בס"ד

**14.3.12-שיעור 1.**

**תורת המשפט**

**חובת הציות לחוק.**

האם מה שנקבע בחוק מחייב אותנו מעצם היותו קבוע בחוק?

**החוקים מחולקים לשניים:**

חוקים מוסריים. למשל: לא תרצח. יש חוקים שמגדירים מה מותר ומה אסור ללא קשר למוסר.

חוקים לא מוסריים. למשל: מעבר באדום. נקבע עפ"י רצון המחוקק.

**דעותיהם של ההוגים מתחלקים לשניים:**

1. **חובה מוחלטת.** נוקטים בגישה זו טוענים כי יש חובה לציית לחוק תמיד, בכל מצב ובכל רגע. סבורים שהרציונל של הציות לחוק גובר על כל דבר אחר כי הוא ערך כל כך מרכזי וחשוב.
2. **חובה לכאורה.** יש חובה עד שמגיע משהו אחר שיגבר על הציות לחוק. למשל: חובה מוסרית.

**ההוגים השונים ניסו למצוא הצדקות לציות לחוק:**

הצדקה זו עלתה אצל אפלטון בדיאלוג שלו שנקרא קריטון. סוקרטס הוצא להורג וקריטון מדבר לפני הוצאתו לגרדום. סוקרטס מסביר לקריטון מדוע ישנה חובה לציית לחוק. חובה זו היא תמידית.

**סוקרטס בדיאלוג נותן מס' הצדקות ללמה יש לציית לחוק:**

1. **אסירות תודה למדינה.** החוקים שיצר השלטון והממשלה מועילים לאדם. האדם צריך להיות אסיר תודה למדינה ולכן עליו לציית לחוקים. בזכות החוקים יש לנו תנאי מחיה, אוכל וכו' ולכן עלינו לציית לחוק. להצדקה זו ברבות השנים הייתה ביקורת כפולה:
2. לא ברור שהמדינה קבעה את החוקים האלה בשביל להטיב עם האזרחים. אולי הוא עשה זאת בגלל מניפולציות, אינטרסים וכו'.
3. נניח שהמחוקק ניסה לעשות לנו טובה ואנו חייבים להכיר לו תודה, מי אמר שאסירות התודה מתבטאת באמצעות הציות לחוק. אולי נציית רק לחלק מהחוקים ועוד.
4. **טיעון מכוח ההסכמה.** כל מי שיושב במדינה מסוימת מעצם ישיבתו במדינה הוא מקבל על עצמו את חוקי המדינה. כולנו תושבי המדינה והעובדה שאנו יושבים פה אומרת שאנו מקבלים את החוקים. ניתן להבין זאת בכמה מובנים:
5. **הסכמה מכללא.** העובדה שאנו לא עוזבים את הארץ וממשיכים לשבת בה מעידה על קבלת החוקים.
6. **הסכמה בשתיקה.** העובדה שאנו לא יוצאים נגד החוקים ומתנגדים להם אומרת שאנו מקבלים אותם.
7. **הסכמה קונסטרוקטיבית/מעין הסכמה.** במובן המוסרי. ראוי לראות בהתנהגות של ישיבה בארץ כהסכמה לחוקים.

**גם כלפי הצדקה זו ישנה ביקורת:**

**הסכמה מכללא:** העבודה שאנו לא יוצאים מהארץ משמעותה שאנו מסכימים לחוקים. אי היציאה מהארץ לא מעידה על קבלת החוקים יכול להיות שזה נובע מסיבות אחרות: קשיי שפה, קשיים כלכליים,

**הסכמה שבשתיקה:** אנו צועקים לפעמים. בנוסף, זה שאנו לא צועקים זה לא אומר שאנחנו לא מסכימים.

**הסכמה קונסטרוקטיבית:** הסבר זה כללי מידי, הוא דורש הנמקה והצדקה.

1. **טיעון תועלתני/תוצאתני.** מסתכל על התוצאה. בסופו של דבר אם נסתכל על מערכת החוק, החוק והמשפט מאוד חיוני לחברה. ללא ציות לחוק הייתה פה אנרכיה. הצדקה זו אומרת שברגע שלא מצייתים לחוק תהיה פה אנרכיה ולכן יש חשיבות גדולה לציות לחוק. החוק מבטיח חיי חברה סדירים. יש להבחין בין שני סוגים של חוקים: **1. מוסריים.** רצח, גניבה, תקיפה וכו ביחס אליהם ברור שהתוצאה שחוקים אלה מביאים היא תוצאה רצויה ולכן התוצאה ביחס אליהם היא טובה ורצויה. **2. חוקים לא מכוח המוסר.** יש כאלה שיאמרו שאין מדובר במוסר. לא כל חוק הוא בהכרח מוסרי.

**החוק כמכשיר חברתי מחייב אותנו לציית לכל חוק.**

**ביקורת: אדם סמית.** הוא פילוסוף וכלכלן. בן המאה ה 17. הוא מבקר את ההצדקה שמסתכלת על התוצאה. הוא אומר שיש חוקים מוסריים ולהם אין לו בעיה לציית. אנשים ירצו לציית להם כי הם מוסריים. לגבי חוקים לא מוסריים- אם חלק מהחברה לא תציית להם לא יקרה נזק גדול. אנשים בחברה יכולים לעשות את ההפרדה הזו. החוק כמכשיר חברתי לא ייפול אם לחלק מהחוקים לא יצייתו. אדם סמית אומר שלא תהיה אנרכיה. זה לא נורא אם לא יצייתו לחלק מהחוקים הלא מוסריים.

**תגובה לביקורת של אדם סמית. חיים גנז:** הטענה של אדם סמית לא נכונה משתי סיבות:

1. הנוהג של ציות לחוק. באופן עקרוני צריך שיהיה נוהג לחברה לציית לחוק. יש עניין שכולם יצייתו לחוק. מביא דוג' יש דשא שכתוב שאסור לכתוב עליו, אם חלק ידרכו על הדשא וחלק לא, אין סיבה להמשיך לקיים את החוק כי הדשא הרוס ממילא. ברגע שחלק מהאנשים לא מצייתים לחוק אין עניין לציית לו. הוא לא עושה את ההפרדה בין מוסרי או לא. הוא אומר שצריך להסתכל על החוק כמכלול אחד.
2. מבחינה מוסרית זה לא ראוי שחלק יישאו בנטל של ציות לחוק וחלק לא. יש פה פגם בחברה.
3. **הגינות. הארט.** פילוסוף של המשפט, פרופ' באוקספורד. כאשר בני האדם פועלים במשותף כדי להפיק תועלת או הנאה כלשהי ולשם הפקת התועלת נדרש לשאת בנטל מסוים מן הראוי שכולם יישאו בנטל. זה לא הוגן אם בני האדם מפיקים תועלת ונושאים בנטל בשביל התועלת הזו אחרים ייהנו ממנה מבלי לשאת בנטל. הצדקה זו מבוססת על רעיון של שותפות ולא על הסכמה מפורשת או מכללא של בני האדם אלא מכוח של שותפות. הדוג' יש בית משותף הדיירים מחליטים לעשות גינה שעולה המון כסף, כל אחד צריך לשלם עשרת אלפים ₪ ויש שוכר אחר סרבן וטפיל שלא רוצה לשלם. לאחר מכן רואים שהוא נהנה מהגינה- משחק שם עם הילדים וכו. למרות שהוא לא נשא בנטל. החוק מייצר תועלת והנאה לאזרחים, את הסדר הציבורי ולכן כולם חייבים לשאת בנטל ולציית לחוק.

**גם כלפי הצדקה זו יש ביקורת:**

זה נכון ויפה בבית משותף- שם יש קבוצת אנשים המחליטים בינם לבין עצמם לעשות משהו. אם אותו שכן לא היה נהנה מהגינה לא היינו כ"כ כועסים על אותו שכן. הוא לא אדם לא הגון. אך ביחס למדינה זה לא אפשרי אין לנו בחירה אלא כופים עלינו את החוק. דוג' נגדית- אם אותם דיירים היו מחליטים לשים שיש מקורי על חדר המדרגות, לא הייתה לו ברירה הוא היה חייב ללכת על המדרגות.

**תגובה:** גנז: 1. רוב בני האדם כן מעוניינים בתועלת של החוק ולכן אפשר להניח כלפי רוב בני האדם בחברה שטיעון ההגינות תופס כי רוב בני האדם רוצים את החוק. 2. סדר ציבורי הוא הכרח מוסרי ולכן מוסרית בני האדם צריכים לרצות את החוק ולכן ראוי שהם יצייתו לו ושהנטל ייפול על כולם באופן שווה.

גנז משכלל את טיעון ההגינות עם הטיעון התוצאתני, כן חשוב שתהיה לו תוצאה.

סמית: אומר שטיעון ההגינות נכון כלפי קבוצה קטנה אבל קשה להחיל את התאוריה הזו כלפי מדינה שונה כי הצדקה זו מבוססת על שותפות. הוא יכול לראות את זה בקבוצה מסוימת שרוצה גינה, קיבוץ וכו אבל המדינה בכללותה כן בנויה באופן כזה שיש תמיד כאלה שמסכימים לחוקים ומקיימים אותם וכאלה שלא. בחברה גדולה אם אחד לא יציית לחוק זה לא כזה נורא, ההיפך מקבוצה קטנה שבה אי ציות לחוק יכול להיות בעייתי. לדעתו אין חובה לציית לחוק רק בגלל שהוא חוק. הוא יציית לחוק רק כאשר יש איזה סיבה מוסרית וכו.

גנז- אין חובה מוחלטת. ניתן להצדיק את הציות לחוק. הוא מסתכל על התוצאה וההגינות.

מקרים בהם לא מצייתים לחוק והאם יש לכך הצדקה?

יש שלושה סוגים של אי ציות לחוק ע"י אנשים או גורמים.

1. מרד, מרי מהפכני. מפרים את החוק ממניעים פוליטיים מובהקים ותכלית המרד הוא לשנות את המשטר בכללותו. למשל: האביב הערבי.
2. מרי אזרחי, אי ציות אזרחי. במקרה זה, מפרים חוק ממניעים פוליטיים אבל המטרה היא לא לשנות את המשטר בכללותו אלא מדיניות מסוימת או חוק מסוים שלא מקובל עלינו. מי שמבצע את המרי האזרחי הוא כן נאמן באופן עקרוני לשמשטר ולחוק אבל יש נק' שהוא רוצה לשנות.
3. סרבנות מצפון. אין מניעים או שאיפות פוליטיות. הוא לא מציית לחוק כדי לא לפגוע במצפון או במוסר שלו.

**האם לקבוצה או אדם יש את הזכות להפר את החוק ואם כן האם יש לזה גבולות?**

**מרי אזרחי:** מדיניות של המדינה שרוצה לבצע התנתקות. קם ארגון שקורא לאזרחים לא לשלם מיסים ולהתייצב למילואים כדי למנוע את ההתנתקות. זה המרי האזרחי הקלאסי.

**רולס:** פילוסוף אמריקאי, פרופ' בהרווארד. עסק בפילוסופיה של המוסר. יש לו ספר מפורסם שנקרא "תאוריה של צדק". הוא אומר שראוי להכיר בזכות של אי ציות אזרחי. מבחינה היסטורית אי ציות אזרחי הביא באמריקה במהלך ההיסטוריה שלה לכל מיני שינויים חשובים: עבדות, שוויון. במבחן התוצאה אי הציות האזרחי הביא במהלך ההיסטוריה לתוצאות טובות לחברה. ההצדקה: הרחבה של חופש הביטוי. קובע כללים מתי מותר לא לציית לחוק, כי מדובר במעשה שסותר את החוק. התאוריה שלו- אי ציות לחוק מסוים תהיה מוצדקת כאשר מדובר בפעולה שתכליתה להביא לידיעת הציבור שיש מדיניות שלא עולה בקנה אחד עם עקרונות העל, החוקה או המקובלים על החברה וכאשר לא ניתן בשום דרך אחרת להביא לשינוי הזה. אין מנוס אלא לבחור באי ציות אזרחי. למעשה הוא אומר שמעשה של הפרת החוק נעשה תוך נאמנות לחוק. יש את עקרונות העל של החוק וכדי לשמור על זה ניתן לא לציית לחוקים קטנים.

הקריטריונים שרולס מציב:

1. מעשה פומבי ולא במחתרת.
2. מעשה בלתי אלים. שתי סיבות: להבטיח שהפעולה של אי ציות לא תפגע במישהו וכדי להראות שהפעולה לא מאיימת על הציבור.
3. מצפוני. אמור לעלות בקנה אחד עם העקרונות הפוליטיים המקובלים. הוא לא מקבל עקרונות פרטיים שלא מקובלים על הרוב: פציפיזם, צמחונות ודת. הוא מדבר על עקרונות כלליים המקובלים על כל החברה.
4. מנוגד לחוק.
5. נעשה מתוך כוונה לחולל שינוי במדיניות, חוק או סדרת חוקים של הממשלה.

יישום על דוג' ההתנתקות מדובר על מעשה פומבי, לא אלים. מבחינה מצפונית, לכל אחד יש מצפון אחר. יש לשאול למה הם עשו זאת, אם זה מטעמים משיחיים ודתיים רולס לא יקבל זאת. אבל אם הם יטענו שכל שיטתם מבוססת על זכות הקניין- ולכן הטענה שלהם היא מוצדקת ומקובלת על כל החברה. הפעולה שלהם- לא לשלם מיסים ולא לשרת במילואים זה עבירת המרדה.

רולס מוסיף עוד כמה קריטריונים, לאחר שבוחנים את הקבוצה הזו ניתן לעבור לקבוצה נוספת:

1. ננקטו כל הפעולות הפוליטיות המקובלות. ניסינו להפגין ולא הצלחנו, לשנות את החוק ולא הצלחנו. רק כאשר כלו כל הקיצין נפנה לאי ציות אזרחי.
2. לא על כל דבר הוא רוצה שאנשים יביאו לאי ציות אזרחי, אלא רק על הפרות בוטות של עקרונות הצדק. מעשים שנעשים מחוץ או בניגוד לעקרונות העל של החברה.
3. יש להגביל את האי ציות רק למקרים שבהם זה שמפר את החוק יסכים שבמקרה דומה אנשים אחרים יהיו יכולים גם לנקוט במדיניות דומה. יש לאפשר גם למי שנפגע לבצע מרי אזרחי.
4. יש להפעיל שק"ד האם זה המקרה שבו אנו רוצים להפעיל מרי אזרחי.

בדוג' שלנו טיעון הקניין היה מפיל את הטענה, ההסכמה בנוגע למצב שבו כולם נפגעים.

רז: פרופ' למשפטים

מסכים למרי אזרחי בשיקול מהותי. במדינה ליברלית ודמוקרטית אין ולא ראוי שיהיה זכות למרי אזרחי. במדינה דמוקרטית יש דרכים שונות למחאה. במדינה דמוקרטית או ליברלית יש זכות לשותפות פוליטית ולכן יש לנו אמצעים בהם אנו יכולים להתנגד לחוק או למדיניות אותה אנו לא רוצים. אולם, במדינה דיקטטורית בה אין לנו כלים אחרים לשנות חוק אנו יכולים לא לציית לו. יחד עם זאת הוא עושה חילוק ואומר שבמדינה ליברלית אין זכות למרי אזרחי כי יש לנו זכות פוליטית הגוברת על זכות למרי אזרחי. זכות פוליטית- פנייה לביהמ"ש, מחאה. אבל הוא אומר שיש מקרים בהם תהיה הצדקה לאי ציות אזרחי. המבחן שלו הוא מהותי. הוא אומר שאין זכות במדינה דמוקרטית כי יש לנו את הכלים הפוליטיים אך יש מקרים שבהם המדינה תבצע איזה חוק פסול. גם במקרה כזה לא תהיה למדינה/אזרחים לקיים זכות אך תהיה להם הצדקה למרי אזרחי.

יש להבחין בין זכות להצדקה. השאלה אם באים מכוח זכות קיימת או מכוח משהו מוסרי יותר. אם באים מכוח זכות אז אנחנו כפופים לכל מיני נורמות.

במקרה בו החוק לא מוסרי או מדיניות לא מוסרית והשתמשנו בכל האמצעים האפשריים פה תהיה הצדקה מוסרית להתנגד לחוק. רז מסתכל מבחינה מהותית ולכן הקריטריונים של רולס לא מעניינים אותו. אם יש הצדקה, ניתן לעשות מעשה אלים. לשיטתו אין צורך בקריטריונים של רולס. העניין הוא הצדקה.

שלמה אבינרי: פרופ' למדעי המדינה. במדינה דמוקרטית לעולם לא ניתן להצדיק אי ציות אזרחי. ברגע שנאפשר אי ציות אזרחי תהיה אנרכיה.

אבינרי- אף פעם אסור. למדינה דמוקרטית יש את חוקי המשחק שלה. פריצה שלהם תוביל לאנרכיה.

רז- במקרה של הצדקה- כאשר יש חוק או מדיניות לא מוסרי.

סרבנות מצפון

אדם שלא עושה מעשה מסוים בגלל שהמצפון שלו לא מאפשר לו לעשות אותו. בדוג' של ההתנתקות זה לא סרבנות מצפון כי הם לא אמרו שהם לא יכולים לעשות זאת. הם לא נקטו בסיבה מצפונית, דתית. הם רק אמרו שהם מתנגדים לזה.

למשל, אנשים שאומרים שהם מסרבים לכיבוש ולכן לא רוצים לשרת בשטחים זה אולי ייתפס כסרבנות מצפון.

מדובר פה על הזכות לכבד את המצפון האינדיבידואלי הסובייקטיבי של אותו אדם. אנו רוצים להכיר בזה בצורה מוסרית ומשפטית יחד. הזכות הזו מבוססת על כבוד האדם והזכות לחופש מצפון.

מבחינה מוסרית ראוי לכבד את המצפון והמוסר של אדם ולכן נכבד זאת גם מבחינה משפטית.

חברה שמכבדת זכויות אדם באופן כללי ראוי שתכבד זכויות של אדם לפעול במסגרת מצפונו.

מה נכלל בגדר מצפון? המלומדים נחלקו.

מייקל וולצר: מצפון ראוי להכיר בערכים מצפוניים רק כאשר מדובר בערכים המשותפים לכל המדינה. אנו נכבד סרבן מצפון כאשר החברה מכירה בערך המצפוני שלשמו הוא פועל.

רולס: אין להתנות ערכים משותפים בהכרה בסרבנות מצפון. יכול להיות גם עיקרון אינדיבידואלי של פרט מסוים שבו נאפשר סרבנות מצפון. הסיבה היא לא לפגוע באדם עצמו- כבוד האדם וכו'

**האם להכיר בזכותו של גזען?**

וולצר- יגיד שלא. כי לא מדובר בערך חברתי משותף. החברה מתנגדת לגזענות.

רולס- יכיר בכך אם הגזענות נובעת מהמצפון שלו.

אנשי מילואים מסרבים לשרת בשטחים כי הם אומרים שהשירות בשטחים הוא שירות של משטר כיבוש, נוגד את הערכים לפיהם הם גדלו ועוצבו. יש לבדוק האם הסיבה היא כי זה נוגד את צו מצפונם או בגלל שהם רוצים להביא לשינוי במדיניות.

האם יכולה להיות פעולה מתוך מניע מעורב- סרבנות מצפון ומרי אזרחי יחד.

רז: במקרה שלנו אותם אנשים זה נוגד את צו מצפונם. בד בבד הם מנסים להביא לשינוי במדיניות ולכן הם קוראים לכולם לא לשרת בשטחים. מאפשר זאת.

שגיא ושפירא: מתנגדים לרז. הם אומרים שכל פעולה היא פעולה נפרדת לחלוטין עם מניע שונה ומטרה שונה. אדם מבצע אי ציות אזרחי כדי להמריד לפעול בניגוד לחוק לעומתו סרבן המצפון לא מעוניין בהפרדה אלא רק בהצלת עורו.

האם יכולה להיות סרבנות סלקטיבית?

סלקטיבית- תת נושא. רק בשטחים

במקרה שלנו הסרבנים לא באים מתוך מניעים פציפיסטיים אלא הם לא יכולים ל

רז: סרבנות יכולה להיות כללית או סלקטיבית.

**פסיקת העליון:** פס"ד זונשטיין- אין להכיר בסרבנות סלקטיבית. טעמים: מעשה סלקטיבי מעורר שאלה של פרשנות האם מדובר בסרבן מצפון או סרבן פוליטי (מעוניין לעשות מרד פוליטי).

מעשה סלקטיבי מסכן את המסגרת הצבאית והשלטונית. ביהמ"ש אומר שאין כמות גדולה של פציפיסטיים בארץ . משטר יכול להתמודד עם כמות מסוימת של פציפיסטיים. לעומת זאת, אם נכיר בסרבנות סלקטיבית יהיה פה סכנה אמיתית למסגרת הצבאית והשלטונית כי אז תהיה סכנה למשטר ולמסגרת.

פציפיזם אמיתי- זה כללי.

ביהמ"ש אומר ששר הביטחון מתוקף תפקידו קובע שלא ניתן לאשר סרבנות סלקטיבית. בנוסף, רוב המדינות הדמוקרטיות בעולם לא הכירו בסרבנות סלקטיבית.

**21.3.12- שיעור 2.**

בחנים- 14%. בחינה- 86%. במהלך הקורס עלינו לענות על 7 בחנים. כל בוחן 2 נק'. יהיו 9 בחנים.

התנהלות הבוחן: בהודעה מראש. הבחנים הם על חומר הקריאה. בכל שיעור יהיה בוחן. אין חובת נוכחות.

הבוחן לגבי השיעור הבא: נעסוק במשפט טבע. פס"ד ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית. פס"ד פלוני נ' פלונית. שני קטעים מתוך חיבוריו של אריסטו מופיעים בקובץ המקורות מס' 2 ו 3. שני פרקים מתוך האתיקה הניקומחית. ספר ה' פרקים ז-י. אריסטו מתוך ספר הפוליטיקה.

תורת המשפט, Jurisprudence.

לעתים מכנים אותו הפילוסופיה של המשפט או תאוריה משפטית legal theory.

**במה עוסק התחום הזה?**

תורת המשפט והפילוסופיה של המשפט לא זהים לחלוטין. תורת המשפט עוסקת במושגי המשפט הבסיסיים ביותר והם רלוונטיים לכל אחד מענפי המשפט.

ישנם מושגי יסוד הספציפיים לכל ענף משפטי. תורת המשפט עוסקת במערכת המשפט הבסיסית ביותר שמכסה כל ענף במשפט.

כאן אנו יכולים להידרש למערך שלם של מושגים: חובה, זכות, כלל משפטי, צדק וכו'. ננסה לברר את מובן המושגים האלה, את היחסים ביניהם ואת אופן השימוש בהם בענפי המשפט השונים.

טיבה של הדיסציפלינה שנקראת הפילוסופיה של המשפט, אופי הדיון הוא לא יהיה אופי משפטי אלא הוא יישא אופי אחר, פילוסופי, אנליטי שבו נרגיש שזה סוג אחר של דיון.

**מהם השאלות המרכזיות שמעניינות אנשים שעוסקים בפילוסופיה של המשפט?**

אולי השאלה המרכזית ביותר היא השאלה **מהו החוק**? שאלה זו יכולה להתפרש בכמה אופנים, יש לה כמה מובנים.

שאלה אחרת מה היחס בין החוק לבין מה שאנו מכנים המוסר, באיזה מידה יש קשר או אין קשר בין החוק לבין מה שאנו תופסים כראוי ונכון מבחינה מוסרית? האם הם זהים, האם יש קשר, האם יש הבדל? לרוב אנו מדברים על חובה מוסרית או זכות מוסרית. אלו מושגים שאנו משתמשים בהם בהקשר של השיח המשפטי והמוסרי יחד. האם המושג חובה בשני ההקשרים האלה הוא זהה? אולי מדברים על שני דברים שונים. זה לא מקרי שיש קשר ביניהם אך איך אנו מבחינים בין שני התחומים?

**מטרות החוק.** מערכת המשפט הוא סוג של מוסד חברתי. החברה מייצרת איזה דפוס מסוים שנקרא החוק, מערכת המשפט. השאלה היא איזה מטרות מערכת המשפט הזו נועדה למלא או להשיג. את השאלה הזו ניתן להציג באופן אחר כאשר אנו שואלים איזה מטרות אנו רוצים להשיג באמצעות מערכת המשפט והחוק כאשר אנו שואלים האם יש עניינים שהחוק לא נוגע אליהם, שהם לא חלק ממטרות החוק. האם זה לא מאפיין את מערכת המשפט באופן כללי או שזה לא חלק ממטרות החוק כי לא ראוי שהחוק יעסוק בשאלות אלה. בחינה מה מטרות החוק ומהן גבולותיו.

**שאלות שנוגעות לשפיטה.** שפיטה היא סוג של פעולה השייכת לכל אחד מענפי המשפט. אנו מקימים מוסד של שופטים שאמורים לחרוץ דין ולפרש את החוק. חריצת הדין ופרשנות החוק זה לא בהכרח אותה פעולה. התופעה של הצורך בחריצת דין במצב של סכסוכים שיכולה להיות בין הרשות לפרטים, בין הרשויות עצמם וכו. תופעת השפיטה מעוררת סדרה של שאלות מעשיות ותיאורטיות. למשל, האם פרשנות משפטית יש לה משהו מיוחד בהשוואה לפרשנות בכל תחום אחר? אנו תופסים אקט של חריצת דין כאקט של פרשנות אך לא תמיד זה כך. השאלה היא האם יש משהו שמייחד את הפרשנות המשפטית שצריכה להיעשות באופן מסוים? בהקשר הזה עולה שאלה מרכזית בכל אחד מענפי המשפט והיא מושג התקדים המשפטי. כמעט כל מערכת משפט אימצה לעצמה את מושג התקדים- פרשנות שניתנה ע"י ביהמ"ש יש לה כוח מחייב כלפי ערכאות נמוכות יותר או אפילו אותה ערכאה עצמה. מושג התקדים מאפיין כל מערכת משפט בצורה זו או אחרת. הרבה פעמים שאלת התקדים מעוררת שאלות טכניות- איך מזהים את התקדים וכו'? השאלות של האופן בו מתנהלות הפסיקה וכו' מעוררת מערך שלם של שאלות תיאורטיות.

**מושגים משפטיים.** דיברנו על מושג החובה המשפטית, מושג הזכות, אישיות משפטית, סיבתיות, חזקה, כוונה, רציה. שאלות אלו מאפיינות כמעט כל ענף במשפט.

**תאוריות של ענישה והטלת סנקציות.** זה אמנם תחום של משפט פלילי אך זה נידון הרבה פעמים בתחום של תורת המשפט. השאלה היא מה הרציונלים של ענישה, למה אנו מענישים וכו.

**מושגים שקשורים במישרין למשפט אך גם לתחומים אחרים:**

**מושג הצדק.** כל אחד חושב שתפקידו של המשפט הוא לעשות צדק. מושג הצדק, שהוא מושג מפתח במשפט, מעורר לא מעט שאלות תיאורטיות ומעשיות כאחת.

**מושג החירות.** למשפט יש מערכת יחסים מאוד ארוכה וסבוכה עם מושג החירות. המשפט מגביל חירות מצד אחד ומצד שני ניתן לראותו כמגן על החירות.

**מהו החוק?**

שאלה זו נראית קצת עמומה. את השאלה הזו ניתן להבין בדרכים שונות. **אחד המובנים היא השאלה מה ההבדל בין המוסד החברתי שאנו מכנים אותו חוק לבין מוסדות חברתיים אחרים שניתן לומר שהם דמויי חוק אך אנו לא חושבים בד"כ שהם חלק מהחוק. למשל- התחום של המוסר, הדת.** כאשר אנו מדברים על מוסד חברתי הוא בד"כ סוג של דפוס פעולה או דפוסי התנהגות שרווחים בחברה, שהחברה בד"כ מאמצת אותם. הרבה מאוד קבוצות מאמצים לעצמם דפוסי פעולה. מוסדות חברתיים- דפוסי התנהגות כאשר מתקיימים תנאים מסוימים או בזמנים מסוימים. למשל: מוסד השבת. דפוס התנהגות שמאחוריו אולי עומדת אידיאולוגיה או תפיסת עולם אבל אם אנו מניחים את הרעיון הזה לרגע יש לו מימושים באופן של דפוסי התנהגות קבועים. זה דפוסים שמאפיינים קהילות מסוימות. במובן הזה גם מוסד החוק הוא סוג של מוסד שמתאר איך בני אדם בחברה נתונה מנהלים את חייהם לפי דפוסי פעולה מסוימים. ניתן לתאר מוסדות ספציפיים בתוך החוק אך כאשר אנו מסתכלים על החוק אנו מתארים מערך שלם של התנהגות. כך סוציולוגים מסתכלים על זה. במובן זה, כל הדברים הללו הם מוסדות חברתיים.

המוסד לביטוח לאומי: לא מתכוונים לבניין אלא למוסד חברתי. מוסד שבעצם מאגד בתוכו דפוסי פעולה שיש להם תכלית מסוימת. לבצע מערכת של פעולות די מורכבת שתפקידה לדאוג לרווחה חברתית באופן כללי דרך מערך פעולות. גביית כספים מאלה שיש להם כסף והענקה למי שאין לו. זה מוסד מורכב שהתפקיד שלו הוא לבצע חלוקת רכוש. המוסד הזה בנוי ממערך די גדול של כללים מפורטים מאוד- איך לוקחים, ממי לוקחים וכו'.

מוסר זה הוא בראש ובראשונה מוסד חברתי.

החוק הוא סוג של דפוסי פעולה שרווחים בקרב החברה.

גם המוסר הוא סוג של מוסר חברתי, בכל חברה יש קודים מוסריים מסוימים שרווחים בקרב החברה ויוצרים דפוסי פעולה מסוימים. יכולה להיות חפיפה מסוימת בין המוסר החברתי לחוק. ברור שיש אנשים שמפרים קוד התנהגות מוסרי כמו שיש כאלו שמפרים קוד התנהגות משפטי. באופן כללי, כדי לומר שיש בחברה מסוימת קוד מוסרי יש דפוסי התנהגות שאנו מכנים אותם כמוסר חברתי נוהג ויש כאלה שאנו רואים אותם כחלק מהחוק.

אם אנו מתסכלים על המוסד שקרוי חוק והמוסד שקרוי משפט השאלה שמעניינת אותנו היא האם אנו יכולים לקבוע קריטריונים שיבדילו בין השניים. מה הופך את החוק לחוק במובדל ממה שנתפס כמחייב מנק' מבט מוסרית?

להבחנה הזו יש חשיבות תיאורטית למה הכוונה כאשר אנו אומרים את המונח משפט אבל להבחנה יש גם משמעות מעשית כאשר אנו רוצים לדעת מה המשפט או מה המוסר אומר?

האם ניתן לעשות הבחנה בין דיון משפטי לדין מוסרי שמתנהל באותה חברה? לכאורה מהרבה בחינות זה אותו דבר.

ניתן לפרק את השאלה מהו החוק לכמה מרכיבים: למשל, מה הקשר בין מוסד החוק למוסדות אחרים שהם דמויי חוק? מובן אחר של השאלה מהו החוק: המושג חוק, המילה הזאת אנו משתמשים בה בכל מיני הקשרים- חוק מוסרי, משפטי, חוקי טבע.

במושג חוק משפטי וחוק מוסרי יחד אנו משתמשים באותו מונח. השאלה היא האם יש הבדל בין חוק בהקשר של חוקי מוסר ומשפט ובין חוק בהקשר של חוקי טבע. מה הבדל בין חוק בהקשר של חוקי טבע לעומת חוק במובן של מוסר ומשפט?

מוסר הוא אובייקטיבי למרות שחושבים שהוא סובייקטיבי. אנו מתווכחים משום שאנו לא מקבלים את העמדה השונה. אנו חושבים שיש אמת אחת.

כשאנחנו מנסים לספק הסבר או הבחנה בין חוקי מוסר ומשפט לחוקי טבע אז אנו מחפשים הבחנה שלא תהיה תלוית תאוריית מסוימת. רוב בני האדם חושבים בצורה כזו- במונחים אובייקטיביים רציונליים על המוסר. גם אם נקבל את התאוריה הרציונלית שגורסת שהמוסר הוא נכון תמיד מהבחינה הזו אין הבדל ביניהם. כאשר אנו שואלים את השאלה מה ההבדל בין חוק במובן המוסרי והמשפטי לחוק במובן הטבע אנו מצפים לקבל תשובה שתהיה נכונה בנוגע למכלול התאוריות ולא בתאוריה ספציפית. ההבחנה הייתה שתחת כל תאוריה חוקי המוסר והמשפט אף פעם לא נועדו לתאר התנהגות של בני אדם אלא הם חוקים מצווים, הם לא אומרים לך איך גופים מסוימים מתנהגים באופן סביר אלא איך צריכים לתאר. חוקי טבע מתארים כיצד אנשים מתנהגים, דסקריפטיביים. כאשר אנו אומרים שבישראל יש חוק מסוים אנו לא טוענים שכך בני אדם בהכרח מתנהגים. החוק מתיימר לומר איך ראוי להתנהג תמיד. ההבדל בין חוקי מוסר ומשפט לחוקי טבע?

חוקי טבע הם חוקים מתארים. דסקריפטיביים. חוקי מוסר ומשפט הם חוקים מצווים (פרספקטיביים).

בשני החוקים אנו אומרים שכך יש לקרות תמיד. בחוקי הטבע במצב מסוים יהיה גשם.

כל חוקי הטבע מתארים מצבים מסוימים לעומת זאת חוקי מוסר או משפט במהותם הם לא מתארים איך אנשים מתנהגים אלא הם מצווים על אנשים איך להתנהג. משותף להם המושג של ההכללה. כך תמיד יקרה. היכולת שלנו להעריך אם החוק נכון או לא שונה בטבע לעומת המשפט. השיקולים שיגרמו לנו לנסח מחדש את חוקי הטבע תלויים בשאלה האם החוקים האלה מתארים נכונה. אם חוקי מוסר לא מצליחים לתאר איך אנשים מתנהגים בזה הם לא הופכים להיות פסולים כי חוקים אלה הם לא מתארים אלה מצווים. לחוקים מצווים לא בהכרח מצייתים, ניתן להפר אותם. יכול להיות שיש לנו שיקולים להפסיק לאמץ את החוק. הציווי או חוסר הציווי לחוקים לרוב זה לא פונקציה של השאלה אם זה מתאר נכונה את הצורה בה בני אדם פועלים. מבחינה לוגית חוקי טבע תמיד מתארים וחוקי מוסר תמיד מצווים.

ההבחנה בין חוק מוסרי ומשפטי לחוקי הטבע נכונה לכל תאוריה.

**ההבדל בין מוסר למשפט.**

הרבה פעמים כאשר אנו מדברים על משפט ומוסר הדמיון ביניהם נובע מהעבודה שגם המוסר וגם המשפט אומרים לנו מה לעשות. יש דמיון יותר חזק ביניהם משום שיש עוד גורמים שאומרים לנו מה לעשות אבל הם לא בהכרח גורמים להערכה. יש לנו את המוסר והמשפט שממפסקים לנו הוראות פעולה הדמיון ביניהם הוא שלא זו בלבד שהם מספקים לנו הוראות פעולה אלא שהוראות פעולה אלו יוצרים כלפינו חובות.

נניח שאנו הולכים למוסכניק שלנו והוא אומר לנו שאנו צריכים להכניס את האוטו למוסך אחת ל 5 פעמים והוא נותן לנו הוראות פעולה. יש מערך שלם של גורמים שנותנים לנו הוראות פעולה.

אנחנו בד"כ נוטים לעשות הבחנה בין גורמים שאומרים לנו מה לעשות במונחים שהם מייעצים לנו לבין גורמים שאומרים לנו מה לעשות במונחים שמצווים עלינו. כל הדוגמאות שנתנו קודם הם הוראות פיקחות- אם אתה רוצה לשמור על האוטו שלך תעשה כך וכך. אבל אף אחד מהגורמים האלה שאומרים לנו מה לעשות לא יוצר כלפינו חובה. הגורמים האלה יוצרים קווי פעולה מסוימים אך הם לא מחייבים אותנו. מה שמאפיין את המוסר והמשפט זה שהם יוצרים חובות. הם מנסחים את כללי ההתנהגות במונחים שאתה חייב.

**אנו עושים הבחנה בין כללי פיקחות לבין כללים שהם חובות.** ההבחנה הזו היא חשובה משום שברגע שאנו מקבלים אותה אנו עושים הבחנה בין כללים תועלתניים לבין כללים שאנו תופסים אותם כמחייבים.

מבחינה מושגית כאשר אנו מדברים על חובות אנו מדברים על ציווים שהם בלתי מותנים, הם לא תלווים בתוצאה. אנו יכולים להפר חובות בגלל כל מיני חובות זה לא משנה את העובדה שהן נתפסות בעינינו כחובות. יש הבחנה בין כללים שהם חובות לכללים שהם לא חובות.

גורמים שיוצרים חובות: מערכת המשפט, מערכת המוסר ומערכת הדת. מבחינה מושגית אנו נמצאים תמיד תחת החובה בין אם אנו מצייתים לו או לא. לא הרבה גורמים יכולים להטיל עלינו חובות. אנו תופסים משהו כחובה כאשר מדובר על המשפט, המוסר והדת.

השפה שבה משפט או מוסר ודת משתמשים בהם זה תמיד הטלת חובות. הם לא מסתפקים בדיבור של אם... אז... מתחילים מהחובה. אנו בד"כ מגבילים את היכולת הזו למוסדות מאוד מסוימים.

זה שאנו נמצאים תחת חובה זה לא אומר שבני אדם לא יפרו חובות. כאשר אתה מפר את החובה כמה וכמה פעמים הוא כבר לא מרגיש שהוא תחת אותה חובה. אם הוא יפר את החובה באופן סדרתי תחושת המחויבות תתפוגג.

אם אכן יש דימיון בין המשפט למוסר מהבחינה הזו ששניהם יוצרים חובות בניגוד לגורמים האחרים שלא יוצרים חובות אלא מעניקים לנו כללי פיכחות **השאלה היא מה ההבדל בין חובות שהמשפט מטיל עליי לבין חובות שהמוסר מטיל עליי?** אולי יש חפיפה בין שני המושגים האלה עד שקשה להבחין ביניהם. יש הרגשה שכאשר אנו מדברים על חובה משפטית זה דבר אחד וכאשר אנו מדברים על חובה מוסרית זה דבר אחר. המשותף להם היא שאין לי אפשרות בחירה.

המובן השלישי של השאלה מהו החוק: כאשר אנו אומרים מה החוק אנו מתכוונים מה אומר החוק בנסיבות ספציפיות. אנו לא שואלים על מוסד החוק. האם החוזה תקף או לא, למשל. לכאורה השאלה הזאת היא שאלה שבעיקר מעניינת סטודנטים למשפטים שרוצים להיות עורכי דין כי זה מה שנצטרך למסור לקליינטים שלנו או לאנשים אחרים. המרצים שלנו נותנים לנו את ההדרכה איך לדעת מה אומר החוק. המובן הזה של השאלה הוא לכאורה מובן טכני שלא מעורר שאלות מושגיות או תיאורטיות. השאלה הזו מהו החוק- איך אני יודע מה אומר חוק מסוים על מקרה מסוים מעורר סדרה של שאלות תיאורטיות מושגיות שאנו חייבים לברר אותם כדי לענות על השאלה הזו. מצד אחד זוהי שאלה פרקטית אך היא מותנית בשיקולים שיכולים להיות רחוקים מלהיות פרקטיים. התשובה לשאלה קשורה באופן עמוק לשאלות שנית למובן הראשון

יש גישות שונות בחיפוש אחר תשובה לשאלה זו. את שני הכיוונים ניתן לכנות באופן הבא: פוזיטיביסטית ונון פוזיטיביסטית.

פוזיטיביסטית: כדי לדעת מה אומר חוק של מערכת משפטית מסוימת כל מה שאני צריך לעשות זה לברר סדרה מסוימת של עובדות, זה עניין עובדתי. צריך לברר עובדות מסוימות לעשות להן אנליזה וכך להגיע לתשובה. מהם בדיוק העובדות האלה? אנו נדבר במהלך הקורס. מדובר על עובדות מסוימות.

תשובה נון פוזיטיביסטית: כדי לדעת מה אומר החוק הספציפי של כל מדינה אני צריך אמנם לזהות עובדות מסוימות. התשובה לשאלה מה אומר החוק לא מצטמצמת לעובדות הללו, יש שורה של שיקולים שצריך לקחת בחשבון. ההבדל בין שתי הגישות האלו- התשובה לשאלה היא לא תלויה עובדות מסוימות. הגישה הנון פוזיטיביסטית אומרת שבמסגרת התשובה יש לקחת שיקולים נוספים- מוסריים, צדק, תרבות פוליטית של מדינה וכו'

זהו טיעון תיאורטי אך הוא לא מצטמצם רק לתיאורטיקנים אלא מנהלים אותו גם משפטנים שמנהלים את החוק. יש כאלו שיאמרו שהחוק הוא פונקציה של עובדות בלבד ויהיו כאלה שיענו שיש לא מעט עובדות רלוונטיות לזיהוי החוק אבל לא העובדות האלה בלבד יקבעו את התוצאה מה אומר החוק הספציפי. יש מערך שלם של שיקולים. כדי להבין את המחלוקת הזו ניתן לראותה באה לידי ביטוי גם בכתיבה של משפטנים.

משפטנים תיאורטיקנים

מעניין אותנו לראות איזה סוג של תפיסת חוק עומדת בבסיס כל אחת מהגישות.

אנו נראה שהפוזיטיביזם היא עצמה תאוריה שאיננה עשויה מעור אחד. יש סדרה של תאוריות שמתווכחות ביניהם. גם לגבי השיקולים הקשורים לגישה הנון פוזיטיביסטית יש כל מיני תאוריות.

מדובר על ויכוח בשני מישורים: פוזיטיביסטיים עם נון פוזיטיביסטיים ובתוך הקבוצות עצמם.

28.3.12- שיעור 2.

קריאה: מקור מס' 1, חלק ב: אוסטין, קלזן (לא את כל החומר המקורי אלא הסיכום שמופיע במקראה של אנגלרד מתוך הספר שלו מבוא לתורת המשפט). מס' 3 בפוזיטיביזם- מקור עם שני מאמרים- מתוך וויכוח בין הרברט הארט לפולר- לקרוא את המאמר של הארט).

הבחנה בין חוק למשהו שהוא דמוי חוק, הבחנה בין מערכת המשפט למערכת המוסר. שני התחומים האלה יוצרים לנו חובות, יוצרים כלפינו כללי פיקחות. לא מדובר על חובות אלא על הערות עשה שהקטגוריה שאנו חושבים עליהם באמצעותם זה הערות פיקחות. המשפט והמוסר אומרים לנו שאנו חייבים. הם לא אומרים לנו אם.. אז.. אנו מדברים על חובות וזה מאפיין את המוסר והמשפט יחד. שאלה שמתעוררת בהקשר זה היא האם יש הבדל בין חובה בהקשר המוסרי לחובה בהקשר המשפטי?

למה נוטים לחשוב שיש הבדל עמוק ומהותי בין חוקי טבע לחוקי מוסר? ניתן לומר שאם יש כזה הבדל, למה משתמשים באותו מונח? למשל, למילה חוק יש מס' הקשרים- חוק במתמטיקה שונה מחוק במשפטים. חוק במתמטיקה הוא לא אמפירי, לא מתאר את העולם. חוקי מוסר לא מתארים את ההתנהגות שלנו. כאשר אנו אומרים לא תרצח אנו לא מתארים איך בני אדם מתנהגים- בן אדם יכול לרצוח. הדבר שונה כאשר אנו מדברים על חוק המשיכה למשל.

מוסר- הבחנה בין מוסר נוהג למוסר אידיאלי.

הברה פעמים עאשר אנו מדברים על המושג מוסר אנו יכולים לדבר עליו בכמה הקשרים:

1. טענות על אודות מה ראוי- אסור לגנוב, חובה לקיים הבטחות ועוד. אלה קביעות שאפשר לומר שהם מתחום המוסר האידיאלי. זה קביעות ערכיות מסוימות. לצורך הדיון זה לא משנה אם הן מנומקות או לא. אסור, מותר, ראוי ש. יש מערכת שלמה של קביעות שלא נוגעות למוסר האידיאלי אלא הן קביעות על מה שאפשר לכנות מוסר נוהג- טענות עובדתיות על האופן שבו בני חברה מסוימת חושבים על ענייני מוסר או פועלים בענייני מוסר. למשל- בחברה הישראלית מוסר התשלומים נמוך. לא אמרנו מה ראוי או לא אלא תיארנו עובדה ביחס למוסר. מוסר נוהג- אנו מתארים איך בני אדם חושבים או מתנהגים בחברה מסוימת בענייני מוסר. אלה טענות בעלי אופי עובדתי. לא מדובר על טענות מה ראוי. כאשר אנו אומרים מה בני אדם חושבים על מה ראוי אנו יכולים לעלות כל מיני תיאורים עובדתיים. ניתן לשאול מה מאפיין את המוסר הנוהג במדינת ישראל, ניתן לשאול במסגרת אותם שאלות מה בני אדם חושבים על המוסר. זה תחום מורכב שמעניין סוציולוגים, אנתרופולוגיים וגם משפטנים. ההבחנה על היחס בין מוסר למשפט קשור להבחנה בין פוזיטיביזם לנון פוזיטיביזם.

**יש לשאול שתי שאלות:**

מה היחס בין המשפט למוסר בחברה מסוימת? יש כאלה שיטענו שאין הבדל או שהקווים ביניהם מטשטשים.

מה היחס בין המוסר האידיאלי לבין המשפט בחברה מסוימת?

אלה שתי שאלות שונות ויהיו עמדות שונות ביחס אליהן. כאשר אנו שואלים מה היחס בין מוסר למשפט שאלות אלו חשובות ושונות מבחינה מושגית.

המשפט: אסור לרצוח- הוא ציווי. המשפטים: הקניבלים סבורים שמותר לרצוח/ האל אמר בהר סיני: לא תרצח- אלה תיאורים עובדתיים.

הכשל הנטורליסטי: אם יש לך סדרת משפטי עובדה מסוג כלשהו אתה לא יכול לגזור ממשפטי עובדה משפטים שיש להם אופי מצווה או ערכי. כדי שיהיה לך אופי מצווה או ערכי אתה צריך להניח הנחה מסוימת. העובדה שאלוקים ציווה לא לרצוח לא מספיקה כדי שאנשים לא ירצחו. יש צורך להניח הנחה לפיה דברי אלוקים מהווים חובה.

השאלה הראשונה- מה היחס בין מוסד המוסר למוסד משפט. יש מוסר נוהג ומוסר אידיאלי.

הבחנות בין המוסר למשפט:

בד"כ את המשפט אוכפים באמצעות סנקציות מסוג מסוים בעוד שאת המוסר לא אוכפים באותה דרך למרות שיש לא מעט כללים מוסריים שחברה מסוגלת לאכוף אותם באמצעות סוגים מסוימים של סנקציות. את המוסר לא תמיד אוכפים באמצעות סנקציות. יש הבדל בין סוג הסנקציות שהמשפט אוכף לסנקציות בתחום המוסרי.

בד"כ למערכות משפט יש כלים לבצע שינויים נורמות שלהם. לעומת זאת, מוסר הנוהג זה לא שהחוקים לא משתנים אלא שהם משתנים באופן אחר. לחברה במסגרת המערכת המוסרית אין כלי ממוסד, יעיל כדי לשנות את הנורמות המוסריות. למשפט יש כלים לשנות את מערכת המשפט.

 המשפט בד"כ מדבר על חובות ועל זכויות, יוצר כללים חתוכים שנוטים להיות מוגדרים היטב כחובה או כזכות. לעומת זאת, נורמות מוסריות הן בד"כ קטגוריות הרבה יותר רחבות והרבה פחות חתוכות וחד משמעיות. אנחנו לא מדברים במסגרת המוסר על מערכת זכויות וחובות, לפעמים אנו חושבים על מושגים של מעבר לחובה- לפנים משורת הדין מה שבד"כ לא אופייני למשפט.

מערכות המשפט, לפחות המודרניות בוחרות להגן על מערכת מצומצמת של ערכים הם לא משלבות בתוכם את מכלול הערכי שהמוסר מאמין בהם. למשל: עניינים של מימוש עצמי, שלמות עצמית ושקשורים לאושר- אנו חושבים עליהם בתחום המוסר אבל לא משלבים אותם בד"כ במשפט. המשפט לא עוסק בשאלות של מימוש עצמי, הוא לא דואג שבני אדם יממשו את עצמם או שואל האם בני אדם מימשו את עצמם אך הוא מנסה להעניק לאנשים כלים שיעזרו להם להגיע למימוש העצמי הזה.

החוק במובן של איך אנו יודעים מה הוא אומר בנסיבות מסוימות. השאלה התאורטית שעלתה היא האם זה שאלה הקשורה לזיהוי של עובדות חברתיות בלבד או שמשתלבים כאן שיקולים נוספים של צדק וכיוצ"ב.

הבחנה בין שתי גישות בסיסיות לגבי השאלה היסודית הזו היא הבחנה בין גישה פוזיטיביסטית- תשובה לשאלה זו נוגעת בבירור של מס' מסוים של שאלות עובדתיות. לעתים בירור זה מורכב. גישות נון פוזיטיביסטיות-לצד הצורך של זיהוי עובדות אנו צריכים לשקול שיקולים מסוימים.

קבוצה שמזוהה עם גישה נון פוזיטיביסטית היא קבוצה של אנשים שמשתייכים לגישה שנקראת משפט טבעי.

משפט טבעי- מושג עתיק. ראשיתו במחשבה של היוונים. סוג של גישה משפטית שאנו מכנים אותה נון פוזיטיביסטית. יש לא מעט גישות שנופלות תחת הגישה הזו של משפט טבעי. אנו נדבר על גישה אחת מרכזית בתולדות החשיבה היורספרודנטית- המשפטית. הוויכוחים הם בין הגישות האלה מתנהל בין גישות פוזיטיביסטיות שונות לגישות נון פוזיטיביסטיות שונות. הרבה פעמים הוויכוחים נוגעים למערך מאוד מורכב של שאלות כך שלא מדובר על שאלה אחת.

פס"ד ירדור: שנת 1965 עוד לפני הסרת הממשל הצבאי.

הייתה רשימה של סוציאליסטים שביקשה לרוץ לכנסת כדי לממש את חזונה ומטרותיה. היא נרשמה כחוק. בכל מערכת בחירות יש ועדת בחירות מרכזית שתפקידה הו א לפקח על ההתנהלות הבחירות ושהתקיימו התנאים הטכניים בעיקר. ועדה זו ישבה לדון בזכותה של אותה רשימה לרוץ והשקפותיה לא עולות בקנה אחד עם השקפותיהם הפוליטיות של הוועדה. הוועדה פסלה אותן בנימוק של שלילת קיומה של מדינת ישראל. ניתן להתווכח האם דברי הוועדה משקפים נכונה את מטרותיה. רשימה זו הגישה ערעור לבג"ץ. בג"ץ יושב במסגרת הליך שנקרא ערעור בחירות. הבקשה הייתה לפסול את החלטת הועדה ולאפשר לרשימה לרוץ לכנסת. בדברי השופט זוסמן עולה מושג המשפט הטבעי.

**כהן(מיעוט):** סעיפי חוק הבחירות לא מעניקים לוועדה סמכות לפסול רשימה מלרוץ לכנסת במקרים אלה. תפקידה הם טכניים. הוועדה החליטה שני תנאים: התנגדות בלתי חוקית (אין הכוונה לשינוי חוקים כי זה כל עניין הבחירות אלא שלא זו בלבד שאתה רוצה לשנות את החוק אלא שאי החוקיות היא בחתירה תחת שלמות או עצם קיומה של המדינה). רצון לבטל את המדינה כמדינת העם היהודי או מדינה דמוקרטית. עצם המטרה לשנות את החוק לא מספיקה. יש להתכוון לחתירה תחת קיומה של המדינה.

העמדה שלו במקרה הזה היא לפסול את החלטת הוועדה ולאפשר לרשימה לרוץ לכנסת. עמדה די אמיצה באותה תק' יש תחושה של מצור שאויבנו מקיפים אותנו, המדינה עוד בחיתוליה. המפלגה הזו היא בבחינת סוס טרויאני שנכנס לכנסת. הוא אומר שבהעדר חוק אין סמכות לוועדה לפסול רשימה מלרוץ לכנסת ולכן הוא אומר לפסול את החלטת הועדה. זו פסיקה פוזיטיביסטית לכאורה, הוא אומר שבשביל שהוועדה תפסול יש צורך בחוק, אם אין חוק לא ניתן לפסול. בהנמקה שלו יש יסוד פוזיטיביסטי עם הנמקה ערכית. היא מדגישה את זה שלא זו בלבד שזה החוק אלא טוב שכך. החוק הוא ראוי משום שהוא משקף את המשטר הדמוקרטי והליברלי. מדגיש את ההבדל בינינו לבין המדינות השכנות שלא דבקות בערכים אלו. מדגיש את הדמוקרטיה, החירות והזכויות ואומר שזה ערכה של המדינה. זו שפה פוזיטיביסטית שחדורה בפאתוס ערכי על טיבו של המשטר שלנו.

ס' 13 לפסיקה שלו: מרמז על הפסיקה של אגרנט וזוסמן. הוא מדבר על ערכים נעלים שבגינם ניתן להפר את החוק. יש כאלה שהמציאו להם משפט טבעי. הוא אומר שזה לא דרכיה של מדינת ישראל, דרכיה הם דרכי חוק. כאן יש שלילה מפורשת של המשפט הטבעי שהוא גבוה מכל חוק. הוא אומר שאנו דבקים בחוקים של הכנסת שהן סוג של עובדות חברתיות. העמדה הפוזיטיביסטית משרתת את המטרות האידיאולוגית של השופט כהן.

לפסיקה שלו יש שילוב של טיעונים פוזיטיביסטים עם רטוריקה לא ממש פוזיטיביסטית. רוב פסקי הדין יש להם אופי מוסרי, ערכי והם לא בעלי עמדה פוזיטיביסטית גרידא. הפסיקה עטופה בלא מעט שפה נון פוזיטיביסטית. למרות שהיינו מצפים ששופטים הם לא אנשי מקצוע.

**אגרנט:** בוחן את שאלת הסמכות של הועדה. מסכים, לכאורה, שיש לה תפקיד מיניסטריאלי טכני אך לא לכך בלבד מצטמצמת תפקידה. סמכותה חורגת מהמסגרת המצומצמת הזו. כדי לעמוד על תוכן סמכותה של הועדה עלינו לשים לנגד עימנו את הנתונים הקונסטיטוציוניים השייכים אליה. לתוך הסמכות של הועדה יש גם נתונים קונסטיטוציוניים שלא כתובים בשום חוק, פוזיטיביים שענייני הזכות הטבעית של העם היהודי להתקיים כמו שהוא. מאחר שזכות זו היא זכות יסוד. הוא לא ממש מדבר על זה שלמגילת העצמאות יש לה תוקף אלא היא מלמדת על זכותו הטבעית. אם הרשימה עומדת בניגוד לזכות זו היא לא יכולה להירשם. זו ההנחה של כל מי שרוצה להיבחר, שיש כפיפות לזכות זו. לא מספיק לדבר על הזכות הטבעית באיזשהו מקום.

מבחינת הרטוריקה ברור שלא ניתן ללכת סתם למגילת העצמאות, יש לבסס סמכות. לצורך ביסוס הסמכות יש צורך בחוק.

הרטוריקה הזו מנסה להיתלות במשהו אבל קשה לראות איך היא נכנסת לגישה רחבה יותר או פחות של עמדה פוזיטיביסטית. אפשר להקשות קושיות גם על המהלך שלו- מה זה רצון העם? כל מי שירצה לרוץ לכנסת נבחן האם זה עניין יהודי או לא? התוצאה היא חשובה.

**זוסמן:** מסכים עם השופט אגרנט שחוק הבחירות לא מסמיך את ועדת הבחירות המרכזית ושהמטרה הלא חוקית היא חיסול המדינה ולא שינוי סדרי שלטון כי הם לא מקודשים. הוא אומר שבכל מדינה יש חוקי עין- שהם חוקים שלא כתובים עלי ספר.

פסקה אחרונה של פס"ד: משתמש במונח דין טבעי. הוא מוכן להסתפק בדמוקרטיה מתגוננת. הוא מניח שישנם במדינה במסגרת החוק חוקים שלא כתובים בספר שהם חוקי על שגוברים על החוק ומאפשרים למדינה להתגונן כנגד אלה שקיימים נגדה לכלותה ולכן יש לוועדה לפסול את הרשימה. זו פסיקה לא פוזיטיבית באופן מובהק- לא נדרשת לחוק כלשהו. טוענת שיש במשפט חוקי על שנמצאים שם ובתי המשפט יכולים לזהות אותם ובמקרים הראויים להחיל אותם ולהגיע באמצעותם לתוצאה. פוזיטיביסטים מרימים גבה- איפה פה החוק. תפקידך הוא להחיל את החוק ואתה פתאום מוצא חוקי על? שני השופטים מוכנים לקבל את העניין הזה וזה לא דוג' יוצאת דופן. שתי הפסיקות האלה משקפת תפיסה נון פוזיטיבית של החוק. שוללים זכות דמוקרטית בסיסית ביותר וזה הזכות להיבחר. מה שחסר זה איזושהי תאוריה שתסביר בצורה יותר מסודרת או לפחות מתקבלת על הדעת מהי תפיסת החוק שעומדת ביסוד הפסיקה? מה זה הנון פוזיטיביזם שמצדיק פסיקה כזו? שופטים לא עונים על זה כי הם לא תאורטיקנים.

**פס"ד פלוני נ' פלונית:** משפט הטבע מתבטא באופן הרבה יותר דרמטי מבחינת הרטוריקה של פס"ד. הכוונה היא בעיקר לרטוריקה של חשין.

זוג שהיה חשוך ילדים. הם ניצלו את העובדה שיש להם שכנה שהיא נערה בת 15, והיא נמצאת במצב נפשי לא טוב כדי שהיא תכנס להריון. בסופו של דבר הילדה רצתה למסור את הילד לאימוץ ובמסגרת הליך שיתקיים בביהמ"ש המחוזי התינוק הוכרז כבר אימוץ. על החלטה זו ערער הגבר, הוא סבר שהוא צריך לגדל את הילד ושאין הצדקה להכריז על הילד כבר אימוץ.

פס"ד ניתן ב 94. המחוזי הכריז על הילד כבר אימוץ בהסתמך על סעיפים 13(7),(8) לחוק אימוץ. ביהמ"ש העליון היה צריך להחליט האם לאשר את ההחלטה או לא.

מאחר ומקרה זה נתפס כמקרה קשה הוא נידון בהרכב של 5 שופטים והמעניין הוא שהם הגיעו לאותה תוצאה אבל לכל אחד היה נימוק שונה. ברמה של התוצאה אין ביניהם וויכוח. חלק מהבעיה במקרה הזה היא שכאשר מתסכלים על לשון החוק היבשה קשה למצוא ס' שיעניק תוקף לפסיקה של ביהמ"ש המחוזי שהכריז על הילד כבר אימוץ. אף אחד מהסעיפים לא יכול לחול על המקרה. הם ניסו להגיע לתוצאה הרצויה דרך נימוקים שונים.

למרצה קשה לראות למה התוצאה היא הנכונה. האיש הזה לא נחמד והמעשה הוא לא טוב או ראוי שיש לגנותו מנק' מבט מוסרית האם במעשה זה יש משום הצדקה לא למסור את הילד להורים הביולוגיים כאשר ההנחה שהיא בבחינת חסקה כמעט חלוטה בחברה הישראלית בפרט לפיה ילדים צריכים לגדול אצל ההורים הביולוגיים. קשה מאוד למצוא נימוקים שמצדיקים הוצאה של ילד ממשמורת ביולוגית, בטח אי מוסריות של ההורים. למעט העילות בחוק האימוץ. לא מדובר על מעשה בלתי מוסרי ביחס שווה לרצח, אונס וכו. הטיעון שההורה לא מסוגל פה הוא מאוד מאולץ. ההורה פה כן מסוגל. לבנות תמונה של אי מסוגלות זה די מאולץ. כל זה נאמר במישור המוסרי- זה המישור הרלוונטי כי ברור שהמניע המרכזי הוא לא לדבוק בחוק באופן פוזיטיבי. יש כאן שאלה גדולה ברמה המוסרית. היינו מצפים לעמדה שתביא את האלטרנטיבה.

פתיחת פתח: כאשר אני מעניק משקל למקרה לא רק בגלל חומרתו אלא בגלל שזה יוביל לגל של מעשים דומים. במקרה כזה, העניין הוא שנסיבות מקרה זה הם כ"כ ייחודיות והסיכוי שזה יקרה שוב הוא קלוש מאין כמוהו. לא מדובר על מכת מדינה.

הבעיה במקרה זה, התגובה שבאה מהשופטים זה פונקציה של הרגשה שהאיש הזה חצוף. כאשר אנשים מתחצפים ומנצלים את החוק לטובתם זה מעורר תגובה יותר חזקה מהתגובה על סתם מעשה רע. הוא רוצה ליהנות דרך החוק מפרי עוולתו ואת זה לא ניתן. אנו אומרים שהשאלה היא טובת הילד והשאלה אם הוא נהנה או לא היא הרלוונטית. כאשר אנו רואים חוצפה אנו לא אומדים את המשקל של הרוע. החוצפה מעצימה את הרוע למקום בלתי פרופורציונלי.

התפיסה שילד צריך לגדול אצל הוריו היא תפיסה שאומרת שאנו צריכים הצדקה מאוד חריגה כדי להוציא את הילד מביתו, כאשר זוהי טובתו. זה לא סתם שחוק האימוץ יוצר עילות מאוד מצומצמות.

**דורנר:** נוקטת בסוג של טיעון משפטי שהוא לכאורה נראה פוזיטיבי. היא נתלית בס' 13(7) שעוסק באי מסוגלות הורית. היא אומרת שהסוד הכמוס יוצר זוג של אי מסוגלות שנופלת תחת ס' זה. היא דוחה את העקרון שנקבע בפס"ד ריגס לפיו מעילה בת עוולה לא תצמחו זכות תביעה". חשין נתלה בפס"ד זה. הוא מספר על מקרה שבו נכד רצח את סבו כדי לרשת אותו ואזה התגלה שהוא אכן הרוצח. הנכד טען שללא קשר לרצח הוא היורש ולכן רכושו של המוריש צריך לעבור אליו. אותו ביהמ"ש היא צריך לפנות לחוק והחוק לא מדבר על מצב שבו מי שרצח לא יורש. החוק מעניק לו את הירושה. ביהמ"ש טען שהרוצח לא יכול לרשת ללא קשר ללשון החוק. יש עקרון כללי הקובע הרצחת וגם ירשת. אדם לא יכול ליהנות מפרי עוולתו ולכן גם אם לשון החוק לא מונע ממך מלקבל את הירושה אנו קוראים את העיקרון הזה לתוך החוק. בארה"ב רוב המדינות שינו את החוק והוסיפו את המקרה הזה. פס"ד לא פוזיטיבי, הולך לעקרונות השיטה. לכאורה יש הקבלה בין פס"ד זה לבין פס"ד פלוני. הוא תכנן את העלילה הזדונית ועכשיו הוא רוצה לקבל את הילד לידיו בשם החוק. דורנר אומרת שזה לא בדיוק דומה למקרה של ריגס- שם דיברנו על רכוש ופה אנו מדברים על טובת הילד וטובת הילד היא לא עניין רכושי עליו ניתן להחיל את העיקרון שאדם לא יכול ליהנות מפרי עוולתו. חשין ואחרים חושבים שזה פס"ד הרלוונטי ביותר למקרה הזה. היא קובעת שאמנם טובת הילד כשלעצמה איננה עילת אימוץ כי אחרת נוציא את רוב הילדים מחזקת ילדיהם. היא אומרת שנוצר מצב שבו ההורה לא יכול לגדל את ילדו ולכן נוצרת עילת אימוץ והיא עילת אי המסוגלות. מאשרת את פס"ד של ביהמ"ש המחוזי שהילד לא יפול בחיקו של האב המעוול. הקושי הגדול של פס"ד הוא שדברי שני השופטים האחרים משכנעים שלא קיבלו את הטענה הזו, אם חושבים שלא קיימת כאן אי מסוגלות. לומר שיש כאן איבוד היכולת ההורית שלו זה מאוד מרחיק לכת כטיעון עובדתי פסיכולוגי פשוט.

התנהגותו: לא מדובר על התנהגותו בעבר אלא בהווה. אין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד. ברור שהס' הזה לא חל פה. זה שהוא הביא אותו לעולם בדרך לא מוסרי.

לויןף ' 13(7) לא חל על המקרה הזה. גם אירועי העבר- הסוד הכמוס נסיבות הולדתו של הילד לא די בהן. גם ס"ק 8 לא חל. הנימוקים שלו לדחיית העתירה:

1. דוקטרינת החסר הסמוי. חלה כאן לדעתו. מצב של לקונה. חסר גלוי או רגיל: מצב שבו יש בעיה משפטית או סכסוך שבו השופט מחפש פתרון בחוק ולא מוצא אז הוא ממציא פתרון דרך כל מיני טכניקות (אנלוגיות וכו'). חסר סמוי- מצב שבו לכאורה החוק אומר שיש חוק שמכסה לכאורה את כל המקרים שאמורים להגיע לביהמ"ש. הוא סמוי משום שעל פניו נראה שהוא פותר את כל המקרים האפשריים אבל רואים שיש מקרה שהמחוקק לא חשב עליו ואם הוא היה חושב עליו הוא היה מגיע לתוצאה אחרת מזו שקיימת כרגע בחוק. בהעדר מחשבה של המחוקק הניסוח של החוק גורם לתוצאה אחרת מזו שהייתה מתקבלת אם המחוקק היה מתייחס לזה.

דומה למושג ההגינות של אריסטו- מאחר שתמיד ייווצרו מצבים שהחוק לא חושב עליהם ואנו לא רוצים להחיל את החוק כי נקבל תוצאה לא צודקת אנו צריכים להיות הגונים ולשים את עצמנו במקום של המחוקק ולחשוב מה הוא היה אומר על זה.

ההנחה היא שהחוק מכסה את כל המצבים. כאשר מגיעים למקרה דרמטי ברור שהתוצאה הנכונה היא שהילד צריך להימסר לאימוץ אך החוק לא מעניק את האפשרות הזו. אנו מפעילים את הדוקטרינה של החסר הסמוי- אן המחוקק היא חושב על זה הוא היה מגיע למסקנה שהילד צריך להימסר לאימוץ. למרות שאנו לא מחילים ס' ספציפי אנו קוראים לחוק את מה שהמחוקק היא פוסק.

1. כללי פרשנות מרחיבה. מעדיף טכניקה פרשנית אחרת. ס' 9 לפס"ד. חוקים לא נחקקו בחלל הריק. הם מהווים חלק משיטה אינטגרטיבית. חזקה שהם מחילים צדק ושוויון. אחד העקרונות היא שלא ייצא חוטא נשכר. מדובר על עקרון כללי שבמקרים מסוימים מאוד מובהקים אנו מעדיפים עקרונות אחרים על פניו. למשל, זיקת הנאה מכוח שנים. יכול להיות שחוטא יוצא נשכר כי העבירה יוצרת את הזכות. ככל שהעמקת את הפעילות הבלתי חוקית שלך, בנק' מסוימת אתה מקבל את הזכות. אתה מפר זכויות של מישהו אחר וככל שאתה עושה את זה יותר זמן באיזשהו שלב נוצרת לך זכות. המחוקק צמצם זאת. לא בכל מקרה שבו אדם עושה עוולה אנחנו תמיד מבטלים את התוצאה שיוצאת ממנו.

לוין, חשין ואריסטו.

**18.4.12- שיעור שלישי**

השאלה המרכזית: מהו החוק. יש כמה מובנים של השאלה. קשור בין היתר לבחינה האם החוק הוא סוג של עובדה חברתית או שיש גורמים נוספים שצריך לקחת אותם בחשבון. מה שבד"כ מבחין בין שתי הגישות העקרוניות האלה: הגישות הפוזיטיביסטיות והגישות הנון פוזיטיביסטיות (הכוללות גם משפט טבע).

פס"ד פלוני נ' פלונית: הבעיה הייתה שהנערה התנגדה למסירת הילד לאב הביולוגי והיא ביקשה שהילד יימסר לאימוץ. במחוזי הוחלט להכריז על הילד כבר אימוץ.

כל חוות הדעת נקטו בעמדה שהילד אכן צריך להימסר לאימוץ. המשותף לכל השופטים זה קיומו של זעם כלפי האיש. מנק המבט שלנו זה מעניין לדון האם זו תוצאה מוסרית טובה. ההבדלים בין השופטים היו ביחס להנמקה. מה שהופך את פס"ד לדרמטי ומעניין זה ספק רב אם אכן זו תוצאה נכונה מבחינה מוסרית.

**דורנר:** ניסתה להחיל על המקרה הזה את לשון החוק- **ס' 13(7) לחוק האימוץ**. עילת אי המסוגלות חלה כאן בגלל הרקע להולדת הילד. דורנר מנסה לתת הנמקה משפטית סטנדרטית באמצעות לשון החוק. יש כאן הרחבה של ס' זה. היא דוחה את הטענה שחל על המקרה הזה העניין שמעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה בין השאר משום שלא זכות האב עומדת לדיון אלא טובת הילד וטובת הילד היא לא זכות שאנו מקבלים אותה בגין או לא בגין מעשה שעשינו.

**חשין:** פסיקה יוצאת דופן מבין הפסיקות של העליון. בהקשר של משפט טבעי חוות הדעת שלו היא המעניינת במיוחד. דוחה את התקיימות עילת אי המסוגלות- טוען שהיא לא חלה במקרה זה. הוא גם דוחה את דוקטרינת החסר הסמוי ואת הפרשנות המרחיבה ואת דוקטרינת הפרשנות הפורמליסטית. הוא אומר שלא ניתן לקבל את הטענה שהילד לא יכול להיות מוכרז כבר אימוץ. מבסס את טענתו על משפט טבעי. הוא לא מקבל את העמדה הפורמליסטית. את עמדתו הוא מבסס על עמדה שקשורה למשפט טבעי. משפט טבעי- אתה הולך למה שנראה לך, אין לשון החוק, אין פסיקה של ביהמ"ש אך זה חלק מהטבע. יש לשים לב שפסיקתו מבוססת על משפט טבעי בשני מובנים מנוגדים במובן מסוים. את פס"ד הוא פותח בטענה שמפשט טבע הוא כי ילד יהיה בחזקת אביו ובחזקת אימו- הם שיאהבו אותו, יאכילו אותו וכו'. לכאורה נק' המוצא היא שהילד יגדל עם אביו לא משנה מה . הטענה לא נובעת מהחוק, כי יש חוק שאומר זאת. הרבה יותר מהחוק זה משפט טבעי. אך בפס"ד יש גם משפט טבעי אחר, עמוד 167 לפס"ד, ס' 16. הוא מדבר על אינסטינקט שיש באדם ליצירת זכויות. אנו יכולים למצוא חלק מהמסור במשפט דרך סעיפים בחוק אבל מקצתן מרחפות בחלל המשפט בלי שיתגלו בחובות או זכויות ספציפיות ידועות. הוא מדבר על עניין משפטי שלא עבר הליך חקיקה מוסמך אבל תוכנו לא נפגע כהוא זה. עוצמתו כ"כ גבוהה שהוא קובע את תוצאת המקרה. הוא מבקר את שאר השופטים שלא מכירים בעוצמת העיקרון אלא שהם מנסים להכניסו דרך כל מיני טכניקות משפטיות אולם יש להכניסו דרך הדלת הראשית. השופטים האחרים נזהרים מלדבר ברטוריקה הזו.

**לוין:** השופט השני שנתן לחוות דעת נרחבת. לא מקבל את ההנמקה של דורנר. הוא לא חושב שס' 13(7) חל כי המערער כן מסוגל לדואג לרווחתו של הילד, הפרשייה שהובילה ללידתו הילד לא מספיקה כדי לטעון שטובת הילד היא שהוא יגדל ללא אביו. השופט מגיע למסקנה שהערעור צריך להידחות. מעלה שתי טענות: 1. דוקטרינת החסר הסמוי. 2. כללי הפרשנות המרחיבה. עמוד 154 לפס"ד. לוין אומר שחוקים מהווים חלק משיטה הכוללת עקרונות יסוד, חזקה עליהם שהם פועלים כדי להגשים עקרונות אלה. יש עקרונות המגשימים צדק או שוויון ויישומם אינם תוצאות שמתיישבות עם תקנת הציבור. תקנת הציבור קובעת שלא יצא חוטא נשכר. יש לקרוא לתוך החוק כלל נוסף. הוא ממש מנסח ס' חדש לתוך ס' 13. לא ניתן להכריז על הילד כבר אימוץ אם הדבר נוגד את תקנת הציבור. מדבר על עקרונות יסוד של השיטה מהם אנו יכולים לקרוא סעיפים אל תוך החוק ובאמצעותם להכריע במקרה. עילות האימוץ זה רשימה סגורה- היא קובעת את העילות ואין בלתה.

חוות הדעת של חשין היא יוצאת דופן בפסיקה כי זה לא כ"כ פשוט למצוא פסקי דין שמדברים בצורה כ"כ גלויה של משפט טבעי. אנו מחילים עיקרון של משפט מהטבע. ישנה גם שאלה מה זה משפט הטבע? האם זה כ"כ מובן מאליו מנק' מבט מוסרית התוצאה הזו? העניין של המשפט הטבעי הופך להיות מדאיג כי אם כל שופט יכול להיזקק למשפט טבעי מה יהיה על המשפט שאנו מצפים שזה החלטות של מוסדות משפטיים ואילו השופטים יוצרים לעצמם טבע מהם הם שואבים נורמות משפטיות וקובעים את גורלנו.

כאשר אנו קוראים את האופן שבו חשין מתאר משפט טבעי ברור לנו שהם לא מצליחים לפתח תאוריה או טיעון שיבסס בצורה יותר מתקבלת על הדעת תיאורטית או מושגית את מה שהוא מתכוון כאשר הוא מדבר על משפט טבעי. יש הוגים שמנסים לספק הסברים לגבי מה הכוונה כאשר אנו מדברים על משפט טבעי.

שתי הגישות המרכזיות ביותר לגבי משפט טבעי היו של אפלטון (המורה של אריסטו) ואריסטו במידה רבה מגיב לתאוריה הזו ומציע תאוריה אלטרנטיבית.

**אריסטו**

שמו המקורי היה אריסטוטלס. נולד בשנת 384 לפני הספירה.

שני קטעים חשובים שלו, הראשון נמצא בספר הפוליטיקה. אריסטו אומר שהמדינה היא טבעית בכללה. הקטע הזה עוסק בשותפות ובמדינה. שותפות בין בני האדם ובמדינה בכלל והוא טוען שהמדינה היא טבעית לאדם ובאשר היא טבעית לאדם. המונחים הבסיסיים אצל אריסטו זה טבע, תכלית, טוב ושלמות שיש קשר הדוק ביניהם כמעט לגבי כל דבר. אריסטו אומר כאשר אנחנו באים להבין אובייקט או עצם אנו בעצם צריכים לדבר על הסיבות להתהוותו או לקיומו. אריסטו פיתח את תורת 4 הסיבות. סיבות של אובייקטים נאמרים באופנים רבים. יש סיבות רבות שקיימות בו זמנית שגורמות לאובייקט להפוך להיות מה שהוא, להתקיים. למשל: תינוק. הסיבות לקיומו- חומרית, צורנית, פועלת ותכליתית. מה שהופך אותו להיות מה שהוא זה בין השאר החומר ממנו הוא עשוי- הבשר והדם. נכון לגבי רהיטים- מה שהופך אותם למה שהם זה החומר ממנוי הוא עשוי. הסיבה החומרית לא חייבת להיות חומר. שפה זה גם אובייקט- החומר ממנו השפה בנויה זה עולם שלם של עיצורים ואותיות. יש גם אובייקטים לא פיזיים מכל מיני סוגים: שפה, מדינה ועוד.

הסיבה החומרית של התינוק זה הבשר, הדם העצמות וכל החומרים ממנו הוא עשוי אך זו לא הסיבה היחידה לזה שהאובייקט הזה הוא ילד. הטענה היא שהסיבה החומרית היא הכרחית לקיומו של אובייקט. כדי שאובייקט יהיה ילד תינוק צריך גם סיבה צורנית. כלומר, איזושהי מהות, הגדרה של אובייקט שטבועה בחומר הזה ושהיא מעניקה לו את זהותו ומהותו. לולא הסיבה הזו האובייקט הזה לא היה מה שהוא. מה הופך אובייקט לילד? איזשהו גורם – סיבה צורנית שהוא מעצב את החומר הזה באופן שהוא עכשיו ילד. זה ההגדרה או המהות של האובייקט הזה. מה הופך ילד לילד ולא לכל גורם אחר? אריסטו יגיד שיש לו יכולת קוגניטיבית שכלית מסוימת. התנאי לקיום של אדם כאדם זה יכולות קוגניטיביות שכליות מסוימות. אותה צורה או חומר בלי היכולת הזו שטבועה בחומר תעניק זהות אחרת לאותו אובייקט. יש מהות של כיסא שטבועה בחומר הזה שנקרא עץ סיבה צורנית- אותה מהות שטבועה בחומר שהופכת את האובייקט לכיסא. המהות הזו בעיני אריסטו זה לא קווי מתאר ברורים, זה סוג של הגדרה ומהות שיכולה להיות שונה מבחינת קווי המתאר הפיזיים. כיסא הוא לא כיסא רק בגלל צורתו. למשל- אנו הולכים לחנות של כיסאות. יש שם המון כיסאות ושולחנות. ברוב המקרים אנו יודעים להבחין בין השניים למרות שהעיצוב יכול להיות מגוון באופן אינסופי. יש לנו יכולת לקחת את כל קבוצת הכיסאות לשים אותה במקום אחד ולהגיד שהמשותף לכולם זה משהו שקשור לאותו כיסא. הכול זה צירוף של חומר וצורה.

כל אובייקט שקיים יש לו סיבה צורנית וחומרית יחד. סיבה נוספת- הסיבה הפועלת. יש משהו שגרם לו להיות תינוק. בנוגע לתינוק יש סיבה של קיום יחסי מין, בגלל זה הוא נולד. ההורים הם סיבה פועלת לקיומו. סיבה פועלת היא מכנית. סיבה פועלת של בית- כל האנשים שבנו אותו זה הסיבה של בית. הסיבה הפועלת נוספת לסיבות לעיל. כל ארבעת הסיבות מצטברות. לכל אובייקט יש סיבה פועלת. הסיבה התכליתית של כל אובייקט: כל אובייקט בעצם זו תובנה יוונית ידועה כל האובייקטיבים לפחות הפיזיים נמצאים במצב של שינוי והתהוות. היוונים כינו במצב של תנועה. שום אובייקט שמוכר לנו בעולם לפחות הפיזי המוחשי לא נשאר קבוע, לא שומר על קיומו הקבוע. הכוונה: החומר עובר שינויים במשך הזמן, הוא מתהווה ומתכלה. אנו נמצאים בתהליך של התהוות וכיליון. זה נכון לגבי כל אובייקט. המציאות היא של התהוות ותנועה מתמדת. כל אובייקט תמיד משתנה. כל אובייקט נמצא בתהליך של הוויה והיפסדות (התכלות). לפעמים אנו רוצים לשמר אובייקטים לזמן מסוים אבל גם זה מתכלה. העובדה שהדברים נמצאים בתהליך של הוויה והיפסדות האם השנויים נעשים ע"י חוקיות מסוימת או שהם מקריים. טענת אריסטו- למעשה כמעט כל השינויים שמתחוללים אצל בני אדם מה שמשפיע עליהם בסיבה תכליתית- אותו גורם שנמצא בכל אובייקט למשל אדם. אדם נולד תינוק לאחר כמה שנים הופך להיות ילד נער בוגר וכו. המעברים האלה הם מעברים לא מקריים, הם חלק מהמהות שטבועה באובייקט הזה שגורמת לו להשתנות לפי כיוון מסוים והכיוון הזה לקראתו הוא משתנה למעשה קרוי הסיבה התכליתית. התכלית של האובייקט.

אריסטו המציא זוג של מונחים- בכוח או בפועל. בכוח- פוטנציה. בפועל זה אקטואליה. אובייקטים יכולים להיות במצב פוטנציאלי או אקטואלי תינוק הוא ילד בפוטנציה אם ימשיך להתפתח לפי החוקיות הפנימית שקבועה בו הוא יהפוך בהכרח להיות ילד כי הילד הזה בעיני אריסטו נמצא כבר בתינוק כמו שהוא גם נער בפוטנציה- טבוע בו בהכרח באופן הקיום הרגיל שלו להפוך מתינוק לילד וכו. שום דבר לא ישנה זאת חוץ מתאונות שיגרמו לו לחדול מלהתקיים.

כמעט כל אובייקט בטבע נמצא בתהליך של שינוי- יציאה מהכוח לפועל. מה גורם לאובייקט לנוע מהכוח לפועל ? זו הסיבה התכליתית. תכלית זה התנועה של הפוטנציאל כשהוא עובר לאקטואליה. זה המושג הכולל שמסביר את היציאה של הפוטנציאל. החוקיות לפי אריסטו היא יציאה מהכוח אל הפועל שהיא פונקציה של הסיבה התכליתית. יש אובייקטים שיוצאים מהכוח אל הפועל כחלק טבעי מההתפתחות שלהם ויש כאלה שזה קורה להם רק בהינתן תנאים מסוימים שמאפשרים את ההתממשות שלהם. בעולם יכולים להיות כל מיני אובייקטים שבגלל כל מיני סיבות הם לא יכולים למלא את תכליתם באופן השלם והמלא ביותר. זה נכון לגבי אובייקטים רבים. יש הרבה מאוד מקרים שהיציאה שלהם מהכוח לפועל הכרחית וכאלה שיציאתם מהכוח אל הפועל נקטעת. כל אובייקט בעולם מאחר ויש לו סיבות שבעצם מכוננות אותו, גורמות לקיומו (ארבעת הסיבות, אותנו מעניין הצורנית והתכליתית. הסיבה הצורנית יוצאת מהכוח אל הפועל היא משתנה במובן שהיא נשארת היא עצמה תמיד במצב אקטואלי ופוטנציאלי.

ניתן לזהות פוטנציאל בכל מיני דרכים.

אנו מנסים למצוא כל מיני דרכים לזיהוי פוטנציאלים. כאשר אנו מסתכלים על העולם בכללותו, הטבע פועל בהתאם ליציאה של אובייקטים מהכוח אל הפועל. אנו מחפשים פוטנציאלים מאוד קטנים. כל תכונה קשורה לסוג מסוים של פוטנציאל שלפעמים הוא אכן קיים ולפעמים הוא לא מתממש. למשל- מישהו שהיה על סף פריצה בקריירה אך זה נקטע לפני כן. הטבע של כל הוגה זה בעצם תהליך ההתהוות שלו. בעצם בגלל שכל אובייקט נמצא בתהליך של התהוות והיפרדות הוא מצליח לצאת מהכוח אל הפועל ואז הוא מסיג את תכליתו ולכן התכלית היא הטבע של האובייקט. אובייקט שנמצא מבחינת המושגיות הפילוסופיות במצב פוטנציאלי הוא פחות שלם מאותו אובייקט שנמצא במצב אקטואלי ברגע שהוא יצא מהכוח אל הפועל הוא יותר שלם, כל תהליך שלח יציאה מהכוח אל הפועל זה להיות במצב של שלמות. שלמות- אתה נמצא כמה שיותר במצב אקטואלי. שלמות זה גם עניין של דרגה. לכן יש קשר בין שלמות תכלית לטבע האובייקט. אריסטו אומר ששלמות האובייקט זה גם מה שטוב עבורו, זה קשור לתכלית שלו וגם לשלמות שלו. לא ניתן לנתק אובייקט ממה שקשור לטבעו ולתכליתו או שלמותו. אם עניים מסוים הוא טוב לא אז זה מנותק מטבעו, תכליתו ושלמותו אז זה אבסורד לומר שטוב לו. מושג הטוב קשור למושג התכלית, קשורים למושג השלמות וטבע האובייקט. זה נכון לכל אובייקט בעיקר לבני אדם. מכאן יש לכך השלכה עצומה על המוסר והמשפט של בני האדם. זה מסביר את מה שאריסטו כינה "המשפט הטבעי".

**9.5.12- שיעור 4**

**המשך- אריסטו**

מושג הטבע ומושג השלמות שלו.

אריסטו מקשר בין מערכת של מושגים טבע, טוב, שלמות ותכלית. זה נכון לגבי כל אובייקט. דיברנו על תורת ארבע הסיבות של אריסטו, אמרנו שהמושג סיבה אצל אריסטו נאמרת באופנים רבים: סיבה חומרית, צורנית, פועלת ותכליתית. יש ארבע סיבות שונות שמצטרפות ביחד כדי להסביר את הקיום של כל אובייקט. הסיבה האחרונה היא הסיבה התכליתית, כל אובייקט עובר תהליכים של שינוי והם סוג של תנועה של יציאה מהכוח אל הפועל. טענה זו נכונה לגבי כל אובייקט ולגבי הגופים הפוליטיים שבתוכם בני אדם פועלים- משפחה, כפר ומדינה. אריסטו אומר- טבעית המדינה בכללה, המדינה כגוף היא חלק מהטבע האנושי. מה שבעצם מתרחש בטבע- התהליכים של היציאה מהכוח אל הטבע, התכלית של כל אובייקט. אריסטו אומר שהסיפוק העצמי הריהו תכלית וטוב ביותר. אדם הוא בעל חיים מדיני עפ"י הטבע. הטענה של אריסטו היא שהטענה שהאדם הוא יצור שאיננו בעל מספיקות עצמית- איננו מספיק לעצמו. ביוונית- האדם איננו אוטרקי. כדי שאובייקט יוכל להיות מה שהוא השאלה היא האם כדי לחיות עפ"י טיבו ובמהותו האם ובאיזו מידה הוא יכול לספק לעצמו את צרכיו או שמא כדי שיוכל לחיות עפ"י טיבו הוא צריך אובייקטים אחרים שיספקו לו את הצרכים העצמיים. ניתן להסתכל על אובייקטים שונים ולהעריך את מידת המספיקות העצמית שלהם. אבן לא צריכה להיות עוד אבן כדי שהיא תוכל להתקיים. מספיקות עצמה היא עניין של דרגה. לרוב אובייקטים טבעיים מספיקים לעצמם. לפי תפיסות פילוסופיות מסוימות האל הוא מספיק לעצמו. יש לא מעט אנשים שהקיום שלהם לא מבוסס על מספיקות עצמית, רוב בע"ח אינם מספיקים לעצמם. למשל- כאשר תינוק נולד הוא צריך שאמא שלו תספק את צרכיו אך זה נכון לכל החיים- אפילו את הצרכים הכי בסיסיים אנחנו לא יכולים לספק בעצמנו לבד, אנו צריכים לשתף פעולה עם בני מינינו. שיתוף הפעולה בין בני אדם הוא חיוני וזה חלק מהם- חיי בני האדם הם חיים בקבוצה מתוך שיתוף פעולה, זה לא עניין לבחירה אלא זה עניין שהוא חלק ממהותם וטיבם- זה המשמעות של אדם הוא יצור מדיני. אם נחשוב על האופן שבו אנו מפתחים את יכולתנו כמעט בכל היבט הקשור לצרכים הפיזיים שלנו- הכול זה פונקציה של מערכת היחסים והאינטראקציה עם האנשים שסובבים אותנו, אנו לא יכולים לצאת מהכוח אל הפועל באותו מובן שאנו מביאים לידי ביטוי את אנושיותנו על מכלול ההיבטים שלה מבלי שזה נעשה בהקשר פוליטי- חברתי. בני האדם הם חיות פוליטיות, המדינה הם חלק מטיבם ולכן זה חלק משלמותם והמדינה היא תכליתם. זה כולל את 4 המושגים שאריסטו דיבר עליהם: טבע, טוב, שלמות ותכלית. אריסטו אומר שאותו דבר שבעצם הוא התכלית הוא אותה מסגרת פוליטית שהיא תספיק לעצמה. אדם לא מספיק לעצמו. בעיני אריסטו המדינה זה לא המדינה המודרנית, בעיניו המדינה זה הפוליס המדיני- קבוצה יותר קטנה אך של כמה כפרים לפחות. הקבוצה שיוצרת את המדינה הבסיסית היא היחידה האוטרקית- מספיקה לעצמה וכך הגעת לתכלית. בחברה מודרנית העניין הזה נהיה קצת יותר מסובך כי אנו יכולים להתחיל לשאול את עצמנו מהם בעצם הצרכים הבסיסיים שלנו. שיתוף הפעולה חוצה גבולות כי כל מדינה קשורה למדינה אחרת. הטיעון הבסיסי של אריסטו הוא שברגע שאתה מגיע לדרגה של מספיקות עצמית אתה מגיע לדרגה של הטבע, הטוב, השלמות והתכלית. ההנחה של אריסטו היא שיש כל מיני צרכים שאנחנו לא נגדיר אותם כאיזשהו צורך שאלמלא הוא מסופק אנחנו בעצם מגיעים לסוג של מספיקות עצמית. בני אדם הם לא היצורים היחידים שלא מספיקים לעצמם. ככל שהעצם או האובייקט הוא יותר מורכב, ויותר מסובך ובעל פנים יותר מגוונת כך היכולת שלו לספק את עצמו בעצמו קטנה. גם אם היכולת של כל אחד מאיתנו היא גבוהה עדיין הצרכים שלנו הרבה יותר גבוהים ויהיה קשה לספק אותם אא"כ הוא אלוהים לפי תפיסה מסוימת. ככל שהצרכים של אדם נמוכים יותר, כך היכולת שלו לספק אותם היא יותר גבוהה. מאחר ובני אדם הם בעלי חיים מדיניים עפ"י הטבע מה שמאפיין את החיים האנושיים זה החיים המדיניים, זה טבעם ותכליתם ולכן החיים הפוליטיים בתוך המדינה זה טבעם האנושי. כוח הדיבור- להבדיל מהיכולת להוציא מילים שיש להן משמעות. אריסטו אומר מאחר וההתאגדות הפוליטית בשל היות האדם איננו מספיק לעצמו, מאחר שזה הטבע של האדם והיות האדם בעל כוח מדבר- אותו ביטוי התנגהגותי ליכולת השכלית של בני אדם. גם בעלי החיים יש חיים פוליטיים- חיים בתוך עדרים כי הם לא מספיקים לעצמם עד שהחיים מגיעה לרמת בשלות של מספיקות עצמית. מה שמאפיין את בני האדם זה הכוח השכלי שאין לבעלי חיים, זה מתבטא בכך שלאדם יש יכולת לדבר, זה הביטוי ההתנהגותי החיצוני ליכולת השכלית של בני האדם. איך אנו מביאים את האדם לחשוב? זה דרך השפה. רק לבני אדם יש את היכולת לדבר, מה שאין כן שום יצור לא מסוגל לעשות זאת. השפה היא הביטוי ההתנהגותי ליכולת השכלית של האדם, מאחר ויכלות זו היא ממהותו של האדם היא ממהות הסדר הפוליטי שלו ולכן היא עומדת במוקד של אותו טבע ותכלית של המדינה. במסגרת היכולת השכלית הזו מרכיב מרכזי – מהות הקיום האנושי.

חלק מהיכולת הרציונלית של בני אדם היא היכולת להביחין ביון טוב לרע, בין צודק ולא צודק. זה ממהות היכולת השכלית של האדם כחברה פוליטית. בניגוד לבעלי חיים שאין להם יכולת שכלית הקיום הפוליטי שלהם לא מבוסס על עקרונות של צדק ועוול משום שזה לא התכונה של הפרטים האלו.

הסדר הפוליטי מבוסס על עקרונות של צדק ועוול וטוב ורע. זה

תפיסת משפט הטבע של אריסטו- המשפט הוא העקרונות הבסיסיים שמארגנים את הסדר החברתי שהוא טבעי לאדם ולכן חלק ממהותם ותכליתם, הסדר הזה מושתת על התכונה הבסיסית והמהותית שלהם שהיא הצורה של בני האדם מאחר והיכולת השכלית שלהם היא המרכיב המרכזי שקשור לחיים החברתיים, היסודות האלה הם יסודות טבעיים- מהותיים לאדם, מה שטוב עבורו, הצורה שלו והתכלית שלו. לכן העקרונות האלה שהם ביסודם עקרונות מוסריים הם ביסוד הסדר הפוליטי ולכן הם העקרונות הבסיסיים שעליהם יושבת מערכת המשפט. בעיני אריסטו הרכיב הזה טבעי באותו מובן שדיברנו על מושג הטבע , השלמות והתכלית. זו תפיסה של משפט טבעי די מורכבת ומסובכת, לא מוצאים אותה בדיונים של שופטים. ביעני אריסטו הטענה של

כאשר אנו שואלים מה הופך אדם לאדם בעיני אריסטו ולא לאובייקט אחר? התשובה שלו זה בעצם היכולת השכלית שלו. אם נוציא מאדם את התכונה הזו הוא מאבד את מהותו האנושית. כאשר הוא מאבד את היכולת הקוגניטיבית הוא מאבד את אנושיותו. מה שהופך אדם למהות שנקראת בני אדם שהיא בעיני אריסטו הצורה שלהם היא אותו כוח מדבר. היכולות הקוגניטיביות והשכליות של האדם משליכים על כל פעולה שאנו עושים. כל מצב מנטלי שלנו רווי בקוגניציות שכליות של כל מיני סוגים ומינים. כמעט כל רגש הוא בעצם ביטוי לרציונליות שלנו. בע"ח לא צוחקים כי כמות הידע שנדרשת לצורך כך היא גדולה.

בתוך ההקשר החברתי אתה מביא לידי ביטוי את היכולת השכלית שלך ויכולת ההבחנה בין טוב לרע. זה עניין מהותי אצל אריסטו- אדם לא מספיק לעצמו, הוא חייב לחיות במסגרת פוליטית. החשיבה המוסרית היא ממהות הסידור של האדם, לא ניתן לחשוב על סדר ללא מחשבה על צדק וכו. הטענה שלו שהאינטראקציה בין בני אדם מחייבת את המושגים האלה. העקרונות הבסיסיים של המשפט עומד ביסוד הקיום האנושי, הם חלק מהטבע.

אריסטו אומר שמאחר ואדם איננו מספיק לעצמו והחיים שלו בתוך חברה הוא בעצם מעין פרט בגוף יותר רחב יש קדימות ערכית ולוגית של הפרט למדינה. הפרט הוא מעין איבר של יחידה אוטרקית יותר גדולה ומבחינה זו יש קדימות של המדינה על הפרט כמו בדוגמת: מכלול הגוף מול איבר מסוים.

אריסטו מדבר על אל במובן הפילוסופי של אל שמספיק לעצמו, הוא לא מדבר על האל היווני המיתולוגי. מדבר על אל או בהמה, הם אינם יצורים פוליטיים.

יש טבעיות ברצון לשותפות מדינית, אומר אריסטו שהיכולת השכלית הזו היא בעצם ממהות האדם כשם שהיא יכולה להביא את האדם לשיאים- שלמות ותכלית במצב של שפלות היא יכולה להגיע לשיאים של רוע. כאשר מתסכלים בהיסטוריה האנושית על שיאים- אדם יכול להגיע לשיא שאין כמותו /שפל שאין כמותו ושניהם זה פונקציה של היכולת השכלית. הצדק והיושר זה אחת האינדיקציות לכך שהצדק הוא עניין מדיני והוא הבסיס לקיום האנושי והמדיני. זה מערכת המושגים שבתוכה חושב אריסטו. מערכת המשפט היא הבסיס לקיום האנושי, הוא חלק מהטבע האנושי.

**אתיקה ניקומחית**

באחד מהם עושה אריסטו את ההבחנה

צדק מדיני קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו הוא נובע מהחוק- כוח ההסכמה של בני האדם, היסוד הפוזיטיבי של המשפט. אריסטו מכיר בעובדה שמרכיב מרכזי של החוק הוא טבעי, לא ניתן לתאר חברה אנושית שלא תאמץ את החוקים האלה, זה הבסיס לקיום החברתי. אריסטו אומר בכל מערכת משפט יש רכיב שהוא קורא לו צדק מדיני, מהטבע. ויש את החלק שהוא קורא לו הצדק מהחוק, מכוח ההסכמה. החלק מהטבע קשור לעקרונות של הטבע, לא ניתן לדמיין חברה של בני אדם שתאפשר את ההוצאה מהכוח אל הפועל כחלק מאותם עקרונות. אותם גורמים שהופכים את אותו חלק שהוא צדק מהטבע שהוא בלתי תלוי בזה שהם יסכימו על כך. לעומת זאת אריסטו מודה בעובדה שיש חלקים בחוק שהתוקף שלהם הוא מכוח ההסכמה אודותם. הרכיב שנקרא הצדק מהחוק שההסכמה היא זו שהופכת את החוק לתקף ולא הכרה רציונלית היא עניין מורכב. אריסטו נותן כמה דוגמאות למשל, גובה הקנס. אין סיבה רציונלית שמכריחה אותנו להכריע איזה סכום המספר אך א"א לנהל מערכת משפט ללא קביעת מספר. כאשר אנו חושבים על משפט יש חוקים שיש לנו סיבות רציונליות לקבלם ואנו לא יכולים לחשוב עליהם באופן אחר. יש כללים שאנו יכולים לחשוב עליהם באופן אחר מהאופן שבו קבענו אותם- זה לא כ"כ פשוט לקבוע כללים שהם מה שאריסטו מכנה "צדק מהחוק" שאנו חושבים שיש סיבה לקבוע אחרת. נגיד- יש הכרח לקבוע באיזה צד מותר לנסוע על הכביש, לא ניתן להשאיר זאת לשק"ד- האם זה יותר רציונלי לנסוע בצד ימין ולא בשמאל? מדובר על עניין שרירותי. יש מי שיטען שזה אפילו לא שרירותי באיזה צד לנסוע. הרבה מאוד מקרים לא כ"כ קל למצוא דוגמאות לכללים שמצד אחד יש הכרח רציונלי להכריע בהם מצד שני ההכרעה בהם היא עניין שרירותי. זה שונה ממצב שבו כאשר אנו צריכים להחליט לגבי החלטות שאין לנו חובה להחליט לגביהם. נגיד שיש חובה דתית לשים כיפה על הראש, מישהו יכול לבוא ולהגיד נכון יש כלל שאומר תשים כיפה על הראש אך יש כלל שאומר שצריך להחליט לגבי הצבע. אם אנו חושבים שצריך להחליט לגבי הצבע אבל אנו לא יודעים איזה צבע. יכול להיות שההחלטה היא לא בגלל שחשוב הצבע אלא בגלל שחשוב שכולם ילכו עם אותו צבע, זה לא קביעה לגבי הצבע. הרבה פעמים אנו מגיעים לרמות של רגולציה שאנו חושבים שיש צורך ברגולציה למרות שאין לנו צורך להחליט מה סוג הרגולציה הנדרש. דוג': כולם ילכו עם אותו צבע אך הם לא קובעים מה הצבע. רוב הכללים שאנו מכירים בחיים הציבוריים יש להם טעם פנימי. למשל, כל תקנות סד"פ וסד"א אין כמעט דוג' אחת של טעם פנימי- כלומר שצריך להחליט אך לא משנה מה. למשל, כאשר צריך להגיש בקשה מסוימת ב 4 עותקים כי יש 4 גורמים שצריכים לקבל את העותק.

עוד הבחנה אחת שאריסטו מדבר עליה- הוא עושה הבחנה נמשכת מההבחנה שלו- הבחנה למה שהוא מכנה צדק והגינות. זה אחד הקטעים הקלאסיים של אריסטו שם הוא מבטא את עיקרון היושר האריסטוטלי. הוא שואל יש לנו בעצם שני מושגים- צדק והגינות ואנו מניחים שיש הבחנה בין שני המושגים האלה. אריסטו אומר אם יש הבחנה והם לא מושגים זהים אז איך סטייה מהצדק יכולה להיות מעשה הגון? אנו מצפים שאנשים יעשו מעשים צודקים, בד"כ מעשה צודק

צדק מתקן- מושג הצדק הוא מושג מאוד ספציפי שחל בסיטואציות מאוד מסוימות. לא כל מעשה טוב הוא מעשה צודק מבחינה מושגית. אנו לא נגיד על מעשה טוב שהוא צודק כי מושג הצדק לא רלוונטי. בהקשר זה לתת צדקה לעני הוא לא מעשה צודק, לא קשור למושג הצדק. ספק אם זה מעשה הגון, זה מעשה טוב. על איזה דברים אנו נגיד שזה מעשה צודק? אריסטו אומר שלהגיד נעשה פה צדק קשור לשני הקשרים: 1. צדק מתקן- השבת המצב לקדמותו. נגיד שעשית פשע מגיע לך עונש, זה צודק להעניש אותך. 2. צדק מחלק- מצב שבו יש משהו שעומד לחלוקה וברגע שהוא עומד לחלוקה אנו שואלים כיצד צודק לחלק אותו, עולה שאלת הצדק. יש דרך צודקת לחלק את העוגה ודרך לא צודקת. גם אם כרגע לא החלטנו מה הדרך הצודקת לחלק ציונים, אם הם עומדים לחלוקה ברור שיש דרך צודקת ודרך שלא צודקת. לכל אחד יש קריטריון אחר. במצבים של חלוקה ניתן לעשות מעשה בלתי צודק בשני מובנים: 1. מאמץ בסיס חלוקה מוטעה- קובע קריטריון חלוקה שהוא מוטעה. אם יש וויכוח על בסיס החלוקה מי שמאמץ בסיס חלוקה מוטעה הוא מקבל חלוקה לא צודקת. 2. נגיד שאימצת בסיס חלוקה צודק אבל עשית פרוטקציה למישהו. מצב שבו לא התאמת את המנה שלו לזכות. הבעיה היא חריגה מבסיס החלוקה שאימצת. אימוץ בסיס חלוקה צודק אך לחרוג ממנו מדי פעם.

כדי להיות צודק יש לאמץ בסיס חלוקה צודק ולדבוק בו ולא לחרוג ממנו.

אריסטו אומר- אם כל פעולה צודקת היא בעצם להתאים את המנה לזכות, להפעיל את הכלל כמו שצריך והגינות היא פעולה שונה מפעולת הצדק והיא בכל זאת דבר חיובי אז יוצא שהגינות היא פעולה בלתי צודקת. מעשה בלתי צודק הוא מעשה חיובי שאנו קוראים לו הגינות. איך יכול להיות שמעשה הוא בלתי צודק ויחד עם זה הוא יהיה הגון? הפתרון שלו-עקרון היושר. זה קשור למושג כלליות החוק. התארים צודק והגון חלים על אותו דבר עצמו אבל היתרון הוא להגון.

כל חוק הוא כללי ואילו יש עניינים שלא ניתן לדבר עליהם באופן הולם, כללי.

אריסטו אומר שחוקים בנויים על כללים לא על עקרונות כלליים מופשטים, הפ מבוססים עלכללים מוגדרים היטוב, אןם החוק רוצה לכוון התנהגות הוא לא יכול לדבר במונחים מופשטים. צריך לכוון התנהגות באמצעות כללים הרבה יותר מוגדרים ומנוסחים היטב. ניתן להגיע לרמות הפשטה בהוראות המוסריות ולאמרות הפשטה הרבה יותר קונרקרטיות. הפעלהצודקת של החוק זה הפעלת כלים חתוכים. מאחר והחוק מבוסס על מערכת של כללים מוגדרים וחתוכים ברור שייתכנו מקרים חריגים בהם אנו לא צפינו אותם כאשר ניסחנו את החוק וגם אם צפינו אותם לא היינו מסוגלים לצפות את כל המקרים. למשל: פס"ד פלוני נ' פלונית- המחוקק לא חשב על המקרה הזה כאשר הוא הגדיר את עילות האימוץ. האם במקרה זה נפעיל את החוק כלשונו אם נעשה זאת נגיע לתוצאה בלתי צודקת למרות שאנו מפעילים את החוק באופן צודק. ברור לנו שזה מקרה חריג שבו הפעלת החוק תביא למצב בלתי צודק. אריסטו- זה מהות החוק. כל כלל משפטי יש לו את המקרה השכיח וייתכנו מקרים לא שכיחים. שכיח- הפעלת החוק תגיע לתוצאה צודקת אבל לגבי כל כלל משפטי בעצם היותו חתוך ייתכנו מקרים שבהם החלתו הצודקת תביא לתוצאה בלתי צודקת בשל אופיו החריג הבלתי שכיח של המקרה.

מצבים אלה יכולים לקרות ועל השופט להפעיל שק"ד ולא להפעיל את הכלל באופן טכני, יש להפעיל שיקולי הגינות- עקרון היושר האריסטוטלי.

הכללים חלים על המקרה השכיח וזה מה שצודק בהם. במקרים בלתי שכיחים בהם הפעלת החוק תהיה לא צודקת יש להפעיל שיקולי הגינות. זה עניין ממהות החוק- לכל חוק יש מקרה לא שכיח וזה דורש את עיקרון ההגינות שהוא שיקולי צדק לגבי המקרים הלא צודקים. היו פילוסופים שחלקו עליו ושבשל שיקולים מערכתיים יש לדחות את עיקרון היושר, למשל הרמב"ם. הוא חשב שגם על המקרה הלא שכיח יש להחיל את הכלל ולשלם את המחיר של התוצאה הבלתי צודקת. המחיר הזה כדאי. אימוץ עקרון היושר- פתיחת פתח לניצול של שק"ד ומציאת הרבה יותר מקרים לא שכיחים. זה מחיר חברתי הכרחי. הרמב"ם היה חשדן ביחס לזה.

כל אימוץ של כלל הוא תשלום של מחיר אישי, תמיד נחיל את הכלל על מקרה שבו אם אנו חושבים על המחיר של הכלל אנו לא נפעיל אותו. כל כלל דורש תשלום מחיר מסוים. אולי לא נפעיל את הכלל וכך נחרוג ממנו.

כל פעם שאנו מאמצים כללים אנו תמיד מפסידים ומרוויחים. הרמב"ם חשב שיש לאמץ את הכללים ולשלם את המחיר הזה.

 הוא שם את האצבע על הבחנה שהיא מסייעת לבטא איזה תובנה שבעיניו הייתה חשובה או מהותית ביחס למשפט.

**פוזיטיביזם- אוסטין**

אריסטו היה אחד הנציגים של גישת המשפט הטבעי. לחשיבה של אריסטו הייתה באופן כללי וגם בהקשר של החשיבה על הטבע וגם על המשפט הטבעי השפעה עצומה על החשיבה האנושית בעיקר במסורת המערבית, הצליחו להשתחרר ממנו רק במהלך המאה ה 17 ולא באופן מלא. גם עם כל השינויים שהתחוללו מאז עדיין הבסיס האירסטוטלי של החשיבה המערבית הוא איתן. לאריסטו הייתה השפעה גם במסורת היהודית, למשל על הרמב"ם.

נתאר שתי תאוריות פוזיטיביסטיות. גישה אחת היא של אוסטין וגרסה יותר מתוחכמת של הארט.

אוסטין חי בין השנים 1790-1859. הוא היה שייך לקבוצה בולטת מאוד של אינטלקטואלים, פילוסופים, אנשי משפט ומדינאים באותה תקופה. ג'רמי בנטהאם היה המורה שלו. הם פיתחו צורת חשיבה חדשה על המשפט. אחת המטרות הייתה לא רק להישאר במגדל השן הפילוסופי אלא לנסות לקדם רפורמות במשפט האנגלי והייתה להם הצלחה בלתי מבוטלת. מדובר על תקופה שהיא בעיצומה של המהפכה התעשייתית. התחוללו שינויים עצומים במבנים חברתיים מה שדרש חריגה מהמסורות ודפוסי הפעולה שרווחו בחברה המסורתית.

המטרה המרכזית של אוסטין היא לפתח עמדה במשפט שתסייע לו ליצור רפורמות. הטענה של אוסטין היא נק' המוצא של הפוזיטביזם. תורת המשפט צריכה להתעניין בחוק הפוזיטיבי, החוק שרווח במדינה, שנחקק במדינה. אוסטין אומר שכדי לדוןבמושג חוק אנו צריכים להבדיל בין החוק במשפט לבין כל אותם תחומים שהם דומים לחוקים ולנסות למצוא איזושהי הגדרה או תכונה של אותה מערכת שמעניינת אותנו במסגרת החשיבה שלנו על המשפט. הוא שואל את עצמו מה היחס בין המוסד שנקרא החוק הפוזיטיבי לבין מוסדות שהם החוק האנאלוגי שהם לא חוקים. הוא מנסה להגדיר את מושג החוק- מה זה חוק (באופן כללי)? חוק הוא בעצםפ פקודה שניתנת ע"י יצור תבוני שנועדה לכוון את ההתנהגות של יצור תבוני אחד. פקודה שנותן יצור תבוני אחד לאחר כדי לכוון את התנהגותו ולנותן הפקודה יש כוח או סמכות כלפי מקבל הפקודה. כל חוק הוא בעצפ פקודה שמכוונת התנהגות והיא נעשית בין יצורים תבוניים כאשר לנותן הפקודה יש כוח למקבלה. אוסטין אומר שכדי לתחם באופםן מדויק את החוק הפוזיטיבי אנו חחייבים לתחם את החוק לסוגים שונים:

יש חוק שהוא פקודה וזה מתחלק לשניים: 1. חוקים של האל כלפי בני אדם 2. חוק של בני אדם כלפי בני אדם אחרים. אוסטין היה אדם דתי. כאדם דתי נוצרי הוא האמין בקיומו של האל והאל הוא רציונלי ולכן הוא נותן פקודות לבני אדם ולכן זה נופל תחת ההגדרה שהוא נתן לחוק- פקודה של יצור תבוני אחד לאחר. את זה הוא מבחין מחוקים של בני אדם כלפי בני אדם. האל הוא יצור תבוני יש לו סמכות וכוח אבל זה לא חלק מהחוק שמעניין משפטנים זה חלק מהמוסר הטבעי זה קיים אך זה לא צריך לעניין את מי שעוסק בתורת המשפט. מה שמעניין את אוסטין זה החוק הפוזיטיבי. הוא נמצא בחוקים שבני אדם נותנים לאדם, גם כאן אוסטין עושה הבחנה בין שני סוגים: 1. חוקים בין ריבון לבני אדם. 2. צחחוקים של בני אדם רגילים שאינם ריבונים כלפי בני אדם אחרים.

יש הבחנה בין שני סוגים של פקודות: פקודה שאדם רציונלי נותן לאדם אחר ולאותו אדם יש סמכות כלפיו- למשלף אב שנותן פקודה לילדיו, אישה לבעלה, בוס לעובדיו. אנו לא מדברים על נותן פקודה שהוא בבחינת ריבון אבל יש לו סמכות- כוח כלפי אנשים אחרים, הם יכולים לתת פקודות ולהפעיל את כוחם בעזרת הפקודות. אלה החוקים שבני אדם יוצרים כלפי בני אדם אחרים. איפה נמצא החוק הפוזיטיבי שמעניין את המשפטנים והעוסקים בתורת המשפט? החוק שיוצר הריבון כלפי נתיניו. הריבון זה לא האב בבית. האבא הוא לא הבוס העליון כי מעליו יש אדם אחר- אבא שלו שהוא גם נותן לו הוראות. יחש מערכת היררכית שכל אחד נותן הוראות למי שכפוף לו. מי נותן הוראות למלך? בתנ"ך אנו אומרים שמלך כפוף לאלוהים. במישור הפוזיטיבי ריבון זה מי שכולם מצייתים לו אך הוא לא כפוף לפקודות של אף אחד אחר, לא כפוף לשום גורם אחר. בכל הקשר פוליטי אנו יכולים לשאול את עצמנו מי הבוס? בעולם העתיק היינו יכולים לזהות את הריבון עם הקיסר או המלך- מי שנושא בסמכות העליונה, כולם כפופים לו והוא לא כפוף לאף אחד. אם אנו מזהים זאת הוא הריבון. אותו ריבון, הפקודות שלו הן החוק הפוזיטיבי בעיני אוסטין. יש לנו את קבוצת החוקים באופן כללי אבל החוק הפוזיטיבי זה לא כל חוק אלא קבוצה מסוימת של חוקים- אלה שיוצר הריבון כלפי נתיניו. אוסטין מנסה להגדיר בצורה יותר מדויקת למה אנו מתכוונים כאשר אנו עוסקים במונח פקודה? מושג החוק בנוי ממושג הפקודה- הוראה של מישהו לעשות פעולה מסוימת. מערכת המשפט בנויה מחוקים פוזיטיביים. הריבון הוא אותו אדם או גוף פוליטי שזוכה לציות והוא לא צריך לציית לאדם אחר. מהו בעצם פקודה? היא מבע של רצון של יצור תבוני אחד כלפי יצור תבוני אחר שאותו יצור תבוני שהוא מושא הפקודה יעשה פעולה או ימנע מלעשות פעולה ושאליו נותן הפקודה- מי שהביע את רצונו , מבע הרצון צמוד אליו סנקציה. אם מושא הפקודה, אותו יצור תבוני שאליו נותן הפקודה פונה אם הוא יימנע מלבצע את מבע הרצון הזה, הוא לא יציית לפקודה הזו, נותן הפקודה יש לו כוח להפעיל כלפיו סנקציה- סוג של נזק שהוא יכול לגרום לו. נותן הפקודה יכול להפעיל סנקציה אצל מקבל הפקודה. מי שהביע את רצונו מצמיד לרצונו סנקציה. אוסטין אומר שבמצב שבו הריבון פונה לנתין ומביע את רצונו לא הצמדת סנקציה הוא בעצם לא נתן פקודה. למה? כי אם הגדרת הפקודה היא הצמדת סנקציה לבקשה, למבע הרצון אז ברגע שאתה פנית למישהו ללא סנקציה אז זה אקט רצוני שנקרא בקשה כי פקודה היא משהו שכרוך בהפעלת כוח. הרבה פעמים אנו מבקשים משהו ועושים זאת באמצעות פקודות. אם הנוסח הלשוני תמים אך יש מאחוריה סנקציה זה נקרא פקודה. לפעמים אנו מדברים בלשון חיווי אך זה פקודה. הרבה פעמים יש פקודות מובלעות אז לא לבלבל בין הנוסח הלשוני לבין הכוונה. למרות שבניסוח של חוקים בד"כ מקפידים על ניסוח לשוני ברור ולא מטאפורי. בהקשר של המשפט יש מתאם בין לשון החוק לבין הכוונה שלו, החוק לא מנוסח באופן מטאפורי. חוקים משתדלים להיות כמה שיותר בהירים. השאלה מה המובן של המבע הלשוני הוא שהמבע יכול להיות מכל מיני סוגים. בד"כ מה שמאפיין חוקים זה שלפקודות יש אופי כללי, בניגוד לפקודות שיש להן אופי ספציפי- הרבה פעמים פקודה יכולה להיות קונקרטית ברגע מסוים למשל בצבא, את זה קשה להגדיר כחוק. כאן ניתן לדבר על כלליות בשני מובנים: 1. כלליות- סוג הפעולות. 2. כלליות מבחינת הנמענים. בד"כ כאשר אנו מדברים על פקודה שהיא חוק אנו מדברים על כלליות בשני המובנים- סוג הפעולה ולא לאדם ספציפי- לכלל בני אדם או לסוג מסוים של בני אדם. אוסטין מדגיש את שני ההיבטים האלה למרות שמבחינתו הדגש הוא על סוג הפעולות. אוסטין היה מודע לעובדה שכדי שפקודה תהיה חוק היא צריכה לשאת אופי כללי.

מושג הסנקציה הוא בעל חשיבות עצומה מפני שהוא בעצם מסביר בעיני אוסטין את מהותו של החוק. מה מגדיר את החוק? העובדה שמקורו בריבון אותו ריבון זה מי שזוכה להרגל ציות. דבר שני מדובר על מבע רצון. הכוח שיש לריבון עומד בלב מושג החוק. החוק- כיוון התנהגות ע"י הכוח שיש לריבון. זה תורת הפקודה של אוסטין. רוב בני אדם אם נשאל אותם מה זה החוק אינטואיטיבית זו פחות או יותר התשובה שהם ייתנו- הם יזהו את הריבון, מי שיש לו כוח והם יזהו חוק עם כוח, עם סנקציה ואת הריבון.

אוסטין אומר מה זאת אומרת להיות כפוף לחוק? בהיותי צפוי לרע או לנזק מצד המחוקק אם אני לא מציית לרצייה שהוא מבטא אני בעצם קשור לפקודה תחת חובתו.

אוסטין יאמר שהוא מזהה את החוק הבודד ע"י זיהוי הריבון והפקודה שהוא נותן- מביעי הרצון אליהם הוא הצמיד סנקציה. איך יודעים להבחין בין מושג החוק לבין מוסד דמוי חוק? האחרונים מקורם בגורמים אנושיים אחרים שיש להם סמכות כלפיי אך הם לא הריבון למשל הבוס, החברה וכו. הם הוראות או נורמות דמויות חוק אך הן לא חוק כי מקורם איננו בריבון. מה ההבדל לפי אוסטין ביו חובה משפטית למוסרית? ההבדל נעוץ במושג הסנקציה. חובה מוסרית היא חובה שאנו מצייתים לה לא בגלל הנזק שאנו חוששים שהריבון יטיל עלינו. יש כוח כופה לציית להוראה שאלמלא כן אני אסבול נזק שלא הייתי רוצה לסבול, אנו לא חייבים במובן המוסרי אלא במובן שהם אני לא אעשה אני אשב בכלא או אשלם קנס. להגיד את זה זה לא להגיד שאני חייב במובן שאני תופס זאת מוסרית, אין אופציה אחרת מלבד התחמקות מהנזק. המובן של חובה נעוץ בכוח של הריבון, במושג הסנקציה. זה שונה מהחובה לא לשקר. הכוח של הריבון הוא אחד היסודות המרכזיים שמגדירים את מושג החוק הפוזיטיבי.

חוק משפטי- מי שמפעיל את הסנקציה זה הריבון.

מוסר פוזיטיבי- יכול להיות שמפעילים סנקציות אך זה לא אלה שבאות מידיו של הריבון בהיותו ריבון. מדובר על מוסר פוזיטיבי או בחוק שהוא לא פוזיטיבי כי הכוח לא בא ממי שמרכז בידיו את עיקר הכוח הפוליטי.

כאשר מדברים על יחסי כוח יש הרבה פעמים תלות בין גורמים מתווכים לגורם העליון.

למה אנו קוראים לזה חוק פוזיטיבי? אוסטין לא כופר בעובדה שייתכנו חוקים אלוהיים, יכול להיות שיהיו חוקים כאלה. אבל החוקים האלה הם לא החוקים שמעניינים את מי שעוסק במשפט כי זה לא חלק מהחוק הפוזיטיבי. החוק הפוזיטיבי ממוקם באותה נק' שאנו מדברים על הריבון. המונח פוזיטיבי יש לו הרבה מאוד מובנים. בהקשר של אוסטין זה נובע מהמנוח עמדה- חוקים שמקורם במי שמחזיק בעמדה מסוימת, ריבון. יש כאלה שדיברו על פוזיטיביזם במובן של עובדה קונקרטית שניתן להצביע עליה. במובן של אוסטין החוק הפוזיטיבי הוא עובדה כי הוא סוג של עובדה חברתית, העובדה החברתית הזו זה בעצם מבע רצון של הרביון שיש לו אופי כללי שאליו הוא הצמיד סנקציה. זה שזה כתוב או לא זה כברק עניין משני אבל אנו יכולים להצביע על קיומה של העובדה הזו, זה לא הצבעה על ערך או אידיאה ולכן התוקף המשפטי שלהם הוא פונקציה של קיומה של העובדה הזו. השאלה אם יש עליי חובה מוסרית לציית לחוק להבדיל מחובה משפטית היא שונה. השאלה המשפטית תלויה בדברים שדיברנו עליהם לפני כן. השאלה המוסרית היא נפרדת, קשורה ליחס בין החוקים של בני אדם רגילים לבני אדם אחרים ולחוקים שבין הריבון לנתיניו.

חוק פוזיטיבי בהגדרתו הוא לא מוסרי. הריבונים הם הגיוניים – בד"כ מתנהגים באופן סביר ולא רוצים ליצור פערים גדולים יותר. הם מתאימים את הפקודות והחוקים שלהם לעם שבו הם יושבים. חוק פוזיטיבי מה שמגדיר אותו הוא האופן שבו מזהים אותו. חוק פוזיטיבי יכול להיות מוסרי או לא, זה תלוי במה שאמר הריבון. הריבון לא בהכרח יוצר חוקים שרירותיים, בד"כ הוא יוצר חוקים סבירים.

**הארט**

100 שנה קדימה. הארט הפעילות שלו הייתה בסוף שנות ה 50 עד שנות ה 90 של המאה ה 20. הספר החשוב ביותר שלו הוא the concept of law. הספר הזה היה פריצת דרך בחשיבה המשפטית המודרנית. הארט את הדיון שלו, שאנו נתחיל בשבוע הבא בעצם מתחיל בסדרה של ביקורות על אוסטין, הוא מנסח את התאוריה של אוסטין שנראית תאוריה פוזיטיבית אינטואיטיבית והוא מותח עליה סדרה שלמה של ביקורת שמוביל להרס גמור של עמדתו של אוסטין אבל על בסיס ביקורות אלו הוא מציע תאוריה חדשה שהיא עצמה תאוריה פוזיטיביסטית, על גבי הריסות הפוזיטיביזם של אוסטין הוא יוצר גישה פוזיטיביסטית חדשה. הטענה שלו היא שסוג העובדות החברתיות שעליהם אנו צריכים להתכוון ואותם אנו צריכים לנסח הם מסוג אחר לגמרי. זה נק' המוצא לפיתוח התאוריה החדשה.

**16.5.12- שיעור 5**

החומר לבוחן הבא: מאמר של דבורקין.

**הארט**

הארט נחשב אולי לגדול הפילוסופים של המשפט במאה ה 20. ממשיך את המסורת הפוזיטיביסטית באנגליה. החיבור המרכזי שלו נקרא הקונספט של החוק. שייך גם למסורת האנליטית שעוסקת בפילוסופיה של הלשון.

הוא מצעי תפיסה של חוק שמתחילה עם סדרה של ביקורות לתאוריה שמשלה בכיפה בזמנו, התאוריה הזו הייתה של אוסטין. כל אחת חשובה כי היא מעלה עניין מרכזי לגבי החוק. הוא מציע אלטרנטיבה לתפיסה של אוסטין. הגישה שלו גם היא עצמה פוזיטיביסטית. לשיטה שלו הייתה השפעה עצומה גם בקרב אלו שממשיכים אותה וגם בקרב אלו שמתנגדים לה. יש סדרת ביקורות של הארט על אוסטין, הם ישמשו לנו שתי מטרות: כל אחת מהן תאיר היבט חשוב ומעניין על אודות התופעה שנקראת משפט, היבט שני הוא שהביקורת הזו תסלול את הדרך לתאוריה של הארט עצמו.

התאוריה של אוסטין נראית על פניה אינטואיטיבית במובן הזה שרבים יסכימו או יחשבו במונחים כאלה. הפקודה שמוצמד לה סנקציה שבאה מאת הריבון.

**הביקורות של הארט**

1. על מושג הפקודה או על האופן שבו אוסטין הגדיר את מושג הפקודה. כאשר אוסטין הגדיר את מושג הפקודה הוא אמר שמבע רצון של יצור תבוני אחד לאחר שאליו הוא הצמיד סנקציה. ההנחה היא שלנותן הפקודה יש כוח כלפי מקבל הפקודה. ניתן להפעיל כל מיני סנקציות. מכוח זה מושג הפקודה אצל אוסטין עומד בתשתית מושג החוק. לריבון יש כוח פיזי ופוליטי. הארט אומר שלהעמיד את הפקודה על מושג הסנקציה זה החמצה של משהו משמעותי באופן שבו מבינים את הפקודה. ניתן לערוך הבחנה בין המושג הלשוני לנורמטיבי של הפקודה. אנו יכולים לנתח את המושג פקודה מבחינת סוג המבע הלשוני שאותו הוא מבטא. איש לשון יכול לומר שפקודה עונה מבחינה לשונית על הגדרה מסוימת בהשוואה לבקשה למשל. מבחינה לשונית ניתן לנתח את ההבדל בין שני מונחים אלה. אבל, לא כל מבע לשוני שעונה על הדרישות הלשוניות של המושג פקודה הוא גם פקודה במובן הנורמטיבי כי הוא לא זהה למובן הלשוני. ניתן לנסח פקודה מבחינה לשונית אבל זה יהיה מוזר לומר שזה מעניק פקודה- זה לא יהיה נכון לומר זאת כדי לומר שא' נותן פקודה לב' לא בי בזה שהוא הביע באופן לשוני מבע שעונה על הדרישות הלשוניות של מה זה לומר פקודה. כדי שניתן לומר שא נתן פקודה לב צריך לענות על תנאים חיצוניים ללשון תנאים חברתיים. למשל- אם אנו נמצאים בצבא ויש חייל והמפקד אומר לו שהוא שומר בשעה מסוימת, המפקד אכן נתן פקודה לא רק במובן הלשוני- המשפט עונה על מושג הפקודה אלא הוא נתן פקודה גם במובן הנורמטיביץ כדי שהוא ייתן פקודה יש מערך שלם של תנאים חברתיים שצריכים להתקיים- שיש צבא, שהוא המפקד, שבמסגרת הספציפית הזו כולם מכירים את התנאים שמכוננים את המובן הנורמטיבי של הפקודה שהוא נתן. ללא ההקשר החברתי נורמטיבי הזה לא ניתן לומר שא' נתן פקודה לב'. לא ניתן לתת פקודה כאשר לא נמצאים במצב של כפיפות. יש צורך במערך שלם של תנאים נורמטיביים כדי שתהיה פקודה. לא יכול להיות שהפקודה תענה רק על המובן הלשוני.

נניח שמגיע אקדוחן לבנק, הוא שולף אקדח ואומר לפקיד שיתן לו כסף אם לא הוא יורה בו- הוא נתן לו פקודה. למשל, מפקד בצבא שנתן לחייל פקודה להתייצב בעמדת השמירה. ההבדל בין שני הדוגמאות האלו הוא שלא ניטה לומר שהאקדוחן נתן פקודה במובן הנורמטיבי אלא רק הלשוני. להגיד שהוא פקד עליו זה אומר שיש יחסי כפיפות שמוכרים לשניהם ויוצרים את התנאים לכך שא' יתן פקודה לב' (מפקד חייל, בוס עבודה, אב בן). יש מערכת של כפיפויות במובן הזה שהם נותנים פקודות למישהו אחר, העובדה שהענקנו פקודה זה לא אומר שיצייתו לה. עצם מתן ההוראה הזו בתוך ההקשר הנורמטיבי שכולם מכירים זה מתן פקודה, כאשר תנאים נורמטיביים אלה לא מתקיימים אנו לא אומרים שניתנה פקודה. כאשר חושבים על מושג הפקודה במובן הנורמטיבי הארט אומר שספק אם יסוד הסנקציה הוא מהותי למושג הפקודה כמו שאוסטין חשב. אנו יכולים לדמיין פקודות שבהם אדם נתן פקודה לשני אבא לילד, בוס לעובדיו או אפילו מורה לתלמידים והוא לא הצמיד סנקציה וגם לא עלה בדעתו להצמיד או להפעיל סנקציה אך עדיין נגיד שהוא נתן פקודה-יש יחסי כפיפות בין נותן הפקודה למקבלה ומקבל הפקודה מבלי לחשוב על הסנקציה או היעדרה בכלל יחסי הכפיפות מקיים את הפקודה. ניתן לדמיין פקודות ללא סנקציות והם יישארו פקודות במובן הנורמטיבי. הארט אומר שסנקציה אינה מהותית לפקודה.

המושג סמכות יכול לבוא בהקשרים מגוונים- ניתן לציית בגלל פחד, יראת כבוד, או הערכה עצומה.

1. הבחנה בין סוגים שונים של נורמות. לפי הטיעון של אוסטין נוצר הרושם שהסוג המרכזי אם לא היחיד של הנורמות שקיימות במערכת המשפט הן נורמות מטילות חובה. נורמה מטילת חובה זה מצב שבו המחוקק באמצעות כללים משפטיים מטיל על האזרחים חובות- מחייב אותם לפעול בהתקיים תנאים מסוימים: חובות עשה ואל תעשה. כל אלה הן נורמות מטילות חובה. רוב בני האדם אם נשאל מה טיבו של החוק הם יאמרו שהוא מטיל עלינו חובות. פקודות מהבחינה הזו הן בעצם משהו שהוא מטיל עלינו חובות, מגביל עלינו את היכולת שלנו לפעול. הארט אומר שיש סוגים אחרים של נורמות לגביהן אוסטין לא לוקח אותם בחשבון- מנורמות המעניקות כוחות או זכויות. מערכות משפט לא כוללות רק נורמות מטילות חובה, הן מחילות מערך עצום של נורמות מעניקות כוחות וזכויות. נורמה מעניקת כוח- בעצם נורמה שאומרת לך שאם אתה תפעל בצורה מסוימת אתה תשנה את המצב המשפטי שלך ואולי אף של אחרים. כאשר אתה פועל לפי הכללים האלה אתה לא מציית לחובות או גזירות אתה בעצם מפעיל כוח עד כדי כך שאתה משנה את הסטטוס המשפטי שלך. חוק החוזים למשל- דיני חוזים אם חושבים על חוק החוזים ועל כל חוקי החוזים שקשורים אל חוק החוזים לא מטילים על אדם חובה לעשות חוזה. החוק הזה מכונן את מוסד החוזה- אם אתה רוצה לשכלל חוזה בינך לבין מישהו תפעל באופן הנדרש לצורך כריתת חוזה- הצעה וקיבול וכו'. אם התנאים התמלאו שכללתם חוזה- שיניתם את מצבם המשפטי, יש לכם מערך חדש של זכויות וחובות. במצב שבו אנו פועלים לפי חוק החוזים אנו לא כפופים לשום חובה, אנו יכולים להחליט שאנו לא עושים שום חוזה. רוב האנשים עושים חוזה מבלי לדעת על כך. חוק החוזים הוא לא מסוג הנורמות שמטילות חובה. זה נכון גם לגבי חוק הירושה- קובע שלאדם יש את הכוח לעשות צוואה. הכוח לעשות זאת זה כוח מופלא עד כדי כך שלמרות שאנו מתים ממשיכים לעשות את רצוננו.

נורמות מטילת כוח נותנות לנו כוח לשנות את מצבנו המשפטי או ליצור מצב משפטי חדש.

יש כאלה שיטענו שלכאורה ניתן לתאר כללים מעניקי כוח וזכויות

אם אתה לא מציית לכללים שאומרים איך אתה יוצר צוואה למשל הסנקציה היא שהצוואה לא תקפה, לכאורה. כאשר אנו אומרים שאם לא פעלת לפי החוזים אין חוזה זה לא מצב שבו לא צייתת לנורמה ולכן עכשיו יש משהו אחר שהוא התגובה שאין חוזה. זה שלא צייתת לכללים הפירוש הוא שלא עשית חוזה. מבחינת מושגית זה יהיה אבסורד לתאר זאת שיש סנקציה כתגובה לאי יצירת חוזה.

יש ביקורת אחרת על ההבחנה של הארט- מאירה עוד היבט של מושג הנורמה מעניקת הכוח. את הביקורת הזו הציע קלזן. קלזן אומר לכאורה אפשר לתאר כללים מעניקי כוחות באופן הבא- מה זה כלל מעניק כוח? זה לא משהו שנפרד מהכוחות והסנקציות שיש למחוקק ולכן הוא גם לא שונה מכללים מטילי חובה. למשל- חוק החוזים שאומר שבשונה מהסכם ג'נטלמני שאין לו תוקף של חוזה מה קורה כאשר יש חוזה? כאשר משתכלל חוזה תקף מבחינה משפטית בין שני בני אדם, מה שקורה זה בעצם הרתימה של הכוח של המדינה, של הריבון לחוזה או ההסכם שאני עושה עם מישהו כך שאם אחד הצדדים יפר את החוזה וביהמ"ש יחליט שאם אחד הצדדים יפר את החוזה יפעיל את כוחו ויחייב את הצד המפר לקיים את החוזה. מה מבדיל בין הסכם שלא השתכלל לכלל חוזה משפטי לבין הסכם שהפך להיות בעל תוקף משפטי? באמצעות חוזה בעל תוקף משפטי גייסת את הכוח של המדינה שיעמוד לצידו במקרה של הפרה. במצב שבו יש חוזה תקף ניתן ללכת לביהמ"ש ולתבוע על הפרה. אם לא נפעיל את הכוח שבידינו- הוצל"פ. אם יש לך חוזה ניתן לפנות לביהמ,ש ולהפעיל את הכוח של המדינה ואם אין לך חוזה אתה צריך לסמוך על טוב ליבו של הצד השני לקיום החוזה. אין כאן חוזה תקף ולכן אתה נתון לרצונו של הצד השני. באמצעות חוק החוזים אנו מעמידים את הכוח של המדינה ביסוד החוזה הזה, שני הצדדים מרוויחים. זה סוג של בטוחה שהיא העוצמה של המדינה. זה ההבדל בין חוזה שנעשה על סמך חוק החוזים לבין חוזה שאין לו תוקף משפטי. קלזן אומר שאם טיבו של ההסכם זה שהוא מעמיד את הכוח של המדינה אז בעצם במהותם של הכללים מעניקי הכוח עומד בעצם הכוח של המדינה, באמצעות הכללים אנו מגייסים את הכוח של המדינה שתעמוד לצידנו. אותו הדבר לגבי צוואה- יכולנו לבקש מהילדים את מה שאנחנו רוצים עם הכסף אבל אנו עושים צוואה כי אם יש מישהו שיחמוד את הרכוש אז הצד השני יפנה לביהמ"ש. אם אנו חושבים שהילדים תמיד יעשו את מה שהמוריש אומר אנחנו לא רוצים צוואה, אבל מי שלא אמר את זה ע

כללים מעניקי כוחות במובן מסוים לא שונה מכללים מטילים חובה, בשניהם משתמשים במרוכז בכוח של המדינה. מה שעומד ביסוד הכללים שהם מעניקי כוחות זה להעמיד ביסוד החובות המשפטיות שנוצרו להעמיד את הכוח של המדינה. לא סתם אומרים לך אל תגנוב אלא אם תגנוב תיכנס לכלא. אנחנו בעצם משתמשים בכוח של המדינה. יש פה את רשויות ההוצל"פ שידאגו שאתה תקיים את החוק אם לא תקיים. כאן אתה חייב וכאן אתה יכול להחליט אם אתה חייב או לא. התיאור של קלזן כנגד ההבחנה של הארט בין נורמות המטילות כוח לאלו המטילות חובות. הארט טוען שזה היה טעות לתאר נורמות מעניקות כוחות כאלו שהתפקיד שלהן לגייס את העוצמה של המדינה ולהעמיד אותה ביסוד הכללים שאנו רוצים. במקרה של צוואות למשל, זה מצב פתולוגי- מצבים חריגים בהם הצדדים לא מקיימים את ההסכם. התפקוד האמיתי של כללים מעניקי כוח הוא לא לגייס את הכוח של המדינה במצבים חריגים. חוק החוזים לא מגייס את כוח המדינה לטובת החוזה אלא הוא מעניק כלי לכל אחד מאזרחי המדינה לנהל את עניינם בצורה שתקיים את מטרותיהם. לתאר את דיני הנישואין כגיוס של המדינה במצב של גירושין זה לעשות את הנישואין לצחוק. אדם מתחתן כדי לשריין את זכויותיו אם הוא יתגרש לפי הטיעון הזה. לתאר ככה את מוסד הנישואין זה לכאורה מוזר, האם המדינה יצרה את הנישואין רק כדי למנוע את שלילת הזכויות של הצדדים כאשר הם מתגרשים?

תיאור חוק החברות למשל כאילו הוא בא להתמודד רק עם הפרה זה לא המטרה שלשמה חוקק החוק.

הפעלת הכוח היא בשוליים, במצבים השוליים. התיאור של קלזן הוא תיאור מוטעה של טיבם של המוסדות המשפטיים שמטרתם הענקת כוחות וזכויות.

אוסטין- הארט אומר אם מרכיב מרכזי במערכת המשפט הם נורמות מעניקות כוחות ואלה לא נורמות שמבוססות בעיקר על הכוח של הריבון, אז אוסטין לא נותן דין וחשבון מספק על טיבם של מכלול הנורמות במשפט. אין הסבר לטיבם של רוב הנורמות. רוב החוק האזרחי זה נורמות מעניקות כוחות- חוזים, מכר, חברות וכו. כל הכללים האלה הם נורמות מעניקות כוחות או זכויות. נורמות מטילות חובה הן בדיני עונשין ונזיקין. אלה שני מערכות חוק מאוד מרכזיות בכל מערכת המשפט אבל הן רק חלק מהנורמות.

1. מושג המנהג. כאשר חושבים על מקורות לנורמות משפטיות לכללים משפטיים בד"כ אנו חושבים על שלוש מקורות מרכזיים: חקיקה, פסיקה- בהינתן שיש גרסה כלשהי של עקרון התקדים המחייב הקיימת בכל מערכת משפט- המשמעות שלה אומרת שברגע שביהמ"ש פסק פסיקה במקרה שבא לפניהם לפסיקה זו יש תוקף, כוח תקדימי, מעמד של נורמה כללית המחייבת את כלל בני החברה ולא הצדדים הספציפיים לדיון. לפסיקות של ביהמ"ש יש מעמד נורמטיבי. יש מקור שלישי לנורמות והוא המנהג. מנהג זה סוג של פרקטיקה חברתית בעניינים מסוימים שמקבל מעמד של כלל משפטי שבני החברה מתייחסים אליו כאל כלל משפטי. כמעט בכל מערכת משפט למנהג יש תוקף משפטי ומשמעות הדבר היא שסוג מסוים של פרקטיקות הם מקור לנורמות משפטיות. השאלה איזה סוג של פרקטיקות הופכות להיות תקפות ואילו לא- איזה כללים צריכים להיות כדי שנגיד שהפרקטיקה הזו היא כלל משפטי. כל מערכת צריכה כלל שיגדיר מהו חוק ומה לא.

יש מנהגים שקשה לומר שהוא חוק למרות שהם מושרשים. בחברה הישראלית ניתן לראות מנהגים שהפכו להיות חוק וכאלה שלא. בישראל הייתה פרקטיקה לפיה אדם מקבל פיצויים כאשר המעביד מפטר אותו. גובה הפיצויים הוא משכורת לשנה. כאשר אדם פוטר ולא קיבל פיצויי פיטורין- זה בניגוד לנוהג. ביהמ"ש במקרה כזה יכול לפסוק שמאחר והנוהג שהוא המנהג המשפטי השתרש באופן כזה שכולם מקבלים על עצמם את הכלל הזה, ביהמ"ש אומר שהמעביד מפר חוק, המעביד אומר שזה לא מופיע בחוק או בפסיקה אבל ביהמ"ש אומר שהוא השתרש, מעבידים ועובדים מכירים אותו ולכן הוא תקף מבחינה משפטית. האם ביהמ"ש יצר נורמה משפטית? לא, ביהמ"ש הכיר בעובדה שמנהג מסוים יצר נורמה משפטית. החברה מכירה בנורמה הזו כנורמה משפטית ולכן היא כזו. המעביד צריך לשלם פיצויי פיטורין. הארט אומר אם מנהגים הופכים לנורמות משפטיות בהתקיים תנאים מסוימים התאוריה של אוסטין שאומרת שבעצם נורמות משפטיות הם רק פקודות של הריבון לא יכולה להסביר איך מנהגים הופכים להיות נורמות משפטיות. אם זה לא פקודה של הריבון- זה לא נורמה משפטית תיאוריית הפקודה לא יכולה להסביר איך מנהג הוא נורמה משפטית תקפה. מנהגים בחברות פחות מפותחות היו מקור מרכזי לנורמות משפטיות. רוב הנורמות נוצרו כתוצאה ממנהגים ואוסטין לא יכול להסביר זאת אם לטענתו הנורמות הן רק מהריבון. אם כך, תאוריית הפקודה של אוסטין לא יכולה להסביר כיצד המנהג הופך להיות נורמה משפטית, לשיטתו הנורמה צומחת מלמעלה ואילו מנהג צומח מלמטה.

פיצויי פיטורין זה מנהג שרווח בחברה ללא החוק כי מי שיוצר את החוק זה הריבון. כאשר ביהמ"ש מחייב את המעביד לשלם פיצויי פיטורין הוא בעצם יוצר את החוק, לפני שהוא חייב את המעביד זה היה מנהג. ההשראה של ביהמ"ש זה מהמנהג ולכן למעשה מקור כל החוקים הוא הריבון או הפועל מטעמו (הריבון ממנה את ביהמ"ש). לפי הטיעון הזה ניתן לומר שמנהגים הם אף פעם לא מקור לנורמות משפטיות. ניתן לטעון ההיפך, זה יהיה מוטעה לחשוב שהפסיקה היא זו שיצרה את הנורמה אלא הפרקטיקה שהתקיימו לגביה תנאים מסוימים. אלה שטוענים שהמנהג הוא מקור לנורמות משפטיות לא טוענים שהמנהג הוא השראה ליצירת הנורמות אלא שהמנהג מכונן נורמות משפטיות.

1. קשורה לנורמות שחלות על הריבון עצמו. כאשר אנו מסתכלים על מערכות משפט מודרניות קל לראות שמערכות משפט אלו מטילות נורמות על הריבון. יש חוקים שחלים על הכנסת, רוה"מ וכל מי שממלא תפקיד שלטוני. אם הכנסת כפופה למערכת של חוקים וכל הגוף הריבוני איך לפי התאוריה של אוסטין שאומרת שמקור החוק הוא בריבון איך ניתן לומר שהריבון כפוף לחוקים הרי הוא מקור החוק ולמעשה רק הנתינים שכפופים לו הם אלה שכפופים לחוק. הרבה פעמים זה יהיה נבון מצד הריבון לציית לחוקיו כי בזה הוא מהווה דוג' לנתינים ומתמרץ אותם לקיים את החוקים אבל זה מוזר לומר שחוקים שהריבון מטיל על נתיניו ושהוא המקור שלהם כפוף להם. התאוריה של אוסטין יוצרת הבדל דרמטי בין הנתינים לריבון.
2. ההיבט האימפרסונליות- מערכתיות של מערכת המשפט. נוגעת ביסוד התפיסה של אוסטין. לפיו חוקים הם פקודות פקודתו יש אופי פרסונלי- יש נותן פקודה ויש מקבל פקודה אני כפוף לפקודה כי יש מישהו שנותן אותה. כאשר מסתכלים על מערכות משפט ובוחנים את טיבם של הכללים המשפטיים המאפיינים מערכות נורמטיביות בכלל ומערכות משפט בכלל אנו אף פעם לא חושבים עליהם במונחים פרסונליים. לחוק יש קיום אימפרסונלי, מופשט. ברגע שהחוק הפך להיות חוק הוא לא קשור למי שנתן אותו. אם החוק הוא פקודה של ריבון אז בואו נדמיין מצב בו הריבון הזה מת, למעשה עם מותו גם נעלמו פקודותיו. נגיד שבא ריבון אחר וחוזר ואומר שהוא נותן את אותם פקודות, מבחינה מהותית אנו מדברים על חוק חדש כי יש לנו פקודה חדשה כי יש פוקד חדש. זה אומר בכלך פעם שמתחלף ריבון יש מערכת משפט חדשה זה אבסורד. שינוי בריבון לא משנה את מערכת המשפט, יש לה קיום נפרס מאשר מי שנתן את הפקודה. זה אומר שהתחלפות ריבונים היא לא התחלפות של מערכת משפט. למשל כאשר המלך האנגלי מת ובמקומו הכתירו את בנו האם נוכל להגיד שיש לנו מערכת משפט חדשה כתוצאה מהחלפת הריבון. נגיד שכנסת ה 18 מתפזרת וקמה לה הכנסת ה 19, יש כנסת אחרת ולצורך העניין היא מכריזה שכל החוקים של הכנסת הקודמת חלים על הכנסת הזו אבל מבחינה מושגית זה ריבון חדש אז זה מערכת חוקים חדשה למרות שהתוכן שלה זהה. אם נחשוב על זה – מדובר על אבסורד, הריבונים מתחלפים אך המערכת נשארת אותו דבר. זהותה של המערכת לא יכולה להתחלף כל פעם שריבון מתחלף. למערכת המשפט יש קיום נפרד, אימפרסונלי מערכתי. לא ניתן לדבר על מערכת המשפט כפקודה של ריבון. גם אם נניח שריבון מסוים יצר חוק, החוק עומד בעד עצמו ללא קשר לריבון שיצר אותו.

מה מביא את סופה של מערכת המשפט? האם זה פונקציה של ירידה ועלייה של ריבונים? מתי מערכת משפט חדלה להתקיים והתחילה להתקיים מערכת משפט חדשה? ברור לנו שזה לא התחלפות של ריבון. למשל בשנת 48' חדל להתקיים המשפט המנדטורי ועם קום המדינה קמה מערכת משפט חדשה שהיא המערכת הישראלית. מבחינת התוכן של מערכת ה מפשט זה היה כמעט אותו תוכן. ס' 11 לחוק יסודות המשפט- אותם כללים שהיו קיימים במשפט המנדטורי ממשיכים להתקיים מכאן ואילך אך נוצרה מערכת משפט חדשה שלא קשורה לתוכן שלה. מערכת המשפט הישראלית מהרגע שהקימו אותה עברה שינויים דרמטיים יחד עם זאת זה אותה מערכת משפט למרות שהתחלף מערך שלם של ריבונים אך זה אותה מערכת משפט למרות שגם התוכן שלה השתנה. אנו צריכים לקבוע קריטריון מה קובע זהות של מערכת משפט- מתי זה אותה אחת ומתי נוצרה חדשה. ברור לנו שזה לא חילופי ריבונים וזה קשור לתפיסה של מה שמכונן מערכת משפט והתאוריה של אוסטין לא מסבירה זאת. הקריטריונים של אוסטין מוטעים.

הביקורת הזו מכשירה את הקרקע לתאוריה של הארט שלטענתו מתמודדת עם כל אחת מביקורות אלה. המטרה של הארט היא להסדיר את היסוד הנורמטיבי של החוק.

**23.5.12- שיעור 6**

מהביקורות של הארט אל אוסטן הוא יוצע להציע תורת משפט פוזיטיביסטית אחרת שפותרת לפי דעתו את רוב הקשיים שהוא מעלה כנגד תורת המשפט של אוסטין. את זה הוא עושה בחיבור שנקרא מושג החוק.

הדברים שהפריעו להארט אצל אוסטין התיאור של אוסטין לא מספקת תיאור שלם של מערכת המשפט כאימפרסונלית ולא נותן דין וחשבון מספק על הממד הנורמטיבי של המשפט ולא נותנת דין וחשבון על מכלול הנורמות שקיימות בחוק, מדבר בעיקר על נורמות מטילות חובות ולא מסביר את המגוון העצום של הנורמות שהוא הענקת כוחות. נק' המוצא שלו על הדיון בחוק הוא המושג כלל חברתי, הארט אומר שכללים משפטיים הם סוג מסוים של כללים חברתיים- כלל חברתי ניתן להסתכל עליו מנק' מבט סוציולוגיות אנו באים לחברה ומה שמאפיין אותה זה מערכת מורכבת למדי של דפוסי התנהגות שבני החברה האלה בד"כ מאמצים. אם יבואו סוציולוג לחברה ויתבונן עליה אחד הדברים שהוא יבחן זה מה דפוסי ההתנהגות שמאפיינים את ההתנהגות הזו. דפוסי התנהגות אלה נקראים כללי התנהגות. כלל חברתי זה סוג לש דפוס מסוים שנוהג לפעמים בזמנים מסוימים, לפעמים בתנאים מסוימים, לפעמים זה עניין מחזורי. כללים ששותפים לקבוצה חברתית מסוימת וזה סוג של התנהלות סדירה, מה שמאפיין כלל התנהגותי זה שהוא מאפיין את כל הקבוצה כולה. זה סוג אחד של התנהגות והוא יוכל לייצר מערך שלם. מה שמאפיין זאת זה בד"כ לא רק העובדה שיש דפוס התנהגות שחוזר על עצמו אלא שיש לו היבט של מה שהוא מכנה שכנוע פנימי. יש כללים מסוימים שיש להם דרגות שונות של שכנוע פנימי. כלל חברתי זה דפוס מסוים שיש לו ציות פנימי, זה לא שמצוות אנשים מלומדה הם פועלים לפי הדפוס הזה אלא שיש להם צידוק מסוג כזה או אחר לפעול כפי שהם פועלים והם יבקרו את בני קבוצתם אם הם יחרגו מהכלל הזה. זה ציות פנימי לדפוס התנהגות. בני החברה מצמצמים את הדפוס הזה וחושבים שהוא מוצדק ויש להם נימוק טוב למה לעשות זאת והם יבקרו את בני החברה על כך שהם לא עושים זאת. כאשר אנו מדברים על כללים חברתיים יש לחבר את דפוס ההתנהגות והציות הפנימי. זה לא מעניין אם הצידוק נכון מנק' מבט רציונלית או פילוסופית או אם זה באמת נכון, מה שחשוב הוא שמי שמאמץ את הכלל הזה מאמין בו מסיבות שונות. הארט אומר שכל כלל חברתי הוא שילוב של דפוסי התנהגות עם ציות פנימי. הציות הפנימי לא מחייב שלכל החברה יהיה את אותו ציות, צריך מסה קריטית של אנשים שיפעלו לפי דפוס ההתנהגות. הם לא עושים זאת בגלל שהם מאמינים בעצמם אלא בגלל שאחרים עושים זאת. כאשר יש מסה קריטית מבני החברה שמאמינה בזה הכללים ממשיגים להתקיים זה כלל עם בסיס נורמטיבי, נתפס כמוצדק ע"י בני החברה, בני החברה תופסים אותו כמוצדק ולכן ניתן לתאר זאת כנורמה. רמת ההצדקה והמחויבות לכל מיני כללים יכולה להיות שונה. לא כל דפוס פעולה שאנו מזהים בחברה הוא בהכרח כלל חברתי. יש לא מעט דפוסים שבאיזשהו שלב הופכים להיות מחויבים. יש רמות שונות של שכנוע לגבי דפוסי התנהגות. כלל חברתי הוא סוג של דפוס שזוכה לציות פנימי, סוג של שכנוע פנימי שיש לחברה כלפי אתם כללים. כללים משפטיים הם סוג מסוים של כללים חברתיים. אם יש מערך מאוד מורכב של כללים חברתיים בחברה כאשר אנו חושבים על כללים משפטיים אנו צריכים לחשוב עליהם במונחים של כללים משפטיים זה דפוסי התנהגות שחלק מסוים מהחברה תופסים אותם כמחייבים, לא כל החברה לוקחים אותם כמחייבים. מה שמאפיין את הכללים המשפטיים זה שבהקשר החברתי הרחב כלל משפטי הוא סוג של כלל חברתי. כללים משפטיים הם תת קבוצה בתוך הכללים החברתיים. אחת השאלות שאנו צריכים לשאול היא איך אנו נזהה את אותם כללים חברתיים שהם משפטיים? הארט טעוען שיש סוג מסוים של כלל חברתי שנקרא כלל הזיהוי, הוא סוג של כלל משפטי שבאמצעותו בני החברה ובמיוחד הפקידים והרשויות מזהים את אותם כללים חברתיים שהם גם כללים משפטיים. כלל הזיהוי- rule of recognition התפקיד שלו הוא לזהות את הכללים המשפטיים מתוך סך הכללים החברתיים, לומר לנו מהם הכללים החברתיים שיש להם מעמד של הכללים המשפטיים. כלל הזיהוי הוא עצמו כלל חברתי והוא חלק ממערכת המשפט אבל הוא שונה מהכללים המשפטיים במובן הבא- הוא מיסוד ע,י הכללים החברתיים אך לא ניתן לדבר עליו במושגים של תוקף משפטי כי הוא מעניק את התוקף המשפטי למערכת של כללים חברתיים והופך אותם למשפטיים. כלל הזיהוי הוא בעצם סוג של כלל חברתי הוא אחד מהכללים החברתיים שקיימים בחברה שהוא בעצן מאפשר לנו בדרכים שונות וזה תלוי בתוכנות של כלל הזיהוי בחברה מסוימת את הכללים החברתיים שיש להם תוקף משפטי- את הכללים המשפטיים.

באנגליה כלל הזיהוי אומר שחוקי הפרלמנט שמקבלים אישור של בית הלורדים הופכים להיות כללים משפטיים. כלומר, יש איזשהו כלל.

במדינות ישראל יש כלל חברתי שאומר שיש מוסד שנקרא כנסת שיש לה סמכות ליצור כללים משפטיים ואולי ניתן לצרף זאת את תקדימי העליון שלשניהם יחד יש אפשרות ליצור כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי. הכלל שמכיר בכנסת כמוסד יוצר כללים משפטיים הוא עצמו כלל חברתי, יש הסכמה המעניקה לכנסת את הסמכות ליצור כללים חברתיים שיש להם תוקף משפטי. הועובדה שהכנסת מחוקקת את חוק הכנסת מעגנת את הסמכות שלה בחוק, הסמכות שלה לחוקק חוקים מקורה לא בח"י הכנסת מאיפה באה הסמכות שלה? הטענה של הארט שהבסיס עליה המערכת נשענת הוא סוג של הסכמה חברתית שיוצרת מוסדות שלהם יש סמכות ליצור כללים משפטיים. נגיד שבמדינת ישראל זה הכנסת וביהמ"ש העליון. כאשר אנו אומרים שלכנסת יש סמכות לחוקק חוקים פירוש הדבר שיש הסכמה חברתית שמסמיכה את הכנסת לחוקק חוקים כלומר הכנסת יכולה ליצור כללים חברתיים שרוב בני החברה מקבלים אותם מתוך הכרה בסמכותה לחוקק חוקים ואנו מתנהגים איתם ככליים חברתיים בעלי תוקף משפטי. כללים משפטיים הם חברתיים שמתנהגים איתם באופן שבו מתנהגים עם כללים משפטיים. כל זה הוא פונקציה של קיומו של כלל מסוים- כלל הזיהוי שהוא כלל חברתי שהוא עצמו משפטי והוא מאפשר לנו לזהות את אותם כללים חברתיים שיש להם תוקף משפטי. איך אנו יודעים שהכנסת יוצרת כללים משפטיים? העובדה שהכנסת היא זו שיוצרת כללים משפטיים בישראל זה פונקציה של הסכמה חברתית שיש בישראל שהתגבשה לידי כלל חברתי. יש הכרה בסמכות הכנסת לחוקק את חוקים ושל ביהמ"ש לפרש אותם וההכרה הזו מכוננת את מערכת המשפט. מה שחשוב זה העובדה שכללים חברתיים מבוססים על היסוד הנורמטיבי של הכללים המשפטיים. אנו לא מדברים על הפחדה של הריבון. ההנחה של הארט היא שהצורך בהפעלת כוח פועל כאמצעי עזר חשוב לצורך התפקוד של מערכת המשפט אבל לא עליו היא יושבת אלא היא יושבעת בעיקר על זה שהכללים שלה נחשבים נורמטיבית. הרבה פעמים חוקים שהכנסת יוצרת בשלבים הראשונים לא תמיד זוכים לדפוס התנהגות קבוע כי לאט לאט צריך להטמיע אותם בחברה. לא כל כלל התנהגות היה כלל חברתי ואז משפטי, יש לא מעט כללים כאלה- חוקים שהם בעצם הפיכת דגפוסי התנהגות לכללים משפטיים. יש מצבים בהם הכנסת מחוקקת חוק כאשר בעצם היא רוצה ליצור דפוס התנהגות חדש- למשל, החובה לחגור חגורות בטיחות. בשלב ראשון כאשר ההכנסת מחוקקת את החוק ברור שהוא לא מאופיין בדפוס של התנהגות. ההנחה היא שברגע שהכלל הזה התקבל רוב בני החברה יקבלו אותו ככלל תקף, מחייב. יש לא מעט דוגמאות שבהם הכנסת הופכת כללי התנהגות לחוקים, כללים משפטיים- דוג' פיצויי פיטורין. זה היה חוק כי המנהג יצר חוק אך לפני כן ברור שזה היה נוהג חברתי. יכול להיות מצב שבו עוד לא היה דפוס התהנגות אבל היה סוג של ציות פנימי-רוב החברה מכירה בסמכות הכנסת ליצור כללים משפטיים ואז בעצם אומרים שאנו מוכנים להכיר במה שהכנסת עושה. יש עמדה בסיסית בכנסת בד"כ כאשר הכנסת מחוקקת חוקים המשמעות של הטענה שיש כלל זיהוי שמזהה את הכנסת כמוסד שמוסמך לחוקק חוקים כלומר שיש הכרה בסמכות של מוסד הכנסת לחוקק חוקים. כלל הזיהוי עצמו הוא כלל משפטי אבל אי אפשר לדבר עליו ככלל שיש לו תוקף משפטי משום שהוא עצמו מכונן דרך ההסכמה החברתית מוסד שכשהוא יוצר את הכללים לכללים האלה יש תוקף משפטי, הוא נותן לכללים את התוקף המשפטי. הוא המקור לתוקף המשפטי של כללים חברתיים מסוימים ולכן לא ניתן לומר שיש לו תוקף משפטי. כלל הזיהוי הוא כלל משפטי בהיותו כלל חברתי שהוא כלל משפטי אך אין לו תוקף משפטי. אם מישהו יטען שיש לו תוקף משפטי זה דומה לטענה של

זה יהיה מוטעה לומר שלמטר בפריז האורך שלו הוא מטר. הארט אומר שכלל הזיהוי הוא כלל מסדר שני.

כלל הזיהוי במצבים מסיומים נזהה שכלל הזיהוי הוא מורכב, כאשר מנסים לאפיין את הכוחות השונים אנו מבינים שהמערכת מורכבת.

הארט אומר שכלל הזיהוי הוא מסוג מסוים- מסדר שני בהשוואה לכללים מסדר ראשון.

כללים מסדר ראשון- אומרים איך צריך להתנהג או כללים נותני כוח. הוראות עשה ואל תעשה.

כללים מסדר שני- כללים ביחס לכללים. לגבי האופן שבו אנו צריכים לפעול ביחס לכללים. זה לא כללי התנהגות.

אנו יכולים לחשוב שבתוך מערכת משפט יש לנו כללים ביחס לכללים. נגיד, אם יש שני כללים סותרים ביחס לשני- הכלל הספציפי גובר על הכללי/ מאוחר גובר על מוקדם. יכולים להיות כללים ביחס לכללים מסדר שני. הכלל של ספציפי גובר על כללי יכול לעמוד בסתירה לכלל של מאוחר גובר על מוקדם, אז איזה כלל אנו צריכים להנהיג? במצב של סתירה בין שני כללים מסדר שני יש לפנות לאחד מהם.

כאשר אנו מדברים על ההבחנה בין סוגי הכללים האלו באתיקה כאשר אנו חושבים על כללים יש הרבה מצבים בהם אנו מדברים על סדרים- רצונות מסדר ראשון ורצונות מסדר שני. סדר ראשון- רצון לעשות משהו. סדר שני- רצונות ביחס לרצון הזה. ברוב המקרים רצונות מסדר ראשון מעצבים את אישיותינו.

מערכת משפט יש לה תמיד כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני. להבחנה זו בעיני הארט יש חשיבות מכרעת כדי להבין את טיבה ומהותה של מערכת המשפט. זה מתחיל עם כלל הזיהוי- הארט אומר שהוא מסדר שני- הוא לא כלל שבני החברה מאמצים אותו ואומר להם איך לנהוג, הוא כלל ביחס לכללים. אם הכללים שנוצרים ע"י המוסד המוסמך שהוכר ע"י כלל הזיהוי תתנהגו ככללים משפטיים. כלל הזיהוי אומר שהכללים שהכנסת יוצרת הם כללים משפטיים. המשמעות של לפעול עם הכללים האלה ככללים משפטיים זה אומר שניתן לתבוע על פיהם וכו אם הם היו רק כללים חברתיים לא היינו יכולים לעשות זאת. המשמעות של הטענה שאלה כללים משפטיים זה אומר שאנו משתמשים בכללים האלה באופן שהם מתנהלים ככללים משפטיים. כלל הזיהוי אומר שאת הכללים האלה תפעילו ככללים משפטיים. הארט אם מסתכלים במערכות משפט יש בהם מערך שלם של כללים מסדר שני אבל יש עוד קבוצות של כללים שהם מסדר שני והם למשל כללי פרשנות וכללי שינוי של חוקים או יצירה של חוקים.

הארט אומר שלמעשה אם מסתכלים על מערכת משפט מערכת כזו היא בעצם שימור של כללים מסדר ראשון עם כללים מסדר שני. מערכת המשפט היא ייחוד של כללים מסדר ראשון עם כללים מסדר שני. אחד המאפיינים המהותיים למערכת משפט. כדי שתיווצר מערכת משפט צריך להיווצר קודם כל כלל זיהוי- אותו כלל בחברה שמאפיין או מבסס או מכונן מוסד מסוים שמסוכתו ליצור כללים חברתיים שיש להם תוקף משפטי. מערכת משפט מכילה עוד שתי סדרות של כללים מסדר ראשון- כללי פרשנות- אותם כללים שמדריכים את הרשויות ואת בתי המשפט איך הם צריכים לפרש כללים משפטיים כאשר צריך לפרש אותם. כאשר אתה בא לפרש כלל תפרש אותו באופן מסוים. בעצם כל מערכת משפט מכילה כללים שאומרים איך אני מבטל חוקים, עושה רפורמות בהם ויוצר כללים חדשים. המערכת מכילה לא סתם מערכת של כללים איך לנהגו בסיטואציות מסוימות אלא מנגנון של כללים מסדר שני שמאפשרת לה להסתגל במהירות למצבים חדשים. כל החוקים שמדריכים את הכנסת איך לחוקק חוקים. כללים שקובעים איך משנים כללים ואיך יוצרים כללים חדשים. אם מסתכלים על כל מערכת הכללים האלה הם מערכת שלמה של כללים מסדר שני. הארט אומר שמה שמאפיין מערכת משפטית השונה באופן מהותי ממערכת נורמטיבית שאיננה משפטית היא שהיא מכילה כללים מסדר ראשון וןסדדר שני יחד. מערכת נורמטיבית שאיננה משפטית מאופיינת ע,י כללים מסדר ראשון בלבד. היכולת לזהות את הכללים מתחילה בזה שיש לנו את כלל הזיהוי. מערכות שאין בה כלל זיהוי הופך את חיפוש הכלל הרלוונטי להרבה יותר מסובך. חברה שיש בה מערכת נורמטיבית של כללים חברתיים שאינה מערכת משפט- חברות פשוטות שיש בה סך מצומצם של כללים יחסית קל להתנהל, אם החברה הופכת להיות יותר מסובכת אם אין לנו כלל זיהוי זה הופך להיות יותר קשה. בעיה ראשונה- זיהוי הכלל. בעיה שניה- מערכת כזו לא יכולה ליצור לעצמה כללים חדשים. הכללים משתנים אבל אופן השינוי איטי, הדרגתי, לא נתון לפיקוח. ניתן לשנות בכל מיני תהליכים אבל הם הרבה פחות ברורים. חלק חשוב ממערכת המשפט הוא היכולת לעצב אותם באמצעות המוסדות. כללים מסדר שני ומה שמאפיין מערכות משפט זה שיש את היסוד של הוודאות, יציבות לכל בני החברה יש כלי ברור לזיהוי הכללים המשפטיים. כל זה מתאפשר בגלל שיש לנו כללים ביחס לכללים- אם לא היה לנו אותם היינו מאבדים את הוודאות, יכולת הצפייה ויכולת השינוי והשליטה. במצב שיש רק כללים מסדר ראשון יש מערכת נורמטיבית אך אין מערכת משפט.

הארט טוען שמערכת המשפט היא איחוד של כללים מסדר ראשון עם כללים מסדר שני וזה מה שמאפיין חברה בעלת מערכת משפט ומבדילה בין מצב של חברה שיש לה מערכת משפט לבין מצב פרה משפטי- לא נוצר בחברה מסוימת כלל זיהוי. אין מוסדות שיש להם את הסמכות בעיני החברה ליצור כללים משפטיים. במערכת שאין בה כללים מסדר שני אין בה אות הוודאות והיציבות, קשה מאוד לאכוף כללים ולזהות אותם ואין דרך לשנות את הכללים.

אם אנו מסתכלים על תורת המשפט של הארט צריך לשים לב שהיא עדיין פוזיטיבית במובן הזה שהיא לא תולה את התקפות המשפטית בשיקולים שאינם בבחינת עובדה חברתית. מה הופך כלל חברתי מסוים לכלל משפטי? העובדה שהוא מזוהה ע"י כלל הזיהוי שהוא עצמו כלל חברתי. קיומו של כלל הזיהוי וכל הכללים שנגזרים ממנו זה פונקציה של מערף של עובדות חברתיות, אין כאן שיקולים מטאפיזיים וכו'. הכללים המשפטיים הם כללים שאנו מזהים אותם באמצעות עובדות חברתיות. אצל הארט העובדות יותר מורכבות אם אנו רוצים לזהות כלל משפטי בחברה מסוימת אנו צריכים לראות אם יש כלל זיהוי בחברה הזו, לאפיין אותו,. בחברות מודרניות קל לזהות מהו כלל הזיהוי ובאמצעותו לקבוע מהם הכללים שיש להם תוקף משפטי. לעומת אוסטין שאמר שיש ריבון, סנקציה וכו. זו תפיסה פוזיטיביסטית אך היא לא מבוססת על תפיסת הכוח של הריבון שהיכולת שלו להפעיל עוצמה כדי ליצור הכרעה אבל הארט מבסס את התפיסה שלו על היסוד הנורמטיבי שיש במערכת המשפט, מערכת משפט שבה בעיקר הפקידות שמפעילה אותה וגם בני החברה שמזהים את המשפט בעזרת כלל חברתי. הכללים המשפטיים הם חברתיים במובן הזה שבני החברה מצייתים להם ציות פנימי. רוב החוקים של מדינות מתוקנות הם חוקים שבני החברה לא חשים שהם נמצאים מעליהם כמו האקדוחן. אנשים נורמטיביים- כלומר אנו מצייתים לחוק מתוך סוג של ציות פנימי, זה לא שאנו לא גונבים רק בגלל הפחד מהחוק. רובנו מצייתים לחוק העונשין כי זה בראש ובראשונה כלל חברתי שמקובל על רובנו. האדם הממוצע מקבל את החוק מתוך הזדהות ולכן אחד המאפיינים שעומדים במערכת המשפט זה האלמנט הנורמטיבי והארט מבסס על הבסיס הנורמטיבי של המשפט. הסנקציה קיימת אצל הארט אבל התפקיד שלה פחות מרכזי, לא עליו מבוססת מערכת המשפט.

נק' שניה- עפ"י הארט אין בעיה להסביר את סוגי הנורמה, מטילות חובה ומעניקות כוח. הכללים מעניקי הכוח והזכויות מששתלבים באופן טבעי בתמונה שהארט מתאר. להארט גם אין קושי להסביר איך המנהג הופך להיות מקור לנורמות המשפטיות, אנו לא צריכים את ההסכמה של המחוקק. ברגע שמערכות הופכות להיות מורכבות ומבוססות בעיקר על פעולות של חקיקה בד"כ המוסדות האלה יצרו את עיקר הכללים המשפטיים ולא את הפרקטיקות החברתיות אבל אין מניעה שמנהגים יהפכו להיות כללים משפטיים.

נק' נוספת- קשורה לביקורת האחרונה של הארט ביחס לאוסטין, שהוא לא מצליח להסביר את המערכתיות של מערכת המשפט וכנגזר מזה הוא לא מצליח להסביר את ההבדל בין חילופי ריבון לחילופים של מערכת משפט, לא כל חילוף של ריבון הוא בעצם סופה של מערכת משפט. אם לפי אוסטין מערכת המשפט יושבת על ריבון שנותן פקודות אם הוא עובר מהעולם אנו צריכים להבין שיש מערכת משפט חדשה. כלל הזיהוי יכול להסביר את ההדבדל בין חילופי ריבון לחילופי מערכת המשפט. כלל הזיהוי הוא כלל חברתי, הוא יכול לומר שהכנסת בתור מוסד מוסמכת לחוקק חוקים, העובדה שהכנסת מתחלפת לא אומרת שהיא יוצרת מוסד חדש. ברגע שהכנסת מחוקקת חוק יש לו קיום ככלל משפטי בנפרד מהכנסת. כנסות שבעצם נוצרות מידי פעם כתוצאה מהליך של בחירות לא צריכה לאשרר כל פעם מחדש את הכללים של הכנסת הקודמת. מתי באה לקיצה מערכת המשפט? המצבים האלה הם דרמטיים מבחינה היסטורית- הייתה מערכת משפט שלא קיימת יותר או שיש מערכת משפט חדשה, קורית כאשר כלל הזיהוי של המערכת חולף מן העולם ואם בא במקומו כלל חברתי חדש השתנתה מערכת המשפט. לדוג' עם הקמת מדינת ישראל המנדט הבריטי עזב את הארץ. מהרגע הזה הוא הביא אל קיצו את החוק הבריטי שחל בא"י. בין השאר זה היה פונקציה של תהליך חברתי מורכב למדי שבסופו של דבר גיבש כלל זיהוי חדש בקרב המוסד החברתי האסיפה המכוננת ומה שהתרחש למעשה זה התגבשות של כלל חברתי שהוא כלל זיהוי חדש שהוא לא מזהה את הנציב הבריטי כמוסמך ליצור חוקים אלא הוא חלף מהעולם כתוצאה מהליכים חברתיים והיסטוריים ובמקומו לחברה היהודית התגבש כלל חברתי חדש כמוסד יש לו סמכות ליצור כללים משפטיים חדשים. להגיד שקמה מדינת ישראל זה לומר שנוצרה לה מערכת משפט- התגבשה הסכמה חברתית רחבה שזיהתה מוסד מסוים כבעל סמכות ליצור כללים משפטיים- כללים חברתיים עם תוקף משפטי, זה לא נוצר בין לילה אבל הוא התגבש ברגע מסוים. ההתגבשות שלו גיבשה את כלל הזיהוי הזה שהוליד מערכת משפט חדשה- מערכת המשפט של מדינת ישראל. ברגע שהמנדט עזב, הוא הביא לקץ המערכת המשפטית הזו. תהליך דומה התרחש כאשר הבריטים כבשו את א"י מידי הטורקים, ביטלו את החוק העותומני ושמו במקומו את החוק הבריטי. מה שהתחלף זה היווצרות של כלל משפטי חדש.

מבחינה מושגית יכול להיות שמערכת משפט אחת תבוא אל קיצה ואחרת תתחיל אך המערכת החדשה תהיה זהה לקודמת מבחינת התוכן של הנורמה. המערכת יכולה לעבור שינויים שתוכנה יהיה שונה דרמטית מהמערכת הקודמת. מבחינת תוכן הכללים בהקמת המדינה המערכת הישראלית הייתה דומה לאנגלית כי חוק יסודות המשפט קבע את עקרון ההמשכיות. ס' 11 לחוק זה. אם משווים את מערכת המשפט המנדטורית ב 48' ואת הישראלית מבחינת התוכן של הכללים מדובר במערכת כמעט זהה, אבל למרות זאת כל אחת מהן יושבת על כלל זיהוי שונה ולכן זו לא אותה מערכת. אם כלל הזיהוי משתנה למרות שתוכן הכללים זהה, המערכת היא אחרת.

המשפט הישראלי ב 48' והמשפט הישראלי היום מבחינת התוכן של הנורמות אם אנו משווים ביניהם ברור שיש כאן מערכת שונה לחלוטין כמעט כל ס' בחוק השתנה. בגלל שיש כללים מסדר שני יש יותר אפשרות לשינוי. מה שמאפשר למערכת להשתנות זה אותם כללים מסדר שני.

הבוחן הבא: נושא מס' ז. לקרוא את המאמר של רז.

**פולר**

**The morality of law.**

פולר הוא מבקר של הארט והוא אחד מהמבקרים המוקדמים שלו כי להארט מהכיוון הנון פוזיטיביסטי קמו לא מעט מבקרים. פולר כבר בסוף שנות ה50 ותחילת שנות ה 60 הציע תשובות נון פוזיטיביסטיות.

הארט הדגיש את התפיסה הפוזיטיבסטית שיש הפרדה מושגית בין משפט למוסר, אין הכוונה שהמשפטא לא מוסרי אלא שהזיהוי של כללים משפטים איננו מותנה בעובדה שהכלל המשפטי עונה על הסטנדרטים של צדק ומוסר אבל כדי לומר שהמשפט הוא תקף זה לא תנאי שהוא יעמוד בסטנדרטים אלו.

פולר רוצה להציג תפיסה נוןפוזיטיבסטית, הוא רוצה לדבר על קשר מהותי שיש בעיניו בין מוסר למשפט והוא מפריך את העמדה הפוזיטיבסטית בכלל ואת העמדה של הארט בפרט. הוא חוזר על המסורת הפויזטיביסטית של המשפט הטבעי שרוצים לקשור בין המשפט לערכים מסוימים אך בניגוד למשפט הטבעי שמדבר על תפיסות מטאפיזיות מסוימות או קיומם של ישיים מסוימים או רוצה לדבר על סוג אחר של מוסר והוא משפט טבעי פרוצדורלי. בעצם שתי תמוןת בסיסיות קושרות את פולר למסורת המשפט הטבעי. מגמה אחת שלו זה הניסון לחשוף את העקרונות הבסיסיים שעומדים ביסוד הסדר החברתי , אותם מקורות שאם המחוקק רוצה ליצור סדר חברתי מסוים הוא צריך להתחשב בהם. התמה השנייה היא שהוא רוצה להדגיש את תפקיד התבונה והשכל בכינון ויצירה של הסדר החברתי. יש בסדר החברתי כשלעצמו משהו שהוא תבוני ביסודו ואם הוא אכן כזה לא ניתן לנתק את מערכת המשפט משיקולים מוסריים. כאשר הוא חושף את עקרונות הסדר החברתי אף פעם לא ניתן לבסס מערכת משפט שמבוסס על שיקולים אי רציונליים מהותיים. אם משהו רציונלי הופך אותם לרציולנים במובן עמוק ועקרונני לא ניתן לאמץ את ההפרדה של הפוזיטיבזים בין מוסר למשפט.

פולר אומר שננסה לדמיין אונייה שנוסעת בים ויושבים בה אלפי נוסעים אם היא נטרפת ותושביה ניצולים וצריכים לכונן חברה, כדי לעשות זאת הם צריכים ליצור סוג של סדר חברתי. השאלה היא מה העקרונות שצריכים להנחות אותם. התפיסה של פולר בהקשר זה אומר שעניינה המרכזי של מערכת משפט הוא יצירת סדר חברתי וזה הכוונת התנהגות של בני אדם, זה תפקידה של מערכת משפט בראש ובראשונה. במובן הזה מה שעושה מערכת משפט בעיני פולר היא יוצרת סוג של סדר חברתי, קורדינאציה. מאפשרת לחברה להתקיים. אם אנו רוצים ליצור סדר חברתי מסוים אנו יכולים לעשות ככל העולה על רוחנו או לאמץ מערכת עקרונות שאנו חייבים לדבוק בה? ליצור את הסדר משמעו לכוון התנהגות של מסות של בני אדם. אם אנו רוצים לכוון התנהגות של מסות של בני אדם אנו חייבים להשתמש בטכניקות, לא ניתן לעשות מה שאנו רוצים. זה סוג של פעילות תבונית שדורשת ציות און קבלה של מערכת שלמה של אילוצים וכללים שהם בעם היסוד או התשתית של עצם האפשרות של הסדר החברתי. פולר רוצה לחשוף זה ואומר שהכדי שנוכל להצליח במשימה לכוון התנהגות של מסות של אנשים. ענייניו של החוק הוא הכפפת הפעילות האנושית לשלטון של כללים, הכללים מכוונים התנהגות.

כללים- יש לזכור שכדי לכוון התנהגות של בני אדם לא ניתן להשתמש בעקרונות כלליים. ניתן לקחת את העיקרון: ועשית הישר והטוב. האם זה יכול לספק את הצורך בהכוונת התנהגות.

אם אתה רוצה לכוון התנהגות אתה צריך לנסח כללים חתוכים, בהירים. לא ניתן לכוון התנהגות באמצעות כללים שצריכים כל הזמן פרשנות. איך ניתן לכוון התנהגות? אם אדם ממוצע קורא את הכלל ומבין איך להתנהג בלי יותר מידי עבודה פרשנית. ההכוונה של הכללים צריכה להיות פשוטה כי פונים אל כל הציבור. חייבים כללים ברורים וכו.

פולר אומר שלבד מהעובדה שאנו צריכים ליצור כללים (הפורמליזם המשפטי קשור לכלל המשפטי), כל זה עובד בניגוד גמור לגישות שאומרות שמערכות המשפט הן מערכות של כללים ותכליות.

פולר מדבר על 8 קריטריונים אותם הריבון צריך לקחת בחשבון כאשר הוא בא לייצר כללים שיכוונו התנהגות באופן יעיל:

1. פרסום. אם אנו רוצים לכוון התנהגות ברור לגמרי שאנו חייבים להביא את החוקים לידיעת אלה שאת התנהגותם אנו רוצים לכוון, אנו לא יכולים למשל ליצור חוקים סודיים או בלתי ידועים. החוקים צריכים להיות מפורסמים. זה יהיה מוזר אם נבוא לאזרח בטענה שהוא צריך לעבור על החוק אבל החוק יהיה סודי. במובן הזה כל חוק דורש פרסום. הצורך בפרסום הוא לפעמים לא פשוט, המדינה עושה מאמצים רבים שחוקים מסוימים יפורסמו. עולות שאלות מסובכות מה זה בדיוק לפרסם. אלה שאלות עקרוניות שחלקן פרשנויות במובן של שאלת פרשנות החוק. ברור לנו שפרסום החוק הוא תנאי לעצם תפקודו. כאשר ממשלה צריכה לכוון התנהגות היא צריכה לפרסם.
2. שלילה של רטרואקטיביות. רטרואקטיביות זה חקיקה צופה פני עבר. כאשר אנו מחוקקים חוק שלא חל רק על העתיד אלא על העבר, מה שעשינו בעבר מוגדר כעבירה כי אנו מחילים אותו גם אחורה. סוג זה לא יכול לכוון התנהגות כי בעצם אנו לא יכולים לשנות את העבר. לא ניתן לכוון התנהגות שכבר התרחשה או קרתה. לא ניתן לשנות את העבר ולכן כל חקיקה רטרואקטיבית לא יכולה לכוון התנהגות. זה לא אומר שאין מידי פעם מצבים בהם המחוקק מחוקק כללים שיש להם אופי רטרואקטיבי- החוק לעשיית דין בנאצים, זה חוק חריג מאוד בגלל הרטרואקטיביות שלו.

**30.5.12**

**הבוחן לעוד שבועיים:** 1. אות ח'. מתוך הקונספט של החוק של הארט 2. מאמר של רז- סיבות לפעולה, החלטות ונורמות. הניתוח של רז ביחס בין טעמים לכללים וההשלכה של הניתוח שהוא מציע על מושג הפורמליזם המשפטי.

**המשך של פולר.**

לפי התפיסה של פולר גם במאמר שלו וגם חיבור שלו מה שמעניין אותו היא השאלה מה בעצם צריך להדריך אדם שרוצה ליצור מערכת משפט כאשר הוא מבין שהתכלית המרכזית שלה היא לכוון התנהגות של מסות גדולות של בני אדם. הפעילות הזו של הכוונת התנהגות מותנת בציות או לקיחה בחשבון של מערך שלם של שיקולים- שמונה קריטריונים שכל אחד מהם הו א תנאי הכרחי כדי שהפעולה של הכוונת התנהגות תהיה מוצלחת. בסופו של דבר פולר יטען שהקריטריונים האלו מדברים משהו חשוב על היחס שבין מוסר למשפט וזה יסביר לנו מדוע פולר מציג תפיסה אנטי פוזיטיביסטית.

1. החוק צריך להיות כללי. כדי לכוון התנהגות לא ניתן לעשות זאת באמצעות צווים ספציפיים. אוסטין דיבר על כלליות החוק מבחינת סוג הנמענים וגם מבחינת סוג הפעולות. חוק יכול להיות כללי במובן זה שהוא מכוון לכלל האוכלוסייה והוא יכול לעסוק במובן מסוים של פעולה. לא ניתן לכוון התנהגות כאשר אתה בעיקר מכוון זאת ע"י פקודות ספציפיות. אם אתה רוצה לכוון התנהגות אתה צריך לנסח כללים שיהיו סדירים ושיכוונו סוג מסוים של פעולות על בסיס קבוע, אם לא תנקוט בדרך זו היכולת שלך לכוון את החוק תהיה קשה עד כדי בלתי אפשרי. החוקים גם לא יכולים להיות כלליים מידי כי אז הם לא יהיו חתוכים מידי.
2. אסור שהחוקים יהיו עמומים. ניתן לנסח חוקים אבל הניסוח שלהם לא מוצלח במובן שזה שהם לא מספיק בהירים-השפה יכולה להיות עמומה או שהוא לא מספיק חתוך במובן הזה שהוא כללי מידי- עוסק בעיקרון. אם המחוקק נוקט בשפה עמומה, משתמש בלשון מטאפורית כדי לחוקק חוקים. המחוקק צריך להימנע משימוש בניסוחים עמומים כי לא ניתן לכוון התנהגות ללא בהירות. הרבה פעמים כדי להצליח בהכוונת התנהגות צריך להניח שאדם ממוצע יכול לקרוא את החוק, להבין מה אתה רוצה ממנו ולפעול לפיו. אם יש צורך בעו"ד צמוד כדי להבין את החוק, קשה להניח שנצליח לכוון התנהגות באמצעות סוג כזה של חוקים. ברור שאם מטרתו של החוק היא הכוונת התנהגות חייבים לשמור על הקריטריון הזה. ההנחה שאם החוק מכוון למכלול רחב של בני אדם ואנו לא מעוניינים שאנשים יסתובבו עם עו"ד צמוד ולכן עלינו לפעול לפי קריטריון זה. החוק צריך להיות חתוך וברור וניתן ליישום באופן טכני כמעט ללא צורך בפרשנות.
3. חוקים שאינם סותרים. אם אתה רוצה לכוון התנהגות אתה חייב ליצור מערכת עקיבה, לא ניתן ליצור מערכת שיש בה סתירות שבמקום מסוים החוק אומר תעשה א ובמקום אחר תעשה ב. כאשר מדובר במערכת חוקים קצרה ולא מסובכת זה קל להשיג עקיבות אך ככל שהמערכת נעשית יותר מסובכת ומורכבת עם יותר ענפים והסתעפויות שלא מנותקים אחד מהשני לא כ"כ פשוט לבנות מערכת ללא סתירות. ראוי לומר שבכל מערכת משפט יש סתירות, לא ניתן להימנע מזה לחלוטין אך ככל שהיא מכילה פחות סתירות כך היא יעילה יותר. יש מצבים יותר מסובכים בהם ההוראות לפעול, הסטייה היא חבויה. התוצאה היא שבמצבים של סתירות לא נצליח לכוון התנהגות ובמערכות מסועפות זה לא קל. הדבר נכון גם כאשר הרבה מהוראות המשפט הן בפסיקה והשופטים לא לוקחים בחשבון את מכלול ההוראות הקיימות בפסקי הדין ולכן מוצאים פסקי דין סותרים. בתהליכי חקיקה ניתן להימנע מסתירה משום שהוא הליך ומובנה ובמסגרתו בודקים הרבה פעמים אם הוא עומד בסתירה לחוקים אחרים, אם לוקחים פסקי דין שיש להם אופי תקדימי פסקי דין צריכים להיות ברצף. השופטים צריכים לבדוק שפסיקתם עומדת בפסיקות קודמות וזה לא אפשרי.
4. חוק שאפשר לקיימו. אם אתה רוצה לכוון התנהגות אתה חייב להתאים את הכללים למה שאנשים מסוגלים פיזית, רגשית, קוגניטיבית ונפשית. לא ניתן לכוון התנהגות של אנשים ובאותו זמן לדרוש דברים שהציבור לא יכול לעמוד בהם. לפעמים השאלה הזו מסובכת כי היא לא נוגעת רק ליכולות הפיזיות של האדם אלא גם ליכולות רגשיות ועל כך יש מחלוקות מה נכון לדרוש ומה לא. זה נוגע למכלול האוכלוסייה, לחלקים ממנה בהקשרים מסוימים. יש להתאים את הכללים לכל היכולות הרלוונטיות של אנשים.
5. יציבות החוק. חשוב מאוד בהכוונת התנהגות. אם אתה קובע כללים חשוב מאוד לא לשנות אותם חדשות לבקרים, אנו לא אומרים שלא ניתן לשנות את החוק אבל צריך תמיד לזכור שאם רוצים לכוון התנהגות אחד מהיסודות שדורשים הכוונת התנהגות באופן הולם זה שהכללים יהיו יציבים, שלא ישתנו תדיר ויש לחשוב האם עצם השינוי בחוק הוא עצמו פוגם בחוק בגלל כל מיני סיבות ויכול להיות שהנזק שייגרם כתוצאה משינוי החוק יהיה גדול יותר מהרווח שתשיג משינוי החוק.
6. התאמה בין החוק שנחקק לחוק שנאכף. קריטריון מורכב למדי. כדי לכוון התנהגות מערכות שלטון לא די להם במחוקק שיכריז על החוק, אנו צריכים גופים רבים מאוד שיתפקדו בהרמוניה כדי שהחוקים האלה יפעלו את פעולתם (משטרה, פרקליטות, בתי המשפט). יש צורך בהתאמה בין הרשויות לאזרחים. היכולת ליצור התאמה בין כל רשויות השלטון כך שכולם יאכפו ויפעלו לפי אותם חוקים גם הוא דבר שבוודאי במערכות מסובכות ומורכבות הוא לא פשוט וקשה.

אם לוקחים בחשבון את כל הדרישות רואים שליצור מערכות חוק הוא לא דבר שאיננו כרוך בפעילות שניתן לכנותה רציונליות. נדרשת רציונליות שמכוונת להכוונת התנהגות והיא קשורה לכך שחייבים להיענות ברמה כזו או אחרת לכל אחד מהקריטריונים האלה שאם לא כן לא נממש את כוונתנו לכוון התנהגות. פולר מכנה את כל הקריטריונים האלה המוסר הפנימי של החוק, מובחן מהמוסר החיצוני של החוק. כל אחד מהקריטריונים האלה הוא כלל שאמור להדריך את המחוקק אם הוא רוצה להצליח במטרתו לכוון התנהגות והוא גם מצבי דרישה שיש בה היבט מוסרי- אם אתה לא עומד בדרישה זו אתה חוטא חמי שרוצה לכוון התנהגות, אתה לא יכול להטיל אחריות בפלילי אם החוקים מוסתרים. יש מצבים חריגים כמו החוק לעשיית דין בנאצים שזה סוג של חקיקה חריגה אבל ברור שלא במצבים החריגים לחוקק באופן רטרואקטיבי זה חקיקה באופי בלתי מוסרי, הדבר נכון לגבי כל הקריטריונים. כל הקריטריונים האלה לבד מהעובדה שהם חשובים להשגת הכוונת התנהגות הם מכילים גם ממד מוסרי שאותו מכנה פולר המוסר הפנימי של החוק, זה פנימי כי לא ניתן לחשוב על החוק ללא הקריטריונים האלה, בהעדר הקריטריונים האלה לא ניתן ליצור מערכת משפט ואם מערכת משפט מוגדרת ע"י הקריטריונים האלה זה ממהותה, אם זה ממהותה אז המוסר, אם יש בהם רכיב מוסרי זה המוסר הפנימי של החוק. הוא נבדל מהרכיב המוסר החיצוני שלא נגזר מעצם מוסר החוק וזה למשל התוכן של החוקים. ניתן לעמוד בכל הקריטריונים האלה אבל החוקים מצד תוכנם הנורמטיבי יכולים להיות לא בהכרח ראויים או טובים. ניתן לעמוד בכל הדרישות האלה ועדיין ליצור חוקים מפלים למשל. פולר טוען שיש קשר מסוים בין המוסר הפנימי לחיצוני של החוק,- אם מערכת משפטית תדבק בקריטריונים האלה באופן נוקדי, תציית להם באופן שהיא תנסה ליצור מערכת שעומדת בהם באופן כמה שיותר מלא בסופו של דבר המערכת תהיה מערכת שהתוכן הנורמטיבי של הכללים שהיא תאמץ לעצמה יהיה חיובי. פולר- יש קשר הדוק בין המוסר הפנימי של החוק לבין המוסר החיצוני.

הקריטריונים האלה

טענת הביקורת של הארט שטען שיש לחשוב על הפרדה בין מוסר ומשפט, גם אם הוא מקבל את הקריטריונים האלה זה לא יעצור בפני מערכת משפט ליצור מערכת של כללים משפטיים שתהיה רעה מכל מיני היבטים מהותיים, זה לא יתריס מפני חקיקה מפלה ודרקונית. הטענה של פולר היא שלא כך הוא ושיש קשר הדוק בין המוסר הפנימי והחיצוני של החוק.

כמה הערות:

אחת הטענות המרכזיות של פולר ביחס לקריטריונים אלה, פולר יודה ששום מערכת משפט לא תוכל ליישם את הקריטריונים האלה באופן טהור ומלא. מערכות המשפט הטובות ביותר יש בהם מידה מסוימת של רטרואקטיביות, הכלליות שלהם צריכה להיות קרובה למושלמת אך היא לא מושלמת, היא נזקקת לחוקק עקרונות, יש בה מידה מסוימת של עמימות לכן הקריטריונים האלה הם לא לתקפות של חוקים בניגוד לקריטריון של הארט- כלל הזיהוי לדעת איזה חוק תקף ואיזה לא. הם לא קריטריונים לקביעת תקפות חוקים אלא זה מאפיין מערכות משפט באופן כללי. פולר יטען שככל שמערכת משפט יישם את הכללים האלה כך היא יותר משפטית, זה עניין של דרגה. ולכן זה לא נכון לומר שאם החוק לא רטרואקטיבי אז זה לא תקף. אף אחד מהקריטריונים האלה לא קובע אם החוק תקף או לא. מידת ההתקיימות של הקריטריונים שלהם במערת משפט כזו או אחרת היא עניין לדרגה ולא עניין של הכול או לא כלום ולכן יש לראות את ההבדל בין התפיסה של פולר לבין הפוזיטיביסטים שדיברו על רמת התקפות.

הכללים לפי פולר לא קובעים היבטים שקשורים לתקפות, הם עניין לדרגה של המשפטיות. לקריטריונים יש אופי צורני, לחוקים האלה

הכללים האלה לא קובעים תוכן מוסרי או נורמטיבי של הנורמה, הוא לא אומר זאת נורמה טובה או רעה. הקריטריונים האלה קובעים את הצורה של החוק, את המבנה שלו ולאו דווקא את התוכן. הטענה של פולר היא שיש קשר בהקשר הזה בין הצורה של החוק לבין התוכן שלו. כלומר, התוכן הנורמטיבי המוסרי של הכללים המשפטיים.

הצורה מכתיבה את התוכן- יש פילוסופים שחושבים שאנו יכולים לדבר על סוג של פורמולה מוסרית שהיא תכתיב את התוכן של המוסר, אחת הדוגמאות הקלאסיות זה כלל הזהב של הלל- הנוכרי שאל את הלל שילמד אותו את התורה כולה כאשר הוא עומד על רגל אחת והלל אומר לו מה ששנוא עלייך לחברך אל תעשה. הכלל הזה יש לו אופי צורני, הוא לא קובע תוכן מוסרי, הוא לא אומר מה טוב. אין בו שום תוכן מוסרי קונקרטי, הוא קובע סוג של צורה- מה ששנוא עלייך אל תעשה לחברך. הוא לא אומר מה שנוא, מה אתה אוהב. כדי לדעת מה חובתך המוסרית קח כל מעשה שאתה רוצה לעשות ותשקול האם זה שנוא עלייך או לא. זה מבנה צורני- קח פורמולה ולתוכה תכניס כל תוכן מוסרי, אם אתה רוצה שיעשו לך את זה תעשה לחברך ואם לא אז לא. ההנחה היא שהפורמולה הזו תפתור את רוב רובן של ההתלבטויות המוסריות. הפורמולה הזו תכתיב לך את מה שראוי וטוב. קנט יצר סוג מסוים של פילוסופיה של המוסר חדשה לקראת סוף המאה ה18 וגם הוא ניסח את הצו המוסרי העליון בצורה דומה להלל וגם אצלו יש ניסוח מוסרי, קביעת פורמולה לתוכה מכניסים את העניין המוסרי- עשה מעשייך כך שתוכל לרצות שהמעשה שלך יהפוך לחוק כללי, אתה צריך לשאול את עצמך האם אתה רוצה שהפעולה שאתה עושה תהפוך לחוק כללי, אם התשובה חיובית- תעשה את המעשה הזה. מהעיקרון הצורני מסיקים את מה שראוי. פולר מציע הלך מחשבה דומה- הטענה שלו היא שמחוקק שיעמיד את הקריטריונים האלה כנר לרגליו חזקה עליו שהוא יחוקק חוקים ראויים. סביבה השאלה הזו יש וויכוח חריף, הארט טען שטענה זו לא נכונה. הטענה של פולר מתבססת על ניסיון היסטורי. אחת הטענות של הארט הייתה שגרמניה הנאצית הרושם שהתקבל על היסטוריונים שהם כמו גרמנים טובים אימצו את כל הקריטריונים של הכוונת התנהגות ובאותה עת הם יצרו מערכת מתועבת ורעה מכל וכל מבחינה מוסרית. דוג' היסטורית. דוג' לכך שהמוסר הפנימי מתמלא לכאורה באופן מלא והחיצוני מתועב ומרושע. הטענה הנגדית של פולר היא שהתיאור ההיסטורי מוטעה כי אם מתבוננים באופן יותר קרוב על המשטר הנאצי בגרמניה ועד הבסתו, לו זו בלבד שהקריטריונים האלה לא מלאו אלא שהניסיון מלמד שהם הופרו באופן שיטתי כי המשטר יצר חוקים בכל מיני אופנים ודרכים שהמטרה המרכזית הייתה שישרתו את מטרותיו. כאשר בודקים איך האופן שבו המשטר הנאצי התנהל מרמת השלטון ועד רשויות האכיפה המשטר המרושע הזה לא זו בלבד שהכללים שלו היו מרושעים גם הקריטריונים של הכוונת התנהגות הופרו. זה מיתוס לחשוב שהם אכן פעלו לפי קריטריונים אלה. פולר אומר שאדם או משטר שהוא נטול עכבות מוסריות שיכול לעשות דברים נוראיים- להרוג בני אדם באופן שיטתי, לא משנה מה הגורם אם אין לך שום עכבות מוסריות באופן שאתה פועל נגדו זה יהיה מוזר מאוד להעמיד נגדך את הקריטריונים שמנחים אותך- למה שתקפיד על שלילה של רטרואקטיביות אם אתה הורג אנשים מבלי להניד עפעף. כאשר אנשים נטולים עכבות מוסריות הם לא יעשו הבחנה בין קריטריונים מהסוג הזה לבין שיקולים מוסריים פשוטים.

אם אתה לא מוסרי קשה לעשות הבחנות. אם אתה מוסרי אז אתה מוסרי בכל חזית ואם אתה חסר עכבות מוסריות אז תהיה חסר מוסריות לגבי כל דבר. הטענה של פולר היא שאם אתה מקפיד על הדברים האלה בד"כ מה שמנחה אותך זה שיקולים מוסריים ולכן החוקים לא יהיו דרקוניים, טענה לפחות במישור הפרקטי.

נק' נוספת שקשורה לוויכוח בין הארט לפולר, עד עכשיו הוויכוח בין הארט לפולר היה במישור המושגי איזה תאוריה מספקת תיאור יותר טוב של מערכת המשפט- האם הפוזיטיביסטית של הארט של כלל הזיהוי שטוענת להפרדה בין מוסר לחוק או של פולר שטוענת לקשר בין מוסר לחוק ולכן הוא קורא לזה מוסר טבעי פרוצדורלי כי אם אתה מאמץ את פרוצדורת החקיקה חזקה עלייך שתיצור חוקים טובים וראויים. הוויכוח של הארט ופולר במאמר הם בעצם נוגעים לממד נוסף של הוו

בין נון פוזיטיביסטים לפוזיטיביסטים- הטענה המרכזית של הארט היא שההפרדה בין מוסר לחוק לא רק ראויה מבחינה מושגית אלא שיש לה יתרונות מנק' מבט מוסרית ופוליטית. כנגדו פולר טעון שלתאוריה הפוזיטיביסטית יש גם ליקויים מוסריים כי בעיניו אחת המטרות של תאוריה לגבי המשפט זה לקדם את אידיאל הנאמנות לחוק. בעיניו החוק הוא סוג של הישג אנושי שיש לקדם אותו, חברה מושתת על המשפט והתאוריה צריכה לשקף את ערך החוק ולכדי לעשות זאת התאוריה צריכה להצביע על הקשר שבין החוק למוסר. אם כל הזמן מדגישים את הפער בין המוסר לבין החוק זה בעיני פולר ליקוי של התאוריה והוא ליקוי מוסרי כי הוא לא מקדם את החוק כי הוא לא מקדם את אידיאל הנאמנות לחוק. אם אנו לא תופסים את החוק כראוי אנו לא מקדמים את אידיאל הנאמנות לחוק. כאן הטענה של פולר היסטורית, למשל המשטר הנאצי בגרמניה אחת התופעות הקשות היא איך יכול להיות שהמשטר הזה לפני עליית הנאצים לשלטון נחשב לאחד המשטרים הנאורים ביותר, רפובליקת ויימר. גרמניה באותה תק' הייתה הבירה האינטלקטואלית והתרבותית באותה תק'. אחת התופעות הפליאות היא שעם עליית הנאצים לשלטון המערכות משתפות פעולה באופן טבעי, משנות את עורם בין לילה. כאילו כל הבסיס התרבותי של גרמניה, בין השאר גם הקהילה המשפטית שירתה את הנאצים למרות שהם היו משפטנים שתפקדו בתוך הדמוקרטיה הווימרית- איך ניתן להסביר זאת? זה אחד הפלאים בהקשר של גרמניה והקהילה המשפטית. פולר טען שאחת הסיבות זה החינוך הפוזיטיביסטי שלהם כי הוא מנתק בין המוסר לחוק, ברגע שהשלטון משתנה מקבלים את התכתיבים שלו.

**גישה נון פוזיטיביסטית אחרת- דבורקין.**

תיאור עמדתו מתוך קובץ שנקרא לקחת את הזכויות ברצינות. שזה מגלם במידה רבה את העמדה הנון פוזיטיביסטית ביחס למשפט.

דבורקין כתב עוד ספר שנקרא laws empire

נק' המוצא אצל דבורקין היא ביקורת של הפוזיטיביזם של הארט. דבורקין תוקף את העמדה של הארט, את היסודות שלה ומציע סוג מסוים של אלטרנטיבה. הטענה המרכזית של הארט שהיא הטענה המרכזית של לא מעט פוזיטיביסטים היא שמערכת המשפט מתמצה בסדרה אינסופית של כללים, מערכת המשפט סגורה ומתוחמת היטב אולי לא באופן הרמטי אבל וודאי שואפת להיות מתוחמת היטב של כללים משפטיים כאשר אותם כללים מזוהים ע"י כלל אב שהוא מכנה כלל הזיהוי שקובע את גבולות המערכת ומזהה את סדרת הכללים שנמצאים בתוכה וממילא קובע מהו כלל משפטי תקף וכזה שלא תקף. במערכת שלו יש עוד כללים אבל התיאור הזה של מערכת הוא תיאור פחות או יותר נכון של המערכת. את התפיסה הזו דבורקין תוקף. נק' נוספת שהוא תוקף היא ההנחה שעומדת ביסוד תפיסות פוזיטיביסטיות לדחוק לפיה לשופטים יש שק"ד חזק להפעיל שיקולים מחוץ למערכת המשפט בשעה שהעניין שמובא לפניהם לא מזוהה ע"י כלל משפטי, במונחיו של רז- מקרה שלא מוסדר או מצבים של לקונה. לקונה זה מצב של חסר ומצב של חסר הוא מצב שבו עניין מסוים שצריך להיות מוכרע ע"י ביהמ"ש איננו מכוסה ע"י כלל משפטי כלשהו. זה מצב שהוא לא בלתי אפשרי כי יכול להיות מקרים שהמחוקק לא חשב עליהם או התייחס אליהם או הסדיר אותם ובכל זאת ביהמ"ש צריך להכריע במקרה הזה ואז השאלה מה השופט עושה במקרה כזה. השופט בד"כ צריך לפי מה שנקרא בלשון הפוזיטיביסטים להפעיל שק"ד. הוא לא נמצא במצב שהוא מיישם באופן טכני את החוק. כאשר אנו מיישמים את החוק באופן טכני אנו לא בדיוק מפעילים שק"ד.

העמדה הפוזיטיביסטית גורסת שבמצבים של לקונה שופטים מפעילים שק"ד במובן חזק, אין לך כלל משפטי שאתה יכול להכיל אותו ולכן אתה נמצא בעמדה של מחוקק, אתה צריך להפעיל שיקולים חוץ משפטיים שהם לא דווקא משפטיים. הטענה שבמצבים של לקונה אתה מפעיל שק"ד חזק אתה נמצא בתחום לבר משפטי כי לחוק יש גבולות מוגדרים, אם אין בחוק כלל משפטי רלוונטי ואתה חייב להכריע במקרה הזה, השופט לא יכול להגיד שאין חוק ולכן הוא לא מכריע. השופט לא יכול להגיד שבהיעדר חוק הוא לא מכריע כי אז ייתכנו מצבים בהם סכסוכים יגיעו לביהמ"ש וביהמ"ש יגיד שהוא לא יכול להכריע בהיעדר חוק ולכן לא תהיה אפשרות לשים סוף לסכסוכים. כדי שנוכל לשים סוף לסכסוכים אנו צריכים למצוא פתרון להכרעה במקרה שבו אין חוק. מערכת המשפט לפי רז מיישבת גם סכסוכים לא מוסדרים כי זה אחד מתפקידיה. דבוקרין טוען שהפוזיטיבטסים אומרים שהשופט מפעיל שיקולים לבר משפטיים, שק,ד חזק וזה פועל יוצא של אותה תפיסה שמגדירה למשפט גבולות ברורים. על התמונה הזו שהיא פועל יוצר מהתפיסה הפוזיטיסביסטת דבוריקין חולק הוא טוען ששופטים אף פעם לא מפעילים שק"ד במובן החזק שהפוזיטיביסטים מייחסים להם.

דבורקין טוען גם שמושג החובה המשפטית שמוגדרת לא כחובה מוסרית אלא לפי הארט זה לא מה שהמוסר מחייב אלא מה שבני החברה תופסים כמחייב, והוא שינה את ההגדרה של חובה משפטית ל

דבורקין חושב שהמושג חובה משפטית קרוב הרבה יותר למה שבני אדם תופסים כחובה מוסרית ולכן הפוזיטיביסטיים לא נותנים דו"ח מספק על מהי חובה מוסרית.

נק' המוצא לכל התפיסה של דבורקין היא התבוננות על האופן שבו בתי משפט מתפקדים. הטענה: אם אנו מתארים באופן נכון ומדויק את האופן שבו השופטים מפעילים שק"ד, התבוננות על דרכי פעולתם של שופטים תראה לנו שתמונה שמפסק לנו הארט היא תמונה לא נכונה ומעוותת של מערכת המשפט. דבורקין מנסה לפתח תורת שפיטה ודרך תורה זו הוא בעצם מספק לקורא גם תורת משפט. יש הבדל בין תורת שפיטה לתורת משפט. תורת שפיטה מתמקדת באופן התפקוד של בתי המשפט. תורות משפט שואפת להתבונן על המערכת בכללותה- מערכת המשפט מורכבת מגורמים רבים- מחוקק, רשויות אכיפה וכו. ביהמ"ש הוא גורם מרכזי בתוך מערכת המשפט אך לא הגורם היחיד. הוא קודם כל מתבונן על האופן שבו פועלים שופטים ודרך התיאור שנראה בעיניו הולם לגבי תפקוד בתי המשפט הוא פונה אח"כ לתיאור מערכת המשפט בכללותה. השאלה היא האם זה מוצדק לדבר על מערכת המשפט באופן כולל דרך נק' המבט של בתי המשפט. השאלה היא האם דבורקין מסתכל על בתי המשפט מנק' המבט של בתי המשפט הנמוכים או מנק' המבט של בתי המשפט הגבוהים- כי נק' המבט היא שונה מכל מיני בחינות.

הטענות המרכזיות שלו נגד הפוזיטיביזם:

1. מעמדתם נובעות מסקנות מנוגדות לעקרונות פוליטיים או מוסריים- העיקרון הדמוקרטי או השולל חקיקה רטרואקטיבית.
2. לא נותן תיאור הולם למה שמתרחש בפועל בעשייה המשפטית.
3. מספק תמונה חלקית ולכן מעוותת של הליך קבלת ההחלטות וההכרעות בתוך מוסדות שכפופים למערכות של כללים.

דבורקין טוען שהפוזיטיביסט מחזיק בתפיסה לפיה שופטים במצבים של לקונה מחזיקים בשק"ד חזק בין השאר בגלל שמערכות משפט סגורות ומותחמות ועוסקות במקרים שלא מתוחמים בחוק וכדי להכריע הוא מחזיק בשיקולים לבר משפטיים. דבורקין אומר שאם מסתכלים על שק"ד במובן חזק זה עומד בסתירה לעקרונות פוליטיים בסיסיים- אם אנו מייחסים שק"ד חזק לשופטים אנו מאמצים עמדה שעומדת בסתירה לעיקרון הדמוקרטי שאומרת שאנו מחילים על אנשים כללים שהתקבלו בהחלטת הרוב, אם אנו מסמיכים שופטים לחוקק אנו מכפיפים בני אדם לשק"ד של שופט מסוים בניגוד להליך הדמוקרטי הרגיל- השופט הוא זה שמחוקק ולא מי שמוסמך לכך בפועל- המחוקק.

ברגע שאנו מייחסים לשופט שק"ד במובן חזק אנו מאמצים חקיקה הרטרואקטיבית כל מצב שבו באים צדדים לפני שופט והוא מגיע למסקנה שמדובר לקונה וצריך להכריע בה הוא יוצר כלל משפטי יש מאין, שנוצר מהפסיקה של השופט וחל על התרחשות שהייתה בעבר. הוא מחיל את החקיקה למקרה שחל בעבר, התרחש בהגדרה לפני יצירת החקיקה ולכן הוא מחוקק באופן רטרואקטיבי כי הוא מחיל על המקרה שבא לפניו חוק. ד

דבורקין אומר שאם מסתכלים על הצורה ששופטים באמת פועלים כאשר הם עוסקים במצבים של לקונה, או מצבים שבהם הם מפעילים שק"ד במובן חזק דבורקין אומר שהפוזיטיביזם לא מספק תיאור הולם של האופן שבו פועלים שופטים במצבים אלה. לפי דבורקין יוצא שבמצב של לקונה שופט לא כפוף לחוק, הוא מפעיל שיקולים לבר משפטיים. אבל אם נלך ונשאל שופטים מה הם עושים במצבים אלה הם בד"כ יגידו שזה לא נכון שכשהם מפעילים שק"ד במובן חזק הם פועלים בניגוד לחוק, למעשה בכל המצבים האלה השופטים עצמם סבורים וכך גם הקהילה המשפטית מתייחסת אליהם שהם פועלים לפי החוק. דבורקין מציג כמה דוגמאות:

המקרה של ריגס, פס"ד שניתן במדינת ניו יורק שבה נידון מקרה שבו נכד רצח את סבו והורשע ואח"כ התנהל הליך אזרחי שבו הנכד טען לזכותו על ירושת סבו כי הוא היה היורש על פי דין. דיני הירושה באותו זמן לא מנעו מאדם שרצח את המוריש לרשת, אם קוראים את לשון החוק באופן בלתי משוחד או ללא שק"ד ניתן להגיע למסקנה שהנכד זכאי לירושה וזה מכוח הירושה עפ"י דין הנקובה בחוק. זה מה שטען הנכד כאשר הוא טען להפרדה בין הדין הפלילי לאזרחי. ביהמ"ש הפעיל עיקרון משפטי "הרצחת וגם ירשת" "אדם לא יכול ליהנות מפרי עוולתו" והעמיד אותו לנגד עיניו וכך שלל מהנכד את זכותו לרשת. לאחר המקרה הזה, הוסף לחוק הס' שאומר שהרוצח לא יכול לרשת. לפני חקיקת הס' ביהמ"ש היא צריך להתמודד עם הדילמה הזו- לשון החוק אומר שהנכד יורש אך ביהמ"ש הפעיל עיקרון מוסרי שחותר או מבטל את הכלל המשפטי בדיני הירושה ומכאן שהנכד לא יורש.

דבורקין מתסכל על הצורה שבה ביהמ"ש מפעיל שק"ד. אם נשווה את המקרה של ריגס לפלונית שם העלנו ספק האם זה מקרה של הרצחת וגם ירשת כי השאלה המרכזית הייתה בעצם טובת הילד ולא זכות ההורה. פה הרצחת וגם ירשת פועל בצורה המובהקת ביותר. המקרה של רגיס הוא לא ממש מקרה של לקונה- זה לא שהחוק לא אומר דבר, זה לא שאין התייחסות למה שצריך לעשות, החוק מקנה לנכד את זכות הירושה. כאשר ביהמ"ש בעצם מבטל את הס' הזה בחוק משום שהוא מעמיד כנגדו עיקרון משפטי הוא בעצם טוען שהעיקרון הזה הוא לא לבר משפטי מוסרי שקוראים אותו לתוך החוק אלא מה שעושים זה שהעיקרון הזה הוא עצמו עיקרון משפטי לפחות בעיני ביהמ"ש. מה שקרה במקרה הזה לפחות באופן שבו ביהמ"ש מבין את מה שעשה שאימוץ העיקרון הזה הוא אימוץ משפטי ולמעשה זה לא שק"ד במובן חזק כי זה לא ייבוא של עקרונות חוץ משפטיים. למעשה מה שביהמ"ש עושה הוא בעצם מפעיל או מזהה מערך של עקרונות שהם חלק בלתי נפרד מהמערכת המשפטית.

אם זה המצב או האופן שבו בתי המשפט מתייחסים לעקרונות אלה יש קושי בתיאור הפוזיטיביסטי של מערכת המשפט כאילו היא מזוהה ע"י כלל הזיהוי.

**מושג העיקרון המשפטי לפי דבורקין**

מושג מפתח בשיטתו- עקרון משפטי. מדוע? ברוב המקרים שהפוזיטיביסטיים חושבים שבתי המשפט מפעילים שק"ד במובן חזק הם בד"כ מפעילים עקרונות משפטיים, הטענה שאימוץ של עקרונות משפטיים והחלתם על מקרה נתון הוא אימות של משהו לבר משפטי כי המחוקק יוצר כללים משפטיים, המחוקק יוצר גם עקרונות אבל זה במצבים חריגים. מחוקק ובתי המשפט יוצרים בעיקר כללים משפטיים. העקרונות המשפטיים יכולים להימצא בחוקים אבל חוקים בד"כ מנסחים כללים ולא עקרונות, יש מצבים חריגים בהם הם מנסחים עקרונות. החוקים הם סדרה של כללים- כללים מכוונים התנהגות ולא עקרונות. זה לא אומר שהמחוקק לא ינסח עקרונות מדי פעם אבל זה חריג בפעולה שלו. בתי המשפט יכולים להיזקק לעקרונות אבל מהם הם מנסחים בד"כ כללים. בכל זאת, בתי משפט נזקקים לא מעט לעקרונות. מאיפה הם באים? לפי התמונה הפוזיטיביסטית מקורם הם לבר משפטיים. הטענה היא שזה טעות מצד הפוזיטיביסט לחשוב שמקור העקרונות הוא לבר משפטי, המשפט מחיל מערך עצום של עקרונות שהם חלק מהמערכת עצמה. זה תמונה מוטעית לסבור שהמערכת מיוחסת רק באמצעות כללים.

מה ההבדל בין עיקרון לכלל משפטי?

הטענה הבסיסית של דבורקין היא שמה שמאפיין כלל משפטי זה שהוא חל או לא חל- מתפקד באופן של הכול או לא כלום. אם הכלל חל הוא קובע את התוצאה של המקרה ואם הוא לא חל אנו מתעלמים ממנו. ניתן לומר שהכלל הזה לא חל כי חל כלל אחר. אנו מכריעים איזה כלל חל ואיזה לא. ברגע שהכלל חל הוא קובע את התוצאה ואם הוא לא מתעלמים ממנו. זה היתרון בשימוש בכללים כי זה מאוד בהיר. עקרונות במונחיו של דבורקין תמיד חלים ותמיד נלקחים בחשבון, תמיד נמצאים בתמונה. אנו לא חושבים עליהם במונחים של חל או לא אלא במונחים של משקל- ברגע שאנו חושבים על עיקרון בהקשר מסוים אנו אומרים שהוא רלוונטי למקרה ובוא נחשוב על המשקל שאנו מעניקים לו בהקשר מסוים. על מקרה מסוים יכולים לחול סדרה של עקרונות- איך אנו מחליטים? אנו חושבים על העקרונות במונחים של כוח או משקל. אם לעקרון מסוים יש יותר משקל הוא גובר על העיקרון השני. יש כאן מעין ניסיון לאיזון בין העקרונות. השופט ברק תמיד חושב במונחים של תכליות שהם סוג של עקרונות.

כאשר אנו עובדים עם כללים אנו לא משכללים אלא מחילים את הכלל.

**13.6.12**

קריאה: מושג הצדק, החומר על רולס. ס' י. התאוריות של הצדק. ניתן לקרוא או את א' או את יחידות 7-8...

דבורקין הוא נון פוזיטיביסט. הצגנו סדרה של ביקורות על הפוזיטיביזם מצד הנון פוזיטיביזם, הוא מנהל קרב חזיתי עם הפוזיטיביזם במיוחד עם הגרסה של הארט. הוא מפתח גרסה לא פוזיטיביסטית. הוא תוקף את הטענה שלשופטים יש שיקול דעת חזק, תוקף את הטענה שמושג חובה משפטית הוא סוג של עובדה. כדי לבקר את התפיסה הפוזיטיביסטית הוא מפתח תורת שפיטה, מתבונן על האופן בו שופטים פועלים ומנתח את דרך פעולתם או מחשבתם. הטענה שלו היא שדרך ההתבוננות על שופטים אנו יכולים לגלות את טיבה של מערכת המשפט. הייחוס של שק"ד במובן חזק היו לו ביקורות משני סוגים: סותר את העיקרון הדמוקרטי ושזה בעצן סוג של חקיקה רטרואקטיבית. הוא מנתח את פס"ד ריגס שבו נשללה הזכות של נכד לרשת את סבו שאותו הוא רצח הטענה שלו הייתה שיש לעשות הפרדה כיוון שאין קשר בין המעשה הפלילי שהוא עשה לבין זכותו האזרחים לרשת שנגזרת מהירושה עפ"י דין והוא זכאי עפ"י החוק לירושה. ביהמ"ש שלל את הזכות הזו באמצעות ההסתמכות של הרצחת וגם ירשת אותו עיקרון שאומר שאדם לא יכול ליהנות מפרי עוולתו. סוג של עיקרון כללי שהחוק מניח את קיומו ולכן הוא חל במקרה הזה וגובר על כלל משפטי שלכאורה מעניק לנכד את הזכות לרשת. הטענה היא שהעיקרון הזה גובר על אותו כלל משפטי. דבורקין אומר שאם אנו מסתכלים על אותו פס"ד ויש רבים כמוהו, ככה בתי משפט פ]ועלים דבורקין אומר שזה לא בדיוק מקרה של לקונה, וודאי לא במובן הפשוט של המונח. וודאי שיש כלל משפטי שחל וכנגדו אנו מפעילים עיקרון. ההנחה היא שאותו עיקרון הוא חלק ממערכת המשפט. אם בתי המשפט פונים לכל מיני עקרונות השאלה הגדולה היא מאיפה הם באים. דבורקין טוען שאם נתסכל על ביהמ"ש אנו נגלה שהתפיסה היורס פרודנטית הפוזיטיביסטית שטוענת שהמקורות המשפטיים מקורם בכלל אב שנקרא כלל הזיהוי הטענה הזו מתבררת כלא נכונה כי רוב העקרונות הם לא כאלה שכלל הזיהוי מזהה אותם ולכן התפיסה הפוזיטיביסטית שיש כלל שתוחם את מערכת המשפט לא הולם את האופן שבו הקהילייה המשפטית מתפקדת. התפיסה הפוזיטיביסטית באופן כללי וזו של הארט באופן ספציםפי למעשה לא מתאים לאופן שבו מערכת המשפט פועלת. לפי דבורקין לא זו בלבד ששופטים נזקקים לעקרונות אלא שהם רכיב מרכזי של מערכת המשפט בניגוד לתפיסות פוזיטיביסטיות שרואות את הכלל המשפטי כאבן היסוד.

הבחנה בין כללים לעקרונות:

כלל- legal rule. כלל יש לו אופי חתוך במובן הזה שהוא חל או לא חל. אם הוא חל הוא קובע את הדין ואם הוא לא חל אנו לא מתחשבים בו. זה האופן שבו מתנהגים כללים.

עקרון- legal principle. בניגוד לכללים עקרונות תמיד חלים. תמיד במובן הזה שלא ניתן לומר שהם לא רלוונטיים. הם רלוונטיים למקרים רבים מאוד ובגלל שהם חלים בהרבה מאוד מקרים אנו לא חושבים עליהם במונחים של חל או לא חל, הכול או לא כלום. על עקרונות אנו חושבים במונחים של משקל וכוח. הרבה פעמים שאנו חושבים על עקרונות במונחים כאלו אנו חושבים שהם הרבה פעמים יכולים להתחרות עם דברים אחרים שימשכו במקרה מסוים לכיוון מנוגד. שניהם חלים ונלקחים בחשבון ואנו מדברים על היחס ביניהם במונחים של איזה עיקרון גובר על איזה עיקרון, יש עקרון שבסיטואציה מסוימת יש לו משקל יותר גדול מאשר העיקרון השני. הרבה פעמים אנו צריכים לשקול מס' עקרונות שנמצאים בצדדים השונים של ההתלבטות ואנו תמיד חושבים עליהם במונחים של משקל. אם נסתכל על מערכת המשפט ועל האופן שבו מחוקקים פועלים, מחוקקים בד"כ יוצרים כללים. הם ממעטים אם בכלל לחוקק חוקים שיש להם אופי של עקרונות. זה קורה בתחומים מסוימים אבל בהרבה מאוד מקרים או ברובם כאשר מוסד מחוקק משהו הוא מחוקק כללים. יש מצבים בהם המחוקק יכול ליצור עקרונות אבל זה נדיר. למה הוא מחוקק כללים? אם המטרה המרכזית שלו היא לכוון התנהגות קשה מאוד לחשוב איך עושה זאת באמצעות עקרונות דווקא בגלל האופי הכללי שלהם, שההחלה שלהם עמומה. אנו לא יכולים לצפות לכוון התנהגות באמצעות עקרונות שיש להם אופי מופשט, בעל תחולה כללית, יש לשקול אותם זה מול זה. יש לא מעט מקרים שכאשר חושבים על עקרון מסוים הוא מקבל צורה עפ"י נסיבות מסוימות.

מחוקק ממעט מאוד לחוקק עקרונות.

דוגמאות לעקרונות: תום הלב- סוג של עיקרון כי הוא לא קובע כללים מדויקים להפעלתו, הוא אפילו מצפה מביהמ"ש שימלא את העיקרון הזה בתוכן קונקרטי שאח"כ בני אדם יראו איך להפעיל אותו. חלק מחוקי היסוד קובעים עקרונות, חוקות למיניהם יכולות להפעיל עקרונות. באופן כללי כאשר מחוקק ניגש לכוון התנהגות הוא מחוקק כללים. משחקים למשל קבועים באמצעות כללים.

העקרונות האלה מגיעים לא דרך כלל אב שבאמצעותו ניתן לזהות אותם דבורקין אומר שעקרונות משפטיים מגיעים מעקרונות היסוד של השיטה, המוסר הנוהג של החברה, תפיסות אידיאולגיות של החברה, מה שנתפס כעקרונות של השיטה הפוליטית. דוברקין מדבר על אידיאליים מוסריים פוליטיים וכך הוא מתקרב לעקרונות של המשפט הטבעיפ- מערכת המשפט מורכבת ממערכת רחבה למדי של עקרונות שהמקורות האלה הם אחד העקרונות המרכזיים שמדריכים שופטים כאשר הם באים לפסוק.

כאשר שופט מפעיל עיקרון הוא לא מפעיל כי הוא מזהה אותם ממקור חקיקתי אלא הוא שואב עקרונות ממערך שלם של מחוזות שהפוזיטיביסט לא מכיר אותם. הנק' הפוליטית- שופטים הרבה פעמים נזקקים לרעיון הזכויות כעיקרון בסיסי שעומד ביסוד השיטה הפוליטית, אנו חברה שמכבדת זכויות אזרח, מעמידה את הרעיון של חירויות בסיסיות גם אם אנו לא יכולים לזהות אותן באמצעות כללים משפטיים שהמוסדות הפוליטיים מחוקקים יצרו. העקרונות היא של השיטה המשפטית והפוליטית. מה התפיסה הפוליטית עליה המערכת פועלת ? משם ניתן לשאוב כל מיני עקרונות. ברגע שמדברים על פעולה כזו של מערכת משפט שמטשטשת את ההבחנה בין מנורמה בתוך ומחוץ למערכת. דבורקין אומר שהצורך ליצור קו גבול ברור בין מה שנמצא מחוץ למשפט ומה שנמצא בתוכו, הדבר הזה הוא לא משהו שחייבים לחתור אליו והוא גם לא מאפיין מערכות משפט. יש רצף לא ברור בין מה שבתון המשפט למה שמחוצה לו. ניסיון להגדיר גבולות ברורים למערכת המשפט באמצעות כלל זיהוי זה משהו שבעצם הוא לא נכון ולא רצוי וגם בלתי אפשרי. דבורקין מגיע די קרוב לניסוחים שקרובים לאנשים שמדברים במונחים של משפט טבעי כי המקורות של המשפט לא פוזיטיביים במובן שהוא נוהג בחברה אלא הרבה פעמים הוא נזקק לעקרונות אידיאליים שהם לא חלק מהמוסר הנוהג.

נק' אחרונה נוגעת לשאלה מה מקור העקרונות. אחד הטענות המרכזיות של דבורקין הוא כאשר אנו חושבים על מערכות של כללים המערכות אף פעם לא יכולות להסתפק בכללים כדי להכריע במצבים שדורשים הכרעה. שופט או מי שמתבונן נדרש לחשוב על תכליות שעומדים בתשתית המערכת. יש מצבים בהם יש סכסוכים או התלבטויות שדורשות הכרעה ובעצם הכללים כשלעצמם לא מספיקים כדי להתמודד איתם. יש להתבונן על המערכת בכללותה ועל עקרונות היסוד שלה, שם הוא ימצא את התשובה לבעיה שאיתה הוא צריך להתמודד. יש משחקים שקובעים לכאורה כללים ברורים לגבי התנהלות המערכת אבל ייתכנו מצבים שבהם תהיה התלבטות שהכללים לא מספיקים. כמו למשל במשחק שח שבו יש טקטיקה של אחד השחקנים שקורץ תמיד לשני והמטרה היא להוציא אותו מריכוז. השחקן שמוטרד מתלונן ומסתכלים במערכת הכללים ולא נאמר שם כלום על מה שנעשה בסיטואציה כזו. השופט יכול לומר שלא נאמר כלום ולכן לא ניתן לעשות כלום ומצד שני לומר שאנו לא יכולים להתעלם מהבעיה. השופט צריך להכריע ע"י חשיבה על מטרות המשפט, מה עומד לתחרות, האם זוג כזה של מטרות לגיטימי וכו. סוג כזה של שק"ד – לא מפעילים כללים שיאמרו לנו איך צריך להכריע במשחק. דבורקין אומר שייתכנו לא מעט מצבים בהם יש ללכת אל מעבר לכללים ודרך הדבר הזה להכריע בסכסוך שבא לפנייך או בבעיה איתה אתה צריך להתמודד. אלה מצבים בהם בתי המשפט צריכים להתמודד איתם הרבה. העקרונות האלה בהגדרתם לא ניתן למצוא אותם בעזרת כלל אב כמו כלל הזיהוי.

הוא מתאר את תורת המשפט דרך תורת השפיטה. זה גם אחת הביקורות נגדו.

השאלה היא מי מספק תיאור הולם יותר של המערכת- דבורקין או הפוזיטיביסטים.

הטענה של דבורקין היא גם נורמטיבית, הצורה שהמערכת פועלת באופן בלתי פוזיטיבי, מגייסים עקרונות של השיטה כך גם ראוי שיהיה. בעיניו מתקשים למצוא את הגבול בין מה שנמצא בתוך המערכת ומה שנמצא מחוצה לה אך זה לא אקוטי בעיניו. פוזיטיביסט חושב שהוא מספק תיאור טוב יותר של המערכת והוא חושב שהתיאור הזה עונה גם על דרישות נורמטיביות- כך גם טוב שיהיה. הטיעון הנגדי של הארט הוא שהפוזיטיביזם היא תאוריה טובה יותר מבחינה מושגית וראויה יותר, הבסיס הנורמטיבי שלה עדיף על זה של התאוריה נון פוזיטיביסטית.

**ריאליזם משפטי**

הריאליזם הוא במובן מסוים מבחינת המינוח זה סוג של עמדה מפוקחת ביחס לחוק, אנו מסתכלים על המשפט ,בגובה העיניים" מה שבאמת קורה במערכת הזו. בד"כ תפיסות מפוקחות על המשפט הן ביקורתיות ביחס לאופן שבו מערכת המשפט מציגה את עצמה או מתיימרת להיות. סוג של עמדה ביקורתית שבאה לומר שבניגוד לעמדה של ביהמ"ש ובניגוד לדימוי שמערכת משפט מנסה ליצור, הדימוי הזה נוצר ע"י משפטנים ושופטים, אקדמיה שהמשפט הוא מעין מערכת שיש לה אופי כעין מדעי, היא פועלת לפי כללים ולפי מושגיות חמורה. לפי לוגיקה מדויקת מעין מדעית בא הריאליסט ואומר שאם אנו באים מסתכלים על האופן שבו מערכות אלה פועלות יש בהן משהו רחוק מלהיות לוגי, מדעי, מסודר ומאורגן, רחוק מלהיות מושגי ואם אנו מסתכלים באופן מפוקח על האופן שבו מערכות משפט פועלות אנו נגלה שמערכות משפט הן סוג של דינמיקות חברתיות מסובכות ומורכבות ויהיה קשה מאוד לתחם את מה שאנו מכנים מערכת משפט מתחומי משפט אחרים שאותה מערכת מנסה להתחמק מהם. הסקפטיות הזו של מערכת המשפט לתאר עצמה כדיסציפלינה כסוג של מערכת מושגית הריאליסט אומר שהמערכת הזו לא עובדת באופן הזה. מערכות כאלה לא עובדות בצורה של לוגיקה משפטית, כללים חתוכים ומקצועיות משפטית. מערכות המשפט עובדות בצורה אחרת לגמרי.

ריאליזם- בד"כ בפילוסופיה ריאליזם עניינו בד"כ המחשבה על האופן שבו דברים קיימים או ישנם. מדע ריאלי בד"כ אנו אומרים שזה ריאלי כי

ריאליזם בפילוסופיה מתחיל בגישות של אפלטון, הוא חשב שמה שבאמת ישנו אלה אידיאות. חלק ממה שקיים כאידיאות, בעיניו נק' המוצא לכל חשיבה הייתה המתמטיקה, שהוא התחום הריאלי ביותר לא רק במובן שזה התחום הוודאי ביותר, המתמטיקה מעוררת סוג של תמיהה או חידה גדולה. אנו מגלים את האמיתות המתמטיות ע"י הוכחה של

המתמטיקה איננה תחום אמפירי, אנו לא מסתכלים על העולם. מתמטיקאי

אפלטון חשב שדווקא בגלל שהמתמטיקה מתארת את העולם היא הדבר הריאלי, היא המציאות. הדבר שקיים באמת זה המתמטיקה, חוקי הפיזיקה. אלה הדברים הקיימים. מה שקיים באמת זה בדיוק הדברים שאנו לא יכולים לחוש או לראות אלא לחשוב אותם. הדברים שאנו חושבים עליהם הם הדברים הקיימים. ריאליזם- אותם דברים מופשטים שבאותו זמן הם קיימים באופן הרבה יותר מוצק מאשר מה שנראה לנו קיים. הקיום של הדברים האלה נחות לאין ערוך מהקיום של האישים המתמטיים וחוקי הטבע המופשטים. כאשר בא הריאליזם המשפטי הוא משתמש במונח הריאליסטי בכיוון הפוך. אנו רוצים להסתכל בעיניים מפוקחות על מה שמתרחש בטבע ובמובן הזה הריאליזם מבטא אינטואיציה שהיא הפוכה מהריאליזם הפילוסופי. מה שקיים במשפט זה בעיקר חברה, כלכלה, פוליטיקה, מאבקים, מערכות חברתיות וכו שבתוכן משולבים מערכות שלמות של נורמות שלא ניתן להפרידם מהתהליכים התרבותיים, כלכליים וכו. מדובר על מיתוס חסר בסיסי.

לגבי הריאליזם, זו תנועה אינטלקטואלית של משפטנים שצמחה בארה"ב בסוף שנות ה 20 ותחילת שנות ה 30 של המאה הקודמת. היא פרצה שוב בצורת התנועה הביקורתית למשפט. ברגע שהריאליזם פרץ לעולם יש זרמים מסוימים בקרב האקדמיה. בארה"ב היה לריאליזם עליות וירידות. הריאליזם טוען כנגד האקדמיה המשפטית שהניסיון שלה להציג את המשפט כסוג של תחום שעומד לעצמו שמושתת על לוגיקה משלו, צורת חשיבה משלו היא סוג של מיתוס וסוג של חזות שאם מסתכלים עליה בעיניים מפוקחות זאת בעצם טעות. ההנחה היא שהמשפט שונה מפוליטיקה, היסטוריה, המשפט הוא מעין מדע.

זה לא רק בגלל הניסיון להעניק למשפט פרסטיז'ה- שהוא נפרד מדיסציפלינות אחרות יש לזה גם תפקיד חברתי שהמשפט הוא לא כלכלה או היסטוריה. אנו פועלים במשפט לפי כללים ולכן יש שיקולי צדק, סוג של לוגיקה.

זה קשור לצפיות, וודאות, יכולת הסתמכות, יש מערך שלם של דברים שאנו רוצים להשיג באמצעות התיאור של מערכת המשפט כדיסציפלינה מדעית. זה התיאור הרווח, כנגד זה יוצאים הריאליסטים. יש מערכת שלמה של מושגים במשפט שההנחה היא שהם נכונים לגבי כל מערכת משפט ולאו דווקא לגבי מערכת משפט מסוימת. הקורס בדיני נזיקין למשל, לא מקנה לנו רק ידיעות לגבי האופן שבו הדין הנזיקי בארץ פועל אלא שמרצה טוב יעניק לנו מושגי יסוד שהם נכונים לגבי החשיבה הנזיקית כשלעצמה ולכן אפילו אם נלך למדינה אחרת תהיה לנו את צורת החשיבה הנזיקית עצמה ומה שנצטרך זה רק ללמוד את ההסדרים בכל מדינה. ההנחה היא

הריאליסטים יוצאים נגד התפסיה שמערכת משפט היא סוג של מדע או מעין מדע. בעצם הןם אומרים שמערכת המשפט כאשר מסתכלים עליה מקרוב ורואים איך היא פועלת היא רחוקה מסוג מסוים של לוגיקה ומהדעת שאתה יכול לעשות באמת הפרדה בין פוליטיקה למשפט, מוסר למשפט, אינטרסים חברתיים למשפט. כאשר אנו מסתכלים על האופן שבו שופטים פועלים הם מקבלים את פסקי הדין שלהם בניגוד למה שמלומדים מנסים לעשות ששק"ד שלהם או האופן שבו הם מקבלים את ההחלטות הוא מקצועי. חלק מהיושר של השופט זה להוריד את הכובע הפוליטיקאי, האינטרסים שלו וכו לשים את כל זה בצד ולדון במקרה באופן נקי כאיש מקצוע. ממש כמו שרופא מאבחן בעיה רפואית. כאשר רופא מאבחן אנו מניחים שהזהות שלו לא משנה כי רופא את כל הדברים האלה הוא מצליח לשים בצד ולהפעיל את שק"ד המקצועי שלו ולאבחן את המחלה. כל ההקשר האישי לא רלוונטי לטיפול ולרופא קל לעשות את ההפרדה הזו. באותו אופן משפטנים צריכים לפעול. הריאליסטים סבורים שההפרדה הזו לא קיימת באמת במשפט וששופטים לא מחילים כללים באופן חסר פניות במנותק מההקשר, אינטרסים, ביוגרפיה אישית וכו למעשה כל הפעילות המשפטית היא חלק בלתי נפרד מהפעילות הפוליטית של האדם והניסיון לעשות הפרדה בין פוליטיקה למשפט זה נשמת אפו של המשפטן. המשפטן הוא לא פוליטיקאי הוא מפעיל שיקולים משפטיים שהם לא פוליטיים כנגד התפיסה הזו יוצא הריאליזם והם עושים זאת דרך ניתוחים מפורטים של פסקי דין שמראים שמה שנחזה להיות משפט אובייקטיבי נטול פניות , לוגי מוסדי שמו]רד לחלוטין מההקשר הפוליטי והחברתי היומרה הזו אין לה על מה להתבסס ולמעשה רוב פסקי הדין האלה לא ניתן לנתק אותם, ההכרעות שהתקבלו לא ניתן לנתקם מתוך ההקשר החברתי, הפוליטי, האידיאולוגי שבו הם התקבלו. אנו מדברים על הביוגרפיה האישית של השופט, האינטרסים הסמויים שהוא משרת. זה חודר לכל סוג של דיון משפטי ובמובן מסוים הם בלתי נמנעים. המהלך הריאליסטי הזה הוא לא בדיוק ביקורתי כי הוא טוען שלא ניתן לפעול בדרך אחרת. אם נהיה יותר מודעים אולי נצליח לייצר את ההפרדה הזו ולהפוך משפט יותר טהור. העמדה הריאליסטית היא לא ביקורתית כי עמדה ביקורתית מניחה שאם רק נצביע על הפגם אז המודעות תאפשר לנו לתקן והבעיה בפסקי הדין האלה שהשופטים לא היו מספיק מודעים על ההקשר הפוליטי והאופן שבו הם פועלים. הטענה הריאליסטית היא שלא ייתכן אחרת, אם זה מצב העניינים כל מה שהריאליסט יכול לעשות זה להסיר את המסווה ולתאר את המערכת באופן יותר הולם מהדרך בה היא מציגה את עצמה, אך לא ניתן לשפר אותה כי זה טבעה. לכל היותר ניתן לפתח מצפון לשופטים או למקבלי החלטות.

הוויכוח מול הריאליזם הוא על השאלה האם ניתן להיות רציונלי.

להשלים את הנושא מתוך החומר על זה בסילבוס- פרק ד. פרק מתוך הספר של הריס. סיכום של תפיסות ריאליסטיות שונות. פרק מתוך הספר של קאריס- הפוליטיקה של החוק.

**התאוריה של רז- הפונקציות החברתיות של החוק**

רז מציע דיאגרמה במאמר שלו. מהם התכליות החברתיות של המשפט. מתחיל בהבחנה בין פונקציות עקיפות לישירות.

את הפונקציות הישירות הוא מחלק לישירות משניות וישירות ראשוניות. הוא מדבר על 4 מטרות של הישירות הראשוניות: 1. הכוונת התנהגות. 2. יצירת כלים להסדרים בין פרטים. 3. חלוקה מחדש של טובין ואספקת שירותים. 4. יישוב סכסוכים לא מוסדרים.

במסגרת המטרות הישירות המשניות יש שתי פונקציות: 1. יצירה ושינוי של החוק. 2. יישוב סכסוכים מוסדרים.

רז רוצה לשאול את השאלה המאוד פשוטה מערכת המשפט היא סוג של מוסד חברתי, החברה יוצרת לעצמה מערכת כזו. איזה מטרות חברתיות מערכות משפט יועדו להשיג. לשם מה אנו מקימים מערכת משפט? אדם מהיישוב שחי בחברה מסוימת ומתפקד בתוך מערכת משפט יתחיל לזרוק כל מיני מטרות- הכוונת התנהגות ויישוב סכסוכים זה דברים שאנשים יגידו. רז מנסה לתת תמונה כוללת על מכלול המטרות החברתיות של מערכת המשפט ואיך הן מתייחסות זו לזו. כאשר רואים את המכלול רואים את המורכבות, כאשר חושבים על המשפט חושבים רק על שתי מטרות ובטח שלא על היחסים ביניהם. הרווח הגדול מבחינה תיאורטית הוא שפתאום אנו רואים שלמערכת המשפט יש מערך מורכב של מטרות חברתיות שמקיימות ביניהן יחסים די מורכבים. המטרה של רז היא לנסות למקם את כולם זה ביחס לזה. אחד מיתרונות העיסוק במאמר של רז לאחר שעסקנו בתיאוריות של המשפט, כל אחת מהתאוריות בנויה על תכלית חברתית מסוימת למשפט שאותו תיאורטיקן חושב עליה וסביבה הוא בונה את התאוריה שלו. אם אנו לוקחים בחשבון את מכלול הפונקציות החברתיות אנו מקבלים תמונה הרבה יותר מורכבת של אותה מערכת שאנו קוראים לה מערכת משפט.

הנק' השנייה קשורה לזה שרז מנסה לספק תמונה על אודות מכלול המטרות החברתיות- איזה סוג של מטרות חברתיות אנו מנסים להשיג באמצעות הכלי של המשפט באופן שלא יהיה תלוי אידיאולוגיות. קל יהיה לומר שהמטרה החברתית אותה המערכת רוצה להשיג תלויה באידיאולוגיה של אותה חברה. הדיון במטרות המשפט לכן לא יכול להיות שלא תלוי האידיאולוגיה של אותה חברה. כל אידיאולוגיה משמשת להשגת מטרה אחרת. אם אנו מדברים על מערכת משפט שנמצאת במדינה קומוניסטית סוציאליסטית שהאידיאולוגיה שלה היא שוויון כלכלי חברתי אז מטרה מרכזית של מערכת המשפט הזו תהיה חלוקה מחדש של טובין. איך אנו עושים זאת? תפקידנו הוא למנוע מצב של פערים חברתיים ולכן אנו יוצרים מנגנונים באמצעות החוק שמונעים פערים כלכליים משמעותיים בעיני החברה. עושים זאת בכל מיני דרכים משפטיות למניעת פערים חברתיים. דרך אחת היא להגביל אנשים מלעשות עסקים. אפשרות אחרת היא יצירת מערכת מיסוי מאוד מסובכת.

ניתן לומר שהפונקציה החברתית של המשפט תלויה באידיאולוגיה של המדינה.

רז אומר שהפונקציות החברתיות שהוא מנסה להציע לנו מבחינה המבנה הן ניטרליות מנק' מבט אידיאולוגית. כאשר הוא מציע לנו מערכת מושגים שהיא בלתי תלויה באידיאולוגיה של המדינה, כל מדינה שרוצה שתהיה לה מערכת משפט חייב שכל אחת מהפונקציות החברתיות של המשפט יתמלאו באופן כזה או אחר. כמובן שהרבה פעמים התוכן שאותה תמלא המדינה יהיה תלוי באידיאולוגיה שלה אבל המשותף הוא שכל אחת מהפונקציות מתממשת באופן כזה או אחר ולכן זה לא תלוי השקפת עולם ולכן זה תיאור כללי מושגי.

המאמץ של רז כפילוסוף שעוסק במושגים הוא אנטי ריאליסטי שעליו דיברנו קודם, הוא מנסה להשיג מערכת מושגית שתהיה נכונה לכל מערכת משפט שהיא, ללא קשר לאידאולוגיה שלה.

הבחנה ראשונה שהוא עושה היא בין פונקציות עקיפות של החוק לפונקציות ישירות.

פונקציות חברתיות ישירות הן בד"כ סוג של ערכים שאנו משיגים באמצעות הכללים המשפטיים. מערכת משפט אומרת שהיא רוצה למשל להקים מוסד מחוקק אז היא יוצרת בית מחוקקים וקובעת כללים איך לעשות זאת, רצון לכבד את זכות הקניין ע"י איסור גניבה וכו. יש מטרה , אנו יוצרים כלל שמשיג אותו ונוגע במישרין לאותה מטרה שאנו רוצים להשיג. זה מאפיין את רוב הכללים המשפטיים אבל יש הרבה פעמים שימוש במערכת המשפט לא כדי להשיג מטרות ישירות אלא עקיפות. זה בעצם סוג של תהליכים חברתיים או תוצאות שהם לא מושגות במישרין ע"י הכלל המשפטי שאני מחוקק אלא כתוצאה מהתגובה של החברה לכלל המשפטי הזה התוצאה שאנו רוצים להשיג מתממשת. נגיד שקברניטי המדינה שמים לב שיש רפיון בהתגייסות ליחידות קרביות. יש דרך ישירה לפתור את הבעיה והיא להכריח קבוצה מסוימת של אנשים להתגייס ליחידה קרבית. יש חיסרון מסוים בסוג כזה של חקיקה והוא שלהכריח אנשים להתגייס ליחידה קרבית לא נותן חיילים קרביים ברמה גבוהה. הפתרון הוא למשל להחליט שדרך לפטור את המוטיבציה היא לחוקק חוק שמתמרץ כלכלית- מי שמשרת בקרבי מגמל שכר לימוד מלא עד סוף הדוקטורט. זה חקיקה עקיפה, לא מחייבים אנשים להתגייס אנו מניחים שהרצון שלהם לרכוש את הטובין האלה יגרום להם להתגייס. כל התמריצים האלה זה סוג של חקיקה עקיפה. רז אומר שפונקציות עקיפות הן הרבה פעמים מסוכנות מאוד ולא פשוטות כי מי שמחוקק חוקים שמטרותיהן עקיפות מתיימר להבין איך בני אדם מגיבים בתהליך חברתי סיבתי להליך חקיקה של מחוקק. אלא שהיכולת לצפות תהליכים בהקשרים חברתיים ולדעת שזה התהליך הסיבתי שיתרחש הוא לא כ"כ פשוט.

ההבחנה בין מטרות ישירות לעקיפות היא עצמה לא תלוית אידיאולוגיה כי הן יכולות להיות תחת כל אידיאולוגיה, מדובר על הבחנה מושגית. כל משטר באשר הוא, ללא קשר לאידיאולוגיה משמש לשם השגת מטרות עקיפות וישירות יחד.

פונקציות ישירות יוצרות מטרה שההתנהגות משיגה אותה במישרין. כאן אנו מפרקים אותה לשני פונקציות שונות:

1ישירות משניות וישירות עקיפות. המשניות מקבילות לכללים מסדר שני של הארט. רז מאמץ את עמדת הארט.

ישירות משניות- כללים שמכוונים התנהגות. 1. כללים מטילי חובה. 2. כללים מעניקי כוח וזכויות. בשני המובנים אנו מתארים כללים שממלאים פונקציות ישירות של המשפט. האחריות הפלילית והנזיקית.

הכוונת התנהגות זה פונקציה מאוד מרכזית של החוק, זה נכנס לתוך פונקציות ישירות ראשוניות ובמסגרתן הכוונת התנהגות היא רק פונקציה אחת. כאשר אנו מדברים על הכוונת התנהגות כפונקציה ישירה ראשונית לא אמרנו שום דבר אידיאולוגי, כל משטר יחליט כיצד הוא מכוון התנהגות עפ"י האידיאולוגיה שלו.

יצירת כללים והסדרים בין פרטים- אותם כלים שמערכת המשפט יוצרת כדי שבני אדם יוכלו לקדם את האינטרסים שלהם- הענקת כוחות (מוסד הנישואין, חוזים, חוק החברות וכו). אנו יכולים לתת רשימה ארוכה של כלים שהמשפט יוצר על מנת שנוכל לקדם את האינטרסים שלנו אך זה לא הכוונת התנהגות. כאן יש מערך די מורכב. מערכות משפט יכולות להיות שונות זו מזו ברמת התחכום, בכמות ובהיקף של הכלים שהיא מעניקה לאזרחים כדי לקדם את האינטרסים שלה. מערכת יותר מפותחת תעניק יותר כלים אולם קשה לחשוב על מערכת משפט שלא תעשה זאת בכלל.

**20.6.12**

המטרות החברתיות של החוק.

עשינו הבחנה בין פונקציות עקיפות לפונקציות ישירות.

הבחנה בין ישירות משניות לישירות ראשוניות.

ישירות ראשוניות: 1. הכוונת התנהגות. 2. יצירת כלים להסדרים בין פרטים. 3. חלוקה מחדש של טובין ואספקת שירותים. 4. יישוב סכסוכים לא מוסדרים.

ישירות משניות: 1. יצירה של החוק. 2. יישוב סכסוכים מוסדרים.

המטרה של רז היא לתת תמונה כוללת על המטרות החברתיות של המשפט, מה תפקידו במובן הרחב. לציין את מכלול המטרות החברתיות ולאיזה מטרות נועד מוסד המשפט. המטרה היא לראות את התמונה כמכלול ולראות איפה כל מטרה עומדת ביחס לזולתה. הפונקציות האלה רז מנסה לתאר אותן באופן בלתי תלוי באידיאולוגיה. פונקציות אלה מתממשות ברמה זו או אחרת ע"י כל מערכת משפט. התיאור הזה ניטרלי מבחינה ערכית. אנו לא צריכים לעשות הבחנה בין המטרות החברתיות של המשפט לבין סוגי הנורמות כי כל סוגי הנורמות יכולים לתפקד בכל אחת מהמטרות החברתיות האלה.

אין לזהות בין סוגי הנורמות לבין המטרות החברתיות.

פונקציות ישירות- הכלל מוליך במישרין אל התוצאה.

פונקציות עקיפות- אנו משתמשים בחוק כדי להשיג מטרה שלא מגולמת בהתנהגות עצמה אלא היא פונקציה של תגובה לחקיקה זו.

זה לא נכון לומר שלרגולציה יש אופי עקיף.

הכוונת התנהגות- בעיקר דין פלילי ונזיקין. במדינות ליברליות זה נעשה בתחומים מצומצמים של הכוונת התנהגות אצל בני אדם. פונקציה מרכזית מאוד של החוק.

יצירת כלים להסדרים בין פרטים- כל אותם חוקים שביסודם מעניקים כוחות לצדדים. למשל, כאשר המדינה מחוקקת את חוק החוזים- הענקת כוח לאנשים לכרות חוזה שמטרתו היא לגרום לבני אדם לקדם מטרות מסוימות. יצירת מוסד הנישואין-יוצרים מוסד שמאפשר לאדם לקדם את מטרותיו החברתיות. דיני החברות עושים זאת בהקשרים מסוימים. כל המוסדות המשפטיים שמטרתם היא להעניק כלים שהם בבחינת כוחות משפטיים באמצעותם כל פרט יכול לקדם את מטרותיו ושאיפותיו. חלק גדול מהכללים שנמצאים תחת הקטגוריה הזו הם כללים מעניקי כוחות.

חלוקה מחדש של טובין ואספקת שירותים- לא מזדהה במיוחד עם התאוריה של רולס. סיפוק שירותים מסוימים לאזרח ולבצע באופן כזה או אחר חלוקה מחדש של טובין. אנו מתכוונים קודם כל למערכת המיסוי על מכלול היבטיה. מה היא עושה?

שני דברים באופן כללי- גובה כסף מהאזרח כאשר היא משתמשת בו לשתי מטרות מרכזיות: 1. זה מספק לו שירותים מסוימים. 2. לחלק מחדש את החלוקה שמתחלקים בחברה. נגיד שמדינה מסוימת היא מדינת רווחה, מדינה כזו יכולה להיות מכל מיני סוגים. יכול להיות מדינה בעלת מדיניות רווחה צרה ומצומצמת מאוד. לא משנה מהי מדיניות הרווחה, גם אם היא מינימלית ובכל המדינות יש מדיניות רווחה מסוימת המשמעות היא לקחת כסף מעשירים ולהעביר אותה לעניים. איך עושים זאת? בונים מערכת מיסוי, זו אחת הפונקציות של החוק. מורכבת מהמון סוגים של מיסים. יכול להיות מערך שלם של עניינים עליהם אנו משלמים מס. המדינה גובה את הכסף הזה באמצעות מערכת המשפט והיא גם אחראית לחלוקה מחדש. מדינות שונות יש להן מדיניות מיסוי שונה ומדיניות חלוקה מחדש שונה. מה שמאפיין כל מערכת משפט שהפונקציה הזו מתממשת בה באופן כזה או אחר. בכל מערכת משפט יש חלוקה של טובין. לצד זה יש אספקת שירותים- המדינה באמצעות מערכת המשפט מספקת שירותים מסוימים- חינוך, תחבורה, בריאות ועוד. כמעט כל מדינה מספקת ברמה כזו או אחרת שירותים לאזרח, אפילו מדינות שרוצות כמה שפחות התערבות של הממשלה.

שתי הפונקציות האלו באות ביחד כי הרבה פעמים אספקת שירותים היא חלק בלתי נפרד מחלוקה מחדש של טובין, כאשר אני מספק שירות חיוני שהאזרח חייב ולא יכול בלעדיו, אם אני עושה זאת בחינם אז ברור שאספקת השירותים היא חלק של חלוקה מחדש- מי שנושא בנטל זה אלה שמשלמים יותר מס. רוב השירותים שהמדינה מספקת היא עושה זאת אם לא בחינם אלא באופן מסובסד ואז למעשה אספקת השירותים היא שוב צורה של אספקה מחדש של טובין. הסבסוד של המדינה הוא סוג של חלוקה מחדש של טובין- אם האוכלוסייה בכללותה משתמשת בנסיעה באוטובוס אז מתן השירות הזה באופן מסובסד משולב בו גם חלוקה מחדש של טובין וכך זה יהיה נכון לגבי שורה שלמה של שירותים.

זו פונקציה חברתית של כל מערכת משפט, ההבדלים בין מערכות משפט שונות יכולים להיות דרמטיים- זה פונקציה של התפיסה החברתית וכו. חלה גם במערכות משפט עתיקות.

סכסוכים לא מוסדרים- יש להבחין בין יישוב סכסוך לא מסודר למוסדר שהאחרון הוא פונקציה ישירה משנית. כאשר אנו מדברים על ישוב סכסוך מוסדר אנו מדברים על יישוב סכסוך מוסדר ע"י חוק קיים-מפעילים את החוק כפי שהוא אבל ישנם מצבים שבהם מערכת המשפט צריכה ליישב סכסוכים באשר הם- פירוש הדבר שאחת ממטרות מערכת המשפט היא להביא לידי כך שסכסוכים שמתגלים בחברה תהיה אפשרות ליישב אותם ולהכריע בהם. מה היה קורה אם היינו אומרים שהחברה יצרה מנגנון שתאפשר יישוב סכסוכים מוסדרים? רק סכסוך שלגביו יש כלל משפטי אותו מערכת המשפט יכולה להסדיר, משמעות הדבר היא אם זה היה המצב שייתכנו מקרים בהם יסתכסכו בני אדם והם לא יוכלו להביא את הסכסוך שלהם לידי גמר, כי אם הם היו מגיעים לביהמ"ש הוא היה אומר שאין לו תשובה בחוק.

פס"ד נחמני: בני הזוג שהאישה רצתה להשתמש בביציות והבעל לא לאחר שהם התגרשו. מקרה זה לא הוסדר בחוק. במצב כזה, אם ביהמ"ש היה אומר שהוא לא יכול לפסוק כי אין שום מקור משפטי להחיל על המקרה המשמעות היא שהם ממשיכים לריב ואין מוסד מוסמך שיכול להביא את הסכסוך הזה לידי סיום. להביא סכסוכים לידי סיום זה דבר בעל חשיבות עצומה חברתית. חלק ממה שחברה רוצה להשיג זה כפיית הכרעה כאשר צדדים מסוכסכים והכרעה זו תביא את הסכסוך לידי גמר. אם לא היה אפשרות לשים קץ לסכסוכים לא מוסדרים יכלו להיווצר המון סכסוכים בחברה שלא היה להם סוף. רז אומר שאחת המטרות של מערכת המשפט היא גם יישוב סכסוכים באשר הם, יישוב סכסוכים לא מוסדרים. המטרה של מערכת המשפט היא ליצור כלי שיאפשר לסכסוך להיות מוכרע. יוצרים מערכת משפט המכסה את כל הסכסוכים האפשריים שיכולים להתגלות בין בני החברה. יוצרים מערכת שאין סכסוך שלא נופל בסמכות ביהמ"ש ואז גם אם אין ס' בחוק ביהמ"ש חייב להכריע וההכרעה תתקבל על סמך שיקול דעתו החופשי אבל הוא יהיה חייב להכריע וזה אינטרס חברתי ממדרגה ראשונה. יישוב סכסוכים לא מוסדרים הוא בעצם מטרה ישירה ראשונית. במצב של החלת החוק אנו משתמשים בביהמ"ש במסגרת הפונקציה הישירה המשנית.

ההבחנה בין הישירה הראשונית למשנית דומה להבחנה בין כללים מסדר ראשון ושני. ראשון- אומרים איך להתנהג. פונקציה ישירה משנית זה כללים ביחס לכללים. הפונקציה הישירה המשנית היא כללים ביחס לכללים הראשוניים.

יישוב סכסוכים שהתגלעו סביב הנורמות שמאפיינות את הפונקציה הישירה המשנית. ביהמ"ש כאן נקרא להכריע בתביעה נזיקית או פלילית, כלל שקשור ליצירת הסדרים בין פרטים, תביעות במסגרת דיני המיסים. זה מצב שבו בתי המשפט מיישבים סכסוכים המוסדרים ע"י החוק. כאן ביהמ"ש נדרש להחיל את החוק וליישב את הסכסוך שבא לפניו.

מערכת של כללים ביחס לכללים של הפונקציות הישירות הראשוניות שעניינה יצירה ושינוי של החוק. הארט דיבר על זה שמערכת המשפט היא איחוד של נורמות מסדר ראשון ושני כאשר הנורמות מסדר שני עניינן כללים ביחס לכללים שהרלוונטי לכאן זה איך אנו משנים חוקים. כל מערכת משפט באשר היא בעצם הגדרתה קובעת כללים לגבי האופן שבו נוצרים כללים, משתנים כללים ומסגלים כללים למצבים חדשים. זה בעיני הארט מה שהופך מערכת נורמטיבית למשפטית. מערכת שאין לה את הפונקציה הזו בעיני הארט היא לא מערכת משפט.

למערכות משפט מבחינת המטרות החברתיות שלהן יש מערך מאוד מורכב של פונקציות וזה יהיה טעות לחשוב שהמטרה החברתית של המשפט היא בעיקר מטרות חברתיות. זה נכון אבל זה צד אחד בלבד של מערכת משפט. מערכת משפט עושה הרבה יותר. ההישג של רז בהקשר זה הוא להראות את מכלול הפונקציות כאשר הן לא תלויות אידיאולוגיה, הן מתאימות לכל תפיסה באשר היא. כל מערכת משפט תדגיש פונקציה אחרת או ימלאו אותן בצורה שונה. כל הפונקציות הנ"ל חייבות להיות במערכת המשפט.

**טעמים וכללים**

קשור לפורמליזם משפטי.

איזה הצדקות יש לגישות פורמליסטיות או לגישות לא פורמליסטיות?

הפורמליסט אולי היא שואף למצב שבו כולם יגיעו לאותה תוצאה אך ספק אם זה באמת כך. דבורקין חושב שאנו צריכים לתת פירוש לא פורמליסטי לחוק ועדיין להגיע לאותה מסקנה.

הביטוי פורמליזם משפטי נאמר באופנים רבים.

מס' הגדרות:

עצם הארגון של מערכת משפט באופן של כללים בעלי ארגון אופקי ואנכי. סדר פנימי. המערכת נורמטיבית במובן זה שיש חוקה, חוק, תקנות משנה עוד. חלוקת הנורמות לענפי חוק שונים. עושים חלוקה ויוצרים סדר ומבניות בתוך המערכת בניגוד למערכות שלא עוברות תהליך של קודיפיקציה- יש מבניות פורמלית. יש מערכות משפט יותר מובנות ויש מערכות משפט פחות.

המערכת פורמלית במובן זה שמהמשפט מנותק ממערך שלם של עניינים הקשורים אליו, ניתוק המשפט מהמוסר וההיסטוריה למשל. מפרידים את המשפט עד כמה שניתן מכל מיני תחומים אחרים שקל מאוד לראות איך הם משפיעים עליו.

הרבה פעמים מדברים על פורמליזם בהקשר של תפיסת המשפט המבוססת על מערכת מושגים קבועות ונוקשות שעומדים בפני עצמם ולא מושפעים מגורמים נוספים. ניתן לקחת מערכת מושגים שלמה- מושג הצדק, פיצוי וכו' שעושים להם ניתוח קונספטואלי אנליטי, יש לו סוג של לוגיקה פנימית, פורמלית והוא לא מותנה בהקשר חברתי מסוים, לא בהקשר היסטורי, תרבותי וכו. מושגים אלה הם לא קשורים לאידיאולוגיה וכו. עושים הפרדה באמצעות הניתוח המושגי. מערכת זו יושבת על הכלכלה, חברה, פוליטיקה וכו אלא על מושגי היסוד שבונים את השיטה.

מערכת משפט פורמליזם במונחים של רוליזם- הכלל המשפטי. מה זה רוליזם? פורמליזם ורוליזם זה מצב שבו אנו ממקדים את המשפט בכללים המשפטיים שזה בעצם הרבה פעמים יישום טכני ומכני של הכלל המשפטי כאשר הוא נפרד או מובחן מהטעמים והתכליות שלו. הדגש הוא על הרעיון שמערכת המשפט היא מערכת של כללים שאנו שואפים להפעילם באופן טכני ומכני מבלי שאנו חוזרים חזרה לטעמים והתכליות שביסוד הכלל. כאשר אנו מיישמים את החוק ומדברים בכלל על מערכת משפט, האם זה יהיה נכון לומר שמערכות משפט מחילים כללים שאנו צריכים להפעיל אותם באופן טכני ומכני מבלי שאנו מתשחבים בטעמים שלהם או שהטמעים תמיד נמצאים שם? האם אנו מפעילים את הכללים באופן מכני ומי שהוא לא פורמליסט מסרב להחיל את הכללים באופן כזה. או שמי שהוא פורמליסט הוא מי שמחיל את הכללים לעתים באופן מכני. אם עצם החלת הכלל היא פורמליזם, כל כלל זה פורמליזם. אז בכל פעם שאנו מאמצים לעצמנו כלל, בוודאי משפטי, אנו מתנהגים באופןו פורמליסטי. אך אם נאמר שיש לא מעט מצבים שבהם נרצה להחיל את הכללים מבלי להיזקק לטעמיהם כי כך ראוי אז יהיה מוטעה לומר שכל החלה של כלל היא פורמליזם במובן הרע. כי אם יש מצבים רבים בהם אנו נדרשים לכללים ולא לטעמים ופעמים רבות אנו דבקים בכלל ולא בטעמים אז במובן זה כמעט כל פעם שאנו עושים זאת אנו פורמליסטיים. אם נרצה לומר שזה לא יהיה נכון לטעון שכל פעם שאנו מחילים כלל אנו פורמליסטיים אז באיזה מצב החלת כלל היא פורמליסטית ומי לא.

מה זה אומר לאמץ כללים בכלל ולאמץ כללים בפרט? איך כללים מתנהגים?

נסביר בעזרת רז איך מתנהגים כללים, לא רק בהקשר המשפטי, אלא איך משתמשים עם כללים באופן כללי. לכל אחד מאיתנו יכולים להיות כללים אישיים.

הארט גם בספר שלו וגם במאמר שבו הוא מנהל וויכוח עם פולר מגדיר מה זה פורמליזם ופולר מתווכח איתו בשאלה זו. הארט אומר לנו כשאנו חושבים על מערכת משפט כדי שהיא תוכל לתפקד ולכוון התנהגות היא צריכה להתנסח בצורה של כללים חתוכים, אנו לא יכולים לדבר באמצעות עקרונות בלבד אלא בעיקר באמצעות כללים חתוכים שכל אדם יוכל ליישמם באופן פשוט ורגיל כמעט באופן מכני טכני- אתה קורא כלל ואתה לא צריך להתחיל להתעמק בו, כדי ליישם את הכלל כדי שהוא יכוון התנהגות האופי של הכלל צריך להיות בהיר וניתן ליישום באופן מכני. אם אנו צריכים הדרכה של בעלי מקצוע כדי להבין את החוק אנו לא יכולים להשיג את המטרה של הכוונת התנהגות. מערכת משפט תנסה לנסח לעצמה הוראות פעולה פשוטות ובהירות והערכים המרכזיים העומדים ביסוד האופן של זה הם הערכים של וודאות ויציבות. כולם יודעיט מה הכלל אומר ומיישמים זאת. באופן כללי מגמת המשפט, אם היא מעוניינת לכוון התנהגות זה להתנסח בצורה של כללים. זה לא אומר שבכל כלל אנו מתנסחים כך- זה לא אומר שאין ניסוח של מושגי שסתום- תום לב, האדם הסביר וכו. יש מצבים בהם החוק מתנסח כך אבל אלה מצבים חריגים באופן יחסי ובד"כ החוק מנסה להתנסח באופן שהוא יחסית ברור, חתוך מבלי צורך בהדרכה. זה נכון לגבי כל מערכת נורמטיבית. אם אכן ניתן להחיל חוקים באופן טכני מכני, במובן זה החלת הכללים היא סוג של פורמליזם. הארט אומר מה זה פורמליזם משפטי- זה לא מצב בו אנו מפעילים כלל באופן טכני, מכני על המצב הטיפוסי. זה מצב רגיל שקורה כל הזמן, לא היינו מכנים משפטן שמחיל ככה כללים כפורמליסט.

אנו נדבר על פורמליזם באופן הבא- כל כלל משפטי הארט מבחין בין גרעין הכלל לבין מה שנמצא מחוצה לו. הארט אומר שבכל כלל יש גרעין ויש פלומרה- שטח אפור. פלומרה- קשה לנו להבחין האם זה בתוך הירח או מחוצה לו. זה מכונה השטח האפור. הארט אומר שמאחר והשפה היא סוג של מרקם פתוח, המילים והניסוחים בשפה הם כאלה שהרבה פעמים לתחולה שלהם אין אופי חתוך וסגור. יש מקרים שנופלים תחות המושגים או המילים שמופיעים בשפה. יש עניינים שלא נופלים תחת הכלל, אך מכיוון שלשפה יש מרקם פתוח, היא לא חד משמעית התוצאה היא שכמעט לכל משפט יש שטח אפור. השטח האפור הוא מצב שבו לא יכולים להחליט באופן טכני מכני אם הכלל חל או לא.

דוג' קלאסית-כלל שקובע שאסור להכניס כלי רכב לפארק. כמעט לכל מונח במשפט זה יש גרעין- משהו שנמצא מחוץ לתחום המושג הזה ויש גם שטח אפור שלא ברור אם הוא שייך או לא.

כלי רכב- מכונית רגילה . כדי להחיל את הכלל על המקרה של אדם שמגיע עם מכונית מהסוג הזה אנו לא צריכים להתחיל לחשוב על מטרות וטעמים של הכלל הזה. נניח שברור שהמקום הוא פארק וזה כלי רכב- זה נופל לגרעין הקשה של הכלל. במצב כזה כל אחד מבין שהחלת הכלל היא טכנית מכנית ואנו לא נדרשים לנימוקים. ברור שאם אדם בא עם עגלת תינוק אז ברור לנו שזה לא כלי רכב שעליו מתכוון המחוקק, זה אפילו לא מקרה שנופל בשטח האפור.

מה קורה עם מקרים שהם לא לגמרי ברורים? למשל אופניים ממונעים- האם הם כלי רכב במובן שאליו התכוון המחוקק ולכן מי שנכנס איתם לפארק עבר על הכלל? ברור לנו שזה לא נופל תחת הגרעין של הכלל אלא תחת השטח האפור. במקרה זה מה עושים? הארט אומר שפורמליסט הוא מי שנדרש, לוקח את המונח שמופיע בחוק ומחיל אותו באופן טכני, מכני ללא שום מחשבה או פרשנות על מקרים שנופלים בשטח האפור. במקרה כזה הוא בא ואומר- כתוב כלי רכב. הארט יגיד שאדם סביר מבין שיש מקרים שנופלים בשטח האפור. כאן מגדיר הארט את הפורמליסט- פורמליסט הוא מי שמקפיא את המונח והמשמעויות שיש לתת לו ומחיל אותו באופן טכני מכני על מצבים בהם אתה צריך לחשוב לא באופן טכני מכני. כאן צריך להיכנס לשאלות הקשורות לתכלית החקיקה, לטעמים העומדים ביסודה ולמטרות. למה המחוקק אסר על כניסה של כלי רכב לפארק? בהתאם לאופן שבו נחליט לגבי התכליות של הכלל אנו בסופו של דבר נכריע האם הכלל חל על מקרים של השטח האפור. אם המטרה היא שמירה על בטיחות ואנו מחליטים שאופניים זה עשוי להעמיד בסכנה של מטיילים בפארק אנו נגיע למסקנה שזה יכנס להגדרה של כלי רכב. אם מישהו יגיד שהוא לא בודק את התכליות- אופניים זה כלי רכב מבחינתו ולכן אסור להכניס זאת לפארק. הוא אומר שהוא לא מתחיל לשקול את השיקולים של האם אופניים זה כלי רכב או לא. הארט יגיד שפרשן הפועל ביחס כזה לכללים- מחיל כללים באופן טכני במצבים של השטח האפור הוא בעצם נוקט פרשנות פורמליסטית. החלת הכלל במקרה הטיפוסי שלא מעלה שאלות של פרשנות או הניסיון להבין מה התכלית היא עצמה לא החלטה פורמליסטית של הכלל. החלה פורמליסטית היא רק במצב שבו הכלל נופל בתוך השטח האפור של החוק. המחוקק משתדל לנסח את הכלל כך שהוא מצמצם את השטח האפור, הוא צופה את המקרים הטיפוסיים והשכיחים ומתייחס אליהם ובמקרה כזה אנו מחילים את הכלל באופן טכני ומכני. מאחר ומחוקק לא יכול לצפות את כל האפשרויות ברור שיהיו לא מעט מקרים בהם החלת הכלל תיצור שטח אפור. אתה פורמליסט כאשר אתה מתייחס למקרים שנופלים לשטח האפור כאילו הם חלק מגרעין הכלל וגם במצבים אלה אתה נמנע מלחשוב על הכלל במונחים של תכליות וטעמים.

פרשנות פורמליסטית זה מצב בו אתה מתכחש לשטח האפור ואתה מחיל משמעות על מצבים בהם לא יכולת לפרש באופן פורמליסטי.

יכול מאוד להיות שיש התנסחויות לשוניות שהשטח האפור לגביהם הוא פחות מובהק מאשר התנסחויות אחרות.

בני אדם הם מוגבלים מטבעם ולכן הם לא יכולים להימנע ממצב של שטח אפור, מה שמוביל לניסוח של מושגי שסתום.
פולר אומר שהארט טועה כי ההבחנה שלו לגבי הגרעין והשטח האפור היא לא נכונה. פולר אומר למעשה שכל כלל ולו הפשוט ביותר מצריך אותנו תמיד בכל החלה שלו לחשוב על התכליות והטעמים, אנו לא פטורים מזה גם במצבים בהם נדמה לנו שאנו מחילים את הכלל באופן טכני. ישנם מקרים שנופלים לתוך הגרעין ובהם אנו עדיין צריכים לחשוב על תכליות וטעמים של הכלל. נניח המקרה של הרכב בפארק, בו ותיקי מלחמת העולם רוצים להקים אנדרטה לזכר החללים והיא משאית שניתן להתניעה ואותה רוצים לשים בלב הפארק כדי לרומם את זכרם של החברים שנפלו בקרב. זה מקרה בו לכאורה הכלל צריך לחול עליו- זה נופל לכאורה על הגרעין הקשה אבל כדי שנחליט האם דבר זה מותר או לא אנו מיד חייבים לחשוב על תכלית הכלל ועל מטרת הצבת כלי הרכב מצד שני ופה יש מקרה שבו גם אם נראה לכאורה שהוא חל על הגרעין ואנו פטורים מחשיבה על תכליות וטעמים בפועל זה לא כך. זה היה הזוי להחיל את הכלל באופן מכני מבלי לחשוב על תכליות. דוג' נוספת- כלל עירוני שאומר שאסור לישון על ספסל ציבורי בתחנת הרכבת. המטרה היא די ברורה. פולר אומר בוא נדמיין שני מקרים- אחד אדם בא בשעה מאוחרת, פספס את הרכבת ומחכה להבאה שתגיע לאחר שעה והוא נרדם על הספסל. מקרה אחר- אדם משתרע בתור הומלס על הספסל בצד השני. לכאורה מבחינת הגרעין הקשה של הכלל זה נופל על שני המקרים האלה. כדי להבין האם הכלל חל עלייך או לא עלייך להבין את התכליות קודם. הטענה של פולר שהמחשבה על התכלית או המטרה של הכלל צריכה להתקיים בכל החלה של הכלל. זה לא נכון לעשות הבחנה בין הגרעין הקשה שבו יש להפעיל באופן מכני לבין השטח האפור שרק בו נדרשים לתכליות ומטרות.

ישנם לא מעט מקרים בהם אנו מחילים את הכלל באופן טכני, מכני. מה שחשוב זה לשים לב שלדעת פולר אין מצב של החלה פורמלית של הכלל. תמיד אתה לוקח בחשבון את המטרות והתכליות גם במצבים טכניים מכנים רגילים. הארט סבור שיש מצבים של החלה טכנית שהם מצבי הגרעין.

מה זה כלל משפטי?

במובן מסוים דומה לכללים בכלל כי כללים קיימים לא רק בהקשר המשפטי אלא בכל מיני הקשרים בחיים. רז מנתח איך מתנהגים כללים בחשיבה המעשית שלהם.

הספר חשיבה מעשית ונורמות.

חשיבה מעשית- רז מנסה לתת לנו ניתוח מושגי של האופן שאנו חושבים בעניינים מעשיים והוא נכון בהקשרים מעשיים כלליים ובין השאר בהקשרים של המשפט כי המשפט הוא סוג של חשיבה מעשית. בד"כ אנו מבחינים בין חשיבה מעשית לתיאורטית. חשיבה מעשית- האופן בו אנו חושבים בעניינים מעשיים. אחד הכלים המרכזיים בהם אנו משתמשים בחשיבה המעשית זה אימוץ של כללים מעשיים. המטרה של רז היא להסביר לנו איך אנו מתנהגים עם כללים ואח"כ איך אנו מתנהגים עם כללים משפטיים כי הם סוג של כללים.

רז אומר – בוא נניח לצורך הדיון שאנו רוצים להחליט מה הדבר הנכון לעשות בעניין מסוים? איך אנו מפעילים שק"ד? אנו מתחילים להעלות נימוקים לגבי דרכי פעולה שונות, אנו מעניקים משקל לכל אחד מהנימוקים ובסופו של דבר מקבלים את ההחלטה מה לעשות במקרה נתון בהתאם למשקל שנתנו. אנו מתחילים לגייס נימוקים בעד ונגד עד שאנו מגיעים לשתי אפשרויות.

איך אנו מקבלים החלטה? אנו מאזנים בין הנימוקים השונים, מעניקים משקל מחשבים ובוחרים את הנימוק בעל המשקל הגדול ביותר. זה יכול להיות בהחלטות קטנות וגדולות יחד.

רז אומר שיש מצבים בהם אנו מקבלים החלטות לא רק או בגלל שאנו שוקלים את כל הנימוקים הרלוונטיים, הרבה פעמים יש מצבים בהם אנו מאמצים שיקולים מהסוג של טעמים מוציאים.

טעם מוציא- נגיד שאנו מגיעים הביתה יום אחד עייפים מאוד ומתקשר אלינו חבר ואומר שיש לו הצעה מצוינת להשקעה ויש לנו שעה להחליט. לאחר שעה ההצעה פוקעת. אנחנו מאוד עייפים ואז אנו אומרים שאנו לא במצב בו אנו יכולים לשקול האם לקבל את ההצעה, מה היתרונות והחסרונות שלה. בשביל זה אנו צריכים להיות במצב של אנרגיה, יותר מרוכזים. אנו אומרים לעצמנו שאנו דוחים את ההצעה לא בגלל ששקלנו אותה לגופה אלא בגלל שאנו אומרים לעצמנו שאנו לא יכולים לשקול את ההצעה כי אנו לא מספיק מרוכזים ואין לנו מספיק כוח כדי לשקול את ההצעה הזו ביעילות. אנו מאמצים את טעם המוציא- במצב שבו אנו לא מרוכזים ועייפים אנו לא יכולים לשקול הצעות מסוג זה. הטעם הזה לא משמש כטעם רגיל, הוא לא סוג של טעם שאנו מעמידים באותו מישור של בעד ונגד ההשקעה באפיק של הטעם הזה. אם היינו נוקטים בדרך הזו אנו נכנסים למערכת השיקולים ובסופו של דבר מחליטים האם לקבל את ההצעה או לא ושוקלים אותה לגופה. אם אנו לא שוקלים את ההצעה מטעמים של עייפות אז בעצם אנו לא השתמשנו בטעם מכריע אלא בטעם מוציא- טעם מסדר שני שאומר לנו שמצבים מסוימים אנו לא שוקלים שיקולים מסוימים. טעם מוציא זה טעם פרקטי ביחס לטעמים, טעם מסדר שני. אנו לא לוקחים בחשבון טעמים מסוימים במצב נתון. אנו לא נוקטים בקו הפעולה המומלצת. טעמים מסדר שני יכולים להגיד לנו לא לשקול שיקולים מסוימים או לשקול רק שיקולים מסוימים. לא מדובר על מצב של שני שיקולים מתחרים, העייפות מתפקדת כטעם מסדר שני שמוציאה את הטעם הראשון.

שי הרבה מאוד מצבים בהם אנו לא סתם מפעילים טעמים כבדי משקל אלא משתמשים בטעמים מוציאים. זה חשוב לרז משום שטענתו היא שלמעשה כללים בכלל וכללים משפטיים בפרט הם עצמם מתפקדים כטעמים מוציאים.

רז עושה הבחנה בין מצב שיש לי כוונה לעשות עניין מסוים לבין מצב בו קיבלתי החלטה. מה ההבדל בין אדם ששוקל ברצינות ללכת ללמוד משפטים לבין אדם שהחליט ללמוד משפטים? מי שהחליט לא פתוח להצעות. לעומת זאת מי ששוקל זאת יש לו כוונה ונימוקים טובים למה ללכת משפטים אך מאחר והוא לא החליט הוא עדיין נמצא במצב של התלבטות- כל פעמים שהוא מעלה שיקולים שונים של בעד ונגד והוא פתוח לשמוע נימוקים מקרובי משפחה, מכל מיני ספרי ייעוץ הוא עדיין נמצא בתהליך של שק"ד. כאשר קיבלת החלטה ללמוד משפטים בניגוד לכוונה רז אומר שבעצם ההחלטה משמעה – א. ההחלטה הופכת להיות טעם הפעולה. אני הולך ללמוד משפטים כי החלטתי. ב. ההחלטה מתפקדת כטעם מוציא. טעם מוציא לטעם מסדר שני שהוא מוציא את כל השיקולים הנגדיים למה לא ללמוד משפטים. ברגע שקיבלנו החלטה החלטנו להפסיק לשקול, משמעות הדבר היא שההחלטה מתפקדת כטעם מוציא, ההחלטות מתפקדות בשני מישורים- א. כטעם לפעולה וב כטעם מוציא- אל תשקלו עוד שיקולים רלוונטיים שיכולים לצוץ שוב. החלטה פירושה לשים קץ להתלבטות וזה אומר שההחלטה מתפקדת כטעם מוציא. אם אתה דבק בהחלטתך זה אפשרי לחזור למצב של התלבטות ושקילה מחדש. זה מחיר כבד כי תהליכים של התלבטות הם מאוד לא פשוטים מבחינת מצב נפשי וכו.

המשמעות של קבלת החלטה היא לא להמשיך לשקול.

החלטות הן במובן מסוים מקרה פרטי של כללים- אימוץ כלל זה קבלת החלטה בעלת אופי יותר כללי. נניח שאנו מקבלים החלטה לצאת לחופשה בצרפת. נניח שקיבלנו החלטה בה כל קיץ אנו יוצאים לחופשה בצרפת- זה אימוץ של כלל. מה אנו מרווחים באמצעות הכלל הזה? וודאות, קביעות, לא צריך להתחיל להתלבט כל שנה. למה אנו מאמצים כללים אישיים כאלה? כי כללים הם בעצם סוג של טעמים מוציאים- אנו עכשיו מחילים את הכלל הזה ולא בוחנים כל פעם מחדש את השיקולים לגביו. בחיים יכולים להיות לנו מערך שלם של כללים.

אם אנו עובדים עם כללים והם משמשים כטעם לפעולה זה חוסך לנו שק"ד, התלבטות, שקילת מידע, עוזר לנו להתגבר על הטיות ויצרים רעים. אנו מפסידים במונחים של גמישות ויכולת התאמה למצבים משתנים. אנו יכולים לאמץ כללים בהרבה מאוד הקשרים והם חוסכים לנו זמן, מאמץ וכו.

למה כל זה קשור לחוק? מה עושים כללים משפטיים? רז אומר שהם טעמים לפעולה וגם טעמים מוציאים- אנו עושים זאת כי יש לנו כלל. למה יש לנו את הכלל? בגלל מערך שלם של טעמים אך כאשר אנו מפעילים את הכלל אנו עושים זאת בגלל הטעמים. כאשר אנו מפעילים את הכלל אנו לא חושבים על הטעמים שעומדים ביסודו. הכלל המשפטי גם מתפקד כטעם מוציא ולכן מערך שלם של מקרים רלוונטיים במקרה נתון לא יילקחו בחשבון בהינתן הכלל המשפטי. שום שיקול רלוונטי לא יילקח בחשבון, הכלל הוא הטעם לפעולה וטעם מוציא לכל שיקול רלוונטי אחר. זה שונה ממצב שבו הטעם לפעולה שלנו זה שיקולים ולא כללים. אם אנו מתחילים לשקול אופציות אחרות אנו נסוגים מהכלל. כללים משפטיים הם טעמים לפעולה והם כלל מוציאים פר אקלסנס, יותר מכללים אישיים. הם אומרים שהוא חייב לפעול בצורה מסוימת, זה הטעם לפעולה אבל הכלל המשפטי בהיותו כלל הוא טעם מוציא בכל הכללים האחרים שיכולים לחול על המקרה הנתון. כללים משפטיים מתפקדים כטעמים לפעולה וטעמים מוציאים. משמעות הדבר היא שזה יהיה מוזר שכל פעם שאנו מפעילים כללים משפטיים אנו שוקלים את הטעמים ביסודו כי אז כל הניתוח יורד לטמיון אא"כ נאמר שכללים משפטיים מתנהגים כמו טעמים. נגיד שיש כלל שאוסר על הכנסת רכב לפארק אנו צריכים לשקול את הטעמים ביסוד הפעולה, זה לא הכלל שקובע אלא הטעמים ביסוד הפעולה קובעים. זה מוזר לומר זאת ביחס לכללים כי מה שקובע את היסוד לפעולה זה הכלל עצמו ולא הטעמים. מתי אנו נמצאים במצב שבו נשקול לסגת מכלל או החלטה? כאשר קופצים טעמים שלא חשבנו עליהם או לא לקחנו עליהם בחשבון- שינוי דרמטי בנסיבות, מערך שלם של טעמים שהופכים להיות רלוונטיים ולא לקחת אותם בחשבון. זה גוםרם לנו לסגת מהכלל- אנו חוזרים למישור של הטעמים, שהוא בעצם הטעמים העומדים ביסוד הכלל וכל שאר הטעמים הרלוונטיים במקרה הזה.

פורמליסט- הכלל תמיד הוא טעם לפעולה וטעם מוציא. נונפורמליסט- זה נכון במקרה הכללי אך במקרה החריג אנו נסוגים מהכלל וחוזרים לטעמים שלו.

ריגס- לא מעניין אותנו הנסיבות. יש כלל שאומר שנכד יורש את סבו, זה הכלל פירושו של דבר שאנו לא שוקלים את הטעמים מאחוריו. למשל, אנו לא אומרים אולי בנסיבות מסוימות הכללים שאומרים שאדם יכול להוריש לנכדו הוא כלל אחר. אנו לא מתחילים לשקול מחדש את רעיון הירושה. זה מקרה קיצוני בו צריך לחשוב מחדש על הכלל כי לא סביר שמחוקק יעניק את הזכות לרשת גם למי שרצח את המוריש. כאשר אנו חוזרים לטעמים של הכלל- הטעמים של הרצחת וגם ירשת גוברים על הכלל. אנו חוזרים לטעמים במקרים בהם ברור לנו שהמחוקק לא לקח בחשבון את הטעמים האלה ואז תמיד נדבק בכלל ככלל. הפורמליסט יגיד שזה לא מעניין אותו, הוא דבק בכלל כי הוא תמיד טעם מוציא. מי שהוא נונפורמליסט באופן קיצוני תמיד יחזור לטעמים.

אסכולות חשובות שכללים הם טעמים לפעולה. זה לא אומר שבמצבים חריגים ניסוג מהכללים לטובת הטעמים. דבורקין, ריאליזם, תנועה ביקורתית מפתחים תורת משפט של סיבות- כל כלל משפטי אינו אלא הטעמים העומדים ביסודו. גישתו של ברק. יש הבדל בין לומר שהטעמים של הכלל הם אלה שאומרים לי לעשות ..

תורת משפט של כללים ותורת משפט של סיבות, הסיבות לא ממש שולל את הכללים ולהיפך . שאלת המשקל שאנו מעניקים לכל אחד מהם הוא חשוב כי הוא אומר איך כללים מתנהלים באופן כללי וספציפי.

אסכולות שיוצרות תורת משפט של כללים- הארט, רז וכו. הכללים יכולים להיות טעמים לפעולה.

משפט טבע:

1. 2, 3, 5,6.
2. 1, 3, 4. 2- קלזן זה ברמת בקיאות- סיכום של אנגלרד.
3. 1,2.
4. 1,2.
5. מוותר
6. מוותר
7. רז
8. הארט ורז.
9. מוותר
10. רולס- 2. ב. בקיאות. ברמה של הבוחן.
11. מוותר
12. כלול 1,2,3
13. כלול 1,2.

הבחינה- שאלה אחת או שתיים כלליות, תהיה בחירה. וחלק שני של שאלות יותר ממוקדות- מושגים או שאלות חשיבה.