תוכן עניינים

[מבוא לתורת המשפט 1 1](#_Toc94605525)

[מבוא לתורת המשפט 2 2](#_Toc94605526)

[משפט טבעי: 3](#_Toc94605527)

[מבוא לתורת המשפט הפוזיטיביסטית: למה משפט? 5](#_Toc94605528)

[משפט רשע 6](#_Toc94605529)

[מעשה במלך רקס, חלק א' וב': 8](#_Toc94605530)

[תורת המשפט על פי אוסטין (1859-1790) 10](#_Toc94605531)

[ה.ל.א. הארט (1907 – 1992) – המשפט כמיזוג בין כללים ראשוניים למשניים 12](#_Toc94605532)

[הארט – כלל הזיהוי – הנורמטיביות של הכללים 13](#_Toc94605533)

[רונאלד דוורקין Ronald Dworkin – עקרונות 16](#_Toc94605534)

[כללים וסטנדרטים 19](#_Toc94605535)

[פורמליזם משפטי: 21](#_Toc94605536)

[כללים וביקורת 23](#_Toc94605537)

[זכויות 25](#_Toc94605538)

[גבולות הציות - משפט ומוסר חלק א' 27](#_Toc94605539)

# מבוא לתורת המשפט 1

1. מה המשמעות של **המילה** משפט?
   1. שפיטה – מעיד גם על תפקיד מתפקידי המשפט והתפקיד הוא הכרעה בסכסוך.
   2. שופט = מנהיג (ספר שופטים בתנ"ך), ממונה.
   3. משפט = מנהג, מה שהנהיגו.
   4. זכות, הסדר: מה צריכים לעשות. לא ברור בהכרח שמשפט הוא רק הכרעה של שופט או משהו שהמחוקק קבע, לעיתים זה גם מה שהעם נוהג.
      1. כמשפט הבנות יעשה לה (שמות כא, ט) – הכוונה הגבר אשר מתחתן עם שפחתו\אמה עברייה החתונה צריכה להיות לפי הנורמה המקובלת לפי אותה חברה. כלומר, חתונה שוות ערך לחתונות אחרות, היא לא סוג ב'.
      2. משפט הבכורה (דברים כא, יז).
      3. משפט הירושה (ירמיהו לב, ח).
      4. משפט הכהנים (דברים יח, ג).
   5. עונש – "שְפָטים".
2. **מה המכנה המשותף בין הדברים?** 
   1. **גמישות**. כאשר נותנים לגורם אנושי את היכולת להעניש אז זה לא מוחלט וישנה גמישות (לדוג' דוח הוא לא מוחלט כי הפקח יכול לוותר).
   2. **התאמה למקרה הספציפי**
   3. **צורך בחוכמה, פיקחות לשם יישומו,** לא בהכרח לידע. לדוג' הכרעה במקרה ספציפי יש צורך בחוכמה ושיקול דעת.
3. פירושים למילים הקשורות למשפט:
   1. **"משפט"** 
      1. שופט = حَكم [חַכֶּם] אדם חכם.
      2. בית-משפט = مَحْكَمَة  [מַחְכַּאמַה] מקום החוכמה.
      3. חכם = حکيم [חַכִּים]
   2. **"חוק" – משהו חקוק בסלע משהו קבוע עובדה.**
      1. משהו שחוקקים אותו ("חָרוּת [=חקוק] על הלוחות")
      2. ברית ("ויעמידה ליעקב לחוק, לישראל ברית עולם")
      3. זכות (או: מנה, חלק: "כי חקך וחק בניך הוא")
      4. علم الحقوق [=מדע המשפטים, עִלְם אל חֻקוּק]
      5. זכות, אמת = حَقّ [חַק]
      6. עובדה, ממש = حقيقة [חקִי'קה]
   3. **ישנו מתח בין החוק למשפט**, חוק הוא קבוע וברור לעומת זאת משפט הוא ניתן לפירוש והוא אינה קבוע.
   4. Law"" - המשמעות מלטינית זה להניח "to lay down".
   5. = "Jurisprudence"תורת המשפט.

# מבוא לתורת המשפט 2

1. **המשפט כהישרדות:** שלושת ההוגים רואים את המשפט כמפתח להישרדות החברה האנושית.
   1. **אריסטו**: המשפט כמשהו שצומח עם הצמיחה של החברה האנושית. האדם כחיה חברתית: מתודה - אריסטו עובד מן הפרט אל הכלל. לדעתו על ידי שימוש במתודה של מן הפרט אל הכלל, ניתן לראות איך המדינה היא הדבר הטבעי.
      1. **זוגיות** - אריסטו חושב שיש זוגיות כי בני האדם רוצים ללדת ילדים וזו לא בחירה בידיהם כי הם כמו כל שאר בעלי החיים אשר רוצים להקים אחריהם את הדומה להם.
      2. **בית** – השותפות של זוגות יוצרת בית. זו היא שותפות לשם הצריכים היום יומיים.
      3. **כפר** – כמה בתים יוצרים כפר. מדובר בצורך שאינו יום יומי, זהו צורך גדול יותר. צריך להיות יחד כדי לשרוד אל מול האויב, בין אם הוא אדם ובין אם הוא תנאי הטבע וכד'.
      4. **מדינה** – כמה כפרים יוצרים מדינה ומטרת המדינה דומה לכפר בכך שהיא אינה לצרכים בסיסיים. ההבדל זה שמדינה היא גדולה יותר. המדינה והחוקים שלה היא הרחבה של צורך טבעי בסיסי. כאשר אריסטו אומר שהאדם הוא חיה פוליטי הוא מתכוון שאדם צריך את החוק כדי לשרוד. לדעתו הכלל קודם לחלק ולכן המדינה יותר חשובה מהבית או הכפר.
         1. לדעת אריסטו כאשר לאדם יש חוק הוא הטוב ביותר מבעלי החיים ובלעדיו הוא הגרוע מכל.
   2. **רמב"ם**: ללא משפט אין קיום לחברה.
      1. **הלכה א, משנה תורה**: "..קבלה עלינו ממשה רבינו והדעת נוטה עליהם, מכלל דברי תורה יראה שעל אלו נצטווה". הלכה זו מדברת על שבע מצוות בני נוח - שבע מצוות בני נוח – איסור עבודה זרה, שפיכות דמים, "ברכת" ה', גילוי עריות, גזל ועל הדינים (מערכת משפט). נוח הוסיף איסור אבר מן החי.
         1. "הדעת נוטה עליהם" – הכוונה היא היגיון.
         2. הסיפורים שבהם ה' מעניש אנשים על התנהגות מושחתת מעידה שגם ללא ציווי יש חובה להיות מוסריים. אדם הוא תבוני מוסרי ולכן אפשר לדרוש ממנו רמת מוסריות.

מה ניתן ללמוד מזה? ציות לדינים (משפט) הוא בסיסי בקיום חברה בדיוק כמו איסור רצח, גילוי עריות, גזל וכו'.

* + 1. **מערכת המשפט האוניברסלית:**  (דיון פיזי)
       1. **הרמב"ם** – **יש צורך רק במערכת בסיסית**. **הלכה יד, משנה תורה:**  לדעת הרמב"ם השופטים של העמים האחרים צריכים להיות רק כדי לאכוף את מצוות בני נוח.
       2. **רמב"ן – המערכת צריכה להיות מורכבת יותר**, הצורך במערכת הוא בסיסי. **פירוש על בראשית ל"ד**: חולק על הרמב"ם- לדעתו הדרישה למערכת משפט היא רחבה יותר, דרישה להקמת מערכת חוקים מורכבת יותר.
    2. **שתי שלמויות לפי הרמב"ם:** (דיון ערכי).
       1. תיקון הגוף – תיקון המדינה (צרכים בסיסיים, מודל אריסטוטלי). תיקון הנפש יותר נעלה מתקינות הגוף, אך חייב להתחיל בתקינות הגוף כדי להגיע לתקינות הנפש. על מנת שתהיה תקינות הגוף יש צורך בהגנה, מזון וכד' ואין אדם יכול להשיג זאת לבד ויש צורך לשם כך בהתאגדות מדינית.
       2. תיקון הנפש – נפש קודמת במעלה, תיקון האישיות.
  1. **הובס**: הישרדות פיזית: שוויון בתביעה\משאבים מוגבלים. אי ביטחון מוביל למלחמה, אם יש מלחמה אין עבודת כפיים, אין עבודת אדמה ויש פחד בלתי פוסק ממיתה. כל אלא מובילים לחיי בדידות דלים ומאוסים. המדינה יוצרת סדר ומונעת מלחמה ולכן היא בסיסית בקיום.

17.10.2021

# משפט טבעי:

1. **תלמוד בבלי עירובין ע"ב**: "אמר רבי יוחנן: אלמלא ניתנה תורה היינו למידין צניעות מחתול, וגזל מנמלה, ועריות מיונה. דרך ארץ מתרנגול - שמפייס ואחר כך בועל".
   1. **רש"י, שם**:
      1. שמפייס - הולך ופושט כנפיו, והוא פיוס כדאמר לקמן, שאומר לה לקנות מלבוש שמגיע לארץ.
      2. צניעות מחתול - שאינו מטיל רעי בפני אדם, ומכסה צואתו.
      3. וגזל מנמלה - דכתיב (משלי ו) "[תכין] בקיץ לחמה" ואין אחת גוזלת מאכל חברתה.
      4. ועריות מיונה - שאינו נזקק אלא לבת זוגו.
   2. מהקריאה הכי פשוטה של רש"י ורבי יוחנן ניתן לומר שהכוונה היא שגם אם לא היו נותנים לנו כללי התנהגות היו דברים שנהיינו לומדים מהטבע את כללי המוסר הבסיסים.
   3. מה הקושי בפירוש זה?
      1. האדם אינו שונה מן הבהמה.
      2. יש המון סוגים של התנהגויות של חיות ולכן איך נדע מאיזה חיה ללמוד?
      3. שאת מסתכלת בטבע גם ההתבוננות שלך תלויה בפרשנות זאת בשונה מחוק.
   4. איך ניתן לתרץ קשיים אלו?
      1. רבי יוחנן חושב שגם בלי תורה האדם היה מפעיל את התבונה המוסרית שלו וככה היה יודע לראות בטבע\בחיות את ההשתקפות של התבונה המוסרית שלו ולבחור את ההתנהגויות המוסריות בהתאם להשתקפות זו.
      2. כלומר לאדם יש תבונה מוסרית והוא יכול להבדיל בין טוב לרע ולכן אפשר לתבוע מהאדם לפעול בצורה מוסרית.
2. **קיימת גישה שאומרת שיש נושאים מוסריים שבהם קיימת תשובה אחת נכונה מבחינה אוניברסלית ולגישה זו קוראים מוסר טבעי.**
   1. לפי גישה זו ניתן לומר שישנו מוסר אוניברסלי אשר מהווה חלק מהמשפט לכן ניתן לתבוע בגינו, מלבד חיובו מבחינה מוסרית הוא מחייב מבחינה משפטית.
   2. גישה זו מובאת **בהלכות מלכים ומלחמות ט,א:** "על ששה דברים נצטווה אדם הראשון: על עבודה זרה, ועל ברכת השם, ועל שפיכות דמים, ועל גילוי עריות, ועל הגזל, ועל הדינים. אע"פ שכולן הן קבלה בידינו ממשה רבינו, **והדעת נוטה להן,** מכלל דברי תורה יראה שעל אלו נצטוו, הוסיף לנח אבר מן החי..."
3. **מרקוס טוליוס קיקרו וגישת המשפט הטבעי:**
   1. **החוק האמיתי הוא התבונה שעומדת בהתאמה עם הטבע.** 
      1. לפי גישת המשפט הטבעי, חוק שאינו עומד בהתאמה עם התבונה הטבעית הוא אינו חוק, ישנן אמות מידה מוסריות שקובעות מהו חוק. מוסר אינו רלטיבסטי.
      2. החוק הוא בעל תחולה אוניברסלית, כלומר, לא יהיו חוקים שונים ברומא ובאתונה. הכוונה היא לגבי חוקים מוסריים (כלומר, חוקי התנועה יכולים להיות שונים אך רצח לא יהיה שונה).
   2. **בלתי ניתן לשינוי (או: בלתי משתנה) ונצחי.**
      1. חטא הוא לנסות ולשנות חוק זה, גם אין רשות לנסות ולבטל חלקים ממנו ואין שום אפשרות לבטלו כליל.
      2. איננו יכולים להשתחרר ממצוותיו על ידי הסנאט או על ידי העם.
4. **תומס אקווינס**:
   1. מה זה משפט לגישתו? הגבלה המחייבת ואוסרת פעולות.
      1. אסור = לקשור; להתיר = לפתוח.
   2. רצון הוא המניע למעשים, אבל צריך להיות כפוף לתבונה.
      1. "רצון הנסיך הוא החוק" – רק כאשר כפוף לתבונה, אחרת רצונו הוא רֶשע ולא חוק.
   3. מטרת המשפט צריכה להיות **הטוב הכללי:** נובע מהתבונה: בדומה לשאיפה הפרטית לטוב עצמי, לכן נחקק על ידי הכלל או על ידי נציגו, ולא על ידי היחיד.
   4. הגדרה נכונה של המשפט: ארגון תבוני של המציאות, הנוגע לטוב הכללי, שמוכרז על ידי מי שמייצג את **האינטרס הכללי.**
      1. הטוב עצמו אינו נגזר מהכרזה זו – כשם שהתבונה אינה נגזרת ממנה. כלומר לא מדובר בהכרזה מהו טוב אלא חשיפת הטוב הקיים.
   5. **מהו משפט לפי אקווינס בקצרה:** אוסף של הוראות\כללים שבסופו של דבר מקיימים את האינטרס של הכללי. אך, כדי שזה יהיה הגיוני זה חייב להתאים לטוב. הם לא יכולים לקבוע מה טוב, הם צריך לחפש ולחשוף מהו הטוב.
   6. **סוגי חוק:**
      1. חוק נצחי: כללים שנתנו מאת האל החלים על כל הבריאה.
      2. חוק טבעי: אותו חלק של המשפט הנצחי שנגיש לתבונה האנושית.
      3. חוק אלוקי: נגיש רק דרך ההתגלות.
      4. חקיקה אנושית: צריכה להיגזר מעקרונות המשפט הטבעי [=התבונה] ⇦ כללי ההתנהגות התבוניים שהם לטובת הכלל (כמו כללי תחבורה).
   7. **חוק לא צודק הוא אינו חוק:**
      1. פרשנות א: מחייב משפטית אך אינו מוסרי.
      2. פרשנות ב': אם זה לא מוסרי זה לא מחייב משפטית.
5. **לסיכום משפט טבעי (קלאסי):**

**יש משפט טבעי קלאסי, ישנם יסודות מוסריים שהם אוניברסליים שאינם תלויים בזמן ומקום, הם יסודות עליונים הגוברים על חוקי אנוש אחרים.**

21.10.2021

* 1. **בקצרה המשפט הטבעי:**
     1. **אוניברסלי**
        1. לא תלוי במקום ותרבות.
        2. לא תלוי בזמן: נצחי.
     2. **עליונות** החוק הטבעי (⇦ יש צורך גם בחקיקה אנושית, אבל זו כפופה לחוק הטבעי)
        1. לא ניתן לשנותו.
        2. חטא לנסות לשנותו.
     3. **ניתן לגלותו באמצעים אנושיים (תבונה).** לבני אדם יש שיקול דעת ותבונה כדי להבין מתי דבר אינו מוסרי.
        1. **יש כמה גישות סותרות לגבי מוסר והאפשרות לגלות אותו בתבונה: Moral Cognitivism ("קוגנטיביזם מוסרי")**
           + Moral Realism - **ריאליזם מוסרי**: יש מוסר אמיתי **או** קיימות הכרעות מוסריות "נכונות", או "אמיתיות"– לכן, ניתן לגלות מה הן אמיתות מוסריות.
           + לעומת Moral Noncognitivism - **נון-קוגניטיביזם**- גם אם המוסר הוא מוחלט, אין לנו אפשרות לגלות מהו.
           + Moral Relativism - **רלטיביזם מוסרי** - המוסר הוא יחסי - גישה זו לא מסתדרת עם הנחת היסוד של המשפט הטבעי שאומרת שאפשר לדרוש מאדם להיות מוסרי באופן מוחלט בגלל שהכול תלוי זמן. אבל ניתן מבחינה לוגית לטעון שקיימת חובה מוסרית מוחלטת לנהוג לפי המוסר היחסי ואז המשפט הטבעי עובד באופן חלקי.
           + Moral Skepticism - **ספקנות מוסרית**: "יתכן ויש אמת מוסרית ויתכן ואין – אי אפשר לדעת".
           + Nihilism - **ניהיליזם מוסרי**: "אין אמת מוסרית".
  2. **דוגמאות לפסיקה על סמך המוסר הטבעי**:
     1. פקודה בלתי חוקית בעליל – קביעה זו אומרת שלמרות החוק אדם צריך להיות מוסרי מספיק כדי לדעת לא לעשותו.
     2. יעקב ירדוד נ' יו"ר ועדת הבחירות –
        + - זוסמן: אי אפשר לשלול פסילה של הוראה רק בגלל שהיא בחוקה, ישנם כללים כול כך יסודיים שיכולים לפסול חלקים בחוקה. מאמין שישנם דברים שהם מוסר טבעי ולכן ניתן לפסול רשימת מועמדים על מנת לא לחזור על מה שקרה בגרמניה הנאצית (דמוקרטיה מתגוננת).
          - חיים כהן: הוא טוען שהמשפט הטבעי הוא מסוכן כי זה אומר שמעמידים לדין אדם לא על פי חוק.
     3. ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות (פס"ד כהנא) –
        + - השופט אלון: לא יעלה על הדעת שגזען ירוץ בכנסת ישראל. ההליכה לבית המחוקקים כדי לחסל את בתי המחוקקים הוא דבר והיפוכו. הוא מוסיף שאומנם אין כלל כתוב שאומר כי אסור להם לרוץ לכנסת אך יסוד האפשרות לאסור זאת נמצא בצו עליון בעולמה של היהדות.
     4. תנועת לאור נ' יו"ר הכנסת – העתירה הייתה כנגד החלטה של הכנסת לממן באופן שונה מפלגות, הטענה היא שמדובר בחוסר שוויון. ביהמ"ש קבע כי בג"ץ לא יתערב בריבונותה של הכנסת למעט כאשר היא סותרת את הוראותיה שלה.
     5. המרכז האקדמי נ' שר האוצר: (פס"ד בית כלא פרטי) –
        + - ריבלין – "ניתן אף לסבור שמדובר בפגיעה שהולכת צעד נוסף אל מעבר למישור של זכויות היסוד ומצויה במישור האמנה החברתית העומדת ביסוד קיומה של המדינה". האמנה החברתית היא רעיון שאינו חוק ויש בו שורש של המוסר הטבעי.

# מבוא לתורת המשפט הפוזיטיביסטית: למה משפט?

1. **תומס הובס הלויתן** – מתאר את העולם ומה המשמעות של מדינה בתוך העולם:
   1. הטבע עושה את האנשים שווים, לכן אין ההבדל כול כך ניכר בין בני אדם. בשל כן, הם מרגישים כי לא יתכן שחברם יוכלו לדרוש משהו שהם אינם יכולים לדרוש.
   2. השוויון הזה יוביל למלחמה כי אם אין מספיק משאבים לחלוקה שווה האנשים יהפכו לאויבים אחד של השני. לדוג' אם אין מספיק טריטוריה, אוכל או מקום קדוש.
   3. הובס טוען בעצם שמה שיוביל לסדר הוא מדינה שמשליטה סדר מלמעלה כגוף בעל סמכות עליונה (לויתן). הוא יסדיר את הבעיה של מלחמת הקיום והמחשבה של כול אדם כי מגיע לו הכול. באופן כללי בשונה מאריסטו הוא לא חושב שאדם הוא חיה פוליטית באופן טבעי, עם זאת, האנושות חייבת מדינה כדי לשרוד.
   4. **מה יש בתיאור של הובס?**
      1. הסדרים בחברה: כדי לתאם רצונות / פעולות.
   5. **מה אין בתיאורו?**
      1. השתתת ההסדר החברתי על:
         1. (בפרט): הזכות הא-לוהית של מלכים (the Divine Right of Kings)
         2. (בכלל): השתתת ההסדר החברתי על המוסר / על הדת.
2. **פוזיטיביזם:**
   1. פוזיטיביזם = positivism
   2. להציב =
      1. deposit = להפקיד.
      2. posture = יציבה.
      3. post = עמוד, נציב; או להציב.
   3. **הגדרה:** הגישה הפוזיטיביסטית: לפי גישה זו מה שבני האדם הציבו בתור חוק הוא חוק, מה שלא חוקקת הוא לא חוק. ניתן לומר שעצם זה גישה הפוכה מהמוסר הטבעי שחושב שישנם חוקים טבעיים שאפשר לשפוט בני אדם בגינם על אף שבני אדם לא חוקקו אותם. השאלה אם החוק מוסרי אינה רלוונטי לתוקפו של החוק ומדובר בשאלה נפרדת.
      1. אפשר להבין זאת ממשמעות המילה שהיא להציב\מצב – מה שלא הוצב לא נחשב חוק. position = מצב. posit = להניח, להציג, להציב.
   4. **הרעיונות המרכזיים בפוזיטיביזם:**
      1. **רעיון ההפרדה**: לפי גישה זו שאלת התוקף המשפטי שונה משאלת ההערכה של ההסדר המשפטי המסוים.
         1. שתי שאלות נפרדות:

האם ישנו חוק? (מדובר בשאלה עובדתית).

האם החוק מוסרי\טבעי? (שאלה נורמטיבית).

* + - * + ההבדל בין נורמטיבי לדיסקרטיבי. דיסקרטיבי הוא תיאור בעוד נורמה היא אינה תיאור, עולם הנורמות עוסק בשאלה מה ראוי לעשות. הרעיון של הפוזיטיביזם הוא לעשות הבחנה בין עולמות אלו.
        + אין זה אומר שפוזיטיביזם אינו מאמין במוסר הוא פשוט רואה את שאלת המוסר כשונה משאלת קיומו של החוק. יכול להיות חוק שהוא רע ודבר מוסרי שאינו חוק.
      1. **מדוע הפוזיטיביסטים לא מוכנים לראות את המוסר כחוק?** שאתה פותח את החוק בפני דברים שאינם כתובים או ודאיים (כמו למשל מוסר) נעלמת הוודאות. כלומר, ערך הוודאות הוא חשוב ולכן הפוזיביסטים לא מוכנים לקבל את זה שחוק הוא דבר שאינו רשום וברור לכול.
      2. **הבעיה ברעיון ההפרדה:**
         * איך מעמידים לדין פושעים נגד המוסר כאשר במדינות שלהם זה היה חוקי (ע"פ הפוזיטיביזם).
    1. **רעיון העובדה החברתית:** השאלה של קיומה של מערכת חוקים או חוסר קיומה היא שאלה עובדתית וניתן לבחון אותה מבחינה אובייקטיבית.
       - * הפוזיטיביסט רואה עצמו יותר כמדען, ומתאר עובדות, הוא לא בהכרח טוען שיש חובה לקיים את החוק.
    2. **רעיון המוסכמה החברתית**: מקור ההסדר\הסמכות הוא בהסכמה חברתית, ולא בהתגלות או בתבונה או ברעיון כללי אחר (במלים אחרות: "לא נחקק – לא חוק").

# משפט רשע

**האם משפט רשע הוא משפט?**

1. **מקרים של התנגשות בין מוסר לחוק המדיני:**
   1. מקרה המלשין: אדם שנשפט בשל כך שהוא הלשין על אחר שצייר על הקיר וכתב שהילטר רוצח והוביל בשל ההלשנה למעצרו ולהוצאתו להורג.
      * + - טענתו של בית המשפט היא שגם בשנותיו של היטלר לא הייתה חובה משפטית כזו.
   2. מקרה התליינים: שני אנשים שגזרו עליהם גזר דין מוות מכיוון שעובדתם הייתה תליינות.
      * + - הכלל הבסיסי ביותר של המשפט הוא שהאדם שמוציא לפועל את הענישה חסין מפני ענישה. אף על פי כן, ביהמ"ש גוזר עליהם גזר דין מוות. בטענה שמדובר בפשעים כנגד האנושות.
   3. מקרה "העריק המתגונן": לחייל ממדינה בתוך גרמניה, נתנו לו לשמור על שבויי מלחמה בחזית המזרחית. הבחור נוטש את החזית כי הוא נגעל מלשמור (אולי הוא שמר במחנות השמדה ולכן הוא נגעל). כאשר הוא ברח הוא הוא הגיע לאשתו והוא נתפס ע"י סמל מחלקה כעריק ועל מנת לברוח הוא יורה לסמל המחלקה בגב והורג אותו.
      * + - בית המשפט פותר אותו מעונש משתי סיבות: הראשונה, הירי היה הגנה עצמאית והשנייה העריקות היא בסדר כיום, מכיוון שכיום לנטוש את צבא הילטר איננו נושא אשמה אלא להפך.
2. **גוסטאב רדברוך – ממובילי הפוזיטיבסטיים.**
   1. **טענתו של רדברוך –** במקום לציין את המשפט כעומד על עמוד אחד של וודאות, יותר נכון לומר שהוא כמו תלת אופן. אם חסר אוויר באחד הגלגלים אפשר לנסוע, אבל אם יש פנצ'ר אז אי אפשר לנסוע. הפוזיטיביסט מוריד את המוסר כדי להרוויח את הוודאות. אבל המשפט לא יכול לחיות ללא המוסר. דהיינו, עדיף מעט פחות מוסר (פחות אוויר) אבל שיהיה וודאות.

כול עוד יש את שלושת הגלגלים אז מדובר במערכת משפטית טובה – אבל חייב את כולם.

* 1. **רדברוך – "חמש דקות על תורת המשפט" חמש גישות על המשפט**
     1. **גישה ראשונה :** זו הייתה גישתו של רדברוך לפי מלחמת העולם הראשונה. פוזיטיביזם שהוא מבוסס על ודאות בלבד.
        1. "פקודה היא פקודה" – כנגזרת מן החוק.
        2. "חוק הוא חוק" – החוק תקף בכל מקרה אם יש לו כוח.

**הוודאות של המשפט כערך עיקרי.**

* + - 1. סכנה: ציות עיוור – הרי אין חובת ציות כאשר החוק אינו מוסרי.
    1. **גישה שנייה:** (גישה מרקסיסטית)
       1. "חוק הוא מה שמטיב עם העם" – כלומר **מה שחשוב הוא הטוב הכללי.**
       2. סכנה: מי מחליט? סכנת זיהוי הטוב הכללי עם עריצות השליט.
    2. **גישה שלישית:**
       1. חוק= שאיפה **לצדק** – זהו תנאי לתוקף של החוק (חשוב להבחין שטובת הכלל וצדק זה לא דבר זהה).
       2. סכנה: צדק אם לא בא עם טובת הכלל יכול להוות תירוץ לעשות דברים לא טובים. אין וודאות, מי מחליט מה זה צדק?
    3. **גישה רביעית:** זו גישתו של רדברוך לאחר מלחמת העולם השנייה. המשפט הוא איזון בין שלושה ערכים (שלוש הגישות):
       1. צדק
       2. הטוב הכללי/הציבורי
       3. ערך עצמי: וודאות משפטית
          - משפט תקין לא יכול להיות בנוי על עמוד אחד, אלא על שלוש ערכים.
          - לדעתו כאשר יש חוסר צדק קיצוני, חייב להודות שהמעשה היה לא חוקי, מכיוון שהמשפט בנוי על שלושה גלגלים. לא יכול להיות חסר גלגל אחד לגמרי וחוסר צדק קיצוני הוא חוסר בגלגל הצדק.
    4. **גישה חמישית: הארט**: משפט רשע הוא משפט אבל אין זה אומר שהוא מוסרי או שחייב לציית לו. זה שדבר היה חוקי לא אומר שהיה מותר לעשות את זה מבחינת מוסרית.

**תקיפות החוק ≠ האם ראוי לציית לחוק.**

31.10.2021

* + - 1. בשונה מפוזיטיביזם הסיבה שהארט מפריד בין מוסר לחוק היא לא בשל הוודאות אלא בשל המוסר. כלומר, אם מציגים את זה כבעיה חוקית זה מסתיר את הבעיה המוסרית. לכן, צריך להגיד גם אם זה חוקי זה לא היה מוסרי וניתן יהיה להעמיד לדין מכוח המוסר (חידוד- הראט אומר שצריך לעשות חקיקה רטרואטיבית וכך יוכלו לעמוד לדין).
         * הטבח בכפר קאסם – לפי הארט גם אם זו הייתה פקודה חוקתית (ולא לחוקית בעליל), היה אסור להם לבצע את זה כי זה נוגד את המוסר.
      2. **בעיה**: קיים קושי להסביר משפט רשע אנונימי. לא כל חוק לא מוסרי מעורר שאלה של ציות, יש חוקים שהם אנונימיים.
         * סיפור ההתיישנות: אישה יהודה חזרה לגרמניה לאחר המלחמה וביקשה את הרכוש שלה בחזרה, אך הייתה התיישנות והיא לא יכלה לקבל את רכושה והייתה עליו הפקעה. מדובר בחוק ללא ציות, מעין סדר דין. החוק לא מוסרי, אך אין את מי להעמיד בדין במקרה הזה.
         * **כלומר ישנו הבדל מעשי בין בגישה העדכנית של רדברוך לגישה של הארט**

בעוד אצל רדברוך אין זה משנה אם החוק הוא חוק של ציות או חוק אנונימי ומבחינתו כל עוד יש חוסר צדק קיצוני זה לא חוק. לאישה במקרה הזה יש פתרון – ההתיישנות אינה חוקית כי היא חוסר צדק קיצוני.

אצל הארט זה לא המצב, כי הארט בונה את משנתו על ציות, כלומר ניתן להעמיד לדין אדם במידה ופעל מנגד למוסר. לכן, כאשר החוק הוא אנונימי יש בעיה לא פתורה. לכן לאישה במקרה הזה אין פתרון מכיוון שאין את מי להעמיד לדין בגין אי ציות למוסר.

תאונה הר דוב – הנהג לא ישן מספיק שעות וקיבל פקודה לנהוג, בית המשפט פסק שלנהוג ללא כמות שעות שינה מספקות מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל.

1. **סיכום הגישות:**
2. **ההבדל בין תהליך חקיקה לא הוגן\צודק\מוסרי לבין חוק לא צודק\מוסרי**

חקיקה רטרואקטיבית – סרטון צביעת חניית נכים בעוד רכב חונה בחנייה – יש פה בעיה של מוסר, זה לא הוגן לצייר את החנייה לאחר מכן. מה ההבדל בין חוסר הצדק בחקיקה רטרואקטיבית לבין חוק לא מוסרי?

04.11.2021

# מעשה במלך רקס, חלק א' וב':

1. **משפט טבעי פרוצדוראלי עפ"י לון פולר:**
   1. מדובר במשפט טבעי לא מבחינת התוכן אלא מבחינת המעטפת וההוגנות של הפרוצדורה (הוא קורא לזה פגם פנימי, קצת מוזר כי דווקא היינו חושבים הפוך).
      1. יש לכללים האלה מכנה משותף - התהליך של יצירת נורמות התנהגות חייב להיות הוגן.
      2. דוקטרינה של המשפט הטבעי (לון פולר) - "החוק יהיה הוגן, צודק, אפשרי על פי הטבע, בהרמוניה עם מנהג המדינה, מתאים במקום ובזמן, הכרחי, מועיל, מבוטא באופן בהיר – פן יוביל לאי-הבנה, מעוצב בהתאם לטובת האזרחים ולא לשום תועלת פרטית".
   2. **הכללים:**
      1. **כלליות החוק (ולא הכרעות מקומיות ad hoc)**
      2. **פרסום**
      3. **שימוש לרעה בשיפוט/בחקיקה למפרע (רטרואקטיבית) -** הכוונת התנהגות מראש ולא תיאור רטרואקטיבי.
      4. **בהירות** – איך מישהו יכול לציית לכלל שאף אחד אינו מסוגל להבין.
      5. **אפשרות ביצוע**
      6. **יציבות (יחסית) –** חוק שמשתנה כל יום הוא יותר גרוע מחוק.
      7. **התאמה (יחסית) בין החקיקה לבין היישום**
2. **משפט טבעי פרוצדוראלי עדכני**:
   1. מה צריך להתקיים כדי שחוק יהיה חוק ללא קשר לתוכן שלו. **זווית אחרת במציאות של היום לגבי חלק מן הכללים:**
      1. **השתתפות**
         1. פס"ד קוונטינסקי נ' הכנסת: העתירה התעסקה בחוקיות ההליך החקיקה של חוק ההסדרים. בקשר לאחד החוקים שעברו חברי הכנסת קיבלו רק שלוש שעות לפני ההצבעה כאשר היו עסוקים בהצבעה לחוקים אחרים ולכן לא הספיקו לקרוא את הצעת החוק. במהלך הליך זה גם חברי הקואליציה (חריג יחסית) וגם חברי האופוזיציה הסכימו כי מדובר בפגם חמור בהליך החקיקה.
            * **השופט סולברג**: פוסל את החוק לא בגלל התוכן אלא בגלל הליך החקיקה. גם הליך החקיקה חייב להיות הוגן כדי שהוא ייחשב חקיקה. במקרה הנ"ל לא הייתה לחברי הכנסת אפשרות מעשית כלשהי לדון ולגבש עמדה לגבי החקיקה ולכן ברור שהיה פגם שיורד לשורש ההליך. לדעת סולברג הפגם צריך להיות כזה שיורד לשורש ההליך, הפוגע פגיעה מהותית בהליך החקירה.
            * פורמאלי זה צורני, בהקשר שלנו יש דמוקרטיה צורנית\פורמאלית – אם ח"כ רוצים להצביע הם חייבים להכיר את החוק שהם מצביעים לו. אם לא עשו זו יש פגיעה בצורה.
            * עיקרון שלא קיים בכנסת "עיקרון רוב מתוך כולו" – כל החברים בהצבעה חייבים להיות בהצבעה גם אם כאשר הם לא נמצאים יש רוב. דוג' הרכב של שלוש שופטים לא יכול להכריע בלי השופט השלישי גם אם שניהם מסכימים, ההנחה היא שהשופט השלישי יכול לשכנע אותם לשנות דעתם. לעומת זאת, בכנסת אין חובת נוכחות.
      2. **כלליות** 
         1. היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ: הדיון בפס"ד זה הוא לגבי פרסום תקנות, שלא פורסמו ברשומות. לדעת המשיבים הם אינן אשמים מכיוון שהתקנה לא נכנסה לתוקף כי לא פורסמה.
            * ביהמ"ש קבע: אם תקנה היא בעלת פן תחיקתי עליה להיות מפורסמת ברשומות. איך יודעים איזה תקנה היא בעל אופי תחיקתי? שני כללים:

תביא לשינוי במשפט הנוהג.

תהא נורמה מופשטת, המופנית אל הציבור כולו או לפחות חלק בלתי מסוים ממנו שלא נקבע באופן ספציפי (כלליות!).

* + - 1. רמב"ם הלכות גזלה ואבדה:
         * "כלל של דבר כל דין שיחקוק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל" – לפי הרמב"ם אם מלך קובע כלל רק כנגד אדם ספציפי מדובר בגזל.
      2. חוק העלאת עצמות בנימין זאב הרצל לארץ: מדובר בחוק מאוד ספציפי והוא סותר את חובת הכלליות. חקיקה בעייתית לכן, כאשר מעלים את עצמותיו של ז'בוטינסקי עושים זאת כבר בחקיקת משנה.
    1. **רטרואקטיביות**
       1. גניס נ' משרד הבינוי והשיכון: הכנסת קובעת שמי שישפץ דירה בירושלים יזכה במענק והחוק נכנס לתוקף, לאחר כמה שבועות קובעת כי היא דוחה את תחילתו של החוק. הכנסת מבקשת לתת לחוק שדוחה את תחילתו של החוק חלות רטרואקטיבית, כלומר גם אלו שכבר התחילו לשפץ בעקבות החוק לא יקבל מענק.
          - ביהמ"ש
          - דעת הרוב: חשין – קובע שחקיקה רטרואקטיבית פוגע בצדק ואינה מאפשרת תכנון מראש של התנהגות, לב העניין הוא שחוק אמור להכווין התנהגות ואם הוא רטרואקטיבית הוא לא עושה זאת. עם זאת קובע כי החוק הראשון הוא לא רטרואקטיבית אלא שהיה ניתן להבין מחוק המענק שהחוק נותן מענק רק ברגע שיהיה למדינה כסף.
          - דעת המיעוט: מצא – מדובר בחקיקה רטרואקטיבית. רעיונית היה צריך לבטל את החוק, אך בוחר לא להכריז על בטלות כי זהו צעד קיצוני. הפתרון שלא הוא דחייה של בטלות החוק על מנת לתקנו – פרופ' אומר שזה אין הגיון בכך מכיוון שזה עדיין לא פותר את בעיית הרטרואקטיביות.
       2. ארקט תעשיות חשמל בע"מ נ' עיריית רשל"צ: נקבעת העלה רטרואקטיבית של העלאה של אגרת ביוב. דנג"צ מאשר את השינוי הרטרואקטיבית.
       3. אריה דרעי נ' מנהל הבחירות לעיריית ירושלים: אריה דרעי מפסיד בבית המשפט לאחר שהוא רצה לרוץ לתפקיד בעיריית ירושלים שש שנים ושלושה חודשיים לאחר שיצא מהכלא, אך מעט לפני שהיה אמור לרוץ השתנה החוק לגבי קלון משש שנים לשבע שנים.
       4. אפשר לומר שמקרים 2 ו-3 לא באמת משנים את ההתנהגות בין אם היה את החוק באותו זמן או לא. לדוג' אנשים לא היו משתמשים בפחות מים אם ארגת הביוב הייתה גדולה. ואריה דרעי לא היה עושה פשע מוקדם יותר כדי שהוא יוכל לצאת הכלא בזמן מתאים שיאפשר לו שבע שני אחר כך להתמודד לעירייה (לא בטוחה שהבנתי אותו).
          - כאשר מדובר בחקיקה פלילית שימוש בחקיקה רטרואקטיבית יהיה הרבה יותר לא צודק, מכיוון שחקיקה פלילית היא העיקרה הכוונת התנהגות.
          - **יש פער בין הרטוריקה למה שקורה בשטח, הרטרואקטיביות הוא מעין חזקה שניתנת לסתירה.**

11.11.2021

# תורת המשפט על פי אוסטין (1859-1790)

1. **שאלות חשובות שעולות מתורתו של אוסטין:**
   1. **כיצד החוק מחייב?**
   2. **מה זה משפט?**
   3. **מה זה חוק?**
   4. **מהיכן מגיעה הנורמה?**
2. **המשפט מתחלק ל2:**
   1. **חוקים שהם רק חוקים באופן מטאפורי – הם רק דסקרטיביים (=מתארים מציאות) הם מתארים מציאות. נסביר מהם אך הדיון לא יהיה בהם.**
      1. חוקי המדע – בהם אין לנו ברירה אלא לקבלם, לדוג' כוח המשיכה.
      2. כללי התנהגות חברתיים – כתיאור של אירועים חברתיים. לדוג' בהלה, אנשים פוחדים שיעלו מחירים לכן הם הולכים לקנות ואז המחירים עולים. יש כאן התנהגות חברתית אבל זה לא ציווי זה פשוט תיאור מציאות.
   2. **חוק = ציווי**
      1. הבחנה:
         1. דסקריפטיבי = תיאור
         2. נורמטיבי = מה החובות, נורמות, *nomos* - כלל נורמטיבי\נורמה, פונה אל האנושות ואומר מה לעשות. לא מתכוונים למה נורמאלי, הכוונה היא מה צריך לעשות.
      2. **יש הבחנה ברורה בין מה צריך להיות=חוקי האל לבין מהבני אדם עשו= חקיקה אנושית**
         1. **חוקי האל**: משפט הטבע, דת ומוסר.
         2. **חוקי האנוש:**
            * לדעת אוסטין רק חוקי אנוש הם אלו שמשנים, המשפט בנוי רק מהם (גישה פוזיטיביסטית). כאשר אוסטין מדבר על חוקי אנוש הוא מחלק אותם לשניים:

חוקי אנוש עם עליונות פוליטית – מה שסמכויות השלטון קובעות (=אנכי)

חוקי אנוש ללא עליונות פוליטית –

מה שאנחנו קובעים אחד לשני (=אופקי).

משפט אזרחי – לדוג' שכר דירה, אין ציווי שאשלם שכר דירה, אם לא אשלם פשוט לא אוכל לגור שם.

* + - * + מבחינת אוסטין החוקים שמשנים הם חוקי האנוש עם העליונות הפוליטית, חוסרי המוסר, חוקי החברה אומרים לנו מה לעשות אבל הם לא בדיוק מצווים אלינו מדובר במעין מערכת אופקית.

1. **מה זה ציווי?**
   1. ציווי = חיווי של רצון. לא חייב להיות מנוסח כפקודה. לדוג' אל תעשן לעומת אודה לך אם לא תעשן, שניהם יכולים להיות ציווי.
      1. ציווי = חיווי של רצון של הריבון (או אחר מטעמו). מיהו הריבון?
         1. אדם או גוף מוגדרים
         2. שאינו כפוף לאף גורם ארצי אחר
         3. שהנוהג הוא לציית לו.
   2. **מה זה ציווי על פי אוסטין?**

חובה = ציווי (חיווי של רצון + סנקציה ‏ֽ = **חובה משפטית**.

לדעת אוסטין כדי שציווי יהיה חובה משפטית לא מספיק שישנה חובה יש צורך גם בסקציה אם לא פועלים על פי הציווי. בנוסף ציווי לאדם פרטי הוא אינו חוק.

* + 1. ציווי לכלל= חוק
       1. אילו חוקים לא יסתדרו אם הנוסחה של אוסטין?
          - **חוקים ללא ציווי:**

חוק פרשני – הוא לא מצווה על אף אחד כלום. לדוג' חוק הפרשנות או חוק שעון קיץ.

חוק מהמבטל חוק – לא מצווה את האדם הפרטי כלום.

חוק בינלאומי – אין ריבון בחוק בינלאומי.

משפט מנהגי? – גם כאן אין ריבון.

* + - * + **חוקים ללא סנקציה:**

חוק פרשני

חוק לא מושלם

חוק בינלאומי

משפט אזרחי?

1. סיכום מורשתו של אוסטין
   1. תיאור מלמעלה למטה של עולם המשפט
   2. תיאורית הציווי של המשפט
   3. הבחנה חדה בין מערכות שונות המטילות חובות התנהגות – לא כולן הם חוקים רק אלו אם עליונות פוליטית.
   4. פוזיטיביזם משפטי
      1. תיאור מדעי של המשפט
      2. רעיון העובדה חברתית
         1. חקיקה אנושית – ציווי הריבון
         2. משיהו מוגדר ולא רעיון כללי
      3. רעיון המוסכמה החברתית
         1. הריבון: מי שקיים לציית אליו.
2. **ביקורת:**
   1. התורה של אוסטין מתארת רק חלק מהמשפט, בסופו של דבר יש חוקים שאנחנו מקשיבים להם ללא קשר לעונש, וישנם גם חוקים ללא ציווי. אי אפשר להגיד שזו הסיבה היחידה לציית לחוק. כמו כן, החוקים הם לא תמיד לגמרי כוח מלמעלה למטה, הרי בסוף הריבון מקבל כוח מהעם.
   2. הרעיון לא מתאר את כל המשפט ואת כל המניעים של המשפט ולכן הוא בעייתי.

14.11.2021

# ה.ל.א. הארט (1907 – 1992) – המשפט כמיזוג בין כללים ראשוניים למשניים

1. הארט: ביקורות על צורת הציווי של אוסטין
   1. **בעיית הציווי על ידי הריבון:** לדעת הארט נוסחה (חובה= ציווי (של ריבון) + סנקציה) זו מתאימה לאב טיפוס של משטר מלוכני ולא למשטרים מודרניים. לא משום שהפרלמנט הוא הריבון, אלא בגלל שהרעיון שיש מישהו שמוריד הוראות ואינו כפוף להוראות אינו נכון (לדעת אוסטין הריבון אינו כפוף לחוק) , מכיוון שהכנסת עצמה כפופה לחוק. כלומר, לדעת הארט **הריבון כפוף לחוק.** משהו ברעיון של הציווי על ידי הריבון הוא בעייתי כי אם יש אדם שמצווה את החוקים הוא לא כפוף להם, אולם המציאות מראה שהריבון כן כפוף לחוקים ולכן הנוסחה לא מסתדרת.
   2. **בעיית המשפט המנהגי:** לדוג' טיפים היא נורמה חברתית שהפכה לחובה. במצב כזה הנוסחה גם אינה מסתדרת, הריבון הוא לא זה שמצווה אלא המנהג. יש ציווים שמגיעים מלמטה למעלה ולא רק מלמעלה למטה.
      * + - פתרון אפשרי לבעיה - אפשר לומר אולי שזה לא ציווי עד שזה לא מגיע לכדי הכרעה שיפוטית ואז שם נקבע האם זה חובה או לא. או אולי ציווי על ידי שתיקת הריבון.
   3. **משפט בינלאומי:** לא מסתדר הריבון הוא המדינה והמדינה היא גם זו שהציווי חל עליה.
   4. **מושג המשפט הוא עשיר יותר**: התיאור של אוסטין מתאר כמעט ורק את המשפט הפלילי. אולם, קיים גם המשפט האזרחי- ישנם דברים שהם אינם סנקציה.
      * + - לדוג' הפרה יעילה- לא כתוב בחוק שיש חובה לקיים את החוזה. יש סעיפים של סעדים במידה ומישהו לא מקיים את החוזה, אך לא כתוב שאסור לו להפר.
          - דיני חברות- אין חובה להקים חברה מי שרוצה להקים חברה צריך לקחת בחשבון שיש דברים שהוא צריך לעמוד בהם.
          - חוק הזמן- את לא חייבת לשנות את השעון, אבל כדי לך לשנות את כדי להגיע בזמן.
      1. **במשפט קיימים סוגים של חוקים שאינן מתאימים לנוסחה:** אוסטין ראה את החוקים ככאלה מטילים חובה, אולם הארט טוען שיש עוד סוגי חוקים שאינם תחת הקטגוריה הזו:
         1. חוקים מסמיכים - הארט אומר שחוקים גם יכולים להעניק כוח. כגון היכולת לערוך חוזים, נישואין, צוואות העברת נכסים וכו'.
         2. חוקים מסדירים - כגון כשרות משפטית, תכנים של הסדרים פרטיים, חוק התקציב (מסדיר את הכסף.
         3. חוקים היוצרים מוסדות – כגון הקמת המשטרה, בתי משפט וכו'
   5. [Traffic_light](http://en.wikipedia.org/wiki/File:Traffic_light.gif) **הסתכלות חיצונית\ פנימית על כללי ההתנהגות האנושית**: סנקציה היא לא הסיבה היחידה שבגללה אנו מקיימים את החוק. לדוג' ללכת למילואים- אנשים לרוב הולכים למילואים לא מפחד לסנקציה. לעבור ברמזור באמצע הלילה.

אנשים נוהגים לעצור באדום

אנשים (רואים את עצמם) מחויבים לעצור באדום

* + 1. המון דברים משפיעים על ההתנהגות שלנו ולא כולם מתארים פקודות\חובות. הארט עובר בעצם מאוסף של חובות לאוסף של כללים. כללים הם לא בהכרח ציווי וסנקציה היא לא הסיבה היחידה לקיימם.
    2. חובות מוסריות וחובות משפטיות וזה לא אותו דבר – לדוג' הגיל אחריות מוסרית ואחריות משפטית הוא שונה. המוסר הוא דבר שהרבה יתר קשה לשנות, בשונה חוקים.
    3. ברגע שפתחתי את העולם לכללים זה מאפשר עולם שיש בו עוד כללים מלבד חובות. הכללים יכולים למלא את כל החללים. ישנם שני סוגים של כללים:
       1. כללים ראשוניים - של עשה ולא תעשה
       2. כללים משניים - כללים שממלים את החלל על מנת שיהיה אפשר לציית לפקודה. כגון: כללי שיפוט, כללי הטלת סנקציות וכו'.
          - דוג' כלל ראשוני יגיד לי לא לעבור בתמרור עצור, כדי שהיה אפשר לא לעבור בתמרור עצור אני צריך לדאוג לרשות אכיפה ורשות שתכין את התמרורים – ההסדרה הזו היא על ידי כללים משניים.

18.11.2021

# הארט – כלל הזיהוי – הנורמטיביות של הכללים

1. **הבהרות לגבי פוזיטיביזם:**
   1. למה ההפרדה בין המוסר לחוק כול כך חשובה לפוזיטיביסט? **יסודות הפוזיטיביזם:**
      1. **וודאות** – גם אם ישנם דברים אשר מבחינה מוסרית פשוט להקשיב להם כמו רצח עם, לא כול דבר הוא כזה קיצוני ולפעמים הבדלי תרבות ישפיעו על ההבדל. לכן ישנה חוסר וודאות
      2. **מטרה חינוכית - חשיבות ההפרדה בין המערכות** - הארט: ככול שניצור זיקה בין מוסר למשפט יהיה חשיבה שאם זה חוק חייב לציית לזה. אולם, הניתוק מאפשר חופש בחירה, הוא מאפשר לאדם לנסות להבין האם החוק הוא מוסרי. יש חוקים שאינם מוסרים ולכן אין לציית להם. היכולת לקבל אחריות מוסרית בלי שהיכולות תלויה בשאלת החוקיות- כלומר מפעילה זרקור על המוסר.
      3. **הבסיס החברתי** – התפקיד החברתי שיש לחוק. העובדה החברתית והמוסכמה החברתית. בזה נעסוק במסגרת כללי הזיהוי.
2. **גישתו של הארט בנוגע לכללים:** מנעד המניעים לציית לחוק הם לא רק הסנקציות. כלומר הארט הפך את הציווי לכללים. כללים משניים וכללים ראשונים. הכללים המשניים מנסים לפתור בעיות שנוצרות כאשר ישנם רק כללים ראשוניים.
   1. **כלל הזיהוי:** אחת מהדוקטרינות החשובות של הארט וזה נוגע לליבת הפוזיטיביזם שלו. הארט יקרה לכלל זה כלל משני, אולם בפועל זה כלל מאוד חשוב שאינו משני כלל. כללי זיהוי - אם היו לנו רק כללים ראשוניים, שאומרים לנו מה לעשות או לעשות, היה בעיה. כי לא הינו יכולים לדעת אלו חוקים הם החוקים שאנחנו צריכים להקשיב להם ואילו הם חוקים שאינם חוקים של המדינה ואנחנו לא צריכים להקשיב להם. זה יותר אתגר מכפי שאנחנו חושבים להבין אלו כללים הם חוקים ואלו כללים אינם חוקים, לכן כלל הזיהוי כול כך חשוב.
      * + - פותר את בעיית הוודאות של הכללים הראשונים.
   2. **כללי שינוי** – איך ניתן לשנות את החוקים הקיימים.
      * + - פותר את בעיית הוודאות גם כן ובעיית הקיפאון.
   3. **כללי השיפוט וכללי הטלת הסנקציות**– מה עושים כאשר מישהו מפר את החוק וכיצד שופטים ומי שופט.
      * + - עוזר לפתור את בעיית היעילות של הכללים הראשוניים.

21.11.2021

* 1. **חוקים מסמכים של המשפט הפרטי:**
     1. **לדעת הארט**- מלבד הכללים המשניים שהם כללים המסייעים לכללים הראשונים (כפי שציינתי לעיל). גם כללי המשפט הפרטי הם כללים משניים. הם כללים של הענקת כוח. לדעתו הכללים האלו הם משניים כי הם לא אומרים לנו מה לעשות והם רק מאפשרים. בעצם ההבדל בין הענקת חובה להטלת חובה. הארט מסתכל על איך החוק עובד – בגלל שהוא מאפשר ולא מטיל חובה הוא משני.
        1. כללים ראשוניים = כללים מטילי חובה.
        2. כללים משניים = כללים מעניקי כוח.
     2. **לדעת רז**- כללי המשפט הפרטי הם כללים ראשוניים. אי אפשר להגיד שחוק מאפשר לי להקים תאגיד הוא כלל משני. לתת כוח זה דבר מאוד מרכזי במשפט והוא עומד כשלעצמו ולכן איננו כלל משני. אכן קיימים כללים משניים אשר מטרתם לסייע לכללים הראשונים, אך לא ניתן להגיד שכללים הנותנים כוח הם משניים, הם ראשוניים באותה המידה כמו כללים של אסור ומותר. איך הוא מגיע למסקנה זו? לדעתו צריך להסתכל על המטרות ולשם מה קיימים חוקים מאפשרים\נותני כוח? ברגע שמתכלים על המטרה רואים כי כללי המשפט הפרטי עומדים בפני עצמם.
        1. כללים ראשוניים = מהי המטרה הראשונית של המשפט – תפקידו של המשפט הוא ליצור חיים של מסחר, ואינטראקציה בין בני אדם, צריכים של בני אדם. לכן, הכללים הראשונים הם אלו שדואגים למטרה זו. כך גם הכללים של המשפט הפרטי לדוג' לשם מה קיים חוק החברות, כדי שנוכל לקדם את הפיתוח החברתי וודאי שזהו מטרה ראשונית של המשפט, הקמת חברות זו מטרה בפני עצמה.
        2. כללי משניים = מה היא המטרה המשנית של המשפט – המטרות המשניות הם כלי עזר לשמירה על הצריכים של בני האדם בחברה. לדוג' לשם מה קיים שופט, כדי שיהיה מי שיאכפוף את הכללים. שופט זו לא מטרה בפני עצמה.
           + **טיפ**: השוו דיון זה עם דבריהם של רמב"ם\רמב"ן בנוגע למצוות נוח. האם מצוות דינים מתייחסת לאכיפה שלמצוות נוח עצמן (רמב"ם, והארט) או לאכיפה של כללים יותר רחבים (רמב"ן,רז).
           + **בעוד הארט שואל כיצד פועל הכלל ולפי זה הוא מסווג אותו רז שואל מה מטרת הכלל ולפי זה הוא מסווג אותו**.

1. **ההבחנה בין כללי מוסר ומשפט לבין כללים חברתיים אחרים:**
   1. **תנאים מבחינים:**
      1. עוצמת התגובה להפרה.
         * + מה חמור יותר והאם תמיד חמור יותר?
      2. סוג התגובה – במשפט תהיה סנקציה ובעולם המוסכמה החברתית אולי תהיה סנקציה חברתית אולי לא, תולי אם זו רק מוסכמה חברתית או גם מוסרית. כיצד ניתן לדעת שקוד לבוש הוא מוסכמה חברתית? עם אדם יגיע לנשף לא בלבוש מתאים התגובה לא תהיה כול כך רצינית, עוצמת התגובה מעידה כי לא מדובר בחוק או מוסר.
      3. החשיבות שמיחסיים לכללים
      4. מידת ההקרבה האישית
   2. **מה ההבדל בין כללי מוסר לכללי משפט?**
      1. **אופן התגבשותו ושינויו:** בעוד את חוקי המשפט יש אדם שמחוקק, אין מוסד אשר מחוקק את המוסר. הדרך לקביעת המוסר היא שונה, היא קורת באמצעות שינויים חברתיים ולא באמצעות הצבעה, תהליך בו נקבע שדבר הוא מוסרי הוא לא זה תהליך ארוך.
      2. **המניע לקיומו:** מוסר נובע ממניע פנימי, בעוד משפט הוא כפייה חיצונית וזו הסיבה לציית לו.
      3. **תחולה שונה:**
         1. לגבי הגדרת האחריות המוסרית המשפטית- לדוג' ילד קטן שרצח יש עליו תחולה מוסרית אבל אין עליו תחולה פלילית.
         2. לגבי הסיבות לקיומן – כלל משפטי עלול להיגזר משיקולים מוסרים, אך לא תמיד. לדוג' הטלת מס יכולה להיות גם ממניע שהמדינה צריכה כסף.
2. **חזרה לכלל הזיהוי:**
   * 1. רעיון ההפרדה בין משפט ומוסר מחייב אותנו לדעת את ההפרדה ביניהם. איך אני אדע מה כלול בחוק? אקרא מהחוק? – אולי זה בכלל לא מחייב, אולי זה כלל מוסרי. השאלה של הארט – יש הרבה דברים שאנחנו חייבים לעשות, **איך אני יודע שאני חייב לציית לחוק? איך אני יודע בכלל שמדובר בחוק?** (ולא משאלת לב של מישהו שהחליט להצהיר הצהרות).
        1. כלל הזיהוי הוא זה שמאפשר לדעת איפה המשפט מתחיל והמוסר נגמר.
        2. ג'ושוע אברהסנורטון- הכריז על עצמו כמלך אמריקה. הכריז שאין מפלגות, שאין מיסים ולביטול העבדות. למי תושב ארה"ב מציית, מאיפה הוא יודע שג'ושוע הוא לא מלך אמריקה באמת. **איך אנחנו יודעים שמה שגו'שוע אמר אינו חוק?**
   1. **הגדרה**: כלל הזיהוי הוא לדעת מה נחשב לכלל משפטי תקף- **עוזר לזהות איפה נגמר המוסר ומתחיל החוק**.
      1. קובע אם כלל מסוים הוא כלל משפטי על ידי מספר הבחנות:
         1. סוג של כלל שניתן לחוקק
         2. סוג של כלל שניתן לכפות
         3. סוג של כלל שניתן לקבוע לגביו מידות אחריות שונות מאשר לכללים מוסריים.
      2. כלל הזיהוי אומר לנו מה נקרא כלל משפטי לעומת מוסרי, אבל מה אומר לנו מהו כלל הזיהוי? **כלל העובדה החברתית** הוא זה שמאפשר את כלל הזיהוי (רעיון העובדה החברתית) – הכרה בחוק כעובדה חברתית היא זה שאומרת לנו מהו כלל הזיהוי. בשל כך ניתן לומר כי החברה היא שמכוננת את התוקף של החוקים עצמם.
         * + כלל הזיהוי מאפשר הפרדה בין מוסר לחוק והוא מעלה שאלה נורמטיבית.
           + כלל העובדה החרתי מאפשר לנו לראות מה הוא כלל הזיהוי והוא שאלה דסקרטיבית (מתארת מציאות).
      3. מי היא החברה? מתחלק לשתי שאלות:
         1. מבחן התנהלותם של רוב האזרחים (מניעים יכולים להיות מגוונים – די בהכרה העובדתית במערכת).
         2. מבחן: התנהלותו של הדרג המקצועי: שופטים, פקידים, מלומדים. לפעמים רוב העם הוא לא זה שמגדיר מהי העובדה החברתית אלא ההתנהלות של הדרג המקצועי אפילו הפקידים. לפעמים הם בעלי כוח גדול לקבוע מהי העובדה החברתית.
      4. **פס"ד בנק מזרחי –** כאשר ברק בא לבטל חוק הוא שואל את עצמו מה הסמכות לכך ומדבר על התודעה החברתית. התודעה החברתית היא זו שנותנת את הסמכות.
   2. **מבחינה נורמטיבית יש שלוש דרכים לדעת מתי חוק הוא חוק:**
      1. **משפט טבעי –** כל מה שהוא מוסר אוניברסלי מחייב מעצמו.
      2. **אוסטין, תורת הציווי –** הפחד מהעונש מראה לנו שמדובר בחוק.
      3. **הארט – כעובדה חברתית אנחנו מזהים את מנגנון הכללים.**

25.11.2021 + 02.12.2021

# רונאלד דוורקין Ronald Dworkin – עקרונות

1. **ביקורת על הפוזיטיביזם הצר: (השלמה מהמחברת של נועה עם הוספות שלי)**
   1. הארט הציע ארגז כלים של כללים ובמקרה שאין תשובה בכללים יש כלל נוסף והוא שיקול דעת. דוורקין יטען כי במקרה של חוסר אין כלל חדש אלא יד משהו שכבר קיים והוא **עקרונות.**
   2. מה יש בארגז הכללים:
      1. ע"פ אוסטין – כללי התנהגות (עשה\ לא תעשה) – ציווי + סנקציה. אצל אוסטין הסיבה לציות זה פחד.
      2. ע"פ הארט – מעבר לכללים הראשיים (כללי ההתנהגות), יש גם כללים משניים שעוזרים לנו לקיים את ההתנהגות (כללי הזיהוי=כלל חברתי ולא משפטי), כלל שפיטה, כלל שינוי). כלל זיהוי הוא לא מה ראוי שיהיה אלא מה יש בפועל (לכן כתוב כלל זיהוי ≠ מוסר). אצל הארט הסיבה לציית זה כלל חברתי.
2. **הביקורת על הארט: הבעיה** מתעוררת כאשר אין תשובה בכללים\ אין כלל - יש לא מעט מקרים כאלה.
   1. **הפתרון** בעיני הארט: הפעלת **שיקול דעת**. שאת אומרת כאשר:
      1. חלק ברור של כלל: לא צריך שיקול דעת\ הכלל "מפעיל את עצמו" . לדוג' מהירות מותרת\ מחיר של אגרה.
      2. כאשר הקצוות 'לא חדים' (מטושטשים): שיקול דעת. דברים שהם אפורים ולא שחור ולבן (דוגמת התמרור של איסור כניסה לרכב מנועי, לא ברור מהו רכב מנועי, נתון לשיקול דעת שיפוטי).
         * + הקושי להיצמד לכללים הוא מכיוון שתמיד יש מרווח בין הכללים, גם כשהכללים נראים הכי צמודים שיש עדיין יש מרווח.
   2. **פס"ד 3798/94- פלוני נ' פלונית**:
      1. המקרה: למערער ולאשתו, הנשואים שנים רות, לא נולדו ילדים. לפיכך החליט המערער לפתות את בת השכנים (נערה בת חמש-עשרה), שאמה נפטרה ממחלת הסרטן זמן קצר לפני כן, לקיים עמו יחסי מין. כאשר סיפרה למערער על הריונה, הוא לא העמיד אותה על האפשרות להפסיק את ההיריון והרגיע אותה בהבטחות סותרות. לאחר לידת הבן, חתמה הנערה על כתב הסכמה לאימוץ. המערער ביקש למסור לידיו את הילד. הנערה הודיעה שהיא מתנגדת בכל תוקף שהמערער ואשתו יקבלו את הילד. בית המשפט המחוזי הכריז על הילד בר-אימוץ ולא יימסר אל אביו (בר אימוץ= אפשרות למסור את הילד לאימוץ בלי הסכמה של ההורה).
      2. בימ"ש העליון טוען כי מדובר במקרה קשה. לטענת השופט חשין, מקרים קשים מחוללים משפט רע. קשה= **שבירת נפש בגלל שיש פער בין הכללים לבין הערכים** (פער בין החוק למצפון). **הדילמה היא דילמה בהכרעה השיפוטית או ביישום של שיקול הדעת.** בסופו של דבר השופט החליט ע"פ צו לבבו ודוחה את הערעור. אותה החלטה מתקשה לרווח עצמה במסגרתו של החוק הספציפי והדין הכללי. ע"פ חשין זה אמנם יוצר ובלגן גמור בהמשך – אבל לצורך הצדק צריך לעשות את זה.
         * + הבעיה בללכת לפי המצפון היא שייוצרו תקדימים לא טובים ואם לא נלך לפי המצפון אז התוצאה תהיה לא מוסרית.
   3. **הביקורת של דוורקין -**  **שיקול דעת הוא בעצם יצירת כלל חדש.**
      1. **טענתו של הארט:** יש מקרים שבהם השופט הוא רק מיישם. אך יש מקרים שבהם השופט לא רק מיישם אלא מפעיל שיקול דעת ז"א שיש שהשופט הופך למעין מחוקק. לטענת הארט: **אין בעיה** עם זה שהשופט הופך למעין מחוקק מכיוון שזה חלק מהתפקיד שלו.
      2. **טענתו של דוורקין**:
         1. כל פעם ששופט חייב להפעיל שיקול דעת יותר רציני (בין אם זה שהמושג עמום\ דורש התייחסות אחרת) הוא יוצר תקדים והאמירה "השופט הופך למעין מחוקק" היא אמירה בעייתית משום שיש הבדל בין התודעה של המחוקק לבין התודעה של השופט.

תודעת המחוקק היא **מה תהיה ההשפעה על החברה**.

לעומת זאת, התודעה אצל השופטים היא להעמיק את **הפרשנות של החוק-** השופט נובר פנימה.

* + - 1. **הרעיון של דוורקין** – גם אם אין תשובה בכללים, יש משהו שמלמד מה התשובה הנכונה וזה **עקרונות. אצל דוורקין לא יוצרים כלל חדש אלא חושפים עיקרון שכבר קיים.** 
         * **פס"ד ברל** –נכד לא רצה לפספס את הירושה ופחד מההבטחות שסבו מבטיח לאישה החדשה ולכן מחליט להרעיל את הסבא לפני שהוא הספיק לכתוב את הצוואה.

**אין לנו כלל** – לא היה בחוק הירושה בניו יורק שאומר שאם רצחת את המוריש אתה לא מקבל את הירושה. לכן, בימ"ש המחוזי נתן את הכסף לירושה משום שאין חוק שאומר אחרת. הגיע ערעור לעליון – העליון כמובן לא רוצה לתת את לנכד את הירושה.

השופט בדעת הרוב: נכון שאין כלל אך **יש פה עיקרון.** העיקרון הוא: אם הנכד היה שודד\מרמה\מכריח את הסבא הוא לא היה מקבל את הנכסים ע"פ החוק. משמע, שיש לחבר את כל הנקודות ולהבין שגם אם הוא רצח הוא לא יוכל לקבל את הירושה. ז"א אם לא ניתן לקבל זכות במרמה וכו.. אז על אחת כמה וכמה שלא ניתן ברצח – **וזה עקרון**. בפסיקה הישראלית אנו מכירים את המונח כ"עקרונות השיטה".

דעת המיעוט: אומנם יש סתירה בין הכלל למצפון, אבל אנחנו לא אמורים לדון במקרים של מצפון ואנחנו כבולים על ידי הכללים הנוקשים של החוק.

* + - 1. **ההבדל ביחס למשפט הטבעי:** עקרון זה ששונה במהותו מהמשפט הטבעי. משפט טבעי אומר שהמשפט הוא **עליון**. ז"א אין משהו כגון עיקרון שגובר על ארגז הכלים של המשפט. לעומת זאת, עקרון ע"פ דוורקין הוא משהו עליון **על** המשפט.
      2. **פוזיטיביזם**: דוורקין נקרא פוזיטיבסט מכליל. פוזיטיביסט משום שהוא לא טוען לתשובה אוניברסלית אלא בתוך **החברה הספציפית** (משפט טבע אומר שמוסר הוא בכל זמן ובכל מקום). עם זאת, הוא "פוזיטיבסט מכליל" משום שההסתכלות שלו היא לא רק על חוקים שבני אדם יצרו אלא גם על כל מכסה התרבות של אותה חברה (על כל התקדימים, בין החוקים, כל מה שעוזר להבין איך ניתן להשלים את אותו חלק חסר). לדעת דוורקין **זה לא רק לייצר כלל חדש אלא יש לנבור יותר לעומק- מה החוק אומר גם כשלא כתוב בו ממש (=כלל התאמה הטובה ביותר)**. ההשלמה היא לא מתוך המוסר היא מתוך הרווחים שיצרו הכללים של החברה הספציפית.

02.12.2021 - המשך

* 1. **פסקי דין נוספים:**
     1. פס"ד קניג נ' כהן: אישה מתאבדת וכותבת לפני המוות צוואה בכתב יד שבה היא כותבת שהיא לא רוצה להוריש לבעלה המתעלל כלום. לא הכירו בצוואה כי לא הייתה לה חתימה ותאריך. בדיון הנוסף בבג"ץ הם לא קיבלו את הערעור והבעל קיבל את הירושה.
     2. פס"ד אפרופים: ברק – שינה את הדרש שבה פירשו חוזה עד כה. בעבר היו מפרשים לפי לשון החוזה ולאחר מכן אם לשון החוזה לא מספק לפי התכלית. ברק קבע שיש לפרש את החוזה לפי הלשון והתכלית יחד ולא כשני שלבים.
     3. חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר: שופטי הרוב החליטו שלא ייתכן להקים כלא פרטי במדינת ישראל, זאת על אף שאין חוק שאוסר זאת. לטענתם לאור עקרונות השיטה של מדינת ישראל לא ייתכן להקים.
        1. ריבלין?
        2. ביניש – אם אתה יודע מה הכללים שלא מתאימים לשיטה אז אתה לא יכול לחוקק חוק שלא תואם את זה. כלומר גם אם אין חוק שאוסר על הקמת כלא הרווח של הכללים מראה לנו לא רק איזה חלק חסר אלא גם איזה חלק אי אפשר להכניס. במקרה הזה לטענת ביניש לא ניתן להכניס חוק של בניית כלא פרטי (לדעת פרופ' בריס מדובר בטענה שהיא מרחיקת לכת).
  2. **מה יותר חתרני לתת לשופט סמכות כמו הארט או לתת לו את הכלים של דוורקין**? בגישה של הארט אנחנו יודעים שנוצר כלל חדש ותקדים פסיקתי, לכן אם המחוקק לא אוהב את זה הוא ישנה את זה. אולם, כאשר הולכים לפי דוורקין אז זה נסתר כי הטענה היא שאין משהו חדש אלא עקרונות שתמיד היו שם. לדוג' השופט מצא לא הסכים לבקשה לדיון נוסף באפרופים בטענה שאין כל דבר חדש בפס"ד, אבסורד ביחס למה שנקבע בפס"ד הדין. כלומר, העובדה שלא רואים בזה חידוש היא בעייתית כשלעצמה.

1. **כללים, עקרונות ומדיניות – נורמות משפטית**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | כללים | עקרונות | מדיניות |
| קיום | או שהם קיימים או שלא. | קיימים גם אם הם לא כתובים.  כמו חופש הביטוי חופש התנועה – קיימים כי אנחנו במדינה דמוקרטית. | השיקולים מתקיימים כאשר יש מטרה חברתית (כללית או ספציפית) כדי ש.. |
| מחייבים? | מחייבים | יש צורך לשכנע שהם מחייבים בכל מקרה לגופו. |  |
| סתירה | רק אחד מהחוקים יהיה תקף  לדוג' שוטר אומר לי לעבור באדום אני צריכה לעבור באדום | איזון בין ערכים (לדוג' חופש הביטוי לעומת הזכות לשם טוב). |  |
| מה עושים בהיעדר כלל קובע? | שיקול דעת במובן החמור = הכרעה מחוץ לכללים המשפטיים (חקיקה?). | עקרונות = הכרעה תוך משפטית. |  |

* 1. **מה נחשב משפט?**
     1. **הארט** – השופט יוצר כלל. **רק כללים (ראשוניים ומשניים) הם נורמה משפטית.** בהיעדר כלל מתאים לשופט קיים שיקול דעת.
     2. **דוורקין** – השופט יוצר כלל. **כללים וגם עקרונות הם חלק מהמשפט.** השופט מחפש את המשפט ולא יוצר אותו.
        + - לדעת ד"ר בריס האקטיביזם השיפוטי של ביהמ"ש העליון נובע במידה מסוימת מתורת המשפט של דוורקין.
     3. **ריאליסטים** – **כללים**, **עקרונות וגם מדיניות היא חלק מרכיבי ההכרעה השיפוטית.**
        1. דוגמה: אחר מלחמת לבנון השנייה הייתה ועדת חקירה ושלחו כתבי אזהרה בקשר לוועדת החקירה. היה ראיון עם אחד מהשופטים מוועדת החקירה ושאלו אותו מדוע לא שלחו לראש הממשלה כתב אזהרה לראש הממשלה? השופט אמר שהם לא רצו לעכב את תהליך השלום, מדובר בשיקולי מדיניות מובהקים מצד השופטים. יש תנועה חזקה שטוענת שמהלך זה לגיטימי, אולם לדעת דוורקין זה לא לגיטימי כי שיקולי מדיניות הם יצירת כלל חדש לגמרי ושופט לא יכול ליצור כלל חדש לגמרי.

09.12.2021

* 1. **ההבדל בין העקרונות לכללים**: הכללים הם קבועים ומחייבים ועקרונות זה איזון ערכים לדוג' – העיקרון שלא מקבילים זכות בגלל עוולה הובילה לתוצאה שהנכד לא יקבל את הירושה, אולם אם אדם יכנס באדום לבן כדי לקחת כרטיס ללוטו קשה לומר שיאסרו עליו לקבל את הפרס כי הוא עשה עוולה – זה עיקרון עושים איזון בין ערכים. לעומת זאת אם זה היה כלל הוא לא היה יכול לקבל את הכסף של הזכייה כי כלל הוא נוקשה יותר.

1. **האם יש תשובה אחת נכונה לכל שאלה משפטית?**
   1. **דוורקין:**
      1. דוורקין המוקדם: לטענת שפירא דוורקין המוקדם טוען שישנה תשובה אחד: ישנו פתרון אחד לכל שאלה משפטים – דווקא חשיפת הערכים חושפת את הפתרון היחידי.
         1. מה צריך לעשות זה לא עניין של טעם אישי אלא הכרעות משפטיות. עצם זה שיש וויכוח אומר שלא מדובר בטעם אישי, כי וויכוח אומר שיש תשובה אחת נכונה שאינה קשורה לטעם אישי (לדוג' לא יכול להיות ויכוח אמיתי בין שוקולד ווניל כי מדובר בטעם אישי).
         2. בשונה משאלות של טעם אישי
         3. בשונה משאלות של ידיעת מהי התשובה הנכונה
         4. השלכות:
            * סוג הטיעון
            * תחושת המחויבות של השופט
            * מעמדו של היחיד – שמירה\פגיעה בזכויות וכד'
   2. **רז (הארט):** אין תמיד תשובה אחת נכונה וכאשר אין תשובה השופט יוצר כלל חדש.
      1. **הבחנה בין סוגים שונים של עקרונות**:ישנה הבחנה בין סוגים של עקרונות, יש עקרונות שעולים מהמשפט ויש עקרונות שעולים מהמוסר וכו'. נוצר קושי לזהות באיזה עקרון מדובר והאם נכון ליישמו. לטענת רז בסיס ההשוואה הוא מורכב מידי ורחב מידי (לא ברור באיזה עיקרון מדובר בכל פעם) אז נוצרת אי וודאות ולכן לא באמת אפשרי לומר שיש תשובה אחת נכונה.
         1. סוגי עקרונות:
            * עקרונות מנחים
            * עקרונות מחייבים
            * עקרונות שהם חלק מהמערך המשפטי
            * עקרונות מוסריים
            * עקרונות של מדיניות
      2. **תיתכנה תשובות שונות על פי העקרונות השונים או כדי להשיג את אותו עיקרון.**
      3. **תובנה מהמאמר של רז: שני מודלים של מערכת משפט –** 
         1. **הכוונת התנהגות:** חקיקה, שינוי חקיקה+ מוסדות יישומים: תשובות "נכונות**".** לדעת רז התשובות הנכונות קשורות לעולם של חוק, כלומר להכוונת התנהגות.
         2. **הכרעה בסכסוכים:** הכרעות מקומיות: תשובות מרובות - אתה יכול להכריע בסכסוך גם ללא הדנה בחוק וללא שימוש בחוק כלל.

לדעת רז מערכת משפט טובה היא מערכת שמשלבת את שני המודלים – גם את התפיסה של תשובות נכונות לכל שאלה ולבין תפיסה שרואה את הצורך בתשובות מורכבות יותר להכרעה בסכסוכים. המודלים האלו מזכירים את הדיון המבחין בעשינו בתחילת השנה בין חוק למשפט.

12.12.2021

# כללים וסטנדרטים

1. המאמר של פרופ' מנחם מאונטר "כללים וסטנדרטים בחקיקה אזרחית":
   1. הוראות חוק: פוזיטיביות: חוקות, חוקים, פסקי דין, הוראות מנהליות.
      1. אם X אז Y: אם =
         * + **טריגר** – קיומה של מערכת עובדתית.
           + **תגובה (אז)**= תגובה נורמטיבית מסוימת: לעשות\לחדול.
      2. הוראות כלליות מול ספציפיות
      3. הוראות מוחלטות מול מותנות. לדוג' רצח זה הוראה מוחלטת אבל רישיון ג' זה הוראה שמותנת באם אתה רוצה לנהוג במשאית.
      4. הוראו צרות מול רחבות.
      5. **הוראות חוק של כללים לעומת סטנדרטים** – אלו הם ההבחנות שמנחם מאונטר מדבר עליהם במאמרו.
         1. **כללים**:

**טריגר** **כמותי** - אמפירי, ניתן למדידה, כן או לא. לדוג' נסיעה מותר עד 80 קמ"ש.

**תגובה קבועה** - לדוג' "העובר על המהירות המותרת ייקנס ב500 ₪".

* + - 1. **סטנדרטים**:

**טריגר איכותי** – איכותי, הערכתי, משקל, שכנוע (לא ניתן למדידה מדויקת). לדוג' "הנסיעה מוגבלת בהתאם לתנאי הדרך\ אין להפריע לתנועה". "בדרך מקובלת ובתום לב". סבירות, מנהל תקין.

**תגובה מנחה** – לדוג' צו המחייב להימנע מהפרעה לתנועה. מה זה להפריע? זה לא מוגדר מתוחם וברור.

* 1. **כללים וסטנדרטים הם שני סוגי של חקיקה** - חקיקה מוגדרת וברורה וחקיקה שהיא יותר רחבה עם שוליים לא ברורים. גם התגובות של המשפט בהתאם לא תמיד ברורות. "90 קמ"ש ובהתאם לתנאי הדרך – זה הוא הוראות חוק שמשלב כללים עם סטנדרטים". מה יותר זול לחוקק ולהפעיל? יותר קל להפעיל כללים שכן הם מאוד ברורים ואין לגביהם וויכוח, אולם לחוקק כללים זה הרבה יותר יקר, מכיוון שיש צורך לברר על ידי מהנדסים וסטטיסטיקות כדי להגיע להחלטה לדוג של 90 קמ"ש בדרך בינעירונית. המחוקק לוקח בחשבון את זה שיותר קל לחוקק סטנדרטים ויותר יקר\קשה לאכוף סטנדרטים. לקבוע כלל צריך לעשות שיעורי בית ולהבין מה הכלל המדויק ביותר אבל לאכוף כלל זה פשוט.

1. **יתרונות וחסרות של כללים וסטנדרטים:**
   1. **כללים:** 
      1. יתרונות:
         1. בהירות ההנחיה – בייחוד לאור הרציונל של המשפט כמכוון התנהגות.
         2. יכולת תכנון
         3. הרתעה ברורה.
         4. זולים יותר ליישום.
      2. חסרונות:
         1. קושי ערכי ביישום במקרים קשיים.
         2. אי הבנה בין הפרות קלות לקשות.
         3. יקרים יותר לחוקק דרושים מחקר רב יותר.
   2. **סטנדרטים:**
      1. יתרונות:
         1. הכרעות שיפוטיות תפורות למקרה הספציפי.
         2. הרתעה מפני כניסה לתחום האפור.
         3. פרופורציה בין מעשה וענישה – עיקרון ההלימה.
         4. זולים יותר לחוקק – דורשים פחות מחקר.
         5. משקפים שאופן ישיר את הערכים של החברה לדוג' סבירות, תו"ל, דרך מקבולת, צדק וכו'.
      2. חסרונות:
         1. מרתיע גם מפני פעולות לגיטימיות – בייחוד של שונאי סיכון. עלול לגרום לאנשים לפחד יתר על המידה- הרתעת יתר. לדוג' חקירת מח"ש לאחר מקרה הירי במחבל בעיר העתיקה. אם היה כלל ברור היה יותר קל ושאין כלל ברור אנשים עלולים להימנע אפילו מדברים שיש לבצע.
         2. יקרים יותר ליישום – דורשים זמן שיפוטי
2. **כללים וסטנדרטים אפיון כללי:**
   * 1. **כללים**: צופי פני עתיד- על פי מידע רלוונטי, בעקבות שקילתם של יעדים אפשריים, ניסיון לגרום לכך שהתנהגויות יגשימו את הערכים המגולמים בכללים.
     2. **סטנדרטים**: צופה פני עבר- ישוב סכסוכי העבר. בגלל עמימות: יוצרים אפשרות לתפור מענה למקרה הספציפי, אולם פחות מכוון התנהגות.
3. **כללים וסטנדרטים - מסורות:**
   1. **המשפט המקובל (אנגלו-אמריקאי):**
      1. התערבות שיפוטית רבה (יצירת משפט דרך ההתערבות השיפוטית).
      2. התערבות חקיקתית – לתקן עיוותים ספציפיים.
   2. **המשפט הקונטיננטלי:**
      1. התערבות שיפוטית מועטת.
      2. יחסי כפיפות של השיפוט למחוקק.
      3. אין דוקטרינת "התקדים המחייב".
      4. הסתמכות על קודקסים – ניהול אפריורי של החיים.
      5. השופט הוא יותר מיישם.
   3. נורמות משפטיות: כפי שציינו בשיעורים הקודמים – כללים עקרונות ומדיניות – אז ד"ר בריס מכניס את הסטדנרטים תחת כללים, פשוט סטנדרטים הם כללים יותר עמומים.
   4. **שתי דגמי שיפוט:**
      1. מכניסטית – יישום.
      2. יוצרת נורמה.
   5. **בעיה**: כאשר המחוקק קובע כלל אבל ביהמ"ש קובע סטנדרט במקום. לדוג' בית המחוקקים קובע 90 קמ"ש אבל ביהמ"ש קובע ש90 קמ"ש אינו סביר. אקטיביזם שיפוטי הוא העברת הכללים של המחוקק תחת הסטנדרט שהשופט קובע.
   6. **מה מתאים יותר לתרבות המשפטית הישראלית?**

16.12.2021

# פורמליזם משפטי

1. **מהו "פורמליזם"?** 
   1. **מילולית – מלשון צורה, צורנית = form**.
   2. ארגון נורמות המשפט במערכת בעלת הגיון פנימי, כעין "גאומטריה" או "לוגיקה מתמטית": הרעיון של המשפט הוא קבוע ויש נתונים משתנים. לדוג' נזק לאדם הוא רעיון קבוע והדבר שמשתנה הוא האנשים אשר נמצאים בצדדים (המזיק והניזוק).
   3. **מאפיינים לפורמליזם:**
      1. **אופקית:** מיון קטגוריות שונות של המשפט,לכל סוג משפט מתאימה צורת חשובה אחרת, לדוג' תו"ל מתאים לחוזים אך לא בהכרח לפלילים ("רצחתי בתום לב"). **חשיבה לפני תבניות\צורות לוגיות.**
         * + פלילי \ אזרחי \ מנהלי – הכרעה איזה הליך יש לדון בו.
           + חוזים \ נזיקין \ קניין – גם בתוך ההליך מיון לסיווג ספציפי יותר.
      2. **אנכית:** הסקת תוצאות משפטיות מתוך "הנחת יסוד", "אמיתות ראשוניות", אקסיומות – והפעלת דרכי היסק "משפטיים". סילוגיזם = **היקש לוגי**. לדוג': כל הפילוסופים הם בני אדם, סוקרטס הוא פילוסוף – מכאן יש להסיק סוקרטס הוא בן אדם. הרעיון הוא שיש סט של כלים שבעזרתו אני יכול לפתור סט של שאלות. לדוג' בנזיקין נשאל מהי רשלנות ויש במשפט כלים שעוזרים לנו לעשות היקש לוגי למקרה שלנו.
      3. **ניתוק המשפט מהממד הערכי שלו:** הפורמליזם חושב בתבניות שוויוניות לכולם ולכן שיקולים חיצוניים לכלים והתבניות לא אומרים להיות חלק כמו שיקולי מדיניות משפטית או אינטרס חברתי. אין כוונה שהמשפט מנותק מהערכים אלא ששלב החקיקה הוא זה שעושים את ההחלטות הערכיות ולא שלב היישום.
         1. העיסוק המשפטי של השופט הוא בנורמה (בכלל המשפטי) ובהגיון הפנימי שלה. מה נגזר מכלל X על מקרה Y. ולא מתעסק במקרה כשלעצמו.
            * לדוג' אדום לבן על המדרכה – מטרתו היא למנוע חנייה אסור שתפריע לתנועה, אבל כאשר הפורמליסט צריך לקבוע אם אדם חנה באדום לבן אין התעסקות בה מה התכלית מאחורי האדום לבן ולכן גם אם אדם חנה באמצע הלילה באדום לבן הוא ייענש.
            * דוגמה נוספת – גם באמצע המדבר תמרור עצור הוא תמרור עצור וזה לא משנה אם באותו רגע הוא לא מגשים את התכלית שלשמה הוא נוצר.
         2. אנחנו לא מתעסקים במה עומד מאוחרי הנורמות. מי שקובע מה עומד מאוחרי הנורמות הוא המחוקק ולאחר שנחקק המשפטן לא אמור להתערב בממד הערכי.
      4. **יצירתיות מוגבלת במסגרת ההליך המשפטי:** השופט מוגבל לכללים ודרכי הסגת מסקנות בהתאם לכללים בשונה מהמחוקק שיש לו מרחב גדול יותר.
         1. דרכי היסק "משפטיים" – דדוקציה\אינדוקציה על פי דרכי היסק ייחודיות למשפט.
         2. קיימת נורמה "מוכנה מראש" לצורך החלתה ע"י השופט. צריך רק למצוא איזה נורמה רלוונטית ולהסיק.
      5. שמרנות אל מול פורמליזם – הרעיון הפורמליזם בראש ובראשונים
   4. **יעדי המשפט העיקריים לפני הגישה הפורמליסטית:**
      1. **פתרון הסכסוך בין הצדדים.**
      2. **ערך דמוקרטי של שוויון**: כלל שווה לכולם. ההקפדה על הכללים היא על מנת שיהיה כלל שווה לכולם, הפומליזם של טפסים או בירוקרטיה שומר גם על עיקרן השוויון.
      3. **וודאות ויכולות תכנון.**
      4. **ערך דמוקרטי של הפרדת רשויות**: שהרשות השופטת לא תחליף את הרשות המחוקקת בפיתוח של החוקים. הערכים יקבעו בצורה דמוקרטית על ידי הקבוצה שנבחרה על ידי העם ולא על ידי ועדה מקצועית (שופטים). בחינת **הסמכות** של הפעולה\ההחלטה המנהלית ולא בחינת **הסבירות** של הפעולה\ההחלטה.
         * + פס"ד ג'נין ג'נין: כדי שתהיה תביעה כנגד קבוצה ולא אדם יחיד צריך אישור של היועמ"ש, ביהמ"ש בתהליכים הראשונים קבע שאין לו מה לעשות כי אין חתימה ולכן לא ניתן להמשיך בהליך (דוג' לפורמליזם).
           + הרעיון שבג"ץ בודק את הסבירות שלה פעולה מנהלית הוא יחסית חדש. לדוג' וועדת אגרנט: על מי להטיל את האחריות על ההפתעה של מלחמת יוה"כ? על שר הביטחון או הרמטכ"ל. הטילו לבסוף על הרמטכ"ל. כלומר, הטילו את האחריות על הגורם המקצועי ולא על הסמכות המנהלית.

23.12.2021

**כלומר ההקפדה היתרה על הכללים וחוסר סטייה מהם זה לא דבר בהכרח שהוא אינו טוב ו"ראש בקיר" כפי שלרוב נתפס, מטרתו היא שמירה על ערכי הדמוקרטיה והשוויון.**

* + - * + פס"ד הטיפים – עומרי קיס נ' המוסד לביטוח לאומי: ביהמ"ש קובע תשר נחשב הכנסת עבודה וכי הכרעת פס"ד תכנס לתוקף בתאריך 01.01.2019 למעט שני ההליכים שנדונו. אפשר לראות כי פס"ד הדין הזה ממש פועל כמו חקיקה ואפילו קובע כניסה לתוקף של פס"ד. זה ממש חקיקה שאינו פורמליסטית והיא כמעט הפוכה מפס"ד ג'נין ג'נין שאמר שלא ניתן לדון רק כי אין חתימה.
    1. שפה "מקצועית"
    2. קהל היעד: עולם המשפט במובן צר\רחב
    3. שפה: השופט "אנוס" על פי דבור של החוק
    4. מרכזיות לשיקולים פרוצדוראליים
  1. **האם פוזיטיביסט חייב להיות פורמליסט?** לא! **פורמליזם לא שווה לפוזיטיביזם** - יש הבדל בין איך אני מפרשת את החוק לעומת מאיפה אני לוקחת אותו (המקור שלו). פורמליזם הוא השאלה כיצד אני מפרשת את החוק בעוד פוזיטיביזם הוא מאיפה אני לוקחת את החוק. העובדה ששני גישות אלו יש נוקשות לא בהכרח אומרת שהן זהות. בעוד פורמליזם רואה צורך בנוקשות לגבי פירוש החוק הפוזיטיביזם רואה נוקשות לגבי מקור החוק ודווקא לגבי פירוש החוק אין בהכרח נוקשות. לדוג' הארט רואה מקום לשיקול דעת ודוורקין רואה מקום לעקרונות וגישתם אינה פורמליסטית כלל.
  2. הטענה של מאונטר היא שבשנות ה-50 הייתה גישה יותר פורמליסטית ובשנות ה-80 החלה גישה יותר תכליתית.

# כללים וביקורת

**ריאליזם משפטי**

* 1. **הדברים של אוליבר וונדל הולמס**: נשיא בית המשפט העליון בארה"ב:

*"חיי המשפט לא היו הגיון אלא ניסיון. צרכי הזמן, התיאוריות המסוריות והפוליטיות הרווחות, אינטואיציות – מודעות או לא מודעות – של מדיניות ציבורית, אפילו הדעות הקדומות ששופטים חולקים יחד עם בני אדם חבריהם, כל אלה קבעו את הכלליים הקובעים את התנהגות בני האדם יותר מאשר ההיקש הלוגי"*

מה שהוא אומר בעצם היא שמערכת המשפט כוללת בתוכה גם דעות קדומות, גם דעות מוסריות שעוד יכול להיות שישנו הרבה יותר מאשר היקש לוגי.

לא מערכת תבונית שניתן לגזור מההתחלה את ההשלכות - משפט טבעי שגוזר לפי המוסר או פורמליזם שגוזר לפי מוסכמות. לדוג' לא חקרו את שרון כי פחדו שזה יוביל למלחמה – אין מאוחרי זה תבנית לוגית וההחלטה הייתה שיקולי מדיניות משפטית.

* 1. **האם חוקים זה רק תחשיב לוגי או שזה דבר שלוקח בחשבון גם את המציאות**? לדעת הולמס לא תמיד מדובר בתחשיבים לוגים. לדוג' אם מישהו עשה נזק הוא צריך לשלם זה תבנית. לכן אם דני עשה נזק הוא צריך לשלם. אולם, לדעת הולמס זה לא תמיד נכון – שכן יהיו מקרים ש גם אם זה מתאים לתבנית דני לא ישלם (נגיד דני עני והוא עשה נזק למרצדס, לא בטוח שיחייבו אותו לשלם).
  2. **מה מרכיב את המשפט**? (על פי הולמס)
     1. **הולמס**: *"מה מרכיב את המשפט? תמצאו כותבים מסוימים המספרים שזוהי... מערכת תבונית, שזהו היסק מעקרונות של מוסר או אקסיומות מוסכמות או מה שלא יהיה, אשר תואמות או לא תואמות את ההחלטות השיפוטיות. אבל אם ניקח את חברינו 'האיש הרע'... לא אכפת לא שתי פיסות קש לאקסיומות או היסקים, אבל הוא כן רוצה לדעת* ***מה******בתי המשפט יעשו אתו למעשה"*.**
     2. מה בית המשפט יעשה למעשה יכול להיות לגמרי תלוי בגישות שונות ותפיסות עולם. תפיסות המוסר של השופט משפיעות על ההכרעות. כלומר המשפט הוא מה שיוצא מתחת ידיו של השופט ולא מה שכתוב בספר.
  3. **מהו המשפט?**
     1. **הולמס:** *"החיזוי (או: הנבואות) אודות מה בתי המשפט יעשו כענין שבעובדה – זו כוונתי לגבי "המשפט".*

**הניבוי של מה בתי המשפט יעשו בפועל הוא המשפט ולא החוקים והכללים.** זה שיש משהו שרשום בספר החוקים לא אומר שזה ייאכף ולכן זה לא בהכרח חוק (מה שכתוב בספר החוקים הוא שיקול אך לא שיקול בלעדי כי אנחנו בני אדם). במידה והשופט לא אוכף חוק מסוים זה החוק (חוסר האכיפה) כי זה מה שקורה בפועל! החוק הוא לא מה שכתוב בכללים.

* + - * + לדוג' כפר קאסם: הפקודות לא מעניינות את השופט ומה שהם עשו לא מוסרי ולכן יש להכניס את האנשים לכלא.
        + לדוג' אחרי עשר בלילה אפשר לחנות באדום לבן שכן לא אוכפים את זה ולכן זה החוק כי זה מה שקורה בפועל.
    1. מה שהתנועה הראליסטית רוצה להגיד היא שלא מספיק לדעת מה החוקים, הכללים או העקרונות אומרים, צריך לדעת מה קורה בפועל ולא בהכרח אם זה מסתדר עם הלוגיקה של המשפט.
       1. לא הגיון אלא ניסיון.
  1. **שפיטה**:
     1. חוק אינו חוק עד שהוא לא מופעל על ידי השופט.
     2. ההכרעה ממוקדת בעובדות ולא ב"שיקול המשפטי" (=שלילת ה- “Legal Reasoning”)
     3. ביסוס ההחלטה על הטיות ערכיות (אישיות או חברתיות).
     4. צריך להיות תפקיד גדול יותר **לשיקולי מדיניות חברתיים ומדעי החברה.**

"תיקי ברנדייס": (Muller v. Oregon, 208 US 412 (1908: לואי ברנדייס היה שופט בית משפט עליון בארה"ב ולפני כן היה עו"ד בוושינגטון והוא יצג את מדינת אורגון. אדון מולר היה בעל מתפרה אשר נתן לעובדים שלו לעבוד בערך 14 שעות ביום שבע ימים בשבוע. באותה תקופה קמה תנועה שמתנגדת לחופש החוזים אל מול הזכויות של העובדים. מדינת אורגון העבירה חוקים שהגבילו את שעות העבודה ואדון מולר הואשם שהוא עבר על חוקים עלו. אדון מולר תבע ואמר שהחוקים אינם עומדים בחוקה האמריקאית שכן זה פוגע בחופש הקניין. מדינת אורגון מטעם ההגנה נתנה עשרה עמודים עם טיעונים משפטיים ועוד 90 עמודים של טיעונים סוציולוגים. ומדינת אורגון זכתה. תיקי ברנדייס הוא שם לטענות אשר הם יותר טענות חברתיות ופחות טענות משפטיות.

**הגישה של הראליסט האמריקאי היא שמדיניות היא חלק מהנורמות המשפטיות והיא רכב ממרכיבי ההכרעה השיפוטית.**

* + - * + השופט סטיב אדלר – בדיני עבודה הגישה הזו מאוד רווחת. לדוג' בעניין של סודות מסחריים – בבוסטון עם חתמת על הסכם אז חייב לכבד אותו בקליפורניה לא. בפועל הפריחה הכלכלית הייתה בקליפורניה. הסיבה שלא אכפו את תניית הסודיות היא משיקולים כלכלים (בפועל לא ביטלו אך הגבילו את תניית הסודיות).
  1. **נשווה לגישות השונות**:
     1. **פורמליזם**: יש נורמה אחת מוכנה מראש (אפשר לומד זו גישה הפוכה מגישת הראליזם).
     2. **ריאליזם**: אין נורמה מוכנה – הכול תלוי הקשר חברתי. התשובה הנכונה תיבחן לאור כיצד זה ישפיע על החברה.
     3. **דוורקין**: דווקא חשיפת הערכים חושפת את הפתרון האחד - ישנו פתרון אחד לכל שאלה משפטית רק צריך לגלות מהו העיקרון.
  2. **שני מושגים חשובים בראליזם משפטי:** תת-/חוסר קביעוּת (indeterminism, underdeterminism):
     + 1. **ספקנות כללים (Rule skepticism):** הרעיון שהכלל המשפטי שלשון החוק אינה קובעת בהכרח או באופן בלעדי את התוצאה המשפטית (או שקובעת באופן חלש). יש המון דרכים להפעיל את הכללים. לדוג' בחוק כתוב שאסור לחנות אבל לא כתוב באיזה שעה.
       2. **ספקנות עובדות (Fact Skepticism): אין** "עובדות המקרה" באופן גולמי – יש משמעות מכרעת לדרך בה הן מוצגות {עדים, עורכי הדין, שופט, חבר מושבעים}. אפשר לתאר העובדות בהמון דרכים, השופט מסתכל על העובדות הרלוונטית, אבל מה רלוונטי הוא תלוי השקפה. כלומר, העובדות לבד לא קובעות כיוון שלא ברור מה יילקח בחשבון.

1. **תנועת הביקורת** כולל את השיעור של 31.12.2021
   1. **"המשפט הוא פוליטיקה"** 
      1. בשנות ה70 החלה תנועה שלקחה את הראליזם שלב אחד הלאה "תנועת הביקורת" – הטענה היא שמשפט הוא לא רק ניסיון או לוגיקה אלא פוליטיקה. **השימוש במושגים משפטיים "אובייקטיביים" נועד לשם חיזוק מעמדו של החזק ולשעבד את החלש והחינוך המשפטי נועד לשמר את מערך הכוחות בחברה**. לוקחים חוק שאמור להיות הכי פשוט לאדם הרגיל אבל אין יכולות להשתחרר מהנורמות המשפטיות לדוג' בחוק הסיוע המשפטי האזרחי – כתוב שמי שלא אושר לו יכול להגיש ערער לביתה משפט המחוזי וזה פרדוקס שכן הסיבה לבקש סיוע משפטי היא כי אין לי כסף להגיש תביעה. **בעצם הטענה המרכזית היא שהכללים המשפטיים שכביכול אובייקטיבים הם רוויים פוליטיקה.**
         * + תנועת הביקורת היא לא נגד הריאליזם היא גישה הנוצרה מתוך הראליזם ולקחה את הראליזם לכיוון מסוים.
      2. דוגמאות:
         1. חוזים כ"מפגש רצונות" – האם באמת יש מפגש רצונות כאשר יש חוזה אחיד? מעדיף את החזק.
         2. העדפת צדק מתקן על פני צדק חלוקתי (כלל נטל הראייה "המוציא מחברו עליו הראיה). מעדיף את החזק ולא אתה ניזוק.
         3. מקומה של זכות הקניין כזכות מוגנת.
         4. הגדרת שוויון – האם לוקחת בחשבון גם הבדלים דתיים, אתניים, חינוכיים?
         5. הגדרת אונס במשפט הפלילי (ביקורת פמיניסטית) – אולי צריך בכלל להתייחס לעוצמת הפגיעה ולא לסוג הפגיעה.
         6. לדוג' בארה"ב פעם היה מקובל שהיחידים שמצביעים הם גברים לבנים – זה היה האובייקטיבי, בפועל זה מלא בפוליטיקה.
      3. יכול להיות שגם בעתיד אנחנו נתסכל על חוקים שהיום נראים נורא אובייקטיבים ונבין כי הם היו רווים בפוליטיקה. בשונה מתנועת הביקורות הראליסט מסתכל על הנסיבות מסביב ולכן אם מישהו עני פגע ברכב יקר לא בטוח שישלם את מלוא התיקון. הטענה של תנועת הביקורת היא שכל הרעיון של צדק מתקן אינו רעיון נכון כי אי אפשר לתקן צדק. ומלכתחילה הרעיון של לקבוע שהפיצוי הוא לפי גובה הנזק הוא אינו רעיון מושגי נכון ואולי מלכתחילה צריך להשתמש בדיני הנזיקין כדי לגרום לשוויון חברתי ולא לצדק מתקן שכן הוא לא באמת מתקן במיוחד בנזקי גוף.
   2. **השוואה בין התנועות השונות**:
      * 1. **הפורמליזם** מדבר על המשפט כלוגיקה\הגיון.
        2. **הראליזם** מדבר על החוק כניסיון – מה קורה בפועל ולא מה קורה בספרים.
        3. **הביקורת** מדבר על המשפט כפוליטיקה (אין כוונה לא פוליטיקה של מפלגות) – המשפט הוא בפועל מושגים פוליטיים.
   3. **החינוך המשפטי נועד לשמר את מערך הכוחות בחברה** – משמר תבניות חשיבה במקום לבדוק מה עומד מאוחרי התבניות המשפטיות והאם מטרתם מוצדקת.
   4. הגישה הביקורתית לא אומרת שצריך להיות נגד המשפט, המטרה היא בקרה (ביקורת מלשון בקרה) – לבדוק כל הזמן האם ההנחות שאנחנו מניחים הם צודקות\נכונות.
   5. הראליזם הוא לאו דווקא הטוב יותר מהשניים – כי גם בפורמליזם יש ערכים של שוויון והפרדת רשויות. לעיתים ניסוח מדויק עושה צדק.

02.01.2022

# זכויות

1. **הקדמה:**

עורכי הדין הישראלים משתמשים המון במושגים של זכויות אך לא באמת מדברים על משמעות המנוח ולעיתים אפילו מרוקנים מתוכן את המשמעות עקב שימוש רב ואולי לא מדויק.

1. **ווסלי ניוקומב הופלד:**
   1. הופלד מפרסם כמה מאמרים וטוען שני טענות מרכזיות:
      1. **טענה א':** מערכת משפטית היא לעולם בין שני גופים/אנשים. קניין ביני לבין אין ספור אנשים וחוזים זה בני לבין קבוצה מוגבלת.
      2. **טענה ב':** ניתן לקחת את כל המשפט ולתרגם אותו ליחסים. את מערכת היחסים הזו על פי בחינת יחסים משפטיים מדויקים – עם מושגים משפטיים מדויקים, אטומיסטיים (אינם ניתנים לרדוקציה) – ועל ידי כך להימנע מטעויות בהבנת אופייה של מערכת זו. המשפט הוא יחסים בין אישיים וניתן לכמת אותם לשני סוגים של מערכות יחסים:
         1. מערכה ראשונה: **זכות, העדר זכות, חובה וחירות.**
         2. מערכה שנייה: **כוח משפטי, העדר כוח, כפיפות וחסינות.**

שני מערכות אלו מאפשרות לדבר על כל סוגי המערכות המשפטיות.

1. **זכות העידר זכות, חובה, חירות**:
   1. **זכות ⇦ חובה -** המושג זכות פרושו שמישהו חייב לי משהו. אם יש לי זכות לשכור דירה יש לבעל הדירה חובה להשכיר לי.
   2. **העדר זכות ⇦ חירות -** אם אין לי זכות המשמעות היא שלזולת יש חירות. אם אין לי זכות לשכור דירה משמע בעל הדירה חופשי לעשות מה שהוא רוצה עם הדירה.

לבני אדם יש נטייה לחבר בין הדברים לדוג' הזכות להשכיר דירה אומרת שיש לבעל הדירה זכות בכסף של שכר הדירה. המשפט הזה אינו יחידה אחת והוא מורכב מכך שיש לי זכות לדירה ולבעל הדירה חובה לתת לי לשכור. ובעל הדירה יש זכות לכסף ולי חובה לתת כסף**. צריך לזכור ולהדגיש כי לומר שאני זכאי\יש לי זכות פירוש הדבר שיש מישהו ממול שהוא חייב\ בעל חובה.**

* זכות שלא ניתנה על ידי החייב אפשר לאכוף בבית הדין. אולם חירות לא ממש, אלא אם כן יש ממש מניעה של החירות לדוג' סותמים לי את הפה. אך לא ניתן לתבוע רשת תקשורת שלא איפשרה לי לדבר בה.
  1. **זכויות דוגמאות**: 
     1. **זכות על פי חוזה לסחורה מסוימת ⇦ הצד השני חייב לספק את הסחורה.**
        + - זוהי זכות אישית (in personam): כלפי אדם/אנשים מסוימים.
     2. **זכות קנין במקרקעין ⇦ אחרים חייבים להימנע מפגיעה בבעלותי.** אפשר להסתכל על זכות זו בשני דרכים:
        1. זכות כלפי כל אחד ואחד מן העולם / חובה של כל אחד ואחד.
        2. זכות חפצית (in rem): זכות כלפי כולי עלמא / כלפי קבוצה בלתי מוגבלת.
           + לפי הוהפלד: אין לדבר על זכויות "בחפץ" או זכויות כלפי קבוצה לא מוגדרת – ניתן לפרק זכות זו לאינסוף יחסים בין בעל הזכות לבני אדם ספציפיים אחרים. זכויות הן תמיד מערכת יחסית בין אנשים ולכן אין דבר כזה זכות 'חפצית'. הזכות בקניין היא שלי אל מול כל שאר האנשים בעולם.
     3. **חופש [=חירות] הדיבור, אין לאיש זכות למנוע ממני לדבר.** על אף החירות ישנם הגבלות:
        1. אין לי זכות לדבר ולהפריע לאחרים המבקשים לדבר.
        2. אין לי זכות שיספקו לי את הכלים לדיבור זה.
           + למשל: אין לי זכות (במובן הצר, כזו שמטילה על האחרים חובה) להופיע בכלי התקשורת ההמוניים.

חופש הביטוי אינו זכות אלא חירות!

**כלומר בחירות יש לי חופש לעשות מה שאני רוצה אבל:**

**אין לי אפשרות לפגוע בחופש של האחר.**

**אין חובה על האחר לדאוג לכך שאצליח לממש את הזכות (מספיק שאינו מפריע).**

* + 1. **האם יש לי זכות לעבור ברמזור ירוק או חירות לעבור ברמזור ירוק.** מדובר בחירות ולא בזכות אני חופשיה לנסוע אם יש אפשרות כזאת, אבל לאף אחד אין חובה כלשהי כלפיי ברגע שיש לי אור ירוק.
    2. **האם להצביע זו זכות או חירות?** זו זכות שכן יש למדינה חובה לאפשר לי להצביע ולדאוג שאוכל להצביע. **לדוג' מביאים לאסירים קלפי לבית הכלא.**
    3. **חוק חופש המידע:** חוק זה הוא זכות ולא חירות שכן יש למוסדות חובה להעביר אלי את המידע. בכך כבר בשם של החוק יש טעות שכן היה צריך לקרוא לחוק "חוק זכות המידע".
  1. **האם חירויות משוריינות על ידי זכויות?** כלומר האם קיומה של חירות משמעה שיש חובה על אחרים לכבד את הזכות?
     1. **חירות= רישיון מתן רשות**. לדוג':
        1. אני יכול להעניק רשות למישהו להשתמש בדירה שלי, אבל אין זה מונע ממני לתת גם רשות למישהו אחר; יתכן ולא יוכלו לממש בו-זמנית (הדירה תהיה כבר "תפוסה" לסוף השבוע). אין בכך הפרה של הרשות שנתתי.
        2. רישיון נהיגה ≠ זכות (במובן הצר) לנהוג [=רק שמעתה הנהג לא ייחשב עבריין בעצם נהיגתו; לא התחייבנו לספק לו רכב ואסור לו להפריע לאחרים לנהוג].
  2. **המשך דוגמאות:**
     1. **זכות קדימה, האם זו זכות או חירות או דבר אחר**? ככול הנראה מדובר בהסדר תנועה, המשתמש בשפה של זכויות על דרך "ההשאלה". שכן אין כאשר יש לי זכות קדימה אין חובה לאחר לתת לי אותה (אני לא יכולה לתבוע אדם בבית משפט שלא נתן לי זכות קדימה). כלומר כנראה מדובר ב"חירות קדימה" – 1. אסור לאף אחד להפריע לי לקבל את החירות אך גם אסור לי להפריע לאחר. 2. אין חובה על אף אחד לדאוג שאקבל זכות זו ואני לא יכול לתבוע אותה ממישהו.

1. **מי מחליט אם קיימת זכות או חירות או לא כלום? זו שאלה נורמטיבית:**
   1. **פוזיטיביסט**: החלטת המחוקק.
   2. **משפט טבע**: קיימות זכויות טבועות גם ללא מעשה חקיקה. לדוג' זכות של תינוק שאימו תאכיל אותו.
2. **כוח משפטי – כוח, העדר כוח, כפיפות, חסינות**:
   1. **כוח משפטי ⇦ כפיפות.** כאשר אני משתמשת בכוח משפטי האחרים כפופים לזה.
      1. יש לי כוח לצוות את נכסיי לאחר מותי ⇦ יורשיי כפופים לתוצאות הצוואה. אדם מעניק את כל כספו לעמותה ולא ליורשים. היורשים כפופים למה שהצוואה קבעה והצוואה היא כוח משפטי.
      2. יש לי כוח משפטי למכור או להפקיר נכס ⇦ בכך אחרים כפופים לתוצאות מעשיי.
      3. יש כוח לזוג ליצור יחסי נישואין ביניהם (גם אם באיסור) – האחרים כפופים לתוצאות הנישואים. אולם, אין כוח לזוג ליצור יחסי נישואין ביניהם אם האישה כבר נשואה.
   2. **העדר כוח ⇦ חסינות.** אם אני חסינה הכוונה שאי אפשר להשתמש כנגדי בכוח משפטי.
      1. חסינות דיפלומטית: אין כוח להעמידו לדין - "שאין בכוחו של בית המשפט להטיל עליו חיוב כלשהו או לשלול ממנו זכות מזכויות החופש שבידו" (ע"א 22/56 כהן נ' קצין התגמולים).
      2. כוח: למפקד הגיוס יש כוח לגייס אזרחים;
         * + חובה: אם יגויסו – מוטלת עליהם להתייצב;
           + חסינות: אין כוח לגייס בעלי פטור.

06.01.2022

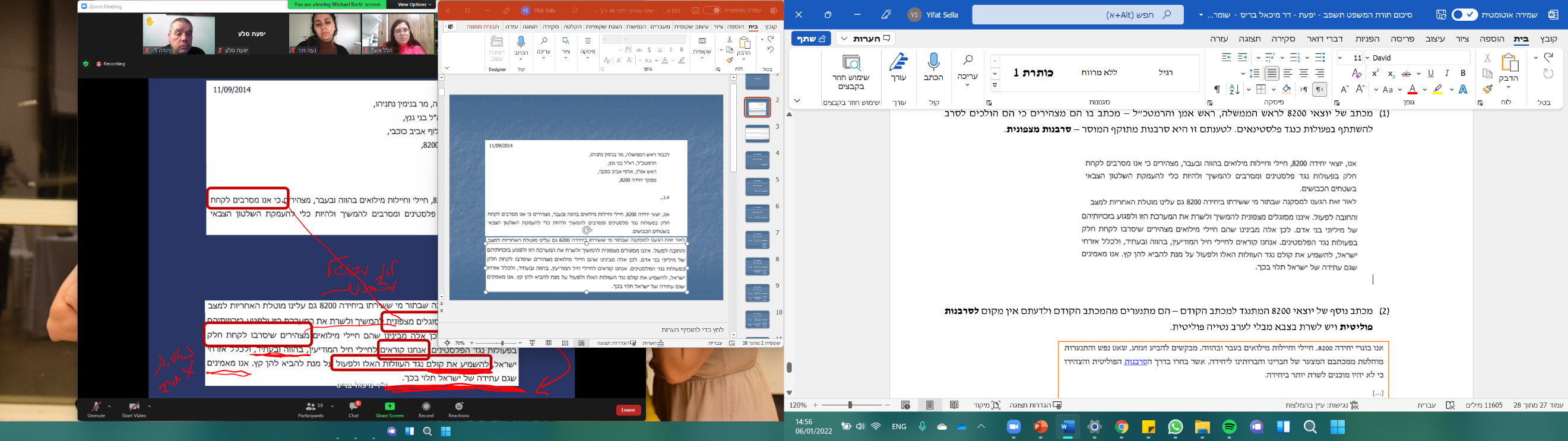
**שלוש שאלות שנעסוק בהם בשיעורים הקרובים:**

* 1. מה קורה שמשפט מתנגש עם המוסר – שאלת הסרבנות?
  2. מה קורה כאשר ישנה חובה מוסרית לציית לחוק?
  3. האם נכון\ראוי להשתמש בחוק (הפלילי) כדי לאכוף את המוסר?

# גבולות הציות - משפט ומוסר חלק א'

1. **מה קורה שמשפט מתנגש עם המוסר – שאלת הסרבנות?**
   1. ישנם שלושה סוגים מרכזיים של סרבנות: סרבנות היא עבירה על החוק.
      1. **סרבנות מצפונית**:–
         1. **מניע** מצפוני
         2. הסרבנות נוגעת לאדם עצמו (כלפי פנים), כי הוא לא מסוגל לעשות את הפעולה.
         3. מדובר במקרים בודדים.
         4. **בעיה**: בעיה מקומית הנוגעת לאדם \ קבוצה של אנשים ועלולה בשל כך להפוך לשכנוע.
         5. המדינה יותר סלחנית כלפי זה, שכן זה מקרים בודדים ואין רצון לדרוס את צו המצפון של אדם.
      2. **מרי אזרחי**:
         1. **מניע** של שכנוע, ברגע שלא נציית למשהו באופן קבוע זה יוביל לשינוי חברתי.
         2. הטענה היא שגם אחרים צריכים לסרב. זה לא רק כי אני לא מסוגל אלא כי אני רוצה לשנות משהו במערכת. אבל עדיין יש נאמנות למערכת והרצון הוא רק לשנות בה דברים מסוימים.
         3. מרי יכול להיות משהו שנעשה על ידי אדם אחד ויכול להיעשות על ידי רבים.
         4. **בעיה**: ניסיון לעקוף את הדרכים המוסדיות.
      3. **מרד**:
         1. תיגר על המערכת עצמה.
         2. **בעיה**: בעיה קשה מאוד שכן זו פגיעה במערכת עצמה.
         3. המערכת לא מקבלת בקלות את המרדן, כי הורס את המערכת מבפנים.

בכללי אפשר לומר כי **מדובר בסקאלה**- סרבנות מצפונית יכולה לבסוף להפוך לפוליטית שכן מובילה לשכנוע ומרי לבסוף יכול להפוך לפגיעה במערכת שזהו מרד, תלוי מה העוצמה של הניסיון לעקוף את הדרך המוסדית. ככול שהתנועה הסרבנית תהיה יותר גדולה ויותר משפיעה ככה למדינה תהיה פחות סובלנות כלפיה. לדוג' במרד – המדינה מאפשרת לו לקרות כל עוד מדובר בקבוצה זניחה של משפיעה הרבה. אבל אם זה באמת משפיע על החברה והשלטון אז המדינה תהיה פחות סובלנית. כלומר משקל הסירוב משפיע על ההשלכות של הסירוב והתערבות המדינה.

* 1. שני מקרים:
     1. מכתב של יוצאי 8200 לראש הממשלה, ראש אמן והרמטכ"ל – מכתב בו הם מצהירים כי הם הולכים לסרב להשתתף בפעולות כנגד פלסטינאים. לטענתם זו היא סרבנות מתוקף המוסר – **סרבנות מצפונית**.
     2. מכתב נוסף של יוצאי 8200 המתנגד למכתב הקודם – הם מתנערים מהמכתב הקודם ולדעתם אין מקום **לסרבנות פוליטית** ויש לשרת בצבא מבלי לערב נטייה פוליטית.
  2. **שני מכתבים אלו מציגים מקרה אחד, כאשר כל צד רואה את סוג הסרבנות כסרבנות שונה:**
     1. המכתב הראשון נזהר מאוד ממה שהוא כותב על מנת לא להיראות כאילו מדבור בסרבנות פוליטית או מרד. הם משתמשים במילים כמו "אני לא מסוגל מבחינה מצפונית"; "קורא לכם להשמיע קול" -לא קורא לאנשים לסרב אלא להפגין על העוולות ולהפגין זה חוקי; "מאמינים כי עתידה של מדינת ישראל תלוי הכך" – מאמינים במערכת וכן אינם מורדים. עם זאת על אף שעל הנייר לא מדובר בסרבנות במהות זו סרבנות, שכן המכתב יוביל אנשים למרי אזרחי ולסירוב צבאי. לכן, יש חשיבות לתמונה הכללית ולא רק למילים.

חשוב לשים לב עד כמה זה נועד לשכנע לעומת פנימי וכך נוכל לבחון האם זה מצפוני או פוליטי.

* + 1. המכתב השני אומנם משתמש רק במילים סרבנות פוליטית, אך הוא גם טוען שישנו מרד על ידי שימוש במילים "ומבקשים לקעקע את פעולותיה והישגיה בהגנה על ביטחון המדינה ותושביה".
  1. **האם ישנה זכות למרי אזרחי?** 
     1. לפי השיעור הקודם כדי לדעת אם יש זכות יש לבדוק האם יש חובה. שתי גישות לאם יש זכות למרי אזרחי או לא:
        1. **גישה א ' - יש זכות:** יש זכות והמשמעות היא **שחייבים להתחשב** גם אם מי שמורד **טועה** (בדומה לחופש הביטוי, חופש ההצבעה).

הכלל: חובה לא להתערב. לדוג' זכותי להצביע לאיזו מפלגה שאבחר גם אם זו מפלגה לא טובה.

* + - 1. **גישה ב' - אין זכות**: אין זכות, אנחנו בוחנים את התוכן. הרעיון של מרי אזרחי מטרתו לשכנע באמצעות עבירה על החוק. הפעולה עצמה אינה זכות אך אם הצלחתי היא לשכנע את השופט (או מי שרלוונטי במקרה) כי היה מוצדק לעבור על החוק אז המרי היה מותר.
      2. **האם יש תנאים למרי אזרחי ולאיזה גישה זה מתאים**?
         * ברק - לטענת ברק ישנם תנאי סף למרי אזרחי לדוג' - מרי לא יכול להיות אלים או למטרות רווח, כאמצעי אחרון. עצם הרעיון של תנאי סף מראה כי ישנם תנאי סף לקבל הזכות. זו היא רשימה שמניחה שישנה זכות כלשהי במידה ועמדת בתנאים. גישה זו תואמת את הגישה של **יש זכות.**
         * רז – לא מדובר בזכות, שכן אם יש תנאי סף זוהי לא זכות – מותר לעשות מרי אזרחי במקרים מסוימים אבל זו אינה זכות. זכות היא גם כאשר אדם טועה. השאלה היחידה היא האם מי שעשה מרי צודק או לא. הצ'ק ליסט לא מעניין, העניין הוא האם הצלחת לשכנע. לא משנה אם עמדת בדרישות או לא יש לבדוק לגופו של עניין.

09.01.2022

1. **האם יש חובה מוסרית (לכאורה) לציית לחוק?**
   1. שלושת יסודות לביסוס החובה לציות החוק – חיים גנז: **אסירות תודה, הגינות, הסכמה**:
      1. **אסירות תודה:**
         1. טענות בעד: האדם הוא תוצר של החוקים שחלים עליו ולכן הוא "חייב להם" את ציותו.
         2. טענות נגד:
            * מי זה "להם"? לחוקים? (האנשה, מטפורה) לריבון? לחברה? – יש כאן בעיה חוק הוא לא אדם, לכן קשה לומר שאני אסירת תודה לחוק. לדוג' למרות שרמזור מציל את חיי קשה לי להגיש אסירות תודה כלפיו.
            * יש הבדל בין אדם חייב לעשות דבר כלשהו לבין אדם שעושה לנו מעשה כטובה – המושג של אסירות תודה היא אל מול מישהו שלא חייב לעשות משהו בעבורך – חוקים זה חובה ולכן קשה להרגיש אסירות טובה.
            * אסירות תודה (כמו כפיות טובה) – נגזרת מכוונת עושה הטובה, לכן רלוונטי רק מול בני אדם.
            * מאזן הטובה / החובה הנדרשת (מקרים פרטיים לעומת כלליות החוק) – לא כל אחד מקבל את הטוב, ישנם אנשים שלא קיבלו מהמדינה שפע. כלומר, הטובה שהחוקים נותנים היא לא תמיד לטובת כל אדם ולא בכל פעולה.

אם כך המתנגדים טוענים שאי אפשר לבסס את ציות המוסרי לחוק על פי אסירות תודה.

* + 1. **הסכמה:**
       1. בעד: הבסיס נובע מהסכמות -

הסכמה שבשתיקה, הסכמה מכללא, מעין הסכמה.

הסכמה היפותטית, הסכמה היסטורית.

* + - 1. נגד: בעצם, מתי ואיפה בדיוק התרחשה ההסכמה? צריך להוכיח שני דברים:

אירוע היוצר צפייה והסתמכות

רצון + בחירה ליצור את הצפיות וההסתמכות

איך נוכיח הסכמה?

קשה לומר שיש אירוע היוצר צפייה והסתמכות בהסכמות הקיימות בס' **ב.**

קשה לומר לגבי ההסתכמות בס' **א** שיש רצון ובחירה: אפשר לומר עצם העובדה שאני נשארת לגור כאן אני מסכימה לחוקים. זה בכלל לא מדויק – אולי אין לי כסף לעזוב. אולי אני רוצה לחיות כאן תחת משטר אחר, אני לא חייב או רוצה ללכת רק בגלל שאני לא מסכים עם החוקים. אולי זה חלק מהזהות שלי להיות כאן.

האם השתתפות בבחירות מעידה על הסכמה? גם כאן זה בעייתי, אם אני לא אשתתף בהצבעה יהיה רוב נגד הדברים שאני רוצה כי לא השתתפתי. לכן לעיתים אני אשתתף לא כי אני מסכים אלא כי זה האופציה הפחות גרועה.

* + 1. **הגינות:**
       1. **מודל עשיית עושר ולא במשפט – קיבלת שילמת**
       2. חלוקה צודקת של נטלים: השתתפות ברווחה הכללית תוך חלוקה שווה של עלות ייצורה (כאן: קיום של מערכת חוקים).
  1. **מה המכנה המשותף של שלושת הדברים שהזכרו**? בכולם חיפשנו האם קיימת חובה והאם יש רצון.
     1. **מודל החוזה**
     2. **עשיית עושר**
     3. **אסירות תודה**

13.01.2022

1. **האם נכון\ראוי להשתמש בחוק (הפלילי) כדי לאכוף את המוסר?**
   1. **כאשר ישנה פגיעה בזולת** – לא מתעוררת שאלה האם המשפט צריך להתערב, כי ברור שמטרתה משפט היא הגנה על הזולת.  **האם ישנם דברים שאינם מוסריים שאינם פוגעים בזולת?**
      * 1. צריכת סמים, אם זה לא סחר אולי זה לא עניין מוסרי מכיוון שזה בחירה של האדם ויותר עניין של הגנה מפני כך שאולי אדם שישתמש בסמים מועד לעבור על יותר חוקים.
        2. העלמת מס – אין קורבן ברור, אבל עדיין ישנו קורבן.
        3. פורנוגרפיה או זנות – האם יש קורבן, אולי אפשר להגיד שאם זה בהסכמה אין קורבן. מצד שני קשה להגיד שיש הסכמה כי יש מניפולציה או קושי כלכלי שלא נותן להם בחירה אמיתית לבחור.
        4. התעללות בבעלי חיים – האם חיה היא קורבן?
   2. **שתי גישות**:
      1. **גישתו של דבלין (גישה שמרנית):** מותר להגן על אותו סט של ערכים שמאפיינים אותנו. לשמור על אורח החיים שלנו. לכן אם מדינה תנסה לכבוש אותנו והדבר היחיד שהיא תרצה לשנות אצלנו את הערכים שלנו, מותר לנו להילחם כי זו הגנה על המוסר. דבלין טוען שכמו שמותר לנו להגן החוצה מותר לנו להגן פנימה כדי לשמור על סט הערכים שלנו. לכן החוק הפלילי יכול להגן גם על מוסר שאינו מהווה פגיעה שכן זו שמירה על סט הערכים המוסריים שלנו. לכן **החוק הפלילי יכול להגן גם על מוסר שאינו מהווה בהכרח פגיעה בזולת**, שכן זו שמירה על סט הערכים המוסריים שלנו.
      2. **גישתו של הארט:** מבין שאפשר להגן מפני שינוי כוחני מבחוץ. מה לגבי שינוי מבפנים? הארט מבדיל בין שתי מושגים של מוסר:
         1. סוגיות מסוריות בהם יש סיבה טובה - **מוסר אנליטי**, כלומר, הסבר למה זה נכון מבחינה מסורית. כמו למשל פגיעה. כאשר יש פגיעה ברור שהדבר אינו מוסרי ולכן צריך לאכוף את זה כדי למנוע את הפגיעה. בעבר, זנות והעבירות הנלוות לה, נתפשו כפגיעה במוסר, אבל כל עוד התקיימו בין בגירים בהסכמה ובצנעה, הם לא נתפסו כמעבר לכך. **עם השנים התפתחה ההכרה שגם כאשר קיימת "הסכמה", ברוב המוחלט של המקרים, מדובר בניצול** קיצוני ויש לראות בנשים כקורבן לעבירות אלימות
         2. לעומת **מוסר הסכמי**. אם למוסכמות אין סיבה, לא יהיה אפשר להצדיק את מה שיש היום על פני מה שהיה פעם. לכן אסור לפגוע כדי לשמור על מוסכמה. גם אם נכון להגן על ערכים אלו (מוסר הסכמי) – **אין הצדקה** להשתמש בכלי הפלילי הפוגעני, המתאים להגנה על קבוצת ערכים מסוימת (הגנה על חיים, חירות, שם טוב, רכוש), ופוגע בערכים אלה עצמם (ע"י כליאה, קנס, גזר דין – הצדקת המדינה היא הגנה מפני פגיעה...) הארט סבור **שכדי להגן על המוסר, יש להשתמש בכלים מתאימים - כמו חופש הדיבור והשכנוע, חינוך וכו'.** יתכן שע"י העדפות מנהליות (סבסוד תכניות חינוכיות וכדומה).

סט הערכים שאנחנו רוצים לשמור עליו הוא לדוג' רכוש, שם טוב וחירות ולכן אסור לגנוב, להוציא דיבה, או לכלוא מישהו. אז איך זה הגיוני שבשם אותם ערכים המדינה לוקחת מיסים, עושה מרשם פלילי וכולאת אנשים בכלא? ההצדקה של המדינה היא הגנה מפני פגיעה. מה קורה שאין פגיעה? ככול הנראה אין הצדקה לשימוש בפגיעה ואז אולי צריך שכנוע, הטפה או חינוך.

**מבחן:**

**מבחן רב בררתי (אמריקאי).**

**ושתי שאלות פתוחות.**

**חשוב לשים לב שיש מושגים מבלבלים: לדוג' ראליזם משפטי וראליזם חברתי – שני מושגים שונים לגמרי!**