

## הגישה הביקורתית למשפט והחינוך המשפטי: היררכיה, זעם ומה הלאה?

ישי בלנק\*

הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies) שצמחה ושגשגה בארצות הברית בשנות השבעים והשמונים של המאה שעברה הייתה תנועה אינטלקטואלית שביקשה לערער באופן רדיקלי הן על העיקרים של התיאוריה המשפטית המקובלת באותה עת, הן על אופן עשייתה של עבודה אקדמית משפטית והן על המופעים התרבותיים המיינסטרימיים של החוגים החברתיים שבתוכם פעלה. כחלק מביקורת זו, חשפו ההוגים וההוגות הביקורתיים את ממד הכוח ואת הפוליטיקה שבמשפט, את אי-הקביעות והאידיאולוגיה שטבועות בשיח ובעשייה המשפטיים, את מעמדו המכונן של המשפט בשוק ובחברה, את הקשיים השונים שיש בהסתמכות העצומה על שיח הזכויות, את ההיבטים הדכאניים שיש בתרבות הקיימת ואת החשיבות האדירה שיש בשחרור רוחני ופסיכולוגי, וביקשו להראות את האופק האוטופי שאליו ראוי לשאוף. מאמרו של דנקן קנדי, "חינוך משפטי כהכשרה להיררכיה", מהווה מופת של כתיבה ביקורתית, אף שבמבט ראשון אולי אינו נראה כזה. במאמר מבואי זה אני מתאר את התמות התיאורטיות העיקריות של הגישה הביקורתית למשפט ומראה מדוע נותר מאמרו של קנדי, למרות חלוף הזמן ועל אף ההבדלים העצומים בין ארצות הברית לבין ישראל, דוגמה כה מובהקת לכתיבה ביקורתית: בלהט הרגשי שיש בו, בחשיבות שהוא נותן לפוליטיקה של היום-יום, ובאופק האוטופי שהוא משרטט עבור קוראיו ממשיך המאמר של קנדי להטריד ולהפעיל את הקוראים והקוראות, ולשמש אלטרנטיבה לאופן ההרהור האקדמי המוכר – מופשט, שכלתני וקר מזג. וגם בישראל של המאה העשרים ואחת מתגלה החינוך המשפטי כמקום שבו ממשיכות היררכיות בלתי-מוצדקות להתקיים, ולטוות עצמן לתוך חייהם של משפטני העתיד.

### מבוא

"הספרון הקטן האדום" של דנקן קנדי, שכותרתו "חינוך משפטי ושעתוק ההיררכיה: פולמיקה כנגד השיטה", יצא לאור בשנת 1983.<sup>1</sup> בשנים אלו הגיעה לשיאה הריאקציה השמרנית כנגד הרדיקליזם

\* המאמר מוקדש, באהבה גדולה, לדורי ספיבק ולדנקן קנדי. ברצוני להודות לדורי ספיבק, רועי קרייטנר, איסי רוזן-צבי, הילה שמיר, ולעורכות "מעשי משפט" על הערות והצעות מעולות.

של שנות השישים בארצות הברית, ועם זאת, דווקא באקדמיה המשפטית, על פי רוב מבצר של שמרנות ומתינות, פרחו תיאוריות שמאליות-רדיקליות. בזמן שרונלד רייגן וממשלו קידמו סדר יום שמרני שיימשך עוד כעשור (עד בחירתו של ביל קלינטון בשנת 1992), ושכמסגרתו בוטלו או הוסגו לאחור רפורמות והישגים פרוגרסיביים שהושגו במשך עשורים, בעבעו ותססו בפקולטות העילית למשפטים רעיונות שמאליים; גורמים שונים אף טענו בעקבות דומיננטיות זו, שעל בתי ספר כהרווארד וסטנפורד השתלטו גורמים רדיקליים-קומוניסטיים. ראש החץ האינטלקטואלי של תסיסה תיאורטית-פוליטית זו הייתה התנועה האקדמית "ניתוח ביקורת של המשפט", שדנקן קנדי היה אחד ממנהיגי המובהקים והבולטים.<sup>2</sup> באותה תקופה, עשרות מרצים שזוהו עם התנועה הביקורתית במשפט היו חברי סגל בעלי קביעות במוסדות העילית ללימודי משפטים, מאמריהם פורסמו בכתבי העת המשפטיים המובילים, וקובצי מאמרים ביקורתיים פורסמו בכמות יוקרתית.<sup>3</sup> "הספרון האדום", שעיקריו מופיעים במאמר המתורגם בכרך זה של "מעשי משפט", הפך לאחד המסמכים המוכרים ביותר, אולי אף המטונימיים, לרגע השיא של התנועה הביקורתית במשפט ולרעיונות הרדיקליים שביקשה להנחיל באקדמיה המשפטית.

למרות חלוף השנים – כשלושים וחמש שנה עברו מאז פורסמו המאמר והספרון – מאמרו של קנדי עדיין מצוטט לעיתים תכופות, והפרובוקטיביות שלו מצליחה לחולל תנועה אינטלקטואלית ורגשית בקוראיו. במאמרי הנוכחי אעמוד על הסיבות שמאמרו של קנדי – ולמעשה הספרון, שהיה מוכר יותר בקרב הקהילה האקדמית, ושגם זכה לתרגומים ולפרסומים חוזרים<sup>4</sup> – הפך להיות אבן דרך בחשיבה הביקורתית בכלל ובמחשבה על חינוך משפטי בפרט. אף שעל חלק מסיבות אלו, כפי שאפרט, לא ניתן לעמוד מהמאמר לבדו, והן קשורות בתכנים ובמאפיינים הייחודיים של הספרון האדום, אדון בשני המסמכים יחדיו ואנסה למקם אותם בתוך ההקשר של הגישה הביקורתית בכללותה, ולחשוב על הרלוונטיות האפשרית של טענותיו של קנדי למציאות של החינוך המשפטי בישראל בשנת 2018. האפקטיביות של המאמר והספרון, אטען, ממשיכה להיות רבה למרות הפער הרב בין מועד כתיבתו לימינו או למרות ההבדלים העצומים שבין החינוך המשפטי בארצות הברית של תחילת שנות השמונים לבין החינוך המשפטי בישראל בימינו. כעס, פחד, ותחושת כפיפות לשרירות ולסמכות ממשיכים להיות, למרבה הצער, חלק לא מבוטל מחוויית הלימודים של תלמידי משפטים, והיבטים שונים בניתוח של קנדי את הסיטואציה הלימודית בבתי הספר למשפטים – ההרגלה להיררכיות לא מוצדקות ולא-שוויון בסיסי והקבלה שלהן – נראים כנכונים גם כעת.

מאמרי בנוי כסוג של חידה: מדוע, אף שמאמרו של קנדי נעדר, לפחות על פניו, את הסממנים המוכרים של מחקר משפטי-ביקורתי הוא נחשב כאבן דרך מרכזית בכתיבה הביקורתית וככזה שזוכה לתרגום לעברית כשלושים וחמש שנה לאחר צאתו לאור? על מנת לפתור חידה זו, וכדי להבין את תרומת כתיבתו של קנדי לחינוך המשפטי ולניתוח הביקורתי בכלל אתחיל בסקירה, מבואית מטבע הדברים, של התמות המרכזיות של אסכולה זו. מאחר שמדובר בתנועה אינטלקטואלית שפעלה במשך שנים לא מעטות ושהשפעתה כאסכולה תיאורטית על עולם המשפט עודנה עצומה, ובמיוחד מפני שבתוך תנועה זו התקיימו, ועדיין מתקיימות, עמדות שונות בצורה ניכרת באשר למהותה ולעיקריה של הביקורת על המשפט, הרי שהצגת הדברים שלי היא בהכרח פרטיקולרית ואישית, לפחות במידת מה. בין כך ובין כך, למאמר זה מטרה מפורשת של הצגה ראשונית, שטחית במוצהר, של התמות העיקריות של הגישה הביקורתית למשפט. באופן מפתיע, אף שבישראל פועלים חוקרים וחוקרות רבים שמשתייכים באופן ברור לגישה זו, וחלקם אף היו תלמידים של דמויות בולטות מאסכולה זו,<sup>5</sup> אין בעברית כתיבה תיאורטית שמסבירה את יסודות הניתוח הביקורתי למשפט.<sup>6</sup> המחקרים הרבים בעברית ששואבים את מקורותיהם האינטלקטואליים מהניתוח הביקורתי (לרבות

מאמריי שלי) עושים זאת כלאחר יד, מבלי להתעמק או להרהר במהלכים הביקורתיים שלהם, ומכל מקום מבלי להציג את הגישה הביקורתית בכללותה. אין זה המקום לעמוד על הסיבות המגוונות לכך, אולם, כפי שאציין בהמשך, לפחות במידת מה, זוהי תוצאה של הטמעתן המלאה של חלק מהפרוצדורות ומהתובנות הביקורתיות לתוך מה שמוכן כיום כניתוח ריאליסטי-משפטי מיינסטרימי לגמרי.<sup>7</sup> בעוד שחלקים מהגישה הביקורתית נדחו באופן נחרץ למדי בארצות הברית – במיוחד הפאטוס הרדיקלי והמרדני מבחינה חברתית, הפרוגרמה הכלכלית הסוציאליסטית, העמדה הרגשית הזועמת-בועטת, וההתעקשות על מובחנות מהליברליזם הפרוגרסיבי – חלקים אחרים של התיאוריה הביקורתית הופצו והתקבלו באופן כה רחב וכה עמוק בהגות המשפטית, עד שכיום לא ניתן לתאר ניתוח ריאליסטי של המשפט שאינו כולל את התובנות העיקריות שאותן החיו והרחיבו אנשי הניתוח הביקורתי של המשפט.

בחלקו הראשון של המאמר אסקור את התמות המרכזיות של הגישה הביקורתית למשפט. בחלק השני אבחן את השאלה מה במאמרו של קנדי הופך אותו לדוגמה כה מוצלחת לכתיבה ביקורתית. ובחלקו השלישי אדון במיקומו של המאמר בישראל. בחלק אחרון זה אין כוונתי ליישם את המאמר של קנדי על ישראל, אלא לשאול מה יכולה להיות הרלוונטיות שלו לישראל – כפתח לחוקרים בעתיד – וזאת, בין היתר, על יסוד השאלה מה בין ארצות הברית לבין ישראל בהקשר לחינוך המשפטי, ומה בין הזמן שבו נכתב המאמר לבין זמננו אנו.

## א. ביקורת המשפט

האסכולה הביקורתית במשפט צמחה החל מאמצע שנות השבעים והגיעה לשיאה כתנועה אקדמית במהלך שנות השמונים בכתי הספר למשפטים בארצות הברית. היא הייתה תוצר של פעילות אינטלקטואלית אינדיבידואלית, אך לא פחות מזו קולקטיבית, תחילה של כמה דמויות מפתח, ובהמשך של עשרות רבות ואף מאות הוגות והוגים. התנועה התפתחה והתגבשה סביב כנסים שנתיים, הראשון שבהם התקיים בשנת 1977 באוניברסיטת ויסקונסין, אולם חברות וחברי ה-CLS ארגנו גם סופי שבוע, מחנות קיץ, קבוצות קריאה ואירועים נוספים שבהם הושם דגש בפעילות אינטלקטואלית קבוצתית. ההתנגדות לאינדיבידואליזם הליברלי על שלל היבטיו, אסביר בהמשך, הייתה מרכזית עבור האסכולה הביקורתית, הן מבחינה תיאורטית והן באופן מעשי. מחשבה משותפת, שיתוף ועיסוק קולקטיבי בחוויות אישיות-פסיכולוגיות-אינטלקטואליות, והעלאת מודעות קבוצתית לרגשות אישיים, לחוויות פרטיות ולתופעות חברתיות היו היבטים מרכזיים הן בהגות והן בפרקטיקה של התנועה הביקורתית; התנסויות וחוויות קבוצתיות, לא פחות מתיאוריות מופשטות, הובנו כמקור לידע וכבסיס לפרקטיקה של שחרור אישי וקולקטיבי. כפי שמציין קנדי בספרון האדום, גם ההבנה הפועמת בלבו של הספרון, שהיררכיה היא דבר רע, אינה "מסקנה לוגית מתיאוריה פוליטית או חברתית כללית". "אני מאמין", מבהיר קנדי, "שהיררכיה משפטית היא רעה (evil) ובלתי הכרחית על בסיס חוויותי האישיות והחוויות של חבריי, כמי שחיו בתוכה".<sup>8</sup> אחזור לנקודה זו בהמשך.

במאמר זה אדלג על השאלה האם התנועה הביקורתית במשפט מתה או חיה (אני סבור שהיא חיה, בוודאי כאסכולה מחשבתית וגם כרשת מבוזרת של אקדמאים ביקורתיים), ואתמקד בתיאור התרומה האינטלקטואלית שלה, בעיקר בכמה תמות, או טענות מדעיות מרכזיות שאותן תרמה לתיאוריה המשפטית. בפתח הדברים אומר שהתיאוריה הביקורתית עוסקת הן בשאלות קלאסיות של תורת המשפט והחשיבה המשפטית – כגון צורתה (הממשית והרצויה) של ההנמקה השיפוטית, אופן השימוש בשיקולי מדיניות ובתכנים חוץ-משפטיים בהליך המשפטי ותוצאות שימושים אלה, ותפקידם של המוסדות המשפטיים השונים – והן בשאלה בדבר מקומו ותפקידו של המשפט

בחברה, שמוכנות לעיתים כשאלות מתחום הסוציולוגיה, מדע המדינה או תיאוריה חברתית (social theory) באופן כוללני יותר. את הטענות השונות שאסקור ניתן לחלק לשתי קבוצות רחבות אלו, אף שגישת הניתוח הביקורתי קשרה בין שני הסוגים. כאמור לעיל, בעוד שרבות מהתוכנות הביקורתיות ביחס לתיאוריה המשפטית התקבלו, עוכלו והפכו לחלק מארגז הכלים הריאליסטי, גם אם בצורה ממותנת ותוך שהן זוכות לטוויסט נורמטיבי-קונסטרוקטיבי, הרי שהביקורות שנתרו בשוליים הן אלו שעסקו בתפקידו של המשפט (וביתר שאת, של השיפוט) בחברה ובתרבות. ביקורות אלו חרגו מהניתוח של אפקטים שונים של דוקטרינה כזו או אחרת, וניסו להתריס בצורה שורשית יותר כנגד צורת הארגון החברתי, הסדר התרבותי, והמבנה הפוליטי, ובמיוחד כנגד תפקיד המשפט בשימורם, חרף היותם בלתי צודקים בעליל.

### 1. כוח ופוליטיקה

בראש ובראשונה חשפה האסכולה הביקורתית את הממד הכוחני שיש במשפט, כלומר את תוצאותיו הדכאניות או הרגרסיביות מבחינה חלוקתית כלפי פרטים וקבוצות שונות שעליהם הוא חל.<sup>9</sup> לעיתים, תמה מרכזית זו מרודדת לכדי האמירה הפשטנית (גם אם מבוססת על כמה אמירות מבודדות) שאנשי הניתוח הביקורתי של המשפט סבורים ש"המשפט הוא פוליטיקה". הטענה המדויקת יותר היא שלמשפט יש פוליטיקה, כלומר, שיש לו אפקטים פוליטיים חלוקתיים (ממשיים וסימבוליים) רעים ודכאניים, וכי המשפט הוא אלמנט מכונן עבור הארגון הפוליטי-חברתי שלנו, שהוא ארגון בלתי צודק בעליל. במובן זה, הגישה הביקורתית במשפט מנסה לענות על השאלה הרחבה יותר, שמעסיקה חוקרים ביקורתיים בתחומים רבים: כיצד מיוצרים, משומרים ומשועתקים מבני ויחסי הכוח בחברה, אף על פי שמבחינה פורמלית ומהותית השיטה המשפטית (הפוליטית) היא דמוקרטית וליברלית, קרי מגינה על זכויות הפרטים באופן שווה? מה מעכב את השוויון דה-פקטו במערכת שבה, לפחות על פניה, הפרטים יכולים, באמצעות כוחם הפוליטי, הכלכלי והחברתי להשפיע על המערכות שבהן הם פועלים ועל החוקים שחלים, כך שאלו יפעלו לטובת חלוקת משאבים מהמעוט לרוב, ולא ימשיכו לשרת קבוצות חברתיות קטנות וחזקות? זוהי אחת השאלות הבסיסיות, אם לא החשובה ביותר, שמניעה את האסכולה הביקורתית במשפט, ואשר מעידה על היות זרם מחשבה זה מונע מהטרדה הניאו-מרקסיסטית: כיצד ההיבטים השונים של התרבות (והמשפט בתוכם) – ולא רק היחסים הכלכליים (או "מבנה הבסיס" בעגה המרקסיסטית) – תורמים להנצחת יחסי הכוח בחברה?<sup>10</sup> למרות מרכזיותה של השאלה בדבר שעתוק הכוח, אחת המחלוקות הערות בתוך התנועה הביקורתית היא מהו בדיוק מובנו של היבט כוחני זה של המשפט. בעוד שחלק מההוגים הבינו את כוחו של החוק במונחים מרקסיסטיים של משאבים והשפעה,<sup>11</sup> אחרים דחו את המודל המרקסיסטי וסברו שכוחו של החוק פועל בצורה שונה: כמכונן סובייקטים באופן מסוים, או כשדה כוח/ידע שפועל על השחקנים, מגביל ומגדיר – כעניין מציאותי ומדומיין גם יחד – את האפשרויות שפתוחות בפניהם.<sup>12</sup> מתח זה בין תפיסות כוח שונות הוא אחד הביטויים לפיצול התיאורטי בין המרקסיסטים לבין הפוסט-מודרניסטים/פוסט-סטרוקטורליסטים בקרב ההוגים הביקורתיים.<sup>13</sup> פיצול זה היה, ונותר, אחד מקווי השבר המשמעותיים – ואולי, בפרספקטיבה היסטורית רחבה יותר, ההרסניים ביותר – לא רק בתוך הגישה הביקורתית למשפט אלא בתוך תנועות השמאל באופן רחב יותר. בהקשר של לימודי משפט ביקורתיים מתח זה בא לידי ביטוי הן ביחס לפוליטיקת הזהויות (identity politics), הן ביחס לניתוח תפקידו של המשפט בחברה, בתרבות ובכלכלה, והן באופני הניתוח של טקסטים ודוקטרינות משפטיים. כך, לדוגמה, הוגים ביקורתיים מרקסיסטים מבינים את המשפט בראש ובראשונה כמשקף ומאפשר את הסדר הכלכלי הקפיטליסטי, על הריבוד

המעמדי והדיכוי הכלכלי המובנים לתוכו; והמחקר ההיסטורי והדוקטרינרי שהם עורכים במסגרת תיאורטית זו חושף, בעיקרו של דבר, את הקשר בין הכללים המשפטיים והסדר הכלכלי והמעמדי הדכאני. המשפט אינו תווך פסיבי שכל תפקידו להסוות בערמוניות את מערך היחסים הכלכלי הנצלני, והוא משחק תפקיד משמעותי בחלוקה הבלתי צודקת של ההון בחברה, פעמים רבות דווקא דרך כללי המשפט הפרטי.<sup>14</sup>

לעומתם, ההוגים המשתייכים לזרם הפוסט-מודרני, מטילים ספק ביכולת המבנה הכלכלי והיחסים הכלכליים להסביר את עיקר האופן שבו המשפט פועל, והם סבורים שלשיח המשפטי – כתופעה לשונית-חברתית – ישנם אפקטים שונים, מורכבים, ובלתי צפויים. להסביר את האפקטים הללו כנובעים מיחסים חברתיים ובעיקר מבעלות (או מחסור) בהון (חומרי, פוליטי או סימבולי) משמעו להחמיץ את הנזילות ואת אי-הקביעות המובנית לתוכו של כל שיח, ובכלל זה השיח המשפטי. בעקבות מישל פוקו והוגים פוסט-סטרוקטורליסטים, זרם ביקורתי זה מתעכב דווקא על התפניות הבלתי-צפויות באופנים שבהם מושגים משפטיים פועלים, מופעלים, מנוצלים ומטופלים (עוברים מניפולציות) ואת היותו של השיח המשפטי לא רק כלי שבאמצעותו פועל הכוח שמצוי ממילא בידי אנשים או קבוצות חזקים, מוגדרים וידועים מראש. המושגים, הכללים, העקרונות והידע המשפטיים מהווים יחדיו עולם משמעות שלם שמגדיר את מושאיו (הסובייקטים שלו), ומכונן את היחסים בינם לבין עצמם, לבין החברה ולבין העולם. במובן זה המשפט לא משרת את "הכוח" שמצוי מחוץ לו, אלא הוא בעצמו מהווה ידע/כוח. והוא פועל על מי שמפעיל אותו כמו שהוא פועל על מושאיו. שני הזרמים הביקורתיים גם יחד, חשוב לומר, פעלו במקביל לתנועות חברתיות המשויכות לפוליטיקת הזהויות, וראו חשיבות רבה – גם אם עשו זאת תוך מתיחת ביקורת מסוימת – בשיתופי פעולה ובסולידריות אינטלקטואליים, תיאורטיים ופוליטיים עם התנועה הפמיניסטית, לימודי הגזע הביקורתיים, תנועות השחרור הלהטב"קיות, התנועות לשוויון לאנשים עם מוגבלויות ועוד. המתח המובנה בין האוניברסליזם המרקסיסטי לבין הפרטיקולריזם של תנועות הזהות, ובין החשדנות הפוסט-מודרניסטית כלפי זהויות קבועות ויציבות לבין הגילוי והתביעה להכרה בעוד ועוד זהויות הוביל, עם זאת, למתחים רבים, שגם היתרגמו לפיצולים ולמאבקים אינטלקטואליים ופוליטיים.

## 2. אי-קביעות (indeterminacy) ואידיאולוגיה

טענה מרכזית נוספת של האסכולה הביקורתית היא שהמשפט נגוע באופן עמוק ויסודי באי-קביעות (indeterminacy): שופטים, אדמיניסטרטורים, עורכי דין ושאר סוכנים משפטיים לא יכולים להגיע להכרעה באופן דדוקטיבי (או אינדוקטיבי) או כזה שנשמך אך ורק על נורמות, פרוצדורות, כללים, וערכים משפטיים. המושגים והכללים המשפטיים אינם מספקים עוגנים יציבים בצורה מספקת להחלטות השיפוטיות (או של קובעי מדיניות אחרים) ועל כן ההחלטות נגועות בשרירותיות, או שהן משקפות את האידיאולוגיה או את העמדות האישיות והקבוצתיות שבהן מחזיקים מקבלי ההחלטות. אי-קביעות זו נובעת מנזילותה של השפה האנושית; מהעובדה ששפה מקבלת את מובנה משימוש יום-יומי ולא מהגיון מטפיזי; מאופיו של המשפט כמערכת מרובת-כללים שבה, בהגדרה, צריך להכריע בין תחולה של כללים נוגדים ולכן תמיד אנו נדרשים לכלל הכרעה נוסף – מה שמוביל להכרח להכריע בהיעדר כלל הכרעה ברור, לשרירותיות ולשיקול דעת (בדרגה משתנה) בהחלט כללים; ומכך שלכל כלל ישנו יוצא מן הכלל, וההכרעה אם להחיל את הכלל, להחיל את היוצא מן הכלל, להרחיב אותו (או לצמצם אותו) או ליצור עוד יוצא מן הכלל מסורה פעמים רבות לשופטת, מבלי שיש לה עיגון אובייקטיבי וחיצוני כיצד עליה לעשות זאת.

הניסיון של הריאליסטים האמריקנים – שעמדו על תמה זו כבר בשנות השלושים של המאה שעברה<sup>15</sup> – "לייצב" את אי-הקביעות במשפט על ידי פנייה למדיניות ועל ידי הסתמכות על מדעי המדינה נועדה לכישלון ויש לה תוצאות רעות, טוענים אנשי הניתוח הביקורתי, גם אם המדיניות שאותה מבקשים לקדם היא מדיניות פרוגרסיבית, וגם אם מדעי החברה שעליהם מסתמכים משפטנים הם מדעים "טובים" במובן זה שהם מבקשים לקדם מדיניות חברתית ראויה. ראשית, טוענים חוקרים ביקורתיים, אף שהמשפט בשלהי המאה העשרים התיימר להיות מוכוון "מדיניות" – כלומר, שיקולים שהם לכאורה מהותיים, לא-פורמליים, אולם עדיין ניתנים לדיון רציונלי, אובייקטיבי, ומוכוון מומחיות (כגון כלכלה, פסיכולוגיה, סוציולוגיה, סטטיסטיקה וכיוצא באלו דיסציפלינות מדעיות) אשר מאפשרת הגעה להסכמה שאינה רק "כוח" שרירותי או סמכותי – הוא נותר מושפע מהחלטות אישיות, שרירותיות במידה לא מבוטלת, של שופטים, אדמיניסטרטורים, וקובעי מדיניות אחרים; שנית, בשל הסתמכותו של המשפט בעת הנוכחית על מדעי החברה למיניהם – כלכלה, פסיכולוגיה, סוציולוגיה, סטטיסטיקה – הוא חשוף לשלל הבעיות שבהם נגועים מדעים אלו, לרבות המחלוקות האידיאולוגיות והמדעיות בתוכם. במובן זה, שיקול הדעת השיפוטי (או המינהלי) נותר רחב מאוד והוא מושפע בצורה ניכרת מהאידיאולוגיה של השופטים, מתודעתם המשפטית, ומתפיסות בעייתיות בסיסיות שעליהן מושתתים מדעי החברה.

בעיה שלישית בהכפפתו של המשפט לשיח המדיניות, לפי אנשי הניתוח הביקורתי של המשפט, היא בדה-פוליטיזציה העמוקה שהיא עושה להכרעות, בהעדפה הברורה שהיא מייצרת למומחים על פני מי שאינם מומחים, ובכך שהיא מכחישה את המציאות, שבה אנו נדרשים בהכרח להכריע בעצמנו, הכרעות קשות, מכאיבות וכואבות, וזאת תוך שיש לנו מעט מאוד עוגנים אובייקטיביים בעשותנו זאת.<sup>16</sup> כפי שמסביר בוב גורדון, הוגים ביקורתיים רבים מבקרים את הליברלים הפרוגרסיביים אף שאלו מבקשים להשיג מטרות פוליטיות ראויות, ראשית משום שהביקורתיים דוחים באמת ובתמים (כעניין מדעי) את היכולת להכריע על פי כללים או על פי זכויות לאור עמימותם ואי-קביעותם, אולם חשוב מכך, מפני שבקורות בשיח מדיניות מכחישה את הממד הפוליטי העמוק של מאבקים חברתיים ואת העובדה שמדיניות נוטלת כוח ממאבקים עממיים, מקומיים ודמוקרטיים יותר ומשמרת אותו בידי קובעי מדיניות מהמעמדות הגבוהים ובאזורי הכוח.<sup>17</sup>

אי-הקביעות המשפטית מסבירה גם את האופן שבו אידיאולוגיות שונות משפיעות על מקבלי ההחלטות השונים. בהינתן אפשרויות ההכרעה השונות שאותן מאפשרים הטקסטים המשפטיים הרבים, שיקולי המדיניות השונים והדיסציפלינות המגוונות, לדחפים האידיאולוגיים השונים – חלקם מודעים ומוצהרים וחלקם מודחקים או ממילאיים – עשוי להיות תפקיד מכריע בפרשנות שאותה בוחר השופט. אמירה זו אין משמעה שהשופט (או הפקיד) מכריעים "איך שהם רוצים" או שהאידיאולוגיה שבה אוהז הפרשן מכריעה תמיד את הכף. תהליך קבלת ההכרעה המשפטית הוא מורכב, רב-שלבי ונתון לשלל לחצים חיצוניים של החברים לקהילה הפרשנית, של הקולגות, ושל המערכת הפוליטית, אך גם לחצים פנימיים: אמונות שונות, לעיתים מנוגדות, ומחשבות סותרות בנוגע למה ראוי להחליט, מה "יעבור", מה "יעבור" וכן הלאה שיקולים. כך או כך, מערכי אמונות, דעות, ומחשבות – אידיאולוגיות גדולות וקטנות, של השופט, של קהילתו ושל כלל החברה – משתתפים באופן פעיל, גם אם לא תמיד מודע לחלוטין, בפרישת האופציות הפרשניות הנובעות מהטקסט וגם בבחירת הפרשנות המנצחת.

### 3. מעמדו המכונן של המשפט בשוק ובחברה

אנשי הניתוח הביקורתי של המשפט מדגישים את ההיבט המכונן של הכללים המשפטיים, וטוענים לחשיבותם לא רק להסדרה של השוק והחברה, אלא לעצם ההגדרה והכינון שלהם. כביקורת הן על השמרנות הכלכלית של אסכולת הניתוח הכלכלי של המשפט, אולם גם על חלקים של האגף הפרוגרסיבי של הניתוח הסוציולוגי של המשפט (או אסכולת ה־law and society), אנשי הניתוח הביקורתי מביטים במשפט כמכונן וכבלתי נפרד מההסדרים הכלכליים והחברתיים, ולא רק כמשהו שמשקף אותם, מאפשר להם לפעול באופן אורגני, מאסדר אותם או מושפע מהם. ביחס לניתוח הכלכלי של המשפט, מבטאת עמדה זו את הרחייה הרדיקלית של הרעיון שיש – או שיכול להיות – שוק שמסדיר את עצמו, שמתפתח באופן אורגני ללא הסדרה משפטית, שבו פרטים נקשרים באמצעות משא ומתן חופשי ובלתי כופה, שהמדינה יכולה להיות באמת ניטרלית מבלי שהיא בהכרח לוקחת צד על ידי הגדרת הזכויות הבסיסיות של הפרטים, או שיש מובן קדם-משפטי למושגים שעומדים בבסיסו של כל שוק-לכאורה-חופשי כגון קניין, תמורה, מחיר, הסכמה, כפייה וכן הלאה.<sup>18</sup> עבור הוגי ה־CLS, כל שוק מחייב, כדי להתקיים בכלל, גם הסדרה משפטית-מכוננת שקובעת ממילא גם את יחסי הכוחות בתוכו, את תנאי פעולתו, ורבות מתוצאותיו החלוקתיות. במסגרת זו הופנו חיצו הביקורת גם כלפי מדעי החברה הפרוגרסיביים – וכלפי אנשי החברה והמשפט (law and society) שכן הללו הטמיעו תפיסות שלפיהן החברה והמשפט הן ישויות נפרדות ומובחנות, אשר מקיימות ביניהן יחסי גומלים סיבתיים. במיוחד התנגדו אנשי הניתוח הביקורתי לרעיון בדבר קדימותו של החברתי למשפטי, ולתזה שלפיה יש להבין את המשפט בתוך הקשרו החברתי, אולם את החברה ניתן להבין ללא הכרת המשפט. אחת האמירות הרדיקליות יותר של חלק מאנשי הגישה הביקורתית הייתה, בהקשר זה, שלא ניתן לדבר על יחסים סיבתיים בין המשפט לבין החברה – גם לא על השפעה הדדית גרידא – מאחר שלא ניתן להבחין בין שתי קטגוריות מושגיות אלו. מושגים משפטיים – כגון קניין, בעלות, תאגיד, וזכויות – מהווים בסיס למרבית הקטגוריות "החברתיות" לכאורה, ולהיפך: את המשפט לא ניתן לתאר או להבין בלי להבין את הקטגוריות החברתיות הבסיסיות כגון משפחה, גבר, אישה, ילד וכיוצא בזה. את הבנת היחס כסיבתי יש להחליף ביחסי כינון (construction): החברתי והמשפטי מכוננים ומגדירים זה את זה מבלי שניתן לשרטט גבולות דיסציפלינריים או מתודולוגיים ברורים, החברתי אינו קודם למשפטי, והוא אינו פרה-משפטי; גם החברה בעצמה מכוננת על ידי המשפט (בה בעת שהמשפט מכונן, כמובן, על ידי גורמים חברתיים).

### 4. ביקורת שיח הזכויות

האסכולה הביקורתית העמידה את שיח הזכויות הליברלי לביקורת נוקבת, שאותה ניתן לנסח ולהבין בשלושה אופנים עיקריים.<sup>19</sup> המובן הראשון של ביקורת שיח הזכויות הוא שקטלוג הזכויות הליברליות מעדיף, גם אם לא בתיאוריה אז בוודאי בפרקטיקה, את הזכויות ה"בורגניות" שמגינות על האינטרסים של בעלי ההון, קרי את חופש הקניין ואת הזכות לביטחון, על פני הזכויות האחרות, ובמיוחד על פני הזכויות החברתיות והכלכליות.<sup>20</sup> בכך, מעדיף משטר הזכויות המשפטי את המעמדות החזקים, את אלו שלהם יש קניין וביטחון ועל כן הם צריכים להגן עליהם, והוא משמר את היררכיית המעמדות ומגן על השיטה הכלכלית הקפיטליסטית. העדפה מעמדית, גזעית ומגדרית זו נוצרת, בין היתר, על ידי ביסוס ההפרדה בין התחום הפרטי – שבו בני אדם לא רק מפלים אלא שאפליה והפעלת כוח אחרת מותרות ומוגנות בספרה הפרטית כחלק מקטלוג החירויות הליברליות<sup>21</sup> – לבין התחום הפומבי שבו המדינה לבדה כפופה למשטר הזכויות ולאיסור האפליה, אולם אלו הן זכויות שליליות

בעיקרון שמבטיחות רק הימנעות מכפייה אך לא את הצרכים שנדרשים לאנשים ולקבוצות שאין להם קניין או ביטחון, ואשר מרבית הכפייה שממנה הם סובלים מתרחשת בתחום הפרטי (שאותו מגדירה כמובן המדינה על ידי מוסדותיה המשפטיים).<sup>22</sup>

המובן השני של ביקורת שיח הזכויות נגזר, למעשה, מתוך החשד הביקורתי העקרוני כלפי יציבותם של מושגים, כללים ועקרונות משפטיים, ולפיו הזכויות הן עמומות, הגדרתן רחבה, הן נתונות למבחנים ולאיוונים מורכבים, יש להן יוצאים מן הכלל רבים, ועל כן איי אפשר, ורצוי מאוד שלא לסמוך עליהן שהן יגנו על הפרטים בחברה מפני עוולות המתרחשות הן על ידי המדינה ובוודאי שעל ידי גורמים פרטיים, ובמיוחד שהן לא מגשימות את הבטחת השחרור שלהן כלפי אלו שמשתייכים לקבוצות מוחלשות.<sup>23</sup> אף שעמימות ואי־קביעות אלו הן נגזרות (או מקרים פרטיים) של העמימות ואי־הקביעות הכלליות במשפט, במקרה של זכויות, המצב חמור יותר. זאת, הן משום שזכויות מצויות בליבו של הסדר המשפטי הליברלי, הן משום שהן הפכו להיות מרכזיות במאבקי השחרור העיקריים שהתרחשו בארצות הברית (וברחבי העולם) במחצית השנייה של המאה העשרים, והן מפני שזכויות מובנות, פעמים רבות, כנגזרות של האינטרסים של נשאייהן ושל ציפיותיהם הסבירות – ועל כן שיח הזכויות משרת, כמעט בהגדרה, את הסטטוס־קוו.<sup>24</sup> טענה זו, כמו גם את קודמתה, יש להבין לא כביקורת תיאורטית־גלובלית, אלא כביקורת מעשית־קונקרטית, כלומר, כנובעת מהתבוננות בפסיקת בתי המשפט, ומניתוח של הנמקות שיפוטיות (או של קובעי מדיניות).

המובן השלישי, והרדיקלי יותר, של ביקורת שיח הזכויות הוא שהן חלק מהמבנה הליברלי ומהמצב המודרני, שאותו ניתן לאפיין כמצב מנוכר: בני אדם מנוכרים זה מזה, הם מכוננים כאינדיבידואלים מבודדים, המאיימים זה על זה והמצויים בתחרות זה עם זה, ומה שמאפיין אותם הוא אגואיזם, מקסום תועלותיהם הפרטיות ורצון להשתחרר מכפייה חיצונית (של הזולת, של המדינה, ושל קולקטיבים שונים); וניכור חיצוני זה הוא ביטוי לניכור הפנימי של האדם "מעצמו", המאפיין את המצב בחברה המודרנית ואת המעבר, שאירע בעת החדשה, לחברה האינדיבידואליסטית־קפיטליסטית. ביקורת זו שואבת את מקורה ממרקס, ובמיוחד מכתבתו המוקדמת ב"לשאלת היהודים" שבה הוא מנתח ומבקר את שיח זכויות האדם והאזרח.<sup>25</sup> לפי ביקורת זו, הבעיה השורשית של ההגנה ההולכת ומתרחבת על זכויות האדם והאזרח, בעקבות המהפכה הצרפתית, היא שבמסגרתה מפוצל האדם לחייו הפרטיים ולחייו הקולקטיביים וכך הוא מנוכר לעצמו – מאבד את ההכרה המלאה שלו את מהותו, ואת הבנתו את עצמו כמלווא. הוא מופרד לקיומו בחברה האזרחית שבה הוא מתפקד כאינדיבידואל השונה מזולתו באופן בסיסי, המתחרה ככולם, ומפלה בקשריו החברתיים מחד גיסא, ולקיומו במדינה, כלומר בספֶרה הפוליטית, מאידך גיסא, שבה הוא שווה לחלוטין לזולת, משתף עימו פעולה ואסור באפליה בין אדם לאדם. מעבר לבעיה שהזכויות הללו, כולן, מעדיפות את בעלי הקניין, הן גם מייצרות פיצול בתוך ה"אני": בין החלקים "הפרטיים" שבנו לבין החלקים "הקולקטיביים" שבנו; בין הרכיבים האגואיסטיים לבין הרכיבים האלטרואיסטיים; בין היותנו אינדיבידואלים לבין היותנו בני אדם שהם חלק בלתי נפרד מקבוצה וממין (species); בין רצוננו בהפרדות לבין רצוננו בהיטמעות, בחיבור, בהיות־ביחד.<sup>26</sup> לפי מרקס, ולפי ההוגים הביקורתיים, בני אדם הם כל הדברים הללו, והדגשת חלק מהם על חשבון החלקים האחרים, הערפת חלק אחד על פני חלק אחר, ועצם הפיצול ביניהם לחברה האזרחית ולזכויות הפרט לבין המדינה והזכויות הפוליטיות מפצל את האדם לשני רכיבי ומייצר ניכור: אי־הכרת האדם את אופיו האמיתי, שמייצרת סבל ברמה הפרטית וברמה הקבוצתית.

ביקורת שיח הזכויות נתקפה מכיוונים רבים, ולא אוכל להעמיק בהם במסה קצרה זו. אחת המתקפות החשובות הגיעה דווקא משמאל ואף היה לה תפקיד מרכזי בפיצולים הפנימיים שנוצרו



בתוך התנועה הביקורתית. במסגרתה, הוגות פמיניסטיות ואקדמאים שהגיעו מקבוצות מיעוט (במיוחד שחורים, לטינים ולהטב"קים) טענו כנגד אנשי הניתוח הביקורתי שבביקורתם על שיח הזכויות הם שוללים כלי נשק אפקטיבי ביותר מדי קבוצות חברתיות מוחלשות; שבטרם נשליך את הזכויות לפח ונבקר אותן כחלקיות, כחלק ממשטר הניכור הליברלי, וכעושות דה־פוליטיזציה למאבקים חברתיים־פוליטיים, יש לוודא שהן ניתנות לאותן קבוצות שמהן נמנעו זכויות אלו.<sup>27</sup> ביקורות אלו הוכחו אך גם הופנמו על ידי רבים בתנועה הביקורתית, במובן זה שרק מעטים, אם בכלל, דוגלים בגישה שזכויות הן "רעות" ושזה תמיד רעיון גרוע לדבר בשמן; אדרבה, הוגים ביקורתיים כגון טושנט חקרו את חשיבותו של שיח הזכויות עבור תנועות שחרור של מיעוטים,<sup>28</sup> אולם טענו, במקביל, שיש להיזהר מהסתמכות מופרזת ומאמון בלתי מסוגי בטוב שזכויות יכולות לקדם, ומכל מקום יש להבין את מגבלותיהן ואת המחירים השונים שיש לשימוש בהן.<sup>29</sup>

### 5. ביקורת ומרד תרבותיים

לתנועה הביקורתית היה ממד תרבותי מובהק של מרד רדיקלי כנגד התרבות הקיימת: ביקורת תרבותית זו יצאה כנגד היבטים רבים של התרבות האמריקנית: הלוכּן והגזענות שלה, הבורגנות הזעירה שלה, הכחשת היותה מעמדית, הגבריות והפטריוארכליות שלה, ועוד.<sup>30</sup> בתוך כך, גם בתי הספר למשפטים נתפסו כנשלטים על ידי תרבות עצורה־מאופקת, סטרייטית, גברית, לבנה ואוטוריטרית.<sup>31</sup> המרד התרבותי בא לידי ביטוי גם באמונה העמוקה בדבר חשיבותה של "הפוליטיקה של היום־יום" או "מיקרו־פוליטיקה", קרי האמונה שהסדר הקיים – התרבותי, פוליטי, מוסרי, חברתי – מצוי בפרטים הקטנים של חיי היום־יום, בשלל ההתנהגויות הרגילות והנדושות של הפרטים, וכי אופן הפעולה של "האידיאולוגיה" הוא שגרתי, נדוש ויום־יומי. השעתוק של המצב הקיים, במילים אחרות, אינו מתקיים דווקא בחוקים, בפסיקות בתי משפט ובהחלטות של קובעי מדיניות, וגם לא רק במוסדות תרבות "גבוהים"; אלא, כל אחד ואחת מאיתנו אחראים לו, שותפים לו, או מתנגדים לו.<sup>32</sup>

במסגרת ביקורת כללית זו על התרבות הבורגנית והאליטיסטית מרדו אנשי האסכולה הביקורתית גם באופני הביטוי האקדמיים המקובלים, ובאופן הכתיבה המרוחקת, המנותקת רגשית, השכלתני והמאופק שאפיין את הכתיבה האקדמית באותן שנים. הכתיבה המדודה והמתחשבת בכל נקודות המבט היוותה, עבור חלק מההוגים הביקורתיים, חלק בלתי נפרד מההיררכיה החברתית והאקדמית שכנגדה הם פעלו מתוך מטרה להשיג שינוי רדיקלי יותר של המציאות.

### 6. הממד הרוחני־פסיכולוגי

לתנועה ולאסכולה של הניתוח הביקורתי היה ממד רוחני, כלומר, היבט שחומק מהעומק האינטלקטואלי, מהפעולה הפוליטית, או אפילו מהרצון לשינוי תרבותי. ממד רוחני זה, שדוברו העיקרי הוא פיטר גייבל,<sup>33</sup> ושדונקן קנדי אף הוא שותף לו, ושאפשר אולי לתאר אותו גם כפסיכולוגי, מבטא את המחשבה שהמטרה האמיתית של הפעולה האקדמית היא התנגדות לחיים המנוכרים והחומרניים שאנו חיים בהם. הגם שהיבט זה נעדר ממרבית העבודה הביקורתית הרגילה במובנה האקדמי, כאשר קוראים את המאמרים הביקורתיים הקלאסיים, קשה שלא להבחין בממד רוחני־משחרר זה. הכותבים אינם שואפים אך ורק להכיר בעוולות עבר והווה, לשנות את המציאות החברתית או הפוליטית, לשפר את מצבן החומרי של קבוצות מדוכאות ומוכפפות, או להכיר בהן כשוות מעמד; הכתיבה הביקורתית מבקשת לחולל שינוי עמוק יותר באופן שבו פרטים מבינים את עצמם בתוך המארג החברתי, את יחסיהם לזולת, ואת עצם היותם. השחרור הרוחני, במובן זה, הוא גם תוצאה של

הפעולה האינטלקטואלית עצמה ושל הפעולה הקולקטיבית, שכן היכולת לחוות, להרגיש, ולהבין אחרת את המציאות היא-היא השחרור המיוחל, לפחות באופן חלקי.

מבחינה מתודולוגית, וכדי להשיג מטרה רוחנית-פסיכולוגית זו, לפחות חלק מהחוקרים הביקורתיים ביקשו לחרוג מאופן ההתבוננות המופשט, התיאורטי והמוסרי-נורמטיבי<sup>34</sup> – שבמסגרתו מסקנות נורמטיביות נובעות מעקרונות מופשטים, מזכויות, או מעקרונות מוסר – ולהחליפו בתיאורים של חוויות אישיות ממשיות, בתרגילים מחשבתיים שמנסים לדמות תגובות אישיות אפשריות לאירועים שונים, או בניתוח של סיטואציות פרטיות וחברתיות מפרספקטיבה פנומנולוגית, שהיא בעיקרה פסיכו-סוציולוגית. את מקומן של טיפולוגיות מושגיות וקטגוריות משפטיות קלאסיות מחליפות קטגוריות סוציולוגיות ופסיכולוגיות, וניסיון לדמיין כיצד מגיבים שחקנים משפטיים שונים – המגיעים מרקע חברתי-כלכלי שונה או בעלי מבנה אישיות שונה – למוסדות, לעקרונות, ולכללים משפטיים.<sup>35</sup>

הרעיון הביקורתי שעומד מאחורי שיטת ניתוח זו הוא כפול: ראשית, הוא קשור בתפיסה הפילוסופית המונחת בבסיס הפנומנולוגיה, והיא הטלת ספק עקרונית בקיומם של סובייקטים ואובייקטים יציבים, או לפחות ביכולת שלנו להכיר ולתאר אותם באופן אובייקטיבי מחוץ לסיטואציה ספציפית ולהתכוונות ספציפית, וזאת מבלי ליפול לסובייקטיביזם צרוף שלפיו אין כל ממד אובייקטיבי בעולם (או בסיס אובייקטיבי לחוויות שלנו). רעיון זה, שמקורו בפילוסופיה של אדמונד הוסרל<sup>36</sup> והמשכו הרדיקלי באקזיסטנציאליזם,<sup>37</sup> מבקש להחליף את ההרהור הסובייקטיבי והאובייקטיבי (ואת החלוקה המוכרת בפילוסופיה בין אידיאליזם לבין מטריאליזם) בהרהור פנומנולוגי, קרי, כזה שמבקש להעמיד את "התופעה" במרכז, ואשר מתאר כל תופעה כמפגש בין סובייקט לאובייקט, שגם מכוננים זה את זה במפגש ביניהם. הספקנות הפוסט-מודרנית של אנשי הניתוח הביקורתי של המשפט מוצאת אם כן ביטוי גם במתודה זו ביחס למשפטי: הכללים והמוסדות המשפטיים (ובית הספר למשפטים הוא אחד מהם) מתקיימים בהקשר של סובייקטים שמגיבים להם, והסובייקטים מגיבים להם בצורה שונה ועל כן המוסדות והכללים, ניתן לומר, הם באמת אחרים לגבי כל אחד ואחת מהסובייקטים שלהם. והמפגש הזה גם מגדיר ומכונן את הסובייקטים שפוגשים במוסדות ובכללים ומשנה אותם. המניע השני שעומד מאחורי השימוש במתודה הפנומנולוגית, ובעיקר מאחורי הגישה הפסיכו-סוציולוגית, מגיע מכיוון תיאורטי אחר והוא הניאור-מרקסיזם, שבמסגרתו ניסו הוגים שונים להבין את שעתוק המציאות ואת המצב כנובע ממבנים פסיכולוגיים אישיים וקבוצתיים. כך, למשל, את הנהייה אחר דיקטטורים ואחר משטרים פשיסטיים יש להבין כקשורים בחיפוש אחר דמויות סמכותיות, דמויות-אב, וברצון הפסיכולוגי העמוק "לברוח מחופש".<sup>38</sup> בדומה, קנדי סבור שלא ניתן לתאר כהלכה, ובוודאי שלא להבין באופן מדויק, את השימוש השונה ואת ההפעלה השונה של כללים ועקרונות משפטיים מבלי לחקור ולתאר את התגובה הפסיכו-סוציולוגית של אנשים לאותם כללים ועקרונות ולסביבה שבהם פועלים אותם שופטים או מקבלי החלטות. התיאור הפנומנולוגי מבקש להבין את התגובות שלנו למוסדות משפטיים, לעקרונות משפטיים ולדילמות משפטיות על ידי תיאור של הרובד הסובייקטיבי-פסיכולוגי (מאויים, פחדים, רצונות, נטיות, והטיות) תוך עמידה גם על הרובד האובייקטיבי (לשון החוק, נוסח התקדים, תגובות של אנשים בעולם, תמריצים ואימים). הניתוח הפסיכו-סוציולוגי מפרק את החוויה האובייקטיבית (לכאורה) לגורמיה ומדגים עד כמה כל סיטואציה – חברתית אך גם משפטית – אינה מונוליתית ואחידה, אלא משתנה בהתאם למי שחוה אותה (מעמדו, מגדרו, גזעו וכן הלאה), לזמן שבו היא מתרחשת, להקשר החברתי וההיסטורי שלה, ועוד. וכל זאת, מבלי שמוכחים הממדים האובייקטיביים של החוויה, אלא שהם עוברים דרך פילטרים חברתיים ופסיכולוגיים, ומוגדרים עלי ידם.

## 7. נורמטיביות, קונסטרוקטיביות ואוטופיה

אחת מהשאלות הקשות ביותר שהופנתה כלפי ה-CLS, ויש שיאמרו שאף "הרגה" את התנועה הייתה "אז מה אתם מציעים?"<sup>39</sup> היעדרם של ממד נורמטיבי מובהק או של הצעות קונסטרוקטיביות מצידם של חוקרים ביקורתיים משמש כבסיס להתנגדות עמוקה לכתיבה הביקורתית, כאילו הייתה זו שלילית בלבד, נטולת הצעות קונסטרוקטיביות-נורמטיביות, ניהיליסטית ומביטה מהצד בלבד. ביקורת זו, לטעמי, מוצדקת באופן חלקי בלבד, ולעיתים תכופות היא נובעת מהתעלמות מרכיבים ברורים שקיימים במאמרים ביקורתיים רבים. ראשית, מאמרים ביקורתיים רבים מציעים כללים ועקרונות משפטיים חליפיים, הן באופן עקרוני והן באופן ספציפי לחלוטין. שנית, לעיתים רבות הצעות אלו אכן שונות מכתיבה נורמטיבית מסורתית יותר, אבל אין הדבר נובע מניהיליזם או מאדישות לצורך בהצעות קונסטרוקטיביות; אלא מכך שהכתיבה הביקורתית היא רדיקלית במובן זה שהיא מאתרת את הבעיות בנקודות שורשיות יותר, ולכן ההצעות לתיקון המצב הקיים רדיקליות אף הן ונתפסות כלא ריאליות, או כאוטופיות.

אדרבה, הממד האוטופי בכתיבה הביקורתית הוא ברור ומודע לעצמו. לדוגמה, מכיוון שחוקרים וחוקרות ביקורתיים סבורים שההבחנה המודרנית-ליברלית בין הספירה הפרטית לבין זו הציבורית היא מקור לאי-שוויון, אפליה, ניכור וסבל, ולאור השתרשותה של הבחנה זו בחיינו, כל הצעה נורמטיבית שתקבל את ההבחנה הזו כלשונה לא תוכל באמת להתמודד עם בעיות השורש של השיטה. לפיכך, יש לנסות לשרטט אופק אוטופי שבמסגרתו הבחנה יסודית זו תאוגר ותשוש. הצעה לבטל לאלתר את ההבחנה בין הפרטי לבין הציבורי – ולאמץ, למשל, כללים משפטיים שיתייחסו לפעולות בשתי הספרות הללו באותו אופן – תיתפס, ובצדק, כפוגעת בערכים חשובים עבור בני האדם שקיימים נכון לעכשיו (ולא רק עבור האנשים כמו שהם יכולים להיות). הצעות כאלו יכולות להיות לפיכך עמומות, מופשטות, ואוטופיות. ועם זאת, אין הדבר הופך אותן לניהיליסטיות או לבלתי קונסטרוקטיביות.<sup>40</sup>

\* \* \*

הספרון האדום של קנדי נכתב אפוא בהקשר של מסגרת תיאורטית רחבה זו, וביטא את עמדתו הייחודית, כמו גם את מעמדו הייחודי של דנקן קנדי בתוך התנועה הביקורתית. כפי שאדגים עכשיו, הוא מביא את הרעיונות הביקורתיים לשיאם – הן מבחינת התוכן והן מבחינת הצורה – אולם בעת ובעונה אחת הוא גם חורג מהם ומוסיף עליהם. בכך הספרון אינו רק ביטוי לרעיונות מרכזיים של התנועה הביקורתית באופן כללי, אלא גם לרגע השיא שלה, רגע אשר יחלוף בתוך כמה שנים. תיאורים והסברים רבים ניתנו לשאלה מה עלה בגורלה של הגישה הביקורתית למשפט: האם, מדוע וכיצד "מתה" התנועה, ומה קרה לרעיונות שאותם ביקשה להפיץ. בעוד שצורתה הספציפית של התנועה הביקורתית כארגון מוסדי-חברתי של אקדמאים שארגנו כנסים, סדנאות, וקבוצות לימוד אכן חדלה להתקיים בסוף שנות השמונים, הגישה הביקורתית למשפט ממשיכה להתקיים הן כרשת רופפת של אקדמאים, ויותר מכך כאסכולה מחשבתית אשר הנחילה בהצלחה מרובה מהלכים מרכזיים למחשבה המשפטית העכשווית.

כפרק הבא אסקור בקצרה את הטיעון המרכזי של דנקן קנדי בכתיבתו על חינוך משפטי והיררכיה, תוך שאני מבקש לחשוף גם את האלמנטים הביקורתיים החבויים יותר שיש בכתיבתו זו.

### ב. חינוך משפטי ושעתוק ההיררכיה המשפטית כמאמר ביקורתי

בתמצית, טוען קנדי, שלחינוך המשפטי תפקיד חשוב בחיים החברתיים בארצות הברית: הוא תורם לשעתוק היררכיות בלתי-לגיטימיות הן בתוך המקצוע המשפטי והן בחברה בכללותה. בספרון האדום דן קנדי גם בדרכים שבהן תלמידים ומרצים המשתייכים לשמאל יכולים להתנגד למצב זה. בעיקרו של דבר, מתאר קנדי את חוויית הלימוד כמייאשת, מדכדכת ומעוררת ניכור. אולם מעבר לייאוש ולניכור, וזו הנקודה שבה מחדש קנדי, החינוך בבית הספר למשפטים מתגלגל את התלמידים ומרגיל אותם לקיום היררכי, שבו מתקיימת מעין שרשרת מזון, או סדר דברים טבעי, ושבו לכל אחד ואחת מקום ראוי, שעליהם לקבל. את הדגמת ההיררכיה והפנמתה על ידי התלמידים משיג בית הספר על ידי מתן ציונים (שרירותיים) שמדרגים ללא הרף את התלמידים, באמצעות השיטה הסוקראטית שבה הם נקראים בכפייה לענות וכך הם מדורגים מדי יום ביומו באופן פומבי בגין ביצועיהם בכיתה, באמצעות קבלה (ודחייה) למשרות נחשקות יותר או פחות לפי "מיקומם" בהיררכיה בין בתי הספר ובתוכם, ועל ידי הדגמה של מערכות יחסים היררכיות בכל מקום (למשל, היחסים בין מרצים לבין מזכירותיהם). לקוריקולום ולתוכן השיעורים תפקיד חשוב גם כן שכן הללו מדרגים לסטודנטים את ההפרדה בין משפט לבין רגש, ומלמדים לדכא תחושות "טיפשיות" של צדק לטובת אימוץ של היגיון משפטי קר או של מדיניות ציבורית (קפיטליסטית) ראויה.

אף שבמאמר עצמו אין הדברים מובהרים, בספרון האדום מסביר קנדי למה היררכיה משפטית היא רעה חולה שצריך להיאבק בה: ראשית, בהינתן המריטוקרטיה שההיררכיה מתבססת עליה במוצהר, המערכת מוטה באופן ברור לטובתם של גברים לבנים מהמעמד הבינוני והבינוני-גבוה, והאיכות שעליה מתבססת ההיררכיה אינה איכות כפי שזו אולי הייתה מתגלה במערכת שבה מתקיים שוויון הזדמנויות. שנית, ההיררכיה המשפטית כמות שהיא אינה רציונלית מבחינה חברתית. אין זה הכרחי שיהיו כל כך הרבה הבדלים ביכולות ובתפקידים או פערים כה גדולים ככוח ובהטבות הנלוות להבדלים אלו כדי להשיג את המטרות החברתיות שלנו.<sup>41</sup> שתי רעות אלו, אומר קנדי, אף שהן קשות, מניחות שהיררכיה יכולה להיות ניטרלית בעיקרון. לדעתו, אין זה המצב, והיררכיה היא רעה מסיבה שלישית, שורשית יותר: הגישות, ההתנהגויות והיחסים הנלווים להיררכיה המשפטית הם כשלעצמם עיוות חברתי (social perversion). וקנדי מבהיר שגם אם היררכיה היא אכן תוצאה בלתי נמנעת של חלוקת העבודה או של הבסיס הגנטי שלנו, ובמובן זה היא רעה בלתי נמנעת, הרי שהיא עדיין ראויה לתיעוב. ועל כן, גם אם אנו מרוויחים מההיררכיה בפועל – במובן זה שאנחנו נהנים מהחיים המודרניים, מהצמיחה הכלכלית או מהתוצרים השונים של מערכות בירוקרטיות הדורשים את קיומן של היררכיות – הטיעון של קנדי הוא טיעון כנגד אורח החיים שדורש את ההטבות הללו, ושגורם לנו לחיות עם תוצאותיה ההרסניות של ההיררכיה.<sup>42</sup>

מתיאור ראשוני זה, הזיקה בין המאמר של קנדי לבין הכתיבה הביקורתית אינה ברורה. המאמר לא עוסק בטקסטים משפטיים (שיפוטיים, מינהליים, או אקדמיים); הוא לא מנתח דוקטרינה משפטית – לא מבחינה מהותית, לא מבחינה צורנית, לא מבחינה היסטורית, לא מבחינה נורמטיבית, ולא מבחינת תוצאותיה החלוקתיות בעולם; הוא אינו כתוב בשפה או בז'אנר אקדמי מוכר; הוא אינו ממוסמך כלל (שום מראה מקום או הערות שוליים); ונמעניו הם אומנם סטודנטים ומרצים למשפטים, אבל המאמר אינו פונה אליהם כדי שילמדו משהו על "המשפט", לפחות לא במובן הרגיל של לימוד משפטים. אז מה בעצם "ביקורת" במאמר הזה ומדוע הוא נחשב למסמך קלאסי של מחשבה ביקורתית משפטית? כדי לענות על כך יש לחזור לתמות הביקורתיות שבהן דנתי בחלק הקודם.

## 1. שעתוק הכוח

ראשית, המאמר, כמו הגישה הביקורתית בכללותה, מנסה להסביר כיצד משומר הסדר החברתי הקיים. בעוד שהמחקרים האקדמיים הרגילים של אנשי הניתוח הביקורתי בוחנים שאלה רחבה זו בהקשרים ספציפיים – של דוקטרינה משפטית כזו או אחרת – ועושים זאת בצורה מדעית, פרטנית, ודקדקנית, מאמרו של קנדי שואל אותה שאלה עקרונית, אך זאת מבלי לדון בדוקטרינה משפטית אלא דווקא במוסד משפטי – בית הספר למשפטים. ובמקום לשאול מה עושים (או לא עושים) המדינה או השוק הפרטי כדי להנציח את הדיכוי ואת אי-השוויון, הוא שואל מה תפקידו של מוסד לכאורה לא-פוליטי ולכאורה נטול כוח כלכלי כמו בית הספר למשפטים בשעתוק המצב החברתי הקיים. במובן זה, בית הספר למשפטים הוא בסך הכול עוד מוסד תרבותי – כמו הקולנוע, הטלוויזיה, הספרות, הדת או המוסר – שמחנך את הפרטים לערכים הליברליים-קפיטליסטיים, מטמיע אותם בחיי היום-יום שלהם, והופך את כולנו לכנועים, מרוצים או מיואשים ביחס למצב שבו מתקיימות (בחברה בכללותה, ובאופן קונקרטי במערכת המשפט) היררכיות בלתי-לגיטימיות, קרי, אי-שוויון לא מוצדק. כלומר, כמו כתיבה ביקורתית מחוץ למשפט, קנדי מתמקד פחות בכללים כופים ויותר במוסדות, פחות במדינה ויותר בגופים לא-פוליטיים לכאורה, פחות בגופים כלכליים ויותר במוסדות תרבות ודעת, פחות במערכות כופות ויותר בכניעה רצונית – לפחות באופן חלקי – של הפרטים. כך למשל מנתח קנדי את המניעים השונים של הסטודנטים ללמוד משפטים מלכתחילה. מניעים שונים אלו פוגשים במהלך הלימודים את מבנה בית הספר על לחציו והכוונתו, וקנדי מסביר כיצד מפגש זה מעצב את התלמידים באופן שונה, ומשפיע על התפיסות שלהם לגבי עצמם ולגבי המקצוע עצמו. הבנתו זו של קנדי את אופן פעולתו של המוסד המשפטי שהוא בית הספר למשפטים משלבת ניתוח מבני (structure) וסוכנות (agency). הוא מדגיש, כפי שציינתי, את התחרות המובנית ללימודים, את הלחצים החיצוניים (של מרצים, של עמיתים, של משרדים, של הורים), את מבנה הכיתה, את תוכן השיעורים וסגנונם וכיוצא באלו תנאים מבניים; אולם לא פחות מכך חשוב לקנדי לראות שאנחנו – סטודנטים ומרצים גם יחד – מפתחים במהלך חייו (ובאופן ספציפי בבית הספר למשפטים) עמדה של קבלה, הסכמה, כניעה או ייאוש אל מול אי-השוויון ומשתפים עימו פעולה: "הסטודנטים צועדים באופן פעיל בתלם שנשלל עבורם ואף חורשים בו עמוק יותר, כשהם מעניקים לכל זה מעטה של הסכמה וטווים שיתוף פעולה לתוך סיפור חייו של כל אחד מהם [...]".<sup>43</sup> [...] מרצים למשפטים מוכרחים לקחת אחריות אישית על ההיררכיה המשפטית בכללותה, ועל ההיררכיה במסגרת החינוך המשפטי בפרט. אם קיימת היררכיה, היא קיימת משום שהם מבנים ומשעתקים אותה דור אחר דור, ממש כפי שעושים עורכי הדין".<sup>44</sup>

## 2. כיצד פועלת אידיאולוגיה

הספרון והמאמר של קנדי הם ניתוח קונקרטי של סוגיה שהעסיקה, ועדיין מעסיקה, כותבים ביקורתיים שמבקשים להבין מדוע גם שחקנים בעלי עמדות אישיות פרוגרסיביות ממשיכים לקבל החלטות שמרניות: כיצד פועלת עליהם ה"אידיאולוגיה" – אותו מושג חמקמק וערטילאי?<sup>45</sup> מהם המנגנונים שבגינם ובאמצעותם שחקנים בעלי שיקול דעת וסוכנות מוסרית – במיוחד לאור ביקורת אי-הקביעות וההבנה שבכל החלטה מתקיים ממד שיקול דעת ניכר – מחליטים החלטות שבאופן עקבי למדי מוטות לטובת קבוצות חזקות ומנציחות את הדיכוי של קבוצות מוחלשות? שכן, כאמור, בניגוד לטעות נפוצה שלפיה הוגים ביקורתיים סבורים שבמשפט "הכול הולך" ושיקול הדעת הוא אין-סופי ולכן כל אחד יכול להחליט כרצונו, מרבית ההוגים הביקורתיים מתעקשים על כך שבמקביל לאי-הקביעות המשפטית ולצד העובדה שכולנו מכריעים ללא הרף הכרעות שאינן באמת נגזרות

הכרחיות של כללים או עקרונות, החוויה הפנימית של שופטים וקובעי מדיניות רבים היא דווקא של היעדר ברירה, של היקבעות ושל לחצים שגורמים להם להכריע בניגוד לעמדתם האישית.<sup>46</sup> שאלה זו נענתה על ידי הוגים שונים בדרכים שונות,<sup>47</sup> וכאן מדגים לנו קנדי את עמדתו האישית בתוך הוויכוח הזה: האופן שבו פועלת אידיאולוגיה – במקרה של בית הספר זוהי אידיאולוגיה של היררכיות בלתי-מוצדקות ומריטוקרטיה לא-מבוססת – הוא אד-הוק וקונקרטי, וקשור בלחצים קבוצתיים של עמיתים, באין-סוף פעולות יום-יומיות, במחשבה על "מה יגידו" ו"מה חושבים האחרים", בתרגול כפוי-למחצה של דברים מגונים שהופכים לטבע שני לאחר זמן מה, מכניעות רבות ומוויתורים, שהופכים גם הם לטבע שני, ולאינטרסים ולמנגנונים פסיכולוגיים מובנים. היא גורמת לנו להתנהג בדרך שונה מהאופן שבו היינו פועלים לולא היא, והיא מצדיקה תוצאות שבלעדיה לא היינו מקבלים כצודקות. במילים אחרות, האידיאולוגיה אינה פועלת כמטה קסם, כמעריך שיקולים עקרוניים-תיאורטיים שמכריעים פעם אחר פעם את השחקנים, כמנגנון ערכי נסתר שמטה אותנו מבלי שאנחנו מבינים או שמים לב. האידיאולוגיה – לפחות זו של ההיררכיה (ושל אי-שוויון חברתי בכלל) – פועלת כמארג, לאו דווקא קוהרנטי או משכנע באמת, של שיקולים מטריאליים, פסיכולוגיים, מדומיינים וממשיים, ואשר דורשים הסתגלות, תרגול ואימון. לא פחות חשוב, בגלל אופיים היום-יומי והקונבנציונלי, מודעות לאופן הפעולה השגור והיום-יומי הזה של האידיאולוגיה יכולה גם לאפשר התנגדות לו.

באופן קונקרטי עוד יותר, התביעה "להתבגר", לוותר על התלונה ועל התגובה הרגשית ולהיות קר רוח, מנותק רגשית, דו-צדדי ("מחד גיסא... ומאידך גיסא..."), ושכלתני מחלחלת לתוך העולם הנפשי של התלמידים ולתוך דפוסי הפעולה האוטומטיים שלהם, גם אלו שהגיעו מתוך תחושת שליחות, אכפתיות ורצון לתקן את עוולות העולם. אני סבור שמהתיאור של קנדי עולה שאידיאולוגיה שכלתנית זו – שקשורה בטבורה להיררכיות הבלתי-מוצדקות שקנדי מבקש שניאבק בהן – אינה פחות חשובה לתחזוקת מארג הכוחות ההיררכי בשדה המשפטי מאשר האידיאולוגיה הקפיטליסטית, למשל. כפי שנראה להלן, חיווט שכלתני זה, שהופך להיות לא רק ערך בסיסי של הפרופסיה המשפטית אלא גם טבע שני של התלמידים למשפטים, מוביל לוותרים רגשיים רבים ומשמעותיים (כולל דיכוי וייבוש של מאגרי כוח נפשיים שנדרשים לניהול מאבקים פוליטיים רבים), מקבל את כללי המשחק שפועלים באופן לא סימטרי לטובת קבוצות חזקות שכבר מחזיקות בעמדות כוח, ומכפיף-מרצון.

### 3. הפוליטיקה של היום-יום

עניין זה מוביל אותי לנקודה השלישית, והיא החשיפה של הממד הפוליטי של חיי היום-יום. המחשבה הפרגמטית והאנטי-מטפיזית העמוקה של האסכולה הביקורתית (האמריקנית) למשפט מושתתת, בין היתר, על סירוב לקבל אמירות על מערכות או על שיטות שאינן מגולמות בבני אדם קונקרטיים, אשר מקבלים החלטות ספציפיות, ואשר פועלים בצורות כאלו ולא אחרות. אם יש דיכוי, הוא נמצא בהכרעות רגילות, ביחסים אנושיים רגילים ובמעשים יום-יומיים. דרך מוכרת יותר לבטא אותו רעיון היא כי "האישי הוא הפוליטי", אף שביטוי זה ניתן גם להכנה מעט שונה שבה הדגש הוא על כך ש"הפרטי" – ולא רק המדיני – הוא פוליטי. אולם כך או כך, הפוליטיקה של היום-יום נועדה, במיוחד עבור אנשי הניתוח הביקורתי, לבטא את ההיבט של ההתנגדות: אם השעבוד מצוי בפרטי היום-יום, הרי שגם את השחרור ואת ההתנגדות ניתן להשיג באמצעות אקטים קטנים ויום-יומיים של סירוב לשתף פעולה. פוליטיקה משחררת (או מתנגדת) יום-יומית זו יכולה להיות להתלבש באופן שונה (למשל, בג'ינס ולא בחליפה), לדבר באופן פחות מתרפס לבעלי סמכות ולמי שמצוי מעליך בהיררכיה האקדמית, לשבור את החומות המוכרות בין אקדמאים לבין אנשי מינהלה, לכתוב

מאמרים בסגנון אישי, ישיר, לא מרוחק, וללא הערות שוליים, או לפעול בצורה פחות סמכותית ופחות משפילה בכיתה (למשל, קנדי וחבריו פעלו לריכוך מסוים של השיטה הסוקראטית שאותה תפסו, כפי שהוא מפרט במאמר, כמשפילה).<sup>48</sup> אף שבמאמר עצמו ההיבט הפרואקטיבי של מעשה ההתנגדות היום-יומי אינו מפורט, בספרון האדום ובכתיבה אחרת מסביר קנדי בצורה ברורה יותר אילו מעשים יום-יומיים יש לנקוט אל מול הפוליטיקה היום-יומית של ההכשרה להיררכיה. ומכל מקום, אופן הכתיבה של המאמר ושל הספרון מדגים בדיק את דרך ההתנגדות היום-יומית והמעשית לתרבות האקדמית ההיררכית, המנוכרת, והמנותקת רגשית.

#### 4. ניתוח פסיכו-סוציולוגי כגישה ביקורתית

מאמרו של קנדי הוא מופת של ניתוח פסיכו-סוציולוגי. אחד היתרונות (ויש שאולי יאמרו חסרונות) הברורים של המתודה הפנומנולוגית הוא שהיא הופכת את הקריאה לרגשית וחוויתית יותר ממאמרים רגילים. ואכן, הקריאה במאמר יכולה להיות מטלטלת. קנדי מביט בשחקנים השונים (תלמידים ומורים גם יחד) במט חודר, מבט שהוא בוודאי ההיפך מהאדישות או אף הזלזול שתלמידים מייחסים לעיתים למרצים שלהם, והוא רואה אותם, על המגוון שלהם, על זהויותיהם המורכבות, על הרקע החברתי והכלכלי השונה שממנו הם מגיעים, ומדבר על החוויות ועל הרגשות שלהם, הלימודיות, האישיות, החברתיות. ולעומת מסמכים תרבותיים מוכרים על בית הספר למשפטים – סרטים, ספרים ומוצרי תרבות פופולרית שנוהגים על פי רוב להשמין ולהלל את בתי הספר למשפטים בעת ובעונה אחת<sup>49</sup> – ושנועדו בעיקר להדהד ולאשרר את התחושות הקשות של תלמידי משפטים מבלי לתת להן פשר או מובן תיאורטי-כללי, קנדי משתמש בתחושות בעיקר כדי לספק הסבר תיאורטי למה שקורה בלימודי המשפטים כחלק מתמונת עולם רחבה בהרבה. מאחורי הסבל, הקושי, השעמום, ההשפלה, ההנאה, תחושות ההישג והכישלון יש היגיון, מסביר קנדי, וזהו ההיגיון של "השיטה/ מערכת". בית הספר למשפטים אינו רק בית ספר מקצועי, או מוסד אקדמי-אינטלקטואלי, או מרחב חברתי של אנשים צעירים ושאפתנים, או אמצעי לניעות מעלה (או שימור סטטוס), או כל מובן אחר שבו נוהגים לתאר את בית הספר למשפטים. מדובר במקום שמתרחש בו דבר מה דרמטי הרבה יותר: הסדר החברתי בכללותו, על יסודותיו ומרכיביו השונים, משוכפל ומשועתק בו.

מבחינה זו, יש אומנם הסבר "אובייקטיבי" למציאות (או לחוויה הלימודית בבית הספר למשפטים), אך בעת ובעונה אחת מובן גם שמציאות אובייקטיבית זו נחווית באופנים שונים על ידי תלמידים שונים, על ידי אנשי מינהלה, ועל ידי המרצים, שגם הם נחלקים לקבוצות בעלות מאפיינים פסיכו-סוציולוגיים נבדלים. ולעובדה זו משמעות קריטית עבור קנדי (ועבור התיאוריה הביקורתית), שכן כדי להבין לאמתו של דבר את שעתוק המציאות, ואת שיתוף הפעולה של כולנו (גם אם במידות משתנות), חובה להביא בחשבון את החוויות של התלמידים והמרצים ואת תגובותיהם השונות לבית הספר. ההיבט הפסיכו-סוציולוגי מבטא את העמדה הביקורתית שרואה אם כן את שעתוק ההיררכיה (והסדר הקיים באופן כללי יותר) כנובע ממבנה (סוציולוגי) ומסוכנות (היבט פסיכולוגי) גם יחד.

אחת הביקורות העיקריות שניתן להטיח בגישה מתודולוגית זו היא שמדובר ב"סוציולוגיה של כורסה" (armchair sociology), כלומר, במראית עין של סוציולוגיה, שבה הגיגים לא מבוססים וספקולציות פרועות מחליפים את מחקר השטח המדעי הריגורוזי שבמסגרתו מבצעים תצפיות מסודרות ומראיינים חברי קבוצות חברתיות שונות ובודקים בצורה מדידה וסדורה מה הם חשים, מה הם חווים וכיצא בזה. מבלי להיכנס לעובי הקורה של ביקורת זו, אני סבור שלעיתים סכנה כאמור קיימת כאשר את הנתונים ואת מה שאנו יודעים בוודאות מחליפים ניחושים, השערות ותחושות בטן לגבי האופן שבו אנשים חווים ומבינים את המציאות. ועם זאת, גם חלק מהמתודות

המקובלות יותר הינן ספקולטיביות לא פחות, מנותקות כליל מהמציאות המעשית, או מתיימרות לתאר את המציאות אולם עושות זאת באופן בעייתי לא פחות (גם אם שונה).<sup>50</sup> את מידת הנכונות של חלק מהטענות, במיוחד לגבי חוויות הלימוד והשהות בבית הספר למשפטים, יש לאמוד, על כן, לפי מידת השכנוע שלהן, ולפי מידת ההסכמה לתיאור של אותם אלה שקנדי מתיימר לתארם.

### 5. תרבות־נגד וסגנון

הרוח הניסיונית, המרדנית ואף המהפכנית של המאמר ושל הספרון מדגימה גם היא היבט של התנועה הביקורתית שקשה למדי לדמיין אותו היום. כאמור, המאמר המתורגם בכרך זה פורסם בקובץ המאמרים הביקורתיים "הפוליטיקה של המשפט", במקביל לצאתו לאור של הספרון הארום.<sup>51</sup> אף שהמאמר כולל את עיקר הטענות המופיעים בספרון, הוא קצר בהרבה, כותרתו מעט שונה ("חינוך משפטי כהכשרה להיררכיה" לעומת "חינוך משפטי ושעתוק ההיררכיה: פולמיקה כנגד השיטה"), וצורתו הפיזית שונה באופן דרמטי. הספרון הקטן הארום יצא בהוצאה עצמית, במהדורה דמוית־פמפלט (או קונטרס), צורתו ריבועית כמעט לחלוטין, והוא שודך בסיכות גדולות ולא נכרך כספר רגיל.<sup>52</sup> קנדי בחר להשתמש בגופן פשוט ביותר, שגם הוא מזכיר בעיקר עלונים, קונטרסים, או גילויי דעת פוליטיים משנים עברו, כאלו ששוכפלו במכונות שכולן שחלפו מן העולם, ושחולקו בחינם לעוברים ושבים ברחוב על ידי פעילים נלהבים. החוברת הדקה למדי, כ־130 עמודים בלבד עובייה, נכרכה בכריכה אדומה עזה וכללה גם כמה איורים: ציור מסתורי של כוכב הלכת שבתאי ושני איורים מתוך ספר מתחילת המאה העשרים, "סיפורם של שני עכברים רעים".<sup>53</sup> בספרון הארום, כמו גם במאמר, אין ולו הערת שוליים אחת. מכלול מאפיינים אלו הביא לכך שהצורה הלמה לתוכן, ושידרה לפחות חלק ממסריו באופן מידי: אין זה מאמר או ספר אקדמי רגיל, המוסכמות האקדמיות המקובלות אינן חלות עליו, סגנון הכתיבה שונה, המחבר אינו כפוף להיררכיות של יוקרה אקדמית שבאה לידי ביטוי בבית ההוצאה לאור, ולמעשה מתריס במובהק כנגד היררכיות ומוסכמות אלו.<sup>54</sup> הספרון והמאמר מייצגים את הפאזה הרדיקלית, המהפכנית אפילו, במחשבה הביקורתית. המחוות הדרמטיות־רומנטיות שבאו לידי ביטוי במטריאליות של הפמפלט הסוציאליסטי, ההוצאה העצמית, הגרפיקה העממית, אולם גם התכנים עצמם – טענות גורפות כנגד "השיטה", הקריאה החותמת את ההקדמה ("התנגדו!"), ההצעות המהפכניות לבטל כליל פערי שכר בבתי הספר למשפטים, לעשות רוטציה בין מרצים בכל רחבי ארצות הברית, ועוד – כל אלו חורגים מביקורת המשפט במובנה המקובל ושבנו דנתי לעיל, אולם גם משלימים אותו מבחינת היות האסכולה הביקורתית גם חלק מתרבות־הנגד לתרבות השלטת. בהמשך לרעיון של הפוליטיקה היום־יומית, ולרעיון שלפיו כמו שמתרגלים היררכיה אפשר וצריך לתרגל גם אנטי־היררכיה ואנטי־תרבות, הרי שסגנון הכתיבה, האסתטיקה, ואופן הדיבור כולם אמורים לא רק לשכנע את ההיגיון ואת השכל, אלא לתרגל גם את הגוף ואת הנפש לאופן קיום אחר, אנטי־היררכי.

### 6. אוטופיה ואתיקה

המאמר, והספרון בצורה מפורשת יותר, מדגימים את הממד האתי והאוטופי של הגישה הביקורתית למשפט. לא רק שהממד האתי והקונסטרוקטיבי אינו מדובר בדיונים עכשוויים על הגישה הביקורתית, כפי שראינו, קנדי מטיל אחריות אישית על התלמידים, לכאורה מי שנדרס תחת מכבש הלחצים האידיאולוגי. וגם אם מרבית האחריות רובצת, לפיו, לפתחם של המרצים ולא של התלמידים, חלקם של האחרונים אינו נפקד; ומה גם שמרצים רבים למשפטים אינם נהנים מהיוקרה, מהשכר ומהמעמד של מרצה בבית הספר למשפטים בהרווארד, וגם אליהם מופנות ביקורתו הנוקבת של



קנדי ותביעותיו. הפאתוס המאשים והתובעני – "מוכרחים לקחת אחריות אישית" – חורג אם כן מדימוי מקובל של הגישה הביקורתית כאילו הייתה זו ניהיליסטית, רליטיביסטית מבחינה מוסרית, או ביקורתית-נגטיבית בלבד מבלי שהיא מציעה חלופה או דרך פעולה אלטרנטיבית. בדרכו, מנסה המאמר להתמודד אפוא עם השאלה "אז מה אתם מציעים?". הגם שהמאמר בעיקרו ביקורתי טהור, קרי מנתח את הרכיבים השונים שבגינם "המערכת" פגומה, מקולקלת ומשתתפת בהנצחת העוולות ואי-הצדק החברתיים הקיימים, הרי שהספרון האדום משלים היבט שלילי זה בהצעות לגבי מה יש לעשות בהינתן מצב הדברים. כמו כתיבה ביקורתית רבה באותן שנים, המאמר נע בין האוטופי לקונקרטי.<sup>55</sup> הצעות אלו הן ברמות הפשטה משתנות: חלקן עקרוניות ומצביעות על כיוון כללי (אוטופי, לפי קנדי עצמו) וחלקן קונקרטיות וספציפיות ביותר. כאמור, מה שחסר במאמר, מצוי בביורר בספרון האדום: מעבר לכך שההקדמה לספרון האדום במילים "התנגדו!" (resist!), פרק שלם מוקדש לרעיונות שונים, שזכו לביקורת ואף לזלזול. ידועה ביותר היא אולי ההצעה – יש שיאמרו פרובוקציה – לשכר שווה בין כל העובדים בבית הספר למשפטים, כולל המזכירות, המנקות, הספרנים, והמרצים. אולם קיימות גם הצעות רבות אחרות: קבוצות קריאה, דיונים, כיצד ללמד, כיצד לפעול.

עבור קנדי, הצעות אלו מבטאות גם את המשמעות הכללית של רדיקליזם: לא שאיפה לבטל כליל את השיטה הקיימת,<sup>56</sup> או מחשבה שהכול יכול להשתנות ברגע מהפכני אחד, אלא מציאת דרכים רבות, יצירתיות ונקודתיות לפעול אחרת בתוך השיטה הקיימת; להעלות מודעות לאי-הצדק העמוק שיש במציאות החברתית ולאפשר לאנשים לחשוב אחרת על מצבם, ולדמיין שיכול להיות אחרת; להסיר ולו במעט את המעטה של ההכחשה, הניכור-העצמי, הניכור מהזולת ואת הבידוד שנכפים עלינו בשלל המוסדות והמערכות שאנו שותפים בהם, ושאונו משתפים עימם פעולה, לעיתים מבלי משים.<sup>57</sup> ובמובן עמוק זה, למרות שהמאמר (להבדיל מהספרון) אינו אומר "מה עלינו לעשות", הוא מראה מה עלינו לעשות וכיצד לעשות זאת: לכתוב (גם באקדמיה) אחרת, לדבר (גם באקדמיה) אחרת, לחשוב (גם באקדמיה) אחרת, ולהבין הן את הזולת והן את עצמנו באופן אחר.

**ג. חינוך משפטי כהכשרה להיררכיה: בישראל, שלושים וחמש שנה מאוחר יותר**  
מעבר להיותו של המאמר קלאסיקה ביקורתית, יש לשאול מה נותר ממנו, ומה המשמעות של קריאתו בעברית בשנת 2018: האם המאמר תיאר את ההתרחש בפקולטות למשפטים בישראל? את שעתוק ההיררכיה המשפטית בישראל? והאם הוא מצליח עדיין – או בכלל צריך – לעורר תגובה או עניין כלשהו בקוראיו בשנת 2018? אקדים ואומר, שבפרק זה אין בכוונתי ליישם את המאמר של קנדי על ישראל של 2018. אף שלעשות זאת יהיה ראוי ומעניין, ההקדמה שלי לכרך זה נועדה למקם את המאמר ברגע היסטורי מסוים ובתוך ההקשר האינטלקטואלי של האסכולה הביקורתית למשפט. תיאור טיפוסי התלמידים, מניעיהם ללמוד משפטים במוסדות השונים (אוניברסיטאות, מכללות), הרקע הסוציולוגי שממנו הם מגיעים, קריאה זהירה ויסודית בתוכניות הלימודים השונות, בדינמיקה בכיתה ומחוצה לה, ביחסי הסגל האקדמי והסגל המינהלי והקליניקות – כל אלו מחייבים בדיקה מעמיקה שהקדמה זו אינה מתיימרת לעשות. ובכל זאת, בעמודים הבאים אתן כיווני מחשבה אחדים על הרלוונטיות של מאמרו של קנדי לזמן ולמקום שבו מופיע תרגום זה.

אולי צריך להתחיל אפוא במחשבה שייתכן שהמאמר כלל לא רלוונטי לישראל, ואולי במיוחד אינו רלוונטי עוד בימינו. ראשית, לא ברור בכלל אם תיאורי היראה, הכבוד, הפחד וההיררכיה מהדהדים את המתרחש בישראל. התלמידים כיום בוודאי אינם חוששים באותו אופן מהמרצים, שכן בין התיכון לאוניברסיטה רבים מהם שירתו כמה שנים בצבא – מערכת היררכית, נוקשה ואולי

שרירותית עוד יותר – ועל כן האוניברסיטה נחווית על ידם דווקא כחזרה נעימה לבית הספר, וכמקום לא־היררכי, רציונלי ונעים. ובכלל, האווירה בפקולטות למשפטים בישראל, על חוסר הפורמליות שלהן, על הסחבקיות הישראלית שלהן, נדמית שונה למדי ממה שמתאר קנדי. שנית, המקום המרכזי שניתן במאמר ובספרון לשיטה הסוקראטית מפספס במידה רבה את המטרה, שכן בישראל, גם בשיעורים שהם לכאורה סוקראטיים, מרצים בודדים בלבד מכריחים את כל התלמידים לדבר ולפיכך חוויות ההשפלה ויצירת ההיררכיות הבלתי פוסקת בגלל ההשוואה לסטודנטים אחרים אינה קיימת כמעט. שלישית, האוניברסיטאות (וגם מרבית המכללות) נתפסות כמעוזי שמאל מובהקים, וניתן לטעון שהתיאור של קנדי, כאילו השמאל צריך להתארגן כדי להתנגד לשלטון של הימין (או המרכז) באוניברסיטאות הוא מופרך על פניו בישראל של המאה ה-21.<sup>58</sup> לבסוף, צריך לשאול האם באמת הבעיה המרכזית שעומדת מאחורי קנדי היא כה חמורה בישראל, שבה הניכור וההיררכיות החברתיות אינן כה חמורות כמו בארצות הברית.

ואולם, ברצוני לטעון, כי במובנים משמעותיים, המאמר והספרון רלוונטיים מתמיד, וחלקים מהם יכולים היו להיכתב ממש בימינו. הקריאה במאמר מעוררת תחושות חזקות, התיאורים של דינמיקות לימודיות וחברתיות רבות נדמים עכשוויים ומדויקים, והאנליזה בדבר בית הספר למשפטים כמקום שבו נחשפים התלמידים להיררכיות – מריטוקרטיות לכאורה, אולם שפעמים רבות משעתקות הלכה למעשה את המעמדות החברתיים (כלכליים, אתניים, לאומיים, דתיים) – נראית אמינה ומטרידה.<sup>59</sup> בפסקאות הבאות אנסה לעמוד בקיצור נמרץ על רלוונטיות זו, אולם ברצוני להדגיש לפני כן שמכל מקום, כפי שעלה מהדיון עד עכשיו, אף שקנדי ממקד את דיונו בחינוך המשפטי, הטיעון שלו הוא למעשה על המציאות החברתית (בארצות הברית) בכללותה, והדיון בחינוך המשפטי ובבית הספר אומנם מדגים את טענתו הכללית, הוא צריך להיות מובן כעוסק בשאלה הרחבה של שעתוק המצב החברתי הלא־צודק ומה ניתן לעשות במקומות ספציפיים כדי להתנגד לכך. ובאמת, למרות הכותרת של המאמר וחרף החזרה התמטית למושג ההיררכיה, הרי שמבחינת התוכן והאמירות העקרוניות־תיאורטיות, הדוגמאות שקנדי מביא אינן עוסקות דווקא או אך ורק בהיררכיה ובשעתוקה אלא בדברים אחרים שמתרחשים בכיתה: ניתוק בין רגש לבין שכל, בין פוליטיקה לבין משפט, בין עולם הילדים לבין עולם המבוגרים, בין אֶשרור עולם הערכים האישי־סובייקטיבי של כל תלמיד ותלמיד לבין אילוץ לקבל תפיסות וערכים מנוגדים. הדיון של קנדי ב"תיק הקר" וב"תיק החם" מדגים את האופן שבו ההוראה בכיתה מחנכת לאו דווקא להיררכיה, אלא לקבלה של השכלי, המשפטי, הבוגר והריאלי, ולהעדפתו העקרונית על פני הרגשי, המוסרי/פוליטי, הילדותי והתמים/אוטופי.

משכך, השאלה אם חוויות היררכיה ספציפיות כאלו או אחרות מתקיימות אינה מרכזית, כל עוד עצם המבנה ההיררכי – קרי, יצירת אי־ספור התבחנויות ומדרגים לא־צודקים ולא־מוצדקים – ממשיך להתקיים, וכל עוד חוויות שונות של תלמידים ושל מרצים משקפות את היותן של בית הספר למשפטים מקום שבו אנו לומדים לקבל גם את הסדר החברתי אבל גם את "המיסטיפיקציה" של המשפט – ולו באופן פסיבי שאינו מתנגד לכך באופן פעיל. להלן שלוש נקודות מרכזיות שהופכות את מאמרו של קנדי לאפקטיבי לישראל בימינו.

### 1. היררכיות וריבוד חברתי

ההיררכיות החברתיות הרבות שבשעתוקן מאשים קנדי את בית הספר למשפטים נראות וקיימות. המקצוע המשפטי עצמו, ובוודאי החברה בכללותה, מרובדים לעילא ולעילא. מחקרים רבים מוכיחים שהריבוד ההיררכי ואי־השוויון בישראל (ובמקצוע המשפטי) לא הצטמקו, ואף גברו (במרביתם) בשלושת העשורים האחרונים. גברים מרוויחים יותר מנשים, יהודים יותר מערבים,

אשכנזים יותר ממזרחים, ותושבי המרכז יותר ממי שמתגורר בפריפריה. כל זה נכון באופן כללי וגם באופן ספציפי יותר במקצוע עריכת הדין.<sup>60</sup> אין ספק שעובדות אלו לא מוכיחות (הן לא יכולות להוכיח) את הטענה של קנדי שבית הספר למשפטים הוא המקום שבו מתרגלים או מכשירים את התלמידים לקבל את ההיררכיות ואת אי-השוויון; ואולם, עצם אי-השוויון שמטריד את קנדי נמשך ואף מחריף. כמו כן, יש לזכור שקנדי מבהיר שהדיון שלו בהיררכיה הוא דיון אנלוגי, קרי כזה שמבקש לעמוד על ההקבלה בין אתרים שונים של קיום אנושי.<sup>61</sup>

במובן זה, העובדה שגם בישראל הפקולטות למשפטים ממשיכות לדבוק ביצירת היררכיות בין התלמידים – המבוססות לכאורה או באופן חלקי בלבד על איכות אמיתית ועל הבדלים אמיתיים שאותם ניתן לוודא, ובפועל הן משקפות, פעמים רבות, את ההיררכיות החברתיות, את היתרונות והחסרונות בנקודות הזינוק, ואת תחושות היכולת והחולשה – משתלבת במציאות החברתית העגומה של אי-השוויון והאפליה. והיא מצדיקה את העמדה שלפיה ראוי לעשות מאמצים משמעותיים כדי לנסות ולהיאבק בצורה נחרצת עוד יותר כנגד מנגנונים שונים של שעתוק היררכיה ושל קבלת מציאות לא שוויונית בין הפקולטות למשפטים ובתוכן. בהקשר זה ראוי לציין, למשל, את העובדה שבישראל עדיין ניתנים ציונים בסקאלה של 50 ועד 100, ובמרווחים של נקודה. לטעמי, שיטת ציונים זו מהווה דוגמה ליצירת היררכיה דקדקנית, שמתבססת, לפחות באופן חלקי, על הבדלים שלעיתים רבות הטעם המהותי שבהם מפוקפק. גם אם ניתן להצדיק כל נקודה ונקודה שניתנת (או לא ניתנת), מעטים המרצים שיכולים באמת ובתמים לעמוד על כך שישנו הבדל אמיתי וחשוב בין בחינה שקיבלה את הציון 84 לזו שקיבלה 86, בין 72 לבין 74, או בין 91 לבין 93. בארצות הברית, למשל, מדרג הציונים מצומצם בהרבה וכולל לא יותר מעשרה ציונים במקרה הקיצוני; ובבתי ספר עילית כגון הרווארד, ייל ועוד, צומצם טווח הציונים בעשור האחרון, וכעת ניתנים הלכה למעשה, לא יותר משניים או שלושה ציונים לכל היותר. אין ספק שגם צמצום מדרג הציונים מאפשר עדיין התבחנות בין התלמידים והיא זה מופרך לומר שבעקבות זאת, ההיררכיה הפנימית בבתי הספר למשפטים בארצות הברית בוטלה; בוודאי שההיררכיה בין מוסדות הלימוד למשפטים – שהיא אכזרית והרת גורל עוד יותר – לא בוטלה בעקבות רפורמה זו. ועם זאת, השיטה הקיצונית בישראל מהווה מקור לא רק לחרדה (מיותרת) בקרב התלמידים אלא שהיא גם מתרגלת אותם לקבל, להצדיק ולהפנים מדרגים פנימיים, לעיתים שרירותיים, באופן יום-יומי ושגרתי.

## 2. רגשות כעס, זעם ופחד

סיבה מרכזית לכך שהמאמר עדיין "עובד", היא, אני סבור, השימוש המתוחכם שהוא עושה ברגשות שליליים, והפאתוס המרדני הכללי שלו. קנדי פונה לתחושות כעס, תסכול ופחד שמצויות ומתעוררות אצל התלמידים והתלמידות בבית הספר למשפטים. הוא אינו מתעלם מהתחושות הללו, מגנה אותן או מסביר למה הן שגויות. הוא לא מטיף להתגברות עליהן. אדרבה, קנדי נותן לתחושות אלו מקום, מסביר אותן ומבין אותן. למעשה, המאמר מנסה אפילו לעורר, לפחות במידת מה, כעס על המערכת ועל אי-הצדק שבה, בכך שהוא "מעלה מודעות" למצב ומתעקש שהכחשה של ההיררכיה היא "תודעה כוזבת".<sup>62</sup> העובדה ששוק העבודה הפך להיות בטוח פחות עבור תלמידי משפטים רבים – גם אם לא באוניברסיטאות העילית, אז בוודאי בשלל בתי הספר הפרטיים למשפטים שבהם התלמידים והתלמידות מצויים בפחד אמיתי ומוצדק שלא יועסקו במקצוע המשפטי, שלא יוכלו להתקדם בסולם החברתי חרף היותם עורכי דין ועורכות דין, ושהמקצוע הזה לא יספק להם ביטחון תעסוקתי או רווחה כלכלית – בוודאי מחזקת את התחושות הקשות, את הכעס ואת הפחד שמלווים תלמידי

משפטים רבים במהלך לימודיהם (ולאחריהם גם כן). זאת, גם אם לחלק מהפקולטות למשפטים, לפחות, אין תפקיד של ממש ביצירת המצב התעסוקתי הלא-יודאי עבור תלמידיהן.<sup>63</sup> הפנייה לרגשות (או ההפעלה שלהם), ובמיוחד לרגשות שליליים, זרה למרבית הכתיבה הליברלית, בוודאי זו המשפטית. באופן כמעט אינהרנטי, הליברליזם פונה לשכל ולתבונה, מתוך אמונה שידע, מחשבה רציונלית והרהור יובילו לקדמה, ולשחרור מדעות קדומות ומרעיונות שגויים. בין לבין, זונחת הכתיבה הליברלית, בעיקרה, את העיסוק ברגשות ואת ההתמודדות עימם, והכתיבה המשפטית, ממילא שכלתנית, פועלת על השכל ותובעת את הפעלתו הבלעדית בניתוח המשפטי. במובן זה, האפיון של קנדי את החינוך המשפטי כמחנך לבגרות, לניתוק מרגשות, ולניתוח שכלתני וקר, מדגים את הפעולה האידיאולוגית של בית הספר למשפטים, אך גם מצביע על אלטרנטיבה. הפנייה של קנדי לרגשות, ולא רק לאלו החיוביים שבהם, אמורה לא סתם להתנגד לסוג מסוים של עבודה משפטית שכלתנית וקרה, אלא להראות מה יכול להיות הכיוון לתיקון: יש לעשות שימוש ברגש, הן בניתוח של סוגיות משפטיות, הן בהבנת אופני הפעולה של המוסדות המשפטיים, הן בביקורת עליהם, והן במציאת חלופות לחינוך המשפטי-הליברלי. הבנה של הממד הרגשי-פסיכולוגי של סיטואציות חברתיות ומשפטיות והפעלת רגשות כעס וזעם אצל הקוראים אמורה לעורר אותם לפעולה, ולתת לגיטימציה לתחושות שהן אנושיות ומובנות, במקום להרחיק או להכחיש אותן.

### 3. עידן של טראומה, פופוליזם, והאם הביקורת עדיין עובדת?

לסיכום הדיון ברלוונטיות המאמר של קנדי לימינו, ברצוני לבחון האם השאלה הבסיסית של גישת הניתוח הביקורתית למשפט עדיין מהדהדת בכלל כשאלה חשובה. כלומר, האם אנו צריכים להיות מוטרדים משעתוק המצב החברתי של אי-שוויון באמצעות המשפט, והאם המתודה הביקורתית – המתבססת על הצגת הפער בין ההבטחה המשפטית לשוויון ולחירות לבין המצב דה-פקטו שבו המשפט מסייע להנצחת הפערים והאפליה – עדיין אפקטיבית כדי להיאבק בעוולות החברתיות הקיימות. הנחת העבודה של האסכולה הביקורתית התבססה על כך שהליברליזם הבטיח שוויון, אך זה מבושש לבוא, בניגוד לרצון של כולם; על הרעיון שכולם שווים בפני החוק, אולם במציאות – דווקא זו המשפטית – רבים ורבות עדיין מופלים ומוחלשים; על כך שבאופן תיאורטי ועקרוני האזרחות שווה עבור כולם, אולם במציאות ישנם אזרחים סוג ב' ו-ג'; על העובדה שהיררכיה בלתי-מוצדקת מנוגדת לערכי השוויון הבסיסיים של מערכת המשפט ושל התיאוריה הפוליטית שבה אנו מחזיקים; ועל העובדה שסט הערכים הליברלי מחייב, כעניין של מחויבות קוהרנטיות פנימית, עמידה בהבטחות אלו לשוויון אוניברסלי. אולם אם אלו אינן עוד הנחות עבודה תקפות, ואם התיאוריה הפוליטית והמערכת המשפטית מתחילות לשנות את האוריינטציה שלהן לעבר עולם ערכים משפטי אחר, עולה החשש שהתיאוריה הביקורתית תתקשה לעשות את העבודה בחשיפת אי-השוויון ובתביעה לתיקונו.

אני רוצה להאמין שלמרות קולות האזהרה העולים מכל עבר, הן בישראל והן במקומות אחרים בעולם, המחויבות לערכים של שוויון, כבוד, וההתנגדות להיררכיה חברתית לא-לגיטימית נותרות על כנן. שלמרות עלייתם של כוחות פוליטיים, כלכליים וחברתיים שמכרסמים בערכים הליברליים, שמתנערים מהמחויבות לשוויון ממשי ולא רק תיאורטי, שמפשיטים את הדמוקרטיה מבסיסה השוויוני וקוראים אותה כפופוליזם רובני ותו לא, שקוראים לא רק לחיזוק של ערכים פרטיקולריים וקבוצתיים, אלא למחיקת המחויבות לערכים האוניברסליים כדי שהאלמנט השבטי יצא וידו על העליונה תמיד, הבסיס של התיאוריה הביקורתית עדיין מהדהד אצל רבים ועדיין קורא להם ולהן לפעול, ולהיאבק על כך שהעולם שלנו יאפשר קיום שווה יותר, ומנוכר והיררכי פחות.

## הערות

- 1 DUNCAN KENNEDY, LEGAL EDUCATION AND THE REPRODUCTION OF HIERARCHY: A POLEMIC AGAINST THE SYSTEM (1983) (להלן: קנדי 1983). "ספרון קטן אדום" הוא כינוי ספק-אירוני ספק-מעריץ שהודבק לספרו של קנדי על ידי אקדמאים רבים מתנועת ה-CLS עצמה, והוא מתייחס לכינוי שניתן לספרים שבהם הוצאו לאור ציטוטים ונאומיו הנבחרים של מאו טסה-טונג בזמן היותו יושב ראש המפלגה הקומוניסטית הסינית. ספרו של קנדי יצא בהוצאה עצמית, צורתו ריבועית, כריכתו אדומה, הוא משודך בסיכות, וחזותו הכללית כשל פמפלט פוליטי שהודפס באופן כמעט פיראטי. עוד על הצורה של הספרון ראו להלן בפרק ב, סעיף 5, בעמ' 50.
- 2 היו עוד כמה דמויות מובילות וכולטות: רוברטו אנגר, מורטון הורביץ, ריצ'ארד אייבל, מרק קלמן, רוברט גורדון, דיויד טרובק, פיטר גייבל, מרק טושנט, ועוד. בהמשך, הצטרפו נוספים ונוספות כגון פרנסיס אולסון, ג'רי פרוג, מארי-ג'ז' פרוג, פטרישיה ויליאמס, ג'ז' סינגר, קלייר דלטון, קימברלי קרנשו, דיויד קנדי, ורבים ורבות אחרים.
- 3 לרשימה חלקית של הכתיבה הביקורתית שהתפרסמה באותה תקופה ראו את הביבליוגרפיה שהורכבה על ידי קלייר וקנדי ושפורסמה ב-1984 בכתב העת היוקרתי של בית הספר למשפטים באוניברסיטת ייל, ומדגימה את המרכזיות של השיח הביקורתי בתחילת שנות השמונים ובאמצען: Duncan Kennedy, *Yale L.J.* 461 (1984) & Karl E. Klare, *A Bibliography of Critical Legal Studies*, 94 *YALE L.J.* 461 (1984).
- 4 ספרו של קנדי הודפס במהדורה חגיגית בהוצאת הספרים של אוניברסיטת ניו-יורק בשנת 2004. להגל מהדורה מיוחדת זו כתב קנדי הקדמה ואחרית דבר מעודכנות, וחמישה כותבים וכותבות הוזמנו להרהר על ספרו, כ-20 שנה לאחר פרסומו. DUNCAN KENNEDY, LEGAL EDUCATION AND THE REPRODUCTION OF HIERARCHY: A POLEMIC AGAINST THE SYSTEM (A CRITICAL EDITION) (2004).
- 5 אין בכוונתי ליצור רשימה ממצה ואולם ריכוז המרצים והמרצות בישראל שלמדו אצל דמויות בולטות מהאסכולה הביקורתית למשפט בארצות הברית הוא משמעותי. בין היתר ניתן למנות את סנדי קידר (דנקן קנדי ומורטון הורביץ); אסף לחובסקי (מורטון הורביץ); רועי קרייטנר (ג'רי פרוג); אייל גרוס (דנקן קנדי); איסי רוזן-צבי (ריצ'רד פורד); מיכל אלברשטיין (דנקן קנדי); ישי בלנק (דנקן קנדי וג'רי פרוג), הילה שמיר (ג'נט היילי). כותבות וכותבים רבים אחרים הושפעו אף הם מהכתיבה הביקורתית.
- 6 זאת, בניגוד מובהק לכמות המחקרים הרבה שהם ביקורתיים לעילא ולעילא. מפאת קוצר היריעה, לא אציין את הכתיבה הרבה שאין דרך להבין אותה אלא ככתיבה ביקורתית, או לפחות ככזו אשר מטמיעה לתוכה תובנות ביקורתיות, פרודדורות ביקורתיות, ואנרגיה ביקורתית.
- 7 מבלי להיכנס לשלל ההסברים האפשריים לתופעה זו, היא קשורה גם בכך שחוקרים ביקורתיים ישראלים רבים בחרו כתחום העיסוק המרכזי שלהם דוקטרינות משפטיות שמצויות בליבן של סוגיות שמוכנות ממילא כפוליטיות. במילים אחרות, להבדיל מהכתיבה שאפיינה לפחות את ליבתו של ה-CLS, שעסקה במשפט הפרטי ובכך חשפה את הממד הפוליטי שיש בדוקטרינות שהן לכאורה טכניות או לא-פוליטיות, וביקשה להפשיר מציאות משפטית קפואה, ההוגים הביקורתיים בישראל עסקו בנושאים שהיו כבר פוליטיים במובהק: משפט ציבורי, כיבוש, יחסי יהודים-ערבים, יחסי גברים-נשים וכיוצא בזה. עובדה זו מסבירה, לפחות באופן חלקי, מדוע לא היה הכרח מבחינתם של החוקרים הישראלים לעסוק בתיאוריה הביקורתית כשלעצמה, ומדוע השיוך לאסכולה הביקורתית האמריקאית לא נדרש באותו אופן. Robert W. Gordon, *Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law*, 15 *FLA. STATE U. L. REV.* 195 (1987).
- 8 ראו קנדי 1983, לעיל ה"ש 1, עמ' 80.
- 9 ראו למשל Joseph W. Singer, *Legal Realism Now*, 76 *CALIFORNIA L. REV.* 465 (1988). במסה ביקורתית זו מנסח סינגר את הזיקה הרעיונית, שרבים מקרב אנשי ה-CLS ניסו לייצר, בין הריאליזם המשפטי של שנות העשרים והשלשים לבין עצמם. זאת, על ידי הדגשת האלמנט של הריאליזם המשפטי, שאותו מכנה סינגר "ביקורת פרגמטיסטית של כוח". שם, בעמ' 475-502. רבים מההוגים הביקורתיים

הגישה הביקורתית למשפט והחינוך המשפטי: היררכיה, זעם ומה הלאה? | ישי בלנק

- ראו עצמם כממשיכי דרכם הרדיקליים של הריאליסטים, תוך שהם מבקרים את השכחה שאליה שקעו הריאליסטים במשך כמה עשורים, למן אמצע שנות הארבעים ועד אמצע שנות השבעים. חזרתם של הריאליסטים לקאנון המשפטי הייתה, במידה רבה, פרויקט של אנשי הניתוח הביקורתית (ובמדיה פחותה של אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט), שראו בריאליזם מקור להתנגדות אינטלקטואלית לשלטון של התיאוריה הליברלית. לקנוניזציה של הריאליזם המשפטי על ידי חוקרים ביקורתיים ראו: THE CANNON .OF AMERICAN LEGAL THOUGHT (D. Kennedy & W. W. Fisher III eds., 1996)
- 10 ראו למשל תיאודור אדורנו ומקס הורקהיימר "תעשיית תרבות: נאורות כהונאת המונים" אסכולת פרנקפורט: מבחר (ד' ארן מתרגם, 1993).
- 11 הדובר הבולט ביותר של עמדה מרקסיסטית קלאסית זו הוא מורטון הורביץ. ראו MORTON HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1780-1960 (1977); MORTON HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1860-19 (1992). ראו גם Karl Klare, *Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941*, 62 MINN. L. REV. 265 (1978)
- 12 בין הפוסט-מודרניסטים/פוסט-סטרוקטורליסטים ניתן למנות, בין היתר, את דיויד קנדי, ג'רי פרוג, ג'נט האלי, ונת'ניאל ברמן. David Kennedy, *Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship*, 21 NEW ENG. L. REV. 209 (1985); Jerry Frug, *Decentering Decentralization*, 60 U. CHICAGO L. REV. 253 (1993); על יכולת זו ראו ROBERTO M. UNGER, WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME (1996).
- 13 לעניין זה ראו את הריון של דנקן קנדי ואת המינוח שהוא בוחר כדי לתאר את העמדה שלו כ-m/pm כלומר, מודרניזם/פוסט-מודרניזם לאור ההשפעות המשולבות של הוגים מודרניסטים (כמרקס) ופוסט-מודרניסטים. DUNCAN KENNEDY, CRITIQUE OF ADJUDICATION (FIN DE SIÈCLE) 5-8 (1997) (להלן: KENNEDY, ADJUDICATION)
- 14 ראו למשל Clare Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 YALE L.J. 997 (1985).
- 15 תמת אי-הקביעות הייתה מרכזית ביותר עבור הריאליסטים האמריקנים. ראו למשל Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809 (1935)
- 16 היבט זה של הכרעותיות, או decisionism, מודגש בעיקר על ידי הזרמים הפוסט-מודרניסטיים בתנועה הביקורתית, ומושפע מהגים אקזיסטנציאליסטים כגון ניטשה ושמייט. ראו DAVID KENNEDY, A WORLD OF STRUGGLE: HOW POWER, LAW AND EXPERTISE SHAPE GLOBAL POLITICAL ECONOMY (2016)
- 17 גורדון ראו ישי בלנק "קליניקות משפטיות: בין תיאוריה ביקורתית של הפרקטיקה לפרקטיקה ביקורתית של התיאוריה" מעשי משפט 1, 123, 128-130 (2014).
- 18 גם בכך חוזרים אנשי הניתוח הביקורתית לכתובה של חלק מהריאליסטים האמריקנים. ראו Robert Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-coercive State*, 38 POL. SCI. Q. 470 (1923) את הריון של קנדי בו: DUNCAN KENNEDY, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!*, 15 LEGAL STUD. FORUM 327 (1991)
- 19 Tushnet, An Essay on Rights (להלן: Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 TEXAS L. REV. 1363 (1984) KENNEDY, ADJUDICATION; Rights), לעיל ה"ש 13, בעמ' 315-338.
- 20 גם בישראל ניתן לגישה זו ביטוי בכמה מאמרים ביקורתיים כנגד העדפת זכויות ליברליות קלאסיות כחופש ביטוי, קניין והעסקה, על פני זכויות חברתיות כגון הזכות לעבוד, הזכות לחינוך ועוד. ראו למשל אייל גרוס "כיצד הייתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג 229 (2000).

- 21 הפרדה זו בין הספרה הפרטית לספרה הציבורית היא אחת מהיסודיות ביותר במחשבה הליברלית, והוגים ליברלים רבים עסקו בה. ראו למשל חנה ארנדט, המצב האנושי (אריאלה אזולאי ועדי אופיר תרגום, (2014).
- 22 ישי בלנק "על מגבלותיהן של הזכויות החיוביות" עיוני משפט לו 97 (2013).
- 23 Tushnet, An Essay on Rights, לעיל ה"ש 19.
- 24 MARK KELMAN, GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES (1990) (להלן: KEMAN, GUIDE).
- 25 קרל מרקס "לשאלת היהודים" כתבי שחרות: קרל מרקס (שלמה אבינרי עורך, 1965).
- 26 באחד ממאמריו הראשונים מנסח דנקן קנדי את המצב הזה כ"סתירה הבסיסית" (fundamental contradiction). זוהי סתירה בין דחפים ומהויות שונות של בני האדם, אשר מייצרים סתירה יסודית ובסיסית שאין עליה מענה. המשפט, טוען קנדי, נענה לשני המאויים הבסיסיים הללו, גם אם הוא מעדיף לעיתים דווקא את אחד מהצדדים (הפרטי/אגואיסטי או את הקבוצתי/אלטרואיסטי) אולם בשל חוסר היכולת "לפתור" את הסתירה הבסיסית – זו אינה ניתנת לפתרון בהגדרה – הוא מתנדנד ומייצר סתירות פנימיות ואי-קביעות. ראו Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 BUFFALO L. REV. 205 (1979). ראו גם את הדיון של קלמן בסוגיה זו: KEMAN, GUIDE, לעיל ה"ש 24, בעמ' 62.
- 27 Jose A. Bracamonte, *Minority Critiques of the Critical Legal Studies Movement*, 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 297 (1987); Mark Tushnet, *Rights: An Essay in Informal Political Theory*, 17 POL. & SOC'Y 403 (1989); Mari Matsuda, *Pragmatism Modified and the False Consciousness Problem*, 63 SOUTH. CAL. L. REV. 1763 (1990); RICHARD DELGADO, THE COMING RACE WAR?: AND OTHER APOCALYPTIC TALES OF AMERICA AFTER AFFIRMATIVE ACTION AND WELFARE (1996).
- 28 MARK TUSHNET, THE NAACP'S LEGAL STRATEGY AGAINST SEGREGATED EDUCATION, 1925-1950 (1987). ראו למשל
- 29 Tushnet, An Essay on Rights, לעיל ה"ש 19.
- 30 פיטר גיבל היה אחד מהנשאים המרכזיים של ביקורת התרבות בתוך ה־CLS. ראו למשל: Peter Gabel, *The Mass Psychology of the New Federalism: How the Burger Court's Political Imagery Legitimizes the Privatization of Everyday Life*, 52 GEO. WASH. L. REV. 263 (1984).
- 31 Duncan Kennedy, *Critical Legal Studies*, in LEGAL INTELLECTUALS IN CONVERSATION: REFLECTIONS ON THE CONSTRUCTION OF CONTEMPORARY AMERICAN LEGAL THEORY 19-45, 24 (James R. Hackney Jr., ed., 2012).
- 32 Karl Klare, *The Critique of Everyday Life, the New Left, and the Unrecognizable Marxism*, in THE UNKNOWN DIMENSION: EUROPEAN MARXISM SINCE LENIN 3 (D. Howard & K. Klare eds., 1972).
- 33 Peter Gabel, *The Spiritual Foundation of Attachment to Hierarchy*, in LEGAL EDUCATION AND THE REPRODUCTION OF HIERARCHY: A POLEMIC AGAINST THE SYSTEM 154-67 (Duncan Kennedy ed., 1983) (להלן: LERH); Peter Gabel, *The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves*, 62 TEXAS L. REV. 1563 (1984).
- 34 ראו למשל Pierre Schlag, *Normative and Nowhere to Go*, 43 STAN. L. REV. 167 (1990).
- 35 קנדי נקט מתודה זו במקרים רבים. ראו לדוגמה Duncan Kennedy, *Psycho-Social CLS: A Comment on the Cardozo Symposium*, 6 CARDOZO L. REV. 1013 (1985); Duncan Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, 36 J. LEGAL EDU. 518 (1986); Duncan Kennedy, *Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Eroticization of Domination*, 26 NEW ENGLAND L. REV. 1309 (1992).

- הגישה הביקורתית למשפט והחינוך המשפטי: היררכיה, זעם ומה הלאה? | ישי בלנק
- 36 ראו בכלליות אדמונד הוסרל **משבר המדעים האירופאיים והפנומנולוגיה הטרונסצנדנטלית** (דוד זינגר מתרגם, 1996).
- 37 שני הפילוסופים המזוהים בצורה הברורה ביותר עם העמדה הפילוסופית האקזיסטנציאליסטית שהושפעה מהוסרל אך מתחה עליה ביקורת על כך שהותירה את הממד האובייקטיבי דומיננטי מדי, הם ז'אן-פול סארטר ומרטין היידגר.
- 38 ראו למשל אריך פרום **מנוס מחופש** (תמר עמית מתרגמת, 1992).
- 39 ראו למשל: Richard Michael Fischl, *The Question That Killed Critical Legal Studies*, 17 L. & Soc. Inq. 779 (1992). הצורך להציע אלטרנטיבה לסדר הקיים לא נלקח ברצינות מספקת על ידי חלק מההוגים הביקורתיים, אולם קיימת כתיבה ביקורתית רבה שבה קיימות הצעות לכללים, לעקרונות או למדיניות משפטית חליפית.
- 40 שתי דוגמאות מובהקות לסוג כזה של כתיבה אוטופיסטית הן: Gerald Frug, *The City as a Legal Concept*, 93 HARV. L. REV. 1057 (1980); Frances Olson, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497 (1983).
- 41 ראו קנדי 1983, לעיל ה"ש 1, בעמ' 78.
- 42 שם, בעמ' 79.
- 43 דנקן קנדי "חינוך משפטי כהכשרה להיררכיה" **מעשי משפט** ט(1) 17 (שושנה לונדון ספיר מתרגמת, 2017) (להלן: קנדי "חינוך משפטי").
- 44 שם, בעמ' 30.
- 45 למושג "אידיאולוגיה" מובנים רבים וההיסטוריה האינטלקטואלית שלו ארוכה ומורכבת, במיוחד ככל שמדובר בהגות אשר שואבת את מקורותיה מזרמי מחשבה מרקסיסטיים. במסגרת רשימה קצרה זו לא אעמוד על שלל המובנים, אולם דומה שעבור הוגים ביקורתיים רבים מדובר בסט של אמונות, עקרונות וערכים אשר מארגנים את תמונת העולם ואשר אמורים לסייע למי שמחזיק בהן בקבלת הכרעות ובאקט השיפוטי אך גם מצדיקים בדיעבד מעשים ופעולות (עצמיות ושל הזולת).
- 46 Duncan Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, 36 J. LEGAL EDU. 518 (1986).
- 47 ראו למשל את הדיון המעמיק שעורך קלמן, KELMAN, GUIDE, לעיל ה"ש 24, בעמ' 262-295.
- 48 לעניין ההתנגדות לשיטה הסוקראטית ראו קנדי "חינוך משפטי", לעיל ה"ש 43. למבט אוהד על השיטה הסוקראטית, בשל העובדה שהיא מאלצת נשים ומיעוטים להשתתף וכך מעניקה להם ביטוי ונוכחות, ראו Jeannie Suk-Gersen, *The Socratic Method in the Age of Trauma*, 130 HARV. L. REV. 2320 (2017).
- 49 כך למשל סדרת הטלוויזיה והסרט "המרוץ אחר הגלימה", והספר One L.
- 50 בוודאי שמחקרים אמפיריים מסוגים שונים, כגון תצפיות, תצפיות מעורבות, שאלונים וניסויים במעבדה יכולים לומר לנו דברים מעניינים וחשובים מאוד לגבי תפיסות אישיות וקבוצתיות, חוויות והתרשמיות מסיטואציות. ואולם, גם למחקרים אמפיריים מסוג זה ישנן מגבלות קשות וידועות. ראו למשל חוברות 2-3 של **עיוני משפט** לו (2011) שהוקדשו למתודה האמפירית.
- 51 THE POLITICS OF LAW (David Kairys ed., 1982).
- 52 להדגשת צורניותו הייחודית של הספרון הקטן האדום, ופרשנויות שונות שניתנו לה, ראו Janet Halley, *Of Time and the Pedagogy of Critical Legal Studies*, in LERH 185, 185-186; כן ראו את אחרית הדבר של קנדי, שם, בעמ' 209-212.
- 53 ציורי העכברים מראים מפגשים של משפחת עכברים עם החוק. באחד מהם מסבירים אבא ואימא עכברים לשלושת ילדיהם העכברונים מהי מלכודת; בשני נתקלת אימא עכברה (הנושאת בידיה עכברון קטנטן) בכובה בדמות שוטר. ראו LERH, לעיל ה"ש 33, בעמ' 12, 14. לפי קנדי, הסיבה שבחר בשני האיורים האלה היא להדגים תגובות להיררכיה ולכוח.



- 54 קשה להעביר את הסגנון האישי והייחודי של דנקן קנדי לעברית. השילוב בין משפטים ארוכים, מורכבים, ומתוחכמים ובהם רעיונות מסובכים הכתובים באנגלית שהיא מצד אחד גבוהה וקשה ומצד שני יום-יומית, כמעט עממית ושאינה נכנעת למוסכמות הסוגה האקדמית הרגילה, הופכים את התרגום לקשה במיוחד. למשל, השימוש שעושה קנדי במונח "nonsense" כדי לתאר את התפיסות הרגילות של חוויית הלימוד בבית הספר למשפטים. בוודאי שניתן היה לתרגם את המונח ל"הבל" או "חסר משמעות"; ואולם, אנו בחרנו לתרגם את המונח ל"שטויות" שכן הטון הכללי של המאמר אינו רשמי וגבוה, אלא ישיר ויום-יומי יותר. את יום-יומיותו וישירותו של המקור קשה לעיתים להעביר שכן לא לכל דבר יש תרגום לעברית. למשל, בכתיבה אקדמית לא מאוד מקובל לכתוב בקיצורים (contractions) כגון it's, אלא לכתוב בצורה מלאה ורשמית it is. את האפקט היום-יומי של המקור היינו צריכים אפוא להשיג בבחירת מילים ממשלב דיבורי יותר בעברית.
- 55 ישנן דוגמאות רבות לסגנון ביקורתי זה שמשלים את הביקורת בהצעות שהן אוטופיות במוצהר אך גם קונקרטיות. ראו לדוגמה: Gerald Frug, *The City as a Legal Concept*, 93 HARV. L. REV. 1057 (1980); Frances Olson, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497 (1983).
- 56 Kennedy, Afterword, in LERH 214-15
- 57 נקודה זו מודגשת על ידי פיטר גייבל: Peter Gabel, *The Spiritual Foundation of Attachment to Hierarchy*, in LERH 154-67
- 58 לזאת יש להוסיף את עידן הטראומה והפופוליזם, שבו סטודנטים ממשטרים, או לפחות מנסים למשטר, (בהצלחה שעדיין מוטלת בספק) בהקשרים ובאופנים שונים את המרצים שלהם. משטור זה יכול שיהיה קשור בעמדות פוליטיות, שבמסגרתו מרצים נדרשים שלא לגרום לקבוצות תלמידים מרקע אידיאולוגי שונה להרגיש מודרים או מושתקים, או שהוא נובע מתביעות לתקינות פוליטית או להימנעות מהפעלת טראומות אצל תלמידים (trigger warnings). אומנם בישראל משטור התקינות הפוליטית ואזהרות הטרור עדיין בחיתוליו, וקשה לדעת מה יעלה בגורלו, ואולם מעניין לחשוב על האופנים שבהם סטודנטים נאבקים בהיררכיה המובנית ביחסיהם עם המרצים שלהם על ידי הפעלת פיקוח משלהם על המרצים והמרצות שלהם.
- 59 זאת, מבלי לגרוע מהאמצעים הכנים שנעשים במישורים רבים לתקן שעתוק זה. הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב עושה מאמצים רבים, גם אם אלו לא תמיד נושאים פרי מספק, לגוון את גוף התלמידים שלה כך שישקף טוב יותר את ההרכב החברתי וכדי שגם בני ובנות קבוצות מודרות ומוכפפות ילמדו בו, ואף יצליחו לשבור ולתקן את אי-השוויון החברתי.
- 60 לנתונים על אודות אי-השוויון במקצוע המשפטי ראו את המחקר הגדול שתוצאותיו פורסמו אך לאחרונה: נטע זיו, תמר קריכלי-כץ ואסי רוזן-צבי "החלום ושברו: דפוס אי-שוויון וריבוד בקרב בוגרי משפטים בישראל בפתח המאה העשרים ואחת" *מעשי משפט* ט' (1) 99 (2017).
- 61 "החינוך המשפטי תומך בהיררכיה כאנלוגיה, הוא מספק להיררכיה אידיאולוגיית לגיטימציה כללית, באמצעות הצדקת הכללים המונחים בבסיסה, כמו גם אידיאולוגיה ייחודית, באמצעות מיסטיפיקציה של ההנמקה המשפטית. החינוך המשפטי מבנה את מאגר עורכי הדין הפוטנציאליים כך, שארגונם ההיררכי נראה בלתי נמנע, ומכשיר אותם בדקדקנות להיראות, לחשוב ולהתנהג בדיוק כמו כל עורכי הדין האחרים במערכת". ראו קנדי "חינוך משפטי", לעיל ה"ש 43, בעמ' 30.
- 62 ראו שם, בעמ' 32.
- 63 עם זאת, ייתכן שמבנה ההשכלה הגבוהה למשפטים אחראי לפחות באופן חלקי למצב הזה.

