

דוח משוב לסטודנט

מזהה סטודנט

350111

מזהה מבחן

001000287550

תאריך בחינה

יום ראשון, 22 בדצמ' 2024

שם קורס

תורת המשפט

מרצה

פרופ' לורברבוים יאיר

ניקוד שאלות פתוחות	ציון מבחן מקורי	ציון מבחן מחושב	פקטור	ציון מבחן סופי
95.00	95.00	95.00	4.00	99.00

סיכום

מספר שאלה	ניקוד	ניקוד מירבי
1		25.00
2	20.00	25.00
3	25.00	25.00
4	25.00	25.00
5	25.00	25.00

מבוא לתורת המשפט: תשפ"ה - עבודה

על כללים וטעמים במשפט

קורס: מבוא לתורת המשפט

מרצה: פרופ' יאיר לורברבוים

מועד העבודה: 22.12.24, 09:00 - 11:00

הנחיות:

- עננה.ו על ארבע מחמש השאלות הבאות. לכל שאלה 25 נק'.
- היקף כל תשובה הוא עד 600 מילים.
- העבודה היא עם '**ספרים סגורים**', חומרי הקריאה מצורפים לעבודה כנספחים.
- מותר שימוש בדף טיוטה ריק מהערות וכלי כתיבה
- משך הזמן: 120 דקות
- בהצלחה!

חומר קריאה:

- H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, ch. 7: "Formalism and Rule Scepticism," Section 1. "The Open Texture of Law," pp. 124-136
- י' לורברבוים, על כללים וטעמים במשפט ובהלכה: מסגרת מושגית חדשה לעיון בטעמי המצוות וההלכות, מחקרי ירושלים במחשבת ישראל, כו (תשפ"א), עמ': 1-46 (הקדמה וסע' א-ג), 49-51 (סע' ה [מבוא]), 66-69 (סע' ה 6) (להלן: 'המאמר').
- ד"נ 40/80 פאול קניג נ' יהושע כהן, פ"ד לו (3) 701 (להלן: 'ד"נ קניג').



לפי רז, הטעם לכלל הוא הכלל עצמו - טעם לפעולה (טעם מסדר ראשון) וטעם מוציא (טעם מסדר שני). במילים אחרות, לפי רז לשון הכלל הוא הטעם עצמו. מטענה זו, ברור כי הטעם הוא נשמת אפו של הכלל כי הם הרי אחד. כאשר הכלל והטעם הם אחד, מי שמפעיל את הכלל ללא מודעות לטעם, למעשה פועל מתוך "נפרדות הכלל". לכן, רז כן מאמין בנפרדות הכלל, אולם הדבר מתבצע רק במקרים הטיפוסיים. כאשר צריכים להחיל כלל על מקרה קשה, יש לדעת מהם הטעמים בבסיס הכלל ולכן בשעה כזו, נפרדות הכלל תהיה בעייתית. מקרה קשה מוכיח לנו את הזיקה בין הכלל לטעם.

לפי גנז, הכלל מייצג מקבץ טעמים מסדר ראשון. גנז מאמין, כי לכללים אין אפילו נפרדות חלקית וזאת בניגוד לרז בטוען כי יש "נפרדות הכלל". גנז בשונה מרז, לא רואה את הכלל כטעם עצמו. מהבחינה הסמנטית, לא ניתן להגיד שכלל הוא הטעם כי הרי מרבית הכללים הן הוראות שלא מפרשות את הטעם שלהן. אם ניקח לדוגמה את ס' 8 לחוק המקרקעין שאומר כי עסקה במקרקעין טעונה מסמך כתב, המלל לא מסביר שאתה צריך לעשות עסק כתב כי זו עסקה חשובה, שכנראה תעשה פעם אחת בחיים. המלל של הכלל פשוט אומר לעשות עסקה בכתב. לכן, לא ניתן להגיד שהכלל עומד בפני עצמו כי אנחנו צריכים להיות מודעים לטעם שעומד מאחוריו על מנת להבינו ולפעול על פיו באופן שאליו הכלל התכוון. בנוסף, נז מבקר את רז על כך ש"הטעם המוציא" לא מסלק את כל הטעמים ודווקא ברגע של שקילת טעמים נגדיים, לא ברור האם השיקול הוא כזה שהטעם המוציא הוציא או כזה שהטעם המוציא "התעלם ממנו". זוהי עוד ביקורת שמסבירה למה לא ניתן להסתכל על הכלל כנפרד ומחייבת אותנו להיות במודעות לטעמים.

בשונה ממערכות משפט שמבוססות פסיקה כדוגמת המשפט האנגלי, מערכות משפט המבוססות על חקיקה, לא מכילות את הטעמים הספציפיים של הכלל באופן מפורש על אף שברור כי מאחורי כל סעיף בחוק קיים טעם. יש מספר הסברים למה קודקסים לא מכילים טעמים מפורשים, וביניהם:
- חוק צריך להיות קצר וברור כדי שאזרחים יבינו אותו בקלות, מעין הוראות הפעלה (סנקה).
- נימוקים מפורשים חותרים תחת הכוח של החוק טעמים עלולים להביא לחוסר הסכמה ואי ציות (פוסידנוס ומקורות תלמודיים).
- טעמים מפורשים יכולים ליצור רושם שהחוקים הם עצות ולא הוראה מחייבת.

מכיוון שעל פי רז, הכלל עצמו הוא הטעם לפעולה וטעם מוציא, הצמדה של טעם מפורש, למעשה חותרת תחת הכלל. אם הכלל הוא הטעם עצמו, התוספות הטעם באופן מפורש יכול ליצור מצב שלא ברור מה הכלל - הכלל או הטעם. בנוסף, במידה והטעם המפורש לא מתקיים בעת ביצוע הכלל, המשמעות היא שלא ביצענו את הכלל. הדבר בעייתי מכיוון שכך הכלל לא משמש באופן יעיל להכוונת התנהגות.

לפי גנז, כלל מכיל בתוכו הן טעמים ספציפיים והן טעמים נלווים (חיסכון בזמן ומאמץ, הגבלת שיקול דעת של שופטים, נסיבות חברתיות וכדומה). במידה וכלל יכול טעם מפורש, יכול להיווצר הרושם שאין לכלל טעמים נלווים שהרי טעמים כאלו מטבעם לא יכולים להיכתב באופן מפורש. הדבר יכול לערער את הביטחון שהכללים מייצרים. בנוסף, לעיתים טעמים נלווים נוצרים לאחר אימוץ הכלל, דבר נוסף שמונע מהם להיכתב באופן מפורש.

הן על פי רז והן על פי גנז, הוספה של טעמים מפורשים היא איננה יעילה בהכוונת התנהגות.

- (1) גנז מבקר את התאוריה של רז שכלל מחייב הוא טעם מוציא. מעבר לכך שרז מודה כי טעם מוציא לא מסלק את כל הטעמים, לטענתו של גנז, רז לא נותן את דעתו להבחנה חשובה בין מספר סוגים של כללים:
1. כללים המכילים טעם שלא לבדוק האם קיימים שיקולים נגדיים
 2. כללים המכילים טעם שלא לשקול שיקולים נגדיים.
 3. כללים המכילים טעם שלא לפעול על פי שיקולים נגדיים.

שתי הקטגוריות הראשונות, נוגעות לכללים שנקבעו על מנת לחסוך זמן ומאמץ מה שמאפיין לרוב כללים אישיים. הקטגוריה השלישית נוגעת ל**כללים מחייבים** (משפטיים/הלכתיים) שנועדו לייצר וודאות וביטחון. הטעמים בשלושת הקטגוריות, הם טעמים שלא לבדוק/לשקול/להפעיל טעמים רגילים, משמע טעמים מסדר ראשון.

לדוגמה, כשאני קובעת כלל אישי שאומר שאני הולכת לסופר מסויים בשכונה רק פעם בשבוע בימי שני, אני קובעת אותו על מנת לייעל את הזמן שלי, לא לבצע לאורך השבוע השלמות כל כמה ימים של קניות, לא לחשוב כל הזמן מתי אספיק לבצע קניות, לא להגיע למצב שנגמרים לי המצרכים, לא להתלבט כל פעם לאיזה סופר ללכת וכו'. אולם, אם חברה תספר לי שבימי שלישי יש מבצעים משמעותיים מאוד בסופר אחר, אין לי סיבה שלא לזנוח את הכלל ולפעול בניגוד אליו על פי שיקול אחר. שהרי כל המטרה ביצירת הכלל הייתה לחסוך זמן ומאמץ בבדיקת סופרים, בחירת יום וכו'.

אולם, כלל מחייב, למשל ס' 8 לחוק המקרקעין שאומר כי התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, לא נוצר על מנת לחסוך זמן ומאמץ או למנוע מהפרט לערוך בדיקות ושיקולים. הוא כלל שנוצר על מנת לייצר וודאות עבור האזרחים ולקבוע דרך מסוימת כיצד עסקה במקרקעין משתכללת.

(2) ההבחנה הזו חשובה להבנה של כללים משפטיים משום שהיא מראה כי שופטים **לא צריכים להימנע מלשקול שיקולים** נגדיים אלא **לא לפעול** על פי שיקולים נגדיים. בדיון הנוסף בעניינו של קניג, גם השופטים שלבסוף דבקו בלשון החוק (לזמן, בייסקי ולנדוי) והביעו גישה פורמליסטית של היצמדות לכלל, עדיין שקלו שיקולים אחרים (בחינה של שיטות משפט מקבילות, בחנו את הצעת החוק וניסוחים קודמים לחוק וכדומה). אולם, לאחר ששקלו שיקולים אחרים הגיעו למסקנה שלשם מניעת "הצפת הסכרים", ולשם הגבלת שיקול הדעת, אין לפעול על סמך שיקול אחר. משמע, הטעמים המערכתיים (שלא להביא להצפת בתי משפט ולא לפתוח פתח לשיקול דעת מפרז) שבכלל מנעו מהם לתעדף שיקול שיביס את הכלל. מנגד, ברק ואלון, **שקלו ואף הפעילו** טעמים כנגד הכלל משום שלטענתם השיקולים גברו על הטעם שבכלל.

1) פורמליזם, הינו היצמדות ללשון החוק. כאשר אנו מדברים על שופטים פורמליסטים, אנחנו מתכוונים כי השופטים מחילים את החוק באופן דווקני ולא פותחים פתח לשיקול דעת שסוטה ממילות המחוקק. על כן, ניתן להגיד ששיפוט פורמליסטי, דובק בטעם המערכתי של הכלל המחייב. זאת, משום שכלל מערכתי לרוב מטרתו היא לייצר וודאות, ביטחון, סדר, להכווין התנהגות ולהגביל את שיקול הדעת של השופטים.

בדיון הנוסף בעניינו של קניג, השופט לוין, התייחס למקרה באופן פורמליסטי, תוך שהוא נמצד בדווקנות ללשון סעיף 25 ולא מוכן להרחיב אותו על סעיף 19. לוין חושש שאם ירחיבו את הסעיף, תהיה הצפה של פניות בנושא צוואות לבתי המשפט והוא מעדיף לשמור על הסדר הקיים גם אם הדבר משמעו אי צדק במקרה הספציפי שלפניו - בכך שהרכוש יגיע לבעל המנוחה. בכך, לוין למעשה נותן משקל מכריע לטעמים הנלווים (המערכתיים). מנגד, השופט ברק, נצמד לתכלית של החוק והוא קיום רצון המת. השופט ברק מוכן להגיע לתכלית זו ולעשות צדק עם המנוחה גם במחיר של אי היצמדות ללשון החוק ועל כן הוא פועל בגישה נון-פורמליסטית.

2) שיקול כללי ראשון הוא שליטה ביצר וטבע האדם. הרמב"ם למשל, שסבור כי יצר האדם רע מטבעו, טוען כי שיקול כללי ליצירת כללים יכול להיות הגבלת האדם מלפעול על פי יצרו. מנגד, פילוסופיים שמאמינים כי טבע האדם טוב מיסודו (כגון אריסטו), לא חושבים שכללים צריכים להתבסס טעמים כלליים שכאלו. טעם כללי נוסף מתקשר לרמת הנטל והמעמסה שהמערכת מטילה על הפרט. ככל שהמעמסה רבה, ככה ניתן לשיקול המערכתי קול מכריע יותר, וזאת מתוך הפחד שפתח יכול להוביל לאי סדר. שיקול כללי אחר, הוא כמה החברה תופסת סטייה מלשון החוק כדבר חריג. ככל והחברה תופסת את המחוקק והשופטים כריבון שצריך לציית לו, יש להיצמד לשיקולים המערכתיים, אולם ככל והחברה מאפשרת סטייה לשם עשיית צדק, כך ניתן שלא להיצמד לשיקול המערכתי. שיקול כללי נוסף הוא גם הערך הסימבולי של החוק, כמה טעם הכלל מהווה ערך מרכזי בחברה. זהו שיקול כללי שמאופיין בקודקסים הלכתיים.

דוגמה לשיקולים כלליים יכולה להיות הכלל שאומר כי טובת הילד היא תמיד להישאר בחזקת אביו ואמו. כאשר שופט יעמוד מול סיטואציה בה טובת הילד, אם ישאר לגדול אצל הוריו הביולוגיים, עומדת בספק, יכול להיות שיהיו שיקולים כלליים שיגרמו לשופט להכריע שהילד ישאר אצל הוריו הביולוגיים בכל זאת. שיקולים כללים יובילו אותו להכרעה כזו ככל והחברה יותר שמרנית, מבוססת על ערכים של משפחה, ותופסת את הוצאתו של הילד מבין הוריו כמעשה קיצוני.