

תורת המשפט

פרופ' יאיר לורברבוים



תש"פ

מירון לחמני

הפקולטה למשפטים – בר-אילן

תוכן עניינים

[מבוא 3](#_Toc44429557)

[מהו החוק 4](#_Toc44429558)

[הקדמה 4](#_Toc44429559)

[מה ההבדל בין המוסד החברתי לו אנחנו קוראים חוק (או מערכת משפט) לבין מוסדות חברתיים שנאמר שהם דמויי חוק (דוגמת המוסר הנוהג והדת) 4](#_Toc44429560)

[מה ההבדל בין חוק משפטי/מוסרי לבין חוק הטבע/חוק מתמטי 8](#_Toc44429561)

[מהו החוק בנסיבות מסוימות 10](#_Toc44429562)

[משפט הטבע 17](#_Toc44429563)

[הקדמה 17](#_Toc44429564)

[פוליטיקה ספר א, פרק ב 18](#_Toc44429565)

[אתיקה ניקומכית, ספר ה, ז-י 22](#_Toc44429566)

[משפט טבעי – סיכום 23](#_Toc44429567)

[ביקורת על משפט הטבע 24](#_Toc44429568)

[אוסטין – תורת הפקודה 26](#_Toc44429569)

[הקדמה 26](#_Toc44429570)

[החוק הפוזיטיבי 26](#_Toc44429571)

[הארט 30](#_Toc44429572)

[הקדמה 30](#_Toc44429573)

[נקודת המוצא של הארט – ביקורת תורת הפקודה של אוסטין 30](#_Toc44429574)

[התיאוריה של הארט – כללים משפטיים הם סוג של כללים חברתיים 36](#_Toc44429575)

[כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני 40](#_Toc44429576)

[תשובות הארט לקשיים בתאוריית הפקודה 42](#_Toc44429577)

[שלטון החוק 44](#_Toc44429578)

[הקדמה 44](#_Toc44429579)

[משמעותו של שלטון החוק 44](#_Toc44429580)

[יסודות שלטון החוק 45](#_Toc44429581)

[פולר: משפט טבעי פרוצדורלי 49](#_Toc44429582)

[וויכוח הארט-פולר: האם פוזיטיביזם הוא תורת משפט לא מוסרית 54](#_Toc44429583)

[דוורקין 55](#_Toc44429584)

[הקדמה 55](#_Toc44429585)

[פוזיטיביזם: שלושה עקרונות שדוורקין מבקר 55](#_Toc44429586)

[ביקורת על ייחוס שיקול דעת חזק לשופטים 56](#_Toc44429587)

[חובה משפטית 57](#_Toc44429588)

[כללים ועקרונות 58](#_Toc44429589)

[שיקול דעת 60](#_Toc44429590)

[מנהגים (שנתפסים כמשפטיים) ועקרונות 62](#_Toc44429591)

[שיקול דעת חלש, חקיקה רטרואקטיבית והדמוקרטיה 63](#_Toc44429592)

[שיקולים נורמטיביים לגבי הכללת עקרונות במשפט 63](#_Toc44429593)

[נון-פוזיטיביזם – סיכום 64](#_Toc44429594)

[האם דוורקין דוגל במשפט טבעי 64](#_Toc44429595)

[התגובה הפוזיטיביסטית (הארט + רז) 65](#_Toc44429596)

[חובת הציות לחוק 67](#_Toc44429597)

[הקדמה 67](#_Toc44429598)

[הטיעונים הקלאסיים לביסוס החובה לציית לחוק – אפלטון 68](#_Toc44429599)

[טיעון ההגינות (רולס והארט) 69](#_Toc44429600)

[המטרות החברתיות של המשפט 71](#_Toc44429601)

[הקדמה 71](#_Toc44429602)

[פונקציות ישירות ועקיפות 72](#_Toc44429603)

[פונקציות ראשוניות ומשניות 73](#_Toc44429604)

[חשיבות בתי המשפט במימוש מטרות החוק 75](#_Toc44429605)

[פורמליזם וריאליזם משפטי 75](#_Toc44429606)

[פורמליזם משפטי 75](#_Toc44429607)

[הריאליזם של הולמס 77](#_Toc44429608)

[ביקורת על הפורמליזם 78](#_Toc44429609)

[ספקנות כללים 78](#_Toc44429610)

[ספקנות עובדות 79](#_Toc44429611)

[מסקנות אנטי-פורמליסטיות 80](#_Toc44429612)

[בעיות בתיאוריה של הולמס 80](#_Toc44429613)

[הגישה הביקורתית למשפט (CLS) 80](#_Toc44429614)

[רקע 80](#_Toc44429615)

[מרכזיותו של בית המשפט בחברה האמריקאית 81](#_Toc44429616)

[מטרת ה-CLS 83](#_Toc44429617)

[יסודות הביקורת של ה-CLS על ההליך השיפוטי 83](#_Toc44429618)

# **מבוא**

1. **במה עוסקת תורת המשפט** – תורת המשפט בעצם עוסקת במושגים מרכזיים שהם רלוונטיים למערכת המשפט ככזו. הם בעצם מופיעים בכל אחד ואחד מענפי המשפט. זאת בשונה מקורסים ספציפיים בהם יש מושג ספציפי הרלוונטי לאותו הקורס (למשל מושג הנזק בקורס נזיקין או מושג החוזה בקורס בחוזים). תורת המשפט עוסקת במערכת המושגים שהיא רלוונטית לכל תחום משפטי. לדוגמה, חובה משפטית, נורמה משפטית, כלל משפטי לעומת עקרון משפטי, הנמקה משפטית ופרשנות משפטית, תקדים, לקונה, זכות, צדק, חקיקה, פסיקה, מנהג, חובת הציות לחוק. מושגים אלו רלוונטיים לכל ענף משפטי באשר הוא. עם זאת, כאשר עוסקים באותם התחומים נעסוק בהיבטים מסוימים של מושגים אלו הרלוונטיים לאותו התחום ולא במושגים כשלעצמם (לדוגמה, נעסוק בתקדים מסוים הרלוונטי לתחום החוזים אבל לא נדון במונח תקדים עצמו). בתורת המשפט מתמקדים במושגי יסוד אלו.
2. **הערה על מינוח**
	1. תורת משפט – Jurisprudence.אפשר לדבר על זה באופן משפטי, ולא רק באופן תיאורטי. כל משפטן יכול לבוא ולהסביר את מושג התקדים או את מושג הלקונה מאחר שהוא עושה בהם שימוש קבוע. כשמסבירים את המושגים האלו באופן לא תיאורטי או פילוסופי מדי זה נשאר בגבולות התחום תורת המשפט. זו למעשה מערכת של מושגים משפטיים שהם עומדים בתשתית המשפט ורלוונטיים לכל ענפי המשפט.
	2. תיאוריה של המשפט – Legal Theory. נוגעת בד"כ למערכת המשפט בכללותה. למשל, תיאוריה כלכלית של המשפט. ניתוח כלכלי של המשפט ושימוש באמצעים כלכליים לניתוח תחומי משפט שונים. דוגמה נוספת היא תיאוריות מגדריות ביחס למשפט. תיאוריות פמיניסטיות ביחס למשפט רלוונטיות לכל ענף במשפט. במובן הזה התיאוריות שונות מתורת המשפט, שלא מתחייבת לתיאוריה מסוימת ומנסה להסביר מושגים באופן ראשוני (למרות שמושגים אלו מניחים במודע או שלא במודע תיאוריות מסוימות. לכן לפעמים יש קשר בין תורת המשפט לתיאוריה של המשפט). יכולה גם להיות ביקורת של תיאוריות שונות של המשפט לפיה המושגים של תורת המשפט נוטים לתיאוריות פסולות כאלו ואחרות, ולכן יש לשנות אותם.
	3. פילוסופיה של המשפט – Philosophy of Law. קשורה באופן הדוק לתורת המשפט. הפילוסופיה של המשפט היא דיון פילוסופי, כשמושא הדיון הוא מושגי יסוד במשפט. הרבה פעמים, ברגע שלוקחים מושג בסיסי במשפט ומעמיקים בו הוא די מהר יהפוך מדיון תורת משפטי לדיון פילוסופי.
3. **נושאים לדיון בקורס**
	1. מהו החוק – שאלה זו מתפצלת לשאלות משנה. זוהי שאלת היסוד בנושא שלנו.
	2. היחס בין המשפט לבין המוסר – יחס זה מעסיק את כל המשפטנים כמעט בכל קורס. בד"כ לא עוסקים בשאלות אלו מנקודת מבט מופשטת ועקרונית. זו שאלה שחותכת כמעט כל סוגייה משפטית. אנחנו ננסה לברר את היחס הזה ונראה שהוא מתפצל ללא מעט שאלות משנה.
	3. מטרות החוק – החוק הוא סוג של כלי שעומד לרשות החברה, באמצעותו היא רוצה להשיג מטרות שונות. השאלה היא מהן המטרות שהחברה רוצה להשיג באמצעות הכלי הזה שנקרא משפט. האם אפשר למיין אותן, האם אפשר להצביע עליהן באופן שיטתי ומסודר. במסגרת שאלה זו שואלים מה איננו חלק ממטרות החוק. יכול להיות שדבר מה הוא חלק מהמטרות האנושיות אבל לא חלק ממטרות המשפט.
	4. גבולות החוק – במה החוק עוסק ובמה החוק לא עוסק. במה לא ראוי שהחוק יעסוק. זו שאלה שהיא הצד השני של המטבע של שאלת מטרות החוק.
	5. תיאוריה של שפיטה – הנמקה משפטית, פרשנות משפטית, שיקול דעת שיפוטי, תקדים. ביהמ"ש הוא מוסד מרכזי של מערכת המשפט ושופטים עוסקים בשפיטה. אחת השאלות שעוסקים בה במשפט היא שאלה של שפיטה. מה טיבה של הנמקה משפטית, של הנמקה משפטית, של שק"ד שיפוטי. איך שופט מנמק את הפסיקה שלו. האם יש אפיונים מיוחדים להנמקה משפטית ביחס להנמקות בתחומים אחרים. האם פרשנות במשפט שונה מפרשנות בכל הקשר אחר (לדוגמה בספרות, בתרבות או בתנ"ך). מה הכוונה שיש לשופט שיקול דעת, מה טיבו של שיקול הדעת הזה, האם יש הבדל בין שיקול דעת לבין פרשנות. תקדים משפטי קשור לנושא זה אם כי הוא גם עומד בפני עצמו.
	6. מושגים משפטיים – זכות, חרות, חובה, כלל, עקרון.
	7. צדק.
	8. חרות (זכויות אדם).
	9. חובת הציות לחוק – האם יש חובה לציית לחוק ומהם הביסוסים לכך.
	10. פורמליזם משפטי – מה זה אומר ומה ההצדקות לכך.
	11. ענישה.

# **מהו החוק**

## **הקדמה**

זו שאלת המפתח שמעסיקה אנשים שעוסקים בתורת המשפט ובפילוסופיה של המשפט. כשמציגים שאלה באופן הזה רוב האנשים לא מבינים את השאלה. באחד הדיאלוגים המפורסמים של אפלטון העוסק בנושא הוא פותח דיאלוג על החוק. כדי להבין את השאלה הזו רצוי לפרק אותה לשאלות משנה.

## **מה ההבדל בין המוסד החברתי לו אנחנו קוראים חוק (או מערכת משפט) לבין מוסדות חברתיים שנאמר שהם דמויי חוק (דוגמת המוסר הנוהג והדת)**

1. כשאנחנו מדברים על החוק כמוסד חברתי אנחנו מתכוונים לומר שהחוק הוא דפוס התנהגות שקיים בחברה. סוציולוגים משתמשים במונח מוסד חברתי, מוסד חברתי זה מערכת נורמות שיוצרת דפוס התנהגות מסוים שמושרש בחברה. הוא בעצם קובע או עומד ביסוד ההתארגנות החברתית בהקשרים שונים. המשפחה היא סוג של מוסד חברתי. הכוונה בכך היא שיש מערכת נורמות ודפוסי התנהגות שיוצרים את המוסד החברתי הזה שנקרא משפחה. זה אומר שבהקשר המסורתי הרגיל משפחה זה גבר ואישה וילדים שחיים ביחד, נאמנים אחד לשני, יש להם צורת חיים משותפת. כשאומרים שבישראל מתקיים מוסד חברתי שנקרא משפחה ניתן לאפיין לכך דפוס מסוים של מערכת התנהגויות. זה לא אומר שהיא קיימת אצל כולם כל הזמן באותו האופן אבל זה אומר שרוב בני האדם מנהלים את חייהם לפי מוסד חברתי זה. כשאומרים מוסד חברתי הנקרא משפחה פרוש הדבר שמתחתנים, קונים דירה, גרים יחד, מגלים נאמנות, יש מערכות יחסים עם ילדים. יכול להיות שבאותו מוסד כללי יש נורמות ספציפיות לזוגות מסוימים, אבל עדיין זוגות אלו בונים את החיים שלהם לפי דפוס מסוים שקיים בחברה הזו. כשמישהו חורג מהדפוס הזה זה מאוד משונה. למשל כשבחברה שמרנית מחליטים לצרף למוסד הזה יחסים הומו-סקסואלים יש אנשים שמזדעזעים. יש שיטענו שזה הורס את המוסד ויש שיטענו שזה מוסיף למוסד. זה רק מראה שברגע שמשנים דפוס יסוד במוסדות חברתיים מסוימים חברות מסוימות מזדעזעות ומתחילים וויכוחים. למוסדות אלו חשיבות עצומה בכל מני הקשרים משפטיים. יש מוסדות חברתיים שונים שמי שמתעניין בהם הם משפטנים וסוציולוגים. המשפט עצמו הוא גם מוסד חברתי. הוא מוסד חברתי מאוד מורכב אבל הוא כזה במובן שהוא דפוס התנהגות שקיים בחברה. המשפחה היא מוסד חברתי שנוצר לאו דווקא על ידי החוק. יש דפוס התנהגות מסוים שאנשים פועלים לפיו בהתבסס על דברים שונים (גם אם במקרה זה הוא מגובה ע"י החוק במידה מסוימת). המוסד לביטוח לאומי הוא מוסד חברתי בכך שהוא דפוס התנהגות מסוים הרלוונטי בהקשרי רווחה בחברה. רוצים לחלק מחדש את הכסף בחברה (לקחת ממי שיש לו ולתת למי שחסר לו) ולטובת כך יוצרים דפוס התנהגות של תשלום וגביית תשלומים. בד"כ כשחושבים על מוסדות חברתיים, נכון שלגבי חלקם (אולי רובם) החברה משתמשת בכוחה כדי לכפות את הכללים האלו, אבל אם מסתכלים היטב על האופן בו החברה פועלת, כללים אלו נתפסים כראויים בעיני רוב בני החברה. הם לא רק נכפים. כשאנחנו שואלים מהו החוק הרבה פעמים שואלים מהו החוק במובן של מוסד חברתי (מערכת של דפוסי התנהגות שרווחת בחברה). כשמדברים על מערכת המשפט, שהיא זו שקובעת את החוק, מדברים על מוסד חברתי. רוצים לדעת מה מאפיין את המוסד החברתי הזה ומה הוא בהשוואה למוסדות חברתיים שנראים כמו משפט אבל הם לא המשפט, דוגמת המוסר הנוהג או הדת. בכל חברה יש מערכת נורמות. מערכת הנורמות הזו היא מה שבני החברה תופסים כראוי מבחינה מוסרית. כשהם תופסים משהו כראוי מבחינה מוסרית יש משהו שהם תופסים כראוי וכנכון, ולזה קוראים המוסר הנוהג. יש מערכת של כללים שרובנו מצייתים להם ותופסים אותם כראויים. הרבה פעמים המוסר הזה דומה מאוד לכללים המשפטיים, שגם הם אומרים לנו כיצד ראוי לנהוג. נוטים לחשוב שיש הבדל בין מה שמכנים המוסר הנוהג לבין המוסד החברתי שנקרא חוק. השאלה היא מהם ההבדלים ביניהם. ההנחה היא שאם נצליח לשים את האצבע על ההבדל בין המוסר הנוהג או הדת לבין המוסד החברתי שקוראים לו חוק נבין משהו מעניין חשוב ומהותי לגבי מהו החוק.
2. החוק כמוסד חברתי הוא סוג של מערכת מאוד מורכבת של דפוסי התנהגות שאנחנו קוראים לה משפט או מערכת משפט. אמרנו שיש גם מוסדות חברתיים דמויי חוק שאנחנו קוראים להם מוסר נוהג או דת ושיש הבדל חשוב בינם לבין החוק. אחת השאלות החשובות היא האם אפשר להבחין בחברה שיש בה מוסר נוהג אבל אין בה מערכת משפט. האם אפשר לחשוב על חברה שאין בה מוסר נוהג. ניתן לטעון שקשה לדמיין חברה שאין בה מערכת של דפוסי התנהגות שהם יקראו לה המוסר הנוהג שלהם. יכול להיות שאנחנו בתור מתבוננים על החברה הזו מבחוץ נהיה ביקורתיים על נורמות שונות, אבל זה לא ישנה את העובדה שבכל חברה יש מערכת נורמטיבית, יש דפוסי התנהגות שהם תופסים כמוסר הנוהג וכמחייב. הם חושבים שכך ראוי לעשות ומי שסוטה מדפוס התנהגות זה הם יבקרו אותו בחומרה. בכל מערכת חברתית יהיה מוסר נוהג כלשהו. יכול להיות שהוא יהיה ראוי או לא אבל תמיד יהיה מוסר נוהג כלשהו. אין דבר כזה חברה בלי מערכת של דפוסי התנהגות. נראה שגם המשפט הוא סוג של מוסד חברתי שגם הוא נתפס כמחייב ואז השאלה מה ההבדל בין המשפט שהוא מוסד חברתי מחייב לבין המוסר הנוהג שהוא מוסד חברתי מחייב, ואולי הם מתמזגים באופן שאין הבחנה ביניהם. או שמא יש הבחנה חשובה הן במישור התיאורטי הן במישור המעשי משפטי.
3. ניתן להציע הבחנה פשוטה שחשוב לדעת אותה. בד"כ כשמדברים על מוסר אנחנו מבחינים בין מה כדאי לי לעשות (צווי פקחות) לעומת מה חובתי לעשות. גם החוק וגם המוסר הנוהג אומרים מה אני חייב לעשות. זה לא נתון לשיקול דעתי. לעומת זאת, יש לא מעט גורמים, מוסדות או אנשים (מורים, רופאים, מומחים) שהם לא אומרים לי מה חובתי אלא הם אומרים צווים מותנים. הם אומרים מה כדאי לעשות. מערך שלם של גורמים אומרים לי מה לעשות אבל חשוב לעשות הבחנה בין אלו שנותנים צווים שהם מבחינת "כדאי לי" (צווי פקחות) אבל לא תופסים את ההוראות האלו כמחייבות, לבין אלו שאומרים לי מה לעשות וזו חובתי. זה לא אומר שלא נפר את החובות האלו, אבל זה נתפס כחובה. זה נכון הן לגבי החוק והן לגבי המוסר הנוהג. אם חושבים על המוסר, המוסר אומר לי מה לעשות.
4. **המונח מוסר הוא רב משמעי**
	1. מוסר נוהג – מה שבני חברה מסוימת חושבים על מה שראוי לעשות באופן כללי או בנסיבות ספציפיות. טענות מהסוג של "מוסר התשלומים בישראל גבוה/ירוד"; "שלא כבעבר, הטרדות מיניות בישראל נתפסות כמעשה פסול וראוי לגינוי". ניתן לתת טענות עובדתיות (סוציולוגיות) על האופן שבו אנשים בחברות שונות חושבים על מוסר. טענות מהסוג הזה על אודות המוסר הנוהג הן סוג של טענות עובדתיות על אודות מה ראוי במקרים מסוימים. טענות אלו יכולות להיות אמיתיות או שקריות, אבל אלו לעולם טענות עובדתיות.
	2. מוסר אידיאלי – טענות שאדם טוען על אודות מה שראוי לעשות. טענות אלו לא עובדתיות מאותו הסוג. "לא תרצח/תגנוב/תחמוד"; "מעשה שוד הוא חמור מגניבה סתם"; "נישואין חד-מיניים הוא מוסד שראוי לאמץ / הוא מוסד פסול". לאו דווקא נסכים עם טענות אלו. כל טענה כזו שייכת לקטגוריה מוסר אידיאלי משום שהיא לא טוענת טענה על אודות מה חברה חושבת, מה קבוצה מסוימת חושבת, מה חשבו בעבר, מה חשבו היום (אלו טענות עובדתיות). טענות של מוסר אידיאלי הן טענות על מה ראוי, מה פסול, מה רע (אלו טענות ערכיות).
	3. זה הבדל במעמד הלוגי התוכני של המשפט. משפטים מהתחום של המוסר האידיאלי הם טענות על אודות מה ראוי ומה לא. טענות על אודות מה אנשים חושבים שראוי כל אלו טענות עובדתיות סוציולוגיות. הבחנה זו היא בעלת חשיבות עצומה בשיח הכללי. נראה שהיא בעלת חשיבות עצומה גם כדי להבין את טיב המשפט וטיב היחס בין מוסר לבין משפט. מקרים בהם לא עושים את ההבחנה הם מקרים של כשל. הרבה פעמים אנשים עוברים מלתאר מה אנשים חושבים שראוי למה ראוי. ישנו גם הכשל הנטורליסטי, שבו מנסים לקבוע קביעות מוסריות לפי עובדות. אנשים לא שמים לב לזה כשהם טוענים טענות במוסר הנוהג וקופצים משם לטענות על המוסר האידיאלי. זה דומה למי שמקיש מהדין המצוי על הדין הראוי.
	4. חשיבות ההבחנה – יש הבדל בין היחס בין מוסר נוהג לבין משפט, שהוא המובן הראשון של השאלה "מהו החוק", לבין היחס בין המוסר האידיאלי לבין המשפט. חשוב להפריד בין השאלות כשבוחנים את השאלה מה היחס בין משפט לבין מוסר. אפשר לנסח את השאלה השנייה גם כמה היחס בין המשפט המצוי לבין המשפט הראוי. המשפט הראוי הוא הרבה פעמים בעולם של מוסר אידיאלי. כשמישהו טוען שחוק לא ראוי הוא משתמש בכלים של מוסר אידיאלי והוא מבקר באמצעותם את המשפט. מוסר אידיאלי הוא בעצם מה שהרבה תאורטיקנים, ובעקבותיהם גם שופטים, קוראים לו משפט טבעי. התפיסות של מוסר אידיאלי והקישור שלהם למשפט נכללות בתוך עולם תוכן תורת משפטי שמכונה משפט טבעי. חשוב לשים לב שמשפט טבעי הוא לא מוסר נוהג אלא חלק מהדרך שלנו לחשוב על מה ראוי.
5. **ההבדל בין מוסר נוהג לבין משפט – תשובה ראשונית**
	1. הרבה פעמים יש חפיפה בין כללים מוסריים של המוסר הנוהג לבין כללים משפטיים. ברור שלא תגנוב הוא גם כלל מוסרי, אבל ברגע שהוא כלל משפטי אז חלים עליו כל המאפיינים של כלל משפטי.
	2. את המשפט אוכפים באמצעות כוחה של המדינה, לא כך לגבי המוסר הנוהג. הכוח של המדינה הוא בד"כ המשטרה, הרשויות למיניהן, הפרקליטות, בית המשפט, בתי הסוהר וכו'. כל אלו הם ענפים אורגניים של המשפט שאוכפים את המשפט. המוסר הנוהג, כשלעצמו, ולא הכללים של המשפט הנוהג שהם גם כללים משפטיים, הוא כללים שלא נאכפים באמצעות הכוח של המדינה. הם יכולים להיאכף ע"י לחץ חברתי, ביקורת חברתית ואמצעים שונים שהחברה והקהילה מפעילה על פרטים. אלו אמצעי אכיפה שונים מהאמצעים של המשפט שהם הכוח המיוחד של המדינה. אסור לחשוב שלא אוכפים את המוסר הנוהג, אוכפים אותו אבל באמצעים אחרים.
	3. את המשפט ניתן לשנות באמצעות כללי שינוי, לא כן את המוסר הנוהג. אין כללי שינוי שבאמצעותם ניתן ביעילות ובמהירות לשנות את המוסר הנוהג. אחת התכונות שמאפיינות מערכת נורמטיבית משפטית היא שיש לה מערכת שמגדירה איך נוצרים חוקים, איך מבטלים חוקים, איך משנים חוקים. זה חלק מהותי של המשפט. זו תכונה שמייחדת מערכות משפט. מוסר נוהג, לעומתו, אין לו כללים שמאפשרים לשנות אותו באופן יעיל ומהיר. זה לא אומר שהמסור הנוהג לא משתנה ושאין אמצעים לשנות אותו, אבל הוא לא משתנה באמצעות מערכת של כללים כמו במערכת המשפט (לה יש כנסת עם הפרוצדורה שלה למשל). במוסר נוהג הכללים יכולים להשתנות אבל מדובר בדינמיקה אחרת. מדובר בתהליכים חברתיים מורכבים, קשה לשים את האצבע על המקום בו החוק משתנה, זה מתחיל בקבוצה מסוימת ומתרחב. לפעמים יש מאבקים פנימיים בתוך החברה בנוגע לשינוי הכלל ואין שום אמצעי שיכול להכריע האם הכלל השתנה.
	4. המשפט מדבר בד"כ על חובות ועל זכויות, הוא בד"כ "חתוך" מאוד, קובע כללים שיודעים מתי הם חלים ומתי לא. המשפט מנסה להימנע ממצב בו הכללים עמומים. במוסר יש מערכת שלמה של קטגוריות שלא קיימת בחוק. כל מה שנמצא מעבר לחובה, לפנים משורת הדין וכדו'. במשפט בד"כ מנסים להימנע מזה ושהתכולה שלה תהיה ברורה, רוצים שהתוצאות תהיינה ברורות לאחר מעשה וכן לפני מעשה. המוסר יכול להיות מאוד עמום.
	5. המשפט בד"כ מגן על מספר מצומצם של ערכים: חירויות שונות (חופש התנועה, חופש ההתאגדות וכדו'); החיים (ערך החיים בהקשר של מציאות הקורונה הופך להיות ערך כה מרכזי שהמערכת המדינתית מגנה עליו לא רק במובן שלא יפגעו במישהו באופן פסיבי אלא שהמדינה עושה פעולות קיצוניות ביותר כדי להגן על ערך החיים); שלמות הגוף; זכות קניין; יציבות וודאות. אלו הערכים המרכזיים שהמשפט מגן עליהם. לעומת זאת, המוסר נוגע גם לערכים אלו אבל הוא נוגע למערכת שלמה של ערכים נוספים: שלמות אישית, מימוש עצמי וכדו'. המשפט מושך את ידיו מהערכים האלו, הוא משאיר את זה לכל אחד מהפרטים. הם ערכים מרכזיים וחשובים לכל אדם וכל אחד מחליט לגביהם לפי שיקול דעתו. הערכים הבסיסיים הם עניינו של המשפט.

## **מה ההבדל בין חוק משפטי/מוסרי לבין חוק הטבע/חוק מתמטי**

1. בשני הקשרים אלו משתמשים במונח חוק. חוק משמש גם כדי לציין חוק משפטי, גם כדי לציין חוק מוסרי, גם כדי לציין חוק טבע וגם כדי לציין חוק מתמטי. הרבה פעמים כששואלים מהו חוק משפטי שואלים האם יש הבדל בינו לבין חוקים אחרים.
2. ניתן להתמקד בהבחנה בין חוקי טבע לעומת חוק מוסרי (אידיאלי). להגיד שחוק הטבע אובייקטיבי וחוק מוסרי סובייקטיבי זה מוטעה. אם נחשוב על הצורה בה אנחנו חושבים באופן מוסרי, אף אחד לא חושב שכשהוא חושב שאסור לרצוח זה סובייקטיבי. תמיד היה אסור לרצוח ותמיד יהיה אסור לרצוח וגם אם מיליון בני אדם ירצחו ויחשבו שמותר לרצוח זה לא ישנה את העובדה שאסור לרצוח. זה לא אומר שבני אדם לא רוצחים, זה רק אומר שתמיד היה אסור לרצוח. אם נגיד שפעם חשבו שמותר לרצוח ניתן להגיד שכך חשבו גם על חוק הטבע (לא הכירו בכוח הכבידה כמו שמכירים בו היום). לכן זו לא הצדקה שפעם חשבו אחרת או שבמקום אחד חושבים אחרת מאשר במקום אחר. אנשים יכולים לחשוב שחוקי מוסר הם סובייקטיביים, רוב האנשים לא חשובים ככה על המוסר והם גם לא מנמקים ככה את הטיעונים המוסריים שלהם.
3. **ההבחנה הראשונה** שחשוב להגיד אותה היא שחוקי טבע הם חוקים מתארים וחוקי מוסר הם חוקים מצווים (פרוספקטיביים). חוק מוסרי לא מתאר את ההתנהגות שלי, הוא אומר לי מה עליי לעשות. הוא מכוון את ההתנהגות שלי במובן שהוא אומר לי מה אני צריך לעשות בנסיבות מסוימות. באותה העת הוא מספק קנה מידה להתנהגות שלי. הוא נשאר תקף ונכון גם אם אנשים מפרים אותו או לא פועלים לפיו. לעומת זאת, חוקי טבע הם חוקים מתארים (דסקריפטיביים). הם כלי לניבוי. בהינתן חוק טבע מסוים, יודעים שאם יתקיימו נסיבות מסוימות יקרה כך וכך. לא שעל הטבע לנהוג כך אלא זה מה שיקרה בפועל משום שזה מבוסס על תפיסה שלכל אירוע יש סיבה ושהמציאות מתנהלת לפי סיבתיות מסוימת. הסיבתיות מבוססת על חוקיות, ובהינתן יכולתנו לזהות את החוקיות הזו באמצעות צפייה ואיסוף נתונים, אנו מנסחים חוקים. האופן שבו חוקים אלו פועלים הוא לתאר את התנהגות המציאות. גם חוקי משפט הם בעצם חוקים מצווים, ובמובן זה הם דומים לחוק מוסרי. הם לא מתארים איך בני אדם מתנהגים, הם מצווים על בני אדם להתנהג בדרך מסוימת בהתקיים נסיבות מסוימות. זה ההבדל היסודי והבסיסי בין חוקי מוסר לטבע. ההבחנה הזו חשובה משום שהיא נכונה תחת כל תיאוריה, גם תחת תיאוריה רלטיביסטית וגם תחת תיאוריות אובייקטיביות ביחס למוסר. גם מי שחושב שאסור לרצוח בכל מקום ובכל זמן וגם מי שחושב אחרת יודע שחוק זה הוא חוק מצווה.
4. **ההבחנה השנייה** היא שלחוקים מוסריים/משפטיים יש טעמים (תכליות) בעוד שלחוק טבע אין טעמים. לכל חוק מוסרי יש טעם. כשמדברים על טעם מדברים על תכלית החוק, בין אם הוא מוסרי או משפטי, שלשמה ניסחנו את החוק. חוקים אלו בד"כ מנוסחים ככללים. לדוגמה, לא תגנוב או לא תחמוד. הטעם של לא תגנוב הוא הצורך בשמירה על קניין אישי. ניתן להסביר למה קניין אישי זה דבר מרכזי כדי ליצור חברה וכו'. כל תיאוריה שמסבירה למה חשוב שיהיה קניין אישי תהיה התכלית שלשמה יש את הכלל של לא תגנוב. דוגמה נוספת היא שעסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב. לכלל זה יש טעם, והטעם הוא התכלית של הכלל. הטעם של כלל זה הוא כנראה בגלל שמקרקעין הוא הנכס החשוב והמרכזי ביותר שיש לאדם, וכל עסקה בו היא עניין דרמטי. כדי שנהיה בטוחים שאדם גמר בדעתו למכור או לקנות רוצים שדבר זה ייעשה לא סתם בע"פ אלא בכתב. המחיר שמשלמים על דרישה זו היא שעסקאות אלו לא יכולות להיעשות בקלות רבה. מוכנים לקבל את המגבלה כדי להגיע לסוג של וודאות ביחס לעסקאות מסוג זה. דוגמה שלישית היא לא תחסום שור בדישו. כששור דש את החיטה אסור לחסום את הפה שלו כדי לא למנוע ממנו לאכול מהתבואה. הטעם לכך הוא צער בעלי חיים ביחס לבעל חיים שעובד עבורך. הטעם פה הוא טעם מוסרי שהוא צירוף של כפיות טובה וצער בעלי חיים. דוגמה אחרונה היא לא תשחית את פאת זקנך. לפי ההלכה יש כלל שלגברים אסור לגלח את הזקן. עד היום האיסור הזה נוהג רק שהוא תקף בעיקר לגבי תער ולא לגבי מכונת גילוח למשל. בעבר כנראה חשבו שאסור בכלל להוריד את הזקן. השאלה היא מה הטעם. נתנו לזה טעמים שונים. טעם מרכזי אחד שהרמב"ם נתן לזה הוא שמי שהשחית את הזקן בעבר היו עובדי עבודה זרה (הגלחים). אם מישהו מגלח את זקנו כחלק ממנהגי עבודה זרה יש חשש שיטו אחרי השקפותיהם. מכאן ניכר שכשחושבים על חוקים מוסריים חושבים על התכליות שלהם. זה בנפרד מהטענה שהכלל הזה הוא כלל מצווה. לעומת זאת, על חוקי טבע לא חושבים במונחים של טעמים ותכליות. חוקי טבע הם נתונים. ברגע שניסחנו את חוק הגרביטציה אף פעם לא נשאל מה הטעם שלו, לאיזו תכלית הוא נוצר. חוקי טבע הם נתונים, ושאלות הנוגעות לתכליות אינן רלוונטיות לגביהם.
5. **טעמים** – טעמים ותכליות הם נשמת אפם של כללים. כדי להבין חוק או כלל משפטי צריך בראש ובראשונה להבין את התכלית שלו. אי אפשר להגיד שהבנו חוק או כלל או תקנה אלא אם כן הבנו את הטעמים שביסודם. יחד עם זאת, אפשר לדבר על "נפרדות" של כללים מטעמיהם. בד"כ לחוקים משפטיים (מחייבים) אין טעמים מפורשים, למרות שלכולם יש טעמים. לא זו בלבד, הטעמים הם נשמת אפם. הם נראים כמו חוקי טבע, אבל הם לא חוקי טבע כי הם לעולם מבוססים על טעמים ונגזרים מהם. למרות זאת מקפידים על מעין נפרדות. כללים מנוסחים כמו חוקי טבע, כאילו הם נפרדים מטעמים, אבל כל בר דעת ידע שישנם טעמים. כל פעם שקוראים חוק שואלים מה הטעם שלו, והטעם שלו קשור לתכלית שלו. הדבר המעניין הוא שנותנים את הטעם של החוק למרות שהוא לא כתוב בחוק אף פעם. לפעמים יהיו דברי מבוא שיסבירו את המטרה אבל הטעמים המפורשים לא מופיעים בחוק. עולה השאלה מדוע זה ככה, ובכך נדון בהמשך. לטעמי החוקים (המוסריים והמשפטיים) חשיבות מעשית עצומה ב"מקרים קשים". מקרים קשים הם מקרים חריגים, בהם כשמחילים כלל מסוים עולה השאלה האם הכלל חל במקרה זה משום שהוא מתאים לחוק אבל יש נסיבות מיוחדות שהופכות את שאלת תחולת הכלל לשאלה קשה. לא יודעים האם הכלל חל במקרה זה או לא, והאופן שבו מחליטים במקרה זה הוא באמצעות פנייה ללשון הכלל ולטעמים שלו. מקרים קשים יכולים להיות נחלתם של כל כלל ולכן הטעם של הכלל שקובע מה עושים במקרים קשים הוא בעל חשיבות מעשית גדולה מאוד.
6. **המשותף לחוקי טבע ולחוקי מוסר** – בשני סוגי החוקים יש יסוד של הכללה. לפי ההכללה בחוקי טבע (יסוד החוקיות), בהתקיים תנאים מסוימים כך תמיד יקרה. בהינתן תנאים כמו חום, לחץ, טמפרטורה ירד גשם או לא ירד גשם. החזאי ידע להגיד באילו תנאים יתקיים מזג אוויר מסוים. בחוקי מוסר יש גם את יסוד ההכללה, אלא שהוא עובד לגבי מה צריך או מה חובה לעשות ולא לגבי מה שיהיה. בהינתן נסיבות מסוימות, חובתו של אדם לנהוג באופן מסוים. חוקי מוסר לא יתארו איך אדם ינהג אלא איך עליו לנהוג. יש פילוסופים שסבורים שיסוד ההכללה הופך את המוסר לרציונאלי או לאובייקטיבי. יסוד ההכללה הוא מהותי לחשיבה המוסרית של הלל הזקן בעקרון שלו "מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך". יש כאן יסוד של הכללה משום שאדם אומר לעצמו שהוא צריך לנהוג כלפי חברו בדיוק כפי שהוא רוצה שינהגו כלפיו. אם הוא לא רוצה שיעשו לו דבר מסוים, באותן נסיבות אסור לו לעשות את זה לחברו. המבחן הזה הוא מבחן של הכללה, על אדם לצאת מחוץ לעצמו ולהחיל את זה על כל בני החברה. זה מה שהפוך את המוסר לכללי. יסוד החוקיות הופך את המוסר לרציונאלי. בד"כ כשחושבים על רציונאליות, אחת התכונות שלה זה מעבר מקונקרטיות ופרטיות למשהו כללי. מה שהופך את הטבע לרציונאלי הוא החוקיות. ברגע שיש חוקיות מזהים יסוד של רציונאליות, בשונה ממציאות שהיא כאוטית, שהיא עשויה מפרטים שאין בהם חוקיות. ברגע שמצליחים למצוא חוקיות במערכת מסוימת למעשה יוצרים סדר והיגיון, וההיגיון הזה הופך את המערכת לרציונאלית. אותה התכונה שיש למוסר יש גם למשפט, ומכאן גם יסוד החוקיות שיש למוסר ולמשפט בדומה לחוקיות שיש בטבע.

## **מהו החוק בנסיבות מסוימות**

1. למשל, האם מלגת מחייה שסטודנט ישראלי מקבל בישראל במהלך שנות לימודיו חייבת במס הכנסה. הרבה פעמים כששואלים מהו החוק מתכוונים לשאלה מאוד פשוטה והיא שאלה הרלוונטית למקרה מסוים. שאלה משפטית. לצד ההיבט הפרקטי לשאלה זו יש גם הקשר תיאורטי.
2. כאן השאלה היא מה עליי לעשות במקרה ספציפי. זו שאלה מעשית, שעליה עונים בכל קורס טיפוסי בלימודי משפטים. בדיני חוזים למשל נדבר על מה קורה במקרה בו נכרת חוזה בלתי מוסרי. נלך לחוק ונבין מה אומר החוק לגבי שאלה משפטית זו. עם זאת, יש לשאלה זו גם היבטים תיאורטיים.
3. **היבטים תיאורטיים של השאלה**
	1. אחת התשובות לשאלה מהו החוק היא השאלה איך מזהים את החוק. האם החוק הוא עניין שבעובדה בלבד (עובדה משפטית, חוק הוא חקיקה של הכנסת, של מחוקק המשנה, של פסיקה בעלת אופן תקדימי), ואז המשפטן צריך לזהות את העובדות הרלוונטיות ובאמצעותן להכריע מה אומר החוק. יש כאלו שיטענו שהתשובה לשאלה מה אומר החוק היא לא עניין עובדתי בלבד, יש גם היבט מוסרי-ערכי שנוגע למה שכינינו מוסר אידיאלי. הוא חלק בלתי נפרד ממה שצריך לשקול ולקחת בחשבון כשעונים על השאלה מהו החוק במקרה ספציפי.
	2. הוויכוח האם מדובר בעניין עובדתי בלבד או גם בעניין מוסרי הוא ויכוח בין עמדה פוזיטיביסטית לעמדה נון-פוזיטיביסטית. גישות פוזיטיביסטיות טוענות שהחוק הוא ענין שבעובדה. פוזיטביסטים חלוקים בשאלה מהן העובדות הרלוונטיות לזיהוי החוק. נון-פוזיטיביסטיים טוענים שהחוק הוא לא רק עניין שבעובדה, יש בו ממד מוסרי-ערכי. לצורך ההבחנה בין הגישות נדון בפסקי הדין ירדור ופלוני.
4. **פס"ד ירדור**
	1. עובדות המקרה – ועדת הבחירות המרכזית (בראשה השופט לנדוי) פסלה את רשימת הסוציאליסטים מלרוץ לכנסת. חמישה ממועדי הרשימה היו חברי אל-ארד, ארגון שהוכרז ע"י שר הבטחון בלתי חוקי על סמך תקנות ההגנה (שעת חירום). הנימוק היה שמטרותיה של הרשימה הם שלילה גמורה ומוחלטת של עצם קיומה של מדינת ישראל, וקיום המדינה בגבולותיה בפרט. הבעיה בהחלטה של ועדת הבחירות ששללה את הזכות החוקתית להיבחר שהיא גם בעקיפין הזכות לבחור (אם אין לאדם זכות להיבחר אז היא שוללת לאחרים את הזכות לבחור) היא שזו לכאורה לא סמכות וועדת הבחירות המרכזית (לפי חוק החבירות, תשי"ט). מדובר בשנת 65', לפני מלחמת ששת הימים, זו תקופה לא קלה מבחינה ביטחונית וכלכלית, המדינה הייתה צרה מאוד. כאן מגיעה בעיה שוועדת הבחירות מתמודדת איתה אח"כ שנים רבות של שלילת רשימת מועמדים. החלטה של שלילת רשימה היא דרמטית כי היא שוללת זכויות בסיסיות, במסגרת של משטר דמוקרטי. זה מוכר לנו גם בתקופה הזו. פס"ד זה נדון הרבה בספרות.
	2. השופט חיים כהן – חוק הבחירות מעניק לוועדה סמכות לפסול רק מטעמים טכניים (אם לא הוגשו טפסים, לא עמדה בלוחות הזמנים, אין לה מספיק תמיכה באמצעות חתימות) אבל לא מטעמים אידאולוגיים. ועדת הבחירות החליטה כי צריכים להתמלא שני תנאים לפסילה כשמדובר בטעמים שהם לא טכניים: 1. ההתאגדות היא בלתי חוקית; 2. אי-החוקיות היא בחתירה תחת שלומה או עצם קיומה של המדינה. זה מוזר להגיד סתם שהתאגדות להיבחר היא בלתי חוקית, כי לא די בעצם כוונת רשימה לשנות חוקים כדי להחשיב אותה כבלתי חוקית. השופט חיים כהן מקבל את ההנחה שהרשימה אכן חותרת תחת אושיות המדינה, הוא לא חולק על הטענה הזו ולצורך הדיון הוא מקבל את הטענה. השופט כהן ממשיך ואומר "אבל מהבחינה המשפטית נראה לי שאין בה בהנחה זו ואין בחשש כדי להעלות או להוריד לכאן או לכאן. יתכן שהממשלות האוסרות מלחמה על ישראל יודעות היטב את פרטי משטרה החוקתי והחליטו לנצלו למטרותיהן הנפסדות. אך אין בכך – בהעדר חוק – כדי הצדקה או טעם להתכחש מצדנו למשטרנו החוקי כמות שהוא". אומר השופט כהן, בהיעדר הסמכת החוק לפסול רשימה מטעמים שאינם טכניים, כלומר מטעמים אידאולוגיים, לא נכון יהיה לפסול רשימה, אז גם ועדת הבחירות וגם בית המשפט לא יכול לפסול רשימה ע"ב השקפותיה האידיאולוגיות. ניתן לטעון שעמדת השופט כהן היא עמדה שלא מתמודדת עם השאלה של נק' מבט ערכית, הייתכן שאנו ניתן לרשימה כזו לרוץ לכנסת. השופט אומר שהוא לא מוסמך לדון בו ולפעול בהתאם, לא הוא ולא ועדת הבחירות. השופט כהן מוסיף באותה נשימה עוד משפט, אחרי שהוא אומר שאין הסמכה הוא מצדיק את היעדר ההסכמה כי לדעתו לא ראוי שוועדת הבחירות או בית המשפט יהיה מוסמך, כי היעדר הסמכות זה ביטוי לחופש הדעה וחופש ההתאגדות והיעדר ההפליה. הוא מצד אחד מתבטא בטענה פוזיטיביסטית (היעדר חוק = היעדר הסמכה) משמע אם נראה לך שדינה להיפסל אין לך סמכות ואין לך כוח, אבל לכך הוא מוסיף שכך ראוי וכך טוב (זה לא רק דין מצוי אלא גם רצוי וראוי). ביחס לתוקפה ששררה אז, הוא מבטא עמדה של זכויות, הוא משקף את העמדה באותה תקופה. על פניו יש התבטאויות של השופט כהן שהוא נראה פוזיטיביסט ואולי גם פורמליסט, אבל אם נבחן את פסק הדין נראה שלדבריו אם יש חוק אז אפשר לפסול ואם אין חוק אז אי אפשר. זה מעניין שאם היה חוק שמסמיך אז זה לא מחייב פסילה של רשימה כי השופט יכול להחליט שבמקרה כזה אתה לא פוסל גם אם יש סמכות. אבל העמדה שלו שבהיעדר חוק לא ניתן לפסול, זה מבטא תפיסה פוזיטיביסטית ולכן לא מדברים על זה בנק' מבט של מהו הדין הראוי, כי אם דנים בשאלה מה הדין הראוי, חורגים מהשאלה מהו החוק, ואלו שאלות של מוסר אידיאלי , איך נכון לנהוג במקרה הזה. אלא שדיברנו על זה שלפי ההתבטאויות של השופט כהן זה מבטא לא רק עמדה משפטית אלא גם עמדה ערכית ולכן קשה לאפיין את עמדתו כעמדה פוזיטיביסטית.
	3. נעיר לגבי עמדות פוזיטיביסטית – בד"כ מצב מובהק שמזהים עמדה פוזיטיביסטית הוא מצב שאנחנו יודעים או שיש לנו סיבה טובה לחשוב שהשופט מכריע במקרה שלפניו כאשר הוא חושב שהתוצאה לא צודקת. אני מחיל את החוק ואני לא שואל את עצמי אם הוא צודק או לא, אני פשוט מחיל את החוק. הרבה פעמים התוצאות הן פוזיטיביסטית מבלי שהשופט יגיד את זה, והשופטים לא תמיד ברורים מבחינת ההזדהות שלהם עם התוצאה. במובן הזה קשה להכריע בשאלה, כי הניסוח הוא פוזיטיביסטי, ומצד שני השופט חושב שהתוצאה ראויה במקרה הזה.
	4. השופט אגרנט – לפי לשון החוק לוועדת הבחירות תפקיד מיניסטריאלי-טכני. אבל לא לכך בלבד מצטמצמת סמכות הועדה, יש לה סמכויות נוספות למרות שהיא לא מוסמכת מלשון החוק. מנין הועדה שואבת לפסול רשימה מלרוץ לכנסת? מחובתה לשים לב לנתונים הקונסטיטוציוניים השייכים לשאלה זו. כשאנחנו בוחנים את סמכות הועדה וממילא אם הרשימה רשאית לרוץ לכנסת, בהינתן הנתונים הקונסטיטוציוניים, האידיאולוגיה, המצע והמטרות של אותה רשימת סוציאליסטים, שהמדינה תחדל להיות יהודית ותהפוך להיות מדינה דו-לאומית או מדינה לא מזוהה לאומית, הם מעקרים את התשתית היהודית של המדינה והזיקה של התושבים היהודים בא"י וזכותם להקים מדינה. אומר השופט אגרנט, אם לוקחים בחשבון את הנתונים אז הרשימה חותרת תחת אושיות המדינה. היא דוגלת באידיאולוגיה הסותרת את זכותו של העם היהודי לחיות ככל עם ועם, דבר שבא לידי ביטוי בהכרזת המדינה. מגילת העצמאות, שהיא ההכרזה על המדינה, היא מגילה שהרבה מסכימים עליה שהיא מבטאת תשתית רעיונית, אידאולוגיית ערכית שעליה החברה נשענת ועליה גם נשענת מערכת המשפט של החברה ולכן התשתית האידיאולוגית הזו (מדינה יהודית וכו') היא זו שלא מאפשרת לרשימה לרוץ לכנסת ולכן היא מסמיכה באופן מסוים את וועדת הבחירות ואת בית המשפט העליון שדן בזה לפסול את הרשימה מלרוץ לכנסת. אומנם לא מדובר במגילה כמסמך משפטי, אבל יש כאן תפיסה שיש עקרונות יסודיים ובסיסים שהם בעצם הבסיס החוקתי. אמנם לא מדובר בחוקה פורמלית שעברה תהליך חקיקתי כמו חוקים אחרים, אבל החברה מבוססת עליהם והחברה זה גם מערכת המשפט שלה והיא מעניקה סמכות לרשויות לפעול באופן שהעקרונות האלו לא ייפגעו ואם רשימה רוצה לרוץ לכנסת ומטרתה לפגוע בעקרונות האלה אז דינה להיפסל. יש שים לב שהדגש שלו הוא על ההיבט הלאומי הפרטיקולרי שלו להקים מדינה. בעוד שהשופט זוסמן מדבר על דמוקרטיה מתגוננת ומתמקד בהיבט הדמוקרטי, אצל אגרנט זה פרטיקולרי בדגש על המדינה כיהודית. הפסיקה של אגרנט היא נון-פוזיטיביסטית באופן מובהק, משום שאם נסתכל בסמכות ובכלים שנקבעים בחוק הבחירות אז לוועדת הבחירות ולבית המשפט אין סמכות לפסול רשימה בגלל האידיאולוגיה שלה (במיוחד שהיום האידיאולוגיה הזו לא נראית מאוד מזיקה, גם אם לא כולם יסכימו איתה). העמדה הזו היא עמדה שמגייסת טענה ערכית על אודות מהותה של המדינה, זכות עתידית שקיימת שמאפשרת פסיקה דרמטית. לא מדובר בדבר קטן, אלא פסילה של רשימה שהיא פוגעת בזכות בסיסית של להיבחר ובעקיפין לבחור.
	5. השופט זוסמן – הכיוון שלו דומה לתפיסה של אגרנט. חוק הבחירות לא מסמיך את וועדת החבירות לפסול רשימה מן הטעמים האלה (אידיאולוגיה) אלא מטעמים טכניים. ואולם לדעתו, השופט יכול להיזקק לטיעונים ומקרות משפטיים שאינם בבחינת עובדות חברתיות מהסוג של חוקים ופסיקות. השופט משתמש בביטוי "דין טבעי". זה מפחיד שופטים שהם יוצרים חוקים יש מאין בשעה שתפקידם הוא להיזקק לחוקים שקבעו אותם גופים בעלי סמכות. הוא קורא לזה דין טבעי אבל הוא נסוג ואומר שישנה זכות התגוננות של החברה המאורגנת במדינה, כאשר השופט מזהה מקרה כזה הוא חייב לפסוק על פיה ולהיזקק לעקרונות והכללים, הם לא בבחינת עובדות משפטיות מהסוג הרגיל. במקרה הזה יש סמכות ומכאן המסקנה שהרשימה הזו צריכה להיפסל. אנחנו מדברים על החברה כנגד אויבים מבחוץ, הוא מדבר על הזכות של הדמוקרטיה להתגונן (דמוקרטיה מתגוננת בפני מפלגה שמטרתה לא דמוקרטית). לעומת זאת, אצל השופט אגרנט זה התייחסות ליהודית. המשותף הוא עקרונות לא כתובים שגורמים לכך ששוללים את הזכות של הרשימה לרוץ כנסת.
	6. סיכום – דעת הרוב שללה זכות חוקתית, הזכות להיבחר (ובעצם גם את הזכות לבחור). דעת הרוב התבססה על עקרונות משפטיים, אידאולוגיים / מוסריים ופוליטיים, לא פוזיטיביים, כלומר על עקרונות שאינם כתובים בספרי החוק (במקורות משפטיים תקפים). פס"ד מלמד שישנם מקרים דרמטיים שבהם ברור שבית המשפט פוסק שלא על סמך מקורות משפטיים ברורים והוא פונה לעקרונות שאפשר לראות אותם עקרונות מוסריים ערכיים שהם חלק בלתי נפרדים ממה שניתן לכנות "המוסר האידאלי", מה שנראה לשופט ראוי ונכון. פס"ד זה הוא רקע לדיון במשפט טבעי רק מפני שהשופט זוסמן הזכיר את הצירוף הזה בפס"ד שלו, הוא נמנע מלעשות זאת בצורה בוטה ומפורשת, מה שלא היה אצל חשין בפס"ד פלוני.
5. **פס"ד פלוני נ' פלונית**
	1. עובדות המקרה – המערער ואשתו היו נשואים שנים רבות ללא ילדים. המערער החליט לפתות את בת השכנים, נערה בת 15. הנערה מצאה מקור לחום ואהבה, הרתה לו. הוא שכנע אותה לא להפסיק היריון, והיא ילדה בן. הנערה בשל מצבה ביקשה למסור את הילד לאימוץ, האב התנגד. הנערה מתנגדת בכל תוקף שהילד יגדל אצל האב. ביהמ"ש המחוזי הכריז על הילד כבר-אימוץ, והסתמך על ס' 13(7)+(8) לחוק האימוץ (תשמ"א – 1981) שקובעים את עילות האימוץ כאשר ההורים מסרבים למסור את הילד לאימוץ. יש לומר שמסירת הילד לאימוץ היא דרמטית כי הוא מתנתק מהוריו הביולוגיים והוא הופך להיות מבחינה משפטית חבר מלא במשפחה המאמצת. לימים הוא יכול לברר מי הם הוריו הביולוגיים. שלב מרכזי בתהליך זה הדיון על עצם מסירתו לאימוץ, ומי שמוסמך לקבל החלטה בעניין הזה זה ביהמ"ש המחוזי (כיום, ביהמ"ש לענייני משפחה). התהליך הזה מרגע שהוא מתקיים הוא קשה לביטול. ביהמ"ש מקבל החלטה האם למסור את הילד לאימוץ. רשויות הרווחה נכנסות לתמונה אם אחד מההורים מתנגד, ואז נדרשות עילות אימוץ שונות קצת שקובעות מתי ביהמ"ש מוסמך להכריז על הילד כבר-אימוץ. החלטת ביהמ"ש כאן היא שהאב לא מסוגל לגדל את בנו, האב מערער על הכרזת הילד כבר-אימוץ. השאלה המשפטית היא האם בנסיבות המקרה, שההיריון נגרם תוך ניצול ואולי אפילו עבירה, התגבשה לפי חוק האימוץ עילת אימוץ. יש לומר שכשקרואים את ס' 13 לחוק האימוץ קשה למצוא עילה שנופלת באופן מובהק וברור על המקרה הזה. הקושי הוא שס' 13(8) אומר שאסור לו לסרב אם הסירוב הוא בלתי מוסרי, האם במקרה זה הסירוב הוא בלתי מוסרי? האם עצם הרצון של האב לגדל את בנו הוא בלתי מוסרי? קשה לומר את זה. גם אם הדרך שבה הביא את הילד היא לא מוסרית, זה לא אומר שהרצון שלו לא מוסרי. לכאורה לפי לשון ס' 13 לחוק האימוץ לא התגבשה עילת אימוץ.
	2. השאלה בפס"ד פלוני כבעיה מוסרית – האם בנסיבות האלה ראוי שהאב יגדל את בנו? אי אפשר לדבר על טובת הילד במובן ישיר. אם הורה מסוים פעל באופן בלתי מוסרי שפתאום מתגלה שהוא לא אדם מושלם מבחינה מוסרית זה כשלעצמו לא יכול להיות סיבה לשלוח אותו לאימוץ, זו לא עילה לנתק את הילדים מההורים. רק במצבים קיצוניים ילד מתנתק מהורה כי הוא אדם לא מוסרי. לכן עצם העובדה שהאב וזוגתו עשו מעשה בלתי מוסרי, היא כשלעצמה לא מהווה סיבה בשביל להכריז על הילד כבר-אימוץ (אחרת היינו עושים את זה על ילדים רבים). הטענה המרכזית היא שאי-המוסריות בהבאת הילד יוצרת בעיה פסיכולוגית עמוקה אצל הילד מרגע הגילוי וזו סיבה למסור אותו לאימוץ. רוב השופטים לא השתכנעו מהטענה הזו ובכל זאת סברו שצריך למסור אותו מסיבות אחרות (קשה שאדם ייהנה מפירות עוולתו). אם לא משתכנעים שהאב לא מסוגל לגדל את הילד מסיבות רגשיות ופסיכולוגיות, טענת לא יצא חוטא נשכר היא טענה מוזרה משום שזה שיקול חשוב אבל לא ברור איך זה מסתדר עם טובת הילד (להיות עם הוריו) שבניגוד לטובת הילד מנתקים את הילד מהוריו. הפס"ד ניתן בהרכב מורחב בגלל הקושי של ההיבטים במקרה הזה, וזה מעניין שכל השופטים סברו שהילד צריך להימסר לאימוץ. הם הגיעו לתוצאה כי כך חשבו שראוי לפסוק במקרה הזה בהתאם לכל הנסיבות. זאת למרות שמנקודת מבט פוזיטיביסטית (ניתוח לשון החוק) הוא לא צריך להימסר לאימוץ. הוויכוח היה מה ההנמקה שתוביל אותם לתוצאה הזו. במקרה זה היו שני נימוקים מוסריים שונים שאח"כ הם קיבלו איזשהו לבוש משפטי. מה שמעניין זה הלבוש המשפטי שהנימוקים המוסריים האלו קיבלו.
	3. השופטת דורנר – דורנר פותחת את חוות דעתה בכך שהיא דוחה את תחולת העקרון שאדם לא יכול להנות מפרי עוולתו על מקרה זה. אדם עשה פה מעשה שלא ייעשה, פיתה קטינה, ועכשיו הוא רוצה להנות מפרי עוולתו. כך טענו השופטים האחרים. לפי דורנר זה לא רלוונטי למקרה זה מאחר שעקרון זה רלוונטי רק לזכויות רכושיות ולא לזכות להורות, שהיא למעשה גם חובה. יש הרבה מקרים בהם אדם מוליד בלי שהוא רצה וזה מטיל עליו חובות לאו דווקא יוצר אצלו זכויות. קשה לדבר על הנאה במובן שהעיקרון הזה מדבר עליו בתוך ההקשר של הולדת ילד בנסיבות אלו. זה טיעון די משכנע, למרות ששני השופטים האחרים ראו דווקא בעקרון הזה את העקרון הבסיסי שהוא מוביל את המסקנה שאליה הם חותרים. לפי דורנר, גם אם העקרון רלוונטי, במקרה זה המשקל שלו זניח, שכן השאלה במקרה זה היא מהי טובת הילד. כדי לנתק ילד מהוריו צריך אי-מסוגלות קיצונית. ההנחה של החברה היא שכל עוד הורה מתפקד באופן בסיסי וסביר אין שום סיבה ולא מוצדק לנתק את הילד ממנו, למרות שיכולות להיות ביקורות רבות על ההורים. דורנר מגיעה למסקנה שטובת הילד היא אכן להימסר לאימוץ. טובת הילד אינה עילת אימוץ, אבל טובת הילד היא שיקול ששוקלים אותו במסגרת עילות האימוץ שנוגעות למצבים קיצוניים. בשעה שנוצר מצב בו הורה לא מסוגל לדאוג לילדו מתגבשת עילת אימוץ, ויש לקחת בחשבון את טובת הילד. דורנר סבורה, בעקבות חוות הדעת של המומחים, שמתקיימת אי-מסוגלות הורית של האב בשל התנהגותו בעבר (התוכנית הסודית). מי שלא יקבל את הקביעה הזו, לפיה מדובר במצב של אי-מסוגלות (מכל היבט אחר האב מסוגל, כלכלית, רגשית וכו'), יכול להסתמך על הרקע להולדת הילד שכנראה תפגע בהתפתחות הרגשית של הילד.
	4. השופט לוין – לוין חולק על דורנר. הטענה הראשונה שלו היא שס' 13(7) לא חל על המקרה הזה. הוא טוען שלא הוכח כי בשל אירועי העבר ("הסוד הכמוס") המערער לא מסוגל לדאוג לרווחת הילד ולגדלו באופן נאות. הוא למעשה לא מקבל את טענת רשויות הרווחה והוא סבור שיש למערער את כל הכלים לגדל את הילד מבחינת מסוגלות. ניתן לחיות עם אירועי העבר והם לא מצדיקים ניתוק ילד מהוריו. גם אם זה לא יוצר רקע אידיאלי לגידול הילד לא די בזה כדי להגיד שמנתקים את הילד מאביו. השופט לוין טוען שצריך להגיע למסקנה שילד צריך להימסר לאימוץ בשל עיקרון החסר הסמוי. ברור לשופט לוין שבמקרה זה הילד צריך להימסר לאימוץ, ואל לו לאב לגדל את הילד, למרות שהוא מסוגל לכך. ברור לו שהאופן בו האב התנהל, היא כשלעצמה די בה כדי למנוע ממנו מלגדל את הילד ולכן יש להכריז על הילד כבר-אימוץ. הוא דוחה את הקביעה של דורנר לפיה עקרון רצחת וגם ירשת לא רלוונטי. הקושי פה עם החוק הוא שלא מוצאים עילת אימוץ הרלוונטית למקרה זה. לכן יש להגדיר מצב זה **כחסר סמוי**. חסר סמוי הוא חסר בעל אופי מיוחד המתבטא בהיעדרו של חריג. יש כאן מקרה חריג מאוד שהתרחש, שהמחוקק לא צפה אותו, הוא לא העלה בדעתו את הנסיבות שהגיעו לדיון בפני ביהמ"ש ולכן גם לא הכריע בהן, ומהלשון הכללית של החוק ניתן להסיק כי הלשון חלה על מצב הדברים הדורש הכרעה. מצב של חסר רגיל זה מצב של לאקונה. לאקונה זה מצב בו מקרה מגיע לביהמ"ש, ביהמ"ש מחפש בחוק חומר רלוונטי לאותו המקרה אך הוא לא מוצא אותו. הוא לא מצליח למצוא הוראות רלוונטיות למקרה בכל מקור משפטי רלוונטי. חסר רגיל הוא למעשה מקרה בו העניין לא נדון ע"י המחוקק. במקרה זה יש חוק שמתייחס למצב בו הורה מסרב למסירת ילדו לאימוץ. יש רשימה של עילות, שמסתמן שהיא סגורה, וממנה ניתן לדלות את החריגים למצב בו הורה מסרב למסור את ילדו. אם נפעל לפי לשון החוק במקרה זה נגיע לתוצאה בלתי רצויה, שסביר להניח שהמחוקק לא התכוון אליה. לכן לפי לוין יש לקורא לתוך ס' 13 כלל נוסף שקובע שאין הורה רשאי לסרב הכרזת קטין בר-אימוץ אם הדבר נוגד טעמים שבתקנת הציבור הקשורים במעשים שהביאו להולדת הקטין. לוין למעשה משלים את הסעיף כדי להתאים אותו לנסיבות הנוכחיות. הוא נסמך על תקנת הציבור כשיקול שגובר על טובת הילד, ותקנת הציבור היא מצב בו אדם יוצא חוטא נשכר. החברה לא מוכנה לסבול סיטואציות כאלו באופן כללי ואת הסיטואציה הספציפית הזו. לכן הוא משלים את הסעיף הזה בנסיבות הללו. האמירה של לוין מעט קשה. האם בכל מקרה ניתן להשתמש בתקנת הציבור, תהא אשר תהא, כדי לנתק ילד מהוריו? אם חושבים על המקרה המיוחד הזה באופן קצת יותר מפוקח, ספק רב אם הוא באמת חסר. חסר הוא מצב בו המחוקק לא חשב על מקרים שיש להם דרגת שכיחות. מקרים שהם חריגים ביותר הם לא באמת חסר, כי המחוקק לא היה אמור לחשוב עליהם, ולכן ביהמ"ש צריך לקבוע במקרה. לכן גם סביר להניח שלא נדרשת פה הרתעה, מאחר שכנראה נסיבות המקרה לא יחזרו על עצמן מהר. השופט לוין מציע טכניקה נוספת לה הוא קורא **פרשנות מרחיבה**. לא כל כך ברור מה ההבדל בין חסר סמוי לבין פרשנות מרחיבה. פרשנות מרחיבה היא הבנה כי החוקים חוקקו לאור עקרונות כלליים, לכן יש להחיל אותם על מקרים שונים ולוודא כי הפסיקה תואמת את אותם העקרונות. במקרה זה יש לקרוא לתוך החוק כלל נוסף שאין הורה רשאי לסרב במקרה כזה. כלל זה חל בלא קשר לעילות ס' 13 לחוק והוא מהווה יישום לכלל האוניברסלי שלא יצא חוטא נשכר. אם מחילים את הכלל על מקרה זה יש לקבוע שהאב לא יכול לקבל לידיו את הילד. מנקודת מבט תורת משפטית, כמו בפס"ד ירדור, יש כאן שימוש במעין עיקרון אוניברסלי שאיננו בבחינת עובדה משפטית פוזיטיבית. לוין לא מצביע על שום כלל או עיקרון שנחקק ע"י הכנסת או ע"י כל גוף מחוקק אחר. ההנחה שלו היא שחוקים לא חוקקו בחלל ריק, והם חלק משיטה אינטגרטיבית שכוללת עקרונות יסוד, שהם חלק בלתי נפרד מהשיטה. במצבים מסוימים עקרונות אלו אפילו יכריעו. נסיבות אלו לא פשוטות, מחליטים לנתק ילד מהורהו הביולוגי. את זה לוין עושה לא באמצעות עובדה משפטית פוזיטיבית אלא באמצעות עיקרון כללי שעומד ביסוד השיטה, שניתן להיזקק אליו כשרוצים לפתור בעיה. חשוב לשים לב שמה שמסתתר מאחורי העמדה של השופט זה שהוא מפעיל כאן שיקולים מתחום המוסר האידיאלי. לוין לא משתמש פה במושג הזה של משפט טבעי אבל הוא ודאי משתמש במקורות משפטיים נון-פוזיטיביים. כבר אצל לוין אפשר לראות את הפסיקה שחורגת משיקולים פוזיטיביסטיים, מהצבעה על עובדות חברתיות שהן בבחינת חוקים, עליהן מסתמכים ובאמצעותן מכריעים בסכסוך.
	5. חסר – נדון בסוגיית החסר בהמשך בהרחבה. כעת חשוב להבין שכל דוקטרינת החסר היא דבר שנוי במחלוקת בקרב משפטנים ותיאורטיקנים. ניתן להסתכל כדוגמה על דיני העונשין. בדיני העונשין לא יעלה על הדעת להרשיע מישהו מבלי שהופיעה עבירה במפורש בחוק המציינת כי מה שעשה מהווה עבירה על החוק. כל מה שלא נאסר הוא מותר, לא צריך להתיר בצורה מפורשת כל דבר. לא ניתן ליצור איסור בלי שהוא מופיע במפורש בחוק. כמו שזה נכון בעונשין זה אמור להיות נכון בכל מערכת החוקים. מי שסבור שקיים דבר כזה שנקרא חסר, ובפרט חסר סמוי, סבור שיש מקרים שהם מוסדרים ע"י החוק, אך המחוקק היה מסדיר אותם אחרת כדי להגיע לתוצאה שונה ממה שנגיע אליה אם נחיל את החוק כמו שהוא היום. באשר לחסר הסמוי, חשוב לזכור שמחוקקים לא אמורים לשבת ולנסות לדמיין כל סיטואציה שיכולה לקרות בעתיד. התפקיד של המחוקק הוא ליצור כללים שמתאימים למקרים השכיחים. אם המחוקק לא צפה את המקרה בפס"ד פלוני, לא נגיד לגבי מקרה זה שהמחוקק פעל באופן בלתי מקצועי. ברור שכל גוף חוק שאמור לנסח הוראות פעולה שמתאימות למקרים השכיחים לא יטפל בכל מקרה חריג ונדיר. אם המחוקק יצטרך לחשוב על כל מקרה נדיר החוק יראה מאוד משונה ומוזר. לכן על ביהמ"ש לקרוא לתוך החוק עקרונות נוספים שיתאימו את החוק לתכליתו.
	6. חשין – הפתרון של חשין קרוב לפתרון השני של השופט לוין אבל הוא משתמש בשפה שהשופט לוין לא רצה להשתמש בה. חשין מכריז בריש גלי על זה שהוא מסתמך על עקרונות אותם הוא מכנה "משפט טבעי". חשין דוחה את תחולת החסר הסמוי והפרשנות המרחיבה מאחר שדוקטרינות אלו מניחות שהמשפט חסר. הן מתכחשות לתפיסה לפיה המשפט הוא הרבה מעבר למה שהכנסת עשתה. מי שרוצה להשתמש בעקרון החסר הסמוי למעשה אומר שהמשפט לא מחיל עקרון מסוים ולכן צריך לייבא אותו מבחוץ. לפי חשין זו תפיסה מעוותת של המשפט. לא צריך לקרוא דבר לתוך המשפט מאחר שזה כבר קיים בתוך המשפט. לכן הוא דוחה את החסר הסמוי. יש פה מתח אידיאולוגי בין שתי העמדות. יש כאלה שיטענו שאין הבדל בין לוין לבין חשין, אחד טוען שמייבאים עקרונות מבחוץ והשני טוען שהם קיימים במשפט. יטענו שזה הבדל סמנטי בלי משמעות מעשית. נראה בהמשך שיש משמעויות מעשיות להבדל בין התפיסות. הרבה פעמים נוכל לראות את ההבדלים בוויכוחים אידיאולוגים שונים באשר למשפט הישראלי. חשין כאמור מדבר על **משפט טבע**. הוא דוחה את הטענה שהתקיימה עילת אי-מסוגלות לפי דורנר, את העילות של לוין (חסר סמוי ופרשנות מרחיבה) ואת הגישה הפורמליסטית שלפיה הילד לא יוכרז כבר-אימוץ. מבחינת חשין, החוק המוסרי הוא חלק בלתי נפרד מהמשפט והוא מכונה משפט הטבע. לדברי חשין "משנתבררו לי העובדות לאשורן, תחושתי הראשונה הייתה תחושת קרביים חריפה שהמערער אינו זכאי לסעד". רואים שתגובת הבטן שלו היא שיש למסור את הילד לאימוץ, לפני שהוא הפעיל שיקול דעת משפטי. הוא קובע זאת מנקודת מבט מוסרית. חשוב לשים לזה לב מאחר שזה מדגים איך שיקולים מוסריים מתערבבים עם שיקולים משפטיים באופן שכמעט לא ניתן להפריד. יש כאן טשטוש בין עניין שבעובדה לבין דיון מוסרי אידיאלי. כאשר אדם יוצא מנקודת מוצא של מוסר אידיאלי קשה מאוד לסטות מזה ולכן החוק תמיד יתואר ויעוצב על בסיס מה שאדם (במקרה זה השופט) אומר על אודות מה שראוי. חשין לא משתמש בשום רטוריקה, הוא מתאר בצורה הגלויה והחשופה ביותר איך הוא פועל. ברור לו שבמקרה זה זו התוצאה מנקודת מבט מוסרית, ועכשיו רק צריך לעשות את העבודה "המקצועית" ולתת לזה לבוש משפטי. חשוב לומר שהלבוש המשפטי שחשין נותן הוא חריג מאוד. קשה למצוא שופטים שמתבטאים בצורה כה חשופה, גלויה ובוטה. חשין נזקק למשפט טבעי שמושך לשני כיוונים הפוכים. נקודת המוצא היא שמשפט הטבע הוא שילד יגדל בבית אביו ואימו. לצורך כך חשין לא זקוק לחוקי הכשרות או לכל חוק אחר שמדבר על חובת ההורה כלפי הילד. מבחינתו זה משפט הטבע. לצד זאת יש עקרון טבע נוסף והוא עקרון הרצחת וגם ירשת. שני עקרונות אלו מתנגשים במקרה זה התנגשות חזיתית. לפי חשין, העקרון השני גובר במקרה זה על העקרון הראשון. הרבה פעמים כשחושבים חשיבה מוסרית, כששני עקרונות מוסריים מתנגשים חושבים עליהם במונחים של משקל ושואלים לאיזה עקרון מייחסים משקל רב יותר. חשוב לשים לב שחשין מבקר את השימוש בדוק' החסר הסמוי והפרשנות המרחיבה, כשהוא טוען "זוהי נורמה משפטית מחייבת במשפט הארץ, עקרון יסוד הנושא את עצמו, ואין הוא נדרש לא לצינור של פרשנות ולא לצינור של חסר. רמתו רמת חוק ואת חוקים יתהלך" (עמ' 178). ברור שמי שסבור שיש עקרונות מוסריים (ולכן גם משפטיים) טבעיים ידחה על הסף את השימוש במקרים מהסוג הזה בעקרון של דוק' החסר. הסיבה לכך היא שמי שמשתמש בדוק' החסר הסמוי למעשה קובע שהחוק כשלעצמו לא מכיל את העקרון הזה ולכן צריכים למלא את החסר בחוק. אלמלא מילוי החסר החוק היה חסר את העקרון הזה. ברור שעמדת החסר, עבור מי שמחזיק בתפיסה של משפט טבעי, היא עמדה פסולה. מי שמאמין במשפט הטבע סבור שהחוק לעולם לא חסר. משפט הטבע הוא חלק בלתי נפרד מכל חוק שהוא ולכן צריך לדחות על הסף כל דיבור על השלמת חסר. מזהים את העקרון הזה כחלק בלתי נפרד מהחוק. מה שמעניין בחו"ד של חשין היא ההזדקקות למשפט הטבעי כמקור לנורמות משפטיות. חשין משתמש בזה כדי לאזן בין שני עקרונות. ברור שכשמסתכלים על הפס"ד הזה, שהוא באמת חריג מצד השימוש במושג הזה, לא מוצאים תיאוריה או הסבר מעמיק לתפיסה משפטית יותר רחבה על אודות מה זה משפט טבעי. השופט חשין משתמש בלשון מאוד נרגשת על המושג הזה, אבל מעבר לזה אין אמירה מנקודת מבט תיאורטי.
	7. אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו – יש לשים לב שהרבה פעמים עקרונות מסוג של "אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו", שזה ניסוח יותר כללי מ"הרצחת וגם ירשת" (שהוא קונקרטיזציה של העקרון הרחב יותר), יכול להתבטא בעוולה פחות חריפה ובהנאה מסוג אחר. במקרים שונים יהיה לעקרון זה משקל שונה. לדוגמה, במצבים מסוימים אדם יכול לרכוש זכות בשל שנים שעברו. נניח אדם משיג את גבול חברו במשך 30 שנים, ובכך הוא רוכש לעצמו את זיקת ההנאה. זה מקרה של אדם שמצמיח לו זכות מכוח מעשה עוולה שנמשך שנים. במקרה זה כן מוכנים לייחס לאדם הזה זכות, אף שהזכות הזו נולדת ממעשה עוולה. לכן חשוב לשים לב באיזו הופע של עקרון אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו עוסקים.

# **משפט הטבע**

## **הקדמה**

1. הראשון שהציע תיאוריה על משפט טבעי היה אפלטון. מקוצר זמן נעיין בתיאוריה של אריסטו.
2. אריסטו נולד בסטג'ירה שלחוף מקדוניה בשנת 284 לפנה"ס. אביו היה רופאו של מלך מקדוניה. בגיל 17 עבר אריסטו לאתונה ללמוד באקדמיה של אפלטן. בשנת 343 לפנה"ס פיליפוס מלך מקדוניה הזמין את אריסטו לחנוך את בנו אלכסנדר (אלכסנדר הגדול). בשנת 334 לפנה"ס חזר אריסטו לאתונה והקים את האקדמיה שלו (הליקיאון). בשנת 323 לפנה"ס גברה באתונה העוינות כלפי מקדוניה ואריסטו ברח לכלקיס, שם נפטר בשנת 322 לפנה"ס. חיבוריו, שהם סיכומי הרצאותיו, הניחו את היסוד לכל ענפי הפילוסופיה.
3. אריסטו הוא אולי גדול הפילוסופים שהיו מאז ומעולם ויש שטוענים שהפילוסופיה המערבית היא בעיקרה הערות שוליים לאפלטון מצד אחד ולאריסטו מצד שני. נעסוק בעיקר בתפיסה הפוליטית שלו שנמצאת בשני חיבורים.

## **פוליטיקה ספר א, פרק ב**

1. הקטע הזה, שהוא הפרק השני של ספר א' של הפוליטיקה (אחד הספרים המפורסמים ביותר בחשיבה הפוליטית בקופה הקלאסית) נפתח בפסקה הבאה: "ולפיכך אם **טבעיים** מיני השותפות הראשונים (משפחה, בית, כפר), טבעית המדינה בכללה, כי היא **התכלית** שלהן, **והטבע תכלית**. שהרי מה שנהיה כל דבר ודבר, כשבא **לשלמות התהוותו**, לזה קוראים אנו טבעו. ועוד, מה שלשמו קיימים הדברים והוא **תכליתם** הריהו **טוב** ביותר". אריסטו משתמש במערכת של מונחים מרכזיים מאוד בהגות שלו (טבע, טוב, שלמות, תכלית), שהם קשורים זה לזה בכל מני אופנים. כדי להבין את הפסקה הזו יש להבין מהי סיבה תכליתית.
2. **תורת ארבעת הסיבות**
	1. אריסטו אומר שכדי להבין דבר כלשהו בעולם, עלינו להבין את סיבותיו. הסיבות משמע הדברים שגרמו לו להיות מה שהוא. כשחושבים על הבנת דבר ועל סיבותיו, הסיבות נאמרות באופנים רבים. לכל אובייקט, יהא אשר יהא, יש כמה וכמה סיבות.
	2. סיבה חומרית – מה שגורם לעצם להיות מה שהוא זה בין השאר חומר מסוים, שהוא בעצם סיבת אובייקט מסוים. אם נסתכל על שולחן, אחת הסיבות לכך שהוא שולחן זה החומר ממנו הוא עשוי (למשל עץ או מתכת). ניתן לחשוב גם על דברים מופשטים ולשאול האם יש להם חומר (נניח משפט מורכב ממילים, למרות שמילים הן לא בהכרח חומר), אבל כרגע נתמקד בדברים חומריים.
	3. סיבה צורנית – הצורה של האובייקט, שהיא לא צורה במובן של התבנית החיצונית אלא צורה במובן של המהות, ההגדרה של האובייקט. היא זו שמקנה לו את הזהות שלו. לא החומר ממנו האובייקט עשוי מקנה לו את הזהות שלו אלא הצורה שלו. כל אובייקט הוא בעצם שילוב של חומר וצורה. חומר הוא המצע החומרי עליו טבועה הצורה, והצורה היא זו שמקנה לאובייקט את מהותו. ברגע שהצורה משתנה יכול להיות שהחומר יישאר מה שהוא אבל האובייקט ישתנה. אם למשל ניקח שולחן, נפרק אותו ונכין מהחלקים כיסא, למעשה נטלנו מהשולחן את צורתו והתבענו בו את הצורה של הכיסא.
	4. סיבה פועלת – הגורמים שגרמו להתהוותו של האובייקט. הבנאי הוא הסיבה הפועלת של הבית. הנגר הוא הסיבה הפועלת של שולחן או כיסא. ההורים הם הסיבה הפועלת של תינוק. אותו תינוק הסיבה הצורנית שלו היא הסיבה שהופכת אותו לאדם והסיבה החומרית שלו היא הבשר ועצמות מהם הוא עשוי.
	5. סיבה תכליתית – בכל אובייקט טבועה תכלית מסוימת. אריסטו שם לב לעובדה שבכל אובייקט מתחוללים כל הזמן שינויים, ובשינויים אלו יש חוקיות מסוימת. השינויים הם הרבה פעמים טבועים בעצמים, בצמחים בבעלי חיים ובבני אדם. אריסטו סבר שכך הדבר גם לגבי עצמים דוממים. אריסטו טען שהשינויים המהותיים, בשונה מכל מני שינויים מקריים, הם לפי חוקיות שטבועה בהם. אם חושבים למשל על אדם, אדם היה בהתחלה עובר, אח"כ הוא נולד והפך להיות תינוק, ואז ילד ונער ובוגר וכן הלאה. דבר זה נכון גם לגבי פרחים (ניצן, צמח, פרח וכו') וגם לגבי בעלי חיים. לכל אחד מהאובייקטים האלו יכולים לקרות שינויים שניתן להגיד שהם לא מטבעם או מהותם. יכולה לקרות למישהו תאונה שתשנה את ההתפתחות שלו. אם שמים בצד שינויים שמתחוללים על דרך המקרה, כל אובייקט (אם נתמקד לרגע בצמחים, בע"ח ובני אדם) נמצא בתהליך מתמיד של שינוי. עובר של אדם תמיד יהפוך להיות תינוק וכך הלאה. השינויים האלו טבועים בכל אובייקט. אריסטו סבר שהשינויים האלו הם שינויים שמהותיים לאובייקט שנמצא בתהליך מתמיד של שינוי, לו אריסטו קרא תהליך של יציאה **מן הכוח אל הפועל**. התהליך שעובר אדם הוא תהליך שנמצא בתוכו הגורם לו להתפתח לכיוון מסוים. הוא עובר ממצב של פוטנציה למצב של אקטואליה. תינוק הוא ילד בפוטנציה, נער בפוטנציה ובוגר בפוטנציה. כשהוא עובר את השלבים האלו הוא יוצא מן הכוח אל הפועל. הרעיון הזה, לפיו אובייקטים הם בעצם בה בשעה בפועל ובכוח, הוא הרעיון של התכלית הטבועה בעצם. התכלית של היות התינוק אדם בוגר טבועה בו מראשיתו והיא זו הקובעת את ההתפתחות שלו ואת השינויים שיתחוללו בו כחלק מטבעו. אריסטו גם חשב שכשאובייקט נמצא במצב אקטואלי הוא שלם יותר מאשר אותו אובייקט שהוא היה רק במצב פוטנציאלי. כיום נוטים לחשוב על פוטנציה כשמדברים על כשרון של אדם (למשל ילד שהוא מוסיקאי בפוטנציה). אריסטו חשב שמימוש פוטנציאל זה לא רק לגבי תכונה מסוימת, זה נכון לגבי כל ההוויה של האובייקט. מה שהסיבה התכליתית עושה בכל אחד מהאובייקטים האלו היא להוציא את הסיבה הצורנית מן הכוח אל הפועל. היא גורמת לצורה להתהוות. אם נתמקד בבני אדם נגיד שהסיבה החומרית שלהם היא בשר ודם, סיבה פועלת היא ההורים, סיבה צורנית היא השכל, התבונה (הוא ההבדל בינו לבין עצמים אחרים) והסיבה התכליתית היא זו שגורמת לאדם לעבור את ההתפתחות שלו (מתינוק עד לבוגר). התינוק הוא בוגר בפוטנציה, והשינויים שמתחוללים בבני אדם הם בשל הסיבה התכליתית הטבועה בהם. היא זו שמוציאה את הצורה (המהות) של העצם מהכוח אל הפועל.
3. **תכלית-טבע-שלמות-טוב** – אריסטו אומר "שהרי מה שנהיה כל דבר ודבר, כשבא לשלמות התהוותו, וזה קוראים אנו טבעו". אם נחשוב על בני אדם, כשבני אדם יוצאים מן הכוח אל הפועל ומגיעים לשלמותם, הם בעצם יוצאים ממצב של פוטנציה למצב של אקטואליה, ובתהליך הזה הם הולכים ומתהווים. היציאה מהכוח אל הפועל הוא תהליך של התהוות שמקנה לאובייקט את שלמותו. ככל שאובייקט מתקדם בתהליך הוא הופך להיות שלם יותר, והתהליך הזה טבעי בשבילו. הקשר בין טבע של כל אובייקט לבין תכליתו, הוא שמה שטוב לו הוא שלמותו. כל אובייקט שיוצא מן הכוח אל הפועל, לפי סיבתו התכליתית, שהיא טבעו, הוא שלם (רוכש שלמות) וזה מה שטוב לו. מכאן השאלה היא איך כל זה קשור למדינה ולמשפט.
4. **האדם הוא בעל חיים מדיני על פי הטבע**
	1. אריסטו אומר "מכל זה גלוי אפוא שהמדינה נמנית על הדברים הטבעיים, ושהאדם הוא בעל חיים מדיני על פי הטבע, שמי שאין לו מדינה הוא או פחות או יותר מאדם". אריסטו בעצם אומר שהמדינה נמנית על הדברים הטבעיים ושהאדם הוא בעל חיים מדיני על פי הטבע. זה מאחר שהאדם אינו מספיק לעצמו (אוטרקי). מספיקות עצמית זה מצב בו אובייקט יכול לספק לעצמו את צרכיו החיוניים כדי להיות מה שהוא ולהתפתח לפי טבעו. אובייקט שאיננו יכול לספק לעצמו את צרכיו, אלא הוא נדרש לאובייקטים אחרים שיספקו לו חלק מצרכיו או את כל צרכיו (נדרש לשיתוף פעולה) הוא אובייקט שאינו מספיק לעצמו. בני אדם אינם אוטרקים. כדי שאדם יתפתח (יצא מן הכוח אל הפועל) הוא צריך בני אדם מסביבו. זה מתחיל מהרגע שהוא נולד והוא צריך את העזרה של ההורים שלו. אדם שונה מבעלי חיים מסוימים שמספיקים לעצמם (נולדים ומיד יכולים לדאוג לעצמם). גם המשפחה של האדם לא מספיקה לעצמה, היא צריכה בית אב. כדי שבית אב יספק את צרכיו צריך שכמה בתי אב יחיו יחד בכפר. כדי שכמה כפרים יספקו את צרכיהם ויצליחו לשגשג, הכפר הזה צריך להיות חלק ממדינה (פוליס. יכול להיות כמה מאות או אלפי אנשים). הטענה של אריסטו היא שהמדינה היא בעצם המסגרת החברתית הקטנה ביותר שהיא מספיקה לעצמה, שהיא מספקת לאדם את כל צרכיו. לא די בבית אב או בכפר, שיתוף הפעולה הבסיסי ביותר שבלעדיו בני אדם לא יוכלו להתקיים הוא מסגרת מינימלית של מדינה. רק מסגרת מינימלית של מדינה (משפחה-בית אב-כפר-מדינה) היא מסגרת חברתית ששיתוף הפעולה שמתרחש בה יכול לספק את מכלול הצרכים החיוניים לכל אחד ואחד מהפרטים שנמצאים במדינה. זאת בין השאר משום שבני אדם זקוקים למכלול רחב מאוד של צרכים (בגדים, מזון, שמירה, רופאים, מורים וכו').
	2. המסגרת של המדינה מאפשרת יציאה של כל אדם ואדם בתוך הגוף הזה מן הכוח אל הפועל. ללא שיתוף הפעולה הזה בני אדם לא יוכלו לחיות לפי טבעם. בני אדם יוצאים מן הכוח אל הפועל רק כאשר הם גדלים בתוך מסגרת מדינית, כאשר מספקים להם את מכלול צרכיהם והם חלק משיתוף הפעולה הזה. שיתוף הפעולה הזה הוא אינטראקציה אינטנסיבית עם בני המין. אם חושבים על זה בהקשר היווני, דיברו על זה בהיבט של פוליס של כמה אלפי אנשים. במציאות המודרנית שיתוף הפעולה נעשה הרבה יותר מתוחכם ומסובך. למעשה, בתקופה שלנו שיתוף הפעולה הוא ממש גלובלי. כל מה שאנחנו באים אתו באינטראקציה (הטלפון, המחשב, הרכב וכו') הוא תוצאה של שיתוף פעולה בקנה מידה גלובלי. ברגע שאדם עוזב מסגרת פוליטית כלשהי הוא מפסיק את שיתוף הפעולה וגוזר על עצמו כיליון. הוא לא יוכל להמשיך ולהתפתח לפי הסיבה התכליתית שטבועה בו. ההליך הזה ייפסק ולא יוכל להתממש. המסקנה של הדבר הזה היא שהמסגרת הפוליטית היא טבעית לאדם, היא נמנית עם הדברים הטבעיים. אם תופסים את היציאה של האדם מן הכוח אל הפועל כחלק מהטבע שלו ממילא גם המדינה היא לא איזה תבנית מלאכותית, היא עצמה חלק מהטבע. אלמלא המדינה בני אדם לא יוכלו להתפתח כבני אדם. אם זה אפשרי אך ורק במסגרת מדינית פירושו של דבר שהמדינה היא חלק מטבע בני האדם. היא טבעית במובן הזה שהיא זו שמביאה את בני אדם לכלל שלמות, בלעדיה הם לא יכולים לקנות את שלמותם. היא זו שמאפשרת להם לצאת מן הכוח אל הפועל.
	3. חשוב להדגיש שהמדינה היא טבעית עבור בני אדם משני היבטים שמשלימים אחד את השני. בני אדם קונים את שלמותם במסגרת המדינה גם במובן הפיזי ההישרדותי וגם במובן הרוחני (ההתפתחות האישיותית, מוסרית ושכלית). לא יכולים לדמיין קיום אנושי במובן הפיזי בלי שיתוף פעולה (זקוקים לרופאים, טבחים, בנאים וכו'). לא יכולים לספק את זה לעצמנו בשל ההתפתות הפיזית שלנו. בני אדם הם לא רק ההתפתחות הפיזית שלהם, הם בראש ובראשונה בעלי יכולות אינטלקטואליות, רגשיות, מוסריות, תבוניות. היכולות האלו עצמן הן חלק בלתי נפרד מהיציאה מן הכוח אל הפועל והן שלובות בהתפתחות הפיזית. אי אפשר לנתק מההתפתחות הפיזית את ההתפתחות הרוחנית. גם כאן המדינה היא מסגרת חיונית עבור יציאתם של בני אדם מן הכוח אל הפועל. לכן המדינה היא הטוב, השלמות והתכלית של כל אדם.
5. **רק לאדם מבעלי החיים כוח הדיבור**
	1. אריסטו מצביע על כך שבני אדם הם בע"ח תבוניים ("חי מדבר"). "האדם בע"ח מדיני במידה יותר גדולה משאר בעלי החיים המתאגדים בעדרים... רק לאדם כוח הדיבור... כוח הדיבור מכוון לגלות את המועיל והמזיק כמו כן גם את הצדק והעוול. כי מיוחד הוא לאדם שיש לו ולו לבדו הרגשת הטוב והרע והצדק והעוול וכיצוא באלה והשותפות באלה היא היוצרת בית ומדינה". אריסטו אומר שלא רק האדם איינו מספיק לעצמו, יש לא מעט בעלי חיים שלא מספיקים לעצמם (דבורים, חסידות, נמלים). במובן הזה האדם הוא לא בעל החיים היחידי שהוא איננו מספיק לעצמו. מה שמייחד את האדם ואת שיתוף הפעולה שמאפיין אותו הוא העובדה שיש לו את היכולת השכלית, התבונה. אריסטו מכנה את האדם חי מדבר. בעיני היוונים כוח הדיבור הוא הביטוי החיצוני ליכולת השכלית. רק בני אדם מדברים ומבטאים את מחשבותיהם. הדיבור הוא בעיני אריסטו הביטוי החיצוני ליכולת השכלית שהיא טבועה באדם וייחודית לאדם. הדבר הזה בעל חשיבות עצומה משום שהיכולת הזו היא גם הבסיס והתשתית לשיתוף הפעולה בין בני אדם בתוך המסגרות הפוליטיות שלהם.
	2. כוח הדיבור מכוון לגלות את המועיל והמזיק אבל גם את הצדק והעוול. הקטגוריות של הצדק והעוול, שהן שונות מהמועיל והמזיק, הן קטגוריות שהן מיוחדות לבני אדם (לא קיימות באובייקטים אחרים). אצל בעלי חיים יש רק קטגוריה של מועיל ומזיק. ההבחנה בין הטוב והרע הוא חלק בלתי נפרד מהתבוניות של בני האדם. השותפות באלה היא זו שיוצרת בית ומדינה עבור בני אדם. פירושו של דבר שהתבונה, שהיא חלק מטבע האדם, היא התשתית לסדר המדיני ולשיתוף הפעולה שמייחד בני אדם. מאחר שמרכיב מרכזי של התבונה הוא הכרה מוסרית (הבחנה בין טוב ורע) היא התשתית עליה מושתתת המדינה. היא גם חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט. זה מה שהופך את ההכרה המוסרית לטבעית ואת מערכת המשפט לטבעית.
	3. אם כך, התבונה היא טבע האדם וההכרה המוסרית (הבחנה בין צדק לעוול) היא תבונית. התבונה, ובכללה המוסר, היא היסוד להתארגנות החברתית במדינה, שהיא כאמור טבעית לאדם (תנאי להתפתחותו התקינה). ההכרה התבונית-מוסרית היא יסוד המשפט, ולכן המשפט הוא טבעי. בני אדם טבעם לחיות בתוך מסגרת מדינית, טבעם תבוני, חלק מהתבוניות היא היכולת להבחין בין טוב לרע (השיפוט המוסרי) והשיפוט המוסרי הוא מרכיב במסגרת על בסיסה נוצרת השותפות המדינית. השותפות המדינית מבוססת על הסכמה או עקרונות שהם מטבע האדם.
6. **המדינה קודמת ליחידים שבבני אדם על פי הטבע**
	1. "וכן קודמת המדינה על פי הטבע לבית ואף ליחידים שבבני האדם, כי הכלל קודם בהכרח לחלק, שהרי אם נחרב כלל הגוף, לא תמצא רגל או יד אם לא בשיתוף השם". אריסטו אומר שאם המדינה היא בעצם טבעית, והיא המסגרת הקטנה ביותר שמספיקה לעצמה, המשמעות של זה היא שיש קדימות (לא קדימות בזמן או מקום אלא קדימות רעיונית או לוגית) של המדינה על פני כל אחד ואחד מהפרטים. מה שמעניק לכל אדם את מהותו ואת יכולתו לצאת מן הכוח אל הפועל זה הקיום שלו בתוך מסגרת מדינית והזיקה שלו אל הפרטים האחרים שנמצאים באותה המסגרת המדינית. מאחר שהמסגרת המדינית והפרטים שנמצאים בה הם אלו שהופכים את המסגרת הזו למספיקה לעצמה, בעוד שכל פרט אינו מספיק לעצמו, יש קדימות למדינה על פני הפרט. הכלל קודם בהכרח לחלק. אריסטו חושב על היחס בין בני אדם לבין מדינה כיחס שבין אברי הגוף לבין הגוף. בד"כ אומרים שהיד איננה יד אלא אם היא קשורה לגוף. כך גם אדם, אדם שנפרד מהמקום בו הוא יוצא מן הכוח אל הפועל (המדינה) הוא לא בהכרח אדם. בני אדם רוכשים את שלמותם מתוך תפקודם בתוך מערכת יותר רחבה, שהיא מספיקה לעצמה.
	2. "המדינה אפוא גם טבעית, גם קודמת ליחיד. וכן ברור, שהרי אין היחיד מספיק לעצמו כשהוא נפרד מהמדינה, לפיכך יחסו למדינה כיחס של כל חלק אחר לכלל שלו". אם הכלל מגדיר את חלקיו, הרי שהמדינה היא זו שמגדירה את פרטיה. בכך המדינה קודמת לבני אדם.
	3. "מי שמספיק לעצמו... הוא או בהמה או אל". הכוונה היא שיש בעלי חיים שמספיקים לעצמם במובן הזה שהם לא צריכים בע"ח אחרים כדי לצאת מן הכוח אל הפועל. אם הם צריכים שת"פ הם צריכים אותו באופן מינימאלי. במובן הזה בע"ח הם יותר ירודים מבני אדם. ניתן להגיד שככל שאובייקט יותר מורכב ושיש לו יותר צרכים ושהוא יותר בעל מורכבות פנימית אז היכולת שלו לספק לו את כל צרכיו בד"כ מותנית ביכולות עצומות. מה שמאפשר לו לספק את הצרכים הללו הוא שיתוף הפעולה עם הרבה מאוד פרטים שדומים לו. בע"ח שמספיקים לעצמם הם בד"כ הרבה פחות מורכבים ולכן לא זקוקים לגורמים נוספים מסביבם. באותה מידה גם האלוהות מספיקה לעצמה במובן הזה שהיא לא זקוקה לאלים אחרים. האל בתפיסה האריסטוטלית מספיק לעצמו במובן הזה שהוא זה שברא ולא זקוק לאלים אחרים, וזה חלק מהתפיסה המונותאיסטית. מבחינת אריסטו, רק היצורים הירודים והנעלים ביותר יכולים להספיק לעצמם. כל מי שבאמצע (ובתוך כך בני אדם) לא מספיק לעצמו, ולכן מסגרת של שיתוף פעולה טבעית לו.
7. **בשל שכלו האדם יכול להפוך לגרוע שבבריות**
	1. "אדם נולד וכלי זינו אתו, והם בידי המעלות השכליות והמוסריות; ואולם אפשר לו ואפשר לו להשתמש בהם לשם תכליות הפוכות. לפיכך, אם חסר הוא את השלמות [המוסרית, השכלית] הריהו הפושע והפרוע שבבעלי החיים [ואף הנוטה ביותר לזימה ולזוללות]". אריסטו היה מודע שלשכל יש שני צדדים. השכל יכול להביא אדם לשלמות שכלית ומוסרית ולכדי קיום מפואר שמבוסס על תבוניות ומוסריות, אבל באותה המידה בני אדם יכולים להגיע לשפל הגדול ביותר שניתן להעלות על הדעת. אותו שכל עצמו הוא זה שמאפשר לאדם להיות הפושע והפרוע והנורא שבבעלי החיים, מאחר שבאותו השכל היכולת הן להגיע למעלות הגבוהות ביותר והן להגיע לשפל הירוד ביותר. לכן יכולים להיות משטרים נוראיים ומצד שני משטרים מפוארים.

## **אתיקה ניקומכית, ספר ה, ז-י**

1. **צדק מן הטבע וצדק מן החוק**
	1. "הצדק המדיני קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו נובע מן החוק". "טבעי הוא אותו חלק השריר בכל מקום ואינו תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות. ואילו מן החוק נובע כל מה שיכול היה להיקבע באופן שונה". אריסטו שם לב שכשאנחנו חושבים על עקרונות של צדק (החוקים) ניתן להבחין בין צדק מן הטבע (משפט טבעי בפוליטיקה) לבין צדק שמקורו בחוק (פונקציה של הסכמה). ההסכמה היא זו שמעניקה לחוקים את התוקף והם לא נגזרים ממה שהוא מכנה הטבע. הטבע אצל אריסטו הוא הטבע התבוני של בני האדם, הוא שיקול מוסרי שלא יכול להיות אחרת. ההבחנה היא שטבעי לא תלוי ברצון של בני אדם, זה קיים בכל מקום. אי אפשר לדמיין חברה אנושית בלי העקרונות המוסרים הבסיסיים שהם טבעיים לכל מי שמפעיל את תבונתו כאדם ויודע להבחין בין צדק לבין עוול. לכן עקרונות של צדק טבעי הם שרירים בכל מקום. לצד זאת אריסטו מודע לזה שקיימים בחוק עניינים שהם תולדה של הסכמה מקומית שתלויה בהחלטות של בני אדם. אותם הדברים המוסדרים ע"י חוק מסוים במקום מסוים יכלו להיקבע אחרת במקום אחר.
	2. הדוגמאות של אריסטו לצדק מן החוק הן פרטי הקורבנות (כבד אחד או שניים) וגובה הקנסות (דמי כופר של אסיר מנה או מאתים). להחלטות אלו חשיבות גדולה, והן חלק בלתי נפרד מהמשפט, אך הן יכלו להיקבע באופן אחר. מאחר שהן יכלו להיקבע באופן אחר זה לא משהו שנגזר מהתבונה. זהו הצדק מן החוק. לכן בכל מערכת משפט יש שני רכיבים, צדק מן הטבע (שהכרחי בכל מקום ומקום), וצדק מן החוק (הסכמה, משתנים ממקום למקום). באשר לצדק מן החוק, תוקף החוקים מגיע מההסכמה עליהם. עולה השאלה איך ניתן להבחין בכל מערכת משפט בין צדק מן החוק לצדק מן הטבע. בהתבוננות בחוקים עצמם לעיתים יהיה פשוט להבין אילו חוקים מקורם בתבונה ואילו בהסכמה.
	3. יש דיון של הרמב"ם (מורה נבוכים ח"ג, פרק כו) בו הוא מבחין בין מצוות להן טעמים שהם מאוד קרובים למה שאריסטו כינה צדק מן הטבע לעומת "פרטי מצוות", אותם הרמב"ם רואה כצדק מן החוק (פרטים שיש הכרח להכריע לגביהם כחלק מהנורמות שהמדינה פועלת לפיהן. הנורמות כשלעצמן יכלו להיקבע באופן אחר מבלי שזה יחולל שינוי). מה ששרירותי זה הפרט הספציפי, מה שלא שרירותי זה הצורך להחליט. כל עוד תהיה החלטה זה מקובל, אבל חייבים שתהיה החלטה.
2. **האם אין מקורו של המשפט כולו בחוק**
	1. כאן עולה מה שמכונה אצל אריסטו בעיית השונות. "אמנם סבורים כמה אנשים שהצדק המדיני כולו מן החוק, כיוון שכל מה שמן הטבע אינו ניתן לשינוי כלשהו, ופועל בכל מקום באותו אופן עצמו. כמו האש ששורפת גם כאן וגם בפרס. בעוד שלדעתם כל מה שנחשב לצדק הולך ומשתנה". אריסטו כאן פונה לאלו שסבורים שהצדק המדיני כולו מן החוק, מאחר שבסוף באותם עניינים שהם בבחינת צדק מן הטבע עדיין רואים הבדלים. משמעות הדבר שכל החוק הוא בעצם צדק מן החוק ולא מן הטבע. כנגד זה יוצא אריסטו. הוא אומר "בעוד שיש אצלנו גם צדק טבעי, נכנע הכל לשינוי... גם דברים טבעיים יכולים להשתנות". אריסטו אומר שהעובדה שאנחנו יכולים לזהות הבדלים בתוך עניינים טבעיים בין מקום למקום לא הופכת את כל הצדק לצדק מן החוק. יש הרבה דברים שאנחנו יכולים להגיד עליהם שהם טבעיים, אבל הם משתנים ממקום למקום, ועדיין הם נשארים טבעיים. גם הטבע נכנע לשינוי במובן הזה שיש לו גרסאות שונות בכל מקום.
	2. אם נשאל איך קורה שמישהו מסוים מחליט אחרת ממישהו אחר, לפי אריסטו זה עדיין לא הופך את הצדק מן הטבע לצדק מן החוק. העובדה שבכמה מקומות פועלים באופן הנראה מנוגד לצדק מן הטבע לא הופך את זה לצדק מן החוק. לא ניתן לצפות שבכל עניין ועניין, גם אם הוא טבעי, הדברים יתנהלו באופן זהה ודומה בכל מקום. למשל אם במקום מסוים אנשים יחשבו שעונש מוות הוא דבר המנוגד לעקרונות טבעיים, עמדה כזו לא תהיה נסתרת ע"י הצבעה על כך שיש מדינות בהן מתקיים עונש מוות. העובדה שבמקומות מסוימים יש עונש מוות לא הופכת את הטענה שעונש מוות מנוגד למשפט הטבעי לטענה מופרכת.

## **משפט טבעי – סיכום**

1. משפט טבעי הוא עקרונות הצדק (מוסר אידיאלי). עקרונות הצדק הם טבעיים, כלומר תבוניים.
2. עקרונות הצדק הם אוניברסליים ונצחיים. הם לא ישתנו לעולם, גם אם בני אדם יסטו מהם במקומות ובזמנים מסוימים.
3. כל אדם, בשל טבעו התבוני, מכיר את העקרונות המוסריים הללו. יכול להיות מצב בו אנשים יחשבו אחרת, אבל מי שמחזיק בעקרונות אלו יודע להבדיל בין הצדק לבין העוול.
4. עקרונות הצדק הם הבסיס לכל מערכת משפט. אף מערכת משפט לא פטורה מהם, זה טבעו של האדם ושל החברה האנושית. חברה לא יכולה בלי מערכת משפט ומערכת משפט לא יכולה בלי עקרונות הצדק.
5. חוק הסותר את עקרונות הצדק הללו יכול להיות תקף מבחינה פוזיטיבית, אבל מבחינת אריסטו הוא בטל. לכן שופט שנוקט בעמדה המתייחסת לחוק כזה בבטלות פועל כשורה.
6. במקום שאין חוק ניתן לפנות לעקרונות אלו ולהתבסס עליהם. מאחר שעקרונות אלו טבעיים ותבוניים אין בעיה של אין עונשין אם לא מזהירים או פגיעה בוודאות מאחר שאלו עקרונות טבעיים מיסודם.
7. לצד המרכיב הטבעי, החוק קובע הסדרים שונים שיש בהם ממד הסכמי (צדק לפי החוק). ניתן לזהות את ההבדל בין היסוד התבוני לבין היסוד ההסכמי בבסיס החוק (אם הבסיס הוא הסכמה הרי שמדובר בחוק ואם תבוני הרי שמדובר בטבע).

## **ביקורת על משפט הטבע**

1. כשמדברים על ביקורות על הכיוון התורת-משפטי הזה של המשפט הטבעי, יש ביקורות בכמה מישורים.
2. **ביקורות פילוסופיות**
	1. ביקורת 1 – אולי הביקורת הפילוסופית הידועה ביותר היא ביקורת שמגיעה מכיוונים של גישות נון-קוגניטיביסטיות. גישות אלו גורסות שהמוסר איננו עניין לשכל, לרציונאליות, הוא עניין של רגש. שיפוטים ושיקולים מוסריים, למרות שלפעמים הם מצטיירים או נחזים להיות דיונים בעלי אופי רציונאלי או שכלי, מקורם ברגש. המוסר מקורו ברגש שיש כלפי מצב עניינים מסוים וזה לא עניין לרציונאליות. קוגניציה זה עניין לתפיסה שכלית של המציאות, בעוד שרגשות הן משהו שקשור לסובייקטיביות של כל אדם ואדם. זו עמדה שמוצאים אצל פילוסופים מסוימים. אי אפשר לדבר על משפט טבעי במובן של משפט שמקורו בתבונה.
	2. מענה לביקורת 1 – התשובה של אנשי משפט טבעי (ושל מי שמאמין במוסר הרציונלי ולאו דווקא דוגל במשפט טבעי) היא שהשאלה מה נחשב רציונאלי ומהו עניין לשכל היא שאלה עמוקה מאוד, מורכבת מאוד. זה עניין רחב הרבה יותר מהלוגיקה. אינטואיציות מוסריות בסיסיות והדיון המוסרי הם לא רק נחזים להיות רציונאליים אלא הם באמת כאלו. האינטואיציות בענייני מוסר הן תפיסות הקשורות לתבונה ולא רק עניין לרגש בלבד.
	3. יש לא מעט פוזיטיביסטיים שמחזיקים בגישה שהמוסר רציונאלי אבל יש להם סיבות טובות לחשוב שאין דבר כזה משפט טבעי.
	4. ביקורת 2 – לפי תפיסה מאוד רווחת בדיונים באתיקה, אי אפשר לגזור את מה שראוי ממה שמצוי. פירושו של דבר שמטיעונים או ממערכת הנחות שעניינן עובדות בלבד (משפטי IS) לא ניתן לגזור שום מסקנה שעניינה מה ראוי לעשות (משפטי OUGHT). כל משפטי הערך שהם השיפוטים המוסריים לא יכולים להיגזר מהנחות שהן רק המצוי. מי שמנסה להסיק מסקנה על אודות מה שראוי ממה שמצוי חוטא בכשל נטורליסטי (מעבר לא לגיטימי מהנחות עובדתיות למסקנה ערכית). משמעות הדבר היא שלפי העמדה הזו אי אפשר לגזור נורמות על אודות מה ראוי ומה לא ראוי מעובדות (ללא קשר לעובדות עצמן). לפי עמדה זו זה מה שעושה המשפט הטבעי. מנסים לעבור מעובדות שיש בטבע אל טענות הנוגעות למה ראוי. לכן המשפט הטבעי לוקה בכשל הנטורליסטי.
	5. מענה לביקורת 2 – משפט הטבע איננו באמת גוזר טענות על אודות מה ראוי אך ורק מטענות על אודות מה מצוי. נקודת המוצא של המשפט הטבעי היא שיש מה שמכונה אקסיומות רציונליות נורמטיביות. כמו שיש אקסיומות מתמטיות או לוגיות, יש את אותה הכרה בדיוק כשמבצעים חשיבה מוסרית. כשמבצעים חשיבה מוסרית לפי תפיסות אלו יודעים במישרין את עקרונות הבסיס של המוסר. אם זה המצב לא גוזרים את מה שראוי אך ורק ממה שמצוי. מה שאנחנו טוענים מהרגע הראשון הוא שמה שמצוי הוא קביעה נורמטיבית. לא תרצח הוא משהו שאנחנו יודעים במישרין, מבלי לגזור ממערכת עובדות. לכן המשפט הטבעי לא חוטא בכשל הנטורליסטי משום שהוא לא מתחיל מנקודת מוצא של מערכת עובדות (כמו המדע) ממנה הוא מנסה לגזור שיפוטים ערכיים. נקודת המוצא היא אקסיומות נורמטיביות.
3. **ביקורות תורת-משפטיות**
	1. ביקורת 1 – המשפט הטבעי לא מתאר את הפרקטיקה המשפטית. זאת משום שהמשפט הטבעי מצייר את הדיונים המשפטיים כאילו הם דיונים מוסריים. אם גורסים גישה תורת-משפטית של משפט טבעי אנחנו שואלים את עצמנו מה נכון ומה ראוי מבחינה מוסרית בשאלה העומדת לדיון, והתשובה לשאלה זו תהיה התשובה במקרה המסוים. הביקורת היא שדיון במוסר שונה מהדיון המשפטי. עו"ד ושופטים מחפשים את החוק במה שמכונה מקורות המשפט (חוקים, פסקי דין, מנהג, תקדים וכו'). מה שהם מחפשים הוא את החוק המצוי, הם לא מדברים על החוק הרצוי. זו בעצם סוג של עמדה פוזיטיביסטית.
	2. ביקורת 2 – המשפט הטבעי מחדיר לחוק חוסר וודאות וחוסר יציבות. ככל שאנחנו מסתמכים על ספרי חוקים ועל כללים וחוקים שנמצאים בחוק, כל אחד יודע איפה הוא נמצא. ניתן לזהות את החוק, יודעים למה לצפות. ברגע שמכניסים לחוק יסוד של משפט טבעי התחושה היא שאנשים מתחילים להפעיל שיקולים מוסריים, כששיקולים אלו הם בלתי צפויים. הם גורמים לחוסר וודאות אצל אנשי הקהילה המשפטית ואצל הציבור, משום שברגע שמפעילים שיקול מוסרי ולא שיקול משפטי בעצם יוצרים סוג של עמימות. ההבדל בין דיון מוסרי לבין דיון משפטי הוא היכולת לצפות את התוצאה המשפטית שתתקבל מדיון משפטי בעוד שכשהדיון מוסרי כל אחד יטען אחרת. מאחר שאחד הערכים המרכזיים ביותר במשפט הוא הצורך של המשפט להיות ודאי עבור הקהילה, הן של המשפטנים והן של האזרחים באופן כללי, המשפט הטבעי בעייתי היות שהוא מערער את הוודאות ומכניס במשפט חוסר יציבות.
	3. מענה לביקורות – ניתן להציג הן את המשפט הטבעי והן את הפוזיטיביזם באופן מגוחך, שלא לוקח בחשבון את המורכבות של כל עמדה. תמונה קיצונית של המשפט הטבעי תציג את המשפט כמוסר בלבד, וענייני משפט לא שונים מדיון מוסרי. אם כך המצב אז יש באמת הרגשה שהתיאור הזה של המשפט לוקה מאוד, משום שיש הרגשה אינטואיטיבית שדיונים משפטיים שונים מדיונים מוסריים. מצד שני, תמונה קיצונית של הפוזיטיביזם תראה שהמשפט הוא רק מה שכתוב בחוק, ונעדר דיונים מוסריים. ברור ששתי תמונות אלו מוטעות, משום שגם איש משפט הטבע יסכים שיש משפט פוזיטיבי (ישנו רכיב חשוב של מה שכתוב בחוק, עובדות חברתיות) וגם פוזיטיביסט, שמדגיש את היסוד הפוזיטיביסטי לגבי החוק, יסכים שמשפטנים פונים לעיתים לדיון מוסרי. הוא יטען שזה קורה במקרים חריגים, אך זה עדיין קורה. יש שיטענו שלהסתכל על המשפט דרך פסקי דין של ביהמ"ש העליון זה להסתכל על המשפט מנקודת מבט מעוותת, משום שהדיונים המשפטיים שמתנהלים בערכאות הנמוכות יותר לא דומים לעליון, הדן במקרים חריגים ויוצאי דופן. העובדה שמצד אחד יש במשפט יסוד פוזיטיבי ומצד שני דיונים מוסריים מתבהרת כשמתבוננים במשפט מנקודת מבטו של השופט. שופטים משלבים דיונים בעלי אופי משפטי פוזיטיבי עם דיונים בעלי אופי מוסרי. יצוין כאן כי ניתוח זה, לפיו איש משפט הטבע מכיר בפוזיטיביזם והפוזיטיביזם מכיר במוסר, ממתן את חוסר היציבות שמייחסים למשפט הטבעי. זה לא כך שהמשפט הטבעי טוען שהמשפט מתנהל אך ורק כדיון מוסרי, שהוא לא ודאי ולא יציב. גם אם המשפט הטבעי מכניס את השיקול המוסרי, בו יש מידה של חוסר יציבות, כמובן שזו לא חזות המשפט כולו, גם מבחינת מי שמחזיק בעמדה של משפט טבעי.

# **אוסטין – תורת הפקודה**

## **הקדמה**

1. אוסטין חי בשנים 1790-1859 באנגליה.
2. אוסטין היה תלמידו של ג'רמי בנתהאם, אבי התועלתנות המודרנית. הוא גם אבי הגישה הכלכלית למשפט כפי שהיא מוכרת כיום. בנתהאם היה מצד אחד פילוסוף ומצד שני איש ציבור. הוא הקים את האוניברסיטה בלונדון. אוסטין, כתלמידו של בנתהאם, היה שייך לקבוצת הוגים, להם קראו רדיקליים, ששאפו לחולל רפורמות מרחיקות לכת במשפט האנגלי. המשפט האנגלי באותה התקופה, כמו היום, היה במסורת של משפט מקובל. זו מסורת משפט שצומחת מלמטה, לא דרך חקיקה אלא מפעולה של שופטים במסגרת הקהילות בהן הם פועלים ומתפקדים. זו הצטברות של תקדימים שהופכים לחוק. בנתהאם ורבים אחרים, שרצו לתרגם את ההשקפות העיוניות שלהם לחיי המעשה ולכן פעלו במישור הציבורי, ניסו לחולל מהפיכות בחוק האנגלי. זו הייתה תקופה של המהפכה התעשייתית, והוגים אלו רצו לחולל שינויים בחוקי חינוך, עבודה, פלילי וכדו'. הם נקראו רדיקליים משום שבניגוד לתפיסות מסורתיות, שגורסות שמהפכות הן דבר שלא מתאים לחברה ולמשפט, וכשמשפט משתנה הוא צריך לעשות זאת באופן הדרגתי ומחושב, הוגים אלו שאפו לשינויים מרחיקי לכת במשפט האנגלי על תחומיו.
3. אוסטין טען שתורת המשפט היא תשתית הכרחית לכתיבת ספר חוקים חדש לאנגליה. אוסטין מכונה אבי היורספרודנציה האנליטית. להיבט זה נחזור בהמשך. אוסטין הוא מי שהציע תפיסה פוזיטיביסטית ראשונה תשתיתית, שהייתה לה השפעה עצומה לאורך עשרות שנים, עד להגעת פילוסופים אחרים שהציעו אלטרנטיבות.

## **החוק הפוזיטיבי**

1. נקודת המוצא לדיון היא הטענה הבאה: עניינה של תורת המשפט הוא "החוק הפוזיטיבי". חוק פוזיטיבי הוא חוק שנקבע ע"י הריבון עבור נתיניו. כדי להבין במדויק מהו החוק הפוזיטיבי נכון להבחינו מדברים אחרים הדומים לו, כמו המוסר הנוהג (והמוסר האידיאלי), חוקי דת ועוד. כששאלנו את השאלה מהו החוק אמרנו שאחד המובנים של השאלה הזו הוא מה ההבדל בין המוסד החברתי של החוק לבין מוסדות חברתיים דמויי חוק. הראשון להציג שאלה זו ע"מ לחדד את המונח של החוק הפוזיטיבי היה אוסטין.
2. **רכיבי החוק**
	1. זו השאלה הראשונה שאוסטין רוצה לענות עליה. פה מדובר על כל חוק ולאו דווקא על חוק פוזיטיבי.
	2. הגדרה – "חוק הוא פקודה כללית הניתנת על ידי יצור תבוני ליצור תבוני אחר, כדי לכוון את התנהגותו, ושיש לנותן הפקודה כוח כלפיו".
	3. פקודה – הרכיב הראשון הוא שחוק הוא פקודה, הוא ציווי.
	4. כלליות – הרכיב השני הוא שמדובר בפקודה כללית.
	5. יצור תבוני ליצור תבוני – הפקודה ניתנת ע"י יצור תבוני אחד ליצור תבוני אחר. פקודות שניתנות למכונות או לבע"ח הן לא בבחינת חוק בעיני אוסטין.
	6. הכוונת התנהגות – הפקודה נוגעת להכוונת התנהגות. פעולה או הימנעות מסוימת.
	7. כוח – כשיש לנותן הפקודה כוח כלפי מקבל הפקודה.
3. **רכיבי הפקודה**
	1. הגדרה – "פקודה היא מבע רצון של יצור תבוני אחד ליצור תבוני אחר, שיפעל או שיימנע מלפעול, כשאת מבע הרצון מלווה איום בסנקציה".
	2. מבע רצון של יצור תבוני.
	3. ליצור תבוני אחר (לא בע"ח או מכונות).
	4. ביצוע פעולה או הימנעות מפעולה. לאו דווקא פעולות גופניות.
	5. איום בסנקציה – אם מקבל הפקודה לא יענה לרצון נותן הפקודה אז נותן הפקודה יגרום למקבל נזק. פקודה מותנת בכך שלנותן הפקודה יש כוח כלפי מקבל הפקודה. הכוח הזה הוא שמאפשר לו לתת פקודה, להביע את רצונו לביצוע מעשה או הימנעות ממעשה, והצמדת סנקציה. ההבדל (לפי אוסטין) בין פקודה לבין בקשה הוא הכוונה והיכולת להפעיל כוח. במצב של פקודה מאיימים באמצעות סנקציה ובמצב של בקשה אין סנקציה. מי שאין לו את היכולת להפעיל כוח לא יכול לתת פקודה. הוא יוכל לנסח פקודה במובן הלשוני אבל לא יוכל לתת פקודה ממשית. פקודה במובן הלשוני זה כשאדם מנסח משפט שהוא משפט ציווי. כל אחד יכול לנסח משפט ציווי, זה אחד ממבני התחביר הלשוני של השפה. פקודה במובן הלשוני איננה פקודה ממשית משום שהיא עונה על הדרישות הלשוניות של פקודה אבל פקודה ממשית היא מצב בו נותן הפקודה מצמיד סנקציה אל הפקודה (ויש לו כוח וכוונה להפעיל אותם). לצד זאת, אדם בעל כוח יכול לתת פקודות שמנוסחות מבחינה לשונית כבקשה, אבל הוא בעצם מתכוון לפקודה (בקשה שאי אפשר לסרב לה).
4. **כלליות**
	1. פקודה ספציפית אומרת לאדם מסוים בנסיבות מסוימות לעשות פעולה מסוימת. זהו לא חוק, זה צו ספציפי. חוק הוא פקודה לעשות פעולה שיש לה אופי כללי, שהיא נוגעת לטיפוס מסוים של פעילות או של התנהגות. חשוב לשים לב שלפקודות ספציפיות עשוי להיות תוקף משפטי, הן חלק ממערכת המשפט. עם זאת, הן לא יכולות להיות הבסיס של החוק. זה מזכיר את ההצגה של רז את התפיסה של האיש הפשוט את המשפט, לפיה החוק הוא החוק הכללי. כשמדברים על ההיבט הכללי הזה של החוק, בעצם לא מדברים על זה שפקודה ספציפית איננה חוק. הטענה היא שהחוק כשלעצמו לא יכול להיות מבוסס אך ורק על פקודות ספציפיות. חייב להיות רכיב יסודי ובסיסי של פקודות בעלות אופי כללי. רז אפילו הדגיש שכדי שהרעיון הזה של שלטון החוק יתקיים לא פוסלים את האפשרות שלחוק יהיה מרכיב של פקודות ספציפיות אלא שפקודות אלו יהיו נשלטות ע"י חוקים כלליים, ולא יהיו נתונות לשיקול הדעת המלא של פקיד. לפי אוסטין, חוק הוא בבחינת פקודה כללית במובן שהוא התשתית עליה מבוסס החוק בכלל וכן החוק הפוזיטיבי.
	2. כשמדברים על הכלליות מדברים על שני היבטים של כלליות. כלליות נוגעת הן לנמעני החוק (נמענים רבים, קבוצה מסוימת של אנשים) וסוג של פעולה (לא קשור לפעולה מסוימת אלא לסוג מסוים של פעולה). אוסטין מדגיש בעיקר את סוג הפעולות, יותר מאשר את נמעני החוק.
5. **החוק הפוזיטיבי של אוסטין**
	1. אוסטין מתחיל ממבע רצון. מבע רצון הוא שאדם יפעל או ימנע מלפעול.
	2. מבע רצון יכול להיות פקודה (אם צמודה סנקציה) או שאינו פקודה (ללא סנקציה, כגון בקשה). אוסטין מאפיין את המוסר הפוזיטיבי ואפילו את החוק הבינ"ל כמבעי רצון שאינם פקודות, משום שלא מלווה אותם סנקציה. את המוסר הנוהג, בהנחה שאין סנקציה ברורה מצד החברה, מכנה אוסטין מוסר פוזיטיבי.
	3. את הפקודה ניתן לחלק למספר קטגוריות. סוג אחד הוא פקודה שאינה חוק (צווים פרטיים). צווים פרטיים הם פקודות שאינן חוק (הפוקד הביע רצון והצמיד סנקציה) מאחר שאינם כלליים. סוג שני הוא חוקים כלליים.
	4. חוקים כלליים מתחלקים לשני סוגים. סוג אחד הם חוקי האל לבני האדם (מוסר אלוהי, טבעי). לפי אוסטין, חוקי האל לבני אדם הם מה שמכונה המוסר האלוהי, מאחר שהאל הוא היצור התבוני שנותן לאדם את המוסר. סוג שני הוא חוקי בני אדם לבני אדם. חוקי האל הם חשובים ומעניינים, אבל הם לא אלו שצריכים להעסיק את המשפטן.
	5. חוקי בני אדם לבני אדם מתחלקים לשני סוגים. סוג אחד הוא חוק שאיננו פוזיטיבי (על ידי מי שאינו ריבון, דוגמת הורה או מנהל). סוג שני הוא חוק פוזיטיבי (על ידי ריבון כלפי נתיניו). החוק הפוזיטיבי הוא התחום שמעניין את אוסטין.



1. **הריבון**
	1. הריבון הוא מי שזוכה להרגל ציות בתוך מסגרת פוליטית מסוימת, והוא עצמו לא חייב בציות לשום גורם אחר. אם מסתכלים על מסגרות פוליטיות, הגורם שזוכה לציות זה המלך או השליט העליון, ובמסגרות יותר מאוחרות נדבר על הפרלמנט, הממשלה או כל סוג של ריבון אחר. בכל מסגרת מדינית יש ריבון, והריבון קשור לשיטת הממשל. ברגע שמזהים את הריבון מזהים את אותו הגורם שזוכה להרגל ציות ושהוא עצמו לא חייב בציות לשום גורם אחר. הפקודה שהריבון נותן היא החוק הפוזיטיבי.
	2. הריבון מחזיק בכוח הרב ביותר במדינה, וברגיל כוחו אקסקלוסיבי. לאף אחד אחר אין את הכוח שיש לריבון. הכוח הזה למשל הוא הכוח להמית או הכוח לצאת למלחמה או לקבל כללים ולחוקק חוקים. לצד זאת יש גם הכוח להעניש (מה שמאפשר לו להטיל את הסנקציות בצמוד לפקודות).
	3. כשמדברים על ריבון, אוסטין הכיר בעובדה שהריבון יכול להאציל מסמכותו לגורמים שונים (שרים, פקידים, שופטים וכו'). כשהם פועלים מסמכותם הם פועלים כידו הארוכה של הריבון. לא חייבים שהריבון יפעל בעצמו.
2. **חוק פוזיטיבי, פקודה וחובה משפטית**
	1. הכוח המחייב של פקודה נעוץ בכוח של הפוקד ובכוונתו להשתמש בו (כלומר בסנקציה). אוסטין: "בהיותי צפוי לנזק אם לא אציית לפקודה, אזי נכון לומר שאני **כפוף** לפקודה, וכי אני **חייב** לציית".
	2. יש לשים לב שכשאנחנו אומרים "חייב" (או שמוטלת חובה) יש לכך מובנים שונים. ניתן להגיד "אני חייב ללכת לשירותים", כאן המשמעות היא שהגוף תובע את התביעה הזו. "אני חייב ללכת לרופא שיניים", גם כאן האילוץ הגופני יוצר את ה"אני חייב". זה שונה מאשר להגיד "אני חייב לראובן כסף", שזו חובה שמדברים עליה בהיבט של חובה מוסרית שחלה. זו לא פונקציה של נחיצות או לחץ פיזי, זה לא חשש מנזק. זו הכרה בערך או הכרה במחויבות שקיימת. אוסטין רוצה לומר שהמושג חובה משפטית שונה מהמושג חובה מוסרית, במובן שכשאומרים חובה משפטית מתכוונים לנזק שיכול לקרות בהיעדר ציות. הנזק הוא הסנקציה שתוטל כתוצאה מאי-ציות. כאן נמצא הקשר בין פקודה לחובה, הכוח המחייב של הפקודה נגזר מהסנקציה הכלולה בה, והיא זו שמולידה את החובה. במובן הזה אוסטין מבחין בין חובה משפטית לבין חובות מוסריות, אשר לאו דווקא קשורות לנזק. בעיני אוסטין, מהות החוק היא הכוח שעומד מאחורי הריבון להטיל סנקציות. מכאן מושג הפקודה והסנקציה שמלווה אליה, מה שמגדיר את מושג החובה המשפטית ומבחין בינה לבין החובה המוסרית.
3. **כיצד עונה אוסטין על השאלה מהו החוק**
	1. כזכור, המובן הראשון של השאלה מהו החוק הוא כיצד נבחין בין המוסד החברתי הנקרא חוק לבין מוסדות דמויי חוק (דת ומוסר נוהג). לפי אוסטין, מקור החוק בריבון (פקודה כללית הכוללת סנקציה), בעוד שמקור המוסר הפוזיטיבי בחברה. יכול מאוד להיות שלמוסר יהיה מקור בריבון, אבל אם מקורו בריבון הוא לא יהיה חוק כל עוד לא יהיה צמוד אליו סנקציה.
	2. מה ההבדל בין חוק טבע, חוק מוסרי וחוק משפטי – חוקי טבע מקורם באל (והם חוקים מתארים, אבל הם יכולים להיות גם חוקים מצווים שהאל הצמיד אליהם סנקציה); חוק מוסר (פוזיטיבי) מקורו בחברה; חוק משפטי מקורו בריבון.
	3. כיצד נדע מהו החוק במקרה מסוים – כדי לזהות חוק במדינה מסוימת, צריך לזהות את הריבון וצריך לזהות את הפקודה הכללית של הריבון (כלומר מבע רצון כללי המלווה בסנקציה) הרלוונטית לאותו המקרה העומד בפנינו.
4. **הפוזיטיביזם של אוסטין**
	1. מקור החוק הוא בפוזיציה של נותן הפקודה (הריבון). החוק הוא עובדה חברתית, פקודה של הריבון או מישהו מטעמו. בעיני אוסטין מה שהופך פקודות מסוימות לחוק זה העובדה שמקורן בריבון, מה שמעלה את המונח "תקפות משפטית". כדי שלחוק יהיה תקפות משפטית צריך שהוא יהיה פקודה שניתנת ע"י הריבון או מי מטעמו. ברגע שרוצים לבחון את התקפות המשפטית של חוק שחוקק פקיד כלשהו יש למצוא את הקשר בינו לבין הריבון. כל עוד קשר זה קיים ניתן לטעון כי ישנה תקפות משפטית. חובה משפטית נעוצה ברצון להימנע מנזק שהריבון יכול לגרום בהיעדר ציות.
	2. הערה היסטורית – יש ניגוד לכאורה בין המשפט המקובל של המשפט האנגלי לבין תורת הפקודה של אוסטין. אוסטין יצר את תורת הפקודה שלו (שהייתה לה השפעה מאוד גדולה באנגליה ומחוצה לה) בתוך עולם תרבותי שמערכת המשפט שלו הייתה בעיקר משפט מקובל. המתח בין שני הדברים הוא פונקציה של העובדה שהמשפט המקובל הוא מסורת משפטית שאינה מונחתת ע"י הריבון אל העם אלא מסורת משפטית שצומחת מלמטה. מי שיוצר את המשפט המקובל הוא הציבור, דרך ההכרה של מה שהציבור מסכים עליו (מערכת מורכבת של מנהגים) בהם מכיר ביהמ"ש בעת ישוב סכסוכים. לפסיקות של ביהמ"ש אופי תקדימי, אשר יוצר מערכת של כללים שאח"כ מכוננים את מערכת המשפט האנגלית. אם מסתכלים על התיאוריה של אוסטין, לפיה מקור החוק בריבון, הרי שמדובר כאן בתמונה הפוכה מאשר התמונה שעולה מתוך המשפט המקובל (המבטא את המקובל בקרב הציבור). מעניין לראות שהתיאוריה של אוסטין צומחת במסורת אנגלית, בה המשפט צומח מלמטה. ההסבר למתח הזה בין המסורת של המשפט האנגלי לבין תורת הפקודה של אוסטין יכול אולי להתקשר לשייכות של אוסטין לקבוצה של הוגים רדיקליים ששאפו לפתח תורת משפט שעומדת בניגוד למסורת האנגלית, ושהמטרה שלה ליצור רפורמות במשפט האנגלי, ולכן הוא יצר תמונה הפוכה מהמשפט המקובל.

# **הארט**

## **הקדמה**

1. הארט הוא פילוסוף אנגלי שחי בשנים 1907-1992. הוא הפילוסוף המשפיע ביותר בתורת המשפט במאה ה-20, במיוחד בעולם האנגלו-אמריקאי. הספר החשוב ביותר שלו הוא "The Concept of Law". המאמר של הארט בנוגע לפוזיטיביזם פתח ויכוח בין הארט לבין פולר, והוויכוח הזה בהמשך התפרסם בתור ויכוח הארט-פולר שהתפרסם בכתב העת של ביה"ס למשפטים של הארוורד.

## **נקודת המוצא של הארט – ביקורת תורת הפקודה של אוסטין**

1. תורת הפקודה הפוזיטיביסטית של אוסטין היא אינטואיטיבית. יש הרגשה שהיא מאוד פשוטה. היא מתוחכמת במובן הזה שלא כל אחד שיישאל מהו החוק יענה בצורה כל-כך מורכבת על השאלה הזו. עם זאת, היא אינטואיטיבית במובן שאם ישאלו אנשים איך הם מבינים את טיבם של חוקי המדינה, הם בסופו של דבר יצביעו על הריבון ועל הכוח שעומד ברשותו. לתיאוריה של אוסטין הייתה השפעה רבה. הארט מבקר כמעט כל היבט בתיאורית הפקודה. נבחן גם היבטים נוספים של תורת המשפט של אוסטין באמצעות הביקורת של הארט. הביקורות של הארט על אוסטין הן חלק בלתי נפרד מהתיאוריה של הארט (לביקורות אלו הארט מקדיש את פרקים 2-4 של ספרו).
2. **ביקורת ראשונה: מהי פקודה**
	1. זו הביקורת הראשונה והיסודית והעמוקה ביותר של הביקורת של הארט. הארט שואל מהי פקודה, והאם ההמשגה שמציע אוסטין למושג פקודה היא נכונה.
	2. כזכור, ביצענו הבחנה בין פקודה במובן הלשוני לבין פקודה במובן הממשי. הארט חוזר להגדרה של המושג פקודה והוא מציע להבחין בין פקודה במובן הלשוני (התחבירי) לבין פקודה במובן הנורמטיבי. כדי להבין מהי פקודה במובן הנורמטיבי מציע הארט את מה שהוא מכנה "דוגמת האקדוחן". הוא מדבר על ההבדל בין פקודה שנותן שודד או אקדוחן לבין פקודה שנותן מפקד בצבא או מרצה בכתה. נתאר לעצמנו אדם שנכנס עם אקדח לבנק, מכוון אותו כלפי פקיד הבנק ומבקש ממנו לתת לו את הכסף הנמצא בכספת. במובן הלשוני שודד הבנק הזה נתן לפקיד הבנק פקודה. יש כאן מבע רצון שפקיד הבנק יעשה מעשה, ואם הוא לא יעשה את רצונו של האקדוחן הוא יספוג נזק. לפי הארט, זה שהוא נתן פקודה שעונה על הדרישות הלשוניות של פקודה לא אומר שזה דומה לפקודה שנותן מפקד בצבא לפקודיו. הטענה של הארט היא שאם חושבים על שני המצבים האלו יש בניהם הבדל עמוק ויסודי. פקודה במובן לשוני (כמו זו של האקדוחן) שונה באופן עמוק מפקודה של מפקד בצבא לפקודיו או מנהל העבודה לעובדים. ההבדל בין המקרה של האקדוחן למקרה של המפקד בצבא לא קשור בהכרח לתוכן המוסרי של ההוראות הללו. יכול להיות שבכל אחד מהמקרים ההוראה לא תהיה בעלת תוכן מוסרי מיוחד. עדין נגיד שההוראות של המרצה או המפקד הן בבחינת פקודות נורמטיביות בעוד שבדוגמת האקדוחן לא. ההבדל קשור לשאלה האם הפקודה ניתנה בתוך מערכת יחסים שבה לנותן הפקודה יש סמכות.
	3. מכאן שפקודה במובן הנורמטיבי מחייבת התקיימות תנאים מוקדמים של סמכות והכרה בסמכות, שעומדים ביסודם של מוסדות חברתיים (שיש בה ברגיל היררכיה). הפקודה הנורמטיבית תלויה בהכרה בסמכות ובכוח של נותן הפקודה ובהבנת מקבל הפקודה את הסמכות כמחייבת. בכל המקרים של מרצה, מפקד, מנהל, יש הנחת יסוד מוקדמת של הכרה בסמכות, וזה מה שהופך את הפקודות למחייבות. אלו התנאים המוקדמים שמעניקים מעמד נורמטיבי לפקודות האלו. בהיעדר התשתית הנורמטיבית הזו של הכרה בסמכותו של נותן הפקודה ובכפיפותו של מקבל הפקודה, לא נוכל לדבר על פקודה במובן נורמטיבי. נוכל רק לדבר על פקודה במובן של הפעלת כוח גרידא. כשמדברים על מפקד בצבא, כשהוא נותן פקודה הוא לא מפעיל כוח פיזי. יכול להיות שיש לו כוח פיזי ויכול להיות שהוא יפעיל אותו אם פקודתו לא תיענה, אבל זה לא מה שהופך את הפקודה לפקודה נורמטיבית. מה שהופך את מבע הרצון של המקפד, המנהל או המרצה לפקודה זה מערכת היחסים ההיררכית שקיימת בין נותן הפקודה לבין מקבל הפקודה. הכפיפות הזו, שיש בה את היסוד של הכרה בסמכות, לא קיימת בדוגמה של האקדוחן (או בכל מקרה של פקודות אותן נותנים אנשים לאנשים אחרים שלא בתוך מסגרת כזו). אין הטענה שאין פקודות שלא במובן הנורמטיבי, אלא שיש לשים לב להבדל המהותי בין מצב בו יש בסיס נורמטיבי (מפקד, מנהל, מרצה) לבין מצב בו אין בסיס כזה. השאלה היא למה יותר דומה הפקודה של הריבון, לאקדוחן או למפקד בצבא. הטענה של הארט היא שהפקודה של הריבון דומה יותר לפקודה של המפקד.
	4. סנקציה או כוח פיזי אינה רכיב הכרחי של פקודה. ישנן פקודות שלא צמודה להן סנקציה. ניתן לדמיין פקודה במובן הנורמטיבי, שעונה על כל הדרישות בהיבט הנורמטיבי, ושלא צמודה אליה סנקציה. אדם יכול לבוא ולפקוד על אדם אחר, במסגרת של מצבים מסוימים (רב לצאן מרעיתו או מפקד לפקודיו), מבלי להצמיד סנקציה ומבלי להתכוון להצמיד סנקציה. עדיין מקבלי הפקודה יענו ויתפסו את הפקודות כהוראות מחייבות. המשמעות של כך היא שסנקציה היא לא ממהות הפקודה. אם חושבים על מסגרות נורמטיביות שיש בהן הכרה בסמכות בהחלט ניתן לחשוב על פקודות שאין בהן סנקציות. ניתן להיות מחויב לפקודה גם אם לא מוצמדת סנקציה. זה לא אומר שלא יצמידו סנקציות ברגיל, זה רק אומר שהסנקציה היא לא ממהות הפקודה ושתתכן פקודה בלי סנקציה. גם לא נאמר שהסנקציה היא כלי מאוד יעיל בסיוע לציות.
3. **ביקורת שניה: סוגים שונים של כללים/נורמות**
	1. זו הביקורת השנייה של הארט על תורת הפקודה. הארט מבחין בין מספר סוגים של נורמות משפטיות. אפשר לדבר על כללים משפטיים מטילי חובה, כללים מעניקי כוחות וכללים מעניקי זכויות.
	2. כללים מטילי חובה הם למשל לא תרצח, לא תגנוב, שלם מס וכדו'. אלה הכללים הרגילים שאנשים רגילים לחשוב עליהם בהקשר המשפטי, והם מטילים על אנשים חובה.
	3. לצד אלו ישנם גם כללים מעניקי כוחות. מדובר כאן על כוחות משפטיים, דוגמת חוק החוזים, חוק החברות, חוק הצוואות, דיני הנישואין וכדו'. כל הכללים האלו מכילים ביסודם כללים שמטרתם ליצור חובות וזכויות חדשות. חוק הצוואה למשל מקנה לאדם כוח משפטי לצוות את רכושו אחרי מותו. מדובר בכוח משונה מאוד. אחרי שאדם נפטר רצונו ממשיך להתממש ולהתקיים בכך שהוא מצווה את רכושו למי שהוא מעוניין שיקבל את הרכוש הזה. כשאדם יוצר צוואה מה שהוא עושה זה למעשה להפעיל כוח. הוא לא יוצר נורמות שמטילות חובה. הכוח הזה שמופעל באמצעות חוקי הצוואה הוא כוח שהמחוקק נותן לו. החובה נוצרת ע"י החברה לקיים את רצון כותב הצוואה. דוגמה נוספת היא חוק החברות. חוק זה אומר שאם אדם פועל בהתאם לחוק החברות ניתן לנהל את העניינים כך שהנכסים לא שייכים לפרט אלא לישות משפטית מלאכותית נפרדת ממנו. כך ניתן להגן על נכסיו האישיים של הפרט. חוק החברות למעשה מעניק לכל אזרח את הכוח לכונן אישיות משפטית כזו ולנהל את העסקים שלו כך שהוא יוצר הפרדה בין נכסיו ובין העסקים שלו. אם מסתכלים על המוסד המשפטי הזה שנקרא חברה בע"מ, הוא אפשר במידה רבה לאנשים לקדם את רווחתם של בני האדם בכך שניתן היה לקחת עוד סיכונים באופן שהנכסים האישיים מוגנים. דוגמה שלישית היא דיני הנישואין. דיני הנישואין מעניקים לפרט כוח לשנות את המצב המשפטי שלו מרווק לנשוי ובכך לכונן משפחה, מה שיוצר חובות וזכויות חדשות מול מערך שלם של גורמים. דיני הנישואין, כמו גם דיני הגירושין (שמעניקים כוח לפרק את המשפחה), לא דנים בחובות. אף אחד לא חייב להתחתן. כשהחוק מעניק לפרט את היכולת להתחתן הוא מעניק לו כוח משפטי. לכללים מעניקי כוחות גם אופי ציבורי וגם אופי פרטי. החוק יכול לתת כוח לאיש ציבור (לשופטים או לפקידים) או לכל אזרח שהוא.
	4. כללים מעניקי זכויות גם הם שונים מכללים מטילי חובה מאחר שהם מעניקים חירויות שונות. לדוגמה, זכויות אזרח (חופש הביטוי, הזכות לבחור ולהיבחר) או קצבאות.
	5. כשמסתכלים על מערכת משפט אי אפשר להסתכל רק על כללים מטילי חובה, ישנם גם כללים מעניקי כוחות וזכויות. זה מקשה על התיאוריה של אוסטין מאחר שלפיו כל פקודה עניינה הטלת חובה.
4. **תשובת אוסטין לביקורת השנייה**
	1. תשובה אחת של אוסטין תהיה שלמעשה גם את חוק החוזים (או את דיני החברות ודיני הצוואה) אפשר לתאר במונחים של הוראה וסנקציה. אולי לא הוראה במונחים של הטלת חובה אלא הוראה שסנקציה בצדה. הטענה של אוסטין הייתה שאדם שלא מציית לדיני החוזים הסנקציה שהוא סופג היא בטלות החוזה. אם דיני החוזים אומרים שכדי ליצור חוזה צריך להציע הצעה ושהיא צריכה להיות מסוימת ושעבור עסקה במקרקעין נדרש מסמך בכתב וכו', אבל אדם לא פועל בהתאם, אז הוא יספוג את הסנקציה של בטלות החוזה. מכאן שניתן לכאורה לתאר גם את חוק החוזים במונחים של הוראות שאי הציות אליהן צמוד לסנקציה. הוא הדין לגבי צוואות. אם עבור צוואה יש דרישות מסוימות (עדים, בכתב וכו') הסנקציה היא בטלות המעשה של כינון הצוואה.
	2. ביקורת הארט על התשובה הראשונה – הניסיון לראות את בטלות החוזה כסנקציה זו אי הבנה של סנקציה ושל אי-ציות. חתימת חוזה שלא לפי חוק החוזים איננה אי-ציות, ובטלות החוזה אינה סנקציה אלא רק היעדר כוח. כשאדם מבצע עסקה במקרקעין בלי מסמך בכתב הוא לא מפר את חוק החוזים, זה לא דומה לאיסור לגנוב. הצורך לעשות מסמך בכתב איננו איסור, ולכן מי שיוצר חוזה במקרקעין בלי מסמך בכתב לא מפר את חוק החוזים, הוא פשוט לא מפעיל נכון את הכוח שלו. לכן גם בטלות החוזה איננה סנקציה, היא פשוט היעדר כוח. לכן במקרה זה לתאר את בטלות החוזה כסנקציה זה אי הבנה של מושג הסנקציה מצד אחד ושל בטלות החוזה מצד שני. כשמישהו מפעיל כוח בצורה לא נכונה הוא פשוט לא באמת הפעיל אותו ולכן זה לא אפקטיבי. חוסר האפקטיביות של הפעולה היא פועל יוצא של אי-ביצוע הפעולה, אך זו לא סנקציה.
5. **תשובת קלזן לביקורת השנייה**
	1. לקלזן יש תפיסה שביסודות מסוימים שלה היא קרובה לתפיסה של אוסטין. גם הוא רואה את החוק כמעין פקודה או כוח שיש לריבון, והכוח של הריבון הוא שעומד בתשתית החוק. גם בעיני קלזן עולה השאלה איך נתאר את חוק החוזים בו נראה שכוח הריבון הוא זניח. קלזן טוען שאם נסתכל באמת על המהות של כללים מעניקי כוחות נראה שהמשמעות שלהם היא בעצם העמדת הכוח של המדינה מאחורי הפעולה המשפטית שהפרטים או אנשי הציבור עושים. לדוגמה, חוק החוזים הוא כלי שהמדינה נותנת לאזרחים לכונן חוזה, באמצעותו היא מעמידה את כוחה (דרך בית המשפט או ההוצאה לפועל) מאחורי מי שכרת חוזה. כשצד אחד מפר הצד השני יכול להגן על עצמו באמצעות הפעלת הכוח של המדינה (תביעה בביהמ"ש). קלזן בדיוק מצביע על ההבדל בין הסכם ג'נטלמני (שלא ניתן לתבוע על הפרתו) לבין חוזה תקף (שעל הפרתו ניתן לתבוע). ברגע שיוצרים חוזה תקף שהשתכלל לפי חוק החוזים, למעשה מעמידים את כוח המדינה מאחורי כל אחד מהצדדים. אם אכן זה ההבדל המהותי בין הסכמים שאין להם תוקף משפטי לבין הסכמים שיש להם תוקף משפטי, אז רואים את סיפור הסנקציה באופן מעט שונה אבל באופן משמעותי (כוח המדינה לא יעמוד מאחורי הצד לחוזה).
	2. ביקורת הארט על התשובה השנייה – כשם שסנקציה אינה מהות כללים מטילי חובה (אלא היא רק גורם מסייע), היכולת לתבוע על הפרת חוזה אינה מהותם של דיני החוזים אלא הכוח לכונן אותם. נכון שמרכיב מדיני החוזים זה היכולת לתבוע במקרה של הפרה, אבל המהות של דיני החוזים היא לא מצבים פתולוגיים של הפרה. המהות של דיני החוזים היא ליצור כלי שמאפשר לשני צדדים להביא את רצונותיהם לידי מפגש ולכונן זכויות ששניהם מכירים בהן, לצד האמצעי שעומד לרשות הצדדים במקרה של הפרה. האם נכון לתאר את דיני החברות כהעמדת הכוח של המדינה ביסוד החברה בע"מ כך שבמקרה בו החברה פושטת רגל או שאנשים פועלים לא לפי הכללים של דיני חברות ניתן יהיה להרים מסך? או שמא המהות של חוק החברות היא בראש ובראשונה יצירת כלים שמאפשרים לבני אדם לנהל את עסקיהם באופן מסוים ואולי אף לתמרץ אותם לעשות זאת? המדינה כאן לא רותמת את כוחה להפעיל כוח אלא היא רותמת את כוחה ליצור קואורדינציה ולעודד אנשים לעשות פעולות שיטיבו איתם. האם נכון לומר שכשאנשים מתחתנים המדינה מעמידה את כוחה לאכוף על אנשים חובות מסוימות אם הם יתגרשו? הארט אומר שיהיה מוטעה לזלזל בכוח של המדינה לאכוף על אנשים מזונות, אבל לתאר את טיבם של דיני הנישואין כהעמדת הכוח של המדינה לרשות הצדדים אם הם יתגרשו זה להחמיץ את המטרה של דיני הנישואין. לכן התיאור הזה של קלזן מעוות את משמעותם של אותם כללים שהארט כינה אותם כללים מעניקי כוחות. הכוח של המדינה לא הוא זה שבעצם מציין את מהותם וטיבם, הוא רק כלי עזר כדי שהם ימלאו את תפקידם ויממשו את הכוחות שהם מעניקים לבני אדם.
6. **ביקורת שלישית: המנהג כמקור לנורמות משפטיות**
	1. זו הביקורת השלישית של הארט על אוסטין. בדיונים קלאסיים אודות מקורות המשפט בד"כ מדברים על זה שמקורות המשפט הם חקיקה, פסיקה (תקדים) ומנהג. חקיקה זה פעולה שהרשויות עושות, פסיקה היא פעולה של בתי המשפט בעלת אופי תקדימי. מנהג זה בעצם דפוסי התנהגות שהתפתחו מלמטה (מקרב בני החברה), וצומחים מפרקטיקות רווחות בחברה, המקבלות תוקף משפטי. כאן מבחינים בין מנהגים סתם, שהם ממלאים את החברה, לבין מנהגים בעלי תוקף משפטי. מנהגים בעלי תוקף משפטי הם אלו שבני החברה תופסים אותם כמחייבים, הם צומחים מלמטה. לדוגמה, פיצויי פיטורין נתפסו עד 1963 (אז נחקק החוק בנושא) כמנהג מחייב של מקומות עבודה. בשעה שפיטרו עובדים נתנו לעובדים פיצויי פיטורין בגובה של משכורת על כל שנת עבודה. בעקבות המנהג הזה נחקק חוק פיצויי פיטורין שבאמת מחייב כל מעביד להעניק פיצויי פיטורין. אם מדברים על המנהג הזה קודם חקיקת החוק, היו לא מעט מקרים בהם פנו עובדים לביהמ"ש וטענו כלפי המעבידים שהם הפלו אותם לרעה ולא העניקו להם פיצויי פיטורין. ביהמ"ש שאל על סמך מה דורשים פיצויים, והעובד ענה כי מדובר במנהג שיש לו תוקף משפטי. החברה ומעבידים רבים מכבדים את המנהג הזה ותופסים אותו כמחייב באופן משפטי. מנהגים היו מקור לשפע רב של נורמות משפטיות. במערכות משפט בימה"ב חלק גדול מהנורמות מקורן היה במנהג, אפילו יותר מהחקיקה. מערכות משפט התלבטו איך מבחינים בין מנהגים סתם לבין מנהגים בעלי תוקף משפטי.
	2. תיאוריית הפקודה של אוסטין לא יכולה לתת הסבר למנהג כמקור לנורמה משפטית. לפי אוסטין מקור החוק הוא בריבון, שמביע את רצונו ומצמיד לכך סנקציה. מנהג הוא נורמה שצומחת מלמטה ואינו פקודה. זו מוסכמה חברתית שאף אחד לא ציווה עליה באופן שמתאים לתפיסת הפקודה של אוסטין.
	3. תשובת אוסטין לביקורת – אוסטין היה מודע למנהג כמקור לנורמות משפטיות. הוא ענה על הביקורת הזו. אוסטין אמר שמנהג הופך לנורמה משפטית לא כשלעצמו אלא רק כאשר ביהמ"ש נותן לו תוקף משפטי בפס"ד. מהרגע שהוא מקבל תוקף משפטי בפס"ד ע"י ביהמ"ש (שהוא ידו הארוכה של הריבון) אז הוא הופך לתקדים מחייב. כל עוד ביהמ"ש לא אימץ את המנהג והפך אותו לתקדים מחייב אז מדובר במנהג סתם.
	4. תשובת הארט לתשובת אוסטין – להפך, ביהמ"ש אוכף את המנהג מפני שיש לו כבר תוקף. אם באמת מסתכלים באופן שבו התנהל ביהמ"ש, ביהמ"ש אוכף את המנהג לא כדי להפוך אותו לנורמה משפטית אלא הוא אוכף אותו **מפני** שהוא נורמה משפטית. ביהמ"ש לא מקבל השראה מהמנהג הזה ובפעולה שלו הוא יוצר נורמה משפטית, אלא הוא אוכף נורמה שכבר יש לה תוקף משפטי. הטיעון של אוסטין כאילו ביהמ"ש יוצר נורמה משפטית כשהוא מקבל השראה ממנהג הוא תיאור לא נכון של פעולת ביהמ"ש. בתי משפט ומחוקקים במצבים כאלו לא נותנים תוקף משפטי למנהג שאין לו תוקף משפטי אלא הם מפעילים נורמה משפטית שכבר היה לה תוקף משפטי.
7. **ביקורת רביעית: חוקים החלים על הריבון**
	1. הארט אומר שתיאוריית הפקודה לא מכירה בחוקים שחלים על הריבון (על הכנסת, על רוה"מ, על שרים וכדו'). לפי התיאוריה של אוסטין החוקים לא חלים על הריבון משום שחוק הוא פקודה כללית, מבע של רצון של הריבון כלפי אדם אחר, ולא כלפי הריבון. אדם לא פוקד על עצמו ולא מטיל על עצמו סנקציות. אם זו ההגדרה של חוק (מבע רצון הצמוד לסנקציה) אז אי אפשר לדבר על חוקים שחלים על הריבון עצמו. זה קשה מנקודת מבט של גישות משפטיות מסוימות. זה יכול להיות נכון בקיסרויות או בשלטונות דיקטטוריים בהם הריבון מעל החוק, אבל ישנן לא מעט מערכות משפט בהן הריבון כפוף לחוק. זה ודאי נכון במערכות דמוקרטיות ליבראליות. אם זה אופייני לסוג מסוים של מערכות משפט התיאוריה של אוסטין לא מסבירה את המציאות הזו, המצב בו ישנם חוקים החלים על הריבון והוא צריך לתת דין וחשבון.
	2. תשובת אוסטין – הריבון הרבה פעמים יכול לפעול לפי החוקים שלו, אולי כדי לתת דוגמה אישית. עם זאת, הוא לא באמת כפוף לחוק משום שאם הוא היה רוצה הוא היה משנה את החוק לגבי עצמו. אם באמת הרעיון של חוק זה פקודה של ריבון כלפי נתינים אז אפשר להפריד בין פקודות של ריבון כלפי הכפופים לו ופקודות של ריבון כלפי עצמו. מי שהוא מקור החוק לא כפוף לחוקים שלו עצמו, וזה נכון בכל מערכת משטרית, אפילו דמוקרטיה.
	3. מענה הארט לתשובה – זה לא מדויק וקשה לראות את זה כך במערכות משפט מודרניות.
8. **ביקורת חמישית: האימפרסונליות של החוק**
	1. ביקורת זו קשורה להיבט המערכתי של החוק. כשאנחנו חושבים על פקודה, שהוא בעיני אוסטין הגרעין של החוק, מבינים שהיא קשורה לנותן הפקודה. לא מצליחים לדמיין פקודה בלי פוקד, אישיות שנתנה את הפקודה הזו. לפי התפיסה הזו, אם נותן הפקודה איננו קיים (מפסיק להיות ריבון או עבר מן העולם) אז גם הפקודה נעלמת, מאחר שהיא קשורה בטבורה לנותן הפקודה. יש קשר מהותי וישיר בין הפקודה עצמה לבין נותן הפקודה. את זה ניתן לכנות הפרסונאליות של נותן הפקודה. עם זאת, כשחושבים על חוקים, מהרגע שחוקים נוצרו הם ממשיכים לחיות גם אם המחוקק שחוקק אותם עבר מן העולם. מהרגע שהחוק נוצר הוא מתנתק והופך להיות חי נושא את עצמו, והוא לא תלוי לצורך תקפותו או עצם קיומו בקיומו של המחוקק. זה מה שנקרא האימפרסונאליות של החוק, החוקים הופכים להיות חלק מהמערכת ואינם תלויים בקיומו של המחוקק.
	2. הארט מעיר שהתחלפות של ריבון שונה מהתחלפות של מערכת משפט. מניחים שלא בכל פעם שמתחלף ריבון מתחלפת גם מערכת משפט. ישנם קריטריונים שונים להתחלפות של כל אחד מהגורמים. יש מצבים בהם מערכות משפט מתחלפות, דוגמת סיום המנדט הבריטי ועמו מערכת המשפט המנדטורית, אך זה שונה ממצב בו בוחרים כנסת חדשה, שאז מערכת המשפט ממשיכה להתקיים. הרבה פעמים ריבון מתחלף מכוחה של מערכת המשפט. מערכת המשפט קובעת שכל מספר שנים יש לבצע בחירות, משמע להחליף את הריבון. עולה השאלה איך מסבירים את ההבדל בין התחלפות ריבון לבין התחלפות של מערכת משפט. את ההבדל הזה אוסטין לא מסביר משום שלפי הטענה של הארט (ביחס לדברי אוסטין) כל אימת שמתחלף ריבון בעצם באופן תיאורטי מתחלפת גם מערכת המשפט. אם מערכת המשפט היא פקודה של הריבון, כשמתחלף הריבון בעצם נוצרת מערכת משפט חדשה, לפעמים באופן מובלע משום שהריבון יגיד שמערכת המשפט נשארה אך הפוקד השתנה (מה שבפועל משנה את מערכת המשפט). לפי הארט זה לא מתקבל על הדעת משום שיודעים שמערכות משפט לא תלויות בריבון, יש להן מעמד עצמאי. עדיין ישנה השאלה מה ההסבר להתחלפות של מערכת משפט.
9. כלל הביקורות נוגעות להיבטים שונים של הנורמטיביות של מערכת המשפט. זו נקודת המוצא לתיאוריה של הארט, שהיא תיאוריה פוזיטיביסטית. בגלל הנקודה הזו ביקורות אלו הן חלק בלתי נפרד מהתיאוריה של הארט עצמה.

## **התיאוריה של הארט – כללים משפטיים הם סוג של כללים חברתיים**

1. **כלל חברתי**
	1. נקודת המוצא של התיאוריה של הארט היא המושג כלל חברתי, והטענה שכלל משפטי הוא כלל חברתי.
	2. דפוס התנהגות – כלל חברתי הוא בראש ובראשונה דפוס התנהגות. הוא דפוס התנהגות במובן זה שכששואלים האם יש כלל חברתי בחברה מסוימת, סוציולוג שיתבונן בחברה יזהה דפוסי התנהגות מסוימים. דפוסים אלו יכולים להיות תלויים בתנאים שונים כגון זמן ביום וכו'. אדם יכול להתבונן על ישוב ולראות שכשמגיע היום השביעי בשבוע ישנו מערך מגוון למדי של דפוסי התנהגות; אנשים מפסיקים לנסוע במכוניות, מתלבשים בדרך מסוימת, מתכנסים במבנה מסוים, עושים פעולות קבועות, מתכנסים בבתים וכו'. אחרי שהוא יזהה אותם הוא יבין שדפוסי התנהגות אלו רווחים באותה החברה. כמו שמירת שבת יש מערכות שלמות של דפוסי התנהגות שלמים שקיימים בכל חברה. דפוסי התנהגות זה בעצם בהתקיים תנאים מסוימים אנשים עושים פעולות מסוימות שהם דפוסים קבועים של התנהגות (או הימנעות ממצבים מסוימים).
	3. הצדקה – כלל חברתי הוא דפוס התנהגות שיש לו הצדקה. הוא זוכה לציות פנימי, משמע מי שעושה אותו חושב שהוא דפוס התנהגות מוצדק, ולכן גם בני החברה מבקרים מי שסוטה ממנו. ההצדקה היא לא מנקודת מבט של מוסר אידיאלי אלא של אותו אדם שמציית לכלל (או בני החברה הפועלת בהתאם לדפוס ההתנהגות). כשמדברים על כלל חברתי יש להבין שני תנאים, האם מדובר בדפוס התנהגות והאם יש לדפוס התנהגות זה הצדקה.
2. **נקודת מבט חיצונית ונקודת מבט פנימית**
	1. כאמור, כללים חברתיים הם דפוסי התנהגות. על כללים חברתיים אלו ניתן להתבונן מבחוץ. נקודת המבט החיצונית יכולה לתאר אותם כדפוסים שחוזרים על עצמם. כך למשל מתבונן סוציולוג על כללים חברתיים של חברה זרה. בני החברה מתבוננים על הכללים החברתיים הנוהגים בה מנקודת מבט פנימית. המשמעות של התבוננות זו מנקודת מבט פנימית היא שהם מצייתים לכללים האלה ציות פנימי (המציית סבור שהתנהגותו ראויה, מוצדקת). ההצדקה יכולה להיות מסוגים שונים (מדינית, תיאולוגית, חברתית וכו'). מי שנמצא בנקודת המבט הפנימית רואה את הציות לכלל כחובה, ולכן גם תהיה ביקורת של בני חברה על פרטים בתוכה שלא מצייתים לכלל. כלל חברתי שנתפס כמחייב יכול להיות שונה מדפוסי התנהגות שונים שאינם נתפסים כמחייבים. אפשר למשל לחשוב על כללים שאנשים מקבלים על עצמם אבל הם אינם מחייבים. הם יעילים, נוחים וכדו'. אדם יכול להחליט שהוא יוצא עם החברים שלו בכל שישי לפאב. יכול להיות שזה דפוס שמי שמתבונן בו יזהה דפוס התנהגות שקורה לאורך שנים, אבל לא ניתן יהיה לזהות כלל חברתי התואם את הדפוס הזה. הוא לא זוכה לציות פנימי במובן שהוא לא נתפס כראוי ומוצדק. לכן חשוב להבין שלא כל דפוס התנהגות הוא כלל חברתי. יכולים להיות דפוסי התנהגות שדרגת ההצדקה שלהם משתנה מכלל לכלל. ברור שבכל מערכת חברתית יש כללים שהם דפוסי התנהגות שזוכים לציות פנימי, ואת זה הארט מכנה כללים חברתיים.
	2. ההבחנה בין ציות פנימי לציות חיצוני הוא ההבחנה בין נקודת המבט הפנימית לחיצונית. ציות חיצוני הוא ציות מבלי באמת להסכים עם הכלל. קשה לדמיין מצב בו כולם מצייתים לכלל בציות חיצוני. אם הציות לכלל הוא חיצוני בלבד סביר להניח שדפוס ההתנהגות יתפוגג. כולם יבינו שהם עושים את זה בלי באמת להאמין בזה ולכן יפסיקו לפעול בהתאם לכלל. כדי שהכללים האלו ימשיכו להתקיים צריך להניח שיש קבוצה מספיק משמעותית של אנשים שמקיימים אותם בציות פנימי. זה לא אומר שצריך שכולם יקיימו את זה בציות פנימי, אלא שצריך מסה קריטית שמצייתת ציות פנימי ואפשר שתהיה קבוצת מיעוט שמצייתת בציות חיצוני. ההצדקה של דפוס התנהגות הנתפס כמחייב היא זו שמעניקה לדפוס ההתנהגות את הבסיס הנורמטיבי. לא החזרתיות היא זו שמעניקה לדפוס התנהגות בסיס נורמטיבי. לכן כשמדברים על כלל חברתי מדברים על דפוס התנהגות שיש לו הצדקה. ברגע שמבטלים את ההצדקה מבטלים את הנורמטיביות של הכלל.
3. **כללים משפטיים הם כללים חברתיים**
	1. כלל משפטי נתפס כמוצדק (כלומר כמחייב) על ידי בני החברה. במובן זה כלל משפטי במהותו הוא כלל חברתי. כשמדברים על דיני עונשין, דיני נזיקין ואפילו דיני המס, מדברים על דפוסי התנהגות הנתפסים כמחייבים על-ידי מסה קריטית של בני החברה. חשוב לזכור כי כשאומרים שכלל משפטי נתפס כמוצדק לא אומרים שהוא נתפס על ידי כל החברה כמוצדק, ויתכן שיהיה מיעוט שלא תופס את הכללים כמוצדקים. הארט מדגיש כי חיוני שכללים משפטיים יתפסו כמוצדקים על ידי הפקידים (מי שמפעיל את מערכת החוק, בכללם השופטים). כל מי שמפעיל את הכללים מזדהה איתם, משמע רואה אותם כמחייבים וכמוצדקים. לא מדובר רק על הפקידות, זה נכון גם לגבי חלקים גדולים מהחברה לגבי רוב הכללים המשפטיים. **הכללים המשפטיים לא נתפסים כמוצדקים באופן אידיאלי, אלא כעובדה חברתית**. זו עובדה חברתית שבני החברה הזו מצדיקים את הכללים החברתיים האלו. אם נתבונן על אותו ישוב ששומר על כל ההלכות הקשורות לשמירת שבת, כללים אלו קיימים בישוב זה כעובדה חברתית. גם אם אדם לא מאמין בקיום הלכות אלו, זה לא ישנה את העובדה שבישוב זה קיימים אנשים שמאמינים בסיפור הזה ומקיימים את הכללים הללו. ההצדקות התיאולוגיות הן לא מה שמעניין בשאלה האם יש כלל חברתי מסוים בישוב, מה שמעניין היא השאלה האם יש בישוב אנשים מאמינים שמקיימים את ההלכות. לכן יש לעשות את ההבחנה בין אמונה כעובדה חברתית לבין טענה על האמונה הנכונה. מה שמעניין פה זה מה אנשים מאמינים ואיך זה מהווה הצדקה למערכת של כללים. שמירת השבת באותו הישוב היא סוג של עובדה חברתית משום שיש שם דפוסי התנהגות שזוכים לציות פנימי.
	2. המשפט ביסודו יושב על המוסר הנוהג ככל שהמוסר הנוהג בנוי מכללים חברתיים. בהמשך נבין איך מבחינים בין כללים משפטיים שהם כללים חברתיים לבין כללים חברתיים שהם חלק מהמוסר הנוהג אבל לא חלק מהמשפט.
4. **יסוד ההבדל מאוסטין**
	1. חוק אינו פקודה של הריבון שצמודה אליה סנקציה אלא כלל חברתי הזוכה לציות פנימי. יסוד החוק אינו בעיקר בכוח של הריבון, אלא בנורמטיביות, בעובדה שהוא נתפס כמחייב ע"י בני החברה או הפקידות. בנורמטיביות כלולה גם סמכות, כשאנחנו תופסים כלל כמחייב חלק מזה הוא גורמים מסוימים בחברה שאנחנו מייחסים להם סמכות (מייחסים להם את היכולת ליצור נורמות). יצירת הנורמות היא לא ביטוי של כוח אלא סוג של יראת כבוד שבני חברה מסוימת מייחסים לגורמים מסוימים (מנהיגים, רבנים, מוסדות, מומחים, גופים נבחרים ועוד). לכן האנשים האלו לא מתפקדים בתור נותני פקודות המצמידים לפקודה סנקציה אלא בתור סמכויות להם הכוח ליצור נורמות. נורמות אלו, מרגע שהן נוצרות, זוכות לציות פנימי. גם המחוקק והריבון (וכל מי שמוסמך מטעמו) הם סוג מסוים של סמכויות הנכללים בתוך הנורמטיביות הזו.
	2. הכרה בסמכות של מחוקק/ריבון/מפקד בצבא/מנהל במקום העבודה היא יוצרת חובה לציית אבל היא לא מכריחה ציות. זה לא שאם מכירים בסמכות של מישהו יש הכרח פיזיקלי לציית. גם אם מכירים בסמכות של מישהו יכולים להיות מקרים של אי-ציות, זה לא עומד בסתירה. למשל במקרים בהם יש אי-הסכמה יסודית עם בעל הסמכות, או במקרים בהם סבורים שהנורמה שנוצרה בלתי מתקבלת על הדעת. זה שיש סיבות טובות לא לציית לפקודה זה לא סימן לאי-הכרה בסמכות. אפשר להכיר בסמכות של מישהו אבל שעדיין יהיו מקרים מסוימים בהם לא נציית. אפשר גם לא לציית לאו דווקא בגלל טעמים חריגים המצדיקים אי-ציות אלא בגלל שציות יוביל לנטל כבד או בגלל חולשת הרצון. לכן חשוב לשים לב שאין סתירה ושמצבים של אי-ציות לא גוררים אי-הכרה בסמכות או בכוחן המחייב של נורמות או של כללים חברתיים. כמובן שבמצבים בהם יש אי-ציות חוזר ונשנה זה אולי יכול להשמיט את הקרקע מתחת להכרה בסמכות.
	3. בניגוד לאוסטין, הכוח של הריבון לפי הארט הוא חשוב, אך כאמצעי מסייע. לפקודה, לפי הארט, לא בהכרח צמודה סנקציה. עם זאת, הסנקציה יכולה להיות כלי עזר חשוב במשפט. ניתן לדמיין לפי הארט נורמה שנתפסת כמחייבת ולא צמודה אליה סנקציה. יחד עם זאת ניתן לראות שהמשפט משתמש בסנקציות. למרות זאת, הסנקציות הן לא מה שמאפיין את מערכת המשפט. ניתן גם לראות שיש סנקציות שמטרתן לגרום לציות לחוקים, אבל אנשים לא מצייתים לחוקים מתוך פחד מסנקציה.
5. **ההבדל בין כלל חברתי לכלל משפטי**
	1. אם כלל הכללים המשפטיים הם כללים חברתיים, איך ניתן להבחין בין כללים משפטיים לכללים חברתיים שהם לא כללים משפטיים. כללים משפטיים, בעוד שהם כללים חברתיים, מצייתים להם ציות פנימי ומבקרים אנשים שסוטים מהם, אבל גם יכולים להעמיד מישהו לדין על אי-ציות ולהעניש אותו על כך. ניתן להפעיל את המערכת המשפטית על-ידי אותם כללים חברתיים שיש להם תוקף משפטי. זאת בשונה מכללים חברתיים שהם מחייבים אך שאין להם תוקף משפטי.
	2. לפי הארט, כדי להבחין בין כללים משפטיים לכללים חברתיים ישנו כלל חברתי שנקרא **כלל הזיהוי**. תפקיד כלל הזיהוי לזהות את אותם כללים חברתיים שהם כללים משפטיים. כלל הזיהוי כאמור הוא כלל חברתי שהשתכלל בחברה והוא מאפשר לזהות את אותם כללים חברתיים שהם כללים משפטיים. למשל באנגליה כלל הזיהוי הוא חוקי הפרלמנט וקביעות של בית הלורדים. מה שנקבע ע"י שני גופים אלו הם כללים משפטיים. בארה"ב יש כלל חברתי שמזהה מערך של גורמים שיוצרים כללים משפטיים (החוקה, הקונגרס, הסנאט, הנשיא, פסיקת ביהמ"ש העליון). בישראל יש כלל חברתי שקובע שחוקי הכנסת ופסיקות ביהמ"ש העליון הם היוצרים כללים משפטיים. האזרחים מזהים את הכנסת ואת ביהמ"ש העליון כמוסדות שיש להם סמכות ליצור כללים חברתיים בעלי תוקף חברתי.
	3. כיצד יודעים מהו כלל הזיהוי בחברה מסוימת – כדי להבין מהו כלל הזיהוי יש להתבונן על שחקנים בזירה המשפטית (פקידים, שופטים, אפילו אזרחים מהשורה) ולבחון את דרך הפעולה שלהם. יש לציין כי נקודת המבט הטובה ביותר היא בתי המשפט. שופטים ידעו להגיד בדיוק איך נוצרים כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי.
	4. כלל זיהוי יכול להיות פשוט או מורכב – כלל זיהוי פשוט קובע ספר, טקסט (התורה, החוקה) או מוסד שהם אלו הקובעים מהם הכללים החברתיים להם תוקף משפטי. כלל זיהוי מורכב מזהה כמה מוסדות וקובע היררכיה ביניהם. בישראל אלו הכנסת וביהמ"ש העליון. בארה"ב החוקה, הנשיא, הקונגרס, הסנט, ביהמ"ש העליון. בהלכה אלו התורה שבכתב, התלמוד ולבסוף סנהדרין.
	5. כלל הזיהוי במדינת ישראל וחוק יסוד הכנסת – כאשר אומרים שהכנסת מוסמכת לחוקק חוקים זה אומר שיש מסה קריטית בקרב החברה שמכירה בסמכות הכנסת ליצור חוקים. מהרגע שהכנסת יוצרת חוקים, החוקים האלו הופכים להיות כללים חברתיים שיש להם תוקף משפטי. הכוח של החוקים הוא לא רק בגלל שלכנסת יש את הכוח להפעיל את המשטרה ואת הצבא, ולממשלה מכוח הכנסת יש את העוצמה הזו שאין לאף גורם אחר במדינה להטיל סנקציות על מי שלא מקיים את החוק. זה בראש ובראשונה משום שיש כלל חברתי שיוצר בעיני רוב בני החברה יראת כבוד כלפי הכנסת. בד"כ כשחוק נוצר הוא בראש ובראשונה כלל חברתי ובהיותו כלל חברתי הוא נתפס כמחייב בקרב בני החברה. ס' 1 לחו"י הכנסת קובע שהכנסת היא בית הנבחרים של המדינה. עם זאת, לא סעיף זה שבחוק היסוד מעניק לכנסת מעמד של מוסד מחוקק בישראל. לא קבעו את הסמכות לחוקק משום שהמתינו לחו"י נוסף הנקרא חו"י החקיקה (חוק שנדחה לנצח), שאמור לקבוע שהכנסת היא הגוף שבסמכותו לחוקק. לכן ניתן לשאול האם מכוח חו"י הכנסת היא קיבלה את הסמכות שלה לחוקק חוקים. ברור שמנקודת מבט סוציולוגית, המעמד של הכנסת כמוסד מחוקק הוא לא מכוח חו"י הכנסת. מה שמעניק סמכות לכנסת ותוקף משפטי לחו"י הכנסת היא הסכמה חברתית שהתגבשה בחברה הישראלית, כלומר כלל חברתי, שהוא במונחי הארט כלל הזיהוי בחברה הישראלית. מהרגע שהכלל החברתי הזה קיים הכנסת, באמצעות חו"י הכנסת, יצרה הצהרה בחוק על זה שהיא בית הנבחרים של המדינה על כל המשתמע מכך. **עדיין אם נשאל איפה מקור הסמכות של הכנסת צריך לדייק שמקור הסמכות של הכנסת אינו בחוק אלא בגיבושה של הסכמה חברתית (כלל חברתי) שמכיר במוסד הזה כמוסד שמוסמך לחוקק חוקים**. בשל כך הכללים החברתיים שהכנסת יוצרת הם בעלי תוקף משפטי. כמובן שאין הכוונה לכך שחו"י הכנסת מיותר. יש בחוק זה הרבה סעיפים שמתארים את אופן הפעולה של הכנסת, והוא נותן ניסוח פרקטי לכל מני דפוסי התנהגות שקשורים לאופן בו הכנסת נבחרת וחברי הכנסת יתפקדו. ביהמ"ש העליון גם הוא יונק את סמכותו ומעמדו מכוח כלל הזיהוי שקיים בחברה הישראלית. אם מניחים שהסמכות של ביהמ"ש העליון יונקת מהסכמה חברתית לגבי מעמדו של העליון כמוסד שיפוטי המוסמך לפרש את החוקים, לבקר אותם, לבקר את הממשלה, לבקר את הכנסת וכו', גם הכרה זו מגיעה מאותו כלל זיהוי. אם אכן ביהמ"ש העליון יונק את סמכותו מהציבור המשמעות היא שכלל הזיהוי בחברה הישראלית הוא כלל מורכב. הוא מכיר בכמה מוסדות כמוסדות שיכולים ליצור כללים משפטיים, כל אחד בדרך שלו (אם חקיקה אם פרשנות וביקורת). מישהו יכול לבוא ולטעון שביהמ"ש העליון לא יונק את סמכותו במישרין מהציבור כחלק מכלל הזיהוי אלא שהיא נוצרת ע"י הכנסת מכוח החקיקה של חו"י השפיטה. לכנסת יש את הכוח החקיקתי, והיא יכולה להאציל סמכותה לגופים שונים (בין אם אלו פקידים או ביהמ"ש). עם זאת, **אם ננתח נכון את המציאות בחברה הישראלית נבין שיש בה כלל זיהוי מורכב. כלל הזיהוי מכיר במספר מוסדות כבעלי היכולת לחוקק חוקים**.
	6. יכול מאוד להיות שהכנסת, כשהיא יוצרת כלל חדש, בשלב שהיא יוצרת את הכלל הוא עדיין לא הפך להיות כלל שיצר דפוס התנהגות. עד שדפוס התנהגות משתרש זה לוקח זמן. לכן, בשלב הראשון הוא לא דפוס התנהגות רגיל כמו כללים חברתיים מושרשים. לכן **חשוב להבין שישנם גם כללים משפטיים שהם עוד לא כללים חברתיים, מאחר שהם עוד לא הושרשו**. מהרגע שהם הושרשו הם כבר נהיים כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי. לצד זאת ניתן להסתכל על כללים שמחוקקת הכנסת שהם כבר היו כללים חברתיים וכל מה שהכנסת עושה זה לנסח אותם באופן רשמי ומפורט ולתת להם תוקף משפטי. מכאן **שהכנסת יכולה ליצור כללים חברתיים חדשים או לקחת כללים חברתיים קיימים ולתת להם תוקף משפטי**.
	7. האם לכלל הזיהוי תוקף משפטי – כלל הזיהוי הוא כלל חברתי שהוא כלל משפטי, אבל אי אפשר ולא יהיה נכון לייחס לו תוקף משפטי. כאמור כלל הזיהוי הוא כלל חברתי, נוצרה הסכמה שמזהה מוסד כמוסד שיש לו סמכות ליצור כללים משפטיים. על כלל הזיהוי אין לומר שהוא בעל תוקף משפטי. תוקף משפטי יש לכללים שהם מזוהים ע"י כלל הזיהוי. כלל הזיהוי יוצר מוסד שיוצר כללים חברתיים שיש להם תוקף משפטי מכוח הפעולה של המוסד הזה. כלל הזיהוי עצמו הוא לא תוצר של המוסד הזה. להיפך, הוא זה שמעניק את הסמכות לאותו המוסד שיוצר כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי. כלל הזיהוי הוא עצמו כלל חברתי שהוא חלק ממערכת המשפט (ואפילו הבסיס שלה) אבל לא יהיה נכון לדבר עליו במונחים של תוקף משפטי. הוא המקור לתוקף משפטי ולכן הוא עצמו אי אפשר לדבר עליו במונחים של תוקף משפטי. המשל של הארט לכך הוא "כשם שאורך המטר בפריס אינו מטר, כך לכלל הזיהוי אין תוקף משפטי". הצרפתים הם אלו שהמציאו את האורך הנקרא מטר. זו שאלה של מוסכמה מה האורך של המטר, הגדירו אורך מסוים כמטר וכך יודעים מהו האורך של המטר. כדי לדעת מה האורך של המטר בא מישהו והביא בלוק, הוא אמר שזה הבסיס לקביעת האורך הנקרא מטר. המטר הזה נמצא בפריס. ניתן לשאול מה האורך של המטר הזה בפריס, שהוא הבסיס לומר שכל הדברים האחרים אורכם מטר. התשובה היא שאי אפשר לומר שהאורך שלו הוא מטר כי משווים אותו לעצמו, מאחר שהוא זה שקובע מהו האורך של המטר. הוא לא מטר מכוח זה שהוא דומה למשהו אחר, הוא מטר משום שזה שמו. הסכימו שהוא הוא המטר. הוא הדין באשר לכלל חברתי שמאפשר לייצר כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי. על הכלל הראשון לא ניתן לדבר במונחים של תוקף משפטי. עדיין חשוב לזכור שכלל הזיהוי הוא כלל משפטי, הוא נתפס ע"י הציבור כחלק ממערכת המשפט. הוא יסוד התשתית של מערכת המשפט.

## **כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני**

1. ההבחנה בין כללים מסדר ראשון לכללים מסדר שני היא רלוונטית למשפט אבל היא לא חלה רק במשפט. זו הבחנה שיכולה לחול לגבי סוגים שונים של כללים (כללים אישיים, כללים חברתיים, כללים של ארגונים וכדו').
2. **כללים מסדר ראשון** – כלל מסדר ראשון הוא כלל לגבי התנהגות. כללים אלו מכתיבים התנהגות מסוימת (לא תרצח, לא תתקוף). גם כללים מעניקי כוחות הם הרבה פעמים כללים מסדר ראשון (אם רוצים לעשות עסקה במקרקעין יש לעשות מסמך בכתב).
3. **כללים מסדר שני** – כללים לגבי כללים מסדר ראשון. כללים אלו קובעים קביעות שונות לגבי הכללים מסדר ראשון. לדוגמה, כלל מסדר שני יכול להכתיב מה עושים כששני כללים מסדר ראשון סותרים זה את זה. הוא אומר איך לפעול עם כללים. יכולים גם להיות כללים מסדר שלישי, שמכתיבים איך לנהוג עם כללים מסדר שני.
4. **חשיבות ההבחנה**
	1. הבחנה זו חשובה לטובת הבנת התפקוד של מערכות משפט, במיוחד כשמנסים להבין מערכות נורמטיביות שהן דמויות משפט.
	2. כלל הזיהוי הוא כלל מסדר שני – כלל הזיהוי הוא כלל ביחס לכללים. הוא אומר לנו כאזרחים, פקידים או שופטים עם אילו כללים חברתיים פועלים ככללים משפטיים. כלל הזיהוי למעשה מצביע על כלל חברתי מסוים ככלל משפטי. המשמעות של התנהגות עם כלל חברתי ככלל משפטי היא האפשרות להעמיד לדין, לנהל חקירה, להוציא לפועל, לתבוע, להעניש וכדו'. הוא יכול להפעיל את כל הכוחות של מערכת המשפט כדי לפרש את הכללים האלו. זאת בשונה מכללים חברתיים שניתן להפעיל אותם אך לא ככללים משפטיים. כללים משפטיים מעניקים כוחות ליצירת חובות וזכויות משפטיות, בעוד שלא ניתן לעשות זאת באמצעות כללים חברתיים שאין להם תוקף משפטי.
	3. כללי שינוי וכללי שפיטה – גם אלו הם כללים מסדר שני. הם קיימים בכל מערכת משפט. **כללי שינוי** קובעים כיצד יוצרים כללים חדשים וכיצד מבטלים או משנים כלים קיימים בהתאם לנסיבות. לטובת כך יש כללי חקיקה (ראשית, משנית, לקונה ועוד) שהם כללי שינוי. לכללי השינוי חשיבות עצומה במערכות משפט משום שהם מאפשרים למערכת המשפט להתאים את עצמה לנסיבות משתנות. באמצעות כללי שינוי ניתן לדעת באופן ודאי מתי כללים נוצרו, מתי כללים התבטלו, מתי הם השתנו וכיצד. זה בשונה ממערכות נורמטיביות שאינן מערכות משפט, בהן הכללים יכולים להשתנות אך לא ניתן בוודאות לדעת איך ומתי זה קורה. ברגע שיודעים איך ומתי השינוי קורה המערכת יכולה להסתגל לשינויים של נורמות ושל כללים. זאת בשונה ממערכות כללים שונות בהן לא ניתן לבצע שינוי באופן ודאי, ברור ויעיל. **כללי שפיטה** הם כללים לגבי היישום של הכללים המשפטיים, במסגרת של הליכים משפטיים. איך בדיוק מזהים את הכללים, מיישמים אותם וכדו'. למשל, כללי פרשנות; כשיש חוסר וודאות לגבי המשמעות של מונח מסוים או לגבי התחולה של כללים מסוימים על מצב מסוים. במערכות משפט שונות ניתן למצוא מערך של כללים הרלוונטיים למקרה הנדון שמאפשר הגעה לתוצאות שונות ומגוונות, ונדרשים לכללים שיקבעו כיצד להכריע באותו מקרה (האם הולכים לפסיקה או חקיקה מאוחרת לעומת מוקדמת וכו'). אלו כללים שמאפשרים לשופטים ליישם את הכללים באופן בהיר, יעיל ושניתן לצפייה ע"י האזרחים.
5. **המשפט הוא איחוד של כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני**
	1. הטענה של הארט היא שבמערכות נורמטיביות פשוטות (טרום משפטיות), ישנם רק כללים מסדר ראשון (המוסר הנוהג). זה מאפיין קבוצות חברתיות שהן חברות פשוטות, שאולי לא הקימו מערכות משפט והן יחסית קטנות. כשחברה מסוימת עוברת ממצב טרום משפטי למצב בו יש לה כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני היא למעשה חברה בה יש מערכת משפט. השילוב של כללים מסדר ראשון מסוגים שונים וכללים מסדר שני, שמאפשרים זיהוי, שינוי ויישום של כללים מסדר ראשון, הוא זה שיוצר את מערכת המשפט.
	2. האיחוד בין כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני מעניק למערכת המשפט יציבות, צפיות וודאות (יכולת לזהות את החוקים); גמישות (האפשרות לשנות את הכללים כדי להתאימם לנסיבות חדשות); יעילות וודאות (להחיל ביעילות את החוקים כדי ליישב סכסוכים). התכונות האלה אינן נחלת מערכות נורמטיביות טרום משפטיות. ככל שמדובר במערכות גדולות ומתוחכמות, שחלות על אוכלוסייה רחבה ועל מערכות חברתיות מגוונות, קשה לחשוב על זה בלי מערכת משפט שתפעל בקרבן. מה שמאפיין כאמור את מערכת המשפט הוא האיחוד של כללים מסדר ראשון עם כללים מסדר שני.
	3. חשוב לשים לב שזו תכונה פורמאלית של מערכת משפט, היא לא אומרת שום דבר על התוכן של מערכת זו. מדברים רק על הצורך בתפקוד יעיל של המערכת. זה לא קשור להיבטים המוסריים של מערכת המשפט. יכולה להיות מערכת משפט לא מוסרית שתעמוד בדרישות האלו של מה שמכונה כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני.

## **תשובות הארט לקשיים בתאוריית הפקודה**

1. **הבסיס הנורמטיבי של מערכות המשפט** – תיאוריית הפקודה של אוסטין הדגישה את הריבון, את הכוח שלו ואת היכולת שלו להפעיל סנקציות. הארט סבור שהוא התעלם מההיבט הנורמטיבי של מערכת המשפט. הארט כתגובה ביסס את התיאוריה שלו על הנורמטיביות של מערכת המשפט (המשפט כמערכת של כללים חברתיים). הארט מדבר על מסה קריטית של בני החברה שמקבלים את המשפט כמחייב והם מצייתים לו ציות פנימי (ולכן גם מבקרים את אלו שסוטים ממנו). במובן הזה הביקורת המרכזית ביותר של הארט היא על הבסיס הנורמטיבי, וזה לא מקרה שזו נקודת המוצא שלו בפיתוח תורת המשפט שלו.
2. **ההבדל בין נורמות מטילות חובה לנורמות מעניקות כוחות וזכויות** – אוסטין, המבסס את התיאוריה שלו על פקודות וסנקציות, מתקשה להסביר נורמות מעניקות כוחות וזכויות. אוסטין ניסה להתעמת עם בעיה זו (הסבר שחוסר התוקף של פעולה זה הסנקציה וכדו'). אם מתבוננים על ההבחנה הזו בין סוגי הנורמות, התיאוריה של הארט מסבירה אותן באופן מוצלח ביותר. כשחושבים על הנורמטיביות של מערכת המשפט מבינים שהיא לא רק בהטלת חובות, היא גם ביכולת של המשפט להעניק כוחות משפטיים. כוחות אלו יקבלו הכרה ע"י בני החברה בכללותם. היכולת של מערכת המשפט להעניק לנו כפרטים ולפקידים כוחות היא פונקציה של ההכרה של החברה בכוח שהנורמות האלו נותנות לנו ליצור את אותן הנורמות. כשהחברה נותנת לי כוח ליצור צוואה זה כוח עצום משום שניתן לשלוט בנכסים לאחר המוות. זו פונקציה של ההכרה בכוח שלי לעשות עם רכושי כרצוני גם לאחר לכתי. יש יראת כבוד של החברה ושל מערכת המשפט לרצון שלי, שבא לידי ביטוי בצוואה, שיעשה ברצוני דבר כזה או אחר.
3. **מנהג בעל תוקף משפטי, המנהג אינו נזקק לכלל הזיהוי** – אחת הביקורות של הארט כלפי אוסטין הייתה על כך שלא ניתן באמצעות התיאוריה של אוסטין להסביר כיצד למנהג יש תוקף משפטי. אם נזכרים במקורות משפטיים נזכרים בחקיקה, פסיקה ומנהג. הטענה של הארט הייתה שהמנהג, מרגע שהוא נתפס כמחייב מבחינה משפטית, הרי יש לו תוקף משפטי עוד לפני שבתי המשפט נתנו לו תוקף משפטי (דוגמת פיצויי פיטורין קודם חקיקת החוק). לפי אוסטין קשה מאוד להסביר את הדבר הזה משום שחוק הוא תמיד פקודה של הריבון, הוא כוח שהוא מפעיל. לפי הארט אין קושי להסביר מנהגים להם תוקף משפטי. לפי הארט, מנהגים יכולים לקבל תוקף משפטי מעצם ההכרה של הציבור בנורמה שהיא נתפסת כחלק מהמשפט והיא לא נזקקת מהבחינה הזו לכלל הזיהוי. כשם שכלל הזיהוי עצמו הוא כלל משפטי אבל אי אפשר לדבר עליו במונחים של תוקף משפטי, יכולים לדבר על מערך שלם של כללים חברתיים שלא זוהו ע"י כלל הזיהוי (במובן שהם חוקקו ע"י גורם שכלל הזיהוי זיהה), אבל הם הופכים להיות כללים שנתפסים ע"י החברה ככללים משפטיים, וממילא הם חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט. ברגע שהחברה מכירה בכלל כמחייב במנותק מכלל הזיהוי, הוא יכול להפוך להיות מחייב. הוא נוצר ע"י החברה בכך שהיא תופסת אותו כדפוס התנהגות מחייב בחברה. היום נמצא באופן יחסי מעט מאוד נורמות שהן נוצרו וממשיכות לפעול מכוח המנהג. מה שקורה בד"כ, בגלל ההתפתחות של מערכת המשפט, זה שגם נורמות שהיו בעבר מנהגים הופכות להיות חוק. אז ניתן לזהות אותן באמצעות כלל הזיהוי ולרוב גם שוכחים את המקור שלהן כמנהג. עדיין מבחינה היסטורית היו מערכות משפט בעבר בהן מנהגים היו מקור בלתי נדלה לנורמות משפטיות. היו מנהגים שהחברה תפסה אותם כמחייבים מבחינה משפטית. את הדבר הזה אין קושי להסביר מנקודת המבט של הארט. יחד עם זאת, הארט יודה שככל שהחברה הופכת להיות יותר מורכבת, המנהג כבר לא מייצר נורמות משפטיות, וגם כשהוא מייצר נורמות משפטיות הוא עובר מהר מאוד את העיבוד של המחוקק ואז זה כבר לא מנהג.
4. **נורמות שחלות על הריבון** – לאוסטין היה קושי להסביר נורמות מהסוג הזה. איך אפשר להעמיד ראש ממשלה לדין? איך אפשר לדבר על זה שהריבון צריך לשלם מיסים? יש קושי משום שעושים הבחנה בין הריבון, שזוכה להרגל ציות ולא צריך לציית לאף אחד, לבין העם, עליו חל החוק. אם הוא פועל לפי החוקים זה לטובת דוגמה אישית. בתמונות מודרניות של הריבון תופסים אותו כמי שהחוק חל עליו וכמי שעצם מעמדו כריבון הוא פונקציה של החלטה של החוק. אם החוק הוא זה שמחליט הוא מעל הריבון וחל עליו במובנים שונים (קובע מי הריבון ושנורמות שונות חלות עליו). קושי זה לא קיים בתמונה של הארט. אם מדברים על הנורמטיביות של מערכת המשפט אומרים שהיא חלה על כולם, כולל על הריבון. הנורמטיביות של מערכת המשפט קשורה לאופן בו הכללים נתפסים כמחייבים ע"י הקבוצה בכללותה. אין מניעה שהקבוצה תחשוב שהכללים מחייבים את הריבון. יכול להיות שנוצרה בחברה מסוימת תפיסה לפיה הריבון פטור מהכללים. כשחברה תופסת את הריבון כמי שמשוחרר מהנורמות האלו זה בהתאם לנורמטיביות של מערכת המשפט. בחברה מודרנית, שחושבת שהפקידים והריבון כפופים לחוקים, חלק מהתפיסה הנורמטיבית של החברה הזו אומרת שהחוק חל על כולם, כולל על הריבון. לפי הארט, הכל תלוי באופן בו החברה תופסת מי מחויב במה. לכן אין שום מניעה לחשוב על נורמות שחלות על הריבון. הכנסת בישראל יכולה לחוקק רק בגבולות הסמכות של המחוקק, אותם מציב העם. לכן אם שואלים האם לכנסת יש סמכות להעניש אנשים על נסיעה בשבת, התפיסה הנכונה היא שכל עוד ההסכמה החברתית סביב הכנסת היא לא סביב כללים מהסוג הזה, ושלא עולה בדעתו של אזרח שהכנסת יכולה לחוקק חוקים דתיים כאלו, התשובה היא שמנקודת המבט של הסכמה חברתית לכנסת אין סמכות לכך משום שיש לה סמכות מוגבלת. לכן ניתן להגיד שלכנסת אין סמכות בלתי מוגבלת כלל. יש כאלו שטוענים שהסמכות של בג"ץ להגביל את הכנסת זה בדיוק לקבוע את גבולות הסמכות של הכנסת.
5. **המערכתיות ואימפרסונליות של מערכות משפט** – אחת הביקורות של הארט על אוסטין הייתה שלפי אוסטין חוקים נתפסים כפקודות, הקשורות לנותן פקודה. הטענה של הארט הייתה שכשאנחנו חושבים על מערכות משפט ניתן לחשוב על מחוקק שיצר חוק, אבל מהרגע שהחוק נוצר הוא מתנתק מהמחוקק שלו והוא הופך להיות חוק שהוא מעין חי נושא את עצמו. הוא לא תלוי במחוקק שחוקק אותו, בטח לא במישור הפרסונאלי. מהרגע שהחוק נוצר הוא מתנתק מהאישיות שיצרה אותו. זאת בשונה מפקודה, שהיא תמיד קשורה אל נותן הפקודה ונעלמת כשנעלם נותן הפקודה. את קיום החוק קל להסביר באמצעות התפיסה של הנורמטיביות של מערכת המשפט. הנורמטיביות היא זו שמעניקה את הבסיס המערכתי והאימפרסונאלי של החוקים, והיא זו שהופכת אותם לתקפים במנותק ממי שחוקק אותם. מהרגע שמחוקק משתמש בסמכותו ויוצר חוק, החוק הזה נתפס כמחייב וכמשפטי ע"י בני החברה, ולכן יש לו תוקף. כל עוד לא בא המחוקק וביטל אותו הוא עומד כבעל תוקף בעיני בני החברה. מכאן המערכתיות והאימפרסונאליות של מערכת המשפט מסבירות את ההבדל בין החלת ריבון להחלפת מערכת המשפט. חלק מהקושי בתיאוריה של אוסטין הוא שכל אימת שמתחלף ריבון לכאורה צריך לומר שמתחלפת מערכת המשפט. כשעולה ריבון חדש מניחים שהוא מחוקק מחדש את כל החוקים שחוקקו הריבונים הקודמים. זו תפיסה משונה של מערכת המשפט משום שוודאי שכשריבון עולה הוא לא צריך לחוקק מחדש את כל החוקים הקיימים, הם קיימים במנותק מהריבון שהיה וללא קשר לפקודה חדשה של הריבון החדש. אז נשאלת השאלה מה ההבדל בין התחלפות ריבון להתחלפות מערכת משפט. מערכת משפט יכולה לבוא אל קיצה, וריבון יכול להתחלף, ומדובר בשני תהליכים פוליטיים שונים לחלוטין. ניתן לקחת כדוגמה את המעבר מן המנדט הבריטי למדינת ישראל. ס' 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט (הפקודה הראשונה שחוקקה הממשלה בתש"ח) רצה לדאוג ליציבות של המשפט במדינת ישראל, לכן הוא קבע כי "המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ב-14 במאי 1948 יעמוד בתוקפו". תוכן החוקים של מערכות המשפט זהה, אבל הם כבר לא חוקים מנדטוריים אלא חוקי מדינת ישראל. זו מערכת משפט חדשה למרות שתוכן החוקים זהה לחלוטין. מה שהשתנה במקרה זה הוא כלל הזיהוי. התהווה כלל זיהוי חדש, שמזהה את הכנסת כמי שמייצר את הכללים החברתיים שיש להם תוקף משפטי. מרגע זה מדובר במערכת משפט חדשה. מאז 1948 המשפט הישראלי עבר שינויים דרמטיים; כמעט כל סעיף בחוקי מדינת ישראל מאז ועד היום השתנה. המשמעות היא שמבחינת התוכן הנורמטיבי מערכת המשפט הישראלית היום שונה באופן דרמטי ממה שהיה ב-1948. עדיין נכון יהיה לומר שלמרות הזהות הנורמטיבית בין מערכת המשפט הישראלית ב-1948 לבין מערכת המשפט המנדטורית אלו מערכות משפט שונות, בעוד שלמרות השינויים שחלו מאז 1948 ועד היום עדיין מדובר באותה מערכת משפט. כל זאת על בסיס כללי השינוי במערכת המשפט הישראלית, המאפשרים למערכת להתאים את עצמה למציאות. בגלל כלל הזיהוי מערכת המשפט הישראלית שומרת על זהותה. כאן מבינים את ההבדל בין החלפת מערכת משפט להחלפת ריבון. החלפת ריבון לא נוגעת לכלל הזיהוי. **אם כלל הזיהוי נשמר, מערכת המשפט נשמרת. אם כלל הזיהוי משתנה אז ניתן להגיד שמתחלפת מערכת המשפט. זה בלתי תלוי בתוכן של מערכת המשפט**.

# **שלטון החוק**

## **הקדמה**

1. בנושא זה נדון מנקודת מבטם של רז ושל פולר. פולר חולק על רז ועל הארט שהיה המורה של רז.

## **משמעותו של שלטון החוק**

1. הטענה שרז פותח בה היא שמשמעותו של רעיון שלטון החוק מתחילה מהמובן המילולי שלו. כשאומרים שהחוק צריך לשלוט המשמעות היא שבני אדם צריכים לציית לחוק, והם צריכים להיות נשלטים ומודרכים על ידי החוק. זו גם עמדה של בני אדם כלפי החוק (לציית) וגם תכונות של החוק שמאפשרות לחוק להדריך את בני האדם. חשוב לשים לב שבתיאוריות פוליטיות ומשפטיות שלטון החוק התפרש באופן צר יותר. פחות מדברים על תכונות של החוק, אלא מדברים על כך שהשלטון (הרשויות) צריך להיות מודרך על ידי החוק וכפוף לו. מכאן מגיע המונח "שלטון החוק ולא שלטון בני אדם". כשמישהו בא לחקור את המושג הזה של שלטון החוק הוא מנסה לשאול מה עולה מהרעיון הזה שכולנו, גם הנתינים וגם הרשויות, פועלים לפי החוק. איזה יתרון זה נותן ומה טיבו של האידיאל הזה. ניתן לראות מהדיונים של רז שיש הרבה בלבול בהבנה של המושג הזה, והבנה טובה שלו נותנת תובנות למה אנחנו מתכוונים שאומרים שלטון החוק ביחס למשפט.
2. רז ציטט את פרידריך האייק (פילוסוף אוסטרי ותאורטיקן של המשפט, כתב את הדרך לשעבוד): "הממשל בכל פעולותיו כפוף לחוקים שנקבעו ופורסמו מראש, חוקים שמאפשרים לצפות במידה רבה של וודאות כיצד הרשות תשתמש בכוחה בנסיבות מסוימות, ולתכנן את פעולותינו על בסיס הידע הזה". הממשל צריך להיות כפוף לחוקים, והיתרון של החוקים האלו הוא הצפיות שהם נותנים לנו ביחס להתנהלות הממשל. במרכיבים השונים של ההגדרה הזו רז דן. גם פולר דן בהגדרה זו והם מסיקים מכך מסקנות שונות.
3. **שלטון החוק מול שלטון החוק הטוב**
	1. מושג, או אידיאל, של שלטון החוק שונה מרעיון של שלטון החוק הטוב. רז טוען זאת משום שלא מעט הוגים ומשפטנים מאמינים ששלטון החוק כרוך בערכים שאנשים מאמינים שהם טובים (צדק, שוויון, זכויות אדם). לפי ברק ומשפטנים אחרים, כשמדברים על שלטון החוק כוללים בכך את התכונות הללו. אולם, מערכת משפט לא דמוקרטית, שלא מכבדת זכויות אדם (מפלה וכדו'), יכולה לענות על דרישות שלטון החוק, לא פחות מאשר משטר שמכבד את אלו. זה לא אומר שמשטר כזה הוא טוב יותר, ברור שהוא גרוע יותר. לפי רז צריכים לעשות הפרדה בין המושג שלטון החוק לבין שלטון החוק הטוב.
	2. חשוב לרז לעשות את ההפרדה בין שלטון החוק לבין שלטון החוק הטוב משום שאם עקרון שלטון החוק הוא שלטון החוק הטוב, אז המושג שלטון החוק מאבד מהיעילות ומהקוהרנטיות שלו. לא נוכל לנתח אותו על מרכיביו ואת האופן שבו הוא מתקיים במציאות המשפטית. אם נערבב אותו עם מושג שלטון החוק הטוב נדרש לתיאוריה פוליטית-משפטית מקיפה ורחבת ממדים, הכוללת תיאוריה של שוויון, צדק חברתי, זכויות אדם, כבוד אדם ועוד. אלו תיאוריות חשובות ביותר אך אנחנו לא רוצים לנהל דיונים עליהן. אנחנו רוצים להבין מה אומר מושג שלטון החוק במנותק ממושגים אלו. הפרדה זו היא הפרדה שתאפשר לנו להתבונן באופן מדוקדק על שלטון החוק במנותק משאלות כבדות אחרות. לא רוצים שהמושג שלטון החוק ילך לאיבוד במהלך הדיון.
4. **לכאורה רעיון שלטון החוק (במובן הצר) הוא ריק מתוכן** – אם החוק, שנחקק על ידי הממשל, מסמיך את הממשל לעשות כל שברצונו, אז כל פעולה של השלטון מתיישבת עם שלטון החוק. אם כל המשמעות של שלטון החוק היא פעילות של הממשל בהתאם לחוק, כל מה שהממשל צריך לעשות זה לחוקק חוקים שמסמיכים אותו לעשות כרצונו. לא מרוויחים הרבה מקיום שלטון החוק. אם זה המצב, האם שלטון החוק הוא בכלל אידיאל משפטי פוליטי, האם אין הוא ריק מתוכן? התשובה לשאלה הזו נעוצה בהבנה כי שלטון החוק הוא כלי להכוונת התנהגות של האזרחים ושל השלטון. הצורך בהכוונת התנהגות יוצר מערך שלם של אילוצים שמכניס ממד מעניין לחוק שכדאי לשים לב אליו. טיבו של הממד הזה הוא מה שרז רוצה להתמקד בו וסביבו יש לא מעט ויכוחים. גם בהקשר הזה רז עושה הבחנה בין החוק כפי שהוא נתפס ע"י הדיוטות והחוק כפי שנתפס ע"י מומחים.

## **יסודות שלטון החוק**

1. שלטון החוק מושתת על שני יסודות: 1. בני אדם, לרבות השלטון, יצייתו לחוק. 2. כדי שבני אדם יצייתו לחוק, לחוק צריכה להיות תכונה שהוא יכוון את ההתנהגות שלהם. נתמקד בעקרון השני, אילו תנאים צריכים להתמלא כדי שהחוק יכוון התנהגות. אלו הם העקרונות של שלטון החוק הפורמלי והיוריספרודנטלי של ברק (להבדיל מהמהותי).
2. **הכוונת התנהגות**
	1. כלליות – כדי לכוון התנהגות החוקים צריכים להיות כלליים (ולא ספציפיים). פירוש הדבר שאם לוקחים קבוצה של אנשים, לא ניתן לכוון התנהגות באמצעות צווים ספציפיים. אפשר לתת למישהו פקודה ברגע מסוים איך להתנהג, אבל כדי לכוון התנהגות באופן סדיר ומתמשך לא די בצווים ספציפיים. לטובת כך נדרשים כללים. כללים עוסקים בדפוסי התנהגות.
	2. פרוספקטיביות – חוקים צריכים להיות פרוספקטיביים ולא רטרואקטיביים. הם צריכים להיות צופי פני עתיד, להגיד מה לעשות מכאן ואילך. אפשר לחוקק חוקים שמתייחסים למעשים שנעשו בעבר אבל הם חוקים שלא יכולים לכוון התנהגות. אי אפשר לכוון התנהגות בדיעבד. לכן מחוקק לא יכול לחוקק חוקים רטרואקטיביים. אי אפשר לשנות את העבר.
	3. בהירות – חוקים צריכים להיות חתוכים וברורים. הם לא יכולים להיות כלליים מדי או עמומים. אי אפשר לכוון התנהגות ע"י זה שאומרים למישהו להתנהג בתו"ל. המושג תו"ל כל-כך כללי ועמום שהוא יכול להתפרש בהמון דרכים עד כדי שהוא לא יכול לכוון התנהגות. כדי לכוון התנהגות צריך שתהיה האפשרות ליישם את החוק באופן מכאני, ושלא נדרש לפעולה של פרשנות או מומחיות.
	4. יציבות – החוקים צריכים להיות יציבים ככל הניתן. כשמדברים על יציבות מדברים על יציבות יחסית. לא מתכוונים לומר שהיציבות היא בזה שהחוקים לא ישתנו לעולם. חלק מהתכונות של מערכת המשפט זה היכולת שלה לשנות את עצמה ולהתאים את עצמה לנסיבות חדשות, בשונה ממערכות נורמטיביות פשוטות להן אין את היכולת הזו (ושבהן שינויים הם מאוד הדרגתיים ולא וודאיים). אם מניחים בצד את היכולת המהותית להשתנות, עדיין צריך לזכור שגם בהינתן היכולת של מערכות משפט לשנות חוקים, הן צריכות למעט עד כמה שניתן בשינוי חוקים. יש ערך עצום למערכות נורמטיביות, ולמערכות משפט באופן ספציפי, שהחוקים יהיו יציבים, שהם לא ישתנו באופן תדיר. ברגע שהחוק משתנה זה גורם למערכת שלמה של ערעורים על היכולת שלו לכוון התנהגות. אפשר לחשוב על מערך שלם של פגיעות ששינוי בחוק יכול לגרום בתפקוד שלו ככלי להכוונת התנהגות. עד כדי כך זה חשוב שהרבה פעמים מחוקקים יחשבו פעמיים לפני שהם משנים חוק, שהם סבורים שיש הצדקה לשנות אותו, משום שהם חושבים שהמחיר שהמערכת תשלם על כך שהחוק ישתנה הוא גדול מהרווח שהמערכת תרוויח משינוי החוק לחוק יותר טוב. האיזון הזה בין השיפור מהרפורמה לבין הנזק מהשינוי הוא עניין שהמחוקק צריך לקחת בחשבון כל זמן שהוא חושב על שינוי החוק. חשוב לשים לב שיש מערכות משפט (דוגמת ההלכה היהודית) להן חרדה עצומה מהרעיון של שינוי. עד כדי כך שהמגבלות על היכולת לשנות את החוק הן דרקוניות באופן בלתי אפשרי. יש כאלה שמפרשים את זה באופן של סיבות תיאולוגיות (המעמד האלוהי של החוק), אבל אם נבחן זאת מקרוב נגלה שזה לאו דווקא קשור לשיקולים תיאולוגיים אלא זה קשור לתפיסה החברתית את החשיבות של יציבות החוקים. לצד כל זאת, ודאי שניתן לשנות חוקים ושלעיתים זה ראוי. חשוב רק לזכור שכל שינוי פוגע במערכת במידת מה בהיבט היציבות.
	5. פרסום – החוקים צריכים להיות ידועים למי שאת התנהגותם מכוונים. הם לא יכולים להיות סודיים, צריך לפרסם את החוקים. אי אפשר לחשוב על חוקים אלא אם כן חושבים על האפשרות לפרסם אותם. צריך שהם יבואו לידיעת הציבור. השאלה של פרסום החוק היא שאלה מעניינת משום שניתן לשאול פרסום בפני מי (האם כל האוכלוסייה, האם רק שופטים, רק עו"ד וכו'). ניתן לדון הרבה על דרישת הפרסום, אבל זה פחות מעסיק אותנו כעת. מה שחשוב להבין זה שכדי שהחוק יכוון התנהגות צריך להביא אותו לידיעת אלו הכפופים לו. לכן יש חזקה של אי ידיעת החוק אינה פוטרת, המחוקק צריך לעשות כל מה שנדרש כדי להביא את החוק לידיעת נמעני החוק. אם אתה משתמש בחוקים סודיים אתה חוטא לשלטון החוק משום שכך לחוק אין את היכולת לכוון התנהגות.
	6. היעדר סתירה – סתירה בין חוקים מונעת את היכולת להכווין התנהגות. אם חוק אחד אומר לעשות א' וחוק שני אומר שבאותן נסיבות צריך לעשות ב' (שעומד בניגוד ל-א'), אז נמען החוק עומד נבוך מול שתי הוראות סותרות, שהוא לא יכול לעשות את שתיהן בו זמנית. ליצור מערכות משפט שאין בהן סתירות זה דרישה לא קלה בכלל. כמה מהריאליסטים אף טענו שבמערכות משפט שיש בהן שכבות של כללים (חקיקה ראשית משנים שונות, חקיקת משנה, הוראות שונות, פסיקה וכדו') ניתן למצוא סתירה כמעט בכל נושא. יש כאלו שטענו כנגדם שזו טענה מוגזמת, ולאו דווקא לגבי כל עניין ניתן למצוא הוראות מנוגדות. גם אם הריאליסטים הגזימו, עדיין ניתן יהיה למצוא שיעור מסוים של חוקים סותרים, מה שעדיין יפגע ביכולת של מערכת המשפט לכוון התנהגות.
	7. חוקים ניתנים ליישום – צריך שמערכת המשפט תכלול חוקים שניתן לקיימם. אי אפשר לכוון התנהגות ע"י זה שדורשים מאדם דרישות שהן למעלה מכוחו. אין גוזרים על הציבור גזרה שאי אפשר לקיימה. ההחלטה מה הציבור מסוגל לעשות ומה לא היא לא החלטה פשוטה, אבל ברור מהם המקרים הקיצוניים.
3. **אי-תלות של מערכת המשפט** – שלטון החוק מבוסס גם על כך שתהיה אי-תלות של מערכת המשפט במחוקק. החלטות של ביהמ"ש הן אלה שקובעות מהו החוק. החוק יכוון התנהגות של בני אדם רק אם ביהמ"ש יחיל אותו באורח מדויק ועקבי. אם יש חוסר התאמה בין האופן שבו החוק פונה אל בני אדם ומכוון את התנהגותם ומצד שני בתי המשפט מיישמים חוק אחר לגמרי או שלוקחים את אותו החוק ומפרשים אותו באופן בלתי צפוי לחלוטין, ובמובן מסוים יש אי-התאמה בין האופן שבו החוק מכוון התנהגות לבין האופן בו הוא מיושם בבתי המשפט, או שבתי המשפט פועלים תחת השפעת השלטון ולא מיישמים את החוק, זה מצב בו פוגעים בשלטון החוק. אם החוק נועד לכוון התנהגות, הוא לא ידע להגיד מה מכוון את ההתנהגות, מה שביהמ"ש יקבע או מה שהחוק עצמו אומר. אם יש בלבול בין מה שהחוק אומר לבין חוסר הצפיות של ביהמ"ש אז יש פגיעה חמורה בשלטון החוק. החוק לא יכול לכוון התנהגות, משום שלא יודעים מה החוק אומר. בתי המשפט צריכים לא להיות תלויים בשלטון ולפעול לפי החוק ע"מ לקיים את שלטון החוק.
4. **עקרונות של צדק טבעי צריכים להישמר** – דיוני בתי המשפט צריכים להיות פתוחים והוגנים, ללא פניות. כל זה לא קשור רק לעובדה שדיונים מהסוג הזה הם דיונים שמעניקים תוקף מוסרי לתפקוד של ביהמ"ש. זה בראש ובראשונה מנקודת מבט של שלטון החוק, אי אפשר לכוון התנהגות בלי שמירה על עקרונות של צדק טבעי. חייבים לתת לאדם להציג את טענותיו, להיות מיוצג וכדו'.
5. **החוק שנאכף הוא החוק שנחקק** – פעולה מתואמת והוגנת של רשויות האכיפה והשפיטה. אותו החוק מכוון את המשטרה, את רשויות ההוצאה לפועל, את בתי המשפט וכו'. לא יכול להיות שכל אחד יפעל לפי פירושים אחרים של החוק. זה יוצר קושי גדול, עד כדי חוסר יכולת של החוק לכוון התנהגות.
6. **פיקוח שיפוטי** – יש לפקח על יישום כל העקרונות לעיל. זה מחייב נגישות קלה יחסית של בתי המשפט. אם אזרחים לא יכולים לפנות לביהמ"ש ואין להם יכולת להביא סכסוכים ביחס לחוק אל בתי המשפט (בשל עומס או עלויות גבוהות) החוק מפסיק להיות יעיל. כבר אין לו את אותה היכולת לכוון התנהגות אזרחית.
7. **קריטריונים נוספים** – דוגמת הצורך בעיתונות חופשית. עיתונות חופשית היא זו שבד"כ חושפת מצבים של תלות מערכת המשפט בשלטון, חוסר השימוש בעקרונות של צדק טבעי, חוסר התאמה בין החוק שנאכף לחוק שנחקק וכדו'.
8. **חוקים כלליים וצווים ספציפיים**
	1. יסודות שלטון החוק כוליים גם חוקים כלליים וגם צווים ספציפיים. החוק הוא לא רק חוקים בעלי אופי כללי, שמדברים על דפוסי התנהגות והם מכוונים לכלל האזרחים או לקבוצות מסוימות של אזרחים (חוקה, חוקים, חקיקת משנה, פסיקה בעלת אופי כללי). בחוק גם כלולות לא מעט פקודות ספציפיות. רז הציע הבחנה בין האופן שבו הדיוטות תופסים את המובן חוק לבין האופן בו הוא נתפס ע"י משפטנים. הדיוטות חושבים שהחוק הוא באמת רק חוקים כלליים (בהירים, יציבים וכדו'). זה מה שהאזרח הפשוט מבין מהמונח חוק. עבור משפטנים, החוק מורכב לא רק מאותם יסודות כללים אלא שהוא כולל גם אינספור פקודות ספציפיות.
	2. הפקודות הספציפיות הן חלק מהחוק כשהן עומדות בתנאי התקפות של השיטה המשפטית. אם נניח פקח רואה רכב חונה באדום-לבן, הפקח הזה מוסמך ע"י החוק לתת דו"ח, הדו"ח הזה הוא בבחינת פקודה ספציפית לבעל הרכב לשלם קנס על החניה במקום אסור. ההוראה הזו, שהיא הקנס, היא ניתנה בסמכות ע"י הפקח. הפקח הזה הפעיל כלל כללי שמעניק לו סמכות להטיל קנסות על אנשים שחונים באופן בלתי מורשה. מה שהוא יצר זה פקודה ספציפית על בעל הרכב לשלם קנס. הדו"ח הזה הוא חלק בלתי נפרד מהחוק, למרות שלא מדובר כאן על חוק כללי. יש מערך שלם של פקודות ספציפיות שהן חלק מהחוק: פסקי דין, שומות מס, רישיונות למיניהם (רכב, נהיגה, החזקת נשק, מסעדה, רפואה, עריכת דין, ציונים בקורסים בבתי הספר למשפטים).
	3. ללא פקודות ספציפיות החוק לא יתפקד כראוי. כדי שהחוק יתפקד כראוי הוא זקוק לשתי הרמות האלו. הוא זקוק לחוקים הכלליים, שהם הבסיס או התשתית של החוק, ולצד זאת הוא זקוק לפקידים בכל מיני רמות שיישמו אותו באמצעות הוראות וחוקים ספציפיים. ניתן לשאול האם ההוראות הספציפיות פוגעות ביסוד של שלטון החוק. הטענה של רז היא שאחד מהעקרונות של שלטון החוק הוא שפקודות ספציפיות, שניתנות ע"י רשויות ופקידים מוסמכים, כפופות לחוקים כלליים, קבועים, ידועים וכו'. לכן פקודות אלו לא פוגעות בשלטון החוק. לפקיד אין שיקול דעת רחב ובלתי מסויג. שיקול הדעת שלו נעשה במסגרת החוקים הכלליים. העיקרון הזה של כפיפות ההוראות הספציפיות לחוקים מאפשר לאזרח לצפות במידה של וודאות את ההוראות והפקודות הספציפיות של הפקידים. כאשר אדם מקבל הוראה הוא יכול היה לצפות אותה, משום שזה בהתאם לחוק הכללי והמוכר. הוא הדין לגבי פסיקות של שופטים. בהנחה שהם פועלים לפי החוק, ניתן במידה רבה של ודאות לצפות את הפסיקה שלהם. כך נפתרת הבעייתיות שיכולה לעלות מפקודות וצווים ספציפיים.
9. **שלטון החוק הוא עניין לדרגה**
	1. הקריטריונים של שלטון החוק יכולים להיות מיושמים באורח חלקי, יותר או פחות. אין מערכות מושלמות מצד אחד וקשה למצוא מערכות שיזנחו את הקריטריונים האלו לחלוטין מצד שני. ניתן לאמוד את מידת ההתממשות של האידיאל הזה של שלטון החוק מצד כל אחד מהקריטריונים האלו לפי הדרגה שלהם. בכל מערכת משפט יש מידה מסוימת של חוקים עמומים (דוגמת תו"ל בחוזים), רטרואקטיביים (עשיית דין בנאצים) ומשתנים תדיר (למשל, חוק יסוד הממשלה משנת 1992, שנודע כחוק הבחירה הישירה. בשנת 2003 בעקבות כישלון החוק הוחזרה שיטת הבחירות למתכונתה הקודמת).
	2. ברור שכשעקרון תו"ל נחקק הוא היה בעייתי בשל העמימות שלו. המחוקק היה מודע לעובדה שהניסוח הזה של החוק (ס' 12 + 39) הוא עמום וכללי מאוד. הוא העדיף לשלם את המחיר של העמימות ואת המחיר של יכולת החוק להכווין התנהגות כדי שבתי המשפט ימלאו את הצירוף הזה בתוכן. במובן מסוים יש גם מחיר של אי-צדק מסוים. מהרגע שביהמ"ש מחליט שהתנהגות מסוימת איננה עומדת בדרישות תו"ל, יכול לבוא מישהו ולטעון שאם כך החליט ביהמ"ש (אחרי שההתנהגות הזו נהגה) זו למעשה חקיקה רטרואקטיבית. ביהמ"ש מחליט בדיעבד שהייתה התנהגות שלא בתו"ל. עדיין המחוקק, שהוא מודע לבעיות האלו, חושב ששיקולים מסוימים מצדיקים זאת. כמובן שהחוק לא יכול לכוון התנהגות אם רובו דומה בניסוח לעקרון תו"ל. מדברים כאן על הכוונת התנהגות לא בהקשר של כללים מטילי חובה אלא בהקשר של כללים מעניקי כוחות (יכולת כריתת חוזה).
	3. גם חוקים רטרואקטיביים ניתן למצוא. עם זאת, כשיהיו חוקים כאלו הם יהיו חריגים. עם כל ההצדקות שניתן לתת לחוק עשיית דין בנאצים, חשוב להבין שחוקים כאלו פוגעים בשלטון החוק וביכולת הכוונת התנהגות.
	4. לא ניתן להכווין התנהגות אם משנים את החוק באופן מתמיד. חיוני שהחוק ישתנה ויתאים את עצמו למציאות, אבל חשוב להבין שכשהחוק משתנה יש משהו שמערער אותו. חתירה תחת יציבות של חוקים פוגעת ביכולת שלהם לכוון התנהגות. חוק יסוד הממשלה משנת 1992, שנודע כחוק הבחירה הישירה, עשה שינוי דרמטי מאוד באופן הבחירה של נבחרי הציבור בישראל. הוא נועד במקורו להיות שלב ראשון ברפורמה של שיטת הבחירות. הרעיון היה להגדיל את המשילות באמצעות כך שהאזרחים יבחרו באופן ישיר את ראש הממשלה, ובנפרד את נציגי הציבור לכנסת. חקיקה זו נכשלה משום שהיא הביאה לתוצאה ההפוכה מהגברת המשילות. זה חייב את הממשלה והכנסת לבטל את החוק הזה, וב-2003 הוחזרה שיטת הבחירות למתכונת הקודמת בשינויים מועטים. זו דוגמה לשינוי לא מאוד מוצלח לחוק, שפוגע ביכולת של החוק לתפקד, במיוחד כשמדובר בחוק יסודי ובסיסי שכזה. זו פגיעה לא מבוטלת ברעיון של שלטון החוק, כשמשנים חוק כזה יסודי באופן כזה תדיר. עצם השינוי והשינוי חזרה פוגע ביכולת של החוק לכוון התנהגות.

## **פולר: משפט טבעי פרוצדורלי**

1. **הקדמה**
	1. פולר היה תאורטיקן ומשפטן אמריקאי שחי במאה ה-20. עסק במשפט פרטי ובתורת המשפט. נחשב לאחד התאורטיקנים החשובים בארה"ב.
	2. פולר ורז יסכימו שכשמדברים על שלטון החוק מדברים על שלטון החוק במובן הפורמלי והיוריספרודנטלי. נראה שפולר, בשונה מרז, חושב שיש קשר בין תוכן החוקים לבין העובדה שמערכת מסוימת שומרת על הערך שהוא מכנה שלטון החוק. פולר לא רוצה להכניס בתוך מושג שלטון החוק את מה שברק מכנה שלטון החוק המהותי, במובן הזה הוא קרוב יותר לרז. בשביל ברק, שלטון החוק כולל גם את הרכיב של שלטון החוק המהותי, ולכן הוא גם כולל עקרונות של צדק וזכויות. פולר ניסה לבסס תורת משפט שהיא נון-פוזיטיביסטית, והיא ביקורת על הפוזיטיביזם, באמצעות מושג שלטון החוק.
2. **עמדת פולר**
	1. פולר חוזר למסורת של המשפט הטבעי, באמצעות טענה על אודות הקשר בין משפט לבין מוסר, שהיא עולה מתוך המושג של שלטון החוק. הוא טוען שניתן לבקר את ההפרדה של הפוזיטיביסטים בין מוסר לבין משפט באמצעות ניתוח המונח שלטון החוק. מה שפולר מנסה לעשות זה "משפט טבעי פרוצדוראלי" (בשונה ממשפט טבעי קלאסי שמקורו באפלטון או אקווינס). פולר חוזר למסורת הזו, שבתקופה שלו היה נדמה שהיא נעלמה (בין השאר בשל השתלטות של הפוזיטיביזם). פולר מבקר את העמדה הזו באמצעות משפט טבעי פרוצדוראלי. פולר מנסה להראות שטענת ההפרדה בין מוסר לבין משפט מופרכת ע"י מושג שלטון החוק, שמצביע על חיבורים יסודיים והכרחיים בין מוסר לבין משפט. אם שלטון החוק כולל יסודות מוסריים אי אפשר לדבר על הפרדה בין מוסר לבין משפט.
	2. את היסודות של התפיסה של פולר אפשר למצוא במאמר של פולר "Positivism And Fidelity To Law" ובספרו "The Morality Of Law". פולר רוצה להצביע על התשתית המוסרית שעומדת ביסוד מושג החוק. במובן הזה זו עמדה הפוכה לעמדתו של הארט.
3. **תפקיד החוק**
	1. טענתו המרכזית של פולר היא שתפקידו המרכזי של החוק הוא לכוון התנהגות. הכוונת התנהגות מתייחסת הן לאזרחים והן לרשויות. הכוונת התנהגות היא פעילות רציונלית של המחוקק. היא דורשת מאמץ אינטלקטואלי וקבלה של מערך שלם של תנאים.
	2. **פולר מבקר את העמדה הפוזיטיביסטית על כך שהיא מתבוננת על מערכות משפט מן המוכן, והיא לא נותנת את דעתה על דרכי היצירה, הפיתוח והניהול של מערכות משפט**. מסתכלים על מערכת המשפט כמוסד נתון, על כל המורכבות והגודש שלה. לדעתו של פולר, צריך להסתכל על איך יוצרים מערכת משפט, איך מכוננים אותה, איך היא מתפקדת. הפוזיטיביסטים לא לקחו ברצינות את הרעיון הזה של שלטון החוק והמהות שלו. הם לוקחים את קיום החוק כנתון מובן מאליו. פולר אומר שאם נסתכל על מערכת המשפט מנקודת המבט של מי שיוצר אותה נסתכל על המהות שלה, ועניינה המרכזי הוא להכווין את התנהגות בני האדם באמצעות כללים. ביסוד אלה עומד רעיון שלטון החוק, שיסודו בהכרה שתפקיד החוק לכוון התנהגות.
	3. לטענת פולר, מערכת משפט שאינה מצלחה לכוון התנהגות אינה מערכת משפט. אם היא מציגה מצב חברתי של כאוס, היא לא מצליחה לממש את המטרות שלה, אז היא יכולה לכנות עצמה מערכת משפט אך היא לא מערכת משפט משום שהיא לא מכווינה התנהגות.
4. **קריטריונים להכוונת התנהגות**
	1. פרסום (אי-סודיות).
	2. חוק פרוספקטיבי.
	3. חוקים כלליים.
	4. חוקים בהירים וחתוכים.
	5. חוקים לא סותרים.
	6. חוקים שניתן לקיימם.
	7. יציבות החוק.
	8. התאמה בין חוק שנחקק לחוק שנאכף (התאמה בין רשויות).
5. **פורמליות הקריטריונים של שלטון החוק**
	1. פולר מדגיש שהקריטריונים של שלטון החוק הם פורמליים. מחוקק שלא יציית לדרישות האלה לא יצליח לכוון התנהגות, הוא ייכשל ביצירת מערכת משפט. גם פולר מדגיש כי הקריטריונים האלה הם עניין לדרגה או למידה, כל מערכת משפט יכולה לענות עליהם לפי יכולתה. הדרישות האלה הן דרישות פורמליות משום שהן לא נוגעות לתוכן החוקים. יהיה התוכן אשר יהיה, הוא צריך לענות על הקריטריונים הללו. לא מדברים על מידת המוסריות של החוק.
	2. פולר טוען שהגם שהקריטריונים האלו פורמליים, יש בהם היבט מוסרי. לא זאת בלבד, אלא שלדעתו הם משליכים באופן מסוים על התוכן של החוק. אם מחוקקים חוק סודי, יישום חוק זה הוא לא מוסרי במידה מסוימת. הטענה שלו היא שאם מחוקק לא יקפיד על הקריטריונים האלו (שהם אמנם פורמליים אך יש בהם ממד מוסרי), הוא יחטא לעקרונות מוסריים. פולר מכנה אותם **המוסר הפנימי של החוק** (להבדיל מתוכן החוקים, שאינם פנימיים לחוק). אם מושג החוק הוא היכולת של חוקים לכוון התנהגות, ומהותה של הכוונת התנהגות היא הכללים האלו, ואם יש ממד מוסרי בכל אחד מהקריטריונים האלו, ממילא אפשר לכנות אותם המוסר הפנימי של החוק. יש מדינות בהן מפלים בין נשים לגברים. נשים לא יכולות להעיד וגברים כן. האם חוקים שיוצרים שוויון בין גברים לנשים לעומת חוקים שמפלים בין גברים לנשים זה משהו שהוא ממהות החוקים, או שכחוק גם חוק מפלה וגם חוק לא מפלה הם חוקים. לא נגיד שממהות החוק לא להפלות בין נשים לגברים. חוק טוב לא מפלה וחוק רע כן מפלה. לא נגיד שמהות החוק זה לא להפלות. לעומת זאת, אם נגיד שמהות החוק היא לכוון התנהגות, וחוקים רטרואקטיביים לא מכווינים התנהגות אז הם לא חוקים. מערכת חוקים שלא עונה על הקריטריונים היא לא מערכת חוקים משום שהיא לא יכולה להכווין התנהגות. פולר רוצה לטעון שבהינתן שיש את הדבר הזה שנקרא מוסר פנימי של החוק, ואם הדבר הזה גורר באיזשהו אופן שתוכן החוקים יהיה מוסרי, מכאן למדים על הקשר המהותי בין מוסר (אידיאלי) לבין חוק.
6. **האם קיים קשר בין המוסר הפנימי של החוק לתוכן המוסרי של החוקים**
	1. פולר מודע לכך שעקרונות שלטון החוק לא מבטיחים שכל החוקים יהיו טובים. עם זאת, הוא רוצה לטעון שיש קשר בין המוסר הפנימי של החוק לבין תוכן החוקים. הפוזיטיביסטים יגידו שאולי במסגרת שלטון החוק יש יסוד מוסרי, אבל הוא כל-כך צר ופורמלי שהוא לא מבטיח שום תוכן מוסרי של החוק. הטענה של פולר היא שבמוסר הפנימי של החוק יש תוכן מוסרי של ממש וכן שהוא מבטיח מינימום של מוסריות ביחס לתוכן החוקים.
	2. יש קשר מושגי בין הדרישה הפורמלית שנמצא במוסר הפנימי של החוק (הקריטריונים) לבין התוכן המוסרי. טעונת מהסוג הזה מוצאים בתיאוריות של מוסר. עמנואל קאנט קבע את הצו הקטגורי, שהוא פורמלי (עשה מעשיך כך שתוכל לרצות שהוא יהיה לחוק כללי). כשאתה שואל עצמך האם מעשה מסוים שאתה רוצה לעשות הוא מוסרי, אתה צריך לחשוב האם מבחינתך זה בסדר שמעשה זה יהפוך להיות חוק כללי (משמע כולם יעשו אותו באותן נסיבות). אם אני יכול לרצות שהחוק הזה יהיה חוק כללי אפשר לעשות אותו. אם לא רוצים שהוא יהיה חוק כללי, פירושו של דבר שרק אני אעשה אותו וכל האחרים יפעלו אחרת, המשמעות היא שזה מעשה לא מוסרי. ניסוח אחר עם אותה אינטואיציה נמצא באמרה של הלל הזקן "מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך". עקרון זה הוא עקרון פורמלי. הוא לא אומר לנו מה התוכן המוסרי של הכללים. הוא אומר לנו שכל מעשה שרוצים לעשות צריך לשאול האם היינו רוצים שיעשו אותו לנו. אם התשובה היא כן, אפשר לעשות זאת, ואם לא אז לא. מה שהלל קבע בעקרון הזה זו נוסחה מסוימת, שאם ממלאים אותה תוכן זה קובע את המוסריות של המעשה. אם אפשר להפוך את המעשה הספציפי לכלל (כולם יעשו את זה, גם לך), אפשר לעשות את המעשה. פירושו של דבר שיש משהו כללי במוסר. ברגע שאפשר שזה יהיה כללי זה ראוי. לא בטוח שהעניין הזה עובד טוב בעניין שלטון החוק כמו שזה עובד אצל קאנט והלל. בתמונה של פולר יש סוג כזה של קשר בין היסוד הפורמלי לבין התוכן של החוקים.
	3. טענה נוספת של פולר היא שישנו קשר היסטורי-אמפירי בין מושג שלטון החוק לבין התוכן המוסרי של החוקים. מערכות משפט שפועלות במסגרת המגבלות של שלטון החוק הן באופן כללי יותר מוסריות. בהתאם, מערכות שמקפחות את שלטון החוק הן מדורדרות מבחינה מוסרית מכל מני היבטים. הדוגמה שלו לכך היא הדוגמה של המשטר הנאצי. המשטר הנאצי הוא דוגמה למערכת שמצד אחד כביכול הקפידה על שלטון החוק, אבל מצד שני יצרה מערכת מרושעת ומעוותת. פולר טוען שאם מסתכלים היטב על המשטר הנאצי רואים שבמערכת המשפט הזו עקרונות שלטון החוק לא נשמרו, הם הופרו כל הזמן כדי לשרת את מטרות המשטר. המשטר הנאצי הוא דוגמה להפרה של שתי המערכות האלו, גם המוסר הפנימי של החוק וגם תוכן החוקים.
	4. זה המקור למונח משפט טבעי פרוצדוראלי. קובעים פרוצדורה למערכת משפט שמקבלת על עצמה את הכללים הללו של שלטון החוק, והפרוצדורה הזו היא זו שתגרום לכך שהחוק גם יהיה טוב ביסודו. לכן יש בו את היסוד הזה של הטבעיות. הטענה של פולר היא שמערכת שלא עומדת בקריטריונים אלו היא לא מערכת משפט, משום שהיא לא מכוונת התנהגות. מערכת שהיא לא מכוונת התנהגות זו לא מערכת משפט רעה, זו בעצם לא מערכת משפט.
	5. דוגמה היסטורית: גרמניה הנאצית – טענת פולר היא שאי המוסריות של מערכת המשפט הנאצית הייתה לא רק בתוכן החוקים אלא גם בהפרת העקרונות הבסיסיים של שלטון החוק (חקיקה רטרואקטיבית, החלת חוקים סודיים, הפעלת חוקים עמומים, שינוי מהיר של חוקם). הכל כדי לשרת את המשטר. לכן יש מתאם בין חוסר המוסריות של תוכן החוקים לבין הפרה בוטה של עקרונות שלטון החוק.
7. **הארט ורז: שלטון החוק אינו ערובה לחוקים טובים**
	1. זו ביקורת על הטענות של פולר על הקשר בין החוק (שלטון החוק) לבין המוסר. הם טוענים שסוגים שונים ורבים של כוח שרירותי (משמע רע) מתיישבים עם שלטון החוק. שליט יכול לחוקק חוקים שישרתו את טובתו, וכן חוקים מפלים ורעים, מבלי לפגוע בשלטון החוק. אי אפשר להתכחש לעובדה ששלטון החוק מגביל את היכולת של רשויות, שליטים או ריבונים לעשות רע. לפי רז, שלטון החוק מונע רק את הפגיעה של החוק כחוק בבני אדם.
	2. רז: שלטון החוק וכבוד האדם – רז, בשונה מברק ואחרים, טען ששלטון החוק במובן הצר לא כולל תיאוריה של צדק, חוקתיות, זכויות. באותה העת הוא רוצה לטעון שאם אנחנו מתבוננים על העקרונות של שלטון החוק, אפשר למצוא שם היבטים מסוימים של כבוד האדם. אנו מייחסים חשיבות לתוכניות חיים ארוכות טווח (קריירה, יחסים משפחתיים, עסקים ועוד). תוכניות חיים ארוכות טווח נוגעות לכבוד האדם. היכולת של האדם לקבוע את הקריירה שלו, לקבוע את מערכות היחסים שלו, הם דברים שנוגעים למהות חייו. אם תכנית שמישהו קבע להיום בערב לא תתממש, זה יכול להיות מבאס, אבל זו לא טרגדיה איומה. לעומת זאת, אדם שמכשיר עצמו לאורך שנים לטובת קריירה מסוימת, והתוכנית לא יכולה להתממש, מה שמתרחש זו פגיעה בשורש קיומו של אותו אדם. לכן כשאדם מחליף קריירה, מפרק משפחה או פושט רגל לאחר שנקלע לקשיים, זה משהו שנוגע למהות של אותו אדם. תוכניות חיים ארוכות טווח הן נחלתו של כל אדם בכל סוגי המשטר. לכן כבוד האדם הוא לא רק פונקציה של משטרים דמוקרטיים שמכבדים את זכויות האדם, כבוד האדם בהיבט של תוכניות ארוכות טווח רלוונטי בכל משטר שניתן לתאר. מימוש תוכניות חיים מותנה בקיומן של מסגרות חיים יציבות. אם מסגרות החיים אינן יציבות זה מייצר קושי על האדם לממש תוכניות ארוכות טווח. החוק מסייע ביצירת מסגרות חיים יציבות על ידי: 1. ייצוב של יחסים חברתיים, שאלמלא החוק עלולים להתפרק באופנים בלתי צפויים; 2. מדיניות של ריסון עצמי מפני שינוי החוק, כדי לאפשר לבני אדם תכנון ארוך טווח. ההיבט האחרון (יציבות החוק) הוא עניין לשלטון החוק. הטענה של רז היא שהעמידה של המחוקק בעקרונות של שלטון החוק מאפשרת את אותה היציבות שמאפשרת לבני אדם לתכנן תוכניות ארוכות טווח.
	3. שלטון החוק והתפיסה האינסטרומנטלית של החוק – רז מדגיש שהחוק הוא כלי חיוני בידי בני אדם להתארגנות חברתית. הוא אחד הכלים החשובים ביותר שניתנים לחברה כדי שהיא תוכל לארגן את עצמה (לכוון התנהגות, ליצור כללים מעניקי כוחות, ליצור כללים מטילי חובות). מעלת החוק היא היכולת לכוון התנהגות (=שלטון החוק), כשם שמעלת סכין היא היכולת לחתוך. לחוק יש מעלה (Virtue) של יעילות, כלומר המעלה של כלי ככלי. חשוב להבין זאת משום שלא מדברים על הכלי הזה שנקרא חוק או על העקרון של שלטון החוק שעומד ביסודו כעל אידיאל כמו שוויון, צדק, יעילות וכדו'. שלטון החוק הוא הערך הפנימי (השלמות, Excellence) של החוק, כשם שחדות היא הערך הפנימי, כלומר השלמות, של הסכין. סכין יותר חדה היא סכין יותר שלמה מאשר סכין פחות חדה. בסכין ניתן להשתמש לתכליות רעות. ככל שהסכין יותר חדה כך היא גם יותר יעילה לצורך מטרות רעות. מצד שני, ליעילות של הסכין יש גם יכולת לשמש למטרות חיוביות. השלמות של הסכין היא שלמות של כלי ככלי, היא לא שלמות שקשורה לאיזשהו ערך שגלום בו כשלעצמו. בשונה מצדק ושוויון, שהם ערכים כשלעצמם, שלטון החוק הוא לא ערך מוסרי או אידיאלי. ניתן להשתמש בחוק למטרות שליליות, ואם שלטון החוק מתקיים אז הכלי יהיה מאוד יעיל בהשגת המטרות הללו. החוק הוא כלי וורסטילי, יכול לשמש למגוון רחב של מטרות, מוסריות ולא מוסריות. החוק הוא ניטרלי מבחינת המטרות שלשמן משתמשים בו, כלומר הוא ניטרלי מבחינה מוסרית. ניתוח זה מראה ששלטון החוק אינו אידיאל שיש לו ערך פנימי, הוא מתקשר לערך של הכלי ככלי. מאחר שרז, בעקבות הארט, שולל את הרעיון שיש קשר הדוק בין מוסד שלטון החוק לבין המוסריות של מערכת המשפט, כשהוא מדבר על שלטון החוק כבעל ערך פנימי הוא מדבר על הערך הפנימי של שלטון החוק במובן אחר ממה שפולר מדבר עליו (מוסר פנימי של החוק). פולר מדבר על הערך המוסרי של החוק. כשרז מדבר על שלטון החוק כיכולת לכוון התנהגות, וזה הערך הפנימי שלו, לא מדברים על אידיאל. מדברים על השלמות של הכלי ככלי. זה ערך פנימי שהוא שונה מהמובן שמציג פולר.

## **וויכוח הארט-פולר: האם פוזיטיביזם הוא תורת משפט לא מוסרית**

1. בוויכוח שבין הארט לפולר יש שני מישורים. מישור אחד של הוויכוח הוא מישור תיאורטי-מושגי. פולר טוען שדרך המושג של שלטון החוק מצביעים על קשר מהותי בין מוסר לבין משפט. לעומתו, הארט מתעקש שהתיאור הנכון של המשפט מחויב להפרדה בין משפט לבין מוסר. הטענה היא שכשמתארים חוק לא מתארים אותו באמצעות שיפוטים מוסריים. השאלה כאן היא שאלה מושגית, איזו עמדה מתארת באופן הולם יותר את המשפט. פולר, במאמרו, מעיר בביקורתיות חריפה כנגד הפוזיטיביזם שיוצר הפרדה בין מוסר לבין משפט, שטענה זו פסולה ובעייתית מנקודת מבט מוסרית, ולא רק מושגית.
2. **פולר: הפוזיטיביזם הוא פסול מבחינה מוסרית**
	1. לפי פולר, החוק (כינונו, פיתוחו, שמירה עליו) הוא הישג חברתי מן המעלה הראשונה. כשמסתכלים על החוק כפי שהוא מתפקד בחברות (מכוון התנהגות, מייסד מוסדות חברתיים, מאפשר שיתוף פעולה, מרסן בני אדם, מאפשר להם להוציא מעצמם את הטוב שבהם וכדו'), החוק הוא הישג. לדעת פולר, תורת המשפט צריכה לבטא את התפיסה הזו לפיה החוק הוא הישג חברתי. לכן, רק תורת משפט שקושרת בין משפט לבין מוסר (אידיאלי) מבטאת את הערך של המשפט. הפוזיטיביזם, שמנתק בין מוסר לבין משפט (חוק לא מוסרי הוא עדיין חוק), חותר תחת הנאמנות לחוק. נאמנות של בני אדם לחוק היא פונקציה של ההכרה שלהם במה שמנחה את הפעולות שלהם ושיש לו ערך מוסרי. אם רוצים שהנאמנות תהיה לחוק כחוק צריך באיזשהו אופן לתאר אותו בזיקה למוסר. הפוזיטיביזם, שמתעקש על ההפרדה בין משפט לבין מוסר, ושההפרדה הזו פותחת פתח לחוקים שיהיו תקפים אבל לא מוסריים, לא מקדם את האידיאל של הנאמנות לחוק. פולר רוצה לטעון שצריך להציג את החוק כאידיאל מוסרי (ולא רק ככלי שנמדד לפי ביצוע תפקידו).
	2. זאת ועוד, הפוזיטיביזם, שמייחס תוקף משפטי לחוקים לא מוסריים, מעודד את הציות להם. מעצם היות החוק חוק מעודדים ציות לחוק לא מוסרי. לראיה, החינוך הפוזיטיביסטי בגרמניה, שהכשיר את הקרקע לשיתוף הפעולה של המשפטנים הגרמנים עם המשטר הנאצי. החינוך המשפטי בגרמניה לאורך תקופה ארוכה היה מאופיין בתפיסה פוזיטיביסטית, לפיה חוקים יכולים להיות תקפים הגם שהם בלתי מוסריים. לא מבצעים שיפוטים מוסריים לגבי חוקים. ברגע שעולה מפלגה מתועבת ורעה כמו המפלגה הנאצית, שמחוקקת חוקים מרושעים, זה לא מונע מהקהילה המשפטית לתפעל את המסגרת הזו.
	3. לכאורה נראה שיש כאן שתי טענות הפוכות, מצד אחד הפוזיטיביזם לא יכול לעודד ציות לחוק, מצד שני הוא מעודד ציות לחוק בלתי מוסרי. אפשר לטעון שאין פה סתירה, ושהטענה היא שעצם ההפרדה בין חוק לבין מוסר יוצרת עיוותים לשני הכיוונים.
3. **תשובת הארט: לפוזיטיביזם יתרונות מוסריים על פני הנון-פוזיטיביזם**
	1. דווקא הפוזיטיביזם, המתעקש על ההבחנה בין חוק מצוי (משפט) לבין חוק רצוי (מוסר), מקדם את המוסריות של המשפט. הטענה "זה חוק תקף אבל לא מוסרי ולכן אסור לציית לו" עדיפה מבחינה מוסרית על הטענה "זה לא מוסרי ולכן זה לא חוק". הטענה הראשונה היא מה שמנסה לטעון הארט. לטענה הראשונה יש עדיפות משתי סיבות. ראשית, ללא הבחנה בין משפט לבין מוסר המשפט עלול לקפוא על שמריו. הפוזיטיביזם, שיצר את ההפרדה בין חוק מצוי לבין חוק רצוי, טוען שברגע שמטשטשים את ההבחנה ומשלבים שיקולים מוסריים בקביעה מהו החוק למעשה גם מטשטשים את היכולת להצביע על החוק, על פגמיו ולהציע תיקונים ושיפורים. היכולת להצביע על החוק מקורה בהבחנה בין החוק המצוי לרצוי. זו הייתה מגמתם של הפוזיטיביסטים התועלתנים (בנתהאם ואוסטין) שהובילו רפורמות בחוקי אנגליה. עמדות נון-פוזיטיביסטיות, שכופרות בהבחנה הזו ומשלבות שיקולים מוסריים בהגדרת החוק, לעולם לא יצליחו להצביע על המשפט המצוי. הם יתארו את המשפט הרצוי כמשפט מצוי והתוצאה תהיה המשך של יישום של חוקים פגומים. לא תהיה יכולת לבקר חוקים ולשנות אותם.
	2. תקפות משפטית וחובת הציות לחוק – לפי הארט, חשוב לעשות הבחנה בין תקפות משפטית לבין חובת הציות לחוק. צריך לשים לב שלצד האידיאל של הנאמנות לחוק, ישנו אידיאל לא פחות חשוב שהוא בחינה מוסרית של החוק (ע"י מבקרי החוק וע"י פרטים). הציות לחוק איננו מוחלט. כשמסתכלים על החוק ושואלים האם החוק ראוי או לא, הוא תמיד צריך לעמוד בדרישות של המוסר. יכולים להיות מצבי בהם החוק בלתי מוסרי ברמה שיש איסור מוסרי לציית לו. זה דבר שהפוזיטיביסטים הדגישו תמיד. מצד אחד החוק הוא הישג חברתי, אך מצד שני החוק הוא לא הערך העליון, והוא לא יגבר על ערכים נגדיים בשעה שהחוק מצווה על דברים בלתי מוסריים בעליל. את העמדה של היכולת להעריך את החוק מבחינה מוסרית ניתן להשיג רק באמצעות ההפרדה בין משפט לבין מוסר. הנון-פוזיטיביזם מטשטש את הביקורת המוסרית של חוקים, ובכך הוא מקדם ציות לחוקים לא מוסריים. אי אפשר לזהות חוק ולכן אי אפשר לבקר אותו מבחינה מוסרית. ההפרדה של הפוזיטיביזם מעודדת עמדה ביקורתית לגבי החוק ואת היכולת לשפוט את החוקים מבחינה מוסרית. לפי טענת הארט, אין כל ראיה ששיתוף הפעולה של הקהילה המשפטית הגרמנית עם הנאצים היה בשל חינוך לפוזיטיביזם.

# **דוורקין**

## **הקדמה**

1. עד עתה דיברנו על תיאוריה נון-פוזיטיביסטית של פולר, במסגרת דיון על שלטון החוק. כעת נעבור לאחת מהביקורות החשובות ביותר על הפוזיטיביסטים, היא הביקורת של הפילוסוף האמריקאי רונלד דוורקין.
2. דוורקין היה פילוסוף אמריקאי. חי בין השנים 1931-2013. מבין חיבוריו: Taking Rights Seriously; Matter Of Principle; Law's Empire. אנחנו נתמקד במאמרו Model of Rules. התיאוריה של דוורקין התחילה בביקורת חריפה על הפוזיטיביזם בניסוח המתוחכם של הארט. זה הלך והתפתח עד שהוא שכלל תפיסה רחבה בחיבור בשנת 1986.

## **פוזיטיביזם: שלושה עקרונות שדוורקין מבקר**

1. **עקרון 1: זיהוי כללים משפטיים** – לפי הפוזיטיביזם, המשפט של חברה הוא מערכת של כללים ספציפיים, שמזוהים על ידי כלל-אב, שקובע את תוקפם. המבחן לתוקף המשפטי של הכלל הוא מקורו (Pedigree) ולא התוכן שלו. הוויכוח בין הפוזיטיביסטים הוא לגבי מהו בדיוק כלל האב. אצל אוסטין דובר על הריבון בעוד שאצל הארט דובר על כלל זיהוי.
2. **עקרון 2: שיקול דעת שיפוטי** – הפוזיטיביזם מייחס לשופט שיקול דעת חזק, משמע במקרי לקונה הוא יוצר כלל משפטי חדש. העקרון השני קשור לעקרון הראשון. בהינתן כלל אב, יתכנו מקרים בהם כלל האב לא יצביע על כלל רלוונטי למקרה שלפנינו. מקרים אלו הם מקרים של לקונה. בהינתן ששופט צריך להכריע בהם הרי שהוא פועל לא לפי החוק. הוא פועל לפי עקרונות חוץ משפטיים, ולכן הוא מפעיל שיקול דעת חזק.
3. **עקרון 3: חובה משפטית** – חובה משפטית לפי הפוזיטיביסטים שונה מחובה מוסרית. לפי הפוזיטיביסטים, חובה משפטית היא רק עובדה חברתית.
4. **תורת שפיטה** – דוורקין מפתח תורת שפיטה, שבאמצעותה הוא מדבר על תורת משפט יותר רחבה. הוא מנסה לתאר את המשפט ואת יסודותיו בעיקר באמצעות התבוננות בפעולות של השופטים שמכריעים בסכסוכים. הביקורת שלו על הפוזיטיביזם ועל העקרונות המוצגים לעיל היא תוצר של התבוננות בפעולות השופטים וביצירה של תורת שפיטה, דרכה הוא מגיע לטענות יותר כלליות על אודות המשפט באופן כללי. דוורקין צריך להיות קרוב לליבם של סטודנטים, משום שגם הם מסתכלים על המשפט דרך נקודת המבט של השופט. חשוב לזכור שזו לא נקודת המבט היחידה ולפעמים לא נקודת המבט המוצלחת ביותר להסתכל על המשפט. נקודת המבט של המחוקק היא מעט אחרת. באמצעות תורת השפיטה מבקר דוורקין את הפוזיטיביזם של הארט בכללותו. נקודת המבט של הארט היא של שלטון החוק, ומתוך כך היא נובעת מהמחוקק.

## **ביקורת על ייחוס שיקול דעת חזק לשופטים**

1. **חקיקה רטרואקטיבית** – כששופט מכריע בסכסוך שבא לפניו, כשהוא מגיע למסקנה שלגבי הסכסוך הזה יש לאקונה (החוק לא מסדיר), ובכל זאת השופט חייב להכריע בסכסוך הזה, הוא צריך להפעיל שיקול דעת חזק. בכך הוא יוצר מעין כלל חדש. אם לכלל הזה יש מעמד של תקדים אז הוא תופס מכאן ואילך. בכל אופן, לגבי הצדדים לאותו הסכסוך, מדובר במה שאפשר לכנות חקיקה רטרואקטיבית. אם ביהמ"ש ביום מסוים מגיע להכרעה במקרה הזה ויוצר כלל חדש, לגבי המקרה שהוא מכריע בו עכשיו הוא יוצר כלל שחל על המקרה בדיעבד, משום שהמקרה קרה לפני כן. יש שיטענו שאפשר לחיות עם בעיה זו, אך זו בכל זאת נקודה שדוורקין מעלה.
2. **מנוגד לעקרונות הדמוקרטיה** – בהרבה מערכות משפט, שופט הוא לא נבחר ציבור כמו שחברי כנסת נבחרים ע"י הציבור. בד"כ הוא נבחר של אנשי ציבור מכוח כישוריו המקצועיים. התפקיד שלו הוא להפעיל כישורים מקצועיים ולא לייצג את הציבור לגבי האופן שבו הוא רוצה שיסדירו את ענייניו באמצעות מדיניות או חקיקה. במצב כזה, ברגע שהשופט יוצר כלל חדש במצב של לאקונה הוא פועל בניגוד לעקרונות הדמוקרטיים. לא אמורה להיות לו הסמכות ליצור כללים כאלו. בד"כ כללים אלו לא חלים רק על הצדדים שאת הסכסוך שלהם צריך ליישב, לכללים אלו יכול להיות מעמד תקדימי (מכאן ואילך הם כללים משפטיים). במערכות משפט מסוימות לתקדימים יש מעמד של חוק, ומי שקובע את החוקים האלו הם פקידים או מקבלי החלטות שאינם נבחרי ציבור. בכך יש משום פגיעה בעקרונות של הדמוקרטיה. אם חושבים שבאמת בהרבה מצבים פסיקה של ביהמ"ש היא זו שיוצרת את הכללים, המשמעות של הדבר הזה היא שהמוסד המרכזי שקובע את הכללים של המשפט הוא מוסד שאינו נבחר.
3. **הפוזיטיביזם לא מתאר באורח הולם את פעולתם של השופטים** – הפוזיטיביזם מייחס לשופט שיקול דעת חדש, היינו מודעות ויכולת ליצור כללים יש מאין. אם נסתכל על האופן בו פועלים שופטים במקרים שהפוזיטיביסטים מכנים מקרים של לאקונה, בהם הם יוצרים כללים חדשים, נראה שהשופטים עצמם לא תופסים את זה ככה. הם לא מבינים את הפעולה שלהם כפעולה של יצירת כלל חדש, וממילא הם לא תופסים את פעולתם כהפעלה של שיקול דעת חזק. השופטים חושבים שהם מפעילים מערכת כללים ושיקולים שהם חלק בלתי נפרד מהמשפט, הם לא יוצרים חוק חדש. אם נבחן את התודעה של השופטים מקרוב לא נגלה תודעה של הפעלת שיקול דעת חזק או של פעולת חקיקה.
4. **הפוזיטיביזם מתאר באופן חלקי, ולכן מעוות, את דרך קבלת ההחלטות במוסדות הכפופים למערכת של כללים** – לפי התמונה שמציירים הפוזיטיביסטים, מערכות של כללים הן בעצם מערכות סגורות של רשימה סופית של כללים שחלים על מקרים שכיחים. כשמישהו אמור לקבל החלטה אם להחיל את הכלל או לא הוא בוחר את הכלל ומחיל אותו. בכמעט 100% מהמקרים יש כלל שמחילים באופן יחסית מכאני והוא מסדיר את המקרה. אם קורה מקרה חריג, שהכלל לא חל עליו באופן בהיר או ברור, אז נדרש איזה סוג של שיקול דעת. מסתבר שזה מצב בו לא מפעילים את הכלל באופן המכאני שמפעילים כללים. במצב זה מקבלי החלטות, משום שהם נדרשים לקבל החלטה, פועלים לפי שיקול דעת כביכול חופשי. דוורקין יאמר שמוסדות שכפופים לכללים לא כפופים אך ורק לכללים. לכללים יש מערכת שלמה של טעמים, שיקולים, עקרונות שעומדים ביסודם, ושהם חלק בלתי נפרד מהכללים האלו. כאשר מקבל ההחלטות, שאמור להחיל את הכלל, שוקל אותם, הוא לא שוקל אך ורק החלה מכאנית של כללים. יש מערכת שלמה של שיקולים שהיא חלק מהליך קבלת ההחלטות של מוסדות הכפופים לכללים.

## **חובה משפטית**

1. האמנם חובה משפטית היא רק עובדה חברתית (כטענת הארט) או שחובות משפטיות מזוהות ע"י החברה וע"י שופטים עם ערכים ועקרונות. עמדת המפתח של דווריקן בכל הדיון היא שהמשפט מכיל עקרונות, המשפט לא עשוי רק ממערכות של כללים. התפיסה הזו שהמשפט מכיל עקרונות, המתייחסת למקור עקרונות אלו, והטוענת שהם חיים בסביבה של הכללים, היא אחת מהתובנות הבסיסיות ביותר שמנסה דוורקין להעביר. בשלב הראשון הוא עושה זאת דרך דיון בפסקי דין.
2. **פסקי דין לדוגמה**
	1. פרשת ריגס נ' פאלמר (1989 ניו יורק) – נכד שרצח את סבו כדי לרשת אותו על פי צוואה. הנכד נתפס והדיון במשפט הזה היה האם אותו הנכד זכאי לרשת. העניין הוא שלכאורה, לפי דיני הצוואה, הצוואה הזו תקפה. אם היא תקפה הנכד יורש. מצד שני הנכד רצח את סבו. השאלה היא האם אדם יכול להצמיח עילה מאותו מעשה עוולה. באותם ימים במדינת ניו יורק לא הייתה חקיקה מפורשת לגבי זה. קם ביהמ"ש ואמר שהנכד לא ירש את סבו, משום שבמשפט האמריקאי של אותה העת היה עקרון לפיו ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה. אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו. עקרון זה לא היה כתוב בשום חוק, את העקרון הזה לא היה ניתן לזהות עם כלל זיהוי, ובכל זאת ביהמ"ש היה משוכנע שבמשפט האמריקאי עקרון זה חי ונושם. הם לא דיברו עליו במונחים של משפט טבעי, הם לא חשבו שזה עקרון שמרחף בחלל האוויר. זו גם לא הצורה שדוורקין מדבר עליו. הטענה של ביהמ"ש היא שהעקרונות הם חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט.
	2. פרשת הנינגסן נ' בלומפילד מוטורס – מקרה בו אדם רכש מכונית. המכונית עשתה תאונה וגרמה לנזקים. התגלה שהחלקים של המכונית הם אלו שגרמו לתאונה. אלא שבסעיף מסוים של חוזה הרכישה שבין הנינגסן לבין בלומפילד מוטורס הייתה הגבלה של היצרן רק לחלקים הפגומים ולא לנזק שנגרם בשל הפגמים האלו. היצרן מחויב להחליף את המנוע שלא עובד, אבל אם כתוצאה מבעיות מנוע קרתה תאונה אין אחריות של היצרן. הטענה של הנינגסן הייתה שלמרות מה שכתוב בחוזה, כשחושבים על עקרונות של מדיניות משפטית נכונה, צריך להחיל אחריות על יצרן המכוניות. אכן התוצאה המשפטית באותו המקרה הייתה שליצרן יש אחריות מיוחדת כלפי הלקוח, על אף הכתוב בחוזה. עקרון זה לא מגיע מדיני החוזים או משום עקרון שמזוהה ע"י כלל הזיהוי. עקרון זה נתפס כעקרון יסוד במערכת המשפט.
	3. דוגמאות אלו מובאות ע"י דוורקין בשביל להראות שבמקרים מסוימים (ולא נדירים) שניתן לזהות בביהמ"ש, מוצאים שביהמ"ש נזקק לעקרונות שאינם חלק ממערכת הכללים והם לא מזוהים ע"י כלל הזיהוי (לא נחקקו ע"י גורם בעל סמכות). בכל זאת הם נתפסים כחלק בלתי נפרד ממערכת המשפט ויוצרים את התוצאות הללו. אם נתבונן על האופן שבו התנהל ביהמ"ש במקרים אלו, נראה שאלו מקרים שלא חל עליהם כלל, הם לכאורה מקרים של לאקונות, אך ביהמ"ש לא סבר שבפסיקה שלו במקרים אלו הוא יוצר כלל חדש או מפעיל שיקולים חוץ משפטיים. השיקולים האלו, בעיני ביהמ"ש, הם חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט. כך נכון לתאר את העקרונות האלו. ביהמ"ש לא ייבא עקרון חוץ משפטי ע"מ להכריע.

## **כללים ועקרונות**

1. דוורקין לא כופר בחשיבותם של כללים. יחד עם זה, הוא מדגיש את מרכזיות העקרונות. חשוב מאוד להבחין בין כללים לבין עקרונות.
2. **כלל** – ברגע שמזהים כלל שרלוונטי למקרה שנמצא לפנינו ואנחנו מחילים אותו על המקרה, הוא **יכתיב את התוצאה**. כלל חל בדרך של **הכל או לא כלום**. אם הכלל חל, הוא קובע מה התוצאה באופן חד משמעי. אם הכלל לא חל מתעלמים ממנו והוא לא רלוונטי למקרה. כללים יכולים להיווצר וניתן ליישם אותם בהקשרים רבים, לכן הגם כשדנים כרגע בכללים משפטיים אותם הדברים נכונים לגבי כל סוג של כלל.
3. **עקרון** – **אינו מכתיב בהכרח את התוצאה**. עיקרון חל על מקרה כאשר **יש לצדו עקרונות אחרים**. עקרונות אחרים אלו יכולים למשוך לאותו הכיוון או לכיוונים מנוגדים. כשחושבים על עקרון מסוים כאשר מולו עקרונות אחרים **חושבים עליהם במונחים של משקל**. לכן, כששוקלים מקרה לפי עקרונות למעשה **מאזנים בין עקרונות שונים**. לפעמים אין צורך באיזון משום שכל העקרונות מושכים לאותו הכיוון, אך במקרים רבים יכול לחול עקרון מסוים שימשוך לקו אחד ועקרון אחר שימשוך לקו שני, ונצטרך לשקול אותם זה מול זה כשנייחס לכל אחד מהם משקל. נעדיף את קו הפעולה שאליו מנחה העקרון לו ייחסנו את המשקל הגדול ביותר. גם כאשר עקרון נגדי גובר על עקרון מסוים, עדיין ניקח את כל העקרונות בחשבון. לא מתעלמים מעקרון מסוים אם התוצאה שנקבעה נוגדת אותו. עקרונות תמיד נשקלים.
4. **דוגמה** – במקרה של ריגס חל העקרון של הרצחת וגם ירשת. למול עקרון זה יש את העקרון של כוונת המצווה. יכול להיות שהמצווה באמת רצה להוריש לנכדו את הרכוש. במקרה זה מייחסים לעקרון אחד משקל יותר חזק משל השני ובשל כך לא מעניקים את הירושה לנכד. יתכנו מקרים בהם העקרון של ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה יחול, אך באותו המקרה יחולו שיקולים נגדיים שיגברו עליו בנסיבות המסוימות הללו. בחוק הירושה יש סעיף שאומר שאם אדם רצח את המוריש כדי לרשת אותו הוא לא זכאי לרשת. מצד שני, יש סעיף נוסף שאומר שאם אדם עשה ניסיון לרצוח את המוריש והניסיון הזה נכשל, והוא הורשע בניסיון לרצוח את המוריש כדי לרשת אותו, ובכל זאת המוריש החליט שהוא רוצה להוריש לו את רכושו בצוואה שנעשתה אחרי שהוא הורשע, הזכות הזו עומדת ליורש. במקרה הזה, למרות המעשה הנפשע של היורש, מעדיפים את רצונו של המוריש שידע על הניסיון ובכל זאת התמיד ברצונו להוריש לאותו היורש.
5. **התנגשות בין כלל לבין עקרון** – ניתן לשאול מה קורה כשעקרון מסוים חל על המקרה ומושך לכיוון הפוך מהכלל החל על המקרה. במקרה כזה, כשחושבים שהעיקרון לא נלקח בחשבון כשיצרו את הכלל שהוא רלוונטי למקרה שלפנינו, מה שקורה זה שאנחנו מסלקים את הכלל, חושפים את הטעמים הנמצאים ביסוד הכלל, ושוקלים את הטעם הזה למול העיקרון שנוצר בשל הנסיבות החדשות שלא קרו לפני כן. לכן הכלל מסולק (לא מתפקד באופן של הכל או לא כלום) והטעם שביסוד הכלל עומד מול העקרון הנגדי.
6. **עקרונות (Principles) ושיקולי מדיניות (Policies)**
	1. שיקולי מדיניות – שיקולים שקשורים למטרה או לתוצאה חברתית או כלכלית שרוצים להשיג באמצעות השיקולים האלו. רוצים להגדיל את התועלת הציבורית או את התקציב הציבורי, למנוע תאונות וכדו'. זה מה שמנחה את רשויות החוק כשהם עושים פעולות שונות.
	2. עקרונות – עקרונות מוסריים. צריכים להתחשב בהם והם לא בבחינת שיקולי מדיניות. מתפקדים לרוב כשיקולים דיאונטולוגיים. עקרונות מכוונים למעשה מסוים ולא לתוצאה. אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו זה לא שיקול מדיניות, זה עקרון מוסרי. עקרון זה מנחה אותנו לא במובן שהוא מקדם מטרה או תכלית מסוימת. הוא סוג של עקרון מוסרי שצריכים לקחת בחשבון ומייחסים לו משקל כזה או אחר בנסיבות כאלו ואחרות.
	3. דוורקין רוצה לטעון שכשביהמ"ש מפעיל עקרונות הוא בד"כ מפעיל עקרונות מוסריים ולא שיקולי מדיניות. שיקולי מדיניות זה עניין בעיקר של המחוקק. המחוקק הוא זה שיוצר כללים שמטרתם קידום מטרות חברתיות, כלכליות, אידיאולוגיות כאלו ואחרות. ביהמ"ש לא קובע מדיניות. כשביהמ"ש נזקק לעקרונות, הוא משכלל בין עקרונות מוסריים.
7. **האם עקרונות הם חלק מהמשפט**
	1. פוזיטיביזם – בגרסה של אוסטין ובמיוחד בגרסה של הארט, עקרונות אינם חלק מהמשפט ולכן אינם מחייבים. בית המשפט פונה אל העקרונות כאשר הוא נדרש להפעיל שיקול דעת. ביהמ"ש נדרש להפעיל שיקול דעת במצבים של לקונה. כשמגיע לביהמ"ש מקרה שנמצא בשטח האפור של הגדרה מסוימת בחוק, עליו לפנות למטרות של הכלל ע"מ לקבוע האם הכלל חל על אותו המקרה או לא. ביהמ"ש שואל האם במקרה המסוים הזה הכלל ישיג את מטרתו אם נפעל לפיו. עם זאת, לפי הפוזיטיביזם כל הטעמים של החוק הם מחוץ לכלל, לכן כשהשופט מכריע במקרה זה הוא מכריע לפי שיקול דעת בהסתמכו על מקורות חוץ משפטיים.
	2. דוורקין – עקרונות הם חלק מהמשפט והם מחייבים כמו כללים. דוורקין טוען זאת כביקורת על העמדה הפוזיטיביסטית שמפרידה בין טעמים לבין כללים, והוא מגיע לעמדה זו מהתבוננות בדרכי הפעולה של השופטים. השופטים רואים בטעמים ובעקרונות חלק בלתי נפרד מהמשפט, הם לא רואים אותם כחיצוניים למשפט.
8. **הבסיס לכך שעקרונות מחייבים**
	1. עקרונות תקפים מכוחם של כללים אחרים (עקרונות כטעמי הכללים) – אם לוקחים כלל שואלים מה הטעם שלו ומתחקים אחרי הטעם שלו. מה שייחשף מהרגע שהתחקינו אחרי הטעם הוא עקרון מסוים. ניתן למצוא כלל שאומר שאדם יכול להוציא עיתון כל עוד הוא רשום במשרד הפנים. שואלים מה עומד ביסוד הכלל לפיו צריך להירשם אבל אין צורך ברישיון, ומבינים שהעיקרון העומד בבסיס הוא חופש הביטוי. לפקידים במשרד הפנים אין שיקול דעת האם להרשות או לא להרשות לאדם לפרסם עיתון, כל מה שנדרש הוא רק להירשם. אם היינו מתנים את הפרסום במתן רישיון היינו מכפיפים את היכולת לפרסם עיתון בשיקול הרשויות, מה שיפגע בחופש הביטוי. אם קיים כלל כזה ניתן להסיק ממנו את העקרון של חופש הביטוי. מהרגע שהסקנו את אותו העקרון, עקרון זה הופך להיות עקרון בחוק. יכולים להתחקות אחרי מערך שלם של עקרונות באמצעות התחקות אחרי טעמי כללים ספציפיים.
	2. עקרונות מחייבים משום שהם נתפסים (ע"י שופטים ופקידים) כמוצדקים – הם נחשבים למוצדקים לא משום שאנחנו חושפים טעמים שביסוד הכללים אלא הם נתפסים כמוצדקים בנפרד מהכללים. ברגע שעקרון נתפס כמוצדק, הוא חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט, ללא קשר להימצאותו ביסוד כלל מסוים. השופטים לא חושבים שהעקרונות רק נתפסים כמוצדקים, הם חושבים שזה מוצדק וזה הכל. יש עקרונות מוסריים שאי אפשר להתכחש אליהם, ומכוח מוסריותם הם חלק בלתי נפרד מהמשפט. חשוב להבחין בין מצב של נתפס כמוצדק לבין מצב של מוצדק באופן מוחלט.
	3. עקרונות מתקבלים באופן ישיר על ידי החברה – בני החברה (בראש ובראשונה הקהילה המשפטית, ובהמשך כולם) סבורים שעקרונות מסוימים מוצדקים, עד כדי שהם לא יכולים לא להיות חלק ממערכת המשפט. אי אפשר לא לשקול עקרונות אלו. עקרונות אלו מקובלים באופן ישיר על ידי בני החברה בתור עקרונות מוסריים בעלי תוקף משפטי.
	4. חלק מהעקרונות המחייבים הם גם עקרונות יסוד של השיטה הפוליטית (דמוקרטיה, זכויות אדם) – כשחושבים על מקורם של עקרונות, הרבה פעמים הם נובעים או נמשכים לא רק מתפיסות רווחות בחברה, אלא שהם חלק בלתי נפרד מעקרונות היסוד של הסדר הפוליטי. אם בחברה מסוימת יש דמוקרטיה והיא מאמינה בזכויות אדם, כל העקרונות הפוליטיים שהם חלק מהדמוקרטיה וחלק מזכויות האדם הם עצמם חלק ממערכת המשפט. זאת גם אם מערכת המשפט לא ניסחה אותם ככללים פורמליים. אפשר לראות שהרבה פעמים שופטים נזקקים למה שהם מכנים עקרונות היסוד של השיטה, והכוונה בכך היא לעקרונות היסוד של הערכים הפוליטיים שעליהם החברה מבוססת.

## **שיקול דעת**

1. **מהו שיקול דעת**
	1. שיקול דעת מייחסים לבני אדם באופן כללי. לפי דוורקין, כשאנחנו מדברים על שיקול דעת אנחנו לא מייחסים אותו לכל החלטה שאדם מקבל. אם אדם יושב במסעדה ורוצה להחליט איזו מנה לאכול, לא נייחס להתלבטות שלו שיקול דעת. גם במצבים בהם אנשים מקבלים החלטות דרמטיות בחיים, למשל באיזה מקצוע לבחור או מה ללמוד או האם לצאת לטיול אחרי צבא של שנה וכדו', לא מדברים על שיקול דעת. אנחנו גם לא מייחסים שיקול דעת במקום בו הכללים חלים באופן מכני. למשל כשפקח נותן דו"ח חניה לרכב שחונה באדום-לבן, יש הוראה ברורה וחד-משמעית שמחייבת אותו לעשות זאת. ברגע שהוא רואה את הרכב, מחובתו לתת דו"ח. אם זו חובתו בהתמלא תנאים מסוימים אז הוא פועל באופן מכני.
	2. שיקול דעת נוגע להפעלת סמכות של אדם בהתאם לסטנדרטים או לכללים, שנקבעו על ידי סמכות שמעליו. במצב בו אדם מפעיל סמכות (יכול להיות כל אדם שמקבל החלטות), והוא צריך להפעיל אותה בהתאם לכללים מסוימים וסטנדרטים מסוימים, כשסמכות שמעל אותו אדם (לדוגמה מנהל שקובע כללים או סטנדרטים לגבי אופן ההתנהלות של אלו שמתחתיו) קבעה אותם, אז הוא מפעיל שיקול דעת. מצד אחד, חופש גמור לקבל החלטה (למשל מה ללמוד או מה לאכול) הוא לא הפעלת שיקול דעת, כשם שגם החלת כלל באופן דווקני אינה הפעלת שיקול דעת. הפעלת שיקול דעת היא במצבים בהם צריך להפעיל מחשב מסוים שנעשה במסגרת של סטנדרטים או כללים מסוימים.
2. **שיקול דעת חלש וחזק**
	1. שני מובנים של שיקול דעת במובן חלש – 1. כאשר ההחלטה של בעל סמכות היא סופית (גם אם היא מכנית) נגיד שיש לו שיקול דעת חלש. לדוגמה, שופט כדורגל צריך לקבוע מתי חוץ, עבירה, בעיטת עונשין, שער וכו'. החלטות אלו מתקבלות במסגרת של כללים, השופט לא יכול על דעת עצמו להחליט מתי הגיוני שיהיה חוץ, יש כללים ברורים שקובעים מתי יש חוץ. החלטה זו סופית משום שלא ניתן לערער על ההחלטה. משום שההחלטה סופית אומרים שיש לשופט שיקול דעת, אבל לא מובן זה של שיקול דעת הוא שמעניין אותנו בהקשר של שופטים בביהמ"ש. 2. במצב בו יש סטנדרטים. במצב זה, מייחסים שיקול דעת במובן חלש משום שיש הבנה שכשהפקיד מקבל החלטות מה שמנחה אותו זה מערכת של סטנדרטים שמכוונים את ההחלטה שלו. הם מכוונים את ההחלטה גם בלי שהם קובעים אותה באופן חד משמעי וברור, יש איזה משחק מסוים. עם זאת, משחק זה מוגבל בסטנדרטים שבמסגרתם הוא מקבל את ההחלטה שלו. דוגמה לכך היא קצין שמורה לסמל לקחת למשימה את חמשת החיילים החזקים/המנוסים ביותר. ברגע שזו הפקודה, יש סטנדרט לפיו צריך לבחור את החיילים. בד"כ חזקים זה מונח די ברור, אלא שיכולים להיות מצבים בהם יש משחק מסוים בקביעה (אחד חזק פיזית והשני חזק בהובלה וכדו'). אותו הדבר ניתן להגיד לגבי מנוסים (רלוונטי לפעולות שונות).
	2. שיקול דעת חזק – במצב בו אין סטנדרטים, אין כללים ואין עקרונות חד משמעיים שמכוונים את שיקול הדעת של הפועל. למשל, אם הקצין היה אומר לסמל לבחור 5 חיילים למשימה. הוא לא מספק סטנדרטים באשר לחיילים שיש לבחור. יכול להיות שהסמל הזה ילמד את הפעולה ויחליט בעצמו מהם הסטנדרטים שלפיהם הוא יבחר. ברגע שהוא עצמו קובע לעצמו את הסטנדרטים, והם לא נקבעו ע"י בעל הסמכות שמעליו, נייחס לו שיקול דעת במובן חזק. למעשה יש לו שיקול דעת לעשות כמעט כרצונו, שיקול הדעת פתוח ולא מוגבל ע"י סטנדרטים או כללים. חשוב לשים לב ששיקול דעת חזק אינו רשות (license). כשיש לאדם רשות (או חירות) המשמעות היא שמותר לפועל לעשות ככל העולה על רוחו במסגרת החרויות שיש לו. אם אדם יחליט לנוע שום דבר לא מגביל אותו, לא יעצרו אותו והוא יכול לנוע ללא כל מטרה. כשמדברים על שיקול דעת חזק מצד אחד אין סטנדרטים ברורים שמנחים אותו במקרה הרלוונטי הזה, מצד שני הוא כן כפוף לשיקולי הגינות, רציונליות, יעילות, צדק וכיו"ב. עדיין ניתן להגיד שמדובר על שיקול דעת במובן חזק, משום שההחלטה לא נשלטת על ידי סמכות כלשהי. השיקולים אליהם כפוף הפועל אינם מגבילים אותו באופן שמונע ממנו את שיקול הדעת שלו. כשמדברים על שופטים לא חושבים שהם חופשיים לעשות כרצונם ובהתאם לכל מה שהם חושבים. הם כפופים לשיקולים של צדק, הגינות וכו', ועדיין זה שיקול דעת במובן חזק.
3. **שיקול דעת לפי הפוזיטיביזם**
	1. במצבים שבהם אין כלל רלוונטי בחוק (וגם אין סטנדרט) השופט פועל לפי שיקולים חוץ-משפטיים. חשוב לזכור שהפוזיטיביסטים רוצים לטעון שמערכת משפט מוגדרת ומוגבלת ע"י כלל אב (כלל הזיהוי) שמזהה כללים (לפעמים גם סטנדרטים ועקרונות). ברגע שנוצר מצב בו שופט אמור לקבל החלטה במקרה שבא לפניו והוא לא מוצא כלל רלוונטי באמצעות כלל הזיהוי, ועדיין הוא נדרש לקבל החלטה, המשמעות היא שהוא צריך לקבל החלטה לפי שיקולים חוץ-משפטיים. עקרונות הם מקורות חוץ-משפטיים אליהם פונה השופט במסגרת הפעלת שיקול דעת. לכן לשופט יש שיקול דעת במובן החזק.
	2. הרבה פעמים לבתי המשפט יש שתי פונקציות בסיסיות שחשוב להבחין ביניהן. ביהמ"ש אמור בראש ובראשונה להחיל את החוק. החלת החוק היא חלק מהתפקיד של ביהמ"ש במסגרת שלטון החוק. התפקיד הנוסף לא קשור לאכיפת החוק, משום שהתפקיד השני הוא ליישב סכסוכים. ניתן ליישב סכסוכים שרז ואחרים מכנים אותם סכסוכים מוסדרים (משמע מוסדרים ע"י החוק). ברגע שיש חוק רלוונטי לסכסוך הרי שמדובר במקרה הנוגע לשני תפקידים אלו של ביהמ"ש. ביהמ"ש מחיל את החוק ע"מ להכריע בסכסוך שבין שני הגורמים. ניתן לשאול מה קורה במצבים בהם יש סכסוכים שהחוק לא מסדיר אותם. בהינתן כלל זיהוי שמגדיר כללים ברורים, יכול להיות מצב של סכסוך שלא מוסדר באמצעות חוק המזוהה ע"י כלל הזיהוי. אם ביהמ"ש מוגבל ליישוב סכסוכים רק באמצעות החוק, בהינתן מצב בו ביהמ"ש לא מוצא סעיף רלוונטי בחוק הוא יימנע מליישב את הסכסוך. עד שזה לא יוסדר ע"י החוק לא תהיה דרך ליישב את הסכסוך הזה. יישוב סכסוכים הוא תכלית חברתית של ביהמ"ש המתקיימת בנפרד מהתכלית של החלת החוק במסגרת שלטון החוק. כשרוצים לשים קץ לסכסוך לא תמיד מחילים חוק, מה שעושים זה להפעיל מנגנון כדי ליישב כל סכסוך שמתפתח במדינה. יש אינטרס חברתי שאנשים יוכלו להביא את הסכסוכים שלהם לידי גמר. לכן מחייבים את ביהמ"ש ליישב כל סכסוך שבא לפניהם. אם החוק מסדיר אז מחילים את החוק ואם החוק לא מסדיר אז ביהמ"ש צריך להיות זה שמסדיר הסוגייה. לכן כשאין כללים וסטנדרטיים שמנחים את ביהמ"ש בהקשר זה הוא מפעיל שיקול דעת במובן החזק. ניתן להגיד שהחלטה זו רטרואקטיבית, אבל ככל שמדובר בפתרון הסכסוך שבא לפני השופט ושאין לו מקור משפטי לא מדברים על חקיקה רטרואקטיבית אלא מדברים על הסדרה. אם אומרים שזה לא דמוקרטי אפשר להגיד שמוכנים לשלם באמצעות הדמוקרטיה כדי שיהיה מנגנון לסיום סכסוכים. במצב כזה, לפחות לפי הפוזיטיביסטים, לא יכולים אלא לייחס לשופטים שיקול דעת במובן חזק משום שבהגדרה במצב הזה אין עקרונות וודאי לא כללים משפטיים שמכוונים את ההחלטה שלהם. כל מה שיש הם שיקולים כללים של רציונליות, צדק, הגינות וכדו'.
4. **שיקול דעת שיפוטי לפי דוורקין** – עקרונות הם חלק מהמשפט. לכן שופט מחליט תמיד לפי סטנדרטים: או כללים שכתובים בחוק או עקרונות שהם חלק מהמשפט. עקרונות מקורם לאו דווקא במוסד מחוקק כלשהו, הם לא מזוהים ע"י כלל זיהוי. בזה דוורקין שולל את הגישה הפוזיטיביסטית לפיה יש כלל אב שמזהה את כל המקורות המשפטיים. בהינתן מצב זה, אין מצב בו שופט יתקל במקרה שהוא לא יוכל למצוא עקרון משפטי רלוונטי שינחה אותו. בהינתן שלא ייתכן מקרה כזה, ושעל כל מקרה שבא לפניו תמיד יהיו בנמצא עקרונות משפטיים הרלוונטיים למקרה ושאותם צריכים לשקול, משמעות הדבר היא ששיקול דעת של השופט הוא לעולם שיקול דעת במובן החלש. זאת משום שתמיד יהיו סטנדרטים שמנחים אותו בפעולתו (בין אם כללים או עקרונות שהם חלק מהשיטה).

## **מנהגים (שנתפסים כמשפטיים) ועקרונות**

1. **מנהג לפי הפוזיטיביסטים** – כזכור, הארט ביקר את אוסטין לגבי המנהג. לפי אוסטין, חוק הוא פקודה של הריבון, ואילו מנהג הוא דפוס התנהגות שמקבל תוקף משפטי שצומח מלמטה. לכן אי אפשר להסביר אותו באמצעות מושג הפקודה שמקורה בריבון שזוכה להרגל ציות והוא עצמו לא חייב ציות. לפי הארט, מנהגים מקבלים תוקף משפטי בשל כלל הזיהוי. הטענה שלו היא שכדי שלמנהג יהיה תוקף משפטי צריך שבמסגרת כלל הזיהוי יהיה עקרון שיאפשר לחברה לזהות פרקטיקות שהן לא רק נתפסות כמחייבות מוסרית אלא הן מחייבות גם משפטית. זה הפתרון של הארט למושג המנהג כמקור לנורמות משפטיות.
2. **מנהג לפי דוורקין** – דוורקין מבקר את התפיסה של הארט. לפי דוורקין, אם מסתכלים על האופן שבו החברה מכירה במנהגים, מנהגים לא נדרשים לכלל הזיהוי, משום שהם מוכרים על ידי החברה כמשפטיים במישרין. בחברה יש מנהגים שלא נתפסים כמחייבים משפטית, ויש כאלו שבשל סיבות שונות נתפסים כמחייבים משפטית. הדוגמה שנתנו היא פיצוי של עובד שפוטר. לפני שהחוק קבע את הכלל הזה היה מנהג כזה שהפך להיות מחייב משפטית. אם נודה שהחברה מכירה במנהגים שיש להם מעמד משפטי, ללא צורך בכלל זיהוי שיקבע מהם המנהגים המשפטיים לעומת אלו שאינם משפטיים, למעשה גם נשמיט את הקרקע מתחת לרעיון שכלל הזיהוי הוא כלל אב שמעניק תקפות לכל שאר הכללים המשפטיים. המשמעות היא שתתכן בחברה מערכת שלמה של כללים ועקרונות שהם יתפסו ע"י בני החברה כמחייבים משפטית, מבלי שכלל הזיהוי מזהה אותם. הם נוצרים כחלק מהתודעה של בני החברה את מה שנתפס כמחייב משפטית. כלל הזיהוי לא נהיה מיותר, הוא פשוט מזהה רק חלק קטן של הכללים המשפטיים, משום שלצידו יכולים להתפתח מנהגים ומערכת שלמה של עקרונות הנתפסים כמחייבים ע"י בני החברה. כשבני החברה מפעילים עקרונות אלו הם לא מפעילים עקרונות חוץ משפטיים, הם מפעילים עקרונות מחייבים משפטית. במובן זה עקרונות הם כמו מנהגים, הם לא נזקקים לכל הזיהוי. חלק מהביקורת של הארט על דוורקין תהיה שמנהג כמקור לנורמות משפטיות הוא נחלת חברות משפטיות קדומות. ככל שהחברה הפכה להיות גדולה יותר ומורכבת יותר, המנהג פחות ופחות היה מקור לנורמות משפטיות, הוא חדל מלהיות מקור מרכזי. מה שהפך להיות מקור מרכזי הוא פעולת החקיקה של מחוקק מרכזי ומחוקקי משנה שפועלים מכוחו.

## **שיקול דעת חלש, חקיקה רטרואקטיבית והדמוקרטיה**

1. מנקודת המבט של דוורקין אמרנו שקיומם של עקרונות במשפט, וייחוס שיקול דעת חלש לשופטים, מלמדים כי פסיקה אינה חקיקה רטרואקטיבית. אם באמת נתאר את הפעולה של השופטים כשהם מפעילים שיקול דעת (נזקקים לעקרונות שהם כבר עקרונות משפטיים), המשמעות היא שלא נזקקים לעקרונות חוץ משפטיים שעכשיו הם הופכים להיות חלק מהמשפט באמצעות הפסיקה. ביהמ"ש נזקק לעקרונות שהם כבר חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט. אם הוא נזקק לעקרונות שהם כבר חלק ממערכת המשפט כבר לא מדובר על פסיקה בעלת אופי רטרואקטיבי, משום שמפעילים עקרון שמאז ומעולם היה חלק ממערכת המשפט.
2. אם השופט מפעיל שיקול דעת במובן החלש, הוא גם לא פוגע בעיקרון הדמוקרטי משום שהעקרונות הם חלק מהמשפט. שופטים לא מקבלים על דעת עצמם החלטות לגבי מהם החוקים ויוצרים יש מאין חוקים כשהם לא נבחרי הציבור. מה שהם עושים זה לייצר עקרונות שהם עצמם (וגם הציבור) תופסים כחלק מהמשפט. הם מופעלים באופן דמוקרטי משום שהעקרונות כבר קיימים. לכן, נקודת המבט של דוורקין של מערכת עקרונות גדושה שהיא חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט בעצם מציירת את קבלת ההחלטות של השופטים באופן שהיא אינה רטרואקטיבית או סותרת את הדמוקרטיה.

## **שיקולים נורמטיביים לגבי הכללת עקרונות במשפט**

1. הרעיון של הכללת עקרונות אומר שעקרונות לא מזוהים ע"י כלל הזיהוי. זה לא שעקרונות לא יכולים להיות מזוהים ע"י כלל הזיהוי אלא שחלק מהעקרונות שהחברה מזהה כמשפטיים כלל הזיהוי לא יכול לזהות אותם. לדבר זה יש מחיר, אבל דוורקין מוכן לשלם את המחיר על כך שאין כלל אב שמגדיר את הגבולות של המשפט ויוצר צפיות וודאות לגבי מה נכלל במשפט. מצד שני, דוורקין סבור שלהכללת עקרונות יש יתרונות נורמטיביים.
2. **הטיעון המקצועי** – שופט צריך לפעול לפי התשובה האובייקטיבית שבחוק ולא לפי החלטה אישית. בעיני דוורקין, גם אם ההחלטה של השופט כפופה לשיקולים של הוגנות, יעילות, סבירות (שעל זה גם הפוזיטיביסט יסכים) רואים שהשופט לא נשען רק על שיקולים אלו. השופט נשען על שיקולים נוספים אותם הפוזיטיביסטים לא לוקחים בחשבון, לכן הם לא מתארים נכון את פעולת השופט.
3. **הטיעון הדמוקרטי** – שופט אינו נבחר ציבור, לכן אם מייחסים לו שיקול דעת חזק מייחסים לו כוח בפעילות שמנוגדת לדמוקרטיה. עם זאת, אם מייחסים את העקרונות למשפט ורואים אותם כחלק ממערכת המשפט, שימוש של השופט בהם אינה פעולה מחוץ למערכת המשפט.
4. **הטיעון מכוח שלטון החוק** – קשור לעניין של הרטרואקטיביות. אם מניחים שעקרונות הם חלק מהמשפט, לא יוצרים כלל ומחילים אותו אחורה באופן רטרואקטיבי, משום שעקרונות אלו היו קיימים בעבר והם קיימים עכשיו. כשנזקקים אליהם לא מייבאים עקרונות לתוך מערכת המשפט. לכן השופט לא פועל באופן רטרואקטיבי כשהוא עושה זאת.

## **נון-פוזיטיביזם – סיכום**

1. דחיית העקרון הפוזיטיבי הראשון לפיו הנורמות המשפטיות מזוהות על ידי כלל אב / כלל זיהוי. לא מתנגדים לזה שיש כלל אב שמזהה כללים, מתנגדים לזה שיש כלל שמזהה את כל הכללים. לפי דוורקין, יש מקורות משפטיים רבים שכלל הזיהוי כלל לא מזהה. אם זה המצב, פירושו של דבר שכלל הזיהוי מאבד במידה רבה מערכו, משום שהוא מזהה רק חלק מהמקורות המשפטיים. לכן כלל הזיהוי לא יכול לשמש לטובת הצבת הגבולות של המשפט ולהעניק למערכת המשפט את היציבות והוודאות שהפוזיטיביסטים טוענים שהוא מעניק לה.
2. דחיית העקרון הפוזיטיבי השני של שיקול דעת חזק. לדעת דוורקין יש לשופטים רק שיקול דעת חלש.
3. דחיית העקרון הפוזיטיבי השלישי לפיו היעדר חובה משפטית בהיעדר כלל. דווריקן טוען שבמצב בו כלל הזיהוי לא מזהה כלל שהוא מקור לחובה עדיין אפשר לדבר על חובות משפטיות משום שיש את העקרונות כמקור לחובה.

## **האם דוורקין דוגל במשפט טבעי**

1. דוורקין הוא נון-פוזיטיביסט, אבל יש הרגשה שהוא גם שונה ממי שדוגל במשפט הטבע. השאלה היא האם דווריקן מחזיק ביסודות של משפט טבעי, או שמא הנון-פוזיטיביזם שלו שונה מאשר של אלו הדוגלים במשפט הטבעי (מאמינים בעקרונות מוסריים אוניברסליים שקיימים בכל זמן ובכל מקום ועומדים בתשתית מערכת המשפט).
2. **הדמיון למשפט הטבעי** – שיקולים מוסריים הם חלק מהשיקולים המשפטיים. דווריקן לא מוכן ליצור חיץ ברור בין המשפט לבין המוסר באופן שהפוזיטיביסטים עושים. מוצאים הרבה מאוד שיקולים מוסריים משולבים בתוך השיקולים המשפטיים, וזה כפועל יוצא מקבלה של עקרונות כחלק בלתי נפרד מהמשפט.
3. **דוורקין עצמו טוען להבדל** – אין מדובר בשיקולים של משפט רצוי אלא בעקרונות שהם חלק מהמשפט הקיים. העקרונות אצל דוורקין מתוארות כסוג של עובדות במערכת המשפט, ולא כמשפט רצוי שצריך לערב אותו בהכרעה השיפוטית. דוורקין מדבר על קונבנציות מוסריות שהשופטים משתמשים בהן ושנתפסות על-ידיהם ועל ידי החברה כמשפטיות.

## **התגובה הפוזיטיביסטית (הארט + רז)**

1. **עקרונות עמדה פוזיטיבית** (לפי רז, "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי")
	1. למשפט יש גבולות (רק נורמות שמתאימות לכלל הזיהוי הן נורמות משפטיות). אחת הנקודות שמבחינות בין התיאור של הפוזיטיביסטים לעומת תפיסות נון-פוזיטיביסטיות, היא שלפי דווריקן אי אפשר באמת להצביע על גבולות ברורים שיש למשפט. אם אכן במערכת המשפט יש מגוון רחב מאוד של עקרונות ששופט נזקק אליהם בכל מני מצבים, והעקרונות האלו לא מזוהים ע"י כלל הזיהוי, יש טשטוש בין מה שנמצא בתוך המשפט לבין מה שנמצא מחוץ למשפט. אותה היציבות שהיא חשובה עבור הפוזיטיביסטים מאבדת מחשיבותה אצל דוורקין, שמוכן לוותר עליה. היציבות והוודאות חשובים מאוד עבור הפוזיטיביסטים, וניתן להגיד שהם גם חשובים עבור כל מי שמעריך את שלטון החוק כעקרון יסוד. אצל דוורקין כל הרעיון של גבולות למשפט כמעט נזרק לצדי הדרך. רז חוזר לכך. הוא מוכן להכיר בקיומם של עקרונות, כל עוד הם מתאימים לכלל הזיהוי.
	2. יש מצבים שאין לגביהם נורמות משפטיות. הטענה של דוורקין לפיה יש עקרונות אולי נכונה, אבל מזה לא נובע שאין מצבים של לקונות. ישנם מצבים של לקונות בדיוק משום שיש גבולות למשפט.
	3. במצבים כאלה אין תשובה משפטית.
2. **מערכת משפט לפי הפוזיטיביזם**
	1. כוללת נורמות משפטיות (חוקים). היא יכולה גם לכלול עקרונות.
	2. בתי משפט ממלאים תפקיד כפול – א. מיישבים סכסוכים מוסדרים, שבהם מיישמים חוקים; ב. מיישבים סכסוכים שאינם מוסדרים, יוצרים נורמות. סכסוכים מוסדרים נוגעים לרוב לשאלות עובדתיות, שברגע שביהמ"ש מכריע לגביהן אין בעיה להחיל את החוק על המקרה ולהגיע לתוצאה ברורה. הפוזיטיביסטים טוענים שלבתי המשפט יש תפקיד נוסף שהוא יישוב סכסוכים שאינם מוסדרים. הכוונה בכך היא שבהינתן התפיסה הפוזיטיביסטית, לפיה יתכנו מקרים בהם מתעוררים סכסוכים שהחוק לא מסדיר אותם, יש אינטרס חברתי שביהמ"ש יסדיר את הסכסוכים האלו. מה שמערכות משפט עושות זה להעניק לביהמ"ש סמכות ליישב סכסוכים שהחוק עצמו לא הסדיר אותם. אם החוק היה חושב על המקרה הזה הוא היה מנסה להסדיר אותו. החוק מכיר בעובדה שייתכנו מצבים או נסיבות בהם יתפתחו סכסוכים לגביהם אין תשובה בחוק. במצב כזה הוא לא ירצה שביהמ"ש יגיד לצדדים שהוא לא יכול להכריע במקרה ושימשיכו לריב. מערכת המשפט מעוניינת שכל סכסוך יוכל לבוא לידי סיום. זה תקף גם לגבי סכסוכים שהחוק עצמו לא מסדיר. לכן מסמיכים את ביהמ"ש ליישב סכסוכים גם בהיעדר חוק. כשמסמיכים את ביהמ"ש לעשות זאת למעשה גם מסמיכים אותו ליצור נורמות משפטיות (למשל ע"י יצירת תקדימים). דוורקין מתכחש לתפקיד השני. משום שדוורקין מכיר בעקרונות שהם חלק מהמשפט, תמיד יחולו על כל מקרה עקרונות כלשהם, ולכן ביהמ"ש תמיד יוכל להחיל משהו על המקרה. לא יהיה נכון לומר שיש מקרים של סכסוכים שאינם מוסדרים. רז מתעקש על החלוקה לשני התפקידים, ולכן בתי משפט ממלאים את הפונקציה של הסדרת סכסוכים ולא רק החלה של החוק.
3. **עקרונות משפטיים**
	1. מזוהים על ידי כלל הזיהוי. לפעמים הם מנוסחים ע"י החוק. במקרה זה חובה לפעול על פיהם.
	2. עקרונות חוץ-משפטיים – אינם חלק מהמשפט ואין חובה לפעול על-פיהם. ברגע שנהגו לפיהם ושהם יובאו לתוך המשפט ע"י הפסיקה הם הופכים להיות עקרונות משפטיים.
4. **עקרונות וקווי מדיניות**
	1. עקרונות מוסריים – עקרונות מגבילים. מאפשרים מספר דרכי פעולה אך מגבילים אותם שלא יפגעו בעקרונות צדק או זכויות יסוד. עקרונות אלו לא מנחים לקראת תוצאה, הם אומרים שכששוקלים את התוצאה יש להימנע מדבר כזה או אחר. לדוגמה, איסור על ענישה משפילה. הימנעות מהענשה משפילה באה לקיים עקרונות מסוימים, אבל היא לא מנחה לתוצאה מסוימת. היא רק אומרת מה לא לעשות.
	2. קווי מדיניות – עקרונות מנחים. מכוונים לתוצאה שמביאה להשגת המדיניות בצורה המיטבית. למשל, רוצים שפעולה מסוימת תגדיל את התקציב הציבורי בצורה הטובה ביותר.
	3. אם נחזור לעקרון של ריגז, העקרון של ריגז אומר שאדם לא יכול להנות מפרי עוולתו. ניתן לשאול האם זה עקרון מגביל או מנחה. במקרה של ריגז אמרו שאי אפשר לתת את הירושה לנכד, משום שאז פועלים בניגוד לעקרון המגביל לפיו לא מכירים בזכות של אדם שצמחה ממעשה עוולה. העקרון לא קובע למי לתת את הירושה, הוא לא מנחה לאן לכוון את הרכוש. הוא רק אומר לא לתת לנכד, משום שאז תהיה פגיעה בעקרונות שונים.
5. **תפקיד העקרונות**
	1. פירוש כללים – עקרונות השיטה. הרבה פעמים משתמשים בעקרונות כדי לפרש כללים. כשמסתכלים על כללים הם בד"כ לא מפרטים את הטעמים שביסודם. הכלל בד"כ קובע מעין דפוס פעולה במצב עניינים מסוים. כשמסתכלים על תכלית החוק למעשה מסתכלים על עקרונות. כשמבינים את העקרונות אפשר להשתמש בהם כשמפרשים את הכללים. באמצעות העקרונות ניתן להכריע האם הכללים חלים במקרים מסוימים או לא. זה אופייני למה שמכונה מקרים קשים, בהם לא ברור האם כלל חל או לא על אותו המקרה.
	2. יצירת כללים ע"י ביהמ"ש – בתי המשפט יוצרים כללים ספציפיים באמצעות היזקקות לעקרונות. בדוגמה של ריגז, אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו, ולכן אדם שרצח כדי לקבל צוואה לא יכול לרשת. כאן יש ניסוח של כלל קונקרטי בעניין צוואה שנגזר מעקרון כללי.
	3. ביקורת כללים – באמצעות עקרונות ושיקולי מדיניות. באמצעות הביקורת ניתן לשנות את הכללים או לבטל אותם. רז מדבר על מצבים בהם בתי המשפט מבקרים חוקים שהמעמד שלהם הוא של חקיקת משנה. הרבה פעמים, בכל הנוגע לחקיקת משנה, אפילו הנון-פוזיטיביסטים מכירים בכך שלבית המשפט יש סמכות לבקר את הכללים באמצעות עקרונות. המצבים בהם יש ביקורת שנזקקת לעקרונות על כללים הם לא רק במצבים חריגים ושנויים במחלוקת של חקיקה שיפוטית על חקיקה של הכנסת. זה קורה הרבה בהקשר של חקיקה משנית, לגביה מעטים יחלקו שלבתי המשפט ראוי שתהיה סמכות ביקורת.
	4. הכרעה ישירה – ללא תיווך של כללים או יצירת כללים. אם מסתכלים על הדוגמה של פלוני נ' פלונית, קשה יהיה לומר שביהמ"ש יצר כלל חדש. הוא ניסח בצורה של כלל את הנסיבות המאוד חריגות של אותו המקרה, זה לא האופן בו יוצרים כלל משפטי. הכלל הזה כל-כך ספציפי שקשה לדבר עליו במונחים של כלל. לא מדובר כאן על כלל חדש, מדובר כאן על החלה ישירה של עקרון (אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו) על המקרה הקונקרטי והמאוד מיוחד שנידון.
6. **סיכום פוזיטיביזם**
	1. המשפט כולל כללים ועקרונות שמזוהים על ידי קריטריון.
	2. במקום שבו אין כלל שחל או עקרון ברור אין חובה משפטית.
	3. לביהמ"ש תפקיד כפול: מיישם ויוצר כללים.
	4. נתון לביהמ"ש גם שיקול דעת חזק.

# **חובת הציות לחוק**

## **הקדמה**

1. **מה טיבה של החובה לציית לחוק**
	1. לפי גנז, חובה לציית לחוק היא חובה לציית לכלל מסוים או להוראה מסוימת **רק מפני שהחוק ציווה**. כשאנחנו אומרים שיש חובה לציית לחוק, אנחנו בעצם מתכוונים לומר שמעצם זה שהחוק מצווה על פעולה מסוימת, זה יוצר חובה לציית לו. חובות מסוג של לא לתקוף, לא לגנוב, לשלם מס הן מחייבות בשל התוכן המוסרי של כללים אלו. כשתוקפים עושים פעולה בלתי מוסרית, לא זקוקים לחוק כדי להבין שיש חובה שחלה עלינו להימנע מכך. מהרגע שחושבים שלחוקים יש תוקף או תוכן מוסרי, מה שיוצר את החיוב לציית להם זה בראש ובראשונה אותו תוכן מוסרי. אם יש חוק לגבי חובות אלו החובה לציית לחוק היא גם משום שהחוק ציווה עליהן, ולא רק מפני שהחוק ציווה עליהם. כשרוצים לענות על השאלה מה טיבה של החובה לציית לחוק בעצם שואלים האם יש חובה לציית לכלל מסוים רק מפני שהחוק ציווה עליו.
	2. ציות לחוק לא מוסרי – כל זאת מעורר שאלה מהכיוון ההפוך. אם יש חובה לציית לחוק משום שהחוק ציווה, האם יש חובה לציית לחוקים לא מוסריים. כשהתוכן של החוק לא מוסרי יש התנגשות בין החובה לציית לו בשל היותו חוק והאיסור לציית לכלל בשל המטרה הבלתי מוסרית שאליה הוא מכוון. במצבים כאלה, אם אי המוסריות של החוק היא דרמטית, ברור שאסור לציית לו. גם אם מניחים שישנה חובה מוסרית לציית לחוק, במקרים רבים בהם החוק בלתי מוסרי, אי המוסריות תגבר על עצם הכוח המוסרי שלו מתוקף היותו חוק. צריך להבין את התשובה לשאלה האם ישנה חובה מוסרית לציית לחוק. אם יש חובה מוסרית לציית לחוק, יתכנו מצבים בהם הגם שהחוק בלתי מוסרי תהיה חובה לציית לו משום שהוא חוק. זה הכל תלוי באופן שבו מבססים את החובה לציית לחוק רק משום שהוא חוק. כדי להעריך לאילו חוקים בלתי מוסריים חובה עליי לציית בגלל חובה מוסרית יש להבין את המשקל שמייחסים לנימוקים שמבססים את החובה הזו, אותם צריכים לשקול לעומת אי המוסריות שהחוק הנדון מצווה עליה.
2. **גם אם יש חובה לציית לחוק, היא לא חובה מוחלטת**
	1. כשמנסים לבסס חובה לציית לחוק, מה שמנסים לבסס זה מה שפילוסופים מכנים חובות לכאורה. חובות לכאורה הן בעצם חובות שבהיעדר נימוקים נגדיים כבדי משקל החובות האלו מחייבות. בהתקיים נימוקים מוסריים נגדיים כבדי משקל, מה שנדרש זה לשקול את החובה הזו אל מול הנימוקים הנגדיים ולהעריך מה גובר על מה.
	2. החובה לציית לחוק אינה מוחלטת, אלא רק חובה לכאורה. היא לא מוחלטת משום שברגע שביססנו אותה, תמיד יתכנו מצבים בהם הנסיבות יגרמו לשיקולים שיגברו על החובה לכאורה שבוססה. למשל כשאומרים שיש חובה לכאורה לציית לחוק, אומרים שהחובה הזו גוברת תמיד על שיקולי נוחות אישית. אדם לא יכול להגיד שלא מתחשק לו לציית לחוק. ברגע שיוצרים חובה לכאורה, שיקולי נוחות לעולם לא יגברו עליה. לעומת זאת, שיקולים נגדיים בעלי תוכן מוסרי יותר חזק (למשל פגיעה בחפים מפשע או ברכוש הזולת) יכולים לעמוד כנגד חובה לכאורה.
	3. ניתן לשאול האם יש בכלל חובה מוחלטת. שום חובה שננסח לא תהיה חובה מוחלטת. גם אם נגיד שאסור להרוג, עדיין מדובר בחובה לכאורה, משום שיהיו מצבים בהם יהיו שיקולים שיובילו לאי ציות. למשל, הגנה עצמית. באופן כללי, קל מאוד לנמק את החובה לכאורה של איסור הריגה כחובה מוחלטת. עדיין נגלה שהן לא באמת חובות מוחלטות, ושאי אפשר למצוא חובות שחלות בכל המקרים כולם ללא יוצא מן הכלל.
	4. כששוקלים מתי חובות לכאורה חלות ומתי יש גורמים שגוברים עליהן, הכל פונקציה של השאלה מה משקלה של חובה לכאורה לעומת משקל של חובות מנוגדות. לכן כשמדברים על חובה לכאורה לציית לחוק שואלים איך מבססים את החובה הזו. לא מדברים עליה כחובה מוחלטת, לכן השאלה מתי חובה נגדית תתגבר עליה היא פונקציה של הנימוקים שמגייסים לטובת החובה לכאורה לציית לחוק. לחובות לכאורה יש משקל שנשקל כנגד חובות שמושכות לכיוון מנוגד. משקלה של החובה לכאורה לציית לחוק תלוי בטיעונים שמבססים אותה. יש הטוענים שגם אם יש חובה לכאורה לציית לחוק, היא לא חובה משמעותית, מפני שהטיעונים לטובתה הם חלשים (באופן יחסי). כשמדברים על החובה לכאורה לציית לחוק, שיקולים נגדיים מסוג של נוחות אישית אף פעם לא יהיו מספיק כבדי משקל כדי להפר אותה. אבל ברגע שהחוק משיג תוצאה בלתי צודקת או רעה, לכאורה די בזה כדי להכריע את חובת הציות לחוק. לכן השאלה בעיני לא מעט מהתיאורטיקנים היא שנויה במחלוקת. מה שגנז מנסה לעשות זה להצביע על נימוקים שמבססים את חובת הציות לחוק כחובה לכאורה וכן להראות שהנימוקים האלו מבססים את החובה הזו באופן שהם מעניקים לה משקל של ממש. ממילא הם עוזרים לה לתפקד בחשיבה המוסרים והפוליטית שלנו.

## **הטיעונים הקלאסיים לביסוס החובה לציית לחוק – אפלטון**

1. הסיטואציה בקריטון היא שאחרי שסוקרטס הועמד לדין על קלקול הנוער וכפירה באלים נגזר עליו עונש מוות. מגיע אליו מקורבו קריטון ומציע לו אפשרות לברוח מהכלא, ובכך להימנע מעונש המוות. סוקרטס מנצל את ההזדמנות כדי להציג מערכת של נימוקים לטובת הציות לחוק. לטיעונים אלו יש משקל עצום משום שהם מצדיקים ספיגת עונש מוות לא מוצדק.
2. **הכרת תודה**
	1. הרעיון הבסיסי שעומד ביסוד הביסוס הזה לחובת הציות לחוק אומר שאם מישהו העניק לך טוב מסוים אז אתה צריך להכיר לו תודה, אתה לא יכול להיות כפוי טובה. לא מדברים על מצב בו מישהו נתן טוב שאתה אדיש לגביו, זהו טוב מהותי לחייו של המקבל. במקרה של החוק, החוק הוא זה שמאפשר את החיים שלנו ולכן צריכים להכיר תודה לחוק. ניתן לשאול מי אלו החוקים שצריך להכיר להם תודה, האם למעשה מדובר בשלטון. התשובה היא שהדרך להכיר תודה לחוק היא באמצעות הציות למה שהוא אומר.
	2. דוגמת כיבוד הורים – אם שואלים למה אנחנו מכבדים את ההורים, נימוק מרכזי מאוד לכך הוא הכרת תודה על זה שהם הביאו אותנו לעולם, פרנסו אותנו, חינכו אותנו וכו'. לא אדישים לכך, זו לא טובת הנאה שהיא קלה בעיננו. במסגרת החובה להכיר תודה צריך לכבד את ההורים, ובפועל לפעול לפי הציווי שלהם.
	3. ביקורת הטיעון – האם הכרת תודה צריכה להיות דווקא בצורה של ציות לחוק. ניתן להכיר תודה בדרכים שונות, ומי אמר שבמקרה של החוק הכרת התודה חייבת להתבצע בדרך אחת ויחידה. אם זה נכון, קשה לראות איך טיעון הכרת התודה מבסס חובת ציות לחוק. יש כאלו שיטענו שספק רב אם חייבים להכיר תודה לרשויות. יכול להיות שרשות מסוימת תפעל בצורה המועילה לה, וכפועל יוצא זה יועיל גם לפרט כלשהו. האם מתוקף זה אותו פרט צריך להכיר תודה, ועוד בצורה של ציות לחוק?
3. **הסכמה (החובה לקיים הבטחות)**
	1. הרעיון הבסיסי של טיעון זה הוא שאם הסכמת או אם הבטחת חובתך לקיים. נכנסת להסכם שיוצר מחויבות. את המחויבות צריך לקיים. השאלה היא איך אפשר לבסס את ההבטחה הזו במסגרת חובת הציות לחוק. איפה אדם מבטיח. כאן ניתנו כל מני הצעות כדי לשכנע שאכן ישנה הסכמה בין הפרט לבין השלטון שיוצרת מחויבות לציית לחוק. יש כאלו שמדברים על הסכמה מפורשת, דוגמת אדם שמשתתף במשחק הפוליטי (מצביע, מתמודד). פעולה זו מבטאת סוג של הסכמה מפורשת. יש כאלו שטוענים שעצם השהות בגבולות המדינה לאורך זמן מבטאת הסכמה מכללא. יש לא מעט מדינות שברגע שמקבלים אזרחות בהן צריך להצהיר על מחויבות לחוקים של המדינה.
	2. ביקורת הטיעון – טיעון ההסכמה לא מצליח לבסס חובה לציית לחוק. חלק גדול מהטיעונים נגד טיעון ההסכמה מראים שקשה מאוד דרך כל הטכניקות האלו (מפורשת, מכללא, תושבות, השתתפות בבחירות) ליצור את אותה ההסכמה שממנה ניתן לבסס את חובת הציות לחוק.
4. **תועלת** (טיעון תוצאתני)
	1. טיעון זה מבוסס על הטוב שבקיומה של מערכת המשפט ושל מוסדות משפטיים. ההנחה היא שאם אנשים לא יצייתו לחוק, לא ניתן יהיה לקיים מערכת משפט ומוסדות משפטיים, שהם תלויים בקיומה של החובה לציית לחוק. מאחר שמצב עניינים של חברה בה יש מוסדות משפטיים ומערכת משפט הוא עדיף ומועיל יותר מאשר מצב עניינים בו אין מוסדות כאלו, נוצרת חובה מוסרית לציית לחוק. זאת משום שאי ציות לחוק יגרום לאיונה של מערכת המשפט.
	2. ביקורת הטיעון – גם אם כמה פרטים לא יצייתו, מוסדות החוק לא ייפגעו. נניח ננסה לבסס את החובה לשלם מס. נגיד שהטוב שנובע מתשלום מס הוא קיום תקציב ציבורי. בהינתן שכמה אנשים ישתמטו מתשלום מס, התקציב הציבורי לא ייפגע. כדי להניח שהתקציב הציבורי ייפגע צריכים להניח שאי תשלום מצד כל אחד ואחד הוא זה שימנע את קיומו של התקציב ויחתור תחת אותו המוסד שנקרא תקציב ציבורי. ניתן להגיד אותו הדבר על הצבא. קיומו של צבא הוא מוסד ראוי, אבל האם העובדה שמספר זעום של אנשים משתמטים מהצבא ומפרים את החובה להתגייס מאיים על קיומו של הצבא? התשובה בד"כ היא שגם אם כמה פרטים לא יצייתו עדיין המוסד ימשיך להתקיים.

## **טיעון ההגינות (רולס והארט)**

1. **הטיעון** – "יהיה זה בלתי הוגן אם לא נטיל על עצמנו מגבלות ולא נישא בנטלים, שעה שאנו זוכים בטובים שלא היו באים לעולם אלמלא בני החברה שלנו הטילו על עצמם מגבלות דומות ונטלו על עצמם נטלים דומים". טיעון זה למעשה מבקש לא להיות אוכל חינם. ההוגנות הבסיסית גורסת שאם אתה זכית בטובים מסוימים שהם פועל יוצא של נטל ומגבלות של אחרים אתה לא יכול להשתחרר מאותם נטלים ומגבלות. אינטואיציה זו מאוד משכנעת, והטענה היא שחובת הציות לחוק ניתנת לביסוס על עקרון ההגינות. עקרון ההגינות יקבע שבהינתן שאני נהנה מקיומם של מוסדות משפטיים, וקיומם של מוסדות משפטיים מותנה בזה שבני החברה מקבלים על עצמם מגבלות ונטלים, משמעות הדבר היא שאי-אפשר להחליט שלא לשאת בנטל שהוא הציות לחוק. גנז מנתח את הטיעון הזה ומראה שאפשר להבין אותו בשני אופנים, בגרסת הצדק המתקן ובגרסת הצדק המחלק.
2. **גרסת הצדק המתקן**
	1. עיקרון ההגינות מצווה על מי שזכו בטובים בשל פעולתם והשקעתם של אחרים להשיב להם על ידי נשיאה בנטל ייצורם. אינטואיציה זו היא כעין חובת השבה במצב מעין חוזי. לא מדברים על מצב של הסכמה בו צד א' הסכים לשאת בנטל, ולאחר שצד ב' נשא בנטל צד א' משתמט. במצב שבו אין הסכמה אבל עדיין צורכים את הטובים בכל זאת צריך להשתתף משום שמניחים שצד א' היה מסכים או שהוא הסכים מכללא.
	2. ביקורת – גם אם הטיעון נכון, לא בטוח שהוא דווקא מבסס חובת ציות לחוק. מדוע אנו חייבים להשיב ליצרני הטובים דווקא באמצעות ציות לחוק (בדומה לביקורת על טיעון הכרת התודה).
3. **גרסת הצדק המחלק**
	1. כשאריסטו עשה הבחנה במסגרת הניתוח של מושג הצדק בין צדק מתקן לצד מחלק הוא אמר שצדק מחלק זה בעצם מצב שבו אנשים להם מגיעה את אותה הזכות מקבלים את אותה המנה. מצב לא צודק הוא מצב בו אדם מקבל פחות או יותר ממה שמגיע לו. לפי התפיסה הזו, צדק הוא עניין שנוגע לדברים שעומדים לחלוקה. כל זמן שאנחנו צריכים לדון בצורת חלוקה מסוימת אנחנו למעשה שואלים שאלות של צדק. מושג הצדק שונה ממושג הטוב, טוב זה ליצור תועלת מצרפית גדולה יותר. על צדק אפשר לדבר או כצדק מתקן או כצדק מחלק.
	2. לפי גרסת הצדק המחלק, צריכה להיות חלוקה שוויונית של נטלי הייצור של הטובים. לא מדברים על ההגינות שבהשבה על טובים שזכית בהם (שאז היה מדובר על צדק מתקן). כשיש נטלי ייצור של הטובים, הנטל הזה צריך להתחלק באופן שווה בין כולם. יהיה בלתי צודק שאת הנטל הזה נחלק באופן בלתי שווה בין כל מי שנהנה מהטובים. משמע, כשמייצרים תקציב ציבורי, במסגרת ייצור התקציב קובעים את עקרון הנשיאה בנטל של התקציב הזה. העקרונות יכולים להיות מאוד מסובכים (מערכת מס פרוגרסיבית למשל). בהינתן שבסופו של דבר החלטנו איך הנטל הזה מתחלק, חובה על כל אחד ואחד, במסגרת החלוקה השוויונית של נטלי הייצור של הטובים האלו, לשאת בנטל שמוטל עליו. אם אדם יחליט שהוא לא נושא בנטל תהיה פגיעה בהגינות המבוססת על צדק מחלק.
4. **טיעון ההגינות מול הטיעון התוצאתני**
	1. ההבדל בין הטיעונים הוא שטיעון ההגינות מחפש שוויון בנטל ולא מניעת הרע שבהיעדר מוסדות משפטיים. לפי הטיעון התוצאתני, החובה המוסרית לקיים מוסדות משפטיים ממלאת את מקום דרישת ההסכמה לצרוך את הטובים האלה. זו נקודה חשובה בדיון של גנז. הרבה פעמים במסגרת טיעון ההגינות אומרים שיש חובה מוסרית להשתתף בנטל שכרוך בייצור טובים שנהנים מהם. אדם יכול לומר שהוא צרך טובים אבל לא הסכים לכך. זה שהוא נהנה מהם זה סוג של כורח שנכפה עליו. כדי לבסס את טיעון ההגינות צריכים להניח הסכמה לשתף פעולה וממילא גם לשאת בנטל. לפי גנז, כשמדברים על מוסדות משפטיים, ההסכמה הזו לא חיונית משום שקיומם של מוסדות משפטיים מצווה מכוח עקרונות מוסריים. העקרונות המוסריים האלו חלים על כל אחד ואחד, והם מייתרים את הצורך בהסכמה לצרוך את הטובים. נגיד שהחברה מייצרת מערכת רווחה. שואלים האם מערכת הרווחה שהחברה מייצרת באמצעות המוסדות המשפטיים היא מותנית בהסכמה לצרוך אותה או שאפשר לחשוב על זה שיש על הפרט חובה לתמוך במוסד שמטרתו היא רווחה חברתית, והחובה הזו מוטלת על הפרט מכוח המוסר, ולכן לא זקוקים להסכמת הפרט לצרוך או לשאת בנטל. ניתן לחייב לשאת בנטל מכוח הצו המוסרי שאומר שמוסדות חברתיים מהסוג הזה הם חיוניים מנקודת מבט מוסרית. ברגע שזה המצב, כשהפרט צורך אותם הוא לא יכול להגיד שהוא לא רוצה בהם. בשלב זה טיעון ההגינות נכנס לתמונה ויש חובה. גנז מוסיף שלא די בטוב שבקיום מוסדות משפטיים, שכן הם יכולים להתקיים גם אם פרטים מסוימים לא יצייתו (הקושי בטיעון התוצאתני).
	2. עקרון ההגינות מדגיש את חוסר ההגינות בצריכת חינם של הטובים המיוצרים על ידי המשפט, ואילו השיקול התוצאתני מדגיש את הסכנה הטמונה בצריכת חינם זו לעצם ייצור הטובים (משמע, המוסדות המשפטיים).
	3. גנז רוצה לטעון ששילוב של טיעון ההגינות והטיעון התוצאתני מבסס חובה לציית לחוק. הוא מצביע על קשר משפחתי בין הטיעונים, עקרון ההגינות אוסר על אי ציות מפני אי-הגינותו, והעקרון התוצאתני אוסר עליו מפני שהוא מסכן את ייצור הטוב. שני הטיעונים קשורים זה לזה גם מבחינה לוגית וגם מבחינה אמפירית. הפרות חוק מדרבנות הפרות חוק נוספות מפני שהן לא הוגנות. מפני שהפרות מדברנות הפרות נוספות, סכנת הנזק שבהן (ביטול מוסדות משפטיים) הוא ממשי. הקשר בין הטיעונים הוא שאם הפרת חוק לא הייתה גורמת נזק, לא היה ניתן להפעיל את עיקרון ההגינות לביסוס חובת הציות. אלמלא חל עקרון ההגינות על חובת הציות לחוק, הסיכוי שהפרתו תגרום לנזק היה אפסי.

# **המטרות החברתיות של המשפט**

## **הקדמה**

1. רז, לפני שהוא מציע תמונה על אודות המטרות החברתיות של המשפט, מציע מספר הערות מקדימות.
2. המשפט הוא כלי חברתי שניתן להשתמש בו למגוון רחב של מטרות (לדוגמה, כשדנו בשלטון החוק דיברנו על כך שהמשפט הוא כלי להכוונת התנהגות). כל מערכת משפט מודרכת ע"י ערכים ושיקולים שונים. במובן הזה, המשפט הוא כלי שעומד לרשותם של חברות ושל מחוקקים, שבאמצעותו ניתן לכוון התנהגות. התוכן של ההתנהגות הזו הוא פונקציה של השקפת העולם שלהם. לכן יש קושי לדבר על מטרות המשותפות לכל מערכות המשפט.
3. רז מנסה להציע דיון ניטרלי במטרות המשפט, שאינו תלוי אידיאולוגיה. הוא רוצה שיהיה אפשר להשתמש בתמונה שהוא מציע עבור כל מערכת משפט, תחת כל אידיאולוגיה. הוא מנסה להציע מסגרת מושגית דרכה ניתן להתבונן על מטרות המשפט שעומדות ביסוד כל מערכת משפט. התיאור הזה יכול להתאים גם למערכת המשפט המודרנית ואף למערכת משפט מסוג של ההלכה. במובן הזה, רז מודע לעובדה שלשיטות משפט שונות יש אידיאולוגיות שונות ומטרות שונות. יחד עם זה, לפי רז, יש מכנה משותף בסיסי ומהותי אליו הוא מכוון את הדיון שלו.
4. מטרת רז היא להציע תיאור כולל שמתאים לכל מערכת משפט, מבלי להתעלם מההבדלים הקיימים בין מערכות משפט שונות.
5. רז מעיר שאין לבלבל בין המטרות החברתיות של המשפט ובין סוגי נורמות (כגון נורמות מטילות חובה, נורמות מעניקות כוחות וזכויות). בכל אחת מהמטרות שיידונו להלן ייתכנו סוגים שונים של נורמות.
6. רז מבחין בין סוגים שונים של פונקציות של מערכות משפט:



## **פונקציות ישירות ועקיפות**

1. **פונקציות ישירות** – מטרת החוק מושגת במישרין על ידי הציות לחוק, באמצעות קביעה של דפוסי התנהגות או הימנעויות שאותן החוק מכוון. החוק מכוון לפעולות עשה בנסיבות מסוימות או הימנעויות שמחייבות לאורך זמן. את המטרות של החוקים האלו משיגים מעצם הציות לחוקים. הדוגמאות הן לא תרצח, לא תגנוב, חובת גיוס, לא לתקוף, דרישת הכתב בעסקה במקרקעין. אם המטרה של לא תרצח היא שמירה על חייהם של בני אדם, ברגע שנמנעים מלרצוח משיגים את השמירה על חיי אדם. אם רוצים לשמור על הקניין הפרטי אוסרים על גניבה, והציות לחוק זה משיג את המטרה החברתית הזו.
2. **פונקציות עקיפות**
	1. מטרות המושתתות על עמדות, רגשות ואופני התנהגות של בני החברה כלפי החוק, והערכה של המחוקק לבי קיומן של נסיבות נוספות (בהן אינטראקציה בין החוק לבין מוסדות שונים ולבין החברה יצרו תוצאה שבה המחוקק מעוניין). המטרות העקיפות לא מושגות במישרין על ידי הציות לחוק, אלא לעיתים על ידי עצם קיומו של החוק, או כתוצאה עקיפה מהציות לחוק. יש מערך שלם של דוגמאות לחוקים שהמטרות החברתיות שלהם עקיפות. למשל, הפחתת מיסים על בני אדם שמתיישבים בנגב מובילה ליישוב הנגב. התכלית הזו לא תושג אם הממשלה תוריד את המיסוי באופן שבני אדם יעריכו שזה לא שווה להם. כאן מדובר על צפייה של הממשלה לתגובה של אזרחים להפחתת המס, כשהמטרה היא מטרה עקיפה. חוק החברות מהווה תמריץ להשקעות וליזמות. המטרה היא לא הצדק שבהפרדה בין הרכוש של בעל החברה לבין הרכוש של החברה במצבים של פשיטת רגל. כל הרעיון של החוק הזה הוא לתמרץ אנשים ליזום ולהשקיע על ידי כך שמקנים להם כלי שמבטיח את רכושם הפרטי. חוק החברות במובן מסוים הוא חוק שהייתה לו הצלחה אדירה, אבל בסופו של דבר המטרה שלו עקיפה. מתמרצים בני אדם להשקיע בכך שאומרים להם שהרכוש שלהם מוגן. דוגמה מן ההלכה היא שלפי הרמב"ם יש איסור להשחית את הזקן, משום שזו אופנתם של עובדי עבודה זרה, והתרחקות מאופנתם תרחיק גם מאמונתם האלילית. כאן יש טענה לקשר עקיף בין ההתנהגות הזו של הגילוח לבין האמונות שאנשים יאמצו או יתקרבו אליהם. אם תרחיק אותם מהאופנות תרחיק אותם מהאמונות. המטרה של החוק היא לא למנוע גילוח המטרה היא להרחיק מהאמונות הזרות. חוק זה יכול להיכשל משום שניתן להתקרב לאמונות גם מבלי לאמץ את אופנות העבודה הזרה, וכך גם להיפך. ההערכה היא שיש קשר ביניהם.
	2. האם ניתן לצפות את תגובות הציבור – הרבה פעמים מה שהמחוקק עושה בחקיקת חוקים עם מטרות עקיפות זה שהוא צריך להעריך תהליכים חברתיים שהחוק יעורר או ימנע. השאלה היא האם מחוקקים מסוגלים לצפות את התהליכים האלו, או שמא הרבה פעמים מטרות עקיפות יכשלו משום שהיכולת של מחוקק לצפות את התהליכים החברתיים שייווצרו מוגבלת מאוד והוא מועד לטעות. לדוגמה, חוק הבחירה הישירה של ראש הממשלה משנת 1992 בישראל. מטרת החוק הייתה להגביר את המשילות. גורמים שונים העלו את הבעיה של חוסר משילות במדינה. כדי שממשלה תוכל למשול היא צריכה רוב בכנסת, ומאחר שהכנסת מורכבת מהרבה מפלגות, בשביל להשיג רוב הממשלה תלויה בהסכמים קואליציוניים שונים. המטרה הייתה לנסות ולצמצם את מספר המפלגות שיש בכנסת, ואז ברגע שנופלת הכרעה, היא מאפשרת למפלגה שנבחרה לשלוט באופן יציב ולא כל פעם להיות תלויה במפלגה קטנה. רצו שבמקום שהאזרחים יבחרו בפתק אחד, יבחרו בשני פתקים, אחד לראשות הממשלה ושני למפלגה. יחסי הכוחות בין הכנסת לבין הממשלה ישתנו. לגבי ראשות ממשלה הציבור יתכנס סביב מועמד אחד שייצג את הגוש, וזה יגרום בעקיפין להתכנסות של מפלגות בצד הימני תחת מטריה אחת ובצד השמאלי תחת מטריה אחרת. קיוו שייווצרו שני גושים. מטרת החוק לא הייתה המטרה הישירה שעניינה הגברת הדמוקרטיה (בוחרים את האדם המרכזי שהוא ראש הממשלה). המטרה הייתה הגברת המשילות וההנחה הייתה שכתוצאה משני הפתקים ייווצר הליך של גיבוש שני גושים. עם כל זאת, הבחירה הישירה דווקא גרמה להפחתה ביכולת המשילות של הממשלה. מה שקרה בבחירות הראשונות זה שלצד הכרעה לגבי הממשלה הייתה הצבעה מוגברת למפלות מגזריות והקטנת כוחן של המפלגות הגדולות. הבוחר אמר לעצמו שלצורך הבחירה בראש הממשלה ניתן לבחור במועמד חזק אבל לצורך המפלגה המייצגת בחרו במפלגות הקטנות. זה הוביל להקטנת כוחן של המפלגות הגדולות שהמשמעות של זה היא הקטנת המשילות. לכן החוק הזה בוטל ב-2003.
	3. רז מעיר שמשפטנים וסוציולוגים ואנשי מדע המדינה מיעטו לעסוק במטרות עקיפות של החוק. מטרות עקיפות קשורות למחקר אמפירי של המשפט (איך אנשים מגיבים למשפט וכדו').

## **פונקציות ראשוניות ומשניות**

1. **פונקציות חברתיות ישירות ראשונית**
	1. נוגעות להכוונת התנהגות של האזרחים ברמות שונות.
	2. הכוונת התנהגות – על כך דנו הרבה כשדיברנו על שלטון החוק. הכוונת התנהגות היא המטרה המרכזית (ולפעמים היחידה) של מערכת המשפט שעניינה מניעת התנהגות בלתי רצויה והכוונת התנהגות רצויה. החוקים המרכזיים של פונקציה זו הם החוק הפלילי (אומרים מה אסור לעשות) ודיני הנזיקין (נועדו למנוע גרימת נזק של אדם לחברו). אלה החוקים הבסיסיים של כל מערכת משפט. פונקציה זו כוללת בעיקר כללים מטילי חובה, אבל היא יכולה לכלול גם כללים מעניקי כוחות, ככל שאלה מסייעים למניעת התנהגות בלתי רצויה.
	3. יצירת כלים להסדרים בין פרטים – זה חוזר להבחנה של הארט. התפקיד של המשפט הוא לא רק לכוון התנהגות, אלא גם ליצור כלים שמאפשרים לפרט לממש מטרות שונות שלו. למשל חוק החברות, שהוא כלי כדי שאדם יוכל לממש חזון עסקי שיש לו. יש לזה מטרות חברתיות כמו לעודד אנשים להשקיע וליזום, אבל בראש ובראשונה יש לחוק זה את התפקיד של להעניק כלים כדי לממש מטרות פרטיות שונות. דוגמה נוספת היא חוק החוזים. חוק החוזים הוא כלי שמאפשר לבני אדם להגיע להסכמה ע"מ להגיע לשיתוף פעולה לקידום מטרות שונות. ניתן להגיע להסכמות בלי ליצור חוזה עם תוקף משפטי, אבל ברגע שעושים משהו דרמטי רוצים להעניק להסכמה מעמד מוגן. בשביל לענות על צורך זה ישנם את דיני החוזים. דוגמה שלישית היא דיני נישואין וגירושין, שמטרתם לקדם את היכולת של אנשים לקיים קשר אישי ארוך טווח. החברה עושה פעולה שמגנה על הזוגיות ועל התוצרים שלה. כך גם עם צוואות, שמטרתן לממש את הרצון של אדם ביחס לרכושו לאחר מותו. כל אלו הם כלים שהמשפט יוצר ע"מ שפרטים יוכלו לממש את רצונם. זו פונקציה נפרדת מהפונקציה של הכוונת התנהגות. לטובת כך המשפט יוצר כוחות משפטיים.
	4. חלוקה מחדש של טובין ואספקת שירותים – פה ניתן להסתכל על דיני מיסים למיניהם, ביטוח לאומי, מס בריאות. במסגרת דיני המיסים יש מס הכנסה, מע"מ, מס הון, מס נכסים וכו'. לכל אחד מהמיסים האלו יש מטרות. אם חושבים על המערכת הזו בכללותה, תפקידה הוא לחלק מחדש טובין. אם במדינה יש סך מסוים של נכסים ועושר, מה שדיני המיסים עושים זה לספק טובין לאזרחים מהסוג של משטרה, צבא, בתי משפט, מוסדות ממשל וכדו'. מוסדות ממשל הם טובין ציבוריים שמטרתם סדר חברתי, והמימון שלהם הוא באמצעות מיסים. המיסים בד"כ מממנים לא רק את השירותים המצומצמים האלו, אלא שמערכת המיסוי, כמעט בכל מערכת מודרנית, יש לה תפקיד גם של חלוקה מחדש של טובין. משתמשים במערכת המיסוי כדי לגבות מהעשירים ולהעביר לעניים. יש מערכות שעושות הפוך (גובות מכולם ומעבירות לעשירים). התקפיד של זה הוא לבצע חלוקה מחדש של טובין בהתאם לתפיסת עולם מסוימת. מדינות יכולות לפתח מערכות מס לפי תפיסות שונות של צדק. יש תפיסות יותר מצומצמות ויותר רחבות. יש מערכת שלמה של שיקולים שמדינות שונות מפעילות כשהן מבצעות את מה שמכונה חלוקה מחדש של טובין. כל חברה משתמשת במשפט כדי לקדם תפיסת צדק מסוימת. גם מבלי שנכנסים לדיונים ספציפיים לגבי מה נכון לגבי תפיסת צדק נכונה, מה שמאפיין את כל הגישות זה שכל מערכת משפט משתמשת במערכת המיסוי כדי לעשות סוג כזה או אחר של חלוקה מחדש. בכל מערכת משפט זה יתפקד באופן שונה, בהתאם לתפיסת הצדק והחלוקה מחדש שמאפיינת אותה (יש מדינות שדוגלות בצמצום פערים ויש מדינות שדוגלות בשוק חופשי וכדו'). כשמדברים על אספקת שירותים מדברים על בטחון (משטרה, צבא, בית משפט), חינוך (חוק חינוך חובה), בריאות (מס בריאות), תחבורה, תרבות, שידור ציבורי. במדינות מודרניות המדינה משתמשת בחוק כדי לספק את השירותים האלו. ישנם גם שירותים מסובסדים, שילוב של אספקת שירותים וחלוקה מחדש של טובין. כשהמדינה מספקת לכל האזרחים את אותה רמת בריאות בסיסית, רק שמאלו שמרוויחים יותר היא לוקחת יותר ומאלו שמרוויחים פחות היא לוקחת פחות, המדינה למעשה מסבסדת את שירותי הבריאות. בכך המדינה משלבת את אספקת השירות עם חלוקה מחדש של הטובין. היא נותנת בריאות, שהיא מצרך או טובין שכל אחד נדרש אליו, רק שחלק משלמים פחות משום שההכנסות שלהם פחותות.
	5. יישוב סכסוכים לא מוסדרים – סכסוך לא מוסדר (על ידי החוק) הוא מצב של לקונה. כשסכסוך מוסדר על ידי החוק, ביהמ"ש פועל במסגרת הפונקציה הישירה-המשנית שעניינה תפעול החוק. במצב של סכסוך לא מוסדר בתי המשפט נדרשים ליישבו, אך לא על ידי החלת החוק (שהרי אין חוק רלוונטי למקרה). אם תפקיד ביהמ"ש היה רק ליישם את החוק, במקרה כזה ביהמ"ש לא היה יכול לפעול והצדדים היו ממשיכים לריב. זהו מצב חברתי בלתי רצוי, ולכן קובעים שלמערכת המשפט תפקיד ליישב את כל הסכסוכים שמגיעים אל פתח ביהמ"ש. המשמעות היא שאם אדם נקלע לסכסוך עם זולתו, גם אם הסכסוך הזה לא מוסדר ע"י החוק הוא יכול להביא את הסכסוך לידי סיום ע"י פנייה לביהמ"ש. יישוב סכסוכים לא מוסדרים הוא פונקציה ישירה-ראשונית מפני שאחת ממטרות המשפט היא לאפשר לצדדים ליישב את כל סכסוכיהם, גם סכסוכים לא מוסדרים. זו אחת מן המטרות החברתיות של החוק. זה מביא סכסוכים לידי גמר, זה פותר מתחים. במצב של סכסוך לא מוסדר ביהמ"ש פועל באמצעות אנלוגיה, עקרונות השיטה, הוגנות, רציונליות, יעילות. רז מציג את הפונקציה הזו כפוזיטיביסט. דוורקין, שחושב שעקרונות הם חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט, ובאמצעותם ניתן ליישב כל סכסוך, הוא למעשה כופר בעמדה לפיה יש סכסוכים לא מוסדרים. אם מקבלים את העמדה לפיה ישנם סכסוכים לא מוסדרים, ניתן להכיר בפונקציה זו.
2. **פונקציות חברתיות ישירות משניות**
	1. נועדו לתפעול ולתחזוקה של מערכת המשפט.
	2. יישוב סכסוכים מוסדרים – החלת החוק. לצורך כך החוק מקים בתי משפט, רשויות חקירה, תביעה, בתי כלא, הוצאה לפועל, תקציבים עבור כל אלה ועוד. פונקציות אלו נועדו לתפעל את החוק. מערכת שלמה שמיוסדת על החוק נועדה ליישב סכסוכים מוסדרים. יש מערכת שלמה של חוקים שהם חלק מהפונקציה הזו של החוק. אלו בעצם כללים מסדר שני לפי הארט, כללים ביחס לכללים. כאן ניתן למצוא כללים מעניקי כוחות לשופטים ולגופים שונים.
	3. יצירה ושינוי של חוקים – התאמת החוק למצבים משתנים על ידי המחוקק, מחוקק המשנה, בתי המשפט (תקדימים) וכו'. גם כאן מדובר בכללים מסדר שני שמאפשרים למערכת המשפט להתאים את עצמה לנסיבות חדשות.
3. ההבחנה בין פונקציות ראשוניות למשניות דומה להבחנה של הארט בין כללים מסדר ראשון ומסדר שני.

## **חשיבות בתי המשפט במימוש מטרות החוק**

1. יישוב סכסוכים מוסדרים (הפעלת החוק).
2. יצירת חוקים חדשים (תקדים).
3. יישוב סכסוכים לא מוסדרים.
4. בתי המשפט מממשים מטרות עקיפות של החוק – הם המוסד המייצג את החוק ואת שלטון החוק בעיני הציבור. ההשפעות שלו על הציבור הן מגוונות.

# **פורמליזם וריאליזם משפטי**

## **פורמליזם משפטי**

1. **צורה לעומת תוכן** – פורמליזם מגיע מהמילה צורה (Form). ההנחה היא שיש במשפט מישור צורני שהוא מונגד לתוכן (נורמטיבי / מוסרי / אידיאולוגי). ההנגדה הזו לא תמיד מדויקת. למשל, הרבה פעמים מדברים על פורמליזם בהיבטים של כל מני דרישות פורמליות. לדוגמה, בחוק הירושה בס' 19 נאמר שצוואה בכתב יד תיכתב כולה בידי המצווה, תישא תאריך כתוב בידו ותיחתם בידו. משמע צוואה בכתב צריכה להיכתב כולה בכתב ידו של האדם (בשונה מצוואות שונות). זו דרישה צורנית, שאולי נועדה ללמד על גמירת דעת. אם שואלים מה הרעיון שעומד מאחורי הצוואה, הרעיון מאחוריה הוא שחושבים שיש ערך בהענקה של רכוש האדם למי שהוא מצווה אחרי מותו. יש לפעמים קשיים ראייתיים וחששות להשפעות על המצווה, לכן יש דרישות פורמליות במסגרת החוק. כאן בד"כ מדברים על ההבדל בין התוכן הנורמטיבי של הצוואה (מכירים בזכותו ובכוחו של אדם לצוות את רכושו לאנשים מסוימים) לבין דרישות פורמליות. ניתן למצוא דוגמאות נוספות לדרישות פורמליות בדיני חוזים, דיני ראיות, סדרי דין.
2. **כללים לעומת תכליות** – כשמדברים על פורמליזם מדברים על היחס בין כללים והאופן שמנסחים אותם לעומת הטעמים שעומדים ביסוד הכללים. כללים בד"כ מנוסחים באופן שהם קובעים דפוסי התנהגות. לפעמים אלו דפוסי התנהגות בבחינת הוראות תעשה או הוראות לא תעשה. מה שעומד ביסודם זה מטרות חברתיות.
3. **המשפט כנושא אופי פורמלי**
	1. המשפט בנוי מסדרות של כללים – הכללים מנוסחים באופן לשוני חד ובהיר וברור. בד"כ לכל כלל יש טעם, והטעם קשור לתכלית שלו, אבל הטעמים בד"כ לא מפורשים. לא נמצא את הטעמים מפורשים בחוק. הכללים בד"כ מנוסחים כהוראות פעולה מבלי לפרט את הטעם שלהם באופן גלוי. ברוב המקרים קל מאוד להתחקות אחרי הטעמים, אך בשל האופן הפורמלי ובשל שיקולים נוספים, הכללים לא מנוסחים עם טעמים, אלא בצורה של הוראות פעולה.
	2. המשפט מאורגן במערכת פורמלית – בהיבט האופקי, ענפי המשפט השונים. בד"כ מחלקים מערכות משפט לענפי משפט שונים. ציבורי מול פרטי, חיובים (קניין, נזיקין, חוזים). אם ניקח את כל תחומי המשפט נוכל לחלק אותו לענפים ולגופי משפט שעוסקים בנושאים שונים. זה שונה ממערכות משפט בהן אין את הסדר הזה. למשל, כשחושבים על המשפט המקובל, שהוא מערכת משפט שמבוססת על צבירה של עוד ועוד פסקי דין שניתנים ע"י ביהמ"ש, פסקי דין אלו לא מסודרים באופן אופקי כזה. אח"כ יכול להיות שיגיעו מלומדים שייקחו את השורות התחתונות ויסכמו את הכללים שנקבעו ע"י פסקי הדין בכל תחום. אבל כשמסתכלים על האופן שבו מערכת זו בנויה זה נראה כמו סלט שלם של פסקי דין שיוצאים לפי תאריכים מסוימים, כשכל פסק דין עוסק בנושא מסוים בלי סדר כלשהו. כשמדברים על הסדר הפורמלי של מערכות משפט קודיפיקטיביות רואים סדר אופקי ברור. בהיבט האנכי, חוקה, חקיקה ראשית, חקיקה משנית, צווים. לא רק קובעים היררכיה, ההיררכיה גם קובעת היררכיה נורמטיבית (איזה חוק נסוג בפני איזה חוק).
4. **פרשנות פורמלית** – פרשנות המדגישה פרשנות מילולית של הכללים. פרשנות המפעילה כלים לוגיים. ניתוח אנליטי מופשט שבאמצעותו מגיעים למסקנות משפטיות. ההנחה היא שהפעלת כלים אלו (העדפת פרשנות מילולית של לשון הכללים) מנתקת את הממד הערכי-תכליתי של החוק מהממד המשפטי שלו. כשהולכים לפירוש המילולי של לשון החוק למעשה מתנתקים מהתכלית של החוק ומהמטרה שלו. מיישמים את החוק כלשונו.
5. **דגם אידיאלי של פורמליזם משפטי**
	1. מדובר במבנה מחשבה שלא מתממש בפועל או מתממש באופן חלקי. במובן זה הוא אידיאלי. יש לכך מספר תכונות.
	2. המשפט הוא גוף אוטונומי וסגור של נורמות. אין לפנות למקורות חוץ משפטיים.
	3. המשפט הוא מערכת שלמה של נורמות. לכל בעיה משפטית יש תשובה. אמורים למצוא כלל שיחול על המקרה שנמצא לפניך וניתן ליישם אותו כדי לפתור את המקרה. לכל בעיה משפטית יש תשובה אחת ברורה.
	4. החלטות משפטיות מבוססות על פרשנות מילולית ולוגית של הכללים המשפטיים.
	5. ההליך השיפוטי הוא הליך של גילוי התשובה הנכונה.
	6. תמונה זו של המשפט מציגה את מערכת המשפט כמערכת בעלת אופי מתמטי. היא לוגית, ודאית, יש תשובה אחת ברורה.

## **הריאליזם של הולמס**

1. ריאליסטים התבוננו במשפט כפי שהוא למעשה ולא בתיאוריה (החוק שבספר לעומת החוק בפעולה). זה מגיע כתגובה לפורמליסטים שכותבים לכאורה על החוק במנותק כפי שהוא מתרחש הלכה למעשה בבתי המשפט. כדי להבין איך המשפט פועל צריכים להתבונן על האופן שבו בתי המשפט פועלים. הריאליזם הוא הראשון שמציע להסתכל על הצורה שבה פועלים שופטים ובתי משפט, ודרך הפעולה של בתי המשפט תחשוף את טיבו האמיתי והנכון שבו מתנהל המשפט. אם שם נמקד את מבטנו, נגלה שהמשפט פועל אחרת לגמרי מאשר התמונה שמצטיירת בתיאור של תאורטיקנים של המשפט.
2. **תשובת הולמס לשאלה מהו החוק** – "התחזית (או הניבוי) מה בתי המשפט יפסקו למעשה, ולא דבר יומרני מכך, הם מה שאני מתכוון בחוק". האמירה הזו היא אמירה שבמובן מסוים הגרעין הפנימי שלה הוא אנטי פורמליסטי באופן מובהק. זאת משום שהוא אומר שמה שבעצם צריך לדעת לגבי החוק זה היכולת שלך לצפות מה ביהמ"ש יפסוק במקרה נתון. לכאורה, עמדה פורמליסטית לא מדברת על ניבויים או על יכולת לצפות מה ביהמ"ש יפסוק. פורמליסט יגיד שהחלה של החוק היא מכאנית ופרשנות החוק מילולית. לכן החוק נגיש, ודאי, ההחלה שלו יציבה וברורה. לכן היכולת לצפות מה ביהמ"ש יפסוק זה לא עניין לנביאים או לבעלי יכולות יוצאות דופן. זה כמו פעולה פשוטה של מתמטיקאי שיודע לצפות מה תהיה התשובה של נוסחה מסוימת. באמירתו של הולמס, הוא לא מתכוון למיסטיקה. הוא מתכוון לניסיון של המשפטן שיש לו הרבה מאוד וותק בפעולה של בתי משפט מסוימים ולתרבות שמאפיינת אותם ולצורת החשיבה שלהם ושל השופטים המסוימים. אלו יכולים במידה מסוימת של וודאות לצפות מה תהיה התוצאה של הליך משפטי מסוים. המשפט זה היכולת לצפות את הפסיקות של ביהמ"ש, משום שמי שקובע מהו המשפט זה בראש ובראשונה בתי המשפט. לכל גורם אחר שמפרש את החוק אין סמכות להוציא תחת ידיו פסקי דין.
3. **דרך הפעלת החוק** – "חיי המשפט אינם היגיון אלא ניסיון". הנגדה של היגיון לניסיון זו הנגדה של מומחיות שאי אפשר להסביר אותה אך ורק באמצעות לוגיקה או באמצעות נוסחאות משפטיות שכל אחד יכול להבין אותן במהירות, להחיל אותן ולהבין מה החוק אומר. החוק הוא בעיקר הניסיון. הרבה פעמים כשמדברים על מומחים אומרים שאפשר ללמוד רפואה ואפשר ללמוד קונדיטוריה או כל מקצוע אחר. בהיבט מסוים, המקצוע הוא ללמוד מערכת של כללים וטכניקות, שאפשר ללמוד עליהן ואפשר להסביר אותן. במובן הזה ניתן גם ללמוד את החוק. עם זאת, יודעים שהרבה פעמים כשהולכים לרופא הוא לא בדיוק ידע איך הוא אבחן בצורה כזו או אחרת. יש לו ניסיון שהוא צבר אחרי שנים רבות של עבודה. יש משהו במומחיות שאי אפשר לפרק לכללים לוגיים. המשפט יותר דומה לניסיון של מערכת התמחות מאשר לסוג של לוגיקה פורמלית בצורה שבה מתארים אותה בתי הספר למשפטים והפורמליסטים. מה שעושים בכתה בלימודי משפטים זה לגרד רק היבט אחד צר מאוד של החוק, שאותו מכנים הלוגיקה של החוק ולשון החוק. הרבה מהעבודה בפועל מגיעה מהניסיון ומההיכרות של בעל המקצוע עם ההליך המשפטי. הריאליטס מנסה לחשוף את ההיכרות של בעל הניסיון עם המשפט.
4. **השיקולים שצריכים להשפיע**
	1. התועלת החברתית של החוק.
	2. תכלית החוק – ברגע שמדברים על תכליות מדברים על מערך שלם של שיקולים שהם הרבה יותר מורכבים מאשר הממד השטחי בעיניהם של דיונים לוגיים פורמליים ביחס לחוק.

## **ביקורת על הפורמליזם**

1. **עיקרי הביקורת**
	1. הכללים שמהם החוק עשוי לא יכולים וגם לא צריכים להכתיב את התוצאה המשפטית במקרה נתון.
	2. המשפט איננו שלם, אין בו תשובה לכל שאלה. יש הרבה מאוד מקרים בהם המשפט לא נותן תשובה ברורה וודאית.
	3. המשפט איננו ולא צריך להיות סגור. במקרים רבים, בעיקר במקרים חריגים, יש לפנות למקורות חוץ-משפטיים.
2. לפי תפיסות פורמליסטיות (וגם בתפיסות פוזיטיביסטיות) החוק הוא בעיקר הלשון של החוק. ברגע שמתחילים לשאול מה הטעם של החוק או מה התכלית של החוק, ההרגשה של הפורמליסט היא שתכלית החוק שאיננה מפורשת בחוק היא מעניינת וחשובה אבל היא לא חלק מהחוק. החוק הוא לשון החוק. הטעמים שמייחסים לכללים הם חוץ-משפטיים. המשפט הוא סגור במובן הזה שמה שכלול בו זה לשון החוק. הטעם איננו כלול במילים. צריכים ללכת מעבר ללשון הכלל, ומה שמעבר אינו חלק מהחוק. הריאליסטים יגידו שהמעבר הזה הוא חלק בלתי נפרד מהחוק, לא ניתן להפריד בין לשון הכלל לתכלית הכלל. ניתן להסתכל על צורת הפרשנות התכליתית של השופט ברק. לפי צורה זו, התכלית היא חלק בלתי נפרד מהחוק, למרות שהיא לא נאמרת במפורש בחוק. הרבה פעמים עבור ברק, מהרגע שהוא מזהה את תכלית החוק, הלשון פחות חשובה. גישות פורמליסטיות נזהרות לדבר על התכליות. הן לא מכחישות את קיומן, הן פשוט מנסות להחיל את החוק באופן מכאני ובמנותק מהתכלית.

## **ספקנות כללים**

1. **עמימות סמנטית** – לכל מונח ולכל כלל משפטי יש ריבוי משמעויות. בשל כך יש קושי גדול להתייחס לחוק באופן מילולי. מאחר שיש ריבוי משמעויות בלתי אפשרי לייצר כללים חד משמעיים. ההנחה של הריאליסטים היא שתפיסה כי יש משמעות ברורה וקשה של החוק היא מוטעית. הארט לא פורמליסט, אבל יחד עם זאת הוא חושב שלחוקים (ובאופן ספציפי למילים) יש גרעין משמעות נוקשה ולצד זאת שטח אפור. ברוב רובם של המקרים בהם הכללים המשפטיים חלים, אם מדובר במקרה טיפוסי, מה שחל זה הגרעין הקשה של המונחים המופיעים בחוק. ברגע שגרעין קשה זה חל יש להחלה של החוק משמעות ברורה ואחת, ולכן לא צריך לחשוב על הטעם של הכלל. קושי מתעורר במקרה שנוגע למרקם הפתוח של המונחים האלו, במצבים בהם עוסקים בשטח האפור של המונח, ושם אי-אפשר להחיל את הכלל באופן מכאני. החלה מכאנית תעשה אי-צדק ולכן צריכים לחשוב על תכלית הכלל. החלה של הכלל היא פונקציה של הבנת התכליות. הטענה של הריאליסטים דומה מאוד בהיבט הזה לטענה של פולר כנגד הארט. הוא טוען שבכל מצב אסור להתעלם מהתכלית של החוק. התכלית תמיד עומדת נגד עיננו כשמחילים את הכלל. ריבוי המשמעות של המונחים שמופיעים בחוק הוא לא פונקציה של חקיקה רשלנית או של יכולת מוגבלת של ניסוח של מחוקקים ושאם נשפר או נייעל את צורת הניסוח של כללים נגיע לכללים חד משמעיים שיצמצמו עד מאוד את המקרים בהם נצטרך להתמודד עם מקרים עמומים. לפי הריאליסטים העמימות מובנית לתוך השפה, ומכאן לתוך לשון החוק. לכן כל אימת שבתי המשפט מתמודדים עם מקרים שמגיעים לפניהם יהיה היעדר חד משמעיות. על כן תמיד נדרשת פרשנות, אי-אפשר להחיל באופן מכאני כללים. הרעיון שיש מצבים בהם אין פרשנות זה סוג של אשליה. זו טענה ריאליסטית קיצונית כנגד עמדות פורמליסטיות. יש לא מעט תאורטיקנים שטוענים שאכן יש לדחות את הדגם האידיאלי של הפורמליזם, עם זאת, העמדה הנגדית (ריאליזם) גם היא נוטה לכיוון מוגזם אבל הפוך.
2. **ריבוי דוקטרינרי** – ריבוי כללים מחייב בחירה של הכלל שחל על המקרה. אם מסתכלים על האופן שבו מערכות משפט מתפתחות, נראה שהרבה פעמים מערכות משפט עורמות כללים על גבי כללים שהמחוקק יוצר ושבתי המשפט יוצרים. יש גודש עצום של כללים שנוצרים ברבות השנים בתוך מערכות משפט. המשמעות של זה הוא מה שהריאליסטים מכנים ריבוי דוקטרינרי. המשמעות היא שאם ביהמ"ש ינבור בחוק הוא תמיד ימצא הרבה יותר מכלל אחד רלוונטי למקרה שמגיע לפניו. לביהמ"ש אין כללים פורמליים באמצעותם הוא יכול לקבל החלטה איזה כלל להעדיף, למרות שלעיתים במערכות משפט יהיו כללים מסדר שני שיקבעו כיצד להכריע במקרים כאלו (מוקדם ומאוחר, ספציפי וכללי). ריאליסטים יגידו שזה לא פותר את הריבוי הדוקטרינרי, ועדיין יהיו מצבים בהם יש יותר מכלל אחד הרלוונטי למקרה. לכן הכללים כשלעצמם לא יאפשרו הכרעה ברורה וחד משמעית במקרה. הבחירה של הכלל היא פונקציה של שיקול דעת. כל דוקטרינה משפטית כוללת לפחות שתי מגמות הפוכות. תמיד יהיה כלל ויוצא מהכלל (דוגמת רצח מול הגנה עצמית). אפשר לדבר גם על עקרונות כמו תו"ל וסבירות, להם יש משמעויות רבות.
3. **בעיית הכלליות והמקרים המיוחדים** – הכללים המשפטיים מנוסחים בצורה כללית ומכסים מגוון רחב של מקרים אפשריים. יש מקרים שאם נחיל בהם את הכלל נקבל תוצאה לא ראויה, שמנוגדת לתכלית הכלל. השאלה היא מה עושים במצב בו התוצאה שהכלל מוביל אליה היא תוצאה לא ראויה, שלא מיושבת עם תכלית הכלל. יש מקרים קשים בהם נדרשת מערכת שלמה של שיקול דעת, ושיקול הדעת הזה דורש מביהמ"ש לשקול תכליות ולאזן בין מטרות. יש לא מעט מקרים שאינם נופלים בגדר כלל כלשהו, שזה מצבים של חסר בהם ביהמ"ש צריך לדון לאור תכליות וכו'.
4. **סיכום**: **ספקנות כללים**
	1. ספקנות ביחס ליכולת של הכללים להכתיב תוצאה באופן ברור ויציב.
	2. עמימות דוקטרינרית שנובעת מריבוי כללים.
	3. עמימות סמנטית שנובעת מריבוי משמעות של מונחים בטקסטים משפטיים.
	4. הכללים אינם יכולים לכסות את כל המקרים. יש לא מעט מקרים שלא נופלים תחת חסות הכללים ודורשים פסיקה של ביהמ"ש.

## **ספקנות עובדות**

1. הריאליסטים הדגישו את הספקנות שלהם ביחס ליכולת של הכללים להכתיב באופן ברור תוצאה משפטית, אבל צריך לזכור שברוב המקרים בתי המשפט לא מתמודדים עם בעיות משפטיות של סוגיות משפטיות. רוב רובם של הדיונים שמתנהלים בבתי המשפט הם מקרים בהם עיקר העבודה של ביהמ"ש הוא בירור עובדתי. כדי לברר עובדות יש מערך שלם של פרוצדורות שמאפשר לביהמ"ש לברר עובדות. ב-95% מהמקרים שבתי המשפט מתמודדים איתם בהליכים משפטיים הבעיה שניצבת לפתחו של ביהמ"ש היא לא בעיה משפטית שמעניינת סטודנטים למשפטים בכיתות הלימוד. מה שמעסיק אותם זה בעיקר קביעה של ממצא עובדתי. ב-95% מהמקרים, מהרגע שביהמ"ש החליט על העובדות, ולמה הוא מאמין, וניתן לספר את הסיפור העובדתי הרלוונטי, התוצאה המשפטית היא כמעט תוצאה הכרחית. הוא כמעט ולא צריך לדון דיון משפטי. במקרים נדירים, אחרי שקובעים את הקביעה העובדתית, גם עולה שאלה משפטית שהיא דורשת הכרעה ואז נכנסת לתמונה השאלה המשפטית. ברוב המקרים זו לא הבעיה. כשם שהריאליסטים מפתחים ספקנות ביחס לכללים הם מפתחים ספקנות ביחס ליכולת ביהמ"ש לקבוע עובדות.
2. **עיקר הספקנות**
	1. דיני הראיות מגבילים את הראיות הניתנות להגשה – הרבה פעמים יש הרבה ראיות שאי-אפשר להשתמש בהן לכן היכולת להגיע לממצא עובדתי מוגבלת מאוד.
	2. יש עדי סרק וראיות שאינן מהימנות.
	3. ההכרעה בקביעת ממצאים עובדתיים כפופה לשאלה מהן העובדות הרלוונטיות.
	4. אמת משפטית מול אמת עובדתית.
3. כל הדברים האלו יוצרים מערך שלם של ספקנות ביחס לעובדות ומצביעים על זה שהדיון המשפטי, שאמור בחלקו הגדול לברר עובדות, גם בו היכולת של ביהמ"ש לברר את העובדות באופן ברור וחד-משמעי מוגבלת. זה מטיל צל על הוודאות של ההליך המשפטי.

## **מסקנות אנטי-פורמליסטיות**

1. המשפט אינו תחום אוטונומי וסגור.
2. המשפט אינו תחום שלם. יש שאלות שאין להן פתרון.
3. כל החלטה שיפוטית היא יצירה ולא גילוי.

## **בעיות בתיאוריה של הולמס**

1. אם המשפט הוא רק תחזית של מה יעשו השופטים, מהו המשפט מבחינת השופטים עצמם? השופטים עצמם לא יכולים לחשוב על המשפט כאילו הוא תחזית של מה הם עצמם יעשו. האם המשפט הוא מה שהם מבטאים מרצונם? ברור שכשהשופטים עוסקים במשפט, בתודעה שלהם הם מתחקים אחרי מה שהמשפט אומר. אם זה המצב, התיאור הריאליסטי לא יכול להיות תיאור מדויק של מה שהשופטים עושים בעצמם. זה יכול להיות רלוונטי לתיאור הפסיקות של השופטים, אבל לא לתיאור החוק עצמו. השופטים חושבים שהם מגלים את החוק ולא שהם יוצרים אותו כל הזמן. התוצאה היא שהתיאור הריאליסטי לא הולם את התודעה של השופט כשהוא מבצע את שיקול הדעת המשפטי.
2. אי-אפשר לחשוב על המשפט רק ככוח. זוהי נקודת מבט "חיצונית". המשפט הוא גם טעם להתנהגות (נקודת מבט פנימית). כאן חוזרים לנקודות שהרחבנו עליהן כשעסקנו בהארט. נקודה זו היא ביקורת לא רק על עמדות מהסוג של אוסטין אלא גם על עמדות מהסוג הריאליסטי.

# **הגישה הביקורתית למשפט (CLS)**

## **רקע**

1. CLS היא תנועה אינטלקטואלית-פוליטית שנוצרה במחצית השנייה של שנות השבעים של המאה העשרים. נוצרה בכמה אוניברסיטאות מרכזיות בארה"ב, ביניהן הארוורד. מטרת התנועה לבקר את הזרם המרכזי בתורת המשפט, כלומר של החשיבה המשפטית בארה"ב. הזרם המרכזי לא מתכוון לתיאורטיקנים כמו רז והארט, אלא ליסודות של החשיבה המשפטית בארה"ב. צורת חשיבה זו משקפת את תודעת המשפטן הממוצע ושל האזרחים, להם אין רפלקציה מורכבת בשאלה מהי חשיבה משפטית (כמו שמאפיין את ההוגים בהם עסקנו השנה). ההוגים השונים מתבוננים באופן ביקורתי על תבניות ועל מבני היסוד של החשיבה המשפטית. המשפטן הממוצע קרוב במידה רבה לאופן שבו האזרח תופס מה זה משפט. במסגרת כך הייתה להם גם ביקורת חריפה על החינוך המשפטי באוניברסיטאות, ועל האופן בו מלמדים משפט את העו"ד והשופטים השונים.
2. המניעים של התנועה היו לא רק אינטלקטואלים ותיאורטיים אלא גם חברתיים פוליטיים (זאת בשונה מהריאליזם המשפטי). יש תיאורטיקנים שהמטרה שלהם לא לחולל רפורמות במשפט, הם רוצים לספק תיאוריה מתארת. רק לחלק מהתיאורטיקנים יש מניעים פוליטיים וחברתיים (דוגמת אפלטון או אוסטין). הארט לדוגמה היה פחות בעל מניעים פוליטיים אידיאולוגיים בכל הקשור לכתיבתו בנוגע למשפט (הוא ביטא את העמדות שלו יותר בכתיבה הפוליטית שלו). לאנשי התנועה של הגישה הביקורתית של המשפט היו מניעים מאוד ברורים בהיבט הפוליטי והחברתי. חברי העמדה הזו רצו לבקר את המיתוס של השיטה המשפטית.
3. רכיב מרכזי מאוד של זרם מרכזי בתוך הגישה הזו הוא תווים או אפיונים של ביקורת מארקסיסטית, שקשורה לרעיון שהתפיסה התורת-משפטית שמאפיינת את המשפטן הממוצע קשורה לסוג של תודעה כוזבת.

## **מרכזיותו של בית המשפט בחברה האמריקאית**

1. נקודת המוצא של הגישה הביקורתית למשפט היא המרכזיות של בתי המשפט בחברה האמריקאית. ה-CLS הוא סוג של גישה ביקורתית לאו דווקא כלפי צורת חשיבה משפטית כללית, אלא כלפי צורת החשיבה המשפטית האמריקאית, שבה יש מקום מרכזי ביותר לביהמ"ש. האמריקאים אוהבים להתדיין.
2. **לבתי המשפט בארה"ב כוח רב מאוד** – זה מתחיל מזה שהשיטה המשפטית בארה"ב קרובה למשפט המקובל הבריטי. המשפט המקובל מעניק מרכזיות עצומה לביהמ"ש, הוא זה שיוצר ממקרה למקרה את מערכת הדינים של אותה החברה. המשפט המקובל ממקד את המשפט בפעולה של ביהמ"ש ובפסיקות של ביהמ"ש, להן מעמד תקדימי של חוק. כמו כן, ביהמ"ש בארה"ב הוא הפרשן המוסמך של החוקה, והוא מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית. כתוצאה מזה הוא הפרשן המוסמך של החוקים עצמם. הוא קובע לאילו חוקים יש מעמד חוקתי ולכן הם תקפים, אילו חוקים אמורים להיות בטלים משום שהם סותרים את החוקה.
3. המרכזיות של ביהמ"ש מושתתת על הנחה שיש לשופטים תו"ל בסיסי. כמו כן, היא מבוססת על התפיסה המקובלת והרווחת של ההליך השיפוטי, שיש בו מידה רבה של ניטרליות ערכית.
4. **התפיסה הרווחת של ההליך המשפטי**
	1. הרעיון הבסיסי של שלטון החוק. שלטון החוק גורס שהחוק נגיש, כל אחד יודע לזהות אותו. כל משפטן ממוצע וכל אזרח יודע לזהות אותו. הוא ודאי במובן שיודעים בדיוק מהו. הוא יציב, לא משתנה לאורך זמן. החוק נמצא ובקלות יכולים לשים עליו את האצבע ולהבין אותו.
	2. החוק מכיל מינימום ערכי (זו התשתית של התפיסה הליברלית של החוק). כולם יסכימו שכדי שחוק יוכל להתקיים הוא צריך להגן על קניין פרטי באופן בסיסי, להגן על שלמות הגוף וכדו'. זה מה שנקרא הערכים היסודיים והבסיסיים שכבר לוק דיבר עליהם כשהוא ציין את הזכויות הטבעיות הבסיסיות (חיים, חירות, שלמות הגוף, קניין). אלו הזכויות הבסיסיות עליהן החוק מגן. הערכים האלו הם ערכי היסוד. כל אדם רציונלי יסכים שעל הערכים האלו צריכים להגן, וקשה לדמיין מערכת משפט שלא תגן על ערכים אלו. על ערכים אלו המערכת המשפטית מתיימרת להגן, ולגבי שאר הערכים (ערכים דתיים וכדו') הם פונקציה של התחום הפוליטי שהוא שנוי במחלוקת ולגביו מתקיימות בחירות. מה שהחוק עושה זה להגן על ערכים יסודיים במינימום ערכי. המינימום הזה מוסכם על כולם.
	3. החוק גם מנותק מאידיאולוגיה ומערכים שנויים במחלוקת. בכלל זה כל העניינים שהפוליטיקה קשורה אליהם וכמובן הערכים האישיים של השופטים. אם יש שופט דתי, אתאיסט, לאומן, שמרן וכדו', כל זה לא אמור להשפיע על הצורה שבה הוא יפסוק בעניינים שלפניו. הוא יכול לעשות הפרדה ברורה בין הערכים האישיים שלו לבין הפסיקה המשפטית שהוא מחויב אליה, משום שתפקידו לפרש את החוק ופירוש החוק נעשה דרך הנמקה משפטית, שיש לה אופי מדעי. אמורים להבין את מילות החוק ולנתח אותו בכלים משפטיים, לכן שני משפטנים עם ערכים סותרים אמורים להגיע לאותה המסקנה (כשם ששני מתמטיקאים בעלי אמונות שונות יסכימו על תוצאה של משוואה מתמטית). לכן לא אמור לשנות לאדם האם השופט שלו הוא נוצרי, יהודי, ליברלי, שמרן וכו'. אם הוא משפטן הוא יבצע את עבודתו נאמנה, דברים אלו לא משפיעים על הפסיקה שלו.
	4. מכך גם נובע שלמשפט ולהנמקה המשפטית אופי מעין-מדעי. הרעיון הוא שהחוק צפוי ונגיש. בכל מקרה שנוי במחלוקת יש פרוצדורות ואמצעים לגילוי העובדות הרלוונטיות. תוצאות הדין הן החלה מכנית או לוגית של כללים, או איזון רציונלי של עקרונות וטעמים. איזון זה, משום שהוא רציונלי והגיוני ונוגע לערכי יסוד, האמונות הפוליטיות של האדם לא נוגעות אליו. לכן שופט ממוצע יגיע להחלטה הנכונה, בנפרד מהאמונות שלו.
5. **הכרעה פוליטית של ביהמ"ש היא מצב חריג**
	1. אנשי התנועה הביקורתית מודעים לכך שבעשורים שקדמו לפעילותם נמתחו ביקורות שונות על התפיסה המקובלת של המשפט. משפטנים מכירים בכך שבתי המשפט מחליטים לעיתים החלטות פוליטיות. עם זאת, העמדות האלו שמייחסות לביהמ"ש הכרעות בעלות אופי פוליטי מודעות לכך שזה קורה במקרים מיוחדים וחריגים. מקרים אלו מאוד מעניינים והרבה פעמים תופסים כותרות, אבל הם עדיין מקרים שנמצאים בשוליים של הפעילות המשפטית של בתי המשפט ושל הקהילה המשפטית. הדיונים עד לאמצע שנות השבעים היו לגבי מידת האיפוק שבה ביהמ"ש צריך לנהוג במצבים שבהם הוא "מתחכך" עם הפוליטיקה. האם במקרים אלו ביהמ"ש צריך למשוך ידיו או לקבל הכרעות אמיצות. מקרים אלו הם מקרים, לפי תפיסות אלו, שאנחנו יותר מודעים אליהם אבל יודעים שהם מקרים שבשוליים. הוויכוח הוא לגבי מידת האיפוק שבו ביהמ"ש צריך לנהוג במקרים אלו. האם בשל שיקולים הקשורים למשל לנראות (לא רוצים לפגוע בסמכות של ביהמ"ש בעיני הציבור) ביהמ"ש צריך להימנע מלהתערב בשאלות פוליטיות. ברגע שהוא מתערב בשאלות פוליטיות הוא זוכה באמון של חלק מהציבור אבל מפסיד את האמון של השאר. גם אם ביהמ"ש רוצה לפסוק במקרים אלו עליו לגלות איפוק, כדי לא לכרסם במעמדו הציבורי של ביהמ"ש. אחרים סבורים שאין ברירה לביהמ"ש להתערב במקרים כאלו.
	2. כנגד העמדה הזו, שאפיינה מבקרים קודם סוף שנות ה-70, טענת הגישה הביקורתית היא שטענות לגבי איפוק בו ביהמ"ש צריך לנהוג הן סוג של חוסר הבנה עמוק של האופן שבו בתי המשפט פועלים. הטענה שלהם היא שהדיונים לגבי האיפוק של ביהמ"ש במקרים חריגים מחטיאה ומחמיצה את הפעילות של ביהמ"ש, משום שלפי טענתם מרבית אם לא כל הדיונים של ביהמ"ש בענפי משפט רבים הם בעלי אופי אידיאולוגי פוליטי. במובן הזה, המשפט כולו בעצם הוא פוליטיקה. כל ההפרדה הזו שטוענים לה אנשי הזרם המרכזי של תורת המשפט, שטוענים לה באוניברסיטאות, היא מוטעית. לכן גם מוטעה לדבר על אקטיביזם של ביהמ"ש לעומת ריסון עצמי. דיון זה לא לעניין משום שהוא מחמיץ את התודעה וההכרה שלמעשה חלק גדול אם לא כל ההכרעות של בתי המשפט, אפילו במקרים שנראים על פניו חסרי רלוונטיות לוויכוחים פוליטיים, הם ביסודם קשורים לפוליטיקה.

## **מטרת ה-CLS**

1. **המטרה** – ביקורת התודעה המשפטית השלטת.
2. לפי היורספרודנציה הרווחת, הריבון הוא העם, ששולט באמצעות נציגיו במוסדות השלטון (בהקשר האמריקאי זה הסנאט ובית הנבחרים וכן הנשיא). באמצעות הליך הדמוקרטיה והחירויות הנתונות לכל אזרח העם שולט בגורלו ובמצב הפוליטי שבו נמצאים.
3. עם זאת, מה שהתפתח הוא "קפיטליזם חזירי", שבו העושר מרוכז בידי קבוצה קטנה של בעלי ממון. מאז כוחם רק הלך וגדל. פערים כלכליים וחברתיים עצומים נפערים בין קבוצת האליטה הזו לבין מעמד הביניים והמעמד הנמוך. מאז סוף שנות ה-70 ועד היום מה שהם תיארו כרעות חולות של החברה בארה"ב, מגמות אלו רק הלכו והתחזקו. שלטון התאגידים ובעלי ההון משעבדים את האזרח הקטן. חלק מזה קשור לכך שישנו קיצוץ במס או פטור ממסים לחברות גדולות, שהן בעלי ההון. כתוצאה מהתהליך הזה, הרבה מאוד ממשלים בארה"ב קיצצו מהתוכניות החברתיות, מה שהוליך להרחבה של עוני ולהיעדר תמיכה סוציאלית בהקשרים שונים. נושא נוסף מרכזי זה קשרי הון-שלטון, שהופכים נבחרי ציבור לתלויים בבעלי הון. הם פועלים באופן גלוי או סמוי לטובת האינטרסים שלהם ופחות לטובת האזרחים הקטנים. חלק מזה זה גם הגדלת כוחו של ביהמ"ש. כוחו של ביהמ"ש גדל בשל רפורמות משפטיות שונות. זה הוביל ליד קשה של החוק ושל ביהמ"ש כלפי פושעים (גידול עצום במספר האסירים בבתי הכלא). מה שהתברר הוא שהיד הקשה כלפי העבריינים לא מצמצמת את הפשיעה, זה דווקא מגדיל את כמות הפושעים.

## **יסודות הביקורת של ה-CLS על ההליך השיפוטי**

1. **שלילת התפיסה הרווחת של ההנמקה המשפטית** – הלוגיקה המשפטית היא מיתוס, הכל פוליטיקה. ההנמקה המשפטית איננה אלא רציונליזציה שנועדה לחפות על שיקולים ערכיים סמויים. הם בעצם עומדים ביסוד ההנמקה המשפטית, אלא שהשופטים לא אומרים את זה במפורש. הם מנסים להסוות את המניע האידיאולוגי בשפה שהיא לכאורה חפה משיקולים ערכיים. כתוצאה מכך, ביהמ"ש משחרר עצמו מביקורת פוליטית. שיקולים פוליטיים אידיאולוגיים מכוונים את הבחירה בעקרונות ובכללים משפטיים. הטענה שיש פרשנות רציונלית אובייקטיבית של חוקים או ממצאים זה סוג של מיתוס. אנשי הגישה הביקורתית מציעים ביקורת על הפרשנות המשפטית כחלק מתורת פרשנות (פוסט מודרנית) כוללת. **הטקסטים הם כחומר ביד הפרשן, והוא בכל מני טכניקות פרשניות יכול לחלץ משמעויות כרצונו מתוך הטקסט**. כשם שאיש ספרות יכול לעשות את זה עם טקסט ספרותי, כך משפטן יכול לעשות זאת עם טקסט משפטי. בהינתן התפיסה הפוסט מודרנית הזו, שהופכת טקסטים לנזילים מאוד, הטקסט לא מכתיב תוצאה הכרחית כפי שהאמינו אנשים לפי תפיסות מודרניות, הטקסט הוא חומר ביד המשפטן. גישה זו של הגישה הביקורתית צמחה בתוך הצמיחה של הגישות הפוסט מודרניות.
2. **פעולות בתי המשפט סותרות את הדמוקרטיה** – הסתירה של פעילות ביהמ"ש ביחס לעקרונות הדמוקרטיה עלתה כבר בדיונים של דוורקין. כשהוא העלה את זה הוא ניסה להתמודד עם אותה הביקורת, אבל התשובה שלו הייתה הפוכה ממה שאנשי הגישה הביקורתית מגיעים אליו. לפי הגישה הביקורתית, החלטות ביהמ"ש אינן מתקבלות באורח דמוקרטי. השופטים הם לא נבחרי ציבור. כמו כן, לגבי האנשים בסכסוך הנדון, ההחלטות של ביהמ"ש הן רטרואקטיביות. ביהמ"ש מקבל החלטה ומחיל אותה על מקרה שקרה בעבר. בשל מרכזיותו של ביהמ"ש לא מדובר בהכרעות נדירות, שהן כורח בל יגונה (כדעת הפוזיטיביסטים). כמעט בכל מקרה שמגיע לפני ביהמ"ש, ההכרעות של ביהמ"ש לא נובעות מהחוק ואינן פונקציה של החלת החוק. לא מדובר במקרים נדירים אלא במקרים שכיחים ותדירים. בשל כך, מדובר בהחלטות אנטי-דמוקרטיות.
3. **בתי המשפט משרתים את הדה-פוליטיזציה של החברה**
	1. זה קשור ליסוד המרקסיסטי של הטיעון שלהם. תורת המשפט המסורתית על אודות "ההליך המשפטי הרציונלי" שעניינו החלה של החוק והידרשות ללוגיקה (שכל משפטן וכל אזרח יכול להתחקות אחריה), יוצרת סוג של "תודעה כוזבת". תודעה כוזבת היא ניסיון לשכנע בני אדם שהמציאות מתנהלת לפי דפוסים מסוימים, בעוד שבפועל המציאות מתנהלת לגמרי אחרת. היא נועדה להיטיב עם קבוצה מסוימת על חשבון אנשים אחרים. אלו שהמערכת פועלת לטובתם מצליחים לשכנע את אלו שהמערכת פועלת לרעתם שהמציאות הזו היא סוג של כורח. לא ניתן לפעול אחרת. זה מצב עניינים טבעי שלא ניתן לחרוג ממנו. לפי הגישה הביקורתית, התפקיד של החינוך המשפטי הרווח של משפטנים באופן כללי ושל אזרחים הוא לשכנע שאם ביהמ"ש מקבל החלטה לטובת בעלי ההון זו עדיין החלטה רציונלית. היא פונקציה של החלה מכנית לוגית והכרחית של החוקים. השופט לא פעל לטובתם משום שהוא מוטה באופן אידיאולוגי. השיח המשפטי מציב את ההכרעה המשפטית כסוג של לוגיקה מעין מדעית. אם כך המערכת פועלת, איך אפשר לבוא בטענות לשופטים. גם אם התוצאה יוצרת פערים, זה תוצאה של המשפט הלוגי. אם נשנה את זה תהיינה תוצאות רעות.
	2. בפועל, אנשי הגישה הביקורתית למשפט טוענים, הפסיקות של בתי המשפט אינן תוצר של החלטות רוב בבתי המחוקקים אלא של כוחות חברתיים סמויים. מה שבתי המשפט עושים, לעיתים בלי שהם בעצמם יודעים על כך (משום שגם הם נמצאים בתודעה כוזבת), זה להנציח את יחסי הכוח בין השכבות החברתיות. זה נעשה בדרך כלל בלי משים, השופטים משוכנעים שהם מחילים את החוק ומודרכים על ידי תורת המשפט הקלאסית (החלה מכאנית ולוגית של המשפט). בפועל הם מחזקים את השכבה החברתית שאליה הם שייכים. הם משמרים את יחסי הכוח ומגדילים אותם. הדיון לגבי מידת האקטיביזם המשפטי בבתי המשפט הוא מוטעה. בית המשפט אקטיבי כל הזמן, גם כשנדמה לו שהוא פאסיבי. **הטענה הליברלית כי החוק מכיל מינימום ערכי גם היא מוטעית, משום שהחוק מכיל אידיאולוגיה גדושה. אידיאולוגיה זו לעיתים סמויה מהעין**.
4. **דרכי הכרעה של שופטים** – לפי הגישה הביקורתית, שופטים מכריעים לפי רקע אישי, המקומות בהם למדו. הם מגיעים משכבות חזקות, שבהן הן בדרך כלל תומכים. המבנה של המשפט משרת את העשירים, רק הם יכולים לתבוע ולהתגונן.
5. **חסינות המערכת מפני ביקורת** – המיתוס של המשפט תובע מהאזרחים התבטלות לפניו. אי-אפשר לטעון נגדו או להפגין נגדו, משום שהוא לכאורה ניטרלי. הניטרליות שלו נשקפת בסוג ההנמקה המשפטית, בהיעדר הפוליטיות. מכאן הכוח העצום של ביהמ"ש. יצירת התודעה הכוזבת בקרב הציבור ובקרב הקהילה המשפטית על אודות המשפט ודרכי תפעולו נועדו להנצחת יחסי הכוח החברתיים. הם יוצרים את הרושם שיחסי הכוח הפוליטיים-כלכליים-משפטיים הם כורח. מטרת ה-CLS היא לחשוף את התודעה הכוזבת הזו ולתרום לתיקון חברתי. הם רוצים לחשוף את דרכי הפסיקות הפוליטיות של בתי המשפט בתחומי המשפט השונים (והניסיון לעשות זאת מתבטא בספרות הרחבה של תנועה זו).