

ללמד נזיקין מבלי לגרום נזק

יפעת ביטון

מבוא

הוראת לימודי משפטים היא אתגר פדגוגי למי שרואים בחינוך המשפטי זירה לניסוח מקצועי וערכי כאחד של מקצוע עריכת הדין. בהוראת דיני הנזיקין נוסף לאתגר זה קושי ייחודי, לנוכח המסגרת הדוקטרינרית של התחום הנזיקי, הממקמת אותם במישור הצורני והמהותי בינות לקורסי החובה של תחומי המשפט הפרטי, נטול הפניות והחף מהשפעות חלוקתיות. הטענה המרכזית במסה קצרה זו היא שגם בשדה משפטי דוקטרינרי זה, המועבר במסגרת של קורס חובה רב-משותפים, ניתן להפעיל פרקטיקות הוראה ביקורתיות אשר תחשופנה את מיקומו החברתי, ותטמענה את ההשלכות שיש למיקום זה לא רק על הריבוד החברתי, אלא גם על דוקטרינות מרכזיות בדיני הנזיקין. מהלך כזה יטמיע את החינוך הערכי כחלק מהחינוך המשפטי הרחב, דווקא בשל הפעלתו בקורס חובה יסודי.

א. ללמוד משפטים אצל דנקן קנדי

הלימודים בכיתתו של דנקן קנדי לא דמו ללימודי משפטים כפי שהתנסיתי בהם קודם לכן! כיתה קטנה של 12 תלמידים; דיונים שבהם המרצה מעמיד עצמו כשווה ערך (למצער במוכן הפורמלי) למול תלמידיו; מאפשר להם להרהר במשפט, יותר מלהכריע משפטית; תוהה יחד עימם על טיבו של המשפט; והכול נעשה בלויית נשנוש קבוע של עוגיות בראוניז אמריקניות מופלאות, הממריצות עוד את המוחות המתפלמסים, ומאתגרות את הטענה שאוכל הפך לשלוחה של תרבות הצריכה, המיועדת להרחיקנו ממחשבה ביקורתית על עולמנו. כבוגרת הפקולטה המעולה למשפטים שבאוניברסיטה העברית, שם יצא למרחוק שמעה של הרווארד כאוניברסיטה עילית לחינוך משפטי, הדיסוננס שחוויתי אז העסיקני במיוחד. הכיצד זה שהמקום שהצטייר בעיניי בישראל כבית הספר האולטימטיבי ללימודי המשפט, נחוה שם כל כך רחוק ממה שהכרתי? השיעור הטיפוסי בפקולטה למשפטים שלי ושל חבריי וחברותיי לתחום, כלל כיתה המאורגנת באופן פורמליסטי, מרצה המלמד את כללי המשפט הפוזיטיביסטי, ומערך יחסים של הרצאה מהודקת, ולא של הרהור משותף במשפט וכיסודותיו.

התיאוריה הפדגוגית של קנדי, הקושרת בין צורה לבין תוכן, מבקרת את מבנה ההוראה בבתי הספר למשפטים, שבהם רואה קנדי מוסד חברתי בעל מאפיינים ייחודיים. בתמצית, ניתן לומר כי קנדי דוגל בחשיבה משותפת של המרצה ותלמידתה על תפקידו של המשפט, ובביצוע של מהלך זה תוך מיצוב פסקי הדין הנלמדים בהקשר הפוליטי המובהק שבו הוכרעו. הוא מבדיל הוראה כזו מלימודם הפוזיטיביסטי של פסקי הדין כאוסף אקראי של כללים משפטיים המרכיבים שדה משפטי כזה או אחר. במוכן זה, היה הקורס שלמדתי בכיתתו התגלמות של תיאוריה זו והגשמה מופלאה שלה. עם זאת, קשה להתעלם מן העובדה שמימוש תיאוריית ההוראה של קנדי, אשר מתנגדת ליסודות הגמוניים חברתיים ולחלוקה הבלתי-הוגנת של פריבילגיות וחוסרים שהיא יוצרת בחברה, התאפשר, בחלקה הצורני, דווקא לנוכח המסגרת הפריבילגית שבה מתנהלת אוניברסיטת הרווארד, אשר שכר הלימוד השנתי של תלמידי המשפטים בה עומד על כ־62,000 דולר.² הכיתה

המצומצמת, המכילה קבוצת תלמידים נבחרת, המכירים היטב את תפיסתו הפוליטית של המרצה, ולכן בולעים בשקיקה את דבריו – כל אלו הפכו את חוויית הלימוד עבורנו ללא פחות פריבילגית מחוויית ההוראה עבור קנדי.³

בישראל, צורת ההוראה האינטימית של הרווארד הינה לרוב בגדר חלום רחוק. המוסדות המתוקצבים, כמו אלו הבלתי-מתוקצבים, שבהם מלמדים משפטים, אינם מציעים אפשרות זו, ולא עשו כן מעולם. פרקטיקות ההוראה שהתבססו במערכת לימודי המשפטים בארץ, למצער ב-25 השנים האחרונות שבהן אני חלק ממערכת זו, הן פוזיטיביסטיות מעיקרן ואינן מאפשרות אינטימיות מורה-תלמיד מסוג זה. יתירה מכך, גם כאשר היא מתאפשרת, בכיתות קליניות למשל, ההוראה נעשית למול קבוצה מאוד מוגדרת וקטנה, ובמסגרת מאוד מוחרגת ומוגבלת. לפיכך, גם החינוך הקליני אינו משיג את החזון של קנדי, המבקש לשנות את דפוסי הוראת לימודי המשפטים באשר הם, כדי להפוך את ההטמעה הערכית בסטודנטים לחלק מהחינוך המשפטי הנרחב שלהם.⁴ צורת ההוראה הבלתי-אינטימית, הפורמליסטית והמרוחקת שהשתרשה בלימודי המשפטים בישראל ראויה לדיון נרחב ומעמיק משל עצמה, אשר מפאת קוצר היריעה, אֶמנע ממנה כאן. לנוכח היות צורת ההוראה זו מחוזה נפרץ בפקולטות למשפטים בארץ, ובהיעדר היתכנות קרובה לשנותה ולאמץ את חלקה הצורני של התיאוריה של קנדי, אקדיש את עיקר כתיבתי לבחינת האמצעים למימוש החזון המהותי שמציג קנדי בתיאוריה שלו.

קנדי מצביע בדבריו, הלכה למעשה, על הפתרון להוראה הפוזיטיביסטית של המשפט כטמון במרצה ולא במקום או במסגרת ההוראה שבהם היא פועלת. מחויבותה הערכית – תהא אשר תהא – יכולה וצריכה לבוא לידי ביטוי גם במסגרת קורסי החובה הדוקטרינריים, המכבידים בעומסי חומריהם ובכמות תלמידיהם. ברצוני להציג אפשרות זו בקצרה כאן, תוך שימוש בשני כלים שאותם ניתן למצות מביקורתו של קנדי על החינוך המשפטי. הכלי הראשון ציץ באופן מובהק מכתבתו של קנדי, ואילו השני מהווה פרפראזה שלי על כתיבתו: גיוון חומרי הקריאה והצגה ריאליסטית של התחום הנלמד.

1. גיוון חומרי הקריאה

קנדי מציג במשנתו חלוקה משולשת של סוגי חומרי ההוראה המוצגים לכיתה לצורכי לימוד התחום המשפטי הרלוונטי. סוג ראשון מכיל חומרים שייעודם להציג בצורה סדורה את הכללים הבסיסיים של התחום, ולהצדיקם. סוג שני מכיל חומרים המעידים על ה"טעויות" שעושים לעיתים שופטים ומלומדים. הוראת חומרים אלו מאפשרת להדגים את החשיבה המשפטית כמנותקת מהקשר, במובן זה שהיא עשויה להיות נכונה, כשלעצמה, גם כאשר תוצאת הפעלתה המצערת הייתה לקויה. סוג שלישי מזהה קנדי בפסיקה חלוצית וחריגה, במובן זה שהיא חושפת שיקולי מדיניות או שינוי משמעותי בחוק, שביכולתם לאפשר דיון מעמיק על האקלים שבו מתקבלת הכרעה משפטית. קנדי טוען כי חומרי ההוראה מהסוג הראשון והשני הם הנפוצים יותר, ונתפסים כ"חומרים קשים", במובן זה שהצגתם בכיתה נעשית כחלק מובהק מהכללים המשפטיים ומאופן הבנייתם. לעומת זאת, חומרי ההוראה מהסוג השלישי משמשים קרקע לדיונים מחייבים פחות בין המרצה לתלמידיה. בכך נעשית הפחתה בחשיבותם האמיתית של תהליכי השימוש בשיקולי מדיניות לצורך יצירת כללים משפטיים, ובמקביל, סיווגם כ"חומר רקע" בלבד להכרעה משפטית "אמיתית", המאפשר שיפוט ערכי כלפיהם, בלי להעניק להם את הממד המקצועי שהינו חלק אינטגרלי מהם. את ביקורתו על תכליתו של סיווג זה ממקד קנדי בעיקר בשדות משפט דוקטרינריים ובעלי גוון קפיטליסטי מובהק.⁵

2. שימוש בתוכנות ריאליסטיות-מעשיות

לימודי המשפטים מיועדים להכשיר את תלמידיהם ותלמידותיהם לעולם המעשה. היסטורית, מקצוע עריכת הדין נחשב לכזה שדרכי לימודו תלויות היו בעיקר בהתנסות המעשית בו: בלמידת רזי המקצוע הטכניים ובהתמחות לצידו של אומן – משמע, של עורך דין מיומן.⁶ עם התבססות התפיסה המדעית של המשפט במחצית השנייה של המאה ה-19, הוכנה תחום המשפט כתחום ידע רעיוני ומובנה, ולימודי המשפט הוצאו מבתי הספר המקצועיים לפקולטות למשפטים אשר הוקמו באוניברסיטאות, והחלו מעניקות תארים לבוגריהן. במקביל, עבודת ההתמחות הלכה ואיבדה ממעמדה כתנאי מרכזי להכשרה משפטית.⁷ בהתאמה, בעוד שבעבר היו המורים למשפטים אנשי פרקטיקה מבריקים, הרי שכיום, לא רק שהמומחה המדעי להנחלת לימודי המשפטים אינו נדרש להיות בעל ניסיון פרקטי, אלא יש שיאמרו שניסיונו הפרקטי עלול לזהם ממש את תובנותיו העקרוניות-מדעיות באשר לטיב המשפט.⁸

קנדי עומד בקצרה על החוסר בהבנתם של אופני פעולת המשפט שאותו יצר הליך אקדמיזציה זה בלימודי המשפטים. בחלק האופטימי – והקצר, יש לומר – של מאמרו, הוא מונה את הכישורים המצוינים שמעניקים לימודי המשפט בגרסתם האקדמית, כגון קיטלוג וסיווג של כללים, זיהוי סוגיות משפטיות והחלת הכללים הרלוונטיים עליהן, רכישת יסודות בסיסיים לניתוח-מקרה ועוד. אף שכישורים אלו חיוניים לפיתוח חשיבה ביקורתית – במסגרת הלימודית הם נהפכים לכמעט בלתי-שימושיים, במובן זה שהם נלמדים באופן מעורפל ומנותק מהקשר רחב. קנדי מונה כאחד הגורמים לערפול אינטלקטואלי זה את הנחלת הכישורים תוך היעדר התנסות מעשית של התלמידים עצמם. אם לשאול השראה מהתיאוריה המרקסיסטית, שקנדי ידוע בהערכתו הרבה אליה, ניתן לומר שהיעדר ההתנסות המעשית יוצר "ניכור" בין התלמידים למשפט. הם רואים לפנייהם חלקים ואף יסודות של המשפט, אבל אינם מבינים את מהותו כמכלול. ניכור זה פוגע במידת ההניעה שיש לתלמידים לבקר את המשפט כמוסד תרבותי, וכתוצאה מכך, הם פועלים מתוכו, בהתאם למה שלימדו אותם. ובמילותיו של קנדי: "חשיבה משפטית" מובחנת בחדות מעיסוק מעשי במשפט [...] וההתנהלות זו שוללת מסטודנטים את האפשרות למלא כל תפקיד עתידי, פרט לעבודה כמתמחה במשרד עורכי דין [...] כאשר ההכשרה המעשית מופשטת מכל הקשר פוליטי [...]."

שדה המשפט וההוראה של דיני הנזיקין, שממנו הגיע קנדי, ושאותו נטש מוקדם (יש שיאמרו, מוקדם מדי) לטובת תיאוריזציה של המשפט הפרטי,¹⁰ הוא דוגמה מצוינת ליכולת להפעיל פרקטיקות הוראה שתאפשרנה פדגוגיה שבה משמשות יחד הטמעה דוקטרינרית לצד הטמעה ערכית של המשפט. בהשראת ביקורתו של קנדי, וכמרצה לדיני נזיקין בעצמי, אראה כיצד גם בקורס חובה המוני ניתן להפעיל פרקטיקות הוראה ביקורתיות אשר תחשופנה את מיקומו החברתי, ותטמענה את ההשלכות שיש למיקום זה לא רק על הריבוד החברתי, אלא גם על דוקטרינות מרכזיות בדיני הנזיקין.

ב. ללמד דיני נזיקין בהשראת דנקן קנדי

הוראת דיני הנזיקין, כאמור לעיל, מאתגרת הן במישור הצורה, הן במישור התוכן. במישור הצורני, היא נעשית בכיתות קורסי החובה הגדולות, שבהן ישנה העדפה מתודולוגית לפורמט ההרצאתי ולסגנון הפורמליסטי של ציון יסודות הדוקטרינה ופירוקם, לצורך הבנתם על בסיס המשמעות שניתנה להם בפסיקותיו של בית המשפט העליון. במישור המהותי, דיני הנזיקין אשר שימשו משך מאות שנות משפט כלי מרכזי לתיקון עוול בין פרטים, שינו במאה האחרונה את פניהם כשהפכו מדינים שכל עניינם ביחס בילטרלי בין שני צדדים לנזק – המזיק והניזוק – לדינים שמשמעותם החברתית רחבה יותר. בתקופה המכוננת של גיבוש דיני הנזיקין המודרניים – שלהי המאה התשע

עשרה ותחילת המאה העשרים – הפכו דינים אלו למקדמים בשיטתיות ובאופן מובנה אינטרסים שניתן לזהותם ככלל כ"קפיטליסטיים", עד שיש הטוענים שהיו הם עצמם התגלמות הקפיטליזם.¹¹ החיבור בין הקפיטליזם לדיני הנזיקין היה טבעי, במובן זה שעקרונותיו של המנגנון האחד תאמו את אלו של המנגנון האחר. חיבור זה תרם לחיזוקן, ולעיתים אף ליצירתן, של דוקטרינות נזיקיות תומכות קפיטליזם. אחת הסיבות המרכזיות להתאמה הטבעית של הקפיטליזם לדיני הנזיקין היא השימוש המרכזי שהם עושים בכסף דווקא ככלי עיקרי להשבת מצב הניזוק לקדמותו. כל פגיעה וכל נזק, יהיו אשר יהיו, יתורגמו כמעט תמיד בדיני הנזיקין לכסף. "הזקת – שילמת" ו"ניזוקת – תשולם" הלכו והתבססו כמוטיבים מרכזיים, כוללים וממצים של דינים אלו – כסף תמורת הגוף הדואב והמשוסע וכן תמורת בושה, השפלה ואפליה. הכול נהפך לבר־פדיון כספי. החובה המשפטית שלא לפגוע והאחריות של מי שהפר אותה הומרו בחיוב לשלם על כך, בדיעבד.¹² דוגמה מרכזית להתאמה בין הקפיטליזם לבין דיני הנזיקין ניתן למצוא בעקרון הפיצוי – "השבת מצב הניזוק לקדמותו" – אשר פורש כפיצוי ניזוקים לפי הפסד ההשתכרות שגרמה הפגיעה בהם.¹³ דרך עיקרון זה נעשה האדם שווה לתזרים המזומנים, יציר העבודה הנובע ממנו. "נזק" הוגדר כשווה בערכו להפסד שכר, ובכך הפך השכר עצמו לערכו של האדם שניזוק. דוקטרינות מרכזיות אלו ואחרות מעידות על "עמוד השדרה הנזיקי" כמי שנושא בגאון את האפיסטמולוגיה הקפיטליסטית ואת יישומיה, על השלכותיה החברתיות הרחבות:¹⁴ האדרה של אינטרסים כלכליים, חתירה אינדיווידואלית למקסום רווח, צמצום הלכירות החברתית והקהילתיות וכיוצא באלו מאפיינים המעודדים, לצד יתרונות למיניהם, גם חברה תחרותית יותר, מנוכרת יותר ומלוכדת פחות.¹⁵ בתנאי צורה ומהות אלו, האתגר של קנדי, ללמד את דיני הנזיקין כמכלול, בתוך הקשר חברתי המאפשר ביקורת על היסודות הקפיטליסטיים הנחרצים שלו, הוא גדול, אולם אפשרי. כפי שאראה להלן, השימוש בחיבור בין גיוון חומרי הקריאה ובין הבאת עולם המעש המשפטי אל בינות לכיתה, מאפשרים זאת.

לנוכח המערך הקפיטליסטי המובהק והמוטמע של דיני הנזיקין, הנתפסים כא־פוליטיים, הוספת אל מערך השיעורים את הביקורת הפמיניסטית־חלוקתית,¹⁶ המבקשת לראות בהם כלי המשמש לשינוי חברתי־שווינוני. לפי גישה ביקורתית זו, דווקא בדיני הנזיקין, בעלי ההטיה הקפיטליסטית, טמון פוטנציאל ממשי לצמצום פערים בחלוקת הרווחה הכללית. אליבא דגישה זו, שימוש יצירתי בהגדרות ובכלים נזיקיים ימצה את הפוטנציאל ל"שינוי מבנים" הטמון בהם לתיקון עוולות שמקורן ביחסי כוח חברתיים.¹⁷ בשימושי בביקורת הפמיניסטית־חלוקתית בכתיבתי ובשיעוריי, אני מבקשת להפעיל את דיני הנזיקין ככלי למיצוב־מחדש של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות בחברה והוצאתן ממקומן בשולי השיח המשפטי־חברתי־כלכלי כיום.¹⁸ הנחתי היא כי באמצעות דיני הנזיקין ניתן להשפיע על האופן שבו יחסי הכוח החברתיים, ועימם מאפייניה המזיקים של השיטה הקפיטליסטית (להבדיל ממאפייניה החיוביים), קובעים את ההקצאה הלא־שוויונית והמפלה של הרווחה החברתית. הוראת דיני הנזיקין בידיי, כמו גם פעילותי הליטיגטורית־מעשית, מגלמות את אפשרות המעבר משימוש קפיטליסטי בדיני הנזיקין לשימוש בדינים אלו לצמצום פערים חברתיים.¹⁹ לשם כך, מוצגת בכיתה אפשרות זו כבת מימוש לא רק במובן התיאורטי־אקדמי, אלא גם המעשי,²⁰ כמו זה ההולך ונגלה בפסיקה הנזיקית העכשווית.²¹

המחשה ייחודית של אפשרות השימוש החברתי בדיני הנזיקין נעשית באמצעות הצגה בכיתה של תיקים נזיקיים שמנהל "מרכז תמורה לקידום השוויון", שאני משמשת כעורכת דין מובילה בהם. המרכז "הוקם בשנת 2006 מתוך תודעה חברתית־פמיניסטית־מזרחית מובהקת ומוצהרת, המבקשת לשנות את מעמדן הנחות של אוכלוסיות מוחלשות, באמצעות שימוש בתביעות נזיקיות לפיצוי מי שניזוקו כתוצאה מהתנהגות מפלה ומניצול יחסי כוח חברתיים. הצגת התיקים שהמרכז מנהל, חלקם

לאחר שהסתיימו, וחלקם בעודם מתנהלים בערכאות השונות, מאפשרת לתלמידות מבט עשיר על ההקשר שבו נוהל התיק והתגבשו ההליכים בו. היא מאפשרת להן העמדה של המקרה הנדון בתיק בתוך הקשר רחב של תפקידם החברתי של דיני הנזיקין, מעשירה את הכלים התאורטיים שלהן באסטרטגיות של ניהול תיק כזה וכיוצא באלו יתרונות. דוגמה מצוינת להשפעות חיוביות אלו מהווה תיק שמנהל המרכז, שבו טענו לאחריות ברשלנות בגין ניצול יחסי כוח מגדריים, ושאותו הצגתי בכיתות הנזיקין שלימדתי.²² התיק עסק בתביעה לפיצויים שהגישה אישה בגין ניסיון רצח שעברה מידי בן זוגה לשעבר. התביעה הופנתה כלפי בן הזוג וכלפי המשטרה שבה עבד, לאור התרשלות המחלקה לחקירות שוטרים בטיפול בפניות חוזרות של התובעת אליה, והתרעתה כי היא חוששת מפני בן זוגה לשעבר. מכיוון שבן הזוג לא הועמד לדין פלילי, בשל ניסיונו להתאבד מיד לאחר שירה בתובעת, ניתן היה להמחיש לכיתה את חשיבות השימוש בדין הנזיקי כאן לא רק לצורך קבלת פיצוי, אלא גם לצורך מיצוי – גם אם חלקי – של הצדק שהופר בצורה כה בוטה בידי הנתבע. בכך הופקע מידי דיני הנזיקין תפקידם הקפיטליסטי של "כסף תמורת פגיעה – הא ותו לא". גם ההצעה של המדינה-הנתבעת להתפשר, והסכמת התובעת לכך, הובאו לידיעת הכיתה, באופן שאפשר להראות כיצד המדינה משנה את עמדתה היריבותית, ומוכנה, גם כמזיקה פריפריאלית, הנעדרת קשר ישיר לניסיון הרצח של התובעת, לקבל עליה את האחריות לחייה של אישה, שחובתה הייתה להגן עליה מפני ניצול יחסי הכוח המגדריים כלפיה.²³ העובדה שהנתבע בתיק בחר להתעמר בתובעת בהגשת תביעות "משפחתיות" נגדה – כגון דרישה להכרזה על הילדים כמורדים, וביטול דמי המזונות מרגע שקיבלה פיצוי מידי המדינה בהסדר הפשרה – לימדו את הכיתה פרק בהלכות ניצול לרעה של המשפט, לנוכח ההבנה המעוותת לעיתים של דיני הנזיקין כ"מעשירים ניזוקים שלא כדין", ועוד.²⁴ כל אלו לא יכולים היו להילמד אלמלא היה התיק מנוהל בידי "מרכז תמורה". ראשית דבר, תיק כזה לא היה מצליח כלל לעשות את דרכו אל רשימת הקריאה המסורתית של הקורס בדיני הנזיקין, בשל הינתנו בבית המשפט למשפחה, בעוד פסקי הדין הנלמדים בכיתות מגיעים – רובם ככולם – מבית המשפט העליון. פסקי דין אלו מגלים טפח ומכסים טפחיים משפטיים ואינם מאפשרים להביט אלא ב"קצה הקרחון" של המשפט, באופן המעוות לגמרי את הבנתנו אותו, כפי שטען בתוקף הריאליסט ז'רום פרנק.²⁵ שנית, הסדרי הפשרה והתביעות הנוספות – לא ניתן היה לדעת עליהם מקריאת פסק הדין הסופי בתיק, ורק עדות ממקור ראשון מהסוג שהוצג בכיתה יכולה הייתה לחושפם. הצגת תיק זה ודומים לו בכיתה מוכיחה לתלמידותיי שלצד מאפייניהם הקפיטליסטיים, שוכנים בדיני הנזיקין אותם מאפיינים ההופכים אותם כלי מרכזי ל"הנדסה חברתית", כגון גמישות, התפתחות, התאמה מתמדת למציאות ועוד, ולפיכך, ניתוח ביקורתי של מאפיינים אלו הופך אותם דווקא למקור תקווה לפיתוח משפטי שיקדם חברה שוויונית יותר.

אף שבריי כי לא כל מרצה-חוקר יכול להיות בעל ניסיון מעשי משמעותי, ניתן בהחלט לחשוב על חזוק היסודות הריאליסטיים-מעשיים של סגל ההוראה המשפטי. כך למשל, מרצים יכולים לנדרב ממרצם לצורך מתן חוות דעת בתיקים משפטיים שבתחום עבודתם, שתתאם את עמדתם הערכית על המשפט, ולא רק את עמדתם הדוקטרינרית לגביו. הזדמנויות לכך ניתן למצוא לרוב, והכלי של "ידידות בית משפט" הוא אמצעי מצוין לכך. על מהלך כזה לזכות לגיבוי גם מהמערך האקדמי-פקולטיבי, כך שיתמרץ את מי שמקדישים ממרצם להעשרת מצוינותם האקדמית בעשייה מעשית, באופן שעשייתם תקבל משקל משמעותי בהערכתם, למשל, בהקשר של הערכת התאמתם לקידום אקדמי. אפשרות אחרת להעמקת הקשר בין התיאוריה הנלמדת לעולם המעשה המשפטי מחייבת הרבה פחות השקעה, ומורכבת בעיקר מנכונות ללמד את פסקי הדין באופן שמעבר להוראתם הפורמליסטית. הבאת מתדיינים בתיקים מרכזיים, כמו גם עורכות דין מייצגות, להציג

את סיפורם ואת החוויה המשפטית שחוו במסגרת ההליך המשפטי החי והדינאמי, שהתגבש לכדי פסק דין ש"קפא" בסבך הכללים המשפטיים, היא פרקטיקה מצוינת של חיבור החומר המשפטי הנלמד למציאות המורכבת ולפוליטיקה החברתית שבמסגרתה הוא נוצר, והפיכתו לחומר לימוד "חם" וחיוני, כהגדרתו של קנדי.

סיכום

ביקורת המשפט, תוך כדי הוראתו, היא פעולה פדגוגית מורכבת ועדינה. קנדי מדגיש את הצורך לשלב בהכניית הביקורת את ההכרה בחשיבותו העצומה של המשפט ושל ייחודו מן הפוליטיקה, עם שירוש התפיסה הפוזיטיביסטית על היות המשפט מנותק ממשמעויותיהן הפוליטיות של הכרעותיו.²⁶ בדברים אלו מכוון קנדי לשתי פעולות חיוניות בחינוך המשפטי. מן הצד האחד, יש לבסס אצל משפטני-העתיד את ההכרה במשפט כמוסד חיוני בעל מרחב אופייני וייחודי, המחייב את הפועלים במסגרתו לנהוג בהתאם לכללים, ומן הצד האחר, יש להטמיע בהם את המחויבות לבחון את השפעותיה של הכרעה משפטית על ה"פוליטיקה", במובנה הרחב, משמע, במובן של צדק בין מעמדות חברתיים, גזעיים או מיניים. הוראת יסודות דיני הנזיקין והטמעת הביקורת עליהם תוך שימוש בכלים שהצגתי לעיל, מגשימה תוכנה זו וביכולתה לקדם הכשרה של עורכת דין חברתית מצוינת. עורכת דין זו תהיה גם משפטנית מעולה, המתמקצעת בתחום הנזיקי ומבינה אותו לעומקו, וגם מי שמשתמשת באותה ידענות כדי להפעיל את דיני הנזיקין לקידום ערכים חברתיים.²⁷ משמע, אין צורך להפריד באופן מלאכותי בין הליך "בניית היסודות" לבין הליך "ביקורת היסודות". חלק מהיכולת להבין טוב יותר את דיני הנזיקין, את עומקם ואת איכויותיהם, טמון בפיתוח מקביל ומוטמע של הביקורת עליהם.²⁸

הערות

- 1 למדתי בכיתתו של דנקן קנדי על Private Law Theory שהעביר לתלמידי התואר הראשון במשפטים. השתתפותי בקורס הייתה חריגה, בהיותי עמיתת פולברייט בשנת פוסט-דוקטורט באוניברסיטת הרווארד, 2005. בשנה זו גם זכיתי לכך שקנדי, בנדיבותו, ילווה אותי בגיבוש מחקרי על אודות תאוריית איסור-אפליה שפיתחתי אז.
- 2 זוהי עלות שכר הלימוד לבדה. העלות הממוצעת של שנת לימודים בהרווארד, לפי חישוב מטעם האוניברסיטה עצמה, עומדת על כ-92,000\$. לנתונים, ראו *Cost of Attendance*, HARVARD LAW SCHOOL, <https://goo.gl/wrRGiW>.
- 3 לזכותו של קנדי ייאמר מייד כי הוא לא רק מודע לעמדה פריבילגית זו, אלא אף מצביע עליה מפורשות במאמרו, בתארו את עצמו כמי שהוא "גבר לבן מהמעמד הבינוני הגבוה", ואת מעמדו הגבוה בהיררכיה המקצועית-אקדמית "כפרופסור בהרווארד". ראו דנקן קנדי "חינוך משפטי כהכשרה להיררכיה" מעשי משפט ט(1) 17, 30 (2017) (להלן: קנדי – "חינוך משפטי").
- 4 קנדי עצמו מודע גם הוא לשוליות המובנית של החינוך הקליני, וכדבריו: "נושאים אלה מוצגים כלא באמת שייכים ל'גרעין הקשה' האובייקטיבי, הרציני, הריגורוזי והאנליטי של המשפט; הם נתפסים כסוג של מגרש משחקים, או כלימודים משלימים, שבהם רוכשים את האומנות החברתית של הצגה-עצמית כעורך דין". מעשי משפט ט(1) 17, 22 (2017).
- 5 הקפיטליזם, בקצרה, מאופיין בקיומו של שוק חופשי שבו מתחרים בעלי אמצעי הייצור על השאת רווחיהם. ניתן לתאר את הקפיטליזם כמגוון של שיטות כלכליות, המתאפיינות בשלושה מושכלות ראשונים: (1) מרבית אמצעי הייצור מוחזקים בידיים פרטיות; (2) קיומו של שוק חופשי; (3) השחקנים השונים בשוק החופשי מתחרים ביניהם על השאת רווחיהם האינדיווידואליים. ראו Dennis C. Mueller,

- Introduction: The Good, The Bad, And The Ugly, In THE OXFORD HANDBOOK OF CAPITALISM 1, 1* (Dennis C. Mueller ed., 2012); William J. Baumol, Robert E. Litan & Carl J. Schramm, *The Four Types of Capitalism, Innovation, and Economic Growth, In THE OXFORD HANDBOOK OF CAPITALISM 115, 117* (Dennis C. Mueller ed., 2012). חשוב לי להדגיש כי ביקורתי אינה עוסקת בטיב השיטה הקפיטליסטית, ככלל, אלא בחלק מתוצאותיה הבעייתיות.
- 6 Susan Katcher, *Legal Training in the* המשפטי באמריקה ראו *United States: A Brief History*, 24 Wis. INT'L L.J. 335 (2006). אף שההכשרה לעריכת דין נעשתה בעיקר באופן של למידה מעו"ד כמתמחה, משך שנים ארוכות, תקופת ההתמחות כן קוצרה למי שהציגו השכלה אקדמית רחבה, והעשירו את ידיעותיהם ב"הרצאות אקדמיות במשפטים". שם, בעמ' 339-341. שם, בעמ' 345-346.
- 7 לתהליך זה אצל המורים למשפטים והמתודולוגיות שאימצו, ראו שם, בעמ' 353-360. באופן מרתק, מי שהיה הראשון לטעון במובהק שאין כל צורך בניסיון מעשי כדי להפוך למרצה למשפטים היה Langdell, הדיקאן המיתולוגי של בית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד, שהיה בעצמו פרקטיקן מעולה והמשיך להחזיק במשרד במשך כל שנות הוראתו כדיקאן.
- 9 קנדי – "חינוך משפטי", לעיל ה"ש 3, בעמ' 21.
- 10 קנדי החל את דרכו בהוראת דיני הנזיקין, החוזים והקניין, ורק בשלבים מתקדמים יותר עבר להוראת קורסים תיאורטיים יותר כתורת המשפט ותיאוריות של משפט פרטי.
- 11 טענה קונטרברסלית זו הוצגה בידי מורטון הורביץ (Horwitz), היסטוריון משפטי מאוניברסיטת הרווארד, המוסיף לזרם הביקורת השמאלית על המשפט. ראו: MORTON HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1870-1960: THE CRISIS OF THE LEGAL ORTHODOXY* (1992).
- 12 במובן בסיסי זה, דיני הנזיקין מציגים מושג "רזה" מאוד של אחריות. להצעה לעבות ולהעשיר מושג זה דרך מנגנונים שאינם כספיים ודרך הרתעה מראש ולא רק בדיעבד, ראו מאמרה של זולי בנדר: (Bender) Leslie Bender, *Feminist (Re) Torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power and Responsibilities*, 1990 DUKE L. J. 848, 895-908 (1990).
- 13 ראו למשל Jennifer B. Wriggins, *Damages in Tort Litigation: Thoughts on Race and Remedies*, 1865-2007, 27 REV. LITIG. 37 (2007); לביקורת פמיניסטית על השימוש באובדן הכנסה כמדד פיצוי באופן שמפלה ומשמר אי-שוויון, ראו למשל Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 YALE J.L. & FEMINISM 41, 53-54 (1989).
- 14 למרות מסקנה זו חשוב לסייג ולומר כי התמונה העולה מבחינת הדוקטרינות הנזיקיות בכללותן מורכבת יותר, ויש בה דוגמאות לכללים נזיקיים המחלישים דווקא דפוסים קפיטליסטיים טיפוסיים והמאפשרים חשיבה ביקורתית ויצירתית על אודות אלו שמחזקים אותם. ראו יפעת ביטון "קפיטליזם בדיני הנזיקין: לשחק את המשחק או להמציא משחק חדש?" דין ודברים יא (17) (התשע"ח).
- 15 לזיהוי אלמנטים אלו כקפיטליסטיים ראו לעיל ה"ש 5.
- 16 בהצמדת התואר "חלוקתית" לתיאוריה הפמיניסטית, אני מבקשת לחברה לתיאוריות נוספות העוסקות בדרישה לחלוקה מחדש של משאבים חברתיים. כך למשל, התיאוריה הפמיניסטית קשורה בטבורה לתיאוריות אנטי-גזעיות. לתרומתה הרבה של הביקורת הפמיניסטית-חלוקתית לדיני הנזיקין, ראו: Martha Chamallas & Jennifer B. Wriggins, *The Measure of Injury: Race Gender and Tort Law*, 13-34 (2010).
- 17 ביקורת פנימית זו של דיני הנזיקין מאפיינת את הביקורת הפמיניסטית עליהם: שם, בעמ' 6-7.
- 18 לסקירה מקיפה, ראו יפעת ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי לדיני הנזיקין: חשיפתם, העמקתם, שינוים" המשפט טז 53 (2011).

- 19 לדיני הנזיקין יש מאפיינים המאפשרים הכוונת התנהגות וקידום אינטרסים שונים, ולכן ניתן לראות גם בהם מקור לתקווה להובלת שינויים חברתיים. ראו Allen M. Linden, *Viva Torts!*, 5 J. HIGH 139 (2005). Tech. L.
- 20 להרחבה על גישות אלו ראו TSACHI KEREN-PAZ, TORTS, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE (2007) (טוען להתאמה בין דיני הנזיקין לעיסוק בשאלות חברתיות); Leon Green, *Tort Law Public*; (1960) *Law in Disguise*, 38 TEX. L. REV. 1 (טוען לפער בין הצגת דיני הנזיקין כפרטיים, בעודם עוסקים בשאלות ציבוריות רחבות היקף); John C.P. Goldberg, *Twentieth-Century Tort Theory*; (2002) 91 GEO L. J.; John C.P. Goldberg, *The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs*, 115 YALE L. J. (2005) (מצדד במאמרים אלו בתפקידם של דיני הנזיקין ככלי לקידום תחום חברתי שלתובעת עניין בו). כן ראו יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" משפטים לח 145 (2008) (להלן: ביטון – "ההגנה על עקרון השוויון").
- 21 לדוגמאות מייצגות ראו ע"א 10064/02 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד (3) 13, פס' 37-50 לפסק דינו של השופט ריבלין (2005) (על זכותה של ניווקה ממוצא בדווי לקבל פיצוי לפי גובה השכר הממוצע במשק); ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד (סא) 310 (2006) (על הגבלת כספי פיצוי בעבור "שירותי ליווי מיני"); רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (פורסם בנבו, 9.12.2015) (הכרה בזכותן של נשים לפיצוי בגין אי-השמעת קולן בתחנת רדיו חרדית).
- 22 תמ"ש (י-ם) 3009-12-10 מלדה נ' מלדה (לא פורסם, 27.3.2017).
- 23 לעמדה זו ראו ביטון – "ההגנה על עקרון השוויון", לעיל ה"ש 20, בעמ' 176-180.
- 24 בקשה שהוגשה למחיקה על הסף נגד תביעות אלו צלחה בנוגע לתביעה לביטול המזונות בגין הזכייה בכספי הפיצוי, שהגיש הפוגע.
- 25 לביקורתו של פרנק על אודות מוגבלות הבנת המשפט שלא באמצעות הערכאות הדיוניות ראו Sam A. Beatty, *On Legal Realism-Some Basic Ideas of Jerome Frank*, 11 ALA. L. REV. 239 (1959).
- 26 קנדי מעמיד טיעון זה במקורו כך: "מה שנדרש הוא לחשוב על המשפט באופן שיאפשר לכל אחד להיכנס לתוכו, למתוח עליו ביקורת מבלי לדחות אותו לחלוטין, ולהשתמש בו באופן מניפולטיבי מבלי שתותר על עצמך לטובת שיטת החשיבה והעשייה שלהם". קנדי - חינוך משפטי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23.
- 27 קנדי רומז לכך שקיימת חלוקה דיכוטומית בין יכולת להתמקצע לבין יכולת להתנהל ביקורתית. הוא מכנה תופעה זו כ"גישת ההוקעה", שבמסגרתה אפשר להתייחס ללימודי משפטים ברצינות כאמצעי להשגת מטרה, וברוח זו, להשלימם בענייניות, ואז להפוך לעו"ד מקדם-זכויות מובהק. לדעת קנדי, רוב המאמצים גישה זו נועדו לנחול כישלון.
- 28 להמחשת טענה זו בהקשר של הבנת דוקטרינת האחריות לנזקי היריון ולידה ראו יפעת ביטון "היריון זה לא מחלה? תיעול מחדש בתעלת הלידה של נזקי אבדן העובר או פגיעה בה" מחקרי משפט כט 107 (2013).