

מבחן בתורת המשפט מועד א' חורף תשפ"ב (קורונה) / תואר ראשון / אונ' בר-אילן / ד"ר מיכאל בריס

המבחן ללא חומר עזר ("בספרים סגורים")

משך המבחן: שעתיים

המבחן כולל 14 שאלות רב-ברירות (6 נקודות כל אחת) ושתי שאלות פתוחות (8 נקודות כ"א)

תתאפשר סריקת תשובות לשאלות הפתוחות רק למי שקבל אישור מראש מאת הפקולטה

בהצלחה!



א. מקרה קשה, לפי הגדרתו של השופט חשין בפס"ד פלוניס הוא מקרה בו כאילו החוק לא תואם את מצפוננו ותחושותיו של השופט ("ליבו של השופט פונה דרום ואילו החוק מורה צפון"). כלומר, מדובר במקרים שבהם ההכרעה השיפוטית לפי החוק עלולה לגרום לעוול ולא-צדק במקרה הנידון בבית המשפט. דוגמא לכך הוא למשל המקרה בפס"ד פלוניס, או בפס"ד כהן בו המנוחה ג'זל קפצה למותה עם ביתה הקטנה אחרי שנישואיה לא צלחו, והיא השאירה פתק בו כתבה במפורש שהיא לא רוצה שבעלה יירש את נכסיה. עם זאת, צוואתה לא עמדה בדרישות החוק באותה העת [היא לא חתמה עליה, ולא היה כתוב תאריך] ובסופו של דבר על אף רצונה בעלה כן ירש אותה.

ב. מקרה קשה עלול ליצור חוק רע כיוון שאם נכריע באופן שיהיה צודק בנסיבות המקרה הספציפי, עלול להיווצר תקדים משפטי בעייתי שלא בהכרח יתאים למקרים הבאים ("חוק רע"). ההנחה היא שהמחוקק קובע את החוקים באופן רציונלי שעושה צדק עם רוב המקרים, אם נשנה את החוק באמצעות תקדים משפטי מחייב אז למעשה אנחנו עלולים לפגוע במקרים העתידיים שיידונו בבית המשפט.

ג. קיימים מספר הוגים שהתמודדו עם שאלה זאת. הארט טען שמקרה שיש לאקונה בחוק או שהחוק עמום ומגיע מקרה קשה לבית המשפט, אזי השופט יוכל להפעיל שיקול דעת ולמעשה לפעול כמחוקק מתוקף תפקידו [אם יש הסדר משפטי קיים ונהיר שמתייחס למקרה הקשה, הארט אומר שבמקרה הספציפי השופט יצטרך לפסוק בהתאם לחוק גם אם מדובר במקרה קשה, ואח"כ המחוקק יתקן את החוק]. לעומת זאת, דבורקין העביר ביקורת על הארט. לגישתו, השופט אינו יכול להפעיל שיקול דעת שכן אם יעשה זאת יחרוג מתפקידו (לדידו, שיקול דעת מופעל רק בשלב החקיקה ע"י המחוקק), עם זאת גם הוא מכיר בכך שיש מקרים קשים והוא טוען שבמקרים מסוג זה השופט צריך לדלות את התשובה המשפטית ממכלול החקיקה והיצירה האנושית (לרבות פסיקה, ספרות, תרבות וכדו') דבורקין טוען שבדרך פעולה זו השופט אינו יוצר דבר חדש, אלא חושף עקרונות קיימים. הוא מבסס את טענתו על פס"ד ריגס נ' פאלמר - מקרה בו נכד רצח את סבו וביקש לרשת אותו בהתאם לצוואה. ביהמ"ש התבסס על העיקרון "מעוולה לא תצמח זכות" שאותו הוא הסיק ממכלול החקיקה הקיימת, על אף שלא היה חריג ספציפי בחוק שאוסר לרשת את הקורבן (למשל - מאיסור על גניבה או עוולות נזיקיות שונות אנחנו למדים שמעוולה שאדם מבצע לא יכולה לצמוח לו זכות ורווח), כלומר לפי דבורקין במקרים קשים כמו בפסה"ד פאלמר ניתן לפסוק בהתאם לעקרונות הקיימים כבר באותו מקרה, על אף שהיה הסדר שלילי בחוק, וזאת בהתבסס על עקרונות כמו "מעוולה לא תצמח זכות". מעבר לכך אציין כי לפי הגישה של הפורמליזם יש לנהוג בפרשנות דווקנית לחוק (לפי גישה זו יש לראות את המשפט כלוגיקה, לפסוק לפי מה שקיים בחוק) אך גם הפורמליסטים התייחסו למקרים בהם אין תשובה ברורה בחוק וטענו שבמקרים כאלו יש לדלות את התשובה מהכללים המשפטיים הקיימים (בשונה מדבורקין, שטען שניתן לדלות את התשובה גם מעקרונות וגם מיצירה אנושית שאינה חקיקה כמו נורמות תרבותיות שרלוונטיות לחברה, אך לא שיקולי מדיניות) ולכן אם מדובר במקרה קשה שאין לו תשובה בחוק, לפי הפורמליסטים ניתן להסיק את התשובה מהכללים המשפטיים הקיימים. זאת בשונה מהדוגלים בגישה של ריאליזם משפטי שסוברים שיש להתחשב בהשלכות החברתיות של ההכרעה המשפטית (לשקול "שיקולי מדיניות") ושהחוק הוא רק מה שמישם בפועל ע"י השופט (והיישום תלוי ומשתנה בהתאם לצרכי הזמן והמציאות, הנסיבות, ואף תפיסת עולמו של השופט) ולכן אם יש מקרה קשה שנסיבותיו אינו תואמות את החוק הכתוב, או את הערכים החברתיים במציאות, אזי יש לפסוק באופן ה"נכון" לנסיבות המקרה, ובהתאם ליישומו של החוק בפועל.

א. הולמס מייצג את גישת הריאליזם המשפטי [פירוט בהמשך]. כאשר הוא אומר ש"כותבים מסוימים מספרים שזו מערכת תבונית" הוא מתייחס לגישה הפורמאליסטית למשפט לפיה יש לראות את המשפט כלוגיקה, בתבניות חשיבה לוגיות (למשל, כשמלמדים ילד באמצעות חפצים חיבור, לצורך העניין שעיפרון+עיפרון=2 עפרונות, אזי למעשה מנסים להקנות לו חשיבה לוגית-מתמטית לפיה $2=1+1$, כל דבר ועוד דבר שווים לשני דברים). לפי הפורמליזם יש לנתק את המשפט מהמימד הערכי שלו (זה לא שבמשפט אין ערכים, אלא שהכנסת הערכים שמורה לשלב החקיקה), יש ליצור קטגוריות משפטיות (למשל- פלילי/אזרחי/מנהלי, ובתוכן קטגוריות נוספות כמו למשל נזיקין/חוזים/קניין וליצור גורם מזהה בכל תחום)- ולפעול בדרכי היסק משפטיים (סילוגיזם) כמו למשל "כל המתרשל ישלם 500 ש"ח", רועי התרשל- אזי רועי ישלם 500 ש"ח. כלומר, מדובר בהיסק של תוצאות משפטיות בהתאם לכללים הקיימים ואין מקום להפעלת שיקול דעת משפטי בהתאם לנסיבות המקרה ולהפעלת שיקולי מדיניות.

בהמשך דבריו של הולמס הוא טוען ש"זהו היסק מעקרונות של מוסר או אקסיומות מוסכמות..."- בכך הולמס מתייחס ל הגישות בשאלת מקור המשפט. לפי גישת המשפט הטבעי- יש אמיתות מוסריות אוניברסליות שנכונות תמיד ואין משתנות בהתאם לצרכי הזמן או החברה ("לא יהיו חוקים שונים ברומא ובאתונה"- קיקרו), אמיתות אלו הן מקור משפטי והן אף עליונות לחקיקה האנושית. לעומת זאת, לפי הגישה הפוזיטיביסטית- רק החקיקה האנושית שבני האדם חוקקו נכללת בחוק המשפטי ואילו שאלת המוסר היא שאלה נפרדת (אבהיר כי אין זה אומר שהפוזיטיביסטים סבורים שחוק אנושי גובר על המוסר שאיננו נכלל בחוק ולכן יש לציית תמיד לחוק האנושי, אלא שמדובר ב2 שאלות נפרדות ויש אף כאלו הסוברים שבמקרים מסוימים המוסר גובר על החוק האנושי).



למעשה הולמס אומר שיש פורמליסטים-פוזיטיביסטים שגוזרים את המשפט ממוסכמות, מהחקיקה האנושית. ויש פורמליסטים-אנשי משפט טבע שגוזרים את המשפט גם מהמוסר, מאמיתות מוסריות אוניברסליות.

הולמס מייצג את הגישה ההפוכה מהגישה הפורמליסטית, שהיא גישת הריאליזם המשפטי. מדובר בגישה אמריקאית למשפט לפיה יש להתחשב בהשלכות המעשיות של ההכרעה השיפוטית. כלומר, יש לשקול שיקולי מדיניות ולבחון איזה השלכות יש להכרעה השיפוטית על החברה, ולהתחשב בנסיבות המקרה. לפי הריאליסטים החוק הוא לא חוק עד שהוא לא מיושם בפועל ע"י השופט. כלומר, אם לצורך העניין יש לנו חוק לפיו קיום יחסים הומוסקסואליים מהווה עבירה פלילית שעונשה הוא קנס של 5,000 ש"ח, אך בפועל החוק הזה לא הופעל מעולם, והשופטים לא אוכפים אותו ואנחנו יודעים שהחוק הוא מעין אות מתה ושארף אחד לא באמת מקבל קנס שכזה, אזי לא באמת מדובר בחוק לפי הריאליזם המשפטי.

ב. ה"איש הרע" הוא הריאליזם המשפטי. ניתן לטעון שבגישה הפורמליסטית (הגישה ההפוכה לריאליזם המשפטי), יש הגנה על ערכים של שוויון והוגנות. כאמור, לפי גישה זו יש לנקוט בפרשנות דווקנית לחוק, וגם אם החוק מלא בבירוקרטיה זה נועד להבטיח שוויון והוגנות לכולם שכן "כולם מקבלים אותו דבר" והפסיקה לא משתנה ממקרה למקרה, אז על פניו יש בגישה זו מן הצדק. לעומת זאת, הריאליזם הוא הרבה יותר גמיש, לפי הגישה הריאליסטית ניתן להתאים את הפסיקה לנסיבות המקרה, לשקול שיקולי מדיניות ולהתייחס להשלכות של ההכרעה השיפוטית על החברה גם אם זה בניגוד לחוק (לדוגמא- אם כרתתי חוזה עם המעסיק שלי, אבל הוא ממש מקפח את הזכויות שלי, והוא לא עונה בקנה אחד עם ערכים חברתיים מסוימים- אז ניתן יהיה לפסוק בניגוד למה שנקבע בחוזה). מנקודת המבט של הריאליזם ניתן לטעון שדווקא ההתאמה של ההכרעה השיפוטית לנסיבות המקרה הספציפי ושקילת השלכותיה על החברה היא זו שעושה צדק, והיא מונעת פסיקה לא נכונה במקרים מסוימים. היא מתייחסת לחוק האמיתי, החוק שמיושם בפועל ע"י השופטים ולא מתייחסת לחוק הכתוב בכל מצב, גם במקרה שאינו תואם את הערכים החברתיים הקיימים במציאות.