**תורת המשפט**

**מבוא**

1. **מה זה משפט?**

מה זה משפט? מלשון שפיטה:

* הכרעה במצבי סכסוך;
* בדומה לתפקידו של השופט, שצריך להכריע. במקרא, לשופט תפקיד אחר – להיות מנהיג.
* משפט יכול להיות גם זכות, או הסדר – מה צריך לעשות – למשל, כמשפט הבנות יעשה לה, משפט הבכורה, משפט הירושה ומשפט הכהנים.

אלא שהמשותף לכלל המשפט כרוך ברעיון של גמישות, התאמה וחוכמה. כששומעים את המילה חוק, האסוציאציה היא:

* משהו חקוק, יציב, שחוקקים אותו;
* ברית;
* זכות קבועה של האדם.

כל מה שנלמד פרוש בין שני הקטבים – חוק ומשפט ומצוי במתח שבין הפעלת שק"ד לבין דברים שלא נזילים במשפט. \*נורמה – מגיעה מהמילה נומוס = חוק.

1. **מדוע יש משפט?**

המתח קיים בין המטרה ההישרדותית של המשפט לבין הפן הרוחני (ולכן לא יכול להיות שהחוק הוא הישרדותי גרידא). 3 הוגים מעלים את הרעיון של המשפט כהישרדות:

* אריסטו: לדידו, המשפט נמצא בתבנית הבסיסית ביותר, הוא מדמה את המשפט לצמיחה, הוא "צומח" יחד עם החברה האנושית באופן הבא:

1. מתודה – שהיא מעין פוטנציאל שצריך להתממש;
2. זוגיות – בין השליט לנשלט, כשעצם ההסכמה מהווה ככללים רגולטוריים (כמו זוגיות בין איש לאישה);
3. בית – שהוא כמנגנון ששומר על היצורים שנולדים;
4. כפר – בין הבתים נרקמת שותפות (ככל הנראה על בסיס הסכמה);
5. מדינה – שילוב של כמה כפרים יוצר מדינה. האדם הוא בעל חיים מדיני כי הוא חיה חברתית, שאיננה יכולה לחיות לבד. הוא לבדו לא יכול לספק את צרכיו, אלא רק המדינה, ולכן האדם צריך את החוק והמשפט כצורך טבעי והישרדותי.

* הרמב"ם: ללא משפט אין קיום לחברה, אך מדובר גם ביעד רוחני. הוא מדבר על שבע מצוות בני נח (ברכת השם, גילוי עריות, עבודת אלילים, אבר מן החי, דינין, רצח וגזל), שהם צווים אוניברסליים וביניהם – מצוות דינין (=להקים מערכת משפט), אלא שעיקר המחלוקת בינו לרמב"ן נוגעת להיקפה:
* **הרמב"ם**: פרשנות צרה למצוות דינין, ומטרתה לאכוף את הצווים, כלומר, תפקיד המשפט הוא לאכוף איסורים;
* **הרמב"ן**: פרשנות רחבה למצוות דינין, אך אין המטרה רק להקים מערכת שתשפוט ותאכוף, אלא גם תפתח את הדין (לכונן, למשל, דיני מקח וממכר), לכן, תפקיד המשפט הוא לפתח את החברה.

מטרות המשפט לפי הרמב"ם:

1. תקינות הגוף: הישרדות פיזית, המשפט מגביל, והאדם לא יכול לעשות מה שירצה (כפוף לטובת הכלל). כך, שהחוק עוזר להפנים את הנורמות החברתיות של איסור פגיעה בזולת;
2. תקינות הנפש: נדבך רוחני-ערכי, מערכת החוקים מקנה מידות שמועילות לחיים ביחד כדי שהמדינה תהא הרמונית (נורמה, חינוך, מוסר).

תקינות הנפש יותר חשובה מאשר תקינות הגוף, אך, קודם לכן ישנה תקינות הגוף (תיקון המדינה). המשפט כהישרדות מתבטא באמצעות: א. מצוות בני נח שמהוות נורמות אוניברסליות בלעדיהן לא נוכל לשרוד (זיהוי ואכיפה של איסורי יסוד בסיסיים – הרמב"ם); ב. הצורך בחברה מלאה שמהווה הישרדות חומרית (הרמב"ן). הרמב"ם מודע לגישה האריסטוטלית, שכדי להשיג את הצרכים האחרים יש קודם לספק את הצרכים הבסיסיים, אך על בסיס ההישרדות הפיזית, גורס הרמב"ם, המשפט רשאי לקדם את ההתפתחות ואת הערכים, ובכלל – מעבר להישרדות חומרית יש ערכים והם חלק מהמשפט. הוויכוח בין הפרשנים הוא האם הליבה של המשפט היא למנוע פגיעות הדדיות או לשלוט בכלל האינטראקציות הבינאישיות? לדעת אריסטו, המשפט הוא רק הישרדותי, הרמב"ם יטען שמדובר בדרישה בסיסית, והרמב"ן יטען שהחוק עשיר יותר.

* הובס: מתייחס להישרדות פיזית – הוא מתאר מצב שבו בגלל שבני האדם שווים, מוגבלותו של משאב מסוים גורמת לאי-ביטחון והופכת אותם לאויבים אחד של השני במסגרת מלחמה. לכן, ללא שלטון יש כאוס, ובמצב זה לא ניתן לדבר על האפשרויות הגבוהות יותר של החיים. כלומר, המשפט והשלטון כאן בתפקיד להשלטת סדר וכמוצא למניעת מלחמה.

**סרבנות – גבולות הציות**

**(!)שלב מקדמי לבחינת גבולות הציות הוא בדיקה אם ישנה פעולה שמנוגדת לחוק**

1. סרבנות מצפונית ("סרבן מצפון")

* מאפיין מרכזי – מקרה/מקרים בודדים

**בד"כ מדובר במקרה/ים בודדים, כשהמניע נוגע לאדם עצמו**: משהו מכוון פנימה, האדם שמסרב פשוט לא מסוגל (אך יכול להיות נוגע גם לקבוצה של אנשים). למשל, פקודה שאומרת לפנות יישוב ומישהו מתנגד לכך מתוך אידיאולוגיה פנימית.

1. מרי אזרחי (או: סרבנות פוליטית | "סרבן פוליטי")

* מאפיין מרכזי – קבוצה קוראת לאחרים לסרב

**פוליטי במובן שהסרבנות נועדה על מנת לשכנע, וככה ניתן יהיה לשנות את המערכת** (כלומר, אם לא נציית לחוק, נשנה את המדיניות להיות כפי שהיא צריכה להיות לדעתנו; **פרשת מילוא**). **הטענה: גם אחרים צריכים לסרב, אבל נאמן למערכת**. אז ישנה נאמנות לפוליס, ואמנם דברים (כגון חקיקה) הולכים לכיוון מסוים, אך הסרבן עושה פעולה שנועדה לכוון לכיוון אחר.

1. מרד ("מרדן")

* מאפיין מרכזי – תיגר על המערכת עצמה

מרד בעצם מעלה שישנה **קריאת תיגר על המערכת עצמה**, הרעיון כאן הוא של התנגדות למנגנון **כולו** (למשל, מרד בגלל שאנחנו נגד הרעיון של גבולות) – "לעזאזל המדינה" – בניגוד למרי אזרחי שנועד לשכנע ולשנות.

ייתכן שמספר המסרבים יעביר אותנו מסרבנות מצפונית למרד אזרחי ואף למרד, **אך יש לבדוק אינדיקציות נוספות**: סרבן מצפון שמצית עצמו יכול להיחשב כסרבן פוליטי, אם עושה זאת בפומבי כדי לשכנע אחרים שגם יסרבו.

**ההשלכות של הסירוב**

1. סרבנות מצפונית

לא מהותית, משום שהיא מקומית/נוגעת לאדם/לקבוצה של אנשים, אבל היא יכולה להפוך לשכנוע לפי הכמות.

1. מרי אזרחי

בעייתי, מרי אזרחי הוא סירוב שאינו חוקי, וצריך לחשוב על המשמעות של קבוצה שעוברת על החוק – החוק מונה דרכים לשינוי ולהשפעה, כמו הפגנה או בחירות וחופש הביטוי, אבל מרי אזרחי עוקף את הדרכים החוקיות-לגיטימיות-מוסדיות הללו.

1. מרד

עוד יותר בעייתי: פוגע במערכת עצמה.

**ההשלכות של הסירוב – משקל הסירוב (האם המדינות יתירו את הסרבנות?)**

(!)מקובל לשקלל את ההשלכות של הסרבנות באמצעות משקל הסירוב ובכמה אנשים מדובר.

1. סרבנות מצפונית

במדינה יותר סלחנית, דווקא יהיה מקום לסרבנות מצפונית, שכן לוקחים בחשבון את המניעים והאידיאולוגיה, במיוחד גם כשזה לא נועד או משנה את כל החיים כולם. למשל, אדם שלא רוצה להתגייס בגלל שהוא לא מסוגל לגעת בנשק, כנראה לבסוף ישוחרר.

1. סרבנות אזרחית – סרבנות על מנת לשכנע

בעייתי: מערכות המדינה פחות סלחניות משום שמדובר בניסיון לעקוף את הדרכים המוסדיות, כלומר, יש כאן מעין הכרח באמצעות עבירה על החוק כדי לשכנע, למרות שלא שכנענו באמצעות הדרכים החוקיות שנועדו לכך. למשל, אם מתקיימים בחירות וכעת יש מיעוט שלא מקבל את דעת הרוב. אז הסרבן הפוליטי חייב להתמודד עם האתגר שהוא לא "סתם מפסידן".

1. מרי מרדני

יותר בעייתי: פגיעה במערכת עצמה. למשל, לגרש את הבריטים, אבל ברור שהבריטים/המערכת פחות תרצה בכך.

כיצד נוכל להבדיל בין סוגי הסרבנות השונים (סרבנות מצפונית/מרי/מרד)?

* **אמת המידה: השאלה היא האם אני לא מסוגל לעשות משהו, או מבקש שאחרים ינהגו אחרת?** חשוב לציין שלכולם עשוי להיות מניע אידיאולוגי, ולכן **העניין האידיאולוגי לא מבדיל ביניהם(!)**

לצד זאת, חשוב להיעזר באינדיקציות, למשל – אם מדובר בפעולה חשאית, פרטנית, שכנראה נחשבת כסרבנות מצפון, לבין פעולה פומבית שנועדה לתקשורת ולשכנע. לכן, ההקשר הוא קריטי.

**האם יש זכות למרי אזרחי?**

* למה שתהיה זו זכות למרי אזרחי?

1. אם מדובר בעבריינות/עבירה על החוק – שכן, אחרת זו לא סרבנות;
2. אולי מדובר בחופש? בהתאם לגישתו של הוהפלד.

כינונה של זכות נוגע ל-2 מישורים:

1. המישור החוקי: לפי הוהפלד, הרעיון הוא שכנגד קיומה של זכות ישנה חובה לעשות משהו למישהו שזכאי לזכות. אמנם, בנוגע לסרבנות מצפונית כוחו של רוב לא יכול לגבור על מצפונו של היחיד, אלא, שאם אנחנו זוכרים – סרבנות פוליטית (מרי אזרחי) כרוכה במעבר על החוק, לכן, האם החוק יכול להכיר בחובה לספק דרכים לא לגיטימיות/מוסדיות/חוקיות למעבר על החוק כדי לשכנע?
2. המישור החברתי: הדיון נוגע לממשק שבין האדם לזולת. ייתכן שהמונח זכות איננו ידבר על זכאות במשפט, אלא יתעסק במובן של "נבוא לקראתך" מבחינת שיקולים לעונש. חשוב לזכור שכחברה, יהיה לנו יותר קל לקבל זכות לסרבנות מצפונית, כי הטענה שההחלטה התקבלה ברוב לא משנה לעומת המצפון של היחיד. חוק יכול לצוות איך להתנהג, אבל הוא לא יכול לצוות על יחיד במה להאמין, ואלו הם גבולות החוק, אך חשוב לאזן אם מצפונו של אדם פוגעני. (!)לדעת רז, מקובל להכיר במדינות ליברליות בזכות לסרבנות מצפונית, כמו גם בישראל ר' ס' 36 לחוק שירותי הביטחון שמסמיך את שר הביטחון לפטור אנשים משירות צבאי, ובין היתר גם משיקולים של מצפון).

מהן הדרישות שקבעה הספרות כדי לטעון שמרד אזרחי יהיה אפשרי/לגיטימי?

1. מוצא: אם המרי הוא כאמצעי אחרון;
2. לא אלים: **ברק בפרשת מלכה**, שעסק בהפגנות במסגרת ההתנתקות, טוען שכל מה שכולל אלימות לא יכול לחסות תחת מרי אזרחי (והזכות לה);
3. כפיפות בפני ענישה: אתה מוכן לעבור על החוק ואתה מוכן שיעצרו אותך;
4. ביצוע בגלוי: הביצוע בגלוי שכן הוא נועד לשכנע אחרים לפעול באופן דומה ולהיות חופשי מכפיה;
5. מוגבל לנגד עוולות גלויות;
6. לא כדי להפחיד או לאיים;
7. ללא הפקת רווח/הנאה אישיים מהמעשה: לדעת בריס, הפקת רווחים לא פוסלת אוטומטית מרי אזרחי מלהיות מרי אזרחי;
8. לשם שינוי החוק או המדיניות;

* **לדעת בריס, מדובר בתנאי סף, וההגדרה "מקסימליסטית" – אם מילאת אחריהם – יש לך הזכות ואז מדובר במרי אזרחי | לדעת רז, אם מרי אזרחי נועד לשכנע, אין קשר לרשימה הזו, והמטרה היא רק לשכנע את השופט.**

לסיכום, יש להבחין בין 2 גישות:

1. ישנה זכות (כלל משפטי): תומך בגישת בריס – כניסה לשיח הזכויות – אם מילאת את הרשימה יש לך זכות, והמשמעות היא שחייבים להתחשב (למשל בעונש), גם אם אותו אדם טועה.
2. אין זכות (כלל מוסרי): תומך בגישה של רז – כניסה לשיח הנימוקים והשגת מטרות הסרבנות – אין זכות לעבור על החוק (וגם אין זכות לטעות; **פרשת מטר**), אך יש לבדוק אם השופט/החברה/המחוקק ישתכנעו לאחר מעשה שצדקת.

**האם יש חובה מוסרית (לכאורה) לציית לחוק?**

* העניין הוא האם שאלת הציות לחוק רלוונטית למוסר?
* מדובר במקרים בהם אין סתירה והתנגשות לחוק (כלומר, סירוב, מרי);

הדיון שעסק בבסיס המוסרי לציות לחוק נמצא בדיונים של אפלטון המיוחסים לסוקרטס. הסיפור נסוב סביב האשמת סוקרטס בהשחתת הנוער והעמדתו לגזר דין מוות, אלא שמציעים לסוקרטס לברוח. (!)לא מדובר באידיאולוגיה ולכן אין זו סרבנות. סוקרטס מסרב משום שזה אינו חוקי באמצעות דיאלוגים בינו לבין החוקים:

1. טענה תוצאתית כבסיס לחיוב מוסרי לציות לחוק

* **טענת החוקים**: "כלום אינך מזמן עצמך להאביד אותנו, את החוקים?"
* **חיזוק לטענה**: אם יחידים לא מצייתים, אז גם כולם לא יצייתו לחוק;
* **חולשות הטיעון**: מהבחינה התוצאתית ישנן פעולות שברור שיש חובה מוסרית לציית להן (Mala In Se=רע לכשעצמו), לאו דווקא בגלל החוק, אלא מעצם הפעולה, למשל, רצח, גניבה או כל פגיעה בזולת. מנגד, ישנן פעולות שלא ברור שיש חובה לציית להן (Mala Prohibita=רע כי נאסר), מה שמעלה את השאלה – האם ישנה חובה מוסרית לציית לחוקים אלו? למשל, תשלום מיסים (למרות שזה גם פוגע בזולת כי מי שלא משלם מיסים "גונב" מהקופה הציבורית, או מסכן חיי אדם בעבירות תנועה). אלא, שלפי מאוטנר, מעשה רע רק מכוח האיסור שהוטל עליו, עשוי לפגוע במשפט כמכשיר שמסדיר את יתר סוגי ההתנהגויות והעבירות, מה שבא לידי ביטוי ב: 1. פגיעה במוסדות; 2. פגיעה בסמלים; 3. פגיעה בתודעה, במשמעת.

1. טענה הסכמית כבסיס לחיוב מוסרי לציות לחוק

* **טענת החוקים**: "והיה ואמרו החוקים [...] וכי כך הוסכם בינינו לבינך".
* **הטענה של סוקרטס**: נשארת לגור במדינה מסוימת? הסכמת מכללא לציית לחוקיה.
* **חיזוק הטענה**: העיקרון הסכמים יש לכבד הוא מעין חובה מוסרית. הסכמה לא חייבת להיות חוזה כדי לחייב משפטית (הסכמה ג'נטלמנית), אבל אדם שמפר הסכם שכזה לא פועל בצורה מוסרית.
* סוגי הסכמות: 1. שבשתיקה; 2. מכללא; 3. מעין הסכמה; 4. היפותטית; 5. היסטורית (למשל, למרגלות הר סיני).
* **חולשות בטענה**: קשה לנו לדבר על מערכת הסכמית מבלי שנמצא את ההסכמה (מתי, בדיוק ואיפה התרחשה). הרעיון של מפגש רצונות שייך יותר לבני האדם, כלומר מודל של חוזה הוא הסכמה שיוצרת חובה, וההסכמה היא אירוע שיוצר ציפיות והסתמכות, ומהווה כחלק מהרצון והבחירה ליצור את הציפיות וההסתמכות.
* הסכמה היפותטית והיסטורית קשות לאיתור, וגם מבחינת האמנה החברתית (דוגמה להסכמה היפותטית), זה לא שכולם התכנסו והסכימו לקבל על עצמם את חוקי המדינה, אבל צריך לדעת איפה האדם, הפרט, מחויב מוסרית.
* הסכמה שבשתיקה גם בעייתית לפי חוה"ח;
* הטענה של סוקרטס מבחינת הסכמה מכללא בעייתית – לכל מקום אחר שאליו נלך יהיו גם בו חוקים, ולכן אין ממש חלופה. לפעמים האדם מגיע אף לפני החוק. גם אם נשתמש בטענות שאינן פסיביות אלא אקטיביות – השתתפות בבחירות כסממן להסכמה (כטענה מוסרית ולא משפטית) – אבל נשאלת השאלה האם זה שאדם משתתף בבחירות אומר שהוא בהכרח מסכים לחוקים? אולי החלופות לא מיטיבות?

1. טענת אסירות תודה/טענת הכרת הטוב/טענת שלילת כפיות טובה:

* **טענות החוקים**: 1. חוקי הנישואין אפשרו להוריך להינשא; 2. חוקי הגידול והחינוך אפשרו את התפתחותך. המסקנה – אתה צריך לגמול לחוקים.
* **סוקרטס**: האדם הוא תוצר של החוקים שחלים עליו, ולכן ישנה חובה מוסרית לציית לחוק;
* **חולשות**:

1. אסירות תודה למי? ישנו שימוש מובהק בהאנשה/במטאפורה לחוקים שהם דוממים;

2. אסירות תודה נגזרת מכוונת עושה הטובה (טובה לעומת חובה [כמו חוזה]) – יש הבדל בין דברים שעושים טובה לבין דברים שחייבים לעשות. הרעיון של "תודה" נגזר מהעניין שנעשתה טובה מעל ומעבר ולא על דברים שבשגרה. האם נהיה חבים מוסרית לנהג האוטובוס? במצב רגיל – לא;

3. בעיה במאזן הטובה (מקרים פרטיים לעומת כלליות החוק) – החוק לא תמיד פועל לטובת כל אדם, ולא בהכרח בכל פעולה. כלומר, יש מי שחי חיים גרועים, והמאזן יכול לצאת גם לא טוב.

1. טענה הגינות כבסיס לחיוב מוסרי לציות לחוק

* **חיים גנז**: זה לא הוגן שמישהו נושא בנטל והאחר לא (קיבלת משהו? עליך לשלם);
* **דגש על האחרים בחברה שנושאים בעול**: המודל כאן דומה לרעיון של עשיית עושר ולא במשפט כי אתה מקבל בפועל גם אם לא הצבעת, או הסכמת או שילמת. כלומר, יש מתח בין היות האזרח צייתן לחוק לעומת אדם שמסתכל על זה מרחוק ולא מציית;
* **חלוקה צודקת של הנטלים (גם ציות לחוק זהו נטל)**: נשיאה בנטל היא גם נשיאה של ציות בחוק. בפועל, צייתני החוק הם שנושאים את האלונקה, ואם אדם עומק מרחוק ולא מציית גם – זה לא מוסרי. לכן, המודל מהווה כמעין חלוקה צודקת של נטלים: השתתפות ברווחה הכללית תוך חלוקה שווה של עלות ייצורה (כאן: קיום של מערכת חוקים).
* **קשיים**:

1. לא תמיד אפשרי לשאת בנטל;
2. לא תמיד מעוניינים לשאת בנטל: לעיתים אין לנו אפשרות לא לצרוך כי זה לא עניין שנתון לרצון, ואפילו גם בעניין של עשיית עושר ולא במשפט ישנו ממד של רצון.
3. לא כולם חולקים ברווחה הציבורית: גם כאן גנז מצביע על חולשה מסוימת – אם קיבלת קצת תשלם קצת, ואם קיבלת הרבה אז תשלם הרבה – אבל לא מדובר בחלוקה שוויונית.

* **הגישה של בריס – יחיד וקהילה** – עקרון של לכידות חברתית מול גישות אינדיבידואליסטיות: נשאלת השאלה האם אנחנו רוצים או צריכים לציית לחוק? (!)ציות לחוק יכול להיות רלוונטי גם כחובה וגם כשאלה של רצון.

1. עקרון קהילתי – רוצה – המאמר של חיים גנז והספרות המשפטית מדברים בשפה של חייב. אלא שישנה גם שפה מוסרית, שלא מתעסקת בטרמינולוגיה של "צריך לציית לחוק", אלא בשאלות של "רוצה לציית לחוק", כלומר, רצון להכיר תודה, רצון שהתוצאה תהא טובה, רצון להיות הוגן עם כולם ורצון לקיים הסכמות. לכן, בבסיס הרעיון הוא העניין של שותפות, משפחה, גם אם זה לא נוח. (!)גם רצון זו שאלה מוסרית;
2. עקרון אינדיבידואליסטי – צריך – כאמור, התלבטנו אם ישנה חובה מוסרית לציון לחוק בגדר 4 ההיבטים של גנז כפי שמשתקפים מסוקרטס: **א.** מודל החוזה: מפגש בין רצונות של יחידות; **ב.** עשיית עושר: אחד נהנה על חשבון השני (או מכוחו); **ג.** הגינות: צדק, לא ליצור "פראיירים"; **ד.** אסירות תודה: היחיד מבטל עצמו כלפי הריבון/החברה.

**משפט טבעי – חוק לא צודק הוא לא חוק – האמנם?**

**רבי יוחנן**: "אלמלא ניתנה תורה היינו למידין צניעות מחתול, וגזל מנמלה, ועריות מיונה. דרך ארץ מתרנגול – שמפייס ואחר כך בועל.

לפי **פירוש רש"י**, למעשה, גם מבלי חקיקה ניתן ללמוד התנהגויות מוסריות (אמות מידה, כללי התנהגות) במבט ראשון מהטבע. למה דווקא מהחתול, מהנמלה, מהיונה ומהתרנגול? למה דווקא בחרנו את ההתנהגויות האלה? הסאבטקסט כאן הוא שיש לנו משהו – שכל ישר ומוסר שהם מעין משקפיים אוניברסליות, והדרישה היא שנרכיב אותן.

* הכוונה היא לא שאנחנו צריכים לפעול כדרך הטבע, **אלא שיש דברים שאנשים אמורים לדעת לבד**.
* גם לפי הרמב"ם שדן במצוות בני נח האוניברסליות ניתן ללמוד שגם אם לא ירשת את המצווה האוניברסלית במסורת, או גם אם לא גדלת עם בני אדם, עדיין התשובה הבסיסית היא שיש דברים שאתה אמור לדעת לבד ("והדעת נוטה להן"), וזה יחייב גם בעונש (**רעיון משפט הטבע מבוסס על מוסר טבעי, ולפי המשפט הטבעי יש תשובה מוסרית נכונה**).
* דוגמאות מהמקרא שבהן היה ציווי טבעי עוד לפני הציווי בפועל: 1. קין והבל; 2. המבול; 3. "שופך דם האדם דמו יישפך";
* דוגמה עכשווית לרעיון שהמוסר הבסיסי מחייב משפטית נוגעת **לזכויות האדם**.

**רעיון החוק/הפרמטרים של המשפט הטבעי לפי קיקרו**

1. החוק האמיתי הוא התבונה בהתאמה לטבע: השכל מחייב את המסתכל;
2. החוק הוא בעל תחולה אוניברסלית: אמנם, יש חוקים שונים, למשל, ביחס לנהיגה בצד כזה או אחר על הכביש, אבל החוק שאינו שונה הוא שמירה על החיים;
3. החוק הוא בלתי ניתן לשינוי (או בלתי משתנה) ונצחי: הוא לא עובר שינוי עם ממד הזמן, וניתן לשפוט ביחס לתקופות בעבר (זוסמן בפרשת ירדור, או ריבלין בפרשת המרכז האקדמי);
4. המחוקק והשופט הוא האל.

(!)הרעיון הוא שיש תשובה מוסרית נכונה, ואי אפשר להתגבר עליה. לדעת **ר' סעדיה גאון**, מצווה שאיננה מוסרית לא קיימת.

**אקווינס** מגדיר את המשפט כמשהו אלים ומגביל, שכן מחייב ואוסר על פעולות. אלא, שלדעתו, מה שמצדיק את העובדה שהמשפט מגביל ואנחנו לא נעשה מה שאנחנו רוצים זו **רציונליות כללית, שמיוצגת ע"י הכלל/הנציג של הציבור וכפופה לתבונה**.

* במילים אחרות, **מטרת המשפט צריכה להיות הטוב הכללי, מה שנובע מהתבונה** (בדומה לשאיפה הפרטית לטוב עצמי, ולכן נחקק ע"י הכלל או ע"י נציגו, אלא לא ע"י היחיד). **אם החוק לא מתאים לטוב הכללי, אין מענה לדרישות שמצדיקות את האלימות של החוק, ולכן – זה לא חוק**.

מכאן, שהגדרה נכונה של המשפט: ארגון תבוני של המציאות הנוגע לטוב הכללי, שמוכרז ע"י מי שמייצג את האינטרס הכללי. הטוב עצמו אינו נגזר מהכרזה זו – כשם שהתבונה אינה נגזרת ממנה.

ולכן, יהיו סוגי חוק שונים –

**משפט נצחי**

1. **חוק נצחי ואלוהי**: כללים שניתנו מאת האל החלים על כל הבריאה (כולל גם חוקי הטבע במובן של פיזיקה וכו');
2. **חוק טבעי**: אותו חלק של המשפט הנצחי שנגיש לתבונה האנושית;

**חוק אלוהי**

**משפט טבעי**

1. **חוק אלוהי**: נגיש רק דרך ההתגלות;
2. **חקיקה אנושית**: צריכה להיגזר מעקרונות המשפט הטבעי [=התבונה] 🡨 כללי ההתנהגות התבוניים שהם לטובת הכלל.

**חקיקה אנושית**

כלומר:

* **משפט טבעי –** ע"פ עקרונות ראשוניים (=הטוב הכללי), עקרונות אלה הם נצחיים ואוניברסאליים;
* **חקיקה אנושית –** יישום תלוי בידי המחוקק האנושי, יישומים אלה אינם נצחיים ואוניברסאליים.

**חוק אינו חוק אלא אם הוא צודק**

לדעת אוגסטינוס, כאשר החקיקה האנושית אינה נשענת על עקרונות של המשפט הטבעי, לא מדובר בחוק. מכאן, ניתן להבחין ב-2 סוגי פרשנויות:

1. פרשנות א': מחייב משפטית אבל לא מוסרית;
2. פרשנות ב': לא מחייב משפטית.

העניין שזה מחייב משפטית אבל לא מוסרית מטיל אחריות על האדם, אבל יכול להיות שיהיו חוקים שלא מחייבים מבחינה משפטית, למשל חוקי נירנברג. לצורך העניין נחדד מהו משפט טבעי קלאסי:

1. **אוניברסלי**: לא תלוי במקום ותרבות, לא תלוי בזמן: נצחי;
2. **עליונות החוק**: יש צורך גם בחקיקה אנושית (כפי שהראה אקווינס), אבל זו כפופה לחוק הטבעי. העליונות איננה רק למילוי הריק, אלא גם לביטול חוקים, לכן לחוק הטבע מעמד משפטי גובר, ולא ניתן לשנותו (אחרת – חטא);
3. **ניתן לגלותו באמצעים אנושיים (תבונה)**: קשר משפט/מוסר:
4. ריאליזם מוסרי: יש לפחות תשובה נכונה לעניין מסוים, והיא נכון בכל לכל הזמן ולכל מקום;

יש תשובה נכונה

1. קוגנטיביזם מוסרי: לא רק שיש תשובה נכונה (או קיימות הכרעות מוסריות "נכונות" או "אמיתיות"; מתקשר לריאליזם מוסרי), אלא שניתן לגלות את אותן אמיתות מוסריות באמצעות כלים אנושיים.
2. ספקנות מוסרית: ייתכן ויש אמת מוסרית, ויתכן ואין – אי אפשר לדעת;

אולי יש תשובה נכונה

1. נון קוגנטיביזם: גם אם המוסר מוחלט, אין לנו אפשרות לגלות מהו;
2. רלטיביזם מוסרי: המוסר הוא יחסי, הוא תלוי חברה, מקום וזמן, ולכן – אין תשובה אחת נכונה;

אין תשובה נכונה

1. ניהיליזם מוסרי: אין אמת מוסרית ואין מוסר.

(!)כדי לדגול בגישה של משפט טבעי, צריך להישען על תורת המוסר של הריאליזם המוסרי.

**משפט טבעי פרוצדורלי**

היסודות של המשפט הטבעי הפרוצדורלי לפי לון פולר (משל המלך רקס) – מה נדרש כדי שחוק יהיה חוק:

1. **כללי**: החוק צריך להיות כללי (ולא הכרעות מקומיות); אחרת – ישנה פגיעה בוודאות, לא ניתן לגלות סדר כלשהו והתפקיד של המשפט כמכווין התנהגות נפגע;
2. **פומבי**: יש לפרסם את החוק; אחרת – חוקשאינו מפורסם אינו הוגן, אינו מכווין התנהגות ונראה שגם אינו מונע שרירותיות;
3. **שימוש לרעה בשיפוט/בחקיקה למפרע (רטרואקטיביות)**: החקיקה איננה יכולה להיות למפרע, אלא מראש; אחרת – בהנחה שנרצה להכווין התנהגויות, נוצר חוסר הוגנות;
4. **בהיר**: חוק שאינו ברור/מובן הוא חוק בעייתי; אחרת – ישנה פגיעה בהוגנות; ובאפשרות הביצוע;
5. **עקבי**: החוק צריך להיות עקבי וללא סתירות פנימיות; אחרת – לא נוכל לגלות סדר כלשהו בחוק;
6. **מציאותי**: החוק צריך להיות מותאם יחסית בין החקיקה לבין היישום; אחרת – לא ניתן לבצע אותו;
7. **יציב**: החוק צריך להיות יציב (יחסית); אחרת – חוק שמשתנה בכל יום אינו מכווין התנהגות.

**(!)לפי פולר, ככל שקבוצת הדרישות הללו מתקיימת, נוכל לומר שהתמלאו התנאים לעקרון החוקיות**, ולהפך, ככל שקבוצת הדרישות הללו לא מתקיימת, נוכל לומר שזה לא חוק.

* הגישה של פולר היא סוג של **משפט טבעי פרוצדורלי**, שאינו בוחן את התוכן של המשפט, אלא מתעסק באיך הוא נוצר, או מה האופי הכללי שלו.
* **אקווינס** אמנם מדבר קצת על התוכן (על החוק להיות הוגן, צודק, אפשרי לפי הטבע, הרמוני עם המדינה, מתאים במקום ובזמן, הכרחי, מועיל, בהיר, ומעוצב לטובת האזרחים) אך גם לדעתו משפט הטבע אינו מסתפק רק במוסר מבחינת התוכן, אלא גם מבחינה פרוצדורלית: הוא מדגים שיש להתאים לא רק את התוכן אלא גם את "העיצוב", כלומר – ככל שנעצב כלי שיותר יתאים לפונקציה שלו – זה יותר טוב.

**פולר מבחין בין משפט טבעי פנימי לחיצוני**:

* משפט טבעי חיצוני (הגינות באמת מידה אובייקטיבית): מתייחס לתוכן, וכדי לדעת אם זה עומד בדרישות המוסר, אנחנו משווים את זה לאמות המוסר (השוואת חוק לתוכן של המוסר);
* משפט טבעי פנימי (הגינות במרקם יצירת החוקים): מתייחס להגינות התהליך, המוסריות הפנימית טבועה בכך שכדי שחוק יהיה חוק, אנחנו דורשים ממנו לעמוד בתנאי בסיס (בהיר, עקבי, פורסם וכו').

**מה צריך כדי שחוק יהיה חוק? משפט טבעי פרוצדורלי עדכני**

מדובר בשלושה רכיבים עדכניים שמתייחסים למאפיינים של יצירת החוק ולא לתוכנו:

1. **השתתפות**: **סולברג בפרשת קוונטינסקי** (לצד **מגדלי העופות**), שעסק בהטלת מס דירה שלישית ובפיקוח על הגינות הליכי חקיקתו. הפגיעה נסובה עקב אי האפשרות של חבר כנסת להשתתף עקב לוחות הזמנים. נפסק שעקרון ההשתתפות לא מתמצה במתן האפשרות לנכוח פיזית (או לקבל את המידע) אלא מתן אפשרות רצינית לעיין, לשקול ולשאול כדי שיוכלו לגבש עמדה מושכלת.

* הרעיון דומה למשפט העברי – **"רובו מתוך כולו**" – המשמעות של דיון היא האפשרות של המיעוט לשכנע את הרוב.

1. **כלליות**: נשאלת השאלה האם מדובר בחוק פרסונלי או בנורמה ראויה לכולם. בפרשת **אלכסנדרוביץ**, נסוב המקרה סביב החלטה ששולטת את הזכות לרישיון שלא פורסמה ברשומות. נקבע שרישיון (שלילה/מתן) חייבים להיות לפי אמות מידה כלליות.

* לרוב, העניין יעלה בעיקר במכרזים, ובדומה לתקנה בת פועל תחיקתי (שאז תחייב רישום ברשומות), יש לבחון: **1.** התקנה צריכה לקבוע נורמה משפטית; **2.** הנורמה המשפטית תהא כללית, ותופנה לציבור כולו. אך לא תמיד הדבר מתקיים (למשל – **חוק העלאת עצמאות הרצל לא"י**);
* דוגמה לכך מהמשפט העברי היא התיאור של הרמב"ם בנוגע לדינא דמלכותא דינא – כשהוא מתאר את סמכויות המלך, הרמב"ם פותח בכך שאם מדובר בהוראה פרטנית, זה לא חוק.

1. **רטרואקטיביות**: ככלל, תיקון 34 מונע תחולה רטרואקטיבית כלפי חוק העונשין, אך שאלת רטרואקטיביות החוק עולה ב-3 פסקי דין:
2. פרשת גניס – נקבע לפי הכנסת שמי שירכוש בירושלים דירה זכאי לקבל מענק. תחולת החוק היא ביום פרסומו, אך לאחר שמתפרסם, הכנסת דוחה את תחילת תוקפו (לכן, השינוי לא רק פרוספקטיבי, אלא גם רטרואקטיבי). **חשין**: חוק אינו פועל למפרע, ולכן בטל; **מצא**: לא ניתן רק לבטל את החוק הרטרואקטיבי באופן מלא, אלא רק חלקית.
3. פרשת ארקו – נסוב סביב הצמדת אגרת ביוב, אך משום ששכחו להצמיד את האגרה החדשה, נעשתה הצמדה רטרואקטיבית (חקיקת משנה). בשורה התחותנה נקבע שמשאירים את החקיקה הרטרואקטיבית;
4. סוגיות אחרות – **1.** בפרשת **זנדברג** עולה טענה שכל פרשנות היא בעצם תחולה רטרואקטיבית; **2.** בפרשת **כהן** דובר על חקיקה רטרואקטיבית שבסדר הדין; **3.** בפרשת **דרעי** נסוב הסיפור סביב חקיקה רטרואקטיבית בעניינים של כשירות להיבחר; **4.** פרשת **זרביב** עסקה בחקיקה רטרואקטיבית בהחלטה להפקעת רישיון אסיר.

**למה משפט – מבוא לתורת המשפט הפוזיטיביסטית**

גישתו של הובס, שתיאר כי השוויון הראשוני הוא המצב ההתחלתי, ומשום משאבים מוגבלים מתגבר אי ביטחון שמביא למלחמה מהווה כבסיס לגישה הפוזיטיביסטית (=מלשון להציב):

* תיאורו בעיקר הוא תיאור ארצי, חילוני, ודן בצרכים (פחד, ורצון להמשיך לשרוד);
* תיאורו לא כולל מוסר או ביסוס של זכות המלוכה (הניתוח הוא של חול ולא קודש).

**(!)הגישה הפוזיטיביסטית תטען שמה שהחברה/בני האדם חוקקו בפועל זה החוק, כל השאר – מוסר (לא נחקק = לא חוק) | הערך בלב הגישה הפוזיטיביסטית – ודאות | מי שדוגל בריאליזם מוסרי יכול גם לדגול בפוזיטיביזם**

האם מערכת משפט רעה שנוגדת את המוסר הטבעי היא מערכת משפט?

* לפי משפט הטבע: זה לא חוק;
* לפי הפוזיטיביזם: זה חוק, אבל חוק רע (לכן נרצה לבטלו).
* חלק מהדרישות של משפט הטבע הפרוצדורלי יכולות גם להיחשב כדרישות פוזיטיביסטיות, בעיקר בגלל הבעיות אלמלא הן – למשל, הבעיה של רטרואקטיביות היא שלא ניתן להכווין התנהגויות.

הפוזיטיביזם מבוסס על 3 רעיונות:

1. רעיון ההפרדה – מוסר זה מוסר; משפט זה משפט – מדובר במושגים שונים לא בגלל שהמשפט מצדיק התנהגויות לא מוסריות, אלא ששאלת התוקף המשפטי (האם החוק הוא חוק) שונה משאלת הערכה של הסדר משפטי מסוים (האם החוק הוא טוב). כלומר, יש להבדיל בין:
2. כלל נורמטיבי: מלמד מה צריך וכיצד יש לנהוג (לשלם מס, לא לרצוח);
3. כלל דסקריפטיבי (תיאורי): ממחיש מה יש (אבל לא מורה איך להתנהג).
4. רעיון העובדה החברתית – לחברה יש תפקיד מרכזי בהגדרה של מהו חוק, וניתן לבחון את קיומה של מערכת משפטית בחינה "אובייקטיבית"-מדעית-מדויקת. כלומר, ניתן לבחון חברה מסוימת ולהסתכל על מאפיינים אצלה כדי לדעת אם לחברה יש או אין חוק.
5. רעיון המוסכמה החברתית (יש מי שממשיך הלאה) – מתקשר לתוקף של החוקים ולא אם חוק קיים – כל כולו של החוק הוא תוצר של מציאות חברתית מסוימת, כלומר, השאלה אם יש נורמה חברתית צומחת מלמטה ולא מרעיונות של מוסר. מקור ההסדר הוא בהסכמה חברתית, לא בהתגלות, לא בתבונה ולא ברעיון אחר.

**משפט טבע / פוזיטיביזם: דיון – האם משפט רשע הוא משפט?**

מקרה מבחן – כיצד נעמיד לדין פושעי מלחמה נאצים?

* לפי גישת המשפט הטבעי: אין בעיה, החוק לא היה מוסרי ולא לא היה חוקי;
* לפי הגישה הפוזיטיביסטית: ישנה בעיה, שכן, עולה הטענה לציות לחוק.

גוסטב רדברוך מדגים את הבעייתיות באמצעות 4 מקרים:

1. מקרה המלשין: פקיד מלשין וגורם למותו של סוחר, שנכנס לשירותים וקשקש על הקיר שהיטלר רוצח המונים וכל המלחמה באשמתו. לאחר המלחמה הפקיד הואשם לדין על מות המלשין | אבל – לטענתו, החוק היה להלשין על כל המרדה;
2. מקרה השופטים והליכי החקיקה הרעים: השופטים של המשטר הנאצי הועמדו לדין בגלל שהם אכפו חוקים לא מוסריים | אבל – לטענתם, הם פעלו לפי החוק;
3. מקרה התליינים: התליינים של המשטר הנאצי הועמדו לדין בכך שגזרו גזרי דין מוות | אבל – לטענתם, הם פעלו במסגרת החוק;
4. מקרה העריק: חייל עורק משמירה על שבויים ובורח לביתו. הוא מתעמת עם סמל המחלקה שהיה בביתו ולבסוף הורג אותו. מעמידים אותו לאחר המלחמה על עריקות | אבל – מזכים אותו, כי החוק שאסר את העריקות לא היה בתוקף.

מכאן, רדברוך מנסה להתמודד עם הקושי (הוא כן מזדקק למוסר) באמצעות תמורות בגישה הפוזיטיביסטית:

1. אין חובת ציות כשהחוק אינו מוסרי: אמנם, חוק זה חוק לפי הגישה הפוזיטיביסטית (ודאות), אבל לחוק שאינו מוסרי צריך לסרב (!)הגישות הפוזיטיביסטיות לא אומרות שלעזאזל המוסר.
2. החוק הוא מה שמטיב עם העם, אבל ישנה סכנה של זיהוי הטוב הכללי עם עריצות השליט: מי מחליט מה מטיב עם העם? ראינו אצל אקווינס את הרעיונות שנוטים לכיוון השיקולים לטובת הכלל, אבל הבעיה היא מי זה הכלל? יש סכנה שזו האליטה;
3. יש לאזן ביו ודאות משפטית, צדק וטובת הכלל: משל תלת האופן – הרעיון הוא שבמקום לדבר על ערך אחד (שהוא הוודאות), נדבר על יחסי גומלין בין צדק (מהותי), ודאות וטובת הכלל. (!)מבחינת המשפט הטבעי הטהור, לא יעניין אותנו הוודאות.

* אי צדק מהותי מאיין את החוק (דרישה מינימלית של צדק לפי הגישה של רדברוך): לפי רדברוך, אם מערכת מסוימת לא צודקת באופן קיצוני אז היא לא חוק (בהשוואה לאי צדק פרוצדורלי שמאיין את החוק לפי פולר). כך, שהכנסנו מהדלת האחורית שיקול של מוסר שיכול לשמש אבן בוחן אם החוק חוקי או לאו.

הגישה הפוזיטיביסטית העקבית של הארט

* הארט קיצוני יותר, לפי דעתו משפט רשע הוא משפט, אבל אסור לציית לו;
* לפי רדברוך, כאמור, משפט רשע הוא משפט לא צודק ולכן לא משפט.

לדעת הארט, יש להבחין ולהפריד בין 2 שאלות (נראה שלפי הארט יש להדגיש את שאלה המוסרית ללא הטיעונים החוקיים בהכרח): א. האם החוק תקף; ב. האם ראוי לציית לו. מכאן, ניתן לראות שני מקרי בוחן:

* פרשת כפר קאסם: שם נאמר שעל הפקודה התנוסס דגל שחור ולכן היא בלתי חוקית בעליל. יבוא הארט ויטען שהפקודה הבלתי חוקית בעליל מורה שהחוק כביכול דורש שנציית לו, אבל מה שיגיד לנו לא לציית הוא המוסר;
* משפטי נירנברג: שם השתמשו בחקיקה רטרואקטיבית, אבל הארט יותר מעוניין לחזק את השריר של סרבנות כשצריך.

לכן, הרעיון כאן הוא על ההבדל שבין אם אתה אומר שזה לא חוק, לבין אם אתה אומר שזה חוק אבל אסור לציית לו. אך, הנפקות תהא במקרה שבו נסתדר עם פרשנות אחת ולא אחרת:

1. מקרה ההתיישנות: מתייחס לבירוקרטיה, הפקיעו ליהודים את הרכוש בזמן מלחמת העולם השנייה, ובמיוחד ליהודייה גרמניה. אחרי המלחמה היא דרשה את כספה, אלא שעברה תקופת ההתיישנות.

לפי הגישה של רדברוך, החוק לא היה צודק ולכן, הוא בטל. לפי הגישה של הארט, ומשום שלא מדובר בשאלה של ציות, החוק לא בטל ואין אפשרות לסרבנות. לסיכום:

* לפי רדברוך המוסר לא יכול לעמוד לבד עם עצמו, אלא עם ערכים נוספים. במקרים קיצונים יש להכניס את המוסר פנימה לתוך מבחן החוקיות של החוק, ולכן עניין מסוים ייחשב כלא חוקי במקרים של אי-צדק קיצוני – פקודה בלתי חוקית בעליל – הדגשה של החוקיות והורדה של המוסר;
* לפי הארט, אותו עניין עשוי להיחשב בעיניו כחוקי, אבל אין לציית לו – פקודה בלתי מוסרית בעליל – הדגשה של המוסר והורדה של החוקיות.

**דוגמאות ליישום מהפסיקה**

* **זוסמן בפרשת ירדור**: מסתייע במשפט הטבעי ובדין טבעי שגובר גם על חוק הבחירות כדי להוכיח שלא ייתכן שכהנא יהא בכנסת;
* **מנגד, כהן בפרשת ירדור**: טוען שיותר מסוכן לפסול חוקים מכוח דברים שאינם כתובים (כלומר, סמכויות שאינן בנמצא);
* **לדעת אלון בפרשה אחרת**: יש להיכנס לפרץ גם אם אין חוק;
* **ריבלין בפרשת המרכז האקדמי** (בית הסוהר הפרטי): מערב את משפט הטבע ומדבר על רעיון האמנה החברתית. לטענתו, אמנם החברה יכולה לכלוא אנשים, אך לא ייתכן שאדם פרטי יכלא אדם אחר, מה שנוגד את התפיסה המוסרית של אדם ביחס לחברה.
* **בפרשה אחרת ולדעת ברק**: אין להזדקק למשפט הטבע כדי לפסול חוקים.

**ממה בנוי המשפט וכיצד החוק מחייב? – הנורמטיביות של החוק**

אוסטין (פוזיטיביסט)

* חשוב לזכור שבהקשר שלנו, אנחנו משתמשים במונח "חוק" באופן מטאפורי. חוק הטבע הוא **אינו חוק**. מדובר **בחוק תיאורי**, כלומר הוא לא פונה לרצון החופשי של אף אחד, והוא לא מתאר מקרה פרטי, אלא קובע התנהגות חברתית קבועה.
* הדיון בתורת המשפט הוא דיון על חוקים שבני האדם יצרו, וחוקים שצריך לציית להם (חוק: ציווי).

אוסטין מבחין בין 2 מישורים:

1. חוקי האל (בדומה לאקווינס);
2. חוקי אנוש – חוקים שבני האדם יצרו – ובהם אנחנו מתמקדים.

בתוך חוקי האנוש, אוסטין מבחין בין:

1. עליונות פוליטית – מה שסמכויות השלטון קובעות (=אנכי – מלמעלה למטה) – ומוביל להוראות של המחוקק: חובות / איסורים;
2. ללא עליונות פוליטית – מה שאנחנו קובעים בין עצמנו (=אופקי) – ומוביל לכללי התנהגות חברתיים.

בתורת המשפט אנחנו לא עוסקים בכללים חברתיים, אלא בתחום של המחוקק האנושי (ובכלל נשאלת השאלה, איפה המשפט האזרחי). וזו בהחלט ההבחנה הפוזיטיביסטית בין החוק לבין המוסר. בנוסף, הדרך שאנו נבחן היא הדרך הנורמטיבית.

* לפי אוסטין, **חובה משפטית (לא מוסרית) מטעם הריבון = ציווי [חיווי של רצון] + סנקציה**
* הציווי [שהוא החיווי/האמירה] לא בהכרח צריך להיות מנוסח כפקודה: לא "אל תעשה", אלא – "אודה לך אם לא תעשה"). לכן, המשמעות של תמרור "אין כניסה" היא לא להורות איך לפעול, אלא שאם ניכנס – מישהו יאכוף זאת.
* הציווי חייב להיות כללי ולא פרטני.

מי שיוצר את החובה הוא הריבון או מישהו מוסמך מטעמו, והמשפט מתואר כאן כמשהו שצומח מלמעלה למטה. מדובר במישהו מוגדר, שהנוהג הוא לציית לו (יש לו "עליונות פוליטית"), וזה בדיוק העניין של פוזיטיביזם – מדובר בעובדה חברתית וניתן להצביע עליו, ולא על עובדה מוגדרת. (!)זה אינו המוסר האוניברסלי שמדבר על מוסר כמקור של נורמות.

* לפי אוסטין, השוני בין תשלום מס הכנסה לתשלום לשודד נעוץ **במניע הפנימי שלנו לציית**. כלומר, לפי אוסטין, החוק קיים כאשר יש (1) ריבון (2) שמצווה הוראה מסוימת שנלווית לה (3) סנקציה, **ואנחנו מצייתים לחוק בגלל הפחד מהסנקציה** ;
* איך נדע מה מחייב אותי? זוהי שאלה עובדתית-חברתית, מבחינה פוזיטיביסטית החברה בשלב מסוים מקבלת, כעובדה חברתית, את החוקים של כל מדינה ומדינה, איזו מערכת ואיך הם יוצרים חוקים.

ביקורות מטעם הארט:

1. אם מדובר על החוק כציווי, יש לנו חוקים שהם לא בהכרח ציווים – א. הצבעה בבחירות; ב. פקודת הפרשנות; ג. חוק שמבטל חוק; ד. החוק הבינלאומי; ה. המשפט המנהגי.
2. החוק הוא לא אוסף של פקודות שיורדות מלמעלה, שכן, גם המחוקק הישראלי בעצמו כפוף לחוק;
3. האם הסיבה היחידה שאנחנו מצייתים לחוק זה בגלל שמישהו יעניש אותנו? לא בהכרח.

* מסקנה: המודל של אוסטין מתאים למקטע מסוים של המשפט הפלילי והמינהלי, אבל לא מתאר את העושר של המערכת המשפטית וגם לא את המנעד של הסיבות שבני אדם מצייתים לחוקים.
* מסקנה 2: המשפט עשיר יותר מפקודות (מאגר של חובות), והוא כולל בתוכו גם חוקים שמעניקים סמכות, לכן, יש להבדיל בין הטלת חובה (כמו לשלם מיסים) להענקת כוח משפטי (למשל, ליצירת חוזה).

הארט

הארט ממיר את הרעיון של אוסטין מפקודה לרעיון של כללים וכללי משחק, דווקא מתוך ההבנה שיש לנו חוקים שהם לא בהכרח ציווים. בשלב מסוים הוא אף ממיר את זה מכלל נורמטיבי לכלל חברתי.

* בניגוד לאוסטין ששואל למה אני מציית לחוק, השאלה של הארט היא מה המקור של מערכת החוקים?

לכן, לדעת הארט, **השאלה איזה כללים מחייבים אותנו היא בעצם שאלה חברתית (עובדתית)**. כלומר, אנחנו נשענים על עובדה חברתית, ולא רק על החוק עצמו, שהחברה רואה עצמה מחויבת אליה. הדימוי – משחק כדורסל כשאנחנו משחקים לפי הכללים לא רק בגלל השופט, אלא בגלל שאנחנו חלק מהמשחק. כלומר, אנחנו יכולים להבין מי/מה בתוך המשחק ומי/מה מחוץ לו.

* מדגים זאת הסיפור של **ג'ושוע נורטון**, שמודיע שהוא מלך אמריקה, אבל זה לא מחייב את האמריקאים כי לא הייתה קיימת כלפיו עובדה חברתית שהוא השולט.

איך בודקים אם קיימת עובדה חברתית?

1. הגישה של הארט: באמצעות הפקידים (התנהלותו של הדרג המקצועי) – אם הדרג הפקידותי רואה עצמו מחויב אנחנו נסמוך עליהם;
2. גישה אחרת היא באמצעות הציבור (התנהלותם של רוב האזרחים);
3. גישה נוספת נוגעת לא רק כעובדה חברתית, אלא כהסכמה חברתית.

סוגי הכללים לפי הארט (שניהם באים ביחד):

* **כללים ראשוניים (כללים מטילי חובה) – "עשה" ו**-**"אל תעשה" –** מדובר בכללים נוקשים שאומרים לנו מה לעשות ומה לא לעשות – מעין הכללים של אוסטין;
* **כללים משניים (כללים מעניקי כוח) – מה אני יכול לעשות –** מדובר בכללים גמישים, שעוזרים, מגדירים את הכללים הראשוניים ומוסיפים עליהם פירוט (איך לשפוט את מי שעבר על החוק, איך לעשות שינוי משפטי – צוואה, חתונה, גירושין, חוזה וכו') – מעין תוספת של הארט;

הכללים ממלאים חלקים שלא היו בהכרח אצל אוסטין, שחושב בפרדיגמות של סנקציות. באופן זה, הציות לכללים מושתת גם ע"ב מחויבות והשתתפות. (!)השימוש בכללים המשניים פותר את הבעיות שעולות רק משימוש בכללים הראשוניים: בעיית אי-הוודאות, בעיית קיפאון ובעיית היעילות.

סוגי כללים משניים

1. **כלל הזיהוי (או כלל ההכרה) –** קובע מה נחשב לכלל משפטי בעל תוקף – אם זה חוק או מוסר – ומתי החוק נגמר ואיפה מתחיל המוסר. חשוב לזכור שאין חפיפה בין תחולת מערכת החוק לבין תחולת מערכת המוסר. למשל – האם נגיד לילד שמתחת לגיל האחריות הפלילית שהרג את חברו שאין לו אחריות מוסרית?

* לדעת **הארט**, מה שנותן לכלל הזיהוי את התוקף שלו הוא העובדה החברתית שהציבור רואה את עצמו כפוף למערכת אחת ולא לאחרת.
* למה זה חשוב לדעת אם זה חוק או לא? שאלה מוסרית יכולה לגרור תגובה מסוימת, לעומת שאלה משפטית שתגרור תגובה אחרת, ובכלל – לא ניתן לחוקק מוסר.

1. **כללי שינוי –** כללים לשינוי החוק, החוק הוא לא סופי וניתן לשינוי;
2. **כללי שיפוט –** כללים שקובעים מה קורה בעת שהופר החוק;
3. **כללי הטלת סנקציות –** כללים שנוגעים לאופן שבו החוק ייאכף.

מהו המקום של המשפט הפרטי/האזרחי?

לדעת הארט, הכללים המשניים מאפשרים לקבוע כללים, אך לא ניתן לקרוא לאפשרות זו "חוק." לכן, ומשום שהמשפט הפרטי הוא גמיש ומשתנה (כמו גם שבגלל שהוא מעניק כוח הוא אינו שונה מהמוסדות ומההסדרים), הוא נכלל בגדר הכללים המשניים;

* תיאור דומה להארט מסר הרמב"ם, שפירש את היקף "מצוות דינים" ככזו שרק אוכפת את שאר הציוויים.

לדעת יוסף רז, יש להבחין בין כללים ראשוניים וכללים משניים ע"ב המטרה הראשונית והמשנית של המשפט (תכלית). לכן, ומשום שהמטרה של המשפט הפרטי היא לפתח את החברה, מדובר בכללים ראשוניים.

* תיאור דומה לרז מסר הרמב"ן, שפירש את היקף "מצוות דינים" ככזו שתפקידה לקדם את החברה.

\*כאמור, לדעת אוסטין, יש לנו בעיה עם החוקים המסמיכים של המשפט הפרטי, כי הם לא ציוויים, ולכן אין להם מקום.

**דבורקין – עקרונות**

עיקר המתח הוא בשאלה – מה קורה כשאין לנו כלל? לכאורה, קיים הבדל בתודעה של שופט כיוצר חוק, כי כשאתה יוצר חוק – הפכת להיות מחוקק, וההבדל בין שופט למחוקק הוא בשטח: בבית המחוקקים ישאלו "מה זה ייעשה לחברה" (=מדיניות) | אבל ביהמ"ש ישאל "מה כבר יש".

**(!)זהו לא משפט טבעי, שהוא יותר קיצוני, אלא יותר דומה לפאזל עם חלק חסר.**

* לפי הארט, מפעילים שיקול דעת כדי ליצור נורמות (/כלל) חדשות – מעין חקיקה שיפוטית;
* מקרה מבחן: פרשת בש – לפי פס"ד לא היה ברור אם מותר לזרוק מקרר בחוץ ללא השגחה, אבל מאותו היום שניתן פסק הדין – אסור.
* לפי דבורקין, אם אין תשובה בכללים אנחנו לא יוצרים כלל חדש, אלא נשענים על עקרונות שיולידו את התשובה הנכונה – כלל ההתאמה הטובה ביותר (**(!)לדעתו, מדיניות אינה חלק מהמשפט**, אך כללים ועקרונות הם חלק מהמשפט).
* דבורקין מבקר את הפוזיטיביזם הצר, ולרוב מכנים את הגישה שלו כפוזיטיביזם אינקלוסיבי – פוזיטיביזם כולל: הוא מסתכל על כל נכסי התרבות של חברה מסוימת – "כל מה שבין החוקים" – כדי להבין מה החוק אומר גם כשהוא לא מדבר (כמו תקדימים);
* הקושי שבתוך הכלל עצמו (ולא בחסר שלו) – **בפרשת פלוני נ' פלונית**, מדובר בגבר נשוי שהכניס להיריון את בת השכנים. בת השכנים חתמה על הסכם אימוץ, אבל בתנאי שהמערער ואשתו לא יקבלו את הילד, אך הם כן קיבלו. חשין – Hard Cases Make Bad Law: "ההכרעה קשה כי החוק (=כלל) מורה אל צפון וליבו של השופט נמשך אל דרום." בסוף מכריע שהאבא לא יקבל את הילד.

דבורקין מבקר את הארט וטוען שתפקידו של המחוקק הוא ליצור כללים חדשים, וזהו לא תפקידו של השופט. אבל, ניתן להשתמש **בעקרונות** (כך, שאין ואקום משפטי במרווחים שבין הכללים – "מלוא כל הארץ משפט"). לדוגמה:

* פרשת Palmer: נכד רצח את סבו משום שפחד שהוא ישנה את הירושה בעקבות אישה חדשה שנכנסה לחיי הסב. טענה ההגנה הייתה שאין כלל שמנע את קבלת הירושה.

1. דעת המיעוט – כפופים לכללים הקשיחים של המשפט, שאין לזוז מהם בגלל מצפון;
2. דעת הרוב – ישנו עיקרון כללי לפיו החוקים לא נשלטים לפי הניסוח שלהם גרידא, אלא גם לפי עקרונות יסוד של המשפט המקובל, ולכן – מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה.

הבדלים בין כללים לעקרונות

* **כללים**

1. תשובה: כן/לא (למשל, האם מותר לנסוע במהירות של 90 קמ"ש? אך ניתן לשאול אם התחשבת בזהירות);
2. מחייב: היה או לא;
3. כללים במצב של סתירה: רק אחד תקף;
4. שיקול הדעת: כשאין כלל, יש ליצור משהו חדש = הכרעה חוץ משפטית;

* זהו שיקול דעת במובן החמור = יצרנו כאן משהו חדש שלא היה אתמול, אולי זה לא שרירותי וניתן לבקר אותך, אבל הכרעת מחוץ לכללים המשפטיים (התנהגנו כמחוקק).
* הביקורת של דבורקין על הארט היא שההכרעה במצב זה היא חוץ משפטית, ומבוססת על שיקולי מדיניות (שלדעתו, אינם חלק מהמשפט);
* **עקרונות**

1. משמעות גם למשקל: תנאי הדרך, עקרון הזהירות, ערך החיים וכו'.
2. משכנעים: לשכנע שזה סביר, למשל, מתאים למושגי שסתום;
3. עקרונות במצב של סתירה: איזון ביניהם.
4. שיקול דעת: כשאין כלל, ניתן להשתמש בעקרונות = הכרעה תוך משפטית (היה בפנים).

* זהו שיקול דעת במובן החלש = יש לנו את המילה האחרונה, אבל לא ניתן ליישם זאת באופן מכני (ז"א לא יצרנו משהו חדש).

דוגמאות ליישום:

* **בפרשת אפרופים** – ברק: "...עקרונות יסוד של השיטה" = גם אם אין חוקה או מקור נורמטיבי שמדבר על שוויון, עדיין יש עיקרון יסוד של שוויון בכל החוקים;
* על המתח שבין גישה לפיה שופט לוקח את הכובע של מחוקק (הארט) או שופט שמיישם עקרונות (דבורקין) – מצא: יישום העקרונות מבטא דברים שקיימים כל הזמן.
* **בפרשת המרכז האקדמי** – ביניש: "פוגע בזכויות האדם [=משפט טבעי אוניברסלי] ובעקרונות של המשטר [=דבורקין]."

האם לכל שאלה משפטית יש פתרון?

לפי דבורקין ומאוטנר, **יש פתרון אחד לכל שאלה משפטית**, לא בגלל שכולם מסכימים מהו הפתרון, אלא שעצם זה שאנחנו מתווכחים מהי התשובה מצביע על כך שיש על מה להתווכח (ולא מחפשים להמציא כמו הארט).

* דומה לברק: לא נגיע ליישום חוק יסודות המשפט כי אם אין חקיקה, יש פסיקה או היקש;
* ההשלכות לעצם העובדה שיש תשובה נכונה:

1. **סוג הטיעון**: מה אתה טוען בפני ביהמ"ש?
2. **תחושת המחויבות של השופט**: מה הוא מרגיש כשהוא בא להכריע;
3. **מעמד היחיד**: פגיעה או שמירה על זכויותיו (רז).

לפי רז, ישנם כל מיני סוגים של עקרונות (פרשני, מנחה, מחייב). עצם העובדה שיש ריבוי עקרונות והקושי ביישום שלהם (מה חל ורלוונטי?) מצביע על כך שאין דרך להכריע איזה עקרון גובר. לכן, צריכות להיות מספר תשובות נכונות ואז ניתן לבחור מהן. מכאן, רז טוען שיש 2 תפקידים למשפט, מה שמשליך על 2 סוגים של מוסדות משפטיים (דומה להבדל בין חוק ומשפט):

1. הכוונת התנהגות (כללים, חקיקה, שינוי חקיקה + מוסדות יישומים) – שכאן אנחנו מדברים על תשובות נכונות (ולדעת בריס, ייתכן שאין בהכרח תשובות נכונות);
2. הכרעה בסכסוכים (הכרעות מקומיות) – צריך לשקול כמה שיותר דברים להתאמה למקרה הספציפי, ולכן, יהיה מדובר בתשובות מרובות.

**כללים וסטנדרטים (מאמר של מאוטנר) – תורת המשפט של החקיקה**

לדעת מאוטנר, יש כל מיני סוגים של הוראות חוק (פוזיטיביות: חוקות, חוקים, פס"דים, הוראות מנהליות), שהם סוג של תנאי (טריגר): אם תעבור על x אתה תקבל y. אז יש כאן:

1. **טריגר –** עובדה שמפעילה את התנאי;
2. **תוצאה –** תגובה נורמטיבית מסוימת: לעשות, לחדול וכו'.

סוגי הוראות:

1. כלליות – חיוב כל מי שהגיע לגיל 18 להתייצב לצבא, לעומת ספציפיות – צו מילואים;
2. מוחלטות – לא לרצוח, לעומת מותנות – מי שנוהג במשאית חייב רישיון מתאים;
3. רחבות – כמו לא לרצוח, לעומת צרות – כמו למשל הוראה ספציפית בדיני יבוא;

אלא, שמאוטנר מתמקד בהבדל שבין כללים לעומת סטנדרטים ((!)גם הסטנדרטים וגם הכללים מחוקקים בצורה מפורשת, אלו לא העקרונות של דבורקין שצריך להסיק):

* **כללים –** נורמה קשוחה

1. טריגר: כמותי, אמפירי וניתן למדידה (כן/לא) – למשל, נסיעה מותרת עד 80 קמ"ש;
2. תגובה: עונש קבוע (ללא שק"ד) – למשל, מי שעובר על המהירות המותרת ייקנס.

* **סטנדרטים –** נורמה פתוחה

1. טריגר: איכותי, הערכתי, משקל, שכנוע (לא ניתן למדידה מדויקת) – למשל, בדרך מקובלת ובתו"ל;
2. תגובה: מנחה, מדריכה: צו שמחייב להימנע מהפרעה לתנועה.

אפיון כללי:

**כללים –** צופה פני עתיד לפי מידע רלבנטי, בעקבות שקילתם של יעדים אפשריים, ניסיון לגרום לכך שההתנהגויות יגשימו את הערכים המגולמים בכללים.

1. יתרונות:
2. בהיר;
3. מתכנן ומכווין התנהגויות;
4. מרתיע;
5. זול ליישום (פחות זמן שיפוטי).
6. חסרונות:
7. קושי ביישום במקרים קשים (אין חריגים);
8. אין הבחנה בין הפרות קשות לקלות;
9. ניתן לתכנן ולתמחר התנהגות לא רצויה;
10. יותר יקר לחוקק אותם (דורש יותר מחקר).

**סטנדרטים –** יישוב סכסוכי עבר, בגלל העמימות ניתן לתפור אותם למקרה הספציפי (במיוחד שהראיה לאחור היא 6/6), אך הם פחות מכווני התנהגות.

1. יתרונות:
2. מכריע לכל מקרה לגופו;
3. מרתיע מלהיכנס לתחום האפור;
4. הולם בין המעשה לענישה;
5. יותר זול לחוקק אותם (דורש פחות מחקר);
6. משקף יותר את הערכים של החברה (סבירות, תו"ל, דרך מקובלת, צדק, נסיבות העניין, היה עליו לדעת).
7. חסרונות:
8. הרתעת יתר – גם מפני פעילויות לגיטימיות (במיוחד אצל שונאי סיכון);
9. קושי במעבר מהנורמה למעשה;
10. לא עקבי בתכנון מהלכים;
11. חוסר עקביות בצדק;
12. יקר ליישום (יותר זמן שיפוטי).

לאור זאת, יש שני דגמי שיפוט:

1. **מכניסטית**: מתאים יותר לשיטת המשפט הקונטיננטלית, שבה השופט האירופי פועל לפי כללים עם דגש חזק על חקיקה;
2. **יוצרת נורמות**: מתאים יותר לשיטת המשפט המקובל, שנשענת על שק"ד השופט, שמתיימר להביא את הסטנדרטים לידי ביטוי.

לדעת מאוטנר, השיטה הישראלית אינה מכניסטית, אלא מתאים לה יותר סטנדרטים (כמו תו"ל, סבירות וכו').

**פורמליזם משפטי**

**פורמליזם = מלשון פורמלי, צורני**.

* חשיבה צורנית נובעת מרעיון של תבניות, מעין צורות של חשיבה בעלות מבנה לוגי.
* פורמליסט יטען שיש תשובה אחת לכל שאלה משפטית כי יש נורמה מוכנה ואין מקום לגמישות חברתית (לכן יש "שוויון פורמלי" – כי כולם שווים בפני החוק).
* לדעת מאוטנר, הגדרת הפורמליזם היא לאגד ולארגן נורמות משפטיות במערכת בעלת היגיון פנימי.

מדובר במעין "גאומטריה" או "לוגיקה מתמטית":

1. אופקית: מיון קטגוריות שונות של המשפט (האזרחי, הפלילי והמינהלי, או חוזים, נזיקין וקניין) יוצר קוהרנטיות (למשל, לא מחילים תו"ל על המשפט הפלילי);
2. אנכית: לוגיקה שגוזרת תוצאות (סילוגיזם = היקש לוגי). למשל, דני שרט את האוטו של דינה, אז דני צריך לפצות אותה.

הפורמליסט טוען שיש סט כללים שיש לשמור אותם אחרת המערכת תאבד ודאות וקוהרנטיות, לכן, **המוקד של הדיון הפורמליסטי יהיה בכללים ולא במניעים של הכללים**.

* במילים אחרות, אולי יש לך סיבות טובות ורציונליזם לכללים, אבל אנחנו לא מתעסקים בזה (בהקשרים מסוימים הפורמליסט הוא "ראש בקיר").

למה נראה שבנוגע לפורמליזם ישנו "ניתוק המשפט מהממד הערכי שלו"?

למעשה, הערכים הולידו את הכללים, והשופט בודק אם זה רלוונטי. (!)אבל – העיסוק המשפטי (של שופט, צדדים, משפטן) הוא בנורמה ובהיגיון הפנימי שלה: מה נגזר מכלל x במקרה y, ולא איזה עולם ישרור אם נאמץ נורמה x.

* מאוטנר מדמה שהנורמות חוצצות בין מקבלי ההחלטה לבין הנימוקים שיכולים להצדיק את ההחלטה – למה קבענו את הכללים? זה עניין של המחוקק לענות בו.

יצירתיות מוגבלת במסגרת ההליך המשפטי

השופט הפורמליסט, לא ילך על פרשנות יצירתית יותר מדי, אלא ימצא או יסיק נורמה "מוכנה מראש."

* דוגמה לכך היא דעת המיעוט בפרשת Palmer, שטענה שזה החוק (בוודאי שלא נשאל על משפט רצוי).

היעדים של המשפט

לצד פתרון/יישוב סכסוכים, הפורמליסט יגיד שניתן לתכנן וליצור ודאות.

מאפייני ה"פורמליזם" המשפטי

1. הפרדת רשויות נוקשה (עקרון דמוקרטי): מי שיש לו את **הסמכות** (שלד) לחוקק הוא המחוקק, ויש מי שיש לו את הסמכות ליישם. לכן, הרעיון של עילת **הסבירות** (תוכן) לא רלוונטי לפי הפורמליסט, כי יש כללים. לדעת מאוטנר עברנו מגישה פורמליסטית לגישה אנטי-פורמליסטית. למשל:
2. **ועדת אגרנט הראשונה (מלחמת יום הכיפורים) –** עמדתה הייתה שהפשלות של הדרג המקצועי הן של הדרג המקצועי;
3. **ועדת כהן (סברה ושתילה [יותר קרוב אלינו מבחינת תאריכים) –** הדרש המדיני כן אחראי לפשלות של הדרג המקצועי.
4. שפה מקצועית: אולי כדי ליצור לשון ייחודית שלא מבינים;
5. קהל היעד – עולם המשפט (במובן צר/רחב): ולא לחברה עצמה;
6. השופט "אנוס" ע"פ הדיבור של החוק: אנחנו משחקים לפי לשון החוק.

* למשל, הוגשה תביעת דיבה נגד הסרט ג'נין ג'נין, אך משום שהיה מדובר בתביעה קבוצתית, היה צורך בחתימת היועמ"ש, וביהמ"ש קבע שהוא "אנוס" על פי הדיבור.

1. מרכזיות לשיקולים פרוצדורליים: פרוצדורה יכולה להיות שיקול מאוד מרכזי, למשל:
2. **פרשת קניג –** אישה התאבדה והשאירה אחריה פתקים שמהווים "מעין צוואה". אך, מבחינה פורמלית, נקבע שהפתקים לא נשאו חתימה ו/או תאריך, לכן, מבחינה פורמלית הערעור נדחה.
3. כיוון הפוך: **פרשת קיס** – נקבע תקדים שטיפים הם הכנסה מצד בעל הבית, אך קבעו שהוא ייכנס לתוקפו בעוד תשעה חודשים. זו לא גישה פורמליסטית, שכן בגלל שהמחוקק לא הזיז את עצמו, ביהמ"ש נטל את תפקידו כמחוקק.

(!)פוזיטיביזם ופורמליזם לא אותו הדבר – דרכי היישום/פרשנות של החוק אינם מקורות החוק:

1. הפוזיטיביזם עוסק בשאלה – מהן המקורות של הנורמות המשפטיות? הפוזיטיביסט יטען שרק ממה שיצרו בני האדם (לא מוסר), ומשפט הטבעי, כגישה מנוגדת לפוזיטיביזם, תטען שגם מהמוסר האוניברסלי;
2. הפורמליזם עוסק בשאלה – אחרי שיש לי את הנורמה המשפטית, מה אני עושה איתה? גם אם אני פוזיטיביסט, אני יכול להיות או לא להיות פורמליסט: לדוגמה, פוזיטיביזם צר שכלל רק כללים (הארט) לעומת פוזיטיביזם כוללני שכולל גם עקרונות (דבורקין).

**ירידת הפורמליזם**

לדעת מאוטנר, ישנה ירידה של הפורמליזם ועליה בהכנסת הערכים לתוך פס"דים:

1. התפיסה של המשפט כמכריע בסכסוכים (מתוכננת וודאית) יורדת לטובת המעבר של המשפט למכשיר חינוכי;
2. קהל היעד: מעבר מהצדדים/מהקהילה המשפטית לפנייה אל הציבור;
3. דרכי טיעון: ישנו מעבר מהוכחה לשכנוע;
4. מעבר מהגנה על זכויות ספציפיות להגנה על זכויות כלליות;
5. הקטנת מבחן הלשון (של החוק/החוזה);
6. המעטת חשיבות הקטגוריות: למשל, החלת עקרון תו"ל לפי 61 לחוה"ח על כל המשפט;
7. הדגשת בחירת השופט בתוצאה;
8. יצירתיות ולא כבילה של החוק;
9. ירידה במשקל של הפרוצדורה;
10. איזון בין ערכים במקום שאיפה לקוהרנטיות.

לדעת ווינרב, הפורמליזם לא מת כי התפקיד שלו – מערכת נורמטיבית שקובעים כללים עם היגיון פנימי – עדיין נשאר.

**ריאליזם**

הומלס טוען שהתיאוריה המשפטית חשובה ככל שהיא עיצבה את ההחלטה השיפוטית, אך משפט הוא לא תיאוריות, אלא, שמה שיעניין הוא אותנו הוא **החיזוי של** **מה עושים בפרקטיקה, מה קורה בשטח**.

* ביחס לשאלה מה מרכיב את המשפט באשר לגישות קודמות: מערכת תבונית = פורמליזם, היסק מעקרונות של מוסר = משפט הטבע; אקסיומות מוסכמות = גישה פוזיטיביסטית.
* לכן, הריאליזם עשוי לטעון שהכלל המשפטי מעוצב גם ע"י עיוותים של הגורם האנושי, ולגיטימי בעיני הריאליסט לשקול מה זה יעשה לחברה.
* **תיאוריית האיש הרע** מדגימה זאת, לפיה, התיאוריה המשפטית לא תשנה, כי אם מה תהיה ההכרעה במקרה שלו, בפועל.

**שפיטה ריאליסטית**

* דוגמה לכך היא תיקי ברנדייס – פרשת Muller v. Oregon: לאדון מולר הייתה מתפרה, ובה העסיק נשים לתוך הלילה וללא תנאי עבודה. עם זאת, אורגון חוקקה חוקים שהגבילו את שעות העבודה היומיות של נשים, אך מולר עתר על כך בשם חופש החוזים וזכות הקניין. לואי ברנדייס, שייצג את אורגון, מסר 100 עמודים של סיכומי טענות, כש-10 עסקו בטיעונים משפטיים ו-90 שעסקו במחקרים סוציולוגיים בשאלה מה זה יעשה לבריאות של נשים ולחברה. לבסוף, אורגון זכתה.

במילים אחרות, התוצאה לא נגזרת מכללים או מעקרונות, אלא, אנחנו מדברים על אימפקט חברתי. (!)**הריאליסט יטען שזה לגמרי לגיטימי לשקול גם שיקולי מדיניות** (מטרה חברתית כללית) בתוך מסגרת ההחלטה השיפוטית, בניגוד לגישות של הארט ודבורקין.

**האם יש פתרון אחד לכל שאלה משפטית?**

לפי הפורמליזם, זה כמו אלגברה – יש תשובה אחת מוכנה מראש, ולפי דבורקין, נוכל לחשוף את כל הערכים החברתיים כדי למצוא את הפתרון, אך, (!)הריאליסט יטען שאין נורמה מוכנה – הכל תלוי בהקשר חברתי. אלא, שמכאן אנחנו מדברים במושגים של תת/חוסר קביעות, כשהכוונה היא כשיש פעולות שאנחנו לא יודעים מה יהיו תוצאותיהן. וזה נכון ל-2 תחומים:

1. ספקנות כללים: לשון החוק אינה קובעת בהכרח, או באופן בלעדי, את התוצאה המשפטית. זו המתקפה הריאליסטית ("משפט") על הפורמליזם ("חוק"). לדוגמה, מה זה "שימוש ברכב מנועי"?
2. ספקנות עובדות: אין עובדות באופן גולמי, אלא, שיש משמעות לדרך שבה הן מוצגות (ע"י עדים, עו"דים, שופטים, חבר מושבעים וכו').

**זרם הביקורת – CLS: Critical Law Studies**

זו תנועה שלקחה את הריאליזם לקצה. אם הריאליזם עסק במשפט, הביקורת עוסקת גם בכללים, וטוענת **שהמשפט הוא גם פוליטיקה** (ולא רק ניסיון [=ריאליזם] או היגיון [=פורמליזם]). כלומר, הכללים הם לא אובייקטיביים, אלא מעדיפים מישהו ספציפי (תבניות כוח), לכן, אין לקבל אותם כמובן מאליו:

1. חוזים כ"מפגש של רצונות": מדובר בדוקטרינה בסיסית בדיני חוזים, אבל לא תמיד אנחנו קוראים או יודעים בכלל על מה הסכמנו;
2. העדפת צדק מתקן על פני צדק חלוקתי (לדוגמה: כלל נטל הראיה): אם נחשוב על פרשת מלול, מי מרוויח מהכלל של המוציא מחברו עליו הראייה? גורמים חזקים חוזרים במשפט שלהם הידע הרלוונטי;
3. ראינו שזכות הקניין הצדיקה את העבדות: אז למה? אולי דיני ירושה צריכים לעבור שינוי, ובמקום לעבור לדור הבא הרכוש יעבור לכולנו?;
4. הגדרת שוויון: האם לוקחת בחשבון גם הבדלים דתיים, אתניים, חינוכיים? ייתכן שאנחנו מסתירים דברים תחת המעטה של אובייקטיביות, מבלי לחשוף מה באמת נמצא שם.
5. הגדרות "אונס" במשפט הפלילי (ביקורת פמיניסטית): ההגדרות נכתבו על גברים, ויש המון דגש על הטכניקה ומה קרה פיזית. לנפגע/ת לא תמיד זה רלוונטי, למשל, כמעט ולא ניתן לאנוס גבר, אלא שזה יהיה מעשה סדום, אך, האם זה משנה? אולי הפגיעה חשובה?

**זכויות – "ריבועי" הופלד**

הופלד ניסה לדייק את המושג "זכויות" (מה שמסתדר עם רעיונות פורמליסטיים, בניגוד לריאליסטיים ששואלים מה זה יעשה לחברה). טענותיו נחלקו:

1. טענה א': **מערכת משפטית היא לעולם בין שני גופים/אנשים –** אנו מבדילים בין זכויות חוזיות-אישיות לזכויות קניין שהן תקפות כלפי כולי עלמא, אך הופלד לא ידבר על תכונות מטא-פיזיות, כך שגם "כלפי כולי עלמא" – הוא מתרגם למושגים של שני בני אדם;
2. טענה ב': **ניתן לתרגם את מערכת היחסים שבין שני בני אדם למולקולות הבסיסיות של המשפט, שהן 2 סטים של מושגים**: א. זכות, העדר זכות, חובה, חירות; ב. כוח משפטי, היעדר כוח, חסינות וכפיפות.

סט הזכויות של הופלד

1. מול בעל הזכות לא קיימת חירות: המושג זכות = מישהו חייב לי;
2. מול בעל הזכות קיימת חובה: המושג חובה = מישהו זכאי.

אם שכרתי דירה, זכותי לגור בה. מהי חובתי? לא שלי, של אחר – הבעלים – לתת לי לגור שם, ויכול להיות שכנגד זה הוא מקבל כסף (\*זכות להתפלל בהר הבית כנגד התקנת תקנות – פרשת חוגים).

1. מול העדר זכות קיימת חירות;
2. מול העדר זכות לא קיימת חובה.

אם אין למישהו זכות, אין לו חובה, ולכן, הוא חופשי. לכן, היעדר זכות וזכות הם מושגים קוטביים.

חירות – דוגמאות:

1. **חופש – חירות הביטוי**: חופש הדיבור הוא חירות, והוא יכול להתנגש עם חופש אחר ((!)אך לא ניתן לדרוס את השני); אך, אין לנו את זכות הדיבור – לדבר ולהפריע לאנשים שמבקשים לדבר, ולא מוטלת החובה לספק לי את הכלים לדיבור (כאן ניתן "להעיף" אדם מסוים).
2. **רישיון**: רישיון מעניק חירות – למשל, יש לך רשות לנוע על כבישי הארץ. ניתן לתת רשות לאחר, למשל, להשתמש בדירתי, וזה לא מונע ממני לתת את הרשות למישהו אחר (פרשת פודמסקי); אחרת, אם היה מדובר בזכות, על המדינה הייתה מוטלת החובה לספק זאת (ייתכן שאולי על בסיס חובות מסוימים). לפי פרשת פוגל, בודקים תחילה אם יש זכויות ואז חירויות – אין זכות/חירות שנפגע על אי-שידור בצבעים בטלוויזיה.
3. **זכות קדימה**: האם ניתן לתבוע זכות מהזולת אחרי או לפני שהייתה הפרה? לא, אז אמנם, זה מתנהג כמו זכות, אבל זו לא, שכן, לא ניתן להוציא כנגד אותו אדם שהפר את התמרור צו מניעה, או לקבל באופן אישי את תשלום הקנס שלו.
4. **רמזור ירוק**: האם אני יכול לנסוע מבלי שיגבילו אותי? לא, כי יש חירות, ואם יש הולך רק על המדרכה, סימן שהחירות מוגבלת ותפוסה ע"י מישהו אחר.
5. **הזכות לשאת נשק (לאזרחים)**: חירות הכוונה היא "אל תפריעו לי", ואם מדברים על זכות, הכוונה היא "תסבסדו לי", לכן – מדובר בחירות ולא בזכות.
6. **זכות הציבור לדעת**: לא ניתן לדרוש לדעת מה כל אחד אכל לארוחת ערב בשם זכות הציבור לדעת, לכן, זהו חופש – כמו חופש העיתונות.

זכויות – דוגמאות:

1. **חוק חופש המידע**: מדובר בזכות, כי חוק חופש המידע מעניק לאזרח זכות לקבל מידע ומטיל חובה על המדינה לספק את המידע (בתשלום אגרה);
2. **"זכות" ההצבעה**: האם יש בישראל זכות לבחור או חופש לבחור? יש לנו את ס' 116 לחוק הבחירות לכנסת, שמחייב את המדינה לספק למי שמוגבל בתנועה את האפשרות להגיע ולבחור. לכן, יש זכות בחירה.
3. **זכות חוזית לעומת חפצית**: למשל, אם רכשתי מקרר, יש לי זכות אישית-חוזית לקבלת סחורה, כלומר, על הצד השני מוטלת החובה לספק את הסחורה; אם קניתי דירה, יש לי זכות חפצית שמחייבת אחרים להימנע מפגיעה בבעלותי. (!)הופלד מפרק את הזכות החפצית לאינסוף גורמים בין בעל הזכות לבני אדם ספציפיים אחרים.
4. **סל התרופות**: כל תרופה שנמצאת בתוך הסל מהווה זכות ומטילה על המדינה חובה לספק אותה, כל תרופה שלא נמצאת בתוך הסל מהווה חירות.

מי מחליט אם קיימת זכות או חירות או לא-כלום?

* לדעת **הפוזיטיביסט**: זו החלטה חברתית, ועל המחוקק להחליט;
* לדעת **איש משפט הטבע**: יש זכויות טבעיות גם מבלי מעשה חקיקה – למשל, אם נתת לאדם מסוים ולא לאחר, אז יכול להיות שיש זכות טבעית של שוויון, לפיה – לא היינו חייבים לתת לאחר מלכתחילה, אבל ברגע שנתנו לאחד, אנחנו מחויבים גם לאחר.

אין זכויות בלי חובות – האמנם?

ההיגיון כאן דומה לרעיון ההופלדיאני, שלמעשה – מול זכויות ישנן חובות, אבל מבחינה פוליטית, הכוונה היא שלא הגיוני שנטיל על עצמנו חובה (נעניק לאחר זכות) מבלי שקיבלנו בחזרה תמורה (שהיא זכות עבורנו והטלת חובה על אחר). כלומר, לא הגיוני שהענקנו זכויות מבלי שקיבלנו בחזרה זכויות.

סט הכוח המשפטי של הופלד

דיברנו בעבר על כללים מטילי חובה ועל כללים מעניקי חובה של הארט. המשלים של כוח משפטי הוא כפיפות:

* מול **הכוח** לא קיימת חסינות;
* מול **הכוח** קיימת כפיפות.

למשל, למצווה יש כוח משפטי לצוות את נכסיו גם אחרי שהוא מת, והכפיפות היא שהוא עשה ואנחנו התוצאה. דוגמה נוספת היא שאן מכרתי דירה ש-10 רצו אותה, הם כפופים לתוצאה של הכוח המשפטי שבבעלותי. אלא:

* מול **העדר כוח** לא קיימת כפיפות;
* מול **העדר כוח** קיימת חסינות.

המשמעות של היעדר כוח היא שאדם מסוים חסין כנגד תוצאה מסוימת ולא נוצרה מציאות חדשה. למשל, אין כוח לזוג ליצור יחסי נישואים נוספים עם אישה נשואה.

* **בפרשת כהן נ' קצין התגמולים**, אדם ברח ממשמורת שהתברר שניתנה שלא בסמכות. לכן, נקבע שמשום שהדבר ניתן שלא בסמכות, אז אותו אדם אינו כפוף למשמורת, כלומר הוא חסין בפני הפעלת הכוח המשפטי, ורשאי לצאת.
* למפקד גיוס יש כוח לגייס, ומי שגויס כפוף להתייצבות, אבל יש חסינות לבעלי פטור, ואין כוח לגייס אותם.

**אמת משפטית – אי ודאות**

התפיסה הנאיבית היא שהשופט מיישם מערכת של נורמות עם העובדות כדי להגיע לכלל משפטי. איך השופט יודע מהן העובדות ואיזה כלים יש לו לברר את האמת?

1. עדות: איך נדע שהעד דובר אמת? ישנן הטיות סובייקטיביות, למשל, מה העד ראה? וגם הטיות אובייקטיביות. ישנו גם הבדל במצבי הרוח בשעת האירוע – מצב רוח טוב מגדיל את הזיכרון, מצב רוח רע מצמצם אותו.
2. חסינויות וחסינות: לעיתים, יש לאדם פרטיקולרי חסינות, ולא ניתן לדרוש ממנו להעיד או לתבוע אותו.
3. ראיות נסיבתיות: ההרשעות מתבססות על ראיות נסיבתיות, הבעיה שהן לא תמיד ברורות (לדוג', משפט זדורוב).
4. **חזקות**: אלו הן סוג של ראיות נסיבתיות, ולמרות שאנחנו נעזרים בהן, אנחנו לא יודעים לגבי הסיפור (למשל, חזקות לגבי "ידועים בציבורים" שניתן לסותרם).
5. שיטה אדוורסרית: לפיה, בפני השופט יובא רק מה שהצדדים בחרו להביא. ולפעמים – לא מצרפים צד שיודע את האמת כולה.
6. נטלי ראייה: אמנם, אנחנו לא יודעים מה היה שם, אבל סביר להניח שזה קרה משום שאנחנו מדברים על מאזן ההסתברות והמשקל האנליטי נטה יותר לכיוון שבר עשרוני מסוים (יותר מ-51%).
7. סופיות הדיון: למשל, אם מתבררת ראייה חדשה, וניתן להוסיף גם התיישנות, עו"ד והרשימה פתוחה.

הללו מראים שאנחנו מסננים גם עובדות. ז"א שכדי להגיע לכלל משפטי, לא בדיוק מדובר בעובדות ונורמות, אלא מעין "עובדות נורמטיביות," כלומר, סוג של נורמות ונורמות.

* לכך נגיע גם אם נטען שהכלים להגיע לחקר האמת הם דיני הראיות (שכן, יש עדויות פסולות וראיות שהושגו שלא כדין).

**בפרשת אלון**, שנסובה סביב ועדת החקירה של רצח ארלוזורוב, נחלקו השופטים:

* לדעת בן פורת, דיני הראיות הם הכלי הכי אובייקטיבי להגיע לחקר האמת;
* אלון משווה את חקר האמת בביהמ"ש לחקר האמת בוועדת חקירה – בוועדות חקירה הגישה לא אדוורסרית, והיא איננה מחויבת לנהוג לפי דיני הראיות וסדרי הדין של ביהמ"ש (ס' 8 לחוק ועדות חקירה). אמנם אנחנו רוצים לדעת מה קרה בשטח (=גישה ריאליסטית), אבל המשפט הוא הקביעה הפוזיטיביסטית בין מה שמותר לבחון במסגרת גילוי האמת, ומה לא. כלומר, יש לנו מגבלות נורמטיביות (למשל, לא ניתן לגנוב או לענות עדים).
* לכן, יש סוגים של חקר ואמת – יש אמת במציאות, ויש **אמת משפטית**.

ניתן לראות את ההבחנה בין סוגי האמת **בפרשת היועמ"ש נ' פלונית**, שם טען אב ודרש בדיקת אבהות כדי להראות שהילד איננו שלו כדי שיוכל להיפטר מתשלום מזונות, אך היועמ"ש לא הסכים מחשש לממזרות.

* לכן, האמת המשפטית היא שהילד לא ממזר;
* אבל האמת העובדתית יכולה להיות אחרת.
* חשין **בפרשת ידיעות אחרונות נ' קראוס** גם סבור שאין אמת אחת והיא תלוית הקשר.
* לדעת בריס, במקום לכנות את התוצר של האילוצים הנורמטיביים על העובדות בשם "אמת משפטית", נגיד שיש אילוץ נורמטיבי על העובדות, ולמרות שזאת לא האמת – אנחנו מקבלים החלטה כי ככה צריך (בדומה לרמב"ם – מוטב לשחרר 1,000 חוטאים מאשר להרשיע צדיק אחד).

**דין אמת לאמיתו**

המושג "דין אמת לאמיתו" נמצא במקורות שלנו, וחיים כהן עורך רשימה של פרשני המשפט העברי:

1. חיים כהן: אמת וצדק הם לא אותו המושג, "אמת" – היא סובייקטיבית, אבל "אמת לאמתו" – זה המצב כאשר השגנו את ערך הצדק;
2. הר"י קארו: להוציא מלבו אהבת הזכאי ושנאת החייב;
3. מהר"ל: אמת מדויקת.
4. גר"א: "הדיינים צריכים להיות בקיאים גם בטבעו של עולם... חכם בענייני תורה ופיקח בענייני שלום."
5. רבי יהושע פלק הכהן (ספר מאירת עיניים): פתרון צודק ולא פורמליסטי.
6. בעל "משנה ראשונה": האמת של הדיין.

**פרשנות במשפט**

ברק מרחיק עצמו מהמושגים של פירוש המילה. לדעתו, אם אף אחד לא מבין מה שעשית, כנראה שלא עשית דבר – גישה ריאליסטית ברובה. אז השאלה כיצד מבינים את החוק היא קריטית, והמשמעות היא ש**המילה ללא האינטראקציה שלנו היא שלד ריק**.

* לכן, כטענה ראשונה, ברק טוען שלמילים יש משמעות לפי ההקשר החברתי שלהן, וכדי להבין מהו הפירוש הנכון שלהן, יש להתייחס להקשר החברתי שלהן.
* כלומר, אם הטקסט הוא y, אבל כולם נוהגים ב-x, כנראה שצריך לפרש את הטקסט אחרת.
* בד"כ הפירמידה היא: 1. לשון; 2. כוונה; 3. ערכים; אבל הטענה של ברק ושל חיים כהן היא שהסדר הוא 1. ערכים; 2. כוונה; 3. לשון. **(!)**בעת הבחינה של ערכים, נכנסים ערכים חברתיים, מוחלטים ואוניברסליים, כלומר – גם סוג של משפט טבעי.

**שלושה המרכיבים של תורת הפרשנות במשפט**:

1. לשון הנורמה – טבעי כי נרצה לדעת מה כתוב, ואם לא רשום, לא ניתן להתקדם.
2. מטרתה/תכליתה – ברק מבדיל בין 2 סוגי תכליות:
3. פרשנות תכליתית סובייקטיבית – מה חשב המחוקק הספציפי בשעה שיצר את המילים;
4. פרשנות תכליתית אובייקטיבית (עליה הדגש) – מה המילה ומה משמעותה ("הטקסט אוטונומי" = ברגע שאמרת אותו יש לו חיים, והוא לא נזקק לפרשנות סובייקטיבית).
5. שק"ד שיפוטי – הערכים, אבל ניתן גם לראות אותם עוד קודם לכן גם בלשון וגם בתכלית האובייקטיבית.

**(!)**בכל המרכיבים הללו אנחנו מעבר למילה הפורמלית, מה שמזכיר את המושג של "מקרה קשה" אצל חשין בפרשת פלונית.

**חיים כהן מדבר על שלוש נאמנויות**:

1. לעצם **המילה החקוקה**, הכתובה, זה הדבר הראשון – לשון, מה כתוב.
2. פרשנות של **כוונתו או רוחו** של המחוקק – חיים כהן לא מבדיל בין כוונה סובייקטיבית לאובייקטיבית, אלא הוא מדבר על כוונת המחוקק, אבל לא מבחינה פנימית, אלא חיצונית, ולכן, הוא גם מתרחק מפרשנות סובייקטיבית-מילולית.
3. לרוחו של המחוקק – סט הערכים, גם ברק קורא לה בצורה כזו של "מה שהמחוקק היה צריך לחוקק." אז הרעיון שלו כאן הוא נאמנות לרוחו של המחוקק כמחוקק צדק.

הרעיון, כאמור, הוא **שאנחנו מתחילים עם סט הערכים**, שלדעת בריס – מכניס את המשפט הטבעי האוניברסלי מהדלת האחורית. כך, שייתכן ולא נרצה לקבל פרשנות של חוק, אם זה לא מסתדר עם ערך שאנחנו רוצים לחיות איתו. האם לחוק כזה לא יהיה תוקף בגלל שנפרש אותו עד מותו או שלא נצטרך לציית לו (הארט)? (!)כשאתה מבטל חוק ולא מרוקן אותו באמצעות פרשנות, אתה בעצם אומר מילה שלי למול שלך, והאמת הצרופה גוברת על שלך ובעצם מבטלת אותך. היכולת לומר שאני מבטל למרות שאין הסמכה היא סוג של משפט טבעי.

* בפרשת **ניימן הראשונה** היה זה אלון שטען שנזקקים למשפט טבעי לפסול חוק, וברק אמר שאפשרי להשתמש בפרשנות מבלי להגיד את זה.

**פרסום החוק**

פרסום החוק נוגע ב: א. הכוונת התנהגות; ב. ענישה; ג. ודאות; ד. בהירות; ה. יעילות; ו. צדק; ז. הרתעה; ח. לשם ייעוץ והכרעה; ט. רשמיות; י. מדיניות; יא. שקיפות ובקרה.

עם זאת, נראה שהדגש בפרסום החוק הוא לאו דווקא מתקשר להכוונת התנהגות:

* לפי ס' 1 לפקודת סדרי השלטון והמשפט: אין אמירה גורפת שחוק שלא פורסם לא תקף, שכן, אם נקבע בה, היא תוכל לקבל תוקף **לפני** או **אחרי** הפרסום. אבל, הפרסום של חוק ברשומות מעיד על כך שהיא ניתנה כדין (נוגד חקיקת סתר).
* לפי ס' 1 לפקודת הפרשנות:תקנות בנות פועל תחיקתי (פועלות כאילו זה חוק) יפורסמו ברשומות, ותחילת תוקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת.
* **בפרשת רונן**, אדם העמיד את מכוניתו במקום שבו הוצב תמרור שאוסר זאת בשל חוק עזר עירוני. ביהמ"ש הבחין בין החובה העקרונית לפרסם ברשומות את חוקי העזר העירוניים, לבין היישום הקונקרטי – הצבת התמרור שהיא לכשעצמה מכווינה התנהגות ולכן מהווה סוג של פרסום.

אמנם, הרציונל הוא הכוונת התנהגות, אך אנחנו מניחים שלא ניתן להתחייב על הידיעה המטריאלית של האדם עצמו (במיוחד לפי ס' 34יט לחוק העונשין, שקובע שמבחינה סבירה ייתכן שאדם לא ידע על חוק מסוים ולכן גם לא ייענש על כך), לכן **הדגש הוא על השקיפות של המחוקק**:

* **בפרשת האז**, אדם הגיש בקשה להתקין טלפון בדירתו בתקופה שבה המדינה הייתה נותנת טלפונים, אלא שהמחיר לא פורסם ברשומות. חיים כהן טוען שחוקי סתר מאפיינים את השלטון הטוטליטרי, כלומר, הוא מדגיש את היסוד השקיפותי (ופחות ידיעה מטריאלית) של דרישת הפרסום של החוק.
* **בפרשת פוסטרלוב**, נדחתה עתירה שמטרתה להורות לכנסת על חוק הקמת מאגר אלקטרוני של חוקים ופסקי דין.
* לדעת בריס, מודגשת הטענה שיוצאים ידי חובה מחובת הפרסום באמצעות הרשומות (פער בין פרסום כמעשה פומבי לבין הנגשה).
* מה שמודגש בעמדה של ברק: אם פרסום החוק הוא בשפה שבה מדברים הכלל, זה מוציא מחובת היידוע; לעומת חשין: לא יוצאים ידי חובה אם החוק לא מונגש בשפה.

**פורמליזם – התעמקות**

לדעת סולברג, אנחנו לא יוצאים נגד הפורמליזם, אלא שהוא לא חייב להיצמד לשעה וליום, כלומר – ניתן לדבר על פורמליזם של ערכים. כפי שמאוטנר טען, ישנה ירידה בפורמליזם ועליית בערכים, אבל הפורמליזם של סולברג לא רק "ראש בקיר", אלא הוא לא מתעלם מקיומו של צורך, שפה, ודאות, וכיבוד דעת הרוב.

* הבעיה היא כשיש ערכים שמתנגשים ואין שום קריטריון לאיזון של הערכים, לכן סולברג טוען שישנו צורך לעגן את הערכים ברעיונות של ודאות ויציבות, כי החשש הוא שנהיה תלויים בעמדה של השופט. במילים אחרות – יש לחוקק את חוק יסוד: החקיקה.
* כדוגמה, הוא מעלה את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת – היכולת לעשות ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: שהתפתחה ללא עיגון והשתנתה מפרשה לפרשה (כנראה כתלוית שופט).
* ובכלל, גם מבחינת צדק, אם השופט יכריע אד הוק, לא צריך כללים, ונגיע לצדק שתלוי אדם לגמרי כי הוא ישפוט לפי תחושת הצדק והמומחיות המוסרית שלו, ולאו דווקא המומחיות המשפטית שלו.

כלומר, הרעיון הוא **שאם רוצים שלטון חוקים ולא שלטון בני אדם, צריך לקבוע שהחוקים הם שולטים ולא שאני מחליט מתי אני מחיל אותם**.

לדעת בנדור, נורמות משפטיות מגלמות פוליטיקה, מדוע? המושג פוליטיקה מורכב מפוליס, מדינה, ומשום שמקבלי ההחלטות אוחזים בערכים מסוימים, גם הנורמות עצמן משקפות אותם. אלא, שברגע שהחוק יוצא מהידיים של בית המחוקקים, הנורמות אינן פוליטיקה, והרעיון הוא ליצור מערכת נורמטיבית אוטונומית שמשקפת את הערכים של החברה ולכן זה שפיט.

* למה זה שפיט? שכן, ניתן לבדוק אם הפוליטיקאים יצרו מערכת כללים שניתן לשפוט אותה – אם היא רוויה סתירות, האם היא נותנת זכויות למיעוטים וכו'.
* אם קבענו מערכת ללא רציונליות פנימית, מדובר במערכת שנשענת על ידי גורמים חיצוניים, ואז הפכנו את המשפט לפוליטיקה. אלא, שהכללים צריכים להיות כללים שמכסים את כל המקרים שבה החברה חושבת שצריך לכסות אותם.
* **מערכת פורמליסטית היא מערכת תבונית, שאמורה להיות נקיה מסתירות ולשקף את כל הערכים, לרבות שתהא שלמה בפני עצמה** (כלומר משהו אוטונומי). ככה, שבני אדם לא יגידו מבחוץ אחרי שחוקקו אותה שכאן היא צולעת וצריך לדחוף אותה.
* שכן, אם אנחנו רוצים שלטון חוקים ולא שלטון בני אדם, צריך לקבוע שהחוקים הם שולטים ולא שאני מחליט מתי אני מחיל אותם.

**ריאליזם – התעמקות**

לדעת דגן, אם אנחנו הולכים בעולם תיאורי, אנחנו עדיין לא יודעים לפי מה יפעלו, אם אנחנו לוקחים רק את ההגדרה הריאליסטית לפיה מה השופטים יעשו, חסר הממד הנורמטיבי שמדריך את השופט מהו צריך לעשות. לכן, בתיאור של הומלס חסר מה קובע את הכללים, כלומר, התיאור של הומלס הוא **דסקריפטיבי**.

* דגן סובר שלשופט יש מרווח ובו הוא בוחר ולא רק מיישם. לדעתו, במרווח הזה כן צריך לפעול לפי ערכים ותבניות (לוגיקה), אבל לאו דווקא לפי לשון החוק, אלא לפי דברים שנכנסים פנימה ולא בשרירות.
* חשש המשותף גם לדגן, לבנדור ולסולברג: אם יש לשופט שרירות, חזרנו לעניין שהאזרחים יהיו תחת שלטון האנשים ולא החוקים.
* מה נותן את ההצדקה לקבלת ההחלטות במרווחים שבין החוקים כדי ליצור משהו חדש? מה מנטרל את החשש האמור? זה לא שאנחנו שולטים על בני האדם ביחס לכללים, אלא שהתכליות של הכללים שהשופט מפעיל הם אלו שמפעילות כוח נגד האזרח.
* **הרעיון הוא שההכרעות עצמן נמצאות במערכת אחת לוגית**, זה לא שאנחנו תומכים בהחלטה נוסח פרנק (שעדיף לדעת מה השופט אכל יותר מאשר החוק);
* לצד זאת, יש לבדוק כל הזמן האם הערכים שמגולמים באותה מערכת לוגית עולים בקנה אחד עם ערכים שהחברה דוגלת בהם **היום** כדי לבחון את ההתאמה לסט הערכים הרווח (אפילו אם אותה חברה לא הצליחה במערכת הנורמות שלה ערכים מסוימים בחקיקה).
* **לכן פס"דים מנומקים –** כדי לבחון את התוצאה כולל השיקולים הערכיים, ובעיקר אלו שהם לא שחור לבן אל מול החברה. זאת הדרך שבה השופט אומר שהוא מעודכן בנורמות החברתיות ובערכים החברתיים.

**האם ראוי לאכוף את המוסר באמצעות החוק?**

השאלה שעולה לדיון היא האם ראוי לאכוף באמצעות החוק דברים שהם לא מוסריים, אך שאינם פוגעים באף אחד. הדיון מתחלק לפי שלבים:

**השלב הראשון של הדיון** הוא בחינה – האם יש קורבן?

* ככל שיש קורבן (רצח, גניבה, סחר בבני אדם) – ברור שמטרת המשפט היא להגן על הקורבן.
* ככל שאין קורבן – למשל בנוגע לפורנוגרפיה וזנות – עולה שאלת ההסכמה, הצנעה וכו', כך שמכאן נעבור לשלב השני.

**שלב השני (התחלת הוויכוח) – האם נכון לאכוף את המוסר באמצעות המשפט?**

1. דעה שמרנית: דבלין טוען, שכשם שמותר (מוסרית) להגן מפני שינוי מבחוץ, כך מותר להגן מפני שינוי מבפנים. לכן, יש לאכוף את המוסר בתחום המיני (פורנוגרפיה וזנות), שכן – מותר לנו להגן על סט הערכים שמאפיינים אותנו. כך שניתן לאכוף את המוסר, גם הוא לא פוגע בזולת. לכן, הוא יאסור זנות.
2. דעה לא שמרנית (ליברלית): הארט טוען, שלא נכון בהכרח לאכוף את המוסר באמצעות החוק. הוא מבחין בין:
3. מוסר אנליטי – הסבר שמצדיק את אכיפת המוסר ע"י החוק, למשל, אם יש קורבן;
4. מוסר הסכמי (נוהג) – מוסכמות חברתיות, החברה יכולה להשתנות, ואם לא נוכל להצדיק את העדפה של מה שהיה פעם על פני היום, לא נוכל לאכוף את המוסר (למשל, פעם נחשב כפגיעה והיום כבר לא).

**השלב השלישי – האם האלימות של המשפט מוצדקת כדי להגן על מוסר שלא פוגע באחר?**

* כשמגנים מפני פגיעה, זה מצדיק פגיעה אחרת, אבל כשלא מגנים מפני פגיעה (אכיפת המוסר) – זה מצדיק כלים אחרים.
* כלומר, הארט ממשיך טוען שהאלימות של המשפט לא מוצדקת כדי לאכוף מוסר שלא פוגע באחר, לכן, לא נכון לפנות למשפט הפלילי. אולי כן יהיה מוצדק להשתמש במשפט לחינוך, או לשכנוע ודיון.
* לכן, הארט לא יאסור זנות, שכן, לדידו, אין פגיעה ולכן אין לפנות למשפט הפלילי.

לכן, מטרת החוק הפלילי נחלקת:

1. לפי דבלין – שמירה על ערכי החברה;
2. לפי הארט – שמירה/הגנה על קורבנות מפני פגיעה.