

דרישות הקורס: 30% השתתפות, 70% בחינה בסוף הסמסטר (נבדקת ע"י המתרגל), אין חובת נוכחות. הפסקה של 10:30-11:00. אפשר לשלוח מייל בסוף השנה כשהמרצה יגיד ולהגיד לו שהשתתפנו והיינו בקורס בנוכחות מלאה ולכתוב לו כמה אנחנו צריכים לקבל לדעתנו. זו המלצה שלא מחייבת למרצה אבל זה יזכיר לו מי הסטודנט.

הקורס נועד לתת לנו ידע עצמי, וללמוד מתוך השאלות של הסטודנטים האחרים בכיתה. הדבר החשוב בקורס הוא הדעה האישית שלנו ואיך אנחנו רואים את המשפט ולא איך המרצה רואה אותו, וזה גם מה שחשוב לבחינה.

שאלות נורמטיביות

רוב השאלות בקורס הן שאלות נורמטיביות, שאלות נורמטיביות הן שאלות ששואלות מה ראוי שיקרה לעומת שאלות תאוריות שמתארות את המציאות ואת מה שיש בפועל. אנו מסתכלים על המוסד המשפטי של דיני חוזים למשל, בודקים מה המצב בו באמצעות הספרות, הפסיקה והחקיקה בנושא ואנו שואלים מה המשפט עצמו אומר כרגע במדינת ישראל לגבי השאלה בה אנו עוסקים בדיני החוזים – האם יש מס או אין, האם הוא חל או לא חל על מוצר מסויים. השאלות הללו מכונות שאלות נורמטיביות מבחינה משפטית כי הן בוחנות את תפקיד המשפט אבל מבחינת הפילוסופיה של המשפט הן שאלות תיאוריות שיש להן תשובה תיאורית מעשית.

שנה הבחנה בין שאלות תיאוריות לנורמטיביות: כשנגיע למומחה בנושא, לא בהכרח תהיה לו תשובה מבחינת המרצה, וכך גם בפילוסופיה נורמטיבית יש שאלות שאין להן תשובה. ניתן לשאול מספר אינסופי של שאלות, אך מספר מוגבל של שאלות רלוונטיות ולא טריוויאליות, שאפשר לדון באופן קוהרנטי בתשובות להן, ועל כן יש גם סוף למספר החוקים או לתשובות שאנחנו יכולים למצוא. יש גם אינסוף פרשנויות חשוב להדגיש שכל העקרונות, אפילו הכי כלליים, כמו פסיקה של ברק על חוקי יסוד למשל, כמו הפסיקה של דורנר בפס"ד מילר על עקרון השוויון, הוא עדיין עיקרון משפטי כי הוא חלק מהנורמות המשפטיות אבל אנחנו עדיין יכולים להסתכל עליו ולשאול האם הוא עיקרון מוסרי והאם טוב שהוא יהיה, האם הוא תקף על אנשים פרטיים מבלי שהוא שואל האם צריך לאמץ אותו או לא. הקורס עוסק בשאלה מהסוג השני, ואין שופט שיהיה אוטוריטה, או פילוסוף או רב שיענה על השאלות הללו. אין תקדין או נבו בפילוסופיה וכן בפילוסופיה נורמטיבית ולכן צריך לשמור על השאלות האלו בנפרד. על כן כל עוד אנו זוכרים שזה לא סוף פסוק צריך להמשיך לשאול את השאלות הללו.

איך אנו מוצאים תשובה לשאלה משפטית? ניתן מצד אחד לבדוק מה החוק במדינת ישראל וניתן מצד שני לבדוק מה המנהג המקומי או מה ראוי בעיני האדם עצמו. למשל, עונש מוות בישראל הוא לא חוקי – אנו יודעים זאת אחרי שבדקנו מה החוק או מה הפסיקה בנושא. יש שאלות ספציפיות שאנחנו יכולים לשאול על תחום משפטי מסויים – נורמטיבי ותיאוריות ובכך אנחנו נעסוק במהלך הקורס.

הבחנה בין תורת משפט כללית לפרטיקולרית

הדיון הפילוסופי בתחומי המשפט השונים אינו דיון מוסרי מופשט כמו בשאלה מהו משפט בכלל והוא מעוגן גם בדוקטרינות משפטיות. השאלות בתורת המשפט הפרטיקולרית מתייחסות לתחומי המשפט הספציפי. אנחנו לא שואלים מה זה משפט כמו שפוזנר שאל למשל, אנו עוסקים בשאלה ספציפית. יש כאן שאלה שמתייחסת לקיים – המטרייה הנורמטיבית היא השאלה עצמה אבל היא מעלה שאלות בפילוסופיה נורמטיבית של המשפט. כמו למשל בשאלה האם אדם יכול לפגוע בעצמו והאם המדינה יכולה להעניש אותו על כך. עולה שאלה האם המדינה צריכה להיות פטרנליסטית כלפי האזרח והאם זה מעניינה "לדחוף" את אפה לחיי האזרח ושאלה זו עולה מתחום הפילוסופיה הפוליטית והמשפטית. שאלה אחרת היא שאלה אפיסטמולוגית – יש לנו בעיה לברר מיהו האדם שקובע מהי הנורמה המחייבת, מהו הסטנדרט. יש עוד שאלה והיא השאלה המהותית – מה צריך לעשות? נניח שאדם איבד אדם יקר לליבו והוא מעוניין להתאבד. השאלה היא "מה צריך לעשות?" ולא איך או מה נאמר על כך ברמה המופשטת. למשל, בסרט בחירתה של סופי – היא יכלה לא לעשות כלום ולשלוח את שני ילדיה לתא הגזי", להציל את בתה וכך היא פעלה בסוף, להציל את בנה ואופציה רביעית של אי בחירה – פשוט לא לבחור בעצמה ולתת לגורל לבחור למשל ע"י הטלת מטבע. היא יכולה לשאול את השאלה האם היא עשתה את הדבר הנכון וגם אנחנו יכולים לשאול האם היא עשתה את הדבר הנכון – שאלה זו היא לא מתחום הפילוסופיה של המשפט אלא מתחום הפילוסופיה של המוסר, אך המשפט כמעט בהכרח כדי לענות על השאלות הנורמטיביות, לפעמים קשה לומר מה צריך לעשות לפני שאנו שואלים שאלות על מה האזרח צריך לעשות ומה טובות של האזרח. השאלה הזו לא נענית ע"י אוטוריטה ויכולה להיות להן תשובה גם מבלי שיש להן אוטוריטה שעונה עליהן. גם חברי כנסת שמתלבטים איך לכתוב את חוק העונשין וגם שופטים שעוסקים בפרשנות החוק שואלים שאלות מוסריות וכמובן גם אנחנו כבני אדם.

הביקורת על התיאוריה הטהורה של המשפט של קלזן, שלפיה נורמה משפטית, האופן שבו ראוי להתנהג, לא יכולה להיגזר לדעתנו מטענה עובדתית (בדומה לעמדתו של Hume, בעיית האינדוקציה, התרגולות והחוויה) היא מהיכן נורמה משפטית שואבת את תוקפה? קלזן עונה כי נורמה משפטית תמיד שואבת את תוקפה מנורמה משפטית גבוהה יותר. הנורמה המשפטית הגבוהה ביותר, למשל החוקה היא נורמת היסוד של המערכת, אך גם כאן ניתן לשאול מהיכן זו שואבת את תוקפה, את סמכותה? שאלה זו דומה לשאלה אחרת – שאלה תיאולוגית בדבר הבריאה, מהיכן התחיל הכל? אחד הטיעונים בהיסטוריה של הפילוסופיה הוא טיעון שדומה לקלזן, **תומס אקווינס** אמר כי היה צריך להיות לכל העניין הזה התחלה, לכל דבר צריכה להיות תשובה של "מה גרם לזה לקרות/להיות?" אנחנו תמיד נגיע לשאלה הזו של הנורמה העליונה – זו שלדעת קלזן היא נורמת הבסיס. תומס אקווינס הוא ההוגה המרכזי שפיתח את דוקטרינת משפט הטבע שעל פיה עקרונות המשפט הטבעי הם עקרונות נצחיים והכרחיים של צדק שמקורו בטבע האדם והם מגבילים מבחינה תוכנית את תוקפן של נורמות משפטיות. חוק שאינו צודק אינו חוק לפי תפיסתו. **תומס אקווינס** חשב שכל השאלות צריכות להסתיים בישות מסוימת שיכולה להסביר איך הכל נברא, איך יש חיים, מה הגיע ממה, החוק הטבעי לדעתו הוא חלק מהחוק הנצחי האלוהי. גם על טיעון זה יש ביקורת – מאיפה הגיעה הישות הזו? קלזן מביא נורמת-על שמסבירה נורמות אחרות, אבל הוא צריך להסביר גם את נורמת העל, למה השאלה נגמרת אצלה ואין לנו רגרסיה אינסופית של שאלות. יש הרבה אנשים שמאמינים באלוהים מתוך אמונה, faith, מאמינים באלוהים כי "ככה", או כי הם רואים באמונה כמתנה כלשהי. במקרה הנפוץ, האמונה מגיעה מתוך רציונל, אמונה היא פעולה אנושית וזה לא אומר שאי אפשר לגבש אותה מתוך תיאוריה רציונלית. השאלה שמניחה תיאוריה של רציונליות גוזרת את דיננו בצורה שהיא לא בהכרח לגיטימית – למה אנחנו צריכים בעצם להסכים לתיאוריה הזו של הרציונליות? אקווינס היה אדם דתי מאוד והאמין באיזשהו טוב אוניברסלי. בכל מקרה יש דעות קיצון, ואנחנו צריכים לדעת לשמור על הדעה שלנו בין לבין.

הרבה פעמים הקונטקסט משנה את ההנחות הבסיסיות. למשל, אם אדם מעלה טענה ואומר כי "זו דעתי" אין צורך במשפט זה למעשה, כי מדובר בעניין טריוויאלי, אם היא הדוברת ברור שזו דעתה, יש כאן משהו אחר שנאמר – ההנחה היא שאנחנו חיים בחברה פלורליסטית שמאפשרת חופש ביטוי וכך יש לכל אחד זכות לחשוב מה שהוא רוצה, וגם להביע את דעתו (לדבר, לכתוב, לבטא) עד גבול מסויים ואנחנו לא מבקרים אדם על דעתו. הסייגים הללו בעצם עושים צחוק מכל הדיון, זה אומר בעצם שאנחנו נכנסים למשחק של שכנוע, של דעות בצורה שהיא לא לגיטימית.

למשל, השאלה מהי ענישה, האם דרישה שלשלם מס או סכום כסף מסוים, אחוז מסוים מאיזשהו סכום היא ענישה או לא ענישה. יכול להיות שהתשובה לשאלה זו – האם זו ענישה, קנס או מס, מבחינה מוסרית יש לה השלכות לגבי אם אנחנו רוצים את החוק הזה או לא. יכול להיות שהחוק הוא עונשי אבל זה בסדר להטיל מס. יש כאן שאלות מושגיות של ענישה וכן שאלות נורמטיביות שההגדרה של ענישה, כאשר אנחנו חושבים על משהו כעונש זה משנה את הצורה שבה אנחנו צריכים להסתכל על כך, מהו נטל ההוכחה שצריך לדרוש וכו'. יכול להיות שאם זה מס אז יותר קל לדרוש ולתמוך בו ונטל ההצדקה המוסרי הוא יותר קל, אך אם זה דיני נפשות ולא ממונות אז זה כבר עניין אחר.

לשאלות נורמטיביות יש בסופו של דבר השלכות לגבי מה צריך לעשות. או שנאמר שהמוסר הוא בעצם המשפט או שהמוסר הוא עניין קונבנציונלי. הנחת המוצא היא שאחרים טועים, אנחנו נהנים מהספק הזה.

המבחן:
ספרים סגורים 3 שעות.
70%

חלק א: 5-6 שאלות של פסקה למשל מה ההבחנה בין תיאוריות גמול לתיאוריות תועלתנות של ענישה או מהי תיאורית הגמול של הענישה והבא דוגמא. אולי צריך יהיה להחיל תיאוריה על מקרה קצר.

למשל- סיטואציה שהחוק דורש לעשות משהו וישאלו אותנו על החובה לציות לחוק- החובה המוסרית כמובן ולא המשפטית. **חלק ב:** שתי שאלות ארוכות ונתבקש לדון בצורה ביקורתית ורציונית. שאלות מחשבה. לא מספיק לדעת מה כל הוגה אמר אלא מה אנחנו חושבים שכן לקבל את דעתנו, לחשוב על התנגדויות ולא לשפוך תיאוריות.

נדון בשאלה האם קיימת חובת ציות לחוק.

קורסים רבים אומרים שקודם יש לחשוב על החוק באופן תיאורי מושגי- מהו משפט, ורק אחר כך בשאלה הנורמטיבית. יש שאומרים שמבחינה לוגית- לא ניתן לשאול האם חייבים לציית לחוק לפני ששאלנו מה הוא חוק. **אנחנו נשאל קודם את השאלה הנורמטיבית ורק אחר את המושגית.**

האם יש חובה לציית לחוק או למשפט?

ראשית נשאל איזה סוג חובה? חובה דתית? מוסרית? משפטית? טבעי לחשוב שזו שאלה משפטית. השאלה הרלוונטית היא האם יש חובה משפטית לציית לחוק?

הפרשנות הזו בעייתית כי התשובה היא ברורה מידי. כמובן שיש חובה משפטית לציית לחוק. כל הרעיון של ציות לחוק משמיע חובה משפטית שיש לציית לה. זו טענה שהיא בסיס משותף. תשובה לשאלה הזו לא תתן לנו אינפורמציה חדשה. הויכוח הוא מעניין אם הוא על שאלה שהיא שנויה במחלוקת. האלה האם יש חובה משפטית לעצור ברמזור אדום במקרה הנורמאלי היא שאלה טריויאלית וברורה! הנחת המוצא שלנו היא שאין לנו מחלוקת משפטית וכולנו מכירים את המשפט שחל במדינה הספציפית והשאלה שלנו היא האם לציית לחוק מבחינה מוסרית או פוליטית וכדי.

עוד שאלה היא האם החובה לציית לחוק היא חובה מוסרית מוחלטת ויש לציית לה ויהי מה. האם זו שאלה מוחלטת? לפי **סוקרטס (ואפלטון)** נראה שהוא מאמין שיש חובה מוחלטת.

לפי **המרצה** אין חובה מוסרית מוחלטת לציית לחוק ואין טעם בדיבורים על חובה מוחלטת ואין כמעט שום חובה מוסרית מוחלטת. למשל- **קאנט** האמין שיש חובה מוסרית לא לשקר בכל מקרה שהוא. אך השאלה המעניינת יותר היא האם החובה המוסרית היא מוחלטת.

פילוסופים רבים (כמו **סמית'**) קוראים לחובה "חובה לכאורה". "אופסי פרוטנטי".

לכאורה- אתה לא רוצה להתחייב לאמת של הטענה שלך. לכאורה כלומר ספק וכסת"ח. יש לי מספיק ראיות אבל יכול להיות שאני טועה. נטל ההוכחה שאני טועה- עובר לצד השני. אם הוא לא יוכיח שטעיתי – יש לנו מספיק ראיות אולי אפילו כדי להרשיע. זה קונסיסטנטי עם הטענה שלא היו דברים מעולם והרוצח לכאורה כלל אינו רוצח. מטענה זו יכולות לצאת שתי טענות- אחת היא שרצח, והשנייה שלא. הטענה היא ראייתית ואני בסדר שאני מאמין בזה.

חובה לכאורה של פילוסופים (**סמית'**) שונה- חובה שבמקרים מסויימים אינם אבסורדים כל כך. במקרים קיצוניים יש חובה אחרת שהיא כבדה יותר (מטפורת המשקל) והחובה האחרת מכריע את החובה לציית לחוק. זו דרך מסויימת ומעט פשטנית. לחובה יש משקל והמשקל הוא דבר סופי ותמיד יכול להיות משהו אחר בעולם הלא צפוי שלנו שיכול להיות כבד משקל יותר מהחובה הזו- ולהכריע נגד החובה לציית לחוק. זה מודל החיבור וחיסור.

מודל הכפל והחילוק: אופן שונה של התנגשות טעמים בעולם. לפעמים החובה לציית לא תוכרע על ידי משהו כבד יותר אלא היא תתבטל או תושקק. מספרים ניתן לחבר או לחסר אך ניתן גם לאפס- ל"איין" אותם. אם מישהו בא להרוג אותי. במקרה יש לי רובה. הפעולה תחת הגנה עצמית נראית שהיא לא שוקלת יותר ומכריעה באופן הזה את החובה שאין להרוג אנשים אלא שהיא משתיקה ומאיינת את החובה שאסור להרוג אנשים. חובה מוחלטת היא משהו שמאוד קשה להאמין בו.

העמדה הקוהרנטית שלפיה חייבים לציית לחוק בכל מקרה יוצרת סיטואציות שבהכרח אנחנו בדילמה מוסרית ונאלצים להפר חובה מוסרית.

מה היא ההבחנה בין חובה ספציפית לחובה כללית?

בחוק העונשין יש איסור על רצח בכוונה תחילה. חוזים למשל יש חקיים- זה עקרון מוסרי ולא רק משפטי. האם החובה נוגעת לחובה ספציפית או כללית ומה ההבדל בכלל.

כמו שאמרנו שאין שאלה לגבי האם יש חובה מוחלטת (יש מעט אנשים שחושבים שזה מוחלט) יש מעט מאוד אנשים שחושבים שהחובה לציית היא כללית ומוחלטת. אם המשפט והמוסר חופפים יש לי חובה לציית לחוק.

האם עצם העובדה שהחוק אומר לי לעשות משהו מסויים ברגע מסויים – האם זה נותן לי חובה מוסרית לכאורה שאם היא לא תבוטל או תוכרע ע"י גורמים אחרים היא תהפוך להיות חובה מוחלטת בהעדר טעמים לעשות פעולה שלא מתיישבת עם קיום החוק- זה מה שאני צריך לעשות בסופו של חשבון ואז יש לי חובה מוחלטת ולא לכאורה. ויש לזה נפקות נורמטיבית גדולה. האם עצם העובדה שהחוק הוא חוק יוצרת חובה והיא לא תלויה בתוכן של החוק.

השאלה שלנו זה לא האם יש חובת ציות לחוק במקרי קיצון אלא האם יש חובה לציית לחוק ככזה. איך אנחנו בודקים מה התשובה?

נעשה את זה ע"י בחינה של קייסים ומקרים כדי לשאול את עצמינו מה האינטואיציה המוסרית- ובמה אנחנו מאמינים כי אנחנו בסוף מחליטים מה לעשות.

לצורך כך מקרה המבחן שלנו יוכיח לנו האם יש חובה או לא ונסה לנסח קייס שיהיה המבחן האולימפיבי לבחינה ושתנתן תשובה ברורה. המקרה שלנו יהיה לא מקרה קיצוני או דרמטי כי שם התשובה ברורה יותר. מצד שני לא נרצה חוק שהוא פחות מידי צודק בצורה ברורה. אנחנו צרכים מקרים יותר בנאליים.

המקרה שניקח הוא המעבר בתמרור אדום ב-3 בלילה.

טיעונים לחובת הציות לחוק: **סוקרטס** בדיאלוג של קריטון. לפני הסיפור של קריטון אפלטון נכנס לכלא. לקריטון חברו יש כסף והוא מנסה לשכנע אותו לנצל את הממון ולצאת מהכלא. הסיבה שהוא נכנס לכלא היתה שהוא "השחית את הנוער" ועל זה הוא קיבל עונש מוות.

אפלטון הוא עסקן- ידו בכל והוא מעצבן את הרשויות. **קריטון** נכנס בלילה לבית הסובר ומתחילה שיחה עם **סוקרטס** ומנסה לשכנע אותו לקנות את דרכו החוצה.

הנחות המוצא שלנו הן:

1. **סוקרטס** לא עשה שום דבר רע ולא הגיע לו עונש המוות.
 2. **לקריטון** יש את האמצעים כדי לשחרר את סוקרטס מהכלא ולהביא אותו לחוף מבטחים.
 3. **סוקרטס** מסכים שגזר הדין והעונש אינו מוצדק ושהחוק דורש ממנו לעשות משנו שלא צריך לדרוש ממנו-לשתות רעל.
- עמדת **סוקרטס**: יש לכבד את החוק בכל מקרה. הוא לא מסכים לצאת מהכלא בשום אופן. טענותיו:
1. אני מעריך את דבריך והייתי הולך עם דבריך אם היית צודק.
 2. **סוקרטס** מביע דעה על סקרי דעת קהל- אין לו זמן לדיבורי יחסיות מוסרית.. לא מעניין אותו מה הרוב היה עושה. עמדתו היא עמדה קיצונית- בכל מקרה יש לציית לחוק. (גם הובס תמך בה). לעטנתו לא משנה מה טוב בשבילו או לאחרים
- לצורך ההוכחה הוא מדמיין מקרה היפוטי בו החוקים של אתונה יושבים ומסבירים לו מה הוא צריך לעשות למרות שהוא עצמו לא צודק.
- בטיעונו יש כמה דברים מוזרים:
1. הוא שם את הטיעונים ב"פה" של מערכת המשפט של אתונה הרי לחוקים אין פה ויש אנשים שעומדים מאחורי המערכת החוקית.
 2. אם יש חובה לציית לחוק כחוק החובה אמורה לחול לפחות בחלק מהמקרים בהם החוק או התוצאה המשפטית אינה צודקת או אפילו רעה – אחרת אין משמעות מעשית נורמטיבית של חובה לציית לחוק. אם נלחמתי בחוק ונכשלת- יש לי חובה מוסרית לציית לו. אני לא אומר שהחוק הוא בסדר אבל יש לי חובה מוסרית לציית לו. פה חוקי אתמונה מסבירים לו למה יש לו חובה כזו.
- מה סגנון הטיעון של סוקרטס?**
- יש לו מסקנה אחת אליה מובילים כל הטיעונים שלו. האם הטיעונים הם מאותו סוג? לא. הם מיש-מש. האם **סוקרטס** צריך להראות שאחד הטיעונים לבד מספיק כדי לבסס את הטענה שלו? לא. הוא לא שם את הביצים בסל אחד, ויש לו מספיק טיעונים שמצדיקים את הטענה שלו. **טיעונו**:
1. **מהלך אימים** אתה תחריב את המדינה. אם כל אחד יעשה כרצונו המדינה כולה תהרס. **תגובה**: זו טענה אמפירית! ניתן לבדוק אותה ולראות. לחוקים אין תגובה אמפירית והוכחה לטענה שלהם הטיעון של החוקים הוא קולוסאלי ונשמע לא סביר.
 2. **מדרון חלקלק**. תגובה- מי אמר שאם אני אפר כולם יפרו גם?
 3. **טענה חוזית**. הסכמת לקיים את החוזה עם המדינה לקיים את חוקי המדינה ועליך לקיים את החוזה. השאלה האם הוא הסכים לחוזה או לא היא שאלה עובדתית. התחייבתי או לא. אם הבטחתי לעשות משהו- ביצעתי פעולה. על פעולת ההבטחה ניתן להגיד שהיא פעולה מודעת ורצונית. כשאתה מבטיח או חותם על מסמך בכתב או בעל פה- יש שם זיכרון. החלטתי לעשות משהו ואני זוכת את זה – לפחות לטווח הקצר. לכן חייבים לשאול את השאלה האם אנחנו או סוקרטס זוכרים שהבטחנו לקיים את חוקי המדינה? סוקרטס בשם חוקי אתונה אומר שזו למעשה הסכמה מכללא.
- החוקים אומרים שאין לך תירוץ חוזי- אין לך דרך יציאה מהחוזה כי הבטחת ואתה חייב לקיים את החוזה. הבעיה היא שלהגר למדינה אחרת אינה תמיד אופציה- זה לא דבר טריוויאלי. בהנחה שאין לך באמת אופציות באלו האם זה שנשארת יכול להחשב להסכמה חופשית?
4. **הכרת תודה – עשיית עושר ולא במשפט**. נהנית- תשלם. אנחנו גידלנו אותך וטיפחנו אותך על כן עליך לשלם את חובך. אתה כפוי טובה. אנלוגיה להורה. אתה נוהג כמו ילד שלא מכיר תודה להוריו על ההקרבה. עושים לו ייסורי מצפון.
- תגובה**: כל האנלוגיה הזו היא בעייתי. הכרת טובה וכפיות טובה אינה מתאימה לטיעון של מדינה.. עצם זה שאה נהנה ממשו לא בהכרח מטיל עלי חובה להכיר תודה – אם אני שומע שכן מנגן דרך החלון זה לא אומר שהוא יכול להגיש לי חשבון בסוף החודש.
- אנחנו לא צריכים להבין את החוזה עם המדינה אלא יש להבי את החוזה כחוזה בין האזרחים או חובת הגינות והדדיות. שויון בנטל בין האזרחים ולא כלפי המדינה. אם אתה מפר את החוק אתה לא פייר כלפי החברים שנושאים בנטל. אך הפרת החוק פה אינה בהכרח פוגעת במישהו ולכן יש שאלה במה זה לא הוגן מישהו אחר יפר את החוק אם ההסרה לא פוגעת באדם שהקריב. הם זה אכן לא הוגן כלפיו?

סוקרטס הוא נאמן ללא תקנה ואפילו כשהוא עומד למות הוא אומר שנאמנות היא ערך כמעט מוחלט, ולא רק נאמנות למדינה אלא נאמנות כללית יותר- להורים, לאבות. ברור שסוקרטס הוא פטריוט ונאמן למדינה ולאתונה אך נראה שהוא גם מאמין בנאמנות עצמה וחושב שהי ערך, סגולה. נאמנות למדינה זה מקרה ספציפי. הסיבות לנאמנות לחוקים הן אותן סיבות לנאמנות הכללית. לדיון על הנאמנות הנאמנות הכללית יכולות להיות השלכות על הנאמנות של המדינה אולם נתמקד בכללית.

לפני שנתחיל **נשאל שתי שאלות בסיסיות**:

1. האם נאמנות היא ערך?

2. האם נאמנות היא סגולה?

אלו הן שתי שאלות עצמאיות. ההבדל ביניהן הוא שסגולה היא תכונה אישיות, מרכיב פסיכולוגי שהוא חלק מאישיות האדם. ערך, לעומת זאת הוא מושג מוסרי- נורמטיבי. במושג הערך אין לנו עניין וזאת משום אין עניין במה חושבים הרבים- כך מסתבר גם מדברי סוקרטס וקלר. השאלה של קלר היא לעולם לא מהו הקונצנוס בחברה- את השאלה הזו יבחנו עושי הסקרים והסוציולוגים ולכן נתמקד בשאלה מס' 1.

שאלה מס' 1- האם נאמנות היא ערך?

פעמים רבות קיומה של חברות ושל מסגרות חברתיות שונות מותנית בנאמנות. עולה השאלה- האם נאמנות היא משהו שיש להתייחס אליו כסיבה לפעולה בזכות עצמה? האם עצם העובדה שפעולה מסוימת היא מהווה ביטוי של נאמנות הינה סיבה מספקת לבחור בה? האם יש לאכול משהו רק משום שהוא בריא? יש דוגמאות של דברים שהן חד משמעית לא ערך- רהיטים למשל ("אני עושה את זה לשם הכיסא"), גם "שינוי" הוא לא ערך. לצורך הדיון הפילוסופי, יש לנסות להגיע למס' הבנות (שניתן לשנות תוך כדי הדיון).

נאמנות יכולה להיות תכונה פסיכולוגית אך היא, באותה מידה, יכולה להיות משהו שמייצר טעמים לפעולה. אם נאמנות היא ערך ששווה לפעול לשמו, הוא ב"מועדון הערכים" ולא בקטגוריית ה"פשיזם". האם דעתניות היא ערך? לדעת המרצה דעתניות היא לא ערך- אדם דעתי יביע את דעתו בכל נושא.

אנחנו חייבים להגיע להבנות מסוימות שניתן לשנות אותן תוך כדי הדיון. כדי שהדיון יתרומם אנו חייבים להבין את השאלה ולצורך כך צריך דוגמאות. נאמנות יכולה להיות תכונה פסיכולוגית אך זה יכול להיות משהו שמייצר טעמים לפעולה. אם היא ערך זה משהו ששווה לפעול לשמו ושווה לפעול כדי להשיג אותו כשלעצמו. הוא ב"מועדון הערכים" ולא בקטגוריית ה"פשיזם".

סיימון קלר טוען שהדרך לחשוב על סגולה וערכים זה לראות את עצמינו כסוכנים הפועלים בעולם ואנחנו צריכים לחשוב איזו נקודת מוצא אנו לוקחים. היום אנו מדברים על נאמנות כללית. לא למשהו ספציפי אלא משהו כללי יותר- שמשותף לכל המקרים. אנו מנסים להבין האם יש משהו שחשוב שיש חובת נאמנות בלי קשר ל-למי אנו נאמנים או למה. משהו שחשוב שיש חובת נאמנות לחוק חושב שיש חובה אבסולוטית כזו. לא חובה לציית לחוק טוב או לחוק כתלות בסיטואציה. נאמנות היא מושג דק יחסית ויש המון סוגי נאמנות שונים מאוד. אנו מנסים למצוא את הבסיס המשותף ולמצות את הנאמנות עצמה.

כדי למצוא את הטענה אנו חייבים למצוא **דוגמת מבחן** שתוכיח את הטענה שלנו. אנחנו צריכים מקרה שלא מאמת ערכים או נאמנויות כפולות. לא נאמנות מול נאמנות למשל אלא נאמנות מול ערך אחר. צריך מקרה פשוט. הדוגמא שניקח הפעם היא כזו:

חברה מצלצלת בלילה אחרי שאני כבר במיטה ומבקשת שאבוא לאסוף אותה. אין ספק שאני אעשה את זה. יש לנו 2 גרסאות לניסוח והצגת השאלה:

1. אני עושה את זה מתוך אכפתיות ישירה לחברה. רק כי זו החברה הזו הספציפית.
2. אני עושה את זה כי אני מעריכה נאמנות כשלעצמה. ההתנהגות של לקפוץ בלי לשאול שאלות וללכת לאסוף את החברה זה הדבר הנאמן לעשות.

אם משהו אומר שהוא ילך לאסוף את החברה אך ורק כיוון שזו היא – הוא לא תופס את הנאמנות כערך.

קעת נדון בשאלה מס' 2- האם הנאמנות היא סגולה?

אם אני אומר שהאדם נאמן מטבעו אני אומרת שזה אדם שהנאמנות חלושת על תחומי חייו, הוא נוטה להתקשר בקשרי נאמנות שונים עם אנשים מוסדות או מקצועות ובפעולותיו נוטה לעשות את הדבר הנאמן ומתוך נאמנות. אמירה על משהו נאמן מטבעו מעיד לא רק על הפעולות אלא על התאוות או התשוקות.

אנו רוצים לשאול שאלות לא מטפיזיות כמו מה היא סגולה וכד'. יש לנו תמונה ברורה יחסית לגבי איך נראה אדם שהוא נאמן באופן כללי. יש מחקרים שמראים שיש אנשים שיכולים להיות נאמנים כולות בסיטואציה- נאמן למדינה אך לא לאשתו. אולם מחקרים מראים שכשאנשים יוצרים סטיגמה על אחרים והכללות כמו: "שומר נפשו ירחק" או "הוא לא יכול להרוג זבוב"- להכללות האלו אין שום ערך צפייתי, ניבואי. זה התגלה בניסוי של מילגרם- נתנו לנסיינים לתת "שוק חשמלי" למישהו כחלק ממחקר של ציות לסמכות, וראו שאנשים העלו את המתח עד למתח קטלני ממש ו66% הגיעו עד המקסימום. מה שאנשים אומרים לנו על מה שהאנשים האלו יכולים לעשות או לא יכולים- זה לא מעיד לנו על כלום ואין לזה ערך ניבואי. הערך הניבואי נובע ממניפולציות עדינות בסיטואציה. האם הנסיינים לובש חלוק לבן למשל. גם במקרה של השומרונים הטוב בו שמו אדם שמזייף התקף לב. אם נתנו לאנשים הרבה זמן עד שהיה עליהם להגיע להרצאה הם עזרו לאדם ואם השאיור מעט הם נטו להתעלם. מקרה נוסף- בחרו טלפון ציבורי ובחורה שנפלו לה הדפים ליד הטלפון הציבורי. שאלו אנשים מי יעזור ומי לא והם טעו. מה שניבא את הפעולה של האנשים היה אם האדם (שבדיוק סיים את השיחה) מצא בדיוק אסימון על הרצפה או לא. מי שסיים את השיחה ומצא אסימון עזר לבחורה ומי שלא – לא. יש אנשים שלוקחים את זה לקיצון וטוענים שלאדם אין תכונות אישיות בכלל. אין דבר כזה אדם שהוא נאמן או ישר כי תכונת אישיות דורשת קונסיסטנטיות

לאורך מקרים וסיטואציות. עמדה קיצונית פחות היא לטעון שיש נאמנויות שונות ויש אדם שנאמן בסיטואציות ספציפיות וכו'.

הנחת המוצא שלנו בדיון (וזה הנחה בעייתית אומנם) היא שיש כזה דבר נאמנות כערך וכתכונה כיון שאם לא סיימון קלר "ניצח" ולא ניתן לטעון שנאמנות היא סגולה. הדיון מניח בצד את כל השאלות האלו ויוצא מהנחה שניתן לדבר על אדם שהוא מטבעו נאמן ובגדול הוא יוצר קשרים בקלות יחסית וברגע שזכינו בנאמנות שלו היא מובטחת לנו (באופן כללי. תהיה לו נטיה בכל מקרה להיות נאמן).

יש לנו 2 שאלות נורמטיביות:

- 1. האם אכן אנו רוצים שהילד שלנו יצא נאמן מטבעו?** ההנחה הראשונה של קלר היא שאם אנחנו חושבים שנאמנות היא סגולה נרצה שתהיה אותה לילדינו (כמו שנרצה שיהיו ישרים למשל. אם נאמנות היא סגולה נראה שיהיה אותה לילדנו- שיהיו עם אופי נאמן. שילדינו יסתובבו בעולם ויצרו קשרי נאמנות וזיקה לאנשים, מקצועות וכו'. דעתנות למשל- אני לא בהכרח ארצה שהילד שלי יהיה דעתן כיון שלהגיד שאני רוצה שהילד שלי יהיה דעתן כשצריך- זה כבר לא אומר שהוא דעתן! אנו מדברים על נאמנות שאינה תלויה סיטואציה כיון שאנו לוקחים את מקרה הקיצון. אנו כמובן לא מדברים על האדם הצדיק כי יש מקרים בהם האדם הנאמן יעשה את הדבר ה"לא נכון" רק מתוך הנאמנות לשמה (כמו הנאמן למפלגה הנאצית).
 - 2. מה אנו חושבים על האדם שאין לנו את התכונה הזו והוא לעולם לא פועל לפי מניע הנאמנות, האם נראה אדם כזה כאדם לא מוסרי?** נתאר את אותו האדם: הוא אדם שמסתובב בעולם בלי יכולת ליצור קשרים טובים עם אנשים. אמרנו שנאמנות היא הגורם ליכולת ליצור ולקשור קשרי חברות עם אנשים ומי שאין לו יכולת להיות נאמן לא יצור קשרים עם אחרים. אנו חשים חמלה על אדם כזה, לא היינו רוצים להיות כאלו ולא היינו רוצים שילדנו יהיו כאלו. אך השאלה המהותית היא האם אנו מוצאים בהתנהלות כזו פגם מוסרי? אדם כזה יכול להבחין בין טוב לרע, לשמור הבטחות וכד'.
- עמדתו של קלר לגבי השאלות מסתכמת בכך שלגישתו אין פגם מוסרי בכך. הוא לא היה רוצה את זה לעצמו והוא שמח שהוא מסוגל לפעול מתוך נאמנות אך הוא לא מצליח לראות שום פגם מוסרי בהתנהלות שהיא לא נאמנה. זה לא כמו האדם שאינו ישר- שאצלו קלר מוצא פגם מוסרי. במי שאינו נאמן לגישת קלר אין כל פגם מוסרי.
- אנו לא רוצים שילדינו יהיו נאמנים באופן גורף. פתירוטיות למשל היא נאמנות פסולה. קלר לא רוצה שילדו יהיה נאמן כיון שאמנם הנאמנות אינה שלילית באופן בוטה כשלעצמה (כמו אכזריות) אלא אין לה ערך אינהרנטי והתכונה הזו יכולה לשים את הילד בסכנה. סכנות אישיות ומוסריות. אדם שיש לו נאמנות כללית הוא אחד שנוטה להתקשר בצורה לא מפלה. הנאמן אינו טיפוס בררן במיוחד כמו שהדעתן אינו בררן ואין לו יכולת להפלות בין טפל לעיקר. בנוסף הנאמנות מציבה את הילד בפני סכנה מוסרית כגון במקרה של המפלגה הנאצית.
- נקודת התורפה אצל קלר היא שהנאמנות אינה מחייבת פנאטיות ויש אפשרות להיות אדם נאמן עם ערכים מאזנים נוספים. לפי קלר יש הבדל בין אדם נאמן לאדם שיש לו תכונות נוספות.
- קלר מבחין בין אדם שניתן לסמוך עליו ואדם ישר לבין הגדרתו לאדם נאמן. לפיו אנשים שהם נאמנים הם יותר מידי ניתנים להשפעה, ובעיניו זה פסול. לטענתו כדי להנות מיתרונות האמנות אין ורך לראות אותה כערך וכדי להנות מיתרונות הקשרים שמאפשרת הנאמנות אנו לא צריכים להיות עם תכונת האופי של הנאמנות. אדם שאין לו את תכונת הנאמנות – שהוא לא נאמן במיוחד ולא במיוחד לא נאמן ואדם שלא רואה את הנאמנות כערך עדיין יכול להשתתף ביחסי הנאמנות הטובים ואנו בתור חברים יכולים לקבל ממנו את כל מה שאנחנו רוצים למרות שהוא לא האדם הנאמן ואין לו נאמנות כערך כיון שיש לונאמנות בתוך החברות והקשר הספציפי ואלי.
- נאמנות=דעתנות בשביל קלר ולדעתו אין שום הבדל מוסרי בהקשר זה. זה לא דבר שהוא נורא ואיום אך זה לא יותר אטרקטיבי ליות נאמן מאשר להיות דעתן. אני רוצה למעשה נאמנות סלקטיבית שהיא, לפי קלר, אינה נאמנות כלל. על כן הנאמנות אינה ערך על בסיס יושר או בריאות והיא אינה משהו שווה לרצות אותה לשמה שלה. היא גם לא שייכת למידות הרעות או לערכים השליליים אלא למועדון הביניים. זה לא ערך (כמו דעתנות), וגם לא סגולה. זו סתם תכונה שבקומבינציה הנכונה היא יכולה להיות תכונה טובה, ובקומבינציה רעה היא יכולה להיות תכונה רעה מאוד והרסנית. מה שעושה את הכל זה הקומבינציה ואם זה כך נאמנות כערך או סגולה מאבדת את האטרקטיביות שלה.

מהי ענישה?

דיברנו על השאלה הנורמטיבית האם קיימת חובה לצית לחוק. זו שאלה חוץ משפטית. אחר דיברנו על נאמנות. שאלנו האם נאמנות היא ערך או סגולה, שהן שאלות נורמטיביות מוסריות וחוף משפטיות שהתשובה להן לא נמצאת במשפט עצמו. במשפט לא נמצא תשובות לשאלה האם נאמנות היא דבר רצוי וכו'. גם אם קדמי היה אומר שאנחנו צריכים לרצות שילדינו יהיו נאמנים ופטריוטים זה לא מחייב אותנו בדבר. היום נשאל עוד שאלה נורמטיבית על המשפט- שאלה פחות כללית בתחולה שלה לגבי תחום משפט ספציפי: דיני העונשין והמשפט הפלילי. אופי השאלה הוא שוב, נורמטיבי מושגי. כמובן שהשאלה אינה נורמטיבית טהורה והשאלה הראשונה היא מה זו ענישה בכלל. שאלת העל שלנו היא מה הן הצדקות הענישה ויש לנו תתי שאלות:

1. איזה סוג התנהגויות הן ברות ענישה?

2. סוגי התנהגויות בענישה

3. סוגי ענישה: מאסר, קנס וכו'.

4. כמה: מה אורך וגודל העונש.

5. מהם התרוצים הקבילים (מקרים בהם אין להענש)

הרעיון של עין תחת עין נשמע לרובינו ברברי או אפילו לא קוהרנטי כי בעבירות רבות לא ניתן לעשות משהו שהוא בדיוק מקביל. זיהום למשל או חטיפת ילדים אם לחוטף עצמו אין ילדים.

כתיאוריה כללית התיאוריה לא נראי תאך זה לא אומר שהיא לא תעבוד במקרים ספציפים ולמשל העונש הראוי על רצח אולי חייב להיות עונש מוות, מבחינה אינטואיטיבית. העונש הטבעי ביותר וברירת המחדל אולי זה רצח בחסות המדינה.

איש הגמול רואה את הרצח בחסות המדינה כעניה מוצדקת ועל כן אין פה פסול מוסרי בניגוד לעברייך שלקח את החוק לידיים ועשה עוול.

השאלה הנורמטיבית "מהי ענישה" היא שאלה ספציפית על ענישה. נוגעת לתחום ספציפי של המשפט. התחימה זו מניחה הבנה מוקדמת של מושג הענישה. המשפט שלנו טוב בסנקציות. הפרת חוזה- צו אכיפה ואם לא תשלם פיצויים. זו סנקציה שגודלה יכול להיות גדול אך זה לא "עונש". הסנקציה יכולה להיות גדולה יותר מעונש על עבירה קטנה.

לכן יש לנו שאלה מקדמית שאנו לא יכולים להתחמק ממנה ואנו חייבים להתמודד עם מהי ענישה משית לבין דברים שנראים כמו ענישה אך הם לא ענישה "פרופר" ולכן לא חלה עליהן התיאוריה של הצדקת הענישה.

הגישה הסטנדרטית מגדירה ענישה: "טיפול קשה בעברייך על עבירה". טיפול לא סטנדרטי שעושים לאדם, שהוא לא רוצה לקבל אותו, לאחר עבירה שהוא עצמו ביצע בעבר. קשר בין ענישה למעשה.

פיינברג במאמרו מ-1970 למעשה לא מקבל את הגישה הסטנדרטית כי הוא אומר שחסר בה משהו. היא משאירה בחוץ את המאפיין החשוב ביותר בענישה ומבחין בין ענישה ל-penalty שהוא מס או קנס. יש קנסות עונשיים ויש קנסות לא עונשיים.

למשל אם אני עובד במקום עבודה ועובד לא טוב ומפטרים אותי. זה טיפול קשוח כתוצאה למעשה שעשיתי, התנהגות שלי. אולם זו לא ענישה אפילו לא לפי העמדה הסטנדרטית כי לא עברתי עבירה. אתה לא עברייך וזו לא עבירה ואתה פשוט לא מתאים לתפקיד.

אם אנו רוצים לכוון התנהגות של אנשים ע"י תמריצים. למשל דוחות חניה. האם אם עונש או משהו שנועד להכווין התנהגות?

אנשי עסקים למעשה מסתכלים על זה כתשלום "כופר" החניה רק לאחר המעשה ולא לפניו. מעין סוג של מס. פיינברג אומר שבחלק מהמקרים של הקנסות הכלכליים הדרך הנכונה לבחון את הדברים זה לא הצורה האדישה של לכתחילה ובדיעבד אלא המשפט מנסה לכוון התנהגות ולהנחות אותנו איך לנהוג. למשל בעניין החניה- אתה צריך לשלם פעולה עם אנשים אחרים בחיי היום-יום שלך ולנהוג יפה כשיש מצוקת חניה. יש הבדל אם אתה בא ומחנה את הרכב ומשלם מלכתחילה ולא חונה במקום שאתה לא אמור לחנות בו- עשית את הדבר הנכון לבין אם אתה לא עושה את זה ומחנה במקום אסור שאז המצב הנורמטיבי הוא שונה. ראשית עשית משהו שהוא לא בסדר. לא שרצחת או אנסת. זו עבירה פעוטה אך עשית משהו שהסטטוס המוסרי נורמיבי שלו שלילי- הוא אסור. שברת חובה קטנה. זו חובה משפטית אך גם מוסרית בהנתן שהמשפט אסר עליה. לא מוסרית גלובלית אלא מוסרית כי המשפט אסר. יש 2 דרישות נורמטיביות נפרדות:

1. אל תעשה מעשה אסור

2. אם עשית את המעשה- תשלם.

נסה להחיל את התיאוריה של פיינברג על דיני חוזים או נזיקין.

אם נהגתי ברשלנות במכונית ואני מתנגש במישהו ואני משלם לו את הנזק שגרמתי. הרסתי לה את המכנית ואני משלם לה את כל הסכום.

דבר אחר שאני יכול זה לא לעשות את זה ולא לשלם. מבחינה כלכלית טהורה אולי אין הבדל. זה לא משנה אם אני משלם את זה בזמן T או בזמן Y+T.

אם מישהו עשה מעשה שהוא טוב בסה"כ זה לא אומר שאנחנו לא יכולים להעניש אותו לפי הגמולנים.

התועלתנים לא מסכימים עם קביעה זו. יש להם דעה מהפכנית לגבי ההבחנה בין עבירות פליליות וענישה ועוולות אזרחיות וסנקציות והם לא ממש מכירים בהבדל.

רוב שיטות המשפט כולל הישראלית וכל המלומדים העוסקים בתיאוריה של המשפט מכירים בהבחנה בין עוולות אזרחיות הגוררות סנקציה שאינה ענישה ממש לבין עבירות פליליות. לא כל עבירה פלילית משקפת עבירה לא מוסרית בעליל ולהפך וההבדל טמון במה שהתגובה המשפטית מבטאת. במשמעות האקספרסיבית של תגובת

המשפט והאם היא כוללת גינוי. בעוולה אזרחית אין גינוי וביטוי של הגיוני והסנקציה. אין ביטוי של סתמי אלא ביטוי שמעביר מסר. זה לא מעביר אמונה או רגש אלא קומוניקציה לשונית. אני יכול להעביר אינפורמציה נטו: "אתה אדם רע" והשאלה האם לכך פיננברג מתכוון בביטוי האקספרסיבי ל העניה. לדען שיינמן זה אינו מרכז הכובד אלא המרכז הוא ביטוי של רגשות ולא ביטוי של מסרים. אם אני בתור לאוטובוס ומישהו בא ודוחף אותי בכוח. אני חש כעס ואנחנו חושבים שהכעס הוא לגיטימי ונורמלי. בנוסף לכעס יש לנו אמונות בהקשר. הרגשות אינן בנפרד מהשכל, בניגוד למה שחשבו פעם הפילוסופים. הרגש אינו עיוור והוא מבוסס על אמונה ודברים שאני מאשר אותם לעצמי. יחד עם הכעס על הדוחף אני חושבת שזה לא מנומס וכו'. אני חושבת שהוא עשה משהו רע או אסור ושהוא נהגבאופן לא ראוי. אם הסתבר לי שהאדם הזה חולה נפש נוספים רגשות נוספים למשוואה. אמונת ברירת המחדל שלי על אדם שאני רואה זה שהוא נורמטיבי. אם אני אגלה שהוא לא שפוי הכעס שלי יתמתן. ההבדל הוא שאם מישהו חותך אותי בתור בלי תירוץ או הצדקה אנו תופסים את הדוחף כאחראי מוסרית למעשה. לכאורה זה אומר שאני יכול להעניש אותו.

לפי **מייקל מור** ניתן להתפשר במקרים מסויימים. למשל ברובמערכות המשפט הקיימות יש איסור על רצח (למעט נסיבות מקלות: אי שפיות וכד').

ישנם שני מחנות גדולים: דאוטולוגים מול תועלתנים, גמולנים מול אנשי תועלת

התועלתן הוא אדם קיצוני. הוא חושב שזכות להגנה עצמית לא קיימת, אין חובות וזכויות כי זה לא בהכרח טוב למישהו. אולי התוצאה תהיה טובה.

תזכורת: שאלות על ענישה:

1. מהי ענישה
2. מה הטוב שהיא עושה?
3. באיזו זכות?
4. אילו פעולות מצדיקות אותה?
5. מה הצורה הנכונה לענישה? (סוג)
6. כמה?
7. אילו תרוצים (מתי אין להעניש)

היום נדון בתיאוריה התועלתנית.

בחלק הראשון נדון בתיאוריה התועלתנית של הענישה. בחלק השני נציג את הביקורת.

אחד הנושאים שהיינו מצפים בהם התיאוריה הכלכלית לא תהיה רלוונטית זה תחום הענישה. אם כולם מנסים להעלות את התועלת וכך להעלות את הרוחה המצרפית באופן חוזי- זה נכון לתחום הכלכלי אך לא בהכרח לענישה.

החווה נתפס כמשהו עליון וחשוב מאוד כיון שהוא לא רק משיא את התועלת המצרפית הוא משיא את התועלת של כל אחד – כל צד לחוזה! כל צד לחוזה לא היה נכנס אליו אם הוא לא היה חושב שזה מקדם את המצב שלו. בנושא הענישה היינו מצפים שנדבר במונחים של גמול וצדק ולא מונחים של כלכלה. הכלכלנים אומרים שבעיניהם אין שום הבדל בין הדיספלינות המשפטיות. ביום יום אנחנו חושבים מה קרה בין שני האנשים – היה אונס או אלימות או רצח ועכשיו יש עניין אינדיליגואלי בין שני האנשים שאנחנו יכולים ומרשים לעצמינו להתרכז בצדדים למעשה העבירה. התועלתן הוא אדם קיצוני בעמדותיו והוא חושב שהדבר היחיד שמשנה זו התועלת המצרפית ואין זכויות אינדיליגואליות שהן עצמאיות מהתועלת המצרפית. התועלתן אומר שאין זכויות כלל, אין הגינות או "הדבר ההוגן" אלא אם אנחנו מבינים הכל במונחי תועלת וכך אנו מקבלים תיאוריה תועלתנית של הענישה. היום אפילו במנהל עסקים מבינים שהתנהגות בהמית היא לא טובה לבעלי המניות אך יש הבדל בין תיאוריה נורמטיבית לבין מה צריך לעשות. לפי התועלתנות בתיאוריה אי שום מניעה מלקחת אדם ולתרום את כל אבריו לאחרים. הוא אחד ואיתו אפשר להציל חמישה אנשים. אם ניתן להציל עם משהו מיוחד שיש בגוף שלי להציל 5000 אנשים יש שיגידו שיש לי זכות אך יש גבול. אולי 5 אנשים זה מעט אך אם אני יכולה להציל 50000 אולי הזכות שלי מנוצחת כי צריך להיות מאוד קיצוני (כמו קאנט) כדי לחשוב שיש זכויות אבסולוטיות.

בנתהאם מחזיק בעמדה תועלתנית. התועלתנות חלה לא רק על המשפט- היא אימפריליסטית. אני צריך להחליט מה אני עושה עם 100 שח למשל. אני יכול לתרום אותם, אני יכול ללכת לסרט ועוד. התיאוריה התועלתנית אומרת לי לעשות את מה שמשיא את התועלת לא שלי (לא אגואיסטים מוסריים) אלא את התועלת של כולם. לפי **בנתהאם** תועלת היא: "המטרה הכללית שיש או שצריכה להיות לכל החוקים במשותף היא להמציא או להשיא את האושר הטוטאלי של הקהילה". "זכויות הן שטויות על קלונסאות".

יש שאלות אפיסטמולוגיות והשאלות של ידע נפרדות מהשאלות של מה יש, מה קיים.. תועלתנות היא לא תיאוריה פרוצדוראלית של מה צריך לעשות ואיך ממקסמים תועלת וכל מה שהתיאוריה הזו אומרת לנו זה שהדבר הטוב לעשות זה מה שמשיא את התועלת המצרפית והדבר הטוב לעשות זה הדבר הנכון לעשות והדבר שנכון לעשות זה מה שחובה לעשות. זו אמירה על מה שקיים- מה שנכון. המצב הוא שצריך לעשות את מה שמקסם תועלת ומה אותו הדבר תלוי בתיאורית התועלת הספציפית שלך. תיאורית התועלת של בנתהאם היא שהטוב הוא האושר. האושר לפיו אינו תלוי בזמן והגדרתו לא משתנה בין תקופות. תועלת לפיו היא עניין של אושר והאושר זה ענין סובקטיבי. העדר סבל או תענוג. בנתהאם דיבר במונחי סבל ותענוג. הדוניסטים מודרניים מדברים במונחי אושר פסיכולוגי ולא דווקא סבל ותענוג. לזכויות אין ערך מעבר לכך שהן אכיפות. זכויות משפטיות הן משתנות ותלויות בחברה אך זכויות מוסריות הן שטויות- לא קיימות. זכויות משפטיות שונות ממוסריות בכך שהן קיימות ויש להן משמעות. אנחנו רוצים להגיע למשפט איך הוא צריך להראות ובאילו זכויות הוא צריך להכיר – ולפיו הכל מגיע לנקודה של מה הוא האושר. התועלתן הכנה מבחינה אינטלקטואלית חייב להתמודד עם כל החריגים לתיאוריה התועלתנית ויש להם כלים להתמודדות. בנתהאם היה רדיקאלי מבחינה תיאורטית אך הוא לקח ברצינות את העמדות הרווחות והתייחס אליהן ולא ניסה לשנות בתכלית את כל הדעות הרווחות. הספר שבו אנו עוסקים של בנתהאם הוא ספר שמגביל בתחולה שלו לחקיקה ולא למוסר פרטי. יש כלכלני רווחה שאומרים שבכל פעולה אתה חייב למקסם את התועלת אך בנתהאם מגביל את התיאוריה שלו לחקיקה. הוא לא אומר מה לעשות במקרה ספציפי ואפילו לא אומרת לשופט איך להחליט את החלטה שממקסמת את התועלת (גם לא להפך אמנם אך זו לא תיאוריה של שיפוט) תיאוריה של חקיקה- כללים מדיניות כללית. הצעד הזה מאוד חכם ואפילו רק מבחינה אסטרטגית כי הרבה יותר קל להגן עליה.

נתקוף את הנושא מהכיוון הנורמטיבי. השאלה איך נראים דיני הפליה בישראל לא מעניינים אותנו אלא אנחנו מניחים שיש

תחום של דיני אפליה (שהוא חדש יחסית אמנם והתפתח בעיקר בארה"ב אחרי מלחמת השנייה והורחב לדברים שהם מעבר לגזע אלא גם למין גיל וכו'. ארה"ב ייצאה את התחום למדינות נוספות). אנחנו נשאל מה הנורמות והרציונליים לאיסורי אפליה.

אנו נניח שהמשפט אוסר על אפליה כיון שיש בה משהו בעייתי מחוץ למשפט ובלי שום קשר אליו. נניח שהאפליה אסורה לא כי המשפט אוסר עליה אלא כי יש בה בעייתיות ויש התנהגויות שהן ברות התנגדות כי הן מפלות והמשפט מכיר בכך ומשקף את המוסר והנורמות החוץ-משפטיות.

אם נחשוב על חיינו והניסיון שלנו קל לנו לחשוב על מקרי אפליה בעייתית. היא לא חייבת להיות לא חוקית (למשל אפליה בתוך המשפחה). המשפט לא אוסר עלי להפלות בין הילדים שלי אולם זה לא אומר שזה בסדר או שאין בזה פסול. אם אני שולח את הבן שלי לאוניברסיטה ואת הבת שלי לא זה לא אסור לי מבחינה משפטית אך זה לא הוגן.

המשפט אוסר על אפליה שיש בה משהו בעייתי בלי קשר למשפט ויש סיבה לכאורה או טעם לכאורה למשפט להתערב כי אם ההבחנה או האפליה הן בסדר גמור אין למשפט סיבה או לגיטימציה להתערב. פעמים רבות אנו מבחינים אך זו לא אפליה.

אם אני רוצה להעסיק מורה לצרפתית אני מבחין בין דוברי הצרפתית באופן רהוט לבין לא דוברים וזו הבחנה ואפליה מותרת. למשפט אין סיבה להסדיר את זה ולהתערב. המשפט מתערב בצורה נכונה רק אם יש אפליה אסורה בלי שום קשר למשפט.

איך מזהים אפליה? מה הופך מוסד למוסד מפלה?

השאלה עולה כיון שאנו מפלים על ימין ועל שמאל. אנו מקבלים מועמדים דוברי צרפתית ופוסלים כאלו שלא. תשובה טובה במבחן היא מפלה - בין טפל לעיקר.

שאלת הרלוונטיות היא התשובה האינטואיטיבית לשאלה הזו. מה שהופך אפליה יום יומית לפסולה זה אי רלוונטיות. ההבדל הוא שכשאתה מפלה אתה מתייחס יותר טוב למישהו בלל סיבה לא רלוונטית למשל צבע עור בקבלה לעבודה או כניסה למועדונים.

אנחנו נוטים לתרגם את השאלה הקשה הזו לשאלות חרות שהן לא הרבה פחות קשות. למשל לשאלה של רלוונטיות. נגיד שמה שמבחין בין אפליה בעייתית ללא בעייתית זה אם ההתייחסות היא בלי סיבה טובה ואז עולה השאלה מה הופך תכונה רלוונטית ומה לא. אצל אליס מילר התכונה שדיברו עליה זה מין, מגדר. והשאלה הופכת להיות האם המין של אליס מילר רלוונטי להחלטה אם לאפשר לה להיות טייסת. השאלה מי מחליט על מי התקבל ומי צריך להחליט על זה זה שאלה נורמטיבית אחרת. איך אנחנו עושים את זה טכנית- הצבעה, החלטה שיפוטית ועוד. זו שאלה נורמטיבית אחרת לחלוטין. נתעלם ממי מחליט ונשאל על בסיס מה הוא מחליט את הדבר הנכון. בשביל התועלתן אין שאלה נפרד של אפליה ששונה מכל שאלה אחרת. התועלתן הופך את השאלה למונחים של תועלת ומאזן. הוא לוקח את הכל בחשבון, עושה חישוב של האינטרסים ומשכלל את הכל יחד ואז שואל מה המדיניות הראויה.

אליס מילר היא לא השאלה פה. היא הגישה את הבג"ץ אך מה שהיא קיבלה בסוף זה ביטול מדיניות שלמה שהייתה רווחת לא רק בחיל האוויר אלא גם בצבא. השאלה היא האם אנו רוצים את המדיניות הזו שנשים לא משרות, או לא.

נניח שיש לנו רק 2 אופציות- להשאיר את הסטטוס קוו שנשים לא משרות או לשנות את המדיניות ולאפשר. תועלתן היה אומר כמו כל שאלה אחרת אנחנו צריכים להשוות את התועלות של כולם (שזו שאלה מאוד מסובכת ולא בטוח שלביהמ"ש יש את היכולת והכלים להעריך את זה).

הרגע שנאפשר כניסה לכל הנשים יהיו לי נשים כמו אליס מילר שיכולות להקדיש את כל חייהן וכו' ויש נשים שלא. השאלה הופכת להיות שאלה תועלתנית שתלויה שתיאוריה התועלתנית שלי: לפי **בנתהאם** זה היה חישוב של האושר- כאב וסבל. (אותם בודקים על ידי סקרים- לבירור ההעדפות של האנשים). תועלתן אחר היה עושה חישוב כלכלי.

אין שאלות נפרדות להגנות וזכויות בכל מקרה וספור ה"זכות" להתגייס אינו רלוונטי לפי התועלתנות.

מה זה רלוונטי לפי התועלתן? אם זה תורם לתועלת. אם מדיניות שמבדילה בין המין של המועמד משיאה את התועלת המצרפית היא רלוונטית. זו לא זכות של אישה ליחס לא פחות טוב משל גבר אלא זו רלוונטיות עקיפה שנגזרת מהרלוונטיות של התועלת לאנשים. אליס מילר אינה בחיל האוויר ויש להביא גם את רצונותיה כי אנחנו בוחנים את הרווחה המצרפית ולא את התועלת של חיל האוויר לבד או על הצבא כולו לבד. יש לתועלת גם מחיר וגם אם נניח שהמדיניות תגרום לחיל האוויר להיות הכי חזק שהוא יכול אך זה יבוא במחיר מסויים. יכול להיות שנגיד שצבע יעיל וחזק זה חשוב יותר מאשר העלבות של נשים.

לפי **בנבגי** לא אמורים בכלל להעלב מזה אך **בנתהאם** לא היה מקבל את הטיעון. אפשר לחשוב על תיאוריות תועלתניות "צנועות" יותר שלא אומרות כלום על התיאוריות הכלליות אלא על מדיניות מסויימת (כמו התיאוריה על החקיקה של **בנתהאם**). אין מחסום עקרוני לתועלתן להקריב מעטים עבור רבים. תמיד אפשרי לפי התועלתנות שתהיה מדיניות שתפגע אנושות במישהו אך הבטוח הארוך ובסתכלות כללית היא מעלה את התועלת המצרפית.

אנחנו שואלים מה המדיניות שתחול על כל האוכלוסיה כולה. גם אם לאישה אין רחם אנחנו יכולים לא לקבל אותה כי זה לא רלוונטי יותר. או שאנחנו יכולים לתכנן מדיניות שיש בה הרבה חריגים. אנחנו חושבים על אפליה כדבר רע ולא הוגן. בתי ספר נפרדים אך שווים נתפסים בעינינו כסמל של רוע. אנחנו לא חושבים על מונחים תועלתנים אמפיריים במידה רבה. אם היה משהו רע בסגרציה זה בגלל שזה לא מיקסם את התועלת המצרפית.

גם פסק הדין של מילר וגם התחושות שלנו מראות שיש בעיה באפליה שיכול להיות שהיא כן חורגת מהמסגרת של שיקולי העלות-תועלת. **בפס"ד אליס מילר** אנחנו רואים את זה בשאלה של הכבוד. זו לא שאלה של תועלת יותר. יש פה אלמנטים שאנחנו לא חושבים עליהם במונחים של מאזן אלא "או-או".

בנבגי' טוען שאפליה היא שאלה תועלתנית.

אין אנשים שחושבים ששאלת טיב התוצאה לא רלוונטית בכלל. תועלתן חושב ששיקולי התועלת והרווחה הם השיקולים היחידים שיש אך כל אדם אחר מכיר בכך ששיקולי תועלת הם חשובים ויש להם משקל. מה שהופך אותו ללא תועלתן זו ההכרה שיש עוד שיקולים. השפלה וכבוד האדם לא נכנסים לשיקולי תועלת. הרבה אנשים חושבים במונחים מוסריים ואומרים שבמקרים הקלאסיים של אפליה יש פגיע בזכויות ויש משהו שישאר לא בסדר אפילו אם הוא ימקסם את התועלת המצרפית.

יש חוקים שהם אסורים אפילו במקרים מסויימים שיש מקסום תועלת. כמובן שאם הם ממקסמים את התועלת המצרפית עם שוליים רחבים מאוד בסופו של יום אולי יש לקבלם. יש טווח של מקרים שבו המדיניות ממקסמת את התועלת (בצורה מתונה) אבל אור לעשות אותה רק כי היא מפלה.

מה הופך התנהגות כזו למפלה באופן אסור?

בנבגי' ודורנר מדברים על תשובה של השפלה. מה שהופך הדרה ומדיניות כזו למפלה או לא זה זה שהיא משפילה אנשים.

אם זה באמת משפיל (וצריך להחליט מה זו השפלה) יש לנו אפליה אסורה למרות שהיא נתמכת בשיקולי תועלת. החובה היא עניין דאונטי, בינרי. או שאנחנו מקיימים את החובה או שלא.

דורנר חושבת שהמדיניות משפילה נשים. לא מתיחסת אליהם בכבוד. החוק כב"ה לא אומר כלום על שוויון אך כל אדם (גם היטלר וכן לאדן) יש להם כבוד שיש לשמור עליו.

דורנר מעבירה את המסר: סגירת מקצוע עבור אדם מעבירה את המסר שהקבוצה נחותה וכך מתהווה מעגל קסמים שיוצר נחיתות של הקבוצה. כל פעם שאתה סוגר הזדמנות משמעותית בפני קבוצה (נשים, מבוגרים, קצרי ראור ואני יודע את זה כי כתוב. הצבא אומר את זה ברייש גליי. בשום מקום לא כתוב שזה כך כיון ששנים הן מסר שהם אזרחים סוג ב'?

דורנר אומרת טענה שהיא קצת חזקה מידי והיא אפילו קצת הפרזה, הגזמה.

"המדיניות מעבירה את המסר שנשים הן נחותות או אזרחים סוג ב'". השאלה היא מה האפליה מוסרת או מתקשרת לאנשים. מה המסר שהפעולה או המדיניות או החוק מעביר. **דורנר** מדברת במונחים של תקשורת.

אנחנו יודעים מה החוק והמדיניות אומרת ואף אחד לא חולק על זה שנשים לא יכולות להתגייס לטייס. זה מסר ברור ואני יודע את זה כי כתוב. הצבא אומר את זה ברייש גליי. בשום מקום לא כתוב שזה כך כיון ששנים הן אזרחיות סוג ב'.

הצבא לא התכוון להעביר מסר משפיל אך בפועל זה מה שקורה. דורנר לא אומרת שהצבא התכוון לזה או שהוא חושב שהמסר נכון אך דורנר אומרת שהמסר אכן עובר. עצם זה שהקהל שלי חושב שאני מנסה להעביר מסר זה לא אומר שאני מעביר אותו באמת!

דוגמה: אישה מערבית מגיעה למדינה מוסלמית ולא מתלבשת מספיק בצניעות. המקומיים כולם בטוחים שהיא שולחת הזמנה ומתנהגים בהתאם כי היא מעבירה להם מסר אך לה המחשבה לא עברה בראש. אם אני מייחס לה משהו שאין בו אמת זה לא מסר. אבל יתכן שיש דרך אחרת להבין את הדברים.

בתי הספר של הלבנים והשחורים היו בדיוק באותה הרמה אך החוק אמר או העביר מסר שאנשים שחורים הם נחותים או זכאים לפחות התחשבות וכד'. יש אנשים שמנסים להסביר מדוע זה לא בסדר על ידי האמירה שהחוק או הפעולה מעבירה מסר כזה או אחר. יש הבדל בין אדם גזען שאומר את הדברים במפורש לבין חוק שמבחין בין שחורים ללבנים ברמת הפרקטיקה. בחוק לא כתוב בשום מקום שהם נחותים או לא ראויים. אך זה משתמע. האם ברור לנו שיש בחוקי ג'ים קרואו כוונה להעביר מסר שאנשים שחורים הם נחותים?

לדורנר שני טיעונים:

1. המדיניות מפלה

2. המדיניות מעבירה מסר שנשים הן פחות ראויות או חשובות מגברים.

איך היא מגיעה מלשון החוק בו לא כתוב המסר הזה למסקנה שהחוק מעביר את המסר? אם אני מפרש משהו שהאדם לא התכוון להגיד זה הכל בראש שלי וזה לא הופך את זה לחלק מהתוכן שהדובר מנסה להגיד. הקהל יכול לקרוא כל מיני דברים לתוך הטקסט של הדובר ואולי אפילו לא בראש שלו. **מאיפה יכול להגיע המסר?**

1. מהדובר עצמו ומהכוונה שלו

2. הקשר תרבותי חברתי או משהו אחר שהוא מחוץ לדובר ואולי מקונוונציה.

לכל חברה יש את הקונוונציה שלה להבעה של גועל נפש למשל. זריקת נעל בחברה הערבית או אצבע משולשת באמריקה. אם אני עושה "אצבע משולשת" למישהו בטעות אפשר להגיד שהעברתי לאדם אחר את המסר למרות שלא התכוונתי וזה "בזכות" המוסכמות.

להשלים...

אפשר לחשוב על אפליה לפי המודל של התעלמות מהנושאים השולים והתמקדות במשמעות האמירה. מה האדם אומר בלי להגיד. הקונטקסט וההקשר מבהיר את הכוונה האמיתי אך יש כללים קונוונציונאליים של שפה ושיח שיכולים להסביר כמו למשל שיש להגיד רק מה שנוחץ לשיחה. אם אני אומר משהו שהוא בברור לא רלוונטי זה ברור לכולם שהמטרה היא לא לתת את אותו מידע לא רלוונטי אלא להגיד משהו אחר. השאלה האם אנחנו יכולים להגיד משהו דומה על חוקי האפליה הגזעית? שמתוך ההקשר והכללים ששולטים בשיחה אפשר לגזור את המסר ששחורים הם נחותים? או שאם אישה יושבת מאחור באוטובוס היא נחותה?

כלומר- צריך לנסות לחשוב איך אנחנו מייחסים מסרים. אין קונוונציה או כוונה אלא הנחה או אולי חזקה שהיא הכרחית כדי להסביר את ההתנהגות של הצבא או הממשלה או של אדם שלא משכיר את הדירה לערבי.

הוא לא מנסה להעביר מסר שלילי, אין כללים של שיתוף פעולה בשיחה ועוד אך יש הנחה ששני הצדדים לשיחה מבינים אותה טוב בגלל הרקע החברתי וההיסטורי, יש מתח ויש הנחות לגבי דוג המניעים. יכול להיות שבמקרה הספציפי אי אפשר להסביר את ההתנהגות שלי שאני לא מסכים להשכיר את הדירה מעבר ליחס המוכרע שיש לי כלפי ערבים אפילו אם לא אמרתי את זה. אם זה נכון שאין הסבר אחר להתנהגות שלי ולשני הצדדים זה גם ברור יש מובן בו אני מעביר את המסר שלדעתי ערבים הם Z,Y,X.

אדם יכול להיות מושפל גם בלי שמישהו מעביר לו איזשהו מסר. אישה יכולה להיות מושפלת מאי קבלה לקורס

טיס בלי שיועבר אליו מסר. השפלה היא תחושה בקהל ולא בדובר ואפילו לא תלוי בדובר. יתכן ותחושת ההשפלה מוצדקת אך זה לא דורש מסר.

דרך נוספת לנסות לפסול חוקים בעייתיים היא לראות את המשמעות והכוונה שמאחורי החוק כמו חוקי קראו-להודות בכך שמטרתם הייתה גזענית ומפלה (זה לא הסיפור אצל מילר לפי **דורנר** כיון שהיא טוענת שהצבא לא התכוון להשפיל או להפלות).

אם המניע שלי הוא מניע מפלה זה פסול באופן אינהרנטי. יכול להיות שיש עוד דברי עים כמו התועל או המסר או ההשפלה שזה גורם לאישה או אולי גם לנשים אחרות. יש פה גורמים שונים.

מה הניגוד של אפליה? הערך שאפליה מפרה?

שוויון. דיברנו הרבה על תועלת. התועלת המצרפית זה סכום תועלות כל האנשים. אם יש לי שלוש יחידות תועלת או תענוג ואני נותנת את שלושתם לילד אחד או אחת לכל ילד שיקבל שלוש גלידות יהנה אולי פחות מאשר שאני אחלק לשלושה ילדים גלידה אחת. אנחנו מדברים על יחידות תענוג צרוף.

ניתן להתבונן על הסוגיה במונחים של כוח. המדיניות הזו נותנת כוח לגברים וכיון שיש כמות שווה פחות או יותר של גברים ונשים ראוי לתת להם כוח שווה.

אם יש לי תאומים ואחד נולד בלי עיניים והשני עם שתיים. אני יכול להעביר עין אחת מילד אחד לשני ויש אנשים שיטענו שיש לעשות כן. ניתן להניח שההנאה של אדם אחד משתי עיניים שווה להנאה של אדם אחד מעין אחת. התועלת היא שווה, הרווחה שווה.

הרעיון הוא שאפליה היא פגיעה בעקרון השוויון ולכן זה דבר לא טוב. גם אם אנחנו לא חושבים על אפליה במונחי שוויון זה תמיד במונחים יחסיים. אנחנו חושבים שיש משהו לא בסדר בהתייחסות לאדם אחד יותר או פחות טוב מלאדם אחר. משהו בפער מפריע לנו ובמקרים סרדיגמטיים של אפיה אנשים תמיד מדברים על היחס לאחרים. זה הכי בולט אצל ילדים. "למה היא קיבלה ואני לא" שוויון בנטל זו דוגמא מקבילה אצל מבוגרים.

השאלה הנורמטיבית הבאה היא האם הדברים הם כמו שהם נראים והאם באמת אפליה היא עניין יחסי במהותו? האם יש חבישות אתית נורמטיבית או יכול אי פעם להיות חשיבות כזו לכך שלאחרים מתייחסים יותר טוב מאיך שמתייחסים אליך?

כלומר: האם עיקרון השוויון קיים? הרי שוויון הוא יחסי! האם זה לא ערך שקרי?

ב-15 השנים האחרונות יש מגמה באתיקה הנורמטיבית שאומרת שאין דבר כזה שוויון. אנחנו "מכוננות השוואה" ואנחנו מאוד רגישים להבדלים בהתייחסות של אנשים אחרים אלינו לעומת אחרים. אנחנו לא שמים לב רק לדברים אינטרפרסרנלים - ביחס למה שאנחנו עצמינו היינו קודם אלא גם ביחס לאיך מתייחסים אלינו בהשוואה לאחרים.

אנחנו יודעים שאם אדם נותן הבטחה, הוא צריך לקיים אותה. זה לא רלוונטי מבחינה אתית אם הוא לא מקיים הנקודה היא שאין שוויון, מה שלא בסדר באפליה זאת השפלה וזה. אותה לגבי וכן מקיים אותה בשביל אדם אחר לא עניין יחסי או השוואתי. אם משפילים את כולם בצורה שווה זה לא אומר שלא משפילים את כולם. למשל, האלטרנטיבה הראשונה היא ששתי הנשים יקבלו 0 (אף אחת לא תקבל את הילד) – בסוגייה של משפט שלמה והאלטרנטיבה השנייה היא שאחת תקבל והשנייה לא. אפשר להניח שהרווח מהילד או הנזק שיגרם מלא להחזיק ותענוג אמיתי ואופציה, אופציה אחת היא לגרום לבת שלי קצת תענוג – בילד יהיה נזק זהה. ניקח דוגמא אחרת היא – אחרת היא לגרום לבן שלי תענוג עצום. אם אתה מאמין ששוויון אתה חושב שהאופציה של לא לעשות כלום האנטי שוויוניסט יגיד שזה לא רציונלי לעשות כלום, בשוויון עצמו אין שום דבר טוב, אולי אופציה טובה. אך

נראה כי יש מגמה כיום לומר כי אין שום דבר השוואתי באפליה. אם אני אומרת שילד שחור שגנב שוקולד הולך זה ביחס לעבירה שלו, לא ביחס למה היה מקבל אדם לבן, זה לא רלוונטי לחלוטין – לשנתיים לכלא וזה לא בסדר כמה היה מקבל על כך אדם לבן. מה שכן, יש משהו לא רציונלי בהחלטה להפריד, השופט שנתן עונשים שונים הוא לא קונסיסטנטי והוא מבחין את הלא ראוי להבחנה. מה שחשוב הוא שההבטחות שיתנו לי יקוימו, שהעונש שיתנו לי יהיה ראוי.

אנחנו מדברים על תיאוריות פילוסופיות שונות בתחומים ספציפיים של המשפט. דיברנו קצת על אפליה עצמה אך לא עסקנו בדיני אפליה – ההנחה הכללית שלנו היא שדיני האפליה באים להסדיר את האפליה. ההנחה היא כי ישנו משהו מחוץ למשפט המסדיר את הדינים. אם נבין את התופעה של האפליה, נוכל לעשות רגולציה שלה במשפט. חלק מהדברים שמפריעים לאנשים באפליה, זה אותה העדפה שיש לאנשים, והם פועלים ע"פ העדפה זו. אם נבין את העולם בצורה נכונה, אנו נהיה מסוגלים לעשות את ההבחנות בין טוב לרע, ובין מה שלגיטימי למה שלא. למשל, אנחנו לעולם, נכעס יותר על פעולות של אנשים מבוגרים מאשר על פעולות של ילדים.

אם המשפט מסדיר בעיה כמו דיני אפליה, ההנחה הטבעית שלנו היא שישנה אפליה והמשפט בא להסדיר אותה. כאשר אנו רוצים להבין את התופעה החברתית, הלא-משפטית הזו של אפליה, תופעה זו שהיא "קדם משפטית", אנחנו נבין אותה יותר טוב וכך נעצב את החוקים יותר טוב. אנחנו לוקחים תחום ספציפי של המשפט ומנסים לבחון אותו מהיבטים פילוסופיים נורמטיביים ומושגיים.

דוגמה לכך הן התיאוריות היחסיות חדשות שהתעוררו היסטוריה מודרנית, שצמחו בשלב מאוד מאוד, במחצית השנייה של המאה ה-20 עם פרסום ספרו של הארט על מושג המשפט – אז החלה התיאוריה המשפטית לבסס את עצמה על תחום של פילוסופיה משפטית.

תיאוריות של **צדק מתקן** החלו להתפתח בשנים מאוחרות עוד יותר, בשנות ה-80 וה-90. בדיני הנזיקין ניתן לראות תיאוריה אחת פופולרית שהיא **הניתוח הכלכלי של המשפט**, שמופיע בכל מקום בפקולטות למשפטים – תיאוריה זו של כלכלת רווחה צמחה אף היא בעשורים האחרונים מתוך אסכולת שיקגו. לא מפתיע שתיאוריה זו התפתחה בארה"ב שהיא חברה קפיטליסטית (מילטון פרידמן וכו'). נראה כי באירופה למשל תיאוריה זו לעולם לא "תפסה" – לא קיימת שם האמונה בשוק החופשי. נראה כי ההנחה הנורמטיבית של תיאוריה זו לא מיוחדת למשפט – יש דברים מעניינים שהיא יכולה להגיד על המשפט, אבל זה רק מקרה מיוחד של תיאוריה שחלה בצורה הרבה יותר כללית. המושג איתו עובדים הכלכלנים הוא מושג היעילות המצרפית. הכלכלן מסתכל על ההעדפות שלנו, לכלכלן חשוב שרצונותיו להשיא את הרווחה המצרפית יתגשמו והוא לא מחפש את התוצאה של המהלך, האם אנשים ייהנו או לא (בניגוד לתועלתן).

התיאוריות הביטוייות או האקספרסיביות של המשפט, מוכרות את עצמן כאלטרנטיבה של יעילות כלכלית – במקום להעריך חוקים, פעולות, מוסדות וכו' לפי כמה שהם מועילים או ממקסמים את התועלת המצרפית, אנחנו רוצים להעריך אותם לפי המסר אותו שהם שולחים. מי שמחזיק בתיאוריה הזו יגיד שלעיתים אסור לנו לעשות את הדבר המועיל, ישנה מגבלה, מחסום דאונטולוגי מאחר שהמסר שהוא מעביר הוא שלילי, הוא "מגעיל". התועלת המצרפית, היעילות הטוטאלית תכוון אותנו לעשות דבר מסויים אך הדעה הדאונטולוגית תאסור עלינו לעשות כן. כאמור, לדעת התועלתן יש רק מטרה אחת והיא – תועלת.

דיברנו על כך שיש החושבים שהמוסר אומר כי מי שעשה רע מגיע לו לסבול. למה? ככה! המוסר הפשוט אומר לנו שבכלל לא ברור שיש משהו לא בסדר בגישה הזו.

יכול להיות שאם נגיד לשופטים לעשות החלטה כלכלית הם יעשו את החלטה שממקסמת תועלת. התוצאה היא שמשנה- מה שקורה בפועל.

ניתוח כלכלי פוזיטיבי:

פוזנר אומר שהמשפט התפתח הדרגה צעד אחר צעד. והוא יעיל כיון שהוא לא רק משפיע על פעילות של אנשים אלא הוא משפיע עליהם כך שהוא נותן להם תמריץ לעשות את הדבר היעיל. זו טענה על המשפט בכלל וספציפית על המשפט המקובל.

יש הטוענים שיש לבטל את דיני הנזיקין.

החוק של **יום**: אי אפשר לגזור "צריך" מ"יש".

יש לנו עובדות בשטח- השמים כחולים וכו' אבל לא משנה כמה הרשימה שלנו ארוכה אנחנו לא יכולים לגזור ממנה - מה צריך לעשות. מה שיום אמר זה אם יש תהום בין טענות של קיים- מה המצב בפועל לבין מה המצב צריך להיות ומה ראוי.

השאלה היא מה הרלוונטיות - אם אני מתעניין בשאלה של מה ראוי לעשות- שאלה נורמטיבית, למה בכלל לקרוא פסקי דין?

היו שאמרו שהתיאוריה הכלכלית מפספסת את הנושא שלה ושיש צדק מתקן שלפיו יש להשיב את המצב לקדמותו בלי קשר למה שקורה בחברה ואם אתה לא רואה את זה אתה מפספס מכמה בחינות:

1. **ראשית כעניין תיאורי** - אתה לא לוקח את פסקי הדין והחקיקה ברצינות - הטענה שדיני הנוזיקין ממקסמים תועלת היא טענה חסרת שחר שלא לוקחת את כל אמירות השופטים ברצינות - הם "מצליחים" למקסם תועלת בלי לנסות? זה מגוחך. לפעמים אנחנו מצליחים כי לא ניסינו אך לרוב זה לא כך. א מישוהו טוען את זה הוא צריך להביא ראיות וקשה מאוד להוכיח שמוסד דיני הנוזיקין הוא באמת יעיל.
2. **מבחינה נורמטיבית** - המשפט צריך למקסם תועלת? זה לא נשמע סביר כי יש עוד הרבה מטרות למשפט. התנצלות למשל. היא לא נחוצה מחינת התועלת המצרפית אך עדיין יש חובה להתנצל וזה משפר את המצב. יש גם ערכים של השבת המצב לקדמותו וזה לא עולה בהכרח בקנה אחד עם תועלת אנטי תזה נוספת זה התפיסה של דיני הנוזיקין כמכשיר לעשיית צדק חלוקתי.

מה ההבדל בין צדק חלוקתי ליעילות או רוחה מצרפית?

1. זה לא מועיל לכולם
 2. הניסיון להגעה לתשתית ולתיקון מה שהיה לפני התאונה
 3. התיאוריה של הגדלת העוגה הכללית זו תיאוריה שמסתכלת על הסה"כ - הסום, המצרף של רווחת האנשים בחברה. איך הרווחה מתחלקת - זה לא מעניין באופן ישיר.
- האם ניתן לגזור מתיאורית כלכלת הרווחה או התיאוריה התועלתנית מסקנות חלוקתיות החלוקה יכולה להשפיע על הסכום עצמו. ה"עוגה" ניתנת לתרגום לדברים כמו אושר או בריאות ויש כאלו שיוכלו להפיק יותר אושר ממשוהו ביחס לאחרים.
- אם אני אכלתי כבר 3 עוגות התועלת השולית שלי מהעוגה פוחתת.
- התועלתן יכול לתת הסברים שלא נשמעים מופרכים לאופן החלוקה שלו. הוא טוען שלא משנה כמה עוגה האדם יקבל. אין לנו פטיש לכסף - לנייר עצמו. הרבה פעמים אנו רוצים כסף כי אנחנו חושבים (בצדק או לא) שזה יקנה לנו אושר, רווחה, בריאות וכו' שאותם יש הצדקה להשיג לשם עצמם. גם בכלכלה יש תיאוריה של עקרון התועלת השולית הפוחתת של הכסף.

אולם - לאנשים יש כבר כסף ואנו רוצים לדעת איך המצב הנתון משליך על חלוקת המשאבים החדשים שיש לנו. עקרון התועלת השולית הפוחתת הוא עקרון אמפירי - או שהוא נכון או שלא וזה ניתן להוכחה. זה בלי ערך שיפוטי זה כלל ואם הוא מסתבר כלא נכון - זה לא נכון לגבי כולם או מישוהו מסויים. זו הכללה שכלכלנים מניחים שהיא נכונה ולפיהם ניתן להתעלם ממי שזה לא נכון לגביו.

העקרון התועלתני בניגוד לזה אינו עקרון אמפירי. אם הוא נכון בכלל הוא נכון בכל מקום וכל זמן. הוא לא תלוי בעובדות אמפיריות והוא עקרון נורמטיבי. הוא אומר "הדבר היחיד שחשוב זה להפוך את העולם לטוב יותר ע"י הגדלת הרווחה המצרפית".

העקרון התוצאתני אומר שמה שחשוב זה שיהיה טוב. לא לא ניתן להוכחה או הפרכה.

החוק של **יונג** אומר "לא ניתן להסיק מתוך הנורמטיבי מה צריך לעשות" **לא ניתן להסיק צריך מ-יש**. לא ניתן לגזור **נורמטיבי מדסקרפטיבי**.

אם התיאוריה הזו נכונה לא ניתן להפוך אותה באמצעים אמפיריים.

מה שחשוב זה לא למקסם את התועלת של הקבוצה כרגע מסויים אלא לאורך חיים ובטווח הארוך. אם תענוג הוא טוב כשלעצמו וסבל הוא רע כשלעצמו התועלתן הקלאסי אומר כך - כאב עכשיו ואחר כך - הם אותו דבר. אולי יש לנו הטיה לכיוון כאב אחר כך אך כאב לכאב - הם שווים.

אנחנו מבזבזים משאבים ואנו מעדיפים לא לחוות כאב ואפילו ליצור סבל רב יותר לדורות הבאים כדי לא לחוות סבל היום. ניקח את התענוג עכשיו גם אם נסבול אחר כך אך התועלתן אומר שזה לא רציונאלי מנקודת מבט אגואיטית אפילו! עלינו לבחון את החיים כמכלול - ואת זה למקסם.

ההבחנה בין צדק חלוקתי לצדק מתקן מגיעה **מאריסטו**.

הוא טען שכל צדק זה עניין של שוויון אך יש שוויון אריסטטי - כפל וחילוק וגיאומטרי - חיבור וחסור

אריסטטי - אני לקחתי מהכיס של מישוהו יהלום. עכשיו יש לי חובה להחזיר את היהלום וזה יחזיר את שנינו לקדמותנו. החסרתי ממנו ועכשיו אני מוסיף. +/-

צדק מחלק לפיו אינו עניין של חיבור וחסור אלא היחס בין מה שיש לך לבין מה שמגיע לך. היחס הזה שווה לכולם. זה לא עניין של חיבור וחסור. צדק מתקן מתכל אחורה בכעס במטרה לתקן.

צדק חלוקתי לא מסתל אחורה בזעם. ניתן להגיד שצדק מתקן הוא גם חלוקתי. אם אומרים לי שהדבר הנכון היחיד לעשות זה להחזיר אומרים לי למעשה שאני חייב לעשות חלוקה מחדש של המשאבים והצדק המתקן הוא למעשה חלוקתי.

הניגוד הוא שהחלוקה נעשית במטרה להחזיר את המצב לקדמותו, להחזיר את האיזון. צדק חלוקתי הוא לא מתקן. הוא אומר שיש לחלק את העוגה מסיבות שלא קשורות למשוהו שקרה בעבר.

לדוגמה: אם אני עני וחייב כסף ולכם אני גונב מטייקון. צדק מתקן יגיד שיש להחזיר לטייקון את הכסף כי גנבת. עשית משהו רע ויש לתקן אותו וזו הסיבה היחידה. מי צריך מה - זה לא חשוב. צדק חלוקתי יגיד שיש להשאיר את הכסף אצל העני.

בצדק מתקן - אין פה עניין ל שוויון או חלוקה. שברת - זה שלך. אין קשר כלל לעושר וכו'.

אם מישוהו עבד הרבה יותר קשה והצרכים שלו הרבה יור גדולים משל אחר

דיני נוזיקין זה לא או או. חלוקה צודקת של משאבים אינו תפקידם של דיני הנוזיקין. אולי זה של מיסים וכו'. דיני

נזיקין- הצדקת הקיום שלהם זה הצדק המתקן. אם אין עקרון מוסרי של צדק מתקן אין טעם בכלל בדיני הנזיקין!
שאלה תיאורית: האם דני הנזיקין מערבבים תיקון וחלוקה?
התשובה היא כן! יש ערבוב באופן די שיטתי. איפה יש שיקולי חלוקה בדיני הנזיקין?

יתן להגיד שאם גנבתי מאדם עני אני צריך להחזיר בלא כי עשיתי שהו רע אלא כי הוא עני.
אפשר להצדיק פעולות כאלו במונחי תועלת אך זה לא הופך את זה לנימוקי צדק מתקן. עצם העובדה שהמצב הסופי מתקן את המצב הפגום זה כי חשוב שאני אתקן אלא אולי זה כי זה נתמך בנימוקי רווחה מצרפית וכד'.
אני יכול למצוא שיקולים צופים פני עתיד ולא פני עבר להחלטה הישפוטית. עצם העובדה שאנו מסכימים שיש להחזיר את הכסף לא אומר מה הסיבות שבגינן פעלנו.
חשוב לא רק לאן הולך הכסף אלא גם ממי הוא בא. ההתנצלות חייבת לבוא מי שעשה את הדבר האסור. אני לא יכול לכפר על המעשים שאבי עשה ולא להפך.

כשאדם מתנצל הוא לא מתנצל על הנזק עצמו. לא ברור על מה הוא מתנצל. התנצלות כנה תגיד שאתה מצטער שאתה הבאת את הנזק הזה. שזה אתה עשית. זה עניין לאנשים ולא לחברה "בע"מ".
המשפט נותן לנו כלי ואופציה לאדם שיש לו זכות עמידה לתבוע באופן אישי את מיש גרם לו הזק. ואולי ע"י זה הוא מתחנך או מוסר מסר.
המשפט לא מטיל חובה פלילית על מי שפגע. דרך כך ניתן לדבר על צדק מתקן אך זו לא חובה ישירה. צריך לתבוע כדי להגיע לזה.
המקרים שמגיעים לבימ"ש הם כאלו שאנשים מתכתשים ביניהם. אין סה בכלל התנצלות!
יתכן ואנחנו יכולים לראות את המטרה האולטימטיבית כמטרה מתנכית. המשפט לא אוכף חובה דאונטולוגית באופן ישיר אך ההצדקה למשפט נמצאת באותה חובה דאונטולוגית. יוצרים המשפט הכירו בחובת התיקון והמשפט מסתכל קדימה ומנסה לגרום לכך שאנשים יקיימו את החובה בעתיד.

היום נדון במשפט וכלכלה.

אנו נדון בפן הנורמטיבי.

מה ההבדל בין הפן הנורמטיבי של המשפט והכלכלה לבין הפן הפוזיטיבי?

הפן הנורמטיבי : מה ראוי שיהיה. הגישה הנורמטיבית למשפט אומרת ש

זלצברג נותן רקע כללי ורצוי לקרוא את החלק הראשון. החלק הנורמטיבי שלו אינו תואם לחלק הכלכלי כפי שהמצדדים שלו מציגים אותה- כמשהו שיש לו מטרה נפרדת.

אנשים שמאמינים שהמשפט צריך להשיא יעילות או עושר יש להם מחבה קונקרטי בראש. ההחלה של זה יכולה להיות קשה אך הרעיון מאז קונקרטי וניתן לראות אם אנו מסכימים איתו או לא.

לטענתו המטרה היחידה של המשפט זה להשיא משהו כמו יעילות או עושר וזהו.

יעילות היא פונקציה של "ועוד" לגבי כל האנשים הספציפיים. אפ ניתן להכניס משהו לפונקציה- מה טוב אך אם לא ניתן להסתכל על דבר מסויים כיעילות אנו לא ניקח את אותו אלמנט בחשבון כלל.

זלצברג אומר בחלק האחרון שניתן להכליל בניתוח הכלכלי של המשפט המון דברים אחרים ולדע **שיפמן** זה מרוקן את התיאוריה הכלכלית מתוכן. זו תיאוריה שיש לכלכלנים רבים וצורה לאחוז את החבל משני קצותיו : תיאוריה ספציפית אך רחבה.

היאוריה הנורמטיבית הכלכלית של יעילות אינה היחידה בנמצ ואין חובה עלינו לפרש אותה כך שהיא תגיע לתוצאה הנכונה. יתכן והיא תיאוריה נכונה ויתכן ולא ואנו נוכל להעריך אותה רק אחרי שנבין מה היא אומרת אבל אם מראש אנחנו אומרים שהתיאוריה הכלכלית מכילה "הכל" אנו לא יכולים להעריך אותה כלל.

דוגמא לשאלה :

עלי זלצברג כותב :

" הגישה הכלכלית למשפט מזוהה בד"כ עם קריטריון היעילות כקריטריון הנורמטיבי המוביל להערכת המערכת המשפטית אך זהות זו אינה מחויבת המציאות. אמנם המתודה הכלכלית מעצם טבעה אינה מאפשרת לאמץ כל קריטריון נורמטיבי שהוא- כך למשל קשה לאמץ במסגרת הגישה הכלכלית את התורה המוסרית של משפט- הטבע או את תורת המוסר הקנטיאנית-אך עדיין קיין מגוון נרחב למדי של עקרונות מוסריים הניתנים להצגה במסגרת הגישה הכלכלית. באופן מאד גס ניתן לומר שכל הקריטריונים המוסריים המונחים על ידי המוסדות וההליכים של קבלתם (בניגוד לקריטריונים מוסריים המונחים על ידי תוכן הכללים, ההתנהגות של הפרטים או הכוונה שמאחוריהם) ניתנים לאימוץ במסגרת הגישה הכלכלית. כל למשל שיקולים של יעילות, תועלת וצדק יכולים להיות מרכיבים של הניתוח הכלכלי הנורמטיבי של המשפט.

דון לאור השאלות המונחות הבאות :

1. מהי התורה הכלכלית הנורמטיבית של המשפט?

2. האם קיימים שיקולי צדק אמיתיים (כלומר שאינם עניין של יעילות או תועלת) שתורה זו יכולה לקחת בחשבון?

3. אם לא, למה לא? אם כן, מהם אותם שיקולים וכיצד יכולה התורה הנ"ל לקחת אותם בחשבון?

פוזיטיבי מול נורמטיבי זו הבחנה מאוד בסיסית.

יש תיאוריות שעניינן תיאור המציאות כפי שהיא- בלי שיפוט ערכי. "ראוי או לא" וכו'.

סוציולוגים ואנתרופולוגים מסתכלים על המציאות ומתארים אותה "מבפנים"- הם עושים מחקר תיאורי.

דבר שני שאנו יכולים לעשות זה להעריך בצורה חיובית או שלילית. להגיד- אנו אוהבים את זה ורוצים ללמוד מהם או לא? ראוי או לא? מה טוב שם ומה לא טוב שם?

כשאנו בביינס של "הערכה" לפי החוק של **יום** אנו עושים גיוב אחר ואנו לא יכולים לנסות לגזור מסקנות מהלכות שהן כולן תיאוריות

פוזיטיביות. נלך לאמונס, נבין איך דברים עובדים אך לא נוכל לגזור מזה שום מסקנה נורמטיבית! זה כשל לוגי לנסות להסיק מסקנות נורמטיביות ומה צריך- ממה שיש. זה **חוק יום!**

היסטוריונית תבעה היסטוריון שהכחיש את השואה בטיעונים נורמטיביים פיזיקליים- הוא אמר שלא ניתן לשרוף כל כך הרבה גופות בזמן קצר כל כך. לכן חובת ההוכחה הייתה עליה- היא הייתה חייבת להוכיח שזה אכן קרה. (בשל החוק לפיו היא תבעה חובת ההוכחה הייתה עליה).

האם מהעובדות התיאוריות ניתן להגיד שהיטלר הוא חלאת אדם?

כדי להוכיח שהיטלר הוא חלאת אני חייבת שיהיה לי מושג כללי ראשוני כגון : "אם...אז..." למשל אם היטלר רצח בכוונה אז זה רע וכו'. ההנחה הזו היא עקרון נורמטיבי שאינו פגיע אמפירית!

ברונו לטור כתב מאמר ושאל האם רעמסס השלישי מת מטוברקולוזיס. יש שאומרים שכן. הוא אמר חד משמעית לא כי את התרופה לחיידק ההוא והתרופה אליו המציאו ב1947 בערך ולכן לא היה דבר כזה לפני.

למשל עוללת המטרד. אנו אומרים שיש זכות להנות ממים למשל.

בנתהאם אמר שזכויות הן שטויות על מקלות והכלכלנים יגידו שהכל שטויות. מטרד שמחצין נזקים- יש לו בעלים ותושבי חיפה נפגעים מהמפעל. אם מישוהו היה הבעלים גם של חיפה וגם של המפעל אנו רוצים להניח שהוא היה נותן למפעלים לזהם כיון שהמפעל מייצר דלק שכולם משתמשים בו. אם היינו הבעלים לא היינו סוגרים את המפעל והכל היה ממשיך כרגיל כיון שהתועלת או היעילות או העושר שאני גורם בזיהום לכולם - לכל האנשים שמושפעים מזה גדול יותר מהנזק שהיה נגרם אם הייתי סוגר את המפעל. כיון שאני לא הבעלים אני לא סוגר את המפעל, אך אנו (התושבים) יכולים להוציא צו מניעה כיון שלתושבים יש זכות לאויר ללא זיהום! אנחנו לא אומרים שהוא לא טוב המפעל אבל אנחנו אומרים שיש לנו זכות ולכן אולי המפעל צריך להשקיע הרבה יותר מ100 כדי למנוע את הזיהום.

	בית זיקוק	תושבים	סה"כ
זהם	0	100-	100-
אל תזהם	200-	0	200-

אנחנו נחליט בשל גובה הנזק! אין לנו יעילות פארטו פה! אף אחד ל צריך לקבל סרטן אבל המפעל מייצר הרבה טוב בצורות שונות: משכורות, הגעה מהירה לעבודה וכו'.

אנחנו אומרים שיש גבול ויש דברים שאסור לעשות לאנשים אפילו אם זה ימזער את התועלת המצרפית.

למשל אם ביום שידור הסופרבול השדרן חוטף התקף לב וכדי להצילו חייבים להפסיק את החשמל. האושר שנותר לו להנות מהחיים בטל ב-60 לעומת האושר שיגרע ממליוני אנשים. אף אחד לא יסבול נורא אך זה סבל לא טריוויאלי.

יש לי זכות שלא על גבי יעשו את הסופרבטל. דיני הניקין מניחים שיש לנו איזור נורמטיבי שאסור לזרוק אותו יחד עם החישוב.

הכלכלנים אומרים שהם כבר מחשבים את כל השיקולים האלו בתוך החישוב הכלכלי.

יש פרדוקס בתיאוריה הזו בהנחה שאנו אומרים שכך חייבים לפעול- בתור האדם הכלכלי.

יש לנו רצון ל"מתכון לפעולה". אם נפעל לפי תורת הכלכלה שופט שילך לפיה יתן צו מניעה וכלום לא ישתנה אולם גם שופט שרוצה ללכת בניגוד מולחט לתורת היעילות - גם הוא יתן צו מניעה.

? בבחינה יהיו קטעים מסוג זה (פחות מסובכים) נקבל פסקה ונצטרך לנסות להבין מה הכותב רוצה ואז מה אנו חושבים על זה

מה יקרה לפי ההנחות של תורת הכלכלה הקלאסית? הם יצייתו לצו המניעה, העשן מפסיק, ואנחנו במינוס 200 ולכן יש לנו סיבה לדאגה ונקבל את החלטה של השופט האנטי כלכלי בכעס מוסרי! אולם האם באמת השמיים יתנקו? בדיני נזיקין אם המתלונן מסיר את ההתנגדות שלו - אין צו יותר. המפעל יכול לערוך חוזה. אני יודע שאני אסבול נזק של 200 אם זה יגיע לשופט אז אני מוכן לשלם קצת כדי לשלם בשביל כל דבר שהוא מתחת 200. (התיאורמה של קוז).

בעל המפעל יקנה מהחייפאים את הזכות לפגוע בהם. במקרה כזה השופט התועלתן יהיה מבסוט! וקיבלנו את אותה התוצאה עם שופט אנטי כלכליסט אך מה אכפת לכלכלה איך הגענו לתוצאה הרצויה? התוצאה משנה ולא חשובה הדרך.

אם כך נראה שאין הבדל בין שופט לפי הגישה הכלכלית לבין מתנגד לה!

הבעיה תמיד תהא עם אותם אלה שמעוניינים לטרפד את העסקה, ולא פועלים באופן רציונלי (כמו בפס"ד אתא נ' שוורץ). ולכן, במקרים רבים יהיו הוצאות עסקה עצומות, שלא יהיה שווה להתעסק איתן, ואז לא יהיה הסכם. גם במקרה של הוצאות עסקה נמוכות יהיה נזק-אולי יהיה הסכם, אך ייגרם גם נזק. יש לקחת בחשבון את כל הוצאות העסקה הללו, שכן, אלו עלולות לגרום גם כן לפגיעה בתועלת המצרפית.

המוטיבציה של בתי המשפט לפעול ע"פ התיאוריה הכלכלית, תהא לחסוך הוצאות עסקה- הם תמיד ישאלו שאלות השוואה ומדידה עדינות, על מנת להגיע להחלטות היעילות ביותר. אחת ההחלטות או הפתרונות היעילים ביותר הוא כריתת החוזה, אשר יחסוך לנו את הוצאות העסקה בצורה רבה- על השופט לחקות את השוק, ובכך לגרום לחיסכון בהוצאות עסקה.

אם נבחן את ההנחות המושלמות של החוק החופשי- אין זה משנה כיצד נחלק את המשאבים כל עוד הוצאות העסקה הן אפס, וגם אם תיאוריה זו אינה בהכרח מתיישבת עם המציאות בצורה מושלמת, אין זו התנגדות לתיאוריה הכלכלית. ייתכן כי זוהי אינדיקציה לכך שישנו דבר מה שאינו בסדר, אך זוהי לא התנגדות לשמה.

הכלכלן לא חושב בצורה שבה אנו חושבים, אך זו לא יכולה להיות התנגדות טובה לתיאוריה הכלכלית, יש לתת נימוק משכנע יותר. שופטים הם חקייני שוק- ואם הם יצליחו לשקף אותו באופן מושלם, אז הם ימקסמו את הרווחה החברתית. שופטים צריכים להיות טובים בשמאות וראיית חשבון, על מנת לבצע את עבודתם על הדרך הטובה ביותר.

לסיום אנו נעלה שאלה, אילו שיקולים אפשר להכניס לתוך הרווחה האנושית, בצורה שהיא תשאיר את התיאוריה הכלכלית בצורה שניתן להסכים איתה או לא, ואילו שיקולים יהיו קונסיסטנטיים ולא רלוונטיים כבר לתיאוריה זו? כמה ניתן להכניס לתוך התיאוריה הכלכלית מבלי לרוקן אותה מתוכן? המאמר של זלצברג מדבר על שיקולים שונים כאלה.

בשיעור הבא נעזוב את הנורמטיבי, ונעבור לשאלה תיאורית- מושגית: מהו בעצם המשפט?

אוסטיין בדרכי מובא לפני **הארט** כי התיאוריה שלו פשוטה מאוד (פוזיטיביסטית) והרבה ממה שהארט עשה זה לבקר את אוסטיין ולהראות שהדברים לא כל כך פשוטים. חובת הציות לחוק היא תיאוריה נורמטיבית לחלוטין. תיאוריה מוסרית ולא משפטית. השאלה היא האם יש חובה חוץ-משפטית לציות לחוק- ככה. אם יש חובה לציות לחוק ככה מה שמפעיל ומניע אותנו זה זה שיש לנו חוק. אנחנו לא צריכים לציות לחוק אם יש לנו המון סיבות חיצוניות לציות לו. אנחנו צריכים את החוק אך ורק אם לא צריכים חובה לציות ו אם ברור לנו שזה מה שאנחנו אמורים לעשות. האיסור נמצא כי ההתנהגות רעה בלי קשר למשפט והמשפט רק אוכף את האיסור המובן מאליו. אם יש חובה לציות לחוק זה כי הוא חוק. זה כמו הבטחות. אם יש חובה לקיים הבטחות זה כי הן הבטחות והתוכן שלהן לא משנה.

כולנו שוברים את הכללים- כל הזמן אך זה לא אומר שהם לא קיימים. אם אנחנו מדברים על חובה לקיים הבטחות החובה קיימת בזכות ומכוח העובדה שנתת הבטחה. ליוליה יש סיבות לשמור את הבטחה לרומיאו - סיבות פנימיות. היא רוצה, אוהבת אותו, היא תפגע בו אם לא וכו' אך כל הסיבות האלו משתנות מהבטחה להבטחה. אם יש חובה לקיים הבטחות היא חובה פורמאלית ובלי שום קשר לתועלת קיום ההבטחה והאם ההבטחה תגדיל תועלת מצרפית או גורמים נורמטיביים אחרים כמו צדק מחלק או מתקן. ההבטחה היא גורם מוסרי כשלעצמה. זה היה הנושא הראשון- הנורמטיבי. אחר דיברנו על עוד נושאים שחלקם תיאוריים אך ניתן לפרשם גם באופן נורמטיבי. כמו צדק מתקן- יש לדיני הנוזיקין גישה תיאורית. שברת שילמת. עשית משהו- תנקה אחריו. טענה תיאורית. אני יודע משהו ואני יכול לאשש או להפריך את הטענה ע"י ציטוט של פסקי דין.

טל במאמר הולך דרך פסקי הדין של ביהמ"ש העליון ובוחר האם הוא מחיל את דוק' הרשלנות ואיזה משקל הוא נותן לשיקולי תועלת וצדק מתקן. האם ביהמ"ש העליון ועקרון העל בהחלטותיו הוא צדק מתקן או מחלק או משהו אחר.

משהו כלכלי אין לו ערך בפני עצמו כלל אך מפתיע שהשיקולים המרכזיים אפילו בבתיהמ"ש הם שיקולי תועלת במובנם הרחב. זו טענה מעניינת אך בסופו של דבר הטענה היא פגיעה אמפירית- ניתן לאשש או להתנגד לה ע"י טיעונים אמפיריים בשיטת המשפט. אם אנחנו רוצים להעריך את המשפט או להצדיק אותו אנחנו צריכים לשים בצד שאלות תיאוריות ולשאול שאלות נורמטיביות חוץ או קדם משפטיות.

איך נדע מה המשפט צריך לעשות :

1. אנחנו לא חושבים ראשית מה המשפט צריך לעשות אלא מה אנחנו כאנשים בחברה צריכים לעשות במקרה מסויים.
2. הגענו למסקנה על יחסי האנוש- מה המשפט צריך לעשות. שאלה נורמטיבית אך שונה מהשאלה הבסיסית הנוגע לאנשים.

תיאוריה כזו לא ניתן להפריך ע"י בחינה מה כל השופטים עושים או עשו ואפילו אם השופטים החליטו פה אחד. אין לזה שום משקל בטיעון כי מה שמעניין אותנו זה לא מה השופטים חושבים אלא מה המשפט צריך לעשות והרי אי אפשר לגזור נורמות מהנחות אמפיריות. אם המסקנה נורמטיבית חייבת להיות לנו הנחה נורמטיבית בתוך ההנחות. עובדות אמפיריות חשובות לצורך הסקת מסקנות נורמטיביות אך לא ניתן רק מהן להסיק מסקנות נורמטיביות (חוק יום)

העובדות האמפיריות חשובות למסקנה נורמטיבית אך המנוע הנורמטיבי נחוץ כדי להגיע ליעד נורמטיבי.

הנושא שהיום נדון בו שונה במהותו. הוא נושא תיאורי ולא נורמטיבי.

הנושא עצמו - האובייקט שאנו מנסים לתאר זה המשפט שהוא אובייקט רחב מאוד. לא כמו דיני נוזיקין שהוא צר יותר. אנחנו לא מתרכזים בשיטת משפט מסויימת אפילו אלא במשפט עצמו.

אנחנו מנסים להסביר את המשפט כפי שהוא. לתת תיאוריה שתסביר לנו מה זה משפט בכלל (בהנחה שיש לנו בכלל דבר כזה). אנחנו רוצים להסביר מה הופך מע' חרתית למשפט או מה הופך כלל לכלל משפטי.

המשפט מדבר בשפה נורמטיבית גם אם הוא לא אומר צריך או חובה. המשפט מציע את עצמו כמשהו טוב או ראווי וצריך לקיים אותו. אין ספק שיש חובה משפטית לציות לחוק. החוק מטיל חובות או נותן זכויות והוא מתייחס אליהן כחובות או זכויות.

אם שופטים או מחוקקים לא היו חושבים שזה לא טוב או ראווי לבתע את המעשים הם לא היו מטילים חובות או מעניקים זכויות. לכן המשפט יש נורמטיביות פנימית.

אדם משפטי- שמאמין במשפט ואוהב ומקבל את מע' המשפט שלו עד הסוף וחושב שהיא אידיאלית בגדול. אם אין אף אחד כזה קשה לנו להבין למה המשפט מעניק לנו זכויות או מטיל חובות. המשפט מגנה מי שעובר עבירה, הוא מרשיע אותם.

ענישה מדינתית היא ביטוי של יחס של גינוי ושיפוט ערכי. עשית מעשה רע ואתה בר אשם בעבור המעשה הזה. אם זה מה שענישה מדינתית עושה והיא מגנה את הנאשם בשם כולנו היא מבטאת יחס מוסרי. המשפט יכול להגיד שמהו הוא אנטי חברתי ולהטיל קלון על מישהו- שגוררת איסור עבודה במשהו למשל.

המשפט עצמו סועל תחת ההנחה שמה שהוא עושה הם טובים.

כשאני מצביע בעד חוק יש לי שיפוט מסויים לגבי מה נכון ומה ראווי. אנחנו מתנהגים תחת "טוב". כשאנחנו עושים משהו אנחנו חושבים שזה טוב ולכן אנו עושים את זה (בדרך כלל). אנחנו מצביעים לחוק כי אנחנו חושבים שהוא טוב וזה מובן מאליו.

זה משמעותי רק כשאני עם אנשים ולא כשאני לבד. אנחנו לא יכולים להבין מעשים של אחרים אם אנחנו לא מייחסים להם כוונה.

אנשים אומרים לעצמם שהם פועלים בצורה נכונה או נאותה וזו הנחה שלנו.

יש פרויקטים **מרקסיסטיים**. כמו בדיני הנזקין: העקרון המנחה של דיני נזיקין הם רודפי אמבולנסים. (עו"ד שמנסים להגיש תביעות נזיקין על נזקי גוף). אם יבטולו דיני הנזיקין רודפי האמבולנסים ישארו ללא עבודה ויש להם לובי חזק.

למה יש חוק פלילי- לעשות הפרדה בין שחורים ללבנים אחרי ביטול חוקי הגזע כי עובדה שיותר שחורים נכנסים לכלא.

ההסברים האלו הם תיאוריות קונספירציה שיכולות אפילו להיות נכונות.

פרוייקט אחר הוא יותר "מפרגן". הפרוייקטים שאנו מדברים עליהם יותר מפרגנים למשפטן ההנחה שלנו ובוודאי של **הארט** זה שבגדול אנשים חושבים שמה שהם עושים טוב וראוי וניתן למצוא הסברים לא קונספירטורים או ציניים לדיני הנזיקין. נתחיל ממנה ואז נעבור למרקסיזם וננסה לגשר ביניהן.

אנחנו לא יכולים לסביר את המשפט בלי מונחים נורמטיבים כי מי שמכיל את המשפט ויוצר אותו חושב עליו באופן נורמטיבי ובחוקים ובפסקי הדין משתמע שיפוט נורמטיבי.

אבל! וזו הנקודה הקריטית היא שאנחנו רוצים להגיד רק מהו המשפט ולא מההוא צריך להיות או מה ראוי שיהיה. כל תיאוריה שיש לה מה להגיד על מהו המשפט או מה טבעו עונה על השאלה מהו כלל או מוסד משפטי. אלו שאלות תיאוריות בבסיסן.

אנחנו יכולים להשתמש במונחים נורמטיבים אך השימוש במונח נורמטיבי לא הופכת את תיאוריה לנורמטיבית.

למשל: "75% מהישראלים חושבים שחייבים לגייס את כל החרדים". זו טענה אמפירית לחלוטין אך השימוש הוא במונח נורמטיבי.

"צריך להצביע בעד הצעות חוק" זו טענה נורמטיבית.

יש לנו הנחה מודחקת שחבר הכנסת לא העלה במפורש והיא משתמעת. ההנחה הכי פשוטה שתהפוך את הטיעון לטיעון תקף כאורה היא שמה שהרוב רוצה הוא הדבר הנכון והכנסת צריכה לשקף את דעת הרוב.

אם אנחנו מקבלים את ההנחה אין לנו ברירה אלא לקבל את המסקנה. בהנחה הזו אנו מסתמכים על שיקול אמפירי אך לא רק עליו, וממנו אנו גוזרים מסקנה נורמטיבית.

אם משהו מאמין באמת שתמיד צריך לעשות מה שאומר הרוב אנו יכולים לקבל או לסתור אך אם אתה לא אומר את זה כך אתה מפר את חוק **יום** ולא נתת לנו סיבה ואפילו לא לכאורה- להצביע עבור החוק.

אוסטיין היה פוזיטיביסט לחלוטין. יש הבדל בין מה שהמשפט הוא ומה שהוא צריך להיות.

מה זה משפט?

1. המשפט הוא פקודה של ריבון שלא מציינת לאף אחד, וכולם מציתים לו

2. כלל משפטי- פקודה מגובה בסנקציה

3. סנקציה- כאב או משהו שאתה לא רוצה שיקרה לך ויוש עליך אם לא תציית לפקודה.

האנלוגיה שלו היא צבאית או כל מערכת הירכית.

החוק הוא כללי ורק מישהו אחד יכול לצוות עליו וזה הריבון. הוא ריבון בטרטוריה או לגבי אנשים מסויימים. כיון שמשפט הוא עניין אמפירי ואנחנו לא רוצים לערוב בין מוסר למשפט כמו שעושים אנשי משפט הטבע אנחנו לא רוצים להכניס מוסר או את אלוהים למשפט.

אוסטיין אומר שאנחנו יכולים להגיד מהו משפט בלי שום שיפוט מוסרי. נוכל לדעת אם מישהו הוא ריבון או לא במקום וביחס לאנשים. אם אנחנו לא יכולים להחליט על התשובה במונחים אמפיריים אולי אין לה תשובה ואין אף ריבון. אם יש לה תשובה אנחנו יכולים להגיע אליה ע"י התבוננות. ראייה, שמיעה, ניסויים מדעיים או פסיכולוגים וכו'.

התיאוריה שלו היא פרדיגמה של התיאוריה הפוזיטיבית למשפט והיא נורא פשוטה. **הארט** הציג תיאוריה אלטרנטיבית **לאוסטיין** ואמר שהתיאוריה של אוסטיין פשוטה מידי. התועלתנות היא פשוטה גם. יש לנו עיקרון על אחד ואם אתה לא יכול לתרגם משהו לתועלת - הוא לא חשוב ואם הצלחת אנו עושים מאזנים, משקללים ומחליטים. זו תיאוריה פשוטה וזה לזכותה! הארט אומר שפשטות זה לא הכל ואי אפשר לאכוף פשטות וסדר על מציאות מורכבת.

מה עם פס"ד הצהרתי או חוזים? חוק החוזים מאפשר לי לעשות חוזה אך אני לא חייב לעשות חוזה! החוק מקנה לי זכות להשתמש במערכת האכיפה אך הכלל שאומר שבשביל לעשות חוזה חייבים לעשותו באופן מסויים- הוא משפטי אך לכלל הזה כשלעצמו אין סנקציה! הכלל המשפטי: אם אתה עושה שלבים מסויימים יש לך חוזה שיש לך זכות לאכוף אותו בבימ"ש. אין פה סנקציה!

מה **הדמיון** בין התיאוריה של **הארט לאוסטיין**?

הארט מאמץ את הרעיון של **אוסטיין** של הפוזיטיביזם. שניהם מתארים את המשפט. שניהם פוזיטיביסטים משפטיים. שניהם עומדים על ההבחנה בין המשפט הרצוי למשפט המצוי. מה המשפט אומר ומה הוא צריך להגיד. הפוזיטיביסט מפריד בין משפט לבין מוסר ובין נורמות משפטיות למוסריות. הפוזיטיביסט אומר שהוא יכול להגיד הכל על המשפט בלי להכנס בכלל לשאלות נורמטיביות או מוסריות. האם עונש מוות מותר או אסור? נסתכל בסדר החוקים, בנבו- ונגיד. שאלה תיאוריות. אם החוק לא מסביר סוגיה זה אומר שאני לא יכול למצוא את זה בנבו אבל זה בסדר. למשפט אין תשובה לכל שאלה.

המשפט לפי אוסטיין הוא פקודה והארט אומר שזה לא כל מה שהוא עושה. יש לו כמה בעיות:

1. חוזים לא נכנס טוב למודל הפקודה.

2. בעיה נוספת- מי הריבון בארץ?

3. מיהו הריבון? אין אף אדם אחד שאנחנו יכולים לחשוב עליו כריבון ואולי זה מוסד? אך אין גם מוסד אחד שהוא הריבון!..

4. אין לנו גם הבעת רצון! אפילו במשפט הפלילי לא ברור לנו מה הוא הרצון

5. נוהג- יש כללים משפטיים שהם בתוך הנוהג ואין בכלל מחוקק

הארט אומר שאוסטיין לא מסביר את מושג הכלל המשפטי. זו אולי ביקורת לא הוגנת כיון שיש לו הסבר. הוא לא רוצה את הסיפור עם הפקודה או הסנקציה ולכן הוא בא עם תיאוריה משלו:

1. הארט מנסה לדון באלמנטים של הפקודה או הציות. הם לדעתו לא כוללים ולא מניבים את הרעיון של "כללי". בלי המונח של "כללי" או "נורמה" לא ניתן להבין אפילו את צורת המשפט הבסיסית ביותר.

אוסטיין מפספס בגלל הצורה האמפירית והקרה שבה הוא מסתכל, את הנורמטיביות של המשפט לא במובן

המוסרי אלא במובן זה שהמשפט רואה עצמו כמוסרי.

פקודה לפי **אוסטין** מורכבת מהאלמנטים הבאים :

a. המפקד מביע רצון (אותו אנו מקישים מהתנהגות שלו)

b. איום- אם לא תעשה את הרצונות תושט עליך סנקציה.

c. סנקציה היא משהו לא נעים שהאדם לא רוצה. אם זה נעים- זו לא סנקציה.

הארט אומר שכל המונחים האלו לא מניבים או מסבירים את הכלל המשפטי והוא מנסה להסביר מה זה כן הכלל המשפטי.

2. הבעיה עם הפרשנות הניבואית. מה זה העניין הניבואי? אם יש לנו פקודה זה אומר שאם המחוקק אומר משהו אנחנו יכולים לנבא שאם לא נעשה מה שהריבון או המחוקק אמר- תושט עלינו סנקציה. אנחנו חושבים על זה במונחים של ניבוי וצפי- אנחנו רוצים לדעת מה יקרה. חזאי למשל- הגיוב שלו אמפירי לחלוטין. ניבוי.

אם יש לנו סנקציה שלא מושתת עליה סנקציה - יש לנו בעיה בניבוי. יש לנו בעיה במשפט שאנחנו לא מצליחים להסביר: אנחנו חושבים ((מע' המשפט והמחוקקים) שצריך סנקציה כי מישהו הפר כלל. יש סיבה לעשות סנקציה ויש הצדקה לסנקציה. הכלל מהווה הצדקה לסנקציה. אוסטין הופך את היוצרות ואומר שהכלל הוא הסנקציה.

הארט ראה איך האנשים פועלים וכשאנחנו קובעים במה אנחנו מאמינים אנחנו לא חושבים על עצמינו בתור עוד משהו בעולם ואנחנו לא רואים את הפעולות שלנו כשוליות. אנחנו רואים את עצמינו כחופשיים ועם טעמים לפעולות שלנו.

3. הארט מדבר על כללים ראשוניים ומשניים. שיטת המשפט של הארט הרבה יותר מסובכת משל אוסטין. אוסטין- פקודות וחובות ישירות. "אל תרצח", "אל תגנוב", "תציל"... חובות התנהגות ישירות. אוסטין מדבר על משפט פרימיטיבי עם חוקים הצומחים ממנהג, וכללים. לא ושנים מ10 הדברות. זה מונחים כלליים ולפי ההגדרה של הארט אלא הנחיות להתנהגות. במערכת משפט מורכבת יותר אומר הארט שיש לנו גם חוקים מסדר שני- כללים על כללים. לא רק איך להתנהג אלא גם איך ליישב סכסוכים, איך לשנות את הכללים או לבטל אותם. יש כלל נוסף שהוא היכ חשוב לדעתו- **כלל ההכרה, הזיהוי**. הכלל הזה אומר לנו מה הופך כלל לכלל של השיטה. מעין "קוד גנטי". מה שייך למערכת שלנו ומה לא.

מה שמבחין מע' משפט מורכבת ממע' טרום משפטית פשוטה ולמערכת של כללים שיש בהם קשר זה הכללים המשניים. יש למערכת גם כללים ראשוניים טכנים וגם משניים איך משנים ומבטלים כללים ראשוניים, איך מפרשים או אוכפים את הכללים, וגם כלל זיהוי.

לפי אוסטין יש מפתח של פקודה מגובה בכוח. הארט- המפתח הוא שהמשפט הוא מע' כללים ראשוניים ומשניים. הארט מוסיף למעשה את הכללים המשניים. לפי הארט לאוסטין אין את מושג הכלל אך זה אולי אמירה קיצונית מידי. ניתן להגיד שיש לו רק כללים ראשוניים.

הארט אומר שיש צורך בכלל זיהוי שהחוק נקבע בכנסת או בתקדים במהמ"ש. האם יש חוקים הנובעים ממנהג?

ניתן לחשוב על מצב בו פרשנות חוזה תעשה על פי נוהג. השופטים יכולים לקבוע על פי נורמה.

כלל הזיהוי לפי הארט הוא כלל מנהגי שיפוטי. הוא עולה מתוך המנהג והפסיקה של השופטים ואיך הם מחילים את החוק.

הארט שם את בתי המשפט במרכז והם המוסד החשוב ביותר, ולא המחוקק.

המשפט הוא המוסד בעלדיו אין לפי הארט. אין מע' משפט בלי מערכת בתי משפט. מבחינת הארט הכנסת היא אופציונאלית.

יכולים להיות לנו כללים הטבועים במנהג + ערכאה שיפוטית אפקטיבית המחילה את הכללים.

3. המשפט משתמש במונחים כמו חובה והוא מצדיק ככה דברים שונים. התיאוריה של אוסטין לא מסבירה את הנורמטיביות הפנימית של המשפט.

תזכורת: **פוזיטיביזם משפטי**- החוק נוצר על ידי האנשים ואין קשר הכרחי בין חוק לבין משפט. אנחנו צריכים להפריד בין חקר המשפט לחקר המוסר או שאלות פילוסופיות. משהו משפט זה שאלה במדעי החברה כמו כלכלה. החקר הוא אמפירי או ע"י חיפוש בארכיונים ובתקנות וכו' וכך להוציא את תוכן המשפט - ע"י התבוננות כמו בשאר תחומי מדעי החברה. שאלות מוסריות ופילוסופיות לפי **הפוזיטיביסטים** יש להפריד.

לפוזיטיביזם שורשים היסטוריים והם תגובה לעמדות אחרות. הם מנסים להפריד משפט ממוסר כיון שיש אסכולות שמתבררות. למשל משפט דתי המחבר בין הדת- המוסר, והמשפט **אקווינס** למשל היה פילוסוף גדול ואדם מאמין של היה לו שום ספק לגבי קיום האל שברא א העולם שיודע הכל והוא טוב באופן מוחלט. אחד מהנושאים שהוא דיבר עליהם היה מהו המשפט והוא דיבר עליו במונחים של ניסיון לעשות משהו שהוא דומה לחוקי אלוהים. לפיו הכל בא בסופו של דבר ממקור אחד ושלכל דבר יש סיבה והסבר. המשפט לפיו הגיע ממקום מסויים או נשלט על ידי החוקים הטבעיים האלוהיים.

לפוזיטיביסטים של תקופת ההשכלה כמו **בנתהאם ואוסטין** (מאה 19) לא היה זמן וסבלנות לטענות כאלו והם רצו להפריד בין דת ומוסר לבין המשפט. הם לא היו רק אתאיסטים אלא הם רצו להפריד בין משפט למוסר. אין לדעתם קשר מעניין או הכרחי מעבר לטענה הטריויאלית שאם יש טענות מוסריות הן יחולו על המשפטן בדיוק כמו כל אדם אחר. המשפט צריך להיות טוב ראוי ומוסרי אך אלו לא טענות מעניינות לפיהם כיון שהן מעין אמיתית טריויאליות. **הפוזיטיביסט** אומר שמעבר לזה אין קשר בין משפט ומוסר והתוכן של כלי המשפט לא נגזר מהתוכן של המוסר.

הפוזיטיביסטים לא מתנגדים לכך שהמחוקק יחשוב האם החוק טוב או ראוי. הם לא אומרים שאין טוב או מוסרי או צודק. יש כאלו שמסיקים שאין מוסר אך הם **פוזיטיביסטים** כללים ולא רק של המשפט. חלק מה**פוזיטיביסטים** הם גם **רליטיביסטים** שאותם ניתן לפרש כמכחיש את עצם הקשר בין משפט ומוסר כי אין מוסר ואין צדק. הכל יחסי. היום רוב הפוליטיביסטים הם ריאליסטים ואפילו אפלטוניים. אומרים שיש מוסר שהוא אמיתי כמו חפצים פיזיים. אין להם בעיה עם אמיתות מוסריות- ואומרים שהן חלות גם על חוקים! זה מתקשר גם לחוק יום. אנחנו יכולים להעריך את המשפט אך אנחנו לא יכולים להגיד שהחוק הוא X ולכן הוא מוסרי. השאלה שלנו אינה נורמטיבית אלא דסקרפטיבית! כלום לא יקום או יפול על בסיס התשובה לשאלה הזו וצריך להתאים את החשיבה שלנו לכך. אם אנחנו חושבים ששופט חייב להכריע לפי חישוב של התוחלת זו בעיה גדולה אם יתברר שלפי שיטתינו היא השופטת הכלכליסטית או האנטי כלכליסט כי השוק יתקן והיד הנעלמה תוודא שהמשאבים יגיעו למי שמפיק מהם הכי הרבה. חלוקת המשאבים לא תהיה שווה אצל שני השופטים אך זה לא משנה לנו כיון שחשובה לנו היעילות עצמה וכל עוד הטוטאל קבוע לא משנה איך זה מתחלק. ברגע שמה שמחולק זה רווחה זה לא משנה איך זה יחולק. אם יתברר בגלל משפט **קוז** למשל שלפי הכלכלן לא משנה איך מכריעים את הסכום יש לנו בעיה עם **פוזנר** כי התיאוריה שלו אמורה לתת לנו הדרכה (תיאוריה נורמטיבית) אך בסופו של דבר זה לא משנה אם נעשה את דבריו או לא כי התוצאה תהיה אותו דבר בכל מקרה! (**לפוזנר** יש תשובה ודנו בכך). בתיאוריות נורמטיביות אם מישהו יכול להראות שהפעולות שלנו לא משנות ולא משפיעות על תוצאה באותו רגע נראה לנו שיש לנו התנגדות מוצקה לתיאוריה כי כל הפואנטה שלה זה להגיד לנו מה לעשות. אם נחיל את הסטנדרט על ויכוחים נוספים כמו בין רלוטיסטים לאנטי וריאליסטים לאנטי אנחנו נתייאש כיון ששום דבר פרקטי לא קם ונופל על הויכוח הזה! **פוזנר** לא מבין את הסואנטה של הויכוח בגלל נקודה זו אך פילוסופים מתווכחים ונלחמים על נקודות שאין להן שום השלכות פרקטיות למה לעשות או לא צריך.

בהקשר הזה עולה גם השאלה האם ידע כשלעצמו הוא טוב או לא. אם אישה בהריון מגיעה בחודש התשיעי לרופא שאומר לה שהיא בהריון- האם הידע הזה היה חשוב לה קודם או לא? לאישה הזו לא היה ידע וזה מובן בו החיים שלה היו יכולים להיות טובים יותר אם היה לה את הידע או רעים יותר. **פוזיטיביסטים** חושבים שמה שטוב זה לא בהכרח במובן של הגשמת רצונות או חוויות חיוביות אלא שיש דברים שהם טובים כשלעצמם. יש "רשימת מכולת" של דברים שהם טובים כשלעצמם. רוב האנשים האלו יגידו שידע הוא עליון ברשימה הזו. יש עוד דברים שיוצרים רווחה אך ידע הוא טוב כשלעצמו. אם זה מה שאנחנו חושבים יותר קל לנו ללמוד פילוסופיה.

השאלה שלנו היא האם האמת של טענות מוסריות צריכות ויכולות להיות תנאי לתקפות של טענות מוסריות. האם האמת של טענות מוסריות או נורמטיביות חוץ- משפטיות יכול או לא יכול להוות תנאי מוגדר או הכרחי לתקפות או לאמת של טענות משפטיות. למשל האם האמת של הטענה "עונש מוות הוא רע" או "לא צריך להיות עונש מוות"- האם זה תנאי הכרחי לאמת של הטענה הבאה: "עונש המוות בטקסס- מותר". **האנטי פוזיטיביסט** יגיד שיש קשר. פוזיטיביסט יטען שיש קשר בין 2 הטענות. **דבורקין** האמין שעונש מוות אינו חוקי כי הוא לא מוסרי. דבורקין טוען שפוזיטיביזם במקרה של המשפט היא טענה שגויה. לפיו אמיתות ותקפות מוסריות יכולה להיות תנאי ושהיא אכן תנאי לתקפות ואמת משפטית. במאמר של מודל הוא נותן טיעון מעניין שהמטרה שלו להפריד ישירות את **הפוזיטיביזם** המשפטי. הטיעון שלו מתמודד ישירות עם **הפוזיטיביזם** ומשתמש בפסקי דין, ומגיע לתוצאות מרחיקות לכת. עם השנים התיאוריה שלו השתנתה והאלטרנטיבה שלו לפוזיטיביזם היא משפט כפרשנות. **דבורקין** אומר שפוזיטיביזם היא תיאוריה שגויה ושיש לו טיעון ונימוק מכריע של הפרכה ישירה של הפוזיטיביזם- הפוזיטיביזם שקרי לטענתו. אם המסקנה נובעת מההנחות ניתן להפריד טענה אחת וכך את כל הטיעון או אם לא- אם הטענה לא נובעת מההנחות ניתן לדחות את הטיעון ממילא.

ברוב המקרים המסקנה נובעת מההנחו או לפחות מחלקן ואנחנו יכולים לראות אילו הנחו הופכות את הטיעון לתקף ואזהויכוח הוא על אמיתות או תקפות ההנחות עצמן. כדי לדחות את המסקנה אנו לא צריכים להפריד את כל ההנחות כולן אלא מספיק להתרכז באחת. לא ניתן לקבל את ההנחות אך לדחות את המסקנה. **שינמן** מציע פרשנות למאמר על מודל הכללים. **דבורקין** לא מצגי את הדברים כך אך זו דרך אחת להבין את הטיעון שלו.

הארט זו המטרה הביקורתית של **דבורקין** והיא מטרה ראויה לא כי **הארט פוזיטיביסט** אלא כי הוא המודל **לפוזיטיביסט** וכמעט כל מי שמגדיר עצמו **פוזיטיביסט** מסכים איתו (בניגוד למשל **לאוסטין**). התיאוריה של אוסטין פשטנית ופוסה אך לא מצאנו אף אחד שעומד בנורמות שלו. היא פשוטה מידי ולא עושה צדק עם המורכבות של המשפט וזה לא מעניין אם **דבורקין** היה מראה שיש בעיה עם התיאוריה של **אוסטין**. **קלזן** למשל היה פוזיטיביסט

מורכב יותר אך **הארט** הוא גדול הפוזיטיביסטים ולכן הפרכה של התיאוריה שלו, שמראה לנו איך להיות פוזיטיביסט בלי פקודה, שוללת את עצם הפוזיטיביזם.

הפוזיטיביסט לא בוחן דברים מבחוץ אלא מנסה לראות איך המשתתפים רואים את הסיטואציה אך הוא עדיין יושב על הגדר ולא מנסה להכריע מה חובה משפטית והאם יש חובה מוסרית לציית לחוק. יש שיגידו שחוק לא צודק אינו חוק אך הפוזיטיביסט לא מתחייב על הצהרות כאלו. לפיו גם חוק לא צודק הוא חוק. יתכן והקביעה שחוק לא צודק אינו חוק משמעה שאין לציית לו ואולי אפילו יש חובה להפר אותו (כמו שאמר **מרתין לותר קינג**) אך לפי הפוזיטיביסט עצם זה שאינו מוסרי לא שולל את היותו חוק. גם רופא שמשאיר מספרים בתוך חולה אינו רופא טוב או מוסרי אך הוא עדיין רופא. לפי **הארט** התוכן של כלל הזיהוי הוא אמפירי ולא מוסרי **דבורקין** מאתגר את זה בשאלה.

דבורקין אומר שיש כללים שכלל הזיהוי לא מצליח לאתר ולזהות. הוא אומר שיש חורים ושטחים מתים בתיאוריה. יש בה דברים שהיא לא רואה אך הם קיימים ואותם ניתן להוכיח אמפירית. הארט מסתכל על המשפט כמערכת קונוציונאלית של כללים. שילוב של כללים ראשוניים ומשניים וביניהם יש לנו הכל. זה לא ממצא את כל הנורמות בעולם כמו נורמות דתיות מוסריות או משפט בינ"ל אך זה ממצא את הנורמות של המעי' המשפטית הישראלית. אם התיאוריה נכונה למשפט היא נותנת לנו מודל להבנת מערכות כללים לא משפטיות, אם הכללים תקפים.

יש לנו בעיה עם הסנקציה וההתקפה של הארט על הסנקציות. הוא דוחה את תיאורית הפקודה של אוסטין ותיאורית הסנקציה אך נשאר אצלו אלמנט מסויים מהתיאוריה הזו. אפילו אם אנתנו מתארים את המצב לפי **הארט** - כללים חברתיים שדורשים ביקורת נורמטיבית וגינוי נורמטיבי כלפי מי שלא מקיים את הכלל - זה כשלעצמו נראה דומה במובנים מסויימים לסנקציה. אם אין תגובה עויינת להפרה של חוק - האם הוא חוק? האם יכול להיות מצב כזה- שכלל לא תהיה סנקציה חברתית על הפרה של כלל התנהגות? לפי הארט לא צריכה להיות הסכמה כללית בצירוף הרחב שהכלל הוא ראוי או נטיה להתנהג לפי הכלל. אם הוא כלל מסדר ראשון חייב שיהיה נוהג בתוך הקהילה כי אחרת אין כלל.

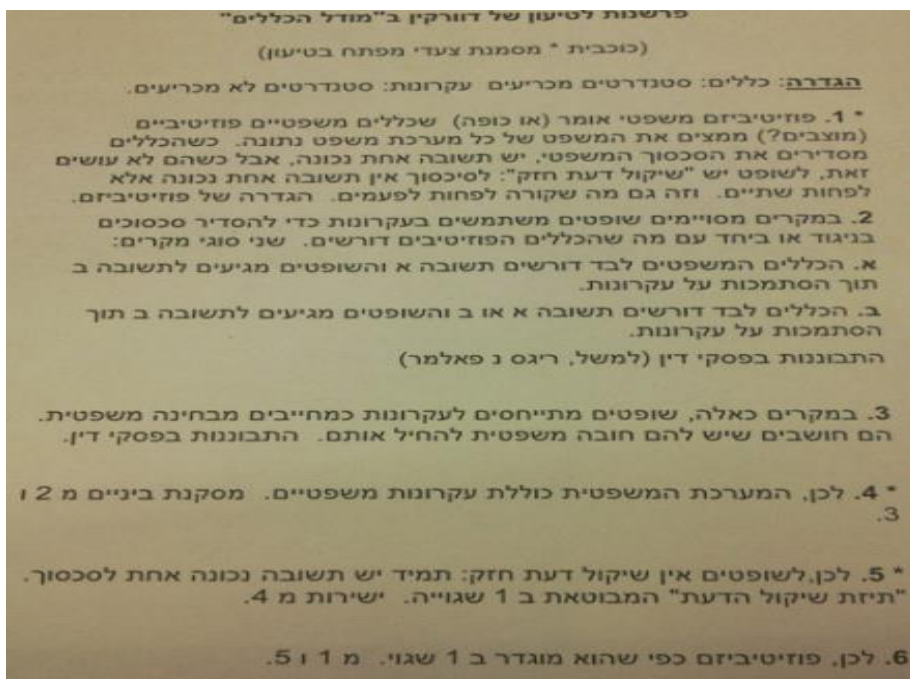
האם יכול להיות כלל זיהוי בלי שהשופטים (שמיישמים את כלל הזיהוי) יגלו נטיה לגנות את מי שמפר את הכלל? לפי תיאוריית הכללים החברתית של הארט אוה הוא החיל על המשפט - כלל חברתי לא יכול להתקיים בלי שאנשים יגנו את מי שמפר את הכללים האלו ולהתייחס אליהם לא טוב מבחינה נורמטיבית. הסימן לזה שיש כלל הינו שיש סנקציה חברתית ובהעדרה - אין כלל. אם כך הארט לא ממש נפטר מהסנקציה.

דבורקין מתחיל בתיאור הפוזיטיביזם.

הגדרה: הוא לוקח את הטענה של הארט שהמשפט זה עניין של כללים ואומר שהם עובדים בצורה בינארית. אם הכלל חל ואין חריגים - קמה לנו חובה. שחור ולבן. ככה דבורקין מבין את התיאוריה של הארט- הכללים או שהם חלים או לא.

(לפי הארט העקרון מושך לכיוון מסויים אך אין תשובה חד משמעית ויש משקל לכל טיעון).

1. **תת הגדרה**: הפוזיטיביזם נובע מתזת שיקול הדעת ואותם כללים- של כן או לא נתפסים ע"י כלל הזיהוי והם אמפיריים ופוזיטיביים. יש לנו טווח של עונש מינימאלי ומקסימלי אך המשפט לא אומר מתי לתת מה. יש לשופט שיקול דעת
2. **טענה תיאורית (מבוססת על פסיקה)**: במקרים מסויימים שופטים משתמשים בעקרונות כדי להסדיר סכסוכים בניגוד או יחד עם שדורשים הכללים הפוזיטיביים. יש 2 סוגי מקרים:
 - a. הכללים המשפטיים מגיעים לתשובה א והשופט לתשובה ב
 - b. הכללים דורשים תשובה א או ב והשופטים מגיעים לב' תוך הסתמכות על עקרונות.
3. במקרים אלו שופטים מתייחסים לעקרונות כמחייבים משפטית. הם חושבים שיש להם חובה משפטית להחיל אותם.
4. לכן המערכת כוללת עקרונות משפטיים- זו מסקנת ביניים מ3+2.
5. לפיכך לשופטים אין שיקול דעת חזק- תמיד יש תשובה נכונה אחת לסכסוך. תזת שיקול הדעת מבוטאת ב-1 שגויה וזה נגזר ישירות מ-4.
6. לכן פוזיטיביזם כמו שהוא מוגדר ב-1 שגוי לפי 1+5.



בתמסיר יש לנו ציטוטים של "לאוולין" מהריאליסטים. הם רצו להסתכל על המשפט כמו הוא. להיות "ריאל פוליטיק". בסקנדינוויה היו גם ריאליסטים וגם בארה"ב. בשנות ה-70-90 היה ריאליזם בארה"ב בעיקר בקיימברידז' מסצ'וסטס. הם ראו את עצמם הממשיכים של הריאליזם משנות ה-20 וה-30. הם ראו את עצמם כמבקרי המשפט. התנועה הזו הייתה מצומצמת לקיימברידז' בבוסטון היא מתה די מהר ולא השאירה הרבה חותם. לדעת **שינמן** לא היו שם רעיונות חדשים שהוסיפו על הריאליזם הישן. לכן נתמקד באנשים כמו **לאוולין והולמס** שהיו הראשונים שדיברו על ריאליזם. הריאליזם אינו תזה פילוסופית אלא סל של רעיונות שקשורים זה לזה. **לאוולין** כתב בצורה מאוד ישירה ומובנת יחסית. הריאליסטים מגיעים מהפרקטיקה ולכן הם טענו שיש להם תובנות שהם יכולים ללמד אותנו. המאמר של לאוולין שיש לנו בתמסיר הוא הרצאה לסטודנטים בהארוורד. הוא אומר על מה החוק.

מהו משפט? מהו החוק?

אוסטין - אומר לנו שיש משהו שנראה מסבך במשפט אך הוא מאוד פשוט ובסופו של דבר הוא פקודת ריבון לנתיניו. **סוקרטס** - אמר שבמשפט יש משהו ראוי מעט בדומה לקאנט. הוא היה ריאליסט מוסרי. הוא אמר שהמשפט הוא קצת כמו אב ואם, ויש הסכמה חוזית. הוא מדמין את עצמו כאילו הוא עשה עסקה עם חוקי אתונה, או שכולנו עשינו עסקה עם כולנו. מתוך החיים המשותפים או הבחירה לא לעבור למדינה אחרת- היא חוזית.

אפלטון -

הארט - אמר שהחוק הוא אוסף של כללים.

פוזנר - הוא דוגמא מאוד דומה לשל אוולין. בניגוד לאירליסטים התזה שלו יורה לכל הכיוונים. לא משנה מה הנושא: ענישה אפליה או חוזים הכל אצלו שאלה של יעילות והוא לא משנה את דעתו. דסקרפטיבי ונורמטיבי- המשפט חייב להיות יעיל.

Karl Llewellyn

1. "What, then, is this law business about? It is about the fact that our society is honeycombed with disputes. Disputes actual and potential; disputes to be settled and disputes to be prevented; both appealing to law, both making up the business of the law. But obviously those which most violently call for attention are the actual disputes, and to these our first attention must be directed. Actual disputes call for somebody to do something about them. First, so that there may be peace, for the disputants; for other persons whose ears and toes disputants are disturbing. And secondly, so that the dispute may really be put at rest, which means, so that a solution may be achieved which, at least in the main, is bearable to the parties and not disgusting to the lookers-on. This doing of something about disputes, this doing of it reasonably, is the business of the law. And the people who have the doing in charge, whether they be judges or sheriffs or clerks or jailers or lawyers, are officials of the law. *What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself.*"

* "For necessary expansion and correction, see e.g. pp. 14, 40-1; 61-3; 78-82; 85ff – and especially ix-xi."

לאוולין - אמר מספר דברים מרכזיים:

1. **המשפט אינו רק אוסף של כללים.** טענה שלילית שלא אומרת לנו מה כן. לפי **הארט לאוסטין** אין בכלל מושג של כלל אך אמרנו שאולי זה לא אמירה הוגנת כי הייתה לו תפיסה פשטנית של כללים אך הייתה לו תפיסה של כללים, שכולם פקודות הדורשות עשייה, מטילות חובות ומלוות בסנקציות. אוסטין הוכיח שהתיאוריה פשטנית מידי אך קיימת מע' כללים.
 2. **המשפט הוא חיזוי של התוצאה השיפוטית**
 3. **המשפט הפלילי הוא סכסוך.** למה? זה לא נשמע אינטואיטיבי. כמובן שניתן לחשוב על עבירה שמגיעה לבימ"ש יש לנו סכסוך בין הפרקליטות לנאשם. יש פה סכסוכים בסביבה וכל הזמן. אבל- עובדה שלא כל סכסוך מגיע לביהמ"ש. אם אתה מתנגד למשהו ששופט עושה בספורט- יש סכסוך. השופט בספורט גם מכריע בסכסוך וזה קורה כל הזמן. האם זה אומר שספורט הוא כולו על סכסוכים? לא ניתן להגיד שכדורסל הוא על יישוב סכסוכים למרות שיכול להיות שבכל שלב יהיה סכסוך אך זה לא אומר שהספורט עצמו הוא סכסוך. מוסד הנישואים למשל ניתן לניסוח בנושא סכסוך: פתרון בעיות בין בני זוג. כל נישואים יכולים להסתיים בגירושין או סכסוך או התדרדרות היחסים.
- לפי **לאוולין** הכללים יוצרים נורמות וסטנדרט שניתן לשבור אותו ואיפה שיש סטנדרט ניתן לשבור אותו. זו טענה די סתמית.
- הוא אומר לנו משהו הרבה יותר עמוק מזה - שהאפשרות של השבר היא למעשה בלתי נמנעת ומתוך

מנגד: למשל דיני הירושות- אם מישהו כותב צוואה מקוממת שתגרום לסכסוך משפטי ענק- זה הכי אנטי תזה שניתן! (באם השאיר הכל לאשתו השניה וכלום לילדים)... זו הגשמת רצון ולא מניעת סכסוך.

מה קורה עם פרשנויות של צוואה וחוקיות של צוואה?

מי שחושב על המשפט כמערכת כללים כמו **אוסטיין הארט וקלזן** ואפילו **דבורקין** במידה מסויימת- (שחושב שהמשפט היא מע' שיכולה להדריך התנהגות ולתת סיבות לפעולה) מסבים חוסר נוחות לריאליסטים.

הריאליסטים מסתכלים על המציאות ועל השבירה של הכללים ומשם מסיקים והני"ל- חושבים הפוך.

אם אנחנו עו"ד **ולאוולין** שואל אותנו מה החוק בנושא מסויים? אנחנו יכולים להגיד לו תיאור של מצב משפטי. סעיפים תקנות וכו'.

דוגמה: נניח שמישהו חלה בעקבות חשיפה לאסבסט במפעל. כאשר אנו דנים מול עורך דין ומסתכלים על הניזוקים, מסתכלים על שיעור התחלואה, ובוחנים את אפשרויות התביעה שלנו, אנחנו מסתכלים על החוק, על הפסיקה, על התקנות. אנחנו מסתכלים על חובת הזהירות, על מטרד, קשר סיבתי עובדתי, משפטי וכו'. תשובה זו אינה מספקת – אדם שניזוק והולך לעורך דין לא מחפש את החוק, אלא מה סיכויו לזכות ולקבל פיצוי, לאיזה שופט כדאי ללכת ומי כדאי שידון בתיק שלנו, איזה כללים יישם השופט וכו'.

הנקודה של לוואלין היא אינטואיטיבית נכונה – כאשר אנחנו רוצים להגיש תביעה, אנחנו לא רוצים לשמוע את הכללים שמכוונים התנהגות אלא את השורה התחתונה, האם זה שווה לי להיכנס לתביעה או לא.

ברגע שהופר החוק או הופר לכאורה- מישהו קיבל סרטן וחושב שהוא קיבל אותו כתוצאה מהפרת חובה שהייתה כלפיו. בשלב הזה אנחנו הולכים לקראת סכסוך כלשהו. אנחנו לא רוצים לדעת רק את הכללים כפי שהם מופיעים בספר אלא אנו רוצים לדעת מה תהיה התוצאה.

מזה **לאוולין** עושה אקסטרפולציה ומשליך מכך מסקנה גדולה מאוד על מטרת החוק כולו.

אם הפואנטה של המשפט זה יישוב סכסוכים יתכן שאנחנו רוצים גם למנוע את הסכסוכים מראש. הטענה "המשפט זה על סכסוכים" היא כללית מידי ולא נותנת לנו שום דבר.

לאוולין מפזר את הטענה ואומר שזה לא עניין של יישוב או הכרעה בסכסוך ואומר זה או יישוב או סכסוך או מניעה מראש.

2. "All of which [i.e. the common view that the law is a set of rules of conduct] seems to me rather sadly misleading. There is indeed much, in some part of law, to be said for this view that 'rules laid down for conduct' are the focus, quite apart from disputes. Rules that everyone's income tax return must be made out on the same type of form do not look to disputes so much as to convenience of administration. Rules as to fencing elevator shafts look primarily to avoiding not disputes, but injuries. And indeed it may properly be said that as civilization grows more complex there is a widening slice of law in which disputes as such sink out of sight, and the focus of law becomes the arrangement or rearrangement of business or conduct to get things done more quickly, more easily, more safely. . . . All of this, however, goes not so much to the importance of 'rules' as to the *non-exclusive importance of disputes*. Whether about disputes, or about when wills are valid, or about the form for income tax reports, we come back always to one common feature: The main thing is what officials are going to do. And so to my mind the main thing is seeing what officials do, do about disputes, or about anything else; and seeing that there is a certain regularity in their doing — a regularity which makes possible prediction of what they and other officials are about to do tomorrow"

לאוולין מודע להתנגדויות שהעלנו. הוא יודע שיש פרוצדורות שנראו כמו יעילות וכו'. זה נשמע שזה לא נוגע לסכסוכים. יש עוד דוג' יפה- דוג' המעלית. אנחנו לא יודעים אם כלל המעלית הוא כלל של בטיחות בעבודה- של איך בונים את המעלית או כלל שנועד למנוע מאנשים לפול לחור של המעלית. **לאוולין** מביא את הדוגמא כי היא בברור קשורה לבטיחות הציבור והיא נראית כמו דוגמאת נגד מאוד ברורה. המטרה היא להגן על הציבור שאנשים לא יהרגו ויפצעו כשהם הולכים לעבודה או תוך כדי העבודה.

זה שהחוקים האלו טובים- זה לא שנוי במחלוקת.

אבל- אם אנחנו אומרים שהחוק נועד למנוע סכסוכים ניתן להבין את החוק הזה לאור התיאוריה של **לאוולין**. האפשרות שיהיה סכסוך בין בני זוג הורים או אחים היא תמיד שם. איפה שיש כלל כמו בספורט תמיד יכול להיות שאנשים יתווכחו ואיפה שיש שופט תמיד יש כאלו שיקללו ויעריכו את החלטה שלו. אך זה לא מספיק כדי להקנות לנו תובנה שלא הייתה לנו קודם. **לאוולין** אומר שהסכסוך צובע את כל השאר.

לפיו הדוגמאות האלו סותרות את חשיבותם של הכללים וממחישות שכללים זה לא הכל. כללים לפיו לא בהכרח יכולים בכלל לכוון התנהגות. יש פה סקפטיסיזם.

הוא קצת נסוג מהתיאוריה. הוא אומר שאולי זה לא הכל סכסוך ואולי יש גם "כללים"- אך העיקר והחלק המשמעותי ביותר הוא הסכסוך.

הדבר העיקרי לפיו הוא מה הממסד יעשה עם החוק. זה נראה מוזר כי החוק למניעת נפילה - ממש לא הכי מעניין אותנו מה השופט יעשה עם זה!

בהקשר זה חשוב לנו לזכור **שלאוולין** מגיע מהפרקטיקה. הוא לא מצליח לצאת מהקונספציה שלו והמערכת ממנה הוא מגיע. הוא מספר לסטודנטים על המקצוע המשפטי ומה זה אומר לעסוק במקצוע המשפטיים.

נניח **שלאוולין** צודק: המטרה של המשפט היא למנוע או למזער סכסוכים. מה צריך לעשות? ישנם שלושה שלבים.

דוגמא:

ניתן להגדיר את דיני החוזים כממוקדי סכסוך: אנחנו יכולים להגיד שכל חוזה צופה הפרה שלו.

1. **חוק:** שלב ראשון הוא הגדרת סעדים וכו'. הגדרת החוק
2. **שימוש בחוק:** שלב שני- נשתמש בזה כראות עינינו. בבואנו לרכוש דירה אינו שאנו אומדים בתנאי החוק וכו'.
3. **הפרה:** מפרים את החוק

זה תיאור בעייתי כיון שלא בטוח שנגיע לשלב השלישי בכלל. יתכן שאכן אשלם את הכסף, הצד השני יעביר לי את הזכויות והכל יהיה בסדר.

יש לנו חוזה ובשבילו אנחנו צריכים עורך דין אך רוב האנשים לא רוצים להגיע לסכסוך ומעדיפים לא לראות עורכי דין אחרי שהחוזה הושלם. אם עורכי הדין עשו את תפקידם בסדר והעסקה טובה לשני הצדדים לא נזדקק לעו"ד. לרוב החוזה נגמר בביצוע ומת "מוות טבעי". לאוולין לא מתייחס לחוזה שנגמר טוב כיון שהוא לא מגיע אליו. עם זאת ניתן לטעון שכן יש לו תפקיד כי בעצם ניסוח החוזה יש לו תפקיד של מניעת סכסוכים. ניתן אולי לקבוע סנקציה חזקה מספיק שתסדיר את היחסים כך שלא יהיה אינטרס להפר את החוזה.

למה אנשים נכנסים לחוזה? היה להם אינטרס משותף. זו לא סתם יעילות פארט- זה נהנה וזה לא חסר אלא כולם נהנים. חוזה זה הדבר האידיאלי. לא רק הרווחה המצרפית - אלא רווחת כל צד לחוזה- כולם- עולה! מהיכן הרווח הזה מגיע? זה מגיע מזה שלי יש מה לעשות עם הכסף ולו יש הרבה כסף ולי יש בית שהוא רוצה. חוזה הוא אמצעי! ניתן להגיד שחוזה נועד לחלק סיכונים כמו ביטוח או שריפה ואז גם חוזה ביטוח הוא ממוקד אסון יותר מאשר ממוקד סכסוך.

עוד שתי נקודות חשובות לגבי ריאליזם:

1. לפי שינמן התיאוריה הזו עושה הכללה גורפת מידי. אם המטרה שלו אכן מזעור סכסוכים- מה היינו צריכים לעשות? איך המשפט היה נראה? אולי היינו צריכים לבטל בכלל את רשיונות הנהיגה ועוד. סכסוך הוא סכסוך משפטי. יכולנו לעשות תמריצים שגורמים לאנשים להסדיר יחסים מחוץ לבימ"ש או לבטל בכלל את דיני הנזיקין. במקום זה נעשה מערכת של ביטוח תאונות נמנע הרבה סכסוכים. גם ביטוח לאומי יכול להסדיר את נושא התאונה- דרכים ועבודה ובאותו יום יהיו הרבה פחות סכסוכים משפטיים מהסוג שלאולין חושב שהם מהות המשפט. אפשר לגרום לכך שלא יהיו עורכי דין למשפחה והנושאים האלו יטופלו דרך גישור.

2. אצל הריאליסטים יש משהו פרדוכסלי: הוא לא רק לא מצליח להסביר את הטענה אלא שיותר מזה- נראה שהוא מעוות והופך את סדר החשיבות של הדברים: היפוך תפקידים:

עיקרי: בריאות חיים או שר בטיחות

משני: ענישה פיצויים צוי מניעה דיון משפטי בוררות וגישור

נראה שלא יכול שתהיה לנו את החובה המשנית אם אין לנו את הראשונית אך אצלו זה לחלוטין להפך! הם מבלבלים בין עיקר למשני ואולי אפילו בהקצנה- בין עיקר וטפל.

לאוולין בהערת שוליים במהדורה השניה מוסיף תניות רבות על הטענה הגדולה איתה הוא החל.

הוא יודע שיש במשפט הרבה יותר ממה שהוא אומר ולכן מוסיף תניות אך הוא נותר עם הטענה המקורית שלו. יש גם כללים אך לפיו הם לא עושים הרבה ובסופו של דבר הכל עניין של סכסוך.

דוגמא לשלאה במבחן:



המבחן שני חלקים עם שני שאלונים

1. מושגים קצרים יחסית(75 ד'): 5 שאלות מתוך 8 ועונים בערך בפסקה על כל שאלה. אין דרישה להביע עמדה נורמטיבית אלא פשוט להסביר מושגים שדיברנו עליהם- להחיל את הטענות וכד'. 35 נקודות
2. עמוד עמוד וחצי עם קייסים- קריאה של 2 מתוך 4 ושאלות שמבקשות הבעת עמדה וניתוח.

כדאי קודם לקרוא את כל השאלות ואז לרשום ראשי פרקים לפני שכותבים כי חובה להבחין בין עיקר לטפל. לא לענות בראשי פרקים אלא לכתוב חיבור עם התחלה אמצע וסוף ונרטיב שמראה שהמושג הוטמע.

זו השאלה הראשונה שתהיה במבחן:

1. הסבירו את מושג חובת הציות לחוק

מה כן חשוב להגיד:

הסבר השאלה- בהנחה שיש חובת ציות לחוק- מה היא החובה הזו. מה זה אומר? מה היה המצב אם הייתה חובה כזו. מה זו החובה הזו. איזו מין חובה זו.

- איזו חובה. איזה סוג של חובה -
- משפטית או מוסרית? האם היא משפטית? כן. יש חובה משפטית לציות לחוק. אך זה לא אומר שזו החובה היחידה - לפרט על מוסרית
- על מי חלה החובה
- קריטון- זו חובה והיא חובה לקיי את החוק ככזה. היא חובה מוסרית הקיימת בגלל שיש חובה משפטית. עצם העובדה שהחוק דורש את זה הופך את זה לחובה מוסרית.
- יש מקרה אחד לפחות בו חייבים לעשות משהו פשוט רק כי החוק דורש את זה. זו נקודה מאוד חשובה- חובת הציות לחוק חלה בגין קיומה של חובה משפטית
- מה גבולות החובה- האם החובה מוחלטת? צריך לציות לחוק ויהי מה? לא. תמיד יש מקרי קיצון.

מה לא לעשות?

- לא להכנס לשאלה האם יש או אין חובה כזו!
- לא להגיד מה אומרים אלו שטוענים שיש חובת ציות לחוק ומה מכחישים אלו שדוחים את הטענה - אנרכיסטים שאומרים שאין חובת ציות לחוק.

שיעור 13

Monday, June 17, 2013

9:02 AM

תועלתנות

חוק יום

אנטי פוזיטיביזם

נורמטיבי לעומת תיאורי

מושג היחסיות

Sokal

סוקאל כתב מאמר בו הוא הגן על התיאוריה הפוזיטיביסטית והשתמש בתורת היחסות כדי להעביר את הנקודה שלו- בתור מתיחה. המאמר התפרסם עם המון טעויות מתמטיות שהיו בו וכולם שמחו כל כך מכך שהיה פיזיקאי שאישש להם את הטיעון שאין אמת אובייקטיבית.

קלזן (פוזיטיביסט) אמר שדי עם התפיסה הנורמטיבית ושיש חובה לנקות את הדיון מהנחות או מסקנות לא אמפיריים. מהרגע שאנו מנסים לשים את ההנחה המובלעת על השולחן ואם אנו יכולים למצוא סימוך אמפירי- מה טוב ואם לא אז אין יכולת להתמודד עם זה.

התועלתנים אומרים שאנשים רוצים להרגיש טוב. זה הרצון שלהם.

המבחן שעתיים וחצי :

5 שאלות עם בחירה רבה. החלק השני - שני חיבורים.