

אוניברסיטת תל אביב
הפקולטה למשפטים
משפט והיסטוריה
פרופ' אסף לחובסקי, עו"ד טל חבקין
מבחן מועד ב'
תשס"ח
2 יולי 2008 בשעה 0900

כל הזכויות שמורות ©
מבלי לפגוע באמור לעיל, אין להעתיק, לצלם, לחקלטי, לשדר, לאחסן במאגר מידע, בכל דרך שהיא, בין מכנית ובין אלקטרונית או בכל דרך אחרת כל חלק שהוא מטופס הבחינה.

קווים מנחים לפתרון

1. "אחד הנושאים המרכזיים בספרות המשפט ההשוואתי בעשורים האחרונים הוא השאלה של שתלים משפטיים – קרי אפשרות ההעברה של נורמות משפטיות משיטת משפט אחת לשנייה והיכולת של נורמות משיטת משפט אחת להכות שורש ולהיות אפקטיביות בשיטת המשפט אליה הן מועברות. ההיסטוריה של המשפט הארץ-ישראלי מלמדת כי משפט זה הוא אחד משיטות המשפט המתאימות ביותר לבחינה של הבעיות הקשורות לשתלים משפטיים וזאת משום שבמהלך התקופה העות'מנית ותקופת המנדט עבר משפט זה מספר גלים של השתלה מסיבית של נורמות זרות. כאשר אנו בוחנים את ההיסטוריה של המשפט הישראלי בתקופה העות'מנית ובתקופת המנדט ניתן לראות בעליל כי תהליך ההשתלה של משפט זה בשיטת משפט מקומית הוא תהליך חלק יחסית." דונו בטענה תוך התבססות על החומר שנלמד במהלך הקורס.

שאלה מקדימה צריכה להיות מה נכנס בגדר "שתל משפטי". ברור שהמג'לה וחוקים שהועברו ממקומות אחרים באימפריה הבריטית as is והוחלו כאן נכנסים להגדרה. אך האם כך גם לגבי פסיקה שנקלטה מכוח סימן 46, לאחר הפעלת שיקול דעת על-ידי השופטים? האם כל פסיקה זרה שנעשה בה שימוש כמקור נורמטיבי נחשבת "שתל" לעניין שאלה זו?

לגופה של השאלה – נכון שהמשפט הארץ ישראלי והישראלי ידע כמה גלים של השתלה של משפט זה – בשלהי התקופה העות'מנית (כאשר הגיע לאימפריה משפט שהיה בעיקרו צרפתי), ובמהלך תקופת המנדט (התהליך של אנגליפיקציה הוא בעצם תהליך של שתילה של משפט זה בקרקע של המשפט הארץ ישראלי). עם זאת, צריך להיזהר מלטעון טענות גורפות מדי על היקף הזרימה של נורמות זרות וכן על הקלות שבהן הן נקלטו.

לגבי התקופה העות'מנית, כפי שראינו חלק חשוב מהרפורמות של המשפט העות'מני לא היו מבוססות על אימוץ משפט זה אלא על עריכה מחדש של המשפט המוסלמי (כך למשל, המג'לה, הקוד האזרחי המוסלמי, בנויה אומנם בפורמט אירופי אך היא מבוססת על משפט מוסלמי). שאלה היא בהקשר זה באיזה שלב נבחנת הצלחתו של השתל: כמה זמן לאחר שהושתל? מצד אחד, ראינו שמשפטים יהודים מתייחסים אל המשפט העות'מני כאל מערכת ארכאית ומושחתת (זילברג, אגרנט; ראו גם מאמרו של בילסקי וורבין), אך מצד שני המג'לה בוטלה סופית רק בשנות ה-80, ועד החקיקה האזרחית החדשה שהחלה בשלהי שנות ה-60 – נהג המשפט האזרחי בעיקר לפיה.

לגבי תקופת המנדט, אין ספק שהיה תהליך של אנגליפיקציה של המשפט, אולם תהליך זה לא התרחש בכל תחומי המשפט (שוב, המשפט האזרחי, להבדיל מפרוצדורה ומשפט מסחרי, פחות הושפע מאנגליפיקציה). כמו כן ראינו (למשל במסגרת הדיון בסימן 46) שתהליך היבוא של המשפט האנגלי לא התבצע בקצב אחיד לאורך כל התקופה. היו גורמים פנים משפטיים שתמכו בתהליך (כמו בנטוויץ או שופטי בית המשפט העליון בשנות הארבעים) אך היו גם כאלה שהתנגדו לו. לבסוף, חשוב לציין כי יתכן שצריך להבחין בין הרמה הפורמאלית של המשפט בספרים לבין הרמה של המשפט בחיי היום יום. יתכן כי מבחינה פורמאלית בספרי המשפט הופיעו נורמות משפטיות זרות, אולם תושבי ארץ ישראל, הן בתקופה העות'מנית והן בתקופת המנדט, לא הושפעו מכך משום שהם חיו לפי כללי משפט שלא היו קשורים כלל לכללי המשפט הפורמאליים של המדינה. הדיון שלנו בבתי המשפט היהודיים בתקופת המנדט הראה כי חלק חשוב מחיי היום יום של הישוב היהודי בארץ ישראל התנהל לפי כללי משפט שלא היה להם כל קשר למשפט הצרפתי או האנגלי שהמדינה העות'מנית והמנדטורית התיימרו ליבא לארץ.

לבסוף, מידת הצלחתו של השתל קשורה קשר בל יינתק גם בניסיונות – שהצליחו או שנכשלו – לשנותו. כלומר, היה מקום להזכיר בקצרה גם את הניסיונות לשנות את שיטת המשפט ב-48, ואת הסיבות לכישלונם. בהקשר זה יש לתהות, האם העובדה שהשתלים הושתלו לפני קום המדינה ולאחר מכן חלקם שונו בחקיקה מקורית, משליכה על המסקנה הנוגעת להצלחת/כשלון אותם שתלים?

2. במסגרת הדיון שנערך בקורס במשפט הישראלי בשנות החמישים התעמקנו בשאלה עד כמה ההנמקה השיפוטית באותה תקופה היתה פורמליסטית תוך דיון וביקורת על ספרו החשוב של מנחם מאוטנר בנושא. ספרו של מאוטנר מתמקד בפסיקה של שנות החמישים. נניח שמאוטנר היה מבקש מכם לסייע לו הרחיב את מסגרת הזמן של ספרו ולעסוק גם בתקופת המנדט. מה הייתם כותבים בפרק על ההיסטוריה של ההנמקה השיפוטית בתקופת המנדט?

מאוטנר טוען בספרו שהמשפט המנדטורי היה פורמליסטי (וזהי אחת הסיבות לכך שהמשפט הישראלי בראשיתו היה גם כזה). אולם, כפי שכבר אמרנו במהלך השיעור, אנחנו יודעים כי תיאור זה אינו מדויק – פסק דין Orr הוא דוגמה לפסק דין לא פורמליסטי (אם כי אפשר לטעון שהנמקתו ותוצאתו של פסק הדין הושפע מכך שהילדה Orr הייתה ביתו של רשם בית המשפט העליון). מעבר לכך, ניתוח מעמיק של הפסיקה של תקופת המנדט מלמד כי ההנמקה השיפוטית בפסיקה של בית המשפט העליון השתנתה כפונקציה של הזמן ושל אופי השופט הספציפי, כך שלא ניתן להכליל ולקבוע כי כל הפסיקה המנדטורית הייתה פורמליסטית. מעבר לכך ראוי לציין כי ההיסטוריה של ההנמקה השיפוטית צריכה לעסוק לא רק בבית המשפט העליון המנדטורי אלא גם בערכאות נמוכות וכן במערכות לא מדינתיות (דוגמת משפט השלום העברי, המשפט הקהילתי כפי שנדון במאמר שלי בילסקי וורבין, משפט החברים של ההסתדרות), שבהן ההנמקה השיפוטית הייתה במובהק לא פורמליסטית. נקודה נוספת לדיון יכולה להיות הקשר בין ההנמקה השיפוטית לתחומים כמו חינוך משפטי (שגם הוא היה בחלקו לא פורמליסטי). בנוסף ראוי לדון בשאלה של היכולת ליישם את החלק ההסברי בתיזה של מאוטנר (הפורמליזם של שנות החמישים מקורו בפער תרבותי בין בית המשפט לחברה) לתקופת המנדט. גם בתקופה זו היה פער בין בית המשפט (הבריטי) לבין החברה (היהודית והערבית) ובעיית לגיטימציה לפסיקה של בית המשפט כתוצאה מכך, ולכן הגיוני היה לצפות כי הפסיקה תהיה פורמליסטית. העובדה כי יש תקופות בהן אין היא כזו מעידה אולי כי ההסבר הקושר בין פורמליזם לבעיית לגיטימציה אינו נכון תמיד, מה גם שלא ברור אם בית המשפט המנדטורי התעניין בלגיטימציה של הילידים נוכח תפיסתו האוריינטליסטית, דבר שלא ניתן לומר על בית המשפט העליון של שנות ה-50.

3. אחת השאלות המרכזיות בהן מתעניינים העוסקים בהיסטוריה של המשפט היא עד כמה המשפט הוא מכשיר המשמש בעלי כוח מסוגים שונים כדי לקדם את האינטרסים שלהם. דונו בשאלה זו תוך התייחסות מפורשת למאמרים של יורם שחר על פקודת התוק הפלילי וסנדי קדר על ההתיישנות הרוכשת במקרקעין וכן על דוגמה נוספת אחת לפחות לפי בחירתכם מהחומר שנלמד במסגרת הקורס.

התפיסה כי המשפט הוא מכשיר (אינסטרומנט) בידי של בעלי הכוח בחברה (המאפיינת בייחוד את השקפת העולם התורת משפטית של אנשי האסכולה הביקורתית של המשפט) הופיעה מספר פעמים במהלך הקורס. המאמר של קדר אותו למדנו מייצג במובהק תפיסה כזו. אמנם בניגוד לאמריקאים, קידר אינו ממוקד בקבוצות מעמדיות אלא בקבוצות אתניות, אבל ההנחה שהמשפט משרת קבוצות של בעלי כוח (במקרה שלו, הציוניים בשנות החמישים) מזינה בהחלט את כתיבתו. בהקשר למאמרו היה מקום להתייחס גם לביקורת שנמתחה עליה, למשל מצדו של זנדברג ומצידה של הולצמן-גזית. לעומת זאת, אצל שחר אין התייחסות למימד הכוח כלל. מבחינתו, לכאורה, המשפט הוא אוטונומי והוא משתנה ומתפתח כתוצאה מהשפעות פנים משפטיות במשרדים של הפקידות הבריטית בלונדון ובמושבות. עם זאת ניתן בעקיפין לקרוא גם את התיאור של ההיסטוריה של הפח"פ המופיע אצל שחר באמצעות משקפיים אינסטרומנטליות – שחר עוסק במספר מקומות במאמר שלו בהשפעה של תדמיות תרבויות, שהיום היינו קוראים להן אוריינטליסטיות, על האופן שבו פעלו הפקידים הבריטיים. לפי סעיד, תדמיות תרבותיות כאלה הן למעשה אמצעי של כוח, ולכן, בעקיפין, הכוח משחק תפקיד (אם כי משני מאד) גם בספור של שחר. מעבר להשוואה בין שני המאמרים שנזכרו במפורש בשאלה, ניתן להביא כדוגמה למשל את המאמר של חריס העוסק במאסר החייבים ומציג תפיסה מורכבת יחסית של הגישה האינסטרומנטלית (לפחות לגבי תקופת המנדט שאז האינטרסים של המדינה הקולוניאלית אינם חופפים את אלו של בעלי הכוח (הכלכלי) בארץ ישראל, האליטות הערביות והיהודיות).