

[דף סיכום בחינה](#)

מזהה בחינה: 001000276741 מזהה סטודנט: 292754

שם קורס: תורת המשפט

מספר שאלה	ניקוד מירבי	ציון
1.1	8.00	8.00
1.2	8.00	8.00
1.3	8.00	8.00
1.4	8.00	8.00
1.5	8.00	5.00
2	15.00	15.00
3	15.00	15.00
4	15.00	15.00
5	15.00	15.00
6	15.00	

0

ציון בחינה סופי : 100.00

הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים

***** לתשומת לבך, במידה וההערות מופיעות ב "ג'יבריש" יש להוריד את הקובץ למחשב ולפתוח ב - reader acrobat *****

תורת המשפט

תשפ"ד - מועד ב

הוראות

המבחן בחומר סגור.

משך הבחינה – שעתיים.

במבחן שני חלקים. בחלק א' שאלת חובה אחת (40 נק'). בחלק ב' יש לענות על 4 שאלות מתוך 5 (כל שאלה 15 נק').

כל שאלה דורשת הסבר או הנמקה.

חלק א': שאלת חובה (40 נק')

המנהג לפי אוסטין: קובע שהחוק הפוזיטיבי הינו פקודה כללית של הריבון. אולם, המנהג אינו פקודה של הריבון, אלא, הוא נקבע מלמטה. התשובה האפשרית של אוסטין: כאשר ביהמ"ש מכיר במנהג הוא הופך למחייב-פקודה. הקושי שעולה: ביהמ"ש הוא שקובע האם המנהג מחייב.

הארט

המנהג יחייב אם הוא הוכר לפי כלל הזהיו.

כלל הזהיו הינו כלל חברתי שנועד לענות על שאלת אי הוודאות-מהו החוק בשיטת המשפט. תוכנו: מהו המשפט בשיטה המתאימה.

הארט קובע שלושה כללים משניים וביניהם כלל הזהיו. כלל זהיו בעל שני סוגים- פשוט: המזהה מקור משפטי אחד-המחוקק, כך, אם לא זיהה את המנהג, אינו מחייב למעשה. מורכב: המזהה מס' מקורות משפטיים-חוקה, מחוקק, פסיקה ומנהג ומדרג ביניהם. כך, ניתן לראות את המנהג כמחייב, לצד ההסדר החוקתי.

כלל זהיו בסיסי: מצביע על החוק (ספר/לוח), משוכלל: מזהה המחוקק, מורכב: מזהה מס' מקורות.

כלל הזהיו המורכב נחלק לשניים:

1. זיהוי ישיר ומקביל: כל המקורות נקבעים באופן מקביל, נקבעים מכוחו, אין זיקה בין האחד לשני, אלא כל אחד קיים בפני עצמו.

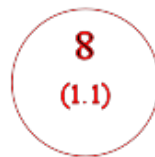
באשר למנהג: אף אם המחוקק לא ציין אותו, לא מנה אותו בחוק יסודות המשפט אך אין זה אומר שאינו מחייב. המחוקק אינו מכריע זאת. יש הטוענים כי המנהג הוא מקור מחייב בישראל.

2. זיהוי של גזירה: זיהוי מקור אחד-החוקה, וממנו יתר המקורות נגזרים, יתר המקורות נובעים מכוחו. הוא זה שקובע את עצם סמכותם.

באשר למנהג: מאחר והמחוקק לא ציין אותו, והוא נקבע לפיו, הוא נגזר, ניתן לטעון כי אינו מחייב למעשה. לכן, היו שטענו שהמנהג למעשה איבד את מעמדו בעקבות חוק יסודות המשפט.

יש לבחון האם ביהמ"ש רואים את המנהג כמחייב.

לפי הארט, אם כן, הדבר תלוי באופן הזיהוי-גזירה או ישיר ומקביל ולגישה אחרת לפי סוג כלל הזיהוי-פשוט או מורכב.



המקורות המשפטיים בישראל נקבעים לפי חוק יסודות המשפט: (1) דבר חקיקה, (2) הלכה פסוקה, (3) היקש, (4) עקרונות הצדק של מורשת ישראל. החוק אינו מונה את המנהג. הסיבות: (1) אינו וודאי, (2) נקבע מלמטה ולעיתים המחוקק מסתייג מכך.

האם הוא מחייב בישראל? הארט קובע שלושה כללים משניים וביניהם כלל הזיהוי. כלל זיהוי בעל שני סוגים - פשוט: המזהה מקור משפטי אחד, כך, אם לא זיהה את המנהג, אינו מחייב למעשה. מורכב: המזהה מס' מקורות משפטיים-חוקה, מחוקק, פסיקה ומנהג מדרג ביניהם. כך, ניתן לראות את המנהג כמחייב. כלל הזיהוי המורכב נחלק לשניים: 1. זיהוי באופן ישיר ומקביל: כל המקורות נקבעים באופן מקביל, נקבעים מכוחו, אין זיקה בין האחד לשני, אלא כל אחד קיים בפני עצמו. באשר למנהג: אף אם המחוקק לא ציין אותו, לא מנה אותו בחוק יסודות המשפט אך אין זה אומר שאינו מחייב. המחוקק אינו מכריע זאת. יש הטוענים כי המנהג הוא מקור מחייב בישראל. 2. זיהוי באופן של גזירה: זיהוי מקור אחד-החוקה, וממנו יתר המקורות נגזרים, יתר המקורות נובעים מכוחו. הוא זה שקובע את עצם סמכותם. באשר למנהג: מאחר והמחוקק לא ציין אותו, והוא נקבע לפיו, הוא נגזר, ניתן לטעון כי אינו מחייב למעשה. לכן, היו שטענו שהמנהג למעשה איבד את מעמדו בעקבות חוק יסודות המשפט. לפי הארט, אם כן, הדבר תלוי באופן הזיהוי-גזירה או ישיר ומקביל ולגישה אחרת לפי סוג כלל הזיהוי-פשוט או מורכב. יש לבחון האם ביהמ"ש רואים את המנהג כמחייב.



שיקול דעת שיפוטי לפי הארט:

יישום החוק: בגרעין, שהוא רוב המשפט, כאשר הכלל ברור ומתאים, השופט מיישם את הכלל ומחיל אותו. שק"ד חלש.

הכרעה שיפוטית: בשוליים, ברקמה הפתוחה, כשיש חוסר, הכלל אינו מתאים, השופט פונה אל עקרונות חוץ-משפטיים ופועל כמחוקק משנה. שק"ד חלש.

לפי הארט, המשפט מורכב מכללים (פוזיטיביזם) ועקרונות המחייבים הם אלו שמזוהים ע"י כלל הזיהוי-נקבעו ע"י המחוקק או ביהמ"ש. עקרונות שנקבעו בחוק.

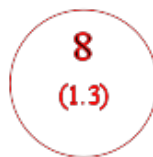
"עקרונות חוקתיים": מחד, לו העקרונות הינם חלק מן השיטה המשפטית ומזוהים ע"י ביהמ"ש והמחוקק, השופט פועל למעשה לפי הכלל ולכן אינו מפעיל שק"ד חלש. אלא, הכלל חל והוא מיישם אותו. מאידך, לו העקרונות החוקתיים "של השיטה" אינם מזוהים באופן ישיר ע"י כלל הזיהוי, מדובר ברקמה פתוחה והנדל פונה אל עקרונות חוץ-משפטיים ובכך מפעיל שק"ד חזק. מדבריו, עולה שמדובר בעקרון חוקתי המזוהה ע"י כלל הזיהוי-מהפסיקה ומהחוק, ולכן אינו מפעיל שק"ד חזק.

דחיית העתירה: יישום החוק, אין חסר, יש עיקרון רלוונטי. לכן, הינו מיישם את הדין, הכלל ברור ומתאים למקרה. **מפעיל שק"ד חלש.**

שיקול דעת שיפוטי לפי דוורקין:

העקרונות הינם חלק מהמשפט, גם עקרונות לא כתובים ולא מזוהים ע"י כלל הזיהוי מחייבים כמו כללים. בנוסף, ישנה 'תזת התשובה הנכונה'-לכל שאלה ישנה תשובה נכונה אחת בלבד, נכונה תיאורטית שאליה השופט חותר, אובייקטיבית לפי סטנדרטים. לכן, השופט תמיד פועל כמיישם החוק, אינו יוצר עקרונות, זה שייך רק לממשלה ולמחוקק. לכן, ייתכן שק"ד חלש בלבד. השופט הנדל פנה אל העקרונות שהם חלק מהמשפט כאמור, השופט אינו מפעיל הכרעה אישית, לכן, **הפעיל שק"ד חלש.**

דחיית העתירה: פנה אל הכלל של שיהוי, חלק מן השיטה ולפי דוורקין המשפט מורכב מכללים וכן מעקרונות, לכן, הפעיל שק"ד חלש.



שיקול דעת שיפוטי לפי הארט:

יישום החוק: בגרעין, שהוא רוב המשפט, כאשר הכלל ברור ומתאים, השופט מיישם את הכלל ומחיל אותו. שק"ד חלש.

הכרעה שיפוטית: בשוליים, ברקמה הפתוחה, כשיש חוסר, הכלל אינו מתאים, השופט פונה אל עקרונות חוץ-משפטיים ופועל כמחוקק משנה. שק"ד חלש.

באשר לשופט עמית, לטענתו אין חלל נורמטיבי. יש כלל רלוונטי- סעיף 6(1) לחוק בתי המשפט. לכן, אנו מצויים בגרעין המשפט, הכלל מתאים וברור, אין חסר.

לכן, לפי הארט, על עמית להפעיל שק"ד חלש, ליישם את החוק, הכלל החל.

שיקוד דעת שיפוטי לפי דוורקין:

העקרונות הינם חלק מהמשפט, גם עקרונות לא כתובים ולא מזוהים ע"י כלל הזיהוי מחייבים כמו כללים. בנוסף, ישנה 'תזת התשובה הנכונה'-לכל שאלה ישנה תשובה נכונה אחת בלבד, נכונה תיאורטית שאליה השופט חותר, אובייקטיבית לפי סטנדרטים. לכן, השופט תמיד פועל כמיישם החוק, אינו יוצר עקרונות, זה שייך רק לממשלה ולמחוקק. לכן, **ייתכן שק"ד חלש בלבד.**

באשר לשופט עמית, כאמור, ישנו כלל רלוונטי ולכן, הוא מחיל את הכלל, מיישמו למקרה. הוא פועל לפי הקרטיריון הברור. כאמור, לפי דוורקין אין חלל במשפט, אלא, כל הכללים, העקרונות והמדיניות הם חלק מהמשפט, גם כשאינם כתובים ואינם מזוהים ע"י כלל הזיהוי, על השופט ליישם מבלי להביע העדפה אישית. לכן, במקרה דנן, השופט עמית החיל את הכלל, החוק, ושיקול דעתו חלש.

8
(1.4)

עקרונות הריאליזם:

המשפט אינו אוטונומי, אינו סגור, יש לפנות לעקרונות חוץ-משפטיים ובכך להשלים את החסר. אינו שלם, אין תשובה לכל שאלה, יש להפעיל שיקול דעת ולפרש באופן תכליתי. הכללים אינם מחייבים, אלא, מנחים בלבד. החוק: תחזית של מה שביהמ"ש יפסוק בפועל. ישנו פער בין החוק 'לפי הספר' לחוק המיושם במציאות. לפי הולמס, חובה היא ניבוי שאם אדם יבצע פעולה מסוימת או לא יבצעה, הוא יסבול בדרך זו או אחרת מהחלטת ביהמ"ש. הגורם שממנו ניתן ללמוד מהו המשפט: ביהמ"ש. השופט מחליט בהתאם לשיקולים: (1) תכלית החוק, (2) המטרות החברתיות. ניסיון השופט הוא כלי שלפיו יודע לפסוק נכון.

השופט הנדל

דחיית העתירה: לאור טענת השיהוי, טענה פרוצדוראלית במהותה. הנדל יישם את החוק.

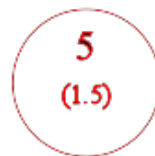
מחד, ניתן לטעון שפעל בצורה **פורמליסטית**, הכלל חייב אותו ולכן אינו ריאליסט, פעל בצורה לוגית ומילולית. לא פנה אל תכלית העתירה למשעי, אלא יישם באופן לוגי.

מאידך, ניתן לטעון שלצד זאת, מאחר והתייחס לנסיבות המקרה ועל השפעת השיהוי, פעל בצורה תכליתית. הרי שנימק את החלטתו בכך שבזמן השיהוי הוועדה פעלה באינטסיביות והחלו הליכי בחירת המועמדים לביהמ"ש העליון, וישנן השלכות כבדות בקבלת העתירה. לכן, פעל בצורה **ריאליסטית** ולא נתן משקל מכריע לכלל. קרי, לאור המטרות החברתיות.

המנהג: טען שרואה חשיבות רבה בקיומו לאור עקרונות חוקתיים, התפיסה הפרלמנטרית, תפקיד האופוזיציה וזאת לאור החוק והפסיקה. כך, פעל בצורה שאינה פורמלית, אלא הביע דעתו לאור המטרות החברתיות וכן תכלית החוק-**מביע ריאליזם**.

עמית

ישנו שפעל בצורה **פורמליסטית**: נצמד לחוק הקיים, לכלל המי^שמר על וודואת ויכולת תכנון, יצירתיות מוגבלת של השופט, נתק המשפט מהממד הערכי והחברתי, פעל לפי פרשנות מילולית. **לא פנה אל תכלית החוק והמטרות החברתיות. פרש בהתאם לחוק.**



האתיקה הניקומאכית: "הצדק המדיני קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו הו נובע מן החוק". לחוק המדינה שני מקורות:

1. **הצדק מן הטבע:** החלק שקיים בכל העולם, זהה בכל מקום ואינו תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות.
2. **הצדק מן החוק:** חוקים שבני האדם קובעים בדרך של הסכמה וראוי שיקבעו. הצדק שתלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות.

זוהי ההבחנה הבסיסית בין המוסר הכללי לחוק הפוזיטיבי.

ההבחנה בין אריסטו לאפלטון: שניהם מניחים שהחוק הוא לא רק מה שהמדינה קבעה, ישנו מקור משותף שנובע מן הטבע. אפלטון בגישה **מוניסטית**. אריסטו: ישנו גם צדק מן החוק, יסוד שאינו טבעי- פוזיטיבי, מקומי.

שאלת השתנות החוק: קיים קושי בביסוס החוק על המשפט הטבעי, היות והחוק משתנה.

עולה הטענה שחוק המדינה ניתן לשינוי, משפט הטבע אינו יכול להשתנות. **אריסטו טוען שגם המשפט הטבעי, חוק הטבע, יכול להשתנות.** אולם, עדיין יש להבחין ביניהם.

בכך מסביר אריסטו כיצד ייתכן שבני האדם סותרים את משפט הטבע במשפט סדום).

משפט הטבע איזו זהה לחוקי הטבע הפיזיקאליים, ישנה קטגוריית ביניים-נטיות טבעיות שיכולות להשתנות- אדם שמאלי יכול בממצים לאמן את ידו הימנית ולהפוך אותה לידו החזקה.

מהם החוקים מוסריים?

כדילענות ניכנס לעולם המחשבה של אריסטו.

נקודת המוצא-**מחשבה תכליתית-טלאולוגית:** לכל אובייקט בעולם יש תכלית על פי הטבע. בספרו "הפוליטיקה" אריסטו טוען כי הטבע של האדם הוא המדינה: "האדם הוא יצור מדיני עפ"י הטבע". זהו טבעו של האדם ואינו תלוי בו.

האדם הוא יצור פוליטי, מדיני, חברתי מטבעו. זוהי תכליתו, דבר טבעי ואינו תלוי בו.

המדינה היא היחידה שיכולה לספק את כל צרכיו של האדם:

האדם אינו אוטרקי, הוא אינו יכול לספק את כל צרכיו לבדו. האדם זקוק **למשפחה** כדי להתרבות ולגדל צאצאים. המשפחה אינה אוטרקית, היא זקוקה **לכפר** על מנת לספק מזון. הכפר אינו אוטרקי, הוא זקוק **לפוליס (למדינה)-המדינה המדינה היא אוטרקית.** כלומר, לפי אריסטו המדינה היא היחידה שיכולה לספק את כל צרכיו של האדם, זה אינו תלוי בו. החיים במדינה הם עניין טבעי כשלעצמו.

האדם ייחודי בהתנהגותו: האדם נבדל מבע"ח, שכן לאדם "יש כוח דיבור (תבונה) שמסייעת לו לגלות את המועיל והמזיק וכן את הצדק והעוול". קרי, האדם בעל יכולת דיבור, **התבונה**, באמצעותה יכול לגלות את הטוב והרע והצדק והעוול. **התבונה מאפשרת לבני-האדם לתקשר, להסכים, לנהל חיים חברתיים.**

אם כן, **הצדק מן הטבע:** "אותן נורמות שהן הכרחיות/חיוביות לקיומה של חברה (אוניברסליות ולא תלויות באדם) מאחר והחיים בחברה הם עניין טבעי כשלעצמו". הנורמות שהן הכרחיות לקיומה של חברה שמתגלות באמצעות התבונה, הן דבר טבעי. בלעדיהן לא ניתן לחיות בחברה ובקהילה. הן הכרחיות ומתגלות באמצעות התבונה. זהו הצדק מן הטבע.

התפיסות לאריסטו: מינימלית-מערכת המשפט היא המינימום להסדרת החיים בחברה. מקסימלית: ניתן לשכלל על מערכת המשפט.



הנורמה הבסיסית

קלזן קבע בתורת המשפט שלו את פירמידת הנורמות, הקשורות במערכת, שרשרת של תקפות, בה כל רובד מקבל את כוחו מהנורמה שמעליו, ונורמה משפטית או מוסרית אינה מחייבת מאליה, אלא מכוח נורמה אחרת. היררכיה: חוקה-חוקה חקיקה ראשית-חקיקתמשנה-צווים-חוזים. עולה השאלה-מהיכן שואבת החוקה את תוקפה? על מה נסמכת? התשובה-"הנורמה הבסיסית".

משמעותה: הנורמה הבסיסית בתיאוריה של קלזן הינה "**כלל אב**" שקובע מהו המשפט במדינה. באופן לוגי עלינו להניח כי ישנה נורמה בסיסית הקובעת כי יש לציית לחוקה. הינה נורמה ראשונית שקובעת שיש לציית לחוקה (במערכת משפטית בה ישנה חוקה) או לפרלמנט, למחוקק (במערכת משפטית שבה אין חוקה).

כיצד נקבעת: הנורמה הבסיסית אינה כתובה ומעוגנת במוסד. אלא **כוחה נובע מתוכנה**. לפי קלזן, הנורמה הבסיסית היא "**מעין משפט טבע**" ולעתים תאר אותה כמעין פיקציה.

הנורמה הבסיסית היא כלל נורמטיבי. חברתי.

תוכנה: יש לציית לחוקה (במערכת משפטית בה ישנה חוקה) או לפרלמנט, למחוקק (במערכת משפטית שבה אין חוקה). לפי קלזן, הנורמה הבסיסית מתאימה לכל שיטות המשפט, אולם, עולה על כך ביקורת כפי שיצוין תחת קריטריון "התאמה למערכות משפטיות אחרות".

התפקידים: הנורמה הבסיסית נותנת תוקף לחוקה ולמערכת המשפט כולה וכן קובעת את אחידותה של המערכת המשפטית. נורמה שמזוהה ע"י הנורמה הבסיסית היא חלק מהמערכת המשפטית.

התאמה למערכות משפטיות אחרות: זוהי הביקורת שעלתה על שיטת המשפט "הטהורה" של קלזן, לפיה, הנורמה הבסיסית אחידה ואינה רגישה לשיטות משפטיות אחרות. שכן, תוכנה די אחיד "יש לציית לחוקה/למחוקק". לכן, אינה מתאימה לשיטות משפט המאמצות ספר קודש או מלך אבסולוטי כמקור משפטי מחייב.

כלל הזיהוי

תוכנו: כלל הזיהוי הינו אחד מן הכללים המשניים: הדנים בכללים הראשוניים ומסדירים את מערכת המשפט. הכללים הראשוניים: כופים חובות על האזרחים, פונים אל נמעני החוק, קובעים את המותר והאסור. כלל הזיהוי הוא כלל חברתי ועיקרון נורמטיבי. נועד לענות על הליקוי בחברה קדם-משפטית-פרימטיבית: אי-וודאות בנוגע לשאלה מהו החוק. כלל הזיהוי קובע את המשפט לפי השיטה המתאימה: בסיסי-מזהה את החוק (לוח/ספר); משוכלל-מזהה את המחוקק; מורכב: מזהה מס' מקורות משפטיים-חוקה, מחוקק, פסיקה, מנהג.

סוגיו: פשוט-מצביע על מקור משפטי אחד. מורכב-מצביע על מס' מקורות משפטיים ומדרג ביניהם.

כיצד נקבע: כלל הזיהוי אינו נקבע מלמעלה, ע"י המחוקק, אלא, מתקבל **באופן ישיר ע"י שחקני המשפט**. במד"י: בהכרזת העצמאות הפך כלל הזיהוי מהחוקים המנדטוריים לחוקים הישראליים.

זיהוי: הארט מחפש מקור למערכת המשפט, נקודה חיצונית עליה ניתן להישען-"כלל הזיהוי". מדמה למשחק כדורגל, בו הפרטים פועלים לפי מערכת כללים סמויה שאינה כתובה. ניתן לזהות את כלל הזיהוי מהתבוננות בבימה"ש: הוא צינור ליישום החוק, מנמק את החלטותיו ע"י פס"ד ופורש תמונה שמסבירה מהו החוק במדינה.

תפקידו: (1) יצירת אחידות למערכת המשפט, (2) מתן וודאות לשאלה מהו החוק (3) תקפות-כלל שמזוהה ע"י כלל הזיהוי הוא תקף (4) המקור האולטימטיבי של המשפט.

התאמה למערכות משפטיות אחרות: כלל הזיהוי הוא גמיש ומתאים לכל שיטות המשפט.



דוורקין שולל את שלושה עקרונות הפוזיטיביזם:

1. המשפט מזוהה עפ"י כלל אב אחד (הארט-כלל הזיהוי; אוסטין-פקודה שבצידה סנקציה; קלזן-נורמה בסיסית). ישנם עקרונות במשפט שאינם מזוהים ע"י כלל הזיהוי. הם חלק מהמשפט משום שהם **צודקים**, מתקבלים ע"י ביהמ"ש. עקרונות שקיימים במשפט.

לפי הארט, כלל הזיהוי פירושו זיהוי החוק, המקור המשפטי, הינו "כלל אב", כלל חברתי, חלק מהכללים המשניים שמסדירים את המערכת המשפטית-פונים אל הכללים הראשוניים. כלל שאינו מזוהה ע"י כלל הזיהוי הוא אינו חלק מהמערכת המשפטית.

2. היעדר חובה משפטית בהיעדר כלל: לפי דוורקין, עקרונות מוסריים הם חלק ממשפט ולכן כאשר אין כלל, יחול העיקרון. המשפט לא כולל רק כללים.

הארט: חובה נוצרת כאשר יש כלל שמטיל חובה. חובה מגבילה את האדם עם טעם לפעולה.

3. השופט מפעיל שק"ד חזק בהכרעות שיפוטיות:

הארט:

ישום החוק: בגרעין החוק, רוב המשפט, כאשר הכלל ברור וחל על המקרה, השופט מחיל את הכלל ופועל לפיו, מיישם את החוק.

הכרעה שיפוטית: בשוליים של החוק, ב"רקמה הפתוחה", כאשר יש חסר-השופט פועל כ**מחוקק משנה** ופונה אל עקרונות חוץ-משפטיים. לכן, אין תשובה אחת נכונה למעשה. שק"ד חזק.

מחזיק בגישה הפוזיטיבית: המשפט נבדל מהמוסר והדת, (ועקרונות שאינם מזוהים ע"י כלל הזיהוי אינם חלים-לגישתו), החוק מורכב ממה שהמוסדות המוסמכים (ביהמ"ש והמחוקק) קבעו כחוק. עקרונות מוסריים וחברתיים שאינם נקבעו בחוק אינם מחייבים.

דוורקין:

מבחין בין שק"ד חלש לחזק:

שק"ד חלש: שופט במשחק כדורגל ומ"פ שמורה למ"מ לקחת את 5 החיילים הטובים ביותר. מפעיל שק"ד כפוף לקריטריון ופועל לפיו. הוא מתמצא ברמה העובדתית.

שק"ד חזק: מ"פ שמורה למ"מ לקחת 5 חיילים. מפעיל שק"ד אינו כפוף לקריטריון, אלא, נדרש להפעיל שק"ד, הוא מתמצא ברמה הנורמטיבית.

השופט תמיד מפעיל שק"ד חלש. שכן, כל העקרונות מצויים במשפט, וכאשר הכלל אינו חל אין חסר, אלא, הוא יפנה לאותם עקרונות שמצויים במשפט. השופט אינו מפעיל עמדה אישית והכרעה אישית, אלא, פועל לפי העקרונות והמדיניות-ומכאן 'תזת התשובה הנכונה':

לכל השאלות במשפט תשובה אחת, הנובעת מאותו מקור. מאחר והעקרונות מצויים במשפט, ואין למעשה עקרונות חוץ-משפטיים, השופט פועל באופן אובייקטיבית.

ישנם דברים סובייקטיביים, על טעם ועל ריח. אולם, ישנן הכרעות אובייקטיביות-סטנדרטים אובייקטיביים, ולפי דוורקין זהו המשפט. המשפט מבוסס על סטנדרטים אובייקטיביים. התשובה הנכונה במשפט היא לא תשובה שניתנת להוכחה, אינה נכונה ריאלית (מתמטית), אלא היא תאורטית-היפותטית. עלינו לחשוב שישנה תשובה אובייקטיבית אחת נכונה ולשאוף להגיע אליה. לכן, ייתכנו מחלוקות במשפט (דעת רוב ומיעוט) ולכן ניתן לבקר החלטות משפטיות. לכל תשובה משפטית ישנה תשובה אחת נכונה ואותה השופט מחפש בהליך המשפטי.

הסיבות ל'תזת התשובה הנכונה':

1. נימוק מקצועי: על שופט לפעול באופן אובייקטיבי, להשאר במסגרת החוק ולא להתבסס על עמדה אישית.

2. נימוק דמוקרטי: השופט אינו נבחר ציבור, עליו ליישם את החוק.

3. נימוק של שלטון החוק: יש לפעול באופן פרוספקטיבי ולא רטרואקטיבי-הכוונת התנהגות.



הפרשנות המשפטית לפי דוורקין-LAW AS INTEGRITY-המשפט כשלמות

דוורקין פותח את המאמר בהבחנה בין תורות המשפט-משפט הטבעי: מתאר מה צריך להיות החוק, פוזיטיביזם-קובע קביעה נורמטיבית מהו החוק.

פרשנות צריכה לגשר בין העבר לעתיד: קובנציונליזם: מבט לאחור, פרגמטיזם-מבט לפנים. הרצוי והמצוי.

פרשנות משפטית אמיתית היא פרשנות שמתאימה לעקרונות של צדק, הגינות והליך הוגן ומספקת את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה.

פרשנות יצירה ספרותית-התזה האסתטית

פרשנות טובה צריכה להציג את היצירה באור היפה ביותר, המעניין ביותר, האסתטי ביותר.

דוורקין אינו שולל חסרונות: בתחילה יש להציג את היצירה באור היפה ביותר ולאחר מכן לבקר אותה.

הביקורת על התזה האסתטית

1. ה'אור הטוב ביותר' הוא סובייקטיבי: הרי שאנשים שונים יפרשו מהו האור הטוב ביותר בצורה שונה ולכן לא ניתן לטעון כי יש לפרש את היצירה כגון דא. תשובת דוורקין: העובדה שלא ניתן להוכיח מהו האור הטוב ביותר לא שוללת את קיומה של תיאוריה טובה יותר. עלינו לשאוף לפרשנות הטובה ביותר, אף אם לא ניתן להוכיחה.

2. התזה האסתטית אינה תואמת את כוונת המחבר: דוורקין מסכים עם טענה זו, ומסביר כי התזה האסתטית אינה שואפת לכוונת המחבר, כוונת המחבר לא משנה, יש כוונות לא מודעות. ניתן לטעון שמה שמעניין אותנו היא היצירה ולא כוונת המחבר. דוורקין מתאר זאת בהקשר של יצירה ספרותית ובהמשך נראה זאת גם בפרשנות משפטית

רומן שרשרת

תרגיל שבו נותנים למספר מחברים לכתוב רומן, כך שכל אחד כותב פרק וממשיך את הבא. מהם עקרונות ההפעלה לפיהם יש לפעול:

1. עקרון ההתאמה: על הפרק הבא להתאים לפרק הקודם-רצף עלילה, אופי הדמויות וכו'.

2. האור היפה ביותר: על הפרק להאיר את היצירה כולה באור היפה ביותר, להופכה למעניינת ביותר.

פרשנות משפטית-השופט כיוצר פרק ביצירה המשפטית

הפרשנות הינה כיצירה בהמשכים. אולם, בפרשנות משפטית האור 'היפה ביותר' הוא האור הטוב ביותר, הצודק ביותר. על פרשנות משפטית להתאים לשני עקרונות:

1. עיקרון ההתאמה: התאמה למסורת המשפטית-לחקיקה ולתקדימים. השופט אינו מפרש בלתי תלוי, אלא, עליו להיצמד למסורת המשפטית של הקהילה. על פס"ד להתאים למסורת.

2. האור הטוב ביותר, הצודק ביותר: על הפרשנות להציג את פס"ד באור הצודק ביותר, הטוב ביותר.

נאמנות כפולה שמובילה למעשה למשפט כשלמות- מחד, נאמנות לעבר-לחקיקה ולתקדימים, ומאידך נאמנות לפתרון הטוב ביותר, הצודק ביותר.

האם דוורקין הוא איש משפט הטבעי?

דוורקין טען כי למעשה אינו איש של משפט טבעי: אינו מסתכל על הרצוי ומכניסו אל המצוי. אולם, נותן לשופט ארגז כלים עשיר, אך כולל עקרונות של צדק, הליך הוגן והגינות-אינם עקרונות של טבע האדם וטבע האדם. מאידך, השופט בוחן לפי הערכה ערכית, פרשן כל הדרך-שמקשה לריאליזם למעשה.

דוורקין החליף את מושג שק"ד בפרשנות, שק"ד מבטא את סמכותו של שופט ליצור דין בחוק, כל החלטה שיפוטית היא פרשנות.

