא חוק. מכאן, שהחוקים הנאצים פסולים.

פולר מציג עמדה של משפט הטבע. אולם, הבחינה שלו לא נעשית מול עקרונות מוסריים מופשטים, דהיינו עקרונות צדק, אלא הבחינה נעשית אל מול עמידה במוסריות הפנימית של החוק, העקרונות שלו. אם חוק לא עומד בעקרונות שלו, אזי החוק פסול.

**פורמליזם משפטי**

פורמליזם משפטי הוא מושג מרכזי בתורת המשפט. למושג זה ישנם הקשרים שונים:

1. פורמליזם כתכונה כללית של המשפט.
2. פורמליזם כגישה פרשנית למשפט.
3. פורמליזם כתורת משפט.

**פורמליזם כתכונה כללית של המשפט:**

**פורמליזם היא גישה ששמה דגש על הצורה**, ולא על המהות והתוכן. בכל מערכת משפט באשר היא יש מימד פורמליסטי.

1. **ארגון הנורמות במערכת פורמאלית צורנית בעלת היגיון פנימי**: כל תיאור של המשפט מתאר את הנורמות המשפטיות במבנה פורמלי כלשהו. הסיווגים הפורמאליים הם תכונה מהותית למשפט:

* ממד אנכי: חוקה 🡨 חקיקה ראשית 🡨 חקיקה משנית 🡨 צווים. אי אפשר להשתמש במערכת החוקים ללא סיווג פורמלי זה. ארגון זה הוא פורמלי, אך יש לו גם משמעות – חקיקה ראשית לא יכולה לסתור את החוקה.
* ממד אופקי: ההבחנה בין ענפי המשפט השונים (ציבורי-פרטי, חיובים-קניין, נזיקין-חוזים וכו'). זהו סיווג צורני שלא קשור למהות, השאלה היא האם הזכות היא קניינית/חוזית או האם החיוב הוא נזיקי/חוזי.

1. **דרישות צורניות**: המשפט דורש שפעולות מסוימות יעשו בצורה מסוימת (למשל, חוזה, צוואה, טפסים, מועדים וכו'). יש להם תפקיד של גמירות דעת, ביטחון, יציבות (לא רוצים שינוי מהיר ולכן, נקבעים מועדים). לא רק המהות חשובה (אם הייתה הסכמה או ניתנה צוואה), אלא גם הצורה בה זה ניתן.
2. **הסתמכות על כללים**: נתק בין הכללים לטעמים. המשפט מדבר בלשון של כללים, הכללים מחייבים להתנהג בדרך מסוימת וכל כלל נקבע מתוך סיבה מסוימת. אולם, לבסוף, ייווצר נתק בין הכלל לטעמים שלו. נבחן האם העניין הנדון נכנס לגדר הכלל (לעיתים חוזרים לטעמים להיווצרותו).

לעיתים יש התנגשות בין הדרישות הצורניות למהות.

**פורמליזם כגישה פרשנית למשפט:**

מאופיינת בשלושה היבטים:

1. **היצמדות לכללים המשפטיים וללשון החוק**: כאשר השופט הולך לפי כללים ולא לפי תפיסות אישיות. ההיצמדות הזאת הינה בעלת יתרונות רבים – יציבות, וודאות, שוויון ועוד.
2. **פרשנות מילולית בניגוד לפרשנות תכליתית**.
3. **ניתוק המשפט מן הממד הערכי והחברתי**: הנתק קיים בגלל הוודאות, היציבות ויכולת התכנון כאינטרסים מרכזיים של המשפט. אינטרסים אלו מצדיקים ויתור על תוצאה טובה או צודקת במקרה מסוים.

אין וויכוח על כך שפורמליזם מאפיין את המשפט, אך יש ויכוח אם זו הפרשנות המיטיבה. לדעת רוב המלומדים זוהי דרך מגונה כיום. עם זאת, **מקס ובר** מתנגד לכך – מה שמאפיין את המשפט המודרני זה הפורמליזם שלו, הכפיפות לכללים. מחשבה פרימיטיבית היא לא רציונלית. הכרעות משפטיות מבוססות על כריזמה, אינטואיציה. חשיבה מודרנית היא רציונלית מבוססת על טעמים. לפיו, חשיבה משפטית היא פורמלית ורציונלית. כלומר, חשיבה משפטית יוצרת מערכת כללים מבוססי טעמים שמאפשרים יישום במקרים ספציפיים.

**כריסטופר קולומבוס לנגדל** התייחס למשפט כאל מדע. הספרייה המשפטית היא כמו מעבדה, המשפט הוא מדע אוטונומי ובעל תקפות פנימית.

**קניג נ' כהן – מקרה טיפוסי של ויכוח על פרשנות החוק:**

רקע: בני זוג, הגבר התעלל באישה, היא רצתה להתגרש והוא סירב. לאחר כמה שנים היא שכרה חדר במלון בקומה ה-20, וקפצה מהחלון עם בתה. לאחר מכן נמצא פתק שעליו כתוב: "צוואה – כל מה ששייך לי באופן רשמי כספים וכו', לחלק בין 4 אחים שלי. השאר שאימי תחליט כרצונה. לדאוג שיהושע יקבל כמה שפחות." הגבר טען לירושה מכוח הדין, שכן לפי הדין הבעל יורש את אשתו. הוא טען כי הצוואה לא תקפה ולכן, הוא צריך לרשת את כל הרכוש שלה לפי הדין. מנגד, אחד מאחיה טען שהצוואה תקפה.

ס' 19 לחוק הירושה קובע כי "צוואה בכתב יד תיכתב כולה ביד המצווה, תישא תאריך כתוב בידו ותיחתם בידו". בעניין דנן, הצוואה לא עומדת בשני התנאים האחרונים – **אין תאריך ואין חתימה בכתב ידה** (למרות שהצוואה מקיימת את התנאי הראשון, כתובה כולה בכתב יד).

ס' 25 לחוק הירושה קובע כי "אם לא היה לביהמ"ש ספק באמתותה של צוואה, רשאי הוא לקיימה אף אם יש פגם בחתימתם של המצווה או של העדים או בתאריך הצוואה". לביהמ"ש לא היה ספק ברקע העובדתי – לגבי היחסים הרעועים של בני הזוג, יום ההתאבדות, כתיבת הצוואה ע"י האישה וכו'.

השופט לוין (דעת רוב): כתב יד, תאריך וחתימה הם 3 מרכיבים קונסטיטוטיביים, בלעדיהם אין צוואה. זו אינה דרישה משנית. המשמעות של "פגם" היא כי תנאי מסוים קיים, אך לא נעשה כהלכה (מטושטש, מרוצד, מחוק וכו'). בעניין דנן, זה לא פגם, אלא חסר רכיב מהותי לקיום של הצוואה (תאריך וחתימה). ס' 25 בא לרפא פגמים, אך לא חוסר שלם. לפיכך, **הצוואה לא תקפה ע"פ החוק והירושה צריכה לעבור לבעל ע"פ דין**. **פסיקתו פורמליסטית ולא נותנת מקום לכוונה של האישה**.

השופט ברק (דעת מיעוט): מטרת הצוואה היא להגשים את רצון המצווה. המחוקק קבע דרישות פורמאליסטיות שיש לעמוד בהן, אולם הוא עצמו קבע חריגים לכך, בהתקיים פגמים. ברק טוען שהפרשנות לא צריכה להיות ע"י דבקות מלאה בדרישות הפורמאליסטיות, אלא **יש לתת לדרישות הפורמליסטיות פירוש מרחיב הסוטה מהרגיל**, כדי להגשים את תפיסת היסוד החקיקתית הגלומה בחוק הירושה (הגשמת רצון המת). ברי כי הצוואה אמיתית – המקרה הוא טראגי, האישה חיה חיים אומללים וכו'. **מטרת הצוואה היא להגשים את רצונה ופירוש פורמליסטי לא יעשה זאת**. ע"פ ברק, אין לבחור בפרשנות פורמליסטית, אלא יש לבדוק מה התכלית של החוק/הדין ולפרש ע"פ התכלית. כלומר, **על הגישה הפרשנית להיות לא פורמליסטית** **תמיד** ועל אחת כמה וכמה במקרה זה, כאשר ברור מה המטרה של החוק ושל צוואתה של האישה. לכן, יש להגשים את רצון האישה.

השופט אלון (דעת מיעוט): מציע דרך אחרת להגעה לאותה תוצאה שאליה הגיע ברק ע"י ס' 23 לחוק הירושה, הקובע את המונח "שכיב מרע". זהו מושג הלקוח מהמשפט העברי, לפיו אדם הרואה עצמו מול פני המוות, רשאי לצוות בע"פ בפני שני עדים. כלומר, **מספיק לצוות לפני שני עדים ללא צורך בצוואה כתובה**. לפי המשפט העברי תפקיד העדים הוא רק לברר את תוכן הצוואה (הרי היא איננה כתובה), ולא תפקיד קונסטיטוטיבי. לכן, נוכל להסתכל על הצוואה כצוואת "שכיב מרע" על אף שאין עדים, בגלל שהתוכן נכתב כשהיא הייתה לפני מותה. כלומר, אין צורך בעדים ומהות הצוואה ידועה.

ההכרעה: **העתירה נדחתה ברוב** **דעות**.

**כל השופטים ידעו את רצון האישה, אך למרות זאת נפסק בניגוד לדעתה**. המחוקק לא בחר בניסוח: "כל מה שאדם מצווה לפני מותו – מחייב". לאחר שאדם מת אי אפשר לדעת מה היה רצונו, וכשמדובר בהיקף כספי עצום, נדרשת הסדרת מוסד הצוואה כך שיהיה וודאי. לכן, המחוקק קבע הגדרות מדויקות – צוואה בכתב יד, צוואה אצל עו"ד, צוואת שכיב מרע (נדיר). לכל אחת מההגדרות יש דרישות פורמאליות מסוימות כדי שהצוואה תהיה תקפה משפטית. אם יוותרו עליהן, לא תהיה וודאות או יציבות, כל המשפט בתחום הזה יתערער.

השופטים היו מוכנים להקריב את המקרה המסוים הזה, לטובת האינטרס הכללי. שופטי הרוב רוצים לייצר וודאות לגבי צוואות. אם יכשירו את הצוואה הזו, אז המון אנשים יכתבו צוואות כאלו ויהיה קשה לברר את האמיתות שלהן. יש הרבה מקרים גבוליים שבהם קשה לדעת מה רצון המת. לאחר פסה"ד המחוקק שינה את ס' 25 לחוק הירושה וקבע כי אם התקיימו מרכיבי היסוד בצוואה, ולביהמ"ש לא היה ספק כי היא משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה, הוא רשאי לקיימה, אף אם נפל פגם באחד מהפרטים או באחד מההליכים, או אף בהיעדר פרט מהפרטים הדרושים. כלומר, דעתו של המחוקק לא נחה מהפרשנות הפורמליסטית שביצעו השופטים בפסק הדין.

סיכום – פרשנות פורמליסטית: עמידה על דרישות צורניות לעומת המהות, היצמדות לכללים המשפטיים, פרשנות מילולית בניגוד לפרשנות תכליתית, וודאות ויכולת תכנון כערכים מרכזיים.

**הפורמליזם המשפטי כתורת משפט:**

גישה שהתפתחה בסוף המאה ה-19 ובתחילת המאה ה-20.

1. המשפט הוא גוף אוטונומי וסגור של נורמות: כאשר יש שאלה משפטית, על ביהמ"ש להחליט לפי החוק בלבד ולא לפנות למקורות חוץ משפטיים. הלגיטימציה של שופט היא לפעול לפי החוק.
2. המשפט הוא מערכת שלמה של נורמות: לכל בעיה משפטית יש תשובה. אם השופט לא מוצא תשובה מפורשת, הוא יפנה להיקש. הפורמאליסט מניח שהמשפט היא מערכת שנותנת מענה לכל שאלה.
3. החלטות משפטיות מבוססות על פרשנות מילולית ולוגית של הכללים המשפטיים: השופט לא יוצר חוק, אלא מיישם את החוק דרך פרשנות מילולית ולוגית. השופט תמיד בוחן את המושגים עצמם ולא חורג מהם לעולם. המשפט הוא, לכאורה, כמו "מדע".
4. ההליך השיפוטי הוא הליך של גילוי התשובה הנכונה: הכללים מנוסחים באמצעות החוקים, יש לחשוב על הבעיה באופן לוגי ומתוכם צריך להסיק מהי התשובה הנכונה. תמיד תהיה תשובה נכונה אם ייצמדו לכללים.

**האם יש קשר בין פורמליזם לפוזיטיביזם?**

הרבה קושרים בין שני המושגים ורואים שיש ביניהם קרבה. הפוזיטיביזם הגדיר את המשפט כשדה עצמאי, תחום נפרד והפורמליזם ממשיך את אותו כיוון ותופס את המשפט גם כתחום סגור, שלם. מאידך, אין קשר הכרחי מלא:

* **פוזיטיביזם מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעובדה חברתית**. משפט טבע מחויב לעמדה שמקור המשפט הוא בעקרונות מוסר/צדק מופשטים. הפוזיטיביסט אינו מחויב לפורמליזם (דוגמא לכך הוא הארט).
* **פורמליזם מחויב לעמדה שההליך השיפוטי מבוסס על מקורות משפטיים ועל פרשנות מילולית ולוגית**. אך, ייתכנו מצבים בהם הוא יכיר בכך שבמשפט אין תשובה לשאלה מסוימת ואז הוא יכול להכיר במשפט הטבעי או בפוזיטיביזם.

**פורמליזם וערכים:**

המשפט כולל גם ערכים, טעמים ותכליות ולכן, נוצר מתח בין פורמליזם וערכים. גישה פורמליסטית למשפט מדגישה את ההיבטים הפורמליסטים. פרשן פורמליסט ייטה לפרשנות מילולית של הכלל, דהיינו ינתק את הכלל מהטעמים שלו, ואילו פרשן אנטי-פורמליסט, ייטה לפרשנות תכליתית, דהיינו יחבר בין הכלל לבין הטעמים שלו.

**פורמליזם כקטגוריה תיאורית:**

המשפט האמריקאי היה פורמליסטי ועבר לכיוון של ערכים. כך גם במשפט הישראלי. מאוטנר במאמרו מראה כי ביהמ"ש העליון עבר מפרשנות פורמליסטית לפרשנות תכליתית שמכניסה שיקולים של ערכים. המהפכה הזו קרתה בשנות ה-80 בהובלתו של ברק. הגישה הפורמליסטית נחשבת לגנאי.

**ריאליזם משפטי**

**התנועה הריאליסטית** בעלת השקפה מסוימת על מהו המשפט, ויוצרת תיאוריה של המשפט עצמו. הם טוענים כי **המשפט הוא לא תיאורטי והחוק הוא לא רק מה שכתוב בספרים**. המשפט מתנהל בפועל בשטח ולכן, יש להתבונן במשפט כפי שהוא למעשה ולא בתיאוריה. דהיינו, צריך להתבונן בדרך הפעולה של השופטים – הם הגורם המכריע בקביעה של השאלה "מהו החוק".

**אוליבר וונדל הולמס:**

חי בין השנים 1841-1935, שופט ביהמ"ש העליון של ארה"ב. **הוא המבשר של התנועה הריאליסטית**.

פס"ד לוכנר: בארה"ב הקפיטליסטית תנאי העבודה קיפחו את העובדים, והם נוצלו לעבוד שעות ממושכות בכל ימות השבוע, בלי מיזוג אוויר או מנוחה. באירופה של המאה ה-19 החלו תנאי ההעסקה, דבר שהשפיע על ארה"ב וחוקקו חוקי העבודה. בעל מאפיה בניו יורק טען שחוקי ההעסקה פוגעים בחופש החוזים – זהו עיקרון חוקתי, מדינת ניו יורק מגבילה את היכולת לעשות חוזה עם העובדים (שיעבדו 7 ימים בשבוע, במרבית שעות היום וכו'). **ביהמ"ש העליון קבע שבעל המאפיה צודק וביטל את חוקי העבודה**. זהו אחד מפסקי הדין הידועים לשמצה. **הולמס היה בדעת מיעוט**. דעה זו משקפת את תפיסתו הריאליסטית, שכן הוא לא התרשם מהפגיעה בחופש החוזים. הולמס **תומך ברעיון של הפרדה בין משפט לבין מוסר**.

במאמרו הוא מציג את ההפרדה בין המשפט למוסר:

* **המוסר מחייב הזדהות, המשפט לא מחייב זאת**: אדם מזדה ה עם תפיסה מוסרית והוא מתנהג על פיה, דבר שלא הכרחי למערכת המשפט.
* **המשפט הוא הפעלת הכוח של המדינה**: המשפט מפעיל את הכוח שלו על כלל האזרחים, בין אם הם אוהבים את החוק ובין אם לא.
* **"האדם הרע" שאינו מחויב למוסר, אלא מעוניין בחוק**: מה שמעניין את האדם הרע בעודו רציונלי, זה לא מה ראוי להיות, אלא איך לא להיפגע מהחוק. הוא לא רוצה לעשות עבירות לא בגלל שהוא אדם מוסרי, אלא בגלל שכל עבירה מלווה בסנקציה.
* **"האדם הרע" רצה להימנע מנחת זרועו של החוק**: כשהוא שואל מה החוק, הוא שואל זאת כדי שהוא לא ייפגע. אם הוא יתנהג בצורה מסוימת הוא יענש ולכן, הוא ימנע מלנהוג כך. מכאן, שמבחינה מוסרית, המשפט שואב את הכוח שלו מהפעלת כוח של המדינה, ללא התחשבות בתפיסת העולם של האזרחים.

מהו החוק? "חוק הוא התחזיות של מה בתי המשפט יפסקו למעשה". **יש לשאול כיצד יפסוק ביהמ"ש בנוגע למקרה קונקרטי, ולא מה אומר החוק שחל בעניין זה**. הדיון מניח דבר שהולמס יודע מניסיונו כשופט – **יש פער בין מה שכתוב בחוק בספר החוקים, לבין מה שפוסק ביהמ"ש בפועל**.

מהי חובה משפטית? ציטוט מדבריו של אוסטין – "חובה משפטית היא ניבוי שאם אדם יבצע מעשה כלשהו או יימנע ממעשה כלשהו, הוא יסבול באופן כזה או אחר כתוצאה מהחלטת בית המשפט". הולמס רואה הגדרה זו כהגדרה טובה לצרכיו. לפיו, **החובה היא תחת מושג הכוח**. הולמס מדגיש את ההיבט המעשי, את הכוח של המשפט – **המשפט הוא הפעלה של כוח של המדינה והחובה היא תוצאה של סנקציה או איום בסנקציה**.

התפתחות החוק ויישמו:

* **מקובל להניח שהחוק בנוי באופן לוגי, מהעקרונות המופשטים נגזרים כללים ספציפיים**. הולמס סבור שההיגיון אינו הדבר היחיד ששולט במשפט, אלא יש גם מטרות חברתיות שסותרות. המטרה החברתית שהחוק רוצה להשיג היא חשובה יותר מאשר ההיגיון הצרוף. יש בחוק היגיון, אולם הוא אינו ממצה את החוק. החידוש של הולמס: החוק נועד להשיג מטרות חברתיות, וצריך לשמור על קשר עין עם תכליות אלה.
* **חיי המשפט אינם היגיון, אלא ניסיון**. המשפט אינו מערכת הגיונית. הולמס תופס את המשפט כעניין מעשי שצריך להשיג תוצאות חברתיות.

השיקולים שצריכים להשפיע על החוק: (1) **תכלית החוק**. (2) **התועלת החברתית של החוק**.

מסקנה: ההכרעה המשפטית הנכונה היא לא רק לפי ההיגיון הפנימי של המשפט, אלא לפי התכלית החברתית.

**ביקורת של הריאליזם על הפורמליזם:**

* בניגוד לפורמליסטים, **הריאליסטים סבורים כי המשפט איננו שלם**, אין בו תשובה לכל שאלה.
* הריאליסטים מאמינים כי **המשפט איננו מערכת סגורה ויש מקום לפנות למקורות חוץ-משפטיים**.
* **הכללים אינם יכולים ואינם צריכים להכתיב את התוצאה המשפטית במקרה** **נתון**. הפורמליזם מאלץ לדון בכל מקרה לפי החוקים, התקדימים או מה שביהמ"ש פסק במקרים אחרים, כאשר זה לא תמיד מתאים. לפי הריאליסטים, יש לבחון כל מקרה לגופו. גם מקום בו יש כלל, הכלל לא תמיד מתאים למקרה מסוים.

בעיית הכללים והמקרים המיוחדים:

הואיל והכללים המשפטיים מנוסחים בצורה כללית מטבעם, ומכסים מגוון רב של מקרים אפשריים, יש מקרים שבהם אם נחיל את הכלל נגיע לתוצאה לא רצויה ולא ראויה המנוגדת לתכלית הכלל. זוהי בעיה קלאסית ידועה למשפטנים ולפילוסופים.

* קניג נ' כהן: אמנם יש לאחוז בכלל שצוואה צריכה להיות בכתב יד חתומה עם תאריך. אולם, יהיו מקרים מיוחדים בהם אם משוכנעים באמיתות הצוואה, יש לסטות מהכלל.

עמימות סמנטית:

לכל מונח בשפה ולכל כלל משפטי יש עמימות סמנטית, כלומר יש לו שוליים שבהם הוא לא מובן. זה בלתי אפשרי לייצר כללים חד משמעיים. המחשבה הפורמליסטית לפיה אפשר לתת כללים שיכסו את כל המקרים היא מוטעית. תמיד יהיו מקרי קצה שיעוררו שאלות, מאחר ובמקרים אלו הכלל לא יהיה ברור. הריאליסטים מאמינים שעל מנת להכריע בשאלה "מהי התכלית" נדרשת פרשנות של השופט, כי לא תמיד הנוסח המילולי של החוק תואם את תכלית החוק לה התכוון המחוקק במקרה ספציפי.

* קניג נ' כהן: הדיון על המילה פגם – האם זה רק פגם או היעדר תנאי?

ריבוי דוקטרינרי:

לפי הפורמליסטים, הכללים מייצרים מערכת יציבה וברורה לשופט כיצד יש לפסוק. לפי הריאליסטים, המערכת הזו מאוד לא יציבה. יש במשפט המון כללים, מה שמחייב בחירה מה הכלל שחל על המקרה. בכל החלטה של שופט, הוא בוחר באיזה כללים להשתמש. אך, כל דוקטרינה משפטית כוללת לפחות שתי מגמות הפוכות, תמיד יש את הכלל ואת היוצא מן הכלל.

למשל, עבירת הרצח והגנה עצמית. אם אירע מעשה רצח השופט ירשיע את הרוצח במאסר עולם, ואם הרוצח ביצע זו לטובת הגנה עצמית, אזי השופט יזכה אותו. כללים משפטיים לא מכתיבים את התוצאה, אלא הם מאפשרים לשופט תמרון בתוצאות המשפטיות. המשמעות: שופט מיומן ימצא כלל אחר שיוכל לחלץ אותו.

הריאליסטים טוענים שהשופט רואה מה המקרה ומאתר כלל המתאים לתוצאה שנראית נכונה בעיניו. הכללים המשפטיים לא יכפו עליו את העניין. עקרונות של הריאליזם שלא קיימים בפורמליזם – תום לבוסבירות.

**ריאליזם משפטי:**

**התבוננות במשפט כפי שהוא למעשה** ולא בתיאוריה.

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

ספקנות עובדות: דיני הראיות מגבילים את הראיות הניתנות להגשה. יש עדי שקר וראיות שאינן מהימנות. ההכרעה בקביעת ממצאים עובדתיים כפופה לשאלה מהן העובדות הרלוונטיות. "אמת משפטית" מול "אמת עובדתית" (מה שהוכח בביהמ"ש לבין מה שהיה באמת, זה לא בהכרח זהה).

מסקנות אנטי-פורמליסטיות:

* **המשפט אינו תחום אוטונומי וסגור**.
* **המשפט אינו תחום שלם**: יש שאלות שאין להן פתרון. למשל, התפתחויות טכנולוגיות שהמשפט לא נתן עליהן את הדעת. הפתרון לא יכול להיות רק בפרשנות של מה שהיה קודם, אלא הוא מחייב הגדרות חדשות. לפי הפורמליסטים, לכל שאלה חדשה אפשר למצוא פתרון בדין. לפי הריאליסטים, אין פתרון במשפט וצריך להגדיר את המושג מחדש.
* **מסקנה רדיקאלית – כל החלטה שיפוטית היא יצירה ולא גילוי**: הפורמליסטים חשבו שכל החלטה היא גילוי של תשובה קיימת, ואילו הריאליסטים אומרים שאף החלטה היא לא יישום של החלטה קיימת, אלא יצירה חדשה.
* **שיקול דעת שיפוטי**: אם לפי הפורמליסטים לשופט אין שיקול דעת, אזי לפי הריאליסטים, השופטים תמיד מפעילים שיקול דעת. בכל מקרה שבא לפני השופט, ישנו אלמנט חדש שמחייב אותו לקבוע החלטה קונקרטית.

**בעיות בתאוריה הריאליסטית:**

* האם יש משפט אובייקטיבי או שהוא כולו יצירה של השופטים? התפיסה היא שהמשפט קיים מחוץ למחשבה הסובייקטיבית. לפי הריאליסטים, בכל החלטה חדשה יש לשופט גמישות ביחס לידע הקודם – זה מערער את האובייקטיביות של החוק. אם המשפט אינו אובייקטיבי, עולה בעיית הודאות המשפטית והלגיטימציה של השופטים.
* בעיית לגיטימציה: אם החוק לא אומר דבר או שהחוק פתוח לפרשנות, זה פוגע בלגיטימציה של החוק. לפי המשטר המשפטי, החוק צריך להיקבע ע"י נבחרי העם והשופט צריך לקיים אותו ולא לקבוע אותו כל פעם מחדש.

**העמקה בתורה הריאליסטית:**

ריאליסטים אינם מכחישים את קיומו של משפט אובייקטיבי, אך טוענים שאי אפשר להבינו בלי מקומם של השופטים, הסובייקטים שמפעילים אותו. היישום של החוק איננו מכני, אלא מחייב תשומת לב לכל מקרה ומקרה. מכאן נובעת הגמישות, חייבים להניח מערכת שהיא הרבה יותר גמישה מאשר מה שהפורמליסטים היו יכולים לקבל.

**אתגרים:**

* כיצד ליישב בין האובייקטיביות של המשפט לבין הסובייקטיביות של השופטים?
* כיצד ליישב בין ההתחשבות במשפט (החוק והתקדימים) לבין מציאת פתרון צודק ומועיל?

**סיכום:**

* למשפט יש תכליות חברתיות.
* הנורמות דורשות הצדקה הגיונית ותכליתית.
* פרשנות משפטית צריכה להיות תכליתית – יש לחשוב איזה מטרה החוק מקדם ולפסוק בהתאם למטרה זו.
* פתיחת המשפט לתחומים אחרים – תכליות חברתיות מחייבות שיקולי יעילות כלכליים, שיקולים מוסריים ושיקולים פסיכולוגיים.

**שיקול דעת שיפוטי לפי ההוגים השונים**

**כללים ושיקול דעת שיפוטי לפי הארט**

הארט בעצם קובע תורת משפט חדשה בנושא הפרשנות. לפיו, **קודם כל צריך להכיר בעובדה שמשפט בנוי על כללים, והם הדרך היחידה לעשות סדר ציבורי ולהכווין התנהגות**. כלומר, הדרך להכוונת התנהגות של קבוצות גדולות (כמו מדינות) תהיה באמצעות כללים שצריכים להיקבע. לפי הארט, אי אפשר לחשוב על חברה בלי שיש לה מערכת כללים. הארט נוקט עמדה חזקה שמאפיינת את המשפט שלנו.

**ישנן שתי דרכים לקביעת הכללים:**

1. חקיקה: המחוקק קובע מראש את כללי ההתנהגות.
2. תקדימים של ביהמ"ש: לא קובעים כלל אחד מקיף, אלא קובעים כללים בכל מקרה ומקרה. התקדים הופך לסוג של הכללה למקרה הבא.

הבעיות בתקדימים של ביהמ"ש:

תקדים הינו פסיקה של ביהמ"ש במקרה מסוים. התקדים מחייב הכללה על מנת שהוא יהפוך לכלל. כלומר, לאחר שהוא הוחל על מקרה פרטני, יש להחיל אותו על כלל המקרים. מכאן, עולה השאלה, איזה מהפרטים של המקרה הספציפי חשובים לכלל? כלומר, **מה הלב של התקדים אשר הוא יחול הלאה על כלל המקרים?**

הבעיות בקביעת כללים באמצעות חקיקה:

**עמימות** – הכלל מבוסס על הכללה (קבוצות של בני אדם, סוגים של עצמים, סוג של פעילות וכו') והעמימות נובעת מההכללה. כאשר מנסחים כלל, עולה השאלה **האם הפרט הקונקרטי הוא חלק מהכלל?** כלומר, שפה של הכללה מעוררת שאלות האם מקרים מסוימים הם חלק מהכלל או לא.

דוגמא: "אסור לכלי רכב להיכנס לפארק". כלי רכב הוא מושג כללי ולכן, עולה השאלה – מהו כלי רכב? ברור שמכונית, אוטובוס ומשאית הם כלי רכב. אך, מה לגבי אופניים או גלגליות? האם גם הם כלי רכב? איך יכריעו האם הם כלי רכב?

**שופט פורמליסט יחפש את ההגדרה** של "כלי רכב". אם יש בחוק ס' הגדרות אזי הוא יבדוק את ההגדרה בס' זה. אולם, אם אין הגדרה בחוק, אזי הוא יחפש במקום אחר (למשל, פקודת התעבורה). אם ימצא בפקודה כי אופניים הם כלי רכב אז הוא יחיל את החוק על אופניים.

אך, שופט ריאליסטיגיד שאופניים נחשבים כלי רכב לפקודה בלבד, ולא ביחס לחוק אחר. **שופט ריאליסט יחפש אחר תכלית החוק**. למשל, אם התכלית של איסור כלי רכב בפארק היא למנוע זיהום אוויר או רעש, אזי אין התנגדות שאופניים יכנסו לפארק, שכן הם לא גורמים לזיהום אוויר ורעש. אולם, אם תכלית האיסור היא בטיחות, אזי יש התנגדות שאופניים יכנסו לפארק.

**הארט הולך נגד הפורמליסטים**. הוא מעוניין להבין את תכלית האיסור/הכלל. **אם תכלית החוק כתובה, אז אין בעיה**. **אולם, אם התכלית אינה כתובה, ביהמ"ש יפעיל שיקול דעת ויכריע**. זו הנקודה המרכזית עליה הארט עומד. יש שתי אפשרויות: אם המחוקק חשב על המקרה אז הוא היה אומר את זה, אבל אם הוא לא דיבר על המקרה, אז כנראה שהוא לא חשב עליו ולכן, לא ידעו להגיד מה התכלית. מכאן, שאפשרות אחת היא ששיקול הדעת של ביהמ"ש מוגבל, שכן התכלית ידועה והוא רק צריך להכריע לפיה. אך, האפשרות השנייה היא ששיקול הדעת של ביהמ"ש רחב, שכן התכלית כלל אינה ידועה.

המקור לבעיית העמימות:

* **בעיית השפה (הכללה)**: כל שפה אשר משתמשת בהכללה הינה עמומה. לכל מושג בשפה יש גרעין מובן, אולם השוליים שלו עמומים. כך, גם לחוק יש גרעין ברור ושוליים עמומים וביהמ"ש צריך לפעול בשוליים של החוק.
* **אי-ידיעה של יוצר הכלל (המחוקק) את כל המקרים האפשריים בתחומי הכלל**: העולם מגוון והמילים לא יכולות ללכוד את כל האפשרויות במציאות. לכן, לא ניתן להגדיר מראש את הכללים ולכלול את כל האפשרויות להגדרת המונח. כמו כן, העולם מתפתח, ויש המצאות חדשות שהמחוקק לא יכל להגדיר מראש, כי הן לא היו קיימות (למשל, אופניים חשמליים או עגלת נכים ממונעת). המציאות מגוונת ודינמית ולכן, למחוקק אין אפשרות לצפות את כל המקרים מראש.
* **אי-ידיעה של התכליות בכל מקרה והאיזונים הנדרשים**: אם התכלית ידועה, ניתן לקבוע את התשובה, אבל היא לא תמיד ידועה. אי-הידיעה של התכלית מחייבת את ביהמ"ש לחפש אותה ולהגדיר אותה, דבר שהמחוקק לא עשה.

לפי הפורמאליסטים:

* **הקפאה של משמעות הכלל ויישומו בנסיבות חדשות**: פרשנות שמבוססת על נוסחה, או על משמעות לשונית או על כלל אחר. הפורמליסטים לא שוקלים מחדש את כל המקרים, הם מניחים שהכלל יתפוס בכל המקרים, בין אם המחוקק צפה מקרה זה ובין אם לא.
* **הכחשה של אפשרות הבחירה**: הפורמאליסט, בכל סיטואציה קיימת, יחפש בחוק, במילון וכו' ויחיל את הכלל.
* **העדפת האינטרסים של ודאות וצפיות על פני פתרון נכון**: הפורמאליסט מעדיף את האינטרסים של ודאות וצפיות של הזולת ובתי המשפט, כתוצאה מדבקות בכללים, על פני פתרון נכון ואופטימלי בכל מקרה בפני עצמו.

לפי הריאליסטים: אף מקרה לא בגדר הכלל – **יש להסתכל על כל מקרה לפי הנסיבות שלו** ולהחיל את הכלל מחדש לפי פרשנותו של השופט (שיקול דעתו).

**הארט דוחה את הפורמליזם**. גישתם מכחישה את אפשרות הבחירה ומקפיאה את הכלל. הם לא מודים בכך שהמחוקק לא צפה את מקרה הקצה או את ההתפתחות הטכנולוגית.

**התמודדות עם בעיית אי-הידיעה לפי הארט:**

* מצד אחד, המחוקק קובע כללים ברורים שניתנים ליישום במספר רב של מקרים. כללים אלו יוצרים ודאות וצפיות. מצד שני, לצד כללים אלו, ישנו מרחב פתוח שבו ניתן לקבל החלטות חדשות. מרחב זה מייצר את הפתרון המתאים בכל מקרה ומקרה.
* שימוש במונחים כלליים – סבירות, סביבה בטוחה, מחיר הוגן, צדק וכו'. מונחים כאלו מחייבים מראש את שיקול דעתו של ביהמ"ש. כלומר, המחוקק מראש משתמש במונחים כלליים שמחייבים שיקול דעת של ביהמ"ש.
* תקנות שקובעות מראש את התוכן הספציפי של המושגים.
* פרטים שמכריעים בעצמם ומתוקנים ע"י החלטות שיפוטיות.
* יש סטנדרט כללי והפרטים נדרשים לפעול על פיו.
* בתי המשפט מתקנים את הפעולה וקובעים סטנדרט מדויק.
* למשל, חובת הזהירות בעוולת הרשלנות – המחוקק קבע את עוולת הרשלנות באופן מאוד מופשט. לכן, יש צורך לקבוע מהי חובת הזהירות בכל מקרה ספציפי (למשל, מה חובת הזהירות שחלה על רופא, מציל, מורה וכו'). המחוקק לא יכול לעשות זאת ועל כן, ביהמ"ש קובע מהי חובת הזהירות בכל מקרה ומקרה.

רקמה פתוחה של החוק:

לחוק יש רקמה פתוחה, דהיינו החוק לא שלם כמו שהפורמליסטים מתארים אותו. הרקמה הפתוחה של החוק באה לידי ביטוי בכמה מובנים:

* חסר של כלל מתאים (לקונה).
* עמימות של הכללים.
* שימוש (של המחוקק) במונחים כלליים ומופשטים.

כאשר הכלל קבוע ויש צורך רק ביישום של הכלל על מקרה מסוים, ביהמ"ש מפעיל שיקול דעת חלש ומצומצם. כלומר, הכללים קבועים והשופטים רק מחילים אותם על המקרים שמגיעים לפתחו של ביהמ"ש. כאשר עניינו של שיקול הדעת הוא יישום של הכלל, דהיינו התאמת הכלל לעובדות, זהו שיקול דעת חלש.

שיקול דעת חזק קורה כאשר הכלל המשפטי לא נקבע, דהיינו הוא חסר. לפי הארט, **כאשר יש רקמה פתוחה של החוק, על ביהמ"ש לקבוע את הכללים ולהפעיל שיקול דעת חזק**. הכרעה זו הינה הכרעה חדשה והיא מבוססת על כך שיש צורך לקבוע תכליות חדשות ולאזן בין אינטרסים. הפעלת שיקול דעת שיפוטי כרוכה בד"כ בפנייה לעקרונות חוץ-משפטיים. כאשר ביהמ"ש מחליט במקרה מסוים, הוא מפעיל שיקול דעת חיצוני. כלומר, הוא ישאל מה יותר כלכלי/צודק, ולא יכריע רק ע"פ מה שכתוב בחוק. לכן, הוא לא נשאר בגבולות החוק. ביהמ"ש בעצם מבצע **חקיקה שיפוטית, הוא מייצר חוקים** (בדומה לרשות מנהלית). לפי הארט, **יש שיתוף פעולה בין המחוקק לבין ביהמ"ש**.

בוויכוח שבין פולר להארט, פולר אמר להארט שאי אפשר לעשות הפרדה מלאה בין משפט ומוסר, כי תמיד יש מקום לשיקול דעת שיפוטי, בו נכנסים שיקולים של מוסר. כלומר, השיקולים האלה נכנסים בדיוק במקומות של הרקמה הפתוחה של החוק.

**התמודדות עם הריאליזם – ספקנות כללים:**

לפי הריאליסטים, הכללים לא מספקים תשובה מדויקת לכל מקרה. תשובתו של הארט היא כי ללא הכרה בכללים משניים, אין בתי משפט. בנוסף, ללא הכרה בכללים ראשוניים, לא ניתן להבין את יחסם של בני אדם לחוק. בני אדם רואים בכללים מקור לחובות וזכויות (נק' מבט פנימית).

הביקורת של הארט על הריאליזם:

קיומה של רקמה פתוחה אינה סותרת את קיומם של הכללים. הריאליסט יגיד שאם כללים אינם פועלים כמו שהפורמליסט חושב שהם פועלים, אז אין כללים. הספקן מאוכזב מזה שהוא לא חי בגן עדן של כללים. כלומר, יש להכיר בקיומם של כללים ובמגבלותיהם.

**התפיסה של הארט כפוזיטיביסט**:

החוק הוא פוזיטיבי – יש להפריד בין מוסר למשפט ולפעול ע"פ החוק הפוזיטיבי. אם הכלל ברור יש להחיל אותו, ולא צריך להכניס שיקולים מוסריים או כלכליים. בנוסף, אם הכלל ברור אין לבצע פרשנות תכליתית. אולם, אם הכלל לא ברור, דהיינו יש לו רקמה פתוחה, אז יש לבצע שיקול דעת. הארט לא משתמש במושג הפרשנות, אלא במושג של שיקול דעת. מושג הפרשנות כולל במובלע את הרעיון של יישום ולכן, אם החוק ברור לא צריך לפרש אותו, אלא רק ליישם אותו. לעומת זאת, שיקול דעת שיפוטי הוא בעצם קביעה חדשה, החלטה חדשה, לנוכח חוסר מענה בכללים הקיימים.

**הארט בחר בשיטת ביניים**, הוא מחלק את ההחלטות השיפוטיות לשני סוגים. כך, הוא **מאזן בין הפורמליזם לבין הריאליזם**. אם הפורמאליסט יטען שהשופט תמיד צריך להכריע לפי הדין הקיים ואין מקום לשיקול דעת, והריאליסט יטען שתמיד השופט צריך להפעיל שיקול דעת ולא ליישם רק דין קיים – אז הארט עונה כי **יש מקרים בהם נדרש להפעיל שיקול דעת ולהחליט החלטה חדשה, ואילו יש מקרים בהם יש לבצע פרשנות וליישם את הכלל על המקרה**.

**תורת המשפט של רונלד דוורקין**

דוורקין הציע תורת משפט אלטרנטיבית ותקף את הארט. נקודת המוצא שלו היא השאלה של שיקול דעת שיפוטי.

הוא מתאר במאמרו את שלושת התאוריות הפוזיטיביות (קלזן, אוסטין והארט):

1. **המשפט של חברה הוא מערכת של כללים ספציפיים**: הכללים ניתנים לזיהוי באמצעות קריטריון שבוחן את תוקפם. הקריטריון לתוקף הכלל הוא המקור שלו, ולא התוכן שלו. השאלה היא האם הכלל חוקק בהתאם לכללי החקיקה באותה שיטת משפט, כדי לגלות מה מקורו.
2. **במקרה בו אין כלל שמכסה את המקרה הנדון**: לא ניתן להחיל את החוק, וכאן יש לשופטים מקום להפעלת שיקול דעת שיפוטי ליצור כלל חדש (בדומה להארט). לכן, ההחלטה של השופט היא החלטה שמעורבים בה שיקולים חוץ-משפטיים.
3. **במקום שבו אין כלל שמכסה את המקרה אין חובה משפטית**: יש שם חלל, ובמקום זה השופט מפעיל שיקול דעת וקובע כלל חדש.

לפי דוורקין, **התורה המשוכללת ביותר היא התאוריה של הארט** ולכן, הוא תוקף אותה, כדי להראות שגם היא לא נכונה. הארט מציג 2 דרכים להכרה בכלל משפטי:

1. **קבלה ישירה**: אימוץ ישיר של הכלל, נכון רק לגבי כלל אחד במערכת המשפט – כלל הזיהוי. רק אותו הקהילה המשפטית מאמצת באופן ישיר וקובעת מי הם מקורות המשפט.
2. **תקפות**: כל הכללים המשפטיים יקבעו אם יינתן להם תוקף משפטי. צריך לדעת האם ניתן בסמכות, או בהתאם לחוק של הכנסת (שמזוהה כמקור אולטימטיבי ע"פ כלל הזיהוי). צריך להשתלשל עד המקור של הנורמה המשפטית, ולראות אם המקור מחייב.

**המשפט מכיל עקרונות:**

דוורקין סבור שיש במשפט סוג של נורמות שהארט מתעלם מהן. התפיסה הפוזיטיבית תופסת את המשפט כך שהוא בנוי מכללים בלבד – מודל של כללים. **הפוזיטיביזם מתעלם מקיומם של עקרונות**. לעומת זאת, דוורקין סבור שהמשפט מחיל עקרונות.

Riggs V. Palmer: הנכד שרצח את הסבא. לפי כללי הירושה שנהגו באותה עת, נקבע שאדם שרשום בצוואה כיורש, הוא היורש. לכן, הנכד שנרשם כיורש היה צריך לרשת את הסבא. אולם, ביהמ"ש לא הרגיש בנוח להוריש לו. הוא משתמש בעיקרון: "ממעשה עוולה לא תצמח עילה", קרי ממעשה של רצח לא ניתן לתבוע את הירושה. לכן, ביהמ"ש דחה את התביעה של הנכד, למרות שלפי הדין הוא היורש.

ההתייחסות של דוורקין: לפוזיטיביסטים יש שטח מת במשפט. החוק לא בנוי רק מכללים, הרבה פעמים ביהמ"ש משתמש בעקרונות שאינם חלק פורמאלי מהדין.

הניגסן נ' בלומפילד: אדם רכש מכונית ועשה תאונת דרכים. התברר שהתאונה נגרמה עקב פגם בייצור המכונית. הלקוח תבע את היצרן על הנזק שנגרם. היצרן טען כי יש חוזה, ובו כתוב שהאחריות של היצרן היא רק על תיקון המכונית ולא כוללת פיצויים על נזקים שייגרמו. ביהמ"ש מקבל את התביעה של הלקוח. הוא משתמש בעיקרון: ליצרן מכוניות יש אחריות מיוחדת כלפי הלקוח. ההסכמה החוזית לא יכולה לבטל את האחריות המיוחדת, שכוללת גם פיצוי על נזקים. היצרן גרם ברשלנותו לנזק ולכן, זה גובר על ההסכמה החוזית.

התייחסות של דוורקין: **המשפט עשיר יותר ממודל של כללים**, ההחלטה השיפוטית היא לא רק יישום של הכללים המשפטיים, אלא יש בה גם **שימוש בעקרונות מופשטים שאינם קבועים בחוק**, הם לא חלק מהמשפט לפי ההגדרה הפוזיטיבית. הם לא נקבעו ע"י המחוקק, ולא מזוהים ע"י כלל הזיהוי (כך שלא ניתן לשלשל אותם אחורה ולהגיד שכלל הזיהוי מזהה אותם כחלק מהמשפט). ערכים חשובים לנו.

**עקרונות וכללים:** דוורקין מבחין בין כלל לבין עיקרון –

* כלל: **כלל מכתיב את התוצאה**. הוא חל בדרך של הכל או לא כלום. למשל, אם אדם הואשם בעבירה פלילית, ביהמ"ש בודק האם התקיימו יסודות העבירה. הכלל נותן תנאים ספציפיים לתחולתו. למשל, בעבירה פלילית – יסודות העבירה.
* עקרון: **עקרון אינו מכתיב תוצאה**. הוא אומנם משפיע על התוצאה, אך לא קובע אותה באופן חד משמעי. עקרון פועל כאשר יש לצידו עקרונות אחרים. הכרעה לפי עקרונות דורשת איזון או הכרעה. העקרונות נמצאים כל הזמן במשפט. הם לא פועלים רק בהיעדר כללים, אלא נמצאים כל הזמן. דוורקין מבחין בין 2 סוגי עקרונות וסבור כי ביהמ"ש מפעיל שיקול דעת על בסיס 2 הסוגים:

1. עקרונות – עקרונות של צדק ומוסר (למשל, שוויון).
2. מדיניות – מדיניות של מטרה חברתית (למשל, צמיחה כלכלית, התיישבות בספר וכו'). מדיניות תלויה בהחלטות המדינה והשופט כפוף למדיניות של המדינה בה הוא חי. זוהי לא עמדה סובייקטיבית של השופט.

טבעול נ' שף הים: שף הים היו מומחים במוצרי דגים וטבעול היו מומחים במוצרים צמחוניים. הם רצו לשתף פעולה ולייצר דגים מוקפאים ולשם כך, כרתו הסכם. עלה חשש שכל חברה תלמד את הסודות של השנייה ולכן, היה סעיף של אי-תחרות הקובע כי החברה לא יכולה בתוך 5 שנים לייצר בעצמה את המוצרים של החברה השנייה. הפרת החוזה תוביל לפיצוי גדול. שף הים הפרה את החוזה וטבעול תבעה אותה. ביהמ"ש העליון פסק ש**המדיניות של שוק חופשי גוברת על הפרת החוזה**, ולא קבע פיצויים עבור טבעול, למרות קיומו של ס' אי-התחרות.

התייחסות של דוורקין: ביהמ"ש לא פעל לפי הכללים המשפטיים, שכן לפי חוק החוזים, ברי שהייתה הפרת חוזה ויש לפסוק פיצויים לטובת טבעול. אולם, **ביהמ"ש פסק ע"פ עקרונות של מדיניות** – מבחינה חברתית יהיה מועיל יותר לקדם מדיניות של שוק חופשי.

האם העקרונות הם חלק מהמשפט? ישנן שתי תשובות אפשריות:

1. **העקרונות אינם חלק מהמשפט ולכן, אינם מחייבים כשלעצמם**. ביהמ"ש פונה אליהם כאשר הוא מפעיל שיקול דעת שיפוטי. כך הפוזיטיביסטיים יטענו.
2. **עקרונות הם חלק מהמשפט והם מחייבים כמו כללים**. הפנייה לעקרונות לא נעשית רק במקומות שבהם אין ברירה, אלא היא נעשית כל הזמן. בפס"ד פלוני נ' פלונית, חשין קבע שהעיקרון "הרצחת וגם ירשת" הוא עקרון מוסרי שלא כתוב בספרי החוקים של ישראל, אך הוא נותן לו מעמד של כלל. **דוורקין מחזיק בעמדה זו** **וסבור כי ביהמ"ש מחויב לעקרונות כפי שהוא מחויב לכללים**, למרות שהם אינם מזוהים ע"י כלל הזיהוי.

עקרונות ע"פ כלל הזיהוי: עקרונות אינם תקפים מכוחו של כלל הזיהוי, הם לא התקבלו באופן פורמלי ע"י המחוקק. דוורקין סבור כי **עקרונות אינם תקפים מכוחו של כלל הזיהוי**, אך יש להם משקל שווה לכללים. **עקרונות בהכרח מחייבים משום שהם מוצדקים**. הם מחייבים מאחר והם **מתקבלים באופן ישיר**. זאת, להבדיל מהארט.

מסקנתו: **דחיית העיקרון הפוזיטיבי הראשון** **– המשפט אינו מוגבל ע"י כלל זיהוי**. גישתו היא נון-פוזיטיבית.

הטענה מרחיקת הלכת: **למשפט אין גבולות**, הוא לא תחום סגור. המשפט הוא סוג של שפה.

הוויכוח בין דוורקין לפוזיטיביסטים: הם אינם מסכימים ביחס לשאלה האם יש למשפט גבולות. דוורקין יוצא נגד הפוזיטיביסטים, אך הוא גם לא מגדיר את עצמו כאיש של משפט הטבע.

ההבדל בין דוורקין למשפט הטבע: יש דמיון רב. דוורקין נמצא בצד של משפט הטבע, שכן הוא אינו פוזיטיביסט. דוורקין עצמו נמנע מכך, משום שהוא לא נכנס לסוגייה פילוסופית של מוסר נצחי ואוניברסלי, שזה דבר המאפיין את משפט הטבע.

**שיקול דעת שיפוטי לפי דוורקין:**

לפי הפוזיטיביזם, במקום שבו אין כלל משפטי השופט מפעיל שיקול דעת ויוצר כלל חדש. בכך, השופט פועל כמחוקק משנה. דוורקין מתנגד לכך. הוא יוצר הבחנה בין סוגים שונים של שיקול דעת:

* שיקול דעת חלש: **מפעיל שיקול הדעת כפוף לנורמה**, כלומר הוא אינו פועל באופן חופשי, יש לו קריטריון לפיו הוא יודע איך להחליט. למשל, שופט במשחק כדורגל מפעיל שיקול דעת. איזה סוג של שיקול דעת זה? הכלל כבר נקבע וידוע, ושיקול דעתו הוא מכני, דהיינו **הוא מתייחס ליישום הכלל על העובדות** (למשל, האם הכדור נכנס לשער או לא).
* שיקול דעת חזק: **מפעיל שיקול הדעת אינו כפוף לנורמה**, כלומר הוא פועל באופן חופשי ויכול להחליט.למשל, מפקד פלוגה מורה למפקד מחלקה לקחת למשימה חמישה חיילים. למ"מ יש שיקול דעת חזק יותר לבחור את מי לקחת למשימה.

איזה שיקול דעת יש לשופט?

לפי הארט, לשופט יש שיקול דעת חזק. אולם, לפי דוורקין העקרונות הם חלק מהמשפט ובמקרים שבהם אין כללים, השופט מחליט לפי עקרונות. לכן, לפיו, אין מושג של לקונה ושל חסר במשפט. מכאן, שלפי דוורקין, **במקום בו אין כלל משפטי, לשופט יש שיקול דעת חלש**. תפיסתו, לפיה העקרונות החוץ-משפטיים הם חלק מהמשפט, מביאה למסקנה שההחלטה של השופט תמיד תהיה לפי הכללים המשפטיים, שכן אין חלל ריק. **זו דחייה של העקרון הפוזיטיבי השני**.

האם לכל שאלה משפטית יש תשובה אחת נכונה?

* יש עניינים המבוססים על העדפה אישית: **אין בהם תשובה נכונה**.
* יש עניינים המבוססים על סטנדרטים אובייקטיבים: **יש בהם תשובה נכונה אחת** – או שהם מתאימים לסטנדרט או שלא. החלטות שיפוטיות מבוססות על סטנדרטים ולכן, יש בהם תשובה נכונה.

**ברמה התאורטית, על השופט להניח קיומה של תשובה נכונה אחת**, זוהי טענה מושגית. כל שופט חותר למה שבעיניו נראית התשובה הנכונה ולכן, אחד יכול לבקר את השני. אם כולם היו מסכימים על אותה תשובה, לא הייתה ביקורת. אם ניתן לבקר אותה, מניחים שיש מדד אובייקטיבי. נכון שהוא מחליט, אבל ההחלטה מנקודת מבטו צריכה להיות בגדר חובה.

מה היתרונות לטענה זו? שיקולים נורמטיביים:

1. טיעון מקצועי: שופט צריך לפעול לפי התשובה האובייקטיבית שבחוק, ולא לפי החלטתו האישית. השופט מחויב לפעול תמיד לפי החוק, גם במקום שבו לכאורה אין כלל מתאים, זו לא החלטה אישית, אלא עליו לחפש תשובה בחוק.
2. טיעון דמוקרטי: שופט איננו נבחר ציבור ואינו יכול ליצור חוק. לכן, עליו ליישם את החוק. הארט סבור כי השופט לעיתים צריך ליצור את החוק. אולם, מי הסמיך את השופט לכך? הטענה של דוורקין היא כי לשופט אין סמכות להיות מחוקק משנה, שכן הוא לא נבחר ציבור. לכן, כל חוק שהשופט יוצר הוא כביכול תוצאה של העקרונות הקיימים.
3. טיעון מכוח שלטון החוק: השופט אינו רשאי להטיל חובות רטרואקטיביים. הדבר פוגע בשלטון בחוק, לפיו החוק חייב להטיל חובה רק מכאן ואילך.

סיכום תפקיד השופט לפי דוורקין: שופט נדרש להחיל נורמות משפטיות – כללים ועקרונות. השופט מיישם את החוק, ולעולם לא מייצר חוק חדש. בנוסף, הוא אינו פועל כמחוקק משנה.

**סיכום נון-פוזיטיביזם:**

* דחיית העקרון הפוזיטיבי הראשון: הנורמות המשפטיות מזוהות ע"י כלל זיהוי. לפי דוורקין, **עקרונות אינם בהכרח מזוהים ע"י כלל הזיהוי**.
* דחיית העקרון הפוזיטיבי השני: שיקול דעת חזק. לפי דוורקין, **שיקול הדעת של השופטים הוא חלש**.
* דחיית העיקרון הפוזיטיבי השלישי: היעדר חובה משפטית בהיעדר כלל. לפי דוורקין, **יש חובה משפטית גם בהיעדר כלל**.

זוהי גישה מהפכנית ביחס לגישה הפוזיטיבית. דוורקין בא עם הרעיון שהמשפט הוא מושג הרבה יותר עשיר.

**מה בין דוורקין למשפט הטבע?**

הדמיון: לפי דוורקין, **העקרונות המוסריים הם חלק מהמשפט**. הוא אינו מפריד בין המשפט והמוסר, שכן לדעתו, שיקולים מוסריים הם חלק מהשיקולים המשפטיים.

ההבדל: במשפט הטבעי יש הבחנה בין משפט רצוי למשפט מצוי. הטענה של אנשי משפט הטבע היא כי חלק מהמשפט בא מהמדינה וחלקו בא מהטבע. לפיהם, המשפט הטבעי מסמן עקרונות של משפט רצוי ועל המדינה לתקן את המשפט לפי העקרונות של המשפט הטבעי ועקרונות המוסר. לעומת זאת, לפי דוורקין, **לא מדובר בשיקולים של משפט רצוי, אלא בעקרונות שהם חלק מהמשפט הקיים והנתון**. כלומר, המשפט הוא לא רק מה שהכנסת/הפרלמנט/בתי המשפט קבעו, אלא גם העקרונות שהחברה מחזיקה בהם הם חלק מהמשפט. העקרונות החברתיים של המדינה לאו דווקא באים לידי ביטוי בחוקים, אלא הם יותר מופשטים, והם חלק מהמשפט. את המשפט הזה השופט תמיד מיישם.

**דוורקין והפורמליזם:**

הדמיון: **התבנית הכללית**

1. היעדר שיקול דעת: הפורמליסטים מאמינים שהכל קיים בחוק ועל השופט לפעול באופן מכני לפי הכללים. דהיינו, השופט לעולם לא יוצר תשובה חדשה. גם דוורקין מאמין שאין שיקול דעת, שכן **הכל נמצא בחוק**.
2. תזת התשובה הנכונה: גם לפי דוורקין וגם לפי הפורמליזם, **יש תשובה אחת נכונה לכל שאלה**.

ההבדלים: **אופן מעשי**

1. שימוש בעקרונות ולא רק בכללים: הפורמליסטים רואים את המשפט כמודל שמורכב מכללים. אסור לפנות למקור אחר שהוא מחוץ למשפט. אולם, לפי דוורקין, המשפט מחיל עקרונות, והם לאו דווקא מצויים בכללים, אלא הם שיקולים כלכליים, ביטחוניים, חברתיים וכו' (אנטי-פורמאליסט).
2. פרשנות ערכית ותכליתית: לפי הפורמליזם, כדי להכריע יש להיצמד לפרשנות מילולית, לוגית, הקשים של הכללים המשפטיים וכו'. אולם, לפי דוורקין, לא פונים רק לפרשנות מילולית ולוגית, אלא גם לתכליות ולמשמעותיות (שיקולי מדיניות).

**אקטיביזם שיפוטי:**

האם השיטה של דוורקין מביאה לריסון שיפוטי או לאקטיביזם שיפוטי?

* ריסון שיפוטי: דוורקין מצהיר שתפקיד השופט הוא ליישם את החוק בלבד, כך שהשופט כפוף לחוק. השופט יתערב בחקיקה הקיימת מתוך שיקולים מוסריים, או באמצעות ביקורת על החלטות המדינה או בפרשנות חוקים, אבל לא יחליט החלטות חדשות וייצור כללים.
* אקטיביזם שיפוטי: באופן מעשי, דוורקין טוען שהמשפט הוא ללא גבולות, כי הוא כולל בתוכו עקרונות ושיקולי מדיניות. הוא בעצם מעניק לשופט ארגז כלים רחב ועשיר מאוד בהכרעתו השיפוטית. דבר זה מוביל את השופט להיות אקטיביסט.

לסיכום, באופן מוצהר תפקיד השופט הוא ליישם את החוק בלבד, אך באופן מעשי ניתן לשופט ארגז כלים עשיר, המשפט לדעתו הוא ללא גבולות.

**המשפט כפרשנות:**

אם אין לשופט שיקול דעת, אלא הוא פועל לפי עקרונות, אז יש לנסח תאוריה של פרשנות. כלומר, יש שני מושגים עיקריים שדרכם ניתן לתאר פעולה של שופט – (1) שיקול דעת (2) פרשנות.

הארט תיאר את פעולותיהם של השופטים דרך מושג שיקול הדעת. לפיו, אם יש כלל, השופט מיישם אותו ואם אין כלל, השופט מפעיל שיקול דעת ויוצר כלל חדש. לפי הארט, השופטים לא צריכים לפרש את החוק. אם הם מפרשים את החוק, זה מעין הסוואה, שכן השופט לא מפרש את החוק, אלא יוצר כלל חדש.

לפי דוורקין, **הואיל והשופט לא רשאי ליצור כלל חדש, אז הוא צריך לפרש את החוק**. מושג הפרשנות אצל דוורקין מתאר הכל. דהיינו, **כל מה שהשופט עושה הוא לפרש את החוק**.

**תורת הפרשנות של דוורקין:**

דוורקין מתחיל בהשוואה בין פוזיטיביזם לבין משפט הטבע. הוא רואה את גישתו כגישת ביניים בין שתי גישות אלו.

* הפוזיטיביזם: מה אומר החוק?
* משפט הטבע: מה צריך שיאמר החוק.

לפי דוורקין, שתי הדרכים האלו אינן מתאימות. **התפקיד של הפרשנות הוא לעגן את המשפט הרצוי בתוך החוק המצוי**.

קונבנציונליזם ופרגמטיזם:

* גישה קונבנציונלית (דומה לפורמליזם): גישה משפטית קלאסית, הרואה במשפט כהסכמה של המחוקק ושל בתי המשפט. לפי הגישה הזו, השופט מסתכל על החוק. דהיינו, מבט לאחור – לחקיקה ולתקדימים.
* גישה הפרגמטיסטית (דומה לריאליזם): לפיהם, יש לבחון את הפתרון הנכון ביותר. כלומר, מבט לפנים – לפתרון הנכון.

לפי דוורקין, שתי הדרכים האלו אינן מתאימות. **התפקיד של הפרשנות הוא היכולת לאחד את שני הממדים האלו, להסתכל גם לאחור וגם לפנים**.

Law as Integrity:

דוורקין מחפש את הפתרון. לדידו, **המשפט הוא תהליך של פרשנות תמידי**. הוא מסתכל על המשפט כאל **שלמות ויושרה**. גישת המשפט כאינטגריטי מחויבת מצד אחד למסורת המשפטית (החקיקה, התקדימים וכו') ומצד שני, לפתרון הצודק. האתגר של פרשנות הוא לתת כלים לשופט, אשר מצד אחד לא מתכחשים למסורת המשפטית, ומצד שני נותנים פתרון ראוי ונכון.

פרשנות ספרותית:

דוורקין רצה ללמוד מעולם הספרות מהי פרשנות נכונה. מהי פרשנות נכונה ליצירה ספרותית? **התיזה האסתטית** – פירוש טוב ליצירה הוא זה שמאיר אותה באופן הטוב ביותר, כלומר באופן המעניין והאסתטי ביותר. בסופו של דבר צריך לתת את הפירוש המוצלח ביותר, הפירוש שיעשה את היצירה ליפה ומעניינת יותר.

הביקורות:

1. **סובייקטיבית**: כל אחד מתעניין במשהו אחר, עניין של יופי ועניין הוא סובייקטיבי.

* **תגובה**: העובדה שלא ניתן להוכיח מהו הפירוש הטוב ביותר, אינה אומרת שאין תיאוריה טובה יותר. כלומר, זה שיש חשש לסובייקטיביות לא אומר שלא ניתן לעגנה בתיאוריה על פירוש נכון.

1. **אינה תואמת את כוונת המחבר**: אם הפירוש אינו תואם את כוונת המחבר, אזי הפרשנות לא נכונה.

* **תגובה**: כוונה המחבר אינה מכריעה, היא לא צריכה להיות קנה המידה בפרשנות ספרותית. יש כוונות לא מודעות. אפשר להחליט שמה שמעניין הוא היצירה ולא הכוונה של המחבר.

דוורקין רוצה לקשר את התיזה האסתטית ליצירה ספרותית מתמשכת או לטקסט שנמשך לזמן מה. הוא עושה זאת באמצעות ניסוי שכינה **"רומן שרשרת"**. לפי ניסוי זה, קבוצת אנשים מקבלת משימה – כל אחד מהאנשים כותב פרק ברומן, רומן בהמשכים.

מהם עקרונות הפעולה שלפיהם צריך לפעול כל מחבר?

1. **עקרון ההתאמה**: על המחבר להתאים את הפרק החדש שהוא כותב לפרק הקודם. על הפרק להיות מתאים מבחינת הקשר החברתי-היסטורי, כלומר שמות הדמויות, האופי שלהן וכו'.
2. **הארה באור הטוב ביותר**: על המחבר של הפרק הבא לכתוב אותו בצורה שבה יהיה ניתן לראות את הפרק הקודם באופן יפה יותר.

שופט כמחבר פרק ביצירה המשפטית:

יש לראות את השופט כמי שכותב פרק חדש ברומן השרשרת. כאשר שופט כותב פסק דין, הוא כותב פרק ברומן המתמשך וצריך להמשיך את הפרקים הקודמים. כלומר, **השופט צריך לראות את עצמו כמחבר של היצירה המשפטית המתמשכת ולהמשיך את הפרקים הקודמים**, שהם המסורת המשפטית הכתובה (עקרונות משפטיים, פסיקה וחוקים).

לכן, עקרונות הפעולה צריכים לחול גם על השופט:

1. **התאמה**: שופט לא יכול ליצור פסק דין שמנותק מהחוק או מהתקדימים. על ביהמ"ש להתחשב במסורת המשפטית ולא לחרוג ממנה. עקרון זה מבטא את המבט לאחור לפי הגישה הקונבנציונלית.
2. **הארה באור הצודק ביותר**: כאשר בא מקרה לפני ביהמ"ש, פסק דינו צריך להאיר את השיטה כולה באופן הטוב ביותר והצודק ביותר. כלומר, על השופט להאיר את המשפט באור הצודק ביותר באמצעות פסק דינו. עקרון זה מבטא את המבט לפנים לפי הגישה הפרגמטיסטית. דוורקין טוען שיש גם צורך להאיר את החוק באופן הצודק ביותר כדי שהפתרון המשפטי יהיה הנכון ביותר.

**מה היא פרשנות נכונה/אמיתית לפי דוורקין?**

"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". דהיינו, לפיו, פרשנות נכונה היא **פרשנות המתאימה מצד אחד לעקרונות של צדק, הגינות** וכו', ומצד שני, **פרשנות המאירה** **באופן הטוב ביותר את המסורת המשפטית**. ניתן לראות שהוא **משלב בין המבט לפנים לבין המבט לאחור**.

האם דוורקין נשאר נאמן לתפקיד השופט שתיאר במאמריו הקודמים?

* **כל ההחלטות של השופט הן בתוך מסגרת המשפט**: במערכת המשפט – בעבר טען שהמשפט כולל בתוכו עקרונות מופשטים שאינם כתובים. בגישה הפרשנית – הוא ממשיך באותו קו, ומונה את העקרונות (צדק, הגינות, הליך הוגן וכו').
* **ממשיך את הקו שיש תשובה משפטית אחת**: במערכת המשפט – יש תשובה נכונה אחת. בגישה הפרשנית – השופט צריך לחתור להחלטה הנכונה, הצודקת ביותר.
* **תפקידו של השופט**: במערכת המשפט – בעבר אמר שלשופט אין שיקול דעת, כי כל העקרונות מצויים במשפט ולכן, מיישם את המשפט. בגישה הפרשנית – לשופט יש תפקיד יצירתי, הוא צריך לכתוב פרק חדש. נכון שהוא כפוף לפרקים הקודמים, אבל יש מימד יצירתי יותר. הוא מודה ומצהיר על התפקיד היצירתי של השופט, בניגוד לעבר שטען שעל השופט ליישם את החוק בלבד. יש התפתחות.

**זכויות**

**סוגים של זכויות:**

ההבחנה הבסיסית הינה בין זכויות יסוד לזכויות מותנות או יחסיות.

* זכויות מותנות: זכויות התלויות במעשים מסוימים או ביחסים שמתקיימים בין בני אדם. למשל, זכויות שנובעות מחוזה, או זכויות בין עובד לבין מעסיק.
* זכויות יסוד: זכויות מוחלטות וכלליות, הן ניתנות לאדם באשר הוא אדם.

**תורת הזכויות של הופלד**

**ניתוח של מושג הזכות:**

למה מתכוונים כשאומרים שלאדם יש זכות? מה נדרש מכוח הזכות הזו? מה הקשר בין זכויות לחובות?

למושג הזכות יש 4 מובנים:

1. זכות במובן הצר – תביעה: **ל-א' יש זכות (תביעה) כלפי ב' ל-X, אם ורק אם ל-ב' יש חובה כלפי א' ל-X**. **הזכות במובן הזה היא קורלטיבית לחובה**. למשל, אם ראובן הלווה לשמעון כסף ומועד הפירעון הגיע, אזי לראובן יש זכות (תביעה) לקבל משמעון את הכסף. זוהי תביעה חיובית. דוגמא נוספת – דינה היא בעלת דירה ויש לה זכות לתבוע מכל אדם אחר שלא להיכנס לדירתה. זוהי תביעה שלילית. זכות תביעה יכולה להיות חיובית או שלילית. זכות חיובית דורשת הספקה של נכס/שירות, אך זכות שלילית דורשת אי-התערבות.
2. זכות במובן החירות: **מצב שאין על אדם חובה ולכן, יש לו חירות**. כלומר, **לאדם יש חירות ל-X, אם אין עליו חובה ל-"לא X"**. **החירות של אדם לעשות X לא יכולה להצמיח תביעה** (חובה). למשל, לאדם יש חירות לקחת צדף שנמצא על חוף הים. כלומר, אין עליו שום חובה להימנע מכך, ואין לאף אדם אחר זכות תביעה לחסום ממנו אפשרות זו. אך, גם לאדם שיש חירות לקחת את הצדף אין זכות תביעה ביחס לצדף. דוגמא נוספת – לאדם יש חופש ללכת ברחוב, אם מישהו עומד במדרכה הוא לא יכול להזיז אותו.
3. כוח: **לאדם יש כוח אם יש לו את היכולת לשנות את המצב המשפטי (זכות או חירות) שלו או של אדם אחר**. כוח יוצר כפיפות של מישהו אחד לרצון של האדם. כלומר, **כוח פירושו שהאדם כפוף משפטית לפעולה של מי שיש לו כוח**. המושגים כוח וכפיפות קורלטיביים. למשל, לשופט יש כוח לפסוק שרחל תשלם פיצויים ללאה, כלומר זכותו של השופט פירושו של דבר שיש לו כוח. דוגמאות נוספת – לאדם יש כוח לכתוב צוואה ולהכפיף אליה את יורשיו, לאדם שהוצעה לו הצעה, יש כוח לקבל אותה וליצור חוזה, לשוטר יש את הכוח להגביל את החירות של אדם ולעצור אותו.
4. חסינות: הניגוד ל"כוח". **לאדם יש חסינות מפני X אם לאדם אחר אין כוח כלפיו ל-X**. למשל, לחבר כנסת יש חסינות מפני חקירת משטרה, לאדם שמחזיק בייפוי כוח בלתי חוזר יש חסינות מפני שינוי ייפוי הכוח, לעד מדינה שחתם על הסכם עם הפרקליטות יש חסינות מפני העמדה לדין וכו'.

**טבלת הזכויות של הופלד:**

קורלציה בין המושגים:

* זכות – חובה 🡨 אם אדם בעל דירה, יש לו זכות כלפי כל העולם שלא יכנסו אליה, וחובה על כולם לא להיכנס אליה.
* חירות – היעדר זכות 🡨 אם יש לאדם זכות לקחת צדף בים, אין לאף אחד אחר זכות להגביל אותו. החירות שלו תישלל אם יש הוראה שתגביל אותו.
* כוח – כפיפות 🡨 אם יש לאדם כוח לעשות דבר מה, יש לו יכולת להכפיף אדם אחר אליו.
* חסינות – היעדר כוח 🡨 אם למישהו יש חסינות, המשמעות היא שלא ניתן להכפיף עליו כוח מסוים, כלומר לאדם בצד השני אין כוח מול האדם שיש לו חסינות.

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

ניגודים בטבלה של הופלד:

חירות – חובה; זכות – היעדר זכות; כוח – היעדר כוח; חסינות – כפיפות.

אשכול זכויות:

מושגי הזכות השונים יכולים להתקיים בו-זמנית בהרבה מאוד מקרים. יש לנתח כל פעם מה המשמעות של מושג הזכות.

**בעלות בנכס**: בקניין, אם לאדם יש בעלות בנכס, יש לו **זכות תביעה** לתבוע אנשים שלא יכנסו לנכס שלו ושלא ישתמשו בו. בנוסף, יש לו **חירות** להשתמש בנכס ולעשות בו כל דבר. יתרה מזאת, יש לו **כוח** להעביר זכויות בנכס, הוא רשאי למכור את נכסו. לבסוף, יש לו גם **חסינות** כנגד אנשים אחרים, אשר לא יכולים להעביר זכויות בנכס הזה.

**הזכות לחיים**: חירות; זכות שלילית – תביעה שאדם אחר לא יסכן את חיי; זכות חיובית – תביעה מאדם אחר להציל את חיי (למשל, לא תעמוד על דם רעך), תביעה מהמדינה לדאוג לתנאים שמגנים על הזכות לחיים, הגנה של מערכת הביטחון והמשטרה וכו'.

**האם יש זכות בלא חובה?**

ע"פ הופלד, **אין זכות (תביעה) בלא חובה**, שכן הם קורלטיביים. האם יש חובה בלא זכות? נניח מצב שבו יש איסור הפלה, אלא אם כן ניתן לאישה אישור ע"י ועדה רפואית לבצע הפלה. יש כאן חובה, האם יש זכות שעומדת מולה? נראה שלא. דוגמא נוספת – על אדם מוטלת חובה לתת צדקה. האם למישהו יש זכות לתבוע מהאדם את הצדקה? לא. האדם חייב לתת צדקה, אך לאף אחד אין זכות לתבוע ממנו את הצדקה.

לפי הופלד, יש זכויות וחובות, אך היחסים אינם סימטריים. **יכולה להיות חובה בלא זכות, אך** **לא יכולה להיות זכות בלא חובה**.

**היכולת להיות נושא זכויות:**

מאמרו של יוסף רז:

רז כתב מאמר על זכויות שבו הוא לא לגמרי מסכים עם הופלד. "פרט יכול להיות נושא זכויות אם רק אם הרווחה שלו היא בעלת ערך עליון (אולטימטיבי) או אם הוא אישיות מלאכותית (תאגיד)."

הביטוי "אם הרווחה שלו היא בעלת ערך עליון" מתייחס לאדם. כלומר, ערך חייו של אדם הוא עליון ואולטימטיבי. כל אדם הוא תכלית לעצמו ולא ניתן להשתמש באדם כמכשיר (בניגוד לאובייקטים האחרים בעולם – עץ, מתכת וכו').

לדעת רז, רק בני אדם הם נושאי זכויות. לבעלי חיים אין זכויות, אלא יש כלפיהם רק חובות. רק רווחתם של בני אדם היא בעלת ערך אולטימטיבי ולכן, רק הם יכולים להיות בעלי זכויות. תאגידים הם בעלי זכויות על אף שאינם בעלי ערך אולטימטיבי (הם בעלי ערך אינסטרומנטלי).

הדדיות: מושג הזכות מבוסס על הדדיות. יכול להיות בעל זכות רק מי שיכול להיות בעל חובה.

תורת האינטרס של רז: 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.

**זכות קיימת לאור ההכרה באינטרס של בעל הזכות**. מכירים לאדם בזכותו מאחר ויש לו אינטרס מסוים. לפי רז, **הזכות תלויה באינטרס של האדם, ולא ברצון שלו**. לאדם יש זכויות לא בגלל שהוא רוצה בהן, אלא כי יש לו אינטרס בקיומן. יכול לרצות אותן ויכול שלא. הדגש הוא על האינטרס של האדם.

בניגוד להופלד, רז סבור כי **הזכות איננה קורלטיבית לחובה**. היחס הוא של הצדקה ולא של קורלטיביות. זכות יכולה להיות הצדקה להטלת חובות שונות על אדם אחר. היחס בין החובה לזכות הוא **דינמי** ולא סטטי.

דוגמא – הזכות להשתתפות פוליטית: לאדם יש חירות להביע דעה וכוח להשפיע באמצעות החירות. בנוסף, יש לו תביעה לנמק החלטות ממשלתיות ותביעה לחופש מידע.

**דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני**

**רקע:** העותרת והמשיב היו נשואים מספר שנים ללא ילדים. לאחר שהעותרת עברה ניתוח שבעקבותיו איבדה את יכולתה להרות היריון טבעי, בני הזוג החליטו להביא ילד לעולם בהפריה חוץ-גופית. הביציות של העותרת הופרו בזרעו של המשיב והקופאו בבית החולים. בני הזוג התקשרו עם מוסד בארה"ב לשם איתור פונדקאית שתישא את ילדם, אלא שלפני שהתהליך הגיע לשלב זה, המשיב עזב את הבית, הקים משפחה חדשה והוליד בת, בעודו נשוי לעותרת המסרבת להתגרש. העותרת פנתה לביה"ח וביקשה לקבל לרשותה את הביציות המופרות כדי להמשיך בתהליך. היא סורבה ופנתה בתביעה לביהמ"ש המחוזי, אשר נענה לבקשתה. ביהמ"ש העליון קיבל ברוב דעות את ערעורו של המשיב, ומכאן הדיון הנוסף.

**דעות הרוב:**

טל: **קיומו של חסר בדין בנסיבות דנן, מטיל על ביהמ"ש חובה לפתח את המשפט כדי לתת מענה למקרה זה**. כאשר ביהמ"ש עושה זאת, עליו לבחון את האינטרסים המתנגדים, לעמוד על הציפיות הלגיטימיות של שני הצדדים ולשקול שיקולי מדיניות משפטית ראויה.

בעניין דנן, כנגד האינטרס להיות הורה, עומד האינטרס ההפוך שלא להיות הורה בעל כורחו. לדידו, האינטרס בהורות מהווה ערך בסיסי וקיומי הן בעבור הפרט והן בעבור החברה. לעומת זאת, אין שום ערך, כשלעצמו, בהיעדר הורות. הערך המוגן באינטרס שלא להיות הורה הוא ערך הפרטיות, כלומר שלא יתערבו לפרט בהחלטותיו האינטימיות. השוואת האינטרסים והנזקים העלולים להיגרם משלילת הזכויות הנ"ל, מביאה למסקנה בדבר **העדפת האינטרס להיות הורה**.

כמו שלא מורים לנשים להפסיק את ההיריון שלהן, אף אם הוא הושג במרמה, משום שלא מתערבים בגופה של אישה שלא לרצונה, כך **אין להורות על הפסקת הליך הפריה, כאשר הפסקה כזו גורמת להתערבות שווא בגופה של האישה, המחוללת את כבודה ופרטיותה**.

אחת המשימות של השופט בעודו עוסק בחקיקה שיפוטית היא הגשמת הציפיות הלגיטימיות של הצדדים. למשפט ישנן שתי דרכים בהן הוא משחזר את כוונת האדם:

1. כוונה משוערת: ע"פ ניסיון החיים והשכל הישר, ובהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה.
2. כוונה מיוחסת: כאשר אין שום דרך לשער את כוונת הצדדים, המשפט, לצורך מטרותיו, מייחס לאדם כוונה שלא מדעתו ואולי גם שלא לרצונו.

בענייננו, ניתן לומר שכוונתה של האישה הייתה שחרטתו של האיש לא תשפיע על המהלך שהוחל בו. מצד שני, לא ניתן לשער שהבעל היה נמנע מלתת את הסכמתו להפרות את הביציות מזרעו אילו ידע שלא יוכל לחזור בו בהמשך. האישה ביצעה את ההליך בהסתמך על מצג שהתהליך יימשך.

שיקול נוסף הינו **שיקול של צדק** – אין להקנות יתרון בלתי הוגן לאחד הצדדים. הקביעה, שבהיעדר הסכמה מפורשת יכול כל צד לחזור בו מתי שירצה בכך, פוגעת באיזון ובשוויון שבין הצדדים. הצורך בהסכמת שני בני הזוג לכל אורך הדרך מקנה לצד הרוצה בהפסקת התהליך זכות וטו על הצד השני. זכות זו מותירה את הצד החפץ בהמשך התהליך נתון לחסדו של הצד שכנגד. זוהי תוצאה שאין הדעת סובלת. לכן, **יש לקבוע שבהיעדר הסכמה מפורשת לגבי מקרה של פירוד, יש לייחס לצדדים כוונה שאין צד אחד יכול לחזור בו, וכך יש לנהוג**.

דורנר: **לא כל חובה מוסרית הינה חובה שבדין, אולם על הדין להביא לתוצאה צודקת**. גם ע"פ השיטה הדוגלת בשיקול דעת שיפוטי, נדרש שנורמות משפטיות יתפרסו על יסוד עקרונות של מוסר, צדק וזכויות האדם. במקרים בהם עקרונות היסוד מתנגשים בינם לבין עצמם, הסתירה תיפתר ע"י איזון ראוי ביניהם. בהתנגשות שבין זכות הבעל לזכות האישה, שניהם מצויים בעמדה של שוויון מבחינת זיקתם לביציות המופרות. הורות הינה זכות בסיסית המסמלת את חירותו של האדם לבחור. מול זכות בסיסית זו, יש לבחון את הזכות שלא להיות הורה, אשר יסודה באוטונומיה של הפרט מפני התערבות הרשות בפרטיותו. הזכות לפרטיות מפני השלטון היא בעלת משקל רב יותר מהזכות לפרטיות במשפחה. מכל מקום, ככל שהשלב בו מצוי הליך ההולדה מתקדם יותר, כך משקלה של הזכות להיות הורה יגבר.

גולדברג: הזכות להיות הורה מבוססת על אוטונומיית הרצון, המכבדת, בין היתר, את בחירת הפרט להקים תא משפחתי. מצידו השני של המתרס מצויה הזכות שלא להיות הורה, הנשענת אף היא על אוטונומיית הרצון, המכבדת את רצונו של הפרט לשלוט על מהלך חייו ועל מחויבויותיו. הצורך בהסכמה האישה להפסקת ההיריון, שנגזר מערך החירות של האישה על גופה, מקנה לה "זכות וטו" על הליך ההולדה. **אין כלים קונבנציונליים לפתרון הסכסוך ולכן, יש לחפש אחר חלופה להם, המבוססת על ערך בסיס החולש על השיטה**. לדידו, ערך יסוד הולם הוא **צדק**. מקום בו נפרד המשפט, המכתיב תוצאה מסוימת, מהצדק, אין ביהמ"ש רשאי ליטול לעצמו שיקול דעת שאינו מסור לו. אולם, **במקרה שבו מופקד בידי השופט שיקול דעת, אז המשפט והצדק נפגשים בצומת של שיקול הדעת השיפוטי**. כאשר כל הכרעה בסכסוך בין שני פרטים תפגע באחד מהם, הפתרון הצודק הוא של "הרע במיעוטו". לכן, יש מקום לשקול אם הנזק של העותרת במקרה שייאסר עליה להשתמש בביציות, עולה על הנזק שייגרם למשיב אם ייהפך להורה בעל כורחו, או להפך. לדידו, **הנזק של העותרת גדול יותר** ולכן, המשיב לא יכול לחזור בו.

קדמי: משהתעברה האישה, אין בידי בן זוגה לחזור בו מבחירתו ולכפות עליה הפלה. הפריית הביצית היא המעשה היוצר את העובר ואין אחרי מעשה זה חרטה. לכן, עד למועד ההפריה בפועל, כל אחד מבני הזוג רשאי לחזור בו מההחלטה להיות הורה. אולם, ההפריה משנה את המציאות ויוצרת מצב חדש שאינו מאפשר חזרה.

טירקל: משנעשה מעשה ההפריה החוץ-גופית, גוברת הזכות להיות הורה, על פני הזכות שלא להיות הורה. כאשר לא קיים לגבי המראה דטרמיניזם משפטי, המחייב תוצאה אחת, אין טעם בניסיון ללכת מלכתחילה ב"דרך של משפט", אלא על "דרך הצדק". הצדק שעושה ומקרין ביהמ"ש צריך להיות צדק אנושי שאינו רק תוצאה של ניתוח הגיוני, אלא גם נובע ממעמקי הלב.

בך: במצב הנתון שבו אין חוק מפורש היכול להדריך את ביהמ"ש, **יש להיעזר בתחושת הצדק ולפסוק ע"פ מה שנראה כצודק ביותר, בהתחשב בנסיבות המקרה**. לדידו, זכותה של העותרת משמעותית יותר במאזני הצדק עקב מספר גורמים:

1. העותרת והמשיב לא רק הסכימו להביא ילד לעולם בדרך של הפריית הביציות והסתייעות בפונדקאית, אלא הרחיקו לכת במימוש התוכנית, והמשיב הפריש מזרעו וגרם להפריית הביציות בהסכמה מלאה.
2. ההליך שננקט היה כרוך בסבל פיזי קשה וממושך לעותרת, והדבר אף היה כרוך בסיכון חייה.
3. העותרת יכלה להגיע לאותה תוצאה באמצעות זרעו של אחר, אך היא העדיפה את השותפות עם המשיב, תוך הסתמכות על הסכמתו המלאה לתוכנית המשותפת.
4. העותרת אינה מסוגלת היום לחזור על אותו ניסיון, בשל גילה ומצב בריאותה. לכן, זהו הסיכוי היחיד והאחרון בעבורה לממש את שאיפתה העזה להורות. זאת, להבדיל מהמשיב, אשר זכה להורות, ויוכל אף בעתיד להתנסות בחוויה זו.

מצא: הכרעה צודקת בעניין דנן חייבת להתבסס על איזון ראוי בין זכויותיהם המתנגשות. אך, איזון זה אינו יכול להתבסס על תחושת הצדק לבדה, אלא הוא טעון אמת מידה אובייקטיבית. אמת המידה המתבקשת, בהיעדר נורמה משפטית מוכרת המסדירה את הסוגייה, היא תורת הזכויות. **ככל הכרעה המתבססת על השוואתן של זכויות מתנגשות, אף ההכרעה הנוכחית תהיה הכרעה ערכית**.ישנם סוגים שונים של הגבלות על זכויות:

* הגבלה עקרונית: הגבלה מוטלת בדין על זכות עקרונית.
* הגבלה כללית: הגבלה זו מתייחסת רק לזכות כללית, והיא שוללת מבעל הזכות את היכולת לעשות שימוש בזכותו.
* הגבלה ספציפית: הגבלה זו מתייחסת לזכות כללית או ספציפית, והיא מונעת מבעל הזכות ליישם את זכותו רק באשר לחלק מהאובייקטים האפשריים.

ממיון זה, נגזרים שני סוגי הגבלות נוספים:

* הגבלה כללית-למעשה: הגבלה שלכאורה ניתן לסווג כספציפית, או שלמראית עין היא נחזית כספציפית, בעוד שלמעשה היא כללית.
* הגבלה מעין-כללית: מתקיימת כאשר ההגבלה המוטלת על בעל הזכות אומנם מותירה בידו דרכים אפשריות להגשמת זכותו, אלא שמבחינתו כל האפשרויות שההגבלה מותרה בידו הינן בלתי אטרקטיביות ביותר.

בענייננו, ההגבלה שהמשיב מבקש להטיל על העותרת היא **הגבלה** **מעין-כללית**, ואילו ההגבלה שהעותרת מבקשת להטיל על המשיבה היא **הגבלה ספציפית**. הטלת הגבלה מעין-כללית על זכות כלשהי פוגעת באותה זכות יותר מאשר הטלת הגבלה ספציפית. בנסיבות שבהן מתקיים שוויון ביתר הנתונים, **עקרון הצדק מחייב לבכר את הפגיעה הפחותה על פני הפגיעה היתרה**.

**דעות המיעוט:**

שטרסברג-כהן: **אין להירתע מפני התערבות המשפט גם במקרים הדורשים הכרעות ערכיות נורמטיביות, ואף בתחומים שהרגש שולט בהם**. הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה הן שתי זכויות שעל אף היותן שני צדי מטבע אחד, מאפייניהן אינם זהים. ההבחנה בין שני מישורי הזכויות הינה בהיות הזכות להורות משתייכת לקבוצת הזכויות המצריכות שיתוף פעולה של פרט אחר על מנת להוציאה לפועל, ואילו הזכות לאי הורות מצטמצמת לפרט עצמו. **הגשמת זכותו של הרוצה בהורות ע"י הטלת חובה על מי שאינו רוצה בהורות נוגדת את מהותה של החירות ופוגעת בה**. מבחינה עובדתית ומשפטית, לא הייתה מצד המשיב הסכמה להמשך תהליך ההפריה בנסיבות של התפרקות התא המשפחתי. **החברה איננה יכולה לכפות על אדם ליצור חיים בעל כורחו**.

אור: הצדדים התכוונו בהסכמתם בדבר ההפריה ליצור הסכמה בעלת תוקף משפטי. ההסכמה שביניהם לא נשארה בדל"ת אמותיהם. עם זאת, הסכמה זו אינה הסכמה חוזית רגילה. משום שאין ראיות ישירות בדבר תוכן ההסכמה, ונוכח אי-העלאתה על הכתב, על ביהמ"ש לנסות ולחלץ את תוכן ההסמכה מנסיבות העניין. יש להתחקות אחר אומד דעתם של בני הזוג, לנסות ולאתר את התכלית ההסכמית המשותפת ולגזור ממנה את תוכן ההסכמה. בעניין דנן, עולה כי אומד דעת הצדדים הוא הסכמה לשתף פעולה לקראת מימוש תהליך ההפריה החוץ-גופית. הסכמה זו מבוססת על הנחה היסוד של התמשכות הקשר הזוגי בין הצדדים. ע"פ הסכמה זו, בני הזוג יודעים ומקבלים על עצמם שהמשך התהליך מותנה בהסכמה נמשכת של בני הזוג להמשיך בתהליך על כל שלביו. אי-נכונות המשיב להמשיך בתהליך אינה נגועה בחוסר תום לב והיא מובנת מאליה, לאור הפגיעה במערכת הזוגית של הצדדים.

זמיר: **כבודו של הצדק במקומו מונח, אל הוא חייב להיות מונח על תשתית של דין**. ייתכן שאין חוק או הלכה שייתנו תשובה לעניין מסוים הנדון בביהמ"ש. אך, במצב כזה ביהמ"ש לא עומד ותוהה אל מול חלל נורמטיבי. גם אם אין נורמה מפורשת שתחול על העניין הנדון, בטוח יש נורמה משתמעת. **ביהמ"ש חייב לחפש את דרכו כדי להגיע אל נורמה זאת ואם יש צורך, להתאים/לפתח אותה לפי הנדרש**. הוא סבור כי על ביהמ"ש ללכת כך – חקיקה 🡨 הלכה 🡨 היקש 🡨 עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. מבחינה מעשית ועיונית, אין להעלות על הדעת שלא תימצא לביהמ"ש נורמה משפטית כשהוא הולך בדרך זו. לכן, **לפי שעבר דרך זו, ביהמ"ש לא רשאי לומר שאין בעניין מסוים נורמה משפטית ולכן, הוא רשאי לפסול באותו עניין לפי הצדק**. הוא מפרש תקנות וחוקים הרלוונטיים לעניין ומגיע למסקנה כי הסכמתו של הבעל נדרשת בכל שלב בהליך ההפריה החוץ-גופית.

לדידו, ביהמ"ש חייב לשקול צדק בכל מקרה ומקרה, אך הוא חייב לשקול את הצדק במאזניים של משפט ולעשות משפט צדק. יש להבחין בין צדק כללי לבין צדק אישי.

* לפי **הצדק הכללי**, אפשר שפירוש או יישום של כלל משפטי מסוים בדרך מסוימת לא יוביל לתוצאה צודקת בסוג של מקרים ולכן, יש להעדיף פירוש או יישום בדרך אחרת.
* לפי **הצדק האישי**, הפירוש או היישום של הכלל המשפטי בדרך מסוימת יגרום אי-צדק בנסיבות המיוחדות של מקרה מסוים ולכן, יש לבחור בדרך אחרת.

לדידו, על ביהמ"ש לעשות צדק כללי ורק לאחר מכן לשקול את הצדק האישי.

ברק: **כל ההחלטות בעניין הביציות המופרות, כל עוד הן מחוץ לגופה של אישה, צריכות להתקבל ע"פ הסכמה משותפת של בני הזוג**. בהיעדר הסכמה משותפת, אין אפשרות להמשיך בשלבי ההפריה החוץ-גופית. **הצורך בהסכמה של כל אחד מבני הזוג בכל שלב נגזר מדרישת הצדק**, ובמקרה דנן משמעותו של הצדק היא הגשמת ההורות המשותפת. אולם, ברק מסייג ואומר כי אי-הסכמה צריכה להיעשות בתום לב, כמו בכל פעולה משפטית.

**פרשת נחמני – ניתוח תורת-משפטי**

**רקע:**

לאחר שדני ורותי נישאו, רותחי חלתה ונאלצה לכרות את רחמה. היא החלה בהליך של הפריה חוץ-גופית. ביצית של רותי הופרתה בזרעו של דני והיא נשמה בביה"ח. בינתיים מערכת היחסים של הזוג עלו על שרטון והם נפרדו. דני נישא לאישה אחרת ונולדה להם בת. רותי ביקשה מביה"ח את הביצית המופרית, על מנת להשתיל אותה ברחמה של פונדקאית. דני התנגד.

ביהמ"ש המחוזי הורה לביה"ח להיענות לרותי. דני ערער לעליון, אשר פסק לטובתו (בהרכב של 5 שופטים). בעקבות זאת, רותי ביקשה דיון נוסף ובקשתה אושרה. לפי החוק, מאשרים ד"נ רק אם המקרה הוכרע בהרכב של 3 שופטים. אך, למרות זאת, אישרו זאת.

**"מקרה קשה":**

המקרה הזה הוא מה שנקרא בתורת המשפט "מקרה קשה". המקרה קשה ב-2 מובנים:

1. אין נורמה משפטית ברורה ולכן, אי אפשר להחיל את החוק על המקרה.
2. יש שיקולים מוסריים וחברתיים מנוגדים. כלומר, קשה מאוד אינטואיטיבית לתת את התשובה מי מהצדדים צודק. לכל אחד מהצדדים יש קייס חדש – רותי רוצה להיות הורה, היא מבוגרת וחולה ולא תוכל להיות הורה בהזדמנות אחרת. מצד שני, דני לא רוצה להיות אב ולא ניתן להכריח אותו להיות אב לילד שאינו רוצה בו.

**המישור הנורמטיבי:**

נקודת המוצא היא שלא ניתן לחייב אדם להיות הורה בעל כורחו. הזכות של רותי להיות הורה לא יכולה לכפות על דני להיות הורה. ע"פ ניתוח מושג הזכות של הופלד, לרותי יש זכות במובנה כחירות להיות הורה, אין עליה איסור להיות הורה. אולם, חירותה לא מצמיחה לה תביעה. ברור שהחירות לכשעצמה לא מצמיחה עילת תביעה וזה כל העניין במקרה דנן. כדי שיהיה אפשר לכפות על דני להיות הורה, צריך לענות על 3 שאלות עיקריות:

1. **האם יש לדני חובה כלפי הביציות המופרות? האם הוא חייב לשמור אותן ולאפשר את התפתחותן?**

* כל השופטים הסכימו שביציות מופרות הם אפילו 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 נק' זו, שהיא בעד החיים והוא נגד החיים.

1. **האם יש לדני חובה כלפי רותי שנובעת מהסכם ביניהם או מהסתמכות?**

נקבע שהביציות אינן עוברים, אך בני הזוג הסכימו להליך רפואי מורכב. רותי צריכה לקבל טיפולים הורמונאליים, שואבים 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: ע"פ דיני החוזים, יש לבדוק האם הייתה הצעה וקיבול. אך, לא ברור שהייתה גמירות דעת ליצור חוזה מחייב. ככל שכן, יש לבחון האם זה חוזה שניתן לאכוף אותו? כי חוזה אישי אינו בר אכיפה. נראה שלא יאכפו את החוזה.

1. **האם לדני יש חובה להתחשב באינטרס (בזכות?) של רותי להיות אם?**

רותי לא תוכל להיות אמא בכלל, אם דני ימנע ממנה זאת עכשיו. ואם יש חובה, האם זו חובה משפטית או מוסרית? בערעור העדיפו את הזכות של דני שלא להיות הורה, אבל בד"נ התוצאה התהפכה.

**המישור התורת-משפטי:**

האם יש נורמות משפטיות שקובעות את הדין במקרה דנן? אם אין כללים כאלו, אז איך קובעים את הדין? האם יש להבחין בין הנורמות המוסריות לבין הנורמות המשפטיות? או לאמץ את הנורמות המוסריות? השופטים דנים בשאלה זו בפירוש ונחלקים בדעותיהם ביחס אליה.

המצב המשפטי:

* **אין כלל ישיר שחל על העניין**.
* תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית): דורשות הסכמה בין בני הזוג על כל פעולה, אך אינן חלות על השתלת ביצית בגופה של פונדקאית (כמו במקרה זה). שטרסברג-כהן סבורה כי תקנות אלה אינן חלות על מקרה של הפריה חוץ-גופית.
* חוק ההסכמים לנשיאת העוברים (איסור הסכם ומעמד היילוד): דורש הסכם בין שני ההורים המיועדים לאם הפונדקאית. אך, החוק נחקק לאחר ההפריה ולכן, לא חל על המקרה דנן.

3 גישות במישור התורת-משפטי:

1. **למרות שאין כלל משפטי אין כאן חלל משפטי**. יש נורמות אחרות שמהן ניתן ללמוד ולפסוק בעניין. השופטים שהחזיקו בגישה זו, פסקו לטובת דני.
2. **הואיל ואין כלל משפטי יש כאן חלל משפטי**. במקרה זה השופט צריך להכריע ולשם כך, יש לפנות לעקרונות צדק כלליים. השופטים שהחזיקו בגישה זו, פסקו לטובת רותי.
3. **אין כלל משפטי ואין להכריע גם לפי נורמות קרובות**. אך, יש "צדק שבדין". כלומר, עקרון של צדק שהוא חלק מהדין (עקרון יושר). השופטים שהחזיקו בגישה זו, פסקו גם הם לטובת רותי.

**השופטת שטרסברג-כהן:**

"אכן, אין אנו נקראים לפרש חוק מסוים ואין אנו נדרשים ליישם חוק כזה. גם במקרה זה, כבאחרים, נקראים אנו להכריע בסוגיות שאינן מוסדרות ע"י חוק מיוחד. עלינו לקבוע נורמה משפטית בעלת משמעות ערכית. בעשותנו כן, **אין אנו מצויים בחלל ריק**. לרשותנו עומד עולמו העשיר של הדין הקיים על כל ענפיו המשליכים על הסוגייה הנדונה."

1. ביחס לשאלה הראשונה: הביצית המופרית אינה יצור חי.אין מדובר בשימור חיים, אלא ביציאת חיים. חברה אינה רשאית לכפות על אדם יצירת חיים בעל כורחו.
2. ביחס לשאלה השנייה: מבחינה עובדתית ומשפטית לא הייתה מצד דני הסכמה להמשך התהליך בנסיבות של התפרקות התא המשפחתי.
3. ביחס לשאלה השלישית: הזכות להיות הורה היא חירות שאין מולה חובה משפטית. גם הזכות לאי-הורות היא חירות. זוהי זכותו של הפרט לשלוט בחייו ולתכננם. זוהי הנקודה החשובה לענייננו – ניתוח מושג הזכות. לדידה, הזכות להיות הורה היא חירות. לכן, הזכות לא מייצרת חובה משפטית. אין ויכוח שלרותי יש חירות להיות הורה, אך באותה מידה גם לדני יש חירות לא להיות הורה. חירותה של רותי לא מייצרת שום תביעה כלפי דני.

**מושג הצדק** – ""הצדק" כמושג מופשט הוא ניטראלי בענייננו. היענות לדני נחמני היא עשיית "אי צדק" עם רותי. והיענות לה היא עשיית "אי צדק" לו. עלינו לתור אחר צדק העולה בקנה אחד עם הרעיונות "הפילוסופיים המדיניים והמוסריים" המהווים חלק אינטגרלי מן המשפט." במילים אחרות, **לדעתה, יש למצוא את הפתרון במשפט, ולא במושג הצדק**.

**השופט גולדברג (דעת הרוב):**

"לפנינו **חלל נורמטיבי**. ודוק: אין מדובר בהשלמת חסר (לקונה) בנורמה חקיקתית קיימת המחייבת הפעלתו של חוק יסודות המשפט, שכן, לדעתי, אין בנמצא הסדר חקיקתי כלשהו שבידינו להיאחז בו לפתרון הסכסוך, וממילא אין מדובר בהסדר שאינו שלם המצדיק מילוי על-ידי בית המשפט. ענייננו בצורך ליצור יש מאין. בבריאת נורמה חדשה".

לדעתו, **בעקרונות השיטה אין פתרון**. לכן, **יש לפנות לערך בסיסי החולש על שיטתנו – עקרון הצדק**. הוא תופס את **מושג הצדק כמאזן בין האינטרסים של שני הצדדים**. השיקולים שהוא לוקח בחשבון:

* הכרעה משפטית צודקת, המבוססת על תחושת הצדק של השופט, אכן אינה הכרעה ניטראלית. אולם, היא גם איננה שרירותית.
* עדיפות האינטרס של רותי להיות הורה והיעדר חלופות עבורה.
* הסתמכות של רותי.

**השופט טל:**

"אין לפנינו הוראה שבדין שעל-פיה ייפתר הסכסוך שלפנינו. קיומו של חסר בדין מטיל על בית המשפט את החובה לפתח את המשפט כדי לתת מענה למקרה המובא לפניו".

"המקרה שלפנינו שייך לתחום של פיתוח המשפט ולא לתחום של השלמת החסר, שכן אין לפנינו נורמה חסרה או לקויה."

"בעשותנו כן, עלינו: א) לבחון את האינטרסים המתנגשים; ב) לעמוד על הציפיות הלגיטימיות של שני הצדדים; ג) לשקול את שיקולי המדיניות המשפטית הראויה."

השיקולים שהוא לוקח בחשבון:

* האינטרסים "להיות הורה", ו"שלא להיות הורה" אינם שקולים. האינטרס בהורות מהווה ערך בסיסי וקיומי. לעומת זאת, אין בשום ערך, כשהוא לעצמו, בהיעדר הורות. הערך המוגן באינטרס שלא להיות הורה הוא ערך הפרטיות. האינטרס של האישה לאימהות גדל, ומכריע את האינטרס של האיש.
* שיקולי ציפיות, הסתמכות והשתק תומכים באישה. יש לשער שכוונתם הייתה שאין ביכולתו של צד אחד להפסיק את התהליך בניגוד לרצונו של הצד המעוניין בהשתלה.

**השופט בך:**

"במצב הנתון, שבו אין בנמצא חוק מפורש היכול להדריכנו, עלינו להיעזר בתחושת הצדק, ולקבוע את פסקנו על-פי מה שנראה בעינינו כצודק ביותר, בהתחשב בכל הנסיבות של המקרה שלפנינו." השיקולים שהוא לוקח בחשבון:

1. הסכמה על תחילת התהליך.
2. הסתמכותה של רותי וכניסה לתהליך שיש בו סיכונים.
3. היעדר אפשרות אחרת לרותי להיות אם.

**השופט טירקל:**

"הסכסוך שלפנינו אינו מצוי במהותו במסגרת נורמה משפטית קיימת. לא ניתן ליצוק אותו לתבניות המשפטיות של חוזה או מין-חוזה. מצוי הוא כל כולו בתחום הרגשי-מוסרי-חברתי-פילוסופי. מכאן ההסבר לחלל הנורמאטיבי ולקוצר ידם של הכללים המשפטיים המקובלים לתת מענה לסכסוך."

"בתוך עולם תוהו משפטי כזה, אם מותר לכנות זאת כך, נזקק השופט לנורמה חיצונית, לבר-משפטית: "הצדק"."

"התשובה תימצא אפוא בעולם הערכים הפנימי של כל אחד מאיתנו. אף אינני מהסס לומר, שמותר לה שתימצא באוצר הרגשות שבתוך לבו של כל אחד מאיתנו (אינטואיציה ותחושה פנימית)."

השיקולים שהוא לוקח בחשבון:

* בדין הקשה הזה, אני בוחר בחיים; בחייה – חיים כמשל – של רות נחמני, וב"חיים" – או בפוטנציאל החיים – של הביציות המופרות.
* האינטרס של רותי להיות הורה חזק יותר מהאינטרס לא להיות הורה.
* פוטנציאל החיים של הביציות המופרות מטה את הכף לטובת שימורם ופיתוחם.

**השופטת דורנר:**

"על הדין להביא לתוצאה צודקת. פרופ' דוורקין, השולל קיומו של שיקול דעת שיפוטי, סבור כי על בית המשפט להכריע במקרים קשים על סמך עקרונות מוסר וצדק. גם על-פי הגישה הדוגלת בקיומו של שיקול דעת שיפוטי נדרש כי נורמות משפטיות יתפרשו על יסוד עקרונות של מוסר, צדק וזכויות האדם. במקרים שבהם עקרונות היסוד מתנגשים בינם לבין עצמם, תיפתר הסתירה על-ידי איזון ראוי בין הערכים המתנגשים."

"השאיפה לצדק עומדת ביסוד הדין. עמד על כך כבר אריסטו, בכותבו: הטעות אינה בחוק או במחוקק אלא מטבע הדברים: החוק מדבר בלשון אוניברסלית, ויכול שיתעורר עניין שאינו מכוסה על-ידי הלשון האוניברסלית – ואז נכשל המחוקק בהפשטת יתר ועלינו למלא את החסר... לכן היושר הוא צדק, ואפילו טוב מן הצדק הכללי, ועל-כל-פנים טוב מן הטעות הנובעת מהחלטיות החוק."

**טענתה המרכזית היא כי שיקולי הצדק והמוסר הינם חלק מהדין**, בדומה לגישתו של דוורקין.השיקולים שהיא לוקחת בחשבון:

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

**השופט מצא:**

"היעדר של נורמה משפטית – ולמצער היעדר הסכמה בין השופטים בדבר קיומה של נורמה כזאת – הוא חיזיון נדיר. עם זאת אין הוא חיזיון בלתי אפשרי. להכרעה בסכסוך שלפנינו לא נמצאה לנו נורמה מוכרת שניתן להיבנות ממנה, אף תוך התחשבות בשינויים המחויבים. בנסיבות אלו לא היה מנוס מהכרעה שתתבסס על איזון בין הזכויות המתנגדות. איזון זה אינו יכול להתבסס על תחושת הצדק לבדה. עריכתו טעונה אמת מידה אובייקטיבית."

השיקולים שהוא לוקח בחשבון:

* הבחנה בין סוגי זכויות: (1) זכות עקרונית – במשפט. (2) זכות כללית – זכותו של אדם לממש זכות עקרונית. (3) זכות ספציפית – זכותו של אדם לממשה בנסיבות מסוימות.
* דני פוגע בזכותה של רותי פגיעה "מעין-כללית", היא לא תוכל להיות אם.
* רותי פוגעת בזכותו של דני "פגיעה ספציפית", דני לא מתנגד להיות אב בכלל, אלא לילדים הללו.
* הפגיעה של דני בזכותה של רותי קשה יותר.

**השופט קדמי:**

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

**השופט זמיר:**

"אפשר שלא יהיה דין, חוק או הלכה, שייתנו תשובה מפורשת לעניין בנדון בבית המשפט. אך גם במצב כזה אין בית המשפט עומד תוהה ובוהה אל מול חלל נורמאטיבי. אולם המשפט מלא נורמות משפטיות. גם אם אין נורמה מפורשת, שתחול על העניין הנדון, ודאי יש נורמה משתמעת. בית המשפט חייב לחפש את דרכו כדי להגיע אל נורמה זאת, ואם יש צורך בכך, להתאים אותה או לפתח אותה לפי הנדרש. תורת המשפט מנחה אותו בדרכו ונותנת בידו כלים כדי להגיע אל הדין, ואף לפתח את הדין מתוך הדין."

הנורמות:

* תקנות ההפריה החוץ-גופית בעבר חלו רק על האישה שבגופה מושתלת הביצית. בית המשפט פסק בעבר שהן חלות גם על פונדקאית.
* התקנות האלו מחייבות הסכמה של שני בני הזוג לכל שלב בתהליך.
* חוק ההסכמים לנשיאת עוברים מחייב הסכמה של הבעל לתהליך. הוא נחקק לאחר ההפריה ואין להחילו למפרע, אך אפשר להחילו על ההשתלה.

**השופט אור:**

מצטרף אל דעתו של זמיר. הנורמות:

* רותי ודני התכוונו ליצור הסכמה בעלת תוקף משפטי.
* מנסיבותיו של מקרה זה עולה כי אומד דעת הצדדים היא הסכמה לשתף פעולה לקראת מימושו של תהליך ההפריה החוץ-גופית. הסכמה זו אינה כוללת הסכמה מרא לכל שלביו של תהליך ההפריה.
* תקנות ההפריה החוץ-גופית דורשות הסכמה לכל אחד מהשלבים של ההפריה.

**השופט ברק:**

"כל ההחלטות בעניין הביציות המופרות – כל עוד הן מחוץ לגופה של אישה – צריכות להתקבל על-פי הסכמה משותפת של בני הזוג. בהיעדר הסכמה משותפת, אין כל אפשרות להמשיך בשלבי ההפריה החוץ-גופית. מסקנתי זו משקפת את הדין הקיים. הוא עולה בקנה אחד עם דרישות הצדק. המשפט והצדק הולכים יד ביד."

**איזה תורת משפט מייצגת כל גישה?**

שופטי הרוב שהסתמכו על עקרון הצדק: יכול להתאים לגישתם של אנשי משפט הטבע. שכן, לדידם המוסר הוא חלק מהמשפט. עקרון הצדק הינו עקרון מוסרי ולכן, זה משתלב עם גישת משפט הטבע. שופטים אלו הם אנטי-פורמליסטים. ניתן להגיד שהם ריאליסטים, אך **הם נוטים יותר לגישתו של הארט**. לפיה, אם אין כללים יש להפעיל שיקול דעת שיפוטי. שיקול דעת שיפוטי הוא פנייה לעקרונות חוץ-משפטיים. מכאן, שהפנייה לעקרון הצדק היא פנייה לעקרונות חוץ-משפטיים. דוורקין יטען שהשופטים חוטאים, שכן עקרונות הצדק אינם עקרונות חוץ-משפטיים, אלא הם עקרונות משפטיים והם חלק מהמשפט.

שופטי המיעוט שהסתמכו על נורמות משפטיות: מתאים לפורמליזם, אך לא בהכרח. גישתם יכולה להסתדר גם עם גישתו של הארט – זמיר מפעיל כללים משפטיים ולכן, הוא פועל כמו הארט במקום שבו יש להפעיל את הכללים. זה יכול להתאים גם לגישתו של דוורקין, שכן אם הם פועלים לפי הכללים, והכללים לא סותרים עקרונות, הדבר אפשרי.

שופטי גישת הביניים שהסתמכו על עקרון "הצדק שבדין" (דורנר ומצא): גישתה של דורנר דומה לגישתו של דוורקין. היא סבורה שעקרון הצדק הינו עקרון משפטי.