|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | מאיפה בא המשפט/ מה כולל | משפט רשע-  איך נעניש שהדבר חוקי אך לא מוסרי? | למה צריך לציית לחוק | אם חסר בחוק | האם יש תשובה אחת לכל שאלה משפטית | ביקורת |
| משפט טבעי | **מהמוסר. לכל אחד מאיתנו יש ראיה מוסרית אינטואיטיבית שאומרת לנו מה נכון ומה לא נכון לקחת מהטבע.** מוסר אוניברסלי שאינו תלוי זמן/ תרבות- תפקיד המחוקק ליישם אותם בחוק. | אם לא מוסרי זה לא חוקי חוק זה רק מה שמוסרי אחרת בטל מאליו | המוסר מחייב | נלך לפי המוסר הוא הקובע | **כן**, מה שהמוסר אומר יוצאת בהנחה שיש אמת מוסרית אחת | יש מקרים סובייקטיביים ולכן לא נדע מה התשובה. |
| פוזיטיביזם (צר) | **מהכתוב בלבד**- מה שיצרו בני אדם.  רעיון ההפרדה-מפרדים בין השאלה אם הדבר מוסרי לבין אם חוקי- בין תוקף למוסר.  \*לא שולל את המוסר אלא אומר שמה שקובע הוא החוק. | רדברוך- לפני מלחה"ע ה2 הערך העליון היה וודאות ולפי זה לא ניתן להעניש, אחרי המלחמה שלושה ערכים עיקריים- צדק, טובת הכלל וודאות.  הארט- זה שדבר בחוק לא אומר שצריך לבצע אותו, נעניש בשם המוסר על הציות (אמירה קיצונית) | **לא תלוי במוסריות**  אוסטין- כי פוחדים מסנקציה  הארט- המניע הוא לא הפחד מסנקציה כי יש גם חיובים חברתים. המניע לציות הוא שהחברה רואה כללים אלו כמחייבים. | הארט- **ניצור** **כלל חדש** בכך שנפעיל שיקול דעת (בפרשנות וכאשר הטקסט לא מתיישב עם עקרונות הצדק) |  | דוורקין- ביהמ"ש הוא לא מחוקק ולכן לא יכול להיות שיצור כללים חדשים כשיש חוסר. |
| דוורקין (פוזיטיביסט מכליל) | כולל לא רק את שכתבנו אלא גם **עקרונות** בהם נעזר כדי לחשוף את התשובה הנכונה מתוך היצירה האנושית (כשיש חוסר נעזר בעקרונות ולא נמציא כלל חדש- מודל הפאזל). |  |  | **חושפים** **כלל קיים**-  ביהמ"ש אינו מחוקק אלא עליו להשלים את החסר בכללים בתשובה הקיימת בעקרונות.  **יש תשובה אחת נכונה- כלל ההתאמה הטובה ביותר.** | **כן**, חשיפת הערכים תחשוף את הפתרון הנכון וגם תראה לנו מה לא נכון (כי לא מתיישב עם עקרונות מסוימים- נכד שירש את שרצח) | שפירא **מסכים** לכך שיש תשובה אחת- כי זה ידחוף אותנו לדיון ובדיקה מעמיקה  רז **מתנגד**- יש עקרונות שמחייבים ויש עקרונות שרק מנחים ולכן זה מודל לא חזק. לדעתו יש לתת עוצמות שונות לעקרונות שונים. מערכת משפט צריכה לכלול גם חוקים עם תשובה ברורה אך לפעמים הכרעה ספציפית למקרה- שילוב של שניהם יבטיח גם וודאות וגם הכוונת התנהגות |
| פורמליסט | המשפט בנוי ממה שכתוב (כולל עקרונות) ולכן לא סותר את הפוזיטיביזם אך תפקיד השופט הוא לא לחדש אלא להכניס לתבניות. – **עוסק ביישום החוק ולא מקורותיו** |  |  |  | **כן- השופט תפקידו להכניס הכל לתבנית מוכנה ולא להפעיל שק"ד** | אין לשופט אופציה להתאים למקרה ולהתחשב- הוא רק מכניס לתבנית  הולמס אומר המשפט לא נגזר רק מתחשיב לוגי אלא נגזר גם מהמציאות והתפיסות המשתנות- ריאליזם. |
|  | מאיפה בא המשפט | משפט רשע-  איך נעניש שהדבר חוקי אך לא מוסרי? | למה צריך לציית לחוק | אם חסר בחוק | האם יש תשובה אחת לכל שאלה משפטית | ביקורת |
| ריאליזם (הולמס) | המשפט בא מהמציאות.  יכול להיות מכללים, עקרונות **ומדיניות**. מה שמשנה הוא ה**יישום.** | מה שהשופט יעשה. אם בוחר להעניש המעשה זה לא חוקי וההפך. |  | חוק אינו חוק עד שאינו מופעל ע"י השופט. מה שהשופט עושה זה מה שיש. | **לא**, הכל תלוי בהקשר החברתי של המקרה. | חוסר קביעות וספקנות בכללים והעובדות כי הכל תלוי באיך מציגים את המקרה ומה השופט יחליט. |
| ריאליזם 2.0  גישת הביקורת "הדור השני" | הכללים עצמם לא בהכרח טובים ולכן יש להעמיד הכל בבקרה- הכללים מייצגים רק את הנתח מהאוכלוסייה שחוקק אותם- הכל פוליטי |  |  |  |  |  |

איך חוק נהיה חוק?

אוסטין- **צווי וסנקציה** למי שמפר הם המרכיבים של חובה משפטית (חוק).

הארט- המניע הוא לא רק סנקציה ולפעמים יש חיובים שבאים מהחברה ולא מהחקיקה. המשפט הוא אוסף של **כללים ראשוניים** (מה לעשות) **וכללים משניים** (תומכי לחימה). כללים משניים: א- כללי זיהוי שעוזרים להבין למי ולמה המחוקק התכוון (וודאות), ב- כללי שינוי שנוכל לפתח את הכלל עם החברה (שלא יהיה קיפאון), ג- כללי שיפוט שביחד עם סנקציות מכריעים במקרים של דעות חלוקות (יעילות).

\*כללי זיהוי מאפשרים לנו לדעת איפה המוסר נגמר והחוק מתחיל- **איפה נגמר המשפט הרצוי ואיפה מתחיל המשפט המצוי.**

רז- לא מסכים לגבי ההחלה של משפט אזרחי לתוך כללים משניים. יש להבחין בין כללים מטילי חובה לבין כאלו המעניקים כוח, המשפט הוא הרבה מעבר להגבלות אלא נותן כוח לממש יעדים חברתיים חשובים- דומה לתשובת הרמב"ן לרמב"ם.   
כללים מעניקי כוח- לפי הארט רק נותנים אופציות ולכן לא כללים ראשוניים ואילו לפי רז זוהי מטרה עליונה במשפט וחיונית להתפתחות לכן כללים ראשוניים.

**הבחנה בין חוקים המבטאים כללים לבין כאלו המבטאים סטנדרטים** שאותה עושה מנחם מאוטנר.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | כללים | סטנדרטים |
| טריגר  (מה הדרישות של החוק) | דבר שמצוין במספרים קבועים שניתן לכמת, למדוד, לבדוק אם נענה או לא.  "מותר עד"  "קנס \_ ש"ח" | איכותי, הערכתי, תלוי במשקל שנותנים בשכנוע ולא מדידה מסוימת.  "סביר", "ראוי"  "בהתאם" .. |
| תגובה  (איך החוק מגיב) | תגובה קבועה, מוגדרת | תגובה עמומה, כללית |
| חקיקה | דורשת בדיקה מרובה | קלה ופשוטה |
| אכיפה | פשוטה וברורה (אם נחצה הסף/ לא) | הנורמה פתוחה וקשה לבדוק אם הופרה |
| יתרונות | בהירות בהנחייה:  -יכולת תכנון  -הרתעה ברורה | * מותאם למקרה ספציפי * הרתעה טובה כי הנורמה מכניסה לאזור אפור ולא יודעים איפה הגבול, * יכולת לפרופורציה בין מעשה לענישה |
| חסרונות | -לא ניתן להתחשב בנסיבות  -העוברים על הכלל יכולים לתכנן איך להתחמק. | * התרעת יתר מדברים לגיטימיים (כי לא ניתן לדעת מתי עברת את הגבול) |
| זול יותר | ליישם | לחוקק |
| יקר יותר | לחוקק | ליישם |
| ערכי החברה | מתרגמים את הערכים למספר מסוים כדי שניתן יהיה ליישם אותם | משקפים באופן ישיר את הערכים של החברה (צדק, סבירות) |

מי מחליט אם יש זכות או חובה?

פוזיטיביזם- החלטת המחוקק, משפט טבע- זכויות הטבועות וזכאים להם ללא קשר לחקיקה (זכויות טבעיות).