**שיעור 1- 6.3.11**

הקורס מורכב מבחינה+עבודה. העבודה באה לידי ביטוי בקריאה שתבדק בבחנים שינתנו מעת לעת, כבר בשבוע הבא. תנתן עבודת מחקר וזה יכנס למרכיב הציון. **השתתפות- נוכחות+בחנים+עבודה= 20%, מבחן=80%.**

**מה זה תורת המשפט?**

תחום שעוסק בתיאוריה של המשפט או בפילוסופיה שלו. הוא מכונה באנגלית LEGAL THEORY , התחום שונה מתחומים אחרים שהם משפטים לפי ענפים, אם זה דיני חוזים, עונשין, חוקתי וכו', זה תחום מקיף שמביט על המשפט באופן כללי ושואל שאלות תיאורטיות על המשפט באופן כללי. בדר"כ, בכל תחום למעשה, יש תיאוריה ויש פילוסופיה ולא תמיד קל לעשות את ההבחנה בין התיאוריה או המתודולוגיה בין התחום שהוא חלק מהמצקוע לבין הפילוסופיה שזה מחוצה לו- למשל פילוסופיה של המדע, המדענים עושים פילוסופיה ויש להם מתדולוגיה איך להגיע לחקר תחומי המדע נניח אך יש גם פילוסופיה מעבר לזה, בדרכ מי שעוסק בפילוסופיה של המדע יושבים במחלקות של פילוסופיה. לעומת זאת במשפטים מי שעוסק בתיאוריה של המשפט יושב במשפט, היות והתיאוריה של המשפט קרובה למתודולוגיה של המשפט. רבות, משפטנים נדרשים לתחום התיאורטי, בעוד שבמדע המדען לא נזקק לשאלות הפילוסופיות, מי שעוסק בפילוסופיה יושב במקום אחר. במשפטים הזיקה יותר קרובה והאנשים העוסקים בתיאוריה של המשפט הם בעלי השכלה משפטית ועוסקים בתחום עצמו.

קשר במשפט בין התיאוריה לבין הפרקטיקה הוא קרוב יותר מאשר בתחומים אחרים של המדע, ולכן התיאוריה של המשפט זה חלק מהסילבוס של הסטודנטים למשפטים. ההנחה היא שבלי הבנה יסודית של התיאוריה של התחום הזה קשה לעסוק באופן מעמיק, באוניברסיטאות. התפיסה האקדמית של המקצוע היא שתחום התיאוריה של המשפט הוא חלק מן ההשכלה המשפטית של כל משפטן.

נושאים בהם עוסק התחום של תורת המשפט:

1. המרכזית בתורת המשפט- **מה מקורו או מקורותיו של המשפט?** יש מחלוקת גדולה,אולי קו פרשת המים של תורת המשפט, שמעמידה את כל התיאוריות מצדדיו השונים של הקו- יש מחלוקת בין התפיסה הרואה את המשפט כתוצאה של הכרעות חברתיות אנושיות, לבין תפיסה שרואה את המשפט לא רק כנובע מהכרעות אנושיות אלא גם כנובע מעקרונות מופשטים של מוסר, צדק או דת. התיאוריות המשתייכות לקב' הראשונה- **המשפט כתוצר של הכרעות חבריות- תיאוריות פוזיטיביות: המשפט הוא תוצאה של הכרעות אנושיות- מה שהמחוקק קובע זה המשפט,** התיאוריות המשתייכות לקב' השייכות- **נון-פוזיטיבי- משפט טבעי-** אומרות שהמשפט מקורו לא רק בהכרעות חברתיות אלא המשפט מקורו גם בעקרונות מופשטים של צדק או מוצר. העקרונות מטילים מגבלות על החברה בהחלטותיה המשפטיות. נקדיש זמן למוסר ומשפט- כי אם המשפט הוא תוצאה של החלטות פוליטיות אז אין קשר אינהרנטי בין משפט למוסר, לעומת זאת אם המשפט הוא תוצאה של דת ומוסר אז יש קשר אינהרנטי.
2. **ניתוח הנורמות המשפטיות- מהן הנורמות המשפטיות?** ניתוח אנליטי שלהן, סיווגן, ניתוח המושגים המשפטים- זכויות, חובות, בעלות- ניתוח מערכת המשפט ומה מאפיין אותה.

**איפיון כללי של "המשפט"**

המשפט הוא מערכת של חוקים ונורמות שקובעת את הסדר החברתי שיאכף ע"י החברה או המדינה. נאפיין את המשפט ע"י השוואתו לתחומים אחרים:

**המילה "חוק" שמרכזית בעולם המשפט אך משמשת גם בתחומים אחרים-** גם במדעי הטבע יש חוקים, במתמטיקה, כלכלה יש חוקים. המילה "חוק"- מה מייחד אותה בשימוש בהקשר המשפטי? במה חוק של המשפט שונה מתחומים אחרים?

**ההבחנה הבסיסית היא שחוקי הטבע באים לתאר את המציאות, הם חוקים דסקרפטיבים-** הם חוקים תיאוריים, הם מתארים את המציאות, לעומת זאת **החוקים המשפטים הם פרספקטיבים- דהיינו חוקים שבאים לקבוע את התנהגות בני האדם.** כשאומרים חוק טבע למשל בחום חומרים מתפשטים ובקור מתנפצים זה מתאר את המציאות והם לא אומרים דבר ביחס להתנהגותם של בני האדם, לעומת זאת חוק משפטי בא להדריך ולכוון התנהגות- נורמטיבים, הם קובעים כיצד לנהוג. **זו ההבחנה היסודית בין חוק תיאורי לבין חוק נורמטיבי,** זה מסביר מה קורה כאשר המציאות מתנהגת בניגוד לחוק- למשל מה קורה במדעי הטבע שיש תופעה במציאות שלא הולמת את חוקי הטבע- זה אומר שהחוק לא נכון, לעומת זאת אם במשפט בני האדם מתנהגים בניגוד לחוק- זה לא אומר שהחוק לא נכון, אלא לאכוף אותו. **במדע אם החוק לא הולם את המציאות זה אומר שהחוק לא נכון, תפקידו של החוק הוא לתאר את המציאות, אם התיאור לא נכון יש לשנותו.** מספיקה דוגמה אחת כדי שתפריך את החוק. לעומת זאת בחוק משפטי העובדה שהמציאות לא נוהגת בהתאם לחוק- אין לה שום השפעה על תוקף החוק.

**אבל במידה מסוימת ההנחה של חוקי המשפט זה שחלק מהחברה מפרה את החוקים ולכן יש מערכת אכיפה.**

חוקים בכלכלה- הם **תיאוריים.** הנורמה יכולה לנבוע מן החוק, אם המדינה תדפיס יותר כסף אז תהיה אינפלציה- זה חוק תיאורי, אם המדינה תעשה את זה או לא זו החלטה שלה נורמטיבית, אך חוקי הכלכלה לא אומרים דבר נורמטיבי. החוקים הכלכלים מתארים את המציאות- מה יקרה אם המדינה משקיעה יותר כסף ומה יהיו התוצאות הכלכליות, השאלה הנורמטיבית איך לנהוג לפי זה היא שאלה אחרת שלא נובעת מן החוקים.

**המשפט נמצא בצד הנורמטיבי, משפט הטבע נמצא בצד התיאורי, בדר"כ רוב המדעים נמצא בתחום התיאורי- הוא בא לתאר את המציאות ולא לכוון התנהגות. מדעי החברה הם תיאוריים. יש ניסיון לתאר את המציאות, מחקרים אמיפירים שקובעים איך בני אדם מתנהגים בסיטואציה מסוימת- תחומים של כלכלה התנהגותית הם תיאורים. זה עשוי להשפיע על שאלות נורמטיביות אך יש הבחנה גדולה.**

יעשה מחקר- האם ענישה משפיעה על ההתנהגות של בני האדם? באופן כללי ובאופן פרטי- האם ככל שנקבע עונש חמור יותר על עבירה זה אומר שאנשים יתרעו מלבצעה? זו שאלה אמפירית, תיאורית. לוקחים אוכלוסיה מסוימת וקובעים מה התוצאה. האם מכך נסיק מסקנה נורמטיבית ונקבע שנשנה את מדיניות הענישה במשפט? **בדר"כ מה שמאפיין את המשפט זה הכלים הנורמטיבים.**

**המשפט הוא לא המערכת הנורמטיבית היחידה, יש מערכות נורמטיביות אחרות- המוסר היא מערכת נורמטיבית שאומרת לבני אדם איך לנהוג בכל מיני מצבים. גם הדת היא מערכת נורמטיבית כי היא אומרת לבני אדם כיצד לנהוג.**

מה בין המשפט לבין המוסר? מה זה מוסר? האם זה משהו שאני חושבת שמוסרי, משהו שהחברה חושבת שמוסרי? אם זה מה שאני חושב שמוסרי אולי אחר חושב אחרת? **אחד הדברים המרכזים שמבחין בין משפט ומוסר הוא היותו של המשפט אובייקטיבי במובן של קיים כאובייקט מחוץ לתודעה שלנו, לא מדברים על אובייקטיבי במובן של נייטרלי, המשפט לא נייטרלי במובן זה הוא מלא בערכים ועמדות, אלא אובייקטיבי במובן שהוא קיים מחוץ לסובייקט. המוסר הוא סובייקטיבי, דהיינו הוא קשור לתודעה שלי ושלך, ושל כולנו ביחד או לא ביחד, נסכים על כל שאלה מוסרית?** לעומת זאת במשפט, אפשר לחלוק אחד על השני אבל לאחר שהמשפט קבע עמדה הוא קיים מחוץ לתודעה שלי ושלך.

לדוגמה: הייתה שאלה- האם פונדקאות היא הליך מוסרי או לא? האם לקחת ביציות מופרות ולשתול אותן בגופה של אישה אחרת שתשא את הביציות ברחמה ובבוא העת תוליד ילד שיהיו שייכים להורים שתרמו את הביציות? ישנן שאלות מוסריות רבות- האם זה לא כמו זנות "משוכללת"? היו הרבה שאלות במישור המוסרי האם הדבר הזה ראוי או לא ראוי- מותר או אסור? נחקק בישראל חוק פונדקאות ונקבע שהדבר חוקי- יש החלטה אובייקטיבית במובן שהיא לא קשורה לתודעה העצמית, זה מותר בהתאם לחוק- החוק קבע באילו תנאים זה יהיה מותר. למשפט יש את התכונה של האובייקטיביות במובן שהוא קובע את הנורמות כקיימות בספר חוקים/פסקי דין/משהו מחוץ לאמונה האישית של כל אחד מאיתנו.

**מה אומרת המילה ''מוסר''? המרצה נותן שתי הבחנות:**1. מובן שמדבר על המוסר הנוהג – מה נוהג בין בני אדם? הוא מתאר את התפיסות המוסריות של חברה, במובן הזה המילה מוסר מתארת משהו קיים, יש חברה שמבחינה מוסרית יש חובה לכבד את ההורים ולהיפך, ויש חברה שמבחינה מוסרית הזנות היא מגונה וחברה שזה מקובל.   
2. מוסר אידיאלי/מוסר ביקורתי – לא שואלים מה אנשים חושבים אלא שואלים מה אני חושב שהוא מוסרי, מהו המוסר הראוי בעיניי? למשל אם מישהי תחשוב שפונדקאות זה דבר רע מבחינה מוסרית בעקבות שימוש בגוף האישה והחברה אומרת שאם היא הסכימה זה בסדר, יש ויכוח בין תפיסת המוסר הנוהג לבין התפיסה האידיאלית של הטוען. תפיסה מוסרית אידיאלית לא משתנה בניגוד למוסר נוהג. המוסר האידיאלי הוא אותה תודעה מוסרית שיש לאותה אדם שהיא במהותה סוב' והיא יכולה לעמוד גם נגד החברה. מוסר אידיאלי- זה מה שאתה חושב ויש לו תוקף נצחי.  
האם ביהמ''ש הכריע בשאלה מוסרית? לביה''מש אין את הכוח לכך, הוא יכול להכריע הכרעות משפטיות ולא מוסריות, יש אנשים שחושבים שההחלטות מבחינת מוסר הן שגויות, לכן החלטת ביהמ''ש היא בתחום המשפטי שבו יש לנו נוכחות אוב' לנורמות שנקבעות ע''י המחוקק.

**המוסר הנוהג משתנה, אך תפיסת המוסר האידיאלי לא משתנה- אם שהוא רלטביסיט יאמר שאין דבר כזה מוסר אידיאלי אלא מוסר שמתאים לחברה שמשתנה בהתאם לדפוסי החברה.אדם שמחזיק במוסר רלטיבי לא יכול לבקר את החברה, יש חברה שמחליטה להפלות שחורים, אחרת מפלה יהודים- אלו תפיסות ששייכות לכל חברה ותרבות שלה, קשה מנקודת מבט כזו לנסח ביקורת מוסרית**.

מה מבחין בין משפט למוסר? לא התוכן, המשפט בדר"כ רוצה להיות מוסרי וצודק. מה שמבחין זה הצורניות- במשפט יש משהו צורני, הוא אובייקטיבי ומנסח את הנורמות מעבר לתודעה של האדם דרך מוסדות, **המשפט הוא מוסדי,** להבדיל מהמוסר שהוא אמורפי ויכול להיות תודעה פרטית שלי או שזה הנוהג של כל החברה- קשה להצביע עליו, למשפט יש מוסדות שדרכו הוא מייסד את המשפט- יש שני סוגים של מוסדות עיקריים **– מוסדות שיוצרים נורמות-מחוקקים ומוסדות שמחילים נורמות-שיפוטיים.** המשפט נוצר דרך שני המוסדות. באופן כללי המשפט מעוניין להחיל נורמות מוסריות אך וודאי לא רוצה להיות מנוגד לנורמות מוסריות. יש דברים מוסרים שהמשפט לא רוצה להכניס, נניח אם אתה בעל יכולת כלכלית ובא לפניך אדם שהוא חסר כל והוא רוצה צדקה- מבחינה מוסרית יש לך חובה לתת לו צדקה אך המשפט לא ירצה להחיל את הנורמה הזו כחובה. היה ויכוח גדול גם על "דם רעך" כהחלה של נורמה.

מבחינה צורנית- ההבחנה הבסיסית בין המשפט למוסר- המשפט היא מערכת מוסדית, לנורמות שלה יש אופי אובייקטיבי, המוסר היא מערכת לא מוסדית ולכן הנורמות שלה אין להן קיומן אובייקטיבי, המוסר אמורפי ולא מוגדר.

**הדת-** הדת היא נורמטיבית כמו המשפט, אך האם יש לה אותו אופי אובייקטיבי ומוסדי כמו המשפט או שיש לה אופי שדומה למוסר? הדת נורמטיבית, היהדות היא גם מוסדית, אך הנצרות היא קצת שונה ויש הבדל בין הזרמים השונים בנצרות עצמה. האיסלאם מאוד לגלילסטית כמו היהדות- יש קודיפיקציה, חוקים וכו'. אך מאידך, הדת הפרוטסטנטית מדברת על האמונה ולא על שום דבר חוקי ובהקשר זה דומה למוסר. **הדת היא מערכת מגוונת- יש דתות בעלות אופי משפטי, יש להן אופי אובייקטיבי כמו היהדות, אך יש קצוות אחרים שזה לגמרי אחר.** אלו שקרובות למשפט- האם הן המשפט של המדינה? **מתעוררת שאלה חשובה- כשאנחנו מדברים על מערכת משפט אנחנו יודעים שיש מערכות משפט שהן בתוקף ויש מערכות משפט שהן לא בתוקף (קשור למקום וזמן)- למשל יש מערכות משפט שאינן בתוקף כמו המשפט הרומי, היא מערכת נורמטיבית, אובייקטיבית, היו לה מוסדות שיצרו אותה- אך לא נוהגים על פיה ולכן היא מערכת היסטורית שאינה בתוקף. מערכת המשפט הישראלית היא בתוקף בישראל, האנגלית באנגליה🡨 מה קורה נניח בחברות ששומרות הלכה- אנשים נוהגים לפי הלכה יהודית לא רק בחיים פרטים אלא גם בחיים העסקיים והחברתיים-** פותרים סכסוכים בבתי דין- **האם יש הבדל בינה לבין המשפט הישראלי?**

(דיברנו על נורמטיביות ואובייקטיביות- עכשיו, האם מערכת משפט בתוקף?) יש הרבה אנשים שנוהגים לפי המשפט היהודי נניח, גם באופן פרטי וגם באופן עסקי, מה בינו לבין המשפט הישראלי? מה המשפט התקף בבני ברק- ההלכתי או משפט המדינה? **זו שאלה בעייתית. מה מייחד את מערכת המשפט של המדינה ממערכות נורמטיביות אחרות שפועלות בתוך המדינה?**

אפשר לומר שהיתרון של משפט המדינה הוא השימוש בכוח של המדינה, כלומר המשפט היא מערכת כללים שקובעת סדר חברתי שתאכף ע"י המדינה. המשפט הוא המערכת שתאכף ע"י המדינה ע"י הכוח של המדינה, כל המוסדות האחרים לא יאכפו ע"י הסדר של המדינה. זה לא מספיק, עם זאת, כי לפעמים יש כוחות אחרים, כמו כוח ההלכה שמפעילים כל מיני לחצים שגורמים לבני אדם לנהוג לפי המערכת, או כמו מערכת ההסתדרות שפועלת במסגרת המדינה אבל הן גם כן מפעילות מערכת נורמות ולחצים.

תכונה אחרת של המשפט של המדינה היא **הכוללניות** שלה, היא כוללת את כל התחומים, למשל הסתדרות- יחסי עבודה, הלכה-בעלת ספקטרום רחב אך עדיין יש כוללניות במשפט שכולל את כל התחומים האלו. זה קשור **לתכונה נוספת של המשפט- לא רק הכוללניות אלא גם העליונות, טענה של מערכת המשפט שהיא עליונה על כל המערכות האחרות- היא גם מקיפה וגם עליונה.** זו נקודת המבט של המשפט ויש שירצו לערער על כך. מערכת המשפט יכולה לכפוף עצמה על מערכות אחרות. אם יש בעיה באחד התחומים זה עולה לחוק. **המשפט מחליט מה מידת האוטונומיה שהוא נותן למערכות האחרות, מכיוון שהואיל והמשפט מחובר לכוח של המדינה אז יש לו את היכולת לאכוף גם את העליונות שלו על כל המערכות האחרות הנורמטיביות הקיימות במדינה, כי יש לו את הכוח במדינה.**

סיכום ביניים: נורמטיביות, אובייקטיביות והמוסדיות- השוונו למוסר ודת, דיברנו על מערכת המשפט של המדינה לעומת מערכות נורמטיביות אחרות שקיימות במדינה- הדין הדתי או מערכות של עובדים וכו'. המערכות הנורמטיביות האלו קיימות אך יתרון המשפט זה הכוללניות שלו, עליונותה והעובדה שהוא מקיף את הכל. **זו הסיבה לכך שהמשפט היא המערכת הנורמטיבית העליונה של המדינה.**

איפיון בסיסי נוסף של המשפט, בהשוואה למוסר ובכלל: כשאנו מדברים על משפט אנחנו מדברים על **מערכת משפט** מסוימת. המשפט לא מאורגן כחוקים בודדים אלא כמערכת של חוקים, מבחינה זו הוא שונה מהמוסר שכל אחד מאמץ תפיסה אחת או אחרת. יש כאלו שנוהגים באופן מוסרי בתחום אחד ובאופן לא מוסרי בתחום אחר- כשאדם יבקר אדם ויאמר שהוא נוהג כלא מוסרי הוא יבקר אותו על פעולה אחת ולא על מערכת. **זה מזכיר כללי משחק- למשחק יש כללים, שחק את המשחק לפי הכללים, באופן דומה מערכת המשפט פועלת גם לפי כללים ולכן אם אתה פועל לפי מערכת המשפט תפעל לפי הכללים שלה(בכל מדינה זה אחר).**

**מהו איפיון המשפט כמערכת?**

* דבר המאפיין את המערכת הוא **קשרים סמנטים בתחום המערכת-** משמע אתה לא יכול להבין נורמה אחת במערכת בלי להבין נורמות אחרות, לא תמיד נותנים את הדעת לעניין זה- תמיד לומדים מקצוע מסוים אך הקשרים בתוך המערכת הם רבים ובעצם אי אפשר להפעיל את המשפט בלי שאנחנו דנים בנורמות מתחומים שונים.

**הסעיף למשל בחוק העונשין הוא רק ס' אחד, אבל הוא קשור לסד"פ, דיני ראיות, חוק בתי הסוהר וכו'-** כשלוקחים נורמה אחת אינדבידואלית לעיתים אי אפשר להבין אותה כי לפעמים אפילו ההגדרות נמצאת בחוקים אחרים. **אלו הם קשרים סמנטים- אי אפשר להבין את המושגים בלי תלות בחוקים אחרים או בסעיפים אחרים,** גם במובן האופרטיבי נדרש להפעיל במשולב הרבה סעיפי חוק ולכן תמיד נמצאים בתוך **מערכת משפט- לא ניתן לבצע נורמה מבודדת באכיפה.**

* **למערכת הזו יש בנוסף איפיונים כלל מערכתיים-** היא קשורה לנורמות חוקתיות, יש מערכת של עקרונות או נורמות שחלים על כל המערכת, וכאשר מטפלים בנורמה אחת כפופים אליהם.
* **המערכת בעצם נותנת תוקף לכל נורמה.** נורמה הופכת למשפטית בשיוכה למערכת- היא לא עומדת בפני עצמה, כדי שנורמה תעשה משפטית (לא משנה אפילו אם זה צו שקיבלנו מהצבא) תוקפה בא מכך שהיא משתייכת למערכת. כשמקבלים מכתב ובו דרישת תשלום- שואלים: מי שלח את המכתב? ארגון צדקה שמבקש תרומה או בית הספר של הילדים או העירייה שמבקשת זאת מכוח חוק, ולא יודעים אם חייבים או לא. השאלה האם אני חייב או לא, משמע האם **מדובר בנורמה משפטית שמחייבת אותי,** זו לא הכרעה עצמאית של הנורמה בפני עצמה אלא שואלים האם זה חלק ממערכת המשפט- אם הפקיד נתן את ההוראה מכוח חוק העיריות, אז יודעים שאני חייבת. זה לא בגלל שהחוק צודק או לא, זה בגלל שהחוק הוא חלק ממערכת המשפט.

**נורמות משפטיות וכללים משפטיים**

* נורמות משפטיות- נורמות מתאפיינות בכך שהן מכוונות אותנו. הבחנה בסיסית בין עקרונות משפטיים לבין כללים משפטיים- עקרונות PRINCIPALS כללים-RULES.

מה ההבחנה בין כלל לבין עקרון?

* **כלל משפטי היא נורמה משפטית ספציפית שקובעת התנהגות בצדה האחד וקביעה משפטית בצדה השני**- למשל: הנוהג בדרך בין עירונית מעל 90 דמ"ש דינו 500 ₪. יש פה התנהגות שכוללת גם נסיבות ובצד השני הדין. הגונב- מי שנוטל חפץ מחברו שלא ברשתו...דינו מאסר 3 שנים. אלו הם כללים שאנו רגילים אליהם, **הספציפיות עושה את זה לכלל- הם כוללים התנהגות ספציפית ומערכת נסיבות ספציפית וגם את התוצאה המשפטית הספציפית.**
* **עקרון- נורמה משפטית מסוג של עקרון היא נורמה מופשטת .** הן אינן כוללות בדר"כ מערכת התנהגות ספציפית או מערכת נסיבות ספציפית, הם מאוד כללים, למשל מה שמוציאים בחוקי יסוד או בחוקה: **אין פוגעים בחייו של אדם- זה עקרון.** הוא לא מדבר על התנהגות ספציפית וגם לא כולל תוצאה משפטית- לא כתוב מה יקרה למי שעושה דבר כזה. **עקרון השוויון- יש לנהוג בשוויון.** זהו עקרון, הוא מופשט מאוד. **צדק, סבירות-** עקרונות מאוד מופשטים ולעיתים חלק מן המשפט אם מופיעים בחוקי היסוד.

אז מה ההבדל? מידת הספציפיות- כלל הוא ספציפי ועקרון הוא מופשט. **מבחן להבחנה בין כלל לעקרון🡨 ההבחנה המרכזית היא שכלל פועל בדרך של הכל או לא כלום- כלומר, אם מערכת נסיבות נופלת לתוך הכלל, הכלל מכתיב את התוצאה- אם מערכת הנסיבות (ההתנהגות הנדונה) לא נופלת לתוך הגדרת הכלל- הכלל לא רלוונטי.** דוגמה: קיבלתי דו"ח שנסעתי בדרך בינעירונית במהירות העולה על 90 קמ"ש, נניח שאני מראה להם שהדרך היא עירונית ולא בינעירונית, הכלל לא רלוונטי. אם אני אומר- הייתי מאוד זהירה וכו' זה בתוך הכלל. **אם ההתנהגות הנדונה נופלת למסגרת הכללית= זה נופל לתוך התוצאה. אם ההתנהגות לא במסגרת הכלל זה לא רלוונטי.**

דרך הפעולה של עקרונות, עקרונות לא מכתיבים תוצאה- הם לא פועלים בדרך של הכל, ומצד שני הם אינם "נזרקים" אף פעם- עקרונות חלים על מקרה, בדר"כ חלים על מקרה יותר מעקרון אחד. רבות נראה עקרון כשיקול או תכלית מאחורי הכלל. למשל אין פוגעים בחייו של אדם ואז יוצאים כל הס' בחוק העונשין שרואים שהטעם זה העקרון.

**הכללים הם מערכת יותר ספציפית והרעיון שהיא תקבע את התוצאה בכל התנהגות או מערכת נסיבות תחת הכלל, לעומת זאת העקרון לא קובע את התוצאה אלא משפיע, יש לו משקל ויש צורך לשקול אותו בכל מיני נסיבות.** במשפט יש יותר כללים.

מה יגבר- כלל או עקרון? באופן טיפוסי הכלל יגבר, זה גם יסביר למה המשפט מלא בכללים ולא בעקרונות, לכלל יש טעמים ותכליות, התפקיד של הכלל כאשר ניסחנו אותו, הוא הופך להיות בשבילנו הטעם לפעולה, כאשר הוא מוציא טעמים אחרים. כשאדם קובע לעצמו כללים בכל מיני תחומים, יש כל מיני שיקולים- אפשר לשקול אותם כל פעם מחדש ולהחליט, אפשר לומר- אני אקבע כלל, מה עשיתי שקבעתי את הכלל? **הכרעתי בין הטעמים או השיקולים שהיו לי לפני הכלל, היו לי שיקולים לכאן או לכאן שפועלים בכל מיני כיוונים, כדי לחסוך את כל הדברים הכרעתי, אין צורך לשקול מחדש-** יש פה חסכון, לא חוזרים אחורה למטרות, יש דבר נוסף- זה מחייב אותי. **הכלל הפך להיות הסיבה לפעולה שלי- הטעם לפעולה שלי, לא חוזרים כל פעם לרציונלים- מעכשיו הכלל הוא הטעם. הכלל גם מוציא את השיקולים שהיו לי קודם, לא חוזרים עליהם- מחליטים רק בגלל זה.**

זה נכון גם לגבי כללים משפטיים- יש שיקולים רבים שהמחוקק עושה בהליך החקיקה, הוא מחוקק חוק- ניסחו כללים. הכללים הופכים להיות לטעם הפעולה, כאזרח שומר חוק וביהמש מחיל חוק הוא פועל לפי הכללים ולא חוזר על הרציונלים. העקרונות המופשטים העומדים ביסוד הכלל מקבלים מעמד משני- חוזרים אל הכלל ולא אל הטעמים שלו. לכלל יש עדיפות בעצם האופי שלו על פני כל הטעמים שעמדו ביסודו.

לפעמים יש התנגשות בין כלל ועקרון- יש הנחה בסיסית, בתוך מצב מסוים יש כמה כללים שחלים על המקרה וצריך לקבוע מה הכלל הקובע, צריך לקבוע את העניין שכלל מאוחר גובר על כלל מוקדם- כלל ספציפי על כללי וכו'. כאשר יש עקרון שהוא מעבר לכלל ואין עניין נורמטיבי יש מקום לומר שתמיד נעדיף את הכלל ויש מי שיאמר שנעדיף את העקרון.

באופן טיפוסי רוצים לפעול לפי הכללים ולא העקרונות. למה רוצים לפעול לפי כללים?

1. אחד הרציונלים המרכזים זה החסכון במשאבים לשקול כל פעם מחדש זהו דבר מרכזי. למשל: הגיל לרשיון נהיגה, מקבלים בגיל 17, למה בגיל 17?זו החלטה רציונלית, מגיעים לבשלות פיזית, יש פה עניין של אחריות מנטלית. יש אנשים, יחד עם זאת, שגם בגיל 17 לא מתאימים- יש אנשים שכבר בגיל 16 הם מספיק גדולים ומספיק אחראים, אז מה היה המצב האידיאלי כדי לתת החלטה אופטימלית. לעשות מבחנים אינדבידואלים אך יש בהם עלות מאוד גבוהה, הוחלט לוותר על הדבר הזה. אז הכלל חוסך לנו את הצורך להכריע בכל עניין לגופו.
2. מניעת הטעות- יש הרבה פעמים החלטות שאם משאירים לאדם החלטה "תפעל באופן סביר" וכדי לקבוע מה לעשות קובעים כללים שקובעים את הפתרון הנכון. קביעת הכלל מבטיחה החלטה נכונה, אם היינו נותנים לכל שופט או לכל אזרח להחליט היינו מקבלים טעות ב40% מהמקרים אם לא יותר.
3. כללים נותנים **וודאות,** יודעים מה ההתנהגות. **הם מאפשרים לכוון התנהגות, מטרת המשפט היא לכוון את התנהגות האוכלוסיה.**
4. שוויון- כללים פועלים לטובת שוויון, יש פחות מקום לשרירות- הכלל חל על כולם בשווה. ברגע שיש מקום נרחב לשקו"ד יש חשש לשרירות לב.
5. בנאדם יכול לצפות מהי התנהגות אסורה ומהי התנהגות מותרת. ערך מרכזי של מערכת המשפט היא יכולת האדם לצפות את מעשיו ולתכנן אותם.

המשמעות של העדפת הכללים היא שאעדיף את הכלל על פני הנורמה המופשטת של עקרון. אם הולכים רק על כללים, כל פגיעה בכלל והעדפה של עקרון על פניו היא פגיעה ברציונלים שלעיל. לכן נעדיף תמיד כללים, או בדר"כ. יהיו מצבים בהם נשאל על הרציונל. ברוב המקרים פועלים לפי הכללים ולא שוקלים שוב את העקרון, יש אחוז אחד שלא שוקלים את הכלל כי זה פרובלמנטי. מה שמאפיין זה מידת הספציפיות של ההתנהגות, הנסיבות והתוצאה המשפטית- אם אין לי תוצאה או את שלושת המרכיבים נמצאים בצד העקרוני.

האיזון בין כללים לעקרונות גובה מחיר. אפשר לטעון שהמחיר הזה שווה, בנסיבות מסוימות ובמקרים מסוימים יש צדק שמחייב לסטות מהכלל.

המשפט רווי כללים, יש מה שקוראים **סטנדרט** שנמצא בין כלל לעקרון, זהו נורמה משפטית שמצריכה שיקול דעת, אך היא תפעל גם באופן מכתיב, יש לה פעם לכאן ולכאן. פקודת התעבורה יש לה כללים, יש סעיף בפקודת התעבורה שאומר שמי שנוהג באופן בלתי סביר שלא בהתאם לתנאי הדרך דינו קנס 1000 ₪ , מה שהפקודה קובעת שחובה לנהוג בהתאם לתנאי הדרך- זו נורמה של סטנדרט- היא איננה כלל כי היא לא ספציפית, פה נדרש שיקול דעת בעוד ששופט יכול להחיל כלל באופן מכני. מבחינות מסוימות מסווגים את הסטנדרט ליד עקרון, כי הוא מחייב שיקול דעת, מצד שני לפעמים סטנדרט יכול לפעול באופן עצמאי ולא מחייב שיקולים נוספים ולכן אפשר לראות אותו כבין כלל לעקרון.

נבחין בין סוגים שונים של כללים משפטים:

לכלל משפטי יש התנהגות מסוימת שלגביה הוא קובע עמדה משפטית- **התנהגות+דין.** מרכיב הדין יכול להשתנות ויש בו סוגים שונים:

* כללים שמטילים **חובה** – חובה לנהוג בדרך מסוימת, או שהם אוסרים על התנהגות מסוימת או שדורשים חובת עשה. חוק המשפט הפלילי מטיל חובה.

ש הבחנה ידועה בין חובה היפותטית לבין חובה קטגורית- חובה היפותטית היא חובה של **אם אז...אם אתה רוצה לעשות כך אז אתה חייב לעשות כך,** חובה קטגורית לא מותנית:

האם יש חובה לשחוט בשר בהלכה? אין חובה לשחוט אבל אם רוצים לאכול בשר צריך לשחוט אותו קודם- זו חובה היפותטית, אם אתה כורת חוזה יש לך חובה לנהוג בתום לב.

חובה קטגורית- לא מותנית במשהו- חובה עליך לא לפגוע בחייו של אדם **תמיד.**

* כללים שנותנים **רשות-** רשיונות למיניהם. אדם רוצה לשאת נשק, יש כללים שקובעים את הרשות מתי אתה רשאי לשאת נשק, או פתיחת עסק- כללים שמעניקים רשות לפתוח עסק, תו"ב- מתי מותר לבנות בית. בדר"כ הכללים נמצאים בצילם של כללי חובה שאוסרים את הפעולה בלא הרשות. אסור לבנות בית שלא בהתאם לחוקי הבניה, חוקי הבניה נותנים את הכללים של איך לבנות את הבית. במובן מסוים אפשר לראותם כחובה היפותטית- אם אתה רוצה לבנות בית אז תפעל לפי החוק. זו מערכת שלמה שלא מטילה חובה אלא נותנת לך רשות.
* כללים שמעניקים **כוחות וזכויות-** נותנים כוח לעשות פעולה או זכות לעשות פעולה. לדוגמה: חוק הירושה מעניק לנו זכות לרשת. ירושה היא לא דבר טבעי, הרכוש לא עובר באופן טבעי מהמוריש לילדים- החוק קובע את זה, החוק יכול לקבוע שהכל הולך למדינה. החוק באותה מידה מעניק כוח למוריש לקבוע למי הרכוש שלו ילך. אם הוא לא כותב צוואה יש ירושה עפ"י דין. חוק החוזים נותן לנו כוח לעשות חוזה ולהתחייב בחובות אחד כלפי השני, יש כללים משפטים שלא מטילים חובה או רשות אלא חוק שמעניק כוח לאנשים להתחייב.

הכללים המשפטים הם כללים שעומדים במסגרת של כלל משפטי ומכיל את ההתנהגות והנסיבות וקובע מתי יהיה לאדם חובה, רשות או זכות. הסיווג הוא מבחינת המרכיב הדיני, ולא מבחינת ההתנהגות.

דיברנו על נורמות משפטיות, הבחנו בין כללים, סטנדרטים ועקרונות. ניתחנו מה המשמעות של כלל משפטי, למה המשפט מעדיף כלל ולא עקרון.

לשבוע הבא- **לקרוא מאמר של יוסף רז באנגלית- THE FUNCTION OF LAW.** המאמר מנתח את תפקידי המשפט. לשיעור השני בשבוע הבא- **מאמר חובה: אהרון ברק "שלטון החוק",** מאמר **רשות:** מאמר של רז באנגלית על שלטון החוק.

**שיעור 2- 13.3.12**

המשימה של רז היא לפרוס את היקף המשפט.הוא עושה זאת ע"י פריסה וניתוח של המטרות החברתיות של המשפט, המשפט הוא מכשיר חברתי שנועד להשיג מטרה חברתית ואז רז (יוסף רז הוא ישראלי במקור, שהינו הפילוסוף החשוב ביותר של תורת המשפט) ניתוח של המשפט בכלל והניסיון הוא לנתוח את מטרות המשפט. הוא מבחין בין ניתוח לוגי של הנורמות של המשפט לבין ניתוח חברתי- ניתוח המטרות החברתיות של המשפט: מה המשפט בא להשיג? הדבר הזה מנסה להסביר מה כלול בתופעה וכן את אופי הניתוחים של המשפט.

אילו מטרות יש במשפט?

ההבחנה החשובה הראשונה של רז היא בין **מטרות ישירות למטרות עקיפות.**

**מטרות ישירות-** אם החוק מקויים המטרה מושגת.

**מטרות עקיפות-** אינן מושגות בהכרח ע"י קיום החוק אך הן עשויות להיות או מקוות להיות תוצר לוואי שלו.

סעיף המטרה של ס' 1 להטרדה מינית- מטרתו לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של אדם, חירותו, פרטיותו וכדי לקדם שוויון בין המינים. המטרה הראשונה של הסעיף- לאסור הטרדה מינית. זו המטרה הישירה של החוק, אם נציית לחוק לא תהיה הטרדה מינית. פעולות אלו נאסרות אם נקיים את האיסור, אבל לחוק כאן יש מטרות נוספות-המטרה שלו היא להגן על כבודו של אדם ועל חירותו ופרטיותו. נניח שנקח חברה מסוימת ובארגון הזה מקפידים מאוד על הטרדה מינית, אין שם הטרדה מינית בכלל. האם זה אומר ששם גם יש הגנה על הכבוד, החירות והפרטיות? החוק למניעת הטרדה מינית לא משיג באופן ישיר את התוצאה של הגנה על הפרטיות, נכון שאם מבוצעת הטרדה מינית אז ממילא גם יש פגיעה בפרטיות אבל אם לא מבוצעת הטרדה מינית זה לא אומר שהפרטיות בהכרח מושגת. זה בא לידי ביטוי באופן מובהק בחלק השני של הסעיף "לקדם שוויון בין המינים".

נניח שאנו מצייתים בנאמנות לחוק של איסור הטרדה מינית, ובארגון שלנו אין הטרדה מינית בכלל, האם זה אומר שיש שוויון בין המינים? לא בהכרח. זה יכול לבוא לידי ביטוי באפשרויות רבות אחרות. המטרה הזו איננה מושגת באופן ישיר באמצעות החוק אלא היא מטרה עקיפה. יש חוקים שהמטרה לא מנוסחת כמו בס' הנ"ל אלא זה משתמע, למשל, נניח שיש סעיף חוק שאוסר לפגוע בעובד ציבור. המטרה הראשונה שלו זה שלא תהיה פגיעה ולאפשר לעובד הציבור למלא את תפקידו, אך יש פה גם מטרה עקיפה שלא מנוסחת- לתת יחס של כבוד לעובדי ציבור. יחס של כבוד לא מנוסח באופן ישיר שאומר "לא לפגוע בו" . יש לנו הרבה מאוד חוקים והתובנה הזו מאוד חשובה, המחוקק ער לכך.

ס' 298 שאוסר ביצוע של פעולת הריגה- המטרה הישירה של החוק היא לאסור את פעולת ההריגה, המטרה תושג אם מצייתים לחוק. אך יכול להיות שיש גם מטרה עקיפה- יחס של כבוד לחיי האדם. זה בא לידי ביטוי בדברים רבים כמו בשאלות רשלנות. המטרה העקיפה רחבה יותר מהמטרה הישירה, יש הרבה בני אדם שפחות רגישים למטרה העקיפה.

**הבחנה בתוך המטרות הישירות עצמן**

1. מטרות ראשוניות- מטרות שמופנות אל האוכלוסייה הכללית, אל תושבי המדינה. הן מופנות אליהן כדי לכוון את ההתנהגות שלהם.
2. מטרות משניות- מטרות שאינן מופנות אל האוכלוסיה הכללית אלא מופנות אל מערכת המשפט בעצמה. זה מופנה אל המחוקקים ומערכת המשפט עצמה.

**המטרות הראשוניות**

המטרות העיקריות של המשפט. הן לב העניין והעיקר. רז מפרט סדרה של מטרות:

1. הבטחת התנהגות רצויה ומניעת התנהגות בלתי רצויה- לחייב מעשים מסוימים ולאסור מעשים אחרים. זו המטרה העיקרית של החוק. חברה לא יכולה לנהוג בלי מערכת כללים. מטרה זו מושגת ע"י המשפט הפלילי והמשפט הנזיקי בראש ובראשונה. בנוסף יש את חוק הכשרות המשפטית, שם יש חובה על ההורים לדאוג לילד ולצרכיו. נמצא הוראות מהסוג הזה בחוקים ובענפים אחרים. **סוג הנורמות שרואים בהקשר הזה:** כללים המטילים חובה? כללים המעניקים רשות? מה נראה בהקשר של המטרה הראשונית הזו? **כללים המטילים חובה באופן טיפוסי, בהגדרה הם חובה להתנהג באופן מסוים. המטרה החברתית ניתנת להיעשות בעזרת התאמה אך לא באופן ממצה.** כי יש כללים שמעניקים כוח לאדם והכוח הזה גם כן מכיל בתוכו התנהגות רצויה- למשל, אם מעניקים לשוטר כוח לבצע פעולות אז יש לו את הכוח לעשותן אך המשמעות היא שהוא חייב לעשותן כהגנה על בטחון הציבור. כוח מבחינה משפטית= סמכות. אם יש לשוטר סמכות לעקב אדם האדם חייב להיענות לו.
2. יצירת תנאים להסדרה בין הפרטים- המטרה המרכזית של המשפט היא לא רק לומר מה ההתנהגות הרצויה אלא גם להסדיר את היחסים בין הפרטים- המשפט האזרחי והפרטי נועדו להסדיר את היחסים בין הפרטים. הוא לא מחייב את ההתנהגות, זו לא התנהגות רצויה או בלתי רצויה, אך המשפט רוצה לאפשר לנו לעשות עסקה שנוכל אח"כ לתבוע האחד מהשני את מילוי חובתה. כמו למשל: חוזים, נישואין (המשפט רוצה לאפשר לבני אדם להקים משפחה ולהסדיר את היחסים ביניהם) = נניח שהמשפט יכול להיות נייטרלי בשאלה הזו ולאפשר לבני אדם מערכת נישואין. נישואין זה מערכת יחסים שאינה הכרחית, בני זוג יכולים להיות ביחד גם בלי מוסד הנישואין. אבל נניח חברה בע"מ לא יכולה להיות מוקמת בלי אמצעים משפטים. **אילו כללים לוגים יש פה?** בראש ובראשונה יש **כוחות**- הכוח לעשות חוזה למשל, בחוזה יש כוח ליצור התחייבות שמחייבות האחד את השני, יש פה גם כללים המעניקים **רשויות**, ובתוך זה יש גם כללים המטילים **חובה.** למשל חובה לנהוג בתום לב, אך היא נוצרת לאחר שהחלטנו להיכנס למו"מ.

מה ההבדל מבחינה חברתית בין המטרה הראשונה לבין השניה? המטרה הראשונה **מגבילה את החירות- אומרת מה אסור לעשות ומה חייבים לעשות,** לעומת זאת המטרה השניה לא באה להגביל את החירות אלא **להגביר אותה- הוא מאפשר לנו יותר דברים.**

1. הספקת שירותים וחלוקה של טובין- המשפט הוא כלי של המדינה, המטרה שלו היא לספק שירותים. השירותים מסופקים באמצעות חוקים. **למשל: הספקת שירותי חינוך ע"י המדינה במסגרת חוק חינוך חינם. הספקת שירותי בריאות ע"י חוק שמסדיר את זה.** יש מערכת חוקים שהם חוקים שמספקים שירותים לאוכלוסיה. המשפט הוא המכשיר שעושה זאת וקובע איך מספקים שירותים, מצד אחד קובע את החובה של המדינה או הרשויות לספק את השירותים ומנגד את הזכויות של האזרחים או התושבים לקבל את השירותים. **הענף שמטפל בזה הוא המשפט הציבורי ומדובר על כללים שקובעים זכויות. המערכת ממומנת מכספי האזרחים שמגיעים באמצעות מיסים.** חוקי המיסים מטילים חובה, המיסים האלו קשורים גם למטרה זו מלבד המטרה הראשונה שמטילה חובה לשלם מיסים, במסגרת הספקת השירותים יש חלוקה מחדש של טובין כי אין התאמה בין מי שמשלם את המס לבין מי שנהנה- מקבל. העשירים משלמים את המס, ולעומת זאת העניים נהנים מהמס. זו העברת טובין מן העשירים לעניים. זוהי מטרה ראשונית כי באופן ישיר מעניקה לאזרחים זכויות. החוק מעוניין בחלוקה מחדש של הטובין ומשיג זאת באופן ישיר ע"י קיום החוק. הספקת שירותים זה נוסחה של המדינה המודרנית- מדינת הרווחה. במדינה המודרנית, בכולן- מזרח ומערב, אין מדינה שלא עוסקת בהספקת שירותים וכנ"ל בחלוקת טובין.
2. יישוב סכסוכים **לא מוסדרים**- למשפט יש מטרה ליישב סכסוכים בין בני אדם. סכסוכים במובן הרחב של המילה כולל את כל הסכסוכים, גם בין המדינה לאזרח- שבא לידי ביטוי במשפט הפלילי. יש הבחנה חשובה **של רז לגבי סכסוך מוסדר וסכסוך לא מוסדר-** סכסוך מוסדר הוא סכסוף שהחוק קובע הסדר והשופט יפעיל את הכלל- למשל נסיעה במהירות מופרזת. סכסוך לא מוסדר- החוק לא נותן פתרון למצב הקיים. מצב בו בחוק אין פתרון לסיטואציה. לביהמש מוענקת הסמכות לפתור את הסכסוך, כלומר **לקבוע נורמה חדשה** למצב הזה. **בפס"ד נחמני (סכסוך הביציות) החוק לא קבע למי שייכות הביציות שהוצאו מגוף האישה, הופרו והושמו במקפיא.** השאלה הגיעה עד לביהמש העליון- שם זה הוחלט. יש גם מצב שיש סכסוך שמוסדר חלקית, יש הסדר אך יש אי בהירות סביבו. למשל הנורמה מנוסחת באופן כללי מאוד והיא צריכה פירוש קונקרטי.

למה יישוב סכסוכים לא מוסדרים זה מטרה ראשונית ואילו סכסוך מוסדר זה מטרה משנית? "סעד למען הצדק" זה לא מוסדר כי אין חוק ורוצים מטעם הצדק. יש סעיף חוק שמעניק כוח לביהמש ליישב סכסוכים- יש לעשות את ההבחנה בין סכסוך מוסדר לסכסוך לא מוסדר, כאשר מדובר על סכסוך מוסדר ביהמש למעשה עושה **מטרה משנית,** בסכסוך לא מוסדר זו **מטרה ראשונית. בסכסוך מוסדר השופט רק מחיל את החוק ולא מפעיל שיקול דעת, בסכסוך לא מוסדר הוא מפעיל שיקול דעת.**

**המטרות הראשוניות, באופין, אומרות איך לנהוג, המאפיין את הראשוניות זה הכוונת ההתנהגות של הציבור הכללי.** בנושא של יישוב סכסוכים, כאשר מדברים על סכסוך מוסדר אין הכוונה של התנהגות, היא כבר הייתה קיימת בשלושת הסעיפים הקודמים. כבר אמרו לנו מה ההתנהגות הרצויה, עכשיו באים לביהמש ואומרים **תאכוף את החוק- אכיפה שייכת לפעולה המשנית.**

**רוב חוקי הכנסת עונים על ארבעת המטרות הללו, צריך את המנגנון של "איך מייצרים חוקים חדשים" ואלו המטרות המשניות.**

**מטרות משניות:**

1. כללים ליצירת ושינוי חוקים
2. אכיפה ויישוב סכסוכים- האכיפה חלה על החוק.  **כאן מדובר על סכסוך מוסדר**

נניח שהייתה לנו מערכת שהיה בה רק גוף מחוקק שקובע את מערכת החוקים שמסדירה את החיים, מערכת כזו הייתה עונה על כל הקריטריונים מלבד ישוב סכסוכים- אין בתי משפט בכלל. אם כולם מתנהגים לפי החוק זה מצוין, אך למעשה גם כאשר כולם מתנהגים לפי החוק או חושבים שהם נוהגים כך זה היה יוצר סכסוכים. לכן נייעד מערכת ליישוב סכסוכים, אך סכסוכים המוסדרים לפי החוק. בסכסוך לא מוסדר לא רוצים לתת לביהמש את הכוח להחליט את מה שהכנסת לא החליטה. ניסו לעשות זאת בצרפת אך זה לא עבד, במיוחד בגלל "מוסדר חלקית". המחוקק קבע דבר אך לא ברור האם בסיטואציה הנוכחית הוא חל, מכל מיני טעמים, ביהמש צריך לתפעל את המקרה. מערכת של מחוקק בלבד תהיה מוגבלת מבחינת פתרונות של יישובים שאינם מוסדרים. **במשפט העברי יש תקדים לזה, גם המשנה וגם התוספתא מספרות שבזמן הסנהדרין היו הולכים לבימ"ש מקומי, שהיה רשאי להשיב רק על מה שהוא יודע. אם זה לא היה בסמכותו עברו לבימ"ש אחר- "שמעו- אמרו".**  **רז** אומר- אולי נייצר מערכת עם בתי משפט בלבד, מערכת כזו תוכל לפתור את כל הסכסוכים, אבל בעבור מערכת כזו תמיד יהיו סכסוכים לא מוסדרים- כי אין חוק. המערכת הזו תסבול מבעיות אחרות כי אי ודאות, שרירותיות וכו'.

לכן, מערכת מודרנית מכילה **מוסד מחוקק וגם בתי משפט שתפקידם משני- לאכוף את החוקים.** אך הואיל ואנו יודעים שהסכסוכים הלא מוסדרים קיימים באופן ניכר, חייבים להעניק לבימ"ש סמכות לפתור סכסוכים לא מוסדרים. בהגדרה, לביהמש יש שני כובעים:

1. מיישם את החוק- פעולה שלפי ההגדרה של רז, היא משנית.
2. יוצר את החוק- פעולה **ראשונית.** הוא קובע מה הנורמה.

זה הכרחי ליצירת מערכת יעילה. לא ניתן ליצור מערכת משפט יעילה בלי שבימ"ש מקבל את הכובע של יצירת החוק.

**יצירת חוק=** האם החלטה מקומית קשורה לנקודה אחרת של מסורות משפטיות שונות? האם מקבלים את **עקרון התקדים המחייב?** כל החלטה של בימ"ש היא לא רק החלטה מקומית אלא גם יצירת כלל לעתיד אם מקבלים את העקרון הנ"ל, ולכן בימ"ש מתפקד ממש כמחוקק. הפעולה נושאת אופי חקיקתי. לעומת זאת, אם פועלים במסגרת המסורת הרומית והקונטיננטלית **שלא מקבלת את עקרון התקדים המחייב** כי מה שיש במסורת זה **חוק של המחוקק** ותפקיד בימ"ש הוא **רק ליישם את החוק,** האירופים לא רצו שהרשות השופטת תיצור את החוק- זו החשיבה האירופית, היא נתקלה בקושי פרקטי כי כל הזמן היו פונים חזרה למחוקק, ולכן גם בשיטה האירופית מוענקים לבימ"ש שני כובעים, **אך סמכות היצירה לא מגיעה כדי חקיקה- כי אין תקדים. למקרה הזה בימ"ש קבע נורמה חדשה!** הכובע היוצר מוגבל, בשיטה האנגלו-אמריקאית כאשר בימ"ש יוצר נורמה הוא גם מחוקק.

**המטרות המשניות למעשה זה שהחוק פועל על עצמו.** הנורמות שמסדירות מי מחוקק, איך מייצרים חוקים- שייכות למטרות המשניות.בכובע של בימ"ש שהוא מייצר חוקים חדשים זו מטרה ראשונית.

**שלטון החוק**

שלטון החוק הוא אידיאל שכל שיטת משפט מתהדרת בו. יש כמה סוגים של שליטים: **מונרכיה- שלטון היחיד-מלך. אוליגרכיה-שלטון מעטים-קב' מושחתת, דמוקרטיה- שלטון הרבים. רודניה.**

מה ההבדל שעוסק בין הטוב והרע? למה שיש מונרך אנחנו אומרים "שליט חיובי" ואילו רודן זה "שליט רע"? אפלטון חיפש משהו מבני שמבחין בין זה- **כפיפות לחוק. הכפיפות לחוק יוצרת את ההבחנה, יש בכפיפות מפתח לפי דעת אפלטון ליצור את ההבחנה בין השלטון המונרכי לבין שלטון הרודן.**

**היבטי שלטון החוק:**

מדוע זה טוב ומהן תכונות שלטון החוק שעושה אותו טוב?

1. מה תוכנו של של החוק- RULE OF LAW? ראשית, החוק שולט וכולם מצייתים לו, הוא חל באותה מידה על כולם. כשאומרים "כולם מצייתים לחוק" מתכוונים בראש ובראשונה **לשלטון עצמו. עקרון שלטון החוק אומר שהשליטים, המלך או האריסטוקרטיה היא עצמה כפופה לחוק והפעולות שלה צריכות להיות חוקיות.** זה נותן הסבר אולי למה שאפלטון יכול היה להתכוון, כי אם היה שליט שעושה ככל העולה על רוחו באה אפשרות ניצול הכוח שלו והופך אותו לרודן. אם הוא כפוף לחוק שנקבע מראש הוא לא יכול לפעול באופן שרירותי או אינטרסנטי לטובת ניצול החוק- הוא כפוף לחוק, וזה מבטיח את הפעולה שלו שיהיה מונרך ולא רודן. כאשר יש תפיסה של שלטון חוק שהשליט כפוף לו, והוא לא יכול לייצר את החוק בהתאם לצרכים שלו, אלא יש חוק מוקדם. זה המרכיב שנמצא בתפיסת אפלטון, לדעת שפירא.
2. אומרים שלטון החוק ולא "שלטון של האנשים" כלומר יש אנשים שנושאים תפקידים- ראשי ממשלה, קצינים, נשיאים וכו' . בתר בעל תפקיד כזה יש לו כוח, גם פיזי. אלו פעולות שלטונויות שבאות או באמצעות חלוקת/גביית כסף או באמצעות הגבלת חירות/יצירות חוקים וכו'. לפעמים אפילו באמצעות כוח פיזי כאשר מפעילים את הגופים הללו. כאשר השלטון פועל אנו רוצים לדעת בעצם מיהו האיש שמפעיל עלינו את הכוח הזה? האם זה האדם הפרטי או שכפופים לחוק? אנחנו רוצים להיות כפופים לחוק ולא לאדם כלשהו, זה הרעיון של שלטון החוק- צריך לפעול מכוח החוק ולא מכוח החלטה אישית שלו. פעולה של המדינה צריכה להיעשות מתוך הסמכה חוקית, ביחס לרשות כל פעולה שלא הותרה היא אסורה, להבדיל מהאזרח שכל מה שלא נאסר הוא מותר. בכל פעם שנאמר שלפרט הכל מותר אלא אם כן זה נאסר בחוק צריך לומר ההפך על השלטון.
3. שוויון בפני החוק- כולם חייבים לציית לחוק באותה מידה. ההיבט של שלטון החוק קשור גם לשוויון, כי החוק חל על כולם במידה שווה.

🡨 כל זה קשור **להיבט הפורמלי! לא מתייחסים לתוכן.** יכול להיות שהחוק עצמו יפלה, הפליה של החוק לא סותרת את שלטון החוק במובן הפורמלי שלו. המובן הפורמלי של שלטון החוק לא מבטיח דבר לגבי התוכן.

**ההיבט היוריספרודנטלי (תורת משפטי)**

המובן הפורמלי זה מה אומר שלטון החוק **לאחרים** , מה אומר שלטון החוק על החוק בעצמו- זה המובן היוריספרודנטלי? כדי שהחוק יוכל לשרת את המטרות הראשוניות והמשניות, מה צריכות להיות תכונות החוק בעצמו?

יש בספרות רשימות שונות של העניין:

1. פומביות וידוע
2. פרוספקטיביות- החוקים צריכים להיות **מכאן ולהבא.** חוק רטרואקטיבי סותר את מטרת החוק של לכוון התנהגות
3. יציבות – לא ישתנה חדשות לבקרים

בנוסף יש את בהירות החוק וודאות החוק , שקשורות גם לשרירותיות והעדר שוויון. יש לנו חוקים, גם במדינות המתוקנות ביותר, שחוטאים בחוסר בהירות- יש לומר שני דברים, **האחד** כל הנושאים האלו של שלטון החוק הם במובן מסוים מטרה שמושגת בהדרגה- קשה לחשוב על מערכת שמושלמת מבחינת שלטון החוק, תמיד יהיה במערכת למשל חוסר בהירות מסוים, זה לא פותר מויכוח קונקרטי לגבי כל סעיף. יש ויכוחים בפרקליטות לגבי סעיפי הפרת אמונים, היות וזה מנוסח בצורה כללית מדי ונותן כוח רב בידי הרשות לפעול נגד אדם. **השני** בכל זאת צריך במסגרת לבחון את הדברים ולשנותם, אך אם יש סעיפים כללים יש מצב שיש לתקן אותם.

**הרשות השופטת:** מרכיב מרכזי בשלטון החוק כי היא זו **שאוכפת אותו.** אם רוצים שהחוק ייושם, אם יעד שלטון החוק זה שהחברה תשמור חוק, יש לדאוג לזה ע"י בתי המשפט- **עצמאות של הרשות השופטת,** כלומר שהגוף יהיה עצמאי. אם הגוף הזה, הם הגוף הממונה והם מופעלים ע"י השלטון הם לא יוכלו לאכוף את השלטון. צריכה להיות לה סמכות חוקית **לבקר את פעולות השלטון ולוודא שהן נעשות בהתאם לחוק.**

היבט נוסף של שלטון החוק זה **נגישות המערכת לאזרחים,** אם אדם מרגיש שהוא נפגע מהחוק הוא צריך להיות מסוגל לפנות לבימ"ש. עניין הנגישות זה משהו יחסי, זה גם עניין של חסימה או לא חסימה וגם עניין של כלכליות.

כל התחום ה"תורת משפטי" שברק קורא לו במאמרו "יוריספרודנטלי" שייך למובן הפורמלי, **כי טרם דיברנו על תוכן החוק.** דיברנו על תכונות החוק שמבטיחות את קיומו היעיל, תכונות שקשורות למישור החקיקה (ודאות, יציבות, וכו'), תכונות שקשורות למערכת השופטת (עצמאות, יכולת ביקורת,נגישות), כל המנגנון הזה הוא פורמלי.

**המובן המהותי**

יש לגבי המובן המהותי ויכוח גדול, אל מול ברק יש את **דבורקין ואת רז.** למה עפ"י ברק שלטון החוק הפורמלי לא מספיק? כיוון שהחוק יכול להיות מפלה בצורה קיצונית או אנטישמי. ברק אומר שחייבים לייחס לשלטון החוק **תכונה מהותית- שלטון החוק צריך להיות במהותו, מגן על זכויות אדם.** אם החוק לא מכבד זכויות אדם אז הוא לא תקין. אפשר לתקוף בחריפות עמדה זו, וזאת עושה **יוסף רז. במאמר שלו על שלטון החוק** הוא מבקר בחריפות את העמדה של שלטון החוק המהותי. הוא אומר דבר יפה- יש נטייה שכל מושג שמתקבל בציבור כמושג חיובי אנו מטעינים אותו בעודף משמעות כדי לכלול את הדברים הטובים. שלטון החוק התקבל כמושג חיובי ואנו מעמיסים עליו את מושג זכויות האדם. זה דומה לדמוקרטיה, דמוקרטיה זה מושג מוצלח ומשכנע, ולכן מעמיסים עוד דברים עליו, מלבד "שלטון העם" הרגיל. זה נובע מהתקבלות המושג ומכך שלמושג יש כוח משכנע. **רז תומך בתפיסה פורמלית של שלטון החוק ומתנגד לתפיסה המהותית, רז אומר שאם ננתח את המושג של שלטון החוק וזה לא שלטון החוק הטוב, דבורקין וברק אומרים ששלטון החוק=טוב, צריך לנהל דיון שלם מה זה "חוק טוב".** הוא אומר בוא ננתח מה זה אומר "שלטון החוק" הוא בעד זכויות אדם אך לא צריך להלביש את כל האידיאלים על מושג אחד. יש את עקרון שלטון החוק ויש את עקרון זכויות האדם, רז אומר שהוא מודה ששלטון החוק הוא תנאי הכרחי אך לא מספיק למדינה מתוקנת, דבורקין וברק אומרים ששלטון החוק זה תנאי הכרחי ומספיק- הכל בו. רז אומר ששלטון החוק היא התכונה המובהקת של המשפט, היא לא מכתיבה את המעמד הערכי שלה, דהיינו טוב או רע. הוא אומר "מה התכונה של סכין"- שתהיה חדה, מה השימוש בסכין? לחתוך בשר, לחתוך סלט, לדקור מישהו, השימוש בסכין היא שאלה נפרדת ומכרעת. הוא אומר שמדד היעילות של חוק זה שלטון החוק, אם רוצים מערכת משפט שתהיה יעילה ותשיג את מטרות החוק אז נרצה שכולם יצייתו לחוק, בייחוד הממשלה, שהחוק יהיה פומבי, פרוספקטיבי, בהיר, יציב, מערכת משפט יעילה ועצמאית. קיבלנו מערכת משפט יעילה אך זה לא מספיק- כדי שהיא תהיה צודקת, צריך תנאים אחרים- צדק, זכויות אדם, דברים אחרים לגמרי משלטון החוק.

רז אומר שמושג שלטון החוק לא אומר דבר על התוכן שלו, ואילו ברק ודבורקין מוסיף כתנאי את זכויות האדם כדבר מהותי. לפי רז אי אפשר לגזור מהמושג עצמו של "שלטון החוק" על התוכן שלו.

דוגמת הסכין חשובה, אך חלקית. יצרנו מערכת יעילה עם חוקים שנופלים לתנאים שלעיל, אך יש בה גם מימדים ערכים שקשורים באופן אינהרנטי למושג הפורמלי של "שלטון החוק":

1. **חירות האזרח-** עקרון שלטון החוק מקדם את החירות גם כאשר החוק מגביל את זה באופן בלתי צודק, כאשר מקיימים את שלטון החוק האזרח יודע מה מותר ומה אסור, ויודע מה תהיינה התוצאות, זה מאפשר לו לתכנן את החירות. במצב בו אין שלטון חוק, האזרח לא יודע אם מה שהוא יעשה מותר לו או אסור לו, לכן התפיסה של שלטון החוק יש בה מימד ערכי ראשון במעלה גם אם החוק עצמו חוטא, עדיין אם יש מערכת יעילה, היא מקדמת רבות את החירות, לפעמים בהשוואה לחוק צודק.
2. **שרירותיות ושחיתות-** מערכת עם שלטון החוק היא מערכת שיש בה מערכת ריסון נגד שרירותיות ונגד שחיתות כי השלטון על כל רשויותיו כפוף לחוק ולא יכול להפעיל את כוחו באופן שרירותי ומושחת.

לפי רז, המנגנון קשור ליעילות האינהרנטית של המערכת. המאמץ של דבורקין וברק להנחיל את מושגי הצדק של החוק לתוך שלטון החוק הוא בעצם מהלך מלאכותי.

יש ויכוח יסודי, לא רק בין שתי תפיסות של שלטון החוק, אלא גם בתפיסות של החוק. **הויכוח הזה משקף ויכוח עמוק ביותר על תפיסת החוק, שעומד בין התפיסה הפוזיטיבית של החוק לבין התפיסה הלא פוזיטיבית:**

לפי התפיסה הפוזיטיבית, מה שהחברה קובעת כחוק הוא **חוק.** מבחינה ערכית הוא צריך להיות מוסרי וצודק, אך הצדק של החוק או המוסריות שלו היא לא תנאי לקיום החוק ולכן אפשר לדבר על החוק באופן מנותק מהתכנים שלו. לעומת זאת לפי התפיסה לא פוזיטיביסטית יש בחוק משהו אינהרנטי שקשור לצדק ומוסר, ואם הוא לא מקיים אותם אי אפשר לדבר עליו כחוק. יש כל מיני מושגים של צדק שהם אינהרנטים למשפט, התפיסה הנון פוזיטיבית(**ברק ודבורקין)** אומרת שלמושג החוק מכניסים מניה וביה מושגי צדק. אי אפשר לחשוב על שלטון החוק כמנותק מהיסוד המהותי שלו ולכן מכניסים ליסוד המשפט יסוד מהותי, לעומת זאת תפיסתו של **רז** אומרים שחוק זה מה שבני האדם קובעים כחוק. ברוב החברות החוק ממלא תפקידים גם חיוביים ולכן אפשר להתייחס למושג החוק באופן אנליטי מבלי להביא בחשבון את המימד הערכי שלו, לכן אפשר לדבר על שלטון החוק כנייטרלי ולדבר על צדק כהיבט נלווה הכרחי. הערכיות זה לא תנאי לחוק- הוא תנאי נפרד. לפי הנון-פוזיטיבים מושג הצדק הוא תנאי תוקף לחוק- חוק לא צודק הוא לא חוק.

**לשבוע הבא: ירדור, לאור, פלוני נ' פלונית**

**שיעור 3- 20.3.12**

**פס"ד ירדור** ננתח אותו מנקודת המבט של תורת המשפט להבדיל מניתוח חוקתי.

**הרקע:** רשימת הסוציאליסטים היא רשימה שחבריה היו חברים בקבוצת "אל-ארד" שהיא התארגנות בלתי חוקית- כך הכריז עליה כקבוצה ששוללת את קיומה של מדינת ישראל ומטרתה הייתה לבטל/לחסל ולפעול נגד קיומה של המדינה. לכן נטען בועדת הכנסת שרשימת הסוציאליסטים גם היא בלתי חוקית מאחר שהיא חותרת לאותן המטרות ולכן הועדה סירבה לאשר את השתתפותה של הרשימה.

**הבעיה המשפטית:** לפי חוק יסוד הכנסת אין לועדת הבחירות סמכות לפסול רשימה בשל תוכן מצעה, היא מופקדת על הניהול המנהלי הטכני של ההרשמה (הגשת טפסים, חתימות וכו') היא אמונה על הפרטים הללו, משעה שרשימה הגישה את הבקשה כנדרש- לפי כל התנאים המנהליים- היא צריכה לאשר אותה לפי החוק, החוק לא נתן לה סמכות לפסול רשימה בשל מצעה. כאשר הועדה החליטה בניגוד לסמכות החוקית, היא החליטה בכל זאת לפסול את הרשימה ומכאן העתירה. האם יש לועדה בנסיבות הללו סמכות לפסול את הרשימה, אם לאו? השופטים נחלקו באשר לתוצאת הפס"ד והטעמים:

**השופט כהן(מיעוט)-** מבחין בין שני מישורים, במישור של **הדין הרצוי** כאשר הוא דן בשאלה האם ראוי לפסול רשימה כזו, או האם ראוי שיהיה מנגנון שמאפשר פסילה של רשימות בשל תוכן המצע, ואולי אפילו שהסמכות תהיה נתונה בידי ועדת הבחירות, הוא אומר שלדעתו **ראוי** שהזכות תהיה מוגבלת. הוא אפילו מציין כדוגמה סעיף מהחוקה הגרמנית (גרמניה לאחר מלחמת העולם ה2 אימצה חוקה דמוקרטית ולא רק זו- גרמניה, בשונה מאנגליה ומארהב, התמודדה עם שלטון פשיסטי שצמח מתוך מסגרת דמוקרטית. זה לא קרה באנגליה ולא בארה"ב, בגרמניה השלטון הנאצי עלה מתוך בחירות דמוקרטיות ולאט לאט הוא חיסל את הדמוקרטיה, המהלך הזה בגרמניה יצר מודעות יותר ברורה לבעיה הזו) שאוסר על מפלגה להתמודד בבחירות אם היא חותרת נגד השלטון הדמוקרטי. כהן סבור כי במישור הדין הרצוי יש למנוע מרשימה שמתנגדת לדמוקרטיה או לעצם קיומה של המדינה מלהתמודד בבחירות. חיים כהן לא מקבל את העתירה כיוון **שזה אינו הדין המצוי- יש הבחנה חדה בין המצב המצוי למצב הרצוי, הדין בישראל לא אימץ סעיף כזה ולכן הסעיף איננה ביד ביהמ"ש.**

מנקודת מבט תורת משפטית **באה לידי ביטוי התפיסה הפוזיטיבית-** היא רואה בחברה או במדינה את המקור הבלעדי לחוק. הדין הרצוי לא יכול להשתלש מעצמו בדין המצוי, הדין המצוי הוא מה שהמדינה מחוקקת ולכן הוא מקבל את העתירה- אין סמכות לועדה. לדעתו לא נשקפת סכנה לקיומה של המדינה אם הם יבחרו לכנסת. מעניין מה היה אומר אם הייתה סכנה מיידית.

**השופט זוסמן** מביא דוגמה של פצצה ששמים בתוך בית הנבחרים. לוקח דוגמה מאוד בוטה. נניח שיש מידע כזה בידי השב"כ, זוסמן הופך את זה לסכנה מיידית. תהיה דילמה חריפה מה יאמר כהן במצב של סכנה מיידית לכך שהרשימה רוצה להתמודד בבחירות.

בגדול **כהן** אומר שיש להבחין בין הדין הרצוי לדין המצוי, אפשר לסווג את העמדה של **כהן** כעמדה פוזיטיבית לאור ההבחנה הזו. המאפיין את הפוזיטיביזם הוא **שהמקור היחיד של החוק הוא בחברה.** חוקים לא נקלטים מן האוויר, כלומר לא באים מעקרונות או ערכים מופשטים כשלעצמם. בנוסף, חוקים מנוסחים בצורה של כללים מוגדרים ולכן הפוזיטיביסט יסמך על כללים מוגדרים שנמצאים בחוק (מקורות מוגדרים שיוצרים את החוק- כמו למשל המחוקק), ולא על זכויות מופשטות שאינן בחוק.

**זוסמן(רוב)- מייצג קוטב שני.** השופט זוסמן מפתח את הנקודה לפיהם יש **עקרונות על חוקתיים.** אם אנחנו רגילים לחשוב שהחוקה עומדת בראש פירמידת הנורמות, זוסמן אומר שיש עקרונות על חוקתיים שמחייבים במערכת המשפט. עקרון ההגנה העצמית הוא עקרון טבעי על חוקתי, כאשר תוקפים אדם מותר לו להתגונן. זה מן עקרון טבעי, בסיסי- הוא לא תלוי בחוק. זכות ההגנה העצמית היא של הכלל כמו של הפרט. אם ברשימה שמתמודדת בהליך דמוקרטי של בחירות אך מבחינת תוכן הדברים היא באה בהתקפה למדינה, למדינה יש זכות **טבעית להתגונן מולה, שאיננה צריכה הסמכה חוקית, זו זכות על חוקתית ולכן תקפה!** הוא שואב את הקונסטרוקציה מהחוקה הגרמנית. לכל האנשים ששיתפו פעולה עם הנאצים הייתה הגנה חזקה- הם אמרו שהם פעלו לפי החוק הגרמני באותה העת. אבל כתגובה לטענתם טענו שיש עקרונות אוניברסלים על חוקתיים. **עקרונות טבעיים ולכן הם ביצעו עבירה ולכן יועמדו לדין.** אנשים לא הועמדו לדין על עבירות שביצעו בניגוד לחוק הגרמני אלא על עבירות שבוצעו בניגוד למוסר, ולכן גרמניה הייתה צריכה לפתח את הדוקטרינות האלו שמדינות אחרות לא היו צריכות להתמודד איתן. **זוסמן מייצג את המשפט הטבעי, המאפיין את התפיסה הזו בניגוד לתפיסה הפוזיטיבית זה חוסר ההפרדה בין המשפט והמוסר. התפיסה של המשפט הטבעי אומרת שיש עקרונות מוסרים אוניברסלים שצריך לראות אותם כחלק מן המשפט, בדיוק הפוך מהפוזיטיביזם של חיים כהן.** לכן טוב עשתה הועדה ששללה את הרשימה הסוציאליסטית.

**אגרנט (עמדת הביניים)-** כדי לעמוד על תוכן סמכותה של הועדה מחובתנו לשים קודם לבנו אל הנתונים הקונסטיטוציונים של השאלה- נתונים חוקתיים. הוא מדבר על הנתונים החוקתיים. הוא אומר שכדי לפרש חוק אי אפשר להסתפק רק בפרוש הכלל הספציפי ואפילו לא של הענף או החוק (כלומר חו"י הכנסת) אלא יש להסתכל על זה **בפרשנות רחבה.** מהם העקרונות החוקתים הרלוונטים? ישראל היא מדינה ריבונית השוחרת חופש ומאופיינת ע"י משטר של שלטון העם. מדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית וליברלית והוקמה כמדינה יהודית בארץ ישראל. הוא טוען שהאפיונים החוקתיים האלה מצויים בהכרזת העצמאות. לכן כשבאים לפרש את סמכות הועדה הוא אומר שיש מטריה של עקרונות יסוד של השיטה שחולשים על פני כל שיטת המשפט ועל ידי כל גוף מגופי המדינה. כל גוף מגופי המדינה איננו רשאי לפעול בניגוד לעקרונות היסוד של השיטה שהם עקרונות חוקתיים, ולכן ועדת הבחירות שהיא אורגן של המדינה, חייבת לפעול בהתאם לעקרונות הללו ולא יכולה לפעול בניגוד להיותה מדינת ישראל כדמוקרטית ויהודית.

הגישות:

**כהן=**תפיסה פוזיטיבית, הוא לא רואה כל עקרון אחר.

**זוסמן=**עמדה של משפט טבעי, הוא מבטא עקרונות אוניברסלים טבעיים.

**אגרנט=** האם הוא קרוב יותר לעמדה הפוזיטיבית או לעמדה של משפט הטבע? זו השאלה המעניינת. איך רואים את הפסיקה של אגרנט מנק' מבט הזו- האם הוא איש החוק החרוט או איש העקרונות המופשטים? תלוי איך נגדיר פוזיטיביזם- האם נגדיר ככלים מוגדרים אז יאמרו כי אגרנט משקף גישה שאינה מבוססת על עקרונות מוגדרים ואולי מציג תפיסה המבוססת על עקרונות מופשטים, מצד שני אם נגדיר פוזיטיביזם כעניין של מה המקור? האם שיטת המשפט עצמה או המקור הוא מחוץ לשיטה? אז וודאי שהוא מסתמך על השיטה עצמה. שני הניו אנסים חשובים, **אם הדגש שהחברה קובעת את זה אז אגרנט מסתמך על עקרונות המשפט הישראלי, זה לא דבר טבעי כמו זכות ההגנה העצמית, מדינת ישראל הוקמה עם שיטה מסוימת, אך מן העבר השני את המושגים של "דמוקרטית יהודית" הוא שואב מהאוויר, אין למדינת ישראל חוקה, אין מסמך חוקתי, והעקרונות הללו מופשטים ובמובן הזה- אין אפיון של הפוזיטיביזם שפונים לחוקים מאוד מוגדרים וקונקרטים ולכן עמדתו פונה לשני הצדדים.** הדבר תלוי באיך מגדירים פוזיטיביזם. אם אני פוזיטיביסט שהדגש שלי הוא ניסוח החוקים בצורת כללים אז אגרנט לא פוזיטיביסט כי הוא פונה לעקרונות מופשטים, אבל אם הפוזיטיביזם מכירה בעקרונות משפטים שאומצה ע"י שיטת המשפט אז ניתן לומר שהוא כזה.למשל **בפס"ד קול העם** החוק העניק סמכות לשר הבטחון לסגור עתון שלדעתו פוגע בבטחון המדינה ובסדר הציבורי, ביהמש אומר שהוא לא שקל את חופש הביטוי. האם במדינה יש מגילת זכויות שאומרת את זכות חופש הביטוי? אין, אבל ביהמש מסיק זאת מהיותה של המדינה- מדינה דמוקרטית. יש פה שוב אותה דילמה- האם זה פסד פוזיטיבי או פסד מהמשפט הטבעי? פסק הדין פנה אל העקרונות החוקתים של מדינת ישראל. אם אותה שאלה קיימת גם על קול העם וגם על פסק דינו של אגרנט אפשר לומר שהגישה היא לא בהכרח לא פוזיטיבית, כי היא פונה אל העקרונות החוקתיים, הגם שהם עקרונות מופשטים ולא נוסחו בצורה של כללים. ולכן אפשר לייחס לאגרנט פרשנות פוזיטיבית מוצקה.

בפס"ד זה ראינו ביטוי לשלוש הגישות. אפשר לראות ביטוי דומה לפס"ד **פלוני נ' פלונית:**

**מקרה:** גבר הכניס להריון קטינה, הוא הורשע בבעילה אסורה וישב בכלא. הנערה חתמה על מסמך שבו היא מוותרת על זכויותיה ומבקשת להעביר את הילד לאימוץ. לפי חוק האימוץ צריכה להיות עילת אימוץ, חוק האימוץ קובע רשימה סגורה של עילות. באופן עקרוני צריך להיות מצב שבו שני ההורים מוותרים על זכותם לגדל את הילד ואז ההורים בעצם מבקשים לאמץ אותו, במצב בו אחד ההורים לא מוותר אי אפשר לשלול ממנו את ההורות אלא אם יש עילת **אי מסוגלות הורית.**

מצד אחד, במקרה אין ויתור, על פניו הוא מסוגל לגדל את הילד. כאן מתעוררת השאלה- האם אפשר להכריז על הילד כבר-אימוץ? בפס"ד בעצם כל חמשת השופטים משוכנעים שצריך **למנוע מן האב לגדל את הילד ולהכריז על הילד כבר-אימוץ, והם חלוקים בדרכים בהן הם הולכים. הבעיה המשפטית:** יכולות להיות למעשה 2 סיבות עיקריות שנכריז על ילד כבר-אימוץ, **האחת:** טובת הילד. טובת הילד כשלעצמה אינה מהווה עילת בר אימוץ, איננו שוקלים האם יותר טוב לילד לגדול בבית פלוני או אלמוני, למשל בית של משפחה עניה מול בית של משפחה עשירה, ברור שזו לא עילה מספקת להעביר את הילד לאימוץ. אם הורים לא יכולים לדאוג לצרכים הבסיסים של היחד: מקום מגורים, מזון, ביגוד ואורח חיים נורמלי זה חוסר מסוגלות הורית. מהצד השני , נניח שהאינטואציה של השופטים היא **שלא מגיע לאיש לגדל את הילד כי הוא עשה מעשה עוולה,** הוא זמם משימה להכניס אותה להריון כדי לנצל אותה לאם פונדקאית בניגוד לרצונה. זו הייתה התפיסה.

כאן "הלא מגיע" איננה עילה לאימוץ, אז יש פה שאלה מאוד גדולה- איך אפשר ליצור עילה משני הדברים האלו? **השופטת דורנר** מראה איך טובת הילד כשלעצמה איננה עוולה וגם העקרון האוניברסלי של "מעוולה לא תצמח עילת תביעה" תקף רק לזכויות רכושיות ולא לזכות אישית כמו הורות. זו הדילמה של ביה"ש באופן עמוק. ברמה העקרונית, האם השופטים בכלל צודקים באינטואיציה שלהם שלא ראוי שהוא יגדל נכונה? כי הוא כבר קיבל את העונש שלו. מעניין שהפס"ד הוא פה אחד. כולם רצו להגיע לתוצאה שהאב לא יגדל את הילד. לא הייתה דעה של אף שופט שאמר- האיש נענש על העבירה שביצע ולכן ניתן לו לגדל את הילד.

**לדעת רוב השופטים העילה היא "אי מסוגלות הורית"** , בעצם האינטואציה המשותפת לכל 5 השופטים שזה לא מגיע לאב, אך ההנמקה שלהם היא שזה לא טוב לילד. הסוגיה מחדדת את השאלה של יחס החוק מול **עקרון צדק.** כי עקרון צדק שלא מגיע לו לגדל את הילד לא מעוגן בחוק, אם כך היה מעוגן בחוק היינו מצפים שיהיה סעיף שאומר שאם ההורה ביצע עבירה כזו אז הוא לא זכאי לגדל את הילד, אין את זה בחוק ולכן השופטים פועלים ממניע של צדק שנוגד את החוק.

ראינו שיש דילמה בין הוראות החוק לבין מה שנראה לשופטים כמתחייב מעקרונות צדק שאינן מעוגנים בחוק, השופטים **למעט חשין** , לא אומרים את זה בפירוש אך זו התרשמות הולמת מפסק הדין, מכיוון שחוק האימוץ לא קובע עילה שמאפשרת להכריז על ילד כבר-אימוץ אם אביו או אמו ביצעו איזושהי עבירה וזה לא מגיע להם. גם בעניין של אונס, אין בחוק האימוץ עילה הקובעת שאב שאנס איננו זכאי לגדל את בנו, הדבר הזה אולי נובע בעקיפין מעילות אחרות, למשל יש עילה שאם האב לא מכיר בילד או מפקיר אותו הילד יחשב בר-אימוץ.

החוק קובע שתי דרכים לאמץ ילד: 1. הסכמה של ההורים למוסרו לאימוץ, 2. הכרזה על הילד כבר-אימוץ עפ"י דין כאשר ההכרזה נעשית עפ"י 8 העילות שכתובות בחוק האימוץ.

אין פה הסכמה של שני ההורים, אין עילת אימוץ שעל פניו נראית הולמת. כל השופטים מסכימים שצריך להכריז על היחד כבר-אימוץ והשאלה היא איך הגיעו לדעה, יש 5 שופטים ו3 דעות:

1. שופטי הרוב מפי **השופטת דורנר**- מסתמכת על חוות דעת של מומחה שקבע כי הילד שיגדל אצל אביו או אמו יגדל במצב של סוד גדול סביב נסיבות הולדתו, הסוד הזה הוא נזק גדול. אם הסוד יופר ואם יתגלה לו הדבר גם זה יהיה נורא, במצב כזה ממליץ המומחה שהילד לא יגדל אצל מי מהוריו אלא ימסר לאימוץ. שופטי הרוב מקבלים את חוות הדעת של הפסיכולוג,מסתמכים עליה וקובעים שצריך לראות פה מצב של אי מסוגלות הורית. עצם המעשה יצר את אי המסוגלות. יש בעייתיות בגישה זו לדעת המרצה. לוין וחשין קוטלים את ההסתמכות הזו, לוין אומר במפורש שהוא לא מוצא קביעה מפי הפסיכולוג לאי מסוגלות הורית, אומנם יש קשיים אך בהרבה משפחות יש קשיים וזו לא עילה בשביל להכריז על הילד כבר-אימוץ ולכן הקביעה הזו איננה מהווה יסוד להכרזה על אי מסוגלות הורית. **השופטים ניתלים בדבר שהוא לא ממשי, וחשין חושף את זה בחריפות, אומר שהמניע שלהם- בדיוק כמו שלו- הוא שלא מגיע להורה לגדל את הילד בשל המעשה שעשה ולא בגלל שהדבר מזיק לילד או שהאב לא ידאג לילד.**
2. **לוין-** מביא רשימה של פס"דים בהם בית המשפט חרג מפרשנות מילולית. הטכניקה של ביהמש היא של **חסר סמוי.** כשיש חסר בחוק אפשר לומר כל מיני דברים, מה זה אומר החסר? האם זה הסדר חיובי או שלילי? אם החוק לא כלל את זה אזי זו לא סיבה או שהוא התכוון שנעשה אנלוגיה מחוקים אחרים? איך מתייחסים לדבר זו שאלה מאוד מורכבת. **יש חסר גלוי וחסר סמוי. מה זה חסר גלוי?** כאשר קצב עוד היה נשיא הלכו לחפש בחוק מה קורה אם נשיא מועמד לדין, מה יהיה מצבו- האם ימשיך לכהן כנשיא או לא? רואים שבחוק אין התייחסות לדבר הזה, יש התייחסות למצב שבו הוא נפטר, או שנבצר ממנו בשל מצבו , אך אין התייחסות למצב של העמדה לדין של נשיא- זו לקונה, המחוקק לא התייחס למצב שבו נשיא המדינה מואשם בדין או מועמד לדין. כשיש חסר כזה אפשר לומר: א. המחוקק לא קבע את זה כעילה לכך שהנשיא יפסיק את תפקידו והנשיא ישאר נשיא המדינה גם אם הוא מועמד בדין או מואשם בדין- אין דרך להסיר את תפקידו, ב. יש פה חסר ונשלים אותו באמצעות אנלוגיה ממצב למשל של נבצרות. זה מצב שחסרה התייחסות לסיטואציה מתבקשת והיא גם מעלה שאלה פרשנית כיצד להשלים את זה. **חסר סמוי הוא מצב יותר מורכב-** מצב שבו על פניו החוק מתייחס לנסיבות האלה ואפשר לומר שהחוק נותן מענה, אך מטעמים **אחרים** לא נראה לבית המשפט שהפתרון שהחוק מציע הוא הפתרון הנכון, לכן הוא רואה את זה כחסר. הדוגמה הברורה ביותר לעניין זה: **פרשת ריגס-** מוזכר בדבריו של לוין וחשין, נכד שרצח את סבו כאשר הוא רשום בצוואה כיורש, הוא הורשע ברצח אך תבע את הירושה. זה פס"ד מניו יורק משנת 1900, באותה עת בניו יורק **לא היה חריג לחוק הירושה, החוק קבע שמי שרשום בצוואה יזכה בירושה, הנכד שרצח את סבו אמר שהוא רשום בצוואה ולכן הוא זכאי לרשת.** העמידו אותו לדין על רצח והוא הורשע אך רוצה את הכסף בחשבון הבנק, על פניו החוק נותן מענה למקרה הזה- החוק קובע שמי שרשום בצוואה כיורש הוא היורש ולכן אפשר להחיל את החוק ואין כל מניעה פורמלית-לשונית להחיל את זה, זה לא כמו הסיטואציה של הנשיא שהחוק לא מתייחס למצב שהנשיא יועמד לדין, כאן החוק מתייחס למצב של ירושה. לא מדבר בחסר גלוי, **אך ביהמש אומר שלא מתקבל על הדעת שהמחוקק התכוון לתת לנכד הרוצח לרשת-"הרצחת וגם ירשת".** צריך לומר שהמחוקק לא צפה סיטואציה כזו. המחוקק לא העלה על דעתו סיטואציה של רוצח יורש שרוצה את הירושה. **היוצר את החסר זה בית המשפט.** ביהמש משלים את החסר ואומר שבמקרה הזה הוא לא זוכה בירושה, ומאז בכל חוקי הירושה יש ס' מפורש שאומר שמי שהורשע בעבירת רצח לא יכול לרשת את מי שהוא רצח. מתוך כך, אומר לוין שבואו נאמר שיש אצלנו חסר סמוי, המחוקק אומנם קובע את העילות בדין אך **הוא לא חשב על מקרה שאדם יזמום בדרכי מרמה להביא ילד לעולם תוך ניצול של קטינה** ולכן זהו חסר ונשלים אותו בקביעה **שבמקרה כזה אפשר להכריז על הילד כבר-אימוץ**.

לוין עצמו העלה את הדרך, ולא בוחר בה בסופו של דבר, אלא בוחר בדרך של **הפרשנות המרחיבה.** למה הוא לא בוחר בדרך הזו? במצב של חסר ביהמש לוקח לעצמו את תפקיד המחוקק וביהמש תמיד מעדיף להיות פרשן החוק ולא המחוקק עצמו. נבין את התשובה בגישתו של חשין- בלשונו החריפה קוטל את הפתרון של "חסר סמוי" ואומר שהחסר כ"כ סמוי עד שהוא חושב שהוא כלל לא נמצא, זה מן טכניקה להסתייג מכל כלל שלא נראה לביהמש. חשין קוטל בכלל את כל הדוקטרינה של חסר סמוי. אך לדעת המרצה, במקרה הזה חסר סמוי היה יכול להתקבל על הדעת. במקרה הזה הדוקטרינה מובנית יותר, וכנראה שלוין עצמו היה רגיש לעניין. התפיסה של ביהמש היא שהרשימה של ס' 13 לחוק האימוץ היא רשימה סגורה וזו הנחה שמקובלת על הכל. אם זו רשימה סגורה אז להכניס בה חסר סמוי זה בעצם לפתוח את הרשימה **וזה מנוגד לחוק.** לכן יש פה סיבות טובות שבגינן לוין מעדיף שלא ללכת בדרך של החסר הסמוי.

לוין הולך **לפרשנות המרחיבה-** החוקים לא חוקקו בחלל ריק, הם מהווים חלק משיטה אינטגרטיבית הכוללות עקרונות יסוד וחזקה עליהם שהם חוקקו בגדר עקרונות אלו ונועדו להגשימם. זה מזכיר מאוד **את הגישה של אגרנט בירדור- יש לפרש את החוק לאור עקרונות יסוד של השיטה.** הוא פונה לס' 13(8) שקובע שאם סירוב ההורים היה מסיבה בלתי חוקית או בלתי מוסרית אפשר להכריז על הילד כבר-אימוץ בשל היותו נוגד את תקנת הציבור. לשון החוק שהסירוב לתת את ההסכמה לאימוץ בא ממניע בלתי מוסרי או מטרה לא חוקית, אך כאן אומר השופט לוין **שנקרא לתוך זה את עקרון תקנ"צ ונאמר שבנסיבות כאלו לא ראוי מבחינת תקנ"צ שהאב יגדל את בנו שהוא הביא בדרך הזו ולכן כאן נאמר שהסירוב נוגד את תקנת הציבור.**

הדרך הזו מספקת אותו יותר מאשר הדרך של שופטי הרוב, אך קשה לומר שהדרך הזו "חלקה", הפלפול הזה שאנו אומרים שבמקרה הזה יש עליו כביכול חובה לאימוץ מכוח עקרון תקנ"צ וכשהוא מסרב הוא פועל בניגוד לו, זה פלפול כמו בחסר סמוי. מה היתרון בגישה של הפרשנות הרחבה? בכל זאת מתמקדים בזה **שלאב** לא מגיע לגדל את הילד, כי מבחינת שופטי הרוב יש שני ערוצים, האחד טובת הילד והשני שלאב לא מגיע. החוק הולך בכיוון של תנאי הילד וכך גם שופטי הרוב אך ברור שהמניע שלהם הוא שלאב לא מגיע. לוין לפחות הולך בכיוון ש"פיו ולבו" שווים, הוא חושב שלאב לא מגיע לגדל את הילד ולכן מחפש עיגון בחוק.

1. **חשין-** הכי גלוי. מבחינת יושר אינטליקטואלי, המרצה מוצא את פסק דינו של חשין כהכי ישר. הוא רצוף בגילוי לב. תחושת הקרביים שלו אמרה שמלכתחילה הוא לא יתן לאב לגדל את הילד, הוא מסתייג מכל הפלפולים של השופטים האחרים, הוא אומר שאין פה אי מסוגלות הורית וגם לגבי לוין הוא אומר שהוא הולך בשתי דרכים עקלקלות, דרך החסר הסמוי תתן פתח לפסוק אחרת בכל פעם שהחוק לא נראה לך ודרך של הפרשנות זה "השלמת הטקסט" כי הוא לא נראה לך. הוא אומר שפרשנות זה כאשר **מבארים** טקסט ולא כאשר כותבים אותו מחדש, אתה-לוין, לא מפרש טקסט אלא כותב את זה מחדש. שתי המילים היפות מכסות על אותו הדבר- כאשר החוק לא נראה לך. הוא **הולך בצורה מאוד גלויה- הוא אומר מה מפריע לנו? זה עקרון מוסרי! זה לא צודק- הרצחת וגם ירשת. האב זמם להביא ילד בתור הונאה וניצול קטינה ולכן לא מגיע לו לגדל ילד אפילו אם ישב בכלא, יש למנוע את הדבר הזה בכל דרך.**

השאלה שחשין מעלה- האם העקרון המוסרי הזה (שזה הטעם שלו וגם של כל השופטים אפילו אם הם לא מודים בכך) יכול להיות טעם חוקי? **חשין אומר שהשאלה היא איך תבוא הדוקטרינה למשפט הארץ-** איך תהפוך חלק ממשפט המדינה. הוא אומר שלא יקום ולא יהיה שאדם ירצח וירש את קורבנו. הוא דוחה את האפשרות של פרשנות בגלל שהיא ביאור וכאן לא מדובר בביאור. **לפי חשין, הדוקטרינה של הרצחת וגם ירשת לא חייבת להיחבא בתוך עקרונות וכללים במשפט...תתגלה המסכה. הטענה של חשין היא שאנו עוסקים בעקרון מוסרי, ועקרונות המוסר הם חלק מן המשפט! כלומר, חשין דוחה את ההפרדה בין משפט ומוסר כשתי מלכויות נפרדות שהמשפט צריך לאמץ באופן מפורש נורמה כדי שתהיה מחייבת, אלא המוסר הוא חלק מן המשפט. עקרון "הרצחת וגם ירשת" פוקד עצמו במשפט בארץ, רמתו כרמת חוק וקומתו כעקרון.**

חשין הוא המייצג המובהק של משפט הטבע! אך חשין הוא חריג,יש דבר כזה משפט טבעי, יש מוסר שיש לו תוקף משפטי וצריך לפנות אליו ואפשר לעשות זאת כאשר יש בעיה משפטית. **חשין מודע לבעייתיות של הגישה שלו,** כאשר מדברים על ענייני מוסר וצדק בסופו של דבר הם או מאוד סובייקטיבים או מאוד מופשטים- התפיסות המוסריות של בני אדם שונות זו מזו, מי זה שיאמר מה מוסרי ומה צודק? המשפט בדיוק בגלל זה קובע כללים כדי לא להשאיר את זה פתוח. העובדה שהמשפט מגדיר אותם וקובע להם צורה וגבולות זה המייחד את המשפט והשארת המוסר כשדה פרוץ הוא בעייתי ובמיוחד זה בעייתי על הרקע של החוק- שביהמש פועל בניגוד לחוק. בעצם מה שאומר חשין זה שהחוק לא נתן תשובה לשאלה הזו- לא נתן סמכות להכריז על הילד כבר אימוץ בסיטואציה הזו- והוא נותן את זה מטעמים של צדק. זה מאפשר לביהמש מרחב תמרון עצום שבכל מקרה שלא יראה לשופט את מה שנקבע בחוק הוא יאמר שזה לא מוסרי ולכן יפסוק כנגד החוק. זה מסכן את הוודאות ואין ספק שיש פה בעייתיות שחשין מודע לה. המחוקק קבע דבר אחד וביהמש, בניגוד למחוקק, אומר שצריך להשלים את המשפט לפי נורמה מוסרית. הוא אומר שההכרעה היא "ממש הכרעה מלכותית" של ביהמש העליון ועם הכרעה מלכותית נקצה לה מקום מיוחד בחדר בו מתקבצות החלטות מלכותיות. הוא מודע לזה שזו הכרעה יוצאת דופן, לא רגילה וחריגה. אבל הנקודה היא זו- גם אחרי כל הדברים האלה שהם במקומם, הוא צריך להגן על מערכת המשפט כדי לא לפתוח פתח להכרעות אינדבידואליות, היא עדיין משקפת את התפיסה חשין של תפיסת המשפט הטבעי- המשפט הטבעי הוא חלק מהמשפט. **התפיסה של משפט טבעי בנויה על כמה הנחות: א. יש תפיסה מוסרית אוניברסלית שלפיה אפשר לקבוע עמדה, ב. התפיסה הזו היא חלק מן המשפט- זה מה שמבדיל בין תפיסה מוסרית טבעית לבין משפט טבע. יש ויכוח האם בכלל אפשר לדבר על מוסר אוניברסלי או שמא המוסר יחסי, מה שמייחד את המשפט הטבעי זו הנחה נוספת- שהמוסר הוא חלק מהמשפט, לנורמות המוסריות יש תוקף במשפט מאליו שבלי שחוקקו אותם, וזה בדיוק שונה מהפוזיטיביזם.**

שופטי הרוב, מבטאים במובן מסוים, בדרך בה הם הולכים, את הגישה המתבססת על החוק- הפוזיטיבזם. למרות שהמניע שלהם אחר, הם לא יכולים לחשוף את המניע כי הם לא רואים בו הנמקה משפטית לגיטימית, הנמקה כזו תהיה מבוססת רק על החוק. לכן הם בוחרים באי מסוגלות הורית לכן שזה לא קשור לעניין ונתלים בכך כדי לבסס את גישתם. הנמקה משפטית לגיטימית חייבת להיות מבוססת על החוק ולא על עקרונות מופשטים ולכן במובן הזה הם פוזיטיבים.

השופט לוין דומה לגישה של אגרנט, הוא לא משתמש בדוקטרינה של משפט טבעי אך יש לו תפיסה רחבה של המשפט, נאמנות של החוק היא לא פורמליסטית אלא תפיסה רחבה יותר של המשפט- לתת פירוש טוב יותר לחוק זה לקרוא את הסעיף על רקע עקרונות יסוד.הגישה פוזיטיבית במובן שהיא נסמכת על החוק אך לא פורמליסטית.

**הפסיקה מדגימה את המצב שבמקרים קשים שופטים נזקקים גם לשאלות יסוד של תורת המשפט.**

**פס"ד לאור:**

היה חוק בחירות של 1988, אחרי הבחירות עושות 2 המפלגות הגדולות יד אחת- הליכוד והעבודה- מתקנות את חוק מימון מפלגות **רטרואקטיבית.**

**הבעיה הראשונה של הפס"ד זה הרטרואקטיביות שזה מהווה פגיעה בשלטון החוק. הבעיה השנייה היא פגיעה בשוויון,** כי כל המפלגות הקטנות עמדו בתקציבים, המפלגות הגדולות בזבזו מלא ובסוף ידאגו למימון העניין מהקופה הציבורית. הכנסת הייתה מודעת לכך שהרי היא חוקקה את סעיף התיקון ברוב מיוחד של 61 חכ"ים כי חוק יסוד הכנסת קובע בס' 4 שהבחירות יהיו שוות, הם ידעו שתהיה פגיעה בשוויון והיועמש של הכנסת אמר להם לעשות את זה ברוב מיוחד בשלוש קריאות, הם חשבו שכך הם פתרו את בעיית אי השוויון. הדבר הגיע לביהמש העליון שם עיקר הדיון התייחס לשאלה הפורמלית- השריון הפורמלי בס' 4. היו **שלושה שופטים: ברק, אלון ומלץ. השאלה המשפטית: החוק קובע שבכל הקריאות יש צורך ברוב מיוחד, זו הייתה הצ"ח פרטית והשאלה- מה דינה של הקריאה הטרומית?**

**הרוב(אלון ומלץ)-** פסלו את החוק כי היה צורך ברוב מיוחד בטרומית. **מיעוט(ברק)** השאיר את החוק כי לא היה צורך ברוב מיוחד בטרומית.

* יש לנו פה מצב של פסילת חוק
* השופטים שנחשבים פסיבים- אלון ומלץ- היו בעד פסילת החוק וברק האקטיביסט היה בעד השארת החוק

**הדיון שלנו מתמקד באוביטר- גם אם החוק עומד בדרישות השריון הפורמליות של ס' 4, מבחינה מהותית- דינו להיפסל כי הוא סותר את עקרון השוויון שהוא עקרון יסוד של השיטה! הייתה פה טענה חוקתית וגם תורת משפטית, כי החוק סותר את עקרון השוויון הכללי ולא זה של ס' 4 ולכן דינו להיפסל!**

מה הבעייתיות? עקרון השוויון הכללי לא מעוגן בשום מסמך במדינת ישראל. עקרון יסוד זה הוא מופשט של השיטה הדמוקרטית והשאלה אם אפשר באמצעות עקרון זה לפסול חוק. ביהמש הכיר בעקרונות חוקתיים מופשטיים כמו בבז'רנו, ירדור. ביהמש הכיר בעקרונות מופשטים שאינם מעוגנים אבל לא מול חקיקה של הכנסת. השאלה האם עקרונות יסוד של השיטה יכולים לגבור על חקיקה של הכנסת.

**הניתוח של ברק:**

1. **המחלוקת תלויה בין תורת משפט הטבע לבין הפוזיטיביזם.** התזה של משפט הטבע היא שמעל למבנה החוקי והחוקתי יש עוד מבנה- הטבעי, האוניברסלי. והוא גובר, כמו שחוקה גוברת על חוק, על חוק וחוקה. לפי התזה הזו של משפט הטבע אפשר בהחלט לפסול חוק של הכנסת אם הוא מתנגש עם עקרון מוסרי אוניברסלי כמו עקרון השוויון. לעומת זאת לפי הגישה הפוזיטיבית אין לעקרון הזה מעמד חוקי ולכן על פניו הוא לא יכול לגבור.
2. **ברק עושה תפנית שהיא לא כ"כ מובחנת בפסק הדין.** בסופו של דבר הוא מנתק את השאלה מן המחלוקת התורת משפטית. אם בקריאה ראשונה היה נראה שהדבר תלוי במחלוקת התורת משפטית, ברק עושה תפנית ואומר שהשאלה לא תלויה במחלוקת, ולמעשה גם פוזיטיביסט יכול להחזיק בגישה שמאפשרת לפסול חוק שנוגד את עקרונות השיטה. פוזיטיביסט לא נמנע ממנו מלכלול את עקרון השוויון בתור עקרון יסוד, הם יכולים להיות במעמד חוקתי. ביהמש הכיר בסדרה של עקרונות יסוד: חופש העיסוק, חופש הביטוי. השאלה היא מה המעמד הנורמטיבי שלהם- האם זה מעמד של חוק או חוקה? זה לא נגזר מתורת משפט טבע או תורה פוזיטיבית- **זו שאלה של השיטה. אין מניעה דוקטרינלית שביהמש יראה בעקרונות היסוד, כבעלי מעמד חוקתי שמאפשרים לגבור על חוקים, ולכן אין מניעה שעקרון יסוד יגבר על חוק.**

אם מכירים בעקרון הזה- השאלה היא איפה ממקמים אותו.

1. המסקנה של ברק: אין מניעה עקרונית תורת משפטית שעקרונות היסוד יהיו במעמד נורמטיבי גבוה, אך הוא לא עושה את זה בפסק הדין- התפיסה בישראל היא שביהמש לא פוסל חוקים של הכנסת בשל עקרונות יסוד, הוא עושה זאת רק אם הם מנוגדים לשריון פורמלי. זו המסורת של בית המשפט בשנות ה50 וגם בשנות ה80 אין מקום לסטות מהקו הזה!

אם מקבלים תפיסה זו בעצם יש פה נקודה לחשוב עליה- בין אקטיביזם שיפוטי לפוזיטיביזם. מקובל להניח שמשפט הטבע בעל יותר נטייה אקטיביסטית כי זה נותן לביהמש כוח לפסול חוקים. ברק מדגים בפס"ד לאור שהדבר הזה יכול להיעשות גם מתוך גישה פוזיטיבית. אפשר לומר ששופטים פוזיטיבים בדר"כ יהיו יותר שמרנים, אך זה לא הכרחי.בסוף ברק מראה שמתוך שתי הגישות אפשר להשתמש בעקרונות יסוד כדי לפסול חוקים והוא לא עושה את זה בעצמו מסיבות של מדיניות!

גישה רווחת מכירה בגישה של עקרונות מופשטים בתוך השיטה. ברק למעשה מכיר בכל שעקרונות יסוד שהם אומנם אינם מעוגנים פורמלית, יכול לגבור על חוק ובמובן מסוים זה מעל לגישתו של אגרנט.

ראינו כיצד באות לידי ביטוי הגישה הפוזיטיבית, גישת משפט הטבע וגישות הביניים. הגישות האלו הם שמות משפחה לתיאוריות נרחבות.

בשיעור הבא נעסוק **במשפט הטבעי.**

**שיעור 4- 27.3.12**

**המשפט הטבעי:**

נתאר את התופעות של המשפט הטבעי דרך מעברים בהיסטוריה. במסורת שלנו, **במקרא** לא מוצאים את המושג "משפט טבעי", למעשה גם לא בספרות חז"ל. יש שאלה מאוד גדולה לגבי ההתאמה של התיאוריה הזו אל המסורת היהודית. יש במקרא, על אף שהמונח לא מופיע, ביטויים לכך שהתפיסה הזו קיימת. משמע, לב התיאוריה של המשפט העברי היא הטענה שיש יסוד של צדק בחוק שאיננו תלוי בציווי שלו או בחקיקה שלו. היסוד הזה מעורר שאלה גדולה בהקשר דתי ואולי יש לו יסוד גם במסורת המקראית. בהקשר המקראי השאלה היא **האם החוק שה'/התורה מצווה הוא המיצוי של החוק או שיש מושג של צדק מעבר לו?** יש מס' דוגמאות ידועות בתורה לכך שיש תפיסה של צדק מעבר לציווי גם של האל- **פרשת אברהם אבינו בסדום,** כאשר ה' מספר לאברהם שבגלל שסדום עיר של חטאים הוא הולך להשמיד אותה, אך אברהם אומר שהצו של האל עצמו איננו מייסד את הצדק- יש קריטריון חיצוני של צדק שבאמצעותו אברהם שופט את האל. באנלוגיה למשפט פוזיטיבי- מה שהאל קובע זה חוק, אנלוגיה למשפט הטבע- יש משהו בצדק של החוק שמתנה את הציווי. אברהם אומר לאל שהוא לא יכול לעשות כרצונו אלא חייב לעמוד בסטנדרטים של משפט או צדק. הטענה שהאל כפוף למשפט של צדק טבעי היא אנלוגית למשפט טבעי.

האינוטאיציה שהחוק הוא איננו עומד כעניין פוזיטיבי בלבד נמצא גם במקרא בכמה מקומות. **הזיהוי האינהרנטי של מושג המשפט עם מושג של צדק- המשפט הוא לא רק עניין של החלטה חברתית או פוליטית אלא יש קשר מהותי בין משפט וצדק- נמצא במקרא. יש סוג של קרבה אינטואיטיבית לתורת המשפט הטבעי. אך מן העבר השני, במקרא יש יסוד חזק של ציווי האל ולכן מתעוררת השאלה בהקשר היהודי לגבי ההתאמה של משפט הטבע לתפיסה הזו.**

**המסורת היוונית**

נמצא בה השורש של מושג "משפט הטבע" שמחלחל עד למורשת המשפטית שלנו כיום.

כרקע לדיון של **אפלטון ואריסטו** , נאמר שבניגוד לאינטואיציה שיש לבני אדם של התאמה בין צדק למשפט, הטענה של הסופיסטים שקדמו לאפלטון (פילוסופים יוונים) הייתה שיש ניגוד יסודי בין החוק לבין הטבע. זוהי טענה שמתקבלת על הדעת, בטבע יש משהו חייתי. הטבע זה יצרים, דחפים, חירות, מה שמניע אותם זה לא עקרונות חוקיים וודאי לא מוסרים. לעומת זאת, החוק- היצירה האנושית- היא יצירה תרבותית המנוגדת לטבע. לכן אפשר למצוא ניגוד , ולמרות שאפשר לומר שהחוק נועד לרסן את הטבע, שיכול לעורר חוסר נחת. **אפלטון ואריסטו** מתמודדים עם האתגר- הטענה האם החוק הוא מנוגד לטבע או שהוא ביטוי אחר שלו?

**"מינוס"- הדיאלוג של אפלטון:**

מרכזי מאוד לסוגיה. אפלטון, היה תלמידו של סוקרטס ובדיאלוגים שלו מי שמדבר הוא סוקרטס. זה תמיד מעלה שאלה גדולה מאוד אצל הפרשנים- האם שומעים את סוקרטס או את אפלטון? מקובל לומר שהדיאלוגים המוקדמים של אפלטון משקפים את סוקרטס.

יש פה דיאלוג בין סוקרטס לחברו. הכתיבה היא כתיבה **דיאלוגית- שיחה בין שניים, שמתוכה הוא מגיע לנקודה כלשהי.** בדיאלוג הוא פותח בשאלה- "**החוק מה הוא בעיננו"?** מה זה החוק? חברו שואל- לאיזה חוק אתה מתכוון? יש חוקים רבים. אפלטון אומר שהוא מתכוון לחוק כתופעה כללית או כמהות ולא לחוק ספציפי. המחשבה שיש מהויות מעבר לדברים שנמצאים בעולם הזה, **תורת האידאות,** מאוד מזוהה עם אפלטון.

מהו החוק באופן מהותי? החבר נותן הגדרה ראשונה- **החוק הוא מה שנחקק. זוהי תשובה פוזיטיבית.** את אפלטון זה לא מניח ואז הוא אומר שהאם זה באמת המהות? תאפיין את זה- מה זה? זאת תחושה, אומנות, מדע? החבר אומר שהחוק הוא **סברה מדינית.** אומר אפלטון- סברה מדינית יכולה להיות נכונה או לא נכונה אבל לחוק יש בעיננו יש **ערך חיובי, אפריורי- כלומר אנחנו אומרים שמי שמקיים חוק הוא איש טוב- צדיק, ומי שמפר את החוק הוא רשע. כלומר יש התאמה בין החוק הפוזיטיבי לבין ערך מוסרי שמייחסים לחוק.** אם החוק הוא רק סברה מדינית שיכולה להיות טובה או רעה אי אפשר לייחס לחוק ערך חיובי, אי אפשר לומר אפריורית שהחוק הוא טוב, כי אם החוק הוא רע אז מי ששומר את החוק הוא לא איש טוב. **יש אי התאמה בין האידיאל של שלטון החוק (החוק הוא דבר חיובי וראוי לשמור אותו) לבין העובדה שהשאלה מהי החוק היא שאלה מקרית- תלוי מה המדינה מחוקקת.**

לכן אפלטון מגיע למסקנה שאם רואים את החוק באופן אפריורי כדבר נכון וצודק **חייב להיות קשר מהותי בין החוק לבין הערך החיובי- לכן הוא אומר, שהחוק מבקש להיות גילויה של האמת. החוק באופן מהותי, קשור למושגי אמת וצדק.** במהלך הזה אפלטון חשף את עמדתו **שלא ניתן להסתפק בתפיסה פוזיטיבית של החוק- מה שנחקק- שיכול להיות טוב או רע, אלא יש מהות קבועה של החוק כדבר צדק.** עכשיו, תהיה השאלה- האם בני אדם קולעים לדבר הזה.

**החבר מעלה קושיה חמורה- אם החוק הוא בעל צדק אינהנרטי- קבוע- השאלה היא איך יש חוקים שונים בעולם?**

1. אפלטון אומר שבני אדם לא תמיד מסוגלים לגלות את האמת. לא כל החוקים אמיתיים- אנשים טועים בחוקים, העובדה שיש מנהגים שונים לא אומרת שאין מנהג אחד שהוא נכון. העובדה שיש חוקים שונים במציאות לא מערערת את הטענה שיש חוקים אמיתיים.
2. החוקים משתנים עם הזמן- איך מסבירים זאת? כלי משחק על הלוח- אנו נעים ממקום למקום אך הכלים נשארים על הלוח. הרעיון העומד מאחורי זה הוא שהחוק נשאר ולעיתים היישום שלו משתנה מזמן לזמן ונסיבות לנסיבות, אך החוק לא משתנה.

הטענה שלו היא שלחוק יש מהות שהיא אמיתית. הוא מפתח את הטענה **שמושג האמת הוא אוניברסלי- האמת לא משתנה ממקום למקום. אפלטון מחזיק בתפיסה של אמת אוניברסלית גם בתחום המדעי.** יש אמת אחת והיא אוניברסלית והיא נצחית.

הוא נותן פירוט גדול יותר לגבי שונות החוק, הוא משווה בין המקצועות ואומר שמי שכותב את ההוראות/החוקים הוא הבקיא בתחום- בעלי מקצוע מומחים שכותבים את הדברים הנכונים. אם יכתוב זאת אדם לא מומחה הוא יכתוב הוראות לא נכונות. אותו הדבר יש להניח לגבי החוק- החוק צריך להיכתב ע"י אנשים מומחים שהם המלכים שהם הפילוסופים בתורת המדינה או תורת המוסר. זה נותן לנו את ההסבר המלא למה שאפלטון אמר קודם- מדוע יש חוקים שונים? כי לא כולם נכתבו ע"י אנשים מומחים. אם אנשים מומחים יכתבו את החוק אז כולם יקלעו לאותו החוק- הנכון והצודק.

**המסקנה של אפלטון: יש מהות אחת שהיא אוניברסלית ונצחית בכל זמן ואמת, החוק קולע לגילויה של האמת. יש חוקים אמיתים ולא אמיתים ורק החוק שקולע אל האמת הזו הוא נכון- אם מישהו מחוקק חוק שהוא החטאה של הצדק האוניברסלי הזה, החוק הזה איננו נכון. כך שלגופו של עניין- החוק לא נמצא בניגוד לטבע, אלא החוק הוא בעצם ההתאמה שלו- גילוי של אמת נצחית הקיימת בעולם.**

**פרשת מינוס=** יש לעגן את כתבי הקודש, אנשי כרתים מחזיקים בחוקים הכי עתיקים. מינוס היה לפי האגדה מלך רשע ואכזר, אפלטון רוצה לתקן את המסורת- הוא אומר שזו אגדה של מחזאי מאוחר, ומינוס בעצם היה מלך גדול וטוב.

הטענה העקרונית היא שהחוק צריך לשקף איזושהי אמת או צדק שהוא אוניברסלי שלא תלוי בחקיקה הפוזיטיבית.

**ההשלכות:** לכאורה מתבקש שהחוק לא מחייב, כמו התרופה- אם מישהו נותן לי תרופה ואני יודעת שהתרופה לא מרפאת, אז לא כדאי לקחת.

**הסיום של הדיאלוג-** אפלטון אומר שאנחנו יודעים פחות או יותר מה מועיל לגוף, אך החוקים גם צריכים להועיל לנשמה- אך מהם אותם דברים שהמחוקק יכלכל לנשמה? מהם חוקים טובים, אמיתיים, צודקים? חברו אומר שהוא לא יודע, אפלטון אומר- חרפה לנשמה שלי ושלך...איך יכול להיות שאנחנו יודעים מה טוב לגוף אך לא יודעים מה טוב לנשמה? במובן הזה הדיאלוג של אפלטון מסתיים בשאלה- הוא הניח את היסוד שהחוק חותר לגילויה של האמת אך הוא לא נתן את המפתח **למהי האמת הזו- מהם העקרונות המהותיים הקובעים את החוק.**

האם אפלטון צודק בכך שכל מה שהוא אומר נכון- כל החוקים צריכים להיות אוניברסלים? האם אין יסוד בחוק שתלוי בחקיקה ויסוד בחוק שתלוי במוסר? יש משהו גורף מאוד בעמדתו של אפלטון ומהבחינה הזו אפשר לראות **באריסטו** צד נוסף במהלך- כאשר הוא מחדש את המושג של **משפט טבעי** שאפלטון עצמו לא השתמש בו.

**אריסטו**

מתחיל בהבחנה מאוד חדה. אם מסתכלים על החוקים שלנו יש חוקים שמקורם בטבע ויש חוקים שמקורם בחקיקה של בני אדם.

**הסימן:** מה שמקובל בכל המקומות כחוק הוא טבעי, ומה שהוא פרטיקולרי הוא לא טבעי. למשל: בכל המקומות אוסרים על גניבה ורצח, זה יהיה סימן טוב לראות שהיסוד הזה הוא אוניברסלי, כל חברה אנושית אוסרת על מעשים מסוימים ולכן אפשר לראותם כחלק ממשפט הטבע. **לעומת זאת** יש חוקים שהם מאוד פרטיקולרים שמשתנים מחברה לחברה, **לדוגמה העונשים-** השאלה מה העונש על הגניבה משתנה ממקום למקום. לכן אפשר לומר שיסוד זה **מקורו בחקיקה של אותה מדינה.** אריסטו ניגש לעניין בצורה יותר "עדינה" ואומר שיש בחוק יסוד אוניברסלי ויש יסוד פרטיקולרי. **היסוד האוניברסלי לא כפוף להחלטה של העיר או המדינה או המלך- דעת הבריות, אלא יש משהו מהותי, ויש משהו של החוק שהוא כן תלוי ויכול להיות כך או אחרת.**

**יש הבדל בין שני המקורות האלו של המשפט.**

**אם רוצים לפתח את הטענה של אפלטון אפשר לומר שאף פעם אין שיקול דעת, גם בענישה יש אמת.**

**באיזה מובן אריסטו השתמש במושג "משפט טבעי", באיזה מובן זה קיים בטבע?** לכאורה צודקים הסופיסטים שאומרים שבטבע אין שום חוק, הטבע הוא חייתי, פראי, יצרי. בני האדם הטילו על עצמם מערכת חוקים ונורמות אך זו לכאורה יצירה תרבותית העומדת מעל הטבע. אז איך קוראים לזה משפט טבעי? מדובר בהחלטה אנושית אך באיזה מובן היא טבעית? **בקטע של אריסטו ב"פוליטיקה"** שם הוא מנתח את המבנה המדיני, הוא מדבר בצורה יותר מלאה על העניין הזה. התפיסה של אריסטו היא תפיסה **תכליתית- תלאולוגית. כל דבר בעולם הוא בעל תכלית שאליה הוא שואף, כל גוף מורכב מ"חומר"(מצע פיזי) ו"צורה"(המהות).** כל עצם שואף למימוש המלא שלו. **מנקודת המבט הזו- התכלית של כל יצור היא להגיע למימוש המלא שלו, איך האדם מגיע למימוש המלא שלו? כאשר הוא מגיש את הצורה שלו, כלומר התבונה.** אך האדם לא יכול לממש זאת כפרט, **הוא יצור שצריך לחיות במסגרת מדינית- האדם כפרט הוא לא יצור אוטרקי, הוא לא ממלא עצמו. הוא חייב לחיות במסגרת רחבה יותר, הוא חייב משפחה כדי להתרבות, המשפחה היא לא מסגרת שיכולה לקיים עצמה ולפרנס עצמה, יש לאדם צרכים אחרים שכדי למלא אותם הוא חייב לחיות במסגרת יותר רחבה- המדינה.** כאשר אריסטו מדבר על מדינה, הוא מתכוון ל"פוליס"- עיר המדינה היוונית. האדם **הוא חיה פוליטית בטבעו- האדם חייב להיות במסגרת קהילתית- זה הטבע של האדם, זה לא עניין תרבותי- זה לא עניין שהוא מחוץ לטבע. כדי לספק את הצרכים של האדם המדינה צריכה מסגרת פוליטית-מדינית. מסגרת זו מחייבת להטיל כללים על בני האדם, אם בני האדם יחיו בתוך המסגרת הזו ויפגעו אחד בשני המסגרת לא תוכל להתקיים ואז הוא יחזור להיות חיה בודדת- לכן המצב הטבעי שלו זה לחיות במסגרת (להבדיל מהובס שלדידו זו החלטה לעבור)- הקיום הפוליטי הוא קיום טבעי ולכן חייבים להיות כללים לקיום המשותף, אותם כללים הם המשפט הטבעי.** העקרונות המוסרים הנורמטיבים הם טבעיים כי הם תנאי הכרחי לקיום הטבעי במסגרת מדינה. לאדם יש יכולת דיבור. אותם כללים ונורמות שהם תנאי הכרחי לקיומה של החברה האנושית, או של הקהילה המדינית, הם המשפט הטבעי. אפשר להבחין בין כללים אפשריים לבין כללים הכרחיים שהם המשפט הטבעי.

אריסטו טבע את המושג של "המשפט הטבעי" והניח את היסוד לכך שיש אילו דרישות שהן הכרחיות מבחינה מוסרית ומשפטית לכן. הניסוח המלא ביותר של תפיסות המשפט הטבעי הגיע לידי ביטוי דווקא בתרבות הרומית, בדבריו של המשפטן הרומי **קיקרו-**

"חוק אמיתי הוא הסכמה של התבונה עם הטבע. הוא אוניברסלי, בלתי משתנה וקיים לעד... יהיה זה חטא לנסות לשנותו או לערער על חלק ממנו או לבטל את כולו. איננו יכולים להשתחרר מחובותיו, לא ע"י הסנט ולא ע"י העם. החוק הטבעי הוא נתון שאין כוח אנושי שיכול לגבור עליו, איננו צריכים לחפש מפרש לחוק מחוצה לנו (הטבעיות קשורה לכך שהוא מובן מאליו- כולנו יכולים לראות אותו), לא יהיה הבדל בין רומא לאתונה בין עכשיו לעתיד.. האל הוא היוצר של החוק, המכריז והשופט"

במשפט הרומי לתפיסה הרומית הייתה השלכה רבה. החוקים הרומאים היו תקפים לגבי תושבי רומא, בינתים רומא התפשטה וכבשה את אגם הים התיכון- הם החילו את "משפט העמים" שהוא **החוק הטבעי.** הרומאים אמרו שלהם יש חוקים שהם מחוקקים להם, לעמים האחרים הכפופים להם נחיל עליהם את עקרונות המשפט הטבעי. במסורת היהודית זה מאוד מזכיר **את 7 מצוות בני נוח.**

**תומס אקווינס**

פילוסוף, נזיר דומניקני שחי במאה ה13, מחשובי הפילוסופים בעולם המערבי. הוא הושפע רבות מהרמב"ם. אקווינס פיתח את התיאוריה של "המשפט הטבעי" והוא תרם להשתלבות שלה עם התפיסה של החוק הדתי של הכנסיה. אקווינס דיבר על 4 רמות של חוק:

1. משפט נצחי- מנק' מבטו של האל. זה כולל את כל חוקי העולם (חוקי הטבע והמוסר), בני אדם לא מצליחים לגלות אותו.
2. משפט טבעי- העומד מאחורי זה **התבונה. השכל מגלה משהו מתוך המשפט הנצחי.**
3. משפט אלוקי- **ההתגלות.**
4. משפט אנושי- **חקיקה.**

איך המשפט האנושי מחוקק את הדברים האלו? שני מהלכים:

1. גזירה לוגית מעקרונות מופשטים- למשל נניח שעקרון המשפט הטבעי אומר "אל תגרום נזק לזולתך" . המשפט האנושי לוקח את העקרון המופשט הזה ויתרגם אותו למציאות בדרך של גזירה לוגית, "רצח הוא נזק- רצח אסור".
2. קביעה או הכרעה- למשל אם חושבים על עונשים של עבריינים הם לא נגזרים באופן לוגי ויש לקבוע אותם.

יש פה **היררכיה** זה לא רק שהמשפט הטבעי הוא אמצעי לקבוע את המשפט, אלא הוא **מתנה את המשפט- נותן לו תוקף.** כל חוק שהוא סותר את עקרונות המשפט הטבעי הוא בעצם לא חוק. אקווינס אומר שיש הבחנה- חוק צודק וחוק לא צודק. עקרונות המשפט הטבעי הופכים להיות תנאי לתוקף של החוקים ולא רק המקור שלהם.

מצד שני, אקווינס מעלה שיקול נגדי ומראה את מורכבות התמונה- אם אדם יחליט בכל נק' זמן במה החוק צודק ובמה לא זה מערער את המערכת ולכן אי אפשר לומר שכל חוק לא צודק הוא בטל מאליו, אלא הדבר הזה נתון לשיקולים נוספים. שיקולים של איום על כל מערכת המשפט, אקווינס אומר שלא כל אי צדק בחוק מביא לביטולו. אקווינס מעלה בפירוש את השיקול הזה, ואומר נכון שחוק לא צדק הוא לא חוק ולא צריך לקיים אותו אך לא ניתן לקחת אמרה זו באופן גורף כי היא מערערת על כל המושג של המשפט. כאשר אי הצדק הוא קל יכול להיות שיש לקיים אותו כדי לא לערער את המערכת.

**נסכם את התיאוריה של המשפט הטבעי (של אריסטו ואפלטון, והרומאים) :**

1. יש עקרונות צדק או מוסר טבעיים- אוניברסלים ונצחיים. זו טענה ששייכת לתחום של "תורת המוסר" ולא לתורת המשפט. יש עקרונות מוסר אוניברסליים ונצחיים, דהיינו המוסר אינו רלטיבי, אינו רק עניין של הסכמה של חברה וכל חברה יכולה להסכים על מה שהיא רוצה- אלא יש משהו אוניברסלי ונצחי, הנכון בכל המקומות ובכל הזמנים.
2. העקרונות האלו ניתנים להכרה באמצעות **התבונה האנושית.** מה שאומר שבני האדם בכל מקום יכולים להכיר בהם.
3. הטענה העיקרית מתחום עולם תורת המשפט- העקרונות המוסר האוניברסלים הם בעלי תוקף משפטי. הם חלק ממשפט המדינה, גם כאשר הם לא נחקקו. זו טענת חשין בפס"ד **פלונית** שאומר שהעקרון של "הרצחת וגם ירשת" שלא נחקק, יש לראותו כחלק מן המשפט.

באיזה מובן עקרונות המשפט הטבעי הם חלק מהמשפט?

2 הטענות האחרונות אלו טענות מהתחום של האתיקה= תורת המוסר. יש ויכוח גדול בתורת המוסר האם הוא עניין של הסכמה חברתית ועל כן הוא דבר שעשוי להיות יחסית מותאם לכל חברה או שהמוסר יש בו יסוד אוניברסאלי? קשורה לכאן השאלה של קוגניטיביות- האם ניתן להכרה על ידי השכל. משפט הטבע חייב להיות מבוסס כי המוסר עצמו הוא אוניברסאלי ובני אדם מסוגלים להכיר בו ויכולים לדעת אותו ולא תלוי במשטר. הטענה המיוחדת לתורת המשפט הטבעי ובזה ייחודה- טענה שלמוסר האוניברסאלי הזה יש תוקף משפטי. טענה זו מייחדת את משפט הטבע. המרתה מדגיש כי אנשים בעלי תפיסת עולם פוזיטיבית אינם בהכרח חולקים על הטענה שיש מוסר טבעי אלא חולקים על כך שהמוסר הטבעי יש לו תוקף משפטי. פוזיטיביסט יכול להסכים לטענה כי יש מוסר טבעי אוניברסאלי אבל ידחה הטענה שלמוסר יש תוקף משפטי.

יכול גם לדחות את הטענה הראשונה- שהמוסר הוא אוניברסאלי יגיד שהמוסר הינו תוצר של הסכמה חברתית וגם אינו רציונאלי ועל כן נשען על החוק.

בשביל המשפט הטבע הקומה הראשונה היא הכרחית – שיש מוסר אוניברסאלי. הקומה השנייה- למוסר האוניברסאלי יש תוקף משפטי- מחייב מבחינת משפט המדינה. איך?

יש שני יסודות שכדאי להבחין ביניהם:

1. **יסוד של השלמה** – כאשר חסר כלל במשפט המדינה ניתן לפנות למשפט הטבעי ובאמצעותו להשלים הכלל החסר. כך למשל בפרשת פלוני נ' פלונית- היה כלל חסר ושאלו האם ניתן להכריז על הילד בכל זאת כבר אימוץ. לא הייתה התייחסות למקרה הקונקרטי בחוק. נחיל אותו ונקבע את הכלל כפי שקבע חשין.
2. **לתזה של משפט טבעי יש טענה חריפה עוד יותר**– לא רק שהמשפט הטבעי יכול לשמש כהשלמה אלא הוא בעצם המקור העליון של המשפט הפוזיטיבי – משמש כמטריה נורמטיבית על חוקתית. פועל כך שנותן תוקף למשפט הפוזיטיבי. אם אני שואל מהו חוק תקף מנק' מבט של המשפט הטבעי? חוק תקף הינו חוק צודק. בעוד שמנק' מבט פוזיטיבית התוקף של חוק נקבע רק מנק' מבט פרוצדוראלית החוק מחייב כאשר הוא תקף, נקבע כהלכה מבחינה פרוצדוראלית. מנק' מבט של המשפט הטבעי חוק מחייב כאשר הוא צודק. כאן העוצמה של תיאורית המשפט הטבעי.

לתזה של משפט טבעי יש טענה יותר חזקה, המשפט הטבעי הוא בעצם **המקור העליון** של המשפט הפוזיטיבי, הוא משמש כעין מטרייה נורמטיבית על חוקתית. הוא בעצם פועל כך שנותן תוקף למשפט הפוזיטיבי – אם שואלים מהו חוק תקף מנק' המבט של המשפט הטבעי? **התשובה תהיה שחוק תקף הוא חוק צודק, בעוד שמנק' מבט פוזיטיבית תוקף חוק נקבע מנק' מבט פרוצדוראלית (נחקק כהלכה ע"י המחוקק, אומץ כהלכה ע"י מערכת המשפט)- ולכן תקף ושהוא מחייב. לעומת זאת מנק' המשפט הטבעי חוק מחייב כאשר הוא צודק.** כאן העוצמה של תיאוריות המשפט הטבעי.

תורת המשפט הטבעי יכולה מבחינה חברתית לשרת שתי מגמות שונות ואף סותרות:

1. **מגמה שמרנית-** מגמה שעיקרה הצדקת החוק הקיים. כאשר הבעיה שמטרידה את החברה, את המדינה, היא מה ההצדקה של החוק. בני אדם נמצאים במסגרת שהמדינה כופה עליהם חוק, יש מדינה, יש לה שלטון, יש לה כוח. באמצעות הכוח היא כופה את החוק. בני אדם חושבים באופן טבעי- האם זה מוצדק? מדוע שנהיה כפופים לחוק שהמדינה מטילה עלינו? האם המדינה פועלת ממניעים חיובים או ממניעי כוח ושררה? השאלה האם לקיים את החוק? תורת המשפט הטבעי יכולה לשמש הצדקה לקיום החוק, כי החוק הוא ביטוי **לתבונה ולצדק ולא רק כוח.** החוק שהמדינה מחוקקת הוא אותו גילום מופשט של צדק, במובן הזה תורת המשפט הטבעי הוא תורה התורמת להצדקה של המדינה, של החוק והיא יכולה לפעול באופן שמרני
2. **פוטנציאל ביקורתי-** החוק הצודק מחייב והחוק הבלתי צודק לא מחייב. במובן הזה היא פותחת פתח לביקורת של המדינה- לומר האם חוקי המדינה הם באמת צודקים? כי זה שהמדינה/מלך חוקק אותם מייצגים הסכמה חברתית אך לא בהכרח מייצגים אמת וצדק.

באופן היסטורי אפשר לומר שתורת המשפט הטבעי בעולם ימה"ב מילאה תפקיד שמרני שמצדיק את החוק ומדוע יש לציית לחוק. מה שמייחד את התקופה המודרנית- פתיחת המשפט הטבעי לפונציאל הביקורתי וכך זה היווה בסיס למהפכות פוליטיות ולביקורת כנגד המדינה. זה יביא אותנו לתיאוריות העומדות בבסיס העניין.

מי שמייסד את מסורת תורת "האמנה החברתית" הוא **תומאס הובס:**

המודל בנוי על הבחנה בין שני מצבים:

1. המצב הטבעי
2. המצב המדיני

הטענה של הובס היא שאנו צריכים לראות את המדינה- ההתארגנות הפוליטית- לא כתופעה שתוקפה הוא בדת, אלא ההתארגנות המדינית היא **תוצאה של החלטה חברתית פוליטית.** אפשר לתאר זאת כביכול כהתפתחות היסטורית- ממצב טרום מדיניתי :**המצב הטבעי(בני אדם לא היו מאוגדים במדינה) למצב מדיני- המעבר הזה כרוך בהסכם! יש לתאר את ההתארגנות הפוליטית כהחלטה מדינית לעבור משלב לשלב כבסיס של החלטה מסוימת, זה המודל המשקף את כל הורסיות של תורת האמנה החברתית, כאשר הורסיות משתנות לגבי התוכן של מה שמתמלא בתוכן המודל. איך מתארים את התוכן של המצב הטבעי ואיך מתארים את תוכן המצב המדיני?**

המודל הזה הוא היפותטי ולא בא לתאר מציאות היסטורית, אך הוא בא להצדיק את המבנה המדיני בו אנו חיים, ולמעשה כל תורת "אמנה חברתית" מהתורות שנוצרו אז כל אחד נותן ורסיה שמציאה תורת משטר אחרת.

**המודל של הובס:** נק' המוצא שלו היא שבני האדם שווים מטבעם, הם שווים גם בגוף וגם בנפש. השוויון שהובס מתאר משמעותו שלאף בנאדם אין על חברו יתרון של ממש. זה בא לידי ביטוי בנק' הקריטית ביותר- כל אדם הוא איום פונטציאלי על זולתו. כל אדם מסוגל להרוג את חברו. השוויון שאותו מתאר הובס הוא שוויון מבחינה תיאורית- הוא מתאר מצב של שוויון. הוא לא אומר דבר נורמטיבי באמירה הזו. הוא לא מדבר על שוויון זכויות, הוא מדבר על שוויון כעניין תיאורי, בני אדם שווים במובן הזה שהם פחות או יותר בעלי אותן סגולות גופניות ושכליות.

מבחינה נורמטיבית, מה מאפיין את המצב הטבעי? **חירות מוחלטת.** אין למעשה שום זכויות וחובות שחלות על בני האדם, לכאורה הייתה צריכה להיות חובה לכבד את החירות וכאן אין שום חובה של אף אחד לכבד את החירות ולכן הניסוח הנכון יותר הוא לומר **שאין מערכת נורמטיבית כלל.**

אם זה המצב, כאשר בני האדם נמצאים במצב של שוויון תיאורי- יכולים להתחרות זה בזה ולאיים זה על זה נוצר **מצב של איום הדדי-חוסר בטחון, מלחמת הכל בכל.** לכל אחד יש כוח וזכות להשיג כל רכוש, כל אשה וכל כבוד. כל אלו הם התשוקות של בני האדם, הן בלתי מוגבלות בשום מערכת נורמטיבית או מוסדית ולכן נוצרת מלחמת כל בכל. זה מעורר איום על כל אחד, המצב הזה הוא מצב **רע** כי אדם נמצא במצב של סכנה, פחד, האדם חי "חיי בדידות, מאוסים, בהמיים וקצרים". **המציאות הזו היא רעה.** אבל במציאות הזו אין דבר שהוא "אי צדק" ולכן בני אדם, בגלל שהמציאות הזו היא רעה, מחליטים לעבור **למצב המדיני. זה פועל באמצעות התבונה- בני אדם חושבים האם המצב הזה טוב לי? הם מגיעים למסקנה שהמצב לא טוב ואז הם מנסחים את "החוקים הטבעיים" – אינטרסים רציונליים, אינטרסים שבני אדם רציונלים צריכים להשיג:**

1. **שלום עדיף על מלחמה-** במלחמה לאדם יש סיכון שהוא יהרג או יפצע ולכן אדם רציונלי צריך להעדיף שלום על מלחמה. מצד שני, הוא צריך להעדיף שלום **אם הוא ניתן להשגה** – אם השלום לא ניתן להשגה ומה שיקרה בשלום זה שתפסיד במסגרת של שלום, לא כדאי לעשות שלום- ולכן הצד השני הוא **שמירה על הזכות להגנה עצמית. אלו שני האינטרסים הבסיסים שהובס מגדיר מבחינת אדם.**
2. **וויתור על החירות למען השלום-** האדם מחזיק את החירות המוחלטת ועכשיו המסקנה של הובס היא שכדאי לוותר על החירות למען השלום. אם אחזיק את החירות נשאר תקועים במצב "הלא טוב" ללא שלום.
3. **המנגנון לעשות זאת-** **אמנה, דהיינו "החוזה", "ההסכם".** הדבר כרוך בויתור הדדי של זכויות, צריך שכולם יסכימו **ביחד** לוותר על חירותם המוחלטת וכך יעברו למצב המדיני.**מושג הצדק של הובס הוא שאמנות יש לקיים!**

האנשים מוותרים על זכויותיהם ומעבירים אותן לריבון. **זו התזה המרכזית של הובס.** הם שומרים בכיס את **הזכות להגנה עצמית ואת כל השאר הם מוסרים.** הריבון מספק ביטחון, הוא קובע מערכת חוקים שמסדירה את ההתנהגות של בני האדם- קובע מה מותר ומה אסור, ובני אדם **צריכים לציית למערכת החוקים שהוא קבע כי הם ויתרו על החירות שלהם מנקודת מבט רציונלית. הם כפופים למה שהריבון יעשה.** עקרון הצדק היחיד שיש לחייב הוא **שאמנות יש לקיים.** זה הופך לעקרון על שמצדיק את כל החוקים, הם כולם חוסים תחת עקרון העל של ההתחייבות לקיים את האמנה. גישתו מצדיקה את הגישה המונרכית. בפרספקטיביה- האם התיאוריה תומכת במשפט טבעי או פוזיטיבי? באופן מעשי מבחינת החוק שהמדינה מחוקקת התיאוריה מצדיקה תפיסה פוזיטיבית, שכן כל חוק של המדינה יהיה חוק לגיטימי, החוק הטבעי הוא הרציונל של ההתארגנות המדינית, אבל מבחינת התזה של המשפט הטבעי, מה המפתח של משפט טבעי? הובס לא מחזיק את המערכת של המשפט הטבעי- הוא לא מקיים אותה, הוא לא בוחן מה צודק ומה לא צודק. הובס עדיין שייך למורשת **השמרנית של העולם העתיק במובן שכל חוק של המדינה הוא גילום של צדק ואין שום מנגנון של ביקורת.** הובס התכוון לתת בסיס רציונלי למדינה, אך כאשר בודקים את המודל מבחינת היכולות שלו יש עוצמה רבה, כלומר בלי מורא מלכות אדם יאכל את השני. הובס לא מספק מנגנון ביקורתי ביחס למדינה ולמשפט שלה.

**ג'ון לוק**

בני האדם שווים אך השוויון אינו רק שוויון תיאורי אלא שוויון נורמטיבי! זה מצב שהטבע לא הפלה בין בני האדם והעניק לכולם אותן סגולות ולכן מן הדין שיהיו שווים זה לזה ולא כפופים זה לזה- הוא מסיק מהמצב הטבעי מסקנה נורמטיבית. השוויון הוא מחייב מבחינה נורמטיבית- אדם לא יכול להרוג את חברו ללא הצדקה. **החירות איננה הפקרות** ולמעשה בני האדם מחזיקים בזכויות טבעיות.

הוא מדבר על שלוש זכויות טבעיות עיקריות:

1. הזכות לחיים
2. הזכות לחירות
3. הזכות לקניין

לוק אומר, בניגוד להובס, שבמצב הטבעי **שוררת מערכת נורמטיבית מלאה- לכל אדם יש אגד של זכויות טבעיות שאסור לפגוע בהן.** לוק מוסיף ואומר כי במצב הטבעי אדם יכול להתגונן ולשמור על זכויות ולא רק זה- הוא גם יכול להעניש את מי שפוגע בזכויותיו, למעשה המצב הטבעי הוא מצב שיש בו מערכת נורמטיבית מאוד מלאה- מערכת של משפט טבעי. זכויות טבעיות שיש לכל דבר.

אז למה שבני האדם ירצו לעבור למצב המדיני אם יש במצב הטבעי אם מלוא הזכויות? **מה שחסר במצב הטבעי זה את הכוח להגן על הזכויות האלה, לכן קיומן של זכויות מבחינה נורמטיבית לא מבטיח את זה שישמרו הלכה למעשה ולכן זו הבעיה במצב הטבעי ולכן כדי להגן על הזכויות האלה צריך להתארגן כמדינה.** האמנה היא ההתחייבות להגן על הזכויות הטבעיות, בני האדם לא מוותרים על זכויותיהם לטובת הריבון ומוסרים לו את החירות הגמורה אלא הופכים למצב המדיני כשהם מחזיקים בכיס את כל הזכויות שלהם ומבקשים מהמדינה להגן על הזכויות האלה. לכן, במצב המדיני **המדינה שומרת על כל אותן זכויות, זוהי תפיסה שמחזיקה באופן מובהק בתפיסה של משפט טבעי.** מדובר "במשפט טבעי ביקורתי" כי מושג הזכויות הטבעיות בעצם מתחיל מלוק והוא מתפקד כביקורת על המדינה ועל החוק- השאלה תהיה: האם הפגיעה בזכויות היא מוצדקת? ברור שבכל חוק יש פגיעה בחירות אך השאלה תמיד תהיה האם הפגיעה היא לתכלית ראויה, במידה ראויה? ואלו הופכים למבחנים ביקורתים על המדינה ועל המשפט. **לוק הוא ההתגלמות של תורת המשפט הטבעי והוא מספק את הבסיס התיאורטי למושג זכויות האדם- "הזכויות הטבעיות" ולביקורת כי עכשיו נשאל כל מדינה האם היא מכבדת זכויות אדם או לא?**

לוק מקדם את המונרכיה החוקתית. לוק אומר שכדי להבטיח את הזכויות הללו יש לייסד ממשלה ששואבת את כוחה מהסכמה. זה השפיע על המהפכה הצרפתית. צריך להזכיר שהתיאוריה של זכויות האדם מיסודו של לוק מילאה תפקיד גם במהפכה האמריקאית. זה גם בא לידי ביטוי בהכרזת האו"ם על זכויות האדם.

תורת המשפט הטבעי בגרסה הזו, הפילוסופית שלה, קרנה ירד עוד במאה ה19. תורת המשפט הטבעי היא לא התורה הרווחת בגרסה הזו שלה בתורת המשפט- ירש אותה הפוזיטיביזם במאה ה19. למה זה קרה? הדבר קשור בעליה של המדעיות והספקנות, תורת המשפט הטבעי הניחה מס' הנחות שעולם המדעים והפילוסופי של המאה ה19 הטיל בהם ספק. זה הוביל לביקורת:

1. האם ניתן לנסח עקרונות מוסר טבעיים אוניברסלים ומה מקורם? כלומר, הרעיונות של אריסטו שנגזרים מן הטבע הוטל בהם ספק. הספק קשור לכל מיני היבטים, בין היתר לעניין הרציונליות. בפילוסופיה יש "כשל נטורליסטי"- תורת המשפט הטבעי ביסודה מבוססת על הסקת דברים מהטבע- 1.הטבע לא מפלה בין בני אדם וכן 2.מן הדין שיהיו שווים- משמע, אסור להפלות.

הטענה הראשונה היא טענה תיאורית- IS, הטענה השנייה היא טענה בתחום ה"ראוי"- OUGHT. האם אפשר להסיק שסוקרטס צריך לחיות? המסקנה הזו היא מסקנה נורמטיבית שלא עולה מן ההקדמות ולכן כל המסקנות הן מסקנות נורמטיביות ממציאות אובייקטיבית- הטענה שיש כשל לוגי- לא ניתן להשיג את זה. המשפט הטבעי בנוי על הסקת מסקנות מהטבע והפילוסופיה בנויה על הבחנה מהטבע כמציאות נורמטיבית.

1. המשפט הטבעי לא מוכיח באופן רציונלי את המוסר מהטבע, לכן המוסר צריך להיות לא בתחום הרציונל אלא בתחום ההסכמה. אם הוא בתחום ההסכמה אז הוא תלוי תרבות ויכול להיות יחסי.
2. פוסט מודרנית- יכול להיות יחסית.

תורת המשפט הטבעי בנוסח הקלאסי קרנה ירדה, מצד שני עקרונות המשפט הטבעי למשל זכויות אדם נשארה דבקות בהם ואף התחזקו. למרות שהתיאוריה הקלאסית ירדה לאור הביקורות לעיל, האינטואיציה שיש עקרונות צדק שהמשפט לא יכול להתנכר אליהם נשארה ואף התחזקה.

**שיעור 5- 17.4.12**

**פוזיטיביזם**

3 מאפיינים מרכזיים של הפוזיטיביזם המשותפים לכל האסכולות הפוזיטיביזיות:

1. התזה החברתית- מקורו של החוק הוא בחברה. הוא איננו בעקרונות מופשטים של מוסר או תבונה אלא מקורו בחברה כפי שהחברה האנושית קבעה, כל שיטת משפט קובעת את המשפט בתחומה. מכאן שאפשר להתייחס אל החוק **כעניין עובדתי-אובייקטיבי.** מה שהמשפט קובעת כחוק זה עניין עובדתי, זה לא עניין של הערכה או עניין ערכי.
2. התזה המוסרית-הטענה של הפוזיטיביזם היא שהערך המוסרי של החוק, של מערכת המשפט, תלוי בתוכן של החוק- הוא לא תלוי במשפט עצמו. המשפט כלעצמו לא בהכרח מוסרי או צודק, השאלה האם המשפט הוא כזה תלויה בתכנים שלו. עמדה זו מנוגדת לזו של אפלטון, התפיסה של אפלטון היא שיש קשר אינהנרטי בין משפט לצדק. לפי הפוזיטיביזם, המושג של המשפט בעצמו באופן אנליטי לא מחיל את המוסר והצדק.
3. המושגים המשפטיים שונים במהותם מהמושגים המוסריים, אם אומרים שלאדם יש זכות אז יש לשאול האם הזכות מוסרית או משפטית, כנ"ל לגבי חובה, אם הדבר אסור- האם הדבר אסור מבחינה מוסרית או משפטית. אומנם השפה דומה אך אין זהות ביניהם. מנק' מבט אנליטית, שזו הטענה הפוזיטיבית שאנו מאמצים אותו בהקשר המשפטי, יש לעשות הבחנה- האם החובה היא משפטית או אחרת. הטענה הפוזיטיבית היא שהחובה המשפטית נבדלת מחובה אחרת ולכן יש לשאול עצמנו כל הזמן האם אנו מדברים על שפה משפטית.

אלו שלושת התזות העיקריות של הפוזיטיביזם.

**אוסטין**

חי במאה ה19 והיה תלמיד של ג'רמי בנטהם. העבודה של בנטהם ידועה מן התחום של "תורת המוסר" משמע האתיקה, בנטהם הוא מייסד הזרם התועלתני בתורת המוסר. השאלה מהו מוסרי ומה צודק שנויה במחלוקת בכל חברה, אך בנטהם הציע תזה שבאה לעשות רציונליזציה של המוסר- הקביעה מה מוסרי ומה לא קשור בשאלה מה מביא אושר או מביא סבל. בני אדם הם יצורים שיש להם אושר וסבל מן הצד האחד והמטרה של בני האדם ביחסם לזולת, היא להגביר את האושר ולהקטין את הסבל. כל דבר שגורם אושר לזולת יהיה מוסרי וכל דבר שגורם סבל לזולת יהיה בלתי מוסרי. טענה זו תהפך למורכבת יותר כאשר מדברים על עניינים מצרפיים, כלומר הטענה של אוסטין הייתה שאנו לא צריכים להתייחס לצו המוסרי באופן מקודש, למשל "אסור לשקר"- השאלה היא האם שקר יביא אושר או סבל. בדר"כ שקר יביא להונאה ולכן יוביל לסבל ולפעמים השקר יביא לאושר ולכן יהיה מותר לשקר. ההתייחסות מה מוסרי או לא צריכה להתייחס **לתוצאה שצריכה להיבחן במונחי תועלת- הבאת אושר מצד אחד והקטנת סבל מצד אחר.**

ענייננו יתמקדו בתורת המשפט. אוסטין היה שותף לתועלתנות אך רצה לטפל בתורת המשפט, הוא רצה לעשות את מושג "המשפט" ליותר רציונלי. הוא פעל באנגליה, שם באותה העת המשפט היה מורכב ממערכות שונות שהיה ביניהן טשטוש- מצד אחד היה המשפט המקובל (התפתח במשך שנים בבתי המשפט)=COMMON LAW, מצד שני היה את דיני היושר EQUITY שנוצר אצל המלך, הוא בא לתקן את המשפט. מצד שלישי יש את המשפט הדתי- משפט הכנסיה וגם לעמדות הכנסיה יש משקל בעמדות אנגליה. נוצרה באנגליה תערובת של משפט שהתפתח בפרלמנט, בבתי המשפט, בבית משפט יושר ובכנסיה וכך **יש עירוב של משפט, מוסר ודת.**

**אוסטין בא לעשות סדר, להגדיר מהו המשפט ולהבחין את המשפט מתחומים אחרים- תביעה דתית לחוד, תביעה מוסרית לחוד ותביעה משפטית לחוד. הוא רצה לפתח תיאוריה שתגדיר את המשפט, וכינה אותו "המשפט הפוזיטיבי".**

**מהו המשפט הפוזיטיבי?** הוא מתחיל מהגדרה כללית ומופשטת של מושג **"החוק"**. החוק הוא **כלל שמכוון התנהגות של בני אדם שניתן מידי אישיות תבונית אחת לאישיות תבונית אחרת, הניסוח המעורפל הזה בא לכלול בפנים כמה שיותר- זה חל גם על האל. אוסטין מסיק מכך שמושג החוק באופן אנליטי יכול לכלול גם את משפט האל, הגדרה זו לא כוללת את חוקי הטבע.** אוסטין מתחיל בהבחנה בין החוקים התיאוריים לבין החוקים הנורמטיבים, הוא מגדיר חוק במובנו הבסיסי כחוק נורמטיבי=מכוון התנהגות, וחוק שניתן ע"י גורם, להבדיל מחוק טבעי במובנו הנטורליסטי. הוא מתחיל מן ההבחנה הזו כשהוא מדבר על חוקים נורמטיבים.

**הבחנה שניה היא בין חוקי האל לבין חוקי האדם.**

**חוקי האל=**שייכים לתחום הדתי והם אינם חלק מן המשפט הפוזיטיבי.

**חוקי האדם=**המשפט הפוזיטיבי שבני אדם קובעים. תת הבחנה נעשית בין **1.סתם בנ"א-**כללים חברתים או מוסרים**, 2.בנ"א ממונים**- המשפט שייך לבני אדם שנושאים בתפקידים או שייכים למוסדות. בנ"א ממונים על אחרים.

גם לא כל מה שבני אדם ממונים קובעים יהיה חוק כי לא כל מה שבני אדם ממונים יוצר חובה. זה נק' מאוד חשובה בתפיסתו של אוסטין, יש מה שבנ"א ממונים קובעים שהם הוראות או מבעי רצון ויש הוראות שהן מלוות **בסנקציה.** הוראות המלוות בסנקציה מכונות ע"י אוסטין **פקודות, פקודה היא הוראה המלווה בסנקציה. זו טענה מרכזית ביותר של אוסטין, רק הוראה המלווה בסנקציה יוצרת חובה. כאשר אומרים לבנ"א "תעשה משהו" הוא לא חש בחובה לעשות זאת אלא יכול לקחת את זה כעצה (תצחצח שיניים בבוקר למשל) גם אם זה בא מידי ממונים, כל עוד לא הוצמדה להוראה סנקציה, לא נוצר איום=לא נוצרה חובה.** הדבר הזה קשור קצת להבחנה של בנטהם בין אושר לסבל, אדם מרגיש חובה כאשר יש עליו איום בסבל, סנקציה היא פעולה שבאה לגרום לאדם סבל- להוציא כסף, להפסיד חירותו וכו'. כאשר מטילים על אדם את הסנקציה הזו, או האיום בסנקציה,אז הוא מרגיש חובה לבצע מה שאמרו לו. כל עוד לא מאיימים עליו בסנקציה- לא מטילים חובה. רק כאשר יש איום בסנקציה נוצרת החובה.

יש איום בסנקציה שלא ע"י בעל תפקיד, הוא יוצר חובה אך זה לא יהיה חוק. אם שודד מאיים על פקיד הבנק ואומר "החיים או הכסף", הוא נותן לו הוראה שבצדה יש סנקציה (איום), אז יש הרגשת חובה של הפקיד לשלם את הכסף למרות שזה לא חוק כי זה לא מבעל תפקיד ממונה.

התפיסה הבסיסית של אוסטין היא שבסנקציה טמונה חובה.

מכאן הוא בא להגדרה האולטימטיבית שלו- **המשפט הפוזיטיבי הוא פקודה כללית של הריבון. התיאוריה של אוסטין מכונה "תורת הפקודה".** המשפט חייב לכלול סנקציה, בלעדיה לא תהיה חובה. יש פה הגדרה יותר מדויקת של מיהם בני האדם הממונים, כלומר הריבון.

יש בהגדרה שלושה מרכיבים מרכזיים:

1. פקודה= הוראה המלווה בסנקציה. מדובר בהוראה נורמטיבית, בלי סנקציה אין חובה.
2. כלליות= לא כל הוראה של הריבון היא חוק, המושג נועד להבחין בין **צווים מקומיים לחוק, אם הריבון מצווה על אדם "תתייצב אצלי בארמון בשעה 1600 ואם לא אהרוג אותך" יש פה פק' של הריבון אך זו לא הוראה כללית אלא הוראה אישית מקומית, ולכן היא לא חוק. לחוק יש אלמנט של כלליות.** מהו אלמנט הכלליות בחוק? האלמנט יכול להשתרע על שני מישורים שונים: 1. תחולה על כלל התושבים, או כולם או קבוצה מתוכם. יש חוקים החלים על קבוצה מסויימת, החוק באופן אנליטי לא מחייב כלליות על כל האזרחים אך אפשר לטעון שזה מחייב שלא תהיה תחולה ספציפית, 2.המרכיב המרכזי יותר= מרכיב הכלליות משתרע על סדרה של פעולות. למשל יש את חוק נשיא המדינה שחל על אדם אחד, זה לא מפריע לאוסטין לקבוע שזה כללי אם הוא קובע סדרה של כללים, למשל חנינה. מרכיב הכלליות לפיו צריך להיות בעיקר במישור של פעולות.

ברור לנו שבמושג החוק יש כלליות- הנורמה היא כללית ולא ספציפית. להבדיל מפסיקה של בימ"ש שמתייחסת לפרטים בטרם הופכים זאת לכלל/תקדים. לכל חוק יש מרכיב של כלליות🡨 נקודה מאוד חשובה.

1. ריבון= אוסטין נותר הגדרה מדויקת לפיה ריבון זה אדם או גוף של בני אדם שהכל רגילים לציית לו והוא לא רגיל לציית לאחרים. נניח אנו מצייתים לעירייה, האם היא ריבונית? לא כי היא כפופה למדינה. אנו צריכים ללכת למי היא מצייתת והיא מצייתת לשר הפנים, האם הוא הריבון? לא, היות וגם הוא צריך לציית לממשלה. האם הממשלה ריבונית? לא, היא צריכה לציית לכנסת. האם הכנסת ריבונית? הכנסת ריבונית (נניח בצד את סוגית החוקה). הגורם הזה שהגענו אליו בראש הפירמידה של המדינה זה הריבון. הוא לא מציית לאחרים. זה לא אומר שהוא חופשי לגמרי, הוא צריך לשקול דברים אחרים אך לא מציית להם.

סיכום ביניים: התפיסה של אוסטין היא שמקורו של המשפט בריבון, קיום הריבון הוא תנאי מוקדם למשפט. כדי לדעת מה המשפט יש לזהות ראשית את הריבון. אם נחתתי במדינה חדשה ואני רוצה לדעת מה משפטה יש לזהות את הריבון, אם זיהיתי אותו זו ההתחלה- זה עניין עובדתי. אחרי שזיהינו את הריבון, אנחנו הולכים לשמוע את ההוראות שלו- יש להבחין בין הוראות המלוות בסנקציה שרק הן מטילות עלי חובה לבין הוראות כלליות ללא סנקציה.

מבחינת התובנה יש לשים לב למספר דברים. יש פה כמה תובנות יסודיות- האחת היא שהמשפט קשור לריבון, למדינה. זה לא עניין פרטי או עממי- מקורו במדינה. השניה, המשפט קשור ליכולת להפעיל כוח. מי שלא יכול להטיל סנקציה או לא יכול לאיים לא יכול ליצור משפט. בזאת כרוכות ההבחנות שיש בין המשפט לתחומים אחרים. בין המשפט, למוסר ולדת.

המהלך של אוסטין הצליח לבודד את התחומים האלה- להפריד בין הדת, המוסר והמשפט. כדי שטענה תהיה מוסרית, אם היא משפטית, יש לקשור אותה לפק' של הריבון. כדי לזכות בתביעה משפטית צריך לקשור את הנורמה אל פקודה של הריבון. זה מחייב ליצור איזושהי שלשלת יוחסין בין הנורמה לבין הפקודה הכללית של הריבון- אם בנורמה מסוימת, למשל צו גיוס, כדי שתהיה תקפה מבחינה משפטית צריך לקשור אותה לפקודה של הריבון. אם מצליחים לעשות זאת מבססים את הנורמטיביות המשפטית של הצו. אם לא מצליחים ליצור את הקשר אז זה לא משפט- אפילו אם זה מוסרי, דתי או צודק.

השאלה הגדולה שמתעוררת היא האם התיאוריה מקיפה את כל מקורות המשפט. זו שאלה מרכזית שנשאלת בעק' התיאוריה של אוסטין.

* **משפט אזרחי-** האם אפשר לתפוס את המשפט כולו במושגים של סנקציות? המושג של סנקציה מתאים באופן טיפוסי לכללי חובה. נניח שיש חוזה- האם המושג של סנקציה מתאים לפעולה של אכיפת החוזה? לכללים שמעניקים זכויות וכוחות זה לא קולע. אין כללים המטילים חובה. כל הכללים שמעניקים כוחות, שנותנים כוח נניח לנשיא לחון עבריינים- איפה האלמנט של הסנקציה? הנשיא לא חונן- מה עושים?
* **מנהג-** כל התזה של אוסטין מתארת את המשפט מהריבון אל האזרחים. המנהג היא קביעה נורמטיבית מלמטה למעלה- האזרחים יוצרים את המנהג ע"י ההתנהגות שלהם. הדבר הזה נראה מנוגד לתזה של אוסטין. אוסטין מתייחס לבעיית המנהג כמו לבעיית בתי המשפט, הוא אומר שהמנהג המחייב הוא מה שהריבון אישר. יש פה ניסיון להכניס ולדחוק כל מיני אלמנטים. ההגדרה של המשפט היא מאוד מדוייקת אך יש בה מרכיבים- רואים את המשפט כפקודה של הריבון, אם מגיעים למנהג כמשהו שהריבון לא התנגד לו, אפשר לעשות זאת גם לגבי נורמה מוסרית, אם הריבון לא התנגד לה אז היא תקפה. אם הניסיון שלו היה להעמיד את המשפט הפוזיטיבי בניגוד למוסר ולדת, אך הוא לא הצליח לכלול בזה את זה המנהג, אפשר לכלול בזה גם את הדת וגם את המוסר, ולכן כל הפרוייקט נכשל.
* האם מושג הריבון רלוונטי או מתאים למדינה דמוקרטית? מושג הריבון יוצר באופן טיפוסי מלך. אם רוצים להחיל את זה על מדינה דמוקרטית ונניח אומרים שהריבון הוא הכנסת אך למעשה הריבון הוא העם כי זו תפיסה דמוקרטית, נוצר מעגל לא פתיר- העם מציית לעצמו, אז לא כ"כ זיהינו את הריבון. יש פה בעיה בהתאמה של התיאוריה בתפיסה דמוקרטית.
* לפי אוסטין חובה נוצרת כאשר יש איום וסנקציה, ללא זה אין חובה. לפי זה, מבחינת החובה יש דמיון בין החובה שהמדינה מטילה עליי כשהיא קובעת חוקים לבין החובה שהשודד מטיל עלי כאשר הוא מאיים עלי ומבקש את הכסף. שניהם יוצרים איום, שניהם בעק' זה יוצרים חובה. נכון שמה שהשודד עושה זה לא לגיטימי ומה שהמדינה זה לגיטימי- אך מבחינת מושג החובה זה דומה מאוד. החובה היא מצב פסיכולוגי של איום ואז אני מרגיש חובה לעשות. הביקורת המרכזית כאן שניסח אותה **הארט** היא שאוסטין מבלבל בין מושג החובה הנורמטיבי לבין האילוץ הפסיכולוגי. כאשר אדם מרגיש מבחינה פסיכולוגית שיש עליו חובה זה לא כמו שהוא חייב מבחינה נורמטיבית. למשל: להגיד שהפקיד שנשדד ע"י השודד יש לו חובה לתת את הכסף זו טעות, הוא מואלץ ומוכרח. להפך, החובה הנורמטיבית שחלה עליו היא לא למסור את הכסף. באופן עקרוני אפשר לתאר מצב שהחובה היא דבר אחד והאילוץ הוא דבר אחר. למשל, חייל שנופל בשבי יש עליו חובה לשמור את סודות המדינה ולא לגלות אותם. מענים אותו, מאיימים עליו, מאלצים אותו למסור את הפרטים- הוא נאלץ ומוכרח, אי אפשר לומר שיש עליו חובה למסור את הפרטים- להפך. הביקורת על אוסטין חריפה מאוד- האיום הוא לא זה שיוצר את החובה. זה לא בגלל הסנקציה שיש חובה- אלא בגלל שיש חובה יש סנקציה עפ"י הארט.

הסנקציה באה כי קודם יש חובה- אם לא תעשה אותה, תענש. אבל אם אתה טוען שהאיום בעונש הוא הגורם לחובה זה מבלבל אותך בהרבה מובנים. אוסטין מחמיץ את ההבדל בין החובה המשפטית שמקורה בסנקציה והטענה היא כי קשה להראות את החובה כמי שמקורה בסנקציה הנובעת מהאיום. זה לא המצב הנורמטיבי של החובה ולכן הפק' אינה צריכה להיות מותנית בסנקציה. הביקורת מחדדת לנו מהו המושג חובה.

יש פרשנות מתוחכמת יותר לאוסטין, שזה לא רק האיום הפסיכולוגי אלא יש אלמנט של צפיות. כלומר, ברגע שיש סנקציה- אומרים לך שאם אתה מבצע פעולה מסוימת תוטל עליך סנקציה, בגלל שאתה יודע את התוצאה, שתוטל עליך סנקציה, זה יוצר אצלך חובה. אם זה כך צריך להיות קשר בין העוצמה של הסנקציה או ההיתכנות שלה- למשל, הכלל קובע שמותר לנסוע על כביש בינעירוני ב100 קמ"ש, זה מחייב אותי כי זה מהריבון ואם אפר את זה אני אקבל סנקציה. מה קורה בנסיבות בהן המשטרה לא פועלת בשטח? מקבלים דיווחים על מיפוי מכמונות ומצלמות, האם לפי אוסטין יש עלי חובה לנהוג? הרי אין סנקציה ממשית. מבחינה משפטית אין ספק שיש עליך חובה לנסוע במהירות המותרת גם אתה לא צופה שתתפס- הקשר בין הסנקציה לחובה, שחושבים עליו באופן עמוק, הוא בעייתי. החובה לא נוצרת מן הסנקציה, הסנקציה נועדה לאכוף את החובה. אוסטין אומר שבגלל שיש סנקציה יש חובה אבל האמת הפוכה בגלל שיש חובה יש סנקציה (אנשים עלולים להתפתות ולנסוע מהר מדי). זו נקודה מאוד מרכזית בתיאוריה של אוסטין שהיא פגומה.

לסיכום, התיאוריה של אוסטין מטשטשת או לא מכילה באופן אלגנטי את כל סוגי הנורמות המשפטיות, היא לא מתאימה לחוקים המעניקים זכויות, וכוחות. התיאוריה לא מכילה את כל מקורות המשפט, לא מכילה את המנהג. אם היא מכילה על הדרך שאוסטין אומר שיש פה הסכמה בשתיקה של הריבון למנהג זה עלול לכלול דברים אחרים ולכן יש פגם בתיאוריה. בנוסף, מושג הריבון מטשטש- אדם שלא מציית לאף אחד הוא בעייתי מנק' מבט דמוקרטית. הבעיה הרביעית היא הבעיה הנורמטיבית- הטענה שהחובה מושתתת על הסנקציה היא בעייתית. יש לזקוף לזכותו את הניסיון הראשון להעניק למשפט שדה נפרד מן המוסר והדת.

**תורת המשפט של האנס קלזן**

יהודי במוצאו, נולד בפראג. ממנסחי החוקה האוסטרית. "התיאוריה הטהורה של המשפט" זה שם הספר שהוא כתב. המושג "טהור" בא לציין מס' דברים- ההמשך של התיאוריה הפוזיטיבית של הפרדה בין המוסר למשפט, ראיית המוסר כתחום נבדל. קלזן עמד במיוחד על ההפרדה בין המשפט לבין המציאות החברתית העובדתית. קלזן הושפע מן הטענה הפילוסופית, מהביקורת על הכשל בין הזיהוי בין עובדות לנורמות. קלזן ביקש לייסד מערכת נורמטיבית טהורה. היא מחילה רק נורמות ולא בנויה על עובדות, אפילו לא על קיומו של ריבון כמו אצל אוסטין, לא על הסכמה, אלא יש משהו **טהור.** מן הצד האחר, התפיסה של קלזן הייתה שהמשפט הוא מערכת נורמות שיוצרות סדר חברתי שאוכף את עצמו על החברה. מה שמבחין בין המשפט למערכות אחרות, כמו המוסר, זה יכולת האכיפה- יצירת סדר חברתי שמגובה בכוח של המדינה. זה מה שמבדיל את המשפט מן המוסר או מן הדת. בעצם, הוא אומר שהמשפט הוא מערכת של נורמות אבל הנורמות קובעות מתי המדינה תפעיל את הכוח שלה כדי לאכוף אותן על הציבור.

קלזן שם לב שהחוק הפלילי מנוסח באופן שלא אומר מה אסור ומה מותר, אלא אומר מה דינו של אדם שביצע עבירה. ניסוח הנורמות לא אומר מה אסור ומה מותר, אלא אומר מה הדין. קלזן אומר שהנורמות בראש ובראשונה מכוונות לרשויות המדינה- מתי הן יפעילו את הכוח. הוא קובע לרשויות את הפעלת הכוח בהתאם לנורמות מסוימות.

ישנה גם אמירה נורמטיבית לגבי ההתנהגות אך בראש ובראשונה מכוונים הדברים כלפי רשויות המדינה.

הסנקציה בתפיסה של קלזן- לסנקציה יש מקום מרכזי במובן שנורמה משפטית מתאפיינת בכך שיש בצדה סנקציה, יש בצדה שימוש בכוח. אם אין שימוש בכוח- זו לא נורמה משפטית, זו תהיה נורמה מוסרית או חברתית. המשפט היא מערכת שבא לקבוע מתי המדינה תפעיל את הכוח שלה ותאכוף את הנורמה. אם יש נורמה שאין בה אלמנט של הפעלת כוח=סנקציה, היא לא נורמה משפטית אלא אחרת.הסנקציה חשובה מאוד במשפט אך הוא לא חושב כמו אוסטין שהסנקציה יוצרת את החובה המשפטית. קלזן לא מקבל את הטענה שבלי סנקציה אין חובה, לפי קלזן הסנקציה היא זו שמאפיינת את היותה של הנורמה המשפטית, נורמה שבצדה אין סנקציה לא תתואר כמשפטית.

ספקנותו של קלזן לגבי המוסר- קלזן לא האמין כ"כ במוסר במובן הזה שהוא ראה במוסר מערכת לא רציונלית. הטענה של קלזן היא שהמוסר הוא ביסודו מערכת לא רציונחיצף אי אפשר לתת רציונליזציה- לנמק, מדוע התנהגות מסוימת היא רצויה או לא. להבדיל מאוסטין שדגל בתפיסה רציונלית של המוסר שמבוססת על תועלתנות, קלזן אמר שאין מערכת מוסרית רציונלית.

המוסר היא מערכת שצריך לחפש אותה מחוץ לתמונה. בדומה לאוסטין, אצל קלזן זה יותר מובן- אנו צריכים לראות את המערכת באופן שלם , אי אפשר לראות כל נורמה ספציפית באופן אינדבידואלי אלא כחלק ממערכת. השורה התחתונה של המערכת היא הפעלת הכוח ע"י המדינה. למשל דיני חוזים כל המערכת אומרת שבתנאים מסוימים המדינה תפעיל כוח ובתנאים אחרים לא. אם בשורה התחתונה אין הפעלת כוח ע"י המדינה- לא עוסקים במשפט.

**מערכת המשפט גופא**

התרומה המרכזית של קלזן היא ביצירת פירמידת הנורמות. הטענה שאנו יכולים לראות את הנורמות המשפטיות במערכת מדורגת:

1.חוקה

2.חקיקה ראשית

3.חקיקת משנה

4.צווים

5.חוזה

מה שנותן תוקף למערכת אלו הם הקשרים הפנימיים בתוך המערכת. אם אני שואל מה מערכת היחסים בין אוניברסיטה לסטודנטים, אם נקח את הדוג' של אנגלרד בספרו של המרצה והתלמיד- האם ההוראה של המרצה מחייבת? יש לפנות לחוזה שיש בין התלמיד לבין האוניברסיטה- האם הוא מחייב אותו להישמע לרשויות האוניברסיטה או למוריה? האם החוזה תקף מבחינות אחרות? האם הוא הולם צווים שמשרד החינוך הוציא וכו'. מה שעומד בראש הפירמידה **היא הנורמה הבסיסית, היא הנורמה שנותנת תוקף. הנורמה הבסיסית היא המקור של תוקף החוקים, תוכן הנורמה הבסיסית בדר"כ אחיד- "יש לפעול לפי חוקת המדינה". קלזן לא רצה להעמיד בראש ריבון כמו שאוסטין עשה שהוא זה שקובע את החוקה וכן הלאה למטה, טענתו של קלזן היא שלריבון יש כמה בעיות, שעל חלקן דיברנו- למשל מיהו הריבון במדינה דמוקרטית?, בעיה אחרת שכנראה הטרידה יותר את קלזן היא שהריבון קשור למשהו ריאלי. קלזן רצה לתת לנו תיאוריה טהורה של המשפט, לא רוצה לדבר על עובדות. הוא רוצה ליצור מערכת נורמטיבית טהורה שבראשה עומדת הנורמה הבסיסית שלא נקבעה ע"י איש, היא מזהה את חוקת המדינה.**

הנורמה הבסיסית היא למעשה **פיקציה,** הוא לא אומר שהנורמה הבסיסית נובעת מהסכמת העם. זה לא שהייתה הסכמה בקרב העם עליה, מסיקים אותה מקיומה של המערכת כולה. אם למשל בודקים חוזים של המדינה, צווים, חקיקה ואז מגיעים לחוקה- ושואלים למה מצייתים לה? מניחים נורמה בסיסית פיקטיבית שמזהה את החוקה ויוצרת את האחידות בחוקה.

מונח מאוד בסיסי שמאפיין במיוחד את התיאוריה הפוזיטיבית הוא **של תקפות.** כאשר מדברים על נורמה משפטית לא מדברים האם הנורמה צודקת או לא, מחייבת או לא אלא מדברים על השאלה האם היא תקפה. זה שהיא תקפה הופך אותה למחייבת. מושג התוקף נגזר מן המודל שאומר שכל נורמה משפטית צריכה לקבל תוקף מנורמה שמעליה, זה מה שהופך אותה למחייבת בשיטה. אם רוצים לתת אם אמירה כלשהי תקפה, צריך לבחון האם האמירה תקפה בהתאם לנורמה מסוימת שהיא תקפה כלפי הנורמה שמעליה. יש לבדוק את התקפות של הפעולה, **המבחן הקונקרטי לשאלת החיוב היא השאלה האם היא מקבלת תוקף מן הנורמה שמעליה, שאלת התוקף מוכרעת ע"י שאלת המקוריות.** שאלת התוקף תלויה במקור של הנורמה, מתחקים אחר המקור של הנורמות, מי הפקיד שהוציא? בהתאם לאיזה חוק? חוק זה בהתאם למה? וכן הלאה. **זוהי שלשלת יוחסין שבסוף תקשר לנורמה הבסיסית.** אם רואים שנורמה מסוימת לא בהתאם לאחד מהדברים בפירמידה היא לא בתוקף.

אפשר לשאול על התיאוריה של קלזן: אפשר באמצעות המודל לתאר מערכת משפט אחרת, כמו למשל המשפט העברי. מנחם אלון בספרו מאמץ את המודל של קלזן כדי לתאר את המשפט העברי. יש את התורה=דאורייתא, מתחתיה את דרבנן, תקנות חכמים, תקנות קהל,חוזים ומעל התורה יש את הנורמה הבסיסית.

השאלה היא, הרי קלזן מדבר על מערכת טהורה, איך יודעים מה המערכת שנוהגת במדינת ישראל? האם הנורמה הבסיסית היא שיש לציית לחוקי היסוד או חוקי הכנסת? או שיש לציית לחוקי התורה? לפי אוסטין השאלה לא קיימת כי המשפט מתחיל בריבון, בישראל הריבון הוא הכנסת ולכן יש לציית לו. קלזן, שלא מזהה ריבון בשטח ומדבר על מערכת נורמטיבית טהורה, איך יודעים מה המשפט בישראל אם אפשר להכניס למערכת גם את המשפט העברי? **לכן קלזן קבע עקרון נוסף, שקושר בין התיאוריה למציאות, והוא עקרון האפקטיביות- לפי עקרון זה, המודל הטהור צריך להתקשר אל המציאות בשטח באופן מסוים. מה שקובע את זה הוא עקרון האפקטיביות- איזו מערכת אפקטיבית בישראל? בוחנים איך הרשויות נוהגות בישראל, ואיך אוכפים בישראל את חוקי המדינה או את חוקי התורה? אם בפועל אוכפים את חוקי המדינה זה אומר שהנורמה הבסיסית בישראל היא שיש לציית לחוקי הכנסת, אם רואים אכיפה אחרת אז יתכן שהנורמה הבסיסית תהיה אחרת. ששואלים מה המשפט הנוהג בפועל, צריך לראות מה אפקטיבי- מה נוהג, מה נאכף.** קלזן לא רצה לבנות במובן נורמטיבי את מושג הנורמה על עובדה, כיוון שהוא טהור. לפי קלזן, **המשפט היא מערכת שהמשפט אוכפת בכוח שלה.** המדינה לא תפעיל כוח ביחס לדין תורה אלא אם כן היא מוכנה להכיר בו.

מה שמאפיין את התיאוריה של קלזן, כמו כל התיאוריות הפוזיטיביות, היא שהמשפט היא מערכת נורמטיבית סגורה שיש אליה שער כניסה אחד, שער הכניסה הוא הנורמה הבסיסית שמצד אחד סוגרת את המערכת כלפי חוץ ומצד שני נותנת אחידות. כל נורמה צריכה להתקשר אל מבנה הפירמידה. תזה זו מבובילה לכך שהמערכת תהיה אחידה וקוהרנטית, לא יהיו בה סתירות כיוון ויש את הנורמה הבסיסית.

קלזן הבחין בין שני סוגי **קשרים במערכת:**

1. **קשר דינמי=** קשר של הסמכה. קשר זה מעניק סמכות לגורם שיוצר את הנורמה הזו והוא יכול ליצור איזו נורמה שנראית בעיניו, כלומר הוא לא מגביל אותו. הקשר בין הנורמה הבסיסית לחוקה היא דינמית- יש לפעול לפי החוקה, מה תקבע החוקה? זה פתוח. הקשר בין החוקה לחקיקה הראשית הוא גם קשר דינמי, החוקה קובעת שהכנסת היא המחוקקת הראשית. הכנסת מכוח זה יכולה לחוקק, זה פתוח, דינמי. החקיקה הראשית קובעת הסמכה לחקיקת משנה- הממשלה, שר הפנים, שר השיכון יתקנו תקנות, וכן הלאה. חוזים זה דינמי=חופש חוזים.
2. **קשר סטטי=** קשר של תוכן, אם נניח בחוקי היסוד כתוב אין פוגעים בחייו של אדם, בגופו וכו' אז מהעקרון הזה נגזרות כל הנורמות של הגנה על החיים- איסור רצח, איסור הריגה, גרימת מוות ברשלנות וכו'. הקשרים הסטטים מדברים על תוכן של נורמה שהולך ומתפרק מהרמה המופשטת ביותר של החוקה לדברים ספציפים בנורמות השונות.

**הקשר הדינמי פותח אבל הוא מוגבל ע"י הקשר הסטטי שלא לפגוע בחוקי היסוד. כמו כן, התקנות מוגבלות מבחינת תוכנן, זה הקשר הסטטי- תקנה לא תסתור מה שיש מבחינת התוכן של החוק הראשי. לפי קלזן ניסוח הנורמה הבסיסית הוא אוניברסלי- מתאים לכל שיטת משפט ולא לאחת מסויימת. לפי קלזן, כתוב שיש לפעול לפי החוקה, במדינות שאין בהן חוקה יש לפעול לפי המחוקק.** הסטטי יוצר הגבלה.

**מקורו של המשפט בחברה, גם הנורמה הבסיסית היא נורמה חברתית ויש הבחנה בין הערך המוסרי לערך המשפטי.** **זה מביא אותנו לנק' נוספת-**

רואים את האופי הפורמליסטי של המשפט, העקרון של סגירות המערכת. מערכת המשפט היא מערכת סגורה, אוטונומית. אנו מבחינים בין משפט למוסר, בין משפט לכל מה שהוא לא משפט. יש לבחון את המשפט מנק' מבט משפטית. יש סיווג היררכי בין הנורמות של חוקה, חקיקת ראשית, חקיקת משנה, צווים, חוזים, אח"כ יש סיוג לרוחב- ענפים של המשפט. זוהי מערכת קוהרנטית רציונלית- כל זה נובע מהמודל של קלזן, אשר יש לו השפעה עצומה עד היום (אלון והמשפט העברי). אנגלרד הינו הקלזיאני האחרון והמובהק בישראל.

מהן המגבלות שבתיאוריה?

1. הנורמה הבסיסית- קלזן עצמו אומר שהיא פיקציה, הוא לא רוצה לומר שהיא משקפת הסכמה חברתית. אם זו פיקציה השאלה עד כמה היא נחוצה ומועילה לנו? יש פה משהו מעט חסר בתיאור הפיקטיבי. אם אני אומרת שמקורו בריבון כמו אוסטין זה דבר אחד, אם מדברים על כלל הזיהוי של הארט זה משהו אחר. אם חוזרים לנורמה הבסיסית לא ברור שהיא מכסה על כל מקורות המשפט, השיטה הזו מתאימה מאוד לשיטה אירופית שרואה את המקור המרכזי במשפט במחוקק. שיטת המשפט המקובל מציבה בפנינו בעיה מסוימת לגבי התיאוריה, לפי המבנה של קלזן- מאין נובעות סמכויות בית המשפט? צריך לבנות שלוחה כלשהי, לומר שהם יוצאים מהחוקה או מהחקיקה הראשית (חו"י השפיטה למשל), בשיטה הישראלית יש להניח שלבתי המשפט יש סמכות תקדימית וחקיקתית, זה לא כ"כ משתלב בפירמידה.
2. האפקטיביות- הניסיון של קלזן לקשור בין המערכת הנורמטיבית למציאות. בסופו של דבר קלזן מודה שהוא לא יכול לבנות מערכת טהורה. הקושי הוא שאפשר לדבר על מערכת תיאורטית ובסוף רק להגיע לאפקטיביות ואין זה דבר משני אלא דבר ראשוני ומחייב, לא מדובר בתנאי של המערכת כמו שתיאר קלזן, אלא עקרון מאוד מרכזי במערכת.

ישנו גם כוח בשיטה, כאשר אנגלרד מתאר חילופי שלטון המבנה הזה מתאר זאת יפה מאוד. עד להקמת המדינה נהג המשפט המנדטורי, לאחר הקמת המדינה עדיין נהג המשפט המנדטורי אך מתוקף המועצה הזמנית שזה חוק ישראלי. מה שהשתנה לפי אוסטין זה הריבון, לפי קלזן מה שהשתנה היא הנורמה הבסיסית. התוקף של המשפט השתנה בעוד שבזמן המנדט התוקף של המשפט המנדטורי היה לציית למנדט, ב-ו' באייר מקור התוקף הוא מדינת ישראל. כאן המושג של נורמה בסיסית עוזר לנו – אפשר לומר שהריבון ואפשר לומר שהנורמה הבסיסית. הנורמה הבסיסית עד ה' באייר הייתה שיש לציית לחוקי הנציב העליון ומ-ה' באייר היא הייתה: "יש לציית לחוקי הכנסת". כלומר, החוק היה זהה אך מקור התוקף של המשפט השתנה. שינויים אלה יכולים להיות מודולריים על כל מצב. למשל: צרפת. מאז המהפכה זו הרפובליקה החמישית. כלומר, החוקה יכולה להתחלף 5 פעמים מאז המהפכה, המשפט כולו, באופן עקרוני, יכול להישאר.   
 לפי קלזן עקרון האפקטיביות חל גם על חוק מסויים.

המבנה של קלזן עדיין עומד בתוקפו.

**שיעור 6- 1.5.12**

**מהו פורמליזם?**

1. פורמליזם היא תפיסה משפטית שאומרת שהמשפט של החוק מבוסס על כללים, נוסחה.
2. המשפט הוא כמו מדע, על ידי ניתוח הכללים נדע מה תהיה ההכרעה ופסק הדין. פורמליזם זה אומר שיש היררכיה מסויימת
3. יש קלאסיפיקאציה
4. בתפיסה הפורמליסטית השופט הוא לא "סופר" אלא ספרן.

**הריאליזם במשפט**

לפי הריאליזם הפילוסופי- ריאליזם זה תיאור המציאות. יש מציאות אחת, ולא משנה איך אנחנו רואים אותה, יש מציאות והיא לא מושפעת מהתפיסה שלנו למציאות. הריאליזם הפילוסופי מושפע מהריאליזם המדעי.

הריאליזם המדעי אומר שלפי כל מיני תיאוריות מדעיות אנחנו יכולים להגיע לאמת.

יש ריאליזם מוסרי- יש מוסר, יש אמת, יש ערכים- טוב ורע. יש עולם מושלם ואליו אנחנו יכולים לשאוף. ריאליזם באומנות זה תיאור של המציאות כפי שהיא, באירופה דובר על רוב האנשים עניים.

יש ריאליזם פוליטי- המציאות היא לא מציאות מוסרית שנועדה לרווחת הפרט אלא פרופר אינטרסנטית.

ריאליזם משפטי- עד היום מכירים את המציאות המשפטית כפורמליסטית- כללים ברורים. הריאליזם המשפטי אומר שזה לא המצב, המשפט מושפע מסוציולוגיה, תפיסות חברתיות ואינו נוסחתי כפי שמנסים להגדיר אותו. הריאליזם הוא לא אנטי פורמליסטי אבל אומר שלהגדיר את המשפט כפורמליסטי זה שקר.

הריאליזם:

1. התפיסה מושפעת מהסוציולוגיה של המשפט
2. המשפט הוא יצירה חברתית- לא רק חוקים וכללים
3. הגישה הריאליסטית מתנגדת לגישה הפורמליסטית
4. התפיסה הריאליסטית לא התחילה מהאקדמיה, בניגוד לרוב הזרמים ששוברים מוסכמות, אלא **מהפרקטיקה**

**הריאליזם שהחל כולה באמריקה מחולק ל-3 תקופות:**

1. התקופה שהריאליזם החל- סוף המאה ה-19. תקופה של השופט האמריקאי **הולמס. היה שופט בעליון בארה"ב במשך 30 שנה ופרש בגיל 93.**
2. התקופה השנייה של הריאליזם- ריאליזם כתנועה אקדמית- מדובר על כתיבה ואקדמיה.
3. שנות ה40 וה-50- אחרי מלחמת העולם השניה- המשפט באמריקה התנתק מהאבות האירופים והפך לשיטת משפט עצמאית.

* **המאה ה-19- המשפט הוא פורמליסטי גם באירופה וגם באמריקה**

השופט הולמס דוגל במשפט ריאליסטי ומשפיע בצורה אדירה על המשפט האמריקני. היה שופט בביהמש העליון בבוסטון ואז בביהמש העליון הפדרלי. במשך שנים רבות הוא היה **דעת יחיד.** בפס"ד **לוכנר נ' מדינת ניו יורק בשנת 1905-** במדינת ניו יורק חוקקו חוק שאסור להעסיק אופים במאפייה יותר מ60 שעות שבועיות. הגיעו לביהמש התאגידים שמחזיקים את המאפיה ואמרו שיש בעיה עם החוק- הוא סותר את תיקון 14 לחוקה. תיקון 14 לחוקה אומר לא לשלול חירות של אדם, חירות של אדם זה גם לעבוד יותר- מי את מדינת ניו יורק שתגידי לי לעבוד פחות? למעשה **דעת הרוב הייתה פורמליסטית נטו- יש חוקה, יש חוק- החוקה מעל החוק שפוגע בחירות וסותר את החירות ולכן הוא פוסל את החוק.**

**דעת המיעוט של הולמס-** לפי הולמס אין בעיה עם פורמליזם אלא יש לו בעיה עם החלטה של שופטים שמסווים אותה בפורמליזם. הדעה שלהם היא שבאמת אין להם בעיה שיעסיקו אופים יותר, ולכן הם לא צריכים להיתלות על הפורמליזם. לפי הולמס, תפיסתו האישית היא שהחוק פוגע במועסק- הוא לא רוצה שהם יעבדו 80 שעות בשבוע אלא שיעשו דברים אחרים, לא הגיוני שאדם יעבוד 60 שעות וזה לא יספיק לו לפרנס משפחה.

אחרי 30 שנה זה הפך לדעת הרוב. מה הריאליזם אומר? המשפט הוא לא א' ב' ג' כי יש שופט ששייך לחברה מסוימת עם דעות, אמונות ועמדות. יש עוד רכיבים שאינם צפוים ולכן זו לא פורמלה.

שתי נקודות חשובות לגבי הולמס:

1. **PATH OF THE LAW- המאמר של הולמס.** הרצאה שלו מאוני' הרווארד משנת 1897, שם:
2. מגדיר מחדש את המשפט- חשוב להשתמש במונח **האדם הרע/האיש הרע** כשיש משהו שקשור לריאליזם. לאדם הרע לא מעניין מה הנורמות, הכללים, אלא מה שיוחלט בפועל. לפני שהאיש הרע עושה מעשה רע הוא רוצה לדעת מה יקרה לו, אם הוא ירצח- מה יקרה לו? עבירת רצח, הריגה, גרם מוות ברשלנות? איך שהאיש הרע תופס את המשפט,כך הולמס אומר שהוא תופס את המשפט- האיש הרע הולך לעו"ד ורוצה לדעת מה יקרה **תכלס- זה המשפט ולא מערכת חוקים.**
3. מדבר על טשטוש בין משפט למוסר- כללים, נורמות, ערכים קיימים במוסר אבל קיימים גם בחוק. מה שמבדיל ביניהם זה הכוח של המדינה שבא לידי ביטוי בבימ"ש. מהרגע ששופט מחליט החלטה- זה מה שיקרה לך, אח"כ עוברים לאכיפה (הוצל"פ/מאסר). הכוח הזה לשנות לך את החיים זה מה שמבדיל בין מוסר למשפט.
4. מבקר את התפיסה המשפטית כמשהו לוגי-מדעי- היה נגד המשפט כמדע, השופטים עוסקים בשיפוט ערכי ולכן זו לא לוגיקה.
5. אם המשפט הוא לא מערכת חוקים לוגית- איך נדע מה המשפט? הוא ענה על כך בהעתק ממאמרו שנקרא **THE COMMON LAW** שם הוא אמר שחייו של המשפט אינם הגיון אלא ניסיון! השופט מכניס רכיב של שקו"ד ולכן זה לא לוגי, המשפט הוא ניסיון לנבא אבל אי אפשר לנבא, הולמס מגדיר את המשפט כניסיון לנבא.

היום התפיסה של המשפט היא אכן ריאליסטית, מבינים שהמשפט הוא לא מדע, בניגוד לבעבר. המהפכה הריאליסטית הצליחה במאה האחוז.

הסכנה של התפיסה הפורמליסטית- שופטים יכולים לתת תשובות שונות בגלל דעות ערכיות אבל אם מתייחסים להכל כנוסחה אי אפשר לבקר את זה. אנשים טענו שזו אפשרות של בעלי הכח לשמור על הכח. הבעיה היא שלשופטים שבאו מאותו מקום יהיה אותו שיפוט ערכי.

* **תקופת שנות ה-20**

בשנים האלה מגיעים לאקדמיה- קארל לואלין ופלקיס כהן. שניהם ריאליסטים אקדמיים שהשפיעו דרך הכתיבה באקדמיה. הם היו ממשיכי דרכו של הולמס אבל הולמס פעל תכלס והם פעלו דרך הכתיבה. אז הפורמליזם היה עדיין בחיתוליו, הולמס היה היחיד במינו. פרופ' לנדגל הדיקן דגל בפורמליזם ואמר שעבודתו של המשפטן זו גיאומטריה משפטית. כל ההליך זה דדוקציות ואינדוקציות, צריך לסדר הכל לפי חוקים וכללים. הוא אמר "הספריה היא מעבדתו של המשפטן", זו התפיסה האקדמית הפורמליסטית ששררה בארה"ב בשנים האלה. מה זה אומר פורמליזם במשפט?

1. במשפט הכל קיים- אין לאקונות. אין דבר כזה שלא יודעים מה החוק, שלא יודעים מה לעשות- רק צריך למצוא.
2. המשפט הוא אובייקטיבי **נטו.**
3. המשפט לא צריך להתחשב בשינויים חברתיים.

הביקורת הריאליסטית היא שכל העניין של להסתתר מאחורי פורמליזם זה רק כדי להסתיר פערים. הפורמליזם לא באמת קיים, זו דרך להסוות חוקים שיגנו על החזקים ויפגעו בחלשים. את החוק חוקקו בעלי אינטרסים. בריאליזם רוצים לבחון מה השופט עושה בפועל ולבדוק אם זה באמת פורמליזם או לא- ולפי זה לבקר.

הדבר הכי חמור בתפיסה פורמליסטית טהורה הוא שמצד אחד אי אפשר לעשות שינויים ומצד שני אי אפשר לדעת מה תהיה ההכרעה. אם המשפט הוא פורמליסטי באמת אפשר לבדוק מה החוקים והכללים ולדעת מה תהיה התוצאה, אבל המשפט הוא לא כך באמת.

**חנוך דגן** במאמרו מדבר על ריאליזם ומסכם יפה 4 טענות ריאליסטיות, למה למרות החוקים והכללים אי אפשר לדעת מה תהיה ההכרעה בסוף. שתי טענות הן של קארל לונליין:

1. יש כללים ויש מציאות. הכלל לא תמיד מצליח לשקף את המציאות, לפעמים יש מקרים שלא מופיעים בכללים כי עולם המציאות והאפשרויות הוא בלתי מוגבל. לונליין אומר שהוא לא יכול לדעת מה תהיה ההכרעה, השופט יכניס את ההכרעה האישית שלו. לטענה הזו יש טענה פורמליסטית מספקת, **הארט** אומר שהוא מסכים עם זה שהאפשרויות בחיים הן בלתי מוגבלות אך רוב החיים הם כן מתאימים לכללים ולרוב הסיטואציות יש כללים שיתנו את המענה. הכללים זה הגרעין, המעטפת זה מקרים קיצוניים. לונליין אומר שגם למקרים שיש כללים- צריך לפרש אותם.השופט הוא זה שמפרש ויש לו אמונות, דעות, ערכים ואז ההכרעה היא כבר לא פורמליסטית ולכן אי אפשר לצפות אותה.
2. יש ריבוי כללים- לפעמים יש מקרה אחד והרבה מקרים חלים עליו. מי בוחר איזה כלל יחול על המקרה? השופט. השופט בוחר לפי אמונות,דעות, ערכים. לונליין משתמש בציטוט של הולמס- "לכל מסקנה ניתן למצוא עיגון פורמליסטי"- השופט בוחר במסקנה שלו ואז משליך את זה על כלל.
3. שפה- השימוש בשפה מדעית, גם בחוק וגם בחוזים, שנותנת מראה של פורמליזם זה נועד להסוות כוחות חברתיים והיררכיה מסויימת שקיימת. זו שפה שקשה להבין אותה. המילים האלו לא משקפות דבר באמת- הן נועדו להרתיע את רוב האנשים.
4. ז'רום פרנק- ריאליסט קיצוני. כל המשפט זה גחמות של שופטים, משתמשים בשפה אובייקטיבית אבל זה לא נכון, הכל סובייקטיבי.

לונליין טען שיש להבחין בין חוקים של נייר (החוק) לבין חוקים ריאלים (המציאות). **"מה שהפקידים(שוטרים, עורכי דין) הללו עושים הוא לפי דעתי החוק עצמו".**

מה עושים בפועל? לונלין אמר 5 דברים ופלקיס כהן אומר שני דברים:

**כהן:**

1. בוחנים מה בתי המשפט פוסקים- עושים מחקר אמפירי של פסיקות, כיצד הפסיקה הושפעה מהחוקים.
2. דבר שני,בוחנים מה ראוי שיהיה- האם הפסיקה, שראינו שהיא ראויה לשינויים החברתיים, ראויה להיהפך לחוק.

**לונליין:**

1. "האני מאמין " של הריאליסט- חוסר אמון בכללים המשפטיים. צריך לדעת שהכללים האלו לא קובעים את התוצאה הסופית. חוסר אמון זה לא שלילה, אלא פקפוק.
2. מי שיוצר את החוק הוא לא המחוקק אלא בית המשפט. חוק הוא דבר גמיש, מי שבסוף יוצר אותו הוא בית המשפט.
3. לחוק אין שום קדושה משל עצמו, התכלית של החוק זה להשיג תכליות חברתיות- להגן עליהן או להשתנות בהתאם לאלו שאנו רוצים להשיג.
4. תכליות חברתיות מקדמות את החוק.
5. להבחין מה שראוי למה שקיים- לא להאמין בחוקים, לבדוק אותם, לבחון שינויים חברתיים.

* **שנות ה-40 וה-50**

ארהב היא מעצמה והריאליזם הפך להיות מיינסטרים. שיטת המשפט האמריקאית היא פורמליזם המושפע מריאליזם. פסיכולוגיה, סוציולוגיה וכלכלה משפיעים על המשפט. מה שהולמס אמר שנים לפני כן, התגשם.

ברגע שתנועה מהפכנית כמו ריאליזם, כל מיני נושאים שהריאליזם רצה לשנות לאט לאט שכחו מבחינת הריאליסטים, ולכן קמו בשנות ה70 תנועות חדשות כמו הCLS, תנועות שלקחו את הדגל של הריאליזם ושל שינויים חברתיים והמשיכו את המהלך.

**שיעור 7- 8.5.12**

כיום נעסוק **בפילוסוף הארט.** הוא יצר תיאוריה שנחשבת ע"י רבים, גם על ידי מתנגדיו, לתיאוריה הפוזיטיבית המפותחת ביותר (הוא שכלל את אוסטין וקלזן). התיאוריה כוללת תחומים רבים, היא מורכבת מאוד ויש בה מענה גם לזרמים שצמחו בדרך, כלומר זה לא רק תגובה לניסיונות הפוזיטיביסטים למשפט הטבע, אלא גם תגובה לריאליזם.

**THE CONCEPT OF LAW** מהווה את ספרו החשוב ביותר.

**נקודת המוצא של הארט היא אוסטין.** הוא רואה בניסיונו של אוסטין ניסיון חשוב להעמיד את המשפט כפוזיטיבי- המשפט הוא עניין חברתי. אך יש לו בעיה עם התיאוריה של אוסטין, זוהי בעיה מגוונת שכוללת כמה נקודות ביקורת:

1. מושג הפקודה לא מתאים לתפיסת המשפט שלנו מכיוון שמושג הפקודה מניח שנותן הפק' לא כפוף לה. נותן הפק'- הריבון נותן פק' לאחרים והוא מעל לאחרים. בתפיסת המשפט שלנו אנו מניחים **שהריבון כפוף לפקודה** ולכן באופן בסיסי יש פה משהו שלא מתאים.
2. מושג הפקודה לא מתאים לכל הכללים המשפטים- הוא מתאים רק לכללי חובה ולא לכללי כוח וזכות.
3. לא מקיף את כל המקורות המשפטיים **כמו המנהג=** צומח מלמטה למעלה ולא ניתן ע"י המחוקק- צא וראה מה העם נוהג. מושג הפקודה לא מצליח ללכוד את המקור המשפטי הזה שהינו חשוב בשיטות משפט מסוימות כמו האנגלים.
4. ראינו שמושג הריבון עצמו בעייתי מאוד.

**הנקודה החשובה ביותר של הארט- מושג החובה.** הארט מצביע שמושג החובה של אוסטין הוא בעייתי, מושג החובה של אוסטין נובע ממושג הסנקציה. יש סנקציה🡨 יש חובה. איך לראות את הקשר בין סנקציה לחובה?

**האפשרות האחת,** היא האפשרות **הפסיכולוגית= הסנקציה יוצרת תחושת חובה כי יש עליי איום בפעולה שגורמת לי כאב.** לא משנה אם זה עונש גופני, שלילת חירות או קנס כספי. כל פעולה שיש בה אלמנט של כאב- יוצרת אצלי תחושה של איום ואז אני מרגיש שאני חייב לעשות את המעשה. **הארט מראה שההסבר הזה לא מספק** והוא לא באמת מסביר את מושג החובה במובן הנורמטיבי, הוא מסביר אילוץ ולא חובה נורמטיבית, זאת משום שיש מצבים שמטילים סנקציה- אני נאלץ לעשות אבל אין חובה נורמטיבית. **דוגמת השודד=** נכנס לבנק ומצמיד לפקיד הבנק אקדח לרקה ורוצה כסף, הפקיד מרגיש חובה, מרגיש אילוץ ולכן נותן את הכסף. האם מבחינה נורמטיבית יש לו חובה להביא את הכסף? בוודאי שלא. **לפי אוסטין זה לא חוק כי השודד הוא לא הריבון, הטלת איום בסנקציה והתחושה הפסיכולוגית שיש אילוץ (פעולה של אונס או הכרח) זה לא קשור לחובה נורמטיבית.**

יש דוגמאות הפוכות- יש חובה נורמטיבית בלי שיש עלי תחושה של איום, למשל **אם הסנקציה קלה-** מטילים קנס קל- למשל מטילים על מפעל שמזהם עונש קל אז הוא לא מרגיש באמת אילוץ- הוא מייצר במיליון ומטיל קנס של 10000 ₪. האם זה אומר שאין עליו חובה נורמטיבית? נכון שאולי אין לו תמריץ אבל יש עליו חובה כי החוק מטיל עליו את זה, גם אם כלכלית אם לזה תחושה של אילוץ. או במקום שהסנקציה לא צפויה כי המשטרה לא אוכפת- האם נאמר שאין חובה? **הקשר בין התחושה הפסיכולוגית לחובה איננו הנכון!**

**זו הביקורת של הארט- יש לחפש את מושג החובה במקום אחר!** אם ניתן פרשנות אחרת לאוסטין ונאמר שלא מדובר בתחושה פסיכולוגית של האילוץ, **אלא התחזית- הקשר- בין מעשה לענישה.** נניח שסנקציה תגרור חובה אם אני יודע בוודאות שהתנהגות מסוימת תגרור סנקציה (נסעת מעל המהירות- 1000 ₪), עצם התחזית שכל התנהגות גוררת ענישה- הידיעה הזו ולא הנטייה הפסיכולוגית, זה אומר שהמחוקק התכוון להטיל עלי חובה. **יחד עם זאת, הארט אומר שהתחזית הזו לא תמיד נכונה- יש הרבה מקרים שלא יוטל עונש, אם בגלל העדר אכיפה ואם בגלל סיבות אחרות.**

**הקשר המושגי בין הסנקציה לחובה הוא לא קיים באמת, למרות שמבחינה אינטואטיבית אפשר לומר שהמשפט מתאפיין בסנקציות, אך לפי הארט מושג החובה לא קשור במושג הסנקציה, בוודאי לא במובן שהסנקציה יוצרת את החובה** כי יש מקרים שיש הטלה של איום ואין חובה ולהפך.

מאיפה נוצרת החובה המשפטית? מה מקור החובה? הארט אומר שאנחנו צריכים לראות זאת בהקשר רחב יותר- **מושג החובה מקורו בחברה, אנחנו צריכים להבין את כל ההקשר של כללים חברתיים כדי להבין את זה.**

מה מקור החובה? קיומו של כלל. הכלל נולד בחברה. חברה מתנהלת לפי כללים,לפי חוקיות, אבל הארט מבחין בסדרה של סוגים של נורמות חברתיות:

1. הרגל- התנהגות חברתית סדירה שלא יוצרת חובה. למשל: ללכת בקיץ לים. אפשר לומר שיש כלל חברתי שהולכים בקיץ לים, או שהולכים במוצ"ש לפאב. אבל האם הכלל יוצר חובה? לא, רואים את זה לפי התגובה והביקורת למי שסוטה מהכלל. איש לא יגנה אדם שלא פועל לפי ההרגל. אפשר לומר דוג' נוספת- הסטו' לא מגיעים עם חליפה לאוני', אם פתאום יגיע לכיתה סטודנט כזה ירימו גבה אבל לא יגנו אותו. **ההרגלים החברתיים ממלאים את חיינו ומרגישים מיד אם מישהו סוטה מההרגל אבל ההרגל לא מטיל חובה במובן שאנחנו לא מגנים, מבקרים בצורה קשה את מי שסוטה.**
2. כללים- הכללים קובעים סטנדרטיזציה(איך לנהוג) אך המונח חובה גדול עליהם. מדובר לדוג' ב**כללי נימוס- מקובל איך לפנות לאדם, כללי שפה- יש שפה תקנית.** הכללים לא מטילים חובה קשה במובן שהגינוי אינו חריף=ביקורת קלה.
3. כללי חברתי- פה יש כלל ברמה יותר גבוהה, מי שלא נוהג כך זוכה לגינוי חריף. כלומר אדם שנוהג באופן לא מוסרי: משקר, לא נאמן וכו', אנחנו מגנים את זה **בצורה חריפה** הרבה יותר. כאן אנחנו משתמשים במונח **חובה בצורה הקלאסית** –הכללים החברתיים מטילים חובה על החברה: יש חובה על האדם לא לשקר.
4. כלל משפטי- חריף במובן שהגינוי שלו יהיה ברמה של **ענישה.**

יש הבדל בדרגות החובה שהחברה מטילה על החריגים.

נקודת המוצא בכל הדברים האלה, שהיא פוזיטיבית, שמקורה של החברה **היא בחברה!** החברה היא זו שמדרגת את זה, ולכן קיומה של חובה **מותנה בכך שיהיה כלל קודם שיאמר שכך ראוי להתנהג!**

מה ההבדל בין הארט ואוסטין? הרי גם אוסטין מאפיין את הכלל המשפטי בזה שיש סנקציה. **לפי הארט הקשר בין החובה לסנקציה הוא הפוך- לפי אוסטין בגלל שיש סנקציה יש חובה, לפי הארט בגלל שיש חובה יש סנקציה.** לפי הארט **מקור החובה הוא הכלל שהחברה קובעת! החובות האלו נובעות מהכללים שהחברה קובעת.**

אחת הבעיות בחברה הפלורליסטית שלנו היום היא שאנחנו מאבדים את ההסכמה של מה שלא קובעים במשפט, מאוד קשה היום לנסח את הרובריקה שלעיל. הרובריקה של כללים מוסריים היא תלויית חברה. החובה לא תלויה בסנקציה החיצונית אלא בכלל!

נבין את העניין הזה לפי ההבחנה הבאה של הארט:

**ההיבט החיצוני-** זיהוי הכלל. יכול להיות ע"י זה שבא מתבונן חיצוני (נניח סוציולוג, תייר) שבא לחברה, לוקח את הרשימה שלעיל והיא עוזרת לו להבין מה נעשה. יש התנהגות שאם אתה לא עושה אותה זה מנהג ואילו יש משהו שאתה לא עושה וזה חמור! אדם מבחוץ לא מבין את ההבחנה הזו, אבל אדם מבחוץ יכול להתבונן ולראות איך החברה נוהגת. רואים את צורות הלבוש והבילוי, שפה, כללים חוקיים. כל המכוניות עוצרות באדום ונוסעות בירוק- אפשר לתאר את ההתנהגות. אם אני רוצה להשתלב בחברה ורוצה לא להיענש אני אתאים את עצמי לכללים האלו.אני לא נוהג כך בגלל הכלל אלא אני מזהה את הכללים ונוהג כך מפני יראת העונש.

**ההיבט הפנימי-** ההיבט הפנימי זה **הפנמה של הכללים.** אני רואה את הכלל כסיבה להתנהג על פיו. אני יכול לראות את האור האדום ולומר לעצמי שאני אעצור כי יש אור אדום- אני מפנים את הכלל שצריך לעצור באדום. מספיק לי קיומו של הכלל כדי שהוא יהיה סיבה לפעולה שלי. לא הציפייה שלי לעונש היא זו שתביא את ההתנהגות אלא הפנמה של הכלל. שאלת הסנקציה היא משנית.

זוהי נקודה מרכזית בתפיסתו של הארט.

**מושג המשפט של הארט**

מה זו מערכת משפט לפי הארט?

הארט עושה הבחנה בין **מערכת משפט פרימיטיבית למערכת משפט משוכללת.** מערכת משפט פרימיטיבית מכילה **רק כללים ראשוניים.** כללים ראשוניים הם כללים שהמשפט מטיל על הציבור, על הנמענים. הכללים האלו יכולים להיות גם כללי חובה וגם כללים אחרים- עניינם איך לנהוג. לפי הארט קשה לחשוב על חברה ללא כללים ראשוניים.

לחברה הזו אין מוסדות משפטיים והכללים האלו עוברים במין מסורת, אולי מובלעת, וכאשר רוצים לדעת משהו הולכים לשאול את זקני השבט. המשפט הזה מתנהל רק במסורת ואין לו מוסדות.

הארט עומד על שלושה חוסרים של מערכת המשפט הפרימטיבית:

1. חוסר וודאות – חוסר ידיעה ברורה מהם הכללים המשפטיים. הואיל והכללים הללו לא כתובים בשום מקום ולא הוצאו ע"י שום מוסד אי אפשר לדעת מהם. מכירים את הכלל רק כאשר אתה חורג ממנו. בנוסף זה גם לגבי סכסוך- לא יודעים איך לפתור.
2. סטטיות- אין למערכת מנגנוני שינוי. נוהגים כך כמו שנהגו פעם ונוהגים בעתיד כמו שנוהגים היום. החברות האלו מנציחות את העבר
3. חוסר יעילות- המערכת לא יעילה כי אין לה מוסדות אכיפה.

מערכת משפט משוכללת באה לענות על שלושת הבעיות הללו, כל מערכות המשפט בעולם הפרה-היסטורי הן משוכללות במובן הזה.

**לכן אנו מכניסים כללים משניים שמכילים:**

1. **כלל הזיהוי(כלל הכרה)**

**זהו הכלל היסודי ביותר במערכת המשפט וכאשר הוא משתנה זה סימן למהפכה.** קובע קנה מידה למה יהיה חוק מחייב בחברה ולכן מסייע לבעיית אי הודאוץ. כלל הזיהוי יכול לזהות מחוקק, יכול לומר שכל מה שהמלך קובע זה חוק מחייב, כנ"ל לגבי הפרלמנט. כלל הזיהוי יכול לקבוע את שני הדברים כאחד. אחרי שיש לי את הכלל הזה אני יודעת מה זה כלל משפטי מחייב. אוסטין גם נתן סוג של כלל זיהוי(תורת הפקודה). כל כללי הזיהוי מתאפיינים **בכלל אב- המערכת סגורה ואוטונומית, מובחנת מהמוסר, הפוליטיקה ולכן יש צורך בכלל אב (ראשוני) שמזהה.**

**אוסטין= תורת הפקודה, קלזן= נורמה בסיסית, הארט= כלל הזיהוי**

אם אין לך כלל כזה אתה לא יודע מהו החוק, אתה צריך לסמוך על הזקנים, האצילים ואתה לא יודע מה יהיה החוק.

הארט מדמה את כלל הזיהוי למטר שנמצא בפריז וקובע מה זה מטר בכל מקום, כלומר לאיזה מין קנה מידה שעל פיו הכל נקבע- כולנו משתמשים במידה של מטר. דימוי אחר שהוא משתמש זה כללי משחק- איך משחקים משחק? נניח כדורסל- יש כללים הקובעים את גבולות המשחק, איך מחלקים נקו', עבירה חוץ וכו'. מדובר בכללי משחק **שלא כתובים בשום מקום.** כולם יודעים מהם כללי המשחק. כלל זה נקבע **על ידי החברה באופן ישיר!** יש כללים לא כתובים במשפט שקובעים מה זה החוק.

הנקודה המרכזית היא שכלל הזיהוי הוא לא מנוסח, לא מפורש בשום מקום וקיים מאחורי הקלעים. כלל הזיהוי הוא גם לא כלל משפטי מבחינת הסיווג- למעשה זה כלל חברתי! החברה מסכימה לכלל שהוא מכונן את מערכת המשפט. **כלל הזיהוי ממלא תפקיד דומה לנורמה הבסיסית של קלזן- כלל הזיהוי קובע מה נכלל בשיטה ומה מחוץ לשיטה והוא נותן תוקף לכללים המשפטיים. כדי שנזהה כלל משפטי שיהיה תקף ומחייב הוא צריך להיות מזוהה ע"י כלל הזיהוי. כלל הזיהוי קובע את מקורות המשפט- בדרכ הדבר נקבע ברגע מכונן של השיטה- במהפכה, בהקמת המדינה.**

אם נקח את המצב בין ד' באייר למצב בין ו' באייר- המצב בישראל היה דומה ואף זהה, כל המשפט שהיה תקף בד' באייר כולו היה אחד לאחד תקף ונכון גם ב-ו' באייר. מדינת ישראל לא חוקקה אף חוק, **מה שהשתנה זה כלל הזיהוי. בעוד שכלל הזיהוי במערכת המשפט בישראל בד' באייר אמרה שיש לציית לחוקי הנציב העליון, כלל הזיהוי בהקמת המדינה אמר שיש לציית לחוקי הכנסת.**

כלל הזיהוי באופן תיאורטי נקבע ע"י החברה באופן ישיר ולא ע"י גוף מסוים. איך יודעים מה הכלל בחברה? אנו נסיק אותו מאופן הפעולה של מערכת המשפט. הארט מציע מה האספקלריה, הדרך שממנה נדע הכי טוב מה כלל הזיהוי במשפט- ביהמ"ש. נראה בעיני שופטים, ע"י בחינת פסקי דין, מהם המקורות המחייבים- נראה ששופטים פונים לחוקים.

1. **חוק, 2.פסיקה של בתי משפט היא מכרעת,3.רואים שמצטטים גם בתי משפט אמריקאים- האם זה מחייב או לא? אפשר להעזר אך זה לא מחייב.**

**הארט אומר שהקהילה המשפטית היא לא רק שיקוף של כללי הזיהוי אלא היא זו האליטה שקובעת את כלל הזיהוי. מכיוון שכלל הזיהוי לא נוצר ע"י משאל עם הקהילה המשפטית היא זו שיוצרת אותו בפועל.**

זהו כלל שעומד מאחורי המשפט! הפונקציה של כלל הזיהוי דומה לנורמה הבסיסית- קובע את הגבולות, את השיטה. **אך יש כמה הבדלים.**

נקודה בעייתית בחלק מן המדינות: האם המנהג מחייב? לא בכל מדינה המנהג הוא מקור משפטי מחייב. הנקודה המרכזית לפני שנכנס לפרטים היא זו שכלל הזיהוי הוא אותו כלל אמורפי (לא מנוסח ולא כתוב בשום מקום) שהחברה מקבלת על עצמה כמכונן את המשפט- הוא הקובע מה המשפט המחייב.

כלל הזיהוי יכול להיות פשוט= מקור משפטי אחד, נניח **מחוקק:חוקי הכנסת מחייבים.** יכולים להיות מספר מקורות משפטיים, כמו בישראל שיש עקרונות יסוד של השיטה שלא קבועים בחוקי היסוד- אך ביהמש מתייחס אליו כמחייב מבחינה משפטית.

כלל הזיהוי יכול להכיל יסודות שונים. **חוק יסודות המשפט (חקיקה, פסיקה, היקש, מורשת ישראל)** לא יכול להיות כלל זיהוי כי צריך כלל שיפנה אליו. ברגע שכלל זיהוי הוא מורכב ולא פשוט, דהיינו כולל מספר מקורות משפטיים יש **לדרג ביניהם.** למשל באנגליה שהיא ארץ שיטת משפט מקובל מי גובר הפרמלנט או ביהמש? פרמלנט. ההנחה היא שכלל הזיהוי מניח שהפרלמנט גובר על בית המשפט. רוב כללי זיהוי בשיטות משפט כוללים מס' מקורות ולכן יש לדרג ביניהם על מנת שלא תיווצר סתירה.

בשיטות משפט אנגלו-אמריקאיות יש בעיה כי יש את **עקרון התקדים המחייב (החלטת ביהמש מחייבת את שאר בתי המשפט) זה הופך את בית המשפט למחוקק.** בשיטה הקונטיננטלית החלטת בית המשפט מקומית ולא מחייבת הלאה. בשיטה אהנגלו-אמריקאית, בכלל זה הישראלית, החלטת ביהמש הופכת לחקיקה. בשיטות האלו מתעוררת השאלה- מה היחס בין מקורות המשפט השונים לבין כלל הזיהוי? אפשר להציע כאן שני דגמים מעניינים:

**דגם א'- האצלה(המחוקק מאציל סמכות לביהמש): כלל הזיהוי מצביע על המחוקק כמחייב והמחוקק הוא מצביע על בתי המשפט.** בישראל יש את חוק יסוד השפיטה שקובע את סמכות בתי המשפט ובכלל זה את עקרון התקדים המחייב.

**כלל הזיהוי**

**מחוקק**

**בתי משפט**

**דגם ב'- הסמכה ישירה: כלל הזיהוי מצביע על המחוקק אבל מצביע ישירות גם על בית המשפט.** הסמכות של ביהמש איננה מותנית או מוגבלת במה שהמחוקק נתן לו אלא היא מוענקת לו ישירות ע"י כלל הזיהוי. אנגליה שייכת לדגם הזה. כל אחד מהגורמים מוסמך ע"י כלל הזיהוי באופן ישיר, אך ברור שהפרלמנט גובר על בתי המשפט.

**כלל הזיהוי**

**מחוקק בתי משפט**

**מה המצב בישראל?**

מה הדגם הנכון בישראל? נראה זאת מכיוון המעמד של **המנהג בישראל.** באנגליה נוסיף לתרשים את "המנהג" כי הוא מקור משפטי מחייב. השיטה העותמנית העניקה משקל רב למנהג וקבעה שהוא מחייב, המנהג יכול לנבוע מכלל הזיהוי באופן שלא תלוי במחוקק כי השיטה מקבלת אותו. בראשית שנותיה של המדינה המנהג נחשב למחייב, באומרנו מנהג- ברור שאם החוק מפנה אל המנהג הוא מחייב (למשל תקנת השוק) , כך שאם החוק מפנה למנהג ספציפי הוא מחייב.

למנהג יש שני אלמנטים: 1.פרקטיקה- לנהוג בדרך מסויימת, 2. התפיסה שהפרקטיקה מחייבת.

אם מנהג לא נחשב כחובה אז זה הרגל, כדי שמנהג יחייב אנשים צריכים לעשות את זה.

ביהמש בישראל אימץ את התפיסה שהמנהג בישראל מחייב! אמרנו שכדי לדעת מה כלל הזיהוי נבדוק את בתי המשפט, ובתי המשפט אימצו את המנהג בראשית שנות המדינה.

בישראל נוצר נוהג שהממשלה מביאה לאישור הכנסת הסכמים בינלאומיים. הממשלה ראתה כחובה להביא את ההסכמים- מה קורה אם מחר ממשלת ישראל חותמת הסכם שלום עם סוריה ומחליטה לא להביא את זה לאישור הכנסת וחותמת על הסכם, האם יש לה חובה? תהיה עתירה לעליון שנוצר מנהג, ולמרות שהחוק לא מחייב באופן פורמלי אישור של הסכמים בינלאומיים בכנסת נוצר מנהג חוקתי.

**האם המנהג בישראל מחייב?** נקרא את חוק יסודות המשפט- דבר חקיקה, הלכה פסוקה, היקש ומורשת ישראל. האם המנהג קיים פה? לא. זה לא במקרה, המחוקק הישראלי בכוונה לא כלל את המנהג זאת בגלל שמדובר במקור משפטי בעייתי, הוא לא ברור, הוא תמיד מעורר שאלה. במנהג יש להוכיח את שני היסודות האמורים לעיל וזה מסובך. המחוקק זה מה שניסח את חוק יסודות המשפט ובכוונה השמיט ממנו את המנהג.

אז מה מעמד המנהג? לפי שפירא, לכאורה אומרים שהמחוקק השמיט את המנהג והוא לא מחייב בישראל, **אבל לאור מה שלמדנו על כלל הזיהוי- התשובה על כך לא ברורה. אם התפיסה שלנו היא תפיסה של האצלה נכון שבידו של המחוקק לקבוע אם המנהג מחייב או לא, אבל אם הדגם שלנו הוא דגם של הסמכה ישירה- כלל הזיהוי מסמיך מקורות משפטיים באופן ישיר, בלי קשר להכרת המחוקק, כך יכול להיות שהמנהג הוא מקור משפטי מחייב בשיטה הישראלית, כי בשיטה הישראלית המנהג נטמע ואף בתי המשפט הכירו בו ולכן הוא מחייב גם אם המחוקק לא כלל אותו בחוק יסודות המשפט.** יש יסוד למחשבה שהדגם הוא של הסמכה ישירה בגלל הירושה של השיטה האנגלית.

השאלה הזו חשובה במיוחד לשאלת היקף סמכות בית המשפט- ברק למשל סבור שהדגם הוא של הסמכה ישירה. זה מאפשר לו לטעון שסמכות ביהמש בישראל היא לא מוגבלת ע"י מה שהמחוקק אמר אלא רחבה יותר. בקבלת התזה הזו של אהרן ברק יש יסוד לתפיסה שהדגם בישראל הוא של ההסמכה הישירה ואם קיבלנו את זה נפנה לעניין המנהג והואיל ובישראל המנהג היה מוכר בשלב מסויים- לא רק בשיטות קדומות, אפשר לטעון שהמנהג בישראל נטמע כחלק מהשיטה ולכן הוא חלק מההסמכה הישירה.

**זוהי תזה אפשרית ע"י שפירא שפתוחה להכרעת בית המשפט.** זה חשוב כדי להדגים את הנפקה מינה החשובה בין הדגם של ההאצלה לבין הדגם של ההסמכה הישירה.

באופן עקרוני לפי התפיסה הפוזיטיבית, האלמנט הפוזיטיבי בא לידי ביטוי בכך שאנחנו חייבים לזהות מקורות משפטיים ספציפים כמקור של המשפט- המשפט לא בא מהטבע, מהשמיים- הוא בא ממקורות חברתיים ספציפים: מחוקק, בתי משפט, מנהג (החברה יוצרת). יש מוסדות שמייצרים את המשפט, בראש ובראשונה המחוקק ובשיטה האנגלואמריקאים בתי המשפט. זה האלמנט הפוזיטיבי בתיאוריה של הארט.

1. **כלל השינוי**

באים לענות על בעיית הסטטיות. הם כללי שינוי, הם קובעים איך מערכת המשפט משנה את הנורמות שלה. אם לחברה אין כללי שינוי הנורמות הן סטטיות. שם כולל לפרוצדורות וחקיקה.

1. **כלל השיפוט**

נועד כדי לפתור את בעיית היעילות. כללי השפיטה מאפשרים לפתור סכסוכים בין פרטים, או בין הפרטים לבין המדינה. אם אין כללי שפיטה אין לנו דרך לאכוף או לפתור סכסוכים.

הארט מזהה שני סוגי כללים במערכת המשפט, היא מורכבת **מכללים ראשוניים(המשפט פונה אל הציבור=האזרחים, מעניק להם זכויות או מטיל זכויות) ומכללים משניים(כללים מסדר שני בהם המשפט פונה אל עצמו ומקים את המוסדות שלו).**

הניתוח הזה נותן לנו תמונה עשירה של מהי מערכת המשפט. התיאוריה של הארט לא דמוקרטית- זו תיאוריה משפטית שמתאימה לכל מערכת משפט. היא תיאוריה כללית של המשפט. האתגר של הארט הוא לתת תורת משפט **כללית= מתאימה לכל מערכת משפט באשר היא!**

**הפרק השביעי בספרו של הארט- פרשנות**

הארט הותקף בויכוח שהתפרסם בשנת 1958 בדפי הרווארד LAW ע"י פרופ' לון פולר. פולר כתב התקפה על הארט על ההפרדה בין משפט ומוסר. הארט אומר שהמשפט זה החוקים שנקבעו ע"י המחוקק, ע"י בתיה"ש. פולר אומר שהוא צריך להודות שהחוקים הפוזיטיבים לא מכילים את כל התמונה. כאשר בית המשפט צריך להכריע בשאלה של פרשנות לא תמיד ההחלטות ברורות בחוקים ולכן ביהמש משלב עקרונות מוסריים שיפוטיים. העמדה הזו מזכירה את הביקורת של הריאליסטים. הריאליטסים טענו שמערכת המשפט סובלת מעמימות מובנית, העמימות נובעת **מהשפה- בשפה יש יסוד לא ברור,** הרבה מאוד נורמות הן לא ברורות וביהמש צריך להכריע בהן ולכן התפקיד של ביהמש הוא מכריע ולא של החוק- לכן העמדה הפורמליסטית היא עמדה שלא ניתן לעמוד מאחוריה. פולר חושב את אותו הדבר לגבי הפוזיטיביזם, כי התפיסה הזו שחושבת שהחוק קובע מתעלמת מכך שבתי המשפט הם פרשנים ולכן כל אלו הם תמונה לא מייצגת.

הארט היה צריך להתמודד עם הביקורת הזו ולכן הוא טוען שהריאליסטים בעצם יצרו כאוס שלם. הם טענו שכל המערכת הזו בנויה על החלטות של שופטים ולא על חוקים אבל כאן, בלשונו של הארט, יש **הגזמה פראית** ובעצם יש תמונה הרבה יותר מסודרת. הארט מודה שיש במערכת המשפט **רקמה פתוחה- OPEN TEXTURE- שאיננה סגורה עד הסוף ודורשת פרשנות. אך לדידו, לא נבלבל בין הרקמה הפתוחה לבין דברים שהם ידועים. לצורך כך הארט מבצע הבחנה חשובה בין הגרעין לשוליים- הוא מביא דוגמה של כלי רכב: נניח שיש כלל שאומר שאסור להיכנס עם כלי רכב לפארק. כשקוראים את זה יש מיד משהו ברור ומשהו לא ברור. ברור: יש גרעין לכך- אוטו, משאית. ברור שסוס הוא לא כלי רכב. לא ברור: ההיקף של זה, יש דברים שמעוררים סימן שאלה- כמו למשל אופניים. האם כלי רכב בהקשר הזה כולל אופניים? האם כלי רכב כולל כסא גלגלים של נכה? נניח שמכניסים לפארק כלי רכב כדי שישמש משחק לילדים- זה כלי רכב או לא?** יש פה חוסר בהירות.

חוסר הבהירות נובע משני יסודות:

1. העמימות המובנית של השפה- הארט בעק' פילוסופים של השפה אומר שתמיד בשפה שלנו יש שוליים עמומים. אף פעם אי אפשר להגדיר דבר עד הסוף. יש דברים לא ברורים בשפה- חוסר בהירות מובנית בכל ביטוי בו אשתמש. מחוקקים מנסים לפתור זאת ע"י **סעיף הגדרות- אך הוא לא מכיל הכל. אבל זה לא פותר זאת כי יש בעיה נוספת.**
2. נכנסת בעיה נוספת והיא הבעיה שהמחוקק לא צופה את כל האפשרויות. הדברים מתפתחים ולכן יש אלמנט נוסף של חוסר הצפיות של כל המקרים.

הנקודה המרכזית של הארט היא שיש להבחין בין הגרעין של הכלל (לשוני-סמנטי ומשפטי) לבין השוליים העמומים. הגרעין של הכלל המשפטי הוא ברור ויציב אך השוליים עמומים. התשובה שלו לריאליסטים היא שלא הכל זה שוליים, הם מגזימים, כאשר המחוקק קובע כלל יש לכלל גרעין ברור- יודעים מה זה כלי רכב: יודעים שמכונית ומשאית אסורות לכניסה לפארק, נכון שיש שאלה על אופניים וזה **השוליים** ,ביהמש צריך להחליט. ההחלטה של ביהמש לא תהיה פורמלית אלא תהיה החלטה שמבוססת על שיקול דעת של ביהמש. **נקודה מאוד חשובה= נכנס העניין של שיקול דעת. הארט אומר שבמקום בו הכלל המשפטי לא קבע משהו ברור, או שיש מצב של לקונה- חסר, צריך ביהמש להחליט ולעשות שיקול דעת. הוא צריך לשקול מה התכלית של החוק. אם התכלית של החוק שאוסר הכנסת כלי רכב לפארק היא למנוע רעש אז אופניים לא מפריעים כי הם לא ממונעים, אם לעומת זאת תכלית החוק היא בטיחותית- כלומר שילדים יוכלו לשחק בלי איום, יתכן שאופניים שנוסעים במהירות בפארק יכללו באיסור.**

הארט בונה באמצעות ההבחנה הזו שהיא מאוד חשובה אצלו, תשובה לריאליסטים: **מודה במקצת.** הארט אומר שיש משהו בביקורת שלהם אך יש גרעין ושוליים. עיקר הכלל ברור- אל תמוטטו את כל השיטה, אל תאמרו שהכל עמום והכל השופט מחליט- זה לא נכון! החברה קובעת את הכלל, אך אותם שוליים שדורשים פרשנות או אם יש לקונה או מקרה חדש שלא הוסדר אז יש שיקול דעת. זו גם תשובתו לפולר- המשפט מקורו במקומות הפוזיטיבים, יכולים להיכנס שיקולי מוסר וצדק בשוליים- **המערכת לא אטומה לגמרי, הוא שולל את הפורמליזם הקיצוני (פורמליסט שבא ואומר שהשופט צריך להכריע לפי החוק ולחוק יש תשובה- אם במילון אופניים נקראים כלי רכב הוא אוסר את הכניסה) כי הוא מתעלם מאפשרות הבחירה.**

**הארט יורה לשני כיוונים:**

1. ריאליסטים
2. פורמליסטים

שני הקיצוניים האלה עומדים ביריות של הארט- הוא עומד באמצע. הוא אומר לריאליסטים שהם מכחישים קיומו של גרעין ויורה לכיוון הפורמליסטים שמכחישים את אפשרות שיקול הדעת והבחירה. צריך להודות שיש במשפט רקמה פתוחה שבה אין הכרעות- במקומות האלה נכנס שיקול הדעת של השופט. הוא עושה שיקולי תכלית של החוק, הוא עושה שיקולים יותר רחבים של צדק ומוסר. כאשר ביהמש פועל בתחום הגרעין של הכלל- הוא צריך להחיל את הכלל באופן כמעט מכני, כאשר הוא נמצא בשוליים העמומים שם יש לו שיקול דעת! שם השופט פועל. שני הקיצוניים מכחישים את הדבר הזה: הריאליסטים אומרים **שתמיד יש עמימות וחוסר בהירות,** זו הגזמה וטעות- השופט מחוייב לכללים המשפטיים והוא מחויב להחילם. מצד שני הפורמליסטים שחושבים שתמיד השופט פועל באופן מכני ומחיל את זה הם טועים כי יש נק' של בחירה בהם השופט מחליט.

בסוף ה-19 המשפט היה מדעי ופורמליסטי, ובמאה ה-20 היתה התקפה של ריאליסטים, ואז הארט בא ואמר שאנו צריכים להיות אחראים ושתי אמירות אלו גורפות – התפיסה הפורמליסטית מגזימה כי היא מייצרת מערכת לוגית מדעית ללא שיקול דעת, ולכן יש באמצע שיטה של הארט שהיא פוזיטיבית.

כל זה זו בעצם תורת השפיטה של הארט.

**השוואה בין אוסטין, קלזן והארט- חשובה מאוד:**

למדנו 3 תיאוריות פוזיטיביות, לכולן יש משהו משותף= כל אחד מייצרת **כלל אב**- כלל שהוא בשער המשפט.

מה ההבדל בין כלל הזיהוי של הארט לבין תורת הפקודה של אוסטין לבין הנורמה הבסיסית של קלזן?

בתיאוריה כולם ממלאים את אותו תפקיד- כלל אב שמגדיר מהו המשפט, המשפט לא מן האוויר. בתיאוריה של אוסטין ושל קלזן הכלל- תורת הפקודה והנורמה הבסיסית הן אוניברסליות, **כלל הזיהוי ממלא אותה פונקציה אך הוא חסר תוכן- התוכן מתמלא בכל שיטה!!**

**התיאוריה של אוסטין= תורת הפקודה זה כלל האב בכל שיטת משפט- לא משנה איפה אתה. תמיד המשפט הוא פקודה כללית של הריבון.**

**לעומת זאת לפי הארט כלל הזיהוי משתנה מחברה לחברה- כלל הזיהוי במדינות הקונטיננטליות יכולות להצביע על המחוקק, באנגליה יצביע על בית המשפט, בקיסרות על הקיסר- זה משתנה משיטה לשיטה, כלל הזיהוי מראש לא מגביל עצמו לניסוח אחד.**

**נקודה נוספת שמבחינה בין כלל הזיהוי לנורמה הבסיסית של קלזן: הנורמה הבסיסית גם היא אוניברסלית ובנוסף קלזן הגדיר את הנורמה הבסיסית כפיקציה לעומת זאת הארט אומר שמקורו של כלל הזיהוי הוא בחברה- זה לא פיקציה!** לא חייבים להניח את קיומה- הארט ממקם אותה בחברה ועשה את כל הניתוח החברתי ע"מ להראות זאת.

אלו הם הבדלים משמעותיים במאפיינים ובתוכן!

**שיעור 15.5.12**

**פוזיטיביזם**

מה זה אומר שהארט עושה הפרדה בין משפט למוסר? נחדד את העניין. כשמדברים על כך שהפוזיטיביזם עושה הפרדה בין משפט למוסר הכוונה היא לכך שמוסר או הערך המוסרי של נורמה הוא לא תנאי לתקפות שלה. מנק' מבט פוזיטיבית התנאי לתוקף של נורמה הוא היותה עומדת במבחנים הפרוצדוראליים, בהקשר של התיאוריה של הארט=כלל הזיהוי, בהקשר של קלזן=הנורמה הבסיסית. כשבוחנים האם נורמה משפטית תקפה ומחייבת בעולם המשפט נבחן האם היא מקבלת את התוקף שלה מאחת הנורמות המשפטיות הקודמות לה עד לנורמה האוליטימטיבית של כלל הזיהוי. זה מה שקובע את התוקף של הנורמה המשפטית ולא השאלה האם היא צודקת או בלתי צודקת, מוסרית או בלתי מוסרית. השיקול הזה לא נכנס לצורך קביעת התוקף של הנורמה מנקודת מבט פוזיטיבית.

ברור לגמרי שגם מנק' מבט פוזיטיבית המשפט באופן עקרוני, צריך להיות מוסרי או צודק. איפה נכנסים מנק' מבט פוזיטיבית שיקולים של מוסר או צדק?

* בראש ובראשונה בשלב החקיקה- ברור שהמחוקק הפוזיטיביסט לא אומר שיש לו כוח והוא יעשה מה שברצונו ויפעיל את הרצון השרירותי שלו. ברור שלא. ברור שתורת משפט פוזיטיבית לא נותנת הצדקה למחוקק מרושע שכזה. מנקודת מבט פוזיטיבית ברור שהמחוקק צריך לחתור להסדרים שהם צודקים והם מוסריים ויעילים כלכלית. ברור שהוא צריך להגיע לחקיקה טובה לאחר שהוא עושה את השיקולים שלו.

אחרי שהוא מחוקק את החוק- הפוזיטיביסט אומר שהחוק מחייב אם הוא חוקק כהלכה וזה לא משנה אם זה מחוקק ראשי או מחוקק משנה. זו נורמה מחייבת ותקפה- העובדה שלמישהו יש ביקורת על תוכן הנורמה (ביקורת מוסרית או צודקת) זה לא מבטל אותה- **זה הויכוח בין הפוזיטיביזם לנון-פוזיטיבים. הטענה של נון פוזיטיבים (משפט הטבע נאמר) היא שחוק לא צודק- בטל. לעומת זאת הטענה הפוזיטיבית היא ששאלת התוקף של החוק מנותקת ממישור הצודק- אך ברור שראשית בחקיקה צריך שהחוק יהיה צודק.**

* גם מנקודת מבט פוזיטיבית- יש מקום למוסר בלקונות מכיוון שלשופט יש שיקול דעת בתחומים האלה. אחד מהמרכיבים של שיקול דעת הוא גם שיקולי צדק ומוסר. הבחירה של השופט בין האפשרויות סובבת סביב המרכיב המרכזי של שיקולי צדק.

נקודה שעלתה בויכוח בין **פולר להארט:**

הויכוח התרחש בשנת 58' וכאן נכנס לדיון צילה של מלחמת העולם ה-2. הייתה לכך השפעה מרכזית על התפתחות המשפט במאה ה20. פולר העלה טענה חריפה נגד הארט. פולר טוען שאם הארט מחזיק בעמדה פוזיטיבית שהכוח של החוק נובע רק מהתוקף הפרוצדוראלי, ואם החוק חוקק כהלכה ע"י המחוקק שהוסמך, והחוק תקף בלי קשר לשאלת הערך המוסרי שלו- איזה כלים הוא נותן לשופט מול שלטון רע? כאן עלתה השאלה של המשטר הנאצי. בגרמניה, שלפני מלחמת העולם ה-2 הייתה שיטת משפט מאוד מפותחת והיא אף טבעה את המונח "מדינת חוק". בזכות כך ששלטון החוק הוא מכשיר ליעילות המשפט, ובזכות היעילות ושלטון החוק גרמניה למעשה עשתה את מה שעשתה, כולל הזוועות.

אומר פולר להארט- אם אחרי מלחמת העולם ה2 אתה עדיין דבק בכך שחוק זה חוק ומה שקובע את החוק הם רק השאלות הפרוצדוראליות (איך הוא חוקק ומה התוקף שלו) אז אם יש לך מחוקק ישר והגון –הכל טוב, אך מה קורה אם יש לך מחוקק כמו הגרמני הנאצי? אילו כלים תעניק לשופט? מה למדנו ממלחמת העולם ה2? איזה מנגנונים פנימיים יש לנו כדי לא לפול בשנית "לבור" הזה?

הארט טען: ההפרדה בין משפט למוסר היא חשובה ויש לה ערך מוסרי גדול יותר מאשר הקשר שיש בין משפט ומוסר בתוך משפט הטבע. נניח שהיה יושב שופט שמחזיק בעמדת משפט טבע, והוא היה צריך לשקול- הוא היה צריך לשקול שיקולים מוסריים בתוך המשפט ולהגיד מה קובע. נניח היה מבטל את כל החוקים- הוא היה צריך להיכנס למעיין שיקולים מסדר שני- כלומר האם החוק לא צודק עד כדי כך שראוי לבטל אותו. השופט צריך לעשות 2 שיקולים:

1. האם החוק צודק או לא- האם הייתי מחוקק מעיקרא או לא.
2. נניח כי החוק לא צודק, **מה מידת אי הצדק?** לביטול יש פגיעה חמורה במערכת, והביטול שלו שיש לו השפעה שלילית על המערכת, האם זה גובר גם על זה? אי הצדק כ"כ חמור שמצדיק ביטול.

אם אנו מקבלים את התפיסה של משפט הטבע, מקבלים באופן עקרוני את החוקים של גרמניה הנאצית אך צריך לשקול כל חוק האם הוא צודק ו/או קיים. זה יוצר פחות ניקיון בחוקים= יהיו חוקים שיכשירו ויהיו חוקים שיבטלו. הארט טוען שעמדתו יותר נקייה כי הוא מבחין בין מוסר למשפט. החוקים של גרמניה הנאצית היו תקפים אך כעת נבחן אותם מבחינה מוסרית- ויכול לומר כי אלו וקים לא צודקים ולא מוסריים. הארט אומר כי גם אם הוא שופט/קצין/פקיד בגרמניה אז אני נמצא בדילמה. העובדה אני אומר שהחוק תקף לא אומר כי בכל מקרה יש לקיימו. גם פוזיטיביסט מובהק מחזיק בעמדה מוסרית עד כדי סירוב לקיימם. מבחינה אנליטית יש כאן הבחנה בין מערכת מוסרית/מצפונית למערכת משפטית.

אדם פוזיטיביסט שעומד מול החוקים הנאצים- לא משנה אם הוא שופט או פקיד, הוא לא יכול לבצע אותם כי הם לא מוסריים. מבחינה זו הארט אומר שהעמדה שלו יותר נקייה- כשהוא דן כמשפטן הוא דן ככזה בצורה פוזיטיביסטית ברורה ביותר. אדם יכול לעמוד בדילמה, גם במקרים קיצוניים כמו במשטר הנאצי, תהיה התנגשות בין החובה המשפטית לחובה המוסרית. **הארט יאמר ששופט בגרמניה הנאצית חלה עליו חובה משפטית לקיים את החוק וחלה עליו חובה מוסרית לא לקיים את החוק. אדם מוסרי צריך להעדיף את השיקול המוסרי על פני השיקול המשפטי.**

לחוק יש מטרות משלו, מה שהפוזיטיבסטים אומרים זה שיש מערכות נפרדות. אנשי משפט הטבע אומרים שיש עולם נורמטיבי אחד בו יש גם משפט וגם מוסר ומבחינת האדם יש לתת שורה תחתונה. הפוזיטיביסטים אומרים שיש להם מערכת פלורליסטית ולא מוניסטית- יש כמו מערכות, המערכת המשפטית קובעת את החוק🡨 זה החוק! המוסר נכנס לחוק בנקודות מסויימות כמו בשלב החקיקה, לשופט יש תחום בו הוא יכול להפעיל את זה. המערכת המוסרית היא מערכת אחרת שאינה כפופה למשפט- החל מהמצפון האישי וכלה בתיאוריות מפותחות של מוסר. זו מערכת אחרת! הארט אומר שהוא כאדם נמצא במצב בו יש לו 2 מערכות- המערכת המשפטית אומרת דבר אחד והמערכת המוסרית אומרת דבר אחר- ואם מגיעים למקומות קיצוניים, במיוחד כמו משטרי רשע, יש קונפליקט- והאדם נמצא בהכרעה מוסרית בין החובה המוסרית לחובה המשפטית.

(במבחנים- הוא לוקח פס"ד של שופט ואומר לפרש אותה לפי תפיסה פוזטיבית של הארט ולפי תפיסה של משפט הטבע- לפעמים הש' אומר משהו ויש בפסד שלו חבויה גישה מסויימת-לפעמים שופט לא אומר את הדברים כמו חשין שאמר בפה מלא שהוא משפט טבע, ואפשר לפרש את מה שהוא אומר. התפיסה של הארט אומרת שהוא לא תוקף את התוקף של החוק. הוא מקבל, מנקודת מבט משפטית- יש מערכת משפט תקפה! יש לה נורמה בסיסית, כלל זיהוי וכו'. מנק' מבט מוסרית- זו מערכת משפט מרושעת ואז הוא יכול לומר שהוא מתכחש למערכת הזו לגמרי, השופט עומד מנק' מבט מוסרית ולפיה שופט את המערכת המוסרית, זה לא מה שהחוק אומר אני עושה).

חידדנו את היחס בין משפט ומוסר מנקודת מבט פוזיטיבית- היא רלוונטית לכולם. הנקודה שלפוזיטיבסט יש כובע אחר- הוא רואה כל מערכת בנפרד, ואיש משפט הטבע רואה הכל ביחד. הפוזטיביסט רואה מערכת נפרדות שכל אחת מהן קוהרנטית, שתיהן יצטרכו להכריע בין משפט ומוסר- איש הטבע עושה את זה בשדה המשפטי והפוזטיביסט עושה זאת מחוץ לשדה המשפט- בין משפט למוסר.

אחת השאלות שהתעוררו בגרמניה ובמדינות אחרות, ביניהן ישראל, לאחר מלחמת העולם ה-2 קשורה לשיפוט של פושעים נאצים ומשתפי פעולה **לאחר המלחמה.** מה הבעיה? מעמידים לדין פושע מלחמה נאצי, הארט מביא סיפור אפילו שולי יחסי- העמידו לדין אישה שהלשינה על בעלה בזמן המלחמה שהוא מגדף את היטלר. העמידו אותו לדין והוציאו אותו להורג בעק' ההלשנה. לאחר המלחמה, העמידו אותה לדין- מה היא טוענת? היא פעלה לפי החוק, החוק אמר שיש לדווח על כל מי שמתנגד למשטר והיא דיווחה עפ"י החוק. כולם פעלו לפי החוק- על מה מעמידים אותה לדין?

השאלה היא- מנקודת מבט משפטית ותורת משפטית, איך מתגברים על המכשול הזה? הפתרון הקלאסי שהתפתח בגרמניה היה **אימוץ תורת משפט הטבע.** דיברנו על זה כשדנו בפס"ד ירדור כאשר זוסמן דיבר על מלומד גרמני. דווקא הגרמנים פיתחו לאחר המלחמה את התפיסה של משפט הטבע- אי אפשר להיות רק בגבולות הפוזיטביזם ויש לאמץ עקרונות אוניברסליים על חוקיים- לכן האשה, למרות שפעלה לפי החוק, אשמה כי יש עקרונות של צדק. התיאוריה של משפט הטבע הייתה המוצא להכיל את עקרונות משפט הצדק על פושעי מלחמה נאציים.

חוזרת השאלה אל הארט מאת פולר- איך הוא יתמודד עם העניין אם הוא לא מקבל את המושג של "משפט טבע" כלומר עקרונות אוניברסלים שנמצאים מעל המשפט- אין לך בעצם כלי לשפוט פושע נאצי שפעל לפי החוק? **זו שאלה בדיעבד- כאשר צריכים להפעיל את המערכת המשפטית ולשאול איך להפעיל את הכלי המשפטי כאשר אנשים פעלו לפי החוק?** הארט נמצא פה בבעיה קשה והוא בעצם אומר שהוא לא יכול להעמיד לדין לפי משפט הטבע כי הוא לא מכיר בו, לכן הפתרון של הארט הוא בעצם לפעול לפי החוק **באופן רטרואקטיבי- כלומר, הארט אומר, שמה שצריך להיות כאן זה חוק אחר. נפעיל חוק חדש שיהיה רטרואקטיבי.** אפשר להקשות עליו- חוק רטרואקטיבי הוא פסול, אך התשובה של הארט במקרה הזה החוק מוצדק. זאת מהסיבה שאותו אדם ששלח אנשים למחנות ריכוז היה צריך לשקול שיקולים מוסריים אחרים.

מדינת ישראל, במשפט אייכמן, שעמדה מול הטענה הזו פעלה לפי העצה הזו. היא לא הפעילה את משפט הטבע. במשפט אייכמן הטענה הפרילימינארית היו 2:

1. האיש ביצע את העבירות מחוץ למדינת ישראל. מדינת ישראל לא הייתה קיימת ולכן היא לא גוף שרשאי לשפוט אותו.
2. האיש הזה פעל לפי החוק- הוא היה פקיד במשטר הגרמני ופעל לפי החוק.

מדינת ישראל בעצם העמידה אותו לדין לפי **החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם- זה חוק רטרואקטיבי, למרות שחוק רטרואקטיבי הוא פסול, מדינת ישראל אמרה שזה מוצדק ולכן השתמשה בחוק רטרואקטיבי- חוק רטרואקטיבי שאומר שמראש האדם צריך לפעול בניגוד לחוק הוא יהיה מוצדק.** הארט אומר שהוא לא רוצה שיעמידו אנשים לדין לפי הדוקטרינה המעורפלת של משפט טבע, אם מה שהיה בעבר חוק הוא פסול מבחינה מוסרית , לכן צריך לקבוע חוקים חדשים.

גם הפוזיטיבסט וגם איש משפט הטבע אומר לאייכמן שאסור היה לך לעשות מה שעשית. איש משפט הטבע אומר שמבחינה משפטית החוק בטל, והפוזיטיבסט אומר שמבינה מוסרית החוק בטל.

**דוורקין**

הוא מציג מודל של כללים שבאמצעותם הוא תוקף את הגישה הפוזיטיבית. הוא ירש את הארט באוקספורד עד היום הזה. הוא רוצה לנהל התקפה על הפוזיטיזבם והוא בוחר בתיאוריה הפוזיטיבית הכי משוכללת- של הארט, והולך לתקוף אותו. דוורקין אומר שהארט תופס את המשפט כמודל של כללים **אך זו תפיסה חסרה.**

הוא אומר שהתיאוריה הפוזיטיבית עומדת על 3 עקרונות:

1. המשפט הוא מערכת כללים ספציפים שניתנים לזיהוי באמצעות קריטריון ספציפי שבוחן את מקורם ובעקבות זאת את תקפותם. קריטריון ספציפי מכוון פה לכלל הזיהוי של הארט אך יכול להיות גם הנורמה הבסיסית של קלזן,למעשה זה כלל אב. בוחנים את הכלל לפי שושלת יוחסין. לא בוחנים את התוכן!
2. מערכת הכללים הזו היא המשפט באופן ממצה ואקסקלוסיבי. כל נורמה שלא עומדת במבחן של כלל הזיהוי איננה נורמה משפטית. במקרה שיש לפנינו מקרה שאין לגביו נורמה תקפה נאמר שיש לשופט שיקול דעת- אין בעצם כלל משפטי. אם בא מקרה שאי אפשר להחיל עליו את אחד הכללים המשפטיים, יש לקונה, מה שנאמר זה שהמשפט לא אומר דבר על המקרה הזה ולפי הארט מכריעים בו ע"י שיקול דעת שמוענק לשופט. השופט מכריע בשיקול דעת שלא לפי המשפט.
3. חובה משפטית חלה כשיש כלל משפטי וכשאין כלל משפטי אין חובה משפטית.

לפי דוורקין זה המודל של הפוזטיביסטים, ההבדל הוא בקריטריון הבסיסי, לפי דוורקין התיאוריה של הארט היא הכי טובה והכי משוכללת.

לפי התיאוריה של הארט, איך כלל משפטי נעשה מחייב? באחת משתי דרכים:

1. מתקבל באופן ישיר ע"י החברה.
2. מתקבל באופן עקיף מתוך זה שהוא מזוהה ע"י כלל הזיהוי.

יש כלל אחד שמתקבל באופן ישיר ע"י החברה וזה כלל הזיהוי, שאר הכללים מתקבלים באופן עקיף ע"י כלל הזיהוי. לפי דוורקין, כל המערכת שהארט מציע מתעלמת ממימד אחד או מסוג של נורמות משפטיות שקיימות והוא לא רואה אותן **והם העקרונות המשפטיים= אלו הם חלק מהמשפט למרות שהארט לא רואה אותם.**

**כלל=** נורמה ספציפית שכוללת מערכת נסיבות אליה היא מתייחסת.

**עקרון=**נורמה מופשטת שלא מתייחסת למערכת נסיבות ספציפיות.

**מה המבחן?** צורת התחולה. כלל חל בדרך של "**הכל או כלום".** אם המקרה נכנס לגבולות הכלל- הכלל מכריע אותו ואם המקרה מחוץ לגבולות הכלל- הכלל לא נוגע אליו. אם מעמידים לדין אדם על זה שהוא נסע בדרך עירונית על זה שהוא נסע בדרך עירונית במהירות של 80 קמ"ש אם זה הכלל הוא אשם ואם זה לא הכלל יאמרו שהוא זכאי. לעומת זאת **עקרון הוא מופשט ולא חל בדרך של הכל או לא כלום, אלא יש לו משקל והמשקל קובע את ההשפעה שלו.**

עכשיו אומר דוורקין שהעקרונות הם חלק מהמשפט למרות שהם לא מזוהים ע"י כלל הזיהוי! כלומר הם לא נחקקו מעולם. זו הטענה. ברור גם מנקודת מבט פוזיטיבית שיש במשפט עקרונות שמזוהים עם כלל הזיהוי. אף אחד לא חולק שאלו הם עקרונות משפטיים מחייבים כי הם נחקקו ע"י רשות מכוננת. הנקודה של דוורקין היא לגבי עקרונות שלא נחקקו ע"י מוסדות מחוקקים ובכל זאת הם ממלאים תפקיד במשפט. יש לו שתי דוגמאות לכך:

**RIBIS-** נכד רצח את סביו, ולפי חוק הירושה בניו יורק הנכד היה צריך לזכות בירושה כי חוק הירושה קבע שמי שרשום בירושה כיורש עליו לזכות בירושה. הנכד תבע את הירושה לאחר שהורשע ברצח סבו ואז ביהמש אמר לו שהוא לא יקבל את הירושה כי ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה.

**דוורקין שואל-** מאיפה ביהמש הוציא את הדבר הזה? האם העקרון הזה קבוע במקום כלשהו? הוא לא קבוע באף מקום. משמע, לפי דוורקין הכלל המשפטי נסוג מפני עקרון מופשט שלא נקבע בשום חוק. לכן, הוא אומר להארט, שיש במשפט גורמים שלא ראית. דוורקין מראה להארט שיש עקרון שהוא לא זיהה וזה חלק מהמשפט.

HENNIGSEN- יצרן מכוניות סיפק מכוניות וקבע שאם לאדם יש פגם במכונית הוא יתקן אותו אבל זה הדבר היחיד שהוא יכול לתבוע. אירעה ת"ד ותבעו את היצרן. היצרן טוען שלפי החוזה הם רק יכולים לתקן פגמים במכונית אך לא לפצות מעבר.ואילו ביהמש אומר שיצרן המכוניות, חייב לשאת באחריות לנזק שהוא גרם למרות שהחוזה כותב אחרת כי יש עקרון מופשט של צדק.

מאיפה זה נלקח שואל דוורקין? הוא עונה שיש במשפט עקרונות.

איך העקרונות האלו פועלים לפי דוורקין?

אפשר להציע שתי דרכים:

1. העקרונות הם לא חלק מהמשפט ולא מחייבים אבל הם מעין קווים מנחים של שיקול הדעת של השופט. כאשר השופט נמצא במצב שהוא לא יכול להכריע, יש לו מקרה שהוא מחוץ לכלל, אז הוא יכריע בו ע"י העזרות בעקרונות של צדק, שוויון, וכו'. העקרונות האלו לא חלק מהמשפט אלא עקרונות שהשופט מעצמו משתמש בהם.
2. העקרונות הם חלק מהמשפט. אלו עקרונות מחייבים! מחייבים בדיוק כמו הכללים. כמו שהשופט חייב להתחשב בכללים הוא חייב להתחשב גם בעקרונות.

דוורקין אומר שהוא מחזיק באפשרות השנייה. העקרונות הללו הם עקרונות מחייבים, הם לא רק מן עזרה בשוליים לשופט אלא הם חלק מהמשפט. הראיה היא שבעקרונות האלו יש בכוחם לגבור על הכללים. הם לא חלים רק במקום בו הוא במצב שאין כלל אלא גם במקרים שיש כלל. בסיפור של הנכד היה כלל משפטי אבל עדיין העקרון גבר. יש להניח, לפי דוורקין, שלעקרון יש כוח מחייב ולכן התפיסה של דוורקין היא שהעקרונות **הם חלק מהמשפט!** משמע, אנחנו נמצאים בתמונה של משפט יותר מורכב מאשר המודל של הכללים שאתה הארט מייצר.

לא רק זה, אם יש לנו מערכת של עקרונות מופשטים אז הם ממלאים ומשלימים את כל המערכת. הם יוצר מצב שאין חלל במערכת כי יש את כל הכללים הספציפים, ומעבר לכך יש את כל העקרונות המופשטים שמתפשטים מעל המערכת ולכן המערכת כולה מלאה בנורמות.

שלושת המאפיינים שדוורקין קובע בתחילת המאמר:

1. המשפט הוא לא רק מערכת של כללים ספציפים אלא גם מערכת של עקרונות מופשטים.
2. לפי התפיסה הפוזיטיבית כל מקרה שלא נופל בתחומו של כלל הוא מצב שלמשפט אין עליו מה לומר- מדובר בחלל. לפי דוורקין זה לא כך! אם מקרה לא נופל בתחומו של כלל עדיין חלים עליו עקרונות.לפי דוורקין אין חללים במשפט. לצד הכללים הספציפים יש עקרונות מופשטים שממלאים את כל חללו של המשפט. יוצא שלכל שאלה משפטית יש תשובה- כי אם אין תשובה בכלל תהיה תשובה בעקרון. נוצרת מערכת יותר עשירה וגם יותר דחוסה. העקרונות האלו לא בהכרח נכנסו למשפט דרך השער שלא כלל הזיהוי, יש מערכת של עקרונות שהם עקרונות מוסריים, מופשטים שקיימים בתוך המשפט וממלאים אותו. זה נותן לנו תמונה שונה לגמרי של המשפט.
3. לפי הפוזיטיבים חובה משפטית חלה רק במקום שיש כלל משפטי. לפי התפיסה של דוורקין חובה משפטית יכולה לחול לא רק מכוחו של כלל אלא גם מכוחו של עקרון.

**שיקול הדעת**

מושג מאוד מרכזי בתפיסה של דוורקין. כדי להסביר לנו מהו שיקול דעת הוא עושה ניתוח מדויק של המושג.

ניקח 3 דוגמאות שדוורקין מביא:

1. שופט במשחק כדורגל ששופט את המשחק לפי הכללים. יש שאלה האם יש נבדל? לשופט יש שיקול דעת. מה הכוונה שאנחנו אומרים שיש לשופט שקו"ד במקרה הזה? במקרה הזה של שופט במשחק כדורגל או כדורסל יש שיקול דעת- האם להחיל את הכלל או לא? השקו"ד שלו נוגע למצב העובדתי- מה זה החלה של כלל? הכלל קיים בתוך דבר מופשט ויש להחיל אותןו במערכת כללים נתונה. זה לא שיקול דעת במובן של לקבוע כלל כמו שהארט סבר- יש פה שאלה האם להחיל את הכלל או לא. אין לו באמת שקו"ד במובן הזה שהוא קובע נורמה ומשוחרר להחליט מה שהוא רוצה אלא הוא צריך לקבוע לפי הכלל. הוא לא קובע דבר נורמטיבי אלא פשוט מיישם את הכלל- צריך לראות שיש התאמה בין הכלל למציאות.
2. מפקד בכיר מורה למפקד זוטר לקחת לביצוע משימה את שלושת החיילים המהירים ביחידה. אומרים שלמפקד הזוטר יש שיקול דעת לבחור את חמשת החיילים המהירים, הוא זה שבוחר אותם. אבל, אומר דוורקין, האם יש למפקד הזוטר חופש בחירה? בעצם- אין לו חופש בחירה כי הוא כפוף לכלל שהמפקד הבכיר קבע לו.
3. פקיד בחברה שאומרים לו להוציא מכרז ותכרות חוזה עם ההצעה הזולה ביותר. אומרים שלפקיד יש שקו"ד לבחור את החברה שעמה יחתם החוזה, אך האם יש לו חופש? מה שמאפיין שיקול דעת זה החופש. כשלאדם יש חופש החלטה אומרים שיש לך שיקול דעת לקבוע בעצמך. לפקיד שאמרו לו לחתום על החוזה הזול ביותר אין חופש כי הוא כפוף למה שאמרו לו. אין לו שקו"ד ולא חופש.

**לכל אלו קורא דוורקין שיקול דעת חלש.** בניסוח חריף יותר הוא לפעמים אומר **אין שיקול דעת.** כי בעצם בכל המקרים האלה, האדם שיש לו כביכול שיקול דעת, הגורם שאנחנו מייחסים לו שקו"ד כפוף לכלל שמנחה אותו. הוא עושה התאמה בין הכלל למציאות. לפעמים שיקול דעת משתמע **כחשיבה,** לפעמים **כחופש.** מטילים את סמכות ההחלטה על אדם ולצורך הפעולה הזו הוא צריך לחשוב, לפעמים צריך לחשוב הרבה מאוד, בסוף יש שורה תחתונה בה הגורם המחליט- האם יש לו חופש לפעול או אין לו חופש, דוורקין אומר שברגע שחלה עליו נורמה משפטית אז אין לו חופש פעולה. אין לו באמת שיקול דעת כי הוא מחוייב.

דוגמה אחרת: נניח שהמפקד הבכיר אומר לזוטר שיש לו 5 משימות. לכל משימה קח 5 חיילים ותבצע אותה. למפקד הזוטר, יש שיקול דעת עכשיו את מי לקחת למשימה- הוא לא הנחה אותו באופן ספציפי את מי לקחת. עכשיו יש לו שיקול דעת **במובן החזק כי יש לו חופש פעולה והוא זה שמחליט! כי לא קבעו לו כלל מנחה. הוא יכול לקבוע לעצמו כללים וליצור אותם לעצמו.**

זה הניתוח המושגי של שיקול הדעת של דוורקין, זו ההבחנה בין שיקול דעת חזק לשיקול דעת חלש.

בעיני המרצה, באשר לשופט הכדורגל, אין כלל שיקול דעת אלא רק יישום. כאשר הגורם המחליט כפוף בסופו של דבר לנורמה- אין לו שיקול דעת.

לעומת זאת, כאשר ניתן לגורם המחליט שיקול דעת ואומרים לו להחליט מבלי שיש לו הנחיה, אז נאמר שיש לו חופש פעולה ושיש לו שיקול דעת.

**לפי ההגדרה של דוורקין שיקול דעת קיים במקום שבו יש לגורם המחליט חופש בחירה! הוא יכול לבחור באפשרות 1, 2, 3. יש לו יותר מאפשרות 1.**

**מה טיבו של שיקול דעת שיפוטי לפי דוורקין?**

אם מדובר במצב בו לשופט יש שיקול דעת או אין שיקול דעת? האם מה שאני אומר לשופט זה "תפעיל את הכללים" בדיוק כמו שופט כדורגל ואז אומרים שאין לו שיקול דעת, או שאומרים שיש לו אפשרות בחירה?

ברור שיש מצבים שבהם שיקול הדעת של השופט הוא חלש, דהיינו הוא צריך להחיל את הכללים. הוא מפעיל את הכלל בצורה מכנית- ברור שיש מקרים מהסוג הזה. אלו הם המקרים הקלים, אך יש מקרים שהם מקרים **קשים.** לא בהכרח מדובר על מקרים דרמטיים, אלא מקרים שאין לנו כלל ברור!

לפי הארט אנחנו נמצאים או במצב של שוליים או במצב של לקונה, במצב כזה אין לשופט כלל שהוא יכול להפעיל באופן מכני- כי אין כלל או שדרושה פרשנות. במצב הזה אומרים שיש לשופט שיקול דעת שיפוטי.

מה טיבו של שיקול הדעת השיפוטי בנקודה הזו? כאן יש הבדל גדול בין דוורקין להארט. לפי הארט, כאשר אנחנו נמצאים בשוליים של הכלל **לשופט יש שיקול דעת חזק.** לפי הארט, כאשר אנחנו נמצאים בתוך הגרעין של הכלל- השופט מיישם את הכלל וכאשר אנחנו נמצאים מחוץ לגרעין של הכלל אין לשופט כלל אותו הוא יחיל **ופה הוא יוצר חוק!**

לפי דוורקין, הגישה הזו של שיקול דעת, שהשופט חופשי- כלומר, אין חובה משפטית, ואז לשופט יש שיקול דעת- על זה דוורקין חולק! הוא אומר שזה דבר פסול ולא ניתן לקבל אותו. דוורקין אומר **שהשופט תמיד נמצא במצב של שיקול דעת חלש/העדר שיקול דעת.** לפי התמונה של דוורקין יש במשפט תמיד עקרונות ולכן אם יש עקרונות, במצב בו השופט מגיע לנקודה בה אין כלל משפטי, או בשוליים של הכלל, הוא לא עומד מול חלל אלא עכשיו ניצבים לפניו עקרונות משפטיים והם צריכים להנחות אותו. הוא לא חופשי לעשות מה שהוא רוצה אלא הוא צריך לפעול לפי העקרונות האלה, **לכן לפי דוורקין שופט אף פעם לא נמצא במצב של חופש בחירה במובן המלא שלו- תמיד הוא כפוף לנורמות שחלות עליו, ולכן אף פעם לשופט אין שיקול דעת חזק אלא תמיד שיקול דעת חלש. הוא תמיד צריך לבדוק: כלל- אין כלל🡨 הולכים לעקרונות🡨 יותר מעקרון אחד🡨 איזון.**

יש פה היפוך של הקערה על פיה מבחינת התמונה המקובלץ. הפוזיטיבים נחשבים לאלו שתמיד פועלים עפ"י החוק ודוורקין מבקר אותם בדיוק בנקודה הזו- דווקא להם יש את הנקודה שהם מרשים לעצמם לפעול שלא לפי החוק. לזה הוא מתנגד בתוקף, דווקא עם התמונה הלא פוזיטיבית של דוורקין (שיקולים מוסריים/חברתיים/כלכליים וכו') זה נראה כאילו השופט חופשי- כי יש שיקולים נוספים לצד החוק, אבל בעצם דוורקין הופך את הקערה על פיה- הפוזיטיבים כפופים לחוק רק כאשר החוק ברור ואם אין חוק ברור השופט חופשי לגמרי- **אך השופט הוא לא חופשי לגמרי- זה לעולם לא יקרה!!**

זה הבדל דרמטי מאוד, שלפי התפיסה הפוזיטיבית לשופט יש לפעמים תפקיד מיישם ולפעמים תפקיד יוצר , אבל לפי דוורקין השופט תמיד מיישם ולא יוצר.

בעקבות כל זה אומר דוורקין שצריך להניח שלכל שאלה משפטית יש תשובה **אחת נכונה.** זה נובע מכל מה שאמרנו, מכיוון שלפי דוורקין :אם יש שאלה משפטית, אם יש כלל נפעיל אותו, אבל אם אין כלל נפעיל את העקרון. העקרונות האלו מספקים תשובה כי מתוכם יש תשובה. לכל שאלה משפטית יש בעצם תשובה משפטית אחת. אם לא הייתה תשובה אחת אז לא היה שיקול דעת לבחור. אם לא הייתה תשובה אחת נכונה, אז היה שיקול דעת לבחור. ברור לגמרי שאם אין תשובה נכונה אז המשמעות היא שלשופט יש שיקול דעת, אם אני רוצה להגיד שאין שיקול דעת צריך להגיד שיש תשובה נכונה אחת.

הדבר המרכזי, כפי שעולה במאמרו של **עמוס שפירא**, הוא שכאשר עוסקים בשאלה משפטית (האם יש חובה לעשות מעשה או לא) צריכים להניח שיש חובה או שאין חובה. לא עוסקים בשאלות של "טעם וריח", לא מדובר בעניין סובייקטיבי הקשור להעדפות של האדם. ברור שתשובה לשאלה משפטית היא לא מהסוג של "בא לי", "אני אוהב יותר...", אנחנו חייבים לתת טעם להחלטה המשפטית.

**כמו למשל פס"ד אבינרי:** הפס"ד מדגים בצורה יפה את המושג של **איזונים.** אברהם שפירא היה חסיד גור, שניהל את מפעל שטיחי כרמל. היה איש עשיר מאוד. העיתון אריה אבינרי מצא עליו כל מיני חומרים ופרסם ספר בשם "הגביר". כאשר נודע לשפירא על הספר, הוא פנה לביהמש וביקש לאסור את הפרסום בטענה שהדבר פוגע בשמו הטוב. בית המשפט קיבל את הטענה ואסר על פרסום הספר, כשבוחנים את החוק לביהמש יש סמכות בחוק להורות על צו עשה. זו עבירה של לשון הרע, באופן עקרוני, יש לבית המשפט סמכות גם להורות על צו עשה שימנע את הנזק מראש. זה בעייתי מאוד בעניין הזה כי זה עומד בניגוד לחופש הביטוי. מבחינת חופש הביטוי, אנו רוצים לאפשר אותו ולכן יש לאפשר את הפרסום בשל כך. יש התנגשות בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי. ביהמש העליון נכנס לדיון **ועושה איזון (שיקול) בין חופש הביטוי מצד אחד והביקורת שרוצים לאפשר על אנשי ציבור, ומנגד הזכות של האדם לשם טוב.** ביהמש מגיע למסקנה, בראשות ברק, שלא ראוי לאסור מראש את פרסום הספר במקרה דנן- יש לאפשר את פרסום הספר ואם לשפירא תהיה טענה של לשון הרע, בדיעבד, הוא יגיש תביעה והיא תידון. הדיון של ביהמש הוא איזון בין עקרונות, במונחים של דוורקין, כי הכלל לא הכריע את המקרה- הכלל נתן סמכות לביהמש, לביהמש יש סמכות להורות על "צו עשה" או "לא תעשה" והשאלה אם להפעיל את הסמכות או לא היא פתוחה **ויש שיקול דעת לשופט לקבוע אם ראוי להפעיל את הסמכות, זה נקבע לפי איזון של עקרונות- בין החשש לפגיעה בשם הטוב לבין פגיעה בחופש הביטוי.**

**איך מגדירים את הסיטואציה מבחינת שיקול הדעת?** הארט יאמר שזו החלטה של השופט. דוורקין יגיד שזה שיקול דעת חלש- התשובה לפיה חופש הביטוי גובר על שם טוב היא התשובה הנכונה. זה לא שהשופט נמצא במצב בו הוא אומר שיש לו בחירה, זה לא שהוא עושה מה שבא לו. השופט פועל לפי מה שהעקרונות החוקיים **מחייבים אותו.** מנקודת המבט של דוורקין יש פה **תשובה אחת נכונה!** ביהמש צריך להניח שיש תשובה אחת, היא התשובה המחייבת, והיא התשובה הנכונה.

במישור המושגי יש להניח שיש תשובה אחת נכונה, שאלה משפטית היא לא שאלה במתמטיקה. במשפט איננו יכולים להוכיח באופן לוגי ופורמלי את התשובה הנכונה, התשובה תגיע כתוצאה מהחלטה ערכית ויש לנו מחלוקות בין השופטים= רוב ומיעוט. גם הארט מסכים, וכולם מסכימים, שהחלטה של שופט היא לא שרירותית ולא בסגנון "בא לי". השופט מנמק ויש לו טעם ואח"כ אומר שזו ההחלטה הנכונה. עובדה שכאשר יש החלטה לא נכונה אנחנו מבקרים אותה.

הטענה הנוספת של דוורקין היא שהשיקולים האלה הם שיקולים שבחוק, בעוד שהארט אומר שקצרה ידו של החוק- החוק לא נותן מענה. ברגע שנמצאים מחוץ לכלל אז אין תשובה בחוק. מערכת המשפט חילקה את הסמכויות שלו, במקום שהכללים נגמרים אנחנו מחוץ לגרעין של הכלל, מערכת המשפט ממנה את הש' ונותנת לו שיקול דעת שיפוטי- לא מדובר בהחלטה שיפוטית אלא בהחלטה מנומקת. לפי דורקין, כשהכלל נגמר השופט פונה לעקרונות שהם בתוך החוק במובן הרחב!

באופן פרקטי ברור שיש מחלוקת וכל אחד חושב שהתשובה הנכונה עמו, אך מישהו טועה. אך אי אפשר להראות את הטעות כמו במתמטיקה אך זו עדיין טעות. עדיין מבחינה מושגית אנחנו פועלים במערך של תשובה נכונה ולא נכונה **והיא מונעת מהחוק כי החוק מכיל את כל השיקולים האלו, בעוד שהארט יגיד שהדברים האלו הם מחוץ לחוק (כלומר חוק=משפט, במובן הרחב).**

יש פה גם שיקולים נוספים, עוד שני שיקולים שדוורקין מעלה:

1. מעבר לטיעון האנליטי- יש טיעון פוליטי. **טיעון של הפרדת רשויות** אם לפי הארט למעשה איננו פועלים לפי הפרדת הרשויות כי לשופט יש מעמד של מחוקק, וקובע כמו המחוקק. לפי התפיסה של דוורקין סמכות החקיקה נתונה **למחוקק בלבד**. הוא הנבחר של העם (דמוקרטיה).
2. שיקול נורמטיבי- לא רוצים שהשופט יחיה בהחלטה שהוא יכול להחליט לבד. הוא צריך לעמול ולעבוד קשה כדי למצוא את התשובה בחוק.

**ברק מושפע מדוורקין,** אבל כשברק מגיע לשאלה של שיקול דעת שיפוטי הוא לא מקבל את העמדה של תשובה נכונה אחת. לטעמו, החוק מאפשר יותר מתשובה אחת. ברק אומר שלשופטים יש שק"ד חזק. הוא לא מקבל את העמדה של דוורקין שלשופט אין בחירה ואין לו שיקול דעת שיפוטי כי החוק מותיר בחירה בידי השופט ויש בחירה בין יותר מאפשרות אחת. דהיינו, לשופט יש שק"ד שיפוטי.**לברק יש עמדת ביניים- לוקח את רוב הגישה של דוורקין ומושפע מעט מהארט, אך חשוב לזכור כי לא מזדהה עם העניין של פיקוח שיפוטי ועם העניין של תשובה אחת.**

מצד אחד יש בדוורקין יש יסוד פורמליסטי בכך שיש תשובה אחת, אך זה נגזר מהכללים המשפטיים ובמובן שהוא חושב שבמשפט יש תשובה אחת נכונה לכל שאלה הוא פורמליסטי. מצד אחר, יש אצל דוורקין משהו שהוא אנטי-פורמליסטי שזה הערכים והעקרונות. העמדה של דוורקין היא שהמשפט הוא לא רק כללים אלא יש עוד תפיסות.

**הקשר בין דוורקין לאקטיביזם שיפוטי:** יש פה יסוד לאקטיביזם שיפוטי, דוורקין נותן לשופט ארגז כלים הרבה יותר גדול מאשר הפוזיטיבים הקלאסים (ולא הארט).

המאמר של רז מראה את דעתו של הארט. הם מתווכחים על העניין של העקרונות המשפטיים- מה אומר רז לשפירא במאמר? **יש הבחנה בין עקרונות משפטיים לעקרונות לא משפטיים.** אחרי שדוורקין כתב את כתיבתו זה חולל השפעה עצומה בעולם המשפטי והארט היה עדיין בעולם המשפטי, אבל הוא בכל זאת הודה במקצת. הארט הוציא באחרית ימיו ספר שבו הוא עונה לדוורקין:

הודה כי לא נתן את הדעת מספיק על קיומם של עקרונות במשפט. מודה כי קיימים גם עקרונות אך להארט חשיבות עצומה להבחנה בין עקרונות משפטיים לעקרונות לא משפטייםץ דוורקין פותח את מושג המשפט- המשפט הוא מפולש- כל עקרון משפטי הוא גם חברתי, מוסרי וכלכלי. השופט רשאי להשתמש בכל השיקולים וכל שיקול הוא בעל מעמד נורמטיבי וגם משפטי. דוורקין הוא גרסה מודרנית של משפט הטבע.

**מה ההבדל בין דוורקין למשפט הטבע?** דוורקין הוא נון-פוזיטיביסט ורואה במערכת אחת את כל השיקולים החברתיים, מוסריים כמערכת משפט אחת וזה דומה למשפט הטבע, **אך דוורקין מסתייג לתלות את התזה שלו בטבע, מדובר בעקרונות מוסריים של החברה המערבית!!** הוא לא תולה את זה בחברה ספציפית אלא בחברה המערבית.

הארט במאמרו מקבל את קיומם של העקרונות אבל חשוב להבחין בין עקרונות משפטיים ללא משפטיים. יש הבחנה ביניהם, המערכת המוסרית צריכה להיות מובחנת מהמערכת המשפטית. לא כל עקרון שקיים בחוץ הוא גם עקרון משפטי מחייב. מצד שני, ופה יש הליכה של הארט לכיוון של דוורקין, הארט אומר ("הפצצה" שהוא מטיל) שיכול להיות שכלל הזיהוי מזהה עקרונות כחלק מן המשפט. אם עד עכשיו חשבנו שכלל הזיהוי זה רק זיהוי של המחוקק או הפסיקה, פתאום הוא אומר שיתכן שכלל הזיהוי מזהה עקרונות של השיטה- אך זה עקרונות מסויימים. דוורקין רוצה להשתחרר מכלל הזיהוי ורוצה מערכת פתוחה!

העקרונות מזוהים באופן עצמאי אך עדיין נשמרת ההבחנה בין עקרונות משפטיים ללא משפטיים.

**שיעור 9- 22.5.12**

בשבוע שעבר דיברנו על התיאוריה של דוורקין בעבקבות המאמר שלו MODEL OF RULE.

**התיאוריה של דוורקין- המשפט כפרשנות**

מאמר יסודי מאוד. אבן יסוד בתפיסה של דוורקין שיש בה איזה שכלול מסויים ממה שראינו במאמר המוקדם שלו- MODEL OF RULE.

דוורקין במאמר מציג שתי תפיסות חלופיות לגבי השאלה מהן קביעות משפטיות- מהי קביעה משפטית ששואלים מה הדין במקרה מסויים- האם פלוני אשם או לא אשם? כל קביעה משפטית שאנחנו מכירים, שביהמש קובע דוורקין שואל מה טיבה של הקביעה:

**אפשרות א':** האפשרות **הפוזיטיבית.** אפשרות זו רואה את הקביעה המשפטית כקביעה תיאורית, להגיד שפלוני חייב כסף בעקבות תביעת נזיקין זה לומר שהחוק אומר שהוא חייב כסף. משמע, אי פעם מישהו קבע את זה- המחוקק, בית משפט או מוסד משפטי כלשהו. עכשיו אנחנו **מיישמים** את הקביעה המשפטית. הקביעה היא תיאורית במובן שהיא מבוססת על תיאור- זה המשפט, כך קבעו.

מה הבעיה בעמדה הזו לדעת דוורקין? היא טובה לאותם מקרים בהם החוק אכן התייחס בפירוש למקרה הזה. מה קורה במקרה שאין בחוק תשובה? יש עמדה אחרת- משפט הטבע- והיא מה שנקרא "העמדה המעריכה" או "עמדה נורמטיבית". העמדה הזו לא מתארת מה המשפט אומר אלא מה המשפט צריך לומר. מנקודת מבט של איש משפט טבע, או מנקודת מבט של איש המוסר לגבי דין מסויים תמיד המחשבה שלו תהיה מה הדין הראוי. לצורת המחשבה הזו יש בעיה קשה מנקודת המבט של דוורקין והיא סובייקטיביות, כלומר אם אני שואל מה צריך להיות הדין זה עניין סובייקטיבי. זה לא עניין שהמשפט אומר אלא זה תלוי בדבר. אדם אחד חושב שהוא צריך להיות אשם והשני חושב שלא. העמדה הזו סובלת מסובייקטיביות, בעצם אנו לא עוסקים במשפט שצריך להיות מימד אובייקטיבי נורמטיבי. אז אם אנחנו הולכים על הקוטב הפוזיטיבי אומרים מה המשפט אומר, אבל לומר שתמיד יש למשפט משהו עובדתי לומר, תשובה לשאלה הזו, זה יומרני מדי ומצד שני משפט הטבע זה סובייקטיבי מדי.

**אפשרות ב': המשפט כפרשנות.** המשפט הוא **תמיד פרשנות!** דוורקין אומר שלא רק שאנחנו עוסקים בפרשנות, איש לא חולק שבמהלך תהליך משפטי מפרשים את החוק- זו פעולה מאוד מרכזית בכל הליך שיפוטי, זה לא חידוש של דוורקין. הטענה של דוורקין היא לא לגבי מצב בו אנחנו או ביהמש עוסקים בפרשנות במובן הצר, דהיינו לפרש טקטס לפניו (להסביר את מילותיו) אלא שכל הכרעה משפטית, באשר היא, היא תמיד פרשנות. יש פה תפיסה של פרשנות כעניין מהותי למשפט. אלמנט הפרשנות הוא בדיוק הדיאלוג בין הקביעות העובדתיות של המשפט, הפוזיטיביות, דהיינו החוק, התקנות, התקדימים, כל הנתונים המשפטיים הפוזיטיביים, הם לכשעצמם לא יכולים תמיד לספק את התשובה- תמיד צריך ליישם אותן באופן חדש וזהו האלמנט הפרשני. בספרו הוא מחליף את שם הפרק ל"LAW AS INTEGRITY"- הוא מעדיף להחליף את המילה "פרשנות" למילה INTEGRITY שיש לה שני מובנים: 1. שלמות (אינטגרציה בין הנתונים המשפטיים הפוזיטיבים-חוקים, פסדים, תקנות – לבין ערכים והתוצאה הרצויה), 2.יושרה- המובן הערכי של המילה. זה היינו הך, בעיניו היסוד המהותי של המשפט הוא יסוד פרשני.

הארט גם אמר שהמשפט לא נותן תשובה לכל שאלה, בגרעין לשופט יש שיקול דעת. הארט לא רואה את ההחלטה כעניין פרשני, יש לשופט פה "חופש" להחליט מהי ההחלטה הרצויה. לפי הארט, השופט עושה שיקול מוסרי במובן הרחב של המילה- הוא שואל מה רצוי. אם השופט ימצא תשובה בגרעין אזי שיש למשפט תשובה- המחוקק או התקדימים קבעו את הדין (משפט מוסדר). דוורקין התקומם נגד החופש של השופט. אם אין חוק במובן הפשוט של המילה, לפי ההבחנה של רז והארט, השופט מחליט כי הוא בעל שקו"ד. דוורקין אומר- מה פתאום שהוא יחליט?! זו החלטה סובייקטיבית בעוד השופט צריך **ליישם את החוק** ולא ליצור בעצמו. לכן, התיאוריה של הארט לא מספקת את הסחורה (עצמה??) כי הוא אומר שבמצב של הגרעין השופט מחיל (פוזיטיביזם קלאסי). החידוש הגדול של הארט זה ההבחנה בין הגרעין לשוליים, בשוליים יש שקו"ד ואז איפה המשפט? איפה כפיפות המשפט לחוק?

**החידוש הגדול של דוורקין היא הפרשנות.** הוא נותן תיאוריה יותר משוכללת לזו של עקרונות המשפט.

בחלק הראשון של המאמר הוא מתחיל מפרשנות ספרותית. מה התפקיד של פרשנות ספרותית? הוא מציע תזה מרכזית כוללת של פרשנות זו. דוורקין קורא לפרשנות של ספרות "התיזה האתסטית". התיזה אומרת שכאשר פרשן מפרש יצירה ספרותית או אומנותית המטרה היא לפרש את היצירה באור הטוב ביותר- שהיא תהא היצירה הספרותית הטובה ביותר שיכולה להיות. הוא לא ממציא סיפור חדש או תמונה חדשה, אלא לוקח את הסיפור ומפרש אותו בצורה הטובה ביותר- מראה יש בו. מה הנושא עליו היצירה מדברת? אילו מתחים היא מראה? וכו'. פרשנים בספרות חלוקים ביניהם לגבי השאלה מה זו יצירת אומנות טובה, יש מחלוקת אסתטית. יש החושבים שיצירה הכי יפה היא יצירה מלוכדת-אפשר להסביר כל פרט בה. הוא אומר שמעבר למחלוקות – תזת העל אומר שהפרשן רוצה לפרש את היצירה באור הטוב ביותר.

הוא אומר שניתן לבקר את העמדה שלו- מה זה לפרש את היצירה באור הטוב ביותר? זה עניין סובייקטיבי לגמרי, אבל זה שאי אפשר להוכיח תמיד מה הפירוש הטוב ביותר זה לא אומר שאין דבר כזה. בפרשנות של אומנות האם יש מימד אובייקטיבי שניתן להצביע עליו או לגמרי סובייקטיבי? זה ויכוח סובייקטיבי גדול והנטיה של דוורקין היא יותר לאובייקטיבי- שיש באיזשהו מובן קריטריונים של אמת ושקר.

הטענה של דוורקין היא שגם אם לא ניתן להוכיח יכול להיות שיש קריטריונים טובים ביותר.

התיזה המרכזית- האם כאשר מפרשים שיר או סיפור צריכים לפרש לפי "מה שהתכוון המשורר" או לפי מימד אובייקטיבי? לפרשנות של דוורקין יש מימד אובייקטיבי- כי היא מנותקת ממי שיצר אותה. הטענה של כוונת המחבר היא לכאורה מאוד חזקה- היא אומר שיצירה ספרותית, מישהו כתב אותה והוא התכוון להביע משהו, הטקסט הספרותי הוא מדיום שהוא התכוון דרכו להביע משהו, אז אם ביצירה אתה קורא משהו שהוא לא התכוון להביע אתה בעצם לא קורא את היצירה. דבר נוסף, בפרשנות לפי כוונת המחבר, יש אלמנט אובייקטיבי (במובן אחר של אובייקטיבי- קיום אמיתי, קיום שאפשר לחתור אליו. בעוד שהפרשנות האובייקטיבית במובן של היצירה עומדת בפני עצמה יש בה מימד סובייקטיבי- כוונת המחבר. יש מובן אחר של אובייקטיבי-בקריטריון של כוונת המחבר אני חותרת להבין למה התכוון המחבר שחי בתקופה מסויימת וכו'- אין קנה מידה חיצוני חוץ ממה שאני חושבת).

התזה של דוורקין היא אובייקטיבית במובן של הטקסט. התיזה האסתטית אומרת שכוונת המחבר לא קובעת כי אני צריכה לקחת את היצירה הספרותית ולתת לה את הפירוש הטוב ביותר.

מה דוורקין אומר למי שיאמר לו שהתזה הזו היא סובייקטיבית- אין לה שום משען במציאות?

1. הוא שואל למה כוונת המחבר זה כ"כ חשוב? המחבר כתב את היצירה אבל לפני יש סיפור ולא כזה חשוב למה הוא התכוון ולמה הוא לא התכוון. צריך לפרש את היצירה.
2. כוונת המחבר היא בעצם דבר שלא רק שהוא לא חשוב אלא הוא בעצם ניתן ניתן להשגה- הוא עלום. התודעה הפסיכולוגית של המחבר בעת היצירה היא דבר שלא ניתן להשגה. אין גישה אליו, אלא יש גישה רק אל הטקסט. כל העמדות של האיש שיודעים ממקורות **חיצוניים** (כמו דוד גרוסמן והתבטאויותיו בתקשורת) זה לא אומר בהכרח שבעת הכתיבה הוא הטמיע אותן. יש את התת-מודע, יש דברים שביצירת אומנות אדם מוציא משהו, שהם לא מדעיים, הדברים האלו לא תמיד מודעים למחבר עצמו. זה אלמנט של תת מודע.

לפי דוורקין, הפרוייקט הפרשני שמטרתו להתחקות אחר כוונת המשורר הוא נידון לכשלון. כפרשנים יש לראות לנגד עינינו את היצירה האובייקטיבית שהיא הטקסט ואותה נפרש לפי התיזה האסתטית.

ישנם שני תפקידים: 1. תפקיד יוצר- מחבר את הטקסט, 2.תפקיד הפרשן- מפרש את הטקסט. לפי דוורקין לפעמים שני התפקידים משתלבים. המחבר עצמו גם כן לא גורם מכריע בלהגיד מה הכוונה.

**המשפט**

נחשוב על מודל ספרותי שמשלב את היסודות של פרשנות וכתיבה. דוורקין מציע את הרעיון של **רומן שרשרת.** אנחנו כותבים פרוייקט- סופר ראשון כותב פרק, הסופר השני צריכים להמשיך את הפרק, השלישי את שני הפרקים וכו'. מה שמיוחד זה שמי שבא לכתוב פרק צריך לעשות שתי פעולות- **פעולת הפרשנות ופעולת היצירה. הסופר צריך לקרוא את הפרקים הקודמים ולהבין לאן הם מובילים- מהן הדמויות, מה המניע והמאפיינים של כל דמות. לכתוב את הפרק שיתאים למה שהיה קודם- לעלילה, לאפיון הדמיות וכן הלאה.** אם הפרק יסטה זה יסטה מהרעיון של הספר.

התנאי הראשון של סופר ברומן שרשרת: **עקרון ההתאמה FIT- כלומר מה שהוא צריך לכתוב צריך להתאים לפרקים הקודמים ולעלילה/לדמויות/לתימות.**

**אבל יש עקרון נוסף- לעשות את הפרק מעניין. הפרק הזה במובן מסויים צריך לעשות את כל היצירה אחורה גם טובה.** הפרשן בעצם פועל לפי **עקרון ההתאמה והעקרון של הארת היצירה באור הטוב ביותר.** עכשיו דוורקין אומר שנקח את זה למשפט. לפי דוורקין, הדגם של רומן שרשרת הוא דגם המסביר בצורה היפה ביותר את עבודתו של השופט. לפני השופט נכתבו פרקים קודמים, המחוקק קבע חוקים, הממשלה התקינה תקנות, נקבעו תקדימים ועכשיו מגיע אל השופט מקרה. המקרה המעניין הוא מקרה שלא הוכרע בתקדימים הקודמים. נניח שבאים לכתוב פס"ד כותבים **את הפרק שלי. הפרק שלי, לפי דוורקין, צריך לעמוד בשני התנאים של הפרשנות שהצבנו לנו. התנאי הראשון: ההתאמה! כלומר, הפרק שלי צריך להתאים לפרקים הקודמים, דהיינו להתאים לחוק, לתקדימי הפסיקה, הוא לא יכול לסטות מהם. אם הוא סוטה מהם באופן בולט אז הפרק שלי חריג בסיפור. אבל לא מסתפקים בהתאמה, רק בהחלה מכנית של התקדימים שנעשו עד עכשיו, אני צריך גם להאיר את היצירה באופן הטוב ביותר.**

התיזה האסתטית של דוורקין מתחלפת במשפט בתיזה אחרת🡨 מטרת המשפט היא לא אסתטית (לא לתת את התיאור היפה ביותר), המשפט בא לתת משהו אחר- **התיזה הפוליטית.** פוליטית במובן שהיא מחילה תיאוריה פוליטית, כששופט נותן פס"ד- וזה דבר מרכזי אצל דוורקין- פסק הדין שלו צריך לבטא מחשבה פוליטית, דהיינו **עקרונות של צדק, רווחה, תועלת כלכלית, באופן שיתן את הפירוש הטוב ביותר למסורת המשפטית.**

מה יוצא מהתיזה הזאת של דוורקין?

כאשר שופט כותב פס"ד הוא לא פועל באופן פוזיטיבי- דהיינו רק מחיל את הפרקים שהיו, מכיוון שהוא לא תמיד יכול לעשות את זה כי המקרה שלפניו הוא חדש, מצד שני הוא לא פועל באופן סובייקטיבי לגמרי כמו התפיסה של משפט הטבע- שהיא תפיסה מוסרית ומנותקת, אלא **עליו לפעול באופן פרשני- דיאלוג בין המסורת המשפטית למציאות.** הוא צריך להתאים לתקדימים, ולא במנותק מהחוקים או התקדימים כמו איש המוסר, ומנגד הוא לא פועל רק במסגרת שלהם אלא פועל באופן שהוא משכלל את זה. בספרו, הוא מציג את שני הקטבים קצת אחרת- קוטב קונבציונאליסטי לקוטב הפרגמטיסטי. במשפט האמריקאי יש מתח בין העמדה הקונבציאליסטית (ההסכמות, התקדימים) לבין העמדה הפרגמטיסטית שמתייחסת למה שטוב ביותר. השופט הקונבציאליסט מסתכל **אחורה אל העבר,** והשופט הפרגמטיסי **מסתכל רק אל העתיד כדי למצוא את הפתרון הטוב ביותר- דוורקין אומר ששניהם גרועים. לכן הפתרון שלו של משפט כשפרשנות הוא הפתרון ל"אחורה בלבד" ול"קדימה בלבד".**

דוורקין אומר שקביעות משפטיות צריכות להיות מתאימות לעקרונות צדק, הגינות והליך הוגן ומספקות את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה. דוורקין נותן לנו כאן תיזה משוכללת על הפרשנות.

לפי דוורקין קראנו בשיעור שעבר שביהמש לא יוצר את החוק אלא מיישם אותה- זה אחד העקרונות המרכזים שראינו אצל דוורקין. **הוא לא עוזב את התיאוריה הזו אלא משכלל אותה.** לא מדובר ביישום טכני, יש פה אלמנט של יצירתיות- היצירה של השופט לא מנותקת מהעבר, דוורקין תמיד תופס את השופט כמי שהיצירה שלו מחוברת אל המסורת המשפטית. זו יצירה עם פרשנות. הוא משכלל את התפיסה שלנו של יישום של הפרק הראשון, הוא מזכיר את הביקורת שיש הרגשה לא נוחה בתיאוריה של דוורקין של הטעייה, הוא אומר שהשופט תמיד מיישם וכפוף לחוק אבל המושגים כ"כ מופשטים ומעורפלים וזה בעצם "עבודה בעיניים". הוא נותן לנו דין וחשבון יותר רציני על העניין הזה. הוא אומר שהשופט לא מיישם את העקרונות באופן מכני, אלא עושה פעולה יותר מורכבת של פרשנות ויצירה.

נקודה נוספת🡨 הגישה הזו משתלבת עם התיזה של תשובה אחת נכונה. דוורקין לא עזב את העמדה שלו של תשובה אחת נכונה, הוא ממשיך להאמין בתפיסה הזו אבל עכשיו זה נעשה יותר מורכב. הפרשנות היוצרת הזו היא פרשנות שבסוף יש תשובה אחת. כשדנים בתשובה הקונקרטית מהי הפרשנות הטובה ביותר למסורת המשפטית במקרה המסויים זו תשובה אחת.

**עדי פרוש**

הבעיה שמעלה: האם יש קשר בין תורת משפט לבין אקטיביזם שיפוטי? האם אקטיביזם שיפוטי הוא תוצאה של עמדה מסויימת בתורת המשפט?

**מהו אקטיביזם שיפוטי?** פסיקה של ביהמש שיוצרת הלכה חדשה שסוטה מפסיקות קודמות ויוצרת שינוי משמעותי בתחום המשפטי.

הוא לא מגדיר האם הדבר רצוי או לא. אפשר להוסיף הגדרה- אקטיביזם שיפוטי יכול להיות גם כגישה של בית המשפט שנוטה להתערב בפעולתן של רשויות אחרות כגון הממשלה, המחוקק, הכנסת וגם בתי המשפט עצמם. לדעת המרצה, זו הגדרה טובה יותר. אין מי שחולק על כך שתפקידו של ביהמש, בין השאר, הוא להתערב בפעולתם של רשויות אחרות וגם לפסוק הלכות שהן חדשות וחורגות מהלכות שהיו קודם לכך, נאמר שביהמש אקטיביסטי כאשר הוא מרבה לעשות זאת.

יש שאלה גדולה האם אקטיביזם זה דבר ראוי או לא ראוי? יש כאלו שאומרים שביהמש צריך להיות מרוסן, וכאלה שאומרים שביהמש צריך להיות יעיל יותר.

נעסוק בהיבט אחד של אקטיביזם שיפוטי- **פסילה של חוק.**

**פס"ד לאור** מזמן דיון באקטיביזם השיפוטי. ביהמש נדרש לפסול חוק של הכנסת, זו פעולה אקטיביסטית בוודאי. עדיין לא היו חוקי יסוד או חוקה. בפס"ד היו שתי עילות לפסילת החוק שנדונו:

1. **פרוצדוראלית**- פסק הדין, לכל הדעות, החוק שעליו מדובר עליו "תיקון מימון מפלגות" שנועד להגדיל את מימון המפלגת, היה בעל פגם מהותי. הוא רטרואקטיבי כי מדבר על קביעה של המימון בדיעבד וכתוצאה מכך הוא פוגע בשוויון. זה פוגע בעקרון שלטון החוק, זה לא מאפשר לכוון את ההתנהגות בהתאם לדרישת החוק. זה גם פוגע בשוויון כי המפלגות שידעו שהן הולכות לשנות את החוק מראש נהגו שלא עפי החוק, והמפלגות הקטנות נהגו לפי החוק כי ידעו שלא יכלו לשנות את החוק. הפגיעה הזו הייתה ידועה לח"כים עצמם והראיה לכך שהם דאגו ששלושת הקריאות יהיו ברוב החכים כדי שאם תהיה טענה שזה לא לפי ס' 4 המשוריין זה יהיה לפי השיריון. הח"כים ידעו על הפגם ורצו להתגונן באמצעות הצבעות שהולמות את השריון הפורמלי של ס' 4 לחו"י. רוב המותב (אלון ומלץ) שידועים כשופטים שמרנים ולא אקטיביסטים סברו שהחוק לא עמד בדרישות הפורמליות של החוק ולכן פסלו את החוק. ברק סבר שזה כן עמד בדרישות הסעיף ולכן אישר את החוק. בתקדים הזה שבו נפסל חוק של הכנסת מי שעשה זאת היו השופטים השמרנים ולא השופט האקטיביסט.
2. **תורת משפטי-** גם אם החוק עמד בתנאים הפורמליים של ס' 4, כלומר לשיטתו של ברק, אין צורך ברוב מיוחד בקריאה טרומית, אף על פי כן דין החוק להתבטל כיוון שמבחינה מהותית הוא סותר עקרון יסוד- השוויון, ולכן דינו להפסל.

**התגובה של ברק:**

1. השאלה האם אפשר לפסול את החוק היא שאלה של תורת משפט. לפי גישת משפט הטבע אפשר לפסול חוק אם הוא סותר את עקרונות יסוד השיטה כי זה המהות של משפט הטבע, לעומת זאת לפי השיטה הפוזיטיבית אי אפשר לפסול את זה כי היא כפופה לחוק.

עדי פורש מנסח שתי טענות של משפט הטבע:

1. התיזה הפילוסופית שאומרת שיש עקרונות מוסר אובייקטיבים. כלומר, המוסר הוא לא עמדה סובייקטיבית של אדם או קהילה מסויימת. זה לא עניין התלוי ברגשות.
2. התיזה המשפטית(המרצה מפצל אותה לשתיים):
3. למוסר הטבעי האובייקטיבי יש תוקף משפטי. הכרה במערכת המשפט.
4. עקרונות המוסר הטבעי הם תנאי לתוקפם של העקרונות והכללים המשפטיים. הם נמצאים בראש המדרג המשפטי. דהיינו חוק שסותר את עקרונות המוסר הטבעי- **בטל.**

לא רק שיש עקרונות מוסר טבעי בעלי תוקף משפטי, הם עומדים בראש המדרג הנורמטיבי, דהיינו הם מהווים תנאי לתוקפם של כל הנורמות המשפטיות. אם כך, ברור מאליו שניתן לפסול חוק מכוח אי התאמה לעקרונות יסוד- עקרונות של המשפט הטבעי. אם מניחים שעקרון השוויון הוא עקרון של המשפט הטבעי אז ברור שאפשר לפסול חוק שסותר את המשפט הטבעי. הואיל וזה המהות שעקרונות היסוד נותנים תוקף לחוקים במשפט ואם הם סותרים את עקרונות היסוד הם בטלים.

השאלה היא האם עקרון השוויון הוא עקרון של משפט טבעי? אפשר לטעון שכן, אבל אפשר להעלות טענת ביניים- בתוך עקרון השוויון צריך להבחין. לא כל ההיבטים בעקרון השוויון הם משפט הטבע. בשוויון יש הרבה היבטים: יש שוויון כלכלי, שוויון בפני הכל, וכו'. לטעון שהשוויון מהסוג של תחרות שווה בבחירות הוא עקרון של משפט טבעי שיכול לגבור על חוק זה בסימן שאלה.

התיאוריה של משפט טבע ללא ספק מספקת את החוקים לפסול חוקים מכוח עקרונות היסוד.

🡨 עקב חוסר כוח טוטאלי להמשיך ולסכם- להשלים!

**סיכום משני:**

אך נצטרך לשאול האם העיקרון שלפנינו הוא מהמשפט הטבעי.

**התיאוריה הפוזיטיבית:** מכח הדברים של ברק עולה לכאורה שלפי גישה פוזיטיבית לא ניתן לפסול חוקים מכח עקרונות שאינם חלק מהמשפט. פוזיטיביזם לכאורה מכיר רק בנורמותת משפטיות שנחקקו ע"י מוסדות משפטיים – המחוקק, בתי המשפט. לפי זה, עקרונות שלא נחקקו אין להם תוקף. לפי נקודת מבט פוזיטיבית רק נורמות משפטיות שמזוהות ע"י כלל הזיהוי או נורמה בסיסית תקפות. הפירוש המקובל של זה הוא שכל הזיהוי מזהה מוסדות משפט ולכן רק עקרונות שנחקקו ע"י המחוקק יש להם תוקף משפטי. לפי זה המסקנה שעקרונות, כמו עיקרון השוויון, שלא נקבע בשום מסמך מחייב של מדינת ישראל אז לא ניתן באמצעותו לפסול חוקים.

מה אומר על כך עדי פרוש? כאן תלוי על איזה גירסא של פוזיטיביזם מדברים. בפוזיטיביזם קלאסי לפי קלזן ואוסטין באמת העמדה הזאת נכונה. דהיינו, שבאמת עקרונות משפטיים שאינם חלק מן השיטה – לא אומצו בפירוש ע"י המחוקק או בתי המשפט הם לא חלק מהמשפט ואין להם מעמד. **לפי הארט הדבר הזה לא נכון. כלומר, הארט טוען (ופרוש מאמץ את זה באמאר שלו) שמנקודת מבט פוזיטיבית ניתן להכיר גם בעקרונות יסוד שאינם חלק מחוקה פורמלית.** הארט אומר לדוורקין שהוא מייחס לו את העמדה שעקרונות אינם חלק מהמשפט אבל עמדה זו לא נכונה, הארט מחזיק בפוזיטיביזם רך שמוכן להכיר בעקרונות יסוד כחלק מהשיטה. המפתח לנקודת מבט פוזיטיבית הוא כלל הזיהוי – האם כלל הזיהוי יכיר ואין מניעה שכלל הזיהוי יכיר גם בקיומם של עקרונות. למשל, בשיטה הישראלית מאד ייתכן שעקרונות יסוד הם חלק משיטת המשפט כי הם נמצאים עוד לפני שחוקקו חוקי היסוד כי ביה"מ התייחס אליהם כעקרונות יסוד של השיטה. וגם אחרי חקיקת חוקי היסוד יש עקרונות שלא נכנסו אליהם והם עקרונות יסוד של השיטה. לכן, השיטה הישראלית גם מכירה בעקרונות יסוד של השיטה והיא לא מחייבת לסוג של פוזיטיביזם נוקשה. גם הארט בגישה זו – הוא רק אומר שבניגוד לדוורקין לא כל העקרונות הם בשיטת המשפט. הארט לא שולל את ההכרה של עקרונות יסוד שלא נחקקו בפירוש בחוק או בחוקה. אם נעמד עמדה זו אז יוצא שאין מניעה גם מנקודת מבט פוזיטיבית לאמץ עמדה שמכירה באפשרות של פסילת חוקים מכח עקרונות יסוד של השיטה.

אם אנו קוראים את דבריו של ברק בפס"ד לאור הם קצת מטושטשים ולא ברור למה הוא התכוון. הוא פותח את הדברים בהצבת המחלוקת בין משפט הטבע לפוזיטיביזם שהדבר תלוי במחלוקת הזו, אבל בסוף דבריו, הוא לא תולה את זה. הוא אומר שמנקודת מבט תורת משפטית אין שום דבר אקסיומטי ששולל פסילת חוקים לפי עקרונות יסוד. אז לא ברור מהדברים האלה האם ברק מאמץ עמדה של תורת משפט הטבע. דוורקין לא מחוייב לתיזה של משפט הטבע, הוא לא טוען שיש עקרונות אוביקטטיבים אבל הוא כן מקבל את התיזה שעקרנות המוסר הם חלק מהמשפט שהם בעלי מעמד עליון. מהבחינה הזו האופציה של דוורקין היא אופציה לפרש את ברק – ברק מאד קרוב לדוורקין במובן הזה. אז אפשר להגיד שברק לא עשה פה עבודה תיאורטית טובה אבל ייתכן מאד לאור הניתוח שעשינו עכשיו שברק לא כבל את עצמו, לא לשיטת משפט הטבע, לא לשיטה הנון פוזיטיבית של דוורקין ולא לשיטה הפוזיטיבית כי הוא חשב שהוא יכול להיות לפי כל אחת מהשיטות. בעצם שכברק אומר בסיכום שלו שאין מניעה עקרונית ששיטת המשפט שלנו תכיר באפשרות לפסול חוקים מכח עקרונות יסוד הוא בעצם לא מחוייב לשום תורת משפט – הוא חושב שזה נכון גם לפי תורת משפט הטבע, גם לפי התיאוריה של דוורקין וגם מבחינה פוזיטיבית אפשר לומר שהמשפט הישראלי מקבל את עקרונות היסוד – זוהי דעתו. ההחלטה בסוף לא להפעיל את זה זו החלטה טקטית – המסורת היא לא לפסול חוקים כתוצאה מעקרונות יסוד והוא לא רואים סיבה לסטות מהמסורת הזו עכשיו. אבל, הנקודה החשובה היא שמבחינה תיאורטית הוא לא ראה לכך מניעה. ואפשר לשער שאם לא היו נחקקים חוקי היסוד אולי הוא היה מנצל את המסלול שהתחיל לסלול.

**מבחינה תיאורטית, מהניתוח שעשינו, אקטיביזם שיפוטי לא תלוי ברמה הלוגית, תיאורטית, בתיאוריה משפטית. אפשר להחזיק בתיאוריה פוזיטיבית ולפסול חוקים מכח עקרונות יסוד.**

זה מביא אותנו לחידוד העניין. למדנו את התיאוריות המרכזיות – משפט טבע, ריאליזם, פוזטיביזם, נון פוזיטיביזם (דוורקין). כעת נחדד את ההבדלים בין הגישות האלה. עקרונות במשפט – התיזה של דוורקין בהתחלה הייתה ביקורת על מודל של כללים – הארט היה עיוור לעקרונות. התשובה של הארט היא שגם הוא רואה את העקורנות כחלק מהמשפט אבל, שלא כמו דוורקין, הוא מבחין בין סוגים של עקרונות שונים. כאן לדוורקין הייתה תרומה חשובה – גם בהגדרה מהו עיקרון ומה ההבדל בין עיקרון לכלל וגם ההבחנה בין עקרונות מגבילים לעקרונות מנחים. רז, מאמץ את הגישה הזו. עקרונות מגבילים הם עקרונות מהסוג של זכויות אדם למשל – אנו אומרים שהעקרונות האלה מאפשרים למחוקק או לבתי המשפט וכו' מרחב גדול של פעולה והם מגבילים אותם בנקודה מסויימת, במובן מסויים אפשר לראות אותם כעקרונות שליילים – אוסרים על פגיעה בעקרונות האלה (פגיעה בקניין, בשוויון וכו'). לעומת זאת, יש עקרונות מנחים, פוזיטייבים שנותנים את התוצאה הטובה ביותר – העקרונות אומרים למשל: תפעל כך כדי שתגיע לצמיחה הכלכלית המירבית. זו הבחנה מושגית שדוורקין ניסח אותה. לפעמים דוורקין קרא לעקרונות הראשונים עקרונות ולשניים מדיניות. כלומר, המדיניות זה עקרונות שמנחים להגיע לפיתרון הנכון, הטוב ביותר. דוורקין חשב שעקרונות מנחים צריכים להנחות את המחוקק, את שיקול הדעת של ביה"מ אבל הם לא מחייבים אותו.

רז, ששייך למפלגה של הארט, לא מפריע לו לקבל את קיומם של העקרונות והכללים אבל מה שחשוב לרז לציין – ההבחנה בין עקרונות שהם משפטיים ולא משפטיים. כי חלק מהעקרונות, במיוחד העקרונות המנחים, הם לא מחייבים מבחינה משפטית. למשל: רז מביא לדוגמא אפילו את עיקרון הרטרואקטיביות, הוא אומר שהעיקרון הזה מנחה את הכנסת בחקיקת חוקים אבל הוא לא מחייב אותה. הטענה של רז היא שלכנסת אין חובה משפטית, אין הוראה משפטית אצלנו בחוקה או בחוק יסוד שמחייב יצירת חוקים פרוספקטיביים ואוסר על חקיקת חוקים רטרואקטיביים. זה עיקרון שמדריך אבל לא מחייב מבחינה משפטית.

לא כולם יסכימו לזה – למשל פולר, מחזיק בתפיסה של "המוסריות הפנימית של החוק", "משפט טבעי פרוצדורלי". הוא חשב שהעקרונות לא צריכים להיות עקרונות חיצוניים אלא בתוך המשפט. בעיניו כל עקרונות שלטון החוק הם בתוך המשפט. בעיניו חוק שהוא רטרואקטיבי הוא פסול מעיקרו. אבל מנקודת מבט פוזיטיבית העיקרון הזה, עם כל החשיבות שלו, הוא לא מחייב אלא רק מנחה ומדריך.

יש גם הבחנה בין מקרים קלים למקרים קשים. מקרים קשים הם מקרים שאין להם תשובה מפורשת בחוק ואי אפשר פשוט להחיל אותו. אז עלתה הטענה שביה"מ צריך להפעיל עקרונות אבל אומר דוורקין שעקרונות מנחים כאלה לא מחייבים את ביה"מ (לא ברור אם הוא המשיך בעמדה הזו אחר כך אבל הוא גם יצר הפרדה בין עקרונות מגבילים ועקרונות מנחים). בנושא של מדיניות דוורקין טען שביה"מ צריך ללכת בעקבות המחוקק ולא ליצור מדיניות חדשה אבל הוא יכול להשתמש באותה מדיניות שהמחוקק אימץ כדי לפתור מקרים קונקרטיים. למשל: אם המדיניות של המחוקק היא תחרות חופשית, אז הוא במקרה קונקרטי יכול להחליט, בעקבות עיקרון התחרות החופשית.

**רז עושה הבחנה בין עיקרון תיאורי לעיקרון נורמטיבי.** עיקרון נורמטיבי הוא עיקרון מחייב (עקרונות חוקתיים למשל – אין פוגעים בקניינו של אדם). עיקרון תיאורי זה עיקרון שמתאר מכלול של כללים במשפט (לפעמים אותו עיקרון יכול להיות גם כזה וגם כזה). אם אומרים שיש במשפט הרבה מאד כללים שמשקפים תפיסה של חופש ביטוי, למשל חוקים שמתירים עיתונות, הפגנה, צנזורה תהיה רק במקרה של פגיעה בבטחון המדינה אבל לא אומרים בפירוש חופש ביטוי. בעיניו של רז העיקרון הזה הוא תיאורי ולא בהכרח נורמטיבי. בד"כ העבודה של בתי המשפט היא שמתוך העקרונות התיאוריים האלה הם מייצרים עקרונות נורמטיביים. מאיפה ביה"מ יודע על קיומו של עיקרון חופש התחרות? עיקרון זה לא מופיע בחוק. ביה"מ מסיק את זה מכוחם של חוקים אחרים. לא מסתפקים מזה שזה חוק תיאורי אלא גוזרים מזה עקרונות נורמטיביים ומכאן מתיר הפרת חוזה למשל.

אייך אנחנו מזהים עקרונות? ההבחנה של רז בין עיקרון תיאורי לעיקרון נורמטיבי היא בעצם לא מדוייקת, אין גבול חד בינהם ולכן יש מעבר מעיקרון תיאורי לעיקרון נורמטיבי. ברגע שמרשים לעיקרון להיכנס הוא מתפשט.

לפי דוורקין כל עיקרון מחייב מבחינת המערכת החברתית הוא גם עיקרון משפטי - הוא פותח את המשפט אל המוסר, הפוליטיקה. מסכת העקרונות של דוורקין לא מוגבלים למשפט הטבע.

**שיעור 29.5.12**

מושג הפרשנות אצל דוורקין הוא רחב ביותר והוא מתייחס בראייתו לכל החלטה שיפוטית, בוודאי של שופט. הוא לא מבחין בין פעולות שונות שהשופט עושה, בין מקומות שהוא מפעיל שקו"ד, מחליט, משלים פערים בחוק, לבין מקומות בהם הוא מפרש טקסט מסוים. עבורו כל החלטה שיפוטית היא בעצם מעשה של **פרשנות תוך דיאלוג עם המסורת הפרשנית שהייתה בעבר.**

זוהי גישה רחבה לפרשנות, בדר"כ מתייחסים לפרשנות באופן יותר ממוקד.

**אהרן ברק עושה הבחנה במאמר חשוב "היצירה השיפוטית וסוגייה"-** במאמר ברק מבחין בין שלושה סוגים של פעילות שיפוטית, כאשר פרשנות היא סוג אחד. בפרשנות תמיד קיים טקסט מסויים לפני השופט שאותו הוא מפרש- אם זה חוקה, חוק, תקנה, חוזה, צוואה. יש איזשהו טקסט שצריך לתת לו משמעות, בדר"כ הפרשנות היא מעשה ששואל **האם המקרה הקונקרטי שבו אני דן נופל בגבולותיו של הנורמה הכתובה בחוקה/חוק/תקנה/צוואה וכו'.** השופט תופס עצמו כמי שעושה פעולה של לתת משמעות לטקסט.

לעומת זאת, יש מצב בו השופט לא רואה עצמו כמי שנותן פירוש לחוק- הוא אומר שהחוק חסר, יש לקונה ואז **השופט ממלא את החלל מבלי שהוא נותן פירוש לחוק.** למשל- התבטאויות מהסוג הזה ימצאו **בפס"ד נחמני** במסגרת איזכורי פסקי דין אחרים בפס"ד הזה. השופט לא מפרש במובן הצר **אלא מחליט- מפעיל את שיקול דעתו. השופט פועל כמחוקק ולא כפרשן. הוא קובע מה החוק.**

**ברק יוצר הבחנה למעשה בתוך המעשה של החקיקה שיפוטית (תקדים) : 1. מצב שהוא מילוי חסר (לקונה)- לקונה היא בעיניו חסר מקומי, נקודתי שאותו יש למלא לפי הכללים של המשפט. הכלל במשפטנו למילוי לקונות קיים בחוק יסודות המשפט שנותן את סדר הפעולות:**חקיקה, הלכה פסוקה, היקש, מורשת ישראל. **2. פיתוח המשפט- תחומים בהם החלל הוא לא נקודתי ומקומי אלא יש חסר רחב ואז השופט לא מחויב לפעול לפי התבנית של חוק ייסודות המשפט.**

ההבחנה של ברק מעוררת שאלה גדולה ומעניינת, מגמתו בהבחנה היא לשחרר את השופט מחוק יסודות המשפט, מדובר בסמכות טבועה של השופט שבה לשופט יש כוח.

נמקד את תשומת הלב בהבחנה החשובה שעושה ברק **בין מעשה פרשנות לבין מעשה של החלטה שאיננה פרשנות (חקיקה שיפוטית)** בין שהיא **מילוי חסר ובין שהיא פיתוח המשפט.** בפעולות האחרונות מדובר בעניין שאינו תלוי טקסט- **הוא מחליט!** הפעולה הזו איננה פרשנות! זו הבחנה חשובה.

נבחין בין הגישה של דוורקין- LAW AS interpretationלבין מילוי טקסט.

השאלה הראשונה היא מהי פרשנות- האם מדובר בכל החלטה של שופט או שמדובר במצב בו יש טקסט ואז מפרשים אותו? זה מביא אותנו להציג את הבעיות המרכזיות ששאלת הפרשנות עומדת בפניהן. זוהי שאלה אוניברסלית- אין מדובר רק בפרשנות משפטית אלא גם היסטורית, ספרותית וכו'. **אנו נתמקד בפרשנות משפטית.**

**מהי הבעיה בסוגיית הפרשנות?**

1. פרשנות סובייקטיבית מול פרשנות אובייקטיבית. פרשנות של כוונת **המחבר** לעומת **הטקסט.** פרשנות סובייקטיבית במובן של כוונת המחבר אומרת שהאתגר שלי בפירוש טקסט היא לחדור אל ראשו של המחבר, או אם הוא לא בן זמני- לשחזר אותה. אני מעוניין בכוונת המחבר. בהקשר של פרשנות משפטית זה יהיה כוונת המחוקק, כוונת מתקני התקנה, כוונת הצדדים בחוזה. זה מה שמעניין אותי- נתייחס לטקסט כאמצעי שמעביר לפני את הכוונה. פרשנות אובייקטיבית במובן של פירוש טקסט- הטקסט יצא מרשותו של המחבר ועומד לפני טקסט אובייקטיבי שאותו אני צריך לפרש ללא פירוש כוונה סובייקטיבית של המחבר. **סובייקטיבי מול אובייקטיבי**
2. **שאלה חשובה מאוד בהקשר של פרשנות, בעיקר של טקסטים ספרותיים-מילולים,** היא שאלה היחס **של מילות הטקסט לבין רוחו של הטקסט (ההגיון, הכוונה, התכלית)- כלומר משהו מופשט שהוא מעבר למילים.** אנו נמצאים במצב של ניגוד בין מילות הטקסט לבין התכלית, רבות. זה מתח מאוד מרכזי. **לשון מול רוח.**
3. **שאלת ההקשר-** כשאני מפרש טקסט מסוים אני יכול לשאול עצמי מה ההקשר שאני צריך לפרש את הטקסט. האם אני צריך לפרש רק את סעיף החוק? האם את החוק כולו? האם את הענף המשפטי השלם? האם בהקשר של תורת משפט שלמה? מה אני יכול להביא לתוך הטקסט שאני מפרש, וזה יהיה לגיטימי? האם זה רק לסעיף הזה או שיש לי מחוייבות רחבה יותר אל הענף ואל המשפט כולו? **פרשנות טקסטואלית מול קונטקסטואלית.**

**הארט**

האם נתן תיאוריה של פרשנות ומהי?

הארט אמר שפרשנות חלה **בשוליים,** הוא מיקם אותה. אבל הוא לא נתן תיאוריה של פרשנות, הוא לא התייחס לשלושת השאלות שלעיל. הוא לא דיבר על כוונת המחבר או הטקסט האובייקטיבי- הארט לא התייחס לכך, בשבילו זה לא חשוב. הארט מייחס הכל לשיקול הדעת, גם אם השופט אומר כי הוא מפרש לפי הארט לא מדובר בפירוש כי הרי למעשה מה קורה במצבים העמומים האלו? השופט נדרש למלא אותם.

לפי ההבחנה של פרשנות וחקיקה שיפוטית: **דוורקין תופס הכל כפרשנות והארט תופס הכל כחקיקה שיפוטית.** בשביל הארט העיקר שבסוף השופט יחליט- בשוליים או במקום שחסר. בגרעין השופט מיישם ולא מפרש. במקום בו השופט נדרש לפרש הארט מדגיש את ההחלטה של השופט ופחות נכנס לתיאוריה שהיא מעסיקה את השופטים של היום.

**חיים כהן:**

בונה "סולם". מגדיר שלוש נאמנויות ומדרג ביניהן, גם מבחינת סדר העבודה וגם מבחינת החשיבות.

סדר עבודה:

יש שלוש נאמנויות לשופט:

1. נאמנות ללשון החוק- בגלל עקרונות שלטון החוק: 1.וודאות, 2.פומביות, 3.שוויון, 4.חירות האדם. בגלל כל אלו השופט חייב בראש ובראשונה ללשון. ברגע שחורגים מהלשון, וזו נקודה חשובה מבחינה תורת משפטית, פוגעים בעקרונות שלטון החוק.

דא עקא פרשנות לשונית מובילה אותנו לפעמים למבוי סתום או למבוכה כי היא לא ברורה כלל ואז **יש להכניס מרכיב נוסף:**

1. נאמנות לרוח החוק- רצונו של המחוקק, כוונתו של המחוקק. רוח החוק זה בעצם מה שאנחנו קוראים **כוונה או תכלית,** למרות שהוא לא עושה את ההבחנה של ברק. כאן מתייחס כהן לשאלה השניה שלעיל: היחס בין הלשון לרוח. **מגיעים לשלב השני רק כאשר לא ניתן לפרש לפי הלשון.** לעניין רוח החוק הוא מכניס אלמנט נוסף- מצד אחד זה כוונת המחוקק, רצונו, אבל רוח החוק **זה גם "יופיו"= צדק.** חזקה על המחוקק שרוחו טובה עליו, מכניסים פה יסוד, הנחה אובייקטיבית כי כוונתו טובה ואנו רוצים לפרש את החוק בצורה טובה.
2. רוח המחוקק- חיים כהן אומר **"אין אתה חב חובת נאמנות למחוקק שרוחו רעה עליו, לא זו בלבד חובה מוטלת על שופט שלא לציית לחוקיו הרעים של מחוקק כזה... נאמנות לצדק עדיפה על הנאמנות לחוק"** – האם מדובר במשפט פוזיטיבי או משפט טבע? הגישה של כהן היא פוזיטיבית, ויש לנו פה את הגישה של פוזיטיביסט שאומר שכאשר הוא מגיע לקונפליקט חריף מהסוג הזה אני אעדיף את חובת הצדק על פני הגישה של החוק. **זה מזכיר לנו את הארט.** הוא נותן לנו איזון בו ברור שלא כל הוראת חוק לא צודקת דינה להתבטל אך כאשר יש פגיעה חמורה עליה להידחות.

בלשוננו, היינו מנסחים את "רוח המחוקק" כעקרונות היסוד של השיטה.

בשאלה הזו כהן נכנס **לשאלת הקונטקסט- לאפשרות של פרשנות מרחיבה.** לפעמים בסעיף חוק, השופט יכול להביא בחשבון לא רק את סעיף החוק בו הוא דן אלא את השיטה.

הוא אף אומר שהפרשן חב חובת נאמנות גם לדין הבלתי חקוק, לעקרונות הצדק- בה"ש הוא מצטט את **הרוב בפס"ד ירדור- החלטה נכונה מתודולוגית להשתמש בעקרונות השיטה. הוא אומר שזה בהחלט לגיטימי מבימ"ש לפרש לפי עקרונות השיטה כפי שהיה בפרשת ירדור. הוא לא זונח את דעת המיעוט (שלו עצמו) שלפעמים צריך לדבוק בלשון החוק- זה האלמנט של שיקול הדעת, הוא אומר שיש מתח בין הנאמנויות האלה והשופט צריך להחליט- זה לגיטימי ללכת כפי הרוב בירדור ואפשר אחרת כמו דעת המיעוט בירדור.** אך הוא פורש לפנינו את המתודה כאשר הוא מתייחס בעיקר לשתי השאלות האלו, שאלת הלשון והרוח ושאלת הטקסט-קונטקסט.

לסיכום, יש לנו מבחינת דירוג הדברים, סדר העבודה הוא : לשון, רוח החוק, רוח המחוקק. כאשר במובן של חשיבות ושליטה יש סדר הפוך- בעיניו רוח המחוקק צריכה לשלוט על הלשון. בעיניו יש חשיבות גדולה ללשון בפני עצמה, ועוברים לשלבים הבאים בעיקר כאשר לא "הצלחנו" בלשון. **לא כך יהיה אצל ברק.**

**ברק:**

נותן מקום מרכזי לשאלת הסובייקטיבי-אובייקטיבי. ברק מציג את שיטתו כעומדת **באמצע הדרך- "גישת הביניים".** מצד אחד בהקשר **הסובייקטיבי** ברק אומר שהוא לא סובייקטיביסט- הוא לא מפרש את כוונת המחוקק, הוא רוצה לפרש את הטקסט, מצד שני יש לו חובת נאמנות למחוקק- **לכן הוא יוצר סינתזה.**

**הוא אומר שכל פרשנות של כל מסמך משפטי בנויה על שלושה יסודות:**

1. **לשון**
2. **תכלית**
3. **שיקול דעת**

**העקרון האוניברסלי שנכון לכל פרשנות משפטית לפי ברק הוא זה שלטקסט משפטי יש לתת אותו פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט.** זה כלל הזהב של פרשנות תכליתית.

זה נכון לכל טקסט משפטי: צוואה, חוק, חוקה, חוזה וכו'. ברק שיכנע גם במישור התיאורטי וגם במישור הנורמטיבי- כלומר הוא חושב שזו לא רק תיאוריה אלא הלכה- כך כל שופט צריך לפרש. **יוסף רז** יחלוק עליו, רז מציג את הניתוח הבא- לפי רז, כלל משפטי משקף הכרעה בין תכליות שונות (כוונות שונות) שהיו קודם לכן, והכלל משקף את האיזון שלהן באופן כזה שכאשר שופט נמצא בפני הכלל המשפטי הוא צריך להיות נאמן לכלל ולא בתכלית שביסודו.

מה קורה כאשר אנחנו מקבלים החלטה? אתה עומד בפני אלמנטים שונים והם לא מביאים אותך לאותה החלטה: אני הכי טוב בכלכלה, הכי מעניין אותי ספרות, הכי יועיל לי מדעי המחשב. אני לא רגוע עד שאקבל את ההחלטה. ההחלטה אומרת שאני העדפתי מטרה מסויימת- הכי חשוב לי מה מעניין אותי, ולפי זה החלטתי. ברגע שהחלטתי ההחלטה הזו בעצם הוציאה מחשבון את שאר השיקולים- היא הכריעה ביניהם! כאשר אני פועל מכוח ההחלטה הזו אני לא חוזר לשיקולים הקודמים. זו אפשרות אחת. אם מדברים על כלל משפטי, הוא משקף סוג של החלטה כזו. היו כל מיני תכליות ועכשיו כל התכליות באות לידי ביטוי בכלל, ולא בהכרח צריך לחזור אל התכלית כאשר אני דן. אני פועל לפי הכלל- למשל: כלל חלוקה. אני רוצה לקבוע זכאות למלגה, אני מתלבט האם נותנים את הזכאות למלגה לתלמיד מצטיין? תלמיד נצרך? לפי מקצוע לימודים? אלו כל מיני שיקולים, אח"כ החלטתי לבחור- ופתאום בה מקרה בו בא מישהו אחרי ממה שהוחלט בהכרעה, בכלל- אי אפשר לחזור על השיקולים שוב. **השאלה היא איך תופסים את הכלל- האם הכלל מוציא את השיקולים שהיו לפניו ועכשיו יש לפני את הכלל או שהכלל משקף את השיקולים?**

**לפי תפיסתו של ברק כל נורמה משפטית משקפת תכלית! היא אומנם מנוסחת בצורת "כלל" אך היא משקפת תכלית ובכל פירוש שלה צריך לבדוק שמגשימים באופן הטוב ביותר את התכלית. לעומת זאת, לפי רז כאשר מפרשים לא צריכים לחזור לתכלית- הכלל עומד בפני עצמו והתכלית נשכחה.**

1. **לשון-** מה היחס בין תכלית ללשון לפי התפיסה של ברק, בשונה מהתפיסה של חיים כהן? **בשלב הלשון לא נותנים פירוש, אלא פורשים את כל האפשרויות הלשוניות, חיים כהן גורס כי בשלב הזה מפרשים ואם לא מצליחים עוברים לשלב השני.** לפי ברק בשלב הלשוני לעולם לא מגיעים להכרעה אלא רואים מה בפנים ומה בחוץ. לפי ברק, כל פרשנות היא פרשנות תכליתית. ברק חולק על הארט- הוא לא רואה בלשון מרכיב יציב, הלשון בעיניו תמיד מייצרת מרחב של משמעות (ולא רק בשוליים), יש לה גבולות אך כשמגיעים ללשון תמיד צריך לראות את גבולות הפרשנות.
2. **תכלית-** הבחנה בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית. התזה של ברק היא שביסודו מושג התכלית הוא ביסודו **אובייקטיבי-נורמטיבי-דינמי.** אובייקטיבי, כלומר התכלית זו לא הכוונה של המחבר, אלא זה מושג נורמטיבי כלומר לא מושג היסטורי מה המחוקק התכוון אלא זה מושג שביהמש מאמץ כתכלית נורמטיבית מחייבת וזה מושג דינמי במובן שהוא יכול להשתנות מהכוונה המקורית. ברק מסכים שבמושג התכלית מביאים בחשבון **את הכוונה ואת התכלית ויוצרים איזון- מביאים בחשבון למה התכוון המחוקק, הצד היוצר, אך בסופו של דבר מגבשים את התכלית שהיא מושג נורמטיבי.**

**דוגמה:** התכלית של איסור הביגמיה במדינות מערביות מודרנית. מה מקורו של האיסור ומה תכליתו? אסור לאדם לשאת שתי נשים, כלומר לעשות טקס נישואין של שתי נשים. אין איסור לפי החוק לחיות עם שתי נשים. בארה"ב היה פס"ד מפורסם של אדם מורמוני ששם יש מצווה דתית על ריבוי נשים, גם פס"ד **מילכם** בישראל שם דחו את הבקשה של מוסלמי שטען שהאיסלאם מטיל מצווה לשאת יותר מאשה אחת. ביהמש אומר שהחובה לחופש הדת זה לאפשר מה שהדת מחייבת, ולא מתירה, לפי האיסלאם זו לא חובה אלא מצווה. בארה"ב המורמוני טען שלפי הדת שלו מדובר בחובה ואז הייתה שאלה- ביהמש נדרש לתכלית. מה התכלית של האיסור? להגן על האשה. יש התנגשות בין חופש הדת לשוויון האשה. מה הטעם ההיסטורי של איסור הביגמיה? זה איסור דתי על ריבוי נשים. בתפיסה הנוצרית, המדינות הנוצריות אימצו את הנורמה הזו, היהודים אימצו את חרם דרבנו גרשום. ברור שבמדינות המערביות אי אפשר לטעון שכוונת המחוקק היא עניין דתי ולכן המחוקק שינה את הרציונל- איסור הביגמיה הוא הרציונל של שוויון האשה.

**זו דוגמה לתהליך דינמי, לכך שהמחוקק משנה נורמה שיש לה טעם אחד והוא נותן לה טעם אחר.**

מהלך מעניין של ברק: התייחסות לשאלת האובייקטיבי-סובייקטיבי וגם לשאלת הרוח וגם לשאלת הקונטקסט. הפרשנות של ברק יוצרת מבנה רחב שמכיל מימדים שונים של החוק, הוא לוקח בחשבון את עקרונות השיטה בשיקול התכליות.

ברק נותן לנו פריסה של נורמות משפטיות שבהן הביטוי הסובייקטיבי-אובייקטיבי שונה:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **צוואה** | **חוזה** | **חוק** | **חוקה** |
| רוצים לפרש את כוונת המצווה. גם בה יש איזשהו אלמנטים של פיקוח, שזה סוג של יסודות אובייקטיבים. | כוונת הצדדים. נכנס פה יסוד אובייקטיבי ולא רק סובייקטיבי. **אפרופים:** קודם כוונת הצדדים אבל אתה בוחן את אומד דעתם- יכול להיות שזה משהו אחר לגמרי ממה שהם התכוונו | כוונת המחוקק. גם פה יש תכלית אובייקטיבית.  **מקום לתכלית האובייקטיבית.** | כוונת המחוקק. גם פה יש תכלית אובייקטיבית. |

לברק יש תזה שעונה על שלושת השאלות שהוצגו תחילה. הוא מציג עצמו כמי שעומד באמצע בשאלת הסובייקטיבי-אובייקטיבי אך נגלה לעיני כל שהוא נוטה יותר לכוונה האובייקטיבית. הוא מייחס משקל מועט לכוונת המחוקק. בנושא לשון ורוח הוא עומד יותר לכיוון של הרוח, הלשון הוא בעיניו יסוד גמיש מאוד שקובע את גבולות הפרשנות. התזה של ברק היא תזה שנותנת מקום לפרשן.

נשווה את התיאוריה של ברק לתיאוריה של דוורקין, כמו שברק עושה בעצמו (ברק מאוד הושפע מדוורקין אך יש ביניהם הבדלים) :

|  |  |
| --- | --- |
| **ברק** | **דוורקין** |
| **מושג הפרשנות**- ברק מתחיל בהבחנה בין פרשנות לבין חקיקה שיפוטית. לפעמים השופט מפרש ולפעמים מכריע. | הכל פרשנות. |
| **הדגם של "רומן השרשרת"-** דגם שאי אפשר לתאר באמצעותו כל פעולה שיפוטית- לפעמים השופט מוגבל יותר, הוא מחיל את החוק. לפעמים האלמנט היצירתי יהיה רחב יותר משל דוורקין- יש מצב שהשופט יעשה חקיקה שיפוטית ולא יהיה נאמן. | תמיד יש אלמנט יצירתי. יצירה במובן של FIT |
| **נקודה ממש מרכזית🡨 סוגיית התשובה הנכונה: לא תמיד יש תשובה נכונה בחוק, כלומר במקרים רבים השופט נמצא במצב שיש יותר מתשובה אחת בחוק ואז הוא צריך לבחור- ואז יש לשופט שקו"ד. החוק מותיר את השופט רבות במצב בו אין תשובה נכונה והוא צריך לבחור מה התשובה שהוא יפעיל ולעשות שיקול דעת, גם במובן הפרשני.** לכן המונח "שיקול דעת" נמצא אצלו בפרשנות, כי הכל מונחה משיקול דעת. ברק מכניס אותו לכל האלמנט של הפרשנות. | יש תשובה נכונה בחוק! אין לשופט שיקול דעת כי בסוף יש תשובה אחת נכונה. לא קיים שיקול דעת חזק כי תמיד השופט מגלה מה שיש. |

**CLS- התנועה הביקורתית למשפט**

הCLS החל בשנות ה60, 70, 80. התנועה התפתחה בשנות ה70, למרות שהתנועה נחשבת להמשך ישיר לריאליזם היא התפתחה מתפיסות אחרות אנטי מלחמתיות בארה"ב.

נסכם 4 נקודות של ה-CLS מתוך מאמרו של **רוברט גורדון**:

1. הביקורת הראשונה של הcls - החוקים והפסיקה שיש לנו לא נותנים מענה לכל המחלוקות המשפטיות.
2. החוקים הם בעצם פוליטיקה במסווה של כללים והם לא פועלים כדי להשיג צדק.
3. הטענה המסורתית- החוק והמשפט משרתים אינטרסים של בעלי העוצמה והכוח ומקפח את כל השאר- עניים, נשים, מזרחיים, הומוסקסואלים וכו'. המטרה של החוק זה לשמר את העוצמה של בעלי העוצמה.
4. הטענה הפילוסופית- המשפט והחוק מובנה מניגודים. לפעמים זה יוצר סתירות, ניגוד בין האובייקטיביות לסובייקטיביות. ניגוד בין התפיסה שאנחנו קולקטיב לבין התפיסה שאנחנו אינדב'.

**דנקן קנדי (חשוב למבחן!):** פרופסור בהרווארד בשנות ה70. כתב הרבה מאמרים, נחשב לאחד ממובילי התנועה הביקורתית למשפט. היו לו בעיקר 2 טענות עיקריות:

1. המשפט הוא פוליטיקה. החוק נועד לשרת את בעלי הכוח, הוא ביקר את הצורה בה לומדים משפטים באמריקה.
2. המשפט מובנה מניגודים. **יש ניגודים בין כללים לסטנדרטים-** חשוב לדעת שמאחורי **חוק בצורה כלל מסתתרת תפיסה של אינדבידואליסטים. כל אדם לעצמו.** זו תפיסה שהייתה קיימת במאה ה19, ובעיקר במאה ה20. החוק נועד לשרת את האינדבידואל. **סטנדרט מדבר על קולקטיב.** מדובר על מתח בין שניהם, המשפט עושה בעצם בחירה, הבחירה היא לטובת האינדבידואל לטענתו של קנדי.

שתי דוגמאות:

* **פרופ' מיכל אלברשטיין-** סיפור מ98' של אמא שהיכתה את ילדיה. האשימו אותה במחוזי בתקיפה לפי חוק העונשין, זה הגיע לעליון **לבייניש** והטענה של האם הייתה שזה חינוך, זה מה שנוהגים לעשות בחברה. העבירה בחוק העונשין לא מתאימה לכתב האישום בכלל. **בייניש-** בהחלטה פורצת דרך היא אמרה שישראל היא חלק מהאמנה לזכויות הילד ולכן היא לא מקבלת מכות כחינוך ולכן היא אישרה את ההרשעה.

**מפלילים בנאדם שנמצא בחברה שהסטנדרט הנהוג הוא כן להכות ילדים.** **הכלל שהיא החילה נמצא בניגוד לסטנדרט.**

* בעיר בבלגיה היה מצב שדומה לחלונות האדומים בהולנד. מצד אחד הקהילה בעיר התלוננה, ומנגד באים לקוחות. חלק מהלקוחות הם אנשים מהעיר. עשו משאל עם של אנשי העיר- האם אתם בעד או נגד זנות? סגרו שלושה רחובות שם זנות הייתה מותרת.

חשוב לדעת למבחן את הסוג ה4 של גורדון- יש במשפט ניגודים: בין האינדבידואל לקולקטיב. הביקורת היא שהמשפט עושה בחירות לכיוון האינדבידואל.

**רוברטו אונגר:**

משפטן אמריקאי גם מהרווארד. מדבר על הניגוד בין האובייקטיביזם לסובייקטיביזם. הטענה שלו לא הייתה רק על זה. הוא אמר שהתפיסה הליברלית של המשפט היא שיש משפט כמדע, כלומר אובייקטיבי. המצב הוא שיש אובייקטיבי וגם סובייקטיבי. המשפט מנסה למצוא משפטיזיציה שמשתמש ברציונל של כולם, אך הטענה שלו הייתה יותר עמוקה- ע"י הסובייקטיביות של כל אחד מנסים למצוא משהו אובייקטיבי, ובעצם כל מה שבנאדם חושב זה לא באמת סובייקטיבי אלא משהו מובנה- הוא ינק את זה מההורים, מהטלוויזיה וכו'. ולכן, לא באמת עושים שינויים במוסדות משפטיים כי זה נראה לנו בסדר – אנו רגילים לעשות כך מהתחלה. הוא ניסה לפתור את הבעיה הזו והפיתרון שהוא הציע זה כל הזמן לשנות מוסדות ואת הזכויות למרות שלא חושבים שיש צורך.

**מארק קלמן:**

גם קלמן מדבר על הביקורת הרביעית, כמו קנדי. הניגוד שקיים במשפט ובחוק בין דטרמיניזם לבין רצון חופשי. בשנת 1924 בשיקגו **פרשת לאופולד**- דובר בשני נערים בני 18 בנים למשפחות מהמעמד הגבוה. הם היו גאונים, אחד סיים תואר עד גיל 18, שניהם היו אמורים ללמוד תואר שני באוני' יוקרתית. אך הייתה איתם בעיה- הם ראו עצמם "על אדם", כלומר שיש להם זכויות שאין לאף אחד אחר. הם חנקו נער וניסו לעוות את הטביעות אצבעות. כל אחד אמר שהשני עשה את זה ושניהם עמדו למשפט בשיקגו. הסיפור נחשב לאבן דרך באמריקה, העונש בשיקגו על רצח הוא עונש מוות. היה חשד גדול לאנטישמיות כי הם היו יהודים. שניהם הודו שהם רצחו- טיעונים לעונש: מוות או מאסר עולם?

הטיעון היא שלכל התרחשות קדמה סיבה. גם הסיבה היא תוצאה של סיבה אחרת כלומר הכל קבוע מראש. התפיסה הדטרמיניסטית היא לא רק במדע אלא זו גם תפיסה דתית:" מה שהיה הוא שיהיה". יש הבדל גדול בין דטרמיניזם אתאיסטי שאומר שלכל סיבה יש תוצאה ומי שעומד בראש הוא ה'. התפיסה הזו היא מאוד חזקה.

מול התפיסה הדמטרמיניסטית יש תפיסה הנקראת "ליברטיאנית" כלומר לאדם יש חופש לבחור, להחליט, לאדם יש יכולת לבחור. תפיסת החופש מסתדרת עם רצון חופשי ועם הטלת אחריות. היא מסתדרת עם בחינה אינטאוטיבית.

**קלמן אומר זה שלמרות שאין הכרעה פילוסופית- איזו תיאוריה היא הנכונה? הדטרמיניזם או הרצון החופשי? אין הכרעה. הוא טוען שהחוק והמשפט מכריע כל הזמן לטובת הרצון החופשי.** הטיעון שלו תפס, הילדים ישבו במאסר עולם. הטענה של קלמן היא שהחוק תמיד הולך לכיוון הרצון החופשי, קלמן נותן מספר דוגמאות: למשל בנאדם שסובל מאי שפיות, אנחנו רואים בחוק העונשין עולם שלא מדבר על דטרמיניזם משמע שלא הכל קבוע מראש ולכן אני לא מטיל אחריות. יש לנו יוצא דופן והוא חולה הנפש שהמחלה גרמה לו לעשות את המעשה.

קלמן מדבר על דוגמה של שכרות (יתכן במבחן): החוק אומר שבמצב מסוימת של שכרות אין רצון חופשי, החוק שואל- איך נכנסת למצב של שכרות? אם רצית לעשות מעשה מסוים ולא היה לו אומץ והוא שתה ואח"כ היה לו אומץ, או שנניח הוא שתה כמו משוגע🡨 אם נכנסת למצב מרצונך אתה אשם. אם למשל תינוק שאמא שלו שתתה כל הזמן שהיה עובר והפך לאלכוהוליסט- האם אפשר להטיל עליו אחריות? היה לו רצון חופשי או לא? אין לזה תשובה בחוק.

דוגמה אחרונה של קלמן: קינטור. בשביל רצח צריך העדר קינטור. כשאדם בא הביתה ורואה את בת הזוג שלו עם אחר, הוא יכול לצאת מדעתו אבל אדם אחר יכול שלא- לכן המציאו קינטור סובייקטיבי. הגבר הישראלי המצוי זה מוציא אותו מדעתו ולכן מהבחינה הזו אנחנו נגיד שלא היה רצח. קלמן אומר שאם אנחנו מתייחסים לבנאדם בצורה סובייקטיבית אפשר לראות בהרבה מקרים שהאדם נפגע בהתחשב לחברה מסויימת.

לסיכום, אם הולכים על כיוון של קינטור סובייקטיבי והאם הבנאדם הספציפי הזה קינטרו אותו בצורה כזו שהוא לא יכול היה לא לעשות את המעשה למעשה נותנים פתח לדטרמיניזם- לא יכול להימנע ממה שעשה. לעומת זאת אם מדובר על האדם הסביר האובייקטיבי אומר שיש לאדם הסביר רצון חופשי.

**שיעור 5.6.12**

**פרשת נחמני** מעלה דילמות בהקשר המוסרי והמשפטי בהתנגשות שבין הזכות של האשה- רותי נחמני, לבין האיש- רותי נחמני.

ראשית נתייחס לכך מהיבט תורת המשפט ולראות איך השופטים מבינים את מה שהם עושים בפס"ד ואיך יש להסתכל על זה מנק' מבט של תורת המשפט?

**כל השופטים** מסכימים שאין הוראת חוק שמתייחסת למקרה הזה ומזכירה אותו, אין שום כלל במשפט שאומר מה לעשות בסיטואציה כזו. עכשיו השאלה היא איך השופטים מכריעים בסוגיה הזו. **יש מחלוקת בין השופטים בשאלה המתדולוגית או התורת משפטית הזו.** האם ההכרעה של השופטים, אחרי שהם כולם מודעים שאין כלל ברור במשפט לגבי הסיטואציה זהו, האם הם ממשיכים לפנות אל המשפט ומוצאים תשובה במשפט ברמות גבוהות יותר מאשר הכלל הספציפי לשאלה הזו, או שהם מגיעים למסקנה שבעצם אין תשובה במשפט לשאלה הזו, ואם אין תשובה במשפט לשאלה אז הם פונים אל **עקרון הצדק** ומחליטים על פיו- עקרון נפרד, לא משפטי. השאלה תהיה מה שיקולי הצדק להכרעה בעניין.

**אפשר לחלק את השופטים ל:**

1. **חושבים שההכרעה היא במשפט:** יבואו כל מיני דרכים למציאת הכרעה משפטית בסוגיה.
2. **חושבים שההכרעה היא צדק מופשט.**

**כמעט כל השופטים נותנים דעתם לסוגיה הזו,** שממנה נגזר עוד דבר מעניין- מהו תפקיד השופט כמכריע בסוגיה הזו? אם ההכרעה נמצאת במשפט אז **השופט ראשית מגלה מה התשובה במשפט ואז מיישם.** לעומת זאת אם המסקנה היא שהתשובה לא נמצאת במשפט אזי המסקנה המתבקשת היא שהשופט צריך להכריע ולקיים **תפקיד יוצר.** יש פה הדגמה יוצאת מן הכלל לשאלה מהו שיקול הדעת השיפוטי ואיך השופט מבין את מה שהוא עושה.

**שטרסברג-כהן**

"אכן, אין אנו נקראים לפרש חוק מסוים ואין אנו נדרשים ליישם חוק כזה. גם במקרה זה, כבאחרים, נקראים אנו להכריע בסוגיות שאינן מסודרות על-ידי 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 הסוגיה הנדונה".

היא לא רוצה עצמה **כמי שמצויה בחלל נורמטיבי, אלא רואה עצמה מול המשפט וחושבת שניתוח משפטי מסויים יביא לתוצאה המתבקשת.**

השופטת אומרת **שהצדק הוא מושג מופשט ונייטרלי בענייננו.** היענות לדני נחמני היא עשיית אי צדק לרותי נחמני והיענות לה היא עשיית אי צדק לו. היא אומרת שהמושג המופשט של צדק- מי צודק בסכסוך, לא עוזר לסוגיה ולכן יש לפנות למשפט.

**צבי טל**

תחום משפטי בלתי מוסדר. הוא חוזר להבחנה של ברק. החלטה מי עדיף במקרה הזה- הוא עושה ניתוח של העדפת הזכויות ושיקולי מדיניות, וכל מיני שיקולים אחרים. הוא עושה **פיתוח של המשפט** ולכן צריך להעריך באופן ערכי זכותו של מי עדיפה במקרה הזה- האיש או האישה, ברמת כל ההיבטים (עדיפות הזכות להיות הורה מול הזכות לא להיות הורה, עדיפויות).

**דליה דורנר**

בפירוש מעלה **את שיקול הצדק** ומתייחסת לשתי תורות המשפט המרכזיות- **דוורקין והארט.** היא אומרת שגם דוורקין שמכחיש קיומו של שקו"ד שיפוטי מכיר בהפעלת צדק. לכן בעצם אומרת דורנר **שאין תשובה בדין,** נכון שבאופן תיאורטי מנק' מבטו של דוורקין אף פעם לא נמצאים במצב של חלל, ולעולם לא נמצאים במצב שהשופט הוא יוצר- אבל נמצאים, לשיטתו **תחת עקרון הצדק,** כאשר דוורקין תופס אותו כחלק מהמשפט (השופט כפוף לו), ואילו דורנר אומרת שאין לה שיקול דעת חזק ובפועל היא פועלת לפי שיקולי צדק. לפי הארט יש שיקול דעת חזק, אני מחוקקת ואני מחליטה, לפי דוורקין אני מיישמת- את עקרון הצדק.

דורנר מודעת למחלוקת התיאורטית אך בפועל פועלת לפי עקרונות הצדק.

**גולדברג**

"לפנינו חלל נורמאטיבי. בפנייה לעקרונות היסוד של השיטה לא ניתן למצוא פתרון. שכן, אם נצטמצם לסיווגן הראשוני של הזכויות, הרי שענייננו בהתנגשות פנימית בין שתי נגזרותיה של אותה הזכות, היא הזכות לכבוד ולחירות"

הזכות להיות הורה נגזרת, לפי הטיעון שלו, ושל ש"כ וברק, מהזכות לכבוד וחירות, ואם כך בעצם שתי הזכויות מקורן באותה זכות יסוד- "זכות ליבה" במונחים של רז, ולכן הזכויות האלו שקולות. לדידו, העניין של זכות חיובית וזכות שלילית לא עוזר לפתרון. אומר שבהעדר כל נורמה משפטית, מסוג כלל או סטנדרט, כלומר אין במשפט שום פתרון לסוגיה, על ביהמש למלא פונקציה חקיקתית שאינה יישום נורמות משפטיות קיימות אלא יוצרת נורמה המושתתת על העקרונות הכללים של השיטה. לפי הש' יש חלל- אין תשובה בשום רמה, ולכן עליו לפעול כמחוקק וככזה הוא לא מחוקק מעצמו, אלא פונה לעקרון שחולש על כל השיטה- עקרון הצדק.

**קדמי**

השופט שלא מתייחס בפירוש לסוגיה הזו.

**טירקל**

פועל לפי עקרון **הצדק.** אומר שאין לו פתרון בדין ולכן פועל לפי עקרון הצדק. הוא מעדיף את "הזכות לחיים". מדובר על תוצאה מתוך אינטואיציה ותחושה פנימית. סוג של ריאליזם- מעדיף את הזכות לחיים.

**בך**

עלינו להיעזר בתחושת הצדק ולקבוע את מה שנראה בעיננו כצודק ביותר.

**מצא**

אנליזה משפטית. יש תורת זכויות ויש היקשים מהמשפט. הוא לא דן בשאלה מי צודק בנסיבות האלו.

**אור**

בדומה לשני חבריו, אין הוא סבור שביהמש נמצא מול חלל נורמטיבי ויש ליצור יש מאין. תיאודור אור שייך לרשימת "המשפט".

**זמיר**

הכי תקיף בסוגיה שנגד הכרעה לפי הצדק. הוא פותח בהתקפה על חבריו. "חלילה לשופט לעבור בקפיצה מהעובדות אל הצדק, כאילו אין דין חוצץ ביניהם. כבודו של הצדק במקומו מונח. אך הוא חייב להיות מונח על תשתית של דין".

אמנם הצדק חשוב אבל ביה"מ לא בוהה מול חלל נורמטיבי. הוא מפנה לחוק יסודות המשפט שאומר לשופט אייך ללכת והוא נחרץ ביותר. זו עמדה מאד ותיקה שלו ויש לו מאמר מסוף שנות ה-60 על מהו הצדק של בג"צ, ושם הוא מחזיק באותה עמדה ואומר – ביה"מ לא פועל ע"פ צדק מופשט אלא צריך לפעול ע"פ הצדק של הדין. זמיר לא הולך על ניתוח אנליטי של תורת הזכויות אלא רוצה ללמוד מההוראות שיש בדין בעיקר תקנות ההפריה החוץ גופית שדורשות הסכמה בכל שלב. הוא הולך על היקש.

ברק אומר בפירוש שהוא מצטרף לשופטת שטרסברג כהן וזמיר. מסקנתו משקפת את הדין הקיים. המשפט והצדק הולכים יד ביד, אך ברק מדגיש שזה הדין הקיים.

כל השופטים שפסקו לטובת דני גם חשבו שהחלטתם משפטית. החריג האחד הוא מצא. הם חושבים שבסופו של דבר הם מיישמים את הדין, לעומת השופטים שפסקו לטובת רותי שחושבים שהם יוצרים את הדין לפי שיקולי צדק (לפי דוורקין אפשר לפעול לפי שיקולי צדק ועדיין ליישם).

**אילו שיקולים נכנסים לשיקולי משפט ולשיקולי צדק? :**

הגישה של המשפט הוא ללמוד את העניין מהמשפט עצמו, מהחוזה ביניהם- יש שאלה על תוכן החוזה, ואילו הגישה של תורת הזכויות היא לפעול לפי הצדק.

ברק אומר שהוא מחפש פתרון לסיטואציה שאיננו תלויה בשאלה- מה הגיל של רותי? האם יש לה סיכוי להרות עוד? האם היא הקפיאה ביציות נוספות? אלו שאלות פרטניות שלא נגזרות מנורמה משפטית, הוא שואל ברמה הכללית ידו של מי עדיפה?

**תורת הזכויות**

זכות מוסרית היא זכות שאיננה מותנית במשפט המדינה, היא מבוססת על מערכת ערכית מוסרית שלא תלויה במשפט- בין אם המשפט מעניק אותה ובין אם המשפט איננו מעניק אותה.

זכות משפטית נובעת ממשפט שמוגן ע"י המדינה. יש הבדל ביחס ביניהם, בין נקודת המבט הפוזיטיבית לבין נקודת המבט של המשפט הטבעי. מנק מבט פוזיטיבית מדברים בשתי מערכות **נפרדות לחלוטין,** מדובר בשתי שפות עם אוצר מילים דומה- המילה "זכות" משמשת גם בהקשר של המערכת המוסרית וגם בהקשר של המערכת המשפטית, אך מבחינת המערכת המשפטית הזכות המשפטית צריכה להיות מעוגנת בחוק.

מנק' מבט של משפט הטבע תתכן זיקה בין זכות מוסרית לזכות משפטית. היות ומשפט הטבע הוא חלק מהמשפט, ולכן זכויות מוסריות **מסויימות** יכולות להיות גם זכויות משפטיות. שאלת ההפרדה קשורה ביחס הזה.

כאשר אדם מעלה זכות מוסרית, זכות מוסרית משמשת בהקשר של משפט רצוי ולא בהקשר של משפט קיים, אם בני זוג בני אותו מין טוענים שזכותם להינשא זה לזה- משמעות הדבר, זכותם המוסרית להינשא זה בזה.

**מתי קובעים שלאדם יש זכות?**

מה התוכן של הזכות ומה היחס של זכות לחובה? תיאוריה של זכויות באה לענות על השאלות האלו.

יכולה להיות חפיפה בין זכות מוסרית לזכות משפטית ובדר"כ יש חפיפה כזו. למשל הזכות של אדם לקבל חוב בסך 1000 ₪ שהלווה לחברו היא בעלת נפקות משפטית וגם מוסרית.

אם נאמר שלפי שופטי הצדק שאין מצב משפטי- נמצאים בפני חלל, עכשיו מכריעים מה צודק. איך עושים זאת? מביאים בחשבון את הציפיות ההדדיות שלהם שלא הגיעו לכדי חוזה. השאלה היא איך יהיה הניתוח- למשל, צבי טל סבור שיש לראות בהסכמתם ללכת להליך של הפריה התחייבות הדדית ללכת על הסוף. כשדני הסכים לזה הוא הסכים ללכת עד הסוף **אך זה לא חוזה.** אם מדובר בסכסוך שלא נמצא בחוק- הוא מפעיל שיקול דעת, שיקול הדעת יכול להתחשב בשיקולים מוסריים.

כל השופטים מהמתרס השני, הגיעו למסקנה שאין לרותי זכות ומבחינתם זו התוצאה הצודקת.

מהי זכות טבעית? זכות שבהגדרה היא מוסרית. זכות טבעית נובעת מהמצב של האדם, זכות אדם יסודית, שמניחים שלאדם יש ככזה.

**ניתוח הזכות לפי הופלד**

ארבע משמעויות:

1. תביעה
2. חירות
3. כוח
4. חסינות

לכל אחד יש קורלטיב: תביעה-חובה, חירות-העדר זכות, כוח-כפיפות, חסינות- העדר כוח.

הניתוח האנליטי הזה עוזר כדי להסביר זכויות ומראה שאפשר להתכוון לדברים שונים. למשל אם אני מחזיק בזכות רכושית, יש לי תביעה. אם יש לי חירות שלילית, למשל חופש תנועה, המשמעות היא שלאיש אין זכות להגביל את חופש התנועה שלי, או חופש דיבור לאיש אין זכות לתבוע ממני שלא לדבר.

המשמעות של כוח היא לשנות מצב משפטי שמישהו אחר כפוף לו, למשל כוח לכתוב צוואה וחלוקת הרכוש באופן שמכפיף את היורשים לצוואה. בחוזה המציע הצעה בחוזה, למקבל יש כוח- המציע כפוף לקיבול. כאשר המציע מציע הצעה הוא לא מחייב את המקבל, וכאשר המקבל מבצע את הקיבול אז המציע הופך להיות כפוף. חסינות- כאשר אדם חסין מפני כפיפות למשהו אחר, למשל חסינות ח"כ שלא כפוף לסמכויות מעצר וחקירה.

נוצרת מערכת יחסים גם של ניגודים:

1. זכות- העדר זכות
2. חובה-חירות
3. כוח- העדר כוח
4. חסינות-כפיפות

זה מחדד לנו את הניתוח של הזכות. המעניין הוא שבדרכ בזכויות יש לנו אגד של זכויות שונות, בספרות מקובל להשתמש בביטוי של "מולקולה" ו"אטום". זכות מולקולרית היא כזו שמכילה כמה אטומים- נניח שאני בעלים של רכב, הבעלות היא מולקולה של כמה אטומים- המשמעות של הבעלות היא שקודם כל יש לי זכות במובן הצר: תביעה שאף אחד אחר לא ינהג ברכב בלי רשותי. יש לי חירות להשתמש ברכב כרצוני, להבדיל ממישהו אחר. יש לי כוח- להתיר למישהו להשתמש ברכב, למכור אותו, להשמיד אותו. הכוח שיוצר כפיפות של אחרים לסיטואציה. יש לי חסינות מפני זה שמישהו אחר יפעיל את הכוח עליי וישנה את המצב של הרכב.

**דוגמה חשובה= חופש ביטוי,** חופש ביטוי באופן טיפוסי זה חירות, כלומר לאף אחד אין זכות לתבוע ממני, אבל זה יכול להיות גם זכות במובן הצר= זכות תביעה שלא יפריעו לי.

**מהו היחס בין זכות לחובה לפי הניתוח של הופלד?**

מדובר ביחס של התאמה. יחס קורלטיבי, זה אותו דבר במילים שונות- התוכן של הזכות זהה לתוכן של החובה. להגיד שיש לי זכות בקרקע זה כמו להגיד שיש לך חובה שלא להיכנס אליה. הזכות והחובה היא כתמונת ראי. זוהי נקודה חשובה, היות ויש מי שיחשוב שהיחס בין שניהם הוא לא יחס של התאמה. **לפי הופלד, כל זכות במובן הצר יש בצדה חובה! אין זכות ללא חובה.** תתכן חובה ללא זכות- נניח א' עשיר, לפניו יש עניים והוא יכול לסייע להם. הוא יתן למי שהוא רוצה, אף אחד לא יכול לבוא אליו עם הזכות לקבל צדקה. אבל אם לאדם יש זכות- תמיד בצד השני תהיה חובה.

**רז:**

מציג תיאוריה רחבה יותר של זכויות והוא חולק על הופלד. הוא מציע תיאוריה המכונה **תיאוריית האינטרס.**

מה זאת אומרת זכות?

הגדרתו של רז: **ל-X יש זכות אם ורק אם הוא יכול שיהיו לו זכויות ויש לו אינטרס שמהווה טעם מספיק שבגינו נראה אדם אחר כנתון תחת חובה. הגדרה חשובה!!!!!!!!!!!!!**

**ניתוח ההגדרה:**

1. אלמנט א'= לX יש זכות אם הוא יכול שיהיו לו זכויות, יש להחליט האם הX נושא זכויות. למשל: האם ביציות מופרות נושאות זכויות? כדי שנייחס זכות למישהו אנחנו צריכים להניח שהוא נושא זכויות.
2. אלמנט ב'= לזהות **אינטרס** שקשור ברווחה שלו, אינטרס שבגינו נראה מישהו אחר כנתון תחת חובה. ברור שהזכות מולידה חובה.

אינטרס🡨 מוליד זכות🡨 מולידה חובה.

האינטרס יכול להיות אינטרס כמו חיים, כבוד, חירות, שלמות הגוף. כן אינטרסים קונקרטים יותר.

**התיאוריה של רז איננה קורלטיבית, היא אומרת שלא מדובר בתמונות מראה אלא צריך בכל תחנה לשקול את הדבר הזה- האם האינטרס של האדם חיוני לרווחתו? האם חיוני לרווחתו עד כדי כך שאנשים אחרים יהיו מחוייבים לכך?**

רז טוען שלא מדובר ביחס קורלטיבי, בהכרח שכל זכות יוצרת חובה, אלא **הזכות יכולה ליצור חובה.**

אם אומרים שלמישהו יש זכות לחופש ביטוי זה אומר שיש לו חירות, האם זה אומר שהוא יכול לתבוע שמישהו אחר ישמיע אותו?

כל פעם יש שיקולים האם האינטרס ראוי להגנה, מהן החובות הנובעות מהזכות? זה מושג הרבה יותר גמיש, הוא רואה בחובה כהרבה חובות שיכולות לצמוח מהזכות. לפי רז, יכול להיות מצב (נדיר מאוד) שלא יהיה חובה כנגד זכות.

**נחמני**

בפרשת נחמני- מה רוצים לעשות ש"כ ומצא?

הם טוענים שאם נעשה ניתוח אנליטי של זכויות, נוכל להגיע לפתרון שהוא משפטי-אנליטי של הסוגיה בלי שיורדים לשאלות הקונקרטיות.

מהי הזכות להיות הורה לפי ש"כ? למעשה מדובר **בחירות.** לפי הניתוח ההופלדיאני היא אומרת שלאף אחד אין זכות למנוע ממני להיות הורה, והזכות שלא להיות הורה לדידה היא גם חירות- לאיש אין זכות לחייב אותי להיות הורה בעל כורחה. **יש פה שתי זהות מקבילות, מבחינת סיווגן שתיהן מסווגות כחירויות ולכן לא מטילות תביעה על הצד השני.** הזכות של רותי להיות הורה היא לא תביעה כלפי דני שהוא יאפשר לה להיות הורה. במילים אחרות, יש לה זכות להיות הורה אך לא ע"י תביעה של דני.

לעומת זאת, גם לדני יש חירות שלא להיות הורה ואין לו שום תביעה ספציפית. **לפי הניתוח הזה הזכות שרותי מחזיקה היא זכות שלילית=חירות.**

גם מבחינת התוכן של הזכות הזו, ולא רק הצורה שלה, הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה הן נגזרות מהזכות לכבוד ולאוטונומיה ולכן שקולות מבחינת התוכן שלהן. **במונחים של רז- רז הבחין בין זכות ליבה לזכות נגזרת,** במונחים של רז אפשר לומר שהזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה הן נגזרות מהזכות לכבוד.

רז אומר שזכות ליבה היא זו שיש לה הצדקה ישירה, כלומר זו שמבססים אותה על אינטרסים. לעומת זאת זכות נגזרת מבוססת על זכות אחרת שהיא מבוססת על אינטרס. **לפי התפיסה של ש"כ**, ששותפים לה אחרים כמו ברק, הזכות להיות הורה ושלא להיות הורה לא מגינות על אינטרס מסוים שאנחנו בעדו, אלא היא נגזרת מן הבחירה של האדם= זכות לכבוד ואוטונומיה. **בנקודה הזו אומרת דפנה ברק ארז,** שזה שהן סימטריות הן לא שקולות. היא טוענת שהזכות להיות הורה היא לא זכות נגזרת מהזכות לחירות ואוטונומיה אלא זכות ליבה שמגינה על אינטרס להורות. מצד שני דפנה ברק לא הראתה שגם אם הזכות היא בעלת תוכן עצמאי וחזק- היא לא הראתה שהיא חורגת מהניתוח (מבחינת צורת הזכות). כל המאמץ של ש"כ הוא להגיע לזכויות לפי הצורה שלהן ולא לפי התוכן- הטענה היא שהתוכן שייך להכרעות של צדק. היא רוצה להגיע לתוצאה משפטית שנובעת מהסיווג שלהן.

דפנה ברק לא הראתה מדוע הזכות מולידה תביעה כלפי דני.

**מצא**

מצא אומר שהוא לא רוצה להכריע מי צודק אלא לפי מה שהזכויות במשפט מעניקות תוך ניתוח אנליטי. **הוא מציע אנליזה מסויימת:**

**עקרונית- במשפט**

**כללית –הזכות במלוא היקפה.**

**ספציפית- תביעה קונקרטית**

**לעניינו חשוב העניין בין כללית לספציפית.** כנגד זה יש **הגבלה כללית והגבלה ספציפית.** יש מצב בו הגדרה מנוסחת באופן ספציפי אך בפועל משמעותה כללית.

הוא אומר שנעריך את התביעות של רותי ודני בהתאם להגדרות האלו.

התביעה של רותי מבקשת תביעה ספציפית= היא רוצה להיות אמא , זוהי זכותה הכללית, אך כשאומרים לה שהיא לא יכולה להיות אם מהביציות האלו כאילו מטילים עליה הגבלה ספציפית. מצא אומר שזו הגבלה מעין כללית, כי אומנם היא מנוסח באופן ספציפי אך בפועל אין לה אפשרויות אחרות כי הוציאו לה את הרחם ולמעשה אין לה דרכים אחרות להיות אם ולכן זה הופך להיות הגבלה כללית. לעומת זאת, ההגבלה שמוטלת על דני: דני אומר שהוא לא רוצה להיות הורה. אם העקרון שלו היה לא להיות הורה בכלל אז זו הייתה פגיעה בזכותו הכללית שלא להיות הורה, אך לדני אין התנגדות עקרונית להיות הורה כי הוא הורה לילדה אחרת, ולכן הפגיעה שלו שהיא כביכול כללית היא בעצם ספציפית. **זו סימטריה הפוכה.** לפי מצא, יש להעדיף את הפגיעה בו על פני הפגיעה בה.

לדעת המרצה זה ניתוח שנראה מוזר.

**שיעור 12.6.12- מקורות המשפט**

הנושא יכניס אותנו גם למושג שם "תורת משפט פרטית". עד עכשיו דיברנו על תורת המשפט הכללית, שהינה תיאוריה כללית של המשפט שמתאימה לשיטות משפט שונות, ואיננה מתייחסת לשיטת משפט מסויימת. כל הטיעונים שדיברנו עליהם עד היום, למשל הויכוח בין שיטות פוזיטיביות לשיטות לא פוזיטיביות, הדיון על תפקיד השופט והשפיטה, פרשנות- כל אלו היו דיונים שמתאימים באופן עקרוני לכלל שיטות המשפט. הם מטפלים בבעיות יסודיות של המשפט מבלי שהם קשורים לשיטה מסויימת- הם מתאימים באותה מידה למשפט האמריקני, ישראלי, אנגלי וכו'. אך אפשר לדבר על תורת משפט באופן **יותר ספציפי- כלומר שיטת משפט מסויימת.** מדובר על שיטה או תרבות משפטית מסוימת וניתן לנתח את תורת המשפט שלה, נפגש עם זה בשיעור דרך הדיון במקורות המשפט.

מהם מקורות משפטיים?

מקורות הקובעים את הנורמות המחייבות של המשפט בשיטת משפט **נתונה.** מנקודת מבט פוזיטיבית, המקורות המשפטיים הם המקורות הבלעדיים של המשפט, רק נורמות שנוצרו דרך מקורות המשפט הן מחייבות. מנקודת מבט של משפט הטבע- מקורות משפט אינם בלעדיים לשיטת משפט, הם העיקריים, אך יש עקרונות נוספים- כגון עקרונות מוסריים. כל שיטת משפט קובעת לעצמה את המקורות המשפטיים שלה! באופן עקרוני זה יכול להיות ספר מסוים, הוראות של המלך, דברי המחוקק ודברי בית המשפט.

בעולם המודרני של המשפט יש שניים או שלושה מועמדים עיקריים להיות מקורות המשפט של השיטה:

1. חקיקה
2. פסיקה
3. מנהג

אנחנו באים לדון על מקורות המשפט וזה קשור **לשיטה נתונה- כי לא בכל שיטה יש אותם מקורות.**

**ננתח את מקורות המשפט ואת חלוקת העבודה ביניהם בשיטות משפט שונות, נתייחס בעיקר מצד אחד לשיטה הקונטיננטאלית ומצד שני לשיטה האנגלו-אמריקאית, וכמובן גם לשיטה הישראלית.**

השאלות שעולות בהקשר הזה הן מהם מקורות המשפט בשיטה משפט נתונה- השיקולים לבחור במקורות מסויימים? מה הם כוללים? כיצד מנוסחים? מהי חלוקת העבודה ביניהם?

**יש הבחנה ידועה שבאה לידי ביטוי במאמר של מאוטנר,** וגם מאמר נוסף של פרופ' פרוקצי'ה (על אף שדעתו שונה משל מאוטנר) שמבחין בין **כללים לסטנדרטים: כללים וסטנדרטים נוגעים לצורה בה מנוסחים נורמות משפטיות. דיברנו על הבחנה בין כללים ועקרונות בדיון על דוורקין, כעת ההבחנה הזו תשמש למשהו אחר.**

* **כלל:**

נורמה ספציפית הכוללת מערכת נסיבות עובדתית שבהתקיימה תחול תוצאה משפטית. יחול הדין. הכלל מורכב משני חלקים:

1. מערכת הנסיבות העובדתית שקל באופן יחסי לזהותה.
2. דין בתוצאה המשפטית.

האופי הזה של הכלל מאפשר להחילו באופן **מכני.** השופט יכול לקבוע, יחסית בקלות, את העובדות ואז באופן מכני להחיל את התוצאה (דוג' טיפוסית: נסיעה במהירות מעבר למותרת).

* **סטנדרט:**

נורמה משפטית מופשטת שמערכת העובדות שבה איננה ברורה לכשעצמה- כלומר, לא קל לזהות אותה. לעיתים גם התוצאה המשפטית- הדין- לא נקבע באופן ברור. זוהי נורמה מופשטת ולכן היא לא יכולה להיות מוחלת באופן מכני! סטנדרט דורש מטבע הדברים **שיקול דעת שיפוטי.** למשל אם פקודת התעבורה קובעת שהנוהג בדרך באופן לא זהיר ושלא בהתאם לתנאי הדרך ישלם קנס של 1000 ₪. במקרה הזה התןצאה ברורה אך מערכת הנסיבות איננה ברורה כיוון שהשאלה מה זה לנהוג בזהירות ומה זה בהתאם לדרך אלו עובדות לא ברורות שלא ניתן לקובען באופן מכני, התביעה תטען בפני השופט שהאדם עבר על ההוראה הזו, השופט ישאל מה זה באופן לא זהיר? מה זאת אומרת שלא בהתאם לתנאי הדרך?(הכביש היה משובש?)

**זו ההבחנה היסודית בין הכלל לסטנדרט, הסטנדרט מחייב בעצמו שיקול דעת בעוד שכלל ניתן להחלה בדרך מכנית. ניתן לומר שהכלל קובע את תוצאת המקרה מראש- כלומר, ההסדר נקבע מראש וכאשר המקרה קורה רק אז הכלל מוחל, לעומת זאת הסטנדרט קובע את תוצאות המקרה בדיעבד- השופט בדיעבד קובע את תוצאת המקרה. השאלה של כלל וסטנדרט קובעת את חלוקת העבודה בין המחוקק לבין השופט.** במקרה של כלל המחוקק קובע מראש את המקרה והשופט עושה פעולה טכנית של **יישום,** לעומת זאת במקרה של סטנדרט השופט קובע את התוצאה **בדיעבד** והמחוקק מראש רק קובע את המסגרת.

**עלויות:** האם למערכת משפט כדאי להיות מנוסחת יותר בצורה של כללים או יותר בצורה של סטנדרטים? בדר"כ מערכת משפט היא בעלת תמהיל של כללים וסטנדרטים ובדר"כ לא בנויה רק מצורה אחת של נורמות. התמהיל משתנה משיטה לשיטה, יכולה להיות שיטה שמנוסחת יותר בצורה של כללים ויכולה להיות שיטה שמפעילה באופן פתוח. אפשר לשאול מהם השיקולים ומה צריך להעדיף.

יש הבדל בעלויות הייצור של כלל ושל סטנדרט- כלל הרבה יותר יקר לייצר כי המחוקק צריך **לחזות מראש** את כל המקרים, הוא צריך לדון בהם ע"י מומחים, סקרים וכו'. לעומת זאת סטנדרט קובע מסגרת כללית שדורשת פחות מאמץ. לעומת זאת, בתהליך היישום התוצאה הפוכה- היישום של כלל הוא זול וקל הרבה יותר- השופט פשוט מיישם אותו. לעומת זאת, ההפעלה של סטנדרט הרבה יותר יקרה- היא דורשת להשקיע מאמץ מבית המשפט בהכרעה הזו.

עולה שאלה למי יש כלים לבצע את הפעולה. מנקודת מבט כלכלית, מתי יהיה כדאי לנסח את החוק בצורה של כללים ומתי בצורה של סטנדרטים? היתרון הגדול של כלל הוא שהוא יוצר **וודאות, ברור מהי התוצאה הצפויה מהתנהגות שהכלל קובע, אם הוא קובע ודאות הוא קובע צפיות- אם אני יודע אני יכול לתכנן. יש לכלל מגבלה אינהרנטית והיא תחולת יתר ותחולת חסר.** אם אנחנו קובעים שגיל הבגירות הוא 18 אנחנו קובעים כלל- זה יוצר ודאות מאוד ברורה. זה מאוד זול בביצוע, אבל יש פה תחולת יתר ותחולת חסר, יש מקרים בהם ילדים בני 16 בגירים והיה ניתן לייחס להם את האחריות מכך, ולהפך יש אנשים בני 20 שלא ראוי להכיר בהם כבגירים אך מכירים בהם. **הבעיה הזו לא קיימת בסטנדרטים שם קובעים לפי קנה המידה ומחילים אותו בהתאם לנסיבות**- למשל פקודת התעבורה קובעת שהנסיעה בדרך בינעירונית היא עד 70 קמש, הנורמה של לנסוע בזהירות בהתאם לתנאי הדרך קובעת את ההתנהגות הדרושה ובה לא תהיה תחולת יתר ותחולת חסר.

מההיבט הכלכלי של עלויות ייצור, עלויות הייצור של כלל יקרות יותר אך עלויות ההפעלה זולות יותר, באשר לסטנדרט עלויות הייצור של סטנדרט זולות יותר אך עלויות ההפעלה יקרות יותר. כאשר יש מקרים שחוזרים על עצמם עדיף להשקיע בייצור כלל ואז להפעיל אותו, אבל אם יש מגוון של מקרים ואין שניות- יהיה יותר זול להפעיל סטנדרט.

דוורקין היו בין אלו שיש לו את "זכות היוצרים" בהבחנה בין כלל לעקרון, זה לא זהה לכלל וסטנדרט. יש דמיון, אך לא זהה- דוורקין רצה להגיע לעקרונות מופשטים של המשפט שהם לא חלק מהדין החקוק והחרוט, אך ההבחנה בין כלל וסטנדרט אומנם דומה מבחינה חזותית אך היא **מאתרת סטנדרטים מתוך החוק החרוט.** בהרבה חוקים יש קביעות מסוג "סטנדרטים", לכן לא מדובר על ההבחנה של דוורקין.

לשאלה איך שיטת משפט בוחרת לנסח את הנורמות שלה יש השלכה על חלוקת העבודה בינה לבין השופט ומהם השיקולים המשפיעים על העניין הזה. נחזור לשאלה זו מיד.

**ההבחנה בין שיטות משפט אנגלואמריקאיות לקונטיננטליות:**

* **השיטה הקונטיננטלית:** הדבר הבסיסי הוא העובדה שבראייתם המקור הבלעדי של המשפו הוא החוק- המחוקק והחקיקה. בשיטה הזו, הפסיקה של בתי המשפט איננה מקור משפטי. הפסיקה עניינה להכריע בסכסוכים מקומיים, מה שהשופט מכריע בסכסוך שלפניו זו הכרעה ואין לה תוקף תקדימי להכרעות הבאות ולכן היא לא מקור משפטי. כל השאלות לגבי אופן הכרעת השופט נשארות אך הפסיקה איננה מקור משפטי. הרציונל של ההפרדה קשור לעקרון של הפרדת רשויות- אין מחוקק מבלעדי המחוקק. במרכז עומד **הקודקס,** בצרפת- קוד נפוליאון שמשקף את עקרונות המהפכה במובן של פשטות השפה- פנייה לכל אדם תבוני ורציונלי, בגרמניה ה-BGB- תוצאה של שתי אסכולות של המשפט, למשל ההיסטוריה של המשפט שמזוהה עם **סביני,** ואומרת שמשפט של מדינה צריך לשקף את התרבות שלה והשיטה הפנדקיסטית שזו תפיסה מדעית של המשפט.

מה שמשותף לשתי השיטות האלו ולכל התרבות הקונטיננטלית היא שהקודקס המשפטי נחשב כמי שמקיף וממצה את **כל שיטת המשפט- דהיינו לכל שאלה משפטית צריכה להיות שיטה בקודקס.** ביטוי לכך יש בפתיחה לקודקס הצרפתי, קוד נפוליאון, בהקדמה לקוד בס' 4: על השופט יש חובה להכריע בסכסוך שלפניו, הוא לא רשאי לסרב לדון. אם השופט אומר שהוא לא יכול להכריע זה בעצם כמו לומר "אתה לא רוצה להכריע"- לא מקבלים את התשובה הזו, ההנחה היא שלכל בעיה יש תשובה בחוק. השופט נתפס **כמיישם של החוק בלבד. יש עליונות ברורה למחוקק והשופט ממלא תפקיד משני לחלוטין!** הדבר בא לידי ביטוי בחמישה מאפיינים, לפי מאוטנר:

1. החוק הוא המקור היחיד והממצה של המשפט
2. לפסיקה אין מעמד של מקור משפטי
3. הפרשנות של החוק נתונה בידי מלומדים. השופטים צריכים לפעול בהתאם לפרשנות של המלומדים. זה עוד שריד למסורת הרומאית.
4. לשופט אין מעמד גבוה, השופט נחשב לפקיד.
5. בשיטה האירופית יש עדיפות לפעולה עפ"י כללים- לודאות של הדין. הקודקסים כוללים הרבה מאוד סטנדרטים מצד אחד, יש להם כוח להקיף יותר תחומים, הכללים ספציפים ויוצרים חללים, הסטנדרט מקיף- בתפיסה האירופית יש סטנדרטים בקודקסים שמאפשרים למלא את החללים אבל בפועל יש עדיפות לכך שיהיו יותר כללים, כך שחלוקת העבודה היא ברור לטובת המחוקק ולשופט יש תפקיד מיישם בלבד. מכיוון שהמקור המשפטי היחיד הוא החוק, התפקיד של השופט הוא ליישם את החוק בתפקיד המסורתי. גם הם מודעים לכך שלא תמיד אפשר ליישם את החוק באופן מכני. יש פער בתפיסה האירופית בין האידיאולוגיה לפרקטיקה- ברמה האידיאולוגית העקרונית התפיסה האירופית רואה את המרכז במחוקק ותופסת את השופט כמיישם, אך הטענה היא שזוהי טענה תיאורטית עקרונית, הרי בפועל גם שופטים באירופה פוסקים לא בדיוק לפי איך שהתכוון המחוקק עקב לקונות ובעיות פרשנות, ולכן טוענים המלומדים שלמרות העמדה העקרונית שהשופט הוא מיישם, בפועל הוא גם יוצר. זה כמו דוורקין בשיטה האנגלואמריקנית- אי התאמה בין מה ששיטה רוצה להצהיר על עצמה למה שקורה בפועל, ובפועל יש לפסיקות משקל למרות אמירתם על אי תקדים מחייב. גם בשיטה האירופית יש חשיבות לתקדימים!

* **השיטה האנגלו-אמריקאית:** לשופט יש תפקיד **מרכזי** בקביעת החוק. נקודת המוצא היא שמקורות המשפט הם לפחות שניים:

1. חקיקה
2. פסיקה

למעשה, מנקודת מבט היסטורית- הפסיקה קדמה לחקיקה! שופטים פסקו, פיתחו דוקטרינות והמחוקק בא בעקבותן וסיכם את התקדימים. **ראשית** זה אומר שיש שני מקורות משפט: המחוקק ובתי המשפט, **שנית** היחס ביניהם מורכב, לפרלמנט יש עליונות בכך שהוא יכול לבטל פסיקה או תקדים אך הוא בא אחרי הפסיקה, **שלישית** המשפט האנגלי לא מכיל כל, מכיוון שהוא מתקדם צעד אחר צעד. הם הלכו ממקרה למקרה- החוק האנגלי הוא חוק שמראש לא מתיימר להיות שלם, השופטים הם אלו שמשלימים אותו. מבחינת סטנדרטים וכללים- בשיטה הזו יש יותר כללים (כללים לא מקיפים כל) ולכן יש בו יותר חללים והוא יותר חסר. המשפט לא מתכוון להיות ממצה ומקיף כל ובנוי על כללים.

איך נכון לנסח את החקיקה?

יש מספר שיקולים העומדים במרכז, יש שיקולים של ניסוח בצורה של סטנדרטים שהם מקיפי כל אך מצד שני הם נותנים שיקול דעת נרחב לשופט ולהפך לגבי הכללים.

**מה התכלית של המאמר של מאוטנר?** לתת כוח לבית המשפט להפעיל שיקול דעת. הוא מדבר על החקיקה הישראלית שהתרחשה בישראלית עד שנות ה80- כל החקיקה האזרחית החדשה, מצד אחד האופי שלהם הוא קונטיננטלי- ישראל חוקקה באופן קונטיננטלי את החוקים, במובן שהיא רצתה להקיף הכל וגם זה בא לידי ביטוי בלשון החוקים שהיא לשון קצרה ובעצם בעלת אופי של סטנדרטים. מאוטנר חושש מכך שנאמץ את השיטה הקונטיננטלית גם ביחס לתפקיד בית המשפט, כלומר התפיסה תהיה שלבית המשפט יש תפקיד טכני ומיישם. לפי מאוטנר, יש להשתמש באמת במה שהסטנדרטים נותנים, קרי שיקול דעת לבית המשפט, ולכן הקריאה של מאוטנר היא לניסוח של החוק בצורה של סטנדרטים כי הם באמת מעניקים כוח לביהמש אך לא לאמץ את המסורת הקונטיננטלית שהיא תפסה את השופטים כמיישמים בלבד, אלא לתת לביהמש כוח כפי שראוי לו.

בניגוד למאוטנר, טענתו של פרוקצ'יה, הייתה ברורה העמדה שיש מקרים בהם תהיה עדיפות לכללים לצמצום שיקול הדעת של המשפט. הטענה של פרוקציה היא שצריך להעדיף במקרים רבים את הכללים ואת צמצום שיקול הדעת של המשפט. כך למשל בחוסר מומחיות שיפוטית- צריך לתת לשופט כלל ולא סטנדרט. אם השופט לא מסוגל להתעמק בתחום מסוים הכלל יביא אותו לתוצאה נכונה יותר מאשר הסטנדרט. הוא לוקח דוגמה של חוק החברות בדלאוור שהועתק ע"י מדינות אחרות אך למרות זאת הן לא הצליחו לסחוף אליהן חברות, היות ובדלוואר היה בימש שהתמחה בחברות ונתן פתרונות מוצלחים ובתי משפט אחר לא הצליחו להגיע לאותה רמת מומחיות. הוא פורש ביקורת על ביהמש העליון שלנו שאין לו בקיאות בתחום העסקי והכלכלי ולכן הוא מגיע להחלטות גרועות ולכן בעד לתת להם כללי שפיטה.

שאלה מאוד חשובה של מאוטנר היא **שאלת המומחיות- כאשר בית משפט מחליט, במיוחד היום שיש נטיה ללכת לכיוונים חברתיים, האם יש לו את הכלים והמומחיות להכריע בשאלות שונות כמו חלוקת משאבים?**

**הטענות של פרוקצי'ה:**

* פרוקצ'יה טוען שבמצבים של חוסר מומחיות משפטית יש להעדיף כללים, אחד יתרונותיו הוא הבטחת תשובה נכונה. התיאוריה של ניתוח כלכלי של המשפט התרחבה בעשורים האחרונים של המאה ה-20, בעקבות שני מאמרים של קוז כלכלן שנתן תיאוריה לפיה ההסדרים הכלכליים בין צדדים יקבעו לפי האינטרסים הכלכלים שלהם ללא קשר לזכויות המשפטיות. נניח שחוואי מגדל פרות ולידו חקלאי מגדל תירס. הפרות אוכלות את התירס. עכשיו השאלה מי חייב לשמור על הפרות? מנקודת מבט מסורתית אנו מטילים אחריות על מגדל הפירות שיגדר וימנע את אכילת התירס. אז מבחינת קואז הנזק פה זה לא רק שמגדל הפרות מזיק את מגדל הפרות אלא זה נזק הפוך – מגדל התירס מפריע למגדל הפרות לגדל אותן. זה דו צדדי וצריך להיקבע מנקודת מבט כלכלית – מי מרוויח יותר ולמי כדאי לשלם עבור ההוצאות. למשל – יש הוצאות גידור של הפרות, והשאלה היא האם כדאי לגדר את הפרות. השאלה הזו קשורה בניתוח של הרווח וההפסד של הצדדים. אם למשל מגדל הפרות מרוויח הרבה אז כדאי לו לגדר, אם מגדל התירס מרוויח הרבה אז כדאי לו לשלם למגדל הפרות שהוא יגדר. הקביעה בהקצאת זכויות יכולה להיקבע במו"מ בין הצדדים כאשר כל צד קונה זכות מחברו שהיא כדאית יותר.  
  מאמר של קלברזי. אחד מגדולי תורת המשפט – משפטן יהודי איטלקי. נקודת המבט של ניתוח כלכלי היא שהמצב הראוי הוא המצב שבו מושג רווח גדול יותר. כלומר, ההסדר המשפטי הראוי שיקבע זכויות וחובות הוא ההסדר שיביא לרווח גבוה יותר ותועלת גדולה יותר – תועלת מצרפית. לתיזה הזו יש השלכות עצומות באמצעות העיקרון של נקודת המבט התועלתנית על תורת המשפט. המשפט צריך לתמוך בכך שאנשים רוצים למקסם את הרווח שלהם. לתיזה יש השלכות טובות שהן לא תמיד אינטואטיביות ולפעמים מפתיעות מבחינת התוצאות שלהם ואחד התחומים המשגשגים ביותר בתורת המשפט. הדבר הזה יכול להביא לדילמות- **מקרה אדרס:** חוזה שנחתם בין חברה גרמנית לישראלית באשר לאספקת ברזל. באמצע פרצה מלחמת יום הכיפורים ולא ניתן היה לבצע את ההספקה, בעקבות המלחמה מחירי הברזל האמירו, החב' הגרמנית החליטה להפר את החוזה ולמכור את הסחורה לחברה אירופית אחרת ועל ידי כך להרוויח הרבה כסף. אחרי שהמחירים חזרו למצבם ניתן היה להשלים את העסקה ואז הייתה מוכנה לספק את הסחורה לחב' אדרס הישראלית. אדרס טענה שנעשה פה עשיית עושר ולא במשפט. חברת אדרס לא הפסידה כי בסופו של דבר היא יכולה הייתה לקנות את הסחורה במחיר שנקבע מראש, אך החברה הגרמנית הרוויחה. מנקודת מבט כלכלית השאלה היא שאלה של הפרה יעילה- האם מותר להכיר בהפרת חוזה שהיא יעילה? הפרה שמביאה רווח בלי הפסד? החברה הגרמנית הרוויחה, הרווח הזה לא גרם להפסד לחברה הישראלית אבל היא טוענת שההון שהחברה הגרמנית עשתה נוצר כתוצאה מזה שהם לקחו נכס שמגיע להם. **השאלה המשפטית הייתה האם ניתן לתבוע ע"ע ולא במשפט במקום שיש חוזה?** העליון פסק שכן והוא קיבל את התביעה. מנקודת מבט של ניתוח כלכלי יש פה שאלה גדולה, באופן אינטואיטיבי העמדה צריכה להיות מה שיעיל, משמע הפרה יעילה צריכה להיות לגיטימית. יש מנתחים כלכלים שהם נגד זה מהטעם שלא תמיד קל להבחין האם ההפרה יעילה או לא ולכן הם טוענים שלמרות זאת צריך לא לקבל גם הפרה יעילה. בית המשפט שלנו לא קיבל את העמדה הכלכלית וקבעו שפועלים לפי השיקול המוסרי והצודק- מי שהפר את העסקה צריך לשלם על כך. הטענה של פרוקצ'יה כאן היא שנקודת המבט של ביהמש מתעלמת מסוגיות כלכליות ולכן עדיף, לדידו, אם ביהמש לא מיומן בניתוח כלכלי- לקבוע כללים.

**הטענה של פרוקצ'יה היא שכללים במקרים רבים עדיפים מפני שהם מבטיחים תוצאה נכונה, זה נכון במיוחד במקרים בהם אנו חושבים שביהמש לא יגיע לתוצאה הנכונה.**

* **בנוסף, עדיף כללים במצבים של חוסר מידע לגבי טיב הנזק.** למשל אדם משתמש במידע פנים לצורך הפקת רווחים במחירת מניות. נניח אדם קנה מניות במחיר 100 ₪ למניה על סמך מידע פנים, כאשר התגלה ברבים העסקה שהחברה עשתה ערך המניה עלה ל150. האדם הזה עשה הון עתק. הוא צריך לפצות את בעלי המניות האחרים, מה הוא צריך לשלם? החוק קובע **כלל** שהוא צריך לפצות ברווח של ביצוע העבירה לבין הפרסום ברבים- 50 למניה. לפי פרוקצ'יה זו חקיקה שרירותית- זה כלל, אם היינו נותנים שיקול דעת לביהמש היינו מבקשים ממנו להחליט בכל מקרה לפי הנזק שנגרם לתובעים. הטענה שלו היא שבמקרה הזה אי אפשר להגדיר בדיוק כמה נזק אדם גרם במהלך הזה, ובמקום כזה, עדיף לקבוע כלל שיש לו אלמנט שרירותי- לא משקף נזק ריאלי. כשאי אפשר להעריך את הנזק בדיוק עדיף לקבוע כלל שיהווה הרתעה למזיק מלגרום נזק. **על אף האלמנט השרירותי שלו הכלל הזה ראוי.**
* טענה חשובה ומעניינת שמתמודדת עם דוגמה של מאוטנר. מאוטנר מביא את הדוגמה של החוק המסחרי האחיד בארה"ב שניסח קארל לואלין שהיה מראשי הריאליסטים האמריקנים שטוענים שמי שקובע את המשפט הם השופטים. הם טוענים שכללים לא יכולים לקבוע את הדין, כי הם סובלים מעמימות מובנית, העמימות קשורה גם לפעמים לתוכן הכלל (הארט- רקמה פתוחה) אך גם לריבוי הכללים. התזה של הריאליסטים היא שכללים סובלים מעמימות מובנית. המסקנה שנובעת מכך היא שביהמש הוא זה שקובע, מנקודת מבט של המחוקק צריך לצמצם בכללים ולהעדיף בסטנדרטים, כי לפי הריאליסטים כללים ממילא לא יכולים לקבוע את התוצאה המשפטית- השופט תמיד יפרש לפי דעתו ולכן מראש כדאי לבחור בסטנדרטים. לואלין אומר שהחוק המסחרי בנוי על הרבה סטנדרטים ולכן הוא משכפל את החיים המסחריים, הוא טוען שהחיים המסחריים מאוד מגוונים ולכן לא צריך לקבוע כללים אלא לתת לביהמש שיקול דעת ושביהמש יקבע לפי מה שראוי את הדין. **מאוטנר מביא זאת כשבח- זו חקיקה ראויה כי זה מעניק לשופט שיקול דעת. פרוקצי'ה חולק עליו לחלוטין וטוען שדווקא במקום שהשחקנים במשפט פועלים באופן לא פורמלי ומגוון כמו המסחר, כאשר הם רוצים לצאת מהכללים ולסגור את המסחר הם זקוקים לכלל. הם לא מעוניינים לפנות לביהמש, הם יגיעו לפשרות, יפצו האחד את השני אבל המסגרת החיצונית צריכה להיות מופעלת ע"י כללים.** הוא נותן דוגמה נוספת- יהודים שדנים לפי דין תורה הולכים לפי בית דין רבני ופוסקים שם, בבד"ר שיקול הדעת רחב מאוד, לדיין יש שיקול דעת רחב בכל סכסוך לפסוק פשרה וזה הופך את הדיון בבית דין תורני לבלתי צפוי מבחינת התוצאה שלו אך אנשים מעדיפים את זה. כאשר המסגרת הזו נשברת ואנשים הולכים לדין הכללי הם מצפים ששם תהיה להם תוצאה ברורה. דווקא במסגרות שפועלות באופן בלתי פורמלי המסגרת מסביב של המשפט החיצוני צריכה להיות ודאית וברורה באמצעות כללים.

לסיכום, לטענתו במקרים רבים יש להעדיף כללים על פני סטנדרטים.

**היצירה השיפוטית- ברק:**

ברק מבחין בין שלושה סוגים של יצירה שיפוטית:

1. פרשנות- השופט מפרש את הטקסט.
2. השלמת חסר- משלים טקסט.
3. פיתוח משפט- לא מפרש אלא מחוקק.

להבדיל מהשלמת חסר שהיא השלמה מקומית ונקודתית, פיתוח משפט היא פעולה מקיפה יותר. ברק מדבר על הבעיות שכרוכות בזה. מנקודת מבט של השיטה הקוננטאלית יש פרשנות, אבל הסיפור של השלמת חסר ופיתוח המשפט הוא בעייתי. פיתוח המשפט מנקודת מבט קוננטאלית אף פסיקה אין לה כוח תקדימי. לכן אין חקיקה שיפוטית. אין מקום לפיתוח המשפט כמכשיר חקיקתי.

יש מצבים בהם שיטת משפט יכולה לקבוע השלמת חסר **הטרוגנית** כלומר ממקור מחוץ לשיטה- כמו משפט הטבע, ערכים, שיקולי צדק וכו'. היקש למשל זה יסוד הומוגני כי זה נעשה מתוך השיטה אך הפניה למורשת ישראל זה עקרון הטרוגני כי זה מחוץ לשיטה.

ברק מצביע על הבעיה המעניינת של **לקונה.** הסיפור של לקונה נורא מסובך מבחינה תאורטית- מתי קובעים שיש חסר ומה המשמעות של החסר? יש 4 אפשרויות להתייחס אל חסר:

1. אם יש חסר המצב הוא כמו לפני החקיקה.
2. אם יש חסר אז אנחנו בעצם צריכים להניח שהמחוקק השלים אותו במשתמע. לדוגמה: גרם הפרת חוזה, אם יש גרם הפרת חובה חוקית אז אותו הגיון יהיה בשניהם. אם במשתמע יש הסדרה אין צורך בהשלמה כי זה מהלך פרשני.
3. המחוקק לא קבע כלום וצריך להשלים את זה.
4. המחוקק קבע לחיוב ולשלילה- פרשנות.

עולה השאלה האם יש או אין חסר. שאלה זו היא עצמה שאלה **פרשנית,** אחרי שהחלטנו שיש חסר- איך משלימים אותו? פה לברק יש מהלך מעניין- משלימים אותו לפי **דין השיור**. לכל שיטה יש דין שיור.

מנקודת מבט של משפט אנגלו אמריקאי ההתייחסות לחסר ופיתוח משפט איננה בעיה- כל חסר מוסמך ביהמש להשלים. אין הבחנה בין חסר לפיתוח המשפטי כי השופטים באופן טבעי עוסקים במה שלא נקבע קודם. מנקודת מבט של משפט קונטיננטלי ברור שאין סמכות של פיתוח המשפט, השלמת חסר קיימת לצורך הכרעה, נקודת המוצא של משפט קונטיננטלי היא שהקודקס מקיף כל אך אם יש חסר צריך להשלים אותו.

**השיטה הישראלית מעורבת- פרשנות לגיטימית, בסוגית השלמת חסר יש חוק המסמיך לכך, ובסוגיית פיתוח המשפט יש לגיטימציה מתוקף ירושת המשפט האנגלואמריקני. בשיטה הישראלית יש פרדוקס- מצד אחד יש סמכות טבועה של ביהמש לפתח את המשפט אך כאשר מדובר בהשלמת חסר יש מסלול מאוד מובנה- חקיקה, פסיקה, היקש, עקרונות מורשת ישראל. מסלול מובנה ומאוד קפדני. לעומת זאת בפיתוח המשפט אין הגבלה לחוק הזה. פיתוח המשפט נובע מסמכותו הטבועה של ביהמש- יוצא שפיתוח המשפט הוא ללא גבול, המחוקק מאוד חרה לפעולת השלמת החסר של השופטים אך לגבי פיתוח המשפט הוא נתן להם יד חופשית.**

כל הקטגוריה של פיתוח המשפט נמצאת כדי ליצור את הבסיס לחקיקה שיפוטית במנותק מחוק יסודות המשפט.

ברק עושה הבחנה מעניינת בשאלה בין השלמת חסר בחוק לבין השלמת חסר בפסיקה- השלמת חסר בחוק נמצאת גם בקונטיננט אך אין השלמת חסר בפסיקה כי הפסיקה כלל לא מקור משפטי, באנגליה אין דבר כזה של השלמת חסר בחוק. **מה המצב בישראל?** האם בישראל החוק מאפשר השלמת חסר בחקיקה או גם השלמת חסר בפסיקה? **פשיטא שכן!** הפירוש האחר של ברק הוא שחוק יסודות המשפט בא להחליף את סימן 46 לדבר המלך במועצתו שעסק רק בפרשנות חקיקה, אם נגיד שחוק יסודות המשפט בא למלא את מקומו של סימן 46 אולי הוא בעצם בא להגיד אותו דבר- רק השלמת חקיקה ולא השלמת פסיקה. הוא מעלה פירוש מאוד מוזר- הוא מציע פירוש מצמצם לחוק יסודות המשפט- רק חסר בחוק ולא בפסיקה!! למרות שרשום בפסיקה במפורש.

למה הוא מציע את הפירוש הזה? האם הוא מתכוון לומר שלביהמש אין סמכות להשלים הלכה פסוקה? ברור שלא, אלא הוא מתכוון לומר שכאשר הוא משלים הלכה פסוקה הוא לא פועל במסגרת חוק יסודות המשפט אלא משוחרר מעולו של החוק- הכל נועד לשחרר אותו מהחוק- הפירוש חתרני שנועד לשחררו מהחוק!! **כל הפירוש הזה נועד להפוך את חוק יסודות המשפט לאות מתה- להגיד רק בלקונה מאוד צרה!**

בשורה התחתונה, אם אנחנו בקטגוריה של הדין האנגלי יש השלמת חסר בפסיקה(?? לא בטוח!) הטענה שפיתוח המשפט משוחרר מהחוק הופכת להיות קצת מוזרה בעניין הזה.

לסיכום הנקודה- **בשיטה הישראלית באופן יסודי הטענה של ברק היא שהשיטה יורשת את השיטה האנגלו אמריקנית ולכן לביהמש יש סמכות טבועה למלא כל חסר ולפתח את המשפט. מנקודת מבט זו לא היה צורך בדין שיור, אך הואיל והשטיה שלנו מעורבת- לקחנו את דין השיור מהקונטיננט, אך דין השיור מוגבל ולא בא לרשת את הסמכות הטבועה של ביהמש.** דיברנו על כך בתחילת הסמסטר שאפשר לפרש את המשפט בשני אופנים:

1. האצלה- כלל הזיהוי מזהה את החוק, החוק מסמיך מקורות נוספים- מזהה את בתי המשפט, מנהג, ועוד מקורות.
2. הסמכה ישירה- בתי המשפט מוסמכים באופן ישיר ע"י כלל הזיהוי.

הנפקא מינה בין שני המודלים מאוד ברורה- לפי המודל של האצלה סמכות ביהמש מוגבלת ע"י מה שהחוק נתן להם. מודל ההאצלה מתאים לדגם הקונטיננטלי- אם החוק נותן לבתי המשפט סמכות רק ליישב סכסוכים זו הסמכות היחידה שיש להם. לעומת זאת כלל הזיהוי הוא המודל האנגלי, לפי המודל הזה סמכות בתי המשפט לא מוגבלת על ידי החוק. החוק יכול לראות בבית המשפט כפותר סכסוכים אך יש לו סמכות מקבילה לגמרי לפרלמנט כיוצר החוק ואינו מוגבל.

בישראל, שיטה מעורבת, מה המצב? אם התפיסה היא קונטיננטלית סמכות ביהמש מוגבלת עי האופן שהמחוקק תופס אותה, אם השיטה אנגלית זה אומר שסמכות ביהמש היא לא רק מה שהמחוקק מגדיר אלא סמכות טבועה- **לפי ברק השיטה שלנו היא כמו הסמכה ישירה.**

האם המנהג הוא מקור משפטי מחייב בישראל (ולא כאשר החוק מפנה בפירוש למנהג)? מאז חוק יסודות המשפט המנהג הוצא, המחוקק עשה זאת בכוונה תחילה ללא ספק. במג'לה המשפט מחייב, במשפט הארץ ישראלי המנהג היה מחייב מכוח המג'לה, המנדט קיבל את זה, ביהמש הישראלי בראשית שנותיו אימץ זאת ואכן המנהג היה חלק ממקורות המשפט- **המחוקק בחוק יסודות המשפט הוציא את המנהג מטעמים אידיאולוגים. השאלה האם צלחה ידו של המחוקק בעניין הזה תלויה במודל של כלל הזיהוי – אם תורת המשפט היא אנגלו אמריקנית כלל הזיהוי יכול לקבוע באופן ישיר את סמכות ביהמש ולפי ברק כך זה אצלנו, לדעת המרצה אם הוא צודק אז גם לגבי המנהג זה המצב, דהיינו יתכן שחוק יסודות המשפט לא הצליח לעקור את המנהג מהארץ.**

שיעור הבא- חובת הציות לחוק.

**שיעור אחרון- 19.6.12**

השאלה אם יש חובה לציית לחוק היא שאלה מוסרית. החוק באופן עקרוני מטיל חובה קבועה לציית לו וזו אינה השאלה. השאלה של אדם היא האם להענות לחובה של החוק? אפשר להציג את השאלה מטעמים אישיים, אינטרסים, אך אנו נשאל האם מבחינה מוסרית יש חובה לציית לחוק?

ברוב המקרים יש חובה לציית לחוק, בכל המקרים בהם החוק מטיל חובה מוסרית ברור שיש חובה מוסרית לציית לו. אם החוק אוסר על פגיעה בזולת, ברור שזו גם חובה מוסרית וגם חובה חוקית. השאלה היא **האם יש חובה כללית שחלה על כל החוקים לציית להם מפני שהחוק ציווה? גם כאשר אין עניין אחר שעומד על הפרק.**

נחדד את ההבחנה בין:

MALA PER SE- רע לכשעצמו, מבחינה מוסרית. ביצוע העבירות האלו אסור מבחינה מוסרית.

MALA PROHIBITA- רע שנאסר. חובות שמוטלות **מכוח החוק-** שלא היו חובה לפני החוק. חובות שרק החוק מטיל אותן.

אפשר לחלק את ציווי החוק, בכל הנוגע לכללי חובה של החוק כמובן, לשני אלו.

החובה לשלם מס- אם המדינה לא קובעת, אין חובה כזו אך היא קבעה ויש חובה כזו. זו חובה שקיימת רק בגלל החוק. בנזיקין, חובת ההשבה לנזק שאדם גרם קיימת גם בלא החוק.

חובה שהיא MALA PROHIBITA לא בהכרח אינה חובה מוסרית. יתכן שברגע שהחוק קבע חובה כזו הופכת גם היא למוסרית. ברור שבחובות של MALA PER SE שיש בהן חובה עצמאית, מוסרית, ברור שיש חובה מוסרית, אך במקרי מאלה פרוהיבטה שהן רק מכוח ציווי החוק- מתעוררת השאלה האם יש חובה לציית לחוק? **השאלה היא האם יש חובה כללית לציית לחוק בכל חוק וחוק מפני שהחוק קבע את זה גם כאשר אין סיבה מוסרית נראית לעין.**

**השאלה הזו היא בין נק' מבט פוזיטיבית לבין נק' מבט של משפט טבעי- שניהם שואלים עצמם האם יש חובה מוסרית לציית לחוק.** משפט הטבע מציב זאת כדרישת סף- חוק לא מוסרי בטל.

**כשאנחנו מדברים על חובה לציית לחוק אפשר לחשוב על שני סוגי חובות:**

1. חובה מוחלטת- סוקרטס חשב שיש חובה מוחלטת לציית לחוק, כאשר באו להוציא אותו להורג הגיע אליו חברו קריטון ערב לפני ההוצאה להורג. קריטון מציע לסוקרטס: הוא יכול לשחד את השומרים ולהוציא אותו משם, סוקרטס לא מוכן! הוא חושב שיש חובה לציית לחוק. החובה הזו בעיניו היא מוחלטת אפילו שהוא משוכנע שהוא לא עבריין. הוא היה מוכן למסור נפשו על חובת החוק.
2. חובה יחסית- זו העמדה המקובלת. חובה זו עומדת מול שיקולים קלים או אינטרסים של נוחות. יתכנו מצבים בהם יהיה מקום להפר את החובה.

הדיון בשאלה מתחיל בסוקרטס ואפלטון שמעלה את הדברים.

דמות האדם ששוקל שיקולים מוסריים לא עושה מה שבא לו.

עקרון מאוד חשוב- אומר שהחיים אינם מעל הכל! מה שמעל הכל הוא החיים הטובים (=החיים המוסריים, בעלי ערך), לכן להציל את החיים תמורת ויתור על ערך החיים אינו עולה על הדעת.

סוקרטס מעלה שלושה טיעונים כאשר קריטון מציע לו ערב ההוצאה להורג לשחרר אותו:

* **הטיעון מכוח אסירות תודה=** החוקים באים אל סוקרטס ואומרים לו שהוא חייב להם תודה. טיעון הנגד של טיעון זה הוא שקשה להיות אסיר תודה על חוק, אסירות תודה זה כאשר מגלים כלפי רצון טוב והחוקים אינם אישיות ואינם בעלי מעמד. לכן הטיעון הספרותי, פיוטי של אפלטון לא עומד בפני עצמו. אפשר לומר שלא מדובר בחוקים אלא במי שיוצר את החוקים, האנשים, שאומרים שהם יצרו חוקים והוא נהנה מהחוקים כל הזמן- "טובה" מן החוקים ואתה צריך להחזיר להם גמול של אסירות תודה. העניין הוא שלא בטוח שעשו פה "טובה", כמו שאומרים תודה לקופאית בסופר- לא מדובר בפעולה שהיא למעני באופן אישי אלא לטובתו ולכן אני לא חייב לו תודה מבחינה מוסרית. האם השליט התכוון לעשות טובה כזו (שליט נאור ונוטה חסד)? באופן עקרוני השליט פועל מטעמים אחרים לכן קשה לבסס חובה כלפי השלטון שמייצר חוקים. גם אם מניחים שקיימת חובה כזו- מי אומר שאסירות התודה קיימת בציות לחוק? **יש לשים לב שמרגישים שהנימוק של אסירות תודה נראה כ"כ מופרך כפי שמציגים אותו, אך עם טוויסט נוסף אפשר לקרב טיעון זה להגינות- אם נדבר לא על אסירות תודה לחוק ולא לשליט אלא לכל בני האדם העושים את החוקים אנו קרובים להגינות.**
* **הטיעון מן ההסכמה=** לפי הטיעון הזה כל אדם שחי במדינה מבטא בכך את הסכמתו לקבל את חוקיה. אם הוא מתנגד לחוקים אז הוא יכול לקחת את עצמו ואת רכושו ולהסתלק מן המדינה. רבים בעק' סוקרטס מבססים את חובת הציות על טיעון זה.

**הבעיות:** יש לנתח באיזו הסכמה מדובר? בוודאי שאין זה מצב של *הסכמה מפורשת* אלא *הסכמה מכללא-*מתוך זה שאדם יושב במדינה ולא עוזב אותה ניתן להסיק שהוא מקבל על עצמו את החוקים. הרעיון של הסכמה הוא שאדם נוטל על עצמו התחייבות שיוצרת ציפיות והסתמכות אצל צד אחד- החובה נובעת מזה שאני לקחתי על עצמי את החובה (לא מספיק תמיד כדי ליצור חובה)- נגיד שלקחתי על עצמי החלטה להפסיק לעשן, זו חובה כלפי עצמי. אם התחייבתי כלפי מישהו אחר לשלם לו הוא יכול לתבוע אותי כי ההתחייבות הזו יצרה אצלו ציפייה והסתמכות. אנחנו מחפשים: 1. אדם לוקח על עצמו את הבחירה ,2. יוצר הסתמכות וציפייה, 3. החובה נוצרת מרצון

**השאלה היא האם אדם שיושב במדינה לקח על עצמו את חוקיה?** **הטענה הזו לא הכרחית מכיוון שיש סיבות רבות ומגוונות לכך שהוא לא עוזב את המדינה. אפשר גם לומר שיש פה "מעין הסכמה קונסטרוקטיבית" כלומר שמייחסים לו הסכמה וזו לא הסכמה מכללא-** אם מגיעים לכאן לגמרי מתנתקים מרעיון ההסכמה. לא ניתן לומר שיש פה חובה מוסרית.

* **הטיעון התוצאתי- הטיעון שסירוב של סוקרטס למלא אחר החוק הוא פגיעה אנושה בחוק ובמדינה:** מכיוון שמערכת החוק חיונית לקיום החברה יש פה פגיעה חמורה לקיום החברה. לכן גם עבירות שאין בהן נזק ישיר עלול להיות בהן נזק חמור.

**נבחן מה הנזק שנגרם בחוק:**

עבירת שוד לבין עבירה של אי תשלום מס: עבירת שוד שייכת לmala per se נגרם נזק מיידי לנשדד. לעומת זאת באי תשלום מיסים אין נזק אישי שנגרם לאדם מסויים. אבל מנק' מבט של MALA PROHIBITA כלומר שנאסר בחוק רואים שגם באי תשלום מס יש נזק שנגרם לציבור- פגיעה בתקציב הציבורי. אם נדבר על נזק ציבורי בשוד יש פגיעה בבטחון, כלומר ברגע שאדם מבצע שוד הוא לא רק פוגע בנשדד אלא גם בציבור מסביב. פגיעה גם בעבירות שהן MALA PER SE מכילות גם פגיעה ציבורית.

ההבחנה הזו לא לגמרי פשוטה. למשל: אם נחשוב על נזק שנגרם בעק' זיהום אוויר מדובר על MALA PER SE, אך האם נטיל חובה מוסרית על אדם להימנע מזיהום אוויר גם כשהחוק לא קבע את זה? האם נאמר לאנשים להימנע מלנסוע במכוניות שלהם למרות שזה יוצר זיהום אוויר? סביר להניח שלא. אך יש לעמוד בתקן שהחוק קובע. כשהחוק קובע MALA PROHIBITA נגרם חוק למישהו, אפילו לפני ההגנה על האינטרס.

גם מי שחושב שאין חובת ציות לחוק, כמו למשל **רז** מגדולי הפילוסופים. **כשרז אומר שאין חובה מוסרית לציית לחוק- הוא וודאי לא אומר שמותר לשדוד, הוא גם לא מתכוון לזה שמותר לא לשלם מס- כי ברגע שיש החלטה שכולם משלמים נוצרת חובה מוסרית שכולם ישלמו! כשהוא מדבר על כך שאין חובה מוסרית לציית לחוק הוא מדבר על סוג פעולות שבאמת מעוררות שאלה-** למשל חוקי תכנון ובנייה: מטילים עלי חובה לקבל רשיון בנייה. אבל לא קיבלתי רשיון מהעירייה כי היא "עובדת לאט", כשאני אפר את החוק ואבנה ללא רשיון במה אפגע? **בעקרון פגעתי בחוק. פגעתי "באינטרס ציבורי 2"= פגיעה בחוק כמכשיר חברתי.גם כאשר אני לא פוגע באף אינטרס אישי של מישהו וגם כאשר לא פוגעים באף אינטרס ציבורי כמו התקציב, אני פוגע בחוק כמכשיר חברתי. מי שטוען לציות לחוק מכוח הטיעון התוצאתי, טוען שבנוסף לפגיעות אישיות וציבוריות, יש גם נזק עקרוני שלא מותנה.**

**זו הרמה השלישית שיוצרת את הבעיה הכי קשה- האם לציית במצבים כאלו? למה יש ויכוח?** יש פה באמת פגיעה בחוק כמכשיר חברתי, האם פגיעה בחוק כמכשיר חברתי הוא הרסני, או האם הפגיעה לא כזאת חזקה? אפשר לטעון שהפגיעה לא חמורה.

דוגמה: עוברים שם ברחוב באור אדום. אור אדום זו המלצה, אין מכוניות? תעבור. האם לעבור באור אדום זה מסכן את כל מערכת החוק? לא בהכרח, הרי רוב החוקים נופלים לשתי הקטגוריות הראשונות: פגיעה אישית או פגיעה ציבורית. החוקים בהם אין פגיעה באיש וזה רק חוק PER SE האם בהם יש נזק אנוש לכל מערכת החוק? הנזק שיחיד שצפוי הוא פגיעה בחוק כמכשיר חברתי. **הטענה של מי שחושב שאין חובת ציות היא שלא כמו כל פגיעה כזאת, גורמת לפגיעה חמורה.** לעומת זאת **גנז בא להראות שאכן הפרה של החוק PER SE במקום שאין נזקים מוסריים או אישיים מכילה נזק- איך? בגלל עקרון ההגינות.** אם כל אחד יאמר שאני מפר את החוק ולא יגרם נזק לאחר- בסוף יהיה נזק. זה לא רק עניין של עבירה חברתית, יש בזה אלמנט מוסרי. הציות לחוק בנוי על סוג של שותפות ואז נוצר צידוק מוסרי גם לאחר להפר אותו. **רז אומר שהחובה למלא חוקים במקום שנגרם נזק בדרגה 1 או 2 היא בגלל שנגרם נזק.**

* **הטיעון מן ההגינות=** התחיל לפתח הארט ואח"כ מרולס.  **שאומר שכאשר קבוצה של אנשים נהנים במשותף מדבר מה או צורכים מוצר וכדי לייצר את ההנאה הזו או את המוצר הזה יש נטלים מסויימים, מחיר מסוים, כולם צריכים ליטול חלק בנטל באופן שווה. אם אדם נהנה מן ההנאה שנוצרת במשותף מבלי לשלם את חלקו הוא נוהג באופן בלתי הגון. אם אדם צורך מוצר כאשר אנשים שילמו עבורו את המוצר והוא לא משלם את חלקו אז הוא נוהג באופן בלתי נהוג.**

**דוגמה:** מעלית בבניין משותף. דייר בקומה 3 לא רוצה לשלם עבור המעלית בטענה שאין לו בה צורך. אחרי שהמעלית עובדת ורצה רואים את אותו אדון עולה במעלית. המעלית עלתה 100000 ₪ כאשר 10 דיירים שילמו את חלקם, מלבד הדייר מהקומה ה3 בעוד שהוא נהנה מהמוצר המשותף. הוא נהג באופן בלתי הגון מכיוון שהוא נהנה מבלי לשלם.

הוא מציע להסתכל על זה בשתי דרכים:

1. צדק מתקן- נפעיל עליו את דיני ההשבה.
2. צדק מחלק- כאשר יוצרים מראש יש לו חובה לשלם.

ציות לחוק מייצר טובין שכולם נהנים מהם= סדר, בטחון. ברור שטוב לחיות בחברה ששומרת חוק. ייצור הטובין הזה עולה בחובה של כל אחד לציית לחוק. מי שרוצה לנהוג באופן הגון (שנהנה מהמוצר המשותף) יציית לחוק. זה טיעון שניסח לראשונה **הארט.**

**מה הביקורת שהוטחה בטיעון הזה? (ע"י רוברט נוזיק):**

הטיעון מן ההגינות מחייב מעין אפשרות בחירה. אומרים שאדם בוחר לא להיות הגון כשהוא בוחר לשלם ולהנות מהמוצר המשותף.

הטענה היא שעיקרון ההגינות מבוסס גם על איזשהו יסוד של בחירה. כלומר, האדם יכול לבחור אם להינות מהמוצר או לא. אבל במקום שאין אפשרות בחירה לא נטיל על האדם את החובה. למשל – דיירים שעושים קונצרט בחצר ואומרים שכל אחד ישלם 10$ בשביל מוזיקה. אם מישהו לא אוהב את המוזיקה או לא מוכן לשלם עליה את מה שנדרש והוא פותח את החלון בביתו ושומע את המוזיקה אז אי אפשר להגיד שהוא נוהג באופן בלתי הגון, כי אין לו ברירה – הם מנגנים. זה טיעון חריף מאד שנראה שהוא ממוטט את טיעון ההגינות.

גנז מציע שתי תשובות לביקורת:

* רוב בני האדם נהנים מחברה שומרת חוק. יש כמה אנכריסטים שרוצים מלכתחילה חב' שלא שומרת חוק, אבל 99.9 מהאנשים לא אנכריסטים באופן אידיאולוגי והם נהנים משמירה על החוק, אך הם לא מוכנים לשלם כל מחיר.
* החוק, להבדיל מהמעלית, הוא מכשיר חיוני מבחינה מוסרית. החוק מאפשר לחברה להתקיים בלי שיש פגיעה בזולת. אם החוק מכשיר חיוני מבחינה מוסרית אז אי אפשר להגיד שאתה לא מעוניין בחברה שומרת חוק. צריך לאפשר לאנשים להיות בחברה עם חוק.

**אי אפשר לומר שאתה לא מעוניין בחברה עם חוק- הטיעון מן ההגינות הוא שהחוק הוא מכשיר חברתי חיוני ומכיוון שכך אי אפשר להסתתר מאחורי הטיעון "אני לא מעוניין".**

**הטיעונים האלו יוצרים את הממשק בין הגינות לפגיעה בחוק כמכשיר חברתי.** אי ציות לחוק יוצר תחושה של חוסר הגינות ואז גם האחרים לא מצייתים לחוק- כך למשל בגיוס לצבא. אם יש קב' שלא מתגייסת אז אל תגידו לי להתגייס. אני לא מוכן לשלם את חלקי בלי שכולם ישלמו ובמצב כזה יש לי הצדקה מוסרית לא לציית לחוק. רואים את החיבור לעניין התוצאנות, זה משלים איך פגיעה בחוק משפיעה על התוצאות.

עפ"י המהלך של גנז אפשר לבסס חובת ציות לחוק, בעיקר על יסוד המפגש שבין הרכיב התוצאני (פגיעה בחוק כמכשיר חברתי) לטיעון ההגינות.

**מצבים של אי ציות לחוק-** מהם המצבים והאם יכולות להיות להן הצדקות?

הבחנה בסיסית של שלושה סוגים של אי ציות לחוק:

* מרד, מרי מהפכני- מעשה של הפרת החוק ממניעים פוליטיים שתכליתם להחליף את המשטר הקיים.
* אי ציות אזרחי, "מרי אזרחי"- מעשה של הפרת החוק ממניעים פוליטיים שתכליתו לשנות מדיניות מסויימת /חוק מסויים תוך נאמנות למשטר ולחוק.
* סרבנות מצפון- מעשה של הפרת החוק ממניעים מוסריים שתכליתפ הימנעות ממעשה מסוים.

ההבחנה מדגימה את הסוגיות העקרונות כלפי הסוגיה.

**מה העמדה הבסיסית במשטר דמוקרטי כלפי מרד?**

מרד מהפכני= המעשה נחשב לבלתי לגיטימי, ההנחה היא שמשטר דמוקרטי משקף את רצונו של הציבור. פעולה מהפכנית שנועדה להחליף את המשטר הדמוקרטי היא בלתי לגיטימית. אפשר לטעון ששינוי המשטר בדרך מהפכני הוא המוצא היחיד למשטר טוטליטרי, אך אין זה יהיה לגיטימי במשטר דמוקרטי.

אי ציות אזרחי= התמונה קצת יותר מורכבת. לכאורה, גם פה מדובר על הפרת חוק. החוק נעשה בדרך לגיטימית. יש מדינות שנוקטות במדיניות בלתי מוסרית ובלתי צודקת והדרך היחידה לשנות אותה תהיה בדרך של הפרת חוק. מתעוררת שאלה האם ניתן להצדיק הפרת חוק בנסיבות האלו?

סרבנות מצפון= מדברים על מצב בו אדם, כתוצאה מהשיפוט המוסרי, האישי מצפוני שלו, מסרב לעשות מעשה חוקי. מצפונו האישי יכול להיות בעל 2 משמעויות:

1. מצפון אישי ששונה מהמצפון הכללי- למשל פציפזם. אי שירות בצבא. המצפון הזה לא ציבורי ורוב הציבור לא מקבל את העמדה הפציפיסטית.
2. מצפון אישי ששותף למצפון הכללי אך השיפוט הקונקרטי שונה מהציבורי.

סרבנות מצפון בהשווה לאי ציות ציות אזרחי- יש נטייה יותר לכבד את זה משני טעמים:

1. האוטונומיה של הפרט, נוטים לכבד את השיפוט המצפוני של אדם גם כשהוא שונה מהכלל. דומה מאוד לחופש הדת. שניהם מבטאים סוג של עמדה מוסרית במובן הרחב.
2. סרבנות מצפון לא מאיימת על הסדר הכללי.

לכן, באיזשהו מובן/מובנים סרבנות מצפון מוכרת בנסיבות מסויימות ע"י החוק- דוגמה בסיסית: שירות בצבא. הצבא מוכן לפטור פציפיסטים משירות צבאי לאחר בדיקת ועדה נוקשה. במקרה הזה הסרבן לא צריך להפעיל את הסרבנות שלו. הוא ימצא עצמו משתחרר מהצבא לפי החוק.

דוגמה נוספת להכרה בשיפוט מצפוני- פקודה בלתי חוקית בעליל.

האדם עומד בסופו מול החוק שתובע ממנו לעשות מעשה שהוא בעיניו בלתי מוסרי- או מטעם של מצפון אישי או מצפון מוסרי.

אם כן, עולות שתי שאלות:

* מישור מוסרי- האם ראוי להכיר מבחינת המוסר הציבורי בקטגוריות שלעיל?
* מישור משפטי- האם מבחינה משפטי ראוי להכיר בהם?

בשביל רקע בדיון יש לזכור את השאלה התיאורטית- מדוע יש אנשים שתומכים בסרבנות? יש לכך הסבר בהיסטוריה האמריקנית. שם, סרבנות במובן של אי ציות אזרחי שירת אינטרסים חיוניים בהיסטוריה האמריקאית, בנקודות משבר, הגיבורים היו אלו שנקטו באי ציות אזרחי ולכן בראיה לאחור האמריקאים חושבים באופן מתירני בעניין הזה.

למשל: מלחמת האזרחים, וסיפור העבדות במאה ה19. העבדות הייתה לגיטמית כאשר אחר הדרכים להתמודד עם זה היה של העיתונאי טורו שקרא לאי תשלום מיסים עד שיפסיקו עם העבדות, הוא ישב בכלא אך ברור לכל שהמאבק שלו היה נכון ומוסרי.

המאבק בשנות ה60 וה-70 מרתין לותר קינג הוביל מאבק לאי ציות אזרחי שהוביל לביטול האפליה נגד השחורים. לותר קינג היה אויב האומה ונרצח בסופו של דבר, הוכרז כגיבור בשנות ה80.

המאבק בויאטנם גם נכון בהקשר זה.

בחוגים האמריקנים יש סימפטיה לגיבורים שנקטו בדרך של אי ציות אזרחי. לאור זאת- מתעוררת השאלה **האם אפשר להצדיק את זה?**

הפילוסוף **ג'ון רולס** נכנס לתמונה. הוא מעלה תיאוריה שדוגלת באי ציות אזרחי, כלומר בלגיטימציה לאי ציות אזרחי בתנאים מסויים.

טענתו היא שאי ציות אזרחי הוא הרחבה של חופש הביטוי. הוא קושר זאת במסגרת של מסך הבערות, ההנחה שלו היא שמגיעים לאי ציות אזרחי במצב בו נוצר רוב מסיבי לטובת העמדה הממסדית ויש מיעוט שחש שהעמדה החוקית והממסדית היא בלתי מוסרית לחלוטין ואין לו דרך לשנותה, אלא בצעד הקיצוני של אי ציות אזרחי ולכן בנסיבות האלו זה צריך להיות מותר. במסך הבערות אם אדם יהיה משוכנע שמדיניות- שמוצדקת על כולם- שגויה יש לאפשר לו זאת.

**הוא מציע הצעה נורמטיבית- מתי ראוי להכיר במעשה?**

כאשר מצדיקים מעשה מסוים, מצדיקים אותו באופן קונקרטי, כלומר בנסיבות מסוימות. אפשר לומר שבנסיבות מסוימות אי ציות אזרחי יהיה מוצדק ובנסיבות אחרות לא יהיה מוצדק. לעומת זאת כשמדברים על זכות מעניקים מרחב פעולה לאדם בלי קשר לאופן הפעולה. אם יש לו חופש ביטוי- יכול לומר כל מה שהוא רוצה גם אם זה מעורר חלחלה, מתואב וכו'. היום יש גבולות- נאמר שהסתה חורגת מחופש הביטוי. מכיוון שמכירים בזכות אז מכירים גם בביטוי המגונה. אם מדברים על הצדקה- הצדקה זה רק כאשר המעשה מוצדק כשלעצמו. רולס טוען להגיע לטיעון של זכות- טענתו היא שאם כולנו היינו מאחורי מסך הבערות עשוי להיות בעמדה שמה שנראה בעיניו מוסרי וראוי בעיני הציבור זה לא ראוי ולהפך, ולכן הוא מחפש דרך להביע בחריפות התנגדתו ויש לאפשר לו זכות.

הוא מגדיר הגדרה נורמטיבית להכרה במעשה:

1. המעשה צריך להיות פומבי- אדם צריך לומר בגלוי שהוא מפר את החוק. אם רוצים להשיג את שינוי המדיניות צריכים לומר את זה באופן פומבי, אך יש דבר נוסף. אתה לא מנסה להתחבא, אם אתה מתחבא אתה יותר מסוכן, אם אתה לא מתחבא אתה אומר לכולם שאתה מפר את החוק ומוכן לשלם מחיר ציבורי. הפומביות של המעשה חוץ מזה שהיא דרושה להשגת המדינה, היא מסירה את האיום על החוק בכללותו.
2. בלתי אלים- אם נוקטים באלימות זה חורג מחופש הביטוי, לכן הדרישה היא שלא תהיה פגיעה בציבור כתוצאה מכך וכן יש פה נאמנות לגבולות החוק.
3. מצפוני- רולס בהקשר הזה מתכוון לא במובן האינדבידואלי אלא במובן של המצפון הציבורי. אי ציות אזרחי צריך לפנות, לפי רולס, לעקרונות המוסרים המקובלים על הציבור. מוסר אישי שהוא לא ציבורי לא מצדיק אי ציות לחוק- למשל **צמחונות. אם אתה לא פועל על רקע זכויות האדם אלא על רקע אישי אתה לא יכול לצפות לשנות את המדיניות כי אז אתה כבר לא נאמן לעקרונות המשטר.**
4. מנוגד לחוק - מעשה כזה מנוגד לחוק גם אחרי בימ"ש.
5. נועדה מתוך כוונה לחולל שינוי במדיניות הממשלה או בחוקיה - ההצדקה של אי ציות אזרחי היא שמדיניות מסוימת של הממשלה אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות של המדינה.  
   הפרויקט של רולס הוא לתאר זכות לאי ציות אזרחי. כאשר נצדיק מעשה מסוים, אנו מצדיקים אותו באופן קונקרטי. הצדקה של מעשה מביאה בחשבון שיקולים רחבים. אני יכול לומר שבנסיבות מסוימות אי ציות מוצדק ובנסיבות אחרות לא מוצדק. לעומת זאת כאשר אני מדבר על זכות אני מעניק מרחב פעולה לאדם מבלי קשר לשאלה האם המעשה מוצדק או לא. למשל חופש הביטוי-אם לאדם יש זכות לחופש ביטוי, הוא יכול להגיד כל מה שהוא רוצה, גם אם זה פוגעני ומטופש. יש מרחב של הזכות לחופש ביטוי גם כאשר הביטוי ראוי לגינוי. לעומת זאת, אם מדברים על הצדקה, הצדקה היא רק כאשר המעשה מוצדק בפני עצמו. רולס חותר להגיע לתיאור של זכות של אי ציות אזרחי. הטענה שלו היא שכל אחד מאיתנו עשוי להיות בעמדה שבה מה שבעיניו נראה ראוי מבחינה מוסרית, בעיניי הציבור כולו הוא בלתי מוסרי או להפך   
   1. מדובר על הפרה בוטה של עקרונות הצדק. הוא מבחין בין שני עקרונות צדק:  
   א) חירות השווה לכל – אני מעניק לכל אדם אותן זכויות, ופגיעה בזה יכולה להצדיק אי ציות.  
   ב) עקרון ההפרשיות – לא סיבה מספיקה לאי ציות אזרחי כי זה עניין של מידה. לעומת זאת פגיעה בחרות השווה לכל היא פגיעה בוטה.  
   2. המוצא האחרון – אחרי שננקטו כל הפעולות המקובלות.  
   3. להגביל את אי הציות למצב שבו אדם מבין שגם הצד השני יכול לנקוט באי ציות אזרחי: צריך להביא בחשבון את הנזק שנגרם לחברה מאי ציות אזרחי לשני הצדדים. כלומר, מעשה של אי ציות אזרחי מימין צריך להביא בחשבון מעשה של איציות אזרחי משמאל ולהפך. מצב כזה עלול לסכן את הקיום החברתי בכלל וזה שיקול הדעת.  
   רולס מגדיר זכות לאי ציות אזרחי אבל הוא גם מציב שיקול דעת מובנה להפעלת הזכות. שיקול הדעת להפעלת הזכות קשור:   
   1. לכך שמדובר כאמור בפגיעה בוטה בעקרונות הצדק – פגיעה בחירות השווה לכל.   
   2. מדובר במעשה שבחשבון אחרון לא מביא לביטול הסדר החברתי, כי צריך לקחת בחשבון שגם הצד השני ינקוט באי ציות אזרחי ומה יקרה אז לחברה ששני הצדדים ינקטו בכך. רולס נותן מערכת שיקולים מאד מפורטת וקשה. מצד אחד הוא נותן זכות אך מהצד השני הוא נותן לה הגדרות ברורות מאד שכמובן תמיד אפשר להתווכח אם הן קיימות.  
   לעומתו, רז טוען שרולס כופר בקיומה של זכות לאי ציות אזרחי. הוא אומר כי אין דבר כזה זכות לאי ציות. מכיוון שיש חברה דמוקרטית יש לה חוק ויש לה דרכים לשינוי החוק והמדיניות (בחירות וכו'). אי אפשר לומר שיש זכות לאי ציות אזרחי. בחברה דמוקרטית הגבולות הן גבולות החוק. רולס מנסה לקחת את הגבולות מעבר לחוק וזה לא הגיוני. מצד שני, **רז סבור שזה לא אומר שתמיד אי ציות אזרחי הוא בלתי מוצדק. יש מצבים בהם אי ציות אזרחי מוצדק. כאשר יש פגיעה חמורה בעקרונות צדק ואין דרך אחרת לשנות אותה מאשר אי ציות.** רז אומר שהוא לא מוכן לדבר על זכות לאי ציות אזרחי, אלא לבחון האם קיימת הצדקה

הטיעון של רז הוא שמצד אחד אי אפשר לדבר על הצדקה כזו במדינה דמוקרטית ומצד שני אולי בנסיבות מסוימות יש הצדקה. מבחינה פרקטית רז יכול להגיד שנביא מצב מסוים ונראה אם הוא מוצדק. הנטיה היא לא להצדיק- שינוי מדיניות יעשה לפי החוק במדינה דמוקרטית אך במקרים קיצונים יתכן שזה יהיה מוצדק.

גם לפי רולס אי ציות זה מוצא אחרון- דרך המלך לשינוי פוליטי היא דרך חוקית.

**שלמה אבינרי** טוען שבשום מצב במדינה דמוקרטית אין לגיטימציה להפר את החוק.

בעליון התעוררה השאלה **בפס"ד זוננשטיין** שם דובר על חבורה של אנשים (חיילים, קצינים) שסירבו למלא פקודה של פעולה בשטחים. הם נענשו ע"י הצבא ופנו בדרך חוקית לביהמש- הם טענו שהעונשים שהוטלו עליהם היו חמורים מדי ויש להכיר במעשיהם כאי ציות אזרחי. רולס לא טוען שלא צריך להעניש באי ציות אזרחי. הם טענו שיש לראות במעשה שלהם **סרבנות מצפונית.** אמרנו שיש נטייה לקבל סרבנות מצפנות, פה לא הייתה שום פרוצדורה בחוק- לא הייתה להם שום בעיה עם שירות בצבא. הייתה להם בעיה עם שירות בשטחים, הם טענו שיש לאפשר להם לא לשרת בשטחים מתוקף סרבנות מצפון. **ביהמש העליון הזמין חוו"ד של פילוסופים ומומחים של תורת המשפט- היה ויכוח בין ירושלים, ת"א ובר אילן. חוות דעת בעד הסרבנים היו של גנז וארבל, הראשון מת"א האחרון מי-ם, הם טענו שיש להתחשב בהם. נגדם עמד אבי שגיא שטען שיש לא לאפשר להם את זה.** העותרים טענו שזו סרבנות מצפון והנטייה היא לכבד, גם במקרה זה שאין פרוצדורה בחוק וצריך להכיר בזכותם לא לשרת בשטחים. לעומת זאת הטענה של המדינה הייתה שהמעשה הזה הוא אי ציות אזרחי ולא סרבנות מצפון ולכן זה קמפיין פוליטי! לכן יש לראות את זה כשינוי מדיניות ולא כסרבנות מצפון (בסרבנות מצפון אפשר לטעון להקלה בעונש, בעוד שמבחינה משפטית הנטיה היא לא לקבל את אי הציות האזרחי).

זה היה הויכוח! **מתעוררת שאלה מעניינת- האם לא יכול להיות שמעשה מסויים יהיה בעל שני אלמנטים?!**

הטענה הייתה שנכון שאדם יעשה פעולה שיש בה גם אלמנט של סרבנות מצפון וגם של אי ציות אזרחי(=שינוי מדיניות) אך מבחינת המחיר **עליך להחליט.** אם אתה אומר שאתה סרבן מצפון אתה צריך להחליט על "המשחק" זה לא יכול ללכת עם הקמפיין הציבורי. יש הסכמה שמעשה יכול להיות **בו זמנית גם אי ציות אזרחי וגם סרבנות מצפון, אך בהגיענו לשאלת המחיר ולפומביות מי שעושה מעשה פוליטי חייב לשלם את המחיר הפוליטי הנדרש.**

ביהמש הכריע בעניין מטעם אחר לגמרי- לא על בסיס ההבחנה בין חופש מצפון לאי ציות אזרחי אלא על בסיס **סרבנות עקרונית אל מול סרבנות סלקטיבית. ביהמש מוכן להכיר בסרבנות עקרונית = סרבנות כללית, אדם שהוא פציפיסט ולא מוכן לשרת בצבא. אך סרבנות סלקטיבית לא מוכרת.**

מבחינה פילוסופית קשה לקבל את הטענה, אם הוא סרבן לשרת בשטחים אז מה ההבדל בין הסרבנות הזו לסרבנות סלקטיבית? החשש- סרבנות סלקטיבית הופכת להיות מכשיר פוליטי. אין דרך למדוד האם סרבנות סלקטיבית ראויה לכבוד של ממש כי היא נובעת מסרבנות מצפונית אמיתית או שמא היא כלי פוליטי? ביהמש לא הכריע בסוגיה הפילוסופית.

**סוף!**

**מבחן:**

1

+2

+3

+4

5 העביר גולן- רק מה שהיה בשיעור

6

6ב- יורד! דיברנו בכיתה אבל המאמר לא למבחן.

7

8

8ב- לא עשינו. יורד.

9 – לא על כל החומרים רק מה שגולן עשה.

9ב- לא עשינו- יורד!

10- לא עשינו, יורד!

11- עשינו למעט המאמר של פרוקצ'יה- לקרוא את החלק האחרון של המאמר.

11ב- המאמר של אוריאל פרוקצ'יה צריך רק את הפרק האחרון שעוסק בלקחים למשפט היום.

12- לא ללמוד את המאמרים באנגלית, רק את המאמר של ברק.

13- עשינו.

14- עשינו. בלי המאמר של סמית'

המבחן: בדר"כ לוקח פס"ד ומבקש לנתח אותו מנק' מבט תורת משפטית. יש גם לפעמים שאלות פתוחות: רעיון תיאוריה מושג. המבחן בחומר סגור, בין 3 ל4 שאלות. שעתיים.