

מבוא לתורת המשפט – מושגים

הובט

- אדם הוא מטבעו רע, יש צורך בהרבה חוקים והתערבות שלטונית
- יש חוקים טבעיים שמטרתם שמירה על קיומם של בני אדם, הם לא נצחיים ולא משתנים.
- התבונה מנחה לגבי קביעת חוקים.
- האדם זקוק למדינה אחרת תהיה מלחמת הכול בכל.
- ללא חוקים יש פחד תמידי ממות.

הנורמה הבסיסית של קלזן

- הנורמה הבסיסית של קלזן היא חלק מהמערכת המשפטית בחברה.
- הנורמה הבסיסית היא נורמת על שעומדת מעל כל החוקים האחרים, הם כפופים לה ומזוהים דרכה.
- חוק שסותר את הנורמה הבסיסית בטל.
- הנורמה הבסיסית חזקה מכלל הזיהוי, היא מוכרת ע"י הריבון והאזרחים.
- במדינות רבות הנורמה הבסיסית יכולה להיות חזקה.

אפלטון על חובת הציות לחוק

- נון פוזטיביסט מובהק.
- חובת הציות קמה מהכרת הטובה לחוק.
- תיאורית ההסכמה – בשלב מסויים כולנו הסכמנו לציית לחוק.
 1. דרך אבותינו. או,
 2. דרך התושבות שלנו במקום. או,
 3. דרך הסכמה מכללא. או,
 4. דרך ההמשניות של הפעולה – אינו יכול לאמור פתאום שאינו משחק לפי הכללים אם עד עכשיו הוא שיחק לפיהם. או,
 5. ע"פ העובדה שהצבענו בקלפי ונמלנו חלק בהליך הפוליטי.
- יש ביקורת על כל אחר מההסברים הללו.
- הנימוק האחרון הוא נימוק התועלתנות הכי יעל שכולם מצייתים.
 1. יש חובה מוסרית לבצע מעשים שהם אופטימאליים מבחינת הטוב.
 2. מערכת החוק הנרחית לקיום הטוב.
 3. הפרת חוק ספציפית מובילה להעדר שלטון.
 4. העדר שלטון גורר העדר חוק.
- מארבעת ההסברים הללו יחד ניתן להסיק חובה מוסרית לציית לחוק.

- **ביקורת** : הפרת חוק אחת אינה מובילה להעדר שלטון, המערכות מודעות ויודעות להתמודד עם הפרות. מעבר לזה, אם חוק הוא לא מוסרי, לא יקרה כלום אם לא יצייתו לו.

- **שיפור הטענה המקורית**: אם אחד יפר את החוק, כולם יעשו זאת (לא מעשי)

- **טיעון ההוגנות** – כולם מקריבים עצמם ולכן הנהנה היחיד שאינו מקריב עצמו עושה עושר שלא במשפט (צדק מתקן), וריאקציה אחרת (צדק מחלק), לא יתכן לאמוד שמישהו אחר יסבול ואתה לא.

חיים גנו – על הטענה כי אין חובה לציית לחוקים לא מוסריים

- הטענה אינה מכונה, רוב החוקים שמווסתים את חיינו הם חוקים שאם יופרו ע"י כולם יגרם נזק.

סמית על העדר חובת הציות

- אין חובה
- לו היינו מנסים קצת פחות למצוא, היינו מרוויחים. אנשים לא היו מקשרים בין חוק למוסר והיו דנים את מעשיהם ע"פ שיקול דעת לגופו של עניין (לא היו יכולים להסתתר מאחורי הטיעון שזה חוקי גם אם זה אינו מוסרי).
- הרצון לבסס חובת ציות נובע מההרגשה שכך יהיו פחות שיפרו אותו, אך, מפירי חוק אינם מתחשבים במוסריות החוק.

רולס והמרי האזרחי

- המרי האזרחי הוא אקט פומבי שנועד להביא לשינוי מדיניות שגורמת לעוול.
- המרד נעשה במסגרת נאמנות למערכת כולה והוא נגד החלטה או מדיניות ספציפית, לכן אסור לו להפר כללים מסוימים.
- אסור למרד להיות אלים, אסור למפעילו להסתתר שכן הוא מעיר בלגיטימיות של המערכת להעניש.
- שלוש תנאים שיש בהם לאפשר מרי אזרחי:
 1. זהו האמצעי האחרון
 2. היה וידוי שלא תיווצר אנדרלמוסיה או הפלת שלטון (אין כמה קבוצות שמורדות במקביל)
 3. מדובר בעוול חמור.

מרי אזרחי ע"פ רז

- מרי אזרחי הוא אכן אקט שמיועד לשנות מדיניות שגורמת עוול.
- קיומה של זכות מאפשר לי לפעמים לעשות דברים שאינם ראויים
- במדינה ליברלית אין זכות למרי אזרחי.
- הזכות למרי קיימת רק אם אין זכות להשתתפות פוליטית.
- מאחר ואין זכות ברור שאין מגבלות.

אפלטון ותורת האידיאות

- כל תופעה שאנו קולטים עם החושים היא בעצם בבואה של תופעה מופשטת שניתן לקלוט עם השכל.
- המהות הנ"ל היא אידיאה שבעצם אינה תופסת מקום בחלל והיא נצחית.
- אידיאה החוק היא הטוב והראוי, לכן דבר יהיה חוק רק אם הוא משתייך אליה.
- המהות אינה מה שקיים פיסית אלא האידיאה.

צדק והגינות לפי אריסטו (פוזיטיביזם)

- אתיקה ניקומאכית. הצדק הוא שילוב של המוסר והחוק במדינה.
- יתכנו מצבים שהחוק אינו מכסה. למרות שהחוק צודק יגרם עוול.
- מושג ההגינות הוא מושג השונה מהצדק, ישמש כדי להשלים את המצבים בהם החוק הצודק עשוי לייצור עוול. נשתמש בעקרונות ההגינות לריפוי העוול.
- ההגינות היא במסגרת החוק. לאט "מלפנים שורת הדין". כך בפס"ד פלוני נ' פלונית, יכלו להכניס את העוולה מטעם ההגינות ולמנוע מהאב לקבל את הילד, זה לא היצוני לחוק. כך גם עקרון "הרצחת וגם ירשת"

תורת 4 הסיבות של אריסטו

- האדם יכול להגיע לשלימות רק במסגרת חברתית.
 1. סיבה פועלת – התהליכים המכאניים.
 2. סיבה חומרית – ממה עשוי?
 3. סיבה צורנית – לא קווי המתאר אלא המהות הטבועה באובייקט ומזהה אותו ככזה
 4. סיבה תכליתית – השתכללות האובייקט לשלימות כגון: תינוק למבוגר, זרע לעץ.
- הפרט הוא איבר במדינה ובלעדיה אין לה קיום.

אוסטין ותורת הפקודה

- פוזיטיביסט
- החוק הוא פקודה שניתנה ע"י הריבון לנתיניו ע"מ לכוון התנהגות. לריבון כוח מול הנתינים. לחוק מלווה סנקציה. כללים שאינם מהריבון אינם חוק.

הארט והביקורת על תורת הפקודה

- הפקודה סובלת גם שודר וגם נשדר
- ישנן נורמות רבות במשפט שאינן פקודות ואינן מכילות סנקציה.
- אם יש סנקציה, לא תמיד היא מופנית למפר.
- תורתו של קלון אינה מסבירה את מעמדו של המנהג.
- ישנן נורמות שחלות על הריבון עצמו.
- יש ציות גם בחקופת החלפה של מחוקקים.

כלל הזיהוי של הארט

- כלי באמצעותו יזוהו כללים משפטיים בחברה נתונה.
- משקף את התפיסה הפוזיטיביסטית של הארט.
- מזהה כללים חברתיים התקפים משפטית. אלו בדרך כלל כללים חדשים שעדיין הציאות החיוני אליהם אינו רחב.
- כלל הזיהוי לא תקף משפטית ולא כפוף לריבון, אלא נלמד מהחברה ומקבל מעמד של כלל תקף שממנו שואב המחוקק את הכללים המשפטיים.
- המחוקק אינו יכול לשנות את כלל הזיהוי אלא האוכלוסייה עצמה. רק שינוי קיצוני במשטר יכול להביא לשינוי.
- חוק של הכנסת לא ישנה את כלל הזיהוי, אך החלפת הכנסת ע"י השלטון הישראלי עשויה כן להיתפס ככזו.
- כלל הזיהוי הוא כלל מסדר שני.
- כלל הזיהוי מתקן את הליקויים בדעה של אוסטין. נורמות החלות על הריבון מוסברות מתוקף הכלל. כלל הזיהוי מוחלף בעת חילופי שלטון. החובה המשפטית לא מזוהה עם סנקציה. המנהג נשאר מקור משפטי.

כללים מסדר ראשון וסדר שני ע"פ הארט

- כללים מסדר ראשון קובעים חובות, נורמות התנהגות, מותר, אסור וכד'.
- כללים מסדר שני קובעים את ההתייחסות לכללים מסדר ראשון, כיצד משנים אותם, כיצד אוכפים וכד'.
- כלל הזיהוי הוא דוגמה לכלל מסדר שני
- הכללים מסדר שני תורמים יציבות למערכת המשפטית. יש רק חובות וזכויות אך אין דרכים לשנות ולהשפיע.
- רק מערכת שיש בה איחוד של כללים מסדר ראשון ושני היא מערכת בריאה ומתפקדת.

פולר והמוסר הפנימי של החוק

- התהוות תורת המשפט מבוססת על המשפט הטבעי ולא על עקרונות על.
- חוקים לא יכולים להיות תקפים מבלי שיהיו ראויים
- מונח זה נובע מהיות הקריטריונים שמעמיד פולר בעלי אספקט מוסרי.
- פולר סבור כי החוק צריך להחיל 8 קריטריונים שבלעדיהם הוא לא חוק מוסרי ולכן לא יציג מערכת משפטית תקינה.
 1. יציבות (ודאות, מנגנוני שינוי מוסדרים).
 2. ברור (מנוסח כראוי)
 3. כללי (שיגע במכלול שלם של נסיבות ואירועים).
 4. לא רטרואקטיבי.
 5. מפורסם (כל מי שצריך לקיימו שיהיה מודע אליו).
 6. בר קיום – שניתן יהיה לעמוד בו.
 7. שאכיפתו תתאים לחומרתו.
 8. עקבי – שחוקים לא יסתרו זה את זה.
- פולר רואה במוסר הפנימי תנאי הכרחי לקיום מערכת משפטית תקינה, אליו חייב להצטרף מוסר חיצוני, השילוב לא מבטיח מערכת מושלמת אך הוא יקרב אותנו אליה.
- פולר מתייחס לגרמניה הנאצית ואומר שבמערכת שם לא התקיימו תנאים רבים.

דורקין על המשכיות המשפט

- נון פוזטיביסט. תוקף את שיקול הדעת במקרים של לקונה ואת כלל הזיהוי
- אנו נפרש את העבר ע"פ איך שאנו רואים אותו. אם אנחנו רואים אותו כדרך של המחבר להעביר מסר, נפרש את כוונת המחבר. אם נראה אותו כמנחיל ערכים מסויימים ננסה להוציא אותם מתוכו.
- בפרשנות יש שני אלמנטים
 1. הערכי: ערכי הפרשן שבעקבותיהם הוא תופס את המפורש כפי שהוא תופס.
 2. שופט יכתוב את היצירה שלו הכי טוב מבחינתו, אך יוודא שהפרשנות מתיישבת עם מה שנפסק בעבר. מעין יצירת חוק שלא היה קיים.
- נון רלטיביסט. איסור משפטי אינו פחות מוחשי מהימצאותו של חפץ לפניך
- קיומו של ויכוח אינו מעיד שאין אמת אחת.
- האינטואיציה הבסיסית של הציבור היא שיש אמת אחת, אחרת לא היו מנסים לשכנע אחד את השני.
- ההכרה של הרלטיביסטים שיש דעות אחרות נובעת מהחשש שהם אלו שמועים.

פיש והביקורת על דוורקין

- המגבלה הפורמלית אינה קיימת. ניתן לפרש כל מקסט בכל צורה באמצעות לוליינות.
- המוסכמה של אותו זמן היא שתקבע מה יהיה הפירוש של כתבים ישנים.
- דלטיביסט – איסור לרצוח למשל, הוא פחות אמיתי ומהותי מהמצאותו של חפץ לפניך.
- עצם העובדה שיש ויכוח מוכיחה שאין אמת אחת.

הריאליזם המשפטי ספקנות כללים וספקנות עובדות

- זרם בעל יחס ציני לחוק. הרטוריקה המשפטית מכילה מצג שוא של זכויות וצדק.
- המשפטנים הם האליטה השלטת
- ראשוני הריאליזם: גרי, הולמס ולוולין.
- החוק הוא רק מקור השפעה על בתי המשפט אך הם יוצרים את החוק האמיתי.
- הפסיקה היא על פי מה שחושבת החברה באותו רגע. אין ערך אמיתי לתקדימי הדור הקודם. מכונה "ספקנות כללים"
- לוולין מוסיף "ספקנות עובדות", שופטים מחליטים מה העובדות הרלוונטיות בהשפעת המצב החברתי הנתון
- המבנה החברתי הוא זה שקובע את המצב המשפטי ולא הכללים.

ביקורת על הריאליזם

- מהסתכלות ברוב המקרים יש פשוט יישום מכני שלכללים ע"י השופטים.
- מקרים של יישום חשיבה פרטית הם מאוד יוצאי דופן.
- מערכת המשפט אינה מתמצה רק בבתי המשפט, לכן אפילו אם נניח שהטענה שהם פועלים רק על פי שיקול דעתם נכונה, עדיין לא נתאר הכל. רובנו מגיעים לבהמ"ש לעיתים נדירות ורוב הבעיות המשפטיות נפתרות בערכאות אחרות.

Critical Legal Studies והגישה הביקורתית למשפט

- מה שנודמה כהכרעה נייטרלית של ביהמ"ש הוא בעצם הכרעה ע"פ ערכיו (בניגוד לדעה המסורתית).
- הגישה המסורתית טועה גם בפועל (השופט כן מיישם את ערכיו ומפרש את רצונו) וגם בחאוריה (לא ניתן לתאר מערכת שכל שופטיה פועלים אך ורק לפי הכללים של המערכת)
- רוב השופטים כן רוצים להיות נייטראליים אך בתת מודע נכנעים נכנעים לערכיהם.
- השופט שמחיל את ערכיו על המערכת השלמה לא נבחר בצורה דמוקרטית.
- סוציאל מרקסיזם – מערכת המשפט משמשת אצל האליטות ליצור תדמית של נייטראליות כדי לשמר את מצבם האיכותי יותר.

רו והמטרות החברתיות של המשפט

- מערכת יחודית לרו של הגדרת המשפט
- דן בפונקציות שלדבריו נכונות בכל מערכת משפט
- מערכת המשפט מייצרת פונקציות חברתיות ללא קשר למערכת הערכים של החברה
- למערכת המשפט מטרות עקיפות וישירות
- הישירות מתחלקות למשניות ולראשוניות
- המשניות: יצירת פרוצדורות לאכיפת חוק ופרוצדורות ליצירת החוק ולשינוי החוק.
- הישירות: הסדרת סכסוכים לא מוסדרים, הסדרת שירותים וחלוקה מחדש, מתן אפשרות להסדרים פרטיים ומניעת התנהגות או עיצוב התנהגות.
- הפונקציות הישירות נובעות באופן ישיר מהציות לחוק. למשל חוק שמעניש גנבים יפחית גניבות.
- הפונקציות העקיפות הן פונקציות שנובעות בעקיפין מהציות לחוק, לדוגמה: ביטול מס באיזור מסויים יגביר את ההתיישבות במקום.
- בשורה התחתונה: אין קשר בין ערכי המערכת המשפטית לבין הפונקציות שהיא ממלאת. כל מערכת ממלאת את הפונקציות האלה.

ישעיהו ברלין ומושג החירות

- מבחין בין חירות חיובית לשלילית
- חירות שלילית: החופש לממש את רצוני בלי ששום גורם אנושי יפריע לי
- החירות השלילית כוללת את היכולת לעשות דברים גם אם לא היתה בכוונתי לעשותם.
- חשוב לציין שהחירות השלילית אינה בהכרח דמוקרטית תיתכן דמוקרטיה שתגביל חירויות.
- חירות חיובית היא החופש מכל מיני דעות וייצרים שמפריעות לאדם לממש את הרצון האמיתי שלו.
- שונה מפטרנליזם, בפטרנליזם אומרים "אני יודע מה טוב בשבילך" בחירות חיובית אומרים "אני יודע מה אתה באמת רוצה"
- חירות חיובית עשויה לשמש כתירוץ לכפיה.
- בעולמנו מסוכן לחשוב במושגי חירות חיובית כי זה מאפשר כפיה. חירות חיובית מחייבת החלטה מה נכון - וזה משהו שעוד לא ידוע לנו.

הנסיגה אל המצודה הפנימית והקשר שלה אל החירות החיובית

- תפיסה לפיה האידיאל הוא בריחה של האדם מהשפעות החברה והסביבה והתכנסות לתוך עצמו.
- האנשים האלו מאמינים שהמשטר יכול לדכא רק את החירות השלילית שלהם אך הם עדיין נהנים מחירות חיובית