

אוניברסיטת תל אביב  
הפקולטה למשפטים  
משפט והיסטוריה  
פרופ' אסף לחובסקי, עו"ד טל חבקין  
מבחן במועד א'  
תשס"ח  
1 מאי 2008 בשעה 1500

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

### קווים מנחים לפתרון

השאלות ותשובותיהן:

1. "תיאור הקורס המופיע בראשו של הסילבוס שלנו נפתח בטענה הבאה:

'משפטינים טובים מסוגלים לנתח מגמות ארוכות טווח במשפט ולהבין את  
יחסי גומלין בין משפט לתרבות, חברה, פוליטיקה וכלכלה. לשם כך עליהם  
להכיר את ההיסטוריה של המשפט.'

אולם, למעשה, במהלך הקורס התברר לנו כי מדובר בטענה חסרת בסיס. זאת משום שאין באמת  
'יחסי גומלין' בין משפט לתרבות, חברה, פוליטיקה וכלכלה. המשפט הוא תחום אוטונומי  
לחלוטין שההתפתחויות בו (ככל שיש כאלה) הן תוצאה של גורמים פנים משפטיים בלבד."

הביאו דוגמה אחת התומכת בנאמר בציטוט ודוגמה אחת המפריכה אותו בכל אחד משלושת  
הנושאים הבאים:

א. ההיסטוריה של המשפט בתקופת המנדט.

ב. ההיסטוריה של הפסיקה הישראלית בשנות החמישים.

ג. פרשת קול העם.

ככלל, המושג "כוחות פנים משפטיים" הוא מעין "מושג שסתום" שאינו ברור כשלעצמו. הרי  
כל מוסד משפטי נוצר על-ידי אנשים וגופים, מוסדיים ואחרים. האם אנשים אלה מנותקים  
מסביבתם באופן שאפשר לומר עליהם שהסביבה לא משפיעה על המשפט שנוצר על ידם? היכן  
עובר הגבול בין השפעה חברתית ותרבותית על המשפט, לבין גורם משפטי שמנותק מהשפעה  
כזו? האם טענה שמשפיעה על השופטים אך לא באה לידי ביטוי בהנמקה אינה מהווה "ראיה  
לכאורה" לכך שמדובר בגורם "חוץ משפטי"? אופיו האמביוולנטי של המושג היה צריך לבוא  
לידי ביטוי בתשובות.

המשפט המנדטורי - דוגמה תומכת: לפי שחר הפח"פ הוא תוצר בעיקרו של כוחות פנים-  
משפטיים כאשר אין קשר בין הוראות הפח"פ כפי שהתקבל בארץ ובין הנסיבות החברתיות,  
הפוליטיות התרבותיות או הכלכליות שאפיינו את ארץ ישראל בשנות השלושים. מנגד, האם  
"השתלת" הפח"פ ממניעים קולוניאליים ואולי אוריינטליסטיים מנותקת מגורמים "חוץ  
משפטיים"?

דוגמה מפריכה: אי ביטול מאסר החייבים יכול להתפרש כתוצר של לחצים פוליטיים וחברתיים  
על המחוקק הבריטי.

לגבי המאמר "תדמיות קולוניאליות" של לחובסקי, נשאלת השאלה האם מעמדם של השופטים  
ותפיסת עולמם האישית הוא נימוק פנים משפטי או חוץ משפטי. מצד שני, אפשר לזקוף את  
הפסיקה של פיצ'ג'רלד לטובת השינויים שהוא מתאר הנוגעים לאופייה של הארץ ותושביה, או  
אולי אפילו לזהותה של הילדה אור (ביתו של רשם בית המשפט העליון דאז).

הפסיקה הישראלית של שנות החמישים - דוגמה תומכת ומפריכה כאחד: אפשר לראות  
ב"עליית הפורמליזם" כפי שמתוארת אצל מאוטנר תוצאה של גורמים פנים משפטיים (למשל  
התרבות המשפטית האנגלית), אך באותה מידה ניתן לטעון (בעקבות מאוטנר) כי הפורמליזם  
הוא תוצר של מערכת יחסי כוחות פוליטיים שאפיינה את היחסים בין בית המשפט העליון  
(החלש יחסית) לשתי הרשויות האחרות (החזקות יחסית) במהלך שנות החמישים.

**פרשת קול העם** – דוגמה תומכת: אחד ההסברים של להב לפיו קול העם הוא תוצר של השפעה משפטית אמריקאית תומך לכאורה בעמדה "פנים משפטית" (אוטונומית) של ההיסטוריה של המשפט, אך מצד שני, האם ההתרחשויות שהשפיעו על אגרנט באופן אישי בארה"ב באים בגדר גורם "פנים משפטי"? דוגמה מפריכה: הדיון בפסק הדין של שפירא ושל רוזין מראים שניהם, כל אחד מכיוון אחר, כי יש להבין את פסק הדין בהקשר החוץ-משפטי שבו הוא ניתן. יש לציין בהקשר זה כי אין די בהבאת הדוגמה של קול העם הראשון לתמיכה בציטוט, שכן המחקרים שבהם עסקנו התייחסו לטעמים להבדל בין פסק הדין הראשון לשני, ובכך ייחודם.

2. "הסוציולוגיה הביקורתית שהופיעה בישראל בעשורים האחרונים טוענת כי החברה הישראלית היא כולה תוצר של המאבק היהודי ערבי על הקרקע של ארץ ישראל, ולכן כל אספקט של החברה הישראלית, כולל מוסדות חברתיים שלכאורה אין להם כל קשר למאבק (למשל הקיבוץ) משקפים למעשה מאבק זה. אולם, ההיסטוריה של המשפט הארץ-ישראלי מלמדת כי גישה כזו אינה משכנעת במיוחד. יש תופעות רבות בהיסטוריה של המשפט בארץ ישראל ובמדינת ישראל שקשה מאד להסבירן רק כתולדה (ישירה או עקיפה) של המאבק." האם אתה מסכימים? דונו בציטוט לעיל תוך שימוש בדוגמאות הן מההיסטוריה של המשפט בתקופת המנדט והן מההיסטוריה של המשפט הישראלי בשנות החמישים.

**תקופת המנדט** - הציטוט מזוהה עם גישתו של שפיר (קולוניית ההתיישבות הטהורה), שגרס שהסכסוך הטביע חותמו על עיצוב החברה הישראלית ומוסדותיה עד לימינו אנו. בכל הנוגע לחלוקת המשאבים בחברה באמצעות תקציב המדינה (ביטחון מול תחומים אחרים כגון חינוך, רווחה, פיתוח וכו'), אפשר לטעון שהסכסוך באמת השפיע וממשיך להשפיע על אספקטים רבים של החברה הישראלית עד היום. גישתו זו זכתה לביקורת, בין היתר על-ידי אהרונסון. כמו כן, הבעיה במשפט המנדטורי היא שפעלו בו שלושה כוחות (בריטים, יהודים וערבים) ולא רק יהודים וערבים). לפי גישות מסוימות (למשל שמיר) הבריטים משמשים למעשה משרתים של היהודים במסגרת "קולוניאליזם כפול" אבל גישה זו זכתה לביקורת (למשל בניתוח של לחובסקי), וברור כי היא אינה מסבירה באופן מלא תופעות כמו שיתוף הפעולה המעמדי היהודי הערבי ביחס למשל למאסר חייבים כמו גם תופעות דוגמת הניסיון להחייאת המשפט העברי. **שנות החמישים** - יש מאפיינים מסוימים של דיני הקרקע של שנות החמישים שאכן מתאימים לגישה זו (לפחות לפי הניתוח של סנדי קידר), אבל ברור כי תופעות רבות אחרות (למשל – האופי הפורמליסטי של הפסיקה הישראלית וכן מחקריהם של טריגר על חוק שיוויון זכויות האישה וכן של רוזין על הצנע) יכולות להיות מקושרות למאבק היהודי ערבי רק באופן מאלץ.

3. "המשפט הישראלי עוצב בתקופה העות'מאנית: מבנה בתי המשפט, המתח בין משפט חילוני ומשפט דתי ואפילו הוראות ספציפיות של הדין המהותי, כולן נוצרו במקור בתקופה שבין אמצע המאה התשע-עשרה וראשית המאה העשרים. תקופת השלטון הבריטי בארץ הייתה קצרה מדי מכדי להשפיע באופן משמעותי על המשפט שירשו הבריטים, ואילו הישראלים היססו לשנות את מערכת המשפט שירשו בתקופת המנדט הן משיקולים פרקטיים והן משום שהזהות הישראלית עצמה לא הייתה מגובשת מספיק ולכן הושאר המשפט שהיה קיים בארץ על כנו במקום להחליפו ב-1948 במשפט ישראלי מקורי". דונו.

הטענה מורכבת משלוש תת-טענות והיה מקום לדון בכל אחת מהן בנפרד. נכון שיש אלמנטים מסוימים במבנה מערכת המשפט (המבנה של שלום, מחוזי, עליון שהועתק חלקית מהמבנה העות'מני) וכן יחוס חשיבות מסוימת לדין הדתי בתחום דיני המשפחה, שהם אכן מורשת עות'מנית, אולם יש אלמנטים רבים במבנה מערכת המשפט (למשל בג"צ) שמקורם מאוחר יותר. גם מבחינת הדין המהותי, יש שרידים מסוימים של משפט עות'מני בישראל ויותר מכך בדין החל על השטחים (למשל באבחנה בין סוגי אדמות שונות). אולם בסך הכול, המורשת העות'מנית בוטלה בתהליך אינטנסיבי של אנגליפיקציה ושל יצירה ישראלית מקורית בתקופת המנדט ועוד יותר מכך לאחר קום המדינה (למשל החלפת המג'לה בחקיקה ישראלית מקורית בתחום המשפט האזרחי, שתחילתה בשלהי שנות ה-60). משום כך, המורשת העות'מאנית אינה בעלת חשיבות במשפט הישראלי כיום. מורשת זו, כולל אותם חלקים ממנה שמקורם למעשה באירופה, נתפסה על ידי האנגלים ואחר כך על ידי הישראלים (בהשפעה של תפיסות אורינטליסטיות) כדבר נחות, ולכן היא הוחלפה בתהליך הדרגתי במהלך 90 השנה מאז נפילת האימפריה. היה מקום לדון גם בסיבות העדר מהפכה משפטית לפי חריס ובנימוק "דור המדבר" של לחובסקי בקשר לטענה שהישראלים היססו לשנות את הקיים.