



מדור הבחינות

מינהל הסטודנטים

מספר סידורי 7048608

מס' מח': 21

שנת: תש"ע סמסטר: 2 מועד: 1 מטלה: 1

קורס: 02 103 99 תורת המשפט



88:13

המחברת נבדקה ביום:

88

הציון:

חתימת המרצה:

מס' סידורי מתוך מחברות

הוראות לנבחן

1. הבחינה. תלמיד שעזב את האולם אחרי חלוקת השאלונים או לא מסר את מחברתו עד תום הבחינה או מסר מחברת ריקה - דינו כדין נכשל. קריאת השאלון מותרת רק לאחר קבלת רשות המשיג/ה.
2. יש לכתוב את התשובות בדיו, בכתב ברור ונקי על עמוד אחד של כל דף. אין לכתוב בשוליים, הכותב טיטה יקדיש לה את הצד הימני של המחברת ואת ההעתקה הנקיה יכתוב בצד השמאלי. את הטיטה יש למחוק בהעברת קו. אסור לתלוש דפים מן המחברת.
3. עבר הנבחן על תקנות הבחינות, תשלל ממנו הרשות להמשיך בבחינה, והוא יועמד לדין משמעתי.
4. משך זמן הבחינה מצויין בראש השאלון. עם הודעת המשיג/ה כי תם הזמן, על הנבחן להפסיק את הבחינה, למסור את המחברת עם השאלון ולצאת מאולם הבחינה. מחברת שלא נמסרה בתום ההודעה לא תיבדק.
5. אחזקת מכשיר טלפון סלולרי (אפילו סגור) ברשות הנבחן, מביאו מיידית לפסילת הבחינה.

בהא/38

6. עליו להבחן בחדר בו הנך רשום.
7. הנח ליד המשיג/ה בבחינה את חפציו האישיים כגון: תיקים, ספרים, מחברות, מכשירים סלולריים, קלמרים וכו'.
8. אסור להחזיק בהישג יד חומר הקשור לבחינה/לקורס אלא אם הותר הדבר בכתב על ידי המרצה ורק בהתאם למותר.
9. מסור למשיג/ה על הבחינה תעודת זהות וכרטיס נבחן חתום ותקף לסמסטר בו מתקיימת הבחינה.
10. היציאה לשירותים במהלך הבחינה אסורה בהחלט. נשים בהריון ונבחרים באישור מתאים רשאים לבקש מהמשיג/ה לצאת. היציאה בליווי המשיג/ה ובהתאם לנוהלי האוניברסיטה.
11. נבחן היוצא ללא רשות מחברתו תפסל ותועבר לועדת משמעת.
12. יש להישמע להוראות המשיג/ה. אין לעזוב את חדר הבחינה ללא קבלת רשות. חל איסור מוחלט לפנות לנבחנים אחרים בכל עניין ודבר. בכל עניין פנה למשיג/ה.
13. בתחילת הבחינה מלא את פרטיך האישיים ע"ג המחברת. תלמיד שקיבל לידי שאלון ואין ברצונו להיבחן, חייב להמתין 1/2 שעה בכיתה מתחילת שנה"ל 88:13 סמסטר ב' מועד א'

מס' קורס 99-103-02

מחלקה מכלל תאריך 1/8/10

המרצה ד"ר אילן אברהם

מבחן חלק (אם הבחינה בשני חלקים)

הוראות לנבחן בנושא סריקה:

אין לכתוב במחברת בעפרון. יש לכתוב בעט בצבע כחול כהה או שחור בלבד. אין להשתמש בנוזל מחיקה (טיפקס). אין לכתוב בשוליים משני צידי הדף. מחברת בכתב מרושל משפיעה על תוצאות הסריקה.

שם לב! השוליים יחתכו לפני הסריקה. לכן, חל איסור מוחלט

מדור הבחינות



שאלון סגור

מינהל הסטודנטים

מספר הקורס: 99-103-02

תאריך בחינה: 11/8/10



המחברת נבדקה ביום: _____

הציון: _____

חתימת המרצה: _____

מס' סידורי _____ מתוך _____ מחברות

הוראות לנבחן

1. הבחינה תלמיד שעזב את האולם אחרי חלוקת השאלונים או לא מסר את מחברתו עד תום הבחינה או מסר מחברת ריקה - דינו כדיון נכשל.
2. קריאת השאלון מותרת רק לאחר קבלת רשות המשיבה/ה.
3. יש לכתוב את התשובות בדיו, בכתב ברור ונקי על עמוד אחד של כל דף. אין לכתוב בשוליים, הכותב טיוטה יקדיש לה את הצד הימני של המחברת ואת ההעתקה הנקיה יכתוב בצד השמאלי. את הטיוטה יש למחוק בהעברת קו. אסור לתלוש דפים מן המחברת.
4. עבר הנבחן על תקנות הבחינות, תשלול ממנו הרשות להמשיך בבחינה, והוא יועמד לדיון משמעת.
5. משך זמן הבחינה מצויין בראש השאלון. עם הודעת המשיבה/ה כי תם הזמן, על הנבחן להפסיק את הבחינה, למסור את המחברת עם השאלון ולצאת מאולם הבחינה. מחברת שלא נמסרה בתום ההודעה לא תיבדק.
6. אחזקת מכשיר טלפון סלולרי (אפילו סגור) ברשות הנבחן, מביאו מיידית לפסילת הבחינה.

בהצלחה!

ועדת המשמעת מזהירה!

נבחן שיימצאו ברשותו חומרי עזר

אסורים או ייתפס בהעתקה,

ייענש בחומרה עד כדי

הרחקתו מהאוניברסיטה.

1. עליך להבחן בחדר בו הנך רשום.
2. הנח ליד המשיבה בבחינה את חפצייך האישיים כגון: תיקים, ספרים, מחברות, מכשירים סלולריים, קלמרים וכו'.
3. אסור להחזיק בהישג יד חומר הקשור לבחינה/לקורס אלא אם הותר הדבר בכתב על ידי המרצה ורק בהתאם למותר.
4. מסור למשיבה/ה על הבחינה תעודת זהות וכרטיס נבחן חתום ותקף לסמסטר בו מתקיימת הבחינה.
5. היציאה לשירותים במהלך הבחינה אסורה בהחלט. נשים בהריון ונבחרים באישור מתאים רשאים לבקש מהמשיבה/ה לצאת. היציאה בליווי המשיבה/ה ובהתאם לנוהלי האוניברסיטה.
6. נבחן היוצא ללא רשות מחברתו תפסל ותועבר לוועדת משמעת.
7. יש להישמע להוראות המשיבה/ה. אין לעזוב את חדר הבחינה ללא קבלת רשות. חל איסור מוחלט לפנות לנבחרים אחרים בכל עניין ודבר. בכל עניין פנה למשיבה/ה.
8. בתחילת הבחינה מלא את פרטיך האישיים ע"ג המחברת. תלמיד שקיבל לידיו שאלון ואין ברצונו להיבחן, חייב להמתין 1/2 שעה בכיתה מתחילת

שנה"ל _____ סמסטר _____ מועד _____

מס' קורס _____

מחלקה _____ תאריך _____

המרצה _____

מבחן חלק (אם הבחינה בשני חלקים) _____

הוראות לנבחן בנושא סריקה:

אין לכתוב במחברת בעפרון. יש לכתוב בעט בצבע כחול כהה או שחור בלבד. אין להשתמש בנוזל מחיקה (טיפקס). אין לכתוב בשוליים משני צידי הדף. מחברת בכתב מרושל משפיעה על תוצאות הסריקה.

שם לבל השוליים יחתכו לפני הסריקה. לכן, חל איסור מוחלט לכתוב כאן.

ועדות המשפטים מזהירה!
נבחן המעביד חומר עזר לרעהו
או דמו מילולי ייענש בחומרה

99-103-02

שאלון סגור

אוניברסיטת בר-אילן
מבוא לתורת המשפט
ד"ר מיכל אלברשטין
תש"ע, סמסטר ב', מועד א'

משך הבחינה: שלוש שעות
ניתן להשתמש בכל חומר עזר כתוב.
מגבלת מקום: חלק א': במסגרת השורות הנתונות. בחרי/ שלוש מתוך ארבע שאלות
חלק ב': עד 2 עמודים במחברת הבחינה.
חריגה מן המקום המוקצה לא תיבדק.
נא לכתוב בצד אחד בלבד של הדף, בכתב יד ברור ובעט.

חלק א' (60%)

בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר נדונה חוקיות קיצוץ בשיעור
של כ-30% מגמלאות הבטחת הכנסה שנעשה בחקיקת הכנסת.
הנשיא ברק אשר דחה את העתירה פותח את פסק דינו באופן הבא:

הק"נ
השאלה
הנשיא

"האם קיצוץ בשיעורן של גמלאות הבטחת הכנסה, שנעשה בחקיקת הכנסת, הוא
חוקתי? זו השאלה העיקרית שהונחה לפנינו בעתירות אלה"

בנתחו את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו על מנת להכריע בעתירה אומר הוא את
הדברים הבאים:

חוק יסוד
כבוד האדם וחירותו

"חובתה של המדינה היא כפולה ראשית, מוטלת עליה החובה שלא לפגוע בכבוד
האדם. זהו ההיבט ה"שלילי" (ה-status negativus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף
2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שנית, מוטלת עליה החובה להגן על כבוד
האדם. זהו ההיבט ה"חיובי" (ה-status positivus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף
4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שני ההיבטים (ה"שלילי" (הפסיבי) וה"חיובי"
(האקטיבי)) הם חלקים שונים מן השלם, שהוא הזכות החוקתית לכבוד. שניהם
נובעים מפירושה של הזכות לכבוד, כפי שהיא מעוגנת בחוק היסוד."

חירות
הזכות
הנשיא
השאלה

בסופו של דבר קובע הנשיא כי:

התוצאה היא, אפוא, שדין העתירות – על יסוד הסעדים שנתבקשו בהן –
 , כשלעצמו חוק הבטחת הכנסה להידחות. זאת, מפני שלא שוכנענו שיש בתיקון ל
 (אף לא בביטול ההקלות הנלוות), כדי לפגוע בכבוד האדם. בפסק דינו זה איננו
 קובעים דבר באשר לקיומם בישראל של בני אדם הנתונים במחסור חמור עד כדי
 פגיעה בכבודם. יודעים אנו כי מצבן הכלכלי של משפחות רבות בישראל הוא
 קשה מאוד, וכי שכבת העוני בחברה רחבה ביותר; ידיעה זו משותפת לכל אדם
 החי בארץ ועיניו בראשו. איננו יודעים האם מצבו של אדם כלשהו הגיע לכלל
 פגיעה בכבוד, כמובנו המשפטי-חוקתי של מושג זה כדי להגיע למסקנה
 שיפוטית כזו, שבצדה הוראה למדינה לתקן את המעוות, זקוקים אנו לתשתית
 עובדתית ראויה. תשתית כזו לא הונחה לפנינו בעתירות אלה. הטענה שנטענה
 בהן – כללית היא. אף המענה שניתן לה כללי.

השופט א' לוי המייצג את דעת המיעוט בפסק הדין פותח בציטוט משיר של רוני סומק קו
 העוני וממשיך בדברים הבאים:

"מים רבים זרמו בנהר המשפט החוקתי מאז ניתן פסק-הדין העקרוני בפרשת
 בנק המזרחי, והשינוי הנורמטיבי במעמדן של זכויות-האדם, זאת ידענו, נשא
 עמו בשורה לרבים. הוא נשא עמו בשורה לנושים ולמנהלי תיקי השקעות. הוא
 נשא עמו בשורה לשוחרת קורס-הטיס ולמבקשת להימנות על דירקטוריונים
 ממשלתיים. סבורני, כי ברוח זו נכון להוסיף ולקבוע כי אותו שינוי נושא עמו גם
 בשורה לעותרים, באשר עניינם שאוב מלב-לבו של הצורך בהכרה חוקתית בזכות
לכבוד."

בהתייחס לנתונים העולים מן העתירות הוא קובע כי:

אני סבור, כי הנתונים – "העובדות החברתיות" – הניצבים בפנינו אינם מותירים
 את-טענת-העותרים לפגיעה בזכות לקיום אנושי בכבוד בלתי-מבוססת. הם
 מרימים את נטל ההוכחה הראשוני ביחס לפגיעה בזכות. הם מצביעים על
 מסקנה לכאורית, על-פיה אף בשים-לב לרשתות התמיכה האחרות אותן מספקת
 המדינה (עובדה שדבר-קיומה זכה להדגשה יתירה בתצהיריהם של המשיבים),
 זכותם לכבוד אנושי של רבים מדי מבין אזרחיה ותושביה של מדינת ישראל אינה

הזכות לכבוד-האדם אינה נפגעת חרף הקיצוץ העמוק בגמלאות הבטחת הכנסה.

1. כיצד מתייחסים שני השופטים לזכות לקיום בכבוד ומהו יחסה להתפתחות המושגים

[illegible]

השופטים? (20%)

Handwriting practice lines with vertical strokes on the right side.

14

3. הצע/י ניתוח ריאליסטי של ההכרעה לעיל? (20%)

Handwriting practice lines for the answer section.

4. נסח/י תגובה ביקורתית לפסיקה האמורה מפי שתיים מהדמויות הבאות: איש/אשת התנועה הביקורתית למשפט, רונלד דבורקין, הנס קלזן, פמיניסטית משפטית (אחד הזרמים). (20%)

חלק ב' (40%)

במאמרו Toyota Jurisprudence: Legal Theory and Rolling Rule Regimes מתאר William Simon את אחת ההנחות של תורת משפט המייצגת את הזרם המרכזי (mainstream jurisprudence) כהצגת הפונקציות הבסיסיות של המשפט כישוב סכסוכים והוכחת צדק (vindication) או מקסום (optimization) ערכים חברתיים מקובלים. ביחס להנחה זו הוא אומר את הדברים הבאים:

"No matter how perfect the convergence between primary rules and informal social norms, disputes will arise because of bad faith or the incompleteness of social morality, and secondary norms are needed to resolve such disputes. The secondary norms may themselves express social values such as due process or democracy, or they may rest simply on the social interest in the resolution of conflict. Lawyers who see a broad and rich social consensus, or who cannot imagine a legitimate legal order without one, tend to see primary norms as fundamental. Those who focus on the fact of conflict and disagreement about primary norms tend to emphasize secondary norms."

("לא משנה כמה מושלם יהא המיזוג בין כללים ראשוניים ונורמות חברתיות לא פורמאליות, סכסוכים תמיד יתעוררו בגלל חוסר תום לב או חוסר המושלמות של הנורמות החברתיות, וכללים משניים נדרשים כדי לפתור כאלה סכסוכים. הכללים המשניים עצמם עשויים להביע ערכים חברתיים כמו הליך הוגן או דמוקרטיה, או שהם פשוט נשענים על האינטרס החברתי של פתרון סכסוכים. משפטים הראויים קונסנזוס רחב ועשיר, או שאינם יכולים לדמיין משטר משפטי לגיטימי בלעדיו, נוטים לראות את הנורמות הראשוניות כבסיסיות: אלה המתמקדים בקונפליקט ובחוסר ההסכמה על הנורמות הראשוניות נוטים להדגיש נורמות משניות.")

בחר/י שתיים מהשאלות הבאות:

1. בהערת השוליים לציטוט זה טוען סיימון כי ה.ל.א. הארט הוא דוגמא למשפטן המתמקד בנורמות משניות בעוד שדבורקין לכה המתמקד בראשוניות. דונו/י (20%)
2. כיצד יגיבו שניים מההוגים הבאים לדבריו של סיימון: יוסף רז, אבי שגיא, אוון פיס, אש/ת התנועה הביקורתית? (20%)

3. כיצד קשור הטיעון של סיימון לעיל לדיון בנושא הפורמליזם המשפטי באופן כללי, ובחברה הישראלית בפרט? (20%)

בהצלחה!

חלק א

1.

הש' ברק - מבחינת שיח זכויות והסתכלות על הגדרת זכאותם של הצדדים לזכות לכבוד מבחינת החוק ברק קובע נורמה ברורה (באופן תיאורטי, מכון שבמקרה דנן לא הוכחה תשתית עובדתית הדרושה לקבלת העתירה - הוא לא מכריע כי כבודם של בני אדם הנתונים במחסור נפגע). ברק מיישם ניתוח הופילדיאני על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו בציונו כי חוק זה מקנה העדר זכות של המדינה לפגוע בזכות לכבוד (פסיבי) וממול החובה להגן (אקטיבי) - זכות במובן הצר של האזרחים הזכאים לזכות לכבוד). מבחינת היחס בין זכויות וזהות נראה שברק מסמן את השלב הליבראלי, שמדגיש את הסוד של האני, משום שדבריו עוסקים בשיח זכויות בבחינת קיומה של פגיעה בזכות לכבוד ללא הכרה במאבק הזהויות שבו מדובר (פערי כוחות בין עניים לעשירים, מדינה סוציאלית/קפיטליסטית). ניתן לטעון לחילופין כי ברק מתייחס לשלב השלישי, זהות כתרבות, כאשר הוא מתייחס ל"שכבת העוני בחברה" בכך הוא מכיר ב'תרבות' של שכבת אוכלוסיה ספציפית בתוך החברה הישראלית שראויים לזכויות מסוימות בשל זהותם.

הש' א' לוי - מכריע כי ישנה פגיעה בזכות העותרים לכבוד במובנה הצר בהתאם לניתוח הופילדיאני (קובע נורמה ברורה). לשם הגדרת זכאותם הוא משתמש בביטוי "עובדות חברתיות" אשר מעביר את נטל ההוכחה (לאי פגיעה הקיצוץ) למשיבים. מבחינת היחס בין זכויות וזהות הוא מאפיין את העותרים כבעלי זהות מסוימת (זהות כתרבות) ומאפשר לקולם להישמע כמיעוט שזכאי לזכות חיובית.

2.

מגמה פורמליסטית מס' 1: הש' ברק (רוב) - אופן הצגת הסוגיה המשפטית-השאלה המשפטית פותחת את פס"ד ומוצגת כשאלת חוק מרכזית, השאלה הינה שאלה של סמכות חקיקת הכנסת (האם הינה פוגעת בהיבט חוקתי).

מגמה פורמליסטית מס' 2: הש' ברק - יצירתיות ומקצוענות - התוצאה הינה קבועה מראש (האם התשתית העובדתית שהוצגה ראויה דייה או לאו) ומייצגת תבנית משפטית (איתור ועיבוד הכלל המתאים). סגנון הכרעה פורמאלי, מקצועי, לא אישי ויבש. עם זאת, ישנה הכרה במציאות החברתית בשכבות העוני (סטייה מהפורמליזם).

מגמה אנטי פורמליסטית מס' 1: הש' א' לוי (מיעוט) - יצירתיות ומקצוענות - מידת יצירתיות גבוהה לאור השימוש בסגנון ספרותי, פותח בציטוט משיר של רוני סומק, שהינו מקור לא שגרתי. השפה האמנותית, שאינה פורמאליסטית - מקצוענית, ניתנת להבנה ולביקורת ע"י קוראים שאינם משפטנים. ישנה התייחסות לנסיבות חברתיות בזמן הנוכחי ("ברוח זו נכון להוסיף ולקבוע... שינוי נושא עמו גם בשורה לעותרים"). ישנה חריגה מהמסגרת הסטנדרטית של ניסוח הכרעה משפטית כיישום של כלל או עיבוד נתונים.

מגמה אנטי פורמליסטית מס' 2: הש' א' לוי - הסתמכות על טיעונים חוץ משפטיים - פנייה לשיקולים חברתיים ("העובדות החברתיות", קרי הסתכלות מהותית על העובדות בשטח של העוני ולא על תבנית משפטית של דרישת

נטל ההוכחה הראוי, פניה ל"שכל הישר") ולשיקולים אומנותיים ("מים רבים זרמו בנהר") אשר נטועים במורשת הסוציאלית של מדינת ישראל (בעיקר בתחילת שנותיה) שבמילותיו של לוינ הינם "רשתות תמיכה אותן מספקת המדינה".

20

4. התנועה הביקורתית למשפט - אנשי התנועה הביקורתית (גורדון, קנדי וכו') יטענו כי זוהי דוגמא לקוצר ידו של המשפט לשנות את הקיפוח והדיכוי החברתי של שכבות העוני. המציאות החברתית מדכאת ומנצלת את המעמד הנמוך (היוצר) והשיח המשפטי הוא שיח המסווה שליטה של העשירים הקפיטליסטים (מבנה העל) בשכבות העוני (טענה מרקסיסטית). במקום לתקוף את המשטר הכוחני אשר מגן על השכבות העשירות בוחר ביהמ"ש להיתלות בטענה פרוצדוראלית של אי עמידה בהבאת תשתית עובדתית ראויה, בכך מנציח את האפליה והאלימות המבנית המתקיימות בשיטה. הפתרון הוא לדון באופן ישיר בנושא העוני ולקבוע מדדים שיאפשרו את הדיון המהותי בנושא הפגיעה בו. קנדי יוסיף כי ניתן להשתמש בסטנדרט של תקנת הציבור (גישה אלטרואיסטית-קולקטיביסטית) לשם הדיון המהותי בפגיעה בזכות חוקתית כמו כבוד (כפי שעושה לוינ בהיגד של "עובדות חברתיות").

וולנד דבורקין - ביהמ"ש לא התייחס למגוון הנורמות הרלוונטיות וכך לא יצר הרמוניה לאור עקרון הצדק דבר, שלא תואם את גישתו. כמו כן, השפה הפורמליסטית אינה "דבורקינאנית", גישתו של ברק היא פורמאליסטית מחד, אך ניתן לטעון שבמישור התיאורטי ברק מציג את המשפט באור טוב בהתמקדותו במשפט ככלי להגנה על זכויות (הזכות לכבוד). ברק, מדבר ב"מודל של כללים" ומצניע את העקרונות והערכים; דבר אשר מראה עבודה פרשנית מוגבלת שלא מדגישה את העקרונות שמאחורי החוק (אומנם, ישנה אמרת אגב על המצב בכלכלי הקשה של משפחות בישראל, אך ללא נפקא מינה למקרה דנן). אין מצוין שימוש בשק"ד, אלא בחינה העמידה הפרוצדוראלית של רף ההוכחה הנדרש.

א. אבי שגיא - גורס במאמרו, "החברה והמשפט בישראל", כי למרות ששיח הזהות הכרחי להתפתחות חברה, החברה הישראלית הזניחה זאת והמאבק התמקד בשיח זכויות, דבר שיש בו להצביע על חוסר המושלמות של הנורמות החברתיות; דבר שמלמד על העדר דיאלוג, שנותן "מקום" של ממש ל"אחר" במלואו, ודחיקת המכנה המשותף בין קבוצות שונות בחברה. אליבא דשגיא, ככל שהחברה לא מכירה בהכרחיות של שיח זכויות ושיח זהות במקביל, ימשיך להתקיים ניכור בין קבוצות שילחמו בביהמ"ש על חלוקת המשאבים ביניהם ולא יצליחו להגיע להתקדמות. קרי, שגיא מתמקד בקונפליקט ובחוסר ההסכמה ששורר בחברה הישראלית, כתוצאה משיח הזכויות שנהוג בביהמ"ש.

נראה כי הגיוני ששגיא יסכים עם דבריו של סיימון בכך שידגיש את הפונקציות המשניות (עפ"י רז), שבכוחן לאפשר: (1) קביעת פרוצדורות לשינוי החוק, למשל שינוי סדרי דין לצורך קבלת רקע נרחב, מהדרוש בדין המצוי, אודות אחד הצדדים לסכסוך. (2) הסדרת הגופים המיישמים את החוק, לדוגמא הכנסת עובד סוציאלי ו/או פסיכולוג כסגל קבוע בביהמ"ש וגופים הממשלתיים השונים. (סגל ו/או)

ב. אוון פיס - פיס, כאיש "המשפט הציבורי", מניח שהפונקציה של יישוב סכסוכים לא רלוונטית (פונקציה זו מוגדרת אצל סמית ומקבילה עפ"י רז לפונקציה של יישוב מחלוקות לא מוסדרות והינה ראשונית), והפונקציה המרכזית של המשפט הינה חינוך ועיצוב (מקביל לפונקציות שאינן ישירות אצל רז). כל סכסוך הינו בעל אופי ציבורי כמו כן נפקות פס"ד הינה ציבורית. ההתמקדות בשימת הדגש על הפן האוניברסאלי מלמדת על הסתכלות הוליסטית על המשפט, הנבדלת מהסתכלות פרטיקולארית של הסדרת סכסוך בין פרטים בחברה והנפקות האינדיבידואלית של פתרון הסכסוך הספציפי. שפיטה היא פרשנות שמאוזנת ע"י כללים מרסנים, הפרשן אינו חופשי לייחס לטקסט כל משמעות העולה על רוחו ומוגבל ע"י כללי פרשנות ופרוצדורה התוחמים את שק"ד ומכוונים את מוסד השיפוט (ניתן להקביל לפונקציות משניות אצל רז של קביעת פרוצדורות לשינוי החוק והסדרת הגופים המיישמים את החוק). עם כל זאת, תמיד יהיה היבט פתוח בעבודת הפרשנות של השופט. קרי, האובייקטיביות והריסון נוצרים מעצם קיום הפרקטיקה, אשר מייצרת לעצמה גם את תפיסת צדקתה. פיס רואה את השופטים כמקבלים למחוקקים ולכן ניתן לנסות לערוך היקש ולומר שהמערכת המשפטית הינה סגורה במידה לאור האפשרות הפרשנית של השופטים, בגבולות הריסון. כוח זה הוא עצום ועקב הריסון, האובייקטיביות והתכונות המבדילות של השופטים, הם מנועים לעשות במערכת המשפט כברצונם. כוח זה הגיוני יותר שיתאפשר לאור קונסנזוס רחב, כי בחברה בעלת המרובה בקונפליקטים ובחוסר הסכמה ראוי שיהיו הגבלות רבות על הרשות השיפוטית ושמירה יתרה על הפרדת הרשויות (ניתן לראות דוגמא לכך במערכת המשפט הרומי-גרמאנית). לאור נ המציין לעיל, בדגש על ההיקש שהוצע, נראה כי פיס לא יהיה תמים דעים עם ההנחה של סיימון שהובאה לעיל.

פורמליזם בחברה הישראלית - מנחם מאוטנר במאמרו, "ירידת הפורמליזם", מציין את תהליך האקטיביזם השיפוטי במשפט הישראלי של שנות ה-80 המתייחס למצב בו ביהמ"ש נוטל על עצמו חלק גדול יותר בקביעת ערכים וחלוקת משאבים חברתיים מאשר מוסדות מדיניים אחרים. ישנה קרבה ודמיון בין הפורמליזם ובין הפוזיטיביזם, מכון ששניהם מדגישים כי על המשפט להגביל את עצמו לדיון ב"איך" ולא ב"מה" ולי"מצוי" במקום

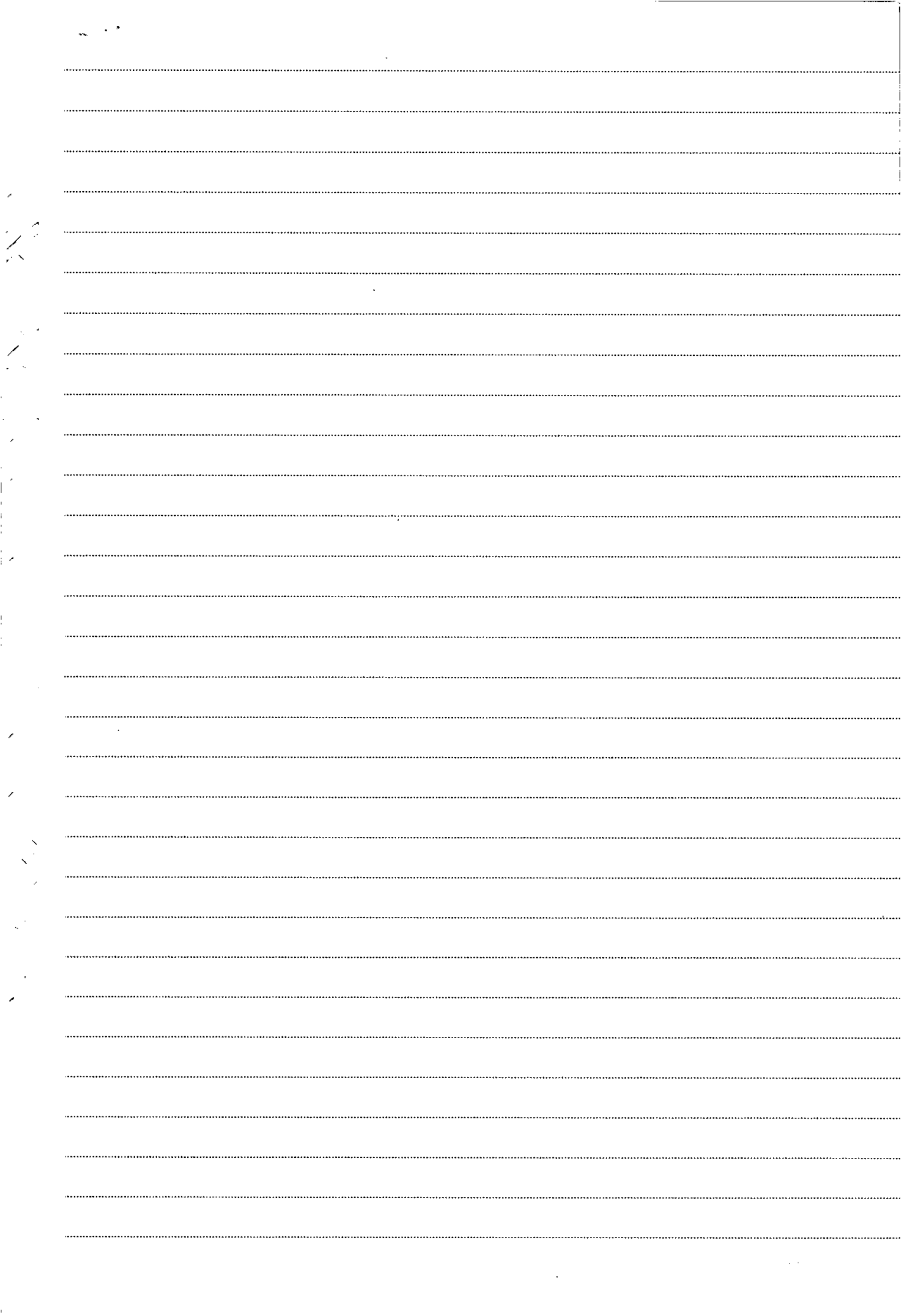
ל"רצוי". נוסף לכל זה הופיעו בשנות ה-80' ביטויים רבים למעבר מדבקות בפרוצדורה (פונקציות משניות) להדגשת המהות (פונקציות ראשוניות), כגון הירידה בחשיבותה של החתימה בדיני חוזים וכדומה.

הפורמליזם המשפטי באופן כללי- ד"ר אלברשטין במאמרה, "מדד הפורמליזם: תרבויות של כתיבה משפטית ישראלית", גורסת כי ישנה תנועה פנימית תמידית וכי לא ניתן לאפיין את המשפט באופן אחיד וחד ממדי, מכיוון שהתרבות המשפטית מאפיינת ברמות שונות של פורמליזם. הפורמליזם תלוי ברכיבים רבים כגון: ריבוי הפנים המאפיין של החברה המשפטית (ריבוי תופעות וקולות), ההקשר של התופעה, חלוקה לא אחידה לשחקנים השונים של המשפט, העובדה שכל משפטן מחזיק בריבוי תרבויות משפטיות (התרבות כרשתות משמעות). בסקירת הפורמליזם במאמר, מהפורמליזם עפ"י וובר, קלזון, הארט, לנדל עד למרד של הריאליזם ולאחר מכן הפורמליזם הביקורתי האמריקאי (קנדי ואנגר ואסכולת ההליך המשפטי), עד לפורמליזם של מדעי החברה (פוזנר); ישנה התייחסות ל"גדר" שהמשפט מציב, מה נכנס לתוכו ומה נשאר בחוץ (עקרונות חוץ משפטים, שק"ד וכו').

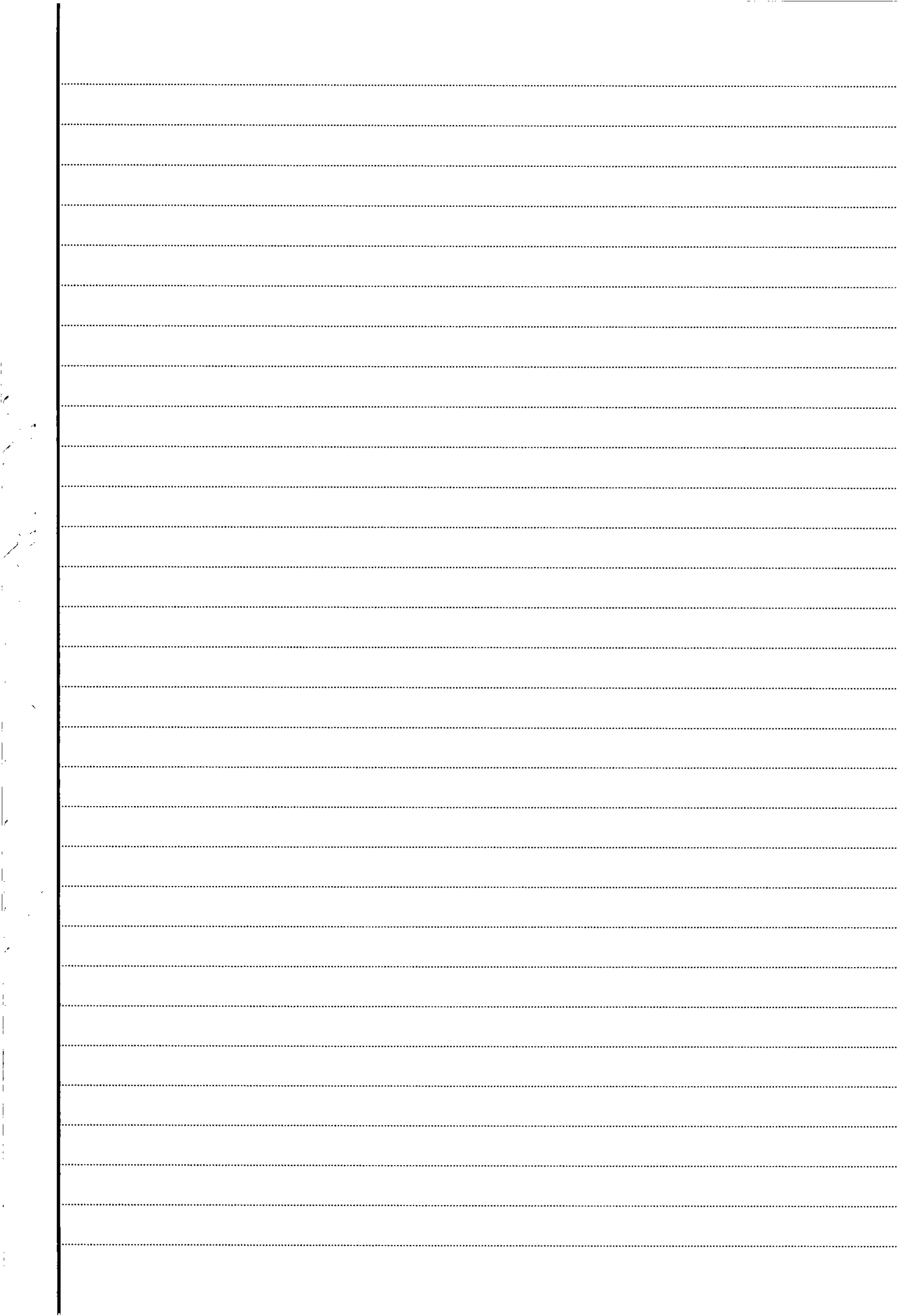
לאור כל המציין לעיל, וההנחה שמערכת המשפט הינה בעלת לוגיקה פנימית ושפה פורמאלית בעלת משמעות בפני עצמה ניתן לגרוס כי הפורמליזם הקלאסי (הגרמני נוסח קלזון) ישים דגש רב על נורמות (פונקציות) משניות כגון כללי פרוצדורה והסדרת פעולתם של גופים המיישמים את החוק, מכיוון ש"הגדר" היא קיר איתן והמהות (נורמות ראשוניות) מוסדרת עפ"י כללים לוגיים ללא היבטים מוסריים, פוליטיים או סוציולוגיים. בעוד שכבר הפורמליזם האנגלי (נוסח הארט) יכיר במקרה מעטפת שיצרכו שק"ד עד לריאליזם שיטילו ספקות לגבי הכלת הכללים והנבעת התוצאה היחידה, ניסוח העובדות וכו'. הריאליזם ישימו דגש על מהות (פונקציות ראשוניות) ומקרה ספציפי ופניה למקורות חוץ משפטים תוך חשיפתם. כמו שהוזכר לעיל, בציון מאמרו של מנחם מאוטנר, תהליך מקביל של שימת דגש על הפונקציות הראשוניות (המהות שמלדמת על ערכים) התרחש בישראל.

עם כל זאת, הפורמליזם במהותו שם דגש על פונקציות משניות עם חריגות כאלו ואחרות עפ"י המתואר לעיל. הפרוצדורה היא זאת המגדרת את ה"אסור" וה"מותר" של התרבות השיפוטית. בעולם עם תפיסות פוסט מודרניות, כפי שהוא מצטייר כיום, הספקנות באמת אוניברסאלית במקביל להכרה ברב-תרבותיות באופן נרחב הנושאת בחובה מתן זכויות מיעוט והגדרה מחדש של קבוצות שונות נפרדות, מלמדת על כך שישנו קושי להצביע על קונסנזוס רחב ועשיר כפי שסיימון מתאר. אני נוטה להסכים שבהיבט הפורמליסטי בכל צורותיו, מהנוקשה הקלאסי עד ל"מודרני", ככל ששינוי קונסנזוס רחב הצורך המשפטי-חברתי לגדר את זרועות המשפט, באופן פרוצדוראלי (ההתמקדות בפונקציות המשניות), יקטן וזאת מפאת אי החשש להטיית משפט ושימוש בכוח לרעה.

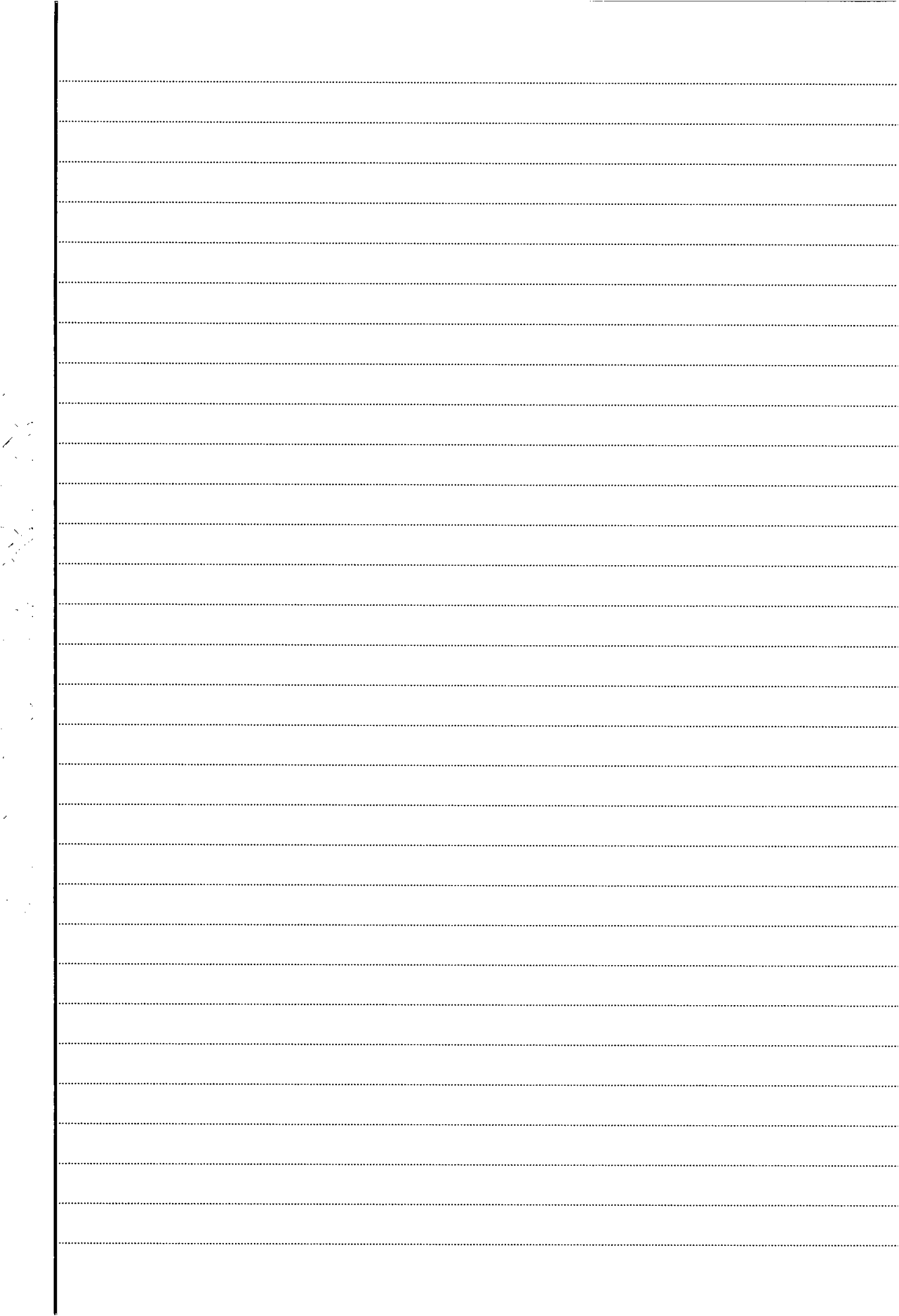


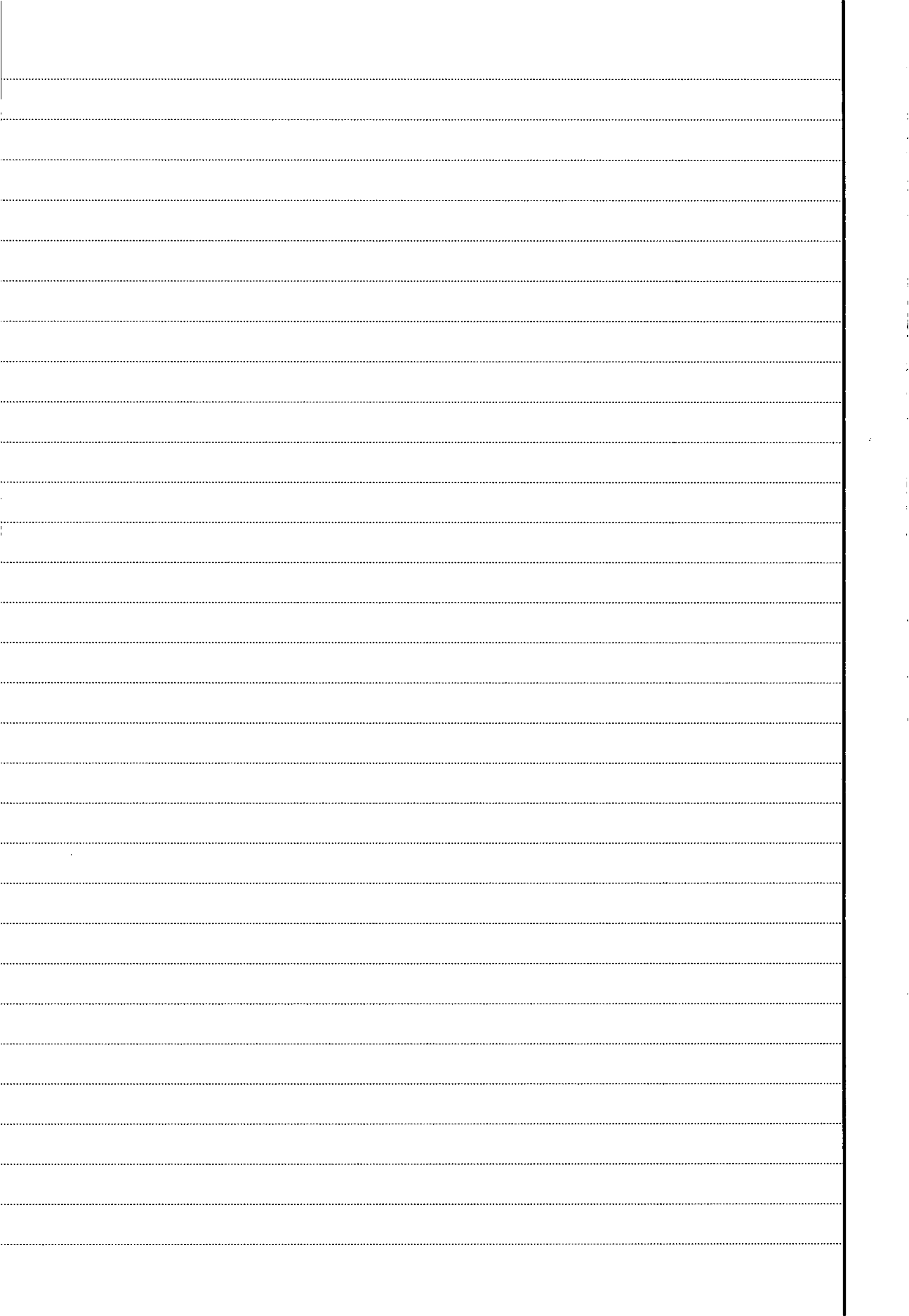


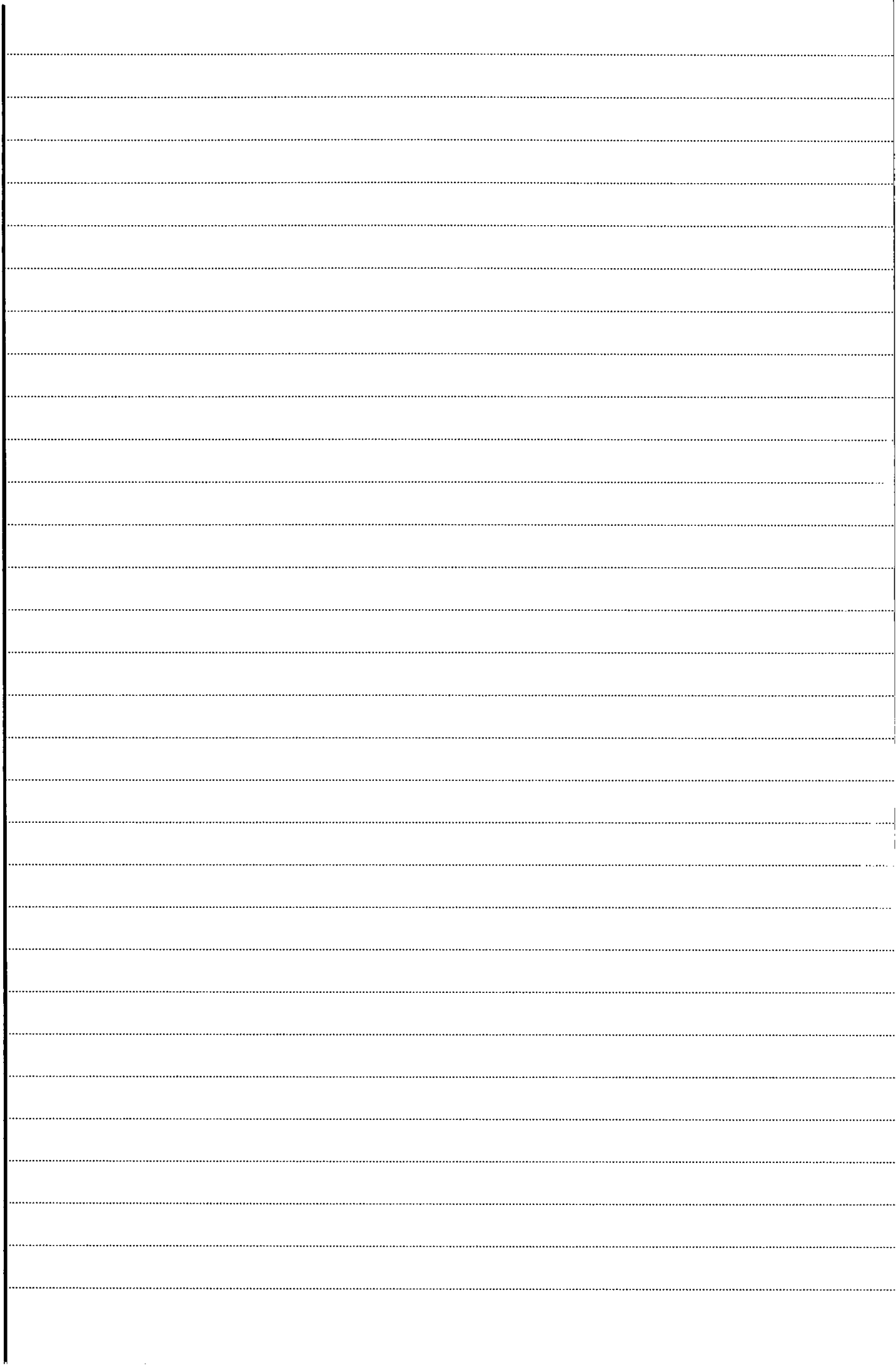
התאחדות המורים

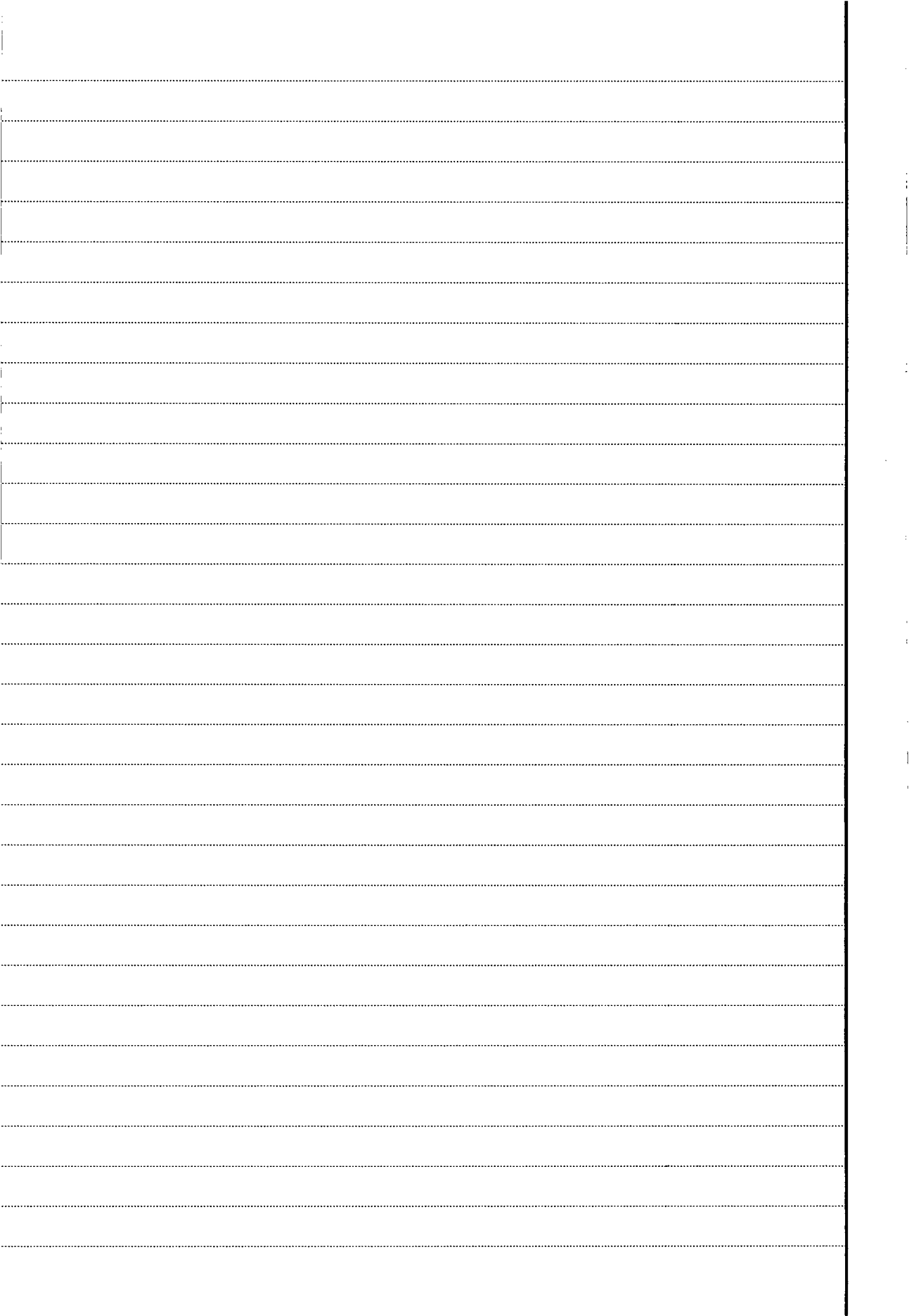


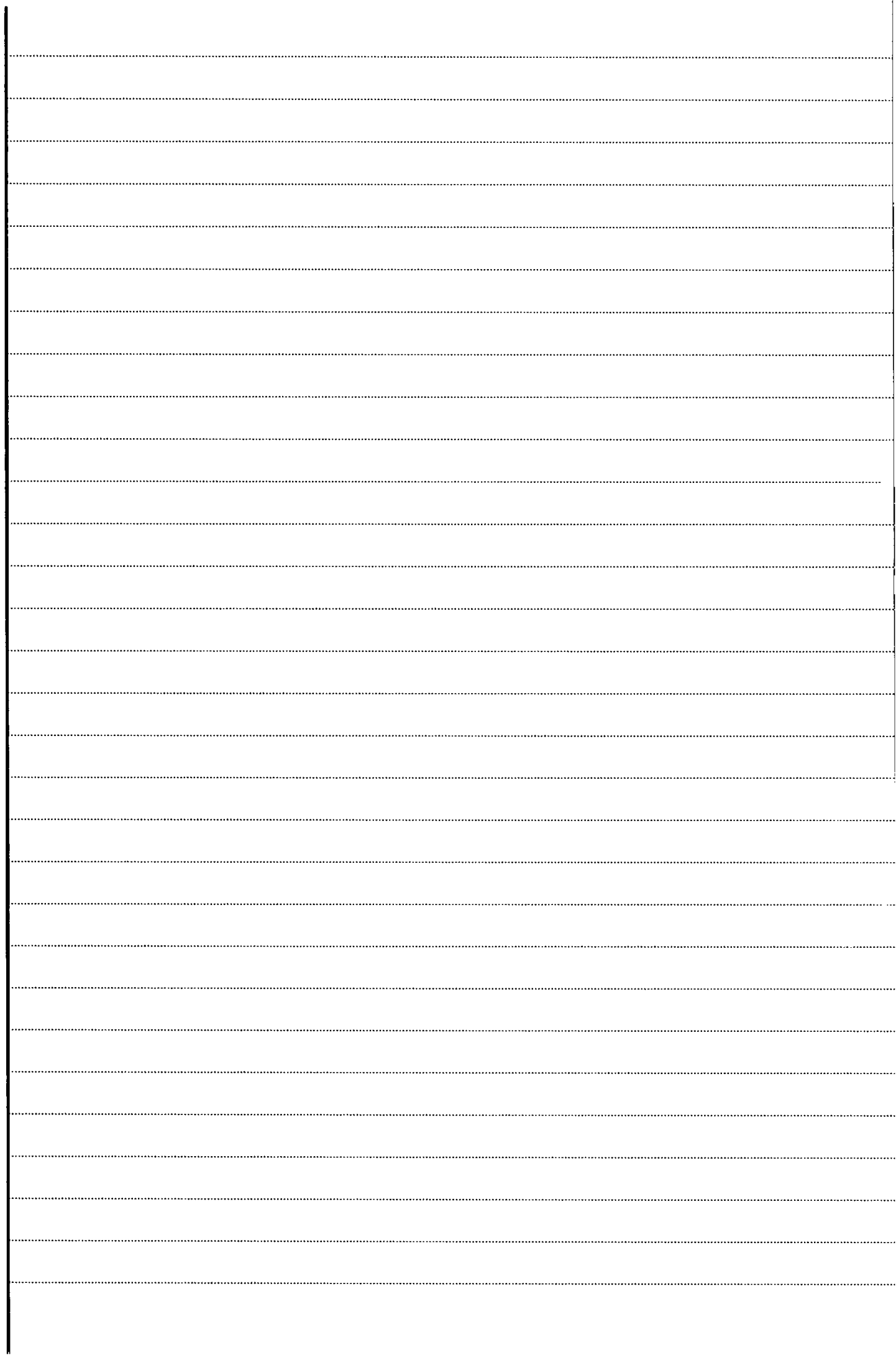
1991 1117 27 21











לא כחול עליו

