**תורת המשפט –**

בחנים – 14%. כל שבועיים בוחן על חומר קריאה. סה"כ 7 בחנים (יש לעשות 7 מתוך 9).

כינויים נוספים לתחום –

* **Jurisprudence** (חכמת החוק) – **תורת המשפט עוסקת במושגי יסוד שמאפיינים את המשפט בכללותו, אין מדובר בענף משפטי בפני עצמו.** ההתבוננות על המושגים יכולה להיות משפטית, אך תהיה בעלת אופי פילוסופי.
* **philosophy of law** (פילוסופיה של המשפט) – ענף מסוים של הפילוסופיה, המעמיד את התופעה המורכת של המשפט לדיון בעל אופי פילוסופי. מדובר בענף של **jurisprudence**.
* **Legal theory** (תאוריות על המשפט) – התעסקות בתופעה הכללית שנקראת משפט.

תורת המשפט לעיתים מכונה פילוסופית המשפט, חוכמת החוק. יש חפיפה מסוימת בין תורת המשפט לפילוסופית המשפט, אם כי הם לא זהים. **תורת המשפט עוסקת במושגי המשפט הבסיסיים ביותר שרלוונטיים לכל אחד מענפי המשפט, ולא ענף מסוים.** יש מערכת שלמה של מושגים, המאפיינים את כל אחד מענפי המשפט. מושגים כמו חובה, חוק, צדק וחירות, הם מושגים שקיימים כמעט בכל ענף משפטי, ואנו משתמשים בהם בתחומים נוספים בשיח היומיומי, כמו בתחום המוסר. ננסה לברר את פשר המושגים הללו והאופן שמשתמשים בהם במשפט. טיבה של השיטה הזו, שנקראת פילוסופית המשפט, או תורת המשפט - חלק ניכר מצורת החשיבה ואופן הצגת התשובות היא לאו דווקא מה שמכונה דיון משפטי, חלק מהדיון יהיה בעל אופי פילוסופי אנליטי יותר, הלוקח אותנו למחוזות שונים מהמשפט הרגיל למרות שהמושגים זהים.

השאלות המרכזיות שנעסוק בהן –

1. **מהו החוק?** שאלה זו נחלקת למספר רב של שאלות משנה, יש מובנים רבים. איך אנו מזהים ויודעים מהי מערכת משפט? מהן גבולות מערכת המשפט? איך מזהים את המקורות המשפטיים? האם יש עקרונות של מערכת המשפט עצמה, שבאמצעותם אנו יודעים מה נכלל בתוך המערכת?

לרוב, אנשים לא קוראים את החוק. מדוע, אם כן, אנשים מצייתים לחוק? **רוב האנשים הם נורמטיביים, מצייתים למוסר, לפי מה שנראה להם ראוי, שהוא לרוב גם מה שהחוק מורה.** ברוב המקרים, בני אדם פועלים לפי החוקים משום שהם אנשים נורמטיביים, תופסים שכך ראוי לנהוג.

האם יש מערכות חברתיות בלי חוקים? האם יש מערכות שיתבססו על מוסר נוהג?

1. **היחס בין משפט ומוסר –** האם בכל חוק יש רכיב מוסרי? אם כן, איזו סוג של מוסריות חייבת להיות? האם יש לחשוב על החוק בנפרד מהמוסר? במקרים רבים, אנו חושבים על המוסר והחוק במונחים של חובות – **חובה מוסרית ומשפטית**. האם המושג חובה במובן המשפטי שונה מהמובן המוסר?
2. **המטרות החברתיות של המשפט –** הרבה פעמים, כשאנו חושבים על המשפט כאל מוסד חברתי, עולה השאלה – **מהן המטרות החברתיות אותן אנו רוצים להגיע באמצעות מערכת המשפט?** האם יש מטרות, שלא נכון לממש אותן באמצעות המשפט (המשפט לא מתאים להן)?האם המשפט מיועד להשגת מטרות מסוימות בלבד? יכולות להיות סדרה של מטרות, האם יש קשרים בניהן? מהן אותן מטרות שהן חשובות לנו בחיי, אך הן איננן שייכות למשפט?

**תאוריות של שפיטה** – לביהמ"ש ולשופטים יש תפקיד מרכזי בתוך מערכת המשפט. השאלה היא –

איך השופטים פועלים? כיצד ראוי שיפעלו? **בחינת דרך העבודה של השופטים** – למשל, מהי התפיסה הבסיסית של הפרשנות המשפטית? מה טיבו של שיקול הדעת השיפוטי? האם לאקונה הינה דבר אפשרי? מה טיבה של הפרשנות?

* כל השאלות לעיל מאפיינות את כל ענפי המשפט בכללותם, ולא ענף ספציפי. כל ענף משפטי עשוי "לסבול" מלאקונה, למשל.
1. **מושגים משפטיים** – יש למערכת המשפט מערכת שלמה של מושגים, המאפיינים כל ענף במשפט, ולהם היבטים מפתיעים. מונחים להלן מעלים שאלות תאורטיות ומושגיות, ומאפיינים כל ענף –
* **חובה וזכות** – ישנן חובות וזכויות משפטיות, אך יש מובנים נוספים של מושגי הזכות והחובה.
* **חירות** – המושג איננו אך מושג משפטי. במשפט יש מערכת יחסים סבוכה עם מושג החרות. מחד, המשפט מגביל חרות. מנגד, זהו מוסד שכל עניינו להגן על החרות, להעצים ולהעמיק אותה
* **צדק** – זהו מושג מתחום המשפט, אך לא רק. במשפט אנו עוסקים **במשפט צדק**, זוהי אחת המטרות של המשפט – ליצור חברה צודק. מה הכוונה במושג צדק? אילו מובנים יש למושג צדק? מהו המובן המרכזי בהקשר של המשפט?
* **ענישה** – מהם רציונאלים לענישה? אילו הצדקות יש לכך? מה המטרות?
* סיבתיות, כוונה, חזקה, רציעה ועוד.

תחום תורת המשפט הוא, במידה רבה, נושא שלו קשרים הדוקים לענפים פילוסופיים אחרים, ובמיוחד לשני ענפים מרכזיים (שבעצמם קשורים אחד לשני) –

1. הפילוסופיה של המוסר.
2. פילוסופיה פוליטית.

**מהו החוק?**

שאלה זו היא שאלת מפתח בתורת המשפט. שאלות רבות מסוג זה ניתנות לפירוק לשאלות שונות. **המובנים של השאלה "מהו החוק?"** –

1. **מה ההבדל בין חוק משפטי (או מוסרי) לבין חוק טבע?** מחד, ניתן לדבר על חוק משפטי/מוסרי. מאידך, ניתן לומר כי ישנם חוקי טבע. הטבע מתנהל לפי חוקים. מה ההבדל, אם יש, בין חוק בהקשר של חוק משפטי/מוסרי, לבין חוק טבע? מדוע, אם קיים הבדל, משתמשים בשני המקרים במילה חוק?
2. **מהו ההבדל בין המוסד החברתי שנקרא חוק (מערכת המשפט), לבין המוסר הנוהג (מערכת דמוית חוק)?** כיצד נאפיין מערכות משפט שאותן ניתן לכנות כמוסדות חברתיים (מערכת המשפט היא סוג של מוסד חברתי), לעומת מוסדות חברתיים שדומים למערכות משפט, אך הן אינן מערכות משפט (עמו המוסר הנוהג, שהוא בעצמו מוסד חברת)?
3. **מהו החוק במקרה ספציפי?** כיצד נדע מה קובע החוק במצב עניינים נתון? מה עלינו לזהות, כשאנו רוצים לזהות מה קובע החוק?

**מה ההבדל בין חוק משפטי/מוסרי לבין חוק טבע?**

**אין זה נכון בהכרח לומר, שאת חוקי הטבע אנו מגלים ואילו חוקי המוסר הם מומצאים**, שכן מה שנתפס בעיננו כמוסרי, כפוי עלינו, אנו לא המצאנו אותו. רוב בני האדם לא חושבים על המוסר כאל דבר שהם ממציאים. חוקי המתמטיקה, למשל, הם חוקי המתארים דבר מסוים, הם לא מומצאים. החוקים נמצאים, ואנו רק חושפים אותם. אם המתמטיקה קיימת, יכול להיות שגם המוסר קיים.

ההבדל האמתי – **חוקי המוסר והמשפט הם חוקים מצווים, ואילו חוקי הטבע הם חוקים מתארים.**

* חוקי המשפט/המוסר (פרספקטיביים) – חוקים מצווים, לא קובעים איך מתנהגים באופן סביר, כמו חוקי הטבע, אלא קובעים איך צריכים להתנהל בתנאים מסוימים.
* חוקי הטבע (דסקריפטיביים) – חוקים מתארים. לא מתארים איך אובייקטים צריכים להתנהג, אלא איך אובייקטים בטבע מתנהגים.

**חוקי הטבע** **הם חוקים שנועדו** **לתאר** **איך אובייקטים מתנהגים, בהינתן תנאים מסוימים** (לדוג' - אם יש טמפ' מסוימת, ירד שלג). אם התיאור אינו תואם את ההתנהגות, יש בעיה ויש לנסחו מחדש. חוקי הטבע מתארים **סיבתיות קבועה**. השיקולים שיגרמו לנו לנסח מחדש את חוקי הטבע יהיו בשאלה האם החוקים אכן מתארים. מנגד, אם חוקי המוסר/משפט לא מצליחים לתאר איך בני אדם נוהגים, אין זו סיבה לבטלו.

**חוקי המוסר** **והמשפט** אינם חוקים מתארים, הם אינם מתארים את ההתנהגות, **אלא מצווים כיצד להתנהג בהתמלא תנאים מסוימים**. גם אם יש הפרה של החוק, אין פגיעה בחוק עצמו, האיסור יישאר בעינו. אם יש חוק מסוים שהוא חלק מהמערכת זה לא אומר שבהכרח הוא מתאר התנהגות של בני אדם, הם לא בהכרח מתנהגים כך. אין התיימרות לתאר התנהגות של בני אדם אלא איך ראוי שיתנהגו, לעומת חוקי טבע המתארים איך מתנהגים בפועל.

ההבחנה הזו מקובלת גם ע"י מי שמקבל את הטענה שהמוסר הוא רציונלי (מגלים אותו, כמו את חוקי הטבע) – חוקי הטבע הם חוקים מתארים, ואילו חוקי המוסר והמשפט מצווים. מדובר בהבדל עקרוני, שנכון לפי כל תאוריה של המוסר/המשפט והטבע.

**מדוע אנו מכנים גם את אלה וגם את אלה "חוקים"?** בחוק יש משהו סדיר, קבוע, רציונלי (יש קשר הדוק בין חוקיות לרציונליות). יש יסוד כללי בשני הסוגים הללו של החוקים – **חוק טבע קובע מה תמיד קורה, בהתמלא תנאים מסוימים, ואילו חוקי מוסר/ומשפט קובעים כיצד תמיד צריך להתנהג בהתמלא תנאים מסוימים.** ה"תמיד" (יסוד של החוקיות) משותף לשני סוגי החוקים. **גם המוסר וגם מהמשפט קובעים לנו מה לעשות. האופן בו הם מספקים לנו הוראות פעולה, יוצר חובות.**

* חוקי המתמטיקה והגרביטציה – באיזה מובן הם קיימים (לא קיימים פיזית)? חוקים מתארים, או מצווים? לרוב, מה שקיים באופן פיזי, קיים לפרק זמן מסוים – אין דבר פיזי, שנותר לעד. חוקי המתמטיקה, מנגד, לעולם לא עוברים מן העולם, הם קיימים תמיד, הם לא נמצאים בתהליכים של הוויה והפסדות.

**מהו ההבדל בין המוסד החברתי שנקרא חוק (מערכת המשפט) לבין מוסדות חברתיים שנראים כמו מערכת משפט, אך אין הם באמת מערכת משפט (מוסר נוהג, למשל, או דת) –**

**מוסדות חברתיים** **הם סוג של פרקטיקות חברתיות, היוצרות סוגים של דפוסי התנהגות, על מנת להשיג מטרה מסוימת.** מדובר בדפוסי התנהגות החוזרים ונשנים לאורך הזמן. הכוונה הינה ליצירת דפוסי ההתנהגות הנקבעים לפי כללים, להם תכלית מסוימת (רווחה, למשל). מוסד חברתי הוא מעין דפוס התנהגות הרווח בחברה, ושהחברה מאמצת אותו.

* שבת – יש מערכת שלם של דפוסי התנהגות בחברה מסוימת, שקובעת כי זאת שבת (מתלבשים אחרת, אוכלים אחרת וכו'). מנקודת מבט סוציולוגית, מדובר במוסד חברתי – השבת היא מערכת מסובכת ומורכבת של דפוסי התנהגות.

**החוק, על מכלל מרכיביו, הוא מוסד חברתי. את מערכת המשפט ניתן לחלק למוסדות רבים** – חוזה, למשל, הוא סוג של מוסד – סוג של דפוסי התנהגות, שבאמצעותם אנו יוצרים מערכת של התחייבויות בין בני אדם, סוג של קשר, של חובות וזכויות. **כמעט כל מערכת משפט היא מערכת של דפוסי התנהגות, מערכת של מוסדות חברתיים.**

מוסד החוק הוא מוסד רחב הקובע ומתאר איך בני אדם בחברה נתונה מנהלים את חייהם לפי דפוסי פעולה מסוימים. החוק מורכב מתחומים שונים. ניתן לתאר מוסדות ספציפיים בתוך החוק. **החוק כסוג של מוסד חברתי שקובע כללי התנהגות ספציפיים**.

* המוסד לביטוח לאומי – לא מדובר על מוסד בנייני אלא מוסד שמאגד דפוסי פעולה עם תכלית מסוימת-תפקידו מערכת פעולות שמטרתו לדאוג חברתית. יש גופים שאנו בונים מנגנון שלם שמצליח לגייס את הכסף הזה ותפקידו לגייס את הכסף מאלו שיש להם רכוש מסוים ואז אמור לחלקו לנעדרי הכנס, מוגבלים, זקנים וכו'. זהו מוסד מורכב, שתפקידו לחלק רכוש ולתת לאלו שזקוקים לכסף. המוסד בנוי ממערך גדול של כללים מפורטים מאוד - מתי לוקחים, למי נותנים וכו'-כל זאת המוסד קובע. בראש ובראשונה, מדובר במוסד חברתי.

**גם המוסר החברתי הוא סוג של מוסד חברתי.** לכל חברה יש דפוסי פעולה מסוימים ע"פ עקרונות מוסר. מבחינה מושגית ניתן לחשוב על דפוסי התנהגות רווחים בחברה המכונים המוסר החברתי.

נימוסי שולחן, למשל, הם סוג של מוסד חברתי, יש מערכת של כללים, דפוסי התנהגות. המוסר הנוהג היא מערכת של כללים, שבני החברה מאמצים ומפנים אותם, והם פועלים לפיהם, לפי מה שנתפס בעיניהם כראוי. גם את המוסר הנוהג ניתן לפרק למוסדות משנה.

**יש דמיון בין המוסד החברתי שנקרא מוסר נוהג, לבין המוסד החברתי שנקרא חוק/מערכת משפט** – מדובר בסוג של דפוסי פעולה שאנו מאמצים, יש חפיפה ביניהם במקרים רבים. מאידך, אנו נוטים לחשוב שיש הבדל בין שני המוסדות. **מה ההבדל בין החוק למוסר הנוהג (דמוי חוק)?**

הקרבה בין חוק מוסרי לחוק משפטי –

**מה מאפיין אותם?** המשותף למוסר ולחוק הוא שהם **קובעים לנו כללים**, נותנים הוראות לגבי פעולות שאנו צריכים, או לא, לעשות (חוקים מצווים, בניגוד לחוקים מתארים).

בד"כ, אנו מבצעים אבחנה בין הוראות פעולה, שאנו מכנים אותם כהוראות הקשורים לפיקחות, **מה כדאי לעשות**, לבין הוראות של **מה אנו חייבים לעשות**. כלומר, מבחינים בין הוראות של "מה כדאי לנו לעשות" (אינן בגדר חובה, לא שופטים מבחינה מוסרית/משפטית), לבין הוראות של "מה אנו חייבים לעשות".

**הוראות של "מה כדאי לעשות"** – הוראות/כללי פיקחות, אין חובת ביצוע. אם לא מבצעים, לא פועלים בניגוד לחובה. מנגד, יש תחומים, בהם אנו מחויבים, יש **הוראות של "אנו חייבים לעשות"** (אסור לרצוח). **התפיסה על אודות המוסר והמשפט – אם אומרים משהו, אזי מטילים חובה (אם לא נבצע, לא נמלא את החובה).**

קטגוריית "החייב" היא סוג מסוים של קטגוריה נורמטיבית, השונה מ"כדאי". אנו נוטים לחשוב, כי מבחינה מוסרית, יש הבדל בין "אתה חייב", ל-"כדאי לך". **המשותף לחוק מוסרי ומשפטי – קיומו של יסוד החובה, יש חובה מוסרית וחובה משפטית.** אנו מדברים על חובות, ולא אך על הוראות פקחות. **גם המוסר וגם מהמשפט קובעים לנו מה לעשות. האופן בו הם מספקים לנו הוראות פעולה, יוצר חובות.** המאפיין את המוסר והמשפט הוא שהם יוצרים חובות ומנסחים את כללי ההתנהגות במובן של חובה, אין בחירה. לא זו בלבד שהם מספקים לנו הוראות פעולה, אלא שהוראות פעולה אלו יוצרים כלפינו חובות.

* האם יש הבדל בין החובות שהמשפט מטיל, לבין חובות שהמוסר מטיל? האם יש חפיפה בין שני המושגים, עד שקשה להבחין בינם?
* מתי תופסים משהו כחובה? כשמדובר במשפט ובמוסר. יש אנשים שיחלקו על זה ויגידו שאין חובות, אלא יש רק " מה כדאי לעשות".

ההבדל בין המוסר הנוהג למוסר האידיאלי –

**המוסר הנוהג** **הוא כל מערכת הכללים שבני אדם מסוימים, או חברה מסוימת, חושבים שכך ראוי לנהוג** – לא מה ראוי, אלא **טענה עובדתית אודות מה אנשים חושבים שראוי לעשות.** מדובר במערכת של עובדות – איך אנשים חושבים/מתנהגים בעניינים מוסריים (בחברה הבדואית אנשים חושבים שמותר להרוג משיקולים של כבוד המשפחה). **המוסר האידיאלי**, מנגד, מייצג טענות אודות מה ראוי לעשות (אסור כך, מותר כך). אין מדובר בטענות עובדתיות אודות מה אנשים חושבים, אלא מדובר בטענות אודות מה ראוי.

לעניין היחס בין המוסר למשפט, חשוב לבצע אבחנה בין היחס בין המשפט למוסר הנוהג בחברה מסוימת (מה שאנשים חושבים שראוי), לבין היחס בין המשפט למוסר האידיאלי (מה שראוי), שכן **ישנו הבדל עמוק בין מה שראוי, לבין מה שאנשים חושבים שראוי.**

**האבחנה המושגית** – ניתן לטעון מערכת שלמה של טענות אודות מה ראוי לעשות, ייווצר **וויכוח במסגרת המוסר האידיאלי, מה ראוי לעשות** (יכולים להיות מוטעים). מישור אחר של דיון – מה המצב בישראל? מה אנשים חושבים? רוב אזרחי המדינה חושבים שהדבר פסול, למשל. בוחנים וקובעים מהו המוסר הנוהג בישראל, מה האנשים חושבים בענייני מוסר כלשהו – **דיון במסגרת המוסר הנוהג, עובדה מן הסוג של "מה אנשים חושבים".** מבחינה לוגית, מדובר בשני תחומים שונים לגמרי.

* את המוסר הנוהג ניתן לחלק לשנים – מה אנשים חושבים לעניין מה שראוי להתנהג, בניגוד לכיצד הם נוהגים בפועל.

**הכשל הנטורליסטי** – מצב בו אנשים מנסים לגזור ערכים, או טענות אודות מה ראוי, מעובדות. יש הסבורים, כי כל ניסיון לגזור משפט מוסרי (מה אסור ומה מותר) ממערכת של עובדות, הוא סוג של כשל לוגי. אי אפשר לגזור מכמה משפטי עובדה משפטים בעלי אופי ערכי או מצווה. כדי שנוכל לגזור משפט ערכי, צריך להיות תוכן ערכי, הנחה אחת ערכית. החובה לשמוע בקול האל היא דוג' להנחה שגויה שיוצאת מהמשפט – האל אמר בסיני : "לא תרצח". כדי שלא נרצח מתוך משמעות ערכית, יש להוסיף משפט בעל משמעות ערכית.

* "לא תרצח" – עובדה. לא נובע מכך, לוגית, שאסור לרצוח. כללים שאנו תופסים אותם כמחייבים הם לא כאלו שבהכרח נציית להם, זה לא נגזר מזה שאנו תופסים כלל מסוים כמחייב. אפשר להפר חובות בגלל כל מיני סיבות, זה לא משנה שמדובר בחובות. כשאנו מדברים על חובות, אנו מדברים על **ציוויים שהם בלתי מותנים, הם לא תלויים ברצון שלנו לקיים אותם. מבחינה מושגית, יש הבחנה בין כללים שהם חובות, לכללים שהם לא חובות.**

**מוסר נוהג** – **לא טוענים טענות אתיות, אלא טענות עובדתיות על ענייני מוסר, מה אנשים חושבים בענייני מוסר. מוסר אידיאלי, מנגד, מייצג טענות אתיות.**

יש להבחין בין היחס בין המשפט למוסר הנוהג בחברה מסוימת (מה שאנשים חושבים שראוי), לבין היחס בין המשפט למוסר האידיאלי (מה שראוי). **לפי מה ראוי שביהמ"ש יפסוק? לפי מה אנשים חושבים שראוי, או לפי מה שראוי מנקודת המבט של השופט?** מה אנשים שחושבים בשאלה נתונה, לעומת מה המשפט קובע? מנגד, מה ראוי שייקרה בשאלה הנתונה, לעומת מה שהמשפט קובע?

מס' הבדלים בין המוסד החברתי חוק/משפט, לבין מוסדות דמויי חוק, כמו המוסר הנוהג –

1. **את המשפט אוכפים באמצעות הכוח של הריבון**, ע"י סנקציות. כשאנו חושבים על המוסר בכלל ועל המוסר הנוהג בפרט, הרי שהוא כמעט ולא נאכף (לא תמיד, לעיתים הוא נאכף באופן יעיל יותר מהמשפט, באמצעים אחרים ולא באותם מנגנונים). לחברה דרכים שונות לאכיפת המוסר שלה. בד"כ, **אופן האכיפה נעשה בצורה שונה.**
2. **למשפט** יש אמצעים שמובנים בתוכו לשנות את הכללים שלו, יש מנגנונים בתוך המשפט המאפשרים למערכת המשפטית לשנות את כלליה – לבטל/לשנות חוקים, המשפט יכול לסגל עצמו למציאות חדשה. **המוסר הנוהג** יכול להשתנות, אך בניגוד למשפט, אין לו מנגנונים המאפשרים שינוי של הנורמה המוסרית בצורה מושכלת וברורה. הנורמות המוסריות יכולות להשתנות, אך מדבר בתהליך שלא ניתן לדעת מתי החל ומתי הסתיים, אלו הם תהליכים שלא ניתן לכוונם / להשפיע עליהם באופן וודאי. **במערכות דמויות חוק, כמו מערכות מוסריות, הכללים משתנים באופן שונה, ללא מנגנוני עזר. בניגוד למוסר הנוהג, המוסר האידיאלי כשלעצמו לא משתנה!**
3. **לחוק, בדרך כלל, יש עניין במספר יחסית מוגבל של ערכים, החוק מעוניין להגן על מספר מוגבל של ערכים – וודאות, יציבות חברתית, בטחון אישי-פיזי וכו'.** אולם, יש מערך שלם של ערכים שאנו לא נוטים לראותם כערכים שהחוק נועד להשיגם (אין מדובר במטרה שהחוק נועד להשיגה, זה לא תפקידו) – חסד, לפנים משורת הדין, מימוש עצמי ועוד. **אלו הן שאלות מוסריות, הן מתקשרות לתפיסת ה"טוב" שלנו**.החוק לא עוסק בהם, הוא לא קובע מה "טוב" לנו במובן זה.

**מערכות משפט מערביות** משאירות נושאים אלה לבני אדם – תפקיד החוק הינו לאפשר לתפיסות טוב שונות לחיות זו לצד זו, לאפשר להן לחיות בהרמוניה אחת עם השנייה, ללא התנגשויות (חייה ותן לחיות). בתפיסות המודרניות אנו מנסים לאפשר לכמה שיותר תפיסות של טוב לחיות זו לצד זו. **מערכות המשפט הדתיות**, מנגד, כן מנסות להשפיע גם על נושאים אלה.

1. בדרך כלל, **המשפט** מדבר על חובות ועל זכויות, מערכת המשפט יוצרת כללים חתוכים, שנוטים להיות מוגדרים היטב. זה לא אומר שזה טיבו של כל כלל משפטי, אך בד"כ זה המצב. לעומת זאת, **נורמות מוסריות** הן בד"כ קטגוריות הרבה יותר רחבות ופחות חתוכות, יותר חד משמעיות. אנו לא מדברים על מערכת של חובות וזכויות, לעיתים חושבים במושגים של מעבר לחובה – לפנים משורת הדין.

**מהו החוק קובע במקרה הספציפי?**

בשאלה מסוג זה, אנו מתמודדים בקורסים המשפטיים הספציפיים. שאלה זו מעוררת מערכת שלמה של שאלות תאורטיות. אחת השאלות (השאלה המרכזית) – **האם, כשאנו באים לברר מה קובע החוק בסיטואציה נתונה, אנו צריכים לזהות מערך מסוים של עובדות חברתיות, או שמא עלנו גם לשקול שיקולים של צדק ומוסר, של מה ראוי - שיקולים שאינם בבחינת עובדות חברתיות (של מוסר אידיאלי, ולא רק שיקולים עובדתיים)?**

איך עונים על השאלה מה קובע החוק? הולכים לחוקים, לתקנות ולפסקי דין, ומבררים מה הם קובעים לגבי המקרה הנדון. כדי לקבוע מה אומר החוק, יש לבחון האם התקיימו עובדות חברתיות מסוימות. האם זיהנו את המקורות המשפטיים הרלוונטיים? האם זיהנו את העובדות הרלוונטיות (פסק דין / חוק של הכנסת הוא בבחינת עובדה)? אם כן, אוספים אותם ומחילים אותם על המקרה.

יש הטוענים, כי **יש לשקול שיקולים נוספים, מעבר לעובדות**. לדוג' – השפעה על החברה, הצודק במקרה הנדון (שאלה שלא ניתנת לבירור רק באמצעות זיהוי של עובדות).

**בפועל, מעבר לזיהוי עובדות רלוונטיות, שוקלים שיקולים נוספים. האם זה נכון?** נראה כי אין מדובר אך בזיהוי עובדתי. **השאלה מה קובע החוק איננה אך שאלה עובדתית, אלא היא** **קשורה גם למערכת שלמה של שיקולים (מוסריים), אותם יש לזהות.** מחד, זוהי שאלה פרקטית, אך מנגד, מדובר גם בשאלה תיאורטית.

את האבחנה בין שתי הגישות לעיל ניתן להציג באופן הבא –

1. **גישה פוזיטיביסטית (פוזיטיביזם משפטי)** – גישה הטוענת, שזיהוי החוק מתקשר לזיהוי עובדות בלבד. כדי לדעת מה קובע החוק במקרה ספציפי, יש לזהות עובדות מסוימות, לעשות להם אנליזה ולהגיע לתשובה. לפי הגישה הפוזיטיביסטית, עניינינו בזיהוי עובדות גרידא. **בתוך הפוזיטיביזם המשפטי יש קבוצה של גישות החלוקות ביניהן**. הן שותפות לרעיון הבסיסי, לפיו יש להפריד בין המשפט לשיקולי הצדק, ולכך שהמשפט נתון כולו לעניין עובדות. אולם, תיאור העובדות וסוגן נתון במחלוקת.
2. **גישה נון-פוזיטיביסטית** – אנו לא רק שוקלים שיקולים של זיהוי עובדות, אלא שוקלים גם שיקולים נוספים. הקבוע בחוק נתון גם לשיקול דעת, לשיקול נון-פוזיטיביסטי. משפטנים תיאורטיקנים נון פוזיטיביסטיים מנסים להסביר את התפיסה התיאורטית שעומדת מאחורי העובדות ואת מערך השיקולים המלא שיש לקחת בחשבון.

**גם הגישות הנון-פוזיטיביסטיות חלוקות בינן לבין עצמן. המחלוקת הינה סביב השאלה, איך בדיוק עובד היסוד הנון-פוזיטיביסטי?** הגישות הנון –פוזיטיביסטיות השונות מתווכחות ביניהן לגבי השיקולים המהותיים שיש לצרף לעובדות כדי להגיע לתשובה מה אומר חוק.

**משפט טבע / משפט טבעי – הנון-פוזיטיביזם –**

יש קבוצה של גישות בתורת המשפט, לה ביטויים משפטיים מגוונים ביותר – **משפט טבעי, משפט טבע**. זוהי קבוצה מסוימת של גישות נון-פוזיטיביסטיות, בה דוגלים אנשים מסוימים – המשפט הטבעי. **מהו משפט טבע?** משפט זה ראשיתו בפילוסופיה היוונית. אנו נוטים לחשוב על דבר כטבעי, כאשר מדובר בדבר הרווח בחברה. אך הטבעיות הינה תלוית תרבות וחברה. חוקי הטבע הם לא פונקציה של היסטוריה. מדובר **בקבוצה של גישות נון-פוזיטיביסטיות, יש לקחת בחשבון שיקולים של מעבר לזיהוי עובדות**.

הדגמה לעבודתם של שיקולים נון-פוזיטיביסטיים במשפט –

**פ"ד ירדור** – לפי החוק היבש, לוועדת הבחירות לכנסת אין סמכות להחליט שרשימה מהסוג המדובר לא רשאית להיבחר לכנסת. נטען שהרשימה הסוציאליסטית מורכבת מאנשים החברים בהתאחדות לא-חוקית, ששמה לה למטרה לשלול שלילה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל בכלל, וקיום המדינה בגבולותיה בפרט. ועדת הבחירות פסלה את הרשימה.

הרשימה שנפסלה ע"י ועדת הבחירות הגישה ערעור שנידון במסגרת של ערעור בחירות, שם נידונה השאלה – העם הועדה פעלה כדין? האם היה בסמכותה לפסול את הרשימה ולשלול מימנה זכות יסוד כה חשובה? במרבית המקרים, ביהמ"ש העליון מבטל את ההחלטה. הערעור דנן נידון בפני שלושה שופטים.

**השופט כהן** (דעת מיעוט) – השופט סבר שלוועדה אין סמכות לשלום את הזכות מן הטעמים לעיל. סעיפי חוק הבחירות לא מעניקים לוועדה סמכות לפסול רשימה לכנסת מהטעמים האמורים. הוועדה יכולה לפסול רשימה, אך בשל טעמים טכניים מסוימים הקבועים בחוק. ס' חוק הבחירות לא מעניקים הסמכה לפסול מטעמים אלו, הם צריכים לבדוק רק דברים טכניים.

לדעת הוועדה מתמלאים שני תנאים –

1. מדובר בהתאחדות בלתי חוקית.
2. אי החוקיות היא כזו, שעניינה חתירה תחת שלמותה או עצם קיומה של המדינה – השופט דוחה טענה זו. מדברי אחדים מחברי הוועדה שהשתתפו בוויכוח נשמעת הנימה שיש רגליים לחשש שאנשי אל-ארד, הם אנשי הרשימה הנדונה, מנסים להיכנס לכנסת על פי הוראות האויב אשר אתו הם עומדים בקשר, ובהצלחתם במזימתם זו יהא משום ניצחון האויב ומשום מפלה ובזיון למדינה. **בהעדר ראיות מכריעות לקיום סכנה שכזאת, הרי שלילה זו של זכויות האזרח עלולה להיראות כסנקציה על התנהגותו ודעותיו בעבר: וסנקציה שכזאת בודאי אין ועדת הבחירות המרכזית מוסמכת להטיל**". עצם העובדה שמפלגה חורטת על דגלה רצון לשנות חוקים, איננה בבחינת אי-חוקיות. החשש, הסכנה, אין בו כדי לעלות, או להוריד.

אין סמכות לוועדה, כי אין חוק. **זוהי עמדה פוזיטיביסטית, אולם עמדתו לא פוזיטיביסטית באופן מובהק, שכן לאחר מיכן הוא מסביר מדוע אין חוק, ומדוע זה מוצדק** – אנו לא מעוניינים בסמכות כזו, כי יש בה אלמנט לא-דמוקרטי, אנו לא מעוניינים להעניק לוועדה סמכות לשלול את הזכות להיבחר. עמדה פוזיטיביסטית מובהקת תטען, כי אין סמכות קבועה בחוק, זהו המצב – עובדה חברתית. אין חוק – אין סמכות, ואין להידרש לשיקולים אחרים. אולם, במקרה דנן, השופט סבור כי מדובר במצב רצוי, בשל הערכים הדמוקרטיים.

החלטת השופט הינה בעלת אופי פוזיטיבי, כי הוא מכיר בחרדת המדינה, אך יחד עם זאת אומר שללא חוק לא יכולים לפסוק. ההנמקה שלו אינה פוזיטיבית גרידא, כי יש גם הנמקה ערכית, המדגישה שטוב שכך החוק, הוא משקף את משטרנו הדמוקרטי והליברלי. ההנמקה אינה פוזיטיבית, יש לה מעין רטוריקה ערכית. בהתייחס לחוק הבחירות – הוא מדגיש את ערכי הדמוקרטיה, החירות וזכויות האדם שאליהם מכוון החוק. הוא מבליט אותנו כמשטר דמוקרטי מבין המדינות המקיפות אותנו, בהן משטר רודני!

"**עת לעשות לה', הפרו תורתך**" – לפי אחד הפירושים, יש לצאת ולהילחם למען ה', משום שיש כאלה המפרים את התורה, יש לעשות למען ה'. אולם, לביטוי ניתנה פרשנות שונה – יש לעשות למען ה', יש להפר את התורה למען ה', יש לחקוק חוקים הנוגדים את התורה, שעניינם הוא להיות נאמן לתורה (בעצם הפרה החוק, אנו נאמנים לו). במצבים חריגים, עלינו לבצע פעולה של נאמנות לחוק, ע"י הפרת החוק עצמו. כאשר יש פער בין יישום החוק למטרות החוק, יש לחרוג ולהפר את החוק, על מנת לשמור על נאמנות לחוק. אי-קיום החוק מייצג את הנאמנות לחוק. **השופט חיים כהן מציג את הביטוי כטענה כלפי אלו הטוענים שהם יוצאים לחוק, על מנת לשמור על נאמנות לחוק.**

יש לפסול את החלטת הוועדה, ולאפשר לרשימה לרוץ לכנסת. זוהי החלטה אמיצה באותה תק', כי המדינה בשנות ה-60 עוד בבתוליה, יש תחושת מצור וחשש שיאכלו את המדינה מתוך הכנסת, יש תחושה שיש אויבים שאורבים לנו מבחוץ, המדינה עוד פגיעה. לפי השופט כהן, בהעדר חוק, אין סמכות לשלול את המפלגה.

**השופט אגרנט** – השופט מדבר על **קיומן של נתונים קונסטיטוציוניים**. תחילה, בדומה לשופט כהן, השופט בוחן את שאלת הסמכות של הוועדה. בדומה לשופט כהן, השופט אגרנט מסכים כי לוועדה יש בעיקר סמכות מיניסטריאלית, טכנית. אולם, לא בכך מצטמצמת סמכות הוועדה – הוועדה יכולה לשקול גם שיקולים אחרים, כמו השיקולים במקרה דנן, ולהחליט על פסילת מפלגה מטעם אותם שיקולים.

**קיומן של סמכויות איננו דבר טריוויאלי.** אנו מעוניינים שלאנשים יהיו סמכויות לעניינים מסוימים בלבד, הנוגעים לתפקידים שהם ממלאים במסגרת המצומצמת שלהם, לעניינים הרלוונטיים שנועדו להשיג את המטרה של המסגרת המסוימת. אנו מעוניינים בכמה שפחות סמכויות, במיוחד בהקשר הפוליטי.

**מניין הוועדה שואבת סמכות זו? מכוח קיומם של נתונים קונסטיטוציוניים.** השופט אגרנט קובע כי לוועדה יש סמכות בשל נתונים קונסטיטוציוניים, זוהי הנחה שמלווה כל חוק (זוהי סמכות של כל וועדה). "שום משטר חפשי לא יתן ידו והכרתו לתנועה החותרת תחת אותו משטר עצמו. כדי לעמוד על תוכן סמכותה הנזכרת של הוועדה, מחובתנו לשים קודם אל לבנו את "הנתונים" הקונסטיטוציוניים, השייכים לשאלה זו. והנה, לא יכול להיות ספק בדבר - וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה - כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה "כמדינה יהודית בארץ ישראל", כי האקט של הקמתה נעשה, בראש וראשונה, בתוקף "זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל".

לכן, במקרה הזה, היא מצמחה סמכות לוועדה לפסול רשימה מן הסוג הזה מלרוץ לכנסת. אין מדובר בהנמקה פוזיטיביסטית, לא ניתן לאתר סמכות בחוק. **יש סמכות, מכוח נתונים קונסטיטוציוניים המכוונים לעקרונות יסוד, אותם השופט שואב ממגילת העצמאות ומתנאי סף מוקדמים לקיומו של הגוף הפוליטי, מדינת ישראל, מהם יונקים תוקף להחלטה.**

השופט מדבר על עקרונות עליהם מעידה מגילת העצמאות, היא לא מכוננת אותם. אלו הן עקרונות העומדים ביסוד השיטה. תשתית זו, שאינה מצויה בחוק הפוזיטיבי, היא חלק בלתי נפרד מהחוק. בהקשר המסוים בו העניין נדון (האם הפסילה בדין, או לא), היא רלוונטית מאוד. לאור הבסיס הזה – הווייתה של המדינה יהודית ודמוקרטית, והעובדה כי המפלגה שוללת את קיומה של מדינת ישראל כיהודית, הרי שהוועדה פעלה מתוקף סמכותה. **הסיטואציה הקונסטיטוציונית היא פונקציה של יסודות משפטים לא-פוזיטיביסטיים. היסודות הללו הם המכוננים את הסמכות של הוועדה, ועל כן ההחלטה התקבלה בדין.** אין מדובר בזיהוי של חוק (גישה פוזיטיביסטית), אלא מדובר במערכת של שיקולים המצמיחים סמכות (גישה נון-פוזיטיביסטית).

**השופט זוסמן** – השופט מסכים לדעת השופט אגרנט. חוק הבחירות לא מסמכיך את וועדת החבירות המרכזית. מטרה לא חוקית היא לא סתם אי חוקיות באשר היא, אלא המטרה שואפת לחסל את המדינה ולהמית עליה שואה, ולא אך לשנות סדרי שלטון. אולם, השופט טוען **שישנם חוקי-על, שהם מעל לחוקה ולחוקים, הם לא כתובים עלי ספר** – **"הכללים היסודיים, העל חוקתיים האמורים אינם בעצם, לגבי עניננו אלא זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה. בין אם נקרא לכללים בשם "דין טבעי" (LAW NATURAL) ללמדך שמטבע ברייתה של מדינת דין הם**, ובין אם נקרא להם בשם אחר, שותף אני לדעה, שהניסיון שבחיים מחייב אותנו שלא לחזור על אודתה שגיאה שכולנו היינו עדים לה. בית המשפט הגרמני לחוקה, בדונו בשאלת חוקיותה של מפלגה, דיבר על "**דמוקרטיה לוחמת**" שאינה פותחת א שעריה למעשי חתירה במסווה של פעילות פרלמנטרית לגיטימית".

**השופט מעניק סמכות לוועדה לפסול ולאשר את הפסילה, בשם עקרונות על, הקשורים ליכולת של המדינה להתגונן. זוהי הנחת יסוד, המכוננת את הסמכות של הוועדה לפסול את הרשימה מלרוץ לכנסת**. זוהי התבטאות קיצונית יותר לכוון הנון-פוזיטיביות. אנו תולים את סמכות הוועדה בשם היזקקות לעקרונות על חוקיים ועל חוקתיים – לא מדובר זיהוי של עובדות חברתיות, אלא העקרונות הם חלק בלתי נפרד מהמשפט.

**בשם מקורות לא-פוזיטיביים אלה (לא כתובים, אלא הם ממהות המערכת) יש סמכות לוועדה. זהו כלי שהוא חלק מהמשפט, אך לא פוזיטיבי, אין מדובר בסוג של עובדה חברתית (מהסוג של חוק).** הסמכות לא נובעת מהסמכה במובן של עובדה חברתית, אלא מעקרונות על, מעצם התפיסה הבסיסית שלמדינה יש את היכולת להתגונן. אנו מזהים סמכות הנובעת ממקורות שהם בעצמם לא-פוזיטיביסטיים.

התפיסות של שני השופטים לעיל משקפות עמדה **נון פוזיטיביסטית** של החוק. מה שחסר בפסקי הדין האלה זו תיאוריה, שתסביר בצורה יותר מסודרת מהי תפיסת החוק העומדת ביסוד סוג כזה של פסיקה. מה זה הנון פוזיטיביזם הזה, שמאפשר ומצדיק פסיקה מסוג כזה. השופטים אגרנט וזוסמן מבטאים גישה נון-פוזטיבית מובהקת. במשפט של מ"י יש חוקי על שאף אחד לא חוקק אותם, אך בימה"ש יכול להחיל אותם ולהגיע לתוצאות שונות ממצב בו היינו מחילים את החוק הכתוב,.

זוהי פסיקה דרמטית – שללו זכות דמוקרטית בסיסית של אנשים, הזכות להיבחר. על כן, יש צורך במציאת תיאוריה, המסבירה באופן שמתקבל על הדעת פסיקות שכאלו, מה מונח בבסיס גישות כאלו? מהו מקורן?

**פ"ד פלוני נ' פלונית** – מדובר בערעור על החלטה של ביהמ"ש המחוזי, לפיה הילד הוא בר אימוץ. ההחלטה התקבלה מכוח ס' 13 לחוק האימוץ, כנגד האב הביולוגי. **האב הביולוגי מערער על ההחלטה, ששללה מימנו את הילד בקובעה כי הילד הוא בר אימוץ,** ההחלטה הוציאה את הילד מחיק הוריו הביולוגיים. **השאלה המשפטית** – האם יש לקבל את החלטת ביהמ"ש המחוזי שהילד בר אימוץ, או שמא לבטלה? המשמעות של ההחלטה – אם הערעור יתקבל, תתבטל ההכרזה על הילד כבר אימוץ, האב יקבל את הילד.

* השופטים מדברים במונחים של אי-צדק, "הרצחת וגם ירשת". זוהי הדעה של כל חמשת השופטים. כל חמשת השופטים הגיעו לאותה התוצאה (דחיית הערעור), אך הנימוקים שלהם היו שונים. מנק' מבט משפטית, האם זוהי התוצאה הנכונה?

במקרה דנן, **טובת הילד היא השיקול המרכזי**. לכאורה, טובת היליד היא שהוא יגדל עם הוריו הביולוגיים. אנו יכולים לזהות הורים רבים שהם לא הורים אידיאליים. אולם, לא נוציא ילד מחזקת ההורים במצב רגיל של הורים לא אידיאליים, אלא רק במצבים קיצוניים במיוחד. **האם בנסיבות המקרה דנן, יש הצדקה להוציא את הילד מהוריו הביולוגיים?**

תהליך האימוץ מחולק לשלבים, מדובר בהליך דרמטי – אנו לוקחים ילד ומנתקים אותו מהוריו הביולוגיים, ניתוק גמור מבחינה משפטית, אין להורים שום קשר אליו. הילד הופך להיות בן של המשפחה המאמצת, על כל המשתמע מן המבחינה המשפטית והחברתית. לפי חוק האימוץ, **ביהמ"ש צריך להכריז על הילד כבר אימוץ, היינו כי מתקיימים התנאים המשפטיים הקבועים בחוק האימוץ.** זוהי הכרעה דרמטית של ביהמ"ש, שלב חשוב בניתוק הילד מן המשפחה הביולוגית וחיבורו למשפחה המאמצת העתידית.

מאחר ומדובר בהחלטה דרמטית ביותר (אין חזרה מן ההחלטה, אלא במקרים קיצוניים במיוחד, שכן לא ניתן לשחק באנשים), ישנה תפיסה, אותה ניתן לראות בפסק הדין, לפיה ניתוק הילד מהוריו יעשה אך במצבים חריגים ביותר, כשיש הצדקה מיוחדת. יש צורך בכך שההורים יהיו בלתי מסוגלים לגדל את הילד בצורה קיצונית (הורים שלא מתפקדים באופן קיצוני). **החברה סבורה, באופן כללי, שהיא מבוססת על סוג של השקפת עולם, אידיאולוגיה, לפיה טוב לילד לגדול עם הוריו הביולוגיים, זה תמיד עדיף.** זוהי העמדה הרווחת. בנוסף, בני אדם מאוד רוצים לדעת מיהם הוריהם הביולוגיים.

ביטוי לדרמטיות משתקף בלשון החוק. אחד הביטויים הוא העובדה, שהחוק מונה עילות אימוץ מאוד מסוימות. ההנחה היא, שמדובר ברשימה סגורה של עילות אימוץ שהחוק מדגיש אותן. כל תוספת, היא חקיקה דרמטית.

**השיקול המוסרי** – בהינתן הרקע לעיל, אנו מבינים שיש צורך בסיבה טובה במיוחד, על מנת להוציא ילד מהוריו הביולוגיים. **אם מסתכלים על נסיבות המקרה דנן, הם כשלעצמם, בעיני ביהמ"ש, מספיקים על מנת להוציא את הילד מידי הוריו הביולוגי** (האב שהוליד את הילד על פי התוכנית). הדבר תמוה – נכון הוא כי התוכנית רעה ולא ראויה, אך **קשה לחשוב על כך שהסיטואציה דנן מצביעה באופן חד משמעי על כך שהשארת הילד בחזקת הוריו הביולוגי נוגדת את טובת הילד.** קשה מאוד למצוא נימוקים המצדיקים הוצאה של ילד ממשמורת הוריו הביולוגים בטח לא בגלל אי מוסריות ההורים. טענת אי-מסוגלות ההורים במקרה דנן היא מאוד מאולצת, שכן האב מסוגל לגדל את הילד, אין שום בעיה נפשית/כלכלית.

**מהי חוצפה?** לא סתם עשיית רע. מדוע במקרה דנן מדובר בחוצפה? החוצפה הינה מצב, בו אני אדם משתמש בדבר בעל אופי נורמטיבי (יוצר חובה), הוא נתלה בדבר הנורמטיבי ומבצע מעשה רע, הוא מצדיק את עצמו ומעשו באמצעות הנורמה. האדם מבצע שימוש לרעה בנורמה, ומצדיק את מעשיו ע"י הנורמה (הוא מהפך את היוצרות – מה שנתפס כרע נראה כדבר טוב ע"י שימוש בנורמה, יש תוקף נורמטיבי).

**בנוגע למקרה דנן, יש הרגשה שמדובר בחוצפה – "הרצחת וגם ירשת".** האב, בחסות החוק, ביצע מעשה שהוא איום ונורא. **החוק מכיר בקשר הכה חזק שבין הורים לילדים, והאב ניצל את מצב משפטי זה לטובתו**. האם, בשל כך, יש מקום להוציא את הילד מהוריו הביולוגי? האב חצוף, הוא ביצע מעשה רע ורוצה ליהנות מפרי עוולתו, דרך החוק. את זה בימ"ש לא מתיר. אולם, ניתן לומר שהעומד כאן על הכף הוא טובת הילד, ולכן מה זה משנה אם האב נהנה, או לא? השופטים לא הצליחו להתעלות מעל ה"חוצפה" של הגבר הזה.

**השופטת דורנר –** החוק מאפשר למסור את הילד, בשל **היעדר המסוגלות של ההורים**. המעשה שביצע האב מלמדים על כך שאין הוא מסוגל לגדל את הילד. זוהי **הרחבה של תנאי חוסר המסוגלות.** סעיפי החוק הרלוונטיים (חוק האימוץ) –

**ס' 13** – "באין הסכמת הורה, רשאי בית משפט, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה או נציגו, להכריז על ילד כבר-אימוץ, אם נוכח כי נתקיים אחד מאלה:".

**ס' 13(8)** – "הסירוב לתת את ההסכמה בא ממניע בלתי מוסרי או למטרה בלתי חוקית". הסעיף עוסק במצב, בו ההורה לא רוצה למסור את הילד מטעם מניעים פסולים, בלתי מוסריים. סירוב האב הביולוגי במקרה דנן איננו ממניע בלתי מוסרי. לא ניתן לקשור את הסעיף לנסיבות המקרה דנן.

**ס' 13(7)** – "ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו;". השופטת דורנר החילה סעיף זה על המקרה דנן, משום שלגישתה, **הרקע להבאת הילד לעולם יצרה אי-מסוגלות.** לגישת השופטת, הנסיבות של המעשה מבטאות את חוסר המסוגלות של הגבר לגדל את הילד שלו. ייתר השופטים לא קיבלו את דעתה של השופטת בדבר אי-מסוגלותו של ההורה.

**לגישת השופטת, יש לדחות את העיקרון שנקבע** **בפ"ד ריגז –** ילד רצח את סבו וטען שהוא היורש. החוק, בזמנו, לא כלל סעיף המטפל במקרה שכזה. לכאורה, אין קשר בין הרצח לירושה. זהו מקרה של "הרצחת וגם ירשת", הדומה למקרה של "כרם נבות". במקרה זה, היה מצב משפטי מוזר – מדובר במקרה הזועק אי-צדק (המכונן את הזכות הוא הרצח). ביהמ"ש לא קיבל את עמדתו של הנכד. זוהי פסיקה נון-פוזיטיביסטית, שכן לשון החוק היבשה מעניקה לנכד את הירושה, למרות הרצח. **החוק מחיל את העיקרון, לפיו** **מעילת בת עוולה לא תצמח זכות תביעה.**

לדעת השופטת, מקרה ריגז שונה – רוצים להצמיח זכות מכוח מעשה רע שבוצע, מקרה ריגז נוגע לזכויות רכושיות, ולא לזכויות הוריות. **במקרה דנן, הנושא העומד לדיון הוא טובת הילד. על כן, פ"ד ריגז והעיקרון שצמח מימנו, אינם רלוונטיים.** **לגישת השופטת, טובת הילד, כשלעצמה, איננה עילת אימוץ. אולם, לא ניתן לנתק את טובת הילד מעילות האימוץ, ובמיוחד מהעילה שבסעיף 13(7).**

"אכן, מקום שבו עלולה טובתו של הילד להיפגע חמורות עקב מצבו או התנהגותו של ההורה, עד שניתן לומר כי ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל מצבו או התנהגותו, מתגבשת עילת אימוץ. גידולו של ילד על-ידי אב שהולידו על-ידי בעילה אסורה של אמו, ולא עוד אלא שעשה כן בתכנון מראש, על-מנת לרכוש לעצמו ולאשתו העקרה ילד, עלול לפגוע קשות בילד. לילד שהולד בנסיבות כאלה עלול - עקב המצב שכך נוצר - להיגרם נזק חמור". לכן, ניתן להחיל את סעיף 13(7) על נסיבות המקרה דנן, ולהכריז שהילד הינו בר אימוץ. זוהי הנמקה משפטית רגילה, ע"י החלה של סעיף חוק על המקרה הקונקרטי. ברמת הטיעון המשפטי, הרי הוא מתנהל בקו הרגיל **הפוזיטיביסטי – מזהים עובדה משפטית, ומחילים אותה על המקרה.**

**הקושי בפסיקה של השופטת דורנר –** זוהי פסיקה פוזיטיביסטית במיוחד, אך הקונסטרוקציה של 'אי המסוגלות' דרך סעיף החוק לא משכנעת. קשה לומר, שבגלל מעשיו האב לא מסוגל לגדל את הבן ומאבד את היכולת הורית שלו. הסעיף מדבר על מצבו והתנהגותו של ההורה בזמן הווה, ועל כך שאין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד. ברור שזה לא המקרה במצבינו, שכן מדובר בהתנהגות עבר, שברור לכל שלא תחזור.

**השופט לוין –** השופט מציע שתי טכניקות, היכולות להגיע לתוצאה הרצויה מבחינתו, אך הוא מעדיף אחת על פני השנייה. השופט חולק על השופטת דורנר – לגישתו, סעיף 13(7) לא חל על המקרה דנן, שכן לא הוכח שהאב לא יכול לדאוג לרווחתו ולגידולו של הילד. **אירועי העבר (התהליך שהוביל להולדת הילד) לא די בהם כדי לבסס אי-מסוגלות**. כמו כן, טובת הילד, כשלעצמה, לא די בה כדי להוציא ילד ממשמרת הוריו.

לדעת השופט, על הערעור להידחות, מסיבות אחרות –

1. **דוק' "החסר הסמוי"** – החסר הסמוי, בניגוד לחסר גלוי. חסר = לאקונה, מצב בו אנו מחפשים תשובה לשאלה משפטית בחוק, אך אנו לא מוצאים, אין תשובה בחוק. זהו נושא תורת משפטי קלאסי, לאקונות יכולות לקרות בכל תחום משפטי. אנו מצפים שהמחוקק יפתור את הסוגיה, אך הוא לא עשה זאת.

**חסר רגיל –** מצב בו אנו מחפשים בחוק סעיף, אך לא מוצאים שום כללי משפטי שניתן להחילו על המקרה. אנו מצפים שהמחוקק היה מסדיר סוגיה זו (יש סיבות טובות לחשוב שהמחוקק היה מסדיר סוגיה זו). יש חסר של ענף משפטי שלם. מה עושים במצב שכזה?

**חסר סמוי** – מצב בו, על פניו, הרושם הוא שיש סעיפים רלוונטיים בחוק החלים על המקרה הנדון. אולם, כשאנו מתעמקים באופן בו הסעיפים מסדירים את המקרה, אנו חושדים, שמא המחוקק היה מנסח את הסעיפים בצורה אחרת, אילו היה חושב על המקרה הנדון.

במקרה דנן, המחוקק מסדיר את סוגיית האימוץ במסגרת חוק האימוץ ע"י קביעת רשימה סגורה של עילות אימוץ. אם מפרשים באופן סביר כל אחד מהסעיפים, נראה כי הילד איננו בר אימוץ. אין התייחסות להיבטים הספציפיים של המקרה הנדון.

מהו המבחן בעת החסר הסמוי? **האם המחוקק היה מוצא מקום להתערב?** **האם המחוקק היה מתערב ומנסח סעיף נוסף לחוק, לשם הכרעת המקרה החריג?**

* מקרה קשה – מקרה בו לוקחים סעיף ומחילים אותו על המקרה באופן כמעט מכני, הוא אמור להוביל לתוצאה, אך יש לנו סיבות לחשוב שהתוצאה אינה נכונה – ברור לנו, כי המחוקק לא התכוון לכך. על כן, יש מקום לתקן את סעיפי המחוקק.

אם נאמץ את רעיון החסר הסמוי, הוא יגרום לנו לסטות מהכלל. בכל פעם, אנו עשויים לחשוד שלא חשבנו על המקרה הזה, נלך למקרה החריג – לא פועלים לפי הכלל, אלא לפי השיקולים העומדים ביסוד הכלל. העיקרון בעייתי, הוא חותר תחת האופן בו אנו מתנהגים עם כללים. בכל זאת, השופט סבר כי יש מקום להחיל את הכלל במקרה דנן.

השופט סבר, שאילו היינו שואלים את המחוקק מה היה עושה במקרה דנן, **הוא היה קובע שהילד צריך להימסר לאימוץ, מכוח תקנת הציבור. השיקולים של תקנת הציבור נוגעים לעקרון, לפיו אדם לא יכול ליהנות מפרי עוולתו.**

**אריסטו, מושג ההגינות** – מאחר ותמיד ייווצרו מצבים שהמחוקק לא חשב עליהם, ואנו לא רוצים במקרים האלה להחיל את החוק כמו שהוא (נגיע למצבים לא צודקים), **יש להפעיל מערכת של שיקולים ולשים עצמנו בנעלי המחוקק** – לחשוב איך הוא היה מסדיר את המקרה הנדון, אילו היה חושב עליו. חוק האימוץ, בסעיף 13 שלו, דן במקרים הטיפוסיים, ולכן רוב המקרים הוסדרו על ידו. אולם, לפתע הגיע מקרה שאף אחד לא העלה בדעתו, **ברור לכל השופטים שהתוצאה הנכונה היא שהילד צריך להימסר לאימוץ, אך החוק, כשקוראים אותו במתכונתו היבשה, לא מאפשר הגעה לתוצאה זו. אי-לכך, אנחנו מחילים את הדוקטרינה של החסר הסמוי וקובעים, שאילו המחוקק היה חושב על המקרה המדובר, הוא היה מגיע למסקנה, לפיה הילד צריך להימסר מאימוץ**. לכן, למרות שאנחנו לא מחילים סעיף ספציפי, אנחנו קוראים לתוך החוק את הסעיף הזה, כי אם המחוקק היה חושב על מקרה הקונקרטי, כך הוא היה פוסק.

ניתן לבקר את עמדת השופט בשני אופנים –

1. לדחות את דוק' החסר הסמוי.
2. גם אם מקבלים את הדוק', ניתן לטעון כי יש במקרה דנן בחסר.
3. **דוק' הפרשנות המרחיבה –** למרות שדוק' החסר הסמוי ניתנת להחלה, ניתן לקורא אל תוך הסעיף דבר חסר, עליו המחוקק לא חשב, השופט מעדיף דוק' אחרת.

חוקים לא חוקקו בחלל ריק. הם מהווים חלק משיטה אינטגרטיבית הכוללת עקרונות יסוד. חזקה עליהם שהם חוקקו בגדר עקרונות אלה ושהם נועדו להגשימם. חזקה עליהם שהם פועלים כדי להגשים צדק ושוויון ושיישומם ימנע תוצאות שאינן מתיישבות עם תקנת הציבור. אחד מכללי תקנת הציבור הוא שלא ייצא החוטא נשכר. יוצא שיש לקרוא לתוך סעיף 13לחוק כלל נוסף הקובע שאין הורה רשאי לסרב הכרזת קטין בר-אימוץ אם הדבר נוגד טעמים שבתקנת הציבור הקשורים במעשים שהביאו להולדתו של הקטין. הכלל האמור יחול בלא קשר לעילות הנזכרות בסעיף 13לחוק, והוא מהווה יישום לכלל האוניברסלי שלא ייצא חוטא נשכר. בעשותי כן לא סטיתי מעקרון נאמנות השופט לחוק, משום שהפעלתי כלל נלווה, שחזקה על המחוקק שהתכוון לפעול לפיו, בלי לפגוע בקטלוג הסגור של עילות האימוץ המנויות בשבע הפסקאות הראשונות של סעיף 13 לחוק".

החוקים מתפקדים בתוך מסגרת רחבה של עקרונות יסוד (כמו צדק ושוויון). אחד מעקרונות תקנת הציבור הוא, שלא ייצא חוטא נשכר. במקרה דנן, יש היבט של חוטא נשכר, המעשה של האב מצמיח זכות. השופט יוצר עילה חדשה – יישום של הכלל האוניברסלי, לפיו לא ייצא חוטא נשכר, תקנת הציבור. מדובר במקרה, בו **השופט קורא אל החוק סעיף נוסף, מכוח דוקטרינת הפרשנות המרחיבה, אותו הוא מצמיח מעקרונות יסוד כלליים.**

**מדובר בעקרונות יסוד של צדק, שוויון, תקנת הציבור** – **עקרונות מוסריים, אותם אנו מחילים על המקרה הקונקרטי ומצמיחים סעיפים**. הסעיפים מתווספים לחוק דרך יישום של משהו שהוא חלק מהחוק – החוק הוא לא רק הרשימה הסופית והקצרה של הכללים, אלא הוא דבר רחב הרבה יותר.

**לפסיקה זו אין אופי פוזיטיבי** – אנו מזהים מערכת שלמה של עקרונות כללים, המצמחים יישומים על מקרה קונקרטי (אפילו מצמחים מעין כלל חדש). **יש כאן דוג' לזיכוי על פי עקרונות הרחוקים מלהיות פוזיטיביסטיים – הכנסת לא חוקקה את עקרונות היסוד. עמדתו של השופט לוין רואה בחוק יסודות רבים שהם לא עובדות חברתיות., אלא עקרונות יסוד כללים ולא כתובים.**

**השופט חשין** – השופט מעביר ביקורת על שני השופטים האחרים. לגישתו, הם יוצרים קונסטרוקציות עקיפות, במקום לומר את הדבר הגלוי, הברור והישיר – המעשה בלתי מוסרי.

השופט דוחה את אי-המסוגלות, החוק (סעיף 13(7)) לא חל על המקרה דנן. לאחר מיכן, השופט דוחה את שתי הדוקטרינות של השופט לוין. חשין דוחה את הגישה הפורמליסטית, לפיה הילד לא ייחשב כבר אימוץ. זוהי גישה פורמליסטית, משום שמדובר בהחלת החוק כלשונו, ללא שיקול דעת. בניגוד לשופט לוין, המפעיל טכניקות משפטיות, **חשין רוצה לבסס את גישתו על החוק המוסרי, על המשפט הטבעי.**

"דיברנו עד כה באינסטינקט שבאדם כגורם ליצירתן של זכויות (וחבויות) במשפט. בצדו של האינסטינקט ובעוצמה דומה לו מכוון את התנהגותנו המוסר: עיקרי יסוד במוסר, כוחות, תחושות ודרכי התנהגות של בני חברה ביניהם לבין עצמם. **מקצת מן החובות המוסריות לובשות מחלצות של זכויות וחובות במשפט** - זכויות וחובות המוגדרות והניתנות לאיתור בנקל - **ומקצתן מרחפות בחלל עולמנו, עולם המשפט, בלא שעיגנו עצמן בזכויות ובחובות מוגדרות וידועות מראש**. ענייננו שלנו משייך עצמו לחובות מוסר אלו האחרונות. כל שעושים אנו הוא, שאנו נותנים ביטוי משפטי לתחושות בני החברה, תחושות חריפות הנבנות על יסודות מוסר המשותפים לכל בני אנוש ועל עיקרי מוסר המאפיינים את החברה שבה אנו חיים".

"ענייננו שלנו הוא בתחושה המחלחלת בנו, תחושה חריפה של עוול מוסרי אשר נעוול - לנערה-האם, למשפחתה, לבני החברה שבה אנו חיים ולנו עצמנו - אם אך ניעתר למערער וניתן את בנו בידו. והקושי הוא בכך, שאם ניתן את הילד בידו של המערער - על-אף קריאות הייאוש של הנערה-האם - נזכה עוול בפרי עוולתו, לקלוננו ולקלון החברה שבה אנו חיים. "הרצחת וגם-ירשת", כך הורה ה'...".

לכאורה, עמדה זו מטה לקבלת הערעור – אם מדובר במשפט טבע, הרי שהילד צריך לגדול עם הוריו הטבעיים. אולם, השופט מסייג את הכלל האמור – כנגדו, יש עניין שהוא עצמו עניין מוסרי, משפט טבע – "הרצחת וגם ירשת" (אינסטינקט טבעי). יש חובות מוסר המקבלות לבוש של חוקים, דרך מעשי חקיקה של מוסדות – כנסת, ביהמ"ש ומחוקק משנה, אך מקצתן מרחפות בחלל עולמנו, הן נמצאות, אך לא לובשות מחלצות של משפט. זהו חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט, זהו **משפט טבעי.**

"אותה מהות הינה, לאמיתם של דברים, נורמה משפטית מחייבת במשפט הארץ, עקרון יסוד הנושא את עצמו, חי העומד על רגליו ומדבר מגרונו ובלשונו. חי זה ידבר בשם עצמו ואין הוא נדרש לצינור כדי להערות את בשורתו אל משפט הארץ, לא לצינור של פרשנות ולא לצינור של חסר. עקרון יסוד זה חי את חייו שלו במרחבי משפט ישראל, בצדם של עקרונות יסוד אחרים ובצדם של חוקים, חוקי יסוד ושאר מרכיבים היוצרים את משפט ישראל בכללו. **עקרון יסוד זה, רמתו רמת חוק היא ואת חוקים יתהלך. אין הוא, בעיקרו, לא כלל של פרשנות ולא כלל של חסר**. **נושא הוא את עצמו, עומד הוא על רגליו שלו, ומדבר הוא אל חוקים כשווה אל שווים". מדובר בחוקים, שהם חלק ממערכת המשפט, אך הם נפרדים מבחינה מושגית מהחוקים שהכנסת קיבלה. מדובר במשפט טבע.**

"אותה דוקטרינה של "הרצחת וגם ירשת?" - בפריסתה הרחבה - אין היא חייבת להיחבא בתוככי עקרונות או כללים אחרים במשפט. אין זה לא לכבודה ולא לכבודנו, כי תיגלה לעינינו עוטה מסכה של פרשנות או של מילוי חסר. אין זה ראוי כי כך ייעשה, לא לה ולא לנו. האם ראוי הוא - האם מכובד הוא - כי דוקטרינת-תשתית כדוקטרינה של "הרצחת וגם ירשת?" תבוא אל משפט הארץ אך בשל "חסר" כביכול שנתגלה במשפט? לא כן נאמר. נהלך עמה עם הדוקטרינה שלובי זרוע בפרהסיה בשדרה, והיא כחי הנושא את עצמו. איננו בושים בה ואל תיבוש היא בנו. אל נכנה אותה כלל של פרשנות שמא ננמיך את קומתה להיותה אך כוח עזר במשפט. אל נראה בה מעין ממלאת-מקום הנקראת אל הבימה רק לעת "חסר". אין כל הצדק כי כך נעשה".

יש דבר הנקרא המשפט הטבעי – **עקרונות לא פוזיטיביים, שהם חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט, הם עומדים כשלעמם.** על השופט לזהותם. אלו הם עקרונות של צדק ושוויון דוגמת ה"רצחת וגם ירשת". הרושם הוא, שלא רק שהם חלק מהמשפט, אלא שיש להם חלק יותר גדול. זוהי רטוריקה נדירה אצל שופטים – השופט מצהיר כי יש משפט טבעי, עליו הוא סומך (יורד על השופטים האחרים הנמנעים מרטוריקה זו).

זוהי דוג' קיצונית, אך יש בה משהו מייצג. מדובר במצב, בו שופטים מנסים להגדיר את מקורות המשפט ולהבין כיצד עליהם להכריע. לגישת השופט, **אין מדובר אך בעניין לזיהוי עובדות חברתיות (והחלתם על המקרה הנדון), אלא יש כאן מערך שלם של מקורות וגורמים – אין צורך בהיזקקות לעובדות חברתיות, אלא יש לנו ערכים המרחפים באוויר שהם חלק ממערכת המשפט, למרות שלא עברו תהליך של חקיקה (לא לבשו מחלצות של משפט).** החקיקה של הכנסת והפעולה של המחוקק היא יצירה של מערכת המשפט, אך היא מהווה חלק ממערכת, היצירה נמצאת בתוך מערכת רחבה יותר המחילה גם עקרונות יסוד וערכים שהם כשלעצמם חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט, ואליהם השופט צריך לפנות. **זוהי גישה נון-פוזיטיביסטית קיצונית.**

השופט חשין חושב שמערכת המשפט איננה פוזיטיבית, אלא יש מערכת שלמה של כללים שהשופט מזהה אותם ע"י חשיבה עליהם, אין מדובר בזיהוי של עובדות. **פסק דינו של השופט חשין מבטא גישה נון-פוזיטיביסטית מובהקת – משפט הטבע (כללי על).**

**תפיסת המשפט הטבעי של אריסטו –**

עד כה, דיברנו על המשפט הטבעי (משפט טבע), כעל שם של קבוצת גישות, אותן ניתן לכנות כגישות נון-פוזיטיביסטיות. לפי **גישות פוזיטיביסטיות**, יש לזהות סוג מסוים של עובדות חברתיות בלבד (יכולות להיות מס' סוגי גישות, שכל אחת מהן תטען לסוג מסוים של עובדות שיש לברר). **גישות נון-פוזיטיביסטיות**, מנגד, גורסות שזיהוי המשפט הוא לא רק עניין לעובדות חברתיות, אלא הוא גם עניין לשיקולים לא עובדתיים, לא פוזיטיביים, כגון ערכים, שיקולי צדק, טענות אודות מה ראוי ועוד.

גם בין הנון-פוזיטיביסטיים יש מחלוקת. הגישה הקלאסית ביותר היא **גישת המשפט הטבעי**, שמקורה אצל ההוגים החשובים ביותר – אפלטון (Plato) **ואריסטו**. אנו נתמקד באריסטו, למרות שלשניהם תפיסות שונות. אריסטו היה תלמידו של אפלטון, הייתה לו אפוא גם השפעה עצומה על התרבות היהודית. אריסטו היה חונך של אלכסנדר מוקדון, ולאחר שהוא פעל בחצרו של מלך מקדוניה הוא חזר לאתונה והקים אקדמיה משלו. בשנת 1923 גברה העוינות כלפי מקדוניה, והיה רצון להוציאו להורג. אנו נתמקד בחיבוריו של אריסטו בנוגע לפילוסופית הפוליטיקה ולאתיקה, בהם הוא מתייחס למשפט ולטבעו של המשפט.

**ספר הפוליטיקה של אריסטו –**

הספק מציג את התפיסה הפוליטית של אריסטו, ממנה נגזרת תפיסתו המשפטית. המדינה טבעית בכללה, כי היא התכלית, הטבע הוא התכלית. הקטע עוסק בשותפות ובמדינה, שותפות בין בני אדם ובמדינה בכלל. אריסטו טוען שהמדינה טבעית לאדם.

**ניתוח שתי הפסקאות הראשונות** (6-7) – יש מושגים הנקשרים זה בזה – תכלית, טבע, שלמות, טוב ושותפות. אריסטו מזהה את הקשרים ההדוקים בין התכלית של אובייקט כלשהו, לבין מה שהוא טבעו, לבין ההופך אותו להיות שלם ולבין מה שהוא הטוב עבורו. יש קשר הדוק בין המושגים לעיל.

**התפיסה הפיזיקלית של אריסטו** – אריסטו עסק בחיבור אחר שלו בשאלה, **מה טיבם של דברים?** איך מסבירים אובייקטים/עצמים בעולם? מה ישנו? אם הדברים קיימים, באיזה מובן הם קיימים? אריסטו טען, באופן כללי, שאם ננסה להבין אובייקטים, יש להבינם באופנים שונים. אריסטו פיתח את **תורת 4 הסיבות**. על מנת להבין דבר, יש להבין את סיבותיו. הסיבה של דבר יכולה להיות מגוונת. ההופך דבר להיות מה שהוא, הם סיבות מגוונות, הן נאמרות באופנים רבים. **הסיבות הן (המבנה הבסיסי של המציאות) –**

1. סיבה חומרית – כל אובייקט זקוק לסיבה חומרית (ממה עשוי).
2. סיבה צורנית – ישנה הבחנה קלאסית בין חומר לצורה. הצורה הוא מונח שמתורגם מיוונית לעברית בימי הבינים, שמשמעותו **מהות האובייקט**. מהי מהות האובייקט? כל אובייקט, על מנת שיהא מה שהוא, לא מספיק שיהיה לו חומר, אלא **צריך להיות לו מהות מסוימת שתהפוך אותו למה שהוא**. אלמלא אותה מהות, הוא לא אותו דבר, אלא משהו אחר.
3. סיבה פועלת – לכל אובייקט, כשהוא נוצר, יש **משהו שגרם לו להיווצר**, הוא לא נוצר סתם.
4. סיבה תכליתית – סיבה מעט מוזרה. אריסטו זיהה, **שכל האובייקטים הפיזיים נמצאים בתהליך של הוויה והיפסדות**. כל דבר מתהווה ולאחר מיכן נפסד (מפסיק להתקיים, משתנה – מתכלה, או הופך להיות משהו אחר). לפי אריסטו, **העובדה שאובייקטים נמצאים בתהליך של הוויה והיפסדות הוא לא עניין מקרי ושרירותי בלבד**. תהליכי ההוויה וההיפסדות של אובייקטים הם בעלי חוקיות פנימית.

לדוג' – בני אדם נמצאים בתהליך מתמיד של התהוות ושינוי. כל אדם נולד כתינוק. לאחר מיכן, הוא מתפתח לילד, לנער, לבחור, לגבר, לאדם בוגר וכו', עד למוות. כל האובייקטים הטבעיים נמצאים בתהליך של התפתחות, של תנועה שהיא לא עניין מקרי. אדם שנולד תינוק אנושי, לא יהפוך לבוגר-כלב, אלא **התנועה והשינוי יהא לפי החוקיות הטבועה בו, באובייקט**.

**החוקיות טבועה בכל אובייקט – יש תהליך מתמיד של יציאה מן הכוח אל הפועל, של סיבה תכליתית הדוחפת את האובייקט להתפתח באופן מסוים.** ילד, למשל, הוא בוגר בפוטנציה. מה קורה לתינוק? תינוק נמצא בתהליך מתמיד של יציאה מהכוח אל הפועל, הוא הולך ומתפתחת לפי חוקיות הטבועה בו. **חוקיות זו, הגורמת לו להשתנות לכוון מסוים, היא הסיבה התכלית. התנועה של כל אובייקט, הגורמת לו להתפתח לפי טבעו, לצאת מן הכוח אל הפועל, היא הסיבה התכליתית, היא המניעה את ההתפתחות של כל אובייקט.**

"יציאה מן הכוח אל הפועל" – בביטוי זה נעשה שימוש בימנו, גם מבלי להכיר את אריסטו. אם אובייקט מסוים לא היה מה שהוא, והוא הפך להיות מה שהוא, הוא לא יכול היה להיות מה שהוא כיום, בלי שהיה לו חלק מזה. **גם אם לא נזהה תכונה מסוימת הנמצאת באובייקט כעת, היא חבויה, וכשהיא תתגלה היא תהפוך לאקטואלית (הייתה פוטנציאלית והפכה אקטואלית).** לא מכניסים תכונה שלא הייתה, אלא התכונה תמיד הייתה (היא הייתה במצב פוטנציאלי, ולא אקטואלי).

**מה שמכוננן כל אובייקט הקיים במציאות והופך אותו להיות האובייקט שהוא, הן ארבעת הסיבות לעיל, המשולבות זו בזו. הסיבות מתקיימות במקביל.**

* **כיסא** – על מנת שהוא יהיה כיסא, הוא זקוק **לסיבה חומרית** - עץ, פלסטיק וכו'. **סיבה צורנית** (צורה) – יש צורך בצורה של כיסא. אם לאובייקט תהיה צורה אחרת, לא יהא מדובר בכיסא. **סיבה פועלת** – נגר יצר את הכיסא, הוא הסיבה לכיסא, הוא בנה אותו.
* **אדם** – מה שהופך אובייקט לאדם הוא לא רק **הסיבה החומרית**, אלא יש צורך גם בצורה של אדם (**סיבה צורנית**), יש לחשוב על המהויות ההופכות את האובייקט לאדם – יכולת שכלית-קוגניטיבית, להבחין בין טוב לרע. אם החומר זהה, אך הצורה חדלה מלהיות אותה צורה (לא טבועה באובייקט), אין מדובר באותו אובייקט. **כל אובייקט הוא שילוב של חומר עם צורה. לפי אריסטו, אין דבר כזה חומר בלי צורה. על מנת שיהא אובייקט, יש צורך בשילוב בין החומר לצורה.** בכל עת שאובייקט מפסיק את צורתו, הוא יקבל צורה אחרת (אובייקט אחר). אין בעולם אובייקטים שהם חומר ללא צורה. **סיבה פועלת** – הורי האדם יצרו אותו.

לפי אריסטו, **הסיבה התכליתית לוקחת את צורת האובייקט ומוציאה אותו מן הכוח אל הפועל**. **מה שמשתנה כל הזמן באובייקט זו המהות הטבועה בו, הצורה שלו**. תינוק זה הצורה של הנולד עכשיו, והוא עצמו ילד בפוטנציה. כלומר, הצורה תתגלגל לצורה של ילד. **הצורה, הקובעת את מהות האובייקט, נמצאת בתהליך התפתחותי מתמיד של יציאה מן הכוח אל הפועל**. הצורה עוברת תהליך של שינוי, היא מתפתחת, כאשר התפתחות נמצאת בתנועה מתמדת, עקב הסיבה התכליתית.

**התכלית של כל אובייקט היא הצורה שלו היוצאת מן הכוח אל הפועל, שהיא הטבע של האובייקט.** יש התגלגלות מצורה לצורה בשל הסיכה התכליתית. יש קשר בין התכלית של הדבר לטבע שלו. **שלמות – כאשר דבר מממש את הפוטנציאל הטמון בו.** כאשר יש תהליך של יציאה מן הכוח אל הפועל, הרי **שמדובר בתהליך הופך את האובייקט ליותר שלם**. כל התהליך הזה הוא **תהליך של השתלמות, של קניית שלמות**, להיות בפעול במצב יותר שלם (במצב של פוטנציה, אנו נמצאים במצב פחות שלם. כאשר מממשים את הפוטנציאל, אנו נמצאים במצב יותר שלם). **תהליך קניית השלמות הוא היכולת לצאת מן הכוח אל הפועל.** התהליך גורם לאובייקט להיות שלם. מה טוב לכל אובייקט? יש קשר בין השלמות של האובייקט למה שטוב לו. **הטוב עבור האובייקט (לא עניין סובייקטיבי) מתקשר לטבע של האובייקט, לתכלית שלו ולשלמות שלו.** הכיוון של התפתחות הצורה נקבע לפי סיבה תכליתית הטבועה באובייקט, המעניקה לו שלמות. לפי אריסטו, בשלב מסוים מגיעים לשיא, כשלאחריו יש קמילה. לכל אובייקט יש שיא משלו.

בעיני אריסטו וממשיכיו, י**ש להשתמש בצורת החשיבה לעיל וליישמה לחיים האנושיים, לאופן בו אנו תופסים מה טוב ושלם, ומה התכלית של בני האדם.**

"האדם בעל חיים מדיני על פי הטבע" – בני אדם לא חיים באופן מבודד אחד מהשני, אלא הם חיים בקבוצות, החל מהמשפחה הגרעינית, שבט, כפר, ערים ומדינות (יוצרים גוף יותר גדול). כשאריסטו מסתכל על הקיום האנושי, הוא טוען כי **מדובר בקיום חברתי, אנשים לא יכולים לחיות שלא בתוך חברה**. אנשים לא יכולים לחיות ללא אינטראקציה (לרוב מורכבת, עם הרבה מאוד בני אדם, עד כדי גוף שנקרא מדינה) בין אחד לשני. הדבר נובע מהעובדה הפשוטה והנחרצת, אותה מדגיש אריסטו, לפיה **האדם לא מספיק לעצמו**.

**מספיקות עצמית** – מצב בו אובייקט יכול לספק לעצמו את צרכיו, כדי להתקיים על פי טבעו ומהותו (מדובר בעניין של דרגה). יש אובייקטים שלא צריכים שיתוף פעולה מבחוץ (לדוג' – אבנים). **בני האדם נעדרים מספקות עצמית, אנו לא יכולים לספק לעצמינו את כל צרכינו. בני האדם זקוקים לשיתוף פעולה. בשל הצרכים הרבים והמורכבים, בני האדם זקוקים לשיתוף פעולה רחב ביותר. בני האדם חייבים לחיות תחת אינטראקציה מתמדת ושיתוף פעולה.**

לבני האדם צרכים רבים ומגוונים, הם נעדרים מספקות עצמית. כל כן, **על מנת שאדם יתפתח לפי טבעו, עליו לשתף פעולה.** אי לכך, מדובר **בבע"ח מדיני על פי הטבע**. על מנת שהאדם ייצא מן הכוח אל הפועל, במובן הפשוט ביותר – לגדול ולהתפתח, עליו לשתף פעולה, החל ממסגרת של משפחה, עובר לכפר וכו', אך זה לא מספיק, מגיעים עד כדי שיתוף פעולה תחת מדינה. **רק כאשר מתקיימת מספיקות עצמית, הגוף יגיע לשלמות.** **אדם יגיע לשלמות כאשר הוא מגיע לגוף ששיתוף הפעולה מאפשר לכל הפרטים לספק לעצמם את מכלול צורכיהם**. כששיתוף הפעולה פחות מזה, יש לגדול, עד להגעה למספיקות עצמית. בעינו אריסטו, הגוף הוא המדינה – המדינה מספיקה לעצמה, במסגרתה אנו יכולים לספק לעצמינו את כל צרכנו הבסיסיים.

**אי-יכולתו של האדם לספק לעצמו את צרכיו אינה מצטמצמת אך להיבטים הפיזיים ההישרדותיים**, אלא הדבר נוגע לדברים מורכבים בהרבה. לא ניתן לחשוב על מימוש, במנותק מההיבט החברתי. **לא ניתן להתפתח לבד, כל ההתפתחות האישיותי נעשית בהכרח, כעניין טבעי, מתוך אינטראקציה אינטנסיבית עם בני מיננו, עם רבים הסובבים אותנו.** גם אם יסופקו לאדם צרכיו הפיזיים, אך הוא יחיה במנותק מהסביבה, הוא יחסר תכונות אנושיות בסיסיות. ההתפתחות שלנו כבני אדם, ההוצאה מן הכוח אל הפועל של התכונות האנושיות הבסיסיות ביותר, תלויות באינטראקציה אינטנסיבית עם הסביבה.

האדם הוא בע"ח מדיני על פי הטבע – מטבעו לחיות בחברה. **רק חיים חברתיים במסגרת של מדינה (אשר מספיקה לעצמה ובמסגרתה מגיע האדם למספקות עצמית, לפי אריסטו).** זוהי התכלית של הקיום האנושי, היא מאפשרת לבני האדם להביא עצמם לידי שלמות (כל עוד יש היעדר מספקות עצמית, אין שלמות), זהו הטבע של הקיום האנושי, זהו גם הטוב-הטבעי. **הקיום שלנו בתוך מסגרת של מדינה היא התכלית. בגלל שבני אדם לא מספיקים לעצמם, המדינה קודמת ליחיד, כי היחיד לא יכול לחיות בלי האינטראקציה.**

אריסטו היה ער לכך שיכולים להיות מצבים, בהם בני אדם יחיו ללא מדינה ("על פי הטבע ולא על פי המקרה"). אולם, אין זה ממהות הקיום האנושי. הטבע לא מונע ושולל מצבים שהם לא טבעיים, במובן הזה שהם חריגים, מקריות שלא מתאימה לטבע. החיים המדיניים הם פונקציה של היעדר מספקות עצמית. שיתוף פעולה רחב יוצר מספיקות עצמית, והוא הבסיס לשותפות מדינית. **אותם אלה המספיקים לעצמם, מוגדרים כ"פחות או יותר מבני אדם" – הצרכים שלהם מינימליים, או שיש להם יכולות עצמיות אינסופיות**. לאדם יש יכולות גבוהות, אך הצרכים שלו גבוהים יותר. שיתוף הפעולה יוצר את הגוף האמתי, ועוזר לאדם לגשר על הפער. **בני האדם מגיעים לכדי מספיקות עצמית כאשר הם מגיעים לגוף גדול, היכול לספק לעצמו את כל צרכיו.**

**פסקה מס' 8** – כאן, נכנסת סוגיית **המוסר והמשפט.** אחת התכונות המהותיות לבני אדם כפרטים ,המבחינה בינם לבע"ח, החיים גם באופן פוליטי (חיים בעדרים, שכן אין הם מספיקים לעצמם, הם צריכים סוג של שיתוף פעולה על מנת להתקיים). היא **שהקיום** **של בני אדם מבוסס על טבעם כיצורים בעלי כוח דיבור**. בעיני אריסטו, **למי שיש כוח דיבור, יש כוח שכלי** – יכול לדבר (ביטוי התנהגותי לתבונה). לבע"ח אין כוח דיבור, ועל כן הם נעדרים תבונה. השפה מעידה על יכולת שכלית. בעיני אריסטו, **חלק מהיכולת השכלית היא היכולת להבחין בין הצדק לעוול בין הטוב לרע.** יכולת זוהיא חלק בלתי נפרד מהיכולת השכלית של האדם. מאחר והיכולת השכלית היא ממהות האדם, היכולת היא ממהות השותפות המדינית שלהם. **העומד ביסוד השותפות המדינית הוא שילוב של הצדק והעוול, הטוב והרע.**

לפי אריסטו, לא ניתן לחשוב על הקיום החברתי, שהוא חלק מהשלמות של בני האדם, מבלי שאנו משלבים בו את היסוד שהוא היכולת השכלית שלנו, שהיכולת המרכזית שלה היא להבחין בין טוב ורע, בין הצדק והעוול. **ההבדל בין הקיום החברתי של האדם לבע"ח הוא בטבע של כל פרט, שהוא אלמנט העניין השכלי** – היבטים של צדק ומוסר, **בע"ח נעדרים יכולת שכלית להבחין בין טוב ורע ובין מועיל ומזיק**.

לפי תפיסה זו, מאחר ובני אדם לא מספיקים לעצמם, והמדינה טבעית היא לאדם, והיא התכלית (רק בה הוא יכול להשיג את השלמות), הקיום החברתי, שהוא עצמו מבוסס, בין השאר, על היכולת השכלית של האדם (שחלק מרכזי מימנה היא ההבחנה בין טוב ורע), ההבחנות הבסיסיות ביותר בין טוב ורע, הם **ממהות החיים הפוליטיים של בני אדם, זה חלק מהטבע של בני האדם**. לא ניתן לדבר, בעיני אריסטו, על המשפט, אלא על רכיב מרכזי של המשפט שהוא בטבע של בני האדם.

במהות הקיום האנושי של הבנת הצדק והעוול, הטוב והרע, חלק בלתי נפרד מהטבע והתכלית של האדם הוא השותפות המדינית. **אין מדובר בעניין חברתי שיכול להיות, או לא (כמו בעיני הפוזיטיביסטיים), אלא מדובר בחלק ממהותנו כבני אדם, זה טבוע בנו, לא ניתן להתכחש לכך.**

אריסטו טוען, שקודמת המדינה ע"פ הטבע לבית ואף ליחידים שבבני אדם, כי הכלל קודם בהכרח לחלק, שהרי אם נחרב כלל הגוף, רגל או יד לא ימשיכו להתקיים. זו טענה מרחיקת לכת, הוא טוען, **שמאחר והאדם אינו מספיק לעצמו וחיו בתוך חברה, יש קדימות לוגית וערכית של המדינה על הפרט**, שכן הפרט הוא כמעין איבר של יחידה אוטרקית יותר גדולה.

**פסקה מס' 10** – לפי אריסטו, כל הסיפור לעיל לא עומד בסתירה לעובדה, שבגלל שבני האדם הם יצורים שכליים (יש להם שיקול דעת מוסרי), ישנה אפשרות שאנשים ייקחו את התכונות לכיוון שללי. כשזה קורה, זהו הרוע הגדול ביותר. מקור הרוע הגדול והמשחית ביותר הם בני האדם – **אותו הדבר שיכול להביא לתועלת הגדולה ביותר, הוא היכול לגרום לדבר הנורא ביותר.** לדעת אריסטו, היכולת השכלית היא כמו חרב פיפיות, היא ממהות האדם. כשם שהיכולת השכלית של האדם יכולה להביא אותו לשיאים, לכלל שלמות ותכלית, במצב של שפלות, היא יכולה להגיע לשיאים של רוע. **גם השפל וגם השיאים הם פונקציה של היכולת השכלית. הספקטרום הוא רחב ביותר. זוהי הסיבה שהצדק והיושר הוא עניין מדיני והוא הבסיס לקיום האנושי והחברתי, זו תפיסת המשפט הטבעי של אריסטו.**

**הקטע המדובר הוא הבסיס לחשיבה על המשפט הטבעי של אריסטו. הטענה הינה, כי מאחר ובני אדם הם בע"ח מדיניים עפ"י הטבע, החיים הפוליטיים בתוך מדינה הם חלק מהטבע האנושי.**

**אריסטו, אתיקה –**

לפי אריסטו, יש להבחין בין הכללים המשפטיים שניתן לכנותם צדק מן הטבע (צדק טבעי, צדק מדיני לפי הטבע), לבין צדק מן החוק (צדק מדיני מן החוק). אבחנה זו אופיינית לאדם המחזיק בדעה של משפט טבעי.

**צדק מן הטבע** – אין זה תלוי בנו, אלא זהו הצדק המדיני לפי הטבע, חלק מהרציונליות של האדם. המחשבה הינה, כי יש רכיב במערכת המשפט שהיא פונק' של הקיום האנושי, של החברה כחברה, ושהיא בלתי תלויה בזמן, במקום ובהחלטה של בני אדם. גם אם אדם יחליט הפוך, יהא זה בניגוד לטבע.

**צדק מן החוק** – פונק' של החלטה, הסכמה פוזיטיבית של החברה, התוקף הוא פוזיטיבי, מן החוק. בגלל שהחליטו, זה החוק. מרגע שכך הוחלט, הדבר מחייב לא פחות. אולם, ניתן היה להחליט אחרת.

עיקרון היושר האריסטוטלי –

אריסטו פותח בשאלה פילוסופית – היחס שבין שני מושגים: **צדק והגינות**. לכאורה, עלינו לעשות את הדבר הצודק, הטוב והראוי. ההנחה היא, שיש דבר שהוא צודק לעשות מנסיבות מסוימות, יש דבר שהגון לעשותו. **מבחינה לשונית/מושגית הגינות וצדק הם דברים שונים**, אין מדובר במילים נרדפות. נוצר מצב פרדוקסלי – אם המעשה ההגון שונה מהמעשה הצודק, אזי שהמעשה ההגון איננו צודק, מדובר באי-צדק. **הייתכן כי הגינות היא לא צודקת?**

* האם בכל מעשה צודק, אנו עושים מעשה טוב, ולהיפך? המושג טוב אינו זהה למושג צדק. האם עשיית הצודק שונה מעשיית הטוב? ברור שלא, אין מדובר במונחים מתחלפים.

אריסטו, על מנת ליצור טענה, יוצר פרדוקס – אם אין זהות בין הצדק להגינות, אזי שהגינות היא סטייה מהצדק, דהיינו סוג של אי-צדק. לדעתו, הגון יכול להיות סוטה מהצדק וראוי לשבח. איך יכול להיות שפעולה הגונה תהיה בלתי צודקת. אם סוטים מהצדק, איך יכול להיות כי מדובר במעשה ראוי לשבח, בעודו לא-צודק?

**הצדק מתקשר לשני הקשרים שונים** –

1. צדק מתקן – נאמר שנגרם נזק, ועל כן **צודק הוא להשיב את המצב לקדמותו**. ענישה על פשע – העונש הוא צודק ועליו להיות פרופורציונלי למעשה.
2. צדק מחלק – מדובר על מצב בו יש משהו שעומד לחלוקה, וברגע שהוא עומד לחלוקה אנו שואלים כיצד צודק לחלקו. **יש דרך צודקת לחלק את העוגה ודרך שלא צודקת**. יש כל מיני קריטריונים. במצבים של חלוקה ניתן לעשות שני מעשים בלתי צודקים –
3. אימוץ בסיס חלוקה מוטעה, לא צודק.
4. אימוץ בסיס חלוקה צודק וחריגה ממנו, זהו הצודק בהקשר של צדק מחלק.

הפתרון של אריסטו מתקשר לכלליותו של החוק. לפי אריסטו, **לחוק, ביסודו, יש אופי כללי**. אין מדובר בכלליות במובן של עקרונות מופשטים. החוקים כללים, אך הם לא כללים מדי, אלא מדובר בנוסח של כללים קונקרטיים, המכוונים התנהגות (כללים מופשטים מידי לא יכולים להכווין התנהגות). הכלליות מוגבלת. בשל האופי הזה של החוק (לא מופשט, אך כללי), נוצרת בעיה, במסגרתה, מערכת החוקים **מתאימה אך למקרים הטיפוסיים**. המחוקק יוצר מערכת כללים סופית, אשר מצליחים להסדיר את העניין אותו המחוקק רוצה להסדיר (אסור שהמקרים יהיו יותר מידי מפורטים, אך אסור שהם יהיו יותר מידי מופשטים – לא יכוונו אותנו). **הניסוח של החוקים צריך להיות יעיל. אנו מנסים לצפות מהם המקרים הטיפוסיים, ויוצרים כללים המתאימים להם.** הכללים צריכים להיות מנוסחים באופן יעיל לסיטואציות טיפוסיות.

**החלת מערכת החוקים על המקרה החריג עלולה לגרום לאי-צדק**, למצב בלתי צודק. במצב כזה, לפי אריסטו, **יש פער בין האופי הכללי של החוק לבין היישום שלו על המקרה החריג, הלא שכיח**. מה עלינו לעשות במצב בו התרחש מקרה חריג, עליו חל כלל משפטי מסוים, שהוא, כלשעצמו, כלל צודק (מביא לתוצאות צודקות בעת החלתו על המקרה הטיפוסי)? אילו המחוקק היה צופה את החריג לכלל, הוא היה יוצר חריגים. אולם, **לא ניתן לצפות את כל המקרים** – טבעי למערכות חוקים, לא ניתן לצפות את כל המקרים שיתרחשו ולהתאים להם כללים. יכול להיות, שגם לא רצוי לצפות את כל המקרים – עלולים ליצור מערכת כללים יותר מידי ארוכה, מסורבל ומפורטת.

בהינתן כי זה טבעם של חוקים ולא ייתכן אחרת, יש פער מובנה בין הכלליות של החוקים, הכלל שהוא צודק כשלעצמו (כשהוא חל על המקרה הטיפוסי הוא מביא לתוצאה צודקת), לבין הכלל המוביל לתוצאה לא צודק (המקרים הלא-טיפוסיים), לבין היישום הלא-צודק במקרה הקונקרטי. **ייתכן מצב בו כלל צודק יוביל במקרה החריג לתוצאה בלתי-צודקת.** אריסטו מתנגדת להחלת הכלל על המקרה החריג. לגישתו, **בכל פעם שמחילים חוקים יש לבחון אם החוק חל על המקרה הטיפוסי**. אם לא, אנו עשויים להחיל כלל צודק על מקרה חריג ולהוביל לתוצאה לא-צודקת. ואז נכנסים **שיקולי הגינות** – **יש לתקן את התוצאה הבלתי צודקת באמצעות מערכת של שיקולים, שתשנה את התוצאה ותוביל לתוצאה צודקת.**

**המעשה ההגון הוא מעשה של צדק. "וזו טיבה של ההגינות, להיות תיקונו של אותו ליקוי שנמצא בחוק מחמת כלליותו". להיות הגון זה להיות מודע ל"פגם" הבסיסי והמובנה של החוק, הנובע מן העובדה שהחוק מנוסח באופן כללי, ולא מתאים למקרים החריגים. יש לזהות את המצב, ולתקנו באמצעות שיקולי הגינות. על השופט להפעיל שק"ד ולא להפעיל את הכלל באופן טכני מכני, יש לפעול כאן ע"פ שיקולי הגינות.** עיקרון היושר, לפי אריסטו, רלוונטי גם להתנהגות של אנשים לאו דווקא בהקשר המשפטי, יש להפעיל את עיקרון היושר גם במצבים בין-אישיים.

**הרמב"ם נוקט בגישה שונה מזו של אריסטו**. הרמב"ם מציג את **"עקרון דרך הרוב"**, החולק על העיקרון האריסטוטלי, עקרון היושר. לפי הרמב"ם, התורה, כשהיא באה לחוקק חוקים (מצוות התורה, ההלכה), דהיינו כשהמחוקק האלוהי בא לחוקק חוקים, **עליו לקחת בחשבון בעת ניסוח הכללים את המקרים המתרחשים על דרך הרוב, את המקרים המתרחשים באופן טיפוסי**. הוא לא יכול ואין לו עניין להסדיר מקרים חריגים – זה בלתי אפשרי, וכן הדבר יחתור תחת מטרת החוק לכוון התנהגות (יש להעמיד את המקרים הטיפוסים ולהסדיר אותו, תוך התעלמות מהמקרים החריגים).המחוקק האלוהי הוא כל-יכול, יכול הוא לצפות את כל המקרים, אך הוא לא יכול ליצור סדרה כללית של כללים לא מפורטים, אשר לא תוכל להכווין התנהגות.

**על מנת שהחוק יהיה יציב ויצליח להכווין התנהגות, אנו צריכים שהחוקים יהיו מוגבלים לסדרה יחסית מצומצמת של כללי הוראות פעולה**. סדרה קצרה יחסית מחייבת התמקדות במקרים הטיפוסיים והתעלמות מן המקרים החריגים. אולם, מה קורה במקרה החריג? בניגוד לאריסטו, **לפי הרמב"ם, במקרים החריגים אסור לסטות מהכלל, יש להמשיך להחיל את הכלל ולשלם את המחיר של אי-צדק במקרה הפרטי**, שכן האלטרנטיבה היא, שאם נתחיל ליצור חריגים בכללים, נשלם מחיר כבד יותר במונחים של השלמות של המערכת המשפטי/ההלכתית, ושכרנו ייצא בהפסדנו. לכן, **מערכת משפט בהכרח צריכה לשלם את המחיר של אי-צדק במקרה החריג והלא-שכיח, ולא לאמץ את העיקרון האריסטוטלי.** אם נתחשב אף במקרה הפרטי, הרי שאנו חותרים תחת אפשרות תחולת החוק במקרה הטיפוסי – במקרה כזה, אנו משלמים מחיר כבד מידי, כבד מהרווח שמיישום העיקרון האריסטוטלי. יש לנקוט בדרך הרוב. **גם לחוקי הטבע יש מבנה כללי החל על המקרה הטיפוסי.**

בין שתי הגישות הקוטביות לעיל, ייתכנו אפשרויות בינים. אולם, מדובר בשתי עמדות קיצוניות.

* הרמב"ם יקבל את העיקרון האריסטוטלי בכל הנוגע ליחסים הבין-אישיים.

**המשפט הפוזיטיביסטי –**

**תאוריית הפקודה של אוסטין –**

ג'ון אוסטין הינו פילוסוף שחיי בשנים 1790-1859 באנגליה. אוסטין פעל באנגליה – בעת המהפכה התעשייתית – ופועלו גרם גם לשינויים בחוק. הוא היה שייך לתנועה אליה השתייכו הרבה אנשי רוח – "**התנועה הרדיקלית**" – התנועה שאפה לשינויים מרחיקי לכת בחקיקה האנגלית, קידום רפורמות במשפט האנגלי, תוך מאמץ לסגלו למציאות המשתנה – מבנה המשטר, למשל, עקב השינויים התכופים. המציאות כל העת בתנועה, וזה מחייב להתאים את מערכת המשפט לכך. ההתאמה נדרשת במישורים הרחבים וגם בתפיסות המשפטיות. זאת, למרות שיש גם דברים קבועים שאינם משתנים (חלק מהטבע), לא משפט טבע, אלא זה מהותי למערכת המשפט.

אוסטין השתייך לזרם בו היה גם **בנהטם**, אשר לו חשיבות רבה על החשיבה של מוסר והפילוסופיה– הוא אבי תורת התועלתנות, יחד עם **ג'ון סטיוארט מיל**. ההשפעה של אלו על התרבות הבריטית הייתה עצומה, וגם על החשיבה המשפטית בימינו. הם היו גם חברי פרלמנט ושרים, פעלו במישור החקיקה.

**אוסטין מכונה אבי "תורת המשפט" האנלטית,** אותה הקים בנטהם, כי רוב האוני' הוקמו בימי הבינים. בנטהם רצה לפתוח את ההשלכה בפני כולם – מיעוטים, נשים ועוד. **אוסטין הוא אבי תורת המשפט המודרני, הוא הוא בחן את השאלה – מה מייחד מערכת משפט**? גישתו של אוסטין היא נק' המוצא של הפוזיטיביזם המודרני. אוסטין נתן פתרון אנליטי והייתה לזה חשיבות עצומה בחשיבה האירופאית, עד שהגיע הרט ושינה את הדברים באופן משמעותי. מטרתו לא הייתה פילוסופית בלבד, אלא לחשוב באופן רציונלי על מערכת המשפט, כי ללא ניתוח מדוקדק של מערכת משפט, לא נצליח לעשות את השינויים הדרמטיים האלה.

לפי אוסטין, **תורת המשפט צריכה להתעניין בחוק הפוזיטיבי, הוא החוק הרווח במדינה, החוק שנחקק במדינה**. כדי לדון במושג חוק, אנו צריכים להבחין בין החוק שאנו קוראים לו החוק הפוזיטיבי לבין התחומים שהם דומים לחוקים( מוסר וכללים שאינם חוקים), ולנסות למצוא הגדרה, או תכונה של אותה מערכת המעניינת אותנו במסגרת החשיבה על אודות המשפט. אוסטין שואל עצמו, **מה היחס בין החוק הפוזיטיבי למוסדות משפטיים שאנו מכנים כחוק באופן אנלוגי, דמויי חוק**? אנו לא מדברים על מושג החוק הפוזיטיבי, אלא חוק באופן כללי. **חוק הוא פקודה שניתנת ע"י יצור תבוני בעל כוח, שנועדה לכוון את ההתנהגות של יצור תבוני אחר.** **לנותן הפקודה יש כוח או סמכות כלפי מקבל הפקודה**. **כל חוק הוא פקודה שמכוונת התנהגות ונעשה בין שני יצורים תבוניים, כאשר לנותן הפקודה יש סמכות מול מקבלה**. כדי לתחום חוק פוזיטיבי בצורה מדויקת, יש לעשות אבחנות שונות.

יש אבחנה בין שני סוגים של חוקים –

1. חוקים של האל כלפי בני אדם.
2. חוקים של בני אדם כלפי בני אדם אחרים.

אוסטין היה דתי. כאדם דתי נוצרי, הוא האמין בקיומו של האל וחשב שהוא "יש" רציונלי, האל נותן פקודות. זה, למעשה, נופל תחת ההגדרה שיצור תבוני אחד נותן הוראה ליצור תבוני אחר (האל הוא יצור תבוני, יש לו גם סמכות וכוח). זאת, במובחן מחוקים מסוג אחר – יש חוק שמעניין משפטנים, המובחן מהחוק הטבעי והמוסר הטבעי. **מה משעניין את אוסטין זה החוק הפוזיטיבי, הנמצא בחוקים שבני אדם נותנים לבני אדם**. גם בהקשר זו נעשית אבחנה בין שני סוגים של חוקים:

1. חוקים של **הריבון הפוליטי** לנתיניו.
2. חוקים של **בני אדם שאינם מהווים ריבון פוליטי, או הנהגה פוליטית**, כלפי בני אדם אחרים. לדוג' – אב שנותן פקודה לילדיו, בוס בעבודה נותן פקודה לעובדיו, מאמן קבוצת כדורגל נותן פקודה לשחקנים. מדובר על כפיפות של מבנה היררכי, אנו לא מדברים על ריבון פוליטי, אלא על בעל סמכות.

אם ההגדרה של חוק היא פקודה של יצור תבוני אחד ליצור תבוני אחר, כאשר לאחד יש כוח על השני, אזי שניתן לעשות אבחנה בין שני סוגי הפקודות לעיל. **אוסטין מתעניין בחוק של הריבון כלפי נתיניו, "חוקים פוזיטיביים", בניגוד לתחום של "מוסר פוזיטיבי"**, שכן הוא לא ניתן ע"י הריבון, אלא ע"י החברה בכללותה, אלו חוקים של בני אדם לבני אדם אחרים, או חוקים שניתנו ע"י קבוצות חברתיות. **זוהי ההבחנה בין מוסר פוזיטיבי לחוק הפוזיטיבי**. **החוק הפוזיטיבי המעניין את אנשי המשפט הוא החוק שיוצר הריבון כלפי נתיניו.** מעל לריבון יש מערכות סמכויות. במישור הפוזיטיבי, הריבון מוגדר כמי שכולם מצייתים לו, והוא לא כפוף לפקודות של אף אחד אחר.

אחד מהמובנים של החוק הפוזיטיבי – בא מהמילה פוזישן, כוח מעמדה. הריבון הינו בעל העמדה, וכלפיו יש הרגל ציות של קבוצות אנשים, הוא עצמו אין לו חובת ציות, הוא לא כפוף לשום גורם הנמצא מעליו. זהו **ריבון פוליטי, יש לו נתינים שפיתחו כלפיו הרגל ציות**.

**נשאל בכל הקשר פוליטי: מי הבוס?** בעבר, יכולנו לזהות את הריבון בנקל – הקיסר/המלך/מי שנושא בסמכות העליונה ולא כפוף לאף אחד. **פקודותיו של אותו ריבון הן החוק בעיני אוסטין, החוק הפוזיטיבי**. **החוק הפוזיטיבי זו קב' מסוימת של חוקים, אותם יוצר הריבון כלפי נתיניו.** מושג החוק בנוי ממושג הפקודה, הוראה של מישהו לעשות פעולה מסוימת. מערכת המשפט בנוי מהמחוקים הפוזיטיביים, פקודות שנותן הריבון. הריבון הוא גוף שזוכה לציות ולא צריך לציית לאף אחד אחר.

**החוק הוא סוג של פקודה, וכדי להבין את מושג החוק צריך להבין את מושג הפקודה**. **הפקודה היא סוג של מבע רצון שניתן ע"י יצור תבוני, סובייקט רציונאלי** – אישיות בעלת יכולת פנימית כלפי יצור תבוני אחר, והפקודה נועדה להכווין את ההתנהגות שלו. יסוד נוסף של הפקודה הוא, **שלנותן הפקודה יש כוח, סוג של סמכות אפילו, כלפי מקבל הפקודה.**

**חוק הוא מקרה פרטי בתוך המושג הכללי שנקרא פקודה** – מצב בו יש יצור תבוני שיש לו מבע רצון ביחס ליצור תבוני אחר, כאשר הוא מנסה להכווין את התנהגותו. לנותן הפקודה יש כוח ביחס למקבל הפקודה. **פקודה הינה מבע של רצון של יצור תבוני אחד כלפי יצור תבוני אחר, כשאותו יצור תבוני שהוא מקבל הפקודה יבצע פעולה או ימנע מביצוע פעולה, שאליה נותן הפקודה מצמיד סנקציה.** הכוונה הינה, שאם מקבל הפקודה ימנע מלבצע את מבע הרצון של נותן הפקודה, דהיינו לא יציית לפקודה, **לנותן הפקודה יש כוח להפעיל סנקציה, מדובר על סוג של נזק שניתן לגרום לו**.

**חוק = פקודה**. **מבע רצון של יצרו תבוני כלפי ציור תבוני אחר עם יכולת וכוח עליו**. **הפקודות הם מצבים, בהם יש יכולת להטיל סנקציה במידה ואותו מבע רצון לא נענה.** אם אני מעוניין בביצוע פעולה מסוימת, או להימנע ממנה – אני אטיל סנקציה – נזק, כסף, רכוש, כליאה, מוות ועוד. פקודה שונה ממבעי רצון שאינם פקודה - משאלה, בקשה, או סוג מסוים של בקשה. אני יכול לבקש ואני יכול לצוות. **אם אני נותן פקודה, תהיה לה סנקציה**.

לכל חוק יש גורם רציונאלי, שנותן מבע רצון כלפי יצור רציונאלי אחר והוא מלווה בסנקציה. אדם הכפוף לחוק ויש עלי סנקציה – חלה עלי חובה לציית לחוק, הוא צפוי לנזק, במקרה בו לא יתאים עצמו למבע רצון של נותן הפקודה. **חובה** – אם אדם לא יבצעה, הוא יספוג סנקציה.

אוסטין טוען, שבמצב שבו הריבון פונה אל הנתין ומביע את רצונו אך לא מצמיד סנקציה, הוא בעצם לא נתן פקודה. מדוע? ברגע שאדם מביע את רצונו הוא עשה רק אקט לשוני שניתן לכנותו **כבקשה**. **לא ניתנה פקודה, כי פקודה היא הפעלת כוח.** מבחינה לשונית לא נבלבל, לעיתים אנו מבקשים בקשות, אך למעשה אנו נותנים פקודות. **יש הבדל בין מהות לנוסח הלשוני** – לעיתים הנוסח הלשוני נראה תמים, אך במהות זו פקודה. **אין לבלבל בין הנוסח הלשוני לכוונה**.

* לדוג' – אדם הולך עם בת זוגו והיא אומרת איזה טבעת יפה, מבחינה לשונית היא אמרה שהטבעת יפה, אך במהות היא נתנה פקודה שיקנה לה את הטבעת.

לפי אוסטין, **פקודות במובן של חוקים יש מסוגים שונים** – **הוא מבחין בין פקודות ספציפיות לבין פקודות כלליות**. **פקודה ספציפית** **(פקודה פרטיקולרית/ארעית).** מה שמאפיין חוקים הוא אופיים הכללי. זאת, בניגוד לפקודות שלהן יש אופי ספציפי (פקודה פרטיקולרית/ארעית)–פקודה קונקרטית לאדם מסוים, לעשות פעולה מסוימת ברגע מסוים. **אין מדובר בחוק, כי לחוק יש אופי כללי וחוקים הם פקודות בעלי אופי כללי**. חוקים יכולים להיות בעלי אופי ספציפי, אבל זה לא החוקים הרגילים. **פקודות הם מבע רצון בעלי אופי מצווה**. זאת, לעומת מצב שאתה נותן פקודה להסתער – זה לא חוק, כי אין את האופי הכללי. **לחוק כלליות, אשר באה לידי ביטוי בשני מובנים –**

1. **החוק הוא עבור כללי הציבור (כלל הקהילה/המעמד).**
2. **כלליות הנמענים – החוק מתייחס לפעולה מסוימת באופן כללי**.

אלה שני סוגי כלליות. בד"כ, כשאנו מדברים על פקודה שהיא חוק, אנו מדברים על כלליות בשני המובנים. כדי שפקודה תהיה חוק עליה לשאת אופי כללי.

מושג **הסנקציה** הוא בעל חשיבות עצומה, מפני שהוא מסביר בעיני אוסטין את **מהותו של החוק**. מה מגדיר את החוק? העובדה שמקורו בריבון, אשר זוכה להרגל ציות ואין עליו חובה בציות לאחר. בנוסף, **מדובר במבע רצון + סנקציה. זה עומד בלב מושג החוק**. **חיקוק חוק הוא הכוונת התנהגות ע"פ הכוח של הריבון**. זו תורת הפקודה של אוסטין.

אוסטין טוען, שתחת ההגדרה הזאת, **יש סוגים שונים של פקודות שהם חוק – ולא בכולם אנו מתעניינים במערכת המשפט.** **אנו מתעניינים בסוג מסוים של פקודות.** **כיצד ניתן להבדיל את מושג החוק ממושגים דמויי חוק? המקור הוא הריבון.** יש דוגמאות למה שאינו הריבון, המפעיל סמכות – החברה, הבוס בעבודה. זוהי נורמה שאינה חוק, כי המקור אינו בריבון, אלו הם מוסדות דמויי חוק.

**מה ההבדל בין חובה משפטית למוסרית?** ההבדל נעוץ במושג הסנקציה. **חובה מוסרית** היא חובה שאנו מצייתים לה, אך **ללא חשש מהנזק שהריבון יסב לי, אין סנקציה בצמוד לחובה המוסרית**. הציות לחוק הוא בגלל משהו שכופה אותי לציית להוראה, שאלמלא כן אני אסבול נזק שאיני רוצה לסבול. **חובה משפטי** היא חובה לבצע את האמור בחוק, **חובה שמשקפת רצון להתחמק מהנזק הצפוי, שכן בצידה של החובה המשפטית ישנה סנקציה.** המובן של חובה כאן נעוץ בכוח הריבון, במושג הסנקציה. **הכוח של הריבון הוא אחד היסודות המרכזיים שמגדירים את מושג החוק הפוזיטיבי.**

**מה ההבדל בין חוק רגיל לחוק משפטי?** **בחוק משפטי** **הסנקציה מופעלת ע"י הריבון. במוסר פוזיטיבי, מנגד, יש סנקציות מהחברה, אך לא מהריבון.** לכן**,** לא מדובר בחוק פוזיטיבי, אלא במוסר פוזיטיבי או בחוק שאינו פוזיטיבי, כלומר לא מהריבון.

לפי אוסטין, כאשר מדברים על פקודות במובן של חוקים, **ניתן לעשות הבחנה בין חוקים של בני אדם ובין חוקי האל** (גם האל נותן חוקים, יש לו מבע רצון, הוא יצור תבוני). אוסטין לא כופר בעובדה שיתכנו חוקים אלוהיים, יתכן שיהיו חוקים אלוהיים. אולם, חוקים אלו לא מעניינים את מי ששייך לעולם המשפט – זה לא חוק פוזיטיבי. לפי התפיסה התיאולוגית של אוסטין, האל נותן פקודות, הן בעלות אופי כללי (מוסרי ועוד), אך חוקי האל לא קשורים לתורת המשפט, אלו לא החוקים המעניינים את תורת המשפט. **מדוע זה נקרא פוזיטיבי?** למונח פוזיטיבי מובנים רבים. בהקשרו של אוסטין, **"פוזיטיבי" נובע מהמונח "עמדה"** – **חוקים שמקורם במי שמחזיק בעמדה מסוימת, בדר"כ זהו הריבון.** פוזיטיביזם מדבר על עובדה, בניגוד לערך, משהו מופשט. מדובר על עובדה קונקרטית, שניתן להצביע עליה. במובנו של אוסטין, **החוק הפוזיטיבי הוא עובדה ולא ערך, כי הוא סוג של עובדה חברתית**. **העובדה החברתית היא מבע הרמון של הריבון, פקודה אליה הצמיד סנקציה**. ניתן להצביע על קיומה של העובדה הזו. **זו לא הצבעה על ערך או איזה אידיאה, או עיקרון מוסרי**. היא קרתה ברגע מסוים, יש לה ביטויים עובדתיים שניתן לזהותם ולכן תוקפם הוא פונקציה של קיום עובדה זו.

**ביקורות על התאוריה של אוסטין –**

הארט, שהוא גם פוזיטיביסט, מציע תפיסה פוזיטיביסטית אחרת, הבנויה על הביקורת שהוא הפנה כלפי התיאוריה של אוסטין. בעקבות הקשיים והבעייתיות של המושג חוק לפי אוסטין, הארט מציע תמונה אחרת, שהיא גם פוזיטיביסטית. הארט מותח סדרה של ביקורות על התפיסה של אוסטין ומציע אלטרנטיבה – התפיסה שלו היא גם פוזיטיביסטית, הרואה בחוק כעובדה חברתית.

**ביקורות באופן כללי על התיאוריה שהציעו רבים אחרים** –

1. ביקורת על האופן בו אוסטין מנתח את מושג הפקודה (התעלמות מן היבט הנורמטיבי) – אוסטין עצמו היה מודה למורכבות של מושג הפקודה, אבל לא מספיק. התיאוריה של אוסטין נראית, על פניה, אינטואיטיבית. מדובר על פקודה שמוצמדת לה סנקציה, פקודה המהווה כוח של הריבון הפוליטי. אוסטין מגדיר את מושג הפקודה כמבע רצון של יצור תבוני א' כלפי יצור תבוני ב', אשר אליה מוצמדת סנקציה. ההנחה היא, שלנותן הפקודה יש כוח כלפי המקבל. **הכוח נמצא בתשתית התיאוריה. באמצעות הכוח, הריבון משליט את הסדר.**

הארט, כמו פילוסופים אחרים שהתעמקו במושג זה, הראה שהניתוח של אוסטין **מחמיץ אלמנט בסיסי**. הארט טוען, שכאשר אנו חושבים על פקודה כמבע רצון + סנקציה = פקודה, אנו יכולים להתאים לנוסחה זו מצבים אבסורדים. לפי הארט, יש לאוסטין דימוי של אקדוחן – סיטואציה שבה מגיע שודד לבנק, שולף אקדח, מכוון לפקיד ומבקש את הכסף בקופה. זהו מצב בו האקדוחן נותן פקודה למעשה, יש לו מבע רצון + סנקציה = פקודה (כדור בראש). הסיטואציה עונה על המובן הלשוני של פקודה.

נדמה מצב אחר – נניח שלחיילים בצבא יש קצין הנותן להם פקודה – הסתערו, או עמדו למסדר. האם זה דומה? זה אותה פקודה של האקדוחן, או שמא יש הבדל? לפי אוסטין, זה יכול להינתן ע"י הרבה גורמים. לכאורה, יש כאן מצב בו יצור תבוני אחד נותן ציווי ליצור תבוני אחר.

**לפי הארט, אם את מושג הפק' משתיתים על מושג הסנקציה, מחמיצים את ההבנה הנכונה לגבי מושג הפקודה. יש לבצע הבחנה בין המובן הלשוני של מושג הפקודה, לבין ההיבט הנורמטיבי של המושג.** ניתן לנסח פקודות באופן לשוני, אך **לא כל מבע רצון בעל סנקציה זו פקודה במובן נורמטיבי**.

**ההיבט הלשוני של המושג פקודה** – ניתוח המושג, לעומת מילים כמו בקשה, חיווי, הבעת משאלה. מבחינה לשונית, ניתן לבצע ניתוח שיבדיל בין מושג הפקודה לבין מושגים כגון בקשה, חיווי ועוד. יחד עם זאת, גם אם התמלאו התנאים הלשוניים של המושג פקודה, אין זה אומר שמה שנאמר זו פקודה, במובן הנורמטיבי.

**ההיבט הנורמטיבי של המושג פקודה** – לפי הארט, הפקודה איננה אך מבע רצון של לצוות על אדם. פקודה במובנה הנורמטיבי איננה הפעלת כוח / עוצמה, הכרוכה בסנקציה. במובן הנורמטיבי, אנו מייחסים סמכות נורמטיבית לאדם, שמקורה בחברה בה הוא פועל.

לא די בהבעה לשונית של פקודה. כדי שנגיד שא' נתן פקודה לב' **צריכים להתמלא** **תנאים חיצוניים, חברתיים, שלפיהם ניתן יהיה לומר שהוא נתן פקודה**. יש לבחון את מערך התנאים החברתיים שמסביב לסיטואציה. בצבא, למשל, מדובר במסגרת צבאית, מפקד וחייל שנמצאים במסגרת זו – **המסגרת מעניקה את ההיבט הנורמטיבי למילים שאמר אותו מפקד**. **ללא ההקשר החברתי הזה, לא נגיד שא' נתן פקודה לב'. פקודה במובן נורמטיבי הינה מצב בו יש מערכת של סמכויות וכפיפויות, המוכרת ע"י מקבל ונותן הפקודה והם מכירים ביחסי הכפיפות בניהם בתוך הקבוצה.** כלומר, מבעי רצון הקיימים בתוך מערכות חברתיות שהאנשים בתוכם מקבלים באופן רצוני את הכפיפיות. בתוך מערכת נורמטיבית זו, שם בעלי הסמכות והכפופים מתפקדים, הם יקבלו זאת באופן הנורמטיבי.

**מערכות יחסים בהן יש יחסי כפיפות בהיבט הנורמטיבי – אנו נכיר בהן כמערכות יחסים בהן ישנן פקודות המקיימות את שני התנאים – הן הלשוני והן הנורמטיבי!**

נניח והמרצה יכול לתת פקודות לגבי הקורס הזה בלבד, משום שיש כאן מערכת חברתית בעלת סוג של כפיפות, ואנו מעוניינים לה ומקבלים אותה. לעתים נמחה ונתווכח, אבל המרצה מגיע לכיתה יחד עם הסטודנטים, היות והם מעוניינים להיות חלק ממערכת האוני', ושם הם מקבלים ברצון את סמכות המרצה – שהיא לא בלתי מוגבלת. לכן, כל הוראה היא פקודה במובן הנורמטיבי.

צבא – עצם ההימצאות בצבא הינה על מנת להזדהות עם הארגון. אני מקבל את הסמכות של כל המערכת ואני מזהה גורם לגיטימי. מדוע אותו אדם מבין שהוא קיבל פקודה? בהיעדר סנקציה? **אותו אדם מבין שהוא נמצא במערכת נורמטיבית של יחסי כפיפות, במסגרתם הוא מבין שהוא מקבל פקודה.** יש הכרה בסמכות המפקד כמפקד, ולכן כאשר הוא נותן הוראה, הרו זו פקודה במובן נורמטיבי. מערך שכזה לא קיים בין האקדוחן לפקיד, **האקדוחן לא נתן פקודה במובן הנורמטיבי, משום שאין בניהם יחסי כפיפות** – הפקיד לא מכיר בסמכות האקדוחן לתת פקודה.

**לפי הארט, ספק אם יסוד הסנקציה הוא מהותי לעניין הפקודה. לפי אוסטין, מנגד, מדובר ברכיב מאוד מהותי שבלעדיו לא תהיה פקודה**. הארט גורס, כי ייתכנו מצבים בהן תינתנה פקודות שעונות על ההיבט הלשוני והנורמטיבי, אבל ללא סנקציה, וללא כל כוונה לתת סנקציה. **פקודה, במובנה הנורמטיבי, לא מחייבת סנקציה**, ניתן לדמיין למצבים בהם בעל סמכות נותן פקודה, לה לא צמודה סנקציה. הסנקציה איננה רכיב הכרחית למושג הסנקציה.

**אנו יכולים לדמות פקודות גם בלי סנקציות**. **יש הרבה מאוד פקודות – מבע רצון כלפי כפוף – בלי סנקציה, ובלי כוונה להפעיל סנקציה.** רב, למשל, לא מצמיד סנקציה, אלא התלמידים עושים זאת בעצמם. למה הוא לא עושה זאת? לעתים זה מיותר, וייתכנו לא מעט מצבים שאין לגביהם סנקציה. לעיתים, מפקד נותן פקודה בלי סנקציה ואם מישהו לא מציית, אז מבררים והוא עשוי למצוא עצמו מחוץ לקבוצה. זה לא סנקציה בדיוק, כי אותו אדם רוצה להיות שם. **כאשר יש הזדהות כמו במערכות נורמטיביות, לא תמיד צריך סנקציות. לכן, אין קושי לראות סנקציה בלי פקודה** – פקודות הן לא סתם ביטויים לשוניים, אלא **הן הוראות שניתנות במערכות בעלות עומק נורמטיבי**.

**מה שהופך לעתים דבר לפקודה הם יחסי כפיפות ע"י מקבל ונותן הפקודה.** **לפי הארט, לא ניתן לחשוב על החוק באמצעות פקודות לשוניות בלבד, אלא רק במובן של פקודה במובן הנורמטיבי.**

1. הבחנה בין סוגי נורמות שונות – אוסטין, בניתוחו את תאוריית הפקודה, לא נותן באמת דין וחשבון על מכלול הנורמות המשפטיות הקיימות במערכת משפט (ובעיקר הנורמות המעניקות זכויות). הארט טוען, שאם מסתכלים על מערכות משפט, יש סוגים שונים של נורמות – נורמות המטילות חובה ונורמות המעניקות כוחות וזכויות. ישנן נורמות נוספות, שאוסטין מתעלם מהם – נורמות מעניקות כוחות או זכויות.

**נורמות מטילות חובות** – סוג של כללים, נורמות הקובעות מה עלינו לעשות ומה עלינו להימנע מלעשות. החובות יכולות להיות חובות עשה וחובות לא-תעשה. מדובר בחובות, שכן אין הדבר תלוי בנו, זה חל עלינו, בין אם נרצה או לא. אנשים נוטים לחשוב, שעניינו של החוק הוא אך להטיל חובות. אולם, לפי הארט, יש הרבה מאוד נורמות שלא מטילות חובה.

**נורמות** **המעניקות כוחות וזכויות** – לדוג', חלק גדול מהמשפט האזרחי לא מטיל עלינו חובה, אלא הוא מתפקד באופן הפוך – מעניק לנו כוחות וזכויות. דוג' –

* **חוק החוזים** – אין כל חובה לעשות חוזה, החוק לא מטיל שום חובה או איסור. חוק החוזים קובע לנו – אם אתה רוצה לשנות את מצבך המשפטי, ממצב בו אתה נעדר זכויות וחובות למצב בו אתה רוכש זכויות כנגד חובות משפטיות, עליך לפעול באופן הבא – תציע הצעה/תקבל הצעה וכו'. כך, האדם מפעיל את הכוח שהמחוקק העניק ומשנה את זכויותיו וחובותיו המשפטיות.
* **דיני חברות** – חוק החברות לא מטיל שום חובה. החוק מעניק כוח. אם אדם רוצה לנהל ענייניו ולהפריד בין הנכסים האישיים לנכסים העסקיים, עליו להקים חברה בע"מ. כך, האדם יוצר אישיות משפטית מלאכותית, בה הוא שולט. אם האדם פושט רגל, ירדו אך לנכסים השייכים לחברה, ולא לנכסיו האישיים. מדובר בסוג של כוח שמוענק לאדם, להפריד בין הרכוש העסקי לרכוש האישי. אין חובה, אלא כוח. האיסורים והחובות קשורים לכך, שאם החלטת להקים חברה, מצטרפת לכך מערכת שלמה של נורמות. אולם, אין מדובר בנורמות מטילות חובות במובן המהותי.
* **דיני המשפחה** – אין חובה על אדם להתחתן. דיני הנישואין מעניקים לנו כללים שבאמצעותם אנו יכולים לשנות את מצבנו המשפטי (מרווק לנשוי, למשל) ואת מערך החובות והזכויות, כתוצאה מכך. אנו מפעילים כוח, כוח שהמחוקק נתן לנו על מנת לשנות את הסטטוס המשפטי, אין כאן שום חובה.

**החוק האזרחי לא מורכב מנורמות המטילות חובה, אל מכללים המעניקים כוחות/זכויות, המאפשרים לאדם לשנות את מצבו המשפטי בכל תחום.** יש הטוענים, מנגד, כי ניתן לתאר גם את הנורמות המעניקות כוחות, כנורמות שיש בהן חובה מול סנקציה. אפשר לתאר נורמות מעניקות כוח, גם במונחים של חובה וסנקציה. כלומר, הוראות פעולה, שסנקציה לצדם. לדוג' –

* **חוק החוזים** – על מנת לעשות חוזה, יש לפעול לפי כללים מסוימים. אם לא פועלים לפי הכללים, לפי הדרך המחויבת מן החוק, יש סנקציה – אין חוזה.

**לפי הארט, תיאור בטלות של חוזה כסנקציה, על כך שלא צייתי לכללים, לפיהם יש לכרות חוזה, הינה טעות מושגית**, חוסר הבנה של מושג הסנקציה. **סנקציה, בהגדרתה, היא סוג של תגובה הנפרדת מהמעשה אותו אסור לעשות. יש הפרדה בין הסנקציה למעשה האסור.** **היעדר האפקטיביות בכך שלא פעלנו לפי הכללים אינו אפקט נפרד מהמעשה עצמו.**

כשאומרים שכאדם לא פעל לפי חוק החוזים, אין לו חוזה, לא מדובר בשני רכיבים של חובה וסנקציה – אם מישהו לא ערך חוזה לפי כללים, עובדה זו, היא הקובעת שלא מדובר בחוזה, אך לא מדובר פה בהפרת חובה שבגינה הסנקציה היא שלא יהיה לו חוזה.

**ביקורתו של קלזן** – קלזן ביקר את ההבחנה של הארט. טען, כי אם מסתכלים על נורמות במשפט האזרחי באופן יותר ממוקד, יהא לנו קל לזהות שהכללים של דיני החוזים/החברות הם מעין יחידות חוק בתוך גוף חוק יותר רחב, הקובע כך – יהא מוטעה לתאר את חוק החוזים כדבר שאינו קשור לכוחו של הריבון. חוק החוזים קובע, כי אם אדם רוצה שלהסכם יהיה תוקף משפטי, עליו לפעול באופן הבא. **"תוקף משפטי" – מגייסים את הכוח של המדינה שיעמוד לצד וביסוד החוזה.** לפי קלזן, אם המשמעות של חוזה משפטי תקף הוא, שהוא מעמיד את הכוח של המדינה מאחורי הצדדים, אזי שהעומד בבסיס מהותם של כללים מעניקי כוח זה גיוס כוחה של המדינה לעמוד לצידנו.

**מה ההבדל בין הסכם ג'נטלמני לחוזה משפטי תקף?** כשמדובר בהסכם ג'נטלמני, לא ניתן לגשת לביהמ"ש בעת הפרה ולתבוע. **משמעות "התביעה"** – לגייס ולהשתמש בכוח של המדינה על מנת לממש את הזכויות מכוח ההסכם, שכן הפרט לא יכול לעשות זאת בעצמו.

**המשמעות של נורמות המעניקות זכויות, לפי קלזן** – כשאנו מפעילים את הכוח שהמחוקק נתן לנו בכל מיני מצבים, אנו מגייסים את הכוח של הריבון לטובתנו, על מנת שהזכויות יושבו. **ביהמ"ש, באמצעות הכוח שלו, מגייס רשויות, כגון ההוצאה לפועל, על מנת להגן על הזכויות שנפגעו בשל ההפרה.** הארט טוען, שגם במקרה כזה, **יהא מוטעה לתאר את הנורמות המעניקות כוחות ככאלו המושתתות על כוחו של הריבון. אם נבחן את מהותם של הנורמות, היסוד של הסנקציה והריבון (העומד מאחוריה) איננו ממהות החוקים.**

* דוג' – האם ניתן לתאר את הכוח **שדיני הנישואים** מעניקים, ככללים שעיקר עניינם הוא גיוס כוחה של המדינה, על מנת שזו תעמוד לצדי במערכת היחסים עם האישה? זהו טיעון מוזר ואבסורדי. כשאנשים מתחתנים, הם רוצים לממש סוג של מערכת יחסים, לקבל הכרה, הם עושים זאת בשמחה, אין שום כוונה להגן על הזכויות במקרה של גירושים עתידיים. **מהותם של דיני הנישואין – ליצור מסגרת שתאפשר לאנשים לממש את כמיהתם לסוג של קשר משמעותי, המוכר ע"י החברה**.
* **חוק החוזים** – אם יש חשש שאדם יפר חוזה, מייעצים שלא להיכנס לחוזה מלכתחילה, לא להסתמך על כך שכוחה של המדינה תעמוד לצידנו. הרעיון הבסיסי של חוק החוזים – אמצעי חיוני לקידום מטרות ותוכניות של בני אדם, אמצעי שנועד לאפשר לאנשים ליצור מפגש רצונות. חוק החוזים מעניק כלי חברתי, שתפקידו לאפשר לאנשים לנהל מו"מ ולהגיע לכדי גמירות דעת, לשם קידום המטרות.
* **חברה בע"מ** – תמריץ ליזמות. התרומה החברתית תהא גדולה יותר. העמדת הכוח של החברה בצד הרעיון איננה ממהות המוסד המשפטי. **מהות המוסד המשפטי הוא התימרוץ, להעניק כוחות, כלים על מנת שנוכל לקדם מטרות, בכל תחום שהוא.**
1. מושג המנהג כמקור לנורמות משפטיות – המנהג מהווה מקור לנורמות משפטיות. בחברה המודרנית אנו פחות מכירים מנהגים שהפכו לנורמות משפטיות, בניגוד לחברות מסורתיות בעבר. **יש להבחין בין שני מובנים של המנהג, כמקור לנורמה משפטית** –
2. מנהג, היינו דפוס חברתי מסוים הנוהג בחברה, הוא **מקור השראה למחוקק או לפוסק לקבוע נורמה משפטית**. רואים מנהג, מקבלים השראה מפרקטיקה רווחת, ורוצים להפוכה לחוק. המנהג הוא דפוס התנהגות הרווח בחברה, שניתן לומר שהוא צומח מלמטה, בני אדם יצרו פרקטיקות כאלו, אין ציווי.
3. **מנהגים שהופכים להיות נורמות משפטיות תקפות כשלעצמן, ללא כל תהליך של החקיקה**, או דרך הפריזמה של הפסיקה, אלא בגלל סיבות מסוימות (התהוו תנאים מסוימים), הפרקטיקה הזו הופכת להיות משפטית. הסתמכות על מנהג, לו תוקף משפטי.

**איך מבחינים בין "מנהגים סתם", לבין מנהגים המושרשים כמחייבים מבחינה משפטית?**

* **חוק פיצויי פיטורים** – החוק הוא תוצר של תהליך חקיקה של מנהג בעל תוקף משפטי, הוא לא יצר נורמה חדשה (היה קיים כבר מנהג בעל תוקף משפטי לשלם פיצויי פיטורים), לא יוצרים נורמות משפטיות.

אם, בהתמלא תנאים מסוימים, למנהג יש תוקף משפטי, טוען הארט – **איך ניתן להסביר היווצרות של נורמות משפטיות דרך מנהגים, לאור תאוריית הפקודה? אין מדובר בהוראה מן הריבון, התיאוריה של אוסטין לא יכולה להתמודד עם זה.**

**תשובה אפשרית של אוסטין** – מנהג הנורמה הופך להיות תקף, אך כאשר רשויות המדינה מכירים במנהג זה כבעל תוקף משפטי. **כל עוד הריבון לא הכיר, מדובר בנורמה, אך לא משפטית.**

**הארט יטען, כי מדובר באי הבנה בתהליכים בהם נורמות משפטיות נוצרות**. **אוסטין לא מוכן להכיר בכך שמנהגים יוצרים דפוסי התנהגות, להם תוקף משפטי. למנהגים יש כוח ליצור נורמות משפטיות, ומוטעה לחשוב שיש תוקף רק מהרגע בו הריבון הכיר במנהג כבעל תוקף משפטי**. ההכרה של השופט, למשל, הינה הסבר נכון לכך שלמנהגים הם לא רק מקורות השראה לנורמות משפטיות, אלא גם יוצרים נורמות משפטיות. תאוריית הפקודה של אוסטין לא מצליח את התופעה של המנהג כיוצר נורמות משפטיות כשלעצמן.

1. נורמות משפטיות החלות על הריבון עצמו – התאוריה של אוסטין לא יכולה להסביר מצב בו הריבון עצמו כפוף לנורמות משפטיות. אם כל הנורמות הם פקודות של הריבון, באיזה מובן ניתן לחשוב על כך שהריבון כפוף לנורמה? הוא בוודאי לא כפוף באופן דומה לכפיפות הנתינים.

כשאנו חושבים על חוקים בחברות מודרניות אנו לא יכולים לדבר רק על חוקים החלים על האזרח. יש חוקים רבים החלים על הריבון, גם הוא כפוף למערכת שלמה של כללים. **כיצד אפוא ניתן להסביר את היעדר הכפיפות של הריבון לנורמות?** אם לא נכון הוא להבחין בין הריבון לאזרחים לעניין הכפיפות, התאוריה של אוסטין לא נכונה.

כשמסתכלים על מע' משפט שונות, רואים שמע' אלו מטילות נורמות על הריבון. ישנם חוקים שחלים על הכנסת, רה"מ – כל מי שממלא תפקיד שלטוני. אם הכנסת כפופה למע' של חוקים ולא עושה מה שהיא רוצה, וכל הגוף הריבוני באשר הוא כפוף לחוקים, הדבר סותר את התיאוריה של אוסטין, לפיה הריבון הוא מקור החוקים והוא לא כפוף לשום חוק. לפי אוסטין – רק הנתינים של הריבון כפופים לחוק!

**אוסטין יטען** – הכפיפות של הכנסת, מבחינה מושגית, שונה מזו של האזרחים, היא לא באמת כפופה (יכולה לשנות תמיד). לפי אוסטין, הריבון לא יכול להיות כפוף לחוק באותו מובן כמו שהנתינים שלו כפופים, הוא לא יכול להכפיף עצמו לפקודה שהוא עצמו נתן. אולם, **כאמור, את המציאות המשפטית של השוויון לעניין הכפיפות לא ניתן להסביר באמצעות התאוריה של הפקודה של אוסטין**.

1. היבט אימפרסונליות / מערכתיות של מע' המשפט – מודל הפקודה, או התאוריה של הפקודה של אוסטין מחמיצה היבט מרכזי של המשפט, **מחמיצה את היסוד המערכתי האימפרסונלי של מערכות המשפט.** ברוב המקרים, כשאנו חושבים על מערכות משפט, אנו לא חושבים על מערכות משפט כאל פקודה לה אנו מצייתים, למערכות המשפט יש אופי לא-פרסונלי, אלא אופי מערכתי.

**החוק לא נעלם בהיעלמות נותן הפקודה, אלא יש לו חיים משל עצמו**, **הוא ממשיך להתקיים, הוא עומד כשלעצמו, הוא לא פרסונלי, הוא לא תלוי בנותן אותו**. **לחוק מעמד במנותק מנותן הפקודה.** לכן, אם הכנסת חוקקה חוקים ולאחר מיכן התפזרה – לא נטען כי כל החוקים בטלים משום שהנותן לא קיים, אלא החוקים שוב ניתנים כפקודות ע"י הכנסת החדשה. החוק לא בטל כשעובר הפוקד מן העולם.

ייתכנו שינויים במערכות חוק. אולם, אנו מניחים גם, שלא בכל פעם שמתחלף ריבון מתחלפת מערכת משפט. לשם החלפת מערכת משפט, צריכים להתקיים תנאים מסוימים, השונים מאלה הנחוצים לשינוי ריבון. אם חוק מבוסס על פקודה, אזי שבכל פעם שמתחלף ריבון, מתחלפת מערכת משפט – זוהי טענה לא נכונה ולא מתקבלת על הדעת של אוסטין. יש יסוד מערכתי אימפרסונלי, יש מעמד עצמאי פקודות.

הביקורת האחרונה מתקשרת למושג **החובה המשפטית** – מעין כורח שמוטל עלי לעשות פעולות מסוימות, בשל החשש לנזק שאספוג במקרה של אי-ציות. **לפי הארט, זהו תיאור לקוי למצב בו אדם תחת חובה. כשאדם תחת חובה, אנו זאת במובן נורמטיבי – לתפוס את הנורמה כמחייבת, גם אם אני לא תמיד מציית לה – לא לפחד מהסנקציה. הפקודה יוצרת חובה**. **בעיני הארט, אין מדובר בפחד מסנקציה, אלא חובה היא דבר אותו אני תופס כמחייב.**

**תיאור התאוריה של הארט, הנבנה על ההריסות של אוסטין, הארט מציע אלטרנטיבה – מושג החוק**

פילוסוף אנגלי ממוצא יהודי. הארט כתב את הספר החשוב ביותר במסורת של הפילוסופיה של המשפט במסורת האנגלו-אמריקאית: דה קונספט אוף לו. הספר מתחיל בתיאור העמדה של אוסטין ובביקורת עליה. לאט לאט, הביקורות מפנות דרכן לתאוריה חדשה. הנושא המרכזי במאמר הוא **הטענה על אודות ההפרדה בין המוסר לחוק**. הארט מנסה לברר את הטענה ולהציג היבטים שונים שלה, הוא לא שולל קשר כלשהו בין המוסר לחוק, להיפך. יש קשר, אך בנקודות קריטיות וחשובות, חשוב לשמר את ההפרדה האמורה.

גישת הארט צומחת מתוך ביקורת על מודל הפקודה של אוסטין. על רקע הביקורות הארט מציע את גישתו. נק' המוצא לדיון של הארט - הניסיון להבין מהו כלל חברתי. **לטענתו של הארט, כללים משפטיים הם סוג מסוים של כללים חברתיים**. כללים משפטיים הם קבוצה בתוך קבוצה רחבה יותר של כללים חברתיים.

**כללים חברתיים** – בחברה של בני אדם יש מערכת נורמטיבית גדושה של כללים חברתיים. כלל חברתי הוא **סוג של דפוס התנהגות החוזר על עצמו בהתקיים תנאים מסוימים**. ניתן, ע"י התבוננות בחברה, להבחין בדפוסי התנהגות אלה. מדובר במערכת גדושה של כללים, שאנשים אימצו להם ושהם חוזרים על עצמם.

**האם כללים חברתיים מתחילים ונגמרים בזיהו של דפוסי התנהגות?** יש הטונים, כי מדובר אך בזיהוי דפוסי התנהגות. מנגד, **לפי הארט, כדי לזהות כלל חברתי לא די בזיהוי דפוס ההתנהגות** **שאנשים פועלים לפיו באופן קבוע, אלא תמיד הכלל החברתי זוכה לציות, אנשים פועלים לפי הכללים החברתיים, משום שיש ציות פנימי**. **לבד מדפוס התנהגות שאנו יכולים לזהותו, כלל חברתי זוכה ל"ציות פנימי"**. כשאדם מאמץ את הדפוס, הוא משוכנע בנכונותו, הוא עושה אותו כי הוא נכון, תופס אותו כמחייב. יש איזשהו ציות פנימי.

**מהו אותו שכנוע פנימי?** **צידוק פנימי מסוג כזה או אחר לפעול כפי שפועלים**. בני החב' יבקרו את בני קבוצתם אם יחרגו מכלל זה, יגנו אותם. לא כ"כ משנה אם הצידוק הזה הוא נכון מבחינת נק' מבט רציונלית, מה שחשוב הוא, שמי שמאמץ את הכלל, מאמין שהוא נכון ושיש לפעול על פיו. ציות פנימי – סוג של שכנוע פנימי שיש לבני החב' כלפי אותם כללים.

כלל חברתי הוא סוג של דפוס התנהגות שרווח בחברה, מסוג כלשהו. דפוסי ההתנהגות הוא סוג של הרגל של פעילות, שברוב המקרים, לרוב בני האדם (בד"כ הסיבות דומות, אך לא תמיד) יש שכנוע פנימי, יש ציות פנימי. **כללים חברתיים הם סוג של דפוסי התנהגות הזוכים לציות פנימי**, היכול להיות מדרגות שונות.

אלו הם **נורמות התנהגות**. מהי הנורמטיביות של הכללים החבריים? כללים שנתפסים אצל בני החברה כמחייבים – לא נטען כי הם מחייבים (טענה על אודות התקפות), אלא **חברה** **בה דפוסי התנהגות הנתפסים כנורמטיביים, כמחייבים מצידה של החברה.** זה שונה ממצב בו הדפוסים נכפים על החברה, או אנשים המאמצים אותם ופועלים לפיהם ולא מצייתים להם, או לא חושבים עליהם כמחייבים – אין שכנוע פנימי.

**בחינת הנורמטיביות של הכלל** **תלויה בכך שלאדם יש צידוק** (הגורם לביקורת על מי שנתפס כמחויב לכלל, אך פועל תוך חריגה מימנו) **לעשות זאת ובני הקבוצה שלו, עם מישהו חורג מכלל, יבקרו אותו** (יטענו כי פעל שלא באופן נורמטיבי). אם אדם חורג ולא מבקרים אותו – לא מדובר בכלל הנתפס כנורמטיבי.

לפי הארט, כללים משפטיים הם סוג של כללים חברתיים. כללים משפטיים הם כללים חברתיים, שכן הם כללים הנתפסים ע"י בני החברה, ובמיוחד קבוצה מסוימת מימנה, ככללים שיש להם צידוק, ומי שחורג מהם יזכה לביקורת (יעמוד לביקורת ע"י בני החברה).

* **בכלל חברתי מתקיימים שני יסודות – בעל דפוס התנהגות מסוים ובעל שכנוע/ציות פנימי – חייבים להתקיים 2 היסודות הללו.**

**איך אנו מזהים את הכללים המשפטיים בתוך קבוצת הכללים החברתיים?** באיזה אמצעי נבחין בין כלל משפטי שהוא כלל חברתי לבין כלל משפטי שהוא לא כלל חברתי? מה הופך כלל חברתי לכלל משפטי? הארט עושה זאת באמצעות **כלל הזיהוי**.

לפיהארט, יש סוג של כלל חברתי – **כלל הזיהוי' (rule of recognition) –** **סוג של כלל חברתי שהוא בעצמו כלל משפטי, אשר באמצעותו בני החב' ובמיוחד הפקידים והרשויות מזהים את אותם כללים חברתיים שהם כללים משפטיים! תפקידו של כלל הזיהוי – לגלות מתוך כלל הכללים החברתיים את הכללים שיש להם מעמד משפטי. כלל הזיהוי, לפי הארט, הוא כלל חברתי, וככזה הוא כלל משפטי, אך הוא שונה, מכיוון שהוא מעניק תוקף למע' של כללים חברתיים ומזהה אותם כמשפטיים.**

הכללים המשפטים נוצרים ומזוהים ע"י **כלל הזיהוי**, כלל שבאמצעותו החברה מזהה את הכללים המשפטיים. הטענה הבסיסית – כלל הזיהוי עצמו הוא בראש ובראשונה כלל חברתי, הוא אחד מהכללים החברתיים, הוא הכלל העומד בבסיס המערכת המשפטית.

* דוג' – יש כלל חברתי במדינת ישראל, המזהה את הכנסת כמוסד היוצר כללים חברתיים. במדינת ישראל, הכללים נקבעים ע"י הכנסת. יש הסכמה חברתית, בחברה הישראלית, במסגרת מכלול ההסכמות בחברה, שהתגבשה לידי כלל שהוא כלל חברתי, הקובע שהמוסד שנקרא הכנסת הוא היוצר כללי התנהגות, כללים המחייבים ככללים משפטים (מתנהגים איתם ככללים משפטיים).

לכאורה, לכנסת מעמד מכוח חוקים משפטיים. מהיכן הכנסת שואבת את סמכותה? מהכלל שהיא עצמה קבעה, לפיו יש לה סמכות? לא. **מה שאפשר לכנסת לחוקק חוקים הוא קיומו של כלל חברתי הרווח במדינה, המזהה את הכנסת כמוסד בעל סמכות לייצר כללים חברתיים, להם אופי משפטי, לייצר כללים משפטיים.** הכנסת שואבת סמכותה מקיומו של כללי חברתי, שאינו רשום בשום מקום, סוג של עובדה חברתית הנמצא בתודעה של כל אחד. הטענה מבוססת על קיומו של כלל חברתי במדינת ישראל – סוג של הוויה חברתית, שהיא מוסכמת ע"י רוב רובם של האזרחים, ולא רק – אלא גם ע"י המוסדות השלטוניים, הפקידות והחברה בכללותה. יש כלל חברתי המזהה את הכנסת ואת ביהמ"ש העליון כמי שמוסמכים ליצור כללים משפטיים.

מערכת משפט היא סוג של עובדה חברתית – קיומו של כלל חברתי, כלל הזיהוי – כלל המזהה את אותם כללים חברתיים, שהם כללים משפטיים. במדינת ישראל, למשל, יש כלל חברתי, כלל הזיהוי, לפיו הכנסת וביהמ"ש מיצרים כללים חברתיים, להם תוקף משפטי.

לפי עמדתו של הארט, אחד הדברים שהתרחשו בשנת 1948, עם ההכרזה על סיום המנדט והקמת מדינת ישראל – מערכת המשפט המנדטורית באה אל קיצה ונוצרה מערכת משפט חדשה למדינת ישראל. הדבר ארע ברגע היסטורי מסוים, התגבשות

כלל הזיהוי בכל משטר חברתי יכול להיות בעל תוכן שונה. **המאפיין את כל כללי הזיהוי – כללים חברתיים, פונקציה של הסכמה חברתי, שבאמצעותם אנו יכולים לזהות את הכללים המשפטיים**. כלל הזיהוי, בעצמו, הוא כלל חברתי, בדומה לכללים המשפטיים – ברגע שמעניקים סמכות לכנסת, אנו מקבלים את חקיקת הכנסת כמחייבת, הכנסת כמוסד לו סמכות לחוקק חוקים, אותם אנו תופסים כמחייבים. יש לנו צידוק לציית, ונבקר את הלא-מצייתים. **ככלל חברתי, כלל הזיהוי הוא מחד כלל משפטי, אך מאידך שונה מכל הכללים המשפטיים אותו הוא מזהה, משום שברגע שהוא קובע איך אנו מזהים כללים משפטיים, הוא קובע את תנאי התקפות של הכללים המשפטיים. התקיפות של המוסד – מזוהה ע"י כלל הזיהוי.**

כלל הזיהוי עצמו הוא משפטי, אך **לא ניתן לדבר עליו במונחים של תקפות, שכן הוא עצמו מעניק תקפות לכללים אחרים, הוא עצמו לא מקבל תקפות**. לא ניתן לומר כי מדובר בכלל משפטי תקף, הוא הבסיס עליו יושבת המערכת המשפטית זהו כלל משפטי-חברתי, הוא התשתית עליו יושבת מערכת המשפט, ועל כן לא ניתן לדבר עליו במונחים של כלל משפטי תקף, ממנו נולד מושג התקיפות.

**הארט מציע הבחנה בין כללים מסדר ראשון לכללים מסדר שני** **– כלל הזיהוי הוא כלל מסדר שני**.

* כללים מסדר ראשון – כללים הקובעים כיצד להתנהג (עשה ולא תעשה).
* כללים מסדר שני – **כללים ביחס לכללים**, האם אינם קובעים כיצד להתנהג, אלא הם קובעים כיצד להתנהג עם כללים – כלל ביחס לכללים. הכלל שחוקק אחרון, הוא המחייב, למשל.

לפי הארט, כלל הזיהוי הוא תמיד כלל מסדר שני, כלל ביחס לכללים, הוא לא קובע כיצד להתנהג, אלא הוא סוג של כלל חברתי הקובע כיצד להתנהג עם כללים אחרים – קובע, כיצד להתנהג עם כללים חברתיים מסוימים. עם כללים חברתיים מסוימים, יש להתנהג כאילו הם כללים משפטיים – הופכים לכללים משפטיים.

בגין כלל משפטי ניתן לתבוע ולהעמיד לדין, להפעילו במערכת המשפטי. **כלל חברתי, מנגד, הוא כלל שאנו מצייתים לו ונוהגים לפיו ברוב המקרים, אך אנו לא יכולים לתבוע ולהתנהל עימו במערכת המשפט**, לא ניתן להפעילו במערכות השלטוניות. המאפיין כללים משפטיים – כללים שאנו מפעילים אותם במערכת משפטית מסוימת. **כלל הזיהוי מזהה את אותם כללים חברתיים, שהם גם כללים משפטיים, מזהה את המשפטיות שלהם, הוא כלל ביחס לכללים.**

**לפי הארט, כללים מסדר שני הם רכיב מאוד בסיסי ומרכזי בתוך מערכת המשפט – יש מערכת שלמה של כללים מסדר שני. כללי הזיהוי, כללי שפיטה, כללי שינוי.**

* **כללי שפיטה** – כללים ביחס לכליים, הוראה המכוונת את בתי המשפט כיצד להשתמש בכללים מסוימים במסגרת ההליכים המשפטיים – איך לפרש הכללים, למשל. מערכת של כללים ביחס לכללים משפטיים אחרים.
* **כללי שינוי** – כל הכללים המנחים אותנו איך לשנות כללים משפטיים (לרוב מוסדות) – איך ליצור כללים שלא היו, איך לבצע רפורמות בכללים קיימים, איך לבטל כללים קיימים. למשל – לחוקים המנחים את הכנסת כיצד לחוקק חוקים. מערכת שלמה של כללי שינוי של חוקים.

**הכלל הבסיסי ביותר מסדר שני של מערכות משפטיות הוא כלל הזיהוי** – מעניק למערכת את הבסיס שלה, יוצר את התשתית שלה, דרכו ניתן לזהות את הכללים המשפטיים. כלל הזיהוי הוא כלל ביחס לכללים משפטיים אחרים, גם ביחס לכללים האחרים מסדר שני.

**מדוע הכללים מסדר שני, בעיני הארט, הם ממהותו של מערכת משפט?** לפי הארט, **"המשפט/מערכת המשפט הוא ייחוד של כללים מסדר ראשון עם כללים מסדר שני". בזה נבדלת מערכת המשפט ממערכות נורמטיביות שאינן מערכות משפטיות, שהן דמויות משפט.**

**המאפיין מערכת משפט, לעומת מערכות נורמטיביות של כללי מוסר?** **ההופך מערכת נורמטיבית למערכת משפט הוא היכולת לזהות באופן ברור מהם הכללים הקיימים בתוכה ומהם הכללים שנמצאים מחוץ למערכת.** תיחום ברור, שבאמצעותו יכולים לזהות מהם הכללים – יכולת צפייה, הסתמכות וודאות במערכת הנורמטיבית. אין אנו מצויים בערפל, היוצר אי-בהירות ביחס לקיומו של כלל בחברה, אלא אנו יכולים לדעת באופן די ברור (לא וודאות גמורה) ולזהות את הכללים – מזהים אותם דרך הכלל החברתי שהוא כלל הזיהוי. **אנו משיגים וודאות ויציבות ע"י כלל הזיהוי, מזהים את גבולות המערכת המשפטית** (מהם הכללים המשפטיים שנמצאים בתוך המערכת). **כלל הזיהוי מאפשר את יעילות המערכת** – מאפשר זיהוי הכללים באופן מהיר וחותך. במערכת של מוסר נוהג, מנגד, אין לנו כלי לקביעת גבולותיו. זהו היסוד הראשון ההופך מערכת נורמטיבית למשפטית.

נק' שניה – **מערכת משפט היא כזו שקל באופן יחסי להחיל את הכללים**. יש כללים מסדר שני המנחים את האחראיים על ההחלה, איך לזהות ואיך להחילם (לפרש וליישמם). כל כללים השפיטה נועדו לכוון את המערכת, כיצד ליישם את הכללים. ניתן להחיל באמצעות כללי שפיטה.

נק' שלישית – במערכות משפט יש כללים מסדר שני, המאפשרים שינוי. המאפיין מערכות משפט – יש להם **מנגנון המאפשר להם לשנות את המנגנון המצוי בתוכם – רפורמות בתוך המערכת**, למשל. הדבר מובנה לתוך המערכת, שכן המערכת כוללת כללים ביחס לכללים. מנחים את המוסודו, כיצד ליצור כללים חדשים, לבצע רפורמות וכו'.

בשם שלושת הגורמים לעלי, עומדת הטענה לעיל של הארט. מערכות נורמטיביות אחרות, שאין משפט, אין בהם את הכללי מן הסדר השני, בד"כ. **המשפט, לפי הארט,** **הוא מערך כולל של כללים מסדר ראשוני ומשני יחד!** כדי שתיווצר מע' משפט חייב להיות קודם כל כלל זיהוי. כלל זה כאמור, מאפיין מוסד מסוים, שבסמכותו ליצור כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי. **מה שהופך מע' נורמטיבית למע' משפט הוא מערך של כללים מסדר ראשוני ומשני יחד**. מה שמאפיין מע' נורמטיבית שהיא איננה מע' משפטית הם קיומם רק של כללים מסדר ראשוני.

* ככל שהאוכ' גדולה יותר, הצורך במערכת מפט הופך להיות אקוטי, על מנת ליצור וודאות ויציבות – אפשרי, אך בהינתן הכללים מסד שני.
* חברות קטנות – ייתכנו חברות קטנות שיפעלו אך עם כללים מסדר ראשון. כשמחילים את הכללים מסדר שני, החברה קונה את התכונה הזו של היותה מערכת משפט. בחברות פשוטות, שאין בהם הרבה כללים, אין בעיה שיהיו רק כללים ראשוניים. ככל שהחברה גדולה יותר היא מורכבת יותר ונדרשת גם לכללים מסדר משני.

אין כל קשר לפקודה של הריבון**, לשם הפעלת הפקודה יש צורך בכלל זיהוי**. כלל הזיהוי יכול להיות שונה בכל חברה וחברה, אך יש צורך בדבר מקדמי. כלל הזיהוי הוא לא בהכרח דמוקרטי.

כשאנו חושבים על כללים מסדר ראשון, הטענה של הארט הינה, כי ברגע שאנו מבינים את הקונספט של הייחוד, אנו מבינים משהו מהותי לגבי מערכת המשפט –

* מערכת המשפט איננה סטטית, היא יכולה לשנות עצמה, בהשוואה לסטטיות של מערכות נורמטיביות אחרות, שאינן מערכות משפט. למערכת המשפט יש כלים לשנות עצמה, לנוכח הכללים מסדר שני.
* בגלל שקל לזהות את הכללים, המערכת מציגה יותר בהירות ביחס לכללים, וודאות ויציבות. יודעים למה לצפות ועל מה להסתמך – היציבות והוודאות הוא אחד מהערכים של מערכות משפט כמערכות נורמטיביות בהשוואה למערכות נורמטיביות שאינם מערכות משפט.

תורת המשפט של הארט היא תורת משפט פוזיטיבית, במובן שהיא לא תולה את התקפות המשפטית בשיקולים שהם אינם בבחינת עובדה חברתית. **מה הופך כלל חברתי מסוים לכלל משפטי? העובדה שהוא מזוהה ע"י כלל הזיהוי שהוא בעצמו כלל חברתי. קיומו של כלל הזיהוי וכל הכללים שנגזרים ממנו – זו פונקציה של מערך של עובדות חברתיות.** אין שיקולים ערכיים, שיקולי צדק, שיקולי מוסר למיניהם, שבאמצעותם אנו מזהים את הכללים המשפטיים. את הכללים המשפטיים מזהים רק בעובדות חברתיות.

זוהי תפיסה פוזיטיביסטית, אך היא לא מבוססת על תפיסת כוח של הריבון, של היכולת שלו להפעיל עוצמה כדי ליצור הרתעה. הארט מבסס את התפיסה שלו על היסוד הנורמטיבי שיש במע' המשפט. מע' המשפט היא מע' שבני החב' ובעיקר הפקידות שמפעילה את מע' המשפט, מזהים את המשפט ככלל חברתי. הכללים החברתיים הם כללים שבני החב' מצייתים להם ציות פנימי.

**התאוריה של הארט מתגברת על כל הקשיים שהוא העמיד בפני תאוריית הפקודה של אוסטין – תורת המשפט של הארט מצליחה להתגבר על הקשיים שהוא העלה ביחס לזו של אוסטין.** להארט אין שום קושי להסביר את ההבדל בין סוגים שונים של נורמה.

1. הארט טען, **שאוסטין לא מצליח להסביר את ההבדל בין נורמות המטילות חובה לאלו המעניקות כוח** **וזכויות**. תפיסת הארט, מנגד, עולה בקנה אחד עם ונורמות המעניקות כוח וגם עם נורמות המטילות חובה וגם עם נורמות המעניקות זכויות. הכללים משתלבים באופן טבעי בתמונה הנורמטיבית של מע' המשפט שהארט מתאר.
2. הביקורת הראשונה של הארט הייתה לגבי **מושג הפקודה של אוסטין**. הארט טען, כי תפיסה זו של מושג הפקודה מחמיצה היבט מרכזי – הבסיס הנורמטיבי של מושג הפקודה. הטענה של הארט המושתת על כך שכללים משפטיים הם כללים חברתיים, היא נועדה להכיר בכך שמערכת המשפט מושתת על התפיסה שלכללים המשפטיים יש מעמד נורמטיבי, הם נתפסים ע"י בני החברה, בעיקר ע"י הפקידות, ככללים מחייבים (נתפסים באופן שאנשים מצייתים להם ציות פנימי). **לא הפחד מהסנקציה הוא התשתית של המערכת המשפטית, האיום לא רלוונטי, אלא העובדה כי מדובר בקבוצה של כללים חברתיים שאנשים מאמצים אותם**. זו טעות להשתית את מערכת המשפט על תאוריית האקדוחן. הארט מכיר ביסוד הנורמטיבי של מערכת המשפט – על כן, אין לו שום בעיה להכיר בכללים המעניקים כוחות, שאינם מבוססים על סנקציה (מבוססים על כך שמערכת המשפט מעניקה כוח המוכר ע"י הכל לבצע פועלות שישנו את מצבינו המשפטי).

אין צורך בסנקציה לעניין כל נורמה – אם מערכות משפט מבוססות על ככלים חברתיים, הנתפסים ע"י חלק מהחברה, בעיקר ע"י הפקידות (המנהלים את המערכת) – הם פועלים לפי החוק, הם מזדהים עם החוק, רואים אותו כמחייב. הארט מדבר על הפקידות, אך ברור לכל כי זוהי נחלת חלק גדול מבני החברה – רואים את חקיקת הכנסת כמחייבת, הם לא פוחדים מהכנסת, ולא כלל אין צורך בסנקציה, באיום.

י**שנן רמות שונות של הזדהות עם הנורמות. נעשות פעולות לתיחזוק ההזדהות והשכנוע** – מערכות חברתיות יש כלים אפקטיביים, במסגרת מערכות החנינוך למשל, לכונן ולתחזק את ההזדהות, את הציות הפנימי. הארט מנסה לתת דין וחשבון על היסוד הנורמטיבי של מערכת המשפא – היא לא אקדוחן המכוון כלפי האדם "אקדח" ומאיים בסנקציה. **יש שימוש בכלי הזה של האיום והסנקציה, אך אין זה יסוד המערכת, לא על כך המערכת בנויה.**

1. **המנהג** – הארט מבקר וטוען כי אוסטין לא מצליח להסביר איך המנהג יכול להיות מקור לנורמות משפטיות. להארט, מנגד, אין גם קושי להסביר איך המנהג הופך להיות מקור לנורמות משפטיות – לא צריך את ההסכמה של המחוקק או של בתיהמ"ש. למנהג יש כוח ליצור נורמות. אין מניעה שפרקטיקות אלו, מנהגים, יצרו כללים משפטיים.

**אפילו כלל הזיהוי הוא סוג של מנהג**. **מאחר והחברה יכולה ליצור כלל זיהוי, היא יכולה ליצור סוג של כללי התנהגות שהחברה עצמה מכירה במערכת כללים ככאלה שיש להם תוקף משפטי. התוקף המשפטי לא נרכש מכוח כלל הזיהוי, אלא בשל תנאים מסוימים שהתקיימו, בגלל שהם מנהג**. החברה תופסת את המנהג כמחייב מבחינה משפטית, אין צורך בפקודת הריבון, אלא יש מנהגים הנתפסים כמחייבים. אותם מנהגים מחייבים עוברים ניסוח פורמלי ע"י תהליך החקיקה, אך הם היו מחייבים עוד קודם לכן.

1. **כיצד אנו מסבירים נורמות החלות על הריבון?** התאוריה של אוסטין לא מצליחה להסביר זאת. התאוריה של הארט, מנגד, יכולה להסביר למה הריבון כפוף לנורמות – כלל הזיהוי קובע את הסמכות של הריבון באופן שבו הסמכות מוגבלת, היא לא חסרת גבולות – הכללים מחייבים אותו מכוח החקיקה שלה, לא פחות מכללים אחרים – **אין מניעה להיווצרותם של כללים החלים על הריבון.**
2. **התאוריה של אוסטין לא מצליחה להסביר את ההבדל בין חילופי ריבון לחילופים של מערכות משפט** – לפי אוסטין, כך טען הארט, ברגע שמתחלף ריבון, נצטרך לומר כי התחלפה מערכת משפט, משום שמערכת משפט היא פונקציה של נותן הפקודה – אם התחלפ נותן הפקודה, המערכת מתחלפת. **לפי הארט, למערכת המשפט יש יסוד של אימפרסונליות – מרגע שהחוק קיים, הוא כבר לא תלוי במי שחוקק אותו, הוא יכול להיעלם ולמות, והחוק ימשיל להתקיים**. החוק לא קשור לפרסונה שפקדה וחוקקה. מעת שהתקבל, החוק מתנתק ממי שניסח אותו. התאוריה של אוסטין לא מצליחה להסביר תכונה זו.

לפי הארט, כלל חברתי, **מהרגע** **שנוצר, נתפס כמחייב ללא כל קשר לזהות הפוקד והיוצר**. גם אם היוצר לא נמצא, הכלל ממשיך להתקיים ולהיתפס כמחייב. החוק עומד בפני עצמו ונתפס כמחייב, אין צורך בפחד מהריבון כדבר המכונן ומעמיד את החוק. מרגע שנוצר כלל חברתי שהוא גם משפטי, גם אם הכנסת מתפזרת ובאה כנסת חדשה, הוא ממשיך להתקיים כסוג של כלל חברתי, הנתפס כמחייב.

**מה מביא קץ למערכת משפט?** **מה צריך להשתנות על מנת שמערכת משפט מסוימת תבוא אל סופה? כלל הזיהוי. מה שגורם לכללים המשפטיים להפסיק להיות כללים משפטיים מסוג מסוים הוא שאותה כלל זיהוי שמעניק את התוקף המשפט חדל מלהתקיים** – אם כלל זהיהו חדל מלהתקיים, המערכת חדלה מלהתקיים, אם הוא משתנה, יש שינוי של מערכת משפט.

**כלל הזיהוי מעניק את הזהות למערכת, קובע את סוג מערכת המשפט.** **הזהות של מערכת משפט בהרבה פעמים לא תלויה בתוכן הנורמות המשפטיות. ייתכן כי הנורמות יהיו זהות, אך יהא מדובר במערכות שונות**. **מנגד, ייתכן כי מערכת משפט תעבור רפורמה מבחינת התוכן של הנורמות, אך בכל זאת יהא מדובר באותה מערכת משפט.**

* לדוג' - עם הקמת המדינה קמה מערכת המשפט הישראלית, במקום זו המנדטורית. לפי הארט, **מדובר ביצירת מערכת משפט חדשה, שכן יש כלל זיהוי חדש.** לכאורה, מבחינת תוכן הנורמות, מדובר באותה מערכת המשפט – פקודת סדרי השלטון והמשפט קבעה, לשם יציבות משפטית – כל החוקים שהיו קיימים ימשיכו להתקיים כחוקי מדינית ישראל. **מבחינת התוכן הנורמטיבי, החוקים זהים, אך בכל זאת, לפי הארט, מערכת המשפט שונה, חדשה, משום שיש כלל זיהוי חדש** – הכנסת מזוהה ולא הכתר הבריטי, הכנסת פוקדת – מוסד חדש שנותן פקודות זהות.

הכנסת כל הזמן משנה את החוקים, דרך כלל השינוי. המערכת עוברת שינויים מתמידיים – חלק מהדינמיקה שבעקבות העובדה שיש לה כללים מסדר שני, המאפשרים לה להתאים עצמה למציאות הפוליטית והחברתית המשתנה.

**האם כל השינויים בתוכן החוקים גורמים למערכת להיות שונה מבחינת הזהות שלה? לא, משום שכלל הזיהוי נותר בעינו כל הזמן** – כלל המזהה את הכנסת וביהמ"ש העליון.

**התאוריה של פולר –**

**The morality of law** - הכותר משקף את העמדה הבסיסית של פולר, המציג ביקורת על העמדה הפוזיטיביסטית שטוענת לנתק מוחלט בין מוסר למשפט, לטענה, לפיה כשאנו מגדירים חוק פוזיטיבי במדינה כלשהי, אנו לא צריכים להתחשב במושגים מוסריים וערכיים, אלא בזיהוי כזה או אחר של עובדות.

פולר היה בין זמנו של הארט, הוא התנגד לעמדה הפוזיטיביסטית והציע גרסה תורת משפטית נון-פוזיטיביסטית. פולר, כאמור, ביקר את הטענה להפרדה בין המוסר לחוק. לפי פוזיטיביסטים, יש מערך שלם של טענות, לגבי מדוע נכון, חשוב וראוי להפריד בין שיקולים מוסריים לשיקולים הנוגעים לזיהוי החוק. הארט מעוניין לטעון, כי יש יתרונות גדולים בעמדה הפוזיטיביסטית הבסיסית הזו. העמדה המנוגדת של פולר מבקרת באופן חריף את עמדתו של הארט. לגישת פולר, עמדת הארט בלתי קבילה בשני מישורי דיון –

1. **המישור המושגי התיאורטי** – אין נכון לתאר כךאת הדבר הזה שנקרא חוק. לפי פולר, נכון לתאר חוק תוך זיקה הדוקה לשיקולי מוסר.
2. לבד מן הצורך הפילוסופי-תיאורטי לשלב מוסר בחוק ולא להפרידו מן החוק, יש לכך גם **טיעון / ערך מוסרי**. יש משהו בלתי מוסרי ובלתי ראוי בעמדה הפוזיטיביסטית, המבצעת את ההפרדה.

פולר מציג גישה נון פוזיטיביסטית וקשר מהותי בין מוסר למשפט. הוא היה מעוניין לקשור בין המשפט לבין ערכים מוסריים מסוימים, אך בניגוד למשפט הטבעי המדבר על תפיסות מטאפיזיות ועל קיומם של דברים נורמטיביים מהסוג שאפלטון, אריסטו או אקווינס דיברו עליהם, פולר מדבר על זיקה אחרת בין מוסר למשפט והוא כינה זאת **"משפט טבעי פרוצדוראלי".**

**העמדה המושגית –**

פולר מנסה לפתח גישה של משפט טבעי פרוצדורלי. בניגוד לגישות הקלאסיות של המשפט הטבעי, העוסקות בתכני החוקים, היינו קושרות את תכני החוקים לתבונה וליישויות מסתוריות אחרות, למהות של החברה וכו', פולר לא מתייחס להיבט זה של תורת המשפט הטבעית. לפי פולר, כשאנו מנסים לחשוב על כתיבת מערכת משפט, עלינו לנסות לתארה במונחים של איזה סוג של פעולה תבונית זו**? יש יסוד תכליתי, תבוני, אנו לא סתם מחוקקים, השרירות איננו מובנה למערכת**. **יש מערכת שלמה של אילוצים, החלים על מחוקק ועל מי שיוצר מערכת משפט, על מנת שהוא יצליח במשימתו ליצור מערכת משפט.** **לאילוצים יש אופי מסוים. יש שתי תמונות בסיסיות הקושרות את התאוריה של פולר למסור המשפט הטבעי –**

1. חשיפת עקרונות הסדר החברתי, בהם על המחוקק להתחשב, אשר עומדות בסתירה לעמדה הפוזיטיביסטית. יש לקשור את המשפט אל העקרונות שהמחוקק, הרוצה ליצור סדר חברתי מסוים, צריך להתחשב בהם (אם לא יתחשב בהם, הוא לא יצליח ליצור סדר חברתי מסוים).
2. בבחינת העקרונות, אנו מגלים שלתבונה ולרציונליות תפקיד מרכזי בפעולת החקיקה וביצירה ופיתוח של מערכות משפט. על כן, אנו לא יכולים לדבר על עמדה פוזיטיביסטית מובהקת. 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.

**איך מארגנים ויוצרים מערכת של כללים?** ההנחה המתקבלת על הדעת היא, כי **לא ניתן לנהל חברה ולייסדה ללא כללים בסיסיים שיהיו מקובלים על כולם, על מנת ששיתוף הפעולה יוכל להתממש**. עדיף ליצור מערכת של כללים. כיצד אנו עושים זאת? במה עלינו להתחשב? איזה סוג של אילוצים עלינו לדמיין לשם יציר מערכת הכללים?

**לפי פולר, קשה לחשוב על צורת חשיבה כזו, שעניינה יצירת כללים, כסוג של פעולה שרירותית,** שאינה קשורה לחשיבה על מטרות ותכליות, ודורשת רציונליות מסוגים שונים. אי אפשר שתהיה מערכת משפט בלי משהו רציונאלי לחלוטין, אלא חייב שיהיה משהו רציונאלי, שיהפוך את המערכת בהכרח למוסרית. הטענה הבסיסית, נק' המוצא של פולר – **מערכת משפט היא בראש ובראשונה היא יצירה ניהול ופיתוח של מערכת חוק, עניינה המרכזי הוא האפשרות או היכולת להכפיף את התנהגותם של בני אדם לכללים**. עניינה המרכזי של מע' משפט, הוא יצירת סדר חברתי, ויצירת סדר חברתי עניינה בראש ובראשונה הוא הכוונת התנהגות של בני אדם. הטענה היא, שמדובר בעניין לא פשוט, הדבר דורש התחשבות במערכת מורכבת ביותר של אילוצים ושיקולים, דורש חכמה רבה.

לפי פולר, על מנת להבין את הרעיון של הכוונת התנהגות באמצעות כללים, **לא די ברעיון, לפיו כל מה שצריך הוא בעל סמכות שייצור כללים**. המטרה היא לכוון התנהגות של מסה גדולה של בנ"א ולכן חייבים להשתמש במערך שלם של טכניקות. זוהי סוג של פעילות תבונית, הדורשת ציות או קבלה של מערכת שלמה של אילוצים, או כללים, שהם היסוד והתשתית של עצם האפשרות של מע' משפטית.

**"עניינו של החוק הוא הכפפת הפעילות האנושית לשלטון של כללים"- יש להנהיג כללים שיכוונו את ההתנהגות.** מה נדרש על מנת שאנו נצליח לכוון התנהגות של פרטים? **יש 8 קריטריונים (עקרון החוקיות) –**

1. אי-סודיות / פרסום – **יש לגלות לבני האדם את החוקים, על מנת לכוון התנהגות**, לומר מה עליהם לעשות. לא ניתן להכווין התנהגות באמצעות חוקים לא ידועים.
2. רטרואקטיביות – כשאנו אומרים שאסור שהחוק יהא רטרואקטיבי, הכוונה הינה כי **החקיקה צריכה להיות צופה פני עתיד**. פעולות שכבר נעשו לא ניתן לכוון, ניתן אך לכוון עשיית פעולות שייעשו בעתיד. חקיקה רטרואקטיבית לא יכולה לכוון התנהגות. אולם, עדין ישנם חוקים רטרואקטיביים – חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, למשל, נוגע למעשים שנעשו עורב לחקיקת החוק.
3. החוק צריך להיות כללי – החוק לא מורכב מאוסף של צווים פרטיים ופקודות. ניתן לכוון התנהגות רק אם אנו עוסקים **בהוראות בעלות אופי כללי.** לא ניתן לפנות את החוק על בסיס של צווים ספציפיים לכל אדם ברגע מסוים, אין זה מעשי. היבט אחד של הכלליות נוגע **לסוג הפעולות** – "לא תגנוב", "שלם מס הכנסה". סוג נוסף של כלליות נוגע **לסוג האנשים** אליהם פונים. הכלליות הינה בשני ההיבטים – **מכלול אנשים ומכלול פעולות**. כל כלל איננו פרטי, לא מצד הקבוצה אליה הוא מכוון ולא מבחינת סוג הפעולה, או ההימנעות מביצוע פעולה (לא פעולה מסוימת).
4. עמימות – אם רוצים לכוון התנהגות, אסור שהחוק יהיה עמום. **על מנת לכוון התנהגות יש צורך בחוק חתוך וברור, שלא דורש פרשנות, שיקול דעת או עזרה של עו"ד**. אם אדם צריך כל הזמן הדרכה, אזי שהחוק לא יכול להשיג את מטרתו, דהיינו להכווין התנהגות. החוק חייב להיות בהיר. **בהירות של חוק** – יש להבחין בין הטענה שהחוק הוא בהיר במובן שניתן להפעילו באופן פשוט ומכני, לבין מצבים בהם החוק הבהיר הוא עמום בשל נסיבות מיוחדות.

**איך שופטים מפרשים חוקים?** **לפי הארט**, בכל סעיף בחוק **יש להבחין בין לגרעין הקשה של החוק לבין מקרי השוליים**, השטחים האפורים. לפי הארט, כל כלל משפטי יש לו גרעין (ההחלה במצב זה לא דורשת שיקול דעת ופרשנות, החלה מכנית של הכלל המשפטי), אך לכל חוק שהוא בהיר וברור ייתכנו גם מצבים של עמימות. **במצבי הגרעין ניתן להחיל הכלל ללא שיקול דעת, לבצע החלה מכנית של הכלל. לא ניתן לכוון התנהגות, אם אנו עסוקים בפרשנות של החוקים**.

**לשם מה, בכל זאת, אנו צריכים פרשנות?** נרצה חוקים בהירים ופשוטים, שהיישום שלהם לא ידרוש פשרנות והפעלת שיקול דעת, לשם הכוונת התנהגות. כמו כן, יש צורך במספר סופי ונשלט של חוקים. אם לא הצלחנו להשיג מטרה זו – חוק בהיר ומערכת סופית ולא מפורטת מידי של כללים – לא נצליח לכוון התנהגות. אולם, **לכל כלל, לפי הניתוח של הארט, יהיו מצבים של שטח אפור, לא ניתן להתחמק מכך.**

* דוג' המכונית בפארק – לפי הכלל, יש איסור להכניס רכבים לפארק. בניגוד למכונית רגילה, הנמצאת בגרעין (מחילים את הכלל ללא הפעלת שיקול דעת), מה נעשה, אם קורקינט, למשל, או עגלת תינוק? אלו הם מצבים אפורים, מצבי בייניים? זהו עניין לפרשנות. לכל כל יש גרעין קשה ושטח אפור. השפה היא במהותה עם יסוד של ליבה ושל שוליים, ולכן זה משמיט את הקרקע מתחת לצורך של כללים בהירים.

המחוקק צריך לזהות את הסיטואציות הטיפוסיות בחיים ולהתאים להם את הכללים, מתוך ידיעה שבהתקיים סיטואציה לא שכיחות, לא תהא לנו ברירה אלא לפתור באמצעות פרשנות. המחוקק ינסה להשתמש בביטויים בהירים וחדשים ששולי העמימות שלהם פחות רחבים (בניגוד גמור לשירה). באמצעות אותן מילים **לא ניתן להימנע מחוסר הבהירות**. על כן, יש לאפיין מהן הסיטואציות הטיפוסיות ועליהן נקבל את החוקים. יש להגיע למצב בו הצורך בפרשנות יהא כמה שיותר מצומצם. ככל שנזקק ליותר פרשנות, החוק פחות טוב, פחות מצליחים להכווין התנהגות בצורה מכנית ופשוטה.

1. היעדר סתירות – אם אנו רוצים לכוון התנהגות, אסור לתת הוראות ולסתור אותן. כשחושבים על מערכות חוק, ככל שהיא גדולה ומסובכת, קשה לה להימנע מסתירות פנימיות – כשמחוקקים, לא יודעים את החוק כולו, ועל כן קורים מקרים רבים של חוקים סותרים. המערכות משתמשות בכל מיני כללים לשם עקיפת סתירות שטרם התגלו (חוק ספציפי גובר על חוק כללי, למשל). **בכל מערכת חוק יש מידה מסוימת של סתירות. אולם, קשה לחשוב על מערכת שתסבול מסתירות רבות ותמשיך להתקיים.**
2. **כללי החוק חייבים ליצור חוקים שניתן לקיים אותם.** לא ניתן לצוות על אנשים לעשות דברים שהם לא מסוגלים לעשות, יש לחשוב על היכולות של האוכ' בכללותה, ולא של קבוצה קטנה.
3. **יציבות החוק** – אם אנו רוצים לכוון התנהגות, אחד הדברים החשובים ביותר הוא **שהחוק חייב להיות קבוע**, עלינו לחשוב פעמיים לפני שאנו משנים אותו. ברגע שאנו משנים את החוק, היציבות מתערערת. אין זה אומר שאין לשנות חוקים בכלל (לעיתים יש לשנות חוקים, כדי לסגלם למציאות חדשה, למשל), אך גם אם החוק מחיל ממנגנונים המאפשרים לו להשתנות, בכל פעם שמשנים חוק אנו פוגעים בו במובן מסוים, החוק הפוך לבעייתי, **יש לשמור על היציבות של החוקים, על מנת לשמור על היכולת שלהם לכוון התנהגות.** יש צורך לתחזק את המחשבה והאמונה שבגרעין זה קבוע, יציב ולא משתנה. אם נרגיש שהחוקים כל הזמן משתנים, הם ייחשבו כפחות מחייבים.
4. **התאמה בין חוק שנחקק לחוק שנאכף** – אם רוצים לכוון התנהגות יש מערכת שלמה של רשויות שאמורות להפעיל את החוק, לתפעל אותו. אם המחוקק מחוקק חוק אחד, והרשויות מבינות אותו באופן אחר, ביהמ"ש פוסק באופן אחר – לא ניתן לכוון התנהגות, החוק שנחקק הוא לא זה שמופעל ונאכף.

**המוסר הפנימי והחיצוני של החוק –**

**כל מי שרוצה לכוון התנהגות, חייב לקבל את הקריטריונים לעיל**. **אלו הם רכיבים של שלטון החוק**. שלטון החוק בא לומר, שאנו חייבים לאמץ קריטריונים אלה, כשרוצים ליצור מערכת חוקית. לא ניתן להפעיל את שלטון החוק ללא הקריטריונים הללו. שלטון החוק נתפס כערך מסוים, החוק (היציב, הקבוע, שלא קשור לאינטרסים מזדמנים, ללא איפה ואיפה) שולט בנו, ולא רצונות מזדמנים של בני אדם.

במובן מסוים, האילוצים מגבילים מאוד את היכולת של בני אדם להפעיל קפריזות, מניפולציות לא רצויות. הטענה של פולר – **כל הקריטריונים הם המוסר הפנימי של החוק, בניגוד למוסריות של הכללים עצמם. אם מחוקק עומד בכל הקריטריונים הנ"ל – הוא נאמן למוסר הפנימי של החוקים.**

**מדוע אנו קוראים לזה מוסר?** כל אחד מהקריטריונים הוא בעצם **סוג של דרישה רציונלית, דרישה שקשורה לרציונליות של המטרה לכוון התנהגות**. אם מסתכלים על כל אחד מהכללים, מדובר **בדרישה מוסרית** גם – אם רוצים לכוון התנהגות, רוצים להתנהג באופן מוסרי.

* לדוג' – לא צודק לקבל חקיקה רטרואקטיבית. כמו כן, גם חוקים עמומים אינם צודקים (מעבר לכך שזה מונע הכוונת התנהגות).

בקריטריונים, **לבד מהיסוד הרציונלי, יש יסוד מוסרי מובהק**. לא ניתן להפריד את היסוד המוסרי מהרציונלי. לפי פולר, **העקרונות המוסריים הללו, שהם קונסטיטוטיביים, מהותיים להכוונת התנהגות** (הם ממהות המעשה המשפטי של יצירת החוק) ועל כן אנו לא יכולים אלא לדבר על **המוסר הפנימי של החוק**. **יש בחוק יסודות מוסריים, ובכך אנו משמיטים את הקרקע תחת הטענה של הפוזיטיביסטיים, שיש הפרד בין המוסר לחוק**. יש כאן ביקורת על הגישה הפוזיטיביסטית של הארט ואוסטין, לפיה ישנה הפרדה חותכת בין שיקולים מוסריים לבין הקביעה מהו החוק.

הוויכוח של הארט ופולר עובר לשאלה של **מה קרה בגרמניה הנאצית**. אחת הטענות של **הארט** – הנאצים, שהקפידו על הסדר, שמרו על כל הקריטריונים הללו, לכאורה, ויצרו מערכת חוק מתועבת ורעה מכל היבט ובחינה. זהו המוסר הפנימי של החוק, לפי פולר?! הארט, כנגד פולר, טען שגם אם נקבל את הטענה שהקריטריונים מובנים לתוך החוק ומלמדים על ממד מוסרי שיש בחוק, **עדין ניתן לחשוב על מערכת חוקים רעה, גם אם נאמץ את הקריטריונים באופן דווקני** – לא מונע אפליה, עשיית דברים רעים, כל מיני חוקים דרקוניים, ענישה לא-מוסרית, לא יוצר חברה בהכרח טובה. **הקריטריונים לא מספיקים על מנת ליצור חברה שהמוסריות של החוק שלה היא הכרחית.** הקביעה כי יש מוסר פנימי המכריח תכנים מוסריים של הכללים עצמם היא טענה שקשה לקבלה.

מנגד, **פולר** טוען, שאם חוקרים את האופן בו מערכת המשפט הגרמנית תפקדה, נגלה **שאף אחד מן הקריטריונים הללו נשמר. לא היו להם שום מטרות מוסריות**, הם עשו במערכת המשפט כרצונם, כי זה הטיב להם. אף לא אחד מהקריטריונים נשמר, **הם לא ראו בהם מחסום/מכשול שיכול לעמוד בדרכם על מנת להשיג מטרה פוליטית**. אם מסתכלים היטב במערכת הגרמנית, רואים שבגלל המוטיבציות המרושעות והמעוותות של המשטר הנאצי, **הקריטריונים לא היוו שום חסם, הם הפרו כל אחד מהם על מנת להשיג מטרה פוליטית.** אם יש משטר שמאמץ את הקריטריונים באופן דווקני, הוא מקפיד עליהם, הוא מראש מונע ע"י שיקולים מוסריים. המשטר לא הודרך ע"י שיקולים מוסריים, אין אבחנה בין התוכן הבלתי הלא-מוסרי של החוקים לקריטריונים של החוקיות.

**לפי פולר, יש קשר מהותי בין המוסר הפנימי למוסר החיצוני. אם מע' משפטית תדבק ב-8 הקריטריונים הללו ותציית להם, בסופו של דבר, המערכת תהיה כזו שהתוכן הנורמטיבי של הכללים שהיא תאמץ יהיה חיובי.**

המסור החיצוני – התוכן של החוקים

**איזה אלמנטים יש בחוק, שמהווים המוסר הלא-פנימי של החוק?** הכוונה **הינה לתכנים של הכללים עצמם**. זהו חלק מהמוסר של החוק, אך לאו דווקא חלק מהמוסר הפנימי של החוק.

* לדוג' – האיסור לגנוב, או להשתמש באלימות. מדובר בציווי מוסר, אך הוא לא נגזר מהקריטריונים לעיל, זהו אלמנט מוסרי הנפרד מהקריטריונים. לפי פולר, לכל הקריטריונים שהם המוסר הפנימי של החוק יש קשר לכל שאר הרכיבים המוסריים של החוק, היינו לתכנים שקשורים לחוק.

פולר מכיר בכך ששום מע' משפט לא תוכל ליישם את הקריטריונים באופן מלא. גם במערכות המשפט הטובות ביותר יש מידה מסוימת של רטרואקטיביות, הכלליות שלהן תהיה מעט פגומה בשל העובדה שהיו חוקים ספציפיים, יהיו חוקים גם עמומים וכו'. לכן, פולר טוען **שהקריטריונים הללו הם לא אמצעי לבדיקת תקפות של חוקים. הקריטריונים לא נועדו לקבוע מה גבולות המשפט**, לתקפות של חוקים אלא מאפיינים מע' משפט באופן כללי – לפי פולר, **ככל שמע' משפט מיישמת את הקריטריונים הללו היא יותר משפטית**. זה לא הכל או כלום – זה לא נכון להגיד שאם מזהים חוק כרטרואקטיבי, אז הוא לא תקף! לפי פולר – **זה מוריד את רמת המשפטיות של המע' אבל לא שולל את תקפות החוק!** **הקריטריונים הללו נועדו לאפיין מע' משפט מלאה ולא חוק ספציפי!**

**הכללים, כשלעצמם, לא קובעים תוכן מוסרי או נורמטיבי של הנורמה** – לא נאמר אם זו נורמה טובה או נורמה רע, הם **רק קובעים את הצורה של החוק**, **את המבנה של החוק ולאו דווקא את התוכן שלו.** כל הקריטריונים הללו יחד הם **המוסר הצורני, פורמלי.** **אנו קובעים פורמולה, שעניינה לקבוע את התוכן המוסרי.** לדוג' – "מה ששנוא עלייך אל תעשה לחברייך" - זהו רעיון צורני, הוא לא קובע כי תוכן מסוים הוא טוב, או רע. מדובר בפורמולה מסוימת – אם התשובה כן, אל תעשה, **ולהיפך**. הצורניות תיתן לנו את התשובה לכל הבעיות המוסריות, ותורה לנו כיצד להתנהג.

**הטענה של פולר היא שיש קשר בין הצורה של החוק לבין התוכן שלו, התוכן הנורמטיבי המוסרי של הכללים המשפטיים.**

**הצורה מכתיבה את התוכן.** ביחס לכלל הזהב של הלל הזקן – 'מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך' – לא קובע מה שנוא על האדם, אין משהו נורמטיבי קבוע. הרעיון הוא שהמשפט מתמקד במבנה/בצורה ולפיה אם אדם עומד לעשות משהו לאחר הוא קודם יבחן אם זה שנוא עליו או לא. **מדובר בפורמולה שתכתיב לנו מה ראוי ומה טוב**, אבל אין בתוכן שלה כדי להגדיר מה שנוא. מהבחינה הזו, **מדובר במשפט בעל צורה שיכולה לכוון את ההתנהגות בצורה מאוד אפקטיבית.** יש לבדוק לפני כל פעולה שעושים אם רוצים שהיא תהפוך חוק כללי. אם התשובה על כך היא חיובית, יש לעשות את המעשה, אבל אם התשובה היא שלילית, אי אפשר להפכו לחוק כללי שיחייב את כל האוכ'.

**העיקרון הצורני הנ"ל מביא לידי מסקנה לגבי מה ראוי, נורמטיבי - מכאן שהחזקה היא שמחוקק שיעמוד בקריטריונים הנ"ל יחוקק חוקים מוסריים!**

**איזו תיאוריה מספקת תיאור יותר טוב של מע' המשפט?**

* **הארט** - גרס להפרדה בין כללים מסדר ראשי לכללים מסדר משני.
* **פולר** – מוסר טבעי פרוצדוראלי – 8 הקריטריונים וההבחנה בין המוסר הפנימי לחיצוני.

במאמרים שלהם פולר והארט נוגעים במימד נוסף בוויכוח בין פוזיטיביסטיים לנון-פוזיטיביסטיים –

הטענה העיקרית של הארט היא, שיש הפרדה בין מוסר לחוק לא רק ראויה מנק' מבט תיאורטית מושגית, אלא שיש לה גם יתרונות מנק' מבט פוליטית ומוסרית. כנגדו, **טוען פולר, שהתיאוריה הפוזיטיביסטית לוקה גם בליקויים מוסריים – משום שבעיניו אחת המטרות של תיאוריה משפטית היא לתאר את אידיאל הנאמנות לחוק.** **בעיני פולר, התיאוריה אודות המשפט צריכה לשקף את הערך של החוק ולכן אחת ממטרותיה צריכה להיות הצבעה על הקשר בין המוסר לחוק**. אם כל הזמן גורסים להפרדה בין מוסר לחוק, זה אומר **שיש ליקוי מוסרי בתיאוריה כיוון שלא מקדם את החוק במובן שלא מקדם את אידיאל הנאמנות לחוק**.

הטענה של פולר היא גם **טענה היסטורית** – ההיסטוריונים שחקרו את גרמניה בתק' של המשטר הנאצי טוענים כי בטרם עליית המשטר מדובר היה על שושלת וויימר שאפשרה לימודים, תרבות, התפתחות אישית, גרמניה הייתה בשיאה מבחינת רוב תחומי החיים. אחת התופעות המפתיעות היא, שבבת אחת עולים הנאצים לשלטון וכל המע' הליברליות של ממשלת וויימר מחליפה את עורה בן לילה, כאילו שכל הבסיס התרבותי שאפיין את גרמניה עד אותן בחירות לא היה קיים מעולם. איך ניתן להסביר, למשל, שקהילה של משפטנים שיום לפני הבחירות היו תחת שלטון וויימר וברגע שהנאצים עלו לשלטון הם מחליפים דיסק? ההסבר של פולר נוגע לדבקות בתיאוריה הפוזיטיביסטית, שלפיה החינוך הגרמני המשפט נצמד לחוק. המשמעות היא שאת המשפטנים לא מעניין המוסר אלא רק מה אומר החוק!

**הטענה ההפוכה של הארט** – לא בגלל החינוך הפוזיטיבי הקהילה הגרמנית שיתפה פעולה עם הנאצים. להיפך, היתרונות המוסריים של הגישה הפוזיטיביסטית מאפשרים סוג של ביקורת מוסרית על החוק – **ללא הפרדה בין מוסר לחוק אי אפשר להעריך אם המשפט הוא מוסרי או לא**. אם אומרים באופן אוטומטי שכל מה שיש במשפט הוא מוסרי אז נקבל אותו ככזה כמובן מאליו ולא נעריך זאת מבחוץ. **התוצאה, לפי הארט, היא חוסר היכולת לעשות הפרדה בין המוסר למשפט ולפיכך חוסר יכולת לעשות ביקורת מוסרית על החוק**. איך נדע אם החוק מוסרי או לא? רק אם מראש נגדיר אותו בנפרד מהמוסר ונסתכל עליו מבחוץ.

פולר מציג גישה נון-פוזיטיביסטית, מתוך ביקורת על הארט. בניגוד לפוזיטיביזם, לגישת פולר, יש קשר בין מוסר למשפט. אלא, שטענתו שונה מזו של גישת הטבע קלאסי מהסוג של אריסטו או אפלטון. הוא מציע גישה שמכונת משפט טבעי פרוצדורלי. הטענה הבסיסית: אם מסתכלים על החוק ומהותו כמוסד חברתי שתפקידו לכוון התנהגות, עליו לקבל על עצמו מס' אילוצים/קריטוריונים, הקשורים למוסר הפנימי של החוק.

הטענה המרכזית הבאה של פולר – המוסר הפנימי של החוק. פנימי – ממהות מוסד החוק, שתפקידו לכוון התנהגות. הקריטריונים הללו, מעבר לכך שהם מהותיים לחוק, הם גם מוסריים, כל אחד מהווה דרישה מוסרית. אם אנו דבקים בהם, יש מתאם בין הדבקות לכך שלחוקים יש תוכן מוסרי. יש קשר הדוק בין המוסר הפנימי של החוק לבין המוסריות הרחבה, הכללית יותר, הקשורה לתכני הכללים המשפטיים.

לפי פולר, **ככל שמערכות משפט מצייתות, או נענות, או מתאימות יותר לקריטריונים הללו, כך דרגת המשפטיות שלהם עולה. אם לא מצייתות, הן פחות משפטיות**. לכן, שאלת המשפטיות של מערכות משפט היא עניין של דרגה. בניגוד לתפיסות פוזיטיביסטיות, המדברות על תקיפות של חוקים במונחים של הכל או כלום, לא מדברות על דרגה משפטית. **פולר לא מדבר על הכל או כלום, אלא אנו דנים באופייה של המערכת המשפטית – יותר עניין לדרגה**. את פולר מעסיק האופי של מערכת המשפט – יותר, או פחות, משפטית. **המשפטיות הינה פונקציה של דרגה, טענה על אודות טיבעה המשפטית של המערכת, ולא בוחנים אם הכללים תקפים או לא (בתוך או מחוץ למערכת).** מה שמעסיק פוזיטיביסטים, מנגד – איך יודעים אם הכלל משפטי, אם הוא תקף? יש לכך חשיבות מעשית – רוצים לדעת מה מחייב אותנו, ומה לא.

**פולר טען כנגד הארט** – בניגוד לפוזיטיביזם, שמדגיש בעיקר את ההפרדה בין מוסר למשפט (לא מפעילים שיקולי מוסר וצדק, כשבאים להחליט אם הכלל משפטי תקף, זה רק עניין לעובדות). פולר טוען, כי למשפט יש קשר הדוק למוסר, דרך המוסר הפנימי של החוק. **הטיעון הנגדי של הארט** – פולר לא הוכיח שום קשר מהותי בין המוסר למשפט. מדוע? גם אם נאמץ את כל הקריטריונים באופן דווקני, ניתן עדין לייצר מערכת משפט ובה כללים משפטים רעים ומעוותים. הדבר לא ימנע מהמערכת מלהיות רעה.

**קיים מישור אחר של דיון**, **הנוגע פחות לשאלה התיאורטית (אם יש קשר), והיא השאלה מוסרית** – אחת הטענות של פולר כנגד הארט ודומיו הייתה – **תפיסות פוזיטיביסטיות העושות את ההפרדה בין החוק למוסר, יש בהם פגם מוסרי, משום שעמדה תיאורטית שלא מזהה את היסוד המוסרי שבחוק, היא מעקרת את החוק מהיבטיו המוסריים** – לא קובעת כי החוק לא מוסרי, אלא קובעת כי אין להפעיל שיקולים מוסריים בבוחננו אם הכלל תקף, אלא יש לקחת בחשבון מערכת של שיקולים עובדתיים. החוק, כשלעצמו, לא עניין לשיקול דעת מוסרי. פולר טוען, כי תפיסה כזו פגומה לא רק מנק' מבט תיאורטית (החלק הראשון), אלא גם נק' מבט מוסרית. מדוע? **אחד התפקידים של תאוריה של תורת המשפט היא בעצם להציג את התופעה החברתית שקוראים לה חוק באופן שהיא תקדם את הנאמנות לחוק.** **כיצד ניתן לעשות זאת? יש להציג את ההיבטים המוסריים של החוק.** **עמדתו של הארט חותרת תחת אידאל הנאמנות לחוק.**

פולר סבור, כי מוסד החוק הוא נשמת אפה של החברה האנושית. לא ניתן לדמות חברה ללא חוק, ולהיפך. **חוק הוא ממהות הקיום האנושי, וככזה עלינו לפתח את התאוריה שתאיר אותו באופן שנחוש שאנו צריכים להיות נאמנים לו, מסתכלים עליו ביראת כבוד**. **עמדה פוזיטיביסטיות היוצרת את הנתק בין המוסר לחוק, חותרת תחת יחס זה כלפי החוק.** הפגם שונה, הוא לא תיאורטי, אלא הוא מוסרי – אנו מתארים את החוק כדבר שלא יושב על אדנים מוסריים הכרחיים. **לפי פולר, יש יתרון מוסרי לעמדה שמצליחה להצביע על הבסיס המוסרי של המשפט. העמדה פוזיטיביסטיות פגומה מנק' מבט מוסרית**.

לפי פולר, כדי שחלק מהמטרה או מהמטלה של מי שמפתח תאוריה בתורת המשפט תהא לקדם את האידיאל של הנאמנות לחוק, **יש להצביע על קשר בין החוק למוסר, על מנת שמי שגדל בחברה בה יש משפט, יפתח נאמנות למערכת המשפט** – הוא יעשה זאת, רק אם נצליח להראות קשר בין המשפט למה שנתפס בעיניו כטוב וראוי. **אם יש ניתוק, אנו חותרים תחת הנאמנות למערכת המשפט** (עצם קיומה של מערכת המשפט לא יוצר אף פעם מחויבות להיות נאמנים לה). **נחוש חובה להיות נאמנים למערכת המשפט, כאשר היא מבוססת על אדנים מוסריים** – יש מחויבות מוסרית למערכת. נרגיש מחויבים למערכת, אם מרגע שאנו אומרים שיש מערכת משפט, אנו מזהים קשר למוסר. אם אין קשר, אנו לכל היותר מאוימים, אך לא מחויבים למערכת. **אין הכרח, בעיני הפוזיטיביסטים, לאפיין מערכת משפט כמוסרית, הם חותרים תחת הנאמנות למערכת.** מעצם היותה מערכת משפט, היא לא בהכרח משלבת ערכים מוסריים לפי הפוזיטיביזם, הטוען להפרדה מושגית בין המוסר למשפט – המוסריות מקרית (החוק יכול להיות מוסרי, ויכול שלא).

הארט טוען כי החוק לא בהכרח משקף ערכים מוסריים אידאליים. לפי פולר, כשיוצרים תאוריה, עלינו להאיר את ההיבט של הזיקה בין המשפט למוסר, משום שבאופן זה אנו יוצרים את יראת הכבוד לחוק. **לא מספיק לטעון כי יש קשר בין המוסר הנוהג למשפט, לשם יצירת יראת הכבוד, אלא יש ליצור קשר בין תפיסה אידאלית של המוסר לחוק.** העמדה פוזיטיביסטיות קובעת ההפרדה וחותרת תחת הנאמנות לחוק. לפי הארט, כל היתרונות של העמדה הפוזיטיביסטית הינה אודות ההפרדה, אין להפעיל שיקולים ערכיים בעת זיהוי מערכת משפט. לפי פולר, יש בכך פסול מבחינה מוסרית, שכן לא מעודדים ציות לחוק, לעמוד מול החוק ביראת כבוד.

**אחת הטענות של פולר במאמרו** - מה שאפשר את המעבר החלק מהמשטר הליברלי שאפיין את גרמניה בתק' ווימאר (שמיד לאחריה עלו הנאצים לשלטון) למערכת שאפשרה את ההשתלטות המהירה של הנאצים על גרמניה – **שיתוף הפעולה של הקהילה המשפטית עם הממשל החדש, הנאצי**. **איך יתכן, כי למרות היותן מערכות נאורות, עלה המשטר הנאצי לשלטון והשליט חוקים רעים**? כיצד ניתן להסביר עובדה זאת? מדוע לא קמו ועזבו, לאור החוקים המעוותים? הטענה של פולר – **הם קיבלו חינוך פוזיטיביסטי, שאפיין את החינוך בגרמניה באותה התקופה, לפיו משפטן מזהה חוקים בתור סוג של עובדות חברתיות** – אתמול שלטו הליברלים, אז הפעלנו את החוקים שלהם. יש הפרדה בין מוסר למשפט. אילו הם היו מבינים את הקשר ההדוק – היינו מבינים שאין מדובר בחוקים, שכן הם לא עומדים בשום קריטריון מוסרי. זהו אחד הביטויים לליקוי בעמדה פוזיטיביסטיות ביחס למשפט – אם יוצרה את ההפרדה, זה חוק וזה חוק, אין ביקורת.

**הביקורת של הארט על עמדה זו** – הארט, במאמר אחר, תוקף חזרה את פולר, וטוען שהביקורת הזאת על חוסר מוסריות של הפוזיטיביזם בטעות יסודה. **לא רק שיש יתרון לפוזיטיביזם, הגורס הפרדה, אלא ייתרונו הוא גם מוסרי. מדוע? הלפרדה בין מוסר למשפט יש חשיבות עצמוה לשיפור מערכת המשפט, היא חשובה מכמה בחינות –**

רוב הפוזיטיביזם פיתחו אותו, על מנת **שישרת את היכולת ליצור רפורמות ולשפר את מערכת המשפט מהמצב הירוד שהיא הייתה בה** – קבוצה רדיקלית מאנגלית, שטענה שהאמצעי החשוב ביותר ליצירת רפורמות במערכת משפט הוא היכולת לעשות הפרדה בין המוסרי והראוי לבין התיאור של המשפט כסוג של עובדות, להסתכל על המשפט באופן ריאלי, להבין מה הוא אומר, לאפשר את היכולת לבקרו ובתוך כך לתקנו, לשפר אותו ולהתאים אותו לתפיסות עדכניות. **כל עוד לא יוצרים הפרדה בין מוסר למשפט, אנו מונעים את הכלי החשוב ביותר המאפשר רפורמות ושיפורים של מערכת המשפט, גוזרים סטגנציה**. ההפרדה היא תנאי לשינוי המצב הקיים.

הרעיון של הפוזיטיביסטים הרדיקלים, מבחינה חברתית, היה הרצון לשפר את המערכת המשפטי, להופכה ליעילה יותר. **אם לא נקבל את ההפרדה וניצור חיץ ברור, אנו מנציחים את המצב הקיים. לכן, דווקא ההפרדה הוא הרעיון הראוי מבחינה מוסרית. ללא הפרדה, לא נוכל לשפר את מערכת המשפט** – זהו הפגם המוסרי המשמעותי ביותר. כל שיפור של מערכת המשפט ברמה המעשית תלוי ברעיון ההפרדה. סילוק רעיון ההפרדה יוצר טשטוש לגבי הפער בין משפט ראוי למצוי. התוצאה – תמיד נשאר עם המשפט הרע הנוכחי, לא תהיה מוטיבציה ויכולת לשפרו ולשנות אותו (נחשוב שהמצוי הוא הראוי). לכן, **עקרון ההפרדה הוא תנאי ליכולת לשפר את החוק.**

**הטענה של הארט כנגד פולר הולכת צעד אחד נוסף** – הפוזיטיביזם קובע כי יש חוקים, והחוקים אינם, כשלעצמם, מוסריים. כל הזמן יש לשאול אם החוק עומד בקריטריונים מחוסריים, או לא, כאשר באים לציית לו. לא בטוח שהחוק ראוי מבחינה מוסרית, תמיד נפריד בין החוק לבין מה שראוי לעשות. לכן, **במצבים רבים, דווקא העמדה הזו, המכנחת תמיד לחשוב בצורה מוסרית ביחס לחוקים, לא תגרום לנו לציית לחוקים א-מוסריים.** דווקא העמדה השנייה תגרום לציות לחוקים לא-מוסריים. **אם נטען כי החוק מוסרי, אזי שהאנשים תמיד יצייתו לו, בלי לבצע שיקול דעת מוסרי**. מוסרי יותר להפעיל שיקול דעת. כשטוענים שחוק=מוסרי, אנו מזמינים התנהגות שנדמת כמוסרית, אך היא לא מוסרית – **אין תחליף לחשיבה מוסרית ביחס לציות שלנו לחוק.** זוהי הטענה של הארט כנגד עמדת פורל בדבר הקשר שבין החוק למוסר.

**תורת המשפט של רולנד דבורקין –**

נק' המוצא של התאוריה המשפטית של דבורקין היא המאמר שלו – Models of rules. במאמרו, דבורקין מכריז באופן חגיגי שהוא עומד לתקוף את התיאוריות הפוזיטיביות בכללם, והוא בוחר לו את המטרה הקשה ביותר – התורה הפוזיטיבית המשוכללת ביותר, של הארט. על מנת להכין את הבמה להתקפה, הוא מציג את העקרונות של התאוריה הפוזיטיבית. **דבורקין מעמיד את התאוריה הפוזיטיבית על שלושה יסודות** –

1. המשפט של חברה הוא **מערכת של כללים ספציפיים שקובעים את ההתנהגות הראויה שתיאכף ע"י המדינה**. **הכללים הללו ניתנים לזיהוי באמצעות קריטריון ספציפי**, הבוחן את מקורם, ובעקבות זאת קובע את תקיפותם. הקריטריון הספציפי בוחן בעצם את שושלת היוחסין של כל נורמה. זהו היסוד הראשון במודל של הכללים.

עקרון זה מתאים לכל אחת מהתאוריות הפוזיטיביות. **לפי אוסטין**, הקריטריון הספציפי הבודק את תקפות של כללים משפטיים – תורת הפקודה, כלל משפטי מחייב הוא פקודה כללית של הריבון. **לפי הארט**, מדובר בכלל הזיהוי – הוא הכלל הספציפי המזהה. **קלזן** מדבר על הכלל של הנורמה הבסיסית – הנורמה הבסיסית היא המעניקה תוקף לכל נורמה. עקרון זה מאפיין את התפיסה הפוזיטיבית. מה שנכנס דרך ה"שער", מעין מסננת, הם כללים ספציפיים בלבד. נורמה רחבה לא עוברת את הסינון, אלא רק נורמות שהן כללים ספציפיים.

הטענה המרכזית של **הארט** היא, שמערכת המשפט היא מערכת סגורה ומתוחמת היטב של כללים משפטיים שניזונים ע"י כלל אב שנקרא 'כלל הזיהוי'. את התפיסה הזו דבורקין תוקף! לפי **דבורקין**, מנגד, **העקרונות לא בהכרח ניתנים לזיהוי ע"י כלל הזיהוי – ביקורת על הארט.**

1. **מערכת הכללים הנמצאת בתוך עולם המשפט, שכבר זוהתה, היא המשפט באופן אקסלוסיבי, כל נורמה שלא כלולה במערכת, איננה המשפט.** במקרה שבא לפנינו מקרה, סכסוך, בו נדרשת החלטה שיפוטית והשופט יושב ובוחן את כל הנורמות של מערכת המשפט, אך לא מוצא פתרון, כלל ספציפי שמכריע את המקרה – במקרה כזה, השופט יפעיל שיקול דעת. יש סיכוי רב שיהיו מקרים שלא יהיו מכוסים ע"י הכללים הספציפיים, יש סיכוי ללאקונות. ב**היעדר חובה משפטי, השופט מפעיל שיקול דעת, הוא יוצר חובה משפטית.**
2. **חובה משפטית – חובה משפטית חלה, לפי הארט, במקום בו יש כלל משפטי מחייב. במקום בו אין כלל משפטי מחייב, אין חובה משפטי.** לפי דבורקין, מנגד, גם אם אין כלל, יש חובה משפטית הנובעת, הנובעת מן העקרונות.דבורקין יוצא נגד מושג החובה המשפטית במובן של הארט, הוא סבור שהחובה המשפטית קרובה יותר למה שבני אדם תופסים כמחייב מבחינה מוסרית.

המסקנה הלוגית הנובעת מצירוף של שני היסודות האחרונים, הינה כי **ששיקול הדעת נעשה כשהוא משוחרר מחובה משפטית**.

לפי דבורקין, שלושת היסודות מאפיינים את השיטות הפוזיטיביות בכללם, הם ממחישים כי מדובר במודל של כללים, בניגוד לעקרונות. המשפט מחיל כללים ספציפיים ולא מחיל עקרונות כללים, לפי התפיסה הפוזיטיבית.

ההבדל בין כללים לעקרונות –

1. **הבדל בדרגות ההפשטה – כלל הוא ספציפי ועקרון הוא מופשט**. כלל הוא נורמה שנותנת מערכת נסיבות ספציפיות שהכלל יוחל בהתקיים הנסיבות הללו. יש נסיבות ספציפיות ודין שחל עליהם. מנגד, עיקרון הוא נורמה כללית שאיננה נותנת בד"כ נסיבות ספציפיות.
2. **לכללים המשפטיים יש תכונה מיוחדת, הכללים המשפטים חלים בדרך של "הכל או לא כלום"**. **אם הכלל חל, הוא מכתיב את תוצאת המקרה**. לא נסבול מצב בו חלים בו זמנית שני כללים על אותו המצב – נצטרך לקבוע מהו הכלל הקובע, ע"י כלים שונים (כלל ספציפי ומאוחר גובר על כללי ומוקדם, למשל). מנגד, אם הכלל לא חל, הוא לא רלוונטי.

**עקרון, מנגד, לא כפוף לנסיבות ספציפיות, והוא חל באופן כללי.** מצב שכיח הוא, בו זמנית חלים על מקרה אחד עקרונות שונים, **ייתכנו התנגשויות בין עקרונות** – יש צורך לבצע איזון בין העקרונות. כמו כן, לעקרונות יש תכונה מיוחדת – **יש להם משקל, והמשקל קובע את התחולה – כאשר יש מצב בו יש תחולה בו זמנית של מס' עקרונות, אנו שוקלים את העקרונות.**

|  |  |
| --- | --- |
| **עקרונות** | **כללים** |
| באים **להגן על הפרט** ומסייעים **בזיהוין של זכויות**. | **משקפים את מדיניות המחוקק ונועדו לסייע בהשגתן של מטרות כלליות, בהגנה על טובת הכלל.** |
| **תחולה כללית,** חלים על תחום רחב של עניינים. | **תחולה ספציפית, חלים על עניינים מוגדרים במקרים מסוימים.** |
| יש להם **כוח מנחה,** מספקים צידוק לבחירה בכיוון מסוים. | **מכתיבים תוצאה מסוימת.** |
| **יש להם מימד של משקל, הם יכולים להתנגש זה בזה ואז יש לאזן ביניהם.** | **חלים באופן מוחלט ואינם יכולים לסתור זה את זה. במקרה של סתירה בין כללים יש ליישבה באמצעות יצירת חריג לכלל.** |

**סטנדרט** – **עקרונות הם סוג של סטנדרט**. המילה סטנדרט רחבה יותר מן המילה עקרון – זוהי נורמה משפטית שאינה ספציפית. יש לנו סטנדרטים רבים בחוק – אין משהו ספציפי, אלא הדבר יחייב את השופט לשיקול דעת – האם מדובר בנהיגה בחוסר זהירות, למשל, לפי הנסיבות (האם היה ערפל כבד, שהצריך נהיגה איטית יותר?).

**תחת הסטנדרט, יש לנו נורמות שונות** –

1. **עקרונות מוסריים** – עקרונות של צדק, שוויון, פגיעה בזכויות וכו'**.**
2. **סטנדרטים שהם נורמות משפטית מופשטות בד"כ**, ברמת הפשטה גבוהה יותר.
3. **קווי מדיניות** – סוג נוסף של סטנדרטים. יש עקרונות מדיניות שיש להם משקל משפטי, הם לא מבוססים על מוסר, יכולים להיות ספציפיים. לדוג' – עקרון כלכלי של הגדלת הצמיחה במשק – מדיניות, או עידוד התחרות.

**הטענה הגדולה של דבורקין כנגד מודל הכללים של הארט – טענה רחבה, לפיה** **המשפט איננו אך מודל של כללים, אלא הוא כולל גם סטנדרטים, או עקרונות – מוסריים וקווי מדיניות, זה חלק מעולם המשפט. המשפט כפריזמה של כללים היא ראיה מוטעית.** דבורקין מדגים טענתו באמצעות מס' מקרים –

**פרשת ריגס** – נכד שרצח את סבו. באותה עת, החוק במדינת ניו יורק קבע, שמי שרשום בצוואה של המוריש הרי הוא זכאי לרשת אותו. ריגס טען: למרות שרצחתי, אך אני עדין זכאי, ללא כל קשר לעונש, לרשת, לפי החוק. ביהמ"ש התלבט – **יש התנגשות בין הכלל המשפטי, לפיו מי שרשום בצוואה הוא היורש (יש להעניק לנכד את הירושה) לבין תחושת הצדק של השופטים (עקרון מוסר), שלא מגיע לנכד לרשת את הסב**. ביהמ"ש לא נתן לו לרשת. דבורקין – כיצד ביהמ"ש חרג מהכלל המשפטי המחייב? חייבים לומר כי היה כאן משהו שהסיט את ביהמ"ש מהמסלול, כוח אחר שפעל עליו והביא לתוצאה. מהו הכוח? **העיקרון המוסרי, לפיו ממעשה עוולה לא תצמח עילת תביעה** – אדם שביצע פשע, לא זכאי לתבוע את הירושה. **עקרון זה, שלא כתוב בחוק, הוא זה שהכריע את התוצאה. העיקרון המוסרי גבר על הכלל המשפטי.** אם המשפט הוא רק של כללים, התוצאה היא שיש לתת לנכד את הירושה, אך חייבים לומר שיש גם עקרונות.

* לפי דבורקין, התפיסה הפוזיטיביסטית באופן כללי וזו של הארט באופן ספציפי לא מתאימות לאופן שבו מערכת המשפט פועלת. לא זו בלבד ששופטים נזקקים לעקרונות, אלא שהם מרכיב מרכזי של מערכת המשפט. זאת, בניגוד לתפיסות פוזיטיביסטיות, הרואות את הכלל המשפטי כאבן היסוד.

**פ"ד בלומפילד** – יצרן רכב שייצר רכב ומכר אותו לפרט. בהסכם נקבע, כי במקרה של תקלה ברכב, היצרן חייב לתקן את הרכב. אולם, מעבר לכך, אין שום אחריות על היצרן. הלקוח שקנה את הרכב איבד את הבלמים, כתוצאה מתקלה בייצור הרכב, הייתה תאונה, ובה נפגעו קשה בני המשפחה. כאשר הלקוח תבע את היצרן, היצרן טען – יש חוזה, לפיו הוא מחויב רק לתקן את הרכב. אולם, הלקוח מעוניין בפיצוי כספי. לפי היצרן, בחוזה הוסכם כי חובות אלו לא חלות עליו. **ביהמ"ש חייב אותו, בכל זאת, לשלם פיצוי – בימה"ש פעל מכוח תחושתו המוסרית, מכוח עקרונות מוסריים שחייבו אותו. היצרן שגרם נזק חייב לשאת בתוצאות ולפצות את הנפגע.**

**לפי דבורקין, שני המקרים מוכחים שביהמ"ש לא פועל רק לפי הכללים המשפטיים הספציפיים, אלא הוא פועל גם לפי עקרונות בעלי אופי מוסרי, עקרונות של צדק** .

האם ההחלטה של ביהמ"ש לפעול לפי עקרון מוסרי היא החלטה שהוא התנדב לעשותה? **האם יש לו בחירה לפסוק לפי העיקרון או הכלל,** **או שמא הוא כפוף לעקרונות ולא הייתה לו בחירה?**

**הטענה של דבורקין – העקרונות הללו מחייבים את ביהמ"ש, אין לביהמ"ש בחירה אם להחיל את הכלל או העיקרון.** **העקרונות מחייבים, הם חלק מהמשפט.** מכאן, טוען דבורקין, שהמשפט איננו מחיל רק כללים, כפי שטענו הפוזיטיביסטים, אלא הוא מחיל גם עקרונות, המחייבים את ביהמ"ש. **התאוריה של הארט לא יכולה להסביר את התוצאה במקרים הללו, חייבים להניח שביהמ"ש פועל בהתאם לעקרונות.**

* העקרונות לא בהכרח נחקקו ע"י המחוקק ולא תמיד יקבעו ע"י ביהמ"ש באופן ברור – **הם נמצאים במשפט מבלי שהם נקבעו באופן פוזיטיבי ע"י מוסדות החברה, הם קיימים כי המוסר קיים, לא ניתן לעשות הפרדה ברורה בין המשפט למוסר, המוסר הוא חלק מהמשפט** – **הם קיימים גם אם המחוקק לא קבע אותם – על כן, הם לא ניתנים לזיהוי ע"י כלל הזיהוי.**

**ניתוח מושג שיקול הדעת –**

למה אנו מתכוונים כשאנו אומרים שלבעל תפקיד יש שיקול דעת? דבורקין מציע מס' דוגמאות –

* **שופט במשחק כדורסל** – שופט שורק לעבירה. לשופט יש שיקול דעת. מה הכוונה? האם השופט יכול לבחור אם לשרוק, או לא? או שמא הוא מפעיל כללים?

**לפי הארט**, כשאין כלל ואין חובה – יש שיקול דעת. במקרה של השופט כדורסל יש כל ויש חובה – אין שיקול דעת, הוא חייב להחיל באופן טכני את הכלל.

**לפי דבורקין, מנגד, במקום בו אין כלל, או כשאין חובה – יש שיקול דעת במובן החזק של המילה**. לדוג' –

* מפקד יחידה צבאית שנותן פקודה למפקד הפלוגה – יש לך רשימת משימות, תבחר 5 חיילים לסיור ו-5 לתצפית. בסיור יש הליכה קשה, צריך לקחת משא כבד – יש לקחת את 5 החיילים החזקים. לתצפית יש לקחת את החיילים בעלי הראיה הטובה, עם סבלנות.

למפקד הפלוגה יש שיקול דעת לבחור את החיילים, אך מדובר **בשיקול דעת הכפוף לכללים שקבע מפקד הגדוד** – **שיקול דעת חלש**, שיקול הדעת הינו בהתאם לכללים.

אם, לעומת זאת, המפקד לא היה מדבר על סוג החיילים – למפקד הפלוגה יש שיקול דעת לבחור אילו חיילים לאיזו משימה, הוא חופשי. **שיקול הדעת יותר חזק**, הוא קובע את הכללים, הוא נתון תחת חובה של מי לקחת וכמה לקחת.

כך, לפי הדוג', **דבורקין ממחיש שני מושגים של שיקול דעת – חלש וחזק**.

שיקול דעת חלש *–***שיקול דעת בו הסמכות ששוקלת כפופה לכללים, לנורמות משפטיות**. שיקול הדעת חלש, היא צריכה לפעול בהתאם לנורמה.

שיקול דעת חזק – במקום שבו אין נורמה מחייבת, ובעל הסמכות יכול להחליט מה לעשות.

איזה מין שיקול דעת יש לשופט בהחלטות שיפוטיות?

**לפי הארט** – הדבר תלוי באם אנו נמצאים בגרעין או בשוליים של החוק. כאשר השופט ניצב בפני כלל משפטי ברור, הוא כפוף לכלל ויש להחילו. אולם, כאשר השופט נמצא במקרה שלא נופל תחת הכלל (בשוליים), אין כלל משפטי שיכול לחול על המקרה, **ולשופט יש שיקול דעת חזק**. **סוג שיקול הדעת תלוי בסוג המקרה.**

**לפי דבורקין** – כשיש כלל, יש להחיל אותו על המקרה. **במקום בו אין כלל, שיקול הדעת חלש**. המשפט מחיל גם עקרונות, ולא רק כללים. העקרונות, בגלל שהם לא ספציפיים, מחסים מקרים רחבים. **בגלל האופי המופשט של העקרונות, הם רחבים, חלים על ככל המשפט.** בכל החללים בהם המשפט לא צפה את המקרה הקונקרטי (אין כללים) יחולו העקרונות, **השופט אף פעם לא נמצא במצב של חלל משפטי**. **אם אין לפניו כללים, יש לפניו עקרונות**. העבודה עם עקרונות היא קשה יותר – דורשים איזון, שיקול דעת חלש. השופט לא משוחרר, הוא כפוף לשיקול הדעת. לכן, יש לשופט שיקול דעת חלש בלבד, הוא כפוף לנורמה.

הניתוח של דבורקין הופך את הקערה על פיה. בד"כ, עד לדבורקין, **נהוג היה לחשוב שהפוזיטיביסטיים הם הכפופים לחוק, הם רואים מה החוק אומר**. לעומת זאת, הנון-פוזיטיביסטיים הם חופשיים, יש להם מערכת מופשטת של עקרונות. **דבורקין הופך את הקערה – מי שכפוף תמיד לחוק הם הנון-פוזיטיביסטיים, בניגוד לפוזיטיביסטיים –** אנו כפופים לחוק, במקום בו יש חוק (כשאין חוק, יש שיקול דעת). **גם במקום בו אין כלל ברור, לפי דבורקין, יש נורמה משפטית מחייבת – השופטים כפופים לה.**

הדבר מחיל בתוכו נק' חשובה נוספת – אנו מניחים, **שמכיוון שאין אף פעם חלל משפטי, יש נורמות רלוונטיות לכל שאלה משפטית, יש תשובה משפטית אחת נכונה לכל שאלה**. כלומר, לא רק שיש עקרונות במשפט, אלא **העקרונות מחילים בתוכם, פוטנציאלית, תשובה נכונה לכל שאלה משפטית**. המהלך מחייב להניח – לא רק שיש עקרונות, אלא הם מעניקים תשובה נכונה (אם לא, יש שיקול דעת חזק). עקרונות מייצרים תשובה נכונה – זהו מהלך מפתיע של דבורקין.

**הנימוקים לטיעון** –

1. נימוק מושג/אנליטי – כאשר המדינה מפעילה כוח, עלינו לשאול האם חלה חובה משפטית על אדם במצב מסוים? על השופט לתת את ההחלטה הנכונה, אין לו אפשרות לבחור. יש תשובה אחת בלבד, היא לא נראית לעין. כשאין דרך להכריע ויש מחלוקות בין השופטים – ההנחה היא שבמישור התיאורטי יש לנו תשובה נכונה אליה אנו חותרים.
2. שיקול נורמטיבי – דבורקין לא רוצה שהשופט יהא במצב בו הוא יחשוב שהוא יכול להחליט ככל העולה על דעתו, הוא כפוף לחוק, עליו לחתור לתשובה הנכונה בחוק.
3. דבורקין משמר את חלוקת התפקידים המסורתית בין המחוקק לשופט – השופט תמיד מיישם את החוק, החוק תמיד מעליו, הוא תמיד מיישם את הדין, לא קובע אותו. **לפי הארט**, יש מקרים, בהם השופט נוטל את תפקיד המחוקק, כאשר יש חלל בחוק. לשופט יש תפקיד יוצר של החוק - השופט יוצר את החוק במסגרת שיקול הדעת החזק. **לפי דבורקין**, מאידך, השופט רק מגלה ומחיל את החוק – שיקול דעת חלש. השופט תמיד צריך ליישם את החוק, ולא להכריע.

טענות נוספות של דבורקין כנגד עמדת הארט בדבר השיקול החזק של השופטים –

* **מהפוזיטיביזם נובעות מסקנות המנוגדות לעקרונות דמוקרטיים.** הפוזיטיביסטים מחזיקים בעמדה, לפיה לשופטים יש שיקול דעת חזק. אם מאמצים הנחה שכזו, אנו עומדים בסתירה לעקרון הדמוקרטי, לפיו אנחנו מחילים על אנשים כללים שהתקבלו בהחלטת הרוב. **אם באמצעות אותה לאקונה אנו מאפשרים לשופט לחוקק, אנו מכפיפים בנ"א לחקיקה של שופט ולא לחקיקה של נבחרי הציבור.**
* כמו כן, **ברגע שנייחס לשופט שק"ד חזק, אנו מאמצים חקיקה רטרואקטיבית** – אם שופט מגיע למסקנה שמדובר בלאקונה, הוא מבין שעליו ליצור כלל, בבחינת יש מאין, במסגרת ההכרעה שלו. כלל שכזה חל על מקרה שאירע בעבר והגיע עתה בפניו, זהו מקרה שהתרחש לפני שנוצר הכלל, זוהי חקיקה רטרואקטיבית.
* **הפוזיטיביזם לא נותן תיאור הולם למה שמתרחש בפועל בעשייה המשפטית**, לאופן שבו שופטים פועלים. לפי דבורקין, לאור הטיעון הפוזיטיביסטי, יוצא שבמצב של לאקונה השופט לא כפוף לחוק, אלא הוא מפעיל שיקולים לבר-משפטיים. דבורקין גורס, כי **אם נבחן בפועל את השופטים, נראה שלא כך הדבר – הם לא פועלים מחוץ לחוק במסגרת הפעלת שיקול הדעת החזק**. השופטים עצמם סבורים שהם פועלים לפי החוק.

**תורת הפרשנות של דבורקין –**

דבורקין מנסה לפתח **תורת שפיטה** ובאמצעות כך מנסה לספק לקורא **תורת משפט**. תורת שפיטה מתמקדת בפעולה או באופן התפקוד של בימה"ש ואילו תורת המשפט שואפת להתבונן על המערכת בכללותה. תחילה, דבורקין מתבונן על האופן בו פועלים שופטים, ודרך התיאור הזה הוא מדבר על מערכת המשפט בכללותה.

דבורקין נוקט בעמדה חד-משמעית, לפיה **תפקיד השופט הוא יישום החוק,** אף פעם לא ליצור אותו. זאתף בניגוד להארט. ההחלה או היישום של החוק הם לא באמת יישום. בספר מאוחר יותר של דבורקין (האימפריה של המשפט), הוא **מציע מודל מעניין כדי להבין את הפרשנות של ביהמ"ש – התמונה קצת מעדנת את המהלך שהוא עשה במודל אוף רולס.**

יש להבין את היחס בין השופט לבין החוק, או המחוקק, התמונה יותר מורכבת – **לא מדובר בשתי האפשרויות הקיצוניות (השופט כיוצר החוק, או כמיישם).** **דוברקין טוען שמדובר בתהליך הזה לכתיבת רומן בשרשרת**. מהם התנאים בהם כל כותב צריך לעמוד? מחד, יש צורך בנאמנות לטקסטים הקודמים, ומאידך יצירתיות. זהו משחק בין שמרנות ליצירתיות. **דבורקין מפרט 2 עקרונות בהם יש לעמוד –**

1. עקרון ההתאמה – מי שכותב פרק, צריך להיות נאמן לפרק הקודם. כלומר, עליו לדבר על אותן הדמויות, אותה העלילה, ואף לרדת לאופי ולמאפיינים של הדמות.
2. עקרון של הצדקה – עליו להיות יוצר, להאיר את היצירה באור הטוב ביותר – הכתיבה החדשה צריכה לעשות לנו יצירה מעניינת. כל התפתחות עתידית צריכה להסביר את מה שארע בהתחלה. במשפט, **הפרשנות צריכה להצדיק את הנורמה.**

אנלוגיה לפעולת השופט – המחוקק כותב את החוק, אלו הם הפרקים הקודמים. **כל שופט כותב פרק חדש במסורת המשפטית – בפרק זה, ראשית, עליו להיות נאמן לפרקים הקודמים, לחוק ולתקדימים**. שנית הפרשנות לחוק צריכה להצדיק את החוקים הקודמים. **כשביהמ"ש מפרש נכונה את החוק, ומגיע לתוצאה ראויה – הוא מצדיק השיטה. השופט כפוף לשיטה, אך עליו לתת לה פרשנות נכונה, שהיא גם הצודקת.**

**דבורקין מציג גישה פרשנית, המשלבת את שני היסודות – נאמנות אל השיטה ומאידך יכולת יצירתית**. המודל הזה מרכך מעט את המודל הקודם – כעת, **השופט לא רק מיישם טכנית את המשפט – היישום לא טכני, אלא הוא יצירתי**, הכתיבה ממשיכה את הפרקים הקודמים.

דבורקין מציע 2 אלטרנטיביות להבנת מה השאלה / מה הדין –

1. **תשובה תיאורית** – מה החוק אומר? מתארים את מה שהחוק אומר.
2. **תשובה נורמטיבית** – מה צריך לעשות במקרה כזה?

**לפי גישה הפוזיטיבית של הארט**, כאשר נשאלת שאלה משפטית, אם אנו מצויים במקרי הגרעין, השאלה היא שאלה תיאורית, מה החוק אומר. מנגד, אם אין כלל, השופט צריך להעניק תשובה נורמטיבית, לומר מה בעיניו מה התשובה הנכונה.

* אנשי משפט הטבע ייטו תמיד להעניק תשובה נורמטיבית, מה צריך לעשות, הגם שזה מתנגש עם החוק.

**דבורקין** לא מעוניין להעניק רק תשובה תיאורית, אך הוא גם לא רוצה לתת תשובה נורמטיבית – השופט לא מחליט וקובע מהו החוק. **הפתרון – פרשנות, זהו מושג מרכזי בתורת המשפט של דבורקין.**

**איזו מן פרשנות מדובר?** **הפרשנות הופכת להיות מושג המקשר בין החוק למקרה הספציפי**. **לפי הארט**, יש לנו 2 מסלולים – יישום, או יצירה. דבורקין, מנגד, מחפש את מושג הפרשנות – **מפרשים את החוק וע"י כך יוצרים התאמה בין החוק למקרה הקונקרטי.** ההתאמה נוצרת בדומה לתהליך של יצירת רומן שרשרת.

השופט צריך לעשות את המהלך הכפול – לו אז אינטגריטיב. באנגלית, למילה יש גם יסוד של שלמות, אינטגרציה – המשפט כאינטגרטיבי. זוהי אותה שלמות בין הנאמנות לעבר של המשפט לבין הפתרון הצודק לעתיד. השלמות של העבר והעתיד – הפתרון הטוב.

**דבורקין מגדיר את הפרשנות הנכונה באמצעות המשפט** – **קביעות משפטיות הן אמיתיות, אם הן נובעות מ או מתאימות לעקרונות של צדק, הגינות והליך משפטי הוגן, ומספקות את הפרשנות הטובה ביותר של המסורת המשפטית של הקהילה.** יש צורך ליצור התאמה בין ההחלטות המשפטיות לבין עקרונות של צדק, הגינות והליך הוגן. כמו כן, ההחלטה המשפטית צריכה להיות גם ראויה וטובה, **השופט צריך להיות נאמן למערכת הכללים, ואותה לפרש לפי העקרונות. העקרונות הם חלק מהמשפט, בזה הוא שונה מהארט**.

דבורקין לא מקבל את צורת המחשבה של הארט, לא רק בנוגע לעקרונות לעיל, אלא גם בנוגע לנק' נוספת – **היחס בין כללים לשיקול דעת**. התחולה הכללית של העקרונות מביאה לכך שבעצם **כל פעולה, גם הפעלה של כלל בגרעין שלו, מחייבת התאמה שלו לעקרונות. לפי הארט**, כשמפעילים כלל משפטי בגרעינו, אין לשוב על ההתאמה לעקרונות. **לפי דבורקין, מנגד, כל פעולה של כלל כרוכה בפרשנות, תמיד יש לבודק את ההתאמה של הכלל לעקרונות של הצדק, ההגינות וכו'**. **העקרונות חלים תמיד, אין הפרדה בין הגרעין לשוליים.** כל פסיקה קשורה לפרשנות ובהתאמה של הכלל אל העקרונות. האבחנה בין הגרעין לשוליים נשללת, הפרשנות נמצאת לאורך כל הגזירה.

**הריאליזם המשפטי –**

במובן מסוים, מדובר על עמדה מפוקחת כלפי החוק – מסתכלים על המשפט בגובה העיניים, מה באמת קורה במשפט. תפיסות מפוקחות ביחס למשפט הן בד"כ ביקורתיות ביחס לאופן שבו המערכת כלשעצמה מציגה את עצמה, או מתיימרת להיות.

**הריאליזם הוא סוג של עמדה ביקורתית** – אם מסתכלים באופן מפוקח על האופן בו מערכות המשפט פועלות, נגלה כי הן חלק מדינמיקות חברתיות מסובכות ומורכבות. קשה מאוד לתחם את מה שאנו מכנים משפט, או מע' משפט, מתחומים אחרים שהמע' מנסה להתבדל מהם. הסקפטיות הזו ביחס למשפט, המנסה להבדיל אותו כדיספלינה שונה מיתר התחומים – לפי הריאליסט, זה לא עובד. הטענה היא, שכל מה שאנחנו לומדים בבי"ס למשפטים הוא סוג של מיתוס. אם מסתכלים באמת על הדרך בה המערכות עובדות – זה שונה.

בתולדות הפילוסופיה מייחסים את הביטוי ריאליזם לאפלטון, שדיבר על אידיאות. בעיניו, נק' המוצא לכל חשיבה הייתה המתמטיקה. זהו התחום הריאלי ביותר, המתמטיקאי צריך לבצע פעולת חשיבה רחבה, אבל הוא לא בוחן את המציאות, לא מנתח אותה. כל הפעילות שלו היא לחשוב על מושגים שונים ולנתח אותם, ניתן להגיד באופן רוחני, מופשט, אך אין חיבור למציאות. התהייה היא, איך המתמטיקאים שהוגים מחשבות ונוסחאות מראשם, מגיעים למסקנות שמתארות את העולם, וזאת מבלי להתייחס למציאות בכלל בתהליך שעושים?אי יכול להיות, שהמדע המתמטי הוא מצד אחד לא אמפירי (לא מבצע ניסויים ובוחן תופעות) ומצד שני מתאר את העולם?

אפלטון האמין, שהמספרים הוא לא דבר בדיוני, אלא דווקא בגלל שזהו התחום שמתאר הכי טוב את העולם - זהו התחום הכי ריאלי שיש. מה שקיים באמת זה המתמטיקה, הפיזיקה. מכאן הייחוס של הריאליות למתמטיקה.

הרקע לצמיחת התנועה –

זוהי תנועה אינטלקטואלית, תאוריה המחזירה אותנו במובן מסוים אחורה בהיסטוריה, תנועה שצמחה בעיקר בארה"ב, בראשית המאה ה-20. אולם, היו לה גם מקבילות בגרמניה ובסקנדינביה. התאוריה נוכחת באיזשהו אופן גם כיום בשיח התיאורטי על המשפט.

בסוף המאה ה-19 התפיסה המשפטית החדשה הייתה **הפורמליזם המשפטי, תפיסה לפיה המשפט הוא מעין מדע, המשפט הוא מערכת סגורה של כללים סגורים, שיש ביניהם קשרים לוגיים,** חשיבה משפטית היא בעצם חשיבה לוגית. יש להעניק את התשובה המשפטית על סמך הכללים שבמשפט**,** אך אין שלילה של עקרונות. **ההנחה של הפורמליסטים** – המשפט הוא מערכת סגורה, מערכת שלמה (יש במשפט פתרון לכל בעיה), תוך התבוננות בנורמות המשפטיות, בכללים ובעקרונות, באופן לוגי. בלימודי המשפטים מנסים להציג את התחום כמדעי. ההנחה היא שהתחום המשפטי שונה מכל דיסיפלינה אחרת והוא מדע בפני עצמו. זה לא רק בגלל הרצון להעניק למשפט יוקרה, כך שיהיה מובדל מתחומים אחרים. הרעיון הוא גם חברתי – המשפט נבדל, כי הוא שוקל שיקולי צדק ומושגים כמו צפיות, סבירות וכו'.

באותה עת, החל להגיע ערעור על התפיסה, דווקא מחוגים של שופטים. אחד המבשרים של התנועה הריאליסטית היה **הולמס**, מגדולי השופטים האמריקאים. הולמס נתן הרצאה – "דרך המשפט", בה ערער על התפיסה המקובלת באותה עת. **נק' המוצא של הריאליסטים** – **הפער הקיים בין החוק כתאוריה, לבין המשפט בפועל ע"י בתי המשפט.** לכן, לא פלא שהשופטים היו מודעים לכך יותר מכולם, הם רואים שיש פער, הם לא פוסקים במדויק לפי החוק. ממה זה נובע? ייתכן כי בתי המשפט טועים? נכשלים ביישום החוק? הולמס – "אם נאמת את השקפתו של האיש הרע..הוא מתעניין לדעת מה בתי המשפט יעשו בפועל..הניבוי של מה בתי המשפט יעשו בפועל..הוא מה שאני מתכוון..".

לפי גישתו של הולמס, כדי לדעת מה הוא המשפט ומה היא הגדרה של חובה משפטית, עלינו לשאול את "**האיש הרע**" ולהתמקד בנקודת מבטו, לא לפנות לאדם המוסרי והנורמטיבי המקיים את המשפט. הולמס לוקח את **הגישה הביאוויוריסטית (התנהגותית)** – במקום להסתכל על הכלל עצמו, נסתכל על צורת ההתנהגות המסוימת (הסנקציה). **אין חובה שעומדת בפני עצמה, אלא רק החלטות של בימ"ש מייצרות את המשפט.** הולמס מעניק לנו הגדרה – **משפט הוא ניבוי של מה שיעשו בתי המשפט**. אם נאמץ את נק' המבט של האיש הרע (עבריין), מה בית המשפט יעשה? נק' המבט מעניינת, שכן בעינו המשפט הוא לא תאוריה, אלא הוא מעשה, פרקטיקה, הוא קשור להפעלת הכוח של המדינה. **האזרח מעוניין לדעת מתי המדינה תפעיל את הכוח שלה**, מכיוון שהמשפט כתאוריה שייך לתחום של מוסר – לא מעניין את האזרח, אלא המשפט בפועל הוא המעניין. **המשפט המופעל הלכה למעשה הוא המעניין – ריאליזם של המשפט.**

הריאליזם טוען כנגד הקהילה, הממסד והאקדמיה המשפטית, המנסים להציג את המשפט כתחום שעומד בפני עצמו, תחום שמושתת על מע' קונספטואלית משלו – זהו סוג של מיתוס, אך בעיניים מפוקחות – זו טעות.

הריאליסטים יוצאים נגד התפיסה שהמשפט הוא סוג של מדע –כשבוחנים את אופן פעולתה של המערכת, רואים כי היא שונה מאוד ממה שהמשפטנים טוענים, היא לא ניתנת להפרדה מתחומים אחרים – היא מעורבבת באופן אינהרנטי עם תחומים אלו. **הריאליסטים סבורים, שההפרדה לא קיימת במשפט, השופטים לא מנתחים מושגים באופן כזה שמופרד מהרקע, מהאינטרסים, מהביוגרפיה האישית שלהם. כל הפעילות המשפטית היא חלק מהפעילות הפוליטית של בנ"א**. הניסיון לעשות הפרדה בין פוליטיקה למשפט היא טעות חמורה.

הריאליסטים מוכיחים את טענתם בהתבסס על ניתוחים של פס"ד – מראים, שמה שנחזה להיות משפט לוגי, נטול פניות מושגית – יומרה זו אין לה על מה להתבסס. רוב פס"ד הדרמטיים שניתנים בכל המדינות לא ניתנים להפרדה מתוך ההקשר החברתי, הפוליטי והאידיאולוגי שבו ניתנו. ההקשר מתייחס לשופט שנותן את ההחלטה – הרקע שלו, הביוגרפיה האישית שלו, האינטרסים הסמויים שלו. היסודות הללו חודרים לכל דיון משפטי והם בלתי נמנעים.

העמדה הריאליסטית היא לא ביקורתית, אלא זוהי טענה, לפיה לא ייתכן אחרת. אם זהו מצב העניינים, כל מה שהריאליסט יכול לעשות זה להסיר את המסווה ולתאר את המערכת באופן יותר הולם מהדרך בה היא מציגה את עצמה. אולם, לא ניתן לשפרה, כי זה טבעה. לכל היותר ניתן לפתח מצפון לשופטים או למקבלי החלטות.

נק' נוספת הינה, כי **המשפט הוא לא בהכרח היגיון, אלא ניסיון**. כלומר, אין מדובר בעניין לוגי, אלא יש כאן עניין של **ניסיון שבתי המשפט מפתחים**, **ולכן נוצר הפער**. הדבר מחייב להכניס למשפט את השיקולים הערכיים. התפיסה הפורמליסטית מנטרלת את השיקולים הערכיים (יש לנתח מה החוק קובע וליישם), אך **לפי הריאליסטים יש להכניס למשפט את השיקולים הערכיים. הטענה.** הדבר נעשה בפועל.

**למה נוצר הפער? בגלל שלא ניתן למעשה להפעיל באופן פורמלי וטכני את החוקים, אלא תמיד יש לעשות שיקולים ערכיים ונורמטיביים המביאים לשינוי.**

הדבר הביא לפיתוח עמדה שיטתית של הריאליסטים, שניסחה ביקורת שיטתית יותר על התפיסה של המשפט ככללים. יש כאן ביקורת אחרת על מודל של כללים, בעלת אופי שונה – המודל לא עובד. מדוע?

יש מס' נקודות במשפט המעוררות את הביקורת –

1. **ריבוי משמעויות** – המשפט נותן כללים, שעליהם להיות ברורים, על מנת להנחות את ההתנהגות ולהכתיב את התוצאה. אולם, בפועל, כללים משפטיים רבים הם עמומים. **לא ניתן לטעון שהפעלה פורמלית וטכנית של המשפט תוביל לתוצאה, המשפט דורש פרשנות.**
2. **עצם ריבוי הכללים במשפט הוא עצמו יוצר עמימות** – זוהי טענה רדיקלית יותר. לכל כלל יש יוצא מהכלל, למשל. לדוג' – בגין עבירת הרצח יש עונש (סנקציה), אך יש גם הגנות – הגנה עצמית, למשל. עובדה זו מעמידה שופטים במצב של **כללים סותרים**. מצב זה, של ריבוי כללים, מעניק לשופט אפשרויות הכרעה כמעט בכל מקרה. לפי הריאליזם, מערכת הכללים לא מכתיבה תוצאה, הכללים הם מעין רקע לפעולה, אך **לאחר הכללים לשופט יש מרחב גדול של חופש פעולה**. **זהו מרחב של עמימות**. זוהי עמימות מקיפה, מעבר לעמימות סמנטית.

הטענה הפילוסופית של הריאליסטים – **הכללים מותירים חופש פעולה רחב לשופטים**. על כן, לשופט יש שיקול דעת. המעורבות של השופט היא דרמטית. הפורמליסטים, מנגד, רצו להצניע את מעורבות השופטים, בהציגו כמיישם חוקים גרידא, באופן טכני. **לפי הריאליסטים, המקרים הטכניים הם חלקיים בלבד, השופט תמיד נמצא במצב של עמימות.**

1. **טענה נורמטיבית** – הפורמליסטים הציבו את **הנאמנות לחוק כאידיאל**. לפי הריאליסטים, החוק נועד לשרת תכלית מסוימת, הוא אינסטרומנט, כלי להשגת מטרה. עלינו להשיג את המטרה בצורה הטובה ביותר. אם החוק לא מציב לנו את הדרך, נעשה זאת בדרך אחרת. פרשנות אינסטרומנטלית – היעד הוא להגיע אל התוצאה. הריאליסטים טוענים, כי **הנאמנות לכללים לא חשובה, אלא חשוב להשיג תוצאה נכונה וראויה.** לפי הפורמליסטים, מנגד, יש להסתכל אחורה, ליישם את הכללים.

**טענה תיאורטית** – הכללים לא יכולים להכתיב תוצאה. **טענה נורמטיבית** – אל לנו להיות משועבדים לכללים, אלא יש להגיע לתוצאה הטובה ביותר.

עמדות הריאליסטים –

1. התפיסה הריאליסטית התייחסה למושג **החוק כמושג גמיש ודינמי**, להבדיל מהתפיסה הפורמליסטית (החוק קשיח וקבוע). לבימה"ש יש תפקיד מרכזי ביצירה שלו, הוא דינמי.
2. **החוק איננו תכלית לעצמו, אלא נועד להשיג תכליות חברתיות.** יש לבחון, אם הגשמת החוק נועדה להגשמת התכלית הראויה. החוק לא תכלית לעצמו, אלא הוא **מכשיר** **להשגת** **תכלית**, הוא לא קדוש. עלינו לבחון, אם היישום משיג את התכלית.
3. **הדינמיות החברתית** – המציאות מקדימה את החוק, החוק תמיד שייך לעבר, יש התפתחויות טכנולוגיות וחברתיות, שבגינן יש לעדכן את החוק, לא ניתן להיות צמודים לחוק הישן. יש להבחין בין החוק הקיים לזה שראוי להיות בעתיד – הקיים הוא לא תמיד הראוי, יש לבחון את הנורמה הראויה.

היה ערעור דרמטי על מושג המשפט כיציב, קבוע, עם כללים, המכוון התנהגות. ראשית, החוק לא קבוע, הכללים לא מכתיבים במציאות. שנית, אל לנו להשתעבד לכללים, יש לפעול באופן אינסטרומנטלי. עד למלחמת העולם השנייה, יש מאבק בין ריאליזם לפורמליזם. הדבר הביא את התאוריה של המשפט למשבר, היה ערעור על המשפט כאובייקט יציב, שכן כל שופט מכריע לפי מה שבעינוי הפתרון הטוב והראוי. ישנה בעיה מבחינת שלטון החוק והשוויון בפני החוק. הדבר הביא לעמדות של הארט ודבורקין – מענה.

**הארט**, מצדו, קיבל את הביקורת על הפורמליסטית, ומאידך חשב שהגזימו. הם צדקו בכך שלא כל חוק/כלל משפטי הוא ברור, יש במשפט רקמה פתוחה, יש עמימות. אולם, הם הגזימו – הם טענו שאין שום יסוד יציב במשפט והכל פתוח – זוהי הגזמה. **הפתרון של הארט** – האבחנה בין הגרעין לשוליים. יש במשפט דברים ברורים, יש לו גרעין יציב, לכל כלל משפטי יש גרעין משפטי, אותו יש להפעיל. אולם, יש במשפט גם רקמה פתוחה, שוליים עמומים, מקרים בהם אין כללים מטפיים. במצבים אלה, הריאליסטים צדקו, לא ניתן להכריע באופן פורמליסטי (לא ניתן, באופן לוגי, למצוא תשובה לכל שאלה במקרים אלה).

ממה נובעת הרקמה הפתוחה של המשפט?

1. **חוסר היכולת לצפות הכל מראש** – דינמיות החיים וגיוונם, לא ניתן לצפות הכל. לא ניתן להעניק פתרון פורמליסטי לדבר שהמחוקק לא צפה. יש לבצע אבחנה בגרין הגרעין (המשפט יציב) לבין תחומים העמומים.
2. יש קושי של שפה, **עמימות השפה** – באופן אינהרנטי, יש תחום עמום בשפה. תחום זה לא ניתן לפתור באופן פורמליסטי.

**הארט נעמד באמצע של הוויכוח.**

**דבורקין** – מחד, הוא לא פורמליסט, לא חושב שפועלים רק לפי כללים. החשיבה המשפטית איננה חשיבה לוגית, אין מדובר בעניין של דיוק במילים והסקת מסקנות לוגיות. אלא, זוהי חשיבה ערכית, נורמטיבית. מאידך, לתפיסתו, יש תשובה נכונה לכל שאלה משפטית, זוהי תפיסה פורמליסטית. המשפט כמערכת בה יש תשובה נכונה, יש יסוד פורמליסטי.

**ניתן לראות בשתי העמדות כסוג של עמדות בעניין הוויכוח שבין פורמליסטים לריאליסטים**. כל אחד רואה צדק אחר בשתי השיטות. **הארט** – יישום הפורמליזם בתחום היציב של המשפט, בגרעין, ואילו בשוליים יש שיקול דעת חזק. יש להתייחס לכללים כמחייבים, ורק כשאין תשובה יש ללכת למקומות אחרים. **דבורקין** – פורמליזם לכוון של תשובה נכונה, אך יש צורך בחשיבה תכליתית ונורמטיבית, רחבה יותר.

* דבורקין עומד ביחס מורכב לסוגית משפט הטבע – מחד, י**ש דמיון, שילוב בין תפיסה מוסרית למשפטית.** דבורקין רואה את העקרונות המוסריים כחלק מהמשפט, כמו משפט הטבע – חוקים לא צודקים צריכים להיות בטלים.

**דבורקין טוען, שעקרונות משפטיים מגיעים מעקרונות היסוד של השיטה, מהמוסר הנוהג של החברה, מהתפיסות האידיאולוגיות של החברה**, מה שנתפס כעקרונות של השיטה הפוליטית. הוא מדבר על אידיאליים מוסריים ופוליטיים, ובכך הוא מתקרב לעקרונות של המשפט הטבעי. **התבטאויותיו של דבורקין מקרבות אותו לתפיסה של משפט טבעי** –טוען כי המקורות של המשפט לא פוזיטיביים במובן שהוא נוהג בחברה, אלא בהרבה פעמים המשפט נזקק לעקרונות אידיאליים, שהם לא חלק מהמוסר הנוהג.

**אולם, דבורקין מסתייג מאמת טבעית אוניברסאלית, לא טוען בשמו של הטבע, או בשמה של אמת אוניברסאלית.** דבורקין נונ-פוזיטיביסט, אך יש הבדלים – מסתייג מטענות אודות האוניברסאליות והנצחיות.

**המטרות החברתיות של המשפט –**

**הפונקציות החברתיות של החוק –**

1. **פונקציות עקיפות** – יוצרים חוק ומשתמשים בו כדי להשיג מטרה שלא מגולמת בהתנהגות עצמה, אלא היא פונקציה של תגובה לחקיקה.
2. **פונקציות ישירות** – הכלל מוביל אל התוצאה במישרין.
3. **פונקציות ישירות משניות** –
4. יצירה ושינוי של החוק.
5. יישוב סכסוכים מוסדרים.
6. **פונקציות ישירות ראשוניות** –
7. הכוונת התנהגות.
8. יצירת כלים להסדרים בין פרטים.
9. חלוקה מחדש של טובין והספקת שירותים.
10. יישוב סכסוכים לא מוסדרים.

רז שואל את השאלה הפשוטה והאלמנטרית – מערכת המשפט היא סוג של מוסד חברתי. החברה יוצרת לעצמה את המערכת. אם כך, **אילו מטרות חברתיות מערכות משפט נועדו להשיג?** מהן המטרות החבריות השונות והמגוונות שאנו מעוניינים להשיג באמצעות מערכת המשפט? לשם מה אנו מקימים מערכת משפט? רז מעוניין להציג תמונה כוללת, של מכלול המטרות החברתיות של מערכת המשפט. מכלול זה מגלה לנו את המורכבות של המערכת. בד"כ, אנו חושבים על לא יותר ממטרה אחת, או שתיים, אך רז מציג הרבה יותר, מציג מערך **מורכב מאוד של מטרות חברתיות, המקיימות ביניהם יחסים מורכבים**. המטרה של אז היא לנסות ולמקד את כל המטרות הללו, זו ביחס לזו!

רז מנסה לספק תמונה אודות מכלול המטרות החברתיות שאנו מעוניינים להשיג באמצעות המשפט, **באופן שלא יהיה תלוי באידיאולוגיה**. קל יהא לומר, שהמטרה החברתית שאותה מערכת משפט מסוימת רוצה להשיג תלויה בהינתן אידיאולוגיה מסוימת של אותה חברה. לכן, הדיון במטרות של המשפט לא יכול להיות מנותק מהאידיאולוגיה של אותה חברה בה הוא פועל.

* דוג' - מדינה קומוניסטית–סוציאליסטית, שהאידיאולוגיה השלטת בה היא של שוויון. מהי המטרה החברתית של המשפט? חלוקה מחדש של טובין. במדינה כזו, לכולם צריך להיות אותו דבר, ולכן ניצור מנגנונים, באמצעות החוק, שמונעים פערים משמעותיים בין בני החברה. איך עושים זאת? יש כל מיני מנגנונים משפטיים – מניעה מאנשים מלבצע עסקים, ובכך מונעים מהם להרוויח כסף ולצבור הון אישי.

ניתן לומר, **שהפונקציה החברתית של המשפט תלויה באידיאולוגיה של המשפט** – מדינה דתית, מדינה קפיטליסטית , מדינה קומוניסטית וכו'. **אולם, רק מציג נק' מבט ניטרלית –** רז מעוניין להציע תיאוריה ניטראלית אידיאולוגית. ניתן לטעון שמטרת המשפט תלויה בתפיסה החברתית של המדינה, אך רז מנסה לתת תיאוריה כללית, שתתאים לכל מערכת המשפט. **רז טוען, כי הפונקציות החברתיות שהוא מציע הן ניטרליות מבחינת נק' מבט אידיאולוגית, ונכונות באופן כזה או אחר לכל מע' משפט, תהא האידיאולוגיה שלה אשר תהא**. רז מציע מערכת מושגית בלתי תלויה באידיאולוגיה של המדינה, אשר תהא נכונה ביחס לכל מדינה. כל מדינה שמעוניינת במערכת משפט חייבת שכל הפונקציות החברתיות יתקיימו, באופן כזה או אחר, וזה כבר יהיה תלוי באידאולוגיה של אותה מדינה. תיאורו של רז לא תלוי-אידיאולוגיה, או השקפת עולם, אלא כללי, מושגי. לגישתו, יש מספר מטרות חבריות שאנו מעוניינים להשיג באמצעות המערכת, אך הן ניטרליות מנקודת מבט אידיאולוגית. כלומר, התיאור יהיה טוב ומספק עבור כל שיטת משפט, תהיה אשר תהיה האידיאולוגיה.

מבחינה הזו, **הוא לא ריאליסט, הוא לא מתאר מציאות**. הריאליסט יטען שרז מתעלם מהמציאות.

**תמונה כוללת** – במסגרת התיאוריה, רז מנסה לספק תמונה של מכלול הפונקציות שמערכת המשפט ממלא. רז מנסה לתת תמונה אודות המגוון הכולל של מערכות משפט, תוך שהוא מבקש שלא להעמיד את המשפט על מטרה אחת או שתיים – אין מטרה אחת מסוימת, אלא יש מכלול המטרות חברתיות שמערכת המשפט רוצה להשיג. המטרות מגוונות, ויהא מוטעה להעמיד את מערכת המשפט על כל המטרות – אנו נראה שהן מגוונות ויש גשרים בין המטרות, אנו יכולים להבין שיש מטרות גם שהמשפט לא נועד להשיגם. יש מטרות שמשיגים לא באמצעות מערכת המשפט.

* כשאנו מדברים על פונקציות חברתיות של המשפט, עלינו להבחין בניהן לבין סוגים שונים של נורמות – דברנו על נורמות מטילות חובה אל מול נורמות המעניקות זכויות. כאן, אנו מדברים על מטרות חברתיות, שהמוסד החברתי שנקרא משפט נועד להשיגם. זה יכול להיות מושג באמצעות נורמות משפטיות שחלקן מעניקות כוח, או מטילות חובות – לכן, **אין לבלבל בין סוגי הנורמות לבין המטרות החברתיות של המשפט. אין לעשות הבחנה בין סוגי הנורמות למטרות החברתיות כי כל סוגי הנורמות יכולים לתפקד בכל אחת מהמטרות החברתיות הללו. אין לזהות בין סוגי הנורמות לבין הגדרות חברתיות.**

**הבחנה בין פונקציות חברתיות עקיפות לפונקציות חברתיות ישירות –**

פונקציות חברתיות עקיפות –

סוג של תהליכים חברתיים, תוצאות שלא מושגות במישרין ע"י הכלל שקבע החוק, אלא ע"י התגובה של בני החברה לכלל זה. הכוונה הינה לשימוש במערכת המשפט, היינו בכללי מערכת המשפט, כדי להשיג מטרות שאינן מנוסחות בכללים שמערכת המשפט קובעת, אלא מנסים להשיג מטרות עקיפות. המטרות לא כלולות בכלל המשפטי, אלא הן מהוות תמריץ שהכלל המשפטי יוצר. המטרה מושגת כתוצאה מההתייחסות של האזרחים אל הכלל המשפטי שיוצר המחוקק, נוצר תהליך שמוביל לתוצאה הרצויה ע"י המחוקק.

* לדוג' - המדינה מזהה רפיון ברצון של בני נוער להתגייס ליח' קרביות. מה עושים? מחוקקים חוק שמכריח פלח מסוים באוכ' להתגייס ליח' אלו. ההשלכות לא תהיינה חיובית מאחר ואנשים שמכריחים אותם לא יהיו חיילים טובים אם הם לא עושים זאת מרצון פנימי שלהם. אפשר במקום זה לחוקק חוק שנותן תמריץ למי שמתגייס ליח' אלו – מדובר בפתרון, פונקציה עקיפה בגלל שמי שיבחר להתגייס ליח' הללו זה יהיה מתוך רצון ולא בגלל הכרח.
* דוג' נוספת – נניח שאנחנו רוצים ליישב את הנגב ואומרים שמקו מסוים דרומה פוטרים ממס הכנסה את המתיישבים. ברור שמטרת החוק היא חברתית של יישוב הנגב. כדי ליישב את הנגב באופן ישיר היינו מחייבים את תושבי ת"א לעבור לנגב. החוק שנותן פטור ממס מיישב את הנגב באופן עקיף. העקיפות נוצרה באמצעות תמריץ של פטור ממס הכנסה. החוק לא מצווה על אנשים להתיישב בנגב, אלא אנו מניחים שלא מעט אנשים שירצו לקבל את טובת ההנאה, יתיישבו בנגב.
* חוק הבחירה הישירה – המטרה היא עקיפה, המטרה איננה רק "להגביר את דמוקרטיה", אלא מה שרצו להשיג באמצעות החקיקה – משילות. הציבור יפעיל שיקול דעת ויתאחד סביב מועדים שיצרו גושים. אולם, בסופו של דבר הייתה טעות – החוק רק חיזק את המפלגות הקטנות. העם לא חיזק את המפלגות הגדולות, אלא חיזק את הקטנות. המשילות פחתה, ולכן מיהרה הכנסת להחזיר את השיטה הישנה.

השימוש בחוק למטרות עקיפות ולא ישירות עשוי במקרים רבים להיות מסוכן ולא פשוט – המחוקק חוקים שהמטרות שלהן עקיפות, מתיימר להבין איך בנ"א מגיבים בתהליך חברתי סיבתי. הבעיה היא, כי היכולת לצפות תהליכים בהקשרים חברתיים איננה פשוטה כלל. ההיסטוריה מלמדת אותנו, שתהליכים חברתיים הם דבר כה מורכב, עד כדי שלא ניתן לצפותו, גם אם מפעילים עליו מניפולציות עקיפות.

פונקציות חברתיות ישירות –

בד"כ, מדובר על סוג של ערכים, אותם משיגים באמצעות כללים משפטיים. לדוג' – אם רוצים להקים מוסד מחוקק, יוצרים בית מחוקקים וקובעים כללים, שבאמצעותם ניתן להקים מוסד כזה. אם רוצים להכיר בערך הקניין, מחוקקים חוק נגד גניבה. האיסור לגנוב משפיע באופן ישיר על הזכויות הקנייניות של בנ"א. אם רוצים להשיג משהו מסוים, מחוקקים חוק כדי להשיג את אותה מטרה.

מדובר במצב, בו מי שמפתח את מערכת המשפט (מחוקק, ביהמ"ש וכו') יכול להשתמש בחברה (בכללים ועקרונות המשפטיים) לשם השגת מטרתו ישירות. מטרות ישירות הן מטרות שמנוסחות בצורה ישירה בכללי התנהגות שמערכת המשפט קובעת. המטרות גלומות בכלל שהמשפט קבע.

**מבחינה מושגית, ההבחנה בין פונקציות ישירות ועקיפות אינה תלוית אידיאולוגיה – כל משטר בוחר בפונקציות הללו במידה כזו או אחרת.**

פונקציות ישירות ראשוניות – מקבילות לכללים מסדר ראשוני של הארט

אלו הם כללים שמכוונים התנהגות בשני מובנים –

1. כללים מטילי חובה.
2. כללים מעניקי כוח וזכויות.

בשני המובנים הללו, אנו יוצרים כללים שממלאים פונקציות ישירות ראשוניות של המשפט.

1. **הכוונת התנהגות –** המחוקק מעוניין להכווין התנהגות של האזרחים – להקטין אלימות, לשמור על זכויות קניין, לחנך אותם. זוהי פונקציה ישירה, משום שאת הדבר שאני רוצה למנוע/ להשיג, אני מחוקק ככלל מפורש – "לא תרצח". מדובר בעיקר על החוק הפלילי ודיני הנזיקין – **אנו מכוונים התנהגות כדי להישג מטרה ישירה ראשונית**.
2. **יצירת כלים להסדרים בין פרטים –** הענקת כלים/כוחות (נורמות המעניקות כוחות), כדי לקדם את האינטרסים שלנו עם בני אדם אחרים, לקדם את המטרות שלנו – חוזים, צוואות, דיני חברות, נישואים, מעמד אישי – מעניקים לנו כלים משפטיים, כדי שאנו נוכל לממש מטרות כאלו ואחרות ממערכות יחסים. **חלק גדול מהחקיקה האזרחית לא מיועד להכווין התנהגות, אלא להעניק לבנ"א כלים כדי שיוכלו להסדיר מערכות בין אנשים כמו דיני חוזים, משפחה, צוואה וכו'. מדובר בכללים שמע' המשפט יוצרת, כדי שבנ"א יוכלו לקדם את האינטרסים שלהם**. רוצים להשיג מטרות באמצעות הכלים של מערכת המשפט. זו אינה הכוונת התנהגות, אלא פשוט נותנים כלים להשיג מערכות יחסים עם אנשים הנמצאים בסביבה.

מערכות משפט שונות, יכולות להבדל זו מזו בטיב הכלים, באופי הכלים, ברמת הכלים הנותנים לאזרחים כדי לממש את מטרותיהם – יש חברות שיתנו לך יותר אפשרויות להתמסד עם בן זוג (נישואים דתיים, או אולי גם הכרה כידועים בציבור?). כל חברה תפעל אחרת. המאפיין את כולן – תמיד המערכת תיצור כלים, כל מערכת משפט יוצרת כלים מסוימים, זה נמצא בכל מערכת משפט, אך במידה שונה ובתחומים שונים. **מע' משפט יכולות להיות שונות זו מזו ברמת התחכום, בכמות ובהיקף של הכלים שהיא מענקיה לאזרחים, כדי לקדם את האינטרסים שלהם** – ככל שהמע' יותר מפותחת, היא תיצור כלים יותר מתוחכמים. ההחלטה של מה לתת וכמה לתת לאזרחים – היא תלוית אידיאולוגיה!

1. **חלוקה מחדש של טובין והספקת שירותים – מערכת המשפט היא כלי בידי החברה לבצע חלוקה מחדש של טובין ולספק לחברה שירותים**. פונקציה זו לא מזדהה בהכרח עם התיאוריה של רולס. לפי פונקציה זו, אחת המטרות של כל מע' משפט היא **לספק שירותים לאזרח ולבצע באופן כזה או אחר חלוקה מחדש של טובין**. **חלוקה מחדש** - הכוונה היא למערכת המיסוי, על מכלול היבטיה. מע' המיסוי מבצעת שני דברים, כאשר היא גובה כסף מהאזרח –
2. **מספקת שירותים מסוימים**, **באמצעות המשפט** – המדינה, באמצעות מע' המשפט, מספקת שירותים מסוימים לאזרחים. הכוונה הינה למוצרים ציבוריים – תחבורה, חינוך, בריאות וכו'. יכולים להיות וויכוחים באשר למה מדינה אמורה לספק, אבל נכון יהיה לומר שכל מדינה עושה זאת באיזושהי מידה. אף מדינה לא מעלה בדעתה לבטל את הספקת השירותים הזו. המדינה משתמשת בחוק על מנת לספק שירותים שונים לאזרח.
3. **חלוקה מחדש של הטובין שנצברים** – נניח שמדובר במדינה שהיא מדינת רווחה ולא משנה איזו מדיניות היא מקדמת (צרה או רחבה), המטרה שלה היא לקחת כסף מהעשירים ולחלק לעניים. איך עושים זאת? **באמצעות מע' מיסוי**. מע' זו היא אחת מהפונקציות של החוק (מס רכוש, מס על רווחים, מס על רכישה וכו'). **מדינת ישראל אחראית על גביית הכסף וחלוקתו מחדש למגזרים שונים. למדינות שונות יש מדיניות מיסוי שונה ומדיניות חלוקה שונה**. המידה וההיקף תלויים בהשקפות של המדינה הספציפית – סוציאליסטית מול קפיטליסטית. מה שמאפיין את כל שיטות המשפט הוא, שבכל מדינה מתקיימת הפונקציה הזו באיזשהו אופן – חלוקה מחדש של הטובין באמצעות המשפט ע"י מערכת מיסוי.

הפונקציות הללו שלובות יחד, שכן לפי רז, **בהרבה פעמים אספקת שירותים היא חלק בלתי נפרד מחלוקת טובין.** כאשר מספקים שירות חיוני לאזרחים בחינם, ברור שמדובר בחלוקה מחדש של טובין, שכן שמי שנושא יותר בנטל הוא מי שמשלם יותר מס, ומי שנושא פחות בנטל הוא מי שמשלם פחות מס ונהנה מהשירות.

גם אם המדינה לא מספקת שירותים חיוניים אלו בחינם, אלא **בצורה מסובסדת**, עדיין נתייחס לזה כאל חלוקה מחדש של טובין, משום שהמדינה, כאשר היא מסבסדת את המחיר, אין תשלום ריאלי על השירות, ומי שנושא בנטל של השלמת העלות הוא העשיר, המשלם יותר מס. שירות מסובסד משלב את שתי הפונקציות לעיל – מחד, **מספקים שירות**. מאידך, **מבצעים חלוקה מחדש של טובין** – כיצד מסבסדים את השירות? העשירים ממנים אותו באמצעות מיסים שהם משלמים.

1. **יישוב סכסוכים לא-מוסרים –** יש להבחין בין יישוב סכסוך מוסדר ליישוב סכסוך לא מוסדר. **יישוב סכסוך מוסדר** – מתבצע ע"י החוק, הפעלת החוק כמו שהוא. על כן, מדובר בפונקציה ישירה- משנית. **יישוב סכסוך לא מוסדר** – כשאר מדובר בסכסוכים שלא מוסדרים בחוק (לאקונה, אין הסדר משפטי שיכול לחול על המקרה), מע' המשפט היא זו שצריכה ליישב אותם. אחד מתפקידיה של מע' המשפט הוא להכריע וליישב בסכסוכים.

אם היינו יוצרים מע' משפט שהייתה פותרת רק סכסוכים מוסדרים, שיש לגביהם כלל משפטי שקובע מי צודק, היינו מתעלמים ממקרים לא מועטים שבהם בנ"א מסתכסכים ולא יכולים ליישב הסכסוך. מדוע? בגלל שאם מגיעים לביהמ"ש, מגלים שאין תשובה בחוק ולכן אין בסמכותו לפתור את הסוגיות.

**אם לא נוכל לתת מענה לסכסוכים שאין לגביהם כללים משפטיים, לעולם לא נוכל להסדיר ביניהם ואנשים יוותרו מסוכסכים לעד**. מכאן עמדתו של רז, שאחת הפונקציות של המשפט היא יישוב סכסוכים לא מוסדרים. **המטרה של המשפט היא לתת כלים, שיכריעו בסכסוכים, בין אם הם מעוגנים בחוק ובין אם לאו** – מכסים את כל הסכסוכים שיכולים להתגלע, תמיד יהיה לגביהם מענה. אם בימ"ש מגיע למסקנה, שבפניו עומד סכסוך לא מוסדר – **ההכרעה שלו תתקבל על סמך שק"ד החופשי, מאחר ואין תשובה בחוק**. ביהמ"ש לא יוכל לטעון שהוא אינו יכול להכריע, כי אין תשובה בחוק. זוהי מטרה חברתית מובהקת ונפרדת מהפונקציה של החלת החוק – ביהמ"ש יפתור את הסכסוך, על מנת שלא יימשך לעד.

פונקציות ישירות ראשוניות – מקבילות לכללים מסדר שני של הארט

דומות לכללים מסדר שני של הארט. המטרה הראשונית נוגעת לסיטואציה בה המחוקק מקבל כלל הנוגע להתנהגות של בני אדם. המטרות הישירות המשניות, מנגד, הן מערכת של כללים שהמשפט או מערכת החוק יוצרת, **ביחס לכללים** – **כללים ביחס לכללים**. רז חוזר על התפיסה הבסיסית של הארט, לפיה חלק מרכזי ממה שיוצר מערכת משפט היא העובדה שהיא כוללת מערכת של כללים ביחס לכללים, המאפשרת לה להשיג את מטרותיה.

1. **יצירה ושינוי של חוקים** – מערכת של כללים ביחס לכללים של הפונקציות הישירות הראשוניות שעניינה יצירה ושינוי של החוק. מערכת המשפט כוללת גם מערכת כללים המאפשרת לה, או לגורמים בה, לשנות חוקים, לסגל אותם למצב חדש, לבטל חוקים וליצור חוקים חדשים. כל מע' משפט באשר היא, בעצם הגדרתה, קובעת כללים לגבי האופן שבו נוצרים כללים, משתנים כללים ומסגלים כללים למצבים חדשים. בעיני הארט, זה מה שהופך מע' נורמטיבית למשפטית. מע' שאין לה את הפונקציה הזו, בעיני הארט, היא לא מע' משפט.

המערכת יוצרת מנגנונים כאלו, כחלק מהצורך שלה לתפקד כמערכת משפט בתוך חברה נתונה. בכל מערכת משפט יהיו מנגנונים או חקיקות שעניינם חקיקה ישירה משנית, שאחת ממטרותיה היא יצירה ושינוי של החוק. השוני בין מערכות המשפט – האופן בו הם יוצרים מוסדות, ופרוצדורות המאפשרות את השינוי והסיגול למצבים חדשים.

1. **יישוב סכסוכים מוסדרים** – מערכת של כללים החלה על מוסדות המיישבות סכסוכים, הם מפעילים את החוקים בתוך הקשרים של סכסוכים בין גורמים בחברה. זוהי מטרה ישירה משנית – כללים ביחס לכללים, כללים לאיך נפרש, ניישם ונחיל את הכללים שכבר יצרנו (כולל גם את החוקים הנוצרים לעניין המטרות העקיפות). כל סכסוך יוכרע ע"י כלל משפטי כלשהו.

זוהי מערכת מורכבת של מטרות חברתיות, שכל מערכת משפט מנסה להשיג. **רז מנתק את הדיון התיאורטי מסוג מסוים של אידיאולוגיה. הפונקציות הללו חלות בכל מערכת משפט, ללא קשר לאידיאולוגיה שלה**. ההבדל בין מערכות המשפט – האופן בו הם עושות זאת, הפונקציות מתמלאות באופן אחר.



**הגישה הביקורתית למשפט –**

**CLS** - הגישה הביקורתית למשפט. גישה זו היא זרם אינטלקטואלי שהתפתח בארה"ב. גישה זו הינה תיאוריה של תורת משפט, שהיא גם סוג של אידיאולוגיה חברתית רדיקלית, המבוססת על השקפה פילוסופית רחבה, לה מערך שלם של היבטים. ההיבטים הקשורים לתפיסה המשפטית. המטרה לא הייתה אינטלקטואלית גרידא, אלא **מטרתם הייתה לפתח סוג של תאוריה שתיושם הלכה למעשה ותביא לשינוי דרמטי בחברה, מעין מתקנים חברתיים.**

העמדה מחד, מנסה לפתח ביקורת תיאורטית על התפיסה הרווחת, על מנת ליצור שינוי חברתי. בהקשר של המשפט – יש ביקורת על הזרם המרכזי של החשיבה המשפטית, על צורת החשיבה המשפטית המשקפת את התודעה המשפטית של המשפטן הממוצע, המתחנך וצומח בפקולטות ובבתי הספר למשפטים של הקהילה המשפטית האמריקאית. זו ביסודה תפיסה פוזיטיביסטית, כנגדה יוצא התנועה.

אנשי הגישה מכוונים את הביקורת דווקא דרך החשיבה המשפטית – הביקורת מופנית כנגד כמה גורמים, אך המוסדות המשפטיים, הקהילה המשפטית והחינוך המשפטי עמדו כמטרה לביקורת של הגישה, בשל מרכזיותה של מערכת המשפט בחברה האמריקאית והכוח הרב שיש לבתי המשפט באמריקה. בנוסף, האמריקאים (כמו הישראלים) אוהבים מאוד להתדיין, אהבה זו הופכת את ביהמ"ש למוסד בעל חשיבות עצומה בכל הקשור לקביעת נורמות. מדובר בתפוסים חברתיים המאפיינים את האמריקאים. כמות עורכי הדין והעיסוק במשפט בולטים במיוחד. המערכת זמינה הרבה יותר לאנשים בעלי ממון ואמצעים, מאשר לאנשים פשוטים, שיכולתם מוגבלת. יש אי-שוויון ברור, כאשר באים להיידן שני צדדים.

התפיסה הרווחת ביחס למשפט, באופן כללי, בחברה האמריקאית –

1. **שלטון החוק** – מבטא את התפיסה, שהחוק שולט בבני האדם, ולא שלטון המנהגים. הכללים המשפטיים הם אלה המכוונים התנהגות, הם קובעים את התוצאה המשפטית. הם נקבעים ע"י מחוקק, ללא כל קשר לסכסוך קונקרטי, והשופטים אך מחילים את הכללים.
2. **ביהמ"ש מצוי מעל לחברה, מעל הפוליטיקה של היומיומית** – **ביהמ"ש לא פועל לפי ערכים אישיים של השופטים, אלא הוא פועל באופן מעין-מדעי.** הטיעון לוגי, המערכת היא אימפרסונלית מבחינת האופן בו היא מתפקדת. מערכת שלא מושפעת מפוליטיקה, מהשקפות מזדמנות, מאופנות חשיבה באות וחולפות, אלא פועלת לפי כללים יצוקים מראש, קבועים, שמבטאים סוג של ערכים המוסכמים על כולם. הערכים השנויים במחלוקת אינם מגיעים אל ביהמ"ש, ביהמ"ש מצליח להרחיקם מהדיון, הוא לא צריך להידרש אליהם. יש הפרדה בין המשפט/החוק לפוליטיקה. **השופטים אמונים על טיעון משפטי, מעין מדעי-לוגי, שמנטרל את היסודות האידיאולוגים מן הדיון שלו.**

התפיסה האידיאלית של ההליך השיפוטי –

1. הכללים המשפטיים נגישים, ברורים, בהירים, ניתן לצפות אותם.
2. לביהמ"ש יש פרוצדורת המאפשרות לו לברר את העובדות בכל מקרה נתון, באמצעות הליך של בירור עובדות – בירור העובדות לפי שיטה. ברוב רובם של המקרים, ביהמ"ש נדרש להכריע מהי הגרסה הנכונה, מי צודק לעניין הטיעון העובדתי – שאלות של עובדה. בתי המשפט מנסים ליצור פרוצדורות מתוחכמות, על מנת לברר את העובדות לאשורן. **ההנחה היא, שפרוצדורה משפטי וכל הליך משפט, יכול לברר את העובדות בכל מקרה נתון.**
3. **החלת הכללים היא עניין מקצועי, טכני, שביהמ"ש מסוגל לעשותו, והצדדים יכולים לצפותו**, הוא לא עניין הקשור לפוליטיקה, או להשקפת עולם, לא קשור לרקע אישי של השופט.
4. שופט ממוצע מסוגל לנהל הליך שכזה **ולהגיע לתוצאה הנכונה והראויה**.

אלו הן ההנחות הבסיסיות, שהתפיסה המשפטית הרווחת בציבור מניחה. ברור, גם לאלה המתארים את התפיסה הרווחת, **שבמסגרת התפיסה הרווחת של המשפט, יש מצבים חריגים, בהם ביהמ"ש חורג מדרכו, ונדרש לדון בשאלות שאינן משפטיות, אלא פוליטיות, חברתיות ואידיאולוגיות**. אולם, אם ננקה לרגע את המקרים החריגים, ונסתכל על האופן בו המערכת מתפקדת בשגרה, נראה שבאופן כללי ורווח, התיאור לעיל הוא המאפיין את מערכת המשפט וההליך השיפוטי עצמו.

**מטרת ה- CLS היא לבקר את התפיסה המשפטית הרווחת**. לפי **התפיסה השמרנית**, הממשלה שנבחרת בבחירות דמוקרטיות מייצגת את העם. הדמוקרטיה והחירויות השונות ממומשים ע"י מערכת המשפט וע"י הליכי ממשל מסוימים, המתקיימים בתוך מערכת המשפט והאדמיניסטרציה. **התפיסה הליברלית** שהיא הבסיס האידיאולוגי של שיטות משפט מערביות, מדגישה שבעצם, הכוח הפוליטי נמצא בידי העם, העם שולט על נציגיו בבתי הנבחרים. מדובר **בשלטון העם** – העם נקרא לבחור את נציגיו, ששולטים בו דרך פרוצדורות שלטוניות, שדרכם הם מקבלים חוקים נהירים, שקופים, הנתונים לדיון ציבוריים. החוקים לא אמורים, מנקודת המבט של הגישה הליברלית, לשלול את החירויות הבסיסיות של כל אזרח, שכן בהינתן התפיסה הפוליטית, לפיה לממשלה אסור להתערב בחיי האזרחים – יהא מה שיהא, אני מוגן, שכן יש דברים רבים שהמדינה לא יכולה לעשות, היא לא יכולה לשלול זכויות וחירויות בסיסיות. **המשטר הליברלי מגביל את היכולת של הרשות, של השלטון, של הנבחרים, לחוקק חוקים ולקובע נורמות** – מגבילים לתחומים צרים בלבד, יש זכויות בסיסיות, המוגנות ע"י עקרונות היסוד של השיטה הפוליטית (חוקה, למשל), המחוקק לא יכול לשלוט בי, יש חברה חופשית שמגבילה את היכולת של השליט להגביל את חירותי.

הממשלה אמורה להעניק לי חופש כלכלי, היא יכולה להגביל זכות זו בצורה חלקית ביותר. אנו אנשים חופשיים, **אנו לא נתונים למרות המוסדות הפוליטיים. הנחותים לא יכולים להאשים את בעלי המעמד הגבוה, משום שלשלטון אין תפקיד מרכזי.**

אם החינוך שאנשים מקבלים הוא, שלמעשה למדינה אין תפקיד של ממש בעיצוב חיי הפרט (תלוי בנו, אנו אדונים בעצמנו), המדינה אך אחראית לסדר החברתי הבסיסי, ומעבר לכך אין לה תפקיד – לא ניתן לבוא אליה בטענות. אם אדם סובל ומרגיש נחות, סובל ממחסור, **הוא לא יכול להלין על הממשלה, שכן זה לא תפקידה**. ברגע שקיים דימוי ליברלי שכזה, המצטרף לדימוי המשפטי בו מערכת המשפט לא עוסקת בפוליטיקה, בשאלות ערכיות כבדות וגדושות, מה שמעניין את מערכת המשפט זה רק שאלות של עבירות פליליות וצדק בסיסי, אזי שאנו משמרים את בתי המשפט, את המחוקק, את המוסדות הפוליטיים הדואגים לנו מרחוק – הם לא אחראים להצלחות ולכישלונות שלנו.

**הטענה של ה- CLS הינה, כי הדימוי הזה, כשם שהוא מוטעה ביחס למשפט, כך הוא מוטעה ביחס לממשלה** – החברה, מערכת המשפט, בתי המשפט, המחוקקים והמערכות הפוליטיות והחברתיות, גדושות בכוחות, בעוצמות, באינטרסים וביצרים שפועלים עלינו, הם שולטים בנו, משעבדים אותנו. **התחכום הגדול של התפיסה – הם עושים זאת, בא בשעה שהם יוצרים בנו את המחשבה שהכל תלוי בנו.** המערכות שולטות בנו, נוצרים טייקונים, יש מרכזי כוח, בעלי תאגידים וכו'.

**טענת המפתח של הגישה – התפיסה מוטעית. המערכות הללו מרכזות בידם כוח, אינטרסים, הם מחזיקות כוח כלכלי, פוליטי וחברתי** – זה קיים בחברה המערבית הליברלית, רק שבה זה מרוכז ביד בעלי ההון והקהילה המשפטית, אך בחברות אלו, בשונה מחברות לא-מערביות ולא-ליבריות, יחסי הכוח גלויים וחשופים. בחברה המערבית התפיסה הרווחת של המבנה הפוליטי (המשפט מנותק מהפוליטיקה, ניהול מדעי-לוגי, ולא ערכי-אידיאולוגי) **נועדה לסמא את עיני הציבור הרחב, שיחשוב שיחסי הכוח הם כורח בל יגונה, פונקציה של התפקוד האישי שלו, ולא של שום גורם אחר, בתי המשפט לא עשו עוול לאף אחד.** תחת יחסי הכוח הללו, לא ניתן להלין לאף אחד על קיומם, למרות שהם מאפיינים כל חברה – בשל הדימוי של המבנה החברתי והמשפטי, אנו נמנעים מלהילחם בהם, שכן יצרו בנו את האשליה שאין זה דבר בלתי צודק.

**הטענה המרכזית – התפקיד המרכזי של ביהמ"ש היא לתחזק את יחסי הכוח הקיימים בחברה.**

התוצאה של המבנה השלטוני בחברה המערבית, בניגוד לדימוי הקיים – **קפיטליזם, התעשרות הולכת ומתגברת של שכבה דקה בחברה, העניים הופכים לעניים יותר.** צמצום התערבות הממשלה, המוסבר כסוג של חופש וחירות המוענקות לציבור, מופעל על חשבון הציבור. הכוח של ביהמ"ש הופך להיות מרכזי.

* לדוג' – בארה"ב, בתי המשפט הם אקטיביים מאוד. מה שנתפס כיישום טכני של כללים, הוא חקיקה אקטיביסטית, אנטי דמוקרטית, בה בתי המשפט מכריעים בשאלות פוליטיות, אידיאולוגיות, במסווה של דיון משפטי חסר פניות, טכני, שהוא בלתי תלוי בשופטים וברקע האישי שלהם.

4 יסודות של הביקורת –

**דחיית המודל המדעי**, **אין לוגיקה משפטית**. **רוב הפסיקות של בתי המשפט הן פסיקות פוליטיות, הנימוק המשפטי לא מהווה פעולה ניטרלית, שלא תלויה באינטרסים הסמויים שלו**. **המשפט הוא פוליטי מיסודו.** התפיסה הליברלית מוטעית, יש להכיר בכך שהדימוי מוטעה ומסלף, הדרך לתיקון – שינוי האופן בו אנו מבינים, מתבוננים ומחנכים ביחס למערכת המשפט.

**הריאליזם היא תנועה שביסודה אינטלקטואלית, שביקרה באופן די דומה את התפיסה הרווחת.** הביקורת לא הייתה חברתית, כמו ה **CLS-**, בהם יש יסוד מרקסיסטי – הטענה היא, שהחברה השולטת, הקבוצות השליטות, יוצרות סוג של אידיאולוגיה שאמורה לשתק את ההמונים מפני התנגדות, מפני הרצון לשנות את פערי הכוח. כיצד יוצרים את חוסר האונים מצד הקבוצות החלשות, הנשלטות, ודרך כך משמרים את יחסי הכוח והשליטה? לא באמצעות הפעל כוח על הקבוצות החלשות, אלא **הדרך היעילה ביותר לשימור יחסי הכוח היא ליצור תועדה מסוימת – העבד מאמין כי הוא חופשי**. היסודות –

1. **דחיית המודל המדעי-אידיאלי**.
2. **פעולת ביהמ"ש סותרת את הדמוקרטיה, ההחלטות של ביהמ"ש לא מתקבלות באופן דמוקרטי**. בתי המשפט משרתים את הדה-פוליטיזציה של המשפט – שאלות שאמורות להיות פוליטיות, ונתונות לוויכוח ציבורי, מוכרעות ע"י ביהמ"ש. ביהמ"ש מכריע בשאלות שניטלות מהספירה הציבורית.
3. לפי הליברליים, החוק מחיל מינימום ערכי (שמירה על החיים, על הבריאות והחירות – זה הבסיס של החוק הפלילי). לפי ה- **CL**, מנגד, החוק מחיל הרבה יותר מהמינימום המוסרי, אין מינימום ערכי בסיסי, המערכת מחילה מערכת מורכבת וגדושה של ערכים ותפיסות עולם.
4. **החוק נותן לגיטימציה מסולפת וכוזבת למצב חברתי נתון, ליחסי כוח, תפקידו לחזק את יחסי הכוח הללו.** המיתוס של מערכת המשפט, לפיו המערכת מתנהלת באופן מעין מדעי, דורש מהאזרחים להתבטל בפני מערכת המשפט.

**טעמים וכללים – הפורמליזם המשפטי –**

העומד ביסוד הנושא ומסתתר מאחוריו – **שאלת היחס בין טעמים לבין כללים**.

**פורמליזם משפטי** – נאמר באופנים רבים, אנו מוצאים אותו בספרות כשהוא מבטא מספר תכונות של מערכת המשפט. חשוב לבצע הפרדה בין **המובנים השונים של הפורמליזם**.

המובנים השונים של הפורמליזם –

1. **חוק בעל אופי פורמלי –** **המשפט הוא מערכת מאורגנת עם סוג של סדר פנימי, אופקי ואנכי**. **אופקי** – מערכת מסודרת של כללים, שבמובן האופקי **מחולקת לענפים שונים של המשפט** – חוזים, משפט חוקתי וכו'. המערכת מעוצבת פורמלית – יש ענפי משפט המחולקים לחוקים וכו'. כל נושא משפטי מכוסה, כאשר המשפט עצמו מחולק לענפים. **אנכי** – המשפט מחולק להיררכיה: חוקים, חקיקת משנה, תקנות – מערכות הכפופות אחת לשנייה. מערכת המשפט פורמלית, בהשוואה למוסר הנוהג, בו אין סט מוסדר היטב של כללים מוסריים (לא אופקית, ולא אנכית).
2. המשפט הוא פורמלי במובן שהוא **מנותק מתכנים הקשורים לפוליטיקה ואידיאולוגיה ובנרטיבים**, המשפט מנותק מתחומים אחרים. המשפט הוא עניין נפרד מהמוסר, מהפוליטיקה והאידיאולוגיה.
3. **קונספטואליות של מושגי מפתח – המשפט מבוסס על סוג של רציונליות**, **על מערכת מושגים קבועה ונוקשה, שלא מושפעת מגורמים אחרים** – הרציונליות עומדת ביסוד המשפט. הדבר מתקשר לגישה הרווחת של המשפט, הקשורה לקונספטואליות שלה – לפי עמדות פורמליסטיות, המשפט מושתת על ניתוח מושגי של מבני מחשבה משפטיים, המשפט והשופט עצמו מנתחים את מושג הזכות, החוזה וכו', לוקחים מערכת שלמה של מושגים ועושה להם אנליזה שהיא קונספטואליזציה. **חכמת המשפט – אנליזה/ ניתוח של מושגי יסוד משפטיים.** אנליזה זו היא סוג של הפעלת היכולת הרציונלית על מושגי היסוד של המשפט, **היא הקובעת את ההחלטות המשפטיות**. כשאנו מבינים את התחום ומושגי היסוד שלו, את העיקר יש לנו. זו תפיסה פורמליסטית. **פותרים בעיות משפטיות על ידי ניתוח המושגים המשפטיים הבסיסיים.**
4. **פורמליסטים קשור לאופן בו אנו תופסים את הערכים המרכזיים של המשפט** – פורמליסט רואה בערכים כוודאות, יציבות, צפיות ויכולת הסתמכות, כערכים המרכזיים עליהם מושתת מערכת המשפט. לכן, **על מנת להשיג את הערכים הללו ולממשם, יש לבנות מערכת שתהא עד כמה שניתן פורמלית.**
5. **פורמליזם במובן של Rulism** – המרכזי במערכת המשפט הוא **הכלל המשפט**, ממקדים את המשפט בכללים המשפטיים – הפורמליזם קשור לרעיון**, שמערכת המשפט מושתת בעיקר על כללים, ולא על עקרונות/טעמים/סטנדרטים/שיקולי מדיניות**. הם קיימים במערכת המשפט, אך המערכת, בעיני הפורמליסט, מושתת בעיקר על כללים. העמדה גורסת, שמערכות משפט מבוססות בעיקר על כללים משפטיים. אנו מנגידים כללים לעקרונות, לתכליות, לטעמים. הדבר נועד לשם השגת מטרות מסוימות, ומצד שני יש לה גבולות מסוימים.

המהלך מתבצע באמצעות יישום טכני-מכני של הכלל המשפטי, כשהוא מובחן מהטעמים, מהתכליות שלו. הדגש הוא על הרעיון, **שמע' המשפט היא מערך של כללים ששואפים ליישם אותם באופן מכאני, מבלי שנחזור לטעמים ולתכליות שביסוד הכלל**. האם זה נכון לטעון שפורמליסט הוא מי שמתעלם מהטעמים של הכללים ומחיל אותם באופן מכאני, ומי שהוא לא-פורמליסט מסרב להתעלם מהטעמים של הכללים? אם טוענים שעצם החלת הכלל מכאנית, אנו בעצם פורמליסטים. אולם, יש להבין, כי **הרבה פעמים אנחנו נזקקים להחיל את הכללים המשפטיים, מבלי להזדקק לטעמים שלהם, וכל זאת מבלי שנהיה פורמליסטים.**

**פורמליזם הוא לא רק עניין לשיפוט, אלא הוא נוגע גם לאקטים של חקיקה**. מה הכוונה באקט של חקיקה? כשהמחוקק יוצר חוקים במטרה להכווין התנהגות, הוא חייב ליצור כללים חתוכים ובהירים, שמובנים ע"י האדם הממוצע. כך, ניתן להשיג צפיות ו-וודאות. מנגד, אם מחוקקים ע"י עקרונות, סטנדרטים, טעמים או שיקולי מדיניות, לא ניתן יהא לכוון התנהגות, אנשים יישמו את החוק באופן שונה בנסיבות שונות, לא נשיג המטרה. עלינו ליצור מערכת שלמה של כללים שתהא חתוכה, בהירה, שקל יהיה להגיע לכללים, שיהיו ניתנים לזיהוי בקלות. ההנחה היא, שבמקרים הטיפוסיים, החלת החוק היא החלה טכנית, מכנית, ללא התעמקות ופרשנות.

המטרה של הכללים החתוכים היא, שכל אדם יוכל ליישם אותם באופן רגיל, מכני וטכני. האדם לא צריך להתחיל לחשוב על הכלל, להתעמק בו ולנתח אותו – הוא צריך להיות בהיר, חתוך וניתן ליישום באופן טכני, מכני. הערכים ביסוד המטרה של כללים חתוכים הם יציבות וודאות.

**הארט** טען, כי הכללים חלים על המקרים הטיפוסיים, ההחלה מכנית. **אם אכן ניתן להחיל חוקים באופן טכני ומכני, הרי שאנו משתמשים בפורמלה של הכלל – החלת כללים היא סוג של פורמליזם. לא חושבים על טעמי החוק אלא מחילים אותו.** אולם, הוא היה מודע לעובדה, שיכולות להתרחש נסיבות, שהחוק לא יחול עליהם באופן מכני, מידי וישיר – במצבים אלה, אנו נדרשים **לאקט של פרשנות**. מצבים אלה נדירים, אך הם כאלו שהמחוקק צריך לקחת בחשבון, העובדה נובעת מהמרקם הפתוח של השפה, הגורם לכך שלמונחים רבים אין תמיד מובן קשיח, ברור וחד-משמעי. מאחר ולשפה יש מרקם פתוח והיא לא חד משמעית התוצאה היא שכמעט לכל משפט או מונח יש שטח אפור. שטח זה הוא מצב בו אנו לא יכולים להחליט באופן טכני האם הכלל חל או לא.

לדוג' – הרכב בפארק, **הבחנה בין הגרעין (Core) לשטח האפור (Penumbra)**. הפתרון לבעיה – לשקול מהי מטרת החוק, מהם התכליות החברתיות שהחוק רוצה להשיג? כך, נוכל לפתור את השאלה – אם המקרה שייך לגרעין או לשטח האפור.

**הטענה של הארט בנוגע לפורמליזם** – פורמליזם בעייני הארט הוא מצב, בו במקרים בהם אנו נמצאים במצב של פנומברה (השטח האפור) – מצב בו יש סעיף שחל על המקרה, לכאורה, אך אנו לא יודעים אם הוא נופל בתוך המושג/המונח, או לא – לא מכריעים ע"י מהלך פרשני הנוגע לתכלית החקיקה ולמטרות החברתיות של הסעיף, אלא דנים בו באופן מכני וטכני. מחלים את ההגדרה על המקרה המיוחד שבו צריכים לדון, ובהתאם להגדרה הקונספטואלית הזו אנו מקבלים החלטה. לדעת הארט – **זה פורמליזם, והוא מגונה**. לא נדרשים לשאלות שהארט סבור שיש לדון בהם – תכליות החקיקה. לדעת הפורמליסטים יש להחיל החוק באופן מכני.

**כלומר, פורמליזם הינה החלה של הכלל באופן מכני במקרים הנופלים בשטח האפור**. זהו מצב אותו הארט מגנה, זו צורת חשיבה לא ראויה של השופטים. **מן השופט נדרש אקט של פרשנות,** לדון בתכלית החקיקה והערכים שרוצים להשיג באמצעותה. **מנגד, כשהשופט מחיל את החוק באופן מכני במקרי הגרעין, על המקרה הטיפוסי, הוא לא נדרש לשקול את תכלית החקיקה.** את המצב הזה הארט לא מכנה פורמליזם. החלה של הכללים בלי עיסוק בפרשנות במקרים הטיפוסיים, הוא אקט הולם, אין מדובר בהתנהגות / תפיסת עולם פורמליסטית.

* החלת הכלל במקרה הטיפוסי שלא מעלה שאלות של פרשנות או תכליות- היא עצמה לא החלה פורמליסטית. החלה פורמליסטית היא רק במצב בו הכלל עצמו נופל בתוך התחום של השטח האפור.

לפי הארט, ייתכנו מצבים בהם נחיל את הכלל במקרי הגרעין, בשעה שאחר יחשוב שהמקרה נופל בשטח האפור. אולם, **במקרים המובהקים, הפורמליסט יודע שהמקרה נופל בשטח האפור, אך לאור היותו פורמליסט, הוא יחיל את הכלל באופן טכני ומכני.**

**פולר**, מנגד, שהגיב למאמר של הארט, ביקר את ניתוחו, ושלל את הרעיון שלמונחים משפטיים יש גרעין קשה המאפשר החלה טכנית. לגישתו, **כל החלה של כלל משפטי, יהא אשר יהא, תמיד מערבת ומשלבת חשיבה על אודות הערך הגלום בחוק, אודות התכליות והמטרות החברתיות שלו**. שופטים, בהרבה פעמים, במה שנראה כהחלה מכנית של החוק, לוקחים בחשבון את התכליות והמטרות שלו, את הערכים שהוא מגלם, הדבר בא לידי ביטוי בכל אקט פסיקתי של שופטים.

אנו לא פטורים מלחשוב על תכליות הכלל. מחשבה על תכלית ומטרת הכלל מתקיימת, או צריכה להתקיים, בכל החלה של הכלל. לפי פולר, לא נכון לעשות הבחנה בין הגרעין שאותו מחילים באופן טכני לבין המצב של השטח האפור שרק בו נדרשים לתכליות.

"פרקטיקל ריזנס אנד נורמס" – בספר זה, **רז** מניח את היסודות לניתוח שלו לאופן בו מתנהגים עם כללים, וההבדל בין התנהגות עם כללים לבין התנהגות עם טעמים. **מה ההבדל בין כללים ליתר? מה מאפיין אותם? מדוע יש חשיבות לכך שהמערכת תהא מושתת בעיקר על כללים?**

תחילה, רז מנסה להסביר, כי מלבד הכללים המשפטיים/מנדטוריים, יש **כללים מעשיים** – מושג רחב יותר. כללים מנדטוריים/משפטיים הם סוג מסוים של מושג רחב יותר שנקרא כללים מעשיים. כדי להבין איך מתנהגים עם כללים, יש לחשוב על האופן הפשוט ביותר – כאשר רוצים לדעת מה נכון לעשות בסיטואציה מסוימת, **נק' המוצא היא כי אנו שוקלים בעיקר טעמים** – **סיבות לנקיטה בקו פעולה מסוים והעדפתו על קו פעולה אחר**. אנו מאזנים בין השיקולים / הטעמים השונים, ובסופו של דבר אותו קו פעולה שזכה לטעמים שהיה להם את המשקל הגדול ביותר, בו אנו בוחרים. ההחלטה הינה על סמך איזון בין טעמים.

לפי רז, ישנם מצבים שבהם צורת שיקול הדעת שלנו מתבצעת באופן אחר, היא לא רק על בסיס המשקל של הטעמים שאנו מעלים בדעתנו, אלא **יש מצבים בהם אנו מפעילים את שיקול הדעת באופן מורכב יותר.**

* לדוג' – מקרה בו מגיע ראובן הביתה בשעה מאוחרת, אחרי יום עבודה קשה, ואליו מתקשר שמעון – יש לי עבורך הצעה עסקית: תשקיע באפיק מסוים סכום של מיליון. דא עקה שלהצעה יש תפוגה, יש לקבל את ההחלטה עד לחצות. ראובן מחליט שלא לשקול את ההצעה – מפעיל את השיקול הבא: אני במצב של תשישות ועייפות, אני לא יכול לשקול הצעות מסוג זה. על כן, אני דוחה את ההצעה.

ראובן – אני לא יכול לקבל החלטה על החסכונות שלי בפרק זמן כה קצר, במצב פיזי ורגשי קשה – עייפות וחוסר ריכוז. על כן, במצב כזה, אני מחליט שלא להחליט. ההחלטה לא להחליט, או דחיית ההצעה ללא שיקולה, שונה מדחיית ההצעה על בסיס השקילה שלה, בחינתה לגופה. לו היה שוקל אם ההצעה כדאית, היינו מפעילים מערכת של שיקולים, השוקלים את היתרונות והחסרונות של ההצעה – דוחים, באופן בו השיקול שגרם לדחייה הוא אי-כדאיות העסקה. שיקולים אלו דומים לשיקולים מן הסוג הראשון – שיקולים על בסיס הערך של ההצעה, אם היא טובה או לא.

**ראובן לא דחה את ההצעה לגופה, אלא הוא הפעיל** **שיקול מוציא**, **לפי רז. זהו טעם מוציא, מפעלים טעם שבגינו לא שוקלים הצעות מסוימות – לא שוקלים את ההצעות**. מהי הסיבה לא לשקול את ההצעה במקרה דנן? ראובן לא מוכן לשקול הצעות דרמטיות במצבי עייפות ותשישות ובפרק זמן קצר, מחשש שיטעה.

ראובן המקבל את ההחלטה על בסיס השיקול המוציא, הוא פועל באופן שונה מאשר שיקול הגורם לדחייה ההצעה לגופה. בד"כ, במצבים בהם אנו מפעילים שיקולים שעניינם טעמים ומשווים את משקל הטעם בעד קו פעולה מסוים אל מול משקל הטעם בעד קו פעולה אחר, אנו חושבים במונחים של משקל. מנגד, בהצעה העסקית ראובן לא שקל את ההצעה לגופה, אלא **השתמש בטעם המוציא את עצם שקילת ההצעה – אלו הם** **טעמים מסדר שני**.

טעמים מסדר ראשון – **טעמים שמתחרים אחד בשני, מכריעים ביניהם באמצעות השוואת משקלם**.

טעמים מסדר שני – פועלים באופן אחר. **טעמים שהם ביחס לטעמים**. השיקול של ראובן לא לשקול את ההצעה הוא סוג של טעם שאומר – במצב של עייפות, אני לא שוקל הצעות, הוא מפעיל טעם ביחס לטעם, ומוציא טעמים מסוימים. התוצאה: **שיקולים מסדר שני ביחס לשיקולים מסדר ראשון, כשיקולים מוציאים, לא חושבים עליהם במונחים של משקל, טעם מוציא לא גובר על הטעם אותו הוא מוציא, הוא פשוט מוציא אותו**, מסלק אותו, אין תחרות בין העייפות לבין ההצעה העסקית. העייפות גורמת לאי-שקילת ההצעה העסקית. התוצאה – דחיית ההצעה, בגלל שלא שוקלים אותה. ההחלטה שהתקבלה היא להפסיק לשקול.

מבחינה לוגית, כשאנו מחליטים, אנו מחליטים להפסיק להתלבט. **ההחלטה היא לשים קץ להתלבטות, לא לשקול יותר**. כל החלטה מתפקדת בשתי רמות – מחד, להחלטה יש מערכת שלמה של טעמים העומדים ביסודה. הגורם לביצוע הפעולה היא החלטה. מאידך, קיים טעם מוציא מסד שני.

ההחלטה מתפקדת בשני מישורים –

1. **טעם לפעולה מסדר ראשון.**
2. **טעם מוציא מסדר שני** – ההחלטה היא הגורמת לי לפעול, ובא בשעה אותה החלטה מתפקדת גם כטעם מוציא – כל שיקול רלוונטי מוצא. באיזה מובן? **ההחלטה משמעה לא רק לנקוט במה שצריך למימוש (ההחלטה כטעם לפעולה), אלא היא גם מהווה טעם מוציא לכל אופציה אחרת**.

לדוג' – החלטתי ללמוד משפטים. פונים אלי לאחר מיכן ומציעים לי ללמוד כימיה. אני דוחה את ההצעה, ללא שקילת ההצעה לגופה, אלא **ההחלטה עצמה מתפקדת כטעם מוציא**. לא שוקלים את הצעה, כי כבר החלטתי, ההחלטה משמשת כטעם מוציא. רציונלי להתנהג כך. **ההחלטה היא טעם לפעולה והיא גם טעם מוציא לכל שיקול אחר שעולה.** החלטה – גמרנו בדעתנו לבצע פעולה מסוימת. המשמעות – החלטה עצמה, המבוססת על מערכת של שיקולים, הופכת להיות הטעם לפעולה. ההחלטה ממלאת שתי פונקציות – טעם לפעולה, וטעם מוציא לכל שיקול הרלוונטי לנושא – **מחליטים שלא לשקול, כי קיבלנו כבר החלטה**.

"**לאמץ כלל**" – כמו לקבל החלטה. במקום שההחלטה תהא פר פעולה מסוימת, אנו מאמצים כלל הנוגע לאופן התנהגות סדיר. הרווח באימוץ כללים – וודאות, חסכון במאמצים של שיקולים.

* כללים הלכתיים – טעמים מוציאים חזקים. הכל מתפקד כטעם לפעולה וגם כטעם מוציא.

לדוג' – חוק הירושה קובע כי ילד יורש את אביו. כשמישהו חוקק את החוק, הוא שקל מערכת שלמה של שיקולים בנוגע לשאלה – מה לעשות עם רכוש של אדם שנפטר? המחוקק שקל את מכלול השיקולים הרלוונטיים. לאחר השקלול, הוא החליט שהרכוש הולך לילדים. **ביהמ"ש מפעיל את הכלל. הכלל הופך להיות הטעם לפעולה – הטעם לפסק הדין המורה על העברת הרכוש לילדים. הטעם הוא גם טעם מוציא למערך שלם של שיקולים, אותם ביהמ"ש היה שוקל, אלמלא הכלל. בהינתן הכלל, על השופט להפעיל אותו כטעם לפעולה. לעניין כלל השיקולים שהיה רוצה לשקול אותם, הוא נמנע מלשקול אותם, שכן הכלל מוציא אותם** (משמש גם כטעם מוציא). המחוקק שקל כבר את כל השיקולים, הוא קבע את הכלל, ולכן השופט צריך להפעיל את הכלל, המהווה טעם לפעולה.

**פ"ד ריגס** – נסיבות מיוחדות, בהן המוריש נרצח ע"י היורש. ביהמ"ש קבע – לא ייתכן שהירושה תעבור לנכד, הרצחת וגם ירשת. מה ההבדל, בין מצב כזה למצב בו קיים מצב כלכלי קשה, וקיים רצון לחלק את הירושה?

**כשהשופט סבור שהטעמים לא נשקלו ע"י המחוקק, נוטשים את הכלל, וחוזרים לשיקולים.** מחד – יש מערכת של שיקולים המקנים לנכד את הירושה. מאידך, יש טעם חדש שלא נלקח בחשבון, וזו האשמה של הנכד, הפועלת כנגדו. יש תחושה שהאשמה גוברת על זכותו לרשת, ולכן **לא נפעיל את הכלל, אלא נפעיל שיקולים כנגד הכלל.** במצב זה, שוקלים את הנסיבות.

במקרה רגיל, כאמור, לא מתחילים לשקול שיקולים הקשורים לטעם של הירושה, כי הכללים של הירושה מנחים אותנו. אולם, **עקב הנסיבות המיוחדת של פסק הדין – נסיבות בהם אנו חושדים שהמחוקק לא שקל את הטעם, יש לשקול את הטעם החדש שהסיטואציה מעוררת – האשמה של הנכד, אל מול הטעמים שבגינם המחוקק החליט שהירושה צריכה לעבור לנכד.**

**אימוץ כללים אישיים** – **הכללים מתפקדים כטעמים לפעולה וכטעמים מוציאים, כמו החלטות**. הכללים המשפטיים לא מתנהגים ככללים, אלא כטעמים. האם יש מצבים בהם נזנח את הכלל? כן, כשיהיה לנו ברור, או שנחשוד חשד משמעותי, שהחלת הכלל תגרום לנו לתוצאה שהיא מזיקה / שונה דרמטית מאשר אם נשקול את הטעמים הרלוונטיים לאותה הסיטואציה.

כל אימוץ של כלל משמעותו – אנו יודעים שמכלל הטעמים הרלוונטי לפעולה נתונה מיוצגים ע"י הכלל. אם אין שום סיבה לחשוד שמדובר במקרה חריג, נפעיל את הכלל. **נסוג מהכלל באופן מוחלט או במקרה נתון, כשיש חשד שבסיטואציה המסוימת ישנם שיקולים נוספים שלא נשקלו כשאימצנו את הכלל**, **ושאם נשקול אותם נגיע להחלטה או לקו פעולה שונה לחלוטין.** במצב כזה, לא נפעיל את הכלל. אין מקום להחיל את הכללים באופן דווקני.

* אנו מאמצים כללים כי הם נוחים, חוסכים התדיינות ומחשבה, מחסום מפני שיקולים לא-רלוונטיים, מעניקים ביטחון וכו'.

**ציות לכללים מנדטוריים** – פעולת הפורמליסט אינה פעולה לפי כללים (פעולה לפי כללים הינה חלק מהרציונליות של בני האדם והטבע של החוק, לא ניתן לדמיין חוקים שלא מנוסחים בצורה של כללים, באמצעותם יוצרים וודאות, יציבות, חוסכים שיקול דעת). **מתי נאמר ששופט פורמליסט?** לא כשהוא מחיל את הכלל על המקרה הטיפוסי – הוא פשוט מחיל כללים. לא נהיה פורמליסטים אם נחיל את הכלל שאומץ על המקרה הטיפוסי. **בעת אימוץ הכלל אנו משלמים מחיר** – יהיו מצבים בהם החלת הכלל תוביל לתוצאה שונה מאשר אם נפעיל טעמים, **אנו מוותרים בלא מעט סיטואציות על הפעלת שיקול דעת שיכולה להביא לתוצאה אחרת, בשם היתרון שמעניק הכלל.**

* אם יוצרים מערכת במבוססת יותר מידי על כללים, אנו מאבדים את היתרון שמעניקים הכללים. יש להפעיל שיקול דעת ולהתלבט – איזה כלל חל על המקרה.

**עד כמה נהיה מוכנים להחיל את הכללים להם שתי פונקציות? הפורמליסט** – **גם במצבים שיש לנו חשד שהכלל יוביל לתוצאה שבאופן דרמטי שונה מהתוצאה שיובילו הטעמים החדשים, נמשיך לדבוק בכללים**. מדוע? סדרה של טיעונים לדבקות בכללים, גם במקרים בהם ברור שהמחוקק לא שקל את הסיטואציות הללו –

* **הרמב"ם** – מערכת של שיקולים, לפיהם יש לדבוק בכלל כטעם לפעולה וכטעם מוציא גם במצבים החריגים והקיצוניים ביותר. הטיעון התומך בדבקות (בניגוד לדעת אריסטו והארט) – האם יש לנו מערכת של שיקולים מערכתיים מהסוג שהרמב"ם מונה אותם, שבגללן אנו רוצים לדבוק בכללים על חשבון שיקולים לפי הטעמים?

הרמב"ם, בדוגמתו, מציג דוג' קיצונית לגישה של פורמליזם משפטי / הלכתי. הוא מציג עמדה קיצונית, שנגזרת מתפיסות שמרניות של החברה**. צמצום שיקול דעת של שופטים** – רוצים שמקבלי ההחלטות לא יפעילו שיקול דעת, אלא שהם, עד כמה שרק ניתן, יחילו כללים. לא סומכים על השופטים, או חוששים שהם יגזימו או יטעו בעת הפעלת שיקול הדעת.

**מה המחיר שמשלמים?** במקרה החריג נגיע לתוצאה בלתי צודקת – מחיר שכל מערכת משפט מוכנה לשלם. השאלה הינה, עד כמה רחוק מוכנים ללכת עם התוצאה הזו.

**דבוקרין והשופט ברק** – עמדה אנטי-פורמליסטית קיצונית, כל שיקול הדעת שהם מפעילים מבוססת על טעמים. **השופט ברק** – כל כלל משפטי שהוא דן בו, הוא חושב עליו במונחים של תכלית ומטרה, כל כלל משפטי מתורגם לטעמים העומדים בייסודו. **ברק משלב את אותם הטעמים העומדים ביסודו של הכלל אם הטעמים המיוחדים של המקרה המסוים**. תכלית החקיקה – מערכת הטעמים העומדים ביסוד הסדרים משפטיים. הוא מזהה כלל, המייצג מערך של תכליות, טעמים ומטרות חברתיות, שמשוקללות עם הנסיבות המיוחדות של המקרה – כך הוא מוביל להכרעה. **ברק הוא אנטי רוליסט, הוא לא פועל לפי כללים, אלא לפי הטעמים שביסוד הכלל.**

**דבורקין** – יש לשקול את מערכת השיקולים הרלוונטית למקרה המסוים.

**תורות משפט של טעמים** – הגישה הביקורתית למשפט, ברק, דבורקין, הריאליזם, הניתוח הכלכלי (שיקולי תועלת העומדים ביסוד כללים מסוימים).

**תורת משפט של כללים** – לא שוקלים טעמים. יש להחיל כללים, ובכך אנו מאמצים כללים כטעמים לפעולה וכטעמים מוציאים. **מתי נשקול טעמים?** בראש ובראשונה נחיל את החוק באופן מכני, ככלל – הכלל הופך להיות טעם לפעולה וטען מוציא. אולם, בנק' מסוימת ניתן לשקול טעמים נוספים, כשהמקרה כה חריג.

**פורמליסט קיצוני** – לא שוקל בכלל את הבקשה, כל בקשה נדחית על הסף, משום שהכלל משמש כטעם לפעולה וכטעם מוציא. זאת, בכל מקרה ומקרה, גם בחריג ביותר. במקרה פ"ד ריגס, פורמליסט קיצוני יעניק את הירושה לנכד, שכן הוא לא מוכן לסטות מן הכלל, גם במקרה בו הנסיבות כה קיצוניות.

* כשמתחילים לשקול את הטעמים, זונחים את הכלל – הטעמים לטובת הכלל עדין פועלים, אך יש טעמים חדשים.

**רוח התקופה של ימינו הולכת אחר תורת משפט של טעמים, ולא של כללים** – לא מקובל להיות פורמליסט. זאת, למרות שהפרקטיקה נוטה לטובת תורת משפט של כללים.

* אחד מהאפיונים של גישות דתיות – עמדה תיאולוגית ביחס לחוק, שגורסת שאנו לא יודעים את הטעמים שלו, אנו לא מבינים את הטעמים – הוא ניתן מהאל, הטעמים לא ידועים באמת.

**מושג החירות –**

מדובר במושג מפתח, כמו זכות, חובה וצדק. הדבר נוגע לתפיסת העולם הליברלית-דמוקרטית העומדת ביסוד שיטות המשפט המערביות, שמדינת ישראל מעוניינת להימנות עליהם. כשחושבים על התפיסות הללו, הערך הבסיסי שעומד ביסודם הוא ערך החירות – החופש.

תפיסה פוליטית המחזיקה בערך החירות כערך מרכזי של החיים הפוליטיים, הציבוריים וגם האישיים, ועליו היא משתיתה את ההסדרים המשפטיים / המערכת המשפטית – **הערך חודר כמעט לכל ענף משפטי. הערך מכוננן, הוא משפיע על ההסדרים המשפטים, כמעט בכל עניין ודבר.**

**י' ברלין –**

ברלין מציע ניתוח של מושג החירות, לפיו יש שני מושגים של חירות –

1. חירות שלילית – כשאומרים שאדם חופשי והוא נהנה מחירות, למה אנו מתכוונים? מדוע מדובר בערך מרכזי? ההגדרה הראשונה של מושג החירות, חירות שלילית, היא: **חופשי זה בעצם להיות במצב בו אני יכול לעשות כרצוני, יהא רצוני אשר יהא, כאשר אין מניעות ומכשולים חיצוניים מצד בני אדם (גורמים אנושיים), המונעים מימני לממש את רצונותיי.** ככל שמגבילים אותי פחות, אני יותר חופשי. ככל שמונעים מימני יותר, אני פחות חופשי. לא מעניין אותנו מה האדם רוצה, אלא אם יש מגבלות. בהקשר זה, יש לומר שבני אדם, באופן כללי, רוצים להיות חופשיים, שלא ימנעו מיהם לממש את רצונותיהם.

**הגבלת החופש** – מגבלה מצד בני אדם, **לא מגבלה הקשורה לטבע של האדם / חוסר יכולת**. כאשר קיימת מגבלה הקשורה לטבע / ליכולת, לא מדובר במצב בו אנו לא חופשיים. מנגד, כאשר המגבלה מקורה באנשים, הרי שזהו מצב בו אנו לא חופשיים.

**מדובר בחופש שלילי במובן החברתי / פוליטי, בני אדם מונעים מימני לממש את רצונותיי.** זהו ערך – אני לא רוצים שימנעו מאיתנו מלממש את רצונותינו, המגבלה שלילית. במדינות המערביות, הדבר נתפס כערך פוליטי מרכזי – **המדינה תטיל מגבלות על החירות שלנו, רק בהינתן הצדקה.** החירות במובן השלילי – לא אומרים לאנשים מה לעשות, אלא בהינתן הצדקה מסוימת כערך פוליטי. זהו רעיון פוליטי חדש יחסית, שהחל מסוף המאה ה-17, אצל פילוסוף בשם ג'ון לוק. הערך הפך להיות ערך העומד ביסוד הסדר הפוליטי של מדינות רבות.

* המשקל של הערך ביחס לערכים אחרים חשוב, במיוחד כאשר הערכים מתנגשים. איך מאזנים בין ערכים כמו שוויון, חירות וצדק?

יש הטוענים, כי יש לראות את **החופש כערך פנימי** – רוצים בחופש כשלעצמו. מנגד, יש הסבורים כי **החופש הוא ערך אינסטרומנטלי** – החופש משרת לדבר אחר, ולכן הוא חשוב (משרת ערכים כמו תועלת, למשל). **מיל** טען כי החירות נועדה למקסום התועלת החברתית. ככל שחברה תקדש את ערך החירות, כך היא תוכל למקסם את התועלת שיש בה, לפי מיל. איך חברה תהפוך ליותר יעילה ותמקסם את העושר של כל הפרטים? אם היא חברה ליברלית, המושתת על ערך החירות – האנשים יוזמים יותר, פועלים יותר, דואגים לעצמם, לא מגבילים אותם – הם מגדילים את העושר שלהם וכך גם את העושר של כל הסובבים אותם. החירות כמכשיר להעצמת התועלת, אין לו ערך פנימי – מכשיר למטרה אחרת, מקסום התועלת.

**הטיעון של ברלין** – **לחירות יש ערך פנימי, ומה שמצדיק אותה הוא לא זה שהיא עוזרת להשגת מטרה אחרת, אלא הערך גלום בה, בתוכה**. **ההנאה איננה רק ממקסום התועלת, אלא נהנים מהחירות כמשהו שיש לו ערך פנימי.**

אבחנה בין חירות לדמוקרטיה –

**הערך הדמוקרטי** – משטר דמוקרטי במובן הצר הוא משטר בו החלטות במישור הפוליטי מתקבלות ע"י הרוב. המשטר הדמוקרטי לא מכבד בהכרח את ערך החירות – ע"י אמצעים דמוקרטיים ניתן ליצור עריצות הרוב, הרוב יכול לקבל החלטות הנוגדות את ערך החירות, החלטות המגבילות זכויות באופן קיצוני. אולם, אם מקדשים בחברה מסוימת את ערך החירות, אזי שהשלטון, יהא אשר יהא, אין לו את הסמכות לפגוע בחירויות בסיסיות. כלומר, אפילו באמצעיים דמוקרטיים לא ניתן להגביל חירות.

**קשר בין דמוקרטיה לחירות** – בנקודה בה חלק מהחירות של בני אדם היא החירות להשתתפות פוליטית, חלק מהחירויות שלי בחברה דמוקרטית היא שיש לי השפעה שווה על המישור הפוליטי – הזכות לבחור ולהיבחר. במובן זה, יש קשר בין המושגים, אך זהו הקשר היחידי. **ייתכן משטר דמוקרטי שיעניק מקום רחב לחירות, בעוד שייתכן משטר דמוקרטי שיגביל את החירות.**

1. **חירות חיובית** – להיות חופשי במובן החיובי הוא להיות רציונלי, אדם שהוא אדון לעצמו. חירות שלילית היא "חופש מ...", חופש ממשהו (ממגבלות מצד בני אדם). חירות חיובית – "חופש ל...".

דוג' – אדם מכור לסמים. מדוע הוא משועבד? הוא לא באמת רוצה לצרוך את הסם, אלא יש משהו שדוחף אותו לצרוך את הסם. לא ייתכן שאדם רציונלי ירצה לצרוך סם. לכן, השתלטו עליו יצריו, הוא לא אדון לעצמו, לא עשה את מה שהוא באמת רוצה. הוא משועבד, לא לגורם חיצוניים, אין אנשים אחרים, אלא **מה שמשעבד אותם הוא סוג של קומפלקס הנמצא בתוכם ומונע מהם מלעשות את מה שהם באמת רוצים**. **היכולת להשתחרר מהמרכיב באישיות המשעבד אותו – זה החופשיות**, השתחררות מהכבלים הפנימיים, לעשות את מה שאני באמת צריך ורוצה לעשות, ולא ללכת אל הסם.

* דוג' נוספת – פחד שמשתק אדם, שמונע מימנו לממש את רצונותיו. אם יצליח למוסס את הפחד, הוא יהא חופשי.

**מושג החירות השלילית** – שלילי, משום שמושג החופש לא תלוי בתמונת העולם שאתה מחזיק בה – להיות חופשי זה לעשות מה שאתה רוצה, במובן שאנשים לא מונעים זאת ממך. **לא מסתכלים על השאיפות ותפיסת העולם** – התוכן של הרצון נשלל. **להיות חופשי פירושו לומר שאתה לא מוגבל.**

**חירות חיובית** – להיות חופשי זה לעשות דבר מסוים. רק אם אתה עושה דבר מסוים, אתה חופשי. כאשר אתה עושה כל דבר אחר – אתה לא חופשי.

**מהו אורח החיים הנכון?** קיים וויכוח בין הדוגלים בחירות החיובית (שמסכימים שחופשי זה לעשות את הדבר הנכון, ולא את כל מה שלא מונעים מימך), לגבי **מהו הדבר הנכון?** **השאלה מהי חופש מותנית בתפיסת העולם הנכונה. זו תפיסה אנטי-ליברלית לחלוטין.**

**החשיבות הפוליטית לאבחנה** – רוב התפיסות הפילוסופיות החזיקו בשני מושגי החירות. אם מחזיקים במושג החירות שלילית, אין זה אומר שאני דוחה את החיובית, ולהיפך. אולם, אם אני מחזיק במושג החירות החיובית – הוא המרכזי, עליו אני מבסס את המסגרת הפוליטית, אני מעוניין לקדם אנשים לקראת חירותם, לא די במושג החירות השלילית, אלא המושג המרכזי הוא מושג החירות החיובית – זה נתפס בעיני לא מעט משטרים כסוג של **פרוגרמה** **פוליטית** – אני יוצר סדר חברתי הנועד להעניק לאדם חירות. איזה חירות? לא במובן השלילי, אלא במובן החיובי. **כשהחירות החיובית הופכת לפרוגרמה פוליטית – הופך לאחד הכלים המרכזיים לשעבוד פוליטי.**

**המשטרים המשעבדים יוצרים סוג של מסגרת, קובעים מערכת שלמה של כללים שתעניק לאדם השקפה נכונה, מסגרת נכונה של חיים, וכך גם אנו נשחרר אותו – לא במובן השלילי אלא במובן החיובי. מדוע? אם אנו מעניקים את תמונה המבט הנכונה, אנו מעניקים את החופש.** משטרים סוציאליסטים, קומוניסטיים ומרקסיסטיים החזיקו בתפיסת החירות החיובית כבסיס למבנה המשטר, החוקה והמערכת המשפטית – הם לא רק יוצרים את החברה הנכונה והטובה, אלא הם גם מעניקים חופש לאזרחים – חופש במובן החיובי.

**ברלין –** מה שפגום במהלך לעיל של המשטרים הטוטליטריים, הוא שהמשטרים הפכו להיות **משטרים משעבדים בשם החופש** – אנו מעניקים אורח חיים מסוים ובזה לא רק שמעניקים לך את הטוב שבאורח החיים הזה, אלא הוא גם מעניק את החופש האולטימטיבי**. ברלין מעדיף באופן דרמטי בתוך ההקשר הפוליטי את מושג החירות השלילית**. החירות החיובית היא מושג שלא ניתן לאמצו ואסור לאמצו בתוך מסגרת פוליטית. מדוע? הטעם המרכזי – רעיון בסיסי עליו מושתת המשטר הליברלי והמערכת המשפטית המבוססת על המשטר הליברלי: **פלורליזם ערכי.**

**פלורליזם ערכי מחזיק בסברה שאין תמונת עולם אחת, או מערכת ערכים אחת שהיא נכונה ושניתן להוכיח אותה ושרק מי שדבק בה עושה את הדבר הנכון והוא החופשי**. הניסיון האנושי מלמד שכל התאוריות הגדולות הקשורות לניסיון להוכיח תמונת עולם אחת, שמימנה נגזר אורח חיים נכון אחד, כשלו. אין לנו דרך, אלא **להיות מוכנים לקבל ריבוי (לא אינסופי) של תמונות עולם, של דרכי חיים**, של תפיסות טוב, והמסגרת צריכה להיות כזו שתאפשר לתמונות עולם שונות ולדרכי חיים שונות לחיות זו לצד זו. הכרה בריבוי של תמונות עולם ותפיסות ערכיות – **ריבוי ערכי.** חברה יותר טובה היא חברה מאפשרת ליותר אופציות, ליותר תפיסות עולם ודרכי חיים לחיות זו לצד זו.

**מושג החופש שעליו המערכת צריכה להיות מושתת הוא מושג החירות השלילית – אני לא מתערב בתפיסת הטוב של האדם, משאירים לאדם להחליט מהי תפיסת הטוב שלו, בשילוב תמונת העולם שלו – זו המסגרת.** המערכת הפוליטי והמשפטית צריכות לאפשר זאת. התפקיד של מערכת הפוליטית והמשפטית היא **ליצור מסגרת שתאפשר לכל תפיסות הטוב הללו לחיות זו לצד זו.** אנו מניחים שיש הרבה מאוד תכליות, תפיסות עולם רבות – ריבוי ערכי. **אין לנו דרך להכריע ביניהן, ועל כן יש לאפשר לכולן לבוא לידי ביטוי, להשתית את המבנה הפוליטי והמשפטי על מושג החירות השלילי.**

* לא כל פגיעה במשהו שאני לא יכול לעשות היא פגיעה בחירות. **לא כל הגבלה על הנוחות היא הגבלה על חירות**. הגבלה של חירות – לא סתם מצב בו לא נותנים לי לעשות משהו. **הגבלה על חירות היא הגבלה על משהו שנתפס כחיוני ומהותי לחיים, למימוש, להווייתי כאדם**. לא כל הגבלה היא הגבלה על הדברים המהותיים לנו.