**מחברת מקוצרת תורת המשפט - מיכאל בריס**

מבוא לתורת המשפט:

מה זה משפט? מלשון **שפיטה**.

* תפקיד המשפט - להכריע בסכסוכים, להחליט מי צודק.
* השופט לא רק מכריע, הוא מנהיג את העם.
* המשפט כמנהג - נורמה שצומחת מלמטה, מה שהנהיגו, מקורה אינו במחוקק.
* הסדר - מה שצריך לעשות.

המשותף לכלל המשפט הוא **הגמישות** - התאמה למקרה הספציפי, צורך בחכמה ופיקחות לשם יישום הכללים על כל סיטואציה.

מה זה חוק?

* משהו שחוקקים אותו (חקוק באבן).
* ברית
* זכות קבועה של האדם שלא ניתן לקחת ממנו.

ניתן לראות כי ישנו מתח בין הדברים הנזילים במשפט, אלה **שניתנים להחלטת השופט** ושיקול דעתו (תום לב) לבין הדברים **אשר אינם נזילים במשפט** (90 קמ"ש).

מדוע יש משפט?

מה היה קורה אם לא היה משפט? **המשפט כהישרדות**. 3 הוגים מעלים את הרעיון של משפט כהישרדות:

1. אריסטו - המשפט כמשהו שצומח עם הצמיחה של החברה האנושית.
2. רמב"ם - ללא משפט אין קיום לחברה, אצל הרמב"ם יש יעד רוחני למשפט.
3. הובס - הישרדות פיזית: משאבים מוגבלים.

אריסטו:

הרעיון הוא שמבחינה ערכית מה שדוחף את התא הבסיסי הוא **הדחף לקיים חברה שלמה** ולכן **ישנו צורך בקיומם של כללי התנהגות**. אריסטו אומר שיש צורך בכללים, כדי שיהיה גרעין שיוכל להתפתח בעתיד. הגרעין הבסיסי הוא גרעין הישרדותי. אדם אחד לא יכול לעשות הכל לבד, גם לא זוג וגם לא כפר כדי ליצור מערכת חיים מתפקדת. נק' המוצא של אריסטו היא **חשיבה תכליתית** - תאולוגיית, כאשר התכלית של אדם היא המדינה. אריסטו בונה את תפיסתו החל מהצרכים הבסיסיים ביותר של האדם עד שהוא מגיע למסקנה שהמדינה מספקת את כל צרכיו של האדם. **האדם צריך את החוק כדי לשרוד ולכן צריך את המשפט ומערכת חוקים מסודרת במדינה - הצורך בחוק הוא צורך טבעי והישרדותי**.

הרמב"ם:

הרמב"ם מוסיף על הפן ההישרדות נדבך נוסף, **המשפט הוא אינו רק הישרדותי אלא גם מקדם הגעה**. על 6 דברים הצטווה האדם הראשון (איסורים): עבודה זרה, ברכת השם, שפיכות דמים, גילוי עריות, גזל, דינים. מדובר על צווים אוניברסליים, צווי מצפון. **למצפון יש מעמד משפטי**. יש דרישה מינימלית ליסודות אוניברסליים גם בלי המסורת משום שהאדם הוא יצור תבוני מוסרי. התפיסה של הרמב"ם היא **שמשפט זה בסיסי, חברה בלי משפט לא יכולה לשרוד** כמו שחברה בלי איסור על רצח ועל גזל לא יכולה לשרוד.

\*\* קבלה = מסורת, המסורת היהודית אומרת כי קיבלנו שישה ציווים ואחד נוסף (יש הטוענים שיותר).

\*\* דעת = הגיון.

מה כלול במושג דינים?

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **הרמב"ם** | **הרמב"ן** |
| פרשנות | צרה | רחבה |
| התפקיד של המשפט | לאכוף את הצווים, את מצוות הליבה. | לא מדובר רק במערכת שתשפוט ותאכוף, אלא לפיו תמונת המשפט המינימלית כוללת פיתוח הדין והתאמה למציאות **החוק ע"פ הרמב"ן הוא עשיר יותר.**  |
| שורה תחתונה | תפקיד המשפט = לאכוף איסורים | תפקיד המשפט = לפתח את החברה |

מטרות המשפט ע"פ הרמב"ם:

1. תקינות הנפש: לא במושגים דתיים בלבד אלא כדי שיחיו אלה עם אלה, מדינה הרמונית.
2. תקינות גוף: הישרדות פיזית ומוסיף גם נדבך מוסרי, להסתדר, לעשות מה שמועיל לחברה.

**תקינות הגוף קודמת** בחשיבות, דואגים לצד ההישרדותי הפיזי אך לחוק תפקיד מעבר להישרדות: (1) הרמב"ם אומר שיש צורך שלא יותר לכל אחד לעשות מה שבראשו, **החוק מגביל** את בני האדם. (2) **להפנים נורמות**, לא רק למנוע מאנשים לפגוע אלא לעזור להם להפנים את הנורמה החברתית של איסור פגיעה בזולת.

המשפט כהישרדות בא ליידי ביטוי ב2 צורות: (1) מצוות בני נוח המהוות נורמות אוניברסליות בלעדיהן לא נוכל לשרוד, זיהוי ואכיפה של איסורי יסוד בסיסיים (רמב"ם). (2) הצורך בחברה מלאה שמהווה הישרדות חומרית (רמב"ן).

\*\* מעבר להישרדות חומרית זו ישנם **ערכים** אשר ע"פ הרמב"ם גם הם **חלק מעניינו של המשפט**.

הרמב"ם מודע לגישה האריסטוטלית, כדי להשיג את הצרכים האחרים יש קודם לספק את הצרכים הבסיסיים. הרמב"ם אומר כי על בסיס ההישרדות הפיזית המשפט גם רשאי לקדם את ההתפתחות ואת הערכים. מעבר להישרדות חומרית **יש ערכים והם גם מעניינו של המשפט**.

הוויכוח בין הפרשנים הוא הוויכוח האם הליבה של המשפט זה למנוע פגיעות הדדיות או שמא יעדי המשפט האוניברסליים הם לשלוט בכלל מכלול האינטראקציות הבין אישיות? **אריסטו** יגיד כי המשפט הוא רק הישרדותי. **הרמב"ם** מדבר על הדיון המינימלי הדרישה בסיסית. **הרמב"ן** אומר כי בשאלת הדיון המינימלי החוק הוא עשיר יותר, חברה מלאה עדיין מהווה הישרדות חומרית.

\*\* מצווה - צו **מצפון**.

הובס:

בגלל שכולם שווים ואין מספיק לכולם **בני אדם נעשים אויבים** ומנסים להשמיד זה את זה. במצב כזה אין חברה והאדם חי חיי בדידות בסכנה מתמדת. הובס מדבר על **הצורך הקיומי של חיים**, של יכולת לפתח חברה, אין מה לדבר על הנדבכים הגבוהים יותר ללא בסיס זה. **משפט ושלטון כמשליט סדר וכמוצא למניעת מלחמה**.

משפט טבעי

דברי רבי יוחנן: "אלמלא ניתנה תורה היינו לימידין צניעות מחתול, וגזל מנמלה, ועריות מיונה. דרך ארץ מתרנגול - שמפייס ואחר כך בועל".

פירושו של רש"י:

גם אם לא היו נותנים לנו כללים, היינו לומדים כל מיני דברים בסיסיים לבד, אם היינו מתבוננים בטבע. ניתן ללמוד מן הטבע ומיצורים שונים כל מיני מידות.ההתבוננות שלנו בטבע נתונה לפרשנויות שונות ולכן הלמידה שלנו מהטבע יכולה להתפרש בצורה אחרת על ידי כל אחד. היכולת של האדם להסתכל בטבע ולבחור צניעות מחתול ולא אכזריות מחתול היא תבונה מוסרית. **לאדם תבונה מוסרית, הוא יודע להבדיל בין טוב לרע ואפשר לתבוע מן האנושות להבדיל בין טוב לרע**. קיימת כאן הנחה כי בני אדם תבוניים מבחינה מוסרית, יש דברים שאפשר לצפות מהם.

מוסר אוניברסלי: ישנם רכיבים של מוסר שאנו משוכנעים שהתשובה אינה רק האם זה מקובל או לא, אלא שקיימת **תשובה נכונה** והמוסר האוניברסלי ישמש חלק מהמשפט.

משפט טבעי - **גם מוסר אוניברסלי מהווה חלק מהמשפט ולכן ניתן גם לתבוע מתוכו.** הוא מחייב גם מבחינה משפטית ולא רק מבחינה מוסרית ומשמש חלק מן המשפט. המשפט הטבעי מניח כי קיימים ערכים שמוכנים לתבוע אותם גם אם הם לא מקובלים בחברה מסוימת.

ישנה גישה שאומרת **שיש נושאים מוסריים שבהם קיימת תשובה אחת נכונה מבחינה אוניברסלית, זוהי עמדת המוסר הטבעי.** עצם זה שיש ויכוח מה הדבר המוסרי מלמד שאנו סבורים שיש תשובה נכונה שאינה תלוית חברה.

מרקוס טוליוס קיקרו:

החוק האמיתי הוא התבונה שעומדת בהתאמה עם הטבע **יש יסודות, רכיבים תבוניים ולכן החוק הוא אוניברסלי ולא תלוי חברה.** לא כל חוק מבוסס על תבונה, לדוג': חוק שקובע באיזה צד בכביש נוסעים.

הרעיון הוא שהמוסר מתפתח אך זה לא אומר שדברים שבעבר עשינו היו בסדר, המוסר עצמו נתפס כמשהו שלא היה נכון לעולם.יש יסודות מוסרים אוניברסליים, חוק לא צודק איננו חוק. לא רק שיש מוסר מוחלט, אלא **יש יסודות אוניברסליים שלא תלויי זמן מקום וחברה שמשפיעים על המעמד החוקי**. ולחוקק חוק שנוגד אותם לא תופס בכלל.

טענת המשפט הטבעי - **יש גרעין חקיקה** לא תלוי מקום, לא תלוי זמן ולא תלוי חברה. גרעין זה מחייב גם מבחינה משפטית. חוק שסותר את גרעין זה אינו תופס ואינו אפשרי.

תומס אקווינס:

ע"פ תומס המשפט הוא מגביל, הוא אומר מה מותר אך גם מה אסור לעשות. **מטרת המשפט היא טובת הכלל**, אולי יש הקרבה של החירות של היחיד, אך בסה"כ יש ראייה של טובת הכלל. אנו מפקידים את החוק בידי מי שאנו סבורים כי ישקף את טובת הכלל. צריך ליישם את הטוב ולא להחליט מה אנו חושבים שטוב. חוק שאיננו טוב אינו חוק.

\*\* לאסור - לקשור.

ארבעת החוקים של אקווינס:

1. חוק נצחי: כללים שנתנו **מאת האל** החלים על כל הבריאה.
2. חוק טבעי: אותו חלק של המשפט הנצחי **שנגיש לתבונה האנושית**.
3. חוק אלוהי: נגיש רק דרך ההתגלות.
4. חקיקה אנושית: צריכה **להיגזר מעקרונות המשפט הטבעי**, התבונה, כללי ההתנהגות התבוניים שהם לטובת הכלל.

התפקיד של החקיקה האנושית היא **ליישם את אותם דברים שהם הטוב המוחלט**. יישום החוק תלוי בידי מחוקק אנושי, הוא אינו נצחי ואוניברסלי ולכן ייתכן שהיישום ישתנה. הרעיון הוא שיש ערכים שעלינו לשריין בעזרת היישום האנושי. **שחקיקה אנושית נוגדת את החוק הטבעי זה לא חוק**. בחוקים מסוימים אנחנו נגיד כי אין תוקף כי הם נוגדים את המוסר האוניברסלי, חוקים אלה אינם חוק, זהו המשפט הטבעי הקלאסי.

טענת המשפט הטבעי - יש **יסודות מוסריים** **אוניברסאליים** (לא תלויי מקום, תרבות, זמן), יסודות אלה עליונים וגוברים על חוקי אנוש אחרים. **חקיקה אנושית כפופה ליסודות מוסריים** אלה, בני אדם יכולים ונדרשים לדעת מה כלול ביסודות אלה.

משפט טבעי וקשר בין משפט למוסר:

הרעיון של המשפט הטבעי הוא **שיש איזושהי תודעה מוסרית אינהרנטית שטבועה באדם ויש לדבר הזה מעמד משפטי**. מוסר טבעי זו **אמת מוסרית אחת נכונה בעלת תוקף משפטי**.

יסודות המשפט הטבעי ע"פ קיקרו:

1. תפיסה שהיא אוניברסלית: כלומר **אינה תלויה במקום ותרבות**. יש ויכוחים לגבי מה נכנס בזה.
2. לא תלוי בזמן, נצחי: כלומר, אפשר להעמיד לדין את אותם אנשים שהתנהלו לפי נורמות שלדעתנו פסולות.
3. עליונות החוק: **גובר על חקיקה אנושית**. במידה וזה לא היה בעל מעמד עליון, ניתן היה להתעלם מדרישות המוסר באמצעות חיקוק חוקים. כמו כן, לא ניתן לשנותו, אם נחוקק משהו שמתנגש בחוקי המוסר = החוק בטל. בנוסף, זה חטא לנסות לשנותו.
4. ניתן לגלות את המשפט הטבעי באמצעות אמצעיים אנושיים- תבונה.

אלו **מצוות אוניברסליות**, צו המצפון. זה לא רק רלוונטי לדת מסוימת, אלא לכל בני האנוש. לכן הן מיועדות לבני נוח ולא רק לבני ישראל.

הקשר בין משפט ומוסר:

ראליזם מוסרי - השלב הראשון של משפט טבעי. **יש תשובה מוסרית אחת נכונה** ברוב השאלות המוסריות. מוסר הוא דבר מוחשי אמיתי.

יש תשובה

קוגניטיביזם מוסרי - "השלב הבא", לא רק שיש תשובה מוסרית, אלא **שניתן לדעת מהי** בכלים אנושיים.

נון-קוגניטיביזם - גם אם המוסר הוא מוחלט, **אין לנו אפשרות לגלות** מהו.

אולי יש תשובה

ספקנות מוסרית - יתכן ויש אמת מוסרית, ויתכן שאין- אי אפשר לדעת. איננו יודעים אם יש מוסר.

רלטביזם מוסרי - המוסר הוא **יחסי ותלוי חברה**, **אין תשובה אחת נכונה**. בעייתי כי כל אחד יכול לטעון כי פעולה הנוגדת את המוסר האוניברסלי (משפט טבעי) מתכתבת עם תרבותו.

אין תשובה

ניהליזם מוסרי - אין אמת מוסרית.

משפט טבעי מחויב לעמדה מוסרית מאוד ספציפית (תשובה אחת נכונה) ולכן יש לו חולשה שבאה לידי ביטוי באינטואיציות שהן תלויות תקופה וזמן. לכן קשה לנו להפנים מה כלול **בריאליזם המוסרי**.

אם נשווה את המשפט הטבעי לחוק או למשפט, **נשווה אותו לחוק** משום שזה **משהו מוחלט שלא ניתן לזוז ממנו**, אלו אמיתות מוחלטות.

המשפט הטבעי בראי הפסיקה הישראלית:

בפסיקה הישראלית, אין המון שימושים מפורשים במשפט הטבעי. עם זאת, קורים מקרים בהם יש ביטול של חקיקה ופסיקה ומשתמשים במונח באופן משתמע "בדלת האחורית".

* ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות: האם לוועדת הבחירות לכנסת יש סמכות לפסול רשימה שהתאגדה לרוץ לכנסת ופוסלת את ישראל כמדינה דמוקרטית? **הש' זוסמן** - יש דין שלא כתוב בשום מקום. הוא עומד לא רק מעל חוק רגיל, אלא אפילו מעל החוקה. **הש' חיים כהן** - חולק על זוסמן, הוא מזכיר את משפט הטבע בשביל להחליש אותו ולבטל אותו. הוא מפחד מזה כי זה **כלי מסוכן**. כי אתה **מעמיד אנשים לדין לא על פי החלטה של מחוקק**.
* פס"ד ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת: **הש' אלון** - מצוטט את זוסמן. הוא מתבסס על דין טבעי, משהו שאמור להיות מובן מאליו למרות שהוא לא כתוב, והוא גם גובר על מה שכן כתוב.
* פס"ד המרכז האקדמי למשפט ולעסקים: האם לבג"ץ סמכות לקבוע כי חוק בתי כלא פרטיים איננו חוקתי? רוב השופטים אמרו שהעברת סמכויות כליאה לגוף פרטי נוגד את עקרונות היסוד של ישראל ואת כבוד האדם. **הש' ריבלין** - מדובר בפגיעה שהולכת צעד נוסף אל מעבר המישור של חוקי היסוד, ומצויה במישור של האמנה החברתית העומדת ביסוד קיומה של המדינה. מה זו אמנה חברתית? פיקציה ורעיון שהוא לא חוק אלא משהו שהוא טרום-חוק, כי בלי חוקים יש באלגן (כמו אצל הובס). הטרום-חוקים גוברים על החוקים, וצריך לבטל את החוק לא בגלל החוקה, אלא בגלל הדין הטבעי.

מבוא לתורת המשפט הפוזיטיביסטית:

הובס: מייצג גישה טרום פוזיטיביסטית. ללא גורם שלטוני חזק העולם יהיה במלחמה. בני אדם שווים מטבעם, לכן, אחד אינו יכול להגיד לאחר מה לעשות. השוויון כאן אינו מצדיק כי אחד יקבל והשני לא. **לולא גורם חזק שיסדר את המדינה - היא תגיע לכאוס ואנרכיה!** בני אדם חייבים כל הזמן "לא לצאת פראיירים" ויחשדו תמיד אחד בשני, **תפקיד המדינה הוא לעשות סדר וחוק**.

מה יש כאן? הסדרים בחברה כדי ליצור שיתופי פעולה ולתאם רצונות/ פעולות.

מה אין כאן? טיעון דתי, השתתת הסדר החברתי בו המלך הוא מעל השאר, טיעון מוסרי.

בשונה מהרמב"ם ואקווינס שדנים במשפט הטבעי. הרעיון הוא שהשתיקה רועמת, יש פה **גישה שהיא טרום פוזיטיביזם**.

הגישה הפוזיטיביסטית:

פוזיטיביזם - to posit = להציב.

הגישה שאומרת כי **מה שבני אדם הציבו בתור חוק הוא חוק**, מה שלא חוקק הוא אינו חוק ואינו מחייב. זה רעיון הפוך מבחינה קוטבית לגישת המשפט הטבעי שאומרת כי חוק הוא גם המוסר, והוא מחייב מבחינה משפטית.

רעיונות הגישה הפוזיטיביסטית:

1. רעיון ההפרדה - **שאלת התוקף המשפטי שונה משאלת ההערכה של ההסדר המשפטי המסוים.** השאלה **האם** **קיים חוק.** היא שאלה מדעית אובייקטיבית (האם זה קיים). השאלה **האם החוק טוב ומוסרי**, זוהי שאלה נפרדת. חוק יכול להיות רע ותקף בכל זאת. חשוב לציין **שהפוזיטיביסט מאמין במוסר, אך הוא רואה אותו כשאלה אחרת**. הפוזיטיביסט לא אומר שיש לציית לחוק רע, אלא כי זה חוק קיים ותקף ויש לבטלו.
2. רעיון העובדה החברתית - הרעיון השני של הגישה הפוזיטיביסטית אומר כי **ניתן לבחון את שאלת קיומה של מערכת משפטית באופן אובייקטיבי, מדעי**. אפשר להסתכל על חברה מסוימת ולבדוק מאפיינים קבועים ועל פיהם להגיד אם לחברה יש או אין חוק, זאת מבלי לבטל את השיפוטיות כלפי החוק.
3. רעיון המוסכמה החברתית - **מקור הסמכות של החוקים הוא במוסכמה חברתית** ולא בהתגלות או בתובנה או ברעיון כללי אחר.

איך מעמידים לדין אדם שפעל ע"פ חוק? לפי **המשפט הטבעי** אין בעיה עם להעניש אדם משום שחוקים הנוגדים אמות מוסר אוניברסליים, לא קיימים. אך לפי **הפוזיטיביזם**, כל עוד חוקק חוק, הוא תקף. עולה השאלה מכוח הפוזיטיביזם כיצד ניתן להעניש אנשים שעשו דברים רעים מתוקף חוקים? **הפוזיטיביזם אומר כי המוסר אינו חלק מהחוק אלא שיקול נפרד**. שאנו פותחים את החוק בפני דברים לא כתובים יש חוסר ודאות. ערך **הוודאות** הוא חשוב ולכן אם נאמר שחוק הוא רק מה שחוקק אנחנו יודעים מה "בפנים" ומה "בחוץ".

גוסטב רדברוך-הוגה דעות גרמני פוזיטיביסט. אחרי מלחמת העולם השנייה תפיסת עולמו מתערערת והוא כותב מספר מאמרים:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **המלשין** | **התליינים** | **העריק המתגונן** |
| **סיפור מקרה** | פקיד בנק שהלשין על סוחר שכתב על הקיר: "היטלר רוצח המונים" והביא למותו של הסוחר.  | שני אנשים שגזרו אותם למוות כי הם היו תליינים. על פניו הם אינם רוצחים כי החוק הורה להם כיצד לנהוג. | חייל ממדינת סקסוני קיבל משימה לשמור על שבויי מלחמה. זה הגעיל אותו והוא נטש. כשהוא ברח הוא הלך לאשתו להיפרד ממנה, ושם הוא פגש את סמל המחלקה שלו, שניסה לעצור אותו מלברוח. בהגנה עצמית הוא הצליח לתפוס את האקדח שהיה בדירה והרג את הסמל. |
| **השאלה** | האם הוא באמת הפר את החוק כשהוא הלשין? החוק ציווה עליו לעשות בדיוק את זה. | איך פוזיטיביסט יכול להעניש הרי בזמן אמת זה היה מותר? | האם העריק שהרג את הנאצי צריך להיענש על כך?איך פוזיטיביסט מתמודד עם מקרים כאלה? כי אין איזושהי תפיסה שיש משפט טבעי שפותר אנשים ממקרים כאלו.  |
| **התשובה** | לפי גישת משפט טבעי- אין בעיה להעמיד אותו לדין כי חוקים לא מוסריים הם לא חוקים.לפי גוסטב (הוא באמצע) - נאמנות לחוקים, שאיפה לצדק וודאות משפטית- אלה הן הדרישות של מערכת משפטית. |  | ביהמ"ש פותר אותו- "מה שאז מערכת המשפט קראה חוק, לא תקף שוב היום. המשפט תופס שנטישת צבא היטלר הוא לא משהו שנושא אשמה, אלא מוצדק." |

יש פה 3 מקרים בשולי השואה, עולה השאלה **איך הפוזיטיביסט מתמודד עם מקרים אלה**? הרי אין תפיסה שיש משפט על לא כתוב שהופך חוקים ללא חוקיים. בתקופה זו יש פיצוץ בין הפוזיטיביזם לבין המשפט הטבעי. ע"פ המשפט הטבעי כל החוקים הנ"ל אינם משפט בעוד שגישת הפוזיטיביזם מפרידה בין משפט למוסר. האם משפט רשע הוא משפט? האם/ כיצד ניתן להעמיד לדין? שתי גישות לפוזיטיביזם:

גוסטב רדברוך

לפני מלחמת העולם השנייה היה פוזיטיביסט ברמה שהוודאות הייתה ערך עיקרי, אחרי המלחמה סבר כי **יש צורך באיזון בין שלושה ערכים: וודאות, טובת הכלל ושאיפה לצדק** (משל תלת האופן). כל עוד ניתן לתת דין וחשבון לשלושת היסודות האלה ניתן להגיד כי קיימת מערכת חוק תקפה. **אם ויתרנו על צדק ואין שאיפה לצדק לא ניתן לכנות זאת משפט**. הוא **פוזיטיביסט בכך שהכניס את הוודאות לשיקולים**. עם זאת, במקרה של אי צדק קיצוני הפוזיטיביסט צריך להודות כי זה לא חוק.

ניתן לראות כי רדברוך לא מפריד בין שאלת התוקף למוסר (בשונה מהארט). גישתו מהווה מעיין **גישת ביניים בין פוזיטיביזם למשפט הטבע**.

הארט:

בעיניו משפט רשע הוא משפט! הארט מבחין בין תקיפות החוק לשאלת הציות. הוא **לא רוצה ששאלת הציות תיגזר משאלת החוקיות,** הוא לא רוצה לגמד את המוסר. הארט אומר כי סיבת ההפרדה היא **אחריות מוסרית**, הוא לא רוצה כי אנשים יתחבאו תחת המוסר. ניתן להעניש אנשים בשם המוסר גם במידה ועשו משהו חוקי. בשונה מהמשפט הטבעי הוא לא אומר שזה לא חוקי. אלא החוק חוקי, אך עדיין יש לנו אחריות מוסרית על כתפינו.

רעיון ההפרדה בין שאלת התוקף לשאלת המוסר חשוב בפני עצמו. הבעייתיות היא של **טשטוש בין תקפות למוסריות**. **שאלת החוקיות והתוקף המוסרי נפרדות** כדי שאנשים ידעו לקחת אחריות ולסרב לדברים לא חוקיים ללא קשר לשאלת החוקיות, כך לא יוזל המוסר.

למה חשוב להארט להפריד בין משפט ומוסר?

גם אם זה חוקי זה לא מוריד את האחריות המוסרית מהכתפיים של מישהו.

לא רוצה שיהיה מצב שהשאלה אם אני מציית או לא נגזרת מהשאלה אם זה חוקי או לא.

לפי הארט - חוק שהוא לא צודק הוא כן חוק, אבל אסור להקשיב לו - **הענישה היא בשם המוסר ולא בשם החוק**.

מקרה בוחן להבדלים בין הגישות- "**מקרה ההתיישנות**": מקרה שבו החוק אינו חל על אדם מסוים שניתן להטיל עליו את האחריות (חוקים אנונימיים). לדוג': אישה שברחה לשוויץ בשואה, רכושה הופקע על פי החוק הגרמני תחת השלטון הנאצי ולאחר המלחמה באה לתבוע את רכושה. על פי גישתו של **הארט** מכיוון שאין אפשרות להטיל את האחריות על אדם אחד (מדובר באקט בירוקרטי(, אין לה אפשרות להשיב לה את כספה באופן חוקי. האפשרות היחידה לבטל את החוק הוא לומר שהוא לא חוקי מלכתחילה, שמשפט רשע לא תופס. אולם, על פי גישתו של **רדברוך**, היא יכולה לתבוע את כספה, משום שהחוק שהפקיע את כספה לא היה חוקי, מכיוון שהיה בלתי מוסרי בעליל.

פס"ד הר דוב - יש להבדיל בין חוסר מוסריות פרוצדוראלית לבין חוסר מוסריות מהותית.

משפט טבעי פרוצדורלי:

**האם ניתן לעמוד על קריטריונים שהופכים חוק לחוק**? האם יש דברים שניתן להגיד בבירור כי אינם מהווים חוק?

יסודות החקיקה:

1. כלליות החוק - על החוק להיות קוהרנטי ועקבי. אחת הפונקציות החשובות של המשפט זו **הכוונת התנהגות**. אם נכריע פר מקרה לא תהיה ודאות ועקביות ולכן לא נוכל להכווין התנהגות עתידית.
2. פומביות החוק-אם לא נדע מהו החוק, מה מותר ומה אסור מתפספסת מטרת החקיקה, הרי רציונל של חקיקת חוקים הוא הכוונת התנהגות. זה לא הוגן לא לשתף את האזרחים בחוקים על פיהם הם עלולים להיענש.
3. חקיקה למפרע (רטרואקטיביות) - חקיקה רטרואקטיבית אינה מכווינה התנהגות.
4. בהירות ונגישות - על מנת שיוכלו האזרחים לקיים את החוקים עליהם להיות נגישים, פשוטים ובהירים להבנה.
5. מניעת סתירות פנימיות בספר החוקים - על מנת שניתן יהיה לבצע את החוק.
6. יציבות וודאות - אנו זקוקים לידיעת והבנת החוק כדי לתכנן את צעדנו, אין לשנות את החוק בתדירות גבוהה.
7. התאמה בין החקיקה ליישום - חוק שאינו אפשרי ליישום אינו חוק.
8. עיקרון החוקיות - הרשות יכולה לפעול (לשפוט) רק מכוח הכתוב בחוק.

המשותף לכלל העקרונות הללו הוא לייצר **תהליך חקיקת נורמות** התנהגות באופן הוגן.

תומס אקווינס: במשפט הטבעי לא מסתפקים במוסר מבחינת התוכן, אלא גם בפרמטרים של משפט טבעי פרוצדורלי.

פולר: יש דברים בהיותם של חוקים חוקים, דברים שטבועים בבפנים על מנת שנגדיר חוק חוק. **יש דרישות מוסריות גם מתהליכי החקיקה ללא קשר לתוכן** (משפט טבעי פרוצדורלי).

משפט טבעי של תוכן (חיצוני) - נוגע לתוכן החוק, בו אנו נבחן את מוסריות החוק עצמו. אם הוא מאפשר לגנוב ולרצוח התוכן לא מוסרי וע"פ המשפט הטבעי זה לא חוק כי תוכנו לא מוסרי.

משפט טבעי פרוצדורלי (פנימי) - יכול להיות חוק עם תוכן מוסרי, אך החוק לא פורסם ונקבע רטרואקטיבית. גם אם החוק הוגן יש פגם מוסרי בדרך. במקרה זה החוק אינו תקף.

מה צריך כדי שחוק יהיה חוק?

1. השתתפות - מבחינה מהותית תינתן האפשרות להשתתף.כדי שאנשים ישתתפו עליהם **להיות מסוגלים להשתתף בצורה מהותית בדיון** (לגבש דעה שתשקף את עמדת הבוחרים), אחרת הליך החקיקה אינו הוגן. פס"ד קוונטינסקי - הליך החקיקה של מס דירה שלישית. הדיון לא נוגע למוסריות החוק אלא למוסריות הליך חקיקתו. ע"פ סולברג גם הליך החקיקה צריך להיות הוגן.

\*\* פורמאלי - צורני, קשור לצורה או למנהג המקובל.

1. כלליות - **חוק שלא נוגע לאדם ספציפי**, משהו שמכוון התנהגות של הכלל. פס"ד אלכסנדרוביץ - מן הגדרות החוק נדרש נורמה כללית או מופשטת, המופנית אל הציבור כולו או אל חלק בלתי מסוים ממנו.
2. רטרואקטיביות - חקיקה רטרואקטיבית היא סוג של מכונת זמן המאפשרת לתקן דברים אחורנית, חקיקה שכזו אינה הוגנת. ההקפדה על רטרואקטיביות היא בענישה, מכיוון שבמקרים אלה הכוונת ההתנהגות משמעותית יותר. פס"ד גניס - אם המטרה של החוק זה להכווין התנהגות, אי אפשר להכווין התנהגות רטרואקטיבית אחרי שמישהו כבר פעל. פרשת ארביב - חוק אינו יכול לפעול למפרע.

כיצד החוק מחייב?

אנו רוצים להבין מה עושה את החוק למשהו מחייב. זו השאלה הנוקבת: **מה הכוח המחייב של החוק**?

מתי החוק הוא אינו חוק? אנו משתמשים במונח "חוק" **בצורה מטאפורית**. חוקי טבע אינם חוקים, אנו משתמשים בחוקי טבע בגלל שהם מתארים התנהגות קבועה ולא אירוע פרטי, זה דסקריפטיבי. יש הבחנה בין חוקים **נורמטיביים** שדורשים עשיה לבין חוקים **דסקריפטיביים** שרק מתארים מציאות.

\*\* נורמטיבי - מה שצריך לעשות, כלל התנהגות, ציווי, חוק.

כשאנו מדברים על חוק אנו **נתעסק בדברים שהם ציווי, כללי התנהגות**.

אוסטין:

יש 2 חוקי ציווים: חוק אנוש (חוקים שנקבעו ע"י בני אדם בין אם במערכת היררכית ובין ככללי התנהגות חברתיים) וחוקי האל (מצוות). **תורת המשפט עוסקת בחוקי אנוש** ובפרט בחוקים בעלי עליונות פוליטית - חוקים בהם **השלטון הוריד הוראה**.

חובה משפטית: כדי שתהייה חובה חוקית יש: (1) **צורך בקביעה שלטונית אשר מורה מה לעשות. אין חובה משפטית ללא ציווי**. אין צורך כי החובה תנוסח באופן של ציווי. (2) חיוב הרצון צריך **להגיע מריבון**. לא מספיק כי מישהו יצווה, צריך כי יהיה לו **סמכות**. יש פה **עליונות פוליטית**, מישהו מעל שאומר מה לעשות. אוסטין עומד על כך כי ציווי צריך להיות **כללי ולא פרטני**. (3) סנקציה.

\*\* ריבון - מישהו אשר מוריד הוראה, הוא עומד בראש הפירמידה של הציוויים, למשל מלך.

למה אנו מקשיבים לחוקים? **פחד מהסנקציה**. התפיסה של אוסטין היא כי **חוק קיים כאשר הריבון מצווה ויש לזה סנקציה**.

החוקים **שמתאימים** לדגם של אוסטין הם חוקים בעלי תגובה. בחוקים הללו לא כתוב מה אסור לעשות, אלא את הסנקציה הניתנת בגין האיסור. החוקים **שאינם מתאימים** לדגם של אוסטין הם חוקים בהם אין סנקציה, תהייה תגובה אך לא מצד המדינה (משפט פרטי, חוק בינ"ל, מנהגים, כבוד האדם ועוד).

אוסטין מתאר **מקטע מסוים** של המשפט **ומניעים ספציפיים** של המשפט. זה לא כל הסיפור.

למה חותר אוסטין? להבנה כי **החוק הוא ציות לפקודה שבאה מבני אדם עם סמכות** מלמעלה למטה. בני אדם מקשיבים לחוק בגלל הסכמות. זה לא כולל את כל העושר שיש למשפט. הקושי הוא שמשפט עשיר יותר מאשר חלקים פליליים ומנהליים שיש להם ציווי וסנקציה. הביקורת על אוסטין הינה כי **אינו נותן פתרון לתחומי משפט אחרים**.

הארט:

יש מקרים שבהם נציית לחוק גם אם לא יתפסו אותנו, לכן **הארט** מבקר את תורת הציווי של אוסטין על פיה חובה מורכבת מציווי של ריבון וסנקציה.

הארט עושה סדר בשני מובנים: (1) הרחבת האופק של מה כולל המשפט, מה זה משפט. (2) העמקת המניעים של חוק.

ע"פ הארט **יש מקרים שהציות לחוק לא נוגע לשאלה אם נתפס, הוא אינו מושפע מהסנקציה**. הארט טוען כי הרעיון של ציווי אינו מתאים למשטר המודרני בו המחוקק כפוף לחוק. גם הריבון כפוף לחוק, **אין מישהו שהחוק לא חל עליו**, גם הכנסת. ניתן לראות כי משפט **צומח גם מלמטה למעלה** (מנהג). גם מקרים אלה אינם מסתדרים עם גישתו של אוסטין. בנוסף, גישתו של אוסטין **מתנגשת עם המשב"ל** בו אין גורם עליון, צווי מלמעלה. על כן, גישתו של אוסטין **מתאימה רק למשפט המנהלי ופלילי** בהם יש פקודה המלווה בסנקציה מטעם הריבון.

חוקים מסמיכים: יש הבחנה בין כלל **שמטיל חובה** לבין כלל **שמעניק כוח**. ההבחנה הזאת היא לב הסיפור. אוסטין רואה את המשפט כמאגר של חובות, אם לא תציית להם יהיה סנקציות. אך ע"פ הארט **המשפט הוא עשיר יותר, הוא לא רק מטיל חובה הוא גם מעניק כוח**. היכולת והסמכות לעשות דברים היא נגזרת של החוק.

חוקים מסדירים ויוצרים מוסדות: חוקים אלה **מסדירים סמכות** ואינם מהווים פקודה.

**הארט** אומר כי יש כללים שאנו מחויבים אליהם לא בגלל פחד, **הסנקציה לא מתארת את הסיפור במלואו**. כמו שהמשפט לא מבוסס רק על פקודות, כך המניע שלנו אינו רק פחד מסנקציה.

הארט **מבדיל בין 2 סוגי הסתכלות** על כללי ההתנהגות האנושית: (1) הסתכלות מבחוץ - **אילוצים**, לקחו לי מס כי אין לי ברירה. (2) הסתכלות מבפנים - **המחויבות** שיש לאדם לא בשל האילוץ החיצוני, אלא הרגשת **השותפות והמחויבות למערכת הכללים**. הרעיון הוא כי **החברה רואה עצמה כמחויבת ולכן מצייתת לכללים**.

ההתנהגות מושפעת מדברים רבים, לא כולם מתארים חובות. גם את חובותינו ניתן לחלק למחויבות מוסרית ומחויבות משפטית, שאינן תמיד חופפות.

ע"פ הארט ישנם 2 סוגי כללים:

1. כללים ראשוניים - כללים **שאומרים מה לעשות ומה לא לעשות, לכוון התנהגות**. הכללים של אוסטין, לדוג': איסור לעבור ברמזור אדום.
2. כללים משניים - כללים תומכי לחימה, מגדירים את הכללים הראשוניים, **נועדו להבהיר את מה שחסר**. אם רק אומרים מה לעשות לא תמיד ברור מה כלול בחוק, איך משנים חוק, איך יוצרים חוק. תוספות של הארט, כללים אלה עוזרים למימוש הכללים הראשוניים.

אולם, זה אפשרי רק כשמדברים בשפה של כללים. אוסטין תיאר את המשפט כפקודה עם ענישה וכאמור יש לנו קשיים. לכן, הארט מדבר בשפה של כללים. השינוי שעושה הארט הוא מרעיון לפיו המשפט הוא אוסף של פקודות לרעיון כי המשפט הוא אוסף של כללים. **כלל הוא לא פקודה והמניע לו הוא לא הפחד מעונש**. ברגע שהעולם נפתח לכללים יש אפשרות כי **יוצרו כללים שאינם רק פקודות**. הכללים ממלאים חלקים שלא היו אצל אוסטין. במעבר לשפה של כללים הרווחנו **שפה יותר עשירה מרק פקודות ומניע לציית לכלל שלא נשען רק על פחדים, אלא על השתתפות** **ותחושת מחויבות**. כללים כוללים הרבה יותר מפקודות: משפט אזרחי, הקמת מוסדות ואכיפה.החוק הוא לא אוסף של פקודות, הוא כללים עשירים שנותנים תמונה עשירה יותר של החוק ושל המניעים.

כללי המשחק: הסנקציות אכן מגבירות ציות אך אינם המניע הבלעדי. גם אצל הארט יש סנקציות.

חוקים - כללים שאומרים מה לעשות ומה לא לעשות. **החוק אומר מה שהמשפטן דיבר עליו**. אנשים אומרים דברים שונים וקשה לדעת מי מייצג את מה שהחוק אומר, שהמדינה רוצה.

הארט נשאר עם הדעה **שמוקד המשפט אומר מה לעשות וכיצד להתנהג**. עם זאת, יש מקום לכל השאר, כללים משניים, כללים תומכים, הם ממלאים את החסר. אי אפשר להחזיק מערכת חוקים רק עם כללים האומרים מה לעשות ומה לא לעשות. צריך להבין מה קורה אם לא מצייתים, מי ישפוט, איך מזהים חוק, איך משנים וכו'. **הכללים המשניים בעצם נותנים לנו מענה לבעיות שקמות כאשר אנו מסתמכים רק על הכללים הראשוניים**: אי וודאות, קיפאון ויעילות.

כללים משניים:

* כלל הזיהוי - עוזר להבדיל בין המערכות הנורמטיביות השונות (משפט ומוסר).
* כלל השינוי - כללים לשינוי החוק, החוק אינו סופי וניתן לשינוי.
* כללי שיפוט - קובעים מה קורה בעת שהופר החוק.
* כללי אכיפה והטלת סנקציות - נוגעים לאופן בו ייאכף החוק.

מה מקום המשפט האזרחי? אצל **אוסטין** יש בעיה כי אין פקודה, לכן אין מקום למשפט האזרחי. ע"פ **הארט** המשפט האזרחי הוא כלל משני. הארט **מבחין בין כלל שמטיל חובה** (סדר ראשון) **לכלל שמעניק כוח משפטי** (סדר שני), הבדל בין מה אני צריך לעשות למה אני יכול לעשות. לא כל דבר יש כוח משפטי לעשות.

אצל הארט ישנה ההבחנה בין כללים המעניקים חובה (ראשוניים), לבין כללים המעניקים כוח (משניים). **הכללים הראשוניים אומרים מה לעשות והכללים המשניים יותר גמישים**, הם מאפשרים לקבוע כללים ולא זהים בכל מקום. הרעיון הוא שלא נראה להארט כי ניתן לקרוא לאפשור חוק.  **פרטי החוק שמסדירים את החיים הם משתנים וגמישים ולכן לא מהווים כלל ראשוני ע"פ הארט**.

בדומה להארט **הרמב"ם** הגדיר ש7 מצוות בני נוח היו רק 6, כאשר מצוות הדינים היא לאכוף את השאר. זה למעשה אותו מודל של כללים ראשוניים וכלל משני שבא לאכוף אותו.

יוסף רז:

ההבחנה בין כללים ראשוניים ושניים צריכה להיות לפי **מטרת האפשור**, החשיבות החברתית. עלינו לשאול **מה המטרה הראשונית של המשפט ומה המשנית שלה**? ועל פי זה לסווג. גם לחוקים המסמיכים של המשפט הפרטי נכון לקרוא להם כללים ראשוניים. מבחינת תפקידים חברתיים גם כללים שמעניקים כוח הם כללים ראשוניים. **אין להוריד את הכוח המשפטי למידת חשיבות של כלל משני**. הארט ורז חלוקים רק בענייני המשפט הפרטי.

רז אומר כי יש לדבר על **מטרת האפשור**. אפשור הוא לא סרח עודף. שאנו מסתכלים על השאלה לשם מה זה קיים? חלק גדול מהאפשורים הם מטרת החברה. לא מסתכלים רק על איך דברים עובדים אלא **לשם מה הם קיימים**, לדוג': משפט פרטי קיים במטרה לפתח את החברה ולכן מהווה מטרה ראשונית.

בדומה לרז **הרמב"ן** אמר שמצוות הדינים מתוך בני נוח לא מהווה רק אכיפה של הליבה, אלא כל המערכת כלולה בדינים.

כלל הזיהוי:

הפרדה בין הסוגים השונים של החובות: **חובות של חוקים וחובות של מחויבות מוסרית**. התפקיד של **כלל הזיהוי** הוא **לדעת איפה נגמר המוסר ומתחיל החוק**. זה אומר לנו מה כתוב בחוק, זה על פניו נראה טריוויאלי. חשוב להדגיש זה לא שהארט לא דוגל בחובות מוסריות, מבחינתו היא אפילו תגבר על המשפט, אבל ההפרדה חשובה בכל זאת. היא נועדה כדי לאפשר סרבנות במידת הצורך ולשים זרקור על חשיבות המוסריות.

מה אומר מהו כלל הזיהוי? כלל הזיהוי לא יכול להופיע במשפט עצמו. **לא החוק יכול לקבוע מה הוא החוק**. מדובר בפרדוקס. לכן, יש צורך **בעובדה חברתית** לפיה יש הכרה בחוק. כלל הזיהוי מאפשר הפרדה בעוד שכלל העובדה החברתית מאפשר את כלל הזיהוי. השאלה לגבי כלל הזיהוי היא **האם הוא תקף או שלא**? לעומת זאת, באשר לעובדה החברתית אנו נשאל **האם זה קיים או לא קיים**?

ע"פ **הפוזיטיביסט** הסמכות של החוק נובעת מכך שהחברה נתנה תוקף לגוף מסוים.

פס"ד בנק המזרחי - עוסק בכלל הזיהוי אל מול כלל ההכרה (עובדה חברתית). הסמכות המשפטית המחייבת של החוק נשענת על הקהילה ותפיסתה כי החוק מחייב אותה. **החברה נושאת את עיניה לכנסת כמקור הסמכות וזה מה שמקנה את הסמכות**.

הבדל בין משפט ומוסר לבין מנהגים ומוסכמות חברתיות:

* **עוצמת התגובה** להפרה תהיה שונה.
* **סוג התגובה,** אם זה משפט תהיה סנקציה מסוימת, אם זה לחץ חברתי החברה תגיב.
* **החשיבות שמייחסים** לכללים, מה יותר חשוב בעיני הציבור?
* **מידת ההקרבה** האישית הנדרשת.

הבדל בין כללי מוסר לכללי משפט:

* אופן התגבשותו ושינויו: חוק אנו יכולים לשנות בבת אחת ע"י חקיקה מסוימת. מנגד, שינוי במוסר קורה לאורך זמן, לפי התנהגות הציבור, הרי אין מוסד מחוקק למוסר.
* המניע לקיומו: המניע לקיום מוסר הוא פנימי לעומת, מניע חיצוני כשמדובר בחוק לאור סנקציה.
* תחולות שונות: גם אם אין תחולה משפטית, ישנה תחולת מוסרית.
* סיבות לקיומן: השיקולים המכוננים את המוסר שונים מהשיקולים שמכוננים את החוק.

**הארט** הפוזיטיביסט מציב שאלה חדה. יש הרבה דברים שחייבים לעשות מבחינה חברתית, דתית וחוקית. אז איך יודעים שמדובר בחוק ולא במשאלת לב? ולמה אני חייב לציית לחוק? לא מספיק להסתכל בחוק, **צריך הצדקה** כי החוק הוא מחייב.

למה הפוזיטיביסטים לא הולכים ע"פ גישת המשפט הטבעי לפיו לא נכיר בחוקים רעים? (1) וודאות - אם נוטים למוסר אין וודאות. (2) היכולת לקבל אחריות מוסרית מבלי תלות בחוקיות - זיקה בין חוק למוסר תגרום לאנשים לחשוב כי כל דבר חוקי הוא בהכרח מוסרי.

עצם התפיסה של ה"למה מה" (מדוע החוק מחייב) נובע מ: (1) **אוסטין**, פחד מהעונש. (2) **הארט**, בגלל העובדה החברתית אנו מזהים את מקור הכללים במנגנון שאנו בחרנו. **אלו הסתכלויות שונות של הלמה מה על מערכת החוק**.

עקרונות:

דבורקין:

פוזיטיביסט מכליל - **ההסתכלות בעיניו אינה רק על חוקים שבני אדם יצרו בצורה מפורשת, אלא הסתכלות על כל נכסי התרבות של אותה חברה**. כלומר, כשאין חוק הנוגע למקרה הספציפי, הוא יסתכל על התקדימים, בין החוקים ועל כל מה שיעזור להבין מה החוק אומר גם כשהוא לא מדבר.

הדיון הוא בשאלות איך לתפוס את המשפט? והאם יש תשובה נכונה לכל שאלה משפטית? דבורקין טוען שיש.

ביקורת על הפוזיטיביזם הצר:

מה יש בארגז הכלים של המשפט? ע"פ **הארט** כללים ראשוניים ומשניים. ע"פ **אוסטין** ציווים וסנקציות (כלל ראשוני ע"פ הארט).

מה קורה שאין תשובה בכללים? ע"פ **הארט** כאשר הקצוות לא חדים אלא מטושטשים נפעיל שיקול דעת (לכן, לא ניתן להגיד שיש תשובה משפטית אחת) ושהכלל ברור אין צורך בשיקול דעת. **דבורקין** כביקורת על כך, אומר **שלא ניתן לראות את המציאות כהפעלת שיקול דעת, אלא זו בעצם יצירה של כלל חדש**.

פלוני נ' פלונית - ילד נולד מתרמית והרמאי זכה במשמורת. כשנאמר hard cases make bad law, הכוונה היא שהשופט צריך לשבור את הנפש כי יש פער בין הכללים לבין הערכים. יש פער בין החוק לבין הצדק שהשופט חושב עליו, זו דילמה בהכרעה שיפוטית.

Hard case \*\* - לא מקרה בו הוראות החוק לא מובנות בשל סיבוך. אלא מקרה שיש קרע בין הוראות החוק למה שנראה צודק במקרה הקונקרטי, בעיה מבחינה ערכית, מקרה בו לא מתאים השימוש בתקדים.

לפי **הארט** יש 2 סוגי "מקרים קשים": (1) מקרה עמום, כי לא ברור מה כלול בו. (2) מקרים "חריפים", כאשר הפער לא טכני, אלא יש קושי בקבלת הטקסט שלא מתיישב עם עקרונות הצדק במקרה הספציפי. במקרים אלה נפעיל שיקול דעת. **דבורקין** טוען כי בשני מקרים אלה **ביהמ"ש משמש כמחוקק**, **שיקול דעתו יוצר כלל חדש**.

**הארט** לא רואה בעייתיות בכך, אלא להיפך! אחד מתפקידי השופט זה לפתח את המשפט וליצור כללים. במקרים קלים שופט מכריע ע"פ החוק ובמקרים קשים יוצר תקדימים חדשים. **לדבורקין** יש בעיה עם זה.

ביקורתו של דבורקין: כאשר השופט מפעיל את שיקול דעתו, הוא לא בודק איך זה **ישפיע על החברה, אלא על הסיטואציה הספציפית**, **על הצדדים בהליך**. לעומת זאת, **המחוקק בוחן את ההשפעה על החברה כולה.** לכן, תודעת

ביהמ"ש לפי דבורקין, היא תיאורטית, השופט לא מסתכל על עצמו כמחוקק, אלא כמי **שמנסה לנבור במשפט פנימה, שמחפש התאמה מתוך** **הקיים**.בעייני דבורקין שופט אינו מחוקק אלא מוצא פתרון בחוק.

כלל ההתאמה הטובה ביותר: ע"פ דבורקין גם אם אין תשובה בכללים, יש משהו שמלמד מהי התשובה הנכונה וזה מושג **העקרונות**. לא יוצרים כלל חדש, מחפשים את האמת במה שיש והעיקרון מוליד תשובה נכונה.

פס"ד ריגס נ' פלאמר - נכד מרעיל את סבו שלא יוכל לשנות את הצוואה. ע"פ השופט נכון כי אין כלל אבל יש עיקרון לפיו מעוולה לא תצמח זכות. אנחנו יודעים את התשובה לא כי יש משפט עליון (משפט טבעי) שחל בכל מקום, אלא ניתן ללמוד מעקרונות השיטה.

\*\* מדיניות - השפעה/אימפקט על החברה, ניהול המרחב החברתי, מה צריך לעשות.

**דבורקין** בודק בחברה שלנו, את עקרונות היסוד של שיטת המשפט. לכן, הדיון הוא **פוזיטיביזם**. הוא מכליל כי ההסתכלות שלו היא לא רק על חוקים שבני אדם יצרו, אלא גם על כלל נכסי התרבות של אותה חברה. כל מה "שבין החוקים" ועוזר להבין איך להשלים את הפאזל. זה לא רק כללים כמו **הארט**, אלא גם נבירה לעומק בשאלה מה החוק אומר גם שהוא לא מדבר, יש שתיקות רועמות.

\*\* עקרונות (principles) - מניעים של צדק ומוסר.

פס"ד קינג נ' כהן - אישה שהתאבדה וכתבה על פתק שבעלה המתעלל לא יקבל את הרכוש. מקרה זה בא להראות לנו **שלא תמיד העקרונות מספיקים**, וכאן עיקרון "מעוולה לא תצמח זכות" לא התקבל.

פס"ד אפרופים - את הפרשנות ניתן לבצע בין היתר ע"פ מה שעולה מעקרונות היסוד של השיטה. פסק הדין אינו מבטא גישה חדשנית או מהפכנית בפרשנות החוזה אלא העקרונות היו קיימים תמיד, זה נמצא שם כל הזמן.

|  |  |
| --- | --- |
| **כללים** | **עקרונות** |
| תשובה של **כן או לא** (יכולים להיות גם לעיתים כללים עמומים, אך גם אם הם עמומים ניתן לפרש אותם). | תשובה של **עד כמה**, משמעות גם למשקל - נאזן בין הערכים המתנגשים (העיקרון יתקיים תמיד גם אם הוא לא כתוב לדוג' חופש הביטוי). |
| כאשר יש כללים, הם מחייבים. | משכנעים. |
| בסתירה: רק כלל אחד תקף. | בסתירה: איזון ערכים. |

בג"ץ חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר - דעת הרוב ביטלה את החוק משום שהוא נוגד את העקרונות המתחייבים מאופיו הדמוקרטי של המשטר. ע"פ בייניש החקיקה אינה מתאימה לפאזל של החוקים הקיימים. ניתן לראות בכך את גישתו של דבורקין. ביניש לקחה את הגישה של דבורקין **והוסיפה עליה** מאחר והיא הופכת אותו לכלי חזק ועושה שימוש בפרשנות כדי לבטל חוק, ודבורקין הרי מדבר על לאקונות.

לפי דבורקין יש **תשובה אחת נכונה לכל שאלה משפטית**. יהיה וויכוח מה התשובה הנכונה. דווקא כי שמחפשים לא מחפשים להמציא, אלא מחפשים את התשובה הנכונה. לא רק רוצים להסיק תשובה נכונה**, שמסיקים תשובה נכונה זה מונע להסיק תשובה שאינה נכונה**, להכניס חתיכה שאינה נכונה לפאזל (בייניש בבג"ץ חטיבת זכויות האדם). זה ההבדל בינו לבין הארט.

לפי הארט- המשפט עשוי רק **מכללים** (ראשונים/משניים) ובמצב של לאקונה השופט יכול לשמש כמחוקק וליצור חוק חדש "שיקול דעת חזק". ניתנת סמכות ליצור משהו חדש.

לפי דבורקין – אצל דבורקין המשפט כולל גם את **העקרונות** וגם את **הכללים**. הוא קורא לזה שיקול דעת ״חלש״. אצל דבורקין השופט לא יוצר אלא **חושף משמעות קיימת שהופכת למחייבת מבחינה משפטית.**

ניתן לראות כי בהתאם לפוזיטיביזם גם אצל דבורקין ישנה וודאות. **הפוזיטיביזם של דבורקין כולל לא רק את הכתוב, אלא גם את הרווח בין הכתוב, זה גם חלק**. אם הצלחנו לייצר מצב בו ידועים גבולות הגזרה של מה שלא כתוב זה פוזיטיביזם, זה לא משפט טבעי, אנו יודעים מה נוצר ולכן גם את המרווחים שנוצרו ואיך פותרים אותם.

האם יש תשובה נכונה לכל שאלה משפטית? ע"פ **שפירא** (גישה דומה לשל דבורקין) לא מדובר בעניין של טעם אישי אלא בהכרעה שיפוטית. ששופט מחפש תשובה זה לא טעם אישי, עצם הוויכוח מצביע על הניסיון להגיע לתשובה האחת. ע"פ **רז** ישנה הבחנה בין סוגי עקרונות: עקרונות מנחים, מחייבים, מוסריים, מדיניות ועוד. הוא סבור כי התפיסה לפיה יש תשובה אחת נכונה אינה מחזיקה מים, **אם יש הרבה עקרונות לא יודעים מה התשובה, אז לא ניתן לדבר על פוזיטיביזם כוודאות**. יכול להיות כי עקרונות שונים יולידו תשובות שונות, יש בעייתיות להגיע לתשובה הנכונה כי כל שופט מפרש את העקרונות אחרת.

ישנו **מתח בין תפיסה שיש תשובה נכונה לכל שאלה לבין הצורך לייצור פתרונות שמתאימים למקרה הקונקרטי**. ההבדל בין תשובה נכונה לריבוי תשובות הוא המתח שרז מדבר אליו. רז אומר כי גישתו של דבורקין לפיה יש עקרון אחד שמתאים לכל חוסר הוא אינו ישים בשטח. שנזקקים לעקרונות לא יודעים איזה משקל לתת, מה התשובה הנכונה באמת.

כללים, שיקול דעת, עקרונות וסטנדרטים:

פרופסור **מאונטר** עוסק בתורת המשפט של החקיקה ומציין שיש כל מיני הוראות חקיקה שמבוססות על פסוקי תנאי, "אם תעשו X אז יקרה Y". טריגר המפעיל תגובה משפטית.

\*\* טריגר - משהו שמפעיל הוראת חוק.

הבדלים בין הוראות חוק שונות בצרות שונות:

* הוראה **כללית** מול הוראה **ספציפית**. לדוג': זימון למילואים זה הוראת חוק ספציפית אל מול הוראה לפיה כל מי שבן 18 חייב להתייצב בלשכת הגיוס.
* הוראות **מוחלטות** מול הוראות **מותנות**. לדוג': מי שיש לו רכב מעל 4 טון צריך רישיון מסוים ויש הוראה מוחלטת כמו לא תרצח.
* הוראות **רחבות** מול הוראות **צרות**. לדוג': לא לרצוח זה הוראה רחבה והוראה ספציפית בדיני יבוא היא צרה.

ישנם סוגי הבחנות שונות, אך הבחנתו של מאונטנר **בין כללים לסטנדרטים**.

כללים: משהו שניתן לכמת ולהגדיר, לדוג': 90 קמ"ש, שיעור מס 35%.

1. טריגר - מה מפעיל את החוק, **משהו שניתן לכימות או למדידה**. ניתן לבדוק אם ענינו על הדרישה הספציפית או לא, זו שאלה של כן או לא. לדוג': "נסיעה מותרת עד 80 קמ"ש", "אין כניסה / אין חניה".
2. התגובה - סנקציה מהפרת החוק, **קבועה**. לדוג': על נסיעה מעל 80 קנס 500 ₪.

סטנדרטים : אינם חד משמעיים, באים ליידי ביטוי במונחים כמו סבירות, תקינות, תום לב. מצבים של שיקול דעת.

1. טריגר - מה מפעיל את החוק, **עמום, לא ניתן למדידה מדויקת**. לדוג': "הנסיעה מוגבלת בהתאם לתנאי הדרך", "אין להפריע לתנועה", "בדרך המקובלת ובתום לב".
2. תגובה - מהפרת החוק, **מנחה, מדריכה**. לדוג': "צו המחייב להימנע מהפרעה לתנועה".

יכול להיות כי הטריגר יהיה משהו שנוגע לשיקול דעת אך התגובה תהייה קבועה, אין הלימה בין הטריגר לתגובה.

אצל דבורקין שדיברנו על עקרונות דיברנו על דברים לא כתובים. כאן, הדברים כתובים שחור על גבי לבן, **גם את הסטנדרטים וגם את הכללים, המחוקק כתב**, יש הגדרה של כלל. עקרונות וסטנדרטיים שניהם אינם מוגדרים רק שעקרונות צריך להסיק וסטנדרטים מחוקקים בצורה מפורשת.

כללים וסטנדרטים יתרונות וחסרונות:

סטנדרטים: יישוב סכסוכי העבר, בגלל העמימות אפשרות לתפור למקרה הספציפי, "ראיה לאחור היא 6/6", פחות מכוונת התנהגות.

* יתרונות: **(1)** הכרעות שיפוטיות תפורות למקרה הספציפי. **(2)** התרעה מפני כניסה לתחום האפור. **(3)** פרופורציה בין מעשה לענישה (עיקרון ההלימה, עיקרון שחשוב בצדק). **(4)** קל וזול לחוקק (דורשים פחות מחקר).
* חסרונות: **(1)** מרתיע מפני פעולות לגיטימיות (במיוחד אצל שונאי סיכון). **(2)** חוסר עקביות בתכנון מהלכים - בצורה פרדוקסלית, התגובה ההולמת יכולה מצד אחד לגרום לחוסר עקביות ולהרתעות יתר. **(3)** קושי במעבר מהנורמה למעשה. **(4)** קשה יותר לאכוף (דורשים יותר זמן שיפוטי). **(5**) חוסר עקביות בהענקת "צדק".

כללים: צופי פני עתיד, על פי מידע רלוונטי, בעקבות שקילתם של יעדים אפשריים, ניסיון לגרום לכך שההתנהגויות יגשימו את הערכים המגולמים בכללים, משקפים באופן ישיר את הערכים של החברה.

* יתרונות: **(1)** בהירות בהנחיה **(2)** יכולת תכנון. **(3)** הרתעה ברורה. **(4)** אכיפה פשוטה וזולה שאינה גוזלת זמן שיפוטי רב.
* חסרונות: **(1)** צדק כללי שאינו מתייחס לחריגים. **(2)** אי-הבחנה בין הפרות קשות לקלות. **(3)** מאפשר לתמחר ולתכנן התנהגות שאינה רצויה **(4)** קביעת כלל קשה יותר ומצריכה מחקר ושיעורי בית.

מה מתאים יותר לשיטה הישראלית? במאמרו של **מאוטנר** הוא משווה בין השיטה הקונטיננטלית למשפט המקובל.

1. המשפט הקונטיננטלי - דגש על חוק, תפקיד המחוקק להכריע בהתאם לכללים וההתערות השיפוטית מואטת, תפקיד יותר פקידותי. לכן **כללים יותר מתאימים** למשפט הקונטיננטלי.
2. המשפט המקובל - דגש על פסיקה, השופט מייצר כללים, הוא יותר יצירתי. אם צריך ליישם חוקים מצמצמים את מרחב שיקול הדעת. במשפט המקובל יש **יותר מקום לסטנדרטים**.

לפי **מאונטר**, לשיטה הישראלית **יותר מתאים סטנדרטים** וזה לא מפתיע שיש מקום למושגים עמומים כמו תום לב וסבירות, אנו לא מפחידים להיזקק לגורם השיפוטי. ע"פ הביקורת של השופט סולברג, שביהמ"ש מפעיל סטנדרט על כלל שנקבע, לדוג': החלטה שתמרור מסוים הוא אינו "סביר", ביהמ"ש מחליף את שיקול הדעת של הרשות המבצעת. אנו עוברים לשיטת חקיקה שיפוטית, ביהמ"ש פוגם בדמוקרטיה שהחברה קיבלה על עצמה.

פורמליזם משפטי:

\*\* פורמליזם - **צורה**, חשיבה לפי תבניות.

חשיבה פורמלית היא **היכולת לחשוב בתבניות לוגיות כשלעצמן**. חשיבה פורמלית אינה שואלת מה העצמים אלא מדברת בהכללה, יוצרת תבנית לוגית. כאשר ניצוק אירוע לתוך תבנית לוגית יהיו לנו את אותם הפתרונות לכל סיטואציה קיימת. הפורמליסט חושב כמו מתמטיקאי, לא עם מספרים, אלא עם תבניות לוגיות. יש סט של כלים, מהם ניתן לגזור את התוצאה. הפורמליסט סבור כי **לכל שאלה משפטית יש תשובה אחת נכונה**, הוא רק צריך לחפש אותה.

במאמרו של **מאוטנר**, הוא מבקר את הגישה הפורמליסטית ומראה לנו שלא תמיד יש את אותה התבנית לכל סיטואציה.

ביקורתו של מאוטנר:

1. חשיבה אופקית - מיון המשפט לקטגוריות, לא ניתן לקחת הגיון מצורה אחת של חשיבה לאחרת. כלומר, הפורמליזם אומר שיש לוגיקה X אך מאוטנר מבקר את הגישה ומראה לנו שיש לנו צורה שונה של חשיבה בכל אחד מהנושאים הקיימים. לדוג': חשיבה בפלילי שונה מחשיבה באזרחי. גם בתוך המשפט האזרחי אנו נמיין לתת נושאים חוזים/ נזיקין/ קניין.
2. חשיבה אנכית - הסקת תוצאות משפטיות מתוך "הנחות יסוד" ו"אמיתות ראשוניות". הפעלת היקש משפטי, אלו מאפיינים של חשיבה לוגית. עם זאת, גם היקש משפטי משתנה מתחום לתחום.

\*\* סילוגיזם - היקש לוגי.

הפורמליסט סבור **שלכל שאלה משפטית יש תשובה אחת נכונה** ועליו לחפש אותה לאור הנתונים הרלוונטיים. פורמליסטים יכולים להתווכח ביניהם מה התשובה הנכונה, אך עדיין **יש תשובה אחת**. ע"פ מאונטר הפורמליסט לא עוסק בערכים והנסיבות שאופפות סיטואציה לא משנות לו. כלומר, העיסוק המשפטי של השופט הוא בנורמה (בכלל המשפטי) ובהגיון הפנימי שלה: מה נגזר מכלל X במקרה Y ולא-במישרין במקרה עצמו: איזה עולם ישרור אם נאמץ נורמה X. הנורמות חוצצות בין **מקבלי ההחלטה** לבין הנימוקים שיכולים **להצדיק את ההחלטה**. לפי הפורמליזם הכלל קובע ולא שואלים כל פעם מה היו השיקולים שהולידו את הכלל. הפורמליסט חושב כמו מתמטיקאי, יש לו תבניות לוגיות והוא הולך לפיהם. כלומר, יש סט של כלים וסט של הנחות מהם ניתן לגזור את התוצאות. פורמליסטים לא יוכלו להכניס ערכים, אלא מקבלים את החוק as is. הפורמליסטים **מפנימים** את צורות החשיבה המשפטית ומתמקצעים בהם. ע"פ הפורמליסט **תפקיד השופט הוא יישומי** ויעדי המשפט העיקריים הם **לפתור סכסוך**.

הרעיון של הפרדת רשויות הוא דמוקרטי כי אם המחוקק הוא שקובע את הנורמות ואנו בוחרים בו אז קיבלנו ייצוג. אם הרשות השופטת מחליפה את המחוקקת זה לא נותן ייצוג לאנשים רבים. יכול להיות כי הפורמליסט הוא הדמוקרטי.

יעדי המשפט העיקריים:

1. פתרון הסכסוך באמצעות יישום התבניות הקיימות.
2. וודאות ויכולת תכנון, באמצעות התבניות.
3. הפרדת הרשויות נוקשה כעיקרון דמוקרטי.
4. בחינת סמכותהפעולה/החלטה המנהלית. כלומר, בעבר לא היה קיים דבר סמכות נחזית, לא יכולנו להכניס שיקול דעת, אלא אנחנו כפופים לסמכות. לעומת הגישה הלא פורמליסטית שמסתכלת על "סבירות" הפעולה.
5. שפה מקצועית.
6. "קהל יעד" עולם המשפט (מובן צר רחב).
7. שוויון, חל על כולם באופן שוויוני.
8. שפה: השופט "אנוס" על פי הדיבור של החוק- אין לו שיקול דעת (פס"ד ג'נין ג'נין).
9. מתן מרכזיות לשיקולים פרוצדוראליים.

\*\* קריטריון - אמת מידה, כללים ברורים שאנו דבקים בהם.

**הפורמליזם מבטיח שוויון בפני החוק**, כולם יקבלו את אותו דבר בשל הפרשנות הדווקנית. ההקפדה של פורמליזם היא לא רק על שוויון, אלא גם על דמוקרטיה. מה שנראה לנו הפוך מתמונת הפורמליסט הזועף. ההקפדה על הלוגיקה והפרשנות הצרה **מרוממת את ערכי הוודאות, דמוקרטיה ושוויון**, את המשפט לא רק כפותר סכסוכים אלא כמכווין התנהגות.

הפורמליזם כאמור מתאר את נוקשות הקטגוריות ואת נוקשות השופט שיצירתו מוגבלת במהלך ההליך המשפטי. הרעיון הפורמליסטי בראש ובראשונה אומר שיש חלוקת תפקידים שהיא נוקשה, בין השופט למחוקק ורק האובייקטים משתנים. **המחוקק הוא אינו פורמליסט**, אלא מי שמיישם הוא פורמליסט.

הטענה של מאונטנר, במאמר שמשווה בין פסיקת העליון בשנות ה50 לשנות ה80 היא כי **המתח בין חוק למשפט עוד קיים**. מטרת המאמר הוא להראות כי הפסיקה של שנות ה50 עובדת בצורה יישומית, דווקנית, הרעיון של סבירות לא עולה. בשנות ה80 הפורמליזם יורד ועולים ערכים כגון סבירות, פרשנות תכליתית, כל טשטוש הגבולות.

האם פוזיטיביסט חייב להיות פורמליסט? לא! פורמליזם ופוזיטיביזם אינם אותו דבר בדיוק. יש **הבדל בין השאלה איך מפרשים את החוק ומאיפה לקחתי אותו**. הפוזיטיביזם אומר שלקחנו את החוקים מיצירה אנושית ולא מהמוסר האוניברסלי, השאלה אם גמישים עם החוק או קשים, איך מפרשים אותו, היא שנוגעת לפורמליזם. הפוזיטיביזם והפורמליזם נוגעים ל2 שאלות שונות:

1. מאיפה לקחנו את המשפט? האם רק ממה שבני אדם יצרו (**פוזיטיביזם**) או גם מהמוסר האוניברסלי? (**משפט הטבע**).
2. מה עושים אחרי שלקחתי? איך מפרשים את המשפט, האם באופן דווקני או בצורה רחבה יותר ממכלול הדברים שניתן ללמוד מהחקיקה האנושית. זוהי השאלה הנוגעת לפורמליזם.

הגישה הפורמליסטית מדברת על לוגיקה שלוקחת הנחות מעולם המוסכמות או המוסר.

ראליזם משפטי:

**הולמס** אומר כי המשפט זה לא היגיון אלא משהו שכולל גם דעות קדומות. גם את התפיסות המוסריות שעשויות להשתנות. ע"פ הראליסטים לא מספיק לדעת את הכתוב בספר החוקים, את הכללים ואת העקרונות. **המשפט זה מה שקורה בשטח, במציאות** והשופט **רשאי לקחת בחשבון את ההשלכות החברתיות** של פסה"ד ולא רק את האופן בו זה מסתדר עם הלוגיקה של המשפט. הולמס אומר שכל התבניות לא מספיקות, **כי בסופו של דבר מה שחשוב זה מה שניתן ללקוח שלנו.** לפי גישת הלוגיקה אנו נחשוב האם השופט צודק או לא, הרי יש כללים. לפי הולמס לא משנה מה התוצאה הלוגית אלא מה השופט יעשה בפועל גם אם הוא "טועה".

\*\* מדיניות - אימפקט על החברה בצורה קונקרטית.

מה מרכיב את המשפט? ניתן לראות שפורמליסט יכול לדבוק בגישת המשפט הטבעי או לחילופין להיות פוזיטיביסט כי הרי מדובר ביסוד לוגי שניתן לגזור מיסודות של מוסר או מוסכמות חברתיות. לעומת זאת, הגישה של הריאליסטים, זו לא גישה שאומרת שאפשר לעשות מה שרוצים, אלא **שהמשפט זה מה שיוצא מידי השופט ולא איזה אמת מופשטת**. לכן, אותו שופט עם הידע המקצועי, תפיסותיו המוסריות הוא זה שקובע את המשפט.

לפי הולמס **לא משנה התוצאה הלוגית אלא המציאות, יישום המשפט**. היישום הוא המשפט ולא רק הלוגיקה. ע"פ **הולמס** אם אנחנו חיים בחברה שלא אוכפת עבירה מסוימת אז זה לא ממש ייחשב לעבירה, אך אם זה ייאכף זה כן ייחשב. אי אפשר ללכת רק לספר החוקים אלא, עלינו ללכת לפסקי הדין ולראות מה קורה בפועל, צריך לדעת מה קורה לאדם שעושה עבירה מסוימת. **החיזוי של מה שהשופט יעשה זה המשפט** ועצםזה שיש משהו בספר החוקים לא אומר שזה מה שהשופט יעשה. יש כאן שינוי תפיסה, מסתכלים על מה שקורה במציאות, את זה צריך לנסות לחזות ומה שכתוב בחוקים הוא שיקול אך לא יחיד כי אנו בני אדם. צריך לבחון אלו ערכים מעצבים את ההחלטה השיפוטית בשטח, בהתאם לאמונות ומחשבות של השופט, **לכן גם אין אחידות.** ההכרה בזה שהגישה לא אחידה ואין תשובה אחת לכל החלטה משפטית, היא קריטית כדי להבין מהו המשפט באמת. **המשפט זה התרגום למעשה ולא מה שכתוב בספר החוקים והתבניות הלוגיות**.

הריאליזם בא לידי ביטוי בכך שלא נבדוק מה הלוגיקה של ההכרעה השיפוטית אלא מה שקורה בשטח, מה השופטים בפועל עושים.

שפיטה:

1. חוק זה לא מציאות נפרדת, איזשהו אידיאל לוגי, אלא **החוק זה מה שהשופט מפעיל וחוק הוא לא חוק עד שהוא יוצא בפסק הדין.** הרעיון הוא שיש הגיון מיוחד שרק השופטים מבינים אותו והוא הקובע, לכן, צריך להבין מהם השיקולים שמשחקים אצלו. אם אתה כעו"ד מתעלם מהמציאות החברתית ומסתכל רק בספרים, זו טעות כי לא כך המשפט פועל, ואף לעיתים שתי הגישות יובילו לתוצאות הפוכות לגמרי.
2. ההכרעה **ממוקדת בעובדות**, ולא בשיקול המשפטי (החוק בספר).
3. ביסוס החלטות על **הטיות ערכיות** (אישיות או חברתיות).
4. תפקיד גדול יותר לשיקולי מדיניות חברתיים ומדעי החברה: Muller v. Oregon: למולר היה מפעל באורגון בארה"ב. בתחילת שנות ה-20 (אלו שנים של התעוררות זכויות הפועלים) במקום עבודות יזע, אזרחים מתמרדים נגד התפיסה הקפיטליסטית הקיצונית, שמעדיפה את חופש החוזים על פני זכויות העובדים. מולר, משאיר את עובדיו לעבוד 12-14 שעות ביממה. מדינת אורגון חוקקה חוקים שהגבילה את שעות העבודה ומולר הואשם שעבר על החוקים הללו. מולר עתר ואמר שהחוקים אינם עומדים במבחן החוקה האמריקאית כי פוגעים בחופש קניין והחוזים. ברנדייס בייצוגו, הביא 10 עמודים טיעונים משפטיים ו90 עמודים טיעונים סוציולוגיים וזכה במשפט. כאשר הטיעונים לא משפטיים קלאסיים אלא חברתיים שדנו באימפקט על החברה. **תיקי ברנדייס** נעשה מושג כאשר עוסקים בסוג טיעון חברתי ולא משפטי. זו מעין המחשה של הרעיון שבאמצעותו ניתן להבין מה הכוונה של ריאליזם.

הגישה של הריאליסטית **אומרת שזה לגיטימי להכריע הכרעה שיפוטית שלוקחת בחשבון את האימפקט על החברה** (מדיניות). לראליזם 2 צדדים: (1) משפט זה מה שהשופט עושה ולא נוסחאות יבשות. (2) שופט יכול לקחת בחשבון השפעה על החברה. אצל הפורמליסט, כל האימפקט על החברה בא מצידו **של המחוקק** לעומת זאת, לפי הריאליזם, זה לגיטימי **שהשופט** ייקח בחשבון את האימפקט בעת החלטותיו.

פתרון אחד לכל שאלה משפטית:

* **פורמליסט** יגיד שיש פיתון אחד לכל דבר- יש נורמה אחת מוכנה מראש.
* **הריאליסט** יגיד שאין תשובה אחת, אלא הכל תלוי הקשר חברתי (בנוסף הרי זה תלוי שופט).
* **דבורקין** שגישתו אינה תחשיב לוגי, מאמין שיש תשובה אחת נכונה אך צריך לחפש את העקרונות המבצבצים והם אלו שחושפים את הפתרון האחד.
* **הארט** לעומת זאת פשוט יבנה כלל חדש.

מאיפה נכון לגזור את הכללים? **הולמס** אומר שהכללים הם לא המשפט, הכללים משפיעים על החלטות השופט אך המשפט הוא מה שקורה בשטח. הולמס אומר כי ניתן להיות פורמליסט שגוזר את החוק ממשפט טבע או מהחקיקה האנושית אך הוא לא פורמליסט בכלל.

ספקנות כללים - הכלל המשפטי ולשון החוק אינו קובע בהכרח באופן בלעדי תוצאה משפטית.

ספקנות עובדות - אין עובדות מקרה גולמיות אלא משמעות לאופן בו הם מוצגות. השופט מסתכל על העובדות הרלוונטיות באופן תלוי השקפה.

תנועת הביקורת CLS - המשפט כפוליטיקה:

תנועה שלקחה את הראליזם שלב אחד קדימה. טענתם היא כי **משפט הוא לא לוגיקה ולא רק ניסיון אלא גם פוליטיקה**. הכוונה בפוליטיקה הינה כי הרבה מהדברים והמושגים שאנו מתארים כתיאור אובייקטיבי הם החלטה שמעדיפה משהו ספציפי, לדוג': זכות הקניין מעדיפה בעלי רכוש. המושגים שלנו רווים בהערכות ערכיות שמבטאות תבניות כוח. מה שנתפס בעינינו כתבניות אובייקטיביות אולי משקפות עמדות כוח בחברה. הגישה הביקורתית אומרת כי אם נסיר את המסכה נראה כי **הכללים לא אובייקטיביים ובעלי שיקולים פוליטיים** (תבניות כוח). **יש להסתכל איזה ערכים מוטבעים בתבניות החשיבה**. אם ריאליזם מסתכל על מה המשפט עושה לחברה, הביקורת באה ואומרת שיש להסתכל גם על הכללים.

תנועת הביקורת **היא לא ביקורת נגד הראליזם**, היא **נולדה מתוכו** ולקחה אותו כמה פסיעות הלאה. אנו מדברים בשפה שהיא רווית הנחות, הראליזם אומר להסתכל מה קורה בשטח **והשלב הבא הוא לראות איך הכללים שאנו טוענים שהם לוגיים רווים בפוליטיקה**. הראייה של דברים שאנו לוקחים כמובנים מאליהם היא דבר שצריך כל פעם לבדוק מחדש. הטענה של הביקורת היא שכל הרעיון של צדק מתקן הוא לא רעיון נכון כי אי אפשר לתקן צדק ומלכתחילה לקבוע פיצוי על פי מידת הרשלנות.

**הפורמליזם** ידבר על המשפט כסוג של לוגיקה, **הראליזם** ידבר על המשפט כמציאות החיים **וגישת ה CLS** תדבר על המשפט כפוליטיקה.

**הראליזם** מאפשר לפרש את הכללים אחרת וזה המשפט **והביקורת** אומרת כי הכללים ביסודם פגומים. הביקורת היא כלפי המשפט עצמו. **במקום לקבל את תבניות החשיבה כנתונות צריך לשאול ולחשוב אם התבניות שלעצמן מוצדקות** **או שהן מסתירות משהו**.

הגישה הביקורתית אומרת שצריך להיות ביקורתיים, המשמעות היא לא להיות נגד, **לא במובן של לא לקבל מה שאומרים אחרים, אלא בקרה**. הביקורת היא לא ביקורת על הראליזם אלא ראליזם 2.0. הרעיון הוא לאתגר את צורת החשיבה, לא לקבל דברים כמובן מאילו. הדרך היא לעשות ניתוח היסטורי ולראות כיצד הגענו לדברים וגם לחשוף את האמת, ללמוד את היישומים של החוק (שיכולים להיות מפלים).

**הפורמליסט הוא חוק** ויש לזה יתרונות כמו וודאות. **הראליסט הוא המשפט** ויש לזה יתרונות כמו גמישות ותבונה. הראליזם הוא לאו דווקא הטוב יותר מבין השניים. לפעמים דווקא בפורמליזם יש ערכים כמו שוויון, וודאות, הפרדת רשויות, לעיתים אפשר להעביר ערכים בעזרת ניסוח מדויק ופורמליסטי. **הרעיון של חוק לעומת משפט הוא דומה לרעיון של פורמליזם מול ראליזם.**

זכויות:

המונח זכות, רעיון הזכות, מניח משהו. מה הוא מניח? **שמשהו מגיע ומישהו חייב**. הרעיון של זכות הוא לא רק רעיון טוב, הוא גם מניח שעל מישהו חלה חובה. זכות וחובה הם שני צדדים של אותו מטבע אשר במקרה זה הצמדנו אותם.

**ווסלי הוהפלד** כותב צמד מאמרים ומניח 2 הנחות. בשניהם יש לו 2 טענות:

1. מערכת משפטית היא לעולם בין 2 גופים/ אנשים - אין דבר כזה אוניברסלי, **משפט הוא לעולם בין 2 אנשים**. החלוקה הקלאסית בין חוזים לקניין היא שקניין היא זכות חפצית וחוזים זה זכות אישית. האינטואיציה היא כי קניין זה הדבר עצמו, הקניין אומר כי החפץ שלי. אל מול חוזה שאומר מה צריך לעשות. הוהפלד במאמרו אומר כי זה לא נכון. אנחנו מדברים תמיד על מערכות בין 2 גופים. קניין הוא מולי למול כל העולם וחוזה הוא שלי מול שאר הצדדים לחוזה.
2. לכל המשפט ניתן לעשות רדוקציה לסטים של מושגי יסוד - כל המשפט כולו הוא יחסים בין אישיים שאת כל המושגים האישיים ניתן לחלק ל2 מערכות סטים. סט אחד הוא **זכות, העדר זכות, חובה וחירות**. סט שני הוא **כוח, העדר כוח, כפיפות וחסינות**. 2 המערכות האלה מבטאות את כל היחסים הפנימיים במשפט עצמו (זוהי חשיבה מעט פורמליסטית).

זכות, היעדר זכות, חובה, חירות:

המשמעות של להיות בעל **זכות**, היא שלמישהו יש **חובה**. מישהו חייב לי משהו. **זכות שלי מטילה חובה של אדם אחר כלפיי**. שיש **היעדר זכות**, המשמעות היא **חירות**. אם אין לי זכות, אין לאחר חובה אליי והוא חופשי, **העדר זכות מקנה חירות**.

אנחנו **מטשטשים את הגבולות בין זכויות לחירויות**. חירות משמעותה היא שיש לי חירות לעשות דבר מסוים כל עוד זה לא פוגע בחירות של אדם אחר, שזה לא "תפוס". לדוג': שיש אור ירוק, יש לי חירות לנסוע ברמזור ולא זכות, הרי אם מישהו נמצא ברמזור אני לא יכול לפנות אותו, זאת בשונה ממקרה בו קיימת זכות.

חופש הביטוי הוא לא זכות, הוא חירות. הרבה פעמים אנו מטשטשים בין זכות לחירות. מנגד, זכות הציבור לדעת היא חירות, אם עיתונאי רוצה לדעת על חיי אני לא חייבת לספק לו תשובות. הוא יכול להגיש בקשה במסגרת חוק חופש המידע. אבל אי אפשר סתם לתבוע מכל אדם לספר לי דברים מכוח זכות הציבור לדעת, לכן זוהי חירות.

מי מחליט אם קיימת זכות או חירות? זה בדיוק הוויכוח בין פוזיטיביסט למשפט טבע. **לפי משפט טבע** יש זכויות טבעיות, כך שיש זכויות שניתן לתבוע מהזולת גם בלי שום מעשה חקיקה. **לפי הפוזיטיביסט** זכויות הם מה שבני אדם החליטו, מה שהחוק אומר זה זכות משפטית אך יכולים להיות דברים שלא יופיעו בספר החוקים ויהוו זכות מוסרית.

שפת הזכות יותר חזקה כי היא מטילה חובה על הצד שכנגד. השימוש בזכויות ונזילות השימוש במונחים אלה גבוהה בחברה.

כוח, העדר כוח, כפיפות וחסינות:

שאני **משתמש בכוח** משפטי אחרים **כפופים**. הרעיון הוא כי יש החלטה ואנו כולנו כפופים לה, הכוח יוצר מצב שכולם כפופים לו. לדוג': הכוח המשפטי להגיש תביעה מכפיף אחר להגיש כתב הגנה. חסינות משמעותה כי יש העדר כוח משפטי, שיש חסינות לא ניתן לתבוע.

כוח משפטי מביא לכפיפות לשימוש בכוח, לדוג': לזוג יש כוח משפטי ליצור יחסי נישואין וכולם כפופים לכך שהם נשואים. כאשר **אין לאדם כוח** משפטי כנגדי פירוש הדבר הוא כי **אני בעלת חסינות**, לדוג': שנגיש תביעה כנגד דיפלומט יש לו חסינות ולביהמ"ש אין כוח משפטי לפסוק, דיפלומט אינו כפוף להחלטות ביהמ"ש.

משפט ומוסר:

גבולות הציות: אנו שייכים למעגלים נורמטיביים שונים שמורים לנו איך להתנהג. המערכות האלו יכולות להיות חופפות או סותרות.

\*\* נורמות - כללי התנהגות, מה שמחייב אותנו.

מה מייחד את הנורמה המשפטית? כדי ללמוד את זה יש ללמוד מה ההבדל בין הנורמה המשפטית לכללי התנהגות אחרים. כדי לדעת מה זה משפט אנחנו נשווה למוסר. אנו נעסוק ב:

1. מה קורה שמשפט ומוסר מתנגשים?
2. האם קורה שחובה מוסרית מתנגשת עם חוק?
3. האם נכון להשתמש במשפט כדי לאכוף את המוסר?

מכתב משרתי המודיעין: חיילים שמסרבים לפעול כנגד פלסטינים מכוח חוק לאור **צו מצפונם**. מנגד יש מכתב אחר שמתנער מהמכתב הקודם, מכתב הסרבנות. מציינים ששמים בצד את דעותיהם **הפוליטיות** בשביל המדינה והחוק. המכתב הראשון בעיני כותביו מדבר על סרבנות מצפונית. הגישה השנייה לעומת זאת, מאשימה אותם בסרבנות פוליטית. האם יש הבדל מבחינה מוסרית? הבעיה העיקרית שלנו זו **הסרבנות.**

\*\* סרבנות - עבירה על החוק. סרבנות הינה לסרב לפקודה, לשם כך צריך חוק/ פקודה. סרבנות היא מקרים שאדם עובר על החוק ולא מציית. תנאי מקדים לסרבנות, זה שקמה חובה חוקית שלה אנו מסרבים ולא מצייתים.

סוגי סרבנות:

סרבנות מצפונית - מקרים שהאדם מסרב מתוך המצפון, המניע נוגע בד"כ **לאדם עצמו**.

מרי אזרחי (סרבנות פוליטית) - המניע לסרבנות זה **בכדי להשיג מטרה פוליטית מסוימת**. המרי האזרחי, באמצעות הסרבנות שלי, נועד לשכנע אחרים. רוצים להזיז משהו, לשנות משהו במדיניות ולכן יש טענה פוליטית, ההכוונה היא החוצה. הטענה: גם אחרים צריכים לסרב כדי לשנות משהו ולכן מדובר בטענה פוליטית ולא אישית. **ניתן לומר שסרבנות מצפונית, שיוצאת וקוראת לאנשים, הופכת להיות סרבנות פוליטית**. לכן יש לבחון האם זה מכוון פנימה (אני לא מסוגל, או כמה יחידים) או החוצה (קריאה לזולת, לאנשים נוספים). הבעיה: אדם הופך לקבוצה של אנשים שיכולה להפוך לשכנוע לפי הכמות. הנוקטים במרי מבקשים כי המערכת תשקף את המוסר כפי שהם רואים אותו.

מרד: מי **שלא נאמן למערכת**, קורא תיגר על המערכת עצמה, אנרכיסטים. שוללים את סמכות המערכת עצמה. מרי אזרחי לעומת זאת נאמן למדינה, דווקא מכאן הוא גם לא רוצה לתת יד לפקודות מסוימות. מרד הוא יותר בעייתי, זו פגיעה במערכת עצמה, הוא לא מסכים שיש כללים "פיצוץ המשחק".

יש מעין סקאלה, זו לא דיכוטומיה. לכן, **ההשלכות** של הסירוב יהיו לפי **משקל** הסירוב.

ההבדל בין סרבנות מצפונית למרד אזרחי: במרד אזרחי **יש אינטרס, הוא נועד לשכנע**. הסרבנות המצפונית **נוגעת לאדם עצמו**. ההבדל הוא **הכוונה פנימית אל מול חיצונית**. הכוונה פנימה היא כי אני לא מסוגל. אל מול הכוונה חיצונית שהיא קריאה לזולת. מרד זה מי שלא נאמן למערכת.

הסרבנות היא סוג של מפסיד "לא ספורטיבי". יש כלים בחברה דמוקרטית לשכנע, כללי המשחק הדמוקרטיים הם שאי אפשר לרצות את כולם. אז יש פה בעייתיות כי יש דרכים מבלי לעבור על החוק ובמרי אזרחי יש כפייה באמצעות מעבר על הכללים. המדינה יותר סלחנית לסרבנות מצפונית כי זה נוגע לאדם, אי אפשר לדרוס בכוח מצפון של אדם.

האם יש זכות לסרבנות, למרי?

1. יש זכות:has a right במידה ויש זכות, לאור **רשימת דרישות סף** שמולאו, המשמעות היא שחייבים **להתחשב** גם אם אותו אדם טועה. צריך באיזשהו צורה לבוא לקראת האדם. יהיה צורך להתחשב בכל סרבן שאומר שהוא עשה זאת במסגרת מרי אזרחי. השאלה היא זכות ולא שכנוע.
2. אין זכות: is rightהגישה השנייה אומרת שאין זכות לעבור על החוק ולכן נבחן את התוכן, את השכנוע. במידה והשופט ישתכנע שצדקת וזה יצדיק זאת לאחר מעשה.אין כל צ'ק ליסט, צריך לשכנע את הגורם הרלוונטי בצדקתך.אנחנו בוחנים תוכן, מרי אזרחי נועד לשכנע גם במחיר של עבירה על החוק. כשלעצמו לפעולה זו אין זכויות, השאלה היא האם הצלחתי לשכנע את הגורם הרלוונטי. **עוזבים את שיח הזכויות ובוחנים אם הסרבנות השיגה את מטרתה**.

יש הנחה סמויה שאם הצק ליסט מתקיים, קמה זכות וזה אומר שחייבים להתחשב גם אם הוא טועה כי השאלה היא זכות ולא שכנוע. עם זאת, לא תמיד נלך לפי הצק ליסט כי לא תמיד זה מוצדק (פקודה בלתי חוקית בעליל לצורך העניין), לא תמיד יש אפשרות שזה יהיה כאמצעי אחרון. תנאים למרי: אמצעי אחרון, לא אלים, כפיפות בפני ענישת החוק, ביצוע בגלוי, לא כדי להפחיד/ לאיים, לא לשם הפקת רווח/ הנאה אישית, לשם שינוי החוק עם מדיניות - כל הדרישות הן דרישות סף להכיר בזכות למרי אזרחי.

הגישה של רז, אם הרעיון של מרד אזרחי זה **לשכנע,** אין כל קשר לצ'ק ליסט, אלא צריך לשכנע את השופט. לא מחפשים את הזכות למרי אלא את השכנוע עצמו. **ברק** אומר כי אין אלימות במרי אזרחי, כל מה שכולל אלימות לא יכול לחסות תחת מרי אזרחי. שאלת האלימות שייכת לרשימות כי הרשימות מהוות דרישות לצאת למרי אזרחי. אמירתו של ברק אומרת כי הוא בגישת הרשימות, העדר אלימות היא תנאי סף לקיומה של זכות.

כלל משפטי: אם יש זכות למרי אזרחי המשפט חייב להכיר בה. אם אין זכות אלא שכנוע אנו בתחום המוסרי בו השאלה האם השופט השתכנע שיש פער בין המשפט לבין החוק. לכן, הגישה הראשונה אומרת שיש לי זכות, **משמע מישהו חייב לי.** לפי הגישה השנייה, אם השופט השתכנע, מרצונו הוא יפחית בעונש, **הוא לא חייב.**

האם קיימת חובה מוסרית לציית לחוק?

לעיתים **משקף החוק את המוסר** של החברה ולכן יש חובה מוסרית לציית לו. שאלת הציות עולה כאשר **החוק אינו משקף מוסר**. במקרים אלה, אם ננטרל את שאלת הענישה, מדוע מצייתים לחוק? **סוקרטס** מציע מספר סיבות: גישה תוצאתית, הסכמה, הגינות, אסירות תודה למערכת והעדר כפיות טובה.

סיבות לציית לחוק: חיים גנז מנתח את טיעוניו של סוקרטס ומבקר אותם.

1. גישה תוצאתית - אם כולם לא ישמעו לחוקים תהייה **פגיעה בממסד החקיקה ובתוקף שלו**, בפועל יהיה פגיעה בציבור, לדוג': מעבר על חוקי תנועה מסכן חיי אדם.
2. אסירות תודה - אדם הוא תוצר החוקים שחלים עליו, ללא מערכת חוקים (ביטחון, מוסדות, משפחה, בריאות ועוד) אין לו קיום ולכן **"חייב להם" את הציות**. יהיה זה משום כפיות טובה לא לציית לכללי המערכת. הטענה חלשה כי אסירות תודה היא כלפי מעשה של אדם ולא של מדינה. אסירות תודה היא בגין טובה (משהו שלא היה חייב) שנעשתה לי ולא כלפי חוקים שמניחים מערכת מחייבת ולא רצונית. בנוסף, המערכת לא בהכרח מטיבה עם כל אדם. לכן, אין חובה מוסרית לציית לחוק אם חובה זו מבוססת על רעיון אסירות התודה.
3. הסכמה - אם הסכמות יש חובה מוסרית לכבד **והחוק הוא הסכם מוסרי**, יש חובה מוסרית לציית לו. הבעיה הינה כי לא ברור מה מקור ההסכמה? מה מהווה אינדיקציה להסכמה לחוק? טענה 1 - המגורים מהווים אינדיקציה להסכמה - טענה זו בעייתית שכן לא לכולם ישנה חלופה. טענה 2 - השתתפות בבחירות מעידה על הסכמה - יש הסבורים כי השתתפות בבחירות משקפת הסכמה למכלול החוק. בפועל, רבים לא בוחרים וישנם ניסיונות לשינוי באמצעות מחאות של אלה שאינם מסכימים לחוק.

דעתו של בריס: יש לחשוב על יחיד מול קהילה, לכידות חברתית מול גישות אינדיבידואליסטיות. ע"פ בריס **גם הרצון שלנו זה פרמטר מוסרי, לרצות, לא כי אני חייב**. אנחנו שאלנו האם קיימת חובה מוסרית? אך שאנו מדברים על טובת הכלל והקבוצה גם הרצון הוא פרמטר מוסרי. השאלה היא לא רק אם קיימת חובה מוסרית אלא על הערך, האם ציות לחוק יש לו ערך. זה **מביא גם שיקולים של רצון לעולם המוסר**. לכן, לא רק נבחן האם קיימת חובה מוסרית, צריך לדבר על ערך, האם לציות לחוק יש אימפקט מוסרי ורצון הוא חלק מהפרמטרים. פחות נסתכל על האינדיבידואליות והגבלה אלא על הביחד של המשפט. לפעמים הרצון הוא לא פחות שיקול מוסרי מאשר החיוב. **זוהי סיבה חלופית לשאר, כי כל שאר הסיבות לא לגמרי שכנעו אותנו**.

האם ראוי לאכוף מוסר באמצעות חקיקה פלילית?

סוגיית המוסר יכולה לעלות בשני מישורים: (1) עקב פגיעת בזולת, ואז ברור שתפקיד המשפט **הוא להגן על הזולת** (2) נובע בכלל משיקולים אחרים. מכאן עולה השאלה: אילו שיקולים יש חוץ מלהגן ובאילו מקרים?

ישנם הרבה דברים שנחשבים לעבירה על המוסר, האם ראוי לאכוף אותם באמצעות החוק? אנו נרצה לסנן מקרים בהם קיימת פגיעה בזולת כי במקרים אלה ברור כי תפקיד המשפט להגן. צריך לזהות את הסוגיות בהן יש **שיקולים אחרים מלבד להגן**. ברור שמוסר כולל פגיעה בזולת השאלה לא מתעוררת, אנו צריכים לאכוף דברים אלה מכוח תפקיד המשפט למנוע פגיעות. **האם יש מוסר שלא כרוך בפגיעה**?

בשנות ה-50 קמה וועדה וולפנדן wolfenden באנגליה, שתפקידה היה לבחון החייאה מחדש של פרק של חוק העונשין שמתייחס לעבירות כנגד המוסר. ב1957 הוועדה פרסמה את ההחלטות שכללו לעשות ליברליזציה של החוק (שאומץ בישראל): כחלק מזה בוטלה עבירת הזנות, ונשארה רק העבירה של סרסור.

אם בשנות ה50-70 הדיון בזנות ופורנוגרפיה נגע לשאלות המוסר, איך אפשר לאסור משהו על אדם בגיר שעשה משהו מרצון והסכמה? הסתבר שמושג ה"רצון" בתחום זה אינו נכון. **יש שינוי בהכרה מסוגיה מוסרית נטו ללא קורבן למקרים בהם גוברת ההכרה שיש קורבן**. יש לשאול על כל פריט ופריט אם יש קורבן פוטנציאלי או לא. לפעמים דברים מתגלים כלא מוסריים עם הזמן.

ע"פ גישתו של **דבלין** (שמרנית) **מותר להגן על אותו סט ערכים שמאפיין אותנו.** אם זה עושה אותנו למי שאנחנו מותר לחברה להשתמש בכלים שלה להגן על כך. זה נכון להגנה עצמית **כלפי חוץ, מפני פולש** וזה נכון גם כלפי כאלה שמנסים לשנות את הערכים **מבפנים, גם אם זה לא באופן פוגעני.**

ע"פ גישתו של **הארט** (ליברלית) יש להבדיל בין סוגיות של מוסר אנליטי - סוגיה מוסרית שבהן יש סיבה טובה, הסבר למה זה נכון מבחינה מוסרית להגן על ערכים. סוגיות בהן יהיה הצדקה לאכיפה (ככל הנראה שיש פגיעה). לבין סוגיות של מוסר הסכמי - מוסכמות חברתיות, זהו חלק מהקיום שלנו. אם אין סיבה להגן על ערכים אלה לא נוכל להצדיק את ההעדפה של מה שהיה פעם על פני החשיבה היום, הפעולה הנדרשת היא להצדיק, מדוע אנו יכולים לאכוף? לא ניתן להצדיק ולכן ככל הנראה לא נוכל לאכוף אלא נאלץ להשתמש בכלים חלופיים. איך ניתן להתמודד עם מוסר שאינו פוגע באחר? המשפט הפלילי הוא בעייתי. אולי צריך חינוך, שכנוע, הטפה אלה כלים אחרים אך הם אינם מצדיקים פגיעה. **שבאים להגן מפני פגיעה זה מצדיק פגיעה אחרת, שלא רוצים להגן מפני פגיעה אך רוצים סט של ערכים זה מצריך כלים אחרים**, לא נכון לפנות למשפט הפלילי וליצור פגיעה. יש לדעת את מגבלות הכוח של המשפט. חייבים להבין מה התפקיד של המשפט ביחס למוסר ולערכים שאנו מייצגים.

דבלין ניגש לזנות מגישה שמרנית ולכן אסר אותה. הארט מנגד אומר שזה בהסכמה, שאין פגיעה ולכן אין לפנות למשפט הפלילי. עם זאת, כשפירקנו לגורמים בצורה אנליטית ראינו שיש סחר בנשים וההצדקה היא לא רק מוסרית כמו דבלין אלא מונעת פגיעה ולכן לפי גישתו של הארט כן נרצה לאכוף את המוסר במשפט הפלילי.

**ע"פ דבלין מטרת החוק הפלילי היא שמירה על ערכי החברה וע"פ הארט מטרת החוק הפלילי היא רק הגנה על קורבנות מפני פגיעה**.