

תורת המשפט – מבחן מסכם-ד"ר חיים שיין

להלן רשימת התיאוריות וההוגים (בסדר כרונולוגי):

הפוזיטיביזם

ג'ון אוסטין (1790-1859)

הנס קלון (1881-1973)

הרברט הארט (1907-1992)

יוסף רוז (1939-)

המשפט הטבעי

תומאס אקווינס (1225-1274)

תומאס הובס (1588-1679)

ג'ון סטוארט מיל (1806-1873)

ג'ון פיניס

דבורקין (1931-)

הפורמליזם

הריאליזם

אוליבר הולמס (1841-1935)

פוזיטיביזם

פוזיטיביזם משפטי, דוקטרינה משפטית שלפיה נורמה יכולה להתקבל כנורמה משפטית אם ורק אם יש לה זיקה למקור משפטי פורמלי של השיטה. לדידם של תומכי גישה זו, נורמה שיש לה זיקה למקור כזה (כגון חוק, תקנה או תקדים משפטי) היא נורמה משפטית, ומרגע שזוהה המקור, אין צורך במבחנים נוספים כדי לקבלה בתור שכזו. **לעומתם**, תומכי הדוקטרינה הקרויה **משפט הטבע** גורסים כי אין די במבחן הפורמליסטי, ויש צורך לבחון האם הנורמה עומדת גם במבחנים של מוסר, של דת או של צדק טבעי. בין שתי גישות אלה יש מחלוקות במספר נושאים, כגון "מהו החוק", מה היחס בין "משפט ומוסר" וכו'. אחת הנקודות העיקריות בגישה הפוזיטיביסטית היא שהחוק הפוזיטיביסטי בא לידי ביטוי על ידי כללים משפטיים **ותו לא**. כלומר רק מה שמוגדר ככלל משפטי הוא החוק הפוזיטיבי ולא דבר מעבר. עמדה זו נובעת מהפרדה ברורה בין המשפט והמוסר.

לפי הפוזיטיביסטים, תורת המשפט עוסקת בחוק כלשונו, מבלי לדון בשאלה אם הוא טוב או רע. תיאוריות אתיות בדבר הדין הרצוי, או מוסר שמקורו בדעות הרווחות בחברה, אינם נורמות משפטיות. **הריאליסטים** טענו **כנגד הפוזיטיביסטים** כי לא ניתן להפיק תשובות נכונות מכללים...

מוסר ומשפט

הגישה הפוזיטיביסטית:

הנחת היסוד של גישה זו: המחוקק כלל בחוק את כל הנורמות וההיבטים המוסריים, כנציג העם. ביהמ"ש צריך רק לפרש את החוק, מתוך הנחה שכל ההיבטים המוסריים נשקלו בו. **ביהמ"ש לא יכול להכניס ערכים ומוסר משלו.**

מושגים:

המשפט הטבעי: גישה האומרת שיש לבדוק את הערכים עצמם. המוסר עצמו יכול להכתיב את כללי ההתנהגות. גם אם זה לא כתוב בשום מקום, יש דברים שהם כ"כ מובנים מאליהם מכוח המוסר שהם מחייבים.

הגישה הנון פוזיטיביסטית: קבוצת הוגים שלא מקבלת את גישת הטבע, לא כופים במוסר אבל שואלים שאלה מדעית. האם חוק תקף או לא? התשובה לכך היא **שחוק הוא חוק אם חוקקו אותו. כל מה שנחקק יש לו תוקף**. זוהי שאלה עובדתית ולא ערכית. השאלה האם מדובר בדבר מוסרי או לא היא לא רלוונטית לשאלת התוקף.

גישות:

בעייתיות בשתי הגישות: אנו יודעים שביהמ"ש כפוף למחוקק (הגישה הפוזיטיביסטית). **המשפט הטבעי:** יש משפט טבעי שהוא מעל לחוק הפוזיטיבי (אקסיומה של המשפט הטבעי). **נון פוזיטיביסטית:** גישה זו היא נגזרת של המשפט הטבעי במובן שהנורמה היא לא המילה האחרונה. היא אומרת שערכים הם לא פונקציה של התבונה, אלא של התפיסות הרלוונטיות באותו מקום ובאותו זמן. * כלומר: יכול להיות שאדם נוו-פוזיטיביסט בארה"ב יגיע ליישום שונה של הנורמה מאדם בישראל. נותנת ביטוי לערכים המקובלים בחברה, נותנת ביטוי לדמוקרטיה.

קשר בין הרעיונות:

הגישה הפוזיטיביסטית: אומרת שלביהמ"ש אין עמדה בעניין המוסר. העמדה המוסרית של ביהמ"ש אינה יותר טובה מכל עמדה מוסרית של כל אזרח אחר. לביהמ"ש אין אוטוריטה לפתור סכסוכים מוסריים, אלא רק סכסוכים משפטיים, וכאשר מגיעה לביהמ"ש סוגיה, עליו לפתור

אותה עפ"י כוונת והנחיות המחוקק בלבד.

המשפט הטבעי והגישה הנון פוזיטיביסטית:

המשפט הטבעי: גישה זו אומרת שהנורמה היא אוניברסאלית כי היא מבוססת על תבונה.
הגישה הנון פוזיטיביסטית: צריכה לתת צידוק (לא יכולה להשתמש באותה אקסיומה), ולכן היא אומרת שהיא נותנת ביטוי לערכים המקובלים בחברה, נותנת ביטוי לדמוקרטיה.
*אומנם הגישה הנון פוזיטיביסטית היא נגזרת של המשפט הטבעי. בשתי הגישות מדברים על הנורמה שהיא לא המילה האחרונה.

דמיון/שוני:

המשפט הטבעי: מנוגדת לגישה הפוזיטיביסטית. המשפט הטבעי הוא אובייקטיבי ואוניברסאלי. למשל: אנשים אוהבים לאכול, ויש כאלה שלמרות שההיגיון אומר שזה לא בריא יהיו שמנים מאוד. יש משהו בהתנהגות האנושית שמשבש שהאדם בגללו סוטה מהישר. המשפט הטבעי יתקן את זה. הוא אומר: "אני יודע מה טוב לאנשים". המשפט הטבעי (לפי הגישה הנון פוזיטיביסטית) מראה את הדרך האחת המבוססת על הרציונאל ואם סוטים מהדרך הוא תמיד יחזיר אותנו לאותו מסלול.

הגישה הנון פוזיטיביסטית: ממשיכה את הגישה הפוזיטיביסטית ולא מסכימה עם המשפט הטבעי. יש בעיה בעידן המודרני להגיד למישהו "אני יודע יותר טוב ממך מה טוב בשבילך" לפי המשפט הטבעי. לכן יאמר שהתפיסה הנון פוזיטיביסטית רוצה לשקף את המחנה המשותף החברתי באותו זמן ובאותו מקום.

מדוע יש משפט?

אריסטו מקצוע הראשי היה ביולוג- הדבר משפיע על חשיבותו

מושגים:

למה המדינה היא קיומית יומיומית? – לדעת אריסטו, הצורך בחוק כי "כמו שהאדם שהגיע לכלל שלמותו הוא הטוב שבבעלי החיים, כך שנפרד הוא מהחוק...". האדם מתוחכם, יצרי, יש לו נטיות כאלו ואחרות שיכולות לקלקל את האידיליה. חייבים לקבוע כללים.
לדעת אריסטו מערכת המשפט באה למנוע אנרכיה. הכוונה לדרך שתביא את האדם למקום הטבעי שהוא שואף אליו. חלק מהצרכים הם לא רק כלפי חוץ אלא גם כלפי פנים למנוע אנרכיה וזה מלווה את כל התהליך.

מהי צורת התהליך הטבעית של צמיחת החברה האנושית? (הסבר המושג והמחשה לפי משנתו של אריסטו) כדי לאפשר את הצרכים היומיומיים האדם באמת צריך להתאגד בזוגיות, משפחה, כפר, מדינה. אבל השאיפה להגיע למצב חברתי משוכלל כדי למנוע את הסכנות מבחוץ אבל גם מבפנים כדי למנוע חוסר סדר. הצמיחה היא טבעית מושתתת על צרכים והחוקים נועדו למנוע את הקלקול.

גישות: האדם כחיה חברתית. דברים שואפים למימוש אישי- תפיסתו.

מתודה – "המתחיל אפוא מן ההתחלה ומסתכל בדבריו כשהם גדלים, יראה כך את ענייני המדינה- אריסטו מציג את הדברים (גם אם אינו צודק מבחינה היסטורית). הסבר מבחינה מושגית מעניין.
זוגיות- היא בסיס אצל אריסטו.

"מן ההכרח"- אריסטו מדבר על הצרכים הקיומיים. הוא הכוח המניע. יש במודל, בגרעין הבסיסי של החברה האנושית החלטה, הסכמה שטמונה בצופן האנושי שכן אחרת לא היה הדור השני.
הזוגיות ייסדה גם תא משפחתי אריסטו קורא לזה בית. "משני השותפים". ישנה דאגה ושמירה על התא שצמח מהזוגיות. הרבה תאים יחד יוצרים את החברה – היא הכפר לדעת אריסטו. כפר- השותפות. *דוגמא: אם אגור לבד אצטרך לדאוג להכל והדבר לא אפשרי. על כן היחידות ושותפות

יחד מאפשרות דאגה להגנה ולדבר היומיומי. בכפר ישנם גם מעבר לצורך הבסיסי – תרבות, עניין חברתי. **מהכפר מתפתחת הממלכה.** לוקחים את המודל המשפחתי וכאשר זה מתרחב **האב הופך להיות המלך.** משותפות של כמה כפרים קמה המדינה "השותפות המורכבת".
זוג - בית - כפר - מדינה.

האדם כחיה פוליטית (פוליס-מדינה), כיצור חברתי היא של צרכיו הבסיסיים. לכן האדם שואף להתאגדות חברתית. בשלב מסוים זה חורג מצורך הקיום אך **אצל אריסטו הצורך הוא קיומי אך מעבר ליומיום.**

המדינה צומחת כאורגניזם.

קשר בין הרעיונות: דמיון/שוני:

אריסטו בגישתו שונה מאוד מגישתו של הרמב"ם. שני קטבים שונים. האחד מדבר על אינטואיציה ולא על כללים – אריסטו. והשני מדבר על יציבות וחוק כתוב על מנת שילכו בדרכו.

מה קורה כאשר אין משפט?

רמב"ם

הרמב"ם – הלכה א': מונה את שבע מצוות בני נוח.

מושגים:

גילוי עריות- בד"כ הכוונה ליחסי מין במשפחה, בתנ"ך הכוונה לניאוף, משכב זכר וכו'...
ועל הדינים- להקים מערכת חוקים, יש סדר בחברה, החברה אינה אנרכית.
עבודה זרה- לא תקלל, תבגוד במי שברא אותך.

גישות:

הרמב"ם נותן לנו רשימה של מצוות יסוד, המשותף להן הוא שזה הלכה למשה מסיני. זה המיינימום שצריך לכבד על מנת שלא יהיה בלאגן. חברה המושתתת על אחד מהן היא לא תשרוד **מכלל דברי התורה** – בסיפור ששל התורה הרצח הראשון היה קין והבל. קין עונה "השומר אחי אנוכי" כאשר ה' בא אליו בשאלה. **האליבי שלו** – אף אחד לא אמר שאסור (לרצוח) **"אין הרשאה פלילית אם אין חוק"**. – הרמב"ם בגישתו אומר שיש דברים שהם בסיסיים שלא יעלו על הדעת. ישנם מרכיבים שהאדם אמור לדעת.

*למה יש משפט?! – כי מה שקורה כשאין משפט הוא בעייתי.
כללי מינימום הם שבע מצוות בני נוח, שבלעדיהם אין חברה.

משנה תורה לרמב"ם, הלכות מלכים ומלחמות פרק ט

הלכה א

על ששה דברים נצטווה אדם הראשון: על ע"ז, ועל ברכת השם, ועל שפיכות דמים, ועל גילוי עריות, ועל הגזל, ועל הדינים, אע"פ שכולן הן קבלה בידינו ממשנה רבינו, והדעת נוטה להן, מכלל דברי תורה יראה שעל אלו נצטווה, הוסיף לנח אבר מן החי שנאמר אך בשר בנפשו דמו לא תאכלו, נמצאו שבע מצוות, וכן היה הדבר בכל העולם עד אברהם, בא אברהם ונצטווה יתר על אלו במילה, והוא התפלל שחרית, ויצחק הפריש מעשר והוסיף תפלה אחרת לפנות היום, ויעקב הוסיף גיד הנשה והתפלל ערבית, ובמצרים נצטווה עמרם במצות יתירות, עד שבא משה רבינו ונשלמה תורה על ידו.

הלכה יד

וכיצד מצווין הן על הדינין, חייבין להושיב דיינין ושופטים בכל פלך ופלך לדון בשש מצות אלו, ולהזהיר את העם, וכן נח שעבר על אחת משבע מצות אלו יהרג בסייף, ומפני זה נתחייבו כל בעלי

שכם הריגה, שהרי שכם גזל והם ראו וידעו ולא דנוהו, ובן נח נהרג בעד אחד ובדין אחד בלא התראה ועל פי קרובין אבל לא בעדות אשה ולא תדון אשה להם.

קשר בין הרעיונות: דמיון/שוני:

הרמב"ם בגישתו דומה בקשר מסוים לגישה של המשפט הטבעי (מוסר ומשפט) - המוסר עצמו יכול להכתיב את כללי ההתנהגות. גם אם זה לא כתוב בשום מקום, יש דברים שהם כ"כ מובנים מאליהם מכוח המוסר שהם מחייבים. הרמב"ם בגישתו אומר כי קיימים שבע מצוות בני נוח ויש לקיימם אך בין היתר אומר כי יש דברים שבנויים על היגיון מסוים של האדם (בדומה למשפט הטבעי - תבונה). הגיון זה יכול להוביל במקרה הנ"ל על מקרה קין אשר מן התבונה היה עליו לדעת שאסור לו לרצוח - יש דברים בסיסים שלא צריך לומרם. בנוסף, על אף שהגישה של המשפט הטבעי שונה מהגישה הפוזיטיביסטית, הרמב"ם בגישתו יכול שלהיות דומה לה. לפי גישתו יש לקיים את המינימום - שבע מצוות בני נוח. בגישה הפוזיטיביסטית - המחוקק כלל בחוק את כל הנורמות וההיבטים המוסריים, כנציג העם. ביהמ"ש צריך רק לפרש את החוק, מתוך הנחה שכל ההיבטים המוסריים נשקלו בו. ביהמ"ש לא יכול להכניס ערכים ומוסר משלו. הדומה לגישתו של הרמב"ם: ה' הוא שנתן את שבע מצוות בני נוח (דומה למחוקק) "לאדם" אין יותר מדי מה לעשות אלא רק לפרש את המצוות שנתן לו ה' ולקיימם.

גון אוסטין - אבי הגישה הפוזיטיביסטית

מושגים:

*אמפיריציזם - המציאות קיימת בלי קשר אלינו ואנו מזהים אותה על ידי החושים שלנו. אנו, בני האדם מבינים את המציאות על ידי ניסיון החיים שלנו.

*אידיאליזם - המציאות נוצרת על ידי האדם ועל ידי מושגים קודמים. המושגים של האדם שאלתו של אוסטין - כיצד ניתן לפרש את התפיסה האמפירית (אנגליה) והגישה של האידיאליזם (גרמניה) לעולם המשפט? לדעתו יש לצאת לשטח ולראות בשטח מהו משפט ע"י עובדות בשטח הוא מגבש "הגדרה". לאחר מכן הוא בודק את אותה "הגדרה" במדינה אחרת. אם ההגדרה לא מתאימה אז משנים אותה ומתאימים אותה למציאות המשתנה.

הגישתו וטענותיו של אוסטין:

משנתו של אוסטין - ישנו הרגל ציות, יש ריבון אחד שהוא לא כפוף לכלום וכולם כפופים לו. לאזרחים יש הרגל ציות כלפי הריבון. (הריבון - מלך, חוקים, קונגרס העם וכו')
לדעת אוסטין אין שיטת משפט בלי ריבון, מבע הרצון שרלוונטי לעולם המשפט זה אותו מבע רצון שמחוברת עליו סנקציה (אם לא תבצע דבר מה תופעל הסנקציה) = התפיסה האמפירית.
לדעת אוסטין חוק מופנה גם לאדם וגם למפעיל הסנקציה (דג' - אם אדם גונב ממעביד עונשו 7 שנים) הסנקציה היא מקור לחובת הציות.

בעיתיות בגישתו של אוסטין - אדם מצייט רק במקרה והוא מפחד מהסנקציה, כלומר אם קיימת סנקציה שאינו מפחד ממנה האדם לא יציית, אך הסיבה לכך שאוסטין חושב כך זה מפני שהוא פוזיטיביסט (לכל אחד יש תפיסת מוסר משלו והוא לא מתעניין במה שהיה טרם לחוק - אדם לא יגנוב מבחינה מוסרית, והסנקציה תגרום לציות) יש תלות בין הסנקציה והרגל הציות למוסר.

הביקורת על משנתו של אוסטין - מתאים יותר למודל מלכותי ופחות למשטר דמוקרטי, בישראל הריבון הוא הכנסת ולה היכולת להוסיף סנקציות, אך הריבון הוא העם ואנו מציתים למבע הרצון של הכנסת.

לדעת אוסטין, העם בחר את הכנסת אך מרגע בחירת הכנסת היא הריבון, ויכולת העם לבחור מחדש תלויה בפיזור הכנסת שהוא חוק של הכנסת עצמה.

בחוק שאין בו סנקציה, לדעת אוסטין, אותו חוק משרת חוק אחר שכן מטילים סנקציה. **ביקורת על הרגלי ציوت** - לפי אוסטין, ברגע שהריבון נעלם גם הרגל הציוט, וכאשר יהיה ריבון חדש ייקח זמן לגבש הרגל ציוט מחדש. אך לדעת אוסטין ישנה המשכיות של הרגל ציוט בין ריבון לריבון או תקופה חופפת (כמו עם הבריטים שהמשיכו עם העותמאנים עד לחידוש). אוסטין מתייחס לחוק באופן אינסטרומנטאלי ולא ערכי.

הארט - פוזיטיביס,

בדק מה ידוע בקשר למשפט עד עכשיו, ניק מוצאו היא אנליטית סוציולוגית. ואיך נדע מתוך הכללים מהו כלל משפטי.

אנליטית - המושגים מיוצרים ע"י השפה והם מדויקים, יש לבצע אנליזה לשונית של ההגדרה. המשפט הוא מקבץ של כללים ויש לבחון מהו "כלל" בחברה.

גישתו וטענותיו של הארט:

גם הריבון הוא כפוף לחוק (שונה מאוסטין) המשפט הוא אוסף של פקודות עשה ואל תעשה. הארט עושה הבחנה בין כללים שמטילים חובה (אל תגנוב אל תרצח וכו) לבין כללים שמעניקים כוח (הסדרים צוואות וכו).

במשפט קיימים - חוקים מסמיכים (מינוי שופט) חוקים מסדירים וחוקים היוצרים מוסדות. **לכלל שני היבטים - חיצוני ופנימי.**

הארט מנסה להתאים את אוסטין למאה השנים האחרונות.

היבט חיצוני של הכלל - דפוס התנהגותי חיצוני (רמזור אדום עוצרים וכדומה)

היבט פנימי - דפוס ההתנהגות כמחייב, האדם מחוייב לפעול ע"פ הדפוס של ההתנהגות ואם לא יעשה זאת תהיה עליו ביקורת (להיכנס לבית כנסת ללא כיפה או בלבוש לא צנוע)

ההבדל - התנהגות בניגוד לכלל משפטי תביא סנקציה משפטית (כלא קנס וכו) התנהגות שלא בהתאם לכלל שאינו משפטי = רמת ביקורת נמוכה (יותר ברמה החברתית)

הקשר בין הארט ואוסטין: דומה ושונה

הארט מול אוסטין: אוסטין - הציות לחוק הוא בגלל ביקורת גבוהה. הארט - אני מרגיש מחוייב לפעול ע"פ הכלל הנהוג בחברה ואין צורך בחוק פוזיטיבי כדי לייצר מחויבות. אחרי שאנו יודעים מהם הכללים המשפטיים בכל חברה יש כללים ראשוניים ומשניים.

כללים ראשוניים - אותם כללים שהחברה פועלת על פיהם (דיני נזיקין חוזים וכו) שהם קיימים לפני המשפט. בשביל לקיים משהו שהובטח.

המדינה לקחה אותם ונתנה להם מסגרת חוקית כלומר הפכה אותם לדינים.

בעיה 1 - הבדל בין כלל ראשוני משפטי כאשר בעבר לא היו כללים לסנקציות

בעיה 2- איך משנים כלל ראשוני כאשר הוא כלל חברתי התנהגותי

בעיה 3- איך מכריעים בסכסוך ומה קורה כאשר כללים סותרים זה את זה

את הבעיות נפתור לפי הארט ע"י הכללים המשניים - כלל זיהוי כלל שינוי וכלל השפיטה.

זיהוי - יש להבחין מהו חוק, לזהות את הקן בין מחייבים ללא מחייבים - כלל זיהוי הוא מה שנכלל בחוק.

שינוי - כל אותם כללים שעל פיהם משנים חוקים כלל שנוצר בחברת הכנסת. (ע"י חוק אחר).

כלל השפיטה - איך פותרים סכסוכים באותה הטריטוריה - בהיבט החיצוני: כאשר יש סכסוך

כולם פועלים באותו האופן = פנייה לבית המשפט. בהיבט הפנימי: דוגמא - פיתרון סכסוך ע"י

משפחת פשע תוביל לכלא (סנקציה משפטית) וביקורת חברתית גבוהה.

כלל הזיהוי של הארט תפקידו לאפשר לנו לדעת מה כלול בשאר הכללים הבעיה היא כיצד לזהות

אותו ככלל מחייב, לפי אוסטין ניק המוצא היא הריבון ומשם הכל מתחיל, אך מי מינה את

הריבון? = הרגל אנושי של ציוט. לעומת זאת הארט מדבר על מערכת כללים, כלל זיהוי הוא

- לכאורה משני משום שהוא לא מטיל חובה אך החשיבות שלו היא ראשונית משום שהוא מגדיר כיצד להיכנס למערכת כללים. כלל זיהוי הוא שונה בכך שהוא מהווה ראייה פנימית של מחויבות. **הביקורת על הארט** – פרופ רז מגדיר נורמה משפטית כמשתייכת לקבוצה. קיבוץ הנורמות מאפשר הבנה מלאה של המשמעות הנורמטיבית של הכלל המשפטי. רז מסכים עם הארט בכך שיש שני סוגים של כללים אך לדעתו יש להבחין בין סוג הכלל למטרת הכלל.
1. מיקום המשפט הפרטי- צריך להיות ממוקם בכללים הראשוניים
 2. תפקידו של המשפט – מבחינת המטרת הכלל הוא מרכזי, מבחינת החשיבות השיפוט יכול להיות ממוקם בכללים ראשוניים

הלורד דבלין

החברה רשאית להגן על ערכים שמכוונים אותה ומעצבים את מערכת הערכים שלה. ולכן המשפט הוא כלי לגיטימי להגנה על ערכים מוסריים, שימור ערכים אלו או עיצובם.

ערכים מסוימים שמכוונים את החברה עצמה והחברה רשאית להגן על עצמה. יש מצבים בתחום האפור בהם אם נשנה לא תשתנה החברה כולה, אך יש מצבים שכן. דבלין מתנגד לאמירה כי החוק הוא לעולם לא כלי לאכיפת מוסר. דבלין לא רצה שימחקו את החוקים הללו משום שהוא לא זיהה שם קורבן. לפי דבלין אחד מתפקידי המשפט הוא גם לחנך.

המשפט הפלילי לפי דבלין – לפי דבלין כשנשקול מה העונש כן נשתמש בטענות מוסריות.

ביקורת על גישתו של דבלין: הארט :

א. הבחנה בין מוסר אנליטי או רציונאלי לעומת מוסר נוהג - לדעתו דבלין. למוסר הנוהג אין בהכרח רציונאל למה הוא נוהג. גם אם אנו סבורים כי סוגיה אינה מוסרית, אין להשתמש במשפט כדי לשמר טעם חברתי מצוי. הארט טוען שאם נוכל לומר מהו הרציונאל לאיסור מסוים, אזי שיש סיבה לאכוף אותו דרך המשפט.

ב. הסנקציה המשפט הפלילי – הארט מבקר את גישתו של דבלין לעניין הסנקציה משום שסנקציות וחוק פלילי אינם מתאימים. שימוש בסנקציה יכול להיות לא מוסרי. אם כן מה מצדיק את השימוש בסנקציה? כלומר: פגיעות בחיים, גוף, ממון, חירות, שם טוב – בכדי להגן על חיים, גוף, ממון, חירות, שם טוב. אבל איפה נכנס המרכיב של הגנה על מוסר החברה? באיזה סוג של סנקציה נשתמש? מבחינה מוסרית אנו נצדיק פעולות של סנקציות פליליות על אנשים. משום שכוח האכיפה מסור לשלטון. אך לפי הארט אם נאמר שיש להגן על המוסר עולה השאלה באיזו סנקציה נשתמש. השימוש בסנקציות הקיימות לא רלבנטי. המשפט הפלילי הוא לא הכלי הנכון לפי הארט. פגיעה בחירות של אדם בעניין המוסרי היא אינה קשורה למשפט הפלילי. יש מצבים שניתן לתרגם את העבירות נגד המוסר כעבירות נגד האדם, עבירות שמפריעות לסדר הציבורי. הארט אומר שחלק גדול ממצבים אלו ניתן לתרגם לעבירת מטרד או עבירת מטרד פלילית. אבל לא נשתמש בזה כשזה לא מפריע לציבור. חוזר לעיקרון של מיל שתפקיד המשפט הוא לסדר את האוטונומיות של האנשים ולתמוך ביניהם.

מיל והארט מביאים גישות לפיהן יש להגן על חירות האדם, כאשר תפקיד המשפט מוגבל להגנה על האדם מפני היותו קורבן – הרעיון של מיקסום האושר הכללי. יש להכיר באוטונומיה של כל

אדם ולחדור לאוטונומיה של אדם זה דבר רע ויש לעשות זאת רק כדי להגן על אוטונומיה של אחר. העניין, מתבטא בכך:

1. הארט מבדיל בין מוסר אנליטי למוסר נוהג.

2. הסנקציות של המשפט הפלילי לא מתאימות – הפגיעה היא רק למען אותם ערכים. ערכים אלו הם גם לא וולונטאריים ואדם לא יכול לבחור לאיה חברה הוא נולד.

- לפי דבלין יש להגן על אדם מפני אויב גם ע"י המשפט.

רונאלד דוורקין

רצה למצוא נקודת איזון בין זכויות הפרט ובין הצורך להגן על שיטת המשטר כי הם עובדים ביחס הפוך (חיזוק המשטר מחליש את הזכויות ולהפך). דוורקין ניסה להפריח את התיאוריה של הארט. רוקין מייצג את בתי המשפט האקטיביסטים.

נון פוזיטיביזם/ פוזיטיביזם רחב

מציע להבדיל בין כללים ומדניות במשפט:

- כללים- החוקים והנורמות

- מדיניות- מטרה חברתית, השאלה איך הכלל ישפיע על החברה(פרנסה של אנשים...)

השופט לא יכול ליצור כללים חדשים, כאשר המחוקק יוצר כללים חדשים הוא עושה זאת על פי המדיניות, המשפט לא יכול לשקול שיקולי מדיניות כאשר הוא ממלא לקונות.

השופט עושה פרשנות על פי עקרונות- (מניעים של צדק ומוסר שבאים מתוך הכלל הכתוב). במסגרת השפיטה הוא בוחן את המקרה על פי עקרון שהוא חלק מהמשפט. (נון פוזיטיביזם – פוזיטיביזם רחב ולא משפט טבע).

הכוונה היא לא שהולכים למוסר ולטבע, אלא מעשירים את המשפט באמצעות עקרונות שעומדים בבסיס המשפט וניתן לדלות אותם מתוך הכללים השונים הקיימים.

כללים:

כללי התנהגות – עשה / אל תעשה – אוסטיין ציווי + סנקציה – פחד מהסנקציה

כללים משניים – הארט – כללי זיהוי, כלל השפיטה, כלל שינוי – כללים משפטיים – נקבעו בחקיקה. חלק ממחויבות, מהנורמה כחלק מהחברה.

כללים חברתיים – נקבע כמוסכמה חברתית בעיקר על ידי הדרג המיקצועי – משפטנים מחוקקים אוכפים וכו'

מה קורה שאין תשובה בכללים עצמם: משתמשים בפרשנות, היקש, השופט נדרש להיות יצירתי ליצור נורמה למלא חסרים בחקיקה וכל זאת הוא מקבל את הסמכות מהמחוקק. – שיקול דעת יוצר

מוצא	אמריקאי	הארט
חוקה	המשפט האמריקאי כולל חוקה והמשפט החוקתי עוסק בעקרונות.	באנגליה אין חוקה כתובה.
השופטים	השופטים האמריקאיים פונים באופן יומיומי לעקרונות.	יש נטייה שמרנית לשופטים באנגליה שנזהרת לא לגעת בנושאים אידיאולוגיים ושמרניים מידי. לא הכל שפיט.
	דוורקין בתור אמריקאי תופס את העקרונות כנושא רגיל בתוך מערכת המשפט.	הארט אינו רץ להכניס עקרונות לתוך מערכת המשפט שלו.
שיקול דעת בהפעלת כללים	אין כלל שקובע היכן מתחילים הקצוות המטושטשים	חלק ברור של הכלל קצוות לא חדים - מטושטשים

כללים	עקרונות
כן/ לא	משמעות גם למשקל של הדברים
מחייבים	משכנעים
סתירה בין כללים : רק אחת תקיפה	סתירה בין עקרונות : איזון ערכים
בהעדר כלל קובע : שיקול הדעת יוצר הכרעה חדשה ויוצר כלל חדש מחוץ למשפט הקיים	בהעדר כלל קובע : עקרונות הן חלק מהמשפט ההכרעה על פי העקרונות היא תוך משפטית
שיקול דעת חזק	שיקול דעת חלש

יש הבדל בין הכתיבה המוקדמת של דוורקין לבין הכתיבה המאוחרת. דוורקין אומר ש"המתאים ביותר הוא העיקרון, יש להסתכל על התמונה הכללית ולהבין מה מתאים להקשר".

מאפיינים של מדיניות מול מאפיינים של עקרונות

מדיניות	עקרון
מאופיין על ידי מטרות	מאופיין על ידי זכויות
מדיניות מאופיינת על ידי טענה ציבורית	יישומו במישור של היחיד, מיישמים עקרון בעיקר לגבי יחיד, עקרון מאפיין טענת יחיד.
מדיניות במהותה מפלה בין יחידים והיא מעודדת סקטוריאליזם, למשל לאכלס אזורים מסוימים עם יהודים.	עקרון אמור לעודד שוויון בין האזרחים, לכולם יש זכות והיא חייבת להיות שווה לכל נפש.

ראליזם משפטי:

דבורקין - ההשפעה השיפוטית על החברה, לב העניין של המשפט הוא להתחשב במדיניות במסגרת השיפוט, דבורקין בודק היכן נגמר המשפט ומתחילה הפוליטיקה – סוג של שיכלול הגישות הרווחות בציבור. שיקולים אילו אינם חלק משיקולי השופט.

האם יש תשובה אחת נכונה לכל שאלה משפטית?

דוורקין (המוקדם, שפירא) – לדעתו ישנן כמה תשובות נכונות אך תמיד יש אחת נכונה ומתאימה יותר מהאחרות והיא תקבע ע"י ההכרעה ששואפת להיות הנכונה ביותר והמתאימה ביותר.

ההשלכות:

- איזה סוג של טיעון מתקיים בבית המשפט- ניסיון לשכנע את השופט מהי התשובה הנכונה.
- השופט מחוייב לעקרונות שבסיס המשפט
- מנטרל את ההשפעה של השרירות, אם לא נתונים לחסדו של השופט אז זה מגן על הפרט

רז (תלמידו של הארט) אומר שאין תשובה אחת נכונה, יש לעשות הבחנה בין סוגים שונים של עקרונות- **מחייבים** או **מנחים**, יש עקרונות שהם חלק מהמערך המשפטי ויש עקרונות שלא כתובים והם מוסריים, יש עקרונות של מדיניות. ישנן תשובות שונות ע"פ עקרונות שונים, ויתכן תשובות שונות על מנת ליישם את אותו העיקרון. כלומר, ע"פ רז ההחלטה יכולה להיות נכונה גם אם הייתה אחרת. הקושי הוא בבחירת העיקרון שעל פיו ילכו.

הביקורת של דבורקין(נון פוזיטיביסט) על גישתו של רדברוך (פוזיטיביסט) אם הבסיס הוא לתפור את התלאים אחר כך(דעתו של רדברוך), אז הבעיה האמיתית היא כלל הזיהוי. כלומר, אם נכניס את העקרונות בתוך כלל הזיהוי אז אין לנו כלל זיהוי ועלינו לנסח כל הזמן את הקרונות והרי שהם משתנים. לפי דבורקין ההבדל בין עקרון לכלל הוא שעל כלל ניתן לענות בנכון או לא נכון העיקרון נשקל ויש לו כוח מצטבר משכנע אך לא תשובה של כן או לא.

השוואה בין הארט לדוורקין:

דוורקין – נון פוזיטיביסט	הארט - פוזיטיביסט	
דוורקין אומר שהתיאוריה הפוזיטיביסטית על המשפט יש בה 3 יסודות: מערכת כללים שניתנים לזיהוי. אם אין כלל השופטים ממלאים את החלל. במקום שאין כלל אין חובה משפטית.		
לא רק מה שכתוב בחוק. במערכת המשפט אין רק כללים אלא יש גם עקרונות. העקרונות הם גם חלק מהמשפט. יש 2 סוגים של עקרונות: עקרונות צדק, שוויון, מוסר – עקרונות ללא מטרה ועצמאיים. עקרונות מדיניות – עקרונות שהחוק רוצה להשיג מטרה בעזרתם (צמיחה כלכלית, פיתוח אזור).	רק מה שכתוב בחוק שחור על גבי לבן. במשפט יש כלל חברתי שיש בו כמה אלמנטים: מתאר סדירות של פעילויות. מי שלא מבצע א הכלל פועל בניגוד לכלל וחשוף לביקורת. הכלל הוא סיבה להתנהגות.	מהו משפט
	התוקף שלו (כלל הזיהוי) ושהוא התקבל בפרלמנט באופן חוקי.	מה יוצר את החיוב בכלל
העקרונות לא כתובים בשום מקום והם לא קשורים	כלל הזיהוי שמתקבל	תקפות

לנורמה בסיסית והם נותנים תוקף לנורמה משפטית.	בדרך של קבלה. יש נורמת שמקושרת לכלל אב שהוא כלל הזיהוי.	הנורמה המשפטית
כן חלק מהחוק כי יש להם תכלית ומטרה.	לא חלק מהחוק	יעדים חברתיים (עקרונות)
עקרונות + כללים משפטיים. העקרונות: לא מכתוב תוצאה אלא מצביע על כיוון מסוים לעקרון יש משקל מה שאין בכללים משפטיים. בעקרונות יש את מושג האיזון (פס"ד ריגס עם הירושה + פס"ד הניקסיפד שמדבר על חוזה עם יצרן מכוניות)	כללים משפטיים: נורמה משפטית שמכתיבה תוצאה "הכל או לא כלום".	המרכיבים של המשפט
יש חובה משפטית שנובעת מעקרונות העל של השיטה.	אין חובה משפטית	מה קורה כאשר אין כלל
העקרונות מטילים תשובה אחת לכל שאלה משפטית.	יש מס' אפשריות לתשובה. יש כללים שמכתיבים את התשובה והשופט יכול ליצור כלל חדש.	תשובה לבעיה משפטית
השופט פועל תחת מטריה נורמטיבית והוא צריך לפעול במסגרת החוק. הוא נגד שיקול דעת חזק של שופטים – כלומר נגד זה ששופט יוצר כלל חדש. השופט צריך ליישם את החוק ולא לקבוע חוקים חדשים כי אין לו סמכות לכך.	יכול ליצור כלל משפטי. שיקול דעת חזק. עקרונות הם מחוץ לשיטה המשפטית והם לא מחייבים את השופט	פעולת השופט: כוח וזכותו

דבורקין מדבר על שני סוגים של שק"ד (שיקול דעת) חלש וסוג נוסף של שק"ד חזק

שק"ד חלש 1 – עצם היותו של השופט בעל המילה

שק"ד חלש 2 – איזושהו מאושיות המשפט, נותן קריטריון והנמוך מפעיל את הקריטריון. דוגמה שמפקד גבוה מבקש ממפקד נמוך – יש למפקד הנמוך שיקול דעת חלש.

שק"ד חזק – אין קריטריונים, אין עקרונות, יש צפייה של הפעלה הוגנת. דוגמה בדיקת הבחינות שיקבלו ציונים רנדומאלית, ברור שזה לא הגיוני, יש ציפייה לבדיקה הוגנת.

• זה שיש שק"ד חזק לא אומר שלא ניתן לבקר את הסמכות השופטת (או בודקת הבחינות).

דבורקין מפרש את הארט כמי שאומר שבמקרים הקלים שק"ד השופטים הוא החלש ביותר

כלומר הם האחרונים שקובעים, ולעומת זאת דבורקין אומר שהארט אומר שבמקרים הקשים יש לשופטים שק"ד חזק, כי כמו מחוקק הוא פועל ללא סמכות שיש מעליהם.

• דבורקין טוען שטענה זו היא שגוייה, דבורקין אומר שסוג השק"ד שיש לשופטים הוא הפרשנות, כלומר השק"ד החלש. המערכת המשפטית מכילה הוראות שלא ניתנות לרדוקציה פוזיטיביסטית, הוראות אלה מנביעות תוצאה, קיימים בשיטה סטנדרטים לא חקוקים המחייבים משפטיות ואינם ניתנים לרדוקציה פוזיטיביסטית. סטנדרטים אלו הם העקרונות שעל פיהם יש לשופט שק"ד, שק"ד חלש הכפוף לסטנדרטים אחרים.

• דבורקין טוען שלמרות שהמשפט לא יכול היה להיות פורמליסטי, תוצאות המשפט הן משהו שניתן להתווכח עליו. הקשר בין התשובה הנכונה היחידה למשפט – לשק"ד החלש הוא אנליטי. הסטנדרטים הלא חרוטים כולל משקלם מחייבים שופים לתוצאות, היא התוצאה הנכונה, לכן השק"ד החלש.

הבדלים בין שני סוגי כללים:

האם יש אפשרות לנסח את כל החובות המוטלות מראש?

כללים וסטנדרטים

• הוראות חוק (פוזיטיביות: חוקות, חוקים, פס"ד, הוראות מנהליות): אם X אז Y

המבנה כהפעלה נורמטיבית

כללים וסטנדרטים- מידת הדיון החקיקתי/ מאוטנר-

ההבדל בין כלל לסטנדרט:

כלל: (מדויק וברור) כלל שאמור להיות נורמה סגורה ששאלת תחולתה תלויה בקיומם של תנאים מוקדמים/עובדתיים. הכלל ניתן לכימות.

סטנדרט: (מעורפל ואינו ברור) נורמה פתוחה שתוכנה, מלכתחילה, ניתן רק באופן כללי. כל מה שלא כלל – אינו ניתן לכימות, לדוג' תום לב, אדם סביר. התגובה – מנחה, מדריכה, צו המחייב להימנע מהפרעה לתנועה.

דוגמא: הנהיגה מותרת עד 80 קמ"ש (כלל) ובהתאם לתנאי הדרך (סטנדרט).

כללים יתרונות: בהירות בהנחיה והרתעה ברורה.

כללים חסרונות: קושי ערכי ליישום במקרים קשים וניתן "לתמחר" התנהגות לא רצויה.

סטנדרטים יתרונות: הכרעות שיפוטיות למקרים ספציפיים. הרתעה מכניסה לשטחים אפורים ופרוצדורה בין מעשה לענישה.

סטנדרטים חסרונות: מרתיע מפני פעולות לגיטימיות (במיוחד אצל שונאי סיכון) וחוסר

עקביות בתכנון מהלכים.

באירופה מסתמכים יותר על כללים (קודיפיקציה) כי שם קובעים חוק – מבצעים, מעמד השופט יותר פקידותי יותר מיישם חוק מאשר יוצר חוק, במשפט המקובל רוב החוק נקבע ע"י תקדימים משפטיים ורק כאשר קיים עיוות ספציפי המחוקק מתערב.

נורמות משפטיות: כללים, סטנדרטים - כללים ראשוניים / משניים

עקרונות – כל אותם ערכים שאינם ערכי על (משפט טבע)

ההבדל בין כלל ועיקרון :

האופי של הכלל המשפטי הוא הכל או כלום. יש לנו כלל משפטי ברור, דוורקין אומר שזה האופי של הכלל המשפטי עליו מדבר הארט, אם הכלל הוא לגיטימי ועבר את כל המבחנים לזיהוי כלל אנו חייבים לפעול על פיו, אין הרבה מרחב תמרון. בעולם הזה של הכל או כלום, הכלל צומח ופורח.

עיקרון הוא שונה מן הכלל, המונח החיוני הוא משקל, לעיקרון יש משקל לעומת כללים. לפעמים עקרון יחול לפעמים לא, לפעמים יש לפשר בין שני עקרונות

המשפט הטבעי (קלאסי)

גישות:

גישת המשפט הטבעי היא אחת מגישות המשפט הקלאסיות ובבסיסה העמדה כי קיים חוק טבעי אוניברסלי (לא תלוי מקום), נצחי (לא תלוי זמן), לא משתנה (לא תלוי תרבות), טבוע בעולם ובאדם. עליונות- גבוהה מהחוק. החוקים האחרים ניזונים ומתבססים עליו. עליונות ערכית – בערכיות הוא גבוה מהחוק. לא ניתן לשנותו. ניתן לגלות אותו. אפשר לגלות מהו המוסר, באמצעים אנושיים (תבונה). גילוי הוא פרי רציונאליות שניתנת להסקה מתוך הטבע והטבע משקף את החוכמה האלוהית. משפט הטבע הוא חוק הקיים באופן עצמאי מכל חוק שנחקק ע"י בני אדם תלת משטר פוליטי מסוים, בחברה או במדינה. למונח משפט הטבע מקום בפילוסופיה של המשפט, בהשקפת עולם, או כסוג מיוחד של חוק, בהתאם לנסיבות שבהן נעשה שימוש במונח. תורת משפט הטבע הוצגה לראשונה ע"י אריסטו ומאוחר יותר אומצה לתוך הנצרות ע"י תומאס אקווינס.

בבסיס המשפט הטבעי עומדות שתי טענות בסיסיות:

פילוסופיה אתית – יש בתחום המוסר עקרונות אוניברסיטליים המחייבים את כל בני האדם בכל החברות ותוקפו לא תלוי בהסכמים של קבוצה מסוימת או אחרת.
פילוסופיה משפטית – נורמה שקובעים בני אדם בחברה מסוימת יכולה להיות חוק בעל תוקף משפטי רק אם אינה מנוגדת לעקרונות המוסר האוניברסיטליים של המשפט הטבעי.
שתי טענות אלו משקפות שני שלבים: הראשון מניח יש ישנם עקרונות שמקובלים על כל בני האדם בעולם, השני קובע כי המשפט חייב להתאים לעקרונות אלו.

המשפט הטבעי

דוקטרינת המשפט הטבעי עונה על שלוש שאלות:

1. **מתי משהו הוא חוק? תשובה: חוק לא מוסרי הוא לא חוק.**
2. **מדוע החוק מחייב? תשובה: חוק לא מוסרי הוא לא חוק ולכן הוא לא מחייב.** במילים אחרות, חוק ספציפי מחייב משום שהוא לא בלתי מוסרי. שיטה משפטית מחייבת ציות משום שהיא שומרת על שלטון החוק, שיש לו ערך מוסרי עצמאי. עבור אנשי משפט הטבע: שלטון החוק הוא חלק משיטת הטבע, ויש חובה מוסרית לציית לו.
3. **האם יש חובה מוסרית המוטלת על המחוקק לחוקק חוקים מסוימים? תשובה: כן. החוק חייב להגן על המוסר.** על כן אם יש התנהגויות לא מוסריות (הפלה, הומוסקסואליות, רצח, בגידה) – יש חובה מוסרית להוציאן מחוץ לחוק.

המשפט הטבעי- המודל הקלאסי:

שורשי המשפט הטבעי החלו ביוון העתיקה. התפיסה הייתה שמה שיש זה מה שצריך להיות. לא ניתן להתייחס למשפט ללא המוסר. המשפט מבטא את המוסר. אותם תנאים צרכים להתקיים כדי שנוהה משהו כחוק וכדי שנאמר למה הוא מחייב- החוק תמיד צריך להיות צודק. אם החוק לא נוגד את המוסר אז הוא יכול לחייב אותנו.

הנחות המודל הקלאסי של המשפט הטבעי:

1. **משפט דתי- חוק הטבע ניתן לבני-אדם ע"י האל.**
2. **סמכות החוק היא סמכות טבעית- משום שהחוק הגיע מהאל.**
3. **חוק ניתן לידיעה באופן טבעי- ישנה תשובה אחת נכונה לכל דבר, ולכולם יש את היכולת הטבעית לזהותה.**
4. **ה"טוב" קודם ל"זכות"- רק אם משהו הוא טוב מבחינה מוסרית אז יש לנו זכות לעשותו.**

אי מוסריות קיימת בגלל: כוונה פסולה, מעשה שאינו מוסרי ותוצאות.

משפט הטבע

הרצון לגזור את הרצוי מהמצוי – עובדות הטבע קיימות ומוכחות ההנחה אם נגזור את כללי המשפט מעובדות הטבע ניצור אמת מוסרית שתקבל את הסכמת הכלל. משפט הטבע מתחלק ל2 תקופות: התקופה הקלאסית והתקופה המודרנית. **התקופה הקלאסית** – תיאוריה דתית היקום נשלט ע"י כוח עליון. יוון – **סוקרטס ואפלטון** – עקרונות של מוסר שניתן להבין באמצעות התבוננות פנימה כך נגיע לחוקים הגיוניים. רומא – **קיקרו** – הטבע מספק כללים מבוססי הגיון. **אקווינס** (ימי הביניים) – המשפט מחולק ל4: החוק הנצחי, החוק האלוהי, החוק הטבעי, החוק האנושי. **הובס** (בתקופת המעבר 16-17) – יצר האדם רע מנעוריו וע"מ שלא יגיע למצב מלחמה נדרש ריבון שמעניקים לו כוח מרצון, ואולם גם אם הריבון לא מבצע את תפקידו כראוי לא ניתן להחליפו (המוסר/צדק אינו אובייקטיבי).. **לוק** (17-18) – תיאורית אמנה חברתית, בניגוד להובס סבור כי יצר האדם טוב והבעיה קשורה להגנה על הקניין. **תקופה מודרנית** – תיאוריה חילונית, באנשים טבוע מוסר והוא מהווה בסיס להתנהגותם. גם פולר וגם פינס קובעים קריטריונים אשר יגבילו את המחוקק – מקום חוק לא יעמוד בקריטריונים החוק אינו מוסרי **אובייקטיבית** ועל כן אינו תקף. **פולר** – קובע 8 הגדרות שהן דרישות מינימום ואם לא מתקיימות לחוק אין תוקף: כלליות,

פרסום/פומביות, פרוספקטיביות/תחולה, בהירות/עמימות, העדר סתירות, בלתי אפשרי, יציבות/עקביות, אכיפה/התאמה. **ויכוח הארט/פולר** – דוגמת "האישה המלשינה" – הארט טען שחוק גם בתקופה הנאצית תקף, פולר הגיב שמערכת המשפט הנאצי איבדה את המשפטיות שלה שחרגה מהכללים בצורה קיצונית. **ביקורת** - הארט טוען שלכל היותר הכללים של פולר משקפים יעילות אבל לא בהכרח צדק, יש הרבה חוסר ודאות בכללים של פולר, לא ברור מה הנקודה בהן מערכת המשפט מאבדת את התוקף המשפטי שלה.. **פינס** (חסיד של אקווינס) – קובע צורות בסיסיות של הצלחה אנושית, אותן צורות עושות לרוב בני האדם את החיים שווים – חיים, ידע, משחק, אסתטיקה, חברויות, הגיון, דת. **ביקורת** – הטיה תרבותית (בתרבויות אחרות ניתן למצוא רשימה אחרת), עמימות (קשה לגזור החלטות אופרטיביות).

קשר בין הרעיונות: דמיון/שוני:

ריאליזם מוסרי (moral realism): היא טענה שאומרת, יש מוסר אחד נכון. יש תשובה מוסרית אחת נכונה לשאלה. משפט הטבע דוגל בריאליזם מוסרי: יש מוסר, המוסר הוא מוחלט וניתן לגלות אותו.

*אם אתה סובר שיש עוד תשובות מוסריות נכונות, נכנה אותך **moral non-realism** - גם אם המוסר הוא מוחלט, אין לנו אפשרות לגלות מהו.

*ולעומת מוסרי יחסי **moral relativism** - שאומר- אני אחשוב שמהו הוא מוסרי ואחר יחשוב שלא (למשל סחר בנשים).

*ישנו גם הספקן המוסרי **moral skepticism** - שאומר- שיכול להיות שיש מוסר ויכול להיות שאין. או ה- **nihilism** - שאומר שאין מוסר בכלל.

ההבדל בין חוק הטבע לחוק הפוזיטיבי:

חוק פוזיטיבי תוקפו נובע רק מהעובדה שהנחנו אותו על השולחן. לעומת זאת, גישתו של קיקרו אומרת כי יש מערכת חוקים שאינה כתובה אך היא תקפה.

פוזיטיביסט - התוקף הטבעי הוא החוק שחוקק בידי אדם.

נטורליסט - ישנו גרעין במוסר שאינו תלוי זמן ומקום, אוניברסלי ונצחי שניתן להגיע אליו ע"י התבונה.

החוק האמיתי אומר קיקרו, הוא **התבונה שעומדת בהתאמה עם הטבע**.

מה הקשר בין המשפט הטבעי לאנושי? - למה צריך משפט אנושי?

לא כל האנשים חכמים באותה מידה ולא כולם מסוגלים להבין את המשמעויות של המשפט הטבעי.

יש אנשים שצריכים הכוונה. וגם יש ביננו אנשים ששים לעשות את מה שהמשפט הטבעי רוצה מהם - בין אם להרתיע או להעניש. אנשים שיכולים לעשות זאת עם משמעת עצמית בלבד הם נדירים מאוד, לכן עלינו לעזור אחד לשני להשיג את המשמעת הזאת שמובילה לחיים מוסריים. אם נצליח למנוע מהם מלבצע רוע, שקט יובטח לכל שאר הקהילה, ועם הזמן, מכוח ההרגל, גם הם יימשכו מרצון לאותן מידות טובות אשר נכפו עליהם פעם בכוח ובפחד. שיטה זו נקראת החוק. חקיקת החוקים היא הכרחית לחיים מוסריים ושלווים של האדם.

השלמת המשפט הטבעי - המשפט הטבעי פשוט אדיש לגביהם. המשפט הטבעי יגע בנקודה של: אסור לי לדרוס אותך, אבל לא מעניין אותה באיזה צד של הכביש אני מוכן לנהוג - היא מאפשרת מרחב בחירה רחב לאדם בנקודות בהן המשפט הטבעי פשוט לא אכפת.

*הוויכוח בין גישת הפוזיטיביסטים לבין משפט הטבע – האם החוק חייב לקבל את ביסוסו במשהו מוחלט, עליון או לא? האם החוק כדי להיות תקף חייב להיות מעוגן במשהו, עליון או לא? – עליון – אלוהי, תבונה האם הוא מעוגן האמיתות המעניקות את הכוח המחייב של החוק, או שלא ניתן למצוא את העיגון לחוק אלא בריבון ובמחוקק?

האלמנטים של תורת המשפט הטבעי הקלאסית

- ❖ **טבע מוסר ורציונאליות** - מקורו בשכל האדם שהוא המדריך לטבע האנושי האמיתי ואין צורך בשום דבר אחר כדי לדעת משפט זה.
- ❖ הוא בעל אופי **אוניברסאלי**. לא תלוי במקום ובתרבות.
- ❖ **נצחי** - אינו משתנה. הוא קיים לנצח וכל ניסיון לשנותו או לבטלו הוא חטא, יש לו תוקף מחייב, הוא דבר קדוש - אף אחד לא יצליח לבטל אותו.
- ❖ **אי אפשר לבטלו לגמרי** - הרעיון הוא שהמשפט חייב להיות צודק, מוסרי ושכלי, אף אחד לא יכול לבטל זאת.
- ❖ אף שלטון אינו מוסמך לשחרר את נתיניו מהחובה לציית להוראות המשפט הטבעי. המקור האלוהי - האל האחד הוא המקור של המשפט הטבעי- משפט אחד, צדק אחד, פנייה לאל אחד שהוא גם מקורו של המשפט הטבעי.

סיכום – משפט טבע

משפט טבע מאופיין ע"י כך שהוא אוניברסאלי, נצחי, קיים וניתן לדעת מהו. חוק טבע – אומר שיש מערכת ערכים **אובייקטיבית** שהיא קודם כל אבן בוחן לחוקים קיימים, יכול להיות שהיא מחייבת לעצמה. המערכת הזו אינה תלויה בזמן ובמקום – אוניברסאלית, אך היא גם ניתנת לזיהוי. יש מערכת קיימת לפיה אפשר לשפוט את כל החקיקה האנושית וניתן גם לחשוף את המערכת הזו – גישה קוגניטיבסטית.

1. מערכת אובייקטיבית

2. ניתנת לזיהוי

3. קוגניטיבסטית

הגדרה זו לחוק טבע עדיין ככלית מדי, איך אנו נוהה את המערכת הזו שניתנת לזיהוי? **יש ערכים שמחייבים לא רק ערכית אלא חוקית** – מסתכלים בתבונה ורואים ערכים אובייקטיבים הניתנים לחשיפה ואז להציב אותם כמבחן לחוק שלנו. חוק הטבע לא רק כהתבוננות בו והסקת מסקנות והשלכות אלא הצבתו כאבן בוחן. הגישה של חוק טבע אומרת שיש תשובה נכונה. פוזיטיביסט בודק את התשובה הנכונה בספר החוקים, בשטח (תשובה מדעית). הגישה היא הוכחה - תוכיח לי כי החוק נכון, כתוב - וזו הגישה הפוזיטיביסטית. חוק הטבע בודק תשובה נכונה לפי ערכים אובייקטיבים שאפשר לזהות אותם ולכן אפשר להעביר את החוק דרך הביקורת של אותם ערכים. **חוק הטבע לא מסתפק בספר החוקים להוכחת קיום החוק אלא בוחן אותה לפי ערכים נצחיים**. מהי מערכת הערכים האובייקטיבית בחוק הטבע? יש לכך גישות שונות.

מרקוס טוליוס קיקרו קשור למשפט טבעי קלאסי. לאחר רבי יוחנן.

קיקרו היה פילוסוף סטואי – פילוסופיה שאומרת שהאדם עומד במרכז והוא המידה לכל דבר. גישה זו אומרת כי יש בטבע תבונה ואפשר לחשוף אותה ולשפוט את המעשה האנושי מהתבונה שחשפנו. קיקרו, איש כת הסטואה, שהפך לעורך דין מוצלח ברומא, איש מדעי המדינה, פילוסוף, ומלומד, הוא למעשה כתב את מה שהפך להגדרה המושגית הנפוצה ביותר של המשפט הטבעי **מושגים:**

החוק הוא התבונה שעומדת בהתאמה עם הטבע: יש פה פעולה התבוננותית על טבעו של אדם.
החוק הוא בעל תחולה אוניברסאלית: לא הביטוי של החוק אלא עצם הצורך בחוק הוא המשותף. יש איזו אמת מידה מחוץ לחברה שהיא אוניברסאלית. בבסיס הרעיון של חוק בינלאומי. לא יהיו חוקים שונים ברומא ואתונה.

בלתי ניתן לשינוי ונצחי:

1. חטא לנסות לשנות חוק זה, 2. אין רשות לעשות זאת 3. וזה לא ילך!- שלוש קומות מקור החוק אינו בתבונה אנושית הוא נצחי.

גישות:

מרקוס בגישתו מדבר על המשפט הטבעי. ואומר כי "החוק האמיתי הוא התבונה שעומדת בהתאמה עם הטבע... " **ישנה תחולה ישירה של ערכי מוסר מוחלטים לתוך החיים.** יש אמות מידה מוחלטות למשפט. הוא מדבר על דברים מחייבים. החוק האמיתי הוא התבונה שעומדת בהתאמה עם הטבע. לטבע יש תפקיד והאדם נמצא בהרמוניה עם הטבע. התבונה היא מה נכון ומה לא נכון לעשות. והתחולה היא אוניברסאלית, הטענה של החובה של משפט הטבע היא טענה לאוניברסאליות – לא תלויה מקום. הוא בלתי ניתן לשינוי ונצחי. כלומר: יש אמיתות שאינן תלויות מקום, אינן תלויות זמן ואינן תלויות חברה ובכל זאת מחייבות את האדם.

קשר בין הרעיונות: דמיון/שוני:

אם נתייחס לגישתו של רבי יוחנן למשפט הטבע, נוכל ללמוד כי גישתו דומה אך שונה מגישתו של מרקוס טוליוס.
רבי יוחנן וגישתו: יש כל מני תופעות בטבע עצמו. גם אם לא היינו שומעים ציווי מפורש מהתורה יכולנו ללמוד תופעות כאלו מן הטבע. יכולנו לחלץ מההתנהגויות שלהם תובנות ערכיות של נורמות. "יכולנו להסתדר גם בלי התורה. יכולנו להסתכל בטבע ולדעת איך להתנהג."

קשר בין הרעיונות:

גם רבי יוחנן וגם מרקוס טוליוס מדברים בגישותיהם על הטבע כמקור לתבונה. יכול שאדם לא צריך חוקים וציוויים אלא מספיק היה שמסתכל בטבע על מנת ללמוד מה מותר ומה אסור ואף הדרך לשרוד, לדוגמא כמו החיות שבטבע.

דמיון/שוני:

מרקוס טוליוס בגישתו מדבר על הטבע כמקור אוניברסאלי לאדם שאינה תלויה במקום ובזמן, הוא בלתי ניתן לשינוי - נצחי. הוא מציין כי החוק האמיתי הוא התבונה שעומדת בהתאמה עם הטבע. התבונה היא בעצם ההבנה מה נכון ומה לא נכון.
רבי יוחנן בגישתו מדבר על הטבע כאל נורמות שאפשר/צריך להגיע אליהן גם בלי שאמרו לך. רבי יוחנן מדבר יותר על ההתנהגות המוסרית של האדם. ("אפילו חיות יודעות להתנהג"). הרעיון מאחורי גישתו הוא שיש דברים שאינם כתובים אך צריך להגיע אליהם והם מחייבים לא רק מוסרית אלא גם משפטית, גם אם הם לא כתובים – קיימת חפיפה בין המושג מוסר למושג חוק.

מה נגזר מעמדה זו של קיקרו?

מה שאיננו מתאים לתבונה - קיימת בעיה לזהות אותו כחוק אמיתי, כלומר ישנם חוקים שאינם אמיתיים וישנו מבחן של חוק גבוה יותר לפיו נקבע אם החוק הוא אמיתי או לא. מה קורה כאשר חוק לא מתאים לתבונה? - הוא לא חוק אמיתי לפי קיקרו. יש חוק שהוא למעלה מחוק של האדם, השאלה היא מה תהיה חובת הציות לחוק שאיננו אמיתי? - אם יש חוק מעל לחוק פירוש הדבר שיש אולי קריטריון לפסול חוקים או לקבל חוקים וליצור מערכת נורמטיבית שלא כתובה בחוק. קיקרו לא האמין באל או בעולם הבא. הוא מניח כי **חוק האדם מוכתב לפי חוק הטבע והחוק יותאם לתובנות שבטבע.**

ההנחות הקיימות בגישה של קיקרו: יש חוק על שהוא האמיתי – תבונה עפ"י הטבע, אפשר לדעת מהי אותה מערכת על של חוקים, ניתן לשפוט את החוק של האדם ולקבוע אם הוא אמיתי או לא. **הקשיים בגישה:** מה קורה בחוק שנוגד את התבונה, חוק שלא נחקק בפירוש אדם חוטא נגדו – חוק כזה שקיים בטבע אך האדם לא כתב אותו, האדם למעשה עדיין מחויב לו.

תומאס אקווינס הוגה דעות נוצרי, הושפע מהרמב"ם, הוא דוגל במשפט טבע.

מושגים:

משפט - הגבלה המחייבת ואוסרת פעילות.

אסור - קשור.

להתיר - לפתוח.

רצון הוא המניע למעשים אבל הרצונות צריכים להיות כפופים לתבונה.

שלטון התבונה - רצון הנסיך הוא החוק רק כאשר הוא כפוף לתבונה - הוא לקח את אוסטין -

הפוזיטיביסט והוסיף לו תנאי - קובע את הכללים אך מתוך כפיפות לתבונה.

אם רצונו של הנסיך אינו כפוף לתבונה הוא לא חוק אלא רשע.

עצם העובדה שישנה אמת מידה נוספת - ערך מוחלט מסוים, אם זה לא עומד בו הוא אינו חוק.

מטרת המשפט צריכה להיות הטוב הכללי - נובע מהתבונה - בדומה לשאיפה הפרטית של היחיד.

נחקק ע"י הכלל או ע"י נציגו ולא על ידי היחיד

הגדרת המשפט על פיו - ארגון תבוני של המציאות, הנוגע לטוב הכללי, שהוכרז ע"י מי שמייצג

את האינטרס הכללי.

גישות:

גישתו של תומס מציג הוא 4 סוגי משפט:

1. המשפט הנצחי – כללים שניתנו מאת האל החלים על כל הבריאה, ידועים לאל בלבד. משהו

מאוד אמורפי. **בתוכו נמצאים 3 הסוגים הבאים:**

2. המשפט האלוהי – זוהי הדרך של אלוהים להגיד לנו מה הוא רוצה - דרך ספרי הקודש. נגיש

דרך התגלות. כגון איסור אכילת חזיר.

3. המשפט הטבעי – מתגלה בעקיפין. מגלים אותו בעקיפין ע"י התבונה האנושית מתוך המשפט

הנצחי. כך אנו יכולים להבחין בין טוב לרע. – לא לרצוח. כללי התנהגות תבוניים שהם טובת

הכלל. אלו עקרונות אוניברסאליים ונצחיים.

4. המשפט האנושי – יישום המשפט הטבעי בדין פוזיטיביסטי. הוא חשוב להסדרת החיים

החברתיים ומיישם את המשפט הטבעי. החוק הטבעי צריך להיות ההשראה לחקיקה האנושית.

החקיקה האנושית אינה אוניברסאלית ואינה נצחית.

* כל סוג של חוק הנו חלק מהסוג שמעליו. תומס סבור שיש חובה מצפונית לציית לכל סוגי

החוקים כי הם טבעיים ולכן טובים. יוצאים מכלל זה רק חוקים שנחקקו ע"י בני אדם ואשר

סותרים את החוקים העליונים. כלומר, אם מתבקש השליט לחוקק איזשהו חוק שסותר את מה

שמצווה הברית החדשה, למשל, הרי שאין לציית לחוק זה. למעשה, מגדיל תומס וטוען שניסיון מצד השליט לחוקק חוקים המנוגדים לחוק העליון אינו יוצר חוק כלל וכלל. כנוצרי אדוק הוא מאמין שכל הכתבים מספרים אמת לאמיתה ומהווים אורות ותומים ואינם אלא השכל הישר בהתגלמותו (מימוש החוק הנצחי). מסקנתו של תומס, שניסיון לחוק חוק שיסתור את השכל הישר הנו בטל מעיקרו ואם יוכרז "חוק" שכזה הרי שאין זהו חוק כלל וכלל.

קשר בין הרעיונות:

תומס מתנגד לחוקים הסותרים את החוק העליון וניתן לראות זאת בהשפעה שקיבל מאריסטו. אצל **אריסטו** לכל דבר יש תכלית אותה הוא עשוי לממש. תכליתו של אדם היא להיות בן אדם טוב, חי חיים חברתיים ומוסרי. התכלית של המדינה מצידה, היא לאפשר לדם לממש את תכליתו. התכלית של המוסדות השלטוניים אינו אלא לאפשר ולקדם את החיים החברתיים הטובים. זאת אומרת, הפוליטיקה, על פי **תומס אקווינס**, עוסקת בתחום המאפשר לחברה להתקדם וליהנות מחיים טובים ומוסריים. אחד מהכלים זה החוק האנושי.

דמיון/שוני:

אם נתבקש לבקר בקצרה את הדעה של תומס, אשר מהווה את ראשית החשיבה המערבית הדוגלת בגישת "החוק הטבעי", אם חוק אינו מוסרי (עפ"י מוסר מסוים ובמקרה של תומס עפ"י המוסר הנוצרי) הרי שאין הוא מהווה חוק בכלל. **גישה זו מנוגדת לגישה הפוזיטיביסטית**: לפי גישה זו, חוק הוא כזה אם הוא כתוב בספר החוקים בלי קשר למוסריותם (של החוק או הספר). הפרדה זו בין חוק למוסר מאפשרת להתמודד באופן משפטי, כלומר, בשפה הפוליטית – החברתית המקובלת עם חוק שמנסים לטעון כנגדו שאינו מוסרי. ללא הפרדה זו ינהלו מערכת המשפט וחסיד המשפט הטבעי שיח של חירשים: **הראשונה תטען** שיש למלא אחר החוק ואילו **השני** יאמר "אמן" אך לא יפעל בהתאם לאיזשהו חוק כי לדעתו חוק זה אינו חוק... כלומר, **ההפרדה בין משפט למוסר מאפשרת לנו לבקר חוק מסוים – האם הוא טוב או רע**. בלעדיו לא ניתן בעצם לבצע שיפוט או להתייחס לגבי חוקים אם אינם חוקים.

תומס אקווינס יוצר אבחנה בין:

1. חוק שאינו מוסרי ונוגד את החוק האלוהי ואסור לציית לו.
2. חוק שאינו מוסרי ואינו מייצג ניקיון ונוגד את חוקי הטבע וצריך לציית לו במצב שבו המערכת המשפטית אינה נוגדת בכלליות את חוקי הטבע ויש חשש ליציבות המערכת (כמו כן חוקי הטבע נמוכים מחוקי האל).

פיניס- המשפט המודרני:

המשפטן המודרני מתייחס לחוק הלימודים השני באבחנת תומס ואומר כי הוא לא תקף מוסרית אך תקף משפטית ויש לציית לו כדי לשמור על הסדר ובד בבד לנסות ולשנותו. ***פס"ד ירדור** מהווה את אחת הדוגמאות הטובות ביותר להתנגשות בין "הפוזיטיביסטים" ובין "אנשי המשפט הטבעי".

משפט טבעי ראשי ומשני

אקווינס טען שיש לנו במשפט הטבעי שני סוגי נורמות: ראשי ומשני. ניקח את החלק הראשון של המשפט - אסור לגרום נזק לזולת, אך ישנם מצבים שיש לגרום נזק כמו הגנה עצמית. ראשית קיבלנו את החלק הראשי - אסור לגרום נזק, והחלק המשני - נגזר שאם יש לנו חשש לגרום נזק מטעם הגנה עצמית זה בסדר. אקווינס הוא הראשון התחיל לכתוב על מהות ותוכן של המשפט, הוא חקר את המשפט הפלילי. הוא כותב על כל מה שנגזר מראשי למשני, הליך הגיוני: קובעים את הראשי (נורמה שממנה מגיעים לחלק השני), גוזרים, מגיעים למסקנות נגזרות (מלחמה, הגנה עצמית מידתית), ועל ידי כך נקיים את המשפט הראשי והמשני.

משפט טבעי משני

נגזר -deteriued- כל מה שנכתב לגבי הגנה עצמית. יש קשר הגיוני בין הראשי למשני. המידתיות באה לשלב ביניהם. נקבע determined - הקשר הנוסף בין הראשי למשני, הבעת שרירותיות. לדוגמא: לפדות שבויים אחרי מלחמה- שייך למשפט הטבעי, אבל אם מחיר הפדיון גבוה מדי

אולי הוא לא ישולם וזה למעשה נגזר - אני רוצה לפדות אבל לא אשלם מחיר גבוה מידי. נקבע כי קביעת הסכום או מספר האסירים זו קביעה די שרירותית. כמה אסירים ניתן זה נקבע, ואת זה אי אפשר לגזור מהמשפט הטבעי. ישנן כל מיני דרכים לקבוע את כמות העונש. המשפט הטבעי אומר שמי שגרם נזק לזולת צריך להיענש אבל הוא לא אומר מהו העונש המדויק. כל הקביעות הן על פי אקווינס של המשפט הטבעי המשני הנקבע. להתאים את העונש לפשע.

סיכום אקווינס

עוסק בעקרונות אוניברסאליים – חוק נצחי, בתוכם יש חוקים בהם צריך התגלות אלוהית או חשיפה שלהם מן התבונה, אך יש בתוכם גם חוקים שאנו חוקיים ומייצרים. יש הבדל בין חשיפת חוק מהתבונה או חקיקת חוק יציר האדם. כשהחוק פוגע הוא אינו חוק. יכול להיות שאקווינס התכוון לומר שהוא אינו תקף או יתכן שהתכוון שהוא לא לגיטימי. יכול להיות קיים חוק שיהיה תקף אך הוא לא יהיה לגיטימי

ג'ון סטוארט מיל

מיל היה פילוסוף תלמידו של לג'רמי בנטהם והוא חסיד של **תורת התועלתנות**. תועלתנות אומרת שההגדרה של מה מוסרי הוא מה יביא למימקסום האושר של בני האדם, יביא את הטוב הציבורי.

יחד עם זאת קיימת **גישה ליברטאנית**, חירותית של הגישות המוסרית, לפיהן בסופו של דבר האדם הוא היודע יותר טוב מאחרים מה טוב לו. ככל שיש פיקוח ממשלתי על מה שטוב לאדם, אנו לא נגיע לאותן התובנות, החלטות אישיות של אדם למה טוב לו או לא טוב לו.

במאה ה-19 ג'ון סטוארט מיל פרסם ספר "על החירות"

פולמוס בין הארט ודבלין. דבלין היה שופט פלילי דגול. הוא טען כי המשפט הפלילי צריך לאכופ את המוסר. גם בעבר הרחוק חלק מהתפקיד של המשפט היה להפוך את אזרחי המדינה למוסריים יותר, גם ע"י הטלת סנקציות. אפלטון כתב ספר על המשפט, בספרו הוא כותב משפט ברור ומפורש- **"המשפט מחייב את הטוב וגם מחייב הימנעות מרע"** למשפט יש תפקיד לווסת את מוסר הציבור.

במאה ה-19 חלה מהפכה, הדובר העיקרי של אותה מהפכה היה **ג'ון סטוארט מיל**, מיל חיי בין השנים 1806-1873, אחד ממאמריו נקרא **"על החירות" (On liberty)**. המסה הזו היתה בעלת השפעה עצומה, מיל היה הראשון שאמר שאין על המשפט להיכנס לענייני מוסר, המוסר הוא עניין פרטי של כל אחד ואחד. אם כן השאלה היא מהו תפקידו של המשפט? הוא בא כדי **למנוע נזק פיזי בחברה** ולא לעשות שום דבר אחר.

המטרה היחידה המצדיקה הפעלת כוח נגד אזרח **בחברה מתורבת** היא למנוע נזק לזולת. מיל רומז לנו שהוא מתייחס לחברה מתורבת, חברה בה אנשים יודעים איך להתנהג בתחומים אפורים. הוא לא מצדיק עונש והתערבות משפטית, הוא אינו יכול ליצור פשעים הבאים לתקן את האדם ולעשות אותו מאושר יותר, טוב יותר או צודק יותר, כל זה אינו נמצא בתחום הלגיטימי של המשפט, אסור לחוק להתערב. (אם אדם רוצה להמר זה בעיה שלו) אדם יכול לעשות מה שהוא רוצה אין על המשפט להטיל עונשים על דברים אלו.

חריג ראשון הוא קטינים, מיל מסכים כי המשפט חייב להגן על קטינים.

חריג נוסף הוא עמים פרימיטיביים, אנשים החיים בחברה לא מתורבתת צריכים חוקים.

העיקרון של מיל שהמשפט מתערב אך ורק כדי למנוע נזק לזולת נקרא **עיקרון מניעת הנזק -**

Offense Principle. היה עיקרון מתחרה באותו זמן שנקרא **עיקרון העלבה - Harm Principle** מדובר בדבר מקומם ומעליב. מיל דחה לחלוטין את ה-Harm Principle יש לציין שהוא הראשון שטען כי יש להוציא את כל חילוקי הדעות שבחברה החוצה, שאנחנו נדבר על הכל במקום ציבורי. הנזק שעל המשפט היה למנוע אותו מצומצם ומוגבל לנזק פיזי ואינו כולל את כל הנזקים שנכנסים לקטגוריית ה-Harm Principle. מיל דחה את ה-Harm Principle המשפט אינו צריך להיכנס ולמנוע כל מיני סוגים של העלבה.

מיל – חירות:

חווה בו אדם בגיר וכשיר מוכר את עצמו לעבדות מרצון ובדעה צלולה. האם המדינה צריכה להתערב ולשלול זאת. הטענה של מי היא כי להשתמש בטענה שנגזרת מחירות כדי לשול חירות יכולה להיות בסתירה פנימית. חירות שבאה לשלול חירות אנו לא נכיר בה. אי אפשר לחייב אדם לביצוע של שירות אישי – חוק החוזים תרופות.

מיל: שימוש בחירות כדי לשלול חירות אינה מוצדקת

זכויות:

- זכות – חובה. זכות לכבוד האחר חייב לכבד. אם אתה פוזיטיביסט – מערכת זכויות וחובות נובעות רק מהחוק. אם אתה איש טבע לא חייב שהזכויות ינבעו מהחוק הפוזיטיבי.
- העדר זכות – חרות – חופש הדיבור יש זכות לדבר אך אין זכות להכריח אדם להקשיב.
- מול בעל הזכות – קיימת חובה (אם יש לי זכות בנכס לאחר יש חובה לצאת ממנו כשאבקש)
- מול בעל הזכות לא קיימת חירות (אם יש לי זכות לנכס שלי לאחר אין חירות להיכנס)

כנגד מיל כותב סטיפן – יש גבול לחירות, מצבים בהם נאמר שההתנהגות של הפרט, גם אם היא לא פוגעת בזולת, היא בלתי נסבלת – החברה לא סובלת אותה. גישה מערבית ליבראלית קלאסית בה תפקיד המשפט הוא לווסת את תחומי ההתנהגויות כדי שהאוטונומיה של אדם לא תתנגש עם האוטונומיה של הזולת. במקרים של שאלות מוסריות שיש בהן קורבן הגישה תאמר כי זהו התפקיד של המשפט.

תחום המשפט לפי מיל

מיכון שהחברה צריכה לשקול את המיטב של כולם והחירות של כולם, מכיוון שלא נוכל להביא את סך האושר ליותר אנשים אם לא נכיר בחירות אינדיבידואלית לכל אחד ואחד. נקודת המוצא היא החירות האינדיבידואלית כי ההכרה בה מביא בסופו של דבר את מקסימום האושר לכל אחד ואחד ולכן זה שיקולי מוסרי ראוי. נקודת המוצא הזו תוחמת את תפקיד המשפט, שתפקידו לווסת את החירויות השונות של בני האדם. לפי לא נתערב בשיקולי שאין בהם קורבן, פגיעה. לפי מיל המשפט יאכוף מוסר רק כאשר נזהה קורבן. זנות לא נתפשה בתקופתו של מיל לקורבן.

סטיפן – יש מצבים בהם גם החברה אומרת עד כאן. גם אם אין קורבן. לדוג' עבדות. החברה רשאית להגן על עצמה משום שאלו מאפייני החברה, סביבם התאגדה החברה. היא רשאית להגן על הנורמות שלה משום שזה מה שמאפיין אותה כחברה.

פולר – משפט טבעי פרוצדוראלי – גישה נון-פוזיטיביסטית.

גישות:

גישתו של פולר היא גישה נון-פוזיטיביסטית. הוא התווכח עם הארט בויכוח הידוע the fuller hart debate. כנון-פוזיטיביסט הוא לא מסכים להפרדה הקטגורית בין המשפט והמוסר. הוא סבר שיש קשר בין משפט ומוסר. לשיטתו, המוסר הוא פנימי לחוק.

לפי פולר לא כל חוק שנחקק הוא חוק אלא יש לבחון את 8 העקרונות - עקרונות אובייקטיביים בכדי לדעת האם החוק תקף. זהו סוג של חוק טבע (בשונה מקיקרו ואקווינס).

משפט הטבע מושתת על תבונה והוא אמת מידה לבדוק את התקפות או הלגיטימיות של החוק. הוא עוסק באובייקטיביות של תהליך החקיקה ולא על תוכן החוק. חוק טבע במובן הזה שאנו שופטים את התקפות או הלגיטימיות של החוק לפי מערכת שאיננה החוק עצמו – חוק טבע פרוצדוראלי, עוסק בתהליך יצירת החוק.

שמונת העקרונות של פולר

פולר ערך רשימה של שמונת העקרונות של מוסר פורמאלי הנחוצים להצלחת כל מערכת משפט. בלי הקפדה על עקרונות אלה, אין לנו מערכת משפט בכלל. מעין משפט טבעי מצומצם ומודרני, יש מוסר ספציפי השייך למשפט ורק שהוא פוגע במשפט יש מקום לביקורת. מגיע פולר למוסר הפנימי של המשפט בכך שאומר כי בכדי שהמשפט ימלא את מטרותו יש לשמור על מוסר מסויים, של יעילות וניהול נכון.

העקרונות המאפשרים ניהול תקין ויעיל של המשפט :

- א. כלליות- (ולא הכרעות מקומיות ed hok) המשפט צריך להיות ככלי ולא אישי כדי שיהיה יעיל וכי אם לא יהיה כללי (אישי) הציבור לא יקבל אותו וכך יכשל. כל הוראה צריכה להיות בעלת אופי ככלי כדי לא להפוך למקוממת. כלומר, אין לבחור ביוצא מן הכלל, משהו אישי, אלא לשמור על כללית.
- ב. פרסום- כדי שאזרחים ידעו את הסטנדרטיים שעל פיהם הם חייבים לנהוג.
- ג. רטרואקטיביות- יש לצמצם חקיקה ופסיקה רטרואקטיבית.

- ד. **בהירות** - יש להבהיר את המשפט לציבור - הוא חייב להיות ידוע מראש ומוגדר בצורה ברורה. החוק חייב להיות ברור, מוגדר בצורה ברורה, הוראות חייבות להיות ברורות.
- ה. **עקביות** - המשפט צריך להיות נקי מסתירות.
- ו. **ניתן לביצוע** - המשפט חייב להיות ניתן לביצוע, אם רוצים שהמשפט יהיה יעיל אי אפשר להוציא הוראות שהציבור אינו יכול לעמוד בהם.
- ז. **יציבות** - על המשפט להישאר יציב ככל שאפשר במשך הזמן. אין לשנות את המשפט באופן מתמיד, המשפט יישאר יציב ככל שאפשר במשך הזמן.
- ח. **התאמה בין תיאוריה ומעשה** - צריכה להיות התאמה בין המשפט המפורסם והמובהר לציבור ובין ישומו בפועל.

יכול להיות פער בין המשפט לבין יישומו במישור הפרקטי, כמו איסור שלא נאכף. לדעת פולר תופעה זו עלולה להכפיש את שמו של המשפט וכך יקרוס. זהו המוסר הפנימי של המשפט ומערכת המשפט חייבת לקיים את שמונה התנאים בכדי להתקיים ושהם נובעים מייעילות. ישנם חריגים, יוצאים מן הכלל, כמו פגיעה בעקרונות אך לדעת פולר כל עוד הפגיעה היא במיעוט זה תקין, ואם הופכת לשכיחה, אזי שהפסיקה להיות מוסרית ואין לציית לה.

פולר מביא 3 חריגים:

- ◇ **רטרואקטיביות** – מקובל בתנאי שאינו הופך לשכיח.
- ◇ **יציבות** – כאשר יוצרים תיקונים בחוק, הדבר יוצר חוסר יציבות אך התיקונים חיוניים. לכן אין להפוך את המצב לשכיח ולא ליצור שינויים מאסיביים בכדי לא לגרום לקריסת המשפט. ועל כך הכלל כי החוק האחרון גובר על הראשון.
- ◇ **פער בין תיאוריה ומעשה** – ישנם מקרים שתזוזה מן המשפט יכולה לתרום מוסרית ופרקטית. לדוגמה, המתת חסד, נחשבת לרצח במשפט הפלילי מכיוון שמתייחסים למניע, אך בפועל יש מניעה של סבל מאותו חולה ומבני משפחתו ובנוסף חיסכון כלכלי וניצול משאבים. על כך לדעת פולר זהו חריג מבורך ולגיטימי.

1958, סוף המאה ה-19: **ויכוח פולר – הארט**

האם חוק יכול להיות חוקי וגם לא מוסרי?

לאחר מלחמת העולם השנייה היה משבר גדול בשאלה זו וביחס לנאצים. בספרו של פולר **שהתפרסם באותה התקופה (על מוסריות החוק)** מטרת הסיפור היא להדגיש את הצורך במערכת נורמטיבית, הצורך במערכת משפט כאשר לא די בחוק הוא ממחיש את הצורך במשפט ע"י תיאור שלבים הדרגתיים.

פולר מספר על **המלך רקס** שמלך עקב כישלונות קודמיו, וערך רפורמות, על כך שהוא נותן משפט לעמו. הוא ביטל את כל החוקים הקיימים, ניסח קודקס על בסיס הד חוק, חוקים בניסוח שלו וזכויות לפי מה שנראה לו לנכון מתוך כוונה שמפסיקתו יתגבשו כיווני חשיבה וערכים.

רי סטייטמנט ע"י המלך רקס (הצהרה מחודשת) – restatement בנוי על מקרים שהיו. מנסחים את הערכים ממקרים קודמים. המלך רקס נכשל כשלון חרוץ. אם חלק מתפקיד המשפט הוא לכוון התנהגות האדם צריך לדעת מראש מה ייעשה לו כדי לכוון את חייו.

לאחר כישלוננו עם ההצהרה המחודשת ניסח קודקס אך שמר אותו בסוד. אך שלא הצליח להשיג תוצאות התנהגותיות. בסוף השנה, מחליט לפרסם את הקודקס ואת ההחלטות שהיו לגבי השנה הקודמת בכוונה להחיל ענישה למפרע. כדי לשמור לעצמו את הכוח, המלך מנסח את הקודקס בצורה לא ברורה ובאופן לא חד משמעי. מכאן ניתן להסיק כי אם אין הגינות אין תוקף לחוק. כאשר אנו בודקים אם עניין הוא חוקי לפי חוק – מעוגנים, עלינו לשאול גם אם החוק הוגן – הגינות. שאלה נוספת היא מה הכוונה מחייב אותי? המשמעות של חייב. כאשר המחוקק קובע בחוק האם אני חייב לא לעבור על החוק או שכדאי לי לא לעבור עליו. לדוגמא, בחוק העונשין לא נאמר "לא תרצח" אלא נקבע רק דין הרוצח האדם עושה את השיקולים שלו ה כדאי לו. (שאלה יסודית). רקס מוכן להודות בצורך להקים גוף מקצועי שיקים קודקס ידוע, צופה פני עתיד, בהיר. אבל הקודקס היה מלא **סתירות, אי בהירות**. האזרחים הפגינו ולכן שוב הופקע החוק. רקס מחוקק חוקים וכל מי שלא יעמוד בהם יקבל 10 שנות מאסר. הבעיה היא כי לשלטון לא תהיה **אפקטיביות**. החוק צריך להיות משהו שהחברה תעמוד בו. נוצר פגם מוסרי משיטה זו.

נוצר מרד ובסופו של דבר, מחוקקים קודקס צופה פני עתיד, ללא סתירות, בהיר, מפורסם וחד משמעי, מוסרי, תואם את תודעת הציבור, כלומר קודקס לדוגמא. היישום של הקודקס לא תמיד היה אפשרי. והיה צורך בשינויים בכל תקופה קצרה. על כך גם היו הפגנות ולאחר זאת נכתב קודקס שבאמת היה מושלם.

לסיכום: ככל שחוק מכוון התנהגות, חלק ניכר מעקרונות אלו נראים טריוויאליים.
המבחנים לשאלה האם החוק רלוונטי, לכך עלינו להבין מהו ההיגיון הפנימי של החוק.

פולר החזיק בסוג מסויים של משפט טבע – פרוצדורלי – המוסר הפנימי של החוק. מוסר חיצוני של החוק (לא תרצח, לא תגנוב) משפט טבע מהותי – אמת מוסרית אחת שניתן לגלות אותה ! עפ"י אמת זו ניתן להסיק כי המשפט הנאצי לא היה מוסרי וניתן לשפוט אנשים למוות .

מוסר פנימי של החוק – הפרוצדורה של הליך החקיקה – דרישות מוסר לגבי הליך החקיקה משפט טבע פרוצדוראלי – עפ"י קריטריונים :

מוסר שאינו תלוי בהליך החקיקה – מוסר נטו – אובייקטיבי – עצמאי – משפט טבע !!!
האם צהוב יפה – סובייקטיבי, האם רצח עם הוא טוב – אובייקטיבי.
המבחן של פולר היה המוסר בהליך החקיקה.

הויכוח בין משפט טבע לפוזיטיביזם: האם המשפט "ניטרלי" או "אדיש" למוסר?

גישות:

מוסר חיצוני של החוק – זהו מבחן החוק עפ"י השלכותיו המוסריות. מוסר חיצוני – הכוונה: שיש אמת מידה אובייקטיבית מחוץ למשפט שקובעת האם משהו הוא משפט? היבט תוכני.
מוסר פנימי של החוק – משפט טבע פרוצדוראלי. דרישות מוסר לגבי תהליך החקיקה. ישנם מספר תנאים שיש לקיים כדי שהחוק יהיה מוסרי. היבט פרוצדוראלי.

קשר בין הרעיונות: דמיון/שוני:

*אבן הבוחן האמיתית בין הגישה הפוזיטיביסטית למשפט לבין משפט הטבע היא:

הגישה הפוזיטיביסטית: החוק הוא מה שחוקק ע: בני האדם.
משפט הטבע: ישנם ערכים מוחלטים שקובעים בין היתר אם משהו נחשב לחוק.

גוסטאב רדברוך – פוזיטיביסט

- פקודה – לא חייב לציית לפקודה בלתי חוקית בעליל, הדגש הוא על התוקף ואנשים גולשים משאלת התוקף לשאלת המוסר. לא אומר שחייבים לציית לחוק אלא לתוקף של החוק. החוק היה תקף אולי היה לא מוסרי אבל תקף.
- הערכים – **צדק, הטוב הכללי/ הציבורי, ערך עצמי-וודאות משפטית**. המודל הקלאסי של הפוזי – קודם וודאות ואח"כ צדק/טובת הכלל, וודאות היא חשובה אבל היא אינה חזות הכל. הפוזי רצו וודאות.

גוסטאב רדברוך – רדברוך משלב בין הגישה הפוזיטיביסטית לבין משפט הטבע. מובילי הפוזיטיביסטים החשובים של גרמניה.

1. בחוק הנאצי היה חוק שצריך להלשין על בוגדים. האם הסעיף הזה ראוי?
1:0 נגד הפוזיטיביסטים! -דוג' לבעיה בגישה הפוזיטיביסטית הרואה בגורם האנושי-עליון מוחלט מקרה נוסף- חייל נמצא בחזית המזרחית נגד הרוסים והיהודים.
חייל אחד עורק ועובר דרך הבית ובמקרה נמצא שם הסמל שרוצה להחזירו לשרות, כדי לברוח ממנו הוא הורג את הסמל, מעמידים אותו לדין אחרי המלחמה גם על עריקה וגם על רצח. התביעה אומרת שאכיפת שרות צבאי שכזה במלחמה זו אכיפה אינה חוקית ומותר לו להתגונן, הגנה עצמית. ואיך קבעו כי אכיפה שכזו אינה חוקית? משום שאינה מוסרית= עפ"י משפט טבעי. כל המקרים האלו מראים לנו שההגנה הפלילית נשענת על כך שאנו לוקחים סעיף חוק שהוא חוקי בכל קנה מידה אחר ומרוקנים אותו מכל תוכן משום שהוא לא מוסרי!
ההנחה הזו מתאימה מאוד למשפט הטבעי, אך איך הנחה כזו יכולה להסתדר עם המשפט הפוזיטיביסטי?

אסטרטגיה ראשונה – גם הפוזיטיביזם נשען על תוכן מינימאלי של מוסר, ישנה דרישה מינימאלית של תוכן מוסרי ואכן זה אינו חוק.

רדברוך אומר שהחוק הוא חוק והוא תקף אבל ישנו סירוב פקודה, לא לכל פקודה חייל מציינת.
המשפטן שהולך בגישה הזו לא פיתח מספיק את הרעיון שגם לאזרח צריך להיות גבול כמו לחייל, מקום שבו הוא לא מציינת. החוק: שאיפה לצדק ומה שמטיב עם כולם. (השאלה מי מחליט מה טוב?)

רדברוך אומר שהמשפט שואף **לצדק** ומדבר על **הטוב הכללי והציבורי** וישנו גם הערך של **וודאות משפטית**, במקום לדבר על אחד שגובר על השני נכון יותר **לעשות איזון**.

כדי שהאזרח ידע איפה הוא עומד אי אפשר להשתית את המשפט על מושגים נזילים כמו צדק ולכן **הוודאות עמדה בראש הפירמידה**, אך דבר כזה גורם לכך שהמשפטן לא יבין את הצורך בטובת הכלל ובצדק, הדבר הנכון הוא לעשות איזון בניהם.

הצדק הוא הבסיס לחוק, אם ישנו אי צדק קיצוני זה לא נכנס לדיון, זה אינו חוק תקף. אך חשוב לאזן את זה עם וודאות וטובת הכלל.

אסטרטגיה שנייה- שהארט – הצגה כבעיה חוקית מסתירה את הבעיה המוסרית – ואם זה חוק אז מה תציית. הכרה בחוק הרע מול חקיקה/ענישה רטרואקטיבית
אומר דבר אחר לגמרי. חוק יכול להיות חוק תקף ורשע ואסור לציית לו. החוק הוא חוק והשאלה האם לציית לו זו שאלה אחרת. החוק הנאצי הוא חוק אך אסור לציית לו. (לדעת הארט)
הטענה של הארט היא שגם אם החוק חוקי לגמרי גם אם הוא רשע, ניתן להעניש ענישה רטרואקטיבית מכוח המוסר. הארט מתעקש לעשות את ההפרדה מאחר שקל להתבלבל בין מוסר לחוק, אסור להסתתר מאחורי החקיקה, תמיד יש לשקול את העניין מבחינה מוסרית.
הטענה כלפי מציית לחוק רשע אינה שהחוק לא חוקי אלא שהציות לחוק אינו מוסרי.

פורמליזם

מושגים:

ניתוק המשפט מהמימד הערכי שלו.
הגישה הקלאסית של ניתוח המשפט היא פורמליסטית.

גישות:

תאור הגישה- השופט, הצדדים מתעסקים בהיגיון הפנימי של המשפט וחוקיו. הנורמות חוצצות בין מקבלי ההחלטות לבין הנימוקים שיכולים להצדיק את ההחלטה. מי שמפעיל את הנורמה לא שואל את השאלות החברתיות שקדמו לאותה יצירת נורמה. חשיבה משפטית שונה מהחשיבה של חקיקה. יצירתיות מוגבלת במסגרת ההליך המשפטי-דוקציה/ אינדוקציה עפ"י legal reasoning. קיימת נורמה מוכנה והשופט רק מוצא אותה מסיק אותה ומחיל אותה לעומת שקילת מידת הרציות הערכיות של החלופות השונות.

יעדי המשפט העיקריים: פתרון הסכסוך.

מאפייני הפורמליזם:

הפרדת רשויות נוקשה כעיקרון דמוקרטי - בחינת סמכות הפעולה/ ההחלטה המנהלית. לעומת סבירות הפעולה/ ההחלטה.

שפה מקצועית קהל יעד- עולם המשפט במובן צר רחב. שפה- השופט אנוס עפ"י דיבור של החוק מרכזיות לשיקולים פרוצדוראליים

ירידת הפורמליזם- החל משנות ה-80

ירידת התפיסה של המשפט כמכריע בסכסוכים ותכנון / וודאות- מעבר לראיית המשפט כמכשיר חינוכי/ הצהרה ערכית.

קהל היעד- מעבר מהצדדים / קהילה משפטית- לפנייה אל הציבור.

דרכי טיעון- מעבר מהוכחה לשכנוע.

מעבר מהגנה על זכויות ספציפיות- לזכויות כלליות

הקטנת מבחן הלשון (של החוק/ החוזה).

דוגמאות לתקיפת הפורמליזם- (דוג' למושגים שהם רק כביכול אובייקטיביים)

-חוזים כמפגש רצונות

-העדפת צדק מתקן על פני צדק חלוקתי.
-הגדרת השוויון מחדש. - האם השוויון מוגדר כשוויון מהותי או שוויון מתמטי
-מי שתובע הוא זה שצריך להוכיח.
-מקומו של זכות הקניין כזכות מוגנת
אם אתה מדבר על המשפט כמושגים מוחלטים זה לא אומר שזו ההגדרה המוחלטת!
אפילו בחוק הפלילי המושגים מכוונים.
הגישה הפמיניסטית לדוג' אומרת אל תקבלו את המושג מוכן מראש אלא תשאלו על אופן הגשת
המושג. כמו לדוג' הגדרת האונס, פס"ד אליס מילר- התנועה הפמיניסטית הביקורתית תאמר כי
ההגדרות מראש נכתבו ע"י גברים ולכן זה משפיע על המשפט וצריך לבקר זאת!
הביקורת קוראת לפקפק על עצם ההגדרות הכביכול מוחלטות.
התנועה הפמיניסטית-שלבי הביקורת-
-שוויון זכויות בסיסיות
-מיליטנטי- שוויון "עיוור"- דחייה של כל האלמנטים
-ביקורת "מאירה"
כשאתה מתייחס לשוויון אריתמטי אתה חייב לפצות על הבדלים מסוג אחר.
התפקיד של הביקורת לחשוף מה עומד מאחורי הסיסמאות, לבדוק את ההשלכות, להבין אותן,
לשבור את המסתורין ולהגיע לרמה גבוהה של קוהרנטיות.
דוג' נוספת- ממשפט וכלכלה- הניתוח הכלכלי של המשפט- רעיון שצמח באוניברסיטת שיקגו-
יש נושאים שבצורה מובהקת השאלה המשפטית שלהם חותכת את השאלה הכללית-
הגבלים עסקיים, מונופול, מיסים וכו'
הטענה של גישת הביקורת כלפי ניתוח זה- אם נפתח את הראש ונהיה מוכנים לכללים בהגדרה
שלנו- מה זה מחיר, מה זו סחורה? נראה שהתחום הרבה יותר רחב ממה שנדמה.
המקור לגישה שמנתחת את המשפט מבחינה כלכלית היא האמונה שהאדם מנהל את חייו באופן
רציונאלי = האדם מכלכל את צעדיו. במקרים בהם אין רציונאליות יכנס הריגולטור
מתיאור מצב הרחבנו את הריאליזם לחשיבה ביקורתית כמו זרם הפמניזם.

ריאליזם, פורמליזם - הולמס

גישות:

דוורקין - ההשפעה השיפוטית על החברה, לב העניין של המשפט הוא להתחשב במדיניות במסגרת
השיפוט, דבורקין בודק היכן נגמר המשפט ומתחילה הפוליטיקה – סוג של שיכלול הגישות
הרווחות בציבור. שיקולים אילו אינם חלק משיקולי השופט.

הולמס

היה ב-1897 שופט בבה"מ העליון של מסצ'וסטס. המאמר נחשב לאחד החשובים ביותר בתחום
של תורת המשפט.

הולמס-ריאליסט- החיים הם לא מתמטיקה/ הם לא מכאניקה! החיים זה גם התפישות

השגויות, החיים דינמים. המשפט זה גם תוצאה של הדעות הקדומות שהרי הם הקובעים את הכללי יותר מאשר ההיקש הלוגי.

הפורמליזם והריאליזם: הולמס הוא אבי הגישה הריאליסטית למשפט. בשלב מתקדם יותר: בשנות ה-20 וה-30 הוקמה תנועה מרדנית של הריאליזם בארה"ב, אשר ביקורתם הייתה מופנית כלפי הפורמליזם. פורמליזם וריאליזם זה לא שתי תקופות היסטוריות זה למעשה שתי גישות שקיימות. "חיי המשפט לא היו היגיון אלא ניסיון"- משפט שהוא לב הויכוח בין פורמליזם לריאליזם. מי שרואה את המשפט כפורמליזם רואה אותו למעשה כצורה. אם אני אדע את המיקום של כל דבר בעולם ואוכל לתת תחזית לאורך כל הדורות נוכל לדעת מה יקרה עד אחרית הימים בדיוק מוחלט אך אנחנו יודעים היום שישנו גורם של אקראיות- בחירה חופשית מסוימת שעושה את זה אחרת. התפיסה של הגישה הפורמאלית היא למעשה מיכנית/ טכנית/ מתמטית. **הפורמליזם**- יש אמת אחת והיא ההיגיון והיא מבוססת על ההיקש הלוגי **הריאליזם**- ההחלטה הסופית היא הנכונה גם אם אינה עונה על ההיגיון משום שהמשפט אינו מתמטיקה.

*הריאליזם אומר כנגד הפורמליזם שעם ההיגיון ניתן להגיע להחלטות בלתי מתקבלות על הדעת. ריאליזם- חוק אינו חוק עד שהוא מופעל. ההכרעה ממוקדת בעובדות ולא בשיקול המשפטי. **דוורקין** הוסיף את העקרונות ואמר שאותם עקרונות הם גם חלק מהכללים שבבסיס המשפט!

*הריאליזם בשונה מפורמליזם מכניס בנוסף על הכללים והעקרונות של המשפט (עפ"י דוורקין) גם שיקולי מדיניות חברתית.

מס' דברים שהולמס מדבר עליהם:

1. המשפט כוחני- זוהי הנבואה/ החיזוי.
2. מפריד בין משפט לבין מוסר.
3. מאמץ את נקודת המבט של האדם הרע.
4. תיאורית החיזוי של המשפט.
5. המשפט לא שווה לוגיקה/כלכלה/יופי, נקודת המפנה מגישה פורמליסטית לגישה ערכית יותר.
6. תפקיד ההיסטוריה: להבין חוק, לדעת מה מטרתו. אימוץ נקי מבטו של האיש הרע - הולמס - מה זה אומר ש' אומר שלוקח את עמדת ה"איש הרע"? האם ראוי שאדם יגיד שיש להתייחס למשפט כמו שאנשים רעים מתייחסים לכך? לא ראוי להסתכל כך על המשי-מנק' מבטו של האיש הרע.

ריאליזם משפטי- אוליבר וונדל הולמס - מה שיצר את המשפט זה לא הלוגיקה שלהם! אלא התיאוריות המוסריות, הפוליטיות, החברתיות, האינטואיציות, המודעות או הלא מודעות של המדיניות הציבורית. אפילו הדעות הקדומות הם אלו שקבעו את הכללים הקובעים את התנהגות בני האדם יותר מאשר ההיקש הלוגי. משפט זה חיזוי מה מערכת המשפט תעשה עם האיש. תת/ חוסר קביעות- שלטון החוק אינו קבוע בהכרח או באופן בלעדי את התוצאה המשפטית! המשפט זה לא מכאניקה או מתמטיקה! הכללים אינם קובעים את התוצאה באופן מוחלט!! ישנו מרווח

מסוים וזה בדיוק המרווח בו נכנס הריאליזם. לא דטרמיניזם אלא קצת פחות! אין עובדות המקרה באופן גולמי יש משמעות מכרעת לדרך בה הן מוצגות (עדים, עורכי דין, שופט, חבר מושבעים)

הריאליזם צומח מתוך התובנות הללו - ספקנות לגבי הגדרת הכללים, ספקנות לגבי הגדרת העובדות בצורה מוחלטת, המשפט אינו רק לוגיקה אלא יש עוד משהו באמצע. אלו שיקולים רשאי לשקול השופט?

שפיטה: חוק אינו חוק עד שהוא לא מופעל ע"י שופט, ההכרעה ממוקדת בעובדות ולא בשיקול המשפטי, ביסוס ההחלטה על הטיות ערכיות (אישיות או חברתיות), צריך להיות תפקיד גדול יותר לשיקולי מדיניות חברתיים ומדעי החברה.

דוג' - מדינת ניו יורק טענה שיש חוקים שנחקקו ושהם לא חוקתיים משום שהם נוגדים את חוקי החוקה!

הטיעון של **ברנדייס** בפסקי דין מעין אלו - אני לא יכול להתעלם מההשפעה על החברה! אני לא חי בבועה! לאט לאט הגישה הזו הופכת ומושרשת.

עד כה דברנו על כללים וסטנדרטים - הם אלו מה שהארט אמר = כללים ראשוניים. **דוורקין** הוסיף לזה שהמשפט לא כולל רק כללים אלא גם את היכולת לדלות מתוך הכללים את עקרונות השיטה. **הריאליזם** - רואה את השקלול של שאלות מדיניות במסגרת שיקול הדעת כלגיטימי.

ביקורת על החינוך המשפטי - מציגה מצג שווא של ניטרליות ושל פורמליזם. מעבר ממשפט כמדע לדיון בבעיות המונחות בתשתית המשפט. הריאליסט בא ואומר אם אתה מתעלם מהתשתית של המשפט אתה חוטא למטרה. הריאליסט אומר ששופט בית המשפט העליון הוא לא העליון! אתה מונע דיון רציני בכך.

* המשפט אכן מוצג בצורה פורמליסטית, כל מי שקורא פס"ד רואה מבנה אינטלקטואלי משכנע. הולמס אמר **שהמהות של המשפט היא סובייקטיבית, רק הצורה היא פורמליסטית**. המשפט בצורה חיצונית נראה פורמאליסטי אבל אם בודקים אותו לעומק מבינים שזו רק הסובייקטיביות של השופט.

הולמס אומר:

* ששופטים הם אינם שופטים הם מחוקקים. האמת היא שאין שום הבדל בין מחוקק לשופט, שניהם מחליטים על פי מה שהם חושבים שהוא טובת הציבור, שופט רק נראה שהוא עושה משהו אחר אבל למעשה הם עושים בדיוק אותו דבר הם פועלים על פי מדיניות ציבורית שעליה הם מלבישים לבוש פורמאלי.

* יש להפסיק עם המשחק הזה, עם הכחשת העובדה הזו, כולנו מכורים לפורמליזם משפטי, הציבור רוצה שהמשפט יהיה יותר מסתם דעות של אנשים שיש להם את התואר 'שופט'. לא רוצים להיפרד מהרעיון שהמשפט פורמאלי סטי והשופטים מתנהגים בצורה אובייקטיבית. הולמס אמר שחייבים להפסיק עם ההתמכרות הזו. זה השלב הכי קשה בטיפול בהתמכרות.

* שאחרי השלב שהצלחנו להתגבר על ההכחשה, מגיע שיפור החשיבה המשפטית הריאליסטית, אחרי שהודנו שאנחנו עוסקים במדיניות המשפטית אז נוכל לעשות משפט טוב יותר, במקום של אחד יסתמך על אידיאולוגיה שלו וינסה לשכנע את הציבור שהוא באמת ניזון ממשפט

אובייקטיבי, אנחנו נשפוט על פי מגוון רחב יותר של אידיאולוגיות, נבדוק את המדיניות הציבורית בצורה מאוזנת יותר, אנחנו לא מתיימרים להיות מיישמי כללים באופן מדעי, אנחנו נודה באמת. נזמין לבימ"ש נציגים של כל הדעות המוסריות ואז פס"ד יהיה מאוזן יותר. כלומר, הבה ונודה שאנחנו חולים, ואם אנחנו רוצים להחלים אנחנו נעשה משפט טוב יותר, השלב הקריטי בטיפול הוא להודות באמת- אם השופטים יודו שהם מיישמים מדיניות ציבורית אז נוכל להתקדם ולשאול דעות נוספות של מומחים באותו נושא.

"מה מרכיב את המשפט?"

תמצאו כותבים מסוימים המספרים שזוהי... מערכת תבונית שזהו היסק מעקרונות של מוסר אקסיומות מוסכמות או מה שלא יהיה אשר תואמות או לא תואמות את ההחלטה השיפוטית אבל אם ניקח את חברינו האיש הרע לא אכפת לא שתי פיסות קש לאקסיומות או היסקים אבל הוא כן רוצה לדעת מה בתי המשפט יעשו אותו למעשה."

הובס (פילוסוף אנגלי, 1679-1588). קשור למשפט הטבעי.

"הלוויתן" – מייצג את השלטון. מצבם הטבעי של בני האדם מבחינת אושרם ומצוקתם. בעצם הצידוק של שלטון חילוני, התפיסה באנגליה במאות הקודמות דיברה על הזכות האלוהית של המלך. "בני אדם שווים מטבעם" – הרעיון כאן שבני האדם שווים ולא זהים, אלא שווים במובן העמוק שלא מצדיק אפליה, במכלול. השוויון מביא לידי אי ביטחון. בני האדם רוצים להשיג את מטרותיהם וכאשר שני בני אדם רוצים באותו הדבר הם נעשים אויבים בדרך להשגת התכלית שבעיקרה היא שמירה על קיומם. לדוגמא: קין והבל שרבו על חלוקת היקום ביניהם: בין המיטלטלין לבין האדמות. ישנם מריבות בין בני אדם שנובעות מסיבות שונות כאשר המשאבים מוגבלים.

מחויף למצב מדיני – כאשר אין מערכת מקיימת ישנה מלחמת כל בכל, אי יציבות חברתית בחברה עצמה ובין מדינות. הצל הכבד של אי היציבות מונע יצירה מהפחד ש"ייקחו לי", ואז נוצר מצב בו אין חריצות כפיים משום שפירותיה אינם בטוחים, אין כלים, אין פיתוח של אומנות, אין ספרות ולבסוף – אין קיום של חברה. הגרוע מכל הוא הפחד הבלתי פוסק של האדם החי בדידות, מאוסים, בהמייס וקצרים. בני האדם מוסרים את החירויות שלהם למלך בכדי שיאפשר להם להתפתח וישמור על הסדר החברתי על מנת למנוע כאוס.

בני אדם שווים מטבעם - הטבע עשה את בני האדם שווים בסגולות גופם ורוחם. כיום משתמשים במילה חוק במובנים רבים. עלינו לשאול מה ההבדל בין חוק למוסר? האם ישנם "חוקים" שאינם מוגדרים כחוק? – לדוגמא טיפול בילדים, אמונה דתית וכו'.

מצב המוצא, המצב הטבעי, זה מלחמת כל בכל. אדם לאדם זאב. האדם רודף כוח ושליטה. ההתפתחות האנושית היא צורך של בני-אדם להתאגד. כל אחד מנסה למקסם את העלויות שלו. תורת משפט פוזיטיביסטית. בני האדם שונים אבל שווים. אין הצדקה לאפליה, שוויון יוצר חוסר יציבות ונוצר חוסר ביטחון ומריבה על משאבים ולכן יש צורך ביצירת כללים ונהלים. במלחמה אדם חיי בפחד בלתי פוסק, שהסכנה אורבת בכל מקום. אדם חי בדידות, קצרים ומאוסים.

הסדרים קיימים כדי לתאם בין הרצונות של החברה. צריך גורם מתאם (שליט), ובעידן המודרני זה המשפט כולו שתפקידו לתאם בין הרצונות ליכולות וכך לאפשר קיום חברתי.

פזיטיביזם - סדר חברתי שבני אדם קבעו לנהל את עניינם.

מצבם הטבעי של בני אדם מבחינת אושרם ומצוקתם :

"בני אדם שווים מטבעם-הרי אין בין אדם לחברו הבדל ניכר כ"כ שעל סמך כן יהא האחד יכול לתבוע לעצמו איזה יתרון שלא יוכל גם חברו להעלות תביעה אליו". שוויון מביא לידי אי ביטחון. שוויון זה בכושר בלב הבריות תקווה שווה להשיג את תכליותיהם לפיכך כששני בני האדם רוצים בדבר אחד ואין אפשרות שיהנו ממנו שניהם גם יחד, הם נעשים אויבים זה לזה..". אי ביטחון הדדי מביא לידי מלחמה. (כמו לדוג' דילמת האסיר). מחוץ למצב המדיני- "קיימת תמיד מלחמת הכל בכל- מכאן אנו למדים שכל זמן שבני האדם חיים בלי כוח משותף שיטיל מוראו על כולם שרויים הם באותו מצב הקרוי מלחמה וזוהי מלחמת כל אדם בכל אדם". בתמצית- הוא מאמין שהמצב של בני האדם שיתנהלו ללא חוק שיוצר ביניהם אבחנות ונפקויות לאותן אבחנות יגרום לאנרכיה וקיומו של חוק למעשה מציל מאנרכיה זו

שלוש עקרונות של משפט טבעי:

1. **רדיפת שלום** - זו צריכה להיות השאיפה של כולם משום שהיא מיטיבה עם כולם.

2. **הגנה עצמית** - בכל דרך.

3. **הזדיונות בחירות** - אני מרשה לעצמי את אותה מידה של חירות שאני מוכן שתהיה לאחרים.

בכדי שיתקיימו שלושת העקרונות הללו חובה על המדינה לשמור על הסדר בחברה. יש לאפשר לבני-אדם חירות מוחלטת כל עוד הם לא פוגעים ברכוש, בגוף וכדומה. כל התערבות של המדינה מעבר לזה משבשת את המשפט הטבעי.

סיכום הובס – במאה ה-17 מתאר בצבעים אפורים, על דרך השלילה, את המצב ללא משפט. מכיוון שהמשאבים מוגבלים נוצר מצב של חוסר יציבות, כאשר באחריות החוק היא לתאם בין המצב לבין המשאבים המוגבלים לבין החברה. החוק בא לעשות סדר. המימד שהובס הוסיף הוא לא רק שהחברה תתפורר, אלא שזה פועל בשרשרת ומשבית את הפעילות החברתית כולה.

הופלד

זכות מכל סוג היא אף פעם לא דבר עצמאי, אלא דבר אינטראקטיבי. יכול להיות שלאדם זכות מסוימת, אשר בהקשר אחד היא הזכות החלשה ובהקשר אחר היא הזכות החזקה.

• החלק הראשון בטבלה : מול כל זכות עומדת חובה. ומול חופש יש העדר זכות.

• החלק השני בטבלה : הזכויות "כוח" ו" חסינות".

על פי הופלד : **בחלק הראשון בטבלה** ; , כאשר מדובר בזכויות, הגדרת הזכות לעולם לא תהיה אובייקטיבית, אלא תמיד תלויה בחובה שעומדת מולה. חופש משמעותו היא שמותר לאדם לעשות כל מה שירצה, וכל מי שרוצה למנוע ממנו לממש את החופש שלו, יכול לעשות זאת רק בעזרת חוק. **במצב הטבעי**, ללא מסגרת מדינית או אמנה חברתית **כל דבר הוא מותר**. האמנה החברתית בוחרת חלק מההתנהגויות והן כעת מוסדרות בחוק. במסגרת האמנה החברתית,

בני האדם ויתרו על חלק מהחופש שלהם, על מנת שיוכלו לחיות במסגרת מדינית מסודרת. בית המשפט, תפקידו לקבוע את הגבול: היכן מסתימת זכותה של המדינה להגביל את הזכויות.

חופש לכאורה, נמצא מחוץ למסגרת- אבל ברגע שמכניסים אותו לטבלת הזכויות, הפכנו את החופש למשהו שנמצא תחת מטריה משפטית. החוק מגן על החופש שלך, ואם החוק לא יגן עליו- אז לא יתקיים החופש. **בזכות לא יתכן מצב של זכויות נוגדות, אבל חופש יכול לעמוד בסתירה לחופש אחר.**

כאשר נפגע חופש של חברה או אדם, זה מקנה לאדם את הזכות לתבוע. (זכות פוזיטיבית להגיש תביעה).

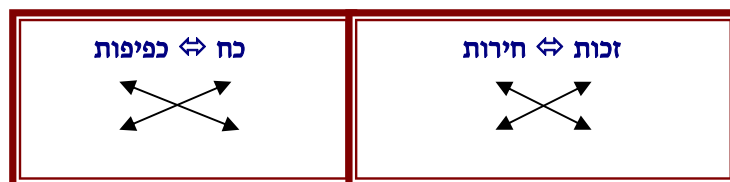
בחלק השני בטבלה: החלק השני עוסק באופן שבו משתנה מערכת הזכויות והחובות של החלק הראשון בטבלה. הפעלת הכוח מייצרת כפיפות, שפירושה, שאם יופעל כוח, אזי יש ממול מישהו שצריך לדוגמא להגיש כתב הגנה. החלק השני של הטבלה הוא יצירת הפוטנציאל לבצע שינויים בחלק הראשון. **חסינות** פירושה שלא ניתן להפעיל כוח כלפי אדם מסוים. דוגמא נוספת לחסינות היא **התיישנות**, כאשר לא ניתן להפעיל כוח על אדם מסוים כי החוק קובע שעבר פרק הזמן שבמסגרתו היה ניתן להפעיל את הכוח. אך במקרה כזה נשארת הזכות המהותית. (בעיקר במקרים שניתן לקזז מהחובה של האדם).

זכות מושגת: כאשר בכל זמן, מקום והקשר, באותה שיטת משפט, לזכות הזו יש אותה המשמעות.

זכות עניינית: אם הזכות משתנה בהתאם להקשר היא עניינית. כלומר תלוי כלפי מי קיימת הזכות.

מפעלו של הופלד היה לבודד את שמונת מושגי היסוד של השפה המשפטית.

שמונת המושגים –



* האופקיים – יחס של חובה, האנכיים – יחס שלילי.

- **זכות \leftrightarrow חובה** - יש לי זכות רק אם למישהו יש חובה כנגדי. יחס משלים – יחס חיובי בין אנשים שונים. כשיש לי זכות- לך יש חובה, כשיש לי חובה- לך יש זכות.
- **חירות \leftrightarrow העדר זכות** – כשיש לי חירות לאדם אחר אין זכות להגיד לי לא לממש את אותה חירות
- **חובה לעומת חירות** - אנו למדים שכשיש לי חובה אז אין לי חירות
- **כח \leftrightarrow כפיפות** – יש לי כח רק אם מישהו כפוף לי ותוכן הכפיפות אומר שינוי במארג הזכויות.
- **חסינות \leftrightarrow העדר כח** – כשיש לי חסינות אז לך אין כח לפגוע בי.

- **חסינות מול כפיפות** – ככל שיש לי חסינות אזי יש לי העדר כפיפות אליך.
- **הסבר של הטענה** - למה זכות שלי מוגדרת על סמך אדם אחר? הופלד ניסה להגיד שלמעשה כל דבר הוא מעגלי-לא ניתן להגדיר זכות בלי להגדיר חובות.
- הופלד כתב בתקופה שבה חשבו שזכויות הן מעולות, זכות גורמת למישהו אחר להיות בעל חובה.
- **הסבר נוסף הוא ההבחנה בין זכות לחירות** - כנגד זכות יש בעל חובה אך כנגד חירות יש העדר זכות. חירות היא סוג חלש יותר של זכאות מאשר זכות. כי זכות אומרת שאסור לאחר להשפיע על מה שיש לי ← זכות חזקה מחירות.
שורה תחתונה - ריבוי זכויות אינו טוב תמיד, זכות צריכה הצדקה.

הביקורת על החינוך המשפטי

מעבר ממשפט כמדע לדיון במדיניות המונחות בתשתית המשפט. בשנות ה-70 התפתחה גישה רדיקלית שמאלית שלקחה את הריאליזם עד הקצה החתרני שאומר ששיקולים פוליטיים עומדים בבסיס המשפט ממש כמו העקרונות!! הזרם הזה טוען כלפי הפורמליזם שהוא משתמש במלל הפורמליסטי כדי להעביר אג'נדה שלא בטוח שכולם היו מסכימים עליה! הביקורת מדברת על כך שמעבר למילים האנונימיות יש עמדות/אינטרסים וכו'. הדעה הזו לא אומרת שבגלל זה אין צורך לקבל את המשפט אלא הדעה הזו מבקשת להביא לגיוון, משום שהיא חושבת שזו התכחשות לומר שאין השפעה של אינטרסים על הליך קביעת החוק וכן על ההליך השיפוטי. הגישה המבקרת עוד טוענת שהשימוש במושגים משפטיים אובייקטיביים נועד לשם חיזוק מעמדו ולשעבד את החלש. החינוך המשפטי בא לדעת הזרם הריאליסטי הרדיקלי לשמר עמדות חברתיות. דרכי ניתוח ביקורתיים ניתוח היסטורי הסרת הלוט מעפוזיטיבם לגבי שיקולי חקיקה. ערעור על ניטרליות המושגים המשפטיים ערעור על מעמדם של הקטגוריות המשפטיות כאמיתות והצגתם כהכרעות חברתיות (גם במישור החקיקה ולא רק של הכרעה שיפוטית).

האם יש חובה מוסרית לציית לחוק?

האם קיימת חובה לציית לחוק?

ישנם חוקים שהם אינם מוסריים גם ללא חקיקה – לדוג' לא תרצח, לעומת זאת ישנם חוקים שיתכן שלולא נחקקו לא הייתה בעיה מוסרית – לדוג' חוקי תעבורה.

הקדמה: נשאלה השאלה האם השאלה (למעלה) רלבנטית כאשר בפועל יש אכיפה של חוק?

האם העובדה שמהו לא חוקי מוסיפה למאזניים של השיקולים האם לציית לחוק או לא?

שאלות של אכיפה מול תועלת הן שיקול וגם שאלות של מוסר נטו הן שיקול. **האם העובדה שהמחוקק אסר משהו מוסיפה לשיקול?** שיקול מערכתי הוא שאם אני לא אציית גם אחרים לא יצייתו ואז זה יפגע גם בי. **האם יש חובה לכאורה לציית לחוק?** לכאורה מדבר על המקרים בהם אני רשאי לא לציית לחוק (חוק לא מוסרי או סרבנות וכו'). (מאמר של סמית' – האם יש על פניו חובה (פרימה פסי) לקיים את החוק? ומאמר של פרופ' גנז).

שאלה: האם לחוק שלא קשור למוסר ומצפון יש אפשרות לחלחל לתחום המוסרי?
האם לעשות משהו לא חוקי הוא שיקול מוסרי? למשל לעבור על החוק במקרה בו ידוע כי אף אחד לא יפגע וגם לא תהיה סנקציה. יכולה להיות טענה שאם כולם יעברו על חוק למשל יעברו ברמזור אדום, תפגע היציבות החברתית. דוג': אם הפרט יעבור על דשא לא יקרה כלום אך אם כולם יעברו על הדשא הוא יהרס.

תשובה: 'אם כולם יעשו'.. יכול להיות שיקולי שיש לו השלכה מוסרית. יכול להיות שיקול של חינוך שלא לעבור ברמזור אדום מתי שהשעה מאוחרת בלילה ואין אדם בכביש וכו'. משום אני לא יכול לדעת מי יראה אותי למשל ילד שיקבל **דוגמא רעה**. 'אם כולם' הוא סוג של שיקול. שיקול אחר הוא של יציבות המערכת.

ננטרל את השאלה האם זה כדאי, האם אני מסכים או מתנגד לחוק ונשאל את **השאלה הנקייה האם יש חובה לציית לחוק? האם החוק מצליח גם לחייב אותי מבפנים?** כלומר, נאמר כי אדם חייב משום שזה חוקי ולא משום שזה חוק+סנקציה?

פגיעה בזולת - מס ומכס, הונאה, שוחד, איסור ביקור במדינת אויב, חוקי הגירה, תקנות בניה, – החוק יוצר תשתית עובדתית כדי ליצור בעיה מוסרית. לאחר שיש ציפייה לתרום את החלק בביטחון וכו' נוצרת בעיה מוסרית באי קיומה.

מהי אמת משפטית

מעצם טבעה מוגבלת ע"י ערכים מוגנים, דיני ראיות, פרוצדורת סדרי דין, כפופה למידע שעורכי הדין מציגים. המידע כביכול מעוות כי הנתונים לא מוצגים בצורה נקייה- כאילו המשפט אומר- אני לא רוצה לדעת מה קרה. הנורמות משפיעות על המשפט מבחינת ערכים- השופט לא רוצה לדעת כל מיני דברים משום שישנם ערכים יותר חשובים מהעובדות. המבנה האדוורסרי של המשפט משפיע על כך שלא כל דבר אני יכול לדעת כי לא הכול מביאים לי- גם להחליט שלא הכול קביל זו החלטה ערכית בסופו של דבר! גם ההחלטה ללכת על שיטה אדוורסרית היא החלטה ערכית. ולמה זה כך? כמה סיבות- לדוגמא- בשביל להגיע לתוצאה חייבים אמצעים מסוימים! אפילו אם אתה רואה את העבודות אתה עדיין לא יודע מה באמת היה שם! אנחנו מקבלים את העדות דרך צינורות מידע, לא היינו שם והאילווצים של הכרעת הדין מביאים לכך שהמשפט לאו דווקא מביא את האמת כפי שהייתה. כדי להרשיע אדם צריך רמת וודאות – מעל לכל ספק סביר- 97%- איך מודדים את זה בכלל?

מה זה סביר?

אמת אם נרד לעומקה באיזהו מקום קשורה למציאות- ליש, מה שאנו יכולים להתווכח עליו זה

לא על האמת כי היא אחת אלא מה שאנו נתווכח יהיה על מה שאנחנו יודעים או לא יודעים- לא ויכוח על אמיתות שונות אלא מה אנו מוכנים לדעת, אפילו לומר שאנו יודעים ולפעמים גם לומר למה אנו מוכנים להאמין גם כשאנו לא יודעים. הדגש הוא על מערכת הערכים שאנו כביכול נוגעים בה. הקשריות- כל הדברים תלויים תמיד בהקשר. זה תלוי בשימוש שלנו. אם נראה את המשפט הבא לדוגמא- שני אנשים יושבים בחדר ואחד אומר תיפתח מלחמה והשני אומר שלא תיפתח מלחמה. מה אנו דורשים מכל אחד מהם? אלו נימוקים? באיזה רמה הנימוקים צריכים להיות? זה תלוי! משום שיתכן שהם יושבים בבור, בישיבה סלונית, בעבודת מטה, בקבינט הביטחוני וכו' רמת הדרישה שדורשים ממני להצדיק את הדברים שאני אומר תלויים בהקשר שבו אני אומר אותם אך האמת היא אחת!! רמת התימוכין תלויה בהקשר. באופן מסורתי בספרות הקלאסית התחבטו איך מגדירים ידיעה. יש נורמטיבי- מה צריך להיות-כל עולם הערכים / דסקריפטיבי- תאור המציאות. אמת אינה תלויה בערכים. אנו לא יכולים לדבר על ידיעה וקביעת עובדות אך אם זה לא נכון? מה אז? זה בדיוק הקטע- שאנו לא יודעים מה נכון.

אז אלו שני תנאים אצטרך להוסיף לידיעה הזו?

צריך מנגנון צידוק-

לדוגמא, אמונה. כל המכלול של הצידוקים נורא משתנה לפי ההקשר! יש כל מיני מנגנוני צידוק- עלויות, משאבים פרטיים, ציבוריים, עומס תיקים. הטעות הבסיסית של השופט אילון לדעת בריס- אמת לא משתנה, האמירה שאתה יודע את האמת היא זו שמשתנה! השאלה אינה אם אני מגיע לאמת או לא אלא האם זה נוגע לשאלות מסביב- טענות ידיעה, שאלות של צידוק הידיעה ולא לשאלות של אמת עצמה. **חשין**: לדעת בריס הטעות של חשין היא המחשבה ש"אמת דברתי" היא טענה של מציאות אך זה לא המהות! טענת אמת דיברתי- זו לא טענה משפטית זו טענה מחשבתית. -חשבת דיברתי אמת.

הגדרת ידיעה-

1. אני יודע שמהו נכון

2. איך אתה יודע אם הדברים נכונים? – עפ"י האמת האמונה והצידוק

אנחנו נופלים בפח של ההגדרות. אמת יש אחת. מה שכן- אנו מוכנים לפעמים לפעול שלא לפי המציאות!! העובדות לא משתנות בבית המשפט אלא המינוחים המשפטיים שונים מהמינוחים שלנו! לדוג- אנחנו קובעים שממזר היא מינוח נורמטיבי ולא גנטי. הידיעה שלנו לא מושלמת! אנו תחת אילוצים של המבנה הפרוצדוראלי, סדרי דין וכו' אך זה לא אומר שהאמת שונה זה אומר שרמת הצידוק שלנו לפעול היא שונה.

אמת משפטית

חשין ואילון יוצרים אשליה כאילו האמת היא זו שקובעת. היינו רוצים לחשוב שזיכויים / הרשעות הם תוצאה של האמת אך אנו לא מציידים את מערכת המשפט עם הכלים הללו ואפילו לא נתנו לה את הסמכות לברר את זה!! לא הפקדנו את המשפט על התפקיד של קביעת המציאות. המשפט בא ליצר סדר חברתי אך הקביעה שלו לא משקפת את המציאות! מלכתחילה אנו שמים משקולות מסוימות על המשפט.

העיוותים הללו לא מעוותים את המשפט אלא הם נגזרות של התפקיד שהטלנו את מערכת המשפט. ברור שבאיזשהו מקום אנו כן מחפשים מתאם בין האמת למשפט! אך זו היא לא המטרה

המרכזית. התפקיד של המשפט הוא לא מדעי / מחקרי! לפעמים זה לא נכון!

יש לזה שתי משמעות-

1. מושג האמת חזר להיות לא יחסי אלא מוחלט! אם אני אומר שהאמת יציבה אנו מרוויחים דבר מדהים! אנו לא מעקרים את הויכוח המוסרי!! עמוד השדרה המוסרי לא נעלם. אני כן אומר שיש דרכים שונות לצידוקים אך האמת היא אחת.

2. על מה אתה מופקד? זה קצת יומרה לומר שאני מופקד על האמת!! יותר צנוע לומר שהאמת זה מה שיש בחוץ ומה שבבית משפט זה עם אילוצים. אני מופקד רק על ביצוע! אני מופקד אולי על הסדר חברתי אך לא על האמת. אין שופטי עליון! יש שופטי בית משפט עליון. כשאדם קורא לעצמו שופט עליון הוא מועל בתפקידו! מה שכן אפשר לומר- יחד עם כל הנתונים, המידע שיכולתי לקבל אני עושה כמיטב יכולתי לבדוק טעויות של ערכאות קודמות אך החברה לא תוכל להסתדר אם תפקדו אחרי ולכן יש סופיות דיון, לא בגלל שזה אמת שלא ניתן לערער אחריה. הגישה זהו יותר בריאה! היא מאפשרת את קיום המשפט אך מצד שני אין יכולה להתיימר להיות מגלת האמת. דוח מבקר המדינה-שאלות של אחריות הן שאלות נורמטיביות. הכול זה שאלות נורמטיביות לא שאלות של מציאות! ככל שנהיה מפוקחים יותר אנו צריכים לא לקבל את הדברים כמו שהם כמוחלטים רק כי כך נפסק! המימד הנורמטיבי והעובדתי שזורים זה בזה אך לא צריך לפחד ממילים של סמכות וקביעה. זה לא פותר אותנו מהאחריות לעשות גם את הבירור לעצמנו. אמת משפטית תהיה שונה מאמת היסטורית. לדעת אילון- בגלל שהוא תושפע ממגבלות נורמטיביות, חסיונות, פרוצדורה אדוורסרית וכו' **צדק**: פסד פלוני- אנו לא בודקים אמת עובדתית אלא אמת משפטית. יש מקרים שמשוועים אי צדק ומה שצריך זו ההכרעה

צדק- האבחנות:

אבחנה 1- אריסטו- יש שני סוגי צדק מרכזיים שאסור לטעות בהם והם יעדי המשפט: צדק חברתי- צדק חלוקתי. כשיש לי משאבים מוגבלים צריך לדעת איך לחלק אותם. יש גם משאבים שלילים- נטל- לדוגמא כולם צריכים לשרת בצורה שוויונית. מושג שני של צדק- צדק גמולי- מוכר כצדק מתקן. צדק מתקן הוא בדיוק הנקודה של- זה לא פייר- יש לך משלי או קרה משהו אז תוציא מהכיס שלך לכיס שלי כדי לפצות על הנזק. רובין הוד הולך לשפץ את רעיון הצדק חלוקתי והופכו לצדק מתקן. אנו כן נותנים צידוק מסוים לרעיון הרובין הודי. יש מצבים שבהם אנו בהקשר מסוים נבוא לקראת תובע עני משיקולי צדק גמולי/ מתקן. מקומות בהם נחוש שהתוצאה לא צודקת אנו ניטה לצדק מתקן. מה שחשוב זה לא לעשות ערבוב בין המושגים. לא תמיד אתה מוכן לשעות את האיזון במסגרת הצדק חלוקתי.

מה יהיו הקריטריונים?

לדוגי- לא עפ"י מעמד, לפי הצורך- נוסחה קיבוצית, שוויון מוחלט לכולם, לפי מידת הנתינה.

2. צדק קונקרטי /ממשי עוסק בתוצאה ולא בתהליך.

3. הדיון סביב אליס מילר- שלא התקבלה לחיל האוויר- חוץ מהדיון בסוגי הצדק- עלה שם מושג נוסף של צדק- הוא לא קשור לערך של התוצאה אלא לערך של ההזדמנות- ההליך- הגינות בתהליך עצמו שגם צריך להיות שוויוני ומכבד! כל המשמעות של סדרי דין נועדו פחות לערך

האמת אלא יותר לנושא של צדק הליכי ולא בנוגע לאמת. יתכן מצב שאני אגיע לתוצאה צודקת אבל ההליך לא הוגן. גם הצדק החברתי וגם הצדק הגמולי -מתקן אני בודק את הצדק הקונקרטי וגם צדק הליכי. צדק מהותי פרוצדוראלי לא מבטיח את התוצאה הצודקת.

מהו בכלל צדק משפטי?

אם יש תוצאה צודקת האם ההליך מבטיח שהוא צודק? יש צדק שכל מהותו הוא התהליך!! לדוגמא- בחירות- אם ההליך לא צודק התוצאה לא מעניינת אותנו! אין לה משמעות של צדק אם ההליך לא היה צודק. ההליך הוא מה שמעניין אותנו. צדק פרוצדוראלי טהור!- הוא המהות! יש דברים שצדק הוא כל כולו פונקציה של הגינות ההליך! דוגמאות נוספות- בידוק בטחוני שווה- סוג של הליך משחק בקוביות, משחקי כדורגל וכו.. למשפט יש ערך חברתי של חיים ביחד לא רק "כיבוי שריפות" אם המשפט היה פועל רק על דרך השלילה המשפט היה קצת חסר. הוא נוגע בקיום, לא רק בהישרדות, לא רק הפיזית אלא בהתקיימותנו כיצורים חברתיים שיש להם ערכים בנוסף למשפט. המשפט לא רק מייצג דין אלא גם שלום, מוסר וכו'. אם משמעות המשפט היא רק תגיד לי מה לעשות= ציווי אז זה לא מספיק עשיר ומפותח. אם בודקים את האדם, את מכלול הדברים שמעשירים אותו מבינים שהעולם זה לא הקרב הספציפי שעומד בפניו העו"ד. המשפט בא לא רק להילחם אלא גם לשמר את אותם ערכים של החברה. יש פסוק שאומר- "כי אני ה' עושה צדקה.. " הרעיון הוא לא לנצח בקרב ספציפי- מי שיודע להעמיק בערכים של המשפט ויודע לזהות את אותם ערכים של דין משפט וצדקה הוא יהיה אדם.