**צקליסט – תורת המשפט – מיכאל בריס – תשפ"ב**

**מבוא – מה זה משפט?**

משפט – מנהג, גמיש

חוק – קשיח

קיים מתח בין שני הגורמים: חוק ומשפט

**מדוע משפט? – המשפט כהישרדות**

אריסטו (האדם כחיה חברתית)– המשפט כמשהו שצומח עם הצמיחה של החברה האנושית. המתודה: רואה פונציאל, מבחינה ערכית מה שיוצר את התא הבסיסי הוא דחף לקיים חברה שלמה: זוגית🡨 בית 🡨 כפר 🡨מדינה. הצורך בחוקים הוא צורך טבעי הישרדותי. משמעות: האדם צריך את החוק כדי לשרוד. האדם הוא בע"ח פוליטי – יצור מדיני.

רמב"ם – ללא משפט אין קיום לחברה. לרמב"ם יש גם יעד רוחני. המשפט קיים לא רק כדי לשרוד אלא גם כדי להגיע למשהו. הרמב"ם טוען שדינים זה מערכת המשפט מתוך 7 מצוות בני נוח. מתוך מצוות אלה אנו למדים שלמצפון יש מעמד משפטי, דרישה מינימלית ליסודות אוניברסליים. יש דברים שחייבים להתקיים כדי שחברה תשרוד, זה צומח כדי שחברה תוכל להתקיים (7 מצוות בני נוח: עבודה זרה, ברכת השם, שפיכות דמים, גילוי עריות, גזל, **דינים**, אבר מן החי). הרמב"ם טוען כי כל מערכת צריכה לקיים משפט (דינים).

תשובת הרמב"ן: נדרש להרחיב את 7 מצוות בני נוח. החוק לא רק מתיר איסורים הוא גם מאפשר ומפתח דברים שקיימים במציאות: כגון דיני מכר וקניין.

חזרה לרמב"ם- 2 מטרות למערכת החוקים:

1. הישרדות פיזית – תקינות הגוף. משפט הוא מגביל, כל חוק הוא מגביל. אדם לא יכול לעשות מה שהוא רוצה.
2. נדבך ערכי רוחני- תקינות הנפש. להקנות לכל איש מידות המועילות בחיי היחד. כלומר: נורמה, מוסר, **חינוך**.

הרמב"ם רוצה שהמדינה תהיה הרמונית. לדעתו תקינות הנפש יותר חשובה מתקינות הגוף (ראשונה במעלה), אך תקינות הגוף ראשונה בזמן (חייב לתקן את הגוף לפני הנפש).

הובס- הישרדות פיזית: שיוויון בתביעה/משאבים מוגבלים. אין שום דבר שברוח מכיוון שצורכי הגוף אינם מטופלים. הגרוע מכל- פחד בלתי פוסק שאנשים ירצחו אחד את השני ואז האדם יחיה בחיי בדידות.

**משפט טבעי**

רבי יוחנן: אלמלא ניתנה תורה היינו למדים התנהגות מן הטבע (חיות). כלומר, גם אם לא היו נותנים לנו כללים היינו למדים כל מיני דברים לבד. בעיות בגישה: אדם לא שונה מהבהמה, לא רוצים ללמוד מהחיות הכל, התבוננות בטבע נתונה לפרשנות. **התובנה: יש לאדם תבונה מוסרית והוא יודע להבדיל בין טוב לרע וניתן לדרוש זאת מהאנושות.**

**גישת המשפט הטבעי: גם מוסר אוניברסלי מהווה חלק מהמשפט ולכן ניתן גם לתבוע מכוחו. המוסר האוניברסלי ישמש חלק מהמשפט. חוק שאינו מוסרי, אינו חוק. יש נושאים מוסריים בהם קיימת תשובה אחת נכונה! (מוסר טבעי)**

יסודות אוניברסליים:

* כשיש יסודות אוניברסליים חוק לא צודק הוא לא חוק.
* יסוד אוניברסלי לא תלוי בזמן, מקום וחברה.
* משפיעים על המעמד החוקי.
* לחוקק חוק שנוגד אותם לא תופס בכלל.

תומאס אקוויאנס – אם החוק בא לטובת כולם, יוצר סדר וחושב על טובת הכלל זה הגיוני שיש חוק. הגדרה של המשפט: "ארגון תבוני של המציאות הנוגע לטוב הכללי, שמוכרז ע"י מי שמייצג את האינטרס הכללי". חוק אינו טוב- אינו חוק. חוק נצחי= חוק טבעי או חוק אלוהי. על חוקים מסויימים נאמר שאינם תקפים כי הם נוגדים את המוסר האוניברסלי = המשפט הטבעי הקלאסי.

יסודות המשפט הטבעי:

* אוניברסלי- לא תלוי מקום ותרבות, לא תלוי בזמן = נצחי.
* עליונות החוק – המשפט הטבעי גובר על חקיקה אנושית אחרת, לא ניתן לשנות אותו, זה חטא לנסות לשנות אותו (פגם מוסרי).
* ניתן לגלות אותו באמצעים אנושיים.

הקשר בין משפט ומוסר (גישות שונות):

* קוגניטיביזם מוסרי – תשובה מוסרית אחת נכונה, אפשר לגלות את התשובה הנכונה – בסיס למשפט טבעי.
* ריאליזם מוסרי- תשובה מוסרית אחת נכונה, מוסר הוא דבר אמיתי ומוחשי, יש תשובה אחת נכונה – בסיס למשפט טבעי.
* נון קוגניטיביזם- יש תשובה אחת נכונה, אי אפשר לדעת אותה.
* רלטיביזם מוסרי – המוסר הוא יחסי. לא יכולה לשמש בסיס למשפט טבעי.
* ספקנות מוסרית – יתכן ויש אמת מוסרית ויתכן ואין. לא בטוחים אם יש מוסר.
* ניהיליזם מוסרי – אין אמת מוסרית.

משפט טבעי בפסיקה:

פס"ד יעקב ירדור – חיים כהן: מצביע על חולשת המשפט הטבעי, המשפט הטבעי הוא מסוכן. זוסמן: המוסר הטבעי מחייב גם את הזכות של חברה להתגונן מפני אלה שרוצים לחסל אותה מבפנים

פס"ד ניימן – אלון: מתבסס על דין טבעי שאמור להיות מובן מאליו למרות שהוא לא כתוב ושהוא גובר גם על מה שכן כתוב.

פס"ד המרכז האקדמי – מדובר על דברים שהם טרום חוקים שגוברים על חוקים.

\*ברגע שמשהו לא כתוב ורוצים להחיל את המשפט הטבעי אנו בתחום של חוסר וודאות (גישת השופט חיים כהן).

**פוזיטיביזם**

הובס- כל בני האדם שווים ולכולם מגיע את כל הזכויות. כשאין מספיק הם נהפכים כאויבים אחד לשני. המקרים של מחסור נגרמים כשאחד נכנס להיסטריה ולוקח. אם לא היו חוקים, בני האדם היו אוכלים אחד את השני חיים. הדרך לעשות סדר זה חוקים. **תובנות**: א. האדם יחיסת אנוכי וחושב על עצמו. ב. יש מקומות שבהם אין שלטון מקומי חזק.

הגישה הפוזיטיביסטית - מה שבני האדם הציבו בתור חוק הוא חוק. כלומר, לא חוקקת זה לא חוק. מתקיים רעיון ההפרדה.

מאפיינים/ רעינות:

1. **רעיון ההפרדה** – הם מבצעים הפרדה בין החוק למוסר. האם יש חוק? (אובייקטיבי). האם מוסרי? (שאלה נפרדת). אנשי הפוזיטיביזם אומרים שעד שחוק לא מוגדר ולא חוקק הוא לא חוק שיש להישמע אליו.
2. **רעיון העובדה החברתית** – נבדוק מה צריך כדי שיהיה חוק ונוכל להגיד לחברה הספציפית הזאת יש חוק ולאחרים אין חוק (אין יסודות אוניברסליים).
3. **רעיון המוסכמה החברתית** – מקור ההסדר הוא בהסכמה חברתית, ולא בהתגלות או תבונה או רעיון כללי אחר.

**משפט רשע**

גוסטב רדרבוך – פוזיטיביסט. מדוע קיימת ההפרדה? כי המוסר אינו חלק מהחוק אלא שיקול נפרד. אצל הפוזיטיביסטים **ערך הוודאות** הוא חשוב (לא מתקיים בגישת המשפט הטבעי) לכן חשוב לקיים מערכת חוקים ע"מ שתהיה וודאות. רדרבוך מציג במאמרו 3 מקרים שהתקיימו בשלהי מלחמת העולם השנייה, עולה השאלה כיצד הפוזיטיביסטים מענישים מישהו על פעולה שהייתה חוקית אך אינה מוסרית:

1. המלשין – הלשין על אדם ב', בעקבות ההלשנה הרגו את אדם ב'. כרגע מעמידים את המלשין לגזר דין מוות.
2. התליין – היו תליינים במלחמת העולם השנייה. עומדים לגזר דין מוות, הייתה להם בחירה ועשו זאת תמורת כסף.
3. העריק המתגונן – היה אמור לשמור על מחנות ריכוז וערק. במשפט שלו אמרו "חוק בעבר אינו תקף היום, לנטוש את צבא היטלר הוא דבר מוצדק". פוטרים את העריק מעונש.

האם משפט רשע הוא משפט?

לפי רדרבוך: טרם מלחמת העולם השנייה "אני חייב כלי של וודאות כדי לדעת שיש פה איזשהו משפט". לאחר מלחמת העולם השנייה, המשפט לא עומד על וודאות בלבד, אלא כתלת-אופן סכמתי הכולל: וודאות, טובת הכלל וצדק. אך רדרבוך אומר במידה וירד קצת אוויר באחד הגלגלים ניתן להמשיך לנסוע. אך, אם ניתקל בפנצ'ר בצדק "אני מודה שזה לא חוק" (מוריד כובע בפני המשפט הטבעי במידה וחוק אינו צודק הוא לא חוקי).

כיצד ניתן להעמיד לדין משפט רשע?

גישת המשפט טבעי – החוק הוא לא חוק כי אינו מוסרי, לכן ניתן להעמיד לדין.

גישת הפוזיטיביזם- החוק היה חוקי. אך, משנתו של רדרבוך: אם עקרון הצדק נפגע באופן קשה, לא ניתן לומר שהחוק היה חוק. לכן ניתן להעמיד לדין.

גישת הארט (במשפט רשע)- הארט לא אומר שהחוק לא חוקי, אלא שהחוק חוקי אך לא אמורים לציית לו – אני אעניש אותך בשם המוסר נטו. הארט פוזיטיביסט מובהק. טוען כי נדרשת הפרדה בין חוק למוסר. אך, מציג "דגל שחור" במקרים מסויימים. **הבעיה בגישה**: לא עוזר להתמודד עם חוקים שאינם מוסריים ואנונימים. דוג': הפקעה והתיישנות.

**משפט טבעי פרוצדורלי:**

\*הסיפור על המלך רקס (נכתב ע"י פולר). מה היה כאן? כלליות, פרסום, שימוש לרעה בשיפוט, חקיקה רטרואקטיבית, בהירות, אפשרות ביצוע, יציבות, התאמה בין חקיקה לבין היישום. רעיון משותף: התהליך של יצירת נורמות צריך להיות הוגן.

פרוצדורה – תהליך של יצירת החוק (משפט טבעי פרוצדורלי).

פולר – פולר מדבר על מוסר חיצוני ופנימי. כל הדרישות של ההליך הפרוצדורלי הן דרישות פנימיות ע"פ פולר. פולר טוען שאם החוק שלך עומד בתנאי הרשימה אז הוא חוק ואם לא אז הוא לא חוק. ביקורת על התוכן היא המוסר החיצוני.

יש 2 סוגי משפט טבעי:

1. משפט טבעי של תוכן – היומרה של כלל להיות חוק. אם התוכן לא מוסרי החוק הוא לא חוק.
2. משפט טבעי פרוצדורלי – התוכן מאוד מסורי אך לא מקיים את תנאי הפרוצדורה, הפגם הוא בדרך אך לא בתוכן. וגם הוא לא יהיה חוק.

יש דרישות בסיסיות שחייב לעמוד בהן כדי שיהיה חוק גם כדי להכווין באמצעותן התנהגות וגם כי בחלקן זה לא הוגן. משפט טבעי פרוצדרולי עדכני: 1.השתתפות 2. כלליות 3. רטרואקטיביות

בג"ץ קוונטינסקי: השופט סולברג יפסול את החוק לא בגלל התוכן אלא בגלל ההליך, ההליך צריך להיות הוגן כדי שתהיה חקיקה.

**השתתפות** – נלמד מבג"ץ קוונטינסקי: צריך לתת לכולם להשתתף בצורה פעילה בדיון. "רובו מתוך כולו" – גם אם יש לך רוב אתה צריך שכולם יהיו שם כדי שיהיה תוקף לרוב (בישראל אין דרישת מינימום בהצבעות). צריך להשתתף בצורה מהותית ולא פיזית להצביע. אם אין השתתפות מהותית החוק לא הוגן.

**כלליות-** פס"ד אלכסנדרוביץ': אחת ההגדרות של חוק היא שצריך נורמה כללית או מופשטת. נורמה המופנית לציבור כולו או לפחות חלק ממנו + צריך לפרסם.

**רטרואקטיביות**- (פס"ד משרד הבינוי והשיכון + פס"ד תעשיות חשמל) : לא ניתן להחיל חוק/ לבטל חוק רטרואקטיבית.

**כיצד החוק מחייב?**

ג'ון אוסטין – פוזיטיביסט. לפיו נורמה זה כלל מחייב. המשפט מתחלק לשתיים: 1. חוקים באופן מטאפורי (מתחלק לשתיים: חוק המדע – אין רצון חופשי, כללי התנהגות חברתיים) 2. חוק -ציווי (מתחלק לשתיים: חוק האל = משפט הטבע, דת ומוסר וחוקי אנוש).

חוקי אנוש מתחלקים לשתיים: "עליונות פוליטית" = מה שסמכויות השלטון קובעות. "ללא עליונות פוליטית" = מה שאנחנו קובעים אחד לשני.

בחוקים בעלי עליונות פוליטית מי שקובע אותם צריך להיותל בעל סמכות/ סוג של ריבון. הגדרת אוסטין לריבון: \*אדם או גוף מוגדרים. \*שאינו כפוף לאף גורם/ אפחד לא יכול לערער עליו. \*הנוהג הוא לציית לו.

לפי אוסטין חוק = חובה משפטית קיימת כאשר הריבון מצווה ויש לזה שיניים/סנקציה. לפיו אנשים מצייתים לחוק ממקור של פחד, מסנקציה. אוסטין מתייחס בעיקר למשפט הפלילי/דיני העונשין. הקשיים בגישתו: קיימים חוקים שאין בגינם סנקציה. המשפט יותר עשיר מהמשפט הפלילי.

הארט (תורת הכללים) – הארט פוזיטיביסט. הוא מעביר ביקורת על תורת הציווי של אוסטין. בניגוד לאוסטין שטוען שהריבון הוא יוצר את החוק, הארט טוען כי הריבון כפוף לחוק (כנסת ישראל). לפי אוסטין חובה משפטית היא ציווי של הריבון + סנקציה. בניגוד אליו, הארט אומר שזה צומח מלמטה = "משפט מנהגי". כלומר, אין חובה משפטית שלא מחייבת מנהגים. המשפט האזרחי הוא לא ציווי, אי אכיפה זה לא סנקציה, לכן אינו יכול לחסות תחת תורת הציווי של אוסטין.

במשפט קיימים חוקים נוספים:

* **חוקים מסמיכים** – החוק מסמיך מישהו אחר לבצע פעולה, נותן לו סמכות. דוג': היכולת לערוך חוזים, נישואין וכו'. נבחין בין כללים מטילי חובה לבין כללים שמעניקים כוח.
* **חוקים מסדירים** – הסדרה איך עושים את הדברים. דוג': איך מוציאים רישיון נהיגה.
* **חוקים היוצרים מוסדות**- מקימים משטרה, ביהמ"ש וכו'.

\*הארט מציין כי המשפט עשיר יותר מהמשפט הפלילי – התנגדות לאוסטין.

הארט טוען כי במשפט אין רק פקודות אלא יש חוקים נוספים. יש כאלה שכן הולכים לפי החוקים כי מפחדים ויש כאלה שהולכים לפי החוקים כי יש להם מניע. לכן, הארט מבחין בין 2 סוגי הסתכלות:

1. הסתכלות מבחוץ – הריבון מטיל פקודה והאזרח מבצע כי "חייב". יש אילוצים מבחוץ.
2. הסתכלות מבפנים – אדם מסתכל על עצמו מבפנים ואומר "אני רואה עצמי כמחויב". הרעיון של הארט זה הסתכלות מבפנים.

\*יש הבדל בין חייב למחויב – אני חייב כי מישהו אחר מחייב אותי. אני מחויב כי אני רואה את עצמי מחויב.

בניגוד לאוסטין שראה את המשפט כסוג אחד של כללים (פקודות). הארט רואה את המשפט כמערכת עם כללים שונים:

1. **כללים ראשוניים**: כללי התנהגות: מותר ואסור, "עשה ואל תעשה", המטילים חובות ומעניקים זכויות. בעיתיות בכללים ראשוניים: אי הוודאות, קיפאון, יעילות.
2. **כללים משניים**: מפעילים את השיטה, את הכללים הראשוניים:
   1. **כלל הזיהוי**- קובע איך **מזהים** את הכללים הראשוניים ככללים משפטיים.
   2. **כללי שינוי**- כללים שקובעים כיצד **לשנות** את הכללים הראשוניים של מותר ואסור.
   3. **כללי השפיטה/אכיפה**- כללים שקובעים למי יש סמכות להחליט שהופר כלל ראשוני, ולמי יש סמכות להעניש בעקבות ההפרה הזו.

**לפי הארט, שני סוגי הכללים הללו הם מספיקים והכרחיים לשיטת משפט**. אצל הארט פתחנו את העולם לכללים ולא רק פקודות ולכן, תחום שאצל אוסטין לא היה לו מקום, מקבל מקום אצל הארט.

**משפט אזרחי** – לפי אוסטין: בעייתי להכניס, כי אין בצידו סנקציה. לפי הארט: משפט אזרחי הוא כלל משני כי אין בצידו חיוב. לפי רז: חוקים אזרחיים צריכים להיות כללים ראשוניים, כיוון שהמשפט האזרחי הוא מעין כלל מסמיך שמעניק לנו כוח משפטי.

שתי תובנות שניקח מרז:

1. הבדל בין חובה לבין הטלת כוח – לאפשר לאדם דברים.
2. המשפט לפני שהוא פותר קונפליקטים הוא מאפשר ולא רק מגביל.

כלל הזיהוי לכאורה הינו כלל משני. בתוך חלק החובות לפי הארט יש חלוקה לחוקים laws וחובות מוסריים.

**כלל הזיהוי –** הנורמטיביות של הכללים. כלל הזיהוי עוזר לנו לזהות למי אנו אמורים להקשיב. הכלל אינו כלל כתוב, אלא מעין נורמה חברתית. תפקידו של כלל הזיהוי הוא לדעת איפה המוסר נגמר והיכן מתחיל החוק. בנוסף הוא קובע למה נחשב כלל משפטי תקף.

כלל הזיהוי אומר לנו מהו כלל מוסרי לעומת כלל משפטי, הכלל לא יכול להופיע בחוק עצמו לכן אנו מחפשים עובדת חברתית שתלמד אותנו מהו כלל הזיהוי באותה חברה. מבחינת הפוזיטיביזם כלל הזיהוי מאפשר לנו את רעיון ההפרדה (משפט ומוסר). וכלל העובדה החברתית מאפשר לנו את כלל הזיהוי.

שאלת תוקף החוק ("למה מה?"):

1. מוסר אוניברסלי – תוקף החוק הוא כי המוסר מחייב.
2. אוסטין – החוק תקף ואני מחוייב מהעונש.
3. הארט – אני מחויב מהעובדה החברתית, אנו מזהים את מקור הכללים במנגנון שיוצר את הכללים. כלומר, החברה נתנה תוקף לגוף מסוים לחוקק לנו את החוקים, ומשם נובע תוקף החוק.

**רונאלד דוורקין:**

פוזיטיביסט מכליל. כמשפטנים יש לנו ארגז כלים, לפי הארט הכלים שלנו הם הכללים הראשוניים והמשניים. אך מה הפתרון כאשר אין לנו תשובה בכללים? נראה תשובות שונות של הארט אל מול דוורקין.

הארט – הפתרון שלו הוא שימוש בשק"ד. כאשר הקצוות מטושטשים, נפעיל שק"ד. כאשר השופט נתקל בסיטואציה בה אין כללים, הוא יכול לשמש כמחוקק ולקבוע כלל חדש. שכן, לפי הארט הכלים המשפטיים הם כללים ותו לא.

פס"ד פלוני נ' פלונית ואח': מפתה את בת השכנים, לוקח לה את הילד. חשין: "HARD CASES MAKE BAD LAW" – כשיש מקרים קשים שמגיעים לביהמ"ש זה מוביל לתוצאות רעות. יש פער בין הכללים לבין הערכים. כשמגיעים מקרים מסוג זה לביהמ"ש יש קרע בין ליבו ומוחו של השופט לבין הוראות החוק ומה שעשה צדק במקרה הקונקרטי.

דוורקין – מביע ביקורת על גישה זאת, טוען שמדובר ביצירה של כלל חדש בידי השופט. וכי זה לא לגיטימי ששופט מחוקק חוקים. הסיבה לביקורת: המחוקק מחוקק חוקים תוך הסתכלות על החברה. לעומתו, השופט מחוקק חוקים ללא חשיבה על השפעה חברתית, מסתכל פנימה.

כלל ההתאמה הטוב ביותר:

אצל דוורקין לא יוצרים כלל חדש אלא חושפים עקרון שכבר קיים, דוורקין מכליל בכלים המשפטיים גם עקרונות ולא רק כללים בניגוד להארט (אך אינו מכליל מדיניות). זאת תוך התייחסות לעקרונות חברתיים ומשפטיים באותה גישת משפט (חתיכה חסרה בפאזל). ניתן לראות זאת בפס"ד ריג' נ' פאלמר: נכד רצח את הסבא והיה אמור לקבל את הירושה. לא היה כלל שאומר מה עושים במקרים כאלה. השופטים התבוננו על העקרונות באותה שיטת משפט והבינו כי אם הנכד היה עושה דברים חמורים פחות כדי לזכות בירושה – לא היה זוכה בה. לכן, גם במקרה של רצח הסב אינו יזכה לקבל את הכסף, אף שאין הוראת חוק קבועה בנושא. המחוקק יכול לקבל תוצאות שונות, זה תלוי מה ההשפעות שהוא רוצה שתהיינה על החברה, יש כל מיני סוגי מדיניות, אך התשובה המשפטית היא אחת. יש צורך להיות הוגן עם הטקסט והמקורות וכך מגיעים לתשובה החסרה (הגדרה מדיניות = השפעה/אימפקט על החברה).

הביקורת של דוורקין נ' הפוזיטיביזם הצר:

לדוורקין יש בעיה שבעקבות הפוזיטיביזם הצר (הארט) השופט יכול ליצור כלל חדש. דוורקין לעומתו שואל מה תהיה התוצאה של החקיקה על החברה. דוורקין משתמש במנוח מדיניות.

מה ההבדל בין כללים ועקרונות?

פס"ד של נכד רוצח את הסבא עולה העקרון "מעוולה לא תצמח זכות". העקרון לא כתוב משום מקום אך הוא עולה מבסיס הפסיקות של ביהמ"ש. הארט: על השופט לחוקק חוק שימנע מצב כזה. דוורקין: על השופט לדגול במלאכה פרשנית ולהראות כי מלכתחילה הדבר אסור, העיקרון מבוסס על פרשנות על בסיס הכללים הקיימים בלבד. לא מדובר בהפעלת שיקול דעת סובייקטיבי, (דוג' מעוולה לא תצמח זכות: פס"ד קניג נ' כהן).

דוורקין עקרונות:

פס"ד אפרופים: ד"נ השופט מצא אמר שלא נקבעה הלכה חדשה לכן אין צורך בד"נ. לפי השיטה של דוורקין, כיוון שהמחוקק לא יוצר כלל חדש, הוא לא יוצר הלכה חדשה. אלא פשוט משלים את הפאזל לפי העקרונות הקיימים.

פס"ד חטיבת זכויות האדם: ריבלין- בדעת מיעוט, מנתח לפי משפט טבע. בייניש – ברוב, לוקחת את הגישה של דוורקין, החקיקה לא מתאימה למשטר הקיים. העובדה שחוק לא מתאים לשאר המשטר (לפי דוורקין), מלמד כי ניתן לבטל אותו. החלק שלו לא מתאים בפאזל.

כללים מול עקרונות:

|  |  |
| --- | --- |
| **כללים Rules** | **עקרונות Principles** |
| תשובה של כן או לא (יכולים להיות גם לעיתים כללים עמומים, אך גם אם הם עמומים ניתן לפרש אותם) | משמעות גם למשקל – נאזן בין הערכים המתנגשים (העיקרון יתקיים תמיד גם אם הוא לא כתוב) |
| מחייבים | משכנעים |
| בסתירה: רק אחת תקיפה | בסתירה: איזון ערכים |

דוורקין הוא פויזיטיביסט מכליל, לכן כאשר יש צורך בהשלמה של החסר (הפאזל) דוורקין לא ישלים מהמוסר אלא מהעקורונות שלא כתובים, הכל זה יצירה אנושית. דוורקין בונה את הבינה המלאכותית של מערכת המשפט.

נורמות משפטיות:

**האם קיים פתרון אחד לכל תשובה משפטית?**

דוורקין- כן! חשיפת הערכים חושפת את הפתרון האחד.

עמוס שפירא – אמורה להיות תשובה אחת נכונה אך יכול להיות שאני לא יודע מה היא.

יוסף רז – לא! העקרונות מנחים לכל מיני כיוונים שונים, יש תשובות שונות על פי עקרונות שונים. לכן זוהי משימה בלתי אפשרית לומר שיש תשובה אחת נכונה. בנוסף, לא ניתן לקיים חברה כשיש תשובה אחת נכונה לכל דבר. להגיד שיש תשובה אחת נכונה זה יומרה גבוהה מידי. לפי רז:

צריך לדמיין שני מודלים של מערכת משפט + המערכת השיפוטית היא מיזוג של שתיהן:

* הכוונת התנהגות 🡨 חקיקה, שינוי חקיקה + מוסדות יישומיים 🡨 תשובות "נכונות"
* הכרעה בסכסוכים 🡨 הכרעות מקומיות 🡨 תשובות מרובות

**כללים וסטנדרטים**

פרופ' מנחם מאוטנר – הפרופ' אמר שהמשפט עבר לחלוקה בין כללים וסטנדרטים. יש הבדל בין צורות החקיקה. אך בכל הוראות החוק אם יתקיים הטריגר אז תהיה תגובה.

כללים: יש **טריגר** – כמותי (ניתן למדידה). לדוג': "נסיעה מותרת עד 80 קמ"ש". **התגובה** – חייבת להיות קבועה (ניתן לכימות). דוג':"העובר על המהירות ייקנס 500 ש"ח".

סטנדרטים: **טריגר:** איכותי, הערכתי (לא ניתן למדידה מדויקת). לדוג': "נסיעה מוגבלת בהתאם לתנאיי הדרך". **תגובה** - מנחה, מדריכה. לדוג': "צו המחייב להימנע מהפרעה לתנועה".

\*ההבדל בין כלל לסטנדרט הוא שסטנדרט הוא יותר אמורפי (עמום), כלל ברור וניתן לכימות.

ההבדל בין כללים ועקרונות (דוורקין) לכללים וסטנדרטים (מאוטנר):

עקרונות זה היה דברים שלא קיימים והיינו צריכים למצוא אותם (אצל דוורקין). סטנדרטים לפי מאוטנר הם כן מוגדרים יש הגדרה בכלל (יכולים להיות בחקיקה). המכנה המשותף בין סטנדרטים ועקרונות הוא שהם דברים אמורפאיים, שאינם ניתנים להגדרה ברורה.

מה יותר קל להוציא לפועל כלל או סטנדרט?

סטנדרט – יותר קל לחוקק סטנדרט. אך, יותר קשה לאכוף אותו מכיוון שהוא לא ברור.

כלל- יותר קשה לחוקק אותו (נדרשת הכנה מוקדמת יקרה). אך האכיפה בביהמ"ש קלה מכיוון שהוא מוגדר.

יתרונות וחסרונות:

כלל- יתרונות: בהירות הנחיה, הרתעה ברורה, מכוון התנהגות. חסרונות: קושי ערכי ליישום במקרים קשים, אי הבחנה בין הפרה קשה לקלה.

סטנדרט- יתרונות: ההכרעה היא למקרה ספציפי, יש הלימה בין מעשה לעונש. חסרונות: חוסר עקביות בהענקת צדק, מרתיע מפני פעולות לגיטימיות.

\***הכללים** צופים פני עתיד (חוק), מכווני התנהגות. **סטנדרט** יישוב סכסוכי עבר (משפט), לא תמיד אומר איך להתנהל מראש, מנסח בצורה בהירה את הערכים בחברה.

מבחינת המשפט המקובל/ המשפט הקונטיננטלי: אין הכרעה מה מתאים יותר למערכת המשפט הישראלית. יהיו פעמים בהם נשתמש בסטנדרט (משפט מקובל), יהיו פעמים בהם נשתמש בכלל (שיטה קונטיננטלית).

**פורמאליזם משפטי**

המילה פורמאליזם= צורה. לא לקוח מהמילה פורמאלי= רשמי. פורמאלי זה היכולת לחשוב בתבניות לוגיות כשלעצמן.

הגישה הפורמליסטית – מערכת לוגית והשיקולים הם עצמאיים. הגישה לא נוגעת בשאלה האם מדובר בתפוזים או גופות. אין חשיבות לנסיבות.

מאוטנר – מתאר 2 סוגים של צורניות (מחשבה של פורמליסט):

* אופקית – מיון קטגוריות שונות של המשפט (עונשין, חוזים, חוקתי וכו'. לכל אחד מרצה משלו וספר קורס משלו).
* אנכית- הסקת תוצאות משפטיות מתוך "הנחות יסוד", "אמיתות ראשוניות". (היקש לוגי: פילוסוף הוא בנאדם, דני פילוסוף= דני בנאדם).

הפורמליסט סובר שלכל שאלה משפטית יש תשובה אחת נכונה.

**"ניתוק המשפט מהמימד הערכי שלו"-** אם יש חוק הדיון בנושא נגמר. כלומר, ברגע שהצבנו משהו בעולם הוא עומד בפני עצמו- יצרנו נורמה. אין מקום לשאלות ערכיות לאחר שהחוק יצא לאוויר העולם. הדיון בשאלות הערכיות שייך למחוקק בלבד, רק הוא ידון ביתרונות וחסרונות החוק. במערכת המשפט כשיש כלל אין מקום לדיון בנימוקים של הכלל – צריך להפעיל את הכלל ותו לא.

ההפורמליזם הוא קשיח: 1X+2X=3X. לפורמליסט לא משנה מה ה-X. כי יש תקנון ולא משנה כלום. הפורמליזם מקפיד על הלוגיקה של המפשט, הקפדה על **פרשנות צרה** של המילים, היא לא משהו רע בהכרח, אלא **מרוממת את ערכי השוויון,** הדמוקרטיה והוודאות. המשפט לא רק פותר סכוכים אלא גם אומר לי איך להתנהג. זה כמו לומר **יש נוסחה קיימת רק צריך להציב בפנים נתונים**. בחוק החוזים זה מסביר על כל החוזים, רק צריך להכניס את הנתונים פנימה. היישום של הכללים עלול להשתנות אך הכלל נשאר אותו הדבר! כיום יש ירידה בפורמליזם, הרבה מקום לשופט (פס"ד עומרי קייס).

לא להתבלבל בין מקור החוק לפירוש – מקור החוק יכול להיות: משפט טבעי/פוזיטיביזם. פירוש החוק יכול להיות לפי גישה פורמליסטית/ריליאסטית.

**ריאליזם וביקורת**

אוליבר וונדל הולמס – מביע ביקורת על הפורמליזם, לא מאמין שהמשפט הוא סט של קביעות לוגיות. המשפט לפיו כולל גם: דעות קדומות ותפיסות מוסריות שעלולות להשתנות בהתאם לזמן ומקום (ההפך ממשפט טבעי).

ריאליזם – הגישה טוענת כי 1X+2X=3X. זה משנה לי מה ה-X. יש פעמים שיש התחשבות בנסיבות מסוימות. ונכנסים בריאליזם שיקולי מדיניות.

בסופו של דבר מה שמעניין אותנו זה ההחלטה של השופט (התוצאה). מה שהשופט יעשה זה ביטוי של המשפט. אם נגיד ששופטים לא אוכפים סעיף חוק מסוים, זה לא שהם טועים. כלומר, **המשפט בחברה זה מה שקורה בפועל/בשטח/במציאות**. אם בפועל אף אחד לא שם פס על עבירה מסוימת אז בפועל זה מה שקורה, זה המשפט בחברה הזו. אם יאכפו את זה, זה יהיה המשפט. השופט רשאי לקחת בחשבון את ההשלכות החברתיות של פס"ד שלו. ולא רק איך זה מסתדר עם המתמטיקה או הלוגיקה של המשפט.

\*לואי בריינדס- תיקי בריינדס הפך להיות מושג כאשר סוג הטיעון הוא סוג חברתי ולא סוג משפטי. לפיו זה לגיטימי להכריע הכרעה שיפוטית שלוקחת בחשבון שיקולי מדיניות.

נורמות משפטיות:

* כללים – הארט חילק לכללים ראשוניים ומשניים. במידה ואין כלל מתאים, לשופט שיקול דעת חזק.
* כללים + עקרונות – דוורקין טען כי גן עקרונות הם חלק מהמשפט אבל לא מדיניות. השופט מחפש את המשפט ולא יוצר אותו. שק"ד חלש.
* כללים + עקרונות + מדיניות – ריאליסטים טוענים כי גם מדיניות (השפעה על החברה) הוא מרכיב של הכרעה שיפוטית.

**האם יש פתרון אחד לכל שאלה משפטית?**

* פורמליזם – **יש** נורמה אחת מוכנה מראש.
* ריאליזם – **אין** נורמה מוכנה הכל תלוי בהקשר החברתי.
* דוורקין – דווקא חשיפת הערכים חושפת את **הפתרון האחד.**

**גישת הביקורת – המשפט הוא פוליטיקה:** גישה שצמחה מתוך הריאליזם. גישה חריפה יותר. טוענת שהמשפט הוא לא רק לוגיקה אלא בעצם פוליטיקה. הגישה רוצה להראות שמי שיש לו כוח המשפט בא לקראתו ולכן המונחים בהם משתמשים הם פוליטיים (דוג': "המוציא מחברו עליו הראיה" ,אונס, "מפגש רצונות" וכו'). הגישה הביקותית אומרת להיות ביקורתיים לא בהכרח נגד, אלא שתהיה לך בקרה. יכול להיות שנגיע למסקנה שמה שהיה הוא מצוין. אך, שתמיד תהיה ביקורת.

**זכויות- ריבועי הוהפלד**

הוהפלד- התובנה של הוהפלד: שכל המשפט כולו הוא יחסים בין אישיים. וכי ניתן לפרק כל מושג משפטי לשתי קבוצות.

**סט 1- זכות, העדר זכות, חובה, חירות.**

המשמעות של זכות היא שלאדם אחר יש חובה. אם אין זכות, אז אין שום חובה לאדם השני וזו חירות. **זכות** = 1. אם יש זכות קמה למישהו אחר חובה. 2. אם יש זכות לא קיימת למישהו אחר חירות. **העדר זכות** = 1. מול היעדר זכות קיימת חירות. 2. מול היעדר זכות לא קיימת חובה לאף אדם.

\*חשוב להבחין בין זכות לחירות- לדוג': זכות ההצבעה – זכות (אני יכול לאכוף את הזכות שלי מול מי שחייב). רישיון נהיגה – חירות (עליי לקיים/לעמוד בתנאים מסוימים ואז ניתן לקיים את החירות).

מי מחליט אם קיימת זכות או חירות או לא כלום? **משפט טבע** – קיימות זכויות טבועות גם ללא מעשה חקיקה. זכות טבעית. **פוזיטיביזם** – החלטת המחוקק, זכויות שבני אדם חוקקו.

**סט 2- כוח (משפטי), העדר כוח (משפטי), כפיפות וחסינות.**

כוח משפטי -אחרים כפופים לזה. העדר כוח -חסינות (אין לי כוח להפעיל נגדך את הכוח המשפטי). **כוח משפטי** = 1. מול הכוח קיימת כפיפות. 2. מול הכוח לא קיימת חסינות**. העדר כוח** = 1. מול היעדר הכוח קמה חסינות. 2. מול היעדר כוח לא קיימת כפיפות.

\*יכולה להיות סיטואציה בה יש לי כוח משפטי, לכן כולם כפופים אליו. הסייג – אם יש למישהו חסינות רק הוא ספציפית לא כפוף (פטור גיוס).

**גבולות הציות- סרבנות**

הגדרה של סרבנות – תנאי מקדים הוא עבירה על החוק. יש לך חובה חוקית ואינך עומד בה.

3 סוגים של סרבנות:

* סרבנות מצפונית – נוגעת לאדם עצמו, נוגד את סט הערכים שלו (כלפי פנים). המדינה יותר סלחנית כי זה נוגע לאדם ואי אפשר לרמוס את המצפון האישי שלו.
* סרבנות פוליטית / מרי אזרחי – נועד לשכנע, ע"י הסרבנות שלי אני רוצה לשנות/ להזיז משהו במדינה ובמדיניות (כלפי חוץ). בעייתיות: לאחר הצבעה דמוקרטית לא מרוצה, כפייה על המדינה את גישה אישית שלך באמצעות שבירת הכללים.
* מרד – מי שבכלל לא נאמן למערכת. קורא תיגר על המערכת עצמה. המדינה לא סלחנית בכלל כלפי מרד.

\*חשוב לשים ♥ כי המילים הם לא חזות הכל, על הנייר אפשר להיות מאוד זהירים בניסוח. אך, עלינו לנתח את הטקסט לפי הדינמיקה שלו/ של הסיטואציה. (במכתב שהוצג בכיתה כתבו שזה המצפון האישי שלהם, לטובת המדינה. אך הדינימיקה הייתה לעודד אנשים לא להתגייס ולא להגיע מילואים לכן יש רצון לשנות מדיניות/לשכנע (כלפי חוץ) וזה מרי אזרחי).

האם יש זכות לסרבנות מרי אזרחית?

במאמר של יוסף רז מוצגות 2 גישות: א. יש זכות. ב. אין זכות ונבדוק האם המרי האזרחי משכנע.

**גישה א'-** יש זכות וחייבים להתחשב בי גם אם אני טועה. בספרות יש צ'ק ליסט שאם מתקיים ניתן לומר שקמה זכות למרי אזרחי (דוג' מהצ'קליסט: אמצעי אחרון, לא אלים, ביצוע בגלוי וכו').

**גישה ב'** – אין זכות. אנו בוחנים את התוכן. המטרה של המרי הוא שכנוע. לכן, אם הצלחת לשכנע בסיבה של המרי יש התחשבות (דוג': לא יריתי באישה וילד – משכנע. שרפתי מפעל כדי להציל תפוזים - לא משכנע).

**האם קיימת חובה מוסרית לציית לחוק?**

מוצג בכיתה דיון בין סוקראטס לקריטון. מה למדים מכך? יש 3 טיעונים לפי הטקסט שבגינם יש לציית לחוק: 1.תוצאתי 2.טענה של הסכמה 3.אסירות תודה (לא להיות כפויי טובה).

**אסירות תודה** – למה כן? האדם הוא תוצר של מערכת החוקים שחלים עליו, הוא חייב לציית אליהם. למה לא? כללי המדינה הם משהו שחייבים לעמו בו. לא מדובר על טובה שביצעו לך. ולכן אין צורך להכיר על זה תודה. בנוסף, לא כל אחד מקבל את המאזן הטוב (תינוק שזרקו לפח). ולכן לא מרגיש צורך להוקיר תודה.

**הסכמה** – למה כן? אתה חי פה אז אתה מסכים למערכת החוקים. "הסכמים יש לכבד". הרעיון הוא משפטי אך בראש ובראשונה הוא מוסרי. אם הסכמת, מוסרית אתה צריך לעמוד בזה. למה לא? הסכמה שבשתיקה לא בהכרח הסכמה, לא תמיד יש חלופה (אין לי אפשרות לעבור למדינה אחרת), טענה עמוקה יותר: יש דברים שאתה לא יכול לדרוש ממני, לעזוב רק בגלל שאני לא מסכים עם החוקים (המהות שלי זה להיות פה).

**הגינות = תוצאתי** – למה כן? אם אני לא אציית לחוקים ועוד אנשים לא יצייתו, זה יפגע בכלל החברה. למה לא? לא כל פעולה שאנו עושים גוררת את ההתמוטטות של החוק.

בריס מעלה טיעון נוסף: **יחיד וקהילה** – הרצון שלי גם רלוונטי למוסר. אני אבצע את החוק כי אני רוצה. אולי במקום לדבר על חובות מוסריות צריך לדבר על רצונות מוסריים, מי אנחנו כקבוצה. הרצון הוא לא פחות שיקול מוסרי מאשר החייב.

**אמת משפטית, היש דבר כזה?**

עולה השאלה האם נכון לאכוף באמצעות חוק דברים שאינם מוסריים, אך אינם פוגעים בזולת? (אני עושה משהו לא מוסרי אך לא פוגע באף אחד). יש 2 גישות למענה על שאלה זו:

הלורד דבלין – **עמדה שמרנית**. בדעת מיעוט בנושא. יש לאכוף את המוסר בדברים של מוסר בתחום המיני (פורנוגרפיה וזנות). מותר להגן על סט הערכים שמאפיינים אותנו. ניתן לאכוף את המוסר גם אם הוא לא פוגע בזולת.

הארט – **עמדה ליברלית**. לא נכון לאכוף את המוסר באמצעות משפט. הארט מבדיל בין מוסר אנליטי שניתן לתת צידוק טוב (לדוג': מתבצעת פגיעה אז ניתן לשנות את המוסר ולאכוף אותו). לבין מוסר הסכמי שבו יש מוסכמות חברתיות שאם אין להן הצדקה, לא ניתן לאכוף. לדעתו, נדרש לעצב את החברה בצורה שונה מהמשפט הפלילי מכיוון שהוא בעייתי. ניתן לעבור לכלים כגון: חינוך, שכנוע והטפה.