**א.משפט טבע**

מהו החוק?
ניתן לפרק את השאלה לשלוש שאלות משנה:
***1. מה ההבדל בין חוק מוסרי לבין חוק טבע?***
חוקי המוסר והמשפט הם ***חוקים מצווים*** וחוקי הטבע הם ***חוקים מתארים***.
חוקי הטבע נועדו לתאר **איך אובייקטים מתנהגים** בהינתן תנאים מסוימים, לעומת חוקי המוסר שמתארים **איך צריך להתנהג**, איך ראוי להתנהג (לדוג' אסור לגנוב).
אם חוק הטבע לא מתאר נכון את ההתרחשות אז חוק הטבע לא מנוסח טוב והוא כנראה שגוי כיוון והחוק אמור לתאר חוקיות קבועה. לעומ"ז, בנוגע לחוקי המוסר- גם אם הם יופרו ע"י בנ"א, זה עדיין לא ישנה את האיסור ואת העובדה שהחוק תקף כמות שהוא. וזאת מהסיבה שקביעה מהו "מוסרי" לא תלויה בחב', מדובר בגורם נתון, רציונאלי ואובייקטיבי. המוסר משתנה מהסיבה שאנו מגלים דברים חדשים על המוסר (כמו שמגלים גילויים מדעיים). הנחת המוצא היא שניתן לטעות במוסר כמו שטעו בתיאוריות מדעיות בעבר. ולכן גם אם בנ"א לא יצייתו לחוק המוסרי, אין חתירה תחת החוק, אלא יש לחב' המסוימת תפיסה מעוותת של מוסר.

למה בכל זאת מכנים את חוקי הטבע והמוסר "חוקים"? בחוק יש משהו סדיר וקבוע ואפילו רציונאלי.
חוקי טבע- אומרים מה יקרה **תמיד**.
חוקי מוסר- אומרים איך צריך להתנהג **תמיד**.
היסוד של "תמיד", של החוקיות משותף לשניהם. שני סוגי החוקים הללו יתקיימו תמיד, ללא קשר לידיעה ולגילוי של בנ"א.

***2. איך נתאר את המוסד החברתי שנקרא חוק בהשוואה למוסדות חברתיים שנראים כמו מע' משפט, אך הם לא באמת מע' משפט?***
מוסד חברתי זה סוג מסוים של פרקטיקות חברתיות, סוג של דפוסי התנהגות של מכלול של בנ"א בחברה שמכוננים סוג מסוים של מטרות. **כל דפוס שחוזר על עצמו זה מוסד חברתי**. שבת למשל זה מוסד חברתי- כל שבוע יש דפוס מסוים שחוזר על עצמו, מתלבשים ואוכלים אותו דבר. מנק' מבט סוציולוגית **מדובר על מוסד חברתי שמסדיר אופן של התנהגות חוזר ונשנה קבוע בנוגע לעניינים מסוימים.** החוק על מכלל היבטיו הוא גם מוסד חברתי- מדובר על מוסד בתוך מוסד.

מע' משפט מלאה במוסדות מסוג זה(חוזה למשל), כמו גם ההלכה(יום השבת). גם המוסר החברתי הוא סוג של מוסד חברתי ,גם כשהוא לא במשפט, כמו למשל נימוסי שולחן-יש מע' של כללים.
יש דמיון בין מוסר נוהג לבין חוק או מע' משפט-שניהם דפוסי פעולה שצריך לאמץ, שיש הרבה פעמים חפיפה בניהם. חלק מהחוק הפלילי הוא המוסר הנוהג, למשל.
אנו נוטים לחשוב שיש חפיפה, מצד שני יש גם הבדל. אם נצליח להבין מה ההבדל בין מוסד חברתי שהוא דמוי חוק לבין המשפט, אז נצליח להבין מה מאפיין את המשפט.

המשותף בין חוק מוסרי למשפטי הוא ששניהם קובעים הוראות לגבי פעולות שצריך או לא צריך לעשות, שניהם חוקים מצווים.
הוראות פעולה שקשורות לפקחות (מה כדאי לעשות)- המלצה בלבד ללא גינוי.
חובה משפטית ומוסרית- יש בשניהם את היסוד של החובה בשונה מהוראות פקחות (שבהן אין גינוי חב' במידה ולא מבצעים את ההוראה).

***מוסר נוהג***- כל מע' הכללים שבנ"א מסוימים או חב' מסוימת חושבת שכך ראוי לנהוג. איך בנ"א במקום מסוים ובתק' מסוימת חושבים על אודות מה ראוי לעשות. טענה עובדתית.
***מוסר אידיאלי***- אלה לא טענות עובדתיות אודות מה אנשים חושבים בענייני מוסר, אלא טענות אודות מה ראוי. טענות אתיות.

כששואלים "מה היחס בין המוסר למשפט" צריך לעשות הבחנה בין:
-היחס שבין המשפט למוסר הנוהג
-לבין היחס שבין המשפט למוסר האידיאלי

משפטים מהסוג "אסור לרצוח"- זה מוסר אידיאלי וטענות מהסוג של: "בחב' הבדואית אנשים חושבים שמותר להרוג משיקולים של כבוד המשפחה"- זה מוסר נוהג(מה אנשים חושבים שראוי).

להבחנה יש חשיבות כי כששואלים את השאלה מה היחס בין מוסר למשפט אומרים **מה היחס בין משפט למוסר האידיאלי.** ברוב פסה"ד כששופטים נדרשים לענות על השאלה מה אומר המשפט הם פונים למוסר האידיאלי ולא להלך הרוח בחב' בהכרח.

הערות לגבי ההבדל בין המוסד חוק למוסדות חב' דמויי חוק

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | משפט | מוסדות חב' דמויי חוק |
| אכיפה | המשפט נאכף באמצעות כוחות הריבון (צבא ומשטרה לדוג') | האידי' והנוהג לא נאכפים באמצעות הריבון |
| מנגנוני שינוי | קיום מנגנונים מובנים שמאפשרים לשנות חוקים או לסגל חוקים לדברים משתנים | במע' דמויות חוק זה לא שהחוקים בהכרח קבועים, אבל הם לא משתנים בהכרח באותו אופן.  |
| ערכים | לחוק יש עניין במס' מוגבל של ערכים (כמו למשל יציבות וביטחון). יש ערכים שהוא לא נועד להשיג- כמו לפנים משורת הדין | עניין במס' ערכים בלתי מוגבל (כמו למשל הדת) |

***3.מהו החוק במקרה הספציפי?***השאלה הזו של "מה אומר החוק במקרה הספציפי" מעוררת מע' שלמה של שאלות תיאורטיות שיש להן השלכה מעשית. אחת השאלות היא האם כשאנו באים לברר מה אומר החוק במקרה נתון, האם מה שאנו צריכים לזהות זה מערך מסוים של עובדות חברתיות מסוימות או כשאנו שוקלים מה אומר החוק בסיטואציה לא צריך לאתר קב' של עובדות חב', אלא צריך לשקול שיקולים של מה ראוי (מוסר אידיאלי). כלומר, האם המטרה היא לזהות עובדות רלוונטיות או שצריך גם לשקול שיקולים נוספים? כמו למשל השפעה על החב', או מה נחשב צודק במקרה הזה.

בנוגע לשאלה מה אומר החוק במקרה הספציפי יש שתי גישות:

* התייחסות לעובדות בלבד- ***גישה פוזיטיביסטית***
* התייחסות לעניינים נוספים- ***גישה נון-פוזיטיביסטית***

משפט טבעי הן קב' מסוימת של גישות נון-פוזי'.

נדגים איך שיקולים נון-פוזי' פועלים במע' המשפט.
[**ע"ב ירדור נ. ועדת הבחירות המרכזית**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140864/Media/%D7%A4%D7%A1%D7%99%D7%A7%D7%94/%D7%99%D7%A8%D7%93%D7%95%D7%A8%2065.pdf)**, פ"ד יט (3) 365**עובדות: מדובר על מפלגה שמשקפת תנועה פוליטית לא לגיטימית ששמה לה למטרה לשלול את קיומה של מ"י. נטען כנ' הרשימה שאל לה לרוץ לכנסת. הוועדה פסלה את הרשימה.
ועדת הבחירות מחליטה שיש שני תנאים על פיהם ניתן לפסול את המפלגה:

1. ההתאגדות היא בלתי חוקית.
2. והאי חוקיות היא חתירה תחת שלמותה או עצם קיומה של המדינה.

עצם זה שהמפלגה רוצה לשנות מצב קיים זה לא בעייתי, כי זה ממהות הבחירות, אבל שינוי המצב קיים שתכליתו חתירה תחת ערכי המדינה, זה כבר בעייתי וע"ר זה הפסילה של וועדת הבחירות.
הרשימה הגישה ערעור בהליך של ע"ב- ערעור בחירות, ושם נדונה השאלה האם הפסילה הייתה כדין.
שאלה משפטית: האם לוועדת הבחירות המרכזית יש סמכות להחליט האם מפלגת הסוציאליסטים יכולה לרוץ או לא לרוץ לכנסת?

הש' חיים כהן: דוחה את טענות הוועדה- לוועדה **אין סמכות** לפסול את הרשימה בהיעדר הוראת חוק. חוק הבחירות מעניק לוועדת הבחירות סמכות לפסול רשימות מטעמים פרוצדוראליים בלבד, תנאים שהרשימה עמדה בהם והפסילה בענייננו היא מטעמים אידיאולוגיים.
זוהי לכאורה גישה פוזי', אבל העמדה לא פוזי' באופן מובהק כי הוא מסביר למה אין חוק, לא רוצים לתת לוועדה את הסמכות הזו, זה יהיה בלתי דמו'. לפי גישה פוזי' מובהקת היה צריך לטעון שהחוק לא צודק במקרה הקונקרטי, אע"פ כן אין לוועדה סמכות לפסול. במקרה הזה חיים כהן לא נדרש לזה, כי הוא חושב שהיעדר חוק זה מצב רצוי.
בהמשך הוא מעיר שיש מדינות שהמציאו משפט טבע בבחינת "עת לעשות לה', הפרו תורתך". במצבים חריגים אתה עושה פעולה של נאמנות לחוק ע"י הפרת החוק. מצבים בהם יש פער בין יישום לשון החוק לבין מטרות החוק- באותם מצבים אומר הפרט שהוא יהיה נאמן למטרות החוק, למרות שהוא מפר את לשון החוק. חיים כהן הציג את זה כטענה לאלו שיוצאים נ' החוק ונאמנים לחוק- רומז לשתי חוות הדעת שהוצגו בפס"ד(זוסמן ואגרנט) והוא נשאר בדעת מיעוט.

הש' אגרנט: לכאורה אין לוועדה סמכות, אך הוועדה יכולה לבחון שיקולים נוספים (כמו במקרה הזה) בגלל ***נתונים קונסטיטוציונים*** (מעין הנחה שמלווה כל חוק). עפ"י מגילת העצמאות, מדובר על מדינה שוויונית, אך גם **יהודית** ולכן יש סמכות לפסול את הרשימה.
השקפתו של אגרנט לא פוזי' כי יש לו עקרונות יסוד שהוא שואב ממגילת העצמאות, כלומר תנאי סף שמעניקים תוקף להחלטה. לפי גישה זו הש' מסתמך על מקורות משפטיים שהם לא פוזי' ולכן מדובר על גישה נון-פוזי'.
\*\*לורבר' מעיר שהיה ניתן לטעון שלוועדה אין סמכות לפסול, אך לביהמ"ש יש סמכות לפסול.

הש' זוסמן: מסכים שחוק הבחירות לא מסמיך את וועדת הבחירות לפסול את החוק, אך מדובר על מטרה לא חוקית מובהקת (רצון לחסל את המדינה), אבל יש חוקים שהם מעל החוקה ובוודאי מעל החוקים הרגילים ואלה חוקים לא כתובים, אלה חוקי ההתגוננות של המדינה. זכות ההתגוננות יכולה גם להיקרא דין טבעי.
יש פה התבטאות קיצונית שהיא אפילו יותר נון-פוזי', היזקקות לעקרונות שהם לא חלק ממע' המשפט, אלא מקורות שהם ממהות המשפט, סמכות טבועה.

[**ע"א 3798/94 פלוני נ. פלונית**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140864/Media/%D7%A4%D7%A1%D7%99%D7%A7%D7%94/%D7%A4%D7%9C%D7%95%D7%A0%D7%99%203798-94.doc)**, פ"ד נ (3), עמ' 133**עובדות: פלוני ואשתו היו נשואים ללא ילדים ושניהם תכננו שפלוני יפתה את בת השכנים, נערה בת 15 שהייתה במצב נפשי קשה כי אימה נפטרה, כדי לממש את תוכניתם וכך היה. פלונית נכנסה להריון ורצתה להפסיקו, פלוני שידל אותה שלא להפסיק וכשגילתה לבני משפחה כבר היה מאוחר מדי. לאחר לידת הבן חתמה פלונית על כתב הסכמה לאימוץ ופלוני ביקש לגדלו בעצמו עם אשתו, פלונית התנגדה. הפרשה נדונה במחוזי שהכריז על הילד כבר אימוץ על סמך ס' 13 **לחוק האימוץ.** בעליון הוגש ערעור ע"י האב שמבקש לבטל את הכרזת המחוזי שהכריז על הילד כבר אימוץ (מדובר ברגע קריטי מאחר וברגע שהילד מוכרז כבר אימוץ, מוצאים לו משפחה מאמצת). אם ערעור האב יתקבל, הילד לא יהיה בר אימוץ והאב יוכל לקבל את הילד כי הנערה הכריזה שהיא לא יכולה לגדל את הילד בשל מצבה הנפשי.
שאלה משפטית: האם לקבל את הערעור או להשאיר את החלטת המחוזי על כנה?

טובת הילד היא השיקול העיקרי ולכאורה נראה שטובת הילד היא לגדול עם הוריו הטבעיים. ההנחה הטבעית היא שנוציא את הילד מחיק הוריו **רק** במצבי קיצון שהחוק מגדיר. האם בנסיבות העניין יש הצדקה להוצאת הילד מהוריו הביולוגיים?
הילד נולד במרמה ופלונית לא רצתה לגדל את הילד והילד הוכרז כבר אימוץ לפי המחוזי (התמלאו התנאים בחוק).
החוק מונה עילות אימוץ מסוימות וההנחה של ביהמ"ש היא שמדובר ברשימה סגורה וכל תוספת היא חקיקה דרמטית של חתירה תחת העיקרון הבסיס שילד צריך לחיות עם הוריו (העובדה שילד צריך לגדול עם הוריו זה משפט טבע).

לגבי השיקול המוסרי- מדובר בזוג חשוך ילדים והתוכנית שהם ערכו ע"מ להביא ילד לעולם מספיקה כשלעצמה ע"מ להוציא את הילד מההורה הביולוגי, היא מצביעה ע"כ שזו לא טובת הילד לגדול עם האב.
ניתן לומר שלא מגיע לאב לגדל את בנו בגלל שהוא "חצוף"- השיג את הילד באמצעות תוכנית זדונית. כלומר, האב נתלה בדבר נורמטיבי כדי להצדיק את ההתנהגות הלא ראויה שלו. שימוש בנורמה בצורה הפוכה כך שמה שנראה לא ראוי הופך לראוי. לדוג': הרצחת וגם ירשת- לא רק שרצחת, אתה טוען שהרצח מצמיח זכות.

הש' דורנר- לפי ס' 13 (העדר מסוגלות הורית) ניתן לאמץ את הילד. היא דוחה את העיקרון שהועלה ע"י ש' אחרים בפס"ד ריגז.
ס' 13(7)+(8) הם הרלוונטיים לענייננו- בהתקיימן של אחת העילות בס', ביהמ"ש יכריז על הילד כבר אימוץ גם אם ההורה לא הסכים.
13(7)- מדובר על הורה שלא יכול לדאוג למצבו של הילד בהווה וגם לא בעתיד (זה יוצר פגיעה בטובת הילד).
13(8)- אם הסירוב בא ממניע לא מוסרי/מטרה לא חוקית, עדיין יכריזו על הילד כבר אימוץ. הס' לא חל על המקרה שלנו כי הסירוב של האב הביולוגי הוא בגלל שהוא רוצה שהילד יגיע אליו ואי אפשר לומר שזה מניע לא מוסרי.
דורנר החילה את ס' **13(7)** על המקרה, עילת המסוגלות, היא טוענת שהרקע של הבאת הילד לעולם יצרה אי מסוגלות, ולכן הילד בר אימוץ. ש' אחרים, לעומ"ז, לא הסכימו על הפרשנות של דורנר (דורנר נסמכה על חוו"ד של מומחים).

**פס"ד ריגז**(ארה"ב)
עובדות: שנת 89, ילד רצח את סבו ע"מ לרשת אותו. באותה עת, החוק לא כלל ס' שעסק במקרה כזה, ולכאורה ברגע שהסבא מת, מגיעה הירושה למי שנחשב כ"יורש"(במקרה דנן, הנכד). זהו מקרה מובהק של "הרצחת וגם ירשת".
הכרעה: ביהמ"ש דוחה את טענות הנכד בעילה נון-פוזי' מובהקת- החוק מכיל את העיקרון של "מעילה בת עוולה לא תקום זכות תביעה".

דורנר אומרת שפס"ד ריגז לא רלוונטי למקרה דנן, כיוון והפס"ד תיאר מצב שבו רצו להצמיח זכות ממעשה רע וכאן הנושא הוא טובת הילד. היא טוענת שטובת הילד כשלעצמה מצמיחה עילת אימוץ.

הש' לווין: חולק על הש' דורנר וטוען כי ס' 13(7) לא חל במקרה דנן כי לא הוכח שפלוני לא יכולה לגדל את הילד, **נסיבות הולדת הילד לא די בהן ע"מ לבסס אי מסוגלות וטובת הילד כשלעצמה לא די בה ע"מ להוציא ילד ממשמורת הוריו.**הוא מציע שני נימוקים אחרים לדחיית הערעור:

1. ***דוקטרינת החסר הסמוי***-
חסר רגיל- מצפים שהמחוקק יסדיר את הנו', אך בכל זאת לא מוצאים ס' רלוונטי שניתן להחיל.
חסר סמוי- יש ס' רלוונטיים, אך כשמתעמקים בהם רואים חושבים שאם המחוקק היה נתקל במקרה הספציפי הוא היה מנסח את החוק בצורה אחרת. כך למשל המקרה של פס"ד ריגז הוא דוג' אפשרית כי חשבו שהחוק מסדיר את הנו', למרות שבפועל הוא לא הסדיר. גם בפס"ד פלונית יש חסר סמוי כי לכאורה קיים ס' 13 שקובע רשימה סגורה של עילות אימוץ, אך אין ס' ספציפי שמתייחס למקרה דנן. המבחן לחסר סמוי הוא העמדת שאלה בפני המחוקק: האם היית משנה את החוק במידה והיית מודע למקרה הספציפי? אם כן- יש חסר סמוי ואז צריך לחוקק במקום המחוקק ס' שיכריע בנוגע למקרה באופן חריג. החסר הסמוי גורם לנו לסטות מהכלל כי אם היינו שואלים את המחוקק על פס"ד פלונית, למשל, הוא היה עונה שהילד צריך להימסר כי זה נוגד את תקנ"צ (אדם לא יכול ליהנות מפרי עוולתו).
\*\*לורבר' טוען כי ניתן לבקר את הגישה הזו- גם אם נקבל את עיקרון החסר הסמוי, האם במקרה הזה יש חסר?
2. ***דוקטרינת הפרשנות המרחיבה***(מועדפת ע"י לווין)-
זה נכון שיש חוקים, אבל הם מתפקדים במסגרת רחבה יותר של עקרונות יסוד. ניתן להחדיר לתוך ס' ספציפי עוד סעיפים בדרך של פרשנות מרחיבה. המע' המשפטית לא מכילה רק נורמות שהמחוקק קבע, אלא גם יסודות מוסריים כמו תקנ"צ, לא ייצא חוטא נשכר וכו' שאותם אנו מחדירים לחוק וכך קמים עוד ס' משנה. כלומר, החוק הוא לא רק רשימה של כללים, אלא הוא גם עקרונות כלליים שמצמיחים יישום על המקרה הקונקרטי.

הש' חשין: מבקר את השופטים האחרים על כך שהם יוצרים קונסטרוקציות משפטיות במקום לומר את הדבר הישיר- **מעשיו של האב לא מוסריים**. דוחה את טענת דורנר (ס' 13(7) לא חל); הדוקטרינות של הש' לווין ואת הגישה הפור' (החלת החוק כמות שהוא) לפיה הילד לא יוכרז כבר אימוץ. הוא מבסס את טענתו על החוק המוסרי, לפי משפט הטבע ילד צריך לחיות עם הוריו, אבל הוא מסייג את משפט הטבע, כנגד משפט הטבע יש עניין מוסרי (שגם הוא חלק ממשפט הטבע)- העיקרון של "רצחת וגם ירשת".
**יש חובות מוסריות שהן חלק מטבע האדם, הן חלק מהאינסטינקטים שלנו, אבל מקצתן מקבלות "לבוש" של חוקים ומקצתן מרחפות בחלל עולמנו- עולם המשפט, כלומר הן לא חוק מובהק, אבל הן נמצאות שם.** בענייני חשין מדובר על **חלק בלתי נפרד** ממע' המשפט וזה נקרא משפט טבעי כי מדובר על עקרונות לא פוזי' שלא רק שעומדים בפני עצמם, אלא שיש להם מעמד גבוה יותר מחוק- הם שם מאז ומתמיד, הם מרחפים.
זוהי טענה נון-פוזי' כי לפיו יש להכניס שיקולים שאינם כוללים כללים משפטיים לתוך מע' המשפט.

בתוך הגישה הנון-פוזי' יש תתי גישות ביחס לשאלה מה הם הרכיבים של מע' המשפט שאינם פוזי'. ***הגישה הקלאסית היא המשפט הטבעי***. הוגים חשובים שתומכים בגישה זו הם אפלטון ואריסטו.

**אריסטו, פוליטיקה ספר א, פרק ב (א 2ג, עמ' 20)**מילות מפתח: תכלית, טבע, שלמות, שותפות, טוב. אריסטו מזהה את ההקשרים בין כל המושגים הללו.

עפ"י אריסטו, ישנן ארבע סיבות שהופכות את האובייקט למה שהוא:

1. סיבה חומרית (חומר)
2. סיבה צורנית (צורה)
3. סיבה פועלת
4. סיבה תכליתית

ניקח דוג' של כיסא.
1.חומר- הכיסא עשוי מחומר מסוים (נניח עץ או פלסטיק) וכדי שהכיסא יהיה "כיסא" הוא צריך סיבה חומרית כלשהי שתהפוך אותו למה שהוא.
2.צורה- הכוונה היא לא לתבנית, אלא למהות של האובייקט. אצל בנ"א המהות (צורה) היא השכל. אם הצורה כבר לא קיימת באובייקט אז הוא משתנה. כשאובייקט מספיק להיות צורה אחת הוא מתחיל להיות צורה אחרת, למשל אדם מת הוא כבר לא "אדם", אלא הוא נהיה אובייקט של "אדם מת".
3.סיבה פועלת- בנוגע לכל אובייקט, יש משהו שגורם לו להיווצר. כך למשל הכיסא נוצר ע"י הנגר, הנגר הוא הסיבה הפועלת של הכיסא. הסיבה הפועלת של בנ"א היא הוריו. העולם, לפי האמונה הדתית, הוא סיבה פועלת של האל, אך יש כאלו שמאמינים שהעולם הוא קדמון (קיים מאז ומעולם), אז אין לו בעצם סיבה פועלת.
4.סיבה תכליתית- כל האובייקטים נמצאים במצב של הוויה והיפסדות(שינוי או כיליון) ולכן אובייקט לעולם לא יישאר באותו מצב. להליכי הוויה והיפסדות של אובייקטים יש חוקיות פנימית (תינוק לא יהפוך לסוס למשל). החוקיות הזו כונתה בידי אריסטו ***יציאה מן הכוח אל הפועל, פוטנציה ואקטואליה.*** תינוק,למשל, נמצא בהליך מתמיד של יציאה מהכוח אל הפועל שגורמת לו להשתנות, והתנועה הזו, היא הסיבה התכליתית. סיבה תכליתית לוקחת את **הצורה** של האובייקט ומוציאה אותה מהכוח אל הפועל. הצורה של אובייקט שיוצאת מהכוח אל הפועל היא ***הטבע של האובייקט***. לכן יש קשר בין התכלית של האובייקט לטבע של האובייקט והיא גם קובעת את השלמות של אותו אובייקט( שלמות= מימוש הפוטנציאל).

אובייקט שנמצא במצב פוטנציאלי הוא פחות שלום מאובייקט שנמצא במצב אקטואלי – כל תהליך של יציאה מהכוח לפועל הוא תהליך של קניית שלמות. במצב פוטנציאלי – האובייקט במצב פחות שלם וכשהוא נמצא במצב אקטואלי הוא יותר שלם. טוב קשור בעיני אריסטו לטבע של האובייקט – במובן הזה שהוא קשור לשלמות שלו וליציאה שלו מהכוח אל הפועל ולמימוש התכלית שלו. כלומר, סיבה צורנית ותכלית שמוציאה את הכוח אל הפועל שהוא בעצם התגלגלות של הסיבה הצורנית באמצעות הסיבה התכליתית שטבועה באובייקט, זה מה שמעניק שלמות לאובייקט.

"אדם הוא בע"ח מדיני עפ"י הטבע"
אריסטו טוען שהקיום האנושי הוא קיום חב' במובן הזה שאנשים לא יכולים להתקיים מבלי חב'. הם צריכים להיות באינטראקציה ואינטראקציה עם הרבה מאוד בנ"א נקראת "מדינה". כל זה נובע מהעובדה שהאדם לא מספיק לעצמו. "***מספיקות עצמית***" זה מצב שבו אובייקט יכול לספק לעצמו את צרכיו כדי להתקיים עפ"י טבעו ומהותו. בנ"א, במובן הבסיסי ביותר, זקוקים לשת"פ רחב כיוון ויש להם צרכים מורכבים. כדי שאדם יוכל להתפתח כאדם ולצאת מהכוח אל הפועל, הוא חייב לשתף פעולה וזו משמעות הטענה שאדם הוא בע"ח מדיני עפ"י הטבע. זה מתחיל ממשפחה, עד הכפר וזה צריך להגיע לשת"פ של מדינה. זה לא חייב להיות מדינה גדולה, אבל עדיין צריך מסגרת מדינית מסוימת שמאפשרת את המספיקות העצמית, ורק כך ניתן להגיע לשלמות=כל הפרטים מסוגלים לספק לעצמם את כל צרכיהם. הגוף בעייני אריסטו הוא **המדינה, היא מספיקה לעצמה כי מצליחה לספק את כל הצרכים הבסיסיים.** ההתפתחות הקוגניטיבית הרגשית והמוסרית היא פו' של החיים שלנו בתוך חב'.המדינה היא ממהות הקיום האנושי. ומאחר והיא ממהות הקיום האנושי היא התכלית של הקיום האנושי, כי כל עוד אתה במצב של היעדר אתה לא יכול להגיע לשלמות עצמית. ולכן זה הטבע של הקיום האנושי שמאפשר את השלמות, ומאחר וזה השלמות זה הטוב הטבעי. בגלל שבנ"א לא מספיקים לעצמם, המדינה קודמת ליחיד כי היחיד לא יכול לחיות בלי האינטראקציה, אחרת הוא לא יגיע למספיקות עצמית זה כמו שהיד לא יכולה לחיות מחוץ לגוף, אחרת אין לה קיום. המדינה היא הגוף שמספיק לעצמו.
מי שאין לו מדינה, עפ"י הטבע ולא עפ"י המקרה, הוא או פחות או יותר מבנ"א. פחות= אובייקט שהצרכים שלו מיני' כמו אבנים, או אובייקטים דוממים או שיש להם יכולות עצמיות אינסופיות כמו אלוקים.
מאחר והאדם לא מספיק לעצמו והמדינה היא טבעית לו, אחת התכונות שמהותיות לבנ"א כפרטים, היא שהם חיים בקב'. אמנם גם בע"ח חיים בקב', אך קיום בנ"א מבוסס על **דיבור**, כלומר יש לאדם כוח שכלי ולבע"ח יש רק יכולת להתריע על הכואב.בענייני אריסטו, היכולת השכלית היא להבחין בין הצודק לבלתי צודק, בין הטוב לרע. החשיבה הרציונאלית שלנו מבחינה בין טוב ורע וגם בין מועיל ומזיק. אנו לא יכולים לחשוב על הקיום החב' שהוא טבעי, מבלי שאנו משלבים את היכולות השכלית שחלק ממנה זה יכולת להבחין בין טוב ורע בין מועיל למזיק. המשמעות היא שההבחנות בין טוב ורע וצדק ועוול- הן ממהות החיים הפוליטיים של בנ"א וזה חלק מהטבע של בנ"א.

אריסטו מוסיף עוד נק', מי שהקים את המדינה הראשונה העניק לאדם את המתנה הגדולה ביותר. בנ"א הם יצורים שכליים בעלי שק"ד מוסרי והכלי הגדול ביותר שיש בידיהם זה השכל, זה מעורר אפשרות שאנשים ייקחו את התכונות הללו לכיוון שלילי וכשזה קורה זה הרוע הגדול ביותר. מקור הרוע המשחית ביותר זה בנ"א, כי אותו דבר שיכול להוביל לתועלת הגדולה ביותר, יכול גם לכוון לכיוון ההפוך כך שיגרום לנזקים הכי גדולים.

מדובר על צורת חשיבה שמציגה תמונה על מה זה לומר שהחשיבה המשפטית היא טבעית.

[**אריסטו, אתיקה מהד' ניקומאכוס, ספר ה, פרקים ז, י (א 2א, עמ' 16).**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140864/Media/%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%95%D7%AA/%D7%90%D7%A8%D7%99%D7%A1%D7%98%D7%95%20-%2016%20-%2019.pdf) **חלק א'**כשמסתכלים על מע' חוקים צריך לעשות הבחנה בין :
***צדק טבעי***- צדק מדיני לפי הטבע
***צדק מן החוק***- צדק מדיני מן החוק
זאת הבחנה שאופיינית למי שמחזיק בתפיסה של משפט טבעי, הוא חושב שיש רכיב בכל מע' משפט שהיא פו' של קיום אנושי של חב' כחב' והיא לא תלויה בהחלטה של בנ"א, וגם אם בנ"א יפעלו באופן הפוך, הם יפעלו בניגוד לטבעם. לעומ"ז, יש גם צדק מדיני מהחוק- פו' של החלטה, התוקף הוא פוזי' ובגלל שהחליטו שזה החוק זה מחייב לא פחות והיה ניתן להחליט אחרת.
יש דברים שצריך להחליט ורציונאלי להחליט לגביהם, אבל התוכן של ההחלטה הוא לא רציונאלי. למשל בחירה של איזה צד לנסוע: במ"י זה שמאל ובבריטניה זה ימין. הבחירה היא שרירותית, אך מרגע שהחלטנו זה מחייב. במדינות שונות נוסעים בצדדים הפוכים ולכן לא מדובר בצדק טבעי.

**חלק ב'**מדובר על ***עקרון היושר האריסטוטלי***.
אריסטו מתחיל בשאלה פילו' שהיא שאלה מושגית ולשונית, הוא דן ביחס שבין שני מושגים:

* צדק
* הגינות

פרדוקס: אנו מניחים שמבחינה לשונית ומושגית הגינות וצדק אלו לא מילים נרדפות. ואם זה אלו לא מילים נרדפות פירוש הדבר שזה שונה לעשות דבר הגון ודבר צודק באותן נסיבות. אז אם הדברים שונים, כל סטייה מהצדק היא אי צדק וכך גם מעשה הגון זה אי צדק. מצד שני להגיד שהגינות זה לא צודק, זה מנוגד לאינסטינקט הבסיסי שלנו. אריסטו יוצר לכאורה פרדוקס: אם צודק לעשות x והוגן זה לא צודק, אז פעולה הגונה היא לכאורה פעולה בלתי צודק.

פתרון: חוקים הם כללים אבל לא כללים מידי, הם מנוסחים בצורה של כללים קונקרטיים שמכוונים התנהגות. בשל האופי המיוחד הזה, נוצרת בעיה שבה מע' החוקים הכלליים הללו מתאימה למקרים הטיפוסיים והשכיחים, אך לא למקרי הקיצון. זה טבע החוקים- כדי להכווין התנהגות הם צריכים להיות כלליים (אך לא מידי) ולצפות את המקרה הטיפוסי.

הבעיה היא שיכולים להיווצר מקרים חריגים שהמחוקק לא צפה ובמקרה החריג החלת הכלל הרגיל יכול לגרום למצב בלתי צודק. במצב הזה יש פער בין האופי הכללי של החוק לבין היישום שלו על המקרה החריג.[[1]](#footnote-1) אם המחוקק היה מזהה את החריג הזה הוא היה צריך לעשות סייג לכלל, אבל ברור שלא ניתן לצפות את כל המקרים (זה טבעי למע' חוקים- פירוט יוביל לסרבול).
לפי אריסטו, במקרה החריג נכנסים ***לשיקולי הגינות***. להיות הגון זה להיות מודע לפגמי החוק, שנוגע לעובדה שהחוק לא פונה למקרים הבלתי שכיחים ואז לתקן את המצב (נעשה באמצעות שיקולי הגינות). הטענה נכונה לא רק ביחס לשיקולים משפטיים, עקרון היושר רלוונטי גם להתנהלות הבין אישית של בנ"א.

**מו"נ פרק ל"ד**הרמב"ם,לעומ"ז, נוקט בגישה שונה של ***עקרון דרך הרוב***. הטענה של הרמב"ם היא שכשהמחוקק בא לחוקק חוקים, הוא צריך לקחת בחשבון את המקרים שקורים באופן טיפוסי (על דרך הרוב). אין לו עניין להסדיר מקרים חריגים משתי סיבות:

* זה בלתי אפשרי
* זה יחתור תחת יכולת החוק להכווין התנהגות

כדי להכווין התנהגות צריך להעמיד את המקרים הטיפוסיים ולהתעלם מהמקרים החריגים. גם אם מדובר במחוקק אלוהי שמודע לכל המקרים החריגים, זה עדיין בעייתי, כי פירוט כל המקרים יביא לסרבול החוק כך שלא יכווין התנהגות. כדי ליצור בטחון וודאות צריך ליצור סדרה קצרה שמחייבת להתעלם מהמקרה החריג. במקרה החריג, בניגוד לאריסטו,הרמב"ם סובר שצריך להכיל את הכלל ולשלם את המחיר של אי צדק במקרה הפרטי, מפני שהאלטרנטיבה היא מחיר כבד לעין ערוך במונחים של שלמות המע' ההלכתית ושכרנו יוצא בהפסדנו. הוא עורך הקבלה בין חוקי הטבע למשפט וטוען שגם לחוקי הטבע יש חוקים כלליים שחלים על המקרים הטיפוסיים ועל המקרים החריגים, לטובת הסדר הכללי כי זה עדיף מכאוס.

**ב. הפוזיטיביזם**

**אוסטין -, Lectures...I (א 13, עמ' 163)**לפי אוסטין החוק הוא סוג של פק' וכדי להבין את המושג "חוק" צריך להבין את הפק'.
**פקודה היא**:

1. מבע **ר**צון
2. שניתן ע"י **פ**ועל תבוני אחד כלפי ייצור תבוני אחר
3. והפקודה נועדה ל**כ**וון ההתנהגות
4. כשלנותן הפקודה יש **כ**וח (סוג של סמכות) כלפי מקבל הפקודה.
5. קיומה של **ס**נקציה כאשר מבע הרצון לא נענה.

חוק זה מקרה פרטי בתוך המושג שנקרא פקודה. תחת ההגדרה הזו יש סוגים שונים של פקודות שנקראות חוק ולא בכל הסוגים הללו אנו מתעניינים ביחס למשפט. אנו מתעניינים בסוג מסוים של פקודות.
**מבע רצון+סנקציה= פקודה**סנקציה זה גרימת נזק כאשר מבע הרצון לא נענה.

אוסטין מבחין בין פקודות ספציפיות לפק' כלליות:

* פקודות ספציפיות- מצווות לעשות פעולה מסוימת ברגע מסוים
* פק' בעל אופי כללי- לחוק יש אופי כללי.

כשמדברים על פקודות במובן של חוקים ניתן לעשות הבחנה בין:

* חוקים של בנ"א- במסגרת חוקי האדם יש לעשות הבחנה בין 2 סוגים של חוקים:

1.חוק שנקבע ע"י הריבון כלפי הנתינים

2.חוקים של בנ"א כלפי בנ"א אחרים כאשר מי שיצר את החוקים הללו הם בנ"א שאינם ריבונים(מרצה לעומת סטודנטים, אבא ובן). גם כאן לנותן הפק' יש סמכות+סנקציה, אבל זה לא נחשב חוק פוזיטיבי לפי אוסטין!

* חוקי האל- מבעי רצון בעלי אופי כללי שאוסרים\מתירים פעולות מסוימות. נקרא גם חוק טבעי. לפי התפיסה התיאולוגית של אוסטין האל נותן פקודות ואלה פקודות כלליות. זה לא מעניינם של אלה שעוסקים בתורת המשפט.

אוסטין מתעניין בחוקים שקבע הריבון כלפי נתיניו = ***חוקים פוזיטיביים***.  ***מוסר פוזיטיבי***, לעומ"ז, לא ניתן ע"י הריבון, אלא ע"י החב' בכללותה או קב' ממנה (דוג': חוקים בינלאומיים- הציות הוא דיי מבחירה, ניתן גם לא לציית כי אין ריבון מסוים).
השם חוק פוזי' הוא מלשון "עמדה", עמדת כוח.
***ריבון*** ,בניגוד לבעל סמכות אחרת, הוא זה שיש כלפיו **הרגל ציות** והוא עצמו **לא כפוף** לשום גורם.
המוסר הפוזיטיבי מובחן מחוק הטבע ,שהוא חוקי האל, בכך שמוסר פוזיטיבי זה **אדם כלפי אדם**.

חוק= פק' בעלת אופי כללי
פק'=מבע רצון+סנקציה

מה שהופך מבע רצון לפק' זה יחסי הכוח(כאשר לנותן הפק' יש כוח כלפי מקבל הפק').
ישנה הבחנה בין ***פק' לפי המובן הלשוני***-כאשר יש אופי של צווי מבלי שיש כוח כלפי מקבל הפק'(כשלא מופעלת סנקציה), לבין ***פק'***- שמה שמאפיין אותה זה הכוח והאפשרות להפעיל סנקציה, גם כאשר מבחינה לשונית זה נראה כמו בקשה בלבד.
**חובת הציות לחוק**, לפי אוסטין, הוא מצב שבו צפוי לפרט **נזק** אלמלא ימלא אחר הפק', כלומר **תופעל הסנקציה.**

***חוקים פוזי'*** = פקודות בעלי אופי כללי **שנתן ריבון**,[[2]](#footnote-2) שזוכה להרגל ציות מצד קב' של אנשים, והוא עצמו לא כפוף לאף גורם אחר. כל דבר אחר לא יענה על ההגדרה של החוק במובן הפוזי'.
ייתכן הריבון מסמיך גורמים אחרים לחוקק בשמו וגם זה ייחשב חוק פוזי' כמו למשל כוח של מפקד בצבא (כי הכוח שלו ניתן ע"י חוק).

לפי אוסטין, אם רוצים לדעת אם יש חוק במקרה ספציפי צריך לבדוק האם יש פק' של הריבון ולצידה סנקציה.
הפרה של חובה מוסרית לא מקימה סנקציה ולכן אין חובת ציות, בניגוד לחוק פוזי'.

ביקורת של הארט על התפיסה של אוסטין:
1.מושג ה**פ**ק'- הארט טוען שאוסטין יש דימוי של "אקדוחן". תרחיש: שודד מגיע לבנק, מכוון אל הפקיד אקדח ומצווה עליו לתת לו את הכסף שבקופה. זה מצב שבו האקדוחן הוא נותן הפק' ויש לו סנקציה וזה עונה גם על המובן הלשוני של פק'. עוד סיטו' היא קצין שמצווה על החייל להסתער. האם הפק' הללו דומות או שיש בניהן הבדל?

הארט טוען שיש לבצע הבחנה בין:

* פק' במובן הלשוני
* פק' במובן הנורמטיבי

פק' במובן נורמטיבי, בשונה מפק' במובן הלשוני שמאופיינת במבע רצון+סנקציה בלבד, היא כשיש מע' של **סמכויות וכפיפויות** שמבוססת בתוך הקשר חב', כשנותן הפק' ומקבל הפק' מקבלים את יחסי הכפיפות בניהם.
בצבא ,בניגוד לדוג' האקדוחן, יש הזדהות עם האורגן, יש יחסי כפיפות, המפקד הוא גורם לגיטימי שנותן פק'. זה לא אומר שתהיה חובה לציית גם במקרים מאוד חריגים, אבל עדיין יש הכרה בסמכות גם אם בסופו של דבר לא יהיה ציות.

שאלת הסנקציה- ניתן לדמות פק' נורמטיביות רבות מבלי שמוטלת עליהן סנקציה. כמו למשל רב אל תלמידיו. מה שהופך פק' לפק' זה לא הפעלת הכוח, אלא העובדה שישנם יחסי כפיפות שמוכרים ע"י נותן ומקבל הפק'- זוהי פק' בעלת אופי נורמטיבי, בניגוד לפק' לשונית שיכולה להיות מבוססת על כוח בלבד. לפי הארט, יש להסתכל על חוקים באמצעות פק' במובן הנורמטיבי. מסקנה: אין מניעה לחשוב על פק' בלי סנקציות וזה מה שמאפיין כפיפויות במובן הנורמטיבי.

2.אוסטין לא מסווג את ה**נ**ורמות שקיימות במע' המשפט. הארט טוען, לעומ"ז, שיש סוגים שונים של נורמות מבחינת מעמד לוגי:

* נורמות מטילות חובה
* נורמות מעניקות כוחות וזכויות

***נורמות מטילות חובה***- מופיעות בעיקר בחוק הפלילי והנזיקי- אומרות מה ניתן לעשות וממה צריך להימנע. הן יכולות להיות חובות "עשה" וגם חובות "אל תעשה". במקרה של הפרה הריבון יפעל ויטיל סנקציות.
***נורמות מעניקות זכויות***- חוקים כמו חוק החוזים(כריתת חוזה מעניקה סעדים במקרה של הפרה) או חוק החב'(אישיות משפטית נפרדת והגבלת אחריות-מגן על הבעלים במקרה של חדל"פ) עונים על הגדרה זו. כמעט כל החוק האזרחי זה כללים מעניקי כוחות, כללים שמאפשרים לשנות את המצב המשפטי בכל מיני סיטו'.

יש כאלו שיטענו שניתן לתאר את הנורמות שמעניקות כוח כנורמות שיש בהן חובה אל מול סנקציה. לדוג': אם אתה רוצה את ההגנה של חוזה, אתה צריך לפעול לפי כללים מסוימים ואם לא פעלת לפיהם אז מופעלת סנקציה שהיא שאין חוזה. אך תיאור של בטלות חוזה כסנקציה זו טעות מושגית כיוון וסנקציה בהגדרתה היא סוג של תגובה שנפרדת מהמעשה האסור- יש "מעשה" ואז יש "תגובה" (=סנקציה). היעדר האפקטיביות בזה שלא פעלת לפי הכללים זה לא אפקט נפרד מהמעשה עצמו, כלומר זה לא סנקציה.

***קלזן*** (שהיה גם פוזי') ביקר את ההבחנה של הארט. לפיו נורמות מעניקות חובות הן נורמות שבהן אתה מפעיל את הכוח שהמחוקק נתן לך, אתה מגייס את הכוח של הריבון שיעמוד לטובתך. כך לדוג' בנישואין מוטלות על הבעל חובות (כמו למשל חובת המזונות) ואם הוא מפר את חובותיו ביהמ"ש ירתם כדי לעזור לאישה. כלומר, הנישואין עצמם (שינוי הסטאטוס) מגייסים את כוחות המדינה. לכן ההבחנה של הארט בין נורמות מטילות חובה שיש בהן כוח קיימת גם בנורמות שמעניקות כוחות, כיוון וכוח המדינה מגויס כדי שהזכויות יתממשו ולא יופרו.

תגובתו של הארט לביקורת של קלזן- אם נסתכל בעיניים קצת יותר פקוחות על נורמות שמעניקות כוחות אז נראה שהיסוד של הריבון זה לא ממהות החוקים. כך לדוג' אנשים נכנסים לתוך מוסד הנישואין לא בגלל הרצון לגייס את כוחות המדינה, אלא כי הם רוצים ליצור מסגרת שתאפשר לממש כמיהה של קשר משמעותי. תיאור אחר של גיוס כוחות המדינה לתוך מע' היחסים יהיה קצת אבסורדי. עוד דוג' היא חוה"ח- אנשים כורתים חוזה כדי לקדם מטרות ותוכניות ולא כדי לגייס את כוח המדינה במקרה של הפרה והעצה הטובה ביותר תהיה שאם יש חשש להפרה אז עדיף בכלל לא לכרות חוזה מלכתחילה.
מהות המוסד המשפטי הוא לתמרץ (ע"מ שהפרטים יוכלו להגשים את עצמם ולקדם מטרות)ולא להעניק הגנה.

3.מושג ה**מ**נהג כמקור לנורמות משפטיות- כשאומרים שהמנהג הוא מקור לנורמות צריך לעשות שתי הבחנות:

* מנהגים כמקור **השראה** למחוקק שמעגן אותם בנורמה משפטית.
* מנהגים שהופכים **לנורמות משפטיות תקפות** כשלעצמן, ללא הליך של פסיקה או חקיקה, אלא מתהווים בתנאים מסוימים כך שהופכים לפרקטיקה משפטית.

דוג': בשנות ה-50 היה ניתן פיצוי לעובד שפוטר, מתוך מנהג מחייב שלא אומץ בחקיקה, אבל קיבל תוקף משפטי. לאחר מכן חוקק חוק פיצוי פיטורין שעיגן את מה שהיה מנהג מחייב. כלומר, החובה הייתה קיימת לפני החוק באמצעות מנהג בעל תוקף משפטי.
הארט מעלה שאלה: איך, עפ"י הגישה של אוסטין, יכולות להיווצר נורמות משפטיות באמצעות מנהגים? הרי החוק הפוזי', לפי הגדרתו, נוצר ע"י הריבון.
תשובה של אוסטין לביקורת- המנהג לא יוצר את הנורמה המשפטית, מה שיוצר אותה זה ההכרה של הריבון. אם אין הכרה מדובר בנורמה אך היא אינה משפטית.
הארט בתגובה- ההסתכלות של אוסטין מראה על חוסר הבנה של מע' המשפט, כי כאשר ש' מטיל פיצויים על מעביד הוא עושה את זה בגלל קיומה של נורמה משפטית (אם תשאל אותו זה מה שהוא יענה). ולכן התיאוריה של אוסטין לא מסבירה איך מנהגים יוצרים נורמות משפטיות כשלעצמם ולא רק מהווים מקור השראה.

4.נורמות משפטיות שחלות על ה**ר**יבון עצמו- לפי אוסטין, הריבון לא כפוף לנורמות של עצמו (בניגוד לשאר האזרחים). אך בפועל יש חוקים שחלים גם על הריבון, גם הוא כפוך למע' של חוקים.
פתרון: הריבון לא באמת כפוף כי הוא יכול לבטל את התוקף של הנורמה ולכן זה מצב שונה מכפיפות לנורמה של אחר. כלומר, ריבון יכול לעשות כרצונו ולא לציית, אך כדאי לו להתחשב באילוצים של הציבור ולציית כדי למשל דוג' אישית.

5.התיאוריה של אוסטין מחמיצה את היסוד המערכתי ה**א**ינטר-פרסונאלי של מע' משפט.
אוסטין מתאר מצב שבו הריבון זה סוג של אישיות שמצייתים לפקודותיו, בניגוד למצב האמיתי- כשחושבים על המשפט לא חושבים על נורמות כפק' שמישהו נותן ואז צריך לציית אליהן, למע' המשפט יש אופי מערכתי ולא אישי.
לדוג': מלך חוקק חוק ולאכן מכן נפטר, במצב כזה נותן הפק' לא קיים, אך החוק ממשיך להתקיים. החוק הוא אינטר-פרסונאלי, יש לו מעמד נפרד מנותן הפק'.
לפי אוסטין, חוק מבוסס על פק' אז אם מתחלף ריבון, מתחלפת מע' המשפט(דוג' של א"י- חוק יסודות המשפט- לפיו התחלפה מע' משפט כי מה שמשנה זה לא התוכן, אלא מיהו הריבון).

6.מושג ה**ח**ובה המשפטית- לפי אוסטין החובה המשפטית היא כורח שמוטל על הפרט בשל החשש לנזק במקרה אי ציות. הארט, לעומ"ז, טוען שלהיות תחת חובה(במובן הנורמטיבי) זה לתפוס את הנורמה כמחייבת גם אם לפעמים לא מצייתים לה. חובה משפטית ,בעייני הארט, היא לא פחד מסנקציה אלא כמשהו שהפרט תופס כמחייב.

**הגישה של הארט**נק' המוצא של הארט היא להבין מהו כלל חב'. כללים משפטיים הם קב' בתוך כללים חב'.
כלל חב' לפי הארט מכיל שני מאפיינים:

* דפוס התנהגות
* ציות פנימי

ציות פנימי הוא מצב שבו מאמצים דפוס מסוים ו**משוכנעים בנכונות שלו**, עושים אותו מרצון ותופסים אותו כ**מחייב**. הציות יכול להיות בדרגות שונות בהתאם לרמת השכנוע של כל פרט.
קשה לדמות כלל שכל הציות שלו מבוסס על פחד מבלי ציות פנימי.
***כלל חב'*** זה מצב שבו יש חובה והציבור מציית לה בגלל דפוס התנהגות+ציות פנימי ובמידה ומישהו חורג מהנורמה הזו הוא יזכה לגינוי/ביקורת, יש לו בסיס נורמטיבי.
לפי הארט, כללים משפטיים הם כלליים חב', כי אלו כללים שנתפסים ע"י בני החב' ככאלו שיש להם צידוק ומי שחורג מהם יעמוד לביקורת.
ניתן להבחין כלל חב' לבין כלל משפטי לפי ***כלל הזיהוי*** (rule of recognition). כלל הזיהוי הוא בראש ובראשונה כלל חב' והוא הכלל שעומד בבסיס המע' המשפטית.

דוג': באנגליה הכללים המשפטיים נוצרים ע"י הפרלמנט וישנו כלל חב' שאומר שכללים שנוצרים ע"י הפרלמנט הם כללים משפטיים. בנוגע לחב' הישראלית, יש כלל חב' לא רשום שמזהה את הכנסת[[3]](#footnote-3) כמוסד שמייצר כללים משפטיים (שהם גם כללים חב'). כלומר, הכנסת לא שואבת את כוחה מחוקים שהיא קבעה שמקנים לה סמכות(כמו חו"י: הכנסת), אלא מה שאפשר לה לחוקק את החוקים שמסמיכים אותה וגם חוקים אחרים, זה **הכלל החב' שמזהה את הכנסת כמוסד בעל סמכות לייצר כללים חב' שיש להם אופי משפטי.**

ברגע שהכנסת תאבד את כוחה, אם תאבד, אז במצב כזה חו"י לא יעזור וזה מוכיח שהכנסת פועלת מתוך כלל הזיהוי, מתוך הסכמה חב'.
כלל משפטי הוא כלל חב' כי מהרגע שיש לכנסת סמכות לחוקק חוקים, אז הקהילה מקבלת את חקיקת הכנסת כמחייבת. התפיסה היא של כלל מחייב במובן הנורמטיבי ולא רק במובן של הפחד.

כלל הזיהוי הוא כלל חב' וגם כלל משפטי. הוא שונה משאר הכללים המשפטיים שהוא מזהה כי הוא קובע את התקפות של הכללים המשפטיים. צריך לבדוק אם החוק נחקק ע"י אותו מוסד שמזוהה כמוסד שמוסמך ליצור כללים משפטיים ועבר את כל הפרוצדורה, במידה וכן- מדובר על כלל משפטי ומה שמעניק לו תקפות זה העובדה שהוא מזוהה ע"י כלל הזיהוי.
כאשר הממשל משתנה (כמו למשל ממנדט עברנו למדינה עצמאית) אז משתנה כלל הזיהוי. כלל הזיהוי הוא כלל משפטי,אבל לא ניתן לדבר עליו במונחים של תקפות, כי הוא עצמו נותן תוקף לכללים אחרים.

ייתכנו מע' משפט וכללים חב' שהם כללים משפטיים ללא כלל הזיהוי, למשל מנהג.[[4]](#footnote-4)

הארט מציע הבחנה בין: ***כללים מסדר ראשון***- כללי התנהגות של "עשה" ו"אל תעשה".  ***כללים מסדר שני***- כללים ביחס לכללים. דוג': במצב של כללים סותרים, נלך אל המאוחר מבניהם.
הוא טוען שמע' המשפט היא ייחוד של כללים מסדר ראשון עם כללים מסדר שני.

מערך של כללים מסדר שני:
**כלל הזיהוי**- כלל ביחס לכלל- עם הכללים שנוצרים ע"י מוסד שזוהה ע"י כלל הזיהוי – יש לפעול איתם כאילו היו כללים משפטיים.
**כלל פרשנות** – אותם כללים שמדריכים את הרשויות ובתי המשפט איך צריכים לפרש ולהפעיל את הכללים המשפטיים השונים כשהם באים להחיל אותם.
**כלל שינוי של חוקים**- כל מע' משפט מכילה כללים שאומרים איך לבצע רפורמה של חוקים או ליצור חוקים חדשים בשביל מצבים חדשים.

מאפיינים של מע' המשפט:
1.מה שהופך מע' נורמטיבית למע' משפט זה היכולת שלה לזהות באופן ברור ולתחם את הכללים שבתוכה ואת אלה שמחוצה לה. ניתן לזהות באמצעות פרוצדורה ברורה(כלל הזיהוי) מהו כלל תקף וזה מה שמעניק למע' **וודאות**. העובדה שיש בהירות ביחס לכללים תורמת לוודאות.
2.מע' משפט היא מע' שקל באופן יחסי להחיל את הכללים שלה. כי יש בתי משפט שמנחים איך ליישם להחיל ולפרש, כל כללי השפיטה.
3.יש למע' המשפט כללים מסדר שני שקשורים לכלל השינוי. יש יכולת לשנות את הכללים וזה מובנה למע' מעצם היותה מע' משפט שמכילה כללים ביחס לכללים (כללי זיהוי,שפיטה/פרשנות, שינוי).

וודאות והכוונת התנהגות הם ערכים מרכזיים במע' המשפט וזה יהיה אפשרי רק בהינתן מע' שיש בה איחוד בין סדר ראשון ושני. זהו לא אפיון ערכי, אלא פור', הוא לא יוצר קריטריון לחוקים. הוא טוען שמע' משפט לא תלויה בפק' של הריבון, אלא מדובר במשהו יותר מקדמי שקשור לכלל הזיהוי (ובחב' שונות יכולים להיות כללים שונים).

איך התיאוריה של הארט מתגברת על הקשיים שהוא העמיד בפני התיאוריה של אוסטין?
1. להארט אין קושי להבדיל בין סוגים שונים של נורמות, מבחין בין נורמות מעניקות כוח לבין נורמות שמטילות חובה, בניגוד לאוסטין שלא עושה את ההבחנה הזו.
2. מושג הפק' של אוסטין (שקובע שהציות נובע מפחד מסנקציה) מחמיץ את הבסיס הנורמטיבי של הפק'. הטענה של הארט, לעומ"ז, מושתת על העובדה שכללים משפטיים הם כללים חב' שיש להם מעמד נורמטיבי- הם נתפסים כמחייבים בגלל הציות הפנימי, ההזדהות וההכרה במע' ההיררכית. מסיבה זו אין להארט בעיה להכיר בכללים מעניקי כוחות כי חלק מהקושי של אוסטין להכיר בכללים מעניקי כוחות נובעת מכך שמדובר בחוקים ללא סנקציות, ללא "הפחד".
3**.** המנהג- אוסטין לא מסביר איך מנהג יכול להיות מקור לנורמות משפטיות, אבל לפי הארט אין בעיה כזו, הרי אפילו כלל הזיהוי הוא סוג של מנהג. החב' יכולה ליצור כללי התנהגות שמוכרים ככללים בעלי תוקף משפטי וזה לא בגלל כלל הזיהוי, אלא בגלל שתנאים מסוימים התמלאו. לדוג' פיצויי פיטורין, נתפס כמחייב בשנות ה-50, אבל לא בגלל שמדובר בכלל של הריבון. זה נכון שבחב' מסוימת בהינתן כלל זיהוי, הנטייה לתת למנהגים תוקף משפטי הולכת וקטנה, אך עדיין האפשרות קיימת.
4. איך מסבירים נורמות שחלות על הריבון? לפי אוסטין הריבון לא כפוף לנורמות. לפי הארט, כלל הזיהוי קובע את סמכות הריבון באופן שסמכותו מוגבלת, וכשהיא יוצרת לעצמה כללים הם מחייבים אותה מכוח החקיקה שלה. לכן אין בעיה להחיל את הכללים גם על הריבון.
5. הארט טוען שאוסטין לא מצליח להסביר את ההבדל בין חילופי הריבון לבין חילופים של מע' המשפט. לפי אוסטין, ברגע שמתחלף ריבון(נותן הפק') התחלפה מע' משפט, כי מע' המשפט היא פו' למי שנתן את הפק'.
לפי הארט, יש למע' המשפט יסוד של אינטר-פרסונאליות. כלומר, ברגע שהחוק התקבל הוא מתנתק מהמחוקק הספציפי. מה שיוצר מציאות משפטית חדשה זה העובדה שכלל הזיהוי חדל מלהתקיים. אם הוא משתנה, המע' המשפטית משתנה. כך לדוג' כלל הזיהוי מזהה את הכנסת "ככנסת" ולא את חה"כ הספציפיים שבה וברגע שאחד מהם יתחלף, חוקיי הכנסת ימשיכו להתקיים. רק במידה ותהיה מהפכה וכלל הזיהוי יפקע, כך למשל מוסד הסנהדרין יעלה לשלטון, רק אז חוקי הכנסת כבר לא יחייבו כי נוצר כלל זיהוי חדש.
דוג': הקמת המדינה לוותה בחקיקת פק' סדרי השלטון והמשפט שכללה שמירת דינים(נשאר אותו תוכן של חוק), למרות זאת מע' המשפט התחלפה כיוון שנוצר כלל זיהוי חדש- מזהים את הכנסת כריבון ולא את הכתר הבריטי, ההכרה הנורמטיבית השתנתה. ייתכן שבמהלך השנים יהיו שינויים בחקיקה, אך אלו יהיו שינויים שיעשו באמצעות הדינאמיקה הפנימית של כללים מסדר שני.

**ג. נון-פוזיטיביזם**

**פולר -** [**L. Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140864/Media/%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%95%D7%AA/Fuller%2C%20Positivism%20and%20Fidelity.pdf)**,' *Harvard Law Review* 71 (1958), 630 (א 17, עמ' 247)**מדובר על ביקורת על העמדה הפוזי' שטוענת שניתן להפריד בין המוסר לבין המשפט.
העמדה הנון-פוזי' מבקרת את העמדה הפוזי' בשני מישורי דיון:

1. המישור ה**מ**ושגי תיאורטי- איך נכון לתאר את ה"חוק". הטענה של פולר היא שנכון לתאר את החוק בזיקה לשיקולי מוסר.
2. טיעון **מ**וסרי

העמדה המושגית
פולר תומך בגישה של משפט טבע פרוצדוראלי. לפיו, כאשר חושבים על טיבה של מע' משפט צריך לתאר סוג של פעילות תבונית, כלומר חקיקה היא אינה פעולה שרירותית. ישנם אילוצים שהמחוקק צריך לעמוד בהם והאילוצים הללו יביאו לשלילה של השקפות פוזי'.
ניתן לומר שישנן שתי תמות שקושרות את פולר לגישה של משפט טבעי:

1. יש לקשור את המשפט אל העקרונות שהמחוקק, שרוצה ליצור סדר חברתי מסוים, צריך להתחשב בהם שאם לא יתחשב בהם, הוא לא יצליח ליצור סדר חברתי מסוים.
2. יש להדגיש את תפקיד השכל והתבונה, בכינון של הסדר החברתי - סדר חברתי הוא לא אי רציונאלי אלא יש בסדר החברתי כשלעצמו, משהו שהוא תבוני ביסודו ואם הוא אכן כך, לא ניתן לנתק את מע' המשפט משיקולים מוסריים.

הטענה הבסיסית של פולר היא שמע' משפט היא יצירה וניהול של מע' חוק ועניינה המרכזי הוא האפשרות להכפיף את התנהגותם של בני אדם לכללים. כתוצאה מהציות כל מיני תכליות יושגו. לכן כשמחוקקים צריך לחשוב איך החוק יכול להכווין התנהגות. כדי להבין את רעיון הכוונת התנהגות באמצעות כללים לא דיי בסמכות לחוקק, יש לעמוד בקריטריונים.

**שמונת הקריטריונים לעקרון החוקיות:**1.אי סודיות (פרסום)- לא ניתן להכווין התנהגות באמצעות חוקים שהם לא ידועים כיוון שהפרט לא ידע מהו סטנדרט ההתנהגות הראוי, ע"כ יש לפרסם את החוק.
2.רטרואקטיביות- חקיקה לא יכולה להיות צופה פני עבר מפני שאם לא הזהרנו מלכתחילה את הפרט מלנהוג בצורה מסוימת וכעת מענישים אותו לאחר מעשה, מפספסים את האפשרות להכווין התנהגות.[[5]](#footnote-5)
3.החוק צריך להיות כללי- לא ניתן לבנות את החוק באמצעות צווים ספציפיים שנוגעים לאדם מסוים ברגע מסוים. החוק צריך להיות כללי מבחינה של פניה לאנשים שונים ולסוג הפעולות (לדוג' "אל תגנוב"- פונה לכלל האנשים ומדובר על פעולת גניבה).
4.עמימות- חוק צריך להיות ברור ובהיר כך שלא יצריך פרשנות ושק"ד. אם החוקים יצריכו הסבר והדרכה הם לא ישיגו את מטרתם להכווין התנהגות.

**ויכוח בין הארט ופולר**לפי הארט, יש לעשות הבחנה בכל ס' חוק בין ה"גרעין"(קור,ליבה) לבין ה"הילה"(פנומברה, שטח אפור). הליבה הוא מצב שלא מצריך שק"ד, אלא הכנה מכאנית של הכלל המשפטי. אבל למרות הבהירות של החוק יש עדיין מצבים של עמימות שהם השטח האפור והמצבים הללו **בלבד** מצריכים פרשנות.
דוג': ישנו כלל שאוסר להכניס רכבים לפארק. בנוגע למכונית לא נצטרך להפעיל שק"ד ופרשנות, כיוון ומכונית היא כלי רכב מובהק שנכנס לגרעין וע"כ האיסור עומד בעינו. אך מה הגזירה של קורקינט או עגלת נכים? האם האיסור חל גם עליהם? אלו הם מצבי ביניים והם נתונים לפרשנות, עליהם אין להחיל את החוק באופן מכאני. הביקורת של הארט על **הפורמליסטים** היא שגם במקרי הקצה הם מחילים את החוק כמות שהוא.
אז לפי הארט לא ניתן להימנע ממצבים עמומים, אך המחוקק צריך לנסות "לקלוע" לכל התרחישים הבנאליים ועל מקרי הקצה יש להפעיל שק"ד.
פולר טוען שהארט טועה משום שההבחנה שלו של הגרעין ושל השטח האפור היא לא נכונה. לפיו גם הכלל הפשוט ביותר מצריך אותנו לחשוב על התכליות שלו, יש לנו לא מעט מקרים שניראה שנופלים אל הגרעין אבל עדיין מחייב אותנו לחשוב על התכליות.
דוג' הפארק- נגיד שוותיקי מלחמה רוצים להקים אנדרטה לזכר חבריהם בפארק, האנדרטה היא משאית שניתן להתניע אותה. לכאורה זה מקרה שהכלל צריך לחול עליו, זה נופל בגרעין ממש, אך אם נפעיל שיקול של תכלית החוק נגיע למסקנה שונה, הרי החוק נוצר כנראה כדי להילחם ברעש בפארק או בזיהום אוויר והצבת משאית שלא נוסעת לא תזהם או תרעיש. לכן החלת הכלל כמות שהוא גם על מקרים שהם לכאורה נופלים לגרעין תוביל לתוצאות אבסורדיות.
דג' נוספת, נגיד שיש כלל שאוסר לישון על ספסל ציבורי בתחנת רכבת. נדמיין שני מקרים:
-אדם הגיע בשעה מאוחרת והוא פספס את הרכבת ויש עוד שעה לרכבת הבאה, הוא עייף ונירדם.
-חסר בית שמשתרע שם.
האם מבחינת הגרעין הקשה שניהם הפרו את הכלל באותו מובן?
פולר טוען שהמחשבה על התכלית והמטרה של הכלל צריכה להתקיים בכל החלה של הכלל. זה לא נכון לעשות הפרדה בין המצב שהמקרה נופל לגרעין לבין השטח האפור.

הטענה של הארט כנגד פולר היא שיש לא מעט מקרים שבהם אנו מחילים את הכלל באופן טכני-מכאני. אך לדעת פולר אין החלה פורמאלית של הכלל, תמיד לוקחים בחשבון תכליות, מטרות גם כשזה ניראה ניכנס לגרעין.

5.היעדר סתירות- לא ניתן להכווין התנהגות ע"י הוראות סותרות, אך ככל שמע' חוק מסובכת יותר קשה להימנע מסתירות פנימיות. הרבה פעמים משתמשים בכללים מסדר שני כטכניקות התמודדות עם סתירות (למשל חוק מאוחר גובר על מוקדם).
6.חוק שניתן לקיימו- במידה ורוצים להכווין התנהגות לא ניתן לצוות על אנשים לעשות דברים שאין ביכולתם לעשות.
7.יציבות החוק- אם רוצים להכווין התנהגות אחד הדברים החשובים ביותר זה שהחוק חייב להיות קבוע, אנו צריכים לחשוב פעמיים לפני שמשנים אותו כי ברגע שעושים שינוי זה מערער את היציבות.
8.התאמה בין חוק שנחקק לחוק שנאכף- כדי שהמע' תעבוד באופן תקין צריך להניח שמה שיצר המחוקק זה מה שנאכף. אם המחוקק מבין את החוק בצורה מסוימת, אך בתי המשפט מפרשים בצורה שונה- אז מגיעים למצב שלא ניתן להכווין התנהגות כי החוק שנחקק הוא לא החוק שנאכף.

הקריטריונים הללו הם "המוסר הפנימי של החוק" וכל מי שרוצה להכווין התנהגות צריך להתחשב בהם. האילוצים הללו מגבילים את היכולת של המחוקק להפעיל קפריזות מהסוג הלא רצוי.
המוסר החיצוני של החוק זה **תוכן החוקים** עצמם.

שמונת הקריטריונים הללו הם ביסודם דרישה מוסרית. הקריטריונים הללו מאוד רציונאליים וגם יש בהם יסוד מוסרי מובהק (לא צודד לחוק חקיקה רטרו למשל). לפי פולר, העקרונות הללו מהותיים מבחינת הכוונת התנהגות ובגלל שזה מהות העניין המשפטי ולא ניתן לחשוב על החוק מבלי הקריטריונים הללו זה נקרא המוסר הפנימי של החוק. משמע**, לחוק מבחינה מובנית יש יסודות מוסריים ודרך כך השמטנו את הקרקע תחת הטענה הפוזי' שיש הפרדה בין חוק למוסר**. יהיה ניתן לייצר חקיקה שלא עונה על הקריטריונים הללו, אך הם לא מבטאים "חקיקה" באופן מהותי.
**מעבר לכך שהקריטריונים מהותיים לחוק הם גם קריטריונים מוסריים, כל אחד מהווה דרישה מוסרית**.

לפי פולר למוסר הפנימי(מוסר צורני או פור') יש קשר לתוכן החוק, למוסר החיצוני. מוסר צורני זה בעצם כשקובעים פורמולה ועניינה ליצור את התוכן המוסרי. ההנחה היא שבהינתן תנאים מסוימים תינתן תשובה לכל הבעיות המוסריות וממילא ידעו איך להתנהג.
***קאנט*** קבע עקרון על- עשה את המעשים שהיית רוצה שיהפכו לחוק כללי, כי לא היית רוצה שמעשים רעים יהפכו לחוק כללי. ברגע שמשהו כללי הוא מקבל תוכן מוסרי.

פולר טוען שלמשפט יש קשר הדוק למוסר, והקשר הוא דרך המוסר הפנימי של החוק. הטיעון הנגדי של הארט הוא שגם אם נקבל את הטענה שהקריטריונים הללו מובנים לתוך החוק והם מלמדים על מימד מוסרי שיש לחוק, עדיין ניתן לחשוב על מע' חוקים שתהיה רעה גם אם נאמץ את הקריטריונים באופן דווקני, כי הקריטריונים הללו לא מונעים חקיקת חוקים דרקוניים. הארט השתמש בדוג' של גרמניה הנאצית, כי הרושם החיצוני היה שכל אחד מהקריטריונים התמלא ועדיין קשה להגיד שהמע' המשפטית שלהם הייתה מוסרית.
מנגד פולר טוען שאם מסתכלים היטב על המע' רואים שבגלל המוטיבציות המעוותות של המשטר הנאצי, הקריטריונים הללו הופרו. מע' המשפט הנאצית הייתה רחוקה מלענות על תנאי המוסר הפנימי, כך לדוג' היו חוקים נסתרים וחוקים שחלו רטרו'. כמו"כ, בסופו של דבר, המע' קרסה, מה שמחזק את הטענה שמע' רעות לא יכולות לשרוד לאורך זמן.
**פולר טוען שאם יש משטר שמאמץ את הקריטריונים באופן דווקני והוא מקפיד עליהם, הוא מראש מונע ע"י שיקולים מוסריים**. אם המניע של המחוקק הוא מניע מוסרי, שעונה על המוסר הפנימי, אז חזקה שגם התוכן יהיה מוסרי.

בניגוד לתפיסות פוזי' ששואפות לדבר על תקפות של חוקים במונחים של הכל או לא כלום, פולר לא מדבר במונחים של תקפות המע'(כמו אוסטין או הארט), אלא מדבר על האופי של המע'. ככל שהקריטריונים מתמלאים יותר אז המע' נחשבת יותר משפטית,כלומר דרגות של משפטיות.

טיעון מוסרי
הטענה של פולר כנ' העמדה הפוז' שמנתקת את החוק מהמוסר, היא לא רק שהעמדה הפוזי' פגומה מבחינה תיאורטית, אלא גם **מנק' מבט מוסרית** כי אחד מתפקידי המשפט הוא להציג את החוק באופן שיקדם את הנאמנות אליו. אם מפתחים תיאוריה שמתנתקת בין מוסר למשפט אז המוסריות תהיה עניין "מקרי" למשפט (יכולות להיות מע' לא מוסריות ולא מוסריות). עמדה מהסוג זה חותרת תחת האידיאולוגיה של נאמנות לחוק, כיוון והחוק יקודם רק באמצעות הזדהות איתו, כלומר באמצעות יצירת חוק מוסרי.
חוקים שאינם מוסריים כמו למשל חוקי המאפיה, הם אינם "חוקים".

ניתן לפתח נאמנות לחוק רק באמצעות יצירת זיקה בין מע' לבין מה שראוי. אם לא עושים זאת, אז חותרים תחת הנאמנות לחוק. לפי הטענה הפוזי', אין בהכרח זהות בין המוסר למע' המשפט מה שלא יוצר תמיד מחויבות לציית, צריך **להפעיל שק"ד** כי ייתכן ומדובר בכלל בלתי מוסרי.
אם המע' לא מותנה במוסריות, אז המחויבות לציות נובעת מתוך **פחד** ולא מתוך הזדהות ונאמנות.

הטענה של הארט היא שהחוק לא משקף ערכי מוסר אידיאלי, אלא משקף ערכים מוסריים של החב'. פולר,לעומ"ז, טוען שצריך ליצור יראת כבוד לחוק ולכן יש לקשר את המוסר האידי' לחוק ולא את המוסר הנוהג, כי אולי מה שאנשים סוברים שהוא מוסרי הוא אינו מוסרי.

פולר טוען שלעמדה הפוזי' היו ביטוים חינוכיים בגרמניה הנאצית, מה שאפשר את המעבר החלק מהמשטר היחסית ליבראלי ,שאפיין את גרמניה בתק' ויינר, למשטר הנאצי ושיתוף הפעולה איתו.
בגלל שבגרמניה קיבלו חינוך משפטי פוזי', כך שזיהו את החוקים כסוג של עובדות חב', המעבר לא היה בעייתי. במידה ואזרחי גרמניה היו מבינים את הקשר ההדוק בין מוסר למשפט, הם היו רואים שלא מדובר באמת ב"חוקים" כי חוק שאינו מוסרי לא יכול להתקיים.

הביקורת של הארט על העמדה של פולר- לפי הארט, לא רק שיש יתרון לעמדה הפוזי' במישור התיאורטי, אלא יש גם יתרון מוסרי.
הפוזי' פתחו את התיאוריה הפוזי' כדי שתשרת את היכולת ליצור **רפורמות** במע' המשפט, כך שיהיה ניתן לשפר את המצב הירוד ששבו היא נמצאת. בנתהאם ואוסטין הפוזי' טענו שהאמצעי החשוב ביותר ליצירת רפורמות זה להסתכל על המשפט באופן ראלי, לבקר אותו ובאמצעות כך לשפר אותו ולהתאים אותו לתפיסות מוסריות עדכניות. כל עוד לא יוצרים הפרדה וכל הזמן מזהים את המוסר עם המשפט, אז מונעים את האפשרות ליצור שיפורים במע' המשפט, נמצאים במצב של סטגנציה, כי תמיד ידמו שהמשפט המצוי הוא המשפט הראוי. לכן יש לעמדה הפוזי' ערך עצום מבחינת היכולת לשפר את החוק ,לעומת הדעות הנון-פוזי' שלא מאפשרות שינוי.

טענה נוספת קשורה לנושא הנאמנות לחוק. פולר טען שהעמדה הפוזי' חתרה תחת הנאמנות לחוק ובגלל שלא שולבו קריטריונים מוסריים, לא צייתו לחוק.
בתגובה, הארט טוען שהחוקים כשלעצמם הם לא בהכרח מוסריים, ולכן צריך להפעיל **חשיבה ביקורתית ולא לציית בצורה עיוורת**. ייתכנו מצבים שמצריכים שק"ד שבסופם הפרט יגיע למסקנה שהחוק ראוי לציות, ובאותה מידה לגבי חוק אחר הוא יכול להחליט שהוא אינו ראוי לציות. לכן דווקא העמדה הפוזי', שמחנכת להפעיל חשיבה ביקורתית ביחס לחוקים, לא תגרום בהכרח לציות לחוקים בלתי מוסריים, להיפך דווקא הקישור בין מוסר לחוק יוביל לציות לחוקים בלתי מוסריים, כי הנטייה הטבעית היא לציית ולא להפעיל שק"ד, אז יכול להיות מצב שאנשים יתפסו את החוק כמוסרי למרות שהוא לא כזה.

**דוורקין - R. Dworkin, Taking Rights Seriously, The Model of Rules I(א 19a עמ' 347)\*\*השיעור הועבר ע"י פרופ' שפירא\*\***דבו' ינסה לתקוף את התיאוריות הפוזי' בכללן באמצעות הפרכת התורה הפוזי' התיאוריה של הארט.

עקרונות התיאוריה הפוזי' (שכוללים את הגישות של: קלזן, הארט ואוסטין):
1. המשפט בנוי מכללים ספציפיים שניתנים לזיהוי באמצעות קריטריון ספציפי שבוחן את תקפותם. לפי אוסטין, **הפק'** כללית של הריבון מחייבת; לפי הארט, **כלל הזיהוי**; לפי קלזן, **כלל הנורמה הבסיסית** שנותנת תוקף לכל נורמה.
2. מע' הכללים שנמצאת בתוך עולם המשפט היא המשפט וכל נורמה שלא כלולה במע' הזו היא איננה משפט. הש' יפעיל שק"ד רק במקרה של לקונה או בתחום של ה"רקמה הפתוחה".
3. חובה משפטית חלה ,לפי הארט, במקום שבו יש כלל משפטי מחייב. במקום שאין כלל משפטי מחייב, אין חובה משפטית.

המסקנה הלוגית שנובעת מצירוף שני היסודות האחרונים היא ששק"ד נעשה כשהוא משוחרר מחובה משפטית.

המודל הפוזי' הוא מודל של כללים בניגוד לעקרונות.
מה ההבדל בין כללים לעקרונות?
**כלל**- נורמה שתחול בנסיבות ספציפיות(דוג' המשפט הפלילי).
**עקרון**- נורמה כללית שאיננה נותנת נסיבות ספציפיות.

הכללים המשפטיים חלים בדרך של "הכל או לא כלום". אם חל- מכתיב את תוצאת המקרה ואם לא חל, אז לא רלוונטי. זאת בניגוד לעקרון, הוא לא כפוף לנסיבות ספציפיות, הוא חל באופן כללי.
מכיוון שכלל מכתיב את התוצאה של המקרה, אנו לא נסבול מצב שבו חלים שני כללים על מצב אחד, במצב כזה נצטרך לקבוע מהו הכלל הקובע. לדוג': כלל ספציפי גובר על כלל כללי. לעומ"ז, כאשר מדובר על עקרונות, העיקרון הוא מופשט ולא כפוף לנסיבות ויש מצב דיי שכיח שבו זמנית חלים על מקרה אחד עקרונות שונים ואז צריך לאזן בין העקרונות. במצב כזה לעקרונות **משקל והמשקל קובע את התחולה**.

**סטנדרט**- נורמהמשפטית שאינה ספציפית ועקרון זה מקרה פרטי של סטנדרט. יש סטנדרטים בתוך חוק. בפק' תעבורה יש ס' שאומר שמי שנוהג בחוסר זהירות שלא בתנאי הדרך דינו כך וכך. זה סטנדרט כי אין פה משהו ספציפי שיחייב את הש' לפסוק האם הוא נוהג בחוסר זהירות שלא בתנאי הדרך.
דבורקין מבחין בין שלושה סוגים של סטנדרטים:

* עקרונות מוסריים שאלה העקרונות של צדק ושוויון ופגיעה בזכויות
* סטנדרטים שהם נורמות משפטיות ברמת הפשטה גבוהה יותר
* קווי מדיניות

דבורקין מצביע על ההבדל- יש קווי מדיניות שהם ספציפיים לשיטת משפט.
עקרון כמו הגדלת הצמיחה במשק הוא עקרון כלכלי והוא שייך למדיניות או עידוד התחרות, אלה עקרונות מדיניות. אפשר להבחין בתחום של סטנדרטים: נורמות משפטיות מופשטות, עקרונות מוסריים ועקרונות מדיניות שהם יכולים להיות מניעת ת"ד וצמיחה כלכלית.

דבורקין טוען **שהמשפט הוא איננו רק מודל של כללים, אלא הוא כולל גם סטנ' ועקרונות-**עקרונות מוסריים וגם כללי מדיניות.
הוא מדגים את הטענה באמצעות כמה מקרים:
**\*פרשת ריגס**- מקרה של "הרצחת וגם ירשת"- יש התנגשות בין:

* הכלל המשפטי שאומר שמי שרשום בצוואה הוא היורש ולפי זה צריך להעניק לנכד את הירושה
* לבין תחושת הצדק של הש' שלא מגיע לנכד לרשת את הסבא.

ביהמ"ש לא נתן לנכד לרשת וחרג מהכלל המשפטי המחייב בנימוק של העיקרון המוסרי- "ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה". אם כן, המשפט הוא לא רק כללים, אחרת התוצאה הייתה שונה ולכן חייבים להגיד שהמשפט מכיל גם עקרונות.
\***פרשת הניגסן נ' בלומפילד** - יצרן רכב מכר רכב ובחוזה המכירה היה כתוב שבמקרה של פגם החובה היחידה היא לתקן את הרכב שהתקלקל ותו לא. הלקוח נקלע לת"ד שבה נפגעו בני משפחתו וכאשר הוא תבע את היצרן לשם קבלת פיצוי, היצרן אמר שלפי החוזה יש חובה לתקן בלבד.ביהמ"ש דחה את הטענות של היצרן וחייב אותו לשלם מכוח עקרונות מוסריים שחייבו אותו(למרות שלפי דיני החוזים הסכימו על משהו אחר).
שני המקרים הללו מוכיחים שביהמ"ש לא פועל לפי הכללים המשפטיים הספציפיים, אלא גם לפי עקרונות שלא בהכרח נקבעו ע"י המחוקק באופן פוזי', והעקרונות הללו מחייבים את ביהמ"ש. אם העקרונות לא חלק מהמשפט אז נצטרך לומר שהמשפט בוחר בהם, ומאין הסמכות לכך? מה פתאום ביהמ"ש מחליט לוותר על הכללים וללכת לעקרונות? ולכן התיאוריה של הארט לא יכולה להסביר את המצבים הללו.

מושג שק"ד
לפי הארט, יש שק"ד רק כשאין כלל, כלומר לש' אין שק"ד הוא צריך להחיל באופן טכני את הכלל. ניתן לומר שיש לו שק"ד חלש אם יש לו כלל וקריטריון. אך במקום שבו אין כלל, אז יש שק"ד במובן החזק של המילה.
דוג': מג"ד נותן פק' למ"פ לבחור חמישה חיילים לסיור וחמישה לתצפית. בסיור יש הליכה וצריך לקחת משא כבר ולכן הוא צריך לקחת את חמשת החזקים בפלוגה ולתצפית יש לקחת את אלה עם הראייה הטובה. למ"פ יש שק"ד שכפוף לכללים שקבע המג"ד. אם לעומ"ז, המג"ד היה אומר לו לקחת חמישה חיילים בלי הכוונה מסוימת, אז היינו אומרים שיש לו שק"ד חזק- הוא לא תחת חובה.  **חלש**- שק"ד שבו הסמכות ששוקלת כפופה לכללים או לנורמות.
**חזק** -אין נורמה מחייבת ובעל הסמכות יכול להחליט מה לעשות.

איזה שק"ד יש לש' בהחלטות שיפוטיות?
לפי הארט, זה תלוי אם נמצאים בגרעין של הכלל או בחללים. במקום שבו ניצבים מול כלל משפטי ברור, צריך להחיל את הכלל כלשונו(שק"ד חלש), ובמקרה של לקונה או מקרה קצה יש לש' שק"ד חזק.
לפי דבורקין, המשפט מכיל כללים וגם עקרונות שמכסים את כל המקרים בגלל תכונות ההתפשטות של העקרונות. על המקרה הרגיל יחול הכלל ובכל הלקונות, יחולו העקרונות ולכן הש' אף פעם לא נמצא במצב של חלל משפטי. העבודה לפי עקרונות היא מסובכת יותר כי היא אינה טכנית, נדרש איזון ונדרש שק"ד, אבל לש' שק"ד חלש בלבד.

הניתוח של דבורקין הופך את הקערה על פיה, כיוון שהיה נראה שהפוזי' הם אלה שככפופים לחוק, לעומ"ז הנון-פוזי' שנתפסו כחופשיים כי יש להם מע' של עקרונות מופשטת. דבור' הופך את הקערה ואומר שמי שיותר כפוף לחוק הם הנון-פוזי' כי הפוזי' כפופים רק כשיש כלל והנון- פוזי' כפופים גם במקום שבו אין כלל ברור. לפיהם, יש נורמה משפטית מחייבת שאותה צריך לגלות והש' כפופים לה, ואין לש' שק"ד להחליט.

לפי דבורקין אין חלל משפטי,משתמע מכך שיש תשובה משפטית אחת ונכונה לכל שאלה. המהלך של דבורקין מחייב להניח שהעקרונות נותנים תשובה נכונה כי אם אם אנו במצב של דילמה שבה אין תשובה והש' מכריע באמצעות שק"ד חזק זה מפיל את כל התיאוריה, ולכן הוא חייב להניח שהעקרונות מייצרים תשובה נכונה.

לפי דבו' יש לכך שני נימוקים:
1.מושגי\ אנליטי- כאשר המדינה מפעילה כוח(מכניסה לבית סוהר למשל) אז צריך לשאול האם חלה חובה משפטית. השאלה בפרשת ריגז היא האם הנכד הרוצח זכאי לרשת ואם כן חייבים לתת לו את הירושה ואם אסור לו לרשת אז אסור לתת לו את הירושה. אז לא יכול להיות מצב שהוא גם וגם- אז או שהוא זכאי או שלא. ההנחה היא שבשאלות כאלו, יש באופן תיאורטי תשובה אחת נכונה שניתן להגיע אליה באופן אוב', היא אולי לא גלויה לעין ולכן יש מחלוקות, אבל התשובה קיימת.
2. דבו' משמר את חלוקת התפקידים המסורתית בין המחוקק והש'. ז"א, הש' תמיד מגלה ומיישם את החוק, הש' תמיד כפוף לדין, ולפי הארט יש מקרים שהש' נוטה לכיוון המחוקק.
פרדוקס- מצד אחד דבורקין אומר שהש' כפוף לחוק, מצד שני נותן לש' כוח עצום לשקול עקרונות רבים.

ב-model of rules דבורקין נוקט בעמדה חד משמעית לפיה תפקידו של הש' ליישם את החוק ואף פעם לא ליצור אותו, אך בספר Law's empire- דבורקין מציע מודל מרוכך יותר.

תארו לעצמכם שאנו עומדים בפני אתגר של כתיבת רומן שרשרת (סופר אחד כותב פרק ראשון וסופר שני פרק שני וכך הלאה). מצד אחד, צריכה להיות נאמנות לטקסטים הקודמים ומצד שני צריך יצירתיות. יש פה משחק בין שמרנות ליצירתיות.
שני עקרונות שצריך לעמוד בהם:
1. עקרון **ההתאמה**- מי שכותב פרק חדש צריך להיות נאמן לפרק הקודם.
2. מצד שני צריך עקרון של **הצדקה**. הפרשנות צריכה להצדיק את הנורמה.
המחוקק כותב את החוק, זה הפרקים הקודמים, וכל ש' כותב פרק חדש והפרק הזה צריך להיות נאמן פרקים הקודמים (חוק +תקדימים) וצריך שהפרשנות שלו לחוק תצדיק את החוקים הקודמים. אם ש' לוקח חוק ומתוכו הוא נותן פס"ד רע, אז לא רק שהפס"ד רע זה גם אומר משהו על כל המע' המשפטית. כשביהמ"ש מצליח לפרש את החוק באופן שמתוך החוק יש נורמה צודקת, אז הוא מצדיק את השיטה. הש' מצד אחד כפוף לשיטה ומצד שני צריך לתת לה את הפרשנות הנכונה. דבור' קורא לש' בשם "הרקולס"- הש' האידיאלי צריך להיות בעל כוחות על אנושיים כדי לתת את התוצאה הנכונה.

בנוגע לפרשנות יש שני זרמים עיקריים:
1. הגישה שפנינו אל העבר ואנו צריכים ליישם את כוונת המחוקק
2. הש' פניו לעתיד והוא יכול ליצור
דבו' מנסה לתת גישה פרשנית שמשלבת את שני היסודות, מצד אחד נאמנות לשיטה ומצד שני יכולת יצירתית. קודם דוברקין הציג את עבודת השופט כיישום טכני, כאן הוא אומר שזה דור יצירתיות, אבל הכתיבה צריכה להיות נאמנה "לפרקים הקודמים".

דבור' מציע שתי אלטרנטיבות להבין מה הדין במקרה מסוים:
1. תשובה תיאורית- מה החוק אומר.
2. תשובה נורמטיבית- מה צריך לעשות במקרה כזה.

לפי הפוזי' השאלה אם אנו בתוך הגרעין היא שאלה של מה החוק אומר מבחינה תיאורית, ואם אין כלל אז נותנים תשובה נורמטיבית.
אנשי משפט הטבע יטו תמיד לתת תשובה נורמטיבית, מה ראוי, גם כשיש התנגשות עם החוק.
דבור' אומר שהוא נמצא בשאלה הזו במבוכה כי הוא לא רוצה לתת רק תשובה תיאורית, אבל גם לא רוצה לתת תשובה נורמטיבית של מה צריך לעשות, ולכן הפתרון הוא פרשנות, כי היא מגשרת על החוק כמות שהוא ועל היישום הנורמטיבי שלו.
הש' צריך לעשות את המהלך של נאמנות+הצדקה וזה נקרא integrity- המשפט כיושרה(יסוד של שלמות ואינטגרציה- אינטגריטי). המשפט זה אותה שלמות בין הנאמנות לעבר של המשפט לבין הפתרון הצודק לעתיד.

דבורקין שולל את שלושת העקרונות של הפוזי'.
1. כללים ניתנים לזיהוי ע"י עקרון מסוים- העקרונות לא נוצרו בדרכי החקיקה, אלא מכוח המוסר.
2. מע' של כללים ספציפיים- המשפט הוא כולל גם עקרונות מופשטים
3.מע' הכללים היא המשפט ובמקום שאין כלל אין חובה משפטית- גם כשאין כלל יש חובה משפטית שנובעת מהעקרונות.
לפי דבורקין, התחולה של העקרונות מביאה לכך שכל פעולה, גם הפעלה של כלל בגרעין, מחייבת התאמה לעקרונות ופרשנות(בניגוד להארט שטוען שבגרעין לא צריך להתחשב בעקרונות). למשל, ניתן לטעון שריגס נופל לגרעין, ואע"פ כן העיקרון גובר על הכלל.
העקרונות חלים תמיד וכל פעולה משפטית תהיה כרוכה בפרשנות שמתאימים בה את הכלל לעקרונות. בעמדה הזו מחזיק הש' ברק. ברק חושב לשלש' יש שק"ד חזק, אבל בנו' של פרשנות וגבולות הפרשנות הוא חושב שכל פסיקה כרוכה בפרשנות והתאמה לעקרונות (פרשנות תכליתית).
**בגישה של דבור' וברק שוללים את ההבחנה של גרעין ושוליים כי לפי דבו' הפרשנות נמצאת לאורך כל הגזרה**.
פרדוקס- מצד אחד מצמצמים את כוחו של הש' ליישום ומצד שני נותנת לש' להפעיל פרשנות לכל אורך הגזרה.

**ד. הריאליזם המשפטי והגישה הביקורתית למשפט (CLS)**

הריאליזם המשפטי
הרקע לצמיחת התנועה- בסוף המאה ה-19 התפיסה המשפטית המשוכללת הייתה הפורמליזם[[6]](#footnote-6) המשפטי. המשפט נתפס כמדעי-מע' סגורה של כללים שיש בניהם קשרים לוגיים וחשיבה משפטית היא חשיבה לוגית, התשובה תהיה ע"ס הכללים בתוך המשפט. הפור' שללו את קיומם של עקרונות.

אוליבר הולמס הוא ש' ידוע שערער על התפיסה הפור'.
**פרשת ניו דיל**- הממשל קבע חוק במדינת נ"י שהגביל את שעות העבודה במאפיות ובעלי אחת המאפיות טען שהחוק פוגע בחופש החוזים. ביהמ"ש קבל את הטענה של בעל המאפייה. הש' הולמס היה בדעת מיעוט.

"דרך המשפט" היא הרצאה מפורסמת של הולמס בנו'.
הוא טוען שיש **פער** בין החוק כתיאוריה לבין המשפט בפועל בבתי המשפט.
הולמס אמר שאם נאמץ את ההשקפה של "האיש הרע"(אדם שהוא עבריין) נדע להגדיר מהו המשפט, לא מעניין אותנו ספרי החוקים, אלא מה עושים בפועל, הניבוי של מה שעושים בפועל.
נק' המבט הזו מעניינת אותו כי המשפט קשור להפעלת הכוח של המדינה אז נרצה לדעת מתי המדינה תפעיל את הכוח שלה. המשפט כתיאוריה לא מעניין, אלא מעניין מה שמופעל הלכה למעשה ולכן התחום נקרא "ריאליזם של המשפט".

בנוסף, המשפט הוא לא היגיון, אלא ניסיון- כלומר, לא מדובר על עניין לוגי, אלא ניסיון שבתי המשפט מפתחים. התפיסה הפור' מנטרלת את השיקולים הערכיים ואילו התפיסה הריאליסטית טוענת שהש' **מכניסים שיקולים ערכיים** להכרעות והפער בין התיאוריה למעשה הוא בגלל שלא ניתן להפעיל את החוקים באופן טכני, כי תמיד צריך להפעיל שיקולים נורמטיביים.

הביקורת של הריאליסטים על המשפט כמע' של כללים:
1.(טענה תיאורית)ריבוי משמעויות- המשפט מכיל כללים שאמורים להיות ברורים ולהכתיב את התוצאות, אבל בפועל הרבה כללים משפטיים הם עמומים, אז לא ניתן לטעון שהפעלה פור' תיתן תוצאה כי נדרשת פרשנות.
עצם ריבוי הכללים במשפט, זה כשלעצמו יוצר עמימות. בגלל הריבוי, לכל כלל יש יוצא מהכלל וזה מעמיד את הש' במצב של הכרעות. הטענה התיאורית של הריאליסטים היא שהכללים מתירים חופש פעולה רחב לש', משמע יש לש' יש שק"ד, כלומר הש' מחליט בכל מקרה **בשאלות העובדתיות** עצמן, ב**כללים המשפטיים** הרלוונטיים וגם בפירוש שלהם- המעורבות של הש' היא דרמטית. הפור', לעומ"ז, רצו להצניע את התערבות הש'.

2. טענה נורמטיבית- הריאליסטים אומרים שהחוק הוא כלי להשגת תכלית מסוימת.  **פרשנות אינסטרומנטאלית**- צריך להשיג תוצאה טובה ולא חשובה לנו הנאמנות לכללים.
**פרשנות פור'**- צריך להפעיל כללים משפטיים.
**פרשנות תכליתית**- באה מתוך התפיסה הריאליסטית. המשפט והכללים הם כלי להשגת תוצאה מסוימת ואם הכלל לא מביא תוצאה טובה, ניתן לזנוח את הכלל.
הטענה הנורמטיבית היא שלא צריך להיות משועבדים לכללים, אלא להגיע לתוצאה הטובה ביותר.
מבחינת שק"ד- הפור' הם בעד שק"ד חלש. הריאליסטים אינו לוגי,אין תשובה אחת ולכן מי שצריך להכריע הוא הש' באמצעות שק"ד.
כשניצבים מול שאלה חדשה אז הפור' ינסו להסיק את התשובה באופן לוגי. **סוגית הפארק**- האם קולנועית זה כלי רכב? הפור' מניחים שיש בחוק תשובה ולכן הם יעשו ניתוח מה זה כלי רכב והקולנועית כנראה תחשב ככלי רכב. הארט, לעומ"ז, אומר שלא ניתן להחיל את החוק כמות שהוא כי המחוקק לא חשב על המקרה הזה, אלא הוא חשב על מכונית, אז אין טעם לעשות את השיקול הזה של הסקה לוגית(זוהי "הרקמה הפתוחה"). אם אין תשובה בחוק, אז צריך לחשוב באופן **אינסטרומנטלי**. למחוקק היה טעם בעת החקיקה- שקט או ביטחון בפארק, אבל לא נלקחה בחשבון האפשרות של הקולנועית וכעת כשאנו ניצבים מול הבעיה צריך לחשוב על התשובה הנכונה. קולנועית זה לא כלי שמאיים על הביטחון או על השקט, ולכן הריאליסטיים יגידו שצריך להפעיל שק"ד.
הריאליסטים, בגלל הגישה שהמשפט לא נותן תשובה לכל שאלה(כמו במקרה של הקולנועית),יזמינו שורה של שיקולים חוץ משפטיים (כמו כלכלה או מוסר...).

1.התפיסה הריאליסטית מתייחסת אל מושג החוק באופן גמיש, בניגוד לפור' שמתייחסים לחוק באופן נוקשה. לביהמ"ש יש תפקיד מרכזי ביצירה של חוק מכיוון שהוא דינאמי.
2.החוק איננו תכלית כשלעצמו, אלא נועד להשיג תכליות חב' ולכן צריך לבדוק אם החוק מגשים את התכלית הראויה- זה הפתח לפרשנות תכליתית.
3.מכיוון שהריאליסטים התייחסו לכך שהמציאות מקדימה את החוק, צריך לעדכן את החוק ולא ניתן להיות צמוד לחוק של פעם. צריך לעשות הבחנה בין החוק שקיים לבין החוק שראוי להיות בעתיד וצריך לבחון את הנורמה הראויה.

יש לנו מהלך שהוא סוג של ערעור על המושג של המשפט כמשהו יציב וקבוע. **הריאליסטים טוענים שהחוק לא יציב וצריך להפעיל את החוק באופן אינסטרומנטאלי.** המחצית הראשונה של המאה ה-20 נמצאת במתח שבין ריאליזם ופור'.

הוויכוח הביא את התיאוריה של המשפט למשבר כי הריאליסטים ערעורו את המושג של משפט ככלי יציב וזה הביא ליצירת התיאוריות של הארט ודבורקין לאחר מלחת העולם השנייה- התיאוריות שלהם הן מענה לויכוח הזה.
הארט היה מוטרד מהביקורת הריאליסטית- מצד אחד קיבל את הביקורת מצד שני טען שהגזימו. לפיו, הריאליסטים צדקו בזה שלא כל כלל משפטי הוא ברור, ובזה שיש במשפט "רקמה פתוחה" ועמימות, אבל הם הגזימו מבחינת הטענה שאין שום יסוד יציב במשפט והכל פתוח. פתרון של הארט- הבחנה בין גרעין ושוליים. במקרי הקצה הארט ביקר את הפור' בגלל שהם הפעילו את החוק הרגיל ולא הפעילו שק"ד.
דבורקין- מצד אחד, דבורקין הוא לא פור' ולא חושב שפועלים לפי כללים, הרי יש לו מודל של עקרונות(חשיבה ערכית ולא לוגית). מצד שני, התפיסה שלו שיש תשובה נכונה לכל שאלה במשפט היא עקרון פור'. בויכוח הזה הוא מחזיק בשני הצדדים- לוקח את הפור' לכיוון התיאורטי של התשובה הנכונה, אבל חושב במובן של חשיבה תכליתית. דבורקין לא מתייחס לאף כלל משפטי בקדושה, מוכן לבחון את כל הכללים, בניגוד להארט שטוען שנק' המוצא היה שיש לציית לחוק, חוץ ממקרי הקצה שבהם יש שק"ד.

דבו' ומשפט הטבע- השילוב בין תפיסה מוסרית למשפטית. בעייני הפוזי' התוקף של המשפט קובע ולעומ"ז, אנשי משפט הטבע אומרים שיש למשפט **תוכן מהותי מחייב**. דבור' רואה את העקרונות המוסריים כחלק מהמשפט ולכן חוקים שלא צודקים בטלים.[[7]](#footnote-7)

הגישה הביקורתית למשפט- [[8]](#footnote-8)CLS
הגישה הזו רצתה לתאר תיאוריה שתיושם הלכה למעשה ושתביא לשינוי דרמטי בחב', כלומר רצו לתקן את החב'.
התפיסה מבקרת את הזרם המרכזי של החשיבה המשפטית שמשקפת את התודעה המשפטית של המשפטן הממוצע שמתחנך בפקולטות למשפטים. ה-CLS רוצה ליצור תודעה משפטית חדשה. הביקורת שלהם מופנית דרך החשיבה המשפטית כי החינוך המשפטי והמוסדות המשפטיים תופסים מקום מרכזי בתרבות האמריקאית.

התפיסה הרווחת בחב' האמריקאית ביחס למשפט:
1.שלטון החוק- הכללים המשפטים שנוצרים ע"י המחוקק מכוונים ההתנהגות וקובעים את התוצאה המשפטית. בתי המשפט מחילים את הכללים הללו ולעיתים נדרשים גם לפרשם.
2.ביהמ"ש מצוי **מעל** תפיסות חב' ויחסים פוליטיים. הש' לא פועל לפי אידיאולוגיה מסוימת או ערכים אישיים, אלא פועל באופן מעין-מדעי, הטיעון המשפטי הוא לוגי, מה שהופך את המע' לאימפרסונאלית מבחינת האופן שבו היא מתפקדת. המשפט פועל לפי כללים יצוקים מראש שמבטאים ערכים שמוסכמים על החב' והערכים ששנויים במחלוקת (ערכים פוליטיים) הם דברים שביהמ"ש לא יכריע לגביהם.

המודל האידיאלי בנוי מכך ש:
1.הכללים המשפטיים הם צפויים ונגישים
2.ההנחה היא שלביהמ"ש יש פרוצדורות שמאפשרות לו לברר את העובדות. זוהי נק' חשובה כי רוב הסכסוכים שמגיעים לביהמ"ש הם לא בנוגע לפרשנות של החוק, אלא נוגעים לעובדות המקרה. ברגע שקובעים מה באמת קרה, התוצאה המשפטית כבר לא שנויה במחלוקת.
3.תוצאות הדיון- הדיון המשפטי הוא החלה טכנית של כללים על מקרה נתון ולכן הצדדים יכולים לצפות את תוצאות הדיון (כי אין קשר לפוליטיקה או להשקפת עולם).
4.שופט ממוצע מסוגל לנהל הליך כזה ולהגיע לתוצאה ה"נכונה".

התפיסה הרווחת בציבור אודות בתי המשפט היא שקיים מודל אידי' שחל בד"כ, אך יתכנו מקרים חריגים שבהם ביהמ"ש יחרוג מדרכו ויידרש לדון בשאלות שהן לא ממש משפטיות אלא פוליטיות. אבל אם ננקה את המקרים החריגים הללו ונסתכל על האופן שבו המע' מתפקדת בשיטה היום יומית נראה שבאופן טיפוסי היא פועלת לפי ארבעת המאפיינים.

התפיסה הליברלית שהיא הבסיס האידיאולוגי של שיטות משפט מערביות, מדגישה שכוחות פוליטיים מצויים בעם כשהוא בוחר את מוסד הנבחרים. התפיסה הרווחת היא שמדובר על שלטון העם שנקרא לשלוט על נציגיו ששולטים דרך פרוצדורות ברורה שנתונה לדיון ציבורי, והחוקים שקובע המחוקק לא אמורים לשלול את החירויות הבסיסיות של האזרחים. כי בהינתן החוקה שאומרת שצריך לחוקק חוקים שלא מגבילים חירויות באופן בלתי מוצדק אז יהיו החוקים אשר יהיו, התושבים מוגנים, הם לא יוכלו לשלול חירויות משפטיות.
משטר ליברלי מגביל את היכולת של הרשות לחוקק חוקים ולקבוע נורמות באמצעות הטענה שהם יכולים לקבוע רק בנו' צרים למדי, ובנוסף האזרחים יכולים לבחור את נציגיהם. לכן לא משנה מה יעשה המחוקק הוא לא באמת יוכל לשלוט באזרחים, כי יש כפיפות לחוקה שמגבילה את השליט. בין השאר, המדינה אמורה להעניק חופש כלכלי והיא יכולה להגביל את היכולת הזו באופן חלקי ביותר.

אם הדימוי של השלטון במשטר ליברלי הוא של "שומר הלילה השקט"[[9]](#footnote-9), אז נוצר הרושם שאם פרט מסוים מצוי במצב נחות, אישי או כלכלי, הוא לא יכול להלין על השלטון כי אין לו תפקיד בעניין הזה, תפקידו היחיד הוא ליצור חוקים שמאפשרים מניעת נזקים ושת"פ. ברגע שיש את הדימוי הליברלי הזה שתופס את המדינה באופן הזה, שמצטרף לדימוי המשפטי שמע' המשפט לא עוסקת בפוליטיקה ובשאלות ערכיות כבדות, אלא רק בצדק בסיסי, זה מוביל לכך שגם בתי המשפט נתפסים בצורה שהיא מנותקת מהפוליטיקה והחברה. בצורה זו אנו משמרים את בתי המשפט כגורמים ש"דואגים לנו מרחוק"- הם לא אחראים על ההצלחות והכישלונות שלנו.

הטענה של העמדה הביקורתית היא שכשם שהדימוי מוטעה ביחס למשפט, כך גם הוא מוטעה ביחס לתפיסה הפוליטית. מע' המשפט והמע' הפוליטית, שתיהן זירות שגדושות בכוחות ובאינטרסים שפועלים עלינו,שולטים בנו ומשעבדים אותנו. התחכום של כל התפיסה הזו היא שהשעבוד הוא בה בעת שנוצרת התחושה שהבעיה בנו, בפרטים ה"לא מוצלחים".
בחב' הליברלית השליטה מרוכזת בידי בעלי ההון ,תאגידים וטייקונים, פוליטיקאים ובתי המשפט.
במע' משפט לא ליברליות מדברים על הנושאים הללו בצורה ישירה, ובחב' המערבית התפיסה הרווחת שהמבנה המשפטי מנותק מערכים ופוליטיקה והוא פועל באופן מעין מדעי, נועדה **לסמא את עיני הציבור הרחב** כדי שיחשוב שיחסי הכוח הללו הם כורח שנובע מהתפקוד האישי של כל אחד. בשל הדימוי החב' אנו נמנעים מלהילחם כי נוצרת אשליה שלא מדובר בדבר בלתי צודק, בצורה כזו משתיקים את הציבור. ביהמ"ש מתחזק את יחסי הכוח שבחברה.

רואים את התוצאה של המבנה השלטוני בחב' המערבית- קפיטליזם ותאגידים שעושקים את האדם הקטן. צמצום ההתערבות של הממשלה בתוכניות כאלה ואחרות שמוסדר כחופש, בעוד שהדימוי של ביהמ"ש מוגבל לעניינים משפטיים הכוח שלו נהיה יותר ויותר מרכזי.
מה שנתפס כיישום מדעי ומכאני של כללים הוא בעצם חקיקה אקטיביסטית ואנטי דמו' שבה בתי המשפט מכריעים בשאלות פוליטיות ואידיאולוגיות במסווה של כביכול דיון משפטי חסר פניות שהוא בלתי תלוי בש' וברקע האישי שלהם.

יש ארבע יסודות לביקורת של התפיסה השמרנית:
1.דוחים את המודל האידי', אין לוגיקה משפטית. רוב הפסיקות של ביהמ"ש הן פסיקות פוליטיות והנימוק המשפטי הוא רציונאליזציה של השיקולים הפוליטיים.
הקב' השלטת יוצרת אידי' שהיא אופיום להמונים שאמור לשתק את הציבור מלשנות את יחסי הכוח. השימור של יחסי הכוח לא נעשה באמצעות הפעלת כוח, אלא באמצעות יצירת תודעה מסולפת שמי שהוא עבד חושב שהוא חופשי והחלטות של ביהמ"ש לא קשורות ליחסי כוח. זוהי גם תפיסה מרקסיסטית שעל יסודה בנויה השיטה הביקורתית.
לפי התפיסה הרווחת, ש' יכולים לעשות הפרדה בין שיקולים אישיים ופוליטיים, זה לא אומר שאין ש' שנכשלים בכך, אבל אלו מצבים מיוחדים. כלומר, יכולים להיות כשלים, אבל מרבית ההחלטות ניתנות ע"ס ההפרדה.
2. פעולת ביהמ"ש סותרת את הדמו' כי החלטות חשובות ניתנות ע"י בתי המשפט וכך בתי המשפט משרתים את הדה-פוליטיזציה של החב', כי שאלות שאמורות להיות נתונות להכרעה ציבורית ניתנות ע"י בתי המשפט- ניטלות מהספרה הציבורית לדיון בבתי המשפט.
3.לפי הגישה הליברלית החוק מכיל מינימום ערכים שכל הציבור יסכים עליהם(שמירה על החיים, הבריאות והחירות לדוג'),אך לפי התפיסה הביקורתית החוק מכיל יותר ערכים.
4.החוק נותן לגיטימציה כוזבת ליחסי כוח נתונים והתפקיד שלו לתחזק את יחסי הכוח הללו. המיתוס של מע' המשפט בנוגע להתנהלות המעין מדעית, דורש מהאזרחים להתבטל מולה.

**ז. מטרות המשפט**

**רז - The Authority of Law: 'The Functions of Law,' ch. 9 (ב 24, עמ' 582)**רז שואף להציע תמונה אודות מגוון המטרות החב' שמעוניינים להשיג באמצעות המשפט, כאשר **המטרות הן ניטראליות** מנק' מבט אידיאולוגית. כלומר, הניתוח יהיה מספק עבור כל שיטת משפט, ללא קשר לאידי' שביסודה.
נק' שנייה, קשורה לזה שרז מנסה לתת תמונה על אודות המגוון **הכולל** של המטרות החב' שמע' משפט מעוניינות להשיג.
נק' שלישית, היא שכשאנו מדברים על הפו' החב' של משפט,צריך להבחין בין פו' חב' לבין סוגים שונים של נורמות. הארט דיבר על סוגים שונים של נורמות-נורמות מעניקות כוח וזכויות ומטילות חובה ורז מדבר על הבחנה של מטרות חב'. כל אחת מהמטרות יכולה להיות מושגת באמצעות נורמות משפטיות שחלקן יכולות להיות מעניקות חובה וחלקן מעניקות כוח.

הבחנה בין מטרות ישירות לבין מטרות עקיפות של החוק
**מטרה ישירה**- כאשר יש קשר ישיר בין הכלל החב' לבין המטרה שרוצים להשיג. לדוג': במידה ורוצים לקדם את ההשכלה של האזרחים, אז מחייבים אותם ללמוד במסגרת חינוך חובה. מטרות שגלומות בפעולות שאנו נדרשים לעשות, בין אם מדובר על חובות "עשה" או "אל תעשה" ובין אם מדובר בנורמות מעניקות זכות או מעניקות חובה.
**מטרה עקיפה**- שימוש בחוק כדי להשיג מטרה שהיא עקיפה, שכתוצאה מההתייחסות של האזרחים אל הכלל המשפטי נוצר תהליך שמוביל לתוצאה הרצויה ע"י המחוקק. דוג': הממשלה רוצה ליישב אנשים בנגב, אז היא מורידה את גובה מס הכנסה[[10]](#footnote-10) מדרום לקו רוחב מסוים. זו חקיקה שעניינה **תמריץ**, כי היא לא מצווה, אלא היא מניחה שיהיו אנשים שירצו לקבל את טובת ההנאה הזו ולכן יתיישבו בנגב. כמובן שניתן גם להשיג את המטרה ההפוכה, כלומר ניסינו ליצור תמריץ שאנשים לא נענים לו-המטרה לא תתגשם. הסכנה במטרות עקיפות היא שהיכולת שלנו לצפות תהליכים חברתיים היא דיי מוגבלת, ולכן יש כאלה שטוענים שצריך להשתמש בחקיקה עקיפה בזהירות.

מטרות ישירות ראשוניות ומשניות
מטרות ישירות ראשוניות- מטרות שהחוק מעוניין להשיג דרך הוראות שהוא נותן במישרין לאזרחים. במסגרת המטרות החב' הישירות הראשוניות רז מבחין בין 4 מטרות שונות:
1.הכוונת התנהגות- המחוקק רוצה לכוון את התנהגות האזרחים כדי להקטין את האלימות למשל.
זוהי מטרה ישירה במובן הזה שיוצרים כלל לגבי אותו דבר שרוצים למנוע או להשיג, החוק הפלילי או הנזיקי מהווים דוג' טובה לכך.
2.יצירת כלים להסדרים בין פרטים- חלק מטרות החוק זה לתת כלים ע"מ לקדם את מע' היחסים בין בני אדם. דוג': צוואות, חוזים, חב' ודיני הנישואין-כל אלה מעניקים לנו כלים משפטיים כדי שנוכל לממש מטרות כאלה ואחרות. יש לשים לב שמע' משפט שונות יכולות להיבדל בטיב הכלים, באופי הכלים, ברמת הכלים שמאפשרים לאזרחים כדי לממש את מטרותיהם(לדוג' הכרה במוסד הידב"צ ואי הכרה במקום אחר), אך האפשרות להסדר קיימת בכל המע'.
3.חלוקה מחדש של טובין והספקת שירותים- הכלי המרכזי שאיתו מחלקים טובין(goods)- כל דבר שיש לו ערך כלכלי בין אם מיט' ובין אם מקר', הוא מע' המשפט. הכלי הטוב ביותר יהיה דרך מיסוי. במדינות רווחה יש מיסוי גבוה באמצעותו מקטינים את הפערים החברתיים עד כמעט שוויון.
החלוקה מחדש יכול להיות באמצעות מע' של גבייה מצד אחד ונתינה לצד שני, אך יכול גם להיות אספקת שירותים- באמצעות החוק נותנים שירותים. דוג': כבישים, חינוך, תחבורה- זוהי מע' של שירותים שהמדינה מספקת באמצעות מע' המשפט.
הרבה פעמים החלוקה מחדש וההספקה הן סוג של פו' משולבות כי המדינה מספקת שירות באמצעות סבסוד- כי מצד אחד מספקים שירות ומצד שני, במסגרת הספקת השירות בעצם מבצעים בו זמנית חלוקה מחדש של טובין כי השירות מסובסד ע"י העשירים שמשלמים עליו מהציבור הרגיל.
כך לדוג' המס העצום שמשלמים על הדלק, מגיע בסופו של דבר לסבסוד של כרטיס נסיעה באוטובוס. 4.יישוב סכסוכים לא מוסדרים- יישוב סכסוך לא מוסדר זה פו' שונה מאשר להחיל על סכסוך את החוק. במצב שיש סכסוך בין אזרחים והחוק לא מסדיר, לכאורה ניתן לטעון שיש להחיל רק את החוק ואם אין חוק אז ניתן להמשיך לריב כי אין דרך ליישב. כך שביהמ"ש לא יכול ליישב סכסוך במצב של לקונה. מע' משפט, משתדלות להימנע מהמצב הזה ונקבע שלבתי משפט יש סמכות שיורית להכריע בסכסוכים לא מוסדרים. כלומר, נותנים סמכות לביהמ"ש ליישב כל סכסוך שבא לפניו, גם אם מדובר על סכסוך שלא מוסדר ע"י החוק.[[11]](#footnote-11)
התיאוריה הפוזי' טוענת שיתכנו סכסוכים לא מוסדרים בגלל לקונות, וכדי ליישב אותם ניתן לפנות לביהמ"ש ע"מ שיפעיל שק"ד. המטרה החב' שמשיגים באמצעות יישוב הסכסוך הלא מוסדר היא שאנשים יכולים להביא את הסכסוכים שלהם לידי גמר.
יש שטוענים שאין לקונה כי מדובר בהסדר שלילי- אם עוסקים בתביעה אזרחית אז יש את העיקרון הבסיסי ש"המוציא מחברו עליו הראיה". מצב של לקונה הוא מצב שבו לא ניתן להוכיח על בסיס ס' מסוים שזכאים למשהו.
ניתן לצייר הרבה מקרים בהם ביהמ"ש נדרש לעסוק בנו' שלא מוסדרים בחוק ואם לא נקבל את העקרונות הכלליים(כמו הטענה של דוורקין), נמצא במצב של סכסוכים שלא יכולים להיות מוסדרים. הדוג' של פס"ד נחמני או פלונית נתפסים בצורה מסוימת כלקונה.

מטרות משניות - דומות למה שהארט מכנה כללים מסדר שני. המטרה הישירה הראשונית היא מטרה שבה המחוקק יוצר כלל שנוגע להתנהגות של בנ"א והמטרות הישירות המשניות הן מע' של כללים שמע' החוק יוצרת ביחס לכללים. חלק מרכזי ממה שיוצר מע' משפט היא העובדה שהיא מכילה מע' של כללים ביחס לכללים וזה מה מאפשר לה לתפקד כמע' משפט.
1.יצירה ושינוי חוקים- מע' משפט יוצרות מנגנונים כאלו כחלק מהצורך לתפקד.
2.יישוב סכסוכים מוסדרים- מע' של כללים שחלים על מוסדות שמיישבים סכסוכים שמפעילים את החוקים בתוך הקשרים של סכסוכים בחב'. מדובר על הצורה שנפרש ונחיל את הכללים שכבר יצרנו במצבים של יישוב סכסוכים.

רז רוצה לנתק את המטרות החב' מאידי' מסוימת, כל המע' שמיפה נכונה לגבי כל מע' משפט. ההבדל בין מע' המשפט זה האופן שבו היא ממלאת את הפו' והרבה פעמים זה תולדה של תחכום, תרבות ונסיבות.

**ח.טעמים וכללים**

הבחנה בין מובנים שונים של פורמליזם:
1.המשפט הוא מע' מאורגנת עם סדר פנימי- סדר אופקי ואנכי.
**אופקי**- המפשט הוא מע' מאורגנת של כללים שמחולקת **לענפים שונים של משפט**, למשל דיני חוזים ונזיקין. המע' מחולקת בצורה מעוצבת ופורמאלית במובן הזה שיש ענפי משפט שמחולקים לפרקים שמחולקים לסעיפים וכל זה אמור לכסות את כל הבעיות המשפטיות. המבנה הוא פורמאלי ומתוכנת כך שכמעט כל נו' משפטי הוא "מכוסה".
**אנכי**- המשפט מחולק גם להיררכיה, תקנות חוקים ועוד. ניתן לזהות כל כלל באיזה ענף הוא נמצא ואיזה מעמד מוענק לו מבחינה אנכית. היחס בין חקיקה לפסיקה,למשל, זה חלוקה אנכית.

מוסר נוהג הוא לא פור' כי אין לו סט אנכי ואופקי של כללים מוסריים. יש מע' משפט שהן יותר ופחות מאורגנות. נניח ה-common law לו הוא פחות פור' מאשר גישות קוד'.

2. מובן נוסף של הפורמאליות זה שהמשפט הוא טכני, והוא מנותק מאידיאולוגיה, ממוסר ומנרטיבים. המשפט הוא עניין נפרד מכל זה.

3. מובן שלישי זה הטענה שהמשפט מבוסס על רציונאליות וניתוח מושגי. לפי תפיסות שרווחות בעמדה הפור', המשפט מושתת על ניתוח מושגי של מבני מחשבה משפטיים. חכמת המשפט זה אנליזה של מושגי יסוד משפטיים והאנליזה הזו היא סוג של הפעלת היכולת הרציונאלית על מושגי היסוד של המשפט שקובעת בסופו של דבר את ההחלטות המשפטיות. בדיני חוזים למשל צריך ללמוד מהו חוזה ומהם מושגי היסוד וברגע שיש את הבסיס הזה אז ניתן להתמודד עם כל השאלות המשפטיות בכל המדינות בהקשר של דיני חוזי, כי יתכן וישנם הסדרים שונים, אך החשיבה המשפטית זהה.
דוג' לניתוח מושגי- פס"ד פודמסקי- הש' אגרנט עושה מהלך שבו הוא דן בשאלה שנוגעת לאחריות פלילית של שוטרים ונאשמים לא ע"ס שאלות ערכיות פרופר, אלא ע"ס ניתוח מושג הזכות בהסתמך על האנליזה שהציע הופלד. יש שטוענים שניתוח מהסוג הזה זה מעין פור'(מתקשר גם למובן 2).

4. פור' קשור לאופן שבו אנו תופסים את הערכים של מע' המשפט. פור' רואה בערכים כמו ודאות ויציבות ערכים מרכזיים שמע' משפט מבוססת עליהם. ולכן כדי להשיג את הערכים הללו אנו צריכים לבנות מע' שתהיה כמה שיותר פור' שאחרת לא יוכלו להתממש. מי שיותר מעניין אותו צדק מאשר הערכים הללו, אז הוא יעיף אופן אחר מאשר פור'.

5. רוליזם- הכלל המשפטי תופס מקום מרכזי במערכת המשפט ולא עקרונות, סטנדרטים, טעמים, שיקולי מדיניות וכו'. כל אלה ודאי קיימים במערכת המשפט אך היא מושתתת בעיקר על כללים. זה מאפיין מרכזי של מערכות משפט.

ניתן לדבר על רוליזם בהקשר חקיקה ושפיטה-איך ש' מפרש חוקים.
כשמדברים על אקט של חקיקה מתכוונים לומר שכשמחוקק יוצר חוקים לשם הכוונת התנהגות הוא חייב ליצור כללים בהירים שיובנו ע"י האדם הפשוט. בצורה זו משיגים ודאות. אך אם מחוקקים באמצעות טעמים או סטנדרטים (שיקולי מדיניות) אז לא נצליח לכוון התנהגות כי אנשים יבינו את החוק במובנים שונים. ההנחה היא שבמקרים הטיפוסיים ההחלה של החוק היא החלה טכנית.

הארט טען שמטרת המשפט היא הכוונת התנהגות ולכן צריך להשתמש בכללים חתוכים שאמורים לחול על המקרה הטיפוסי. הארט היה מודע לעובדה שהחוק לא יכול להחיל את כל המצבים האפשריים, ולכן במקרים החריגים נדרשים לפרשנות. זה נובע מהמרקם הפתוח של השפה, זה גורם לכך שהרבה מונחים ולו הפשוטים ביותר, אין להם מובן קשיח וחד משמעי. דוג' הפארק- על מכונית רגילה המושג כלי רכב יחול באופן טכאני. לעומ"ז במצב של עגלת תינוקות נגיד שהיא מחוץ לכלל ואם מדובר על אופניים חשמליות נצטרך להתלבט, נצטרך לשקול את מטרת החוק, את התכליות החב' שהחוק רוצה להשיג ובאמצעות השאלות הללו נוכל להבין האם המקרה שייך לקור או לפנומברה.
הארט יוצא נ' הפור' במצבי הקצה. כאשר נמצאים בשטח האפור, יש לכאורה ס' שחל על המקרה, אך עדיין צריך להפעיל מהלך פרשני שנוגע לתכלית החקיקה. הפור' לא עוסקים בתכלית גם במקרי הקצה, אלא מחילים את החוק באופן מכאני.
פור' היא צורת חשיבה מגונה בעיני הארט. לפיו, כששופט מחיל את הכלל באופן מכאני במקרים של "קור" הוא לא נדרש לתכלית החקיקה, ואת המצב הזה הוא לא יכנה פור'. פור' נקרא רק כאשר מזהים מקרה חריג מחילים עליו את הכלל הרגיל. במקרה כזה, כשמחילים את הכלל באופן מכאני ולא דנים במטרות החוק, אז נוקטים בגישה פור' שהיא מגונה.
פולר ביקר את הארט- לטענתו כל החלה של כלל משפטי תמיד מערבת חשיבה אודות הערך והתכלית של החוק.

[**J. Raz, "Reasons for Action, Decisions and Norms**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140864/Media/%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%95%D7%AA/Raz%2C%20Reasons%20for%20Action.pdf)**", in: J. Raz (ed.) Practical Reasoning ,** **Oxford Reading in Philosophy, 1978, pp. 128-143**בשלב הראשון מסביר רז מהם "כללים מעשיים"- שזה מונח רחב יותר מכללים משפטיים (מנדטוריים).
**כלל מעשי**- כאשר אנחנו שוקלים מה נכון לעשות בסיטואציה מסוימת, נק' המוצא היא שאנחנו בעיקר שוקלים טעמים. כל השיקולים הללו נקראים ע"י רז "the balance of reasons" קו הפעולה שזכה לטעמים שהיה להם את המשקל הכי גדול מבחינתנו באותו רגע הוא זה שייבחר. כל פעולה- בין גדולה בין קטנה- נעשית ע"י איזון מסוים של טעמים (בעד ונגד). זה נכון לגבי כל החלטה מעשית שאנחנו מקבלים.

רז טוען שישנם מצבים שבהם שיקול הדעת שלנו לא מתבצע רק על בסיס המשקל של הטעמים (בעד ונגד) והערך המצטבר שלהם לעומת קו פעולה אחר שיש לו ערך מצטבר אחר, אלא יש מקרים שבהם שיקול הדעת שלנו יופעל באופן מורכב יותר.
דוג' ראובן מגיע הביתה אחרי יום עבודה ארוך ואז מתקשר אליו שמעון ומציע לו הצעה עסקית- מבקש ממנו להשקיע באפיק מסוים, דא עקא שיש להצעה הזו תפוגה (עד 12.00 בלילה למשל). ראובן מחליט לא לשקול את ההצעה, בגלל שהוא במצב של תשישות הוא לא יכול לשקול הצעות מהסוג הזה ומאחר והוא לא יכול לשקול הוא מחליט לדחות את ההצעה.
כשהוא אומר שהוא לא יכול לקבל החלטה בפרק זמן קצר ובמצב רגשי נפשי כזה, מה שראובן אומר זה שהוא במצב כזה **מחליט לא להחליט**. ההחלטה של לדחות את ההצעה בלי שקילה, שונה מדחיית ההצעה על בסיס שקילה שלה.
**דחייה על בסיס אי כדאיות**- זה הפעלה של שיקולים,בחינת היתרונות והחסרונות של ההצעה. דומה לשיקולים על בסיס הערך של ההצעה (טעמים מסוג ראשון).
**החלטה לא לשקול**- זה הפעלה של "שיקול מוציא" (EXCLUSIONARY REASON). הפעלת טעם שבגללו לא שוקלים הצעות מסוימות(טעם מסדר שני). ראובן החליט לא לשקול כי אני הוא לא מוכן לשקול הצעות כ"כ דרמטיות במצב שהוא מצוי בו שמא הוא אטעה.
במצבים שבהם אנו מפעילים שיקולים שעניינים טעמים ועושים איזון לעומת טעמים אחרים, אנו חושבים על זה במונחים של **משקל**- אנו משווים בין המשקלים של ההצעות.

**טעם מסדר ראשון**- טעמים שמתחרים אחד בשני וההכרעה תהיה באמצעות השוואת משקלם.
**טעם מסדר שני**- טעמים שהם ביחס לטעמים. לדוג': השיקול של ראובן לא לשקול את ההצעה זה טעם שאומר שבמצב של עייפות לא שוקלים הצעות וזה טעם ביחס לטעם. על שיקולים מוצאים לא חושבים במונחים של משקל, כי זה לא שיש תחרות בין ההצעה העסקית לעייפות, אלא העייפות דוחה את ההצעה העסקית.

עוד סיטו'- הבחנה בין מצב שבו אנו שוקלים ברצינות חופשה בצרפת בקיץ לבין החלטה על חופשה בצרפת בקיץ.
שוקל ברצינות- ברגע ששוקלים ברצינות אז שוקלים ביחס לאופ' אחרות, יש לנו כיוון מסוים אבל עוד לא החלטנו.
ההבדל בין "החלטה" לבין "שקילה ברצינות" הוא שכשהתקבלה החלטה, אז ההחלטה שהתקבלה היא להפסיק לשקול. האם כשמתקבלת החלטה זה אומר שלא תיתכן המשך התלבטות? בוודאי שניתן להמשיך להתלבט כי אין סוף להתלבטויות מבחינה לוגית.אך מה שמעניין אותנו זה מה קורה כשהחלטנו ובמצב כזה החלטה זה סוג של הכרעה דרמטית, מחליטים להפסיק להתלבט.

כל החלטה מתפקדת בשתי רמות:
א. היא טעם לפעולה מסדר ראשון-כשאנו מתחילים לפעול לטובת מימוש ההחלטה אז הסיבה לפעולה היא ההחלטה.
ב. טעם מוציא מסדר שני- ברגע שאני החלטתי אז ההחלטה גורמת לי לפעול לפי ההחלטה והיא גם מתפקדת כשיקול מוציא.
נניח וקיבלתי ההחלטה ואז אני נתקל בהצעה אחרת, ואז אני מחליט לבחור בהצעה החדשה, אז במצב כזה בעצם לא החלטת כי ממשיכים לשקול. אבל אם החלטת באמת אתה לא תשקול את ההצעה כי כבר החלטת.
**ההחלטה היא טעם לפעולה וגם טעם מוציא**.
אם מישהו חוזר בו מהחלטה אז אנו חוזרים לשלב הקודם, ההחלטה מפסיקה להיות טעם לפעולה ומפסיקה להיות טעם מוציא.

אימוץ כלל זו בעצם פעולה של קבלת החלטה, אך לא ביחס לפעולה מסוימת אלא ביחס לאופן התנהגות סדיר. יש יתרונות רבים לאימוץ כללים- זה יוצר מחסום בפני כל מיני שיקולים לא רלוונטיים, זה יוצר וודאות, עקביות, חוסך לשקול את הדברים בכל פעם מחדש. החיסרון הוא שזה מגביל אותנו.

יש כללים מסוימים שהם עצמם הטעם לפעולה. כמובן שיש טעמים להיווצרות הכלל. למשל- יש לי כלל לכבות את המחשב לפני שבת. אני מכבה את המחשב כי זה הכלל של מי ששומר הלכה. כמובן שיש טעמים לכלל הזה אבל אני לא חושב עליהם כשאני מבצע את הכלל. כך, הכלל הוא גם טעם מוציא, לכל השיקולים שהייתי יכול להביא בשביל אולי לא לכבות את המחשב. הפעלת הכלל היא שגורמת לנו לפעול באופן מסוים, ולכן הוא גם טעם לפעולה וגם טעם מוציא.

דוג'- חוק הירושה אומר שאדם יורש את אביו בהעדר צוואה. כשהמחוקק קבע את הכלל הזה, הוא שקל את מכלול השיקולים הרלוונטיים לשאלה מה לעשות עם רכוש הנפטר ולאחר שקילתם הוא החליט שרכושו הולך לילדים. ברגע שאדם נפטר ומגיעה תביעה של בנו בנוגע לירושה, ביהמ"ש מפעיל את הכלל. הכלל(העברת הרכוש לילדים) הוא טעם לפעולה, והוא גם טעם מוציא- הוא מוציא שיקולים נוספים שניתן היה לשקול כדי להחליט אם לתת להם את הרכוש או לא.

במקרה ריגס ביהמ"ש אמר כי לא יתכן שהירושה תעבור לנכד- "הרצחת וגם ירשת". ניתן לומר, מה ההבדל בין מקרה זה לאופציה אחרת בה השופט מחליט כי בהינתן במצב הכלכלי הקשה של החברה נכון בנסיבות שהירושה תגיע לחברה?
ההבדל בין מקרים אלו כי בסוגיה של המצב בכלכלי הקשה מדובר על שיקולים שלא צריך לשקול כי הם נשקלו כבר ע"י המחוקק, ולכן הכלל הוציא אותם, ואילו במקרה של ריגס הרושם של השופט הוא כי המקרה הוא כה חריג שנסיבותיו וטעמיו לא נשקלו ע"י המחוקק. בנסיבות אלו נוטשים את הכלל וחוזרים חזרה לשיקולים העומדים ביסוד הדינים האלו- ושואלים מה עושים במצב בו מצד אחד יש שיקולים המקנים לנכד את הירושה, אך יש טעם חדש של אשמת הנכד הפועלת נגדו. מקרה זה נועד להדגים באילו מצבים שופטים זונחים את הכלל שהוא טעם לפעולה וטעם מוציא.  **מה עושים שופטים במצבים פחות קיצוניים כאשר הם נסוגים מהכללים אל הטעמים?** הם מחליטים, בצדק או שלא בצדק- אם לא מפעילים כללים אלא חוזרים חזרה לטעמים, שוקלים אותם ובהתאם לכך מחליטים.

במקרה של פלוני נ' פלונית, יש כללים המכריזים מתי מכריזים על ילד בר אימוץ, אם מאמצים כללים בצורה דווקנית, אף אחד מכללים אלו לא חל, לבסוף ביהמ"ש החליט להוסיף כלל- להכריז עליו כבר אימוץ כי הוא סבר שיש שיקולים שהמחוקק לא שקל, שבלעדיהם לא ניתן להחיל את הכלל על מקרה זה באופן מכני. במקרה זה כתוצאה מזה שהשופטים נסוגו מהחלת כללים הם החלו לשקול טעמים ויכול להיות שבמסגרת האיזון בין הטעמים הם עשו איזון לא נכון, לא מוצדק.

זה קורה גם במצבים בהם אנו מאמצים כללים אישיים, המשמשים כללי פעולה וכללים מוציאים, ישנם מצבים בהם אנו נזנח את הכלל- כאשר אנו נחשוד חשד משמעותי שהחלת הכלל תגרום לנו לתוצאה שהיא הרבה יותר מזיקה ושונה באופן דרמטי מאשר כשאנו נשקול את הטעמים הרלוונטיים לאותה סיטואציה. כל אימוץ של כלל משמעותו היא כי בנסיבות מסוימות מכלול הטעמים הרלוונטיים לפעולה נתונה מיוצגים ע"י הכלל, אם אין כל סיבה לחשוד שזה מקרה חריג- אנו נפעיל את הכלל. אנו ניסוג מהכלל (באופן מוחלט או במקרה נתון) כשיש לנו חדש שבסיטואציה מסוימת יש שיקולים נוספים שלא נשקלו כאשר אימצנו את הכלל ושאם נשקול אותם אנו נגיע לקו פעולה שונה לחלוטין.

כששופט מחיל את הכלל על המקרה הטיפוסי הוא לא נחשב לפורמליסט. גם אם אימצנו כלל באופן אישי אנחנו לא ניחשב לפורמליסטים אם נחיל אותו על המקרה הטיפוסי. בכל אימוץ כלל ברור שיהיו מצבים שבהם החלת הכלל תביא לתוצאה שונה מאשר התוצאה שאליה תגיע אם תפעיל טעמים.

הפורמליסט יאמר שגם במצבים שיש לנו חשד שהכלל יוביל לתוצאה ששונה באופן דרמטי מאשר התוצאה שאליה יובילו הטעמים, עדיין צריך לדבוק בכללים. יש לו סדרת טעמים שמצדיקה את הדבקות בכללים הללו גם בסיטואציות שהמחוקק לא חשב עליהן. **להיות פורמליסט זה לדבוק בכלל כטעם לפעולה וכטעם מוציא גם במצבים שהיינו חושבים שצריך לחזור ולשקול טעמים**.

מה הסיבה לדבוק בכללים גם כשברור שהם יובילו לתוצאות שונות מאשר התוצאות שאליהן יובילו הטעמים וללכת עם זה מרחק ניכר?
הרמב"ם- צריך לדבוק בכלל גם במצבים החריגים ביותר. מה שעומד לטובת אימוץ עמדה כזו (בשונה מעמדת הרט ואריסטו) זה **השיקול המערכתי** שהרמב"ם מונה- עדיף להפסיד בכמה מקרים חריגים כדי שהכלל יהיה חזק מספיק.
הרמב"ם במו"נ הוא אחת הדוגמאות הדרמטיות לפורמליזם הלכתי-משפטי. התפיסות השמרניות של החברה הן הגורם לגישה קיצונית שכזו. לדוג' גישה מסורתית תנסה לצמצם כמה שיותר את הפעלת שיקול הדעת של השופטים. אנחנו נעדיף שהם רק יחילו כללים ומוכנים לשלם את המחיר. המחיר הוא שבמקרה החריג נגיע לתוצאה בלתי צודקת.
דבורקין מתנגד מאוד לפורמליזם כי הוא דוגל בהחלת הכלל באופן של טעמים.

שאוור / פורמליזם
זהו כותב מודרני שדוגל בפורמליזם קיצוני כמו שלמדנו עד עכשיו. הוא מנסה לבסס את הגישה הזו על שיקולים פוליטיים.
קיימות גישות "תורות משפט של טעמים"- לדוג' כמו השופט ברק, דוורקין, ואחרים. הם הולכים מחזות החוק כסדרה של כללים אל הטעמים שביסודו.
מי שעוסק בתורת המשפט של כללים לא שוקל טעמים, אלא החוק בראש ובראשונה הוא החלת כללים. הם מאמצים את הכלל כטעם לפעולה וטעם מוציא ולא לוקחים בחשבון את הטעמים שביסודו. השיח ההלכתי הוא פורמליסטי-רוליסטי באופן קיצוני כי הוא לא רוצה להגיע מהרמה של הכללים לרמה של הטעמים, ולכן זה שיח של כללים פורמליסטי ולא שיח של טעמים ושיקולים.

**ט.חירות**

מושג מפתח בשיטות משפט מערביות הוא מושג החירות(=חופש), הוא חודר כמעט לכל ענף משפטי.
אם מע' משפטית מסוימת דוגלת בחירות, אז הערך מכונן ומשפיע השפעה מרכזית על המשפט.
אנו ננתח את המושג "חירות" דרך מסה קלאסית שכתב הפילו' ישעיהו ברלין(שני מושגים של חירות).

[**י' ברלין, "שני מושגים של חירות"**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140864/Media/%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%95%D7%AA/%D7%91%D7%A8%D7%9C%D7%99%D7%9F%2C%20%D7%A9%D7%A0%D7%99%20%D7%9E%D7%95%D7%A9%D7%92%D7%99%D7%9D.pdf)**, בתוך: הנ"ל, ארבע מסות על חרות**ברלין טוען שיש שני מושגים של חירות:
1.חירות שלילית
2.חירות חיובית

**חירות שלילית**- להיות חופשי זה להיות במצב שבו אני יכול לעשות כרצוני יהא רצוני אשר יהא כאשר אין מכשולים מצד בנ"א שמונעים ממני לממש את רצונותיי. כלומר, פגיעה בחירות השלילית תהיה כאשר בנ"א מציבים מכשולים בפני פרט מהחב'. ככל שמגבילים אותי פחות אני יותר חופשי, ככל שמונעים ממני יותר אני פחות חופשי. אבל אם פרט לא יכול להגשים רצון מסוים ומה שעומד בפניו זה חוסר יכולת פיזית\ אינטלקטואלית\כלכלית, אז לא נאמר שהוא פחות חופשי.
אנו לא חופשיים רק כאשר המכשול הוא **בגלל בנ"א**.

במדינות מערביות התפיסה הזו של החירות השלילית נתפס כערך פוליטי מרכזי. המשמעות של הטענה שזה ערך פוליטי מרכזי היא שמדינה תטיל הגבלות על החירות רק אם יש לכך הצדקה מיוחדת. הרעיון הפוליטי הזה הוא דיי חדש. ג'ון לוק הגה את הרעיון הזה ומאז הוא התפתח ובאורח פלא הוא הפך להיות בסיס לסדר פוליטי במדינות מערביות שלאחר מכן הפכו לליבראליות- דמו'.

שאלת המשקל ערך החירות ביחס לערכים אחרים היא שאלה גדולה מאוד. לדוג' צדק ושוויון אל מול חירות- מה גובר כאשר הם מתנגשים? זוהי שאלת המפתח בנו' של איזון ברגע שיש התנגשות.
אלה שמאמינים בערך של החופש חושבים שלחופש יש ערך פנימי, בניגוד לאלה שסבורים שהערך של החופש הוא אינסטרומנטאלי(משרת משהו אחרת, כמו תועלת)
**ערך פנימי**- לא מצדיקים את החירות באמצעות ערך אחר שמכשיר אותו, אלא הוא ערך מספיק כשלעצמו.
יש כאלה שטענו שערך החירות משרת ערכים אחרים, כמו תועלת (טענתו של מיל). הוא טען שחב' שמאמצת את החירות היא ממקסמת את התועלת.

מיל אומר שככל שהחב' תקדש את החירות, כך החב' תוכל למקס' את התועלת שלה. מטרת החב' היא למקס' את התועלת ולהפוך את החב' ליותר יעילה, וזה יוגשם אם החב' היא ליברלית, בחב' כזו יותר יוזמים ופועלים וכך מגדילים את העושר. אם מסתכלים על חב' שמתבססת על משטר ליברלי אז התוצר שלה יהיה יותר גבוה מחב' שהיא לא ליברלית. כלומר, החירות הוא מכשיר להעצמת התועלת, מכשיר אינסטרומנטאלי.

ברלין לא טוען שהחירות לא עוזרת למקסום התועלת, אך מה שהוא טוען זה שלחירות יש ערך פנימי ומה שמצדיק אותה זה עצם הערך שגלום בתוכה. ממה שנהנים אזרחים של מדינות ליברליות זה לא רק ממקסום התועלת, אלא זה גם מהערך הפנימי של החירות.

הבחנה בין חירות לדמו'
משטר דמו' זה משטר לפיו ההחלטות מתקבלות ע"י הרוב, אך זה לא משטר שבהכרח מתבסס על חירות, כי לעיתים הרוב יכול לקבל החלטות שנוגדות את ערך החירות(="עריצות הרוב").
**דמו' במובן הצר** היא קבלת החלטות פוליטיות באמצעות רוב ולא באמצעות יחידים, אבל אם מקדשים את ערך החירות זה אומר שלשלטון, יהא אשר יהא, אין סמכות לפגוע בחירויות בסיסיות. ז"א יכול להיות שלטון לא דמוקרטי שיעריך חירויות ויכול להיות שלטון דמוקרטי שיגביל חירויות.

הקשר בין השניים הוא שחלק מהחירויות של האדם בחברה הדמוקרטית זה שיש לו השפעה שווה על המישור הפוליטי, היינו, הזכות לבחור ולהיבחר. במובן הזה יש קשר בין שני המושגים הללו אך חוץ מהמובן הזה אלה שני מושגים שונים.

**חירות חיובית**-להיות חופשי במובן החיובי זה להיות רציונאלי, כאשר אדם הוא אדון לעצמו.[[12]](#footnote-12)
דוג' אדם שמכור לסמים, חייו מסתובבים סביב הסם. מבחינת חירות שלילית המסומם עושה את מה שהוא רוצה- שזה לצרוך את הסם. לכן את השעבוד של האנשים הללו לא ניתן לתאר במונחים שליליים כי הם בעצמם מונעים מעצמם את מה שהם רוצים לעשות והמונח של החירות השלילית לא יכול להסביר את השעבוד הזה. אם האדם המשועבד היה רציונאלי הוא לא היה רוצה לצרוך את הסם, אבל יצריו השתלטו עליו והוא לא אדון לעצמו.
כאשר אדם מודע לעובדה שהוא מכור, יש לו מעין רצון כפול:רצון פנימי\אמיתי לצאת מהחיים הללו ורצון החיצוני(לצרוך את הסם) שהשתלט עליו וכופה לעשות משהו בניגוד למה שהוא היה רוצה באמת. אדם כזה יהפוך לחופשי כאשר יצליח להשתחרר מהמרכיב באישיותו שמגביל אותו.
אדם שיש לו תפיסת עולם מוטעית המדריכה את חייו הוא משועבד ע"י תמונת העולם המוטעית שלו המכתיבה לו את מהלך חייו- היא איננה חיצונית לו אלא פנימית. לכן, ככל שאדם יותר רציונאלי כך הוא יותר חופשי.

החירות שלילית נקראת כך כי מושג החופש לא תלוי בתמונת העולם בה אתה מחזיק, להיות חופשי זה לעשות מה שאתה רוצה במובן שאנשים לא מונעים ממך זאת.
הויכוח הוא מה הוא אורח החיים הנכון. בנוגע לחירות חיובית- יגידו שלהיות חופשי זה לעשות את הדבר הנכון ולא בהכרח את מה שרוצים, כי אם עושים את מה שרוצים זה בעצם להיות משועבדים לרצונות בעייתיים, בניגוד לדבר הנכון. הויכוח הוא מה הדבר הנכון, דבר שמותנה בתפיסת העולם.

לפי רוב התפיסות אדם שהוא יותר רציונאלי הוא יותר חופשי ולכן גם יותר מוסרי, אך עדיין הוא צריך חוקים. יכול להיות אדם שאינו רוצה להיות חופשי, ועדיין זה לא אומר שהוא אדם שאינו רציונאלי, במידה ומדובר בחירות שלילית. דוג'- חרדי שהוריו בוחרים לו עם מי להינשא בוחר שלא להיות חופשי- לא לבחור את בת זוגו בעצמו, אבל זה לא אומר שהוא לא רציונאלי

**למה ההבחנה הזו חשובה מבחינה פוליטית?**
רוב הפילו' החזיקו בעמדה ששני המושגים הללו של חירות עומדים בפני עצמם, הם לא דוחים אחד את השני. העניין הוא שאם אני מחזיק במושג החירות החיובית והיא החירות המרכזית שעליה משתיתים את המסגרת הפוליטית, אז מעוניינים לקדם אנשים לקראת חירותם ולא דיי במושג החירות השלילית. כי ניתן ליהנות מחירות שלילית, אבל בו בזמן להימצא בשעבוד מנק' מבט של חירות חיובית. כל עוד מושג החירות החיובית הוא מרכזי, אז צריך לאמץ את תמונת העולם הנכונה כדי להיות באמת חופשי.
כאשר מושג החירות החיובית הופך להיות פרוגרמה פוליטית הוא נהיה אחד הכלים המרכזיים לשעבוד פוליטי. המשטרים המשעבדים יוצרים סוג של מסגרת ואורח חיים שמעניקה השקפת עולם "נכונה", שתגרום לשחרור במובן החיובי. המשטר מעניק את מה שנראה לנו "נכון", מנק' המבט האמיתית,כך הוא משחרר את פרטי החב' ומעניק חופש. משטרים דתיים כמו גם קומוניסטיים וסוציו' החזיקו בתפיסת החירות החיובית כבסיס למבנה המשטר, החוקה והמע' המשפטית שלהם. הם חשבו שלא רק שהם יוצרים את החב' הנכונה, אלא שהם גם מעניקים חופש לאזרחים (חופש במובן החיובי).

**ברלין טוען שהתפיסה הזו פגומה**. מה שפגום במהלך הזה ,שאפיין משטרים טוטליטאריים, הוא שהמשטרים הללו הפכו למשטרים משעבדים בשם החופש כי הם טוענים שהם מעניקים אורח חיים שגם הוא טוב וגם מעניק חופש (במובן החיובי).
ברלין מעדיף באופן דרמטי בתוך ההקשר הפוליטי את מושג החירות השלילי, את מושג החירות החיובי לא ניתן לאמץ במסגרת פוליטית לפי ברלין והטעם המרכזי לכך הוא הרעיון שעליו מבוסס המשטר הליבראלי- **פלורליזם ערכי**. לפי הפלור' הערכי, אין מע' ערכים אחת נכונה שניתן להוכיח שרק מי שדבק בה עושה את הדבר הנכון. אין תמונת עולם אחת ויחידה, אלא יש ריבוי תמונות עולם, ריבוי של דרכי חיים, ריבוי של תפיסות טוב וראוי. המסגרת הפוליטית והמע' המשפטית צריכות להיות כאלו שיאפשרו לדרכי חיים שונות לחיות זו לצד זו, כך החב' תהיה טובה יותר.
הרעיון הוא שצריך ליצור מע' משפט שמאפשרת לאנשים לממש באופן אופטימאלי את תפיסות הטוב שלהם, כל עוד זה לא בא על חשבון תפיסת הטוב של זולתם. כל עוד אנשים יכולים לחיות זו לצד זו עם תמונות הטוב השונות שלהם, זה מצב תקין וזה המסר המרכזי. מבוסס על הנחת יסוד של הפלורליזם הערכי.

המע' הפוליטית צריכה להיות מבוססת על מיני' ערכים שקשורים לשלמות הגוף והחירות.
דוג'- אם שוללים נישואים חד מיניים, אז שוללים מהזוגות את האפשרות להגשים את עצמם, אם החב' לא מאפשרת את זה, זה הגבלה עצומה.
ניתן לשלול אופציית חיים רק אם היא מונעת מאחר לחיות את חייו ונישואים חד מיניים לא מונעים מאחרים לחיות את חייהם. אך לא כל פגיעה במה שאני לא יכול לממש היא פגיעה בחירות.
דוג'- באלבניה יש עיר בירה שנקראת טירנה שבעבר הגבילו בה את חופש הדת והביטוי וכו', אבל גם בלונדון יש הגבלות, כמו למשל הגבלות תנועה בגלל פקקים ובטירנה,לעומ"ז, אין בכלל רמזורים. אם נכמת את כמות החופש בטירנה במונחים של תמרורים, ביחס להיעדר החופש שקשור לחופש דת ולחופש ביטוי – אז נגיע בערך לאותו חופש.
ההבחנה העמוקה היא שלא כל דבר שלא נותנים לך לעשות הוא פגיעה בחופש. נגיד ויש כביש סוים שבעבר היה דו סטרי וביום מסוים נהפך לחד סטרי- במצב כזה הגבילו את התנועה, האמת היא שזה לא הגבלה על החופש. לא כל הגבלה היא הגבלה על חופש,יש לעשות הבחנה בין **הגבלה על נוחות** לבין הגבלה על חירות. הגבלה של חירות היא לא סתם כשלא נותנים לי לעשות משהו, אלא כאשר יש הגבלה על משהו שהוא מהותי למימוש, להוויה כאדם.
זה שונה ממניעה של חופש הדת- חיים דתיים הוא משהו שקשור להוויה שלנו כבנ"א. חופש הדת ומדת הוא משהו שמכונן אותנו כבנ"א והגבלות ע"כ זה הגבלות על החירות. העיסוק שלנו, למשל, זה מה שמכונן את הווייתנו ואם יש הגבלה על חופש העיסוק זה הגבלה על החירות. עוד דוג' להגבלה על החירות זה איסור על נישואים עם אנשים שחורים.
יש הרבה הגבלות, אבל הן לא נחשבות הגבלות על החירות. כמו למשל חגורות בטיחות- זה הגבלה בעלת אופי פטרנליסטי, אבל זה לא הגבלה על חירות.

**בחנים**

1.בוחן מס' 1- אריסטו 04.04.13
מדוע, לפי אריסטו, "קודמת המדינה לבית ואף ליחידים שבבנ"א"?

2.בוחן מס' 2- אוסטין 11.04.13
מהו, לפי אוסטין, מובנו של המושג "חובה" וכיצד הוא קשור למושג הפקודה?

3.בוחן מס' 3-הארט
מהו, לפי הארט, פורמליזם משפטי?

4.בוחן מס' 4- פולר
מהי ביקורתו של פולר על ההסבר של הארט לאופן שבו שופטים מחילים כללים משפטיים?

5.בוחן מס' 5- דבורקין 02.05.13
מהו, לפי דבורקין, שק"ד חזק?

6.בוחן מס' 6- רז
מהי פונקציה עקיפה של החוק?

7.בוחן מס' 7- קייריס 30.05.13
כיצד משרתת התפיסה המשפטית הרווחת (שמרנית/מעין מדעית) את שימור יחסי הכוחות בחברה?

8.בוחן מס' 8-האריס 06.06.13
מהו,לפי הופלד, ההבדל בין זכות לבין חירות?

9.בוחן מס' 9-גנז 13.06.13
מהו טיעון ההגינות לטובת הציות לחוק(משחק הוגן)?

1. חשוב לציין שייתכן שכלל צודק יוביל במקרה החריג לתוצאה בלתי צודקת,אך הכלל עדיין "צודק", כי במקרה הטיפוסי הוא צודק. [↑](#footnote-ref-1)
2. מה שמייחד חוקים ביחס לפק' הוא העובדה שהן ניתנו ע"י הריבון. [↑](#footnote-ref-2)
3. תקף גם לבתי המשפט ומע' המשפט בכללותה. [↑](#footnote-ref-3)
4. הדוג' של פיצויי פיטורין משנות ה-50 (עמודים קודמים) [↑](#footnote-ref-4)
5. ישנם חריגים כמו חוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם. [↑](#footnote-ref-5)
6. מקס וובר לדוג' הוא פור' [↑](#footnote-ref-6)
7. כמו פולר (חוקי הנאצים או חוקי המאפיה) [↑](#footnote-ref-7)
8. critical legal studies [↑](#footnote-ref-8)
9. לא שולט, אלא מגן [↑](#footnote-ref-9)
10. חקיקות שנוגעות למס הן בד"כ חקיקות עקיפות. [↑](#footnote-ref-10)
11. סכסוך שמוסדר ע"י חוק=סכסוך מוסדר. [↑](#footnote-ref-11)
12. חירות שלילית זה חופש מ... (מצד בנ"א) וחירות חיובית מדברים על חופש ל... [↑](#footnote-ref-12)