

דף סיכום בחינה**מזהה בחינה: 001000266895 מזהה סטודנט: 256426****שם קורס: תורת המשפט**

מספר שאלה	הערה	ניקוד מירבי	ציין
1		17.00	17.00
2		17.00	15.00
3		17.00	16.00
4	תשובה יפה	17.00	17.00
5		17.00	
6		17.00	
7	תשובה יפה	17.00	17.00
8	תשובה יפה	17.00	17.00

0

ציין בחינה סופי : 100.00**הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים**

מבוא לתורת המשפט

תואר ראשון – תשפ"ג (סמסטר א) – מועד א
הפקולטה למשפטים – אוניברסיטת בר אילן

שאלון בחינה

מס' קורס: 99103-02
מרצה: פרופ' יאיר לורברבוים
מועד א – 29.1.23
שעה: 9:00

הנחיות לבחינה

- במבחן שלפניך שמונה שאלות, מהן יש לענות על שש בלבד.
- 17 נק' לכל שאלה (סה"כ: 102 נק').
- אין לחרוג מ-500 מילים לכל שאלה.
- משך הבחינה – שעתיים (120 דקות).
- הבחינה היא ללא חומרי עזר (בחינה ב"חומר סגור").
- במהלך הבחינה מותר להשתמש בדפי טיוטה.
- מומלץ להבין היטב את השאלות בטרם תפנו להשיב עליהן. תשובה טובה נבחנת לא רק בנקודות ובטענות הרלוונטיות המועלות בה אלא גם בהימנעות מלהכביר נקודות לא רלוונטיות.
- תלמידים שקיבלו אישור מהרשות הרלוונטית באוניברסיטה (והם בלבד) רשאים לענות על השאלות בכתב יד, ואחר כך לסרוק את התשובות למערכת.
- בהצלחה!

פולר מחזיק בגישה נון-פוזיטיביסטית. לפיכך, הוא מאמין שאין לעשות הפרדה בין המוסר לבין המשפט. לטענתו, התפיסה הפוזיטיביסטית היא אינה מוסרית וחותרת תחת הנאמנות לחוק משום שהוא טוען שביסוד הציות לחוק, עומדת ההכרה של החברה במוסריות של החוק. אם נפריד בין המוסר לבין המשפט, ייחכן שאנשים לא יצייתו ולכן זוהי חתירה תחת הנאמנות לחוק.

בנוסף, פולר טוען שההפרדה פוגעת ביכולת של מערכת המשפט להתקדם ולהתפתח שכן אם לא נבחן את החוק הרצוי/ראוי - נסתכל על מהו החוק האידיאלי בעינינו, שתואם את הערכים שאנחנו רוצים לקדם, ונתמקד רק בחוק המצוי והקיים, לא נוכל לפתח את המשפט כפי שאנו רואים לנכון. "המשפט יקפא על שמריו".

כמו כן, הוא יטען שההפרדה בין המוסר למשפט היא אינה מוסרית וכן תוביל לכך שנחוקק חוקים לא מוסריים ואף נעודד את הציות להם. הוא אומר שלא ניתן להפריד בין המוסר למשפט בגלל שיש למשפט מוסר פנימי. תפקיד החוק הוא הכוונת התנהגויות, כדי שהוא יצליח בכך עליו לקיים עקרונות מסוימים (פומביות, פרוספקטיביות, אי סתירה, כלליות, בהירות, יכולת יישום...) על פניו מדובר בקריטריונים פורמליים בלבד, ברם, פולר טוען שאם מערכת חוק מקיימת את העקרונות הללו בחוקים שלה היא תהיה מוסרית יותר ותצליח יותר בהכוונת ההתנהגות.

כראייה לכך הוא מזכיר את גרמניה הנאצית שם דגלו בחינוך פוזיטיביסטי שעושה את ההפרדה והחוקים במשטר היו מאוד לא מוסריים. על פניו, נראה שהיה שם שלטון חוק (במובן הפשוט של ציות לחוק, שם היה כמעט אבסולוטי), ברם אם נבחן את הדברים לעומק פולר טוען שהמשטר לא קיים את העקרונות שלטענתו הם מחייבים, ולכן המשטר והחוקים היו מרושעים.

מנגד, **הארט** מחזיק בגישה הפוזיטיביסטית שאומרת שיש להבחין בין המוסר למשפט ולעשות את ההפרדה ביניהם. לדעתו, דווקא תפיסה זו תהפוך את המערכת למוסרית יותר. זאת כיוון שרק אם נפריד בין השתיים נוכל לזהות מהו החוק המצוי, וכתוצאה מכך נוכל לבחון את החוק הרצוי בעינינו, וזו הדרך שבה נוכל לפתח את המשפט - וכל להעביר ביקורת ולבחון את החוקים הקיימים וכך לתקן אותם במידת הצורך. רק באופן כזה נוכל להבטיח את הציות לחוק, אם נערבב בין המוסר לבין המשפט נחתור תחת הנאמנות לחוק שכן בחינה כזו של החוקים תבטיח את הציות להם.

כמו כן, הוא מדגיש שחשוב מאוד להפריד בין תוקף החוק לבין חובת הציות לו. לדידו, עדיפה (מבחינה מוסרית) הטענה לפיה "מדובר בחוק תקף, אבל הוא אינו מוסרי ולכן לא נציית לו", על פני הטענה "החוק אינו מוסרי ולכן אינו חוק". חובת הציות לחוק מבחינתו איננה מוחלטת, והוא מדגיש שעל החוקים לעמוד בסטנדרטים מסוימים של מוסריות על מנת שנציית להם, אם הם יהיו לא מוסריים בעליל - לא נציית.

בנוסף הוא טוען שלטענה של פולר על גרמניה הנאצית אין באמת הוכחות.

17

(1)

(1+3) אריסטו מסביר את מושג הטבע כדברים אוניברסליים, נכונים תמיד ושרירים בכל מקום ולא תלויים בבני האדם. הוא מבחין בין עקרונות של צדק מן הטבע לעקרונות של צדק מן החוק.

צדק מן הטבע - כפי שהוא מסביר את מושג הטבע כך הוא מסביר את עקרונות הצדק הללו. לדידו, אלו עקרונות אוניברסליים, שהם נכונים תמיד ומקורם בתבונה הטבעית האנושית. אריסטו אומר שכל אדם שיפעיל את תבונתו, יוכל להגיע לעקרונות הצדק מן הסוג הזה. דוגמא לעיקרון של צדק מן הטבע לפי אריסטו הוא עונש מוות. ברור לכל שזה לא טבעי ולא מוסרי להוציא אדם להורג. עם זאת, יתכן שבמקומות מסוימים כן יוציאו אנשים להורג. ברם, אריסטו מבקש להדגיש שזה שעושים את זה במקומות מסוימים לא גורע מהנכונות של העובדה שזה לא טבעי ולא מוסרי.

צדק מן החוק - מנגד, הוא מסביר את העקרונות הללו כעקרונות שתלויים בהסכמה של בני האדם, הם נתונים לשינויים. כפי שהסכמנו על עקרונות מסוימים של צדק מן החוק כך הוא אומר שניתן לשנותם (למרות שזה לא בהכרח פשוט). כמו כן, אריסטו מסביר שיש צורך בקיומם של צדק מן החוק, יש צורך בהסדרה שלהם בחברות מסוימות, אולם אומר שיש חשיבות פחותה לאופן בו הם מוסדרים כמו לכך שיוסדרו. דוגמא לצדק מן החוק, על פי הרמב"ם אלו פרטי המצוות, בניגוד למצוות עצמן שמהוות לדעתו צדק מן הטבע.

אריסטו כופר באמירה שהצדק המדיני כולו מן החוק בגלל שלעיתים רואים שינויים באופן בו הוא בא לידי ביטוי. הוא מסביר שכמו שהטבע מופיע באופנים שונים במקומות שונים, כך גם הצדק מן הטבע. לכן זה לא גורע מנכונותו ולא אומר שכל הצדק המדיני הוא רק מהחוק ולא מהטבע.

(2) כמו כן, אריסטו מסביר שכדי להבין אובייקט, יש להבין את 4 הסיבות שלו.

א. סיבה חומרית (החומר ממנו הוא עשוי - לדוגמא שולחן שעשוי מעץ).

ב. סיבה צורנית (המהות שלו - לדוגמא אם ניקח שולחן, נחתוך אותו ונהפוך אותו לכיסא, הוא יאבד את סיבה הצורנית שלו כשולחן ויהפוך לכיסא).

ג. סיבה פועלת (מה שגרם להתהוות שלו - לדוגמא הורים לילד).

ד. סיבה תכליתית - שלמותו של האובייקט. נובע משינויים בעלי חוקיות קבועה, התהליך נקרא יציאת האובייקט מן הכוח אל הפועל. הופך מפוטנציאל לאקטואלי, כשהאובייקט מגיע לשלמותו טוב לו.

אריסטו מסביר שתכליתו של האדם היא תבונתו.

לפיכך, הוא מסביר שהתבונה מעניקה לאדם את היכולת להבין בין צדק לעוול, מעניקה לו את הפן המוסרי הפנימי. כמו כן, כוח הדיבור שניתן רק לאדם הוא ביטוי חיצוני לתבונתו וכיוון שהאדם יצור שאינו מספיק לעצמו (לספק לעצמו את הצרכים הפיזיים והמנטליים הנדרשים כדי לממש את התכלית שלו ולתצאת מן הכוח אל הפועל) הוא יוצר שיתופי פעולה ומקים מסגרת מדינית באמצעות כוח הדיבור. לפיכך אריסטו מבין שהמדינה היא טבעית לאדם.

כאשר אדם מקים את המסגרת המדינית הוא מקים גם מערכת חוק ומשפט, לפיכך אריסטו מסיק שאם מקור המדינה הוא התבונה והמוסר הפנימי האנושי, ומקור החוק הוא במדינה אזי שחובת הציות לחוק מקורה בתבונה האנושית והמוסר הפנימי.

15

(2)

תשובה יפה, ניתן להגיד בנוגע לסעיף קטן (3) כי זה שאנשים יתנהגו באופן לא תבוני בנסיבות מסוימות לא הופך את החוקים ללא תבוניים וללא אוניברסליים.

- (1) לגישת הפוזיטיביסטים, עקרונות מוסריים הם אינם חלק ממערכת המשפט. הם מבינים זאת מכך שמבחינתם, כללים משפטיים הם כללים חברתיים (דפוסית התנהגות שיש להם צידוק פנימי ולכן מצייתים להם), שמונחים באמצעות כלל אב. עפ"י הארט, את הכללים המשפטיים מזהים באמצעות כלל הזיהוי. לפיכך, משום שעקרונות מוסריים לא מזהים באמצעות כלל הזיהוי, הפוזיטיביסטים לא מכירים בהם כחלק פנימי למערכת המשפט.
- מנגד, דוורקין מסתכל על המערכת המשפטית באור שונה. על מנת להסיק מסקנות עליה, הוא בוחן את פעולות השופטים בביהמ"ש. הוא רואה שהשופטים רואים את העקרונות כמחייבים כמו כללים ורואים בהם כחלק מהמערכת ולא כגורם חיצוני. לפיכך, הוא גורס כי העקרונות אכן מחייבים חלק פנימי ואינטגרלי למערכת המשפטית ולכן כלל הזיהוי הוא חלקי בלבד בעיניו ולא ניתן להשתמש בו כדי להבחין בין המשפט של הקהילה לבין נורמות חברתיות אחרות שמונהגות בה.
- (2) הפעלת שיקול דעת היא למעשה מצב בו בעל סמכות, נדרש לקבלת החלטה, על בסיס סטנדרטים שהציב בפניו בעל סמכות מעליו. לפיכך, שיקול דעת נחלק ל-2 מובנים:
- חלש:** מצב בו ניתנים סטנדרטים מכווינים לקבלת החלטה (לדוגמא - מפקד אומר לסמל שלו לבחור 5 חיילים **חזקים**, החוזקה שלהם מהווה סטנדרט למפקד לצורך ההחלטה).
- חזק:** מצב בו לא ניתנים סטנדרטים מכווינים לקבלת החלטה (לדוגמא - אותו מפקד אומר לסמל לבחור 5 חיילים, לא ניתן סטנדרט מכווין לבחירה ולכן מדובר בבחירה כמעט חופשית).
- משכך, הפוזיטיביסטים מייחסים לשופטים שיקול דעת חזק. משום שהם לא רואים בעקרונות המוסריים כחלק פנימי למערכת המשפט, אלא תופסים אותם כחיצוניים משום שכאמור לעיל, הם אינם מזהים על ידי כלל הזיהוי. לפיכך, במקרים של לאקונה, בהם אין לביהמ"ש חוק ספציפי רלוונטי מקרה, בעיניהם השופטים מייבאים את העקרונות הללו מבחוץ לצורך קבלת ההחלטה וההכרעה במקרה שנידון לפניהם, וכך הם יוצרים למעשה מעין כלל חדש. לכן מדובר בעיניהם בבחירה כמעט חופשית שמהווה שיקול דעת חזק.
- מנגד, דוורקין דוחה את הטענה ואומר שאסור לייחס לשופטים שיקול דעת חזק. הוא מבקר את הייחוס של שק"ד חזק בשני מובנים:
- החלק הזה לא קשור לשאלה**
- (1) שק"ד חזק הוא אנטי-דמוקרטי מובן שהשופטים אינם הגוף הנבחר/מחוקק ואסור שהם יחוקקו חוקים.
- (2) הפעלת שק"ד חזק מהווה חדרה רטרו-אקטיבית שנוגדת את עיקרון שלטון החוק (פוגעת ביכולתו להכווין התנהגות). כמו כן, כאמור דוורקין רואה בעקרונות המוסריים כחלק פנימי ואינטגרלי למערכת המשפטית, לפיכך הוא לא מכיר במקרה של לאקונה - כל התשובות לבר נמצאת במערכת המשפט כיוון שהעקרונות הם חלק ממנה (מסיק את זה מהתבוננות בשופטים - רואה שגם הם לא רואים את עצמם כמי שיוצרים כללים חדשים יש מאין). לפיכך הוא אומר שהם אינם יוצרים כללים חדשים ושיש ליחס להם שק"ד חלש בלבד שכן העקרונות מהווים את הסטנדרט המנחה לקבלת ההחלטה.
- (3) עפ"י הפוזיטיביסטים, חובה משפטית היא רק עובדה חברתית. בעוד בעיני דוורקין לא מדובר רק בעובדה חברתית שכן מערכת המשפט מכילה את עקרונות המוסר והם מחייבים לא פחות מהכללים המשפטיים. לראייה הוא מזכיר את פסקי הדין Riggs ואת Heningsen שם השופטים עשו שימוש בעקרונות מוסריים (כגון לא תצמח לאדם זכות מעוולה).

16
(3)

1. רז מבקש להציע תיאור ניטרלי למטרות החברתיות של מערכות משפטיות באופן שיתאים לכל מערכת משפטית שלא קשורה באידיאולוגיה. לפיכך, הוא מחלק את המטרות החברתיות של מערכת המשפט ל-2: (1) ישירות - מטרות שמושגות במישרין מתוך הציות לחוק. (דוגמא: החוק האוסר על רצח, מגן במישרין על החיים והגוף, ברגע שלא רוצחים, החיים נשמרים). (2) עקיפות - מטרות במושגות באופן עקיף על ידי הציות לחוק. בדרך כלל באות להכווין את האזרחים לנהוג בהתאם לעמדה/רגשות של החברה/המחוקק בעניין מסויים. (דוגמא: הפחתת מיסוי בנגב. המטרה בעקיפה לכך היא יישוב הנגב, המחוקק חושב שזה ראוי. אם לא היינו במדינה דמוקרטית היה אפשר לחוקק חוק שמחייב אנשים פשוט לעבור לגור בנגב ואז היה מדובר במטרה ישירה, אבל זה לא אפשרי ולכן מעודדים את המעבר באמצעות תמריצים).

המטרות הישירות נחלקות גם ל-2:

(1) ראשוניות -

א. הכוונת התנהגות: נעשה בעיקר באמצעות דיני העונשין והניזקין.

ב. יצירת כלים להענקת כוחות: לדוגמא באמצעות דיני החוזים/חברות (מעניקים לאזרח כוח לכרות חוזה, להקים חברה...)

ג. חלוקת טובין מחדש: נעשה בעיקר באמצעות מערכת המס הפרוגרסיבית (לוקחים מ"העשירים" ונותנים ל"עניים").

ד. **יישוב סכסוכים לא מוסדרים**: מטרת מערכת המשפט היא להביא סכסוכים בין בני החברה לידי גמר. לפיכך, רז אומר שגם במקרה בו לביהמ"ש אין חוק שמתאים בדיוק למקרה הספציפי שהם דנים בו, לא היינו רוצים שהוא יאמר לצדדים לסכסוך "תמשיכו לריב". משכך, נתנו לביהמ"ש את הכוח ואת החובה להכריע בכל סכסוך שמגיע לפתחו ולכן גם במקרה כזה, נאפשר לשופטים לייבא עקרונות חוץ משפטיים לצורך ההכרעה (רז דוגל בגישה פוזיטיביסטית, לכן הוא לא רואה בעקרונות כחלק פנימי למערכת המשפט).

(2) משניות -

א. יצירת חוקים.

ב. **יישוב סכסוכים מוסדרים**: כאמור, מטרת מערכת המשפט היא להביא סכסוכים לידי גמר. לפיכך, הקמנו מערכת שלמה ומסועפת כדי שהשופטים יוכלו לצלוח בפועל את זה. מערכת שכוללת בתוכה את התביעה, בתי כליאה, בתי המשפט עצמם וכו' במקרה כזה יהיה על השופטים להחיל את החוק הרלוונטי על המקרה כדי להביא לסיום הסכסוך.

לסיכום, ההבדל בין יישוב סכסוכים מוסדרים ליישוב סכסוכים לא מוסדרים עומד על יסוד האופן בו בית המשפט יביא את הסכסוך לידי גמר. בסוף המטרה זהה, לסיים את הסכסוך, אבל האופן בו זה נעשה הוא שונה.

2. מנגד, דוורקין, שדוגל בגישה נון-פוזיטיביסטית (כאמור בשאלה לעיל), לא יראה אפשרות כזו של קיום של סכסוך שאינו מוסדר. כיוון שהוא מסתכל על מערכת המשפט מנקודת המבט של השופטים, הוא (כמוהם) רואה את העקרונות כחלק פנימי למערכת, ולכן יאמר שכל סכסוך הוא מוסדר ושגם אין חוק ספציפי רלוונטי למקרה, ביהמ"ש עושה שימוש בכלים אחרים כמו רציונליות, אנלוגיה ועקרונות שהם כלים שמהווים חלק ממשי מהמערכת ועל כן מדובר בסכסוך מוסדר. הוא רואה בכלים הללו לא פחות מחייבים מהכללים המשפטיים של המחוקק.

17

(4)

תשובה יפה

הארט דוגל בגישה פוזיטיביסטית. לפיכך, הוא טוען שכללים משפטיים הם כללים חברתיים שמונחים על ידי כלל אב. לטענתו, החוקים וחובת הציות להם מבוססים על ההסכמה של בני החברה להם ולסמכות שמחוקקת אותם. תחילה החוק נחקק על ידי הריבון, ברם לאחר החקיקה הוא מקבל תוקף עצמאי שאינו תלוי במחוקק (זוהי גם ביקורת על אוסטין). החקיקה של המחוקק את הכלל, רק מבטאת את ההסכמה הציבורית ואינה מקור הסמכות ואת מקור הציות כשלעצמה (מקור הציות נובע בציודוק הפנימי שחשים בני החברה כלפי המחוקק/החוק - לא חייב שכולם יחשוו בציודוק הפנימי, אבל צריכה להיות מסה קריטית מספיק בחברה).

הארט מבחין בין סוגי הכללים ומחלק אותם לשניים:

(1) כללים מסדר ראשון - שעוסקים בהכוונת ההתנהגויות של בני החברה. נחלקים גם הם ל-3 תת-סוגים:
 א. כללים מטילי חובה - חרות עשה/לא תעשה (לדוגמא: לא לרצוח/לגנוב).

ב. כללים מעניקי כוחות (לדוגמא חוק החוזים/חברות - מעניקים לבני החברה את הכוח לכרות חוזים או להקים חברות).
 ג. כללים מעניקי זכויות (חירויות למיניהן, לדוגמא חופש הביטוי/תנועה).

(2) כללים מסדר שני - כללים שעוסקים בכללים מסדר ראשון. לדוגמא, במצב של התנגשות בין הנורמות השונות, הם מנחים איך לפעול.

גם כללים מסדר שני נחלקים לתתי סוגים.

הארט מדבר על כלל הזיהוי, זהו הכלל לפיו יודעים מי/מה הסמכות במדינה/חברה מסוימת שיש לציית לחוקים שיוצאים ממנה (כלל הזיהוי הוא לכאורה לא טל משפטי לפי הארט כיוון שהוא קנה המדינה, ברם על סמך ההסכמה וההכרה החברתית בו, הוא נתפס ככלל משפטי). במדינת ישראל זוהי הכנסת. כאמור, הארט גורס שחובת הציות נגזרת מההסכמה החברתית של בני החברה לקבל את מרות הגוף המחוקק (זוהי גם ביקורתו כלפי אוסטין, לא נציית בגלל הסנקציה, אלא בגלל מערכת היחסים בין נותן ההוראה למקבל ההוראה). במדינת ישראל הכנסת קיבלה את הסמכות הציבור שהיא הגוף המחוקק ואנשים מקבלים את מרותה ואת החוקים שהיא מחוקקת.

סוג שני של כללים מסדר שני אלו הם כללי שינוי. כללים אלו נועדו על מנת שנוכל להתאים את מערכת המשפט ואת החוקים שלה למציאות המשתנה. ברם, הם קובעים כיצד עלינו לבצע את השינויים הללו. דוגמא לכלל שינוי במדינת ישראל יכול להיות פסקת ההתגברות שבחוקי היסוד. פסקה זו מאפשרת את שינויים/תיקונים של חוקי יסוד אולם מגדירה בדיוק כיצד ניתן לעשות זאת.

סוג שלישי של כללים מסדר שני אלו הם כללי שפיטה. כללים אלו נועדו להכווין את השופטים בפעולות השפיטה שלהם כאשר באים להכריע בסכסוך. דוגמא לכלל שפיטה במדינת ישראל היא חוק הראיות.

למעשה, הארט אומר שמערכת "משפטית" שאין לה כללים מסדר ראשון ושני, היא אינה מערכת משפטית והוא קורא לה מערכת "טרומ משפטית". לפיכך הוא גורס שצריכים להתקיים שני סוגי הכללים יחד כדי ליצור מערכת משפטית קוהרנטית שמצליחה להשליט את החוק.

היתרון באיחוד שני סוגי הכללים טמון בכך שהוא יוצר יציבות, וודאות ובהירות במערכת המשפט. לא די בכללים ספציפיים שמגדירים כיצד לפעול/לא לפעול במערכת המשפט, יש צורך במערכת שלמה שתסביר גם כיצד להתנהג עם הכללים. ניתן לראות את האיחוד בין שני סוגי הכללים במדינת ישראל, מוחלים גם כללים מסדר ראשון (כפי שניתנו בדוגמאות לכללים מטילי חובה/מעניקי כוחות/מעניקי זכויות) וגם כללים מסדר שני (כפי שניתנו בדוגמות לגבי כלל הזיהוי/שינוי/פיטה).



תשובה יפה

אוסטין מסביר מסביר מהו החוק. תחילה הוא מסביר שמדובר בפקודה שהיא מבע רצון שבצידו כוח להפעיל סנקציה - לדידו, הסנקציה היא ממהות הפקודה, אלמלא הסנקציה לא היינו מצייתים לחוק.

לאחר מכן הוא מסביר שחוק פוזיטיבי מקורו בריבון. הוא מסביר שהריבון במקום מסוים הוא בעל הכוח הרב ביותר, באופן אקסקלוסיבי, שביכולתו לתת פקודות ויש לו את הכוח גם לאכוף אותן כאשר הוא אינו כפוף לחוקים (אלא מקשיב להם מתוך מתן דוגמא, ברגע שהם לא יתאימו לו הוא ישנה אותם).

לפיכך, הוא מסביר את החוק הפוזיטיבי כפי שהוא מבין אותו, כמבע רצון מצד הריבון, כלפי האזרחים/מקבלי הפקודה, כאשר מוצמדת סנקציה בגין אי ציות לפקודה.

לפיכך קלזן היה מסביר שסעיף זה של חוק הירושה מהווה חוק פוזיטיבי. ניתן לראות בסעיף זה כחוק פוזיטיבי שכן ישנה הוראה לא לגרום מוות/לנסות לגרום מוות/להשמיד/להעלים/לזייף צוואה, כי אם כן יפעלו כך, תוטל סנקציה של פסילת הירושה. ברם, הארט מבקר את תפיסתם של אוסטין וקלזן את המושג חוק פוזיטיבי, וטוען כי זה מבטא תפיסה לא נכונה של המונח סנקציה (שבנייה וכה אינה ממהות הפקודה ואינה הסיבה לציית), וכי למעשה כלל לא מדובר בסנקציה במקרה זה אלא בהיעדר כוח.

לפיכך, נראה שסעיף 5(א) מהווה כלל מסדר שני מעניק כוחות. ניתן לראות זאת בכך שמתייחס לכלל מסדר ראשון שאוסר על רצח/זיוף/ניסיון לרצח וכו' וכן מסביר כיצד יש לפעול כאשר יש התנגשות בין הפרת הכלל הזה לבין התנגשות עם כך שהירושה אמורה לעבור לאדם שעבר על הכלל. לכן, הכלל מנחה אותנו שלא לאפשר ירושה של הצוואה לאדם שפעל כך.

משכך מדובר בכלל מעניק כוחות, אלא שבמקרה זה הוא בא לידי ביטוי שבכך שאומר "אני אתן לך את הכוח לרשת, אלא אם כן תפעל בניגוד לכלל".

17
(8)

תשובה יפה