

דף סיכום בחינה**מזהה בחינה: 001000276697 מזהה סטודנט: 183401****שם קורס: תורת המשפט**

מספר שאלה	הערה	ניקוד מירבי	ציון
1.1		8.00	6.00
1.2		8.00	8.00
1.3		8.00	8.00
1.4		8.00	8.00
1.5		8.00	8.00
2	השוני בין מקומות שונים מתרחש לפי סוקרטס בשל טעות במחשבות בני האדם	15.00	12.00
3		15.00	15.00
4	יפה	15.00	15.00
5		15.00	
6	חסר התייחסות לסיבה בגללה הארט טוען שאין להכניס תנאי של מוסריות לתוקף המשפט (יצירת בלבול בין רצוי ומצוי)	15.00	12.00

0

ציון בחינה סופי : 94.00**הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים**

תורת המשפט

תשפ"ד - מועד א

הוראות

המבחן בחומר סגור.

משך הבחינה – שעתיים.

במבחן שני חלקים. בחלק א' שאלת חובה אחת (40 נק'). בחלק ב' יש לענות על 4 שאלות מתוך 5 (כל שאלה 15 נק').

כל שאלה דורשת הסבר או הנמקה.

הכוונה בזכות שמקורה במשפט הטבע, היא לזכות שקיימת מעצמה, נזכיר בקצרה, גם את טענות אריסטו ואפלטון. אין היא תלויה בדעת הבריות, היא חלק מעקרונות הצדק והמוסר, וכן היא אוניברסלית, וכל חוק אחר שיסתור זכות זאת עשוי להיות בטל (ע"פ מאמיני משפט הטבע).

הוא מסיק מקביעה זו, שהמדינה מכירה בזכות זאת, ובכדי לפגוע בזכות הזאת, צריכים להגיע טעמים כבדי משקל, כלומר זכות ממשפט הטבע היא כה חזקה, שרק כאשר יהיו טעמים שמצדיקים חריגה ממוסר ומצדק אנו נסכים לפגוע באותה זכות, זאת על אף חוקים שעשויים לחוקק. כלומר משפט הטבע חזק מהמשפט הפוזיטיבי.

הגדרה זו יכולה להשפיע על בית המשפט כאשר יש חוק שסותר את הזכות הנדונה, ואז בית המשפט יצטרך לשקול האם להקשיב לחוק או שמא הזכות ממשפט הטבע גוברת.

הפוזיביסט יטען כי אין משפט טבע אלא רק משפט מדינה, הקשבה למשפט הטבע, פוגע באלמנטים רבים של המשפט: היכולת להפריד בין מוסר למשפט ולהפעיל את המוסר כפונקציה ביקורתית על משפט המדינה, פוגע בוודאות ובצפיות של אנשים, כמו כן ביכולת לנבא סנקציות. בגדול, האובייקטיביות של המשפט ושלטון החוק נפגעים, לכן אין לקבל טענה שמתבססת על משפט הטבע, אלא על נורמות משפטיות בלבד. כלומר עובדות בשטח ולא מוסר מופשט. גם הפוזיביסט ירצה להגיע למסקנה שמתכנסת עם המוסר, אך לא על חשבון יתרונות הפוזיטיביזם.

היה מקום לציין כי רובינשטיין מסיק מכך שכל הגבלה על אדם להשתמש בשירות רפואי הדרוש לשם הבאת ילדים היא פגיעה בזכות להורות. בענייננו, מדובר במניעה מהאישה לעשות שימוש בזרע שרכשה והוקפא עבורה. 2-



לפי רובינשטיין, הזכות שלא להיות הורה הינה "חירות" - נגזרת של אוטונומיה. **כלומר זכות שלילית**, היעדר חובה, לכן אין לאף אחד זכות לכפות על משהו להיות הורה.

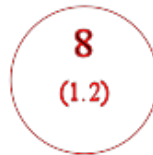
הזכות להיות הורה הינה **זכות חיובית** לפי רובינשטיין, שכן הוא טוען כי אם אדם נדרש לעבור טיפול רפואי כדי להיות הורה, אין למנוע את זה ממנו, ולכן זה מקים סוג של זכות תביעה בנושא.

לפי הופלד, הזכות של פלונית הינה זכות חיובית ולכן היא יכולה כביכול לתבוע את זה (כמו טיפול)

אך זכותו לאוטונומיה, מקימה זכות להיעדר התערבות מאחרים, ולכן אין לכפות עליו להיות הורה. **זאת בדומה לדעות המיעוט בפרשת נחמני**, אשר טענו כי זכות של "חירות" אינה מקימה איתה זכות תביעה.

לפי רובינשטיין הזכויות לא סימטריות, שכן הזכות להיות הורה כוללת מעבר לרק אוטונומיה, אלא סוג של זכות חיוביות (לקבל טיפול כפי שנאמר בפס"ד).

הוא מעדיף את זכותו של התורם, כיוון שאין פגיעה בגרעין הזכות האמא, היא עדיין יכולה להיות אמא, אלא רק פגיעה ברצון שלה להביא ילד מאותו אבא, אין הגנה על האינטרס להביא ילד מאותו אבא, אין הדבר מעוגן לא במשפט הטבע ולא בחוק, דבר כזה דורש שיתוף פעולה מהצד השני, לכן כאשר מצד שני קיימת פגיעתו של התורם בגרעין זכותו האוטונומית, ומחייבת אותו להיות אבא בכורח, יש לתעדף את רצונו.



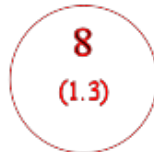
דיני החוזים במקרה זה אכן חלים, התמונה שונה מפרשת נחמני, כיוון שפה יש מוסד של ממש, שהאינטרס הציבורי של כולם, שתהיה מערכת חוזים יציבה שתסדיר את העניין.

בפרשת נחמני היו שני אנשים פרטיים, החוזה לא היה ברור, ובכל אופן קשה לכפות אותו ועשוי לנגוד את תקנת הציבור. כאן יש ממש אינטרס ציבורי ומדיני. אך מאידך, זה לא חוזה רגיל, אלא דיני החוזים יכולים רק לתת נקודת מבט נוספת, העניין פה רגיש וכולל זכויות טבעיות.

הוא לא מקבל את טענת העותרת מכמה סיבות: האחת, ההסבר כי דיני החוזים פה הינם רק נקודת מבט, והמקרה פה מורכב יותר. השנייה היא שהחוזה לא מוגבל בזמן, ולכן אנשים יכולים לצאת מהחוזה בכל רגע נתון בכפוף לחובת תום הלב. במקרה דנן, לדוגמה, תום הלב של התורם תחייב את הבנק לא להשתמש בזרע שלו, ולפגוע לו באוטונומיה תוך הטלת חובות מוסריות של אב.

חשוב לציין שהחוזה לא מעניק זכות קניינית, לכן אין להשתמש בזרע של התורם כשמחליט לחזור בו מהסכמתו.

לבסוף, חשוב לציין שחוק החוזים לא מכיל אכיפה בנסיבות מסוימות כמו סייג הצדק, במקרה זה אין זה צודק לפגוע באוטונומיה של התורם, ולכן רובינשטיין לא מקבל את טענתה של העותרת, דבר דומה היה בפרשת נחמני, כאשר אמרו שאין לאכוף חוזה ככל שקיים מאחר וזה חוזה אישי.



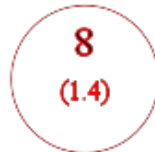
פסקה ג': כפי שרואים, רובינשטיין טוען שאפשר ללכת לכמות כללים רבה, הדבר תואם במידה רבה את התפיסה הריאליסטית, שכן מערכת המשפט בנויה מהמון כללים, ולכן אין ללכת לפי כלל אחד או אחר, אלא לקחת בחשבון את כולם, ולנסות להגיע לתוצאה הצודקת, זאת מבלי להיות כפוף לכלל ספציפי כזה או אחר. אפשר להגיע שאנו נתקלים פה "בבעית המקרים המיוחדים" או בבעית "הריבוי הדוקטרינרי", ולכן יש לפנות לעקרונות חוץ משפטיים ולהתייחס למערכת המשפט כמערכת פתוחה בכדי להגיע לניסיון הצודק. הם יתמכו בטענה שאף אחת ממערכת הדינים לא ממצה, כיוון שהם מכירים בכללים כהכונה בלבד, **ספקנות כללים!** ההכרעה היא היחידה שקובעת.

פסקה ח': הריאליסטים יתמכו ברעיון שלו להחיל את מערכת החוזים בצורה שונה על אף לשון החוק, זאת בשל מדיניות ציבורית (policy לפי הולמס). יש פה החלה של תכלית החוק, ותכלית חברתית, תוך החלה של עקרונות חוץ משפטיים, כפי ששופט צריך לעשות בכדי להגיע לתוצאה הצודקת.

את החלטתו ייראו כצודקת, הוא כיוון שהיא תואם לעקרונות הצדק, הוא לא היה כפוף לכלל ספציפי, אלא החיל עקרונות חוץ משפטיים (כולל הופלד לדוגמה). ייראו את הכרעתו השיפוטית אמיתית שכן הפרשנות (שמתבצעת בכל הכרעה) תואמת את עקרונות הצדק.

ההחלטה שלו גם לקחה בחשבון את האינטרס הציבורי והתכלית החברתית, וניסה להתחשב גם בה. (כפי שהיה בפס"ד טבעול).

החוק הוא ניבוי!



לדעת הארט שיקול דעת לא קיים בהכרעה משפטית כאשר יש כלל, אלא קיים רק כאשר אין כלל משפטי וצריך לפנות לעקרונות חוץ משפטיים.

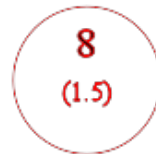
לאחר הגדרתו של דוורקין, קיבלנו הגדרות חדשות של שיקול דעת חזק וחלש:

שיקול דעת חזק קורה כאשר אין כלל, ולכן אנו צריכים לפנות לעקרונות חוץ משפטיים, ואילו **שיקול דעת חלש** קורה כאשר יש כלל והתמרון הוא רק בכלל עצמו ובהכרעה.

במקרה דנן, ייטען הארט כי יש פה הפעלה של שיקול דעת חזק, זאת מאחר ואמנם רובינשטיין פונה לכללים, אך טוען במפורש כי אין הם ממצים ומתייחס אליהם רק כדרך אגב, הכרעתו נבעה מעקרונות חוץ משפטיים, כמו צדק, זכויות של הופלד, אוטונומיה ואף משפט הטבע, לכן השיקול דעת חזק.

מאידך, דוורקין ייטען כי שיקול הדעת הינו חלש, לדעת דוורקין כלל העקרונות שיישם אותם רובינשטיין קיימים במערכת המשפט עצמה, כלומר עקרון מדיניות, או צדק ואוטונומיה, אינם זרים למערכת המשפט, אין הדבר חריגה מגבולותיו של המשפט.

העקרונות קיימים כשכל חוק אחר קיים, לכן שימוש בעקרונות אלו משאיר אותנו בגבולות המשפט, לכן שיקול הדעת הינו חלש (אנו הולכים לפי הכללים הקיימים).



זה הוא דיון של אפלטון.

סוקרטס מנסה להוציא מחברו מה הוא חוק. תחילה שואל אותו מה הוא חוק, וחברו עונה לו שזה מה שנחקק ונוהגים על פיו. כלומר חוק פוזיטיבי ושבני אדם עובדים לפיו.

לאחר מכן, סוקרטס מעמיק את השאלות, ושואל האם החוק הוא רק מה שהמחוקק אומר? מוביל אותו עם שאלה, האם כל מי שמפר את החוק עושה עוול ומי שמקיים צדיק?

חברו עונה לו שכן.

לכן סוקרטס שואל אותו, אז איך יכול להיות שהדבר נקבע בשרירותיות המחוקק? אם אתה מניח שהחוק תמיד צודק, חייב להיות לו מקור אמין יותר, ולא רק קביעה של מחוקק. לכן מסביר לו שהמקור של החוק זה הטבע, יש חוקי טבע שהם אוניברסליים ונצחיים, תהליך החקיקה הוא רק גילוי האמת וגילוי הטבע, כפי שקורה בז'אנרים מדעיים אחרים.

בעיני אפלטון החוק הוא חוק הטבע, ואילו תחילה בעיני חברו החוק הוא פוזיטיבי בלבד.

אפלטון אך מצייין ומרחיב בצורה אליטיסטית כי חשוב שמי שיחוקק את החוק יהיה נאור ומשכיל, שכן רק הוא יכול לגלות את האמת לאמיתה.

חברו שואל אותו, הרי אם החוק נצחי וזה עניין של גילוי האמת, איך יכול להיות שיש הבדל בין זמנים שונים?

סוקרטס עונה, זה תהליך של גילוי האמת, אדם לא יודע באופן ישיר את כל האמת, גילוי האמת הוא הדרגתי, בדומה לפיזיקה, אך אין הדבר סותר את כך שיש חוק טבע שהוא אמיתי ונצחי, המטרה היא רק לגלות אותו.

חברו שואל אותו, אז איך יש הבדל בין מקומות שונים באותו זמן?

סוקרטס עונה שאין הדבר בהכרח סותר את נצחיות חוק הטבע, אלא לפעמים יש התאמה לנסיבות משתנות של חברה מסויימת.

לכן, לדעת אפלטון, החוק הוא חוק טבעי, כלומר חוק שאינו תואם את עקרונות הצדק והטבע, הוא אינו חוק כלל, ואין להתחשב בו, כן בדומה לחוק שרירותי של אדם שהוא אינו משכיל ונאור, כאשר החוק הוא לא אמת וגילוי של הטבע אין הוא חוקק כלל.

12

(2)

**השוני בין מקומות שונים מתרחש לפי סוקרטס בשל טעות
במחשבות בני האדם**

מטרת התיאוריה היא לעשות תורת משפט שתגדיר את מערכת המשפט בכל מקום נתון.

התורה הינה פוזיטיבית ומפרידה בין מוסר למשפט. כלומר כפי שנראה גם לפי הרכיבים, אין חובה מוסרית, יש רק חובה מאחר ויש סנקציה בפקודה של הריבון.

כלומר הופכת את מערכת המשפט ללא מתחשבת במוסר כאשר אנו מנסים להבין אם החוק תקף או לא, החוק תקף בשל הרכיבים שנציג בהמשך, אין הוא תלוי במוסר. אין ספק שלדעת אוסטין המשפט צריך לשאוף להיות צודק, ולכן המוסר יכול להיות כלי ביקורתי, אך הוא מופרד מהמשפט (היקש מתורת הפוזיטיביזם ככלל).

היא בנויה מ3 רכיבים:

1. **פקודה שיש בצידה סנקציה** - פקודה צריכה להקים איתה חובה, חובה היא כאשר יש איום או כורח עליך לעשות משהו או לא לעשות מעשה, שכן אם תפר את החובה תקום סנקציה.

2. **הפקודה צריכה להיות כללית** - הפקודה לא יכולה להיות ספציפית ולהסביר פעולה אחת, אלא צריכה להכתיב סדרה של פעולות. לצורך העניין תקדים אשר ספציפי מאוד למקרה מסוים, אינו פקודה כללית, אך חוק כמו "אל תרצח" הוא כללי וחל תמיד.

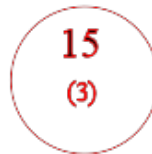
3. **הפקודה צריכה לבוא מהריבון** - הריבון הוא זה שצריך להכתיב את הפקודה, חשוב לציין שלפי אוסטין הריבון הוא אינו תלוי ואינו כפוף לשום דבר, כולל לפקודות של עצמו.

כאשר כלל מקיים את שלושת הרכיבים הללו הוא חוק במערכת המשפט על פי אוסטין.

2 ביקורות:

1. **אין היא תואמת לכל מקורות המשפט**, היא לא תואמת לתקדים או למנהג. גם תקדים וגם מנהג לא הגיעו מהריבון, וכן אין בצידם סנקציה, ואף אינם כלליים. על כך אוסטין מגיב ואומר כי כוחו של התקדים מגיע מהריבון ואכן זה חל, אך ככלל תורתו לא תואמת את כל מקורות המשפט. וכן **הפקודה לא תואמת את כל הנורמות המשפטיות**, כלומר זה לא תואם נורמות רבות שאין בצידם סנקציה, כמו חוק החוזים, חוקים הצהרתיים (אפוסטרופסות לדוגמה) וכו'. חוקים אלו אין בצידם סנקציה ולכן לכאורה אין הם חלק מהחוקים לפי אוסטין. גם על כך אוסטין ייטען כי לדוגמה בחוק החוזים הסנקציה היא בטלות. אך בפועל אין פה שום חובה, אף אחד לא חייב להיכנס לחוזה ולכן תורתו לא מחילה את כל הנורמות המשפטיות.

2. **הפקודה לא תואמת את כל שיטות המשפט** - הריבון לפי אוסטין הוא לא כפוף לחוק של עצמו גם, ולכן אין התורה תואמת כל משטר דמוקרטי ולא מלוכני.



תחילה מושגים:

כללים ראשוניים - הקלאסים, עשה ואל תעשה (אל תרצח, אל תגנוב, תשלם מיסים וכו').

כללים משניים - כללי המשחק, מי שופט? מי אוכף? מי המחוקק? כלומר איך מערכת המשפט מתנהלת ככלל.

הארט מנסה להסביר את תורתו תחילה ולוקח לדוגמה חברה פרמטיבית, שבה יש רק כללים ראשוניים, ומציג 3 בעיות בחברה שכזו שלא מאפשרים לה לקיים מערכת של כללים יעילה ומכוונת התנהגות:

1. **מקור החוק** - קשה מאוד להבין מה הוא החוק, מה הם הכללים, אם אין לנו איזה כלל מסוים שיודע להצביע לנו על מה החוקים, יהיה לנו קשה לפענח לפי אילו כללים לפעול.

2. **שינוי** - אם אין הכתבה של מקור שיודע לשנות את הכללים, אנו נתקע עם אותם כללים לנצח אף אם הם לא צודקים.

3. **אכיפה** - צריך להגדיר מקור אוכף, שיודע לשפוט וליישם סנקציות, אחרת החוק יהיה באוויר ולא תהיה לו משמעות.

לכן הוא מסביר כי יש חובה להשתמש גם בכללים משניים, ומציג את שלושת הכללים שיש להשתמש בהם:

1. **כלל השינוי** - זה הוא כלל שמכתיב איך משנים את החוק ואיך מכתיבים אותו, אפשר להגיד מי הוא המחוקק. הדבר פותר את בעיית השינוי.

2. **כלל שפיטה \ אכיפה** - כלל שמסביר מי אוכף ומי שופט הליכים משפטיים, כאשר אדם מפר חוק מסוים.

3. **כלל הזיהוי** - כלל הזיהוי הוא הרחב ביותר שהארט מתעסק בו. כלל הזיהוי נועד בכדי להבין מה הוא החוק, למה אני צריך לציית. כלל הזיהוי עצמו לא נחקק, אלא הוא מגיע מעצמו בשל אירוע מכונן כלשהו כמו הקמת המדינה או מהפכה כזו או אחרת.

ליישום כלל הזיהוי, לרוב אנו נתבונן בשחקני המשפט כדי להבין לפי איזה כללים הם עובדים, שחקני המשפט הטובים ביותר להתבונן בהם זה בית המשפט, נילך לשם ונראה לפי מה הם עובדים וכך נצליח להסיק מה הם הכללים המחייבים בחברה נתונה.

חשוב לציין שכלל הזיהוי הוא לרוב מורכב, כלומר הוא כולל יותר ממקור חוק אחד, כלל זיהוי פשוט יכול רק מקור חוק אחד, לדוגמה המחוקק. ואילו כלל זיהוי מורכב יכול, מחוקק, בית משפט, שרים, מנהגים וכו'.

לכן מערכת המשפט כדי לתפקד צריכה להיות בנויה מכללים ראשוניים, שמכתיבים את ההתנהגות של האנשים, זו תכליתם, וכן לייצר וודאות.

ואז מגיעים הכלליים המשניים, לדוגמה כלל הזיהוי, אשר נותן **תקפות** לחוקים, מנהגים, תקדימים וכו'. וכן מגיע גם כלל השפיטה \ אכיפה אשר מאפשר את הכוונת ההתנהגות הנדרשת מהכללים.

איחודם של הכללים הראשוניים והמשניים מאפשרים הכוונת התנהגות יעילה, תוך יצירת וודאות, תקפות אחידות, ובירור של המקור האולטימטיבי למשפט (בעזרת כלל הזיהוי).



הארט פוזיביסט ולכן טוען כי החוק הוא חוק מאחר והוא מזהה על ידי כלל הזיהוי, הוא מפריד בין מוסר למשפט. אין הוא חושב כי החוק תלוי במוסר.

פולר תומך במשפט הטבע, לדעתו חוק יכול להיות תקף רק כאשר הוא תואם את עקרונות הצדק והמוסר.

פולר מבקר את גישתו של הארט וטוען כי גישתו הפוזיביסטית הוכחה כשגויה בגרמניה הנאצית, אין להפריד בין מוסר למשפט, חוק לא יכול להיות תקף אם הוא לא מוסרי. בגרמניה הנאצית לכאורה לגישתו של פולר, הנאצים היו בסדר, כיוון שפעלו לפי החוק. לכן לדעתו הגישה הינה שגויה.

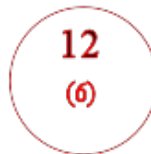
הארט עונה לו ואומר, כי הפוזיטיביזם לא הוכח כשגוי, גישה זו עבדה בהמון מדינות אחרות, הבעיה הייתה לא בפוזיטיביזם אלא בגרמניה הנאצית, בכך שהגרמנים הפכו לנאצים, החלת עקרונות מוסר לא בהכרח היה משנה את זה. בכל אופן טוען, כי במקרים חריגים של אי מוסריות קיצונית, קמה חובה מוסרית שלא לציית לחובה המשפטית, ובכך גם ממשיך להפריד בין החובה המוסרית לחובה המשפטית.

פולר ממשיך ואומר שבגלל הפוזיטיביזם, לשופטים לא היו כלים להתמודד עם החוקים הנאצים, והדבר יצר בעיות נוספות.

ביקורת נוספת שעולה היא לגבי הנאצים שלאחר המלחמה וענישתם, הרי הם פעלו לפי חוק אז איך אתה מעניש אותם? הפתרון לדוגמה במשפט של אייכמן היה משפט הטבע, ובכך גם תומך פולר, החוקים לא היו מוסריים ולכן לא היו חוקיים מלכתחילה, לכן כל מי שעשה את זה בעצם ביצע פשע מוסרי וחוקי (לפי חוקי הטבע).

פולר גם מציין שהחוק היה בעל אי מוסריות פנימית (לא עומד ב-8 עקרונות של שלטון החוק), רטרואקטיבי לא כללי וכו'. לכן אפילו בלי משפט טבע טהור (של צדק ומוסר) אפשר היה לפסול חוקים אלו.

הארט לא מכיר בחוקי הטבע וטוען כי בשל אי מוסריות הפתרון הוא לחוקק חקיקה רטרואקטיבית, זאת בשל פגיעה מוסרית כה קשה, אמנם הדבר פוגע בשלטון החוק, אך לדעתו מאחר והדבר היה כה לאל מוסרי, זה לא באמת רטרואקטיבי כי ידוע שאסור לעשות רצח עם.



חסר התייחסות לסיבה בגללה הארט טוען שאין להכניס תנאי של מוסריות לתוקף המשפט (יצירת בלבול בין רצוי ומצוי)