

5390.01 ס' ק' י' ס'

אוניברסיטת תל אביב
הפקולטה למשפטים
חשיבה משפטית מודרנית בהקשרה התרבותי וההיסטורי
פרופ' אסף לחובסקי
מועד ב'
6 יוני 2008 בשעה 0830

קווים מנחים לפתרון

חלק א' (70% מהציון בבחינה)

1. "אחת מהנחות המוצא עליהן היה בנוי קורס זה היא כי יש קשר בין מחקר משפטי והוראה של המשפט וכי תהליכים המתרחשים בתחום המחקר המשפטי באים לידי ביטוי מקביל גם בתחום ההוראה של המשפט ולהיפך. אולם, הנחת מוצא זו היא שגויה. אין שום קשר בין מחקר משפטי והוראה של המשפט." דונו בציטוט תוך שימוש בדוגמאות מן החומר שנלמד במהלך הקורס. הציטוט אינו מדויק, משום שיש דוגמאות לכאן ולכאן. נכון שיש דוגמאות מהחומר שלמדנו שתומכות בציטוט, כמו למשל הקודיפיקציה הבנתהמית שהופעתה לא היתה קשורה להוראת המשפט. אבל יש גם דוגמאות רבות מהחומר שלמדנו שבהם אנחנו רואים כי חידושים במחקר המשפטי קשורים בטבורם לשינויים באופן הוראת המשפט. כך למשל אצל שיטת המיון של בלקסטון צמחה מתוך ההוראה שלו. דוגמה נוספת היא ה-textbook tradition האנגלית של המאה התשע עשרה שבמסגרתה נוצרה תפיסה ספציפית של מהות המשפט שנגזרה, לפי שוגרמן, משינויים בעולם החינוך המשפטי האנגלי של אותה התקופה, או תפיסת המשפט של לנגדל שגם היא הייתה פונקציה של צורך להורות את המשפט בצורה מסוימת, עקב שינויים כללים יותר באופי הלימוד באוניברסיטת הרוורד בסביבות 1870. למעשה, כל עוד המשפט לא נלמד כדיסציפלינה עצמאית, יש מקום לדון בשאלת השפעת המחקר על הוראת המשפט. כך למשל, בלאקסטון לימד משפט אנשים שלא נועדו להיות עורכי דין או שופטים, ולכן מידת השפעתו על הוראתם של העוסקים במשפט – מוטלת בספק. אולם מרגע שהמשפט החל להילמד בצורה סיסטמטית, כדיסציפלינה עצמאית, קל וחומר כשהפך היות לחלק מהכשרתו של כל משפטן, נראה כי השפעתו של המחקר על ההוראה לא יכולה להיות מוטלת בספק.

2. "אחת הבעיות המרכזיות בקורס זו הייתה העובדה כי הוא לא התמקד בהתפתחויות בשיטת משפט אחת, אלא היה בו ניסיון, בעייתי, 'לדלג' בין שיטות משפט שונות מתוך הנחה (שגויה) כי בכל תקופה יש שיטת משפט אחת הנמצאת בחזית הידע המשפטי. כך החל הקורס בבחינה של רעיונות תורת משפטיים שהופיעו באנגליה ובגרמניה, אולם בשלב מסוים הוסט המוקד לעיסוק במשפט האמריקאי. הסטת מוקד זו היא שגויה כי אותן התפתחויות ממש שהתרחשו במשפט האמריקאי הופיעו במקביל גם בשיטות משפט אחרות. עדיף היה לו היינו מתמקדים לכן בשיטה אחת ועוקבים בצורה שיטתית אחרי השינויים שחלו בה במהלך מאתיים השנים האחרונות, משום שלכל שינוי בחשיבה המשפטית של שיטת משפט אחת יש מקבילות בשיטות האחרות." דונו בציטוט תוך שימוש בדוגמאות מן החומר שנלמד במהלך הקורס.

הגישה המופיעה בציטוט היא אכן הגישה שאפיינה את הקורס (והיא גם זו שעליה מבוסס המאמר של קנדי שקראנו בסופו של הקורס). מצד אחד, אפשר בהחלט לטעון שגישה כזו היא בעייתית. כך למשל ראינו שהמשפט החופשי (שצמח בגרמניה ובצרפת) הטרם את הריאליזם האמריקאי ומוכן זה אפשר לכאורה לטעון כי לכל שיטת משפט יש פאזה "ריאליסטית". מצד שני, היכן הפאזה הזו בהקשר של המשפט האנגלי? דוגמה נוספת היא הקודיפיקציה הקונטיננטלית – האם אפשר לזהות גישה זו עם פועלם של בלאקסטון ובנתאם? הרי בלאקסטון רק סידר את המשפט, ואילו ניסיונו של בנתאם בהקשר זה נכשל ולא השפיע באנגליה בתקופתו. האם אפשר אפוא לראות "פאזה" קודיפיקטיבית גם בעולם האנגלו-אמריקני? דוגמה נוספת היא "מדע המשפט" בגרמניה, אנגליה ובארה"ב. האם אפשר לטעון שהדומה בין "מדע המשפט" בכל השלוש עולה על השונה, באופן שניתן וראוי להכליל ביניהן? משום כך, נראה כי הטרוניה שעולה מן הציטוט היא בסופו של דבר לא מדויקת.

חלק ב' (30% מהציון בבחינה)

3. השוו בין תפיסת המשפט של בנתם ושל אוסטין. באיזו מידה ניתן לומר כי אוסטין היה "ממשיכו" של בנתם?

אוסטין הוא פופולריזטור של בנתם ותפיסתו התורת משפטית משקפת את הגישה הפוזיטיביסטית שמאפיינת את בנתם. עם זאת, כפי שמראה הורביץ במאמרו, יש גם הבדלים גדולים בין השניים הן ברמה התורת משפטית (האובדן של הרצון לביקורת על המשפט והתמקדות רק בתיאור שלו, המקום המרכזי שנותן אוסטין לשופטים ביצירת המשפט לעומת

בנתאם) וכמובן, גם בהשקפות הפוליטיות שמניעות את השנים (אוסטין הופך בהדרגה לשמרן שתומך בסטטוס קוו הפוליטי, בניגוד לבנתאם).

4. "אחת התופעות המעניינות בהן נתקלנו בקורס היא העובדה כי החשיבה המשפטית הגרמנית, בניגוד לחשיבה המשפטית בארצות אחרות בהן עסקנו בקורס, תופסת את המשפט באופן לא-פורמליסטי." דונו על סמך החומר הנלמד בקורס.

הציטוט אינו מדויק. נכון כי האסכולה ההיסטורית של המשפט (וגם המשפט החופשי של ראשית המאה העשרים) מציעים גישות לא פורמליסטיות למשפט, אך מדע המשפט הגרמני של אמצע המאה התשע עשרה הוא פורמליסטי במובהק.