**מדוע יש משפט?**

**המשפט כהישרדות:**

* אריסטו – המשפט כמשהו שצומח עם הצמיחה של החברה האנושית (זוגיות, בית, כפר, מדינה). מה שדוחף את התא הבסיסי הוא הדחף לקיים חברה שלמה, יש צורך בכללי התנהגות כדי לשרוד.
* הרמב"ם – ללא משפט אין קיום לחברה+ יעד רוחני. האדם הראשון הצטווה על 6 איסורים. יש דרישה מינימלית ליסודות אוניברסליים, למצפון יש מעמד משפטי. מטרות המשפט: תקינות הגוף (הישרדות חומרית) ותקינות הנפש. מעבר להישרדות, החוק מגביל את בני האדם ומסייע להפנים נורמות.
מה כולל המושג "דינים"? **הרמב"ם** בפרשנות צרה, טוען שתפקיד המשפט הוא לאכוף איסורים. **הרמב"ן** בפרשנות רחבה – תפקיד המשפט הוא גם לפתח את החברה ואת הדין והתאמה למציאות.
* הובס – ללא משפט תהיה מלחמת הכל בהכל, משאבים מוגבלים.

**סרבנות**

* **סרבנות מצפונית –** האדם מסרב מתוך מצפון, נוגע לאדם עצמו. כלפי פנים.
* **סרבנות פוליטית/מרי אזרחי –** לצורך השגת מטרה פוליטית מסוימת. נועד לשכנע.
* **מרד –** קריאת תיגר על המערכת עצמה.

**האם יש זכות למרי אזרחי?**

* **גישה 1:** יש זכות, חייב להתחשב באדם גם אם הוא טועה.
* **גישה 2:** אין זכות, צריך לשכנע את השופט – ייבדק לאחר מעשה.

הנחה סמויה: כשמתקיימים התנאים הבאים יש זכות למרי אזרחי – (1) אמצעי אחרון (2) לא אלים (3) כפיפות בפני החוק (4) שאינו נועד להפחיד/ לאיים (5) שלא נועד לרווח/ הנאה אישית (6) ביצוע בגלוי .

**האם קיימת חובה מוסרית לציית לחוק?**

**סוקרטס: (מאמרו של גנז)**

* **גישה תוצאתית –** אם אף אחד לא יקשיב לחוק תהיה פגיעה בממסד החקיקה ותוקפו.
* **כפיות טובה –** ללא מערכת חוקים לא היה לנו קיום, זו כפיות טובה לא לציית לה. חסרונות – 1) הכרת הטוב היא כלפי יצור אנושי שעשה מעשה שלא היה חייב, לא כלפי מערכת חוקים מחייבת. 2) לא כולם מרוצים ממערכת החוקים.
* **הסכמה –** החוק הוא הסכם מוסרי; יש חובה מוסרית לכבד הסכמים. חסרון – מה מקור ההסכמה? 1) מגורים? לא לכולם יש אופציה לבחור איפה לגור. 2) בחירות? לא כולם מצביעים.
* **יחיד וקהילה –** טובת הכלל, פחות נסתכל על אינדיבידואליות, אלא יותר על ה"ביחד" של המשפט. מכניס שיקולי רצון לעולם המוסר.

**האם ראוי לאכוף מוסר באמצעות חקיקה פלילית?**

במקרים בהם קיימת פגיעה השאלה לא עולה – כיוון שברור שתפקיד המשפט הוא להגן. צריך לזהות את הסוגיות בהן יש שיקולים אחרים מלבד להגן. נשאל:

1. האם מדובר בהגנה על קורבן פוטנציאלי?
2. האם ראוי לאכוף את המוסר באמצעות חקיקה פלילית?

דבלין (שמרן) – מותר לאכוף את המוסר באמצעות חקיקה פלילית ולהגן על סט ערכים שמאפיין אותנו.

הארט (ליברל) – יש להבדיל בין מוסר אנליטי: סוגיה שבה יש סיבה להגן על ערכים, לבין מוסר הסכמי. אם אין סיבה להגן על הערכים – לא נוכל להצדיק אכיפה אלא בכלים חלופיים בלבד. המשפט הפלילי פוגעני.

**פטרנליזם**

התערבות של מדינה/ גוף מסוים בהחלטות של הפרט, לטובתו או לצורך הגנה עליו מפני פגיעה.

ג'רמי בנת'האם: **התחשיב התועלתני –** הדגש הוא על סך התועלת שיוצאת מההחלטה.

ג'ון סטיוארט מילר – ניתן לקבל החלטות רק על דברים שהם ברי השוואה. לחירות יש ערך.

**משפט טבעי קלאסי**

הטענה – יש יסודות מוסריים אוניברסאליים שעליונים וגוברים על חוקי אנוש ומחייבים מבחינה משפטית.

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

פירוש רש"י – גם אם לא היו נותנים לנו כללים היינו לומדים דברים בסיסיים מהטבע לבד. לאדם תבונה מוסרית, הוא יודע להבדיל בין טוב לרע וניתן גם לדרוש זאת ממנו.

* אקווינס – מטרת המשפט היא טובת הכלל. 4 חוקים: חוק נצחי; חוק טבעי; חוק אלוהי; חקיקה אנושית – שצריכה להיגזר מעקרונות המשפט הטבעי וליישם את הטוב המוחלט.
* קיקרו – החוק האמיתי הוא התבונה שעומדת בהתאמה עם הטבע. יש יסודות ורכיבים תבונתיים – החוק אוניברסאלי ולא תלוי חברה. יסודות המשפט הטבעי: אוניברסלי; נצחי; עליון; ניתן לגילוי באמצעות אמצעים אנושיים – תבונה.
* הרב סעדיה גאון – לא יכול להיות ציווי שאינו ראוי, לפני הטבע יש קריטריון מוסרי – אמונה.

**הקשר בין משפט ומוסר –**

* ריאליזם מוסרי – יש תשובה מוסרית אחת נכונה ברוב השאלות המוסריות.
* קוגניטיביזם מוסרי – יש תשובה מוסרית וניתן לדעת מהי בכלים אנושיים.
* נון קוגניטיביזם – גם אם המוסר הוא מוחלט אין לנו אפשרות לגלות מהו.
* ספקנות מוסרית – אי אפשר לדעת אם יש אמת מוסרית או לא.
* רלטיביזם מוסרי – המוסר הוא יחסי ותלוי חברה, אין תשובה מוסרית אחת לכל שאלה.
* ניהליזם מוסרי – אין אמת מוסרית.

**המשפט הטבעי – פסיקה ישראלית**

פס"ד ירדור – הש' זוסמן מזכיר את המשפט הטבעי. הש' חיים כהן חולק עליו כי זה כלי מסוכן.

פס"ד כהנא הראשון – הש' אילון מדבר על המשפט הטבעי.

פס"ד המרכז האקדמי למשפט ועסקים – הש' ריבלין מדבר על אמנה חברתית שביסוד קיומה של המדינה.

**משפט טבעי פרוצדורלי**

מתייחס לקריטריונים בהליך החקיקה עצמו. יסודות החקיקה: כלליות, פומביות, אי חקיקה למפרע, בהירות ונגישות, מניעת סתירות פנימיות, יציבות וודאות, התאמה בין חקיקה ליישום, עקרון החוקיות.

אקווינס – במשפט הטבעי בנוסף לתוכן המוסר נזקקים לפרמטרים של משפט טבעי פרוצדוראלי.

פולר – יש דרישות מוסריות מהליך החקיקה ללא קשר לתוכן.

**מה צריך כדי שחוק יהיה חוק?**

1. **השתתפות –** השתתפות בצורה מהותית בדיון, יכולת לגבש עמדה (פס"ד קוונטינסקי).
2. **כלליות –** חוק שלא נוגע לאדם ספציפי.
3. **רטרואקטיביות –** אין לחוקק חוק באופן רטרואקטיבי.

**הגישה הפוזיטיביסטית**

**מבוא –**

הובס גישה טרום פוזיטיביסטית – בהיעדר גורם חזק שיסדר את המדינה היא תגיע לכאוס ואנרכיה. תפקיד המדינה: סדר וחוק. יש פה הסדרים בחברה כדי ליצור שת"פ ולתאם רצונות. אין פה טיעון דתי/ מוסרי/ עליונות המלך.

**פוזיטיביזם –** מה שבני אדם הציבו בתור חוק הוא חוק. רעיון הפוך מגישת המשפט הטבעי שאומרת שהמוסר מחייב מבחינה משפטית.

1. **רעיון ההפרדה** – בין השאלה האם קיים חוק לשאלה האם החוק מוסרי.
2. **רעיון העובדה החברתית (כלל ההכרה) –** ניתן לבחון את שאלת קיומה של מערכת משפטית באופן אובייקטיבי ע"י הסתכלות על חברה ובדיקת מאפייניה.
3. **רעיון המוסכמה החברתית –** מקור הסמכות של החוקים הוא במוסכמה חברתית.

**איך מעמידים לדין אדם שפעל ע"פ חוק?**

לפי המשפט הטבעי אין בעיה להעניש כיוון שחוקים שנוגדים יסודות אוניברסאליים לא קיימים. לפי הפוזיטיביזם, כל עוד חוקק חוק הוא תקף. **לפי הפוזיטיביזם המוסר אינו חלק מהחוק אלא שיקול נפרד.**

גוסטב רדברוך – 3 מקרים בשולי השואה, השאלה העולה היא איך פוזיטיביסט מתמודד איתם?

* **המלשין –** פקיד בנק שהלשין על סוחר שכתב על הקיר שהיטלר רוצח המונים. זה מה שהחוק ציווה.
* **התליינים –** אנשים שגזרו אותם למוות כי הם היו תליינים. איך פוזיטיביסט יכול להעניש אם בזמן המקרה זה היה מותר?
* **העריק המתגונן –** חייל ששמר על שבויי מלחמה וברח לביתו, ירה בסמל שלו מתוך הגנה עצמית. ביהמ"ש – מה שאז היה חוק לא תקף היום, נטישת צבא היטלר מוצדקת.

**2 גישות לפוזיטיביזם:**

1. **גוסטב רדברוך –** יש צורך באיזון בין שלושה ערכים: **וודאות, טובת הכלל ושאיפה לצדק.** במידה ויש פגיעה חמורה באחד מהערכים הללו – יש להודות שאין מדובר בחוק. מעין גישת ביניים.
2. **הארט –** משפט טבע הוא משפט! חוק שאינו צודק הוא חוק, אבל אסור להקשיב לו. הענישה היא בשם המוסר ולא בשם החוק. רעיון ההפרדה בין משפט למוסר: 1) הארט לא רוצה שהשאלה אם אני מציית או לא תיגזר מהשאלה אם זה חוקי 2) גם אם זה חוקי – לא מוריד את האחריות המוסרית ממישהו.

מקרה בוחן להבדל בין 2 הגישות – מקרה ההתיישנות/ הפקעה. מקרה שהוא יותר בירוקרטי, אין פה שאלה של ציות. לדוג' – אישה שברחה בשואה למדינה אחרת ורכושה הופקע. הארט – אין אפשרות להטיל אחריות על אדם אחד. רדברוך – האישה יכולה לתבוע את כספה, החוק לא מוסרי בעליל.

**כיצד החוק מחייב?**

**אוסטין**

יש 2 חוקי ציווים: חוקי אנוש וחוקי האל. תורת המשפט = חוקי אנוש.

**חובה משפטית = ציווי + מהריבון + סנקציה.** אנחנו מקשיבים לחוקים בשל הפחד מהסנקציה.

החוקים שאינם מתאימים לדגם של אוסטין – חוקים שאין סנקציה בצידם (משפט פרטי, חוק בינ"ל וכו').

החוק הוא ציות לפקודה שבאה מבני אדם עם סמכות – **מלמעלה למטה.**

**הארט**

יש מקרים שהציות לא מושפע מהסנקציה. גם הריבון כפוף לחוק. המשפט הוא משהו שצומח **מלמטה למעלה**. גישת אוסטין מתנגשת עם המשב"ל שבו אין גורם עליון, ומתאימה רק למשפט המנהלי והפלילי. בנוסף, החוק הוא לא רק אוסף של פקודות – אלא אוסף של כללים.

חוקים מסמיכים: יש הבחנה בין כלל שמטיל חובה לכלל שמעניק כוח. ע"פ הארט המשפט עשיר יותר מחובות וסנקציות, הוא יכול גם להעניק כוח.

חוקים מסדירים ויוצרים מוסדות: חוקים שמסדירים סמכות ולא מהווים פקודה.

**2 סוגי הסתכלות:** 1) הסתכלות מבחוץ – אילוצים, חוסר ברירה 2) הסתכלות מבפנים – הרגשת השותפות והמחויבות למערכת הכללים. הרעיון הוא שהחברה רואה עצמה מחויבת ולכן מצייתת לכללים.

**2 סוגי כללים:** 1) כללים ראשוניים – מכווינים התנהגות, אומרים מה מותר ומה אסור לעשות. 2) כללים משניים – כללים "תומכי לחימה", מגדירים את הכללים הראשוניים, נועדו להבהיר מה שחסר, גמישים.

ההבחנה היא בין כלל שמטיל חובה (ראשוני) לכלל שמעניק כוח משפטי (משני). אולם – זה אפשרי רק כשמדברים בשפה של כללים. בשפה של כללים אנו מרוויחים שפה עשירה יותר – השתתפות, מחויבות.

כללים משניים:

* כלל הזיהוי – עוזר להבדיל בין המערכות הנורמטיביות השונות (משפט ומוסר).
* כלל השינוי – כללים לשינוי החוק.
* כלל שיפוט – קובעים מה קורה בעת שהופר החוק.
* כללי אכיפה והטלת סנקציות – נוגעים לאופן בו ייאכף החוק.

**מקום המשפט האזרחי –** אצל אוסטין אין פקודה לכן אין מקום למשפט האזרחי. ע"פ הארט – המשפט האזרחי הוא כלל משני.

**יוסף רז**

ההבחנה בין כללים ראשוניים ושניים צריכה להיות לפי **מטרת האפשור, החשיבות החברתית.** עלינו לשאול – מה המטרה הראשונית של המשפט, ומה המשנית שלו? ועל פי זה לסווג. גם כללים שמעניקים כוח הם כללים ראשוניים. המשפט הפרטי הוא כלל ראשוני ולא משני, שכן הוא נועד לפתח את החברה.

**כלל הזיהוי –** התפקיד של כלל הזיהוי הוא לזהות כלל משפטי בחברה מסוימת, כלומר איפה נגמר המוסר ומתחיל החוק. במידה והכלל מזוהה ע"י כלל הזיהוי 🡨 כלל משפטי תקף. במידה ולא 🡨 אין לו תוקף. כלל הזיהוי הוא עובדה חברתית, הוא לא מופיע במשפט עצמו. יש צורך בעובדה חברתית לפיה יש הכרה בחוק.

פס"ד בנק המזרחי – כלל הזיהוי מול כלל ההכרה. מקור הסמכות של הכנסת נובע מהכרת החברה בו.

ההבדל בין משפט ומוסר לבין מנהגים ומוסכמות חברתיות: **עוצמת התגובה** להפרה, **סוג התגובה והחשיבות שמייחסים לכללים.**

ההבדל בין כללי מוסר לכללי משפט:

* **אופן התגבשותו ושינויו** (שינוי חוק הוא מהיר, שינוי במוסר הוא לאורך זמן);
* **המניע לקיומו** (מוסר- פנימי, חוק- חיצוני לאור הסנקציה);
* **תחולות שונות** (גם אם אין תחולה משפטית יש מוסרית),
* **סיבות לקיומן.**

מדוע הפוזיטיביסטים לא הולכים ע"פ גישת המשפט הטבעי לפיו לא נכיר בחוקים רעים? 1) וודאות. 2) היכולת לקבל אחריות מוסרית בלי תלות בחוקיות.

**דבורקין**

ההסתכלות אינה רק על חוקים שבני אדם יצרו בצורה מפורשת, אלא הסתכלות על **כל נכסי התרבות של אותה החברה.** לפי דבורקין – **יש תשובה נכונה אחת לכל שאלה משפטית, יש לחפש אותה בעקרונות.**

ביקורת על הפוזיטיבם הצר – ע"פ הארט כשהקצוות לא חדים אלא מטושטשים נפעיל שיקול דעת (אז לא ניתן לומר שיש תשובה משפטית אחת). **דבורקין** כביקורת אומר שמדובר ביצירת כלל חדש.

פס"ד פלוני נ' פלונית – ילד נולד מתרמית והרמאי זכה במשמורת. חשין – Hard Cases Make Bad Law. הקושי הוא הכלל עצמו שמביא למצב לא טוב. לבסוף האב לא מקבל את הילד לחזקתו.

לפי הארט יש 2 סוגי "מקרים קשים": 1) מקרה עמום 2) מקרה של פער בין החוק לבין עקרונות הצדק, שם לטענתו יש להפעיל שיקול דעת – אחד מתפקידי השופט הוא לפתח את המשפט וליצור כללים.

הביקורת של דבורקין – מדובר ביצירת כלל חדש ובהתערבות של השופט במלאכת המחוקק. כאשר השופט מפעיל שיקול דעתו הוא לא בודק איך זה ישפיע על החברה בדומה למחוקק, אלא רק על הסיטואציה הספציפית. לפי דבורקין השופט הוא מי שמנסה לנבור במשפט פנימה **ולחפש התאמה מתוך הקיים.**

**כלל ההתאמה הטוב ביותר –** גם אם אין תשובה בכללים ניתן לפנות לעקרונות.

פס"ד ריגס נ' פלאמר – נכד שמרעיל את סבו כדי שלא ישנה את הצוואה. העקרון: מעוולה לא תצמח זכות.

פס"ד קינג נ' כהן – אישה שהתאבדה לאחר התעללות של בעלה, ביקשה שלא יקבל את הרכוש. פה העקרון של "מעוולה לא תצמח זכות" לא התקבל – לא תמיד העקרונות מספיקים.

פס"ד אפרופים – את הפרשנות ניתן לבצע מעקרונות היסוד של השיטה, לא מדובר בגישה חדשנית.

בג"ץ חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר – בוטל חוק של בתי סוהר פרטיים כיוון שהוא נוגד את העקרונות המתחייבים מאופיו הדמוקרטי של המשטר.

האם יש תשובה נכונה לכל שאלה משפטית?

שפירא (בדומה לדבורקין) 🡨 כן. עצם הוויכוח מצביע על ניסיון להגיע לתשובה האחת.

רז (בשונה מדבורקין) 🡨 לא. אם יש הרבה עקרונות לא יודעים מה התשובה.

**כללים, שיקול דעת, עקרונות וסטנדרטים**

**מאונטר –** יש כל מני הוראות חקיקה שמבוססות על תנאי, טריגר שמפעיל תגובה משפטית. ההבדלים: הוראה כללית מול הוראה ספציפית, הוראה מוחלטת מול הוראה מותנית, הוראה רחבה מול הוראה צרה.

**ההבחנה של מאונטר – בין כללים לסטנדרטים:**

**כללים –** משהו שניתן לכימות/ מדידה. התגובה: סנקציה קבועה. צופים פני עתיד.

* יתרונות: **(1)** בהירות בהנחיה **(2)** יכולת תכנון. **(3)** הרתעה ברורה. **(4)** אכיפה פשוטה וזולה שאינה גוזלת זמן רב.
* חסרונות: **(1)** צדק כללי שאינו מתייחס לחריגים. **(2)** אי-הבחנה בין הפרות קשות לקלות. **(3)** מאפשר לתמחר ולתכנן התנהגות שאינה רצויה **(4)** קביעת כלל קשה יותר ומצריכה מחקר ושיעורי בית.

**סטנדרטים –** עמומים, אינם ניתנים למדידה מדויקת. התגובה: מנחה, מדריכה. יישוב סכסוכי עבר.

* יתרונות: **(1)** הכרעות שיפוטיות תפורות למקרה הספציפי. **(2)** התרעה מפני כניסה לתחום האפור. **(3)** פרופורציה בין מעשה לענישה (עיקרון ההלימה, עיקרון שחשוב בצדק). **(4)** קל וזול לחוקק (דורשים פחות מחקר).
* חסרונות: **(1)** מרתיע מפני פעולות לגיטימיות (במיוחד אצל שונאי סיכון). **(2)** חוסר עקביות בתכנון מהלכים - בצורה פרדוקסלית, התגובה ההולמת יכולה מצד אחד לגרום לחוסר עקביות ולהרתעות יתר. **(3)** קושי במעבר מהנורמה למעשה. **(4)** קשה יותר לאכוף (דורשים יותר זמן שיפוטי). **(5**) חוסר עקביות בהענקת "צדק".

**המשפט הקונטיננטלי –** דגש על חוקים. **המשפט המקובל –** דגש על פסיקה, יותר מקום לסטנדרטים.

לפי מאונטר – **לשיטה הישראלית יותר מתאים סטנדרטים.** ביקורת של סולברג: כשביהמ"ש מפעיל סטנדרט על כלל שנקבע הוא מחליף את שיקול הדעת של הרשות המבצעת.

**פורמליזם משפטי**

היכולת לחשוב בתבניות לוגיות. לכל שאלה משפטית יש תשובה אחת נכונה – רק צריך לחפש אותה. לפי הפורמליזם הכלל קבוע ולא שואלים כל פעם מה השיקולים שלו. מקבלים את החוק as is, בלי לערב שיקולים של ערכים. תפקיד השופט הוא יישומי וייעדי המשפט הם לפתור סכסוכים.

**הביקורת של מאונטר:** פסיקה שעובדת בצורה יישומית ודווקנית בלי הרעיון של סבירות.

1. חשיבה אופקית – במיון המשפט לקטגוריות לא ניתן לקחת הגיון מצורה אחת של חשיבה לאחרת.
2. חשיבה אנכית – הסקת תוצאות משפטיות מתוך "הנחות יסוד" ו"אמיתות ראשוניות". מפעילים היקש משפטי – אך גם הוא משתנה מתחום לתחום.

יעדי המשפט העיקריים (ע"פ הפורמליזם): פתרון סכסוך באמצעות יישום התבניות הקיימות; וודאות ויכולת תכנון; הפרדת רשויות נוקשה; בחינת סמכות הפעולה/ החלטה; שפה מקצועית; קהל יעד- עולם המשפט; שוויון; השופט "אנוס" על פי דיבור החוק, אין לו שיקול דעת; מרכזיות לשיקולים פרוצדורליים.

ההקפדה על הלוגיקה והפרשנות הצרה והדווקנית מחזקת את **ערכי הוודאות, דמוקרטיה ושוויון,** ואת המשפט כמכווין התנהגות בנוסף לפתרון הסכסוכים.

\* פוזיטיביסט לא חייב להיות פורמליסט. פוזיטיביזם – מאיפה לקחנו את המשפט. פורמליזם- איך מפרשים?

**ירידת הפורמליזם:**

מאונטר – חל תהליך של ירידת התפיסה של המשפט כמכריע בסכסוכים יחד עם תכנון/ וודאות. יש מעבר לראיית המשפט כמכשיר חינוכי/ הצהרה ערכית.
השינויים שנעשו – מעבר מקהל יעד משפטי לפנייה אל הציבור; מעבר מהוכחה לשכנוע; מעבר מהגנה על זכות ספציפית לזכויות כלליות; הקטנת מבחן הלשון; המעטת חשיבות הקטגוריות; הדגשת בחירת השופט בתוצאה; יצירתיות; ירידה במשקל של הפרוצדורה; ערכי יסוד ואיזון בין ערכים במקום שאיפה לקוהרנטיות.

**ריאליזם משפטי**

**הולמס –** המשפט זה לא היגיון אלא משהו שכולל דעות קדומות. **המשפט זה מה שקורה בשטח, במציאות, והשופט רשאי לקחת בחשבון השלכות חברתיות של פסק הדין.** תבניות לא מספיקות. המשפט זה מה שיוצא מידי השופט עם הידע המקצועי שלו ותפיסותיו המוסריות. לא משנה התוצאה הלוגית אלא המציאות, יישום המשפט. **לכן, גם אין אחידות.**

**שפיטה –**

1. חוק זה מה שהשופט מפעיל, חוק הוא לא חוק עד שהוא יוצא בפסק הדין.
2. ההכרעה ממוקדת בעובדות ולא בשיקול המשפטי.
3. ביסוס החלטות על הטיות ערכיות.
4. תפקיד גדול יותר לשיקולי מדיניות חברתיים ומדעי החברה. פס"ד מולר: מקרה בו הטוען הביא 10 עמ' טיעונים משפטיים ו90 עמ' טיעונים סוציולוגיים וזכה במשפט.

**פתרון אחד לכל שאלה משפטית:**

* **פורמליזם –** פתרון אחד לכל דבר.
* **ריאליזם –** אין תשובה אחת, הכל תלוי הקשר חברתי.
* **דבורקין –** יש תשובה אחת שצריך לחפש בעקרונות.
* **הארט –** יבנה כלל חדש.

**תנועת הביקורת CLS – המשפט כפוליטיקה:**

לוקחת את הריאליזם צעד קדימה (לא נוגדת אותו). משפט הוא לא לוגיקה ולא ניסיון אלא פוליטיקה. יש להסתכל על אילו ערכים מוטבעים בתבניות החשיבה. ריאליזם מסתכל על מה המשפט עושה לחברה, מה קורה בשטח; הביקורת אומרת להסתכל כיצד הכללים שאנו טוענים שהם לוגיים – מלאים בפוליטיקה. כלומר הכללים ביסודם פגומים, הביקורת היא על המשפט עצמו. צריך לשאול ולחשוב אם התבניות מוצדקות או שהן מסתירות משהו, לא לקבל הכל כמובן מאליו.

**זכויות**

ווסלי הוהפלד – 2 טענות:

1. מערכת משפטית היא לעולם בין 2 גופים/ אנשים.
2. לכל המשפט ניתן לעשות רדוקציה לסטים של מושגי יסוד – סט אחד של זכות, היעדר זכות, חובה וזכויות. סט אחר של כוח, העדר כוח, כפיפות וחסינות.

זכות, היעדר זכות, חובה וחירות –

**זכות** = שלמישהו אחר יש חובה כלפיי. **היעדר זכות** = חירות. אנו מטשטשים את הגבולות בין זכויות לחירויות. חירות = יש לי חירות לעשות דבר מסוים כל עוד זה לא פוגע בחירות של אדם אחר.

דוגמאות – רמזור ירוק זה חירות (חפשי לעבור רק אם יש אפשרות); זכות הצבעה – זכות (המדינה חייבת לספק לאנשי הבוחר מקום להצביע); זכות הציבור לדעת – חירות (אין חובה לתת מידע לציבור); חופש המידע – זכות (למדינה יש חובה לתת לי מידע); רישיון נהיגה – חירות (לא חייבים לתת לנו רישיון).