בס"ד

**מחברת בחינה-תורת המשפט/אדוה בן אור**

**חובת הציות לחוק**

האם קיימת חובה לציית לחוק? השאלה אינה שאלה משפטית שעליה התשובה ברורה, אלא שאלה נורמטיבית- מוסרית/פוליטית.

האם חובה זו מוחלטת? שום חובה אינה מוחלטת, החובה היא "חובה לכאורית"- חובה שקיימת עד שבאה חובה אחרת, כבדה יותר וסותרת אותה. מודל הכפל וחילוק- לפעמים החובה אינה מוכרעת אלא פשוט מתבטלת- לדוג', אדם שבא להרוג אותי ואני הורגת אותו- החובה שלי לא לרצוח התבטלה.

סוקרטס- חשב שיש לציית לחוק בכל מצב ותמיד, באופן מוחלט.

הבחנה בין חובה כללית לחובה ספציפית- החובה עליה אנו מדברים היא כללית ולא מדברים ספציפית על מקרים שברור לנו שיש לעשות את הדבר הנכון גם אם לא היה חוק בנושא- לדוג', רצח. אנו מדברים על חובה כללית- מקרה המבחן זה אם אין מכוניות בכביש ואין סכנה, עדיין אעצור ברמזור אדום? אם כן, אני מאמינה בחובת הציות לחוק, אם לא- לא. חובה כללית- ציות לחוק משום שזהו החוק, לא במקרה ספציפי או בגלל שהחוק הוא טוב.

טיעונים תאורטיים לטובת הציות לחוק- סוקרטס שמסרב לברוח מהכלא, טוען כי לכולנו יש את החובה לציית לחוק תמיד, עמדתו קיצונית . אפילו אם החוק לא צודק- עדיין צריך לציית אליו. זה לא אומר שהוא נותן לגיטמציה לחוקים לא טובים, אבל זהו החוק ולכן הוא מציית. סוקרטס אומר שיש חובה מוסרית לקיים הבטחות- ברגע שאתה אזרח במדינה אתה חתמת חוזה שתקיים את החוקים. הוא טוען שכל אדם שגר במדינה הסכים מכללא לחוקי המדינה- ואם לא מתאים לו הוא יכל לצאת מהמדינה. טיעון נוסף של סוקרטס- עשיית עושר ולא במשפט- כמו שאני נהנה מהמדינה כאשר חוקיה באים לטובתי גם כאשר החוקים לא מיטבים איתי אני צריך לקיימם, ולא אני כפוי טובה. סוקרטס מסתכל על החוקים כאילו הם אנושיים הם גידלו אותי והולידו אותי, כמו הורים ואני לא יהיה כפוי טובה כלפיהם.

***מ.ב. סמית, האם ישנה חובה לציית לחוק?***

השאלה הינה האם יש חובה לכאורית לציית לחוק חלה רק על חובה גנרית- כללית, שכן אפילו אנרכיסטים יודו שבמקרים מסויימים ישנה חובה לציית לחוק ספציפי. השאלה בעצם הינה "האם אדם סביר רואה במעשה המנוגד לחוק מעשה שאינו מוסרי?" הטיעון יתחלק ל3 קבוצות:

1. **טובות הנאה אישיות**- אם הממשל מעניק לך טובות הנאה, אתה חייב לו🡨מכאן מגיעה ובה לכאורית לציית לחוק. דחיית הטיעון: אין חובה לציית כאשר טובת ההנאה נכפתה עליי. שנית, כאשר אני חייב לנהוג בצייתנות לא חלה עליי חובה מוסרית חובת ציות- מכריחים אותי לציית. הארט ורולס: חובת הציות קמה מכוח הדדיות בין חברי קבוצה- כשחברת אנשים מתאגדת היא רשאית לייצר כללים שנועדו לשמור על הקבוצה, וע"כ יש רשות מוסרית לכפות על מי שנהנה מיתרונות ההתאגדות את הכללים. אין זה הוגן שאדם יהנה מיתרונות ההתאגדות ולא יישא בכללי המשחק. ההצדקה הזו קיימת לפיהם רק כאשר קיום החוק מיטיב עם מישהו מהקבוצה, או עבירה על החוק פוגעת במישהו מהקבוצה. זה מתאים רק לקבוצות קטנות. השיטה הזו תתאים רק לחברה בה רוב האנשים רוצים לשמור חוק. בנוסף, לא תמיד אי ציות פוגע במישהו ולא תמיד ציות תורם למישהו.
2. **הסתמכות על הבטחה**- האזרחים קיבלו על עצמם לשמור ולציית לחוק- הסכמה מכללא. לפי ג'ון לוק, מי ששוהה בתחומה של המדינה מקבל על עצמו במודע את חוקיה. גם אפלטון ורוסו טוענים טענה דומה: מי שנהנה מחסות חוקי המדינה חייב להשמע לכל הוראותיה. הביקורת: מעולם לא התקיים מעמד הסכמה מצד האזרחים לשמור על החוק. לא ניתן גם ללמוד מהתנהגות האזרחים הטבעית הסכמה מכללא והתחייבות. לפי פלמנץ, יש הסכמה ישירה ויש הסכמה לא ישירה ע"י הצבעה בבחירות שעל ידי זה קמה חובת ציות- אבל נשארת השאלה, מי אמר שצריך לציית למנצח? גוורת: מכיוון שכל אדן משתתף בבחירות ובכך נוטל על עצמו את הסמכות להשפיע- מכאן מוטלת עליו חובת הציות.
3. **טובת הכלל:**
4. **תועלתנות חלשה-** ישנה חובה מוסרית לבצע מעשים לתכלית טובה, והממשל נחוץ עמ"נ להבטיח את טובת הכלל. אם אנשים לא יצייתו לחוקים הממשל לא יתקיים- ולכן מכאן נגזרת חובה מוסרית לציית לחוקים. הביקורת: מה שנגזר מפה הוא שקמה חובה לציית רק כאשר החוק הוא המעשה הטוב ביותר עבור הממשל, ולא כל החוקים כאלה.
5. **תאוריית השליטה התועלתנית-** אם נתיר לאדם אחד לא לציית כולם לא יצייתו, ויהיה כאוס חברתי. הביקורת: במקרה זה החובה המוסרית לציות תקום רק כאשר מדובר בחוק אופטימילי ולא סתם חוק. בראנדט: יכולה להיות חובה לכאורית לציית לחוק רק אם בחברה נתונה קיים הכלל המוסרי "ציית לחוק" כאשר ציות עדיף על פני אי ציות.

הצעת המחבר: ישנם שני עקרונות השולטים במשקלה של חובת הציות:

1. כאשר מעשה המפר את חובת הציות נחשב מאד רע- חלוקה לעבירות קלות מול עבירות חמורות.
2. כאשר הפרת החוק מרעה עוד יותר מעשה שנחשב רע- עניין לא חוקי גם אם לא חמור במיוחד.

לסיכום, ניתן לעגן את החובה לכאורית לציית לחוק רק ככל שהחוק עולה בקנה אחד עם עמדה מוסרית, אך לא כאשר אין חפיפה בין חוק נתון לבין עמדה מוסרית מקבילה.

***קריטון***

קריטון הינו שיחה בין סוקרטס לחברו האמיד קריטון שבא לשחרר אותו מהכלא וסוקרטס מסרב לכך, ונותן שלל טיעונים מדוע עליו להשאר בכלא ולא לברוח מהחוק גם אם זה יעלה לו במוות.

טענותיו של סוקרטס נגד הבריחה:

• על סוקרטס לכבד את החוקים אף יותר מהוריו, מכיוון שהם הולידו, גידלו וחינכו אותו ממש כמוהם. לכן, בדיוק כפי שעל אדם לכבד את החלטת הוריו, על סוקרטס לכבד אף יותר את החלטתם של החוקים. (יש מעט בלבול לגבי השאלה האם הכבוד הוא לחוקים או למולדת).

• סוקרטס נתן הסכמה שבשתיקה לציית לחוקים, בכך שנשאר באתונה בתור אזרח לאחר שהגיע לבגרות. הוא צפה וידע כיצד החוקים פועלים, לא התנגד להם ואף הוליד, גידל וחינך את ילדיו באתונה, בכפיפות לחוקים. זהו מעין הסכם בין סוקרטס לבין החוקים ואין להפר הסכמים. (ביטוי מוקדם לאמנה החברתית).

• אם לאדם תינתן בחירה האם לציית או לא לציית לחוקים, במצבים שונים, בהתאם לנוחיותו, אזי הוא הורס את כוחם של החוקים. להרוס את החוקים (כמיטב יכולתך) זה מעשה לא-צודק, שכן בני אדם צריכים בני-אדם אחרים בשביל לחיות, וקבוצות צריכות חוקים בשביל להתנהל.

• סוקרטס ייראה ככוח-משחית בכל מקום אליו ילך.

• סוקרטס יהיה במצב מסוכן בחיים שלאחר המוות (שכן חוקי-האדס הם האחים של חוקי-אתונה, ולא יסתכלו על סוקרטס בעין טובה, שהרי ניסה להרוס כמיטב יכולתו את אחיהם החוקים).

• החוקים מעולם לא הרעו לסוקרטס, ואין זה צודק שיגרום להם עוול.

**נאמנות**

סוקרטס מאמין בנאמנות מוחלטת- הוא פטריוט של אתונה ללא תקנה. לדעתו, נאמנות היא ערך וסגולה. הטענה שלנו תהיה שנאמנות אינה ערך ואינה סגולה (תכונה טובה).

**האם נאמנות היא ערך?**

ערך הוא משהו מוחלט, הוא טוב מוחלט בכל מצב- עניין מוסרי התנהגותי נורמטיבי, סיבה לפעולה בזכות עצמו. השאלה הינה האם נאמנות היא ערך, סיבה לפעולה רק בזכות עצמה? האם עצם העובדה שמשהו זה הדבר הנאמן לעשותו היא סיבה לבחור בו? מי שיחשוב שנאמנות הינה ערך, יציית לה בלי קשר לתוכן שלה. מקרה המבחן: חברה מתקשרת באמצע הלילה שאבוא לקחת אותה מהבר, האם אני אעשה זאת מתוך אכפתיות לחברה או בגלל שאני מעריכה נאמנות כשלעצמה? אם אבחר באופציה הראשונה, אתה לא אדם שמאמין שנאמנות היא ערך. אם אם תשובתך הינה 2, אז אני מאמין שנאמנות היא ערך. נאמנות צריכה להיות עיוורת- אחרת אינה נחשבת לנאמנות כערך. גם אדם שאין לו את ערך הנאמנות יכול להיות נאמן לפעמים.

**האם נאמנות היא סגולה?**

תכונות אישיות מתחלקות לטובות, רעות וניטרליות. להיכן נשייך את הנאמנות? אדם נאמן הוא אדם שיוצר מערכות יחסים המבוססות על נאמנות. קלר מעוניין להביס את הטענה שאומרת שנאמנות היא סגולה- אנשים שחושבים שיש להם את הערך הזה טועים פסיכולוגית. יכולה להיות לך נטייה לנאמנות אבל זה לא אומר שאתה נאמן תמיד בכל מקרה- אדם שנאמן לאשתו אבל לא נאמן לצבא, אינו בעל תכונת הנאמנות. 2 שאלות דרכן נבחן האם נאמנות היא סגולה:

1. האם היינו רוצים שלילדנו תהיה את התכונה הזו? לדעת קלר, הורים לא ירצו שילדיהם יהיו נאמנים באופן מוחלט ובכל מצב שכן זה יכול להביא אותם למקומות לא טובים- ינצלו אותם וכו'. נאמנות אינה בעלת ערך חיובי פנימי משל עצמה והיא יכולה להעמיד את הילד בסכנות מוסריות ואישיות.
2. האם אדם שהוא לא נאמן נראה בו פגם מוסרי? לדעת קלר, אדם יכול להיות לא נאמן ועדיין ללא פגם מוסרי.

קלר מאמין שעלינו להיות בררנים בנאמנויות שלנו. ישנם שני הבדלים בין האדם הנאמן ללא נאמן: הנאמן מתקשר יותר בקלות בקשרי נאמנות ופועל לפיהם, ויותר קשה לו לנתק את הקשר הזה.

לפי קלר, בשביל להנות מהדברים החיוביים שבנאמנות- אין חובה שאראה את הנאמנות כערך-משהו ששווה לפעול בשבילו בלבד, ואין חובה להיות אדם בעל תכונת האופי של נאמנות. נאמנות נמצאת במועדון התכונות הניטרליות- היא יכולה להיות חיובית או שלילית תלוי למה היא מצטרפת.

***קלר-האם נאמנות היא ערך?***

נאמנות היא חיובית ויכולה להביא לדברים חיוביים, אולם ניתן למדוד אותה באמת כערך כאשר נבדוק מה קורה אם היא מתנגשת עם ערך מנוגד שאולי הוא הערך העדיף. לעיתים נאמנויות יכולות להיות רעות ובעלות סכנות. השאלה היא האם נאמנות היא בעלת ערך אינהרטי(פנימי)? זה מוטל בספק. השאלה האמיתית היא האם העובדה שמעשה מסויים מביע נאמנות צריכה להלקח בחשבון בעת קבלת ההחלטה?

להיות נאמן ולהעריך נאמנות: סיפור החברה בבר באמצע הלילה, האם אעזור לה מתוך אכפתיות או מתוך נאמנות נטו? אם פעלתי לפי המטרה הראשונה, איני זקוק לערך הנאמנות למרות שפעלתי בצורה כזו. כיצד זה ייתכן? ניתן לומר שנאמנות מתאימה כתגובה לדברים שהם בעלי ערך כשלעצמם אך אינה בעלת ערך משלה- כאשר היא מצטרפת לחברות ואכפתיות יש לה ערך. אפשרות אחרת היא לומר שמדובר בהכרה של נאמנות תחת הקשר מסויים אך בלי להכיר בערכה כלל.

הערכת נאמנות: קלר טוען כי אין צורך לראות בנאמנות ערך. אדם יכול להעריך נאמנות בין חברים ולא לראות כל ערך בנאמנות באופן כללי- ז"א, דברים בעלי ערך בנאמנות לא חייבים להתקיים רק אצל אנשים שמעריכים נאמנות לכשעצמה.

כנגד נאמנות כערך: אפשר לראות אנשים שנוהגים בנאמנות במערכות החסים שלהם ללא שנקרא לנאמנות ערך. ישנם מושאי נאמנות בעלי ערך: בן זוג, חבר, צבא- ונאמנות היא דרך נאותה להכיר בערכם, אנו יכולים לתת משקל הולם לדרכים בהם נאמנות יכולה להיות בעלת ערך בלי להגיד שהיא עצמה היא ערך. דוג' לנאמנות נטולת ערך- נאצים.

האם נאמנות היא מידה טובה? עמ"נ לסווג תכונת אופי כמידה טובה יש לראות כיצד נתפסת הנאמנות כתכונת אופי.

הגרסה הראשונה: אדם נאמן=אחראי מהימן וצייתן- לא נתמקד בגרסה הזו.

גרסה שנייה: אדם נאמן= אדם שנוטה ליצור מערכות יחסים של נאמנות ולפעול לאורן.(כמו כלב).

דרך טובה לבחון האם נאמנות היא תכונת אופי טובה,סגולה, היא לשאול שתי שאלות:

1. האם היית רוצה שבנך יהיה נאמן? ספק רב אם זו תכונה שאב רוצה שתהיה לבתו.
2. מה נחשוב על אדם שאין בו אף טיפת נאמנות? אולי נרחם עליו אך לא נראה בו פגם מוסרי.

שני סימנים אלה מוכיחים כי נאמנות אינה מעלה חיובית אלא תכונה ניטרלית, שאולי עדיף שלא יהיה אותה.

**הצדקות ענישה- תורת הגמול**

ענישה משיקולים גמוליים - מתעלמים מכל החישובים, מתחשבים רק בכך שאדם ביצע עבירה, כלומר יש לו אשמה מוסרית – ולכן מגיע לו להיענש, לסבול. אנשים ייענשו רק אם ביצעו עבירות (=אשמה מוסרית). זו תיאוריה צופה פני עבר.

מהן ההצדקות הנורמטיביות לענישה? איזה סוג התנהגויות צריכות להיות ברות ענישה? מתיאוריית הגמול לא נגזרת מסקנה ספציפית לגבי סוג העונש. לפי קאנט, ענישה צריכה להתבצע "עין תחת עין" אולם גישה זו בעייתית במקצת.

הגישה הסטנדרטית אומרת שענישה=טיפול קשה, טיפול לא וולנטרי בעבריין על עבירה שביצע בעבר- כלומר, יש קשר בין הענישה לבין המעשה שהיה.

ג'ואל פיינברג – מבקר את ההגדרות של פלו למוסד העונש. במאמר "הפונקציה הביטויית של מוסד העונש" הוא טען שההגדרות הללו למוסד העונש לא מספיקות ויש להוסיף עליהן, הן רחבות מדי וגם מעשים שלא צריכים להיכנס למוסד העונש ייכנסו. כמו: דו"ח חנייה - קנס הוא לא עונש במובן של טיפול נוקשה שניתן לעבריינים שהולכים לכלא. פיינברג מוסיף תנאי נוסף לעונש- כאשר נותנים עונש למישהו מביעים תוכחה, גינוי וסלידה מהמעשה ומטילים עליו סטיגמה.

פיינברג לא מקבל גישה זו שמסתכלת על הטיפול הקשה שניתן לעבריין וטוען שהיא מתעלמת ממאפיין שעושה את ההבדל בין ענישה לבין קנס- בקנס אין טיפול קשה. לפי התועלתנים, הכלכלנים הטהורים, לא משנה מתי תשלם- לפני החנייה למכונה או אחרי החנייה כקנס- העיקר ששילמת. לפי הגמול, אותו אדם עדיין נחשב כמי שהפר חובה אם חנה במקום אסור ויש משמעות לענישתו.

תאוריית הגמול היא דאנוטולוגית- תיאוריה אתית שטוענת שיש דברים שיש להם ערך חיובי או שלילי בפני עצמם. הגמולנים מסתכלים על המעשה עצמו- עשית עבירה, אתה אשם- ולכן אתה חייב לשלם. לעומת תועלתנים- שיסתכלו על תוצאת הענישה.

מאפייני מוסד העונש לפי פיינברג: ענישה היא ביטוי של רגשות- כשמישהו פוגע בי אני מרגיש דחייה כלפיו, וזה מה שהמשפט עושה במקרה של ענישה מדינתית: הוא מבטא דחייה של החברה, כעס קולקטיבי של האזרחים כלפי העבריין. איזה סוג התנהגויות יצדיקו סלידה לפי פיינברג? הוא מבחין בין עוולות אזרחיות לפליליות, אך כלכלנים/תועלתנים לא מסכימים איתו.

הצדקות לענישה- התועלתנים מול הגמולנים:

1. התועלתנים- מורכבים מתוצאתנים+רווחתנים- **התוצאתן אומר,** מה שחשוב זו התוצאה, השאלה היחידה היא האם זה יעשה את העולם מקום טוב יותר? **הרווחתן אומר,**  טוב=רווחה של אנשים. השאלה היחידה האם זה יעשה טוב בעולם, והטוב שהוא מתכוון אליו זה- שלאנשים יהיה טוב. התועלתן הוא קיצוני בעמדתו המוסרית- לא מעניין אותו דברים שהם "טוב צף"- ז"א, טוב שלא קשור לאנשים כמו- ערך השיוויון. כשרוצים לבדוק האם דבר הוא טוב לפי התועלתן-לוקחים את כל האנשים בעולם ועושים סכום של התועלות שלהם בכל אפשרות, ואם אפשרות אחת היא יותר טובה אפילו בגרם- ניקח אותה.
2. הגמולנים- לא מתעלמים לחלוטין מהתוצאה- היא גורם שנלקח בחשבון אך אינו הגורם היחידי, וכן- הטוב הוא לא רק מה שטוב לאנשים- הם פלורליסטים לגבי מושג הטוב הזה. לדעת הגמולנים, אדם בעל אשמה מוסרית חייב לקבל עונש. קאנט היא גמולן קיצוני שאומר שהתועלתנות שגויה- הוא טוען כי יש לנו חובה לעשות דברים גם אם בסוף הם לא עושים טוב, במנותק מהתוצאה. הגמולנות צופה פני עבר- עשית משהו לא טוב אתה חייב להענש עליו. לדעת מור, הכאב שנגרום לעבריין הינו רע, אך כ"מגיע" זהו דבר טוב שאנו מענישים אותו. אם הרגת- יש לנו זכות וחובה להעניש אותך. יש כמה זרמים בתוך הגמולנים: אחת מנק' המחלוקת ביניהם היא האם אשמה מוסרית היא תנאי מספיק, תנאי הכרחי או שניהם עמ"נ להעניש?
* יש עמדה גמולנית שאומרת שענישה של אדם אשם- היא טובה כשלעצמה- גורמת לתוצאה טובה בעולם.
* אשם מוסרי הוא תנאי הכרחי לענישה- לא נעניש אדם שאין לו אשם מוסרי.
* אשם מוסרי הוא תנאי מספיק לענישה- אם אדם אשם מוסרית זה נותן לי הצדקה לכאורה

***מייקל מור-הערך המוסרי בענישה***

לדעת הכותב, ענישה מוצדקת ע"י האשמה המוסרית של הנענשים. תפיסת הגמול מנוגדת לתפיסות שיקומיות- לפיהם ענישה מוצדקת בשל הטוב שהיא עושה עם הפושע עצמו. תאוריית הגמול לעיתים מזוהה עם תפיסות שנראות כגמול אולם למעשה אינן כאלה:

* עין תחת עין(הגמולן לא מתייחס לסוג עונש).
* גמולנות אינה התפיסה לפיה רק אשמים צריכים להיות מוענשים- היחודייות של הגמולנות הינה שאם יש אשמה מוסרית זו סיבה מספקת להעניש אותו.
* גמול הוא לא נקמת הקורבן בעבריין- גמולן יהיה בעד ענישה גם אם אף קורבן לא רוצה בכך.
* גמול אינו התפיסה שכלל העדפות האזרחים יהיו מסופקות.
* גמול אינו התפיסה שענישה מוצדקת משום שאחרת האזרחים יקחו את החוק לידיים, גם במדינה מנומסת עבריין יקבל עונש.
* אנשים מתבלבלים בין גמולניות לתאוריות גינוי של ענישה(פיינברג)- הגמולן מצדיק את הענישה לא ע"י גינוי, זוהי תועלתנות.
* אין לבלבל בין משפט פורמאלי לגמולנות- ההצדקה לענישה לא נגזרת מהבחנות המשפט הפורמאלי- הענשה שווה.

הגמולנות היא תיאוריה ישירה של ענישה- אנחנו מצדיקים ענישה אך ורק כי היא מגיעה לפוגע. אשם מוסרי הוא תנאי מספיק והכרחי עמ"נ לחייב אדם בענישה. תיאוריית הגמול=חובה להעניש את העבריין. כל מוסדות הענישה מוצדקים ע"י ההוגנות שלהם ולא בגלל התוצאות הטובות שלהם. ישנם מקרים שכולנו נסכים שאינטואיטיבית הפוגע חייב לקבל ענישה- אדם שרוצח אישה תמימה, ועוד זוועות- רוב האנשים יגיבו בצורה אינסטקטיבית שיש להעניש את העבריין ומגיע לו, אך מהר מאד יוסיפו עוד סיבות: הרתעה, שיקום- מור קורא לזה "סיבות רעות למשהו שאנו מאמינים בו בכל מקרה".

טיעוני נגד הגמולנות: מור בוחן מדוע נבחן השיפוט האינטסקטיבי הזה לברברי?

1. ישנה אמונה כי ענישה לשם ענישה אינה דבר טוב- רק אם היא משיגה תוצאות טובות. אולם הצדקה זו אינה מספיקה כדי להסביר מדוע לא להפוך אזרחים תמימים לשעירים לעזאזל- אם זה משיג תוצאה טובה. מור טוען כי עצם כך שהצדק נעשה עם האדם- זו כבר תוצאה טובה.
2. טוענים כי תורת הגמול מניחה הנחות אובייקטיביות על המוסר, ומדמה עצמה לאלוקים שרק הוא יכול להגיד מה מגיע לבנאדם. ההתמודדות עם טיעונים אלה: בד"כ הנחות אלה(שלעבריין מגיע להענש) ידועות ונכונות לפי רוב האנשים, המילה "מגיע" היא תנאי מגביל בענישה- לא נעניש אדם שאינו אשם מוסרית. אם אנו יודעים שלאדם מסויים לא מגיע עונש, אנו נדע גם מתי לאדם מגיע עונש. אין אדם שמאמין שלא קיים אשם מוסרי.
3. אף אדם לא אחראי לשום דבר משום שאנו נשלטים ע"י משתנים- דטרמינזם.
4. כולנו אשמים ולכן לאף אחד לא מגיע- כולנו עבריינים ולכן אין לנו לגטימיציה להעניש- לא נכון כי יש פשעים אלימים שלא ניתן להשוותם עם עוולות אחרות קטנות.
5. השיקולים הגמולנים אינם רציונלים שכן הם מתבססים על רגש.

לדעת המחבר, הטענה החמישית מוכיחה יותר ממה שהוא מתכוונת- לדעתו, הרגשות שלנו הם המדריך שלנו למוסריות. יכול להיות היגיון שברגשות ולכן ניתן לסמוך עליהם כמדריכים למוסר. נדמיין לעצמנו שהיינו מגנים את האיסור להעניש חף מפשע- רק בגלל שהוא מבוסס על רגשות ולא על היגיון. לא תמיד רגשות מנוגדים לרציונליות. לפעמים יש רגשות עזים שיכולים לצאת מכלל שליטה ולהשתלט על ההיגיון- אך זו לא סיבה לשלול את השיפוט המוסרי שרגשות מסוימים תומכים בו כאשר הם לא יוצאים מכלל שליטה. הטענה הזו היא בעצם הטענה החזקה ביותר נגד גמולנות: הדחף הגמולני הוא רגש חזק.

לפי ניטשה, הדחף להעניש הוא דחף חזק, רגש שלילי שיכול להפריע לנו בחיים. ניטשה אומר שעלינו להסיט את המבט- הוא טוען שהדחף לגמולנות מכיל בתוכו "תבשיל של מכשפות": פחד, כעס, תערומת, עוינות, אכזריות, אשמה וצביעות- הוא קורא לזה בשם כולל: טינה. כל אלה לפי ניטשה נמצאים מאחרי הדחף הגמולי. לדעתו, אם אנו מרגישים חלשים ומאוימיים מאנשים אחרים, חוסר האונים שלנו הופך את הכעס לטינה ורצון לנקמה שמתבשל לו, וזה יכול להרעיל את הנשמה. מי שמבקש להעניש, יכול להרגיש שזו ההזדמנות שלו לנקום. כאשר ישו דיבר על סקילת האישה- למה לא נסקול אותה? יש משהו פחדני מאד בקבוצת אנשים שזורקת אבנים על אישה חסרת אונים.פחדנות זו מוצגת ע"י הצורך של אותם אנשים לאכיפה. נקמה הופכת אותנו לקטנים ופחדנים. בנוסף, ענישה בעקבות אשם יכולה להוות **הצדקה לאכזריות-** אנו מתעללים בעבריין ונהנים מזה ומצדיקים את עצמנו בכך שמגיע לו. גם **קנאה וצרות עין**- יכולות להיות בבסיס הגמולנות. אנו מקנאים בעבריין ובאומץ שלו לעבור את העבירה ולכן אנו מענישים אותו מתוך קנאה בחופש שלו מרגשות אשמה. "אין אדם צבוע יותר מזה המבקש שהרוצח ישלם עבור פשעיו ובעצמו מרגיש רצון לבצע פשע כזה".

בנוסף, הדחף הגמולני מתלווה ע"י רגשות לא מוסריים של הונאה עצמית וצביעות- גם אם אדם מרגיש את הקנאה, האכזריות, הנקמה והחולשה כשהוא עורך את השיפוט הגמולני הוא מתכחש לכך ואומר שזה לא נקמה אלא צדק.

טיעונים נוספים: טיעון פמיניסטי- נשים נוקמות טוב יותר, גבר חזק יותר. כמו"כ, גמולנות דורשת מאיתנו מעקב אחרי החברים שלנו, איך הם מתנהגים- לדעת אריסטו זה לא מאפשר ליצור חברויות.

אם הגמולנות מבוססת על הרגשות שתוארו כאן- היא רעה בשבילנו. כאשר אנו מזהים את הרגשות השליילים שגורמת לנו הגמולנות זה מרתיע אותנו מלערוך שיפוט המבוסס על גמול- שופט שהתשכנע מנאום הסנגור שטען כי רוצים להעניש את מרשו רק בשל "התאווה לנקמה ודם"- זה בעייתי כי השופט לא אמור להתרכז ברגשות שלו(השופט זיכה אותו כי הרגיש שאם הוא יעשה שיפוט פי הגמול זה יגרום לרגשות שליליים של נקמה וכו'). לפי זה, הטיעון המרכזי כנגד הגמולנות קורס!

**טענת "הטעות הגנטית":** אפילו אם אנו נהפכים לפחות מוסריים כאשר אנו פועלים לפי שיקולים גמולניים, החוסר במוסר אצלנו אינו רלוונטי להכרעה האם השיקולים הגמלוניים נכונים. זה שהשופט הרגיש רגשות שלילים- זה בעיה שלו, זה אצלו, זה לא אומר שהגמולנות אינה נכונה. אין קשר בין הרגשות הללו לשיפוט המוסרי.

כדי להגיב לטענה זו- המתנגדים לגמולנות חייבים להוכיח שקיים קשר רלוונטי בין הרגשות לשיפוט המוסרי. לפעמים יהיה ניתן להגיש ששיפוט מסויים הוא שגוי בגלל הסיבה בשלה הגיעו האנשים לשיפוט זה- אנשים מאמינים שמקל מתכופף כשהוא מתחת למים, בגלל שכשהם ראו מקלות במים הם היו נראים מכופפים בגלל הצל- הם הזו את זה וזה הוביל אותם להנחה השגויה . המתנגדים לגמול יטענו כך- אנשים מאמינים בגמול ושופטים לפיו בגלל שהם הוזים רגשות. יש 2 שאלות.

שאלה ראשונה: איך רגשות רלוונטים להצדקת שיפוט מוסרי? ישנן 4 גישות :

1. לפי קאנט, רגשות אינם רלוונטים להצדקת השיפוט המוסרי או לבדיקה האם הוא אמת או לא, משום שערך מוסרי נמצא רק בפעולו שמונעות ע"י יראה מהחוק המוסרי ולא בפעולות שמונעות ע"י רגשות.
2. לורד דבלין- רגשות האנשים מכילים את האמת המוסרית, אבל כל אחד צריך לבחון האם הרגש מבשר תבונה מוסרית או הזייה.
3. אינטואינזם- הרגשות הינם חיוניים כדי ליצור את המוסר- בלי אינטואציה של רגשות לא יכולה להיות שום תבונה מוסרית.
4. הרגש הינו מדריך ליצירת תובנות מוסריות

לסיכום, התשובה לשאלה הראשונה היא שהרגשות שלנו חשובים אך אינם חיוניים עמ"נ להגיע לאמת מוסרית.

שאלה שנייה: האם טבעו המוסרי של הרגש הוא זה שאומר לנו שהוא יבוא לידי ביטוי? יש שתי דרכים בהם רגשות יכולים להיות מחוברים למוסריות:

1. קשר שמבוסס על תורת ההכרה- קשר בין הרגש לשיפוט המוסרי שלי- לימוד מהרגש על השיפוט המוסרי הנכון לעשות "אני מרגיש חמלה כלפי העני, לכן אתן לו צדקה ".
2. קשר סובסטנטיבי- שיפוט מוסרי של הרגש- "האם מוסרי להרגיש חמלה כלפי העני"

האם יש קשר בין שתי הדרכים הללו?

אנו משתמשים במוסר כדי להחליט האם רגש מסויים הופך אותנו למוסריים יותר- אם החזקת הרגש הופכת אותנו לבעלי מידות טובות יותר- הוא מדריך טוב להכרעה מוסרית נכונה. לכן, האנטי גמולנים יטענו שיש קשר בין הרגשות לשיפוט המוסרי. איזה סיבה יש לנו לחשוב שיש קשר בין המידות הטובות של השופט להכרעתו השיפוטית?

1. אשם א-מוסרי- אדם שעשה מעשה לא טוב אבל אין לו אשם מוסרי- פקח שהסיט קרון ממסלולו כדי שייהרגו פחות אנשים, הוא ירגיש אשם, למרות שאין לו אשם מוסרי- אבל עצם כך שהוא מרגיש אשם זה רגש טוב- לכן לא ניתן להגיד שרגש שהופך אותנו לבעלי מידות טובות יותר מהווה מדריך להכרעה מוסרית נכונה. עובדה שהוא הרגיש רגשות אשמה אבל הוא לא אשם. בעצם היה לו רגש טוב שהוביל למעשה שהוא לא טוב- נהרגו אנשים.
2. רגשות מסוימים שאינם נחשבים למידה טובה יכולים לייצר שיפוט נכון- לדוג', רגש הגאווה מוביל לשיפוט לפיו אדם זכאי להנות בשל פירות עבודתו. למרות הטבע השלילי שעומד בבסיס התיאוריה- גאוותנות, אנו לא מפקפקים בנכונותה.

לעיתים, מידה טובה של רגש יכולה להוות אינדקציה לאמת או לשלילה של ההכרעה אליה אנו מובילים. ניטשה ניסה להראות לנו שהעקרון הגמולי הוא מוטעה בשל הרגשות שמובילים אותו- הרגשות שיוצרים שיקולים גמולניים הם מחוסרי מידה טובה.

הצדקת שיקולי הגמולנות:

1. הקוהרנטיות של תורת הגמול- היא מתאימה לעקרונות מוסריים כלליים יותר שאנו מוכנים לקבל.
2. האם כדאי להדחיק את הרגשות השליליים- כמו שניטשה הציע, ולהשאר רק עם סימפטיה לסבל הקורבן? לעיתים, הסימפטיה עוברת לעבריין בגלל חוסר הרצון שלנו להתמודד עם המעשה שעשה העבריין- ממציאים עבורו תירוצים שלרגע לא היינו סובלים בנוגע לעצמנו (הוא מסכן, הייתה לו ילדות קשה)- זה יוצר הונאה עצמית באשר לרשע שקיים באנושות. זה יוצר גם סוג של נרקיסיזם- אנחנו מרחמים על הפושע כי אנחנו אוהבים להרגיש רחמנים ומתחסדים.
3. אם נקבל את מה שניטשה אמר שההכרעות הגמוליות מונעות ע"י מידות לא טובות- האם אפשר להפוך השיפוט לכזה שאינו מונע מרגשות שליליים? לטענת מור, הרגש שאמור להוביל אותנו בשיפוט גמולני הוא " מה אם הייתם עושים"- אם אני הייתי עובר את אותה עבירה-איזה רגשות אשם אני הייתי מרגיש. רגשות אשמה הם מידה טובה-הם צופים פני עבר. מוסריות היא טובה, כי היא צופה פני עבר ברצינות- אדם מוסרי ירגיש אשם על מה שהוא עשה בעבר. לכן, רגשות האשם (הטובים!) שלנו יוצרים שיפוט גמולני שמגיע לאדם לקבל עונש. הרגשות הללו הינן מוסריים ולכן הכרעתנו נכונה.
4. המשימה לומר איך אנו מרגישים בנוגע לעבירה ואז להחליט איזה מהרגשות יוצרים את ההכרעות הגמוליות- האם זה הקנאה והנקמה או שמא האשם- זוהי משימה קשה. אם נזהה את הסכנות הללו, נעצב את מוסדות הענישה בצורה כזו שהם לא ייתנו ביטוי לרגשות השליליים. לדוג'- להפוך בתי סוהר למקום שיקומי ולא מקום של שנאה.

**הצדקות הענישה- תועלתנות**

עקרון התועלת ההדוניסטית של בנטהם: " המטרה הכללית שיש לכל החוקים היא העצמת האושר הטוטאלי של הקהילה".

תועלתן הינו קיצוני בדעותיו- כל מה שמשנה לו זו התועלת המצרפית, אין דבר כזה זכויות אינדבדואליות, תועלת זה הדבר היחידי שיש לקחת בחשבון.

ג'רמי בנטהם היה אבי התועלתנות. הן תורת המשפט שלו והן תורת המוסר התועלתנית שלו צמח מדחייה מוחלטת של המשפט הטבעי. בנטהם סבר כי זכויות מוסריות אינן קיימות. הוא האמין בזכויות משפטיות קיימות בלבד. בנטהם שם דגש על העדפותיהם של אנשים בפועל. הוא הבחין בין מהו המשפט לבין מה צריך להיות המשפט- הוא סוג של פוזיביסיט. לדעתו, כלל משפטי ראוי הוא כלל שמביא למקסום התועלת- טוב ורע הם סובייקטיבים לחלוטין. המצב הרצוי הינו מקסום האושר בחברה. תועלת= אושר, והאושר הינו סובייקטיבי.

אושר= סך ההנאה פחות סך הכאב של סך הפרטים בחברה. לכן, אמת המידה למוסריות פעולה היא האם הפעולה צפויה למקסם את סך האושר בחברה. בנטהם אינו נוקט בעמדה מוסרית כלשהי כלפי הנאותיהם של בני אדם. לתפיסתו, למדינה ולחברה אין ערך כשלעצמן אלא הן מכשיר שנועד להגשים את אושר הפרטים. ההכרעות החברתיות צריכות לבטא את העדפות הפרטים בחברה, ולכן הוא דוגל בשלטון ייצוגי שנבחר ע"י העם. הוא לא דוגל ברעיון מקסום העושר הליברטיני- החלוקה לפי בנטהם מביאה לתוצאות יותר שוויוניות משום שלפי בנטהם יש לתת את הכסף למי שנהנה ממנו יותר.

בנטהם דיבר בעיקר על חקיקה- לשם הוא הגביל את תיאוריית התועלתנות שלו- כאשר רוצים לשנות חוק, להמציא חוק חדש- צריך לבחון את התועלת שתצא ממנו, כמה אנשים יהיו מאושרים ממנו. (הכלכלנים שבאו אחריו, החילו את התיאוריה שלהם גם על שופטים- כששופט נותן החלטה עליו להתחשב באינטרסים כלכליים ובתועלת המצרפית הכלכלית) בגלל שהוא מדבר רק על חוקים יותר קשה להפריך את התיאוריה שלו. לדוג', אדם חף מפשע- לא נוציא להרוג, משום שבטווח הרחוק זה לא ישיא את התועלת המצרפית וימקסם את האושר. כללי המשפט צריכים לאסור רק על דברים שממזערים תועלת.

**תאוריית האושר של בנטהם היא הדוניסטית/נהנתנות**- זוהי גישה בתורת המידות בפילוסופיה הגורסת כי תכליתו וסיבתו של כל מעשה אנושי הוא התשוקה להנאה. כהגדרה העונג הוא התגלמות הטוב, והכאב - התגלמות הרע. לצורך העניין עונג נחשב כסיפוק של כל תשוקה שהיא (גופנית ושאינה גופנית), וכאב - צער או סבל מכל סוג. עם זרם זה נמנים אריסטיפוס, אפיקורוס וג'רמי בנת'ם.

הדוניסטים בימינו לוקחים בחשבון גם תענוג/סבל של חיות. חישוב האושר, התענוג, נעשה ע"י פונקציה של עוצמה+כמה זמן זה נמשך. יחידת התענוג שלנו שווה ליחידת התענוג של התרנגול- כי לא מסתכלים פה על עליונות מוסרית, הם חשים סבל בדיוק כמונו ולכן העונג שווה. כאב או תענוג, הינו דבר סובייקטיבי (אתן לעני 100 ₪, הוא יהיה יותר מאושר מאשר אם אתן זאת לעשיר). בריאות למשל, לדעת לבנטהם אינה בעלת ערך שלעצמה אלא"כ היא מביאה אושר. ( ההבדל מהכלכלנים: לעומת זאת הכלכלנים מסתכלים על התוצאה במנותק מהרגש והתענוג של האדם, הם מסתכלים על הגשמת רצונות/ציפיות- ואת זה אי אפשר להשוות לתרנגולות, דוג' נוספת- בורות משמחת- אני לא רוצה לדעת שהחבר בוגד בי, אבל רוצה שהוא יהיה נאמן- לפי בנטהם, עדיף שלא אדע, לפי כלכלן- צריכה לדעת). את ההדוניסט מעניינת ההרגשה בלבד ולא מה שמתרחש במציאות. ע"פ נוזיק, תיאוריית ההדוניזם היא שגויה מעיקרה. הרגשה אינה אושר אמיתי לעומת הגשמת רצונות ומטרות- אז החיים שלנו באמת הופכים להיות מאושרים יותר.

תיאוריית הענישה של בנטהם- ענישה היא רעה כי היא גורמת לסבל, אך אם היא מונעת סבל גרוע יותר- היא נכונה. לפי הדוג' המפורסמת של "הרוצח האחרון בעיר"- לפי התועלתנים ובנטהם לא נעניש אותו. גם להעניש את היטלר זה רע.

**תיאוריית התירוצים של בנטהם-** מתי לא נעניש?

1. כאשר אין לענישה בסיס- אין רע למנוע. אדם שהסכים שיפגעו בו- לא נעניש את הפוגע. בנטהם כן היה מעניש על עבירות ניסיון- כי זה ימנע רע.
2. ענישה בלתי אפקטיבית – לא יכולה למנוע את הרע. הוא מסביר באמצעות זה את הסייגים לאחריות פלילית- לא נעניש על משהו שקרה בעבר ואי אפשר לשנותו, אבל נעניש מכאן ואילך על פיטום אווזים.

מקרים בעייתים:

* הגנה עצמית- אין תועלת בענישה על כך כי אדם שנמצא במצב כזה יתגונן, אין ערך הרתעתי. לדעת המרצה זה בעייתי כי אז אנשים יוכלו לנצל את הפרצה ולביים כאילו הייתה זו הגנה עצמית.
* שכרות- הוא אומר שלא צריך להעניש אנשים שיכורים כי אי אפשר להרתיע אותם- אבל לדעת המרצה זו הנחה פשטנית שכן אם נעניש שיכורים נרתיע אחרים שלא להגיע למצב זה.
* לפי בנטהם, אדם שהגן על עצמו ורצח- כדי לדעת האם לתת לו את ההגנה בחוק יש לבחון את התועלת והנזק לחברה, לחשוב על החוק במובנים אמפירים עובדתי.

***תאוריית הענישה/בנטהם***

המאפיין המשותף של כלל החוקים צריך להיות הגשמת האושר המקסימלי של הקהילה כולה, ולחסר מסך האושר הזה רוע וכאב. ענישה לכשעצמה הינה מאפיין של רוע, ועל כן היא מתאפשרת רק בהינתן שהיא מסלקת רוע גדול יותר.

על כן, במקרים מסוימים לא נעניש כלל:

א. כאשר הענישה היא חסרת בסיס- אין מעשה רשע שהענישה מונעת: מקרים בהם לא היתה עוולה של ממש, או שהנפגע הסכים לה,מקרים בהם העוולה היתה הכרחית לביצוע משהו ערכי יותר, במקרים בהם היה פיצוי מתאים על העוולה

 ב. כאשר היא אינה אפקטיבית - כאשר הענישה בחוק מוסדרת רק אחרי שמעשה העוולה התקיים,כאשר משתמשים בה לא עבור העבירה כלפיו היא חוקקה מלכתחילה, כאשר הענישה אינה יכולה להפיק את האפקט הרצוי: ילדים/ תינוקות, מצבים של חוסר שפיות או שכרות, כאשר הענישה לא יכולה להשיג את האפקט הרצוי כיוון שהעבריין אינו מודע לכך שהחוק מתייחס למעשה אותו הוא מקיים, כמו במקרים של מעשה בלתי מכוון, חוסר הכרה, או הנחה מוטעית לגבי אופי המעשה. סכנה פיסית/הגנה עצמית, נכפה על האדם לפגוע.

ג. כאשר הרשע שהיא יוצרת גדול יותר מהרשע שהיא מונעת.

ד. כאשר היא מיותרת- ניתן למנוע את הרשע גם בלעדיה. לדוג': מקרים בהם הפסקת העוולה תוכל להיות מושגת באמצעים "זולים" יותר מבחינת הרוע שהיא מפיקה. כך למשל על ידי הגעה להסמכה, או על ידי הפחדה, או על ידי הוראה ישירה. דוגמא לכך הינה אי מילוי חובה- פוליטית, מוסרית או דתית.

היחס שבין ענישה לעוולה/ מעשה עבירה/פגיעה

כאשר המחוקק מבין כי יש ערך לענישה, ארבעה עקרונות צריכים להנחות אותו:

1. למנוע עבירות ככל הניתן.

2. כאשר אין דרך למנוע את העבירה, יש לקבל את העבירה "הפחות עוולתית".

3. כאשר אדם נדרש לבצע עבירה, יש להנחות אותו לבצע עבירה בעל רמת "עוולתיות" הנדרשת לביצוע משימתו ולא יותר מכך.

4. יש למנוע את העוולה במחיר הנמוך ביותר האפשרי.

הנסיבות השונות שיכולות להשפיע על היחס שבין העונש לעבירה:

מצד העבירה: הרווח מהעבירה, העוולתיות של העבירה, הרווח והעוולתיות של עבירות גדולות או פחותות מכך בהן יכל העבריין לבחור, הרווח והעוולתיות של עבירות אחרות, אותן ביצע העבריין בנוסף.

מצד העונש: האחריות שיש על "סוג בני האדם" אליהם משתייך העבריין, הרגישות שיש לעבריין, הערך שיש לעבריין לקהילה, אשר במקרה של עונש ילקחו ממנה, כמות העבריינים, דעת האוכלוסייה בעד או נגד העונש, הצורך להקריב קרבנות קטנים באופן פרופורציונאלי, למען הפשטות (?).

***דוגמאות לתיאוריה התועלתנית/ טן***

תועלתנים טוענים שענישה יכולה להיות מוצדקת ממספר סיבות:

1. הרתעה של עבריינים ועבריינים עתידיים

2. לענישה יש אפקט של שיקום

3. אפקט של מניעה- העבריין מוסר מהחברה ולכן לא יכול לגרום לפשעים נוספים.

המחבר מציין שהמחקר האמפירי מראה כי לענישה אין באמת השפעה על שיקום האסיר, וכן לא על הרתעתו.

טענה נגד התועלתנות: אם ענישה מפיקה לעיתים יותר רווח מתועלת, אזי לעיתים נכון הדבר להעניש גם את החפים מפשע. הוא מביא דוגמא: בעיר בעלת מתחים גזעיים, אישה מגזע מסוים נאנסת על ידי גבר מגזע אחר. לכאורה, תועלת רבה יותר תופק אם איש חף מפשע יואשם במעשה, ואז לא יתפרצו עימותים בעיר.

לתועלתנים פתרון לבעיה זו:

1. ענישה של החף מפשע אינה למעשה ענישה ומהווה סתירה לוגית.

2. ענישת החף מפשע לא תביא לתוצאות היעילות ביותר לטווח הארוך.

3. מדובר במצב פנטסטי ולא מציאותי.

בתגובה לטיעון הראשון- המחבר טוען כי יש הבדל מהותי- יש קשר סיבתי ישיר בין ענישה לבין עבירה פלילית ענישה מבטאת חוסר שביעות רצון חברתית מהפרה של נורמה מקובלת. עונש חייב להיות קשור למבצע העבירה, ולפי המחבר, הגישה התועלתנית יכולה להוביל לכך שאיש אחר (קרוב משפחה למשל), יוענש במקום העבריין, אם הדבר יביא לתועלת.

(גם אם גישתו של קווינטון צודקת , אין המשמעות כי אין אנו יכולים להחיל סבל על אנשים חפים מפשע. אנו יכולים לעשות זאת, ופשוט לא לקרוא לזה עונש)

בתגובה לטיעון השני, טוען המחבר שפשוט ניתן לשנות את פרטי הדוגמא- כך למשל השריף נפטר מיד לאחד המעשה, איש אינו יודע על ההפללה וכו'. כך למעשה נוצר מצב בו לתועלתן אין ברירה אלא לקבל את שזה מוסרי להעניש חף מפשע.

בתגובה לטיעון השלישי- המחבר טוען, כי יש מקום חשוב לטיעונים פנטסטיים בדוגמאות מוסריות. הוא מביא דוגמא: נניח שיש עקרון מוסרי שאסור לדקור בני אדם. אולם בעולם דמיוני, נניח שדקירה מפעילה מנגנון עילאי של עונג במוחו של האדם. לפי המחבר, זה לא משנה, כיוון שהעקרון הראשון הינו עקרון מוסרי עליון, בעוד שהשני הינו עקרון מוסרי משני.

עבור התועלתנים, העקרון המוסרי העליון הינה התוצאה הטובה ביותר, בעוד שאי- הענשה של חפים מפשע הינה עקרון מוסרי משני אשר נגזר מהעקרון הראשון. אולם עבור פילוסופים אחרים (גמולנים לדוגמא), אי הענשה של חפים מפשע הינה תמיד עקרון עליון, בלי קשר לתוצאה. עקרון מוסרי עליון צריך לעמוד במבחן של כל דוגמא כלשהי, לא משנה כמה היא מופרכת.

בחלק הבא של המאמר, טוען הכותב כי גם אם המסקנה התועלתנית של הענשה של חף מפשע הינה מחויבת המציאות ונכונה, הסיבות לכך הינן שגויות. דוג'- גרימת סבל לאשתו של המחבל תהיה מוצדקת תועלתנית למרות שהיא חפה מפשע, שכן אין התחשבות באשמה.

יתרה מכך, טוען הכותב כי מטעמים תועלתניים, לא ניתן לנמק גם ענישה של עבריינים, בשל המחקרים האמפיריים שצוינו בתחילת המאמר.

**אפליה**

 מה הופך אפליה לאסורה? אפליה בעייתית היא התייחסות שונה לאנשים מסיבה שאיננה רלוונטית.

מה הופך סיבה ללא רלוונטית? באליס מילר עלתה השאלה האם המין של אליס מהווה "שונות רלוונטית" בהחלטה על אי קבלתה לקורס טייס.

**תיאוריית התועלתנות-** איך תועלתן היה עונה על השאלה הזו? תועלתן היה מתרגם את השאלה למונחים חישוביים של מאזן תועלת. הוא היה מתייחס לשיקולי העלות של הכשרת טייסות- וכמו כל שאלה אחרת, היה מסתכל על סכום התועלות של כולם וקובע האם קבלתה של אליס ממקסמת את התועלת המצרפית או ממזערת אותה. בנטהם, כהדוניסט, היה מסתכל על השאלה ובוחן את מקסום האושר- במונחי תענוג מול כאב. יכול להיות הבדל בתשובה לשאלה גם בין התועלתנים עצמם- ישנם תועלתנים שמסתכלים רק על הגשמת רצונות- הם יגידו שבשל שיקולי התקציב המדיניות הזו מגשימה את רצון האנשים, ויבדקו זאת בצורה אמפירית: ע"י סקרים וכו'. לעומתם, תועלתנים כמו בנטהם יבדקו איך זה משפיע על התענוג של האדם. מה שכל התועלתנים יסכימו עליו הוא שמדובר בשאלה חישובית- זכויות לא מעניינות, זכות לשיוויון זה שטויות. מה שמעניין זה התועלת. לכן, כשיענו על השאלה מה זה שונות רלוונטית? יענו עליה- רלוונטית לתועלת. אם המדיניות שמפלה בשל מין משיאה את התועלת המצרפית, היא רלוונטית. התועלתן הוא קיצוני ומתחשב אך ורק בתועלת.

**תיאוריית העדפה**- לא כל העדפה של אדם באה בחשבון, יש לבדוק האם אותה העדפה היא רציונלית והגיונית. לפי זה, בנבג'י במאמרו אומר שאליס פיתחה "טעם יקר" ולכן החברה לא חייבת לספק את ההעדפות שלה.

לפי פס"ד מילר, אנו מרגישים שיש בעיה באפליה גם אם היא משיאה את התועלת המצרפית- יש כאן שיקולים מעבר: הזכות לכבוד. אנו רגילים לחשוב על כך במונחים מהותיים יותר מחישוביים. רוב האנשים יכירו בכך ששיקולי התועלת אמנם חשובים אך הם לא הכל. יהיו מקרים בהם אפליה תמקסם את התועלת אך אין לעשות זאת בגלל שהיא מפלה.

מה הופך התנהגות כזו למפלה באופן אסור?

לפי דורנר בפס"ד מילר, התשובה היא השפלה. אם נגיע למסקנה שאפליה היא משפילה, נאסור אותה למרות שיש בה תועלת. דורנר אומרת שכל אפליה שיש בה אלמנט של השפלה, האיסור עליה נגזר מהזכות לכבוד שבחו"י:כב"ה. היא טוענת שכל פעם שסוגרים הזדמנויות בפני קבוצה מסויימת, אתה משפיל את חברי הקבוצה ומוסר להם שהם נחותים.

**הגישה התקשורתית/אקספרסיבית**- בודקת האם האפליה היא אסורה לפי המסר שהיא מוסרת. הצבא לא התכוון להעביר את המסר שנשים נחותות אך זה מה שקרה בפועל- וזה מה שחשוב.

יש בעצם שתי טענות לדורנר:

1. המדיניות של צה"ל משפילה נשים ופוגעת להם בזכות לכבוד.
2. המדיניות של הצבא מעבירה את המסר שנשים הן אזרחיות סוג ב'.

בתיאוריה התקשורתית יש בעיה- איך אנו למדים מההקשר על איזה מסר בדיוק הועבר? הרי יכולים להיות מס' מסרים. איך דורנר הגיעה למסקנה שמה שהצבא מוסר זה שנשים נחותות, ולא מסר אחר(כמו: נשים חלשות, נשים עצלניות וכו')? התשובה היא שזהו מקרה בו ההנחה ההגיונית היחידה מאחרי הדברים זה זה- אליס ממלאת את כל התנאים והבעיה היחידה בה היא שהיא אישה. לכן ההנחה הזו, המסר הזה מתחייב.

הערך שהאפליה מפרה- שיוויון. בשנים האחרונות יש מגמה אינדבדואלסטית שקוראת להסתכל על עצמנו, לבחון איך מתייחסים אלינו ללא ניסיון להשוות את עצמנו ביחס לאחרים. לפי גישה זו, זו טעות אופטית לחשוב שלפערים ביחס יש משקל.

התנגדות לעקרון השיוויון- "היישור למטה"- לשוויוניסט אמיתי לא יזיז איך סוגרים את הפער- כמו משפט שלמה.

לסיכום, יש מגמה שטוענת שבאפליה אין שום דבר השוואתי למרות הלשון ההשוואתית שאנו משתמשים בה.

***פס"ד אליס מילר***

אליס מבקשת להתקבל לקורס טייס, הצבא דוחה אותה ואומר שיש לה שונות רלוונטית- היא אישה והיא תעבוד פחות. הש' דורנר: ישנן פגיעות בשוויון שעולות כדי פגיעה בכבוד- פגיעות שהינן משפילות. הפלייה על רקע קבוצתי בהכרח משפילה, משום שביסודה עומד ייחוס מעמד נחות למופלה בשל השתייכותו לקבוצה. ביקורת על השיוויון האריסטוטלי ("יחס שווה לשווים, יחס שונה לשונים")- העקרון חסר אמות מידה, ולכן יכולים להנציח בגדר "שונות רלוונטית" סטריוטיפים משפילים (שונות רלוונטית זה כי האישה צריכה לגדל ילדים). היא ממירה את המבחן האריסטוטלי במבחן כפול- האם שיקול המין הוא רלוונטי? האם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין? הפגיעה בזכות לכבוד, נעשית במסגרת פסקת ההגבלה. היא מוכיחה כי הפגיעה לא עומדת בפסקת ההגבלה- התכלית הראויה לא מתגשמת שכן צה"ל עושה שימוש בחוק שנועד להגן על נשים ומפנה אותו נגדן. האמצעי שבחרו בו אינו מידתי, וכן הנסק שבסגירת קורס טייס עולה על התועלת שבשיקולי התקציב. היא מציעה מודל ביניים- הגשמת השיוייון בין המינים מחייבת תכנון מערכת שתקח בחשבון את צרכיה המיוחדים של האישה. חייבים לשאת בעלויות של מערכת כזו ושיקולי תקציב לא יכולים להוות תירוץ לאפליה.

***שיוויון וכבוד כאידאלים מתחרים/יצחק בנבג'י***

דורנר בפס"ד מציעה תובנה חשובה על היחס בין הזכות לכבוד והזכות לשיוויון. היא תוקפת את השיוויון האריסטוטלי אך לדעת הכותב היא רק משכללת אותו. אם מסתמכים על סטריוטיפים כשונות רלוונטית הם כלל לא עומדים בשוויון האריסטוטלי. דורנר ממלאת את המבחן האריסטוטלי בתוכן במקרי אפליה ואינה ממירה אותו, משום שרלוונטיות ורציונליות הן נשמת אפו. עקרון שוויון פורמאלי- שוויון בפני החוק, לפי חוק. אם אפליה מעוגנת בחוק היא בסדר, ואם לא-לא(לדוג':חסינות רה"מ). הכותב מביא דוגמאות למצבים בהם השוויון האריסטוטלי מובס (הבחנה על בסיס מקרי-כמו מין, שינוי חברתי) אולם זה לא המצב עליו מדברת דורנר.

עקרון שיוויון הזדמניות/שיוויון סובסטנטיבי- העקרון הזה עשוי לפסול מדיניות לא שוויניות גם במקרה בו היא עומדת במבחן האריסטוטלי ומודרכת ע"י קריטירון רלוונטי- אך זו גם לא הסיבה לדעתו שהמדיניות הצהל"ית לא הוגנת.

בפס"ד, דורנר אומרת ששיוויון וכבוד אינם אידאלים חופפים- לעיתים פגיעה בשוויון תעלה כדי פגיעה בכבוד ולעיתים לא. לדעת הכותב, פס"ד מלמדנו לקח נוסף- לעיתים פגיעה בכבוד מתרחשת גם כאשר אין שום פגיעה בשוויון. הזכות לכבוד היא עצמאית ולא נגזרת מזכות אחרת. לדעת הכותב, תתכן אפליה מגדרית מנומקת שאינה משפילה.

הצגת סוגיית מילר בתיאוריית העדפות- היא פיתחה "טעם יקר"- האם החברה חייבת לספק את טעמה היקר? לפי רולס ודבורקין- לא, לפי כהן ואהרנסון- חלוקה הוגנת של משאבים צריכה להתחשב גם בטעמים יקרים. לפי הכותב- המדיניות של צה"ל כלל לא הייתה משפילה ולכן פס"ד מוטעה.

**צדק מתקן**

פילוסופיה של המשפט- מנסים להבין את התופעה שקדמה למשפט, למה חוקקו דינים מסוימים, וכך לעצב את הדין בצורה טובה יותר. אם ישנם "דיני אפליה" – ההנחה הטבעית שלנו תהיה שקיימת אפליה שצריך להסדיר.

פילוסופיה של דיני הנזיקין- התיאוריה הפופולארית היא ניתוח כלכלי של דיני הנזיקין, יש תיאוריה אקספרסיבית- מעריכים מוסדות לא לפי היעילות שלהם אלא לפי המסר שהם משדרים. המתח בין התיאוריות: יש מקרים בהם לא נעשה את הדבר היעיל בשל המסר המגעיל שהוא משדר.

**צדק מתקן**- פיצוי מאת המזיק הספציפי, לניזוק הספציפי. מי שהזיק הוא שישלם בעצמו-יש לו חובה אישית. אנשי צדק מתקן מאמינים שיש עקרון חוץ משפטי, מחוץ לדיני הנזיקין שהופך אותם לאטרקטיביים. קולמן במאמרו טוען כי יש בעיה להכניס אחריות מוחלטת בנזיקין, וגם עם ביטוח- זה לא מסתדר עם צדק מתקן. לפי ווינרב, צדק מתקן חל על כל תחומי המשפט. ווינרב טוען כי אנשים שמסתכלים רק על תועלת מצרפית- הרדאר המוסרי שלהם דפוק שכן יש חובה אישית בין פוגע לנפגע שלא קשורה למקסום התועלת המצרפית. הפוגע חייב לפצות באופן אישי את הניזוק- עקרון הקורלטיביות. צדק מתקן מנוגד לגישות הכלכלית וגם לגישת צדק חלוקתי.

אנשי המחנה הכלכלי מנסים להראות שניתן להסביר את עקרונות הצדק המתקן במונחים תועלתנים-אם נגרום לאנשים להפנים את הנזק שהם גרמו, ניתן להם מניע לפגוע באנשים רק אם זה ממקסם את התועלת המצרפית: מבחינה תיאורית- המשפט הוא יעיל ונותן לאנשים מניע לעשות משהו רק אם זה ממקסם את התועלת המצרפית, נורמטיבית- מבחן "לרנד הנד"- שופטים יטילו פיצויים אם זה ישיא את התועלת המצרפית בהתחשב בהרתעה ובנזק שנמנע. הנד אמר שזה מה שהשופטים צריכים וראוי שיעשו.

**ניתוח כלכלי פוזיטיבי**- המשפט המקובל הוא יעיל וכלכלי גם אם שופטים לא למדו כלכלה- כללים שאינם כאלה התנדפו עם הזמן, למשפט המקובל יש נטייה עצמית להפוך את עצמו ליעיל יותר. לכן, טוען פוזנר שדיני הנזיקין הם יעילים- אחרת הם לא היו שורדים. יש לשוק נטייה לבחור במוסדות היעילים בלבד. לדעתו המערכת הזו בעיקר יעילה, לעומת אנשי הצדק מתקן- שחושבים שדיני הנזיקין בעיקר מבטאים עקרון מוסרי צודק.

הפן הנורמטיבי- יש עקרון חוץ משפטי, שתקפותו אינה תלויה במשפט- זה מה שראוי לעשות והוא תקף גם אם אף שופט לא משתמש בו.

"**חוק יום"-** לא ניתן לגזור "צריך" מ"יש"( לא ניתן לומר- צריך להאכיל אנשים רעבים כי יש אנשים רעבים, אלא- צריך להאכיל אנשים רעבים כי זה מה שראוי לעשות). לא גוזרים את מה שראוי, ממה שקיים בפועל. יום אמר שיש תהום בין מה שיש לבין מה שצריך להיות. כדי לגזור הנחה נורמטיבית, חייב עקרון נורמטיבי גבוה יותר.

אנו מנסים לחשוף פה את הלוגיקה הפנימית של דיני הנזיקין, את היסודות הנורמטיביים- אם אמרנו שלא ניתן לגזור "צריך" מ"יש", אז למה שנבדוק פסיקה בנושא? הרי פסיקה זה מה שקיים ולאו דווקא מה שראוי. המרצה אומר שאנו קוראים פסיקה כדי להתרשם מהאינטואיציות של השופטים- שהם לא יותר טובות או פחות מאינטואיציות של אנשים רגילים- אבל השופטים נתקלים בהמון מקרים ולכן מענין אותנו לראות מה הם חושבים, ואז להסכים או לא להסכים עם זה- אינטואיציה יכולה להיות ראייה לכאורה לעקרון נורמטיבי- מוסרי. כך אנו כבנ"א מחליטים האם עקרון הוא נכון וראוי או לא.

***ג'ולס קולמן/הפרקטיקה של העקרונות***

לדעת קולמן, בבסיס דיני הנזיקין שולטת תיאוריית הצדק המתקן. מה שהופך את דיני הנזיקין למוסריים הם הערכים שעומדים מאחרי הצדק המתקן. קולמן מחפש אחר הבסיס הנורמטיבי לדיני הנזיקין, דרך המוסדות הנזיקיים הקיימים. דיני הנזיקין מבוססים על תבונה מעשית- יש פגיעה ומשם מסיקים מסקנות לחיוב המזיק. העשייה הפרקטית מתמקדת בכך ולא בשאלות של יעילות("עד כמה החיוב יוריד את היקף התאונות"). אנשי המשפט הכלכלי מנסים להבין את דיני הנזיקין בכמה דרכים שקולמן לא מסכים איתן- הם מנסים לצמצם אותם לנוסחה פשוטה, בשל הקושי ביישום מושגים כמו צדק, הם טוענים שהגישה הכלכלית היא חלק מדיני הנזיקין,או שהיא פרשנות לה- יעילות כלכלית היא מטרת דיני הנזיקין. קולמן טוען כי צדק מתקן יותר מסתדר פונקציונלית עם דיני הנזיקין ולא מהווה רק ביסוס מוסרי להם.

הניתוח הכלכלי מנסה לקחת כללים רבים ולמזער אותם לכללים בסיסיים. הם טוענים כי דיני הנזיקין נועדו להפחית תאונות ומתרכזים בכך ובעלות הורדת התאונות. יעילות מרבית לדידם היא הורדת המחיר+הורדת הסיכון. לדוג', רשלנות- לפיהם היא רק מחיר+סיכון ולא יותר מכך- לא ניתן להכניס שיקולים נוספים. צדק מתקן בהגדרתו הוא מי שגרם נזק חייב לתקן אותו- צופה פני עבר. לדעת המשפט הכלכלי, שצופה פני עתיד, הנזק כבר נעשה ולכן יש לשאול כיצד כעת נוכל להפיק ממנו את הטוב ביותר לחברה כולה. הבעייתיות: התעלמות מהצדדים הספציפיים. הביקורת כלפי הכלכלנים: מדוע אתם לא תובעים את מונע הנזק הטוב ביותר ואתם תובעים דווקא את המזיק בדיני נזיקין? ברוב המקרים ביהמ"ש מטילים על המזיק לשלם פיצוי, איך מסבירים זאת הכלכלנים? הם אומרים שזה יוצר הרתעה כלפי מזיקים אחרים. קולמן ממשיך לבקר אותם וטוען כי הטיעונים שלהם לא אמיתיים. הוא טוען כי לפי שיטתם, כדי לחפש את מונע הנזק הזול באמצעי זול יטילו על הנפגע לחפש את המונע הזה וזה סותר את כל גישת החירות. לסיכום,קולמן טוען כי צדק מתקן הרבה יותר מסתדר עם דיני הנזיקין- בסופו של דבר כל הטענות של התובע, מגיעות מהנתבע- זה מראה כי התביעה בנזיקין מתבצעת בהקשר אישי.

**צדק חלוקתי**

אנטי תזה לתיאוריית הצדק המתקן. צדק חלוקתי- המשפט, ובתוכו דיני הנזיקין הינו מכשיר לעשיית צדק חלוקתי.

**ההבדל בין צדק חלוקתי לרווחה מצרפית:** את התועלתן מעניין הסכום הסופי של התועלות ולא צורת החלוקה שלהן, אלא"כ החלוקה תשפיע על הסכום הסופי. לדוג'- עדיף לתת כסף לחברות ענק כי הן ימקסמו את התועלת טוב יותר- ניתן את הכסף למי שיפיק ממנו הכי הרבה תועלת. לעומת זאת, צדק חלוקתי מתעניין בחלוקת עוגת הרווחה המצרפית. הבעייתיות ברעיון התועלתני: עמום, לא אומר לנו מהי רווחה. את התועלות של מי לוקחים בחשבון ובאיזו נק' זמן? התועלתן אומר שיש להחליט מי האנשים אותם אנו לוקחים בחשבון, ואנו שואפים למקסם את התועלת שלהם בטווח הארוך. אם משהו רע הולך לקרות- זה לא רציונלי להעדיף את הכאב מחר על פני הכאב היום. הם מסתכלים על החיים כמכלול.

**ההבדל בין צדק חלוקתי לצדק מתקן:** ההבחנה של אריסטו:

צדק מתקן הוא שוויון אריתמטי- של חיבור וחיסור, לקחתי, חיסרתי ממך משהו-אני חייב להחזיר. הוא צופה פני עבר, ומסתכל על אשמה.

צדק מחלק הוא שוויון גיאומטרי- של כפל וחילוק- היחס בין מה שיש לך למה שמגיע לך- אם יש לך יותר ממה שמגיע לך, השני יוכל לקחת ממך. הצדק המחלק צופה פני עתיד ומסתכל על יחסי הכוחות. עבדתי קשה יותר- מגיע לי יותר.

* איך אפשר להגיד שצדק מתקן הוא גם צדק חלוקתי? אם גנבתי ממך משהו, אני חייב להחזיר לך ובעצם זה אני עושה חלוקה מחדש נכונה של משאבים.

אם אני מאמין בשוויון כללי, ובשיקולי צורך- אני מאמין בצדק חלוקתי- לכן, עני שגנב מעשיר עמ"נ להאכיל את ילדיו, יוכל לשמור את הכסף. ניתן לומר שצדק חלוקתי הוא איזון בין התועלתנים, לבין אנשי הצדק המתקן שטוענים שהכי חשוב להשיב את המצב לקדמותו.

**הויכוח בין אנשי הצדק החלוקתי לאנשי הצדק המתקן:**

אנשי הצדק המתקן- מטרת דיני הנזיקין היא השבה, צדק אריסטוטלי של חיבור וחיסור. מטרתו אינה חלוקת משאבים הוגנת! את זה עושים דרך דיני מיסים, דיני הנזיקין הם רק מתקנים.

האם בדיני הנזיקין בישראל יש ערבוב של צדק מתקן וצדק חלוקתי? אפשר לומר שכן- דוג': אחריות שילוחית, אחריות מוחלטת, ביטוח, אחריות ללא אשם- כל אלה נראים לנו כמו צדק חלוקתי ולא מתקן (שכן בכל המקרים מי שמשלם אינו המזיק בפועל).

הצדק המתקן כעקרון חוץ משפטי- אם פגעתי במישהו אני צריך להתנצל, בדיני הנזיקין של היום שכל צד מיוצג ע"י עו"ד- הצדדים כלל לא נפגשים, לא נערך התיקון הזה ביניהם באופן הכי פשוט של התנצלות. יכול להיות שהמטרה היא שצדדים כלל לא יגיעו לביהמ"ש- אולי המשפט בפועל לא מחיל את עקרונות הצדק המתקן אלא מחנך לכך שזה צריך לקרות בהסכמה. התנצלות כפויה ע"י ביהמ"ש אינה צדק מתקן.

חשיבות חלוקת המשאבים:

* לפי התועלתן- אין לכך חשיבות אלא"כ זה ממקסם את הרווחה המצרפית- הוא מסתכל על העניינים הפרקטיים.
* צדק מתקן- מה שחשוב בלבד זה שהנזק יתוקן ע"י המזיק.
* צדק חלוקתי- חלוקת המשאבים היא הכי חשובה – מבקש ליצור שיוויון.

הבעייתיות בהחלת צדק מתקן:

* ביטוח, אך הם יטענו שהפרמייה מבטאת את האשמה של המזיק. זה לא כ"כ נכון, כי הסדרים עם חברת הביטוח שנסגרים מחוץ לביהמ"ש- המזיק בכלל לא רואה את הניזוק, ופרמיית הביטוח משולמת בכ"מ.
* אחריות מוחלטת- בתאונות דרכים, מה שחשוב זה שלא ישארו ניזוקים ללא פיצוי- צדק חלוקתי מובהק.

ברגע שיש ביטוח התרחקנו מאד מהרעיון של צדק מתקן- ולכן נראה ששיקולי הצדק החלוקתי יותר משמעותיים בדיני הנזיקין.

***מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי/חגי ויצניקי ומיכל טמיר***

צדק חלוקתי הינו מכשיר לצמצום הפער בין עשירים לעניים. לשאלת מיקום שיקולי הצדק החלוקתי במשפט אין תשובה מוחלטת. ישנן תיאוריות המתנגדות להחלת שיקולי צדק חלוקתי במשפט הפרטי-תיאוריות ליברטיניות כמו רוברט נוזיק שסבור שהתערבות המדינה בחיי הפרט צריכה להיות מינמלית, מאידך תיאוריות קהילתניות יתמכו בכך.

טיעונים כנגד החלת צדק חלוקתי קונקרטי: העדר ליגטמיות של ביהמ"ש, מדוע בכלל יש להגן על העני,עלויות דיון גבוהות, ויתור על שיקולים אחרים, תמריץ שלילי לייקר לעניים את החיים,חוסר אפקטיביות, עידוד לעוני,רנדומליות.

המודל המוצע: תחולה עקיפה מסוייג- ניתן להתחשב בשיקולי צדק חלוקתי כאשר המחוקק מתיר זאת במפורש באמצעות דוקטרינה מסויימת. השיקולים יחולו רק במושגי שסתום- תקנ"צ, תום לב, שיקולי הצדק ועוד. המודל יחול בדיני החוזים,נזיקין, עשיית עושר, קניין, עבודה, אך לא בראיות או במשפט בינ"ל.

**משפט פרטי-כלכלת רווחה**

**ניתוח כלכלי נורמטיבי-** מה צריך וראוי שיהיה. טענה נורמטיבית אומרת שאין דבר כזה זכויות, אנחנו חושבים רק על יעילות כלכלית.

**ניתוח כלכלי פוזיטיבי**- מתאר השפעות צפויות של חוקים קיימים, מבחינה כלכלית. מפעל שמזיק לסביבה וגורם סרטן לאנשים, ואם נסגור אותו יהיה נזק כלכלי גבוה יותר מהנזק שהוא גורם:

שופט כלכלי- יגיד לא לסגור אותו, יסתכל על סה"כ התועלת, אין דבר כזה זכויות.

שופט לא כלכלי- יגיד שהנזק של האנשים חשוב יותר לכן אין לסגור. מה שיקרה במצב כזה הוא שהמפעל מלכתחילה לא יפנה למשפט אלא ינסה להגיע להסדר מחוץ לביהמ"ש- ישלם לאנשים הללו את הנזק שלהם אך לא ישלם להם עד כדי גובה הנזק המשוער למפעל.. ז"א, נגיע לתוצאה שהמפעל לא ייסגר גם דרך גישה זו בזכות היד הנעלמה של השוק החופשי. הבעיתיות בכך: יהיו הוצאות עסקה. היתרונות: לניזוקים יהיו פיצויים. לפי גישה זו, השופט צריך להיות קצת כלכלן כדי למנוע הוצאות עסקה. תפקידו של השופט הוא לחקות את פעולת השוק החופשי.

**התיאוריה של קוז:** במצב של עלויות עסקה אפסיות או זניחות, וקיום שיתוף פעולה רציונאלי בין צדדים תושג תוצאה יעילה כלכלית ללא קשר לזכויות הצדדים. מדובר על כל מצב בו עלות העסקה נמוכה מהפרש שווי הטובין( לחולי סרטן הנזק 100, למפעל הנזק 200, עלות העסקה צריכה להיות נמוכה מההפרש-נמוך מ100 כדי שישתלם להם).

**התיאוריה של פוזנר:**  המשפט צריך לחקות את פעולת השוק, להעניק זכויות משפטיות לצד שהיה רוכש אותם בתנאי שוק חופשי בהנחת קיום שיתוף פעולה רציונאלי בין הצדדים ועלויות עסקה נמוכות(ז"א, לתת למפעל להשאר). יש להקנות את הזכות למי שהיה רוכש אותה ביותר כסף.

לפי גישה זו, השופטים צריכים ללמוד כלכלה לפני משפטים.

עלי זלצברג: תועלתנות והגישה הכלכלית- הכלכלנים משתמשים באותם מושגים כמו התועלתנים- מקסום התועלת המצרפית, ההנחה שניתן להשוות תועלות, ומקסום האושר המצרפי של מי שפועל במסגרת השוק.

**פוזיטיביזם משפטי**

תיאוריה שמתארת את המשפט המצוי, ולא את הרצוי. לא עוסקת בתיאוריות מוסריות או נורמטיביות. אנו מנסים להסביר את המשפט- השאלה היא "מהו המשפט?".

המשפט עצמו מדבר בלשון נורמטיבית- החוקים הם הכוונה להתנהגות ראויה. המחוקקים שמחוקקים חוקים חושבים שהם טובים וראויים. דרכים נוספות להבנת המשפט- התיאוריה של מרקס, שאומרת שהמשפט זה הסדרים חברתיים של בעלי הכוח בחברה. אנו ננסה לענות על השאלה באמצעות הפוזיטיביזם המשפטי. **מהו המשפט?**

**התיאוריה הפוזיטיביסטית של אוסטין-** לפי אוסטין, המשפט הינו אוסף של פקודות הניתנות ע"י הריבון, ממוענות לנתינים החייבים חובת ציות לריבון, ואשר הפרתם מלווה בסנקציה. הפקודה היא הבעת רצון של הריבון, שמתכוון ויכול לגרום כאב במידה ולא נבצעה. הוא סובר שהמניע לציות הינו הסנקציה הצפויה- מכאן נובעת החובה.

**התיאוריה הפוזטיביסטית של הארט**- הארט גם פוזטיביסט ומתאר את המשפט הקיים אך הארט פיתח את הפוזיטיביזם של אוסטין.

הארט מבקש לתקן את הפגמים שבתורתו של אוסטין. הנק' המרכזית שלו- הכלל המשפטי הינו סוג של כלל חברתי, שמבטא סדירות התנהגות מסוימת. כוח החיוב אינו נובע מהסנקציה על הפרתו, אלא מהעובדה שכולם רואים בו סטנדרט נורמטיבי להכוונת התנהגות. הארט, בניגוד לאוסטין, אינו רואה את הסנקציה כמניע אלא היא רק תגובה להפרת חוק. בנוסף, זיהוי הנורמה המשפטית לא כולל את היבט הסנקציה- יש חוקים גם ללא סנקציה.

הביקורת של הארט על אוסטין:

* אוסטין מתייחס לכל נורמה ובודק אותה ספציפית ולא מתייחס למערכת הכללים בכללותה.
* ניבוי הסנקציה- לפי הארט, גם אם אתה לא מנבא שתוטל עליך סנקציה עדיין חלה עליך החובה. אוסטין הופך את היוצרות והופך את הסנקציה לעניין המרכזי.

לכל כלל חברתי ישנם שני האספקטים הללו:

* חיצוני- התנהגות אחידה של פרטים בהתאם לכלל ומבחינת התייחסות לסטייה מהכללים. זוהי נק' מבט של איש המאדים.
* פנימי- איך האנשים עצמם רואים את הכללים כסטנדרט נורמטיבי להכוונת התנהגות

**כלל הזיהוי/כלל ההכרה-** איך מזהים נורמה משפטית? הכלל מזהה מהו כלל משפטי בחברה מסוימת, הוא מזהה את הנורמות המשפטיות התקפות. כלל הזיהוי הינו הדרך בה רשויות משפטיות מאתרות כללים משפטיים תקפים. הוא חלק מהמערכת החברתית שכן מתקיימים לגביו שני האספקטים: חיצוני- קיימת סדירות של פנייה לכלל עמ"נ לבדוק תוקף של נורמות. כדי לבדוק מהו כלל הזיהוי במערכת מסויימת בודקים איך בתי המשפט נוהגים(פונים לתקדימים, לחוקים שנוצרו ע"י הכנסת ועוד). באספקט הפנימי- הרשויות וביהמ"ש רואים בכלל הזיהוי סטנדרט נורמטיבי להסבר פעולתם השיפוטיות- הם מחליטים בצורה מסויימת בגלל נורמת האב.

**כללים ראשוניים ומשניים-**  הארט ראה במערכת המשפטית כמאחדת שני סוגי כללים:

1. הכללים הראשוניים- חלים ישירות על התנהגות אנושית וקובעים חובות.
* מערכת משפטית יכולה להתקיים גם שקיימים בה רק כללים ראשוניים, אולם היא תהיה פרימיטיבית ותעבוד רק בחברות קטנות. הבעיות בה: אי ודאות מה הכלל המשפטי משום שאין טקסט לפנות אליו, סטטיות, חוסר יעילות- אין גוף שמכריע בסכסוכים,אכיפה בלתי יעילה ובלתי מאורגנת של הכללים הראשוניים.
1. כללים משניים- מעניקים את הכוח לשנות, ליצור חוקים ולאכוף אותם.
* דוג': כלל הזיהוי(במובן של נורמת אב),כללי שינוי חוקים/יצירת חוקים. כתוצאה מכך המערכת הופכת להיות דינמית, כללי אכיפה ויישום.

הביקורת על הארט: לא כלפי כל כלל חברתי מתקיימים שני האספקטים. לדוג', יש כלל מוסרי לא לשקר אבל אף אחד לא עומד בו ולכן לא מתקיים לגביו האספקט החיצוני (איש המאדים לא יזהה התנהגות סדירה כזו).

הביקורת המרכזית כלפי הארט- דבורקין: כלל ההכרה יחייב שק"ד חוץ משפטי במקרה של לאקונה, משום שהמשפט לפי הארט כולל רק את הכללים שמזוהים ע"י כלל הזיהוי.

***הקונספט של החוק/ הארט***

הכשלים בתיאוריה של אוסטין:

* אפילו החוק הפלילי, שהוא הדומה ביותר למבנה הפקודה מאת הריבון לפי אוסטין, שונה ממנה שכן הוא תקף גם כלפי "הריבון"=המחוקק.
* חוקים המעניקים סמכות שיפוטיות לא יכולים להתפרש כפקודות עם סנקציה.
* ניתוח החוק במובנים של "ריבון" שפטור מכל מגבלה חוקית לא מסתדר עם הרשות המחוקקת בימינו.

שורש הבעיה אצל אוסטין היא שהוא מסתכל על המשפט כפק' בודדות ולא על מערכת נורמות. בלי רעיון הכלל, לא ניתן להבין את הצורה הבסיסית של החוק. לפי הארט, יש להבדיל בין כללים ראשוניים וכללים משניים. כשישנו חוק, התנהגות אנושית מתחייבת מהחוק ומפסיקה להיות מבחירה. יש שתי גישות של מחויבות:

1. מחויבות לציות- כוללת בתוכה איום לפגיעה ובסיס לחשוב שהאיום ימומש(אוסטין).
2. חובה שחלה על האדם- לא תלויה בסנקציה(הארט).

הארט טוען כי החובה שחלה על אדם מתוקף כלל מסויים, והניבוי לסנקציה לא חייבים להתקיים בו זמנית.

מהי חובה?

**חובה לפי אוסטין:** כרך את מושג החובה במושג הסנקציה- חובה היא ציווי לנקוט בפעולה מסויימת, כאשר הפרתה תגרור סנקציה כנגד המפר. ביקורת עליו: יכולה להיות סנקציה ללא חובה (שודד עם אקדח), וחובה ללא סנקציה (חסינות ח"כ).

**חובה לפי הארט:** חובה היא פעולה, שאם לא נבצעה- מוצדק שתופעל נגדנו סנקציה. ההצדקה היא מנק' הראות של הרשויות במערכת המשפט, שרואים את הכלל כסטנדרט ביקורתי שהפרתו מהווה צידוק להפעלת סנקציה.

מאפייני הכללים שיוצרים חובה: לחץ חברתי כתוצאה מהמנהג בחברה, הכללים הם חשובים לקיום החברתי, קיום הכללים דורש הקרבה. ומצד שני- יש את הרשויות שמענישות על מי שסוטה מהחובות.

התייחסות לכללי החברה משתי נק' מבט:

* הצופה מהצד- מסתפק בזיהוי ההרגלים ומציאת התאמה בין הפרה לעונש. הוא ידבר על צפי- מתי צפוי שיענישו אדם. לדוג', לדידו, מי שעובר באור אדום צפוי לסנקציה של קנס. אך הוא לא מבין את החובה שעומדת מאחרי האיסור לעבור באור אדום.
* נק' המבט הפנימית- מסתכלים על הכללים מנק' מבט פנימית. מבחינתם, הפרת חוק היא סיבה וצידוק להפעלת סנקציה ולא רק בסיס לניבוי הסנקציה.

המתח ביניהם: בכל חברה יש מתח בין אלה שמקבלים את הכללים לבין אלה שדוחים אותם ומסתכלים עליהם רק כניבוי. הביקורת על אוסטין הינה שהוא מתעלם מנק' המבט הפנימית.

רכיבי החוק- יכולה להתקיים חברה רק עם כללים ראשוניים: זו תהיה חברה קטנה, רובם עם רצון לקיים את הכללים ויכילו מגבלות שונות הכרחיות. הליקויים במערכת כזו: אי וודאות, סטטיות וחוסר יעילות. הפתרון לכך הוא הוספת הכללים המשניים- הם מגדירים דרכים מתי הכללים הראשוניים יכולים להתברר בוודאות, וכלים להגדיר מתי הם מופרים.

יסודות מערכת החוק- כלל הכרה ותוקף משפטי- בעולם כמו של אוסטין, בו רק מה שחוקק הריבון נחשב לחוק- כלל ההכרה פשוט מאד: "מה שחוקק הריבון". לעומת זאת, במערכת מודרנית בה יש מס' מקורות חוק כלל ההכרה מסובך יותר- הקריטריונים לזיהוי מתרבים ומכילים הן חוקות והן תקדימים. במערכת שלנו,תקדים ומנהג כפופים לחקיקה- אך יש להם עצמאות ככלל הכרה. השימוש בכלל הכרה לזיהוי כללים של המערכת אופייני לנק' מבט פנימית- "זה החוק ש..."- אנשים מזהים את החוק כתקף, לעומת נק' מבט חיצונית- "באנגליה הם מחשיבים לחוק...". להכיר בכלל כתקף, זה אומר שאנו חוזים שהוא יאכף. מערכת משפטית שונה מכללים חברתיים שאנו לא מצליחים להראות את תוקפם המשפטי (כמו איסור ללכת עם כיסוי ראש בכנסייה), במערכת משפטית בשלה יש לנו כללי הכרה שנותנים קריטריונים ברורים מהו כלל משפטי תקף.

**מהו משפט? נון-פוזטיביזם**

(מחשבות)

הזרם האנטי פוזיטיביסטי הינו תגובה למודל הפוזיטיבסטי. דבורקין היה תלמידו של הארט שבשלב מסוים פרץ את גבולות הפוזיטיביזם. בעיני דבורקין, כוללת התיאוריה הפוזיטיביסטית 3 הנחות מרכזיות: נורמת אב כמכשיר לגילוי הכלל המשפטי, הגדרת החובה המשפטית, קיום שק"ד שיפוטי חוץ משפטי מקום בו לא קיים כלל הניתן לזיהוי באמצעות נורמת האב.

הביקורת של דבורקין:

**שיקול הדעת החוץ משפטי**- לדעתו, הפועל היוצא מעקרון זה הוא שהשופטים רשאים להשתמש בסטנדרטים חוץ משפטיים הנובעים מהגיונו של השופט, תפיסת עולמו המוסרית וכו'. הביקורת מתחלקת לשניים:

**מישור המשפט הרצוי**- זה מנוגד לשתי עקרונות בסיסיים: העקרון הדמוקרטי- ביהמ"ש לא נבחר ע"י הציבור ולכן אין מקום לתת לו שק"ד עצמאי. עקרון איסור החקיקה הרטרואקטיבית- אסור שהכרעות במשפט יתבססו על סטנדרטים שהצדדים לא היו מודעים שיחולו עליהם. לפי דבורקין, בנוסף לכללים המשפטיים קיימים גם עקרונות משפטיים- על השופטים לנהוג בהתאם לעקרונות אלה במקרים קשים שאינם מוסדרים ע"י הכללים המשפטיים.

**מישור המשפט המצוי-** הפוזיטיביזם אינו מתאר נוכחה את פעילות ביהמ"ש, ובפועל נזקקים השופטים לא רק לכללים שמזוהים עם נורמת האב אלא גם לעקרונות כלליים ושיקולי מדיניות- דוג': נכד שכתוב בירושה ורצח את סבו, האם יזכה לרשתו? לפי הכלל המשפטי היבש הוא עדיין ירש, אך בהתאם לעקרון הכללי בו נקבע שאין חוטא יוצא נשכר- נקבע שיורש לפי דין לא יזכה לחלקו בירושה אם גרם למות המוריש.

**לכן, לפי דבורקין, שק"ד השופטים במקרה של לאקונה חייב להתחשב ב:**

1. **העקרונות הכלליים**- סטנדרטים המתחייבים מפאת עקרונות הצדק, ההגיון, השוויון ומרכיבים נוספים של המוסר. עקרונות יטו את ההחלטה לכיוון מסוים אך אינם מכתיבים את התוצאה. כלומר, ייתכנו מצבים בהם שיקולים בעלי משקל כבד יותר יגברו על העקרונות הכלליים. עם זאת, העיקרון אינו מתבטל אף אם בהחלטה מסוימת משקלו היה קטן יותר.
2. **שיקולי מדיניות-** שיקולים שנועדו להגשים יעדים כלכליים, חברתיים או פוליטיים- משתנים בהתאם לתקופה ולחברה. השיקולים משמשים לשם פרשנות נורמות קיימות אך כשלעצמם אינם מחייבים.

**כוחה של נורמת האב לזהות עקרונות-** דבורקין מבקר ואומר כי בפועל השופטים כן משתמשים בעקרונות כלליים ולא רק בכללים משפטיים שזוהו ע"י כלל הזיהוי. הפוזיטיביסטים טוענים כי אין כל מניעה שכלל הזיהוי יזהה גם עקרונות שמשתמשים בהם בפסיקה. דבורקין טוען כי משקל העקרונות הינו משתנה בהתאם לנסיבות ולתקופה ולכן אין שום נוסחה שיכולה לזהות אותו ככלל תקף. בנוסף, טוען דבורקין כי נורמת האב לא יכולה לזהות עקרונות משפטיים שניתנים לזיהוי מתוך התבוננות כוללת במוסד משום שהיא כלל בתוך המערכת המשפטית בעצמה. מסקנתו היא:המוסד המשפטי מכתיב החלטות מעבר לאלו המוכתבות ע"י כללים ועקרונות שאפשר להצביע עליהם באמצעות נורמת האב.

**תפיסת החובה המשפטית**- לפי הפוזטיביסטים חובה קיימת רק מקום בו כלל משפטי ממוסד מטיל חובה זו. דבורקין מבקר ואומר כי גם עקרונות יכולים להיות מחייבים, הכללים המשפטיים אינן המקור היחידי להטלת חובות. המשפט הרצוי, לפי דבורקין, הוא שהשופט יצור נורמה שתהיה מתאימה וקוהרנטית למקורות המשפט ההיסטוריים(כמו פרק בסדרת טלוויזיה). המשפט הרצוי=הפרשנות הטובה ביותר להיסטוריה המשפטית של אותה חברה/מדינה, והיא הפרשנות אשר תאיר את אותה החברה באור המוסרי ביותר. כאן פורץ דבורקין את גבולות הפוזיבטיזם- בניגוד לפוזיטיביסטים שרואים במשפט חזות הכל ואת תפקיד השופט כניסיון להתחקות אחר כוונת יוצר הכללים, סבור דבורקין כי לשופט תפקיד חשוב ביצירת הנורמות.

(סיכום מהמחברת)

כללים הם סטנדרטים מכריעים בעוד עקרונות הם סטנדרטים שאינם מכריעים. דבורקין מפריך את הפוזיטיביזם ע"י המהלך הבא: כאשר אין כלל ויש לאקונה, השופט משתמש בשק"ד שיפוטי חוץ משפטי, במקרה זה שק"ד מבוסס על עקרונות שאינם עומדים בכלל הזיהוי🡨לפיכך, הפוזיטיביזם הוא שקרי. דבורקין מבקר את הארט- שהוא הפוזיטיביסט הכי גדול. הטענה העיקרית שלו היא שיש עקרונות שכלל הזיהוי מפספס אותם ועדיין השופטים משתמשים בהם. דבורקין לוקח את טענתו של הארט, שטוען שישנם כללים בינארים- שרק לפיהם הולכים, ומבין אותה בצורה כזו- הכלל או שהוא חל או לא חל. הכללים הללו לדעת הארט ממצים את המשפט. טענתו של דבורקין הינה שיש מקרים מסויימים בהם השופטים הולכים מעבר לכללים האלה, הם גם מתחשבים בעקרונות בעלי משקל. לדוג', המקרה של ריגס- נכד שרצח את סבתו והוא היורש החוקי- האם נעלה על הדעת לתת לו את הירושה למרות היותו רוצח- לכאורה לפי הכללים היבשים, כן ניתן לו, אך בפס"ד לא נותנים לו וזאת מעקרון כללי שמעוול לא יכול להנות מפירות עוולתו. מכאן מסיק דבורקין שהמערכת כוללת גם עקרונות מוסריים ולא רק כללים- וזה מתנגש עם אמירתו של הארט שהמשפט כולל רק כללים ראשוניים ומשניים. העקרונות הם בעלי משקל במובן שהם לא בינאריים- הם יכולים להיות בעלי משקל קטן יותר לפעמים. גישתו של דבורקין הינה, שלעיתים יש עקרונות חזקים יותר מכללים אך הם אינם מכריעים בכל מצב.

***מודל הכללים/דבורקין***

לפוזיטיביזם יש נק' עיקריות: חוק מזוהה ע"פ ייחוסו, כללים אלה ממצים את 'החוק'- ואם לא ניתן ליישם אותם על מקרה כלשהו יש צורך בהפעלת שק"ד שיפוטי, קביעה כי ישנה חובה חוקית היא קביעה כי מקרה כלשהו נופל תחת קביעותו של חוק תקף- ללא חוק, אין חובה. הן הארט והן אוסטין מכירים בסמכות המחוקק ליצור חוקים מחייבים.ץ

**כללים, עקרונות ומדיניות**- דבורקין תוקף את הפוזיטיביזם המשפטי, הוא מתמקד בכללים ומפספס את קיומם של סטנדרטים שאינם כללים- כמו מדיניות או עקרונות. ההבדל בין עקרונות לחוקים- כללים הם בינאריים (הכל או כלום), בעוד עקרונות הם בעלי משקל. לעיתים כלל יהיה כפוף לעקרון "צדק" "סבירות" ועוד.

**עקרונות ותפיסת החוק-** משנבחין בקיומם של עקרונות, נראה כי הם קיימים בכל מקום במיוחד במקרים משפטיים קשים. ניתן להתייחס לעקרונות בשתי צורות: או כמחייבים כמו כללים, או להתייחס אליהם כאל לא מחייבים ושופטים ישתמשו בהם לפי שק"ד(הפוזטיביסטים).

**שק"ד לשופטים-** הפוזיטיביסטים אומרים כי ברגע שיש לאקונה השופט צריך להכריע באמצעות שק"ד. הם טוענים כי עקרונות אינם מחייבים אך זוהי טעות- שק"ד של השופט אינו הופך אותו לחסין מפני ביקורת, משום שהוא לעיתים מחוייב להתחשב בעקרון כלשהו. הפוזיטביסיטים טוענים כי עקרונות לא יכולים לחייב שופטים שכן אין להם כלל זיהוי, נימוק נגדם יהיה כי אם העקרונות אינם מחייבים גם כללים לא יחייבו את השופטים בבואם להכריע (שופטים שפוסלים חוקים).

כלל הזיהוי-לא יוכל לזהות עקרונות שכן עקרונות מוסקים מתוך הכרות עם כלל המערכת החברתית המשתנה, והסקה זו אינה נעשית בצורה מובנית. בנוסף, קשה לדבר על עקרונות במובן של תקפות- שכן הם אינם בינאריים. לא ניתן לנסח מבחני ייחוס שיחולו לגבי עקרונות משפטיים. ז"א, 3 המאפיינים של הכללים בפוזיטיביזם לא מתקיימים כאן.

**זכויות מוסדיות-** שופטים מכריעים במקרים קשים ע"פ הכרה בזכויות קונקרטיות. זכויות אלה חייבות להיות "מוסדיות" ולא "זכויות רקע",ועליהן להיות זכויות חוקיות. השופט לא רשאי לתת תוקף לקונביקציות האישיות שלו בבואו להחליט במקרה משפטי קשה. התשובה למקרים הקשים צריכה להנתן מתוך הסקת המבנה המוסדי,ע"י הגעה למסקנה האם במוסד הנתון קיימת זכות כלשהי או אינה קיימת- אין כאן מקום לשק"ד.

**ריאליזם משפטי**

(מחשבות)

הגישה הריאליסטית רואה את המשפט כחלק אינטגרלי ממדעי החברה. הריאליזם מנוגד לפוזיטיביזם, שלפיו הכרעות שיפוטיות ניתנות עקרונית לניבוי תוצאה.

**עיקרי הריאליזם:** הריאליסטים טוענים כי המשפט אינו אוסף של כללים אלא הוא אופן יישום הכללים או אי יישומם ע"י ביהמ"ש ורשויות האכיפה. לדוג'- קיים כלל של נסיעה עד 90 קמ"ש אך לא אוכפים אותו בפועל – הפוזיטביסט יגיד שזהו הכלל, לעומתו הריאליסט יגיד כי מכיוון שהכלל לא נאכף בפועל ניתן לנסוע גם מעל 90 קמ"ש.

**גישה סקפטית לגבי הכללים/השופט הולמס-** כללים משפטיים לעולם אינם יכולים להכתיב פתרונות חד משמעיים לשאלות משפטיות. מטענה זו נובע כי קיים שק"ד לרשויות האכיפה ולשופטים. תובנה זו הביאה את הריאלסטים לשתי מסקנות:

1. יש לקרוא לאנשי מדעי החברה לעזור להם לחקור את המשפט עמ"נ לאפשר ניבוי טוב יותר של החלטות שיפוטיות.
2. על השופטים להיות מודעים לכך שהם לא מיישמים את הכללים המשפטיים באופן טכני, אלא מפעילים שק"ד.

**סיכום:** הגישה הריאליסטית למשפט אינה תיאוריה אלא תנועה, המורכבת ממס' זרמים אידיאולוגים.

(מחברת)

**קארל לוולין-** ריאליסט אמריקאי משנות ה20. הריאליזם הוא אסופה של זרמים ורעיונות. לוולין בא לספר לנו מה המשפט? מה הסיפור של המשפט? אוסטין אמר לנו- משפט הוא פקודות הריבון שמלוות בסנקציה, סוקרטס- סוג של ריאליסט- המשפט הוא סוג של הסכמה חוזית. פוזנר- כל המשפט מטרתו היא יעילות- גם יעיל וגם צריך להיות יעיל.

הריאליסטים, כמו לוולין והולמס טוענים כי המשפט הוא:

1. לא רק כללים(כמו שחושבים הפוזיטיביסטים).
2. המשפט הוא חיזוי של התוצאה של סכסוכים משפטיים- הפן היישומי.
3. מהות המשפט-סכסוכים.

תיאוריה ריאליסטית של נישואין- כל נישואין יכולים להסתיים בגירושין. הריאליסטים אומרים- מקום שיש חוק, נורמה, סטנדרט- יש הפרה. וזו הפואנטה של המוסד- הם מסתכלים על הנקודה בה יש הפרה, יש סכסוך. לוולין מודע להתנגדויות שלנו, שיש כללים במשפט בהם נראה שלא מדובר בסכסוכים- לדוג', כללי פרוצדורה- שמטרתם אינה נשמעת כמו סכסוכים. לוולין בא מהפרקטיקה, לכן הוא כ"כ אובססיבי לגבי הסכסוכים. לדעת המרצה, האמירה שהרעיון של המשפט הוא שכל המשפט מכוון סכסוכים, זוהי תיאוריה אבסורדית. דרך אחת להגן על התיאוריה של לוולין היא לצמצם את התזה שלו לגבי מה שהוא מכיר במקצוע המשפט.

לדוג', בדיני החוזים- מלכתחילה מכניסים בחוזה פיצויים מוסכמים- חוזה צופה את הפרתו. מבחינת לוולין, חוזה שמקויים ואין בו שום בעיה- כל צד מילא את חובתו, חוזה כזה כלל לא קיים בעיניו שכן הוא לא הופר ולא הגיע לביהמ"ש. ניתן לומר שחוזה ביטוח הינו ממוקד סכסוך, לדעת המרצה חוזה כזה ממוקד אסון.

התיאוריה של לוולין בעיני המרצה כוללנית מידי- מטרת המשפט היא לא רק הקטנת סכסוכים. אם כן, כיצד המשפט היה אמור להראות אם מטרתו הייתה הקטנת סכסוכים? בדוג' של תאונות דרכים- היינו צריכים להשתדל יותר למנוע תאונות ע"י השקעת משאבים, מדיניות כללית, הגבלות על ייבוא רכבים ועוד. בפועל זה לא קורה. שיטה למניעת סכסוכים הייתה אמורה להראות מאד שונה מהשיטה הקיימת כיום. לוולין הופך את היוצרות- הוא מתייחס לחובות עיקריות בתור משניות ולהפך- הוא מתרכז יותר בסכסוך מאשר בקיום החובות. קודם כל מגיעה החובה העקרית "לא תרצח" ואח"כ מגיעה החובה המשנית של הסנקציה ע"כ.

הריאליסטים ששמים דגש על סכסוכים,מפספסים את התפקוד של המשפט ברמה התיאורית והנורמטיבית ומבלבלים בין עיקרי למשני. המרצה חושב שלוולין כאשר הוא טוען שהסכסוך הוא העיקר וכל השאר משני- הופך את הסדר המשפטי הנכון.

יש לזכור שריאליזם זה מלא זרמים ולא רק לוולין!

***על מה המשפט? / קארל לוולין***

לדעת לוולין, המשפט מטרתו היא מניעת סכסוכים- ממשיים או פוטנציאלים. לדידו, מה שעושים השופטים, השוטרים ופקידי החוק- מה שהם עושים לגבי מחלוקות- זהו המשפט. העקרון המנחה הוא לראות מה עושים פקידי החוק בכל נושא, למצוא דפוסי פעולה ועל פיהם לנבא מה יעשו פקידי החוק פעם הבאה. חשיבות החוקים היא רק כדי לדעת מה יגיד השופט. לדעתו, המשפט הפרוצדוראלי הוא דלת הכניסה- בלעדיו לא תוכל לממש את הדין המהותי. המשפט נועד להתמודד עם מחלוקות. חשיבות החוקים היא איך יגרמו לשופטים להחליט, לפי חלוקת הלימוד מצד אחד הדגש הוא מהותי ועל המשפט הפרטי. המשפט לא פותר את כל סוגי הסכסוכים אולם הוא מניח את כללי המשפט. השופט והמשפט הם מעין "סוכני סדר"- הם גורם משפיע בכך שנשאף לא להתקרב למשפט, וכך המשפט מסדיר את חיי היום יום. וזו גם חשיבות החקיקה. השפעת בתי המשפט על אנשים היא שברמה מסוימת אנשים מתנהגים לפי מה שהם צופים שהמשפט יגיד. לכן עו"ד צריך ללמוד איך מחליט השופט בכל מצב ולפי זה לתכנן את העתיד. לומדים את החוקים אבל גם את החברה בהם הם פועלים. החשיבות של מה שביהמ"ש יחליט, זה רק ביחס לאיך זה יגרום לאנשים להתנהג.