

מבוא לתורת המשפט
תואר ראשון – תשפ"א (סמסטר ב) – מועד א
הפקולטה למשפטים – אוניברסיטת בר אילן

שאלון בחינה

מס' קורס: 99-103-01 (אביב תשפ"א – 2021)
מרצה: פרופ' יאיר לורברבוים
מועד א – 7.7.21, שעה: 16:00

הנחיות לבחינה

- במבחן שלפניך תשע שאלות, מהן יש לענות על שבע בלבד.
- 14 נק' לכל שאלה, ועוד 2 נק' יינתנו למבחן בכללותו לפי שיקול דעת הבודק (סה"כ: 100 נק').
- אין לחרוג מ-350 מילים לכל שאלה (המערכת לא מאפשרת חריגה מעבר ל-350 מילים).
- משך הבחינה – שעתיים (120 דקות).
- הבחינה היא ללא חומרי עזר (בחינה ב"חומר סגור").

- מומלץ להבין היטב את השאלות בטרם תפנו להשיב עליהן. תשובה טובה נבחנת לא רק בנקודות ובטענות הרלוונטיות המועלות בה אלא גם בהימנעות מלהכביר נקודות לא רלוונטיות.

- תלמידים שקיבלו אישור מהרשות הרלוונטית באוניברסיטה (והם בלבד) רשאים לענות על השאלות בכתב יד, ואחר כך לסרוק את התשובות למערכת.
- בהצלחה!

השאלות

כתבו/ענו על שבע מתוך תשע השאלות הבאות:

השאלות 1-9 הינן שאלות לבחירה, יש לבחור ולענות על 7 שאלות בלבד.

שאלה מס' 1 (14 נק' - שאלת בחירה 7/9)

מהם הטיעונים המוסריים של פולר כנגד הפוזיטיביזם, ומהם הטיעונים המוסריים של הרט בעדו?

תשובה

[פולר הוא נון פוזיטיביסט שטען לקשר בין המוסר למשפט. את הקשר הזה הוא ביסס על מושג שלטון החוק. פולר ראה במשפט כהישג אנושי. המשפט נועד להכווין התנהגות וכדי להצליח בכך יש להגשים את 8 עקרונות שלטון החוק (פרסום, פרוספקטיביות, כלליות, יציבות, בהירות, גזירה שניתן לעמוד בה, ביהמ"ש עצמאי וחוקים לא סותרים). רק כך ניתן להכווין התנהגות (מערכת משפט שאינה מצליחה בהכוונת התנהגות איננה מערכת משפט). פולר טען שאומנם אלו עקרונות פורמליים גרידא (אינם נוגעים בתוכן החוקים) אך יש בהם מימד מוסרי. כלומר, מי שאינו פועל לפי העקרונות הללו לא רק יכשל בהכוונת התנהגות אלא גם ינהג בחוסר מוסריות. כיוון שהעקרונות הללו קיימים תמיד, ויש בהם היבט מוסרי הרי שיש **קשר הדוק בין המשפט למוסר** ("המוסר הפנימי של החוק").

לא רלוונטי

כמו כן, פולר טען כי יש **קשר מושגי** בין "המוסר הפנימי" של החוק ל"מוסר החיצוני" שלו- שמירה על העקרונות האמורים ("המוסר הפנימי") יביא ליצירתם של חוקים מוסריים מבחינת תוכנם ("מוסר חיצוני"). פולר טען כי יש מתאם היסטורי אמפירי בין משטרים ששמרו על המוסר הפנימי של החוק לבין המוסריות של החוק שחוקקו, לבין משטרים שלא ראו עצמם כפופים לעקרונות לחוקים הבלתי מוסריים שלהם. כך למשל, הוא טען שהבעיה **בחוקי הנאצים** הייתה היעדר הקפדה על עקרונות שלטון החוק (רטוראקטיבי, סודי, לא יציב) ולא רק תוכן שאינו מוסרי.

✓ פולר האמין שהגישה הפוזיטיביסטית פוגעת בעקרון הנאמנות לחוק- כאמור, המשפט הוא הישג אנושי. כדי שאנשים יצייתו לחוק צריך להציגו באור חיובי. אחרת, אנשים יגידו שאינם מציינים לחוק, אלא מציינים למה שראוי. הפוזיטיביזם מפריד בין החוק למוסר ומציג את החוק באור שלילי.

חסר

✓ הארט היה פוזיטיביסט שהפריד בין המשפט למוסר. לגישתו, **אין זיקה הכרחית** בין קיום עקרונות החוק לבין תוכנם המוסרי של החוקים. ניתן בנקל לדמות מערכת משפט שמגשימה את כל העקרונות האמורים אך חוקייה אינם מוסריים (מפלים/ פוגעים בזכויות אדם). כלומר, הקשר שפולר טוען לו בין מוסר למשפט איננו הכרחי. בנוסף, דווקא **ההפרדה בין המשפט למוסר היא מוסרית** כיוון שראיית החוק כמוסרי בהכרח מציגה החוק בצורה אידאלית וכזה שלעולם אינו דרוש שיפור ותיקון. רק אם נפריד בין הומוסר למשפט נוכל לראות את המשפט כפי שהוא באמת ולתקנו ולשפרו בהתאם. כך גם כל אדם יכול לראות את החוק ולחשוב האם הוא מוסרי ולא להאמין באופן ישיר שהחוק הוא בהכרח מוסרי.

הסבירו והדגימו את ההבחנה של אריסטו בין 'צדק מן הטבע' לבין 'צדק מן החוק'.

תשובה

[אריסטו טען שמשפט של מדינה מורכב בחלקו מצדק מן הטבע ובחלקו מצדק מן החוק (גם וגם- לא או זה או זה).

צדק מן הטבע- עקרונות אוניברסליים ונצחיים (נכונים תמיד- בכל זמן ובכל מקום). הם אינם תלויים בתפיסת בני האדם אותם. גם אם בני האדם אינם מכירים בצדק מן הטבע, זה לא אומר שהוא אינו נכון או אינו קיים. **למשל**: האיסור לרצוח/ החובה לדבר אמת. אלו דברים שנכונים תמיד ובכל חברה אנושית. אלו עקרונות צדק שחייבים להתקיים על מנת שבני האדם יוכלו לצאת מן הכוח אל הפועל ולכן הם טבעיים.

ישנה ביקורת כנגד אריסטו שהכל זה צדק מן החוק- הכל תלוי במה שבני האדם קובעים לעצמם. בני חברה אחת יכולים לקבוע שאסור לרצוח ובני חברה אחרת יכולים לקבוע שמותר למרות שהצדק מן הטבע קובע שאסור לרצוח. תשובתו של אריסטו היא **שהכל נכנע לשינויים**. גם הטבע נכנע לשינויים. הווה אומר, כמו שאדם שנולד ימני יכול להתאמן ולהפוך שמאלי, כך חברה יכולה לקבוע לעצמה כללים בניגוד לצדק מן הטבע. ברם, זה לא הופך את הצדק הזה ללא קיים או לא נכון. זו פשוט תהיה חברה מקולקלת ופגומה שבני האדם לא יוכלו לצאת בה מן הכוח אל הפועל. אנשים יכולים לפעול בניגוד לטבעם, אבל זה עדיין טבעם. העקרונות של צדק מן הטבע הם תמיד נכונים (כל עוד בני האדם לא משתנים) והם הכרחיים על מנת שבני אדם יוכלו לצאת מן הכוח אל הפועל). כך למשל, בהקשר לדוגמה שמיתית, חברה יכולה לקבוע שמותר לרצוח אבל בני האדם בחברה הזו לא יוכלו לצאת מן הכוח אל הפועל לפי טבעם.

צדק מן החוק- כל מה שיכול היה להיקבע אחרת. אלו פרטים שאינם נכונים תמיד ותלויים בבחירת בני החברה. אלו בעיקר כל מיני פרטים לגבי כללים. **למשל**: הקרבת קורבנות- כל חברה יכולה להחליט האם להקריב תרנגולת/ כבשה והאם להקריב 2 או 1/ בחברה יותר מודרנית זה יכול להיות קשור לגובה של קנסות על מהירות מופרזת (מדינה אחת יכולה לקבוע 100 יורו ואחרת 50 דולר). פרטים שאמנם יכולים להיקבע אחרת אך חייבים לקבוע אותם. בני האדם חייבים לקבוע את הפרטים והם זקוקים לפרטים הללו. לא ניתן שלא לקבוע אותם (דומה להתייחסות לפרטי המצוות של הרמב"ם).

החוק מורכב גם מצדק מן הטבע וגם מצדק מן החוק.]

תשובה חסרה.

חסר הסבר למושג התבונה, היא המבדילה בין טוב לרע וצדק ועוול, והיא המובילה לצדק מן הטבע.
כמו כן חסר פירוט בנוגע לכך כי צדק מן החוק נדרש על מנת ליצור שיתופי פעולה ולארגן סדר בחברה

בסוף מאמרו כותב דוורקין: 'אם נראה בעקרונות חלק מן המשפט נהיה חייבים לדחות שלוש השקפות של הפוזיטיביסטים:

(1) כי המשפט של קהילה מובחן מנורמות חברתיות אחרות שנוהגות בה על ידי כלל אב.

(2) את התפיסה שלשופטים יש שיקול דעת (במובן חזק).

(3) את התפיסה הפוזיטיביסטית על אודות החובה המשפטית (legal obligation).

הסבירו את טענתו, על שלוש חלקיה.

תשובה

[תחילה אסביר מהן הגישות בקצרה ולאחר מכן כיצד ומדוע נדחות לפי דוורקין.

(1) הפוזיטיביזם טוען כי הכללים המשפטיים מובחנים ונבדלים משאר הכללים החברתיים ע"י כלל אב (אוסטין- פקודת הריבון; הארט- כלל זיהוי שמזהה מוסד מוסמך). כלל האב עוסק בשאלת מקור הכללים. רק כללים שעומדים בקריטריונים של כלל האב הם חלק ממערכת המשפט (משפט= מערכת של כללים). כל מה שאינו מזהה ע"י כלל האב אינו חלק מהמשפט. הפוזיטיביסטים טענו שכיוון שכלל האב אינו מזהה את העקרונות, הם אינם חלק מהמשפט. דוורקין טען כי לפי הפרקטיקה של השופטים והאופן בו הם מנמקים את טיעוניהם העקרונות הם חלק בלתי נפרד מהמשפט. כמו כן, הארט פוגם ברעיון כלל האב בהכירו במנהג כנורמה משפטית (הרי כלל האב מזהה ותוחם את הכללים המשפטיים. המנהג לא מזהה ע"י כלל האב. יחד עם זאת, הארט מכיר בו כמקור לנורמות משפטיות. מכאן, שכלל האב אינו מזהה את כל הכללים המשפטיים). כיוון שכלל האב נתקל בכשלים, הוא אינו יכול להוות מכשול בהכרה בעקרונות כחלק מהמשפט רק משום שכלל האב אינו מזהה אותם.

(2) הפוזיטיביסטים טוענים כאמור כי המשפט הוא רק כללים המזהים לפי כלל האב. לפיכך, בהינתן מקרה שאין לו כלל משפטי מתאים, השופטים מפעילים שק"ד במובן החזק- פונים לעקרונות חוץ משפטיים ויוצרים כללים חדשים. שק"ד במובן החזק אומר שאין שום סטנדרטים מכוונים בקבלת ההחלטה של השופטים. כמובן ששיקול הדעת אינו רשות (יש מגבלות של הוגנות, צדק, יעילות וכיו"ב) אך אין סטנדרטים שכפויים מלמעלה. דוורקין מבהיר שהעקרונות הם חלק מהמשפט. לפיכך, כאשר ביהמ"ש מפעיל את שיקול דעתו זה תמיד שק"ד במובן החלש- יש סטנדרטים שמכוונים שהם חלק מהמשפט. דוורקין טען כי יכולת השופטים ליצור כללים היא לא דמוקרטית (אינו גוף נבחר) ורטוראקטיבית (הרי יוצרים כלל בדיעבד. למרות שלא הייתה הוראה כזו בדין, יוצרים כלל חדש שחל למפרע). דוורקין פותר זאת ע"י הכרה בעקרונות כחלק מהמשפט- זה דמוקרטי כיוון שזה חלק מעקרונות היסוד של השיטה הפוליטית שהמשפט פועל בתוכה + לא רטוראקטיבי כיוון שהעקרונות הם נורמות שקיימות במשפט.

(3) החובה המשפטית- לפי הפוזיטיביזם בהיעדר כלל משפטי אין חובה משפטית. לכן, כאשר השופט מפעיל שק"ד, לא מדובר בחובה משפטית. דוורקין מבהיר כי לא יתכן שיטילו על אדם חובה מבלי לבסס את זה בדין (רטוראקטיבי- הסבר לעיל). העקרונות הם גם מטילים חובות משפטיות כיוון שהם חלק מהמשפט.

בניגוד לפוזיטיביסטים, דוורקין סבור כי 'חובה משפטית' היא קרובה למה שהוא ראו (ולא רק עובדה חברתית הנתפסת כמחייבת משפטית).

(א) לפי רז, בדיונו במטרות החברתיות של מערכת המשפט, מה ההבדל בין יישוב סכסוכים מוסדרים ליישוב סכסוכים לא-מוסדרים.

(ב) מה יאמר דוורקין על ההבחנה הזו?

תשובה

[א) רז ביקש להציג את מטרות מערכת המשפט ללא קשר לאידאולוגיה. כלומר, מטרות פורמליות שמתאימות לכל אידאולוגיה.

תחילה הפריד בין מטרות ישירות (מטרות שמושגות מעצם הציות לחוק) לבין מטרות עקיפות (מטרות שהמחוקק מאמין שיוכל להשיג בעקיפין מהחוק. הוא מאמין שיש קשר סיבתי בין פעולת החוק לבין המטרה שהוא רוצה להשיג. למשל: כאשר המטרה היא ליישב את הנגב. יוצרים חוק שקובע מס מופחת בנגב- המטרה הישירה היא הפחתת המס והמחוקק מאמין שמש מופחת יביא אנשים לגור בנגב. זו המטרה העקיפה). יש שני סוגים של **מטרות ישירות: ראשונית**- נוגעות להתנהגות האוכלוסייה; **ומשנית**- נוגעות לכללים. יש ארבע מטרות ישירות ראשוניות- (1) הכוונת התנהגות; (2) יצירת הסדרים פרטיים (נישואין, צוואות); (3) חלוקת טובין; (4) **יישוב סכסוכים בלתי מוסדרים**- המטרה הזו נוגעת לסכסוכים שאין תשובה לגביהם בחוק. המטרה של המשפט היא לאפשר לאנשים ליישב כל סכסוך אף אם אין פתרון בחוק. זה נקרא מטרה ישירה ראשונית כיוון שאין מדובר בהתנהגות לגבי כללים (הרי אין כלל). מדובר בהתנהגות השופטים ובפתרון הסכסוך. (למשל- פנייה לעקרונות יסוד וכו'). יש שני סוגים של מטרות ישירות משניות: (1) שינוי/ יצירה/ ביטול חוקים; (2) **יישוב סכסוכים מוסדרים**- כאשר **קיים פתרון בחוק**. זה נקרא מטרה משנית כיוון שמדובר בהתנהגות ביחס לכללים (החלת הכללים בביהמ"ש). כלומר, ההבדל הוא שיישוב סכסוכים בלתי מוסדרים (מטרה ישירה ראשונית) זה כאשר עסקינן בסכסוכים שהחוק לא מספק להם מענה ואילו יישוב סכסוכים מוסדרים (מטרה ישירה משנית) זה כאשר עסקינן בסכסוכים שהחוק מספק להם מענה וכל שנותר הוא להחיל את החוק על המקרה הקונקרטי.

(ב) דוורקין שהיה נון פוזיטיביסט יטען כי אין דבר כזה סכסוכים לא מוסדרים. כלומר, אין מקרה שאין לו פתרון ותשובה בחוק. לפי דוורקין החוק כולל לא רק כללים אלא גם עקרונות. לפיכך, במקום שלכאורה אין כלל, ישנו עקרון שהוא חלק מהמשפט. זה לא דבר שהוא חיצוני למשפט. לפיכך, המשפט שכולל עקרונות תמיד מספק פתרון לכל סכסוך (הרי בסכסוכים לא מוסדרים השופטים פונים לעקרונות הללו).



שאלה מס' 5 (14 נק' - שאלת בחירה 7/9)

מדוע לדעת קייִרִיס (Kairys) (ואנשי הגישה הביקורתית למשפט), הדיון על אודות 'איפוק שיפוטי' (judicial restraint) הוא מוטעה מיסודו?

תשובה

סעי' 1 של חוק יסוד הכנסת (שנחקק בשנת 1958) קובע: 'הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה'. האם סעיף זה הוא שמעניק לכנסת מעמד של בית נבחרים ושל מוסד מחוקק בישראל, לפי הרט? נמקו את תשובתכם.

תשובה

[הארט היה פוזיטיביסט. הוא הסתכל על המשפט מנקודת מבט נורמטיבית. לפי הארט, כלל משפטי הוא סוג של כלל חברתי (דפוס התנהגות הזוכה לציות פנימי). הארט טען שמערכת משפט נוצרת ברגע "שמתקבל" כלל זיהוי. כלל הזיהוי הוא כלל חברתי מסדר שני (הרחבה להלן) שנותן תוקף לכל הכללים המשפטיים. כלל הזיהוי מאפשר הבחנה בין כללים חברתיים בעלי תוקף משפטי לבין כללים חברתיים שאינם בעלי תוקף משפטי. כלל הזיהוי מזהה מוסד/ גוף/ אדם שמוסמך בעיני בני החברה לחוקק חוקים משפטיים. מרגע שישנו כלל זיהוי, כל שאר הכללים המשפטיים מקבלים את תוקפם המשפטי מכוחו והוא הכלל היחיד שיונק כוחו מעצם ההכרה החברתית בו.]

תחילה אציין כי עצם זה שהכנסת היא בית הנבחרים אינו מלמד כי היא מוסמכת לחוקק חוקים משפטיים. ברם, אף אם זה היה אומר את זה, לפי הארט, חוק היסוד אינו מקנה לכנסת את מעמדה כמוסד מחוקק. מה שמעניק לכנסת את כוחה כמוסד מחוקק זה כלל הזיהוי בישראל שאומר שהכנסת היא הגוף, המוסד המוסמך לחוקק חוקים בעלי תוקף משפטי. מעצם כלל הזיהוי, חוק היסוד שהכנסת חוקקה הוא בעל תוקף משפטי. הרי הכנסת היא זו שחוקקה את חוק היסוד, ולא יתכן שעצם זה שהיא חוקקה את החוק הקנה לה את הסמכות (פרדוקס). כלל הזיהוי הוא הכלל שנותן תוקף לכל הכללים המשפטיים (למרות שלא ניתן לדבר עליו במונחים של תוקף). כלל הזיהוי הוא זה שאיפשר לה לחוקק את חוק היסוד והוא זה שהפך את חוק היסוד לחוק בעל תוקף משפטי. כלל הזיהוי העניק לכנסת את כוחה מעצם ההכרה החברתית בכך שהכנסת היא המוסד המוסמך לחוקק חוקים בעלי תוקף משפטי ומכאן שחוק היסוד שחוקקה הוא בעל תוקף משפטי]

14

(6)

יפה

לפי רולס בעיית החלוקה הצודקת של הטובין קשורה באורח הדוק לבעיית ייצורם של הטובים האלה (העומדים לחלוקה). הסבירו את הטענה הזו, וכיצד היא משפיעה על עקרונות הצדק.

תשובה

הסבירו את טענת הרט כי "המשפט הוא איחוד של כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני". הדגימו את טענתו לגבי מערכת המשפט במדינת ישראל.

תשובה

[הארט הוא פוזיטיביסט שהפריד בין החוק למוסר. הוא הסתכל על המשפט מנקודת מבט נורמטיבית. הארט טען שהמשפט מורכב מכללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני.

כללים מסדר ראשון- כללים הנוגעים להכוננת התנהגות האוכלוסייה. למשל: אסור לגנוב, להתגייס לצבא, לשלם מיסים וכיו"ב. הכללים הללו אומרים לבני החברה איך עליהם להתנהג.

כללים מסדר שני- כללים הנוגעים לכללים. יש שלושה סוגים של כללים מסדר שני: (1) **כלל זיהוי**- כלל שמזהה מוסד/ גוף/ אדם שמוסמך לחוקק חוקים בעלי תוקף משפטי. הכלל הזה מאפשר להבחין בין כללים חברתיים שהם גם משפטיים לכללים חברתיים "סתם" (הרי כללים משפטיים הם סוג של כללים חברתיים). רק כלל העומד בקריטריונים של כלל הזיהוי הוא כלל בעל תוקף משפטי. זה הכלל היחיד שכוחו נובע מעצם ההכרה החברתית בו. הוא זה שנותן את התוקף לכל החוקים (למרות שלא ניתן לדבר עליו במונחים של תוקף). כלל הזיהוי מקנה לנו יציבות, ודאות וצפיות שכן לפיו אנחנו יכולים לדעת מהם הכללים המשפטיים ומה הם אומרים. כלל הזיהוי בישראל קובע שבמדינת ישראל המוסד המוסמך לקבוע כללים בעלי תוקף משפטי זו הכנסת וגם ביהמ"ש העליון (ע"י תקדימים).

(2) **כללי שינוי**- כללים אלו מאפשרים לנו לשנות/ לתקן/ לבטל/ ליצור חוקים בהתאם לנסיבות המשתנות. זה קובע את המנגנון, הפרוצדורה לכל אלה. כללי השינוי מספקים לנו גמישות (שינוי בהתאם לנסיבות). לדוגמה: הכלל שחוק צריך לעבור בכנסת ב-3 קריאות (+ רוב).

(3) **כללי שפיטה**- כללים שנוגעים לאופן החלת הדין ויישוב הסכסוכים הבאים לפני ביהמ"ש. כללים אלו מאפשרים לנו יעילות וודאות. לדוגמה: כללי ברירת הדין כמו שחוק ספציפי גובר על חוק כללי, או גם כללי התיישנות.

לפי הארט, במערכת נורמטיבית טרום משפטית אין כללים מסדר שני, אלא רק כללים מסדר ראשון שמכוונים התנהגות (מוסר נוהג). כלומר, קשה לזהות מה הכללים ומה הם אומרים (אין כלל זיהוי). כל הכללים שמכוונים התנהגות מבוזרים ואינם בעלי תוקף משפטי. כוחם הוא מעצם ההכרה החברתית בהם. קשה ולוקח זמן לשנות את הכללים הללו (מסדר ראשון) וקשה ולהבין מה השינוי (אין כללי שינוי) קשה להחיל את הכללים ביישוב סכסוכים (אין כללי שפיטה).

14

(8)

יפה

סעיף 8 לחוק המקרקעין קובע: 'התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב'.
(א) האם סעיף זה הוא חוק פוזיטיבי לפי אוסטין, ואם כן - כיצד?
(ב) לפי הרט, האם זהו כלל מטיל חובה או כלל מסוג אחר?



תשובה

[(א) אוסטין היה פוזיטיביסט. הוא זיהה את החוק הפוזיטיבי (החוק המשפטי) כמבע רצון של הריבון המלווה באיום בסנקציה בהיעדר ציות (קרי, פקודה של הריבון = חוק פוזיטיבי). לפי אוסטין כל החוקים הפוזיטיביים הם נרמות מטילות חובה. תמיד חייב להיות מבע רצון של הריבון לפעול או להימנע מפעולה ולכך מלווה איום בסנקציה במקרה של היעדר ציות. אוסטין התמקד באיום בסנקציה של הריבון (היכולת והכוונה לגרום לרע בהיעדר ציות- זה כרכיב מרכזי בפקודה. ללא סנקציה זו אינה פקודה. החובה המשפטית נובעת מהחשש מהנזק עתידי). אוסטין כמובן רואה את ס' 8 האמור כחוק פוזיטיבי מטיל חובה. לפי אוסטין אמנם הסעיף אינו מחייב עשיית עסקה במקרקעין, אך מרגע שאדם החליט לבצע עסקה במקרקעין, הרי שמוטלת עליו חובה מהריבון לעשות זאת בכתב. זה מבע הרצון של הריבון ולכך מלווה איום סנקציה- אם לא תעשה את העסקה בכתב, העסקה בטלה. זו הסנקציה במקרה שתפר את חובתך (לא תבצע העסקה בכתב). קלזן התבסס על תיאוריית הפקודה והוסיף שהרי אנשים יכולים לעשות הסכמים ג'נטלמניים. הם בוחרים לעשות עסקאות וחוזים לפי החוק (במקרה זה עסקה במקרקעין) כיוון שהם רוצים את כוחה של המדינה במקרה של הפרה (המדינה תוכל "להעניש" ולבטל ההסכם).

(ב) הארט, שהיה אף הוא פוזיטיביסט הסתכל על השפט בצורה שונה- מנקודת מבט נורמטיבית. אציין רק כי הארט ראה בהיבט הסמכות רכיב מרכזי בפקודה ובסנקציה כרכיב מסייע (דוגמת האקדוחן לעומת פקודה של מפקד בצבא לחייליו- השודד החמוש מאיים אך לא נותן פקודה כיוון שאין לו סמכות). לא ארחיב כי אין מקום וזה לא רלוונטי.

הארט טען שיש 3 סוגי נורמות- נורמות מטילות חובה, נורמות מעניקות כוח (משפטי) כמו חוק החוזים, חוק הצוואות ונורמות מעניקות זכויות (קצבאות). הארט יטען כי ס' 8 אינו כלל מטיל חובה אלא **נורמה מעניקת כוח (משפטי)**. כאמור, הכלל לא מחייב עשיית עסקה, הוא מאפשר זאת (מעניק כוח משפטי). ראשית, ביטול העסקה במקרה והיא לא נערכה בכתב זו אינה סנקציה. סנקציה זה דבר נפרד מהפעולה עצמה. במקרה זה, הביטול הוא תוצאה ישירה של הפעולה. אדם פעל לא נכון ולכן זו התוצאה המתבקשת בקשר סיבתי מפעולתו "השגויה". זו לא סנקציה, זה **סיבה ותוצאה**. שנית, כמו שהסנקציה איננה מהות הפקודה, כך הסנקציה וכוח המדינה הם לא מהות הוראת הסעיף. המהות היא לאפשר לאנשים כוח משפטי ליצור עסקאות במקרקעין. המטרה היא לאפשר לאנשים להגשים את מטרותיהם.]



שאלה מס' 10 (2 נק')

2 נקודות לשיקול דעת הבודק.

אין לכתוב כאן כלום.

תשובה

רק אציין כי מכיוון שבעבר היו מבחנים שנמחקו בהם התשובות או חלקים מהן סימנתי את תשובתי ב- [] המסמנים את תחילת וסיום התשובה (:)