**מהו החוק?**

שאלת מפתח שמעסיקה רבים בתחום תורת המשפט. כדי להבין את השאלה טוב יותר נחלק אותה לשאלות משנה:

1. **מה ההבדל בין מוסד חברתי המהווה חוק ומוסד חברתי דמוי חוק (כמו מוסר)?**

כאשר מדברים על חוק כמוסד חברתי הכוונה היא לכך שהחוק הוא דפוס התנהגות שקיים בחברה. מערכת נורמות שיוצרת דפוס התנהגות שמושרש בחברה. זה לא אומר שאותו דפוס או מערכת התנהגות קיימת אצל כולם, אלא הם קיימים אצל הרוב שמנהלים את חייהם על פי זה. אם מישהו חורג מהדפוס זה מוזר.

לגבי חלק מאותם מוסדות החברה משתמשת בכוח שלה כדי לכפות את הכללים, אבל בסופו של דבר הכללים נתפסים כראויים בעיני הרוב גם ללא קשר לאכיפה. אנשים בוחרים ללכת לפיהם מרצונם החופשי.

כאשר אנחנו מדברים על החוק אנחנו שואלים מהו במובן של מוסד חברתי, וכאשר מדברים על מערכת המשפט שקובעת אותו אנחנו מדברים על מוסד חברתי. לשם כך אנחנו רוצים לערוך השוואה בינו ובין מוסדות חברתיים אחרים דמויי חוק.

המוסר הנוהג, מהווה דוגמא למוסד דמוי חוק, והוא מה שבני החברה תופסים כראוי מבחינה מוסרית. המוסר הנוהג דומה לכללים משפטיים משום שגם הוא אומר לנו איך להתנהג. עם זאת אנחנו עדיין חושבים שיש הבדל בין השניים והשאלה היא רק מהו. כדי לעמוד על ההבחנה אנחנו קודם כל נשאל האם יש חברה שיש בה מצד אחד מוסר נוהג ומצד שני אין בה משפט? או האם יש חברה שאין בה מוסר נוהג כלל?

קשה לומר שתהיה חברה שאין לה מערכת של דפוסי התנהגות כלשהם אותה הם יראו בתור המוסר הנוהג. יכול להיות שכמי שמביטים מבחוץ חלק מהנורמות יהיו לא מקובלות בעינינו, אך זה לא אומר שהן אינן קיימות. לכן, לכל חברה יש מוסר נוהג.

ההבחנות בין חוק ובין מוסר נוהג:

* מה כדאי ומה חובה?

בעוד המוסר ממליץ והדבר נתון לשיקול הדעת, החוק מחייב והדבר לא נתון לשיקול דעת. נכון שיהיו פעמים בהן נפר את החובה, אבל זו עדיין חובה שיש לקיים.

1. **מהו מוסר?**
* מוסר נוהג- מה שבני חברה חושבים על מה ראוי לעשות. טענות עובדתיות בנוגע לאופן בו אנשים רואים את המוסר. הטענות יכולות להיות אמת או שקר אבל תמיד יהיו עובדתיות. לדוגמא- הטרדות מיניות היום נתפסות כמשהו פסול בניגוד לעבר.
* מוסר אידיאלי- טענות אודות מה ראוי לעשות. טענות על מה ראוי ומה טוב, מה פסול ומה רע. טענות ערכיות ולא עובדתיות שמתארות את הלך הרוח בחברה. חלק ממנו הוא המשפט הטבעי.

ישנם שני כשלים נפוצים בקשר להבחנה בין שני סוגי המוסר:

א. אנשים מתבלבלים וממזגים בין שני סוגי המוסר. עוברים מאחד לשני.

ב. הכשל הנטורליסטי- ניסיון לקבוע קביעות מוסריות על בסיס העובדות. כמו להקיש מהדין המצוי לדין הראוי.

ההבחנה בין השניים חשובה משום שכדי לענות על השאלה מהו החוק צריך לענות של שני חלקי השאלה מה היחס בין המוסר והמשפט; מה היחס בין מוסר נוהג ומשפט? ומה היחס בין מוסר אידיאלי ומשפט? (מה היחס בין משפט מצוי ומשפט ראוי?).

* מהו ההבדל בין מוסר נוהג ומשפט?

הרבה פעמים יש חפיפה בין השניים. עם זאת על כללים משפטיים חלים מאפיינים מסוימים שאינם חלים על המוסר הנוהג:

1. אכיפה- את שניהם אוכפים אבל את המשפט נאכוף ע״י המדינה (משטרה, פרקליטות וכו׳) בעוד שאת המוסר הנוהג לכשעצמו לא אוכפים ע״י הכוח של המדינה. האכיפה שלהם תיעשה ע״י לחץ חברתי, ביקורת חברתית ואמצעים קהילתיים אחרים.

2. כללי שינוי- את המשפט אפשר לשנות ע״י כללי שינוי. מערכת משפטית מגדירה איך נוצר חוק, איך הוא מתבטל וכו'. את המוסר הנוהג קשה לשנות בצורה יעילה ומהירה. זה לא שאי אפשר, פשוט יותר מורכב. משום שמדובר בתהליכים חברתיים לפעמים לא נוכל להכריע האם המוסר הנוהג השתנה.

3. עמימות- המשפט מדבר על חובות וזכויות. קובע כללים שברור מתי הם חלים ומתי לא, מנסה להימנע ממצב של עמימות. לעומת זאת במוסר יש קטגוריות שלמות שלא מוסדרות בחוק כמו כל מה שמעבר לחובה ולפנים משורת הדין. המוסר יכול להיות עמום.

4. הערכים המוגנים- המשפט מגן על מס׳ מצומצם של ערכים- חירויות, חיים, שלמות הגוף וכיו״ב. לעומת זאת המוסר נוגע גם לערכים נוספים שהמשפט בוחר שלא להתעסק בהם כמו מימוש עצמי.

1. **מהו ההבדל בין חוק משפטי-מוסרי ובין חוק טבעי-מתמטי?**

בשניהם משתמשים במונח חוק אבל השאלה היא האם יש הבדל ביניהם. כששואלים ״מהו החוק״ זה אחד ממובני השאלה. לצורך כך נתמקד בהבחנה בין מוסר אידאלי וחוק טבעי.

1. תיאור וציווי- חוקי הטבע הם חוקים מתארים וחוקי מוסר הם חוקים מצווים.

חוקי טבע הם כלי ניבוי. הם מתארים את המציאות ולפיהם אנחנו יודעים לומר מה יקרה אם יתקיימו נסיבות מסוימות. חוק מוסרי אומר מה לעשות בנסיבות מסוימות ומספק קנה מידה להתנהגות האדם. התוקף שלו לא מושפע מהשאלה האם האנשים מפרים אותו או לא.

גם חוקי המשפט כמו חוקי המוסר לא מתארים איך אנשים מתנהגים אלא מצווים עליהם כיצד להתנהג.

2. טעמים ותכליות- לחוקי טבע אין טעמים ותכליות בעוד לחוקי המוסר יש. כשמדברים על הטעם מדברים על התכלית לשמה נוסח החוק.

החוק בד״כ מנוסח ככלל, התיאוריה שמסבירה למה הכלל חשוב תהיה התכלית שלשמה קיים אותו כלל. דוגמא- עסקה במקרקעים דורשת כתב. הטעם הוא לוודא את גמירות הדעת של הצדדים לעסקה משום שמדובר בנכס חשוב ומרכזי. לכן, אנחנו נשלם מחיר של מורכבות משום שאנחנו רוצים להגשים את התכלית שהיא הטעם.

חוקי טבע הם נתונים ושאלות בנוגע לתכליות לא רלוונטיות להם.

* טעמים הם נשמת אפם של הכללים. כדי להבין חוק או כלל צריך להבין את הטעמים שבבסיסו, את התכלית שלו. עם זאת, אפשר לדבר גם על נפרדות הכללים מטעמיהם. למרות שלכל החוקים המשפטיים יש טעמים, בד״כ הם לא יהיו מפורשים. לכן למרות שהם נראים כמו חוקי טבע. הם לא כאלו כי הם תמיד יהיו מבוססים על טעמים. הם מנוסחים כמו חוקי טבע אבל יש להם טעמים ומה שמעניין זה שאנחנו נותנים את הטעם למרות שהוא אף פעם לא כתוב בחוק. הטעם המפורש לא מופיע. השימוש בטעמים ובתכליות הכללים הוא בד״כ במקרים קשים בהם קשה להחיל את הכלל עקב נסיבות מיוחדות.

3. יסוד ההכללה- מה שמשותף לחוקי טבע והמוסר הוא יסוד ההכללה. חוק הטבע יכליל ע״י כך שיגיד שבהתקיים תנאים מסוימים תמיד יקרה כך או אחרת. חוק מוסר יכליל ע״י כך שיגיד שבנסיבות מסוימות יש לאדם חובה לנהוג כך או אחרת.

לדעת פילוסופים מסוימים ההכללה הופכת את המוסר לרציונאלי או אובייקטיבי. כמו ״מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך״ או הצו הקטגורי.

1. **מהו החוק בנסיבות מסוימות?**

מדובר בשאלה משפטית שיש לה משמעות פרקטית אך גם תיאורטית בו זמנית. כדי לענות לשאלה מהו החוק צריכים לענות לשאלה איך מזהים את החוק? האם מדובר בעניין שבעובדה בלבד ואז המשפטן צריך רק לזהות את העובדות? או שיש לחוק גם היבט מוסרי-ערכי שצריך לקחת בחשבון כשעונים על השאלה מהו החוק במקרה הספציפי?

הוויכוח הזה הוא וויכוח בין עמדה פוזיטיביסטית ונון-פוזיטיביסטית.

הפוזיטיביסטים יטענו שהחוק הוא עניין שבעובדה בלבד ויתלבטו בשאלה מה העובדות הרלוונטיות לשם כך. לעומתם הנון-פוזיטיביסטים יטענו כי בחוק יש מימד מוסרי-ערכי. כדי לעמוד על הבחנה זו בין שתי הגישות ניעזר בשני פסקי דין:

* פס״ד ירדור:

בפסק הדין וועדת הבחירות המרכזית לכנסת פסלה את רשימת הסוציאליסטים, ועלתה טענה שהם עשו זאת שלא בסמכות.

השופט חיים כהן קובע כי כאשר הפסילה נעשית מטעמים אידיאולוגיים כמו כאן צריך לעמוד באחד משני תנאים: 1. התאגדות לא חוקית. 2. אי חוקיות שנובעת מחתירה תחת קיום או שלום המדינה. עם זאת, משום שאין חוק אזי אין הצדקה לפסול את הרשימה. השופט מצדיק את היעדר החוק ומכך גם את היעדר ההסמכה, זאת משום שלדעתו לא ראוי שביהמ״ש יהיה מוסמך לפסול.

על דברי השופט ניתן לומר כי הם מבטאים מחד טענה פוזיטיביסטית (היעדר חוק = היעדר הסמכה). מנגד הם מבטאים גם טענה בנוגע לדין הראוי. מכאן, על אף שנראה שהשופט מחזיק בעמדה פוזיטיביסטית עד כדי פורמליסטית קשה לומר זאת באופן מוחלט מכיוון שעמדתו אינה רק כזו. כלומר, על אף הניסוח הפוזיטיביסטי השופט רואה בכך גם תוצאה ראויה ולכן קשה לומר שמחיל את החוק באופן מכאני.

השופט אגרנט לעומתו קובע כי למרות שהדבר לא עולה מלשון החוק באופן מפורש לוועדה יש סמכות. את הסמכות היא שואבת ממגילת העצמאות בה נוסחה האידיאולוגיה הערכית של המדינה, אשר היא זו שמונעת את ריצת הרשימה ומסמיכה את הוועדה וכן את ביהמ״ש לפסול.

כלומר, לא מדובר בהסתמכות על מסמך משפטי אלא הסתמכות מתוך הכרה בעקרונות יסודיים ובסיסיים שמהווים את הבסיס החוקתי.

תפיסת השופט היא תפיסה נון-פוזיטיביסטית באופן מובהק וברור משום שהוא משתמש בטענה ערכית העוסקת במהות המדינית כדי לפסוק באופן תקדימי.

השופט זוסמן קובע כי חוק הבחירות אינו מסמיך את הוועדה לפסול מטעמים אידאולוגיים. עם זאת, הוא טוען כי השופט יכול לעשות שימוש בטיעונים ובמקורות שאינם מהווים עובדות חברתיות כמו חוק. לדבריו ביהמ״ש שואב סמכות מזכות הדמוקרטיה להתגונן ע״י שימוש באותם עקרונות וכללים שלעיל. לכן, על הרשימה להיפסל.

השופטים אגרנט וזוסמן מסתמכים בפסיקתם שניהם על עקרונות משפטיים לא פוזיטיביסטים, כלומר שלא כתובים בספרי החוק. מדוגמא זו אנו לומדים שפעמים רבות ביהמ״ש משתמש בעקרונות מוסריים-ערכיים שמהווים חלק מהמוסר האידיאלי ולא במקורות משפטיים ברורים.

* פס״ד פלוני נ׳ פלונית:

איש אנס את שכנתו בת ה-15 מתוך מטרה להביא ילדים. הנערה יולדת ומבקשת למסור את הרך הנולד לאימוץ, אך האנס מתנגד ומבקש לגדל את הילד. בחוק האימוץ אין סעיף שמתייחס במפורש למקרה דנן והשאלה מגיעה לפתחו של ביהמ״ש העליון.

השאלה המשפטית בפסק הדין היא האם מעשי האב מהווים סיבת התנגדות לא מוסרית כהגדרת חוק האימוץ? שאלה זו מהווה בעיה משום שרק במקרי קיצון מנתקים ילד מהוריו משום שהם לא מוסריים ולכן עצם העובדה שמעשה האב בלתי מוסרי לא מהווה סיבה מספקת לכשעצמה כדי להכריז שהילד בר-אימוץ.

מנקודת מבט פוזיטיביסטית של ניתוח לשון החוק נראה שהילד לא צריך להימסר לאימוץ. אף על פי כן השופטים כולם מגיעים לכלל מסקנה שיש למסור את הילד לאימוץ מתוך קביעה שכך ראוי לפסוק במקרה בהתאם לנסיבותיו. הוויכוח בין השופטים היה רק באשר לשאלת הנימוק המתאים.

השופטת דורנר שוללת את התפיסה לפיה העיקרון ש-״אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו״ חל במקרה הזה. זאת משום שמדובר בעיקרון הנוגע לזכויות רכושיות ולא זכויות הוריות שהן גם חובה. בנוסף, גם אם העיקרון חל יש לו משקל זניח משום שהשאלה המרכזית בענייני אימוץ היא מהי טובת הילד. במקרה זה טובת הילד היא להימסר לאימוץ משום שנוצר מצב בו ההורה אינו מסוגל לדאוג לו עקב התנהגות העבר שלו, או משום שהרקע יביא לפגיעה בהתפתחות הרגשית של הילד.

השופט לוין חולק על השופטת דורנר. לדבריו לא הוכח שהאב חסר מסוגלות הורית וקשה לומר שנסיבות העבר מצדיקות את ניתוק הילד מהוריו. לדעת השופט יש להגיע למסקנה לפיה יש למסור את הילד לאימוץ על בסיס עיקרון החסר הסמוי. לטענתו עיקרון ״הרצחת וגם ירשת״ חל במקרה זה.

מכיוון שלא מוצאים עילה רלוונטית נגדיר את המצב כחסר סמוי. כלומר, חסר בעל אופי מיוחד המתבטא בהיעדרו של חריג. חסר סמוי הוא מצב בו מלשון החוק הכללית ניתן ללמוד שהיא לכאורה לא חלה על המצב המיוחד. הסיבה להיעדר ההתייחסות היא שהמחוקק לא צפה את הנסיבות ולכן גם לא הכריע בהן. לעומת זאת, חסר רגיל (לאקונה) הוא מצב בו גם הנסיבות הרגילות לא זכו להתייחסות ע״י המחוקק ולכן כאשר ביהמ״ש מחפש חוק רלוונטי לנושא הוא לא מוצא אותו כלל.

במקרה זה המחוקק התייחס לסוגיית עילות האימוץ אך לא התייחס לנסיבות החריגות כמו במקרה שלנו. אם נדבוק בלשון החוק נגיע לתוצאה לא רצויה. לכן, לדעת השופט יש לקרוא לתוך הסעיף כלל לפיו הורה לא יכול לסרב לאימוץ אם הדבר נוגד את תקנת הציבור וקשור למעשים שהובילו להולדת הילד. תקנת הציבור במקרה זה היא שחוטא לא ייצא נשכר.

* פרופ׳ לורברבוים טוען שאולי אי אפשר לראות במצב המדובר חסר. חסר הוא מצב בו המחוקק לא חשב על מקרים נפוצים, אך המקרה הזה הוא מקרה חריג שככל הנראה לא יחזור על עצמו ולכן המחוקק מלכתחילה לא היה צריך לחשוב עליו.

השופט מציע לפעול גם ע״י שימוש בפרשנות מרחיבה לפיה חוקים נחקקים לאור עקרונות כלליים ולכן כאשר מחילים חוקים על מקרים שונים יש לוודא שהפסיקה תואמת את העקרונות. במקרה שלנו, צריך ליישם את הכלל האוניברסלי לפיו ״לא ייצא חוטא נשכר״ ולא לאפשר לאב לגדל את הילד.

* פרופ׳ לורברבוים טוען שאין באמת הבדל בין חסר סמוי ופרשנות מרחיבה.

השופט לוין לא משתמש בטענה אודות עובדה משפטית פוזיטיביסטית שכן הוא לא מצביע על שום עיקרון או כלל חקוקים. אלא הוא משתמש בעיקרון כללי שעומד ביסוד השיטה מתוך הנחה שהחוק לא נחקק בחלל ריק אלא הוא חלק משיטה בה עקרונות היסוד שלובים ומהווים חלק בלתי נפרד. השופט מפעיל שיקולים של מוסר אידיאלי ונעזר במקורות משפטיים נון-פוזיטיביסטיים.

השופט חשין מסתמך על עקרונות שהוא מכנה ״משפט טבעי״. הוא דוחה את דוקטרינת ״החסר הסמוי״ ו-״הפרשנות המרחיבה״ משום שאלו מניחות שהמשפט חסר ולכן הוא לא מכיל עקרונות מסוימים שעלינו לייבא מבחוץ. לדעתו מדובר בתפיסה מעוותת של המשפט משום שלא צריך לקרוא כללים למשפט מאחר והכל כבר מצוי בו.

מי שמאמין כמו חשין במשפט טבעי סבור שהחוק לעולם לא חסר ולכן לא צריך להשלים אותו. משפט הטבע הוא בעצם חלק מהמשפט.

* ההבדל בין חשין ולוין הוא שבעוד שהראשון חושב שהעקרונות קיימים במשפט, השני חושב שיש לייבא אותם מבחוץ. יש לכך השלכה מעשית בהמשך.

השופט משתמש במשפט הטבע, לדבריו החוק המוסרי הוא בלתי נפרד מהמשפט ומכונה משפט טבע. את תחושת הבטן הראשונית שלו הוא מנמק מנקודת מבט מוסרית. בכך הוא מטשטש את ההפרדה בין עניין שבעובדה ובין מוסר אידיאלי.

כאשר יוצאים מנקודת מוצא של מוסר אידיאלי החוק תמיד מתואר ומעוצב על בסיס התשובה שהאדם נותן לשאלה מה ראוי. חשין בעצם חושף בפנינו את העובדה שהוא כבר הגיע לתוצאה מנקודת מבט מוסרית ועכשיו כל שהוא עושה זה רק לתת לה שם ולבוש משפטיים.

המשפט הטבעי שחשין נעזר בו מושך לשני כיוונים; מצד אחד קיים העיקרון לפיו ילד צריך לגדול בבית הוריו ומצד שני קיים העיקרון של ״הרצחת וגם ירשת״. שני אלו הם עקרונות משפט הטבע ובמקרה זה מתנגשים חזיתית. במקרה זה העיקרון השני גובר. השופט עושה שימוש במשפט הטבע על מנת לאזן בין שני העקרונות.

**משפט הטבע:**

לצורך הדיון אנחנו מתמקדים בתפיסה הפוליטית של אריסטו בשני חיבורים שונים.

* **פוליטיקה:**

אחת התיאוריות המרכזיות של אריסטו היא תורת ארבע הסיבות:

1. סיבה חומרית- החומר שממנו עשוי האובייקט הוא הסיבה שלו. החומר הופך אותו להיות מה שהוא.
2. סיבה צורנית- מהות, ההגדרה של האובייקט. לא מדובר בתבנית חיצונית אלא במהות שהיא זו שנותנת לאובייקט את זהותו. אם הצורה תשתנה, החומר יוכל להישאר זהה אך המהות תהיה שונה.
3. סיבה פועלת- הגורמים שגרמו להתהוות האובייקט, כלומר מה שיוצר אותו.
4. סיבה תכליתית- לכל אובייקט יש תכלית. בכל אובייקט מתרחשים שינויים לפי חוקיות מסוימת שטבועה בו. תהליכי השינוי המהותיים נקראים יציאה מהכוח אל הפועל, כלומר מעבר ממצב של פוטנציה למצב של אקטואליה. התכלית היא הקובעת את ההתפתחות והשינויים.

ההגעה למצב אקטואלי היא הגעה למצב שלם יותר מאשר הימצאות במצב הפוטנציאלי. הסיבה התכליתית היא הוצאת הסיבה הצורנית מהכוח אל הפועלת.

התקדמות התהליך של היציאה מהכוח אל הפועל מגבירה את שלמות האובייקט. התהליך עצמו הוא טבעי והופך את האובייקט לשלם יותר ולכן גם טוב.

**השאלה היא איך כל זה קשור למדינה ולמשפט?**

המדינה היא דבר טבעי וכך גם היות האדם בעל חיים מדיני. הסיבה לכך היא חוסר היכולת של האדם לספק לעצמו את כל צרכיו כדי להתפתח על פי טבעו. כדי שהאדם ייצא מהכוח אל הפועל הוא צריך לשתף פעולה עם בני אדם אחרים סביבו. גם המשפחה לא מספיקה לעצמה אלא צריכה בית אב. גם בית האב לא מספיק לעצמו וצריך כפר. גם הכפר לא מספיק לעצמו וצריך מדינה.

המדינה היא המסגרת החברתית הקטנה ביותר שמספיקה בעצמה כדי לספק לאדם את כל צרכיו. מסגרת זו מאפשרת את יציאת האדם מהכוח אל הפועל. הסיבה שאנחנו רואים את המדינה כדבר טבעי היא משום שהכרנו בתהליך היציאה מהכוח אל הפועל כתהליך טבעי שיכול להתממש רק ע״י היותך חלק ממדינה.

המדינה טבעית לבני האדם בגלל שני היבטים משלימים: 1. ההיבט הפיזי. 2. ההיבט הרוחני.

כדי לממש את היכולות בשני ההיבטים, האדם נזקק לשיתוף פעולה שיכול להתקבל רק במסגרת מדינית. כלומר, המדינה היא הטוב, השלמות והתכלית של האדם.

התבונה המהווה חלק מטבע האדם היא שמייחדת אותו ומכאן מהווה תשתית לסדר המדיני ולשיתוף הפעולה הייחודיים לאדם גם כן. הכרה מוסרית היא חלק בלתי נפרד מתבונה ולכן התבונה היא גם התשתית עליה מורכבת המדינה. בנוסף, תבונה זו מהווה חלק בלתי נפרד מהמשפט. זה מה שהופך את ההכרה המוסרית לטבעית ואת מערכת המשפט לטבעית.

* הכרה מוסרית = תבונה

 הכרת מוסרית = טבע האדם

תבונה = טבע האדם

הכרה מוסרית = טבע האדם

 המשפט = טבעי

הכרה מוסרית = יסוד המשפט

השותפות המדינית היא טבעית לאדם גם כן, משום שהיא מבוססת על הסכמה ועל עקרונות שטבעיים לאדם.

משום שאף פרט אינו מספיק לעצמו ורק שיתוף פעולה בין הפרטים מביא ליציאה מהכוח אל הפועל (מימוש הסיבה התכליתית) והמדינה היא זו שמאפשרת את אותו שיתוף הפעולה, המדינה היא גם בעלת קדימות לפרטים המרכיבים אותה.

אריסטו משווה את היחס בין בני האדם למדינה ליחס בין האיברים לגוף. כפי שהיד אינה יד מבלי שהיד קשורה לגוף כך גם האדם אינו אדם כשהוא אינו חלק מהמדינה. הסיבה לכך היא שרק בהשתלבותו במדינה הוא יוצא מהכוח אל הפועל. כפי שהכלל מגדיר את החלקים המרכיבים את אותו, כך גם המדינה היא שמגדירה את הפרטים שבה. מכאן שהמדינה קודמת לבני האדם.

כוונתו של אריסטו באמירה כי מי שמספיק לעצמו הוא או בהמה או אל היא לכך שככל שהיצור נחות או נעלה יותר כך הוא מסוגל לספק לעצמו את צרכיו בעצמו ללא הזדקקות לאחרים. האדם הוא יצור ביניים. הוא מורכב עד עדי כך שהוא זקוק לשיתוף פעולה כדי לצאת מן הכוח אל הפועל, אך לא מורכב עד כדי כך שהוא יכול לעשות זאת בעצמו.

אריסטו מודע לכך שביכולתו של האדם להשתמש בכלים שקיבל לטובת דברים טובים ולטובת דברים רעים באותה מידה. לכן, יכולים להיות משטרים מפוארים ומשטרים נוראיים.

* **אתיקה- צדק מן הטבע וצדק מן החוק:**

כאשר מדברים על צדק ניתן להפרידו לשני חלקים:

1. צדק מן הטבע- המשפט הטבעי שהוא נובע מהטבע התבוני של האדם. כלומר שיקול מוסרי שלא תלוי ברצון האדם וקיים בכל מקום.
2. צדק מן החוק- ההסכמה היא מה שמעניק תוקף לחוקים. כלומר, הדבר תלוי בהחלטה של האנשים במקום המסוים ובאותה מידה יכול היה להיקבע אחרת במקום אחר.

מכאן, עולה השאלה איך אפשר להבחין בכל מערכת משפט בין צדק מן הטבע וצדק מן החוק?

העובדה שמשהו נראה שונה בין מקומות שונים לא הופכת אותו אוטומטית לצדק מן החוק. שכן, ישנם דברים רבים שניתן לומר שהם טבעיים אבל בעלי גרסאות משתנות בין מקומות שונים. לכן, עצם ההצבעה על שינויים בהחלת חוקים בין מקומות לא מצביעה על כך שאותם דברים הם אינם טבעיים.

פעמים רבות נצליח דרך ההתבוננות בחוקים עצמם לעשות את ההבחנה בין חוקים שמקורם בתבונה וחוקים שמקורם בהסכמה.

* **הביקורת על משפט הטבע:**

יש שני סוגי ביקורות; פילוסופית ותורת-משפטית.

1. ביקורת פילוסופית:
2. יש שמאמינים שהמוסר הוא לא שכלי או רציונאלי אלא רגשי. לכן, טענה לפיה משפט טבעי מקורו בתבונה לא נכונו משום שהמקור הוא הרגש.
* תשובה אפשרית לביקורת- האינטואיציה לגבי המוסר לא מסתכמת ברגש בלבד אלא ניתן להסביר אותה גם ע״י תבונה.
1. המשפט הטבעי מתבונן בטבע ומכך לומד על מה שראוי. כלומר המשפט הטבעי חוטא בכשל הנטורליסטי משום שהוא מקיש ממה שמצוי לדין הראוי.
* תשובה אפשרית לביקורת- נקודת המוצא של המשפט הטבעי הוא אקסיומות נורמטיביות (כמו במתמטיקה). ולכן, גזירה של דין ראוי מאקסיומות אלו אינה דומה לגזירה של שיפוט ערכי ממערכת עובדות (כמו מדע). לכן הכשל הנטורליסטי אינו מתממש.
1. ביקורת תורת-משפטית:
2. עמדה פוזיטיביסטית- כאשר אנשי משפט מחפשים חוק הם מחפשים את הדין המצוי ולא את הדין הראוי. לכן, גישה כמו של המשפט הטבעי לפיה הדיונים המשפטיים הם מוסריים היא אינה נכונה.
3. חוסר צפיות וחוסר וודאות- השיקולים המוסריים בהם משתמשים במשפט הטבע הם בלתי צפויים. לכן, שימוש בהם גורם לעמימות שמכניסה חוסר ודאות וחוסר יציבות למשפט. בעייתי.
* תשובה אפשרית לביקורת- התמונה אינה קיצונית כפי שמתואר. גם אנשי משפט הטבע וגם פוזיטיביסטים מסכימים שיש בחוק דיון פוזיטיבי נוסף על דיון מוסרי. כלומר, שופטים בדיונים שלהם מחילים את שני צדדי המטבע. ולכן המשפט הטבעי יותר יציב משמתואר.

**אוסטין - תורת הפקודה:**

אוסטין עוסק בחוק הפוזיטיבי. חוק זה הוא חוק שנקבע ע״י הריבון עבור נתיניו. כדי לדייק את התשובה ננסה להבחין בין החוק הפוזיטיבי ובין מוסדות חברתיים אחרים שדומים לו.

* מהם רכיבי החוק?

חוק הוא פקודה כללית שניתנת ע״י יצור תבוני אחד ליצור תבוני אחר במטרה לכוון את התנהגותו ושיש לנותן הפקודה כוח על המקבל.

1. פקודה- כלומר ציווי.
2. כלליות- הפקודה היא כללית ולא ספציפית.
3. בין יצורים תבוניים- רק מה שניתן ליצור תבוני ולא למכונה או לבעל חיים.
4. הכוונת התנהגות- מטרת הפקודה היא למנוע או להורות לפעול.
5. כוח- לנותן יש כוח על המקבל.
* מהם רכיבי הפקודה?

פקודה היא מבע רצון של יצור תבוני אחד ליצור תבוני אחר שיפעל או שיימנע מפעולה כאשר אותו מבע מלווה באיום בסנקציה.

1. מבע רצון של יצור תבוני
2. ליצור תבוני אחר
3. לביצוע פעולה או להימנע מביצוע פעולה
4. תוך ליווי באיום בסנקציה- פקודה בעצם מותנית בכך שלפוקד יהיה כוח על הפקוד. היכולת להפעיל כוח שגורם לנזק היא שמבדילה פקודה ומתוך כך גם את החוק כבקשה.
* מהי הכלליות?

חוק הוא פקודה לעשות או לא לעשות פעולה בעלת אופי כללי, הן בבחינת נמעני החוק והן בבחינת סוג הפעולות. כלומר, פקודה לא תעסוק בקבוצה מסוימת או בסוג פעולה מסוימת.

במערכת המשפט יכולות להיות פקודות ספציפיות בעלות תוקף משפטי אך הן יהיו חייבות להתבסס על פקודות כלליות. הן לכשעצמן לא יכולות להוות את בסיס החוק.



* מיהו הריבון?

הריבון הוא מי שאחרים מצייתים לו אך הוא לא חייב בציות לאף אחד אחר. בכל מסגרת מדינית יש ריבון ופקודתו היא החוק הפוזיטיבי. לכן, ברגע שנזהה את הריבון נוכל לזהות גם את החוק הפוזיטיבי.

הריבון הוא בעל הכוח הרב ביותר במדינה והבלעדי. יש לו את הכוח להטיל סנקציות. אין חובה שהריבון יפעל ישירות אלא הוא יכול לפעול גם ע״י שליחים.

* מה ההבדל בין חוק פוזיטיבי, פקודה וחובה משפטית?

יש הבדל בין חובה מוסרית וחובה משפטית. ההבדל נעוץ בכך שמאי הציות לחובה משפטית ייגרם נזק, כלומר תופעל סנקציה. מהות החוק היא הכוח של הריבון להטיל סנקציות.

אוסטין עונה על השאלה מה ההבדל בין מוסד החוק ובין מוסדות דמויי חוק בכך שטוען שבעוד שמקור החוק הוא בריבון וצמודה אליו סנקציה, מקור המוסר הוא בחברה.

לדעת אוסטין ההבדל בין החוקים הוא מקורם. חוק טבע הוא חוק שמקורו באל (הוא יכול להיות מצווה או מתאר). חוק מוסר הוא חוק שמקורו בחברה וחוק משפטי הוא חוק שמקורו בריבון וצמודה אליו סנקציה.

כדי שנוכל לזהות את החוק במדינה עלינו לזהות את הריבון ואת הפקודה הכללית שלו שרלוונטית.

לדעת אוסטין לחוק יש תקפות משפטית אך ורק כאשר מדובר בפקודה שניתנה ע״י הריבון עצמו או מישהו מטעמו. אם לא הריבון נתן את הפקודה צריך לזהות את הקשר בין הפקיד והריבון כדי שהפקודה תהיה בעלת תוקף.

**הארט:**

התיאוריה של הארט מבוססת בעיקרה מביקורת שלו על תורת הפקודה של אוסטין.

* **ביקורת 1- מהי פקודה?**

הארט מבקש לנסות ולהגדיר מחדש את המושג פקודה ולהבחין בין פקודה במובן הלשוני ובין פקודה במובן הנורמטיבי.

כדי לתאר את ההבדל הוא משתמש בדוגמת האקדוחן. לטענתו, כאשר שודד נותן פקודה לבנקאי זה שונה ממפקד שנותן פקודה לחייל. לכאורה שניהם עונים על הדרישות במובן הלשוני שכן מדובר במבע רצון שיצור תבוני אחד נותן לאחר על מנת שיבצע פעולה, שאם לא יציית לה יספוג נזק. עם זאת, הפקודה של האקדוחן לא מהווה פקודה נורמטיבית בעוד פקודת המפקד כן. ההבדל נעוץ בשאלה האם הפקודה ניתנה בתוך מערכת יחסים שבה לנותן הפקודה יש סמכות.

לדעת הארט, כדי שנוכל לראות בפקודה כבעלת מובן נורמטיבי צריך שיתקיימו תנאים מוקדמים של סמכות והכרה בה. כדי שפקודה תהיה נורמטיבית צריך שמקבל הפקודה יכיר בסמכות ובכוח של הנותן ויקבל אותן. כלומר, ההבדל לא נעוץ בכוח עצמו אלא בהכרה בכפיפות ובסמכות. מכאן, לדבריו, שפקודת הריבון קרובה יותר לפקודת המפקד מפקודת השודד. בעצם, הארט טוען שהסנקציה אינה חלק ממהות הפקודה אלא ההכרה בסמכות. שכן, יכולות להיות פקודות רבות במובן נורמטיבי שיענו על כל הדרישות ומקבליהן יצייתו להן על אף שלא מוצמדת להן סנקציה.

* **ביקורת 2- סוגים שונים של כללים ונורמות:**

ישנם 3 סוגי כללים משפטיים; כללים מטילי חובה, כללים מעניקי כוחות וכללים מעניקי זכויות.

כללים מטילי חובות- בד״כ אנשים רגילים חושבים על כללים אלו בהקשר המשפטי (חוק העונשין).

כללים מעניקי כוחות- הכוחות הם כוחות משפטיים ליצור חובות וזכויות חדשים (חוק החוזים).

כללים מעניקי זכויות- מעניקים חירויות שונות (חופש הביטוי).

הארט מקשה על אוסטין בכך שהוא אומר שבעוד שכל התיאוריה של אוסטין סובבת סביב הטלת חובות המשפט עוסק בפועל גם בסוגי כללים אחרים.

* תשובת אוסטין:

לכאורה גם את החוקים האחרים ניתן לתאר ע״י הוראות שלהן צמודה סנקציה. אם האדם לא יעמוד בדרישות ההוראה הכוח לא יוענק לו וזוהי הסנקציה. לדוגמא, אם חוזה במקרקעין לא יערך בכתב החוזה לא יהיה בעל תוקף ואי התקפות תהיה הסנקציה.

* תשובת הארט לאוסטין:

הארט טוען שאוסטין בעצם לא מבין את ההגדרה של סנקציה כראוי. כלומר, סנקציה מוטלת בעקבות הפרה של חובה. אך אי הפעלה נכונה של החוק לא מהווה הפרה שלו אלא שימוש לא נכון. מכאן שהיעדר הכוח אינו סנקציה אלא פשוט תוצאה של שימוש לא נכון.

* תשובת קלזן לביקורת השנייה של הארט:

קלזן קרוב בתיאוריה שלו לאוסטין, וגם הוא מתלבט בשאלה איך מתארים כללים מעניקי כוחות בהם הכוח של הריבון שולי. לטענתו המשמעות של כללים מעניקי כוחות היא בעצם העמדת הכוח של המדינה מאחורי הפעולות המשפטיות של הפרטים ואנשי הציבור.

* תשובת הארט לקלזן:

הארט מסביר שאמירה לפיה מהות הכלל היא הסנקציה שלו היא שגויה. משום שבכך אנו מתייחסים למקרי הקיצון כאילו הם אלו שמגדירים את מטרת החוק וזה לא נכון. מהות הכללים היא להעניק כוח שעל ידו יוגשמו מטרות שונות, הסנקציות והכוח של המדינה הם רק כלי עזר עבור הכללים כדי שיוכלו לממש את תפקידם.

* **ביקורת 3- המנהג כמקור לנורמות משפטיות:**

הארט מתאר כי מנהגים הם דפוסי התנהגות שצמחו מלמטה ומתוך פרקטיקות רווחות בחברה, אשר קיבלו תוקף משפטי. מנהגים בעלי תוקף משפטי יהיו מנהגים שבני החברה תופסים כמחייבים. מכיוון שישנם מנהגים רבים שיצרו נורמות משפטיות רבות עלתה השאלה איך נבחין בין סתם מנהג לבין מנהג בעל תוקף משפטי? הארט טוען שהתיאוריה של אוסטין לא מצליחה לתת הסבר למנהג כמקור לנורמה משפטית משום שבעוד שאוסטין טוען שמקור החוק הוא בריבון, מקור המנהג הוא בחברה.

* תשובת אוסטין להארט:

המנהג הופך לנורמה משפטית לא באופן עצמאי אלא ע״י ביהמ״ש שנותן לו תוקף בפסק דין. לכן ההבחנה היא ע״י מה קיבל תוקף ע״י ביהמ״ש. מה שקיבל- יהיה מנהג משפטי. מה שלא קיבל- יהיה מנהג.

* תשובת הארט לאוסטין:

ביהמ״ש בעצם לא נותן למנהג תוקף משפטי בפסק הדין כפי שמתאר אוסטין. אלא, ביהמ״ש מפעיל את המנהג בפסק הדין משום שכבר יש לו תוקף משפטי.

* **ביקורת 4- חוקים החלים על הריבון:**

הארט מסביר שהטענה של אוסטין שהריבון לא כפוף לחוק היא בעייתית בשיטות משפט רבות כמו דמוקרטיה-ליבראלית. ואם זה לא תקף לגבי כל מערכות המשפט אז זה לא באמת מסביר את המציאות.

* תשובת אוסטין להארט:

גם במערכות דמוקרטיות הריבון יכול לשנות את הכללים לגבי עצמו כל הזמן ולכן הוא לא באמת כפוף להם.

* תשובת הארט לאוסטין:

זה לא מדויק...

* **ביקורת 5- האימפרסונליות של החוק:**

בעוד אוסטין קושר בין הפקודה לנותן הפקודה כך שאם אין פוקד אין פקודה, הארט מסביר שכשחושבים על חוק הוא בפועל ממשיך לתפקד גם אם המחוקק שלו כבר לא קיים. עם היווצרות החוק הוא מתנתק מיוצרו, הופך לעצמאי ובלתי תלוי. החוק הופך להיות חלק מהמערכת ולא תלוי בקיום המחוקק. הארט מסביר כי ישנו הבדל בין התחלפות ריבון ובין התחלפות מערכת משפט. את ההבדל הזה אוסטין לא מסביר משום שהתיאוריה שלו בעצם קובעת שבכל פעם שמתחלף הריבון מתחלפת גם מערכת המשפט. זאת, משום שאם מערכת המשפט היא פקודת הריבון אזי כשמתחלף הריבון נוצרת מערכת חדשה.

לטענת הארט זה לא הגיוני משום שידוע שמערכת המשפט היא בעלת מקור עצמאי, ולכן עדיין נשארת השאלה מה ההבדל בין התחלפות הריבון ובין התחלפות מערכת המשפט.

* **התיאוריה של הארט- כללים משפטיים הם סוג של כללים חברתיים:**

נקודת המוצא של התיאוריה של הארט היא שכלל משפטי הוא כלל חברתי. לכן, ננסה להסביר מהו כלל חברתי. לכלל חברתי ישנם שני תנאים:

1. דפוס התנהגות- כלל חברתי הוא קודם כל דפוס התנהגות במובן שכאשר נשאל מהו הכלל החברתי בחברה מסוימת נבדוק איך נוהגים בני החברה.
2. הצדקה- כלל חברתי הוא לא סתם דפוס התנהגות, אלא הוא כזה שיש לו הצדקה. כלומר מי שמציית לו עושה זאת מפני שהוא חושב שהוא מוצדק ולכן תהיה ביקורת כלפי מי שיסטה ממנו.

נקודת המבט החיצונית יכולה לתאר כללים חברתיים רק כדפוסי התנהגות שחוזרים על עצמם. לעומת זאת, בני החברה יכולים להסתכל על הכללים החברתיים מנקודת מבט פנימית שמשמעותה הוא ציות מתוך ראייה שהמעשה נכון או ראוי. מי שנמצא בנקודה זו יראה בציות חובה.

בעצם ישנם דפוסי התנהגות שיתפסו כמחייבים וישנם כאלו שלא, על ההבדל הזה יוכל לעמוד רק מי שימצא את הדפוסים שזוכים לציות פנימי. אלו יהיו הכללים החברתיים.

כדי שכלל חברתי יהיה בעל בסיס נורמטיבי עליו להיות דפוס התנהגות בעל הצדקה. חזרתיות ללא הצדקה תבטל את הנורמטיביות שבכלל. כדי שהכלל ימשיך להתקיים צריך שיהיו מספיק אנשים שיקיימו אותו מתוך ציות פנימי, כלומר מתוך אמונה שהמעשה הוא מעשה נכון או ראוי.

כללים משפטיים נתפסים כמוצדקים ע״י בני החברה. לכן כללים משפטיים הם במהותם כללים חברתיים. כללים אלו נתפסים כמוצדקים ע״י רוב החברה כשהדגש לפי הארט הוא על הפקידים שמיישמים אותם.

ההצדקה של הכללים המשפטיים היא עובדה חברתית. בעצם אנו מתמקדים במה אנשים מאמינים ואיך זה משמש הצדקה למערכת של הכללים.

בניגוד לאוסטין שמתמקד בהגדרת החוק בפקודת הריבון והסנקציה, הארט טוען שחוק הוא כלל חברתי שזוכה לציות פנימי. כלומר יסוד החוק הוא לא כוחו של הריבון אלא העובדה שהחברה רואה בו כמחייב. בעובדה זו כלולה גם ההכרה בסמכות של הגורמים שיוצרים את הכלל עצמו.

מכאן לדעת הארט תפקיד הריבון הוא לא נותן פקודה אליה מוצמדת סנקציה אלא בעל סמכות והכוח ליצור נורמות. ההכרה בסמכות לא מחייבת ציות לחוק ולכן אי ציות לא מהווה אי הכרה בסמכות או בכוח המחייב של הכללים החברתיים.

אצל הארט הסנקציה היא כלי עזר ולא המהות, לכן יהיו חוקים שילוו בסנקציות מתוך מטרה לגרום לציות אך גם חוקים ללא סנקציה להם יצייתו.

כל כלל משפטי הוא כלל חברתי, אך לא כל כלל חברתי הוא כלל משפטי. ההבדל בין כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי ובין כללים חברתיים חסרי תוקף משפטי נעוץ ביכולת להעמיד לדין בגין אי ציות להם. כלומר ניתן להפעיל את המערכת המשפטית רק עבור כלל חברתי בעל תוקף משפטי.

כדי להבחין בין שני סוגי כללים חברתיים אלו יש להיעזר בכלל הזיהוי.

כלל הזיהוי הינו כלל חברתי שמאפשר לזהות כללים חברתיים שהם כללים משפטיים. בישראל כלל הזיהוי הוא הכנסת וביהמ״ש העליון משום שהם נתפסים ע״י החברה הישראלית כמי שיש להם את הסמכות ליצור כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי.

* איך נדע מהו כלל הזיהוי בחברה מסוימת?

צריך לבדוק מהי דרך הפעולה של השחקנים בזירה המשפטית. הכי טוב להסתכל על ביהמ״ש.

כלל הזיהוי יכול להיות פשוט ויכול להיות מורכב.

כלל פשוט יהיה כזה שקובע מוסד אחד בעוד כלל מורכב יהיה כזה שמצביע על מספר מוסדות וקובע היררכיה ביניהם.

במדינת ישראל הכנסת היא המוסמכת לחוקק, כלומר היא שמעניקה תוקף משפטי לכללים חברתיים. כאשר אנו אומרים זאת אנחנו לא אומרים שלכללים יש תוקף בגלל הכוח של הכנסת אלא בגלל שיש כלל חברתי, כלל זיהוי, שיוצר יראת כבוד של החברה לכנסת.

הסמכות לחוקק ניתנה לכנסת לא מכוח חו״י הכנסת אלא מכוח ההסכמה החברתית של החברה הישראלית לכך שהכנסת תחוקק. דבר זה מהווה כלל חברתי שאותו הארט מכנה כלל הזיהוי.

נוסף על הכנסת, גם לביהמ״ש יש את הכוח ליצור כללים משפטיים. את הכוח הזה הוא שואב מההסכמה החברתית לגבי מעמדו. לכן, בישראל ניתן לומר שיש כלל זיהוי מורכב.

הכללים המשפטיים יכולים להתחיל ככללים חברתיים שמושרשים בחברה והכנסת נותנת להם תוקף משפטי. עם זאת הכללים המשפטיים יכולים להתחיל גם מבלי להיות כלל חברתי ולא להיות מושרשים בחברה. כלומר ההשרשה תיווצר מתוך התוקף המשפטי שתיתן להם הכנסת.

כלל הזיהוי הוא כלל חברתי. זו טעות להגיד שיש לו תוקף משפטי. זה כמו שאורך המטר בפריז אינו מטר.

כמו שאי אפשר לומר שהאורך של הבלוק בפריז הוא מטר משום שהוא עצמו קנה המידה ואי אפשר להשוות אותו לעצמו כך גם כלל חברתי שמאפשר יצירה של כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי לא יכול להיות בעל תוקף כזה. זאת משום שהוא קנה המידה עבורו.

עם זאת, כלל הזיהוי הוא כן כלל משפטי משום שהציבור רואה אותו כחלק ממערכת המשפט והוא יסודה.

* **כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני:**

ישנה הבחנה בין כללים מסדר ראשון ובין כללים מסדר שני והיא רלוונטית לגבי כל מיני סוגי כללים.

כללים מסדר ראשון- כללים לגבי התנהגות. מורים על התנהגות מסוימת.

כללים מסדר שני- כללים לגבי הכללים מהסדר הראשון. קובעים איך מפעילים את הכללים מהסדר הראשון.

להבחנה בין שני סוגי כללים אלו יש חשיבות לצורך ההבנה של המערכת המשפטית.

כלל הזיהוי הוא כלל מסדר שני. זאת משום שהוא כלל המתייחס לכללים אחרים. הוא מצביע על מהו כלל חברתי שהוא בעל תוקף משפטי. המשמעות של זה היא שכללים חברתיים שיוגדרו כמשפטיים יאפשרו שימוש בכלים משפטיים לאכיפתם בניגוד לכללים חברתיים סתם.

גם כללי שינוי וגם כללי שפיטה הם כללים מסדר שני.

כללי שינוי עוסקים באיך יוצרים כללים חדשים, מבטלים ישנים ומשנים קיימים. לכללים אלו יש חשיבות גדולה במערכת משפט משום שהם אלו שמאפשרים לה להתאים את עצמה לנסיבות משתנות. הם גם מאפשרים לדעת מתי ואיך השינוי קורה. זה חשוב כי כאשר אנחנו יודעים להצביע על איך ומתי קרה השינוי אנחנו יכולים גם להסתכל עליו ולאמץ אותו.

כללי שפיטה עוסקים ביישום כללים משפטיים במסגרת ההליכים המשפטיים. בכל סוגייה יש כללים רבים שיכולים להכריע באופן שונה וצריך כללים שיקבעו לפי מה הולכים. כללים אלו מאפשרים לשופטים ליישם את הכללים באופן בהיר, יעיל וכזה שניתן לצפייה.

הארט טוען שבמערכות טרום משפטיות יש רק כללים מסדר ראשון (מוסר נוהג) ובחברה בעלת מערכת משפטית יש גם כללים מסדר שני. השילוב בין שני הסוגים הוא זה שיוצר מערכת משפט. האיחוד הזה מעניק למשפט יציבות, צפיות, ודאות, גמישות ויעילות.

* פרופ׳ לורברבוים מדגיש שמדובר בתכונה פורמלית של מערכת המשפט שלא אומרת כלום על התוכן. אין כאן קשר להיבט המוסרי של המשפט.

**שלטון החוק:**

רז פותח בטענה לפיה המשמעות של שלטון החוק היא שהחוק שולט, כלומר בני אדם צריכים לציית לחוק ולהיות מודרכים על ידו. הוא מתאר כי זו גם העמדה של אנשים כלפי החוק וגם התכונה שלו.

בתיאוריות משפטיות ופוליטיות זה מתפרש באופן צר יותר כך שמדובר על שלטון החוק ולא בני האדם. כלומר שהשלטון צריך להיות מודרך ע״י החוק וכפוף לו.

רז מצטט את האייק לפיו על המשפט להיות כפוף לחוקים והיתרון של החוקים הוא הצפיות שהם מעניקים ביחס להתנהלות הממשל. רז דן בהגדרה הזו ומסיק ממנה מסקנות.

הוא מסביר שיש שוני בין שלטון החוק ובין שלטון החוק הטוב. הוגים ומשפטנים רבים מאמינים ששלטון החוק משולב עם ערכים טובים וכאשר מדברים על שלטון החוק מדברים גם על התכונות האלו (כמו ברק). עם זאת, לדבריו, גם מערכת שלא מכבדת את הערכים האלו עדיין יכולה לעמוד בדרישות שלטון החוק ובצורה לא פחות טובה.

לרז חשוב לעשות את ההפרדה בין שני המושגים האלו משום שאם שלטון החוק הוא שלטון החוק הטוב הוא מאבד מהיעילות ומהקוהרנטיות שלו. לא נצליח לנתח אותו בצורה נכונה כמו שהוא במציאות המשפטית. אם נעשה את הערבוב הזה אנחנו נצטרך לדון גם בכל מיני תיאוריות רחבות ומקיפות שאנחנו לא רוצים לעסוק בהן במסגרת הזו, כמו צדק ושוויון.

ההפרדה מאפשרת להסתכל על הדברים באופן מדוקדק ונכון יותר.

לכאורה שלטון החוק במובן הצר הוא ריק מתוכן משום שהממשל צריך להיות מודרך ע״י החוק, אך מאחר והוא זה שקובע מהו החוק הוא יכול לקבוע שאין הוא צריך לציית לו ובכך לרוקן את העיקרון מתוכן. אבל, יש להבין ששלטון החוק הוא כלי בעזרתו מכווינים את ההתנהגות של האזרחים והשלטון. הצורך הזה להכווין התנהגות מביא למערך של אילוצים שמונע את החשש הזה ובו רז רוצה להתמקד.

רז מסביר ששלטון החוק מושתת על שני יסודות:

1. בני אדם (כולל השלטון) יצייתו לחוק.
2. שהחוק יוכל להכווין התנהגות.

כדי שהחוק יוכל להכווין התנהגות ישנם מס׳ תנאים שמהווים את ההיבטים הפורמאליים והיוריספרודנטליים של החוק לפי ברק:

1. כלליות- החוק צריך להיות כללי ולא ספציפי. אי אפשר להכווין התנהגות ע״י מתן צווים ספציפיים וכדי לכוון התנהגות לאורך זמן צריך גם צווים כלליים שעוסקים בדפוסי התנהגות.
2. פרוספקטיביות- החוק צריך להיות צופה פני עתיד כי אפשר לכוון התנהגות רק ע״י הוראות מה יש לעשות מכאן והלאה.
3. בהירות- החוק צריך להיות חתוך וברור. אי אפשר לכוון התנהגות אם ההוראה עמומה. כדי לעשות זאת צריך לאפשר יישום מכאני ללא פרשנות.
4. יציבות- חוקים צריכים להיות כמה שיותר יציבים. מערכת משפט צריכה להיות בעלת יכולת להשתנות ולהתאים את עצמה לנסיבות. אבל גם אז זה צריך להיעשות באופן סביר ולא תדיר. אם החוק ישתנה בתדירות כ״כ גבוהה הוא לא יוכל להכווין התנהגות.
5. פרסום- החוקים צריכים להיות ידועים למי שאנחנו רוצים להכווין את ההתנהגות שלהם. צריך שהם יובאו לידיעת הציבור. אי אפשר לכוון התנהגות עם חוקים סודיים.
6. היעדר סתירה- אם חוק אחד אומר לעשות א׳ וחוק שני ב׳ באותן הנסיבות זה גורם לנמען לא להיות מסוגל לקיימן. סתירה מונעת הכוונת התנהגות.

יש מי שטענו שזה בלתי אפשרי שלא יהיו סתירות והן נמצאות בכל נושא.

1. חוקים שניתן ליישם- אי אפשר לגזור על הציבור גזרה שלא ניתן לקיימה. צריך שהחוקים יהיו כאלו שאפשר לקיימם אחרת לא נצליח להכווין התנהגות.
2. אי תלות של מערכת המשפט- למערכת המשפט צריכה להיות עצמאות מהמחוקק. רק אם ביהמ״ש יחיל את החוק באופן מדויק ועקבי נצליח להכווין התנהגות.
3. עקרונות צדק טבעי- צריך לשמור על צדק טבעי. הדיונים צריכים להיות פתוחים והוגנים ללא משוא פנים. לתת לכולם ייצוג וכו׳.
4. החוק שנאכף הוא החוק שנחקק- פעולת רשויות האכיפה והשפיטה צריכות להיות מתואמות. החוק שמכוון את כולם צריך להיות זהה.
5. ביקורת שיפוטית- צריכה להיות נגישות לצדק. אנשים צריכים להיות מסוגלים להביא את הסכסוכים שלהם בפני ביהמ״ש ולדעת שביהמ״ש יבצע ביקורת שיפוטית.
6. קריטריונים נוספים- דברים אחרים כמו עיתונות חופשית שתחשוף מצבים שהעקרונות האחרים לא מתקיימים.

החוק כולל גם חוקים כלליים אך גם צווים ספציפיים. הדיוטות יחשבו על המשפט ככזה שמורכב רק מחוקים כלליים, אך מי שעוסק במשפט יודע שיש בו גם צווים ספציפיים רבים.

כדי שהצווים הספציפיים יהיו בעלי תוקף משפטי עליהם לנבוע מכללים כלליים שעומדים בתנאים הנ״ל. כדי שהחוק יתפקד הוא צריך גם חוקים כלליים וגם חוקים ספציפיים.

שלטון החוק הוא עניין לדרגה, כלומר הוא יכול להיות מיושם בדרגות שונות; באופן חלקי יותר או פחות, או באופן מלא. את מידת ההתממשות של העיקרון ניתן לבחון ע״י מידת ההתממשות של כל אחד מהתנאים. בכל מערכת משפט יהיו חוקים שלא יעמדו בתנאים באופן מלא כמו חוק עשיית דין בנאצים שהוא חוק רטרואקטיבי או תו״ל בחוזים שהוא עמום.

* **פולר- משפט טבעי פרוצדוראלי:**

פולר ורז מסכימים שכשמדברים על שלטון החוק מדברים עליו במובן היוריספרודנטלי והפורמאלי שלו ולא מכניסים אליו את ההיבט המהותי של ברק. עם זאת, פולר חושב שיש קשר בין התוכן של החוקים לעובדה שהמערכת שומרת על שלטון החוק.

פולר מנסה לבסס תורת משפט נון-פוזיטיביסטית ע״י שלטון החוק. הוא מנסה להסביר שהפרדה מוחלטת בין משפט ובין מוסר היא מופרכת ע״י המושג שלטון החוק שמציג חיבורים בסיסיים וחשובים בין המוסר והמשפט. אם שלטון החוק עצמו כולל יסודות מוסריים אי אפשר לומר שיש הפרדה בין מוסר ובין משפט.

גם פולר חושב שתפקיד החוק הוא להכווין התנהגות. הוא מבקר את הפוזיטיביסטים על כך שהם בוחנים את המשפט על בסיס מה שקיים ונתון ולא על בסיס דרכי היצירה וההתפתחות. אם נסתכל על המערכת מנקודת מבט של היוצר שלה נגלה שמטרה המרכזית היא הכוונת התנהגות של בני אדם ע״י כללים. לדבריו, מערכת משפט שלא מצליחה להכווין התנהגות היא לא מערכת משפט כי היא לא מצליחה לממש את המטרות שלה.

תנאי עיקרון שלטון החוק לדבריו הם: פרסום, פרוספקטיביות, כלליות, בהירות, אי סתירה, יכולת קיום, יציבות והתאמה בין הרשויות.

הוא מדגיש שתנאים אלו הם פורמליים. מחוקק שלא יפעל לפיהם לא יצליח להכווין התנהגות וכך לא יצליח לכונן מערכת משפט. גם לדעתו זה עניין לדרגה.

הדרישות הן פורמליות משום שהן לא עוסקות בתוכן המוסרי של החוק. עם זאת, לדבריו על אף שהתנאים הם פורמליים הם גם בעלי היבט מוסרי, והם משליכים במובן מסוים על תוכן החוק. כך לדוגמא חוק סודי הוא לא מוסרי במידה מסוימת. את עניין זה פולר מכנה ״המוסר הפנימי של החוק״. אם מהות החוק היא הכוונת התנהגות ומהות ההכוונה היא התנאים האלו פולר טוען שיש קשר בין המוסר הפנימי של החוק ובין התוכן שלו. הוא זה שמבטיח מינימום של מוסריות של תוכן החוק. דוגמא לכך זה בצו הקטגורי של קאנט או באמרה של הלל ״מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך״.

פולר טוען עוד כי יש גם קשר היסטורי-אמפירי בין המושג שלטון החוק והתוכן המוסרי שלהם. מערכות משפט שפעלו לפי העקרונות של שלטון החוק היו מוסריות יותר ולהפך. הדוגמא לכך הם הנאצים.

* הביקורת של הארט ורז:

הם טוענים שסוגים רבים של כוח רע ושרירות מתיישבים עם שלטון החוק. ניתן לחוקק חוקים רעים גם מבלי לפגוע בשלטון החוק. שלטון החוק אמנם מגביל את הרשויות אך הרע שהוא מונע בכך הוא רק הרע שיכול להיגרם מהחוק עצמו.

רז טוען ששלטון החוק הצר לא כולל תיאוריות של זכויות חוקתיות. עם זאת, עדיין ניתן למצוא היבטים של כבוד האדם בשלטון החוק. איך? אנו מייחסים חשיבות לתוכניות חיים ארוכות טווח ואלו נוגעות בכבוד האדם. היכולת של האדם לקבוע את המשך חייו היא מהותית ופגיעה בה היא פגיעה בשורש קיומו.

מימוש התוכניות מותנה בקיום מסגרות חיים יציבות. אם הן לא יהיו יציבות זה יקשה על האדם לממש את התוכניות שלו. החוק מסייע ליצור מסגרות יציבות ע״י 2 דברים:

1. ייצוב יחסים חברתיים שיתפרקו באופן לא צפוי בלעדיו.
2. ריסון עצמי מפני שינוי החוק יאפשר תכנון ארוך טווח.

העמידה בעקרונות מאפשרת את היציבות.

רז מדגיש שהחוק הוא כלי חיוני של בני אדם להתארגנות חברתית. מעלת החוק היא היכולת לכוון התנהגות והוא משווה זאת ליכולת הסכין לחתוך.

לחוק יש מעלה של כלי ככלי, יעילות. כמו שחדות הסכין היא הערך הפנימי של הסכין, כך גם שלטון החוק הוא הערך הפנימי של החוק. ככל שהסכין חד יותר כך הוא שלם יותר. אפשר לנצל אתו לטוב ולרע. הוא ורסטילי. כך גם החוק ככל שמביא לידי ביטוי את העקרונות של שלטון החוק הוא יעיל יותר בהכוונת התנהגות אך ניתן לעשות איתו גם טוב וגם רע. כך בעצם רז שולל את הטענה שיש קשר בין שלטון החוק ומוסריות מערכת המשפט.

* ויכוח הארט-פולר:

לוויכוח בין השניים יש שני מישורים; תיאורטי-מושגי ומוסרי.

מבחינה תיאורטית-מושגית פולר טוען שדרך שלטון החוק אנחנו מצביעים על הקשר בין מוסר ומשפט בעוד הארט טוען שיש הפרדה בין השניים. מבחינה מוסרית פולר אומר שההפרדה בעייתית.

הוא מסביר שהחוק כפי שהוא מהווה הישג, ותורת המשפט צריכה לבטא את התפיסה הזו. לכן, רק תורה כזו שמקשרת בין מוסר ומשפט מביאה את הערך של המשפט לידי ביטוי. לעומת זאת הפוזיטיביזם שעושה את ההפרדה חותר תחת הנאמנות לחוק. זאת משום שהנאמנות היא פונקצייה של ההכרה בכך שהחוק בעל ערך מוסרי.

ההפרדה בין משפט ומוסר לדבריו בעצם פותחת פתח לחוק לא מוסרי ומעודדת ציות לו.

* תשובת הארט:

הארט מסביר שדווקא הפוזיטיביזם שהפריד בין החוק והמוסר מקדם את המוסריות של החוק. זאת משום שכך הטשטוש בין חוק ומוסר לא מתקיים וניתן להבחין בפגמיו המוסריים של החוק ולתקנם. לעומת זאת, עמדה נון-פוזיטיביסטית שמשלבת בחוק מוסר לא מצליחה להצביע על המשפט המצוי וכך ממשיכה ליישם חוק פגום.

בנוסף, צריך להבחין בין תקפות חוק וחובת הציות לו. הציות לחוק לא מוחלט. תמיד צריך לעמוד בדרישות המוסר ויהיו מקרים בהם החוק יהיה לא מוסרי עד כדי כך שאסור לציית לו. החוק הוא הישג אך לא ערך עליון. את היכולת להעריך את מוסריות החוק אפשר להשיג רק ע״י הפרדה בינו ובין המוסר.

**דוורקין:**

דוורקין מציג ביקורת מרכזית על הפוזיטיביזם. כדי להבין את הביקורת נציג ראשית את הטיעונים הפוזיטיביסטיים:

1. עקרון 1- זיהוי כללים משפטיים: לפי הפוזיטיביזם המשפט הוא מערכת כללים ספציפיים שמזהים אותם ע״י כלל אב. המבחן לתוקף המשפטי הוא המקור ולא התוכן (אצל אוסטין זה הריבון ואצל הארט זה כלל הזיהוי).
2. עיקרון 2- שיקול דעת שיפוטי: מכיוון שהפוזיטיביסטים חושבים שבמקרי לאקונה השופט יוצר כללים חדשים, ניתן לומר שהם מייחסים לו שק״ד חזק. כשיש כלל אב יהיו מקרים בהם הוא לא יצליח להצביע על כלל רלוונטי ואז השופט צריך להכריע לפי עקרונות חוץ משפטיים. כלומר להפעיל שק״ד חזק.
3. עקרון 3- חובה משפטית: חובה משפטית שונה מחובה מוסרית. חובה משפטית היא רק עובדה חברתית.

דוורקין מפתח תורת שפיטה בעזרתה הוא מדבר על תורת משפט רחבה. הוא מנסה לתאר את המשפט דרך התבוננות בפעולות השופטים ואת הביקורת שלו הוא מציג דרך ההתבוננות וכו׳.

* **הביקורת על ייחוס שק״ד חזק לשופטים:**
1. חקיקה רטרואקטיבית- כששופט מכריע בסכסוך שיש בו לאקונה הוא יוצר כלל משפטי חדש שתופס מכאן ואילך. עם זאת, בנוגע לצדדים מסוימים לסכסוך יצירת הכלל היא חקיקה רטרואקטיבית משום שזה יצירת כלל בדיעבד על משהו שכבר קרה.
2. מנוגד לעקרונות הדמוקרטיה- השופט הוא לא נבחר ציבור כמו המחוקק והוא נבחר על בסיס מומחיותו. התפקיד שלו הוא להפעיל את היכולות המשפטית ולא לייצג את העם. לכן, כאשר הוא יוצר כלל חדש הוא פועל בניגוד לעקרונות הדמוקרטיה. ברגע שלתקדים יש מעמד של חוק זה אומר שמי שקובע את החוק הוא פקיד שלא נבחר ע״י הציבור. דבר זה סותר את עקרונות הדמוקרטיה.

דוורקין מבקר גם את התפיסה הזו ומסביר שראייה של מעשי השופטים כיוצרים כללים חדשים היא לא נכונה, זאת משום שהשופטים עצמם אינם רואים זאת כך. השופטים חושבים שהם מפעילים מערכת כללים ושיקולים שהם חלק מהמשפט ולכן לא יוצרים כלל חדש.

בנוסף, לפי התיאוריה של הפוזיטיביסטים מערכות כללים הן בעצם מערכות סגורות של רשימה סופית של כללים שחלים במקרים שכיחים. כאשר מישהו צריך לקבל החלטה הוא בעצם צריך לבחור כלל ולהחליט. כאשר לא נמצא כלל נדרש שק״ד חופשי לכאורה.

דוורקין אומר שהמוסדות שכפופים לכללים כפופים לכללים אך לא להם בלבד. לכללים יש מערכת טעמים, שיקולים ועקרונות שעומדים בבסיסם. לכן כאשר מקבל החלטות שאמור להחיל את הכלל שוקל אותם הוא לא שוקל רק החלה מכאנית אלא גם את כל מה שעומד בבסיס הכלל.

* **הביקורת על חובה משפטית:**

דוורקין שואל האם חובה משפטית היא באמת רק עובדה חברתית או שהחובות מזוהות ע״י החברה גם עם ערכים ועקרונות? הוא יוצא מנקודת הנחה שהמשפט מחיל גם עקרונות ולא רק כללים. הוא מנסה לומר שהעקרונות הם חלק מהמערכת בדיוק כמו הכללים ומנסה להדגים זאת ע״י פסקי דין:

1. פס״ד ריגס- נכד שרוצח את הסבא כדי לרשת אותו לפי הצוואה. ביהמ״ש קובע שלא יקבל את הירושה מכוח עיקרון ״ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה״.
2. פס״ד הנינגסן- מכונית עושה תאונה בגלל החלקים של היצרן. למרות התנאי בחוזה לפיו היצרן לא יישא אחריות ביהמ״ש קובע על סמך עקרונות של מדיניות משפטית שיש ליצרן אחריות.

דוורקין נעזר בשתי הדוגמאות כדי להוכיח שישנם מקרים בהם ביהמ״ש נזקק גם לעקרונות שלא מזוהים ע״י כלל הזיהוי כדי להכריע. ביהמ״ש לא רואה במעשה זה כיצירת כלל חדש כמו שחושבים פוזיטיביסטים אלא הוא משתמש בעיקרון שקיים במשפט כדי להכריע.

דוורקין לא כופר בכללים אך מדגיש את חשיבות העקרונות.

נבחין בין כללים ובין עקרונות:

1. כלל- ברגע שמזהים אותו הוא מכתיב את התוצאה. חל בדרך של הכל או כלום (בינארי). אם רלוונטי- יחול, אם לא רלוונטי- נתעלם ממנו.
2. עיקרון- לא מכתיב את התוצאה בהכרח. הוא בא לצד עקרונות אחרים שיכולים למשוך לכיוון זהה או שונה ממנו. חושבים עליו במונחים של משקל. כששוקלים אותו עושים איזון בינו ובין אחרים. עקרונות תמיד נשקלים ולא מתעלמים מהם גם אם התוצאה שנקבעה סותרת אותם.
* מה עושים כשיש התנגשות בין כלל ובין עיקרון?

כשחושבים שהעיקרון לא נשקל כשיצרו את הכלל אנחנו מסלקים את הכלל, מתמקדים בטעמים שנמצאים בבסיסו ושוקלים את הטעם הרלוונטי מול העיקרון בנסיבות המדוברות.

נבחין בין עקרונות ובין שיקולי מדיניות:

1. שיקולי מדיניות- שיקולים שקשורים למטרה או לתוצאה חברתית/כלכלית שרוצים להשיג על ידי הכללים. זה מה שמנחה את הרשויות בפעולותיהן.
2. עקרונות- עקרונות מוסריים. מתפקדים כשיקולים דאונטולוגיים, כלומר הם בעלי ערך מוסרי כשלעצמם בלי קשר לערך המוסרי של התוצאות שלהם. הם מכוונים למעשה ולא לתוצאה. זה לא מקדם מטרה או תכלית אלא הוא פשוט עיקרון מוסרי שצריך לקחת בחשבון.

דוורקין טוען שביהמ״ש מפעיל עקרונות מוסריים ולא שיקולי מדיניות, אלו מופעלים ע״י המחוקק. ביהמ״ש לא קובע מדיניות לכן כשהוא משתמש בעקרונות, אלו עקרונות מוסריים.

הפוזיטיביסטים שלא רואים בעקרונות אלו חלק מהמשפט חושבים שהם לא מחייבים. לדעתם טעמי החוקים הוא מחוץ לכלל לכן כשהשופט נעזר בטעמי הכללים כדי לפתור מקרי לאקונה הוא משתמש בשק״ד על בסיס מקורות חוץ משפטיים. דוורקין לעומת זאת רואה את העקרונות כחלק מהמשפט ולכן רואה בהם כמחייבים. זאת משום שגם השופטים חושבים כך.

דוורקין מבסס את עמדתו לפיה העקרונות מחייבים על מס׳ דברים:

1. העקרונות תקפים מכוח כללים אחרים- מה שנחשף בעת ששואלים מה הטעם של הכלל ומתחקים אחריו הוא העיקרון. מרגע שהסקנו את העיקרון הוא הופך להיות עיקרון בחוק.
2. עקרונות מחייבים משום שהם נתפסם כמוצדקים- הם נחשבים מוצדקים בנפרד מהכללים וברגע שעיקרון נתפס כמוצדק הוא הופך לחלק ממערכת המשפט בלי קשר לכלל מסוים. יש עקרונות מוסריים שאי אפשר לא להתייחס אליהם והם חלק בלתי נפרד מהמשפט מכוח המוסריות שלו.
3. עקרונות מתקבלים באופן ישיר ע״י החברה- החברה חושבת שיש עקרונות שהם מוצדקים עד כדי כך שהם לא יכולים שלא להיות חלק ממערכת המשפט ואי אפשר שלא לשקול אותם.
4. עקרונות מחייבים הם גם עקרונות היסוד של השיטה הפוליטית- המקור של העקרונות הוא הרבה פעמים זה שהם נובעים מעקרונות היסוד של הסדר הפוליטי. כך, גם אם הם חלק מעקרונות השיטה גם אם הם לא מנוסחים ככללים פורמליים הם מחייבים.
* **שיקול דעת:**

לפי דוורקין כאשר מדברים על שק״ד הכוונה היא לא לכל הכרעה בהתבלטות או החלת כלל מסוים אלא הוא נוגע להפעלת סמכות בהתאם לסטנדרטים או כללים שנקבעו ע״י סמכות של מי שמעליך.

כשמישהו נדרש להפעיל סמכות על בסיס כללים וסטנדרטים מסוימים כשסמכות שמעליו קבעה אותם, הוא מפעיל שק״ד. כלומר שק״ד הוא כאשר אדם צריך לערוך שקילה ואיזון של סטנדרטים או כללים. לשק״ד יש שני מובנים; חלש וחזק.

שק״ד חלש הוא בעל שני מובנים:

1. כאשר החלטת בעל הסמכות סופית נגיד שיש שק״ד חלש (כמו שופט במשחק כדורגל). ההחלטה מתקבלת במסגרת של כללים והיא סופית משום שאי אפשר לערער עליה. זה לא מה שמעניין אותנו אצל ביהמ״ש.
2. כשיש סטנדרטים אנחנו נייחס שק״ד חלש משום שאנחנו מבינים שכאשר הפקיד קיבל החלטה היא נבעה ממערך של סטנדרטים שמכוונים אותה. מצד אחד הם לא קובעים באופן חד משמעי וברור אך מצד שני הם מכוונים אותה (כמו מפקד שנדרש לבחור 5 חיילים מנוסים).

שק״ד חזק הוא במצב בו אין סטנדרטים, אין עקרונות ואין כללים חד משמעיים. או אז מקבל ההחלטה קובע לעצמו מהם הסטנדרטים והם לא נקבעים ע״י בעל הסמכות שמעליו. הוא יכול לעשות כמעט כרצונו משום שהוא לא מוגבל ע״י סטנדרט או כלל. לכן, נייחס לו שק״ד חזק (כמו מפקד שנדרש לבחור 5 חיילים בלי סטנדרט לגבי טיב החיילים). למרות שמקבל ההחלטה לא כפוף לסטנדרט עדיין לא ניתן לומר שיש לו רישיון וחירות לפעול כפי שעולה על רוחו שכן הוא עדיין כפוף לשיקולי הגינות, רציונליות, יעילות וכו׳. משום שההחלטה לא נשלטת ע״י סמכות נייחס לה שק״ד חזק.

הפוזיטיביסטים טוענים שכאשר אין כלל רלוונטי בחוק והשופט מכריע הוא פועל לפי עקרונות חוץ משפטיים. העקרונות האלו הם מקורות שהשופט פונה אליהם במסגרת הפעלת שיקול הדעת ולכן הם מייחסים לשופטים שיקול דעת במובן החזק.

ביהמ״ש בתפקידו כמיישב סכסוכים מחויב להסדיר כל סכסוך גם כאשר אין חוק שמיישב אותו, זאת משום שישנה תכלית חברתית שסכסוכים ייפתרו. במקרים אלו הפוזיטיביסטים יטענו שהשופט מפעיל שיקול דעת במובן החזק.

לדעת דוורקין העקרונות הם חלק מהמשפט ולכן שופט תמיד מחליט לפי סטנדרט או עקרונות שהם חלק מהמשפט. דוורקין שולל את הגישה הפוזיטיביסטית בכך שהוא מסביר שמקור העקרונות הוא לא בכלל האב שמזהה את כל המקורות המשפטיים אלא בדברים אחרים שלאו דווקא מזוהים ע״י כלל הזיהוי.

לכן כאשר שופט מכריע הוא תמיד יכול למצוא עיקרון שינחה אותו ומשכך תמיד יהיו סטנדרטים שינחו את השופט. על כן, שק״ד שמפעיל השופט לדעת דוורקין הוא תמיד שק״ד במובן החלש.

* **מנהגים:**

לפי אוסטין (פוזיטיביסט) מנהג הוא דפוס התנהגות שצומח מלמטה ומקבל תוקף משפטי. לפי הארט (פוזיטיביסט) מנהג מקבל את התוקף המשפטי שלו מכלל הזיהוי. כדי שלמנהג יהיה תוקף משפטי צריך שבכלל הזיהוי יהיה עיקרון שיאפשר לחברה לזהות פרקטיקות שנתפסות לא רק כמחייבות מוסרית אלא גם משפטית.

דוורקין מבקר את הארט. לפי דוורקין אם מסתכלים על החברה אפשר לראות שמנהגים לא נדרשים לכלל הזיהוי משום שהם מוכרים ע״י החברה כמשפטיים במישרין.

זה משמיט את הקרקע מתחת לרעיון לפיו כלל הזיהוי הוא כלל אב שמעניק תוקף לכללים משפטיים, משום שיכולה להיות מערכת שלמה של כללים שיתפסו כמחייבים משפטית מבלי שהכלל הזה מזהה אותם. זה לא הופך אותו למיותר אלא ללא יעיל באופן חלקי.

כשבני החברה מפעילים עקרונות הם לא מפעילים עקרונות חוץ משפטיים אלא עקרונות מחייבים משפטית. במובן הזה עקרונות הם כמו מנהגים משום שהם לא זקוקים לכלל הזיהוי. הם צומחים בהקשר חברתי ולאו דווקא נחקקים ע״י הכנסת.

* הביקורת של הארט היא שככל שהחברה הופכת מורכבת יותר ככה המנהג מהווה מקור שולי יותר לנורמות משפטיות. מה שמרכזי זה החקיקה של המחוקק שמזוהה ע״י כלל הזיהוי.

הטענה של דוורקין לפיה העקרונות הם חלק מהמשפט ולשופטים יש רק שק״ד במובן החלש מביאה למסקנה לפיה פעולת השופטים היא לא חקיקה רטרואקטיבית משום שהעקרונות הם כבר חלק מהמשפט ואמורים להיות ידועים לצדדים. בנוסף, זה מביא למסקנה שהשופט לא פוגע בעיקרון דמוקרטי משום שהוא לא מקבל את ההחלטות על דעת עצמו ויוצר חוקים מאפס, אלא הוא מפעיל עקרונות שכבר קיימים ונתפסים ע״י הצדדים כמחייבים.

דוורקין מוכן לשלם את מחיר הטענה לפיה כלל הזיהוי לא יכול לזהות את כל העקרונות ולכן אין כלל אב שמגדיר את גבולות המשפט ויוצר צפיות משום שיש לכך יתרונות נורמטיביים:

1. הטיעון המקצועי- שופט צריך לפעול לפי תשובה אובייקטיבית בחוק ולא החלטה אישית. לדעת דוורקין גם החלטת השופט כפופה לשיקולים כמו סבירות והוגנות והיא כפופה לשיקולים נוספים מהם הפוזיטיביסטים מתעלמים.
2. הטיעון הדמוקרטי- שופט לא נבחר ציבור ולכן ייחוס שק״ד במובן החזק לשופט מייחס לו כוח שמנוגד לדמוקרטיה. אך אם נטען שמדובר בעקרונות שכבר קיימים במשפט והוא רק משתמש בהם זה יסתדר.
3. הטיעון מכוח היעדר שלטון החוק- אם נניח כמו פוזיטיביסטים שהעקרונות לא מהווים חלק מהמערכת נצטרך לראות בפסיקת השופט פגיעה בשלטון החוק.

דוורקין הוא נון-פוזיטיביסט אבל גם לא בדיוק דוגל במשפט הטבע. הוא דומה למי שדוגל במשפט הטבע בכך שגם הוא מאמין ששיקולים מוסריים הם חלק מהשיקולים המשפטיים. הוא לא מפריד בין מוסר ומשפט וזאת כתוצאה מראייה של העקרונות כחלק בלתי נפרד מהמשפט. עם זאת, הוא עצמו חושב שהוא שונה מאנשי משפט הטבע משום שהוא לא רואה בעקרונות חלק ממשפט רצוי, אידיאלי אלא חלק ממשפט מצוי. העקרונות הם משפט מצוי ולא חלק ממשפט ראוי שצריך לכלול במערכת המשפט הקיימת (מוסר נוהג ולא מוסר אידיאלי).

לפי רז שדוגל בעמדה הפוזיטיבית למשפט יש גבולות שמסומנים ע״י כלל הזיהוי. לעומתו דוורקין שדוגל בעמדה הנון-פוזיטיבית מציג גישה לפיה לא ניתן להצביע על הגבולות האלו משום שהמשפט כולל מגוון רחב של עקרונות שלא מזוהים ע״י כלל הזיהוי. דוורקין מוכן לוותר על היציבות שמאוד חשובה לפוזיטיביסטים בעוד רז מוכן להכיר בעקרונות כל עוד ניתן לזהות אותם ע״י כלל הזיהוי.

מערכת המשפט לפי הפוזיטיביסטים כוללת נורמות משפטיות ויכולה לכלול גם עקרונות. לבתי המשפט יש תפקיד כפול:

1. יישוב סכסוכים מוסדרים- ע״י יישום החוקים הרלוונטים. נוגעת לשאלות עובדתיות שכאשר הן מוכרעות אין בעיה להחיל עליהן את החוק.
2. יישוב סכסוכים לא מוסדרים- ע״י יצירת נורמות. לחברה יש אינטרס שביהמ״ש יסדיר גם סכסוכים מסוג זה. ע״י ההסמכה שניתנת לביהמ״ש לפתור את הסכסוכים האלו ניתנת לו גם הסמכות ליצור את הנורמות המשפטיות לשם כך.
* דוורקין לא מכיר בתפקיד השני משום שלדעתו תמיד יהיה עיקרון כלשהו שיחול על המקרה והעקרונות כולם הם חלק מהמשפט.

**חובת הציות לחוק:**

גנז טוען שחובת הציות לחוק היא חובה שנובעת מכך שהחוק ציווה. ישנן גם חובות להן אנחנו מצייתים משום התוכן המוסרי של החוק. מרגע שחושבים שלחוק יש תוקף או תוכן מוסריים מה שיוצר את חובת הציות להם הוא קודם כל אותו מוסר שבבסיסם. אם יש גם חוק שיצווה על הציות החובה תהיה גם מכוח התוכן המוסרי אך גם מכוח חובת החוק.

כששואלים מה טיב חובת הציות לחוק השאלה בה מתרכזים בעצם היא האם עצם העובדה שחוק ציווה על כלל מסוים מביא גם לחובה לציית לחוק?

הדבר הזה מעורר שאלה גם מהכיוון ההפוך של האם יש חובה לציית לחוק לא מוסרי משום שכך החוק ציווה? ההתנגשות במקרים מסוג זה היא בין החובה לציית לחוק מכוח היותו חוק ובין האיסור המוסרי לציית לכלל שמטרתו אינה מוסרית. במקרים אלו אי המוסריות גוברת על הכוח המוסרי שלו מעצם היותו חוק. כלומר כדי להעריך מתי לציית לחוק בלתי מוסרי ומתי לא צריך לדעת מה המשקל של נימוקים המבססים ציות לחוק מכוח היותו חוק ומה משקל אי המוסריות.

כדי להבין מתי עלינו לציית לחוק יש להבין מהן חובות מוחלטות ומהן חובות לכאורה.

חובות לכאורה הן חובות שכאשר אין נימוקים נגדיים טובים מספיק הן יהיו מחייבות. אם יש נימוקים נגדיים טובים נצטרך לשקול אותם ולהעריך מה גובר על מה.

חובת הציות היא תמיד חובה לכאורה. זאת משום שתמיד יהיו מקרים בהם יהיו שיקולים שיגברו על החובה. השיקולים שיכולים לגבור על החובה הם שיקולים נגדיים בעלי תוכן מוסרי חזק. לעומת זאת, שיקולי נוחות אישית אף פעם לא יגברו על חובה זו.

חובות מוחלטות הן חובות שלעולם לא יהיו נימוקים נגדיים שיוכלו לגבור עליהן. לכן אין בחוק חובות מוחלטות.

* **הטיעונים הקלאסים:**

סוקרטס לפני מותו מנצל את ההזדמנות כדי לדבר על נימוקים לטובת חובת הציות לחוק. זאת לאחר שהוצע לו לברוח מהכלא וכך לחמוק מעונש מוות.

1. הכרת תודה- אם מישהו מעניק לך טוב אתה לא יכול להיות כפוי טובה. החוק נותן לאדם טוב מהותי לחייו ולכן אסור לו להיות כפוי טובה כלפי החוק. זה בא לידי ביטוי בכך שהציות לדברי החוק מהווה הכרת התודה לו. כמו כיבוד הורים.
* הביקורת על הטיעון היא שהכרת תודה יכולה להיות בדרכים שונות. בנוסף, מי אמר שצריך להכיר תודה? שהרי יכול להיות שהחוק עושה טוב כדרך אגב אך מטרתו המקורית היא להועיל לרשויות.
1. הסכמה- אם הבטחת אתה צריך לקיים. לכן, יש מעין הבטחה מצד האדם לציית לחוק אותה עליו למלא. איך ניתן לבסס את ההבטחה? יש שיטענו להסכמה מפורשת מכוח ההשתתפות במשחק הפוליטי ויש שיטענו להסכמה מכללא מעצם ההימצאות בגבולות המדינה.
* הביקורת על הטיעון הזה היא שפשוט קשה לבסס את ההסכמה הזו.
1. תועלת (טיעון תוצאתני)- בסופו של דבר יש חשיבות ויעילות בקיומה של מערכת משפט ומוסדות משפטיים. משום שאלו תלויים בקיום החובה לציית לחוק ואילולא היא הם לא יתקיימו נטיל חובה לציית.
* הביקורת על הטיעון הזה היא שאי ציות קטן לא יפגע בכל המערכת. כלומר, כדי לטעון שיש חובה כללית צריך לומר שכל אחד שלא מציית מאיין את המוסד. וכפי שהראנו זה לא כך.
* **טיעון ההגינות:**

אל תהיה אוכל חינם. ההוגנות הבסיסית מחייבת את האדם לשאת בנטל. בזכות הנשיאה בנטל מצד אחרים אתה נהנה. לכן, גם עליך לשאת בנטל בתורך.

את הטיעון הזה לפי גנז אפשר להבין בשתי דרכים:

1. צדק מתקן- העיקרון מהווה מעין חובת השבה. נתנו לך, עליך להחזיר.
* הביקורת על כך היא שגם אם זה נכון זה לא מבסס חובת ציות.
1. צדק מחלק- כדי שיהיה טוב צריך לייצר אותו. את נטל הייצור צריך לחלק בצורה שוויונית. החוק קובע את חלוקת נטל הייצור ולכן יש חובה לציית לו.

בעוד טיעון ההגינות עוסק בשוויון בנטל ולא במניעת רע בהיעדר מוסדות משפט, הטיעון התוצאתני מסביר כי החובה המוסרית לדאוג לקיום מוסדות המשפט ממלא את מקום דרישת ההסכמה.

כדי שלטיעון ההגינות יהיה תוקף יש להניח הסכמה לשת״פ ונשיאה בנטל. לפי גנז, כשעוסקים במוסדות משפטיים לא צריך את ההסכמה משום שהם מבוססים על עקרונות מוסריים שחלים על כולם בלי צורך בהסכמה לכך.

בעוד שטיעון ההגינות מדגיש את חוסר ההגינות ב-״אכילת חינם״ של הטוב במערכת המשפט, טיעון התוצאתנות מדגיש את הסכנה שבצריכת החינם.

לטענת גנז, שילוב שני הטיעונים הוא שמבסס את החובה לציית לחוק. שני הטיעונים קשורים כי הפרות מעודדות הפרות נוספות, משום שהן לא הוגנות. משום שזה כמו כדור שלג זה מגביר את סכנת הנזק של ביטול המוסדות המשפטיים, כלומר אם הפרת החוק לא גורמת נזק (הטיעון התוצאתני) אי אפשר להשתמש בטיעון ההגינות כדי לבסס את חובת הציות. ואם עיקרון ההגינות לא יחול על חובת הציות, הסיכוי שההפרה תגרום נזק יהיה קטן.

**המטרות החברתיות של המשפט:**

רז מסביר כי המשפט הוא כלי חברתי להשגת מטרות חברתיות או מטרות בכלל. כל מערכת משפט מודרכת ע״י ערכים ושיקולים אחרים ותוכן הכוונת ההתנהגות מביא לידי ביטוי את השקפת העולם של החברה.

משכך, קשה לדבר על מטרות שמשותפות לכל מערכות המשפט. על אף קושי זה רז ינסה להציע תיאוריה ניטרלית שתהיה תקפה לכל מערכות המשפט. לכן, ניתן לומר שהוא מצד אחד מכיר בעובדת השונות שיש בין מערכות המשפט, ומצד שני חושב שישנו גם מכנה משותף בסיסי ומהותי שתקף לכולן.

רז עושה הבחנה בין הפונקציות השונות של מערכת המשפט.

* **פונקציות ישירות ועקיפות:**
1. פונקציות ישירות- מטרות של החוק שניתן להשיג באופן ישיר ע״י ציות לחוק. אם נפעל לפי דברי החוק נשיג את המטרה שעומדת ביסודו.
2. פונקציות עקיפות- השגת המטרה של החוק היא תוצאה עקיפה של ציות לו או של תוצאה מעצם קיומו. מטרות אלו מבוססות על ציפיית המחוקק לתוצאה שהיא יכולה להתקבל רק דרך מעבר בתהליך חברתי.

בנוגע לפונקציות העקיפות מתעוררת השאלה עד כמה המחוקק יכול להגשימן? שכן כדי לממשן עליו להעריך תהליך חברתי ולצפות את תגובת הציבור אליו. ניבוי זה מצד המחוקק הוא מוגבל מאוד ולכן ניתן לומר שהמטרות העקיפות יכשלו, כמו שקרה עם חוק הבחירות הישירות.

* **פונקציות ראשוניות ומשניות:**
1. פונקציות חברתיות ישירות ראשוניות- פונקציות אלו עוסקות בהכוונת התנהגות האזרחים. הכוונת ההתנהגות הרצויה ומניעת ההתנהגות הבלתי רצויה היא המטרה המרכזית ולעיתים היחידה של מערכת המשפט. הפונקציה כוללת בעיקר כללים מטילי חובות אך יכולה לכלול גם כללים מעניקי כוחות.

פונקציות אלו עוסקות גם ביצירת כלים שמאפשרים לפרט לממש את מטרותיו. המשפט יוצר כללים שמסייעים לאדם לממש את רצונו באופן מוגן ובטוח.

פונקציות אלו עוסקות גם בחלוקה מחדש של משאבים בחברה (טובין). החלוקה נעשית בהתאם לתפיסת עולם מסוימת. בכל מערכת משפט החלוקה תתבצע באופן שונה וזאת בהתאם לתפיסת הצדק בה היא דוגלת בין אם רחבה ובין אם מצומצמת. בנוסף הן עוסקות גם בהספקה של שירותים שונים לאזרחים. שני אלו קשורים זה בזה מכיוון שאחד מאפשר את השני (לקיחת מס מאפשרת לממן את התחב״צ במחיר המסובסד).

פונקציות אלו עוסקות גם ביישוב סכסוכים שאותם החוק לא מסדיר (לאקונות). במקרים אלו ביהמ״ש לא סתם מחיל את החוק אלא נעזר בעקרונות כלליים. יש אינטרס חברתי שביהמ״ש יסדיר גם סכסוכים מסוג זה שכן בסופו של דבר אחת ממטרות המשפט היא להביא סכסוכים לידי גמר ולפתור מתחים גם אם אינם מוסדרים בחוק.

* הפונקציה הזו רלוונטית רק למי שחושב שיש דברים שהחוק לא מסדיר. כלומר פוזיטיביסטים כמו רז. לעומת זאת מי שחושב שהחוק מסדיר הכל לא יכיר בפונקציה זו. כלומר נון-פוזיטיביסטים כמו דוורקין.
1. פונקציות חברתיות ישירות משניות- פונקציות אלו נועדו לתפעל ולתחזק את מערכת המשפט.

פונקציות אלו עוסקות ביישוב סכסוכים מוסדרים. כלומר עוסקות בהחלת חוק קיים על מקרים שבאים לפני המערכת. עושים זאת ע״י תפעול ענפי וזרועות המערכת כמו בתי כלא, תביעה וכו׳. פונקציות אלו הן הכללים מהסדר השני של הארט.

פונקציות אלו עוסקות גם בשינוי והתאמה של המערכת הקיימת לנסיבות המשתנות. גם אלו הם כללים מסדר שני.

ההבחנה בין פונקציות ראשוניות ומשניות דומה להבחנה בין כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני.

**פורמליזם משפטי:**

את הפורמליזם ניתן להגדיר ע״י מספר קטגוריות:

1. צורה לעומת תוכן- הנחת המוצא היא שיש הבדל בין המישור הצורני והתוכן של החוק. הרבה פעמים נדבר במסגרת זו על דרישות פורמליות. לדוגמא יש הבדל בין ההיבט הנורמטיבי של צוואה (הכרה בזכות ובכוח לצוות את הרכוש) ובין ההיבט הפורמלי של דרישת הכתב.
2. כללים לעומת תכליות- הכללים מנוסחים באופן חד וברור, הם מנוסחים כך שהם קובעים דפוסי התנהגות. אע״פ שלכל כלל יש טעם שעומד ביסודו וקשור לתכליתו, הם לא יהיו מפורשים בחוק אלא נצטרך להתחקות אחריהם. הסיבה לכך היא האופי הפורמלי של החוק ושיקולים אחרים.
3. המשפט כנושא אופי פורמלי- ניתן לחלק את המשפט לענפים באופן מסודר. במישור האופקי נראה את ענפי המשפט השונים המחולקים באופן ברור (מערכות הדינים). ובמישור האנכי נראה היררכיה נורמטיבית (חוקה, חוק ראשי, חוק משני וכו׳).
4. פרשנות פורמלית- פרשנות זו שמדגישה את לשון החוק ויישומו לפיו. שימוש בפרשנות זו מנתקת את המימד הערכי-תכליתי מהמימד המשפטי שבחוק.
5. דגם אידיאלי של פורמליזם משפטי- ???
* **הביקורת על הפורמליזם:**
1. הכללים לא יכולים ולא צריכים להכתיב את התוצאה.
2. יש במשפט חוסרים ואין תשובה להכל לכן אי אפשר להחיל משהו שלא קיים.
3. המשפט לא צריך להיות סגור אלא יש לפנות למקורות חוץ משפטיים.