**מחברת קורס - תורת המשפט**

הרצאה 1 – 19.03.17

**כללי:**

נוכחות חובה רק בשיעורים הרגילים (לא ניירות עמדה ולא שיעורי הכנה).

הרכב הציון:

10%- נוכחות והשתתפות- 7 נק' על הגעה והקשבה. 3 נק' על השתתפות.

15%- 3 ניירות עמדה בכיתה על נושאים הנלמדים לבד.

75%- מבחן סופי.

ניירות העמדה – כל נייר עמדה שווה 5 נק'. על חומר בלימוד עצמי. ניירות העמדה נכתבים בשיעור עצמו – שעה וחצי ל-2 עמודים. המרצה נותן 2-3 שאלות על החומר ועליהן צריך לכתוב את נייר העמדה. ניתן במסגרת השאלות לערוך השוואה או דיון לגבי נושא שלמדנו בכיתה בשיעורים קודמים. **הנושאים קשורים אחד לשני, כך שהוא יוכל לבקש מאיתנו השוואה או דיון על נושא שכבר דנו בו לפני כן בשיעורים קודמים, כך שצריך לדעת גם את החומרים בשיעורים שקדמו לניירות העמדה!**

בשיעור שלפני יהיה שיעור של הכנה ושאלות על החומר לנייר עמדה.

\*\*יודיע מראש אם ניתן להכניס את המאמרים לשיעור.

## מבוא

קיימים 3 תחומים משיקים: תיאוריה של המשפט, פילוסופיה של המשפט ותורת המשפט.

**תורת המשפט (jurisprudence = בלטינית- חכמת המשפט)-** בשונה מענפי המשפט השונים (חוזים, עונשין, חוקתי וכו') העוסקים בתחומים ספציפיים נקודתיים של המשפט, תורת המשפט עוסקת במערכת המושגים והנושאים העומדים בראש כל ענפי המשפט ולא בענף משפט מסוים. לכל אחד מענפי המשפט יש מערכת שלמה של מושגים המאפיינים אותו, אך קיימת גם מערכת מושגים המשותפים לכל הענפים המשפטיים, כגון: חובה, חוק, צדק וחירות, סיבתיות, תקדים, לקונה. בתורת המשפט עסקו משפטנים, שדיברו על מושגים כמו תקדים, כלל משפטי, הנמקה משפטית, תקנה, עקרונות, פרשנות משפטית וכו'.

**התיאוריה של המשפט (legal theory)-** במידה מסוימת חופף לפילוסופיה של המשפט אולם יש בו ניסיון להבין צורת חשיבה משפטית, מבנים משפטיים בעזרת תיאוריות שונות.

**הפילוסופיה של המשפט (philosophy of law)-** תחום שהוא מאוד קרוב לתורת המשפט, אך שונה ממנו במובנים רבים. את תורת המשפט ניתן לתאר כתחום משפטי במובן הזה שהמשפטים ינסה להגדיר כ"א מהמושגים (תקדים, חובה ועוד). הדיון באותם מושגים הופך להיות מהר מאוד דיון פילוסופי ולא בהכרח משפטי. במהלך הקורס נעסוק הרבה בקשר בין המשפט-המוסר-והפוליטיקה. גם תורת המשפט וגם הפילוסופיה של המשפט גובלים לתחום של אתיקה- תורת המוסר ופילוסופיה פוליטית.

**שאלות מרכזיות בתורת המשפט:**

1. **מהו 'החוק'?**

ניתן להבין את השאלה בהרבה דרכים, לפרק אותה להרבה שאלות משנה. למשל: \*מתי נאמר כי על חברה מסוימת שיש בה חוקים במובן של מערכת משפט? (לעומת חברה אחרת שאין בה מערכת משפט). מערכת משפט אין הכוונה רק לנורמות התנהגות מסוימות ("מוסר נוהג"), מרבית הנורמות הנהוגות היו מתבצעות גם ללא החוק, מאחר והאנשים הפנימו את הערכים. אז מה הופך את הנורמות לבעלות אופי משפטי?

1. **מה היחס בין משפט ומוסר?**

שני מובנים של מוסר: מוסר אידאלי ומוסר נוהג.

מוסר נוהג- **התיאור** של האופן שבו אנשים חושבים/מתנהגים בענייני מוסר, מהן האמונות המוסריות באותה חברה. יכול להשתנות בין חברה לחברה- מה יש?

מוסר אידיאלי- **הטענות** שאנשים טוענים על אודות מה ראוי?

גם שאלה זו ניתן לפרק לכמה שאלות משנה. למשל: האם בהבנת החוק יש להפעיל שיקולים מוסריים או שמא שיקולי מוסר אינם רלוונטיים? יש מחלוקת חריפה בנושא בין משפטנים ותיאורטיקנים.

מהו המושג "חובה משפטית"?

1. **מהן מטרות המשפט?**

באמצעות המשפט אנו רוצים להשיג מטרות מסוימות.

איזה סוג של מטרות חברתיות מערכת המשפט רוצה להשיג? האם יש מטרה אחת? מגוון מטרות? מה היחס ביניהן?

הצד השני של השאלה הוא – מה אינן תכליות המשפט? האם יש מטרות שהן מחוץ לגבולות המשפט?

האם למערכת המשפט יש תפקיד חינוכי? ולא רק תפקיד של חוק וסדר?

1. **תיאוריות של שפיטה**

אחד הנושאים המרכזיים בו עוסק המשפט הוא השפיטה.

יש לא מעט פילוסופים שנק' המוצא שלהם למשפט היא התבוננות על פעולת השופט ודרך זאת לתאר את כל הרכיבים של מערכת המשפט. במסגרת תיאוריות של שפיטה עולות מגוון של שאלות:

* מהו שיקול דעת שיפוטי?
* מהי פרשנות שיפוטית? האם יש משהו שמייחד את הפרשנות המשפטית בהשוואה לפעולת הפרשנות בכל תחום אחר? (היסטוריה, ספרת, דתות). הכוונה בעיקר לפעולת הפרשנות.
* תקדים משפטי – האם ניתן לדמות מערכת שפיטה ללא תקדים?
* לאקונה – קיים ויכוח גדול לגביי מהי לאקונה? ובנוסף? איך מתמודדים עם מצב של לאקונה?
1. **מערכת שלמה של מושגים משפטיים שהתיאוריה והפילוסופיה של המשפט עוסקים בהם**

חובה משפטית – מה הבדל בין חובה משפטית לחובה מוסרית?

זכות – מה ההצדקה לקיומן של זכויות? חירות, סיבתיות ועוד.

צדק – אחד התפקידים של מערכת המשפט הוא לעשות צדק. צדק הוא אחד המושגים המורכבים והלא ברורים שיש בשפה. זה נושא שעסקו בו עוד הפילוסופים היווניים.

הניתוח של המושגים הללו יתרום להבנה עמוקה של מערכת המשפט.

**נושא נוסף שלא נעסוק בו**- ענישה (מטרות הענישה, שיקולי ענישה וכו').

### א. משפט הטבע

נקודת המוצא שלנו בסדרת השיעורים הקרובים היא הדיון בשאלה "מהו החוק?".

**מהו החוק?**-אחת השאלות המרכזיות שנשאלות בתורת המשפט נוגעת למושג הבסיסי של חוק. השאלה הזו ניתנת לפירוק לשלוש שאלות משנה השונות זו מזו:

1. **מה ההבדל בין המוסד החברתי שנקרא "חוק" (=המשפט) לבין מוסדות דמויי חוק (כמו: דת ומוסר)?**

החוק הוא סוג של מוסד חברתי. מוסד חברתי- מושג סוציולוגי המבטא דפוסי התנהגות חוזרים ונשנים. למשל: המוסד לביטוח לאומי-זה לא המבנה שבו שוכנים פקידי הביטוח הלאומי אלא אלו דפוסי ההתנהגות הרווחים באותה חברה שמהמשמעות שלה היא שאנחנו נותנים כסף ומקבלים כסף ושכולנו משתמשים במערכת הזו ומזדהים איתה; מוסד המשפחה- מערכת כללים המאפיינת חברה מסוימת וקובעת איך תראה המשפחה באותה חברה. כשמדברים על מוסדות מבחינה סוציולוגית מדברים על מערכת עמוסה של דפוסי התנהגות.

החוק הוא מוסד חברתי- החוק הוא מערכת של דפוסי התנהגות רחבה היוצרים מוסד חברתי. בנוסף לחוק, יש מוסדות חברתיים שהם דמויי חוק (המוסר הנוהג). כיצד נדע כי בחברה מסוימת מתקיים מוסד חברתי הנקרא משפט/חוק ולא רק מערכת נורמטיבית הדומה לחוק (כמו מוסר ודת)?

**מוסר נוהג-** בני החברה אימצו לעצמם בעניינים מסוימים שבין אדם לחברו דפוסי התנהגות שנתפסים בעיניהם מחייבים. קשה לדמות חברה שאין בה מוסר נוהג כלשהו.

המוסר הנוהג גם הוא סוג של מוסד חברתי החיוני בכל חברה אנושית. לצד המערכת הנורמטיבית יש מערכת משפט שגם היא סוג של מערכת נורמטיבית הקיימת בחברה. מכאן, השאלה היא, מה מאפיין את מערכת המשפט במובחן ממערכות אחרות בחברה?תשובה:

1. במערכת משפט יש אכיפה פורמלית (סנקציות).
2. למשפט יש אמצעים שמובנים בתוכו לשנות את הכללים שלו.במערכות דמויות חוק, כמו מערכות מוסריות, הכללים משתנים באופן שונה, ללא מנגנוני עזר. בניגוד למוסר הנוהג, המוסר האידיאלי כשלעצמו לא משתנה!
3. אין הלימה בין החוק למוסר הנוהג. לחוק יש עניין במספר מוגבל של ערכים והוא לא נועד להשיג חסד, לפנים משורת הדין, מימוש עצמי ועוד. אלו הן שאלות מוסריות המתקשרות לתפיסת ה"טוב" שלנו.
4. בד"כ המשפט מדבר על חובות וזכויות, מע' המשפט יוצת כללים חתוכים שנוטים להיות מוגדרים היטב. לעומת זאת, נורמות מוסריות הן בד"כ הרבה פחות חד משמעיות.

לקרוא לשיעור הבא- פס"ד ירדור, פס"ד פלוני.

הרצאה 2 – 22.03.17

1. **מה ההבדל בין "חוק טבע" לבין "חוק מוסרי"/משפטי?**

**חוק טבע**- החוקים שקובעים איך דברים מתרחשים בטבע, לכן גם אם גילינו את חוק הטבע מאוחר- הוא תמיד היה קיים. חוקי טבע לא משתנים.למשל: משפט פיתוגרס היה קיים לפני פיתגורס; העולם תמיד היה עגול, גם כשחשבו שהוא מרובע.

**חוק מוסרי**– מה ראוי. המרצה טוען שגם חוקי המוסר הם קבועים ולא משתנים כמו חוקי הטבע. למשל: גם אם בעבר רדפו הומוסקסואליים והיום חיים הומוסקסואליים הם מותרים ומוסריים- גם בעבר הם היו מוסריים. כנ"ל גם לגבי הטרדה מינית- אם אנו אומרים שע"פ החוק המוסרי הטרדה מינית היא אסורה, גם בתקופת מוקדמות בהן זה היה מותר הטרדה מינית הייתה לא מוסרית- החברה פשוט גילתה את זה עם השנים. החוק המוסרי קיים ואנחנו מגלים אותו.

חשוב! אנו מדברים על היחס בין חוק טבע לבין חוק מוסרי אידיאלי ולא חוק מוסרי נוהג- מכיוון שחוק מוסרי נוהג מבחינת האופי שלו הוא טענה עובדים המתארת מה אנשים חושבים, וזה לא אומר שזהו המוסר האמיתי האידיאלי.

# הדמיון בין "חוק הטבע" לבין "חוק מוסרי"- כמו שבחוק הטבע בהתקיים תנאים מסוימים תמיד יקרה אותו דבר, כך גם בחוק מוסרי בהתקיים תנאים מסוימים תמיד תיווצר חובה מסוימת.

# ההבדל בין "חוק הטבע" לבין "חוק מוסרי"-

**חוק טבע** **הוא** **חוק מתאר (דסקריפטיבי)** – מתאר איך דברים מתרחשים בטבע, בעולם.

**חוק מוסר הוא פרספקטיבי**- חוקי המוסר מצווים עלינו התנהגות מסוימת ולא מתארים התנהגות מסוימת.זה הדין גם לגבי **חוקים משפטיים** – גם חוקים משפטיים הם חוקים מצווים ולא מתארים.

**ז"א-** את חוקי המוסר אפשר להפר אך את חוקי הטבע אי אפשר להפר!

מהו החוק במקרה קונקרטי?אנו מתמקדים בהיבט התיאורטי-פילוסופי של השאלה שיש לו גם השלכות פרקטיות. האם משפטנים הם כמו רופאים האמורים לזהות עובדות, או לזהות גם שיקולים מסוג צדק מוסר וערכים?

לקרוא לשיעור הבא- פס"ד ירדור ופס"ד פלוני נ' פלונית.

הרצאה 3 – 26.03.17

הבחנה בין 'מוסר' ל'חוק':

* את החוק בדר"כ אוכפים באופן ממוסד, בעוד שהמוסר הנוהג לא נאכף באופן ממוסד. הדבר לא אומר שהמוסר הנוהג לא נאכף כלל, מכיוון שלעתים האכיפה של המוסר הנוהג אכזרית ונוקשה יותר ואף יעילה יותר, אך האכיפה לא ממוסדת! למשל: בקבוצות קטנות בהן הסנקציות על הפרת המוסר הנוהג הן בצורה של חרמות, הדבר יאיים יותר על הפרט מאשר אכיפה של רשויות החוק.
* מערכות משפט לרוב מדברות במונחים של "חובות", "זכויות", "היעדר חובה", "היעדר זכות" וכו'- יש לכך אופי חתוך מאוד-דיכוטומי. לעומת זאת, למוסר הנוהג יש אופי הרבה פחות החלטי וחד משמעי, יש מדרגות לכל דבר, לפנים משורת הדין, קטגוריות של 'רצוי' מעבר ל'חובה'. הדבר נובע מכך שבמערכות משפט רבות יש מס' יחסית מצומם של ערכים שעומדים בבסיסן. למשל: ערך מרכזי במשפט הוא ביטחון לבני האדם, שלמות גופם, חייהם ורכושם ולפי כך הרבה פעמים הוא מציב מטרות ברורות של יציבות וודאות בשמירה על ערך זה. למוסר לעומת זאת יש ערכים נוספים שבדר"כ המשפט לא רואה הוא לא מעוניין להגם עליהם.

יש הבדלים נוספים בין 'מוסר' ל'חוק' עליהם נעמוד בהמשך.

1. **מה החוק במקרה הספציפי- עניין שבעובדה או ערך?**

כאשר שואלים מהו החוק, האם אנו אמורים לברר עניינים שבעובדה בלבד או שמא נכנסת מערכת שלמה של שיקולים וביניהם שיקולי צדק, ערכים וכו'? בשאלה זו נחלקו פילוסופים מקדמת דנא ועד היום- ניתן לזהות 2 אסכולות:

1. **גישה פוזיטיביסטית**- כדי לדעת מה אומר החוק יש לזהות עובדות חברתיות רלוונטיות והן יגידו לנו מה אומר החוק. אין לקחת בחשבון שיקולים הנוגעים לצדק, טוב ורע וכו'. דוג' לעובדות חברתיות: חקיקה של הכנסת, חקיקת מחוקק משנה, פסיקת ביהמ"ש. מי שמחזיק בעמדה פוזיטיביסטית מחזיק בה לא רק בגלל שהוא חושב שזו עמדה טוב יותר מנקודת מבט מושגית ותיאורטית, אלא גם מנקודת מבט ערכית ומוסרית. הוויכוח בתוך האסכולה: מהן העובדות חברתיות רלוונטיות אותן צריך לבחון,ואיך אנו מבחינים בין עובדות משפטיות לעובדות חברתיות? לצורך הדיון, עובדה משפטית היא סוג של עובדה חברתית **(**לדוג': תקדים בפסיקה, חוק, פקודה).
2. **גישות נון פוזיטיביסטיות** - לא די בזיהוי העובדות החברתיות הרלוונטיות אלא יש להתחשב גם בשיקולים מוסריים ערכיים, שיקולי צדק, שיקולי טוב ורע, שיקולי מדיניות, תועלת וכו'. חורג מהחיפוש הממוקד בעובדות הרלוונטיות. "משפט טבעי"- המשפט איננו מערכת רק של עובדות אלא גם בעל עניין ערכי. **אוסטין והארט**. הוויכוח בתוך האסכולה: איך בדיוק לתאר את ההיבט הנון-פוזיטיבי של המשפט- את אותו היבט שמשפטנים עסוקים בו בשאלות של צדק, טוב ורע, ערכים.
* בקורס נתאר גישות פוזיטיביסטיות ונון פוזיטיביסטיות ונראה כי קיים ויכוח בין שתי האסכולות ואף בתוך כל אסכולה בפני עצמה.

נמחיש את שתי האסכולות השונות בעזרת כמה פסקי דין:

פס"ד ירדור (65')- וועדת הבחירות לכנסת ה-6 פסלה את רשימת "הסוציאליסטיים" שהתמודדה לכנסת, בטענה כי רבים מחבריה חברים בתנועת "אל-ארד" ששמה לה למטרה לשלול את קיומה של מדינת ישראל וכי הרשימה חתרה תחת אופייה היהודי-לאומי של מדינת ישראל ולהופכה למדינת כל אזרחיה. ועדת הבחירות מורכבת מגורמים פוליטיים מכל הקשת הפוליטית ובראשה עומד שופט עליון. המפלגה ערערה על ההחלטה (ע"ב – ערעור בחירות) בטענה של חוסר סמכות- ע"פ חוק הבחירות, סמכות ועדת הבחירות היא סמכות טכנית בלבד לאישור התמודדות רשימות בבחירות (מילוי טפסים, תשלום אגרות, גיוס מספיק חתימות) ומשעמדה הרשימה בתנאים הטכניים אין לוועדה סמכות לפסול את הרשימה מלרוץ לכנסת.

השאלה המשפטית: האם הפסילה הייתה כדין, והאם לוועדת הבחירות הייתה סמכות לפסול את המפלגה?

ביהמ"ש העליון: יש 3 חוות דעת, דיוני השופטים נוגעים במישרין לשאלה מהו חוק בהקשר העובדתי:

* **השו' חיים כהן בדעת מיעוט (גישה פוזיטיביסטית)**- לדעתו אין לוועדה כל סמכות לבדוק את המטרות, המצע והאנשים בהרכב הרשימה. החוק מעניק לוועדת הבחירות את הסמכות לפסול מפלגות מטעמים פרוצדוראליים-טכניים בלבד ולא אידיאולוגיים. תפקיד הוועדה היא לשקול שיקולים בעלי אופי טכני. השו' מציין כי הוועדה החליטה שבהתקיים 2 תנאים מצטברים ניתן לפסול רשימה מהתמודדות לכנסת: (1) ההתאגדות היא בלתי חוקית או למטרות לא חוקיות. (2) אי החוקיות היא בחתירה תחת שלמות או עצם קיומה של המדינה. אי חוקיות כשלעצמה לא מהווה עילה לפסילה (הרי לגיטימי כי רשימה תתמודד במטרה לשנות חוק-זוהי המהות של הרשות המחוקקת). חיים כהן פוסל את החלטת הוועדה ומציג הנמקה פוזיטיביסטית- סעיפי החוק לא מעניקים לוועדה את אותה סמכות דרמטית (פגיעה בזכות לבחור ולהיבחר) שהיא נוטלת לעצמה. לכן דין ההחלטה להיפסל. במקביל, ברטוריקה של השו' חיים כהן יש גם נימה נון-פוזיטיביסטית בכך שהוא מצדיק את החוק הקיים שמעניק סמכות פסילה טכנית-פרוצדוראלית בלבד- אומר כי גאוותנו על משטר זה שמאפשר לכל רשימה שרוצה לרוץ לכנסת להביע דעתה, ואנו לא סותמים פיות ולא חוסמים את האפשרות להשתתפות פוליטית. הזכות להשתתפות פוליטית של אזרחים מתבטאת בזכות לבחור ולהיבחר – להעמיד את עצמך ואת רעיונותיך לבחירה. ברגע שאתה חוסם 2 אפשרויות אלה בלי הצדקה, אתה חותר תחת זכויות היסוד של כל אדם ואדם. על כן הגבלת סמכות הועדה ע"י החוק מוצדקת. כלומר, לא רק שזה מה שאומר החוק כעניין שבעובדה, אלא שגם מדובר בחוק ראוי.
* **הנשיא אגרנט (גישה נון-פוזיטיביסטית)**-השו' אגרנט בוחן את שאלת הסמכות של הוועדה ומסכים כי לפי סעיפי החוק, לכאורה יש לה תפקיד טכני בלבד, אולם לא בכך מסתכם סמכותה לדעתו. הוועדה רשאית לשקול נתונים קונסטיטוציוניים המכוונים לעקרונות יסוד, אותם שואב השופט ממגילת העצמאות שמבטאת את "האני מאמין" של העם והמדינה. אותו "אני מאמין" מהווה נק' יסוד קונסטיטוציונית שחלילה לה מכל רשות שלטונית להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה. מדובר בנתון חוקתי שלא עבר אקט של חקיקה, אך אמור לעמוד ביסוד כל חקיקה וכל שיקול שמפעילה רשות שלטונית. מדובר באקט משפטי-פוליטי דרמטי ביותר, המתבצע ע"ב סמכויות המוקנית מכוח עקרונות השיטה והלוגיקה העומדת ביסוד הקיום הפוליטי של המדינה, ללא עיגון בחוק. זוהי גישה נון-פוזיטיביסטית שלא מסתפקת בתיאור עובדות החוק הכתוב אלא דנה גם בערכים הרלוונטיים.
* **השו' זוסמן (גישה נון-פוזיטיביסטית)**- מסכים עם אגרנט. ישנם 'חוקי על' שהם מעל חוק וחוקה ולא כתובים עלי ספר- זהו הדין הטבעי (מוסיף התייחסות ל**משפט הטבע**). כזו היא זכות ההתגוננות של המדינה- "דמוקרטיה מתגוננת". האם החרדה הזו במקומה והדמוקרטיה עומדת בסכנה? לכאורה אולי אפילו הפוך, דווקא פסילת רשימה ופגיעה בזכותם לבחור ולהיבחר וכן בחופש הביטוי שלהם היא הפגיעה בדמוקרטיה שעלינו להתגונן מפניה.

גם **השו' אגרנט** וגם **השו' זוסמן** נזקקים לעקרונות וכללים שהם לא בבחינת חוקים שנחקקו/פסיקת ביהמ"ש- לא עובדתיים גרידא. השיקולים המופעלים כאן הם מנקודת מבטם- ערכיים וכך ראוי שיהיה. הדגש של השופט אגרנט זה היותה של המדינה יהודית, בעוד שאצל השופט זוסמן דווקא הדגש הוא היותה של המדינה דמוקרטיה מתגוננת, ולא דגש על היסוד היהודי של המדינה.

* **זוהי** **דוגמא לפסיקה שהיא נון-פוזיטיביסטית בעליל**. ע"פ אגרנט וזוסמן, ביהמ"ש נותן פסיקה המאפשרת פסילה רשימת מלרוץ לכנסת- ז"א, שוללת זכות יסוד חוקתית בלי להסתמך על אף סעיף חוק פוזיטיבי שנותן סמכות כזו, אלא בהסתמכות על מקורות ערטילאיים ערכיים.

פס"ד פלוני נ' פלונית (96')-פלוני ואשתו היו זוג נשוי חשוך ילדים וסיכמו ביניהם שפלוני יפתה את פלונית, קטינה בת 15, בת השכנים שהייתה במצב נפשי קשה בעקבות מות אמה, וכך הם יוכלו לקבל את הילד כאשר פלונית תוותר על גידולו. פלונית נכנסה להריון, ולאחר הלידה טענה שאינה יכולה לגדל את הילד בשל מצבה הנפשי ולכן בהתערבות של גורמי רווחה, חתמה על כתב אימוץ כדי שהילד לא יגיע לאב. פלוני רצה לקבל את הילד והעניין הגיע לביהמ"ש המחוזי. ביהמ"ש המחוזי דן בשאלה האם הילד "בר אימוץ". בגלל הדרמטיות של החלטת האימוץ, קיים חוק ייעודי- חוק האימוץ, שנועד לטפל בנושא. ס' 13 לחוק קובע רשימה סגורה של עילות אימוץ במצבים של היעדר הסכמה מצד ההורים. המקרה הנדון אמור על-פניו ליפול בגדרי ס' 13 שכן יש התנגדות מצד האב הביולוגי למסור את הילד לאימוץ. אך למרות זאת, ביהמ"ש המחוזי קבע כי הילד בר אימוץ מכוח ס' 13(7)- אי מסוגלות עקרונית של ההורה לגדל את הילד והאב לא יכול לקבלו זוהי החלטה דרמטית בהליכי אימוץ בייחוד כאשר רצון אחד ההורים שונה. על החלטה זו ערער האב לעליון.

לקרוא לשיעור הבא- פס"ד פלוני נ' פלונית ואת החומר של אריסטו.

הרצאה 4 – 02.04.17

נייר עמדה מס' 1 נדחה ליום 30.04.17.

המאמרים בעברית אבל הקושי הוא לא בשפה. בניירות הבאים החומר לא יהיה בעברית.

המשך הדיון בפס"ד פלונית-

השאלה המשפטית בערעור בעליון: האם חוק האימוץ מאפשר לאב לקבל את הילד לחזקתו או למסור אותו לאימוץ? אם כן, האם ראוי? השופטים החליטו פה אחד לדחות את הערעור ולהשאיר את ההכרזה על הילד כבר אימוץ.

ניכר כי השופטים החליטו באשר למה היא ההחלטה הראויה מבחינה מוסרית, וכל אחד מהם מצא את הקונסטרוקציה המשפטית להגיע לתוצאה הרצויה.

בפסה"ד נשאלות שתי שאלות:

##### (1) שאלה מוסרית לגבי הדין האמור להתקיים.

**(2) שאלה משפטית: האם חוק האימוץ מאפשר לאב לקבל את הילד לחזקתו או שעליו למסור אותו לאימוץ?**

ניכר שהשופטים ניגשו לדיון זה דרך המוסר האידאלי, וחיפשו את הדרכים המשפטיות להגיע לתוצאה הרצויה. המרצה מבקש להדגיש שגם כאשר הדיון הוא דיון מוסרי, אין זה אומר שאינו רציונאלי / שהדיון הופך לסובייקטיבי. (טיעון סובייקטיבי, לדברי המרצה, הוא כזה שהטוען אותו פתוח לטיעוני נגד שעשויים לשנות את דעתו. לו דעתו תשתנה הרי שלא הייתה סובייקטיבית מלכתחילה).

לדברי פוזיטיביסטים- יש להפריד בין חוק ראוי לחוק מצוי. החוק המצוי= מה אנשים קבעו שהוא החוק. זהו החוק הפוזיטיבי. ניתן לזהותו כאשר מזהים עובדתית את החוקיות המקיימת אותו. לכן העובדות הרלוונטיות למשפטן הן חקיקה, פסיקה וכד'. עובדות חברתיות שנקבעו ע"י גורם מוסמך. החוק הראוי = מה ראוי שיהיה החוק.

לדברי נון-פוזיטיביסטים יש טשטוש בין החוק המצוי לחוק הראוי. טשטוש זה קיים באופן מכוון בעיניהם.

דבורקין, פילוסוף אמריקאי, דן הרבה בנושא של "עילה בת עוולה" בהקשר לפס"ד ריגס.

השופטים שהשתמשו בטיעון של "הרחצת וגם ירשת" והסתמכו על פס"ד ריגס (אמריקאי).

פס"ד ריגס- היה מקרה שהתרחש במדינת יו-יורק בסוף המאה ה-19. נכד רצח את הסבא שלו וטען כי הוא אמור לרשת את סבו כי הדין מעניק לו את זכות הירושה. הנכד טען כי יש לעשות הפרדה בין הדין הפלילי לדין האזרחי של דיני ירושה. ביהמ"ש העלה את הטענה כי "אדם לא יכול ליהנות מעשה עוולתו" זהו עקרון יסוד של מערכת המשפט הגובר על כל דין וכל הוראה משפטית לכן, הגם שהדין האזרחי מאשר לנכד לרשת את סבו, מכוח הדין המוסרי הוא לא יירש אותו. בעקבות פסה"ד תוקן חוק הירושה האמריקני. הכרעה: ביהמ"ש דוחה את טענות הנכד בעילה נון-פוזי' מובהקת- החוק מכיל את העיקרון של "מעילה בת עוולה לא תקום זכות תביעה".

בעקבות מקרה זה שונו סעיפים בחוקי הירושה וקבעו שאדם אינו רשאי לרשת אדם שרצח.

**דעות השופטים בעליון:**

השופטים בענייננו מאמצים את פס"ד ריגס ומחילים אותו על פלונית. הבעייתיות בכך, היא שהעיקרון הזה חל על רכוש. לבוא ולומר שלגדל ילד זה זכות רכושית זה בעייתי. אנו מסתכלים על זה כמעין חוצפה. מנגד, ניתן להסתכל על זה כהצמחת זכות ממעשה רע שעשית. אם הזכות לא הייתה צומחת ממעשה רע, לא היה איתה בעיה. יש חשש שחוו"ד השופטים באה ממקום של "זעם קדוש".

**השופטת' דורנר:**דורנר אומרת שפס"ד ריגס לא רלוונטי למקרה דנן, כיוון והפס"ד תיאר מצב שבו רצו להצמיח זכות ממעשה רע וכאן הנושא הוא טובת הילד. היא טוענת שטובת הילד כשלעצמה מצמיחה עילת אימוץ.

הטענה שלה נוגעת לעניין חלותו של ס' 13(7) המדבר על מסוגלות ההורה בהווה ובעתיד לגדל את הילד.

###### **סעיף 13- הכרזת ילד כבר-אימוץ**

**13**. (א) באין הסכמת הורה, רשאי בית משפט, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה או נציגו, להכריז על ילד כבר-אימוץ, אם נוכח כי נתקיים אחד מאלה: ....

(7) ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו;

(8) הסירוב לתת את ההסכמה בא ממניע בלתי מוסרי או למטרה בלתי חוקית.

על סמך חוו"ד המומחים של הפסיכולוגים, קבעה השו' דורנר כי השתכללה עילת אי המסוגלות לאור הנסיבות של הולדת הילד. דורנר הלכה עם חוו"ד שניתנה ע"י רשויות הסעד- היא מרחיבה את המשמעות של הסעיף ומפרשת אותו בהתאם לחוו"ד. הבעיה בגישה: לא ברור שלאב אין יכולת הורית לגדל את הילד בהווה בגלל נסיבות הולדת הילד, וברור שהאב לא יחזור על מעשיו בעתיד. טוענת כי משפט לא צריך לחול כלל במקרה זה. סעיף 13(א)(8)- מטרה בלתי חוקית או מניעים בלתי מוסריים- גם לא רלוונטי.

לדעת המרצה, הגישה שמציגה דורנר אינה פוזיטיביסטית טהורה.

**השופט' לוין:** חולק על השו' דורנר. לדעתו, לא חל ס' 13(א)(7) שכן לא הוכח שהאב לא מסוגל לגדל את הילד, וכי אירועי העבר וטובות הילד אינם מספיקים כדי להכריז על הילד כבר אימוץ. וגם לא חל ס' 13(א)(8)- אי ההסכמה של אב לשלוח את הילד לאימוץ לא נובעת ממניע בלתי מוסרי-יש להבחין בין המעשה הלא מוסרי לבין הרצון לגדל את הילד-זה אינו מעשה לא מוסרי. ובכל זאת, השו' לוין סבור כי יש לדחות את הערעור ע"ב 2 דוקטרינות:

1. **דוקטרינת החסר הסמוי**-

חסר=לקונה. מצב שבו יש לי את הרושם/טיעונים לכך שיש מצב שהמחוקק לא התייחס אליו. השתיקה איננה הסדר שלילי (כלומר הסדר שלא אוסר/לא יוצר נורמה המשנה את העניינים). כשיש מצב שחסר כלל בגלל רשלנות מצד המחוקק/ או ראוי היה שייקבעו כללים ולא נקבעו- יש חסר ובית המשפט צריך למלא אותו. יש הטוענים שבאופן מושגי מצב של חסר לא קיים.

חסר רגיל- מצפים שהמחוקק יסדיר את הנושא, אך בכל זאת לא מוצאים סעיף רלוונטי שניתן להחיל. דוגמא: אם המחוקק לא היה מחוקק את ס' 13 לחוק האימוץ.

חסר סמוי- יש סעיפים רלוונטיים, אך כשמתעמקים בהם רואים חושבים שאם המחוקק היה נתקל במקרה הספציפי הוא היה מנסח את החוק בצורה אחרת. כך למשל המקרה של פס"ד ריגס הוא דוג' אפשרית כי חשבו שהחוק מסדיר את הנושא למרות שבפועל הוא לא הסדיר. גם בפס"ד פלונית יש חסר סמוי כי לכאורה קיים ס' 13 שקובע רשימה סגורה של עילות אימוץ, אך אין סעיף ספציפי שמתייחס למקרה דנן. המבחן לחסר סמוי הוא העמדת שאלה בפני המחוקק: האם היית משנה את החוק במידה והיית מודע למקרה הספציפי? אם כן- יש חסר סמוי ואז צריך לחוקק במקום המחוקק ס' שיכריע בנוגע למקרה באופן חריג. החסר הסמוי גורם לנו לסטות מהכלל כי אם היינו שואלים את המחוקק על פס"ד פלונית, למשל, הוא היה עונה שהילד צריך להימסר כי זה נוגד את תקנ"צ (אדם לא יכול ליהנות מפרי עוולתו).

* המרצה טוען כי ניתן לבקר את הגישה הזו- גם אם נקבל את עיקרון החסר הסמוי, האם במקרה הזה יש חסר?

לקרוא לשיעור הבא- פס"ד פלונית-בייחוד החלק של חשין, אריסטו.

הרצאה 5 – 05.04.17

1. **דוקטרינת הפרשנות המרחיבה** (מועדפת ע"י לוין)-

החוקים לא חוקקו בחלל ריק, הם מתפקדים במסגרת רחבה יותר של עקרונות יסוד וחזקה עליהם שהם נועדו למנוע מצבים של מעבר על תקנת הציבור ('שלא יצא החוטא נשכר'). מע' משפט לא מבוססת רק על חוקים, אלא יש כללי יסוד שעומדים בבסיס השיטה, שהם עצמם לא נחקקו אך בכל זאת הם חלק מהמערכת המשפטית. **יש לקרוא לתוך ס' 13 כלל נוסף – תקנת הציבור: "אדם לא יכול ליהנות מפרי עוולתו"/"לצאת חוטא נשכר".** מדובר ביישום של כלל אוניברסלי, זהו כלל מוסרי-פוליטי שהוא ביסוד השיטה ויש ליישמו במקרים הרלוונטיים, כמו בענייננו.

השו' לוין מעדיף את דוק' הפרשנות המרחיבה על פני דוק' החסר הסמוי- החסר הסמוי מצביע על כך שהחוק חסר ויש להשלימו ע"י עיקרון חוץ משפטי, אך לדעת לוין החוק לא חסר! יש דברים הם ביסוד החוק ולא צריך לחוקק אותם.

* מצב של חסר היא עמדה פוזיטיביסטית אדוקה. עמדות נון-פוזיטיביסטיות יירתעו מהרעיון של חסר כיוון שלדעתם יש עקרונות בסיסיים שהם חלק אינהרנטי מהחוק ואין צורך לחוקק אותם.

**השופט חשין:** בהקשר של 'משפט טבע', פסה"ד של השו' חשין הוא המעניין והדרמטי ביותר, בין היתר כי הוא מדבר בשם הדוק' הזו בצורה המפורשת והגלויה ביותר. חשין מדבר על המשפט הטבעי בשני הקשרים שונים, ואף מנוגדים.

בעיניו, העיקרון של משפט טבע משחק תפקיד כול והפוך – הוא פותח את פסה"ד שלו בטענה ש:"משפט טבע הוא שילד יגדל בבית אביו ואמו.."- כלומר, העיקרון שילד צריך לגדול אצל אביו ואמו, הוא לא רק (או בעיקר) חוק מדינה, אלא בראש ובראשונה הוא נובע ממשפט טבע. הבעיה היא שהמשפט הטבעי הזה עומד מנגד למשפט הטבע של "הרצחת וגם ירשת"/"אדם לא יכול ליהנות מפרי עוולתו". לפי חשין באיזון בין שניהם, לעיקרון השני יש משקל גדול יותר על העיקרון הראשון, ולכן הוא גובר. ז"א- כאשר שני העקרונות האלה במשפט הטבע מתנגשים- "הרצחת וגם ירשת" גובר על כך ש"ילד צריך לגדול אצל אביו ואמו". למה הוא מעדיף דווקא את העקרון הראשון על פני השני? שני העקרונות הם עקרונות מוסריים גרידא, וחשין לא מפרט ומנמק למה המשקל של אחד כבד יותר מהשני בנסיבות המסוימות, אלא מציין מה גובר לדעתו.

מעבר לכך, השו' חשין דוחה את עמדת השו' דורנר להתקיימות עילת אי המסוגלות וכן את עמדת השו' לוין (דוק' החסר הסמוי ודוק' הפרשנות המרחיבה), וזאת מכיוון שהעניין הזה איננו סמוי כלל ועיקר. זהו החוק, החוק כולל גם את משפט הטבע ולכן לא מדובר בחסר. כמו-כן, הוא דוחה את הגישה הפוזיטיביסטית לפיה, בהיעדר סעיף חוק הילד לא יוגדר כבר אימוץ. **חשין מבקר את השופטים האחרים שלא מגיעים להכרעה דרך הגישה הזו, אבל מנסים להגיע לכך דרך הגישה המשפטית הרגילה.**

ספק אם שופט המכיר במשפט הטבע יכול בכלל להכיר בחסר מסוים בחוק. אולי רק בהיבטים טכניים-פרוצדוראליים שהמוסר לא רלוונטי אליהם. לפי חשין, הרעיון של "הרצחת וגם ירשת" לא צריך "להתחבא" תחת חוקים אחרים. הוא מעוניין להחיל את עקרון העל על המקרה ללא קשר לסעיפים מסוימים בחוק האימוץ.

כשמדובר בעקרונות יסוד של מוסר אידאלי, זה חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט (= פוזיטיביסטי).

* **משפט טבעי**- עקרונות על מוסריים, אובייקטיביים, בלתי תלויים בחקיקה ובפעלה מוסרית של המחוקק, ואליו יכול לפנות השו' בואו להכריע.
* **חוק טבע**- חוק דיסקרטיבי, מתאר את איך העולם הפועל על בסיס איסוף נתונים ומציאת הכללות המגלים את החוקים המתארים את העובדות הפרטיות.

בפס"ד זה יש דעת רוב של שלושת השופטים שהגיעו לאותה תוצאה מפסק הדין, אבל 3 הנימוקים של השופטים שונים אחד מהשני! בנימוקים אין רוב. אז איך נמדד הרוב? איזה דעה מבין השופטים היא התקדים המחייב?

\*המרצה מנסה להראות לנו שהיחס למסקנה והיחס לטעמים של המסקנה הוא יחס שונה.

כעת נעבור לדבר על תיאוריות של **המשפט הטבעי**.

אח"כ נלמד על תיאוריות של **המשפט הפוזיטיבי** ונראה מה **ההבדלים ביניהם** על האופן שבו הם תופסים את המשפט וכן הבדלים מעשיים. תיאוריות של משפט נמצא לא אצל שופטים ומשפטנים אלא אצל הוגים מוקדמים.

נתחיל עם תיאוריה נון-פוזיטיביסטית של משפט טבעי.

אריסטו

יש לציין כי גם אפלטון הציע תורת משפט טבעית הפוכה משל אריסטו. אריסטו היה תלמידו של אפלטון אך חלק עליו בתפיסתו את המוסר ואת המשפט.

אריסטוטלס (בערבית: אריסטו) נולד בשנת 384 לפני הספירה בעיר סטאז'ירה שבמקדוניה, אביו היה רופא של מלך מקדוניה והוא למד ממנו רפואה. בגיל 17 הגיע לאתונה והפך להיות תלמידו של אפלטון. הוא שהה באתונה 20 שנה ולמד באקדמיה המפורסמת של אפלטון, עד אשר חזר למקדוניה כדי לחנוך את הילד אלכסנדר (לימים אלכסנדר הגדול) שהיה בנו של פיליפוס מלך מקדוניה בשנת 343. בהמשך, חזר לאתונה והקים את הלקיאון (אקדמיה) שם הרצה את הרצאותיו ושם נכתבו ספריו, לאחר מכן ברח לאחר שגברה העוינות כלפי מוקדון. קשה לחשוב על פילוסוף שהשפיע על החשיבה האנושית יותר מאריסטו. הוא עסק בחשיבה המדינית מוסרית, פיסיקה מטא-פיסיקה וכד'. ספריו הן הרצאות שהועלו לכתב ע"י תלמידיו ושוכתבו ע"י מאוחר יותר. למעשה, מדובר בסיכומי הרצאות. אריסטו הוא הפילוסוף החשוב ביותר בתולדות המחשבה המדינית.

**"פוליטיקה" א' פרק ב'**

הספר מציג את התפיסה הפוליטית של אריסטו, ממנה נגזרת תפיסתו המשפטית. המדינה טבעית בכללה, כי היא התכלית.

אריסטו מדבר על טבע של דבר- מה טוב לדבר?, מהי שלמותו של הדבר?, מהי תכליתו של הדבר?

**פסקה 6** -אריסטו מדבר על מושג ה"טבע", "טוב", "שלמות" "תכלית"-

**מספיקות עצמית** (אוטקריות-יצור שמספיק לעצמו)- אובייקט שיכול לספק לעצמו את כל צרכיו לפי האופן הרגיל שבו הוא חי (אוטרקי). למשל: אבן- כדי שתהיה אבן היא לא צריכה עוד אבנים, אוויר או משהו נוסף כדי להיות אבן. היא אבן מכוח היותה אבן.

אך יש רמות של 'מספיקות עצמית'- בני אדם- בני אדם לא מספיקים לעצמם כמעט בשום מובן- כדי שהן יתפתחו ויהפכו להיות בני אדם בכל אופן שבו הם יממשו את עצמם הם צריכים לחיו במסגרת של שיתוף פעולה מאוד הדוק אחד עם השני- מתחיל בשת"פ בין האם לילד בתוך התא המשפחתי (התא המשפחתי הוא חיוני להתפתחות בני אדם, אי אפשר להוליד ילד ולהשאיר אותו בגפו- צריך להניקו, לחתלו, להגן עליו). אריסטו אומר כי כדי שבני אדם יוכלו להתפתח ולממש את עצמם הם חייבים להימצא באינטראקציה מאוד אינטנסיבית עם בני אדם אחרים, אך לא רק התא המשפחתי אלא גם הכפר, ולא רק הכפר אלא גם המדינה. לפי אריסטו כדי שבני האדם יתפתחו ויממשו את עצמם הם זקוקים למדינה (המדינה היא היחידה הקטנה ביותר המספיקה לעצמה- ולכן המדינה היא טבעית. משום שהקיום האנושי איננו אפשרי אלא בשיתוף פעולה ושיתוף הפעולה חייב להתרחב עד כדי מדינה אז עצם קיומנו מותנה בקיום מדינה ולכן המדינה היא טבעית.

הצורך בשיתוף הפעולה הוא פונקציה של היעדר מספיקות עצמית (ככל שיש פחות מספיקות עצמית כך גדל הצורך בשיתוף פעולה), ושיתוף הפעולה הזה יוצר מדינות. הצורך בשיתוף פעולה בין בני אדם הוא טבעי משום שהוא נעוץ בטבע האנושי, ולא תלוי תרבות או הקשר. כך גם שיתוף הפעולה הוא מטבעם של דבורים- נטוע בדי.אן.איי שלהם לשתף פעולה בגלל שאין להן קיום ללא שיתוף פעולה.

הרצאה 6 – 19.04.17

**עקרונות יסוד לחשיבה האריסטוטלית**

**טבע**- התנועה היא הטבע והתכלית של האובייקט, וכשהתנועה מתרחשת באופן שמתאים לטבעו זוהי גם שלמותו.

**שלמות**- מצב אופטימלי שבו היציאה מן הכוח אל הפועל הייתה מלאה. מימוש הפוטנציאל – מצב אקטואלי.

**טוב**- מצב בו הטבע ממש את התכלית.

**תכלית**-

המושגים "טוב", "שלמות", "טבע" ו"תכלית" קשורים אחד לשני בתיאוריה של אריסטו.

אריסטו עסק בחיבור אחר שלו בשאלה, **מה טיבם של דברים?** איך מסבירים אובייקטים/עצמים בעולם? בניסיון להשיב על שאלה זו, אריסטו פיתח את **תורת 4 הסיבות**.

הטענה של אריסטו כללית מאוד ומדברת על כל אובייקט קיים- אנשים, צמחים, עצים וגם אובייקטים דוממים כמו נהרות והרים. לטענתו, כל אובייקט בעולם (הפיזי והלא פיזי) מורכב מארבע סיבות שמכוננות אותו. ז"א- יש 4 סיבות שקיימות בו זמנית ומכוננות כל אובייקט בעולם- כדי להבין כל אובייקט צריך להבין את סיבותיו.

**4 הסיבות:**

1. **סיבה חומרית**- כל אובייקט זקוק לסיבה חומרית, ממה הוא עשוי. למשל: חומר האדם-עצמות, בשר ודם.
2. **סיבה צורנית**- מה הופך אובייקט למה שהוא? הצורה שלו. כדי שאובייקט יהפוך למה שהוא- צריכה להיות לו צורה. ישנה הבחנה קלאסית בין חומר לצורה. הצורה היא **מהות האובייקט**. כל אובייקט, על מנת שיהא מה שהוא, לא מספיק שיהיה לו חומר, אלא **צריך להיות לו מהות מסוימת שתהפוך אותו למה שהוא**. אלמלא אותה מהות, הוא לא אותו דבר, אלא משהו אחר. למשל: מה שהופך אדם לאדם היא הצורה שלו ולא החומר שממנו הוא עשוי. ומהי הצורה של האדם-מה מהות האדם? היכולת הקוגניטיבית-השכלית שלו.

המהות מתלכדת עם החומר, והיא הופכת אותו לזהות שלו (גוף של מת- איננו אדם, אין לו יכולות קוגנטיביות).

1. **סיבה פועלת**- לכל אובייקט, כשהוא נוצר, יש משהו שגרם לו להיווצר, הוא לא נוצר סתם. זוהי הסיבה הפועלת. הסיבה הפועלת של האדם הם הוריו שיצרו אותו.
2. **סיבה תכליתית**- סיבה מעט מוזרה. ע"פ אריסטו, כל האובייקטים הפיזיים נמצאים בתהליך מתמיד של התהוות והיפסדות (התהוות וכיליון). כל אובייקט נמצא בתהליך משתנה-הוא אף פעם לא נשאר אותו דבר. כל דבר מתהווה ולאחר מכן נפסד (מפסיק להתקיים, מתכלה, או הופך להיות משהו אחר). זהו תהליך שחל גם על אובייקטים פיזיים וגם על קבוצות כמו – חברות, מדינות, מערכות משפט וכו'.

לפי אריסטו, העובדה שאובייקטים נמצאים בתהליך של הוויה והיפסדות הוא לא עניין מקרי ושרירותי בלבד. **לתהליכי ההוויה וההיפסדות של אובייקטים יש חוקיות פנימית מסוימת**. החוקיות הזו גורמת לכל אובייקט להתפתח לפי תכלית- לנוע לכיוון התפתחותי מסוים שהופך אותו למה שהוא. זהו תהליך של יציאה מן הכוח (פוטנציה) אל הפועל (אקטואליה)- עובר הוא בעצם בוגר בפוטנציה**.** עובר אדם לא יהפוך להיות נמר, כי העובר הוא אדם בוגר בפוטנציה. והתהליך הזה הוא תהליך שמעביר אותו ממצב פוטנציאלי למצב אקטואלי. כך גם שיח לא יהפוך להיות פרה. האובייקט מתפתח לפי טבעו. הדבר הזה נכון לגבי חיות, צמחים ובני אדם, והחידוש של אריסטו הוא שגם חפצים מלאכותיים עושים זאת. מה שגורם להם לצאת מן הכוח אל הפועל הוא הסיבה התכליתית החבויה בכל אובייקט בתהליך קבוע לפי חוקיות מסוימת. הסיבה התכליתית קשורה באופן עמוק לסיבה הצורנית, היא הצורה הגלומה בחומר.

**מה שמכוננן כל אובייקט הקיים במציאות והופך אותו להיות האובייקט שהוא, הן ארבעת הסיבות לעיל, המשולבות זו בזו ומתקיימות במקביל.** לדוג':

* **כיסא**- על מנת שהוא יהיה כיסא, הוא זקוק **לסיבה חומרית**- עץ, פלסטיק וכו'. **סיבה צורנית**- יש צורך בצורה של כיסא. אם לאובייקט תהיה צורה אחרת, לא יהא מדובר בכיסא. **סיבה פועלת**- נגר יצר את הכיסא, הוא הסיבה לכיסא, הוא בנה אותו. יש המון כיסאות שונים המעוצבים ונראים אחרת אחד מהשני- איך זה שאנו יודעים לזהות את כולם ולא מתבלבלים בין כיסא לשולחן? היכולת שלנו לזהות אובייקטים למרות השינויים המראה החיצוני שלהם (הסיבה החומרית) קשורה ליכולת שלנו לזהות את המהות של האובייקט שהופכת אותו למה שהוא- המהות קשורה לסיבה הצורנית שלו.
* **אדם**- מה שהופך אובייקט לאדם הוא לא רק **הסיבה החומרית**-בשר ודם, אלא יש צורך גם בצורה של אדם-**סיבה צורנית**- שכל, יש לחשוב על המהויות ההופכות את האובייקט לאדם- יכולת שכלית-קוגניטיבית, להבחין בין טוב לרע. אם החומר זהה, אך הצורה חדלה מלהיות אותה צורה (לא טבועה באובייקט), אין מדובר באותו אובייקט. **כל אובייקט הוא שילוב של חומר עם צורה. לפי אריסטו, אין דבר כזה חומר בלי צורה. על מנת שיהא אובייקט, יש צורך בשילוב בין החומר לצורה.** בכל עת שאובייקט מפסיק את צורתו, הוא יקבל צורה אחרת (אובייקט אחר). **סיבה פועלת**- הורי האדם יצרו אותו.

הטענה של אריסטו היא שלכל אובייקט יש טבע מהותי שטבוע בו וזה החומר, שעליו מובנת הצורה שמשתנה לפי התכלית המסוימת לפי האופי שלו והתכלית הזו מובילה אותו לקראת השלמות שלו- זוהי יציאתו מהכוח אל הפועל לפי טבעו.

מספיקות עצמית- אובייקט שיכול לספק לעצמו את כל צרכיו כדי להתקיים לפי טבעו. אובייקט שלא יכול לספק לעצמו את צרכיו צריך לבוא בשיתוף פעולה עם מישהו שיסייע לו.

איפה נכנס עניין הפוליטיקה אצל אריסטו?

**פסקה 7**- אריסטו חשב שהמדינה, דהיינו החיים הפוליטיים ושיתוף פעולה בין בני אדם בהיקשר חברתי – הוא טבעי לבני אדם. למה? אריסטו ואפלטון הגיעו למסקנה כי בני אדם אינם מספיקים לעצמם (אינם אוטרקיים). כלומר, לצורך הקיום הפיסי, הרגשי, האינטלקטואלי בני האדם חייבים לשת"פ ולחיות באינטראקציה עם בני אדם אחרים. מה הגורם שקובע האם היצור מספיק לעצמו או לא? כמות הצרכים והיכולות. **ככל שהצרכים יותר גדולים והיכולות פחות גבוהות כך האדם לא יספיק לעצמו ברמה גבוהה יותר**. שתה"פ הוא חיוני לקיום האנושי. הקיום החברתי-פוליטי הוא טבעי לאדם. הקיום הפוליטי במסגרת של מדינה אינו עניין מלאכותי אלא הוא חלק בלתי נפרד מהטבע של בני אדם ולולא זה הם לא יכולים לצאת מכוח אל הפועל, לממש את תכליתם ולהגיע לשלמות. לכן המדינה היא טבעית לבני האדם.

המדינה בעידן ההוא, מתייחסת לסדר גודל של כמה מאות-אלפי בני אדם. כיום, שיתוף הפעולה בין בני האדם הוא שיתוף פעולה גלובלי. אלו הם שת"פ מאוד מתוחכמים, וגדיעה או צמצום של שיתופי הפעולה הגלובליים הללו תרחיק אותנו מהשגת השלמות וניצול התכלית האנושית (כמו מציאת תרופה לסרטן שמתבצעת ע"י שת"פ בין עשרות מקומות וחוקרים בעולם).

שתה"פ לפי אריסטו הוא רחב וכולל 3 מעגלים: **משפחה** (בית אב) **–** **כפר – מדינה**.

**שיתוף הפעולה נעשה בכמה מישורים:**

1. **הצרכים החיוניים לשם קיום-** בגדים, בית, מינימום בריאות- בני אדם לא יכולים לספק כל זאת לעצמם.

טענתו של אריסטו היא ששיתוף הפעולה הזה הוא טבעי, במובן שהוא נעוץ בעצם קיומם של בני אדם ולא ניתן לדמיין קיום אנושי לא במסגרת של מדינה (=כמה כפרים עד כדי קיום פוליטי). קיום פוליטי הוא טבעי למין הזה. מהות האדם להיות מדיני. **המדינה בהיותה המסגרת החיונית לקיום בני אדם, היא המאפשרת לבני האדם לצאת מהכוח אל הפועל, לממש עצמם, להתפתח ולכן המדינה היא לא רק טבעם, אלא גם מה שטוב להם ויכולה להביא אותם לידי שלמות**.

1. צרכים קוגניטיביים, רגשיים ומנטליים- האינטראקציה בין בני אדם חיונית לכל אחד מבני האדם כדי שיהפוך להיות משהו. כל הקיום המנטלי והקוגניטיבי שלנו מתהווה ויוצא מהכוח אל הפועל בעקבות אינטראקציה עם גורמים הסובבים אותנו. זה היבט של מימוש עצמי במובן "מודרני"- מאפשר לאדם להיות מה שהוא רוצה להיות- עו"ד, רופא, מטפל וכו'.

-ככל שעצם כלשהו איננו מספיק לעצמו ודורש שת"פ עם אובייקטים אחרים הוא מכונה "יצור פוליטי".

אם המדינה היא טבעית, אז הוא משפט הוא חלק אינטגרלי מהתארגנות של מדינה ולכן המשפט הוא טבעי לנו.

**פסקה 8**

אריסטו מגיע להבחנה בין סוג ההתאגדות של בני אדם לבין סוג ההתאגדות של בעלי החיים.

**מה מבדיל בין שיתופי הפעולה של בני אדם לבין שיתופי הפעולה של בעלי החיים? מה מבחין בין בני אדם שלא מספיקים לעצמם לבין בעלי חיים שלא מספיקים לעצמם?**

אריסטו אומר שלבני אדם יש את **"כוח הדיבור"** ועל בסיס כוח דיבור זה מבוסס הקיום הפוליטי שלהם. **כוח הדיבור בעיני אריסטו הוא הביטוי הפיזי למה שמכונה "היכולת השכלית"** [בתפיסה היוונית יכולת הדיבור היא הביטוי הפיזי-חיצוני ליכולת השכלית]. הרציונל של כוח הדיבור קשורה ביכולת של **ההכרה המוסרית- ההכרה של הצדק והעוול**. **בזה שונים בני אדם מבע"ח שאין להם את ההבחנה בין הצדק לעוול, אלא יש להם את יכולת ההבחנה בין המזיק והמועיל להם.** בני אדם יכולים להבחין גם בין מזיק ומועיל, אך יש להם יכולת נוספת והיא היכולת להבחין בין טוב לרע, בין הצדק לעוול (=הכרה מוסרית). ההכרה המוסרית אם כן, טבועה ביכולת השכלית. טענתו של אריסטו היא שבגלל יכולתם השכלית ובגלל כוח הדיבור שמבטא את יכולתם השכלית, שיתוף הפעולה של בני האדם מבוסס לא רק על כאב וסבל, אלא גם ובעיקר על הבחנות מוסריות של צדק ועוול.

* **ההבחנה בין מועיל וצודק**- פעולה צודקת שונה מפעולה טובה או מועילה. דוגמאות לצדק: למשל עונש צריך להיות צודק- כשיש הלימה בין המעשה לבין העונש. כשאין הלימה אנו חושבים שהעונש איננו צודק. עוד דוגמא- אפליה מתקנת. פעולה מועילה- משהו שעושה לנו טוב, גורם לנו להרגיש טוב. בעל חיים ידע לומר אם דבר מסוים מועיל או מזיק לו, אך לא ידע לומר האם פעולה מסוימת היא צודקת או לא צודקת.

הרצאה 7 – 23.04.17

משמעות הדבר ע"פ אריסטו:

1. **טבעי לבני אדם לחיות חיים פוליטיים,** חיים אלה מחייבים הסדר וההסדרה היא טיבה של מערכת המשפט. שיתוף פעולה זה מושתת על ההכרה הרציונלית שלהם שהיא ההבחנה בין צדק לעווול.
* צדק ועוול לא תלויים בתרבות, אלא זה חלק מהטבע האנושי. הטבע שלנו מחייב אותנו לשתף פעולה ולחיות בתוך מדינות.
* הצדק והעוול מחייב מערכת יסודית של חוקי מוסר, שנגזרים מהכרה רציונלית בין צודק ומעוול ובין טוב ורע. היסודות של מע' המשפט- לא תלויה בתרבות.
1. מהות בני האדם היא רציונלית=חושבים במונחי צדק ולא רק מה שמועיל. לכן מערכות המשפט יתבססו על מוסריות. **הטענה היא שהחשיבה במונחי צדק היא ממהותנו כבני** אדם (בניגוד לקב' אחרות- כמו למשל של בעלי חיים).

מאחר ובני אדם משתפים פעולה, שיתוף הפעולה נעוץ בטבע שלהם- יכולתם השכלית. מרכיב מרכזי ביכולתם השכלית היא ההכרה השכלית שלהם. בעלי חיים שאין להם יכולת שכלית אין להם יכולת אבחנה מוסרית.

מה שמייחד את המדינה בעיני אריסטו בניגוד לבעלי חיים אחרים שמשתפים פעולה כחלק מטבעם הוא ההבחנה בין טוב לרע, צדק ועוול. **זה חלק ממהותנו כבני אדם בעלי כושר שכלי**.

על בסיס כך מבוססת השותפות המדינית. למרות הבדלים בין חברות שונות של בני אדם, יש משהו יסודי ובסיסי המאחד את כל החברות, ונתפס בעיניהן כצדק מן הטבע. גם אם זה ללא קיים בחברה מסוימת, כי החברה "ירדה מהפסים", אין זה אומר שזה לא טבעי, כי יש הרבה תאונות בטבע.

פסקה 9

"וכן קודמת המדינה על פי הטבע על הבית..."- יש קדימות של המדינה על פני הפרט שמרכיב אותה. הגוף שחשוב הוא הגוף שמספיק לעצמו- שזוהי המדינה, והפרטים שמרכיבים אותה הם מעין איברים שמרכיבים אותה. בדומה, לגוף האדם יש קדימות על פני איבר מסוים שמרכיב את הגוף. היד לא חשובה אם היא לא מחוברת לגוף. שחקן כדורגל לא חשוב אם הוא לא חלק מקבוצה. הקבוצה היא שמגדירה את הפרט-את שחקן הכדורגל.

אריסטו רוצה לטעון שבהינתן טבע המדינה וטיבם של בני האדם כיצורים רציונליים ומהותם המדינית, פירוש הדבר ששתה"פ שלהם, מדינתם, צריך להיות מבוסס על מהותם כיצורים רציונליים שעושים את ההבחנה בין צדק לעוול. שתה"פ של בני האדם מושתת על הרציונאליות שלהם, שהיא הכרתם המוסרית.

אריסטו אומר שהמדינה משום טבעיותה, קודמת לפרט. אריסטו מדמה את המדינה לאיבר בגוף. איברים בגוף אינם עצמים, אלא קיימים מעצם תפקודם בגוף. הזיקה לגוף הוא שמעניק את המהות והופך אותם למה שהם. היד היא יד רק אם היא חלק מהגוף. אם מנתקים אותה גוף ומכנים אותה יד, יש כאן טעות הנקראת "שיתוף השם", עדיין קוראים לה יד, למרות שאיננה יד מתפקדת בפועל.

כיוון שהמדינה הגוף היחיד שהוא מספיק לעצמו, הפרט שתלוי בו הוא מעין אורגן של הגוף הרחב ולא ניתן לראותו כאינדיבידואל משום שלצורך הקיום שלו הוא צריך לשתף פעולה, כל הפרטים הם איברים של גוף הרבה יותר רחב.

העיסוק בתקופת אריסטו בפוליטיקה היה אידאל ראשון במעלה. משום שאם כל דבר שנשיג לא מותנה בנו אלא כחלק מגוף פוליטי, ככל שהמדינה תהיה גוף תקין יותר ופועל טוב יותר, ההישג הוא של האדם. התפקוד של החברה באופן הטוב ביותר מאפשר לנו להשיג את הצרכים שלנו. ככל שהמדינה יותר מסודרת, מאורגנת ויוצרת תנאים טובים יותר לכל פרט לממש את עצמו- כך היא מסגרת טובה יותר להביא אנשים להוציא את עצמם מהכוח אל הפועל.

מהו הארגון הטוב ביותר המתאים לבני אדם? זו שאלת מפתח ביכולת בני האדם להתפתח. אחד הוויכוחים הגדולים בין הליברליות המערבית לסוציאליסטית הקומוניסטית- איזה אידיאולוגיה היא זו שמובילה להישגים האנושיים הגדולים ביותר.

מה הקשר של המשפט לכל זה**?**

על מנת לשתף פעולה, בני האדם מבטיחים הבטחות. אם בני האדם לא יאמרו אמת ויקיימו הבטחות, לא יתבצע שיתוף פעולה. על מנת שהמנגנון יהיה יעיל, מערכת המשפט נותנת גיבוי למערכות מסוימות. כשערך אמירת האמת בחברה נפגע- היכולת של החברה לתפקד יורד פלאים.

הרעיון של חוק החוזים הוא תנאי לחברה אנושית.

אדם שאיננו חלק מהמדינה- הוא בהמה או שהוא אלוהות.

העוול הנורא מכל הוא כלי הנשק והמלחמות. שכלנו יכול להביא גם לתוצאות רעות, ותכליות הפוכות. אדם שחסר לו את השלמות הוא הפושע והפרוע בבעלי החיים.

הצדק הוא הבסיס לקיום המדיני, אשר מיוסד על עקרונות המשפט.

אריסטו מדגיש שהשכל הוא הכלי הנעלה ביותר- שיכול להביא את האדם למימוש השלם והמלא ביותר, אך כשם שהוא יכול לעשות את הדברים הנעלים והמתקדמים ביותר, השכל מסוגל לעשות גם את הדברים הנוראיים ביותר.

## ספר "האתיקה הניקומאכית"

אחד החיבורים המפורסמים ביותר בפילוסופיה, השפיע רבות על הרמב"ם (הרמב"ם אף מציין זאת בחיבורו). מי שסיכם אותו היה ניכומכוס, בנו של אריסטו.אריסטו עסק לא מעט בכתיבת חוקות למדינות.

שם אריסטו מפתח את הגישה של **"דרך האמצע".** אריסטו עוסק בכמה פרקים ביסודות ועקרונות של המשפט.

אחד מהאפיונים של אריסטו זה שלצד חשיבה פילוסופית אבסרקטית, היה לו חוש להתבוננות בתופעות קונקרטיות וריאליות בהקשרים שונים. חלק מעוצמת הפילוסופיה שלו זה היכולת מחד לטעון טענות מופשטות ומאידך להתאימן למציאות מגוונת ומשתנה.

הוא ראה שיש יסודות משותפים לכל חוק- "הצדק מן הטבע". זה נגזר מטבעו של האדם כחיה חברתית ומהיותו רציונלי. מכיוון שזה טבעו של האדם- זה נטוע בטבעו הרציונלי. בחברה נורמלית זה החוק בכל מקום ומקום. זה החוק שהוא מכנהו **"הצדק מן הטבע"** שהוא שריר בכל מקום ולא תלוי בחברה. **"צדק מן החוק"-** צדק שנתפס כמחייב מנק' מבט משפטית כיוון שהוסכמו. אותם דברים יכולים להיות שונים ממקום למקום. אותו דבר עצמו יכול היה להיות מוסדר באופן אחר, אך מרגע שבני האדם הסכימו על חוק הוא הופך למחייב כצדק מן הטבע. ניתן לזהות 2 יסודות במע' שמעורבבים.

* **צדק מן הטבע=** צדק טבעי, רציונלי. נגזר מהרציונליות והיכולת להבחין בין טוב לרע וצדק ועוול, חייבים להיות זהים בכל חברה אם החברה רוצה לממש עצמה. בכל מערכות משפט אנו יכולים לחלק את כלל הכללים למה שנגזר מהטבע ולא ניתן לדמיין חברה בלי הכללים האלה (האיסור לרצוח, האיסור לשקר, החובה לקיים הבטחות, לכבד הורים וכו') שמתרגמים אותם לחוקים. הוא לא מותנה במהותו בהסכמה של בני אדם.
* **צדק מן החוק**= פונקציה של הסכמה. מרגע שהוסכמו הם תקפים מכוח ההסכמה ולא מכוח היותם רציונליים, כיוון שאם היו רציונליים הם היו קיימים כצדק מן הטבע. מרכיבים משתנים מחברה לחברה, שהם חיוניים. התוקף ניתן מהסכמה אך לא מן הטבע.

**כיצד מבחינים ביניהם?** צדק מן הטבע- לא יכול להיות שלא קיים (אלא אם יש תאונה בחברה והחברה מקולקלת). אלו דברים החיוניים לסדר חברתי. איך אנו יודעים מהו צדק מן הטבע? למשל שקר- האיסור לשקר זהו צדק מן הטבע. מדוע? מכיוון שלא ניתן היה להחליט אחרת. אם אנשים היו חושבים שזה בסדר לשקר- אז אף אחד לא היה משקר. למה? כי מרוב שקרים אך אחד לא היה מאמין- ואם אף אחד לא מאמין לך, זה לא נחשב שאתה משקר. אם כן, אמירת אמת היא תנאי הכרחי לשיתוף פעולה בין בני האדם והרי אמרנו ששיתוף פעולה הוא תנאי הכרחי למימוש הפוטנציאל- לכן האיסור לשקר הוא צדק מן הטבע.

צדק מן החוק- עצם ההחלטה היא זאת שקובעת. למשל: צד הנסיעה בכביש. איך נדע שזהו צדק מן החוק? נשאל את עצמנו "האם היה ניתן להחליט אחרת?" אם היה ניתן להחליט אחרת- זהו צדק מן החוק (אם לא ניתן היה להחליט אחרת-זהו צדק מן הטבע). ההסכמות הן לא בהכרח שרירותיות- העיקר שנחליט, אלא לעיתים יש סיבות רציונליות להחלטה, למשל: גובה קנס מסוים. לדעת אריסטו צדק מן החוק לא מתקבל בניגוד לרציונליות, אלא אלו החלטות מדיניות-פוליטיות שלא יכולות להתקבל ע"י הכרעה רציונלית בלבד.

אריסטו שם לב שכאשר ישנם חוקים בעלי אופן רציונלי, אך ישנם גם חוקים שבהם ההחלטה שרירותית. ההחלטה צודקת לא מכוח התבונה אלא מכוח ערך קבלת ההחלטה.

קבלת ההחלטות של צדק מן החוק מתבססות לעיתים על צדק מן הטבע.

המהפכות הגדולות בפילוסופיה ובתורת המשפט התחוללו בחשיבה המערבית עם בוא תקופת ההשכלה.

הרצאה 8 – 03.05.17

**תאריכים עדכניים ל-2 ניירות עמדה הבאים:**

1. 10.05 יום רביעי- שו"ת, 14.05 יום ראשון – כתיבה.

נושא נייר העמדה- חובת הציות לחוק-האם ישנה חובה מוסרית לציית לחוק.

2 פריטי קריאה בעברית- (1) דיאלוג של אפלטון-קריטון (2) מאמר של חיים - היסוסי חובת הציות לחוק.

1. 18.06 יום ראשון- שו"ת, 21.06 יום רביעי- כתיבת נייר העמדה.

**ב. פוזיטיביזם**

**ג'ון אוסטין**

פילוסוף אנגלי שחי בין השנים 1790-1859. אוסטין מכונה "אבי היוריספרודנציה האנליטית". אוסטין השתייך לקב' של פילוסופים רדיקליים. הוא מכונה- "אבי הפוזיטיביזם". **הארט** היה מבקרו הגדול אוסטין, מתח ביקורת חריפה עליו ובנה את התיאוריה שלו על בסיס ביקורת זו (לכן לא ניתן להבין את הארט ללא למידה של אוסטין). אוסטין היה תלמיד של **ג'רמי בנת'האם** ושל **ג'ון סטיוארט מיל** שהיו אינטלקטואלים שמחד עסקו בפילוסופיה ותיאוריה של המשפט ומאידך את התיאוריות הללו הם ניסו ליישם על אנגליה של אותה תקופה, שהייתה אימפריה. משם ייצאו חלק גדול מהתפיסות לכל הקולוניות הבריטיות, ובין היתר מאוחר יותר גם לישראל, דבר שעד היום משמעותי לתרבות הפוליטית והמשפטית בישראל.

**ג'רמי בנת'האם** היה מורו והוא התחיל את המסורת והגישה. בנת'האם, אוסטין וממשיכיהם יצרו תיאוריית משפט משום שחשבו שזה ישמש ככלי מרכזי לעשיית רפורמות. הם ניסו ליישם את התיאוריות במשפט האנגלי על ענפיו השונים (התקופה הייתה המהפכה התעשייתית שחייבה שינויים משפטיים מרחיקי לכת בכל תחומי המשפט. למשל ב- מיסים, זכויות, דיני עבודה וכו'). **כל הקבוצה נחשבו להוגים רדיקליים כיוון שחשבו שבאמצעות חשיבה פוליטית ותורת משפטית, בין השאר באמצעות ההבחנה הדרמטית בין החוק כפי שהוא לבין החוק כפי שראוי להיות** (דבר שמתאפשר ע"י מבנה מחשבה פוזיטיביסטי, לעומת הנון-פוזיטיביסטים שרצו לטשטש את ההבחנה) **הם יוכלו לזהות את החוק כדי לבצע רפורמות**. בנת'האם הקים אוניברסיטאות בלונדון לשם פתיחת ההשכלה לציבור הרחב שהוא לא רק האליטה הגברית הלבנה של אותה התקופה.

המטרה של אוסטין היא להסביר את החוק הפוזיטיבי.

אוסטין מדמה את החוק למשהו שהוא דמוי חוק ודרך השוואה זו הוא יוכל ללמוד על החוק.

מה מאפיין את המשפט בהשוואה למערכות דמויות חוק? מה מאפיין את החוק המשפטי בהשוואה למערכות אחרות שעוסקות בחוקים? (כמו חוקים דתיים או מוסריים).

כדי להבין מה זה חוק פוזיטיבי, אוסטין מנסה קודם כל לענות על השאלה **מהו חוק?**

**חוק**- פקודה הניתנת מיצור תבונה אחד לאחר, כשלנותן הפקודה יש כוח או סמכות שהוא יכול להפעילו כלפי מקבל הפקודה. ביסוד החוק עומדת הפקודה.

**פקודה**- מבע רצון של יצור תבוני אחד כלפי יצור תבוני אחר, שאותו יצור תבוני יבצע פעולה/יימנע מלעשות פעולה, כאשר נותן הפקודה מפעיל את מבע הרצון על מקבל הפקודה, כאשר למבע הרצון הזה מוצמדת סנקציה, נותן הפקודה מאיים בהפעלת הסנקציה.

**סנקציה**- ספיגת נזק כל שהוא.

פקודה זה סוג של מבע רצון, כלומר כשאדם פונה לאדם אחר ומביע את רצונו לכך שיעשה פעולה.

יש מבעי רצון שאינם פקודה- כמו משאלות, בקשות, חיוויים וכו'.

יש מבעי רצון שהם פקודה- הבעת רצון, כשלרצון מוצמדת סנקציה. הסנקציה יכולה לחול על מקבל הפקודה אם לא יעשה כרצון הפוקד.

* אוסטין טוען שגם אם מתנסחים בצורה של פקודה אך לא הצמידו אליה סנקציה לא מדובר בפקודה.
* בדר"כ לפקודות יש מתאם דקדוקי של פקודה, אך זה לא תמיד כך.
* לא לבלבל בין המבנה הלשוני להגדרה- פקודה לא חייבת בלשון של פקודה (דוגמת הטבעת).
* אם אין סנקציה, או שלחילופין יש סנקציה אך היא לא ניתנת להפעלה.
* מה שצריך להתקיים לצורך פקודה זה מבע רצון בין יצור תבוני אחד לאחר, כשיש כוח כלשהו לראשון והביטוי לכוח זה הסנקציה.

יש לבצע הבחנה בין פקודות שהם חוקים כי יש להם אופי כללי, לבין פקודות שאינם חוקים (לא בעלות אופי כללי).

חוק הוא פקודה, אך לא כל פקודה היא חוק, כיוון שיש צורך ביסוד הכלליות.

יסוד הכלליות כולל 2 רכיבים:

1. **כלליות מצד סוג הפעולה**- דיבור על סוג מסוים של פעולה, לדוגמא: "קדימה הסתער", "תשטוף עכשיו כלים" - אלו לא חוקים אלא הוראות ספציפיות, צווים.אלו למעשה פקודות.
2. **פונה למכלול בני אדם (ולא אדם ספציפי)**- פנייה לקבוצה רחבה של בני אדם.

ז"א, כדי שפקודות יהפכו לחוק הן צריכות גם לדבר על סוג פעולה מסוים וגם לפנות לציבור רחב.

* אוסטין מדבר יותר על סוג הפעולות ולא האנשים (נניח אדם שקובע חוקים לילדו).

**מושג הפקודה**- אוסטין קושר את מושג הפקודה למושג החובה ולמושג הסנקציה.

**סנקציה, פקודה וחובה הם 3 היבטים של אותו דבר עצמו**- מי שקיבל את הפקודה נמצא במצב של חובה. המרכיב שיוצר את החובה בתוך הפקודה הוא הסנקציה. אנו חייבים לעשות מעשה מסוים כי אם לא- נספוג רוע או נזק. רק במצב שאנו צפויים לספוג רע אנו חייבים. פקודה יוצרת חובה, שנגזרת מהסנקציה שהיא רכיב ממושג הפקודה. לדוגמא: החובה לשלם דו"ח- האדם יכול לצפות את הנזק שייגרם (הקנס הכספי). ז"א, לפי אוסטין- סנקציה חייבת להיות שלילית-להטיל על האדם חובה. וסנקציה חיובית (שמבטיחה פרס)- היא איננה סנקציה ולכן זו לא פקודה.

במצב שיש מבע רצון שאינו פקודה אין את יסוד הסנקציה ולכן אין את יסוד החובה.

מבע רצון (רצון+מילים)

חוקי בני האדם

חוקים (כלליים)

שאינן פקודות (״מוסר פוזיטיבי״)

פקודות (סנקציות)

חוקי ב״א לב״א (לא ריבון)

חוקי האל

פקודות שאינן חוקים (צווים פרטיים)

חוק פוזיטיבי (ריבון)

**אוסטין טוען שיש להבחין בין חוקים של בני אדם לבין חוקי האל.**

בעיני אוסטין האל הוא יצור תבוני וכשהוא נותן חוקים הוא יכול לתת חוקים ספציפיים או בעלי אופי כללי. ברגע שהאל נותן חוקים כלליים (שמכונים חוקי טבע) הוא יכול לתת פקודות כלליות לבני אדם ויש לכך אופי של חוק. זה עונה על מושג החוק, אך זה לא עונה על החוק הפוזיטיבי שהוא מעניין את המשפטנים, שהוא סוג מסוים של חוקים של בני אדם. ישנם מבעי רצון של האל שאינם חוקים, ובמקרה זה מבחינים בין חוקים להוראות אחרות ע"י סנקציה.

**בתוך מסגרת של חוקים של בני אדם יש הבחנה בין חוק פוזיטיבי לבין חוק לא-פוזיטיבי.**

* **החוק הפוזיטיבי-** ניתן ע"י הריבון של אותו גוף פוליטי. הריבון של הגוף הפוליטי הוא זה שיוצר את החוק הפוזיטיבי. ישנם חוקים שניתנים ע"י גורמים שאינם הריבונים. הם יכולים ליצור חוקים, אך הם לא פוזיטיביים.

משפט הפוזיטיבי- יש שני סוגים של פקודות: (1) פקודות הריבון. (2) פקודות בני אדם שאינם ריבונים.

**ריבון**- אותו גוף/אישיות שזוכים להרגל ציות והם עצמם אינם כפופים לשום גורם אחר מעליהם בהתנהגותם. לכן הריבון לא כפוף לחוק.

אוסטין לא חושב שלא כל ריבון הוא בלתי-מוגבל בהחלטתו. בנסיבות פוליטיות מסוימות כל עוד הוא ריבון פירוש הדבר שהוא זוכה לציות ואינו מציית לגורם מעליו. זה מבחין בינו לבין אנשים שיוצרים חוקים שאינם פוזיטיביים, למשל: בוס בעבודה, מפקד בצבא, הורה. יש היררכיה וניתנות פקודות בעלות אופי כללי וכך נוצר חוק, אך החוק שנוצר הוא אינו פוזיטיבי. הריבון עצמו אינו כפוף לשום גורם אחר.

הריבון יוצר את החוק הפוזיטיבי- החוק הוא פונקציה (עמדה) של הריבון. כיצד נדע שחוק הוא חוק? כאשר מדובר במבע רצון של מי שהוא ריבון, שמוצמד אליו סנקציה.

**חוק שהוא ספציפי הוא חוק לקוי, משיג מטרות שליליות.**

לפי אוסטין, כאשר מדברים על פקודות במובן של חוקים, ניתן לעשות הבחנה בין חוקים של בני אדם ובין חוקי האל (גם האל נותן חוקים, יש לו מבע רצון, הוא יצור תבוני). אוסטין לא כופר בעובדה שיתכנו חוקים אלוהיים, יתכן שיהיו חוקים אלוהיים. אולם, חוקים אלו לא מעניינים את מי ששייך לעולם המשפט – זה לא חוק פוזיטיבי. לפי התפיסה התיאולוגית של אוסטין, האל נותן פקודות, הן בעלות אופי כללי (מוסרי ועוד), אך חוקי האל לא קשורים לתורת המשפט, אלו לא החוקים המעניינים את תורת המשפט. **מדוע זה נקרא פוזיטיבי**? למונח פוזיטיבי מובנים רבים. בהקשרו של אוסטין, **"פוזיטיבי" נובע מהמונח "עמדה"- חוקים שמקורם במי שמחזיק בעמדה מסוימת, בדר"כ זהו הריבון**. פוזיטיביזם מדבר על עובדה, בניגוד לערך, משהו מופשט. מדובר על עובדה קונקרטית, שניתן להצביע עליה. במובנו של אוסטין, **החוק הפוזיטיבי הוא עובדה ולא ערך, כי הוא סוג של עובדה חברתית. העובדה החברתית היא מבע הרצון של הריבון, פקודה אליה הצמיד סנקציה**. ניתן להצביע על קיומה של העובדה הזו. זו לא הצבעה על ערך או איזה אידיאה, או עיקרון מוסרי. היא קרתה ברגע מסוים, יש לה ביטויים עובדתיים שניתן לזהותם ולכן תוקפם הוא פונקציה של קיום עובדה זו.

אז מהו החוק לפי תאוריית הפקודה של אוסטין? **זיהוי של הריבון ופקודות שהוא הוציא.** כל דבר אחר אינו חוק. זה יכול להיות מוסר פוזיטיבי או הוראות של בני כלפי אדם אחרים. יכול להיות סנקציות אך לא סנקציות של הריבון שמקורם בריבון. ייחוד הסנקציות של הריבון הם בכך שרק הוא יכול לבצעם. את סמכויות הריבון אפשר להאציל.

מהו החוק מתוך ההקשר של תיאוריית הפקודה של אוסטין?

חוק בודד לפי אוסטין- חוק הוא פקודה כללית של הריבון, כלומר אותו מבע רצון שמלווה בסנקציה. איך נבדיל בין מוסד של חוק למוסדות דמויי חוק כמו המוסר והדת? המשפט שונה מהמוסר הפוזיטיבי כיוון שניתן לאתר את מוצאו. מוסר-מקורו בהחלטות של החברה, ללא סנקציה ובמיוחד לא של הריבון. חוק פוזיטיבי=החלטה של הריבון שמלווה בסנקציה.

מתי נדע שנורמה היא תקפה? יש להצביע על הריבון ופקודותיו, היינו על מבעי הרצון אליהם הוא הצמיד סנקציה. לזיהוי חוק יש לזהות את הריבון, מבע רצון וסנקציה.

מהי חובה משפטית לפי אוסטין ובמה היא נבדלת מחובה מוסרית? חובה משפטית לפי אוסטין= מצב שבו אני כפוף לסנקציה, בעצם יש חשש מסנקציה, אם לא אעשה את החובה אני אספוג נזק. חובה מוסרית- יכולה להיות סנקציה לא של הריבון, ותחושה של מחויבות.

**אם הסנקציה לא מועילה- אז החוק לא מועיל..**

**לסיכום תורת הפקודה של אוסטין:**

מתי נדע שנורמה היא תקפה? צריך לראות הבעת רצון, שמלווה אליה סנקציה מפי המחוקק, ועדיין יש רצון למחוקק שהיא תתקיים.

למה פקודה נחשבת מחייבת? זאת בעקבות הסנקציה שהמחוקק מצמיד למבע הרצון שלו. זה יכול להתבטא בצורות שונות, וזה אפילו תלוי משטר. החובה נגזרת מתוך הרצון של האדם להימנע מהנזק.

בסגנון הדיבור של ימינו אנו נוטים להשתמש במילה ״חייב״ פעמים רבות במקרים בהם אין כל סנקציה העומדת מולנו. חשוב לשים לב, שבמקרים אלו לא יקרה מאום אם לא נעשה את הפעולות הללו (״אני חייב לאכול״), אך מה שמבדיל ביניהם לבין חובות אחרות הוא הסנקציה העומדת לצד החובה, והקנס שעלול להיות מאי קיום החובה.

**הפוזיטיביזם של אוסטין** – כדי לזהות מהו המשפט אנו לא צריכים להפעיל שיקולים בעלי אופי ערכי מוסרי, אלא הזיהוי של המשפט הוא אך ורק עניין לעובדה- עלינו לזהות מסגרת פוליטית שבה אנו יכולים להצביע לריבון ולהצביע לפקודות של הריבון שיש להן אופי כללי. אנו לא נדרשים להפעלת שיקולי מוסר וצדק- החוק לא חייב להיות צודק או טוב.

**הארט**

יהודי אנגלי שחי באנגליה במאה ה20, ונחשב לפילוסוף החשוב ביותר במאה הקודמת בתחום של הפילוסופיה של המשפט. חיבורו החשוב ביותר נקרא **The Concept of Law** (מושג החוק).

הארט מתח סדרת ביקורות על תיאורית הפקודה של אוסטין, שלא התירו הרבה מהתיאורה הזו, אך הוא בנה מנגד תיאוריה אלטרנטיבית עדינה ומתוחכמת יותר, שגם היא תיאוריה **פוזיטיביסטית.**

לקרוא לשיעור הבא-

ויכוח של הארט עם פולר :הארט פולר דיבייט.

המאמר של הארט (ישלח לנו עמודים)

פרק מהספר של הארט.

הרצאה 9 – 07.05.17

התחלנו לדבר על הארט. הלימוד עליו יתחלק לשני חלקים:

(1) סדרת הביקורות של הארט על אוסטין.

(2) תפיסה אחרת שמציע הארט גם היא תפיסה פוזיטיביסטית.

**לפי אוסטין החוק הוא פונקציה של הריבון.**

**גם בעיני אוסטין וגם בעיני הארט, העובדה שנעשית הפרדה בין מהו החוק לבין מה ראוי שיהיה החוק, היא בעלת חשיבות הן במישור המושגי, והן במישור המהותי (האם מעצם זה שהמחוקק אמר שיש לעשות פעולה מסוימת צומחת חובה מוסרית לציית לכך?)**

החובה המוסרית לציית לחוק אינה חובה מוחלטת, כיוון שברור שלא כל מה שהמחוקק אומר יש לבצע.

בהינתן שזיהוי החוק הוא עניין של עובדה - שאלת הציות לחוק היא שאלה נפרדת.

על העמדה של אוסטין מציע הארט סדרה של ביקורות.

**הביקורות של הארט:**

1. **מושג פקודה (התשתית הנורמטיבית)**-

לפי אוסטין- פקודה היא מבע רצון לפיו אדם אחד גורם לאדם אחר לעשות פעולה/להימנע מלעשות פעולה שאליה הוא הצמיד סנקציה.

הביקורת של הארט- **פקודה לא בהכרח מכילה סנקציה, קיימות פקודות במובן הנורמטיבי**. אם אנו חושבים באופן יותר ממוקד על רעיון הפקודה, נראה שהוא לא בהכרח מכיל כמרכיב הכרחי וחיוני את יסוד הסנקציה. מדוע? הארט טוען שאפשר לדמיין מצבים בהם אנשים נותנים פקודות מבלי שמוצמדת אליהם סנקציה.

הארט עושה הבחנה בין פקודה במובן לשוני לפקודה במובן נורמטיבי:

**פקודה במובן לשוני**- יימנע מ/ לא יימנע/ אסור/ מותר/ ציווי. ניתן לראות מנגד שמישהו יצר פקודה במובן לשוני אך לא התקיימו התנאים לפקודה במובן נורמטיבי.

**פקודה במובן נורמטיבי**- הארט נותן את "**דוגמת האקדוחן**״- אדם נכנס לבנק עם אקדח ביד לבנק ושודד את הפקיד. הוא נתן לפקיד פקודה ולצידה סנקציה (או שתיתן את הכסף או שאני יורה). לעומת זאת, ניקח לדוגמא מפקד בצבא שאומר לחייליו ״קדימה להסתער״/"30 שניות זוז"/"תהיו מוכנים מחר למסדר". שני בעלי התפקידים ניסחו את דבריהם במובן של פקודה. האם בשני המקרים הפקודה זהה במובן הנורמטיבי שלה? יש פעמים שאדם מציג מבע רצון במובן הנורמטיבי אבל **יש לשים לב למערכת היחסים בין שני הצדדים והקשר הספציפי שביניהם**. כך, מפקד בצבא מתבסס על הפקודה במובן הנורמטיבי, בעוד שבדוגמת האקדוחן הפקודה היא במובן לשוני בלבד- אין לפקודה זו ערך נורמטיבי, אלא היא איום בלבד.

מכאן עולה השאלה- כאשר המחוקק נותן פקודה, האם יש לה מובן לשוני או נורמטיבי? כשחושבים על פקודות במובן נורמטיבי, לא בהכרח חייבים לכלול בהם סנקציות. הרבה פעמים בעלי סמכות נותנים הוראות שהן לא בעלות סנקציה, ועדיין נאמר שניתנה פקודה במובן הנורמטיבי. לדוגמא: רב שנותן לאדם שמתייעץ איתו פסיקה הלכתית שמצווה עליו לבצע דברים מסוימים. מצד אחד, הוא נתן לו פקודה, מצד שני הסנקציה לא בהכרח קיימת (או שהסנקציה עקיפה בידי שמיים למי שמאמין). עם זאת, האדם סבור שעליו לציית מבלי שיש פה סנקציה בהכרח. בעצם, סמכותו של הרב היא לא בגלל הכוח שיש לו לאיים על האדם, אלא מתוקף סמכותו. אם כן, במערכות חברתיות מסוימות, גם אם יש בה היררכיה מסוימת, ניתן לזהות פקודות במובן נורמטיבי. **בשביל לתת פקודה צריך סמכות, ובשביל סמכות יש צורך במבנים חברתיים שניתן לתת ולקבל בהם סמכות, וזה מוביל למערכת נורמטיבית שמורכבת מתוך המבנים החברתיים הללו.**

הטענה של הארט המושתת על כך שכללים משפטיים הם כללים חברתיים, נועדה להכיר בכך שמערכת המשפט מושתת על התפיסה שלכללים המשפטיים יש מעמד נורמטיבי, הם נתפסים ע"י בני החברה, בעיקר ע"י הפקידות, ככללים מחייבים (נתפסים באופן שאנשים מצייתים להם ציות פנימי). לכן לא הפחד מסנקציה הוא התשתית של המערכת המשפטית (האיום לא רלוונטי), אלא העובדה כי מדובר בקבוצה של כללים חברתיים שאנשים מאמצים אותם. זו טעות להשתית את מערכת המשפט על תאוריית האקדוחן. הארט מכיר ביסוד הנורמטיבי של מערכת המשפט- על כן, אין לו שום בעיה להכיר בכללים המעניקים כוחות, שאינם מבוססים על סנקציה (מבוססים על כך שמערכת המשפט מעניקה כוח המוכר ע"י הכל לבצע פועלות שישנו את מצבינו המשפטי). ישנן רמות שונות של הזדהות עם הנורמות. נעשות פעולות לתחזוק ההזדהות והשכנוע – מערכות חברתיות יש כלים אפקטיביים, במסגרת מערכות החינוך למשל, לכונן ולתחזק את ההזדהות, את הציות הפנימי. הארט מנסה לתת דין וחשבון על היסוד הנורמטיבי של מערכת המשפט – היא לא אקדוחן המכוון כלפי האדם "אקדח" ומאיים בסנקציה. יש שימוש בכלי הזה של האיום והסנקציה, אך אין זה יסוד המערכת, לא על כך המערכת בנויה.

**לסיכום**- מושג הפקודה במובן הנורמטיבי שונה מהמושג במובן הלשוני, וזאת בעיקר בכך שאינו מחייב סנקציה. הארט מסכים עם העובדה שבד״כ אנו מצמידים סנקציה לפקודות, למרות שזה לא מרכיב הכרחי לפקודה, וזה משום שזה הופך אותן להיות יעילות יותר. לדוגמא: המרצה יכול לייעל את הלמידה שלנו בקורס ע"י מטלות, בחנים וכו' אך מטלות לבדן לא יוכל לגרום לסטודנטים ללמוד הכי טוב שאפשר. ז"א, במערכות בהן הסנקציה היא הדבר היחיד המאפשר את קיומן, מקום זה כנראה לא יחזיק לזמן רב.

1. **הבחנה בין סוגי נורמות (נורמות מטילות חובה אל מול נורמות מעניקות כוחות וזכויות)**-

הארט טוען שאוסטין לא מבדיל בין סוגים שונים של נורמות. לפי הטיעון של אוסטין כל הנורמות הן פקודות. פקודות הם כללים מעניקי חובה. אם כל הנורמות הן פקודות (סנקציה), מכאן הארט שואל איך אוסטין מסביר חוקים שמעניקים לך זכויות ולא מאיימים עלייך בסנקציה? הארט טוען כי בנוסף לנורמות המטילות חובה ניתן לזהות נורמות המעניקות כוחות וזכויות.

**נורמות מטילות חובה**- ״בהתקיים כך וכך, חובה לעשות/להימנע מלעשות כך וכך״ (אל תגנוב/אל תשקר/שלם מיסים/עלייך להתייצב ללשכת הגיוס). ז״א שבהתקיים תנאים מסוימים חלה על אדם חובה לעשות/לא לעשות פעולה מסוימת. כאשר אנו חושבים על מוסר וחוקים אנו בדר״כ חושבים על סוג זה של נורמות.

**נורמות מעניקות כוחות וזכויות**- הארט טוען שיש נורמות רבות שלא מטילות עלינו חובה, אלא הן מעניקות לנו זכויות או כוחות. לדוגמא: חוק הצוואה- חוק זה אומר שאם אדם פועל באופן מסוים, הוא יכול להעניק את רכושו לאדם מסוים לאחר מותו. בכך, החברה מחויבת למלא את רצונו של האדם לפי הכתוב בצוואה. הצוואה עצמה לא מכילה כללים שמטילים חובה על אדם כלשהו, אלא אלו כללים שנותנים **כוח** לפי חקיקת המחוקק- החוק מעניק לכל אדם כוח ליצור מצב משפטי שלאחר מותו, ושהמדינה תקיים את רצונו. **אם כן, ניתן לנו כוח ליצור נורמה.** עוד דוגמא: דיני הנישואין- נותנים לנו כוח לשנות מצב משפטי. דוגמא נוספת: חוק החוזים- חוק זה אינו מטיל חובות, אלא בעצם המחוקק נותן כוח לאדם מסוים להשתמש בחוק הזה כדי ליצור חוזה. אדם מפעיל את הכוח שלו ליצור חובות וזכויות חדשות שהן גם בינו לבין האדם שמתקשר איתו בחוזה, וגם בפני כל החברה כולה. מה החובות שחוק החוזים מטיל? אם אדם כורת חוזה הוא מתחייב לפעול בחוזה לפי התנאים הכתובים בחוק, אך אלו חובות שהאדם \*בוחר\* לקבל על עצמו כאשר הוא כורת חוזה. לכן זו לא חובה. חוק החוזים לא מטיל חובה אלא מעניק כוח לאדם.

היו הוגים שניסו להסביר את התיאוריה של אוסטין ולתת פתרון לבעיה- לפיהם, בכל אחד מהחוקים שהזכרנו, יש סוג של סנקציה. לדוגמא: אם לא מצייתים לכללי חוק החוזים- לא מייצרים חוזה, וזו הסנקציה. וכן הלאה. כלומר, יש כאן מצב של הוראות וסנקציה בצדן. בטענה יש 'פיתוי' מסוים, אולם היא טענה מוטעית מיסודה. העובדה שאדם לא פעל באופן המסוים שהדריכו אותו, ועל כן לא נוצר אפקט מסוים, לא מהווה את זה שהיעדר האפקט הוא סנקציה. כאשר האדם לא פעל לפי המנגנון, היעדר התוצאה של האפקט אינה סנקציה. **אי הפעולה לפי הכללים יוצרת חוסר אפקטיביות, אולם זוהי לא סנקציה**.

סנקציה היא כאשר אדם מבצע פעולה מסוימת וגורם חיצוני מפעיל פעולה (עונשית) אחרת, שנפרדת לפעולה שהאדם ביצע. לתאר את היעדר האפקטיביות כסנקציה היא אי-הבנה של מושג הסנקציה.

נניח שיש מנגנון מסוים שאומר שתפעל באופן מסוים וזה יוצר אפקט מסוים. אך העדר האפקט אינו סנקציה. לא עשית מה שצריך כדי שהאפקט יקרה. כמו מכונת כביסה- אם אומרים לך שלחיצה על כפתור תוריד כתמים באופן אפקט מסוים, ולא לחצת, יש היעדר אפקטיביות, אבל אין סנקציה. לא כל מה שגרם לי נזק הוא סנקציה.

סנקציה- מצב שבו גורמים לך נזק כתגובה נפרדת מהמעשה שעשית. אך אם המעשה שעשית לא מביא לתוצאה המיוחלת זה לא סנקציה. (כמו אדם שאוכל אוכל משמין ונהיה חולה).

**קלזן- פתרון אחר לבעיה**: נכון שכללים מעניקי כוחות לא מטילים עלינו חובות, אך הם מושתתים על הכוח הזה (שמעניק חובות). לדוגמא: חוק החוזים- זה חוק שאינו מטיל חובה. יכולת המדינה להעניש קשורה לחוק בכך שהיא מאפשרת שימוש בכוחה כשיש חוזה. צד שמפר את החוזה עלול להיתבע. מצב זה שונה מהסכם ג'נטלמני- בו למדינה אין שיתוף.

גם בכללים מעניקי כוחות יש חשיבות לכוח המדינה כבסיס לקיומה. מהבחינה הזו הם לא שונים באופן כה מהותי כפי שהארט טוען מכללים מטילי חובה.

העמדה של קלזן קרובה לעמדה של אוסטין בתורת המשפט. קלזן חושב כי לסנקציה יש חשיבות גדולה במערכות משפט ובמערכות נורמטיביות. קלזן ניסה לענות לטענה של הארט בדרך כזו-

אם מסתכלים על כללים מעניקי כוחות- הם אינם אלא חלקים ממערכת המשפט שהיא הרבה יותר רחבה והיא מושתתת ומעוגנת בסופו של דבר בכוח שמרכז בידם הריבון. וזה יהיה נכון גם לגבי כל אותם כללים שהם כללים מעניקי כוחות לפי ההגדרה של הארט. לדוגמא: **חוק החוזים**- מה בעצם מעניק לחוק החוזים את הכוח שלו לתפקד בתוך הקשרים חברתיים?

האם חוק החוזים יצר את מוסד ההסכמה בחברה? ברור שלא, הרי בני אדם מסכימים אינסוף הסכמות ביניהם גם בלי חוק החוזים. זהו מנגנון בסיסי בחיים האנושיים. אם כן, חוק החוזים לא המציא את רעיון ההסכמה. אז למה הוא נועד? חוק החוזים יוצר סוג של ביטוח להסכמות שבני אדם מגיעים אליהם, מפני שבני האדם רוצים הגן על עצמם מפני הפרה. לכן אנו הופכים את ההסכם לחוזה עם תוקף משפטי. תפקיד חוק החוזים הוא לתת ביטחון לצדדים של החוזה ע"י גיוס של המדינה המכירה בתוקפו של החוזה- ובמצב של הפרה ניתן לאכוף את החוזה באמצעות הכוח של המדינה. ז"א- אכיפת החוזה ע"י המדינה היא למעשה הסנקציה של חוק החוזים.

הרצאה 10 – 17.05.17

**הארט דחה את טענתו של קלזן**- הארט חשב שאין כאן תיאור נכון של חוק החוזים ושל הכללים מעניקי הכוחות. אומר כי זה נכון שמאחורי הכלים מעניקי הכוחות עומדת המדינה והכוח שלה (חוזים, נישואים וכו'), אך השאלה היא האם נכון להתבונן בהם דרך המשקפיים של המדינה, או שמא הרעיון של הכלים מעניקי הכוחות הוא לתת לנו האזרחים כלים לקדם את מטרותינו ולכן החוק הוא רק סיוע ולא המהות של החוקים הללו. ז"א- מהותו של חוק החוזים היא לתת לאזרחים כלים בידי האזרח שיסייעו לו לממש את תכניותיו ומטרותיו. חוק החוזים הוא אמצעי לשכלל הסכמה שבה מקדמים מטרות מסוימות. מאפשר להיפגש ולעשות פעולה זו. דוגמא: דיני החברות- מאפשר לנהל עסקים בערבון מוגבל וכך לא לסכן רכוש אישי ועדיין לאפשר סוג של יוזמה. ביטול חוק החברות יגרום לאנשים לקחת הרבה פחות סיכון.

דוגמא נוספת: דיני הנישואים- יוצרים סטטוס חברתי שנקרא אדם נשוי או משפחה היוצר חובות וזכויות חדשים ומטרת הכללים לקדם מטרות אישיות רגשיות של בני האדם. האם נכון להגיד שאנשים מתחתנים כדי שיהיה להם למי לפנות בשביל לתבוע מזונות או רכוש?

הארט יטען שתפקיד דיני הנישואים היא להעמיד את כוח המדינה. זה לא המהות של המערכת. המטרה היא ליצור מפגש רצונות לטובת הצדדים. המדינה מעניקה כוחות שלא מושתתות על סנקציות, אלא זה סוג של תוספת שנועדה לייעל את אופן פעילות החוקים.

פיצוי= לא שווה סנקציה.

1. **המנהג (כמקור לנורמות משפטיות)**-

המקור לנורמות משפטיות הוא מנהג. מנהג=דפוס התנהגות המשתרש בחברה. בחברה יש מנהגים אישיים ויש חברתיים. הרבה פעמים נוצרות נורמות חברתיות דרך דפוס התנהגות בחברה שהופך להיות בעיני החברה לנורמה משפטית. יש בלי סוף מנהגים, אך ייתכנו מנהגים מסוימים שעברו תהליך של הסכמה בחברה עד שהחברה נותנת להם תוקף מחייב.

הארט מבקר וטוען כי אוסטין לא מצליח להסביר איך המנהג יכול להיות מקור לנורמות משפטיות. המנהג שונה מהחוק מכך שהוא מגיע מלמטה ולא מהמחוקק. המנהג יכול לתת השראה לחוקק חוקים. אם ניקח לדוגמא את ההלכה- אנשים פועלים לפי הוריהם. כשמדברים על מנהג למקור כנורמות משפטיות לא מדברים על מנהג המהווה מקור השראה למחוקק אלא על מנהג שהוא עצמו יוצר נורמה משפטית. דוגמא: בשנות החמישים ותחילת שנות ה60 היה נוהג שאדם שמפוטר ממקום עבודתו יקבל פיצויים בגובה חודש משכורת לכל שנה. המחוקק רצה להסדיר את המנהג באמצעות החוק, ויצר את חוק פיצויי הפיטורים. במצב המשפטי לפני חקיקת החוק ביהמ"ש פסק לפי נורמה זו. הוא לא העניק לה את הכוח המשפטי אלא להפך, מכוח הנוהג הוא פסק פיצויים בהתאם. אם נחשוב על מנהג כמקור לנורמות משפטיות, התיאוריה של אוסטין לא מסבירה זאת. משום שאם מקור הנורמות הוא בפקודת הריבון והצמדת הסנקציה, אז אי אפשר להסביר את המנהג, כי הוא צומח מלמטה ולא מהריבון. המנהג נתן מקור השראה לריבון. דוגמא לכך קיימת בהלכה: "מנהג ישראל דין הוא".

מנהג עובד בחברות קטנות מסורתיות, ויוצר כללים דרך חיקוי. כשרוצים ליצור נורמות במערכות של מיליוני בני אדם נדרשת חקיקה, כי אפשר להערים על המנהג.

דוגמא: אמצע שנות ה-80 הכנסת חוקקה חוק שהיה צריך חגורות בטיחות ברכב- לקח זמן רב עד שהחוק נקלט.

1. **נורמות שחלות על הריבון עצמו**-

לפי התיאוריה של אוסטין הריבון עצמו יוצר את החוקים ולכן אינו כפוף להם. אך בפועל, גם על הריבון חלים חוקים, כמו החוקים על הממשלה והכנסת. הריבון נוצר, מתפוגג ונוצר מחדש מכוח החוק. תיאור החוק כפקודה של הריבון (כפי שאוסטין מתאר אותו) לא יכול להסביר את הנורמות שחלות על הריבון (שחלות על הכנסת באופן כללי וגם באופן פרטי). העובדה שהוא יכול לשנות את החוק לא משנה את העובדה שהוא כפוף אליו ולא תמיד יכול לשנותו.

1. **מערכתיות של מערכות משפט- ביקורת על האימפרסונליות של החוקים**-

פקודה היא סוג של אישיות שיש לה מבע רצון להימנע מלעשות/לעשות פעולה. אחד המאפיינים של מערכות משפט הוא שבמקור יש מחוקק שהיה אישיות- מלך, פרלמנט, בוס בעבודה, אב בבית שיצרו פקודות שהפכו להיות חוקים. מרגע יצירת החוקים הם הופכים להיות 'חי נושא עצמו'- הופכים לבעלי תוקף שאינם פקודות. לפקודה יש תוקף, חיות ומעמד, יסוד אימפרסונלי- לא קשורים לאישיות שיצרה אותם, עומדים בפני עצמם. הטענה של הארט כלפי אוסטין- אתה לא מסביר את האימפרסונליות. אתה מניח שהחוק ניתן ע"י הריבון, והפקודה היא חלק מהריבון. כאשר המלך עובר מן העולם, החוקים שלו ממשיכים. למבע רצון של אוסטין יש אישיות, פרסונה מסוימת בפני עצמה. ואם מדברים על מבע רצון משל עצמו- התיאוריה של אוסטין לא מסבירה את זה. (פקודה נוצרת ע"י שילוב של אישיות ותבונה. אם הפקודה מקורה ברצון אז בהיעדר הרצון אין פקודה).

הרצאה 11 – 21.05.17

המשך- האימפרסונליות של החוקים:

דוגמא: החוקים ממשיכים בין מלך למלך. אך מה קורה כשמתחלף שלטון? בחילוף המנדט להקמת המדינה, התחלפה שיטת המשפט המנדטורית לשיטת משפט ישראלית. המעבר לשיטת משפט אחרת הוא לא פונקציה לתוכן החוקים. ייתכן שהחוקים שהיו בסיום המנדט יהיו אותם חוקים גם בתקופה העות'מאנית, או במדינת ישראל. למרות שיש זהות בתוכן, אנו רואים זאת בהבדל בין מערכות המשפט.

ברגע שמערכות המשפט נהיות תקפות- יש להן תכונה אימפרסונלית- הן מתנתקות ממי שחוקק אותן ועומדות בעד עצמן. גם אם המלך מת והתחלף- החוק נשאר בתוקף.

ז"א- **הביקורת של הארט היא שתיאוריית הפקודה של אוסטין אינה מסבירה את ההיבט האימפרסונאלי של החוק**:לדברי הארט אמנם המחוקק הוא זה שיוצר את החוקים, אך מרגע יצירת החוק הוא הופך להיות "חי הנושא את עצמו" באופן כזה שאינו תלוי יותר בנותן הפקודה אלא הוא יצור עצמאי. במותו של המחוקק, החוק עדיין עומד על תילו וזהו יסודו האימפרסונאלי.

**ההבדל בין התחלפות הריבון לבין התחלפותה של מערכת משפט:**  עם הקמת מדינת ישראל, תם שלטון המנדט וקמה המדינה. אינטואיטיבית מורגש שמערכת המשפט המנדטורית באה אל קיצה, ונוצרה מערכת משפט חדשה של מדינת ישראל. במקרה זה לא יהיה נכון לומר שמדובר באותה מערכת משפט. דבר דומה קרה קודם לכן בהתחלפותה של מערכת המשפט מהמערכת העות'מאנית לבריטית.   המרצה מדגיש שהשינוי **במערכות המשפט** אינו פונקציה של שינוי **בחוקים**. ייתכן שאותם החוקים של תקופת המנדט, יהיו החוקים שתקבל על עצמה מדינת ישראל.  למרות שתוכן החוקים הבריטיים נשמר (דיני החוזים \ נזיקין וכו') ß מערכת המשפט הייתה מערכת משפט חדשה.   מצד שני, ניתן לראות שמאז 48' עברו החוקים בישראל שלל שינויים \ רפורמות\ תיקונים וכד', ועדיין מדובר באותה מערכת המשפט. למרות שתוכן החוקים שונה ß מערכת המשפט נותרה אותה המערכת.

***הארט***טוען כנגד***אוסטין***- שתיאוריית הפקודה לא מצליחה להסביר את העובדה שהחלפת ריבון לא בהכרח גוררת החלפת מערכת משפט ולהיפך, את החלפת מערכת משפט שאינה תלויה בהחלפת ריבון.

**עד כאן 5 ביקורות של הארט כלפי תיאוריית הפקודה של אוסטין.**

מה שמשותף לכל חמשת הביקורות שדיברנו עליהן עד כה הוא יסוד אחד של הנורמטיביות- נרחיב עליו בהמשך.

הנקודה הזו קשורה לביקורת אחרונה שגם מובלעת בתוך ביקורות אחרות:

1. **מושג החובה המשפטית**

ביקורת זו דומה מאוד לביקורת על מושג הפקודה (הביקורת הראשונה). **אוסטין**מפרש חובה משפטית ככזאת הגורמת לאנשים לציית לחוקים בשל החשש מפגיעה, מהנזק הצפוי במקרה של אי ציות. **הארט**טוען שחובה משפטית אינה הפחד מסנקציה, וגם לא חובה מוסרית. בתיאוריה שתוצג להלן יטען הארט לקטגוריה שלישית במסגרתה תוגדר החובה המשפטית. הבנת ששת הביקורות של הארט כלפי אוסטין חיונית להבנת התיאוריה שלו ולכן הוא התחיל בהצגת התיאוריה של אוסטין, המשיך בהצגת הביקורות שלו כלפי אוסטין וכעת נציג את התיאוריה של הארט עצמו.

התיאוריה של הארט

כאמור, הארט היה הפילוסוף המרכזי של הפוזיטיביזם המשפטי במאה ה20.פרקים מספרוthe concept of law  מסבירים את עיקרי התיאוריה שלו. ששת הביקורות של הארט על מודל הפקודה של אוסטין התנקזו לכדי תיאוריה משלו. ניתן לסכם את הביקורות של הארט על אוסטין כך:

1) התיאוריה של אוסטין לא נותנת תיאור טוב של המשפט כמערכת;

2) אוסטין לא נותן דין וחשבון מספק על התשתית הנורמטיבית המאפיינת מערכות משפט;

3) אוסטין לא נותן דין וחשבון על סוגי הנורמות הקיימות בחוק; (נורמות מעניקות כוחות וכד').

נקודת המוצא לתיאוריה של הארט היא החשיבה על מה זה **נורמטיביות**. לש כך הארט מציע לנו לחשוב על טיבו של "**כלל** **חברתי**". המשפט, לתפיסת הארט, היא מערכת של כללים חברתיים. לצורך הבנת המושג "כלל חברתי" נבחין בין "ציות פנימי" ל"ציות חיצוני".

**כלל חברתי**- דפוס התנהגות רווח בחברה, שנתפס על ידי בני החברה כמחייב מסיבות שונות. כשמדובר על כללים חברתיים, לא מדובר רק על דפוסי התנהגות שניתן לזהות מתוך התבוננות חיצונית. לדעת הארט, **כלל חברתי קשור לנקודת המבט הפנימית של החברה.**כלומר, מסה קריטית של בני החברה בוחרים לאמץ את הכלל מנקודת מבט פנימית, מתוך הנחה שיש הצדקה לקיומו של כלל זה. הצדקה זו היא סיבת קיומם של דפוסי ההתנהגות בחברה, והיא הסיבה לכך שרוב החברה מצייתת לכללים אלו.

כאשר ישנה נקודת מבט של "ציות פנימי"- נזהה דפוסי התנהגות שמקורם בהזדהות והצדקה של המקיימים את הכלל מנקודת מבטם הפנימית. עם זאת, באותה החברה יכולים להיות אנשים שיקיימו את הכללים מתוך "ציות חיצוני" בלבד, כיוון שאינם מזדהים ומצדיקים אותו אלא עושים מה שעושה רוב החברה.

לטענת הארט, אם מרבית החברה לא תציית לכלל מתוך הזדהות וציות פנימי- הכלל לא ימשיך לשרוד באותה החברה. תפיסתו של הארט מבוססת על **היסוד הנורמטיבי** שיש במערכת המשפט.

# לסיכום- מתי יש כלל חברתי להתנהגות מסוימת? 2 תנאים-

* 1. יש דפוס התנהגות קבוע.
	2. אותו דפוס התנהגות זוכה לציות פנימי.

**כללים משפטיים**- לפי הארט, הכללים המשפטיים הם סוג מסוים של כללים חברתיים במובן שבני החברה מצייתים להם ציות פנימי, וזהו מובנם הנורמטיבי, והם קיבלו תוקף משפטי. כלומר בחברה יש סך עצום של כללים חברתיים שזוכים לציות פנימי ממרבית החברה והכללים המשפטיים הם חלק ספציפי מתוך הכללים החברתיים שזוכים כאמור לציות פנימי מתוך הצדקת נכונותם ע"י מרבית החברה.

המשמעות לכך היא שכלל משפטי הוא סוג של דפוס התנהגות שמסה קריטית מבני החברה חושביפ שהוא מוצדק- ז"א, הם חושבים שנכון וראוי לקיים אותו ויש ביקורת נורמטיבית מצד החברה על אלה שלא מקיימים את אותו הכלל.

זוהי נקודת ההבדל העמוקה בין הארט לאוסטין.

המהות של כלל משפטי ככלל מחייב היא לא שהם מפחדים מהסנקציה, אלא בגלל שכלל משפטי הוא כלל חברתי ולכללים חברתיים יש צידוק! ז"א שהכלל המשפטי זוכה לציות בגלל שיש לו צידוק פנימי! לכן כלל משפטי מחייב גם נורמטיבית כי רוב בני החברה חושבים שהוא מוצדק מוסרית.

כיצד ניתן לזהות את הכללים המשפטיים מתוך סך הכללים החברתיים?

לצורך זה יצר הארט כלל חברתי מסוים שנקרא **כלל הזיהוי**(rule of recognition).

**כלל הזיהוי**- תפקידו לזהות את אותם כללים חברתיים ולומר שאותם כללים חברתיים הם כללים משפטיים- בעלי תוקף משפטי. ז"א, כלל הזיהוי הוא הדרך לזהות כלל חברתי שיש לו תוקף משפטי, כיוון שאנו מתנהגים שונה כשמדובר בכללים משפטיים.

באמצעות כללים משפטיים ניתן לתבוע בבתי משפט, ניתן להפעיל סנקציות וכדו'. זאת בשונה מכללים חברתיים שאינם משפטיים (נתפסים כמחייבים אך אין להם תוקף משפטי).

כלל הזיהוי הוא אחד מהכללים החברתיים בחברה (והוא בעצמו גם משפטי), שתפקידו לזהות את הכללים החברתיים שהם גם משפטיים. דוגמא לכך:

**במדינת ישראל**- כלל הזיהוי החברתי אומר שמוסד הכנסת, ביחד עם מוסד ביהמ"ש העליון הם המוסמכים ליצור כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי המהווים כללים משפטיים. ז"א, כל מה שהכנסת מחוקקת וביהמ"ש פוסק הוא כלל חברתי שיש לו תוקף משפטי- הוא כלל משפטי.

איך נוצר כלל משפטי בארץ? נוצר ע"י הכנסת- כאשר הכנסת מחוקקת היא יוצרת כלל חברתי שיש לו תוקף משפטי (שהמערכת המשפטית והחברה בכללותה מתנהגת עם הכלל הזה ככל משפטי הכנסת מקבלת את הסמכות שלה מהציבור. יש שיטענו שגם בימ"ש מקבל את סמכותו מהציבור. כלל הזיהוי בעצמו הוא כלל חברתי וכן משפטי- מכיוון שישנה הסכמה בחברה הישראלית שיש לכנסת סמכות ליצור כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי.

**באנגליה**- כלל הזיהוי החברתי אומר שהכללים החברתיים עליהם מכריז הפרלמנט באישור בית הלורדים, הם הכללים המשפטיים בחברה האנגלית.

בכל חברה כלל הזיהוי יכול להיות אחר ושונה.

**כללים חברתיים**- דפוסי התנהגות + ציות פנימי

בחברה של בני אדם יש מערכת נורמטיבית גדושה של כללים חברתיים. כלל חברתי הוא **סוג של דפוס התנהגות החוזר על עצמו בהתקיים תנאים מסוימים**. ניתן, ע"י התבוננות בחברה, להבחין בדפוסי התנהגות אלה. מדובר במערכת גדושה של כללים, שאנשים אימצו להם ושהם חוזרים על עצמם.

האם כללים חברתיים מתחילים ונגמרים בזיהו של דפוסי התנהגות**?** יש הטונים, כי מדובר אך בזיהוי דפוסי התנהגות. מנגד, לפי הארט, כדי לזהות כלל חברתי לא די בזיהוי דפוס ההתנהגות שאנשים פועלים לפיו באופן קבוע, אלא תמיד הכלל החברתי זוכה לציות, אנשים פועלים לפי הכללים החברתיים, משום שיש ציות פנימי. לבד מדפוס התנהגות שאנו יכולים לזהותו, כלל חברתי זוכה ל"ציות פנימי". כשאדם מאמץ את הדפוס, הוא משוכנע בנכונותו, הוא עושה אותו כי הוא נכון, תופס אותו כמחייב. יש איזשהו ציות פנימי.

**מהו אותו שכנוע פנימי?** **צידוק פנימי מסוג כזה או אחר לפעול כפי שפועלים**. בני החב' יבקרו את בני קבוצתם אם יחרגו מכלל זה, יגנו אותם. לא כ"כ משנה אם הצידוק הזה הוא נכון מבחינת נק' מבט רציונלית, מה שחשוב הוא, שמי שמאמץ את הכלל, מאמין שהוא נכון ושיש לפעול על פיו. ציות פנימי – סוג של שכנוע פנימי שיש לבני החב' כלפי אותם כללים.

דיברנו שכללים משפטיים הם כללים חברתיים. רוב בני האדם הם נורמטיביים.

**ממכלול הכללים החברתיים מהם הכללים המשפטיים?**

לפיהארט, יש סוג של כלל חברתי- **כלל הזיהוי (rule of recognition)**- סוג של כלל חברתי שהוא בעצמו כלל משפטי, אשר באמצעותו בני החברה ובמיוחד הפקידים והרשויות מזהים את אותם כללים חברתיים שהם כללים משפטיים! תפקידו של כלל הזיהוי – לגלות מתוך כלל הכללים החברתיים את הכללים שיש להם מעמד משפטי. כלל הזיהוי, לפי הארט, הוא כלל חברתי, וככזה הוא כלל משפטי, אך הוא שונה, מכיוון שהוא מעניק תוקף למערכת של כללים חברתיים ומזהה אותם כמשפטיים.

הכללים המשפטים נוצרים ומזוהים ע"י **כלל הזיהוי**, כלל שבאמצעותו החברה מזהה את הכללים המשפטיים. הטענה הבסיסית – כלל הזיהוי עצמו הוא בראש ובראשונה כלל חברתי, הוא אחד מהכללים החברתיים, הוא הכלל העומד בבסיס המערכת המשפטית.

התוכן הספציפי של כלל הזיהוי יכול להיות שונה בכל חברה וחברה (ולא כולם חייבים להזדהות עמו).

כללי זיהוי בעולם:

* **בישראל-** כלל זיהוי זהו כלל חברתי שאומר בישראל- יש מוסד שנקרא הכנסת וביהמ"ש העליון והם מוסמכים לקבוע את הכללים החברתיים שיהיה להם תוקף משפטי, היינו ליצור כללים משפטיים- כלל חברתי בעל תוקף משפטי הוא כלל משפטי. **אם המעמד של ביהמ"ש נגזרת מההגדרה שהציבור נותן לו,** נגיד שכלל הזיהוי במדינה יוצר שני מוסדות עם מערכת יחסים ביניהם. אם נחליט שביהמ"ש כפוף למחוקק, לא יהיה לו מקום לבקר חוקים. הכנסת יכולה ליצור כללים חברתיים ש אינם משפטיים, אך היא לא עושה זאת, אלא יוצרת כללים חברתיים עם תוקף משפטי כי היא מוסד מחוקק ולא מחנך.
* **באנגליה-** יש כלל חברתי שאומר שהפרלמנט יחד עם בית הלורדים, מוסמך לקובע מהם הכללים המשפטיים.
* **בארה"ב**- הקונגרס יחד עם הסנאט ומוסד הנשיאות וביהמ"ש העליון מוסמכים לקבוע את הכללים המשפטיים הפדראליים.
* בהקשרים דתיים למשל- החברה רואה באל ושלוחיו את כלל הזיהוי.

בישראל אנו אומרים שכלל הזיהוי הוא מעין כלל חברתי שרווח בחברה הישראלית ומזדהים איתו רוב החברה והוא אומר שלכנסת יש סמכות ליצור כללים חברתיים שהם כללים משפטיים, שהמערכת תתנהג איתם לא רק ככלים חברתיים אלא גם כמשפטיים. בכל מדינה שיש בה מע' משפט, המשמעות של היווצרות המערכת היא שנוצרו בה כללים משפטיים. איך הם נוצרים? באמצעות היווצרות של כלל חברתי, שעליו נשענת מע' המשפט שהוא כלל הזיהוי.

מאיפה באה סמכות של הכנסת לחוקק חוקים? לא מחו"י הכנסת. הכנסת בתור המוסד שמייצר כללים משפטיים מקבלת את הלגיטימיות שלה **מהציבור**. הסמכות של הכנסת מוענקת לה מההכרה החברתית הרווחה שיש למוסד הזה כמוסד שיש לו סמכות לייצר חוקים- לייצר כליים המחייבים משפטית- זהו למעשה אותו כלל זיהוי שנוצר במדינת ישראל שמזהה את המוסד הזה כמוסד שתפקידו חקיקה.

ביהמ"ש העליון שואב את סמכותו מחו"י השפיטה- החוק שהכנסת חוקקה- זוהי בעצם היד הארוכה של הכנסת. אך כמו הטענה לעיל על הכנסת עצמה כך גם יש שייטענו שגם ביהמ"ש העליון שואב את סמכותו הציבור. אם אכן הדבר הנכון- המשמעות תהיה שכלל הזיהוי מורכב יותר וכולל גם את ביהמ"ש העליון (בנוסף לכנסת).

כמו כל כלל חברתי, גם כלל הזיהוי יכול לעבור שינויים. אחת המשמעויות העמוקות של שינויים או התבטלות כלל זיהוי זה שהמערכת המשפטית חדלה להתקיים.

כלל הזיהוי אינו משפטי ומשמעות הדבר הוא שהוא צריך לזהות את הכללים החברתיים. כללים חברתיים הם כללים מסדר משני.

* **כלל מסדר ראשון**- הוא כלל מכוון התנהגות. אומר איך להתנהג בסיטואציה מסוימת. קובע איך לפעול.
* **כלל מסדר שני**- כללים ביחס לכללים, כללים לגבי התנהגות עם כללים. למשל: כלל התמודדות עם סתירות בחוקים (מאוחר גובר על מוקדם, כלל ספציפי גובר על כלל כללי). כללים מסדר שני יכולים להיות בהרבה הקשרים, גם משפטיים אך גם אישיים ומוסריים.

לפי הארט כלל הזיהוי הוא כלל מסדר שני, כלומר- הוא כלל ביחס לכללים. כלל הזיהוי אומר שלוקחים את הכללים של הכנסת ומתייחסים אליהם כאל כללים משפטיים. ז"א- ברגע שהכנסת מחוקקת: (1) זה מחייב ויש לנהוג לפי הכלל. (2) ננהג בכלל ככלל משפטי- נפרש אותו, נתבע בגינו וכו'.

יכולים להיות כללים מסדר שלישי- כללים הקובעים איזה כללים גוברים על איזה כללים.

**3 סוגים של כללים מסדר שני:**

1. **כלל הזיהוי**- זהו הכלל המרכזי והחשוב ביותר. כלל הזיהוי מצליח לתחם באופן כמעט מוחלט את גבולות מערכת המשפט ולפיו אנו יודעים מה נמצא בתוך המשפט ומה נמצא מחוץ למשפט. למשל: איך יודעים מה נכלל ומה לא נכלל במערכת המשפט הישראלית? לפי כלל הזיהוי הישראלי- אנו מסתכלים על החקיקה של הכנסת ועל כל הפעולות שנובעות מן החקיקה (תקנות וכו') וכן על פסיקת ביהמ"ש וכל נדע האם כלל מסוים הוא חלק מהמשפט או לא. כלל הזיהוי מעניק לנו בהירות וודאות- מה מותר לנו לעשות ואיך עלינו להתנהג מול החוק.
2. **כללי שינוי**- אלו הם כללים מסדר שני ביחס לכללים מסדר ראשון- זוהי מערכת של כללים הקובעים איך הכנסת יכולה לשנות וליצור כללים (חדשים, מתוקנים, מותאמים). כל אלה הם כללי החקיקה של הכנסת והם כללים ביחס לכללים. במערכות משפט תמיד יהיו כללי מסדר שני שהם כללי שינוי! זאת בשונה ממערכת נורמטיבית בה אין כללי שינוי- כן משתנים הכללים במערכות אלו אבל לא ע"י פעולה יזומה הקבועה בכלל, אלא משתנים בדרכים שונות שלא לפי פרוצדורה מסוימת הקבועה בכלל.
3. **כללי שפיטה**- חלק מכללי השפיטה, המנחים את השופטים איך לקבל החלטות שיפוטיות. למשל: מה עושים במקרה של סתירה בין חוקים, מה עושים כשיש שתי פרשנויות ביחס למונח כלשהו וכו'.

כל הכללים ההלו מעניקים למערכת המשפט יעילות וודאות- ניתן לזהות מהן הכללים, ניתן לשלוט באופן יעיל על קיומם של הכללים ע"י יצירתם, שינויים, התאמתם, ויש אמצעים להפעלת כללים אלו בביהמ"ש.

לעומת זאת- מערכת המוסר הנוהג- מורכבת מכללים מסדר ראשון בלבד ואין בה כללים מסדר שני- למשל אין כללים מסוימים לפיהם ניתן לשנות או ליצור כללים אלא זה נעשה בדרכים ארוכות ולא ברורות.

**מדוע העניין חשוב להארט? לפי הארט**-"מערכת משפט היא איחוד של כללים מסדר ראשון עם כללים מסדר שני". זוהי טיבה של מערכת המשפט. זה מה שמבדיל לפי הארט בין מערכת נורמטיבית רגילה שאיננה מערכת משפט לבין מערכת משפט. מערכת נורמטיבית שאיננה מערכת משפט היא מערכת של כללים שנתפסת ע"י רוב בני החברה כמחייבים. אין באותה מערכת כללים מסדר שני- כללים ביחס לכללים.

**מה הופך מערכת משפט למשפטית?** העובדה שנוצרה קומה שנייה של כללים שמאפשרת תפקוד של מערכת משפט. מערכת משפט מאופיינת ע"י זיהוי ברור של הכללים. ז"א, המערכת המשפטית מאופיינת ע"י כלל הזיהוי שלה.

התיאוריה של הארט היא פוזיטיביסטית, היא לא מתנה את תוקף הכללים בתוכן שלהם, אלא בכלל הזיהוי. זה דומה לתיאורית הריבון של אוסטין- הפקודה של הריבון. ההבדל בין תיאוריה זו להארט היא שהארט משתמש בכלל הזיהוי שיכול לזהות את פקודת הריבון.

האם לכלל הזיהוי יש תוקף משפטי?

כלל הזיהוי הוא כלל משפטי אבל אי אפשר לדבר עליו במונחים משפטיים. הוא כלל משפטי במובן שהוא חלק ממערכת המשפט, אך לא ניתן לדבר עליו במונחים משפטיים מכיוון שהוא שונה משאר הכללים המשפטיים כי אין לו תוקף משפטי. מדוע? מכיוון שכלל בעל תוקף משפטי הוא כלל שיש כלל אחר חיצוני לו שהעניק לו תוקף משפטי. אבל הכלל שמעניק תוקף לכללים משפטיים הוא כלל הזיהוי עצמו- ולכלל הזיהוי אין אף כלל אחר שנתן לו תוקף, מכיוון שכלל הזיהוי נוצר מתוקף הסכמה חברתית ציבורית ולא מתוקף כלל מסוים.

אם כן, יש צורך בכלל מקדמי לכלל הזיהוי ומכיוון שאין כזה, כלל הזיהוי הוא לא בהכרח דמוקרטי. ישנם משטרים בהם הכללים אינם דמוקרטיים. סמכויות והכרה בסמכות יכולות להתהוות בתרבויות פוליטיות שונות.

הקבלה לטענה זו- האורך של המטר בפריז הוא "מטר"- את אורך המטר המציאו רציונאליסטיים בפריז ע"י כך שלקחו חתיכת מתכת וחתכו אותה לפי מטר- ולפי זה הפיצו את "המטר" ברחבי העולם המטר בפריז הוא אמת המידה לשאר המטר בעולם. הארט טוען שלא ניתן לומר שהאורך של המטר בפריז הוא מטר, כיוון שהוא הבסיס לכל מה שאנו מודדים ומחשיבים כמטר. מאחר שהוא הבסיס לאורו כל דבר מושווה לא ניתן לומר שהוא מטר, אלא הוא הבסיס למטר. מאותו נימוק לא ניתן לומר שכלל הזיהוי הוא בעל תוקף משפטי- כלל הזיהוי במובן הזה נשאר תמיד כלל חברתי. כלל הזיהוי במובן הזה נשאר תמיד כלל חברתי וגם משפטי אך אין לו תוקף משפטי. אי אפשר לדבר עליו במונחים של תקפות משפטית.

מערכת משפט, בשונה ממע' נורמטיבית היא לא סטטית, היא דינמית שיכולה לשנות עצמה במהירות ויעילות.

בנוסף- ברגע שניתן לזהות את הכללים המשפטיים זה מעניק למערכת ודאות, יציבות ובהירות. קל לפרש את הכללים, קל לאכוף אותם. אם אין כללים מסדר שני המערכת פחות ברורה. ככל שהחברות מסובכות יותר הן נדרשות לכללים מסדר שני. קשה לדמיין חברות של המון אנשים ללא כללים מסדר שני.

הרצאה 12 – 28.05.17

**הקשיים שהארט העלה ביחס לאוסטין (ומדוע הם אינם חלים על התיאוריה שלו- איך התיאוריה של הארט מתירה קשיים אלו):**

1. הנורמטיביות של מערכת המשפט- התיאור של מערכת הפקודה ככוללת סנקציה, מסולק מיד בתיאוריה של הארט שיושבת על הרעיון של הציות הפנימי. הנורמטיביות של הארט היא נורמטיביות במובן עובדתי- מה בני אדם תופסים כמוצדק ולא מה מוצדק באופן אידאלי, זאת בשונה מהתפיסה של אוסטין שלא דיבר על נורמטיביות, אלא דיבר על החשש מעונש.
2. בתפיסה של הארט אין קושי להסביר את ההבחנה בין נורמות מעניקות כוח לנורמות מטילות חובה- התיאוריה שלו לא כוללת רק הטלות חובה (מה שנגזר מתיאוריית הפקודה). יכולים להיות כללים נורמטיביים שעניינם הענקת כוחות.
3. המנהג כמקור לנורמות משפטיות- לאוסטין היה קשה להסביר מנהגים מאחר והכללים לדעתו צמחו מהריבון. אצל הארט אין בעיה להסביר כללים חברתיים שהופכים למשפטיים מכוח המנהג. יכולים לצמוח כללים מלמטה שיש להם מעמד משפטי.

- כלל הזיהוי הוא כלל משפטי אך ללא תוקף משפטי.

- בחברות מפותחות המנהג הוא פחות ופחות מקור לנורמות משפטיות.

- יכול להיות מצב בו ייווצר כלל משפטי מכוח מנהג, שהכנסת תהפוך אותו לכלל משפטי עם תוקף.

1. קושי שהעלה הארט נגד אוסטין היה במקרה של נורמות שחלות על הריבון- החוק חל על כולם, אך מקור החוק הוא הפקודה של הריבון. **כשחושבים על הנורמות החלות על הריבון מבחינת הארט אין קושי**-הריבון יכול להיות כפוף לנורמות ככל אזרח. דווקא בגלל שהכללים המשפטיים הם חברתיים, אם הם נתפסים ע"י כולנו כמחייבים, אז גם הריבון כפוף להם, כולל אותם מוסדות שמזוהים עם כלל הזיהוי. זה לא דבר אבסורדי, אלא טבעי לצורת החשיבה הזאת. הכנסת לא יכולה לחוקק כרצונה, אל פועלת מכוח כלל חברתי שמעניק לה סמכות. הכלל לא מעניק סמכות בלתי מוגבלת אלא בתחומים מסוימים.
2. האימפרסונאליות של החוקים- לפי אוסטין, כך טען הארט, ברגע שמתחלף ריבון, נצטרך לומר כי התחלפה מערכת משפט, משום שמערכת משפט היא פונקציה של נותן הפקודה- אם התחלף נותן הפקודה, המערכת מתחלפת.

**לפי הארט**, למערכת המשפט יש יסוד של אימפרסונליות- מרגע שהחוק קיים, הוא כבר לא תלוי במי שחוקק אותו, המחוקק יכול להיעלם ולמות, והחוק ימשיל להתקיים. החוק לא קשור לפרסונה שפקדה וחוקקה. מעת שהתקבל, החוק מתנתק ממי שניסח אותו. התאוריה של אוסטין לא מצליחה להסביר תכונה זו. לפי הארט, כלל חברתי, מהרגע שנוצר, נתפס כמחייב ללא כל קשר לזהות הפוקד והיוצר. גם אם היוצר לא נמצא, הכלל ממשיך להתקיים ולהיתפס כמחייב. החוק עומד בפני עצמו ונתפס כמחייב, אין צורך בפחד מהריבון כדבר המכונן ומעמיד את החוק. מרגע שנוצר כלל חברתי שהוא גם משפטי, גם אם הכנסת מתפזרת ובאה כנסת חדשה, הוא ממשיך להתקיים כסוג של כלל חברתי, הנתפס כמחייב.

1. התאוריה של אוסטין לא מצליחה להסביר את ההבדל בין חילופי ריבון לחילופים של מערכות משפט- מה מביא קץ למערכת משפט? מה צריך להשתנות על מנת שמערכת משפט מסוימת תבוא אל סופה? כאשר בטל כלל הזיהוי. מה שגורם לכללים המשפטיים להפסיק להיות כללים משפטיים מסוג מסוים הוא שאותה כלל זיהוי שמעניק את התוקף המשפט חדל מלהתקיים- אם כלל זיהוי חדל מלהתקיים, המערכת חדלה מלהתקיים, אם הוא משתנה, יש שינוי של מערכת משפט.

כלל הזיהוי מעניק את הזהות למערכת, קובע את סוג מערכת המשפט. הזהות של מערכת משפט בהרבה פעמים לא תלויה בתוכן הנורמות המשפטיות. ייתכן כי הנורמות יהיו זהות, אך יהא מדובר במערכות שונות. מנגד, ייתכן כי מערכת משפט תעבור רפורמה מבחינת התוכן של הנורמות, אך בכל זאת יהא מדובר באותה מערכת משפט.

דוגמא- מערכת המשפט הישראלית: עם הקמת המדינה קמה מערכת המשפט הישראלית, במקום מערכת המשפט המנדטורית. לפי הארט, מדובר ביצירת מערכת משפט חדשה, שכן מה שהשתנה הוא כלל הזיהוי. לכאורה, מבחינת תוכן הנורמות, מדובר באותה מערכת המשפט- פקודת סדרי השלטון והמשפט קבעה, לשם יציבות משפטית- כל החוקים שהיו קיימים ימשיכו להתקיים כחוקי מדינית ישראל. מבחינת התוכן הנורמטיבי, החוקים זהים, אך בכל זאת, לפי הארט, מערכת המשפט שונה, חדשה, משום שיש כלל זיהוי חדש- הכנסת מזוהה ולא הכתר הבריטי, הכנסת פוקדת- מוסד חדש שנותן פקודות זהות.

מה שקובע את זהות מערכת המשפט היא התשתית עליה היא יושבת (כלל הזיהוי) ולא התוכן שלה, וזאת מכיוון שהיא יכולה לעבור הרבה שינויים. הכנסת כל הזמן משנה את החוקים, דרך כללים מסדר שני- כללי השינוי. המערכת עוברת שינויים מתמידיים- חלק מהדינמיקה שבעקבות העובדה שיש לה כללים מסדר שני, המאפשרים לה להתאים עצמה למציאות הפוליטית והחברתית המשתנה.

לפי הארט- מערכת משפט משתנה כשמשתנה כלל הזיהוי. זהו הקריטריון של סיומה של מערכת משפט אחת ותחילתה של מערכת משפט חדשה. הדוג' הקלאסית היא בישראל- ב48' נגמר המנדט הבריטי שהשליט את חוקי המנדט והיישוב היהודי הכריז על הקמת ישראל. כשהמדינה קמה, היבט מסוים של כינונה זה יצירת מערכת משפט.

הרצאה 13 – 07.06.17

**ג. נון-פוזיטיביזם**

\*\*לקרוא למבחן את המאמר של הארט ואת המאמר של פולר- ישאל על זה בבחינה!

**לון פולר – L. Fuller**

פולר כתב רבות בתחום המשפט הפרטי- האזרחי. היה פרופסור באוניברסיטת הרווארד. ספרו המפורסם ביותר נקרא **The Morality of Law = מוסריות החוק** (מדבר על המוסריות של רעיון החוק ושל מושג החוק- מהכורת עצמה ניתן לראות ביקורת על גישות פוזיטיביסטיות שרעיונן היא הפרדה בין המוסר למשפט). עמדתו של פולר היא **נון פוזיטיביסטית**, אך שונה ממובן המשפט הטבעי ומהתפיסה הנון פוזיטיביסטית של דבורקין.

אחד ממאמריו המפורסמים של פולר הוא מאמר ביקורת על **מאמרו של הארט**- **"פוזיטיביזם וההפרדה בין המוסר למשפט"**.במאמר זה דיבר הארט על יסודות הפוזיטיביזם. מאמר זה זכה לביקורת חריפה מפולר והפך להיות אחד הוויכוחים המפורסמים והקלאסיים שנקרא **ויכוחם של הארט ופולר**- כמייצג ויכוח מצוי בין פוזיטיביסט לנון-פוזיטיביסט.

במאמרו ובספרו פולר מנסה לפתח תיאוריה שהיא ביקורת על העמדה הבסיסית של הפוזיטיביזם הטוענת ל**הפרדה בין מוסר למשפט**. הפוזיטיביסטים טוענים ל"כלל זיהוי" (או משהו דומה בתיאוריות אחרות) הקובע מהו חוק ומה אינו חוק לפי קביעות עובדתיות כלשהן שלא חייבות להיות קשורות למוסר. פולרטוען שיש קשר מהותי בין המוסר למשפט ולא ניתן לנתק את השניים. יש שמכנים את הקשר הזה כ**"משפט טבעי פרוצדוראלי"**. תפיסתו של פולר היא המשך ל"משפט הטבעי".

**בתפיסתו ניתן לזהות שתי תמות מרכזיות המסבירות את הזיקה של המשפט למוסר:**

1. **הניסיון לחשוף את העקרונות של הסדר החברתי בהם מתחשב המחוקק בעת החקיקה**- מצביעים על יסודות מוסריים. בחינת העקרונות הניצבים מול המחוקק בעת חקיקת החוקים חושפת מערכת של שיקולים מוסרניים ולא צורניים בלבד.
2. **הדגשת תפקיד התבונה והרציונליות בתהליך החקיקה וביצירת המשפט**- הצורך להשתמש בתבונה האנושית כאשר יוצרים משפט. **אריסטו** הדגיש גם הוא את היסוד הזה, חשיבות השימוש בשכל בעת יצירת המשפט.

כדי להסביר את שני העקרונות האלו נדמיין את המצב הבא: אנייה שעליה נוסעים רבים מפליגה בלב ים. האנייה נטרפת ואלפי הנוסעים שעליה ניצולים ומגיעים לאי מבודד. כעת עליהם ליצור חברה בעלת עקרונות יסוד וחוקים שינחו את התנהגותם של הפרטים בה. נדרש סדר חברתי שהוא בעצם חוקים לצורך יצירת חברה מתפקדת.

**פולר** אומר שאנשים אלו צריכים לקבל על עצמם מערכת של אילוצים כדי לקבל על עצמם מערכת של חוקים. לא ניתן ליצור מערכת חוקים בלי כפיפות לאילוצים כלשהם. מטרתן של מערכות חוקים היא הכוונת התנהגות. החוק הוא פעילות בה מוכפפת התנהגותם של בני אדם להכוונת כללים, במטרה להשיג סדר חברתי. אם החברה לא תהיה כפופה לאותם אילוצים, לא ניתן יהיה להשיג את המטרה של הכוונת התנהגותם של בנ"א. **פולר** אף טוען שאם אנשים נמנעים מכפיפות לאילוצים- קשה לומר שמטרתם היא הכוונת התנהגות בכלל.

ישנם 8 עקרונות שיש לאמצם בכדי לייצר חוקים- האילוצים הפרוצדוראליים, ומי שלא מאמצם, קשה לומר שהוא מתכוון לאמץ חוקים. אלו הם

נקודת המבט דרכה **פולר** מסתכל על חקיקת החוקים היא נקודת המבט של **המחוקק,** כיוצר חוקים להכוונת התנהגות הציבור (בניגוד לדבורקין לדוג' שמסתכל מנקודת המבט של השופטים, ודרכה יוצר תפיסת תורת-משפט כלשהי).

**8 הקריטריונים הפרוצדוראליים – העקרונות שיש לאמץ בכדי לייצר חוקים:**

1. **פרסום (חוק גלוי)**-  החוקים לא צריכים להיות סודיים. אם רוצים לכוון התנהגות של בנ"א, חייבים בראש ובראשונה להביא את החוקים לידיעתם. לא ניתן לכוון התנהגות באמצעות חוקים שלא פורסמו כמו שצריך ולא הכל יודעים אותם.
2. **שלילה של רטרואקטיביות**- החוקים צריכים להיות כאלו שצופים פני עתיד ולא מנסים להסדיר התנהגויות שכבר היו. אם מטרת החוקים היא לכוון התנהגות- הרי שלא ניתן לכוון התנהגות שכבר הייתה, בתקופות שכבר חלפו. לכן מבחינת הרציונאל של הכוונת התנהגות, חוקים רטרואקטיביים הם פסולים.

חריג לעיקרון זה: חוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם. בנסיבותיו הספציפיות הוא חריג לעיקרון זה.

1. **חוקים כלליים**- לא ניתן לכוון התנהגות באמצעות מערכת של המון חוקים ספציפיים. כדי לכוון התנהגות חובה להשתמש בכללים כלליים. כלומר לפנות לכל בני האדם או לקבוצה גדולה של בנ"א, ולדבר על סוג מסוים של התנהגות. חוק שנותן צווים ספציפיים לאנשים ספציפיים פועל בניגוד לרציונל של הכוונת התנהגות.

חריג לעיקרון זה: חוק להעלאת עצמותיו של ז'בוטינסקי. משנחקק החוק ובוצעה המשימה, אין עוד טעם לחוק. הוא לא מכווין התנהגות עתידית לכלל האוכלוסייה.

ישנם חוקים שנחקקו והם אמנם כלליים, אבל הם נועדו לפתור בעיה קונקרטית. ניתן דוגמא לכך- קיום חוק שמתיר לאדם למלא תפקיד מסוים בקדנציה של 5 שנים בלבד. במקרה ספציפי מכהן אדם כבר 5 שנים, והמחוקק מאוד רוצה שאותו אדם יכהן עוד שנתיים. כיוון שלא ניתן לחוקק חוק ספציפי לגבי אותו אדם, משנים את החוק בצורה קונקרטית המאפשרת הארכת הקדנציה ל-7 שנים. זהו חוק שלכאורה נראה כללי אך מטרתו היא לפתור בעיה פוליטית מקומית קונקרטית. לפי פולר לא נכון ליצור חקיקה בעלת אופי כללי כדי לפתור בעיה ספציפית. הדגש צריך להיות על תכלית הכלל.

1. **חוקים בהירים (ולא עמומים)**-חוקים עמומים הם כאלו שההגדרות בהם לא ברורות וכך אנשים שונים שקוראים אותם יכולים לפרשם באופן שונה. לכן לדעת פולר חוקים צריכים להימנע ממושגי שסתום, כיוון שאלו בדרך כלל עמומים ולא ברורים לדוגמא: תום לב, דרך מקובלת, אדם סביר וכו'.
2. **הרמוניה בין החוקים (היעדר סתירות בין החוקים)**- לא ניתן לחוקק חוקים שסותרים אחד את השני, כיוון שלא ניתן לכוון התנהגות באופן הזה. כמובן שקיימים חוקים מסוימים שסותרים קצת אחד את השני, אך קיימים כללים המאפשרים לפתור את הסתירות הללו, כמו לדוגמא: חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם, חוק ספציפי גובר על כללי וכו'.
3. **חוקים שניתן לקיימם**- החוקים צריכים להיות ברי קיום. מי שאמור לקיים את החוקים צריך להיות מסוגל לכך מבחינה פיזית ומנטאלית.
4. **יציבות החוקים**- כדי שחוק יתפקד באופן הולם, עליו להיות יציב, כלומר יש למעט בשינויים בו. כל פעם בה משנים את החוק, גוררת מחיר מסוים. עד כדי כך שלעיתים עדיף להשאיר חוק "פגום" במקצת, מאשר לשנותו ולפגוע בתפקודו התקין- לעתים השלמות של המערכת חשובה יותר מאשר תיקון ספציפי כמה פגמים. הרבה פעמים זוהי פונקציה תרבותית- יש ציבור שהדימוי שלו את החוק הוא כזה שכל שינוי קטן בחוק נתפס כפגיעה בשלמות החוק והמערכת, למשל ניתן לומר זאת על המערכת הרבנית-דתית, מה שיגביר שמירה והקפדה על יציבות החוק, בניגוד למערכות בהן הדימוי של החוק לא נפגע משינויים קטנים בו, כמו הכנסת, ושם יותרו שינויים במידה מסוימת כל עוד תישמר היציבות. רוב החברה היא שמרנית בתפיסתה, וחוקים הם אחד מהבסיסים המוצקים של החברה, ולכן יש רתיעה משינויים ומערעור היציבות.
5. **אכיפה**- חוק שנחקק צריך להיאכף, והחוק שנאכף הוא אכן החוק שנחקק. בהינתן מערכות משפט המושתתות על דמוקרטיה מורכבת, הדורשות רשויות רבות שנדרשות לפעול בתיאום (בתי משפט, הכנסת, משרדי ממשלה, רשויות מינהל וכו')- צריך להביא את כל הרשויות לשיתוף פעולה ולתיאום כך שהחוקים שנקבעים אכן יאכפו בצורתם אלו. הרבה פעמים קורה שככל שמערכות המשפט מורכבות יותר כך התוצאה היא שכל רשות מבינה את החוקים ומפרשת אותם באופן אחר, והתוצאה היא שלא ניתן לכוון התנהגות- מכיוון שהאופן שבו החוק הזה מופעל הוא בלתי יעיל. לכן, נדרשת התאמה בין חקיקת החוקים לאכיפתם. ישנם מצבים רבים שבהם חוקים לא נאכפים מכיוון שישנם רשויות וזרועות שונות לשלטון. לדאוג לפעולה ועבודה מתואמת לפי אותם כללים. ישנם גם מקרים שלמרות שביהמ"ש מפרש באופן מסוים חוק הוא נאכף בצורה שונה.

חוקים שלא עונים על הקריטריונים האלה הם כן תקפים גם לדעת **פולר**, אך לא רצוי להרבות בחוקים שכאלה כיוון שהם לא עונים על הרציונאל של הכוונת התנהגות, שהוא מטרת חקיקת החוקים. **פולר**טוען שאם העקרונות הללו לא מדריכים את המחוקק בעת חקיקת החוקים (עד שנוצר מצב בו לא מדובר על חריג או שניים אלא מרבית החוקים לא עונים להגדרות הנ"ל) – יגיד פולר שהפעולה שנעשית לא עונה להגדרת "חקיקה".

הרצאה 14 – 11.06.17

נחזור על 8 הקריטריונים של פולר:

1. פרסום

2.שלילת רטרואקטיביות

3. כלליות

4. שלילה של עמימות

5. היעדר סתירות

6. חוק שניתן לקיימו

7. יציבות

8. אכיפה

**שמונת הקריטריונים הללו צריכים להנחות כל אדם שרוצה לכוון התנהגות.** אם המהות של המחוקק היא יצירת סדר חברתי, אז הקריטריונים הללו אמורים לעמוד לנגד עיניו, שאם לא הוא חוטא למטרת הכוונת ההתנהגות.

**אלו קריטריונים פורמאליים העומדים ביסוד מערכת המשפט.**

אלו לא קריטריונים המעידים על תקפות של חוק, אלא נוגעים ליכולת של החוק להצליח במטרה שלו. אנו לא צריכים לחשוב על האם הם הקריטריונים הללו חלים או לא, אלא כל אחד מהם הוא עניין של דרגה- מערכות משפט יכולות להחיל קריטריונים אלה בכל מיני רמות, והדבר כמובן ישפיע על הצלחת השגת מטרות החוק.

**פולר** מכנה כל אחד מהקריטריונים האלה "**המוסר הפנימי של החוק**"- פולר טוען שהקריטריונים הנ"ל כמעט מובנים מאליהם- רציונליים, אך יש בהם גם יסודות מוסריים- כל אחד מהקריטריונים הללו מכיל תביעה מוסרית. אם לא נפעל לפי הקריטריונים הללו נפעל באופן בלתי מוסרי- נייצר חוקים "רעים" שגורמים עוול לאנשים שמצייתים להם. למשל: יצירת חוקים סותרים, יצירת חוקים סודיים/עמומים, אם המערכת לא יציבה בחקיקתה- נוצר חוסר ביטחון וחוסר יציבות- כל אלו יוצרים פגמים ועוול לשומרי החוק ולכן פולר מכנה את הקריטריונים האלה המוסר.

למה הם מוסר **פנימי**? מכיוון שאי אפשר לחשוב על החוק בלי לקחת אותם בחשבון ולהיות מחויבים אליהם, הם בבסיס מהות החוק.

מהו מוסר **חיצוני**? ערכי מוסר החיצוניים למהות החוקים עצמם, למשל: היעדר אפליה, שוויון כלכלי- חברתי, צדק חלוקתי. (חברה צודקת זוהי חברה שהטובין של החברה- מקרקעין, רכוש, משרות, מעמד- מחולקים באופן צודק- מהי חלוקה צודקת? חברה שקבעה קריטריונים לחלוקה (כמו למשל חלוקה שווה-לכולם אותה הכנסה) ופועלת על פי הם.

חברה לא תהיה צודקת כאשר היא: (1) לא אימצה קריטריונים צודקים לחלוקה. (2) יש קריטריונים לחלוקה אך לא כך מתבצעת החלוקה- אנו כל הזמן חורגים מהקריטריונים שנקבעו (למשל: יש אנשים שלא מגיע להם והם מקבלים בכל זאת).

יש חברות שפועלות באופן בלתי צודק בגלל שתי הסיבות- גם אימצו קריטריוני חלוקה בלתי צודקים, וגם אנשים מקבלים שלא על פי קריטריוני החלוקה.

הקריטריונים הללו הם **פורמליים**, ויוצרים דרישה שהיא מוסרית, אך אינם קובעים מה תוכן החוקים.

ניתן ליצור חוקים מפלים ומתועבים ועדיין לעמוד בקריטריונים. הפוזיטיביסטים יטענו שהקריטריונים הללו אין בכוחם להבטיח מערכת משפט בעלת תוכן חיובי. דוגמא: הנאצים.

**זוהי תיאורית "משפט טבעי פרוצדוראלי" של פולר-** העקרונות שהציג פולר לא נוגעים לתוכן של החוק אלא לפרוצדורה שלו, סוג של פורמולה, אך לדעתו, מי שיפעל לפי העקרונות הללו ייצור גם חוקים טובים ומוסריים.

הטענה של פולר היא שיש קשר מהותי בין המוסר הפנימי של החוק, של מוסד של שלטון החוק לבין התוכן של החוקים – **המוסר החיצוני**.

**הפוזיטיביזם** מסכים עם כך שכל מי שעושה מערכת משפט חייב לקבל את הקריטריונים הללו, אך חולק על פולר וטוען כי העקרונות הללו לא מבטיחים את המוסרות התוכנית של החוק.

**קאנט**- כתב את ביקורת התבונה המעשית ויצר את כיוון המחשבה הדאונטולוגי- מוסרי של כוונה ולא תוצאה. ביסוד רעיונו עומד ה"צו קטגורי" הצו המוחלט אשר תוכנו פורמלי. כלומר "עשה מעשיך כך שהחוק יוכל להיות חוק כללי". הכוונה שמה שלא טוב לך אסור שיקרה לכולם.

**הלל הזקן-** הסיפור על הגוי, "מה ששנוא עליך לא תעשה לחבריך". במרבית המקרים הקריטריון הזה עובד מצוין.

האם החלת הקריטריון של הלל הופך כל חוק למוסרי?

במסגרת החשיבה המוסרית הקלאסית יש קישור הדוק בין חשיבה פורמלית לתוכן מוסרי.

פולר יטען שהקריטריונים הללו יכתיבו מערכת משפט טובה. **פולר יטען שמי שמקבל על עצמו את הקריטריונים הללו, מאחר ויש בהן יסודות מוסריים, האדם שמקבל אותם על עצמו זה אדם שהמוטיבציה הבסיסית שלו מוסרית.**

אנשים או משטרים שאינם מוסריים, הקריטריונים הללו לא יעמדו לנגד עיניהם כשירצו לחוקק חוקים בעייתיים, ולא יגבילו על עצמם על בסיס הקריטריונים הללו.

ויכוח בין גרמניה לפולר בעניין גרמניה הנאצית – הארט סבר כי מערכת המשפט של גרמניה הייתה מעוותת ומפלה, למרות שדבקה בכל הקריטריונים. פולר טוען מנגד, כי הדימוי לפיו גרמניה הפעילה בדווקנות את העקרונות הנ"ל בזמן השלטון הנאצי – מופרך מיסודו. פולר מביא כמה דוגמאות לעמדה זו במאמר שלו: יצרו חוקים סותרים בשעה שזה שירת את המטרות שלהם, חוקקו חקיקות רטרואקטיביות, ככל שזה שירת את המטרות המעוותות שלהם, יצרו חוקים ספציפיים (חוקי נירנברג למשל), אכיפה סלקטיבית ועוד. המחקרים ההיסטוריים סביב המשטר הנאצי, הראו בצורה ברורה כי כשהמשטר רצה להשיג מטרה מסוימות, עקרונות החוקיות לא עמדו בדרכם. משטר שמתנער מעקרונות מוסריים, ודאי לא יתעקש על עקרונות החוקיות.

 לפי פולר, ייתכנו חוקים ראויים ומוצדקים שלא יעמדו בקריטריונים האלה. לא מדובר בקריטריונים לתקפות משפטית – **יכול להיות חוק שלא עומד בקריטריונים האלה אך הוא עדיין תקף**. למשל: חוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם.

**יהיו מצבים בהם נכון שלא לעמוד בקריטריונים הללו, והחוקים עדיין יהיו מוסריים:** הגנת הצורך היא בדיעבד ולא מלכתחילה.אנחנו לא נפרסם את ההגנה כי ניצור מעשים המותרים בדיעבד מלכתחילה.

דוגמא נוספת: מושגי שסתום כמו תו"ל בחוק החוזים. זהו מושג עמום אך עדיין חשוב שיישאר מאחר וחשיבותו גבוהה למרות שהאי סותרת את הקריטריונים הללו.

הפוזיטיבסטים טוענים שעדיין אין קשר ממשי אמיתי בין המוסר לתוכן המוסרי, וזה אל ממש משפט טבעי.

פולר- אם המחוקקים פועלים לפי החוקים הללו חזקה עליהם שהם באמת מוסריים**, כי מי שאינו מוסרי קריטריונים אלו לא ישמשו לו כעכבות.**

הארט טען במסגרת הפיתוח של תפיסתו הפוזיטיבסטית שיש חשיבות עצומה להפרדה בין מוסר למשפט. הוא ממשיך בכך את הקו של אוסטין.

פולר במאמרו "פוזיטיביזם והנאמנות לחוק" נותן ביקורת על פוזיטיבסטים הנוגעת לטענה מוסרית.

הטענה של הנון פוזיטביסטים הדוגלים במשפט טבעי היא שהניתוק בין מוסר למשפט חוטא למהותו של המשפט. אנו מחמיצים את ההבנה של המשפט אם לא בוחנים את היסודות המוסריים.

הסיבה לדגול בגישה מסוימת היא לא הערך הפילוסופי המושג בגישה אחת או אחרת אלא גם סוג של חשיבה מוסרית. הנון פוזיטיביסט שיש משהו לא מוסרי בפוזיטיביזם, והפוזיטיביסט יטען אחרת. אלו הם טענות מוסריות ולא פילוסופיות משפטיות.

פולר- הטענה שיש הפרדה בין חוק למוסר חוטאת למשפט כמשהו שיש בו ערך מוסרי ולכן הטענה הזו בלתי מוסרית.

**למה**? כי המשפט הוא סוג של מטרה וערך חברתי, הישג אנושי. מטרה שהמוסריות שלה היא עניין מובהק. המשפט צריך להיות משהו מוערך ובעל יראת כבוד. אנחנו לא יכולים לדמיין חברה אנושית בלי מערכת משפט. כשאנו מצביעים על מערכת משפט אנו מצביעים על היסודות שמאפשרים לנו לכבד אותה. אם במסגרת התיאוריה לא נתאר את מערכת המשפט באופן הזה אנו חותרים תחת המוסד הזה וחותרים תחת הקיום האנושי. הגישה הפוזיטיביסטית חוטאת מבחינה מוסרית כי היא יוצרת נתק מול המשפט, ולא יושבת על תשתית מוסרית באופן הכרחי אלא באופן מקרי. (יכול להיות שיהיו מערכות משפט בלתי מוסריות).

הארט עונה לפולר- דווקא הפוזיטיביזם הוא העמדה בעל בסיס מוסרי. יתרונות הפוזיטיבזם אינם רק מישור הפילוסופי אלא גם במישור המוסרי עמדה פוזיטיביסטית היא בעלת תשתית ובסיס חזק יותר. הביסי לחשיבה הפוזיטיביסטית טענה שאין חשיבה משפטית נקייה ללא הבחנה בין משפט מצוי למשפט ראוי.

החשיבה הנון פוזיטיביסטית מטשטשת את ההבחנה בין משפט ראוי למצוי. הכפירה בהנחה חוטאת לערך המוסרי של המשפט, כי חלק מהמטרות של מערכת המשפט היא היכולת להעריך את המצב המשפטי וליצור בו רפורמות. היכולת לתקן מצב חברתי ולזהות מצב משפטי והאפשרות לבקר אותו מותנית בהפרדה בהירה ברורה וחותכת, חשובה מנקודת מבט ערכית ומוסרית.

המשפט הוא תיקון מתמיד, שיפור וייעול המצב החברתי מותנה ביכולת להבחין בין המצב המשפטי המצוי לראוי.

הרצון של אוסטין במקרו היה לליצור תורת משפט שתאפשר רפורמות מרחיקות לכת במשפט הבריטי.

**סיכום כפול לא שלי (חוזר על חלק מהשיעור שלעיל):**

חברה יכולה להיות לא צודקת בגלל 2 סיבות שונות: 1. היא אימצה קריטריונים לא צודקים לחלוקה. 2. יש קריטריונים צודקים אך החלוקה לא מתבצעת על פיהם. למשל יש אנשים שלא מגיע להם והם מקבלים, ואנשים שמגיע להם ולא מקבלים – זה בלתי צודק כי אדם לא מקבל את מה שמגיע לו. יש חברות שפועלות באופן בלתי צודק בגלל 2 הסיבות, גם אימצו קריטריוני חלוקה בלתי צודקים, וגם אנשים מקבלים שלא על פי קריטריוני החלוקה. ניתן להיות רשע ומרושע ולעמוד בקריטריונים הללו. לכאורה גם אם תגיד שיש בדבר הזה יסוד מוסרי, אתה לא מונע מהחוק להיות חוק רע. למה? כי אתה יכול לחוקק חוקים מפלים, רעים, מתועבים כשאתה מקפיד על כל אחד מהקריטריונים הקפדה מעולה. הטענה הנגדית היא שאתה בעצם לא חשפת שום יסוד מוסרי אמיתי בחוק. אמנם הארת היבטים הקשורים לפרוצדורה ולהליך החקיקה שמכילים יסודות שיש בהם מן המוסריות, אך אלה יסודות צורניים בעלי אופי פרוצדוראלי כך שזה לא יכול להבטיח שום דבר שהתוכן יהיה מוסרי. הטענה של פולר היא שיש קשר מהותי בין המוסר הפנימי של החוק, של מוסד של שלטון החוק לבין התוכן של החוקים – **המוסר החיצוני**. איך הוא יענה לביקורות של הארט ואחרים שאומרים שבקלות ניתן לדמיין מערכות משפט שדבקות בקריטריונים אך הן מרושעות ביותר? אז מה הרווחנו? פולר טוען שהרווחנו הרבה מאוד, והוא טוען כמה טענות:

1. יש שחושבים שהשיקולים המוסריים שלנו הם שיקולים שקשורים לאיזשהו מהלך שיש לו אופי פורמאלי פרוצדוראלי, והרבה פעמים השאלה מה ראוי או נכון זה פונקציה של דברים פרוצדוראליים שאנחנו עושים.

קאנט: אם אתה רוצה לדעת מה חובתך ומה לא, תחשוב האם אתה רוצה שהמעשה שאתה עושה יהפוך להיות לחוק כללי (זה מה שעומד ביסוד הטענה של הלל – "מה ששנוי עליך לא תעשה לחברך" – התורה על רגל אחת). יש כאן פורמולה שאין בה תוכן אלא אומרת: קח את התוכן הזה ותנסה להכליל אותו, אם הצלחת זה ראוי, אם לא זה לא ראוי. זה הקריטריון מבלי לקבוע תוכן. זה מה שהופך הרבה פעמים בעיני פילוסופים שונים את החשיבה לרציונאלית, זה מקבל תשתית רציונאלית, כללית.

2. אם תסתכלו על רוב המשטרים, מרגע שאימצו את מערכות החוקיות הם אימצו מערכות משפט חיוביות, לעומת משטרים שגרמו עוול אלה משטרים שזלזלו בעקרונות החוקיות. הרבה פעמים רוצים לתת כדוגמא את המשטר הנאצי שדבק בעקרונות החוקיים שציינו ובכל זאת יצר משטר מתועב ומרושע שהרג מיליוני מיעוטים מכל הסוגים והמינים. האמת היא שאם נסתכל על ההיסטוריה של המערכת המשפט הנאצי רואים את הטענה ההפוכה, וזו הטענה של פולר, המערכת המשפט הנאצית לא דבקה באף קריטריון מהקריטריונים האלה כאשר רצתה להשיג את מטרותיה הנפשעות, היא  לא בחלה בחוקים סותרים, חוקים שלא ניתן לעמוד בהם, היא יצרה כללים רטרואקטיביים. במובן זה רוב הדוגמאות של המשטרים שאנו חושבים שהם היו רעים ומרושעים, לא זו בלבד שהתוכן החיצוני היה מרושע אלא גם הם היו רחוקים מלדבוק בקריטריונים האלה.

זו העמדה של פולר וטענתו היא שהקריטריונים כן מלמדים על מוסריות החוק.

פולר חושב שמרגע שחברה מאמצת את הקריטריונים של החוקיות היא תיטה באופן טבעי לכך שהחוקים יהיו טובים, לא במובן של מושלמים, אלא לא מתועבים. לצורך הדוגמא, אם מרצה מקפיד על הקריטריונים והוא מכבד את הסטודנטים במובן זה, אז העמדה שלו מתחשבת לחוקק חוקים שמתאימים לסטודנטים וראויים להם, זה לא יהיה כללים מרושעים, כי אם כבר אני נוטה חסד מובן שאני מאמץ כללים אלה אני מפעיל שק"ד נורמלי בהפעלתם. לעומת זאת אם אני רשע ומרושע, האם הכללים האלה יעמדו בדרכי, אם אין לי שום עניין לעשות טוב? זה די ברור שאם לאנשים אין עכבות מוסריות הקריטריונים האלה לא יעמדו בדרכם. אנשים מרושעים לא ידבקו ברעיונות פורמאליים שמגבילים אותם, אם הם דבקים בעקרונות מחייבים, הם ידבקו גם במוסר טבעי. הארט ירצה לטעון שהקשר הזה הוא לא הכרחי לא אצל בנ"א ספציפיים ולא אפילו אצל קבוצות מחוקקים גדולות יותר. זו שאלה מעניינת. המרצה לא יכריע בה.

לקריטריונים יש גם חשיבות עצומה מעבר לשאלה האם הם מכריחים את המוסר החיצוני של החוק, הם משמעותיים גם לרעיון של שלטון החוק. (רק מציג אותם במאמרו במסגרת הדיון בשלטון החוק).

עד כאן סיכום כפול.

הרצאה 15 – 14.06.17

**סיכום לא שלי:**

**הויכוח בין הארט לבין פולר:**

הקריטריונים המוצעים בין מוסר למשפט הם חיצוניים/פרוצדוראליים – אומרים למחוקק מה הוא צריך לקחת בחשבון ובאיזה דברים צריך להתחשב כדי להשיג את מטרתו והיא הכוונת התנהגות. הטענה של פולר היא שפרוצדורות אלה יוצרות קשר עמוק בין מוסר לבין משפט. הטענה היא בין השאר משום שקריטריונים אלה הגם שהם צורניים הם גם מוסריים שקובעים את מוסריותו של המשפט. לפי דעתו של פולר הקריטריונים צורניים משפיעים השפעה מכרעת על התוכן של הכללים. נתנו דוגמא מפורסמת של הילל. לא נכנס לשאלה אם זה עובד או לא. הטענה הנגדית של הארט הייתה שגם אם נניח שמדובר בקריטריונים עם אופי מוסרי, הם לא יכולים להבטיח את מוסריות התכנים משום שניתן באמצעות כל הקריטריונים האלה ליצור מערכת משפט רעה, מרושעת, שיש בה מידה מאוד מועטה של צדק. לכן הקריטריונים האלה לא יוצרים קשר עמוק יסודי ובסיסי בין מוסר לבין משפט. בחומר על עקרון שלטון החוק, כשאנו שואלים מהו שלטון החוק כערך, חלק גדול מהפילוסופים, ורז בראשם, רוצים לטעון שהערך של שלטון החוק נוגע לכל הקריטריונים האלה. לא לבלבל בין הערך של שלטון החוק לבין הערך של שלטון החוק הטוב. לא כל פעם כשמדברים על שלטון החוק מדברים על שלטון החוק הטוב (אנו רוצים שישלטו בנו חוקים טובים). בשלטון חוק אנו רוצים שחוקים ישלטו בנו ולא בני אדם, או שבני אדם ישלטו בנו באמצעות החלה של חוקים וכללים ולא דרך החלטות מקומיות תלויות הקשר וזמן. לזה מתכוונים בשלטון החוק. גם הטוענים שהערך של שלטון החוק הוא ממשי, יודו, לפי עמדות מסוגו של רז, ששלטון החוק הוא ערך אחד והוא לא אמור להפוך כל חוק שמקבל את העיקרון של שלטון החוק לחוק טוב. יכול להיות מצב בו מערכת מסוימת מאמצת עקרונות שכלולים בעקרון שלטון החוק ויחד עם זה הם יעשו הרבה עוול ורשע, והחוקים יהיו טובים בעירבון מוגבל או אף רעים. יחד עם זה, גם חוקים טובים שלא מבוססים על שלטון החוק יכולים לעשות דברים רעים. כלומר ניתן לעשות דברים רעים בהרבה דרכים. (מה הערך שחוקים ישלטו בנו ולא בני אדם? אנו מניחים שבכך נשיג יציבות, וודאות, יכולת להסתמך ולצפות, בטחון מסוים בעומד לפנינו).

יש שמגדירים את הערך של שלטון החוק כערך  של שלטון החוק הטוב – שצריך להחיל את החוקים הטובים באופן דווקני, אך אז אם נפעיל כך את הערך הזה, אנו מחמיצים את ההגדרה של שלטון החוק, כי לא עושים אבחנה בין מה שעומד בקריטריונים של פולר לבין שיקולים שונים כאלה ואחרים. במושג "שלטון החוק" אנו מתכוונים לרעיון שאנו נשלטים ע"י חוקים ולא ע"י גחמות, שיקולי מדיניות ועוד, אך לא מדובר בהכרח בחוקים טובים.

אם נחזור חזרה לפולר, הוא בעצם רצה לטעון שהעקרונות של שלטון החוק ישפיעו בסופו של דבר על התכנים. הביקורת הפוזיטיביסטית הייתה הפוכה.

נתאר בקצרה ובתמציתיות את המהלך של הארט במאמר שלו: המאמר שלו שנכתב בסוף שנות ה50, הארט טען שם טענה אופיינית לפוזיטיביזם והיא שיש להפריד בין שיקולים מוסריים ובין מהו החוק הפוזיטיבי בחברה מסוימת: חוק פוזיטיבי הוא עניין לסוג מסוים של עובדות ושיקולים מסוימים על אודות מה ראוי לא רלוונטיים כשבאים לקבוע מה אומר החוק במקום מסוים בהקשר מסוים – זה מקום לעובדה בלבד. הארט הראה איך טענה זו מרכזית ביותר להבין את המשפט, כנגדו יצא פולר ויוצאים רבים מהנון-פוזיטיביסטיים, כשהמטרה שלהם היא באופנים שונים ומשונים לטעון שאת המשפט לא ניתן לנתק באופן חד משמעי, חותך, מן המוסר – למשפט יש קשר לחשיבה המוסרית, על מה ראוי, מה צודק. המשפט הוא לא עניין לעובדות בלבד. זה סוג הויכוח הגדול בין פוזיטיביסטיים לנון פוזיטיביסטיים – זה מה שמניע את פולר כנגד הארט. אומר פולר: אם נעיין בצורת החשיבה הפוזיטיביסטית, נראה שהיא אשר קובעת הפרדה בין חוק לבין מוסר, חותרת תחת הנאמנות לחוק. למה? החוק, לדעת פולר, הוא סוג של הישג אנושי חברתי ממדרגה ראשונה. למה? משום שהוא הבסיס והתשתית לקיום של אנשים כפרטים ושל אנשים כחברה. אם נערער את יסודות החוק, אתה בעצם נערער על הקיום החברתי, שהוא ערעור על קיום בני אדם כפרטים (זה קשור לתפיסה שבנ"א לא יכולים לחיות כאינדיווידואליים, הם זקוקים לחוק שהוא הישג אנושי מדרגה ראשוני כי הוא מאפשר קיום בני אדם. אם החוק הוא סוג הישג כזה, המשמעות שלו חייבת לתת ביטוי להערכה וליראת הכבוד שיש לנו כלפי חוקים ומערכת המשפט. עמדה פוזיטיביסטית שיוצרת הפרדה בין מה שנראה בעינינו צודק, טוב ראוי וערכי, לבין מה שאנו תופסים כתקף מבחינה משפטית – שזה עניין לשאלות שבעובדה, הפרדה זו חותרת תחת נאמנות בני אדם למערכת משפט. כשאנו חושים על מערכת משפט אנו חושבים על סוג מסוים של עובדות שאנו צריכים לזהות (פקודות ריבון/כלל חברתי – כלל הזיהוי באמצעותו מזהים כללים משפטיים). ברגע שמנתקים בין מוסר למשפט, אנו מערערים את יראת הכבוד של בנ"א כלפי החוק. כדי שבנ"א יכבדו את החוק חייבים שזה יהיה קשור למה שנתפס בעיניהם כראוי ובעל ערך – המוסר. ברגע שמפרידים אנו מערערים את הכבוד והשמירה. הבעיה המרכזית של הפוזיטיביזם זה שהוא מפתח תיאוריה בלתי ראויה כי היא לא משרתת את החוק, היא אפילו מרחיקה בני אדם מהחוק ויוצרת תחושה של ניכור וחוסר מחויבות. יש חובה מוסרית, טוען פולר, על תיאורטיקאניים לתאר את החוק באופן שיקשור אותו למוסר ולא להיפך. זו ביקורת ערכית-מוסרית על הפוזיטיביזם שהיא שונה מביקורת מושגית תיאורטית. אתם פועלים לא נכון וטוב כי אתם יוצרים ניתוק לחוק. זו עמדתו של פולר שרווחת צל על לא מעט ממבקרי הפוזיטיביזם: שזה לא רק מוטעה מבחינה מושגית, אלא יש פה ליקוי מוסרי גם. זה סוג טיעונים שניתן לשמוע מאנשים שדוגלים במשפט טבעי, דווקרין מחזיק גם בעמדה זו, ופולר. הארט ופוזיטיביסטיים רבים אחרים דוחים על הסף טענות מהסוג הזה, היינו הטענה שפוזיטיביזם שגורס הפרדה בין מוסר למשפט יש בו משהו בלתי מוסרי, טענתם היא הפוכה: בפוזיטיביזם יש לא רק יתרונות תיאורטיים מוסריים, לטענתם (טענה מרכזית של הארט) **לפוזיטיביזם יש יתרונות מוסריים** – זו טענתו המרכזית של הארט. פולר: אם חושבים על הפוזיטיבים המודרני, שראשיתו אצל אוסטין, מה שבעצם הניע את רוב תיאורטיקאניים האלה (שפיתחו עמדה מפרידה בין מוסר למשפט) זה מניע פוליטי מוסרי שהיה נעוץ בזה שהפוזיטיביזם בעצמו מאפשר הפרדה בין מה שנתפס כמשפט מצוי לבין טענות על אודות משפט ראוי. רק אם יוצרים הפרדה בין טענות על אודות מהו המצב המשפטי, לבין מה ראוי שיהיה המשפט – עמדה מהסוג הפוזיטיבסטי, אתה מסוגל להציע תיקונים, רפורמות ושינויים. אם כל הזמן אתה מטשטש את האבחנה בין החוק כעניין נתון, כסוג של עובדה שאתה מנסה לזהות אותה באמצעות מערכת שיקולים שונים, ובין שאלות שנוגעות לשיקולים מוסריים שעניינם הערכה מוסרית של החוק הזה – לומר שהחוק טוב/פחות טוב/דורש תיקון – כל זה מתאפשר רק אם אתה מחזיק בעמדה פוזיטיביסטית. אם אתה מחזיק בעמדה שכל הזמן מתארת את החוק לא כפי שהוא אלא כפי שהוא אמור להיות, אתה מאבד את הכלי החשוב והוא לבצע רפורמות, תיקונים, שינויים, כי הטשטוש בין החוק כפי שהוא לבין איך שהוא ראוי להיות לא מאפשר לך מהלך זה. מה שהניע את הפוזיטיביסטיים היא המחשה שכדי לייעל את החוק אתה חייב לנקוט בהפרדה זו, בלעדיה לא תצליח. הם טענו שיש לפוזיטיביזם יתרונות מוסריים, והארט טוען שהיתרונות המוסריים שלה הן במישור נוסף והוא שעמדה נון פוזיטיביסטית שמטשטשת את ההפרדה בין הראוי למצוי עלולה לא זו בלבד שהיא לא מונעת מצב בו אנשים מצייתים לחוקים רעים, אלא זה עשוי לגרום לזה שרוב בני האדם יזהו את החוק המצוי עם הראוי ויחשבו שברגע שהחוק המצוי הוא כזה וכזה, הוא בהכרח הראוי, וכל ההפרדה שבין מה שהחוק אומר לבין הראוי להיות, והיכולת שלך להעריך אותו, שהיא עמדה שמטשטשת אם החינוך הוא נון פוזיטיביסטי, אתה מאבד יכולת זו והתוצאה תהיה לא העדר נאמנות לחוק אלא להיפך – נאמנות לחוקים רעים, חוסר יכולת לבקר אותו, זה מטשטש את היכולת לבצע שק"ד מוסרי כי ברגע שהחוק נמצא הוא בעיניך ראוי. ברגע שמטשטשים את האבחנה הזו, גורמים למשפטנים ולאנשים לייחס לחוקים ערך בשעה שבפועל מחילים אותם באופן בלתי צודק, תתאר אותם כל פעם הרבה יותר ממה שהם. כשאתה שומר על הפרדה אתה יכול להעריך אותם.

כאן נמצא ויכוח גם פרקטי ומוסרי בין פוזיטיביסטיים לנון-פוזיטיביסטיים.

כעת נעבור לריאליזם – הזדמנות טובה לעבור לדיון בנושא זה שכן כאן יש ביקורת של ריאליסטים מכיוון אחר לגמרי על עמדות פוזיטיביסטיות.

**עד כאן סיכום לא שלי.**

**ריאליזם משפטי:**

**הגישה הביקורתית למשפט (CLS)**:

תנועה אינטלקטואלית שצמחה מתוך מערכת המשפט בשנות ה-30-40' בארה"ב, בעיקר בקרב שופטים ובהמשך באקדמיה. במקביל, התפתח הריאליזם בסקנדינביה. לריאליזם האמריקני הייתה השפעה גדולה, שעם הזמן הלכה והתפוגגה, אך שבה ופרחה בסוף שנות ה-70' תחילת שנות ה-80' בחוגים אקדמאיים בארה"ב בדמות הגישה הביקורתית למשפט – Critical Legal Studies (cls). התיאוריה הריאליסטית בזמנו נחשבה חדשנית ואפילו פרובוקטיבית.

בסוף המאה ה-19 התפיסה המשפטית החדשה הייתה **הפורמליזם המשפטי, תפיסה לפיה המשפט הוא מעין מדע, המשפט הוא מערכת סגורה של כללים סגורים, שיש ביניהם קשרים לוגיים,** חשיבה משפטית היא בעצם חשיבה לוגית. יש להעניק את התשובה המשפטית על סמך הכללים שבמשפט**,** אך אין שלילה של עקרונות. **ההנחה של הפורמליסטים**- המשפט הוא מערכת סגורה, מערכת שלמה (יש במשפט פתרון לכל בעיה), תוך התבוננות בנורמות המשפטיות, בכללים ובעקרונות, באופן לוגי. בלימודי המשפטים מנסים להציג את התחום כמדעי. ההנחה היא שהתחום המשפטי שונה מכל דיסציפלינה אחרת והוא מדע בפני עצמו. זה לא רק בגלל הרצון להעניק למשפט יוקרה, כך שיהיה מובדל מתחומים אחרים. הרעיון הוא גם חברתי – המשפט נבדל, כי הוא שוקל שיקולי צדק ומושגים כמו צפיות, סבירות וכו'.

**קווי היסוד של הריאליזם האמריקני:**

מאז ומעולם הייתה מסורת בחשיבה המשפטית שהתייחסה בציניות לא מעטה לחוק. הגישה הזו לא אפיינה משפטנים לרוב, אלא אנשים מחוץ לקהילה המשפטנית – סופרים, משוררים, מחזאים וכד'. כשהם התבוננו על מערכת המשפט, הפרקטיקה והלשון המשפטנית, זה עורר בהם ביקורת, סאטירה וזלזול מתוך הנחה שהכל נועד לבלבל ולעשוק את האדם הפשוט באצטלה של צדק מדעי. לדעתם המשפט נוצר כדי לחזק יחסי כוח בין הקהילה המשפטית לאליטות החזקות. מה שנתפס בעיני הקהילה המשפטית כאבן היסוד של החשיבה המשפטית הפורמאלית והאנליטית, נתפס ע"י המבקרים כסוג של משחק שלא נועד אלא לחזק את מערכת המשפט ע"ח אנשים פשוטים חסרי כוח. בתחילת שנות ה-30' דעות מעין אלו צמחו בקרב שופטים ובתוך מערכת המשפט וזה מה שמאפיין את הריאליזם המשפטי.

**ריאליזם**- למונח כמה מובנים המובן שמשתמשים בו בהיקשר הריאליזם המשפטי: להיות ראלי, מפוכח לגביי תופעת המשפט. לא בעל תפיסה רומנטית אלא מפוכח. נסתכל על המשפט כהוויתו ולא כפי שהוא נלמד בפקולטות למשפטים, ולא כפיש הוא מוצג ע"י הקהילה המשפטית, שיש להם תפיסה מסוימת ביחס לטיב המשפט. חוקי הטבע והפיזיקה הם המציאות כהווייתה, שאמנם אי אפשר לחוש בה אך היא תמיד קיימת. המשפט הוא תפיסה חברתית ויכול להשתנות. בשנות ה70 פרחה שוב הגישה הביקורתית למשפט שהיא המשך הריאליזם המשפטי ופיתוחו.

המשפט הוא סוג של ניסיון ומומחיות, שאי אפשר להבחין בו באמצעות הבחנה לוגית חדה.

**השו' אוליבר וונדל הולמס** שימש במשך שנים כשו' מן השורה, מומחה בחוקה האמריקנית. כמה ממשפטי המפתח שלו נתנו השראה לתנועת ריאליזם המשפטי. אחת מטענותיו: חיי החוק אינם לוגיקה אלא ניסיון. **"היכולת לנבא מה ביהמ"ש יעשו בפועל היא שום דבר ולא מעבר לזה, מה שאני מכנה חוק".** הולמס רצה להדגיש כמה דברים במשפט זה: לא ניתן לפרוס את ההבנה של הכללים, החוקים וההמשגות ולפרק לשלבים, אלא ההחלטה מתקבלת ע"י המכלול. אין כאן לוגיקה מדויקת. ערעור הטענה לפיה החוק ומערכת המשפט פועלת באופן צפוי, מדעי, מושגי מכאני. המשפטן מגיע לתשובה מההכרה שלו את המערכת וכיצד היא פועלת. ההחלטה תלויה לא רק בחוק ובתקדימים אלא גם בהשקפת העולם של השופט וגורמים נוספים. הקהילה המשפטית היא שיודעת לתת את תשובות הניבוי בהינתן מכלול השיקולים.

**הריאליסטים סבורים, שההפרדה לא קיימת במשפט, השופטים לא מנתחים מושגים באופן כזה שמופרד מהרקע, מהאינטרסים, מהביוגרפיה האישית שלהם. כל הפעילות המשפטית היא חלק מהפעילות הפוליטית של בנ"א**.

כל ההצגה של הלוגיקה המשפטית נועדה לקנות את הציבור הרחב שהמערכת פועלת לפי צדק, עקרונות ודוקטרינות ברורות. זה מיתוס שאינו נכון. הקשר בין העקרונות המשפטיים לפסק הדין בפועל הוא קלוש.

להיות מומחה למשפט הוא להכיר את השופטים, להבין את האופן ההתנהלות שלהם, להבין איך המזכירות בביהמ"ש עובדת. כלומר זה הרבה יותר משמעותי מלדעת משפטים. אנו בני אדם ומערכת השיקולים שלנו לא מורכבת רק מלוגיקה.

למעשה, הראשונים להדגיש את המרכזיות של ביהמ"ש במערכת המשפטית – הם הריאליסטים. דבורקין במובן מסוים פעל בצורה ריאליסטית למרות שהטיעון שלו הוא לא ריאליסטי שכן ביהמ"ש מודרך ע"י שיקולים מנחים, ערכים עקרונות וכד'. מערכת המשפט מקיימ שילוב של ערכים לא משפטיים בקביעת ההחלטה. כל השיקולים אותם מלמדים אותנו להפריד ולנקות מצורת החשיבה המשפטית.

הדימוי של ההפרדה בין השיקולים המשפטיים ללא משפטיים זו אשליה. צריך להתבונן איך המערכת עובדת ולהסתכל על המציאות במלוא מורכבותה.

 המחוקק מכוון התנהגות בכל תחום משפטי באמצעות היכולת שלו לצפות מקרים טיפוסיים המתרחשים באופן יום יומי.

אלו שטוענים שהמשפט הוא מדעי, יטענו שגם במקרים הקשים כל שופט יגיע לאותה תוצאה פחות או יותר. הריאליסטים יאמרו שבניגוד לפורמליסטים או תפיסות נון פורמליסטיות, הריאליסטים יגיד שהנון ריאליסט חושב שיש הבחנה בין המקרה הטיפוסי או מנסה המחוקק לצפות ושם יש צפיות ויש וודאות., כלומר הכנסת שיקולים אחרים היא רק ב5%.

הריאליסט יטען שאין החלת הכללים באופן מכני. החלת כלל אחרים מתקיימת גם במקרה הטיפוסי. אין הבחנה בין מקרים של הכנסת שיקולים לא משפטיים, בכל המקרים יש הכנסה בין שיקולים כאלה.

כלומר הריאליזם המשפטי מביע **ספקנות כללים=** כללים מאפשרים למערכת המשפטית להיות יציבה ולהכניס יסוד של וודאות. אך הכללים אינם חתוכים וברורים. הם מפורשים לפי שיקו"ד השופט. הריאליסט יגיד שגם בכלל כמו לא לעבור באור אדום בפועל יש הכנסה של פוליטיקה ומערכת של שיקולים.

לדעת המרצה ישנם מקרים בהם שופטים מפעילים שיקו"ד מאחר ואלו מקרים קשים כי משולבים בהם גם שיקולים חברתיים אידיאולוגיים ופוליטיים. אבל האם אלו מקרים מייצגים לצורה שבה המערכת המשפטית פועלת? סביר שלא.

דבורקין הוא אנטי ריאליסט וטוען ששופט שוקל את כל הטיעונים הקשורים לסטנדרטים של עקרונות. השופט הוא מעין הרקולס ומצליח להכניס את שיקולי המדיניות והערכים שהם חלק מהשיקולים המשפטיים, ושופט נבון לדעת דבורקין מסוגל להבחין בין שיקולים לגיטימיים לשיקולים חיצוניים לא לגיטימיים.

**מכאן סיכום לא שלי:**

**ריאליזם משפטי (Legal Realism):**

זרם מחשבה אינטלקטואלי ביחס למשפט ולדברים נוספים שהתפתח בארה"ב ובאירופה, כאשר הם יצאו נגד גישות רווחות מאוד, הן בקהילה המשפטית הכללית והן באקדמיה. בעצם הם פיתחו עמדה ספקנית ביקורתית כלפי צורת החשיבה המשפטית הרווחת, כשהם בעצם טענו שהמקצוע הזה שנקרא משפט, ותחום מקצועי זה, עם כל מערכת המושגים שלו והשיח סביבו בקהילה המשפטית, במחקר, באוניברסיטאות, זה סוג של רטוריקה ודמיון שמאחוריו מסתתרים הרבה עניינים תרבותיים, כלכליים, חברתיים שלא באים לידי ביטוי בשיח עצמו.

מאז ומעולם הייתה מסורת/זרם מחשבה שהתייחס בציניות לחוק. גישה זו רווחה בעבר דווקא אצל לא משפטנים, באה לידי ביטוי אצל סופרים וכו' שחשדו שמאחורי הרטוריקה של שופטים/עו"ד/פרופסורים, הרטוריקה המשפטית, מה שהסתתר זה סוג של כח ומצב עניינים בו המשפטנים עושים ככל העולה על רוחם כדי להשיג תוצאות נוחות וטובות להם או לחברה בה נתונים או לקבוצה שמייצגים, באמצעות שפה משפטית שמציגה את מה שהם אומרים כסוג של מדע – שזה סוג של המשגה ברורה חד משמעית ומוכחת. מסורת זו נקראת ריאליזם משפטי והיא קיבלה לבושים שונים לאורך הדורות עד ימינו.

נראה ריאליזם מופיע בהקשרים שונים, דיברו על ריאליזם כמתאר מציאות נכוחה. במקור מי שדיבר על לימודים ריאליים היה אפלטון, שדעותיו נתפסו כריאליות – שיש להם קיום. "לימודים ריאליים" – מתמטיקה, פיזיקה, מדעים מדויקים – למה זה ריאלי? כי מתאר את המציאות באופן מדויק, מפוקח, קבוע ובלתי משתנה. במציאות הקבועה והבלתי משתנה אנו עוסקים במספרים, נוסחאות וחוקי הטבע. לא לזה מתכוונים ב"ריאליזם משפטי" שהוא משקף בעצם תפיסה אחרת. כשאומרים למישהו: תהיה ריאלי, אנו מתכוונים: תהיה מפוקח, אל תשלה את עצמך, תסתכל על המציאות נכוחה ותבין איך היא פועלת. במובן הזה ריאליזם משפטי בא לומר כך: אתם מדמים שלמשפט יש אופי מסוים, ומטרתנו לפקוח את עיניכם, לתפוס את המציאות נכון יותר ולהבין שבניגוד למה שמרצים מספרים בכיתות שלהם, המשפט הוא שונה בתכלית מהאופן בו מתואר בכיתות הלימוד של אוניברסיטאות כאשר לומדים תחומי משפט שונים. למה הם מתכוונים? הראשון שהתחיל את התנועה הריאליסטית היה שופט אמריקאי שהפך לשופט עליון בביהמ"ש העליון האמריקאי, הוא עצמו היה שופט רגיל ומומחה במשפט החוקתי האמריקאי, ורחוק מלהיות ציני ביחס למשפט. כמה ביטויים שלו נתנו השראה לאותה תנועה אינטלקטואלית שהפכה לריאליזם. הוא אמר כך: חיי החוק אינם לוגיקה, אינם מערכת מושגים אלא ניסיון, סוג של ניסיון יום יומי. חוק מטרתו לצפות מה בקייס מסוים יעשו בפועל ותו לא. זו פונקציה של ניסיון של משפטן עתיר ימים שלא ניתן לנסח אותו באמצעות נוסחאות/מושגים/כללים נוקשים שנשנן אותם ושדרכם ניתן להכיר את המשפט ולצפות פחות או יותר מה תהיה תוצאה של הליך משפטי מסוים. משפטנים יכולים לצפות – רק שופטים ועו"ד שיש להם ניסיון של שנות עבודה שמכירים את האופן בו המערכת פועלת, הניסיון הוא המעניק להם יכולת לצפות את התוצאה.

על היחס שבין הבנה מקצועית שקשורה בידיעת מערכת המושגים שעומדת ביסוד תחום מסוים וניסיון שאדם צובר באותו תחום – ניתן לומר: אדם לומר רפואה, קורסים בהם הוא יודע את כל הכללים הקשורים בזיהוי מחלה והתאמת תרופה. יכול לגמור סטודנט 7 שנות לימודי רפואה, להיות סטודנט מצוין, לעשות בחינות והכל, הוא רופא מצוין. למה? כי הוא יודע את כל המושגים והכללים, למד הכל ושינן. הרפואה בנויה לפי מבנה מושגי מדעי, יש מערכת מושגים, תפיסות אתה יודע את כל זה ומחיל כללים על המקרה לפניך. יבוא מישהו ויגיד שזה לא הופך אותך לרופא, זה רק הבסיס להיות רופא. איך אתה נהייה רופא טוב ומומחה? רק אחרי 40-30 שנה, אתה כבר מזהה ומייד יודע מה לעשות. האם הרופא עם הניסיון של 40 שנה בטיפול בחולים ובזיהוי מחלות שנותן פתרונות ראויים הוא עושה זאת כי צורת חשיבתו היא מדעית של החלת כללים מנוסחים היטב והתאמת תרופות למקרה? או יש פה סוג של ידע שאי אפשר להעמיד אותו על מערכות כללים, אלא סוג של ניסיון של שנים ולא ניתן לנסח את זה במילים כי זה קשור למערך עניינים שלם שלא באים לידי ביטוי בספרי הרפואה? מי שטוען את הטענה השנייה לגבי כל מקצוע, כל תחום – אלה שטוענים את זה לגבי המשפט יגידו שמה שהופך אדם למשפטן טוב זה לא לימוד החומר, אלא צבירת ניסיון בעל חשיבות רבה, מה שמתרחש בפועל במשפט זה מערכות אינטרסים, מערכות לחצים במערכת, גורמים כלכליים, תרבותיים, כשאנו חושבים על יכולת המשפטן לצפות את התוצאה של סכסוך משפטי, דבר אחד זה לעשות ניתוח מושגי של המקרה המשפטי שלפנינו, דבר אחר זה לצפות את התוצאה באמצעות הניסיון הנצבר. במובן זה אתה אומר שיש רכיב מסוים בפעולת הרופא מבחינה זו שהוא למד פעם את התורה של זיהוי מחלה והתאמת תרופה, אך מה שעובר לו בראש כשהוא מזהה זה שכבות ניסיון ומערכת גורמים אותם לא ניתן ללמד והם נצברים עם הזן. במשפטים זה פי כמה וכמה כי הגורמים הפועלים בה הם לא טבעיים אלא חבריים ומורכבים מאוד.

בניגוד לדימוי הרווח גם אצל משפטנים, גם אצל סטודנטים למשפטים, בניגוד למה שפרופסורים מוכרים לעצמם ולסטודנטים, בניגוד לדימוי שעולה לגבי טיבו של ההליך המשפטי כפי שעולה באמצעי תקשורת בו המשפט הוא מעין מדע, שיש יסודות צפיות, וודאות, המשגה, ואנחנו מסוגלים כמשפטנים וכחברה להפריד בין המשפט לבין גורמים שאינם משפט. מה הכוונה? למשל שיקולים פוליטיים, מוסריים, ערכיים, כלכליים – אנחנו מפרידים, כל אלה נפרדים ממה שבעצם עושה המשפט. מה שאנו עושים במשפט זה שתפקיד המשפט הוא לקחת חוקים ותקדימים וליישמם על מקרים שבאים לפני השופטים. את זה עושים גם שופטים וגם פקידי רשות. החלה נקייה, בהירה של כללים שהם עצמם ידועים ובהירים וניתנים בקלות לניתוח ע"י כל אדם וודאי ע"י משפטנים, זה פעולה של המערכת השלטונית באופן כללי ושל בתי המשפט באופן ספציפי. מערכת המשפט עובדת לפי יישום של כללים. היישום מנותק ממערכת שלימה של שיקולים, פוליטיקה, אידיאולוגיה – זה מה שמלמדים. בהינתן זאת, אנו צריכים לזהות כללים ויישום מכני שלהם. לפעמים היישום יותר מסובך ומורכב כי הוא דורש ניתוח ואנליזה שאת זה משפטנים מסוגלים לעשות. כל משפטן יגיע לאותה תוצאה. במובן זה משפטנים לא שונים מרופאים. אמנם לעיתים רופאים יאבחנו באופן שונה ולכן דרכי טיפול שונות, אנו מניחים שיש רופא טוב ורופא פחות טוב. לכן לפעמים תתייעץ עם רופא שלישי, שמכריע בין השניים או שנותן אופציה שלישית שזה קושי גדול, אתה מניח שכל אחד מפעיל סוג של פרוצדורה רציונאלית מדעית, והויכוח הוא פונקציה של רמת הידע של כל אחד. אם אתה מניח שמשפטנים עושים פחות או יותר מה שרופאים עושים במובן זה ההבדל במשפטנים הוא בכישרון, רמת הידע, ניסיון, אז אתה מתאר את המשפט כמו הרפואה והוויכוחים בין משפטנים הוא כמו וויכוח בין רופאים- וויכוח בין אנשי מדע שמנתחים את המצב. הריאליסטים טוענים שיש הפרדה ברורה בין האופן בו פועלים רופאים או משפטנים; משפטנים מדמים בנפשם, קונים את התיאור הזה של המשפט וכך מתארים מה שהם עושים. אם אתה משפטן יותר מודע אתה מבין שהניתוח שלך הוא סוג של פעולה תלוית הקשר וזה רחוק מלהיות מדע. הריאליסטיים טענו סוג של סקפטיות גדולה לגבי האובייקטיביות, המדעיות, המושגיות של החשיבה המשפטית. המושגיות, המדעיות ,האובייקטיביות של החשיבה המשפטית, שזה מה שהקהילה המשפטית משדרת פנימה והחוצה, זה שהמשפט הוא כעין מדע ולכן מנותק לחלוטין מכל מיני ענפים אחרים. הטענה הריאליסטית היא שדימוי זה הוא לחלוטין מוטעה גם מבחינת האופן בו המשפט מתנהל, וגם מהבחינה הזו שזה לא יהיה נכון לחקור כך את המשפט. אחת התרומות הגדולות של הריאליזם המשפטי היה בעצם לחקר המשפט. למה? כי אמרו: אתה רוצה לחקור את המשפט (לא רק אנליזה של מושגים משפטיים), מה שנכון לעשות כדי להבין טוב את דיני הנזיקין, החוזים, פלילי, מיסים, זה לא לנתח נוסחאות במושגים משפטיים אלא זה להבין את המטריה המשפטית בתוך ההקשר הרבותי, הכלכלי, החברתי שבו הוא נתון. אם, לשם דוגמא, התפיסה הקלאסית של דיני החוזים הייתה אומרת כך: ללמוד דיני חוזים זה לקחת את מערכת המושגים הבסיסית ביסוד התחום של חוזים (חוזה, הפרת חוזה, חוזה בלתי חוקי, תרופות, דוקטרינות שונות שיש במשפט ביחס למצבי הפרת חוזה),ללמוד דיני חוזים זה לקחת שורת מושגים, לנתח אותם, לעשות להם אנליזה, ובכך אתה לומד את רעיון החוזה ואת מושגי היסוד של דיני החוזים, לפי תפיסה זו אם אתה לומד קורס טוב בדיני חוזים אתה לומד את המושגיות היסודית של דיני החוזים, ולכן אתה יודע לחשוב על דיני החוזים, ותוכל לנתח כל חומר שקשור לדיני החוזים כי אתה יודע לחשוב על מושג החוזה. זה שבמקום מסוים הדוקטרינה אחת ובמקום אחר אחרת, זה לא ישנה את זה שהיכולת שלך לנתח דיני חוזים ניתנה לך.  בלימוד ניתוח משפטי אתה לומד איך לחשוב, באופן כללי מושגי, וכן את הדינים הספציפיים של מערכת המשפט בה אתה מצוי. (לומדים הסדר אוניברסאלי, ואת ההסדר הספציפי המקום בו אתה לומד). זו העמדה שמאפיינת את החשיבה המשפטית הקלאסית. הריאליסטים חושבים הפוך – שהיבט זה של המשפט הוא היבט צדדי בהשוואה להיבטים אחרים של המשפט, שמשפטנים בד"כ מסתירים אותם, וזה קשור להיבטים תרבותיים, אידיאולוגיים, כלכליים, שהם ביסוד. הריאליסטים ניסו לנתק את הפורמליזם הזה המאפיין את מערכת המשפט ולבדוק את ההיבטים האחרים שלא מודגשים בלימוד הקלאסי של לימוד משפט (כוחות פוליטיים, חברתיים, תרבותיים). ריאליסטים היו ספקנים הן ביחס להחלה מכניסטית מושגית בהירה ופשוטה של כללים משפטיים, וגם ביחס ליכולת מערכת המשפט לברר עובדות. כעת נעמוד על אבחנה זו: הרבה פעמים מה שקובע את תוצאת הליך המשפטי זה 2 יסודות מנותקים האחד מן השני (נכון לגבי 95% מהליכים משפטיים): 1.ניסיון לברר עובדות, רוב ההליכים המשפטיים זה לקבוע גרסא משפטית – מה קרה. האתגר של ביהמ"ש הוא בעיקר לקבוע מה היה. מהרגע שביהמ"ש קבע מה היה, 2. החלה של כללים משפטיים שהיא פשוטה בד"כ. רק במקרים נדירים ביהמ"ש מתחיל להתלבט בשלב השני מה צריכה להיות המסקנה המשפטית בהינתן מצב עובדתי זה. הריאליסטים טוענים שהקושי הגדול של בתי משפט זה שהם יוצרים רושם שקביעת העובדות זו פונקציה של פעולה מכאנית, ואחרי שאתה קובע את העובדות, גם היישום זה עבודה מכאנית, הריאליסטיים כופרים ב-2 הליכים אלה, הם אומרים שגם קביעת העובדות – למרות שזה נראה כפעולה שיש לה אופי מקצועי מכני מושגי שמודרך ע"י כללים, מדעי, בלתי פוליטי, נטול הקשר תרבותי, מנותק שיקולי, טענתם היא שממצאים עובדתיים נקבעים לפי גורמים אלה גם כן. קל וחומר בשאלה המשפטית.

**בשיעור הבא נעסוק ברז ובמטרות המשפט.**

**עד כאן סיכום לא שלי.**

הרצאה 16 – 25.06.17

**המטרות החברתיות של המשפט**

זהו אחד הנושאים הכי חשובים לתיאוריה של המשפט. אנו חושבים על המשפט כעל סוג של מוסד חברתי, כלי חברתי שהחברה משתמשת בו כדי להשיג מטרות שונות. אחד מהמנגנונים שמאפשרים את השימוש במשפט זה דרך הרעיון של שלטון החוק- הבנת המצב בו החוק שולט (במובן היורספרודנטלי).

השאלה של רז היא מהן אותן מטרות חברתיות שלשמן נועדה מערכת המשפט? מה אנו לא משיגים באמצעות מערכת המשפט, ואילו מטרות מערכת המשפט כן רוצה להשיג?

רז מנסה למפות את מכלול המטרות של מערכת המשפט והיחסים ביניהן. הוא מנסה לייצר מפה שתכלול את מגוון המטרות החברתיות של מערכת חוק, ברמה הכללית המתאימה לכל מערכת משפט. בכל מערכת משפט נזהה את אחת המטרות הללו באופן כזה או אחר. רז מנסה לצייר באופן אנליטי ומופשט את מכלול המטרות מבלי שההפשטה הזו תהיה מותנית בשיקול אידיאולוגי כלשהו, שהוא תנאי למטרה חברתית כזו או אחרת. תחת כל אידיאולוגיה, תהא אשר תהא (גם ההלכה, גם המדינה המודרנית, גם מדינות קומוניסטיות ומדינות שהמשטר שלהן מלוכני).

למשפט יש מערך מורכב של מטרות, וכשאנו מתבוננים על מטרה אחת אנו חושבים שלמשפט יש מטרה אחת מסוימת או שנים, אך התמקדות כללית מגלה מגוון רחב של מטרות שיש ביניהם קשרים מאוד מורכבים.

כשאנו מדברים על מטרות אנו צריכים להבחין בין מטרות לבין סוגים שונים של נורמות (מעניקות חובה/ מעניקות זכויות), אך אנו לא מדברים על סוגי הנורמות אלא על מטרות חברתיות אותם המשפט רוצה להשיג והוא יכול להשיגם באמצעות סוגים שונים של נורמות. נכון יהיה לומר שמטרות מסוימות מושגות יותר באמצעות נורמות מעניקות חובות ולא באמצעות נורמות מעניקות כוחות או ההפך.

כאשר רז מנסה להציע את מכלול המטרות של המשפט הוא למעשה במידה רבה מבליע **ביקורת** כנגד גישות בתורת המשפט שממקדות את המבט שלהם בפונקציה מאוד מסוימת של המשפט- הוא טוען כי דרך ההתבוננות בפונקציה המסוימת הזו הן מתארות אותה כעקרון המרכזי של המשפט וכן לתאר בצורה מעוותת פונקציות אחרות של המשפט.

מה המשפט רוצה להשיג?

**רז** מבחין בין מטרות עקיפות למטרות ישירות; אח"כ הוא מבחין בין מטרות ישירות ראשוניות לבין מטרות ישירות משניות. המטרות הראשוניות מתחלקות ל-4, והמטרות המשניות מתחלקות לשניים.



רז מבחין בין מטרות עקיפות למטרות ישירות (במאמר הקודם של רז נאמר שהמחוקק משתמש בחוק הוא עושה זאת כדי להשיג מטרה ישירה).

[פונקציה=מטרה]

**פונקציות ישירות**- חוקים שהמטרה החברתית מושגת בעצם קיום החוק. לדוגמא: שמירת על קניין פרטי- איסור לגנוב. אנשים שנמנעים לגנוב מקיימים את זכות הקניין הפרטית. המטרה שאנו רוצים להשיג גלומה בעצם ההתנהגות אותה אתה מאפשר/ מצווה.

**פונקציות עקיפות**- ישנם חוקים שמטרתם אינה ישירה אלא עקיפה- אתה לא רוצה להשיג את התוצאות המתקבלות מעצם קיום החוק אלא פונקציה שמתקבלת בעקיפין ע"י קיום החוק. למשל- אם אנו רוצים להשיג את התגובה של אנשים לכלל המשפטי- נוצרת תגובה שבה המחוקק מעוניין, והוא צופה שהתוצאה תתקבל כתוצאה מהכלל המשפטי שהוא מחוקק. דוגמא: הממשלה רוצה שאנשים יעברו לנגב- היא מפחיתה מס הכנסה לכל מי שעובר לשם. המטרה היא לא להוריד מס אלא היא לתמרץ לעבור לגור לנגב, והדרך לעשות זאת היא דרך הטבות המס. דוגמא נוספת: מטור ממס שבח במכירת דירה שלישית- המטרה היא לא הטבות מס לבעלי הדירות אלא ישנה מטרה עקיפה- לתמרץ את בעלי הדירות למכור את הדירות שלהם (להוריד חסמי מס כמו מס שבח) כדי להגדיל את היצע הדירות בשוק ולהוריד את מחירי הדיור.

האם ניתן להבחין בין חוקים כאלו?

ישנם חוקים שהמטרה שלהם רק ישירה או רק עקיפה וישנם חוקים שהם גם וגם, או שהמטרה המרכזית היא ישירה והמטרה המשנית עקיפה. החוקים הללו מותנים ביכולת של המחוקק לצפות תהליכים חברתיים שיתקיימו מתוצאת כללים. לעיתים התוצאה המושגת איננה התוצאה שרצה בה המחוקק, ולעיתים מושגת תוצאה הפוכה אותה לא ניתן היה לצפות.

דוגמא: בעבר נעשה בישראל ניסיון לשינוי שיטת הבחירות כך שבוחרים מועמד ורשימה בנפרד, ב-2 פתקים אחרים. אם המטרה הייתה להגביר את יכולת הבחירה המטרה הייתה ישירה. אך הסיבה בפועל להחלטה הייתה הניסיון להגביר את המשילות, כלומר ליצור ממשלות יציבות, כלומר הייתה מטרה עקיפה. בסופו של דבר המטרה העקיפה לא הושגה- במקום להביא להגברת המשילות, שינוי שיטת הבחירות הובילה להפחתת המשילות (כי אנשים פיצלו את ההצבעה שלהם פיצול יתר והכניסו הרבה מפלגות קטנות לכנסת על חשבון הצבעה למפלגה הגדולה של רוה"מ- מה שהכריח את רוה"מ הנבחר לחתום על הסכמים קואליציוניים ופגע במשילות).

דוגמא זו מראה לנו שחקיקה עקיפה, עם כמה שהיא מרכזית במערכת משפט, היא גם מסובכת ואינה וודאית מכיוון שהמחוקק אמור לדעת לצפות תהליכים חברתיים והיכולת לעשות זאת היא קשה.

**הרמב"ם** חשב שחלק ממטרות החקיקה בהלכה הן עקיפות. לדוגמא: האיסור להתגלח עם תער הוא כדי לא לפעול "לפי חוקות הגויים"- ז"א כדי לא ללכת בדרכי פולחן של עובדי עבודה זרה כדי ולהתרחק צריך להימנע מלהיראות כמוהם, מכיוון שאם תנהג כמוהם אז אולי תדרדר לעבוד עבודה זרה כמוהם-זוהי מטרה עקיפה. לדוגמא: יש הלכה שאין על מלך להתחתן עם מספר רב של נשים, כדי שהן לא יטו את ליבו לעבודה זרה. המטרה לא ישירה כיוון שלא רוצים רק למנוע נישואים, אלא המטרה היא למנוע עבודה זרה. עוד דוג' היא האיסור להשחית את פאת הראש כדי לא להידמות לגויים ושזה יוביל לעבודה זרה.

**מטרות ישירות:**

אמרנו שפונקציות ישירות הן כאלה בהן התוצאה מושגת דרך הציות לכלל עצמו.

יש הבחנה בין מטרות ישירות ראשוניות למטרות ישירות משניות:

**מטרות ראשוניות**- מטרות שנשיג באמצעות הכוונת התנהגות מסוימת.

**מטרות משניות**- קשורות למערכת המשפט עצמה. זו הבחנה הדומה להבחנה של הארט בין כללים מסדר ראשון וסדר שני (כללים הקובעים חוקים, וכללים הקובעים איך לקבוע את החוקים).

**מטרות ישירות משניות**- אלו כללים ביחס לכללים (כללים מסדר שני), ביחס לאיך שנתנהג עם כללים. זה **מזכיר את ההבחנה של הארט** בין כללים מסדר ראשון לכללים מסדר שני. הארט טען שמע' משפט הן איחוד של ככלים מסדר ראשון ושני.

**מטרות ישירות ראשוניות**:

1. **הכוונת התנהגות**- הרבה כששואלים אנשים מה עומד בלב מע' משפט מצביעים על פונקציה זו. תפקיד מערכת המשפט היא להגיד לנו מה לעשות. דוגמא: במדינות דמוקרטיות זה קורא בעיקר לדין הפלילי ודיני הנזיקין. ההכוונה היא באמצעות ענישה או הטלת אחריות נזיקית לפיצוי וכאן עוסקים בדיני הנזיקין. יש הבדלים דרמטיים בין שיטות משפט איך לכוון התנהגות.
2. **יצירת כלים להסדרים בין פרטים**- יש גופי חוק שמטרתם זה לספק כלים כדי שנוכל לממש מטרות ותכליות בתחום עסקי, חברי, אישי, רומנטי וכו'. דוגמא: חוק החוזים הוא כלי שהמערכת נותנת לנו כדי לנהל את ענייננו ע"י חוזה. כנ"ל גם חוק החברות, דיני המשפחה ומוסד הנישואין, דיני הקניין.
3. **חלוקה מחדש של טובין/ אספקת שירותים**- אלו שתי פונקציות שרז מחבר ביניהן. חלוקה מחדש של טובין- כל חברה מבצעת חלוקה מחדש של טובין באמצעות החוק המעביר כסף/טובין כלכליים מקבוצה לקבוצה. יכול להיות מעשירים לעניים ולהיפך, מהמדינה לחברה וההפך וכו'. ברגע שהמדינה עושה את הפעולה היא מבצעת חלוקה מחדש. מטרה זו משיגים ע"י מערכת המיסוי- יש מערכות שונות של מיסוי, ותפקיד המיסוי הוא חלוקה מחדש של טובין. במדינות מודרניות, למדינה יש פיקוח על הפעילות הכלכלית והחלוקה מחדש מתבצעת ע"י גביית מיסים לפי תפיסה מסוימת (המשתנה מחברה לחברה ומתרבות לתרבות) והכסף שנצבר יוצר כללים שעניינם איך שמחלקים אותו. ניתן לחלק את הכסף באמצעים שונים- דרך מענקים, הספקת שירותים ואמצעים שונים. המדינה מחלקת וגובה את הטובין הללו כל אחת בהתאם להשקפתה. לצד זאת, יש פונקציה של אספקת שירותים- המדינה רוצה לספק מגוון שירותים לתושבים דרך תקציבים ומוסדות ממלכתיים (מהכסף שהיא גבתה). למשל: חינוך חובה, תחבורה, בטחון, תרבות וכו'. יכול להיות שמדינה לא תרצה לספק שירות מסוים, אך קשה לדמיין וכמעט לא קיים מצב שהמדינה לא מספקת שירותים כלשהם כלל. רז משלב את שני הגורמים מאחר והרבה פעמים יש אספקת שירותים דרך החלוקה מחדש. לדוגמא, חלוקה מחדש של שירות מסובסד. יש קשר בין חלוקה מחדש להספקת שירותים, כיוון שהדרך שבה הרבה מדינות מספקות שירותים היא ע"י שירותים מסובסדים.
4. **יישוב סכסוכים לא מוסדרים**- רז מבחין בין יישוב סכסוכים לא מוסדרים ליישוב סכסוכים מוסדרים. זוהי הבחנה חשובה. סכסוכים מוסדרים הם אותם סכסוכים שניתן להסדיר ע"י החוק הפוזיטיבי- תקדים, חקיקה. כאשר יש כללים לגבי האופן שביהמ"ש צריך ליישם את הכללים מהסדר הראשון. בסכסוכים הללו, ביהמ"ש מיישם חוקים ומפרש אותם, אולם הפונקציה הראשונה של ביהמ"ש היא ליישב סכסוכים. יישוב סכסוך מוסדר- אנו נוטים לחשוב בדר"כ כי תפקיד ביהמ"ש הוא להחיל את החוק על הסכסוך שבא לפניו, וכך הוא מיישב סכסוך מוסדר ע"י חוק. ייתכנו מצבים של סכסוך שלא מוסדר ע"י החוק, ז"א- אין מקור משפטי אותו ניתן להחיל. יסוד ההנחה שיכולים להיות סכסוכים לא מוסדרים הם חשיבה פוזיטיביסטית. דוגמא: דבורקין חושב שכל הסכסוכים מוסדרים ע"י חוק ולכן הוא נון-פוזיטיביסט. בהינתן וישנם סכסוכים לא מוסדרים- לביהמ"ש יש סמכות שיורית ליישב סכסוכים אלו. יישוב סכסוכים זה חלק מהמטרות החברתיות של המשפט. ההבחנה מבטאת שתי פונקציות שונות שביהמ"ש מבטא: (1) החלת החוק (יישוב סכסוכים מוסדרים). (2) יישוב סכסוכים (לא מוסדרים).

במצב של סכסוכים שאינם מוסדרים, כל מערכת חוק מכילה כללים מסדר שני לגבי שינוי כללים מהסדר הראשון (אין יוצרים כללים, איך משנים כללים, איך מתאימים אותם למצבים חדשים). מנקודת מצב של **דבורקין**, ביהמ"ש אינו מיישם את החוק אלא מביא סכסוכים לכלל פתרון. חלק מהמטרות של מערכת משפט זה לא רק שלוש המטרות הקודמות אלא גם ליישב סכסוכים. מערכת המשפט צריכה לבנות מנגנון שיאפשר לאנשים להביא סכסוך לדיני גמר. ביהמ"ש מצווים ליישב כל סכסוך. במצב רגיל- הם מיישבים סכסוכים לפי החוק. כשאין חוק- לכאורה ביהמ"ש לא יכול לפתור את הסכסוך, מאחר והוא כפוף לחוק. **רז** אומר שזה לא אפשרי במערכת משפט, מאחר ואחד מתפקידיה הוא לפתור מצבים כאלו. מחלקים את כל הסכסוכים שיכולים להתקיים בחברה בין בתי המשפט, ואדם יכול לבקש לפתור את הסכסוך בביהמ"ש. ישנו אינטרס חברתי להביא סכסוכים לידי גמר, והוא שונה מאשר ליישם את החוק על סכסוכים. לפעמים כדאי שיהיה גמר והוא יותר חשוב אף מהתוצאה. דרך יישוב סכסוכים שאינם מוסדרים חושפים את הטעמים שעומדים ביסוד הכללים, ואז הולכים ליישום השיקולים ההלו ולא רק ליישום מכאני לכללים.

פלונית- סכסוך לא מסודר, שפתרונו מאוד קל. לעיתים הסכסוך לא מוסדר והוא מסובך.

כשסכסוך לא מוסדר מיושב, הוא הופך לתקדים והבאים אחריו מוסדרים.

לפי דבורקין כל סכסוך הוא מוסדר- כי העקרונות הם חלק מהמשפט וחלים. הוא לא מקבל את האבחנה של רז.

בכל מערכת משפט יש כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני לפי הארט, ורז מסכים עם זה. כל אותם כללים המאפשרים שינוי של הכללים, ביטולם והיכולת להתאים אותם להתפתחויות. בשונה ממערכות נורמטיביות שאין בהן כללים המאפשרים שינוי. כללים ליישוב הסכסוכים- ביחס להפעלת כללת והחלתם על המקרים הבאים לפני בית המשפט. ישנם כללים ביחס להפעלת שיקול דעת.

ניתן לראות את המגוון של המטרות החברתיות של המשפט- יש יותר מפונקציה אחת.

רז נתן פריסה כללית של הפונקציות והיחסים ביניהם. האם הפגיעה ביציבות שווה את התועלת של השינוי? לא תמיד הפגיעה מוצדקת על הרווח בתיקון.

הרצאה אחרונה- 28.06.17

## מידע על המבחן

מבנה הבחינה:

10 או 12 שאלות, ויש בחירה- צריך לענות על 7 מתוך 10, או על 10 מתוך 12 שאלות.

השאלות הן על כל החומר הנלמד.

השאלות ממוקדות- שואלות על עניין ספציפי ולא דברים כלליים.

היקף תשובה- כל שאלה עד 10-12 שורות (לפי ההוראות בבחינה).

חומר מחייב:

לפי הסילבוס המחייב שנשלח במייל.

צריך ללמוד גם את המאמרים שלא למדנו בכיתה.

**פורמליזם משפטי-**

דיברנו על פורמליזם בהקשרים שונים בקורס. כעת נעשה דיון מסודר בנושא.

התבקשנו לקרוא לשם כך מספר מקורות:

1. הארט- ההפרדה בין משפט ומוסר.
2. הארט- מושג החוק.
3. פולר- ביקר את הארט והאופן בו הגדיר פורמליזם.
4. רז- האופן בו מנתח וממשיג את ההתנהגות עם כללים.
5. שאוור- פורמליזם.

**הארט-** טוען שאלו שטענו שיש קשר הדוק בין מוסר ומשפט, והקשר בא לידי ביטוי כשהחוק לא עונה למקרה החריג שבא לפנינו. טענת ההפרה בין מוסר למשפט לא מפעילים שיקולי צדק אלא שואלים עובדות לגבי המשפט הקיים (ולא מה הוא צריך להיות).

**טעמים וכללים**

**כלל**- בנוי באופן שבו הוא מנסח מערכת נסיבות וקובע מה עושים בהתקיים הנסיבות הללו. אלו יכולות להיות נסיבות שמטילות עליך חובה או נסיבות שמעניקות לך כוח.

**טעם**- התכלית/המטרה שרוצים להשיג באמצעות הכלל.

בספר החוקים הישראלי ניתן לראות שכמעט כל החוקים מנוסחים בצורת כלל. אך ברור שלכל הכללים הללו יש גם טעמים. אין כלל שאין לו טעם-אין כלל שאין לו תכלית. לא זאת בלבד שלכל הכללים יש תכליות, אלא יהיה נכון לומר שהטעמים הם נשמת אפם של הכללים. ללא טעמים- אין כמעט משמעות לכללים. בכל פעם שאנו מאמצים כלל ופועלים לפיו אנו מאוד מקווים שתוצאות הכלל יתממשו- ז"א שהטעמים של הכלל יתממשו כתוצאה מהציות לכלל.

לרוב, פעולות המודרכות ע"י כללים הן פעולות החוזרות על עצמן והם נועדו להשיג מטרה מסוימת. המטרה הזו היא הטעם של הכלל, התכלית של הכלל. לכן כל פעם שמדברים על הצדקה כללים אנו מדברים על התכליות של הכלל.

ניתן לחלק את הכללים האישיים לסוגים שונים של כללים.

למשל: **כללי אצבע**- כללים שאדם מאמץ אותם אימוץ ראשוני והם מדריכים אותו בפעולות היומיומיות שלו, אך הם לא באמת כללים כי האדם יכול לסגת מהם אם הוא ישתכנע שהכלל לא ישיג את מטרתו.

חשיבות הטעמים בהקשר של החוק

כאשר אנו מיישמים את הכלל אנו מיישמים את הטעם שביסודו, אך בנסיבות מסוימות כאשר יש "מקרה קשה", על השופט לבחון האם במקרה הזה יש להחיל את הכלל או שמא יש לסטות מהכלל ולפעול ע"פ הטעמים הרלוונטיים למקרה הקשה הספציפי. במקרה כזה, היכולת שלנו להעריך האם להחיל את הכלל או לא היא פונקציה של ההבנה את הטעמים של הכלל. איפה הבעיה? כאשר יש חשד שהחלת הכלל לא תביא למימוש הטעמים ואף תפעל בניגוד לטעמים.

**אם אנו מפעילים כללים רק כאשר הטעם מתקיים- איזה חשיבות יש לכללים על פני טעמים?**

**הארט- הציע תיאוריה בהקשר של ההגדרה של פרשנות משפטית:**

כשהארט מחוקק חוקים עומדים לנגד עיניו המקרים הטיפוסיים אותם הוא מסדיר באמצעות כללים. לפעמים מקרים שאי אפשר לדמיין או מקרים שאפשר לדמיין אבל הם חריגים הוא ייטה להתעלם מהם. (לדוגמא מקרה פלונית).

לפי הארט חוקים מורכבים ממילים **ולשפה יש "מרקם פתוח"**. בהינתן כך, יש מצבים בהם השאלה האם המונחים שבכלל נמצאים או לא, הם שאלה פתוחה.

לכל כלל יש "גרעין משמעות" (core). אך לכל כלל יש גם " penumbra"- שטח אפור.

המקרה שהוא מביא- כלי הרכב בפארק:

יש כלל שאסור להכניס כלי רכב לפארק. אומר הארט, למקרה כזה יש תחולה מכנית פשוטה על המקרה השכיח. המקרה הזה הוא המקרה של כלי רכב שעולה על כבישים- מכונית משפחתית רגילה.

אך מה עושים עם רכב מנועי של ילדים? אופניים חשמליות? וכו'. השאלה היא האם הדוגמאות הללו נופלות על "גרעין המשמעות" של הכלל.

כאשר הדוגמאות נופלות בתוך "גרעין המשמעות"- אנו מחילים את הכלל באופן מכני, לא התייחסות למילים של הכלל. אך אם הדוגמאות נופלות על הפנומברה-השטח האפור- יש בעיה האם להחיל עליהם את הכלל.

**אומר הארט, כל ביטוי בשפה דומה למבנה הזה**. כלומר- כל מונח בשפה יש לו "גרעין משמעות" קשה עליו הוא חל באופן מכני ללא צורך במהלך פרשני, ויש לו גם מערך אינסופי של מקרים שלא חלים עליו ולגבי תחום מסוים של עניינים זה שאלה והתלבטות האם המונח חל עליו או לא. למשל: כלי הרכב לא יחול על בתים, על עצים וכו' שהם לא כלי רכב. לגבי סוס ניתן להתלבט למשל.

לגבי גרעין המשמעות- הוא יהיה זהה בכל מצב, בכל הקשר. למשל לפי התפיסה של הארט, הביטוי "כלי רכב" במובנו הקשה הוא קבוע וחלק ממשמעות הקבועה של מילה בשפה ויהיה זהה גם בדוגמא בפארק למשל וגם בחוק הפלת"ד. לא נצטרך להפעיל שיקול דעת/ פרשנות/ תכלית החקיקה וכו', אלא ניתן יהיה להחיל את הכללים באופן מכאני.

**מה אמור שופט לעשות במצבים של פנומברה? פורמליסט מחיל את הכלל באופן מכני על המקרה שבא לפניו, ממש כשם שבמקרה שנופל לגרעין הקשה הוא מחיל זאת באופן מכני**. פורמליסט מחיל את אותה משמעות של הכלל בכל מצב.

הארט מבקר את הפורמליסטים וטוען שבמקרי הפנומברה אין להחיל את הכלל באופן מכני, אלא יש לשאול האם הכלל צריך לחול או לא והתשובה קשורה בתכלית החברתית של הכלל המשפטי**.** יש לשאול האם בהינתן התכלית יש להחיל את החוק על המקרה או לא.

במקרה הטיפוסי בו מצפים שהחוק יחול- לא מבצעים את בדיקת התכלית. מחילים את הכלל באופן מכני ומגיעים לתוצאה. בכל המקרים הרגילים של הליבה אנו לא מבצעים אקט של פרשנות (בניגוד להחלה מכנית שלא דורשת פרשנות).

לפי הארט, שימוש בכללים והחלה מכאנית שלהם במקרים הטיפוסיים זה לא פורמליזם. כשאין צורך בכלל לפרש-פועלים באופן רגיל, וזה כשלעצמו לא פורמליזם. מתי אדם יואשם בפורמליזם? רק כשמתייחסים למקרה האפור כאילו זה מקרה ששייך/לא שייך לגרעין. אדם הוא פורמליסט כאשר הוא בוחר להחיל באופן מכני את הכלל גם במקרים שנכנסים לפנומברה (שטח אפור)- ללא שקילת התכליות והטעמים.

לפי הארט-

**במצבים של "גרעין משמעות"**- אנו מחילים את החוק באופן מכני.

**במצבים של פנומברה**-עלינו לא להחיל את החוק באופן מילולי, אלא לחשוב על מטרות ותכליות החוק- טעמי החוק- וההחלטה לגבי החלת החוק היא פונקציה של הבנת התכליות של החוק.

עד כאן למדנו בהרצאות -סוף הקורס

שו"ת לנייר עמדה 1 – אריסטו ורמב"ם 26.04.17

הטקסט הראשון היה של אריסטו מתוך האתיקה הניקומאכית- אריסטו דן בעקרון היושר, ומסביר איך צריך לפעול ע"פ עקרון זה. הוא מציג זאת ע"י שאלה על ההבחנה בין הגינות לצדק, ואיך יתכן ששניהם 'טוב' אם הם שונים.

לפי לא מעט חוקרים (ביניהם המרצה) הרמב"ם החזיק בעמדה שונה ביחס לשופט, אותה הוא מציג בחלק הדן בטעמי המצוות מתוך הספר "מורה נבוכים" (נכתב בסוף המאה ה-13 בערבית). באחד מפרקי המבוא (פרק לד) הוא מציג את "דרך הרוב".

במאמרו של המרצה הוא ניתח את המושג "דרך הרוב" והסביר במסגרת תפיסת הרמב"ם לעניין דרך הרוב הוא חושב שלא צריך לנהוג בעקרון ההגינות האריסטוטלי אלא לנהוג בעקרון הפורמליסטי.

המאמר עוסק בהרבה סוגיות יסוד בתורת המשפט.

נייר העמדה הוא מעין חיבור על הנושא עד שני עמודים- ע"פ 2 או 3 שאלות שהמרצה ישאל (אפשר לענות בחיבור אחד או על כל שאלה בנפרד).

שאלות מהכיתה:

* **מה פירוש המושגים פורמליזם ורוליזם ומה ההבדל ביניהם?**

**פורמליזם** הוא מונח רחב להרבה מושגים שלרוב יש קשרים ביניהם.

פורמליזם בא מהמילה פורם=צורה. למשפט יש צורה מסוימת. גישות מסוימות נותנות למשפט צורה בכך שהמשפט מחולק לנושאים-חוזים, פלילי, נזיקין, ובתוכם יש תתי נושאים ובתוכם סעיפים וכו'. למשל: משנה תורה- ספר שבנוי בצורה מאוד מסודרת, עם כרכים, תחומים ראשי פרקים, סעיפים, הלכות וכו'. בניגוד לכך- גישות לא פורמליות שבהן אין צורה מסוימת. למשל: המשפט האנגלי המקובל- החלטות על גבי החלטות ללא סדר וארגון.

אחד המובנים של פורמליזם הוא מה שכינה המרצה במאמר "רוליזם"- מהמילה rule- יש למילה זו מגוון פירושים. Rule- כלל, rule of law-שלטון החוק (משמעות קצת אחרת). הכללים בדר"כ מנוסחים בצורה של איזשהו מקרה עם הוראות פעולה. חלק גדול מתפקיד הכללים הוא לכוון התנהגות- איך עושים זאת? אנו משתמשים בכללים ובאמצעותם מכוונים התנהגות.

כללים יכולים להיות פעילים בהרבה מאוד הקשרים בחיים-

כללים מחייבים- נוצרו ע"י מי שמטיל עלינו חובות, רשויות, מחוקק, הורים, מורים, מרצים, בוס, מפקד וכו'. גורמים אלו יכולים להטיל עלינו כלל כללי או הוראה ספציפית. כלל קובע דפוס התנהגות בעוד הוראה ספציפית קובעת מה צריך לעשות במקרה ספציפי.

לכללים יש תמיד טעמים. מהו הטעם של הכלל? המטרה שלו, התכלית שלו. לכל כלל יש טעם או קבוצה של טעמים-לשם מה הוא נחקק. אין כלל בלי טעם. כאשר אנו מפעילים כללים אנו פועלים לפי הטעמים שבגללם אימצנו את הכללים האלה. אם כן, אז למה אנו מאמצים כללים ולא פועלים במישרין לפי טעמים? כדי לחסוך בזמן, לחסוך מאמץ, להימנע מטעויות, לכוון התנהגות של אחרים שאנחנו לא סומכים על ההבנה שלהם את הטעמים וכו'.

כל פעם שאנו מפעילים כלל אנו מקווים שמה שמיושם אלו הטעמים שביסוד אותם כללים. למה אנו נדרשים לכללי? בגלל המגבלות וקוצר ידם של בני האדם. אלמלא אלה-לא היינו צריכים כללים.

הכללים מנוסחים באופן שיתאימו למקרים הטיפוסיים השכיחים שאותם הכללים מנסים להסדיר.

מה עושים כאשר מתגלה פער בין יישום הכלל לבין הטעם שביסודו? כאשר צריך להחיל כלל כאשר יש לנו חשד או ביטחון שבו יישום הכלל לא יוביל למימוש הטעם?

**רוליזם**- כאשר יש סיבות טובות בהרבה מאוד מצבים לדבוק בכלל ולא ללכת אחרי הכלל. וזה בדר"כ קשור לטעמים מערכתיים שאומרים כי אם נסטה מהכלל אולי נעשה צדק באופן ספציפי אך אנו עלולים להינזק ברמה הכללית המערכתית יותר.

בשני המצבים- בין אם נדבוק בכלל או נסטה ממנו- אנו ניזוקים וגורמים עוול ברמה כלשהי. ועדיין משיקולים מערכתיים אנו נדבוק בכלל.

רוליזם זו סוג של עמדה, תפיסה והיא לא חייבת להתממש תמיד. גם אם אתה רוליסט בדר"כ, יש מצבים קיצוניים בהם תנג ע"פ הטעם ולא ע"פ הכלל. **הרמב"ם הוא רוליסט בתפיסה שלו למרות שיהיו מקרים מאוד קיצוניים בהם הוא בכל זאת יבחר ללכת לפי הטעם (ולא לפי הכלל).**

הרמב"ם אומר שיש מצבים בהם נפעיל את הכלל לפי דרך הרוב למרותש אנו יודעים שהסיטואציה מסוימת הטעמים ביסוד הכלל לא מתממשים עם יישומו. ברגע שהטעם לא מתממש- זה אומר שמישהו ניזוק מהפעלת הכלל. אם כן, אז למה מתחייבים נזקים לפרטים? בגלל הסיבות שפרטנו לעיל.

הרמב"ם הוא סוג של מחוקק. מה עושים מחוקקים? מכוונים התנהגות באמצעות כללים. לפי אריסטו, אתה לא יכול ליצור אינסוף כללים לכל מקרה ספציפי שיכול להתרחש. זה אינסופי. לכן מחוקק שרוצה להסדיר תחום מסוים בחקיקה, צריך לפרק את התחום למקרים השכיחים ולהסדיר בחוק את המקרים השכיחים בלבד.

# הנחיות לנייר עמדה- מתי

- 2 דפים A4 שורות, לכתוב רק על צד אחד של הדף, כתב ברור ונקי.

- שעה וחצי לנייר עמדה- לא צריך את כל הזמן.

- לרשום ת.ז.

- חלוקה לפסקאות.

# טיפים

- יש פתרון רשמי מ02- צ'קליסט.

- יש חשיבות למבנה ולסדר של התשובה.

- ניקוד- נע בין 1-10 כל מקרה של חצי מתעגל כלפי מעלה/מטה לפי ראות הבודק.

- יש חשיבות לסדר השאלות.

שו"ת לנייר עמדה 2 – קריטון וגנז על חובת הציות לחוק – 10.05.17

המאמר של גנז מנסה לפי דרכו בגרסה מודרנית לבסס את חובת הציות לחוק, כאשר כל הניסיונות שנעשו לפני כן לא עומדים בביקורת לפי דעת המבקרים. אפלטון הציע 3 טיעונים לביסוס חובת הציות לחוק שעליהן יש ביקורת רבה.

##### חיים גנז-

טיעון המבסס חובה אוניברסאלית לציות לחוק אשר משלב באופן מתוחכם שני טיעונים ומצביע על היחס בינים- הטיעון התוצאתני וטיעון ההגינות. טיעון ההגינות הוא טיעון מודרני שהעלה הארט ובהמשך רולס ונדחה ע"י מבקרים. גנז טוען שאם נוקטים בטיעון ההגינות בגרסה שלו כצדק מחלק (ולא צדק מתקן) ומשלבים אותו עם הטיעון התוצאתני- מגיעים לביסוס לחובת הציות לחוק.

את המאמר גנז מסיים בטיעון חשוב מאוד המסביר למה הצעת מקרה נגדי מהסוג של "האם יש חובה לציית לחוק בדוגמא של אדון באמצע הלילה כשאף אחד לא רואה ואף מכונית לא עוברת?". האם טיעון כזה מצליח לבסס חובה מהסוג הזה, וטוען כי אפילו אם הטיעון שלו לא מצליח לבסס חובה בנסיבות אלו, אין בכך כדי לחתור תחת הטיעון שישנה חובה כללית לציית לחוק בנסיבות רבות אחרות.

גנז טוען כי לאור שיקולים מסוימים ניתן לבסס חובה כללית לציית לחוק, הגם שהיא לא תחול במקרים מאוד טריוויאליים וקיצוניים. כאן הוא משתמש בדוגמא של כללים אוניברסליים אחרים כמו האיסור להרוג והחובה לקיים הבטחות. גם אם יש מצבים מסוימים בהם למרות החובה עדיין אין חובת לציית לחובה לקיים הבטחות- זה לא ממעיט או מבטל את עצם קיום החובה הכללית של קיום הבטחות.

המאמר של גנז כמו הדיאלוג של אפלטון מתרכז בניסיון לבסס את חובת הציות לחוק- להציע טיעונים לטובת חובה זו. אך לפני ביסוס טיעונים אלו, עלינו להבין קודם כל מה אנו מנסים לבסס- מהי הבעיה שעליה אנו צריכים לענות?

חשוב לשים לב לניסוח הבעיה. גנז במאמרו עוסק רבות בשאלה זו אך בעקיפין ובאופן צדדי ומעיד עליה תו"כ הניסיון לבסס אותה. הוא הקדיש מאמר נפרד לגמרי מהי בעצם בדיוק הבעיה של חובת הציות לחוק.

הערות המרצה בנושא:

כאשר מדברים על קיום החובה המוסרית לציית לחוק, אך אחד לא חושב שהחובה לציית לחוק צריכה להיות מוחלטת. מה הכוונה מוחלטת? שאם ביססנו חובה כזו- לא ייתכן מצב שבו החובה הזאת חלה ואנו לא נציית לה. זה מובן לא נכון. בדיוק כמו שלא יהיה נכון לומר שדי בדוגמא נגדית אחת נגד החובה לקיום הבטחות כדי לחתור תחת החובה הכללית לקיים הבטחות. כנ"ל עם החובה שלא להרוג אנשים. ישנם סיטואציות בהן אנו מתירים להרוג אנשים (למשל המתת חסד)- האם בגלל סיטואציות כאלו נגיד שאין כלל חובה לשמור על חיי אדם?

לכן למרות שנבסס כלל מבחינה מוסרית, זה לא אומר שלא יהיו מקרים בהם נסטה מהכלל הזה. החובות הן לא מוחלטות.

מה שאנו מנסים לבסס אלו למעשה "**חובות לכאורה**"- חובה המוטלת על אדם בהיעדר שיקולים נגדיים כבדי משקל לפעול באופן הפוך. הדבר שונה ממצב שבו אין אפילו חובה לכאורה. במצב שיש מצב חובה לכאורה זה לא אומר שייתכנו שיקולים נגדיים, אלא הדבר אומר שבאם יש שיקולים כאלו- אין חובה לציית לחובה.

ככל שהנימוקים יהיו יותר חזקים – משקלה של החובה לכאורה גדל, וככל שהוא גדל – כדי לפעול בניגוד לחובה הזו אנו נדרשים לשיקולים נגדיים חזקים יותר על מנת לפעול באופן הפוך.

**מה אנו בעצם עושים כשאנו מנסים לבסס חובה לציות לחוק**? אנו מנסים לבסס את הטענה שעצם קיומה של מערכת משפט שעניינה יצירת כללי התנהגות, מייצרת חובה לציית לכללי ההתנהגות במנותק מתוכנם. ז"א- אנו לא מצייתים לחוק בגלל התוכן שלו אלא בגלל שהוא קבוע כחוק ועלינו לציית לחוקים. אנו לא מדברים על החובה המוסרית לציית לחוקים "טובים" שאיתם אנחנו מסכימים, אלא עם כל החוקים הקיימים במערכת המשפטית.

האם מעצם זה שהחוקים נחקקו והם חלק ממערכת משפט זה עצמו מביא חובה מוסרית לציית להם בנפרד מתוכנם.

אלא שיטענו שאין חובה מוסרית לציית לחוק, יטענו שיש חובה לציית למרבית החוקים לא בגלל שהם נחקקו אלא בגלל שהם בעלי תוכן צודק וראוי.

מה שגנז מנסה לעשות לאורך המאמר- הוא מציע מערך שלם של שיקולים המצביעים על הטובין שקשורים לזה שקיימת מערכת משפט ומה בעצם במסגרת חובת הציות לחוק תומך בטובין הללו ומה עלול לערער אותן, ו

**מה אומר הטיעון התוצאני (התועלתני) לטובת הציות לחוק?**

עצם קיומו של החוק, של משטר הקובע כללים שיוצרים וודאות ויציבות בחיים של בני האדם, הוא חיוני לחיים החברתיים וממילא לחיים החברתיים של כל פרט ופרט.

חברה שיש בה חוק- חברה הרבה יותר טובה מאשר חברה שאין בה חוק. יותר טובה במובן של יותר מועילה- מביאה ליותר הנאה ומצמצמת כאבים והיעדר תועלת. למשל: הטיעון התועלתני "הבטחות צריך לקיים"- הנימוק למוסד ההבטחה הוא שחברה בה קיים מוסד ההבטחה (כשאנשים מבטיחים הם גם מקיימים) היא חברה שהמצרף התועלתי שבה גדול לאין ערוך מאשר חברה שבה לא מקדשים את מוסד ההבטחה (אנשים מבטיחים ולא מקיימים- המשמעות לכך היא שאנשים כבר לא מבטיחים כלל).

חברה בה יש את מוסד ההבטחה- מאפשרת שיתוף פעולה היכול למקסם תועלות לאין ערוך, בעוד חברה ללא מוסד ההבטחה גורמת למצרף תועלתי מינימלי אם בכלל.

אותו דבר הוא הרעיון של חובת הציות לחוק. חברה בה יש מערכת של כללים, צפיות, מוסדות חברתיים וכיבוד חוק ע"י בני החברה- זו חברה שהתועלת המצרפית שלה יותר גדולה מאשר חברה ללא מערכת חוק.

**מה הביסוס לטיעון החובה לציות חוק פה?**

**הטיעון התועלתי**- יש יותר תועלת בחברה שיש בה חוק, ולכן זה יוצר חובה לציית לחוק. כי אם האדם לא יציית לחוק הוא בעצם חותר תחת מערכת המשפט- מה שמוביל לביטול אותה מערכת המשפט- מה שמסכן את חברה לכך שתגיע למצב של חברה ללא מערכת משפט- מה שגורם לנזק אדיר לחברה.

**טיעוני נגד הטיעון התוצאני**- הטיעון התוצאני לא מצליח לבסס חובה כללית לציית לחוק מכיוון שיש מקרים שאנו נוכל לחשוב עליהם בהם הטיעון הזה לא מבסס חובה מספיק רחבה שיוצרת באמת חובה לציית לחוק. למשל: חברה מסוגלת לסבול הרבה מאוד הפרות של חוק בהרבה מאוד סיטואציות, ולכן יש אלה שיטענו שגם אם אנחנו מפרים את החוק זה עדיין לא פוגע בקיום מערכת החוק, מערכת החוק תמשיך להתקיים למרות זאת ולכן לא פוגע בחברה.

**גנז משלב את הטיעון התוצאני יחד עם טיעון ההגינות ומראה את הקשר ההדוק ביניהם.**

**טיעון ההגינות**- בהינתן ויש טובין שאדם צורך בהסכמה ושהטובין הללו דורשים נטל מסוים מקבוצה מסוימת של אנשים, אז יהיה הוגן שאם אתה צורך אותם מרצון- שאתה תישא באותו הנטל שנשאו אותם אנשים שיצרו את הטובים שאותם אתה צורך מרצון. לשון אחרת- אל לו לאדם להיות "רוכב חינם" (נוסע חופשי). אם נגיד שקבוצת אוהדים מימנה אוטובוס למשחק מירושלים לחיפה- ואדם עולה לאוטובוס הזה מרצון וללא תשלום- הוא לא יכול להגיד שהאוטובוס הזה נוסע ממילא והיה מקום פנוי ולכן הוא לא פגע באף אחר. זהו נוסע חופשי. במצב הזה מכיוון שכולם נשאו בנטל- גם האדם שהתווסף צריך לשאת בנטל. טענה זו תהיה רלוונטית רק כאשר האדם צרך את אותם הטובין מרצון ועשה פעולה שבה הוא ביטא את רצונו- ולכן הוא צריך לשאת בנטל כמו כולם. במקרה שבו האדם נהנה מטובין מסוימים אך לא בחר לצרוך אותם אלא נהנה מהם על הדרך- הוא לא יצטרך לשאת בנטל.

הדוגמא של גנז היא דוגמא של טובין שנוצרים כתוצאה מציות של רבים- זוהי מערכת המשפט. אדם שנהנה ממערכת המשפט לא יכול לטעון שהוא לא צריך לשאת בנטל שגורם לייצור הטובין שהוא נהנה מהם- מערכת המשפט עצמה.

למשל: נטל הציות לתמרורים בכביש- אדם נהנה מנסיעה בטיחותית וודאית בכביש בגלל שכל שאר האנשים מצייתים לתמרורים. הוא לא יכול לטעון שהוא לא רוצה לשאת בנטל הזה של ציות לתמרורים- מכיוון שהוא נהנה מזה שכולם מצייתים לחוק וציות לחוק משמעותו נשיאה בנטל של ציות לתמרורים. הטיעון המרכזי למעשה נגד אנשים אלו (רוכב חופשי) היא טענת אי שוויון.

טיעון ההגינות אומר שאם ביצור טובין מסוימים כרוכה נשיאה בנטל- הנטל הזה צריך לחול על כולם בשווה. במצב שבו יש אנשים שצורכים את הטובין הזה ולא נושאים בנטל- הם נוהגים באופן לא מוסרי.

**נקודה נוספת חשובה טיעונו של גנז.**

אמרנו לגבי טיעון ההגינות בדוגמאות שנתנו, שמתי בעצם יש כוח לטיעון ההגינות? כאשר הגם שאדם לא היה חלק מהיוזמה ליצור את הטובין האלה, העובדה שהוא ביטא רצון כלשהו לצרוך אותם יוצרת לו חובה לשאת בנטל לייצור הטובין הללו.

נגיד שמישהו טוען את הטענה שהוא רוצה לחיות שיתוף פעולה בלי חוקים- כביכול הוא לא ביטא את הרצון שלו לשאת בחוקים השונים (למשל-תמרורים) ולכן אי אםשר לחייב אותו לשאת בנטל ולציית לחוקים.

# טענות הנגד של גנז-

* 1. בדוגמאות של החוק קשה מאוד לבסס מציאות כזו של רצון – קשה לבסס טענה נגד ציות לתמרורים, הרי איזה אדם רציונאלי לא ירצה תמרורים בכביש?
	2. יש מצבים בהם הנטל חל עליך בגלל סוג של חובה מוסרית- אדם צריך לצרוך את הנטל לא בגלל שהוא ביטא רצון לשאת בו אלא בגלל שיש חובה מוסרית על האדם. החובה המוסרית לשאת בנטל היא בעצם ממלאת את המקום של הרצון- חובה מוסרית כתחליף לביטוי רצון הפרט. למשל: יש מציאות חברתית בה בהיעדר חוק החיים יהפכו ל"דלים ומאוסים", לכן בהינתן ויש חובה מוסרית למנוע מצב כזה- האדם חייב לציית לה בין אם הוא רוצה ובין אם לאו. לכן אם יש חובה מוסרית ליצור מערכת משפט- מכיוון שאחרת החיים יהפכו ל"דלים ומאוסים"- לכן האדם מחויב לציית למערכת המשפט בגלל החובה המוסרית המוטלת עליו. לכן במצבים בהם הנטל חל על האדם והוא לא נושא בו- הוא לא ממלא את חובתו המוסרית. לכן אנו לא חייבים להצביע על הסכמה אלא די לנו להוכיח שבבסיסו של המיזם הזה יש חובה מוסרית חיונית.

**הקשר הצידוקי**- עושים את ההבחנה הבאה: אם יש לאדם כלל המטיל עליו חובה, ניתן לומר שהוא חייב לציית לכלל מעצם התוכן של הכלל, או שיש סיבה האחרת המטילה את אותה חובה.

למשל: אם אבא שלי אומר לי לתת צדקה לעני מסוים- יש 2 צידוקים שונים למעשה לי- (1) אני נותן צדקה בגלל שאבא שלי צודק וזה המעשה הנכון לתת צדקה לאותו עני, (2) אני נותן צדקה בגלל שיש עלי חובה לכבד הורים ולכן אני צריך לציית לאבא שלי.

הכרת תודה- האינטואיציה הבסיסית של הכרת התודה היא לעשות פעולות שמביעות את הכרת התודה. בהקשר של כיבוד הורים- יש הורים שהתעללו ולא צריך להכיר להם תודה. אך יש טיעון נוסף- אם נאמר שמדובר בהורים מושלמים שבאמת צריך להכיר להם תודה. השאלה היא למה הכרת התודה צריכה לבוא בצורה של לשמוע בקולם? אפשר להכיר תודה בפעולות אחרות- להביא להם כסף, להכין להם אוכל.. למה הכרת התודה צריכה לבוא בצורה של ציות להורים? ז"א שהכרת התודה לא מצליחה לבסס את החובה לציית להורים ולשמוע בקולם.

**טיעון נגד**- הכרת התודה צריכה לקחת בחשבון מה הפעולה הכי חשובה לאותו גורם שאתה מכיר לו תודה. זו לא תהיה הכרת תודה אם המעשה שעושים לאותו גורם הוא חסר ערך בעיניו. למשל: אם הבן שלי רוצה להכיר לי תודה כי אני אביו והוא לוקח אותי למשחק כדורגל אבל לי לא אכפת מכדורגל-זו לא הכרת תודה. הוא צריך לשאול אותי מה מעניין אותי האב ולפי זה להכיר לי תודה.

אם נגיד שטיעון ההגינות מבוסס סיבודו על הצורך להכיר תודה. למה? אם נגיד שיש קבוצת אוהדי כדורגל שמימנו אוטובוס מירושלים לחיפה ואדם זר עולה- כדי להכיר להם תודה הדרך הכי טבעית היא להשתתף בנשיאה בנטל של העלות של האוטובוס. האדם יכול להחליט שהוא מכיר תודה אם הוא קונה לכולם פלאפל- אך זו יכולה להיות פעולה שלא רלוונטית בשבילם.

כך גם בהקשר של נשיאה בנטל הציות לחוק- הכרת התודה צריכה להיות מבוססת דרך הפעולה עצמה של נשיאה בנטל ולא דרך אופנים אחרים שרחוקים מהנשיאה בנטל.

שו"ת לנייר עמדה 3 – דוורקין [סיכום של כנרת] – 18.06.17

נקודת המוצא שלו היא ביקורת על הארט והצעת נגד על הארט. מה שמאפיין את דוורקין כנון פוזיטיביסט (ששונה מפולר שגם הוא נון פוזיטיביסט)- היא שנקודת המוצא שלו לדמיון במשפט באופן כללי, הוא בעצם ההתבוננות בפעולתו של השופט, ואיך שופטים בבתי משפט פועלים. דרך ההתבוננות בפעולתם של שופטים, האופן בו פוסקים וכיצד מפרשים חוקים, ואיך מנקודת מבטם מערכת המשפט נראית- דוורקין יוצא לפתח תורת משפט רחבה יותר. אבל המיקוד שלו הוא מנקודת המבט של הפעולה של בימ"ש, והפעולה הפרשנית של בימ"ש שדרכה הוא מתאר את הפעולה הפרשנית של המשפטן באופן כללי. הוא מבקר את הפוז' מנקודת מבטם של השופטים- הנציגים הבכירים ביותר של הקהילה המשפטנים. הוא אומר "שופטים לא רואים את המשפט לפי המתכונת והתמונה הפוז' שהארט מתאר אותה". יש לו הרבה סיבות לומר ששופטים לא חושבים על המשפט באופן פוז', ולא באופן הפוז' שמתאר הארט. וזה מלמד שהמשפט באופן כללי לא נכון לתאר אותו לפי המתכונות או במושגים פוז'. את זה אח"כ דוורקין פיתח בחיבור שנקרא ?? ששם פיתח תורת משפטית פרשנית רחבה מאוד (אני ממליץ לכם לקרוא) אבל אין לי זמן לדבר על זה. אני לא אוסיף מעבר לכך ואני אפתח את הדיון לשאלות שלכם.

שאלה: יש סתירות בדברים שלו שאני לא מבין את ניתן ליישבם- מצד אחד הוא מצמצם את הכוח של השופט ומצד שני נותן לו פרשנות לכל אורך הפעילות של המשפט. המרצה: איפה הוא מצמצם ואיפה להפך?

תשובה: מהשאלה שלך יש לי רושם שלא הבנת את המאמר.

שאלה נוספת: לא הבנתי את ההבדל בין שק"ד חלש ולחזק.

תשובה של המרצה ל-2 השאלות: לכאורה זה נראה שדוורקין מצמצם את הכוח של השופט ומצד שני הוא מדבר עליו במונחים של "הרקולס" (במאמרים אחרים שלו)- גיבור יווני גדול כל יכול. אז נעשה סדר ונראה איך הוא מדבר על השופט ושק"ד שיש לו- ואז נתייחס להבחנה בין שק"ד חלש וחזק.

מה נק' המוצא לביקורת של דוורקין על הפוז'? נקודת המוצא היא הטענה שכנגד העמדה הפוז, שגורסת שהחוק הוא בעצם מה שנקרא "מודל אוף רולס"- מערכת של כללים, שהיא סגורה באופן יחסי, שיש לה התחלה אמצע וסוף שניתן להצביע עליהם, ושיש להם 'כלל אב', מאיפה הם באו, ומתי הם מקבלים תוקף ומתי מאבדים אותו, שאנחנו יכולים להגדיר באופן ברור למדי את גבולות החוק, זאת התפיסה הפוז', שאומרת- "איך אני אדע מהו החוק?" תשובה- לפי תפיסה אחת הולכים לריבון ולפי תפיסה אחרת הולכים לכלל הזיהוי- מזהים את הריבון שיוצר את החוק וככה אני מזהה בדיוק מהו החוק. יכול להיות שבמקרים מסוימים יהיו עמימויות קלות אבל בגדול אני יודע איפה החוק מתחיל ונגמר ואני יודע מהם הכללים למקרה שלפני וחוקים הם בד"כ מערכת של כללים. יכולים להיות מדי פעם יוצאים מן הכלל בהם הכללים מנוסחים בצורה של עקרונות/ טעמים/ סטנדרטים- מושגי שסתום ואז החוק הספ' הוא לא כלל אלא מעין עקרון כללי ויחד עם זאת אנחנו יודעים שמי שיוצר כללים ורוצה לכוון התנהגות בד"כ ישתדל לצמצם כללים שיש להם אופי עמום (ודיברנו על זה) כי באמצעותם קשה לכוון התנהגות. כשנסתכל על חוקים הם בד"כ יהיו חתוכים עם התחלה אמצע וסוף ואלו בד"כ החוקים. זה התמונה הפוז', ואפשר לומר שהיא רווחת גם בקרב הציבור הרחב- אם שואלים אנשים מהו החוק- הם לא ייתנו את הדין וחשבון הפוז' המתוחכם אבל כנראה יגידו "כללים שקבע המחוקק". אם נשאל אדם דתי "מהי ההלכה?" יענו- מה שכתוב במשנה תורה ושולחן ערוך וכו'. כלומר יש הגדרה מאוד ברורה ולא כל מה שעולה לנו בראש זה ההלכה אלא מערכת של כללים.

בא דוורקין ובעצם טוען ומנסה לבסס תפיסה שאומרת- (ואת זה הוא עושה דרך התבוננות של האופן בו פועלים שופטים- קבוצה חשובה בקהילה המשפטית) דרכם אנחנו יכולים להבין מה טיבה של המערכת, והוא מוכיח זאת דרך כל מיני דוג' של פסיקות של שופטים (למשל- ריגס והניגסטן) והוא בא לומר- **ששופטים במצבים מסוימים מפעילים עקרונות**. הוא עושה הבחנה בין סוגים שונים של עקרונות הוא מדבר על- עקרונות, סטנדרטיים, מדיניות. אפשר להיכנס להבחנות לגבי ההבדל בניהם- אבל הוא במאמר לא נכנס להבדל וכולל את כולם תחת המונח עקרונות ('פרינסיפלס')- **הוא מבחין בין עקרונות לכללים**. לעקרון יש תחולה כללית והוא חל כל הזמן. כללים- חלים או לא חלים. אם הכלל חל- הוא קובע את התוצאה באופן של הכל או כלום, אם הוא לא חל- בכלל לא לוקחים אותו בחשבון. לעקרונות לעומת זאת, יש תחולה רחבה, ולפי דוורקין הם תמיד חלים, אבל גם כשהם חלים הם לא בהכרח מכריעים את התוצאה לכיוון שלהם. כי אולי יהיו עוד עקרונות ואולי דווקא העקרונות האחרים הם שיכריעו את התוצאה. **ההבדל הוא: עקרונות חלים תמיד, תמיד לוקחים אותם בחשבון ותמיד שקולים אותם. לעומת זאת- אם חוק לא חל הוא בכלל לא נשקל ככלל**. הטענה של דוורקין היא שאם מסתכלים על מע' מש'- הן מכילות כללים אבל בשונה מהשיטה הפוז'- מערכות משפט מכילות מערך עצום של עקרונות. העקרונות האלה מבחינת האופן שבו שופטים שוקלים אותם- הם עושים זאת באופן שהם חלים, אבל במונחים של משקל. אותו עקרון יכול בהקשר אחד לקבל משקל איקס, ובהקשר אחר לקבל משקל של חצי איקס או 2 איקס. מה שתמיד מאפיין עקרון בגלל התחולה הכללית שלו- תמיד מתחשבים בו ומייחסים לו משקל, והמשקל יהיה שונה ממקרה למקרה והוא יכול להתנגד עם עקרונות אחרים.

ההבדלים בין עקרונות לכללים:

1. היקף התחולה- חוק חל בתצורת הכל או כלום, עקרונות חלים תמיד אך באופן יחסי.
2. משקל- כאשר חוקים מתנגשים- חוק אחד בטל. כאשר עקרונות מתנגשים- שניהם יחולו לפי המשקל של כל אחד מהם.

אומר דוורקין- וטוען- אני אראה לכם מקרים בהם שופטים לא רק מחילים כללים אלא מערכת שלמה של עקרונות **שלדעתם הם חלק בלתי נפרד מהמשפט**, אבל הפוז' לא יכול להסביר אותם באמצעות אותו כלל אב שהוא ניסח שבאמצעותו משפטנים מזהים כללים משפטיים תקפים, או אפילו עקרונות תקפים. דוג' קלאסית- פס"ד ריגס- (דיברנו על זה בהקשר של פלוני נ פלוני)- בימ"ש עליון בניו יורק 1886- נכד רוצח את הסב, מעמידים אותו לדין פלילי והוא במקביל טוען במסלול האזרחי לירושה בלי קשר לעניין הפלילי. הוא אומר- לפי הכללים היבשים של ניו יורק- אני היורש ע"פ הצוואה ואין לקשר את המעשה הפלילי לזכות שלי בעניין הצוואה. וזו תוצאה ישירה לדעתו של החלה מכנית פשוטה של הדין בניו יורק שאומר שאם יש צוואה תקפה- היורש יורש את נכסי המוריש במקרה וצווה עליה ע"י הצוואה. שם, בימ"ש עמד בפני בעיה- איך אפשר להעניק לרוצח את הירושה? זה מקרה של "הרצחת וגם ירשת". אומר בימ"ש- יש במשפט של ארה"ב עקרון שאומר "אדם לא ייהנה מפרי עוולתו" והעיקרון חל כאן וגובר אפילו על ס' ספ' שקובע את זכות היורש, ולכן אנחנו שוללים את זכות הנכד מהירושה. **כלומר בתי המשפט נזקקו לעקרון, שגבר על הכלל.** אם הוא גבר על הכלל זה אומר שהוא גבר גם על כל השיקולים שביסוד הכלל וזה מנע מהנכד לרשת. (בעקבות המקרה- המחוקק יוצר חוק מפורש שאומר שרוצח לא זכאי לרשת למרות הכתוב בצוואה ובכל דין)- אבל כשבימ"ש עשה זאת הוא סבר, לתומו, **שבמשפט האמריקאי יש עקרון שגובר על הכלל**. במקרה הזה בימ"ש אימץ עקרון שהוא בעיניו לא ייבוא של עקרון חוץ משפטי אל המערכת, אלא עקרון משפטי לכל דבר. אומר דוורקין- זה מקרה קלאסי ויש עוד רבים בהם בתי המשפט, כשבאים לפסוק, הם לוקחים בחשבון מערכת שלמה של עקרונות.

איך הפוז' (שואל דוורקין) יסביר את מקור העקרונות האלו? סטודנטים קטעו אותו... המרצה עונה להם: דוורקין אומר שיש מקרים בהם העיקרון של הרצחת וירשת נלקח בחשבון אבל שיכולים להיות מקרים בהם יגברו על העיקרון הזה- למשל פעם דיברנו- על אדם שמסיג גבול שנים רוכש זכות הנאה- זה מצב שבו אדם לכאורה עושה פעולה בלתי חוקית נשנית, שהיא עצמה מקנה לו זכות. אז זה מקרה שאדם נהנה מפרי עוולתו כי הוא מצמיח לעצמו זכות מכוח מעשה עוולה. אז במקרה הזה מכירים בזכות הגם שזה נעשה בדרכים בלתי מוסריות או הגונות, בגלל מערכת שלמה של שיקולים נגדיים. אז במקרה הזה השיקולים פועלים נגד העיקרון שאדם לא יכול ליהנות מפרי עוולתו. כלומר העיקרון הזה לא מנצח תמיד. אז זה דוג' למצב בו גם שהשיקול נלקח בחשבון- הוא מוכרע ע"י שיקולים אחרים. ומה לומדים מכך? **שהשיקול הזה הוא בעל משקל משתנה בהתאם לנסיבות**. וזה נכון אגב לגבי מערכת שלמה של ערכים ושיקולים- ברגע ששוקלים ערכים מהסוג של עקרונות (כלומר טעמים) אז אותו טעם יכול להיות לו משקל מסוים בנסיבות מסוימות, אבל משקל אחר בנסיבות אחרות. העובדה שלפעמים הוא מכריע ולפעמים לא מכריע- זה לא סתירה- אלא שינוי נסיבות.

הטענה של דוורקין כמו במקרה של פלוני- אפשר להחיל סעיפי חוק וכללים באופן של הכל או כלום, אבל לצד זה שופטים מפעילים גם טעמים וזה משתלב עם החלה של כללים. לפעמים העקרונות גוברים על הכלל. מאיפה מגיע העקרון? יענו- **הוא חלק בלתי נפרד מהחוק**. האם ניתן לאפיין אותו ככלל אב מהסוג של כלל הזיהוי? לא. האם יש הרבה עקרונות כאלו במשפט? כן. האם התיאור של הפוז' חוטא לתיאור המשפט? כן, לפחות מנק' מבטם של השופטים.

לגבי השקד של שופט-

**אחד מהקשיים של הפוז'**- הוא בגלל שה]פוז' מניח שהחוק הוא רשימה סגורה של חוקים המזוהים עי כלל אב- אז ייתכנו מקרים של לקונה- מצבים שלא מוסדרים ע"י החוק. למה? משום שאם החוק מסדיר מקרים טיפוסיים ואז קורה מקרה חריג (כמו מקרה ריגס)- אז מה קורה במקרה חריג ללא תשובה בחוק? הוא בעצם מצב של לקונה, ומה עושה השופט במצב בו אין תשובה בחוק? הארט וכל הפוז' יענו- במקרה כזה שופט צריך לקבל החלטה ע"ס מערכת שלמה של שיקולים, והוא לא פועל לפי החוק. למה? מהטעם הפשוט שאין חוק ואין כלל משפטי ואין פסיקה רלוונטית. (אגב- במקרה כזה השופט יכול להגיד- "אין חוק אני לא יודע איך לפסוק אז אני לא פוסק עד שהמחוקק יגיד דברו"). רוב המשפטנים יגידו שאין מצב בו שופט יגיד "בהיעדר חוק, הוא מושך ידיו מהמקרה", כל שופט שיש ל וסמכות עניינית ומקומית, לפי הגישה הרווחת ברוב מערכות המשפט- היא בעצם מחייבת את השופט לפסוק. תשאלו- איך הוא יפסוק אם החוק לא אומר לו לפסוק? יענו- יש לו שק"ד. למה חשוב שיפסוק? כי יש אינטרס חברתי שכל נושא שמגיע לבימ"ש- יקבל תשובה. בהתחלה ע"י החוק, ואם יש מקרים חריגים- אז השופט יפתור זאת. איך? ע"י שק"ד.

מזה שק"ד?

אומר דוורקין- מתי נגיד שלאדם יש שק"ד? הוא עושה ניתוח ואומר שלשק"ד יש 2 יסודות משלימים- מצב בו אתה מחיל כלל באופן מכני ואתה מגיע לתוצאה הכרחית מכוח החלת הכלל- אי אפשר להגיד שיש לך שק"ד. אם עמדת באור אדום- אין לך שום שק"ד. אם עצרת בתמרור עצור- אין לך שק"ד. אם שוטר נותן קנס למי שעבר מהירות מותרת- אין לשוטר שק"ד. אבל במצבים שהם מחילים כללים על המקרה לפניך- אתה לא מפעיל שום שק"ד. מצד שני- במצבים בהם אין שום סטנדרט או כלל שחל עליך- ואתה פשוט עושה מה שבא לך- גם אז אי אפשר לדבר על הפעלת שק"ד, למה? כי אין לך שום קריטריון שעל פיו אתה מפעיל שק"ד. לדוג'- אתה רוצה ללכת היום למסעדה. אם נגיד שיש כללים וסטנדרטים שחלים עליך אז נגיד שבמסגרתם אתה מפעיל שק"ד. אבל אם אין סטנדרטים- אז אם בא לך אתה לא הולך ואם לא אז לא. אז ב-2 המקרים האלו- אתה לא מפעיל שק"ד (כשאתה פועל לפי כלל או כשאין סטנדרטים). אז איפה מפעילים שק"ד? **כאשר אתה פועל לפי כללים או לפי סטנדרטים, כאשר הם לא מכתיבים לך את התוצאה באופן חד משמעי ואתה צריך בעצם להפעיל סוג של מחשבות ושיקולים והערכות.** אבל הם לא תופסים לכל גחמה (כמו עם המסעדה) אלא הם פונקציה של החלת כלל שהוא לא מביא אותך לתוצאה חד משמעית. ואז במסגרת החלת הכלל אתה יכול להגיע לתוצאה אחת ע"י מכלול שיקולים אחד, או תוצאה אחרת ע"י מכלול שיקולים אחרים.

במקרה של ריגס- יש כלל שאומר שאם יש צוואה תקפה, מגיעים ליורש הנכסים ואין שום שק"ד. למה כאן צריך כן צריך שק"ד- כי מישהו רוצה לרשת מכוח רצח. האם לבימ"ש יש שק"ד? לפי דוורקין יש- כי למרות שהוא רצח זה רצון המוריש, מצד שני הוא רצח. והשופט מעדיף שיקול אחד על פני השני.

דוורקין לא אומר מה עדיף- האם כלל או עקרון. מה שהוא רוצה לומר וזה הנק' הכי חשובה לדיון שלנו- פוז' יחשבו שבמצב בו אין תשובה בחוק לגבי מקרה שמגיע למחוקק, כלומר **בלקונה- פוז' ייחסו לשופט שק"ד חזק- כלומר שק"ד שלא מוכתב ע"י סטנדרטים וכללים.** למה זה שק"ד חזק? כי אין שום כלל או עקרון (בעיני דוורקין) לפי איך שהוא מתאר את הפוז'- במקרה בו אתה אמור לפסוק והמצב הוא לקונה- 5אתה חופשי להחליט ככל העולה על רוחך ואתה לא מחויב לאף עקרון משפטי. אתה רשאי לבחור עקרונות חוץ משפטיים. בדורקים יסכים שהפוז' לא אומרים שהשופט פועל באופן של גחמות וקפריזות- הוא רציונלי, הוא מפעיל שיקולים של סבירות וערכים מוסריים כלליים- וכל אלא ראויים. בעיני הפוז' עקרון משפטי לא מכתיב את התוצאה! למה? כי המשפט הוא מערכת סגורה של כללים! ובמצב של היעדר כללים אני צריך להחליט כדי לתת פתרון. איך? ע"י שק"ד. איזה? שק"ד רחב- למה? כי אין שום דבר שמחייב אותך (לא באופן של גחמות אבל יש לך שיקולים מאוד רחבים של סבירות ואך אחד לא יפסול). **טענת הנגד של דוורקין- שופטים לא מתארים את המצבים האלה כמצבים של לקונה- במצבים בהם הפוז' יגיד שהם לקונה- שופטים יזהו עקרונות, שבעינהם הם חלק בלתי נפרד משמפט, ושהעקרונות האלה מכוונים אותם ומדריכים אותם בהחלטתם,** לגבי המקרה הזה שבא לפניהם. ואם ניקח את הדוג' של ריגס- השופטים לא חשבו שכשהם מפעלים את העקרון של "הרצחת", שהם מפעילים עקרון חוץ משפטי, אלא שזה עקרון משפטי וכשהם משכללים אותו עם שאר העקרונות הם בעצם עוסקים בעקרון משפטי לכל דבר. נכון שלא ניתן לזהות אותו לפי כלל האב של הפוז' (הוא לא חקיקת הריבון והוא לא מזוהה ע"י כלל הזיהוי) אבל זה כלל משפטי לדעת דוורקין כלומר לפי דעתו- המשפט הוא יותר רחב ממה שהמחוקק יוצר- הוא כולל עוד דברים- כמו העקרונות שעל בסיסם המערכת הזאת יוצרת כללים (כלומר את הטעמים שביסוד הכללים ושמהם יכולים השופטים לשאוב עקרונות. הטעמים שביסוד המערכת ושהם לא מנוסחים בצורה פורמלית- נתפסים ע"י הקהילה המשפטית כחלק בלתי נפרד ממערכת משפט) דוורקין אפילו טוען שמערכות משפט מושתתות על התרבות הפוליטית של מדינה מסוימת, שאותה תרבות פוליטית שנגיד בארה"ב מדברת על מערכת זכויות שעומדות ביסוד מערכת המשפט שלא תמיד מנוסחות באופן מפורש ע"י המחוקק, אבל פועלים לפי זה- זה חלק בלתי נפרד מהמערכת המשפטית. וכשבימ"ש פונים לעקרונות האלה ופונים ליסודות האלה- הם פונים למשהו שהוא חלק ממערכת המשפט (וזה מה ששופטים אמרו בפס"ד פלוני נ פלוני או פס"ד ירדור- שכשאנו מזהים את מערכת המשפט אנחנו לא מצמצמים אותה לסדרה של כללים כמו שאומרים הפוז', אלא יש עקרונות יסוד, תרבות פוליטית, מסורת, סוג של מוסר נוהג שנתפס ע"י הקהילה המשפטית כחלק בלתי נפרד מהמשפט, וכאשר הם פונים אליהם הם לא מדמים את עצמם כמייבאים סטנדרטים חדשים אלא רואים עצמם כפועלים באופן שאינו נפרד מהמערכת ואילו הפוז'- לא יצליחו להכיר בהם כי אין הליך חקיקה שעיגן אותם).

בעיני דוורקין יהיה קשה מאוד למצוא עקרונות שהם באמת חוץ משפטיים- רוב רובם של העקרונות בעיניו ובעני השופטים הם פנים משפטיים. בד"כ אנחנו לא נראה ברטוריקה של שופטים- שהם אומרים שהם מייבאים.

(הערה- מערכות מנוסחות ככללים- כלומר, כלל הוא בנסיבות איקס וואי עשה כך וכך. שימו לב שאם תעברו על החוק הישראלי, למשל חוק החוזים/ נזיקין/ מקרקעין - זו מערכת של כללים. אם תסתכלו על כל אחד מהם- לכולם יש טעמים. למשל- כשכתוב שחוזה במקרקעין דורש חוזה בכתב- אז מהי דרישת הסעיף? שאם עושים עסקה במקרקעין לא ע"י כתב- אחרת זה לא חוזה תקף. הסעיף הזה מנוסח ככלל. האם יש לו טעם? מה הכוונה "האם יש לו טעם"? הכוונה היא- למה אנחנו דורשים כתב במקרקעין? תשובה- מקרקעין זה נכס יקר ורוצים גמירות דעת. האם הסעיף מסביר את הטעם? לא. למה החוק לא מסביר את הטעם? המשיך לדבר לעצמו. יש כלל ויש טעם- האם יש פער בניהם?

נחזור לדוורקין- מאיפה מביאים את הטעם? הרי הם לא מופיעים בחוק. אני גוזר מהחוק את הטעם- אם אני חושב שהטעם שאני מייחס לחוק, הם חלק ממנו- הגם שהם לא מפורשים בצורה מפורשת (כפי שקורה בד"כ)- האם הם חלק בלתי נפרד מהחוק או לא? ל]י דוורקין הם חלק בלתי נפרד. האם אנחנו יכולים להשתמש בהם כשאנו באים לפסוק במקרים עם לקונות? כן. בלומר באמצעות ההתחקות אחר הטעמים של הכללים- ניתן לגזור מערכת של עקרונות. האם הם מופיעים בחוק באופן מפורש? לא! האם הם חלק ממערכת המשפט? לדעתו כן. אז ההבחנה בין כלל לטעם הופך למורכב ומסובך. לדעת דוורקין אם חושבים על מערכת הטעמים שביסוד החוק- אז התמונה הפוז'- מצמצמת את החוק ולמערכת של כללים וזה בעייתי לדעתו. **דוורקין חושב שאי אפשר לעולם לייחס לשופט שק"ד במובן חזק- הוא תמיד מודרך ע"י טעמים סטנדרטים עקרונות ועוד- שהם חלק בלתי נפרד מהחוק בעיניו**.

(סטודנט שאל שאלה- לא שמעתי. המרצה אומר שדוורקין מראה שיש מקרים בהם העקרון גובר על הכלל. אבל הוא לא אומר מה ההיררכיה בניהם. הניתוח של השופט ברק לדעת המרצה- הוא לרוב אומר שלכלל אין כוח ככלל, אלא כלל הוא עומד על הטעם שלו. התוצאה אליה מגיעים היא שכלול של טעמים- ומה המשמעות? שלא מחילים את הכלל ככלל. ויש שיטענו שזו צורת חשיבה מוטעית כי היא לא לוקחת בחשבון איך כללים פועלים, אמורים להחיל חוק באופן מכני בלי להפעיל את הטעם. כשאנחנו עוצרים באור אדום- אנחנו עוצרים ולא מתחילים לבדוק מה הטעם עכשיו לעצור באור אדום ואם הטעם עכשיו חל. האם כללים אמורים לעבוד כך? על זה נדבר בהקשר של איך פועלים עם כללים לעומת עקרונות- נדבר על זה בהמשך ואני רוצה לחזור לדוורקין. דוורקין לא מדבר על כל הסוגיות האלה- הוא לא מדבר על היחס בין כלל לעקרון, מה יותר חזק? איך מפעילים כל אחד ביחס לשני? את זה אנחנו נלמד בהמשך).

נחזור לדוורקין-

שאלה- לא שמעתי

מרצה- הוא התכוון לומר שייתכן שבחברה פשוטה קדומה עם קבוצה קטנה של אנשים עם מערכת יחסים קרובה- הם יכולים בלי מוסד מחוקק, להחליט בינם לבין עצמם ע"י פרקטיקה רווחת מהם הכללים המשפטיים. עכשיו זה אפשרי בחברה קטנה ואינטימית וכך הם יכולים להבחין בין מנהג לכלל עם תוקף משפטי. אבל ככל שהחברה גדולה ומורכבת- כמו היום- שם כדי ליצור מערכת משפט שתתפקד, אתה לא יכול לבנות על זה שאנשים יסכימו בינם לבין עצמם מהם הכללים המחייבים. אתה חייב מערכת כללים מסדר שני, מוסדות ועוד- וזה כמעט מחויב במציאות שלנו. כי כדי לאפשר שליטה ביריוקרטיה, צפיות ודאות ועוד- לא ניתן להסכים על הכללים מלמטה, אלא צריך מוסד מלמעלה- וכל זה שיקולים לא של דוורקין אלא של פו'ז' ושל הארט.

שו"ת נייר עמדה 3- דוורקין (סיכום של 02):

דבורקין- אחד ההוגים החשובים במאה ה20, חי באנגליה וארה"ב. המאמר הזה הוא מאמר התוקף את הפוזיטיביזם, אחד מהמפורסמים שבהם. דבורקין מציע גישה נון פוזיטיביסטית בעליל, בעיקר נגד הגישה הפוזיטיביסטית של הארט. במאמר הוא מבקר א טיעוני של הארט מנקודת מוצא של התבוננות עלה אופן שבו פועלים שופטים והקהילה המשפטית. הוא מעלה את הטענה שבתי המשפט תבססים על עקרונות, כשהוא מבדיל בין עקרונות- שאלות זכויות וצדק מדיניות- מיקסום תועלות חברתיות למטרות, וסטנדרטים. הוא מבדיל בין חוקים לעקרונות. דרך ההבחנה של העקרונות לחוקים, הוא מגיע למסקנה שהפוזיטיבזם, שקובע את כלל הזיהוי שבאמצעותו מזהים כללים בעלי תוקף משפטי היא טענה שלא עומדת בפני הביקורת מהרבה סיבות (לברר מה הן!) מאחר ומה שנתפס כמחייב ע"י הקהילה המשפטית (בעיקר שופטים ואח"כ כל השאר) לא יכול להסביר את העקרונות המרכזיים של המשפט. לדעתו יש שיקו"ד במובן אחד מסויים- גם חזק וגם חלש. כלל הזיהוי לא מצליח לזהות את העקרונות הללו כי מקורם לא בכלל הזיהוי. הפוזיטיביזם של הארט לא עומד בשיח המשפטי.

החלק הראשון של המאמר מנסה לשכנע את הקורא שיש ערך וטעם בדיונים הפילוסופיים האלה. נומינליסטים- אנשים המתייחסים לחומר באופן פרקטי ופרגמטי, ולא תיאורטי. לכאורה אין על זה השפעה על עבודת המשפטן.

לא ישאל- 3 העמודים הראשונים.

אם נסתכל על החוקים שמוסד מסוים יוצר דוגמת הכנסת ומחוקק המשנה, חוקים אלו הם בעלי אופי של כללים ומנוסחים בצורת כללים, ולא בצורה של עקרונות כללים. (לא הכל או אלא כלום, אלא עניי שמשקל)

אם התפקיד המרכזים שלמשפט הוא לכוון התנהגות- צריך כללים.

עקרונות כללים לא יכולים לכוון התנהגות. אפשר לכוון התנהגות בצורה של כללים. הכנסת מושגים של שיקו"ד נעשים לעיתים נדירות- תקנת הציבור, סביר, מוסרי, רציונלי. זה הופך את הכללים לסוג של עקרונות. אין מקום להכוונת התנהגות כי כמה עקרונות יכולים לחול על אותו מקרה. לדוגמא- בעלי שיער ארוך חובה להכנס עם כובע ים- ברגע שהכלל מנוסח באופן כללי דנים בשאלה מה זה שיער ארוך. אם רוצים לכוון התנהגות צריך להמנע מניסוחים כאלו וצריך ניסוחים חתוכים. כללים חלים או לא חלים. עקרונות- נשקלים באופן יחסי או לא יחסי, לעיתים נלקחים בשיקו"ד במידה רבה יותר ולא.

עקרונות- יש פריניספולס, יש מדיניות, ויש סטנדרטים.

עקרונות במובן ברחב- כוללים את הכל.

עקרונות במובן הצר- עקרון של צדק (פס"ד ריגס)

הנינגסן- פס"ד שקשור למדיניות. (מכירת רכב, תקינות בטיחותית- האם לאפשר חופש חוזים רחב כי זה יבוא על טובת הציבור) יש כאן חשיבה על תועלת ציבורית.

הטיעון של דבורקין: הפוזיטיביסטים מתארים את מערכת המשפט באמצעות כלל המחיל את גבולות התוקף המשפטי (כלל הזיהוי), כשבא מקרים לפנינו, מזהים כלל ומחילים אותו.

זו מערכת די סגורה של כללים שנקבעים ע"י כלל הזיהוי שברגיל מזהה מוסדות שבסמכותם ליצור את הכללים המשפטיים. בשוליים יש כללים שהציבור עצמו קובע באמצעות המנהג.

בהינתן התמונה הזו, עלול להיווצר מצב של hard cases לא נמצא תשובה בחומר המשפטי המחייב.. זהו מצב של לאקונה (= חוסר) מצבים מתבקשים כאשר התפיסה היא נוקשה. ייתכנו מקרים שאין כללים שחלים על מקרים אלו.

איך מכריעים בכללים אלו? משפטן בשונה מרופא לא יכול להגיד שאין פתרון. ביהמ"ש צריך לפתור את הבעיה כי זה אינטרס של החברה. חוץ מהמערכת המשפטית הפלילית- אם אין כלל אין אחריות.

התפקיד של המערכת הפלילית היא להביא סכסוכים לגמר. כששופטים מחליטים בסכסוכים כאלה הם מפעילים מערכת שלמה של שיקולים (עקרונות) הנתפסים בעיניהם כמחייבים. בשונה מהתמונה הפוזיטיביסטית שמה שמחייב זה כלל הזיהוי. מדובר בשיקו"ד במובן חזק- אפשר להחליט על מה שאתה רוצה. הוא עושה הבחנה בין כללים מחייבים למנחים. לדוגמא אדם מסורתי- השבתה היא כלל מנחה, הוא לא פותח מחשב בשבת. בשבת אחד יכול להיות שהוא בלחץ ופותח את המחשב. זה כלל מנחה. כלל מחייב- יהודי אורתודוכסי לא מחלל שבת. בפועל השבת של שניהם נראית כמעט אותו דבר. אך הסיבות לכך שונות.

האם השופטים שמפעילים עקרונות מפעילים אותם כי הם נתפסים בעיניהם כמחייבים, או שיקולים מנחים? מה שמדריך אותם זה שיקולים שתופסים כמחייבים, וזה אל מזוהה בכלל הזיהוי, פירושו שמערכת המשפט מכילה נורמות שחלקם זה עקרונות ונתפסים במערכת המשפט כמחייבים ורואים זאת בשיח של שופטים.

דבורקין- שיקו"ד מייחסים לאנשים שפועלים במסגרת של כללים שמנחים אותם. אי אפשר להפעיל שיקו"ד במסגרת כללים רחבה נטולת שיקולים כל שהם. שיקו"ד זו פעולה במערכת של אילוצים וכללים ובתוכה צריך לעשות מחשב מסוים כי אפשר להחיל את הכללים באופן מכני.

שיקו"ד במובן חזק הוא לא באמת שיקו"ד כי הכול פתוח.

כשאומרים שלמישהו יש שיקו"ד, זה מצב שההחלטה שלו לא יכולה להתהפך משום גורם מעליו. לא הכוונה שאתה האחרון להחליט (כמו ביהמ"ש העליון) אלא שהוא מפעיל שיקולים במסגרת כללים ואילוצים ששבתוכם הוא פועל.

דבורקין אומר שתמיד שופטים מפעילים שיקו"ד חלש, משום שמה שמנחה אותם זה עקרונות שהם עצמם תופסים כמחייבים.

שיקו"ד חזק- מצב שבו אתה עומד בפני סיטואציה שאין בפניך אילוצים, שום דבר לא מחייב אותך. אם אין עקרונות שמחייבים אותו הוא יכול להחליט לפי מה שהוא מחליט לתת לו משקל. דבורקין חושב שזה שהפוזיטיביזם מכנה את זה מצב של לאקונה זה לא לקונה. זה לא מצב של לאקונה- מצב של לאקונה=אין חומר משפטי מחייב.

מקרה ריגס- נכד רצח את סבו ואמור לרשת אותו. אם הנכד רצח מישהו אחר? האם אינו זכאי לירושה? ברור שכן. הבעיה בריגס היא לא להנות ממעשה עוולה. כלומר הנקודה היא לא מעשה העוולה, אלא שמעשה העוולה מצמיח את הזכות. זו לא הבעיה, אלא לא ייתכן שהאדם היה נותן את הכסף לאדם שרצח אותו. כשביהמ"ש עמלה טיעון זה- זה טיעון מחייב שלא יכול לפעול אחרת. לפי התפיסה הפוזיטיבסטית זה לא מחייב הוא יכול להחליט שזה לא מחייב אותו, וברגע שהוא מגייס זה הופך להיות טיעון מחייב. הם פותרים את הבעיה לא בעזרת עקרונות מחייבים או שיקולים מחייבם, אלא בעזרת פרשנות.

שו"ת נייר עמדה 4- רז (סיכום של 02)

קונפרמיות- דבקות

רז הוא ביקורת חריפה על ברק. מאמרו של רז נכתב לפני ברק.

זוהי ביקורת על כיוון המחשבה של ברק. רז מבקר את האופן שבו ברק דן ממשיג ומנתח את מושג שלטון החוק. בכל פסקה יש טיעון.

רז מנסה להבין מה הכוונה במושג שלטון החוק- מה כלול בכך, ומה אינו כלול. הביקורת הראשונה הזו היא כנגד אלו שחושבים ששלטון החוק משמעו כל ערך מוסרי שהוא- חיריות, צדק שוויון, זכויות אדם, כבוד האדם. רז- צריך להבדיל בין המושג שלטון החוק לבין שלטון החוק הטוב. הטענה שלו נגד ברק היא שהוא מכניס תחת שלטון החוק כל ערך שהוא- שוויון, צדק, כבוד האדם וכו'. לדעת רז המושג של שלטון החוק מאבד את תוכנו, את האפקטיביות שלו, את משמעותו. מושג משמעותי לא יכול לכלול עשרות מושגים, הוא צריך להיות מוגדר היטב ומובחן מדברים אחרים. הטענה היא שלמושג שלטון החוק אם עושים לו אנליזה מבינים מה כלול בו ומה אינו כלול בו- ומכך מבינים מה הוא אומר. לדוגמא: ההלכה לדעת ברק אינה חוק ואין בה שלטון חוק. למה? כי אין בה חוקתיות, ביקורת שיפוטית וזכויות אדם. הייאק- פילוסוף פוליטי שעסק הרבה בחירות, תורת המשפט ושלטון החוק. הוא מאמץ את תורת המשפט של האייק ומראה שהוא נכשל בלא מעט מקומות. האייק גוזר משלטון החוק דברים שלא נכון לגזור אותם.

רז טוען ששלטון החוק מכונה- ערך נגטיבי. למה ערך נגטיבי? אם אתה שורמ עליו הוא מאפשר לשלטון החוק לא לעשות רע. אך אין בו ערך חיובי כמו צדק. כי שלטון החוק יכול ליצור דברים רעים כמו חוקים מרושעים ולשמור בקפדנות על שלטון החוק. מה הרווחנו באמצעות החוק? שמנענו את הרוע שנוצר באמצעות שלטון החוק, אך זה לא הופך את שלטון החוק לטוב.

שלטון החוק מדומה לכנות. מה זה כנות? כנות במובן הצר ובמובן הרחב. כנות- לא לרמות ולא לשקר, מה שאתה אומר זה מה שאתה מתכוון. האם אפשר להתכוון לדברים רעים, ולהיות אדם רע ויחד עם זה כן. מה הכנות מצליחה לעשות? היא מצליחה למנוע את הרוע של חוסר כנות.

מדמה גם לסכין. הערך של סכין תהיה כשהיא חדה. האם יש ערך לסכין להיות חדה? זה ערך אינסטרומנטלי (כלי). השאלה לאיזה מטרות משתמשים בו. אם משתמשים למטרות טובות הוא ישיג את מטרתו. אך אם משתמשים למטרות רעות הוא ישיג את מטרתו.

הדיון הזה הוא המשך פיתוח והעמקה לדיון של פולר. הביקורת של רז דומה לביקורת של הארט. רז אומר שגם אם נקבל את עקרונות שלטון החוק זה לא מבטיח מוסריות. ברק עושה הבחנה משולשת בין מובן פורמלי, יורספרודנטלי ומהותי. המובן הפורמלי והיורספדנטי זה המובן הפורמלי אצל רז. רז יטען שכל הסיפור של שלטון החוק במובן המהותי הוא חסר שחר, חסר מובן. זה לא שבגלל שרז חושב שכבוד האדם לא ראוי, אלא שזה לא נופל תחת הקטגוריה של שלטון החוק. חוקה, ביקורת שיפוטית וכו', זה לא נגזר מרעיון שלטון החוק.

רז לא מוכן לקבל את הזיקה שיש בין עקרונות מהותיים לחוקיות ושלטון החוק, לטענה שהתוכן של החוק בהכרח מוסרי מצד שני. רז טוען שאפשר לדמיין משטר שידבק ברעיון שלטון החוק אך יעשה הרבה עוול. אם נעשה ניתוח של שלטון החוק כן נגלה בו ערכים. מה הם הערכים ובאיזה אופן הם כלולים בשלטון החוק?

גם רז טוען שהיבט מסוים של רעיון כבוד האדם קשור לרעיון שלטון החוק. לא במובן הרחב כמו אצל ברק, אך יש היבט לכיבוד כבוד האדם. כדי שאנשים יהיה להם אוטונומיה וכבוד הם יוכלו לקבל את האפשרות לתכנן את חייהם. זה חלק מהאוטונומיה וכבוד האדם.

לחיות חיים אנושיים רציונליים פירושו לתכנן תכניות ארוכות טווח ולדבוק בהם. הרעיון הזה קשור לכבוד היסודי. כל זה אפשרי בהינתן מערכת משפט יציבה. אם מערכת המשפט משנה את עקרונותיה חדשות לבקרים זה עלול להכשיל את התכניות שלנו. זה אומר שאם החוק לא יציב זה מסכל את יכולתנו לתכנן תכניות ארוכות טווח. בנקודה הספציפית הזו הרעיון קשור לכבוד האדם. זה לא משתבש רק במשטר דמוקרטי ליברלי. כל משטר שלא עומד בדרישת היציבות והוודאות הוא פוגע באוטונומיה ובכבוד האדם גם אם הם נפגעים מסיבות אחרות.

גם ברק מדבר על כך כשהוא מצטט את קלינגהופר- פעולה של מחוקק משנה ורשות מבצעת מעלה שאלות הקשורות לערך שלטון החוק. מהו שלטון החוק? יש לו שני הביטים: החוק מכוון את התנהגות בני האדם והם מצייתים לו. היבט נוסף הוא כשמדברים על בני אדם מדברים לא ררק על אנשים פרטיים אלא אנשי ממשל. גם השלטון פועל לפי החוק. **שלטון של החוק ולא שלטון של בני אדם.** אך בנ"א קובעים את החוק, ואם הם קובעים את החוק, כיצד אפשר להגיד שזה שלטון חוק? היא הנותנת- הרעיון שעומד ביסוד שלטון החוק הוא שהמחוקק קובע כללים, אך מהרגע שנקבעו אסור לו לחרוג מהם. הגם שהאדם קובע את הכללים, כשאתה קובע את הכללים אתה צריך בפועל לפעול לפי הכללים ולא לחרוג מהכללים. המגבלות לשינוי החוק יוצרים מגבלה על המנהיג שפועל לפי החוקים שהוא עצמו יצר. הרמב"ם העלה טענה ולורברבוים הדגיש במאמר שהגיוון האינסופי העצום בבני אדם יוצר קושי ביצירת סדרו ארגון חברתי. הסדר והארגון חברתי מתאפשרים ע"י קיום מנהיג והחוק שיוצר הוראות כלליות שבאמצעותם המנהיג יוצר את הסדר והארגון. הרמב"ם מדגיש את החוק- הכלי המרכזי של המנהיג ליצירת סדר חברתי. ברגע שמנהיג או ריבון כפוף לחוק נכון שהוא זה שקובע את החוק, עצם הצורך לחוקק חוק ואחר כך לפעול לפיו יוצר מערכת עצומה של מגבלות שמונע שרירותיות. האם זה מבטיח חוק ראוי וצודק? התשובה היא לא לפי רז. ברק יסכים שמוסד שלטון החוק הפורמלי מתיישב עם היעדר זכויות וחוקים שיכולים להפלות. הוא מוסיף את שלטון החוק המהותי הכולל את הזכויות. ברק טוען שזה חלק בלתי נפרד, רז טוען שלא. רז מתנגד שהרעיון של כבוד האדם במובן הרחב ייפול תחת קטגוריית שלטון החוק. בסוף המאמר רז אומר שייתכנו מצבים שערכים אחרים כמו שוויון או זכויות עלולים להתנגש עם הערך של שלטון החוק. מה ערך ראוי יותר? שלטון החוק עם ערכיו הגלומים או שוויון? המצבים הללו לגיטימי שמחוקק או ריבון יעדיף ערכים אחרים על פני שלטון החוק.

ההנחה הבסיסית ששלטון החוק פירושו שבני אדם פועלים לפי חוקים/כללים. כדי שהחוק יצליח לכוון בני אדם, כי זו המטרה המרכזית שלו, צריכים להתמלא כל מיני תנאים (כמו שמונת הקריטריונים של פולר). חלק מרעיון שלטון החוק הוא שהחוקים יהיו כללים בהירים ולא ספציפיים (לאדם מסוים/קבוצה) אחרת חותרים תחת מושג שלטון החוק. רז אומר שאנו רואיםש המערכת השלטונית לעיתים נוקטת בהוראות ובצווים ספציפיים וקונקרטיים בכל מיני הקשרים- נותנת רישיונות ומבצעת פעולות שיש להם משמעות משפטית.

המשמעות של הדבר הזה הא שהחוק מסמיך את רשויות השלטון פקידים למיניהם לפהעיל שיקול דעת באמצעות כל מיני הוראות, לפעמים הוראות בעלי אופי ספציפי וקונקרטי. לעיתים הפעולות ההלו עומדים בסתירה לרעיון שלטון החוק- הוראות כלליות, בהירות וכו'. לעיתים הרשות מנחה גוף לתת רישיון למונית. הרשות לא יכולה להתייחס לכל מקרה ספציפי. האם ניתן לתת שיקו"ד שלטוני? בשיקו"ד ניתן להשתמש לעיתים לרעה. יהיו מקרים שהמחוקק יפעיל צווים ספציפיים שאינם עומדים בדרישות של כלליים ודאיים ברורים צפויים וכו'. הרעיון הזה של שיקול דעת לא עומד בסתירה לרעיון שלטון החוק. שלטון החוק אינו הכול או לא כלום ורז אומר ששלטון החוק הוא עניין של דרגה- נעדיף לעיתים מטרות מסוימות מאשר שלטון חוק שאינו מועיל לכלום. מה מבטיח שרשות תפעיל את שיקול דעתה? חלק מרעיון שלטון החוק הוא שברגע שאתה מעניק סמכות לפקיד הכללים האלה בעצמם בהירים ברורים יציבים צפויים, אותם כללים שמעניקים לו סמכות אתה יכול להניח איך שיקול הדעת שלו יתבצע. החוק מסמיך אותו באופן ברור כך שניתן יהיה לעקוב אחרי שיקול הדעת. רז יגיד שאם היינו מאמצים את רעיון שלטון החוק לא היינו מאפשרים לשום פקיד להפעיל שיקול דעת. אך האם מימוש רעיון שלטון החוק ימומש בצורה השלמה ביותר, אך נפסיד בהיבטים אחרים. לכן נשלם במשמעות שלטון החוק כדי להרוויח היבטים אחרים. רז אומר שיש דרכים לצמצם את חוסר הבהירות במתן שיקול דעת לרשות דרך מערכת של כללים שתכתיב לרשות ופקידיה את הצורה שלהפעיל שיקול דעת. אתה מכניס לתוך מסגרת שהאזרח יודע מה צפוי לפניו.

מה טיבו של תנאי שלטון החוק כתנאי הכרחי? רז אומר שגם אמוץ הרעיונות הכי טובים אם לא נבין את ערך שלטון החוק ונבין מה זה חוק לא נצליח לממש כלום.

הטענה של רז- האינטרס שלו הוא פילוסופי מושגי. אם נכניס לשלטון החוק כל ערך שהוא איבדנו את המובן שלו. הוא חסר משמעות ומטשטש את טיבו של מושג החוק. זה הופך את המושג לעמים שאם ננסה להבין כל מיני תופעות היסטוריות חברתיות אנחנו נחשוב על כל מיני מצבים חברתיים שאין בהם חוק. מי שטוען שמערכת משפט צריכה להיות יציבה לא ייתכן שמערכת נורמטיבית לא משנה מאיזו מערכת תהיה, שמרנית ליברלית סוציאלית, מערכות משפט צריכות להיות יציבות כדי לכוון התנהגות.

חוקים מחייבים- חוקים שאינם משתנים, כמו חוקי טבע.

פולר טוען שזה המוסר הפנימי של החוק. כשאתה מטיל חוקים רטרואקטיביים זה מעשה בלתי מוסריים. הטענה של פולר שבכל אחד מהקריטריונים יש בו היבט מוסרי. הטענה של רז היא שלא זו בלב שהקריטריונים הללו לא מבטיחים שהחוקים עצמם יהיו חוקים טובים או לא מפלים. כל התכונות של החוקים הם ערכים נגטיביים- אם שומרים עליהם מונעים מהחוק לעשות רע. אך זה לא אומר שהחוק יעשה טוב.

לפי רז שלטון החוק- החוקים יכוונו את ההתנהגות ושבני האדם יוכלו לציית להם. צריך שיתמלאו תנאים כדי שהחוקים יכווינו התנהגות ושבני אדם יוכלו לציית אותם.

יש תיאוריות הקוראות את שלטון החוק במובן יותר צר- שלטון החוק אינו אומר שיש חוקים המכוונים התנהגות ובני אדם מצייתים להם, אלא שהחוק מכוון את הממשלה. הממשלה פועלת אך ורך לפי החוק, ולא לפי גחמות רצונות ושיקולי מדיניות שאינם מודרכים ע"י חוקים. אלו שתי טענות שונות.

רז מצליח לעשות אנליזה ולומר מה כלול בערך הזה וגורם אי בהירות עצומה בהבנת התופעה.

טיאוטולגיה= כפילות.