

## “עיוני משפט” בן ארבעים – היש והאין

מאת  
מנחם מאוטנר\*

### תקציר

ניתן לחלק את ההיסטוריה של המאמרים שהתפרסמו בעיוני משפט לשתי תקופות. בתקופה הראשונה – “תקופת הפסיקה” – התפרסמו בכתב־העת מאמרים שעסקו בעיקר בניתוח פסיקתו של בית־המשפט העליון. בתקופה השנייה – “תקופת הפסיקה והספרות (המשפטית)” – נמשכת מרכזיותה של הפסיקה בדיונים המתקיימים במאמרים, אולם מצטרף אליה שימוש נרחב בחומרים המבקשים להאיר את הפסיקה באמצעות ספרות תיאורטית שנכתבה על־ידי מלומדי משפט כמו־גם על־ידי מלומדים הממוקמים בדיסציפלינות שמחוץ למשפט. בתקופה זו ניתן למצוא גם מאמרים המבקשים להבין את התופעה המשפטית באמצעות מחקרים אמפיריים, וכן מאמרים העוסקים בהיסטוריה של המשפט. אולם ב”תקופת הפסיקה והספרות” בולט לעין ההעדר הכמעט־מוחלט של עיסוק בתכנים של אומנות, דהיינו, בתכנים הלקוחים מהספרות, מהשירה, מהמחזאות ומהקולנוע. העדר זה הוא בעייתי מכמה בחינות. ראשית, בעיה מרכזית של הליברליזם היא שהוא “רזה” מבחינת המשמעות שהוא מסוגל לספק לאזרחיה של המדינה הליברלית. את רוון המשמעות של הליברליזם יכולה למלא האומנות, דהיינו, תכנים המתמודדים עם שאלות אנושיות בדרך מזוקקת, היוצרת חוויה מעוררת מחשבה, מרגשת ובעלת השפעה מתמשכת. בלא שליטה בתכנים של אומנות, המסרים של המשפטנים הליברליים לאלה הקוראים אותם ומאזינים להם הם רזים וחסרים. שנית, הליברליזם הישראלי נמצא בתחרות קשה עם הדתיות. לדתיות יש יתרון ניכר על הליברליזם מבחינת עושר המשמעות שהיא מסוגלת להציע לבני־האדם. סיכוייו של הליברליזם להצליח בתחרותו עם הדת יגברו אם הפעלת הליברליזם תהא שלובה בהפצה נרחבת של אומנות. שלישי, חומרים הלקוחים מהאומנות חשובים לפיתוח הכישורים שמשפטנים נזקקים להם על־מנת למלא כהלכה את תפקידיהם המקצועיים. לצד האומנות, רכיב שני שהעדרו בולט במאמרים שהתפרסמו בעיוני משפט, אפילו ב”תקופת

---

\* פרופסור מן המניין, מופקד הקתדרה למשפט אזרחי השוואתי ולתורת המשפט ע”ש דניאל רובינגשטיין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב. תודתי נתונה לגיא פריבר על הערותיו ועזרתו.

הפסיקה והספרות", הוא כתיבה ביקורתית על תרומת המשפט לשימור המשטר הכלכלי, החברתי והפוליטי של ישראל ("לימודי משפט ביקורתיים"). שני סוגי חסר דלעיל (חסר בתכנים של אומנות והחסר בכתיבה בסוגה של לימודי משפט ביקורתיים) משקפים חסר בחינוך המשפטי הקיים בישראל. כשם שמה שיש בחינוך המשפטי משתקף בין דפיו של עיוני משפט, מה שאין בחינוך המשפטי משתקף בהעדרו ממאמרי כתב-העת.

מבוא

א. ה"יש"

ב. ה"אין" – תכנים הומניסטיים

1. טיעון ראשון: השגת עושר משמעות במסגרת הליברליזם מחייבת עיסוק

באומנות

2. טיעון שני: הגנת הליברליזם מחייבת השלמות באמצעות האומנות

3. טיעון שלישי: העיסוק באומנות משיח את הכישורים המקצועיים של

עורכי-הדין

(א) רזון המשפט

(ב) יתרון האומנות על המציאות

ג. ה"אין" – חשיבה ביקורתית על המשפט

סיכום

## מבוא

**עיוני משפט** בן ארבעים, וזה בהחלט מאורע ראוי לציון. בארבעים שנותיו העשיר כתב-העת את קהילת המשפט של ישראל בכתיבה אקדמית מעמיקה ומעוררת מחשבה; יצר דגם מצוין של עריכת כתב-עת משפטי, דהיינו, שילוב של חבר סגל עם סטודנטים; והעשיר קרוב לשבע מאות סטודנטים בחוויה ייחודית של חינוך משפטי. כל העושים במלאכה, לדורותיהם, ראויים להוקרה.

עיון בארבעים כרכיו של **עיוני משפט** מגלה שינוי במאפייני המאמרים שהתפרסמו בכתב-העת. השינוי משקף את השינוי שחל באקדמיה המשפטית של ישראל בארבעים ושש השנים שחלפו מאז פורסמה החוברת הראשונה של כתב-העת, בשנת 1971. השינוי הוא בלתי-נמנע, כמובן. שום דבר בחיינו, ובוודאי שום דבר במשפט הישראלי, לא נותר כפי שהיה בראשית שנות השבעים של המאה העשרים.

## א. ה"יש"

אני רוצה לחלק את ההיסטוריה של **עיוני משפט** לשתי תקופות: את התקופה הראשונה אכנה "תקופת הפסיקה", ואת השנייה אכנה "תקופת הפסיקה והספרות" (המשפטית)."

התקופה הראשונה נמשכה מראשית פרסומו של כתב־העת ועד אמצע שנות השמונים של המאה העשרים, דהיינו, כחמש־עשרה שנים. התקופה השנייה החלה באמצע שנות השמונים ונמשכת עד היום.<sup>1</sup>

בתקופה הראשונה – "תקופת הפסיקה" – התפרסמו בכתב־העת מאמרים שעסקו בעיקר בנייתו פסיקתו של בית־המשפט העליון, דהיינו, מאמרים שעסקו בהבהרת תוכני הדוקטרינה של המשפט הישראלי יציר הפסיקה. המאמרים עסקו בניסיון לארגן באופן שיטתי את תוכני הפסיקה בתחומים שונים, בדרך־כלל תוך חתירה להשגת קוהרנטיות בין התכנים האלה; בהגדרתם של מושגים ומוסדות משפטיים; בהתוויית קווי התיחום המבדילים בין גופי דין שונים (למשל, דיני החוזים לעומת דיני הנזיקין) ובין מוסדות משפטיים שונים (למשל, בתי־המשפט לעומת בתי־הדין הדתיים); בהשוואת התכנים וההשלכות של גופי דין קרובים, ובשאלה באיזו מידה הם מתיישבים אלה עם אלה; בשאלת תוקפם של אקטים משפטיים; בשאלת היקפן של חבויות משפטיות; ובשאלת סמכותם של מוסדות משפטיים. המאמרים נקראים לא אחת כמכוונים לסייע לשופטים ולעורכי־דין בעבודתם בדרך של הספקת תכנים משפטיים מעובדים, ערוכים ומלומדים. גישה זו ניכרת גם במדורי ביקורת הספרים שהופיעו בתקופה זו בכתב־העת. הספרים המבוקרים היו בדרך־כלל – אם כי לא תמיד – מן הסוג של treatise (ספרים שבהם מובאת הפסיקה של בית־המשפט העליון בתחום מסוים כשהיא מאורגנת לפי נושאים).

עם זאת, חומרי־הגלם ששימשו למאמרים שהתפרסמו בתקופה זו נמצאו לעיתים מעבר לפסיקה. כבר בתקופה זו ניתן למצוא מאמרים המבקשים להאיר את משמעויות המשפט באמצעות תכנים הלקוחים מדיסציפלינות שמעבר למשפט, וכן מאמרים תורת־משפטיים הנסמכים על חומרים של תיאוריה פוליטית. אולם מאמרים מסוג זה היו מיעוט בתקופה זו. הדבר הבולט בתקופה השנייה, שאותה אני מכנה כאמור "תקופת הפסיקה והספרות", הוא המשך מרכזיותה של הפסיקה בדיונים המתקיימים במאמרים, אך תוך שימוש נרחב בחומרים המבקשים להאיר את הפסיקה בכלים תיאורטיים. כלים אלה לקוחים מארבעה מקורות עיקריים: ראשית, תיאוריות שהתפתחו במשפט האמריקני (ולעיתים גם במשפט הישראלי) לצורך הבנת היסודות הנורמטיביים של ענפי משפט, מוסדות משפטיים ודוקטרינות משפטיות – תיאוריות הנסמכות בדרך־כלל על תובנות הלקוחות מהתיאוריה הפוליטית, מתורת המוסר ומהכלכלה; שנית, תיאוריות שהתפתחו בדיסציפלינות השונות של מדעי החברה (כלכלה, סוציולוגיה וכדומה) (חלק מהמאמרים האלה נקראים כמסמכי "מדע מדיניות" (policy science), דהיינו, כמבקשים להנחות רשויות מדינה באשר למידע האמפירי ולשיקולים הנורמטיביים שרלוונטיים לצורך החלטותיהן, ובאשר לדרכים שבהן עליהן

1 על ההיסטוריה של כתב־העת המשפטיים בעריכת סטודנטים בעולם המשפט האנגלו־אמריקני ראו נמרוד אברמוב, תום סדון ואור קשת "The Work of Boys": על חידת הצלחתם של כתבי־עת בעריכה סטודנטאילית" עיוני משפט לה 257 (2012). על ראשיתו של עיוני משפט ראו שם; נילי כהן "עיוני משפט" בן שלושים" עיוני משפט ל 5 (2006).

להסדיר תחום פעילות מסוים הנתון לסמכותן);<sup>2</sup> שלישית, תיאוריות תורת-משפטיות; רביעית, תיאוריות פמיניסטיות.

מה שמאפיין את המאמרים האלה הוא שיש בהם שני רכיבים גדולים: הפסיקה, אשר ממשיכה כאמור לשמש מניע לדיון וציר מרכזי בו; ספרות תיאורטית שנכתבה על-ידי מלומדי משפט כמו-גם על-ידי מלומדים הממוקמים בדיסציפלינות שמחוץ למשפט. בתקופה זו ניתן למצוא גם מאמרים המבקשים להבין את התופעה המשפטית באמצעות מחקרים אמפיריים. כמו-כן בולט מאוד בתקופה זו מספרם של המאמרים העוסקים בהיסטוריה של המשפט.<sup>3</sup> רבים מהמאמרים של התקופה הזו נראים כמונונים אף הם לאנשי הפרקטיקה המשפטית, דהיינו, אל השופטים ועורכי-הדין. אבל רבים מהמאמרים נקראים גם כמונונים למלומדי משפט אחרים או אף למלומדים שמחוץ למשפט.<sup>4</sup>

שינוי זה בתוכני המאמרים בתקופה השנייה ניכר גם בנושאים שלהם הקדיש כתב-העת חוברת שלמה או חלק מרכזי מתוך חוברת: "משפט ו... כמה מהפנים הבינתחומיות של המשפט" (חוברת טז(3), 1991, בעריכת אירית חביב-סגל); "ההגנה החוקתית על בעלות במקרקעין" (חוברת כא(3), 1998, בעריכת רון חריס); "לקראת הפרטה של מקרקעי ישראל?" (חוברת כא(3), 1998, בעריכת רון חריס); "דיני החוזים של ישראל במלאת 25 שנה לחקיקת חוקי החוזים החדשים" (חוברת כב(3), 1999, בעריכת אלימלך וסטרייך); "החינוך המשפטי"

2 אני חושב שרק מעטים מבין האקדמאים המשפטיים בארצות-הברית ובישראל מודעים לכך שתורת משפט שפותחה החל בשנות החמישים בבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל היא אמה של פרדיגמה מרכזית בעיסוק במשפט בארצות-הברית ובישראל. על-פי תורת משפט זו, משפטים הם קודם-כל "מקבלי החלטות", ויש ללמד אותם כיצד לקבל החלטות שיהיו הטובות ביותר ללקוחותיהם ולחברה שבגדרה הם פועלים. ראו: W. MICHAEL REISMAN & AARON M. SCHREIBER, JURISPRUDENCE: UNDERSTANDING AND SHAPING LAW (1987) מייקל ריסמן "החלטה משפטית כהכרעה חברתית" עיוני משפט יח 611 (1994). על-פי הפרדיגמה שנוצרה בגדרה של תורת משפט זו, מלומדי המשפט אמורים לכתוב חיבורים שיש בהם המלצות למקבלי החלטות שברשויות המדינה ובחברה האזרחית באשר לדרכים שבהן עליהם לפעול כדי לקדם יעדים חברתיים.

3 שאלה מעניינת היא מדוע מספרם של אנשי האקדמיה המשפטית העוסקים בהיסטוריה של המשפט (בין אם הם מגדירים את עצמם היסטוריונים של המשפט ובין אם לאו) גדול כל-כך. תשובה ראשונית, כמעט מובנת מאליה, היא שהמשפט האנגלו-אמריקני מבוסס על עיסוק יומיומי בעבר, משום שהמשפט הוא מסורת – או מערכת תרבותית – שתכניה אמורים להכתיב את התכנים של החלטות משפטיות. זאת, בניגוד לרוח המודרנה, שעל-פיה העבר אינו אמור להיות בעל תוקף מחייב. ראו את מאמרו המכונן של עמנואל קאנט "תשובה לשאלה: נאורות מהי?" הנאורות – פרויקט שלא נשלם? שש מסות על נאורות ומודרניזם 45 (עזמי בשארה עורך, הקיבוץ המאוחד, 1997).

4 שילוב זה של פסיקה וספרות תיאורטית ניכר גם במוסד ה"פתח-דבר", שאותו אימצה מערכת עיוני משפט מכתב-העת HARVARD LAW REVIEW בשנת 2013. ה"פתח-דבר" של HARVARD LAW REVIEW מבקש להאיר את פסיקת המושב האחרון של בית-המשפט העליון האמריקני מזווית תיאורטית. ה"אני מאמין" של ה"פתח-דבר" של עיוני משפט מנוסח בצורה רחבה מעט יותר – "לדון בהתפתחויות מכוננות בעולם המשפט שהתרחשו בשנה הקודמת לפרסום הכרך". רומי מרטיץ, יובל נעים ועמרי רחום-טוויג "פתח-דבר ל'פתח-דבר'" עיוני משפט לו 5 (2013).

(חוברת כה(2), 2001, בעריכת חנוך דגן); "היסטוריה של המשפט הישראלי" (חוברת כו(2), 2002, בעריכת אסף לחובסקי); "רב־תרבותיות" (חוברת כז(1), 2003, בעריכת ליאורה בילסקי); "משפט וגבולות" (חוברת כז(2), 2003, בעריכת ליאורה בילסקי); "משפחה חדשה" (חוברת כח(3), 2005, בעריכת ליאורה בילסקי); "מחקר אמפירי של המשפט" (חוברת לד(2-3), 2011, בעריכת מיכאל בירנהק). חוברות נושאות הוקדשו גם לשינויים הניכרים שחלו במשפט הישראלי בעשורים האחרונים: בשנת 1993 פורסמה חוברת בנושא "אקטיביזם שיפוטי בישראל" (חוברת יז(3), בעריכת אריאל פורת), ובשנת 1995 פורסמה חוברת בנושא "מדינה יהודית ודמוקרטית" (חוברת יט(3), בעריכת דפנה ברק־ארז).

ניתן להציג את השינוי האמור בתוכני המאמרים כמעבר מתקופה שבה שלט במשפט הישראלי הפורמליזם המשפטי לתקופה שבה עברה האקדמיה המשפטית של ישראל להשראתו של הריאליזם המשפטי. עיקרו של הפורמליזם המשפטי הוא האמונה שניתן לעסוק במשפט תוך התגדרות בתכניו הפנימיים של המשפט, ומתוך חתירה למיונם של מצבים עובדתיים אל תוך הקטגוריות המשפטיות שאמורות להסדירם.<sup>5</sup> במילים אחרות, הפורמליזם המשפטי מצדד בכך שבמשפט יתקבלו החלטות מבלי לבחון ברמת מודעות גבוהה את השלכותיהן של ההחלטות על חייהם של בני־האדם שנורמות המשפט אמורות לחול עליהם. תפיסה זו של העיסוק במשפט ניכרת בתוכני המאמרים שראו אור בעיוני משפט ב"תקופת הפסיקה". עיקרו של הטיעון הנורמטיבי של הריאליזם המשפטי, לעומת זאת, הוא שיש לעסוק במשפט תוך ניסיון להבין את ההשלכות של הסדרי המשפט על חייהם של בני־האדם, דהיינו, אילו ערכים המשפט מבקש להפיץ ולאכוף, ואיזו חלוקה של משאבים חומריים המשפט מבקש לכונן. כבר בשלב מוקדם הוביל טיעון זה לתביעה שההתמודדות עם שאלת ההשלכות של המשפט תיעשה באמצעות כלים הלקוחים מהדיסציפלינות של מדעי החברה והרוח, ולא בהסתמך על הבנות "השכל הישר" של המשפטנים (כפי שנעשה בגדרו של הפורמליזם המשפטי). ברגע זה נולדה תנועת ה"משפט ו", המאפיינת את "תקופת הפסיקה והספרות" בהיסטוריה של עיוני משפט.<sup>6</sup> הגישה הריאליסטית עלתה במשפט האמריקני בשנות העשרים

5 לאפיוניו של הפורמליזם המשפטי ראו מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת פרק 6 (2008) (להלן: מאוטנר משפט ותרבות בישראל).

6 ראו מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי 11-68 (2002); מנחם מאוטנר משפט ותרבות 41, 46-58 (2008) (להלן: מאוטנר משפט ותרבות). בכמה בתי־ספר למשפטים בארצות־הברית התאפיין המעבר מעידן הפורמליזם לעידן הריאליזם ו"המשפט ו" שנלווה אליו במאבקים אינטלקטואליים ובמאבקים אישיים לא־קלים. התרשמותי היא שבישראל התרחש מעבר זה בלא מאבקים קשים מדי. אני רוצה להציע שני גורמים שתורמו לכך. הגורם האחד הוא שבתקופה שבה התרחש המעבר הזה – דהיינו, שנות השמונים ושנות התשעים – ביקרו הפקולטות של ישראל מלומדי משפט ישראלים שנקלטו בסגל של מיטב הפקולטות בארצות־הברית. אורחים אלה פעלו במשפט, כמובן מאליו, במסגרת הפרדיגמה הריאליסטית. בביקוריהם בפקולטות של ישראל הם הקנו אפוא לגיטימציה לעיסוק הריאליסטי במשפט. הגורם השני הוא שהצעירים שהחלו לאייש את הפקולטות למשפטים של ישראל בשלושת העשורים האחרונים של המאה העשרים, ואשר הביאו עימם את הגישה הריאליסטית, למדו במיטב הפקולטות ובתי־הספר למשפטים באנגליה ובארצות־הברית. שני הגורמים האלה הקנו יוקרה לגישה הריאליסטית, והדבר הקשה את ההתנגדות לה.

של המאה העשרים, ואילו בשאר ארצות המשפט האנגלו-אמריקני, לרבות ישראל, היא עלתה רק בעשורים האחרונים של המאה העשרים. תוכני המאמרים שראו אור בעיוני משפט ב"תקופת הפסיקה והספרות" משקפים היטב את המעבר מתפיסה פורמליסטית לתפיסה ריאליסטית של המשפט.

במאמר מפורסם, אשר ראה אור בארצות-הברית בשנת 1992 ועורר תגובות רבות, ביכה השופט הארי ט' אדוארדס את "הנתק הגובר" בין הכתיבה האקדמית על המשפט לבין הפרקטיקה המשפטית.<sup>7</sup> אדוארדס טען כי אנשי האקדמיה המשפטית של ארצות-הברית איבדו עניין בפסיקה, ונטשו את העיסוק בה. הם עוסקים יותר ויותר ב"תיאוריה טהורה", דהיינו, הם מייצרים "כתיבה מופשטת שיש לה רלוונטיות מועטה בלבד לנושאים קונקרטיים, או כתיבה המתמודדת עם נושאים קונקרטיים בדרך שהיא תיאורטית לחלוטין". כתוצאה מכך, "שופטים, אנשי מנהל, מחוקקים ועורכי-דין אינם מוצאים אלא תועלת מועטה בחלק ניכר מכתביהם של אנשי האקדמיה". אדוארדס קרא לאקדמיה המשפטית לשוב לכתיבה "מעשית", דהיינו, כזו העוסקת בדוקטרינה המשפטית מתוך כוונה לספק לעורכי-דין ולשופטים הנחיה באשר לטיפולם בבעיות משפטיות וכן להציע למחוקקים רפורמות במשפט.<sup>8</sup>

הפרכה העיקרית בטיעונו של אדוארדס היא שהוא תופס בצורה צרה מדי את הכישורים הנדרשים לצורך עיסוק נכון בבעיות משפטיות. אולם אין בכוונתי לפתח טיעון זה במסגרת הדיון הנוכחי. חלף זאת ברצוני לטעון כי עיון במאמרים שהתפרסמו בעיוני משפט ב"תקופת הפסיקה והספרות" מלמד כי המרחק בין האקדמיה המשפטית לבין הפרקטיקה המשפטית קטן בהרבה, לפחות בארץ, מזה שראה השופט אדוארדס לנגד עיניו. מאמרים רבים, גם אם לא כולם, מחוברים באופן הדוק לפסיקה, המשמשת מניע וציר לדיון המתקיים בהם. עם זאת, המאמרים מאירים את הפסיקה באמצעות כלים תיאורטיים באופן שמשפטנים מעשיים צריכים – על-פי תפיסה החורגת מהתפיסה הצרה של אדוארדס, דהיינו, על-פי תפיסה ריאליסטית – למצוא בה עניין במסגרת עיסוקם.

השינויים בתוכני המאמרים שראו אור בעיוני משפט משקפים את השינויים בדרכי הכשרתם של מלומדי המשפט בישראל בעשורים האחרונים. רוב המאמרים שפורסמו בכתב-העת (בשתי התקופות) נכתבו על-ידי אנשי האקדמיה המשפטית ותלמידיהם. עד שנות השבעים רכשו רוב חברי הסגל של הפקולטות למשפטים בישראל את חינוכם המשפטי באירופה, באנגליה או בישראל, אשר באותן שנים הושפעה במידה ניכרת מן המשפט האנגלי. חינוך משפטי זה היה פורמליסטי בעיקרו. החל במחצית השנייה של שנות השבעים הצטרפו לסגל של הפקולטות למשפטים מורים שקיבלו את הכשרתם בפילוסופיה של המשפט באוניברסיטת אוקספורד, וכן מורים רבים שקיבלו את הכשרתם בתי-הספר למשפטים המובילים בארצות-הברית. כאשר מורי משפט אלה כתבו מאמרים אקדמיים, הם עשו זאת כפי שהם למדו ממוריהם באנגליה ובארצות-הברית, וכפי שעשו זאת עמיתיהם באנגליה ובארצות-הברית. כמו-כן, במחצית השנייה של שנות השמונים החלו סטודנטים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב ללמוד גם בפקולטות אחרות באוניברסיטה לצד לימודי

7 ראו: Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession*, 91 MICH. L. REV. 34 (1992).

8 שם, בעמ' 35, 42-43.

המשפטים שלהם. כאשר סטודנטים אלה פרסמו מאמרים בעיוני משפט, הם נסמכו גם על ידע שרכשו בפקולטות האחרות.

## ב. ה"אין" – תכנים הומניסטיים

ב"תקופת הפסיקה והספרות" בולט לעין ההעדר הכמעט־מוחלט של עיסוק בספרות, בשירה, במחזאות ובקולנוע במאמרים שראו אור בעיוני משפט.<sup>9</sup> העדר זה משקף חסר בדרכי ההכשרה של המשפטנים בבתי־הספר למשפטים באנגליה ובארצות־הברית, ובעקבות זאת גם בישראל. בשורות הבאות אטען כי העדר זה הוא בעייתי הן מבחינת פועלו ומעמדו של הליברליזם בישראל והן מבחינת ההקניה של כישורים מקצועיים נאותים למשפטנים. אציע שלושה טיעונים.

### 1. טיעון ראשון: השגת עושר משמעות במסגרת הליברליזם מחייבת עיסוק באומנות

התרומה ההיסטורית הגדולה של בית־המשפט העליון ושל קהילת המשפטנים (השופטים, עורכי־הדין ומורי המשפט) של המדינה, החל בהיווסדה, היא הטמעתם של ערכים ליברליים בתרבות הפוליטית של המדינה. המשפטנים פעלו, ועודם פועלים, בתנאים לא־פשוטים. בשנות החמישים שלטה בארץ אידיאולוגיה קולקטיביסטית, שערכי־הציר שלה היו מנוגדים לאלה של הליברליזם. למעשה, למן קום המדינה נמצא הליברליזם בישראל בתוך בין תכנים דתיים לתכנים לאומיים, העלולים לכרסם בהסדריו או אפילו לאיים על המשך קיומו. כידוע, הליברליזם הוא "שם משפחה"; קיימות גרסאות מגוונות של תיאוריה פוליטית זו – הן ברמת ההגות והן ברמת מימושה המשטרי של התיאוריה במדינות השונות. הליברליזם המגולם במשפט הישראלי הוא "הליברליזם של הזכויות השליליות והאוטונומיה". ליברליזם זה מבוסס על ההנחה שהחיים הטובים הם אלה שבהם אדם מצליח לקבוע את תוכני חייו בעצמו, מתוך עצמו, בלא התערבות חיצונית. הקשר בין הליברליזם הזה לבין המשפט הוא הדוק: בלב הליברליזם של הזכויות השליליות והאוטונומיה נמצאת מערכת הזכויות השליליות של המשפט (חופש הדת, החופש מדת, חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש התנועה, חופש הקניין, הפרטיות וכו'), שאמורה לאפשר לבני־האדם לחיות כשהם מוגנים מפני התערבות של המדינה ושל בני־אדם אחרים בחייהם באופן שעלול לסכל את האוטונומיה שלהם. אם מניחים שבני־אדם הם יצורים החותרים לקיומה של משמעות בחייהם, אזי בעיה מרכזית של הליברליזם של הזכויות השליליות והאוטונומיה היא שהוא "רזה" מבחינת מערכת המשמעות שהוא מסוגל לספק לאזרחיה של המדינה הליברלית. רוברט קאבר היטיב לבטא את הרזון הזה בכותבו כי עיקרו של הליברליזם הוא הפעלת "כוחות חלשים של תחזוקת

9 לסקירה נרחבת של כתיבה בעברית בתחומים של משפט וספרות, משפט ותרבות או – בתפיסה מרחיבה עוד יותר – משפט ומדעי הרוח, ולדיון נרחב בה, ראו ענת רוזנברג "איך לעשות דברים עם משפט וספרות (בישראל)" ספר נילי כהן – משפט, תרבות וספר 727 (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים, 2017).

מערכת".<sup>10</sup> ברוח זו נטען לא אחת כי הליברליזם חסר "תפיסה שלמה של האדם", דהיינו, הוא תיאוריה על "האזרח" (citoyen), ולא על "האדם" (homme).<sup>11</sup> רון המשמעות מובנה בליברליזם הזה, שהרי עיקרו הוא שאזרחי המדינה הליברלית, ולא המדינה, הם שאמורים לקבוע לעצמם את תוכני החיים שלהם – כל אזרח ואזרח באופן אישי לעצמו. אולם משימה זו, שהליברליזם של הזכויות השליליות והאוטונומיה משאיר לאזרחי המדינה, אינה קלה כלל ועיקר. רק בני-אדם הניחנים במידה ניכרת של יכולת חשיבה, הון תרבותי והשכלה, וכן באופי עצמאי וחקרני, יכולים לעמוד בה בצורה נאותה. כל היתר מוצאים לעצמם – ומאמצים כמובן מאליו – את תוכני החיים שלהם בקונוונציות החברתיות שבתוכן הם חיים (ג'ון סטיוארט מיל טען שהיכפפות לקונוונציות כאלה היא ההפך מחיים אוטונומיים, ושכדי להיות מסוגל לחיות חיים אוטונומיים, אדם צריך לשקוד על פיתוח אישיותו),<sup>12</sup> במערכות דתיות, באידיאולוגיות לאומיות ובמערכות של בידוד (שעיקרן הספקת עונג תמורת תשלום). בלב הליברליזם של הזכויות השליליות והאוטונומיה, שבישראל המשפט הוא המגלם המובהק שלו, נמצא אפוא "חור שחור".

עם זאת, מן הראוי לשים לב: הליברליזם הוא מערכת רזה של משמעות, אבל לא מערכת ריקה ממשמעות. כך, הליברליזם של הזכויות השליליות והאוטונומיה מגלם שורה של ערכים חשובים, ביניהם קדושת החיים, חירות, שוויון, ריבוי הטוב, כבוד לבני-אדם כיצורים תבוניים, סובלנות, הדדיות, הצורך להצדיק שימוש באמצעי כפייה, וכן הערכים המגולמים באוסף החירויות הליברליות. אולם ערכים אלה הם פוליטיים בעיקרם, ולכן ספק אם ניתן למצוא בהם הדרכה לבעיות היומיום של בני-האדם, כגון כיצד לנהוג ביחסיהם עם הוריהם, בני-זוגם, ילדיהם וחבריהם, וכן כיצד להתנהג כלפי בעלי-חיים. יתר על כן, כמה מידות טובות חשובות – כגון צנעה, חמלה, נאמנות ביחסים בין-אישיים, אדיבות, אסירות-תודה, יושרה ונכונות להקריב למען רווחתם של אחרים – חסרים ברשימת הערכים של הליברליזם של הזכויות השליליות והאוטונומיה. ואולי חשוב מכך – אי-אפשר למצוא בליברליזם הזה

- 10 רוברט קאבר נומוס ונראטיב 8-9 (יוסף א' דוד עורך, אביעד שטיר מתרגם, 2012).
- 11 על כך ראו, למשל: Charles Larmore, *Political Liberalism*, 18 Pol. Theory 339, 351 (1990); Charles E. Larmore, *Patterns of Moral Complexity* 105-106, 118, 123-124, 128 (1987); Amy Gutmann, *Communitarian Critics of Liberalism*, in *Communitarianism and Individualism* 120, 126 (Shlomo Avineri & Avner de-Shalit eds., 1992) מגולמת בצורה ברורה ב"ליברליזם הפוליטי" של ג'ון רולס – ראו: John Rawls, *Political Liberalism* (Harvard Univ. Press 1993) – המבוסס על ההנחה שבפרטיקותם ובחברה האזרחית יפעלו האזרחים בהתאם לתפיסות מוסריות, דתיות ופילוסופיות "כוללניות", אולם בספרה של הפוליטיקה הם יפעלו בגדרה של דוקטרינה פוליטית מוסכמת. רולס כותב: "a liberal society with a constitutional regime does not, as a liberal society, have a comprehensive conception of the good. Only the citizens and associations within the civic society in the domestic case have such conceptions" (John Rawls, *The Law of Peoples* 34, ראו: Harvard Univ. Press 1999).
- 12 John Stuart Mill, *On Liberty* 56-57 (Elizabeth Rapaport ed., Hackett Publishing: Co. 1978).



מענה לשאלות היסוד האנושיות, כגון מי ברא את העולם? מה קורה לבני־אדם לאחר מותם? מדוע יש סבל רב כל־כך בעולם? מדוע "צדיק ורע לו, רשע וטוב לו"? אני רוצה לטעון שאת רזון המשמעות של הליברליזם של הזכויות השליליות והאוטונומיה יכולה למלא האומנות – בראש ובראשונה הספרות, השירה, המחזאות והקולנוע, אבל גם האומנות הפלסטית, המוזיקה והמחול. עיקרה של האומנות הוא התמודדות עם שאלות אנושיות (יחסים בין בני־אדם, משברים, אסונות, בגידות, אכזבות, דילמות מוסריות וכולי), וזאת בדרך מזוקקת, היוצרת חוויה מעוררת מחשבה, מרגשת ובעלת השפעה מתמשכת. (כתיבה הטוענת כי האומנות מתאפיינת באיכויות אלה ניתן למצוא בכתביהם של פילוסופים ומחברים אינ־ספור לאורך הדורות למן יוון העתיקה.) לא אחת האומנות גם מאתגרת את הסדר החברתי, הכלכלי והפוליטי הקיים.<sup>13</sup> במילים אחרות, אני רוצה לטעון כי מי שמקבל את הקביעה כי בני־אדם הם יצורים מבקשי משמעות ומחויב לאידיאל האוטונומיה צריך להשלים את האידיאל הזה באמצעות אידיאל נוסף – זה של התנסות מתמשכת בחוויה של הפנמת אומנות. ליברליזם שעומד על רגל אחת בלבד, הרגל של האוטונומיה, ולא על הרגל הנוספת, זו של הפנמת האומנות, הוא ליברליזם המציע לאנשיו חיים שהם גם רדודים מבחינה אינטלקטואלית ורגשית וגם כאלה שאינם מסוגלים לאתגר את הסדר החברתי, הכלכלי והפוליטי הקיים.<sup>14</sup>

המשפטנים הם נשאי הליברליזם בישראל. הם מפיצים אותו כאשר הם כותבים פסקי־דין, מופיעים בבתי־המשפט, מייצעים ללקוחותיהם, משתתפים בהליך הפוליטי, פועלים בגופים מקבלי החלטות, כותבים מאמרים בעיתונות, מתבטאים באמצעי התקשורת, ומופיעים בכנסים מקצועיים וציבוריים. בלא שליטה בתכנים של אומנות, המסרים של המשפטנים הליברליים לאלה הקוראים אותם ומאזינים להם הם רזים וחסרים.

13 טיעונים אלה באשר לאומנות ניתן למצוא הן במסורת המרקסיסטית והן בכתבה של הוגים מערביים הפועלים מחוץ למסורת זו. לדיון נרחב ראו: Menachem Mautner, *Human Flourishing*.

*Liberal Theory, and the Arts* ch. 4 (forthcoming, Routledge, 2018).

14 ברור כי מימוש הטיעונים המובאים כאן מחייב רוויזיה ניכרת במערכת החינוך, החל בשלביה הראשונים, באופן שיבטיח כי תלמידים יעסקו בתכנים אומנותיים בהיקף נרחב בהרבה מזה שנעשה כיום. ראוי לזכור גם שבעוד בארצות־הברית לימודי המשפטנים הם לימודים של תואר שני – והיינו, הסטודנטים למדו קודם לכן לתואר אחר באוניברסיטה – בישראל סטודנטים למשפטים מתחילים את לימודיהם האקדמיים בפקולטה למשפטים. להלן רשימת המחברים מתחום הספרות שיצירותיהם נלמדות על־ידי הסטודנטיות והסטודנטים במכללה (ולא בבית־הספר למשפטים) של אוניברסיטת ייל בשנתיים הראשונות ללימודיהם (תוכניות דומות קיימות בהרווארד, בקולומביה וביתר אוניברסיטות־העילית של ארצות־הברית): הומרוס, איסיכילוס, סופוקלס, ורגיליוס, אובדיוס, דנטה, פטררקה, שייקספיר, סרוונטס, מילטון, בלייק, וורדסוורת, גתה, פלובר, דוסטויבסקי ואליוט (לעיתים נלמדת יותר מיצירה אחת של מחבר זה או אחר). ראוי לזכור עוד כי לימודי הספרות הם רק שליש מהתוכנית. שליש נוסף מוקדש לפילוסופיה, ושליש אחר לכתבים היסטוריים ופוליטיים. ראו: ANTHONY T. KRONMAN, *EDUCATION'S END: WHY OUR COLLEGES AND UNIVERSITIES HAVE GIVEN UP ON THE MEANING OF LIFE* 261 (Yale University Press 2007). כן ראו מרתה נוסבאום לא למטרות רווח – מדוע הדמוקרטיה זקוקה למדעי הרוח במיוחד פרק 6 (שירן בק מתרגם, 2017).

טענתי היא שאם בודקים את המאמרים שהתפרסמו בעיוני משפט, אפילו ב"תקופת הפסיקה והספרות", מגלים חסר גדול בהסתמכות על תכנים של אומנות, בראש ובראשונה של ספרות, שירה, מחזאות וקולנוע. ניתן ללמוד מכך שהליברליזם הישראלי אינו עומד באמות-המידה שהוא צריך לעמוד בהן מבחינת עושר המשמעות שהוא אמור לספק לאזרחי המדינה הליברלית, דהיינו, שאלה אשר חיים בליברליזם הזה חיים בעולם משמעות שהוא רזה מדי ובלתי-מספק.

## 2. טיעון שני: הגנת הליברליזם מחייבת השלמות באמצעות האומנות

הטיעון דלעיל תקף בכל מקום שבו חל הליברליזם של הזכויות השליליות והאוטונומיה, אבל יש לו נפקות מיוחדת במדינות כישאל שבהן הליברליזם נמצא בתחרות קשה עם הדתיות. הטיעון השני שלי בעד העיסוק של משפטנים באומנות הוא אפוא שלעיסוק כזה יש חשיבות מיוחדת במדינות שבהן הליברליזם מאוים על-ידי קבוצות דתיות משמעותיות. הצבעתי על הבעיה המרכזית של הליברליזם של הזכויות השליליות והאוטונומיה: העובדה שהוא מוביל למצב שבו מתקיימת משמעות רזה מדי בחייהם של רוב בני-האדם החיים בגדרו. בהשוואה לליברליזם של האוטונומיה, לדתיות יש יתרון ניכר מבחינת עושר המשמעות שהיא מסוגלת להציע לבני-האדם. דתות הן "עולמות בעלי משמעות נורמטיבית חזקה", כותב קאבר.<sup>15</sup> אכן, בניגוד לליברליזם, שהוא תיאוריה על האזרח, הדת היא תיאוריה על האדם. בניגוד לליברליזם, הדת מסוגלת לספק מענה לשאלות-היסוד האנושיות. בניגוד לליברליזם, המגלם בעיקר ערכים פוליטיים, הדת מספקת הסדרים ביחס לכל ממדי החיים של האדם. בניגוד לליברליזם, המציג אידיאלים חיוביים שיש לשאוף אליהם, הדתיות מבוססת על "אנתרופולוגיה עבה":<sup>16</sup> היא מציגה את בני-האדם במלוא מורכבותם, דהיינו, היא עוסקת לא רק בטוב שיכול להתקיים בחייהם של בני-האדם אם ידבקו באידיאלים מסוימים, אלא גם ברע שהוא חלק בלתי-נפרד מהאנושיות – הרוע, האלימות, האכזריות, תאוות הבצע, הבוגדנות, המניפולציה. הדת גם מספקת למאמיניה מערכת כוללת של סיבתיות, בעולם שבו חיי היומיום שלהם עוברים עליהם בהקשרים נפרדים שלכל אחד מהם יש היגיון פנימי משלו, ומושפעים על-ידי בני-אדם רחוקים שאינם מוכרים להם ועל-ידי תהליכים גלובליים שאין להם שליטה בהם. ואולי חשוב מכל – דתות, בניגוד לליברליזם, עוסקות ברגשות שמתעוררים בעקבות אובדנים, כשלונות ואכזבות. אכן, אנתרופולוגיה עבה זו היא אחת הסיבות לכך שדתות – בניגוד לציפיותיהם של הוגים מרכזיים של המודרנה, כגון מקס ובר – ממשיכות להלך קסם על בני-האדם. ראוי לזכור גם שדתות, כדבריו של הפילוסוף יורגן הברמס, מכילות "משאבים חיוניים ליצירת משמעות", שיש להן כוח ייחודי לבטא "אינטואיציות מוסריות", שהייתה להן השפעה חשובה על התפתחותה של הפילוסופיה המערבית, ושעשויה להיות להן השפעה חשובה על המשך דרכה של הפילוסופיה המערבית.<sup>17</sup> נחיתות זו של הליברליזם אל מול הדתיות מוצגת היטב על-ידי חתן פרס נובל לספרות אוראהן פאמוק בזכרונותיו על ילדותו באיסטנבול של שנות החמישים של המאה העשרים.

15 קאבר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 9.

16 אני מודה לישי בלנק על נקודה זו.

17 Jürgen Habermas, *Religion in the Public Sphere*, 14 Eur. J. Phil. 1, 10, 17 (2006)

פאמוק כותב כי במסגרת תהליכי המודרניזציה וההתמערבות שעברה העילית של העיר, הותירה הדת "חלל נטול עקרונות" בחיי המאמינים לשעבר: "עם סילוקה של הדת נותר הבית חרב, כמו אחוזות עתיקות שעלו באש, ועגמומי, כמו חצרותיהן שהושארו הפקר לעשבים שוטים." והוא מוסיף: "לא הזלזול הגלוי בדת הוא שחשף את היעדר הרוחניות במשפחות איסטנבוליות מתמערבות, עשירות וחילוניות כי אם השתיקות... דיברנו על הכל, מתמטיקה, הצלחה בלימודים, כדורגל, בילויים, אך כשהשיחה היתה גולשת אל השאלות הבסיסיות של הקיום – אהבה, חמלה, דת, משמעות החיים, קנאה, שנאה – היו כולם נתפסים לבלבול ונסוגים באלם אל בדידות כואבת."<sup>18</sup>

רזון המשמעות של הליברליזם של האוטונומיה בהשוואה לדת נושא חשיבות מיוחדת במדינה כישראל, שבה אופיו הליברלי של המרכז המדינתי (המשטר, התרבות הפוליטית והמשפט) אינו נהנה מקונסנזוס, אלא מאוים בהתמדה על-ידי קבוצות דתיות משמעותיות. כמשפטנים ליברלים אנו מבקשים ליטול את השראתנו ממדינות מערביות כגון ארצות-הברית, בריטניה וקנדה. אולם מצבנו, למרבה הצער, אינו דומה לזה של מדינות אלה, משום שהדתיות הקיימת בהן אינה מבקשת לחתור תחת אופיו הליברלי של המרכז המדינתי, אלא לכל-היותר עשויה לטעון אותו בתכנים דתיים מסוימים. המדינות שישראל דומה להן הן אחרות: טורקיה, מצרים, אלג'יר ועוד – מדינות שבהן קבוצות דתיות משמעותיות מבקשות להחליף את הליברליזם במשטר המבוסס על דוקטרינה דתית.<sup>19</sup> אכן, בספר שראה אור לאחרונה כורך הפילוסוף מייקל וולצר את ישראל יחד עם אלג'יר והודו, ומציג אותן כמדינות אשר עברו בשנות החמישים מהפכות חילוניות, אולם בחלוף שניים-שלושה דורות מוצאות את עצמן מתמודדות עם דתות גואה, המאיימת על אופיין החילוני.<sup>20</sup> אם מניחים שלבני-אדם יש דחף קיומי למשמעות, ואם מביאים בחשבון את נחיתותו של הליברליזם של הזכויות השליליות והאוטונומיה לעומת הדת במישור של הספקת משמעות, אזי אין אלא להסיק כי במדינות כאלה סיכויי של הליברליזם של האוטונומיה להצליח בתחרותו עם הדת יגברו אם הפעלתו של הליברליזם הזה תהא שלובה בהפצה נרחבת של אומנות, דהיינו, תכנים המתמודדים עם שאלות אנושיות בדרך מזוקקת, היוצרת חוויה מעוררת מחשבה, מרגשת ובעלת השפעה מתמשכת. (אכן, אני סבור כי זו אחת ההצדקות לתמיכה נרחבת של המדינה הליברלית ביצירה ובהפצה של האומנויות. הצדקות אחרות נסמכות על כך שהיחשפות לתוצרים של אומנות מעניקה חוכמה, תובנות על הקיום האנושי, הבנה ביקורתית של פגעי משטרים פוליטיים-חברתיים, ויכולת לפתח את התפיסות המוסריות של בני-האדם).<sup>21</sup> אם אכן במאמרים שהתפרסמו בעיוני משפט, אפילו ב"תקופת הפסיקה והספרות", ניתן לאתר חסר גדול בהסתמכות על תכנים של אומנות (במובנה הרחב דלעיל), אזי ניתן לטעון

18 אורהאן פאמוק איסטנבול – זיכרונות ילדות 197-198, 203-204 (משה סביליה-שרון מתרגם, 2012).

19 ראו מאוטר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 5, פרקים 7 ו-9.

20 MICHAEL WALZER, THE PARADOX OF LIBERATION: SECULAR REVOLUTIONS AND RELIGIOUS COUNTERREVOLUTIONS (2015).

21 לדיון נרחב ראו Mautner, לעיל ה"ש 13, פרק 6.

שהמשפטים של המדינה אינם מסוגלים לעשות עבודה טובה דייה בכיצור הליברליזם במאבק עם הדתיות על נפשם של אזרחי המדינה.

### 3. טיעון שלישי: העיסוק באומנות משיב את הכישורים המקצועיים של עורכי־הדין

בשורות הבאות ברצוני לטעון כי העדרם של חומרים הלקוחים מהאומנות במאמרים שהתפרסמו בעיוני משפט, אפילו ב"תקופת הפסיקה והספרות", צריך להיחשב בעייתי גם מבחינת הכישורים שמשפטים נזקקים להם על־מנת למלא כהלכה את תפקידיהם המקצועיים.<sup>22</sup> לפעול במשפט פירושו להתערב בחייהם של בני־אדם אחרים. עורכי־דין עושים זאת כאשר הם יועצים ללקוחותיהם וכאשר הם פועלים בענייניהם של לקוחותיהם. בהקשר זה כדאי לשים לב לנקודה סמנטית: אנו רגילים לכנות משפטים מעשיים "עורכי־דין", אולם במקרים רבים השימוש בכינוי זה מטעה; במקרים רבים הכינוי הנכון של תפקיד המשפטן המעשי הוא "יועץ" – "יועץ משפטי", דהיינו, מי שיועץ ללקוח באשר למשמעויות המשפטיות של אירועים ובעיות. ייתכן אף שניתן לומר יותר מזה: מהבחינה הכרונולוגית משפטן מעשי משמש קודם־כל יועץ משפטי, ולעיתים, לאחר שנתן ייעוץ משפטי, הוא מתפקד גם כעורך־דין של לקוחו, דהיינו, כמי שעושה בשבילו פעולות בתחום המשפט. כאשר לשופטים, אלה מתערבים בחייהם של בני־אדם אחרים כאשר הם קובעים מה יקרה בחייהם של אלה המתדיינים לפניהם. רק לרופאים אנו מקנים כוח רב יותר להתערב בחייהם של בני־אדם אחרים.

מכיוון שמשפטים הם בני־אדם המתערבים בחייהם של בני־אדם אחרים, נתבעת מהם אותה מידה חמקמקה שניתן לכנותה "רגישות אנושית": רגישות לקורה בחייהם של בני־אדם אחרים; היכולת להזדהות עם מה שקורה בחייהם של בני־אדם אחרים, בין עם הרע ובין עם הטוב; סקרנות ועניין במסותורין ובמורכבות של תופעת האדם; הבנת המורכבות והגיוון של המצבים האישיים והחברתיים שבני־אדם נתונים בהם; הבנת האקראיות הקיימת בחייהם של בני־אדם (אקראיות הכשרונות המולדים שבני־אדם חוננו בהם, אקראיות התנאים שבהם בני־אדם גדלים ומתחנכים, אקראיות הנסיבות שבני־אדם נתונים בהן במהלך חייהם). יתר על כן, ממשפטים נתבעת רגישות אנושית משום שבמקרים לא־מעטים הם נקראים להתערב בחייהם של בני־אדם אשר נתונים בצרה וזקוקים לעזרה: אדם שנעצר על־ידי המשטרה, אדם שהועמד לדין פלילי, אדם שנישואיו קרסו, אדם שנפגע בתאונה, אדם שנפל קורבן להפרת חוזה, אדם שפוטר מעבודתו, אדם שרכושו הופקע, אדם שנשלל ממנו רישיון. שופטים עוסקים כל העת בבני־אדם הנתונים בצרה.

22 הקטעים שלהלן לקוחים מתוך מאוטנר משפט ותרבות, לעיל ה"ש 6, פרק 7. ראו גם את חיבוריה הבאים של שולמית אלמוג: משפט וספרות (2000); עיר, משפט, סיפור (2002); משפט וספרות בעידן דיגיטלי (2007); משפט וקולנוע (2012); קריאת כבוד – ארגון ופרט, סיפור ומשפט (2014); "ספרות לצד משפט – הוראה, תודעה, אמת" מחקרי משפט יז 297 (2001); "סיפורים על־אודות משפט וגבריות" עיוני משפט לט 707 (2016). אלמוג מציעה פרדיגמה של "ספרות לצד משפט", שבה הספרות מאפשרת להבין את מגבלות המשפט ואת כשליו, מזמינה ביקורת על ההסדרים הנורמטיביים הקיימים במשפט, וחושפת חלופות נורמטיביות עדיפות לקיום.

אי־אפשר לרכוש רגישות אנושית. רגישות אנושית היא תכונה שנולדים עימה. עם זאת, קריאת ספרות, מחזות ושירה וצפייה במחזות ובסרטים עשויות לחדד את הרגישות האנושית. חוויות אלה של קריאה וצפייה מגלות את מורכבותה של תופעת האדם ואת המורכבות והגיוון של המצבים האישיים והחברתיים שבני־אדם נתונים בהם. מן הקורא והצופה נדרש מאמץ כדי להבין את הקורה בחייהם של בני־אדם, לפענח את המניעים שבגללם הם פועלים, להזדהות עם מה שקורה בחייהם. הקריאה והצפייה מלמדות על האקראיות הקיימת בחייהם של בני־האדם ועל הפתיחות (חוסר הדטרמיניות) של הקיום האנושי. ומכיוון שחוויות אלה של קריאה וצפייה כרוכות במעורבות רגשית של הקורא והצופה, הן מעודדות מאמץ לפענח את המסתורין של האדם הגלום באותן יצירות אומנות.

כנגד דברים אלה ניתן לטעון את הטיעון הבא: אם פעילות במשפט אכן מחייבת שימוש ביכולות שיפוט, ואם היא אכן מחייבת רגישות אנושית, אזי משפטים אינם זקוקים לאומנות כדי לטפח אצלם את שתי המידות האלה. להיות משפטן פירושו להידרש בכל רגע לסיפורים אנושיים מן הסוג שהאומנות מציעה; עיסוק באומנות אינו מוסיף אפוא על קריאתם של סיפורים שלקוחות מספרים לעורכי־הדין, ושל כל אותם סיפורים שתובעים, נתבעים ועדים מספרים לשופטים. יתר על כן, מכיוון שהסיפורים של המשפט הם סיפורים שגיבוריהם הם בני־אדם אמיתיים, בשר־ודם, ומכיוון שמעורבותם של המשפטים בסיפורים אלה היא פעילה, מעורבותם הרגשית של המשפטים בסיפורים אלה היא אינטנסיבית. במילים אחרות, אין כסיפורים של המשפט עצמו לחדד את הרגישות האנושית של המשפטים.

בדברים אלה יש הרבה מן האמת. אכן, ברוח הדברים האלה הראו מלומדי "משפט וספרות" כי הגבולות בין המשפט לספרות מטושטשים. דילמות משפטיות רבות מועלות ונדרונות בספרות, ודילמות נורמטיביות רבות המוצגות בספרות מועלות ונדרונות גם במשפט. מהו אפוא הערך שבספרות, בשירה, במחזאות ובקולנוע לגבי משפטים פעילים? אני רוצה להשיב על שאלה זו תשובה כפולה: התשובה האחת מתמקדת ברזון של המשפט; והתשובה האחרת מתמקדת באיכויות של הייצוג האומנותי בהשוואה לייצוג היומיומי.

#### (א) רזון המשפט

מי שפועל בתחום המשפט, ומתרגל לחשוב על שאלות אנושיות וחברתיות רק באמצעות החומרים של המשפט, מפתח תפיסה רזה ודלה של הקיום האנושי:

(א). **רצון חופשי** – ההנחה המרכזית שביסוד המשפט המודרני (כחלק מרכיב מרכזי של התודעה במודרנה) היא שבני־אדם פועלים מתוך רצון חופשי, הנסמך על מידע ראוי ועל שקילה נאותה של חלופות, ושהם שולטים במידה מכרעת בגורל חייהם. אולם אף־על־פי שבדרך־כלל אכן קיים רצון חופשי ביסוד פעולותיהם של בני־האדם, דרגת החופש המאפיינת את בחירותיהם נמוכה בהרבה מזו שהמשפט מניח. בחירותיהם של בני־האדם מעוצבות במידה מכרעת על־ידי התרבות שבה הם חיים ועל־ידי נסיבות חיים שאין הם שולטים בהן, ואיכותן של החלטות רבות שבני־האדם מקבלים בנוגע לחייהם – נמוכה.

(ב). **רלוונטיות** – למשפט קונוציות עשירות (גם אם סמויות, ולא מפורשות) הקובעות אילו מבין שלל רכיביו של סיפור אנושי יחשבו רלוונטיים לצורך החשיבה על

הסיפור בגדר המשפט. על־פי הקונוונציות האלה, רכיבים רבים בכל סיפור אנושי המובא למשפט (למעשה, רוב הרכיבים) נחשבים לא־רלוונטיים. כך, במשפט אין זה רלוונטי מה הייתה הסיבה להפרת חוזה (היקלעות למשבר כלכלי או רצון לנצל הזדמנות להגדלת העושר); מה היו התנאים שבהם גדל מי שעשה מעשה פלילי; מה יהיו ההשפעות של כליאת הנאשם על בני משפחתו; אם מי שגרם לתאונת־דרכים מיהר לצפות בקרב אגרוף או בקונצרט של מוזיקה קמרית; מי השפיע על אדם או יעץ לו לפעול כפי שפעל, ועוד ועוד. להיות משפטן פירושו אפוא להתגלגל, בבחינת טבע שני, לסלק מהדיון רכיבים רבים של כל סיפור אנושי, ולרדד כל סיפור כזה למספר מצומצם בלבד של רכיבים.

(ג). האחדה – החשיבה המשפטית מושתתת על מיון סיפורים אנושיים לקטגוריות משפטיות (כדי להחיל על הסיפורים את הפתרונות המצויים בקטגוריות). הסיפורים האנושיים המובאים למשפט הם רבים ומגוונים מאין כמותם, ואילו מספרן של הקטגוריות המשפטיות מצומצם. לפעול בתחום המשפט פירושו אפוא להיות מועד לאובדן הרגישות לגיוון העצום של המצבים האנושיים ולייחודו של כל מקרה אנושי.

(ד). לוגיקה רדודה – מטעמים של חיסכון במשאבים, המשפט מושתת על הנחת התקיימותם של מצבים עובדתיים מורכבים בעולם כאמצעות איתור התקיימותו של רכיב עובדתי אחד שלהם (proxy), ש"זול" יותר לאתרו. המשפט מניח, למשל, שכל מי שגילו גבוה מגיל מסוים ניחן בכישורים אינטלקטואליים ונפשיים המאפשרים לו לדאוג לענייניו כהלכה; שמי שחתם על מסמך היה מודע לתוכנו, הבין את תוכנו והסכים לתוכנו; וכן שאם מוצר גרם נזק גוף לאדם, אזי יצרן המוצר התרשל בייצורו.

(ה). בינריות – החשיבה המשפטית היא בינרית: או "אשם" או "זכאי"; או "אחראי" או "פטור מאחריות"; או "מפר" או "לא מפר". אולם המציאות האנושית מורכבת הרבה יותר. המצב האנושי האופייני הוא היברידי; הוא נמצא, בשיעורים שונים, משני צידי של הקו המבחין בין קטגוריות.

(ו). אפיוזודיות – העלילות בסיפורי המשפט הן קצרות ואינן מתפתחות. המשפט עוסק בדרך־כלל באירועים של "מערכה אחת", ולא בעלילות מתמשכות, מתפתחות ונפתלות. המשפט מתאר אירועים מעוטי משתתפים, בעוד המציאות של הקיום האנושי היא כמובן עלילה מרובת מערכות, מתמשכת ונפתלת. לכל אדם יש היסטוריה אישית ארוכת־שנים, המשפיעה על האופן שבו סיפור חייו ממשיך להתפתח. בחייו של כל אדם, ולעיתים גם באירוע מוגדר המתרחש בחייו של אדם, נוכחים בני־אדם רבים אחרים. קיים אפוא פער נורא בין המורכבות של הקיום האנושי ועושר המשמעות בחייהם של בני־האדם לבין יכולתו של המשפט לתפוס את הקיום האנושי ולתת משמעות לקיום האנושי.

מנקודת־מבט זו, קריאת ספרות ושירה וצפייה במחזות ובסרטים על־ידי משפטנים פעילים נחוצות לא כדי לשכלל את יכולות השיפוט ואת הרגישות האנושית שלהם, אלא כדי להזכיר להם שהמצבים האנושיים שהם עוסקים בהם הם מורכבים הרבה יותר מכפי שניתן להעלות על הדעת לפי החשיבה המקובלת במשפט. ההמלצה למשפטנים להתנסות באומנות היא אפוא קריאה למשפטנים לשאוף, ככל שיוכלו, לגשר על הפער שבין המורכבות והעושר של

הקיום האנושי לבין הדרך הרזה והפשטנית שבה המשפט תופס את הקיום האנושי. המלצה זו היא אפוא חתרנית: היא קוראת למשפטנים לחתור תחת ההיגיון העמוק של המשפט, כדי להפוך את המשפט ל"אנושי" יותר ול"משפטי" פחות, ולהביא ככל האפשר לידי סגירת הפער שבין המשפט לבין חיי האדם.

### (ב) יתרון האומנות על המציאות

בפסקאות הקודמות טענתי כי חשוב שמשפטנים מעשיים יעסקו באופן מתמשך בספרות, בשירה, במחזאות ובקולנוע לנוכח רזון המשפט. כעת ברצוני להציע טיעון נוסף בזכות עיסוקם זה של המשפטנים. הטיעון מתמקד באיכויות של הייצוג האומנותי בהשוואה לייצוג היומיומי. האומנות מציגה את המצב האנושי באופן מזוקק, דחוס, וברמה גבוהה של תחכום. כפי שכותבת קתריין ז' אלגין, יצירת אומנות מסוגלת להציג רכיבים של המציאות באופן בהיר ועז מכפי שביכולתנו לתארם בלעדית.<sup>23</sup> ברור אפוא כי אף שהסיפורים המובאים אל המשפט לקוחים מהמציאות, דהיינו אף שהם מהסוג של "ספרות", כאשר האומנות מטפלת בסיפורים מעין אלה, היא מציידת אותנו בתובנות – או מובילה אותנו לתובנות – שלא היינו מגיעים אליהן בלעדית.

\* \* \*

טענתי כי במאמרים שראו אור בעיוני משפט, גם ב"תקופת הפסיקה והספרות", חסר עיסוק בתכנים של אומנות. טענתי כי עיסוקם של משפטנים ליברלים מחייב הפעלה של המשפט בצמידות לתכנים של אומנות. טענתי כי עיסוקם המקצועי של משפטנים מחייב התחנכות באומנות. אם הצלחתי לשכנע בטיעוניי, מתעוררת השאלה כיצד ניתן להגיע לעולם שבו המשפט והאומנות יהיו שזורים זה בזה בתודעתם ובפעולתם של המשפטנים, כך שהם יהיו מסוגלים להפעיל את המשפט יחד עם האומנות. לשאלה זו ניתן להציע שתי תשובות. התשובה האחת היא שמערכת החינוך צריכה לחשוף את תלמידיה, החל בשלבים המוקדמים של חינוכם, לתכנים של אומנות. תשובה זו היא ברוח אידיאל הבילדונג של הרומנטיקה הגרמנית של סוף המאה השמונה-עשרה, שלפיו אדם שלם הוא אדם שהטמיע תוכני-עילית של הגות ואומנות, ופיתח את כישוריו האינטלקטואליים והרוחניים.<sup>24</sup> ברור שמערכת החינוך המוכרת לנו במערב, וגם בישראל, מקנה מקום רב להכשרתם של תלמידים

Catherine Z. Elgin, *Art and Education*, in *THE OXFORD HANDBOOK IN THE PHILOSOPHY OF EDUCATION* 311, 319 (Harvey Siegel ed., Oxford Univ. Press 2009)

23 ראו, למשל, KRONMAN, לעיל ה"ש 14, בעמ' 107-114; HANS-GEORG GADAMER, *TRUTH AND METHOD* 11-19 (Joel Weinsheimer & Donald G. Marshall trans., continuum 2nd rev. ed. 2003); David Sorkin, *Wilhelm von Humboldt: The Theory and Practice of Self-Formation (Bildung)*, 1791-1810, 44(1) J. HIST. IDEAS 55 (1983); GEORGE L. MOSSE, *GERMAN JEWS BEYOND JUDAISM* ch. 1 (Indiana Univ. Press 1985); Øivind Varkøy, *The Concept of "Bildung"*, 18 PHIL. MUSIC EDUC. REV. 85 (2010); Frederik Pio, *In Dialogue*, 18 PHIL. MUSIC EDUC. REV. 97 (2010). *Response to Øivind Varkøy*, 18 PHIL. MUSIC EDUC. REV. 14.

כדי שיוכלו להשתלב בהצלחה בעולם הטכנולוגי והעסקי, ומקום שאינו רחב דיו לחינוכם של תלמידים לאור אידיאל הבילדונג.

התשובה האחרת לשאלה כיצד להגיע לעולם שבו משפטים מסוגלים להפעיל את המשפט יחד עם האומנות היא שהחינוך המשפטי עצמו יכול לקיים, במסגרת מערך הקורסים והסמינרים שהוא מציע, קורסי-תשתית שיאפשרו לסטודנטים להתמודד עם שאלות-יסוד אנושיות בדרך של עיסוק באומנות. בשנת 2013 פעלה בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב ועדה בראשות פרופ' רועי קרייטנר לרפורמה בתוכנית הלימודים. הצעתו לוועדה שבמסגרת תוכנית הלימודים החדשה במשפטים יצאו הסטודנטים, לאחר שנת הלימודים הראשונה, להפסקה של שנה שבה הם לא ילמדו משפטים, אלא קורסים העוסקים במורשת הרוחנית המערבית (במובנה הרחב, לרבות רוסיה וסקנדינביה), במורשת הרוחנית היהודית (מסכת אבות, הרמב"ם, יהודה הלוי, ספרות המוסר וכולי), במורשת הרוחנית הישראלית (ש"י עגנון, יעקב שבתאי, חנוך לוין וכולי), במורשת המוסלמית ובמורשת הרוחנית של המזרח (בודהיזם ופילוסופיות/דתות מזרחיות אחרות, וכן ספרויות מזרחיות). התרשמתי שחברי הוועדה תמכו בהצעה, אולם בסופו של דבר, ככל הנראה מסיבות טכניות, היא לא אומצה.

### ג. ה"אין" – חשיבה ביקורתית על המשפט

לצד הספרות, השירה, המחזאות והקולנוע, רכיב שני שהעדרו בולט במאמרים שהתפרסמו בעיוני משפט, אפילו ב"תקופת הפסיקה והספרות", הוא כתיבה ביקורתית על תרומת המשפט לשימור המשטר הכלכלי, החברתי והפוליטי של ישראל ("לימודי משפט ביקורתיים").<sup>25</sup> כתיבה כזו עלתה בספרות המשפטית האמריקנית בעשורים האחרונים של המאה העשרים. היא מבוססת על שתי תובנות מרקסיסטיות מרכזיות: התובנה האחת היא שהיחסים החברתיים הם קונפליקטואליים; והתובנה האחרת היא שהיחסים החברתיים אינם שוויוניים, דהיינו, שבמסגרת היחסים האלה עומדים לרשות קבוצות מסוימות משאבים רבים יותר מאלה העומדים לרשותן של קבוצות אחרות. בתחום המשפט הולידו שתי התובנות האלה את הטיעון שקבוצות חברתיות מסוימות מצליחות, יותר מאשר קבוצות אחרות, לקבוע את תוכני המשפט – אשר קובעים ערכים ומחלקים משאבים חומריים – לפי האינטרסים וההבנות שלהן. במקרים שבהם המשפט מצליח לכוון יחסים חברתיים,<sup>26</sup> הוא עושה זאת באופן שיטתי – גם אם לא בצורה מוחלטת – לטובת קבוצות חברתיות מסוימות. יתר על כן, במקרים כאלה המשפט הופך את היחסים החברתיים שהוא כונן ל"טבעיים", למשהו שאי-אפשר לסטות ממנו, ומקנה ליחסים האלה לגיטימציה. לימודי המשפט הביקורתיים מבקשים לחשוף את המנגנונים שבאמצעותם המשפט פועל בדרכים אלה. הם גם טוענים שכאשר בית-הספר למשפטים מציג את עצמו כעוסק בהכשרה משפטית של עורכי-דין כדי

25 ראו: CRITICAL LEGAL STUDIES (James Boyle ed., N.Y.U. Press 1994); ANDREW ALTMAN, CRITICAL LEGAL STUDIES: A LIBERAL CRITIQUE (Princeton Univ. Press 1990); Robert W. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 STAN. L. REV. 57 (1984).

26 ראוי לזכור שלא אחת המשפט נכשל בכך; זוהי בעיית ה-Gap המפורסמת, שמשפטים עסקו בה בהרחבה לאורך המאה העשרים. המאמר המכונן בהקשר זה הוא: Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910).



שיוכלו לתפקד בהצלחה בפרקטיקה המשפטית, הוא מסתיר את המימד של שימור הסדר החברתי, הכלכלי והפוליטי הלא-שוויוני הקיים בפעולתו, ומונע אפשרות לשינוי היחסים האלה באמצעות המשפט.

### סיכום

טענתי כי במאמרים שראו אור בעיוני משפט, גם ב"תקופת הפסיקה והספרות", חסר עיסוק בתכנים של אומנות, וחסרה גם כתיבה במסורת של לימודי המשפט הביקורתיים. התרשמותי היא ששני סוגי החסר האלה משקפים חסר בחינוך המשפטי הקיים בישראל, דהיינו, במצאי הקורסים והסמינרים שהפקולטות למשפטים מציעות לתלמידיהן. אם אכן כך הדבר, אזי ניתן לומר, באופן שאינו מפתיע, כי כשם שמה שיש בחינוך המשפטי משתקף בין דפיו של כתב-העת, כך גם מה שאין בחינוך המשפטי משתקף בהעדרו ממאמרי כתב-העת. יובל הארבעים של עיוני משפט הוא אפוא נקודת-ציון טובה לחשיבה מחודשת על החינוך המשפטי שלנו בכללותו.

