מהו החוק

* **מה ההבדל בין המוסד החברתי ״חוק״ (= מערכת המשפט) לבין מוסדות חברתיים דמויי חוק כמו המוסר (=הנוהג) והדת**? – האם כל שאלה מוסרית היא גם משפטית ולהפך? עורכים הבחנה מושגית בין שני אופנים כשמדברים על מוסר:

1. **מוסר נוהג** – מה הנורמות החברתיות שרווחות בחברה מסוימת.
2. ההבדל בין מוסר נוהג לבין משפט –

* **אכיפה** - את המשפט אוכפים באמצעות כוח המדינה, ואת המוסר הנוהג לרוב לא נאכוף, יש חברות שאוכפות מוסר על ידי חרם/ לחץ מסוים.
* **שינוי** - את המשפט ניתן לשנות באמצעות כללי שינוי (חוקים על ידי הכנסת), את המוסר לא משנים.
* **תוכן** - המשפט מדבר על חובות וזכויות והמוסר כולל קטגוריות נוספות דוגמת ״לפנים משורת הדין״.
* **היקף הגנה** - במערכות משפט מודרניות המשפט מגן על מספר מצומצם של ערכים, חירויות, יציבות וודאות. במוסר הנוהג נוגעים בערכים רבים דוגמת שלמות אישית, מימוש עצמי.

1. **מוסר אידיאלי** – מה ראוי/ לא ראוי בענייני מוסר. מדובר בטענות ערכיות, כאשר אדם רוצה לטעון טענה אודות מה ראוי, טענתו תהיה כחלק מהמוסר האידיאלי. הטענות האלה סובייקטיביות, אולם, בעיננו הן יראו כאובייקטיביות.
2. ההבדל בין חוק מוסרי/ משפטי לבין חוק טבע – חוק לא תמיד משויך לתחום משפטי (מוסרי, מתמטי, פיזיקלי).

* **חוק טבע הוא חוק מתאר** – תפקידו הוא לתאר תופעות בעולם. חוק מוסרי אידיאלי לא מתאר את האופן בו אנשים פועלים, אנשים יכולים להפר את המוסר. חוק מוסר קובע ציווי – איך אנשים חייבים לנהוג, בעוד שחוק טבע הוא חוק שמתאר את המציאות הפועלת.
* **לחוק מוסרי יש טעמים ולחוקי טבע לא מייחסים טעמים** – על חוקי מוסר וחוקי משפט אנו חושבים במובנים של טעמים, **דוגמת ״לא תרצח״** – כשאנו חושבים על האיסור הזה אנו חושבים עליו במובן של תכלית/ טעם ויש הצדקה לא לרצוח. לעיתים נחשוב שיש חוקים עם הצדקות לא ראויות או שיש מחלוקת בין ההצדקות אבל בכל מקרה תמיד נדבר על החוקים במונחים של טעם/ תכלית. לעומת זאת, לחוקי טבע אין הצדקה, הוא פשוט קיים.

1. המשותף לחוקי טבע וחוקי מוסר – הכללה.

* **שניהם מכונים ״חוקים״** – בנוגע לחוקי טבע, אנו אומרים שבהתקיים תנאים מסוימים, החוק תמיד יפעל בשל העובדה שעל העולם שולטים החוקים האלו – הם במימד הכללה. חוקי מוסר גם יוצרים הכללות אבל לגבי מה צריך לקרות ולא לגבי מה יקרה.
* **יסוד ההכללה הופך את המוסר לרציונלי** (מה ששנוא עליך לא תעשה לחברך) – ברגע שהפעולות האלה כלליות זה נותן להן אופפי של רציונליות ומוסריות. בדרך כלל מה שהופך פעולות לבלתי מוסריות הוא שאנו לא רוצים שהן יהיו כלליות. למשל אם אדם רוצה להעלים מס, אבל לא רוצה שכולם יתחילו להעלים מס. **כלל הזהב של הלל** – נוכרי ביקש מהלל ללמוד את כל התורה על רגל אחת, הלל אמר לו ״מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך, זאת התורה כולה״ למה הוא מתכוון? כל פעם שאדם שואל את עצמו האם ראוי לעשות פעולה מסוימת המבחן הוא האם היית רוצה שיעשו לך את זה? אם היית רוצה שזה יהפוך להיות חוק כללי אז תעשה, אם אתה לא רוצה אז אל תעשה.

**כללים מצווים וכללים ממליצים**

* **מה כדאי לי לעשות לעומת מה חובתי לעשות** – יש מערך שלם של כללי פיכחות, הם אומרים לי מה לעשות ובאילו הקשרים. בהקשר המעשי ככה מבחינים בין כללים ממליצים לכללים מצווים. בהקשר של כללים מצווים, לא ממליצים - הם מצווים במובן שהם יוצרים חובה. בהקשר של כללים מוסריים אנו עושים הבחנה בין כללים מוסריים לבין כללים מצווים. ההבחנה הזו חשובה כי כשחושבים על המשפט נחשוב עליו לרוב במובן של כללים מצווים ולא מוסריים.
* **מה החוק בנסיבות מסוימות**? – לרוב הולכים לסעיף ומוצאים מה אומר החוק, אבל יש מקרים בהם נצטרך להתחשב בשיקולים מסוג אחר – צדק, מה נכון. הויכוח שהועלה מהנושא הזה הוא האם תפקיד המשפטנים הוא רק לזהות עובדות רלוונטיות לגבי מקרה או שהם מפעילים עוד שיקולים? הויכוח מגדיר את ההבחנה בין גישות פוזיטיביסטיות לבין גישות נון – פוזיטיביסטיות:

1. **פוזיטיביזם משפטי** – החוק הוא עניין שבעובדה, מונח מרכזי בשיח המשפטי. החוק שלנו בישראל הוא סוג של עובדה, לא נפנה למקורות שאינם החוק. אם מישהו יטען שהחוק הוא גם מה שראי ומה שצודק, ניכנס לשאלה האם זה שיקול רלוונטי בזיהוי החוק – זיהוי החוק לא קשור בשיקולי צדק/ ערכים אלא בעובדות. **שיקולים מוסריים אינם רלוונטים בקביעה מה אומר החוק.**
2. **נון – פוזיטיביזם משפטי** – החוק הוא לא רק עניין שבעובדה, יש בו מימד מוסרי ערכי, טיעונים שנוגעים לצדק, תפיסה פוליטית ראויה. אנחנו לא מסתמכים על לשון החוק, אלא על מערך עקרונות ושיקולים ראויים. מכוח זה שהם ראויים, הם גם בעלי תוקף/ כוח משפטי ולכן מכריעים בסופו של דבר את הדין.

* **פס״ד ירדור** – ועדת הבחירות המרכזיות פסלה את רשימת הסוציאליסטים מלרוץ בכנסת. המחלוקת בעניין זה היא שועדת הבחירות פסלה את הרשימה מלהתמודד בעקבות שיקול שאינו טכני/ פרוצדורלי, אלא בעקבות האידאולוגיה שלה.

1. **השופט חיים כהן (מיעוט**) קובע שאין לועדה סמכות לכך, מאחר וסעיפי החוק מעניקים לועדה סמכות לפסול רשימה מטעמים טכניים. הוא מקבל את ההנחה שהרשימה חותרת תחת עצם קיום המדינה, אבל אומר שזה לא מצביע על כך שהמפלגה לא חוקית. **טוב שכך** שאין סמכות פסילה מטעמים אידיאולוגיים – כל אחד, השקפותיו יהיו אשר יהיו, יכול לרוץ לכנסת. **מצד אחד השופט מדגיש את החוק, שהחוק לא מסמיך, זוהי סוג של עובדה חברתית. הוא מוסיף ואומר שזו לא רק עובדה, אלא חוק ראוי.**
2. **פוזיטיביסטית בצורה חלקית** - לאור הניתוח שלו, הוא לכאורה משתמש בשפה פוזיטיביסטית (״בהיעדר חוק שמסמיך אין להחלטה הזו תוקף״) אבל משתמש גם בשפה שתומכת בעצם בהסדר המשפטי הקיים, שהוא בעיניו הסדר ראוי. כדי לומר שמדובר בעמדה פוזיטיביסטית טהורה, לא נצמיד לה שיפוט אישי, חיובי או שלילי, של לשון החוק. מי שכן מצרף לה את ההערכה הזו, מצרף לעמדה הפוזיטיביסטית טיעון ערכי – החוק הזה ראוי.
3. **השופט אגרנט** מסכים שלועדת הבחירות לפי החוק יש תפקיד טכני בלבד, אבל זה לא כל סמכותה יש לה עוד. יש לה סמכות לפסול רשימה מלהתמודד אם יש רשימה שמה שהיא מעלה על סדר היום נוגד את רצון העם, ואת קיום מדינת ישראל. בשל כך, הוא מאשר את החלטת הועדה.
4. **הנמקה נון פוזיטיביסטית** – יוצר סמכות יש מאין לא מתוך החוק אלא בשם עקרונות שהחוק לא דיבר עליהם, והם שאובים מסוג של תפיסה אידיאולוגית ציונית.
5. **השופט זוסמן** מסכים עם אגרנט, גם אם חוק הבחירות לא מסמיך את הועדה לפסול רשימה מהטעמים האלה, יש הלכות שאינן כתובות בספר חוקים שהן מעל חוק רגיל וחוקה, והשופט חייב לפסוק לפיהן. הנימוקים של השופט מציגים מעין ״דין טבעי״ שקשורים לזכותה של דמוקרטיה להתגונן מפני תוקפיה.
6. **הנמקה נון פוזיטיביסטית** – נימוק שונה מאגרנט אבל מגיע לאותה תוצאה ומשתמש במינוח ״דין טבעי״.
7. **סיכום** – דעת הרוב שללה זכות חוקתית בסיסית: הזכות להיבחר ולבחור, הם התבססו על עקרונות משפטיים אידיאולוגיים/ מוסריים ולא פוזיטיביים, כלומר על עקרונות שאינם כתובים בספרי החוק. השופט כהן בדעת מיעוט חלק על דעתם מנקודת מבט של מה המשפט הראוי.

* **פס״ד פלוני נ׳ פלונית** – נערה שמסרה את ילדה לאימוץ, אחרי שההריון נגרם תוך ניצול ועבירה. המחוזי אישר את האימוץ מכוח סע׳ 13 לחוק האימוץ, שקובע עילות אימוץ בנסיבות בהן ההורים מתנגד לאימוץ (במקרה זה זוהי עילת אי המסוגלות). בעליון ההכרעה הייתה שלפי האינטואיציה המשפטית הילד צריך להימסר לאימוץ. **הוויכוח בין השופטים הוא מה הטכניקה המשפטית שלפיה יגיעו למסקנה הזו:**

1. **השופטת דורנר –** דוחה את העיקרון שעליו התבססו רוב השופטים – העקרון קובע שאדם לא יכול להנות מפרי עוולתו.כלומר, אם אדם עשה עוולה לא מכונים שהוא ייהנה מהמעשה הזה**. הסיבות לדחיית הטיעון:**
2. נכון לזכויות רכושיותולא לגבי הזכות (=חובה) – העיקרון הזה יותר נכון בזכויות רכושיות שהמשפט מכיר בהן שיצמחו ממעשה עוולה (רצח כדי לקבל ירושה).בעניין זה הוא לא רלוונטי, כי מדובר בזכות/ חובה של האב לגדל את הילד, לכן זה חובת האב ולא עניין של הנאה.
3. מתקיימת עילת אי מסוגלות הורית – לפי סע׳ 13, עילת האימוץ לא מתקיימת כי האב כן מסוגל, אבל לפי חוות דעת פסיכולוג התנהגות האב והרקע להולדת הילד מקיימת את העילה.
4. **השופט לוין** – חולק על דורנר. קובע שסע׳ 13 לא חל על מקרה זה, כי לא הוכח שהאב לא מסוגל לדאוג לרווחת הילד בשל אירועי העבר. הוא רוצה לדחות את הערעור מ2 סיבות:
5. **חסר סמוי** - השופט מחליט שיש פה חסר בחוק, משום שהיה ראוי שהחוק יתייחס למקרה הזה ולמקרים דומים, אבל המחוקק לא העלה בדעתו מקרה כזה.

* חסר רגיל – מצב בו יש עניין מסוים שלא הוסדר על ידי המחוקק.
* חסר סמוי - מדובר על עניין שהוסדר באופן מפורט ע"י החוק, אבל, המחוקק לא דמיין מקרה מסוים שקרה, וביהמ"ש צריך לפסוק במקרה הזה ולכן עליו למלא חסר. הוא ממלא אותו ע"י כך שהוא שואל את עצמו איך המחוקק היה מחוקק חוקים אם היה חושב/ מדמיין את המקרה הזה.

1. **פרשנות מרחיבה** – לוין אומר שחוקים לא עומדים לבדם, הם שייכים/ פועלים בתוך מסגרת שכוללת עקרונות יסוד. במשפט הישראלי יש עיקרון על, לפיו אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו, וניתן להשליך אותו על כל מקרה במשפט שמצריך אותו. **\*\* נימוק מהכיתה** - השופט מגייס עיקרון שלא נחקק ושבעיניו הוא חלק בלתי נפרד. זאת משום שכל אדם שהוא בר דעת מבין שזה עיקרון רציונלי שמערכות משפט לא יכולות בלעדיו. בנוסף, ברגע שהוא רלוונטי למקרה הוא מיד מכריע אותו. **ההנמקה של השופט היא צורת הנמקה של דיון מוסרי.**
2. **השופט חשין** – משתמש במשפט הטבעי ומצהיר על כך (גישה חריגה). העיקרון הטבעי שכל אדם בר דעת רואה ומבין אותו ולא יכול להתכחש לו, מורה על תוצאה אחת במקרה. לפי חשין, יש כמה עקרונות טבעיים במקרה זה. הוא דוחה את הטענה שהתקיימה עילת אי המסוגלות (**השופטת דורנר**). הוא לא מקבל את חוות הדעת של הפסיכולוגים ורשויות הסעד – האב מסוגל לקבל את הילד והתוכנית הסודית לא יוצרת אי מסוגלות הורית במקרה הזה. הוא גם דוחה את דוקטרינת החסר הסמוי ואת דוקטרינת הפרשנות המרחיבה (**השופט לוין**). הוא כמובן דוחה גם את הגישה **הפורמליסטית** (לבוחן) שלפיה לא יוכרז הילד כבר אימוץ. לחשין התשובה הייתה כבר ברורה לא בגלל שהיה ברור לו שזה מה שהחוק אומר, **אלא כי ברור לו שזו התוצאה הנכונה והראויה במקרה הזה**, ולגישתו, אחר כך כבר נדאג להנמקה המשפטית.
3. **ההתנגשות** – נקודת המוצא של חשין הוא שלפי משפט הטבע ילד יגדל בבית אביו ואימו. אומנם, שבמקרה הזה חוץ מהעיקרון הטבעי שמושך דווקא לקבלת הערעור, יש עיקרון טבעי אחר שמתנגש בו – "הרצחת וגם ירשת?"- אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו. **עיקרון טבעי זה גובר בנסיבות המקרה על עיקרון הטבעי הראשון כי ילד צריך לגדול אצל הוריו.** במקרה הזה, **יש כאן שני עקרונות טבעיים שמתנגשים**. הם לא באים לידי ביטוי בסעיף פוזיטיבי, ומאחר והם עקרונות משפטיים טבעיים כה בסיסיים הם לא יכולים להיות חלק אלא ממשפט המדינה, ובמקרה של התנגשות **השני גובר על הראשון**.
4. **הביקורת של חשין על שאר השופטים** –

* טענה על מצב של חסר שצריך למלא אותו - מעידה על זה שאין משפט טבעי, כי מה שנחקק זה החוק. לדבר על זה שהחוק חסר זה בעצם אי הבנה של מהו החוק. מי שמאמין במשפט הטבע סבור שהחוק לא חסר מאחר שהעקרונות הטבעיים הם חלק בלתי נפרד מכל חוק שהוא ולכן יש לדחות על הסף כל דיבור על השלמת חסר. החוק איננו חסר ולא צריך לעשות לו פרשנויות מרחיבות, רק צריך להבין שהעיקרון הטבעי הזה הוא חלק בלתי נפרד מהחוק.
* טענה של אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו - לעיתים מעשה עוולתי כן מצמיח זכות. הרעיון שעומד בבסיס העיקרון הזה משמעו שאם שאתה עושה פעולה עוולתית, ואחר כך בשם המעשה הזה אתה מבקש מהשופט להעניק לך זכות. זו זכות שהמשפט מכיר בה ומעניק לך, שהיא צומחת ממעשה עוולה.

1. **משפט טבע**

**אריסטו – משפט הטבע**

* **רקע** – אפלטון היה המורה של אריסטו כשהיה בן 17. חיבוריו של אריסטו הניחו את היסוד לכל ענפי הפילוסופיה המערבית.
* **ספר הפוליטיקה, פרק ב׳ : טבעית המדינה בכללה** –

1. **הטענה** – המדינה היא דבר טבעי. משפחה זו השותפות הגרעינית הטבעית ביותר. בית אב זה כמה משפחות וכמה משפחות יוצרות כפר. כמה כפרים יוצרים את המדינה. אריסטו משתמש במונחי יסוד אצלו – טבע, טוב, שלמות ותכלית ההתהוות.
2. **התפיסה האריסטוטלית** – **תורת 4 הסיבות** – אריסטו אומר שכדי להבין דבר צריך להבין את סיבותיו, זוהי נקודת המוצא בתורה הזו. לכל אובייקט יש יותר מסיבה אחת, וכדי להבין את העצם הזה יש להבין את מכלול הסיבות שהפכו אותו להיות מה שהוא. לכל אובייקט יש 4 סיבות:
3. **סיבה חומרית** – עצם החומר שממנו מורכב. החומר הוא חלק מסיבת קיומו, אם לא היה את החומר לא היה את האובייקט. **למשל בן אדם** – הסיבה החומרית שלו זה בשר ודם.
4. **סיבה צורנית/ מהות** – המהות שטבועה בחומר שהופכת את החומר המסוים הזה לאובייקט מסוג אחד ולא מסוג אחר. **למשל בן אדם** – זה היכולת התבונית, השכל (מהות האדם) משתף בכל פעולה והרגשה שאדם עושה ומרגיש (בשונה מחיות שלא יכולים לצחוק/ לדבר). מה שהופך אותנו לבני אדם זה **היכולת התבונית שטבועה בנו** – בחומר. זו היכולת הבסיסית שהופכת אותנו לבעלי חיים מדברים, בעלי שפה. אם זו המהות שלנו, כל עוד היא טבועה באובייקט אנו נקרא לו אדם, ואם המהות הזו עוזבת את האובייקט הוא כבר לא אדם.
5. **סיבה פועלת** – הגורם שיצר את האובייקט ושהביא להתהוותו. **למשל בן אדם** - זה הוריו שעשו פעולות שגרמו להיוולדו.
6. **סיבה תכליתית** – אין אובייקט שהוא קבוע, שהוא מתהווה ולאחר מכן מתאיין (מפסיק להתקיים). **למשל בן אדם**  – עובר, תינוק, ילד, נער, בוגר. התינוק הוא בוגר בפוטנציה. כן יכול להיות דברים נצחיים שהזמן לא משפיע עליהם כמו אלוהים או מתמטיקה, ואז ניתן לטעון שהם לא יתהוו ולא יתאיינו. **אריסטו** חשב שכשאנחנו מסתכלים על האופי שבו כל אובייקט מתהווה ומתכלה, כמו צמחים, בעלי חיים ובני אדם הוא נוגע לחוקיות שטבועה בהם. החוקיות הזו טבועה בהם וגורמת להם להשתנות בצורה אחת ולא אחרת. הסיבה התכליתית היא מנגנון שגורם לו להשתנות באופן מסוים ולא באופן אחר.

* היחס בין סיבה צורנית לסיבה תכליתית – הסיבה התכליתית גורמת לצורה (מהות) לצאת מן הכוח אל הפועל. **למשל כשילד נוצר** – הוא נוצר כתוצאה מזה שיש לו חומר, בחומר הוטבעה צורה על ידי ההורים, הצורה קשורה לסיבה התכליתית של האובייקט שגורמת לו להתפתח באופן מסוים ולא אחר.
* תכלית – טבע – שלמות – טוב – אריסטו אומר שכשאנחנו מסתכלים למשל על עובר שהופך להיות ילד, הוא בעצם משתנה לכיוון התכליתי שהסיבה התכליתית שלו דוחפת אותו אליו, והיא גורמת לו לצאת מן הכוח אל הפועל לפי טבעו. ולפי אריסטו כשהתכלית גורמת לצאת מן הכוח אל הפועל זה מביא אותו לכלל שלמות. השלמות הזו נובעת מטבעו. אריסטו אומר שמה שטוב (מבחינת הטבע) לכל אובייקט זה לצאת מן הכוח אל הפועל, שהרי בכך הוא משיג את שלמותו לפי טובו. במובן הזה לא טוב לנו להיות חולים.
* **הקשר בין אריסטו למשפט ולמדינה** – ״**האדם הוא בעל חיים מדיני על פי הטבע**״ – יציאת בני אדם מהכוח אל הפועל היא אפשרית רק על ידי מדינה**, אם זה דבר טבעי אז גם המדינה היא דבר טבעי.**

1. **היבט פיזי הישרדותי** - לפי אריסטו בני אדם לא מספיקים לעצמם, כלומר לא יכולים לספק לעצם את כל צרכיהם כדי להתקיים לפי טבעם. כדי שאנו נתפתח לפי טבענו (נצא מהכוח אל הפועל), אנו צריכים מערך שלם של צרכים – בגדים, אוכל, בית, השכלה, רפואה. מבלי שיספקו לנו את כל הצרכים האלה/ שנספק אותם לעצמינו, אנו לא נתפתח כבני אדם. משמעות הדבר שנדרש שיתוף פעולה, והוא מתחיל מהמשפחה – מבית האב מתרחב לכפר ומגיע עד למימדים של מדינה. שיתוף הפעולה בין הפרטים בכל מדינה יכול לספק לכל פרט את כל הצרכים שלו. כתוצאה מכך, **המדינה היא דבר טבעי לאדם**. עם יציאתם של בני אדם מהכוח אל הפועל, התנאי הוא שיתוף פעולה של אינטראקציה אנושית בתוך המדינה, משמעות הדבר היא שהמדינה לא איזושהי בחירה מלאכותית שאנו בוחרים לפי רצון, עבור בני אדם **החיים הקהילתיים הם ממהות קיומם** – משום שהם ורק הם יכולים לגרום לאדם לצאת מהכוח אל הפועל.
2. **היבט של אינטראקציה** - אינטראקציה מתמדת עם אנשים שקרובים אלינו, היא חלק בלתי בנפרד מהיכולת שלנו לצאת מהכוח אל הפועל. כשאריסטו מדבר על יצורים פוליטיים לפי טבעם הוא מתכוון לידיעה שהחיים של בני אדם הם חיים חברתיים, והם גדושים בזה שזה חייב להגיע למימדים שאריסטו קרא להם – המדינה.
3. **שיפוט מוסרי** - אריסטו אומר שהאדם הוא לא בעל החי היחיד שהוא חיה פוליטית. יש בעלי חיים אחרים שגם הם חיים בקבוצות. כוח הדיבור, שהוא הביטוי ההתנהגותי החיצוני ליכולת השכלית, חוץ מזה שהוא מבטא את המחשבות, הרגשות והתובנות, הוא מגלה את המועיל והמזיק **וגם את הצדק ואת העוול.** ההבחנה בין טוב לרע ובין צדק לבין עוול היא מכוח היכולת השכלית התבונית של בני אדם. לכן בני אדם מבחינים בין צדק לבין עוול בשונה מהמועיל והמזיק במובן שגם בעלי חיים יכולים להרגיש. השיפוט המוסרי הוא מהות שיתוף הפעולה בין בני אדם. התבונה היא היסוד להתארגנות החברתית במדינה, שהיא, כאמור תנאי לשלמות האדם. ההכרה התבונית המוסרית היא יסוד המשפט, לכן המשפט הוא טבעי. **הואיל והתבונה היא מטבעו של האדם, ממילא במשפט יש יסוד טבעי**.
4. **המשפט הטבעי** – כשאנחנו עוסקים במשפט טבעי, אנו מדברים על טבעו של האדם או יותר ספציפי על התכונה של התבונה כחלק מטבע האדם. המשפט הטבעי מגולם בתבונת בני האדם, שלא יכולים שלא לפעול באופן שבו הם מבחינים בין טוב לרע. **אי אפשר להתכחש לטבענו ככאלה שמבצעים שיפוטים מוסריים.** **תנאי הכרחי לכך שכל אחד ואחד מאיתנו יוכל לצאת מהכוח אל הפועל זה שנחיה במדינה מתוקנת, ככל שהמדינה לא מתוקנת, כך היכולת לצאת מהכוח אל הפועל יורדת**.
5. **״ מדינה קודמת ליחידים שבבני אדם על פי הטבע״** – לאור זאת שהמדינה היא היחידה הקטנה ביותר שכן מספיקה לעצמה, ומי שיוצר אותה זה הרבה פרטים, צריך סדר וארגון כדי שהיא תתפקד. המשפט הוא זה שמאפשר את שיתוף הפעולה הזה. גם המשפט המדינתי, וגם המשפט בין מדינות. בהיבט פוליטי, **התלות בין בני אדם באותה מדינה הופכת את המדינה לקודמת מבחינת מעמדה לכל אחד ואחד מהפרטים**. **דוגמת גוף האדם** - הגוף שלנו קודם לכל אחד ואחד מהאיברים. כי מה שמגדיר איבר, זו העובדה שהוא מתפקד בתוך גוף שהוא אורגניזם. תוציא את אחד האיברים והוא יחדל לתפקד.
6. **בשל שכלו של האדם הוא יכול להפוך לגרוע שבבריות** – כשם שבני אדם יכולים להביא את תכונותיהם לרמה הגבוהה ביותר של שלמות מוסרית ושכלית, בשל התכונה הזו שהם בעלי שכל, הם גם יכולים להגיע לדרגת הרוע והשפלות הנמוכה ביותר שבעלי חיים בהשוואה אליהם הם צדיקים גמורים.

* **אתיקה ניקומכית, ז׳-י׳ : צדק מן טבע וצדק מן החוק** – אריסטו עושה את ההבחנה בין צדק מן הטבע לבין צדק מן החוק.

1. **צדק טבעי** – השריר בכל מקום, לא תלוי בדעתם של בני האדם. אי אפשר לדמיין חברה שתאפשר יציאה של פרטים מהכוח אל הפועל מבלי שהעקרונות האלה יעמדו ביסוד הסדר החברתי הזה, ואם הם לא עומדים ביסוד הסדר החברתי הזה, החברה הזו מתפקדת באופן לא ראוי. **אריסטו לא טוען שזה שריר במובן שאנשים מצייתים לכלל הזה, אלא במובן שבו החברה לא תוכל לאפשר לפרטיה להתפתח כראוי**.
2. **צדק מן החוק** - תוקפם הוא פונקציה של ההסכמה עליהם. מכוח החקיקה שלהם יש להם את התוקף. במערכות משפט יש הבחנה בין כללים שהם צדק מן הטבע, ויש בתוך הכללים האלה קבוצה של כללים שזה חיוני לחוקק אותם, אבל כשם שחוקקו אותם בדרך אחת יכלו לחוקק אותם בדרך אחרת ואופן החקיקה לא משנה העיקר שיחקקו אותם. למשל בכביש - צריך להחליט באיזה צד של הכביש נוסעים. יבוא מישהו ויתלבט אם בצד ימין או שמאל, נגיד שזה לא משנה באיזה צד **העיקר שתחליט ביניהם**. החלטה מהסוג הזה היא **צדק מן החוק** - משקבעת שנוסעים בצד ימין, חיוני שתיסע בצד ימין ולא בצד שמאל. בגלל שהכללים האלה הם צדק מן החוק ולא מן הטבע, ייתכן שבמדינה אחרת יחליטו שחיוני לנסוע בצד שמאל.
3. **סיכום** - עקרונות הצדק הן מה שכינינו **המוסר האידיאלי** – הם טבעיים במובן שהם תבוניים. מאחר והם תבוניים, הם אוניברסליים ונצחיים, הם תקפים בכל מקום בגלל התפיסה האריסטוטלית שבני אדם יוצאים מהכוח אל הפועל לפי טבעם, ושהטבע של בני אדם בכל העולם הוא אותו טבע. מאחר והתבונה האנושית לא משתנה, כך גם העקרונות. עקרונות הצדק והמוסר הם הבסיס למערכת המשפט. **לפי אריסטו חוק שנקבע כצדק מן החוק אבל עומד בסתירה לעקרונות המשפט הטבעי – בטל!** ובמקום שאין חוק שנחקק, ניתן לפנות לעקרונות האלה, כי הם חלק בלתי נפרד מכל מערכת, כולל מערכת מקומית. לכן ב**פלוני נ' פלוני** חשין פונה לעיקרון טבעי, שהרי אריסטו נתן הצדקה תיאורטית לעיקרון הזה. לצד הרכיב הטבעי, יש גם רכיב הסכמי שאריסטו כינה אותו כצדק מן החוק.

* **ביקורת על המשפט הטבעי** –

1. **ביקורות פילוסופיות** –
2. **הידועה ביותר - ביקורת שבאה מגישות נון קוגניטיביסטיות** - לפיהן ההכרה המוסרית שלנו לא נעוצה בשכל, אלא היא ביטוי לרגש, זה לא עניין תבוני. אין מה לדבר על משפט טבעי כמשהו שנעוץ בתבונה, הרי משפט טבע הוא עקרונות הצדק, המוסר האידיאלי.

* תשובה לביקורת - השאלה מה נחשב רציונלי היא עמוקה. רציונליות היא עניין רחב יותר מלוגיקה. לא רק הלוגיקה היא חלק מהרציונליות, אלא גם חשיבה מוסרית היא חלק בלתי נפרד מהרציונליות. לכן, התפיסה היא שהמוסר הוא רציונלי וחלק מתבונתנו.

1. **בעיית ה- is ought** – אי אפשר להסיק **טענה אודות מה ראוי (ought) מטענות אודות דברים מצויים (is), קרי עובדות בלבד**. ממערך של עובדות לא ניתן לגזור מסקנה שאומרת מה ראוי לעשות. **למשל ילדים מיחסים חד מיניים** – ניתן לומר שזה לא טבעי, ומכאן שהילדים פסולים. הטענה הראשונה היא עובדתית – יחסים חד מיניים לא יכולים להביא ילדים. בעקבות זה יש אנשים שמסיקים טענה ערכית, אודות מה ראוי- לא ראוי שנתיר יחסי מין שאינם מובילים להולדה ולכן יחסי מין חד מיניים הם פסולים. המשפט הראשון הוא מצב טבעי, אודות מצב העניינים בעולם, והמשפט השני הוא אודות מה ראוי. יש להניח שיחסים חד מיניים לא מביאים לילדים כעובדה. ההנחה השנייה היא שפסול לקיים יחסי מין שאינם מובילים להולדה. צירוף ההנחות הללו מביאות למסקנה שיחסים חד מיניים הם פסולים. ההנחה השנייה איננה תיאור של מצב עניינים, אלא טענה ערכית. לא ניתן להסיק מהתיאור העובדתי שאומר שיחסים חד מיניים לא מובילים להולדה, כי יחסים חד מיניים הם פסולים, חייב לצרף לכך טענה שהיא לכשעצמה ערכית. **שילוב הטענות יכול להוביל למסקנה הערכית**, אבל לא ניתן להסיק טענה ערכית אך ורק מטענה עובדתית.

* התשובה לביקורת - המשפט הטבעי לא באמת גוזר טענות אודות מה ראוי מעובדות. הנחת המוצא של המשפט הטבעי היא שיש אקסיומות רציונליות נורמטיביות. המשפט הטבעי מצביע על התבונה שנטועה בכל אחד מאיתנו, וחלק מהאינטואיציה הבסיסית שלה היא שאנחנו תופסים כחלק מהיכולות השכליות והקוגניטיביות שלנו טענות אודות מה ראוי/ מותר/ אסור/ מעוול וכן הלאה. כל הטענות האלה הן חלק בלתי נפרד מתבונתנו, ולכן המשפט הטבעי לא מתחיל מנקודת מוצא של מערכת עובדות כמו המדע, ממנה מנסה לגזור שיפוטים ערכיים.

1. **ביקורות יוריספרודטיות (תורת משפטיות)** –
2. **המשפט הטבעי לא מתאר באופן הולם את הפרקטיקה המשפטית** - לדיונים משפטיים יש אופי לגמרי אחר מהדיונים המוסריים. דיונים משפטיים מחפשים את החוק במקורות המשפטיים, בעוד שבדיון מוסרי שואלים מה נכון וראוי. **המשפט הטבעי מצייר את הדיונים המשפטיים כאילו הם דיונים מוסריים, מדמה את המשפט למוסר**. אין הבדל ניכר בין השניים לפי המשפט הטבעי. **הביקורת על כך היא שיש הבדל דרמטי בין דיון מוסרי למשפטי**. מה שעורכי דין ושופטים מחפשים זה את החוק בספרי החוק- הם מחפשים את החוק המצוי ולא את החוק הרצוי. בדיון מוסרי, מחפשים מה ראוי.
3. **המשפט הטבעי מחדיר לחוק חוסר וודאות וחוסר יציבות** – וודאות ויצבות אלה ערכים שנרצה להשיג באמצעות המשפט, וככל שנסתמך על ספרי חוקים וכללים בחוק כל אחד ידע היכן הוא נמצא. מאחר והמשפט הטבעי מסלק את החוקים או מעמיד אותם במקום נחות בהשוואה לעקרונות על – מתחילים ויכוחים. ברגע שאנשים מתחילים להפעיל שיקולים מוסריים (שאלה בלתי צפויים) הם גורמים לחוסר וודאות, ועלולה להיווצר עמימות.

* תשובה לשתי הביקורות – שתי הביקורות האלו קיצוניות, שכן אנשי המשפט הטבעי לא שוללים את הפוזיטיבם או את העובדה שהמשפט בנוי על עובדות וחקיקה, אלא הם מוסיפים שיש ממד חשוב שהוא המשפט הטבעי. הפוזיטיביסט יסכים שבסיטואציות לא מעטות משפטנים פונים לדיון מוסרי. **למשל מנקודת המבט של שופט בעליון**- השופט עסוק הרבה פעמים בהכרעה משפטית הן כשהוא מחפש את החוק כפוזיטיביסט, והן כשמערב שיקולים מוסריים כמעין איש משפט טבע. בנוסף, איש משפט הטבע מכיר בפוזיטיביזם והפוזיטיביזם מכיר במוסר, וזה ממתן את חוסר הוודאות והיציבות במשפט הטבעי. המשפט הטבעי לא טוען שהמשפט מתנהל אך ורק כדיון מוסרי.

**ב. הפוזיטיביזם**

**אוסטין, קלזן, הארט, רז**

**הגישה של ג׳ון אוסטין**

**תורת הפקודה**

* **מבוא** – אוסטין הוא פילוסוף ומשפטן אנגלי, אחד התלמידים של ג׳רמי בנתהאם. הוא הניח את היסודות לחשיבה מחדש על החוק האנגלי – ממבשרי הרפורמות בחקיקה האנגלית. אוסטין היה שייך לקבוצת הוגים הנקראו ״רדיקלים״, והייתה קבוצה נוספת של הוגים ומשפטנים ״שמרנים״. הרדיקלים שאפו לחולל רפורמות מרחיקות לכת במשפט האנגלי.
* **היווצרות תורת הפקודה** - אוסטין טען שתורת המשפט היא תשתית הכרחית לכתיבת ספר חוקים חדש לאנגליה. כדי שנצליח לכתוב ספר חוקים חדש ולהביא רפורמות למשפט האנגלי, צריך תשתית תיאורטית שצריכה להתבטא במסגרת תורת משפטית. לשם כך, הוא שכלל את תורת המשפט שלו שנקראת **תורת הפקודה**. הוא הציע ניתוח אנליטי של מושג המשפט וכל זה ככלי שנתפס בעיניו ובעיני בחוגים הרדיקליים, שאבם המייסד היה בנתהאם, כ**אמצעי לשינוי חברתי ולא רק פילוסופי.** רבים חושבים שתורת המשפט התפתחה כענף פילוסופי, אבל דווקא ההתפתחויות הללו מעידות על כך שהיא קשורה דווקא להתפתחויות מעשיות.
* **מטרת התורה** – יצירת ספר חוקים חדש שיחולל רפורמות שנדרשו בכל ענפי המשפט (פלילי, מיסוי, חינוך וכו׳). בנתהאם ואוסטין ניסו לשנות את אופי המשפט האנגלי, שעד כה לא מבוסס על ספרי חוקים אלא על תקדימים (ככה שלצורך חקיקה היה צריך לשנות את המבנה החוקתי), והצטברות תקדימים הופכת לחוק.
* **היוריספרודנציה האנליטית** - אוסטין נקרא **אבי היוריספרודנציה האנליטית**. במסורת הפילוסופית יש גישה שנקראת פילוסופיה אנליטית. זה סוג מסוים של מתודולוגיה של טיעון פילוסופי, עושים אנליזות זהירות ומדוקדקות של מושגי מפתח בשפה. **למשל במאמר של יאיר** - כל הניתוחים הזהירים של איך כללים עובדים, ומאיזו סוג טעמים בנויים, זהו אופייה של הפילוסופיה האנליטית. במובן הזה, יש לכך תרומה על הבנתנו על העולם. **אוסטין הציע ניתוח אנליטי להגדרת מערכת המשפט.**

**אוסטין – החוק הפוזיטיבי**

***Lectures, I***

* **מהו חוק לפי אוסטין**? – פקודה כללית הניתנת על ידי יצור תבוני ליצור תבוני אחר, כדי לכוון את התנהגותו. לנותן הפקודה יש כוח כלפיו (כלפי מקבל הפקודה). החוק הפוזיטיבי הוא תת קבוצה תחת חוק. **הרכיבים של הגדרת חוק**:

1. **פקודה** – ציויי, "מבע רצון של יצור תבוני אחד ליצור תבוני אחר, שיפעל או שיימנע מלפעול, כשאת מבע הרצון מלווה איום בסנקציה".
2. **ההבדל בין פקודה לבין בקשה** – הכוונה והיכולת להפעיל כוח. כשאדם מבקש בקשה, הוא לא מבטא כוונה להפעיל כוח אם הבקשה לא תיענה. סנקציה היא האיום להפעיל או לגרום נזק במקרה של אי ציות.
3. **הבחנה בין פקודה במובן הלשוני לבין פקודה ממשית** - פקודה במובן לשוני הוא משפט שמנוסח בשפה כפקודה או כציווי. אדם יכול לנסח משפט או פסוק של פקודה, מבלי שיש לו כוח, זו פקודה במובן הלשוני. לא כל פקודה במובן הלשוני מבטאת פקודה במובן הממשי. **פקודה ממשית היא כוונה להחיל כוח, ויכולת לממש את הכוונה הזו (הצמדת הסנקציה)**. לא צריך להתעקש תמיד שניסוח הפקודה יעמוד בדרישות הלשון, כי יש פקודות שמנוסחות באופנים לשוניים אחרים. למשל, משפט חיווי זה בעצם פקודה (ראש המאפייה אומר "המכונית שלך מאוד יפה"- זה כאילו הוא אומר "הצע לי אותה כמתנה"). פקודה במובן הלשוני יכולה להתנסח בכל מיני מובנים והדרך להבין אותה תלוית הקשר וכו'. **בדרך כלל, פקודה במובן הלשוני מתנסחת כהוראה, וכדי שתהיה פקודה במובן הממשי צריך שמאחוריה יהיה כוונה וכוח, וכוונה להפעיל את הכוח**.
4. **פקודה כללית** – אופי כללי. יש פקודות ספציפיות, אבל הן לא חוק. החוק יווצר כשהפקודה נושאת אופי כללי. הטענה של אוסטין היא כשכמדברים על חוקים, **פקודות ספציפיות הן לא הבסיס של מערכת המשפט** (פקודה ספציפית היא חלק מהחוק, אולם החוק כשלעצמו לא יכול להיות מבוסס רק על פקודות ספציפיות). קיימים 2 היבטים לכלליות:
5. נמעני החוק – החוק פונה לכולם.. הכלליות במובן זה היא לא בתוכן הפעולה אלא במובן שהיא פונה לציבור בכללותו.
6. סוג הפעולה – בשונה מאל תגנוב את הדבר הזה, ניתנת הוראה כללית של ״לא תגנוב״. אוסטין הדגיש את שניהם, אך מבחינתו **הדבר היותר חשוב בהקשר של כלליות החוק נגע בעיקר לסוג** **הפעולה**.
7. **ייצור תבוני לייצור תבוני** – נייחס פקודה רק לייצור תבוני. כשם שמייצר החוק הוא יצור תבוני כך גם מקבל הפקודה הוא יצור תבוני.
8. **הכוונת התנהגות** – מטרת החוק היא לעשות או לא לעשות פעולה.
9. **כוח** – לנותן הפקודה יש כוח כלפי מקבלה, יש לו אמצעים לאכוף אותה במצבים של אי ציות. אם אין באפשרותו לאכוף את הפקודה לא ניתנה פקודה.

* **חוק פוזיטיבי** – חוק שנקבע על ידי הריבון עבור נתיניו. הריבון מחזיק את הסמכות לחוקק, ואותו החוק שנקבע על ידו עבור הנתינים הוא החוק הפוזיטיבי. אוסטין אומר שכשאנחנו מבחינים בין חוקים של בני אדם לבני אדם, קיימים שני מצבים –

1. **חוק שאיננו פוזיטיבי** – חוק כללי של בני אדם כלפי בני אדם, אבל נקבע על ידי מישהו שאיננו הריבון או מישהו שפועל מטעם הריבון. **למשל הורה** – בבית יש לו כוח כלפי בני הבית והוא יכול לייצר חוקים.
2. **חוק פוזיטיבי** –

* **הריבון לפי אוסטין** – הריבון הוא מי שזוכה להרגל ציות, והוא עצמו לא חייב בציות לשום גורם אחר. כדי לזהות מיהו הריבון נסתכל על יחידה פוליטית מסוימת, ונראה מי עומד בראש ההיררכיה של הציות. . **אותו ריבון מחזיק בכוח הרב ביותר במדינה**, וכוחו הוא **אקסקלוסיבי**, כלומר יש לו סוגים של כוח שרק הוא יכול להפעיל. אם נסתכל על הכוח להעניש/ לשלול רכוש/ לפגוע בחיים וכן הלאה, זה הכוח ששמור למדינה כריבון. הוא אקסקלוסיבי למדינה במובן **שהוא מוציא כל גורם אחר שאין לו ולא יכולה להיות לו הסמכות להשתמש בסוג כזה של כוח**. לכן, באופן יחסי קל לזהות מיהו הריבון. הרבה פעמים אפשר לדבר על מי שפועל בשם הריבון/ מכוח הריבון/ שהריבון האציל אליו מסמכויותיו – שרים, שופטים וכן הלאה. כשאנו רואים פקיד/ שר שפועלים, הם הוסמכו ע"י הריבון, ופועלים כידו הארוכה. הריבון אינו מלך בכבודו ובעצמו, אלא על כל הגורמים שפועלים מכוחו של המלך.
* **המשמעות של החובה המשפטית** – אוסטין אומר שהחובה לציית לפקודה היא לא חובה מוסרית, הכפיפות לפקודה נעוצה בזה שאם לא נעשה את הפעולה הזו אנו צפויים לנזק בהיעדר ציות. בשפה הנורמטיבית, יש הרבה מונחים של המונח ״חייב״ – כשאני חייבת למישהו כסף מוטלת עליי חובה מוסרית, אין כאן חשש מנזק. חובה בהקשר מוסרי זה כפיפות לנורמה במנותק מנזק שיגרם או לא יגרם. אוסטין אומר שלא לכך מתכוונים כשמדברים על חובה משפטית – זה חייב בדוגמה של מרק שפועל על האש, שאם לא תכבה את האש הבית יישרף וייגרם לו נזק. **אצל אוסטין חובה היא קורלטיבית לסנקציה** – הרצון להימנע מנזק שייגרם זו טיבה של החובה המשפטית לפיו, שכן, חוק משפטי הוא מעין פקודה כללית שמכילה בתוכה סנקציה, והחשש מהעונש זו טיבה של נורמה משפטית.
* **כיצד אוסטין עונה על השאלה מהו החוק**? –

1. **איך נבחין בין המוסד החברתי (=החוק) לבין מוסדות דמויי חוק (=דת ומוסר נוהג)** – במקור שלהם. החוק הפוזיטיבי מקורו בריבון/ במי שפועל מטעמו, המוסר הפוזיטיבי מקורו בחברה. הוא צומח מדפוסי התנהגות. ואז החברה יכולה להטיל סנקציות מכל מיני סוגים, אבל הן יהיו שונות מהסנקציות של הריבון.
2. **מה ההבדל בין חוק טבע לחוק מוסרי וחוק משפטי** - אוסטין אומר שחוק טבע הוא חוק אלוהי, האל יצר חוקים פיזיקליים וגם חוקים מצווים, ולצידם יש חוק מוסרי פוזיטיבי שמקורו בחברה ואילו חוק משפטי שהוא החוק הפוזיטיבי מקורו בריבון.
3. **כיצד נדע מהו החוק במקרה מסוים** - צריך לזהות את הריבון ולזהות את הפקודות שהוא נתן ביחס לסיטואציה הזו. צריך לזהות פקודה כללית רלוונטית של הריבון או של מי שפועל בסמכותו, כלומר לזהות את מבע הרצון הכללי המלווה בסנקציה. ברגע שזיהינו את זה יודעים מה אומר החוק באותו עניין.

****

* **הפוזיטיביזם של אוסטין** - אוסטין מתחיל במונח פוזיציה - **מקור החוק הוא בפוזיציה של מי שנתן את הפקודה**. הכוונה בפוזיציה שהיא הריבון. הריבון מחזיק בפוזיציה מסוימת, הוא ממלא את התפקיד של השליט באותו איזור, ובהיותו מחזיק בפוזיציה הזו, הפקודות שלו הן החוק הפוזיטיבי באותה מדינה. הפוזיטיביזם של אוסטין קשור בזה שהחוקים הם סוג של עובדות חברתיות, כלומר פקודה של הריבון או של מישהו מטעמו. **כששואלים מהו החוק** - מנסים לזהות עובדה, העובדה הזו נוגעת למה שהריבון אמר. תפקיד השופט הוא לזהות את העובדות האלה. הוא מחפש את הריבון – הכנסת בישראל, הוא מזהה את הפקודות הכלליות שלה – ספרי החוקים, ושם הוא מוצא את החוקים.
* **תקפות משפטית** - נבחין בין דבר שהוא תקף לדבר שהוא צודק. זה שני מושגים שונים לגמרי. דבר שהוא נכון/ צודק מבחינה משפטית לא בהכרח תקף ולהפך. תקפות היא דבר אחד והצדקה היא דבר אחר. משהו שהוא חוק מנקודת מבט פוזיטיבית צריך שיהיה לו תקפות משפטית. משהו שהוא תקף צריך לבוא ממקור שמוסמך ליצור חוקים.

**הארט - פוזיטיביזם**

* **נקודת המוצא של הרט** – ביקורת תורת הפקודה של אוסטין. תורת הפקודה היא אינטואטיבית, שכן, יש בה אנליטיות, כי היא מנתחת מושגים (מסבירה מה זה פקודה, ממקמת את החוק בריבון ובהוראות שלו, רואה בחוק כוח של הריבון). אם היית פונה לאדם ושואל אותו מה זה החוק, סבירות גדולה שהיה נותן תשובה דומה לאוסטין. כשנציג את הביקורות של הרט על אוסטין, זה לא סתם ביקורות של הרט, אלא כל אחד מהמקורות הוא חלק בלתי נפרד מאבני הבניין של התיאוריה של הרט בעצמו.

**ביקורת תורת הפקודה של אוסטין על ידי הארט**

1. **הבנת המונח פקודה** - אחד מההערות של אוסטין הייתה ההבחנה בין פקודה במובן הלשוני לפקודה במובן הממשי. יש מבנים תחביריים ללשון ציווי, אבל לא כל ניסוח לשוני של פקודה תהיה פקודה ממשית - כדי שתהא ממשית, צריך כוח של נותן הפקודה כלפי מקבלה, ושיהיה לו כוונה להפעיל את הכוח הזה במצב של אי ציות. **הרט מקבל את ההבחנה הזו, אבל אומר - לא יהיה נכון יותר להבחין בפקודה במובן הלשוני לבין פקודה במובן הנורמטיבי?** נורמטיבי זה לא אך ורק פקודה במובן לשוני, אלא היא גם לא פקודה במובן של הוראה שצמוד אליה סנקציה. זאת משום **שאחת הטענות של הרט היא שאנו נראה שסנקציה איננה מהותית בפקודה ככל שאנו מבינים פקודה באיזשהו מובן שיש לה מעמד נורמטיבי**. **למשל אקדוחן – שודד בנק לעומת מפקד מצווה על חיילים לירות**. פקודה במובן הלשוני היא פשוט הפעלת כוח נקודה. בעצם השודד בבנק ניסח פקודה במובן הלשוני ואיים עליך באמצעות אקדח. במובן הזה זה הפעולה שהוא עשה. לעומת זאת**, מפקד בצבא לא מאיים על החיילים**, הוא משתמש בסמכותו והחיילים נענים לפקודה משום שהם מכירים בסמכותו, הם לא רואים בכך איום. זה שבשוליים של הפקודה הזו יש אפשרות להשיג סנקציה זה משהו שהוא לא ממהות הפקודה בכלל, סנקציה היא לא מרכיב הכרחי בפקודות שניתנות בתוך מערכות חברתיות שיש בהן היררכיה. זו הביקורת של הארט - אתה רוצה לטעון שהחוק הוא כמו אקדוחן? החוק יותר דומה למפקד בצבא. לכן כל האופן שבו אוסטין מתאר פקודה היא באופן של איום ולא במובן הנורמטיבי של סוג של היררכיה המוכרת ע"י כל הגורמים בתוכה – הן הכפופים והן המורים. העובדה שמערכות מעניקות לבעלי סמכות את היכולת להטיל סנקציות, לא מעמידה את הסנקציות כגורם המרכזי שבגללו אנשים ממלאים פקודות. התפקיד של הסנקציה הוא כשיש יצר רע לא למלא אחר ההוראה, היא נועדה להתמודד עם זה.
2. **הלכה** - לפי אוסטין, **פקודה – הסנקציה היא ממהותה. הרט – בהסתכלות על מושג הפקודה אפשר לדמיין פקודות בלי סנקציות**, הוא לא טוען שברגיל לא מצמידים סנקציות לפקודות, אלא שזה כלי מסייע ולא מהות הפקודה.
3. **סוגים שונים של כללים/ נורמות** - **הרט** אומר שבמערכות משפט, יש כל מיני סוגי נורמות שתיאורית הפקודה של אוסטין לא מצליחה להסביר אותן. אוסטין מסביר סוג מאוד מסוים של כללים, שאותם הרט מכנה **נורמות מטילות חובה**: נורמה שמטילה עליך חובה זו פקודה, ולכן תהיה סנקציה. הארט אומר שיש סוגי נורמות נוספים שאי אפשר להסביר דרך תיאוריית הפקודה. הארט מציג כללים שמעניקים כוחות וזכויות לצד כללים מעניקי חובה:
4. **כללים מטילי חובה** – לא תרצח, לא תגנוב. החובות יכולות הימנעות או לעשות.
5. **כללים מטילי כוחות** – שונים מהותית ממטילי חובה – **נסביר את המושג באמצעות דוגמאות:**

* חוק החוזים – חוק החוזים לא מטיל עלינו חובה, אלא הוא מגדיר איך משתכלל חוזה ומה קורה במצבים של הפרה. הוא חוק מסדיר של המושג חוזה. הרט אומר שהחוק מעניק לנו כוח משפטי, כוח ליצור לעצמנו זכויות כנגד חובות באמצעות הכלי שנקרא חוזה. כשיצרתי חוזה השתמשתי בכוח שהחוק נתן לי להציע/ לקבל ובמפגש הזה שיצר את החוזה יצרנו לעצמנו זכות שיש לה תוקף משפטי – זכות בנכס/ זכות בדירה וכדומה.
* חוק החברות – החוק מאפשר לאדם ליצור אישיות משפטית נפרדת (חברה בע״מ), הסיבה לכך היא שכשאדם יוזם מבחינה עסקית הוא לוקח סיכון גדול, והחברה באופן כללי רוצה שאנשים יפעלו, לתמרץ אנשים ליזום. הכלי הזה תורם לקידום החברתי, אבל לא מטיל שום חובה – לא נאמר לאדם להקים חברה, נאמר שניתן כוח למי שמשקיע ויוזם.
* צוואות – אף אחד לא מטיל על אדם לעשות צוואה, אבל חוק הצוואות נותן כוח להמשיך לשלוט ברכוש גם כשאתה לא פה, אבל זו אינה חובה.
* דיני נישואין וגירושין - ברגע שההיקשרות הזו בין בני זוג הדדית**, אתה מפעיל את הכוח שלך לשנות את הסטטוס המשפטי ממצב של רווק למצב של נשוי וברגע הזה משתנה מצבך המשפטי**. יש לכך מערך שלם של השלכות ומשמעויות, אבל זה לא חובה זה כוח.

1. **כללים מעניקי זכויות** - אם נניח החוק מעניק לי זכות לקבל קצבה, זו לא חובה, זה גם לא כוח, אבל, זו זכות. אם החוק קובע זכויות אזרח – לנוע/ לבחור, להיבחר וכדומה, כל הזכויות האלה הן לא חובות (זה מטיל חובה על הממשלה).

**תגובתו של אוסטין:**

אם נסתכל על חוק החוזים, ניתן לתארו בצורה של נורמה שמצווה אותך ושאם לא תציית לה אתה תספוג סנקציה. אם חוק החוזים אומר שעסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב, ולא תציית לחוק ספגת סנקציה – אין לך חוזה, הוא לא תקף. אז הנה הוראה שמטילה סנקציה

**מה הבעיה בהסבר של אוסטין:**

המבנה המושגי של סנקציה הוא שיש הוראה, ובנפרד ממנה התגובה לאי ציות. למשל אומרים לך לשלם מס – אם לא שילמת תקבל קנס. זה בעצם, החלטה שהיא נפרדת מאי תשלום המס. **לעומת זאת**, כשאנו מדברים על פעולה מסוימת שיש לה תולדה הכרחית, שהיא חלק מההיגיון – לחיצת כפתור, אי אפשר לכנות תולדה זו סנקציה. היא תולדה של הפעולה. **תולדות לא סימפטיות של פעולות הן לא סנקציות**.

**ביקורת על הארט – הנס קלזן:**

**הוא אומר שהכוח של המדינה הוא התשתית והבסיס של מערכת המשפט**, וכשם שבחוק הפלילי יש למדינה כוח להעניש, הכוח הזה גם משתקף בכל נורמה. כולל בחוק החוזים, בחוק החברות, בדיני הצוואות וכו׳. **המהות שלהם זה הכוח של הריבון**. **ההבדל בין חוזה משפטי לכזה שאינו משפטי הוא הכוח של המדינה שעומד מאחוריה**.נכון, אין כאן הטלת חובה לחתום על חוזה, אבל אי אפשר לנתק את כוח המדינה מרעיון החוזה. כי ברגע שיש הפרה של חוזה אפשר לפנות לבית המשפט כדי לקבל סעד על הפרתו, ופניה כזו דורשת הפעלת כוח של המדינה.

**תשובתו של הרט לרלזן:**

**בחוק החוזים** – התפקיד המרכזי של החוקים שעניינם הענקת כוחות, הוא לתת לנו כלי שמאפשר לנו ליצור מפגש של רצונות

**בחוק החברות** - כמובן שהמדינה מעמידה את כוחה במצבים שבהם מישהו פעל שלא כראוי במסגרת ניהול החברה, אבל זה יהיה מוטעה לחשוב שכל מהותו של חוק החברות זה להעמיד את הכוח של המדינה מאחורי הרעיון של חברה בע"מ במצבים פתולוגים של הפרה של הכללים האלה.

**חוק הצוואות** - כמובן שאם מישהו מתכחש לצוואה אפשר לתבוע בבית המשפט ואז הוא יורה להפעיל את הצוואה. **אבל זו לא מהות הצוואה**. מהות הצוואה היא לתת כלים שונים לאיך ניתן להפעיל את הכוח וליצור ציווי באמצעותו ניתן לממש את רצוננו כשנעבור מן העולם.

**דיני הנישואים** – לפי קלזן יוצא שכל תפקיד דיני הנישואין זה לאכוף מזונות על בעל. זה לא כך. המטרה והמהות היא קודם כל לכונן את מוסד המשפחה על דפוס ההתנהגות המורכב מאוד שקיים בו ושאנשים נכנסים אליו ברצון ומעוניינים בו, והם כלי בידם לממש את החיים שלהם. בשוליים המדינה מעמידה את כוחה לטובת מי שנפגע.

כל זה על ביקורת מספר 2

1. **המנהג כמקור לנורמות משפטיות** – קיימים 3 מקורות ראשיים לנורמות משפטיות:
2. **חקיקה**
3. **פסיקה (תקדים)**
4. **מנהג** - דפוס התנהגות שהשתרש בחברה, ושבני החברה רואים בו מחייב על ידי בני האדם בחברה גם מהבחינה המשפטית ולא רק מבחינה מוסרית. ברגע שקמה מערכת משפט ואפשר להבחין בין נורמות שנתפסות כמחייבות מוסרית ואין להן תוקף משפטי לעומת נורמות שנתפסות כחלק ממערכת המשפט, עדיין המקור לנורמות המשפטיות היה המנהג. המנהג הוא זה שהפך אותן לנורמות משפטיות. המנהג הוא אחד מהמקורות לכינונם של נורמות משפטיות במובן הזה. בהקשר הזה,עושים הרבה פעמים **הבחנה בין מנהג ללא תוקף משפטי לבין מנהג שיש לו תוקף משפטי** – מנהג שהוא נורמה משפטית שצומחת מלמטה. **למשל פיצויי פיטורים** – לפי שהחוק חוקק, היה מנהג שנתפס כמחייב מבחינה משפטית שבו אדם זכאי לפיצויי פיטורין לפי נוסחה מסוימת, ואם אדם פוטר ולא קיבל פיצויי פיטורים מהמעביד, הוא פנה לביהמ"ש וטען שמגיע לו פיצויי פיטורים. ביהמ"ש שאל אותו מהו החוק לפיו אתה זכאי? היו עונים **שיש מנהג שיש לו תוקף משפטי שמחייב את המעביד לשלם פיצויי פיטורים, והוא המקור המשפטי**. בתי המשפט קיבלו את התביעה הזו. בשנת 63 הכנסת עיגנה את המנהג **בחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963**. זוהי דוגמה למנהג שהיה לו תוקף משפטי, ולאחר מכן שימש מקור השראה למחוקק.

* הביקורת בחלק זה - התיאוריה של אוסטין לא מכירה במנהג כמקור לנורמות משפטיות, כי לפיו חוק הוא פקודה שמקורה בריבון ואליה הוא מצמיד סנקציה, לכן כל המקורות המשפטיים מקורם בריבון. **כי ברגע שיש למנהג תוקף משפטי, מקורו לא יכול להיות בריבון, הוא צומח מלמטה ומגיע מהציבור**. אם הוא מגיע מהציבור משמעות הדבר היא שיש חוקים שמקורם בריבון וזהו ליקוי נוסף בתיאוריה של אוסטין שלא מסביר את אחד המקורות החשובים ביותר למשפט והוא המנהג.
* תשובתו של אוסטין – מנהג הופך לנורמה משפטית רק כאשר בית המשפט נותן לו תוקף בפסק הדין, וכך הוא הופך לתקדים מחייב. בדוגמא של פיצויי פיטורים, הוא יגיד שמדובר במנהג שמושרש היטב בחברה ושהמעבידים והעובדים מצייתים לו, אך **אין לו תוקף משפטי**, כי המשפט מקורו בריבון. זה הפך להיות נורמה משפטית ברגע שהריבון קיבל אותו, והריבון קיבל אותו באמצעות בית המשפט ברגע שפסק שמגיע לעובד פיצויים בתביעה שהגיש.
* מענה לביקורת – כשבית המשפט אוכף את המנהג כי הוא חושב שהוא מחוקק ולא משום שהוא חושב שהפסיקה הזו היא שיוצרת את הנורמה המשפטית – אלא שהיא נובעת מקיומה של נורמה משפטית שכבר קיימת. הקיום שלה הוא מכוח של מנהג שהשתרש והפך להיות מנהג בעל תוקף משפטי.

1. **חוקים החלים על הריבון** – בנוגע לחוקים שחלים על הריבון (כנסת, ח"כים וכו׳), התיאוריה של אוסטין לא מכירה בחוקים כאלה. הסיבה לכך היא שהתיאוריה שלו לא נותנת דין וחשבון לכך שהריבון כפוף גם הוא לחוק (כמו בכל מדינה דמוקרטית). אם אמרנו שחוק הוא פקודה כללית, כלפי מישהו אחר ולא כלפי עצמך, אדם לא פוקד על עצמו ולא מטיל על עצמו סנקציות.
2. **תשובת אוסטין לביקורת** – הריבון הרבה פעמים פועל לפי חוקיו, אבל עושה זאת רק כדי לשמש דוגמה אישית והוא לא כפוף לחוק, משום שבגלל המעמד המיוחד שלו הוא עושה בחוק כרצונו ויכול לכופף אותו בדיוק באופן שמתאים לו.
3. **התשובה הנגדית לאוסטין** – קיימות דוגמאות במציאות הפוליטית שלנו בהן הריבונים עושים מניפולציות על החוקים כדי לא להיות כפופים להם, אומנם, בהרבה מערכות מערביות מוכרות הריבון כפוף לחוק והחוקים חלים עליו ממש כפי שהם חלים על כל האזרחים האחרים. **העובדה שיש מצבים חריגים שבהם בעלי כוח משתחררים מהכפיפות לחוק היא כמובן לא מוכיחה את ההפך.** אם זה המצב, התיאוריה של אוסטין לוקה גם בהיבט הזה.
4. **האימפרסונליות של החוק** – לפי תיאורית הפקודה, כשאנו מדברים על יצור תבוני שנותן פקודה ליצור תבוני אחר, הפקודה מקורה באישיות שנתנה פקודה בעלת אופי כללי לאישיות אחרת ושאנחנו תופסים קשר בין האישיות לבין הפקודה שהיא נתנה. משמעות הדבר היא שכל אימת שנדבר על פקודה, **אנו תמיד נקשור בין גורם האישיות שנתנה את הפקודה לבין הפקודה עצמה**. **למשל מפקד** – אם נתן פקודה ולאחר מכן נפטר, האם הפקודה שלו עדיין מחייבת? קיים קשר בין נותן הפקודה לפקודה עצמה. אומנם, חוקים שנוצרים על ידי מוסד מחוקק/ ריבון לרוב נחשוב עליהם כעל כאלה שאין להם ממד פרסונלי. לחוקים יש חיוניות, ויהיה להם מעמד גם אם הגורם שחוקק אותם עבר מן העולם. פירושו של דבר – כשמתחלף ריבון לא מתחלפת מערכת משפט. **במובן הזה מערכת המשפט לא תלויה בפרסונליות של הריבון**.
5. **הסברו של אוסטין** - טענתו היא שפקודה מקורה בנותן פקודה. הוא יצטרך להגיד שכל אימת שקמה כנסת חדשה היא באופן מובלע מחוקקת מחדש את כל החוקים של הכנסת הקודמת. אבל זה נשמע משונה, שהרי אנו יודעים שכל פעם שכנסת מתחלפת החוקים ממשיכים להתקיים.

**נגמרו 5 הביקורות של הרט על אוסטין**

**התיאוריה של הרט**

* **נקודת המוצא של הרט** – כללים משפטיים הם לא פקודות ולא משפט טבעי, אלא הם סוג מסוים של כלל חברתי (הם תת קבוצה של כללים חברתיים).

1. **כלל חברתי** – כלל שנתפס כמחייב בקרב בני החברה, הוא דפוס התנהגות שרווח בחברה באופן כללי, והוא קבוע או שהוא חוזר על עצמו בשל התמלאות תנאים/ בשל זמנים מסוימים. דפוס התנהגות יכול להיות הימנעות או פעולת עשה. לפי הרט, דפוס ההתנהגות הזה הוא לא דפוס שאנשים עושים סתם, אלא **שיש לו הצדקה**, ובכך הוא זוכה לציות פנימי. אנשים עושים אותו כי הם חושבים שהוא נכון ושראוי לעשות אותו. בני החברה מבקרים את מי שסוטה ממנו. ההצדקה בהקשר הזה אינה הצדקה אידיאלית - זה לא שכל מי שמסתכל על זה מצדיק את זה, אלא שזה מוצדק אצל אותם בני חברה וזו בד"כ אותה סוג של הצדקה. אנו לא מדברים על הצדקה של מוסר אידיאלי, **אלא שכנוע פנימי של אותה חברה**. **למשל – עמידה בצפירה ביום הזיכרון**. על כללים חברתיים אפשר להסתכל מנקודת מבט חיצונית, ככה תייר מתבונן על כללים חברתיים של חברה זרה. לעומתו, בני אותה חברה מסתכלים עליהם מנקודת מבט פנימית. זה מתקשר למושג הציות הפנימי – אדם מאמץ דפוס התנהגות כשהוא חושב שזה ראוי ומוצדק. לא בהכרח שכל בני החברה מצייתים לאותו ציות, יש אנשים **למשל שישמרו שבת** בגלל לחצים חברתיים ולא בגלל השכנוע הפנימי שיש ליתר בעלי החברה. אם כל בני החברה עושים זאת בגלל לחץ חברתי, הנורמה הזו תיעלם ולא תהיה קיימת. כדי שהנורמה תמשיך להתקיים כנורמה חברתית נדרשת מסה קריטית מבני החברה שחושבים שהיא מוצדקת, ישנם דפוסי התנהגות מחייבים שאינם מחייבים (**כמו אדם שמכין לעצמו קפה כל בוקר**).
2. **כלל משפטי** – כללים משפטיים הם כללים חברתיים, כי הם נתפסים כמוצדקים ולכן הם מחייבים על ידי בני החברה. **כלל משפטי הוא קודם כל בראש ובראשונה כלל חברתי**, כלומר הוא דפוס התנהגות/ הימנעות שבני החברה חושבים שהוא מחייב, הוא נתפס כנורמטיבי. **זה לא שכל הכללים החברתיים הם משפטיים, אלא שכמעט כל הכללים המשפטיים הם חברתיים**. מערכת המשפט מושתת על כך שהכללים שמכוננים אותה נתפסים כמחייבים באותה חברה. הם מחייבים כסוג של עובדה חברתית.
3. **מה גורם לכללים להיות משפטיים**? - קיומו של כלל חברתי מרכזי ומשמעותי ביותר בחברה בה הוא קיים, שבה בני החברה מסכימים על מוסד (הכנסת) שהוא מוסמך ליצור את הכללים המשפטיים, והכללים המשפטיים שהוא יוצר נתפסים כמחייבים, **והם לא סתם מחייבים, אלא מחייבים באופן שהם גם משפטיים**. הכלל הזה מאפשר: (1) ליצור את המערכת המשפטית. (2) מאפשר תשתית נורמטיבית למערכת המשפטית.

* **הקשר בין כלל חברתי למשפטי** – כללים משפטיים הם תת קבוצה של כללים חברתיים. הרט אומר שלכל חברה יש דרך לזהות את הכללים המשפטיים ולהבחין בינם לבין הכללים החברתיים. כלומר, לזהות את הכללים החברתיים שהם משפטיים. זיהוי זה נעשה על ידי כלל מסוים, שהוא בעצמו אחד מהכלליים החברתיים – כלל הזיהוי - בתוך מערכת הכללים החברתיים יש **כלל אחד שעניינו הוא הזיהוי של הכללים המשפטיים בתוך הכללים החברתיים והתיחום שלהם בתחום הזה**. הדרך בה כלל הזיהוי עובד היא לפי דרך הפעולה של אלה שמתעסקים כל הזמן בחוק, דומת פקידים ושופטים. אם נבחן את דרך הפעולה שלהם נבין הכי טוב מהו כלל הזיהוי. כלל הזיהוי הוא כלל חברתי, אבל הוא גם כלל משפטי. אולם, אי אפשר לייחס לו תוקף משפטי. כלל הזיהוי עצמו נתפס ככלל חברתי שהחברה מזהה אותו כתשתית מערכת המשפט. במונחים של התאוריה של הרט כתאוריה פוזיטיביסטית, האופן שבו אנו מייחסים את התכונה משפטיות זה באמצעות המונח תוקף משפטי.

1. **כלל הזיהוי בישראל** – חוקי הכנסת ופסיקת בית המשפט העליון. **כלל הזיהוי בישראל מזהה את הכנסת כמוסד שתפקידו ליצור כללים משפטיים**, כלומר, ליצור כללים חברתיים שיש להם תוקף משפטי. בעצם יש כלל חברתי בחברה הישראלית שמכיר בסמכות מוסד שנקרא הכנסת, לחוקק חוקים, היינו ליצור נורמות שהתוקף שלהן הוא תוקף משפטי, שאנו מתנהגים איתן כנורמות משפטיות. חוק יסוד הכנסת קובע כי הכנסת היא בית הנבחרים ואנו מניחים שהיות שכך היא גם המוסד המחוקק. למרות שזה לא נאמר בצורה מפורשת. חשוב לציין! חוק יסוד הכנסת הוא לא זה שהעניק לכנסת את מעמדה, אלא בית הנבחרים באופן מעשי – למה? כי יש הסכמה כללית חברתית המושרשת בחברה שהמוסד שנקרא בית הנבחרים, סמכותו לחוקק. הסיבה שאנו עדיין זקוקים לחוק יסוד הכנסת היא ביטוי טקסי – הכנסת באמצעות חוקיה רוצה לייצר הצהרה מנוסחת היטב, ולהגדיר את היקף סמכויותיה וטיב פעולותיה. בשורה התחתונה – מעמדה של הכנסת הוא סוג של הסכמה חברתית שעניינו הוא כלל הזיהוי, וזה מה שהרט מדגיש – הסכמה חברתית כתשתית.
2. **הסוגים של כללי הזיהוי**:
3. כלל זיהוי פשוט – זיהוי של ספר/ טקסט מסוים/ מוסד אחד.
4. כלל זיהוי מורכב – למשל בחברה האמריקאית, זה מתחיל בחוקה שהיא מסמך יסוד, שהחברה האמריקאית מאוחדת סביבו, יש אמון עמוק במסמך הזה. אבל יש גם את הקונגרס, את הסנאט, את מוסד הנשיאות, ואת מוסד ביהמ"ש העליון, כל אחד מהמוסדות האלה של החברה האמריקאית הוא חלק מכלל הזיהוי של החברה האמריקאית. היא הצליחה ליצור כלל זיהוי מאוד מורכב שנובע מהסכמה כלל חברתית בארה"ב.
5. **איך נזהה כלל בעל תוקף משפטי**? – לא נתייחס לתוכן שלו, אלא רק **למקורות הסמכות שלו**. יש תוקף משפטי לכללים שנוצרו על ידי מוסדות שבעלי סמכות ליצור כללים משפטיים.
6. **איך נדע שהכלל הוא כלל משפטי**? נקודת המוצא היא שהתוכן של הכלל לא יעלה ולא יוריד ביחס לשאלה אם יש לכללים תוקף משפטי. המבחן הוא שאם הגורם שיצר אותו הוא בעל סמכות (פקיד/ הכנסת), אז הכלל יהיה בעל תוקף משפטי. כלומר, התוקף המשפטי הוא מכוח הפעולה של הכנסת שיצרה אותם, או מישהו מטעמה.

* **סיכום ביניים**: כלל הזיהוי מזהה מהו כלל משפטי בחברה מסוימת. הדבר נעשה באמצעות זיהוי מקורות התוקף באותה מערכת משפטית. כלל הזיהוי הינו עובדה חברתית, שלא ניתן להוכיחה באמצעים פנימיים של המשפט, הוא כלל חברתי שלא קיים מכוחו של כלל אחר המסמיך את יצירתו או מזהה אותו כתקף. איך בודקים?

1. במידה והכלל מזוהה על ידי כלל הזיהוי – מדובר בכלל משפטי תקף
2. במידה והכלל אינו מזוהה על ידי כלל הזיהוי – אין לו תוקף משפטי.

* יש להרט משל – המטר בפריז.
* **כללים מסדר ראשון וסדר שני** – כלל הזיהוי הוא כלל מסדר שני. ראשית נעשה הבחנה בין סדר ראשון לשני:

1. **כללים מסדר ראשון** – כללים כלפי התנהגות, הכוונת התנהגות, אומרים לך מה לא לעשות.
2. **כללים מסדר שני** – כללים ביחס לכללים מסדר ראשון, הם מסבירים לך איך לפעול עם כללים. כשיש שני כללים מסדר ראשון שסותרים אחד את השני – איך עליי להתנהג? כלל נוסף שאומר שכשיש סתירה בין שני כללים תפעל לפי הכלל שנחקק מאוחר יותר. החוק הקובע הוא הכלל שנקבע מאוחר. יכול להיות גם כלל מסדר שלישי על מה קורה במצב בו יש שני כללים מסדר שני שסותרים אחד את השני. סוגים של כללים מסדר שני:
3. **כלל הזיהוי** – הרט קובע שהוא כלל מסדר שני, כלל ביחס לכללים. זהו כלל חברתי באמצעותו נזהה כללים ככללים משפטיים.
4. **כללי שינוי** – כללים שקובעים איך יוצרים כללים חדשים או איך משנים או מבטלים כללים קיימים.
5. **כללי שפיטה** – כללים לגבי יישום הכללים בהליכים המשפטיים (דוגמת כללי פרשנות). איך מפרשים כללים, איך מיישמים כללים. אלה הכללים שנוגעים לבית המשפט ואומרים לו איך לפעול במצב שיש סתירה בין שני חוקים, הם חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט.

* **הטענה המרכזית של הרט** - המשפט הוא איחוד של כללים מסדר ראשון וסדר שני. זה מהותו של המשפט. במערכות נורמטיביות פשוטות, טרום משפטיות שיש בהן מוסר נוהג, ישנם רק כללים מסדר ראשון, למשל 'המוסר הנוהג', שזוהי מערכת גדושה של נורמות שאנשים פועלים לפיה – איך לנהוג וממה להימנע. **איך פועלת מערכת נורמטיבית משפטית? כלל הזיהוי --> כלל שינוי --> כללי שפיטה.** מה הבעיה במערכת נורמטיבית שיש בה רק כללים מסדר ראשון?

1. קשה להחליט מהם הכללים החברתיים הקיימים – בהיעדר כללים מסדר שני יהיה קשה לקבוע האם הכללים מסדר ראשון הם כללים או לא, מאחר ויש הרבה כללים עמומים. אין לנו את הכלי שמאפשר ידיעה וודאית ובהירה מהם הכללים הנמצאים מחוץ למערכת ובתוך המערכת. **כלל מסדר שני מעניק יציבות, צפיות וודאות בכך שמקנה יכולת לזהות את הכללים מהסדר הראשון (כלל הזיהוי), ולהגדיר אותם באופן יחסי היטב.**
2. היכולת של המערכת להתאים את עצמה למצבים חדשים – ביטול/שינוי חוקים באופן שיתאימו לנסיבות חדשות לא אפשרי כשיש רק כללים מסדר ראשון. כלל מסדר שני מעניק גמישות בכך שמקנה יכולת לשנות את החוקים.
3. יישום והפעלה של הכללים ע״י בתי המשפט והפקידות - **כלל מסדר שני מעניק יעילות וודאות בכך שמקנה את היכולת להחיל את הכללים ביעילות כדי ליישב סכסוכים (כלל שפיטה).**

* **הרט על תאוריית הפקודה של אוסטין –**

1. בנוגע לכללים וטעמים - רוב הקשיים נוגעים לטענה הבסיסית של אוסטין, שהוא לא נותן דין וחשבון מספק לנורמטיביות של מערכת המשפט**,** לעובדה שאנשים מקבלים את מערכת המשפט כמערכת מחייבת. הכללים נועדו ליצור סדר חברתי ולהעניק לנו כוחות כדי להעניק לנו כלים חיוניים לממש את תכליותינו. המימוש יתאפשר על ידי הכוחות שמערכת המשפט מייצרת ומעניקה לכל אזרח ואזרח. אלה כוחות שהם לא פונקציה של סנקציה אלא של **הסכמה חברתית רחבה שבאמצעות הכוחות האלה אנו יוצרים לעצמנו זכויות תמורת חובות**. אלה כוחות חיוניים כדי שנוכל לתכנן את חיינו. זוהי תשובתו המרכזית של הרט לאוסטין – הבסיס הנורמטיבי של מערכת המשפט הוא המשפט כמערכת של כללים חברתיים. לפי התפיסה של הרט קל להסביר את ההבדל בין נורמות מטילות חובה לנורמות מעניקות כוחות ונורמות מעניקות זכויות. כשחושבים על הנורמטיביות של מערכת המשפט, מבינים שהיא לא רק בהטלת חובות, אלא גם ביכולת של המשפט להעניק כוחות משפטיים. כוחות אלה יקבלו הכרה על ידי בני החברה בכללותם. היכולת של מערכת המשפט להעניק לנו כפרטים כוחות, היא פונקציה של ההכרה של החברה בכוח שהנורמות האלה נותנות לה ליצור את אותן נורמות.
2. ההבדל בין החלפת ריבון להחלפת מערכת המשפט - מה שמתרחש כשמתחלפת מערכת משפט זה לא התחלפות ריבון, אלא שבא אל סופה כלל זיהוי מסוים, הוא נעלם ומתאיין. אם לא נוצר כלל זיהוי חדש, אז באותה מערכת אין מערכת משפט (ייתכן שיש מערכת נורמטיבית של מוסר נוהג). אולם, אם באותה מערכת נוצר כלל זיהוי חדש שהחליף את כלל הזיהוי הקודם אז נוצרה מערכת משפט חדשה. מערכת המשפט נעוצה בכלל הזיהוי.

* **לסיכום - אם כלל הזיהוי נשמר, הרי שמערכת המשפט נשמרת. אם כלל הזיהוי הקיים מתפוגג, ומתגבש אחד חדש, הרי שמתחלפת מערכת משפט. זה בלתי תלוי בתוכן הנורמטיבי של מערכת המשפט.**

**ג. נון - פוזיטיביזם**

**פולר, דוורקין, רז**

**פולר – משפט טבע פרוצדורלי**

* **שני חיבורים בנושא** –

1. **'Positivism and fidelity to law'** – מאמר בו מוצג הוויכוח שניהל עם הרט באשר לפוזיטיביזם. פולר החזיק בתפיסה נון פוזיטיביסטית, הוא נתן הרצאה נגדית וביקורתית להרצאה שנתן הרט על תפיסתו הפוזיטיביסטית. ההרצאה הזו יצאה לבסוף למאמר. נושא זה הינו מרכזי בכתיבה התורת משפטית.
2. **the morality of law''** – ספר שהוציא לאור פולר.

* **בסיס הגישה** – ביקורת על הפוזיטיביזם, והצעה נגדית לפיה תהיה תפיסה שחוזרת לעקרונות יסוד של המשפט הטבעי, שמדגישה את המימד המוסרי, התבוני, שיש בכל מערכת משפט. לדעת פולר אי אפשר באמת לנתק בין המשפט למוסר.
* **נקודת המוצא** – מהותו של החוק היא להכפיף את הפעולות של בני אדם לשלטונם של חוקים. הרעיון של שלטון החוק הוא שאתה רוצה לכוון התנהגות באמצעות חוקים ולא באמצעות פקודות או אפילו מוסר. פולר אומר שכשאנו חושבים על מהות של שלטון החוק אנחנו מבינים שיצירה של מערכת משפט קשורה בפעילות רציונלית, והוא גם מכיל מימד מוסרי.
* **הביקורת על הפוזיטיביסטים** - לפי פולר, לא נתנו דין וחשבון לספק את ההיבט המהותי הזה של מערכות משפט, כי הם מסתכלים על מערכות שכבר קיימות, הם לא שואלים את עצמם איך מכוננים מערכת משפט. אם אתה חושב על כינון מערכת משפט אי אפשר לא לחשוב על העקרונות היסודיים של שלטון החוק שמהותו לכוון התנהגות. מערכת משפט שמתיימרת להיות מערכת משפט אבל לא מצליחה לכוון התנהגות, זה כי היא לא נענית לעקרונות של שלטון החוק שבאמצעותם מכוונים התנהגות. היא יכולה לכנות עצמה מערכת משפט אבל היא לא תהיה כזו באמת. בשבילו, **אם מהותה של מערכת משפט היא לכוון התנהגות, ואתה יוצר מערכת משפט שלא עושה זאת אתה לא יוצר מערכת משפט**. אבל אם אתה יוצר מערכת כזו שנענית לעקרונות שלטון החוק ומצליחה להכווין התנהגות הוא יראה שבממדים האלה של שלטון החוק יש רכיב חשוב, מהותי ומרכזי **שהוא רכיב מוסרי**.
* **הקריטריונים החיוניים להכוונת התנהגות של פולר** –

1. פרסום – אם לא מפרסמים חוק אדם לא יכול לכוון התנהגות.
2. חוק פרוספקטיבי (צופה פני עתיד) – אי אפשר לכוון התנהגות שהייתה בעבר.
3. חוקים כלליים – אי אפשר לכוון התנהגות רק באמצעות פקודות ספציפיות לכל אחד בכל רגע.
4. חוקים בהירים ולא עמומים – יש מספר מועט של כללים עמומים דוגמת תום לב/ תקנת הציבור, והמחוקק עושה זאת בכוונה כי הוא מצפה מבית המשפט שימלא אותם בתוכן.
5. חוקים לא סותרים - אי אפשר ליצור חוק שנסתר על ידי חוק אחר. כמובן שבמערכות משפט שעמוסות וגדושות בחוקים, קשה מאוד ליצור מערכות שיש בהן המון חוקים שלא יהיו בהם סתירות. לכן, מנסים ליצור כללים שבאמצעותם יהיה אפשר לפתור את הסתירות – חוק כללי, ספציפי, וכן הלאה. לא בטוח שנצליח לפתור את כל הבעיות שקיימות במערכות משפט. כמובן שכדי לכוון התנהגות, צריך כמות מינימלית של סתירות ושיהיו דרכים ברורות ובהירות לפתור סתירות.
6. חוקים שניתן לקיים – אם נרצה לכוון התנהגות חייב שיהיה אפשרי לקיים את החוקים.
7. יציבות החוק (חשוב מאוד) - כל אימת שמשנים את החוק**,** יש חשש שזה חותר תחת המערכת ומשבש אותה, עד כדי כך שהיו הוגים רבים, כולל **הרמב"ם** שחשבו שכל אימת שמשנים את החוק זה יוצר בקרב הציבור תחושה שהחוק לא מחייב. לכן, מחוקקים יעדיפו לשמור על יציבות אפילו במצבים שבהם הם מגיעים למסקנה שהחוק לא כל כך טוב, כי לפעמים המחיר שמשלמים על עצם השינוי הוא כזה שלא מרוויחים הרבה בשל השינוי. צריך כל הזמן לשקול את המחיר לעומת הרווח. צריך להיות מודע למחיר שאתה משלם כשאתה משנה חוקים, המחיר משתנה מחברה לחברה.
8. התאמה בין החוק שנחקק לחוק שנאכף (התאמה בין רשויות) - כדי לתאם את כל המערכות האלה כך שיעבדו לפי אותם חוקים זה לא עניין פשוט בכלל. אם אין תיאום, ובתי משפט מפעילים חוקים שונים משל הכנסת כמובן שזו פגיעה עצומה בשלטון החוק, משום שכדי שהחוק יפעל כמו שצריך צריך שכולם יפעלו לפי אותם כללים כפי שהם נתפסים בעיני הציבור.

* **תוכן הקריטריונים –** פולר מודע שכל הקריטריונים פורמליים. במובן של תוכן מוסרי, יש להם תוכן מוסרי מינימלי. הם קשורים לחוק ככלי – כדי שהחוק יתפקד ככלי באופן יעיל, צריך שמי שמתפעל אותו יפעיל אותו מתוך היענות גדולה לקריטריונים. **פולר מכנה את הדרישות האלו ״המוסר הפנימי של החוק״.** הן לא נוגעות לתוכן, ובכל אחת מהן יש מימד מוסרי מסוים, וזאת להבדיל מהתוכן המוסרי של החוקים כשלעצמם, שאינו פנימי לחוק – כשאנחנו מחוקקים חוק זה באמצעות תוכן מוסרי, למשל ״לא תרצח״ קשור לרצון לשמר חיים/ קדושת החיים. בעיני פולר לכל הקריטריונים יש מימד מוסרי, ומאחר והם ממהות שלטון החוק, הוא מכנה אותם המוסר הפנימי של החוק.
* **האם יש קשר בין המוסר הפנימי של החוק לתוכנם המוסרי של החוקים? –**

1. **לטענת פולר** – יש קשר בין המוסר הפנימי של חוק לבין היותו של החוק בעל תוכן מוסרי.פולר מודע לכך **שעקרונות שלטון החוק לא מבטיחים כי כל החוקים יהיו טובים, אבל יש קשר בין המוסר הפנימי של החוק לבין תוכן החוקים**. מדינה או משטר שישמר את ערך שלטון החוק ישמר ככה את המוסר הפנימי של החוק, ושמירה על המוסר הפנימי תקדם גם את התוכן של החוק עצמו.
2. **הרט + רז** – דוחים את טענתו של פולר. לדעתם שמירה על שלטון החוק איננה ערובה לחוקים טובים, יש לו מימד מוסרי אבל הוא צר ורזה מאוד – אפשר להפלות, ליצור אי צדק והכל במסגרת נאמנות גמורה לשלטון החוק. לאור זאת, מושגית ואנליטית זה קשר רופף מאוד כי קל לדמיין משטרים שיעשו הרבה מאוד רע באמצעות הכלי הזה שנקרא חוק, גם אם אתה מקפיד על שלון החוק (דוגמת המשטר הנאצי). לטענת רז והרט, **שלטון החוק מונע רק את הפגיעה של** **החוק כחוק** בבני אדם; כשאתה יוצר חוקים רעים, אתה לא פוגע באמצעות מוסד החוק. אם אתה כל פעם משנה את החוק ולא שומר על עקרונות שלטון החוק, אתה פוגע באנשים באמצעות מוסד החוק.

* פולר בתגובה – אם נבדוק מה התרחש בגרמניה הנאצית, נראה שהמשטר זלזל בעקרונות שלטון החוק. הם הפעילו חוקים סודיים, שינו חוקים לפי מה שהתאים להם, אי המוסריות של מערכת המשפט הנאצית הייתה לא רק בתוכן החוקים, אלא בהפרה שלהם של העקרונות הבסיסיים, והכל כדי לשרת את המשטר.

1. **הצו הקטגורי של קנט** – ״עשה מעשיך כך שתוכל לרצות שהוא יהיה לחוק כללי״ (זה נוסח קודם במאמר של הלל הזקן המופיע בתלמוד). זה כלל פורמלי, לא אומרים לך מה שנוא, אלא אם אתה רוצה לדעת מה חובתך תשאל את עצמך האם תרצה שיעשו את זה לך. טענתו של הלל היא שכשאתה חושב האם יעשו את זה לך, העניין הוא אם אתה רוצה שזה יהפוך להיות כלל. אם חוק מסוים יהפוך להיות חוק כללי, הוא שומר על גוון מוסרי ומעיד על התוכן המוסרי בו.
2. **הקשר האמפירי – היסטורי בין משטרים** – מערכות משפט שפועלות במסגרת המגבלות של שלטון החוק הן יותר מוסריות. משטרים טוטליטריים שהמוסר לא עומד לנגד עיניהם בדרך כלל גם לא יכבדו את שלטון החוק. משטרים שיצרו חוקים בלתי מוסריים לא פעלו לפי עקרונות שלטון החוק, כי ראו בהם מגבלה להשגת מטרותיהם, והרי שיקולים מוסריים לא הנחו אותם. אם משטר, בדרך כלל באופן מעשי היסטורי, מקבל על עצמו עקרונות של שלטון החוק, אז הוא מקבל על עצמו את הערכים הבסיסיים ביותר.

* מכאן פולר מסיק משפט טבעי פרוצדורלי – אם אכן יש קשר בין הערך של שלטון החוק ועקרונותיו לבין תוכן החוקים, זה בעצם דחייה של התפיסה הפוזיטיביסטית שמוכנה לדגול בשלטון החוק אבל אומרת שאין בו כדי להצביע על קשר מהותי בין החוק לבין המוסר. פולר מנסה להראות שטענת ההפרדה בין מוסר לבין משפט מופרכת על ידי שלטון החוק, שמצביע על חיבורים יסודיים והכרחיים בין מוסר לבין משפט.

**האם הפוזיטיביזם הוא תורת משפט לא מוסרית? – בין הרט לפולר**

* **הפוזיטיביזם** (הרט ורז) – קיימת הפרדה בין משפט למוסר. הכוונה היא לא שהמשפט לא מוסרי, אלא הקריטריון לתוקף מבחינה משפטית, לא קשור לשיקולים מוסריים. מה שתקף משפטית קשור רק לעניינים שבעובדה. לפי הפוזיטיביסטים יש לעשות הפרדה בין 2 שאלות:

1. האם זה חוק לפי קריטריונים פוזיטיביים (תקפות משפטית)
2. האם חוק זה עומד בדרישות המוסר? – שאלה זו תכריע האם נציית לחוק או לא. כלומר, יש לזהות את החוק בבירור ורק אז לבקר אותו.

* **נון פוזיטיביזם** (פולר) – גורס שיש קשר ביניהם. כשאנחנו באים לבחון מהו החוק זה לא נגמר שם, יש גם שיקולים בעלי אופי ערכי מוסרי שגם הם נלקחים בחשבון כששואלים מהו החוק.
* **בסיכום הגישות** - מה שמאפיין את העמדה הנון פוזיטיביסטית מהסוג של פולר היא שהואיל וזה כלל/ חוק לא מוסרי, לא נקרא לזה חוק. לכן, אם זה לא חוק, לא אמורים לציית לו. הפוזיטיביסטים יגידו שזה לא נכון – זה חוק כי הוא עונה על קריטריונים. אבל, כחלק מהחינוך המשפטי של האזרחים והמשפטנים, עכשיו יש לבחון האם החוק עומד בדרישות המוסר.

1. **טענת פולר** – ההפרדה בין מוסר למשפט (ההפרדה בין שיקולים מוסריים לבין הקביעה מהו החוק) שהיא אחד מעקרונות היסוד של החשיבה הפוזיטיביסטית, היא עמדה שיש בה פגיעה בחוק, מאחר והיא דוגלת בהפרדה, היא לא נותנת לחוק את הכבוד שראוי לו. חוקים במדינות הם סוג של הישג אנושי, דבר שאנחנו צריכים לשאוף אליו. ברגע שנוותר מראש על הקשר בין חוקים למוסר והחוקים יעמדו רק בדרישות פורמליות אנחנו חותרים תחת הנאמנות של בני האדם לחוק. בני אדם לא יהיו נאמנים לחוק אם בעיניהם החוק לא נושא מימד מוסרי. **הפוזיטיביזם הוא לא רק עמדה מוטעית מבחינה מושגית, אלא גם פסולה מבחינה מוסרית**. העובדה שיש מערכת כזו שמתפקדת ויוצרת סדר, זה הישג גדול. תורת המשפט צריכה לבטא את הדבר הזה, ורק תורת משפט שקושרת בין משפט למוסר אידיאלי יכולה לבטא את הערך של המשפט. **הפוזיטיביסט שמנתק בין מוסר למשפט, ושטוען שחוק לא מוסרי הוא חוק, חותר תחת הנאמנות לחוק**. כך, אתה משמיט את הקרקע תחת הנאמנות שבני אדם חייבים לחוק. הטענה של פולר נגד הפוזיטיביסטים היא שאותם הפוזיטיביסטים שעושים את ההפרדה בין מוסר למשפט, שלא מפעילים קריטריונים מוסריים ושמייחסים תוקף משפטי לחוקים לא מוסריים, **מעודדים ציות לחוקים בלתי מוסריים** – אם חוק בלתי מוסרי הוא לא חוק, אז אני לא מציית לחוק בלתי מוסרי. לטענת פולר, הפוזיטיביסטים עושים הפוך.
2. **עמדת הרט ורז** – העמדה בפוזיטיביסטית היא עמדה שיש לה יתרון מושגי וגם יתרון מוסרי, מאחר שדווקא הפוזיטיביזם שמתעקש על ההבחנה בין חוק מצוי לבין חוק ראוי, דווקא הוא מקדם את המוסריות של המשפט ביניהם. הרט אומר שכשאנחנו אומרים על חוק שהוא תקף אבל לא מוסרי ולכן אסור לציית לו, זו אמירה עדיפה על פני הטענה שהחוק לא מוסרי ולכן זה לא חוק. הנק' המרכזית של הרט היא שכל המאמץ של אוסטין ויתר הפוזיטיביסטיים הייתה ליצור תאוריה שתזהה באופן ברור ובהיר מהו החוק, בין השאר **כדי לאפשר את הרפורמות, השינויים, התיקונים והביקורת**. תנאי הכרחי לביקורת ולשינויים בחוק, שזו הייתה השאיפה המרכזית של בנת'האם אוסטין ויתר הפוזיטיביסטים הליברלים – הייתה שיש לזהות את החוק, למקד אותו בדיוק כפי שהוא ואז להציע שיפורים.

**ביקורת הפוזיטיביזם ושיקול דעת שיפוטי**

**רונלד דוורקין**

* **דוורקין מציג תורת משפט נון פוזיטיביסטית, והביקורת שלו היא המרכזית על גישתו של הרט, הוא התרכז ב3 עקרונות בסיסיים בפוזיטיביזם של הרט**:

1. יכולת הזיהוי של עקרונות - המשפט של חברה כלשהי הוא מערכת של כללים ספציפיים, המזוהים על ידי כלל אב, והוא קובע את תוקפם – לפי הרט, כלל אב הוא כלל הזיהוי. המבחן לתוקף המשפטי של כלל הוא שאלת המקור שלו/ הייחוס שלו ולא התוכן שלו. דוורקין טוען כי בניגוד לעמדת הפוזיטיביזם, שופטים בפועל משתמשים בעקרונות הנובעים מדרישות הצדק, ההגינות והשוויון ולא רק בכללים משפטיים.
2. הפוזיטיביזם מייחס לשופטים שק״ד חזק ובמקרים של לקונה השופט יוצר כלל משפטי חזק- לפי הפוזיטיביזם, הכללים המשפטיים התקפים הם אותם כללים שאנו מזהים אותם באמצעות הייחוס לכלל אב, ייתכנו לא מעט מצבים שבית המשפט יצטרך לפסוק במקרה שלפניו ולא יצליח למצוא כלל שרלוונטי לאותו מקרה, כלומר לקונות. מקרים רבים מתרחשים ודורשים הכרעה, בשעה שאין כלל רלוונטי לגביהם. אם בית המשפט צריך לפסוק בכל מקרה שבא לפניו, ייתכנו מצבים שבית המשפט יצטרך למלא את החלל שקיים במערכת בהיעדר כלל, וליצור כלל חדש. זו פונקציה של תיאור המערכת המשפטית כסדרה של כללים שמזוהים באמצעות כלל אב. הציפייה שהכללים האלה יכסו את כל הכללים בבית המשפט היא ציפיית שווא. לפי דוורקין, **המצאת הכלל היא שיקול דעת חזק לבית המשפט.** תיאור פעולת השופט בצורה שהוא מכריע לפי שיקול דעתו (פוזיטיביזם) מעלה כמה בעיות:
3. חקיקה רטרואקטיבית – אם אין תשובה בחוק, השופט קובע במקרה מסוים כלל שהופך להיות תקדים למקרה הבא, הוא בעצם יוצר כלל ומחיל אותי על מקרה שהיה לפני כן.
4. מנוגד לעקרונות הדמוקרטיה – אם השופט יוצר כללים שאחר כך יש להם אופי תקדימי זה עומד בסתירה לעקרונות הדמוקרטיה, כי מי שאמור לקבוע את הכללים הם נציגי הציבור.
5. הפוזיטיביזם לא מתאר באופן הולם את פעולתם של השופטים - אם נסתכל על האופן בו פועלים שופטים במקרים שהפוזיטיביסטים מכנים מקרים של לאקונה, בהם הם יוצרים כללים חדשים, נראה שהשופטים עצמם לא תופסים את זה ככה. הם לא מבינים את הפעולה שלהם כפעולה של יצירת כלל חדש, וממילא הם לא תופסים את פעולתם כהפעלה של שיקול דעת חזק. השופטים חושבים שהם מפעילים מערכת כללים ושיקולים שהם חלק בלתי נפרד מהמשפט, הם לא יוצרים חוק חדש.
6. הפוזיטיביזם מעוות את דרך קבלת ההחלטות במוסדות הכפופים למערכת של כללים- כשאנחנו מפעילים כללים זה לא באופן מכני זה תמיד עם מערכת של ערכים ותפיסות עולם שהם הבסיס להפעלת הכללים. אי אפשר לנתק תשתית שעומדת ביסוד הכללים מהאופן בו מפעילים אותם.
7. חובה משפטית לפי הפוזיטיבזם שונה מחובה מוסרית – מפרידים באופן ברור בין חובה משפטית שנתפסת כמחייבת בשל כך שהכלל תקף, לבין כך שהיותו של הכלל תקף לא הופכת אותה למחייב מוסרית. דוורקין מבקר את ההפרדה החריפה הזו בין תוקף משפטי לחובה מוסרית.

* **האלטרנטיבה של דוורקין – תורת שפיטה**:

1. מילים כלליות – דוורקין מנסה לשכלל תיאוריות של שפיטה, הוא מתמקד בצורה בה שופטים חושבים ופועלים. זה שונה מאשר תיאוריית המשפט של אוסטין וגם של הרט, שהמוקד שלהם לא היה להסתכל על איך שופטים מכריעים דין. הם לא מסתכלים על פעולת השופט אלא בעיקר על גורמים אחרים שמתפקדים בתוך המערכת. זה שונה מאוד להסתכל על מחוקק שמחוקק חוקים, לעומת הסתכלות על שופט שפוסק הכרעה. דוורקין מנסה באמצעות ההתבוננות הזו על מערכת המשפט להסיק מסקנות על טיב המערכת בכללותה.
2. חובה משפטית – הרט טוען שזה רק עובדה חברתית. אבל דוורקין טוען שחובות משפטיות מזוהות עם ערכים ועקרונות שהם מעבר לערכים שהם סוג של עובדות חברתיות. נקודת המוצא של דוורקין היא שהמשפט מכיל עקרונות, ולא עשוי רק ממערכת של כללים.
3. 2 פסקי דין כדוגמא – דוורקין אומר שאם לוקחים את 2 המקרים ורואים את האופן בו בתי המשפט התנהלו, הם לא חשבו שהם פוסקים במקרה של לאקונה. לשופטים היה ברור שיש עקרונות שהם חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט למרות שכלל הזיהוי לא מצביע עליהם.

* **כללים ועקרונות** (לפי דוורקין) – איך מתפקד כלל במשפט לעומת עיקרון?

1. כלל – כלל מכתיב תוצאה באופן שזה הכל או כלום, אם הכלל חל הוא מכתיב את התוצאה (דוגמת כללים במשחקי כדורגל).
2. עקרון – פועלים כמו טעמים, הם לא מכתיבים את התוצאה. עיקרון פועל באופן שהוא מושך לכיוון מסוים. כשאנו פועלים לפי עקרונות אנחנו שואפים לאזן ביניהם. קיימים 2 מובנים של עקרונות:
3. שיקולי מדיניות – של מחוקק או בתי משפט נוגעים לכך שהמטרה היא להשיג תוצאה ראויה, חברתית או כלכלית.
4. עיקרון – לא מדובר על תוצאה חברתית שרוצים להשיג, אלא מפעילים עיקרון מוסרי שלא בהכרח קשור לתוצאה.

* מערכות משפט לרוב לא אוהבות עקרונות, בשביל להשיג וודאות ויציבות הן אוהבת כללים. באיזונים של עקרונות יש ויכוחים, והם מזמינים עמימות וחוסר וודאות לכן המשפט יעדיף כללים.
* **האם עקרונות חלק מהמשפט**? –

1. לפי הפוזיטיביזם – מערכת המשפט מושתת על כללים/חוקים, ובתי המשפט פונים לעקרונות זה רק במצבי לקונה, שחייב לפנות אל עקרונות חוץ משפטיים, רק כשאין ברירה.
2. לפי דוורקין – כשבתי משפט עושים את זה הם נזקקים לעקרונות שהם בלתי נפרדים ממערכת בתי המשפט. **מה הבסיס לכך שעקרונות מחייבים לפי דוורקין**?
3. עקרונות כטעמי הכללים – חקיקות של מוסדות כמו הכנסת לא ינסחו עקרונות כי עקרונות באופן כללי לא מכוונים התנהגות ספציפית, אפשר לקבוע אותם כעקרונות מוסריים כלליים רק. חקיקה רגילה נמנעת בד"כ מניסוח של עקרונות, זה קורה אך ורק במצבים חריגים, כמו למשל ס' 12 לחוק החוזים, תו"ל- מושג כללי ומופשט וזה ס' די חריג בחוקים בכלל. החוקים בד"כ מנוסחים באופן מאוד ברור. לעומת זאת אם ניקח את שלל העקרונות והטעמים הכללים שקיימים בחוק הם לא מכווני התנהגות.
4. עקרונות מחייבים משום שהם נתפסים כמוצדקים – שופט יושב בתוך עמו ומזהה את העקרונות כעקרונות שנתפסים כמחייבים, כחלק בלתי נפרד ממערכת המשפט.
5. העקרונות יכולים להתקבל באופן ישיר על ידי בני החברה. בלי שעברו הליך של חקיקה. רוב המקרים בהם ביהמ״ש פוסק על פי העקרונות הוא רואה אותם כחלק בלתי נפרד מהנורמות הרווחות.
6. השיטה הפוליטית של מערכת המשפט (**נקודה מרכזית**) - עקרונות רבים ממערכת המשפט נגזרים מהשיטה הפוליטית שעליה מערכת המשפט הזו יושבת. אם מערכת המשפט הזו היא דמוקרטית ליברלית זה התשתית שעליה המערכת יושבת, אז גם אם יש מערכת של עקרונות שלא נוסחה באופן שהוא עבר מוסד מחוקק ומזוהה על ידי כלל הזיהוי, ברור שאם מדובר במערכת דמוקרטית ליברלית המערכת הזו לא יכולה שלא להכיר בעקרונות יסוד כאלה שחולשים על מערכת המשפט. זה יכול להשתנות אם אתה משנה מהיסוד את המערכת הפוליטית המשפטית הזו. אבל דוורקין אומר אתה לא יכול לנתק את מערכת המשפט ואת העקרונות שהם חלק בלתי נפרד ממנה מהתשתית הפוליטית שמערכת המשפט נוצרה במסגרתה.

* **שיקול דעת חזק** – כדי להבין את הפעולה של השופטים אנחנו צריכים להבין למה מתכוונים במונח שיקול דעת. כשפקיד מפעיל חוק באופן מכני, אנחנו לא אומרים שהוא הפעיל שיקול דעת הוא פשוט החיל את החוק החלה מכנית. החלה מכנית היא לא מצב שאנו מייחסים למחיל שיקול דעת.

1. מתי נדבר על שיקול דעת? – במקרים שמפעילים סמכות בהתאם לכללים/ סטנדרטים שנקבעו על ידי סמכות שמעליו.
2. כשמדברים על שיקול דעת **חלש** יש לכך 2 מובנים:
3. כשיש סטנדרטים – אם נאמר לך לבחור 5 חיילים חזקים מבין סך הכל החיילים, יש שיקול דעת אבל מצומצם. כלומר יש כללים לפיהם אתה צריך להחליט.
4. כשההחלטה של בעל סמכות היא סופית - לפעמים בשפה אנו מייחסים שיקול דעת במובן חלש גם במצב שבו אתה מקבל החלטה שאין אחריה ערעור גם אם היא מכנית. למשל, כשאני אומר שלשופט בכדורגל יש שיקול דעת אני מתכוון לומר שההחלטה שלו היא סופית. נניח שיש פנדל, אי אפשר לשנות את זה שיש פנדל. אין אחרי ההחלטה הזו דבר שיכול לבטל אותו.
5. כשמדברים על שיקול דעת **חזק** זה במצב שאין סטנדרטים בכלל – כשמייחסים לאדם שיקול דעת חזק זה לא מצב של רשות, כי רשות זה אומר שהוא יכול לעשות מה שבא לו, ולא אמורים להפעיל שום מחשבה. כשאנחנו מדברים על שיקול דעת במובן חזק אתה תמיד צריך לעמוד באיזשהם סטנדרטים- שיקולי הגינות, יעילות, רציונליות, היגיון. דברים אמורפיים שמכוונים אותך. **זה לא שברגע שאתה מפעיל שיקול דעת במובן חזק אתה יכול לעשות ככל העולה על רוחך, כי אז זה לא שיקול דעת.**
6. למה ההבחנה חשובה? – קשור **להבדל בין הפוזיטיביזם לנון פוזיטיביזם**:
7. כשפוזיטיביסט טוען שיש לשופט שיקול דעת חזק זה לא כי הוא פועל לפי עקרונות משפטיים שהם חלק ממערכת המשפט, זה כי הוא אמור להפעיל שיקולי שקשורים להגינות, רציונליות, ליעילות ולא להחליט מה שבא לו. שופט שאמור להכריע במקרה שאין חוק לוקח בחשבון מערך שלם של שיקולים שקשורים לרציונליות, ליעילות, שיקולי צדק כלליים, אבל עדיין השיקולים האלה מאוד כלליים שמייחסים לו שיקול דעת במובן החוק.

* **לפי דוורקין לשופט אף פעם אין שיקול דעת במובן חזק אלא חלש** - תמיד יש עקרונות משפטיים שחלים על המקרה וצריך לזהות אותם, להחיל אותם ואם יש כמה שיקולים מנוגדים לאזן ביניהם. על כל מקרה ומקרה שהשופט לא מזהה כלל ספציפי שחל עליו הוא תמיד יזהה עקרונות שינחו אותו כיצד להחליט. לאור זאת דוורקין אומר שפסיקה של שופטים היא לא רטרואקטיבית, כי העקרונות האלה כל הזמן קיימים במערכת, הוא לא יוצר כלל חדש אלא נוטל משהו שהיה שם.
* **מנהג** –

1. אחת הביקורות של הרט על אוסטין הייתה שאוסטין לא נותן דין וחשבון על המנהג כמקור לנורמות משפטיות.
2. דוורקין אומר להרט – מנהגים שיש להם מעמד משפטי, שנתפסים כמחייבים מבחינה משפטית יכולים לצמוח מלטה ושהחברה תכיר בהם כמנהגים המחייבים מבחינה משפטית, אומנם, אם נורמות אכן יכולות לצמוח זה חותר תחת הרעיון שיש כלל אב/כלל זיהוי שהוא המקור לנורמות משפטיות והוא זה שמזהה את הנורמות המשפטיות מכלל הנורמות החברתיות. למנהגים לא נדרש כלל הזיהוי, כי אם הם מוכרים על ידי החברה במישרין ללא צורך בכלל הזיהוי אז ההכרה בכך שהחברה מכירה במנהגים שיש להם מעמד משפטי חותרת תחת הרעיון שכלל הזיהוי הוא כלל אב שמעניק תקפות לכל שאר הכללים המשפטיים. לפי דוורקין עקרונות דומים למנהגים שיש להם מעמד משפטי מתוך כך שהם צומחים בהקשר חברתי והם לאו דווקא נחקקים על ידי הכנסת. מוסדות מחוקקים כמעט לא יחוקקו עקרונות, אלא כללים – כי מטרתם היא לכוון התנהגות. עקרונות הם כמו מנהגים, הם לא נזקקים לכלל הזיהוי.
3. **הריאליזם המשפטי והגישה הביקורתית למשפט (CLS)**

**הריס וקייריס**

היריס וקייריס – ריאליזם + CLS

**Legal realism and critical legal studies - הריס**

* **מבוא** – לאורך השנים התפתחו זלזול וציניות כלפי אלו העוסקים בעריכת דין. טענתם הייתה שמתחת לרטוריקה, שופטים עושים מה שהם רוצים, ושהשפה המשפטית היא שפה בומבסטית שנועדה לרמות ולרושש את האזרח הממוצע. באותה מאה קמו שתי תנועות שנתנו הד לתפיסות האלו – ״הריאליזם״. הריאליזם נבדל מגישתו של אפלטון שטען כי דברים יומיומיים הם אינם דבר מאשר העתקים בלתי מושלמים של צורות אמיתיות (אידיאליות) שהן נעלות מחושינו. הריאליזם המשפטי טען שהחוק כמו שהוא נתפס, וכפי שמשתמשים בו משפטנים, אינו ״ריאלי״ ושיש דברים מאחורי החוק.
* בשנות ה20 וה30 של המאה ה20, החלה ההתקפה ״הריאליסטית״ על הקונבנציה המשפטית.
* **מושגים**:
* תנועת הריאליזם – התרחשה בעיקר בארה״ב, סקנדינביה.
* תנועת הגישה הביקורתית למשפט (SLS) – ב20 שנים האחרונות ישנה תנועה המשלבת בין הריאליזם האמריקני לבין מתקפה שמאלנית על כל תחלואי התרבות המערבית המודרנית.
* **הריאליזם האמריקאי** – **הרעיון של הריאליזם האמריקאי הקיצוני הוא שה"חוק" איננו ישות בפני עצמה כחלק ממערכת המשפט, ואחת הדרכים לעגנו בעולם ה"ריאלי" היא להתאימו להתנהגות של נושאי משרה-פקידים מוסמכים.**
* השופט אוליבר וונדל הולמס – ההשראה לתנועת הריאליזם האמריקאית מיוחסת לו. אומנם הוא התייחס ברצינות ובאמון למערכת המשפט, בהיותו חלק חשוב מאוד ממנה, אבל אמירות שלו צוטטו פעמים רבים על ידי אלו שרצו לסתור את החשיבה המשפטית הרגילה – ״חיי החוק אינם הגיון אלא נסיון״. הולמס ביקר את התפיסה לפיה כל מקורות המשפט ניתנים להגנה באופן רציונלי וכל ניסיון להרחבת החוק נעשה באופן מנותק מהחלטות ביהמ״ש, החוק נוצר בתהליך היסטורי והמטרות האמיתיות אותן הוא משרת צריכות להיבדק מחדש באופן מתמשך. לעולם לא ניתן לטעון שהחוק הוא דבר אחד, אם הפרקטיקה של בתי המשפט טוענות שהוא משהו אחר.
* גריי – משפטן אמריקאי שהמשיך את תפיסתו של הולמס. הוא טען שהחוק מורכב מהחלטות בית המשפט וחוקים הם רק מקורות לחוק הזה.
* לוויון – ריאליסט. הזהיר קוראים מפני ״חוקי נייר״ (קריאת חוקים רק מספרי החוקים). לפי לוולין, החוק הוא החלטות של רשויות מוסמכות ביישוב סכסוכים. לדעתו המקורות הרלוונטיים הם החלטות של פרשנות משפטית ע״י רשויות מוסמכות, ומחקרים סוציולוגיים על ההשפעה של החלטות כאלו. חוקים לא ילמדו אותנו הרבה על החלטות כי הם יכולים להתפרש באופנים שונים ולהיבחר מתוך כלל החוקים באופן שלא ילמד אותנו דבר. בכתביו המאוחרים לוולין ריכך מעט את ביקורתו, וטען שבהיסטוריה של הCommon Law אנחנו יכולים להבחין לצד הסגנון הפורמלי (formal stile) שהוא תהליך קבלת ההחלטות דרך פרשנות חוקים, גם בסגנון לא פורמלי (grand stile). הכוונה היא למקצועיות בחוק שיכולה להקנות דרך התבוננות בהחלטות בפועל של בית משפט.
* השופט ג׳רום פרנק – הכותב שנחשב הקיצוני ביותר מקרב הריאליסטים האמריקאים, הוא טען שהוא לא ספקן רק בנוגע לחוקים, אלא גם בנוגע לעובדות עצמן. פרנק טוען שהחלטות ביהמ״ש מושפעות באופן ישיר מהעובדות המוצגות באולם ואלן יכולות להיות מעוותות לפי רצון המציג.
* תנועת הריאליזם – הצליחה לגרום להקצאת משאבים לחקר השפעות חיצוניות על קבלת החלטה ע״י רשות שלטונית כגון: לימוד הרקע האישי של השופטים, עבודתם בפועל של חבר מושבעים, חשיבותו של ייצוג משפטי זמין והמשמעות של פורמליזם בהליך המשפטי. בתקופתו של ג׳רום פרנק **התבססו 2 תפיסות יסוד של התנועה**:

1. חוקים מטבעם אינם יכולים לשלוט בהחלטות של ביהמ״ש ומושבעים אחרים.
2. תפקידו הראשון במעלה של החוק הוא יישוב סכסוכים – לדעת פרנק, הטענה שחוק הוא זה שפותר סכסוכים היא אשליה, האמת היא שישנם גורמים שונים שמובילים לתוצאה ללא כל קשר לחוק כגון כריזמה של עדים/דעות קדומות.

* תפיסת הריאליזם האמריקאי שממוקדת בביהמ״ש, צריכה להיות בהשוואה עם תפיסה נגדית לפיה החוק נועד לכוון התנהגות, ופתרון סכסוכים זה רק פעולה משנית שלו. אחרת כל מקרה שבו יישום החוק לא יעורר מחלוקת לא יענה לתפקידו הראשון של החוק. לאור זאת, אם אדם ספקן רק בנוגע ליישום חוקים ולא ספקן בנוגע לעובדות, הוא ייחשב ״ריאליסט״ רק בנוגע למקרים קשרים משפטית. בכל פעם שהחוק לא ברור, עלינו לנטוש את ההנמקה המשפטית ולפנות לחיזוי התנהגותו בפועל של ביהמ״ש, למניעים האישיים של השופטים, לדעות הקדומות שלהם וכו׳.
* הקשיים בריאליזם:

1. לפי הריאליזם עו״ד צריכים לחזור את ההחלטה השיפוטית לפי אופיים ודעותיהם האישיות של השופטים, אבל מה יעשו השופטים עצמם? הרי השופטים הם אלו שבסופו של דבר צריכים להחליט.

* פרנק היה מייעץ לשופטים שלפחות יהיו מודעים לכך שעליהם לחתור לצדק ספציפי במקרה שלפניהם ולא לאיזה צדק מוחלט לפי החוק.

1. אם מקבלים את טענות הריאליזם התוצאה תהיה ציניות כלפי החוק ופסימיות ביחס לרפורמות בחוק. למה לטרוח לבצע רפורמות בחוק כאשר החוק עצמו איננו משפיע על החלטות שיפוטיות? הרפורמה היחידה שרלוונטית בהקשר זה היא רפורמה פרסונלית בקרב השופטים.
2. בעיית זיהוי הרשויות המוסמכות לשפוט ולהחליט שהרי אלו ממונים בחוק.

* לזה יענו הריאליסטים שהם יזוהו בתהליכים פסיכולוגיים וחבריים כמו בעבר ולא ע״י חוק.
* **הריאליזם הסקנדינבי** – **זיהוי החוק עם התרחשויות פסיכולוגיות – התחושות בקרב בני האדם כתוצאה ממילים משפטיות.**
* אקסל הגרסטרום (פרופסור שבדי) – ממנו הריאליזם הסקנדינבי שואב את השראתו. הייתה לו בעיה עם התפיסה של חוק או מוסר, לפיה חוק או מוסר קיימים באופן ממשי. הוא טוען שכל החלטה שיפוטית היא רגשית, היא מביעה את רגשותינו בנוגע לטוב ורע. אקסל חקר את ההשפעה שהייתה למילים של חוק כמו ״זכות״ או ״חובה״ על חברות פרימיטיביות וגילה שאותם אנשים התייחסו למילים האלו כאל ישות קסומה. לאורך הזמן, אנשים כבר לא האמינו שיש מהות קסומה מאחורי המילים האלו, אבל פסיכולוגית המשיכו להתייחס אליהם בדיוק באותה צורה. הקביעה שלמישהו יש "זכות" נותנת לו תחושה של כוח והקביעה שכלפי מישהו קמה "חובה" נותנת לו תחושה של נחיתות וחולשה.
* קארל אוליבקרונה ואלף רוס – המשיכו את אקסל וחלקו איתו את ההנחה שהדבר ״הריאלי״ היחידי בחוק הוא ריאליות פסיכולוגית.
* אוליבקרונה – טען שיש תהליך פורמלי של חקיקה והתוצר של החקיקה והשפעתו תלויים בהשפעה הפסיכולוגית שיש לאותו תוצר על בני אדם. לטענתו חוק מכיל 2 אלמנטים:

1. פעולה
2. צורת ציווי סמלית האוסרת או מחייבת אותה ("חובה" או כל צורת התבטאות אחרת שבאופן סמלי נהוג לראות בה ציווי מחייב).

החוק הוא ריאלי רק ביחס להשפעה הפסיכולוגית שיש לו על בני אדם, כלומר – האם הם נכנעים לאותה צורת ציווי. אוליבקרונה שותף להשקפתו של קלזן על תפקיד החוק כמונופול, על העוצמה הנתונה בידי רשויות המדינה המוסמכות, אבל הוא דוחה את תפיסתו שהחוק הוא מערכת של נורמות. לפי אוליברקונה - חוק צריך להיות בתוך מסגרת של סיבה ותוצאה וזה אפשרי רק אם תופסים אתו כתופעה פסיכולוגית. הוא ממליץ להחיל את המבנה הזה של רעיון או פעולה המלווים בציווי סימבולי (מה שהוא מכנה Internalized rules), גם על ציוויי מוסר ולא רק על ציוויי חוק, זאת משום שמבנה רעיון המלווה בציווי סימבולי מחייב באופן פסיכולוגי ציות גם ללא איום ממשי. לאור זאת, **חוק וסנקציה קשורים ב2 אופנים**:

1. החוק משיג את השפעתו הפסיכולוגית, ומידי פעם מחזק אותה בעזרת איום בסנקציה.
2. הקשר הרגיל – החוק קובע את הסנקציה הרלוונטית ואת נסיבות הפעלתה.

בטענתו הוא גם מתייחס לתפקידה של השפה במשפט, לפיו השפה המשפטית משתמשת במילים חלולות שנועדו להשיג שליטה חברתית על האנשים הפשוטים.

* אלף רוס – התאים את עקרונות הריאליזם הסקנדינבי לביקורת שלו – הוא טען שהחוק בפעולה הוא בדיוק מה שאוליברקונה טען שהוא, אבל אם מתייחסים לחוק באופן מדעי לא מתייחסים להשפעה שלו על הפסיכולוגיה של ההמונים - כדי לקבוע האם חוק הוא ציווי תקף במשפט עלינו לבדוק האם הוא היה משפיע על החלטתו של השופט. הנחה זו כמובן כופרת בתפיסה שהחוק הוא בעל ישות בפני עצמה והיא עקבית עם התפיסה של הפוזיטיביזם הלוגי מכיוון שניתן לבחון אותה במציאות בבתי המשפט.
* השוואה לריאליזם האמריקאי – רוס ופרנק יסכימו כי תפקידו של המשפטן הוא לחזות את מה שיקרה בפועל בביהמ״ש וזהו בעצם החוק ״האמיתי״, הריאלי אבל פרנק יטען שעל המשפטן להיזהר מחוקים כבסיס לחיזוי ואילו רוס יטען שחוקים קיימים רק בגלל שהם בסיס טוב לחיזוי.
* **The CLS movement** – תנועה של משפטים בעלי השקפת עולם שמאלנית שאיבדו את הערכתם לדמוקרטיה המערבית. הם התנגדו למבנה ההיררכי של הכוח החברתי ולפערים החברתיים המעוגנים במקומות התעסוקה, בכיתות הלימוד, במשפחה ובתהליך קבלת ההחלטות הפוליטי. הם תקפו את עמיתיהם בפקולטות למשפטים על תמיכתם בתפיסה לפיה יש סגנון הנמקה משפטי מדעי המנותק ממחלוקות פוליטיות. הם חיפשו לערער על התפיסות שרווחו באותן פקולטות לפיהן יש לפרש את החוק לאור כוונת המחוקק, לאור עקרונות היסוד של השיטה ותמיד מתוך מחוייבות ל"מדיניות" לפי ההגיון הבריא של המשפטן. לפי אותן תפיסות, היכולת לעשות את כל אלה היא היסוד להכרה וקידום אקדמאיים.
* הפתרון שהציעו – פעולה של דה – קונסטרוקטיזציה. את הפערים בחוק שעמיתיהם ביקשו לגשר ע"י פרשנות לאור עקרונות או מדיניות, ראו חברי הCLS כבלתי ניתנים לגישור. לדבריהם, צריך להכיר בכך שההנמקה המשפטית היא תהליך שרירותי ביסודו וזו איננה מגרעתו היחידה. ההנמקה המשפטית משמשת לצורך מתן לגיטימציה לשימור מבנה הכוח החברתי הקיים. גם אם אתה קובע בחוק שצריך לעזור לשכבות מצוקה, בעצם ההגדרה הזו אתה מקבע את המצב הזה. חלק מחברי הCLS טוענים שחלוקת החוק לקטגוריות היא נסיון לצמצם קשת רחבה מאוד של התנהגויות אנושיות לתוך כותרות כמו חוק פלילי, קניין, או משפחה. ה"זכויות" מתייחסות לבני האדם כישויות מופשטות ולא לצרכיהם האמיתיים.
* מבחינה תיאורטית - תנועת הCLS נשענת על תיאורטיקנים חברתיים כמו מישל פוקו שטענו שמערכות תקשורת יוצרות מציאות חברתית יותר מאשר הן משקפות אותה. חשיבתם הדה-קונסטרוקטיבית נשענה על תנועה רחבה יותר של פוסט מודרניזם שהתנגדה לכל ניסיון לקשור התנהגות אנושית ל נראטיבים נרחבים. חלק קושרים את עצמם לביקורת פמיניסטית, חלק קושרים את עצמם לביקורת מרקסיסטית. אך הCLS נבדלים מהגישה המרקסיסטית בכך שהם לא זונחים את החוק כלא חשוב – כמבנה על המשני לשליטה ולחלוקה של הטובין ואמצעי הייצור. מחד, הCLS פסימי יותר מכיוון שבהנתן מבנה הכוח הקיים לא ניתן יהיה להגיע לצדק חברתי. מאידך, הוא אופטימי יותר מכיוון שהוא מאמין שניתן לשנות את מבנה הכוח ברגע שמבינים את תפקידו המקבע של החוק. מוחו של האדם מסוגל להתעלות מעל לשלשלאות המבנים החברתיים והכלכליים הקיימים.
* הפתרון הנורמטיבי במדינה האוטופית לפי התנועה – רוברטו אונגר - מצב של סופר ליברליזם, העושר יהיה מפוזר באופן נרחב יותר ולא תהיה התערבות של שלטון מרכזי בכלכלה. מערכות חינוך יקדמו את היכולות השליליות של הפרטים בחברה, כלומר את היכולת שלהם להתנגד לסטריאוטיפים ושליטה מצד אחרים. זו תהיה חברה המשלבת באופן אופטימלי את הליברליזם והסוציאליזם ע"י זכויות כנגד התערבות ממשלתית, זכויות לסולידריות חברתית עם פרטים וקבוצות שונות וזכויות מסחריות זמניות. בנוסף יהיו גם זכויות לדה קונסטרוקטיזציה של מבנים חברתיים קיימים המקבעים היררכיה חברתית נתונה. זכויות אלו לא ייכפו ע"י בימ"ש אלא ע"י רשויות פחות פורמליות ואלו לא ישתמשו בהנמקות משפטיות המתיימרות להיות נכונות.

**סיכום – הריס**

ריאליזם משפטי הוא תפיסה צינית כלפי המשפט. השופט מבעד למסך רטורי עושה כעולה על רוחו.

* **מקור הריאליזם בפילוסופיה** – אפלטון – המציאות היא העתק לא מושלם של האידיאה "האמיתית". כלומר האידיאה היא האמת, והמציאות מנסה להתחקות אחריה.
* **ריאליזם משפטי** הוא ההיפך מהמקור הפילוסופי – המשפט הוא העתק לא מושלם של המציאות האמיתית. יש לתקוף את המשפט אשר נתפס כמטאפיזי. מושגים כמו "החזקה", "זכות" ו"חובה" אינם מושגים אובייקטיבים מטאפיזיים.
* **ריאליזם משפטי אמריקאי** – מקורו בשופט אוליבר וונדל הולמס. **הולמס** סבר כי לכל תפיסה משפטית יש תפיסה משפטית מנוגדת, והתפיסה המשפטית המקובלת היא תוצר היסטורי. המשפט לא יכול להיות אחד, ונורמות לא יכולות להיגזר דדוקטיבית. המלומד **גריי** סבר כי המשפט יוצר את החוק, והמחוקק קובע את המקור לחוק. המלומד **לוולין** סבר כי חוק זה מה שפקידים רשמיים קובעים לגבי מחלוקות. כלומר, יש סגנונות פרשנות שיפוט שונים, והם יכולים לנוע באופן שונה מאדם לאדם. בניגוד לוולין, השופט ג'רום **פרנק** סבר כי יש להתבונן לא על החוק אלא **על העובדות**. כלומר בערכאות הנמוכות חבר מושבעים קובע את העובדות, כך שהחוק יתאים לתוצאה המתבקשת. הוא קובע באופן דיפרנציאלי תלוי גישות מודעות ותת מודעות את העובדות, כך שיתאימו לחוק ולתוצאה המיוחלת.
  1. חוקים מטבעם לא יכולים לשלוט בהחלטות ביהמ"ש (או מוסדות אחרים).
  2. תפקידו של החוק הוא יישוב סכסוכים.
  3. השופט פרנק סבור כי לשופטים יש צורך פסיכולוגי ילדותי לביטחון, לבטוח בעיקרון כי החוק (כדמות אב) יכתיב מה תהיה התוצאה. כשלמעשה, לבני אדם יש מוטיבציה מוקדמת לחוק, ולא משנה מה יהיה החוק, התוצאה תוכתב לפי המוטיבציה.
* מה שחשוב זה לא הסיבות לחקיקה או הפסיקה אלא למה שעושה ומתכוון השופט.
* **ריאליזם סקנדינבי** – דגש על ההשפעות הפסיכולוגיות ולא על מעשיו של השופט. כלומר החוק לא קיים אלא ההשפעות הפסיכולוגיות שלו על בני אדם קיימות. אין החוק יכול להורות בשם "המדינה" זו אשליה, אלא יש בחוק **רעיון של פעולה**  ו**סמלים** כמו חובה או זכות, שביחד משפיעים על בני אדם. כשהחוק עצמו הוא רק פיסת נייר.

**הגישה הביקורתית של המשפט - קייריס**

המשפט סובל מבעיה של לגיטימיות, עקב הטיעון הדמוקרטי – השופטים אינם נבחרו ואינם מייצגים את הרוב. המשפט מנגד מגיב שלא השופטים הם ששולטים, אלא החוק, האובייקטיביות הרציונלית, החשיבה הטכנית, תקדימים, חוקים והחוקה. הגישה הביקורתית באה לתקוף טענה זו של המשפט.

1. דחייה של המודל הרציונלי של המשפט. קיימות השפעות חברתיות, פוליטיות ואישיות על השופט.
2. דחיית הטיעון הדמוקרטי – נכון שכוחו של העם נחלש בחברה המודרנית, אבל השופטים אינם האשמה לכך. האשמה לכך היא חזות החוק כנייטרלי ואובייקטיבי ושמחזקת את הלגיטימיות של ביהמ"ש.
3. דחייה האופי הנייטרלי של החוק והמדינה. המשפט מושפע מתהליכים פוליטיים, חברתיים וכלכליים. השופט אינו רובוט הוא מושפע מהחינוך המשפטי שהוא קיבל, מהפחדים, התקוות, והתהליכים החברתיים והאישיים שהוא עובר.
4. המשפט הוא מנגנון שליטה חברתי של קבוצת עלית קטנה. הוא המכניזם האולטימטיבי של שליטה על המעמד הבינוני והנמוך, ולשימור המצב הקיים. אידיאולוגיה קפיטליסטית משמשת כעיקרון יותר מהניטרליות של החוק.

עיקרון התקדים – הוא קיים כדי ליצור חזות נייטרלית, ביהמ"ש פוסק לפי תקדים ומחוייב לו, ולא לפי דעה אישית. אולם מי שמכיר קצת את מערכת המשפט יודע שיש תקדימים שעוקבים אחריהם ויש שאינם.

* לפי קייריס**, כיצד משרתת התפיסה המשפטית הרווחת (שמרנית/מעין מדעית) את שימור יחסי הכוחות בחברה**? התודעה המשפטית של הזרם המרכזי באמריקה נועדה לשרת מטרה חברתית של הנצחת יחסי הכוח הקיימים בחברה ויוצרים ״תודה כוזבת״. כאשר המערכת מציגה את ההחלטות כדבר מדעי שלא ניתן להתווכח איתו, היא למעשה מדכאת את השכבות הנמוכות ושכבות הביניים. כל הצדדים במפה הפוליטית, הן השמרנים והן הליברלים, משתמשים כל אחד בתורו במערכת המשפט ומשתמש בעזרת אקטיביזם לשמור על האינטרסים שלו.
* לפי קייריס**, למה הדיון במשפט האמריקאי על איפוק שיפוטי מוטעה**? כי מדובר באיפוק פיקטיבי. לדעתו השופטים פוסקים לא לפי החוק הכתוב אלא לפי דעתם האישית. גם שמרנים וגם ליברלים משתמשים באקטיביזם שיפוטי כדי לשרת את האינטרסים שלהם – ההחלטות שלהם מונעות לפי שיקולים פוליטיים ולא לפי החוק.

**ו. שלטון החוק**

**רז**

* **״שלטון החוק״ ו״שלטון החוק הטוב**״ – לפי גישתו של רז, נבחין בין המושג שלטון החוק לבין שלטון החוק הטוב. בעיני רז ההבחנה הכרחית. אם נערבב בין שלטון החוק לשלטון החוק הטוב בעיני רז, אנו לא נצליח לספק ניתוח מוצלח למושג 'שלטון החוק'. הוגים ומשפטנים (ברק) קושרים את שלטון החוק עם כל הערכים הטובים דוגמת דמוקרטיה, חרות, צדק, שוויון. אולם, מערכת משפט לא דמוקרטית יכולה לענות על דרישות שלטון החוק לא פחות מאשר משטר שמכבד ערכים. אבל זה לא אומר שמשטר כזה הוא טוב יותר. שלטון החוק הטוב הוא תיאוריה פוליטית משפטית מקיפה ורחבה כי היא כוללת תאוריה של שוויון, צדק חברתי זכויות אדם וכו׳.
* רז חושב ששלטון החוק הוא ערך אינסטרומנטלי, יכול להיות ששלטון החוק מושלם אבל תוכן החוקים הוא רע ולכן המערכת תהיה רעה. **אם אנו רוצים לגרום לחוק להיות טוב חייב להיות 'שלטון החוק', אבל זה שיש שלטון החוק לא הופך את החוק לטוב**.
* **יסודות שלטון החוק** - 2 יסודות:

1. בני אדם (לרבות השלטון) יצייתו לחוק.
2. שהחוק יכוון את התנהגותם – אילו תנאים צריכים להתמלא כדי שהחוק יכווין התנהגות? עקרונות שלטון החוק הפורמלי והיוריספרודנטלי של ברק, לפיהם כי לכוון התנהגות חוקים צריכים להיות לפי מספר קריטריונים:
3. כללים ולא ספציפיים
4. פרוספקטיביים ולא רטרואקטיביים
5. בהירים וחתוכים ולא כלליים מידי
6. יציבים
7. ידועים ולא סודיים
8. לא סותרים
9. שניתן לקיימם

* **על אלו רז אומר** - כשהוא חושב על היכולת של החוק לכוון התנהגות, על היציבות שלו ועל האופן שבו מערכת משפט מתפקדת בתוך החברה, לדבר הזה עצמו יש קשר יסודי וחשוב לרעיון של כבוד האדם – למה? כי כבוד האדם קשור לאוטונומיה שלנו, **ליכולת שלנו לתכנן את חיינו במובן הזה שאנו מתכננים תוכניות ארוכות טווח**. תוכניות אלו קשורות לכך שהחוקים שנוגעים בהן יהיו יציבים. אם הממשלה תחליט לשנות את החוקים באשר לתוכניות אלה, זה ישבש לאדם את תוכניותיו שתכנן את חייו לפי החוק שהיה קיים בעת התכנון. **עצם זה שיש חוק, וזה לא משנה מה תוכנו, חוק יציב קשור לאוטונומיה, וכאשר הדבר הזה משתבש התכנית משתבשת וכשהיא משתבשת זה פוגע בכבוד האדם.**

1. קיימים יסודות נוספים –
2. אי תלות של מערכת בתי המשפט – החלטות של ביהמ״ש קובעות מהו החוק, ולכן החוק יכווין התנהגות של בני אדם רק אם ביהמ״ש יחיל את החוק באורח מדויק ועקבי.
3. עקרונות של צדק טבעי צריכים להישמר – דיוני בתי המשפט צריכים להיות פתוחים והוגנים.
4. החוק שנאכף הוא החוק שנחקק.
5. פיקוח שיפוטי על יישום כל העקרונות לעיל.
6. נגישות קלה ביחס של האזרחים לביהמ״ש.

* **חוקים כלליים וצווים ספציפיים** – החוק אינו רק חוקים כללים אלא גם פקודות ספציפיות, עבור משפטנים החוק כולל אינספור פקודות שעומדות בתנאי התקפות של השיטה המשפטית דוגמת פסקי דין, רישיונות, שומות מס. ללא פקודות ספציפיות החוק לא יתפקד כראוי.

1. האם פקודות ספציפיות פוגעות בשלטון החוק? – אחד מעקרונות שלטון החוק הוא פקודות ספציפיות שניתנות ע״י רשויות ופקידים מוסמכים והן כפופות לחוקים כלליים וקבועים. העיקרון מאפשר לאזרח לצפות במידה של וודאות את ההוראות והפקודות הספציפיות.

**ז. מטרות המשפט**

**רז – הפונקציות של החוק (חומר מורחב מאוד בקובץ נפרד).**

* **מהי הפונקציה החברתית של יישוב סכסוכים לא מוסדרים?** רז קובע כי יש לחוק 2 פונקציות חברתיות:

1. פונקציות עקיפות – יצירת החוק משמשת להשגת מטרה שלא מגולמת בהתנהגות עצמה, אלא היא פונקציה של תגובה לחקיקה. כשאתה לא מנסח חוק ע"מ להשיג באופן ישיר את המטרה החברתית שאתה רוצה לקדם אלא הולך בדרך עקיפה כמו למשל ע"י תמריץ. (הדוגמה הכי טובה זה המטרה החברתית-יישוב הנגב. הפונקציה העקיפה-פטור ממס לאלו שגרים שם). הבעיה בפונקציה עקיפה היא שיש צורך בעריכת מחקרים סוציולוגיים וניבוי תגובת האזרחים לחקיקה. ניבוי זה שגוי פעמים רבים ולא מביא לידי מימוש תכלית החקיקה. דוג: שיטת המשילות הישירה שלא צלחה.
2. פונקציות ישירות – הכלל מוביל אל התוצאה במישרין. לפונקציה זו יש 2 תתי פונקציה:
3. פונקציות ישירות-משניות –
4. יצירה ושינוי של החוק (כללים מסדר משני).
5. יישוב סכסוכים מוסדרים.
6. פונקציות ישירות ראשוניות –
7. הכוונת התנהגות (עונשין ונזיקין).
8. יצירת כלים להסדרה בין פרטים (חוזים, חברות, משפחה).
9. חלוקה מחדש והענקת שירותים (מיסים).
10. יישוב סכסוכים לא מוסדרים.

* ההבדל בין התתי פונקציה - המשניות לא מעניקות לחוק יכולת להשפיע באופן ישיר אלא להחיל את הקיים- כאשר הסכסוך מוסדר בחוק, כל הפונקציה הישירה היא משנית והיא החלת החוק כפי שהוא על הסכסוך. לעומת זאת כאשר היישוב לא מוסדר ואין הוראות בחוק לגביו, אזי מדובר בפונקציה ישירה ראשונית, כי אז נדרש מהשופט להכריע בעצמו באופן ישיר כיצד יש לנהוג ע"מ להסדיר את הסכסוך.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **מטרות המשפט – רז** פוזיטיביסט במידה רבה | | | | |
| הצגת מכלול המטרות המשפטיות שלשמן מתפתחת מערכת משפט | 1. דיון תכליות המשפט 🡸 דיון במטרות מבלי להיות מחויב לאידיאולוגיה מסוימת. 2. המטרה היא כוללת - מכלול המטרות והפונקציות החברתיות של המשפט. 3. להבחין בין סוגי הנורמות השונות – ההבחנה בין נורמות מעניקות כוח ונורמות מעניקות זכויות שונה מזו שבין הכוונת התנהגות ומתן כלים להסדרים בין פרטים. ההבחנות אינן חופפות. 4. להבחין בין מטרות עקיפות וישירות.   \*\* למשל אצל דוורקין מתמקדים בביהמ"ש, ונדמה שהוא חזות הכל. ומה עם פעולת החקיקה   שעניינה הכוונת התנהגות ?   * לא מקבל את דוורקין – פתרון כל סכסוך באמצעות עקרונות.... לשופט שק"ד. * ממשיך את הארט – בנוגע ללאקונות. | | | |
| מבנה המטרות החברתיות של החוק | **מטרות עקיפות**  **מטרות ישירות**    מטרות משניות מטרות ראשוניות  1. יצירה ושינוי של החוק 1. יישוב סכסוכים לא מוסדרים  2. אכיפה וישוב סכסוכים מוסדרים 2. חלוקה מחדש והספקת שירותים  3. מתן כלים להסדרים בין פרטים  4. הכוונת התנהגות | | | |
|  | **פונקציה עקיפה**  🡸 באמצעות פעולה של חקיקה או באמצעות החוק אנו משיגים מטרה חברתית, שהמטרה החברתית היא לא מזוהה עם תוכן החוק, אלא פועל יוצא מהתגובות של האזרחים הכפופים לחוק, אל החוק.  🡸 משמעותה, שהמטרה החברתית של החוק היא לא בעצם ההתנהגות לפי ההוראה שהחוק קובע. | | **פונקציה ישירה**  🡸 היא סוג של מטרה חברתית, שמגולמת בהוראה של החוק עצמו.  🡸 המטרה של החוק היא ישירה במובן הזה שמה שהחוק אומר זה המטרה שלו. תוכן החוק הוא המטרה. | |
|  | **משניות**  אלו פונ' שנוגעות לתחזוק הפונ' הישירות הראשוניות. | | **ראשויות** | |
|  |  |  | **הכוונת התנהגות** | בעיקר החוק הפלילי ודיני הנזיקין |
|  | **שינוי ויצירת החוק** | אלו כללים שעניינם איך יוצרים כללים.  כמו כללים מסדר שני. | **כלים להסדרים בין פרטים** | זה רוב רובו של הדין האזרחי.  חוזים, צוואות, קניין |
|  | **אכיפת החוק וישוב סכסוך מוסדר** | מטרה ישירה - אכיפת החוק – אנו מחילים את החוק הזה והזה על מקרה מסויים | **חלוקה מחדש** | מנגנון המיסוי  שירותים מסוג של תחבורה, בריאות, בטחון  \*\* מדינת רווחה תעמיד את הפונקציה הזו כמאוד מרכזית. מדינה ליבראלי – הפונקציה מצומצמת. |
|  |  | | **יישוב סכסוכים לא מוסדרים** | **בלאקונה** (כמו **הארט**) - תמיד יש סמכות שיורית.  ביהמ"ש נועד להכריע - בלי שימוש בחוק |
| **ביהמ"ש** | למרות שראינו שרז לא בוחן את המערכת דרך מוסדותיה –  **ביהמ"ש –**   * מצד אחד ביהמ"ש הוא לא המוסד היחיד, אך מצד שני יש לו חלק חשוב בכל הפונ' הללו. * יסוד הפרשנות -אקט מרכזי שעליו אמון ביהמ"ש, שהוא מפרש את החוק ומעניק לו משמעות, הוא הרבה פעמים שטח אפור בין הסכסוכים המוסדרים לשאינם מוסדרים | | | |

**ח. על כללים טעמים ופורמליזם משפטי**

**הארט, לורברבוים, פאול קניג נ׳ יהושע כהן**

החומר לבוחן בסיכום נפרד.

**יב. חובת הציות לחוק**

**אפלטון, גנז**

**כתבי אפלטון**

* **רקע** – מדובר בדו שיח שמנהל סוקראטס הנמצא בכלא עם חברו קריטון שבא לבקרו. סוקראטס נידון למוות, והשיח בינו לבין חברו מתנהל לאחר שהוא חל חלום הרומז כי בעוד 3 ימים הוא צפוי למות. קריטון מציע לו להימלט מהכלא ומוכן לסייע בידו לעשות זאת, אך הוא מסרב.
* **נימוקיו של קריטון מדוע יש לסייע לו להימלט**:

1. קריטון חושש למעמד שלו בעיני אחרים – אם לא יעזור לסוקראטס להימלט עלולים להשמיץ אותו בטענה שכספו חשוב יותר מידידו, כי הוא יכול לעזור לו להימלט ע״י שוחד.
2. הוא דואג לעתיד ילדיו של סוקראטס שנמצאים באתונה כי אין מי שיחנך ויגדל אותם.
3. הוא חושב שאם סוקראטס יישאר בכלא למרות שהייתה לו אפשרות לברוח זה יעביר מסר שהוא שואף למה ששאפו שונאיו.

* **נימוקיו של סוקראטס למה לא להימלט**:

1. הוא לא יכול להתכחש לדברים שאמר בעבר בדבר חשיבות הציות לחוק, ואינו יכול להשליך הכל כעת בשל הנסיבות אליהן נקלע. הוא מאמין שאין לפחד וללכת אחרי דעת הרבים ומחשבותיהם אלא ללכת בדעת היחיד שמחזיק בעצה צודקת ונכונה. אם נקשיב לרבים יושחתו ערכנו ומהותנו, ולכן אסור לנו לדאוג מה הרבים יגידו.
2. יש לבדוק אם ההימלטות היא מעשה צודק או לא. אם היא צודקת יש לנסות לברוח, ואם היא לא, היא תחשב למעשה עוול ולכן יש לחדול ממנה.
3. אסור לעשות עוול בשום תנאי, ולכן גם אין לגמול עוול תחת עוול (רעה שקולה לעוול) – אין להרע לאף גורם, גם אם אותו גורם הסב לנו סבל. סוקראטס אומר לקריטון - אם בהסכם שנעשה בין 2 צדדים הוסכם על דבר שהוא צודק, האם יש לקיים או להפר אותו? סוקראטס אומר שאם יברח מהכלא הרי בכך הוא מאבד את החוקים והמדינה כולה, שכן מדינה בה כל אדם עושה דין לעצמו ומבטל את תוקף פסקי הדין והחוקים צפויה לאבדון. לאור זאת, הוא לא יכול לטעון כי נעשה לו עוול ועל כן הוא גומל על זה בעוול.

* הדיון מול החוקים – החוקים שואלים את סוקראטס ״האם מצאת בנו דופי?״ וסוקראטס משיב שלא, ויודה שהחוקים נאים ומסייעים. החוקים יטענו ״כל זמן שהחוקים תגמלו אותך טוב את מציית להם, אבל עכשיו שהחוקים והמשפט קובעים כי התנהגותך הייתה לא ראויה ועל כן אתה צפוי לעונש איך אתה יכול להחליט שאתה לא מציית בכך להאביד את החוק והמדינה? הרי הסכמתך (במעשים) להיות אזרח וללכת לפי כללי המדינה הייתה מרצונך החופשי ולא מלחץ, אם תברח כעת הרי שתפר את הסכמתך ותהיה לצחוק בעיני אחרים״.

1. סוקראטס יודע מה הסכנה הצפויה לחבריו אם יברח – ישלחו לגלות ותישלל אזרחותם או שיאבדו את רכושם. גם לו יהיה נזק כתוצאה מהבריחה, שכן, אם יברח לארץ אחרת בה החוקים טובים, הרי שיראו בו כמי שמשחית חוקים ויחשדו בו שהוא עלול להשחית את גם בני האדם והצעירים.
2. ביחס לעתיד ילדיו – אם הוא יברח מהכלא ויקח את ילדיו עימו לארץ אחרת הם יהיו זרים בארץ זרה. ואם ישאיר אותם באתונה הוא במילא לא יוכל לגדל אותם כי הוא יאלץ לברוח לבד.
3. לגבי מה שהחוקים טוענים כלפיו – הצדק הוא הדבר היקר, יותר מילדייך וחייך. אם יברח זה לא יהיה בשל עוול שנגרם על ידי המדינה אלא עוול שנגרם על ידי האנשים (כי הקשת לעצה הגרועה שלהם וברחת). אם יסתלק אחרי שגמל עוול תחת עוול ורעה תחת רעה ולאחר שהפר את התחייבותיו והסכמותיו הרי שהחוקים בשאול לא יקבלו אותו בסבר פנים יפות.

* **סיכום** - בדיאלוג של סוקרטס עם קריטון:

1. כללי - אפלטון מציג באמצעות נימוקיו של סוקרטס תפיסה שלפיה חובת הציות לחוק, לפחות בכל הקשור לקבלת עול עונשו של החוק (אפלטון לא דן כאן בשאלת הציות האקטיבי לחוק, למשל, מה היה אפלטון עושה לו בית המשפט היה מטיל עליו לרצוח אדם) היא חובה קרובה למוחלטת ולא חובה לכאורה, הכפופה לשיקולים שעשויים להיות חזקים ממנה ולהצדיק את אי-קיום החוק.
2. הטיעונים - סוקרטס מאמין שהוא חף מפשע ובכל מסרב להציל את חייו למרות שהדבר מתאפשר לו ולמרות שהוצאתו להורג תפגע לא רק בו אלא בחבריו וילדיו. סוקרטס מעלה מספר טיעונים **לביסוס החובה לציית לחוק**:
3. **טיעון אסירות התודה** – החוק מכונן את החברה והאדם. האדם חייב לציית לחוק כיוון שעליו להכיר לו תודה. אם מישהו מעניק לך טוב אתה לא יכול להיות כפוי טובה. החוק נותן לאדם טוב מהותי לחייו ולכן אסור לו להיות כפוי טובה כלפי החוק. זה בא לידי ביטוי בכך שהציות לדברי החוק מהווה הכרת התודה לו. כמו כיבוד הורים.

* **הביקורת** – הכרת תודה יכולה להיות בדרכים שונות. וגם מי אמר שצריך להכיר תודה? הרי יכול להיות שהחוק עושה טוב כדרך אגב אבל מטרתו המקורית היא להועיל לרשויות.

1. **טיעון ההסכמה** – ישיבה במדינה היא הסכמה לחוקיה. אם הבטחת אתה צריך לקיים. לכן, יש מעין הבטחה מצד האדם לציית לחוק אותה עליו למלא. איך ניתן לבסס את ההבטחה? יש שיטענו להסכמה מפורשת מכוח ההשתתפות במשחק הפוליטי ויש שיטענו להסכמה מכללא מעצם ההימצאות בגבולות המדינה.

* **הביקורת** – קשה לבסס את ההסכמה הזאת.

1. **תועלת (טיעון תוצאתני)** – תוצאות הפרת חוק בודדת פוגעות במערכת החוק והסדר ועלולות להביא לתוצאות חברתיות ופוליטיות קשות, לכן יש לציית לחוק. בסופו של דבר יש חשיבות ויעילות בקיומה של מערכת משפט ומוסדות משפטיים. משום שאלו תלויים בקיום החובה לציית לחוק ואילולא היא הם לא יתקיימו נטיל חובה לציית.

* **הביקורת** – אי ציות קטן לא יפגע בכל המערכת, כדי לטעון שיש חובה כללית צריך לומר שכולם לא מצייתים, וכפי שראינו זה לא ככה.

1. התפיסה - תפיסתו של סוקרטס בנוגע לציות כמבוסס על חובה קרובה למוחלטת הופכת את עמדתו, הגם שלא באופן חד-משמעי, לקרובה למדי לעמדתם של אנשי משפט הטבע בשאלה. עם זאת, ניתן גם לטעון כי סוקרטס מביע עמדה פוזיטיביסטית כיוון שמהטיעונים שעולים מדבריו של סוקרטס ניתן להבין כי תוקף החוק בעיניו נובע מהיותו חוק, מבלי שהוא מעלה את שאלת מוסריותו של החוק כעיקרון המבסס את הציות.

**חובת הציות לפי פולר והרט**

* **האם ישנה חובה מוסרית לציית לחוק**?

1. לפי העמדה שחושבת שהחוק תלוי בקריטריונים מוסריים – חוק בלתי מוסרי הוא לא חוק ולכן ממילא אין חובה לציית.
2. לפי העמדה הפוזיטיבית – חוק מוגבר באמצעות קריטריונים עובדתיים. השאלה אם יש חובה מוסרית לציית לחוק היא לא לכל חוק. ייתכנו חוקים מרושעים וגם אם נחליט שהם בעלי תוקף לאור הקריטריונים של הפוזיטיביסטים (כלל הזיהוי של הרט) אבל הוא בלתי מוסרי, לא צריך לציית לו.

**גנז – ״ביסוסי חובת ציות לחוק״**

* **מאיפה קמה חובת הציות** –

1. החוק מצווה לציות - חובה שנובעת מכך שהחוק ציווה.
2. מוסר - חובות שאנחנו מצייתים להן בגלל התוכן המוסרי של החוק. מרגע שחושבים שלחוק יש תוקף/תוכן מוסרי מה שיוצר את חובת הציות זה קודם כל המוסר שבבסיסם.
3. אם קיים חוק שגם מצוות על ציות – החובה תהיה גם מכוח התוכן המוסרי וגם מכוח חובת החוק.
4. אם קיים חוק שאיננו מוסרי – קיימת התנגשות בין החובה לציית לחוק מכוח היותו חוק ובין האיסור המוסרי לציית לכלל שמטרתו אינה מוסרית. כדי להעריך מתי לציית לחוק בלתי מוסרי ומתי לא יש לדעת מה המשקל של נימוקים המבססים ציות לחוק מכוח היותו חוק ומהו משקל אי המוסריות.

* **הבחנה בין חובות: מתי עלינו לציית לחוק** –

1. חובות לכאורה – כאשר אין נימוקים נגדיים טובים מספיק החובות יהיו מחייבות, כי אם יהיו נימוקים נגדיים טובים נצטרך לאזן ביניהם ולהעריך מה גובר על מה.

* **חובת הציות תמיד תהיה חובה לכאורה** – לאור העובדה שתמיד יהיו מקרים בהם יהיו שיקולים נגדיים שיגברו על החובה כי הם בעלי תוכן מוסרי חזק. אולם, שיקולי נוחות אישית לעולם לא יגברו על חובה זו.

1. חובות מוחלטות – חובות שלעולם לא יהיו נימוקים נגדיים שיוכלו לגבור עליהן, לכן אין בחוק חובות מוחלטות.

* **גנז על כתבי אפלטון** –

1. ההצדקה על בסיס אסירות תודה – דוחה את הטענה כי לא ניתן להוכיח שפעולת החוק או השליט באה בכוונה להיטיב, וכן לא ניתן להראות קבלה רצונית, ואין ערובה לכך שציות היא הדרך להגיד תודה.
2. תאוריית ההסכמה – דוחה אותה כי אין לראות בהישארות במדינה כהסכמה לקבל את חובת הציות.
3. טיעון ההגינות (רולס והרט) – ״לא להיות אוכל חינם״. ההוגנות הבסיסית מחייבת את האדם לשאת בנטל, בזכות נשיאה בנטל מצד אחרים אתה נהנה לכן עליך לשאת בנטל בתורך. כאשר אנשים מסביבנו מגבילים את חירותם אנו נהנים מכך, **ויהיה הוגן אם נגביל אנו את חירותנו בתגובה לכך. מי שנהנה ראוי כי ישלם**. יש אנשים שמתייחסים אל ההנאה הזו כאל הנאה ״כפויה״, וגנז חולק על כך, שכן יש להם אינטרס חזק להעדיף מצב בו המערכת החוקית אכן מתקיימת וגם כי אנשים לא מבקשים שיכפו עליהם את ההנאה מהגינות חבריהם. ניתן להגיד שהעיקרון הזה חל ב2 מצבים באופן תמידי – במצב בו אנשים מעוניינים במצב העניינים הזה, וגם במצב בו אנשים חושבים שמערכת המשפט היא דבר מנדטורי ברמה המוסרית.
4. כדי שלטיעון ההגינות יהיה תוקף נדרשת הסכמה לשיתוף פעולה ונשיאה בנטל. לפי גנז כשעוסקים במוסדות משפטיים אין צורך בהסכמה כי הם מבוססים על עקרונות מוסריים שחלים על כולם בלי צורך בהסכמה לכך.
5. **טיעונו של גנז מובן ב2 דרכים** –
6. צדק מתקן - העיקרון מהווה מעין חובת השבה, נתנו לך ועליך להחזיר.

* **הביקורת** - גם אם זה נכון זה לא מבסס חובת ציות.

1. צדק מחלק (אריסטו) – כדי שיהיה טוב יש לייצר אותו ואת נטל הייצור יש לחלק בצורה שוויונית. חוק קובע את חלוקת נטל הייצור ולכן יש חובה לציית לו.
2. טיעון התועלת (אפלטון) - מתבסס על הטוב בקיום מערכת המשפט והמוסדות המשפטיים שתלויים בציות האזרחים לחוק, אם לא נציית לאותם חוקים מערכת המשפט והמוסדות לא יתקיימו. חברה שיש בה מערכת משפט ומוסדות משפטיים תהיה יותר יעילה מאשר בלי לכן יש חובה לציית לחוק. גנז מבקש לטעון **שלא כל הפרה תגרור תוצאה רעה**, ובטח שלא החרבה מוחלטת של הטוב שמייצר הנוהג, אלא רק הטוב שמגיע מעצם התקיימות החוק.
3. בעוד טיעון ההגינות עוסק בשוויון בנטל ולא במניעת רע בהיעדר מוסדות משפט, הטיעון התוצאתני מסביר כי החובה המוסרית לדאוג לקיום מוסדות המשפט ממלא את דרישת ההסכמה.

* **מסקנתו של גנז** – עם תיאוריית הקהילה של דוורקין, לפיה מעצם ההשתייכות לקהילה מוטלת עלינו חובה פוליטית, גנז קובע ששילוב ביחס עם תאוריית התוצאות, ההגינות, והתמיכה במוסדות הצודקים, יוצרת את הבסיס הטוב ביותר לחובה המדינית. מבחינה מעשית הוא מגיע לתוצאה דומה לזו של האנרכיסטים – כשאין טעם מוסרי קבוע שמחייב ציות לחוק אין חובה אוניברסלית טהורה.
* **תשובה מבוחן** –

1. **טיעון ההגינות** - נוסח תחילה על-ידי הארט ולאחר מכן פותח על-ידי רולס. גנז טען במאמרו כי ראוי לראות בו טיעון של צדק מחלק, הגם שמקובל לראות בו טיעון של צדק מתקן. הארט טען כי כאשר קבוצה של אנשים מקיימת מפעל משותף כל אחד מהפרטים בקבוצה מוותר על חירויות מסוימות כדי להביא לקידום המפעל שמספק תועלת כלשהי לחברים בו. לכן, כל אחד מהפרטים חייב כלפי הזולת בויתור על החירויות שלו לטובת המפעל, כיוון שהוא נהנה ישירות מהמפעל המשותף ובעקיפין מהויתור של חבריו על חירויותיהם. באופן דומה, לכל אחד מחברי הקבוצה זכות שחברו יוותר על חלק מחירויותיו הוא. זה יהיה לא מוסרי ולא הוגן לסרב לקחת חלק בנטל. בהנחה כי הסדר החברתי שהחוק מבקש להסדיר מועיל ליחיד, ניתן לומר כי החוק הוא מפעל מהסוג הזה: הוא מביא תועלת לכל האזרחים בחברה אך גם מגביל את החירויות שלהם (הדוגמא הפשוטה ביותר: תועלת – השמירה על זכויות הפרט, הגבלת חירויות – חובת תשלום מיסים). יכולתו של החוק להועיל לאזרחים נובעת מתרומתם לקיומו. סירוב של אזרחים לציית לחוק אינו הוגן כלפי שאר האזרחים, כיוון שהוא פוגע בתועלת שהם מפיקים מהחוק וכיוון שחירויותיהם הוגבלו על-ידו, כך שגם ה"סרבנים" יוכלו להפיק תועלת ממנו. מכאן, שאין זה מוסרי והוגן שה"סרבנים" יסרבו כל עוד הם נהנים ועתידים ליהנות מהטוּב שמרעיפה עליהם מערכת החוקים. לכל אזרח הזכות שחבריו האזרחים יצייתו לחוק. הארט ורולס סבורים כי עיקרון ההגינות מקים חובה לכאורה לציית לחוק. חובה זו, לדעתם, היא עצמאית ובסיסית, **שונה מזו שמקימים טיעון ההסכמה והטיעון התועלתני**.

1. **הביקורת** - סמית' טוען שלא ניתן לבסס את החובה לכאורה לציית לחוק על טיעון ההגינות:
2. כאשר ציות לחוק של אדם מסוים A, שעד כה נהנה מהציות לחוק של חבר אחר B בקהילה, לא יביא הנאה לאותו B או לא יפגע בקהילה, נראה שהפרת החוק על-ידי A אינה לא-הוגנת ואין בה פגם מוסרי. כלומר, טיעון ההגינות מבסס חובה לציית לחוק רק כשהציות יביא תועלת לאדם מסוים בקהילה או לקהילה. רק הפרה שתביא למניעת תועלת מהחברים בקהילה או מהקהילה עצמה היא לא הוגנת ולא מוסרית. תוקפו של הטיעון תלוי גם ב"היסטורית הציות והבאת התועלת" של כל חבר בקהילה, וברור כי השאיפה לתאם בין הרכיבים וליצור שיתוף פעולה מושלם בין כל החברים בקהילה היא לא מציאותית.
3. מערכת החוקים בנויה כך שלא תפגע מהפרות בודדות ומכאן שלא כל הפרה של החוק פוגעת בו. מצד שני, מערכת החוקים היא גם רחבה כל-כך שלפעמים ציות לחוקיה לא מביא תועלת לאף אחד. מכאן שטיעון ההגינות לא יכול להעמיד חובה לכאורה לציית לחוק. סמית' מראה כי גם רולס נטש את טיעון ההגינות כטיעון עצמאי המבסס חובת ציות לטובת שימוש מאוד מוגבל בו והתבססות על טיעון לפיו החובה לציית לחוק נובעת מהחובה הטבעית לציית למוסדות צודקים במדינה סבירה.
4. גנז טוען - טיעון ההגינות לוקח חלק בביסוס חובת הציות לחוק, אך כדי שימלא תפקיד זה יש צורך לפרש אותו כטיעון המבוסס על הצדק המחלק של אריסטו, ולא על הצדק המתקן כנהוג. גנז מצביע על הבעייתיות שבחיוב אדם עקב צריכה לא-רצונית של הנאה שמייצר הזולת, על בסיס תפיסת הצדק המתקן, שכן ישנן הנאות שאי אפשר שלא לצרוך (דוגמת ערב התרבות ופתיחת החלונות). למעשה, טוען גנז, הטוּבים העיקריים שייצרת מערכת החוק הם טובים מהסוג הזה (ודאות, יציבות, סדר).
5. הוא מביא את דבריו של נוזיק - מניח שלא ניתן לחייב אדם עקב צריכה לא-רצונית של הנאה שייצר הזולת במשותף. מתוך הנחה זו, מדגים נוזיק, טיעון ההגינות קורס, בין אם נדרוש הסכמה-מראש לצרוך את הטוּבים ובין אם נקבע כי מה שמתקבל בצורה לא-רצונית לא מטיל חובה.
6. גנז מבצע הבחנה נוספת בעניין זה - מי ראוי כי תוטל עליהם חובה: עצם העובדה שהזולת מייצר הנאה לא מחייבת אדם מסוים, אך אם הוא יכול להימנע מצריכתה ובכל זאת צורך אותה למרות שאינו מעוניין בה ומסכים לה, הרי שיש לחייבו. עם זאת, כאמור, לא ניתן להימנע מלצרוך את הטובים העיקריים שמייצר החוק. שתי השגות נוספות שמעלה גנז בהקשר הזה:
7. מדוע דווקא הציות לחוק הוא התמורה הראויה עבור מאמצי הזולת לייצר את הטובים? אולי לפעמים אפילו הזולת מצפה מהיחיד לגמול להם בדרך אחרת?
8. אפילו אם הציות לחוק הוא הדרך הנאותה לגמול על הטובים, עצם הצורך לטעון זאת מראה כי בניסיון להוכיח את טיעון ההגינות אנחנו נדרשים לשיקולים שמחוץ לעיקרון עצמו, ובכך מחלישים את עוצמת הטיעון.
9. גנז על תפיסת עיקרון ההגינות כמחולל צדק מחלק - גנז מציב את רעיון חלוקת נטלי ייצור הטובים במרכז הטיעון, במקום רעיון ההשבה. במקרה כזה, אין צורך למקורות חיצוניים כדי לקבוע כי החובה לשאת בנטל ייצור הטובים היא חלק מעיקרון ההגינות עצמו. לדעת גנז, אין אף צורך לסייג את העיקרון בכל מה שקשור להנאות שלא ניתן להימנע מצריכתן, שכן הוא מניח כי כמעט כל האנשים יודו כי הם מעוניינים בטובים שמייצר החוק (בניגוד לערבי תרבות). גם בלא לפתור את סוגית הרצוניות, גנז סבור כי ניתן לבסס חובת ציות באמצעות עיקרון ההגינות כיוון שהטובים שמייצר החוק הם הכרחיים מוסרית לחברת בני אדם – וככאלה לא ניתן לאפשר לשלול אותם מתוך רצון אישי של פרטים.
10. **טיעון תועלתני** - מתבסס על שורת הטענות הבאות: (א) ייצור טוּב עבור הכלל הוא חובה מוסרית (ב) מערכת משפטית הכרחית כדי לייצר טוּב ולהגן על הכלל מפני רוע (ג) הפרה של החוק מזיקה לייצור הטוּב. מכאן, שיש **חובה מוסרית לציית לחוק**.
11. **טיעון ההסכמה** - על גרסאותיו השונות, קובע כי כל בני האדם בקהילה נתונה הסכימו לחוק ומכאן שהם מחויבים לקיימו. ישנם **מספר סוגים של הסכמה** בהתאם לכל אחת מהגרסאות השונות לטיעון זה: הסכמה במעשה, הסכמה היסטורית, הסכמה מוסקת מכללא, הסכמה שנובעת מיצירת הסתמכות אצל החברים האחרים בקהילה ולעיתים אף הסכמה משוערת.

1. **הבחנה בין הטיעונים** - השוני העיקרי בין טיעון ההגינות לטיעוני התועלתנות וההסכמה הוא **בזהות הגורם שכלפיו מתקיימת החובה**:
2. לפי טיעון ההגינות - החובה לציית לחוק היא חובה אינהרנטית לחברה המוטלת על כל אזרח כלפי חבריו האזרחים ונובעת מכך שמערכת החוק היא יצירה חברתית-משותפת ומתמשכת של כל אזרחי החברה.
3. לפי שני הטיעונים האחרים - החובה לציית לחוק מוטלת על האזרח ומופנית כלפי מערך מוסדות החוק (המדינה).
4. טיעון ההגינות וטיעון ההסכמה נבדלים גם בכך שטיעון ההגינות לא דורש הסכמה של האזרח לתועלת שהוא מקבל כדי להטיל עליו חובת ציות. זאת, בזמן שההסכמה היא לב-ליבו של טיעון ההסכמה שבתורו לא נדרש כלל לתועלת שהאזרח מקבל. עם זאת, ניתן לטעון שהשניים דומים בהיבט זה כיוון שרוב הגרסאות של טיעון ההסכמה לא דורשות הסכמה רצונית בדומה לטיעון ההגינות (**טיעון ההגינות**: כאשר אדם מקבל מהכוח תועלת בעל-כורחו ונהנה ממנה או כשאדם כלל לא רואה במה שהוא מקבל תועלת ולכן לא רוצה בה. **טיעון ההסכמה**: אדם לא בוחר בחירה חופשית להתגורר במקום מסוים או לא מסכים לכל החוקים באותו המקום).
5. טיעון ההגינות נבדל מטיעון התועלתנות גם בכך **שההגינות מחייבת את קיום החוק באשר הוא** – בין אם מדובר בהתנהגויות שהן "רע מפני שנאסר" ובין אם מדובר בשני הסוגים של התנהגויות "רעות כשלעצמן". לעומת זאת, טיעון התועלתנות לא מחייב את קיום החוק במקום שבו מדובר בהתנהגות "רע מפני שנאסר" מהסוג השני שמתאר גנז.
6. טיעון ההגינות מדגיש את חוסר ההגינות שבהפרת החוק ובצריכת טוּב על-חשבון אחרים, בזמן שטיעון התועלתנות מדגיש את הסכנה הטמונה בצריכה מסוג כזה לייצור הטוּב עצמו. למרות ההבדלים , טוען גנז, **שני הטיעונים קשורים לוגית ואמפירית** ושילובם (מתוך תפיסת עיקרון ההגינות דרך רעיון הצדק המחלק) מאפשר לבסס את חובת ציות לחוק, הגם שזו אינה כללית ומוחלטת.