

**דף סיכום בחינה****מזהה בחינה: 001000266895 מזהה סטודנט: 288095****שם קורס: תורת המשפט**

מספר שאלה	הערה	ניקוד מירבי	ציין
1		17.00	
2		17.00	14.00
3		17.00	11.00
4		17.00	12.00
5		17.00	17.00
6		17.00	
7	תשובה יפה	17.00	17.00
8		17.00	13.00

0

**ציין בחינה סופי : 85.00****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!



1. אריסטו מבחין בין 2 סוגים של צדק, מן הטבע ומן החוק. לדידו, צדק מן הטבע הוא למעשה המוסר האידיאלי, שורה של כללים ועקרונות טבעיים אשר הם נכונים תמיד ולא ניתן לשנותם (ממש כפי שלא ניתן לחתור תחת חוק טבע פיזיקלי). לדעתו, צדק מן הטבע ניתן להבנה ע"י הגעה של האדם לשלמות תבונית הכרוכה ביציאה שלו מן הכוח אל הפועל (לפי תורת 4 הסיבות) ומימוש הפונטציאל הגלום בו הן חומרית והן תבונית). הצדק מן הטבע אינו חייב להיות מיושם בכל מקום, ישנם כאלו שינסו בחברות שונות לחתור תחתו ולא לקיים אותו - אך אין לדבר אומר שהצדק מן הטבע אינו שם ושאינו נפקות למעשיהם הלא צודקים. לעומת זאת, צדק מן החוק הוא למעשה הדרך שבה החליטו הפרטים בחברה לנהל את חייהם. צדק מן החוק מבוסס על החלטות חברתיות ועל המוסר הנוהג לרוב. הנפקות שלו היא למעשה התגובה החברתית שתבוא עקב אי מילוי.

2. אריסטו מבסס את החובה לציית לחוק מכוח המימד ההסכמי שיש לצדק מן החוק. כאשר בני האדם קובעים את הנורמות לפיהם הם מתכוונים לחיות הרי שמתוך הסכמה והכרה חברתית זו - יאכף הצדק מן החוק ומכוחו תנבע החובה של כל אדם לציית לחוק, מכיוון שהוא בחר באופן אקטיבי להסכים לחוקים אלו בהצטרפו לחברה. בנוסף, היותו של צדק מן החוק מבוסס על המוסר הנוהג מסייעת לאדם הממוצע (שטרם הגיע לשלמות תבונית מלאה, דבר די נדיר) להרגיש מחויב לחוק.

3. אלו הטוענים טענה זו, טוענים למעשה להפרדה בין מערכת המשפט של בני האדם (הצדק המדיני) לבין המוסר האידיאלי (צדק מן הטבע). הם טוענים שבגלל שהצדק מן הטבע הוא למעשה קבוע שאינו ניתן לשינוי, ואף די קשה להבינו, קשה להחיל אותו במסגרת המדינית (החברתית). שכן אין החברה מגלמת בתוכה שלמות תבונית ולרוב לא ניתן היה לקיים צדק על ערכים שהאדם לא יכול לזהות עימם ולא העניק להם מימד הסכמי כל שהוא, אגב העובדה שאין הוא יכול בכלל לשנות אותם. אריסטו ידחה את הטענה על הסף הוא רואה במוסר האידיאלי חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט וטוען שכל חברה כפופה לו. יתרה מכך הוא ידגיש דווקא המסגרת המדינית היא זו שמעניקה לאדם יכולת לצאת מן הכוח אל הפועל כראוי, לממש את הפוטנציאל שלו ולהגיע לשלמות התבונית - כך שדרך הצדק המדיני האדם יוכל להבין את הצדק מן הטבע, מרגע שהבין זאת - לא יוכל עוד להתכחש לצדק מן הטבע וישם אותו בחייו.

**תשובה יפה אך מעט חסרה. ראשית, לא ניתנו הדגמות של "צדק מן הטבע" ו"צדק מן החוק". שנית, בנוגע לסעיף קטן (2) - היה מקום להדגיש כי מדינה לא יכולה להתקיים ללא חוקים שהם גם "צדק מן החוק" (מלבד חוקי "צדק מן הטבע"), משום שהם אלו שעוזרים ליצירת הסדר והתיאום החברתי במדינה. היות וכפי שכתבת, האדם הוא יצור מדיני שלא מספיק לעצמו, אז שיתוף הפעולה עם המדינה הוא טבעי וחיוני עבורו, ולכן הוא מציית גם לחוקים שהם "צדק מן החוק". בנוגע לסעיף קטן (3), ניתן היה לציין כי גם חוקים שהם מן הטבע ניתנים לשינוי, אך זה שאנשים יתנהגו באופן לא תבוני בנסיבות מסוימות לא הופך את החוקים ללא תבוניים וללא אוניברסליים.**

14  
(2)

כאמור, דוורקין הוא נון-פוזיטיביסט, משמע הוא חולק עמוקות על התפיסה הפוזיטיביסטית, כפי שנכתב בשאלה, יישום של מסקנותיו יוביל בהכרח לדחייה של 3 השקפות פוזיטיביסטיות בסיסיות:  
**לפי דוורקין, אם בוחנים את אופן הפעולה של שופטים, רואים שהם כוללים מערך שלם של עקרונות שנכללים במערכת המשפט. כלל הזיהוי לא מזהה אותם, ולכן אי אפשר לומר שמשפט של קהילה מזהה על פי איזשהו כלל אב ומזהה את כל הנורמות שיש להן אופי של כללים. חסר הסבר של כלל הזיהוי של הארט**

1. הבחנה ע"י כלל אב - דוורקין טוען כי כלל האב אותו סיפקו הפוזיטיביסטים, בראשם הארט, אינו כולל בתוכו את כלל הנורמות המשפטיות המחייבות, הנתפסות ככאלו ע"י החברה. כך למשל, כלל הזיהוי של הארט אינו מזהה עקרונות, שלטענת דוורקין הם חלק בלתי נפרד מהמשפט ובלעדיהם מלאכת השיפוט מקבלת תפנית לא רצויה (ארחיב על כך בסעיף 2).

2. שיקול דעת חזק לשופט - התפיסה הפוזיטיביסטית אינה כוללת בתוכה עקרונות משפטיים, שסביר להניח שהם מטה לחמם של השופט ומערכת המשפט בבואם לפתור סכסוכים. הותרתם מחוץ למשפט מובילה לכך שכאשר מערכת המשפט פועלת לפתור סכסוך שאינו מוסדר, הפנייה הטבעית שלהם לעקרונות והכרעה על פי הם יוצרת מעשה חקיקתי למעשה, אנטי-דמוקרטי (שכן השופט אינו דרג נבחר), רטרואקטיבי - שכן ככל ולא החדרנו מראש את העקרונות למערכת המשפט עצמה הדבר למעשה מהווה החלת נורמה חדשה ואינה ידועה למפרע. לשיטתו של דוורקין, בהחדרתנו את העקרונות למערכת המשפט, אנו נותנים ראשית ביטוי לעקרונות שכבר מוחלים ויש מימד הסכמי לגביהם (כמו למשל פיצויי פיטורין), מעניקים לשופט שק"ד חלש ובכך מונעים החלת עקרונות רטרואקטיביים.

3. תפיסת החבות המשפטית - לדעת דוורקין ברגע שאנו מחדירים את האלמנטים של העקרונות למערכת המשפטית אנחנו מחזקים את תפיסת החובות לחוק שלה, שכן כעת האדם יוכל לזדהות עם המוסר העומד מאחורי החוק, גם אם הוא המוסר הנוהג. הדבר חזק הרבה יותר ומעניק משמעות רחבה יותר לתפיסת החבות המשפטית מאשר ההבנה של המימד ההסכמי שמאחורי כלל הזיהוי אותו מציעים הפוזיטיביסטים.

**שופטים תמיד מכריעים על פי עקרונות במקרה שאין כלל משפטי מזהה שחל עליו. הם משתמשים בעקרונות כמו יושר, הגינות והליך הוגן, ולכן אין חלל ריק במסגרתו שופטים מפעילים שק"ד חזק.**

(3) לפי הפוזיטיביזם חובה משפטית מובחנת מחובה מוסרית, משום שהיא נובעת מתפיסה חברתית שהכלל מחייב. לדעת דוורקין, לחובות מוסריות יש משהו מעבר למה שהפוזיטיביסטים מזהים כחובה משפטית (לא מדובר במשפט טבעי).

11

(3)

א. רז בדיונו על המטרות החברתיות של מערכת המשפט, מבדיל באופן סכמתי בין 2 פונקציות של החוק, פונקציות עיקריות ועקיפות של החוק, כך שהפונקציה העיקרית עוסקת באקט החוקי שבוצע (למשל מתן הטבת מס ליושבי הנגב) כאשר הפונקציה המשנית מגשימה את התכלית של החקיקה, המושגת בעיקפין (עידוד ההתיישבות בנגב). רז ממשיך ומחלק את הפונקציות לראשוניות ומשניות. במסגרת הפונקציות הראשיות נוכל למצוא יישוב סכסוכים לא מוסדרים, ומסגרת המשניות נמצא יישוב סכסוכים מוסדרים. ✓

ראשית כל, קיים אלמנט מפתיע במעט, רז רואה ביישוב סכסוכים לא מוסדרים מטרה ראשית יותר מאלו המוסדרים. הדבר נובע מהאופי של סכסוכים אלו ומקומה של מערכת המשפט בחברה. עתה ארחיב על כך.

יישוב סכסוכים לא מוסדרים משמעו כאשר לבית המשפט מגיע סכסוך משפטי אשר אין לו תשובות ברורה בחוק. לצורך כך, השופט, מכוח ההסכמה החברתית והחוקית שיש לזרז השיפוט ככה המחויב לפתור כל סכסוך, חוזר לעקרונות המשפטיים המנחים ומבצע עבודת פרשנות לנורמות הקיימות ופותר את הסכסוך. ✗

#### **חסרה הדרך בה השופט מכריע בסכסוכים לא מוסדרים**

מנגד, יישוב סכסוכים מוסדרים הוא פעולה מכאנית בעיקרה, סכסוכים בהם החוק כבר הסדיר את פתרון הסכסוך ודרכי יישומו בין הצדדים והשופט אך ורק דן בטענות הצדדים ומייל את ההסדר הנכון (ברמה מאוד דיכוטומית - שחור ולבן). ✓

ב. דוורקין זיהה למעשה גם הוא את ההבחנה המוצעת, הוא חשש מאוד מאי קליטתם של הכלים המאפשרים לשופט לבצע את עבודת השיפוט במקרים של סכסוכים לא מוסדרים למערכת המשפט. לדידו, תפקידו של השופט בחברה מתוקנת כולל את שני האלמנטים האלו, הפרדה ביניהם והכרה ביכולתו של השופט לקלוט ערכים ועקרונות פרטיים לתוך המערכת המשפטית מבחוץ היא לא דמוקרטיה, על כן - דוורקין מציע לאחד את הפונקציות ולכלול במערכת המשפטית את העקרונות, המנהגים והטעמים העומדים מאחורי הנורמות בחברה, כדי להרחיב למעשה את תחום הסכסוכים המוסדרים למעשה במשפט ולמנוע חקיקה ע"י השיפוט וכן תחולה רטרואקטיבית של הדין. ✗

**לפי דוורקין אין דבר כזה סכסוכים שאינם מוסדרים, משום שאין לקונות. כאשר החוק לא מפורש בנוגע למשהו, יש תשובה בעקרונות ולכן תמיד הפסיקה היא על פי חוק**

12  
(4)



ראשית, נקשר את השאלה לנושא עליו היא נסובה והיא כללים וטעמים במערכת המשפט והיחס ביניהם.

א. המשפט המובא בפניי הינו חלק מתפיסתו התורת משפטית של גנז את היחס בין כללים לטעמיהם, לדידו, יש לבצע הפרדה מבנית בין כללים רגילים (שהם תולדה של שקילת טעמים לכלל ואיזון ביניהם) לבין טעמים מערכתיים (העוסקים ביחס בין כללים שונים, אופי החלתם והיישום שלהם במערכת המשפט). דעה זו באה בניגוד לדעתו של רז, אשר תפס את המשפט כמחולק לכללים מסדר ראשון מסדר שני, כאשר הכללים מן הסדר השני הם למעשה כללים בנוגע לכללים ולמעשה מרגע שכלל נהפך לכזה הוא כולל בתוכו גם כלל מסדר שני (טעם מוציא) המונע את המשך שקילת טעמי הכלל במקרים אחרים.

לדידו של גנז, במקום להכיר בטעמים מוציאים וכללים מסדר שני, יש לראות את המערכת המשפטית ואת הגופים השונים במערכת המשפט ככאלו השוקלים טעמים מערכתיים בטרם הם מפעילים את הכללים השונים המצויים בידיהם. באמצעות כלים אלו, הם מסוגלים לנווט את מערכת הכללים הקיימים במערכת המשפט באופן יעיל יותר ולהגשים כמה שיותר מהם.

היתרון הרב הגלום בשקילת טעמים מערכתיים הוא הגמישות שלהם - שקילת טעמים מערכתיים מאפשרת לנו להחליט על סדרי עדיפויות שונים ולבטא למעשה את האופן הדינמי שלנו כחברה הנעה בין תקופות ובין ערכים שונים. שקילת טעמים מערכתיים מאפשרת גם הבחנה בין חברות שונות אשר גופי החוק שלה בוחרים בחירות שונות לגבי יישום הכללים במערכת. שימוש בטעמים אלו גם מאפשר למעשה שוני בין גופי החוק השונים (בתי משפט, מערכת האכיפה, וכו') כאשר כל אחד מהם, אשר אמון על יישום הכללים יכול במסגרת טעמים אלו להנהיג מדיניות שתאפשר לו להשיג יישום צודק, נכון ויעיל יותר של הכללים בחברה.

ב. אדגים טענה זו. גוף חוק מובהק ביותר הוא בית המשפט. בבואו לפתור סכסוכים, בית המשפט נמצא למעשה במרכזה של מערכת של כללים הנקבעה ע"י המחוקק ושקילת טעמים מערכתיים יכולה לבוא למשל באופי הפרשנות של החוק, מערכת המשפט אינה יכול לשכתב את החוק מחדש (שכן זוהי סמכות המחוקק) אך במתן הפרשנות לו, היא יכולה להצר ולהרחיב עילות מסוימות בהתאם לערכים העומדים בבסיס המערכת וכן בהתאם לתוצאות הרצויות ביישום הכלל עם חידושו הפרשניים. כך למשל, בד"נ הנוגע לחוק הירושה ויישומו, נקבע בדעת רוב כי טעם מערכתי שהוא מניעת הצפת בתי המשפט בעשרות צוואות עם ספק כמעט בלתי ניתן לבירור על אמיתותן, תגבר על החלת הצדק הפרטי והאישי במקרה הנ"ל. גוף חוק אחר, הוא למעשה המשטרה, שהיא מערכת אכיפת החוק. במסגרת עבודתה, ברור לכל כי לא ניתן לאכוף כל עבירה כל הזמן עקב פערי כוח אדם, למשל, בין החברה הכללית שהיא עצומה בגודלה לבין כוחות המשטרה. עקב כך, המשטרה שוקלת שיקולים מערכתיים ומציבה ביחד עם הדרג הנבחר סדרי עדיפויות לאכיפה של כללים ושימוש בכוח הניתן להם עקב כללים מסוימים כך שישקפו את סדרי העדיפויות בחברה הנוגעים לאכיפת החוק (למשל, התמקדות באכיפת אלימות במשפחה למול גישה מקלה באכיפת עבירות סמים קלים).

17  
(5)





1. ראשית אדון בבסיס התאוריה המשפטית של הרט. הרט תופס את החברה כולה כמתנהלת ע"י כללים חברתיים, אשר להם תוקף חברתי בלבד. בכדי להבדיל בין כללים בעלי תוקף חברתי (שנפקותם נובעת מיחס החברה כלפי מפירה) לכללים משפטיים (אשר יש נפקות חוקית-משפטית בצד הפרתם) הרט מציע להשתמש בכלל הזיהוי, שהוא כלל סוציולוגי לפיו החברה מזהה מכוח ההסכמה שבה את הגופים אשר פירותיהם הם נורמות משפטיות מחייבות. מתוך הבחנה זו, הרט מסיק שיש למעשה שני סוגים של כללים במערכת המשפט - כללים מסדר ראשון, שהם הנורמות המשפטיות המסדירות עניינים ספציפיים בחברה ומחילים אותם על הפרטים שבה, לבין כללים מסדר שני - כללים ביחס לכללים. הכללים מסדר שני נוגעים לנפקות וליישום של כללים במערכת המשפטית. הכללים מסדר שני הם:

כלל הזיהוי - עליו דנתי קודם, הכלל אשר באמצעותו נבחין בין נורמות חברתיות למשפטיות.

כללי שיפוט - המסדירים את דרך יישומו של החוק בידי מערכת המשפט, שתפקידה למעשה להסדיר סכסוכים ולכוון התנהגויות בחברה.

כללי שינוי - הנוגעים לאופן שבו ניתן לשנות כללים משפטיים בחברה באופן ראוי.

לדעתו של הרט, השילוב בין 2 מערכות כללים אלו הוא המפריד בין חברות טרום-משפטיות, אשר מחילות על חבריהן אך ורק סט של נורמות חברתיות מסדר ראשון (דבר אשר אפשרי ומתקיים, אך מעיד על חוסר במערכת משפטית) לבין חברות משפטיות בהן היחס בין הנורמות השונות ידוע, ודרכי הפעלתן ידועות.

2. עתה, אסביר הבחנה זו על מערכת המשפט בישראל - למסגרת הכללים מסדר ראשון, נוכל למעשה להכניס את כל הכללים העונים על כלל הזיהוי הישראלי, כלל הזיהוי כאמור מתבסס על מימד הסכמי בחברה אשר מקבלת את תוצריהם של גופים מסוימים כמחייבים מבחינה משפטית. כך, שכל יציר של כנסת ישראל (המחוקק והמכונן), הממשלה (בתפקידה כמחוקק המשנה וכרשות מנהלית) וכן בתי המשפט בישראל (כאשר הם מתפקדים כמעניקי תקדימים) הם הכללים מסדר ראשון בחברה הישראלית. על כן, במסגרת זאת נכלול את החוקים, חוקי היסוד, חקיקת המשנה והחלטות מנהליות וכן את תקדימי בית המשפט.

עתה ניישם את הכללים מסדר שני. כלל הזיהוי בחברה נידון לעיל - כל תוצר של הכנסת, הממשלה ובית המשפט בתפקידים שצוינו הם למעשה כלל הזיהוי הישראלי ובאמצעותם אנו מבחינים בין נורמות בעלות תוקף חברתי לכאלו עם תוקף משפטי. כללי השיפוט בישראל, הם כללי הפרשנות השיפוטית, הם נוגעים למעשה למסורות של בית המשפט בבואו ליישם חוק, לתורת הפרשנות המיושמת וכן לכל הנורמות המשפטיות אשר עוסקות ביישום החוק ובפרשונותו (כמו למשל חוק הפרשנות). כללי השינוי בישראל הם הדרכים בהם נוכל לשנות את הכללים מסדר ראשון, במסגרת זו נמצא את סט הכללים המסדירים את שינוי הנורמות המשפטיות בישראל (למשל, תקנון הכנסת הקובע בצד ניתן לשנות חוק מבחינה פרוצדורלית וכן את כל נורמות המשפטיות הקיימות המעניקות סמכויות לגופים שונים לבצע שינוי בחוק).



תשובה יפה

א. לפי הרט, יש לחלק את הנורמות המשפטיות לשלושה סוגים - כללים מעניקי כוחות, כללים מטילי חובות וכללים מעניקי זכויות. כלל מעניק כוח מאפשר לפרט בחברה לעשות דברים בעלי נפקות משפטית ולמעשה מאפשר לו להכניס בגדרי קטגוריות נוספות ומגוונות (כמו למשל הקמת חברה לפי חוק החברות). כלל מטיל חובה למעשה קובע מעשים אשר הפרט בחברה חייב לקיים כמו למשל חובת הגיוס בישראל. כלל מעניק זכויות למעשה מספק לאדם טובין מכל סוג וצורה מאת השלטון, כמו למשל חוק ביטוח בריאות ממלכתי המעניק זכויות לביטוח רפואי לכולם.

סעיף 5(א) לחוק הירושה הוא למעשה יזוהה ע"פ הרט, ככל הנראה, כנורמה המעניקה כוחות. אנמק - הנורמה למעשה קובעת את פסלות הזכאות של יורשים (שלכאורה במצב עניינים רגיל היו יורשים ראויים) לירושה במקרה של רצח המוריש/ניסיון לכך וכן מי שזייף או השמיד צוואה של המוריש (ככל הנראה כדי לזכות בירושה או בחלק גדול ממנה). לדידי, הרט היה רואה בכלל זה, כלל המעניק כוח לבית המשפט להתגבר על הוראה של צוואה קיימת, לעקוף את רצון המצווה ולהורות על בטלות הצוואה.

### מדובר דווקא בשלילת כח הירוש

ב. על פי קלזן, כאשר אנו מעניקים מה שהרט יכנה "כלל מעניק כוחות" אנו למעשה מעמידים את כוחה של המדינה לצידם של הנפגעים (כך למשל, היורשים האמיתיים לעומת הירוש בצוואה מזויפת). כאשר חוקקה הכנסת את החוק הזה, יטען קלזן, המדינה מתחייבת להעמיד את כוחה ויכולותיה להתגבר על רצון המצווה (כפי שעולה מהצוואה המזויפת למשל) ולהשתמש בכוח האכיפה והביצוע שלה לשם לסיוע לנפגע. יתרה מכך, ניתן לומר על ההסדר עצמו שהוא עונה על משנתו של קלזן שכן הוא נובע מהנורמה הבסיסית, ממנה נובעים כלל הנורמות המשפטיות בחברה, וכי הסדר זה הוא עוד שלב במארג של נורמות היררכיות (שכן חוק הירושה כפוף לחוקי היסוד ולמעשה ניתן לראות הסדר זה כמאזן ערכים שנקבעו בחו"י כבוד האדם וחירותו - למשל, הגנה על זכות הקניין של המצווה למול צוואה מזויפת).

ג. הרט ישיב שראיית הדברים ברמה כזו תוביל לתוצאה לא רצויה לפיה כל נפקות משפטית של חוק לפרטים בחברה מעמידה את המדינה כערבה דה פקטו לכך. כך למשל, לא ניתן לראות את חוק החוזים ככזה המעמיד את המדינה לצד הצדדים בחוזה כערובה לתיקון הפרות חוזה. דיני החוזים הם מארג אחר, בעל אופי הסכמי ופרטי, אשר המדינה אינו צד לו עד אשר היא מתבקשת ליטול בו חלק (בפנייה לבית המשפט למשל).

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

13

(8)