



חוגאת רמות - אוניברסיטת תל-אביב

מנחם מאוטנר

מה צריכה להיות השליחות
החברתית של הפקולטה
למשפטים? כיצד הפקולטה
צריכה לאזן בין משימות
המחקר ומשימות ההוראה
שלה? מה צריכה להיות
הזיקה של הפקולטה לשדה
הפרקטיקה המשפטית
שעורכי-הדין ובת-המשפט
פועלים בו? מה צריכה
להיות הזיקה של הפקולטה
למחלקות אקדמיות אחרות
הפועלות באוניברסיטה?
אילו שינויים חלו בשדה
החינוך המשפטי בישראל
בשנות האשר לחינוך
המשפטי הראוי קיימות
בפיראול ובעולם? כיצד
הפקולטה למשפטים צריכה
לאזן בין הגישות האלה
במסגרת מילוי השליחות
החברתית שלה?
פרופ' מנחם מאוטנר הוא
דיקאן הפקולטה למשפטים
של אוניברסיטת תל-אביב.



העוסף: "ספר" פסל של יונה רמזאני



טור"ב 9-342-274-965
9789652743428

מנחם מאוטנר

על החינוך המשפטי

הוצאת רמות - אוניברסיטת תל-אביב

מנחם מאוטנר



התוכן

מבוא	5
הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשבת עורכי-הדין וכתב-המשפט	11
מַצְבֵּךְ לסובלנות ולפלורליזם: הפקולטה למשפטים כמוסד רב-תרבותי	71

Menachem Mautner

Legal Education

עריכה לשונית: נתן פרמינגר

עיצוב עטיפה: נוטלסטודיו

מסת"ב 9-342-274-965 ISBN



כל הזכויות שמורות להוצאת רמות - אוניברסיטת תל-אביב
רחוב חיים לבנון 32, תל-אביב

יצא לאור בשנת תשס"ב - 2002

מבוא

שני המאמרים המובאים כאן נכתבו בהפרש של עשר שנים בקירוב. ניתן ללמוד מהם על-אודות מצבו של החינוך המשפטי בישראל כשתן נקודות-זמן שונות.

המאמר הראשון, "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט", נכתב בראשית שנות התשעים של המאה העשרים. פרופסור אריאל רוזן-צבי ז"ל, דיקאן הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב באותה עת, ערך את ספר השנה של המשפט בישראל. הוא ביקש לפתוח כל "ספר שנה" במסה עיונית. נהגנו לדבר רבות על נושא החינוך המשפטי. בדרך-כלל היתה בינינו תמימות-דעים. אריאל הציע שאעלה את מחשבותי על הכתב.

בעשור שקדם לכתיבת המאמר שהיתי לא-מעט בארצות-הברית, כסטודנט ואחר-כך כמורה. כל אימת ששבתי לישראל, מצאתי עצמי מתוסכל לנוכח העובדה שדברים שהיו בגדר המובן מאליו בברי-הספר למשפטים המובילים בארצות-הברית התקבלו בחשדנות, אם לא בדה-לגיטימציה ממש, בפקולטות למשפטים בישראל.

ראשית, ההבנה שמלומדי המשפט צריכים לעסוק במחקר והנות על המשפט תוך שימוש בידע השאוב מתחומי-הדעת של מדעי החברה והרוח, כגון כלכלה, סוציולוגיה, אתיקה, תיאוריה פוליטית, היסטוריה, ספרות, לימודי תרבות. בזמן ההוא נחשב העיסוק במשפט בישראל כאמור להיעשות מתוך נקודת-המבט הפנימית של התכנים המשפטיים, ולא באופן רב-תחומי.

שנית, ההבנה שעל מלומדי המשפט לפעול מחוץ לאמנות-המידה של "השכל-הישר" השליטות בשדה הפרקטיקה המשפטית, ובמיוחד לא בכפיפות לשיפוטי הערך של בית-המשפט העליון. בזמן ההוא תפסו עצמון הפקולטות למשפטים בישראל בעיקר כברי-הספר מקצועיים, שמתקידם

דיון אקדמי על השינויים האלה מעל דפי של כתב-העת. המאמר השני המובא כאן נכתב במסגרת דיון זה. המאמר משקף את השינויים שחלו בתוכני החינוך המשפטי בישראל בעשור שחלף למן פרסום המאמר הראשון. הוא גם משקף את השינויים שחלו בחיי שלי.

הרבה מהאמירות שנכללו במאמר הראשון, ושנחשבו בעת היכתבן מאתגרות וחלשנות, וכו' במהלך שנות התשעים בהפוצה נרתכת בפקולטות להשפטים הפעילות בישראל. עשרות צעירות וצעירים שבו מלימודי הורקטורט שלהם בפקולטות להשפטים בארצות-הברית והצטרפו לסגלים של הפקולטות בישראל. לגביהם, הקריאה לעיסוק רב-תחומי במשפט והקריאה להשתתפות האקדמיה משיפוטי הערך של בתי-המשפט היו בגדר המובן מאלין. אכן, בפרקטיקות המחקר והחוראה שלהם, חוללו צעירות וצעירים אלה את השינוי הגדול שחל בחינוך המשפטי בישראל בשנות התשעים: העתקת הפעילות וההוות העצמית של הפקולטות להשפטים משהו הפרקטיקה המשפטית של עורכי-הדין והשופטים לשהו הפעילות של האקדמיה.

המאמר הראשון נכתב כחרי-העבודה ספון-הספרים של המלומד. הוא עוסק אפוא בעיקר בתוכני המחקר המשפטי. המאמר השני נכתב בתקופה שבה שימשתי כריקאן הפקולטה להשפטים של אוניברסיטת תל-אביב. המפגש היומיומי עם הסטודנטים הלומדים בפקולטה הכליל לעיני את צורכיהם של הצעירות והצעירים המגיעים לפקולטה כדי לרכוש המשפטית שבאמצעותה יוכלו לתפקד בהצלחה בשדה הפרקטיקה המשפטית. המאמר השני נכתב אפוא תוך מודעות רבה יותר למשימות ההולרות שהפקולטה להשפטים צריכה לעמוד בהן.

בלשכת הדיקאן גם התחדדה מודעותי למצב המיוחד שבו נתונות הפקולטות להשפטים, בעולם ובישראל. מצד אחד, הן מבקשות לתפקד כמחלקות אקדמיות לחקר תופעת המשפט, בדומה לאופן שבו מתפקדות המחלקות השונות בפקולטות למדעי הרוח והחברה. מצד שני, הפקולטות להשפטים מתפקדות כבתי-ספר מקצועיים להכשרתם של עורכי-דין ושופטים. מצאתי כשניות הזאת מקור להתחים, ולעיתים גם לצער ועוגמת נפש, בתפקוד היומיומי של הפקולטה. אבל מצאתי בשניות הזו גם מקור לאתגרות המוסלת על הפקולטה כלפי החברה, אחיית לתקניית חינוך ראוי – מקצועי, המוניטני, רחב-אופקים – להשפטי המחר. נוסף על כך, מצאתי כשניות הודמנות לפעול באמצעות הפקולטה להשפטים לשיפור

להכשיר עורכי-דין כדי שאלה יוכלו להצטרף בהצלחה לפעילות המחיימת בשדה הפרקטיקה המשפטית. כחלק מתפיסה זו, אמת-מדידה חשובה למצוינות אקדמית בפקולטות להשפטים היתה המדידה שבה אומצו תצורותיו של מלומד המשפט על-ידי בית-המשפט העליון ועל-ידי שאר בתי-המשפט של המדינה.

עם פרסומו, התקבל המאמר כ"מוניפסטי" המבטא את מחשבותיה של קבוצה (לא-גדולה, צריין) של מלומדי משפט ששבו לישראל מארצות-הברית בשנות השבעים והשמונים ונתקלו בתפיסות האמורות כמבטאות את האורתודוקסיה של החשיבה על המשפט ועל החינוך המשפטי בישראל. סמוך לאתר פרסומו, נידון המאמר בסמינר המתקתי של הפקולטה להשפטים של האוניברסיטה חיפה (רוב הנוכחים היו חברי סגל צעירים שזה עתה שבו מארצות-הברית, והמאמר התקבל על-ידיהם בחום); בסמינר המתקתי של הפקולטה להשפטים של אוניברסיטת בר-אילן (הדיון נשלט על-ידי שני חברי סגל ותיקים, ואלה התייחסו למאמר בניטול; וכן בכנס מיוחד שערכו שופטי בית-המשפט המחוזי בתל-אביב (השופטים הפגינו פתיחות לא-מעטה).

המאמר נידון גם בדיון מיוחד שהתקיים בפקולטה להשפטים של אוניברסיטת תל-אביב, בהשתתפות השופט אהרן ברק ופרופסור אהמר אבן-זור מהפקולטה למדעי הרוח של אוניברסיטת תל-אביב. מכיוון שהמאמר קרא לאקדמיה המשפטית להעתיק את ההדהות שלה מבית-המשפט העליון למחלקות של הפקולטות למדעי החברה והרוח שבאוניברסיטות, היתה האווירה במפגש טעונה. אחת הדוברות היטיבה לכבא את הרגשתם של חברי הסגל הצעירים שנכחו באומרה שעל השופטים יהא להכין שמבאן זאילן, תשרת האקדמיה את החברה בדרך חודשה: לא עוד בארגון הידע המשפטי והספקטנו "שיטיות" להשופטים ולעורכי-הדין, אלא בדרך של פיתוח תוכנות עצמאיות ובקורותיהן על-אודות תקורה במשפט.

המאמר השני, "מַעֲבֵר לטובלנות ולפלורליזם: הפקולטה להשפטים כמסוד רב-תרבותי", נכתב בשנת 2001. בשנות התשעים עברה הפקולטה להשפטים של אוניברסיטת תל-אביב שינויים מוציאים, אולי יותר מכל פקולטה להשפטים אחרת בישראל, בכל הנוגע בתוכני המחקר המשפטי והחינוך המשפטי שנהגו בה. פרופסור תנוד דגן, שהיה באותה עת עורך כתב-העת של הפקולטה עיני משפט, סכר שסגל הפקולטה צריך לקיים

מצבה של התברר, בדרך של הכשרת משפטנים שבמהלך שנות הפעילות המקצועית שלהם יחוללו שינויים נחוצים בהצאת המשאבים בין קבוצות חברתיות, ויקדמו ערכים ראויים. שניות זו, על הקשיים, האחריות וגם ההתמנות הכרוכים בה, נכרת ב"מעבר לסובלנות ולפלורליזם".

"מעבר לזעיר 'זועם', התופס עצמו שייד לקבוצת מיצט בלתי-מובנת, אלא של צעיר 'זועם', התופס עצמו שייד לקבוצת מיצט בלתי-מובנת, אלא כמסמר של אדם העומד בראש מערכת מורכבת, שהפעלתה הראויה מחייבת כל העת איוון בין שיקולים שונים, שכולם רלוונטיים להקנייתו של חינוך משפטי ראוי, שיקולים שלא-אחת קיימים ביניהם מחד ואף סתירות. עם זאת, נותרתי עדיין מחויב לעמדות העיקריות שבישאתי כמאמר הראשון: האמונה בצורך בעיסוק רב-תחומי, תיאורטי וביקורתי, במסגרת המתקד המשפטי; האמונה בתחום התיאורטי של מלומדי המשפט התיאורטיים והביקורתיים לעומת מלומדי המשפט הדוקטרינריים; האמונה בצורך להרחיב את העיסוק האקדמי במשפט אל מעבר למה שמעניין מלומדי משפט דוקטרינריים (פסקי-הדין של בית-המשפט העליון של המדינה), דהיינו, אל מומדי המשפט המגוונים שמלומדי המשפט התיאורטיים והביקורתיים מתעניינים בהם; האמונה בכך שעל הפקולטה להשפטים לפעול בא-תלות משיפוטו-הערך ו"השכל-הישר" המקובלים בשדה הפעילות של עורכי-הדין והשופטים, במיוחד אלה הנקבעים ומוכתבים על-ידי בית-המשפט העליון של המדינה.

המאמרים מובאים בנוסח שבו ראו אור לראשונה, אני מקווה שהקוראים ימצאו בהם לא רק עדות על ההתפתחויות – המרתקות! – שחלו בחינוך המשפטי בישראל בעשור האחרון, אלא גם חומר מעורר מחשבה על נושא בעל חשיבות חברתית גדולה, המזמין חשיבה נוספת.

הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט

אם המשפט אינו מדעי, תימונע אוניברסיטה המבקשת להיות
נאמנה לייצודה מללמד משפטים. אם המשפט אינו מדעי, כי אז
הוא סוג של אומנות, שהדרך הטובה ביותר ללמוד אותה היא
שירות כשוליה של מי שעוסק בה למעשה.
Christopher Columbus Langdell "The Harvard Law
School" 3 *L.Q.R.* (1887) 123, 124.

בתרי-ספר למשפטים שייכים לאוניברסיטה המודרנית לא יותר
משייכים אליה בתרי-ספר לריקוד.

Thorstein Veblen, quoted in Stevens "Two Cheers for
1870: The American Law School" 5 *Perspectives in
American History* (1971) 405.

כל דור ודור מחזיק בדעות שנחשבו אחר כך, בעיני הדורות
הבאים אחריהם, לא רק כוזבות, אלא אף מגוחכות; וכפי
שירדע לנו כי הרבה דעות שפעם היו מקובלות נפסלו על-ידי
הדור הקיים, כך נוכל לומר בוודאות גמורה שהרבה דעות שהן
מקובלות עכשיו, תיפסלנה בדורות יבואו.
ג'ון סטיוארט מיל על החירות
(ירושלים, תש"ו, תרגום א' סימון) 37.

הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי־הדין ובתי־המשפט

היכולים להיעשות מחוצה לה – לטוב או לרע – בדעת שהיא משיגה. אבל, לאור הגדרת תכליתה של האוניברסיטה, שיקולים בדבר השימושים שניתן לעשות בדעת האוניברסיטה הם לעולם בעלי מעמד משני בהכרעת פעולתה של האוניברסיטה, ומוכן שהשוכנה לשאלה מהי מידת הערך – החובי או השלילי – של השימושים הנכללים להיעשות בדעת האוניברסיטה תלויה בשיקולים ערכיים, שהם חיצוניים לשיקול הראשוני הצריך להכתיב את פעולתה של האוניברסיטה, היינו, השיקול של עצם השגת הדעת.² לפיכך, שיקולים בדבר הערך הלאומי, החברתי וכיוצא באלה של הדעת האוניברסיטאית הם בעלי מעמד משני במסגרת התבררתי³ של האוניברסיטה היא, בראש ובראשונה, התירתה להשגת דעת לשמה במסגרתן של פרוידגמות אקדמיות.³

כמתלקה אוניברסיטאית, צריכה הפקולטה למשפטים לעסוק במחקר, המבקש לתת מענה של אמת, במסגרתן של פרוידגמות אקדמיות, ובהתאם לאמות המידה של המחקר האקדמי, על השאלות היסודיות המהעוררות לגבי תופעת המשפט, מתוך התירה להשגת דעת לשמה על תופעת המשפט. תפקידה המשוני של הפקולטה למשפטים הוא להפיץ את האמהנות שהיא משיגה בהם לתופעת המשפט.

2. פרוידגמות

כיצד קובעת האוניברסיטה מהן השאלות היסודיות שעיצון היא צריכה להתמודד במסגרת חזירתה להשגת דעת לשמה?
התשובה היא, שכל פעילות אקדמית מתקיימת במסגרתה של מה שקרא תומס קוין⁴ (בהקשר של מרעי הטבע) פרוידגמה, היינו, מסגרת חשיבה המאחרת ומתארת התלויות מסוימות של המציאות, מציגה אותן כמשא למחקר ומציעה מסגרות לחשיבה עליהן ודרכים לחקירתן. הפרדיגמה קובעת את הנחות היסוד העומדות ביסוד המחקר; מגדירה את סוג השאלות שעיצון צריכים החוקרים להתמודד; מכתיבה את שיטות המחקר של החוקרים; וקובעת מה ייחשב מענה הולם על שאלות המחקר. הנקודה המכרעת לגבי פרוידגמות אקדמיות היא, שהן משתנות מתקופה לתקופה וממקום למקום. כל פרוידגמה היא תוצר של היסטוריה

על החינוך המשפטי

שום דבר אינו עומד במקומו. את מקומה של מכונת־הכתיבה תפס מעבר התמלילים. הפדאור והתקיין עומדים לבוא במקום הפדיי. לפני עשרים וחמש שנה היו לנו דיני הקרקעות העותמוניים, המגילה ודיני החוויים של אנגליה. היום יש חוק המקרקעין וחוקי החוויים, והמגילה וסימן 46 בטלו ועברו מן העולם. לפני עשר שנים היה משפטן ישראלי יכול לחשוב ש"אקטיביזם" הוא שם של אסכולה בסתוניות. היום זו שאלת־מפתח בתפיסת־העולם של המשפטן.

המשפט הישראלי עובר שינויים כל העת. יודע זאת כל משפטן המביט לעת ערב על ערימת הפדיי הממתינה לו בתום יום עבודה מתיש. אבל דומה שבשנים האחרונות עובר המשפט שלנו שינויים שמעבר לאלה הרגילים המתמלילים כל העת בכל שיטת משפט. גם האקדמיה המשפטית משתנה. מה קורה? לאן זה מוביל?

1. האוניברסיטה

כל פקולטה למשפטים מנהלת את חייה במתח שבין שני קטבים סותרים. הקוטב האחד הוא זה של האוניברסיטה. תכליתה הראשונית של האוניברסיטה היא מחקר לשם השגת דעת לשמה, היינו, דעת שהשגתה מונעת על־ידי הרצון האנושי להבנת הקודה בעולם. האוניברסיטה אמורה להשיג את הדעת בדרך של מחקר, המבקש לתת מענה על השאלות היסודיות המתעוררות בתחומים השונים של הדעת. הדעת האקדמית צריכה לעמוד במבחן האמת האקדמית, היינו, עליה להיות מושגת בהאם לפרוצדורות המחקר האקדמיות ולהיחשב אמיתית על־פי הפרדיגמות האקדמיות, שבמסגרתן היא מושגת. תכליתה המשונית של האוניברסיטה היא לעסוק בהפצת הדעת שהיא משיגה.¹

דעת לשמה שונה מדעת אינסטרומנטלית. זו האחרונה היא דעת שמבקשים להשיגה כדי שתשמש מכשיר לקידום של יעדים הנחשבים בעלי ערך מעבר לערך הטמון בדעת עצמה, היינו, יעדים הנקבעים על־פי שיקולים שמעבר לאלה העומדים ביסוד פעולתה של האוניברסיטה.

מוכן שניתן לעשות שימוש אינסטרומנטלי בדעת המושגת באוניברסיטה. מוכן גם שאין האוניברסיטה יכולה להיות איישה לשימושים

הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט

בשורות הבאות אטען, שאף כי הסתירה קשה, ניתן ליישבה, אך באופן חלקי בלבד.

4. התפיסה המטורחית של המשפט בישראל

למזן שגות תומכים, שלטה במשפט הישראלי תפיסת-העולם של הפורמליזם המשפטי. הפורמליזם היה התפיסה המקובלת על שופטים ועורכי-דין בישראל כאשר לתפקידיה ולדרך פעולתה של מערכת המשפט. ציקורן של הפורמליזם הוא התייחסות למשפט כאל מערכת של כללים וקונספציות, האמורה להיות מופעלת על-פי היגיון פנימי משלה, תוך הצנעת המוד הערכי של המשפט, ותוך הצנעת השיקולים בדבר יחסי-הגומלין שבין המערכת לבין החברה שבגורדה היא מופעלת.

הפורמליזם המשפטי מצניע את המשמעות הערכית ואת ההשלכות התרבותיות של כללי המשפט. במסגרת ההבחנה בין *התכנים* של כללי משפט, מצד אחד, לבין *השעמים* העשויים להצדיק כללי משפט, מצד אחר, מתמקד הפורמליזם בתכנים של הכללים ומצניע את השאלות המתמחמות לטעמים העומדים ביסוד הכללים.

הפורמליזם המשפטי חותר לכך שכל מצב עובדתי, העומד ביסודו של סכסוך משפטי, יוכל להתמיין אל תוך הקטיגוריה המשפטית שבחוקה מצוי הפתרון שאמור להסדירו. לפיכך, חותר הפורמליזם לכך שקטיגוריות המשפט יכנו על-פי סדר היינוני, בלא שתתקיים ביניהן חפיפה. במצבים שבהם מתעוררת שאלה משפטית שאין לה פתרון ברור ומוכן מראש, חותר הפורמליזם להגיע לפתרון לא בדרך של הפעלה במישורן של שיקולים ערכיים, אלא בדרך של הפעלת נוסחות הלשון והקונספציות שמהן מורכבת המערכת הקיימת של כללי המשפט. משמע: הפורמליזם חותר לכך שציקורן של המשפטן ייצר ברובד הלשוני והקונספטואלי של המשפט, ולא יגיע לרובד של הטעמים הערכיים, העומדים ביסודם של כללי המשפט, ואף לא לרובד של השיקולים בדבר ההשלכות המבטחיות של המשפט. הפורמליזם גם חותר לכך שלכל בעיה משפטית יהיה פתרון "נכון" אחד, שאליה יהיה ניתן להגיע על-ידי הפעלה נכונה של כללי המשפט הקיימים, בהתאם לכללים של הנמקה משפטית (Legal Reasoning).⁷

על החינוך המשפטי

מסוימת של התפתחות ההגות והתרבות. מלומדים החיים בתקופות שונות וכמקובלם שונים פועלים במסגרתן של פרדיגמות אקדמיות שונות, היינו, הם מתמקדים במאפיינים שונים של המציאות ומספלים בהם באמצעות מסגרות חשיבה שונות.⁵ מלומד אקדמי המתמייח בעליונותו, מנקודת-ראות של הפרדיגמה של דורו או מקומו, לפרדיגמות של דורות קודמים או מקומות אחרים, טוב לו כי יזכור, שבעקבות המשך התפתחותן של תהגות והתרבות, תיראה יום אחד גם הפרדיגמה שלו מיושנת. טבען של פרדיגמות הוא, שהן עולות, קובעות את דרך חשיבתם של החוקרים העוסקים בתחום אקדמי מסוים, ולאחר-מכן, בעקבות התפתחויות נוספות של ההגות והתרבות, הן מוחלפות בפרדיגמות אחרות. יתר על-כן, בתחומים אקדמיים שמעבר למדעי-הטבע, פרדיגמות מופעלות, בדרך-כלל, תוך התחרות עם פרדיגמות מתחרות אף באותה תקופת זמן עצמה.⁶ משמע: בתחומים רבים של הדעת, פועלים מלומדים בתנאים של יריבות בין פרדיגמות, כשפרדיגמות מתחרות סותרות אלה את אלה וכופרות זו בערכה של זו.

3. עורכי-דין ושופטים

הקוטב השני שבצל המשפיעו פועלת כל פקולטה למשפטים הוא זה של לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט. רובם המכריע של תלמידי הפקולטה באים אליה לא מתוך כוונה לעסוק בשאלות שתופעת המשפט מעוררת מתוך גישה של חתירה לחשג דעת לשמה. הם באים מתוך כוונה לעסוק, עם תום לימודיהם, בעריכת-דין, היינו, להשתמש בדעת הנרכשת בפקולטה שימוש אינסטרומנטלי. אכן, עם עיובם את הפקולטה, משתמשים עורכי-הדין בדעת הנרכשת בה בשירות לקוחותיהם. אלה מביניהם העצטים לימים שופטים משתמשים בדעת הנרכשת בפקולטה כדי למלא את התפקידים המוטלים עליהם בעוסקם במלאכת השיפוט.

כמוסד אוניברסיטאי, הפקולטה למשפטים צריכה לחתור להשגת דעת לשמה. כמוסד המכשיר עורכי-דין ושופטים, צריכה הפקולטה לחתור להשגתה של דעת, שעורכי-דין ושופטים יוכלו להשתמש בה באופן מוציא במסגרת עיסוקם המקצועי בשירות לקוחותיהם או כמילוי תפקידיהם. הניתן ליישב את הסתירה?

תפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשנת עורכי-הדין ובתי-המשפט

כללים ואמות-מידה באשר לידע התקף. על-פי הפוזיטיביזם, ידע תקף הוא רק ידע שהושג באמצעים אמפיריים, באמצעות שיטות התקורה של המדע. מושא הדיעה היחיד הן עובדות, ועל קיומן של עובדות ניתן לדעת רק באמצעות התפיסה החושית והניסיון. השקפתה של הפילוסופיה הפוזיטיביסטית בדבר הידע התקף היא הובקת-כל; היא מתייחסת לא רק לידע של מדעי-הטבע, אלא לידע הנרכש בכל תחומי הדעת. מכיוון ששיפוטים ערכיים נמצאים מעבר לתחום האמפירי, אין לשיפוטים כאלה מעמד של ידע. (לכל היותר, ניתן להעריך את מידת הרציות של אמצעים כמכשירים להשגת מטרות, אך לא ניתן להעריך את מידת הרציות של המטרות עצמן).¹⁰ על-פי הפוזיטיביזם, תפקיד המדע הוא להשיג ידע תקף ולארגנו, כדי לאפשר לבני-האדם שימוש בידע לצורכיהם. הפוזיטיביזם חותר ליצירתו של מדע כולל, שקיף את כל תחומי הדעת. אכן, כאמור לעיל, לפילוסופיה הפוזיטיביסטית הזתה, החל במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה, השפעה רבה על תחומים רבים של הדעת, ביניהם מדעי החברה¹¹ והרוח.

5. הפרדיגמה האקדמית המסורתית

הפורמליזם המשפטי היה רק התפיסה המקובלת על שופטים ועורכי-דין בישראל באשר לתפקידיה ולדרך פעולתה של מערכת המשפט; הוא גם היה הפרדיגמה האקדמית, שבמסגרתה ניהלה האקדמיה המשפטית של ישראל, למן שנות החמישים, את המחקר ואת ההוראה שלה. משמעי: באופן מסורתי, התקיימה במשפט הישראלי תפיפה בין תפיסת-העולם המשפטית, שהייתה מקובלת על משפטנים מעשיים, לבין הפרדיגמה האקדמית, שבמסגרתה פעלו מלומדי המשפט.

גם כפרדיגמה אקדמית, תופס הפורמליזם את המשפט כמערכת של כללים, המופעלת בעיקר על-פי שקוללים "פנימיים" משלה, במנותק משיקולים ערכיים ובמנותק מן החברה שבגדרה היא מופעלת. במילים אחרות, מכל עושר התופעות וההיבטים שבהם ניתן לעסוק כשמדברים על תופעת המשפט. מנקדת הפרדיגמה האקדמית של הפורמליזם את תשומת-ליבו של מלומד המשפט לתוכנם של כללי המשפט ולאינטראקציה שבין כללים אלה לבין המצבים העורכתיים האמורים להיות מוסדרים על-ידם.

על החינוך המשפטי

התמקדותו של הפורמליזם בכללי המשפט הקיימים ותורתו לכך שלכל בעיה משפטית היה פתרון "נכון" אחד מביאות אותו לדי הצנעת משקלם של המצבים שבהם אין בשיטת המשפט פתרון ברור ומחיי-משמעי לבעיות משפטיות ולהצנעת הכתייתות הכרוכה ביצירתם של פתרונות במצבים כאלה.

מכיוון שהפורמליזם מתמקד בכללי המשפט ובאינטראקציה שבין כללי המשפט לבין המצבים העורכתיים האמורים להיות מוסדרים על-ידם, הוא נותן משקל מכריע לשוני כישורים עיקריים של המשפטן. ראשית, מידת הבקיאיות של המשפטן בתוכניהם של כללי המשפט הקיימים. שנית, "הכושר האנליטי" של המשפטן, היינו, יכולתו לאתר בכל סיפור עובדתי את מאפייני המשפטיים הרלוונטיים, שעל-פיהם הוא צריך להתמקד אל תוך קטיגוריית המשפט המכילה את הפתרון האמור לחול עליו, ובמצבים של היעדר פתרון ברור ומוכן מראש – יכולתו של המשפטן לאתר את כללי המשפט וקונספציות המשפט שעשויה להיות להם רלוונטיות לקביעת הפתרון המשפטי המבוקש, וכן יכולתו של המשפטן לפרק כללים וקונספציות אלה לרכיביהם ולגזור מהם משמעויות ומסקנות, בין היתר בדרך של השוואת התכנים של רכיבים שונים אלה עם אלה, לעומת זאת, בהצניעו את המימד הערכי והמכרתי של המשפט, אין הפורמליזם מייחס משקל רב ליכולתו של המשפטן להבהיר ולשקול באורח מלומד את המשמעויות הערכיות ואת המשלכות התברחיות של כללי משפט קיימים ושל פתרונות משפטיים אפשריים. על-פי הפורמליזם, מקום שהמשפטן נדרש להפעיל שיפוטים ערכיים ושיקולים תברתיים, הוא אמור לעשות זאת באורח אינטואיטיבי. אכן, לצד הבקיאיות בתכנים של כללי המשפט הקיימים ולצד "הכושר האנליטי", הכישור הנוסף החשוב ביותר של המשפטן הפורמליטי הוא "השכל-הדישר", היינו, היכולת להפעיל אינטואיציות של אדם נבון.⁸

הפורמליזם המשפטי קרוב ברוחו לפילוסופיה הפוזיטיביסטית. הפילוסופיה הפוזיטיביסטית⁹ זכתה במעמד חשוב ובהשפעה רבה בפילוסופיה וכתחומים רבים של הדעת (כגון: מדעי-החברה) במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה ובמחצית הראשונה של המאה העשרים. נמבין התנגים הנמנים עם זרם זה, מוכרים למשפטנים שמוחיתם של אוגוסט קובט, ג'רמי בנטהאם וג'ון סטיוארט מיל, בעיקרה, הפילוסופיה הפוזיטיביסטית היא השקפה לגבי הידע האנושי: היא מבקשת לקבוע

הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט

ידו. על-פי התפיסה המסורתית של מדעי הטבע, אמור החוקר לשמור על ריחוק ממושא המחקר שלו, ולעקר כל השפעה שלו על המחקר. אלא, החוקר אמור להפעיל פרוצדורות של מחקר, שיאפשרו קליטה של מושא המחקר, "כמות שהוא", בתודעת החוקר, היינו בלא שתודעת החוקר תשפיע, ולו במשוזו, על מסקנות המחקר. (התפיסה המסורתית דוברת ורחס שבין החוקר ומושא המחקר הושבה לפחות בעקבות עלייתה של פנונתק הקואונטיים בשנות העשרים למאה, הפורמליום המשפטי תופס את יחסו של השופט למשפט באורח דומה. השופט נתפס כפועל במסגרת המציאות המשפטית הדיקטורניאלית והקונסטואלית כאילו היתה תודעתו ורוחה אך ורק תומרים משפטיים דיקטורניאליים וקונסטואליים, היינו כאילו לא עוצבה תודעתו על-ידי נסיון החיים הייחודי לו, על-ידי התרבות תלויה הזמן והמקום שבה חי, או על-ידי תרבותם של החוגים המכתיבים שעמם הוא נמנה.

מכיוון שכך, ומכיוון שמלומד המשפט הפורמליסטי נוטה להתעלם גם מהמלמד הערכי והמבדתי הכרוך בקליטתם של כללי משפט על-ידי שיטת המשפט שבה הוא ממוקם, הוא ישיקיע מאמץ ניכר באיתרו של תקדים, שצמח בשיטת משפט כלשהי, ולו גם חוקקה (למשל, ניו-יורק), הנוגעת בעניינו, ויקנה לעורכת הוצאה של תקדים כזה משקל ניכר, במסגרת שיקוליו. בדומה לכך, מלומד משפט פורמליסטי יקנה משקל ניכר לתקדים גם אם זמן ממושך מפרדי בין מודע היווצרותו של התקדים לבין תקופת פעולתו של המשפטן. ברוח מדעי-הטבע, תקדים, גם אם הוא מרוחק מבחינת המקום והזמן, יראה למשפטן הפורמליסטי מרכיב חשוב של המציאות המשפטית והזמן, "יראה למשפטן הפורמליסטי מרכיב חשוב של מילוליים של פסיקות משפטיות. אכן, כשם שהמציאות הפיסיית של העולם נתפסת על-ידי מלומד מדעי-הטבע כגון: מלומד הפיסיקה הניוטונית) כמשהו יציב, קבוע, הנתון מתנאים תרבותיים שהם תלויי זמן ומקום, כך גם עבור מלומד המשפט הפועל בחיקה של הפרדיגמה האקדמית של הפורמליום, המשפט – המצמצם בעיניו של מלומד זה למימד של המסרים הדיקטורניאליים והקונסטואליים של המשפט – הוא ישות אוניברסלית, כמובן זה שהוא נתפס כקיים במנותק מתנאים ייחודיים של זמן ומקום.

אכן, בהשוואה למאמץ הרב שמלומד המשפט הפורמליסטי ישיקיע באיתרו של תקדים, ירא יעום המאמץ שהוא ישיקיע בניסיון להבין את

על החינוך המשפטי

מכיוון שכך, בדומה לתפיסת-העולם של הפורמליום המשפטי, מדיגישה גם הפרדיגמה האקדמית של הפורמליום את *הבקיאות* בתוכניהם של כללי המשפט ואת *"הכושר האנליטי"* כשני הכישורים החשובים ביותר של מלומד המשפט. כפרדיגמה אקדמית, מצפה אפוא הפורמליום מלומד המשפט כי יעסוק בעיקר בהבהרת התכנים של כללי המשפט שבתחום עיסוקו; בזיקוק פסיקותיהם של בתי-המשפט לכללים משפטיים כרויים; בניחות משפטי "נכון" של עובדות המקרים שהתעוררו בפסיקה; בייזום מצבים עובדתיים היופתיים, קרי, כאלה שטרם התעוררו בפסיקה, וכפתורנם ה"נכון" על-פי קטיגוריה המשפט האמורה להסדירם; בחשיפת התכנים התבוים במשתמע בלשון ובקונסטואיות של כללי המשפט הקיימים; בפירוק כללי המשפט וקונסטואיות המשפט לרכיביהם ובניתוח התכנים, המשמעויות והזיקות ההדדיות שביניהם. לעומת זאת, אין הפרדיגמה האקדמית של הפורמליום מצפה מלומד המשפט כי יעסוק בהבהרת המשמעויות הערכיות והמבדיות של המשפט.

התמקדותו של הפורמליום בכללי המשפט, מכל תופעת המשפט, היא בעלת חשיבות רבה מבחינת יכולתו של הפורמליום להציג עצמו כפרדיגמה אקדמית "מדעית": הוא מאפשרת לפורמליום להציג את המשפט כ"מדע", מן הסוג של *מדעי-הטבע*. כשם שמדעי-הטבע מתמקדים בחקר המצב העובדתי של העולם הפיסי ובחקר היחסים הפיזיקיים הקיימים בין מרכיבים שונים של העולם המשפטי, היינו, בתכנים של הכללים המהווים את המשפט ובחקר היחסים הפיזיקיים הקיימים בין מרכיבים שונים של המשפט. במילים אחרות, כשם שהעולם הוא בגדר עובדה עבור המדען של מדעי הטבע, כך גם כללי המשפט הם בגדר עובדה מבחינתו של מדען המשפט. אכן, כרות הפילוסופיה הפיזיקיסטית, משפטנים פורמליסטיים שואבים את השראתם ממדעי-הטבע, הם מכקשים לארגן את המשפט כמצרפת דמוית מערכת מדעית, שהמצבים העובדתיים הנוצרים בעולם יכולו להתמייץ אליה במדויק. הם גם מאמינים כי ההנמקה המשפטית צריכה להיות הנמקה מן הסוג המקובל במסגרת מדעי-הטבע, היינו, הנמקה *הוכחתית*, שעיקרה יציאה מהנחות-יסוד, הפעלתם של כללי חשיבה מוסכמים והנבעתה של מסקנה אחת נכונה.¹²

בדומה לכך, הפורמליום המשפטי תופס את יחסו של השופט למשפט כייסו של מלומד מדעי-הטבע למציאות הפיסיית של העולם, הנתקרת על

הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט

הפורמליזם מצדד בהכרעה בהתאם לנוף המשפטי הלשוני והקונספסואלי, הנושב רלוונטי לשאלה, משמע: הפורמליזם מציג הכרעות ערכיות, שכרוך בהן מעבר אל הרצוי (ought), מכללי המשפט הקיימים בשיטה במפורש המצוי (is) אל המצוי (is), היינו, מכללי המשפט הקיימים בשיטה במפורש לכלי המשפט הנהגשים קיימים בשיטה במשמעות¹⁵. בכך מצליח הפורמליזם לשמור על זהותו כמי שעוסק במשפט כבישות אויביקטיבית, בנוסח המציאות הפיטית שבה עוסקים מדעי-הטבע, תוך הימנעות מהדירה לתחומים של האתקה והפוליטיקה, הנהגשים מושחתים על הפעלתם של שיקולים ערכיים, הנהגשים, הם עצמם, לא את סובייקטיביים. נגם בנקודה זו בולט לעין ההמיון בין הפורמליזם המשפטי לבין הפילוסופיה של הפוזיטיביזם)

יתר על-כן, בנקודה זו מצויות גם שתי סיבות לאטרקטיביות הרבה של הפורמליזם המשפטי, כתפיסת-עולם משפטית וכפירינגמה אקדמית.

הסיבה הראשונה היא, שפתרונות המשפט המונבצים במסגרת הנישה הפורמליסטית יכולים להנות מרמה גבוהה יחסית של לגיטימיות אצל אלה האמורים להכפף להם למשל, צדדים מתדיינים) או להשתכנע כי יש לאמצע ולמשל, שופטים או מלומדי משפט, מכיוון שהפורמליזם מציג את כללי המשפט כמציין ישות אויביקטיבית, שהיא חפה מהכרעות ערכיות וחברתיות, הנהגבות סובייקטיביות; מכיוון שהפורמליזם מציג הכרעות משפטיות הכרוכות ביצירתיות וחשיפה של פתרונות שהם קיימים במשמעות, בהתאם להציון הפנימי הלשוני והקונספסואלי של מערכת הנומותר הקיימת; מכיוון שהפורמליזם מדגיש את השיבותן של אינטואיציות "השכל-הישר" כמכשיר להגעה לפתרונות משפטיים; מכיוון שהפורמליזם מתעלם מהמימד האישי הייחודי ששופטים מביאים עימם לפסקותיהם, ומהמימד החברתי הייחודי, תלוי הזמן, המקום והסביבה החברתית, ששופטים מביאים עימם לפסקותיהם – הוא מצליח להציג את שיטת המשפט בשיטה שקשה לערער על תכניה¹⁶.

סיבה שנייה לאטרקטיביות הרבה של הפורמליזם המשפטי היא, שהיא מצליחה ליצור תחושה של ודאות, יציבות, אחידות, קביעות והימנעות ממה שנתפס כסיכונים של סובייקטיביות, שרירותיות, אקראיות וכאוס בתהליכים של קבלת החלטות משפטיות.¹⁷ הפורמליזם המשפטי מציג את גורמות המשפט לא כמכשיר למומש של ערכים, הנהגשים פרי בחירה סובייקטיבית, ושניתן לכפור בעליונותם ולהציע אחרים תחתם, אלא

על הדיבור המשפטי

המשמעות של הפתרונות האפשריים לבציה שעימה הוא מתמודד, היינו, את הטעמים הערכיים שביסוד פתרונות אלה, את תפיסת העולם שהפתרונות מייצגים, ואת ההשלכות החברתיות של הפתרונות. יתר על-כן, כמשפטן פורמליסט, המציג את הקשר שבין המשפט לבין החברה שבחיקה הוא נולד ומופעל, בהתייחסותו לתקדים רחוק, יתעלם המשפטן מן השאלה מהי מידת המיון בין התנאים החברתיים והחברתיים שבהם נולד התקדים לבין התנאים החברתיים והחברתיים שבהם פועל המשפטן. אכן, כשם שמלומד מדעי-הטבע יבקש להתחקות אחר הקורה במציאות הפיטית של העולם ויעסוק בה כממשות הנבדלת מן המציאות החברתית והחברתית, כך יראה גם מלומד המשפט הפורמליסט את המשפט כאילו היה חלק מן המציאות הפיטית של העולם, שהשאלה העיקרית המתעוררת לגביו היא בו מבהינת התכנים העובדתיים המרכיבים אותו.

אכן, כאשר אמר כריסופר קולומבוס לנגדל – שמונה ב-1870 להיות הדיקאן של בית-הספר למשפטים של אוניברסיטת הארוורד והיה מראשי הורים הפורמליסטי במשפט האמריקאי במחצית השנייה של המאה התע-עשרה – כי המשפט הינו מדעי,¹⁸ הוא דיבר על המשפט כמושגים של מדעי-הטבע של זמנו, ברוח הפילוסופיה הפוזיטיביסטית של עורך-הדין או באלם כי הסיבה שלא ניתן ללמוד משפטים במשרדו של עורך-הדין או באלם בית-המשפט נעוצה בכך שהמשפט הינו מדעי. כמדע, טען לנגדל, חייב המשפט להילמד בפקולטה למשפטים, שספיריטה עמוסה פסקי-דין וספרי חוקים. "כשכילנו", הוא כותב, "הספרייה היא מה שמעבדות האוניברסיטה תן בשביל הכימאים והפיסיקאים, מה שמוזיאון הטבע הוא בשביל חוואלוגים ומה שתגן הבוטני הוא בשביל הכוונקאיים".¹⁴

התייחסותו של הפורמליזם המשפטי למשפט באמות-המידה של מדעי הטבע היא בעלת משמעויות מרחיקות-לכת, במיוחד כשמדובר בהכרעה בשאלות משפטיות שאין להן פתרון ברור ומוכן מראש. כוכור, הפורמליזם מציג מאד את הבעייתיות הכרוכה ביצירתם של פתרונות משפטיים במצבים כאלה. כשם שמלומד מדעי-הטבע מתמקד ב"יש" העובדתי, ומתקשה, או אף אינו מסוגל, לעסוק במה שמעבר לו, כן מתמקד הפורמליסט המשפטי ב"יש" המשפטי ומציג את המצבים שבהם עשוי המשפט חלל ריק. מכל מקום, במצבים של היעדר פתרון ברור ומוכן מראש, אין הפורמליזם מציג שקילה של פתרונות אפשריים באמות-מידה של השיקולים הערכיים והחברתיים שהם בעלי רלוונטיות לשאלה, אלא

הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשפת עורכי-הדין ובתי-המשפט

המשקפת אף היא את התייחסותה של הפרדיגמה האקדמית של הפורמליזם אל המשפט באמות-המדדה של מדיעי-הטבע: שאלת ערכיות מוצגות לא כשאלות שהכרעה בהן מצריכה הפעלתם של שיפוטים הנחשבים סובייקטיביים או תלויי קבוצה חברתית, אלא כשאלות שיש להן פתרון "נכון", אובייקטיבי, ה"כופה" עצמו כביכול על כל מי שנותן דעתו על הבעיה. זאת, בדומה לאופן שבו כופה עצמה המציאות תפיסית של העולם על מלומד מדיעי-הטבע כממשות בעלת קיום אובייקטיבי, וכדומה לקן החשיבה המאפיין את פעולתו של מלומד מדיעי-הטבע, היינו, התחרות להשגתן של אמירות על העולם שהן "נכונות" ולניפויין של אמירות שהן בלתי-נכונות. אכן, מטיבה זו עצמה, מלומדי משפט פורמליסטיים, בניגודם רבים ממלומדי המשפט של ישראל, מנסחים את מסקנותיהם, לא-אח, בלשון רבים: "נראה לנו כי...", "אנו סבורים כי...", וכיוצא בזה. המתברר הנהגה כך מבליע ומשטש את הויתו כחיד בעל העדפות סובייקטיביות. הוא כאלו אומר לקורא: "ההכרעה שאני מציג לפניך אינה הכרעה שלי, התלויה בהעדפות הערכיות שלי, אלא, אני מציג לפניך מסקנות המתבקשות באופן הכרחי ע"פ הניין הדברים, ולו אתה במקומי – היית אף אתה מוגיע למסקנותי".

משמע: גם מלומדי משפט פורמליסטיים מוציאים עצמם נאליצים, לציחם, לחרוג אל מחוץ למימד הדוקטרינלי והקונסטטואלי של המשפט. מלומדי משפט פורמליסטיים אינם יכולים, איפוא, לעולם, להיות פורמליסטים מושלמים, "הרמטיים". אולם, בעשותם כן, הם מגבילים עצמם רק לדובר של האינטואיציות הפשוטות, הנסיסיות, ואין הם מוכנים להתיק לכת לרברים אחרים, העשויים לשמש טעם לבהירה כפתרונות משפטיים, כגון: תיאוריות מוסר, תיאוריות פוליטיות, שקוללים בדבר ההשלכות החברתיות של פתרונות אפשיים.

7. החפיפה בין הדעת האקדמית והדעת המעשית

כפרדיגמה אקדמית, צופה איפוא הפורמליזם עיסוק אוניברליסטי במשפט שהוא דומה מאוד לעיסוק המעשי במשפט. כמו המשפטנים המעשיים גם מלומדי המשפט אמורים להמקד בתכנים של כללי המשפט, ככללי פעולה, ולא בטעמים תועמדים ביסודם של הכללים ובהשלכותיהם

על החינוך המשפטי

כתלק מן המציאות העוברתית האובייקטיבית של העולם, המכילה פתרונות שחלקם גלויים לעין וחלקם משתמעים, היינו, אף כי הם תבויים ונסתרים, הרי הם קיימים בכל זאת, וכל שנדרש מן המשפטן הוא לגלותם ולהשוף את קיומם לעין.

6. הפעלתם של שיפוטים אינטואיטיביים

אכן, בפועלה במסגרת הפרדיגמה האקדמית הפורמליסטית, עסקה האקדמיה המשפטית של ישראל, למן שנות החמישים, בדרך-כלל, בהכרעה התכנים של כללי המשפט, והתייחסה לשאלות בדבר המשמעויות הערכיות והחברתיות של כללי המשפט כאילו הן מצויות בתומו העיסוק של מדיעי הרוח והחברה.

באותם מקרים שבהם עסקה האקדמיה המשפטית של ישראל, בכל זאת, באופן שיטתי, במימד הערכי או החברתי של המשפט, לא נעשה הדבר, בדרך-כלל, במסגרת הדין האקדמי שהתנהל בגדרן של הריציפלינות המשפטיות המוכרות (ויני עונשין, דיני נזיקין וכיוצא באלה), אלא בשולי העיסוק של האקדמיה המשפטית, היינו במסגרת קורסים מתחלפים במסגרת לנושאים אלה, הממוקמים על "קוד-התפר" שבין דיציפלינות המשפט והריציפלינות של מדיעי החברה והרוח, כגון: סוציולוגיה של המשפט, היסטוריה של המשפט, משפט ומוסר וכיוצא באלה.

יתר על-כן, באותם מקרים שבהם חייב העיסוק בכללי המשפט, בגדרן של דיציפלינות המשפט המקובלות, הפעלתם של שיפוטים ערכיים, נעשה הדבר באופן אינטואיטיבי ולקוני. הכרעות נורמטיביות נומקו לא-אחת בנוסח "הצדק מחייב כי...", "בלא הכהדה ופירוט, תוך שהמתבר ע"ל כך שאינטואיציות הצדק שלו חופפת ליו של הקורא, ותוך שהמתבר מגייס את הקורא להצטרף למסקנתו בהציגו אותה כ"שבביעת", כמובנת מאלה, ולכן גם כאינטואיציה שאי-אפשר לחלוק עליה. במקרים רבים אחרים, אפילו לא אוכרו הכרעות נורמטיביות קונסטטיביות איתן כלשהי, אלא המתבר פשוט הכריז על מסקנתו, כשהוא סומך על כך שהמסקנה תשקף אינטואיציה שגם הקורא שותף לה. נוסחו של הנמקות אלה היה: "נראה כי...", "המסקנה המתבקשת היא...", "הגישה שיש לתמך בה היא...", וכיוצא באלה. אכן, ביסודן של דרכי הנמקה אלה עומדת נהגה

הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי־הדין ובתי־המשפט

הפרדיגמה האקדמית של הפורמליזם היא, שההגדרה העצמית שלהם כמלומדים אקדמיים מטישטש או אף תאבד, לטובת הגדרה עצמית של מי שתפקידם הוא התפקיד האינסטרומנטלי של הכשרתם והשכלתם של משפטנים מעשיים.²⁰

8. תפיסת־עולם חדשה ופרדיגמה אקדמית חדשה

תפיסת־העולם של הפורמליזם המשפטי שלטה בהשיבה על המשפט שהיתה מקובלת בקרב עורכי־דין ושופטים בישראל עד שנות השמונים. הפורמליזם גם היה הפרדיגמה האקדמית שבמסגרתה פעלו מלומדי המשפט של ישראל. אולם, מעמדו של הפורמליזם בשיטתנו נחלש בשנות השמונים, עם עלייתן, במקביל, של תפיסת־עולם חדשה ופרדיגמה אקדמית חדשה לגבי המשפט. התפיסה והפרדיגמה שעלו בשנות השמונים מנוגדות לתפיסה המסורתית, הפורמליסטית, בעיקר בשניים:

ראשית, תפיסת־העולם והפרדיגמה האקדמית החדשה מדינאית את המימד הערכי והחברתי של המשפט, היינו, את הטעמים הערכיים והחברתיים העשויים לשמש לצדקה לקיומם של כללי משפט פרוטוקולריים, ואת התפקוד החברתי שהמשפט, כמערכת כוללת, מהלל בהבהרה ובאכיפה של ערכים וכן בחלוקתם של משאבים.²¹

שנית, בניגוד לפורמליזם, המציג את ההכרעה המתקבלת במקרים שבהם אין בנמצא לכרעה המשפטית פתרון ברור ומוכן מראש בהכרעה טכנית, שציקרה השיעה של מה שנמצא במשתמע בתכנים הלשוניים והקונסטראוקטיביים של שיטת המשפט הקיימת, מדינאית תפיסת־העולם והפרדיגמה האקדמית הלא־פורמליסטיות את הקשיים הכרוכים בהכרעות כאלה, לנוכח המימד הערכי של ההכרעה המתקבלת בהם.

תפיסת־העולם החדשה על המשפט עלתה בשנות השמונים והתשיעים בהנחותיו של בית־המשפט העליון. בפסיקה של שנות השמונים ניתן למצוא שורה של דרכי הנמקה חדשות, שכולן משקפות תפיסה בלתי־פורמליסטית של המשפט, היינו, תפיסה המדיגישה את השיקולים בדבר הטעמים העשויים לעמוד ביטוחם של כללי המשפט; החורגת מעבר לדובר הלשוני והקונסטראוקטיבי של המשפט, אל הרובד של הטעמים הערכיים שביטוחם של כללי המשפט; והדואה את המשפט כאמצעי להבהרתם ולאכיפתם של ערכים וכן מכשיר לחלוקתם של משאבים חברתיים, לצד

על החינוך המשפטי

של הכללים. מלומדי המשפט אמורים להפעיל כישורים מקצועיים דומים לכישוריהם של עורכי־הדין והשופטים, תוך פעולה בדרכים דומות לאלה שבהן מפעילים עורכי־דין ושופטים את כישוריהם. יוצא, שכפרדיגמה אקדמית להשגחה של דעת לשמה על המשפט, יוצר הפורמליזם מתאם גבוה מאוד בין התכנים של החוברים האקדמיים שכותבים מלומדי המשפט, מצד אחד, לבין הספרות המקצועית הנחוצה למשפטנים המעשיים, מצד אחר, או במילים אחרות, בין הדעת לשמה האוניברסיטאית לבין הדעת האונטוטומנטלית שלה זקוקים עורכי־דין ושופטים. אכן, גולת־הכותרת במפעלו האקדמי של מלומד משפט הפועל בגדר הפרדיגמה האקדמית של הפורמליזם המשפטי היא כתיבת הספר המקיף, הדפיניטיבי, המספק תיאור של מצב המשפט בתחום הדיסציפלינה המשפטית שבה מתמחה המחבר. סוג אחר של חיבור אקדמי המקובל על מלומד המשפט הפורמליסטי היא זה של "הערות פסיקה", שבה מציג המלומד ניתוח משפטי חלופי לה שנבחר על־ידי השופט בפסק־דינו, היינו, מלומד המשפט כאילו כותב מחדש את פסק־דינו של השופט.¹⁸ בדומה לכך, כפרדיגמה אקדמית, יוצר הפורמליזם המשפטי מתאם גבוה מאוד בין התכנים של הרצאותיהם של מלומדי המשפט לבין התכנים של הידע הנחוץ להכשרתם של משפטנים מעשיים.

כפרדיגמה אקדמית, יוצר איפוא הפורמליזם מתאם גבוה מאוד בין הדעת האקדמית, הדעת לשמה על המשפט, שהפקולטה למשפטים מסוגלת להפיץ במסגרת התפקוד שהיא ממלאת בהפצת הדעת, לבין הדעת שבה מעוניינים משפטנים מעשיים. מתאם גבוה זה מאפשר, לא אחת, התייחסות לפקולטה למשפטים, הפועלת במסגרת הפרדיגמה האקדמית של הפורמליזם, לא רק כאל מחלקה אוניברסיטאית שתפקידה השגרה והפצה של דעת לשמה, אלא גם כאל כתיבספר מקצועי שתפקידו הפצה של דעת אינסטרומנטלית. תופעה זו בין העיסוק המשפטי האקדמי, במסגרת הפרדיגמה של הפורמליזם, לבין העיסוק המשפטי המעשי, במסגרת תפיסת־העולם של הפורמליזם, גרמה לכך שפעם אחר פעם ניתן למצוא בכתיבתם של מלומדי משפט פורמליסטיים התבטאויות המלמדות שאין הם תופסים כלל את עיסוקם כעיסוק של השגחה דעת לשמה במסגרת מחלקה אוניברסיטאית, אלא כעיסוק שערכו נמדד על־פי המידה שבה הוא תורם להשגחתם ולהשכלתם של משפטנים מעשיים.¹⁹ אכן, הניסיון מלמד, שאחת מסכנות החמורות הרובצות לפתחם של מלומדי משפט הפועלים בגדרה של

הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי־הדין ובתי־המשפט

האקדמיה המשפטית של ישראל פועלת איפוא בשנים האחרונות, לראשונה למן קום המדינה, במצב חדש, שכמותו לא ידעה בעבר. ממצב של דומיננטיות מוחלטת של פרדיגמה אקדמית אחת נמצב הדומה לה תקיים בדרך־כלל בתחומים של מדעי־הטבע, החלה האקדמיה המשפטית של ישראל לפעול בעשור האחרון, לראשונה בתולדותיה, כש לצד הפרדיגמה המסורתית מופעלת גם פרדיגמה חדשה נמצב הדומה לה המקובל בתחומים של מדעי החוז והחברה.

9. שאלות חדשות

הכלטת המימד הערכי והחברתי של המשפט במסגרת תפיסת־העולם הלא־פורמליסטית ובמסגרת הפרדיגמה האקדמית הלא־פורמליסטית²⁵ פירושה שהמשפט נתפס לא כמניין חלק של המציאות, המופעל בנבדל מהחברה, כישות אוטונומית, על־פי היניין פנימי משלו, המקביל, כביכול, להגיון הפעולה של המציאות הפיזית של העולם, אלא כמכשיר למימוש של יעדים ערכיים וחברתיים, האמור להשפיע על חייהם של בני החברה. משהו שיש לו נגיעה מרוחקת ועקיפה בחייהם של בני־אדם, נהפך המשפט לכלי להכרעה בשאלה הנצחית: "איך נחיה?" באופן המשפיע במישרין על חיי כל אחד ואחד מבני החברה. משהו אוניברסלי, המנותק כביכול מתנאים חברתיים ומרבותיים ייחודיים, נתפס המשפט כתוצר היסטורי, יחסי, של זמן ומקום מסוימים. הכלטת המימד הערכי והחברתי של המשפט מעוררת איפוא באופן מודגש שורה של שאלות שהדוחקן או שכלל לא יכלו להישאל במסגרת תפיסת־העולם הפרדיגמית האקדמית הפורמליסטית. מה שמאפיין את השאלות האמורות הוא, שעניינן אינו בהכנסים של המשפט כמערכת כללים לפעולה, אלא כמשמעות שיש לקיומם של המשפט כמערכת כוללת ושל כללי משפט פריטיקולריים על חייהם של בני־האדם החיים בצל המשפט, וכן פשוט פועלותיהם של הגורמים המפעילים את מערכת המשפט, כגון שופטים. שאלות אלה הן בעיקרן משני סוגים.

ראשית, שאלות בדבר *התוכן הנורמטיבי* של הכללים שממציאת מערכת המשפט, היינו, שאלות בדבר משמעותיותם של כללים אלה לאור תורת שונות של תורת המוסר ולאור תורות שונות של פילוסופיה

על החינוך המשפטי

חיותו מכשיר להכרעה בסכסוכים משפטיים ומכשיר לתכנון משפטי. בפסיקה ניכר מאמץ להתחקות אחר הסעיפים העשויים להצדיק פתרונות משפטיים אפשריים; נעשה שימוש מוגבר ב"ערכי־היסוד" וב"מטרייה הנורמטיבית" של השיטה כאמצעי פרשנות וכתומרי־גלם ליצירתם של כללי משפט; בית המשפט החל מציג עצמו כמי שמכריע הכרעות ערכיות הלשוניות וגדל משקלו של "מבחן התכלית" כאמצעי פרשנות; בית המשפט החל מכפיף את פעולותיהן של רשויות השלטון האחרות למבחן הסבירות; בית המשפט המעיט בחשיבותן של דרישות פרוצדורליות, ותחת זאת החל מפעיל, יותר ויותר, שיקולים מהותיים הכרוכים בעיצובם של פתרונות משפטיים.²² ניתן אף להניח, כי הרגשת המימד הערכי של המשפט תגבר בשנים הבאות, ולו רק בגלל הפיכתו של בית המשפט העליון מביית־משפט "מינהלי", הן בדרך שבה הרשות המבצעת מפעילה את חקיקת הכנסת, גם לבית־משפט "קונטיטנטיאלי", הן בדרך שבה הכנסת מפעילה את סמכויות החקיקה שלה, זאת, לאור הוראותיהם של סעיפים 8 ו־12 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 6 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.²³ כאמור, במקביל לעלייתה של תפיסת־עולם לא־פורמליסטית בפסיקתו של בית המשפט העליון, עלתה בשנות השמונים גם פרדיגמה אקדמית דומה באקדמיה המשפטית של ישראל. עד שנות השבעים, נהגו מלומדי המשפט של ישראל, בדרך־כלל, לשאוב את השראתם והינוכס מן המשפט האנגלי. תפיסת העולם המשפטית הפרדיגמית האקדמית המשפטית השולטת במשפט האנגלי, ככל הנראה, עד עצם היום הזה הן אלה של הפורמליזם המשפטי. החל בשנות השבעים, העתיקו מלומדי משפט ישראלים לא־מעטים את זיקתם המקצועית לשיטת המשפט ולמוסדות החינוך המשפטי של ארצות־הברית. הפרדיגמה האקדמית השלטת הן כמה עשרות שנים במוסדות העלית של החינוך המשפטי בארצות־הברית היא היפוכה של הפרדיגמה האקדמית הפרמליסטית. עיקרה הוא תפיסה משפט ישראלים מאנגליה לארצות־הברית באה לביטוי בתביעתם ובהוראתם של משפטינים אלה, שהתאפיינו בחתיחה להנחת המשמעות הערכיות והחברתיות של המשפט, תוך ניסיון מודע לפעול מחוץ לפרדיגמה האקדמית הפורמליסטית־האנגלית.²⁴

תפקיטה להשפטים: בין האינטגרטיביות, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט

האקדמיה המשפטית של ישראל דרך אחת בלבד לטיפול בשאלות האמורות: הדרך התאורטית.²⁶

הדרך האינטואיטיבית להתמודדות עם שאלות מבוססת על השימוש בדעת אינטואיטיבית, היינו, דעת שמקורה בעמדות-תרבותיות, או במילים אחרות, דעת שהיא תוצר של התפתחות היסטורית בלתי-מתוכננת. אינטואיציה היא עמדה שהיא תוצר של הפנמה ערכים תרבותיים, בעקבות תהליך הטריאליציה שעבר בעל האינטואיציה בתרבות שבה הוא פועל. מה שמייחד איפוא את ההתמודדות האינטואיטיבית עם שאלות הוא, שהתשובות אינן תוצר של השיבה מודעת ושל שימוש מודע בדעת לצורך טיפול בשאלות, אלא תוצר של תהליכים תרבותיים והיסטוריים.

הדרך התאורטית להתמודדות עם שאלות מבוססת על חשיבה מודעת ועל שימוש מודע בגופי דעת קיימים, שהושגו, הם עצמם, על-ידי אחרים, במסגרת מאמצים שלהם להשגת דעת. מפעיל הדעת משתמש בה במודע כמכשיר לפירושן של השאלות שצימן הוא מתמודד.²⁷

עם הפיכתן של השאלות האמורות לכאלה העומדות במרכז עיסוקה של תפקיטה למשפטים, הרי כמוסד אקדמי, לא תוכל תפקיטה להתמודד עימן בדרך האינטואיטיבית, אלא רק בדרך התיאורטית. כל דרך אחרת להתמודדות עם השאלות האמורות תעמוד בסתירה למהותה של האוניברסיטה, כמוסד החותר להשגת דעת לשמה על העולם. מכיוון שבמסגרת הפרדיגמה האקדמית של הפורמליות המשפטית, שאלות בדבר המשמעות הערכיות והתרבותיות של המשפט הן בעלות מעמד שולי, תורך האינטואיטיבית להתמודדות עימן יכולה להתשב מספקת, במידה שהן מעוררות בכלל. לעומת זאת, במסגרתה של הפרדיגמה האקדמית הלא-פורמלטיבית, השאלות האמורות נחפכות למרכזיות. בעידן אשר הפרדיגמה האקדמית הפורמלטיבית נמקמת את מלומד המשפט בעמדה (דומה לזו של מלומד מדיעי-הטבעי) של מי שצריך לתאר נכונה את מצב העולם שבו הוא עוסק, הרי הפרדיגמה האקדמית הלא-פורמלטיבית ממקמת את מלומד המשפט בעמדה של פרישן, היינו, בעמדה של מי שלא רק מתאר את מצב העולם שבו הוא עוסק, אלא בעיקר נותן משמעות לקורה בגורם המציאות שבה הוא עוסק. אולם, העיסוק של מתן משמעות לעולם אינו יכול להיעשות בדרך של חזרה על התכנים של התופעה שמבקשים לתת לה משמעות. אלא, הפעילות של מתן משמעות מתייבט תמיד הארה של התחום המתואר באמצעות תכנים המובאים אליו מבחוץ.

פוליטית. למשל: איזו גישה מוסרית באה לביטוי בכלל משפטי זה או אחר? איזו תפיסה מוסרית עומדת ביסוד קיומם של ענף משפטי או מוסד משפטי זה או אחר? איזו פילוסופיה פוליטית מגולגלת בכלל משפטי זה או אחר?

שנית, שאלות בדבר הקשר שבין התכנים הערכיים של מערכת המשפט לבין הערכים השורדים בתוכה והכוחות הפועלים בתוכה. למשל: איזה תפקיד ממלאת מערכת המשפט בעיצוב ערכיה של התרבות הכללית השלטת בתוכה? באיזה אופן מושפעים התכנים הערכיים שמאמצת מערכת המשפט מן הערכים השורדים בתרבות הכללית של התרבות? מה משקלה של הפרספקטיבה התרבותית ששופטים מביאים עימם לתהליך ההכרעה השיפוטית, בהשוואה למשקלם של תוכני הדוקטרינה המשפטית החלה על המקרה? מה ניתן ללמוד על התהליך שבו שופטים ומשפטינים אחרים נותנים משמעות למקורות משפטיים מן התהליך הפרשי של מתן משמעות לטקסטים ספרותיים, ליצירות אמנות, לאירועים היסטוריים וכיוצא באלה? ערכיהם של אילו חוגים חברתיים הם אלה שמערכת המשפט מאמצת ואוכפת? אילו הם הערכים החלופיים שאת עלייתם תוסמת מערכת המשפט? האם מערכת המשפט מסייעת ביצירת המבנה החברתי ולהיררכיות חברתיות? האם מערכת המשפט מסייעת ביצירת "תודעה כוונת" בקרב בני התרבות? מהם המאפיינים הייחודיים של התרבות המקצועית של עורכי-דין? באיזו מידה מסוגלים עורכי-דין לחולל שינויים חברתיים? מה הקשר בין מערכת המשפט לבין מערכות חברתיות אחרות שעניינן השלטת ערכים, כגון מערכת החינוך והמערכת הדתית? מה הקשר בין מערכת המשפט ובין מערכות תרבותיות אחרות, כגון המערכת הספרותית, הקולנועית, הטלוויזיונית?

10. דעת אינטואיטיבית ודעת תיאורטית

כאמור, כמה משאלות אלה לא היו יכולות להתעורר כלל בחוקה של תפיסת-העולם הפורמלטיבית. אולם כעת, עם התעוררותן, כחלק מעלייתן של תפיסת-העולם והפרדיגמה האקדמית הלא-פורמלטיביות כמשפט הישראלי, תצטרך האקדמיה המשפטית של ישראל להתמודד עימן. לכאורה, עומדות לרשות האקדמיה שתי דרכים עיקריות לעשות זאת: הדרך האינטואיטיבית והדרך התאורטית. למעשה, עומדת לרשות

הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי־הדין ובתי־המשפט

לשקוד גם על כך שיתקיים בה פלורליזם מבחינת תפיסות־העולם הערכיות של חבריה. זאת, כדי שלא תהיינו מצב שבו רק סוג מסוים אחד של היבטים ערכיים של המשפט נמצא מואר ומבואר בפעילותה של הפקולטה. לדוגמא: פקולטה שכל אנשיה הם בעלי השקפות קומוניסטיאיות לא תוכל להיחשב פקולטה ראויה. פלורליזם של דעת ופלורליזם של ערכים חייבים להיות, איפוא, עקרונות־יסוד בפעילותה של פקולטה ראויה. פקולטה ראויה היא זו שתוכל להעשיר את תלמידיה, את קהילת המשפט ואת החברה בכללותה במידת נקודות המבט האנוסטר־דיסציפלינריות והערכיות.

11. ממדעי־הטבע למדעי הרוח והחברה

אולם, פועלה של הפרדיגמה האקדמית הלא־פורמלסטית מתבטא לא רק בהדגשת הצורך בהתייחסות בין־תחומית למשפט. הפרדיגמה הלא־פורמלסטית עושה הריבה מעבר לזאת. דבר בעל חשיבות רבה לגביה הוא, שהיא לא רק מוציאה את העיסוק האקדמי במשפט מן "המשפט" במובן הצר של תוכני המשפט, אלא אף מעבירה את העיסוק האקדמי במשפט מהתחום והשיאה של מדעי־הטבע לתחום השיאה של מדעי הרוח והחברה. כוכור הפרדיגמה האקדמית הפורמלסטית, כרוח הפילוסופיה הפורמלסטית, מתמקדת בתכנים של כללי המשפט ומתייחסת אליהם כאל עובדות, כדומה לאופן שבו מתייחסים מדעי־הטבע למציאות הפיזית של העולם.²⁹ הפרדיגמה הפורמלסטית גם מושתתת על הפעולה של ההנמקה ה"הנחמית", המקובלת במסגרת מדעי־הטבע, היינו, הנמקה המבוססת על יציאה מהנחות־יסוד, הפעלתם של כללי השיבה מסוימים והנבעתה של מסקנה "נכונה", ה"כופה" עצמה כביכול על המשמחה בהליך המשתבתי.³⁰

לעומת זאת, הפרדיגמה האקדמית הלא־פורמלסטית מתמקדת בממד הערכי והחברתי של המשפט. היא מעבירה איפוא את העיסוק האקדמי במשפט אל תחום החשיבה של מדעי הרוח והחברה, שבהם, שלא כמקובל במדעי־הטבע, השאלה העיקרית אינה מהם התכנים העובדתיים של העולם ומה הם הקשרים הסיבתיים השולטים בעולם, אלא מהן המשמעויות של מה שקורה בעולם על חיייהם של בני־האדם החיים בעולם וצרכיהם לא רק

על ההיגיון המשפטי

שלא, שהתמודדות אקדמית עם השאלות המתעוררות בגדרה של הפרדיגמה האקדמית הלא־פורמלסטית לא תוכל להיעשות עוד בדרך האנוסטיאטיבית, אלא תחייב טיפול אקדמי תיאורטי, הנכבד מטיפול האנוסטיאטיבי של הדריוס, ושעיקרו הפעלה מודעת של גופי דעת החי־משפטיים להנבנת הקורה בעולם המשפט. זאת, כשם שבמסגרת הפרדיגמה האקדמית של הפורמליזם המשפטי, שאלות כדבר התכנים של המשפט, כהבדל משאלות כדבר משמעות המשפט, הן שנושבות מרכזיות, ומחייבות, לפיכך, טיפול אקדמי תיאורטי, הנכבד מטיפול האנוסטיאטיבי של הדריוס.)

משמע: עלייתה של הפרדיגמה האקדמית הלא־פורמלסטית לא רק הופכת למרכזיות שורה של שאלות חדשות; היא גם מחייבת טיפול בהן תוך שימוש בדעת תיאורטית, הלקוחה מהתחומים שמהחן למשפט, כגון אתיקה, תיאוריה פוליטית, פילוסופיה, היסטוריה, וכיוצא באלה. תחת העיסוק האנוסטיאטיבי במשפט, מחייבת איפוא הפרדיגמה האקדמית הלא־פורמלסטית האוסטונומי במשפט, תחת הכושר האנליטי, שהוא תכונתו עיסוק אקדמי בין־תחומי במשפט. תחת הכושר האנליטי, שהוא תכונתו החשובה של המשפטן הפועל בחיקה של הפרדיגמה האקדמית הפורמלסטית, תדגיש איפוא הפרדיגמה האקדמית הלא־פורמלסטית הכושר הסינתטי של מלומד המשפט, היינו, הכושר להאיר את המשמעויות הערכיות והחברתיות של המשפט באמצעות דעת הלקוחה מן התחומים של מדעי הרוח והחברה. במסגרת עלייתה של הפרדיגמה הלא־פורמלסטית באקדמיה המשפטית של ישראל, ניתן איפוא לצפות להתקבוצה של האקדמיה המשפטית לאקדמיה החי־משפטית ולהגברת שיתוף־הפעולה בין מלומדי המשפט לבין מלומדים תופעלים במסגרתן של דיסציפלינות אקדמיות שמהחן למשפט.²⁸

פקולטה למשפטים, שתבקש להכליל בין אנשיה כאלה תופעלים על־פי גישה אינטר־דיסציפלינרית, בחיקה של פרדיגמה אקדמית לא־פורמלסטית, תצטרך להיות מורכבת משורה של מלומדים, שכל אחד מהם מתמחה בתחום אקדמי חי־משפטי, מתוך חתירה להארת המשפט באמצעות הידע הקיים בתחום זה. פקולטה כזו תצטרך להיות מושתתת, איפוא, על פלורליזם, מנחינת תחומי הדעת שיופעלו בגדרה. לדוגמא: פקולטה שכל אנשיה עוסקים בניתוח כלכלי של המשפט לא תוכל להיחשב פקולטה ראויה. יתר על־כך, ולא פחות חשוב, פקולטה כזו תהא חייבת

תפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי־הדין ובתי־המשפט

שחתקיים תפיסה חלקית בין עיסוקם של מלומדי המשפט לבין עיסוקם של המשפטים המעשיים. הפער האמור יתקיים משלוש בחינות, המנויות להלן.

א. מבחינת תכניו של העיסוק במשפט

במסגרת הפרדיגמה האקדמית הלא־פורמלסטית, יבקשו מלומדי המשפט לעסוק במבנה התכנים של כללי המשפט הקיימים. בכך יתפוף עיסוקם של מלומדי המשפט את זה של המשפטים המעשיים. אבל, מלומדי המשפט יבקשו לעסוק גם בשאלות שמעבר לכך. הם יבקשו לנסות להבין את המשמעויות הערכיות ואת ההשלכות החברתיות של המשפט והחל בכללי משפט בודדים וכלה במשפט כמערכת כוללת. אולם, עיסוקם זה של מלומדי המשפט יהיה רלוונטי לעיסוקיהם של המשפטים המעשיים – עורכי־הדין והשופטים – לא פחות מעיסוקם של מלומדי המשפט בהבנת התכנים של כללי המשפט הקיימים.

אין ספק, המשפטן המעשי עוסק בהפעלתם של כללים משפטיים. כללי המשפט הקיימים הם כלי העבודה הראשון במעלה שלו. עורך־הדין עוסק בתכנון משפטי בכל כלי המשפט הקיימים. השופט עוסק בהחלטה של כללי המשפט על המסוכים המובאים לפניו. אבל שניהם עוסקים ביותר מכן. הם גם יצירים כללים בשביל הקהלים שהם רלוונטיים לגביהם, במצבים – שמספרם רב מאוד – שבהם אין בנמצא בשיטה המשפט פתרון ברור ומוכן מראש לביעה המשפטית המתעוררת. עורך־הדין עושה זאת כשהוא מייצג ללקוחו במשרדו. עורך־הדין עושה זאת כשהוא משתתף בהכנתו של חוק. עורך־הדין נוטל בכך חלק כשהוא טוען באולם בית־המשפט, או לפני רשות שלטונית, כי יש לאמץ את הפתרון המשפטי שהוא מציע. השופט עושה זאת כשהוא מכריע בעיה המשפטית שלפניו.³²

תפיסה לא־פורמלסטית של המשפט מסבור, כי המשפט הוא מכשיר המשמש בעיצובה של המציאות החברתית על־פי תפיסה ערכית, היינו, תפיסה בדבר המידה שבה ראויים להתקיים מצבים אישיים שונים בחייהם של בני־האדם החיים בחברה, מבחינת הערכים שישלטו בחייהם ומבחינת המשאבים החברתיים שיעמדו לרשותם. על־פי תפיסה כזו, במקרים שבהם משפטן מעשי משתתף בעיצובו של פתרון משפטי חדש, הוא נוטל חלק בהכרעה ערכית, היינו, הכרעה בדבר מידת הרציות של דרכים שונות,

על החינוך המשפטי

לדעת כיצד נראה העולם שבו הם חיים, אלא גם להחליט כיצד הם רוצים שהוא ייראה. הפרדיגמה האקדמית הלא־פורמלסטית גם מציידת את מלומד המשפט בדרך הנמקה חדשה, הנמקה לשכנועית, המקובלת במסגרת מדעי הרוח והחברה, היינו, הנמקה המבוססת על הפעלה של שיפוט ומתן משקל לשיקולים שונים, בניסיון לשכנע באפשרות קבלתה של המסקנה הנסענת; על הבנת החשיבות של המסורות, המשפטים התרבותיים והפרדיגמות התאורטיות שבהם מצויים אלה הנוטלים חלק בתהליכים של הבנה ומתן פרישנות להציאות, וכן אלה שהם מושאיהם של תהליכי שכנוע, היינו, אלה שעל תודעותיהם מבקשים לפעול; על היחסיות ההיסטורית והלקולית של ההכנה, המשמעות והרדע, שאליהם מגיעים בני־האדם.

מעבר לכל זאת, הדבר החשוב ביותר, אולי, שעושה הפרדיגמה האקדמית המשפטית הלא־פורמלסטית הוא, שהיא מחלצת את המשפט משליטתם של ה"מונחים", בעלי הודע הטכני, הצר.³¹ המאה העשרים רדעה כתזוה חזונית ונשנית בגנות הפקרותה של החברה לניהולם של מונחים כאלה, הטורבים כי הודע הטכני, הצר, שרכשו מאפשר להם הכרעה בשאלות חברתיות קשות. תפיסת־העולם המשפטית הפורמלסטית והפרדיגמה האקדמית הפורמלסטית רואות את המשפטן כמומחה בעל כישורים טכניים בהפעלתם של כללים. עם הירידה במעמדן של תפיסת־העולם והפרדיגמה האמורות, נפתח הפתח לתפיסה חדשה של המשפט: כמכשיר המשפטי על חיינו של כל אחד מבני־האדם החיים בחברה, שהפעלתו מחייבת לא רק ידע, אלא בעיקר יכולת שיפוט ומבט הומניסטי רחב.

12. הפער בין האקדמיה המשפטית והמשפטים המעשיים

מהאמור לעיל עולה, כי שלא כמו במסגרת הפרדיגמה האקדמית הפורמלסטית, עשוי להיווצר, במסגרת הפרדיגמה האקדמית הלא־פורמלסטית, פער בין עיסוקם המשפטי של המשפטים המעשיים – עורכי־דין ושופטים – לבין עיסוקם המשפטי של מלומדי המשפט. פער זה לא ייווצר בגלל היעדר כל תפיסה, כביכול, בין עיסוקם במשפט של מלומדי המשפט לבין עיסוקם של המשפטים המעשיים. הוא ייווצר משום

הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט

זה של מלומדי המשפט ייעשה מתוך גישה של חתירה להשגת דעת לשמה על תופעת המשפט, אבל הוא יהיה רלוונטי לציסוקם של המשפטנים המעשיים באותם מקרים שבהם יבקשו משפטנים אלה לציסוק לא בהפעלתם של כללי המשפט הקיימים, אלא בהנבעתם של פתרונות משפטיים חדשים מתוך שיטת המשפט הקיימת. משמעי: כל ציסוקם של מלומדי המשפט יהיה רלוונטי לציסוקם של המשפטנים המעשיים.³³

ב. מבחינת סוגי הדעת המופעלים תוך העיסוק במשפט

במסגרת הפרדיגמה האקדמית הלא-פורמליסטית, יפעילו מלומדי המשפט דעת תיאורית לגבי תוכנם של כללי המשפט. בכך תתוּף הדעת של מלומדי המשפט את זו של המשפטנים המעשיים. אבל, מלומדי המשפט יבקשו להפעיל דעת תיאורית גם לגבי שאלות בדבר המשמעויות הערכיות והחברתיות של המשפט. לעומת זאת, יוכלו משפטנים מעשיים, בגלל האילוצים המעשיים הכרוכים בעיסוקם, במידה שיייתקלו בשאלות כאלה, להתמודד עימן באמצעות דעת אינטואיטיבית בלבד. עם זאת, ככל שהמשפטנים המעשיים יתחשפו יותר לציסוקם התיאורטי של מלומדי המשפט בשאלות אלה, בין תשאר בדרך של קבלת חינוך משפטי מאת מלומדי משפט בלתי-פורמליסטיים בפקולטאות למשפטים, כן תתחלחל הדעת התיאורית של מלומדי המשפט אל הדעת האינטואיטיבית של המשפטנים המעשיים, היינו, תגבר מידת המודעות של משפטנים מעשיים למימד הערכי והחברתי של פעילותם.

ג. מבחינת הכישורים המופעלים תוך העיסוק במשפט

מלומדי המשפט יידרשו להפעיל כישורים אנליטיים לשם מיונם של מקרים משפטיים אל קטיגוריות המשפט הפועלים במסגרת הפרדיגמה האקדמית וכישורים של מלומדי המשפט הפועלים במסגרת הפרדיגמה האקדמית הלא-פורמליסטית את הכישורים שמפעלים משפטנים מעשיים. אבל, מלומדי המשפט יפעילו גם כישורים שמעבר לכך, היינו, כישורים סינתטיים, לשם הבנת המשמעויות הערכיות והחברתיות של המשפט באמצעות דעת תיאורית, תוך-משפטית. מלומדי המשפט יפעילו כישורים

על החינוך המשפטי

שבהן ניתן ליצב את המציאות שבה חיים בני-האדם שהתמרון המשפטי הוא רלוונטי לגביהם. כל פתרון משפטי הוא איפוא קודם כל ובראש ובראשונה בחירה של ערכים האמורים להשתתף בעיצוב הפתרון – קרי: גם דחייה של ערכים – והכרעה בדבר המשקל שאמור להינתן לכל אחד מהם בעיצוב הפתרון. משפטן המשתתף בעיצובו של פתרון משפטי חדש עוסק איפוא בתהליך של חשיפה והבהרה של הפוטנציאל הערכי הגלום בשיטת המשפט ובמרכות של החברה שבמסגרתה מופעלת שיטת המשפט, וכן ביצירתה של הכרעה ערכית, הנקבעת כמזעזפת בגדרו של פוטנציאל ערכי זה. אולם, במקרים שבהם משתתף המשפטן בהכרעה ערכית, ידע בדבר תוכנם של הכללים הקיימים יעזור לו באופן ראשוני וחלקי בלבד. השאלה האמיתית שהינה רלוונטית למשפטן במצבים כאלה אינה מהו תוכנם של כללי המשפט הקיימים, אלא מהן המשמעויות הערכיות של פתרונות המשפט שהם אפשריים במסגרת התכנים הערכיים של שיטת המשפט הקיימת ושל התרבות של החברה שבה מופעלת שיטת המשפט. דיון אקדמי שיעיסוקו הבהרה של המשמעויות הערכיות והחברתיות של המשפט, גם אם מקורו בחתימה להשגת דעת לשמה על המשפט, הוא אפוא בעל רלוונטיות מיידי לציסוקם של המשפטן המעשי, מקום שהמשפטן נוטל חלק בעיצובו של פתרון משפטי חדש. (כאמור, מספרם של מקרים אלה רב מאוד.) יתר-על-כן, לנוכח טיבו האמיתי של העיסוק המעשי במשפט, חינוך משפטי בלתי-פורמליסטי עשוי להכשיר משפטנים מעשיים לציסוקיהם בצורה ראויה בהרבה מאשר חינוך משפטי פורמליסטי, המתמקד, כאמור, רכיבים עיקריים בעיסוקם המעשי של משפטנים. במילים אחרות, לנוכח טיבו של העיסוק המעשי במשפט, חינוך משפטי בלתי-פורמליסטי, גם אם הוא ניתן מתוך עמדה של מחויבות להשגתה של דעת לשמה על המשפט, הוא בעל ערך אינטרונומטלי גבוה, מהותני צרכי של העיסוק המעשי במשפט.

העולה מן האמור הוא, שהפרדיגמה האקדמית הלא-פורמליסטית תוביל ליהס רב בין עיסוקיהם של מלומדי המשפט לבין עיסוקיהם של המשפטנים המעשיים: מצד אחד, ככל שיעסקו מלומדי המשפט בהבהרת התכנים של כללי המשפט הקיימים בשיטה, כן יתוּף עיסוקם את זה של המשפטנים המעשיים. מצד אחר, מלומדי המשפט יבקשו לציסוק גם בהבהרת המשמעויות הערכיות והחברתיות של כללי המשפט הקיימים, וחתל ברמת הכלל המודד וכלל ברמה הכוללת של מערכת המשפט. עיסוקם

הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי־הדין ובתי־המשפט

עיסוקים של המשפטיים המעשיים ולגרום להעשרה אינטלקטואלית של עיסוקים.

14. החינוך המשפטי והשאלה של משמעות החיים

החינוך המשפטי הניתן לסטודנטים במסגרת הפרדיגמה האקדמית הפורמליסטית מתמקד בשאלת התכנים של כללי המשפט, תוך הנחתה של שאלות המתמחות למשמעות של הכללים מבחינת התפיסה הערכית וההשלכות החברתיות שלהם. כל מי שלומד פעם בפקולטה למשפטים תופעלת בחיקה של פרדיגמה זו יודע עד כמה היא מביאה סטודנטים רבים לידי חוסר־נחת מלימודי המשפטים שלהם. מה מקורו של חוסר־נחת זה? התשובה נעוצה בפער שבין השאלות המעסיקות את הסטודנטים ככני־אדם צעירים לבין האופי הספני־המקצועי של הלימוד שמציעים להם. רוב הסטודנטים האלה מגיעים לאוניברסיטה בראשית שנות העשרים לחייהם, לאור שירותם הצבאי, בלא שהתנסו אי־פעם בחוויה של לימודים במחלקה אוניברסיטאית אחרת. הם מגיעים ללימודי המשפטים שלהם בשלב שבו מטרידות אותם עדיין, בעוצמה רבה, שאלות בדבר משמעות החיים, טיבם של החיים הראויים וזהותם העצמית ככני־אדם. אולם, במקום להשקיע עצמם בלימוד סקסיים שניתן למצוא בהם התמודדות עם שאלות אלה (ואין ספק שפסקי־דין הם סקסיים מן המעלה הראשונה לצורך דיון בשאלות בדבר משמעות החיים, החיים הראויים, וכו'), מוכנסים הסטודנטים לעולו של לימוד אינסטרומנטלי וטכני, בתכניהו של כתי־ספר מקצועי. סטודנטים רבים כאלה מתפקדים בהבעת האכזבה, המסכול וחוסר־הנחת שלהם מהמגשם עם האקדמיה וגם אם שורש המצוקה שלהם אינו מאובחן על־ידם, לעיתים, בצורה ברורה לגמרי, סטודנטים רבים אחרים עושים מעשה: הם נרשמים ללימודים בפקולטת למוצי הרוח והחברה, במקביל ללימודי המשפטים שלהם. התנהגותם של סטודנטים אלה ראויה לעידוד מכל בחינה; אבל אי־אפשר לא לפרש אותה גם כביטוי של אכזבה מן המידה שבה מצליחה הפקולטה למשפטים להתמודד עם השאלות הבסיסיות של חייהם ולהגיד משהו בעל משמעות על החיים.³⁷ עלייתה של הפרדיגמה האקדמית הלא־פורמליסטית במשפט הישראלי עשויה להפוך את הפקולטות למשפטים של ישראל, לראשונה

על החינוך המשפטי

אלה במסגרת כתיבה, שתבקש ליצור את הסינתזה בין גופי הדעת החזיקי משפטיים לבין תופעת המשפט. עם זאת, ידרשו אף משפטיים מעשיים, שיפעלו במסגרת הפרדיגמה הלא־פורמליסטית, להפעלתם של כישורים סינתטיים: זאת, במסגרת פעולותיהם ללימוד חיבוריהם של מלומדי המשפט ובמסגרת פעילותם בנוטלם חלק בעיצובם של פתרונות משפטיים חדשים.³⁴

13. משיח של 'הוצאה' לשיח של 'תיאטרון'

מאיר דן־כהן טבע תבונה מאודת עיניים. הוא תכונן בין שיח בדרך של הוצאה לבין שיח של תיאטרון. בהוצאה, הדובר והקהל מהווים קהילת־שיח אחת. הדובר פונה אל הקהל, שמשמש כמאזין, אך לא מן תמנע שהקהל יגיב בהעברת מטרים משלו לדובר, היינו, שיתקיים דו־שיח בין הדובר לבין הקהל. בתיאטרון, התקשורת היא בין המשתתפים במחזה לבין עצמם. המשתתפים במחזה והקהל אינם מהווים קהילת־שיח אחת. הקהל נמצא בעמדה של צופה. אטור לו להתערב בשיח המתנהל על הבמה. עם זאת, יש לקהל חשיבות רבה במסגרתו של שיח זה, שהיה בלא קהל, יאבד שיח התיאטרון את עיקר משמעותו.³⁵

כפי שעולה מדבריו של דן־כהן,³⁶ במסגרת הפרדיגמה האקדמית הלא־פורמליסטית, ככל שימשיכו מלומדי המשפט לעסוק בהבדלת התכנים של כללי המשפט הקיימים, כן יתקיים בין מלומדי המשפט לבין המשפטיים המעשיים שיח מן הסוג של הוצאה, ועיסוקם של מלומדי המשפט יהיה בעל רלוונטיות ישירה לעיסוקם של המשפטיים המעשיים: משפטיים מעשיים יוכלו ללמד עצמם, מתוך כתיבתם והתיאוריהם של מלומדי המשפט, בדע שניתן לעשות בו שימוש ישיר ומיידי במסגרת עיסוקיהם. לעומת זאת, ככל שיהודג עיסוקם של מלומדי המשפט אל מעבר להבהרת התכנים של כללי המשפט הקיימים, כן יתקיים בין מלומדי המשפט לבין המשפטיים המעשיים שיח הקרוב באופיו לשיח התיאטרון יותר מאשר לשיח החריצתי. משמע, כפי שקובע דן־כהן, בצדק, אף שעיסוקם של מלומדי המשפט יהיה רלוונטי לעיסוקם של המשפטיים המעשיים, הרלוונטיות תהיה עקיפה: משפטיים מעשיים לא יוכלו למצוא בכתביהם ובהוצאותיהם של מלומדי המשפט ידע שימושי, אלא חינוך, היינו, דעת היכולה לעמוד ברקע

תפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט

במסגרת מחקריתם, אמורים מלומדי האוניברסיטה להגיע למסקנות היכולות להיחשב אמיתיות בהתאם לפרוצדורות המחקר המקובלות באוניברסיטה, ועל-פי פרדיגמות המחקר, שבמסגרתן הם פועלים. כל-ייסוד במסגרתן של פרוצדורות מחקר אלה הוא, שיתקיים ריחוק בין החוקר לבין מושא המחקר, כדי לאפשר לחוקר עיסוק עצמאי במושא המחקר, היינו, עיסוק שמכתיבים שיקולים של חתירה להשגת אמת אקדמית, בהתאם לפרוצדורות המחקר האקדמי, והמשוחרר מהשפעה של מושא המחקר על החוקר. מאליו מובן, בקשר זה, כי הציווי האקדמי של חתירה להגעה לאמת אקדמית במסגרתה של פרדיגמה אקדמית מחייב שלא תתקיים פרוצדורת מחקר שבה מושא המחקר הינו גם החוקר. זאת, כשם שהציווי המשפטי של חתירה להגעה לאמת משפטית במסגרת הפרדיגמה המשפטית מחייב, כחלק מהחוקרינה המשפטית של אי-משוא-פנים,³⁸ שלא יתקיים הליך משפטי שבו מי שהינו צד להליכים המשפטיים או מי שיש לו נגיעה ממשית אחרת להליכים הוא גם השופט, וכשם שעל-פי הדוקטרינה המשפטית של היצטרף נגיד ציבור בין האינטרס של מי שלמענו הוא אמור לפעול לבין אינטרס אחר כלשהו (למשל: האינטרס שלך עצמו).

כיצד ניתן אפוא להסביר, שקהילת המשפט של ישראל לא חשה אי-נחת לנוכח העובדה, שבשנות החמישים, כיהנו שופטים של בית-המשפט העליון כפרופסורים למשפטים ואף נחשבו למלומדי המשפט המובהקים ביותר בתחומי עיסוקם, ולנוכח העובדה שלמן שנות החמישים, שופטים של ערכאות שונות, שרים, חברי-כנסת, יוצעים משפטיים ועורכי-דין נוטלים חלק פעיל בפעילות האקדמית, לסוגיה, המתנהלת כפקולטות למשפטים? המשובה לשאלה זו אינה יכולה להיות שמתויכותם האקדמית של מלומדי המשפט של שנות החמישים והתשיעים. מי שייטען מזה של מלומדי המשפט של שנות החמישים והתשיעים, היתה פחותה מזו של והדוקקה זהותם האקדמית של מלומדי המשפט של הדור הנוכחי יעשה לעצמו חיים קלים מדי. אלא, תשובה אחת לשאלה האמורה נעוצה בהשתנות המכניזם של הפרדיגמה האקדמית המשפטית: שאלה מציין זו כלל לא יכולה להתעורר בחיבה בין שנות החמישים; היא יכולה להתעורר, המשפטי, ששלטה בישראל לפני שנות החמישים; היא יכולה להתעורר, לראשונה, עם עלייתה של הפרדיגמה האקדמית הלא-פורמליסטית.

על היינוך המשפטי

בתולדותיהן, למקום המתמודד באופן רציני לא רק עם שאלת הכניסם של המשפט, ברמה הדוקטורגלית והקונספוטואלית, אלא גם עם שאלת המשמעות והפשר של המשפט. כפי שטיענתי לעיל, עלייתה של פרדיגמה זו תתיישב היטב עם אופיה של הפקולטה למשפטים כמוסד אוניברסיטאי (תפועל בתחום ההשדאה של מדיצי רוח והחברתה), אך היא גם תאפשר לפקולטה למשפטים לתרום לקהילת המשפטנים המעשיים (עורכי-דין ושופטים) בדרך של הארת המשמעויות הערכיות והחברתיות של המשפט (כמערכת כוללת וכללים פרטיקולריים), אולם, לעלייתה של הפרדיגמה האקדמית-המשפטית הלא-פורמליסטית יש השלכה חשובה נוספת: ליאשונה בתולדותיהן, יוכלו הפקולטות למשפטים שלנו להפך למקום שבו יוכלו למצוא עניין לא רק סטודנטים שיחטם ללימודיהם הוא אינסטרומנטלי ומקצועי, אלא גם סטודנטים המבקשים למצוא בלימודיהם הד לשאלות היסודיות של קיומם כבני-אדם, ולעסוק לא רק בלימוד של תכנים, אלא, בעיקר, להתמודד עם שאלת של משמעות.

15. ריחוקה של האוניברסיטה ממושאי המחקר שלה

בשנות החמישים, נהגו ראש הממשלה, דוד בן-גוריון, ואחרים משריי ללמד בחוג למדעי-המדעינה שבאוניברסיטה. מזמן לזמן, היתה מתכנסת בחוג ועדה להענקת פרסים על חיבורים אקדמיים. היה זה אך טבעי שיאישו את הוועדה, בין היתר, גם ראש הממשלה והשרים. כאשר היה החוג מוציא לאור כתב-עת חדש, היה הכבוד של כתיבת דברי ההקדמה שבפתח הגיליון הראשון של כתב-העת ניתן, בדרך-כלל, לראש הממשלה או לאחד השרים. בדומה לכך, כאשר היה פרופסור בחוג מוציא לאור ספר חדש מפרי עטו, היה לא בלתי-מקובל שראש הממשלה או אחד השרים ייקיים לספר דברי הקדמה או יכתוב עליו רשימת בקורות באחד מכתבי-העת המקצועיים של החוג.

בשורות דלעיל אין ולו גם מלה אחת של אמת. אני מקווה שהקורא חש אי-נחת בקוראאו אתן.
כיצד קורה שסוג מסוים של יחס בין מחלקה אוניברסיטאית לבין רשות שלטונית יעורר תמידה, בעוד שאותו יחס עצמו בין מחלקה אוניברסיטאית אחרת לבין רשות שלטונית יתקבל כטבעי וכמובן מאליו?

תפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט

בתי-המשפט, בדומה לאופן שבו מציע עורך-דין לבית-משפט, כי פרופוצייה משפטית מסוימת היא שאומץ על-ידי, ובדומה לאופן שבו מציע בית-משפט נמוך פרופוצייה משפטית, כוונה שזו תאומץ על-ידי בית-המשפט העליון אל תוך הדין. במילים אחרות, מלומדי משפט פורמליסטיים נוטים לראות את מבחן מידת ה"צניעות" ומידת ה"אמוץ" של כתביהם על-ידי מערכת בתי-המשפט, במיוחד בתי-המשפט העליון, כמבחן העיקרי להצלחתם המקצועית.⁴¹ עיקר השיח שלהם מתנהל, אפוא, לאו דווקא עם מלומדי משפט אחרים, אלא עם משפטנים מעשיים. יתר על-כן, וחשוב מכך, הגיונו של השיח הוא כזה, שמלומדי המשפט האלה תופסים עצמם כפופים לשיפוט ולהכרעותיו של בית-המשפט העליון בדומה לאופן שבו כפופים לשיפוט ולהכרעותיו של בית-משפט זה עורכי-הדין ובתי-המשפט הנמוכים שבמערכת בתי-המשפט.

הורבים שונים כאשר המדובר בפעילות אקדמית המתקיימת במסגרתה של הפרדיגמה המשפטית הלא-פורמליסטית. פרדיגמה אקדמית זו מושגת על קיומה של "חלוקת עבודה" בין משפטנים מעשיים – עורכי-דין ושופטים – מצד אחד, לבין מלומדי המשפט, מצד אחר. משפטנים מעשיים נתפסים כמי שעוסקים בצורות תכנון של המשפט ובהפעלתם. מלומדי המשפט נתפסים כמי שאמורים לחתור לא רק לידיעה של תוכני הערכיות והחברתיות של המשפט, תוך שימוש שיטתי בנופי ירע חוקי-משפטניים. יוצא, שבעוד אשר במסגרתה של הפרדיגמה האקדמית תפורמליסטית, יכלו שופטים ומשפטנים מעשיים אחריים להישב, לא-אחת, לבצע הכישרים הטובים ביותר לצרכיה של הפעילות האקדמית, הרי במסגרתה של הפרדיגמה האקדמית הלא-פורמליסטית ייחשבו משפטנים אקדמיים כמי שצריכים להפעיל כישורים מקצועיים שהם שונים מאלה של המשפטנים המעשיים.

17. השינוי ברמזי של המשפט: מ"מכונה" לזירת העיצוב של ערכים המשפיעים על חייהם של בני-האדם

הפורמליזם המשפטי תופס את המשפט כישות אוניקסיבית, המופעלת ומתפתחת על-פי היגיון פנימי, בנבדל מן החברה. הפורמליזם מקנה אפוא

על החינוך המשפטי

16. כישוריו של המשפטן על-פי התמיסה המסורתית

כפרדיגמה אקדמית, מקנה הפורמליזם משקל מכריע לבקאותיו של המשפטן בתוכניהם של כללי המשפט ולכושרו האנליטי של המשפטן. לעומת זאת, מצניע הפורמליזם את יכולתו של המשפטן להבדיר את המפעוליות הערכיות ואת השלכות החברתיות של המשפט. משפטן עשוי אפוא להצטיין בכישורים הנחשבים חשובים על-פי הפרדיגמה האקדמית הפורמליסטית גם אם הוא מכהן כשופט, כשר בממשלה, כחבר-כנסת, כיועץ משפטי או משמש כעורך-דין. במסגרתה של הפרדיגמה האקדמית הפורמליסטית, לא מן הנמנע אפוא שמשפטן מעשי ישתתף בפעילות אקדמית בהצלחה, כאילו היה מלומד משפט.

יתר על-כן, וחשוב מכך, לפחות כאשר המדובר בשופטים, במסגרתה של הפרדיגמה האקדמית של הפורמליזם המשפטי, תברותם של שופטים כסגל האקדמי של פקולטות למשפטים היא לא רק "עסבלת", אלא אף רצויה ביותר: אם אכן משימתו העיקרית של מלומד המשפט הפורמליסט היא יריעת התוכן של כללי המשפט, כביכול היה מדובר במדען של מדעי-הטבע, העוסק בלימוד המציאות הפיזית של העולם, מי יכול להחשב ידען – קרי: מלומד משפט – גדול יותר מן השופט, המשמש, הוא עצמו, מקור-יזצר חשוב של המציאות המשפטית, והעוסק מדי יום, ובאינטנסיביות רבה, בהפעלתם של כללי המשפט, במיוחד כשמעליו פרושה גם הכרתה של המדינה במרחאותיו?⁴⁰ ואם כן, מי יכול להישב ידען ומלומד משפט גדול יותר משופט של בית-המשפט העליון, שעל-פי המבנה ההיררכי של מערכת השפיטה של המדינה, אמור להישב המקור-היזצר החשוב ביותר של המציאות המשפטית והמומחה הגדול ביותר במערכת המשפט?

משימה: עקב הדמיון בין עיסוקם של מלומדי משפט פורמליסטיים לבין עיסוקם של משפטנים מעשיים פורמליסטיים, נוטים משפטנים אקדמיים הפועלים במסגרת הפרדיגמה הפורמליסטית להתייחס לעצמם כאילו היו משולבים בפרימריה של מערכת בתי-המשפט של המדינה, ככפופות לבית-המשפט העליון של המדינה, כאילו נמנו עם קהילת עורכי-הדין, או כביכול השתייכו לבית-משפט נמוך. אכן, מלומדי משפט פורמליסטיים נוטים לראות עצמם כמי שאמורים להציע כתיבתם "הצעות" למערכת בתי-המשפט, ובמיוחד לבית-המשפט העליון, ככוונה שאלה יאומצו על-ידי

תפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט

בוציגה את המשפט בהקשר התרתי שלי, מדגישה הפרדיגמה האקדמית הלא-פורמלסטית את ההשפעה של הכרעות המתקבלות במערכת המשפט על חייהם של בני-האדם החיים בחברה. ממערכת אוטונומית, כמעט שולית ונבדלת, נהפך המשפט, במסגרתן של תפיסת העולם והפרדיגמה האקדמית הלא-פורמלסטית, לכושיר רב עוצמה, המשפיע על חיי של כל אחד מבני החברה והמבקש לתת מענה לשאלת-היסוד האנושית הנצחית: "אך נחיה?"

יוצא, שהפרדיגמה הלא-פורמלסטית תופסת את החלטותיהם של בעלי תפקידים במערכת המשפט כמושא המחקר שלה באופן שונה לגמרי מזה של הפרדיגמה הפורמלסטית. על-פי הדרך שבה מגדירה הפרדיגמה הלא-פורמלסטית את מושא המחקר שלה, תראה הפרדיגמה מצב שבו משמשים בעלי תפקידים של הכרעה במערכת המשפט של המדינה (שופטים, שרים, חברי-כנסת, יועצים משפטיים וכו') גם כמלומדי משפט, כמצב שבו החוקר האקדמי מתייחס אל עצמו כאל מושא המחקר שלו, היינו, כמצב שבו עשויה להיחסם התרומה הייחודית הגלומה בפעילות האקדמית ביחס למשפט: הארה של המשמעותיות הגלומה בהחלטות משפטיות באמצעות הפעלה של מתודת המחקר האקדמי, בהתאם למה שמתחייב על-פי הפרדיגמה האקדמית שבמסגרתה פועל החוקר, או במילים אחרות, השמיעה של הקול הייחודי לאקדמיה, בין שאר הקולות (לרבות אלה של בעלי תפקידים במסגרת האורגנים המשפטיים של המדינה) הנשמעים על המשפט.⁴⁴

סעתי, כי המעבר מהפרדיגמה האקדמית הפורמלסטית לפרדיגמה האקדמית הלא-פורמלסטית הוא מעבר מניסוח המתמקד בתכני המשפט לניסוח שיעקרו מתן משמעות למשפט. הפרדיגמה האקדמית הלא-פורמלסטית צופה, איפוא, "חלוקת עבודה" בין שני תפקידים שונים במשפט: "שחקנים" ו"פרשנים". שחקן בעולם המשפט הוא מי שעוסק בניסיון בקביעת תכנון של המשפט. פרשן בעולם המשפט הוא מי שעוסק בניסיון להבנה של מה שקורה במשפט, היינו במתן פרשנות לקורה במשפט. עולם שבו השחקן הוא גם הפרשן הוא עולם ענייני בהנחה ובמשמעות. (דברים אלה חלים על כל תחום של הפעילות האנושית: הספרות, הפוליטיקה, הספרות, וכו') מאמץ אמיתי להבנה ולמשמעות מחייב שמירה על "חלוקת עבודה" נוקשה בין שחקנים לבין פרשנים.⁴⁵

על החינוך המשפטי

משקל יחסי מועט לבני-האדם הממלאים תפקידים במסגרת מערכת המשפט ולבני-האדם שעל חייהם משפיעות ההכרעות המתקבלות במערכת המשפט. ראשית, מכיוון שהכרעות משפטיות נחשבות מוכתבות מראש על-פי התכנים הדוקטרינריים והקונסטוטואליים, ועל-פי ההגיון הפנימי של המערכת הקיימת של כללי המשפט, מוצנעת התרומה האישית ששופטים מביאים עימם לתהליך של יצירת המשפט, אם המשפט נתפס כאילו היה חלק מן המציאות הפיסי של העולם, קשה להבחין בתרומה ראשית של השופטים ליצירת תכנון. שנית, מכיוון שבדרך-כלל, נחשבת מערכת הכללים הקיימת למערכת המכילה פתרון "נכון" אחד לכל בעיה משפטית, מוצנע מאוד היסוד היחסי, האישי, של הכחירה שעושים מי שהינם בעלי תפקידים של הכרעה במערכת המשפט. המשפט מצטייר כמעין "מכונה", שתפקיד השופט, למשל, הוא לעמוד לידה ולהפעיל אותה, כדי שתפיק את המוצרים הגלומים בה. מי שמפעיל את המכונה הוא השופט, אבל מי שמפיק את המוצרים אינו השופט, כי אם המכונה.⁴⁶ שלישי, מכיוון שהפורמליזם תופס את המשפט כמערכת אוטונומית הנבדלת מן החברה, מוצנעת על-פי מזור ההשפעה שיש להכרעותיהם של בעלי תפקידים במערכת המשפט על חייהם של בני-האדם החיים בתרבות, הדברים שונים, ואולי אף הפוכים, כאשר מדובר בפרדיגמה האקדמית המשפטית הלא-פורמלסטית. ראשית, פרדיגמה זו מבליטה את המימד הערכי ואת ההשלכות החברתיות של המשפט. יתר על-כן, היא מדגישה את המקרים שבהם אין בנמצא במערכת המשפט פתרון משפטי ברור ומוכן מראש, ואת היסוד היחסי, ה"פתוח", הכרוך בהכרעות הערכיות המתקבלות במקרים כאלה בגדרה של מערכת המשפט. משמעי: הפרדיגמה הלא-פורמלסטית מציגה את ההכרעות המתקבלות במערכת המשפט כתוצר בחירה של אנשים, המייצגים במעשיהם מסורות מוגדרות וחוגים חברתיים ותרבותיים מוגדרים, שעימם הם נמנים, שניתן להעמידן לוויכוח ולדין. יוצא, שהלגיטימיות הכסיית, שממנה נהנה המשפט במסגרתן של תפיסת-העולם והפרדיגמה האקדמית הפורמלסטית, איבדה כאשר מדובר בתפיסת-העולם והפרדיגמה האקדמית הלא-פורמלסטית: המשפט אינו נתפס עוד כישות אוניקוויבית, כאילו היה חלק מן המציאות הפיסי של העולם, אלא כתוצר פעולתם של בני-אדם מסוימים, המבקשים לקבוע את מערכת הערכים וחלוקת המשאבים שיתקיימו בחברה בהתאם לערכים המקובלים על החוגים החברתיים והתרבותיים שעימם הם נמנים.⁴⁷ שנית,

כאוניברסיטה, האקדמיה ראתה את דרך העיסוק שלה במשפט כדומה מאוד לזו של בתי-המשפט, היא ראתה עצמה כאמורה לשרת את המשפטים המעשיים של המדינה, לרבות השופטים, בדרך של ארגון הידע המשפטי, מינון ועריכה שיטתית שלו. עולם המושגים של האקדמיה המשפטית היה זהה לזה של שופטים ועורכי-דין. האקדמיה הכניפה עצמה להיררכיה המקובלת במערב בהמשפט של המדינה, היינו, היא החייסה אל בית-המשפט העליון כאל מי שניצב בראשה של פירמידה המכילה את כל משפטי המדינה, לרבות משפטי האקדמיה.⁵³

אבל מעבר להשפעה העמוקה ורבת-הפנים של הפרדיגמה המקצועית הפורמליסטית, שבחוקה פעלה האקדמיה המשפטית של ישראל למן קום המדינה, היה גורם נוסף, רב-חשיבות ביותר, שהשפיע על יחסה של האקדמיה המשפטית של ישראל לבתי-המשפט של המדינה: "הכריזת", היינו, תחושת ההזדהות של האקדמיה המשפטית עם ערכיהם של בית-המשפט העליון ותרומתה המשפטית של המדינה, בצירוף התחושה שמעמדם של ערכים אלה בחברה הישראלית הוא שביד וביעית, ושערכים אלה מחייבים טיפוח, שמירה מפני התערבויות חיצוניות פוגעות והצגתה של חזית אחידה של כל קהילת המשפט מול רשויות המדינה האחרות – בעיקר המשטרה – והחברה. משך שנים לא מעטות היה המשפט הישראלי יזר תרבותי" בישראל: בעל תכנים ליברליים וליגליטיים, בתוכה קולקטיביסטית, לאומנית, כוחנית, באופן מסורתי, קו החזית של "הפרדת הרשויות" עבר בישראל לא בין האקדמיה המשפטית, מצד אחד, לבין רשויות המדינה, לרבות בתי-המשפט, מצד אחד, אלא בין קהילת המשפט כולה – בתי-המשפט, עורכי-הדין ומשפטי האקדמיה – מצד אחד, לבין שאר החברה ורשויות המדינה, מצד אחר.⁵⁴

הפרדיגמה האקדמית הפורמליסטית ו"הכריזת" היו אפוא שני הגורמים החשובים שמנעו למן קום המדינה את עליותה של כתיבה אקדמית בקוראת על פעולתיהם של בתי-המשפט. עליותה של הפרדיגמה הזאת פורמליסטית באקדמיה המשפטית של ישראל מסמנת צידך חדש, שבו תמתת כתיבה אקדמית כזו. קשה לנבא באיזו מידה תראה עצמה האקדמיה המשפטית מחויבת בשנים הבאות להגן על בתי-המשפט מפני התערבותם של גורמים פוליטיים וחברתיים עוינים. הדבר תלוי בגורמים רבים, כגון תוכניהם של פסקי-הדין של בתי-המשפט והתפתחויות פוליטיות ותרבותיות בישראל. מכל מקום, ככל שהמדובר בפרדיגמה

18. "הכריזת"

תפקידה החברתי של האוניברסיטה הוא בראש ובראשונה להשיג ולהפיץ דעת לשמה, היכולה להחשב אמיתית על-פי אמות-המידה של תפקיד האקדמי. במדינה המודרנית, גם אם היא מדינה ליברלית-דמוקרטית, עומדים לרשות המדינה ולרשותם של תאגידים עסקיים גדולים אמצעי-תקשורת בעלי עצמה, המשמשים אותם להפצה ולהגהלה של המידות המשונות את צורכיהם. תפקידה החברתי של האוניברסיטה הוא לפתח מחשבות באופן אוטונומי, היינו, באופן שהינו משוחרר ככל האפשר מהשפעתם של מנגנוני המדינה ותאגידים עסקיים, ולהזין במחשבות אלה את החברה.⁴⁶ אוניברסיטה מצליחה במילוי שליחותה החברתית ככל שהיא מצליחה לקיים "הפרדת רשויות"⁴⁷ נוקשה בינה לבין מנגנוני המדינה.⁴⁸ והתאגידים העסקיים.⁴⁹

בתי-המשפט, ובתי-המשפט העליון בפרט, הם חלק מן המנגנון של המדינה. אין ספק, במסכת של מוסדות השלטון של ישראל ממלאים בתי-המשפט, בהנהגתו של בית-המשפט העליון, תפקיד ייחודי וחסר תחליף, ולא אחת, בהקשרים לא מעטים, אף תפקיד אופוזיציוני לזה שבמולאות רשויות השלטון האחרות של ישראל.⁵⁰ אבל, גם בעימות כן, בתי-המשפט מהווים חלק ממנגנון המדינה.⁵¹ באופן עקרוני, צריכה אפוא האוניברסיטה להתייחס לבתי-המשפט, ולבתי-המשפט העליון בפרט, כפי שהיא מתייחסת לכל רשות אחרת של המדינה: מתוך ריחוק,⁵² חשדנות וניסיון לשמור על מחשבה אוטונומית.

לא זה הוא יחסה של האקדמיה המשפטית של ישראל לבתי-המשפט ולבתי-המשפט העליון. בתי-המשפט של ישראל זכו מן האקדמיה המשפטית לכבוד, תמיכה והגנה ששום רשות שלטונית אחרת לא זכתה בהם. שורשי של יחס זה נעוצים בתכנים הפורמליטיים של הפרדיגמה האקדמית, שבמסגרתה פעלה האקדמיה המשפטית של ישראל למן קום המדינה, ובי"כריזת" שהתייקמה בין האקדמיה המשפטית לבין בתי-המשפט באשר להרשת ערכיו של המשפט הישראלי במדינה ובחברה.

הפרדיגמה האקדמית של הפורמליזם המשפטי הכתיבה לאקדמיה המשפטית של ישראל, למן קום המדינה, עיסוק במשפט המתמקד בתכנים של המשפט, ולא במשמעויותיו. במסגרתה של פרדיגמה זו, נסתה האקדמיה המשפטית לראות עצמה יותר כבית-ספר מקצועי ופחות

תפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט

תכריכנסת ויוצעים משפטיים, עשוי אפוא להקשות על הירחוק הנדרש לצורך העיסוק האקדמי.

סיום .20

כל אדם מצווה בספקנות לגבי דעותיו. על אהת כמה וכמה מלומדים אקדמיים. "אינו דומה שובה פרוק מאה פעמים לשונה פרוק מאה ואחד", אומר התלמוד.⁵⁸

כל אדם מצווה בפתירות לגבי דעותיו של זולתו. על אהת כמה וכמה מלומדים אקדמיים:

"שליש שנים נחלקו בית שמאי ובית הלל, הללו אומרים הלכה כמותנו והללו אומרים הלכה כמותנו. יצאה בת קול ואמרה: אלז ואלז דברי אלהים תיים הן, והלכה כבית הלל. וכי מאחר שאילו ואלז דברי אלהים תיים מפני מה זכו בית הלל לקבוע הלכה כמותן – מפני שנרחין ועלובין היו, ושניין דברייהן דדברי בית שמאי. ולא עוד אלא שמקיימין דברי בית שמאי לדבריהן."⁵⁹

אינני יודע אם בתרבות המערבית נכתב אי פעם חיבור גדול יותר בוכות הסובלנות, הפתיחות, ריבוי הדעות, מאשר על החירות של מיל. פתחתי בקטע של מיל בוכות הספקנות והצינעה, שבהן צריך כל דור להתייחס לדעותיו, לאור נסיון החיים, המלמד כי חלק מהאמיתות שבהן מחזיק כל דור עשוי להיחשב כזב או אף מגוחך בעיני בני הדורות הבאים. ברצוני לסיים בקטע נוסף של מיל, שעניינו הדרך שבה צריכים בני כל דור לנהוג כולחם, החיים עימם לעידם:

"אין לנו רשות להניח את אמיתות דעתנו ולפעול לפיה, אלא בתנאי שהיא מועמרת ולרעור ולסתירה על יסוד חופש גמור. ...אין בכוחו של האדם לצעור אף צעד אחד בהכנת אהת ענין שהוא בשלמותו אלא אם כן ישמע לכל מה שבפי בעלי כל הדעות השונות על אותו הענין וישקול בדעתו את כל נקודות המבט השונות שמהן יוכלו בעלי מחשבות מכל המינים להסתכל בו. מעולם לא קנה חכם את חכמתו בדרך אחת וזה טבעו של שכל האדם שאין לקנות חכמה בשום אופן אחד. ...כל זמן שמוכרחים בני-אדם לשמוע לשני הצדדים, לא אכדה התקווה... יש לאמת

על התינוך המשפטי

האקדמית, נראה שעם עלייתה של הפרדיגמה הלא-פורמלסטית באקדמיה המשפטית של ישראל, ייפתח הפתח, לראשונה בתולדות יחסיהם של האקדמיה המשפטית ובתי-המשפט, לכתבה אקדמית ביקורתית.⁵⁵

19. "פרסים", "עונשים", ריחוק אקדמי וחסים אישיים

אם הפרדיגמה האקדמית הלא-פורמלסטית מציגה שופטים, עורכי-דין, שרים, תכריכנסת ויוצעים משפטיים כמושא המחקר האקדמי, כי אז מה שמייחד את העיסוק האקדמי במשפט, בהשוואה לרוב העיסוקים האקדמיים האחרים, הוא, שמושא המחקר (קרי: המשפטים המעשיים) נמצא בעמדה שבה ביכולתו לגמול לחוקר האקדמי ב"פרסים" (למשל: משרות וכיבודים שונים במסגרת השפיטה והייעוץ המשפטי; הזמנה של חוות-דעת) או ב"עונשים". מלומדי המשפט, המועלים במסגרתה של הפרדיגמה המשפטית האקדמית הלא-פורמלסטית, חייבים לפעול תוך שהם מודעים לריגשות הקיימת בעיסוקם בנקודה זו, ותוך שהם מזהירים עצמם מפני השיבושים שהיא עשויה להוליד, מבחינת יכולתם לקיים ביאות את הציוויים האקדמיים המוסלים עליהם במסגרת פעילותם האקדמית.⁵⁶

ג' ו' פלנקרט, ראש "המכונה הפוליטית" של מדינת ניו-יורק, תציע פעם הצעת-חוק בבית-המחוקקים של מדינתו. כאשר נטען כלפיו שההצעה מנוגדת בעליל לחוקה, השיב: "מה זה כבר חוקה בין חבורים?"⁵⁷ פעילות אקדמית במסגרת הפרדיגמה האקדמית הלא-פורמלסטית כרוכה בבעיה נוספת, הנובעת לא מכך שמושא של המחקר המשפטי האקדמי יכול, לא-אחת, "לגמול" לחוקר האקדמי, אלא מתגאה המיוחדים של ישראל, כמדינה קטנה, שבה כולם מכירים את כולם ושבה כולם מכירים את כולם. בישראל קשה מאוד להפעיל מוסדות על-פי ההיגיון העומד ביסוד קיומם: ההיכרות האישית והחברות מאיימות לא-פעם לקלקל את השורה. אחת הדעות החולות החמורות ביותר בחוויה הישראלית היא השטטשטש-ואי-הגבולות שבמסגרתם צריכים בעלי תפקידים למלא את תפקידה, ואי-ההקפדה מצידם של בעלי תפקידים על פעילותם בתנאים של אי-משא-פנים והיעדר ניגוד עניינים. דבר זה חל לעיתים גם על משפטיים, לסוגיהם. המגזר האישי עם מה שנוחשב במסגרת הפרדיגמה האקדמית הלא-פורמלסטית מושא המחקר האקדמי, היינו שופטים, עורכי-דין, שרים,

* ספר זה רואה אור בסיוע מרכזי-על צגלה למשפט משווה ולמשפט בינלאומי פרטי במקלט למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב.

1. ראו כלילתי: E. Shils *The Academic Ethic* (1983) ח' גנו "חופש אקדמי" עיוני משפטי יב (תשמ"ז) 415.
2. לעניין זה ראו גם: גנו, שם. כמו כן, ראו: ג. ויילר פילוסופיה של דברי יופיים (תשל"ח) פרק א' על ההבנתו בין עיון לשמו לבין מעשה.
3. שאלה קשה המתעוררת היא, אם נוסף למטרה של השגת והפצת דעת, שהיא מטרתם הראשונית של מוסדות אקדמיים, חברים בסגל של מחלקות אוניברסיטאיות, כחידים, רשאים או צריכים לעסוק גם בפעילות ציבורית או פוליטית, בין כוון הקשורה במשרדין לתחומי העיסוק האקדמי שלהם, ובין כוון שאינה קשורה לעיסוקם האקדמי. שאלה זו מחייבת דיון מפורט, החורג ממסגרתו של העיסוק האקדמי. שאלה זו מחייבת דיון רצוי, שתכריע במחלקות אוניברסיטאיות, כחידים, יפעלו בעניינים ציבוריים, בהתאם לדעת המושגת על דם בפעילותם האקדמית. לדוגמא: ראוי ואף צריך שאנשי בית-הספר לחינוך, אם הם סוכרים שמדיניות החינוך הממשלתית פוגעת בתלמידי עיירות הפיתוח, יפעלו לשיפור רמת החינוך במקומות אלה; שאנשי החוג לכללה, אם הם סוכרים שמדיניותה הכלכלית של הממשלה מסכנת למשק המדינה, יפעלו באופן ציבורי לשינויה של מדיניות זו; שסוציולוגים פמיניסטיים יהיו פעילים בהקמתם של מעונות להגנתן של נשים מוחות; שפרופסורים לדפואה ציבורית, אם הם סוכרים שמדיניות הכריאות של משרד הבריאות שגויה, יפעלו באופן ציבורי לתקונה. אשר לפעילות בנופים פוליטיים, נראה לי, כעיקרון, כי דינם של חברים במחלקות אוניברסיטאיות צריך להיות דומה לדינם של שאר ארחי המדינה. לעניין זה ראו גם: גנו, לעיל הערה 1. לשיעור בעד פעילות ציבורית של אנשי האקדמיה המשפטית ראו: מ' קרמניצר אקדמיה משפטית לחמת, שנות החינוך נא' פלגי עורך, תשמ"ח) 50.
4. ת' קון המבנה של מהפכות מדעיות (1972, תרגום י' מלצר, תשל"ז).
5. פרדיגמות עולות לא רק בגלל התפתחות במישור הרעיונות. הן עולות עקב צירוף של התפתחות רעיונית והקשר תרבותי ותרתי. ראה לעניין זה קון, שם; H.G. Gadamer *Truth and Method* (2d rev. ed., 1960, 1993); R. Rorty & D. Marshall trans., 1960, 1993); R. Bernstein *Beyond Philosophy and the Mirror of Nature* (1977); R. Bernstein

תקווה רק במדה שיקומו פרקליטים לכל צד שבה ולכל דעה שיש בה אך שמין מז האמת, ואף לא פרקליטים סתם, אלא כאלה שיישמעו דבריהם בהקשבה.⁶⁰

בשנים הבאות, לראשונה בתולדותיה של האקדמיה המשפטית של ישראל, עשוי להתקיים בה מצב של ריבוי פרדיגמות. כולנו נהיה מחויבים לפעול מתוך סובלנות, פתיחות, הכנת הערך שבריוני הדעות והגישות, חתירה להפריה הדדית, הכרה בערך תרומתו של האחר, נכונות ללמוד ממנו. כמלומדי המשפט קל לנו להכיר בהכרחיותם של ערכים אלה ולהפנימם. הם עומרים בסדר הפעילות האקדמית. הם עומרים בסדר קיומו של החליך השיפוטי. כולנו שותפים במאמץ להגדלת הדעת על המשפט. אין לנו דרך אחרת לעשות זאת.

הכרתיים והלוקחים של משאבים חברתיים.

9. A.J. Ayer "Editor's Introduction" *Logical Positivism* (A.J. Ayer ed., 1959); L. Kolakowski *The Alienation of Reason: A History of Positivist Thought* (N. Guterman trans., 1968); *Twentieth-Century Philosophy: The Analytic Tradition* (M. Weitz ed., 1966); J. Passmore *A Hundred Years of Philosophy* (1957) 369-395; Bernstein, *supra* note 5.

10. "ובכן, זה מה שאני מבקש - עובדות, אל תלמדו נערים ונערות אלה דבר מלבד עובדות", אומר גיבורו של דיקנס שפעל בתקופת הפריחה של הפוזיטיביזם. "אתה יכול לעצב את תודיעתו של בעל-היים הושב בעזרת עובדות בלבד. שום דבר אחר לא יהיה בו מוצייל לגבוי." צ' דיקנס ימלים קשים (תרגום אסתר כספי, תש"ל) 5 (הספר ראה אור ב-1854).

11. "The prevailing attitude at the time among professional social scientists was that their discipline was now on the secure path of becoming a genuine natural science of individuals in society, a natural science that differed in degree and not in kind from the rest of the natural sciences. Progress in the social sciences, they argued, required adopting and following those methods, procedures, and criteria for testing hypotheses and theories that had proven so successful in the natural sciences"

ראו גם מ' הורביץ "החשיבה המשפטית האמריקאית לאחר מלחמת-העולם השנייה: 1960-1945" עיוני משפט טו (תשנ"ב) 445, 454-455. על העלייה והירידה של הגישה הפוזיטיביסטית בתחום מדעי החברה ראו: D. Truman "Disillusion and Regeneration: The Quest for a Discipline" *Pol. Sci. Rev.* (1965) 865. על ירידת הפוזיטיביזם בתוך ההיסטוריה ראו: א' ה' קאן היסטוריה מהיני (תרגום א' רם, 1961, 1986).

ביטוי קיצוני של הפיסת-העולם הפוזיטיביסטית נמצא בעמודותיהם של אנשי זרם הפוזיטיביזם הלוגי, הדרוים כ-*Vienna Circle* - קבוצה אינטלקטואלית שהייתה פעילה בין שתי מלחמות-העולם. אנשי זרם זה היו קרובים בחלק מעמדותיהם לאנשי הזרם של הפילוסופיה האנליטית,

Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics, and Praxis (1983) 23-25; P. Berger & T. Luckmann *The Social Construction of Reality* (1966) chapter 1.

6. ראו למשל בתחום התיאוריה של הספרות: A. Jefferson & D. Robey eds., 1982) 19, 23 ("Modern literary theory is anything but monolithic; rather it consists of a multiplicity of competing theories which frequently contradict one another... [W]e would wish to stress our points about theoretical conflict... There remain issues between most major theories" and will continue to remain radical disagreements on fundamental issues between most major theories"

7. אף שהפורמליזם המשפטי היה תפיסת העולם השלטת במשפט הישראלי, ניתן למצוא בפסיקותו של בית-המשפט העליון, לזן קום המדינה, גם שורה ארוכה של הנמקות בלתי-פורמליסטיות יותר על-יכן, למותר לציין, כי הנמקות פורמליסטיות הן טעונות ערכים כדיוק כמו הנמקות בלתי-פורמליסטיות. ההבדל בין שני סוגי הנמקות מתבטא במידה שבה העובדה שהתנגקה כרוכה בהכרעה ערכית היא גלויה לעין.

8. C. Geertz "Common Sense as a Cultural System", in C. Geertz (1983) *Local Knowledge*. ניתן להציג את הפורמליזם המשפטי גם מכיוון אחר. ניתן להצביע על שלוש תפיסות מקובלות בקרב משפטנים באשר לתפקיד שמערכת המשפט ממלאת בחברה. ראשית, התפקיד של הורעה בסכסוכים המתעוררים בין פרט לפרט ובין הפרט והמדינה. שנית, התפקיד של יצירת מערכת של כללים לתכנון ולהשגה של יעדים משפטיים. על-פי תפיסה זו, כללים משפטיים נוצרים כדי לאפשר לפרט, הפועל בצילם, מימוש של יעדי המשפטיים. שלישית, התפקיד של השלטת מערכת ערכים מטרימת בחברה, לרבות בדרך של הוצאה לפועל של תפיסה ערכית מטרימת בדבר חלוקתם של המשאבים העומדים להחלוקה בחברה. על-פי תפיסה זו, מערכת המשפט היא אמצעי (medium) להכרה ומכשיר לאכיפה ולהטמעה של חלק מן הערכים שבמסגרתם אמורה החברה לפעול. הפורמליזם המשפטי הוא תפיסה של המשפט, המדגישה את שני תפקידיה הראשוניים של מערכת המשפט, קרי: ייתות מכשיר להכרעה בסכסוכים ומנגנון לתכנון ולהשגה של יעדים משפטיים, ומצביעה את התפקיד השלישי של המשפט, זה של השליטה ערכים

והקונספטואלי של הנוף המשפטי שבגדרו קיים חסר, כאילו היה מדובר בהשלמה של חסר במובנה על-פי ההיגיון הפנימי של מרכיביה הצורניים (צורות, צבעים, וכיוצא בזה), ראה למשל ג' טרסקי "חווה שלביצונו דרושה מסכמת אדם שלישי ודמי תיווך" הפורקליט לב (תשל"ט) 296. סעיף 227 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, מורה, כי "חווה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או רשיון על פי חוקיק, חזקה שקבלת ההסכמה או הרשיון הוא תנאי מתלה". האם חוזה הטעון הסכמת אדם שלישי או רשיון כאמור יכול להיחשב לחווה מחוייב, או שמא יש לראותו כחוזה שאין לו חזקה כל עוד לא התקבלו ההסכמה או הרשיון? פרופסור טרסקי, מגדולי המשפטנים של ישראל בעשורים הראשונים של קיומה, שאף זכה בגין פולצ'ו האקדמי ב"פרס ישראל" ב"מדעי המשפט" בשנת תשי"ד, סבר, כי החווה חסר חזקה. לחלף קטעים מהנמקתו (היכולים להיחשב דוגמה טובה לדרך ההנמקה המקובלת במסגרתה של הפרדיגמה האקדמית הפרומולטיבית): "החוק אומר 'חווה שהיה טעון [...]': שעה, אפוא, החווה כשלעצמו ולא רק ביצוע החווה. ההבדל בין שתי נוסחאות אלו מקבל הבלטה מיוחדת משום שבתולדות החקיקה עברו מן השניה לראשונה... וגם צורת הפולצ'ו שהיה טעון מרמות על כך, שההסכמה הייתה דרושה לכשרות החווה ושבלעדיה אין החווה כדין (ולא רק שובצר ביצועו)... בפירושו סעיף 227 (ב) אין להתעלם גם משיקולים של פרשנות שיטתית. אילו פירשנו את החוזהא הוא כנוגעת לביצוע, או גם לביצוע, הייתה הנחתה חופפת חלקית את הנחה סעיף 18 (א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, הודך במניעת הביצוע, ולפיכך היה מקום לתוות למה סעיף 227 (ב) לא כלל את יתר המקרים הנכללים בסעיף 18 (א) ואפילו למה לא הסתפק המחוקק בהוראת סעיף 18 (ב) וראה צורך לחזק את סעיף 227 (ב)". (ההדגשות במקור).

על מפעלו האקדמי של פרופ' טרסקי ראו: י' ויסמן "מייהו גר טרסקי?" משפטים יא (תשמ"א) 383. המחבר כותב, בין השאר, כדלהלן: "תוך זמן קצר מאז עלייתו ארצה כבש לעצמו [פרופסור טרסקי] מעמד בכורה בתחום המשפט, מעמד שבו הוא ממשיך להחזיק עד עצם היום הזה... צינור הניתוח המשפטי, מקוריית המחשבה והדיק המדעי שבעבודותיו, כל אלה, מלבד ערכם לעצמם, קבעו עבור המשפטנים בארץ, בני דורו ותלמידיו כאחד, את הסטנדרטים למחקר משפטי. איכות עבודתו המחקרית הייתה לקנה המידה שיעל פניו גמדות רמתם המחקרית של חוקרי המשפט

שפעלו בתקופה האמורה באוניברסיטת קיימברידג', אנגליה. (הידועים שבאנשי דורם זה היו רסל, מור וויטגנשטיין "המוקדם"), הפילוסופים האנגליטיים של תקופה זו האמינו, כי יש לנסות להכין את המציאות באמצעות מתודת הניתוח, היינו, בדרך של פירוק המציאות לעובדות בסיסיות ככל האפשר, תוך יצירת אמירות לשוניות בסיסיות, המשקפות את העובדות שאליהן הן מתייחסות. ראו: *Philosophical* J. Urmson. 9 *supra* note M. Weitz. (1956). *Analysis*. קיים דמיון בין מתודה זו לבין מתודת העבודה של המשפטן הפרומולטיבי, המשפטן הפרומולטיבי מאמין כי יש להפעיל את מתודת הניתוח הן על הקונספציות והדקרינות של המשפט והן על סיפורים עובדתיים, המובאים לטיפולו של המשפטן. זאת, כדי לאפשר מיון של מצבים עובדתיים, המעוררים שאלות משפטיות, לקטיגוריות המשפט המכילות את המתווך שאמור לחול על המצבים העובדתיים. ביטוי נולט למתודה זו ניתן למצוא בחיבורים מסוג "קונומסאר", המבוססים על פירוק נוסחות הלשון של חוקים למרכיביהן ועל ניתוח של המצבים העובדתיים העשויים לבוא בגדרן של נוסחות הלשון. (ראו לדוגמה מתודת הדין כסדרת הספרים פרוש לחוקי החוזים, שבפריכת פרופסור ג' טרסקי).

12. על ההנמקה ההתכתתית ראו: גומר, לעיל הערה 5, בע' 314: Gadamer H.G. *Philosophical Hermeneutics* (D. Linge trans., 1976) 24; S. Fish "Demonstration vs. Persuasion: Two Models of Critical Activity", (1980) *in* S. Fish *Is There a Text in This Class?* ראו שטר "ירדת הפרמליים ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשי"ג) 37. ראו גם: R. Nozick *Philosophical Explanations* (1981) 1-24.

13. ראו הציטטה שבראש רשימה זו: C. Langdell "The Harvard Law School" 3 *L.Q.R.* (1887) 123, 124.

14. T. Grey "Langdell's Orthodoxy" ראו גם: Langdell, *ibid*, at p. 124. 45 *U. Pitt L. Rev.* (1983) 1; Kissam "The Decline of Law Professionalism" 134 *U. Pa. L. Rev.* (1986) 251, 256-262; P.D. Carrington "Butterfly Effects: The Possibilities of Law Teaching in a Democracy" 41 *Duke L. J.* (1992) 741, 776-787; J. Frank "Why Not a Clinical Lawyer-School" 81 *U. Pa. L. Rev.* (1993) 907.

15. משפטן פורמליסטי ישלים חסר משפטי על-פי הגיונו הלשוני

כמייצגת נורמות, המיצבות חלק מהותה הערכית של החברה במסגרתן של ההכרעות הערכיות המגולמות בנורמות, אמורים הפרטים הפועלים במדינה לבחור ביצדים משפטיים ולפעול למימושם. בדומה לכך, ההכרעות הערכיות המגולמות בנורמות המשפט משמשות אמת-ימיה לוחציה בסכסוכים המשפטיים המתעוררים במדינה.

לדין מפורט ראו מאוטנר, לעיל הערה 12. לדין בהלהיכים דומים בדרמגיה ראו: J. Habermas "Law and Morality" (The Tanner Lectures on Human Values, vol. 8, 1988); P. Bourdieu "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field" 38 *Hastings L. J.* (1987) 805.

23. משפטנים הפועלים בחוקה של תפיסת-העולם הפורמליסטית נוטים להמעיט בהשיבות המשפט הציבורי. הוא נתפס על-ידם כמשפט "רד", שאינו ניתן לארגון "מדעי", "אנליטי", ומה שהמור מכך, כנחון להשפעת הפוליטיקה, שהיא תוהום של הערכים הטובייקטיביים. לעומת זאת, משפטנים כאלה נוטים לעסוק בתחום המשפט הפרטי, הנתפס על-ידם מתאים ל"מדעיות", "אנליטיות" וכו', וכמרוחק משאלות ערכיות קשות. ראו: Carrington, *supra* note 14, at pp. 776-786. אני סבור, שכלוק מן הירידה במעמדה של תפיסת העולם הפורמליסטית בשיטת המשפט שלנו, ניתן לאתר בעשור האחרון עלייה במעמדו של המשפט הציבורי. ראו, למשל, כתביהעת משפט וממשל, שהחל מופיע באוגוסט 1992, בהוצאת הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, וכן חידוש פעולתה של העמותה למשפט ציבורי, בשנת 1993.

24. ראו לעניין זה, בך היזר, עיוני משפט טו, חוברת 3 (תשנ"ב) (גיליון מיוחד - משפט ו... כמה מהפנים הבינתחמיות של המשפט); עיוני משפט יז, חוברת 3 (תשנ"ג) (גיליון מיוחד - אקטיביזם שיפטי בישראל); משפטנים כב, חוברת 2 (תשנ"ג) (נחתה כלכלי של המשפט). ביזב העורך, שבפחה הפקולטית מא (חוב' א-ב) (תשנ"ג), כותב העורך, ארנן גבראלי: "כהוברת זו פתחנו מדור 'משפט ו...'...גשמה לקבל מאמרים נוספים הראויים לפרסום, אשר נושאים אופי אינטר-דיסציפלינרי, או העוסקים ביחס בין המשפט לתחומים אחרים." עם זאת, המדובר בשינוי איטי, שיוכל לבוא לכיסוי מוסרי, במבנה תוכניות הלימודים של הפקולטה למשפטים, רק בחלוף זמן. אולם המתהלך קיים ומרגש, בכל זאת, כבתיה על המשפט ובהוראת המשפט.

האתרים. הוא הפך להיות מורה הדור בתחום המשפט, ראש וראשון, שאין מתחרה לו."

16. ראו: M. Kelman *A Guide to Critical Legal Studies* (1987).
 17. ריצ'רד ברנשטיין קרא לתופעה זו "החודדה הקריטיקלית", ראו Bernstein, *supra* note 5, at p. 18.

18. מאיר דריכהן קרא ללומרי משפט מסוג זה "academic lawyers" וחילא את פועלם בלשון זו:

"[They] view themselves as participating in essentially the same enterprise as judges, and use very similar methods to theirs. In this view, scholars, practitioners and judges all contribute to the articulation of legal doctrine by confronting and offering resolutions to particular legal problems. The measure of its success is the adoption of its proffered solutions to doctrinal problems by the other participants in the enterprise. ... [The academic lawyer... often acts as a kind of deputy-judge, presiding over moot courts, or shadow lawyer writing mock briefs for hypothetical or past disputes".

M. Dan-Cohen *Rights, Persons, and Organizations* (1986) 1-2.
 19. ראו למשל: Langdell, *supra* note 13.

20. מי שיקרא, למשל, את הרכבים שבהם הקביל ריקאן הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, שי"ז פלר, את תלמידיו בטקס פתיחת שנת הלימודים תש"ם יתושים, כי הדובר רואה עצמו כבירור כמי שעומד בראש בית-דפס מקצועי להכשרתם של עורכי-דין (תוך שהוא מציג תפיסה של המשפטן המעשי, שבעיקרה, אני מודהה אתה, ולא בראש פקולטה אקדמית, שאמורה לעסוק, בהיותה חלק מן האוניברסיטה, כהשגחה של דעת לשמה, שי"ז פלר "על הוראת המשפט" משפטים י (תש"ם) 3. השוו: יי אנגלרד "הרהורים על הפקולטה למשפטים" משפטים יב (תשמ"ב) 217 (תמורדות עם הנציגותיות הכרוכה בכך שהפקולטה למשפטים מקוקמת באוניברסיטה, אך אמורה להכשיר משפטנים מעשיים).

21. בניסוח אחר ניתן לומר, שעל-פי גישה זו, התפקידים השונים שהמשפט ממלא בתורה אינם שווים-מעמד; התפקיד של יצירת מערכת ערכים לפעולת החברה נחשב בעל מעמד של קדימות. מערכת המשפט נתפסת

להיות בבואתו, אינם ניתנים לקטגוריוציזיה קפואה הערוכה לפי מיונם המלאכותי של המקצועות האקדמיים, ופילה אל עבר חלקתו של השכן מצמיחה לעתים קרובות פרי-הילולים. אך כל אחד מן העיסוקים הללו יש לו תוכן עצמאי משלו, ומי שרוצה לעסוק בגרעין הקשה שלו אינו חייב לשאוב לו תכנים מבחוץ, המבדלות שבו לא תימכן - כך נדמה לי - אצלנו."

בסימפוזיון על החינוך המשפטי, אמר פרופסור ר' פרידמן כדלהלן: "המשפט איננו חי המכיל את עצמו אלא בתיאוריה, המשפט מיושם תמיד על תופעות חברתיות שמתוצה לו... מכאן נובע שעל המשפטן להכיר תחומים נוספים כדוגמת כלכלה, פילוסופיה, מדעי המדינה, סוציולוגיה, פסיכולוגיה ועוד." ר' הר-הוב (מנחה) "החינוך המשפטי בישראל" המשפט (יוני 1993) 4 באותו סימפוזיון אמר פרופסור י' זמיר כדלהלן: "המתכונת שנבחרה בירושלים ואומצה על ידי שאר הפקולטות בארץ, מעצקה הכשרה משפטית בלבד ומתעלמת מהיבטים אחרים כמו קשרים בין המשפט לחומרים אחרים שבהם המשפט פועל... מדע המשפט הוא ענף מהמדי החברה. באופן אידאלי היה רצוי לאפשר הכשרה משפטית לבעלי תואר ראשון כלשהו כפי שמקובל בארצות-הברית... צריך... לאפשר לסטודנט... ללמוד בדרך מובנית דיסציפלינות אקדמיות נוספות במדעי הרוח והחברה." פרופסור ע' שפרדא כתב כדלהלן: "רבים וגם טובים מדי משפטינו צודם נוקקים לתפישה ארכאית של מהות החינוך דיסציפלינרי בראש ובראשונה עליו להפטר מהאשליה, שהמשפט הוא דיסציפלינה ש'הורה', המתקיימת קיום ערטילאי בעולם משלה ומנותקת הריטית משאר מדעי החברה... להרבה שאלות שאנו רגילים לטווגן כ'משפטיות' יש השלכות כלכליות, סוציולוגיות, פוליטיות או פסיכולוגיות מובהקות." ע' שפרדא "חינוך משפטי והאינטרס הציבורי" האוניברסיטה (כרך 15, חוב' א', תשל" 26, 27. לוצגתו של החינוך המשפטי בישראל כמדויש את העיסוק ה"שכני", ה"פנימי" במשפט ראו: י' ויסמן "על הוראת המשפט בארצות הברית ובישראל" משפטים (תשמ"ג) 425

הטעון בנות העיסוק האינטר-דיסציפלינרי במשפט היה טיעון מרכזי של אנשי הייאלים האמריקאי. ראו למשל: F. Cohen "Transcendental Nonsense and the Functional Approach" 35 *Colum. L. Rev.* (1935) 809. בקטע מפורסם כותב המחבר (בע' 821) כדלהלן: "Jurisprudence... as an autonomous system of legal concepts, rules, and

25. השימוש בשורות אלה במטבע-הלשון השלילי "פרדיגמה אקדמית לא-פורמלסטית" הוא מודע. במסגרת פרדיגמה זו יפעלו שורה של פרדיגמות אקדמיות, שכל אחת מהן תארגן את דרך ההתמודדות עם השאלות העומדות במרכזה ביחס לתופעת המשפט. לפיכך, אין ביכולתי אלא להגדיר את המשותף לפרדיגמות אלה, ולצורכי השיעונים המובאים כאן, דומה שדווקא הגדרה שלילית תחד את פרדיגמות אלה על דרך מוצלח יותר להגדיר את פרדיגמת-העל של פרדיגמות אלה על דרך החיוב, בכל-זאת, כגון: "הפרדיגמה הערכית-החברתית של המשפט" או "פרדיגמת העיסוק הבין-תחומי במשפט".

26. על ההבחנה בין דעת המודעת בדרך אינטואיטיבית לבין דעת המודעת בדרך תיאורטית ראו: B. Williams *Ethics and the Limits of Philosophy* (1985); R.M. Hare *Moral Thinking* (1981).

27. עם זאת, תהא זו טעות לטכור שקיימת הפרדה חדה ונוקשה בין הדעת האינטואיטיבית לבין הדעת התיאורטית. הניסיון להפעיל דעת תיאורטית אינו יכול להיעשות תוך השתחררות מהמשקעים החברתיים העשירים שבהם ספוגה דעתו של החוקר. ראו לעניין זה במיוחד: גזנר, לעיל הערה 5.

28. לניסוח חריף של העמדה בוחנת העיסוק הבין-תחומי במשפט ראו: א' פרוקצ'יה "בועות משפט" משפטים כ (תש"ץ) 9. המחבר כותב, בין היתר, כדלהלן: "מדע המשפט הוא מדע ריק, ומה שיוצר בו רושם של ממשות איננו אלא בועתה של המשות, ומה שמתחזה לעין הבלתי-מוזיחה כפרדס, איננו, במבט מקרוב, אלא מטע גדול ומטופח של בועות - בועות משפט. אך כמו אחיותיהן בועות הסבון, מלאות צבע הן, מביע לרקמתן השקופה ניבטים החיים עצמם, על מלאו גוניהם והרם.

...האם קיים עיסוק משפטי 'טהור', כזה שאינו סמוך על שולחנם של אחרים, המפרנס את עצמו מתוך חוקיותו הפנימית ושיש לו אחיזה במציאות סגורה, עצמאית, אשר לכדל תשכון, ושאיז לה רקמה פתוחה, קולטת, מתחברת ומתעברת עם החיים? דומי שלא, בנוקטי עצמה זו, הריני מבקש למחות קו של הבחנה בין העיסוק הבינתחומי של משפטיים לבין עיסוקים בינתחומיים אחרים, כגון החתכרותם של פסיקאים עם פילוסופים, אנשי-תיאטרון עם מדעני-המדינה או לשונאים עם מתמטיקאים, אמת, גם העיסוקים הבינתחומיים הללו פורחים בעשורים האחרונים. הטיבה לכך היא, שהן הקיום האנושי (ומדעי החברה והרוח המתעדים אותו) והן עולמ החומר המצורה (ומדעי הטבע והחיים המתמיימים

ניתן לתכנן מערכות חדשות או לפתח ולשפר מערכות קיימות. בדומה לכך, טכנאי משפט הוא משפטן היוודע כיצד להפעיל את כללי המשפט והקיימים. מהנדס משפט הוא משפטן היוודע כיצד לפתח את כללי המשפט והקיימים, כדי שמערכת המשפט תיתן פתרונות לכניעות, שאין בנמצא להן פתרון ברור ומוכן מראש. כל משפטן מעשי הוא לעיתים טכנאי משפט ולעיתים (לדעתי, במקרים רבים בהרבה משפוקבל לחשוב) מהנדס חברתי. תפיסת העולם הפורמליסטית נוטה להציג את המשפטן כ"מתנדב". תפיסת העולם הלא-פורמליסטית נוטה להציג את המשפטן כ"מתנדב".

33. ראו גם אנגלרד, לעיל הערה 20, בעמ' 225 ("ראייה בלעדית של לימודי המשפט באמצעי לריכישת ידע מקצועי מביאה... לעמדה צרה אופק שאינה יפה לקניית השכלה אקדמית. גישה מדעית היא בראש ובראשונה גישה ביקורתית. אך השאיפה המופרות לימעשיות היא קטלנית להסתכלות ביקורתית. הרצון להסתדר בתוך הקיים, להשתלב לתוך ההווה, אינו עשוי לקדם את ההכנה המעמיקה של המציאות עצמה.")

34. לשאלת הפער בין עיסוקם של מלומדי משפט לא-פורמליסטים לבין עיסוקם של משפטנים מלעיים, ראו גם דבריו של השופט ארווארדס, ממוז קולומביה של בית המשפט לערעורים הפדרלי של ארצות-הברית: H. Edwards "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession" 91 *Mich. L. Rev.* (1992) 34. השופט ארווארדס עורך גל של מאמרי תגובה, שפורסמו בהוצרת מיוחדת ב-1993 *Mich. L. Rev.*, August 91.

35. M. Dan-Cohen "Substantive Legal Theory and its Audience" 10 *Tel. Aviv Univ. Stud. in Law* (1990) 7; M. Dan-Cohen "Listeners and Eavesdroppers: Substantive Legal Theory and its Audience" 569 *U. Colo. L. Rev.* (1992) 615; ראו גם: גדמר, לעיל הערה 5, בע' 310-124-155 *E. Goffman Frame Analysis* (1974).

36. ד"רברן אינו מדבר על "פרדיגמה אקדמית לא-פורמליסטית", אלא על "תיאוריית משפט מהותית", היינו, תיאוריה העוסקת בהבהרת התכנים העצמיים של המשפט. "תיאוריית משפט מהותית" יכולה להיחשב חלק ממה שבונה כאן "פרדיגמה אקדמית לא-פורמליסטית". לדיון בגישתו של ד"רברן ראו: 63 "Legal Scholarship and the Practice of Law" *U. Colo. L. Rev.* (1992) 615; Smith "In Defense of Traditional Legal Scholarship" 63 *U. Colo. L. Rev.* (1992) 627.

arguments... independent both of ethics and of such positive sciences as economics or psychology... is a special branch of the D. Kennedy "Legal: אג: science of transcendental nonsense" Education as Training for Hierarchy" *The Politics of Law* (D. Kairy's ed., 1982) 40, 47 ("Teachers teach nonsense when they persuade students that legal reasoning is distinct, as a method for reaching correct results, from ethical and political discourse in general... There is never a 'correct legal solution' that is other than the correct ethical and political solution to the legal problem.") (Emphasis in original text).

29. הגישה המטרורית ל"מדעי-הטבע הותקפה בעשורים האחרונים לא-אחת, תוך הוגשת חשיבותו של המסען התרבותי שמביא איתו החוק למחקר על תוצאות המחקר. יתר על-כן, בתחום הפסיקה, עלייתה של מנגינת הקוואנטים, בשנות העשרים של המאה, יצרה מושגים חשים בדרכי היות שבין החוק ומשא המחקר. בהשוואה ליות שהתקיים על-פי הפסיקה הקלאסית. ראו: קוז, לעיל הערה 3; גדמר, לעיל הערה 5; גדמר, לעיל הערה 12; רוט, לעיל הערה 5; Bernstein, *supra* note 5; J. Nelson, A. Megill & D. McClosky "Rhetoric of Inquiry" in *The Rhetoric of the Human Sciences* (J. Nelson, A. Megill & D. McClosky eds., 1987) 3; Rorty "Science as Solidarity", *ibid.*, at p. 83; Y. Elkana "A Programmatic Attempt at an Anthropology of Knowledge" 5 *Sociology of the Sciences* (1981) 1.

30. ראו לעיל הערה 12.

31. על הקשר בין תפיסת-העולם הפורמליסטית לבין ראייה של המשפט כתחום העיסוק של "מומחים" בעלי כישורים טכניים, ראו: Carrington, *supra* note 14.

32. ראו גם: שפירא, לעיל הערה 28. לא-אחת, בדברנו על משפטנים, אנו נוקטים במונח "טכנאי משפט". במקרים אחרים אנו מדברים על המשפטן כ"מהנדס חברתי". אכן, שני המונחים מתייחסים לשתי פונקציות שונות, שהמשפטן המעשי נדרש למלא במסגרת פעילותו המקצועית. טכנאי הוא מי שיוודע כיצד פועלת מערכת קיימת, כדי לתחוק אותה, לתקן אותה ולהפעיל אותה, במטרה להניע אותה לתפקי מה שדיא אמורה לתפקי. מהנדס הוא מי שיוודע לא רק כיצד פועלת מערכת קיימת, אלא אף כיצד

מד(3) 57:1 בג"צ 788/90 דודר הוצות בע"מ נ' עיריית רמלה, פ"ד מד(3) 1843; ר"ע א' 5258/90 קצין התגמולים נ' אינגבר, פ"ד מד(3) 593: א' ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י' (תש"ם) 11.

40. אברהם שלונסקי אמר, בדברי הספד שנשא לגיי אשכול, כדברים האלה:

"אלפיים שנה היינו עם ללא מדינה, והיתה בעם משוקת דורות להדר ולמלכות... עכשיו כשוכנו למדינה... עוד לא שבנו, עוד לא התגלגלנו, עוד לא התגלגלנו למלכות, כדי לתת לקיסר את אשר לקיסר, ולשמים את אשר לשמים. עדיין אנתנו נוהגים לקיסר מה שיש לתת לשמים, ושבתנו את השמים, א' שלונסקי "מאי הצלחנו של הומון שבין משוררים ושלטים צמחה התרבות האנושית" (דברים ביום השלושים לנומו של לוי אשכול, 1969) הארץ, 25.5.93.

ערבוב הרשויות שבין המדינה והאקדמיה, תוך יצירת הלך-רוח וחזון שלפיהן כפופה האקדמיה למדינה והאקדמיה נמדת במכתן ההרומה שלה למדינה, מתקיים בישראל מרי שנה, כשמועק "פרס ישראל". אין ספק, ושימת המלומדים שפרס ישראל ניתן להם, מאו היוסודי, בשנת תשי"ג, היא רשימה מפורשת, הכוללת את שמונתיהם של חוקרים גדולים, שפעלו בארץ בתחומים שונים של האקדמיה. אכן, ברבות השנים רכס לעצמו הפרס מוניטין של מי שמבטא הערכה והוקרה למלומדים ישראלים, שזוהו להישגים גדולים בתחומיהם. אבל, מבלי לפגוע חלילה כהא זה בגדולתם האקדמית של מלומדים אלה - אלה וקוץ בה. מהגדרת מהותה של הפעילות האקדמית נובע, שפרסים על הישגים אקדמיים צריכים להינתן בראש ובראשונה על-ידי האקדמיה עצמה, ולא על-ידי גופים שהם חיצוניים לאקדמיה. כל עוד שבישראל המדינה היא שמעניקה את הפרס האקדמי הגבוה ביותר, תימכן השאלה אם הפרס ניתן למי ששרדת בתצלחה את צרכיה של המדינה או את צרכיה של האקדמיה. (אכן, שאלה זו מעוררת מרי פעם, ראו למשל מאמרו של פרופסור יעקב כץ "פרס ישראל למדעי החיות, האנומי" הארץ, 17.4.92, ומכתבה של פרופסור אינישה שפירא "עירוב גוב דעת" הארץ, 28.5.92. שני הכותבים טענו, כי בהענקת פרס ישראל במדעי החיות לתוקרים הנמנים עם הגישה המסורתית-הנבדלת, ולא לתוקרים הנמנים עם הגישה הביקורתית-המסורתית, יש ניסיון להכתיבה פוליטית מטעם משרד החינוך בדבר אופיה התרבותי של המדינה.) יתר על-כן, כשהמהדובר בפרס ישראל, לפחות על-פי מראית העין, האוטונומיה של האקדמיה אינה ברורה מאלה, הפרס

ראו גם: E. Rubin "The Practice and Discourse of Legal Scholarship" 86 Mich. L. Rev. (1988) 1835; A. Kromman "Foreward: Legal Scholarship and Moral Education" 90 Yale L. J. (1981) 955. ראו גם: א' אבידן "על האוניברסיטה כמצודת גבול הומניסטי" עיונים בחינוך יוני (1991) 143-161. מהדבר כותב, כי האוניברסיטה בישראל מתייחסת אל הסטודנטים שלהן -

"כמי שמטרתם רכישת מקצוע, המבוסס על אפיסטמולוגיה אמפיריציסטית, או התקמות בקריירה אקדמית, המבוססת על מחקר אמפירי. אין האוניברסיטאות רואות את עצמן כמוסד חינוכי המיועד לטייע לבאים בשעריהן להתמודד באופן רציני עם השאלות הקיומיות הנבטיות של חייהם... רבים [מהסטודנטים] באים לאוניברסיטה מתוך כוונה... להסתייע בלמודים האקדמיים לצורך גיבוש תפיסת עולמם וזהותם העצמית. האוניברסיטה אינה עושה דבר כדי לטייע להם בכך. מהחילת לימודיהם הם נאלצים ללמוד במסגרת... שכל כולה למקומה בהכנסת הסטודנטים בסוד הרזים (לעתים קרובות, טכניים ונתמוריים מאוד) של דיסציפלינות ספציפיות. וכך קורה, שאלפי צעירים מגלים שלוש שנים פורמטיביות של חייהם בעיקר בלימוד פנים טכניים ודיסציפלינריים שאין להם עניין גדול בהם ואינם רלונטיים לחייהם לא כמון האקדמיציסטיאלי ולא כמון 'התמלית'".

כמו כן ראו: אנגלד, לעיל הערה 20, בע' 218, 219 "חרוב המכריע מכיניכם יסיים בתצלחה את הלימודים... שאלה אחרת לגמרי היא אם תמצאו סיפוק אישי בלימודיהם ומה השפעה תהיה ללימודים האלה על אישיותכם לוכריביה השונים."

38. פסק-הדין היסודי במשפט הישראלי הוא בג"צ 174/54 שימל נ' רשות מסמכת לעורך הסדר תפיסת מקרקעי, פ"ד ט 459. ראו גם: בי"ש 48/75 ידיר נ' מדינת ישראל, פ"ד כס(2) 375; בג"צ 1923/91 רוזנצויג נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד מונ(2) 1; מי' שמגר "על פסלות שופט - בעקבות ידידת תרתי משמע" גבורות לשמוען אגרנט (תשמ"ז) 87.

39. בג"צ 580/86 שמוען נ' ראש המועצה המקומית קריית מלאכי, פ"ד מא(2) 617; בג"צ 244/86 רכיבי נ' ראש המועצה המקומית אופקים, פ"ד מב(3) 183; בג"צ 529/89 ריעני נ' ראש המועצה המקומית יהוד, פ"ד מג(3) 389; בג"צ 595/89 שמוען נ' הממונה על מהוז הדורים במשרד הפנים, פ"ד מד(1) 409; בג"צ 1045/89 דניאל נ' ראש העיר קריית אתא, פ"ד

S. Fish *Doing What Comes Naturally* (1989); S. Fish *Is There a Text in this Class?* (1989); J.B. White *Justice as Translation* (1990); J.B. White *Heracles' Bow* (1985); M. Walzer "Interpretation and Social Criticism" (The Tanner Lectures on Human Values, vol. 8, 1988); B. Williams, *supra* note 26; H. Brown *Rationality* (1988); R. Gordon "Historicism in Legal Scholarship" 90 *Yale L. J.* (1981) 1017; M. Horwitz "Comment: The Historical Contingency of the Role of History" 90 *Yale L. J.* (1981) 1057.

44. במקרים יוצאים מהכלל, שופטים יכולים ללמד במקורליטאות למשפטים קורסים, שיש בהם לזאיר בפני קהילת המשפט את טיבה של הפעילות השיפוטית, לאור נסיונם הייחודי של השופטים במשפט, מיוגלים ללומים. שרק שופטים, בהכרח מתבררים אחריים בקהילת המשפט, מיוגלים ללומים. למאמר קלאטי שיש בו דעת מסוג זה ראו: J.C. Hutcheson "The Function of the 'Hunch' in Judicial Judgement Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decisions" 14 *Cornell L. Q.* (1928) 274.

45. החיבור הקלאטי בנוגות האחריות והמחבתית, הפיטויית וההתנהגותית, ורכות הפלורליזם והמחבתית, הפיטוי וההתנהגותי הוא על החירות של גיון סטיוארט מיל, בעיקר הפרק השני והפרק השלישי. (המספר ראה אור בעברית בשנת תש"ו, בהדגונו של א' סימון.) (העורך שלהשגותו חותר מיל הוא האמת.)

46. אילן בלום כותב, כי הפקידה ההכרחית של האוניברסיטה ברוקורטית הוא להציג לפני הציבור חלופות נוספות על אלה שמציע השלטון. בלום טוען, כי השלטון במדינה הדמוקרטית מציע לאורחי המדינה מספר מוגבל בלבד של אופציות פעולה, תוך התנפה למכונה המשותפת הנמך בייתה. לדברי בלום, תפקיד האוניברסיטה הוא להפציל דעת עצמאית, באופן שיוליד להגדלה של מעגל האופציות העומד לפני ההכרה ולהעלאתן של אופציות לא-פופולריות. T. Montefiore *12 הערה* (1987) "The Political Responsibility of Intellectuals" *The Political Responsibility of Intellectuals* (I. Maclean, A. Montefiore & P. Winch eds, 1990).

47. בשורה של פסקי-דין, עשה השופט ברק בשנים האחרונות שימוש בעיקרון

ניתן בוים שבו משתבת המדינה בהישגיה, ועשויה איפוא להיווצר מראת העין שהישגים אקדמיים הם כאלה, במידה שהם תורמים למדינה. כמו כן, החל בשנת תשכ"ח, ניתן הפרס, לצד מלומדי האקדמיה, גם לשורה של אישים שלא היה כל קשר בין פועלם לבין הפעילות האקדמית, ועם זאת הם זכו בפרס משום שתרמו "תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה". (בשנת תשל"ה, שנה וחצי אחרי מלחמת יום-הכיפורים, ניתן פרס זה לגולדה מאיר.) מהבחינה הטקסטית, הפרס ניתן על-ידי נשיא המדינה ושם החינוך, ולא על-ידי מלומד אקדמי. נוסף על כך, אף ששופטי הפרס הם אנשי האקדמיה, שר החינוך מעורב אישית בקביעת יסבי-ראש ועדות השופטים של הפרס.

41. ראו גם דבריו של מ' דוֹכְהֶן על "עורכי-דין אקדמיים", המובאים בהערה 18 לעיל.

אכן, הדברים שלהלן של השופט ברק משקפים תפיסה רוחת כאשר לתפקיד שהכתיבה המשפטית האקדמית ממלאת, ואמורה למלא, בישראל. ברק מדבר על מעמדו של החוקה, ההלכה השיפוטית והמנהג במשפט הישראלי. בהקשר זה, הוא דן גם במעמדה של האקדמיה, ככיוכל חיו

כתביה אחד המקורות המשפט של המדינה. לדבריו: "מקום חשוב בעשייה המשפטית נתון לדוקטרינה, כלומר לאקדמיה שלנו. דווקא בשלב ראשוני זה של משפחה המשפט שלנו, מוטל עליה תפקיד נכבד של גיבוש דוקטרינה, של הכללה והפשטה ושל כיוון דרכי ההתפתחות בעתיד. לא הגענו במשפטנו למצבה של המשפחה הרומנו-גרמנית, שבה דכריהם של הכמי המשפט הוא מקור משפטי פורמלי. אך בוראי שמעמד האקדמיה שלנו הוא מרכזי יותר מאשר במשפחה המשפט המקובל. לכתיבתם של הכמי המשפט השפעה רבה על ההלכה הפסוקה. השופטים קוראים את כתביהם של הכמי המשפט, מתעמקים בהם ומצטטים אותם בפסקי-דין שלהם."

אי ברק פורשנות במשפט (כרך ראשון) 194-195.

42. "חוקה, ולא אני, דן את אחיך", אומר אנג'לו, השופט, לאיובלה אחרי שדן את אחיה למוות. ראו י' שסקפיר מורה כנגד מורה (תרגום ע' כרמי, D. Curtis & J. Resnik "Images of Justice" 96 : גם ; ראו גם : 1979 *Yale L. J.* (1987) 1727.

43. השו: 177; *S. Cal. L. Rev.* (1985) 177; O. Fiss "Objectivity as Interpretation" 43 *Stan. L. Rev.* (1982) 739;

או למינהל עסקים כדי שישמשו הכרזים בוועדה להקצת מפותל המניות הנבאקאית, התברר לו שהמשימה אינה כה פשוטה. כל מועמד שאליו פנה הטיב שהוא מצטייר, אך אין הוא יכול לקחת חלק בעבודת הוועדה, עקב ניצוד אינטרסים, התברר כי הנבקים דאגו לנטרל את האקדמיה בישראל, בייחוד את זו המתל אביבית, על ידי אספקת עבודות ייעוץ שונות ומשונות - בשכר מנופת, אחרים, שלא נכנסו עדיין לרשימת מקבלי תעודות, סירבו מתוך תקווה להשיג איזה נתח בעתיד... אין זה חסר היהוד בין הנבקים לבין האקדמיה. הנבך יכול לממן הקמת אגף חדש או בניין חדש באוניברסיטה, פורפסור לכלכלה יכול להיות יום אחד יו"ר של בנק, מרצה יכול לקבל מיוון לעבודת מחקר או לקתורה, או להיות יו"ר ועדת השקעות, או לשמש דירקטור - והכל שווה כסף, הרבה כסף. יו"ר מדהים לשמוע אנשי אקדמיה מצטיינים במייעוץ בריוק את הדברים שאמרו להם אנשי בנק הפועלים."

ראו גם המאמר "רווחת הברית מול רווחת הנבקים" מאת מרית זילת, שהתפרסם בהארץ, 17.5.93, באותו הקשר:

"...יתכן שאלה אכן דעותיהם המלומדות של מרבית הפרופסורים בישראל, המבטא פקיד ריושלמי בכרי... אבל ייתכן גם שרובם מתייצבים לימין הנבקים, כי הם סמוכים על שולחנם, אנשי אקדמיה יושבים בירוקסוריונים של הנבקים ובוועדות השקעה בקופות הגמל; הנבקים מממנים קתדרות באוניברסיטאות ומזמינים עבודות ייעוץ מכניסות. מי משוגע לרוק לתוך באר מים מתוקים כל כך? שאל."

4 ראו כנס לרגל מלאת ארבעים שנה למשפט הישראלי משפטים יט, חכ"י (תש"ן); גיליון מיוחד: אקביזיום שיפוטי בישראל עיוני משפט י"ז, חוב"ב 3 (תשנ"ג).

51. לטעון שלפני, כמו הממשלה, גם הרשות השופטת היא רשות שלטונית, ועל האקדמיה הממשטית מוטל התפקיד הוברתי של פיקוח עליה, ראו דבריו של השופט ריינהרדט, מהמחוז התייצי של בית המשפט לערעורים תפדלי של אוצרות הברית: The Supreme Court, The Death Penalty, and the Harris Case" 102 Yale L. J. (1992) 205, 206: "Law schools, deans, faculties and student bodies have an equally important duty: to subject the judiciary, and particularly the Supreme Court, to rigorous examination; to hold it responsible when it fails in its duties; to do your utmost to safeguard the

של הפרדת הרשויות להצרכת הפעלה נרחבת של סמכותו של בית המשפט העליון. גישתו של השופט ברק לעיקרון של הפרדת הרשויות מושתתת על שני אדנים: הראשון, שהוא מובן מאליו, הוא, שאותו אדם עצמו אינו יכול למלא תפקיד בשתי רשויות שלטוניות בעת ובעונה אחת. (דבר זה מתחייב בעיקר על-פי הרוקטינה בדבר היעדר ניגוד עניינים. ראו לעיל הערה 39). השני הוא, שבמטרת העיקרון של הפרדת הרשויות, מוקצה לרשות השופטת תפקיד ייחודי של הפעלת פיקוח שיפוטי על מעשיהן של שתי רשויות השלטון האחרות, ושומה על הרשות השופטת לא להתחמק ממילוי תפקידה זה. קיומו של דמיון מסוים בין הרשות השופטת לבין האקדמיה נאף שאין היא, כמוכן, רשות שלטונית הוכר בעבר לא אחת. ראו למשל: גנו, לעיל הערה 2, בע" 434. אכן, כשני המקרים מדובר בפעילות במטרתה של פרדיגמה, תוך חתירה להגעת למה שיכול להיחשב "אמת" במטרת הפרדיגמה, ותוך ניסיון לדיכויים של אלמנטים היכולים להיחשב סובייקטיביים ואישיים למי שפועל בגדר הפרדיגמה. לפיכך, ניתן לטעון שכשם שהעיקרון של הפרדת הרשויות מחייב הפעלה של פיקוח משפטי על-ידי בית המשפט העליון לגבי מעשיהן של רשויות השלטון האחרות במדינה, כך צריכה האקדמיה לחתור להשגת דעת לשמה על מעשיהן של רשויות השלטון של המדינה, שהן מושא המחקר שלה. וכשם שהעיקרון של הפרדת הרשויות (ובעיקר העיקרון של היעדר ניגוד עניינים) מחייב שיאישו את הרשות השופטת כאלה שאינם בעלי תפקידים ברשויות השלטון האחרות, כך גם יש לאיש את האקדמיה על-ידי מי שאינם בעלי תפקידים ברשויות השלטון של המדינה, שהן מושא המחקר של האקדמיה.

48. טיעון ידוע נגד האקדמיה המורתנית בישראל, שהושמע לא אחת בעשרים השנים האחרונות, הוא שהיא לא הצליחה למלא את שולחונה הוברתית במידה הנדרשת, משום שלא השכילה לנתק עצמה במידה הנדרשת ממנגנוני המדינה האחרים על השיפול במדינות המורה המיכון. ראו למשל: א' בצמח "אקדמיה לכל פועל" מוסף הארץ, 12.3.93.

49. השון המאמר "בניודת הפרופסורים" מאת נחמיה שרסלר, שהתפרסם בהארץ, 14.5.93. המאמר נכתב בעקבות התייצבותם של פרופסורים רבים לימין ראשי הנבקים, במאבק בין צמרת האוצר לבין ראשי הנבקים, בנוגע לרפורמה במבנה המערכת הנבאקאית; "ב-1987, כאשר ניסה השופט משה בייסקי למצוא פורפסורים לכלכלה

וככל בעל סמכות, גם הם כפופים לביקורת... הביקורת העיבורית חשובה היא לרשות השופטת. היא מפיטה, בסופו של דבר, ארון העיבור בשפיטה... השופטים מקבלים ביקורת זו באהבה, מבינים הם, כי ביקורת עליהם, ואף ביקורת קשה, היא חלק 'מהאזיונים' הנחוצים בתורה דמוקרטית." משמע: ביקורת על שופטים היא חיונית. אבל האם שופטים, בהכרח ממלומדי משפט, מסוגלים לעסוק בה? בעמ' 610 לפסק-הדין כותב השופט ברק: "צורך זה בארון העיבור מטיל, בראש ובראשונה, מעמסה על השופט עצמו, אם בנית המשפט ואם מחוצה לו. עליו להתנהג כאדם וכשופט באופן שכבוד משרתו יישמר. אכן, שפיטה אינה אך תפקיד. היא גם צורת חיים. מכאן השיבותם הרבה של כללי האתיקה השיפוטית. ביטוי בלתי זהיר באולם בית המשפט או בפסק הדין או מחוץ לכותל בית המשפט יש בכוחו לשלול, אשר גורש במשך שנים... השופט כבול בדרכי תגובתו. אין הוא נוהג להפגלם עם מבקרו. אין זה מקובל כי יגן על עצמו בפומבי. אין הוא מלמד סניגוריה על עצמו. כלי ביטוי הוא פסק הדין."

השוו: א' רם "התכרה ומדע התכרה": סוציולוגיה מסדרת וסוציולוגיה ביקורתית בישראל" התכרה הישראלית: היכטים ביקורתיים (נא) רם צורך, 1993. שאלת היחסים שבין האקדמיה המשפטית והמדינה אינה מתעוררת רק לגבי בתי-המשפט. כשהמדובר בתחום כמו המשפט הבינלאומי הפומבי, למשל, מתעוררת השאלה באיזו מידה ראמה עצמה האקדמיה המשפטית כגוף עצמאי, הפועל במסגרת המשפט, בנבדל ממסדרות המדינה, ובאיזו מידה ראמה עצמה האקדמיה כמי שתפקידה לספק טיעונים משפטיים למאמצי ההסברה של הממשלות השונות. דומה, כי הנושא המדויק של ההיסטוריה של המשפט הבינלאומי הפומבי של ישראל עדיין מחכה לטיפול אקדמי.

פרופסור ויסמן כתב על פרופסור סדסקי כדלהלן: "ומעל לכל, ראוייה אישיותו של סדסקי שתשמע לנו במינים אלה דוגמה לטיפוס של איש האקדמיה, שהאוניברסיטה כה וקוקה לו. בתקופתנו, שבה מתגלית לעתים נטייה בקרב אנשי האוניברסיטה לטווש את המחקר למען השרדה, ולחמיר את הספרייה או המבנה בלשמה ממשלתית... חשוב להדגיש את הקרתנו והערבנו לגאשים כסדסקי, שעבורם המחקר המדעי והמסגרת האוניברסיטאית הם "יעוד חיים" ויסמן, תערה 15 לעיל, בע' 384. דאן גם גנו, לעיל תערה 2. מילד זה שביטי האקדמיה המשפטית והמשפטיים

Constitution against all those who would weaken its values whether or not they wear black robes".

52. כידוע, מסכת אבות מכילה, בין היתר, קובץ של כללי-התנהגות ליינים ולתלמידי חכמים. ראו גם אבות, פרק א, משנה י: "שמעיה אומר: אהב את המלאכה, ושנא את הרבנות, ואל תתודע לרשות." הפרך ב, משנה ג, אומר רכן נמליאל בנו של רבי יהודה הנשיא: "הווי היריין ברשות, שאין מקרביין לו לאדם אלא לצורך עצמן. נראים כארבהין בשעת הנאתן, ואין עומדין לו לאדם בשעת דחקן."

53. האתוס ההיררכי של מערכת השפיטה זה, אם לא מנוגד, לאתוס האקדמי. מערכת השפיטה מקנה משקל רב יותר להתלשתיהם של שופטים מסוימים מאשר להתלשתיהם של שופטים אחרים לא בהתחשב במשקלן הסגולי העורף של ההתלשות, אלא בהתחשב במיקומו הגבוה יותר של מחברן בהיררכיה של השפיטה. לעומת זאת, האתוס האקדמי מייחס חשיבות מועטה יחסית לעובדה שמתכרו של חיבור כלשהו הינו אדם בכיר או נמוך בהיררכיה האקדמית (פרופסור מן המניין לעומת מרצה סתם). עיקר המשקל נתון לחיבור לא על שום מעמדו הפורמלי של המחבר, כי אם על שום איכותו וסגולותיו המהותיות של החיבור כשלעצמו. אכן, לעיתים באקדמיה אין לייחס שום משקל לדרגתו האקדמית של המחבר ויש לוותר, ככל האפשר, על השימוש בדרגות אקדמיות במסגרת הפעילות האקדמית. שימוש כזה יש להשאיר לצבאות, לתאגידים כלכליים גדולים, לרשויות של המדינה. באקדמיה, מיקומו ההיררכי של המחבר הוא בלתי רלבנטי לתערכת האיכות של דבריו. ראו גם: י' לויז מועמד החכמים בארץ ישראל בתקופת החלמוד (1985) 44: "בתוך חוגי החכמים היו, ככל הנראה, הבדלים רשמיים מוצגים. לא נוכדים תארים לתלמידים מצטיינים, וחכמים שחתגורוד באותה עיר לא דורגו באיזו צורה שהיא."

54. לטיעון שלפיו, בראשית המדינה, היה המשפט הישראלי "יזר תרבותי" כתרבות הישראלית, בייצגו ערכים ליברליים בתרבות קולקטיביסטית, ולטיעון שלפיו, החל בשנות השבעים, נסוג הפער בין המשפט לבין חלקים נרחבים בתורה הישראלית ובעלילמות שלה, אך גם על גורמים חוקים שקראו תיגר על ערכיו של המשפט הישראלי, ראו מאוטנר, לעיל תערה 12.

54. כבג"ץ 506/89 בארי נ' ראש מודרר תביעות אגף החקירות, פ"ד (מדי) 604, 611, 612, כתב השופט ברק: "שופטים הם בעלי סמכות שלטונית,

על החינוך המשפטי

המעשיים מצביע גם על בעייתיות הקיימת בפעילותם האקדמית של שופטים המכהנים בערכאות הכפופות לבית-המשפט העליון, וכן של עורכי-דין, היינו, תלותם של שופטים כאלה ושל עורכי-דין במי שאמורים להחשב, על-פי הפרדיגמה הלא-פורמליסטית, מושא המחקר שלהם.

57. הדברים מובאים אצל: 18 (1979) *W.M. Reisman Folded Lies*.

58. תלמוד בבלי, מסכת תגינה, דף ט', עמ' ב'.

59. תלמוד בבלי, מסכת עירובין, דף י"ג עמ' ב'. ראו גם: A. Kirschenbaum.

1991) *Beyond Equity* (1991) *Equity in Jewish Law*.

60. מיל, הערה 45 לעיל, בע' 39, 41, 89-90.

מעֵבֵר לסובלנות ולפולולזים: הפקולטה למשפטים כמוסד רב־תרבותי

ניתן לאתר הלך רוח של מוכנה פפקולטות למשפטים רבות בעולם. במאמר זה אטען שטיבה חשונה לכך היא על־יתן של שתי קבוצות חדשות של מלומדים פפקולטות האלה בשנים האחרונות. תבדיחן של קבוצות המלומדים האלה תופסים את התפקיד התברתי של המשפט ואת השליחות התברתית של הפקולטות למשפטים באופן שונה לגמרי מזה שבו תפסו אותם המלומדים שפעלו פפקולטות בעשורים הקודמים. במילים אחרות, ממוסדות הומוגניים, הנשלטים על־ידי תרבות מקצועית אחת, נהפכו תפקולטות למשפטים בשנים האחרונות למוסדות המאכלסים קבוצות אחדות של מלומדים. בניסוח אחר, בשנים האחרונות נהפכו הפקולטות למשפטים ממוסדות חד־תרבותיים למוסדות רב־תרבותיים. אטען איפוא שהמושג רב־תרבותיות יכול לטייע בהארחת מצנן הנוכחי של פפקולטות להמשפטים רבות. כמוכך, מושג המוחל לעיתים כדי להתמודד עם מצבים של רב־תרבותיות הוא המושג "כינון עצמי דיאלוגי". אטען איפוא שהכינון שפקולטות למשפטים רבות נהפכו למוסדות רב־תרבותיים, המושג "כינון עצמי דיאלוגי" יכול להיות בעל ערך לשם הפקת ציוויים נורמטיביים באשר לדרכים שבהן יש לנהל את הפקולטות ובאשר להמשך פיתוחן.

חלק א: הפקולטה למשפטים של העבר – עידן האחדות

פקולטות למשפטים בארצות רבות של המשפט המקובל פעלו במשך רוב העשורים של המאה העשרים על־פי מאפיינים שנקבעו במחצית השנייה של המאה התשע־עשרה.¹ מאפייך מרכזי היה ההומוגניות של הפקולטות.² ער לשנים האחרונות, רוב המלומדים והמורים שפעלו פפקולטות למשפטים רבות בארצות המשפט המקובל, אם לא כולם, חלקו

מעצב לטובלבנות ולפולורליזם: הפקולטה למשפטים כמוסד רב-תרבותי

עובדתי שהם עוסקים בו אל תוך הכלל המשפטי המכיל את הפתרון "הנכון" האחד הראוי להסיריו. כפי שלילי (Lilly) כותב⁸

"[The doctrinal approach]... takes as its core the examination of legal rules, rule systems, and their underlying principles. The doctrinalist searches for patterns in legal materials, particularly in appellate cases, and tries to impose order where there is none or to clarify and evaluate discrete areas of law. The crux of doctrinalism is analytical rigor applied in a legal context."

מכיוון שדוקטרינליסטים מעקרים מהמשפט את המילמד הפוליטי שלו, אין הם תופסים את עורכי-הדין והמשפטים כמשתתפים בההליכים של כינון האופי הנורמטיבי של החברות שהם עוסקים בענייניהם; או בההליכים המשפטיים בהייחם של בני-האדם שהם עוסקים בענייניהם; או בההליכים שממציבים תומריים מהולקלים בהם בין אורחי המדינה. אלא, דוקטרינליסטים רואים בעורכי-הדין מקצוענים שפעילותם העיקרית היא זו של הפעלת ידע מומחי בשירותם של לקוחות, בדרך של נקיטה בצעדים המשפטיים הנדרשים לשם הגשמה משפטית של היעדים שהלקוחות קובעים. בדומה לכך, דוקטרינליסטים רואים שופטים במקצוענים שפעילותם העיקרית היא זו של הפעלת ידע מומחי לשם יישובם של סכסוכים משפטיים.⁹

מכיוון שדוקטרינליסטים תופסים עורכי-דין ושופטים כמקצוענים המשפטיים ידע מומחי בשירותם של לקוחות או לשם הכרעה בסכסוכים משפטיים, תחרתם לירקוק של המשפט לכללים צמודה לערך נוסף הנחשב בעיניהם מרכזי להפעלה ראויה של המשפט: הוודאות המשפטית.

דוקטרינליסטים מאמינים שוודאות בהפעלת המשפט צריכה להיות מושגת לא רק באמצעות זיקוק של תוכני המשפט לכללים, אלא גם באמצעות דרך ההתמקה המשפטית המיוחדת המופעלת במשפט. במקרים רבים מאוד, התהליך של ליבון המשפטי הנורמטיבי והתוצאות החברתיות של המשפט הוא תת-דטרמיני (under-determinate). ליבון כזה כרוך בין השאר בהבאה בחשבון של רפרטואר עשיר של שיקולים נורמטיביים וחברתיים ומתן משקל יחסי לכל אחד מהם במסגרת התהליך של קבלת ההחלטה. אולם מכיוון שאין כנמצא, ולא יכולה להימצא, דרך

על החינוך המשפטי

תפיסה אחידה באשר לתפקיד החברתי של המשפט ובאשר לדרגים שפקולטות למשפטים צריכות לפעול בהן.³ יתר על-כך, בתפיסות אלה החזיק באופן נרחב גם עורכי-דין ושופטים.⁴ יוצא שמאפיין בולט של השדה המשפטי כולו בארצות אלה, לרבות הפקולטות למשפטים, משרדי עורכי-הדין ולשכות השופטים, היה ער לשנים האחרונות שלטונה של תפיסת-עולם אחת, שנהנתה מתפוצה נרחבת, באשר למשפט ובאשר לתפקידים של פקולטות למשפטים. לתפיסה זו אקרא דוקטרינליזם.⁵

ביסוד התפיסה הדוקטרינליסטית עומדת הבחנה חדה בין הפוליטיקה והמשפט, החופפת להבחנה שבין מחוקקים ובתי-משפט וגם את ההבחנה שבין פוליטיקה ומקצוענות. מאבקים נורמטיביים ומאבקים על חלוקתם של משאבים בתורה נתפסים על-ידי דוקטרינליסטים כבעלי אופי פוליטי, ולפיכך כאריכים להיות מוכרעים בזירות פוליטיות – בראש ובראשונה בבתי-גנברחים. השדה המשפטי נתפס על-ידי דוקטרינליסטים כתחום בלתי-פוליטי, שמקצוענים – קרי: עורכי-דין ושופטים – המפעילים ידע מומחי פועלים בו.

הסיפור שלהלן על-אודות ג'יימס בר איימס (James Barr Ames), שהיה הריקאן של בית-הספר למשפטים של אוניברסיטת הרוורד בסוף המאה התשע-עשרה, הינו אופייני. בהזיזתו ריקאן, התבקש איימס לאשר מינוי של חבר כסגל הפקולטה שלו, ג'וזף ביל (Joseph Beale), לפדופוסור-אורח בבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת שיקגו, במטרה לסייע בהקמתו של בית-הספר החדש. באותה עת היה ארנסט פרוינד (Ernst Freund), איש מדע-המדעינה, חבר מוביל בפקולטה למשפטים של שיקגו. איימס התנה את אישור ביקורו של ביל בשיקגו בכך שלא יותר לפרוינד ללמד בבית-הספר החדש, שמא ייחשפו הסטודנטים של בית-הספר לתוכניתו.⁶

דוקטרינליסטים מצניעים את הזיקות הקיימות בין המשפט לבין החברה, דהיינו, הם מצניעים את המקורות החברתיים של המשפט, את המשטריות הנורמטיביות של המשפט ואת התוצאות החברתיות של המשפט. אלא, הם תופסים את המשפט כמערכת אוטונומית של כללים וקונספציות שאמורה לפעול בעיקר על-פי הגיונה הפנימי. דוקטרינליסטים חותרים שהמשפט, לרבות פסקי-הדין של בתי-המשפט, זיקוק לכללים וקונספציות מאורגנים באופן מערכתי, שיטתי וקוהרנטי. ארגון זה של תוכני המשפט אמור לאפשר לעורכי-דין ולשופטים למיין כל מקרה

מַעֲבָר לַסְבִּילְנוּת וּלְפִלְוֵלוּתָם: תְּפִילָּה לַמְשַׁפְּטִים כְּמוֹסֵד רַב-תְּבוּחָה.

מהתפיסה של תְּפִילָּוּלוּת לַמְשַׁפְּטִים כְּתִיב־סֵפֶר מְקַצְצֵיִם, הוּא הַכְּלִילִים שׁוּוֹקֵן וְאֻרְגָּנוּ בְּאֹפֶן הַאֲמֹר עַל-יְדֵי מְלוֹמְדֵי הַמְשַׁפֵּט הַדּוֹקְטְרִינְרִיִּים אֲמֹרִים לְהוֹת מְשׁוֹנְנִים עַל-יְדֵי הַסְטוֹוִנְטִים שֶׁלָּהֶם כִּאֲפֹן שִׂיאֶפֶשֶׁר לָהֶם לְתַפְעִילִים בְּמַסְגֵּרַת הַתְּרִיקִיָּה הַמְשַׁפְּטִית שֶׁלָּהֶם.

הַכִּישׁוֹר הַעִיָּקְרִי הַשְּׂנֵי שִׂטְפִּיחוֹ מְלוֹמְדֵי הַמְשַׁפֵּט הַדּוֹקְטְרִינְרִיִּים וּמֹרִיִּים הִיא הַכִּוּלָּת "לְהִשְׁבֹּב כְּמִשְׁפָּט"¹⁴, קִוִּי: הַכִּוּלָּת לְהוֹת בְּאִירָעִים יוֹמִיוֹמִיִּים וּרְכִיבִים עֹבְרָתִיִּים הַצְּרִיכִים לְהִתְשֵׁב רְלוֹוִנְטִים מִהַחַיָּה הַמְשַׁפְּטִית, וּכְן הַכִּוּלָּת לְסוּג אִירָעִים עֹבְרָתִיִּים יוֹמִיוֹמִיִּים אֶל תֹּרַת הַתְּרִיקוּנוּת הַמְשַׁפְּטִית הַמְכִּילָה אֶת הַתְּרִינוּת הַמְשַׁפְּטִיִּים שֶׁאֲמֹרִים לְהוֹל עֲלֵיהֶם. פְּרִוּשׁוֹ שֶׁל "לְהִשְׁבֹּב כְּמִשְׁפָּט" הִיא גַם לְרַעַת כִּיצַד לְהַפְעִיל אֲגִלוּגוֹת מִתּוֹךְ חוֹמְרֵי הַקִּיָּמִים שֶׁל הַמְשַׁפֵּט, וְכִיצַד לְפַתַּח טִיעוּנִים וּפְתֻרָנוֹת חֲדָשִׁים לְהַסְדֵּרָתָם שֶׁל מְקָרִים שֶׁלֹּא נִמְצָא כְּלָל בְּרוּר בִּיחַס אֱלֹהִים.

מַכִּיוֹן שֶׁלְמֹלְמֵי הַמְשַׁפֵּט הַדּוֹקְטְרִינְרִיִּים תִּפְסֹו אֶת הַתְּפִילָּוּלוּת לַמְשַׁפְּטִים כְּתִיב־סֵפֶר מְקַצְצֵיִם, הֵם קִיבְלוּ בְּאֹפֶן בְּלִת־בִּיקוּרָתִי אֶת הַתְּנוּחַת הַנּוֹרְמָטִיבִית שֶׁבִּטּוֹר הַמְשַׁפֵּט הַקִּיָּים, וּכְן אֶת הַתּוּצְאוֹת הַתְּבַרְחוּת שֶׁל הַמְשַׁפֵּט הַקִּיָּים. בְּמִלִּים אֲחוּרֹת, מַכִּיוֹן שֶׁמְלוֹמְדֵי הַמְשַׁפֵּט הַדּוֹקְטְרִינְרִיִּים לֹא רָאוּ זֶאת כְּמִישׁוּמָה לְחִשׁוֹב בְּאֹפֶן בִּיקוּרָתִי עַל הַעֲרִיכִים הַמְגֻלְמִים בְּמִשְׁפֵּט הַקִּיָּים וְעַל הַהִשְׁלָחוֹת הַחֲקוּלָיוֹת שֶׁל הַמְשַׁפֵּט הַקִּיָּים, הִיא תּוּצְאוֹת־לוֹאִי שֶׁל פְּעוּלָהֶם שֶׁעוֹמֵק הַפְּצָה שֶׁל הַסֵּדֵר הַמְשַׁפְּטִי הַתְּבַרְחִי הַקִּיָּים.¹⁵

נוֹסֵף עַל כֵּךְ, בְּגִלְל פְּרֻדְגָּמַת בִּית־הַסֵּפֶר הַמְקַצְצֵי, הַקְּהֵל הַעִיָּקְרִי שֶׁאֱלָזִי תִּפְנוּ מְלוֹמְדֵי הַמְשַׁפֵּט הַדּוֹקְטְרִינְרִיִּים אֶת חִיבּוּרָיהֶם לֹא הִיא זֶה שֶׁל מְלוֹמְדֵי אֲקֻמָּאִיִּים אֲחוּרִים, אֲלָא זֶה שֶׁל עוֹרְכ־יְדֵי וְשׁוֹפְטִים. אֲכֵן, הַתְּאֵמָה הַדּוּקָה הַתְּקִיָּמָה כִּי־ן הַתּוֹכֵן שֶׁל סְפָרִים וּמֵאֲמָרִים אֲקֻמָּיִים שְׂכַתְבוּ מְלוֹמְדֵי הַמְשַׁפֵּט דּוֹקְטְרִינְרִיִּים, מִצֵּד אַחַד, לְבִיץ הַסְּפָרוֹת הַמְקַצְצוֹת שֶׁהִיא שְׂמִיחָה שְׂמִיחָה וְלוֹוִנְטִית לְעֵינֵי הַמְקַצְצֵי שֶׁל מְשַׁפְּטִים מְעִשִּׂיִּים (עוֹרְכ־יְדֵי וְשׁוֹפְטִים), מִצֵּד אַחֵר. יֵתֵר עַל-כֵּן, הַ"שִּׂיא" בְּקִיָּיָה שֶׁל מְלוֹמְדֵי מְשַׁפֵּט דּוֹקְטְרִינְרִיִּים הִיא חִיבּוּרֵי שֶׁל הַ"realise" תְּכֹלֵל וְהַמְסַמֵּךְ בַּתְּחוּם הַהַתְּחַזָּחֵת שֶׁלֵּי, שִׂיזוֹר וַיִּצְרַךְ בְּאֹפֶן נֹרָחַ עַל-יְדֵי עוֹרְכ־יְדֵי וְשׁוֹפְטִים.¹⁶

כְּמוֹ-כֵן, תְּפִיחַת בִּית־הַסֵּפֶר הַמְקַצְצֵי הַנִּיעָה אֶת מְלוֹמְדֵי הַמְשַׁפֵּט הַדּוֹקְטְרִינְרִיִּים לְהַכִּיף עֲצָמָה לְסַכּוֹת הַמְקַצְצֵית שֶׁל שׁוֹפְטִים: כְּלוֹמֵר, הֵם רָאוּ עֲצָמָם כְּפּוֹפִים לְמֻדָּג (הַדִּירְכִי: הַקִּיָּמָה בְּשִׂדָה הַתְּרִיקוּיָה הַמְשַׁפְּטִית. לְפִיכֵךְ, הִישָׁג אֲקֻמָּיִ שֶׁל מְלוֹמְדֵי מְשַׁפֵּט דּוֹקְטְרִינְרִיִּים הִיא צִיטוֹט אוֹ חִיבּוּרֵי שֶׁלֵּי בְּסִפְסֵף־יָדֵי, וְכֵל שֶׁהִיא בֵּית־הַמְשַׁפֵּט הַמְצַטֵּט מְמוּקָם גְּבוּה יוֹתֵר

עַל הַחִינּוּךְ הַמְשַׁפְּטִי

מְדִירָקָה לְעִשׂוֹת כֵּן, דּוֹקְטְרִינְרִיִּים מְנִיחִים מְנִיחִים שְׂרִכִיב חוֹק שֶׁל בְּחִירָה סוֹבִיב־קְטִיבִית יוֹכֵנס לְפְעִילוֹת הַמְשַׁפְּטִית אִם תּוֹמֵר בְּמִשְׁפֵּט דְרֵךְ הַתְּנַמְקָה הַמְבֹסָסֵת עַל אִתּוֹרֵם שֶׁל שִׂיקוּלִים נוֹרְמָטִיבִים וְתְבַרְחִיִּים וְעַל מִתָּן מְשַׁקְלוֹת יִחְסִיִּים לְשִׂיקוּלִים הָאֵלֶּה. דּוֹקְטְרִינְרִיִּים חוֹתְרִים לְהַתְגַּבֵּר עַל הַת־דִּרְמָטִיזָצִיָּה הַזֹּאת עַל-יְדֵי הַגְּבֵלָה פְּעִילוֹתָם שֶׁל עוֹרְכ־יְדֵי וְשׁוֹפְטִים לְרַמָּה הַלְשׁוֹנִית וְהַמּוֹזְנִית שֶׁל הַמְשַׁפֵּט, בְּלֹא לְאֶפֶשֶׁר לְעוֹרְכ־הַיָּדֵי וּלְשׁוֹפְטִים לְהַגִּיעַ לְתוֹחֵם הַשְּׂנוּי בְּמַחְלָקָה, הַבְּלִי-יִצִיב וְהַתְּחִיב־דִּרְמָטִיזָצִיָּה שֶׁל הַמְשַׁמְעוּעוּיִת הַנּוֹרְמָטִיבִית וְהַשְּׁלָחוֹת הַתְּבַרְחִית הַכִּוּלָּת לְשַׁמֵּשׁ הַצְּדִיקָה לְתוֹכְנֵי הַמְשַׁפֵּט. הַתְּחִיב־הַשְּׁלָחוֹת לְמִשְׁפֵּט כְּאֵל מְעֲרַבֵת שֶׁל כְּלָלִים הַמּוֹפְעֵלָה בְּרַמָּה הַלְשׁוֹנִית וְהַמּוֹזְנִית עַל-פִּי אִמֵּת־מִידָה שֶׁל קוּוֹרְנְטִינוּת¹⁰ מֵאֶפְשֶׁרֵת לְדּוֹקְטְרִינְרִיִּים לְיַצֵּר תּוֹוִשָׁה שֶׁל וּדְאוֹת, יְצִיבוֹת וְאֲחוּדוֹת בְּתַהֲלִיכִים שֶׁל קְבֵלָה הַחֲלָטוֹת מְשַׁפְּטִית, תּוֹךְ שֶׁהֵם מְסוּגְלִים לְטִעוּן שׁוֹמֵם מַצְלָחִים לְהַתְגַּבֵּר עַל הַסְכָּנוֹת שֶׁל סוֹבִיב־קְטִיבִית וְשִׂרְרוּתִית כְּלִת־י מוֹגְבָלוֹת מְצִדֵּם שֶׁל מְשַׁפְּטִים וְתוֹה וְבוֹהוּ בְּהַפְעֵלָה הַמְשַׁפְּטִית.¹¹

מְלוֹמְדֵי מְשַׁפֵּט, מוֹרֵי מְשַׁפֵּט, עוֹרְכ־יְדֵי וְשׁוֹפְטִים דּוֹקְטְרִינְרִיִּים הִיוּ שׁוֹתְפִים לְתַפִּיחָה זֹהֵת בְּאִשֶׁר לְתַמְקִידִים הַתְּבַרְחִיִּים שֶׁל הַתְּפִילָּוּלוּת לַמְשַׁפְּטִים וּבְאִשֶׁר לְדְרָכִים הַרְאוּיוֹת לְגִזְהָלוֹן. פְּקוּלוּסוֹת לַמְשַׁפְּטִים נִתְפַּסוּ עַל-יְדֵי דּוֹקְטְרִינְרִיִּים כְּתִיב־סֵפֶר מְקַצְצֵיִם, דְּהִינּוּ, מוֹסְדוֹת שֶׁתַּמְקִידִים הַרְאוּנוּ הוּא לְהַכִּיֵּר סְטוּדִנְטִים בְּאֹפֶן שִׂיאֶפֶשֶׁר לָהֶם לְהַצְדִּיק לְפַרְקִיָּה הַמְשַׁפְּטִית הַקִּיָּמָה וּלְפַעוֹל בְּמַסְגֵּרָתָהּ בְּהַצְלָחָה. מְלוֹמְדֵי מְשַׁפֵּט דּוֹקְטְרִינְרִיִּים וּמֹרֵי מְשַׁפֵּט דּוֹקְטְרִינְרִיִּים הַקִּדְיוֹת אִיפּוּ אֶת הַאֲנֻגָּיוֹת הַאֲנֻגָּיוֹת שֶׁלָּהֶם לְטִיפּוֹת כִּישׁוּרֵיהֶם שֶׁל הַסְטוּדִנְטִים שֶׁלָּהֶם בְּהַפְעֵלָה הַדּוֹקְטְרִינְרִיָּה הַמְשַׁפְּטִית. שְׂנֵי כִישׁוּרִים מְבִיץ אֵלֶּה נְחָשְׁבוּ חֲשׁוּבִים מְוִיחָה.

הַכִּישׁוֹר הָאֶחָד הִיא יֵדֵעַ מְפֹרָשֵׁת שֶׁל תּוֹכְנֵי הַמְשַׁפֵּט. מְכֵל הַעִישׁוֹר וְהַמְרַכְבּוּת שֶׁל הַתּוֹפְעָה הַמְשַׁפְּטִית, עָשׂוּ דּוֹקְטְרִינְרִיִּים רְדוּקָצִיָּה חִרְיָה שֶׁל הַתּוֹפְעָה לְפַסֵּק־הַדֵּיץ שֶׁל בְּתִיב־הַמְשַׁפֵּט הַגְּבוּוֹהֵה שֶׁל הַמְדִינָה.¹² מְלוֹמְדֵי מְשַׁפֵּט דּוֹקְטְרִינְרִיִּים תִּפְסוּ עֲצָמָם, וְנִתְפַּסוּ עַל-יְדֵי אֲחוּרִים, כְּמַעֲצִינֵי בְּרֵעֵי תּוֹמוֹחֵי שֶׁלָּהֶם עַל-אִדּוֹת הַתְּכִנִּים שֶׁל הַמְשַׁפֵּט בְּמוֹבָן הַאֲמֹר, קִיָּי: פְּסִק־הַדֵּיץ שֶׁל בְּתִיב־הַמְשַׁפֵּט הַעֲלִיוֹנִים. הֵם הַקִּדְיוֹ שֶׁ אֶת הַאֲנֻגָּיוֹת הַאֲנֻגָּיוֹת שֶׁלָּהֶם לְזִיקוּק הַתְּכָרְעוֹת שֶׁל בְּתִיב־הַמְשַׁפֵּט הַגְּבוּוֹהֵה לְכָלִּים בְּרוּרִים; לְאֻגוֹן הַכָּלִים הָאֵלֶּה בְּאֹפֶן שִׂישְׁתִּי בְּמַסְגֵּרַת דּוֹקְטְרִינְרִיִּים וְקִטְרוּרִית גְּבוּלוֹת; לְלִמּוּד שֶׁל פְּרִיטֵי חִישׁוּרֵיהֶם הַמְתוּחָלוּלִים בְּכָלִּים הָאֵלֶּה; וְלְרַעַת הַלּוֹפּוֹת לְכָלִּים שֶׁאֲמָצוּ עַל-יְדֵי בְּתִיב־הַמְשַׁפֵּט.¹³ כְּתִלְקַ

מַעֲבָר לַסּוּבְלָנוּת וּלְפְלֹרִדְלוּיִם: הַפְּקוּלָטָה לַמְשַׁפְּטִים כַּמּוֹסֵד רִב־תַּרְבוּתִי

1. מלומדי המשפט החינוכיים

(א) הפקולטה למשפטים כמחלקה אוניברסיטאית

תפקיד ראשוני של אוניברסיטה הוא לקיים מחקר המכוון לספק תשובות לשאלות-היסוד המתעוררות בתחומים השונים של הדע האנושי. המחקר האוניברסיטאי מוגע על-ידי הכמהה האנושית לרכוש דעת על-אודות העולם וליצור משמעות לגביי. שאלת הערך החיובי או השלילי שניתן לייחס לשימושים השונים בדעי האוניברסיטאי היא כמובן שאלה חשובה, אולם המענה לה תלוי בשיקולים נורמטיביים שהינם היצוניים לשיקול הראשוני העומד ביסוד פעילותה של האוניברסיטה, זה של רכישה דעת לשמה על-אודות העולם.²⁰

מלומדי משפט תיאורטיים תופסים את הפקולטה למשפטים כראש ובראשונה כמחלקה אוניברסיטאית. הם סוברים שהמשפט הוא תופעה אנושית וחברתית מעניינת ומסקנת, והם מעוניינים ברכישת דעת לשמה על המשפט וביצירת משמעות על-אודות המשפט. מלומדי משפט אלה עוסקים אפוא במחקר המתמודד עם שאלות-יסוד לגבי התופעה המשפטית מתוך התירה להשגת תובנות על-אודותיה.²¹ מלומדי משפט תיאורטיים מתעניינים בתופעה המשפטית בכללותה, דהיינו, משפט המדינה ומשפט שאינו משפט המדינה,²² כפי שהם קיימים במקומות שונים ובמקומות זמן שונות. לפיכך, הם עוסקים בתיאורטיזציה נרחבת של התופעה המשפטית כמגמה להאיר באמצעות פרדיגמות אקדמיות מודים רבים ככל האפשר שלה. נוסף על כך, מלומדי משפט תיאורטיים מתעניינים במשמעות הנורמטיבית ובהשלכות החברתיות של המשפט החל בארצם, כלומר, הם מתעניינים במשפט המדינה שלהם כמערכת תרבותית כוללת, וכן בדוקטרינות משפטיות ספציפיות המהוות חלק ממשפט המדינה שלהם.

מובן ששאלות כהים למשמעות הנורמטיבית ולהשלכות החברתיות של המשפט צפות ועולות כל העת גם בשיה של מלומדי המשפט הדוקטרינליים; אולם בהתחשב בהתמקדותם של מלומדים אלה בתוכן המשפט, להבדיל מהמשמעות הנורמטיבית וההשלכות החברתיות של המשפט, הם מתייחסים לשאלות מסוג זה ברמה נמוכה של מודעות, מתוך הסתמכות על השכל-יהיר האמפירי והנורמטיבי שלהם.²³

בניגוד לכך, מלומדי המשפט התיאורטיים מתייחסים לשאלות על-

על החינוך המשפטי

במודג של מערכת המשפט, כן היה ההישג האקדמי של מלומד המשפט גודל יותר.¹⁷

מכיוון שמלומדי המשפט הדוקטרינליים חלקו עם משפטנים מעשיים תפיסה זהה באשר למשפט ותפיסה זוהה באשר לשללחות החברתית של הפקולטה למשפטים כבית-ספר מקצועי, היה זה אך טבעי שעורכדין בכירים ושופטים ילמדו בפקולטות למשפטים, לצידם של מלומדי המשפט הדוקטרינליים. לפי אותו קו-חשיבה, כשעורכדין ושופטים פרסמו ספרים ומאמרים על המשפט, קיבלו מלומדי המשפט הדוקטרינליים כמובן מאליו שספרים ומאמרים אלה אינם שונים, מובחנת יעדיהם, תוכנם וסגנונם, מאלה שנכתבו על-ידי מלומדי המשפט הדוקטרינליים.

פייר בורדייה (Pierre Bourdieu) כותב שדה לייצורם של מוצרים תרבותיים הינו אוטונומי במידה המרבית כאשר המוצרים הפועלים המיוצרים בו מכוננים לחיות נצרכים על-ידי יצרנים אחרים הפועלים בשדה. ברומה לכך, שדה הינו בלתי-אוטונומי במידה המרבית כאשר מוצרו מכוננים לחיות נצרכים על-ידי צרכנים הממוקמים מחוץ לשדה.¹⁸ באמצעות המשגה זו של בורדייה, ניתן לומר שהמלומדי המשפט הדוקטרינליים הגדירו עצמם כפועלים בעיקר בשדה פעילותם של המשפטנים המעשיים, ופחות בשדה האקדמי. לחלופין, ניתן לומר שהפרקטיקות של מלומדי המשפט הדוקטרינליים הפכו את שדה הפעילות האקדמית בתחום המשפט לבלתי-אוטונומי במידה רבה.

חלק ב: המצב הנוכחי

השינוי העיקרי שהתרחש בשנים האחרונות בפקולטות למשפטים בארצות רבות של המשפט המקובל הוא צמיחתן בהן של שתי קבוצות חדשות של מלומדי משפט, שתוכניהן תופסים את התפקיד החברתי של המשפט, את התפקיד החברתי של פקולטות למשפטים ואת הורכבים שבהן יש לנהל פקולטות למשפטים במושגים שונים לגמרי מאלה של מלומדי המשפט הדוקטרינליים.¹⁹ לקבוצה הראשונה אקרא מלומדי המשפט התיאורטיים. תקבוצה השנייה היא זו של מלומדי המשפט הביקורליים. חברי הקבוצות האלה חולקים עם מלומדי המשפט הדוקטרינליים עניין במשפט, אולם הם ממושגים עניין זה שלים בדרכים שונות מאד מאלה של מלומדי המשפט הדוקטרינליים.

לְמִשְׁפָּט בְּאֹפֶן בִּנְתוּמָוִי; הוּא גַם מֵעִתֵּק אֶת הַדִּיּוֹן הָאֶדְמִי כְּמִשְׁפָּט מִתְחַזֵּם הַהוֹשָׁאָה שֶׁל מַדְעֵי הַטֵּבַע לֹחֵה שֶׁל מַדְעֵי הַחִבְרָה וְהַרְחָקָה.

לְאוֹרֵךְ רוֹב שְׁנוֹתֶיהָ שֶׁל הַמֵּאָה הַעֲשָׂרִים נִשְׁלֹטוּ הַמַּחְקֵר וְהַהוֹרָאָה בְּמַלְחָקָת רִבּוּת שֶׁל מַדְעֵי הַחִבְרָה עַל-יְדֵי תְּפִיסַת הַמַּדְעֵי הַמַּחְקֵר הַמְדִיעֵי שִׁשְׁלֹטָה בְּתוֹמוֹת-הָדַעַת שֶׁל מַדְעֵי הַטֵּבַע וּבְתוֹכָהּ הַמַּעֲרִיבִית בְּכַלְלָתָהּ.³⁰ תְּפִיסָה זוֹ רֹאֵתָ אֶת הַמַּחְקֵר הַמְדִיעֵי כְּנֹעֵשָׁה כְּתוֹנָאִים שֶׁל קִיּוֹם הַבְּנוּנָה חֲדָה בֵּין הַחֹקֵר לְבֵין אוֹבֵיִיקֵט הַמַּחְקֵר, תוֹךְ חֲתִירָה ל"שִׁיחָה" תוֹדַעְתוֹ שֶׁל הַחֹקֵר מִתְחַזֵּם מוֹדְקָדְמוּת, אִישִׁיּוּת וְתוֹכְחוּת, בְּאֹפֶן שִׁיאֲשֹׁר לְאוֹבֵיִיקֵט הַמַּחְקֵר "לְכַפּוֹת" עֲצָמוֹ, כְּכֹל הָאֲפֹשֶׁר, כְּמוֹת שֶׁהוּא, עַל תּוֹדַעַת הַחֹקֵר. כְּמוֹ-כֵן, עַל-פִּי תְּפִיסָה זוֹ מִשְׁמַת הַחֹקֵר הִיא לְהֵאָר אֶת אוֹבֵיִיקֵט הַמַּחְקֵר בְּמִישְׁגִּים שֶׁל הַחֹקֵרוֹת הַסִּיבְתִית הַשְּׁלֹטָה בּוֹ.³¹

תְּפִיסָה זוֹ שֶׁל הַמַּחְקֵר הַמְדִיעֵי שִׁלְטָה בְּתוֹמוֹת-הָדַעַת שֶׁל מַדְעֵי הַחִבְרָה כְּמִשְׁךְ שֵׁנִים רִבּוּת שֶׁל הַמֵּאָה הַעֲשָׂרִים. כְּתוֹצֵאָה מִכֵּךְ, הַרְבֵּה מִהַמַּחְקֵר שֶׁהַתְּקִיָּים בְּתוֹמוֹת-הָדַעַת הָאֵלֶּה עוֹצֵב עַל-פִּי דְרָכֵי הַמַּחְקֵר הַתְּחוּגוֹת בְּתוֹמוֹת שֶׁל מַדְעֵי הַטֵּבַע, גַּם מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַדּוֹקְטְרִינָרִיִּים פִּעְלוּ כֹךְ, דְּהֵינּוּ, גַּם הַמַּחְקֵר שֶׁל מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַדּוֹקְטְרִינָרִיִּים גִּילָם הַרְבֵּה מִהַמֵּאֲגִינִים שֶׁל הַמַּחְקֵר הַתְּקִיָּים בְּתוֹמוֹת-הָדַעַת שֶׁל מַדְעֵי הַטֵּבַע.³²

רִאשִׁיּוּת, בְּרוּמָה לְמוֹחָקֵר שֶׁל מַדְעֵי הַטֵּבַע, הַתְּעַלְמוֹ מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַדּוֹקְטְרִינָרִיִּים מִהַמֵּאֲגִינִים הָאִישִׁים וְהַתְּחוּבּוּתִים הַיִּחְזוּרִים שֶׁל מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט, עוֹרֵכֵי-הַדִּיּוֹן הַשּׁוֹפְטִים וְכֵן אֵלֶּה שֶׁל הַהִדְיוּסוֹת שֶׁנִּסּוּ לִיַּדַע עֲצָמוֹם עַל-אוֹדוֹת תְּכַנְיּוֹ שֶׁל הַמִּשְׁפָּט אוֹ שִׁפְעָלוּ בְּכַפִּיּוֹת לְמִשְׁפָּט. אֲלֵא, כִּשֶׁם שֶׁהַחֹקֵרִים בְּתוֹמוֹת שֶׁל מַדְעֵי הַטֵּבַע הֵנִיחוּ שֶׁהַתְּחוּבּוּדָה הַמְדִיעֵת שֶׁהַפְּעִילוֹ מֵאֲפֹשֶׁר לְכֹל הַחֹקֵרִים לְתוֹפֹס אֶת הַמֵּצִיאָת בְּאוֹתוֹ אוֹפֵן עֲצָמוֹ (כְּלוֹמֵר, כְּמוֹת שֶׁהִיא), כִּךְ הֵנִיחוּ מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַדּוֹקְטְרִינָרִיִּים שֶׁהוֹיָקוּהוּ שֶׁל תוֹכְנֵי הַמִּשְׁפָּט לְכַלְלִים יוֹכֵל לְאֲשֹׁר לְכֹל אֵלֶּה שֶׁהַמִּשְׁפָּט מוֹפְנָה אֵלֵיהֶם וְלִכְלֹל הַשְׁתַּקְיָם הַפְּעִילִים בְּשֶׁדָה הַמִּשְׁפָּטִי לְחַפּוֹס אֶת הַחוֹכֵן שֶׁל הַמִּשְׁפָּט בְּאוֹפֶן זֶה.³³ שְׁנֵית, כְּמוֹ הַחֹקֵרִים שֶׁל מַדְעֵי הַטֵּבַע, נִסּוּ מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַדּוֹקְטְרִינָרִיִּים שֶׁבָּהֶם הַתְּפַחְחוּ דוֹקְטְרִינָרִי מִשְׁפָּטִיּוֹת בְּאֵרָצוֹת שׁוֹנוֹת וּבְתַקְוּוֹת שׁוֹנוֹת; דְּהֵינּוּ, מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַדּוֹקְטְרִינָרִיִּים הַתְּעַלְמוֹ מִהַבְּלִים שֶׁל מְקוֹם וְזָמַן בְּהַתְּפַחְחוֹת תְּכַנְיּוֹ שֶׁל הַמִּשְׁפָּטִי לֹא אֶחָת הֵם "יְבֵאוּ דוֹקְטְרִינָרִיּוֹת מִשְׁפָּטִיּוֹת מִמְּקוֹמוֹת רְחוֹקִים וּמְהֻמְגִים רְחוֹקִים, וְהַפְּעִילוּ אוֹתָן לְפַתְרוֹן בְּעִזּוֹת כְּאִילוֹ הַבְּלִים הַכְּרִיתִים וְהַתְּחוּבּוּתִים הַגִּנֵּם חֲסֵרֵי רְלוּנְטִיּוֹת. שְׁלִישִׁית, מְלוֹמְדֵי

אוֹדוֹת הַמִּשְׁמָעוֹת הַנּוֹרְמָטִיבִית וְהַשְּׁלֵכּוֹת הַחִבְרָתִית שֶׁל הַמִּשְׁפָּט כֹּאֵל תְּנוֹשָׂאִים הַמְרַכְזִים שֶׁל הַעִיסוֹק הָאֶדְמִי שִׁלְהֶם. מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַתִּיאוֹרִטִיִּים מִתְּמוֹדְדִים עִם שְׂאֵלוֹת אֵלֶּה בְּדַרְךְ שֶׁל הַפְּעִלָּת יַדַע תִּיאוֹרִטִי, דְּהֵינּוּ, יַדַע שֶׁנֶּצֶבַר בְּאוֹפֶן מוֹדַע בְּמִסְגְּרָתוֹן שֶׁל פְּרִדְגָמוֹת אֶדְמִיּוֹת,²⁴ כִּלְלֵי עַל-יְדֵי מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַתִּיאוֹרִטִיִּים מִתְּמוֹת-הָדַעַת הַשׁוֹנוֹם שֶׁל מַדְעֵי הַחִבְרָה וְהַרְחָקָה, לְדוֹגְמָה, מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַתִּיאוֹרִטִיִּים מֵאֲמָעִים וּמִפְּעִילִים יַדַע הַלְקוֹת מִתְּחוּמֵי הַכְּלָלָה, הַסּוֹצִיּוֹלוֹגִיָה, הָאֲנֵטְרוֹפּוֹלוֹגִיָה, לִיְמוֹדֵי הַתְּרִבּוּת, הַתִּיסְטוֹרִיָה, הַסְּפָרָת, הָאֵתִיקָה, הַתִּיאוֹרִיָה הַפּוֹלִיטִית, הַפְּסִיכּוֹסוֹפִיָה, הַהִדְמּוֹלּוֹגִיָה וְעוֹד, וְכֹל זֶאת כְּרִי לְהַשִּׁיג תוֹכְחוֹת עַל-אוֹדוֹת הַתּוֹפְעָה הַמִּשְׁפָּטִית.²⁵

הַכְּתִיבָה שֶׁל מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַתִּיאוֹרִטִיִּים אֵינָה מִסְתַּפֵּק בְּהַצְבָּה שֶׁל סוֹג חֲדָשׁ שֶׁל שְׂאֵלוֹת בְּמִדְוָה הַעִיסוֹק הָאֶדְמִי בְּמִשְׁפָּט. כְּתִיבָה זוֹ גַם תּוֹבַעַת הַפְּעִלָּת כִּישוּרִים אֶדְמִיִּים שׁוֹנוֹם מֵאֵלֶּה שֶׁמְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַדּוֹקְטְרִינָרִיִּים מְפַעֲלִים. בְּמְקוֹם הַכִּישוּרִים הַגִּילִיִּים וְהַשְּׁלִיטָה בְּפָרְטֵי הַתְּכַנְיּוֹ שֶׁל הַמִּשְׁפָּט – הַכִּישוּרִים הַעִיָּקְוִיִּים שֶׁל הַמְלוֹמְדֵי הַדּוֹקְטְרִינָרִיִּים – כִּישוּר שֶׁהוּא בְּעַל חִשְׁבוֹת רֵבָה לְמְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַתִּיאוֹרִטִיִּים הוּא הַיְכּוֹלָת הַסִּיבְתִית, דְּהֵינּוּ, הַיְכּוֹלָת לְהֵאָר מְמוֹדִים שׁוֹנוֹם שֶׁל תּוֹפְעָה הַמִּשְׁפָּטִית עַל-יְדֵי הַפְּעִלָּת יַדַע הַשְׂאוֹב מִתְּמוֹת-הָדַעַת הַיְצוּנִיִּים לְמִשְׁפָּט.²⁶

מְכִיּוּן שֶׁמְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַתִּיאוֹרִטִיִּים חוֹתְרִים לְהֵאָר אֶפְסוֹן אֶדְמִי מְמוֹדִים שׁוֹנוֹם שֶׁל הַתּוֹפְעָה הַמִּשְׁפָּטִית וּלְפָרֵשׁ אֶת הַפְּרִדְגָמוֹת וְהַתְּכַנְיּוֹת הַשּׁוֹלְטִים בְּשֶׁדָה הַמִּשְׁפָּטִי, הֵם חוֹתְרִים לְקִיּוּמוֹ שֶׁל רִיחוֹק מִהַפְּרִדְגָמוֹת הַמִּשְׁפָּטִית. כְּמוֹ-כֵן, מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַתִּיאוֹרִטִיִּים אֵינִם מְקַבְּלִים אֶת שִׁפּוֹטֵי הַעַרֵךְ הַמְקַוְּבָלִים עַל עוֹרֵכֵי-הַדִּיּוֹן וּשּׁוֹפְטִים. אֲלֵא, הַעַרֵךְ שֶׁל הַכְּתִיבָה הָאֶדְמִית שֶׁל מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַתִּיאוֹרִטִיִּים אֵמֹר לְהַקְבִיעַ עַל-יְדֵי מְלוֹמְדֵי אַחֵרִים,²⁷ תוֹךְ שִׁימוּשׁ בְּמוֹשַׁג-הַשְּׂדָה שֶׁל כּוֹרְדִיָה,²⁸ נִיטוֹן אִיפּוֹא לּוֹמֵר שֶׁמְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַתִּיאוֹרִטִיִּים חוֹתְרִים לְקִיּוּמוֹ גְּבוּל כְּרוֹךְ בֵּין הַשְּׂדָה הָאֶדְמִית לְבֵין הַשְּׂדָה שֶׁל הַפְּרִדְגָמוֹת הַמִּשְׁפָּטִית, וְכֵן לְהַגְדִיר עֲצָמוֹם כְּפּוֹעֵלִים בְּתוֹךְ הַשְּׂדָה הָרִאשׁוֹת, וְלֹא הַשְּׂנִי.²⁹

(ב) הַמְצַבֵּר לְתַחֵם הַהִשְׁפָּעָה שֶׁל מַדְעֵי הַחִבְרָה וְהַרְחָקָה

פּוֹעֵלִם שֶׁל מְלוֹמְדֵי הַמִּשְׁפָּט הַתִּיאוֹרִטִיִּים אֵינִם מֵצַמְטָעִם בְּהֵיחְתוּמָה

מציב לסובלנות ולפלורליזם: הפוקלטה למשפטים כמוסד רב-תבותי

אחר, מלומדי המשפט הביקורתיים מאמינים שהמשפט גמלא תפקיד מכריע בכינון האוניטאקציית החברתית שבני-האדם מעורבים בהן, ובכך גם ביצירת המשמעות בחייהם של בני-האדם.³⁷ לפיכך, מלומדי המשפט הביקורתיים תופסים את המשפט כמכשיר נורמטיבי וחלוקתי חשוב, המשפיע במישור ובאופן צמוק על חייו של כל אדם במדינה.

מלומדי המשפט הביקורתיים תופסים את המשפט גם כתוצר של תהליכים חברתיים שבהם קבוצות שונות של בני-אדם מתחרות אלה באלה על קביעת התכנים של המשפט, וזאת בתנאים של חוסר שוויון חריף מבחינה המשאבים העומדים לרשותה של כל אחת מהן (משאבים חומריים, פוליטיים ותרבותיים, והם מגדירת, והיא גוזמת, והיא אתגרת וכוללת). לפיכך, מלומדי המשפט הביקורתיים חולקים אמונה שתחומים מרכזיים של המשפט הקיים, וכן תחומים רבים של היחסים החברתיים המעוצבים על-ידי המשפט, זקוקים לדיווחים נרחבים.³⁸

רכים מלומדי המשפט החינוכיים שותפים למלומדי המשפט הביקורתיים בהערכת החשיבות הנורמטיבית והחלוקתית של המשפט, אולם בעוד מלומדי המשפט החינוכיים מתעניינים בעיקר בהתנהגות של דעת לשמה על התופעה המשפטית, מלומדי המשפט הביקורתיים מעוניינים לא רק בהתנהגות דעת על-אודות המשפט, אלא לא פחות מכך, וואל יומת, בשינוי משפטי וחברתי.

מלומדי המשפט הביקורתיים פועלים מתוך מודעות צמוקה להשכלות הפוליטיות של החינוך המשפטי והכתיבה האקדמית על המשפט.³⁹ מלומדים אלה מאמינים שכל הפעילויות המתקיימות בפקולטות למשפטים ויגן פוליטיים במידה רבה, משום שהפקולטות מכשירות עורכי-דין שאמורים להיות את הייחוס המקצועיים בצמרות של כוח והשפעה שמתקבלת בהן החלטות חשובות באשר לאופי הנורמטיבי של החברה ובאשר לחלוקת המשאבים בחברה.

תפיסתם של מלומדי המשפט הדוקטרינליים את הפקולטה למשפטים כבית-ספר מקצועי הינה בעלת משמעות פוליטית ברורה לידים של מלומדי המשפט הביקורתיים. משמעות מובהקת של המשפטים צריכה לקבל באופן בלתי-ביקורתי את תוצאות התהליכים ההיסטוריים שעיצבו את הסדר המשפטי החברתי הקיים; שהפקולטות צריכות למלא תפקיד חשוב בשעתוק הסדרים האלה; שעם כל המשמעות החשובה של המשפט בחייו של כל אדם והי במדינה, לא ימצא שדה פעילות חברתית

על החינוך המשפטי

המשפט הדוקטרינליים היאזו את התוכן של המשפט ואת חיקה החדית שבין הדוקטרינות והקטיגוריות המרכיבות את המשפט בדומה לאופן שבו מדעי מדעי הטבע מתארים את המציאות הפיזית, דהיינו, במושגים של מערכות שרכיביות השונים פועלים בוויקות הדדיות אלה בלי אלה. רביעית, דרך התנהקה של מלומדי המשפט הדוקטרינליים היקנת במקרים רבים את ההנהקה הווכחחית המקובלת כמדעי הטבע.³⁴ תמיכת, כשם שבדיוניהם של המלומדים של מדעי הטבע אין מתעוררות שאלות נורמטיביות, כך גם הצניע מלומדי המשפט הדוקטרינליים בדיוניהם, בדרך-כלל, שאלות ברבר הצדקות והמשמעות הנורמטיביות של המשפט.

עם זאת נחלשה בעשורים האחרונים שליטתם של מדעי הטבע על התומידעת רבים של מדעי החברה.³⁵ בצמצום את ההבדל שבניהם לבין מלומדי מדעי החברה, החלו מלומדים רבים של מדעי החברה לעסוק יותר ויותר בשאלות של משמעות, תוך שהם מפעילים במחקריהם גישות הרמוניזטיות ודרכי הנהקה שבנועיות. שינויים אלה הם בעלי השלכות חשובות לגבי המחקר המשפטי. עם יצירתו של ריחוק הולך וגדל בין תחומי-הדעת של מדעי החברה והרוח לבין מדעי הטבע, העבירו מלומדי המשפט החינוכיים, הרואים עצמם פועלים מתוך זיקה לחומי-הדעת של מדעי החברה והרוח, את הדיון האקדמי במשפט מתחום המשפט של מדעי הטבע לזה של דרכי המחקר והנהקה הייחודיים של מדעי החברה והרוח.

2. מלומדי המשפט הביקורתיים

הקבוצה השנייה של מלומדים שצמחה בשנים האחרונות בפקולטות למשפטים בארצות רבות של המשפט המקובל היא זו של מלומדי המשפט הביקורתיים.³⁶ מלומדים אלה הינם מאוחדים לא רק בדחיית הנישה הדוקטרינלית למשפט; הם גם חולקים תפיסה זוה באשר לתפקידים החברתיים ולשלכות החברתיות של המשפט ושל החינוך המשפטי.

מלומדי המשפט הביקורתיים רואים את המשפט כראש ובראשונה – אף אם לא באופן בלעדי – כמכשיר חשוב להקצאה של המשאבים החומריים והתרבותיים שבני-האדם נסמכים עליהם באוניטאקציית החברתיות השונות שהם מעורבים בהן, וכמכשיר חשוב ליצירת ההגדרות בתודעתיהם של בני-האדם באשר לתפקידים שהם אמורים למלא באינטראקציות האלה ובאשר לכוחות העומדים לרשותם בהן. בניסוח

חלק ג: היתרונות שבמהגורניות

עד השנים האחרונות התאפיינו חייזן של פקולטות המשפטים למשפטים שפעלו בארצות רבות של המשפט המקובל במדיה יוצאת-דופן של חומגוגיות. לא רק שרוב מולמדי המשפט ומורי המשפט שפעלו בהן, אם לא כולם, פעלו במסגרתה של פרדיגמה אקדמית אחת, זו של דוקטוריוליום; מלומדים ומורים אלה גם חלקו תפיסה זהה באשר לתפקיד החברתי של הפקולטה למשפטים. הדבר הוביל לגבי פקולטות המשפטים רבות הפועלות בשנים האחרונות בארצות רבות של המשפט המקובל הוא שהן נעו לקוטב הנגדי על פני ציר ההומוגניות-ההטרדוגניות.⁴²

באחדות מהפקולטות האלה (מעטות יחסית) פועלות כעת כל שלוש קבוצות המלומדים שמאמר זה דן בהן, כלומר, מלומדי משפט דוקטוריוליים, תיאורטיים וביקורתיים. בפקולטות רבות הרבה יותר פועלות רק שתיים מהקבוצות – קבוצת המלומדים הדוקטוריוליים וקבוצת המלומדים התיאורטיים. בפקולטות רבות אחרות לא התחוללו שינויים ניכרים, והן ממשיכות לשמש אכסניה למלומדי משפט דוקטוריוליים בלבד. חלק מהפקולטות איבדו אפוא בשנים האחרונות את האחדות הטרבטית והקודמת שלהן. אולם אפילו אותן פקולטות ששמרו על האחדות הקודמת שלהן נדרשות להתמודד עם אתגר צמחתי של שתי קבוצות חדשות של מלומדי משפט בשדה החינוך המשפטי, אף אם מחוץ לגבולות המוסדיים שלהן עצמם.

מלומדי המשפט הנמנים עם כל אחת משלוש הקבוצות האמורות מונעים על-ידי תפיסות נבדלות של המשפט ושל התפקיד החברתי של הפקולטות למשפטים. יתר על-כן, לפחות קבוצה אחת, זו של מלומדי המשפט התיאורטיים, מורכבת היא עצמה ממלומדים הפועלים בתוך פרדיגמות אקדמיות שונות, ולעיתים אף מנוגדות.⁴³

במחלקות אקדמיות של מדינות רבות (אך לא באלה של מדינות הטבע) מקובל שמלומדים הפועלים באותו תחום אקדמי עצמו פועלים במסגרתן של פרדיגמות אקדמיות שונות, שחירות ואף יריבות קיימות ביניהן.⁴⁴ אולם אפילו במקרים האלה, אף-על-פי שהמלומדים פועלים במסגרתן של פרדיגמות שונות ואף מתחרות, כולם חולקים עדיין בדרך-כלל תפיסה זהה באשר לתפקיד החברתי ולמשמעות של הפעילות האקדמית שלהם. לא זה המצב בפקולטות למשפטים. ההבדלים והמחלוקות

שתפקידן לחשוב על המשפט כמנותק מהפרקטיקות של השדה המשפטי ומקטיגוריות התרבותיות הקיימות בשדה; שהתבונה המעשית והשכל-וישר המשוקעים ומקובצים במשפט והמדינה לא יעמדו לבחינה ביקורתית במסגרתן של פרדיגמות אקדמיות המופעלות בהתאם להלכי המחקר וההנמקה האקדמיים. במילים אחרות, על-פי מלומדי המשפט הביקורתיים, תפיסה של הפקולטה למשפטים כבית-ספר מקצועי משמעה שהפקולטה צריכה למלא תפקיד פעיל ביצירת תנאים שיאפשרו לאלה המפיקים יתרונות מהסדר המשפטי והחברתי הקיים להמשיך בכך, ותנאים שבהם אלה המפסידים ימשיכו בכך גם הם, ובלא שיימצא שדה פעילות העוסק בביקורת על כך.⁴⁰

יתר על-כן, אם הפקולטות למשפטים מציעות עצמן כמעורבות רק בהכשרה מקצועית "ניטרלית" גרידא, מלומדי המשפט הביקורתיים רואים אותן לא רק כממלאות תפקיד פוליטי ברור, אלא גם כממלאות תפקיד אידיאולוגי של הסתרה, הטעיה והכחשה. הסיבה לכך היא שתפיסה מקצוענית של פקולטה למשפטים מסתירה את התפקיד הפוליטי המכריע שתפקולטה ממלאת בשעתוקם של הסדר המשפטי והחברתי הקיים.

מלומדי המשפט הביקורתיים מאמינים שכל הפעילויות המתקיימות בפקולטות למשפטים צריכות להיות מתוכננות במודע כדי לתרום לקידום השינויים שהם מאמינים כי יש לחולל בסדר המשפטי והחברתי הקיים. כך, הם מאמינים שהאופי הנורמטיבי של המשפט ואופי תולדותם של המשאבים השליטים בחברה, כפי שהם נקבעים על-ידי המשפט, צריכים להיות נדרונים בפקולטות באופן נרחב, גלוי וביקורתי. כמובן הם מאמינים שתפקולטות צריכות לבקש צעדים פעילים לייצובם של פרקטיקות ומוסדות משפטיים שיקדמו את השינויים החברתיים שהם מציעים.

מלומדי המשפט הביקורתיים חולקים אפוא עם מלומדי המשפט הדוקטוריוליים עניין בשדה הפרקטיקה המשפטית, שהמשפט נוצר ומופעל בו. אולם בעוד מלומדי המשפט הדוקטוריוליים מקבלים את הפרקטיקות האלה ואת תוצאותיהן באופן בלתי-ביקורתי, מלומדי המשפט הביקורתיים מעוניינים להתערב בפרקטיקות האלה באופן פעיל, כדי לחולל שינוי בהן ובתוצאותיהן.⁴¹

מעצב לטובלבנות ולפלורליזם: הפקולטה למשפטים כמוסד רב-תרבותי

(א) הפעלה של תכונה מעשית במסגרת התרבות המשפטית

המשפט הוא מערכת תרבותית נבדלת ומוגדרת. הוא מורכב מהמונחים המשפטיים המשומרים המיוצרים של העת על-ידי מערכת המשפט של המדינה. המשפט מכיל שכבות עשירות של משמעות, המאורגנות בקטגוריות לתפיסת העולם התבוני ולעיצובו.⁴⁶ עורכי-דין ושופטים הם "דמומים התרבותיים" של המשפט.⁴⁷ הם שולטים בתכנים של התרבות המשפטית הכתובה; בקטגוריות הייחודיות שהמשפט נותן באמצעותן משמעות לעולם התרבותי ומעצב פרקטיקות ואינטראקציות חברתיות; בכללי הולונומיות המקבלים במשפט במסגרת "תרגום" הספור העובדתי משפת היומיום אל "השפה" המשפטית (כללים אלה סמויים בדרך-כלל מן העין); בשיקולים הנורמטיביים המופעלים במשפט; במשקל הנורמטיבי היחסי של הערכים השונים המשקוצים בקטיגוריות של המשפט; בכללי התבונה והשכנוע הייחודיים למשפט; ובתרבות הייחודית השלטה בפעילות היומיום המתקיימת בתחומים השונים של השדה המשפטי.⁴⁸

אי-אפשר להכחיש את החשיבות של כללים בפרקטיקה המשפטית. באותה מידה אי-אפשר לכתור בכך שעורכי-דין ושופטים מעורבים במקרים רבים בתהליכים של קבלת החלטות שהינם מורכבים ותובעניים הרבה יותר מאלה של אתור כללים משפטיים והחלתם על אינטראקציות חברתיות. הפרקטיקה של עורכי-דין ושופטים כרוכה במקרים רבים בהרצעה בדרך של הפעלת החוקרים העשירים של התרבות המשפטית המשומרת, בתהליכים הזדמנים לדגם קבלת החלטות של התבונה המשפטית.⁴⁹ דגם התבונה המעשית הוא תהליך מורכב של קבלת החלטות, שמערב אתור של מקרים עובדתיים רלוונטיים באינטראקציה חברתית; אתור של שיקולים נורמטיביים שהינם רלוונטיים למקרים העובדתיים האלה; דיוג של השיקולים הנורמטיביים על-פי המשקל היחסי הראוי להינתן לכל אחד מהם בהקשר של האינטראקציה הנידונה; ניכוי התוצאות האפשריות של החלטות פוטנציאליות המציעות עצמן כאופציות להרעה במקרה; וקביעת המשמעות הנורמטיבית הכוללת של המקרה.⁵¹

תהליכים של קבלת החלטות המבוססים על דגם התבונה המשפטית ולמשל, אלה שעורכי-דין ושופטים מעורבים בהם אינם מבוססים אפוא על אתור של כלל או פרוצדורה קיימים ויישומם. אלא, תהליכים אלה מבוססים על הפעלת שיפוט, יצירתיות ומיון מציוד של מקבל החלטה, כדי לעצב את הפתרון הנורמטיבי הייחודי המתאים למקרה. קבלת

על החינוך המשפטי

בין קבוצות המלומדים הפועלות בחלק מהפקולטות האלה יורדים לשורש ההגדרה של התפקיד התרבותי של המשפט בכללותו ושל הפקולטות המשפטיים בפרט. ההטרונגויות החדישה שנוצרה בפקולטות המשפטיים יכולה להיות מקור של מתח, עוינות ומאבקים בחייהן של הפקולטות. בשורות הכאות אטען כי הטרונגויות זו יכולה להיות מקור להעשרה הן לפקולטות והן לתרבות שהן פועלות בהן.

1. מלומדי המשפט הדוקטוריאליים

אין ספק שרכיב מרכזי בהשרתם המקצועית של משפטנים צריך להיות הקנייה של ידע על-אודות תכנים של הקטיגוריות המרכיבות את ענפי המשפט העיקריים ועל-אודות הדרכים שבהן יש למיין אינטראקציות חברתיות אל תוך הקטיגוריות האלה. מבחינה זו, אין ספק שמלומדי המשפט הדוקטוריאליים ממלאים, וצריכים למלא, תפקיד ראשון במעלה בחינוך המשפטי.

עם זאת, דוקטוריאליזם הוא תיאוריה חסרה להבנת הדרך שהפקטיקה המשפטית מתקרת בה, וכן להכשרתם של משפטנים מעשיים. על המשפטנים הדוקטוריאליים להעשיר את הדרך שבה הם תופסים את הפעילויות של עורכי-דין ושופטים; זאת על-ידי הבנה שהפקטיקה המשפטית כרוכה לא רק בפעילות מקצוענית של מומחים בדרך של מיון מקרים עובדתיים לתוך כללים ויישום התוצאות המשפטיות הנקובות בכללים על העובדות, אלא גם בהשתתפות של עורכי-דין ושופטים ביצירת הברעות נורמטיביות וחלוקתיות בתחום הפרטי ובתחום היעבורי כאחד. מלומדי המשפט הדוקטוריאליים צריכים להכיר בכך שיש חשיבות רבה לפעולה של משפטנים מעשיים - עורכי-דין ושופטים - תוך הסתמכות של עורכי-הדין והשופטים על הבנה תיאורטית עשירה של התופעה המשפטית ועל ידע לא-משפטי נרחב הלקוח מהחומה-הימנית של מדעי החברה והרוח. כמו-כן, מלומדי המשפט הדוקטוריאליים צריכים להבין שמה שמייחד עורכי-דין ושופטים הוא שליטתם בתכניה של המערכת התרבותית של המשפט, וכן שתהליכי קבלת החלטות שעורכי-דין ושופטים מעורבים בהם מבוססים במידה רבה על דגם התבונה המשפטית.⁴⁵

מַעֲבֵר לטובלנות ולפלוז-ליום: המקולטת למשפטים כמוסר רב-תרבותי

המשפטי. אולם ניתן להציע טיעון נוסף להבנת השיבות קיומו של שדה אקדמי נביל ללמוד המשפט. טיעון זה נוגע במבנה הייחודי של שדה הפרקטיקה המשפטית. מה שמאפיין את השדה הזה הוא המידה הרבה של תחומנות (הקונפורמיזם) השוררת בו, וכן ריכוזם של כוחות נרחבים בירי מוסד אחד הפועל בו – בית-המשפט העליון של המדינה.

ניתן להציע לפחות ארבע סיבות לתואנות המאפיינת את השדה המשפטי. ראשית, מערכות של בתי-משפט בנויות באופן היררכי. מבנה זה מניע שופטים של ערכאות נמוכות להכפיף עצמם לאמות-המידה המקצועיות ולשיפוטי הערכי של שופטי הערכאות הגבוהות כעניין מובן מאליו.⁵⁴ בהנחה ששופטי הערכאות הנמוכות מעוניינים בקידום, המבנה ההיררכי של מערכת בתי-המשפט מתעל את השופטים האלה להתאים את החלטותיהם במידה רבה לאמונות ולבחירות של שופטי הערכאות הגבוהות. לדוגמה, מבנה זה מגביל את המידה שבה שופטי הערכאות הנמוכות מעזיזים להציע רעיונות חדשניים המטיים באופן ניכר מציפיותיהם של שופטי הערכאות הגבוהות.⁵⁵ יוצא שהתהליכים המתקיימים במערכת בתי-המשפט אינם שונים מאוד מאלה המתקיימים בארגונים צבאיים או עסקיים. שנית, דוקטרינת התקדים המחייב מעריבת את שופטי הערכאות הנמוכות לצייט להכרעותיו של בית-המשפט העליון. שלישית, הנפוצות של פרקטיקה הצטוט בפסקי-דין. (חוקר הספרות הרולד בלום טבע מונח מפורסם – "הרדת המשפעה", כהסבר לתיאור האופן שבו משוררים יוצרים שירה חדשה.⁵⁶ בהיפוך למונח זה, ניתן לומר שרכיב מרכזי של התרבות המשפטית הוא "הרדת היעדר המשפעה", קרי: תחושה של שופטים מחלאת טיעונים מקוריים, שאינם נסמכים על קביעותיהם של שופטים קודמים) רביעית, בישראל, בניגוד למה שמקובל בארצות אחרות שונות, בית-המשפט העליון עומד בראש כל המערכות של בתי-המשפט ובתי-הדין של המדינה, ולא מתקיים מצב שבו מערכות שיפוט שונות (למשל: מערכת בתי-המשפט "הרגילים", מערכת בתי-המשפט הפיננציליים וכולי) פועלות אלה לצד אלה, במקביל. לאור ארבע הסיבות האלה, אין סיבה להיות מופתע מגילוי מידה רבה של תואנות באופן שבו מערכת בתי-המשפט פועלת.⁵⁷

(2) ריכוז כוחות בירי של בית-המשפט העליון מאפיין בולט שני של השדה המשפטי, נוסף על התואנות השלטת בו,

על החינוך המשפטי

החלטות בדרך זו אינה אפוא משוה שאדם יכול ללמוד בדרך שבה הוא משתלט על מידע שייצוד מוגדר או לומד טכניקה. אלא, זהו כישור הנרכש ומתפתח בדרך של התנתכות, קרי: הפנמה של ערכים ונשיות כלליים, שאינם מכוונים להכשיר אדם להתמודדות עם משימה ספציפית ומוגדרת מראש, ועל רכישת ניסיון באופן מתמשך. כמוכך, דרך זו של קבלת החלטות מערבת צבירת מתמשכת של "ידע-רקע", אשר שלא כמו ידע טכני, אינו אמור לשרת מטרת ספציפית, מוגדרת מראש.⁵⁸ מהאמור לעיל עולה כי על מלומדי המשפט הדוקטוריאליים להכיר בערך הרב שבהשתתפותם של מלומדי משפט תיאורטיים בחינוך המשפטי המוצע בפקולטות למשפטים. אם אכן עורכי-דין ושופטים מעורבים בתהליכים של קבלת החלטות המושחתים על דגם התבונה המעשית, ואם אכן עמידה באופן מוצלח במשימות כאלה של קבלת החלטות מחייבת חינוך, ניסיון וידע-רקע רחבי-היקף, כי אז התוראה והמחקר של מלומדי המשפט התיאורטיים הם שצריכים לספק לסטודנטים למשפטים, לעורכי-דין ולשופטים את הבונה התיאורטית העשירה על-אודות התופעה המשפטית, ואת ההשכלה והחינוך רחבי-היקף החיוניים להעשרת האריכות של ההחלטות שימקבלו במהלך החיים המקצועיים שלהם.⁵⁹

(ב) התשובות החברתיות של העיסוק האקדמי במשפט

מלומדי משפט דוקטוריאליים המתמקדים בתרבות ובפרקטיקה המשפטיות צריכים להכיר גם בחשיבות קיומו של שדה-ידע מיוחד המחוץ ללימוד המשפט בדרך של הפעלת פרדיגמות אקדמיות; כלומר, תיאורטיזציה על-אודות התופעה המשפטית ועל-אודות הקורה בשדה המשפטי בדרך של פיתוח יוזם וישותי של קטיגוריות חשיבה המקשות להעשיר את ההבנה על-אודות התופעה המשפטית ועל-אודות השדה המשפטי מעבר להבנות השכל-הישיר שהפתחו בשדה, ושעורכי-הדין והשופטים מפנימים אותן ברמת מודעות נמוכה, תוך כירי פעולתם בשדה; וכן בדרך של הפעלת הליכי מחקר והנמקה אקדמיות.

(1) המבנה ההיררכי של השדה המשפטי

הבנת התפקוד החשוב שהמשפט ממלא בחייו של כל אדם החי במדינה צריכה להספיק להכרה בחשיבות קיומו של שדה אקדמי עצמאי העוסק במשפט במנותק מהפרקטיקות ומקטיגוריות החשיבה השליטות בשדה

מַעֲבָר לִסְבִּילֵנוּת וּלְפִלוּלֵיוֹם: הַמְּקוּלָּה לַמְּשֻׁפְּטִים כַּמוֹסֵד רַב־תְּבוּבֹת.

שיתקיים שדה נפרד של לימוד תיאורטי וביקורתי של המשפט, מנותק משדה הפרקטיקה המשפטית ופועל כחלק מהשדה האקדמי.

2. מלומדי המשפט התיאורטיים

הטיעון שלפני מאפיין מרכזי של הפרקטיקה המשפטית הוא הפעלה של תומרי התרבות המשפטית בהתליכה קבלת החלטות המשותתים על דגם התבונה המעשית הוא בעל השלכות מרחיקות-לכת לא רק ביחס למלומדי המשפט הדוקטרינליים אלא גם לגבי מלומדי המשפט התיאורטיים. במשך מאות רבות בשנים התקיימה בתרבות המערבית היררכיה ברורה בין הדעת התיאורטית לבין התבונה המעשית, שעל-פיה לראשונה יש עליונות על האחרונה. שורשיה של היררכיה זו בכתביה של אפלטון, לפני 2,500 שנה, והיא הוגברה במהלך 350 השנים האחרונות על-ידי הפרויקט של ההשכלה, שחתר להשגת ידע אוניוורסלי, דהיינו, ידע שתוקפו אינו תלוי בתנאים תרבותיים או אישיים.⁶⁰ אולם כידוע, למן המאה התשע-עשרה, ובמיוחד במחצית השנייה של המאה העשרים, החל מתפתח בתרבות המערבית איוון חדש בין הדעת התיאורטית לבין התבונה המעשית. עם גבור ההכרה בכך ששום דעת אינה יכולה להיות מושגת מתוך לגבולותיהם של התרבות ושל תהליכים תרבותיים,⁶¹ הושטחה ההיררכיה שבין הדעת התיאורטית והתבונה המעשית. כך, במקום לראות את הדעת התיאורטית כשונה לגמרי מהתבונה המעשית וכעליונה עליה, שני סוגי הדעת החלו נתמסים כנמצאים על פני רצף, תוך שהגבולות ביניהם נוקשים פחות.⁶²

התפתחויות אלה הן בעלות השלכות מרחיקות-לכת לגבי הקורה בפקולטות למשפטים. תפיסת הפרקטיקות שצוּרֵי-יָדֵין וְשׁוֹפְטִים מצויים בהן כמושגים של קבלת החלטות על-פי דגם התבונה המעשית, וחד עם השטחה של ההיררכיה בין הדעת התיאורטית לבין התבונה המעשית, מובילה לכך שההיררכיה בפקולטות למשפטים בין מלומדי המשפט התיאורטיים לבין מלומדי המשפט העוסקים בלימוד התרבות המשפטית והפרקטיקות המשפטיות צריכה להיות מושטחת גם היא. כך, כחלק מההגלרן, מלומדי המשפט התיאורטיים יצטרכו להכיר בכך שבקשרים מסוימים (למשל: תפרקטיקה המשפטית והשפטיה), הדרך הנאותה לטיפול בבעיות נורמטיביות היא זו של הפעלת התבונה המעשית, בעוד

על החינוך המשפטי

הוא הריכוז של תפקודים רבים, שהינם חשויים לקורה בשדה, בידי מוסד אחד – בית-המשפט העליון של המדינה. השוואה קצרה בין השדה הספרותי והשדה המשפטי מאירה עיניים בהקשר זה.

בשדה הספרותי,⁶³ התפקיד של ייצור מוצרים תרבותיים (ספרות, שירה); התפקיד של צריכת מוצרים תרבותיים (רכישת ספרים, קריאת ספרים – אין זהות בין השניים כמובין); והתפקיד של קביעת הערך של המוצרים התרבותיים המיוצרים בשדה (כלומר, קביעת ה"טעם" לגבי המוצרים המיוצרים בשדה) – תפקודים נבדלים אלה מחולקים בין קבוצות נבדלות של בני-אדם. במילים אחרות, בשדה הספרותי, מספר גדול של סופרים ומשוררים פועלים כיצרנים; מספר גדול עוד יותר של בני-אדם ממלאים את תפקיד הצרכנים; והתפקיד של קביעת המוצרים שיהיו מהערכה גבוהה יחסית ואלה שיהיו מהערכה נמוכה יחסית מחולק בדרך-כלל בין קבוצות שונות של בני-אדם, כגון סופרים ומשוררים מזרעם, מבקרי ספרות, פורפסורים לספרות, עורכים של כתבי-עת ספרותיים, מ"לים ומוכרי ספרים. יתר על-כך, לא אחת קיימות בין חברי הקבוצות האלה מחלוקות קשות ומרות באשר לערך שראוי כי יינתן ליצרנים מסוימים וליצירות הספרות שלהם.

בניגוד לשדה הספרותי, השדה המשפטי בארצות המשפט המקובל, לרבות ישראל, מתאפיין בריכוז של כל התפקודים האמורים – ייצור, צריכה, קביעת ה"טעם" – בידיה של קבוצה אחת קטנה של בני-אדם – שופטי בית-המשפט העליון של המדינה. שופטים אלה הם היצרנים של חלק מהמוצרים התרבותיים החשובים ביותר המיוצרים בשדה המשפטי: פסקי-הדין של בית-המשפט העליון. אותם שופטים עצמם ממלאים גם את תפקיד הצרכן ביחס למוצרים אלה עצמם, כלומר, בפסקי-דין מאוחרים שלהם הם מצטיינים ומפציצים את פסקי-הדין וההכרעות שלהם עצמם.⁶⁴ ולבסוף, השופטים של בית-המשפט העליון נהנים גם ממעמד ייחודי בקביעת ה"טעם" השליט בשדה המשפטי, דהיינו, הם ממלאים תפקיד מרכזי בקביעת הריעיונות, החצרות לפיתוח עתיד של המשפט, החידושים וכולי שייחשבו בעלי ערך בשדה המשפטי ושיאומצו על-ידי השחקנים השונים הפועלים בשדה.

נראה כי לנוכח החשיבות הרבה של המשפט בחייהם של בני-האדם, ולנוכח המידה הרבה של התואמות וריכוז הכוח המאפיינים את פעולתו של השדה המשפטי, מתבקשת מסקנה בלתי-זנמנעת: יש חשיבות גדולה

מעבר לסובלנות ולפולרליזם: הפקולטה למשפטים כמוסד רב-תרבותי

המשפט התיאורטיים מהמקרים עדיין במידה רבה במשפט המיוצר ומיושם על-ידי בתי-המשפט העליונים, ולא במשפט המופעל בבתי-המשפט הנמוכים ובטריבונלים שונים. כמוכין, מלומדי המשפט התיאורטיים משקיעים עדיין מידה בלתי-פורפוציונית של המאמץ האינטלקטואלי שלהם בדיון בפסקי-דין של בתי-משפט, להבדיל מהקיום, אכן, כאשר מלומדי משפט תיאורטיים עוסקים בחוקים, הדבר קורה בדרך-כלל כאשר החוקים נידונים בפסקי-הדין של בתי-המשפט העליונים. כמוכין, מלומדי המשפט התיאורטיים אינם מקדישים בדרך-כלל תשומת-לב מספקת לתפקיד שהמנוהל הציוני ממלא בפירוש המשפט ובהיצאתו לפועל. במקרים שבהם מלומדי המשפט התיאורטיים מקדישים תשומת-לב למינהל הציוני, הרי ברומה לדרך שבה הם עוסקים בחוקים, הם מתמקדים בהתנהגות של הגופים המינהליים הנידונה בפסקי-הדין של בתי-המשפט העליונים, מבצע המסורה (פריומיה) הצדה של הדיון המשפטי בהתנהגות זו.⁶⁶ כמוכין, מלומדי המשפט התיאורטיים עוסקים מעט מדי באינטראקציות שבין המשפט לבין מערכות תרבותיות אחרות המשלימות את המשפט או מתחרות בו ביצירת המשמעות בהיחסם של בני-האדם.⁶⁷ כך, אף-על-פי שהכתבה של מלומדי המשפט התיאורטיים הינה "תיאורטית", נראה פעמים רבות כאילו מלומדי המשפט הדוקטרינליים, צורכי-הדין והשופטים הגליחו בכל-זאת לקבוע הרבה מסדר-היום של הדין האקדמי של המלומדים התיאורטיים.

מלומדי המשפט התיאורטיים יצטרכו לא רק להחזיק את דיונם כדי לעסוק בנושאים רבים חדשים שהם לא עסקו בהם כמעט עד כה. הם יצטרכו גם להרחיב במידה ניכרת את דיונם לנושאים שזכו עד כה בדיון תיאורטי מועט, לפחות בישראל, ואולי גם בארצות אחרות, יחסית להשתבותם בהיחסם של בני-האדם, כגון דיני המשפחה, דיני העבודה, דיני הרווחה, דיני החינוך, משפט ומגדר, משפט ומיניות ודיני התכנון והנתייה.

חלק ד: סובלנות, פולרליזם וכינון עצמי דיאלוגי – הפקולטה

למשפטים כמוסד רב-תרבותי

במסקות הקודמות טענתי שפקולטות למשפטים הן מוסדות הצריכים למלא כמה תפקידים חברתיים חשובים, הנמצאים לעיתים במתח או אף

על החינוך המשפטי

שבהקשרים אחרים (למשל: דיונים אקדמיים כשאלות נורמטיביות וחברתיות), הדרך הנאותה היא זו של הפעלת דעת תיאורטית.⁶³ בניסוח אחר, בעוד שמלומדי המשפט הדוקטרינליים, המתמקדים בתרבות ובפרקטיקות של המשפט, יצטרכו להבין שהתרבות והתבונה המעשית צריכים להיעשות לקונספציות מרכזיות לצורך הנבנת את התלהיכים המתקיימים בפרקטיקה המשפטית, יצטרכו מלומדי המשפט התיאורטיים להבין שהתרבונה המעשית היא הדגם הראוי להכרעה משפטית. מלומדי המשפט התיאורטיים יצטרכו להבין גם שהתרבונה המעשית אינה נותרת בהכרח לעומת הדעת התיאורטית, אלא רק שונה ממנה.⁶⁴

נוסף על אמוץ גישה כזאת ביחס לתבונה המעשית, יצטרכו מלומדי המשפט התיאורטיים להכיר גם בחשיבות התפקיד החברתי שפקולטות למשפטים ממלאות כמוסדות להכשרתם של צורכי-דין ושופטים עתידיים. בגלל התפקיד החשוב שהמשפט ממלא ביצירת משמעות בחייהם של כל בני-האדם החיים במדינה, דהיינו, בהקצאת משאבים חומריים ומופשטים לבני-האדם; בתבנות של אינטראקציות חברתיות; בקביעת הזהות של יחידים; ובקביעת אופיה של הספירה הציונית והפרטית במדינה ובתורה – מוטלת על הפקולטות למשפטים אחריות רבה בהכשרתם של צורכי-דין ושופטים, וקיימת חשיבות רבה בכך שעורכי-הדין והשופטים, המטפלים בעניינים אישיים חשובים של בני-אדם אחרים, והממוקמים בצמתים חשובים של קבלת החלטות כמוסדות המדינה והחברה, יהיו בעלי חינוך רחב ככל האפשר. מלומדי המשפט התיאורטיים יצטרכו אפוא להבין שהתרומה החברתית של פקולטות למשפטים נמצאת לא רק בייצורה של כתיבה אקדמית מנותקת על המשפט, אלא אף בדרכים ישירות ומהושות, כגון הכשרתם והינוכם של צורכי-דין ושופטים.

עם זאת, וכמידה מסוימת בניגוד לכך, מלומדי המשפט התיאורטיים יצטרכו לשחרר עצמם מהמגבלות של תוכנית הלימודים הנוכחית המופעלת בפקולטות למשפטים, ולהרחיב את הדיון האקדמי שלהם לסיפול בממדים רבים של התופעה המשפטית המונוחיים כרגע על-ידי אקדמאים משפטיים או שאקדמאים משפטיים מתעלמים מהם לגמרי. עבודה רבה, שהינה מעניינת ואף מתחנמת, נעשתה בשנים האחרונות בפקולטות רבות למשפטים על-ידי מלומדי משפט תיאורטיים.⁶⁵ אולם עבודה זו התמקדה במידה רבה בנושאים שהתעוררו בגבולות הנושאים הנלמדים במסגרת תוכנית הלימודים המסורתית של הפקולטות. כך, מלומדי

הנטייה או הרצון לרדוף, להציק, לפגוע או להגיב בדרך בלתי-רצונית כלפי אדם.⁶⁹ "המקרה הכרוך ביותר של סובלנות... מתקיים כאשר אדם מרסן את הגינוי שלו לנזק חוסר צדק או רוע מוסרי אחר, או לנזק התנהגות שהוא סובר כי היא בעלת אופי כזה."⁷⁰ הסובלן מכיר בעוצמה שהעמדה או ההתנגות הסבלת על-ידין, למרות כל כמה שהן שנויות מתבחינה הנורמטיבית, צריכות עדיין להתנות מהגנה משפטית. אכן, לגבי הסובלן, המסגרת הנורמטיבית הנאותה להסדרת יחסיו עם אלה המחזיקים בעמדות הנסבלות על-ידין היא "שיהי הוכחות" של המשפט, כלומר, מערכת של נורמות התחממות גבולות המציבה חומות-מגן בין בעליהן של זכויות לבין אלה הפופים לחובה לכבד את הזכויות. סובלנות היא איפוא מצב של קיום הדדי, בריחוק.⁷¹

פולורליזם, בניגוד לסובלנות, אינו מבוסס על ראיית העמדה או ההתנהגות של האחר כשגויים. אלא, הפולורליזם מבוסס על התנחה שבעינינו של הטוב והרואי קיים ריבוי של עמדות נורמטיביות, שכולן בעלות ערך.⁷² "האמונה הבסיסית המאחדת פולורליסטים היא שהיחס טובים דורשים נימוש של סוגי ערכים שהינם שונים אלה מאלה באופן דריקלי... ושכשם שקיים ריבוי של ערכים סותרים, כך קיים גם ריבוי של תפיסות סותרות באשר לחיוב הטובים הממשמים את הערכים האלה."⁷³ "פולורליזם מוסרי מושתת על השיעון שקיים ריבוי של דרכי חיים שאינן מתיישבות אלה עם אלה, אך שכולן בעלות ערך."⁷⁴ "פולורליזם מוסרי טוען לא רק שצורות חיים שאינן מתיישבות אלה עם אלה הן קבילות מהבחינה המוסרית, אלא גם שהן מציעות מידות מוסריות שונות, שכל אחת מהן כשלעצמה ראויה שיידקמו אותה."⁷⁵ יתר על-כן, לא רק שהעמדה הפולורליסטית נמנעת מלדרג את ערכיהן של צורות חיים שונות, היא גם רואה אותן כבלתי-קונטראדיכטיות.⁷⁶

תקשר עיקרי שעשה בו לא-אחת שימוש בקונספציה של פולורליזם הוא זה של התיאוריה הפוליטית של הולברליזם. כך, יוסף רוז טוען ביחס לאוטונומיה, ערך ליברלי מכריע, כי "מתן ערך לאוטונומיה מוביל לאימצו של פולורליזם מוסרי."⁷⁷ הסיבה לכך היא ש"אוטונומיה מופעלת באמצעות בחירה, ובחירה מחייבת מגוון של אופציות לבחור מתוכן."⁷⁸ "כדי שאדם יתושב אוטונומי נדרש לא רק שתהינן לו האפשרות לבחור, אלא נדרש שיעמוד לרשותו טווח נאות של בחורות."⁷⁹

כיצד יצמי דיאלוגי הוא עמדה המרחיקה לכת מסובלנות ומפולורליזם.

בסתירה אלה עם אלה, עם זאת טענתי שמכיוון שכל אחד מהתפקידים האלה הוא בעל חשיבות חברתית, קיימים רווחים חברתיים בקיומם של ריבוי ושונות בפקולטות למשפטים, דהיינו, בפעולתם בהן של מלומדי משפט דוקטורנליים (כאופנים שתארת קורס-לכזו), תיאורטיים וביקורתיים.

המבדלים והמתלוקות המפרידים בין חבריהן של שלוש קבוצות המלומדים האלה אינם רק "מדעיים" בטבעם; לא אחת נראה כאילו המבדלים הם בעלי אופי תרבותי, דהיינו, כאילו מלומדי משפט דוקטורנליים, תיאורטיים וביקורתיים מחוויים שלוש קהילות תרבותיות שונות, שתבריהן נבדלים אלה מאלה בממדים חשובים של הזהות המקצועית שלהם והפעילויות המקצועיות שלהם, כגון איצור-המילים האקדמי שהם משתמשים בו בכתיבתם, מידת הקרבה שהם חשים למשפטנים מעשיים, מידת ההזדהות שלהם עם מלומדים אקדמיים אחרים וכו'.

בעוד שדנתי בפסקות הקורמות בערך הזכרתי שבקיומן של שלוש קבוצות המלומדים האמורות בפקולטות למשפטים, ברצוני להציע בפסקות הבאות הצעות אחדות באשר לגישות שתבריהן של כל אחת מהקבוצות צריכים לאמץ ולהפעיל בהסתהם עם חבריהן של הקבוצות האחרות. לשם כך ברצוני להבחין בין שלוש קונספציות אפשריות ליעיצוב היחסים שבין חברי שלוש הקבוצות: סובלנות, פולורליזם וכינון עצמי דיאלוגי.⁶⁸ ברצוני לטעון כי מבין שלוש הקונספציות האלה, זו של כינון עצמי דיאלוגי היא המתאימה ביותר לשמש כמערכת הנורמטיבית לניהול ענייניהן הפנימיים של פקולטות למשפטים וליעיצוב היחסים שבין חברי כל אחת משלוש הקבוצות האמורות לבין חבריהן של הקבוצות האחרות.

סובלנות היא גישה פרודוקסלית משהו. מצד אחד, סובלנות מושתתת על התייחסות לעמדה נורמטיבית שאדם אחר מחזיק בה או המתבטאת בהתנהגותו של אדם אחר כאל עמדה שגויה. אדם סובלני רואה בריים בעולם הנורמטיבי שהעמדה הנסבלת על-ידיו שלטת בו חיים בלתי-קבילים. יתר על-כן, לנזק עמדתו של הסובלן כי העמדה הנסבלת על-ידיו הינה שגויה, לא יראה הסובלן יתרון בקיום דיאלוג כלשהו עם אלה המחזיקים בעמדות שהוא נזהג כלפיהן כסובלנות.

מצד אחר, סובלנות מחייבת ריסון, דהיינו, הימנעות מניקוח בעיני כלשהו למאבק בעמדה הנסבלת. "סובלנות מחייבת דיכוי או הגבלה של

מצבר לסובלנות ופלורליזם: הפקולטה למשפטים כמוסד רב-תרבותי

צידלס טיילור טוען כי "אין דבר כזה יצירה פנימית מונוולוגית".⁸⁹ אלא, "מאפיין מכריע של חי האדם הוא אופיים הדיאלוגי הכסטי",⁹⁰ אולם, "מאפיין מכריע זה של המצב האנושי", טוען טיילור, "נתפך לבלתי-נראה כמעט לעין עקב הטייה המונוולוגיסטית העצומה של הזרם המרכזי של הפוליסופיה המודרנית".⁹⁰ כך, על-פי טיילור, "אנו נתפכים לבני-אדם שלמים המסוגלים להבין את עצמם, ולפיכך להגדיר את זהותם, על-ידי שאנו רוכשים כלי ביטוי אנושיים עשירים... שאתם אנו לומדים... בדרך של שיג-ושיח עם אחרים. בני-אדם רוכשים את השפות הנחוצות להגדרת העצמית שלהם לא בכוחות עצמם. אנו משתלטים על השפות האלה בדרך של אינטראקציה עם אחרים שהזנם בעלי משמעות לגבינו... אחרים משתו שכל אדם משיג בכוחות עצמו, אלא משהו דיאלוגי".⁹¹ לפיכך, טוען טיילור, "גילוי הזהות העצמית שלי אין משמעו שאני מייצר את זהותי בידודת, אלא שאני מעצב אותה באמצעות דיאלוג... עם אחרים... הזהות שלי תלויה באופן מכריע ביחסים הדיאלוגיים שאני מקיים עם אחרים".⁹² גם לידרו של טיילור איפוא, כמו לידרו של גרמר, התמליכים שבני-אדם מייצרים באמצעותם משמעות ומשיגים תובנות ודעת הינם תהליכים דיאלוגיים במהותם, התלויים באופן מכריע במרומה של הצדדים הנוסלים בהם חלק.

קלפורד גירץ טוען באותה רוח כי "מטרתה של האנתרופולוגיה היא הרחבה של השיח האנושי".⁹³ "כל תכליתה של הגישה הסמיוטית לתרבות", כותב גירץ, "היא לסייע לנו להשיג גישה לעולם הקונספטואלי שנשואו המחקר שלנו היים בו, כדי שנוכל, מובן רחב כלשהו של המשג, לישוח עימם".⁹⁴ ובקטע מפורסם טוען גירץ כי "השליחות העיקרית של האנתרופולוגיה הפרשנית היא... לאפשר לנו להתודע לתשובות שנתנו אחרים... וכך להכליל אותן באופן גניב במאגר הדברים שאמר האדם".⁹⁵ הכתבים של גרמר, טיילור וגירץ מדגישים את הערך הרב תסמון במיעורכותם של בני-האדם בתהליכים דיאלוגיים לשם העשרתם של בני-האדם. כתבים אלה הינם בעלי חשיבות מיוחדת בהקשרים רב-תרבותיים, שבהם קבוצות תרבותיות שונות, שכל אחת מהן ממלאת תפקיד מכונן בקביעת הזהות של חבריה,⁹⁶ חיות בתנאים של קרבה גיאוגרפית.⁹⁷ וכתבים של גרמר, טיילור וגירץ מבליטים לא רק את הערך תסמון בקומום של סובלנות ופלורליזם בהקשרים רב-תרבותיים, אלא בעיקר את הערך

על החינוך המשפטי

עמדה זו מבוססת לא רק על ההכרה בערך של הערכים שאדם אחר או קבוצה אחרת מחזיקים בהם, אלא גם על ההכרה בתשיבות קיומו של מפגש עם ערכים אלה, בתהליכים שבני-אדם וקבוצות מכוננים בהם את זהויותיהם. תרומה חשובה להכנתנו את התהליכים שבני-אדם מכוננים בהם את זהויות שלהם ניתן למצוא בכתביו של הנס-גיאורג גרמר. נקודת המוצא של גרמר היא טענתו של היידגר שפרשנות, כלומר הכנה ומתן משמעות, היא רכיב מכונן של הקיום האנושי. בכותבו על התהליכים שבהם בני-אדם מבינים ויוצרים משמעות, טוען גרמר כי בני-האדם אינם "מגלים" או "חושפים" משמעות בתהליכים מונוולוגיים של חשיבה; אלא, בני-האדם יוצרים משמעות ומכוננים את הזהויות שלהם באמצעות "מיוזג אופקים", דהיינו, בתהליכים דיאלוגיים שבהם הם משלילים את קטיגוריות החשיבה שלהם על תכנים נושאי משמעות (סקסטים, יצירות אומנות, אירועים היסטוריים, דבריו של אדם אחר וכו'ל). לפי גרמר, בתהליכים דיאלוגיים כאלה מתקיימת מיד "יישום", דהיינו, הם מסתיימים במיד ביצירת שינוי כלשהו – לעיתים שינוי רדיקלי⁸⁰ – במשמעות המכוננת את החיים והזהות של האדם.⁸¹

גרמר מדגיש את ההעשרה ההדדית היכולה לצמחה במפגשים דיאלוגיים. "האומנות של גיהול דיאלוג אמיתי",⁸² הוא כותב, היא "האומנות של העלאת שאלות וחילופי אחר האמת",⁸³ ולכן היא "האומנות של החשיבה".⁸⁴ המטרה של דיאלוג בין בני-אדם אינה לאפשר לכל אחד מהשתתפים לנסות להוכיח את צדקת עמדתו או לנסות להוכיח שביכולתו לזנח בכל ויכוח על-ידי התגברות על טיעונו של האחר, הוא כותב. אלא, המטרה של קיום דיאלוג היא השגת דעת ותובנה בדרך של בחינת המשקל שאיני להינתן לדעתו של האחר.⁸⁵ כמו-כן, מטרת קיומו של הדיאלוג אינה הנעה להסכמה,⁸⁶ הערך שבקיום דיאלוג טמון בהעשרה ההדדית המושגת על-ידי המשתתפים, "ככל ששיחה הינה אמיתית יותר, כך תיגהל שלה נתון פחות לרצונו של מי מהצדדים המשתתפים... הצדדים המשתתפים בשיחה הינם מונתגים יותר מאשר מנהיגים. אף אחד אינו יודע מראש מה ייצא מהשיחה",⁸⁷ לפיכך, "בשיחה בא לביטוי משהו שאינו רק משל או שהוא פרי יצירת", אלא משהו שהוא משהו⁸⁸. תהליכים סינדרונליים שמשמעות מופקת בהם והצדדים מכוננים את זהויותיהם בדרך של מפגש עם בני-אדם אחרים נדרונו על-ידי צידלס טיילור וקלפורד גירץ.

מעבר לסובלנות ולפלורליזם: הפקולטה למשפטים כמוסד רב-תרבותי

בניגוד לכך, בהרבות מוסרית של כינון עצמי דיאלוגי, כל אחת מהקבוצות המרכיבות את תפקולטה למשפטים לא רק תכבד את הפעילויות האקדמיות שתבריתן של הקבוצות האחרות עישים; היא גם תגלה עניין של ממש בפעילויות האלה. זאת, מתוך הכנה שדיאלוג עם בני-אדם אחרים, ומלומדים בכלל זה, הוא תמיד מקור לתובנות מפרות ומעשירות. גישה המומתת על כינון עצמי דיאלוגי היא הגישה שיש לתמור אליה בכל הנוגע בניהולן של פקולטות למשפטים.⁹⁸

חלק ה': סיכום

רוב מלומדי המשפט ומוריו שפעלו בפקולטות למשפטים בארצות המשפט המקובל החזיקו עד השנים האחרונות בתפיסה אחת באשר לתפקידים החברתיים של המשפט ובאשר לתפקידים החברתיים של פקולטות למשפטים. כתוצאה מכך, התאפיינו הפקולטות האלה במידה רבה של הומוגניות. בשנים האחרונות, לצד קבוצת המלומדים ששלטה בפקולטות בעבר, צמחו בהן שתי קבוצות חדשות של מלומדי משפט. חבריהן של קבוצות המלומדים המאכלסות כיום את הפקולטות למשפטים נבדלים אלה מאלה, לעיתים במידה ניכרת, בדרכים שהם תופסים בהן את התפקידים החברתיים של המשפט, את התפקידים החברתיים של פקולטות למשפטים ואת הדרכים שבהן יש לנהל את ענייניהן של הפקולטות. התבדלים שבין חבריהן של קבוצות המלומדים אינם רק אקדמיים; לא-אחת נראה כאילו ההבדלים הינם תרבותיים, דהיינו, כאילו כל אחת משלוש קבוצות המלומדים מהווה קבוצה תרבותית נבדלת.

פקולטות למשפטים הן מוסדות הצריכים למלא תפקידים חברתיים שונים שמטחים ואף סתירות קיימים ביניהם לעיתים. אולם מכיוון שכל התפקידים האלה הינם בעלי חשיבות, קיימים רווחים חברתיים בקיומם של הטרנדיות בפקולטות למשפטים, דהיינו, בקיומן בהן של קבוצות שונות של מלומדי משפט.

טענתי כי ביחסיהם עם חבריהן של קבוצות המלומדים האחרות הפעילים בפקולטות למשפטים, וניהול ענייניהן של הפקולטות, חבריהן של שלוש קבוצות המלומדים הנדונות במאמר זה צריכים להיות מונחים על-ידי מה שכינתה הגישה של כינון עצמי דיאלוגי. גישה זו מבוססת על

על החינוך המשפטי

הסמון בקיומם של תהליכים דיאלוגיים במסגרתם של תהליכי הכינון העצמי של בני-אדם החיים בהקשרים של רב-תרבותיות.

במאמר זה טענתי שבפקולטות למשפטים לא-מעטות בארצות המשפט המקובל פועלות כעת שתיים ולעיתים גם שלוש קבוצות שונות של מלומדי משפט. דומה שהיחסים המתקיימים בפקולטות אלה בין מלומדי המשפט החיאורטיים לבין מלומדי המשפט הביקורתיים יכולים להחשב למתאפיינים בדרך-כלל על-ידי המושג "פלורליזם". היחסים האלה מתאפיינים לעיתים אפילו על-ידי המושג "כינון עצמי דיאלוגי". לעומת זאת, דומה שהיחסים המתקיימים בין מלומדי המשפט החיאורטיים ומלומדי המשפט הביקורתיים, מצד אחד, לבין מלומדי המשפט הדוקטרינריים, מצד אחר, יכולים להיחשב למתאפיינים על-ידי המושג "סובלנות": חבריהן של כל אחת משתי הקבוצות הראשונות נראים נעדי עניין בפעילויות האקדמיות של חברי הקבוצה השלישית, ולהיפך: חברי הקבוצה השלישית נראים נעדי עניין בפעילויות האקדמיות של חברי שתי הקבוצות הראשונות. יתר על-כן, חברי שתי הקבוצות הראשונות כופרים במקרים מסוימים בקיומו של ערך בפעילויות של חברי הקבוצה השלישית, או מייחסים ערך נמוך לפעילויות האלה, והוא הדין גם ביחס של חברי הקבוצה השלישית לפעילויות האקדמיות של חברי שתי הקבוצות הראשונות.

פקולטות למשפטים הפועלות בתנאים של סובלנות יכולות לפתח גישה פלורליסטית כרכיב מרכזי של התרבות המוסרית שלהן. אין זו משימה קלה. החקעה האישי העצומה של מלומדים בתחומים האקדמיים שלהם; הוהות ההדוקה בין המלומדת כאדם לבין הכתיבה האקדמית שלה; והמרכוזיות של ערך האמת בהרבות האקדמיות – כל אלה פועלים נגד פיתוחו של הפלורליזם בפקולטות למשפטים. אולם בפקולטות ששוררת בהן כרגע הסובלנות, יהא זה צעד גדול קדימה אם יפותח תחתיה הפלורליזם. בתרבות מוסרית של פלורליזם, כל קבוצה של מלומדי משפט מכירה בערך של הפעילויות האקדמיות שתבריתן של הקבוצות האחרות עישים; זאת, הן מבחינת התרומה של הפעילויות האלה להשבתת ההוראה והחקר המתקיימים בפקולטות למשפטים והן מבחינת התרומה של הפעילויות האלה להכרה בכללותה. עם זאת, גם בפקולטות שבהן פותח הפלורליזם, כל אחת מהקבוצות המלומדים הפועלת בפקולטה תחתיה עצמה עדיין לגבולות של הפעילויות האקדמיות שלה עצמה, בלא שתגלה עניין בפעילויותיהן של הקבוצות האחרות.

- 1 על אנגליה, ראו: David Sugarman "The Legal Boundaries of Liberty: Dicey, Liberalism and Legal Science" 46 *Modern L. Rev.* (1983) 102; David Sugarman "Legal Theory, the Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition" *Legal Theory and Common Law* (W. Twining ed., Oxford, 1986) 26; David Sugarman "A Hatred of Disorder: Legal Science, Liberalism and Imperialism" *Dangerous Supplements* (Peter Fitzpatrick ed., Anthony T. Kronman; על ארצות-הברית ראו: London, 1991) 34 *The Lost Lawyer - Failing Ideals of the Law Profession* (Cambridge, Massachusetts & London, 1993) chapter 4; David Sugarman "Is the Reform of Legal Education Hopeless? Or, Seeing the Hole Instead of the Doughnut" 48 *Modern L. Rev.* (1985) 728; Philip C. Kissam "The Decline of Law School Professionalism" 134 *U. Pa. L. Rev.* (1986) 251; David Barnhizer "The University Ideal and the American Law School" 42 *Rutgers L. Rev.* (1989) 109; Paul D. Carrington "Butterfly Effects: The Possibilities of Law Teaching in Democracy" 41 *Duke L. J.* (1992) 741; William L. Twining "Pericles and the Plumber" *Law in Context* (Oxford, 1997) 63; John E.C. Brierley; על קנדה ראו: "Legal Education in Canada" 72 *Oregon L. Rev.* (1993) 977, 978. על ישראל ועל השפעתה של תורת המשפט האנגלית על תורת המשפט של ישראל, ראו מנחם מאוסנר "מקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובהי-המשפט" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג (אריאל רוזן-צבי, תשנ"ד) 146-1 Menachem Mauener "Legal Education in Transition: The Israeli Law School - Between the University, the Bar, and the Courts" 13 *Tel Aviv U. Studies in Law* (1997) 271.
- 2 William L. Twining *Blackstone's Tower - The English Law School* (London, 1994) 141, 153.
- 3 Twining, *ibid.*, at p. 153 צמיחתה של תורת המשפט הריאליסטית בשנות העשרים השלושים של המאה העשרים, התפתחה תורת המשפט בארצות-הברית באופן ייחודי במהלך המאה העשרים. הדבר השפיע כמובן גם על הדרכים שבהן נתפס

התבנה שהתלהלכים שבהם בני-אדם משמעות ורופשים דעת הם באופן עמוק בעלי אופי דיאלוגי, וכך על ההכרה בחשיבותם של המפגשים עם בני-אדם אחרים ועם קבוצות אחרות של בני-אדם לצורך ייצורה של משמעות ורכישת דעת. בתרבות מוסדית המבוססת על כינון עצמי דיאלוגי, תבריהן של כל אחת משלוש קבוצות המלומדים לא רק יכבדו את תבריהן של הקבוצות האחרות; הם גם יגלו עניין של ממש בפעילויות האקדמיות של חברי הקבוצות האחרות ויכירו בחשיבות קיומן של דיאלוג אינטלקטואלי ציפם.

פקולטות למשפטים פועלות כל העת כמנאים שבהם משאבים מוגבלים, כגון משרדות, תוכניות לימודים, מוענקי מחקר ופרסים מחולקים בהן. לפיכך אין בליבי אשליה שאימוץ הגישה של כינון עצמי דיאלוגי שותפתית במאמר זה יפתור את כל הבעיות הנובעות מההטרונגויות הנוכחיות של הפקולטות. אבל, "זו התחלת הדרך"⁹⁹

- clients, giving legal opinions, arguing cases, writing legal texts")
- 10 על תפיסת שונות של המושג "קורוזיביות", ראו תוך דגן "הזכות לפירות התפרה: אנטומיה של הקיחה שיפוטית" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 676-670.
- 11 לדיון בביקורת הריאליסטית, ראו: Andrew Altman "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin" 15(3) *Philosophy and Public Affairs* (Summer, 1986) מנחם מאוטנר "גזמור המשפט" עיוני משפט כג (תש"ס) 367.
- 12 Sugarman "A Hatred of Disorder: Legal Science, Liberalism and Imperialism", *supra* note 1, at p. 34 ("Despite the variety of products and consumers of legal discourse, it is what the judges say and the supposed needs of the legal profession as narrowly defined, that have had the greatest magnetic pull over the nature and form of legal education and scholarship. Other aspects, that are equally important to understanding law, such as legislation, the operation of law in practice, as well as the history, theory, morality and politics of law, are ignored or marginalised"); Kissam, *supra* note 1, at p. 261 ("traditional law school practices [focused] on a limited and formalistic analysis of appellate court opinions"); Sugarman "Legal Theory, the Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition", *supra* note 1, at p. 27; Twining, *supra* note 2, at pp. 16-17.
- 13 סיבה מרכזית להתמקדותם של דוקטרינליסטים בפסקי-הדין של בתי-המשפט, להבדיל מחוקים, היתה ככל הנראה תפיסתם את החוקים כ"פולטיים", בעוד שאת המשפט הנוצר ומופעל בבתי-המשפט הם תפסו כמשהו גזרד משמעות פוליטית, המופעל על-ידי מקצוענים. עם זאת, כפי שאטען בהמשך, גם מלומדי משפט לא-דוקטרינליים חושאים באופן נרחב בכתעלמות ממקורות משפטיים שאינם פסקי-דין. כמו-כן, מלומדי משפט הפועלים בארצות אירופה מפעילים בדרך-כלל גישה הדומה למה שמתואר כאן כגישה הדוקטרינליסטית - על חוקים.
- Meir Dan-Cohen *Rights, Persons, and Organizations* (California, 1986) 1-2 ("[These scholars] view themselves as participating in

- המטרות של בתי-הספר למשפטים בארצות-הברית ועל התכנים של החינוך המשפטי בה.
- 4 Sugarman "A Hatred of Disorder: Legal Science, Liberalism and Imperialism", *supra* note 1, at p. 52.
- 5 תפיסת זו נקראת לעיתים בשמות אחרים, וביניהם: "קונספטואליזם", "פורמליזם", "מדע המשפט", "מקצוענות", וכן גם: "the black letter tradition" ו-"the expository orthodoxy", ראו גם: Twining, *supra* note 2, at p. 141.
- 6 על מלומדי משפט המאכלסות כרוגע פקולטות למשפטים בארצות המשפט המקובל. אין צורך לומר, לא אחת, האמונות והפעילויות של מלומדים מסוימים התבררים בקבוצות האלה אינם תואמים באופן מוזיק את התיאור שיוצא כאן.
- 7 תורת המשפט של ה' ל' א' הארטי, והתייחסת לכלל כאל התופעה המרכזית במשפט, והרואה את פעילותם העיקרית של בתי-משפט בהחלה של כללים, לא יכלה לצמח אלא בסביבה אינסטיטוציונלית של דוקטרינליזם והיא עזרת לכותה המעצב של גישה זו באנגליה באמצע המאה העשרים. ראו: H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, 1994) 2nd ed. מנחם מאוטנר "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מתקרתית חדשה" רב-תרבותיות במלדינה דמוקרטיה ויהודיות (מנחם מאוטנר, אבי שגיא, רונן שמיר עורכים, תשנ"ח) 545-587.
- 8 Graham C. Lilly "Law Schools Without Lawyers? Winds of Change in Legal Education" 81 *Va. L. Rev.* (1995) 1421, 1430.
- 9 Alfred William Brian Simpson "Legal Education and Legal History" 11 *Oxford J. Leg. Stud.* (1991) 106, 106 ("...English legal education has long been dominated by the tradition of legal science, and still is, though the term itself has become unfashionable. Legal science provides a particular way of thinking and talking and arguing about the law, or what may be called a model of law. This model is especially convenient for professional lawyers, whether practitioners or academics, for whom law's essential function is to provide guidance for them in their professional activities - advising

- Liberalism and Legal Science", *supra* note 1, at p. 105; Sugarman "Legal Theory, the Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition", *supra* note 1, at p. 32. See also: A.W.B. Simpson "The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature" 48 *U. Chicago L. Rev.* (1981) 632
- Dan-Cohen, *supra* note 11, at p. 1 ("[The]... legal scholarship [of academic lawyers] aims for and often attains immediate relevance. The measure of its success is the adoption of its preferred solutions to doctrinal problems by the other participants in the enterprise")
- Pierre Bourdieu "The Field of Cultural Production, or: The Economic World Reversed", in Pierre Bourdieu *The Field of Cultural Production* (Randall Johnson ed., Cambridge, 1993) 29; Pierre Bourdieu *The Logic of Practice* (Stanford, Richard Nice trans., 1980, 1990) chapters 3, 4
- ריון במקורות הויטסוריים של התולכים האלה תורג במסגרתו של מאמר זה. עם זאת ברור ששוש תשוב של התולכים הירדונים כאן מצוי בתפרכת הפורמליום המשפטי, מהבחינה התאורית והנומטיבית באחת, על-ידי מלומדי המשפט הריאליסטיים בארצות-הברית בשנות העשרים והשלושים של המאה העשרים.
- Edward Shils *The Academic Ethic* (Chicago & London, 1983); Barnhizer, *supra* note 1
- Twining, *supra* note 2, at pp. 43, 127, 128 ("[In recent decades.] [L]aw has been fairly comfortably integrated into the university... [T]he trend... has... been towards a greater emphasis on theoretical and interdisciplinary work... [L]aw schools have developed a research culture that in respect of commitment and productivity is not significantly different from other disciplines, especially in the humanities and social sciences"); Anthony Bradney "Law as a Parasitic Discipline" 25 *J. Law & Soc.* (1998) 71, 72 ("The academic doctrinal project which has dominated United Kingdom university law schools for most of their history,

essentially the same enterprise as practitioners and judges, and use very similar methods to theirs... [S]cholars, practitioners and judges all contribute to the articulation of legal doctrine by confronting and offering resolutions to particular legal problems... [T]he academic lawyer... often acts as a kind of deputy-judge, presiding over moot courts, or a shadow lawyer writing mock briefs for hypothetical or past disputes"); Kissam, *supra* note 1, at p. 259 ("[A] basic component of traditional law school professionalism is the law professor's role as an ideal judge, positioned by reason of her expertise to deliver judgment on the correctness of past judicial decisions and on the resolution of future issues")

- Twining, *supra* note 2, at p. 179
- Lilly, *supra* note 8, at p. 1430 ("The doctrinal method embraces the policies or values that underlie the law"); Sugarman "A Hatred of Disorder: Legal Science, Liberalism and Imperialism", *supra* note 1, at pp. 52, 62 ("[B]oth academia and the bench adopted parallel discourses which rendered criticism more, rather than less, difficult... [T]he assumptions, classifications and pedagogy of the 'black letter' tradition possess a refined logic of inevitability... [which] inhibits attempts to explore alternatives, and even an awareness of the values and assumptions of the 'black letter' tradition"); Twining, *ibid.*, at p. 142; Christine Parker & Andrew Goldsmith "Failed Sociologists' in the Market Place: Law Schools in Australia" 25 *J. Law & Soc.* (1998) 33, 35
- Paul D. Reingold "Harry Edwards' Nostalgia" 91 *Mich. L. Rev.* (1993) 1998 ("[U]ntil the last twenty years or so most legal academic effort went into texts that were of direct use to practicing lawyers. Law reviews were a common starting place for lawyers' legal research, and lawyers and judges who subscribed to law reviews could expect to find useful articles that routinely touched on their areas of practice or that influenced their thinking"); Sugarman "The Legal Boundaries of Liberty: Dicey,

Subject of Study" 7 *Law & Soc. Rev.* (1973) 719; Peter Fitzpatrick "Law and Societies" 22 *Osgode Hall L. J.* (1984) 115; Barbara Yagvesson "Re-Examining Continuing Relations and the Law" (1985) *Wis. L. Rev.* 623; Boaventura De Sousa Santos "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law" 14 *J. Law & Soc.* (1987) 279; Robert C. Ellickson "A Critique of Economic and Sociological Theories of Social Control" 16 *J. Leg. Stud.* (1987) 67; Sally Engle Merry "Legal Pluralism" 22 *Law & Soc. Rev.* (1988) 869; B. Santos *Toward a New Common Sense* (New York & London, 1995); Stewart Macaulay "Crime and Rites. Custom in Business Society" 22 *J. Law & Soc.* (1995) 248

הלפרייך קרדי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתרי-הרין הרבניים" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 1683; מנתח מאוטנר "חיות, חוות אחרי, תקנון אגורה שיתופית וטוניית הפלורליזם המשפטי" הפרקליט מז (תשנ"ט) 293-306; אטי רוזן צבי "טובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי" עיוני משפט כב (תשס"ט) 538; רות הלפרין קרדי "עוד על פלורליזם משפטי בישראל" עיוני משפט כב (תשס"ט) 559; לניסוח מוקדם של עמדת הפלורליזם המשפטי, ראו: Louis L. Jaffe "Law Making by Private Groups" 51 *Harv. L. Rev.* (1937) 201

הפלורליזם המשפטי במסגרת התנוון המשפטי, ראו: Roger Cotterrell "Pandora's Box: Jurisprudence in Legal Education" 7 *Int'l J. Legal Profession* (2000) 179-187

Bradney, *supra* note 21, at p. 72 ("[D]octrinal work has always been infused with intellectual presumptions and assumptions that have dominated the doctrinal argument even though the doctrinal 'existence' method has concealed their existence", ראו: Clifford Geertz *Local Knowledge - Further Essays in Interpretive Anthropology* (New York, 1983) 73 (chapter 4: Common Sense as a Cultural System) מנתח מאוטנר "של-ישר, לגטימיזציה, כפייה; על שופטים כמספרי סיפורים" פלורליזם ז (תשנ"ט) 11-76.

פרדיגמה אקדמית היא מסגרת השיבה המאחרת ומתארת התגליות מסוימות של המציאות, מציגה אותן כמיושג למחקר ומציעה מסגרות לחשיבה עליהן ודרכים לחקירתן. הפרדיגמה קובעת את התהוות-היטות

the attempt to explain law solely through the internal evidence offered by judgements and statutes, is now entering its final death throes... In scholarly writing doctrinal work is now used not on its own but as part of a broader attempt to understand law. It is used alongside a range of other methods taken from disciplines in the humanities and social sciences"; H.W. Arthurs "The Political Economy of Canadian Legal Education" 25 *J. Law & Soc.* (1998) 14, 17 ("[In Canada,] [a] new generation of legal academics with graduate degrees, training in the social sciences, and activist ambitions soon outnumbered the small cadre of black-letter scholars and part-time practitioners which had dominated most law schools"); Parker & Goldsmith, *supra* note 15, at pp. 34, 37-38 ("The recent history of Australian law schools can be partially understood as a story of separation from the practising profession [and] escape from the trade school mentality... [L]aw school lawyers... differentiate themselves from the profession and begin to develop their own agenda... [T]eachers in the newer law faculties who had reacted against the trade school orientation of older faculties... had begun to see the study of law as 'based on liberal, scholarly values traditionally associated with university education generally'... [M]ost law schools now attach 'considerable importance' to the critical examination of legal issues in their social context"; Lilly, *supra* note 8, at p. 1440 ("[T]he major law schools are increasingly identifying themselves with other graduate departments, especially those in the social sciences"; Edward L. Rubin "The Practice and Discourse of Legal Scholarship" 86 *Mich. L. Rev.* (1988) 1835; Edward L. Rubin "On Beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship" 80 *Cal. L. Rev.* (1992) 889; F. Cowrie "The Importance of Theory in Law Teaching" 7 *Int'l J. Legal Profession* (2000) 225-226

על הפלורליזם המשפטי, ראו: Sally Falk Moore "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate

- George L. Priest "Social Science Theory and Legal Education: The Law School as University" 33 *J. Legal Educ.* (1983) 437 ("Today, authorship of the legal treatise has been cast off to practitioners... Instead, legal scholarship has become specialized according to the separate social sciences... It is accepted today, virtually universally, that the legal system can be best understood with the methods and theories of the social sciences"); Priest, *ibid.*, at p. 1933 ("[T]he most promising avenues for studying the effects of the law are social sciences that have been developed to study effects in other contexts"); See also: *Law, Jurisprudence and Social Thought: A Program Statement, Department of Law, Jurisprudence and Social Thought* (Amherst College, February 1996).
- Sanford Levinson "Judge Edwards' Indictment of 'Impractical' Scholars: The Need for a Bill of Particulars" 91 *Mich. L. Rev.* (1993) 2010-2011 ("[T]here is... [a] disinclination [among] an increasing number of legal academics to write about the American legal system from the 'internal' perspective of the judge or practitioner and an inclination instead to write for an audience consisting primarily of other scholars whose lives are lived 'outside' the actual practice of law as conventionally defined").
- רא' לעיל הערה 18, 28
- Meir Dan-Cohen "Listeners and Eavesdroppers: Substantive Legal Theory and its Audience" 63 *U. Colorado L. Rev.* (1992) 569, 590 ("The suggestion that legal scholars sever the unity of discourse with practicing lawyers and create a discourse of their own has the... implication... that practitioners and decisionmakers as such are excluded from active participation in that discourse... [S]ubstantive legal theory decidedly does not participate in a dialogue in which judicial opinions or other official pronouncements count as interlocutors"); Arthur, *supra* note 21, at pp. 20, 26-27 ("The professorate sought to undermine the very basis of professional monopoly and power:

של תחוקה; מגדירה את סוג השאלות שתחוקים צריכים להתמודד עינן; מכתיבה את שיטות תחוקה של החוקרים; וקובעת מה ייחשב בענה הולם לשאלות תחוקה. רא' תומס ס' קון המבנה של מהפכות מוציית (תרנ"ג); תודדה בליצר, 1977.

Bradney, *supra* note 21, at p. 72 ("[T]he realization that, within the academy, it is unacceptable to deal with any material or with any question with anything less than full attention, is what has characterized the new method of working. This has resulted in either the abandonment of doctrinal method, on the ground that it is incapable of producing satisfactory answers to any intellectually compelling questions, or, as frequently, infusing doctrinal method with other techniques"); Lee C. Bollinger "The Mind in the Major American Law School" 91 *Mich. L. Rev.* (1993) 2167, 2167 ("[I]t is the interdisciplinary movement in legal thought, which began in the late 1960s and continues with unabated force to this day, that has transformed the character of modern thinking about law. Virtually every field of human knowledge is being mined for what it can contribute to our understanding of the processes of law and of legal issues"); George L. Priest "The Growth of Interdisciplinary Research and the Industrial Structure of the Production of Legal Ideas: A Reply to Judge Edwards" 91 *Mich. L. Rev.* (1993) 1929, 1933, 1934 ("[I]nterdisciplinary 'law and' scholarship... research has increased and refined our understanding of the law far beyond what generations of doctrinalists had achieved"); Bradney, *ibid.*, at p. 80 ("Historically, the law school has contributed little to the main body of the university... In particular there has been little curricular contact or cross-over between the law school and other departments. This academic isolation has not been accidental. Rather, it is the logical and necessary outcome of the doctrinal method and the doctrinal concepts"); Avrom Sherr & David Sugarman "Theory in Legal Education" 7 *Int'l J. Legal Profession* (2000) 165, 167

Postmodernism in Contemporary Ethics (Cambridge, 1992); Michael Luntley *Reason, Truth and Self* (London & New York, 1995); Santos *Toward a New Common Sense*, *supra* note 22; Bernstein, *supra* note 30; Mary Hesse "In Defence of Bernstein", *supra* note 30; *Proc. Brit. Acad.* (1972) 275 לעיל הערה 7

7

32

סיבה חשובה לכך היתה העובדה שחיווך משפטי בהיקף נרחב ובעל השפעה צמח הן באנגליה והן בארצות-הברית רק במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה. חיווך המשפטי אקדמי היה באותה עת רציון חודשני ובלתי-מוכר, ויומיו תציעתו כחלופה ל"שיטת השולליה" שהיתה ער או השיטה הנפוצה להכשרתם של משפטים. כדי להקנות לגייסמצייה לפרויקט החודשני שלום, קשרו יומי החיווך המשפטי האקדמי פרויקט זה למה שיכיל אולי להיחשב למושג היוקרה ביותר בתרבות המערבית במאות האחרונות, קרי: המדע. כך, יומי החיווך המשפטי האקדמי טענו כי הטובה שבגיונה יש ללמד משפטים באוניברסיטה היא שהמשפט הוא מדע. ראו, למשל: *3 LQR "The Harvard Law School"* (1887), 123 לעמוד כתובה אקדמית דוקטורילית על כל מאפייניה המוכרים, וכראש ובראשונה ההתמקדות בכלל כבתופעה המרכזית במשפט. ראו Sugarmann "A Hatred of Disorder": Legal Science, Liberalism and Imperialism", *supra* note 1; Sugarmann "Legal Theory, the Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition", *supra* note 1; Simpson, *supra* note 9, at p. 106; Kronman, *supra* note 1; Barnhizer, *supra* note 1, at pp. 141-151; *supra* note 1; Carrington, *supra* note 1, at pp. 776-793 לעיל הערה 7.

מאטנר, ש, 33

33

על התמקדה הוטרורית, ראו: Aristotle *Ethics* (I.A.K. Thomson trans.) 207; Stanley Eugene Fish "Demonstration vs. Persuasion: Two Models of Critical Activity", in Stanley Eugene Fish *Is There a Text in This Class?* (Cambridge, 1980) 356; Robert Nozick *Philosophical Explanations* (Cambridge, Massachusetts, 1981) 1-24; Hans-Georg Gadamer *Truth and Method* (Joel Weinsheimer & Donald G. Marshall, 2nd rev. ed., New York,

34

its distinctive forms of knowledge... They wanted to use the social sciences to overthrow the profession's intellectual orthodoxy, the positivist school of black-letter law, and to redefine the mission of law schools... [I]nterdisciplinarily represents... a challenge to the very foundation of the Bar's wealth and power: professional knowledge... [I]nterdisciplinary research has helped to diminish the influence and market value of conventional professional knowledge")

Richard J. Bernstein *Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics and Praxis* (Philadelphia, 1983) 26-27 ("The prevailing attitude at the [middle of the twentieth century] among professional social scientists was that their discipline was now on the secure path of becoming a genuine natural science of individuals in society, a natural science that differed in degree and not in kind from the rest of the natural sciences. Progress in the social sciences, they argued, required adopting and following those methods, procedures and criteria for testing hypotheses and theories that had proven so successful in the natural sciences"); P. Rabinow & W. Sullivan "The Interpretive Turn" *Interpretive Social Science - A Second Look* (Paul Rabinow & William M. Sullivan eds., Berkeley, Los Angeles, London, 1987) 1; Charles Taylor "Interpretation and the Sciences of Man" *Interpretive Social Science - A Second Look* (Paul Rabinow & William M. Sullivan eds., Berkeley, Los Angeles, London, 1987) 33; D. Truman "Disillusion and Regeneration: The Quest for a

Richard J. Bernstein *Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics and Praxis* (Philadelphia, 1983) 26-27 ("The prevailing attitude at the [middle of the twentieth century] among professional social scientists was that their discipline was now on the secure path of becoming a genuine natural science of individuals in society, a natural science that differed in degree and not in kind from the rest of the natural sciences. Progress in the social sciences, they argued, required adopting and following those methods, procedures and criteria for testing hypotheses and theories that had proven so successful in the natural sciences"); P. Rabinow & W. Sullivan "The Interpretive Turn" *Interpretive Social Science - A Second Look* (Paul Rabinow & William M. Sullivan eds., Berkeley, Los Angeles, London, 1987) 1; Charles Taylor "Interpretation and the Sciences of Man" *Interpretive Social Science - A Second Look* (Paul Rabinow & William M. Sullivan eds., Berkeley, Los Angeles, London, 1987) 33; D. Truman "Disillusion and Regeneration: The Quest for a

30

דקטורירי מרקי (תרגום: אורי רם, 1986).
John Herman Randall *The Making of the Modern Mind* (Cambridge, Massachusetts, 1926, 1940); Ernest Cassirer *The Philosophy of the Enlightenment* (Boston, 1951, 1955); Richard Rorty *Philosophy and the Mirror of Nature* (Princeton, 1979); Charles Taylor *Sources of the Self* (Cambridge, Massachusetts, 1989); Seyla Benhabib *Situating the Self: Gender, Community and*

דקטורירי מרקי (תרגום: אורי רם, 1986).

John Herman Randall *The Making of the Modern Mind* (Cambridge, Massachusetts, 1926, 1940); Ernest Cassirer *The Philosophy of the Enlightenment* (Boston, 1951, 1955); Richard Rorty *Philosophy and the Mirror of Nature* (Princeton, 1979); Charles Taylor *Sources of the Self* (Cambridge, Massachusetts, 1989); Seyla Benhabib *Situating the Self: Gender, Community and*

31

- 739; Robert W. Gordon "Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law" 15 *Florida State U. L. Rev.* (1987) 197; Carry Menkel-Meadow "Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or The Fem-Cris Go to Law School" 38 *J. Leg. Educ.* (1988) 61; Robert W. Gordon "Lawyers, Scholars, and the 'Middle Ground'" 91 *Mich. L. Rev.* (1993) 2075
- Robert W. Gordon "Critical Legal Histories" 36 *Stan. L. Rev.* (1984) 57; Austin Sarat & Thomas Kearns "Beyond the Great Divide: Forms of Legal Scholarship and Everyday Life" *Law in Everyday Life* (A. Sarat & T. Kearns eds., 1993); Duncan Kennedy *Sexy Dressing Etc.* (Cambridge, Massachusetts & London, 1993) 83 (chapter 3: "The Stakes of Law, or Hale and Foucault"); Hutchinson, *supra* note 36, at pp. 3, 7; Minda, *supra* note 36, at p. 111; Sugarman "The Legal Boundaries of Liberty: Dicey, Liberalism and Legal Science", *supra* note 1, at p. 734; Twining, *supra* note 2, at p. 15
- לתפיסה שלפיה התוכניות הקליניות הופעלות במקור לטובתם צריכות להנך את הסטודנטים למשפטים למחויבות לשיפור מצבן של קבוצות חברתיות הלשות, ואז נטעו זיו "מה בין עריכת דין? צדק חברתי ולמורו משפטיים?" על משפט 2 (תשס"א) 253. לתפיסה שלפיה התפקיד המרכזי של התוכניות הקליניות הוא העשרת ההבנה התאורטית של הסטודנטים למשפטים על-אודות התופעה המשפטית, ראו נויה ריימלס "התנין המשפטי - בין תיאורה לפרקטיקה" עיוני משפט כד (תש"ס) 81.
- Kennedy, *supra* note 36, at p. 40 ("Law schools are intensely political places despite the fact that the modern law school seems intellectually unpretentious") 39
- Kennedy, *ibid.* at pp. 40, 44 ("[A law school is a place of] ideological training for willing service in the hierarchies of the corporate welfare state... [Legal education is] a reproducer of hierarchy. A lot of what happens is the inculcation through a formal curriculum and the classroom experience of a set of political attitudes toward the economy and society in general,

- 1993) 314; Hans-Georg Gadamer *Philosophical Hermeneutics* (David E. Linge trans. & ed., Berkeley, 1976) 24
- Benstein, 24 לעיל הערה 24; Gadamer *Truth and Method*, *ibid supra* note 30; Rorty, *supra* note 31; Richard Rorty "Science as Solidarity", in R. Rorty *Objectivity, Relativism, and Truth* (New York, 1991) 35; Jurgen Habermas *The Theory of Communicative Action* (Boston, 1984) chapter 1; Taylor, *supra* note 30; John S. Nelson et al. "Rhetoric of Inquiry" *The Rhetoric of the Human Sciences: Language and Argument in Scholarship and Public Affairs* (J. Nelson et al. eds., Madison, Wisconsin, 1987) 3; Richard A. Shweder "Anthropology's Romantic Rebellion Against the Enlightenment, or There's More to Thinking than Reason and Evidence" *Culture Theory* (Richard A. Shweder & Robert A. Levine eds., Cambridge, 1984) 27; Richard A. Shweder *Thinking Through Cultures* (Cambridge, Massachusetts & London, 1991); Luntley, *supra* note 31; Benhabib, *supra* note 31, chapters 1, 7; Rabinow & Sullivan, *supra* note 30; Nicholas B. Dirks, Geoff Eley & Sherry B. Ortner "Introduction" *Culture/Power/History* (Nicholas B. Dirks, Geoff Eley & Sherry B. Ortner eds., Princeton & New Jersey, 1994) 3; Jean-Francois Lyotard *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge* (Greoff Bennington & Brian Massumi, Minneapolis, 1979, 1984); Thomas Doeherty "Postmodernism: An Introduction" *Postmodernism - A Reader* (Thomas Doeherty ed., New York, 1993) 1, 18
- Mark Kelman A דעה על המקורות העיקריים שלהלן; שלמה 36
Guide to Critical Legal Studies (Cambridge, Massachusetts & London, 1987); *Critical Legal Studies* (Alan C. Hutchinson ed., Toronto, 1989); Gary Minda *Postmodern Legal Movements* (New York & London, 1995) chapter 6; Duncan Kennedy "Legal Education as Training for Hierarchy" *The Politics of Law* (David Kaye ed., 1982) 40; Jay M. Feinman "Legal Education and the Promise of Critical Legal Studies" 6 *Cardozo L. Rev.* (1985)

Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law" 11 *NYU*

Rev. Law & Soc. Change (1983) 369

42

Harry T. Edwards "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession" 91 *Mich. L. Rev.* (1992/73) 34; Harry T. Edwards "Another Postscript to 'The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession'" 69 *Wash. L. Rev.* (1994) 561; Twining, *supra* note 2, at pp. 52, 123, 128, 144 ("[M]ost actual law schools are hybrids... Today, academic law is pluralistic, involving a bewildering diversity of subject-matters, perspectives, objectives and methods... The overwhelming impression is of a somewhat bewildering pluralism. The areas of enquiry, methods, perspectives and audiences all seem to be much more diverse than they were 10, let alone 20 or 30 years ago... Whether one looks at publishers' lists, postgraduate programmes, new law journals, or specialist associations and groups, one finds a diversification of interests and approaches and a general intellectual liveliness"; William R. Trail & William D. Underwood "The Decline of Professional Legal Training and a Proposal for Its Revitalization in Professional Law Schools" 48 *Baylor L. Rev.* (1996) 201 ("The proper role of the law school in producing competent lawyers has never been more uncertain than it is today"); John H. Wade "Legal Education in Australia – Anomie, Angst, and Excellence" 39 *J. Leg. Ed.* (1989) 189, 194 ("In Australia, as elsewhere, legal education is beset with many doubts about 'relevance.' If there were certainties of goals, curriculum, and method in some distant golden era, these have gone... The ongoing tension in Australia between legal theory and practice – and between academic and practitioner colleagues – is sad and unnecessary"); Barnhizer, *supra* note 1, at pp. 116, 118 ("The law school is a confused institution with multiple personalities each of which seeks dominance... [T]he American law schools are intermediate institutions caught between intellectual and professional/

toward law, and toward the possibilities of life in the profession.

.These have a general ideological significance")

Gordon "Lawyers, Scholars, and the 'Middle Ground'", *supra* note

41

36, at p. 2095 ("critical scholars are intensely interested in practice... Most of them are active in practice themselves – as public interest advocates, clinical supervisors, legal ethics reformers and bar regulators, and advisors to legal services clinics. Above all, they have produced an extensive body of scholarship *on law practice*, much of it addressed specifically to lawyers already in practice or about to enter it. Of course the practices in which critical scholars are mostly interested are 'progressive' practices – legal services, community organizing, lawyering for social movements or advocacy groups, civil rights, and civil liberties"); Hutchinson, *supra* note 36, at p. 289 ("Critical Legal Studies is not only an intellectual movement, but is also committed to acting as a practical force in radical politics... The challenge is to bridge the gap between the contemporary situation and its future improvement by recommending a vision of practice that can inform and enhance the everyday activities of radical lawyers"); Parker & Goldsmith, *supra* note 15, at pp. 39, 48 ("[Critical law professors] helped create the climate for social movements of law graduates that have assisted in transforming the legal profession through a variety of specific contributions... [L]aw schools must ensure that the special interests involved in law, the different strategic and tactical possibilities within legal practice, and the social consequences of different legal interventions, are rendered transparent and comprehensible to their students... Professional training without... the incorporation of critique, including acceptance of the validity of scepticism towards current professional conventions, is purely *replicative*"); William H. Simon "Visions of Practice in Legal Thought" 36 *Stan. L. Rev.* (1984) 469; P. Gabel & P. Harris "Building Power and Breaking

- James Boyd White *Heracles' Bow* (Madison, 1985); James Boyd White *Justice as Translation* (Chicago & London, 1990); James Boyd White "What Can a Lawyer Learn from Literature" 102 *Harv. L. Rev.* (1989) 2014; Pierre Bourdieu "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field" 38 *Hastings L. J.* (1986-7) 805; Karl L. Llewellyn *My Philosophy of Law* (Littleton, 1987); Karl L. Llewellyn *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Boston & Toronto, 1960); Stanley Eugene Fish "Fish v. Fiss" 36 *Stan. L. Rev.* (1984) 1325; Stanley Eugene Fish *Doing What Comes Naturally - Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (Durham & London, 1989) 120; Chapter 17: "Dennis Martinez and the Uses of Theory", *ibid.*, at p. 372
- Kronman, *supra* note 1; Anthony T. Kronman "Alexander Bickel's Philosophy of Prudence" 94 *Yale L. J.* (1985) 1567; Anthony T. Kronman "Living in the Law" 54 *U. Chicago L. Rev.* (1987) 835; Anthony T. Kronman "Practical Wisdom and Professional Character" *Philosophy and Law* (Jules Coleman & Ellen Frakel Paul eds., 1987) 203; Daniel A. Farber & Philip P. Frickey "Practical Reason and the First Amendment" 34 *UCLA L. Rev.* (1987) 1615; Daniel A. Farber "Legal Pragmatism and the Constitution" 72 *Minn. L. Rev.* (1988) 1331; Roger Cotterrell *The Politics of Jurisprudence* (London & Edinburgh, 1989) chapter 2; Thomas C. Grey "What Good is Legal Pragmatism" *Pragmatism in Law and Society* (Michael Brint & William Weaver eds., Boulder, 1991) 9. See also: Martha Cavven Nussbaum *The Fragility of Goodness* (Cambridge, 1986) chapters 4, 10; Stephen G. Salkever *Finding the Mean* (Princeton, 1990) "שפלי-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים", לעיל תעודה 23.
- Farber & Frickey, *ibid.*, at pp. 1616, 1647-1648 ("Practical reason is easy to praise but difficult to define rigorously... [W]e could no more offer a precise formulation of what it is or how to

technical paradigms"); Lilly, *supra* note 8, at pp. 1422, 1435, 1454 ("Law schools, it seems, are forever in a schizoid state... [They witness] the disintegration of the homogeneous culture that once dominated [them] and provided a shared heritage with the profession... [In some schools there is] an intensifying conflict between those favoring 'professional' legal education and those supporting the theoretical 'academic' model")

Bollinger, *supra* note 25, at p. 2171 ("[W]ith the increase in interdisciplinary knowledge, there also came the problems of internal specialization within the legal community, producing the kind of babel of incomprehensible languages that so troublingly besets the modern university"); Lilly, *ibid.*, at p. 1435 ("The varied influences of the social sciences, of Critical Legal Studies, of continental philosophy, of literary criticism, and of hermeneutics have balkanized the once cohesive law faculties")

Ann Jefferson & אריאן, לושל, ראן: "Introduction" *Modern Literary Theory* (Ann Jefferson & David Robey eds., London, 1982) 19, 23 ("Modern literary theory is anything but monolithic; rather it consists of a multiplicity of competing theories which frequently contradict one another... [W]e would wish to stress our points about theoretical conflict. There remain and will continue to remain radical disagreements on fundamental issues between most major theories")

אריאן "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה", לעיל תעודה 7; מאונטר "גורמל והקושפי", לעיל תעודה 11.

אריאן, לעיל תעודה 7; מאונטר, לעיל תעודה 11.

על תרומת תרבותיים, ראן: "Models, Folk and 'Cultural': Paradigms Regained?" *Cultural Models in Language and Thought* (Dorothy Holland & Naomi Quinn eds., Cambridge, 1987) 369. See also: Ulf Hannerz *Cultural Complexity* (New York, 1992).

of the mind of the lawyer is therefore her judgment. Instead of a training in the performance of set tasks, law school should offer an education in a sense of intellectual and ethical responsibility"; Bollinger, *supra* note 25, at pp. 2170, 2172 ("If it works well... the interdisciplinary movement improves the professional mission of law schools. It makes scholarship more relevant, not less... [G]iven that law is that central, it is certainly wise social policy to educate our lawyers in this way"); Dan-Cohen, *supra* note 29, at p. 592; Salkever, *supra* note 49, at p. 7 ("[I]n Aristotle's understanding the relationship of theory to practice is not direct... but rather an indirect connection... [T]he theory of the human good aids practice by serving as a basis for drawing out and criticizing presuppositions about human needs that are implicit in particular political institutions and policies... But such criticisms cannot lead to action-determining rules or principles... Theory can inform practical deliberation and judgment, but cannot replace it")

Pierre וגם דינו של בורדייה במושג האלימות הטקמבולית: Bourdieu *Outline of a Theory of Practice* (R. Nice trans., Cambridge, 1977); Bourdieu *The Logic of Practice*, *supra* note 18, at pp. 190-197

למותר לציין שקיימים גם טעמים של הגנות, טעמים של וטעמים של מגיעת רמורליזציה התומכים בכך שהטעמים השונים של הערכאות הנלוותות יימנעו מפיתוחן של הלכות הדישניות הטוטות מן ההלכות שרקעו הערכאות הגבוהות.

Harold Bloom *The Anxiety of Influence* (New York, 1973) ראו גם: Pierre Schlag "Clerks in the Maze" 91 *Mich. L. Rev.* (1993) 2053, 2055 ("[T]here is the... question as to whether judges are particularly well suited or well situated to think critically or deeply about law. Indeed, the identity, the role, and the job tasks of the judge do not typically lead to asking questions in any intellectually sustained manner about the character of law")

הדין שלהלן בספר על: Iamar Even-Zohar "Polysystem Theory"

do it well than we could write a manual on how to be a great scientist or artist... [It] is explained better by example than by abstract methodological prescription")

עם זאת אני סבור כי הצגתם של שופטים כמעורבים בהליכים של תכונה מעשית מתייבת שורה של סיוגים תמורים. אומנם, שופטים מקבלים התלשת נורמטיביות לא באופן מופשט, מראש, אלא על גבם של מקרים אמיתיים המובאים לפניהם. במהינה זו, עיסוקם של שופטים נראה דומה לקבלת התלשות בדרך של הפעלת תכונה מעשית. אולם מאידך גיסא, שופטים נוהגים במידה חלקית בלבד של תופש לפעול ברמת הערכים לעיצוב הפתרונות הראויים למקרים הנדרגים על-ידיהם. שופטים אמורים למיין את המקרים הנדרגים על-ידיהם אל כללים ותקדימים קיימים, שאמורים לחול עליהם. בעלות, עשיית עושר ולא באופן נרחב קונספציות משפטיות (לדוגמה: בעלון, ששיית עושר ולא במשפט, זכות עמידה). קונספציות הן "ערכים דחוסים" או "שמות מקוצרים" לסדרות גדולות של שיקולים נורמטיביים. השימוש של שופטים בכללים, בתקדימים ובקונספציות מרחיק אופא את עיסוקם של השופטים מדגם התכונה המעשית. כמורכן, קיימות במשפט הכנות הרבות מפתחות בנוגע לשאלה אילו רכיבים עובדתיים של אירועים משפטיים אמורים להיחשב רלוונטיים מהחתינה המשפטית, וכן הכנות תרבותיות מפותחות באשר לדרך שבה יש למיין אירועים משפטיים אל קטגוריות משפטיות. גם הכנות אלה מגבילות את החופש של שופטים בכל הנוגע בהפעלת שיקולים נורמטיביים על המקרים הנדרגים על-ידיהם. ראו גם מאושר "שכל-ישר, לוגיטימציה, כפייה": על שופטים כמספרי סיפורים, לעיל תערת 23.

לדין בנקודת זו, ראו: Nussbaum, *supra* note 9; James Boyd White "Law Teachers' Writing" 91 *Mich. L. Rev.* (1993) 1970, 1972 ("At its best, a legal education is a training... in which one learns that in law very little is done simply 'right' or 'wrong'; that the lawyer must perpetually make choices in circumstances of radical uncertainty; and that the central capacity

academic legal thought for more than a century... [I]n the law school classroom, as in the casebook, as in the prototypical law school exam, as in the prototypical scholarly work, all kinds of law – statutory, administrative, customary, institutional – are presented and explored through the focused aesthetic and the specific problematics of the judicial opinion”: Gordon “Lawyers, Scholars and the Middle Ground”, *supra* note 36, at p. 2111 (“Legal scholarship is still overwhelmingly preoccupied with doctrine, case law, and the judge-centered model of the legal process to the relative neglect of legislation and administration, the counseling and transactional dimensions of law practice, and the sustained study of policies and values underlying legal practices... Empirical or law-in-action work of all kinds is underdone and undervalued”).

לדוגמה טובה לדיון כזה, ראו, למשל: Sally Engle Merry “Resistance: The Cultural Power of the Law” 29 *Law & Soc. Rev.* (1995) 11. and the Cultural Power of the Law” 29 *Law & Soc. Rev.* (1995) 11. ההבחנות שלהלן בין סובלנות, פלורליזם ונינון עצמי דיאלוגי נסמכות על כתביו של ירדי פרופסור אבי שגיא, מהמהלקה לפוליטופיה של אוניברסיטת ברייטן. ראו במיוחד: אבי שגיא “הדת היהודית: סובלנות ואפשרות הפלורליזם” עיין מד (תשנ”ה) 175; אבי שגיא “על המתחים בין דתיים והילוניים – בין שיה וכוונות – בין שיה ופולמוס בהלכות ישראל (י) אחישוב ואחרים עורכים, 1999: 408; אבי שגיא “על המתחים בין דתיים והילוניים – בין שיה וכוונות לשיה והות” מקום למחשבה 1 (ספטמבר 1998) 16; אבי שגיא “התברר והמשפט בישראל: בין שיה וכוונות לשיה והות” מחקר משפט טו (תש”א) 37. ברצוני להודות לפרופסור שגיא על דיאלוג הממשך, מפרה ומעשיר בטובות אלה.

Joseph Raz *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986) 401

Raz, *ibid.*, at p. 402

Lee C. Bollinger *The Tolerant Society* (New York & London, 1986); *Liberalism, Multiculturalism and Toleration* (John Horton ed., New York, 1993); Michael Walzer *On Toleration* (New Haven & London, 1997)

9 (1990) *Poetics Today* 11. הריזן נסמך גם על תוכנות של רם פרומן במינר “פריסקיטיות על המשפט: בין התרבות והתערכים”.

59

פרופסורים למשפטים וסטודנטים למשפטים אף הם צרכנים חשובים של פסקי-דין.

60

ראו המקורות המצוטטים בהערות 28, 29, 32 לעיל.

61

ראו המקורות המצוטטים בהערות 28, 29, 32 לעיל.

62

תנס-גיאורג גרמר (Hans-Georg Gadamer) וראו במיוחד: Gadamer “Truth and Method”, *supra* note 34; Hans-Georg Gadamer *Philosophical Hermeneutics*, *supra* note 34; Hans-Georg Gadamer “The Problem of Historical Consciousness” *Interpretive Social Science – A Second Look* (P. Rabinow & W. Sullivan eds., 1987)

63

ראו גם: Richard Mervin Hare *Moral Thinking: Its Levels, Method, and Point* (Oxford, 1981)

64

בעיות מוסריות: “חשיבה ביקורתית” ו”חשיבה אינטואיטיבית”. הייר טוען כי מסקנות רבות שרוב בני-האדם יכולים להגיע אליהן באופן אינטואיטיבי יכולות להיות מוצקות על-ידי הפעלת הדרך הביקורתית לחשיבה על בעיות מוסריות.

בריס אקרמן (Bruce Ackerman) מציע כיוון אחר להתפתחות העתידית של התרבות והפרקטיקה של המשפט. אקרמן מציע לא רק שכל פלופרי המשפט יהיו בעתיד פלופרי משפט תיאורטיים, אלא גם שידע תיאורטי יופעל באופן נרחב לא רק על-ידי פלופרי המשפט, אלא גם על-ידי עורכי-דין ושופטים; דהיינו, אקרמן מציע שכל השחקנים הפועלים בשדה המשפטי ימירו עצמם ממה שהוא מכנה “ordinary observers” למה שהוא מכנה “scientific policymakers”.

65

Property Law and the Constitution (New Haven & London, 1977) Richard A. Posner “The Deprofessionalization of Legal Teaching and Scholarship” 91 *Mich. L. Rev.* (1993) 1921, 1925-1926

66

Schlag, *supra* note 57, at p. 2056 (“[I]t has been precisely the judge’s perspective that has dominated and organized American

- 85 Gadamer, *ibid*, at p. 363, 367.
- 86 Gadamer, *ibid*, at p. 303 ("In a conversation, when we have discovered the other person's standpoint and horizon, his ideas become intelligible without our necessarily having to agree with him")
- 87 Gadamer, *ibid*, at p. 383.
- 88 Gadamer, *ibid*, at p. 388. Gadamer, *ibid*, at p. 388 ("The hermeneutic, methodological sureness of consciousness culminates not in methodological sureness of itself...". *Ibid*, at p. 361-362) ("[but in the effort] to recognise the full value of what is alien and opposed to [us].". *Ibid*, at p. 367) ("All that is asked is that we remain open to the meaning of the other person or text." *Ibid*, at p. 268).
- 89 Charles Taylor *Multiculturalism and the "Politics of Recognition"* (Princeton, 1992) 32.
- 90 *Ibid*
- 91 *Ibid*
- 92 *Ibid*, at p. 84.
- 93 Clifford Geertz "Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture" *The Interpretation of Cultures* (New York, 1973) 3, 14.
- 94 *Ibid*, at pp. 3, 24.
- 95 *Ibid*, at p. 3, 30.
- 96 Avishai Margalit & Joseph Raz "National Self-Determination" *The Rights of Minority Cultures* (Will Kymlicka ed., Oxford & New York, 1995) 79.
- לחברות, רכבת-התחתית במלרינה דמוקרטיה ויהודית (מנחם מאוסטר, אבי שגיא, רונן שמיר עורכים, רמת, תשי"ח) 93.
- 97 ראו, למשל: 73, at p. 89, *supra* note Taylor.
- 98 מטעמים של התירה לפשטות, הדין במאמר זה הניה שמלומד-משפט יכול להודות רק עם קבוצה אחת מתוך שלוש הקבוצות של מלומדי המשפט שגירונות כאן. תנהגו כוחה לא-אחת, כמובן, בעולם האמיתי של הפקולטות למשפטים. חיי היומיום של כל אדם החי בתנאי
- 72 ליותר לציין שהפילולוגים אינו מושתת על עמדה של רלטיביזם נורמטיבי בנוסח של "הכל הולך"; גם עמדה פלורליסטית תכיר בקיומו של מתחם מוגבל של עמדות נורמטיביות ראיות.
- 73 John Kekes *The Morality of Pluralism* (Princeton, 1993) 11.
- 74 Raz, *supra* note 69, at p. 133. See also: *ibid*, at pp. 395, 412.
- 75 Raz, *ibid*, at p. 396. ראו גם ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חירות (תרגום יעקב שרת, 1987) 170; ישעיהו ברלין "החזרה אחר האדיאל" האנושות כול עץ עיקש (תרגום עדי אופיר, 1994) 13; ישעיהו ברלין "גיאמנטכסטסה ויקו והיסטוריה תרבותית", שם, בע' 57; ישעיהו ברלין "רלטיביזם לכאורה במחשבה האידיופאית במאה השמונה-עשרה", שם, בע' 76.
- 76 Raz, *supra* note 73, at pp. 9, 11.
- 77 Raz, *supra* note 69, at p. 399. See also: *ibid*, at pp. 412, 413, 424-425. ג'ון סטיוארט מיל מציע נימוקים אחרים בעד הפלורליזם. ראו ג'ון סטיוארט מיל על החירות (תרגום אריה טימון, 1946).
- 78 Raz, *ibid*, at p. 398.
- 79 Raz, *ibid*, at p. 373.
- 80 Paul Ricoeur *Hermeneutics and the Human Sciences* (Paris, J.B. Thompson trans., Cambridge, 1981) 93-94; Hans Georg Gadamer "Hermeneutics as Practical Philosophy", in Hans-Georg Gadamer *Reason in the Age of Science* (Cambridge & London, F.G. Lawrence trans., 1986) 109-110; Gadamer, *supra* note 62, at p. 87.
- 81 מליון שקטיוגוריות החשיבה שכני-האדם הושבים באמצעותן מופנמות על-ידיהם מתוך התרבויות שהם חיים בהן, התרבות היא מושג בעל חשיבות רבה במסגרת הפילוסופיה ההרמנויטית של גדמר, עם זאת, גדמר עצמו אינו משתמש כמעט במושג "תרבות". תחת זאת, הוא משתמש במושגים כגון "מטורח", "אופקים" ו"דיעות-קדומות". ראו גם: G. Warnke *Gadamer: Hermeneutics, Tradition and Reason* (Stanford, 1987) 1, 168, 169, 171.
- 82 Gadamer, *ibid*, at p. 367.
- 83 Gadamer, *ibid*, at p. 367.
- 84 Gadamer, *ibid*, at p. 367.

המורדנות, ובמיוחד חייו של מי שחי בתנאי פוסט־מודרניות, כרוכים במעברים בלתי־פוסקים בין הקשרים תרבותיים שונים שהערכים השליטים בהם סותרים אלה את אלה. ראו: Peter Berger, Brigitte Berger & Hansfried Kellner *The Homeless Mind* (New York, 1973) 64–65, 78, 80; J. Waldron "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative" 25 *Mich. L. Rev.* (1992) 751; Rep. in *The Rights of Minority Cultures* (Will Kymlicka ed., 1995) 93; *The Rights of Minority Cultures* (Oxford, UK & Cambridge, Craig Calhoun *Critical Social Theory* (Oxford, UK & Cambridge, USA, 1995) chapter 2; E. Said *Culture and Imperialism* (New York, 1993) 15. כולנו איפוא בני־אדם הטרונוניים. דבר זה חל גם על מלומדי המשפט. מלומדי משפט תיאורטיים רבים ומלומדי משפט ביקורתיים רבים עוסקים בלמוד מדויק של תוכני המשפט של מדינתם, לפחות ככל שהמדובר בהוראה שלהם. עובדה זו עשויה לסייע להם באימוץ הנישנות המוצעות כאן. הנעיה היא שרבים ממלומדי המשפט הדוקטרינליים חסומים מגישה לכתובה התיאורטית והביקורתית. ג'ורג' אורוול דפוק וזרק בפאריס ולונרדן (תרגום ד' לבנת, 1984) 148.