

10

סיון תשל"ג, יוני 1997

מבוא לתורת המשפט - שאלון חזרה

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן
קורס חובה שנה ב
מס' קורס: 99-103-02
מרצה: יאיר לורברבוים

להלן שאלות לפיהן מומלץ ללמוד את החומר והבחינה. מהותן הרשימה להלן יבחרו שהי השאלות (מקן תיכרסו לענות על אחת) בפרק הראשון של הבחינה (בשני מועדיה). מומלץ להבין היטב את השאלות בטרם תפנו להשיב עליהן (השובה טובה נבחנת לא רק בנקודות ובטענות הרלוונטיות המועלות אלא גם בהימנעות מלהכביר נקודות לא רלוונטיות).

1) האם לפי גישת המשפט הטבעי מתעוררת השאלה בדבר החובה לציית לחוק?

2) מה בין 'כלל הזיהוי' של הרט ל'טרמה הבסיסית' של קלון?

3) 'הכלל המשפטי' הוא אבן הבנין העיקרית של מערכת המשפט, נהר טענה זו והונו בביקורות השונות עליה.

4) מה בין 'כלל משפטי לעיקרון משפטי'?

5) מובנה של 'החובה המשפטית' לפי תורת המשפט השונות שלמהדגם.

6) מה בין עקרונות היסוד של השיטה לבין 'המשפט הטבעי'?

7) במה שונה תורת המשפט של פולר מן המודיטיביזם מצד אחד ומשיטות אחרות של המשפט הטבעי שלמהדגם מצד שני?

8) במאמרו על המטרות החברתיות של המשפט מכחין רז בין יישוב סכסוכים מוסדרים ובין יישוב סכסוכים לא מוסדרים, מהי ההבחנה והאם יש לה לדעתך מקום?

9) מהי ביקורתו של הרט על תיאוריית הפקודה של אוסטין, האם אוסטין יכול להשיב עליה?

10) אחת מקביעותיו המפורסמות של הרט היא כי 'המשפט הוא איהוד של כללים ראשוניים ומשניים'. הסבירו קביעה זו.

129

11) היחס שבין מסר לבין משפט (חוק) לפי אריסטו, אוסטין ודבורקין.

12) היחס שבין מסר לבין משפט (חוק) לפי אפלטון, אקווינס, הרט ופולר.

13) מהי ביקורתו של דבורקין על כלל הזיהוי של הרט? האם הרט יכול להשיב עליה?

14) מדוע סבורה הגישה ביקורתית למשפט (CLS) כי הגישה המסורתית בוטורת המשפט הוא בבחינת מיתוס ומדוע לדעתה הפקידו החברתי של מיתוס זה? העריכו תפיסה זו.

15) מהם הרכיבים העיקריים של תורת המשפט שנלמדו בקורס ואשר בעזרתם ניתן לתאר את ההבדלים בין תורות המשפט השונות?

16) מדוע לדעת רז יש לשפוט שיקל דעת (במובן חזק)? כיצד תגיב לדבריו הגישה הביקורתית למשפט (CLS)?

17) תארו את גישת הריאליזם המשפטי, במה היא שונה מגישתו של דבורקין ובמה היא דומה לה?

18) השווא בין המשפט הטבעי לפי גישת אריסטו לבין המשפט הטבעי לפי גישת הרט.

בהצלחה

10/12/03

11

שאלת מס' 1 - חובת הציות לחוק עפ"י המשפט הטבעי

המשפט הטבעי קובע שכל חוק הוא מטבעו טוב ומוסרי. מוסריות החוק היא גם פנימית (8 כללים בחקוקת חוקים) וגם חיצונית (תוכן החוק). לפי פולר לא קיים חוק רע מכיוון שרע הוא בלתי רצונו, אינו קוהרנטי ומכשיל את עצמו. כל חוק הוא מוסרי מטבעו ולכן לא יכולה להתעורר שאלה בדבר חובת הציות, שכן ברור שיש לציית לחוק ואין אפשרות לבקר את החוק. לפי דבורקין ככל חוק יש ערכים מוסריים המובנים לתוכו. החוק משקף את אורת חיי החברה והשקפותיה ולפיכך נראה ברור מאליו שלכל פרט בחברה יש מחויבות לציית לחוק.

מניון שהחוק אף משקף עקרונות מוסריים מתעוררת החושת ציות טבעית-פנימית אצל בניא, והם מציינים מתוך הסכמה וללא כל צורך בסנקציה וכד'.

לפי המשפט הטבעי נורמה שאינה עומדת במבחן המוסרי אינה יכולה להיות חוק, כגון: נורמה שלקויה בחוסר צדק משווע היא לא תהווה חוק ואזי אין חובת ציות לה. זוהי נישתם של אפלטון ואקונוס ובעקבותם עוד רבים. נורמה שכזו תיפסל כפי שקבעו אגרט וזוסמן בפ"ד ירדור (פסלו מפלגת שמנוגדת לערכי היסוד גם ללא חוק המאפשר פסילה זו).

מאידך, יש הסוברים שגם כשהנורמה אינה מוסרית היא עדיין יכולה להיות חוק ויש לה תוקף משפטי מחייב. לפי פולר ודבורקין אין התוקף המשפטי של הנורמה תלוי במבחן מוסרי כלשהוא.

שאלת מס' 2 - כלל הזיהוי (הארט) מול הנורמה הבסיסית (קלון)

כלל הזיהוי מזהה את הנורמות המשפטיות התקפות. זהו כלל-על כסיסי ביותר. כלל הזיהוי הינו עובדה חברתית חמויה מתוך למערכת המשפטית. כלל הזיהוי יכול להשתנות ממקום למקום והוא עצמו קשה לזיהוי, שכן הוא עשוי להיווצר בדרכים מורכבות. כלל זה צריך להיות ברור באופן חד וחלק כדי שיוכל למלא את תפקידו ולסייע בזיהוי הכללים האחרים. לא ניתן להחיל כלל כלשהוא על כלל הזיהוי. כלל הזיהוי הוא מנחה של חרשויות (בימ"ש)חמתייתס לדרך איתור החוקים- הוא נוצר ע"י פרקטיקה חברתית. באמצעות שימוש בכלל הזיהוי מתגברים על בעיות של חוסר וודאות, אי יציבות ואי בהירות. כלל הזיהוי משתייך לכללים מסדר שני (הכללים שקובעים את היחס כלפי הכללים הראשיים שקובעים דרכי ההתנהגות- מסדר ראשון ביחד עם כללי שפיטה, כללי שינוי וכד'.

הנורמה הבסיסית נותנת את התוקף למערכת המשפטית- משמשת כמבון עליון לתקנות של כל נורמה. זוהי הנחה מוקדמת, פיקציה שקיימת נורמה עליונה הנמצאת בבסיס המערכת. נורמה זו לא מובעת מפורשות ולא נקבעת ע"י גוף כלשהוא. למעשה, זהו עקרון פורמלי חסר תוכן מהותי. קלון מבחין בין עקרון דינמי לתוכני עליונות לכל מה שכתוב בחוקה או להכרעת בימ"ש לעקרון סטטי (מהותי): עשיית הטוב והישר או פעולת מכוה חסמכת החוק). הנורמה הבסיסית בישראל: יש לנחון לפי חוקי הכנסת. חשיבות הנורמה הבסיסית היא בעת חילופי שלטון, שאז בשל מציאותות של נורמה זו לא ישתנו החוקים אלא הנורמה עצמה תשתנה ותקבע כי יש לציית לשלטים החדשים. כמו כן, הנורמה הבסיסית מהווה את היסוד המאחד של המערכת- נורמה שאינה שואבת כוח מהנורמה הבסיסית לא תיחשב לחלק מהמערכת המשפטית.

התבדל בין כלל הזיהוי לנורמה הבסיסית:

לנורמה הבסיסית יש מעמד נורמטיבי- חלק מהמערכת המשפטית. יש לבדוק היעילות בפועל ולכן הנורמה הבסיסית מניחה שהנורמה העליונה במערכת המשפטית מוגשמת במציאות. הארט (המשתייך לאסכולה האנליטית) התנגד לרעיון הנורמטיביות הוא פיתח את כלל הזיהוי- כלל זה הכריח שמכאן את המודעות של בימ"ש למבחני התוקף של החוקים לפי הנתון החברתי, כאשר כלל זה אינו משתייך למערכת עצמה.

שאלת מס' 3 - "הכלל המשפטי-אכן הגינה העיסורית של מערכת משפט"

הארת שאר הפוזיטיביסטים ביטשו את החובה המשפטית על הכלל המשפטי- העובדה החברתית. לזרסותם גם בעבודת השופט ישנה התלה טכנית של כללים. תפקוד הכלל המשפטי: הכוונת נתענות. לכל כלל משפטי יש פן חיצוני- הסדרת התנהגות ופן פנימי- המניע והטעמים- ההזדהות והתחושת החובה. ישנם כללים מסדר ראשון, הכללים המצווים על ההתנהגות עצמם וכללים מסדר שני, הכללים החלים על הכללים ומסדירים שינויים, זיהויים, ביטולם, החלסתם וכד'.

כנגד זה יש דבורקין שסבר שאין למצות את המערכת המשפטית ע"י העמדתה על סדרת כללים בלבד. ההחלה לעיתים בעיות ולכן נוקסים להורת חשפיטה- העבודה של השופטים המפעילים שקייד משפיעה רבות על המערכת המשפטית. בנוסף, ישנם עקרונות העומדים בבסיס השיטה, הרעיונות שמאחורי הכללים ולחם חשיבות רבה. הכללים משקפים ערכי החבי ואורח חייה ויש להתחשב גם בזה.

נט' ביטאולוס: ביטאו ספקנות לגבי כללים, שכן ניתן להחילם בדרכים שונות ואין הם מכוונים לתנהגות. אין הכללים מהווים נורם מרכזי במערכת המשפטית אלא ישנה השפעה רבה לנסיבות אישיות של השופט, השקפותיו וכיוצ"ב.

שאלת מס' 4 - כלל משפטי מול עקרת משפטי:

לפי מאמרו של רו על שקייד שיפוטי ישנה הבחנה בין עקרון נורמטיבי לכלל משפטי.

עקרון משפטי	כלל משפטי
יש בכל ענין ובכל הכרעה פועלים לפיו	חל רק בענין ספציפי
לא חל באופן מוחלט אלא מתווך שיקול	חל באופן מוחלט וכל חריגה- הכרה
ישנם עקרונות שאינם מהליבים- כל עקרון המקובל בחברה- שפירא	מחייב במלואו ובאופן מוחלט
רק עקרון מחייב הוא עקרון משפטי- רו	

12

אמור להיות מיושם באופן דווקני	משמש לפרשנות, הכרעה, יצירת כללים, בקורת ושינוי כללים
ישנם כללים עמומים (לא ניכר ברורים)	העמימות רבה יותר
ישנו כלל אחד לכל מקרה אך יש ניכר סוגים שונים של כללים	ישנם סוגים שונים של עקרונות: מגבילים ומנחים, תיאורי ונורמטיבי

שאלה מס' 5 - החובה המשפטית

הגישה הפוזיטיביסטית: החובה המשפטית מבוססת על כללים משפטיים בלבד, דהיינו- כללים שחל עליהם כלל הזיהוי- עובדה חברתית. לפי הארטי, החובה המשפטית היא סוג של עובדה חברתית שממנה נגזרות עובדות חברתיות חדשות. חובה זו שונה מהחובה המוסרית- מת שראוי לעשות. אין קשר בין מוסר לחוק ולכן החובה המשפטית לציית לחוק ניתנת לביקורת ע"י כל אדם ובאם ימצא שהחוק מנוגד למוסר ולמצפון אין חובה משפטית לציית לחוק. לפי ארטי מבוססת החובה המשפטית על הפחד מהעונש- הסנקציה הגילולית לפקי שניתנה ע"י הריבון.

קביעה: חנוני-פוזיטיביסטיות (משפט טבעי): ישנה חובה משפטית לציית לחוק מתוקף היותם משקפים נורמות מוסריות.

לפי ארטי יש לבסס החובה המשפטית על כללים רבים נוספים שכלל הזיהוי לא חל עליהם. במערכת המשפטית יש כללים דבים הנוצרים ע"י בימ"ש וגם לביתם ישנה חובה משפטית לציית. חובה זו קיימת הן מכוח הרגל ציית ותן מכוח האידאליים החברתיים המבונים בתוך החוקים- המשפט מחיל את אורח הדי החבי והשקטניה המוסריות. לפי ארטי כל חוק הוא במילא מוסרי ולכן ישנה חובה משפטית לציית לו באופן אבסולוטי ולא ניתן להעביר ביקורת ולטעון לפסור מחובת ציית בשל אי מוסריות החוק וכיוצא ב. ראה עוד בשאלה מס' 7.

שאלה מס' 6 - עקרונות היסוד של השיטה מול המשפט הטבעי

דבורקין התייחס לעקרונות היסוד של השיטה העומדים בבסיס החוק, מובנים בתוכו או נגזרים ממנו. אין מדובר בחוק עצמו אלא במה שמאחוריו. עקרונות אלו נכנסים כשיקול נוסף במערכת איוונים והשופט מפעילם לפי שקייד: לעיתים יש התחשבות בעקרונות אלו ואזי ניתן בגינם אף לפסול חוקים אחרים שמוגדים להם ולעיתים לא יפעילו עקרונות אלו. דוגמא לכך מצינו בפי"ד לאור ששם התעוררה בעיה של חוק שנגזר את עקרונות היסוד של השיטה. בימ"ש קבע שבאופן עקרוני ישנה אפשרות להכריז על בטלותו של חוק זה, אך לפי התנייה החברתית הנוהגת והמקובלת מכוח הסכמת על הציבור הנאור בישראל לא מקובל לעשות כן ולכן לא ראוי שבימ"ש יטות מההלכת המקובלת והתוצאה: לא פסלו. לפי הארטי לשופט יש שקייד חוק לפנות לעקרונות היסוד של השיטה שהם עקרונות חוץ-משפטיים שרק לאחר החלטתם הוצבים לחלק מהמערכת המשפטית עצמה. לעומת זאת, המשפט הטבעי גורס שעקרונות היסוד- כל העקרונות המוסריים-החברתיים המקובלים בחב מצויים בתוך החוק עצמו ולא ייתכן חוק שלא יחיל עקרונות אלו. לפיכך, אף לא עולה שאלת פסילת חוק מכיוון שלא תיתכן התנגשות בין חוק לעקרונות היסוד של השיטה. במשפט הטבעי העקרונות המוסריים מצויים בחוק עצמו- חלק מהותי מהכלל המשפטי ולפיכך כשיש מקרה עליו יש להחיל את הכלל יחולו העקרונות חלל באופן מוחלט בחיותם חלק אינטגרלי של החוק.

שאלה מס' 7 - חשוני בין תורת המשפט של מלר לבין הפוזיטיביזם ותמ. הסבעי:

מ. טבעי אתרלדבורקיף	פוזיטיביזם (אוסטין, הארט)	פולר (מ טבעי)	חוקי מהו (מבנה, מרכיבים, מהות וכ"פ)
יותר חשוב מהחוק עצמו זו מערכת השפיטה המהווה את עיקר המערכת המשפטית.	החוק הוא מה שנחקק ע"י המחוקק ואין צורך שהחוק יעמוד בקריטריונים מוסריים-ערכיים.	ישנם מטי כללים הכרתיים במערכת המשפטית, כאשר המטרה הכוללת היא להכפוף את בנייא לכללים.	
לנוך החוק מובנים עקרונות שונים והם חלק ממנו ועל השופט להתחשב בהם. כל המערכת החברתית והמוסרית היא חלק מהחוק. אורח חיי החברה (השקפתיים) נמצאים בתוך החוק. החוק אינו רק מה שכתוב בגשונו אלא נגזרים ממנו עקרונות נוספים.	לפי הארטי, החוק הוא סוג של כלל חברתי שיש בו: א) פן היצוני, סדירות של התנהגות (לא בכללים חדשים). ב) פן פנימי: טעם ומניע לתחילת הזדהות וחובת ציית. במערכת המשפטית יש	בכל חוק חייב להיות: א) מוסר פנימי- כללים מוסריים המובנים בתוך החוק. לוחל הכלליט: איסור חקיקת חוקים סודיים, רטוראקטיביים, סותרים, לא ברורים, שבנייא לא יכולים לעמוד בהם, לא יציבים, ספצימיים ולא להכונת התנהגות כללית או ללא התאמה בין החקיקה לאכיפתה. ב) מוסר היצוני- החוכן של החוק צריך להיות מוסרי	

13

	<p>כללים מסדר ראשון- מצווים על התנהגות וכן כללים מסדר שני- שחלים על הכללים מהסדר הראשון- קובעים את זיהוים (כללי זיהוים), שינוים, החלטה, יישומם וכו'.</p>	<p>וזה לא נוצר ללא המוסד הפנימי. החוק האידיאלי הוא חוק המורכב ממוסד פנימי+ חיצוני. לא ניתן להפריד בין חוק למוסד. החוק מטבעו הוא טוב- רציונלי וקוהרנטי (חוק רע מכשיל את עצמו ולכן אינו יכול להיות חוק).</p>	
<p>אין התייחסות מפורשת לכך. הווק הינו רחב וכולל כאמור את אורח חיי החבר והשקמותיה, עקרונות מוסריים בבסיס השיטת וכיוצא- כל זה ייחשב לחלק מהמערכת המשפטית</p>	<p>החוק נבדק לאור כלל זיהוי- עובדה חברתית בלבד שנמצאת מחוץ למערכת המשפטית. אין הכנסת כל שיקול מוסרי-ערכי, אין לחוק מטרת חכונות התנהגות ואין הוא משקף את הסדר החברתי.</p>	<p>אין צורך בעמידה בכללים מסוימים אלא בעקרונות המוסר והסדר החברתי</p>	<p>בדיקת החוק (אופן הזיהוי)</p>
<p>יש הרגל ציות אך החובח לציית מקורה אף באידיאליים החברתיים שנמצאים מאחורי החוק. כל המערכת החברתית והמוסרית מובנית לתוך החוק ולכן ישנה חובת ציות.</p>	<p>החובה המשפטית נובעת מזויות החוק ניתן עיי המחוקק וללא קשר לתוכן החוק ולחיותו מוסרי או בלתי מוסרי. לפי אונסקו ישנו הרגל ציות לריבון בשל הפחד מהסנקציה. לפי דאנקס ישנו ציות פנימי מתוך הסכמה וחזקה. בשל התכרת בתוקפו מציינים לו.</p>	<p>כדי שמערכת החוק תתפקד היא צריכה להיות טובה ומוסרית, אחרת- בנייה לא ירגישו חובת ציות. החובח המשפטית נובעת מהיות החוק מוסרי והוגן וזה יוצר תחושת חובת ציות ומוטיבציה לציית לחוק. ישנו הרגל ציות ומכוחו מציינים לחוק.</p>	<p>החובה המשפטית</p>
<p>אין התייחסות מפורשת וברורח לפעולת המחוקק אלא ישנה התייחסות לפעולת השפיטה- ראה להלן. בחקיקה לוסת חלק גם השופט כאשר הוא משתמש בשקייד ויוצר כללים חדשים.</p>	<p>לפי אוסקין המחוקק- חריבון פועל כרצונו ומחוקק חוקים כאוות נפשו. חוקים אלו מחייבים את נתיניו בשל העובדה שניתנו עיי הריבון כאשר יש סוקציה לאי חצלות המחוקק עצמו אינו כפוף לאיש (אך כאדם פנימי יכול להגביל עצמו). כשורבון מתמנותחף קורסת המערכת המשפטית. לפי דאנקס יש כפיפות של הריבון למערכת המשפטית. ושם מנתנים שלא נוצרו עיי הריבון. החוק הוא שמעניק סח לריבון לא להיפך. ישנם חוקים ללא כל סנקציה- נורמות עשה שמעניקות זכויות.</p>	<p>המחוקק פועל כאופן שכלי לפי עקרונות הסדר החברתי ומודרך עיי התבונה הרציונלית ולא פועל בשרירות. בחוקים אלו יש עניין של צדק ואספקט מוסרי. חוק שלא עומד בקריטריונים הללו- אינו מהווה חוק (אם כי זה מתקיים בדרגות ולא בשלמות). אין אפשרות להעביר ביקורת על החוק, מכיוון שאט החוק אינו מוסרי הוא אינו נבדר חוק.</p>	<p>פעולת המחוקק</p>
<p>לשופט אין שקייד חוק והוא מפעיל עקרונות משפטיים- המובנים בתוך החוק בעת לאקונה.</p>	<p>לשופט יש שקייד חוק בעת לאקונה והוא יכול לפנות לשיקולים שמחוץ למערכת המשפט.</p>	<p>החוק מאפשר פעולה משותפת של מוסדות השלטון ולכן בעת החקיקה מקפידים על כללי המוסר הפנימי שהם מקלים בעתיד על עבודת השופט (מחות לקנות ובעיות)</p>	<p>פעולת השפיטה</p>

14

בין המטרות הראשוניות קיימת המטרה של הסדרת הסכסוכים, כאשר רו מבחין בין סכסוכים מוסדרים לכלתי מוסדרים. הסיבה להבחנה נעוצה בעובדה שבסכסוכים מוסדרים בימ"ש רק מכיל את החוק הרלבנטי לסכסוך ובכך באה הבעיה על פתרונה. זוהי פונקציה ישירה משנית- אכיפת החוק ושינוי. בסכסוך שאינו פתור- כשאין חוק שניתן ליישמו באופן אוטומטי על המקרה אזי השופט למעשה משתמש בשק"ד ויוצר חוק חדש. זוהי פונקציה ישירה ראשונה- יצירת החוק. לדעתי, יש מקום להבחנה זו שכן בימ"ש פועל כאן ב- 2 פונקציות שונות, כאשר הפונקציה האחת (יצירת החוק) הינה בעייתית ולכן דורשת תתייחסות שונה. הבעייתיות שבת חינה החלת חוק רטרואקטיבי (ניגוד לעקרונות הדמוקרטיה כאשר החוק נוצר ע"י השופט כאדם יחיד ולא ע"י ציגוי העם המבטאים את רצון הרוב.

שאלה מס' 9 - הביקורת של הארט על תיאורית הפק' של אוסטין:
תיאורית הפק': החוק הינו פק' כללית (מכר רצון) של הריבון המלווה בסנקציה)

- 1) אי הבחנה בין פקי לשוניות (ביטוי של ציווי בשונה, נניח, מהבטחה) לבין פקי טרמטיבית (שמטבעה מצווה לעשות או לחמוע מעשייה).
 - 2) התעלמות מנורמות שמעניקות זכויות וכוחות (חוקי עשה- משפט פרטי ובלו סנקציה) ולא רק מטילות תובות (משפט פלילי+ סנקציה).
 - 3) הצוית לחוק נעשה בשל הסנקציה, אך יש לציית לחוק מתוך הסכמה והודעה. בני"א מציינים לחוק לא רק בשל הפחד מהסנקציה המלווה לאי הציות אלא מכוח הכרת בתוקפו המחייב ע"י תודעה פנימית. לכלל המשפטי יש צידוק נמי ומכוח זה יש לציית לו. החוק מהווה צידוק לעושה ולא רק מבא את באו.
 - מטרת החוק היא הכוונת התנהגות ולכן בהפרתו יש טעם לביקורת.
 - 4) התעלמות מהסמכות (הפרקטיקה) וכן החלטות שיפוטיות שביב מחוייב סקור משפטי. כלומר, ישנם חוקים שלא נוצרו ע"י הריבון.
 - 5) בחבי דמוקרטיה ישנם מגבלות לריבון ואין הוא מחוקק כל יכול שאינו כפוף לאיש.
 - 6) אוסטין קבע שהציות הוא אישי לו יגון ולכן כשהריבון מת/מתחלף מתמוטטת המערכת המשפטית. זה מוטעה מכיוון שהחוק הוא שמעניק כוחות לריבון ולא להיפך ולכן גם כשאין ריבון ממשיכה המערכת המשפטית להתקיים.
- לסיכום תביקורת:** אין תיאור הולט של המערכת המשפטית ויש התעלמות מהנורמטיביות של המערכת וממכלול הנורמות הקיימות בה.

תגובת אוסטין לביקורת: (לא ממצה ולא מספקת- הביקורת נשארת בעינה)

- 2) ישנה סנקציה גם בחובות העשה והיא בטלות המעשה או האכיפה והפצויים בחוקים המעניקים כוחות.
- אין בכך מענה לביקורת הנוקבת של הארט שכן בטלות איננה מקבילה לסנקציה (היא מוגעת בחמים מפשע ולא באויים לחיעוש) וכן המטיב המרכזי הוא לכונן התנהגות ולא רק להעניש ומכך אוסטין התעלם.
- 4) הריבון הכיר בתוקפו המחייב של המנהג ומכוח זה נחשב כאילו ניתן ע"י הריבון.
- זוהי פיקציה שכן המנהג מחייב לא בשל הסכמתו של הריבון לתקפו. קודם ישנו המנהג ורק אח"כ הריבון מכיר בו ולא להיפך.
- 5) הריבון כאדם פרטי כפוף לייב לחוקים שיצר ורק בזויותו ריבון הוא פטור מעולם. הריבון מקבל על עצמו את המגבלות שהוא עצמו הטיל.
- זוהי פיקציה שכן הריבון שכפף עצמו למגבלות יכול לחטור מעצמו מגבלות אלו.

שאלה מס' 10 - מערכת המשפט לפי הארט- "איחוד כללים ראשוניים ומשניים":

במערכת המשפטית ישנם כללים מסדר ראשון: כללים המצויים על התנהגות. אלו הם הכללים המשפטיים הרגילים שהיום סוג של כלל הדרתי שיש לו פן חצוני ופנימי ומזוהה ע"י כלל משני: כלל הזיהוי שאפשר יציבת החוק ויישומו. בנוסף, ישנם כללים מסדר שני: הכללים החלים על החוקים (הכללים מסדר ראשון) והם נותנים קרסריונים לזיהוי, שינוי, ביטול וישום והחלה של החוקים.

שאלה מס' 11 - היחס בין המוסר לבין החוק:

אריסטו (מ. טבעו): החוק הינו חלק מצדק מדיני. צדק מדיני זה מורכב מחלק טבעי (המוסר)- חוקים כלליים וקבועים עפ"י הכרעת התבונה וכן מחלק של החוק שתלוי בהסכמה. החוק תלוי בשק"ד של בני"א אשר מעניקים לו את תוקפו (כמיוחד כאשר התבונה אינה יכולה להכריע). לצורך השוואת המדיניות (אשר הינה הכרחית לאדם שהינו בע"ח מדיני מטבעו) יש צורך בתבונה שהיא המוסריות- היכולת להבחין בין טוב לרע. את החוק מתקנת והתנינה, שהינה סוג של צדק. התנינות מכריעה כאשר החוק מביא לנזקאות בלתי צודקות (החוק מנסה ככלליות ולעיתים החלתו במקרה הספציפי גוררת אי צדק ולכן מפעילים את התנינות. מכאן ניתן ללמוד על חשיבות היות החוק טוב ומסרי. מסקנה: ישנו קשר הדוק בין המוסר לבין החוק, כאשר ניכרת זרמה שחוזק עמוד בקרסריונים מוסריים, אם כי קיימת הפרדה בין 2 נושאים אלו שנהוגים לנייח צדק מדיני. המוסר דרוש לצורך החוק וכן החוק והמוסר משלימים זה את זה.

15

אוסטין (פוזטיבוס): החוק הוא נקי של הריבון המיועדת לכוון התנהגות. נקי זו מלווה בסנקציה שמהווה את המקור לחיוב. כלומר, חובת הציות נובעת בשל כך שהחוק נוצר ע"י המחוקק ולא בשל עמידתו בקרטיונים כלשהם (מוסריים ואחרים). יש להפריד בין החוק הפוזיטיבי שכן בנייא לבין החוק הטבעי שהוא מה שראוי- המוסר מהאל זה דמוי חוק ואין זה חוק אמיתי.

מסקנה: יש הפרדה מוחלטת בין החוק למוסר. אין ערך מוסרי לחוק שלעצמו. יש לציות לחוק גם אם אינו מוסרי.

מאידך, קיימים חריגים- "מקרויות שכיחה"- שיכולים להיכנס עקרונות מוסריים לתוך החוק, במיוחד זה מתרחש במקרי השוליים (ימרוסברה"י) כשבימיש משתמש בפרשנות ומחיל עקרונות מוסריים.

דבורטין (מ): טבעו: המוסר מהווה חלק מהחוק. הן המוסר האידיאלי והן המוסר הנוהג - אורח חיי החברה ותשקפתיה באים לידי ביטוי בחוק. כל המערכת המוסרית והחברתית הינה חלק מהמערכת המשפטית. בנוסף, מהחוק ניתן לגזור עקרונות מוסריים שונים שעומדים בבסיסו אך אם לא נאמרו מפורשות בחוק (כגון: אי הנאת המעוול מעולתו). החובה המשפטית כוללת בנוסף להורג הציות גם אידאליים חברתיים ועקרונות מוסריים ולכן יש לציות לחוק.

שאלת מס' 12 - היחס בין מוסר לבין חוק:

אפלדון (מ): טבעו: החוק הוא חלק מעקרון כללי- אידאה שמטבעה היא טובה. לפי אידאה זו כוחנים כל חוק אם הוא חוק או לא ולפיכך החוק הינו בחכמה טוב מעצם טבעו. לא קיים חוק רע (שקר). שכן החוק מכיל רק מה שהוא טוב, נאח וצודק. החוק הוא גילוי האמת. החוק צריך לעמוד בקרטיונים אידאליים של המוסר והטוב. הרציונל- התבונה מזחה חוקים (וערכים) מוסריים ורק הם יוכלו להיות חוק.

אקסטרם (מערוב): החוק הוא כלל התנהגות מחייב שחל על הכל. לחוק הינו זכויות, שכן הוא נובע מהאדם שחינו יצור תבוני (האדם מונע ע"י רצון שמודרך ע"י התבונה).

בנוסף להיות החוק תבוני מטבעו (מ). טבעו יש לו תוקף מהיותו מתפרסם ע"י בעלי הסמכות (פוזטיבוס). אם החוק מטעד לתבונה הריבון הוא איננו חוק. הריבון מחוייב למעול בעל החיטוק ע"י התבונה- עקרונות מוסר טבעיים- ואם לא עושה כן זה לא מהווה חוק. כל חוק שמנוגד לתבונה הריבון (לעקרונות המוסר) לא יהווה חוק.

ישנה הבחנה בין חוק נצחי, חוק טבעי וחוק אנושי. החוק הטבעי מושפע מעקרונות המוסר והצדק של בנייא ומאשרר תבונה בין טוב לרע (לעומת החוק הנצחי שהינו השגחה עליונה שמחוץ לעולם). החוק האנושי נוצר ע"י בנייא ולעיתים הוא נגור מתחוק הטבעי.

הארט (פוזטיבוס): לא קיים קריטריון מוסרי לזיהוי החוק. המוסר וח דבר לא רציונלי, שמושפע מהרגש ואיננו דבר קבוע. אמנם הוא מוזהה בדרך רציונלית אך המוסר איננו חוק. גם אם יש מוסר פנימי לחוק עדיין אין זה הכרחי שיהיה לו מוסר חיצוני (ניתן שחוק ייהיה בלתי מוסרי).

החוק נבחן ונקבע לפי כלל זיהוי- עובדה חברתית וללא שיקולים מוסריים ערכיים. אין כל קשר בין מוסר לחוק. ישנה הפרדה ברורה בין חובה מוסרית לחובה משפטית. לכן, ניתן לבקר את החוק ואם אינו מוסרי (שזה ייתכן בחלקו) יוכלו שלא לציות לו.

פולד (מ): טבעו: החוק הוא הכמפת בנייא להתנהגות ע"י כללים. המחוקק פועל באופן שכלי לפי עקרונות הסדר החברתי ומודרך ע"י התבונה הרציונלית ולא פועל בשרירות. המחוקק מחוייב לעמוד בכללים מסוימים שנקראים: "המוסר הפנימי" של החוק (איסור חוקים סודיים, רטרואקטיביים, סותרים, לא ברורים, שבנייא לא יכולים לעמוד בהם, לא נציבים, ספציפיים ולא כלליים לתכונות הונוחנות או ללא הונוחנות בין החקיקה לאכיפתה). בחוקים אלו יש עניין של צדק ואספקט מוסרי. חוק שלא עומד בקרטיונים הללו- אינו מהווה חוק (אם כי זה מתקיים בדרגות ולא בשלמות). בנוסף, ישנו מוסר חיצוני- התוכן של החוק צריך להיות מוסרי (מוסר חיצוני זה לא נוצר ללא המוסר הפנימי). החוק תאידיאלי הוא חוק המורכב ממוסר פנימי+חיצוני. לא ניתן להפריד בין חוק למוסר. החוק מטבעו הוא טוב- רציונלי וקוהרנטי (חוק רע מכשיל את עצמו ולכן אינו יכול להיות חוק). כדי שמערכת החוק ותפקד היא צריכה להיות טובה ומוסרית, אחרת- בנייא לא ירגישו חובת ציות.

הוכחה נוספת לקיום קשר הדוק בין החוק למוסר נמצא ראי האפשרות לעביר ביקורת על החוק, מכיוון שאם החוק אינו מוסרי הוא אינו בגדר חוק.

שאלת מס' 13 - ביקורת דבורטין על כלל הזיהוי של הארט:

(גלל הזיהוי של הארט: עובדה חברתית הנמצאת מחוץ למערכת המשפטית אשר באמצעותה מזהים את הכלל המשפטי (שהוא סוג של כלל חברתי שיש בו: 1. פן חצוני: סדירות התנהגות ולא קיים בכללים חדשים שעדיין אין להם הרגל ציות). 2. פן פנימי: חידהית (והנחיות חובה- גניע וטעמים לציות). מקובלות לכלל הזיהוי: נרמח כסיסית, ריבון, חוק נצחי וכיוצא"י).

הביקורת על הארט: טענותיו בנוגע לאמור לעיל הינן מוטעות- א) המערכת המשפטית מכילה רק כללים.

- ישנם גם אידאליים חברתיים ועקרונות מוסריים שמהווים חלק מהחוק ועומדים בבסיס החוק ובהגיון שמאחוריו.

16

6

ב) לשופטים שקיד חזק רק בעת לאקונה בחוק- הם פונים לשיקולים חוץ-משפטיים.
 - זה מנוגד לעקרון הדמוקרטיה. השופט יוצר כלל חדש וזוהי חקיקה אישית שלו וכן זוהי חקיקה רטרואקטיבית שאסורה.
 - העקרונות שהשופט מכיל בעת לאקונה הינם עקרונות שבתוך מערכת המשפט- הם מובנים בתוך החוק עצמו גם אם זה לא נכתב מפורשות בחוק (לדוגמא: העקרון שמעולל לא יהנה מעוללתו). לפיכך, בפניה לעקרונות אלו אין השופט הורג מתפקידו ושקיד שלו הוא כמובן חלש- הוא מונחה ע"י הרציונל שעומד מאחורי בימ"ש ומבנה ס. הגיון זה שעומד מאחורי החוקים הינו רחב יותר מהחוקים עצמם.
 א) החובז המשפטי היא כלל עובדתי שנובע מהרגל ציות ומפחד מהעוש.
 - בטסף לחרגל הציות קיימים אידיאלים חברתיים- תמיכות אידאולוגיות שהם חלק מהחוק. כל המוסר והמערכת חברתית נכנסים למסגרת המערכת המשפטית.

תשובת הארט: לאחר שהשופט פונה לעקרונות החוץ-משפטיים הם הופכים להיות עקרונות שבתוך המערכת המשפטית. לפיכך, המערכת המשפטית מכילה כללים+עקרונות שהפכו להיות כללים משפטיים ע"י כך שהשופט השתמש בשקיד.
 - נראה שתשובה זו איננה מספקת.

שאלה מס' 14 - המיתוס לפי ה-CLS בנושא המסורתיות והפקידו החברתי

הגישה המסורתית רואה את מערכת ביהמ"ש כמערכת הפועלת בתוויל ובהוגנות, כאשר שלטון החוק שולט, החוק מצוי מעל לחכי ואין השפעה לערכים האישיים ולחשקפות השופט. רואים את ההליך השיטטי כחלין מעין מדעי שבו מבצעים ניתוח אובייקטיבי של החוקים ומיישמים אותם באופן חגיגוני.
 ה-CLS רואים זאת כמיתוס שיש להפריכו. לטענתם אין מדובר כאן בשלטון העם ובדמוקרטיה אלא זהו מסווה לחילוקים חברתיים- למשטר קפיטליסטי אכזרי- משטר כוחני עם מעמדות. בימ"ש נוקטים בדרך האקטיביות ולמעשה זוהי פעולה לא דמוקרטית (החלטות של קבי מיעוט שמושפעת משיקולים אישיים וכד') וחוקיה רטרואקטיביות שאסורה. אפילו שקיים עקרון התקדים המחייב עדיין יכולים השופטים לסטות ממנו ולהחליט לפי שקיד. גם המחוקקים פועלים למעשה לטובת בעלי המעמד הגבוה בחכי (שכן הם חבים להם על כך שתביאו לעלייתם לשלטון). התוצאה: הוצאת יחסי הכוח בחכי- מערכת פוליטית-אידאולוגית.

למיתוס זה תפקיד חברתי שכן הציבור לא מודע ליחסי הכוחות ולא מרגיש עצמו נפגע מכך. הוא סובר שחלל נעשה לטובתו וכך מושג "שקטי" בציבור.

לפי ה-CLS יש לנפץ את המיתוס כדי שיוכלו להיאבק בו (שזה אפשרי רק לאחר שמודעים אליו, אולם, אין הם בהכרח טוענים שזה דבר שלילי- יש פוליטיזציה במערכת המשפטית וזה לביטוי, אך יש להיות מודעים לכך).

שאלה מס' 15 - הרכיבים העיקריים של תורת המשפט

- מהו החוק (האם יש מערכת משפטית ?
- היחס בין המוסר לחוק
- המרכיב המוסרי בחוק
- מטרת מערכת המשפט
- גבולות החוק
- תיאורית חסימטה
- חובת מול זכות
- הענישה
- הצדק

שאלה מס' 16 - שקיד חזק לשופט - רז מול CLS

לפי רז לכל בעיה משפטית יש מסי אפשריות לפתרון ואין רק דרך אחת נכונה. גם כשנראה לעיתים ישנה רק אפשרות אחת לפתרון והדבר בהכרח מוטעה או נכון עדיין ישנם שוליים עמומים. לפיכך לשופט יש תפקיד משמעותי בהיות לו שקיד חזק בהכרעה בפתרון. הוא יכול לבחור בין אפשרויות שונות ואין לו יצר של חיפוש אחי האמת המוחלטת וכיוצא"ב פעולתו הינה יצירת חוק חדש ולא רק החלה ויישום. השופטים יוצרים חוקים ע"י התקדימים שקובעים דרכי פעולה גם לעתיד. זה ליינאמי שכן גם המתקסק מאפשר זאת כאשר הוא משתמש בחוק בלשון כגון: "האדם חסיד" הוא פותח פתח לבימ"ש לקבוע כללים בטשא. השופט מודרך ע"י הכללים אך אין הם מחייבים אותו.

ה-CLS יסכימו באופן עקרוני לתיאורו של רז לגבי המערכת המשפטית, שכן הם סוברים שעיקר המערכת המפיכטית מבוססת על חרעות של שופטים אשר פועלים בשקיד חזק. ישנה גישה מתונה וסובדת שהשופט מתחשב בחוקים הקיימים אך מפעיל שיקולים שונים בישומם לפי רצונותו. לפיכך, החוק משמש לגיבוי נסיקת בימ"ש. אולם, ישנה גישה קיצונית יותר ולפיה השופט איננו מחוייב לשום דבר. החרעות נעשות עפ"י נסיבות אמיות, עקרונות אידאולוגיים פריטיים, השקפותיו האישיות וכיוצא"ב. החרעות השופטים מושפעות הרבה מפוליטיקה ומייצגות את דעת המעמד השולט המשתמש בבימ"ש לקידום האינטרסים שלו ומנציה בכך את המשטר הקפיטליסטי האכזרי. לחוק אין כל משמעות- יש טסקנות לגבי הכללים ואף ספקנות לגבי העבודת- השופט יכול להציג את המקרה כרצונו ואזי הוצאה תהא כפי שרירות לית. השופטים יוצרים חקיקה חדשה שהיא מושממת אף בעתיד ע"י עקרון הונקדום המחייב. אולם, ברצונם סוטים הם מחוייב ע"י עשיית איבחון בין עובדות ונסיבות המקרה וכך למעשה יש שקיד חזק ביותר בהיותם בטורים מכל עול היצוני.

7

ה-CLS סוברים שיש לשנות זאת הם מבקרים שק"ד חזק זה, במיוחד בשל היותו מסווה לתהליכים חברתיים. הם יוצאים כנגד האקטיביזם של כנ"ש המבצע חקיקה רטרואקטיבית ונעשה נאי דמוקרטיים-קבי קטנה שמחוקקת ולא לפי רצון העם.

שאלה מס' 17 - גישת הרגולציה המשפטית מול גישת דבורקין

לפי הרגולציה המשפטית המערכת המשפטית איננה מורכבת רק מהחוקים הכתובים בה אלא היא מושפעת בעיקרה מהחלטות שיפוטיות הנעשות עפ"י שק"ד אישי-סובייקטיבי של השופט. החוק עשוי לנבא את פטיקת השופט, הוא עשוי להדריכו בהכרעתו אך ייתכן שלא יהא לו כל שימוש. המשפט הוא נסיון החיים-הפרקטיקה בשטח. החוק איננו רק מה שכתוב על נכי הספר אלא הרבה מעבר לכך- כולל הרקע החברתי וכד', בנוסף לספקנות לגבי החוקים קיימת גישתו של פרנק בנוגע לספקנות לגבי העובדות. לגישתו השופט יכול לחצוץ לעצמו את העובדות בצורת הנוחה לו וכך להכריע כרצונו החופשי. המערכת המשפטית איננה מערכת לגיטימית הכנויה על כללים שאותם יש ליישם באופן אוטומטי במקרה חנוך אלא ישנם שיקולים ועקרונות נוספים. הכללים המשפטיים אינם מיועדים לכוון התנהגות אלא משמשים ליישוב סכסוכים שגם זה נעשה תוך השפעת גורמים נוספים (אע"פ שהשופט חושב שהוא בסת"ל מיישם את החוק ייתכן שהוא בפועל מיישם עקרונות נוספים).

גישת ה-CLS עיקר המערכת המשפטית בנויה על מערכת השפיטה- עבודת המחוקק. הוא מפרש החוק, מיישמו ואף יוצר כללים חדשים. אין עבודת השופט מדעת-רציונלית ואין לקבל הנחה בסיסית על צו"ל והוגנות בימ"ש. לא החוק הוא השולט והשופט מושפע מערכים אישיים-חברתיים. השופט יוצר כללים חדשים כרצונו והדבר נעשה באמצעות התקדים המחייב שיוצר כללים עתידיים (אך אינו בהכרח מחייב שכן ניתן לאבחן מקרה ספציפי ממנו ולהכריע באופן חופשי). המחוקק מאפשר זאת ע"י השימוש בביטויים כגון: "האדם הסביר". הכרעות השופט נעשות עפ"י שיקולים אישיים-פוליטיים ובכך ישנו מסוה לתהליכים חברתיים. המערכת המשפטית פוליטית מעיקרה ויש לחשוף זאת- לפעם את המיתוס ולגלות את האמת שיש משטר קפיטליסטי והנצחת יחסי הכוחות.

גישת דבורקין דומה בכל תקשור לגבי מהות החוק ותפקידו המרכזי של השופט- ניתוח ונרת השפיטה. גם לגישתו של דבורקין-החוק איננו רק מה שכתוב בספר אלא ישנם עקרונות נוספים הנמצאים בבסיס החוק ובהגיון שעומד מאחוריו. ישנו גם רציונל שעומד מאחורי בימ"ש וזה רחב יותר מהכללים עצמם. החוק עצמו מכיל עקרונות מוסריים, אורח חיי החב" והשקפותיה. המשפט הוא חלק מהמערכת החברתית. מאידך ישנו שוני מהרגולציה באופן הצגת הדברים. דבורקין איננו מעביר ביקורת על כך והוא רואה זאת בחיוב. הוא איננו ספקן וביקורתי והוא רואה בחיוב את עבודת השופט שיש לו שק"ד לפנות לעקרונות נוספים. עקרונות אלו אינם החשקות הסובייקטיביות של השופט ושירות לים אלא מדובר בעקרונות משפטיים ולא חוץ-משפטיים. אלו עקרונות העומדים בבסיס השיטח, כרוח החוק וכד'. שק"ד של השופט מוגבל לעקרונות המוסריים-חברתיים ולא לאישיות השופט וכד'. לכללים יש תפקיד חשוב בהכוונת ההתנהגות בהיותם משקפים את השקפות החב" ואין מדובר רק בפרוצדורה המסייעת ליישוב סכסוכים.

שאלה מס' 18 - המשפט הטבעי לפי אריסטו וחובס

לפי אריסטו המשפט הטבעי הוא חלק מהצדק המדיני, אשר אינו תלוי בגי"א וקיים באותה מידה בכל מקום. המדינה היא טבעית לאדם והכרחית לקיומו, שכן בגי"א הם בעיית מדיניים מטבעם. מדינה זו קודמת אף ליחיד שאיננו מספיק לעצמו. החוק שנוחק ע"י המדינה מסייע לאדם להגיע לשלמותו השכלית והמוסרית. כשהחוק מביא לאי צדק קיימת חגיגות שמתקנת אותו, כך שכל חוק בני על עקרונות מוסריים ומאפשר לאדם להנחין בין טוב ורע.

החוק הטבעי הוא קבוע ולא ניתן לשינוי ע"י בגי"א. לפי חובס קיימים חוקים טבעיים שמטרתם שמירת קיומם של בגי"א. חוקים אלו הם נצחיים ואינם משתנים. התבונה היא שמחה לגבי קביעת החוקים. האדם זקוק למדינה שכן בלעדיו יש מלחמת הכל בכל. ללא חוקים במדינה יש פחד תמידי ממוות וחיי האדם דלים, מאוסים וקצרים. החוקים הטבעיים בחלקם נתונים להסכמה בין בגי"א.