**תורת המשפט – מחברת קורס**

**פרופ' יאיר לורברבוים**

**שיעור 1 – 25/10/22**

**במה עוסקת תורת המשפט?**

תורת המשפט עוסקת ברעיונות ובמושגים שמצויים בכל ענפי המשפט, למשל:

* חובה משפטית, נורמה משפטית
* כלל משפטי, עיקרון משפטי
* הנמקה משפטית, פרשנות משפטית, טיעון משפטי
* תקדים – מצב בו ביהמ"ש פוסק במקרה שבא לפניו, ואותו מקרה הינו מקרה שביהמ"ש לא מחיל עליו את ההלכה באופן מכני, אלא שזה דורש יצירת פסיקה חדשה שאיננה מופיעה בחוק. זה הופך להיות תקדים גם כי זה מחייב את הצדדים, וגם כי זה הופך להיות הלכה מחייבת כלפי כל מקרה דומה בעתיד. האם זה יוצר קשיים? למה משתמשים בדוקטרינת התקדים המחייב? התקדים מעורר שאלות רבות.
* לקונה – קשור לתקדים. לקונה היא מצב בו מערכת חוקים מסוימת מכילה חסר. כלומר, החוקים לא מסדירים חוקים מסוימים. האם כל מקרה שלא הוסדר על ידי החוק הוא חסר?
* זכות משפטית, חירות – זכות קיימת בכל ענף משפטי. מושג זה מעורר לא מעט שאלות.
* צדק – מה ההבדל בין טוב לצדק? אריסטו ואפלטון כתבו על זה הרבה. המושג צדק שונה מטוב בכמה הקשרים:
1. חלוקה – כל אימת שיש דבר העומד בחלוקה, נשאל האם החלוקה צודקת או לא (צדק חלוקתי). נבחן האם יש קריטריון מסוים שלפיו נעשה צדק עם אלו שעונים על אותו קריטריון
2. עונשים או פיצויים – צדק מתקן. יש עונש מוצדק (עונש מותאם לעבירה) ויש עונש לא מוצדק. פיצוי מוצדק (מותאם לנזק) או פיצוי לא מוצדק. מדברים על פרופורציות בין הנזק לפיצוי, וכן הלאה.

למה המונח צדק כל כך מרכזי למשפט? אנו יודעים שאחת ממטרות המשפט הוא לעשות צדק. רוב החוקים תפקידם לעשות טוב. הפעלת החוקים נועדה לרוב לעשות צדק. לפעמים יש החלטות שהן טובות אך לא צודקות, ולפעמים יש החלטות שהן לא טובות אך צודקות. לדוג', ישנם 10% מקומות שמורים לאנשים ממגזר אחר בלימודי הרפואה. מדובר במצב טוב שאנו רוצים לקדם מגזר אחר, אך יחד עם זאת אין זה צודק.

**צדק קשור במישרין למשפט**. באיזה אופן המשפט עושה צדק, אילו חוקים קשורים לצדק שהמשפט עושה וכו'. כך גם במושג 'טוב'.

כשמדברים על טוב, מדברים על מצבי עניינים שיש לפרט מסוים שמביאים לו יותר תועלת, אושר, הנאה, פחות סבל. כאשר מצבו של הפרט מוטב. **תפקיד המשפט הוא לא רק לעשות צדק, אלא גם להרבות ב'טוב'.** באילו הקשרים? למשל, לרדוף הומואים זה דבר רע.

* מקורות המשפט: חקיקה, פסיקה, מנהג. פעמים רבות אנו עוסקים במקורות הנורמות המשפטיות.
* חובת הציות לחוק – האם ישנה חובה מוסרית לציית לחוק? זו שאלה שדנו בה רבים. נעשה מאמץ לא קטן כדי להסביר את השאלה. מה זאת אומרת האם יש חובה לציית לחוק? שאלה זו נוגעת לכל אחד מענפי המשפט.

הערה על מינוח

* תורת המשפט – jurisprudence (יוריספרודנציה – חכמת המשפט, תורת המשפט)
* תיאוריה של המשפט – legal theory
* פילוסופיה של המשפט – philosophy of law

מה ההבדלים בין תורה לפילוסופיה? יש לא מעט חפיפה בין התחומים האלו. אולם קיים שוני:

* תורת המשפט – יכולים להיות דוקטרינות משפטיות שנוגעות **לדברים הקשורים למשפט**. למשל, מהו עיקרון משפטי, סיבתיות משפטית, צדק. זה לאו דווקא פילוסופי ומתוחכם.
* פילוסופיה – לוקחים את המושגים ומתחילים **להעמיק בהם.** מנסים לברר אותם, להגדירם באופן עמוק יותר, להבחין ביניהם. ברגע זה, גולשים לצורת חשיבה פילוסופית.
* התיאוריה של המשפט נוגעת בד"כ למערכת המשפט בכללותה. למשל, הגישה הכלכלית בחוזים/נזיקין וכו'. **תפקיד התיאוריה לגאול את המשפט מאי צדק**. למשל, תיאוריה מגדרית.

הקורס יידון במושגים הראשוניים (התורה) וכשנעמיק בהם, נעסוק בפילוסופיה.

נושאים לדיון

1. **מהו חוק?** שאלה עמומה, ולכן עלינו לפרק אותה לכמה שאלות משנה. אחת משאלות השמנה שנעסוק בה היא מהו היחס בין המשפט והמוסר. נצטרך להגדיר למה אנו מתכוונים באומרנו 'משפט' ו'מוסר'. זו שאלה שתהווה את נק' המוצא לדיוננו.
2. **מטרות החוק –** האם למערכות משפט יש מטרות מסוימות שניתן להגדירן, והאם ניתן לנסחן בצורה בהירה, בהשוואה למטרות שאינן חלק ממה שהמשפט רוצה להשיג? מה המשפט רוצה להשיג? התשובה לשאלה תתמודד בנוסף עם השאלה אילו מטרות המשפט לא שם כנגד עיניו.
3. **גבולות המשפט והחוק** – בהקשר זה ייתכנו מערכות משפט עם מטרות מסוימות, ומערכות משפט עם מטרות אחרות, שונות. המשפט לא יקבע עם מי נתחתן, מה נלמד וכו'. האם ראוי שהיא תקבע מה נלמד? יש וויכוחים רבים לגבי השאלה האם תפקידה של מערכת המשפט לקבוע דברים אלו.
4. **תיאוריה של שפיטה** – הנמקה משפטית, פרשנות משפטית, שיקול דעת שיפוטי (במה הוא שונה משק"ד כללי?), תקדים משפטי.
5. **מושגים משפטיים** – מהי זכות, חירות וכו'.
6. **שלטון החוק** – במה שונה שלטון החוק ממערכת שאין בה שלטון חוק? למה מתכוונים כשאומרים שלטון חוק? מדוע מבחינים בין שלטון חוק לשלטון בני אדם?
7. **צדק**
8. **האם ישנה חובה מוסרית לציית לחוק**
9. **פורמליזם משפטי**

**שיעור 2 – 27/10/22**

**מהו החוק?**

לחוק יש כל מיני היבטים בנושאים שונים. כדי להבין שאלה זו, יש לפרק אותה לשאלות שונות:

1. **מה ההבדל בין מוסדות חברתיים דמויי חוק (למשל, מוסר, דת) למערכת המשפט (המוסד החברתי – חוק)?**

אנו מכירים בחברה, ובאופן כללי, מערכות רבות שהן דמויי חוק. למשל, **המוסר.** המוסר גם הוא צורת חשיבה ומערכת שהיא די דומה למשפט. לא תמיד קל לענות על השאלה האם כל שאלה משפטית היא שאלה מוסרית, האם יש הבדל בין חשיבה מוסרית למשפטית. אם נבחין ביניהם, נצליח להבין גם מה מייחד משפט.

נדבר על מוסר בשני אופנים:

* מוסר נוהג – מה, כעניין של עובדה, קבוצות חברתיות מסוימות, מדינות מסוימות וכו', חושבים בענייני מוסר. **מה הנורמות המוסריות שרווחות בחברה מסוימת.** דפוסי המחשבה או ההתנהגות, החשיבה המוסרית, שרווחים בחברה מסוימת בחברה הישראלית.
* מוסר אידיאלי – טענות שאנשים טוענים על אודות **מה ראוי ומה לא ראוי בענייני מוסר**.

נניח שיש שתי חברות שזהות לחלוטין מבחינת מערכת המשפט הנורמטיבית, התוכנית שלהן. למשל, מדינת ישראל כשקמה אימצה את החוקים הבריטיים. מבחינה מסוימת, מדובר באותה מערכת משפט. אולם, באותה עת וגם היום, לא חיים לפי מערכת המשפט הבריטית, אלא לפי מערכת המשפט הישראלית. איך יכול להיות שיש מערכת משפט הזהה מבחינת תוכנה הנורמטיבי למערכת משפטית אחרת? למרות הזהות הגמורה בתוכן, ישנה הרגשה שנוצרה מערכת משפט חדשה. כדי לענות על שאלה זו, נצטרך להבדיל בין הקוד המוסרי הרווח בישראל, לבין מערכת המשפט בישראל. אם חושבים לעומק, הנורמות המוסריות משולבות בעומק מערכת המשפט ולכן קשה לבצע את ההבחנה. האמנם?

* יש לשים לב שכאשר אנו מדברים על מוסר נוהג במובן של דפוסי התנהגות שנתפסים כמחייבים מבחינה מוסרית, זהו דבר השונה מטענות שאנשים טוענים בתחום המוסר האידיאלי.
* **חשוב!** כאשר אנו דנים ביחס בין המשפט למוסר, השאלה מתחלקת לשתיים: **(א)** מה היחס בין המשפט למוסר הנוהג? **(ב)** מה היחס בין המשפט למוסר האידיאלי? מדובר בשתי סוגיות נפרדות, ולכן לכל אחת תהיה תשובה משלה. כמעט כל פרט מסוים בחוק, יש בו היבט מוסרי ורצון לשפר את המצב הקיים.
1. **מה ההבדל בין חוק מוסרי/משפטי לבין חוק טבע פיזיקלי (או חוק מתמטי)?**

משתמשים במונח חוק בכל מני הקשרים – בהקשר של חוקים מתמטיים, חוקי טבע, חוקים פיזיקליים וכו'. משתמשים גם במושג חוק בהקשר של מוסר. נשאלת השאלה, אם מדובר באותו מונח בשני התחומים, מה ההבדל בשימוש במונח 'חוק' בתחום הפיזיקלי, לבין שימוש במושג 'חוק' בתחום המוסרי/משפטי? האם למילה יש את אותה משמעות?

מה ההבדל בין **חוק מוסרי** לבין **חוק פיזיקלי**?

האמרה שההבדל ביניהם מתבסס על כך שמוסר הוא דבר 'סובייקטיבי' שכל אדם מחליט לעצמו, ותופעה פיזיקלית הינה קבועה – אינה נכונה. כשמפעילים שיקול דעת מוסרי, מפעילים חשיבה רציונלית. כאשר מגיעים למסקנה שכך ראוי, **לא נוכל להגיע למסקנה אחרת.** אותו הדבר מתבצע בחוקי טבע – המסקנה אותה המסקנה. זה שיש אדם אחר שחושב אחרת, אין זה משנה את המסקנה. שיקול הדעת המוסרי אינה תלויה בנו, אלא היא נובעת מחשיבה רציונאלית. חשיבה רציונאלית אכן **יכולה להשתנות על פני זמן.** אולם, בסופו של דבר, כאשר ישנו חוק מוסרי/פיזיקלי, הוא המסקנה הסופית לאותה עת. למשל, בעבר האמינו שנכון מוסרית לרדוף הומואים. כיום הדעה השתנתה. במקביל, בעבר חשבו שהסיבה לכך שאבן נופלת לאדמה נובעת ממשיכה ארוטית. לאורך הזמן הבינו שהדבר נובע מחוק הכבידה.

**ההבחנה היא כזו**: חוק טבע, התכונה שלו היא שהוא חוק מתאר. תפקידו **לתאר תופעות בעולם.** חוק מוסרי אידיאלי אינו מתאר את האופן שבו אנשים פועלים. חוק מוסרי קובע איך אנשים צריכים לנהוג. **חוקים מוסריים מהותם לצוות על התנהגות החברה** (חוקים דספרקטיביים לעומת פרספקטיביים).

חוקים מוסריים במובן האידיאלי מצווים איך עלינו לנהוג. יש אנשים שיפרו אותם. אם אנו חושבים שלא ראוי לרדוף הומואים אנו אומרים שאסור לפגוע בהם. האם כולם מכבדים חוק זה? לא. האם זה חל על כולם? כן! זה שאנשים פועלים בניגוד לחוק המוסרי לא חותר תחתיו.

טענות מתחום המוסר יכולות לחתור תחת חוק מוסרי. למשל, ישנה טענה שעשויה לגרוס שיש להמית הומואים. זו טענה שעלולה לחתור תחת החוק המוסרי.

**שיעור 3 – 03/11/22**

1. **מהו חוק בנסיבות מסוימות?**

למשל, האם מלגת מחייה שסטודנט ישראלי מקבל בישראל במהלך שנות לימודיו חייבת במס הכנסה? בעצם, אנו בודקים מהו החוק בנסיבות מסוימות הנוגעות לנושא מסוים.

לכאורה, שאלה זו פשוטה להבנה, על אף שלא תמיד קל לענות על השאלה 'מה אומר החוק בנסיבות מסוימות'. בד"כ גם התשובה אמורה להיות יחסית פשוטה.

העניין הוא שכאשר אנו שואלים שאלה זו, עולות שאלות עקרוניות. להלן אחת מהן:

האם כשבאים לענות על שאלה זו, כל שאנו צריכים לעשות זה לגלות סוג מסוים של 'עובדה חברתית', 'עובדה בעולם' (כגון מה פסק ביהמ"ש, למה המחוקק התכוון וכו')? יש שיטענו שכדי לתת תשובה לשאלה מה אומר החוק, אנו לא מתעניינים רק בבירור עובדות חברתיות מסום מסוים (מה הכנסת חוקקה, מה פסק ביהמ"ש, באיזו ערכאה וכו'), אלא עלינו להתחשב גם בשיקולים מסוג אחר (כגון שיקולי צדק, מה נכון, מה ראוי, מה טוב). אלו חלק מהשיקולים שעלינו לקחת בחשבון כאשר אנו עולים על השאלה 'מהו החוק'.

יש שיטענו כי אין זה רלוונטי להכניס שיקולים וכך להגדיר את החוק. אולם, אנו רואים שברוב המקומות, וכמעט בכולם, מפעילים שיקולים נוספים מלבד מה שכתוב פורמלית בחוק. למשל, שיקולים הנוגעים לצדק, מוסר, מה ראוי וכו'. אם המצב הוא כזה, אז התשובה לשאלה מהו החוק היא מורכבת יותר.

אנו נראה שהוויכוח הזה מגדיר את הוויכוח הקלאסי בין גישות פוזיטיביסטיות לבין גישות נון-פוזיביסטיות.

נחזור לשאלה שבה עסקנו בשיעור הקודם:

**מה ההבדל בין חוקי משפט/מוסר לבין חוקי טבע?**

1. חוקי טבע הם חוקים מתארים (דספרקטיביים), לעומת חוקי מוסר שהם חוקים מצווים (פרספקטיביים).

חוק מוסרי מצווה ואומר מה לעשות בנסיבות מסוימות. **הוא מכוון התנהגות**, מספק קנה מידה להערה של התנהגות.

חוק פיזיקלי מתאר **תנאי טבע שאינם ברי שינוי**.

בעצם, חוק פיזיקלי וחוק מוסרי מתקיימים תמיד. אולם בחוק מוסרי האדם יכול להחליט לעבור עליו, ואילו חוק פיזיקלי מתקיים לעד. לדוג', אדם יכול לרצוח. החוק עדיין עומד בעינו אך האדם עבר עליו. על חוק פיזיקלי לא ניתן לעבור.

חשוב לציין, אנו כיום מאמינים שרדיפה אחר הומואים הינו דבר פסול. זה שבעבר ראו זאת כדבר ראוי, זה לא הופך לדבר ראוי. זה עדיין פסול, אך השקפת העולם אז הייתה אחרת. המסקנה היא אותה מסקנה – פעולה זו היא פסולה ומגונה.

1. בניגוד לחוקים פיזיקליים, על חוקי מוסר ומשפט אנו חושבים במונחים של טעמים, של תכליות, מטרות. כאשר אנו מנסחים חוק מוסרי, יש לכך תכלית. בעצם, כל כלל מעשי שנקבע יש מאחוריו הצדקה, מטרה. לעומת זאת, על חוקי טבע אנו לא מחפשים לו תכלית. אין כאן דיבור על צודק/לא צודק. אנו בעצם מקבלים חוקי טבע כאקסיומה, ואנו לא מחפשים לכך הצדקה.

לדוג', 'עסקה במקרקעין טעונה במסמך בכתב'. 'לא תחסום שור בדישו'. 'לא תגנוב'. 'לא תחמוד'. לכל אלו יש טעמים ותכליות. יכול להיות וויכוח על התכלית, ויכולות להיות גם תכליות.

ניתן לדבר גם על נפרדות החוק מטעמו.

**המשותף לחוקי טבע ולחוקי מוסר: הכללה**

חוק טבע, בהתקיים תנאים מסוימים, כך תמיד יקרה, בשל העובדה שעל העולם שולטים החוקים האלה. החוק מאפשר לנו ליצור הכללות במובן של מה יקרה – למשל, בחורף קר.

חוקי מוסר, בהתקיים נסיבות מסוימות, כך תמיד צריך (חובה) להתנהג. בעצם הם מכלילים מה צריך וחובה לעשות.

יש הסבורים כי יסוד ההכללה הופך את המוסר לרציונלי: הרעיון של הכללה הוא זה שמעניק למוסר את היסוד הרציונלי שבו. הוא הופך את זה לעניין שכלי. ברגע שהמוסר הוא כללי, יש לו את יסוד הכלליות, וזה מה שמשווה לו את תכונת הרציונליות. "מה ששנוי עליך, לחברך לא תעשה". למשל, גנב רוצה לגנוב, אולם הוא לא ירצה שיגנבו ממנו. ההכללה הזו היא זו שמעניקה רציונליות לחוק המוסרי (כלומר, חוק כללי חל על כולם. אם היה חוק מוסרי שאומר 'לגנוב' והוא היה חל על כולם, האדם לא היה רוצה שיהיה כללי. לכן הכלליות מעניקה רציונליות למוסר).

מה כדאי לי לעשות? מה חובתי לעשות? – בד"כ בכללים מעשיים ובחשיבה מוסרית, יש לנו כללים שמכונים **'כללי פיקחות'** – כללים שאומרים מה כדאי לעשות. למשל, כדאי לעשות בדיקת דם אחת לחצי שנה. **כללים אלו לא מצווים עליי,** אלא ממליצים לי. לעומת זאת, ישנם **'כללים מצווים'.** כללים מצווים לא ממליצים, אלא יוצרים חובה. בהקשר של כללים מוסריים אנו עושים הבחנה בין כללים מעשיים לבין כללים מצווים.

ההבחנה הזו חשובה משום שכאשר אנו חושבים על המשפט, אנו פעמים רבות חושבים על המשפט כעל כלל מצווה. כשם שהמוסר מצווה, כך גם המשפט. השאלה המעניינת היא האם הציוויים או החובות של המשפט, הם שונים מהציוויים והחובות של המוסר. אם הם שונים, באיזה מובן? הן החוק והן המוסר אומרים מה חובתי. יחד עם זאת קיים הבדל:

ההבדל בין מוסר נוהג לבין משפט – תשובה ראשונית (בהמשך נעמיק בה)

* **את המשפט אוכפים באמצעות הכוח של המדינה, אולם בד"כ המוסר הנוהג לא נאכף**. כלומר, הציוויים של המוסר הנוהג בד"כ לא נאכפים באופן שבו המשפט נאכף (בחברות מסוימות כן יש כוחות חברתיים הפועלים על אדם המפר מוסר נוהג, כמו למשל חרם. יחד עם זאת, זה לא נעשה כפי שנעשית אכיפה מצד המדינה). המנגנונים בהם החברה משתמשת כדי לאכוף את המוסר הנוהג **שונים** מהמנגנונים בהם המדינה משתמשת כדי לאכוף את המשפט.

ברור שיש חפיפה גדולה בין המוסר הנוהג למשפט. לדוג', לא תרצח. זהו חוק משפטי ומוסרי. כאשר הם נאכפים, זה לא בגלל המוסר, אלא בגלל החוק. בנוסף, אם נשאל אדם למה הוא לא רוצח, הוא בד"כ יענה שזה לא מוסרי, ולא בגלל שהוא חושש מהחוק.

* **את המשפט ניתן לשנות באמצעות כלל שינוי, ואת המוסר לא**. המשפט יכול ליצור כללים שיקדמו נורמות חברתיות. המשפט מכיל מנגנון שבאמצעותו ניתן לשנות את הכללים המשפטיים. הכנסת יכולה לחוקק חוקים חדשים, לבטל חוקים וכו'. למשל, חוק למניעת הטרדה מינית. כשמדברים על מוסר נוהג, אנו לא שוללים את הרעיון שחוקים מוסריים יכולים להשתנות, אולם אין מנגנון כזה. חוקים מוסריים יכולים להשתנות על ידי השקפת החברה וכו'. אולם, אין מנגנון דומה לזה שיש במשפט.
* **המשפט בד"כ מדבר על זכויות וחובות, ובמוסר יש מערכת של קטגוריות נוספות, כגון 'מעבר לחובה', 'לפנים משורת הדין'**. במשפט יש דין. לא צריך לעשות מעבר לזה. במוסר מדברים על הדין ועל לפנים משורת הדין
* **בד"כ במערכות משפט מודרניות, המשפט מגן על מס' מצומצם באופן יחסי של ערכים** (חירויות, שלמות הגוף, זכויות קניין וכו'). הוא מדגיש יסודות של יציבות, וודאות. לעומת זאת, **המוסר נוגע במערך הרבה יותר מורכב ורחב של ערכים** – למשל, איך אני תופס את חיי כבעלי משמעות, מימוש עצמי, שלמות אישית וכו'.

**שיעור 4 – 08/11/22**

**נחזור למובן השלישי של השאלה מהו החוק – מהו החוק במקרה ספציפי (בנסיבות מסוימות)**

לכאורה, זו לא שאלה תיאורטית אלא מעשית, שעליה עונים בכל קורס טיפוסי בבית הספר למשפטים. אולם, יש לה היבטים תיאורטיים-פילוסופיים (תורת משפטים):

* כיצד נזהה את החוק?
* האם החוק הוא **עניין שבעובדה בלבד** – חקיקה של הכנסת, חקיקת משנה, פסיקה (תקדימית) של בית המשפט?
* או גם עניין לדיון **מוסרי-ערכי** ('מוסר אידיאלי')

יש שמאמינים כי התשובה לשאלה לא מסתכמת בלמצוא את העובדה המשפטית הרלוונטית, כמו 'מה אומר החוק', אלא אנו מחפשים גם שיקולים של מה טוב, מה ראוי, מה צודק. ברגע שנכנסים שיקולים כאלה, הכוח שלהם בדיון הרבה פעמים הופך להיות הרבה מעבר מדיון שסובב רק סביב עובדות. מכאן עולה שאלה:

**איזו גישה יותר נכונה לגבי בירור מהו החוק?** **יש שתי גישות:**

1. פוזיטיביזם משפטי – החוק הוא עניין שבעובדה. אנשים הנוקטים בגישה זו יגידו שזיהוי החוק איננו תלוי שיקולים של צדק, ערכים וכו'. זה לא אומר שהחוק לא מכיל ערכים, אבל החוק עצמו הוא בעניין של עובדה. פוזיטיביזם חלוקים בשאלה מהן העובדות הרלוונטיות לזיהוי החוק
2. נון פוזיטיביזם משפטי – החוק הוא לא רק עניין שבעובדה, אלא יש בו ממד מוסרי ערכי.
* משפט טבעי – כינוי לקבוצת תיאוריות נון-פוזיטיביסטיות

**פס"ד ירדור**

**העובדות:** וועדת הבחירות המרכזית (בראשה השופט לנדוי) פסלה את רשימת הסוציאליסטים מלרוץ לכנסת. חמישה ממועמדי הרשימה היו חברי 'אל-ארד', ארגון שהוכרז ע"י שר הבטחון בלתי חוקי, על סמך תקנות ההגנה (שעת חרום).

וועדת הבחירות יכולה לפסול רשימה על סמך טעמים טכניים, אולם בחוק לא מצוין כי היא יכולה לפסול רשימה על בסיס טעם מהותי. הרשימה הזו עמדה בכל הדרישות הטכניות. הוועדה פסלה אותם בטענה ש'מטרותיה של הרשימה הם שלילה גמורה ומוחלטת של עצם קיומה של מדינת ישראל, וקיום המדינה בגבולותיה בפרט'

**טענת הרשימה:** לכאורה, לוועדת הבחירות המרכזית אין סמכות לפסול רשימה מלהתמודד בבחירות מטעמים אלה (מהותיים. למשל, של אידיאולוגיה, דעות וכו'). הם טוענים שהוועדה שללה מהם את הזכות להיבחר, ומהבוחרים בה את הזכות לבחור.

**הליך משפטי: חיים כהן (מיעוט):** סעיפי חוק הבחירות מעניקים לוועדה סמכות לפסול רשימה רק מטעמים טכניים שקשורים לטפסים, חתימות וכו'. וועדת הבחירות החליטה כי צריכים להתמלא **שני תנאים לפסילה:**

1. התאגדות 'בלתי חוקית' – עומדת בסתירה לחוק
2. אי החוקיות היא בחתירה תחת שלמותה/עצם קיומה של המדינה.

בעצם כהן אומר שלא די בעצם היות הרשימה 'בלתי חוקית', שמטרתה לשנות חוקים. הרי, בשביל זה עושים בחירות. כדי שהם ירצו לבטל/ליצור חוקים חדשים. אלא, רק אם אי החוקיות חותרת תחת שלמותה של המדינה, ניתן לפסול.

השופט כהן מקבל את ההנחה שהרשימה אכן חותרת תחת אושיות המדינה. אבל הוא דוחה פסיקה זו בטענה זו:

"אבל מן הבחינה המשפטית נראה לי שאין בה בהנחה זו ואין בו בחשש זה כדי להעלות או להוריד לכאן ולכן. ייתכן שהממשלות האוסרות מלחמה על ישראל יודעות היטב את פרטי משטרה החוקתי והחליטו לנצלו למטרותיהן הנפסדות. אך אין בכך – בהיעדר חוק – כדי הצדקה או טעם להתכחש מצדנו למשטרינו החוקי כמות שהוא"

הוא אומר – גם אם נניח שזו עובדה נכונה (שהם רשימה בלתי חוקית שחותרת תחת המדינה), **בהיעדר חוק שמסמיך את הוועדה לקבל החלטה לפסול רשימה מלרוץ לכנסת, לא ניתן לעשות זאת**. הוא אומר 'נהפוך הוא. גאוותינו היא על חופש הדעה וחופש ההתאגדות והיעדר ההפליה במדינת ישראל'. כהן אומר שהחוק הזה ראוי שיהיה, שכן אנו במשטר דמוקרטי. זוהי מהות הדמוקרטיה.

האם חיים כהן נון-פורמליסט או פורמליסט (פורמליזם = דבקות בלשון החוק ולא בטעמים שביסודו)

לאור הניתוח שלו, הוא לכאורה משתמש בשפה פורמליסטית-פוזיטיביסטית ("בהיעדר חוק שמסמיך אין להחלטה זו תוקף") אולם הוא גם משתמש בשפה שתומכת בהסדר משפטי זה, שבעיניו הוא הסדר ראוי. כדי לומר שמדובר בעמדה פוזיטיביסטית ראויה, אין מתווסף לכך תמיכה בלשון החוק (כלומר, חיים כהן אומר שזה ראוי. ברגע שהוא אומר שזה ראוי הוא גם מקיים דיון ערכי).

**אגרנט**: מסכים כי לפי לשון החוק לוועדת הבחירות תפקיד מיניסטריאלי-טכני. אך, לא לכך בלבד מצטמצמת סמכות הוועדה! מניין הוועדה שואבת סמכות לפסול רשימה מלרוץ לכנסת? 'מחובתנו לשים קודם אל ליבנו את הנתונים החוקתיים השייכים לשאלה זו. והנה, לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל היא מדינה ריבונית, עצמאית. אלא גם שהיא הוקמה כמדינה יהודית בארץ ישראל...". הוא אומר שזהו הבסיס הפוליטי של מדינת ישראל.

'משמעותו של אני מאמין זה, הוא שדבר המשכיותה של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית, אשר חלילה לרשות כלשהי של המדינה להתכחש לה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה. הנתון הקונסטיטוציוני שעלינו להתחשב בו שמדינת ישראל בת קיימא השאלה אם יש לעשות לשם חיסול המדינה ושלילת ריבונה ואם לאו – שאלה זו אינה יכולה כלל לעלות על סדר יומו, שהרי עצם הצגתה נוגדת את רצון העם השוכן בציון, את חזונו, ואת האני מאמין שלו'.

השופט אומר שיש נתונים קונסטיטוציוניים שלא מוזכרים בשום חוק ובחוקה, שאנו מניחים שהם עומדים ביסוד התאגדות פוליטית זו, ושהם התנאים לקיומה ועליהן אי אפשר לערער. כל מי שמערער עליהם, דינו להסתלק מבחירות אלה. בעצם, הרעיון הוא שלמדינה יש זכות קיום והיא לא יכולה להיות מעורערת.

פסיקה זו היא לא פוזיטיביסטית. שום חוק לא העניק סמכות. בכל זאת, הוועדה הזו מחליטה לבטל זכות יסודית, בסיסית, של רשימה לרוץ לכנסת ושל בוחריה לבחור בה, וזאת מטעם מהות קיומה של מדינת ישראל. בשל כך הוא מאשר את סמכותה ואת החלטתה ולכן דינה של הרשימה להיפסל.

זוהי הנמקה שהיא לא פוזיטיביסטית בעליל – שולל רשימה לרוץ לכנסת בשל עקרונות שהחוק כלל לא הזכירם, והם שאובים מתפיסה אידיאולוגית ציונית

**זוסמן:** מסכים לדעת השופט אגרנט. הוא אומר ש'ישנן הלכות שאינן כתובות בספר החוקים – שהם לא רק מעל חוק רגיל אלא מעל החוקה – שהשופט חייב לפסוק על פיהן. הכללים היסודיים העל חוקתיים האמורים, אינן בעצם לגבי ענייננו אלא זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה, בין אם נקרא לכללים האלה "דין טבעי", ללמדך שמטבע בריאתה של מדינה דין הם, ובין אם נכנה אותם בשם אחר'.

זוסמן אומר שיש כללים שהם על-חוקתיים. הוא לא משתמש בנימוקים בעלי אופי יהודי ציוני, אלא בנימוקים הקשורים לזכותה של דמוקרטיה להתגונן מפני תוקפיה. טענתו היא שיש לכל ישות פוליטית זכות להתגונן מפני אלה שרוצים להתקיפה מכוח הכללים שלה עצמה. זהו נימוק קצת שונה משל אגרנט, אך בסופו של דבר הוא מגיע לאותה תוצאה כמו שלו.

סיכום פסק הדין:

* דעת הרוב שללה זכות חוקתית בסיסית – הזכות להיבחר ולבחור
* דעת הרוב התבססה על עקרונות משפטיים אידיאולוגיים/מוסריים/פוליטיים – לא פוזיטיביים, כלומר על עקרונות שאינם כתובים בספרי החוק (מקורות משפטיים תקפים)
* דעת המיעוט של השופט כהן חלק על חבריו מנק' מבט משפטית, וכן גם מנק' מבט ערכית – הוא אמר שראוי שיהיה חוק שלא יעניק לוועדה זו לפסול רשימות משום שזה מבטיח את הדמוקרטיה. מכאן שהוא גם לא בדיוק פוזיטיביסט.

**ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית**

**העובדות:** המערער ואשתו היו נשואים שנים רבות ללא ילדים ולכן החליט המערער בעצת אשתו לפתות את בת השכנים שהיית אז בת 15. הנעשה מצאה בו מקור לחום ואהבה והרתה לו. הוא שכנע אותה לא להפסיק את ההיריון, והיא ילדה בן. הנערה, בשל מצב, ביקשה למסור את הילד לאימוץ. האב התנגד. הנערה מתנגדת בכל תוקף שהילד יגדל אצל האב. המקרה הגיע למחוזי, שהיה צריך לקבל את ההחלטה החשובה לאור חוק האימוץ, האם ניתן להכריז עליו כילד בר אימוץ? החלטת ביהמ"ש המחוזי היא שהילד אכן בר אימוץ, ובעקבות חו"ד של פסיכולוגים וכו' הסתמך על ס' 13(7) לחוק האימוץ שקובע את עילת אי-המסוגלות. האב ערער לעליון.

* הכרזה על הילד כבר אימוץ הינה הכרזה דרמטית משום שמרגע ההכרזה הוא יימסר למשפחה מאמצת, והמשמעות לאימוץ היא **ניתוק הגמור של הילד ממשפחתו הביולוגית**, והעברתו למשפחה המאמצת כבן משפחה לכל דבר ועניין. משמעות הדבר היא שההורים המאמצים הם כרגע האפוטרופוסים שלו.

שני מצבים להכרזה על ילד כבר אימוץ:

* שני ההורים מסכימים על שליחת הילד לאימוץ
* אין הסכמה בין ההורים בדבר שליחת הילד לאימוץ. במצב זה, כאשר ישנה התנגדות של ההורים, נכנס לתמוה ס' 13 שקובע עילות אימוץ בנסיבות בהן ההורים חלוקים. ביהמ"ש בענייננו החליט שבשל מצבם של ההורים, לטובת הילד, יש למוסרו לאימוץ (13(7))

**שאלה משפטית:** האם בנסיבות המקרה, שההיריון נגרם תוך ניצול ועבירה, התגבשה לפי חוק האימוץ עילת אימוץ?

לכאורה, לפי פשט הלשון סעיף 13 לחוק האימוץ, **לא התגבשה בנסיבות אלה עילת אימוץ.** היא לא התגבשה משום שאף אחד מהסעיפים המופיעים שם (כולל עילת אי-המסוגלות כפשוטה) לא מתקיים. האב מסוגל ורוצה לגדל את הילד! הטעם שבגללו רשויות הסעד החליטו להכריז עליו כלא מסוגל לטפל בילד הוא בשל הנסיבות שבהן הוא הביא את הילד לעולם (פיתה נערה בת 15).

ביהמ"ש נדרש לאזן בין הנימוקים השונים – מצד אחד אכן חשוב שהילד יגדל עם אביו, ומצד שני מרגיש לא מוסרי לתת לאבא 'לזכות' בילד, אחרי שעשה דבר כה לא ראוי. הדבר דורש הבנה רציונלית ושקילת שיקולים אובייקטיביים.

**שיעור 5 – 10/11/22**

בנק' מבט מוסרית – מה נכון לעשות במקרה זה? כמעט באופן ברור, הכף נוטה למסירת הילד לאימוץ. האינטואיציה המוסרית של השופטים כולם, בלי יוצא מן הכלל, (שאחריה הלכה האינטואיציה המשפטית) הייתה שהילד לא יכול להימסר לאב הביולוגי. הוויכוח בין השופטים היה לגבי הדרך להגיע לתוצאה, ולא לגבי התוצאה עצמה.

**דורנר:** **דוחה את תחולת העיקרון 'אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו'** (על עיקרון זה התבססו רוב השופטים האחרים). העקרון אומר שאם אדם עשה מעשה עוולה, אנו לא מוכנים לתת לו להנות מזה. מדוע היא דוחה עקרון זה? משום שהיא אומרת שהוא **נכון לגבי זכויות רכושיות, ולא לגבי הזכות להורות** (שהיא גם חובה). דורנר אומרת שזה לא רלוונטי כי זו חובתו של האב! אין מדובר כאן בהנאה! אם העניין סובב סביב טובת הילד והגענו למסקנה שטובת הילד היא לגדול אצל אביו הביולוגי, שאר השיקולים אינם רלוונטיים. שאלת טובת הילד היא שאלת המפתח!

השופטת מדגישה ואומרת **שטובת הילד איננה עילת אימוץ,** אולם טובת הילד היא שיקול ששוקלים במסגרת עילות האימוץ שנוגעות למצבים קיצוניים. בשעה שנוצר מצב בו הורה לא מסוגל לדאוג לילדו מתגבשת עילת אימוץ, ויש ממילא לקחת בחשבון את טובת הילד.

לאור חו"ד מומחה, אומרת השופטת שהתקיימה עילת אי-המסוגלות שמופיעה בס' 13(7) לחוק האימוץ, שכן מתקיים התנאי 'ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין.'

דורנר אומרת **שהרקע להולדת הילד מהווה את אי-המסוגלות**. הנסיבות הופכות את גידול הילד וחינוכו על ידי אביו הביולוגי לבעייתי.

**ש' לוין:** חולק על השופטת דורנר. הוא טוען שס' 13(7), עילת אי המסוגלות, אינו חל במקרה זה, משום **שלא הוכח** כי בשל אירועי העבר ("הסוד הכמוס") שקשור לתוכנית הולדת הילד, המערער אינו מסוגל לדאוג לרווחת הילד ולגידולו באופן נאות. הוא מגיע למסקנה כי **על הערעור להידחות בשל שני נימוקים אחרים:**

1. חסר סמוי –
* חסר רגיל – העילות המופיעות בסעיפים הקטנים של ס' 13 בחוק האימוץ לא נוגעים במקרה זה. מאחר שאין סעיף המכונן עילת אימוץ, לכאורה התוצאה המשפטית היא שאי אפשר להכריז על הילד כבר אימוץ ולכן הילד יגדל אצל אביו. זהו המצב המשפטי. זהו מצב שבו יש חסר בחוק – היה ראוי שהחוק יתייחס למקרה זה ולמקרים דומים, אולם המחוקק לא העלה בדעתו מקרה זה. מצבי חסר אמורים להטריד אותנו, משום שהשופט מחליט שישנה לקונה, והוא ממלא אותה לפי שיקול דעתו. חסר רגיל – מצב שבו יש עניין כללי מסוים שלא הוסדר ע"י המחוקק, וראוי היה שיוסדר.

**חסר סמוי** הינו מצב שבו עניין מסוים מוסדר ע"י החוק באופן מאוד מפורט (לענייננו, חוק האימוץ שקובע ס' המכריז על עילות מסוימות שבגין התקיימותה של אחת מהן הילד בר אימוץ), אולם ישנו מקרה מסוים שעליו המחוקק לא חשב וראוי היה שייכנס לאותו חוק.

לוין אומר 'חסר סמוי בעל אופי מיוחד המתבטא בהיעדרו של חריג – מלשונו הכללית של החוק ניתן להסיק כי הלשון חלה על מצב הדברים הדורש הכרעה'. בעצם לוין אומר שמלשון החוק אנו מבינים שהמצב דורש הכרעה והמחוקק לא היה מתעלם מהמקרה אם היה חושב על כך. לפי שיקול זה, **יש לקרוא לתוך ס' 13 לחוק כלל נוסף הקובע שאין הורה רשאי לסרב הכרזת קטין בר אימוץ אם הדבר נוגד טעמים שבתקנת הציבור** הקשורים במעשים שהביאו להולדתו של הקטין.

לוין מנסח בשפה מאוד כללית מעין סיטואציה המתאימה למקרה זה. כלומר, ההורה לא רשאי לסרב.

**הנימוקים כאן אינם קשורים לטובת הילד, אלא לתקנת הציבור!** הציבור לא יוכל לסבול מסירת ילד לאביו בנסיבות אלה. לכן, יש להכריז עליו כעל בר אימוץ.

1. פרשנות מרחיבה – 'חוקים לא חוקקו בחלל ריק. הם מהווים חלק משיטה אינטגרטיבית הכוללת עקרונות יסוד. חזקה עליהם שהם חוקקו בגדר עקרונות אלה. יש לקרוא לתוך ס' 13 לחוק כלל נוסף הקובע שאין הורה רשאי לסרב. הכלל האמור יחול בלא קשר לעילות הנזכרות בס' 13 והוא מהווה יישום לכלל האוניברסלי שלא יצא חוטא נשכר.' בעצם, השופט אומר שבמשפט הישראלי ישנו עקרון על שנקרא **'אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו'.** את כלל זה לא צריך לקרוא לתוך הסעיף כדי להשלימו (כמו בהצעתו הקודמת להשלמת חסר) משום **שאין צורך בהשלמת חסר! יש חוק!** החוק הוא עיקרון על שאומר שאדם לא יכול להנות מפרי עוולתו, וניתן להחילו במישרין.

החשוב בדיון זה הינו פחות סוגיית האימוץ, אלא **התנהלות הדיון**. השופט מגייס עקרון שאינו נחקק ולא ניתן להצביע עליו כעל עובדה חברתית. השופט מייבא עיקרון שאיש לא חקק ושבעיניו הוא חלק בלתי נפרד. זאת מפני שמדובר בעקרון רציונלי. גם אם יהיו שיקולים נגדיים שיפעלו נגדו, הוא זה שיכריע. בעצם **צורת ההנמקה של השופט היא מוסרית** ומרחיבה.

**שיעור 6 – 15/11/22**

**חשין:** לוקח את הרעיון של המשפט הטבעי ומשתמש בו בצורה המפורשת, עד כדי כך שהוא מצהיר בזה באופן קיצוני (דבר די חריג בפסקי דין). חשין מצהיר בריש גלי על ההיזקקות ל"משפט טבעי", מעין תאוריה קלאסית רווחת. הוא אומר שיש עקרון טבעי שכל אדם בר דעת מבין אותו, לא יכול להתכחש לו, **ועיקרון זה מורה על תוצאה אחת.**

לפיו, יש כמה עקרונות טבעיים במקרה זה. השופט דוחה את טענת אי-המסוגלות. הוא לא מקבל גם את חוות הדעת של הפסיכולוגים, של העובדים הסוציאליים, רשויות הסעד. הוא חושב שהאב מסוגל לגדל את הילד. התוכנית הסודית לא יוצרת אי מסוגלות הורית במקרה זה.

הוא בנוסף דוחה את דוקטרינת החסר הסמוי, ואת דוקטרינת הפרשנות המרחיבה. הוא גם דוחה את הגישה הפורמליסטית שלפיה לא יוכרז הילד כבר אימוץ.

* **בעבודה:** **מה זה בדיוק פורמליזם.** עמדה זו אומרת שאני לכאורה דבק בלשון החוק, במה שהחוק אומר. אם אני דבק בלשון החוק, אנו נחפש עילה בפשט הלשון. בהיעדר עילת אימוץ, החוק לא מאפשר להכריז על הילד כבר אימוץ. לכן התוצאה שאמור היה להגיע אליה היא שהערעור מתקבל, משום שאין עילה שביהמ"ש המחוזי יכול היה להסתמך עליה).

**חשין אומר:** 'אודה ולא אכחד. לאחר שמסכת העובדות נפרסה בפניי בשלמותה, ידעתי בי כי לא אתן ידי בהעברת הקטין להחזקת אביו הטבעי, המערער'. עוד לפני כל הנימוקים, **תשובתו של השופט ברורה**. הוא לא ייתן את ידו לעניין זה (מפתיע שהוא אומר זאת, כי יש מקום להתלבט במקרה זה. יש נימוקים לכאן ולכאן. לא מדובר במצב חד משמעי). התשובה הייתה ברורה לא בגלל שהיה ברור לו שזה מה שהחוק אומר, אלא ברור לו שזו התוצאה הנכונה והראויה במקרה זה, ואח"כ יש לדאוג להנמקה משפטית.

* מה שמפתיע את **יאיר** הוא שעמדה זו שמבטא חשין, באופן אמוציונלי, שותפים לה רוב השופטים האחרים, כל אחד בסגנון המשפטי שלו. נראה לו שסיטואציה זו מנק' מבט מוסרית ומשפטית היא בעייתית. פסק דין זה מאוד חריג. בנקיטת עמדה זו, חשין אומר ששופטים מחליטים לפי מה שהם חושבים שהתוצאה היא נכונה, ואז בונים עליה הנמקות משפטיות. יחד עם זאת, חשין לא מביא הנמקות משפטיות, אלא משתמש ב"עקרון טבעי".

'המערער נדמה בעיניי כמי שאנס קטינה, גם אם מעשהו לא היה מעשה "אינוס" כהוראתו בחוק העונשין.' יש לו זעם וכעס אדיר על המערער, **והוא רוצה להדגיש כמה הוא חוטא**, כדי אח"כ לנמק את החלטתו.

'משתנבררו לי העובדות לאשורן, תחושתי הראשונה הייתה תחושת קרביים חריפה שהמערער אינו זכאי לסעד'. התוצאה בשבילו ברורה לחלוטין.

**ההנמקה של השופט:** משפט הטבע הוא שילד יגדל בבית אביו ואמו. הם שיאהבו אותו, הם שיגדלו אותו עד כי היה לאיש. זו זכותם של אב ואם וזו זכותו של הילד (אם זוהי זכותו של הילד, זוהי חובתו של האב). השופט אומר שמשפט המדינה הולך בעקבות משפט הטבע. המדינה נתנה ניסוח משפטי פוזיטיבי לאותו עקרון טבעי. זוהי לא המצאה הסכמית.

* **יאיר** אומר שזוהי יותר חובה מאשר זכות, משום שניתן לוותר על זכות אולם קשה להשתחרר מהחובה. זוהי שאלה מעניינת מבחינה מושגית, איך דבר אחד יכול להיות גם זכות וגם חובה.

במה הוא מתכוון כאשר הוא אומר **'טבעי'**? הוא לא ממש מסביר. לכאורה, אם אנו נחיל על המקרה הזה את העקרון הטבעי שילד צריך לגדול בבית אביו ואמו, אז התוצאה צריכה להיות קבלת הערעור ואי מסירת הילד לאימוץ. הוא ממשיך ואומר שבמקרה זה, חוץ מהעיקרון הטבעי שמושך לכיוון קבלת הערעור, ישנו עקרון אחר שמתנגש בו, והוא עקרון שהוא גם במשפט הטבע – "**הרצחת וגם ירשת**". התרגום הכללי שלו הוא **שאדם לא יכול להנות מפרי עוולתו**. זהו גילום קיצוני בעבירה הכי חמורה, רצח, כדי לזכות בטובין, שהם במקרה זה רכוש שאתה יורש בשל מות המוריש, שנגרם בגלל פעולת הרצח שעשית. כמובן שאדם יכול להנות מפרי עוולתו לא רק בסיטואציות של רצח. יש לא מעט סיטואציות שקיום עוולה מצמיחה זכות.

במקרה זה, הואיל ומבקשים הכרה בזכותו להיות אביו, הוא לא יקבל זאת אם הוא ביצע עוולה. זהו עקרון טבעי שמתנגש עם העקרון הטבעי הראשון, ובעיניי חשין העקרון השני גובר על הראשון. זוהי נורמה משפטית, 'לא יוצא חוטא נשכר', המחייבת במשפט הארץ, עקרון יסוד הנושא את עצמו, **ואין הוא נדרש לא לצינור של פרשנות ולא לצינור של חסר**. רמתו רמת חוק' – מבקר את עמדות השופטים דורנר ולוין.

בעצם יש שני עקרונות טבעיים שמתנגשים, אף לא אחד מהם בא לידי ביטוי בסעיף פוזיטיבי. בעיניו, היות שהם עקרונות משפטיים טבעיים הם אינם צריכים להיות מבוססים בחוק. כאשר העקרון השני, "לא יצא חוטא נשכר" גובר על העקרון הראשון האומר שעל ילד לגדול עם הוריו, יש לפסוק לפי העקרון השני.

**הביקורת של חשין כלפי השופטים האחרים:** אם אני טוען שמעצם המצב הוא מצב של חסר, שצריך למלאו, אז כאשר מעלים אפשרות זו אנו אומרים שאין דבר כזה משפט טבעי. מצב של חסר מניח שהחוק הוא אך ורק מה שהמחוקק חוקק, בהתאם למשפט הפוזיטיביסטי. השופט אומר שזה לא שהחוק חסר, יש עוד מקורות לחוק! מקור טבעי! לכן **לדבר על חוסר בחוק מדובר באי הבנה של מהו החוק.** **לא צריך לעשות לו גם פרשנויות מרחיבות**. רק צריך להבין שהעיקרון הזה הוא חלק בלתי נפרד מהמשפט הישראלי, להחיל אותו על המקרה, ולהגיע לתוצאה.

עמדה זו מבטאת תפיסה מאוד יסודית ובסיסית – חוק טבעי – המאמינה שאין צורך בחקיקת הכנסת ובפוזיטיביזם משפטי.

* **מה מפריע בעקרונות "לא יוצא חוטא נשכר", "הרצחת וגם ירשת", "אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו"?** כמעט כל מעשה בלתי מוסרי, בסופו של דבר רבים מהם גורמים להנות ממעשה עוולה. הנקודה היא לא שאדם לא יכול להנות ממעשה עוולה שלו. הרעיון שעומד ביסוד עקרון זה משמעו זה שאם אתה עושה פעולה שהיא עוולה, מעשה בלתי מוסרי, ואח"כ בשם המעשה הזה אתה מבקש מהמשפט להעניק לך זכות, זה הוא נתפס כדבר בלתי נסבל. אם אדם עושה מעשה עוולה שמכריח את השופט להצמיח לו זכות בגינו, זוהי העוולה הכי גדולה.
* **למה חשין מייחס משקל כה גבוה לעקרון זה, עד כדי כך שהוא גובר על כל דבר אחר, כולל העקרון הטבעי שאדם צריך לגדול אצל הוריו**? יש לשים לב שבמקרה זה יש היזקקות למקור טבעי באופן שהוא לגמרי מתעלם מכל היסודות של המשפט הפוזיטיבי. כל אלו שניסו לעגן את התוצאה שאליה הגיעו בדרכים הרגילות והמקובלות (חסר, פרשנות סעיף וכו'), השופט במקרה זה מבקר אותם על כך שהם נוקטים בחוסר כנות. במערכת משפט לא ניתן שלא להכיר בעקרונות טבעיים.

השופט חשין, כמו שאר השופטים, אינו מציע תאוריה של המשפט העברי. הוא מבטא את רעיון המשפט הטבעי בצורה מאוד חריפה וחדה בפסק הדין, אולם כדי להבין את צורת החשיבה הזו יש צורך ללכת לתיאורטיקנים (אריסטו וכו'):

***התאוריה של אריסטו***

**אריסטו – פרטים גאוגרפיים**

* אריסטו נקרא ביוונית אריסטוטלס. השם אריסטו הגיע מהערבית. הוא נולד בסטג'ירה, עיר בחוף מקדוניה. אביו היה רופא של פיליפוס מלך מקדוניה. בגיל 17 אריסטו עבר לאתונה ללמוד באקדמיה של אפלטון (אפלטון היה המורה שלו). אריסטו למד ממנו רבות.
* בשנת 343 לפנה"ס, הזמין את אריסטו פילפוס המלך לחנוך את בנו אלכסנדר, שלימים הפך להיות אלכסנדר הגדול.
* ב334 לפנה"ס חזר אריסטו לאתונה והקים שם את האדמה שלו שנקראה הליקיאון. היא נקראה כך על שם החורשה שבה הוקמה.
* בשנת 323 לפנה"ס גברה באתונה העוינות כלפי מקדוניה, ואריסטו ברח מאתונה לכליקס, שם נפטר ב322 לפנה"ס.
* חיבוריו של אריסטו הפכו לאבן היסוד של הפילוסופיה המערבית מאז ועד ימינו. לא מפסיקים ללמוד אותם, מאז שנכתבו ועד היום. אריסטו עסק בכל תחומי הפילוסופיה (אתיקה, פוליטיקה, אסתטיקה, חשיבה משפטית וכו').
* לאריסטו הייתה השפעה עצומה על היהדות – רמב"ם. רמב"ם ראה בו את גדול החכמים. הרבה מכתביו גם פורשו וגם סוכמו בכתבי הרמב"ם. הרמב"ם הושפע רבות גם מתפיסת המשפט והתפיסה הפוליטית של אריסטו.
* חיבוריו של אריסטו הם בעיקר סיכומי הרצאות שסיכמו תלמידיו, ואח"כ הוא עצמו עבר עליהם ותיקן אותם. סיכומים אלה הגיעו אלינו בצורת ספרים, וכל ספר עוסק בענף פילוסופי אחר.

**פוליטיקה ספר א, פרק ב: טבעית המדינה בכללה**

לאריסטו ישנה טענה על העובדה שהמדינה היא דבר טבעי. כדי להבין את טענה זו צריך רקע:

'ולפיכך אם טבעיים מיני השותפות הראשונים (משפחה, בית, כפר) טבעית המדינה בכללה' – המדינה עשויה מכמה כפרים. משפחה זה השותפות הגרעינית הקטנה ביותר, בית אב מדובר בכמה משפחות, וכמה משפחות יוצרות כפר, וכמה כפרים יוצרים את המדינה.' הוא אומר שאם כל אלה טבעיים, גם המדינה בכללה היא טבעית.

'כי היא התכלית שלהן, והטבעי תכלית, שהרי מה שנהיה כל דבר ודבר, כשבא לשלמות התהוותו, לזה קוראים אנו טבעו, ועוד מה שלשמו קיימים הדברים והוא תכליתם, הריהו טוב ביותר'

למה הוא מתכוון במשפטים אלו? המדינה היא דבר טבעי וכל הדברים האלו הם התכלית שלהם, הרי הוא טוב ביותר – אריסטו משתמש בכמה מונחי יסוד מבחינתו. 'טבע'. 'טוב'. 'שלמות'. 'תכלית'. כדי להבין את המונחים, יש להתייחס לרקע התפיסה האריסטוטלית:

**תורת ארבע הסיבות**

אריסטו: 'להבין דבר הוא להבין את סיבותיו. הסיבות נאמרות באופנים רבים':

כדי להבין את מהותו של אובייקט, עצם, סיטואציה, מצב עניינים מסוים, יש להבין את מכלול סיבותיו. אריסטו אומר שסיבות נאמרות באופנים רבים (4 סיבות):

1. סיבה חומרית – נניח ואנו רוצים להבין את סיבותיו של אובייקט. **ממה האובייקט עשוי**. הוא עשוי מחומר מסיום. החומר הוא אחד מסיבות קיומו. אם לא היה את החומר, הוא לא היה אותו אובייקט. למשל בבני אדם, הסיבה החומרית לבני אדם היא בשר ודם. הסיבה החומרית לשולחן היא עץ. הסיבה למדינה הם בני האדם. **ללא חומר זה, הם לא היו קיימים** (לפעמים החומר אינו מוחשי, אלא הצורה מעצבת אותו).
2. סיבה צורנית – **מהות העצם.** ההגדרה שלו. המהות שטבועה בחומר, שהופכת את החומר המסוים הזה לאובייקט מסוג מסוים ולא מסוג אחר. למשל, שולחן סיבתו החומרית היא עץ. אולם העץ עצמו לא זה שהופך את האובייקט למה שהוא. מה הופך אותו לשולחן חוץ מהחומר שהוא עשוי ממנו? המהות שלו כשולחן. אדם שעיצב אותו הטמיע בו את צורת השולחן והעניק לו מהות של שולחן. אריסטו אומר שכל אובייקט יש בו את המצע החומרי שמישהו הטביע בו איזושהי צורה, איזושהי מהות, המעניקה לאובייקט את הזהות שלו והיא זו שהופכת אותו למה שהוא.

**המהות היא לא צורה שיש לה תבנית.** ניתן להחליף בתוך האובייקט את החומרים, כל עוד המהות הזו טבועה בחומר זה.

אריסטו אומר שהמהויות האלה הן מופשטות. הן טבועות באובייקטים, והן אלה שמעניקות את הזהות לאובייקט, אולם הן לא יכולות להיות קיימות בנפרד לחומר שבו הן טבועות. **אם נטביע באובייקט מהות אחרת, הוא יהפוך לאובייקט אחר!** למשל, יש אוניה שיוצאת מנמל יפו בתאריך מסוים, והיא סובבת את העולם במשך שנה וחוזרת חזרה לנמל. כל שבוע היא עוצרת בנמל אחר ועוברת תיקונים. אחרי שנה, כשחזרה לנמל הבית שלה, החליפו לה את כל החלקים ולא נשאר חתיכת עץ שעימו הספינה יצאה. זוהי אותה ספינה? כן. אם המהות לא השתנתה, מדובר באותו אובייקט!

המהויות לפי אריסטו יכולות להיות **טבעיות** (פרחים, חתולים, עצים וכו') ומהויות **מלאכותיות** (כיסאות, שולחנות , בתים) שלא הטבע יוצר אותם, אלא בני האדם.

* האם יכולות להיות כמה מהויות? אריסטו חשב שמה שהופך אובייקט למה שהוא הוא שטבוע בו מהות מסוימת. ניתן להשתמש במהות זו בכל מני דרכים. למשל, להשתמש בשולחן ככיסא, האם זה משנה את המהות שלו? לא. המהות שלו היא עדיין שולחן, פשוט משתמשים בו בצורה אחרת.
* אריסטו אומר שהמהויות יכולות להיות או מומצאות, או טבעיות, והן נעוצות באובייקטים. בעיני אריסטו, בני אדם עם שכל יכולים לזהות את המהות הטבועה בכל אובייקט. בעצם יש לנו יכולת הכרתית שמאפשרת לנו לזהות את האובייקט.
1. סיבה פועלת – **אותו גורם שיצר את האובייקט.** שגרם להתהוותו של האובייקט. למשל, סיבת הבית הוא הבנאי, המהנדס וכו'. נגר הוא הסיבה לשולחן. בעצם אנו אומרים שלצד הסיבה החומרית והצורנית, יש גם סיבה פועלת, שזהו הגורם שיצר את האובייקט. לגבי בני אדם למשל, נאמר שהסיבה החומרית היא בשר ודם. הסיבה הצורנית זו המהות האנושית שטבועה בנו. הסיבה הפועלת של הקיום של בני האדם זה ההורים, שהם יצרו אותו.
* יכולות להיות **סיבות רחוקות**. למשל, סבתא וסבא שלי הם היוצרים של הוריי, שהם היוצרים שלי. גם סיפור הבריאה יכול להוות סיבה פועלת רחוקה.
1. סיבה תכליתית – כבר היוונים דיברו על כך שמה שמאפיין את העולם שיש בו עצמים מכל מני סוגים ומינים, גם כאלה מופשטים, כל האובייקטים נמצאים במצב מתמיד של התהוות והיפסדות. בעצם, נהיים ומפסיקים להיות. אין אובייקט קבוע שהוא לא בסופו של דבר מתאיין. בעצם, **בכל עצם מתחוללים כל הזמן שינויים** – צמחים, בעלי חיים, בני אדם וכו'. גם כדור הארץ בסופו של דבר ייעלם. בני אדם יכולים להשפיע על ההליך, אולם הם לא הגורם היחיד שבגללו דברים מתהווים ונפסדים. למשל, קוסמטיקה שמנסה להעלים את הקמטים. בסופו של דבר אנו מנסים לעכב זאת, אולם זה לא מצליח. למרות שנדמה שיש אובייקטים שהם קבועים, כגון כדור הארץ, בסופו של דבר זה ייגמר.
* יש דברים שהזמן לא משפיע עליהם. הם נצחיים. הם לא התהוו והם גם לא התאיינו. למשל, ה'. מתמטיקה. נראה שהאובייקטים המופשטים לרוב נצחיים, לעומת אובייקטים פיזיים.

**האם תהליך זה שגורם לאובייקטים להתהוות ולהיפסד, האם טבוע בו חוקיות מסוימת, או שמא זה תהליך מקרי?** אריסטו חשב שכאשר אנו מסתכלים על האופן שבו כל אובייקט מתהווה ומתכלה, בטח כאשר מסתכלים על אובייקטים מורכבים יותר כגון צמחים, בע"ח ובני אדם, הם נמצאים בתהליך זה שנוגעת לחוקיות שטבועה בהם. חוקיות זו גורמת להם להיווצר באופן מסוים, ולהשתנות לפי אותה חוקיות. לדוג', בני אדם. כל אדם מתחיל בתור עובר, הופך לתינוק, ילד, נער, מבוגר, זקן, מת. כך קורה גם לבע"ח וצמחים. תהליך זה, שהופך את בני האדם ממצב של עובר, למצב של מת, נובע מסיבה מרכזית שטבועה באובייקט, שגורמת לו לנוע, להשתנות לקראת מטרה, תכלית מסוימת. כלומר, **האובייקט מתפתח לכיוון תכלית מסוימת, ומתפתח לפי טבעו, לפי מנגנון שטבוע בו**. זוהי הסיבה התכליתית. אז בדוגמת בני האדם, העובר מטרתו להפוך לתינוק, התינוק מטרתו להפוך לילד וכו'. הסיבה התכליתית היא מעין מנגנון שגורם לו להשתנות כדי לגרום לו להתממש באופן מסוים, ולא באופן אחר.

אריסטו מכנה זאת "**יציאה מן הכוח אל הפועל"**. כל אובייקט נמצא במצב אקטואלי באופן מסוים, אבל באותו מצב אקטואלי יש בו פוטנציה שהסיבה התכליתית מממשת אותה. אם הוא אכן מתפתח לפי טבעו, הסיבה התכליתית תהפוך את האובייקט שיצא מן הכוח אל הפועל. לפיכך, התכונות שלנו טבועות בנו ברגע לידתנו, והסיבה התכליתית היא זו שמממשת תכונות אלה.

* יש לשים לב שכולנו יוצאים מהכוח אל הפועל פחות או יותר באותו אופן.

**במבחן**: כאשר נשאלת השאלה מהי הסיבה של האובייקט, יש לרשום את כל הסיבות האלה.

**שיעור 7 – 17/11/22**

* לכל עצם יש את ארבע הסיבות האלה!

**היחס בין סיבה צורנית לתכליתית**

הסיבה התכליתית של אריסטו קשורה באופן אמיץ והדוק לסיבה הצורנית. זאת מאחר שהסיבה התכליתית גורמת לצורה לצאת מן הכוח אל הפועל, לממש את המהות של האובייקט! הסיבה התכליתית גורמת לסיבה הצורנית לצאת מן הכוח אל הפועל. התכלית יכולה להשתנות, אולם המהות לא! בבני אדם, המהות היא האנושיות, התבונה. אולם התכלית (להיות ילד, בוגר, זקן) משתנה (גם התודעה משתנה).

כאמור, השינויים (היסודיים, המהותיים) שמתחוללים בעצמים הם לפי חוקיות הטבועה בהם:

* העצמים יוצאים (נעים, משתנים) מן הכוח אל הפועל. לפעמים אנו מרוצים מזה, ולפעמים לא.
* פוטנציה (בכוח) ואקטואליה (בפועל). בעצם ישנו מעבר ממצב פוטנציאלי לאקטואלי.

נתמקד בבני אדם:

* **סיבה חומרית** – בשר ודם
* **סיבה פועלת** - הוריו
* **סיבה צורנית** – השכל, התבונה (מהות האדם). היכולת התבונית השכלית היא האופן שמאפשר לנו לתקשר, לדבר, להתבטא, ליצור וכו'. אם זוהי המהות שלנו, אז כל עוד המהות הזו טבועה בנו, אנו בני אדם. אם המהות הזו ניטלת מהאובייקט, למרות שהוא נשאר עם כל התכונות האחרות, הוא כבר לא אדם. חשוב להדגיש שהתבונה אינה מתבטאת בחכמה, אלא בתודעה השכלית (למשל, לפי אריסטו אדם שהוא צמח כבר לא נחשב אדם).
* **סיבה תכליתית** – עובר, תינוק, ילד, נער, בוגר. בני אדם נמצאים במצב מתמיד של פוטנציה ואקטואליה. עוברים ממצב של עובר לתינוק וכו'. העובר הוא תינוק בפוטנציה. היציאה מן הכוח אל הפועל קשורה לכל הווייתו. זהו המימוש העצמי שלו.

השינויים המתחוללים בבני אדם הוא בשל הסיבה התכליתית הטבועה בהם.

**תכלית – טבע – שלמות – טוב**

נחזור לטענת אריסטו שקראנו לעיל: 'כי היא התכלית שלהן, והטבעי תכלית, שהרי מה שנהיה כל דבר ודבר, כשבא לשלמות התהוותו, לזה קוראים אנו טבעו, ועוד מה שלשמו קיימים הדברים והוא תכליתם, הריהו טוב ביותר'

אריסטו אומר שמה שנהייה כל דבר ודבר (כאשר הוא יוצא מן הכוח אל הפועל), כשבא לשלמות התהוותו לזה קוראים אנו טבעו. מה הכוונה? כאשר אנו מסתכלים על עובר שהופך להיות ילד, הוא נע לכיוון התכליתי, וסיבה זו גורמת לו לצאת מהכוח אל הפועל מטבעו. לפי אריסטו, כאשר התהליך מתבצע באופן תקין האובייקט מגיע לשלמותו. כאשר אובייקט נמצא במצב פוטנציאלי, **הוא נמצא במצב חסר, פחות שלם, מאשר אם היה במצב האקטואלי.**

**שיעור 8 – 22/11/22**

איך התפיסה הזו, שתכלית הדבר היא חלק מטבעו, ויציאתו מהכוח אל הפועל מביאה אותו לשלמות, והשלמות היא הטוב עבורו, קשורה למדינה ולמשפט?

**האדם הוא בעל חיים מדיני על פי הטבע**

אריסטו אומר "מכל זה, גלוי אפוא שהמדינה נמנית על הדברים הטבעיים ושאדם הוא בעל חיים מדיני על פי הטבע". האדם אינו מספיק לעצמו (אוטרקי), ובשל כך הוא חייב לחיות במסגרת של קהילה ומדינה.

* אוטרקיה – אדם/יצור/גוף מספיק לעצמו. מה הכוונה מספיק לעצמו? אובייקט שיכול לספק לעצמו את כל צרכיו על מנת להתקיים לפי טבעו. אובייקט שכדי להתקיים לא יכול לספק לעצמו את מה שנדרש, ולכן הוא נזקק כדי לקיים את עצמו ולהתפתח לפי טבעו לשיתוף פעולה, זהו אובייקט שאיננו מספיק לעצמו.

אריסטו אומר שכדי שבני אדם יתפתחו לפי טבעם ויצאו מן הכוח אל הפועל, הם זקוקים **שמערך שלם של צרכים יתמלא.** למשל, השכלה, בגדים, אוכל וכו'. מבלי צרכים בסיסיים אלו, האדם לא יתפתח כבן אדם. הוא לא יוכל לצאת מן הכוח אל הפועל במובן הבסיסי והמינימלי ביותר.

הואיל והאדם לא מספיק לעצמו כדי שיצא מן הכוח אל הפועל, נדרש שיתוף פעולה המתחיל מהמשפחה, ממשיך לבית האב, לכפר, למדינה. **המדינה היא הגוף האנושי הקטן ביותר שאריסטו חשב שהוא מספיק לעצמו**. ששיתוף הפעולה בין הפרטים בתוך מדינה יכול לספק לכל פרט את כל צרכיו.

למשל, משפחה אינה יכולה לספק את כל צרכיהם של ילדיהם (הם לא יכולים להיות אופה, בנאי, נגר וכו'). הם צריכים גורם נוסף. כך גם בית אב, והכפר. כאשר הכפרים מתאגדים למדינה, רק אז הם יוכלו לספק לבני האדם המנויים במדינה את צרכיהם, וכך הם יצאו מן הכוח אל הפועל. **ללא שיתוף פעולה זה, האדם לא יוכל לממש את עצמו בשלמות.**

אריסטו טען שאנו מבינים שהמדינה היא דבר טבעי לאדם. התנאי ליציאתם של בני אדם מן הכוח אל הפועל הוא שת"פ בתוך מסגרת של מדינה, משמעות הדבר היא שהמדינה במובן הפוליטי היא לא בחירה מלאכותית שאנו בוחרים לחיות בה. זו לא אופציה עבור בני אדם. החיים הקהילתיים עד כדי רמה של מדינה הם ממהות קיומם, משום שרק הם יכולים לעזור להם לצאת מן הכוח אל הפועל.

אם נחשוב על ההתפתחות שלנו, יציאה מן הכוח אל הפועל בכל הקשר (התפתחות אינטלקטואלית, אישית וכו') היא **פונקציה של אינטראקציה משמעותית ומתמדת בין בני אדם.** אנו צריכים הורים, חברים, לדבר, להחליף דעות, להתבטא. האינטראקציה הזו בקהילתנו היא חלק בלתי נפרד מהיכולת שלנו לצאת מן הכוח אל הפועל. אם לא נהיה באינטראקציה זו, אנו לא נצא מן הכוח אל הפועל במובן הבסיסי ביותר (מהות הקיום האנושי המאפשר לצאת מן הכוח אל הפועל בכל ההיבטים).

אריסטו אומר שבני האדם הם **יצורים פוליטיים מטבעם**. בני האדם הם 'חיות פוליטיות'. כלומר, החיים של בני אדם הם חיים חברתיים בקהילה, וזה חייב להגיע לממד של מדינה. בחשיבה המודרנית אנו חושבים ששיתוף הפעולה הנדרש לסיפוק צרכינו הוא מעבר לכמות דלה של אנשים, אלא של מיליונים.

* תפיסה זו לא השתנתה מאז, ואנו רק מבינים לאורך הזמן כמה היא מהותית.
* חשוב לזכור ששיתוף הפעולה הוא חיוני לכל יצור אנושי שרוצה לצאת מן הכוח אל הפועל. יש שיתופי פעולה המבוססים על עקרונות של שיתופי פעולה, ועל היקפים של שיתופי פעולה, המאפשרים את התממשות זו בצורה טובה יותר משיתופי פעולה אחרים. לכן לכאן נכנסת טיבם של משטרים והסדרים משפטיים העומדים ביסוד המשטרים. ככל שהמערכות יותר משוכללות, טובות, נכונות ומתוכננות, כך היכולת של הגוף הפוליטי לגרום לפרטים החיים בו לצאת מן הכוח אל הפועל גדול יותר.

כאמור, לפי אריסטו המדינה היא המסגרת החברתית הקטנה ביותר שמספיקה לעצמה (=מספקת לאדם את כל צרכיו, או לפחות את הצרכים הבסיסיים שלו). במובן הזה לא די במשפחה, בית אב וכפר.

אמרנו שיציאת בני האדם מן הכוח אל הפועל היא אפשרית רק באמצעות המדינה.

רכישת שלמות – היציאה מן הכוח אל הפועל, כוללת שני היבטים: (1) היבט פיזיולוגי (מזון, רפואה, קורת גג, מלבושים וכו'). (2) היבט רוחני (הצד המוסרי).

האדם, לדברי אריסטו, איננו בעל החי היחיד שהוא חיה פוליטית. יש בע"ח אחרים שהם חיים בקבוצות. הוא אומר שהאדם הוא בעל חיים תבוני – **חי מדבר.** כוח הדיבור, הוא הביטוי ההתנהגותי החיצוני ליכולת השכלית. בע"ח לא מדברים באותו מובן שבני אדם מדברים. הם לא מביעים את רגשותיהם/מחשבותיהם בשפה.

כוח הדיבור, חוץ מזה שהוא מבטא את המחשבות/הרגשות/התובנות, הוא 'מגלה את המועיל והמזיק וגם את **הצדק ואת העוול.** השותפות באלה (בצדק ובעוול) היא היוצרת בית ומדינה.'

מה הכוונה בכך שאנו יודעים לבצע הבחנה בין צדק לעוול? הכוונה היא להכרה המוסרית. זהו חלק בלתי נפרד מהתבונה שלנו! ההכרה של בני אדם היא לא נפרדת מהשכל, אלא היא חלק בלתי נפרד ממנו. בשונה מתפיסות האומרות שהמוסר והצדק הם עניין סובייקטיבי, אריסטו חשב שההכרה המוסרית, ההבחנה בין טוב לרע ובין צדק לעוול היא מכוח היכולת השכלית התבונית של בני אדם. לכן, בני אדם הם אלה שמבחינים בין צדק לעוול, בשונה מהמועיל והמזיק במובן שגם בע"ח יכולים להרגיש (בע"ח יכולים לדווח אחד לשני על סכנה למשל, אולם אין להם את היכולת להבחין בין צדק לעוול). לבע"ח אין את היכולת לבצע שיפוט מוסרי, משום שהוא כרוך ביכולת השכלית של בני האדם. בעיני אריסטו, השיפוט המוסרי כרוך ביכולת שלנו במובן הזה שכשם שאנו לא יכולים לתפוס עצמינו לא כיצורים לא רציונליים (אנו רציונליים לפי טבענו), כך אנו מבצעים שיפוטים מוסריים מטבענו.

אריסטו אומר שהשותפות בין בני אדם, במסגרת של משפחה, בית, כפר ומדינה, מושתתת על מהותם התבונית. מרכיב מרכזי מהמהות התבונית, באופן בסיסי ביחסים שבין בני אדם, זה היסוד של המוסר, הצדק והעוול. אנו לא יכולים לחשוב על מערכות יחסים במנותק משכלינו, שחלק מרכיב מהותי ממנו זה המרכיב המוסרי (השיפוט המוסרי).

הואיל ובני אדם הם יצורים מדיניים מטבעם, והואיל והם יצורים תבוניים, והואיל שהתבונה במהותה היא היכולת לבצע שיפוט מוסרי, השיפוט המוסרי הוא ממהות שיתוף הפעולה בין בני אדם. כלומר, עצם שיתוף הפעולה לא זה המעיד על היכולת התבונית של האדם, אלא השיפוט המוסרי.

* התבונה, ובכללה המוסר, היא היסוד להתארגנות החברתית במדינה, שהיא התנאי לשלמות האדם.

ההכרה התבונית המסורית, שהיא הבסיס לשיתוף הפעולה, ושיתוף הפעולה מעוגן במשפט (הכללים המפורטים שמסדירים את שיתוף הפעולה בין בני האדם), והואיל ושיתוף הפעולה מושתת על מהות תבונת בני האדם, והואיל והתבונה היא מטבעו של האדם, **מכאן שבמשפט יש יסוד טבעי!** מכאן היסוד הטבעי של המשפט שאליו, בעיני אריסטו, אי אפשר להתכחש! זהו התשתית של המשפט הטבעי, וזהו המשפט הטבעי בעיני אריסטו.

אריסטו הוא התשתית לאופן שבו הוגים/משפטנים דיברו על הרעיון שנקרא 'משפט טבעי'. עקרונות במסגרת המשפט הטבעי הם טבעיים כי הם מהווים חלק בלתי נפרד מתבונת האדם.

ייתכנו מצבים בהם בני אדם לא ייצאו מן הכוח אל הפועל, ויפעלו בניגוד לטבעם, אולם זה לא משנה את העובדה שזהו הטבע של בני האדם בעיני אריסטו! (למשל, זה כמו שאנשים יכולים לפעול בניגוד לחוק, אולם עדיין החוק עומד וקיים).

**מה הקשר למוסר (אובייקטיבי/נוהג)?** כשאריסטו דיבר על המשפט הטבעי, הוא דיבר על מוסר אידיאלי ולא על מוסר נוהג!! כשהוא מדבר על המשפט הטבעי שהוא העקרונות המוסריים והתבוניים הם המוסר האידיאלי – הוא חלק מהתבונה והוא תנאי לסדר חברתי המאפשר יציאה תקינה של פרטים מן הכוח אל הפועל. כשאריסטו דיבר על כך שהמשפט הטבעי, היינו מקורות המוסר היסודיים, הם עקרונות שנכללים במוסר האידיאלי. זה שישנה חברה שנוהגת בצורה אחרת (מוסר נוהג), אין בכך כדי לפגום במשפט הטבעי (היינו במוסר האידיאלי, במה ראוי להיות).

**בפס"ד פלוני נ' פלונית**, **כשחשין** דיבר על משפט טבעי ואמר כי טבעי שילד יגדל אצל הוריו, הוא לא התכוון שכולנו חושבים שכך צריך להיות, אלא הוא אמר שכך **ראוי** להיות! הוא גם אומר שישנו עקרון טבעי האומר שאדם לא יכול להנות מפרי עוולתו. כך **ראוי**, לא בהכרח כולם חושבים כך.

בד"כ אנו מצפים משופטים להיות פוזיטיביסטיים. **אם כך, מדוע חשין קבע כפי שקבע?** משום שמי שמחזיק ברעיון של משפט טבעי, הדבר האחרון שעליו הוא חושב שהוא ממציא עקרון משפטי שעכשיו הוא מחיל אותו ברצונו על הקייס שבא לפניו. בתחושתו זה בדיוק הפוך – הוא רואה עקרון מוסרי מובן מאליו, רציונלי לחלוטין שלא ניתן לחשוב שהוא לא עקרון יסוד במשפט, וברור לו שכל אדם נורמלי יחשוב כך, ולכן הדבר האחרון שהוא מייחס לעצמו/מצפה שאחרים ייחסו לו זה שהוא מחיל חוק 'דמיוני' בגלל גחמה אישית. בעצם השופט אומר שבמקרים מהסוג הזה, כאשר מפעילים את החוק צריך גם להפעיל את התבונה שלנו. **התבונה הינה חלק בלתי נפרד מהחוק**. התבונה כפויה עלינו לא פחות מאשר חוקים, ואפילו יותר מחוקים. כאשר אנו מבינים שהחלטה אחרת תגרום נזק גמור, לא ניתן לקבוע אחרת, גם אם החוק לא מפרט על כך.

**שיעור 9 – 01/12/22**

**(שיעור שהושלם כולו מהמחברת של מירון לחמני)**

**המדינה קודמת ליחידים שבבני אדם על פי הטבע**

"וכן קודמת המדינה על פי הטבע לבית ואף ליחידים שבבני האדם, כי הכלל קודם בהכרח לחלק, שהרי אם נחרב כלל הגוף, לא תמצא רגל או יד אם לא בשיתוף השם". אריסטו אומר שאם המדינה היא בעצם טבעית, והיא המסגרת הקטנה ביותר שמספיקה לעצמה, המשמעות של זה היא שיש **קדימות (לא קדימות בזמן או מקום אלא קדימות רעיונית או לוגית) של המדינה על פני כל אחד ואחד מהפרטים.**

מה שמעניק לכל אדם את מהותו ואת יכולתו לצאת מן הכוח אל הפועל זה הקיום שלו בתוך מסגרת מדינית והזיקה שלו אל הפרטים האחרים שנמצאים באותה המסגרת המדינית. מאחר שהמסגרת המדינית והפרטים שנמצאים בה הם אלו שהופכים את המסגרת הזו למספיקה לעצמה, בעוד שכל פרט אינו מספיק לעצמו, יש קדימות למדינה על פני הפרט. **הכלל קודם בהכרח לחלק.**

אריסטו חושב על היחס בין בני אדם לבין מדינה כיחס שבין אברי הגוף לבין הגוף. בד"כ אומרים שהיד איננה יד אלא אם היא קשורה לגוף. כך גם אדם, אדם שנפרד מהמקום בו הוא יוצא מן הכוח אל הפועל (המדינה) הוא לא בהכרח אדם. בני אדם רוכשים את שלמותם מתוך תפקודם בתוך מערכת יותר רחבה, שהיא מספיקה לעצמה.

"המדינה אפוא גם טבעית, גם קודמת ליחיד. וכן ברור, שהרי אין היחיד מספיק לעצמו כשהוא נפרד מהמדינה, לפיכך יחסו למדינה כיחס של כל חלק אחר לכלל שלו". אם הכלל מגדיר את חלקיו, **הרי שהמדינה היא זו שמגדירה את פרטיה.** בכך המדינה קודמת לבני אדם.

"מי שמספיק לעצמו... הוא או בהמה או א-ל" – הכוונה היא שיש בעלי חיים שמספיקים לעצמם במובן הזה שהם לא צריכים בע"ח אחרים כדי לצאת מן הכוח אל הפועל. אם הם צריכים שת"פ הם צריכים אותו באופן מינימאלי. במובן הזה בע"ח הם יותר ירודים מבני אדם. ניתן להגיד שככל שאובייקט יותר מורכב ושיש לו יותר צרכים ושהוא יותר בעל מורכבות פנימית, אז היכולת שלו לספק לו את כל צרכיו בד"כ מותנית ביכולות עצומות. מה שמאפשר לו לספק את הצרכים הללו הוא **שיתוף הפעולה עם הרבה מאוד פרטים שדומים לו**. בע"ח שמספיקים לעצמם הם בד"כ הרבה פחות מורכבים ולכן לא זקוקים לגורמים נוספים מסביבם. באותה מידה גם האלוקות מספיקה לעצמה במובן הזה שהיא לא זקוקה לאלים אחרים. הא-ל, בתפיסה האריסטוטלית, מספיק לעצמו במובן הזה שהוא זה שברא ולא זקוק לאלים אחרים, וזה חלק מהתפיסה המונותאיסטית. מבחינת אריסטו, **רק היצורים הירודים והנעלים ביותר יכולים להספיק לעצמם.** כל מי שבאמצע (ובתוך כך בני אדם) לא מספיק לעצמו, ולכן מסגרת של שיתוף פעולה טבעית לו.

**בשל שכלו האדם יכול להפוך לגרוע שבבריות**

"אדם נולד וכלי זינו אתו, והם בידי המעלות השכליות והמוסריות; ואולם אפשר לו ואפשר לו להשתמש בהם לשם תכליות הפוכות. לפיכך, אם חסר הוא את השלמות [המוסרית, השכלית] הריהו הפושע והפרוע שבבעלי החיים [ואף הנוטה ביותר לזימה ולזוללות]".

אריסטו היה מודע שלשכל יש שני צדדים. השכל יכול להביא אדם לשלמות שכלית ומוסרית ולכדי קיום מפואר שמבוסס על תבוניות ומוסריות, אבל באותה המידה בני אדם יכולים להגיע לשפל הגדול ביותר שניתן להעלות על הדעת. אותו שכל עצמו הוא זה שמאפשר לאדם להיות הפושע והפרוע והנורא שבבעלי החיים, מאחר שבאותו השכל היכולת הן להגיע למעלות הגבוהות ביותר והן להגיע לשפל הירוד ביותר. **לכן יכולים להיות משטרים נוראיים** ומצד שני משטרים מפוארים.

**אתיקה ניקומכית, ספר ה, ז-י**

**צדק מן הטבע וצדק מן החוק**

"הצדק המדיני קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו נובע מן החוק". "טבעי הוא אותו חלק השריר בכל מקום ואינו תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות. ואילו מן החוק נובע כל מה שיכול היה להיקבע באופן שונה".

אריסטו שם לב שכשאנחנו חושבים על עקרונות של צדק (החוקים) ניתן להבחין בין **צדק מן הטבע** לבין **צדק שמקורו בחוק**.

* צדק מן הטבע – משפט טבעי בפוליטיקה
* צדק מן החוק – פונקציה של הסכמה

ההסכמה היא זו שמעניקה לחוקים את התוקף והם לא נגזרים ממה שהוא מכנה הטבע. הטבע אצל אריסטו הוא הטבע התבוני של בני האדם, הוא **שיקול מוסרי שלא יכול להיות אחרת.** ההבחנה היא שטבעי לא תלוי ברצון של בני אדם, זה קיים בכל מקום. אי אפשר לדמיין חברה אנושית בלי העקרונות המוסריים הבסיסיים שהם טבעיים לכל מי שמפעיל את תבונתו כאדם ויודע להבחין בין צדק לבין עוול. לכן, **עקרונות של צדק טבעי הם שרירים בכל מקום.** לצד זאת, אריסטו מודע לזה שקיימים בחוק עניינים שהם תולדה של הסכמה מקומית שתלויה בהחלטות של בני אדם. אותם הדברים המוסדרים ע"י חוק מסוים במקום מסוים יכלו להיקבע אחרת במקום אחר.

הדוגמאות של אריסטו לצדק מן החוק הן פרטי הקורבנות (כבד אחד או שניים) וגובה הקנסות (דמי כופר של אסיר מנה או מאתים). להחלטות אלו חשיבות גדולה, והן חלק בלתי נפרד מהמשפט, אך הן יכלו להיקבע באופן אחר. מאחר שהן יכלו להיקבע באופן אחר זה לא משהו שזה נגזר מהתבונה. זהו הצדק מן החוק.

לכן בכל מערכת משפט יש שני רכיבים: **(1)** צדק מן הטבע (שהכרחי בכל מקום ומקום), **(2)** צדק מן החוק (הסכמה, משתנים ממקום למקום). באשר לצדק מן החוק, תוקף החוקים מגיע מההסכמה עליהם.

עולה השאלה, איך ניתן להבחין בכל מערכת משפט בין צדק מן החוק לצדק מן הטבע? בהתבוננות בחוקים עצמם לעיתים יהיה פשוט להבין אילו חוקים מקורם בתבונה ואילו בהסכמה.

יש דיון של **הרמב"ם (מורה נבוכים ח"ג, פרק כו)** בו הוא מבחין בין מצוות להן טעמים שהם מאוד קרובים למה שאריסטו כינה צדק מן הטבע, לעומת "פרטי מצוות", אותם הרמב"ם רואה כצדק מן החוק (פרטים שיש הכרח להכריע לגביהם כחלק מהנורמות שהמדינה פועלת לפיהן. הנורמות כשלעצמן יכלו להיקבע באופן אחר מבלי שזה יחולל שינוי). מה ששרירותי זה הפרט הספציפי, מה שלא שרירותי זה הצורך להחליט. כל עוד תהיה החלטה זה מקובל, אבל חייבים שתהיה החלטה.

**האם אין מקורו של המשפט כולו בחוק?**

כאן עולה מה שמכונה אצל אריסטו **בעיית השונות**: "אמנם סבורים כמה אנשים שהצדק המדיני כולו מן החוק, כיוון שכל מה שמן הטבע אינו ניתן לשינוי כלשהו, ופועל בכל מקום באותו אופן עצמו. כמו האש ששורפת גם כאן וגם בפרס, בעוד שלדעתם כל מה שנחשב לצדק הולך ומשתנה".

אריסטו כאן פונה לאלו שסבורים שהצדק המדיני כולו מן החוק, מאחר שבסוף באותם עניינים שהם בבחינת צדק מן הטבע עדיין רואים הבדלים. משמעות הדבר **שכל החוק הוא בעצם צדק מן החוק ולא מן הטבע**. **כנגד זה יוצא אריסטו.** הוא אומר "בעוד שיש אצלנו גם צדק טבעי, נכנע הכל לשינוי... גם דברים טבעיים יכולים להשתנות". אריסטו אומר שהעובדה שאנחנו יכולים לזהות הבדלים בתוך עניינים טבעיים בין מקום למקום, לא הופכת את כל הצדק לצדק מן החוק. יש הרבה דברים שאנחנו יכולים להגיד עליהם שהם טבעיים, אבל הם משתנים ממקום למקום, ועדיין הם נשארים טבעיים. גם הטבע נכנע לשינוי במובן הזה שיש לו גרסאות שונות בכל מקום.

**איך קורה שמישהו מסוים מחליט אחרת ממישהו אחר**? לפי אריסטו זה עדיין לא הופך את הצדק מן הטבע לצדק מן החוק. העובדה שבכמה מקומות פועלים באופן הנראה מנוגד לצדק מן הטבע **לא הופך את זה לצדק מן החוק.** לא ניתן לצפות שבכל עניין ועניין, גם אם הוא טבעי, הדברים יתנהלו באופן זהה ודומה בכל מקום. למשל אם במקום מסוים אנשים יחשבו שעונש מוות הוא דבר המנוגד לעקרונות טבעיים, עמדה כזו לא תהיה נסתרת ע"י הצבעה על כך שיש מדינות בהן מתקיים עונש מוות. העובדה שבמקומות מסוימים יש עונש מוות לא הופכת את הטענה שעונש מוות מנוגד למשפט הטבעי לטענה מופרכת.

**משפט טבעי – סיכום**

1. משפט טבעי הוא עקרונות הצדק (מוסר אידיאלי). עקרונות הצדק הם טבעיים, כלומר תבוניים.
2. עקרונות הצדק הם אוניברסליים ונצחיים. הם לא ישתנו לעולם, גם אם בני אדם יסטו מהם במקומות ובזמנים מסוימים.
3. כל אדם, בשל טבעו התבוני, מכיר את העקרונות המוסריים הללו. יכול להיות מצב בו אנשים יחשבו אחרת, אבל מי שמחזיק בעקרונות אלו יודע להבדיל בין הצדק לבין העוול.
4. עקרונות הצדק הם הבסיס לכל מערכת משפט. אף מערכת משפט לא פטורה מהם, זה טבעו של האדם ושל החברה האנושית. חברה לא יכולה בלי מערכת משפט ומערכת משפט לא יכולה בלי עקרונות הצדק.
5. חוק הסותר את עקרונות הצדק הללו יכול להיות תקף מבחינה פוזיטיבית, אבל מבחינת אריסטו הוא בטל. לכן שופט שנוקט בעמדה המתייחסת לחוק כזה בבטלות פועל כשורה.
6. במקום שאין חוק ניתן לפנות לעקרונות אלו ולהתבסס עליהם. מאחר שעקרונות אלו טבעיים ותבוניים אין בעיה של אין עונשין אם לא מזהירים או פגיעה בוודאות מאחר שאלו עקרונות טבעיים מיסודם.
7. לצד המרכיב הטבעי, החוק קובע הסדרים שונים שיש בהם ממד הסכמי (צדק לפי החוק). ניתן לזהות את ההבדל בין היסוד התבוני לבין היסוד ההסכמי בבסיס החוק (אם הבסיס הוא הסכמה הרי שמדובר בחוק ואם תבוני הרי שמדובר בטבע).

**שיעור 10 – 06/12/22**

בשיעור שעבר סיימנו את הדיון באריסטו ובתאוריה שלו של המשפט הטבעי. כעת נציג ביקורות לגבי המשפט הטבעי. הן מחולקות לשני ענפים:

1. ביקורות פילוסופיות
2. ביקורות יוריספרודנטיות

**ביקורת פילוסופיות**

1. תפיסות נון קוגנטיביסטיות

ביקורות ראשונות מגיעות מגישות נון-קוגניטיביסטיות. תפיסות אלה גורסות **שההכרה המוסרית שלנו איננה נעוצה בשכל, בקוגניציה, אלא היא ביטוי לרגש.** זה לא עניין תבוני.

יש גישות כאלה בפילוסופיה של המוסר. הן בד"כ לא הגישות הרווחות/השולטות בחשיבה הפילוסופית, אולם יש גישות מסוג זה שפותחו בתקופות מסוימות, והן אומרות שהמוסר איננו רציונלי, אלא הוא עניין לרגש. רציונליות היא עניין ללוגיקה ולמדע בלבד, ולא לשיפוט/שיקול מוסרי. לפי הגישה הזו, כל הטיעונים הנלמדים במשפט בכל פסקי הדין, הם הכל ביטוי לסוגים שונים של רגשות. לכן, אין מה לומר על כך שהמשפט הטבעי נעוץ בנו.

**תשובה לביקורת:** השאלה מה 'רציונלי' הינה שאלה עמוקה. רציונליות היא עניין רחב יותר מלוגיקה. המוסר הוא רציונלי, והוא חלק מטבענו. אינטואיציות מוסריות בסיסיות והדיון המוסרי הם לא רק נחזים להיות רציונאליים אלא הם באמת כאלו. האינטואיציות בענייני מוסר הן תפיסות הקשורות לתבונה ולא רק עניין לרגש בלבד.

1. בעיית ה-is-ought (הכשל הנטרוליסטי)
* כשל נטורליסטי – המונח כשל בד"כ עוסק במעבר בלתי לגיטימי ממערכת של הנחות למסקנה. המעבר הזה הוא מעבר בלתי תקף, לא נכון, מוטעה מבחינה לוגית.

לפי עמדות שרווחות מאז המאה ה-18, פילוסופים הצביעו על כך שאי אפשר לגזור, להסיק, טענה על אודות מה ראוי (OUGHT) מטענות שהן טענות על אודות דברים מצויים, עובדות בלבד (IS). ממערך של עובדות לא ניתן לגזור מסקנה המורה על מה ראוי ומה לא ראוי לעשות.

אם כך, זה אומר שטבע או דברים הנוגעים לטבע הם דברים שעוסקים במה מצוי, בעובדות ובמצבי עניינים שקיימים בעולם. הטבע מתאר מערכת של עובדות מסוגים שונים. מעובדות אלו לא ניתן לגזור מה ראוי, מה נכון וכו'. סוג זה של הטיעונים לא נגזר אך ממשפטים שהם משפטי גוף דעת.

זוהי טענה שהצביעו עליה בתולדות הפילוסופיה, וזה היה סוג של גילוי. זאת מאחר שאנשים רבים היו מנסים/טוענים ממערכת שלמה של עובדות טענות על אודות מה ראוי. למשל, אם אנו אומרים שלא מן הטבעי שילדים ייוולדו מיחסים חד מיניים, ומכאן שיחסים חד מיניים הם פסולים. הטענה הראשונה היא טענה עובדתית שממנה הסיקו טענה ערכית לגבי התרת יחסי מין חד מיניים. אין שום יחס של סגירה בין שני המשפטים.

מעובדות, לא ניתן לעולם לגזור ערכים או טענות על אודות מה ראוי. ניתן לעשות זאת רק באמצעות מערכת של הנחות המצרפות עובדות לטענות ערכיות. ניתן להסיק טענה ערכית מטענות ערכיות, או מהנחה ערכית אחת ניתן לצרפה למערכת של עובדות כדי להסיק מסקנה ערכית. זוהי ביקורת על המשפט הטבעי, משום **שאם גישת המשפט הטבעי עניינה לתאר עובדות, לא ניתן להקיש מזה על מה ראוי**.

**תשובה לביקורת:** המשפט הטבעי לא באמת גוזר טענות על אודות מה ראוי מעובדות. נקודת המוצא של המשפט הטבעי היא שישנן אקסיומות רציונליות שהן נורמטיביות. הוא מצביע על התבונה שנטועה בכל אדם שהיא חלק מהטבע, ותבונה זו, האינטואיציה שלה היא שאנו תופסים כחלק מהיכולות השכליות והקוגניטיביות שלנו טענות על אודות מה מותר, מה אסור, מה צודק, מה מעוול וכו'. המשפט הטבעי לא חוטא ב"כשל הנטורליסטי".

**ביקורות יוריספרודנטיות**

1. המשפט הטבעי לא מתאר באופן הולם את הפרקטיקה המשפטית

לפי ביקורת זו, המשפט דומה מאוד למוסר. אין באמת הבדל בין דיון מוסרי לבין דיון משפטי, או לפחות לחלק עיקרי מהדיונים המשפטיים. אולם, לפי העמדה הביקורתית הזו יש הבדל דרמטי בין דיון משפטי למוסרי. משפטנים מחפשים את החוק במקורות המשפט, **את החוק המצוי ולא החוק הרצוי!** מכאן, שהתפיסות הרווחות אצל אנשים המאמינים במשפט טבעי חוטאות לפרקטיקה של המשפטנים.

1. המשפט הטבעי מחדיר לחוק חוסר וודאות וחוסר יציבות

אחד הערכים המרכזיים שאנו רוצים להשיג במשפט הוא וודאות, יציבות, והוא מושג דרך חקיקה. החוק הוא זה שמעניק למערכת המשפט את הוודאות והיציבות שלה. המשפט הטבעי שמעמיד את החוקים במקום נחות בהשוואה לעקרונות על, יוצר דיונים וויכוחים, ומתקבלת חוסר וודאות ויציבות שאופיינית לשיקולים מוסריים שמתנהלים בין אנשים.

**תשובה לביקורות:** הן את המשפט הטבעי והן את הפוזיטיביזם (גם לגישה הפוזיטיביסטית שמאמינה שאין מקום למשפט הטבעי) ניתן להציג באופן מגוחך:

* משפטי טבעי – המשפט הוא רק מוסר
* פוזיטיביזם – המשפט הוא רק מה שכתוב בחוק

אנו יודעים שהטענה הראשונה היא לא העמדה של המשפט הטבעי, והטענה השנייה היא לא באמת העמדה של הפוזיטיביזם. ברור ששתי התמונות האלה הן מוטעות. איש משפט טבע יסכים שיש משפט פוזיטיבי. פוזיטיביסט יסכים שמשפטנים פונים לעתים לדיון מוסרי. לא ניתן להכחיש זאת. זה מתבהר כשמתבוננים על המשפט מנקודת המבט של שופט. הניתוח הזה ממתן את חוסר הוודאות וחוסר היציבות שבמשפט הטבע.

המשפט הטבעי אינו באמת מחדיר חוסר וודאות למשפט משום שברוב המקרים בהם אנו נזקקים למשפט הטבעי אנו מכניסים הרבה **יסודות של וודאות למשפט**, משום שהמשפט הטבעי עוסק בעקרונות שכל אדם בר דעת יאמין שהם נכונים.

***גישה פוזיטיביסטית – ג'ון אוסטין***

ג'ון אוסטין – פרטים ביוגרפיים

אוסטין הוא פילוסוף ומשפטן אנגלי שחי ב1790-1859. הוא אחד התלמידים המובהקים של ג'רמי בנת'האם, אבי התועלתנות המודרנית (שעיקרה הניסיון להשתחרר מעקרונות מסורתיים ואי רציונליים). בנת'האם הוא זה שהניח את היסודות והחשיבה מחדש לגבי החוק האנגלי. הוא היה שייך לקבוצת של הוגים רדיקליים ששאפו לחולל רפורמות מרחיקות לכת במשפט האנגלי.

* רדיקליים – ארגון של משפטנים שמרניים.

תקופה זו הייתה תקופה שבה אנגליה הייתה אימפריה. הייתה הכרה שנדרש שינוי דרמטי. היה קיים מתח מובנה בין חשיבה חדשנית לבין יסודות שמרניים. אוסטין היה חלק בלתי נפרד מהמסורת הזו, ושאף יחד עם המורה שלו ועוד תלמידים לבצע מהפכה זו.

אוסטין טען שתורת המשפט היא תשתית הכרחית לכתיבת ספר חוקים חדש לאנגליה. כדי שנצליח לכתוב ספר חוקים חדש, ולהביא רפורמות למשפט, יש שתהיה שתית תאורטית שתבוא לידי ביטוי במסגרת תורה משפטית. לשם כך, הוא שכלל את תורת המשפט שלו הנקראת **"תורת הפקודה".** הוא הציע ניתוח אנליטי של מוסר המשפט. זה נתפס בעיניו ככלי לשינוי חברתי נורמטיבי. אוסטין מצא שדרך תורת המשפט הזו הוא ייצור מסגרת שתכתוב ספר חוקים חדש. ספר זה יכלול רפורמות שייכללו בכל חוקי המשפט.

אחד מהדברים שגם בנת'האם וגם אוסטין ניסו לעשות זה שהחשיבה שלהם ותורת המשפט שלהם ישנו את האופי של המשפט האנגלי (הקומון לו). הקומון לו לא מבוסס על רפורמות משפטיות, ספר חוקים וכו'. באותה תקופה, כדי לבצע חקיקה במשפט האנגלי, היה צריך לשנות את המבנה החוקתי האנגלי.

כשאוסטין מפתח את התאוריה שלו הוא מפתח אותה על רקע מערכת משפט שהתפתחותה ייחודית, במובן הזה שהיא מתפתחת ממקרה למקרה, וכן היא גם במידה רבה משקפת מוסר חברתי. אחת המטרות של אוסטין זה לשנות זאת. הם הצליחו באופן חלקי.

אנו נראה שהתאוריה של אוסטין במובן מסוים אינה התאוריה שמתאימה למשפט המקובל. אוסטין הוא אבי היוריספרודנציה האנליטית.

* פילוסופיה אנליטית – סוג מסוים של מתודולוגיות של טיעון פילוסופי. כל הניתוחים למשל על איך כללים עובדים ומאיזה טעמים הם בנויים, המשגות וכו', זה אופייה של הפילוסופיה האנליטית. הפילוסופיה האנליטית עושה עבודה מהסוג הזה כמעט על כל מושג שאנו מכירים.

אוסטין הציע ניתוח אנליטי של מה זה מערכת משפט. באופן שהוא טען זאת אנו נזהה את הממד האנליטי. גם בביקורות שהופנו כנגד התאוריה שלו נראה את הממד האנליטי.

* התאוריה של אוסטין עמדה לאורך שנים, ובמידה מסוימת יש לה מעמד חזק מאוד
* הגרסה היותר מתקדמת והיותר מתוחכמת של הפוזיטיביזם היא גרסה שנקודת מוצאה זה מערך של ביקורות על העמדה של אוסטין.

**אוסטין – החוק הפוזיטיבי**

נק' המוצא של אוסטין לדיון היא שעניינה של תורת המשפט הוא החוק הפוזיטיבי.

* חוק פוזיטיבי (positive law) – חוק שנקבע על ידי הריבון עבור נתיניו.

כדי להבין במדויק מהו חוק פוזיטיבי, אוסטין אומר שיש להבחין בינו לבין דברים הדומים לו; מוסר נוהג (ומוסר אידיאלי), חוקי דת.

מהו חוק?

הגדרה של חוק (לא של חוק פוזיטיבי!): 'חוק הוא פקודה כללית הניתנת על ידי יצור תבוני ליצור תבוני אחר, כדי לכוון את התנהגותו, ושיש לנותן הפקודה כוח כלפיו'. הרכיבים של ההגדרה:

1. **פקודה**, ציווי.
2. **כלליות**. ישנן פקודות ספציפיות, כגון X עושה Y. כמובן שברגע שניתנת פקודה ספציפית לא נוצר חוק. חוק נוצר כאשר הפקודה נושאת אופי כללי. פקודה כשלעצמה אינה חוק. מרכיב חשוב בחוק זה הכלליות שלו.
3. **ייצור תבוני לייצור תבוני.** כלומר, חוקים נוצרים ע"י אישים בעלי שכל (בני אדם/ה'). כשם שמייצר הפקודה הוא יצור תבוני, כך גם מקבל הפקודה הוא יצור תבוני. זו מעין אינטראקציה בין עצמים תבוניים. הפקודה היא בעלת תוכן קוגנטיבי, שמי שיכול ליצר את זה הוא יצור תבוני, ומי שיכול ליישם זאת הוא יצור תבוני גם כן.
4. **הכוונת התנהגות.** מטרת הפקודה היא לבצע/להימנע מפעולה.
5. **כוח.** לנותן הפקודה יש כוח כלפי מקבל הפקודה. כלומר, כוח זה צריך לבוא לידי ביטוי בזה שאם אדם נותן פקודה לאדם אחר, לא נאמר שהוא נותן פקודה אם אין לו את האמצעים לאכוף את הפקודה במצבים של אי-ציות. במצב שהוא לא יכול לאכוף את הפקודה מחוסר כוח, נאמר שאין כאן באמת פקודה.

במובן זה, אוסטין מדבר על כללים מחייבים! החוק הפוזיטיבי בהכרח חוק מחייב.

1. **פקודה**

הגדרה – 'פקודה היא מבע רצון של יצור תבוני אחד ליצור תבוני אחר, שיפעל או שיימנע מלפעול, כשאת מבע הרצון מלווה איום בסנקציה.'

למשל, אם אנו אומרים שא' נתן ל-ב' פקודה, ישנו תוכן לפקודה (הימנעות מעשייה או ציווי עשייה), ופקודה זו מלווה בסנקציה. המרכיבים של פקודה:

* מבע רצון של יצור תבוני ליצור תבוני אחר
* תוכן – פעולה או הימנעות מפעולה
* איום בסנקציה – הסנקציה יכולה להיות מכל מני סוגים.
1. **סנקציה**

פקודה מותנית בכך שלנותן הפקודה יש כוח כלפי מקבל הפקודה. בהקשר זה, **ישנו הבדל בין פקודה לבין בקשה:**

* פקודה – הכוונה היא שאם מקבל הפקודה לא ייענה למבע הרצון, תופעל עליו סנקציה כתגובה לאי הציות. זאת לשם הנעתו לקיום מבע הרצון.
* בקשה – אין כוונה להפעיל כוח אם הבקשה לא תיענה.

פקודה במובן **לשוני** ופקודה **ממשית**:

* פקודה במובן לשוני – משפט שמנוסח בשפה כפקודה או כציווי. אדם יכול לנסח פקודה מבלי שיש לו כוח. לא כל פקודה במובן הלשוני מבטאת פקודה ממשית.
* פקודה ממשית – מצב בו יצור תבוני אחד **ניסח בשפה** פקודה, ובנוסף הייתה לו **כוונה להפעיל כוח** **ויכולת** לממש כוונה זו.

לכן, אדם בעל כוח יכול לתת פקודה המנוסחת מבחינה לשונית כבקשה, או כחיווי. אולם, זו תהיה 'בקשה שאי אפשר לסרב לה'. מבחינה מעשית, פקודה בד"כ מנוסחת כפקודה גם ברמה הלשונית וגם ברמה הממשית.

ישנם מצבים בהם אדם יבקש בקשה, אך יבינו שמדובר בפקודות. לדוג', כאשר ראש המאפיה פונה לאחר בבקשה, מובן לכל שזוהי 'בקשה שלא כדאי לסרב לה'.

ניתן גם שהפקודה תהיה כמשפט חיווי. לדוג', ראש המאפיה אומר לאחר שמכוניתו יפה. אולם, ניתן להסיק מכך שהוא רוצה את המכונית שלו.

לפי אוסטין, סנקציה לרוב היא האיום להפעיל או לגרום נזק למקרה של אי ציות. נדבר בהמשך על מצבים בהם מלווה את ההוראה תמריץ. למשל, 'כבד את אביך ואת אימך'. לכאורה אין כאן סנקציה, אלא תמריץ לכיבוד הורים. לפי אוסטין, הוראה זו היא לא חוק. זאת מאחר שאין כאן מבע רצון שאליו צמודה סנקציה.

1. **פקודה כללית**

חוק אינו סתם פקודה. פקודה כשלעצמה יכולה להיות ספציפית. חוקים לעומת זאת הם כלליים. המשפט אכן מכיל פקודות ספציפיות שלהן עשוי להיות תוקף משפטי. אולם, טענתו של אוסטין היא שכאשר מדובר בחוקים, פקודות ספציפיות לא יכולות להיות היסוד והתשתית שלהם, של מערכת המשפט.

שני היבטים של כלליות:

1. נמעני החוק – הכלליות אינה בתוכן הפעולה, שהיא חוזרת על עצמה/דפוס של פעולה, אלא היא כללית במובן הזה שהיא פונה לציבור בכללותו. לקבוצה מאוד גדולה של אנשים. החוק יכול להיות כללי בהקשר לנמענים שלו.
2. סוג של פעולה – לבצע/לא לבצע פעולה מסוימת. למשל, בגיל 18 קיימת חובה להתגייס.

הכלליות נוגעת לשני ההיבטים – גם של הנמענים וגם של סוג הפעולה. אוסטין הדגיש את שניהם, רק שמבחינתו ההיבט המשמעותי יותר נוגע לסוג הפעולה. החוק מדבר על סוג מסוים של פעולה, והוא לא מדבר על פעולות ספציפיות. הוא גם כללי במובן הזה שהוא פונה לנמענים כלליים.

קיימים חוקים שהן כן ספציפיים, אך הם יוצאים מן הכלל. **מערכת משפט לא יכולה לתפקד רק עם חוקים ספציפיים**.

**החוק הפוזיטיבי**

נק' המוצא של אוסטין היא מבע רצון שאדם יפעל או ימנע מלפעול פעולה מסוימת. מבצע רצון יכול להיות פקודה, ויכול להיות דבר שאיננו פקודה.

* הוא יהיה פקודה כאשר מוצמדת לא סנקציה
* הוא לא יהיה פקודה (בקשה) כאשר לא נצמדת אליו סנקציה.

אוסטין אומר שניתן לדבר על פקודה שהיא צו פרטי/ספציפי, לעומת זאת היא יכולה להיות בעלת אופי כללי ואז היא הופכת לחוק.

חוקים כלליים, היינו פקודות בעלות אופי כללי, הם הוראה של יצור תבוני אחד לאחר, וכאן אוסטין מבחין בין חוקי ה' (לבני אדם – 'טבעי', 'מוסר אלוקי') לבין חוקי בני אדם (לבני אדם). אוסטין לא הכחיש את המוסר הטבעי/האלוקי. אולם, זה לא היה בשבילו החוק הפוזיטיבי שאותו ניסה לחקור.

הוא טוען שכאשר אנו מבחינים בחוקים של בני אדם לבני אדם, **אנו נבדיל בין שני סוגי חוקים:**

1. חוק שאיננו פוזיטיבי – חוק כללי של בני אדם כלפי בני אדם, הנקבע ע"י מי שאיננו ריבון/מי שאיננו פועל מכוח הריבון. למשל, הורה, מנהל.
2. חוק פוזיטיבי – חוק של הריבון כלפי נתיניו. סוג מסוים של בן אדם כלפי סוג מסוים של בני אדם.

**שיעור 14 – 08/12/22**

**מיהו ריבון?**

* לפי אוסטין, הריבון הוא **מי שזוכה להרגל ציות, והוא עצמו לא חייב בציות לשום גורם אחר.** כלומר, כדי לזהות מיהו הריבון באזור מסוים יש להסתכל על יחידה פוליטית מסוימת/אזור מסוים, והגורם הזוכה להרגל ציות מצד כולם, בעוד שהוא עצמו אינו חייב בציות לאף גורם אחר הוא הריבון. בעצם, ישנה היררכיה ומי שעומד בראשה הוא הריבון. יש כאן דימוי יחסית פשטני לגורם עליון. ברגע שמזהים את הגורם העליון אנו נדע מיהו הריבון, וכפועל יוצא נדע מי מייצר את החוק הפוזיטיבי.
* בד"כ הריבון יהיה מלך או גוף שלטוני אחר (פרלמנט, כנסת, ממשלה וכיו"ב).
* הריבון הוא זה שמחזיק **בכוח הרב ביותר במדינה**. הכוח שלו הוא **אקסקלוסיבי.** יש לו סוגים של כוח שרק הוא יכול להפעיל, ושום גורם אחר לא יכול להפעיל. כלומר, זה לא שהמלך או הריבון הם היחידים בעלי הכוח במדינה. גם לאחרים יש כוח. אולם, כוחו של הריבון הוא כזה שהוא מוציא כוחות אחרים והופך אותם למשניים מאוד בהשוואה לכוחו. למשל, הריבון יכול להעניש אדם במאסר, בניגוד לכוח משני אחר. זהו כוח ששמור לריבון.
* הריבון יכול **להאציל מסמכותו** לשרים, פקידים, שופטים וכיו"ב. לכן, הריבון הם גם כל הגורמים הפועלים מכוחו של המלך.

**חוק פוזיטיבי, פקודה וחובה משפטית**

הכוח המחייב של פקודה נעוץ בכוח של הפוקד, ובכוונתו להשתמש בו, כלומר בסנקציה.

אם כך, מה משמעות החובה המשפטית של הכוח המחייב של החוק? אוסטין אומר: "בהיותי צפוי לנזק (פגיעה) אם לא אציית לפקודה, אזי נכון לומר שאני כפוף לפקודה, וכי אני חייב לציית". החובה לציית לפקודה לפי אוסטין אינה חובה מוסרית. תודעת הכפיפות נעוצה בזה שאם הפעולה לא תתבצע האדם יהיה צפוי לנזק שיושת עליו בהיעדר ציות. למשל, הפקודה האוסרת לחנות באדום לבן. משמעות האיסור היא שאם אדם יחנה באדום-לבן, יש סיכוי שיקבל קנס.

ישנם מובנים שונים של 'חייב' ('חובה'). בעניינו, חובה (משפטית) היא הרצון להימנע מנזק שייגרם לי במקרה של אי עשייה/הפרתה.

* חובה מוסרית – כפיפות לנורמה/תודעה של מחויבות מוסרית במנותק מנזק שייגרם או לא ייגרם. לפי אוסטין, חובה משפטית אינה חובה מוסרית!

אוסטין לא מעוניין לדבר על חובה משפטית במובן הזה. מבחינתו, חובה היא קורלטיבית לסנקציות. הרצון להימנע מנזק שייגרם לי זה טיבה של החובה המשפטית לפי אוסטין. זאת משום שחוק משפטי הוא מעין פקודה כללית שמכילה בתוכה סנקציה. החשש מידו הארוכה של הריבון הוא הבסיס של החובה. הקורלציה בין פקודה לחובה – הכוח המחייב של הפקודה נגזר מן הסנקציה הכלולה בה.

**כיצד עונה אוסטין על השאלה מהו החוק?**

1. כיצד נבחין בין המוסד החברתי שנקרה "חוק" לבין מוסדות דמויי חוק (דת ומוסר נוהג?

**תשובת אוסטין:** מקור החוק הוא בריבון. פקודה כללית שכלולה בה סנקציה. לעומת זאת, מקור המוסר הפוזיטיבי הוא בחברה. המוסר הפוזיטיבי יוצר כללים שצומחים מהחברה, לעומת החוק שהוא נחקק ע"י הריבון. כלומר, ההבחנה היא מהו המקור.

* מוסר פוזיטיבי – החוקים אינם של הריבון אלא של בני החברה. הם יכולים להטיל סנקציות כגון חרמות.
1. מה ההבדל בין חוק טבע, חוק מוסרי וחוק משפטי?

**תשובה:** מבחינתו, חוק טבע מתחלק לשניים: חוק פיזיקלי וחוק ה'.

אוסטין אומר שחוקי הטבע מקורם בה' (חלקם הם חוקים מתארים וחלקם מצווים). חוקי מוסר (פוזיטיבי) מקורו בחברה. חוק משפטי מקורו בריבון.

1. כיצד נדע מהו החוק במקרה מסוים?

**תשבה:** יש לזהות פקודה כללית רלוונטית של הריבון, או של מי שפועל מטעמו (כלומר מבע רצון כללי המלווה בסנקציה).

**הפוזיטיביזם של אוסטין**

מקור החוק הוא **בפוזיציה** של נותן הפקודה – הריבון. הריבון ממלא את תפקיד השליט באותו אזור, ובהיותו מחזיק בפוזיציה הזו, פקודותיו מהוות החוק הפוזיטיבי באותה מדינה.

הפוזיטיביזם של אוסטין קשור לכך שחוקים הם **עובדות חברתיות** – פקודות שהריבון נתן (או שמישהו נתן מטעמו). כלומר, יש לזהות עובדה ולא דבר מופשט.

בעיני אוסטין, תאוריה זו מפתחת את מה שאפשר לכנות **"תקפות משפטית".** יש להבחין בין דבר שהוא תקף, לבין דבר שהוא צודק/נכון מבחינה משפטית. לא כל דבר שהוא צודק/נכון מבחינה משפטית הוא תקף מבחינה משפטית, ולהיפך.

כדי לזהות חוק, עלינו לשאול את השאלה 'האם זה חוק **תקף**'. כלומר, האם הוא חלק מהחוק הפוזיטיבי. כדי לבחון זאת, יש לראות האם הוא נקבע ע"י אדם המוסמך לעשות זאת, ובעיני אוסטין – ע"י הריבון.

**'חובה משפטית'** נעוצה ברצון להימנע מנזק שהריבון יכול לגרום אם לא אציית.

יש לשים לב שתורת הפקודה של אוסטין, שלפיה מקור המשפט הוא בריבון (הפרלמנט), היא במובן מסוים **ביקורת** בעקבות בנתהאם על מסורת הקומון לו האנגלי, שדווקא מדגישה שמקור המשפט צומח מלמטה, מהציבור. שהשופטים מכריעים בסכסוכים באמצעות תובנות נורמטיביות המהוות חלק מהתפיסה המוסרית-משפטית של הקהילה. זה יוצר את החוק. התפיסה של אוסטין מנוגדת לתפיסת הקומון לו ואומר שהחוק מגיע מלמעלה – מהריבון.

מעניין לראות שדווקא בגלל שאוסטין פיתח תאוריה שאינה מתאימה למשפטי המקובל, זו התאוריה שהפכה להיות השולטת במשפט הבריטי לאורך כ-100 שנה, והיה לה גם השפעה באירופה. זו הייתה התאוריה השולטת עד שהגיע הרט.

***הל"א (H.L.A) הרט – פוזיטיביזם***

הרט הוא הפילוסוף החשוב ביותר במאה הקודמת, בכל מה שקשור לפילוסופיה של המשפט ובאתיקה. התאוריה שלו היא המתוחכמת ביותר. יש בה מערך שלם של נושאים הקשורים למשפט.

הוא חי באנגליה, בן למשפחה יהודית שהיגרה כמה עשרות שנים קודם לכן מאירופה לאנגליה. הוא חי בשנים 1907-1992. הוא הפילוסוף המשפיע ביותר בתורת המשפט במאה ה-20, במיוחד בעולם האנגלו-אמריקאי. ספרו החשוב ביותר נקרא the concept of law. בשנות ה-60 הרט נתן קורסים שבהם הוא פיתח חשיבה חדשה בתחום תורת המשפט. את הקורסים האלה הוא סיכם באופן מאוד אלגנטי בפרקים שונים של הספר הזה. מהרגע שהספר יצא, הוא הניח את היסודות לחשיבה אחרת לגמרי על תורת המשפט. חשיבה זו ממשיכה את המסורת הפוזיטיביסטית.

**נקודת המוצא של הרט: ביקורת תורת הפקודה של אוסטין**

תורת הפקודה (הפוזיטיביסטית) של אוסטין היא אינטואיטיבית. כלומר, היא אנליטית, מסבירה מהי פקודה, מה זה כללית, ממקמת את החוק בריבון, רואה בחוק כוח של הריבון, מתארת את היכולת של הריבון להפעיל כוח כדי להשיג סדר חברתי. היא נראית פשוטה, קוסמת ואינטואיטיבית. הייתה לה השפעה רבה.

**הרט מבקר כמעט כל היבט בתאוריה הזו**. הוא בוחן את יסודותיה. אנו נראה שהרט בוחן מערך שלם של הנחות וטענות העומדות ביסוד התאוריה של אוסטין, ומבקר בשיטתיות כל היבט בתאוריה הזו.

דרך הביקורת של הרט אנו נציג היבטים נוספים בתאוריה של אוסטין.

ביקורותיו על אוסטין הן **המסד של התאוריה שלו,** ולכן הן חלק בלתי נפרד ממנה (ולביקורות האלה הוא מקדיש את פרקים 2-4 בספרו.

**הביקורות**

1. **ביקורת: מהי פקודה?**

לפי אוסטין, פקודה היא מושג המפתח כדי להבין מהו חוק. פקודה לפיו היא מבע רצון שאליה האדם מצמיד סנקציה.

הרט רוצה לבדוק מהי באמת פקודה, והאם ההגדרה של אוסטין היא הגדרה מתקבלת על הדעת.

הבחנה בין פקודה במובן הלשוני (התחבירי) לפקודה במובן הנורמטיבי

לפי אוסטין, ניתן לנסח פקודה בלשון ציווי, אולם לא כל ניסוח לשוני של פקודה בלשון ציווי מהווה פקודה ממשית. כדי שתהיה פקודה ממשית צריך שנותן הפקודה יהיה בעל כוח כלפי מקבל הפקודה.

הרט אומר שיש מקום להבחין בין פקודה במובן הלשוני לבין פקודה במובן הנורמטיבי.

פקודה היא בעלת מעמד נורמטיבי. דוגמאות להבנה:

* אקדוחן נכנס לבנק ורוצה לשדוד אותו. הוא מכוון את האקדח לראשו של פקיד הבנק ודורש ממנו להביא לו את הכסף שנמצא בכספת. אם לא יביא לו את הכסף, הוא מאיים שיירה בו. האקדוחן נתן פקודה שאליה הוא הצמיד סנקציה!
* פקודה שמפקד בצבא נותן לחיילים. הוא אומר לחיילים שברגע מסוים עליהם להסתער.
* מנהל במקום עבודה מורה על העובדים לבצע דבר מסוים.
* מרצה שנותן פקודה לקרוא חומר לעבודה. האם מקרה המרצה דומה למקרה האקדוחן? ההבדל הוא שהמרצה יכול רק לתת ציון נמוך, והאקדוחן יכול לקחת חיים.

מה ההבדל בין מקרה האקדוחן לבין מקרה המרצה? הרט אומר שאם נפעל לפי השיטה של אוסטין, אין הבדל בין המקרים. אולם, ברור לכולם שישנו הבדל.

**כיצד נבחין בין פקודה במובן הנורמטיבי לבין פקודה במובן הלשוני (איום גרידא) שהיא איננה פקודה במובן הנורמטיבי, אלא הפעלת כוח?** במובן הזה, השודד בבנק ניסח פקודה במובן הלשוני, ואיים באמצעות אקדח. זו הפעולה שעשה. לעומת זאת, מרצה בכיתה/מפקד בצבא אינם מאיימים על החיילים. הם נותנים הוראה, משתמשים בסמכותם, והם נענים לפקודה משום שהם מכירים בסמכותם. הם כלל לא רואים בזה איום. זה שבשוליים של הפקודה יש ממד להטיל סנקציה זה דבר שנדון בו בהמשך, אך זה לא חלק מהפקודה כלל. כשחושבים על פקודה במובן הנורמטיבי אנו חושבים על מערכות נורמטיביות בהן אנשים מכירים בסמכות ומערכת הכפיפויות מוכרת ע"י מי שפועל במסגרות האלה. לכן, כאשר מישהו נותן פקודה ואחר מקבל אותה, המקבל מכיר בסמכות של נותן הפקודה. במערכות כאלה אנו נוכל לחשוב על פקודות שניתנות ללא שום סנקציה. סנקציה היא אף לא מרכיב הכרחי בפקודות הניתנות במערכות חברתיות בעלות היררכיה.

לכן, כשמדברים על סמכותו של אקדוחן באותה נשימה עם סמכותו של מרצה כיתה/מפקד בצבא/מנהל בעבודה **יוצר טשטוש בין שני מובנים שונים של פקודה:**

1. מובן אחד – שימוש נכון שפה. אולם, זה איום במובן הלשוני. פקיד הבנק לא נתון לשום פקודה במובן הנורמטיבי. זאת משום שפקיד הבנק אינו כפוף לשודד.
2. מובן שני – הכרה בסמכות נותן הפקודה, הכפפה לנותן הפקודה.

הכרה בסמכות ובקבלת מרות אינה מחייבת ציות עיוור. אלא, ההכרה בכך שנותן הפקודה בעל כוח לתת פקודה.

כאן נובעת הביקורת על אוסטין – הוא מטשטש בין המובנים השונים של הפקודה. לדבריו של הרט **הציות לפקודה אינה נובעת מהפחד של העונש, אלא בגלל ההכרה בסמכותו**! בגלל מעמדו הנורמטיבי! הציות להוראות נובע מהזדהות עם מטרות הארגון בו המציית מתפקד.

**שיעור 15 – 13/12/22**

כאמור, פקודה היא לא רק היכולת לנסח הוראה בעלת מבנה של פקודה. אלא, זו יכולת של אדם בתוך המערכת לחייב אדם אחר.

פקודה במובן הנורמטיבי מחייבת **התקיימות תנאים מוקדמים של 'סמכות' ו'הכרה בסמכות', שעומדים ביסודם של מוסדות חברתיים** (יש בה ברגיל היררכיה). סנקציה, אינה רכיב הכרחי של פקודה. ישנן פקודות שלא מלוות להן סנקציה.

1. **ביקורת: סוגים שונים של כללים/נורמות**

כשמסתכלים על מערכות משפט, אנו מגלים שיש כמה סוגי נורמות. התאוריה של הפקודה של אוסטין אל מצליחה להסביר אותן. אוסטין מסביר סוג מאוד מסוים של כללים. את הכללים האלה הרט מכנה "נורמות מטילות חובה". כאשר יש נורמה המטילה חובה, תתלווה אליה סנקציה. אולם, במערכת המשפט יש עוד סוגי נורמות, ולא ניתן להסבירם באמצעות תאוריית הפקודה.

לדברי הרט, ישנם כללים מטילי חובה, כללים מעניקי כוחות, כללים מעניקי זכות. בד"כ אלה שלא מכירים את מערכת המשפט תמיד יחשבו במונחים של חובות. אולם, אנו נראה שבמשפט יש מערכת עצומה של כללים שכלל לא מטילים חובות. כללים אלה או נותנים לנו זכויות, או שהם מעניקים לנו כוחות. כללים מעניקי כוחות הם שונים באופן מהותי מכללים מטילי חובה.

1. כללים מטילה חובה – כגון, לא תרצח, לא תגנוב, שלם מס.
2. כללים מעניקי כוחות. דוגמאות להמחשה:
* **חוק החוזים** – חוק החוזים לא מטיל עלינו חובות. הוא נותן לנו **כוח משפטי** ליצור לעצמינו זכויות כנגד חובות
* **חוק החברות** – הרעיון הבסיסי של חברה בע"מ הוא שכאשר אדם יוזם מבחינה עסקית-כלכלית, הוא לוקח סיכון גדול. יש סיכוי שהוא ייכשל, ואם הוא ייכשל הוא יפסיד את כל רכושו. אנשים מחושבים לא ירצו לקחת את הסיכון הזה, זאת משום שאם הם יפסידו, הם ייוותרו בלי כלום. כדי לתמרץ אנשים לעשות זאת, אנו אומרים שאנו מגבילים את הסיכון שאותו אדם לוקח. לכן, אם החברה פשטה רגל, אף אחד לא ילך אל בעל החברה ישירות, אלא אל החברה עצמה. החוק הוביל לפריחה כלכלית עצומה בכל ענפי החברה. לכן, כלי זה הוא רב עוצמה. הוא **מעניק כוח** להקים חברה, לפעול באמצעותה ולנהל את העסק הכלכלי באמצעותה.
* **דיני הצוואה** – צוואה אינה חובה. דיני הצוואה נותנים **כוח לצוות על רכוש גם לאחר מותו של המצווה**.
* **דיני נישואין** – נותן את הכוח להיקשר עם בן זוג. בעצם מדובר בהענקת **הכוח לשנות את הסטטוס המשפטי ממצב של רווקות למצב של נישואין**. לכך יש מערך שלם של משמעויות והשלכות.

ישנם גם כוחות שהחוק מעניק לפקידי ציבור. למשל, הכוח של השופט להכריע, לקבל החלטות מסוימות, לתת סעדים וכו'. הוא גם מעניק כוחות לפרטיים.

1. כללים מעניקי זכות – הזכות לבחור, להיבחר, הזכות לתנועה וכו'. זה מטיל חובה על הממשלה (כי עליהן מוטלת החובה לספק את הזכויות האלו).

**בעצם יש 3 סוגי נורמות:** נורמות מטילות חובה, נורמות מעניקות כוחות ונורמות מעניקות זכויות.

אנו רואים שהתאוריה של אוסטין לא מצליחה להסביר את מגוון הנורמות הללו, אלא היא מעניקה הסבר (לקוי, לאור הטענה הקודמת שלנו) לסוג מסוים של נורמות שלרבים נראה שאלו הן בלבד הנורמות המשפטיות.

תשובות לביקורת:

**א. תשובת אוסטין:** אוסטין, שהיה נבון מאוד, היה מודע לסוגי הנורמות האלה. הוא, וגם תיאורטיקנים אחרים, ניסו להסביר את אותן נורמות (מעניקות כוחות) במונחים של תאוריית הפקודה של אוסטין. אוסטין אומר שניתן לתאר גם את חוק החוזים בצורה של נורמה המצווה, ואם לא מצייתים לה סופגים סנקציה. לדוג', חוק החוזים אומר שכדי לעשות חוזה צריך הצעה, קיבול ומסוימות, או שעסקת מקרקעין דרושה כתב. אם לא מצייתים לחוק, סופגים סנקציה – החוזה לא תקף.

**תשובתו אינו מספקת.** למשל, אם אדם לא שילם מס הוא יקבל קנס. זו בעצם החלטה נפרדת מאי תשלום המס. לעומת זאת, כשמדבירם על פעולה מסוימת שלה יש תולדה הכרחית, שהיא חלק מההיגיון מאחורי עשיית הפעולה, התולדה אינה נפרדת מהפעולה. כאשר אומרים שאדם עשה חוזה במקרקעין בע"פ ולא בכתב, האדם כלל לא עשה חוזה. זו תולדה ולא ענישה. בגלל שלא התקיים יסוד הכתב הוא בכלל לא עשה חוזה, ולכן אין חוזה.

מושג הסנקציה זה תגובת המערכת להפרה. סנקציה היא לא תולדה לא רצויה של פעולה. כל התוצאות הלא רצויות של המשפט, ובענייננו כאשר אין חוזה, זה תולדה של אי עשיית חוזה מלכתחילה. לכן, לא יהיה נכון לומר שבטלות החוזה היא סנקציה על אי-ציות להוראות חוק החוזים. כלומר, **בטלות החוזה הכוונה היעדר כוח**.

**ב. תשובת הנס קלזן:** מהותם של כללים מעניקי כוחות הוא העמדת הכוח של המדינה מאחורי הפעולה המשפטית. הכוח של המדינה הוא התשתית והבסיס של מערכת המשפט. כשם שבחוק הפלילי יש למדינה כוח להעניש, הכוח הזה גם ישתקף בכל נורמה, כולל בחוק החוזים, חוק החברות, דיני הצוואה וכו'.

כשאנו חושבים על הסכמים, חוק החוזים לא זה שהמציא את רעיון ההסכמה. אנשים מסכימים בלי חוק החוזים. לכאורה, לא צריך את חוק החוזים לשם הסכמה. אולם, אנו כן צריכים את חוק החוזים לשם 'פיקוח' על ההסכמה מצד המדינה. לדוג', יש הסכמים ג'נטלמנים שלא ניתן לתבוע על הפרתו. לעומת זאת, יש חוזים תקפים.. ההבדל הוא הכוח של המדינה העומד מאחורי החוזה. אם צד מסוים יפר את ההסכם המשפטי התקף, הצד הנפגע יוכל לפנות לביהמ"ש ולבקש סעד.

המשמעות שהיא כוח המדינה הוא יסוד חיוני קריטי גם כשאנו חושבים על חוזה משפטי, שכן זהו ההבדל העומד בין חוזים משפטיים לבין חוזים לא משפטיים.

**הרט עונה על כך:** כשם שסנקציה אינה מהות כללים מטילי חובה (אלא רק גורם מסייע), היכולת לתבוע על הפרת חוזה אינה מהותם של דיני החוזים, אלא הכוח (המשפטי) לכונן אותם.

למשל, האם נכון לכנות את חוק החברות ככזה שהמדינה תפקח ותטיל סנקציה כאשר פועלים נגד החוק? לא! מטרת החוק היא ליצור ביטחון ומניעת סיכונים, לעודד יזמות וכו'. כמובן שהמדינה מעמידה את כוחה במצבים בהם מישהו נהג שלא כראוי במסגרת ניהול החברה. אולם, טעות לחשוב שמהות חוק החברות הוא להעמיד את כוח המדינה במצב של הפרת הכללים האלו.

כך גם לגבי צוואה. מהות הצוואה היא איננה הכוח של ביהמ"ש להוציא אותה לפועל, אלא הענקת כוח לאדם העומד למות לחלק את נכסיו.

בדיני הנישואין, לפי קלזן, כל מהותם הוא לאכוף את מתן המזונות. אולם אין זה כך, המהות היא לשמור על התא המשפחתי. במצב פתולוגי בו הזוג מחליט להתגרש וצד אחד לא משלם מזונות, אז ביהמ"ש מפעיל את כוחו. אולם זה לא מהות דיני המשפחה!!!

**שיעור 16 – 20/12/22**

1. **ביקורת: המנהג כמקור לנורמות משפטיות**

כשמדברים על המקורות לנורמות משפטיות, רגילים לדבר על 3 מקורות ראשיים: (1) חקיקה, (2) פסיקה (תקדים), (3) מנהג.

* מנהג – דפוס התנהגות שהשתרש בחברה, ושבני החברה רואים אותו כמחייב – הן מהבחינה המשפטית והן מהבחינה המוסרת.

ברגע שקמה מערכת משפט, ואנו מבחינים בין נורמות שנתפסות כמחייבות מוסרית אולם אין להן תוקף שמפטי, לעומת נורמות שנתפסות כחלק ממערכת המשפט, עדיין המקור לנורמות המשפטיות היה המנהג. זה לא שהמנהג היה מקור השראה למחוקק, אלא הוא זה שכונן אותן כנורמות משפטיות. במובן זה, המנהג, בעבר (ובמובן מסוים בהווה), מהווה אחד ממקורות הנורמות המשפטיות. בעצם, יש הבדל בין 'מנהג' לבין מנהג בעל תוקף משפטי.

* מנהג בעל תוקף משפטי – מנהג הוא נורמה משפטית שצומחת מלמטה.

לדוג', פיצויי פיטורין. הייתה נורמה שהשתרשה בחברה הישראלית, עוד בטרם קום המדינה. המנהג היה שאם מעביד היה מפטר עובד לאחר זמן מסוים שעבד אצלו, הוא היה מביא לו פיצויי פיטורין בצורה של משכורת לשנה. למשל, אם אדם התפטר לאחר 5 שנים, הוא יקבל 5\*סך המשכורת שלו כפיצויים. נוהג זה הוביל לכך שחוקק חוק פיצויי פיטורין. לפני שהחוק חוקק, אם אדם פוטר והוא לא קיבל פיצויים מהמעביד, הוא היה פונה לביהמ"ש. העובד היה אומר שהוא זכאי לפיצויים מכוח המנהג.

**תאוריית הפקודה של אוסטין לא מכירה במנהג כמקור לנורמות משפטיות!** לפי התאוריה של אוסטין, הגדרה של חוק היא פקודה של הריבון שאליה הוא הצמיד סנקציה. מכאן, כל המקורות המשפטיים מקורם בריבון. פסיקה לא מעוררת קושי, משום שניתן לומר שהמחוקק הסמיך את ביהמ"ש לפסוק ולקבוע תקדימים במקרים מסוימים. באשר לנוהג, אם הוא צומח מהציבור, מכאן שזה לא מהווה מקור לנורמות משפטיות שכן לא קבע אותו המחוקק.

אין להקל ראש במנהג כמקור לנורמות משפטיות, בין השאר משום שהקומון לו האנגלי ביסודו בנוי על מנהג. כששופטים היו פוסקים לאורך השנים ובאמצעותם יצרו תקדימים, הם התבססו על נורמות משפטיות חברתיות שהן מנהגים מושרשים בחברה. הקומון לו הבריטי הוא אחד ממערכות המשפט הבולטות ששימשו כמנהג לנורמות משפטיות.

* אוסטין היה הוגה בריטי, אולם יצר תאוריה שלא מתאימה למשפט המקובל

**תשובת אוסטין**: מנהג הופך לנורמה משפטית רק כשבית המשפט נותן לו תוקף (בפס"ד), ואז הוא הופך לתקדים מחייב.

**מענה לתשובה:** כשביהמ"ש, למשל בפיצויי פיטורין, אוכף את המנהג, הוא עושה זאת לא כי הוא נותן תוקף משפטי למנהג בעיניו. אלא, צורת החשיבה של ביהמ"ש היא שהוא מעניק פיצויי פיטורין כי זהו המנהג עצמו! **לא הפסיקה היא זו שמכוננת את הנורמה המשפטית** שאומרת כי חובה על המעביד לשלם פיצויים לעובד, אלא היא נובעת מקיומה של נורמה משפטית שכבר קיימת מכוחו של המנהג. לכן, תשובתו של אוסטין

1. **ביקורת: חוקים החלים על הריבון**

תאוריית הפקודה של אוסטין לא מכירה בחוקים החלים על הריבון (הכנסת, ח"כים, שרים, ראשי ממשלה וכו'). זאת משום שההגדרה של חוק לפי אוסטין היא פקודה של הריבון ומבע רצון להצמיד סנקציה. מכאן שהריבון הוא זה שמחיל חוקים למדינה. בחברות דמוקרטיות, החוקים חלים גם על הריבון עצמו. אמנם יש מדינות חריגות, כגון סוריה, אשר החוקים שהמחוקק מעביר אינם חלים על הריבון, אולם ברוב המדינות החוקים חלים גם על הריבון. התאוריה של אוסטין לכאורה לא נותנת דין וחשבון למערכות משפט כאלה, בכך שהריבון כפוף לחוק.

בעצם, הכללים המשפטיים/הנורמות המשפטיות חלים גם על הריבון. לכן, התאוריה של אוסטין לא מתאימה להסביר מערכות משפט, שהן מערכות משפט רווחות מאוד, שבהן הריבון כפוף לחוק. זאת הסיבה שלפי אוסטין אדם לא יכול לחוקק לעצמו חוקים.

**תשובת אוסטין:** הריבון לרוב פועל לפי חוקה, וזאת כדי לתת דוגמא אישית ולא כי הוא באמת כפוף להם. הוא לא כפוף לחוק בגלל המעמד המיוחד שלו. הוא עושה בחוק "כרצונו" ויכול לכופף אותו בדיוק באופן שמתאים לו. לכן, בשונה מכל אזרח אחר הוא לא כפוף לחוק. הדבר בא לידי ביטוי בכך שהמחוקק יכול לשנות את החוקים. מכאן שהוא עושה כרצונו בחוק ולכן הריבון גם ככה לא באמת כפוף לחוק.

**מענה לתשובה:** האמנם כך הוא במערכות משפט מודרניות? לא ניתן להתווכח עם כך שיש סיטואציות בהן דברים כאלו קורים. אולם, בלא מעט ממערכות המשפט, כולל בישראלית, הריבון כפוף לחוק. ראיה לכך היא שהריבון יכול לעמוד לדין. מכאן שהתאוריה של אוסטין לוקה גם בזה.

1. **ביקורת: האימפרסונליות של החוק**

בחוק אין ממד אישי פרסונלי. לפי תאוריית הפקודה, כשאנו מדברים על יצור תבוני שנותן פקודה ליצור תבוני אחר. מקור הפקודה הוא ביצור תבוני, ושיש קשר בין האישיות לבין הפקודה שניתנה. המשמעות היא שתמיד כאשר נדבר על פקודה במובן ריאלי, תמיד נקשור בין גורם האישיות של נותן הפקודה של הפקודה עצמה. כדי להבין זאת נדמיין מצב בו מפקד נתן פקודה, ואח"כ קיבל התקף לב ומת. האם הפקודה שלו עדיין מחייבת? האם יש עדיין פקודה? כאשר נותן הפקודה כבר לא נמצא, כביכול נעלמת גם הפקודה. מכאן שיש קשר בין הפקודה לבין הפרסונה שנתנה אותה.

לעומת זאת, כשאנו חושבים על חוקים שנוצרים ע"י מוסד מחוקק – ריבון או מישהו מטעמו – אנו תמיד חושבים על חוקים באופן שאין בהם את הממד הפרסונלי. לחוקים יש חיוניות, יש מעמד, גם אם הגורם שחוקק אותם כבר לא קיים. למשל, הכנסת הראשונה שחוקקה חוקים. ברגע שהיא חוקקה חוק, התוקף שלו עדיין קיים. החוקים שהם מחוקקים לא תלויים בגורם שחוקק אותם. **יש להם מובן אימפרסונלי**.

לכן, כאשר מתחלף ריבון אנו לא אומרים שהריבון שמחליף אותו צריך לחוקק מחדש את כל החוקים שחוקק הריבון הקודם. **לא בכל פעם שמתחלף ריבון מתחלפת גם מערכת משפט**.

הביקורות של הרט על אוסטין, סיכום

1. ביקורת מושג הפקודה והסנקציה
2. סוגי הנורמות – כללים מטילי חובה וכללים מעניקי כוחות וזכויות
3. המנהג כמקור לנורמות משפטיות
4. חובות החלות על הריבון
5. אימפרסונליות ומערכתיות המשפט

כעת נראה איך התאוריה של הרט אינה לוקה בבעיות אלה, ונראה שהרט נותן דין וחשבון לטיב מערכות המשפט.

***התיאוריה של הרט – כללים משפטיים הם כללים חברתיים***

כללים משפטיים הם אינם פקודות, והם לא משפט טבעי מהסוג של משפט טבע. נק' המוצא של התאוריה של הרט היא המושג "כלל חברתי". טענתו היא שכלל משפטי הוא סוג מסוים של כלל חברתי.

* כלל חברתי – כלל שנתפס כמחייב בקרב בני החברה. כלל חברתי הוא **דפוס התנהגות.** יש דפוס התנהגות הרווח בחברה. הוא חוזר על עצמו מסיבות מסוימות. יש לו **הצדקה**, כלומר הוא זוכה **לציות פנימי**. לדעת החברה ראוי לעשות כך. בני החברה מבקרים מי שסוטה ממנו. ההצדקה היא מנק' המבט של בני החברה (לא של המוסר האידיאלי).

למשל, ביישוב דתי שכולם שומרים שבת. כלל שמירת השבת נובע מציות פנימי ומההצדקה שה' נח ביום השביעי בבריאת העולם. החברה יכולה לבקר את אותו אדם המחלל שבת באותו יישוב. דוגמא נוספת היא הכלל החברתי לעמוד בצפירת יום הזיכרון.

**כללים חברתיים – נק' מבט חיצונית ונק' מבט פנימית**

על כללים חברתיים ניתן להתבונן מבחוץ, מנק' מבט חיצונית. כך מתבונן סוציולוג על כללים חברתיים של חברה.

בני החברה מתבוננים על הכללים החברתיים הנוהגים בה מנק' מבט פנימית. 'ציות פנימי'. המציית סבור שהתנהגותו ראויה, מוצדקת. בעיניו, הציות לכלל הוא **חובה.** בשל הצדקה זו, בני החברה יבקרו את הפרטים בקרבם שלא מצייתים לכללים אלו.

זה לא אומר שכל בני החברה מצייתים לכללים החברתיים את אותו הציות. למשל, אנשים הגרים ביישוב דתי שהתחלנו ישמרו שבת בפרהסיה כדי לא להיות 'מנודים' מהחברה.

* אם רוב החברה לא יצייתו לכלל, הנורמה תפסיק מלהתקיים.

**ההבחנה בין ציות פנימי לציות חיצוני** היא ההבחנה בין נקודת המבט הפנימית לחיצונית. ציות חיצוני הוא ציות מבלי באמת להסכים עם הכלל. קשה לדמיין מצב בו כולם מצייתים לכלל בציות חיצוני. אם הציות לכלל הוא חיצוני בלבד סביר להניח שדפוס ההתנהגות יתפוגג. כולם יבינו שהם עושים את זה בלי באמת להאמין בזה ולכן יפסיקו לפעול בהתאם לכלל. כדי שהכללים האלו ימשיכו להתקיים צריך להניח שיש קבוצה מספיק משמעותית של אנשים שמקיימים אותם בציות פנימי.

יש לציין כי כלל חברתי שנתפס כמחייב שונה מדפוס התנהגות חברתי שאינו נתפס כמחייב. יכול להיות מערך שלם של דפוסי התנהגות חברתיים שבני אדם פועלים על פיהם. לא כל דפוס התנהגות המזוהה בחברה בהכרח ייתפס כמחייב. כללים חברתיים הם כללים שנתפסים כמחייבים ולכן יש להם את המעמד הנורמטיבי הזה.

**כללים משפטיים**

* כלל משפטי – כלל חברתי. נתפס כמוצדק, כלומר מחייב, על ידי בני החברה. הוא נתפס כנורמטיבי.

זה לא שכל הכללים החברתיים הם משפטיים, אלא כל הכללים המשפטיים הם חברתיים. כלל משפטי הוא דפוס התנהגות שנתפס כמוצדק על ידי בני החברה. לאו דווקא ע"י כל בני החברה, אלא ע"י מסה קריטית מבני החברה. הרט מדבר בעיקר על הפקידות.

כשמדברים על כך שכללים משפטיים הם בראש ובראשונה כללים חברתיים, הרט אומר שבהיות זה אנו מצביעים על היסוד של הנורמטיביות בכל מערכת משפט. מערכות משפט מושתתות על זה שהכללים המכוננים אותם נתפסים כמחייבים. הם לא מחייבים באופן אידיאלי בהכרח.

הם מחייבים בגלל עובדה חברתית – העובדה שרוב בני החברה תופסים את הכללים האלה ככללים מוצדקי, וכאלה גם ככללים מחייבים.

**התיאוריה של הרט: יסוד ההבדל מהתאוריה של אוסטין**

אומר שחוק אינו פקודה של הריבון שצמודה אליה סנקציה, אלא **כלל חברתי הזוכה לציות פנימי.** יסוד החוק אינו בעיקר הכוח של הריבון, אלא **נורמטיביות**.

הכוונה בנורמטיביות היא בכמה מובנים:

1. הכללים נתפסים כמחייבים כשלעצמם
2. מעניקים למוסדות מסוימים, במסגרת מערכת המשפט, את הסמכות ליצור כללים נורמטיביים

כשם שלמפקד הצבא יש סמכות על החיילים/למנהל במקום העבודה יש סמכות על עובדיו/מורה בכיתה יש סמכות, למחוקק יש סמכות, מעמד אל מול האזרחים.

* **הכרה בסמכות אינה מכריחה ציות!** היא מתיישבת עם מקרים של אי-ציות. למשל, בשל אי הסכמה (יסודית) או בשל חולשת רצון/התגברות היצר.

מכאן, שבניגוד לאוסטין, הכוח של הריבון, לפי הרט, הוא חשוב, אולם כאמצעי מסייע. לפקודה, לפי הרט, לא בהכרח צמודה סנקציה. יחד עם זאת, גם לפי הרט, הסנקציה היא כלי עזר חשוב במשפט.

**שיעור 17 – 27/12/22**

**כיצד נבדיל בין כלל חברתי לבין כלל משפטי?**

כאמור, כללים חברתיים הם דפוסי התנהגות שזוכים לציות פנימי, שבני החברה תופסים אותם כמחייבים וכצודקים.

הרט אומר שכללים משפטיים הם קבוצה של כללים חברתיים. בכל חברה יש מערך גדוש של כללים חברתיים. כללים משפטיים הם דפוסי התנהגות שזוכים לציות פנימי מצד בני החברה.

כיצד מבחינים בין סך הכללים החברתיים, לבין סך הכללים המשפטיים (תת קבוצה של הכללים החברתיים)? זה נעשה באמצעות כלל מסוים, אחד מהכללים החברתיים, שאותו הרט מכנה "כלל הזיהוי".

* כלל הזיהוי – rule of recognition – כלל חברתי שנועד לזהות את הכללים המשפטיים.

את כלל הזיהוי, כלל חברתי, יצרו במטרה לזהות כללים משפטיים. הוא מוכר ע"י בני החברה, ומתפקד בתוך אותה חברה ככלי לזיהוי הכללים המשפטיים.

כיצד יודעים מהו כלל הזיהוי בחברה מסוימת?

**מתבוננים על השחקנים בזירה המשפטית:** פקידים, שופטים ואף אזרחים מן השורה. בעיקר אנשים שפועלים בתוך הקהילה המשפטית, ששם הכלל פעיל מיוחד, שכן תפקידם הוא להפעיל את הכללים האלו. יש לזכור שאזרח מן השורה חושב על החוק לעיתים נדירות מאוד. הדרך הטובה ביותר היא להסתכל על בתי המשפט, שכן הם באופן יומיומי מזהים את הכללים המשפטיים.

דוגמאות

* באנגליה – חוקי הפרלמנט ובית הלורדים.
* בארה"ב – החוקה, הקונגרס, הסנאט, הנשיא, פסיקה ביהמ"ש העליון. מערך די מורכב שקשור לפעילות המוסדות.
* בישראל – חוקי הכנסת ופסיקות ביהמ"ש העליון.

בישראל, הכנסת וגורמים שפועלים מטעמה, היינו גורמים מוסמכים על ידה ליצור חקיקה משנית – פקידים בכירים, הם המוסד היוצר כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי. בעצם, יש כלל חברתי בחברה הישראלית, שמכיר בסמכות מוסד מסוים בחברה הישראלית (הכנסת) לחוקק חוקים, היינו ליצור נורמות שתוקפן הוא תוקף משפטי. מתנהגים עימם כנורמות משפטיות, היינו, קיומו של כלל זיהוי מרכזי בחברה שבה בני החברה מסכימים על מוסד שמוסמך ליצור כללים משפטיים מחייבים.

המשמעות של המצב החברתי-משפטי כיום כאשר חצי מהחברה מפקפקת בתפקודו של אותו המוסד, עלול להוביל לכך שכלל הזיהוי יתפורר. **כשכלל זיהוי מתפורר, משמע התפוררות החברה**!

* להסכמה חברתית זו, בכל מקום, יש תוכן אחר. למשל, בישראל ההסכמה החברתית היא לכנסת (ואף לביהמ"ש העליון). בארה"ב זה החוקה. החוקה היא מסמך יסוד שהחברה האמריקאית מאוחדת סביבו. יש גם את הקונגרס, הסנאט וכו'. כל אחד מהמוסדות הגדולים האלו מהחברה האמריקאית הוא חלק מכלל הזיהוי של החברה האמריקאית.

כשחושבים על סוגים שונים של כללי זיהוי, ניתן לדבר על כלל זיהוי פשוט, לעומת כלל זיהוי מורכב:

* **כלל זיהוי פשוט** – יזהה ספר, טקסט, מושג אחד בלבד, אדם מסוים. כל השאר הם נובעים מכוחו. יש מנהיג עריץ ומה שהוא קובע זה מה שיקרה. כל האחרים מצייתים לו. למשל, ברוסיה יש הסכמה חברתית סביב השלטון. קשה להבין זאת, אך זה קיין.
* **כלל זיהוי מורכב** – למשל הדוגמא האמריקאית. קשה להצליח לכונן כלל זיהוי מורכב כזה, המורכב מכמה בעלי כוח. דוגמא לכך היא שביהמ"ש העליון האמריקאי ביטל את הזכות להפלות, למרות שזה עומד בסתירה של 80-90% מהאמריקאים.

בהקשר ההלכתי, היינו אומרים שהתורה שבכתב, יחד עם התלמוד ויחד עם בית הדין הגדול (הסנהדרין), הם שמכוננים את כלל הזיהוי. בני החברה שמאמינים בהלכה יאמרו שכל זה מקורו באלוקים. מי שיזהה זאת ככלל זיהוי הוא המתבונן מבחוץ, שאומר שיש הסכמה חברתית סביב דברים אלו. הסכמה לגבי טקסטים מסוימים (התורה שבכתב והתורה שבע"פ), והגורם המוסמך להפעיל אותה ולתקנה זה הסנהדרין.

**כלל הזיהוי במדינת ישר ו'חוק יסוד הכנסת'**

**ס' 1** לחוק יסוד הכנסת קובע שהכנסת היא בית הנבחרים של המדינה. אגב, מה שהיה אמור להשלים את חוק זה ועדיין לא נחקק הוא חוק יסוד החקיקה. חוק יסוד החקיקה היה אמור לתת את המסד ואת הבסיס לדיני החקיקה – מי מחוקק, מה היקף סמכותו וכו' – אך הוא עדיין לא נחקק.

האם חוק יסוד הכנסת הוא זה שהעניק לכנסת את מעמדה כבית נבחרים? בעצם נוצר פרדוקס. הכנסת היא זו שמחוקקת שהיא בית הנבחרים, עוד לפני שהיא בית הנבחרים. כיצד זה מתקיים? מבחינה מהותית, מה שמעניק סמכות לכנסת הוא שהכנסת מהווה בית הנבחרים מבחינה מעשית – יש כלל חברתי, שהוא נפרד לחלוטין מחוק יסוד הכנסת, וכלל זה הוא הסכמה חברתית המושרשת בחברה הישראלית שבית הנבחרים הוא הכנסת, ולה סמכות לחוקק. מכאן, מה שצריך כדי להעניק לכנסת סמכות זו הוא הכלל החברתי, ולאו דווקא החוק.

אם כך, בשביל מה צריך את חוק יסוד הכנסת? משום שהכנסת רוצה להסדיר זאת בהצהרה מנוסחת, להשתמש בזה לעניין טקסי, להגדיר את טיב סמכויותיה ופעולותיה וכו'. זו מעין הכרזה חגיגית על המוסד החשוב והמרכזי ביותר בחברה הישראלית. כלומר, החוק אינו מיותר.

דבר זה מבהיר על מה הרט שם את האצבע – על **הסכמה חברתית,** שהיא הבסיס של כל הסיפור. הניסוח המשפטי בא לאחר מעשה, הוא לא מהווה מקור הסמכות.

כאמור, כלל זיהוי יכול להשתנות. למשל, מערכת המשפט שהייתה לפני 1000 שנה ככל הנראה אינה זהה לזו שקיימת היום. מכאן שכנראה התחוללה מהפכה.

**כלל הזיהוי – כלל חברתי ומשפטי, ברם אין לייחס לו 'תוקף משפטי'.**

כלל הזיהוי הוא כלל חברתי ומשפטי. אולם, לא ניתן לייחס לו תוקף משפטי. כאמור, יש לומר שכלל הזיהוי עצמו נתפס ככלל חברתי שהחברה מזהה אותו כתשתית של מערכת המשפט. כשאומרים שלכנסת יש סמכות לחוקק חוקים, אנו חושבים שזהו כלל משפטי. אך, בד"כ, האופן שבו אנו מייחסים את התכונה 'משפטיות' למערכת, זה באמצעות המונח 'תוקף משפטי'.

כיצד נזהה כלל שיש לו תוקף? הוא לא קשור לתוכן שלו, אלא למקורות הסמכות שלו, למשפטיות שלו. כלל משפטי נוצר ע"י מוסדות שלהם יש סמכות לקבוע אותו. אם הגורם שיצר אותו הוא בעל סמכות, יש לו תוקף משפטי.

כלל הזיהוי עצמו לא קיבל תוקף! מה שהעניק לו את המעמד ככלל יסוד של המערכת הוא הסכמה חברתית עליו! לא ניתן לדבר עליו במונחים של 'תוקף משפטי', אלא במונחים של 'כלל משפטי', כלומר החברה רואה בו כלל המכונן את מערכת המשפט.

במובן הזה הרט אומר שלהגיד על כלל הזיהוי שיש לו תוקף משפטי, זה כמו לומר על המטר בפריז, אורכו מטר. "דוגמא מעלפת" לדברי יאיר.

**שיעור 18 – 29/12/22**

**במאמר של רז,** כל הדיון שלו על שלטון החוק הוא בהמשך לפולר, וכן גם ביקורת על פולר. רז מציע דיון עמוק ומורכב במושג שנקרא שלטון החוק. בין השאר מסתמך/מקבל חלק מתפיסותיו של פולר. רז הוא בעצם ממשיך הגישה הנון-פוזיטיביסטית של הרט. מצד שני, יש לו ביקורות על פולר.

כל המאמר של רז על האופן שבו הוא מגדיר האם שלטון החוק הוא ערך, או שמא זה לא בדיוק ערך כמו שוויון/צדק וכיו"ב – נק' חשובה בדיון שלו **(לעבודה).** זה כלי כדי לבקר את האופן בו פולר מפתח את הדעה ומטפל בעמדה זו, ואיך באמצעותה הוא מפתח גישה נון-פוזיטיביסטית ומבקר את גישתו של הרט.

בשיעור הקודם, דיברנו על כך שכלל הזיהוי לפי הרט הוא לא כלל שניתן לייחס לו 'תוקף משפטי' ניתן להתייחס אליו כאל כלל חברתי משפטי, אולם אין לו תוקף משפטי. תוקף הוא פונקציה של גורם בעל סמכות להעניק תוקף (זה יכול להיות מוסד/ספר/מסמך וכו'). כלל הזיהוי הוא הכלל שמעניק תוקף לכל שאר הכללים, אולם הוא מקבל את כוחו מהחברה ולכן לא ניתן לומר שיש לו תוקף משפטי.

המשל של הרט הוא "כשם שאורך המטר בפריז איננו באמת מטר, כך גם לכלל הזיהוי אין תוקף משפטי" – כעיקרון, מוסכם מהו אורכו של המטר מבחינה אוניברסלית. אך, מי קבע שהמטר הוא ה'מטר'? מי נתן את התוקף הזה? כל היחידות האחרות (מ"מ, ס"מ וכו') מבוססות על המטר. בפריז נמצא המקור של המטר. הוא מצוי במוזיאון. כך גם הליטר. המטר בפריז הוא הבסיס שממנו כל המדידות יוצאות. כיצד ניתן לדעת שאורכו של המטר בפריז הוא באמת מטר? להגיד שהאורך של משהו הוא מטר, צריך בסיס שממנו ניתן להסיק זאת. לא ניתן לומר שהאורך של המטר הוא מטר, שכן כדי לומר זאת צריך מטר אחר!

כך גם כלל הזיהוי! כלל הזיהוי הוא זה שנותן את התוקף לכל שאר החוקים, ולכן לא ניתן לדבר עליו במונחים של תוקף, שכן הוא עצמו לא בעל תוקף. אך, כן ניתן לומר שהוא כלל משפטי. הוא כלל משפטי במובן **שהחברה רואה בו ככלל משפטי** המהווה תשתית למערכת המשפט.

**כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני**

כלל הזיהוי הוא כלל מסדר שני.

* כללים מסדר ראשון – כללים המכוונים התנהגות.
* כללים מסדר שני – כללים ביחס לכללים מסדר ראשון. אלה כללים שאומרים איך לפעול עם כללים.

דוגמאות לכללים מסדר ראשון: לא תגנוב, לא תרצח, עסקת מקרקעין טעונה כתב – הם יכולים להיות כללים מטילי חובה, או כללים מעניקי כוחות.

דוגמאות לכללים מסדר שני: כשיש שני כללים מסדר ראשון הסותרים אחד את השני. למשל, כלל משפטי א' אומר לעשות X, וכלל משפטי ב' אומר שבנסיבות מסוימות אין לעשות X. כלל מסדר שני אומר איזה כלל משפטי מהם קובע. כלל מסדר שני יכול להיות גם כלל שמפרש מונח בכלל מסדר ראשון.

* יכול להיות כלל מסדר שלישי – מה קורה כאשר יש שני כללים מסדר שני הסותרים זה את זה

הרט אומר **שכלל הזיהוי הוא כלל מסדר שני**. כלל הזיהוי הוא כלל ביחס לכללים. כלל הזיהוי הוא כלל חברתי שבאמצעותו אנו מזהים כללים ככללים משפטיים. הוא אומר מהם הכללים החברתיים שלהם תוקף חברתי.

כללים מסדר שני:

* כלל זיהוי – כלל שאומר מה נכלל במערכת המשפט ומה לא.
* כללי שינוי – איך מבטלים/משנים/מתקינים כללים חדשים. הם יכולים להיות כללים הקובעים איך נוצר תקדים (קביעת כלל ביחס לכלל). ניתן לומר שכלל הזיהוי מזהה את הכנסת, שיוצרת כללים מסדר ראשון ויוצרת כללים מסדר שני באופן שבו היא תיצור את הכללים של הסדר הראשון.
* כללי שפיטה – מערכת של כללים לגבי אופן יישום הכללים, אופן פירוש הכללים. יש מערכת שלה הוראות לגבי הצורה שבה פועל ביהמ"ש לגבי הפירוש של החוקים.

**הרט: המשפט הוא איחוד של כללים מסדר ראשון ומסדר שני**

במערכות נורמטיביות טרום משפטיות, שהן עדיין לא מערכת משפט ויש בהן מוסר נוהג, יש שם כללים מסדר ראשון. המאפיין מערכות נורמטיביות שהן מערכות משפט הוא שיש בהן גם כללים מסדר שני. הכללים מהסדר השני הם שהופכים את מהערכת למערכת משפט. זה מתחיל מכלל הזיהוי, לאחר מכן יש מערכת של כללים שנוגעת לכללי שינוי (כלומר לא רק לזהות את כללי המערכת, אלא שיש למערכת הזו כלים לבטל חוקים, ליצור חדשים, לשנות אותם בהתאם לנסיבות, לשלוט במערכת המשפט וכו'). יש חוקים מסוג שלישי שהם חוקי שפיטה. חוקים אלה הם חוקים מסדר שני שהם כלים חיוניים כדי לתפעל, להכיל את המערכת על מצב של סכסוכים וכן הלאה.

מערכת משפט לא יכולה לתפקד ללא חוקים מסדר שני, מכמה סיבות:

1. **קשה מאוד להחליט מה הם הכללים החברתיים הקיימים –** אין כלי או אמצעי מסדר שני שמגדיר היטב מהם הכללים המשפטיים של המערכת. בהיעדר כללים מסדר שני יהיה קשה להכריע האם מדובר בכלל או לא. אין כלי המאפשר ידיעה בהירה אילו כללים נמצאים בתוך המערכת ואילו לא. אלא, מה שמאפשר זאת זה כלל הזיהוי.
2. **היכולת של המערכת להתאים עצמה למצבים חדשים –** היכולת לבטל חוקים לא רלוונטיים, לשנות חוקים שיתאימו לנסיבות החדשות וכו'. דבר זה לא קיים במערכות נורמטיביות הבנויות אך ורק מכללים מסדר ראשון. כללים מסדר ראשון, היינו מוסר נוהג, אין גורם שיכול לומר שמבוטל/שונה כלל מסוים. בחברות כאלה הכללים משתנים על פני תקופות ארוכות טווח, ולא כדבר מכוון. בנוסף, כדי שהכללים יתופעלו באופן בהיר/ברור/יציב/וודאי, ולא שיתופעלו באופנים שונים, יש מערכת כללים מסדר שני שמנחה כיצד להפעילם (כללי שפיטה).

מכאן, טענתו של הרט – שהמשפט הוא איחוד של כללים מסדר ראשון ומסדר שני – מהווה טענה ותובנה מרכזית ביחס למערכות משפט נורמטיביות.

מה מעניקים הכללים מסדר שני למערכת משפט נורמטיבית?

1. וודאות ויעילות – ניתן לצפות כיצד ההלכה תיושם הלכה למעשה באמצעות הכללים מסדר שני שמנחים את מקבלי ההחלטות (כלל השפיטה).
2. יציבות – יכולת לזהות את החוקים (כלל הזיהוי).
3. גמישות – יש אפשרות לשנות את הכללים הקיימים ולהתאימם למצבים חדשים (כלל השינוי).

תכונות אלה הן תכונות של מערכות משפט, ולא של מערכות נורמטיביות טרום משפטיות. **מהות מערכת המשפט זה האיחוד** של כללים מסדר ראשון עם כללים מסדר שני.

**המענה של הרט באשר לקשיים שהעלה ביחס לעמדה של אוסטין**

רוב הקשיים שהרט מעלה ביחס לאוסטין נוגעים לטענה הבסיסית שלו – שאוסטין לא נותן דין וחשבון מספק **לנורמטיביות של המשפט**, לעובדה שאנשים מקבלים את מערכת המשפט כמערכת מחייבת. הכוח שניתן למערכת המשפט הוא בזכות ההסכמה הרחבה. באמצעות הכוחות שמעניקה לנו מערכת המשפט, אנו יוצרים לנו זכויות תמורת חובות. אנו עושים מערכת שלמה של דברים באמצעות הכוחות שמערכת המשפט נותנת לנו. כוחות אלה חיוניים לתכנון חיינו.

לכן, לפי תפיסתו של הרט קל להסביר את ההבדל בין נורמות מייצרות חובה, נורמות מעניקות זכויות ונורמות מעניקות כוחות.

הרט לא התקשה להסביר את **המנהג כמקור לנורמות משפטיות.** לפיו, אין מניעה שהנורמה תצמח מלמטה. כשם שכלל הזיהוי נוצר כנורמה חברתית משפטית, יכולות להיווצר לא מעט נורמות נוספות באמצעות מנגנון המנהג. לא צריך רק את הריבון שיטיל פקודות שאליהן יצמיד סנקציה, ובכך זה יהיה מחייב משפטית. למשל, אם נוצרה נורמה משפטית חברתית שאדם זכאי לפיצויי פיטורין בצורה של משכורת לשנה על כל שנת עבודה, וזו נורמה שיצרה החברה והכירה בה כנורמה משפטית, כשביהמ"ש אוכף זאת על מעביד סרבן, לא הוא זה שיצר את הנורמה המשפטית, אלא החברה. כעת, ביהמ"ש מיישם אותה.

**באשר לנורמות שחלות על הריבון** – אין בעיה להרט להסביר. הנורמות שחלות על הריבון הן אותן נורמות שהכנסת יוצרת שחלות עליה, וקיומן של נורמות כאלה, שבגינן מעמידים אנשי ציבור לדין, הן נורמות שקל להבין אותן כשמבינים שמקור הנורמות המשפטיות הוא בכלל הזיהוי.

בתפיסה של הרט, כינונה של הכנסת כפוף לחוק, משום שכלל הזיהוי קובע שהכנסת צריכה להיבחר אחת לכמה שנים. אם היסוד הזה משתנה, גם כלל הזיהוי משתנה. הכלל קבע שהכנסת מתפזרת לאחר כמה שנים, נערכות בחירות, ונוצרת כנסת חדשה. את כוחה המשפטי של הכנסת החדשה היא מקבלת בזכות כלל הזיהוי. למעשה, קיומה של הכנסת הוא פונקציה של כפיפות לחוק, שכן הוא קובע מתי היא מקבלת סמכות וכו'. הוא הדין לגבי הממשלה.

**שיעור 19 – 12/1/23**

**(חלק מהשיעור הושלם ממירון לחמני)**

**הרט: ההבדל בין החלפת ריבון להחלפת מערכת משפט**

כאמור, אחת הביקורות של הרט היא שאוסטין לא נותן דין וחשבון על הפן האימפרסונלי של החוק. על העובדה שלחוק יש ממד מערכתי, והוא לא פונקציה של קיומו של נותן הפקודה. התובנה היא שהחוקים מתקיימים גם אם הכנסת התחלפה. זה מעיד על הממד האימפרסונלי – לא צריך דמות שתהיה הפוקדת בעת קיומו של החוק, אלא שלחוק יש קיום עצמי. המערכת קיימת בנפרד ממי שפקד עליה שיצר אותה. בשונה מפקודה של מפקד, שברגע שהוא מת הפקודה נעלמת איתו, **חוקים ממשיכים להתקיים גם כאשר הפוקד לא בין החיים יותר**.

אותה הבעיה עולה כאשר חושבים על זה מנק' מבט אחרת, והיא הניסיון להסביר את **ההבדל בין חילופי מערכת משפט לבין חילופי ריבון**. יש מצבים של חילופי ריבון בהם לא בהכרח מתחלפת מערכת משפטית (בן שירש את אביו המלך למשל לא צריך לחוקק את החוקים מחדש. לחלופין, כנסת חדשה לא מחוקקת שוב את החוקים שהכנסת הקודמת קבעה).

לפי הרט, ההבדל הוא שכאשר מתחלפת מערכת משפט, לא מדובר בהתחלפות ריבון, אלא **התאיין כלל זיהוי מסוים**, ואם לא נוצר כלל זיהוי חדש, באותה מערכת אין מערכת משפט. אם באותה מערכת נוצר כלל זיהוי חדש שהחליף את כלל הזיהוי הקודם, **נוצרה מערכת משפט חדשה!** **מערכת המשפט נעוצה בכלל הזיהוי**! אם כלל זיהוי בא אל סופו ונוצר כלל זיהוי חדש, ישנה מערכת חדשה!

לדוגמא, המנדט הבריטי למדינת ישראל התפוגג כאשר הנציב עזב. לאחר שעזב, קמה מדינת ישראל. ברגע שקמה מדינת ישראל, התגבש כלל זיהוי של היישוב המזהה את מוסדות החברה הישראלית ככאלה המוסמכים ליצור כללים משפטיים בעלי תוקף משפטי.

מה שעשתה הכנסת בישיבה הראשונה שלה היה לחוקק את **פקודת סדרי שלטון ומשפט**. פקודה זו קבעה **בס' 11** שהמשפט שהיה קיים בא"י בהקמת המדינה יעמוד בתוקפו. בעצם, המשפט בישראל העתיק את מערכת המשפט הבריטית למערכת המשפט הישראלית. **האם זו אותה מערכת משפט? וודאי שלא!** משום שהתשתית והבסיס של מערכת המשפט היא לא ההסכמה סביב הכתר, אלא סביב זה שיש כאן מדינה ישראלית. האם באותה נק' זמן התוכן הנורמטיבי של המשפט הבריטי היה זהה לתוכן הנורמטיבי של המשפט הישראלי? כן! מכוח **ס' 11.** אולם, זו לא אותה מערכת משפט.

**מה שהשתנה הוא כלל הזיהוי!** מאז 1948 המשפט הישראלי עבר שינויים דרמטיים – חוק החוזים וכו'. כמעט כל החוקים חוקקו שוב. מה שאיפשר את השינויים האלו זה כללי השינוי שהרט אמר שקיימים בכל מערכת משפט, המאפשר למערכת לשנות את הכללים שקיימים בתוכה. אולם, בשלל כלל הזיהוי מערכת המשפט הישראלית שומרת על זהותה.

* הרט גאוני בכך שהוא הצליח לשים אצבע על אותו דבר מופשט שגורם למערכת המשפט להיות בהירה יותר (כלל זיהוי)

***פולר – משפט טבעי פרוצדורלי***

פולר היה משפטן ותאורטיקן חשוב בארה"ב. היה פרופ' בהרווארד. חי ב1902-1978.

שני חיבורים שלו הם:

1. **וויכוח הרט-פולר** – פולר, שהחזיק בתפיסה נון פוזיטיביסטית, הגיב לתפיסה הפוזיטיביסטית של הרט וביקר אותה באופן חריף.
2. **"The Morality Of Law"** – הרט הוציא לאור את הספר שלו "קונספט אוף לו", שם שכלל את התפיסה הפוזיטיביסטית שלו. על כך פרסם פולר את "דה מורלטי אוף לו" שסיכם את גישתו שלו.

העמדה של פולר מכונה **"משפט טבעי פרוצדרולי"** – מבקר את הפוזיטיביזם ומציע כנגדו תפיסה שחוזרת לעקרונות יסוד של המשפט הטבעי שמדגישה את הממד המוסרי-התבוני שיש בכל מערכת משפט.

מה שמאפיין את העמדה של הרט, ואת העמדה הפוזיטיביסטית באופן כללי, היא כשבאים לשאול מה מאפיין מערכת משפט התשובה לשאלה היא עניין **לבירור עובדות ולא לשיקול מוסרי**. במובן הזה, העמדה הפוזיטיביסטית אומרת שכדי לזהות מה אומרת מערכת משפט במקום מסוים יש להסיק זאת מעובדות מסוימות ולא משאלות מוסריות (כגון מה ראוי).

* **בעיני הרט, העובדות הן**: כלל הזיהוי, החוקים הרלוונטיים באותו המקום.

כל השיקולים המוסריים שנוגעים לשאלה "מה ראוי שיהיה המשפט" לא רלוונטיים כששואלים את השאלה מה אומר המשפט. עבור הפוזיטיביסטים זה לא יהיה נכון לומר שטיעונים מוסריים לא רלוונטיים לחשיבה המשפטית. ניתן לבקר את המשפט באמצעות שיקולים מוסריים. ניתן לומר שזיהינו מהו החוק אך אסור לציית לו עקב אי מוסריותו. אולם, **אסור לנו לבלבל מבחינה מושגית** בין השאלה מה ראוי שיהיה המשפט לבין מה שאומר המשפט במקום מסוים.

* המשפט הפוזיטיבי שורר במקום מסוים!

הפוזיטיביסטים חושבים שיש יתרון מנק' מבט מוסרית לטענה שגורסת הפרדה בין מוסר לבין משפט. כלומר, יש **יתרון מושגי ומוסרי**! מדוע יש יתרון מוסרי? משום שאם מערבבים בין מוסר למשפט לא מזהים נכון את מערכת המשפט, ולא מצליחים לבקר אותו כמו שצריך. לערבוב יש מחירים פוליטיים מוסריים.

לפי הפוזיטיביסטים (ביניהם הרט ואוסטין), כל היכולת שלנו לעשות רפורמות אמיתיות במשפט מותנית בהבחנה הפוזיטיביסטית בין החוק הראוי לבין החוק המצוי. ברגע שיש ערבוב, **לא ניתן לבקר את מערכת המשפט ולעשות רפורמות.**

הרט מדגיש את התרומה העצומה של אוסטין שפיתח את התפיסה הפוזיטיביסטית שלו, בין השאר כדי לאפשר רפורמות במערכת המשפט האנגלית. בעצם, ההבחנה היא **תנאי לשיפור החוק ולייצור רפורמות.**

שוללי העמדה הפוזיטיביסטית (אנשים מהמסורת של המשפט הטבעי והן אנשים כמו פולר שטוענים שיש פגמים רבים כולל מוסריים בעמדה הפוזיטיביסטית) חושבים **שאי אפשר לנתק את המשפט מהמוסר.**

פולר עשה מאמץ גדול כדי להראות את הקשר ביניהם – דרך העיון שלו בדבר מהו שלטון החוק.

**פולר: תפקידו המרכזי של החוק הוא לכוון התנהגות**

פולר טוען שעניינו של החוק, מהותו, הוא להכפיף את ההתנהגות של בני האדם לשלטונם של חוקים. זהו מבחינתו הרעיון של שלטון החוק. הרצון לכוון התנהגות באמצעות חוקים ולא פקודות או מוסר. פולר אומר שכשאנו חושבים על המהות הזו של שלטון החוק, אנו רואים **שבהקמת מערכת משפט יש ממד רציונלי**. ברגע שזה מכיל ממד רציונלי, יש בו ממד מוסרי.

בכך הוא מבקר את הפוזיטיביסטים שלא נתנו דין וחשבון לרעיון זה, שכן לדעתו הם מתבוננים במערכות משפט שכבר קיימות. הם לא שואלים כיצד המערכת נוצרה וכוננה.

לטענת פולר, מערכת שלא מצליחה לכוון התנהגות איננה מערכת משפט. היא לא מצליחה לכוון התנהגות בגלל שהיא לא נענית לעקרונות – היא יכולה לכנות עצמה מערכת משפט אך לא תהיה כזו. מכאן שאם מערכת המשפט לא מכוונת התנהגות, היא לא באמת מערכת משפט. אם היא כן מצליחה לעמוד בעקרונות שלטון החוק ולכוון התנהגות, בממדים אלו של שלטון החוק יש רכיב חשוב ומהותי שהוא רכיב מוסרי.

**פולר: 8 קריטריונים להכוונת התנהגות**

1. פרסום – החוקים צריכים להיות פומביים. לא ניתן לכוון התנהגות אם החוקים לא מפורסמים. יש כאלו שמאמינים שיש חוקים שצריך להסתיר. לדוג', הגנות במשפט הפלילי. מי שיטען להגנה יזכה לה, אולם המחוקק מעדיף שלא ידעו שקיימת הגנה כזו.
2. חוק פרוספקטיבי – החוקים צריכים להיות צופי פני עתיד. לא ניתן לכוון התנהגות על משהו שנעשה בעבר. אכן יש חוקים רטרואקטיביים, כגון החוק לעשיית דין לנאצים ולעוזריהם.
3. חוקים כלליים (לא צווים ופקודות ספציפיות בלבד) – לא יכולים להיות מאוד ספציפיים. אי אפשר לכוון התנהגות באמצעות אך ורק פקודות ספציפיות לכל רגע ומקרה נתון. לא ניתן לכוון באמצעותן התנהגות של קהילות חברתיות גדולות.
4. חוקים בהירים וחתוכים (לא עמומים) – אם כל החוקים היו מסוג ס' 12 לחוק החוזים – מו"מ בתו"ל – החוקים לא היו יכולים לכוון התנהגות. זה סוג של מושגים כ"כ עמומים שהאדם לא יכול להכווין את התנהגותו על פיהם. דוגמא נוספת, עשיית הישר והטוב. מה זה ישר וטוב? צריך כללים יותר ספציפיים לנסיבות רווחות (ולא ייחודיות כמו סעיף 3 לעיל).
5. חוקים לא סותרים – חוקים לא יכולים לסתור אחד את השני. כשיש סתירה אנשים לא יוכלו להכווין את התנהגותם. קשה מאוד ליצור אלפי חוקים שלא יהיו בהם סתירות. לכן, מנסים ליצור כללים שבאמצעותם יהיה ניתן בצורה קלה לפתור את הסתירות (כגון חוק מאוחר מול חוק מוקדם, חוק יסוד מול חוק רגיל וכו'). צריך שיהיה כמות מינימלית של סתירות, ושיהיו דרכים בהירות וברורות לפתרון הסתירות. אלמלא אלה, יהיה קשה מאוד להכווין התנהגות.
6. חוקים שניתן לקיימם – אי אפשר לקבוע חוק לציבור אם הוא לא יכול לעמוד בו. ניתן לדרוש מהציבור עד רמה מסוימת. לא ניתן לכוון התנהגות אם דורשים דבר שלא ניתן לעמוד בו.
7. יציבות החוק – אחד הגורמים המרכזיים ביותר כדי שחוק יתפקד הוא שהחוק יהיה יציב. כל אימת שמשנים את החוק, יש חשש שזה חותר תחת המערכת, משבש אותה. היו לא מעט הוגים (הרמב"ם בתוכם) שחשבו שכאשר משנים את החוק, זה יוצר תחושה לציבור שהחוק לא מחייב. לכן, מחוקקים יעדיפו על יציבות אפילו במצבים שהם מגיעים למסקנה שהחוק לא טוב במיוחד. לפעמים המחיר שמשלמים על עצם השינוי גבוה יותר מהערך שמקבלים ממנו. משקל היציבות משתנה ממערכת אחת לשנייה בהתאם לתפיסה שלה ביחס למערכת, אך בכל אחת ממערכות המשפט סיפור היציבות היחסי מרכזי ביותר.
8. התאמה בין החוק שנחקק לחוק שנאכף (התאמה בין רשויות) – בעיה לא פשוטה בהרבה מערכות משפט. הכנסת מחוקקת חוק. האם המשטרה, הפרקליטות, בתי המשפט וכו' פועלים בהתאם לו? כדי לתאם שכל המערכות יעבדו לפי החוקים זה קשה. אם אין תיאום, מדובר בפגיעה עצומה בשלטון החוק משום שכדי שהחוק יפעל כמו שצריך, צריך שכולם יפעלו לפי אותם כללים כפי שהם נתפסים בעיני הציבור. זה לא קורה ב100%, אך צריך שהמערכות יעבדו באופן שלם

**עצמאות מערכת המשפט**

שלטון החוק מבוסס גם על כך שתהיה אי-תלות של מערכת המשפט במחוקק. החלטות של ביהמ"ש הן אלה שקובעות מהו החוק. החוק יכוון התנהגות של בני אדם רק אם ביהמ"ש יחיל אותו באורח מדויק ועקבי. אם יש חוסר התאמה בין האופן שבו החוק פונה אל בני אדם ומכוון את התנהגותם ומצד שני בתי המשפט מיישמים חוק אחר לגמרי או שלוקחים את אותו החוק ומפרשים אותו באופן בלתי צפוי לחלוטין, ובמובן מסוים יש אי-התאמה בין האופן שבו החוק מכוון התנהגות לבין האופן בו הוא מיושם בבתי המשפט, או שבתי המשפט פועלים תחת השפעת השלטון ולא מיישמים את החוק, זה מצב בו פוגעים בשלטון החוק.

אם החוק נועד לכוון התנהגות, הוא לא ידע להגיד מה מכוון את ההתנהגות, מה שביהמ"ש יקבע או מה שהחוק עצמו אומר. אם יש בלבול בין מה שהחוק אומר לבין חוסר הצפיות של ביהמ"ש אז יש פגיעה חמורה בשלטון החוק. החוק לא יכול לכוון התנהגות, משום שלא יודעים מה החוק אומר. בתי המשפט צריכים לא להיות תלויים בשלטון ולפעול לפי החוק ע"מ לקיים את שלטון החוק.

**עקרונות של צדק טבעי חייבים להישמר**

דיוני בתי המשפט צריכים להיות פתוחים והוגנים, ללא פניות. כל זה לא קשור רק לעובדה שדיונים מהסוג הזה הם דיונים שמעניקים תוקף מוסרי לתפקוד של ביהמ"ש. זה בראש ובראשונה מנקודת מבט של שלטון החוק, אי אפשר לכוון התנהגות בלי שמירה על עקרונות של צדק טבעי. חייבים לתת לאדם להציג את טענותיו, להיות מיוצג וכדו'.

**פיקוח שיפוטי**

יש לפקח על יישום כל העקרונות לעיל. זה מחייב **נגישות** קלה יחסית של בתי המשפט. אם אזרחים לא יכולים לפנות לביהמ"ש ואין להם יכולת להביא סכסוכים ביחס לחוק אל בתי המשפט (בשל עומס או עלויות גבוהות) החוק מפסיק להיות יעיל. כבר אין לו את אותה היכולת לכוון התנהגות אזרחית.

**קריטריונים נוספים**

דוגמת הצורך בעיתונות חופשית. עיתונות חופשית היא זו שבד"כ חושפת מצבים של תלות מערכת המשפט בשלטון, חוסר השימוש בעקרונות של צדק טבעי, חוסר התאמה בין החוק שנאכף לחוק שנחקק וכדו'.

**חוקים כלליים וצווים ספציפיים**

יסודות שלטון החוק כוללים גם חוקים כלליים וגם צווים ספציפיים. החוק הוא לא רק חוקים בעלי אופי כללי, שמדברים על דפוסי התנהגות והם מכוונים לכלל האזרחים או לקבוצות מסוימות של אזרחים (חוקה, חוקים, חקיקת משנה, פסיקה בעלת אופי כללי). בחוק גם כלולות לא מעט פקודות ספציפיות. רז הציע הבחנה בין האופן שבו **הדיוטות תופסים את המובן חוק לבין האופן בו הוא נתפס ע"י משפטנים.** הדיוטות חושבים שהחוק הוא באמת רק חוקים כלליים (בהירים, יציבים וכדו'). זה מה שהאזרח הפשוט מבין מהמונח חוק. עבור משפטנים, החוק מורכב לא רק מאותם יסודות כללים אלא שהוא כולל גם אינספור פקודות ספציפיות.

הפקודות הספציפיות הן חלק מהחוק כשהן עומדות בתנאי התקפות של השיטה המשפטית. אם נניח פקח רואה רכב חונה באדום-לבן, הפקח הזה מוסמך ע"י החוק לתת דו"ח, הדו"ח הזה הוא בבחינת פקודה ספציפית לבעל הרכב לשלם קנס על החניה במקום אסור. ההוראה הזו, שהיא הקנס, היא ניתנה בסמכות ע"י הפקח. הפקח הזה הפעיל כלל כללי שמעניק לו סמכות להטיל קנסות על אנשים שחונים באופן בלתי מורשה. מה שהוא יצר זה פקודה ספציפית על בעל הרכב לשלם קנס. הדו"ח הזה הוא חלק בלתי נפרד מהחוק, למרות שלא מדובר כאן על חוק כללי. יש מערך שלם של פקודות ספציפיות שהן חלק מהחוק: פסקי דין, שומות מס, רישיונות למיניהם (רכב, נהיגה, החזקת נשק, מסעדה, רפואה, עריכת דין, ציונים בקורסים בבתי הספר למשפטים).

ללא פקודות ספציפיות החוק לא יתפקד כראוי. כדי שהחוק יתפקד כראוי הוא זקוק לשתי הרמות האלו. הוא זקוק לחוקים הכלליים, שהם הבסיס או התשתית של החוק, ולצד זאת הוא זקוק לפקידים בכל מיני רמות שיישמו אותו באמצעות הוראות וחוקים ספציפיים. ניתן לשאול האם ההוראות הספציפיות פוגעות ביסוד של שלטון החוק. הטענה של רז היא שאחד מהעקרונות של שלטון החוק הוא שפקודות ספציפיות, שניתנות ע"י רשויות ופקידים מוסמכים, כפופות לחוקים כלליים, קבועים, ידועים וכו'. לכן פקודות אלו **לא פוגעות בשלטון החוק.** לפקיד אין שיקול דעת רחב ובלתי מסויג. שיקול הדעת שלו נעשה במסגרת החוקים הכלליים. העיקרון הזה של כפיפות ההוראות הספציפיות לחוקים מאפשר לאזרח לצפות במידה של וודאות את ההוראות והפקודות הספציפיות של הפקידים. כאשר אדם מקבל הוראה הוא יכול היה לצפות אותה, משום שזה בהתאם לחוק הכללי והמוכר. הוא הדין לגבי פסיקות של שופטים. בהנחה שהם פועלים לפי החוק, ניתן במידה רבה של **ודאות** לצפות את הפסיקה שלהם. כך נפתרת הבעייתיות שיכולה לעלות מפקודות וצווים ספציפיים.

**שלטון החוק הוא עניין לדרגה**

הקריטריונים של שלטון החוק יכולים להיות מיושמים באורח חלקי, יותר או פחות. אין מערכות מושלמות מצד אחד וקשה למצוא מערכות שיזנחו את הקריטריונים האלו לחלוטין מצד שני. ניתן לאימוד את מידת ההתממשות של האידיאל הזה של שלטון החוק מצד כל אחד מהקריטריונים האלו לפי הדרגה שלהם. בכל מערכת משפט יש מידה מסוימת של חוקים עמומים (דוגמת תו"ל בחוזים), רטרואקטיביים (עשיית דין בנאצים) ומשתנים תדיר (למשל, חוק יסוד הממשלה משנת 1992, שנודע כחוק הבחירה הישירה. בשנת 2003 בעקבות כישלון החוק הוחזרה שיטת הבחירות למתכונתה הקודמת).

כל העקרונות האלה לא פועלים ב100%. כולם הם עניין לדרגה. כל אחד מאלה יכולים להיות מיושמים באופן מלא יותר או מלא פחות. ככל שהקריטריונים של שלטון החוק מיושמים באופן שלם יותר, רעיון של שלטון החוק מתמלא ונשלם. כך, הכלי שנקרא מערכת המשפט מתפקד באופן יעיל יותר.

**שיעור 20 – 17/1/23**

עצמאות ביהמ"ש זהו גורם מאוד חשוב. ביהמ"ש צריך להחיל את החוקים כפי שהם ולפרש אותם בהתאם לחוק ולא בהתאם לרצונה של המדינה. התיאום בין פעולת ביהמ"ש לפעולת המחוקק הוא דבר חשוב ביותר.

**פולר: הקריטריונים של שלטון החוק הם פורמליים**

יש לחוקים תוכן מוסרי מינימלי. הם קריטריונים שקשורים לחוק ככלי. כלומר, כדי שהחוק יתפקד ככלי באופן יעיל, צריך שמי שמתפעל אותו יעשה זאת מתוך היענות כמה שיותר גדולה לקריטריונים. אם הוא לא נענה להם באופן מלא, שלטון החוק נפגע במובן הזה **שהיכולת שלו לכוון התנהגות נפגעת.** הוא יכול לכוון להתנהגות שכדאי שלא נאמץ אותה. אך, ככל שהחוק רוצה לכוון התנהגות, הוא צריך לעשות זאת באופן שהוא נענה לקריטריונים הללו. כמובן שהקריטריונים הם **עניין לדרגה**.

**פולר: המוסר הפנימי של החוק**

פולר רואה בקריטריונים האלה כמוסר הפנימי של החוק. הדרישות האלה להכוונת התנהגות הן פורמליות. אולם, יש לשים לב שבכל אחת מהדרישות יש ממד מוסרי מסוים. הואיל והממד המוסרי הוא ממהות שלטון החוק, הוא המוסר הפנימי של החוק, זאת להבדיל מהתוכן המוסרי של החוקים כשלעצמם.

 למשל, כשאדם מחוקק חוק, הוא מחוקק זאת באמצעות התוכן. אם יש חוק בעל תוכן מוסרי (למשל "לא תרצח"), זה לא קשור לחוק כשלעצמו. זה המוסר החיצוני של החוק.

לדעתו של פולר, יש קשר בין המוסר הפנימי של החוק לתוכן המוסרי של החוקים! אם מערכת תשמר את שמונת הקריטריונים, חזקה שהיא תיצור מערכת שתוכנה יהיה ראוי. יש קשר בין המוסר הפנימי של החוק לתוכן המוסרי של החוקים.

לטענת הרט ורז, השמירה על שלטון החוק היא **לא ערובה לחוקים טובים**. יש בה ממד מוסרי, אולם הוא צר ורזה מאוד (כפי שרז אומר במאמרו – מקיים את כבוד האדם במובן הצר), ולכן אין שום ערובה שהחוקים יהיו טובים. ניתן להפלות, ליצור אי צדק ועוד חוקים רעים ובו בזמן לציית לשלטון החוק.

פולר חושב שיש קשר בין המוסר הפנימי של החוק לבין התוכן המוסרי של החוקים:

* **קשר מושגי** – השראה מעמנואל קנט. הצו הקטגורי הוא פורמלי: "עשה מעשיך כך שתוכל לרצות שהוא יהיה לחוק כללי", ובנוסח קדם של הלל הזקן: "מה ששנוי עליך, לחברה לא תעשה".

ההנחה היא שאם חוקים הופכים לחוקים כלליים, הוא שומר על איזשהו גוון מוסרי/תוכן מוסרי שיש לו. הלל בעצם אומר, האם היית רוצה שכולם יעשו לך דברים ששנואים עליך? אם אדם מגיע למסקנה שלא, מכאן שלא יעשה רע לאחר.

* **קשר היסטורי-אמפירי** – יש קשר אמפירי-היסטורי בין משטרים שכיבדו את שלטון החוק לבין החוק המוסרי. משטרים טוטליטריים שהמוסר איננו עומד לנגד עיניהם, בד"כ לא יכבדו גם את שלטון החוק שכן אם הם משתמשים בחוקים למטרותיהם הנפסדות, אז כשם שתוכן החוקים שלהם יהיה רע ובלתי צודק, הם גם לא יקפידו על עקרונות שלטון החוק משום שזה לא יהיה מגבלה ביניהם כשזה סוג של מכשול בפני השגת מטרותיהם. לדוג', אם השלטון רוצה להשליט חוקים שונים מאלה שנחקקו הוא יאמר זאת לביהמ"ש. אם חוקים רטרואקטיביים משרתים אותו, הוא יחוקק כאלה. לכן, אם בוחנים את האופן בו משטרים שיצרו חוקים בלתי מוסריים פעלו, נראה שהם לא פעלו בהתאם לשלטון החוק. לכן, אם משטר מקבל על עצמו את עקרונות שלטון החוק, הוא מקבל על עצמו גם את הערכים הבסיסיים ביותר.

**מכאן פולר מסיק את המשטר הטבעי הפרוצדורלי** – קובעים פרוצדורה למערכת משפט שמקבלת על עצמה את הכללים הללו של שלטון החוק, והפרוצדורה הזו היא זו שתגרום לכך שהחוק גם יהיה **טוב ביסודו**. לכן יש בו את היסוד הזה של הטבעיות. הטענה של פולר היא שמערכת שלא עומדת בקריטריונים אלו היא לא מערכת משפט, משום שהיא לא מכוונת התנהגות. מערכת שהיא לא מכוונת התנהגות זו לא מערכת משפט רעה, אלא זו בעצם לא מערכת משפט.

אם אכן יש קשר בין ערך שלטון החוק (8 העקרונות) לבין תוכן החוקים, אנו בעצם דוחים את התפיסה הפוזיטיביסטית שמוכנה לדגול בשלטון החוק, אך טוענת שאין בכך להצביע על קשר מהותי בין החוק לבין המוסר. פולר אומר שאם אכן הוא צודק בטיעוניו (שאותם דוחים הפוזיטיביסטיים כגון הרט ורז), נמצא קשר מהותי חיוני בין מושג החוק (שיסודו בקריטריונים של שלטון החוק) לבין התוכן המוסרי של החוקים.

למשל, גרמניה הנאצית. לכאורה הם היו נוקשים ופעלו לפי כל הקריטריונים של שלטון החוק. בכל זאת, הם יצרו מערכת מנוולת ומרושעת שפגעה בהומואים, ביהודים וכו'. היא השמידה רבים. אולם, פולר אומר שהמשטר דווקא זלזל זלזול גמור בעקרונות שלטון החוק, והבדיקה של ההיסטוריונים מגלה שבמשטר הנאצי אף עקרון מעקרונות שלטון החוק לא נשמר.

סוגים שונים ורבים של כוח שרירותי (=רוע) מתיישבים עם שלטון החוק. שליט יכול לחוקק חוקים שישרתו את טובתו, וכן חוקים מפלים ורעים, מבלי לפגוע בשלטון החוק. רז טוען ששלטון החוק מונע רק את הפגיעה של החוק כחוק בבני אדם. כשנוצרים חוקים רעים, הדבר לא פוגע בבני אדם באמצעות החוק כשלעצמו אלא באמצעות תוכן החוק.

**שלטון החוק והתפיסה האינסטרומנטלית של החוק**

החוק הוא כלי בידי בני אדם להתארגנות חברתית. מעלת החוק היא היכולת לכוון התנהגות (=שלטון החוק), כשם שמעלת סכין היא היכולת לחתוך. לחוק יש מעלה (virtue) של יעילות; כלומר המעלה של כלי ככלי. שלטון החוק הוא הערך פנימי, ה-excellence (השלמות), של החוק (כשם שחדות היא הערך הפנימי, כלומר השלמות, של הסכין). בשונה מצדק ושוויון, שלטון החוק הוא לא ערך מוסרי או אידיאל. החוק הוא כלי וורסטילי, הוא יכול לשמש למגוון רחב מאוד של מטרות, מוסריות ולא-מוסריות. החוק היא ניטרלי מבחינת המטרות שלשמן משתמשים בו, כלומר הוא ניטרלי מבחינה מוסרית.

**וויכוח הרט-פולר: האם הפוזיטיביזם היא תורת משפט לא מוסרית?**

* הפרדה בין מוסר למשפט – לא בהכרח שהמשפט לא מוסרי, אלא הקריטריון של מה תקף מבחינה משפטית לא קשור לשיקולים מוסריים.

בהקשר של אוסטין, צריך לזהות את הפקודה שניתנת ע"י הריבון. לפי הרט, צריך באמצעות כלל הזיהוי לזהות את הכללים בעלי התוקף המשפטי.

נון פוזיטיביסט יאמר שיש שיקולים ערכיים מוסריים כאשר בוחנים מהו חוק.

הפוזיטיביסט אומר שהפרדה בין מוסר למשפט, שהיא אחד מעקרונות יסוד החשיבה הפוזיטיביסטית, היא דבר מהותי כדי להבין מהו חוק. לדעתו של פולר, ההגדרה של החוק המפרידה בין שיקולים מוסריים לבין הפורמליים, היא כשלעצמה **עמדה שיש בה פגיעה בחוק**. זאת מפני שהעמדה שעושה הפרדה בין משפט לחוק לא נותנת לחוק את הכבוד הראוי לו.

פולר אומר שאם חוקים במדינות הם סוג של הישג אנושי, סוג של דבר שאנו צריכים לשאוף אליו, **עלינו לעשות מאמץ לקשור בין חוק לבין מוסר**. ברגע שאנו מראש מוותרים על הקשר הזה ויוצרים את ההפרדה, הדבר **חותר תחת הנאמנות של בני אדם לחוק.** כיצד בני אדם יהיו נאמנים לחוק אם הוא לא נושא ממד מוסרי? שהקריטריונים של הקביעות שלו כלל לא קשורות למוסר? לכן, הטענה של פולר היא שהפוזיטיביסטים פוגעים בחוק בכך שהם קובעים את ההפרדה הזו. המאמץ של פולר להראות שישנו קשר בין שלטון החוק לבין המוסר הוא מאמץ ראוי שכן זה **מקדם את הנאמנות לחוק.**

**פולר: הפוזיטיביזם הוא פסול מבחינה מוסרית**

פולר אומר שהגישה הפוזיטיביסטית פסולה מבחינה מוסרית! החוק (=כינונה של מערכת משפט) הוא **הישג חברתי**, ותורת המשפט צריכה לבטא זאת. טענתו היא שרק תורת משפט שקושרת בין משפט לבין מוסר אידיאלי יכולה לבטא את הערך של המשפט.

הפוזיטיביזם, אשר מנתק בין מוסר לבין משפט (חוק לא מוסרי הוא "חוק") – **חותר תחת הנאמנות לחוק**! בני אדם לא יכולים להיות נאמנים לחוקים בלתי מוסריים.

זאת ועוד, הפוזיטיביזם, אשר מייחס תוקף משפטי לחוקים לא מוסריים, **מעודד ציות להם!** ולראיה, החינוך הפוזיטיביסטי בגרמניה, שהכשיר את הקרקע לשיתוף הפעולה של המשפטנים הגרמנים עם המשטר הנאצי. בן לילה המשטר הפך ממשטר "נאור ליברלי דמוקרטי", למשטר דיקטטורי. המשפטנים הפכו לעושי דבריהם של הנאצים. לדעת פולר, באותה תקופה מה שרווח בגרמניה היה חינוך משפטי פוזיטיביסטי – אם החוק הקודם היה ליברלי, יש להחיל אותו. אם כעת הוא חוק נאצי, יש להחילו. מכאן רואים שההפרדה בין המוסר למשפט מובילה למצבים קיצוניים לא מוסריים אלו!

**תשובת הרט: לפוזיטיביזם יתרונות מוסריים על פני הנון פוזיטיביזם**

העמדה הפוזיטיביסטית היא עמדה שיש לה **יתרון מושגי ומוסרי.** זאת משום שדווקא הפוזיטיביזם שמתעקש על ההבחנה בין החוק המצוי (=חוק כפי שהוא), לבין החוק הרצוי, הוא זה שמקדם את המוסריות של המשפט בעינינו. הטענה 'זה חוק תקף אך בלתי מוסרי ולכן אין לציית לו', עדיפה על פני הטענה 'זה לא מוסרי ולכן זה לא חוק'.

לדעת הרט, ללא הבחנה בין משפט לבין מוסר, מה שיקרה זה שהמשפט הרצוי בד"כ יזוהה עם המשפט המצוי ולא להפך. בד"כ ננסה לצייר את החוק באופן מוסרי יותר ממה שהוא בפועל. הדרך היחידה לשפר את החוק הוא באמצעות ההפרדה.

הנק' המרכזית של הרט במאמרו זה שכל המאמץ של אוסטין, וכן של רוב הפוזיטיביסטים (בנת'האם ואחרים) היא ליצור תאוריה שתזהה באופן **בהיר וברור** מהו החוק, וזאת כדי לאפשר את הרפורמות, את השינויים, את התיקונים, את הביקורת. תנאי הכרחי לכך הוא ההפרדה בין המשפט למוסר, בין החוק המצוי לרצוי. אם נאפיין את החוק באופן שאינו ריאלי ולא מפוקח, ותמיד הוא יתואר באופן של שיקולים מוסריים, לא נצליח לשפר אותו. לכן, האתוס של הפוזיטיביסטיים הוא אתוס מוסרי, שכן מטרתו להביא לשיפורים ולתיקונים.

**תקפות משפטית וחובת הציות לחוק**

לפי הרט, חשוב לעשות הבחנה בין תקפות משפטית לבין חובת הציות לחוק. צריך לשים לב שלצד האידיאל של הנאמנות לחוק, ישנו אידיאל לא פחות חשוב שהוא בחינה מוסרית של החוק (ע"י מבקרי החוק וע"י פרטים). הציות לחוק **איננו מוחלט**.

כשמסתכלים על החוק ושואלים 'האם החוק ראוי או לא', הוא תמיד צריך לעמוד **בדרישות של המוסר.** יכולים להיות מצבים בהם החוק בלתי מוסרי ברמה שיש **איסור מוסרי לציית לו**. זה דבר שהפוזיטיביסטים הדגישו תמיד. מצד אחד החוק הוא הישג חברתי, אך מצד שני החוק הוא לא הערך העליון, והוא לא יגבר על ערכים נגדיים בשעה שהחוק מצווה על דברים בלתי מוסריים בעליל.

היכולת להעריך את החוק מבחינה מוסרית ניתן להשיג רק באמצעות ההפרדה בין משפט לבין מוסר. הנון-פוזיטיביזם מטשטש את הביקורת המוסרית של חוקים, ובכך הוא **מקדם ציות לחוקים לא מוסריים.** אי אפשר לזהות חוק ולכן אי אפשר לבקר אותו מבחינה מוסרית. ההפרדה של הפוזיטיביזם מעודדת עמדה ביקורתית לגבי החוק ואת היכולת לשפוט את החוקים מבחינה מוסרית. לפי טענת הרט, אין כל ראיה ששיתוף הפעולה של הקהילה המשפטית הגרמנית עם הנאצים היה בשל חינוך לפוזיטיביזם.

רונלד דוורקין

*דוורקין היה פילוסוף אמריקאי שנפטר בשנת 2013. בדומה לפולר, דוורקין מציג תורת משפט נון-פוזיטיביסטית אך באופן אחר. נעסוק בביקורת של דוורקין על העמדה של הרט. מי שביקר את דוורקין היה רז, הם היו ברי פלוגתא. דוורקין התחנך גם באנגליה וגם בארה"ב. מבין חיבוריו: "*taking rights seriously", *"*lawempire*". הוא נחשב לאחד ההוגים המובילים בתחום* publicintellectual*. נתמקד במאמר שבו הוא מותח ביקורת על התיאוריה הפוזיטיביסטית של הרט.*

*דוורקין פותח בתיאור התיאוריה של הרט, ומדבר על שלושה עקרונות בפוזיטיביזם של הרט שאותם הוא יבקר:*

1. ***זיהוי כללים משפטיים*** *– המשפט של חברה הוא מערכת של כללים ספציפיים שמזוהים ע"י כלל-אב, שקובע את תוקפם. המבחן לתוקף המשפטי של הכלל הוא מקורו (*pedigree*) ולא התוכן שלו. לא תוכן החוק הוא שקובע אלא השאלה האם יש לו את הייחוס הנכון מבחינת הקשר לאותו כלל-אב.*
2. ***הפוזיטיביזם מייחס לשופט שיקול דעת חזק –*** *במקרי לקונה הוא יוצר כלל משפטי חדש. הואיל ולפי הפוזיטיביזם, הכללים המשפטיים התקפים הם אותם כללים שאנו מזהים אותם באמצעות הייחוס לכלל-אב, ייתכנו לא מעט מצבים שבהם ביהמ"ש יצטרך לפסוק במקרה מסוים והוא לא יצליח למצוא כלל שרלוונטי לאותו מקרה, מפני שיש מספר מוגבל של כללים שהמערכת יצרה. מקרים רבים מתרחשים ודורשים הכרעה בשעה שאין כלל רלוונטי לגביהם. אם תפקיד ביהמ"ש הוא לפסוק בכל מקרה שבא לפניו, ייתכנו לא מעט מצבים בהם ביהמ"ש יצטרך להמציא כלל חדש ולמלא את החלל הקיים במערכת בהיעדר כלל. כל זה הוא פונקציה של תיאור המערכת המשפטית כסדרה של כללים שמזוהים באמצעות כלל-אב. הציפייה שהכללים יכסו את כל המקרים שמובאים לפני ביהמ"ש היא* ***ציפיית שווא****. לכן, תפיסה זו גורסת שבמצבים בהם ביהמ"ש לא מצא כלל רלוונטי, ותפקידו לפסוק במקרה הזה, הוא* ***ממציא כלל*** *ובכך הוא ממלא את החסר. המצאת הכלל היא מה שמכנה דוורקין "שיקול דעת חזק". זה שונה ממה שנתאר בהמשך כ"שיקול דעת יותר חלש" (שהוא מצב שבו יש לפרש את הכלל ולהחיל אותו). זה שונה מאשר מצבים שבהם אין כלל. אם בכל זאת יש להכריע, אני מפעיל שיקול דעת כמעט חופשי משום שאין שום כלל שמחייב לפעול כך או אחרת. נראה בהמשך שדוורקין מבקר את עצם האפשרות הזו, וטוען שבעיני שופטים האופן שבו הם מכריעים במצבים אלו הוא לא באמצעות מה שהוא ואחרים מכנים "הפעלת שיקול דעת חזק".*
3. ***חובה משפטית*** *– חובה משפטית לפי הפוזיטיביזם שונה מ'חובה מוסרית'. לפי הרט, חובה משפטית היא רק עובדה חברתית. בעיני הפוזיטיביסטים, חובה משפטית זה דבר נפרד מחובה מוסרית. יש חובה משפטית שנובעת מקיומו של כלל משפטי בעל תוקף. אנו מפרידים באופן ברור בין חובה משפטית, שנתפסת כמחייבת משום שהכלל תקף והיות הכלל תקף לא הופכת אותו למחייב מוסרית, לבין חובה מוסרית. לפעמים תוקף מוסרי ותוקף משפטי יהיו חופפים, אבל תוקף משפטי לא מעיד בהכרח על חובה מוסרית שנגזרת ממנה. דוורקין מבקר הפרדה זו בין תוקף משפטי לבין חובה מוסרית, הוא סבור שהקשר ביניהם חזק, ואם כך הדבר (ובכך מתבטאת עמדתו הנון-פוזיטיביסטית) זה בעצם ביקורת על העמדה הפוזיטיביסטית.*

*דוורקין יבקר את התפיסה שהמשפט עומד על כלל-אב, הוא יבקר את שיקול הדעת החזק שיש לשופטים לפי הפוזיטיביסטים, והוא יבקר את ההפרדה בין תוקף משפטי לבין חובה מוסרית. הוא מציע אלטרנטיבה.*

**שיעור 21 – 19/1/23**

כאמור, עקרונות שדוורקין מבקר:

1. משפט של חברה מסוימת הוא מערכת של כללים ספציפיים, מערכת של חוקים שהם כללים. חוקים שמערכות משפט יוצרות הם חוקים בעלי אופי יחסית חתוך וברור, שכן בין השאר תפקידם לכוון התנהגות (עיקרון יסוד של שלטון החוק). הביקורת הזו היא ביקורת על התפיסה שמערכת המשפט היא מערכת של כללים ספציפיים המזוהים ע"י כלל אב, והמבחן לתוקף המשפטי הוא **מקורו,** ולא **התוכן** שלו.
2. תפיסת הפוזיטיביזם מייחסת לשופטים שק"ד חזק – במקרי לקונה הוא יוצר כלל משפטי חדש. כלומר, במצבים של לקונה, הואיל והוא חייב להכריע במצבים כאלה ואין כלל משפטי המסדיר את המקרה, הוא פועל בהתאם לשק"ד שלו הרחב והבלתי מוגבל. הואיל ויש לו שק"ד רחב ובלתי מוגבל, יש לו שק"ד חזק. בעצם, הגישה הפוזיטיביסטית מניחה שבלקונה אין כלל משפטי הפותר את הבעיה.
3. חובה משפטית לפי הפוזיטיביזם שונה מ'חובה מוסרית' – היא רק עובדה חברתית (הרט). אוסטין אומר שחובה היא סוג של כורח, שרצון הפקוד הוא להימנע מנזק. הרט מוסיף על כך ואומר שקיימת חובה חברתית. דוורקין אומר שזה מעבר לכך.

**תורת שפיטה**

דוורקין מתמקד באופן בו שופטים חושבים ופועלים. מוקד ההתבוננות שלו הוא על ביהמ"ש. כיצד הוא עובד. דוורקין מתאר את המשפט ואת יסודותיו הכלליים. הוא מנסה לפתח תורת משפט באמצעות התבוננות בפעולות השופטים. בהיבט הזה, זה שונה מאשר תאוריית המשפט של אוסטין ושל הרט. תאוריית המשפט שלהם אינה מתמקדת בפעולת השופטים.

באמצעות ההתבוננות על פעולות השופטים, דוורקין רוצה להסיק מסקנות על **נקודת המבט של המערכת המשפטית בכללותה**. אחת הביקורות עליו היא השאלה האם אנו באמת רוצים להסיק מכך את נקודת המבט של המערכת המשפטית כולה.

**ביקורת על ייחוס שק"ד חזק לשופטים**

הכללים הקיימים כמעט בהכרח לא יכסו את כל המקרים שיגיעו לביהמ"ש, ולכן בהכרח יהיו מקרי לקונה. חלק מתפקיד ביהמ"ש הוא ליצור מנגנון במצב כזה, גם אם החוק לא הסדיר אותו. האלטרנטיבה היא שאם שופטים יפסקו רק לפי החוק ובעת לקונה לא יתערבו, הסכסוך יימשך והדבר לא ייגמר. אינטרס החברה הוא להביא את הסכסוכים לידי גמר (בנוסף לאינטרס הכוונת ההתנהגות). לפי התפיסה הפוזיטיביסטית, ייתכנו מצבים בהם שופט יכריע לפי שיקול דעתו.

דוורקין אומר שתיאור פעולתו של השופט כך טומנת בחובה כמה בעיות:

1. **חקיקה רטרואקטיבית** – נניח שהשופט קובע כלל ההופך לתקדים למקרה הבא שיבוא לפניו. המקרה החדש מהווה מעין חקיקה רטרואקטיבית שכן נוצר כלל שמחילים אותו על מקרה שכבר נגרם! חקיקה רטרואקטיבית, כאמור, אינה דבר רצוי!
2. **מנוגד לעקרונות הדמוקרטיה** – אם השופט הוא זה שמקבל החלטות בשאלות האלה ויוצר כללים שיש להם אופי תקדימי, הדבר עומד בסתירה לעקרונות הדמוקרטיה. זאת משום שמי שאמור לקבוע את הכללים הם נציגי הציבור, והשופטים אינם נבחרי הציבור אלא תפקידם הוא ליישם את הכללים. לכן, לכאורה יש בכך עניין אנטי-דמוקרטי.
3. **הפוזיטיביזם לא מתאר באופן הולם את פעולתם של השופטים –** כשדוורקין יסביר כיצד שופטים חושבים ואיך הם מדמים את מערכת המשפט, הוא יתגבר על הקשיים האלה ויציג תיאור נון פוזיטיביסטי של מערכת המשפט. הרי, כששופטים עושים זאת הם לא פועלים בניגוד לערכי הדמוקרטיה ולערכים הדמוקרטיים.
4. **הפוזיטיביזם מתאר באופן חלקי, ולכן מעוות, את דרך קבלת ההחלטות של השופטים ושל מקבלי ההחלטות במוסדות הכפופים למערכת של כללים** – הפעלת כללים אינה מכנית, אלא מתבצעת במסגרת של מערכת שיקולים, ערכים, תפיסות עולם ועקרונות המהווים בסיס להפעלת הכללים הללו. לא ניתן לנתק את התכלית העומדת ביסוד הכללים האלה לאופן בו מחילים אותם. דוורקין טוען שפוזיטיביסטים לא לוקחים בחשבון את אופן ההחלה של כללים בכלל וכללים משפטיים ע"י שופטים בפרט.

**חובה משפטית לפי דוורקין**

האמנם 'חובה משפטית' היא רק עובדה חברתית (כטענת הרט)? דוורקין טוען שחובות משפטיות מזוהות עם ערכים ועקרונות שהם מעבר להיותם של ערכים סוג של עובדות חברתיות, ובטח שמעבר לכך שחובות משפטיות כל עניינן הוא הפחד מהעונש.

המשפט מכיל עקרונות

התפיסה של דוורקין היא שהמשפט מכיל עקרונות. העקרונות הם מערכת גדושה ביותר. הוא עוסק בשני פסקי דין שבאמצעותם הוא מדגים את כוונתו:

**Riggs vs. Palmer – עיקרון כללי-מוסרי כבסיס להכרעה**

**העובדות:** ב1889 נכד בניו-יורק רצח את סבו כדי לרשת אותו עפ"י צוואה. באותה התקופה, לא היה סעיף שמנע מרוצח לרשת את קורבן הרצח.

**הליך משפטי:** השופטים החליטו כי במקרה הזה הנכד לא רשאי לרשת, בשל העיקרון שממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה – "הרצחת וגם ירשת". **מעשה עוולה לא יכול להצמיח זכות משפטית**!

האם ניתן לבטל את העיקרון הזה באמצעות החלטת רוב? זה מסוג העקרונות שנתפסים בעייני הקהילה המשפטית ובעיניי כל אדם בר דעת כעקרונות מחייבים. לכן, רוב לא יכול לבטל זאת.

לכן, במקרה ההוא, הגם שלא היה סעיף בחוק הירושה שעוסק בעניין, היה ברור לשופטים שהעיקרון הזה הוא **עיקרון יסוד במערכת המשפט האמריקאית** ולכן יש להפעילו, והוא גובר על הסעיף שמעניק לנכד את הזכות לרשת. הואיל והסעיף לא התכוון להעניק זכות ירושה לרוצח הקורבן, אין הוא רשאי לרשת אותו. כתוצאה מפס"ד זה תוקן החוק.

הנקודה החשובה של דוורקין היא שאנו מזהים את העיקרון הזה על אף שהוא לא מנוסח בספרי החוקים. העיקרון הזה הוא **חלק בלתי נפרד** ממערכת המשפט האמריקאית. לכן, במקרה זה נקבע שהנכד לא יורש.

**Henningsen vs. Bloomfield Motors – עיקרון כללי-מוסרי כבסיס להכרעה**

**הליך משפטי:** נקבע עיקרון שיצרן של מכוניות בעל אחריות מורחבת כלפי לקוח לגבי נזק שייגרם או שעלול להיגרם בשל חלפים פגומים ברכב, זאת על אף שבחוזה ביניהם, עליו חתם רוכש הרכב עם היצרן, הוגבלה אחריותו של היצרן ונקבע ביניהם שהיא אך ורק לחלקים הפגומים שבחר ולא לנזקים שנגרמו כתוצאה מתאונות בשל החלקים הפגומים האלה.

כשאירעה תאונה כזו, נתבע היצרן. ביהמ"ש קבע בניגוד לסעיף המופיע בחוזה ביניהם שלאור עקרונות יסוד של השיטה אנו צריכים להטיל על יצרנים אחריות רחבה והם גוברים על סעיפים בחוזה שפוטרים אותם מאחריות זו.

בעצם, ביהמ"ש אמר שיש עקרונות משפטיים ראויים הקובעים כי **לא תתאפשר הגבלת הסמכות**, שכן התוצאה תהא **פגיעה מאסיבית גם ברוכשים וגם בהרתעה**. זה שיקול חברתי ממדרגה ראשונה! כל זה מבלי שום בסיס בחוק! הבסיס להחלטה הם העקרונות הכלליים שהם חלק בלתי נפרד מהמערכת.

דוורקין אומר שאם נתבונן בשני המקרים האלה, בתי המשפט **לא פסקו במקרים של לקונה**. המקרה של **ריגס** הוא לא בדיוק מקרה של לקונה שכן הוא הוסדר ע"י החוק (בגלל שיש חוק שלם שעוסק בירושה). דוורקין אומר שלשופטים במקרה זה היה ברור שישנם עקרונות שהם חלק בלתי נפרד מהמשפט, וזאת על אף שכלל הזיהוי לא מזהה אותם. כלומר, **אם נאמץ את התפיסה הפוזיטיביסטית של הרט, לא נצליח לזהות את העקרונות האלה** – עקרונות שיש "מוסכמה" כי הם עקרונות בסיסיים ושרירים.

* **רז והרט** לא כופרים בקיומם של העקרונות הללו, אולם הם מתארים אותם באופן אחר.

**כללים ועקרונות**

לפי דוורקין:

* **כלל** מכתיב בד"כ את התוצאה באופן של **הכל או לא כלום.** אם הכלל חל, זו התוצאה ואין בלתה. אם הכלל לא חל, אזי הוא לא רלוונטי לדיון. בד"כ אנו משתמשים בכללים בצורה הזו.
* **עקרונות**, לעומת כללים, פועלים כמו **טעמים**. הם לא מכתיבים את התוצאה, אלא עקרונות פועלים באופן שהם מושכים לכיוון מסוים.

כשפועלים לפי עקרונות, אנו בד"כ שואפים **לאזן** ביניהם. מערכות משפט בד"כ לא אוהבות עקרונות. בשביל להשיג וודאות ויציבות, מערכות משפט אוהבות כללים, זאת מפני שהכללים קובעים האם זה חל או לא. ברגע שמכניסים טעמים ועקרונות, מתחילים האיזונים. באיזונים מתחילים וויכוחים.

העדפת הכללים על פני עקרונות לא נובעת מכך שהאיזונים אינם רציונליים, אלא בגלל הוויכוחים. העניין הוא שהמשפט לא יכול לבטל את העקרונות. השאלה מה היחס בין הכללים לעקרונות הינה שאלה מורכבת.

**שיעור 22 – 24/1/23**

**במבחן:** השאלות מאוד ממוקדות. לדוג, "מה כלל הזיהוי של הרט".

**עקרונות ושיקולי מדיניות**

* שיקולי מדיניות – המטרה היא תוצאה חברתית או כלכלית. שיקולי מדיניות של מחוקק או של בתי משפט נוגעים לרצון להשיג תוצאה ראויה, בין אם חברתית ובין אם כלכלית.
* עיקרון – עיקרון מוסרי. מכוון למעשה מסוים ולא לתוצאה. מפעילים עיקרון מוסרי שאינו בהכרח קשור לתוצאה. למשל, אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו אינו מהווה שיקול מדיניות, אלא לשיקולי צדק, לעקרונות מוסריים.

הסיבה המרכזית לאימוץ עיקרון מסוים הוא הטעם המוסרי שביסודו. כשפוסלים שר בגלל שיקולי מניעות, זה עיקרון ולא שיקול מדיני (למרות שזה יכול להיות חלק מתפיסת מדיניות במובן רחב).

האם עקרונות הם חלק מהמשפט?

דוורקין מאמין שעקרונות הם חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט. עמדות פוזיטיביסטיות שחושבות שמערכת המשפט מושתתת על חוקים, אינם בד"כ חלק ממערכת המשפט. כשביהמ"ש פונה אליהם זה בד"כ במצבים של לקונה, והם **עקרונות חוץ-משפטיים.** במצבים שאין ברירה (לקונה), יש לפנות אליהם.

**מדוע ביהמ"ש חייב להסדיר אותם?** משום שאחת ממטרות מערכת המשפט היא לקבוע מוסד שיש לו את הסמכות להסדיר כל סכסוך. כלומר, ייתכנו סכסוכים בין אזרחים, או בין האזרח למדינה, שהחוק לא הסדירם. האלטרנטיבה היא לאפשר לצדדים לריב. אולם, המערכת לא עושה כן כיוון שאחת ממטרות מערכת המשפט הוא אינטרס חברתי להסדיר כל סכסוך, ללא קשר לחוקים ולהכוונת התנהגות.

דוורקין מאמין שכאשר בתי משפט נמצאים במצב של לקונה, הם נזקקים לעקרונות שהם **חלק בלתי נפרד** ממערכת המשפט. כך עולה מההתבוננות בדרכי הפעולה של השופטים (**בלומפילד, ריגס**).

**מה הבסיס לכך שעקרונות מחייבים?**

בד"כ בחקיקות של הכנסת ומחוקקי משנה לא ינוסחו עקרונות, שכן עקרונות לא מכוונים התנהגות ספציפית. לא ניתן לכוון התנהגות באמירה "ועשית הישר והטוב", "אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו". הם עקרונות שחלים בכל מקרה ומקרה, אך לא מכוונים התנהגות ספציפית. **חקיקה רגילה נמנעת מניסוח של עקרונות.** זה קורה אך ורק במצבים חריגים, כגון ס' 12 ו-39 לחו"ח (תו"ל – מושג מופשט וכללי).

מה הבסיס לכך שעקרונות מחייבים?

* **עקרונות כטעמי הכללים** – בהרבה כללים יש טעמים. לרוב הטעמים לא מפורשים ויש לזהותם.

הפוזיטיביסטים יאמרו שהיחס בין טעמים לכללים הוא כזה שלא ברור אם כל הטעמים שמייחסים לחוק הם חלק בלתי נפרד מהחוק. הם מתייחסים לחוק כאל "שכבה חיצונית" – מה שהחוק אומר. בד"כ כשמסתכלים על כללים משפטיים, הם הוראות פעולה/הימנעות מפעולה ביחס לנסיבות מסוימות. אפשר לשאול מה הטעם שלהם? חוקים בד"כ לא כוללים טעם מפורש, אבל הרבה פעמים אפשר להתחקות אחר הטעם לחוק שנעוץ בעיקרון משום שהטעם אומר שנוצר כלל מסוים כי הוא מימוש ספציפי של עיקרון יותר כללי, וזה הטעם שעומד ביסודו. אם מזהים את העיקרון כטעם של מערכת שלמה של כללים, אז זיהינו עיקרון שעומד ביסוד כללים ומהווה חלק מהשיטה.

* **עקרונות מחייבים משום שהם (נתפסים כ)מוצדקים –** הם מחייבים משום שהקהילה המשפטית ואף הציבור רואה אותם כמוצדקים. שופט בתוך עמו יושב ומזהה את העקרונות האלה שנתפסים כמחייבים, כחלק בלתי נפרד ממערכת המשפט. למשל, הפסיקה של ביהמ"ש הנוכחי בעניין דרעי – עשו סקרים שהראו שרוב הציבור (66%) הגיע למסקנה שהפסיקה של בג"ץ מוצדקת. במובן הזה, העקרונות יכולים להתקבל באופן ישיר על ידי בני החברה מבלי שחוקקו אותם. ברוב המקרים מדובר בעקרונות יסודיים ובסיסיים ביותר, שביהמ"ש מזהה כחלק מהנורמות שרווחות.
* **עקרונות יסוד של השיטה הפוליטית** – עקרונות רבים ממערכת המשפט נגזרים מהשיטה הפוליטית שעליה מערכת המשפט יושבת. אם מערכת המשפט היא דמוקרטית ליברלית, זה התשתית שעליה המערכת יושבת, אז גם אם יש מערכת של עקרונות שלא נוסחה באופן שעבר מוסד מחוקק, היינו לא מזוהים באמצעות כלל הזיהוי, אם מדובר במערכת דמוקרטית ליברלית ביסודה, המערכת לא יכולה שלא להכיר בעקרונות יסוד כאלה. **עקרונות היסוד חולשים על מערכת המשפט**. כמובן שהדבר יכול להשתנות אם משנים מהיסוד את המערכת הפוליטית המשפטית. אולם, טענת דוורקין היא שלא ניתן לנתק את מערכת המשפט ואת העקרונות שהם חלק בלתי נפרד ממנה, מהתשתית הפוליטית, מעקרונות היסוד של המערכת שנוצרה במסגרתה של התשתית. **ברק** ממשיך את כיוונו של דוורקין. אם המערכת מכירה בעקרונות של זכויות אדם במובן הבסיסי (חירויות בסיסיות – תנועה, לבחור, להיבחר וכו'), זה חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט. לא ניתן ליצור חוקים או להכריע הכרעות, להסדיר הסדרים, ליישב סכסוכים, כאשר פועלים בניגוד לעקרונות היסוד של השיטה, למרות שעקרונות אלה לא תמיד נוסחו בחוק (לא עברו תהליך חקיקה).

במה זה שונה מהתפיסה של הרט? הרט מאפשר למערכת המשפט להיות מאוד ברורה וודאית. יש כלל חברתי המזהה מוסד מחוקק. החוקים שמחוקק הם תקפים מבחינה משפטית. דוורקין אומר שיש להסתכל איך המערכת עובדת, שאותם כלל הזיהוי לא מזהה. משמע, התפיסה הפוזיטיביסטית לפי דוורקין מוטעית.

**שיקול דעת**

דוורקין אומר שעל מנת להבין את פעולת השופטים, יש להגדיר מהו 'שיקול דעת'. אנו לא מייחסים שק"ד לכל החלטה שאדם מקבל. אנו לא מייחסים שק"ד במקרה שבו הכללים חלים באופן מכני.

בד"כ, כאשר פקיד מפעיל חוק באופן מכני, אנו לא אומרים שהוא הפעיל שק"ד. הוא פשוט הפעיל את החוק. החלה מכנית/טכנית של חוקים היא אינה מצב בו אנו מייחסים למחיל שק"ד. לדוג', כאשר פקח נותן דו"ח חניה לרכב שחונה באדום לבן. לא מדובר בהפעלת שק"ד.

* שיקול דעת נוגע **להפעלת סמכות** **בהתאם לסטנדרטים** או בהתאם לסטנדרטים שנקבעו על ידי **סמכות שמעליו**.

שיקול הדעת שעליו מדבר דוורקין הוא שק"ד חלש.

**שיקול דעת – מובן חלש וחזק**

שק"ד במובן חלש:

1. במצב שיש סטנדרטים –למשל, קצין שמורה לסמל שלו לקחת את החיילים החזקים ביותר. כעת הסמל מפעיל שק"ד ובוחר מי הכי חזק. שיקול הדעת במקרה הזה של הסמל אינו חזק, שכן הקצין קבע לו סטנדרט.
2. כאשר ההחלטה של בעל סמכות היא סופית (גם אם מכנית) – לפעמים, בשפה אנו מייחסים שק"ד במובן חלש גם במצב בו אדם מקבל החלטה שאין אחריה ערעור, גם אם היא מכנית. למשל, לשופט בכדורגל יש שק"ד במובן הזה שההחלטה שלו היא סופית. לדוג', כאשר הוא קובע "חוץ", "עבירה" וכו'. ברגע שהוא קיבל את ההחלטה הזו, אין עליה עוררין.

שק"ד במובן חזק

במצב שאין סטנדרטים בכלל! למשל, כאשר קצין אומר לסמל לבחור חיילים למשימה. הוא לא נותן לו סטנדרטים לבחירה. מאחר שאין כללים שלפיהם הוא צריך להחליט, הוא מחליט לפי שק"ד במובן הרחב, במובן החזק.

יש לשים לב שגם כאשר מייחסים לאדם שק"ד במובן חזק, זה לא מצב שדוורקין מכנה "רשות" (license). זה לא מתן האפשרות לאדם לעשות מה שהוא רוצה ולהחליט באופן גחמתי. ברגע שהוא מפעיל שק"ד במובן חזק, **עליו לעמוד באיזשהם סטנדרטים הקשורים לשיקולי הגינות, רציונליות, יעילות וכיו"ב.** אולם, ההחלטה אינה נשלטת על ידי סמכות כלשהי.

**שיקול דעת לפי הפוזיטיביזם**

לפי דוורקין, ההבחנה בין הפוזיטיביסטים לנון-פוזיטיביסטים היא שכאשר הפוזיטיביסט טוען שיש לשופט שק"ד חזק (שכן הוא לא פועל לפי עקרונות של מערכת המשפט), הוא אמור להפעיל שיקולים של הגינות, רציונליות וכו'. שופט לא מחליט כראות עיניו. במצבים שבהם אין כלל רלוונטי בחוק (ואין גם סטנדרטים), הוא פועל לפי **שיקולים חוץ משפטיים.** עקרונות הם מקורות חוץ משפטיים אליהם פונה השופט במסגרת הפעלת שק"ד.

דוורקין חושב שבכל מצב שיש לקבל החלטה בה אין כלל ספציפי, יש עקרונות כלליים שחלים על המקרה. אם הם מושכים לכיוונים מנוגדים, יש לאזן ביניהם. לכן, לדעת דוורקין, לשופט **אף פעם אין שק"ד במובן חזק!** זאת משום שעל כל מקרה ומקרה תמיד הוא יזהה עקרונות המהווים סטנדרטים שמנחים לו כיצד להחליט. הם יוצרים מסגרת מושגית שבאמצעותם הוא מחליט.

**בפרשת ריגס**, כאשר השופט החליט שהנכד לא יכול לרשת בגלל עקרון "אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו", השופט לא מסתכל על כך כעל עיקרון חוץ-משפטי שלו משקל מכריע, אלא כעל עיקרון בלתי נפרד מהמשפט!

**בפרשת בלומפילד**, שהשופט החליט שבניגוד למה שמופיע בסעיף מפורש בהסכם הרכישה של הרכב הוא מטיל אחריות על היצרן, הוא מבחינתו מפעיל עיקרון בלתי נפרד ממערכת המשפט.

**שק"ד חלש, חקיקה רטרואקטיבית והדמוקרטיה**

דוורקין פותר את הקשיים שהציג:

1. **חקיקה רטרואקטיבית** – לפי דוורקין, קיומם של עקרונות במערכת המשפט וייחוס שק"ד נמוך לשופטים, מלמדת על כך שפסיקה של שופטים אינה רטרואקטיבית, שכן העקרונות האלה **הם חלק מהמערכת!** שופטים, במקרה של **ריגס,** לא חשבו שהם מחוקקים באופן רטרואקטיבי שרוצח לא יכול לרשת את הקורבן, אלא מבחינתם הם השתמשו בעיקרון שהיה קיים תמיד.
2. **פגיעה בדמוקרטיה** – אין פגיעה בעיקרון הדמוקרטי, משום שהם **חלק מן החוק!** העקרונות הם חלק בלתי נפרד מהאופן שהקהילה תופסת מה מחייב ומה לא. לא נוצר כלל משפטי "יש מאין", אלא זה כלל שנגזר מעקרונות שהמערכת מקבלת.

**שיעור 23 – 26/1/23**

**מנהגים שנתפסים בחברה כמשפטיים ועקרונות**

אחת הביקורות של הרט על אוסטין הייתה שאוסטין לא נותן דין וחשבון מספק למנהג כמקור לנורמות משפטיות. דוורקין אומר על הרט שהוא פתר את הבעיה דרך הטענה שמנהגים שיש להם מעמד משפטי, שנתפסים כמחייבים מבחינה משפטית, יכולים לצמוח מלמטה ולא חייבים להגיע מהריבון. החברה תכיר בהם כנורמות מחייבות מבחינה משפטית.

בעבר, בכל מני מסורות משפטיות, למשל בקומון לו, המנהגים – נורמות שקיימות בחברה – הם המקור לנורמות משפטיות! כשביהמ"ש פוסק לפיהם הוא אומר שאלה הנורמות של החברה, וכך התפתח הקומון לו.

דוורקין אומר שהרט מוכן לקבל את הנורמות המשפטיות, אבל הוא חייב לשים לב שאם הן יכולות לצמוח ממנהג, הקושי הוא שזה **חותר תחת הרעיון שישנו כלל אב,** כלל זיהוי, שהוא המקור לנורמות משפטיות והוא זה שמזהה את הנורמות המשפטיות מכלל הנורמות החברתיות. דוורקין אומר **שמנהגים לא נדרשים לכלל הזיהוי**, שכן הוא צומח ללא כלל הזיהוי.

כלל הזיהוי הוא כלל חברתי שהחברה מזהה באמצעותו מוסד שיוצר כללים משפטיים. למשל, הכנסת בישראל. אם הם מוכרים ע"י החברה במישרין, ללא צורך בכלל הזיהוי, אז ההכרה בכך שהחברה מכירה במנהגים שיש להם מעמד משפטי, חותרת תחת כלל הזיהוי שמעניק תקפות לכל שאר הכללים המשפטיים.

המשמעות היא שאם הרט מוכן לקבל זאת, הוא עושה צעד מאוד משמעותי לכיוון התאוריה שדוורקין מציע – חריגה מרעיון כלל אב ומוכנות לקבל מערך שלם של נורמות המחייבות משפטית, שאינן מקבלות את תוקפן מכוח כלל הזיהוי.

דוורקין אומר **שעקרונות הם כמו מנהגים**, **הם לא נזקקים לכלל הזיהוי!** העקרונות לאו דווקא מחוקקים ע"י הכנסת. כאמור, הכנסת כמעט תמיד תחוקק כללים ולא עקרונות.

* מזכיר את המאמר של יאיר המדבר על כללים וטעמים: קשה לחשוב על כלל בלי טעם. ברגע שמזהים את הטעם, קשה מאוד לומר שהטעם נפרד לכלל. הנפרדות של הכלל מטעמו היא במובן הזה שהיא מסייעת לתפקוד הכלל. אולם, ברגע שמבינים את מהות הכלל, אנו מבינים שלכלל אין מובן ללא טעם! ברגע שמזהים את הטעם, הוא לא חיצוני לכלל, וזאת על אף מה שחושב ההמון – הציבור.

**הרט עונה לדוורקין וניסה לצמצם את מקום המנהג** – בהרבה סיטואציות לא כופרים במנהגים שיוצרים נורמות, אלא המנהגים הללו הם זניחים לעומת התפקיד המרכזי שיש לאותם כללים שנקבעים ע"י הכנסת, שמקורם בכלל הזיהוי. כלומר, מה שמנסה לומר הרט הוא שכמובן כי כלל הזיהוי הוא עניין לדרגה – יכול להיות שהוא נותן ל98% תוקף משפטי לחוקים מסוימים, ו2% צומח מהמנהג.

***המטרות החברתיות של המשפט – רז***

**הערות מקדימות**

מטרתו של רז במאמר היא להציג שכל מערכת משפט, ולא משנה איזו ומתי הייתה קיימת (עתיקה/חדשה), היא משרתת **מטרות חברתיות מסוימות**. היא נועדה להיות כלי כדי לשרת כל מני מטרות. מי שאמון על מערכת משפט – המחוקק וכל הגורמים המפעילים אותה (בתי משפט, רשויות חקירה וכו') – משתמש בה לכל מני מטרות. רז מנסה לפרוש את מגוון המטרות החברתיות שמערכת המשפט מהווה כלי כדי לממשן.

המשפט הוא **כלי חברתי שניתן להשתמש בו למגוון רחב של מטרות.** רז מציע **דיון ניטרלי** במטרות המשפט. הכוונה בדיון ניטרלי היא שהדיון אינו תלוי אידאולוגיה. כלומר, המטרות אינן תלויות באידיאולוגיה שהחברה דוגלת בה. רז מציע את מגוון המטרות שהמשפט משמש על מנת לממש אותן, והן קיימות באופנים שונים בכל חברה – בין אם זו חברה ליברלית, שמרנית, עתיקה, מודרנית וכו'. בכל מערכת משפט, הפונקציות החברתיות הללו מתממשות באמצעות המשפט, ומתממשות באופנים שונים. מטרתו של רז היא להציע תיאור כולל שמתאים לכל מערכת משפט.

אין לבלבל בין הדיון לגבי המטרות החברתיות של המשפט לבין סוגי נורמות! דיברנו על נורמות מטילות חובה, מעניקות זכויות, מעניקות כוחות וכו'. זוהי חלוקה של סוגי הנורמות לתפקוד הלוגי שלהן. אנו נראה שסוגי הנורמות השונים מתפקדים כמעט בכל אחת מהמטרות של המשפט.

**תרשים זרימה**

**פונקציות חברתיות עקיפות ופונקציות חברתיות ישירות**

* פונקציות חברתיות ישירות – פונקציה ישירה זה מצב בו נוצר חוק, והמטרה מושגת באמצעות הציות לו. עצם הציות משיג את המטרה.

למשל, "לא תגנוב" מטרתה לשמור על זכות הקניין הפרטי. הציות יוביל לכך שמטרת החוק מושגת. כך גם ב"לא תרצח", "לא תתקוף", חובת גיוס. דרישת הכתב בעסקת מקרקעין (ההנחה היא שעצם זה שאנשים כותבים הסכם הם גמרו בדעתם לעשות את העסקה). לכן, הציות לציווי משיג את התוצאה.

* פונקציות חברתיות עקיפות – כללים שלא הציות בהכרח מביא את התוצאה במישרין, אלא שלרוב זה מושג באופן עקיף. המטרה מושגת באופן עקיף משום שאנשים נענים לחוק, או בגלל עצם קיומו של החוק.

למשל, כללי מיסוי – הפחתת המיסוי על אנשים המתיישבים בנגב. אנו רוצים לתמרץ אנשים שיגורו מדרום לדימונה כדי ליישב בנגב. לכן, אומרים שמי שיגור שם ישלם פחות מס הכנסה. נוצר בעצם כלל שעניינו הוא תשלום מופחת של מס, אולם מטרת החוק היא שאנשים, כתוצאה מכך שישלמו פחות מס, יתומרצו לגור בנגב. ההתיישבות בנגב היא מטרה עקיפה ולא ישירה! אם נחקק החוק ואף אחד לא התיישב בנגב, **מטרת החוק לא הושגה**!

**מטרות עקיפות – האם ניתן לצפות את תגובות הציבור?**

החוק תמיד, מאז ומעולם, שימש למטרות עקיפות. המטרות העקיפות הן **תלויות אידיאולוגיה וחברה.** למשל, הרמב"ם הסביר שאין להשחית את הזקן שכן זה להידמות לגויים ויש חשש שאנשים יאמצו את מנהגיהם ויעבדו עבודה זרה. לכן, איסור השחתת פאת הזקן גורם לאנשים להתרחק מעבודה זרה – זוהי מטרה עקיפה! הזקן כשלעצמו אינו הרכיב המהותי. אולם, מאחר שישנו קש"ס בין השחתת הזקן לבין אימוץ השקפות זרות שהן אלה שמעניינות אותי, אנו רוצים להשיג את המטרה העקיפה הזו.

מי שמחוקק חוקים שמטרותיהם עקיפות **מתיימר לדעת מה יהיו התהליכים החברתיים שייווצרו כתוצאה מחקיקת החוק.** הנדסה חברתית כזו היא קשה מאוד, ולעיתים מחוקקים נכשלים בכך!

לדוגמא: הכנסת, בגלל בעיות של משילות, ניסתה לפתור זאת דרך שינוי שיטת הבחירות: במקום שאנשים יבחרו בפתק אחד את המפלגה שבה הם תומכים והמפלגה היא זו שתבחר את ראש הממשלה, יהיו שני פתקים שיחברו את ראש הממשלה ואת המפלגה. מטרת החוק הייתה לגרום לאנשים להתאחד סביב שני מועמדים, דבר שיוביל להיווצרות גושים חזקים ולא ל"רסיסי" מפלגות. בעצם, זה ישפיע על כך שיהיו גושים גדולים בכנסת, וזה יגביר את המשילות של הנבחר. בפועל, מה שקרה הוא שעל אף שהיה צפי של "חכמי מדע המדינה" שזה יגביר את המשילות, עם הגעת המדגם בבחירות הראשונות בה הצביעו בשני פתקים, הדבר גרם להפחתת המשילות! במקום שיהיו 12 מפלגות, כעת היה 17. מכאן שיש ראש ממשלה שנזקק ליצור קואליציה בכנסת, ומתקשה יותר! כתוצאה מכך, ביטלו את החוק וחזרו חזרה למתכונת הקודמת. בעצם, דווקא הוקטנה המשילות והוקטן הכוח של המפלגות הגדולות. **זוהי דוגמא לחקיקה עקיפה שלא צלחה** – מטרתה לא הייתה להעניק יותר בחירה לאזרח. אלא, מטרתה הייתה לחזק את המשילות מתוך צפי שכתוצאה מהשינוי של השיטה, הציבור ינהג אחרת. אולם זה לא התממש.

הדבר מראה שחקיקה עקיפה היא לרוב מסובכת ומורכבת, שכן היא דורשת מומחיות גדולה מצד המחוקק – האם הוא יכול לצפות כיצד הציבור ינהג כתוצאה מקיומו של חוק, המענה שלו לחוק וכו'.

בהקשרים כלכליים עושים זאת הרבה, ולעיתים התוצאות חיוביות, לעיתים חלקיות ולעיתים כישלונות גמורים. החוק הוא תמיד כלי למטרות עקיפות, רק צריך לדעת לעשות זאת נכון.

* ברור שאם חקיקה שהאופי שלה הוא עקיף היא מסוכנת ואין וודאות שהמטרה תושג, התוצאה יכולה להיות **פגיעה רבה בשלטון החוק** – פגיעה ביציבות!

**פונקציות ישירות**

**פונקציות ישירות ראשוניות לעומת פונקציות ישירות משניות**

**פונקציות ישירות ראשוניות** – רז אומר שכאשר מדברים על הפוקנציות הראשוניות, מדברים על 4 פונקציות שונות הקיימות בכל מערכת משפט. באמצעות הפונקציות הישירות, כלומר כאשר נוצר כלל, משיגים את המטרה בעצם הציות לכלל, הן ישירות במובן הזה שהן מכוונות את התנהגות כולם, לעומת פונק' ישירות משניות **הקשורות לתפעול המערכת**, לתפעול הכללים שהם הכללים שנוצרים באמצעות הפונק' הישירות הראשוניות.

**פונקציות ישירות משניות** הן בעצם עוסקות בכלים שיש למערכת לטפל בכל הכללים שהם נוצרים במסגרת הפונקציות הראשוניות (תפעול המערכת).

פונקציות ישירות ראשוניות – 4 פונק' שונות:

1. **הכוונת התנהגות –** החוק הפלילי, דיני הנזיקין. הם אומרים כיצד האדם צריך להתנהג. הם מטילים חובה. כאן נמצאים החוקים המרכזיים.
2. **יצירת כלים להסדרים בין פרטים** – מערך שלם של חוקים שהמחוקק משתמש בהם כדי לתת לנו כלים לקדם את מטרותינו. את תוכניות חיינו. הם לא מטילים חובות, אלא נותנים כלים. אלו כללים מעניקי כוחות. למשל, חוק החוזים הוא כלי כדי שאנו נוכל להגיע להסכמים. חוק החברות. חוק הירושה. דיני המעמד האישי רובם מעניקים כלים (חתונה וכו'). הכוח הזה שהחוק נותן הוא חיוני! החוק נתן כלי רב ערך!
3. **חלוקה מחדש של טובין והספקת שירותים** – כל מערכת משפט משתמשת במשפט בשביל לבצע חלוקה מחדש של רכוש. זה נעשה באמצעות מערכת המיסוי. מערכת המיסוי מחלקת מחדש את הרכוש – היא יכולה לעשות זאת באופן מאוד אגרסיבי ודרמטי ע"י כך שהיא מטילה מיסים באופן אגרסיבי (בישראל זה די אגרסיבי). למדינה יש פיקוח לכאורה על כל כסף שנמצא אצל כל אדם. המדינה יודעת איפה כל נכס נמצא, מתי הוא עובר מיד ליד.

הון שחור = הון שהמדינה לא הצליחה לשים עליו את היד, דבר שהיא נלחמת בו. משמעות הכלי הזה, באמצועתו המדינה לוקחת חלק מהרכוש שיש לאזרחים, ומחלקת אותו מחדש – להעביר מעשירים לעניים. יש מדינות שמעבירות מהעניים לעשירים. מדינות רווחה, מדינות שעסוקות בצדק חלוקתי, עושות זאת בדרך אחת, ומדינות אחרות עשויות לעשות זאת בדרך אחרת. **חלוקת שירותים** – המדינה משתמשת במשפט כדי לספק שירות. למשל, תחבורה ציבורית, תרבות, חינוך, בריאות. כל אלו המדינה עושה באמצעות חוקים (חוק בריאות, ביטוח בריאות, בתי חולים וכו'). יש מדינות שמספקות הרבה שירותים לאזרח.

כשהמדינה מספקת שירותים, חלוקה מחדש של רכוש והספקת של רכוש פועלים יחד. בדר"כ שתי הפונקציות הללו (חלוקה מחדש והספקת שירותים) שלכאורה נפרדות הן מחוברות משום שהמדינה רוצה לספק שירותים חיוניים במחיר אפסי או מסובסד, והמשמעות של זה היא שילוב של חלוקה מחדש של הטובין עם הספקת שירותים. בדר"כ במדינות מודרניות, שתי הפונקציות הללו משולבות. זה קיים בכל המערכות. במדינות קפיטליסטיות החלוקה תבוצע באופן אחד, במדינות רווחה באופן אחר, ובמדינות סוציאליסטיות באופן אחר. הכלי לעשות כן הוא מערכת המשפט. בהלכה ובמסורת היהודית שנת השמיטה והיובל הם בעצם כלים לחלוקה מחדש של טובין. ההלכה אומרת שאחרי 50 שנה כל הנחלות והקרקעות חוזרות לחלוקה הראשונית, או אחרי 7 שנים כל החייבים חובם נשמט. הרעיון מאחורי זה הוא חלוקה מחדש.

1. **יישוב סכסוכים לא מוסדרים** – סכסוכים שלא הסדיר אותם החוק. במצב בו ביהמ"ש נדרש ליישב סכסוך שהוא לא מוסדר, משמע שהוא לא מפעיל חוקים. ביהמ"ש מתפקד כמוסד שתפקידו ליישב סכסוכים. לא הכרחי שיהיה מוסד שיפתור סכסוכים, שכן זה לא אבסורדי לומר שמספיק שיהיה אדם (כמו רב) שהוא יפתור סכסוכים, מחוכמת חייו ומשיקול דעתו. לו אין כללים, אלא הוא יכריע לפי הצודק בעיניו. חברה מעוניינת שיהיו מוסדות שתפקידם יהיה לפתור סכסוכים! יישוב סכסוכים לא מוסדרים זה פונקציה נפרדת של מערכת המשפט משל הפונקציות האחרות. אנו רוצים שיהיה מוסד שבכל מצב שיש סכסוך, יהיה אפשר לפתור אותה.

פונקציות ישירות משניות

מצב בו יש לחוק אמצעים כדי להפעיל את עצמו. הוא לא מכוון התנהגות, אלא הוא מכוון את ההתנהגות של אלה המתפעלים את החוק. **המתפעלים של החוק הם אותם כללים שעוזרים למערכת המשפט לתפקד!** בעצם, תפקיד ביהמ"ש כאן הוא להפעיל את החוק; לפרשו, להחילו וכו'. מקימים מוסד שתפקידו הוא לתפעל את כל הכללים – הכוונת התנהגות (עונשין), יצירת כלים להסדרים פרטיים (חוזים), חלוקה מחדש של טובין (מיסוי).

1. יישוב סכסוכים מוסדרים – זה שונה מסכסוך לא מוסדר בכך שהמשפט מקים מוסד שהתפקיד שלו הוא **ליישב סכסוך שמוכר בדין,** בשונה מיישוב סכסוכים לא מוסדרים, שם הוא רק מיישב סכסוך ולא מחיל חוק.
2. יצירת חוקים ושינוי חוקים – אינה קשורה להחלת החוק במקרים של סכסוכים שביהמ"ש פועל, אלא המערכת יוצרת כללים שבאמצעותם מתפעלים את החוק כדי להתאימו למצבים חדשים – יצירת חוקים חדשים, רפורמות, לבטל חוקים וכו'. לכאן נכנסים **כללים מסדר שני** – הרט דיבר על כך שמערכת המשפט היא מערכת של כללים מסדר ראשון ושני, כלומר יש יחס בין פונקציות ראשוניות למשניות! יצירת ושינוי חוקים קשורה לכל אחת מהפונקציות הראשיות! ניתן לקבוע כללים לאיזה בימ"ש סכסוך יגיע (לא מסדירים את הסכסוך, אלא קובעים באיזה בימ"ש ייפתר הסכסוך).

(ההנחה של **רז** בהקשר זה, כפוזיטיביסט, שיש סכסוכים שאינם מוסדרים. דוורקין פחות יסכים עם הפונקציה הזו שכן הוא לא מקבל את הטענה שיש סכסוך לא מוסדר)

**מרכזיות בתי המשפט במימוש מטרות החוק**

יש לשים לב כמה מרכזי ביהמ"ש בתוך המערכת. המחוקק יוצר כללים שהם בעלי מטרה עקיפה, ישירה וכו'. לצד המחוקק, ביהמ"ש ממלא תפקיד מרכזי ביותר! הוא כמובן מיישב את הסכסוכים המוסדרים. הוא מפעיל ומפרש את החוק. כל אימת שיש סכסוך, זהו תפקידו של ביהמ"ש לפתור אותו. אף אחד לא יכול לעשות זאת במקומו.

תפקידו גם ליישב סכסוכים לא מוסדרים. ביהמ"ש בהקשר זה מייצר גם **תקדימים** – אם אכן מעניקים לו את הסמכות ליישב סכסוכים לא מוסדרים, מעניקים לו את הכוח ליצור תקדים שיגרום לכך שהסכסוך הוא מוסדר. כלומר, לעתיד, כשיגיע סכסוך כזה, הסכסוך יהיה מוסדר. בפסיקה הזו הוא מממש שתי פונקציות: (1) הכוונת התנהגות, שכן מכאן ואילך נוצר כלל חדש, (2) מסדיר סכסוך לא מוסדר. גם במקרה של פרשנות, ניתן לומר שהוא עושה את שתי הפונקציות.

* בתי המשפט מזהים את המטרות העקיפות של החוק ועושים ופועלים למימושן.

בתי המשפט במידה רבה מייצגים, מגלמים, עבור רוב האזרחים את **רעיון שלטון החוק.** זאת משום שבית המשפט הוא זה שמזהה את החוק ומיישם אותו. ברגע שביהמ"ש סוטה מהחוק בגלל סיבות מסוימות, הוא בעצם פוגע פגיעה, ולעיתים קשה, בשלטון החוק.

נשאלת השאלה, מה נחשב סטייה מנק' מבט הציבור משלטון החוק? דוגמת דרעי מעניינת. אם היה מאשר את כהונתו, האם היה סוטה מהחוק או מקיים אותו?

**בהצלחההההה 😊**