

**דף סיכום בחינה****מזהה בחינה: 001000270318 מזהה סטודנט: 284996****שם קורס: תורת המשפט**

מספר שאלה	ניקוד מירבי	ציון
1	17.00	13.00
2	17.00	14.00
3	17.00	
4	17.00	17.00
5	17.00	17.00
6	17.00	
7	17.00	17.00
8	17.00	11.00

0

**ציון בחינה סופי : 90.00****הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים**

## מבוא לתורת המשפט

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

### שאלון בחינה

מס' קורס: 99103-02  
מרצה: פרופ' יאיר לורברבוים  
מועד ב – 2.3.23  
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) תורת המשפט של פולר-**

חוזרת למסורת של טבע שלא הייתה בזמנו אבל להבדיל ממהמשפט הטבעי של אריסטו ואפלטון היא מצביעה על הקשר בין תוכן החוקים לבין מושג שלטון החוק, הוא מצביע על זה שיש חיבורים מוסריים מאותו מושג של שלטון החוק לכן אין אפשר להפריד בין מוסר לבין חוק. תפקיד החוק הוא הכוונת התנהגות לעשות או הימנעות לעשות פעולה מסוימת לזה המחוקק נדרש ממנו מאמצים כי אם אנחנו לא נצליח לכוון התנהגות לא תהיה מערכת משפט לפי פולר, הקרטיונים של שלטון החוק שהם פרסום היעדר סתירה, חוקים פרוספרקטיבים כללים, יציבות, החוק שנחקק הינו החוק שנאכף, ברורים וחתוכים קרטיונים אלה הינם פורמלים שלא קשורים בתוכן החוק אבל יש בהם ממסד מוסרי כלומר אם החוק רוצה לכוון התנהגות דרך קרטיונים אלה והוא אומר שיש בהם ממסד מוסרי אז ניתן לכוון אותם המוסר הפנימי של החוק, הפרצדורה שאנו קובעים היא הטוב בקיום קרטיונים האלה שלהם הוא קורא המוסר הפנימי אם המחוקק לא יצליח מערכת המשפט תיכשל. הביא דוגמאות מקנט והלל הזקן ואמר שיש קשר בין מוסר לתוכן החוק גם אם הכלל הוא כללי ופורמלי אבל יש בו מוסר עמנואל קנט אומר אם אתה עושה מעשה ראוי תרצה שיהפוך לחוק כללי והלל הזקן מה ששנאו עליך אל תעשה לחברך אם אתה לא תרצה שאחרים לא יעשו לך מעשה אז אתה אל תעשה אותו יש מוסריות מסוימת שמצביעה על קשר בין תוכן החוקים לבין המוסר הפנימי. מבחינת פולר החוק הוא הישג חברתי שמצטרך קשר בין מוסר לבין חוק כדי לבטא את הערך שיש בחוק הזה תורות שמפרידות לא יצליחו לעשות זאת והפוזיטבזם מעודדים ציות לחוקים שאינם מוסריים וזה חותר תחת נאמנות לחוק.

**(2) רז תורת המשפט-**

בעניין שלטון החוק לא מבוססת על המהותי כמו ברק אלא על שלטון החוק כשהוא פוגע בכבוד האדם, הוא אומר שאנשים מתכננים תוכניות ארוכות טווח תוכניות כגון קרירה מערכות יחסים אלה דברים שנוגעים לשרש קיומו ומהותו של האדם לא מדובר על מקרה בו אדם תכנן לצאת לפאב עם חבר שלו ופתאום זה התבטל זה יכול להיות מבאס אבל אנחנו מדברים על תכנון שהוא ארוך טווח אם מערכת יחסים שהוא היה בה פתאום היא נהרסת או קרירה שעבד שנים בשבילה הוא מאבד אותה במקרים כאלה המהות של האדם נפגעת זה נוגע לכבוד שלו מערכת משפט שהיא יציבה יכולה להעניק לאדם לתכנן תוכניות אלה דרך יציבות ריסון על אי שינוי בחוקים ושנית מערכות יחסים. רז טוען לגבי תורת פולר שהיא מטשטט את הקו בין הרצוי והמצוי ויוצרת כשל נירוליסטי הוא רוצה להסיק את מה שראוי ממה שמצוי לכן הפרדה בין מוסר לבין חוק דבר ראוי תורת משפט שמפרידה בין מוסר לחוק כן יצליחו לבטא את הערך כי הם לא מטשטים את ההבחנה בין מוסר לבין חוק.

**תשובה יפה אך מעט חסרה. לטענת רז, עקרונות שלטון החוק לא מכריחים באופן עמוק ויסודי כי החוקים יהיו טובים, וזאת משום שמתיישבים איתם גם חוקים רעים ומפלים הפוגעים בזכויות ובחירויות. לכן, עקרונות שלטון החוק הם כלי חיוני להכוונת התנהגות - אך זה לא מחייב שהחוקים יהיו טובים. בנוסף, היה מקום לציין ולהרחיב על כך שלשלטון החוק ערך נגטיבי.**

1) אומר שהמשפט הוא כלי חיוני ביד המדינות כדי לכוון התנהגות ההתנהגות היא תוכן השקפת עולם מה שרז מנסה לעשות הינו לייצר מכנה משותף כדי לתאר את המטרות של החוק בכל המדינות.

**א. המטרות הישירות של החוק :**

הן בעצם מטרות שמושגות ע"י קיום וציות החוק בכך שאנחנו מחוקקים חוק והאזרחים מצייתים אליו אז אנחנו נגיע למטרה במישירון כמו חוק העונשין והנזין למשל אנחנו רוצים לשמור על ערך החיים דרך חוק לא להרוג, ושמירה על הקניין דרך לא לגנוב.

**ב. המטרות העיקריות של החוק :** פונקציות עקיפות - מטרות המושתתות על עמדות, רגשות, ואופני התנהגות של בני

**החברה כלפי החוק, והערכה של החוקק לגבי קיומן של נסיבות נוספות.**

הן מושגות באופן לא ישיר ע"י השגת מטרות בציות לחוק הכוונה היא שהמחוקק בעצם רצה דרך חוק להגיע למטרה אבל מאחוריה עומדת עוד מטרה שהיא מרכזית. **נדגים את זה ב1.** חוק החברות שהוא בעצם מטרתו לעודד להשקיע וליזום תוך הפרדה בין נכסי בעל החברה ונכסיו האישיים במצב של פשיטת רגל הם נותנים את ההרגשה שהרכוש שלך מוגן המטרה היא לא להגן על הרכוש אלא המטרה המרכזית עומדת על כך שאנו רוצים דרך חוק החברות לעדד השקעה ויזום. 2. דוגמה ממהלכה של הרמב"ם על השחתת הזק כי זה דומה לעובדי עבודה זרה הרמב"ם אין לו רצון לאסור גילוח אלא לאסור מתוך כוונה שאנשים לא יאבדו מהאמונה שלהם ויתחקו אחרי עובדי עבודה זרה. דוגמה אחרונה הינה ההפחתת מיסים ביישוב הנגב המדינה מפחיתה מיסים אבל המטרה העיקרית שלה כדי לעודד התיישבות בנגב. מטרות אלה היום פחות פונים אליהם הם רק לעיני מחקר. **חקיקות עקיפות לעתים נכשלות משום שהמחוקק לא מצליח לצפות את תגובות בני החברה לחקיקה**

**(למשל החוק לבחירה ישירה של ראש הממשלה שלא הגביר המשילות ואכן הוא בוטל)**

(2) **הקשיים בחוקים שמטרותיהם עקיפות** שהכוונה של המחוקק אינה תמיד בכיוון הנכון יכול להיות מצבים שהוא יטעה ולא באמת ישיג את המטרה שלו דוגמה על כך חוק הבחירות שהמטרה שלו הייתה הגברת המשילות היו מי שטוענים שיש חסר במישלות והכנסת צריכה רוב ללא צורך בלהיצמד למפלגות הקטנות כדי להגיע למצב של רוב צריך לעשות הסכמים קיצוניאליים מה שעשו בעצם חוקקו חוק כדי לייצר שני גושים אחד שמואל וימין בזה שנתנו שתי הצבעות לראש הממשלה ולמפלגות חשבו שאנשים יצביעו למפלגות הגדולות בזה יגבירו את הממשלות לא כמי שטענו כדי להגביר את הדמוקרטיה מה שקרה זה הפוך היה הצבעות יותר למפלגות הקטנות בעצם הצביעו לראש הממשלה ולמפלגות נגזרות בכך לא הגבירו המשילות וחוק זה נפל.

(3) המחוקק צריך לחוקק חוק לשם מטרה שהוא מתכוון אליה ויודע שהוא ישיג המטרה הזו כי אחרת זה יביא את מערכת המשפט למצב של אי יציבות וזה **קושי שעומד במתח עם יסודות שלטון החוק**, אי יציבות בזה שנשנה חוקים מצב כזה אינו רצוי צריך לקחת בחשבון שיש לזה מחיר כבד ולאנן את זה אל מול המחיר אנחנו לא נרצה לשנות חוקים באופן תדיר רק בגלל שמחוקק חשב שהמטרה של החוק תושג ובסוף לא מושגת, ברור שמדובר על יציבות יחסית לפעמים ברור שאנו נרצה להתאים עם המציאות והנסיבות שאנו חיים בה זה גם חלק ממערכת המשפט שהיא תוכל לשנות את עצמה ע"פ הנסיבות, אבל שינוי של חוקים מאוד כבד אנחנו נרצה מערכת שהיא יציבה וודאית עוד אפשר לטעון לעוד קושי שהחוקים צריכים להיות חתוכים וברורים ויכול להיות שהמטרות העיקריות מחדירים עמימות בזה שהם משיגים דברים בעקיפין כי החוק לא מובן

**וגם, פשוט, החוק לא ממלא את מטרתו כמכשיר להכוונת התנהגות, כאשר ההתנהגות הרצויה היא לא זו הנדרשת בחוק**

14  
(2)



הטענה של **גנז** מתבססת על שני עיקרונות לביסוס חובת ציות לחוק אעמוד על שניהם ואז אפרט על הקשר:

**1. העיקרון התוצאתני (אפלטון) -**

מתבסס על הטוב בקיום מערכת המשפט והמוסדות המשפטיים שהם תלויים בציות האזרחים לחוק באם לא נציית לאותם חוקים מערכת המשפט והמוסדות לא יתקיימו אי ציות מוביל לאיונה של מערכת המשפט ברור שחברה שיש בה מערכת משפט ומוסדות משפטיים תהיה יותר יעילה משאר שאין לכן יש חובה לציית לחוק.

**2. העיקרון ההגיונות (רולס והארט) -**

בעצם אומר לא להיות אוכל חנים ההגיונות הבסיסית היא אם אנחנו זוכים בטובין מהשאת נטלם והשקעתם של אחרים עלינו גם לשאת אנחנו באותו נטל באמצעות הציות לחוק. דיבר על זה ב 2 מובנים של צדק מתקן ומחלק. הצדק המתקן זה אם אתה השתתפת בטובין עליך לשאת בנטל זה כעין השבה מעיו חוזי אתה צריך להשיב את הטוב וצדק מחלק הינו חלוקה שוויונית על השאה בנטל כלומר מדובר על צדק שלפי אריסטו צדק בעניין חלוקה צריך שכולם יקבלו אותה מנה אם מישהו יקבל יותר או פחות זה לא יהיה מצב צודק להבדיל מטוב שיש לו רצון להגדיל את הרווחה המצרפתית אנחנו מדברים על צדק במובן של מחלק ומתקן, למשל מיסים אחרי בחירה המערכת המס הפרוגרסיבית כל אחד עליו לשאלת בנטל עליו מוטל אם לא יעשה זאת זה יבוייל שהצדק המחלק הוא הושג.

ההבדל ביניהם זה שההגיונות עומד על לשאת בנטל וההגיונות לעומת זאת מתבסס על היעדר הטוב בהיעדר קיום מערכת המשפט והמוסדות המשפטיים לטיעון ההגיונות מניחים שיש הסכמה לזכות באותן טובין אחרת יבוא אדם יגיד אני לא ביקשתי אבל השתתפתי בטוב, בתוצאתני הסכמה זו אינה חיונית אותן מוסדות יקומו ע"י עקרונות מוסריים שאינם מצריכים הסכמה גנז אומר בעצם שמערכת משפט צריכה להתבסס על שניהם כלומר שילוב של ההגיונות שאוסר על אי ציות לחוק מההגיונות והתוצאתני אוסר כדי לזכות בטוב, שהפרות חוק יביאו להפרות חוק נוספות הפרטים יראו את זה ויתחילו גם להפר חוקים וזה יוביל למקרים שבגלל הפרות החוק הטוב לא יוענק לאזרחים .

17  
(4)

**לפי ר** שלטון החוק במובן הוא עומד על שני דברים שהאנשים יצייתו לחוק והחוק שנחקק יהיה במובן הזה שאנשים אכן יצייתו אליו במובן הצר שלטון החוק הינו שהרשיות בעצם כפופות לפעילות הממשל לכן יש שטוענים שזה ריק מתוכן. לעומת זאת **ברק** עומד על 3 קריטריונים כדי שהשלטון החוק יהיה קיים הפן הפורמלי חקיקת החוקים והרשיות וכו' הפן היורסדופנציאלי התורתי חקיקה רטרואקטיבית ביקורת שיפוטית וכו' והמהותי שנוג לערכים כמו צדק וזכויות אדם. רז רק מכניס לשלטון החוק את הפן התורתי והפורמאלי ונוגד המהותי להלן הפירוט.

**רז מסביר** שלטון החוק בעצם נפרד משלטון החוק הטוב אין קשר ביניהם יכול להיות שתהיה מדינה שהיא לא דמוקרטית בעצם דקטטורית שהיא לא מכבדת את זכויות האדם ומפלה וכו' ועדיין היא יכולה לקיים את עקרון שלטון החוק הוא מבקר הוגים שונים וביניהם **ברק שמכניסים ערכים שונים ונורמות למושג שלטון החוק** והופכים אותו לשלטון החוק הטוב ערכים כגון שיווין צדק יעילות, ברק מכניס את הפן המהותי ורז משיב ואומר אם אנחנו נכניס את הערכים הלאה לשלטון החוק הוא יאבד מיעולתיו ויכולתיו אנחנו רוצים לנתח את שלטון החוק במנותק מערכים אלה שהם כן חשובים אבל אם אנחנו נכלול אותם יהיה מדובר במגוון רחב שיצטרך תיאוריה משפטית מאוד רחבה, בזה יהיה טשוש מאוד גדול כדי להבין אותו מונח כי אז אנחנו לא נדבר על מציאות המשפטית.

17  
(5)





**1. הבסיס הנורמטיבי:**

אוסטין ביסס את התורה שלו על הפוזיטיביזם בכוח הריבון במבע רצון שלו בלתי פקודות והטלת סנקציה לעומת זאת הארט ביסס את התואריה שלו על הנורמטיביות כשיש מסה קריטית בו ברה שהיא נותנת הסכמה חברתית לדפוס התנהגות מסוים ומצדיקה אותו ומבקרת כל מי שסוטה אותו הסמכות ניתנה לגורמים לא כפועלי כוח אלא מיראת כבוד.

**2. נורמות וכללים:**

לפי אוסטין נורמות הן נורמות מטילות חובה בלבד כי מקורם רק מהריבון, לעומת זאת הארט בעצם עמד על סוגי כללים ונורמות ואמר שזה לא רק כללים מטילי חובה כמו שאוסטין טוען אלא יש כללים מעניקי זכויות ומעניקי כוחות, כללים מטילי חובה שמחייבים הם רגילים כמו אל תהרוג אל תתקוף, כללים מעניקי כוחות כלומר כוח משפטי מעניקים כוח משפטי לאזרחים מכוח החוקים כגון חוק הצוואה- נותן כוח דרך החוק להעניק ולהוריש למי שאתה מעוניין כך שהוא גם כשנפטר הצוואה שלו הולכת ומתממשת כרצונו, דיני הנישואין הכוח שהיא הופכת אותך מרווק לנשוי מעניקה לך כוח חדש, כללי מעניקי זכויות- מעניקי חירויות כגון חופש הביטוי .

**3. המנהג:**

מנהג זה דפוס התנהגות שצומח מלמטה ע"י בני החברה שתופסים אותו כמחייב שיש לו תוקף משפטי לדוג' פיצוי הפיטורין 1963 לפני חקיקת החוק עובדים פנו לביהמ"ש הגישו תביעות בגין אי קבלתם פיצוי היה בעצם משכורת של שנה ביהמ"ש אם היה שואל אותם על מה הם בעצם מבססים את טענתם הם היו עונים שזה מנהג בעל תוקף משפטי הארט אומר כי אוסטין ככל הנראה לא יכול לתת הסבר על מה כוחו של מנהג הרי הוא טוען שהפקודה היא מכוח הריבון ומנהג כוחו בציבור אוסטין משיב ואומר באם נרצה לאמץ מנהג אנחנו נאמץ מנהג בעל תקדימי שכבר אומץ ע"י ביהמ"ש בכך הוא הופך לבעל תוקף משפטי אם ביהמ"ש לא מאמצים אותו מדובר במנהג סתם, הארט משיב לביקורת ואומר שמנהג מאמצים אותו מכוח היותו בעל תוקף משפטי כבר מלפני כי מדובר בנורמה לכן אימצו אותו ולא משום שהם רוצים לתת לו תוקף ומוסיף שמנהג עכשו פחות משתמשים בו.

**4. חוקים חלים על הריבון:**

לפי אוסטין החוק לא חל על הריבון משום שהוא מי שזוכה להרגל ציות הוא קובע את החוק הוא יכול לשנות אותו לכן לא יכול להיות שהוא כפוף אליו אלא רק אם הוא רוצה לשמש כדוגמה אישית הארט יגיד שבמערכות משפט דמוקרטיות דבר זה אינו נתפס החוק צריך לחול על הריבון והכפופים אליו הוא אומר זה תלוי איך הברה תופסים את זה אבל אנחנו לא במערכת דקטטורית לכן ככל הנראה הם יחשבו שכן מוצדק להחיל את החוק על הריבון ובכך החוק צריך לחול על הריבון.



(1) לפי **הארט** שהוא פוזיטבס הוא לא רואה את העקרונות כחלק מהמשפט הוא שם גבולות ואומר שעקרונות צריכות להיות מזההות ע"י כלל אב כדי שיחדרו למשפט אחרת יהיה טשוטוש בין מה שיש במשפט ובין מה שמחוץ לו, במקרי לקונה שמגיע בפני השופט סוגיה שהוא לא יודע להתמודד איתה כי החוק לא חל על המקרה הזה לכן תפקיד המשפט עומד על יישום החוק ולא רק על זה אם החוק לא חל עדיין על אותו סכסוך או שאלה משפטית הוא השופט צריך עדיין להכריע בה כי זה תפקידו השני להביא סכסוכים ליד גמר הוא לא יכול להגיד שהחוק לא חל וזהו הוא צריך להכריע לכן במקרים כאלה הפוזיטיביזם אנחנו מסמיכים את ביהמ"ש ובעצם השופט ליצור נורמות שמתאימות לאותו מקרה אבל השופט יהיה כפוף לעקרונות צדק והחירות וכו', הארט עומד על כן שיש להם שק"ד חזק.

(2) לפי תורת השפיטה של **דורקין** שהיא בעצם התבוננות על עבודת השופטים דרכה הוא מציע תורת שפיטה רחבה עקרונות הם חלק בלתי נפרד מהמשפט הם חיים בסביבתם של כללים, דורקין מייחס לשופטים שיקול דעת חלש בגלל שבמקרה שמגיע אליהם לקונה מצב שבו החוק לא חל על המקרה הם מפעילים את מערכת הכללים והעקרונות שהם חלק מהמשפט ומיישבים אותו על המקרה דורקין מבחינתו לא יהיה מצב של יישוב סכסוכים בלתי מסודרים הוא מבקר את הפוזיטיביזם על שק"ד החזק שמיחסים אותו לשופטים כשהשופטים עצמם אין להם המודעות שהם יוצרים כללים חדשים וזה הנקודה בדיוק שהוא אומר שהשופטים עצמם רואים שעקרונות הם חלק מהמשפט לכן אין להפריד מבחינתם הם פונים לעקרונות הם לא מחוקקים יוצרים כללים חדשים שהם מחוץ למשפט זה התפקיד שלהם, שק"ד אצל הפוזיטיביזם חזק במובן שהשופט בעצם ישש לו חירויות מסוימת אין לו באמת סטנדרטים מוסוימים או החלטה סופית שהיא בפניו גם אם הוא כפוף לעקרונות של צדק והגיון נייחס לו שיקול דעת חזק עוד הוא טען שהעקרונות הן כמו מנהג לא צריכות להיות מזהות ע"י כלל אב הרי בני החברה תופסים אותם כמחייבים מלפני הוא בעצם מושתת את הקרקע מתחת לכלל הזיהוי של הארט לא בטענה שהוא מיותר אלא הוא לא מזהה חלק גדול מכללים שהם מחייבים משפטית כמו במקרה של ריגס אדם לא יכול להנות מפרי עוולתו מדובר על עקרון שהוא חלק בלתי נפרד מהמשפט והוא לא מזהה בהכרח ע"י כלל האב הזיהוי של הרט ייחוס שק"ד כזה פוגע בדימוקרטיה השופט לא נבחר ציבור כמו המחוקק ~~וא~~ נבחר מתוך כישוריו המקצועיים וכישורים אלה לא נותנים לו סמכות לבוא לחוקק חוקים עוד שזה מוביל לחקיקה רטרואקטיבית בוא מחיל נורמה או כלל שנקראות ע"פ הפוזיטיביזם עקרונות חוץ משפטיים על מקרה שהוא היה בדיעבד לכן הוא דורקין אומר שהוא מוכן לשלם את המחיר של גבולות משפט כשהוא שולל את כלל הזיהוי של הארט והציב שלושה טיעונים שיש בהם יתרונות נורמטיביים 1. טיעון מקצועי: שתפקיד השופט הינו אובייקטיבי נוגע לשיקולים של צדק הוגנות יעילות ושיווין ושיקולים נוספים הפוזיטיביזם מתיחסים רק לשיקולים הראשוניים 2. טיעון דמוקרטי כמו שאמרתי לעיל השופט אינו נבחר ציבור לכן הוא לא יכול ליצור כללים וחוקים חדשים בגלל שתורת השפיטה של דורקין אומרת שעקרונות הם חלק בלתי נפרד מהמשפט אז השופט אין לו שיק"ד חזק במובן שהוא לא משתמש בעקרונות חוץ משפטיים 3. טיעון יסוד שלטון החוק זה נוגע לעניין הרטרואקטיביות משום שעקרונות הן חלק מהמשפט דבר זה נותן לשופט לפנות לעקרונות שהם לא בדיעבד אלא שהם חלק ממנו זה מבטל את הרטרואקטיביות.

### הדין בעקרונות לא רלוונטי

**לפי דורקין, העקרונות רלוונטיים גם כאשר יש תשובה בחוק ולכן ההגבלה של העקרונות רק למקרה של לקונה לא מסתדרת עם שיטתו**

11

(8)