

# Jus Naturale

ד"ר מאיר מינרבי\*

**Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit**

(D. 1,1,1,3)

(המשפט הטבעי הוא זה שבו מנחה הטבע את כל הבריות).

החיפוש אחרי יסוד רעיוני של המשפט הינו אתגר הממריץ לא רק את המשפטנים, אלא גם את המצפון של כל אדם. ואמנם, צורך טבעי של המין האנושי הוא לנסות לשחרר, עד כמה שאפשר, את הנורמות של החיים החברתיים מהשפעתן המשתנה של הנסיבות, לתת להן מגן מפני שרירות הלב והתועלתיות של הרגע החולף ואפילו לצופפן תחת חסות ערך עליון.

הטענה שהמשפט הינו, לפי מהותו, פוזיטיבי בלבד, טרם הוכחה ואיננה ניתנת להוכחה. אפשר רק להאמין בכך, כדוגמת פילוסופיה חולפת. גם בזמננו אנו, כשהתפיסות הפוזיטיביות והמטריאליסטיות מושלות בכיפה, הורגש הצורך למצוא יסוד לא רק לגליסטי למשפט. מי שרצו לגבור על העיקרון המטפיסי של הרעיונות הטבועים מלידה או של השכל המוחלט, חיפשו אפילו יסוד "ביולוגי" לנטיעות המוסריות, בהחשיבם תורשתיות ואינסטינקטיביות. חלקם אף הציעו כרצינות למקם את הרגשות המשפטיים היסודיים בחלקים מסוימים במוח.

עד כמה שיכולות תאוריות אלה להיראות דמיוניות, מוכיחות הן כי בעית היסוד המוצק של המשפט, מחוץ לנורמה הפוזיטיבית, היא בעיה שבכל זמן תובעת את פתרונה, פיתרון שישביע את שאיפת האנושות לצדק.

האמור לעיל נכון גם לגבי המשפט הרומי, אשר במשך כל תולדותיו לא השאיר שאלה זו ללא תשובה, אם כי שונים היו הפתרונות בתקופות שונות.

חוקרי המשפט הרומי לא טרחו, בדרך כלל, להתעמק בהיבט זה כראוי והיום נפוצה הדעה שהמשפט הרומי, לאחר שיצא משלביו הקדומים, היווה מערכת משפטית שניסתה תמיד לפתור את בעית המשפט הפוזיטיבי בגישה מציאותית, ללא דיונים תיאורטיים. ככלל, הדבר אמנם נכון, אולם החיפוש אחרי היסוד הרעיוני של המשפט, שאליה ניתן להצמיד את המערכת המשפטית כולה, כלל איננו בעיה עיונית בלבד. פתרון בעיה זו יכול להוות תשתית לכל המערכת המשפטית, הן בקווים כלליים והן במוסדותיה

\* ד"ר מאיר מינרבי, מרצה מן החוץ באוניברסיטת ת"א.

המסוימים. שחזור המשפט הרומי כפי שנעשה היום, דהיינו, תוך הבלטת היבטיו המציאותיים והמעשיים בלבד, מתגלה, איפוא, חד-ממדי ולקוי.

אין באפשרותנו לסקור כאן בהרחבה את התפתחותה של תפיסת היסוד הרעיוני של המשפט ברומא. נסתפק איפוא באבחנת שלוש תקופות גדולות, אשר, למרות שהן מבטאות עקרונות שונים, ניתן לאחדן בתפיסה רומית כסיסית אחת של המשפט ושל העולם:

התקופה הראשונה, מיסוד העיר (Ab Urbe Condita), עד המאה האחרונה של העידן הרפובליקני. תקופה זו מאופיינת על-ידי תפיסה מיוחדת, תיאוקרטית, של המשפט, אשר נותרת קיימת באופן חלקי גם כשנוצרת בהדרגה הפרדה בין משפט אלוהי (Jus divinum) לבין משפט בני-אדם (Jus humanum);

התקופה השנייה, מן המאה האחרונה של העידן הרפובליקני עד סוף התקופה הקלאסית, שבה משתנים שרידי התפיסה התיאוקרטית הקדומה והופכים לתפיסה חילונית ופילוסופית של המשפט הטבעי (Jus naturale);

התקופה השלישית, הכוללת את התקופה הכתב-קלאסית, כאשר, לאחר שהנצרות הופכת לדת המדינה, נוטים לשייך לתפיסה הפילוסופית של ה-Jus naturale ערך דתי עמוק יותר, עד שבזמן יוסטיניאנוס הקיסר קמה, בצורה חדשה, תפיסה תיאוקרטית כוללת.<sup>1</sup>

לסיכום סקירה קצרה זו, ברצוננו להדגיש כי אין לחשוב שעם המעבר מהתקופה הראשונה לשנייה, כשהמשפט נעשה חילוני, מתנתק כל קשר עם התפיסה התיאוקרטית של המשפט. לגבי חיי המשפט, נראתה השלילה הסתמית של יסוד רעיוני כלשהו חמורה מדי, והמושג של המשפט הטבעי שימש כמקשר בין שתי התפיסות.

מושג זה מתבטא בתפיסת קיקרו בקשר עם מקורו ותכונותיו הראשוניות של המשפט. מחד גיסא, כמשפטן פוזיטיבי, לא היה יכול לקבל את תפיסת המקור האלוהי של כמה נורמות משפטיות. מאידך, כפילוסוף, לא היה יכול שלא להרגיש את הצורך לשמור על התוכן הרעיוני של המשפט: התפיסה היוונית של המשפט הטבעי סיפקה לו את פתרון הבעיה.

אין זה המקום לפרט את התפתחותו של המושג "משפט טבעי" בפילוסופיה היוונית<sup>2</sup> די להזכיר רק כי קיום חוקים בלתי כתובים, המקננים במצפון האדם, הונחו על-ידי אפלטון ברעיון הצדק והצודק, שממנו קיימת כבואה במוחו של אדם, כחוקים המיועדים לשמור על החברה האנושית. אריסטו מציע לעמת את המשפט החוקי — dikaion — nomikon (שאנו מכנים היום "פוזיטיבי"), המנוסח בכתב, בצורה מוחשית, המיוחד לכל מדינה ומדינה ולכן משתנה ממקום למקום ומזמן לזמן, כנגד המשפט הטבעי —

1 R. Orestano, "Dal Fas al Jus" in: *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, (1940) vol. 46 pp. 194-273 "Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma", in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, (1941) vol. 21

2 ידעות נרחבות ובביליגורפיה עשירה על התפיסות היווניות במשפט בספרו של Battaglia, *Corso di Filosofia del Diritto I Roma*, 1940, pp. 82-115.

dikaion fisikon הנובע מהטבע עצמו, הקיים תמיד ובכל מקום, בלתי תלוי בקביעות פוזיטיביות ולכן בלתי כתוב, נצחי ובלתי ניתן לשינוי<sup>3</sup>. קיקרו ממוג את התאוריה הרומית של הבחנה בין Jus divinum (משפט אלוהי) לבין Jus humanum (משפט בני אדם), כשהבחנה זו נעשית על יסוד מקור הנורמה ולא על יסוד תוכנה, עם תפיסת אפלטון על החוקים האנושיים והחוקים הטבעיים ועם התפיסה של אריסטו את המשפט החוקי והמשפט הטבעי.

את מוצאו הראשון של המשפט יש לחפש, לרעת קיקרו, בטבע: "Videtur mihi quidem certe ex natura ortum esse jus" (נראה לי כי המשפט מוצאו מן הטבע)<sup>4</sup> "Jus in natura esse positum" (המשפט יסודו בטבע).

אולם הטבע, מצדו, הינו ביטוי של "summa ratio" (עיקרון עליון), הנובע מ־mens divina (שכל אלוהי), המתכנן את הטבע; ומכאן המסקנה שאפשר לקשור את המשפט, הנובע מהטבע, לרצון אלוהי<sup>5</sup>. Lex (חוק), שיסודו ב־natura הינו, איפוא, Lex coelestis (חוק שמימי) כי:

"Non tum denique incipit lex esse, quam scripta est, sed tum quam orta est: orta autem est simul cum mente divina, quam ob rem lex vera atque princeps apta ad iubendum et ad vetandum ratio est recta summi Jovis".

(לחוק תוקף לא רק משנכתב, אלא מאז שנולד: והוא נולד יחד עם השכל האלוהי. מסיבה זו, החוק הראשון והאמיתי, היחידי המסוגל להורות ולאסור, הוא השכל המושלם של האל העליון)<sup>6</sup>. מבלי להכחיש, איפוא, שיצירת המשפט הוא מעשה ידי אדם<sup>7</sup>, מכיר קיקרו, כמוצאו הראשון של המשפט, ברצון אלוהי: אם לפעמים מזדהה המשפט, כפי שראינו, עם הטבע, הטבע עצמו מזדהה לפעמים, לפי תורת הפילוסופיה הסטואית האהובה על קיקרו, עם האלוהות. לשאלה quo jure? qua lege? (מה הוא המשפט? מה הוא החוק?) משיב קיקרו:

"Eo quo Juppiter ipse sanxit ut omnia quae rei publicae salutaria essent nisi recta et legitima ac justa haberentur. Est enim lex nihil aliud numine deorum tracta ratio".

(מה שהאל קבע כדי שכל המועיל לצרכי הציבור יחשב גם לחוקי וצודק. כי הרי

3 ראה אפלטון, על המדינה, 8; אריסטו, אטיקה לניקומק 5,7,1; 5,7,5. ראה גם 1,6,1,1 "Hoc .igitur scripto ut apud Graecos jus nostrum constat aut scripto aut sine scripto" (משפטנו זה איפוא, מתבטא בכתב ושלא בכתב, כמו אצל היוונים).

4 קיקרו, De Legibus I, 31,53, וכן שם, 6,20, "Repetam stirpem juris a natura": (אחפש שורשי המשפט בטבע). ועוד שם, "Neque opinione, sed natura constitutum esse jus" I, 10, 28 (אין המשפט מושתת על המוסכמות, אלא על הטבע); ועוד שם: I, 21, 43.

5 שם, I, 6, 81;

6 שם, 9-10, II; ראה גם 40, 15, I; 35, 14, I De natura Deorum,

7 De Legibus, I, 5: "Natura enim juris esplicanda est, eaque ab hominibus repetenda Natura" (עלינו להסביר יסוד המשפט ולמצוא את מוצאו בעצם טבע האדם).

החוק איננו אלא השכל הישר, הנובע מרצון האלים)<sup>8</sup>. חוק זה איננו ניתן לשינוי והוא נצחי כי:

“Neque hominum ingeniis excogitatam, nec scitum aliquod esse, populorum sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia”.

(איננו פרי השכל האנושי או חכמת העמים, אלא משהו נצחי, אשר מנחה את העולם כולו בחכמת ציווי ואיסוריו)<sup>9</sup> תפיסתו זו של קיקרו מחזירה אותנו, למעשה, למושג מאוחד של המשפט כולו: Est enim unum jus, quo devincta est hominum societas et quod lex constituit una”.

(המשפט אחד הוא, יסוד האיחוד בין האנשים ויחיד הוא החוק המהווה אותו)<sup>10</sup>. יתרונו של מבנה זה היה בכך ששמר על היסוד הרעיוני של המשפט בשייכו לו, במונחים המתקבלים יותר על דעתם של בני תקופתו של קיקרו, את תכונת התאמתו לרצון האלוהי, בנסיגון לשחררו מכל האשמה אפשרית של שרירות לב ושל סתגלנות רגעית. זאת, תוך העלתו למישור ערכים הנראים מוחלטים ותוך כדי כפייתו על כולם. את נסיונו זה מסכם קיקרו כך:

“Iam vero illud stultissimo, existimare omnia justa esse quae sita sint in populorum institutis aut legibus. Etiam ne si quae leges sint tyrannorum?... Quodsi justitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum, et si, ut ei dicunt, utilitate omnia metienda sunt, negleget leges easque perrumpet, si poterit, is qui sibi eam rem fructuosa putabit. Ita fit ut nulla sit omnino justitia, si neque natura est... Aut cur cum jus ex iniura natura nos lex facere possit, bonum eadem facere non possit ex malo? Atqui legem bonum a mala nulla alia nisi naturae norma dividere possumus Nec solum jus et iniuria natura diiudicatur, sed omnino omnia honesta et turpia. Nam, ut communis intelligentia nobis notas res effecit easque in animis nostris inchoavit, honesta in virtute ponuntur, in vitiis turpia”.

(דבר אבסורדי ביותר הוא להעריך כצודקים כל העקרונות הכלולים במוסדות ובחוקים של העמים. האם גם חוקי הרודנים יהיו צודקים?...? כי אם הצדק יחבטא בציות לחוקים כתובים ולמוסדות של העמים ואם, כפי שאומרים, יש להעריך כל דבר על-פי תועלתו, מי שיחשוב שהדבר יביא לו לתועלת לא יהסס לעבור על החוקים מבלי לשים לב אליהם. לכן, לא ייתכן צדק, אלא על-פי הטבע...ומדוע, אם החוק יוכל להפוך את

8 De Legibus, II, 4, 8 “Lex, quam dei humano generi : כמו כן ראה: Ad Philip., II, 2, 12 dederunt” (החוק שהאלים נתנו למין האנושי).

9 De Republica, III, frag. VI “...sed et omnis gentes et : כמו כן ראה: De Legibus, II 4, 8; omni tempore una lex et sempiterna et erit communis quasi magister et. inmutabilis (ואולם החוק הוא יחיד, נצחי, בלתי ניתן לשינוי ומסוגל לרסן כל עם, בכל עת, מאחר שמי שהגה, שקל וחוקק חוק זה הוא האדון והמנהיג של כל העולם, האל).

10 De Republica, Ibid. ; וכן ראה De Legibus, I, 15, 42

האי-צדק למשפט, לא יוכל להפוך גם הרע לטוב? ולכן אין אנו יכולים להבחין בין החוק הטוב לבין החוק הרע, אלא על-פי קריטריון שעליו מצביע לנו הטבע; ולא רק הצודק והבלתי צודק מאבחן הטבע, אלא גם ההגון והבלתי הגון, כי החוש הטבעי, המשותף לכל אדם, מצביע על מהותם היסודית של הדברים, כך שמוליך אותנו עד למקם את ההגינות בין התכונות הטובות ואת הרשעות בין התכונות הרעות)<sup>11</sup>.

ראינו כי למרות המעבר לחילוניות המשפט, נותרה תמיד במשפט הרומי התודעה של המוצא האלוהי של המשפט, אם כי, על-פי התפיסה החדשה, מוצא זה של *jus* התרחק בהרבה מהמושגים הקדומים. אף אם חכמת המשפט הקלאסית לא אימצה, *simpliciter*, את תפיסת ה-*jus naturale* של קיקרו<sup>12</sup>, בכל זאת מוכר הגורם האלוהי של המשפט גם על-ידי גדול משפטני התקופה הקלאסית, Ulpianus, בהגדרתו המפורסמת של חכמת המשפט: "*Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justae atque injustae scientia*".

(חכמת המשפט היא ידיעת דברים אלוהיים ואנושיים, מדע הצודק והבלתי צודק)<sup>13</sup>. בתקופה הבת-ר-קלאסית הופך שוב הגורם האלוהי לדומיננטי, בתפיסתם התיאוקרטית של הקיסרים הנוצרים. תפיסה זו הגיעה לביטוייה הכולל ביותר בתקופת יוסטיניאנוס קיסר, אם כי, הפעם, מנקודת מבט של המחוקק ופעולתו. בתפיסה זו משתקף האבסולוטיזם הבת-ר-קלאסי, הרואה בקיסר את מי שנשלח על-ידי האלוהות לחוקק חוקים לצאן מרעיתו, וברצונו — את המקור הייחודי של המשפט<sup>14</sup>.

אולם, מנקודת מבט של תוכן הנורמה המשפטית, שומר משפטו של יוסטיניאנוס, בדרך כלל, על גישת המשפט הטרומ-נוצרי, אם כי השפעת הנצרות ניכרת בכמה תחומים, ובראש וראשונה בדינים אישים.

מכל האמור לעיל עולה המסקנה כי המשפט הפוזיטיבי הרומי מוצא את יסודותיו בתפיסה הדתית הרומית הקדומה של העולם, לפיה כל היצורים השכליים נחלקו לשתי קבוצות, האלים ובני האדם. ומכאן ההבחנה העליונה בין כל היחסים הנלווים להם *divini* (אלוהיים) ו-*humani* (אנושיים)<sup>15</sup>.

#### De Legibus, I, 15 et 16, Passim 11

קיימת ספרות חדישה רחבה בנושא בעית המשפט הטבעי. נזכיר פה רק: Senn, *Da la justice et du droit*, Paris 1927; A. Passerin d'Entreves, *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, London 1951; Gaudemet, "Quelques remarques sur le droit naturelle à Rome", *Archives d'Histoire du Droit*, I (1952); Diaz Bialek, *Fas, jus gentium y jus naturale*, Cordoba 1952.

I, 1, 10, D. 2 13

לגבי התקופה הטרומ-נוצרית ראה אימרתו של Ulpianus ב-1, 4, 1 *Quod principi placuit, legis habet vigorem* (מה שמוצא חן בעיני השליט יש לו תוקף של חוק). לגבי התפיסה התאוקראטית של יוסטיניאנוס ראה B. Biondi, *Giustiniano, principe e legislatore cristiano*, Milano 1935; D'Ors, "La actitud legislativa del Emperador Justiniano", *Orientalia christiana periodica*, 1947.

ראה — Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XIV, 7; Festus, *E libris de significatum verborum* s.v. *Ordo sacerdotum*: "*Pontifex maximus quod iudex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque*". 15

בהקשר זה חשוב לציין כי התפיסה הדתית של המשפט הרומי לא גרסה מעולם התגלות אלוהית של הנורמה או של שיטה שלמה של נורמות: עובדה היא כי לא נמסר לנו זכר של כבואה כלשהי, שמקורה מיוחס להשראה אלוהית ישירה. ואמנם, את המסורת הרומית מאפיינת העובדה כי רצונם של האלים לא התגלה אף פעם באופן חד-פעמי, מוחלט וללא אפשרות של שינוי, אלא התגבש מדי פעם בקשר עם מקרה קונקרטי. מכאן גם הכלל הרווח במשפט הפוזיטיבי שהחוק המאוחר מבטל את החוק הקודם לו (*lex posterior derogat priori*).

ואמנם, גם כשניסו המשפטנים הרומיים להתעלות לערכים עליונים, ולעגן בהם את המשפט כדי לעשותו אציל יותר ומוחלט, לא יכלו אלא ליפול שוב ביחסיות של השיטה עצמה. טול, למשל, את הגדרת המשפט מאת Celsus: "המשפט הוא האומנות של הטוב ושל הישר"<sup>16</sup>; הנה הגדרה, שבמבט ראשון היינו מתפתים להסכים עליה בהתלהבות: ברם, אם נקח בחשבון את ריבוי הערכים שאיפיון את השקפת העולם הרומית, לא נוכל שלא להודות עד כמה הגדרה זו לוקה בחסר, עד כמה היא בלתי יציבה ורב-משמעית וכיצד היא מותירה, למעשה, לשרירות לב האדם לקבוע מה הוא "הטוב" ומה הוא "הישר", שעליהם מושתת המשפט.

כדומה לכך, נשאר Ulpianus ביחסיות, כשקובע הוא בפשטנות את מצוות המשפט: "Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere".

(מצוות המשפט הן: לחיות בהגינות, לא להזיק לזולת ולתת לכל אחד את משלו)<sup>17</sup>. היחסיות של הגדרה זו כולטת לעין: מה יכולה להיות המשמעות של המילים "לחיות בהגינות" בחברה שבה חוקי המלחמה הרשו לשעבד את בני האדם ולקחת שלל, חוקי המסחר אפשרו, במידה מסוימת, לרמות (*dolus bonus*) וחוקי הקניין עזרו לגזול את רכוש הזולת באמצעות הדרכים המקוריות לרכישת הבעלות? מה משמעות המילים "לא להזיק לזולת" כשלזולת, כנושא המשפט, היו יכולות להיות זכויות שונות, בהתאם למעמדו, האם בן חורין הוא או עבד, האם אזרח או זר, האם גבר או אשה, האם עשיר או עני, האם פאטריקי או פלביאי? ומה תוכן המצווה "לתת לכל אחד את משלו"? לאור כל האמור לעיל, נראית לנו נוסחה זו ריקה מכל תוכן חד-משמעי ומוחלט<sup>18</sup>.

16 D, 1, 1, 1; אולם אולפיאנוס, במקום, באזכרו את הגדרה זו מביע את הסכמתו עליה בזהירות: "*veram nisi fallor philosophiam*" (פילוסופיה אמיתית, אם אינני טועה).

10, 1 D. 1, 1

17 נזכרים אנו בתוכחת היינה: "איזה ספר איום הוא ה-*Corpus Juris*, תנ"ך האנוכיות: כמו הרומאים עצמם, תמיד שנאתי את קיבצם.

השורדים האלה רצו להבטיח לעצמם את השלל, ומה שגולו באמצעות החרב ניסו להגן על-ידי החוקים; לכן הרומאי היה בעת ובעונה אחת חייל ומשפטן ומכאן נבעה תערובת המעוררת בחילה. וכאמת, לגנבים האלה חבים אנו את זכות הבעלות, שהייתה קימת, לפניהם, רק למעשה, והתפתחות תורה זו עד לתוצאותיה הנבזות ביותר הינו המשפט הרומי המהולל, שעליו מושתתות כל תחיקותינו החדישות, ולמעשה כל מוסדותינו האזרחיים, למרות שהוא עומד בסתירה צורמת עם הדת, עם האטיקה, עם האנושות ועם השכל (ה). היינה, וידויים וזכרונות, מצוטט בפסק דינו של השופט קיסטר בע"א 682/74, יקויתאל נ' ברגמן, פ"ד ז"ט (2),

(773-769)

לאמיתו של דבר, אין המשפט הרומי מספק תשובה משכנעת על כל השאלות האלה. על אף השאיפה התמידית לחפש יסוד רעיוני למשפט, נאלצו המשפטנים הרומים עצמם להציע הבחנה ברורה בין הערכה מוסרית לבין הערכה משפטית, באומרם שלא כל מה שמותר הוא הוגן: "Non omne quod licet honestum est"<sup>19</sup>: הבחנה המוליכה למסקנה המודרנית כי המשפט איננו אלא *minimum ethicum* (Jellinek), אשר תוכנו רב-משמעי ומשתנה, וכי אין כל אפשרות להגיע לחפיפה של המושג צדק עם המושג משפט.

סימן לתסכול זה יכולים אנו לראות דווקא אצל אחד מהמשפטנים הרומים הדגולים מהתקופה הקלאסית, *Ulpianus*, שטען כי המילה *Jus* (משפט) נובעת מהמילה *Justitia* (צדק) מהסיבה הפשוטה שהמשפט מיועד להשיג את הצדק<sup>20</sup>. ברם, כפי שהאיטימולוגיה המוצעת על-ידי אולפיאנוס מוטעית מנקודת מבט פילולוגית – המילה *Justitia* נובעת מ-*Jus*, ולא להיפך – כך מוטעית היא גם מנקודת מבטו של המשפט הפוזיטיבי הרומי, מאחר שהינה מושתתת על נוסחאות ריקות מתוכן ועל הבל פה<sup>21</sup>. לא זו אף זו: תפיסה זו טומנת בחובה את זרע התפיסה הפורמליסטי של המשפט, הגורס שהדיבט הפורמלי הינו הגורם התמידי והאוניברסלי של המשפט, להבדיל מגורמיו המהותיים, המהווים היבטים היסטוריים, מרובים, משתנים, ומקריים. תפיסה זו, על השלכותיה הקיצוניות, מצאה את ביטוייה המלא במגמות האחרונות הדוגלות בתאוריה טהורה של המשפט, תאוריה שמושגיה הפורמליים והמופשטים מהווים, כלפי מציאות היסטורית מסוימת כלשהי, עמדות לוגיות של התופעה המשפטית, שאפשר לבנות ולהטות, כהנרסת המשפט, לכל דבר ועניין<sup>22</sup>.

19 D.L, 17, 144

20 בהגדרה זו פותח ה-*Corpus Juris Civilis*, D.I, 1, 1

21 מלומדים מימי קדם כבר מתחו ביקורת על איטימולוגיה זו של אולפיאנוס, מנקודת מבט פילולוגית. ראה Gluck, *Pandekten*, Vol 2 I, p. 2, n. גלוק מבקר אותה גם מנקודת מבט פילוסופית-משפטית (שם).

22 ראה התיאוריה של קלסן, אשר בבקורתו על המושג של משפט טבעי מגיע למסקנות הפוכות מאלה של חסידי המשפט הטבעי "... כל הנוסחאות האלה של הצדק מנסות להצדיק מערכת משפטית פוזיטיבית כלשהי. הן מאפשרות למערכת משפטית כלשהי להראות כצודקת" (H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945). אולם, בסופו של דבר, הוא עצמו מגיע לתוצאות דומות, באמצעות מושג הנורמה היסודית, שמשמעה זיהוי של הצדק עם החוקיות הפורמלית; כך, מה שקיקרו שלל מכל וכל, דהיינו החוק הכתוב המזוהה עם הצדק, מוצא את גושפנקו השמית בתאוריה של קלסן. על הנושא ראה גם Goordhart, "An Apology for Jurisprudence", *Modern Legal Interpretation of Philosophies*, 1947. במערכת המשפטית הישראלית, מצא משפט הטבע חיובי, מהוסס מעט, במיוחד בדיני המשפחה. להפניות לחוקי הטבע או למשפט הטבע ראה: 268/80, 349 ינסן זהר נ' זהר, פ"ד לה (1) 300; בג"צ 243/88, קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה (2) 639–638; ע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תקדין-עליון, כרך 94 (2), השנ"ד/תשנ"ה/1994, 1168. לאחרונה, עשרה חודשים לאחר שסיימתי כתיבת מאמרי זה, נתן בית-המשפט העליון, בהרכב של שבעה שופטים, פסק-דין בדיני משפחה (מזונות ואבהות בדין האישי) שבו נקבע שהמצב המשפטי שנוצר בערכאות הקודמות, של בית-הדין השרעי ושל בית-המשפט המחוזי, שאישר את פסיקתו של בית-הדין הקודם, השולל, על-פי הדין הדתי של הנתבע, את אבהותו של מוסלמי

על בסיס ירושת המשפט הרומי, מזהות כיום המערכות המשפטיות המודרניות את הצדק עם החוקיות, מאחר שלא מצאו, בתפיסה הרומית של המשפט, ערך כלשהו המסוגל לשמש כאבן בוחן מוחלטת: הנורמה המשפטית מוצאת, איפוא, את יסודה בתוך עצמה. ואת התוצאות המעשיות רואים אנו במערכות המשפטיות של המדינות הטוטאליטריות אשר, בשם הצדק-חוקיות, מאפשרות לבצע כל פשע, כפי שחש העם היהודי על כשרו באכזריות כה רבה בעבר הלא רחוק.

על ילד שנולד לו מחוץ לנישואין ובעקבות כך, את חברתו במזונות הילד, סותר את עיקריו של משפט הטבע, מאחר שתוצאות ההחלטות הנ"ל נוגדות את חוש ההגינות וההוגנות הטבוע באדם (ע"א 3077/90, חמדה נ' ג'ובראן (טרם פורסם)). ניתן ביום 21.6.95 מאת כב' השופט מיכאל חשין בהסכמת מ' שמגר, א' ברק, ש' לוי, ד' לוי, ת' אור, צ'א' טל. הציטוט הנוכחי מתוך התקציר הנרחב שהופיע ב־פסק דין, גיליון מס' 297, מיום ב' 10 ביולי 1995). דומני שפסק־דין זה, יותר מהקודמים, נותן דריסת רגל במערכת המשפטית הישראלית המודרנית לישום מובהק של עקרונות המשפט הטבעי, כפי שניסינו לגבשם בעזרתו של המשפט הרומי.