

דף סיכום בחינה**מזהה בחינה: 001000266895 מזהה סטודנט: 115758****שם קורס: תורת המשפט**

מספר שאלה	הערה	ניקוד מירבי	ציין
1		17.00	15.00
2		17.00	12.00
3	תשובה יפה	17.00	17.00
4	תשובה יפה	17.00	17.00
5		17.00	
6		17.00	
7		17.00	15.00
8		17.00	14.00

0

ציין בחינה סופי : 91.00**הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים**

מבוא לתורת המשפט

תואר ראשון – תשפ"ג (סמסטר א) – מועד א
הפקולטה למשפטים – אוניברסיטת בר אילן

שאלון בחינה

מס' קורס: 99103-02
מרצה: פרופ' יאיר לורברבוים
מועד א – 29.1.23
שעה: 9:00

הנחיות לבחינה

- במבחן שלפניך שמונה שאלות, מהן יש לענות על שש בלבד.
- 17 נק' לכל שאלה (סה"כ: 102 נק').
- אין לחרוג מ-500 מילים לכל שאלה.
- משך הבחינה – שעתיים (120 דקות).
- הבחינה היא ללא חומרי עזר (בחינה ב"חומר סגור").
- במהלך הבחינה מותר להשתמש בדפי טיוטה.
- 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!

התאוריה של פולר טוענת כי הפוזיטיביזם (שהיא תורת משפט אשר רואה בחוק כעניין בעבודה ומוציאה מתוכו עקרונות אחרים מוסריים) מעודדים ציות עיוור לחוק ללא בחינת המוסריות שלו. פולר מונה 8 עקרונות, הוא קורא להם המוסריות הפנימית של החוק, והם מבטיחים מינימום של מוסריות בתוך החוק, במידה והחוק אכן עונה על ה-8 קריטריונים הללו. הוא חושב שחוק שעונה על הקריטריונים הללו הוא בהכרח מוסרי. לדעת פולר חוק הוא הישג חברתי שיוצר טוב ואילו רק תורת משפט אשר קושרת בין המשפט למוסר מבטא את ערך השל המשפט בצורה הטובה ביותר.

יש קשר מושגי בין מוסריות לבין חוק. כמו כן, יש קשר היסטורי שכן חברות שבהן לא הקפידו על שלטון החוק ועל ה-8 קריטריונים היו בהכרח שלטונות לא מוסריים (גרמניה הנאצית).

פולר הוא נון פוזיטיביסט - אשר רואה בעקרונות כחלק בלתי נפרד מן המשפט.

הוא כן מבין שהחוק הוא עניין של דרגה אשר לפעמים יקרו מצבים בהם לא יתמלאו כל ה-8 קריטריונים אך החוק עדיין יהיה מוסרי. אולם הרבה חוקים אשר אינם עומדים בקריטריונים הנ"ל, הם אכן מצביעים על חוק לא מוסרי.

הראט עונה שדווקא הפוזיטיביזם לא מעודד ציות עיוור לחוק ואף שואף להפריד את המוסר מן החוק על מנת שיהיה ניתן לבחון האם החוק הוא באמת מוסרי. ולא רק יוצא מנק' הנחה שאם הוא חוק והוא עומד בקריטריונים מסוימים אז הוא מוסרי. לדעתו הפוזיטיביזם מאשר לבקר את תוכן החוק ואף לעשות בו רפורמות. לדעת הארט עדיפה הטענה "זהו חוף תקף אך לא מוסרי ולכן אין לציית לו" מאשר הטענה "זהו לא חוק כי הוא לא מוסרי".

תשובה יפה, ניתן היה להדגיש כי בעיני פולר, הפוזיטיביזם, שבעיניו שיקולים מוסריים אידיאליים הם לא רלוונטיים לחוק - לא יוצר מחויבות לחוק. מה שגורם לנו להיות נאמנים לחוק זו הזיקה המהותית שלו למוסר.

15
(1)

אריסטו עמד על כך שכל אובייקט מורכב מ-4 רכיבים:
צורני - במובן של מהות, של הגדרה, מה שנותן לאובייקט את מאפייניו והגדרתו והופך אותו להיות מי שהוא פועל - הדבר שגרם ליצירת האובייקט הנ"ל למשל הורים, בנאי וכולי
חומרי - החומר ממנו עשוי למשל בשר ודם/מתכת/עץ
תכליתית - מימוש עצמי יציאה מן הכוח אל הפועל יציאה ממצב של פוטנציה למצב של אקטואליה

לדעת אריסטו האדם ניחן בתבונה וביכולת הדיבור, והוא יכול להבדיל בין עוול לצדק ובין טוב לרע. משכך טבעית לו מערכת המשפט וטבעית לו המדינה (כי רק באמצעותה היא יגיע לאקטואליה-שלמות-טוב).
מערכת המשפט טבעית לאדם כ"י תפקידה הוא להבחין בין צדק לעוול. והיא מורכבת מצדק מן הטבע וצדק מן החוק.

אריסטו מבחין בין צדק מן הטבע וצדק מן החוק.

צדק מן הטבע = עקרונות אידאליים (מוסר אידיאלי) = עקרונות טבעיים. הם נכונים בכל זמן וכל מקום, הם נצחיים והם לא מחייבים את הסכמתו של אף אחד, הם נכונים לכתחילה, הם עומדים ביסודה של כל מערכת משפט ואף אחד לא יכול לסתור אותם.

צדק מן הטבע למשל - אל תרצח

האדם הוא יצור תבוני הוא יודע להבחין בין טוב לרע ובין צדק לעוול, משכך עקרונות הצדק מן הטבע הם טבעיים לאדם ולמערכת המשפט אשר גם היא טבעית לאדם משום שהיא מבחינה בין צדק לעוול ממש כמו האדם. צדק מסוג זה יכול להכנע במקומות מוסריים אך זה לא גורע מתקפותו לעולם. למשל מדינה שבה הרבה אנשים רוצחים, זה לא אומר שזה בסדר שמותר לרצוח.

זו תהיה חברה פגומה ומקולקלת אשר האדם שבה לא יכול להגיע לידי מימוש עצמי. האנשים שבה לא יוכלו לצאת מן הכוח אל הפועל.

שכן המדינה היא הטבעית לאדם, ורק באמצעותה הוא יוכל לצאת מהכוח אל הפועל.
צדק מן הטבע לדעת אריסטו לא יכול להשתנות בין מקומות.

צדק מן החוק = חוקים אשר מצריכים את הסכמת האזרחים להיות כפופים להם. הוא יכול להשתנות בין מדינה למדינה, למשל מדינה אחת יכולה להחליט שצדק מהירות מופרזת היא נותנת קנס של 100 יורו ומדינה אחרת תתן קנס של 50 יורו. צדק מן החוק יכול להשתנות במעט ממקום למקום.

לדעת אריסטו - החובה לציית לחוק היא מכוח זה שהחוק מעניק לו טוב, עצם זה שאדם הוא תבוני ויודע להבחין בין צדק ועוול, אזי העקרונות האידאליים של משפט הטבע הם טבעיים לו ובכך הם מחייבים אותו.
לדעת אריסטו כל חוק שסותר את חוקי הטבע דינו להתבטל. אולם בפועל רואים שלא תמיד כך הדבר.
לדעתו חוקים מדיניים לא יכולים לסתור את חוקי הטבע. כי האדם הוא יצור תבוני.
לכן לא יכול להיות מצב שמערכת מדינית מורכבת רק מצדק מן החוק. היא תמיד תכיל גם צדק מן הטבע.

אריסטו גם עמד על כך שהאדם עם תבונתו יכול לעשות דברים טובים וגם יכול לעשות דברים נבזיים.

ביקורת 1 - על צדק מן הטבע למשל שהוא מבוסס על רגש ולא על רציונאליות, אולם התשובה לכך היא שאם נסתכל עמוק נוכל לראות שהוא מבוסס הרבה על תבונה ורציונאליות ולא דווקא על רגש
ביקורת 2 - שהוא יוצר חוסר וודאות ויציבות - ואילו וודאות + יציבות הם גם מוסריים וצריך לכבד אותם.
בסופו של דבר שופט תמיד מאזן בין הצדק מן הטבע והצדק מן החוק, הוא מאזן בין עקרונות כללים לחוקים.
על כל שיטת משפט ניתן לטעון בקיצוניות שלה שהיא אינה מספקת, אך בפועל שופטים מאזנים כל הזמן.

דיון חלקי. בנוגע לסעיף קטן (2), היה צריך לציין כי לפי אריסטו, חוקי "צדק מן החוק" נגזרים מטבע האדם, גם כי הוא יצור תבוני וגם משום שהוא איננו מספיק לעצמו ודורש שיתוף פעולה רחב עם המדינה ומערכת המשפט, ומערכת המשפט לא יכולה לתפקד בלי חוקים שהם צדק מן החוק. בנוסף, היה מקום להסביר ולפרט את הטענה המצויה בסעיף קטן (3) - לפי אריסטו, גם חוקים שהם מן הטבע אמנם ניתנים לשינוי, אך זה שאנשים התנהגו באופן לא תבוני בנסיבות מסוימות לא הופך את החוקים ללא תבוניים וללא אוניברסליים.

12

(2)

1. דבורקין הוא נון פוזיטיסט, הוא מאמין שעקרונות המשפט הם חלק מהמערכת כולה, ושהמשפט מכיל עוד כללים וטעמים ושיקולים.
- הוא יוצא כנגד הטענה שיש כלל אב שמזהה את החוקים המשפטיים (תורת הפקודה / כלל הזיהוי) זאת משום שלדעתו הם לא מצלחים לזהות עקרונות ולא מצלחים לזהות מנהגים.
- למשל בפס"ד ריגז ובפס"ד בלומפילד מוטורז, הוא נתן את שני הפס"דים ההלו כדי להוכיח שבית המשפט נזקק לעקרונות משפטיים שאינם היו מזוהים אם כלל אב כלשהו היה צריך לזהות אותם. כך שכלל הזיהוי לא עובד תמיד, כלל אב לא מצליחים לזהות כל את הנורמות המחייבות, כך למשל הם לא יצליחו לזהות עקרונות משפטיים אשר תמיד לבסוף ינחו דרך מסוימת ויביאו לפתרון צודק של הסכסוך.
- לדעתו בקהילה מסוימת יתפסו מנהג כמחייב, למשל חוק פיצויי פיטורין היה מנהג שבו מעסיקים שילמו כסף למפוטרים ומי שלא שילמו לו יכל ללכת לבית המשפט ולתבוע זאת. בית המשפט קיבל זאת כמחייב. גם אם כלל הזיהוי לא זיהה זאת כמחייב משפטית, האזרחים עצמם זיהו זאת כמחייב משפטית. ישנם עקרונות שהם חלק מהשיטה כי העם תופס אותם כמחייבים וכי השופטים תופסים אותם כמחייבים וכי הם נגזרים ממערכות משפט דמוקרטיות.
- לדעתו יש חוקים בקהילה (מנהגים=מוסר נהג=מה שבני אדם תופסים כראוי) וכלל הזיהוי לא יכול לזהותם.
2. הוא יוצא כנגד התפיסה של הפוזיטיביסטים לפיה לשופט יש שק"ד בעת לאקונה, הוא אומר שתמיד יש עקרון מנחה שמנחה את השופט כיצד לפסוק, כך שאין חקיקה רטרואקטיבית ואין מצב שבו שופטים יוצרים כללים בכובע של אדם שאינו נציג ציבור.
- זאת משום שהעקרונות כמו צדק, תום לב וכולי נמצאים ביסודה של כל מערכת משפט והם חלק בלתי נפרד מהכללים. כמו כן, שופטים לא רואים את עצמם ככאלו המחוקקים חוקים הם לא תופסים את עצמם כך. שופטים רואים את עצמם כמיישמים כללים ומחילים כללים. לא זו בלבד אלא שגם העם עצמו רואה בעקרונות השונים כחלק מההשגרה ותופס את העקרונות השונים כמחייבים. העקרונות נתפסים כמחייבים גם על ידי העם, גם על ידי השופטים וגם על ידי חלק משיטות דמוקרטיות שונות שראות בדמוקרטיה כמכילה עקרונות אלו.
- לדעתו יש 2 מובנים של שק"ד חלש א. כאשר למשל עברת באדום תקבל קנס ב. כאשר יש סכסוך שצריך לפתור אך אין כלל משפטי ספציפי אז נפנה לעקרונות. העקרונות עצמם הם גם מחייבים בצורה כזאת או אחרת, ואין שופט יכול לעשות מה שהוא רוצה, הוא תמיד מחוייב לעקרונות הנ"ל שאופפים את מערכת המשפט. לדעת פולר, המשפט מכיל עקרונות, טעמים, תכליות שהם חלק בלתי נפרדים מן הכללים וחלק בלתי נפרד מהשיטה.
3. אודות החובה המשפטית - לדעת הפוזיטיביסטים ברגע שכלל הזיהוי לא זיהה כלל מסוים אז לא קמה חובה משפטית ובוודאי לא קמה חובה מוסרית. אולם דבורקין מתנגד לכך וחושב שגם במקרים בהם אין כלל ברור וכלל הזיהוי לא זיהה כלל מסוים כמחייב, גם אז יש עקרונות שעומדים ביסוד מערכת המשפטית כך שקמה לך חובה מוסרית כלשהי. החובה לציית ולנהוג אף פעם לא תמה, גם אין כלל אב ברור שמזהה אותה.
- לדעתו יש חובה מוסרית לנהוג בצורה כלשהי גם אם אין כלל זיהוי שזיהה זאת. פשוט כי בני החברה עצמה תופסים את הכלל הזה כמחייב.
- בשונה מפוזיטיביסטים שחושבים שאם כלל הזיהוי לא זיהה כלל חברתי כמשפטי, אזי אין חובה לפעול.



תשובה יפה

רז מדבר על מטרות החבריות של המשפט ומחלק אותן כך:
פונקציות ישירות כמו חובה לשלם מיסים/ חובה להתגייס לצבא.
פונקציות עקיפות - אשר תגובת האזרחים היא זו שהממשלה רוצה בה, והתגובה היא זו שתשיג את המטרה. למשל "הטבות מס למי שגר בנגב", יש רצון שאנשים יגורו בנגב (זו מטרת הממשלה) והיא תושג בכך שאנשים יעברו לנגב ויקבלו את ההטבה (כלומר היא תושג כתגובה של האזרחים לחקיקה). הבעיה היא שקשה לצפות את תגובה האזרחים לפעמים ולדעת בדיוק איך הם יגיבו לחוק.

לדעת רז יש מטרות חברתיות ראשניות

1. לכוון התנהגות - לשלם מס
2. לחלק טובין ולספק שירותים בחברה - על ידי מערכת המס ועל ידי מערכות הבריאות והביטוח הלאומי וכולי.
3. ליצור הסדרים בין פרטים - שיאפשרו שיגרת חיים למשל חוק החוזים/חוק החברות שיאפשרו לבני אדם לממש את עצמם ואת העסקאות שלהם והרצונות שלהם.
4. ליישב בסכסוכים לא מוסדרים (מה שנותן לשופט שק"ד חזק, מאוד כי יש לאקונה כלומר אין תשובה בחוק וכעת הוא נזקק לעקרונות חוץ משפטיים). בית המשפט צריך ליישב סכסוכים, שהרי לא ניתן להשאיר את המצב העגום כמו שהוא ויש לתקנו בהקדם. אולם יש מקרים שאין תשובה בחוקה (לקונה) והשופט נזקק לעקרונות חוץ משפטיים. הפוזטיביסטיים ובניהם רז מאמינים שעקרונות הם לא חלק מהמשפט, וברגע שבית המשפט נזקק אליהם כדי לפתור סכסוך שלא הוסדר בחוק -> נוצר לשופט שיקול דעת מאוד חזק. מה שיכול להביא גם לחוסר יציבות לדעת הפוזטיביסטיים.

ומטרות חברתיות משניות.

1. ליישב בסכסוכים מוסדרים - כלומר להחיל את החוק עצמו ולהתאים אותו לנסיבות העניין.
2. לחוקק חוקים חדשים באמצעות תקדימים מחייבים, לתקן חוקים קיימים וכולי.

דבורקין יענה - שלשופט יש שק"ד חלש מאוד משום שהעקרונות הם ביסודה של כל מערכת משפט ותמיד יש עקרון שמנחה את השופט בעצמו הוא אף פעם לא יסתה.

שק"ד חלש מתרחש בשני אופנים: למשל עברת באדום -> תקבל קנס, או עבירה אחרת ובה אין תשובה ספציפית בחוק ולכן נזקק לעקרונות כלליים. אולם לדעת דבורקין העקרונות הם חלק מהשיטה עצמה תמיד והם עומדים ביסודה של כל מערכת משפטית לכן לא מדובר פה בשק"ד חזק ולא מדובר בחקיקה רטרואקטיבית או יצירת חוקים.

17

(4)

תשובה יפה

הראט אומר שיש 2 סוגים של כללים: **כללים מסדר ראשון הם כללים שמכויינים התנהגות**

(1) כללים מסדר ראשון, פנואל תרצח/אל תגנוב/ שלם מיסים
(2) כללים מסדר שני, שהם מסייעים בלהשתמש ולהפעיל את הכללים מהסדר הראשון. הוא נוגעים לכללים הראשונים.
הם מתחלקים לשלושה סוגים
כלל שינוי - כיצד ניתן לזוקק חוקים, כיצד לבטל - למשל החוק צריך לעבור בשלוש קריאות בכנסת וברוב.
כלל זיהוי - הוא כלל שנועד לזהות מי מוסמך לתת חוקים, הוא מזהה רדן/ריבון/מערכת אשר מוסמכת ויש לה הסכמה בעם והסכמה מעם, לחוקק חוקים. זהו כלל שמזהה האם כלל חברתי הוא גם כלל משפטי ויש לו תוקף משפטי. או שמא הוא רק כלל חברתי. כלל הזיהוי מזהה מי הסמכות שניתנה לה הסכמה חברתית להטיל עול נורמטיבי על החברה.
כלל הזיהוי בישראל קובע שהכנסת היא זו שמוסמכת לחוקק חוקים, ואותה העם הסמיך והסכים לקבל את טיבה הנורמטיבי של הכנסת.

לכן בישראל כלל הזיהוי יציבע על הכנסת כמקור הנורמטיבי שמחוקק לניתניו חוקים.
כלל הזיהוי הוא כלל חברתי שאין לו תוקף משפטי וזוכה לציות פנימי של האזרחים.

כלל שפיטה - כללים מסדר שני שנועד לומר כיצד לשפוט, כיצד להשתמש בחוקים, כיצד להכיל אותם במציאות המשתנה ובנסיבות השונות. למשל "חלל ההתיישנות" או למשל "נורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית". אלו כללים מסדר 2 שמסייעים למערכת המשפט לפתור סכסוכים.

השילוב של האיחוד מסדר ראשון ומסדר שני, מביא ליציבות, יעילות, אחדות, וודדאות ולשיטת משפט מתפקדת.
לדעת הפוזיטיביסטים אם כלל האב (כלל הזיהוי או תורת הפקודה של אוסטין) לא זיהו את כלל כמשפטי, אז לא קמה חובה. הנון פוזיטיביסטים - לא מסכימים לכך לדעתם כלל אב לא מצליח לזהות את כל הכללים לרבות עקרונות המשפט ולרבות מנהגים.

לדעת הרט, מוסדות שהם טרום משפטיים יש רק כללים מסדר 1.

לדעת הארט כלל חברתי הוא דפוס התנהגות שזוכה לציות פנימי וכך הוא גם כלל הזיהוי.

15

(7)

הארט ביקר את אוסטין ואמר שיש 3 סוגי נורמות : 1. מטילות חובה (שלם מס, התגייס לצבא) 2. מעניקות כוחות (חוק החוזים, חוק החברות, חוק הירושה) 3. מעניקות זכויות הזכות לבחור והליחבר. אוסטין אמר שגם נורמות מהמשפט הפרטי (כמו חוק החוזים) הן נורמות מטילות חובה ויש בגינן סנקציה, וקלזן הסכים איתו.

לפי הארט מדובר פה בנורמה מעניקה כוחות. היא מעניקה כוחות לאנשים להתקשר בצוואות, לרשת לצוואות ולהתנהל איתם ובכך לחיות את חייהם כאשר יקיריהם נפטרים ולקיים את רצון הנפטר. ברגע שאדם גרם במתכוון לחבל בצוואה/הרס אותה/פגם בה וכולי הוא לא יכול לרשת את המוריש. לדעת הארט הפוגם לא יכול להשתמש בכוח המחוקק העניק לו (אך בשונה מאוסטין, הארט לא מכנה זאת "סנקציה") **היא גם לא מטילה חובה**

לפי קלזן זה חוק פוזטיבי משום שיש נורמת בסיס שאומרת "יש לציית לחוקי הכנסת" (נורמת בסיס זו היא פיקציה, עקרון מנחה שעליו אנו מתבססים). תחת זה יש לנו **עקרון דינמי** כמו ס' 5 (5) לחוק הצוואה, שהוא כמובן יורש את כוחו **מעקרון סטטי** של "חוטא לא יוצא נשכר". עקרון סטטי הוא עקרון "על" שלא ניתן לסטות ממנו. והעקרונות הדינמיים שואבים את כוחם מהעקרונות הסטטיים.

הסנקציה לדעת קלזן היא בכך שהמדינה נכנסת בנעלי המוריש, ומיישמת את כוחה כנגד מי שפגם בצוואה, המדינה לא תיתן לאדם פוגם לרשת את המוריש במקרה זה. **לעמוד.** ממש כמו שקלזן הסכים עם אוסטין לגבי סנקציה מסוג בטלות חוזה כאשר החוזה לא מקיים את התנאים שעליו הוא צריך לעמוד.

חוקי הכנסת הם עקרונות דינמיים של הכנסת אשר מתבססים על עקרונות סטטיים "עקרונות על".

הארט יענה שקשה לראות זאת כסנקציה, לכול היותר ניתן לומר שפשוט היורש לא יכול להשתמש בכוח שהעניקה לו המדינה לרשת, אבל לא ניתן לומר שהמדינה צריכה להיכנס בנעלי המוריש ולהעניש את היורש ולהפעיל את כוחה כנגד הפוגם בצוואה. **כשם שקשה לומר ש"בטלות חוזה" היא סנקציה.**

הוא טוען שאי השתכללות צוואה איננה `סנקציה` אלא רק תוצאה הכרחית `מאי הפעלת` הסעיף הנוגע להשתכללות צוואה תקפה

14
(8)