

## דיאלוג על החינוך המשפטי

צבי טריגר\* ומנחם מאוטנר\*\*

המאמר עוסק בשבעה נושאים המשקפים את הסוגיות המרכזיות שיש לתת עליהן את הדעת כאשר בוחנים את החינוך המשפטי הישראלי כיום: הפער בין מורי המשפט לבין תלמידיהם; המתח בין כתיבה ומחקר באנגלית לבין אזרחות טובה ומקצוענות; פתיחת המכללות ושאלת השפעתה על החינוך המשפטי; השתלטות הדירוגים והמדירות על החינוך המשפטי; השינויים הטכנולוגיים והשפעתם על ההוראה ועל הלמידה; והידלדלות כישורי השפה של התלמידים. מטרתו להציע הרהור ביקורתי, אך גם אופטימי, בנוגע לכיוונים שהחינוך המשפטי צועד לעברם, ולכיוונים שלעברם ראוי שיצעד.

א. על הפער בין מורי המשפט לבין תלמידיהם. ב. על המתח בין כתיבה בעברית לכתיבה באנגלית ועל המתח בין אזרחות טובה למקצוענות. ג. פתיחת המכללות. ד. השתלטות ה"מדיד" – סטנדרטיזציה ומדדים. ה. על הקשר שבין השינויים הטכנולוגיים לאתגרי ההוראה והלימוד. ו. שינויים במעמד המרצה. ז. הידלדלות השפה.

\* מרצה בכיר, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל.  
\*\* פרופסור מן המניין, הקתדרה למשפט אזרחי השוואתי ולתורת המשפט ע"ש דניאל רובינשטיין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

## מבוא

כאשר הוזמנו על ידי עורכי הגיליון לכתוב מאמר על החינוך המשפטי בישראל כיום, אחד החששות שלנו היה שאין הרבה מה לומר בנושא שלא נאמר כבר. חשש נוסף היה שמבלי משים ניגור לקינה על כמה שפעם היה טוב יותר. החלטנו בסופו של דבר להיענות לאתגר, אולם היה לנו ברור שהכתיבה המשותפת צריכה להיות בצורת דיאלוג שבמסגרתו כל אחד מאתנו מעלה לדיון את הנושאים הקרובים ללבו. לאחר התכתבות במייל על נושאים אפשריים, נפגשנו לשיחה ארוכה על רשימת הנושאים ועל דרכי הכתיבה האפשריות. בסופו של דבר בחרנו בשבעה נושאים המשקפים, לדעתנו, את הסוגיות המרכזיות שיש לתת עליהן את הדעת כאשר בוחנים את החינוך המשפטי הישראלי כיום: הפער בין מורי המשפט לבין תלמידיהם; המתח בין כתיבה ומחקר באנגלית לבין אזרחות טובה ומקצוענות; פתיחת המכללות ושאלת השפעתה על החינוך המשפטי; השתלטות הדירוגים והמדידות על החינוך המשפטי; השינויים הטכנולוגיים והשפעתם על ההוראה ועל הלמידה; והידלדלות כישורי השפה של התלמידים.

לאחר מכן, במהלך כחודשיים, התכתבנו כמעט מדי יום על הנושאים האמורים, לפי הסדר שמנינו. הבסיס למאמר זה הוא אפוא התכתבות הדוא"ל בינינו (שעברה כמובן ליטוש ועריכה). כבר מהגדרת הנושאים אפשר להבין שיש לנו ביקורת לא מעטה על ה"מצב". עם זאת, אנחנו מקווים שהמאמר ייקרא לא רק כקינה על מה שהיה ואיננו (בעיקר משום שהוא אינו כזה), אלא כהרהור ביקורתי אך גם אופטימי בנוגע לכיוונים שהחינוך המשפטי צועד לעברם, ולכיוונים שלעברם ראוי לדעתנו שיצעד.

### א. על הפער בין מורי המשפט לבין תלמידיהם

צ"ט: מוסד האוניברסיטה נולד מתוך הפקולטה למשפטים. האוניברסיטה הראשונה בעולם, אוניברסיטת בולוניה שבאיטליה, הוקמה בשנת 1088 כפקולטה למשפטים. כשהוקמה, מקצוע המשפט היה מקצוע אקדמי תאורטי: הפרופסורים באוניברסיטת בולוניה השתמשו בטקסטים העתיקים ומעלי האבק של המשפט הרומי, והשקיעו מאמצים רבים בגזירת כללים וביצירת הפשטות מתוך הטקסטים העתיקים. תקופה זו, הידועה כ"תחיית המשפט הרומי" (או כ"חיים השניים של המשפט הרומי"), עיצבה, כך נדמה לי, את דמותה של הפקולטה למשפטים באופן שלא השתנה הרבה עד היום. פרויקט החייאת המשפט הרומי, משפט שהיה אות מתה במשך מאות שנים עד להקמת אוניברסיטת בולוניה, נכרך בהתאמתו לחיי היומיום של איטליה של המאה ה-11. בכך, חכמי המשפט הראשונים בפקולטה הראשונה למשפטים, קשרו קשר הדוק בין המחקר האקדמי לפרקטיקה המשפטית.

מאז, הקשר הסבוך והמורכב הזה לא הותר, והוא עומד כקונפליקט מרכזי בבסיס הפקולטה למשפטים: האם היא מוסד מחקרי או בית ספר להכשרה מקצועית? לכאורה, הקמת המכללות במהלך שנות התשעים אמורה הייתה לפתור את הקונפליקט הזה – להפוך את המכללות לבתי ספר להכשרת עורכי דין (הם הרי נקראים "בתי ספר למשפטים" ולא פקולטות), ואילו הפקולטות באוניברסיטאות היו (אולי) אמורות להיות פטורות מהמחויבויות הכרוכות בהכשרה מקצועית של הסטודנטים והסטודנטיות.

בפועל, הפער בין היומרה האקדמית לבין הצורך המעשי נותר שריר וקיים גם בפקולטות למשפטים באוניברסיטאות, ובכמה מבתי הספר למשפטים במכללות שרואים עצמם גם כמוסדות מחקריים. פער זה, שככל הנראה נולד עם הפקולטה למשפטים בבולוניה, ימשיך לעמוד בבסיס החינוך המשפטי, תהא אשר תהא התאוריה המדריכה אותו. אני מעריך שהוא צפוי אף להתחדד ולהחריף, ככל שהלימודים האקדמיים בכלל – לא רק המשפטיים בהכרח – יהפכו לאינסטרומנטליים, כלומר, למכשיר לקידום מקצועי, ופחות ופחות לאמצעי לסיפוק עניין אינטלקטואלי.

באופן אירוני, ייתכן מאוד שהסיבה שהפקולטות למדעי הרוח נמצאות על סף קריסה היא שפער כזה בין העניין של המרצים לבין העניין של הסטודנטים אינו מתקיים אצלן: הן אינן מספקות או מבטיחות לספק הכשרה מקצועית; התלמידים שבאים ללמוד בהן אינם מעוניינים בהכשרה כזו, אלא באים ללמוד דעת לשמה; לכן הם מעטים מכדי שהאוניברסיטאות, המנוהלות כיום במידה רבה תוך מתן משקל גובר לשיקולים כלכליים, תראינה הצדקה לקיומן של פקולטות אלה. ייתכן שהמתח המובנה בין שאיפות התלמידים להכשרה לבין אלה של המרצים להשגת דעת ולהוראתה, הוא ביטוי עקיף לכדאיות הכלכלית של הפקולטה.

מ"מ: קיים פער מטריד בין מה שמעניין את מורי המשפט לבין מה שמעניין את תלמידיהם. מורים רבים מתעניינים בממדים ה"תורת-משפטיים" והתאורטיים של המשפט, לרבות אלו הביקורתיים, אלה שבאמצעותם אפשר להבין את התופעה המשפטית על כל מורכבותה, וזאת באמצעות תחומי דעת הלקוחים ממדעי הרוח והחברה. בצעירותי חשבתי שהעניין התורת-משפטי, התאורטי והביקורתי (ביקורתי כמוכנו במסורת המרקסיסטית, כלומר כזה המבקש לחשוף את פגעי העולם החברתי הקיים, ולהציע עולמות חלופיים טובים יותר) של מורי המשפט עשוי להיות חשוב להשכחת איכותה של הפרקטיקה המשפטית (עריכת דין ושפיטה). חשבתי שמכיוון שעורכי דין ושופטים עוסקים בחייהם של בני אדם וממוקמים בצומתי הכרעה חברתיים מרכזיים, חשוב שהם יהיו בעלי ידע תורת-משפטי נרחב, בעלי ידע נרחב הלקוח מהדיסציפלינות של מדעי הרוח והחברה, בעלי גישה ביקורתית

בנוגע למשפט, וכן בעלי רגישות אנושית. חשבתי שאת אלה תוכל לספק להם החשיפה שלהם לעיסוק של מוריהם בתורת המשפט ובתיאוריטיזציה על המשפט. בחלוף השנים נחלשה אמונתי בתקפות הטענות הזו. ייתכן שעורכי הדין והשופטים המוכשרים לעיסוקם המקצועי כיום נושאים עמם בהמשך חייהם המקצועיים את הרכיב התורת-משפטי, התאורטי והביקורתי שאליו נחשפו במהלך לימודיהם, אבל אני מתרשם שמעת שהם מסיימים את לימודיהם הרכיב הזה נעשה עבורם בעיקר זיכרון ישן, ולא משהו חי, שממשיך ומתפתח אצלם במהלך שנות הפעילות המקצועית שלהם. כבר אחרי חמש שנות עבודה, ובוודאי לאחר חמש-עשרה שנים, עורכי דין ושופטים הם בדרך כלל אנשים שחוקים ועיפיים, הכורעים תחת עומס העבודה היומיומית שלהם, בלא יכולת של ממש להמשיך להימצא מחוברים לכתובה ולחשיבה התורת-משפטיות, התאורטיות והביקורתיות על המשפט, הממשיכות להתקיים בבתי הספר למשפטים. בעצם, רבים מהם עובדים כל כך קשה עד כי הם מתקשים להתחבר באופן משמעותי לממדי חיים כלשהם שהם מעבר לפעילותם המקצועית – לא רק לקריאה של ממש (ספרות, היסטוריה, כתיבה משפטית, תורת-משפטית, תאורטית וביקורתית המתפרסמת בכתבי העת המשפטיים, וכולי), אלא, לנוכח עומס העבודה הכבד המוטל עליהם, הם מתקשים להתחבר חיבור משמעותי אפילו לבני המשפחה שלהם, ובהם ילדיהם.

יתר על כן, חזון ההכשרה הרחבה בתחומי מדעי הרוח והחברה וטיפוח הרגישות האנושית מתנפץ במידה רבה אל נוכח הדומיננטיות של הניתוח הכלכלי של המשפט בפקולטות ובתי הספר למשפטים<sup>1</sup> – אין זה ברור כלל שבמוסדות אלה מתקיים

1 אוריאל פרוקצ'יה "על הרוחני שבמשפט" דין ודברים ג 127, 129 (תשס"ז-תשס"ח) (להלן: פרוקצ'יה "על הרוחני שבמשפט"); "[ה]עיסוק הבינתחומי שקצר את ההצלחות המרשימות ביותר" הוא "הגישה הכלכלית למשפט"; "הגישה הכלכלית למשפט זכתה ב"הצלחה כבירה"; אוריאל פרוקצ'יה "הקדמת העורך" הגישה הכלכלית למשפט 25, 34 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) (הספר להלן: הגישה הכלכלית למשפט): "הגישה הכלכלית למשפט הפכה בעשרים השנים האחרונות לגישה המובילה בדיונים העיוניים באקדמיה הישראלית, ובמידה רבה גם בזו העולמית"; אורן גזל-אייל "הערות על העבר והעתיד של הניתוח הכלכלי של המשפט בישראל" מחקרי משפט כג 661, 662 (2007) (מאז שנות השמונים עברה האקדמיה המשפטית בישראל מהמתקדות בכתיבה דוקטרינרית למחקר תאורטי, אינטרדיסציפלינרי או ביקורתי. "מבין כל הגישות הללו בולט במיוחד המעמד שרכשה לעצמה הגישה הכלכלית למשפט – שיעור גבוה מאוד של חוקרי משפט ישראלים עוסקים בניתוח כלכלי של המשפט"); Eli M. Salzberger, "The Economic Analysis of Law: The Dominant Methodology for Legal Research?" דין ודברים ד 207, 208-210, 212 (תשס"ח). למיטב הבנתי לא זה המצב בכריטיניה; שם התנועה הדומיננטית היא "הלימודים הסוציו-משפטיים", מה שנקרא בארצות-הברית "משפט וחברה".

מנעד רחב מספיק של תאורטיזציה על המשפט הלקוחה מהדיסציפלינות המגוונות של מדעי הרוח והחברה, ומהמסורת הביקורתית. הוא מתנפץ גם אל נוכח העובדה שמלכתחילה סטודנטים רבים המגיעים ללימודי המשפט הם חסרי עניין של ממש בידע הלקוח מהדיסציפלינות האלה. שהרי, אילו היה להם ענין כזה, היו מן הסתם נרשמים ללימודים בפקולטות העוסקות בכך. יתר על כן, בהגיעם ללימודי המשפט הם עוברים סוציאליזציה מהירה, שלפיה היוקרה בעיסוק המשפטי המקצועי מצויה במשרדי עורכי הדין המובילים, אלה המייצגים את הלקוחות העסקיים הגדולים, ולא בשירות המדינה, ברשויות המקומיות ובארגונים הפועלים בשירות הציבור. הסטודנטים פועלים אפוא מראש לרכישת כישורים שיאפשרו להם להשתלב במשרדים האלה – בראש ובראשונה קורסים המציידים בידע עסקי וכלכלי, וכן לימודי חשבונאות, מנהל עסקים וכלכלה. מי שאלה הם הלימודים התאורטיים והחוץ-משפטיים שאליהם הוא נחשף במהלך לימודיו, אינו נחשף לעושר הקיים בדיסציפלינות של מדעי הרוח והחברה, ואין ביכולתו לטפח במהלך לימודיו את רגישותו האנושית כהלכה.

צ"ט: המבוי הסתום שאתה מתאר שייתכן שהחינוך המשפטי נקלע אליו, לא מעט בגלל פער הציפיות השונות של התלמידים ושל המורים מההשכלה המשפטית, מעלה כמה שאלות מעניינות, אבל הייתי רוצה להתמקד בשתיים במיוחד: ראשית, האם לא מדובר בתוצאה מתבקשת של הפיכת הפקולטות למשפטים בארץ לבתי ספר לתואר ראשון בעיקרם, ולקרב קפיצה לייצוא תלמידי תואר שני ודוקטורט בעלי עניין אקדמי? האם הפקולטות אינן מטפחות את הפער בין השאיפות של הסטודנטים והמרצים באמצעות דילול של התלמידים בעלי העניין האינטלקטואלי בתאוריה ושליחתם ללימודים בחו"ל? אני מרגיש קצת משונה להעלות ביקורת שכזו, שכן מסלול הכשרתי היה בדיוק כזה, ושנינו נהנינו ונהנים מהיתרונות של משחק במסגרת הכללים (מציאת משרה, ולאחר מכן קידום אקדמי בזכות הלימודים בחו"ל, עם הטיה חזקה לטובת ארצות-הברית, השתתפות בכנסים בעולם וכולי), אולם אני חושב שה"משחק" כפי שקראתי לו, אחראי במידה לא מבוטלת לכך שהמרצים חווים בעיקר את הנתק בין התאוריה להכשרה המקצועית; אילו התארים המתקדמים בארץ היו נחשבים באותה מידה כמו התארים הזרים, והתלמידים המצטיינים היו נשארים בארץ, ייתכן שהפרופורציה מבחינת החוויה של המרצים הייתה משתנה; היו להם יותר בני ובנות שיח מקרב התלמידים.

כיום תכניות תואר שני מסוימות בפקולטות משמשות לצורך השתלמות מקצועית, בידול מהעמיתים והעמיתות בעלי תואר ראשון בלבד, ורכישת תואר שני מאוניברסיטה לאחר שהתואר הראשון היה ממכללה. אני מעז לנחש שרק מיעוט קטן

ביותר של התלמידים הממשיכים לתארים מתקדמים בלימודי המשפטים בארץ הם מסוג התלמידים בעלי עניין אינטלקטואלי במשפט כשדה ידע שמתקיים ומתפתח גם באופן עצמאי מהפרקטיקה, ובעלי עניין בתאוריה בלי חשיבה על ה"שימושיות" של הידע. ניחוש זה מתבסס, בין היתר, על הסיכוי הנמוך של בוגר תואר שני ודוקטורט בפקולטה למשפטים ישראלית להפוך לחבר סגל בפקולטה ישראלית, ועל העידוד הפעיל ללמוד את התארים המתקדמים בחו"ל (רצוי בארצות-הברית) כתנאי לכך.

זוה מוביל אותי לשאלה השנייה, שאולי היא בעצם הצעה למחשבה חדשה על הנושא: אולי הגיע הזמן לחשוב מחדש, לפחות בכל הנוגע לתואר הראשון, על מידת הדיוק שבשימוש במילה "חינוך". פער הציפיות בין המורים לתלמידים שאתה מתאר הוא בעצם פער בין הרצון של המורים להעניק חינוך משפטי, לחנך משפטניות ומשפטנים, לבין הרצון של התלמידים שיכשירו אותם להיות משפטנים ומשפטניות, לא שיחנכו אותם. ממילא, בחלק גדול מהזמן אנו נאלצים לוותר על ה"חינוך" שב"חינוך המשפטי", ולעסוק ב"הכשרה משפטית".

מ"מ: אני חושב שמורים לא-מעטים חשים תסכול מסוים מכך שהם נאלצים להקדיש את עיקר זמנם בקורסי הבסיס להוראת פסקי דין של בית המשפט העליון, אף שמה שמעניין אותם באמת הוא הכתיבה התאורטית או הביקורתית – של אחרים ושלחם – על המשפט. מורים אלה משלבים אולי תוך דיונם בפסקי הדין תובנות תורת-משפטיות, תאורטיות וביקורתיות, ואולם מטבע הדברים עיקר עיסוקם בקורסים האלה הוא בפסיקה. במילים אחרות, בקורסים האלה הממד המקצועני של המשפט הוא המכריע, ואולם אני סבור כי כך צריך להיות, שהרי מטרת הקורסים האלה היא להכשיר את התלמידים לתפקוד נאות במהלך חייהם המקצועיים, תפקוד הנסמך בראש ובראשונה על ידע משפטי. רק בסמינרים ובקורסים מתקדמים יכולים המורים להקדיש את עיקר הזמן לדיון בחומרים תורת משפטיים, תאורטיים וביקורטיים. ייתכן שבשנים הבאות נחזה במה שקיים כבר בלא מעט דיסציפלינות של מדעי הרוח והחברה: מורים בכירים מסרבים ללמד את קורסי הבסיס, שהם פחות מאתגרים מהבחינה התאורטית, ומבקשים להתמקד תחת זאת בסמינרים ובקורסים מתקדמים. ואולם אני סבור שחיוני הוא שדווקא מורים בכירים ומנוסים הם שילמדו את קורסי הבסיס, אף שיתכן כי מורים אלה רואים בכך פגיעה מסוימת ביכולתם לעסוק בחומרים התורת-משפטיים, התאורטיים והביקורטיים, שהם המעניינים אותם באמת.

אשר ל"חינוך" שבחינוך המשפטי, אני חושב שצריך לשמר את המושג הזה כהגדרה הנכונה של מה שעושים בתי הספר למשפטים. משעה שבתי הספר נפרדו

מתפיסתם את עצמם כבתי ספר מקצועיים, והפכו תחת זאת מוסדות המבקשים להאיר את התופעה המשפטית באמצעות כלים הלקוחים מהדיסציפלינות של מדעי הרוח והחברה? ומשעה שמורי המשפט המלמדים בבתי הספר האלה חולקים את התובנות התורת-משפטיות, התאורטיות והביקורתיות שלהם עם תלמידיהם – אפשר לומר שבבתי הספר קורה משהו שהוא בגדר חינוך. כמו כן, חינוך פירושו הטמעת נטיות עקרוניות וכלליות, שהמתחנך אמור להפעילן בדרך של יישומן על מצבים פרטיקולריים עתידיים, שלא ניתן לצפותם מראש (זאת, בהבדל מהנחלה של כללי פעולה ספציפיים שיש לשננם וליישמם). מכיוון שאני מניח כי כל בתי הספר למשפטים בישראל פועלים בגדרה של הפרדיגמה המשפטית הראליסטית, הרי שגם במובן הזה ניתן לומר שמה שקורה בהם הוא "חינוך".

צ"ט: אני מסכים עם עמדתך שמה שקורה בפועל בבתי הספר למשפטים הוא אכן חינוך משפטי. אני אומר דברים אלה אחרי הוראת שיעור ב"דיני חוזים", שנלמד כעת בשנה א' ללימודים. התלמידים הנלהבים לא מפסיקים לשאול אותי כמעט לאחר כל פסק דין שאנו מנתחים בכיתה "האם זו ההלכה המחייבת?". בקשותיי שיתאזרו בסבלנות, או הנסיון לשכנע אותם שאנחנו לומדים שיטת חשיבה, וכן את דרכי ההנמקה ושיקולי המדיניות המשפטית, המודעים והלא-מודעים, שמדריכים את בית המשפט, בינתיים אינם נענים.

אבל מה שאני מנסה לעשות הוא ללא ספק "חינוך משפטי", ואני מקווה שחינוך טוב (כי "חינוך" היא מילה ריקה מתוכן – חינוך יכול להיות רע): גם כשלומדים פסיקה אפשר ללמוד אותה באופן שמתמקד בניסיון לחזות "מה תהיה התוצאה במקרה בעל עובדות מסוימות לאור הפסיקה שלמדנו", ואפשר ללמוד אותה באופן שחושף את שיטת החשיבה וההנמקה של בית המשפט (או את היעדרה של שיטה כזו, במקרים מסוימים). במובן זה, הלימוד התאורטי על המשפט לא תמיד סותר קורס דוקטרינרי שמתמקד בעיקר בלימוד פסיקה, אף שכמובן קשה יותר לדבר על המשפט (להבדיל מלדבר את המשפט) כאשר קוראים בעיקר פסיקה.

המתח הזה שבין השאיפה של המרצים לבין תחומי העניין של התלמידים – או מה שחלקם סבורים שצריך ללמוד – מעלה בעיניי שאלה רדיקלית בהרבה: לאור העובדה שממילא יחלפו למעלה משלוש שנים מלימוד הקורס ב"חוזים" בשנה א' ועד בחינות הלשכה, הרי מה שנחשב היום הלכה מחייבת עלול להיות לא רלוונטי במועד הבחינה. אם כך, האם לימוד שכזה אינו מיותר? ואם מכפילים זאת במספר

קורסי החובה ובמספר פסקי הדין הנלמדים בהם, הרי שלימוד פסקי דין מתוך השקפת עולם של הכשרה מקצועית הוא בזבוז משאבים משווע, אלא אם כן הוא נעשה ברמת הפשטה גבוהה יותר מאשר סיכום המצב המשפטי נכון לעכשיו, שכן הוא נכון רק לעכשיו. אולי ההוראה שמשלבת תאוריה ומבט ביקורתי על המשפט (כלומר: שימת דגש על שיטות חשיבה לא פחות מאשר על תכנים) הכרחית דווקא משום שלמצב המשפטי הקיים, ולכן גם להתמקדות בהוראתו, יש תאריך תפוגה? אולי, מפרספקטיבה של הענקת הכשרה מקצועית משובחת (וללא ספק משיקולים פטרנליסטיים שמבקשים מהתלמידים לסמוך על המוסד ועל ניסיונו המצטבר), האינטלקטואליזציה היא מחויבת המציאות?

מ"מ: הקורס ב"חוזים" הוא קורס בסיס "גדול", אבל אני חושב שניתן לחשוב באמצעותו על מה שקורה וצריך לקרות בכל קורסי הבסיס האחרים (בין שהם קורסי חובה ובין שהם קורסי רשות). אני חושב שלקורסים כאלה יש חמש מטרות עיקריות: ראשית, להנחיל לסטודנטים את הקטגוריות העיקריות הקיימות בתחום, שבאמצעותן חושבים משפטנים במסגרת התחום (לדוגמה, ב"חוזים": כריתת חוזה, תום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, פגמים בכריתת חוזה, תרופות, סיכול, וכו'); שנית, להנחיל לסטודנטים את הכללים העיקריים הקיימים בגדר הקטגוריות האלה (בדרך כלל הכללים האלה משתנים באיטיות, עקב בצד אגודל, מלבד המשפט הישראלי של שנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת, שבאופן חריג ויוצא דופן חלו בו שינויים דוקטרינריים נרחבים בתוך תקופה קצרה<sup>3</sup>); שלישית, לגרום לסטודנטים לסגל לעצמם פרקטיקת חשיבה המבדילה בין עובדות שהן רלוונטיות לבין עובדות שאינן רלוונטיות כאשר מבקשים לחשוב על המשמעויות המשפטיות של אירועים המעוררים בעיות משפטיות; רביעית, לגרום לסטודנטים להפנים את השיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים בגדר הקטגוריות האמורות ואת המשקלות היחסיים שהמשפט נותן לשיקולים האלה. חמישית, ללמד את הסטודנטים שהמשפט הוא תופעה מעניינת ומורכבת, שניתן לחשוב עליה מנקודות מבט תורת משפטיות, תאורטיות וביקורתיות מגוונות כדי ליצור לגביה משמעות. מה שמשותף לארבע המטרות הראשונות הוא התפיסה שלימוד המשפט פירושו הפנמה של התכנים והפרקטיקות של המערכת התרבותית של המשפט, וכן שתהליכי קבלת ההחלטות במשפט מבוססים על דגם התבונה המעשית האריסטוטליאני.

3 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת פרקים 5-7 (2008).



הדרך שבה מונחלת לסטודנטים בקורסים האלה התרבות של המשפט היא זו של קריאת פסקי דין וליבונם. בנקודה הזו מתגלה הפער בין הסטודנטים לבין מוריהם, שעליו הצבעתי קודם. פסק הדין הוא הטקסט המשפטי המרכזי שאותו קוראים הסטודנטים – אם הם קוראים – במהלך לימודיהם. הטקסט המרכזי של מורי המשפט הוא כתביהם של מלומדי משפט אחרים, וכן כתביהם של מחברים הפועלים בדיסציפלינות של מדעי הרוח והחברה. מורי המשפט חיים אפוא באופן מתמשך בעולם אינטלקטואלי שונה מזה שבו חיים הסטודנטים שלהם (וגם השופטים, הכותבים את פסקי הדין). בניסוח אחר, בשביל הסטודנטים העיקר בלימוד הוא רכישת הכשרה מקצועית, היינו השתלטות על התרבות המשפטית באופן שיאפשר להם לתפקד בה בהצלחה. בשביל מורי המשפט העיקר הוא העיסוק ההגותי בתופעה המשפטית. הפיצול הזה אינו קיים בדיסציפלינות של מדעי הרוח והחברה, שבהן חיים המורים והסטודנטים באותם עולמות תוכן עצמם, עולמות של הגות תאורטית. נקודה זו גם מצביעה על כך שסטודנטים למשפטים לומדים טקסטים מסוגים שונים לגמרי מאלו שאותם לומדים הסטודנטים הלומדים בדיסציפלינות של מדעי הרוח והחברה.

כך, השונות הזו בין עולמות התוכן של מורי המשפט לבין אלו של הסטודנטים שלהם היא העומדת ביסוד ה"הפתעה" שחווים מורי המשפט כאשר הם קוראים עבודות סמינריוניות הנכתבות על ידי הסטודנטים שלהם (בשליבים מתקדמים יותר של לימודיהם). לא אחת העבודות נקראות יותר מדי כפסקי דין, ופחות מדי כחיבורים תאורטיים והגותיים. אבל איך יכתבו הסטודנטים חיבורים מן הסוג האחרון אם הטקסט העיקרי שהם קוראים במהלך לימודיהם הוא פסק הדין? ואיך יכתבו הסטודנטים חיבורים כאלה אם בעשרות בחינות ועבודות שהם כותבים קודם לכתבת עבודותיהם הסמינריוניות הם נתבעים לכתוב טקסטים דמויי פסקי דין?

צ"ט: תלונה שנתקלתי בה בכמה מהמשובים שהתלמידים נוהגים למלא בסוף הקורס (תופעה חשובה כשלעצמה בכל דיון על החינוך המשפטי, שנרחיב עליה בחלק ד' של מאמר זה) היא ש"שנה שלמה למדתי חוזים ואני לא יודע לנסח חוזה". אני לא זוכר שזה משהו שאני או חבריי חשבנו כשאנו למדנו דיני חוזים, אי-אז בתחילת שנות התשעים. אם הציפייה של התלמידים היא לסיים את הקורס בדיני חוזים עם הידע כיצד לנסח חוזה, ייתכן שגם לימוד פסקי דין, ושאיבת השראה מהם בכתבת עבודות סמינריוניות מיותרים גם הם? אולי התלמידים צריכים – לשיטתם – פשוט ללמוד לכתוב כמו עורכי דין: לנסח את עבודותיהם כחוזים או ככתבי טענות?

בהקשר הזה, אני שואל את עצמי עד כמה המרצים אחראים לפער שבין התלמידים לבינם מבחינת תחומי העניין והמטרות שכל אחת מהקבוצות מייחסת ללימודים האקדמיים? עד כמה מרצים רבים (לא כולם כמובן) תורמים לפער הזה בהיותם משתפי פעולה עם שיטת הבחינות שהונהגה לפני שנים רבות בפקולטות למשפטים: שאלות "קייס" שמטרתן צבירת כמה שיותר נקודות על ידי זיהוי של כמה שיותר סוגיות משפטיות, לפעמים באופן בוטה לגמרי על חשבון איכות הכתיבה, ההנמקה, ועם תגמול שלילי על חשיבה מקורית (כלומר, על כל חריגה מהתבנית שנוצקה על ידי המרצה ושהנבחן לא הצליח לזהות ולקלוע אליה)?

נדמה לי ששיטת הבחינות הזו, שעשויה לייאש ולהכניע גם את התלמידים בעלי השאיפות התאורטיות ביותר, ושפועלת מכוח האינרציה כל כך הרבה שנים, תורמת לא מעט ליצירת הפער הזה. המרצים, כאמור, אחראים לא מעט לכך (בין שבמודע ובין שלא במודע) שהתלמידים מתמקדים כבר בתחילת לימודיהם בהשגת "מחברת הבחינה" הנכונה, בניסיון לדעת מהי ההלכה המחייבת בסוגיה משפטית נתונה, מתוך ידיעה שיהיה עליהם לכתוב ביעילות את השורה התחתונה בתשובתם לשאלת הקייס במבחן שייבדק על ידי עוזר הוראה, שניסיונו במשפטים עולה על שלהם בשנים אחדות בלבד (במקרה הטוב), הוא עמוס ומשלמים לו פרוטות.

סוגיית המבחנים מעניינת במיוחד בהקשר זה: לא רק שהבחינות בסוף רבים מהקורסים מעודדות חשיבה שמכוונת לזיהוי סוגיות (מיומנות חשובה בפני עצמה) ופחות לניתוח מעמיק ולכתיבה משכנעת ויסודית, אלא שהבחינות הללו – כמו כמעט כל הלימודים בתואר הראשון – מנותקות למדי ממה שנדרש מן התלמידים כדי לעמוד בהצלחה ב"בחינות הלשכה". מן המפורסמות, כמו שאומרים אצלנו, שבחינות הלשכה במתכונתן הקיימת מזה שנים רבות מנותקות לגמרי מלימודי התואר הראשון, ולפחות בכל הנוגע לבחינה בכתב – גם מחוויית ההתמחות. אחת לכמה שנים יש בחינה קשה במיוחד שמעוררת את הרושם שמטרתה אינה לאתר את המשפטנים והמשפטניות הטובים ביותר, אלא פשוט לסנן החוצה כמה שיותר נבחנים, בלי קשר לאיכותם כמשפטנים. הלימוד לבחינות הללו נמשך כחודשיים לפני הבחינה, והוא מתמקד בלימוד מיומנויות לפתרון הבחינה. אולי, לאור זה, צריך בלי בוש להעשות פניית פרסה וללמד אך ורק תאוריה?

אני חושש שלא מעט מרצים יסרבו להצעה הזו, משום שהיא מאתגרת ותובענית: היא כרוכה בחשיבה מחודשת על דרך הערכת הישגי התלמידים ומתן הציונים; היא כרוכה בנכונות של המרצים לבדוק בעצמם מבחנים (זו דרך לא רעה בכלל להיכנס לדיאלוג עם התלמידים) – דבר שבהכרח יפחית מזמן המחקר שלהם; ומעל לכול, היא כרוכה במאמץ אמתי מצד המורים לשווק את התאוריה ולשכנע מדוע הלימוד שלה מעניין וחשוב, ואפילו הכרחי מבחינה מקצועית. הצעה זו מחייבת גם

לקיחת אחריות מצד בתי הספר והפקולטות למשפטים, שכן יש לה גם השלכות כלכליות לא מבוטלות: למשל, היא אולי תחייב את הקטנת הכיתות, כדי לאפשר תנאי לימוד ובחינה סבירים, הן לתלמידים והן למורים. ובכל מקרה, אני חושב שאם מסתכלים על הפער שבין המרצים לבין הסטודנטים כעל פער שאינו נתון ואינו גזירה משמים, אלא כעל כזה שהוא תוצר של דינמיקה, של היחסים בין המוסד, המרצים והתלמידים, מתחילים להבין שהוא מלאכותי לגמרי. תלמידי שנה א' אינם יודעים מה הם צריכים לדעת כדי להיות עורכי דין, ותפקידם של המרצים ושל המוסדות שבהם הם לומדים ללמד גם את זה.<sup>4</sup>

מ"מ: בתי הספר למשפטים הם קודם כול בתי ספר מקצועיים, המנחילים לתלמידיהם את התרבות של המשפט, כדי שאלה יוכלו לתפקד בה בהצלחה במהלך חייהם המקצועיים: מבנה הקטגוריות שמהן מורכב המשפט, הדרכים שבהן משפטנים מתרגמים אירועים משפטיים לתוך הקטגוריות האלה, מה רלוונטי ומה אינו רלוונטי במסגרת התרגום הזה, מה הם השיקולים הנורמטיביים שהמשפט לוקח בחשבון לצורך החלטותיו, מה המשקלות היחסיים של השיקולים האלה, מה הן הדרכים שבהן משפטנים טוענים ומנמקים, וכולי. בנסיבות אלה, מקומה של התאורטיזציה על המשפט אינו יכול שלא להיות משני; הוא יכול לבוא רק אחרי הוראת תכניה ורכיביה של התרבות המשפטית. התאורטיזציה מעניינת את מורי המשפט. אבל חשוב שישלטו בה גם המשפטנים המעשיים, שופטים ועורכי דין, העוסקים בחייהם של אנשים, ונמצאים בצומתי החלטה חברתיים. חשוב שהמשפטנים המעשיים יהיו עשירי דעת ככל האפשר, וגם בעלי אותה מידה חמקמקה, אך חשובה, של "רגישות אנושית". אבל מה שמעניין הן את הסטודנטים והן את עורכי הדין והשופטים הוא קודם כול התפקוד המקצועי שלהם, ורק אחר כך, אם בכלל, המשמעויות התאורטיות של מעשיהם. בנקודה הזאת נמצא הפער בין מה שמעניין את מורי המשפט ובין מה שמעניין את תלמידיהם.

אבל הפער בין המורים לתלמידיהם מצטמצם בכל זאת, משום שבעשורים האחרונים עיקר העיסוק האקדמי במשפט איננו עיסוק אינטלקטואלי צרוף בתופעה המשפטית, דעת לשמה, אלא הוא יותר מהסוג של "מדע מדיניות" (Policy Science).

4 בהקשר זה אני תמיד מתפלא על שאלות שמופיעות במשובי הסטודנטים בנוסח "האם המרצה מגיע מוכן לשיעור" ו"האם המרצה שולט בחומר", במיוחד כאשר ממלאי המשובים הם תלמידי שנה א', שסיימו את הסמסטר הראשון. למעט במקרים קיצוניים, כיצד התלמידים מסוגלים להעריך אם המרצה שולט בחומר או אם הוא מגיע מוכן לשיעור?

אני חושב שרק מעטים מבין אנשי האקדמיה המשפטיים בארצות-הברית ובישראל מודעים לכך, אבל תורת משפט שפותחה החל משנות החמישים בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל היא כיום תורת המשפט הדומיננטית של האקדמיה המשפטית בארצות-הברית ובישראל. על פי תורת המשפט הזו, משפטים הם בני אדם שהם קודם כול "מקבלי החלטות", ויש ללמד אותם כיצד יקבלו החלטות שהן הטובות ביותר עבור לקוחותיהם ועבור החברה שבגדרה הם פועלים.<sup>5</sup> תורת המשפט הזו אינה מתעניינת אפוא בתופעה המשפטית באופן אינטלקטואלי, כמשהו שמעניין לצבור בנוגע אליו דעת, דעת לשמה;<sup>6</sup> היא מתייחסת למשפט באופן פונקציונלי, כמקום שבו מתקבלות החלטות, שרצוי שהן תהיינה הטובות ביותר ללקוח ולחברה. העובדה שמרבית מורי המשפט בארצות-הברית ובישראל פועלים בגדרה של פרדיגמה כזו (וכאמור, אני מסופק אם הם מודעים לכך שמה שהם עושים מקורו בניו הייבן, קונטיקט, של שנות החמישים), שבמרכזה ההחלטה של המשפטן או של הגוף שעבורו הוא פועל, מקטינה בכל זאת את הפער שבין מורי המשפט ובין תלמידיהם. התלמידים יהיו מקבלי ההחלטות שאת תהליכי קבלתם מלמדים מורי המשפט – מורי משפט הכותבים חיבורים שבמידה רבה הם עצמם אינם אלא המלצה למקבלי ההחלטות שברשויות המדינה והחברה האזרחית באשר לדרכים שבהן עליהם לפעול כדי לקדם יעדים חברתיים.

צ"ט: ייתכן מאוד שניתן להסביר את האימוץ המוצלח של "מדע המדיניות" על ידי מורי המשפט בכך שמלכתחילה מדובר באוכלוסייה שמתעניינת בצדק ובקידומו; אם זה נכון, זה מייחד את האקדמיה המשפטית משאר המחלקות במדעי החברה והרוח, שכן יש לה היבט נורמטיבי שנוסף על השגת הדעת לשמה, אולי יותר בדומה למחלקה לפילוסופיה.

## ב. על המתח בין כתיבה בעברית לכתיבה באנגלית ועל המתח בין אזרחות טובה למקצוענות

צ"ט: בהמשך ישיר לדיון בנוגע לפערי הציפיות והעניין שבין המרצים לסטודנטים, צריך להעלות היבט נוסף של הפערים הללו, והוא קשור למושאי המחקר של המרצים

5 W. MICHAEL REISMAN & AARON M. SCHREIBER, JURISPRUDENCE: UNDERSTANDING AND SHAPING LAW (1987)

6 על ההבחנה בין דעת לשמה ובין דעת אינסטרומנטלית ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 12-13.

ולמי שהם רואים כקהל היעד של מחקריהם. המרצים הישראלים נסמכים לצורך קידומם בעיקר על פרסומים באנגלית. בתחום המשפטי, הפרסומים האמריקניים נחשבים ליוקרתיים ולנחשקים ביותר. את כתבי העת היוקרתיים ביותר בארצות-הברית עורכים תלמידים, בדרך כלל תלמידי השנה השנייה ללימודי התואר הראשון במשפטים (J.D. הם כבר בעלי תואר ראשון מלימודי הקולג'). תלמידים אלה חורצים גורלות של מרצים מכל העולם המבקשים לפרסם את מחקריהם בכתבי העת היוקרתיים ביותר, ולכן מרצים רבים מתאימים את תחומי המחקר והכתיבה שלהם למה שעשוי להתקבל לפרסום באותם כתבי עת, לפי טעמם של הסטודנטים העורכים.<sup>7</sup> מחקרים על המשפט הישראלי ככל הנראה לא יתקבלו לפרסום בכתבי עת אלה, אלא בכתבי עת מתמחים למשפט השוואתי (או לתחום משפטי מוגדר שבו עוסק המאמר), אשר נחשבים בסולם הדירוג האמריקני לכתבי עת פחות טובים.

התוצאה היא שמרצים לא מעטים מוותרים לחלוטין על חקר המשפט הישראלי, לעתים בניגוד לנטיותיהם המחקריות, כדי לקבל קביעות ולהתקדם בדרגה. מרצים שאינם מוכנים לוותר על חקר המשפט הישראלי אינם מקודמים באותו הקצב שבו מקודמים עמיתיהם, או שהם נאלצים לעבוד כפול ולהחזיק בסדר יום מחקרי מקביל: האחד בשביל העניין והאחר בשביל הקידום. זהו היבט פחות מדובר של סוגיית החופש האקדמי (או של הטלת מגבלה רצינית עליו) בישראל.

גם במחלקות אחרות באוניברסיטה ניתנת עדיפות לפרסומים באנגלית, ואולם ההקשר המשפטי הוא מעט שונה. ראשית, ברוב מדעי החברה, למעט משפטים, כתבי העת החשובים אינם נערכים על ידי סטודנטים, אלא על ידי עמיתים מומחים בתחום; לפיכך, לעתים מזומנות תחומי העניין והידע של העורכים רחבים יותר משל התלמידים-עורכים של כתבי העת המשפטיים. שנית, הרציונל שמאחורי הפרסום באנגלית בסוציולוגיה למשל, הוא הרחבת מעגל השיח סביב המחקר, שאילו היה

7 Richard A. Posner, *Against the Law Reviews*, LEGAL AFFAIRS (Nov./Dec. 2004) [http://www.legalaffairs.org/issues/November-December-2004/review\\_posner\\_novdec04.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/November-December-2004/review_posner_novdec04.msp) (נבדק לאחרונה ב-25.4.2014). במאמר אחר פונור מבקר את המערכת המסועפת של כללי הציטוט האחד בכתבי עת אמריקניים, ה-Bluebook, ומייחס את מורכבותה, בין היתר, גם לתרבות הסטודנטאלי שובמסגרתה היא נוצרה. Richard A. Posner, *The Bluebook Blues*, 120 YALE L. J. 850, 851 (2011). גם את כתבי העת המשפטיים הישראליים עורכים סטודנטים, אולם בראש המערכות ניצב עורך ראשי שהוא חבר סגל, והמאמרים נשלחים לשיפוט חיצוני אנונימי, ולא נבחרים על ידי התלמידים עצמם, כפי שקורה ברבים מכתבי העת האמריקניים. על ההיסטוריה של עריכת כתבי עת משפטיים בישראל ראו: נמרוד אברמוב, תום סדון ואור קשת "The Work of Boys": על חידת הצלחתם של כתבי-עת בעריכה סטודנטאליה" עיוני משפט לה 257 (2012).

מתפרסם בעברית היה מוגבל בקוטרו. מחקר סוציולוגי על החברה הישראלית זוכה כך לתהודה ולבחינה רחבה ומעמיקה הרבה יותר בזכות נגישותו גם למי שאינם קוראי עברית. במשפטים, לעומת זאת, בגלל חוסר העניין המובנה של עורכי כתיב העת האמריקניים היוקרתיים בשיטות משפט שאינן המשפט האמריקני, הכותבים נאלצים להתאים את עצמם לתחומי העניין של העורכים.<sup>8</sup>

תופעה זו מחדדת את הפער בין התלמידים לבין הסטודנטים, שעליו דיברנו קודם לכן, במובן זה שרבים מהמרצים שמפרסמים בכתבי העת היוקרתיים והנחשבים ביותר לא חוקרים את המשפט הישראלי, ואת התובנות התאורטיות הם מיישמים דווקא על המשפט האמריקני ומפתחים אותן על גבו. במילים אחרות, גם כאשר מצליחים לנמק לתלמידים מדוע התאוריה חשובה, הדופק שמרצים רבים מניחים עליו את אצבעותיהם איננו הדופק של המשפט הישראלי. איני מתכוון כאן להתעדכנות בפסיקה האחרונה – את זה כולם (אני מקווה) עושים או מסוגלים לעשות; אני מתכוון לעניין העמוק ולהבנה העמוקה, מעבר ל"עדכניות" ולמעקב אחר חידושי פסיקה, שצומחים ומתפתחים כאשר מקדישים את החיים המקצועיים לחקר תחום מסוים של המשפט. מעניין לחשוב איך העובדה שרבים מהסטודנטים בפקולטות ובכתי הספר למשפטים בארץ לומדים משפטים ולומדים להיות עורכי דין בישראל אצל מומחים למשפט אמריקני (שלפחות חלקם הפכו לכאלה בעידוד פעיל מצד המוסד) דווקא משפיעה על החינוך המשפטי.<sup>9</sup>

לא בכדי מאמרים חשובים ומכוננים בעברית על המשפט הישראלי הם מאמרים המייבאים תאוריות של הוגים אמריקניים ומיישמים אותן על המשפט הישראלי. הכתיבה הפמיניסטית בעברית היא אחת הדוגמות המובהקות לכך, ולהיעדרה של תאוריה שהתפתחה מבפנים, מתוך החשיבה הביקורתית על המשפט הישראלי, בעברית.<sup>10</sup>

8 חיים זנדברג סבור שאחת הסיבות העיקריות לכך שחוקרי משפט ישראלים מפרסמים באנגלית ובעיקר בכתבי עת אמריקניים היא שרבים מהם למדו לתואר שני ושלישי באוניברסיטאות אמריקניות. Haim Sandberg, *Legal Colonialism – Americanization of Legal Education in Israel*, 10 GLOBAL JURIST 1, 23 (2010); חיים זנדברג "קולוניאליזם תרבותי: האמריקניזציה של החינוך המשפטי בישראל" המשפט יד 419 (2010).

9 שם. זנדברג טוען, בעקבות יהושע ויסמן, שיש חשש שהמרצים הישראלים שהתחנכו בבתי ספר למשפטים בארצות-הברית "ילמדו את מה שהם יודעים ולא את מה שהתלמידים הישראלים צריכים". ראו גם יהושע ויסמן "על הוראת המשפט בארצות הברית ובישראל" משפטים יב 425 (1982).

10 לביקורת על תופעה זו ראו ליאורה בילסקי "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" עיוני משפט כה 523 (2001); לפיתוח תאוריה פמיניסטית ישראלית ולא מיובאת, ראו למשל

מ"מ: אורן גזל-איל הראה בשני מאמרים מאירי עיניים שדרכי הקידום באקדמיה המשפטית של ישראל ייחודיות בהשוואה לאלו המקובלות באקדמיה המשפטית של צפון אמריקה ואירופה: בישראל ניתן משקל כבד לפרסום בכמות שמחוץ למדינה. גזל-איל תולה בסיבה זו את ההצלחה הגדולה של תנועת הניתוח הכלכלי של המשפט בישראל.<sup>11</sup>

בשלושת העשורים האחרונים הייתה לאקדמיה המשפטית האמריקנית השפעה גדולה על החינוך המשפטי בישראל. הדבר אירע משום שמספר גדל והולך של חברי סגל במוסדות החינוך המשפטי של ישראל החלו לומדים בארצות-הברית לימודים מתקדמים, והם ממשיכים לקיים קשר מתמשך עם האקדמיה המשפטית האמריקנית גם לאחר שובם לישראל (הוראה, פרסום מאמרים והשתתפות בכנסים בארצות-הברית). בה בעת, מספר גדל והולך של מורי משפט אמריקנים החלו מגיעים לישראל כמורים וכמשתתפים בכנסים. אפשר לדבר אפוא על "אמריקניזציה" של האקדמיה המשפטית של ישראל. מה ההשלכות של התהליך הזה? אני סבור שההשפעה של האקדמיה המשפטית האמריקנית על מקבילתה הישראלית הייתה מעורבת.

#### אימוץ תובנותיו של הראליזם המשפטי

"כולנו ראליסטים כעת" היא אולי האמירה הנדושה מכולן במשפט האמריקני בעשורים האחרונים. הראליזם המשפטי קידם טיעון תיאורי וטיעון נורמטיבי.<sup>12</sup> הטיעון התיאורי הוא שהפורמליזם המשפטי אינו מתאר נכונה את תהליכי קבלת ההחלטות במשפט, משום שהוא מתעלם משיקול הדעת הנרחב של מקבלי ההחלטות במשפט. לאימוץ הטיעון הזה בישראל היה תוצא משחרר. הטיעון הנורמטיבי הוא שהמבחן העליון לכל מה שקורה במשפט הוא ההשפעה שלו על חייהם של בני האדם. בהמשך, הוביל טיעון זה לכך שאת ההשפעות של המשפט על חייהם של בני האדם יש להעריך לא במושגי השכל הישר של המשפטנים,<sup>13</sup> אלא בכלים הלוקוחים מהדיסציפלינות של מדעי הרוח והחברה. התוצא של

אורית קמיר שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם (2004); אורית קמיר כבוד אדם וחווה – פמיניזם ישראלי משפטי וחברתי (2007).

11 גזל-אייל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 678-680; Oren Gazal-Ayal, *Economic Analysis of Law in North America, Europe and Israel* 3 REVIEW OF LAW AND ECONOMICS 485 (2007). לגישה דומה ראו גם Salzberger, לעיל ה"ש 1, בעמ' 216. להסברים אחרים ראו פרוקצ'יה "על הרוחני שבמשפט", לעיל ה"ש 1, בעמ' 129-131.

12 מנחם מאוטנר "משפט ותרבות" משפט ותרבות 41, 46-58 (2008).

13 מנחם מאוטנר "על מקומו של השכל הישר במשפט" משפט ותרבות 112 (2008).

אימוץ הטיעון הזה בישראל היה כפול: הוא פתח את הפתח לעיסוק בין-תחומי נרחב במשפט; הוא הפך את החשיבה על המשפט להומניסטית לעילא ולעילא.

הפיכת הניתוח הכלכלי של המשפט לפרדיגמה האקדמית הדומיננטית אבל מנגד, ההשפעה של האקדמיה המשפטית האמריקנית על זו הישראלית הפכה את הניתוח הכלכלי של המשפט לפרדיגמה הדומיננטית באקדמיה המשפטית של ישראל.<sup>14</sup> חשוב להתעכב על המשמעויות של הדומיננטיות הזו (קיימת כמובן ספרות עשירה המבקשת להעריך, ואף לבקר, את המשמעויות של הפעלת הניתוח הכלכלי של המשפט. בשורות הבאות אתעכב על כמה מאלה הנראות בעיניי מרכזיות).

נקודת מוצא טובה לדיון היא האופן שבו מציג את הניתוח הכלכלי של המשפט האב המייסד של גישה זאת בישראל, אוריאל פרוקצ'יה: "הגישה הכלכלית למשפט התפתחה בראשיתה בענפי המשפט שזירת התרחשותם הם השווקים המפורשים, כגון דיני ההגבלים העסקיים, החוזים, הקניין, והתאגידים", כותב פרוקצ'יה. ואולם תחולתה הורחבה בהמשך ל"שווקים שאינם מפורשים, שווקים 'מרומזים' (implicit markets), למשל בענפי משפט כמו דיני החוקה, העונשין והפרוצדורה. ביורות אלה אין נעשות בדרך כלל עסקאות 'אמתיות', אך אפשר לפרש את התנהגות השחקנים 'כאילו' עשו אותן, ויש הסבורים כי ראשיתה האמתית של תנועת הגישה הכלכלית למשפט היא דווקא פריצת הדרך הזו, שהדגישה את המשותף בהתנהגות האנושית בשווקים המפורשים והמרומזים".<sup>15</sup>

משמע: הניתוח הכלכלי של המשפט מבוסס על תפיסת בני האדם כפועלים בשווקים אפילו כאשר הם פועלים מחוץ לשווקים, למשל כשהם מפעילים מנגנונים של יישוב סכסוכים, ממציאים המצאות או מעורבים בפשיעה, וההנחה השוקית חלה אפילו כשנדונות פעולותיהם של שופטים ופעולותיהם של אלו המאיישים את מוסדות המדינה האחרים.<sup>16</sup>

- 14 לעיל ה"ש 1.
- 15 הגישה הכלכלית למשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 28. ראו גם: Salzberger, לעיל ה"ש 1, בעמ' 214 (הניתוח הכלכלי של המשפט מאמין לא רק שכל פעולה אנושית היא בעלת היבטים כלכליים, אלא גם שניתן להציג את ההיבטים הכלכליים האלה (במובנם הרחב) כהיבטים היחידים או הבלעדיים של הפעילות האנושית).
- 16 שם, בעמ' 217, 220-221. לדברי Salzberger, גם אימוץ היעד הנורמטיבי של מקוסם העושר כערך נורמטיבי על ידי אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט מוליד הטיה בעד שווקים ונגד הסדרה משפטית, בעד הפרטה ונגד התערבות ממשלתית, בעד חתירה לשיפור מצב העושר הכולל ונגד חתירה להשגת צדק חלוקתי. שם, בעמ' 224.



ואולם להתייחס אל בני אדם כאילו בכל אשר הם עושים הם פועלים בשווקים,<sup>17</sup> פירושו להניח בנוגע אליהם שורה של הנחות, החוסמות, הן עצמן, דרכי התייחסות אחרות אליהם.<sup>18</sup>

כך, להתייחס לבני אדם כפועלים בשווקים, בכל אשר הם עושים, פירושו להניח שהם מעוניינים תמיד אך ורק בקידום האינטרס העצמי שלהם;<sup>19</sup> שכאשר בני אדם פועלים הם רשאים להתמקד באינטרסים שלהם בלבד, בלי להביא בחשבון את האינטרסים של אלו שעמם הם נמצאים באינטראקציה, או את האינטרסים של צדדים שלישיים; שערכם של בני אדם אינו אמור להיקבע לפי האנושיות שלהם, אלא

17 ראוי לשים לב כי תפיסתם של סוציולוגים את הקורה בשווקים ואת היחסים המתקיימים בהם היא כמעט הפוכה מזו של כלכלנים. ראו: Mark Granovetter, *Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness*, 91 AM. J. SOC. 481 (1985); Neil Fligstein & Luke Dauter, *The Sociology of Markets*, 33 ANN. REV. SOC. 105 (2007); PIERRE BOURDIEU, *THE SOCIAL STRUCTURES OF THE ECONOMY* (Chris Turner trans, 2005); Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55 (1963); Ian Macneil, *The Many Futures of Contract*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974); IAN MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT* (1980). במאמר הבוחן את התפתחות העיסוק בניתוח הכלכלי של המשפט בארצות-הברית החל מאמצע המאה העשרים כותב אלן שוורץ כי ההתמקדות הנוכחית של העוסקים בתחום היא ב"דיני העסקים": Alan Schwartz, *Two Culture Problems in Law and Economics*, U. ILL. L. REV. 1531, 1535 (2011) כוונתו מאלי, כי "דיני החוזים מסדירים עסקאות". שם, בעמ' 1537. זהו תפיסה צרה באופן קיצוני של התחום ושל סוגי החוזים המוסדרים על ידו. למשל, היא מתעלמת מכך שחוזים רבים, אולי מרבית החוזים שבהם מתקשרים בני אדם, הם חוזי שירותים (התקשרות עם רופא, פסיכולוג, אדריכל, מורה דרך, בעל מסעדה, נגן בחתונה, מורה להתעמלות, "סטייליסט" וכו'), שכליבה שלהם קיים אמנם רכיב של עסקת חליפין, אבל עיקרם הוא ששני הצדדים אינם פועלים "זה מול זה" ב"משחק סכום אפס", כמו בעסקאות שצופה שוורץ, אלא הצדדים פועלים "זה לצד זה", באופן שסיפוקו של האחד הוא עיקר עניינו של האחר, והוא מקור סיפוק והצלחה גם עבורו.

18 ראו גם: ELIZABETH ANDERSON, *VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS* chapter 7 (1993); James Boyd White, *The Language and Culture of Economics*, in JUSTICE AS TRANSLATION 46 (1990); Paul Krugman, *Who Was Milton Friedman?*, THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS (15.2.2007); מרתה ק' נוסבאום צדק פואטי – הרמיון הספרותי והחיים הציבוריים (מיכאל שקולניקוב מתרגם, התשס"ד).

19 אנשי הזרם הדומיננטי של הניתוח הכלכלי של המשפט, אנשי "אסכולת שיקאגו", מניחים שפוליטיקאים, כמו גם בירוקרטים ושופטים, מעוניינים למקסם את האינטרס האישי שלהם, ואין הם פועלים לקידום היעדים של המוסדות שבגדרם הם פועלים. Salzberger, לעיל ה"ש 1, בעמ' 220, 223.

לפי התועלת שבני אדם אחרים מסוגלים להפיק מהם; שבני אדם מתייחסים לבני אדם אחרים, לרבות הקרובים אליהם, כאילו היו זרים להם; שבני אדם מתייחסים לבני אדם אחרים, לרבות הקרובים אליהם, באופן אינסטרומנטלי; שגם כאשר בני אדם פועלים באופן אלטרואיסטי, הם פועלים לשם קידום האינטרס העצמי שלהם (אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט אינם מסוגלים לתפוס התנהגות אלטרואיסטית על פי טבעה האמתי, אלא באמצעות מונחים הפוכים לה, אלה של קידום האינטרס העצמי; ההבחנה בין אינטרס עצמי לבין אלטרואיזם קורסת בדיונם.<sup>20</sup> בדומה לכך, אם תמצית ההתנהגות האתית היא הבאה בחשבון של האינטרסים והצרכים של הזולת תוך ראייתם כתכלית, ברור הוא שהמשגותיהם של אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט אינם מסוגלות להכיל את ההתנהגות האתית במובנה המקובל).

להתייחס לבני אדם כפועלים בשווקים, בכל אשר הם עושים, פירושו להניח שאין טעם ואין יכולת לדבר על יחסים בין-אישיים של אהבה, חברות, הזדהות, סולידריות, נתינה, שותפות, השתתפות, חמלה, רחמים, חסד; שאין טעם ואין יכולת לדבר על רגישות אנושית (רגישות לקורה בחייהם של בני אדם אחרים; היכולת להזדהות עם מה שקורה בחייהם של בני אדם אחרים, ברע ובטוב; סקרנות ועניין במסתורין ובמורכבות של תופעת האדם; הבנת המורכבות והגיוון של המצבים האישיים והחברתיים שבני אדם נתונים בהם; הבנת האקראיות הקיימת בחייהם של בני האדם, אקראיות הכישרונות המולדים שבני אדם מחוננים בהם, אקראיות התנאים שבהם בני אדם גדלים ומתחנכים, אקראיות הנסיבות שבהן בני אדם נתונים במהלך חייהם); שאפשר לדבר רק על מה שהוא מדיד בחייהם של בני האדם.<sup>21</sup>

20 Richard Posner, *Gratuitous Promises in Economics and Law*, 6 J. LEG. STUD. 411 (1977). פרוקצ'יה כותב כי "אמנם סוכנים כלכליים מועדים להשיא את מה שחשוב להם (רווחה, רווחים, תועלת פרטית), אך אין מניעה כי יחפצו להשיא גם את מה שחשוב לזולתם (שוויון, חסד, שמירה על החוק, פילנתרופיה לסוגיה השונים)". הגישה הכלכלית למשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 27-28. ואולם דומה כי גם דברים אלה מניחים קדימות של הפעולה המכוונת לקידום האינטרס העצמי, ואינם מצליחים לשמר אפוא את ההבחנה בין פעולה כזו לבין פעולה אלטרואיסטית.

21 צ"ט: האם ניתן לומר שרוב הכותבים המרכזיים בתחום הם גברים, דבר שאולי יש בו כדי להשפיע על השקפת העולם המצטברת של התאוריה הכלכלית? בעקבות זאת, האם יש בניתוח הכלכלי התעלמות מובנית (גם אם לא מודעת) מערכים שמקודדים תרבותית כערכים "נשיים" – שהם בעצם הערכים שאתה מונה בפסקה זו? בהשאלה מהטיפול של אורית קמיר במושג "האדם הסביר" וחיפיתו כמושתת על מודל ה"גבר הסביר", ניתן לבקר את מודל "האדם הרציונלי" השואף למקסום האינטרס האישי שלו כגבר, ולהבין אותו כמודל שמתעלם מאופני פעולה ומבחירות שמביאות בחשבון את קיומו של זולת. בחירות אלה, שאינן מתמקדות

במקסום האינטרס האישי, מקודדות בתרבות הפטריארכלית כ"לא-רציונלית" או כ"נשיות", ולכן גם כנחותות. הביקורת הפמיניסטית-תרבותית מסכימה שמדובר בבחירות שמאפיינות בעיקר נשים, אבל היא מבינה את הבחירה הזו בצורה שונה: ראשית, זו אינה בחירה "לא-רציונלית", כפי שמשמע מהניתוח הכלכלי של המשפט, אלא בחירה אנושית ראויה. שנית, נשים נוטות לבחור בגישה הקשרית המביאה בחשבון אינטרסים של אחרים, משום שזהו חלק מההבניה החברתית של הנשיות בעולם הפטריארכלי, כשם שהתמקדות בעצמי ובאינטרסים של העצמי היא חלק מההבניה החברתית של הגבריות בעולם זה. ההקרבה היא לא חלק מטבע נשי מהותי, כשם שהרציונליות אינה מאפיין של מהות הטבע הגברי. יתרה מזאת, הקידוד התרבותי של דאגה עצמית כגברית ושל ההקרבה כנשית, בצד הסנקציות החברתיות שמוטלות על נשים או על גברים שסוטים מחלוקת העבודה הזו, פוגע הן בנשים והן בגברים. הגברים נאלצים לוותר על מערכות יחסים מלאות כי כדי להיחשב ל"גברים אמתיים" הם צריכים להתמקד בעצמם. כל התחשבות בזולת נחשבת רכרוכית ונשית. גם הנשים נאלצות לוותר על מערכות יחסים מלאות, כי הן נאלצות לוותר על האינטרסים שלהן עצמן ולהתמקד בזולת. כל התעקשות מצד אישה על הצרכים שלה ועל האינטרסים שלה חושפת אותה להאשמה שנשיותה כביכול פגומה. קרול גיליגן בקול שונה: בתיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה 13-29 (נעמי בן-חיים מתרגמת, 1995). הביקורת שלך הן על הניתוח הכלכלי של המשפט והן על הדומיננטיות שלו באקדמיה הישראלית והאמריקנית מעוררת בעיניי שאלה בנוגע לעתיד החינוך המשפטי. חינוך באשר הוא נשען על דיאלוג, על פתיחות לזולת ועל קשב לצרכיו. הוא אמור להיות רחוק מאוד ממפגש של שני אינדיבידואלים שכל אחד מהם מעוניין במקסום האינטרס האישי שלו; מורה לא יוכל ללמד אם זו תהיה תפיסת עולמו, ותלמיד לא יוכל ללמוד ולהיות פתוח לתהליך הלימוד אם זו תהיה תפיסת עולמו. גורם שיתוף הפעולה נמצא בסכנה משמעותית בעולם כזה. במובן זה, חינוך משפטי חייב להיות מושתת על התאוריה הפמיניסטית של מערכות יחסים, ולא על זו הכלכלית. במילים אחרות, במסגרת החינוך המשפטי הן על המורה והן על התלמיד להיות קשובים לאינטרסים של עצמם ושל זולתם גם יחד. רק מערכת יחסים כזו יכולה להיות שלמה ומפרה. לביקורת מושג "האדם הסביר" כמושג המושתת על מודל גברי וכתפור למידותיהם של גברים: אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה: חום דמם של 'האדם הסביר' וה'הישראלית המצויה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזולוס" פיליפס ו 137, 176-181 (1997). לביקורת פמיניסטית המקשרת בין הגבריות של מודל "האדם הסביר" לבין הגבריות של מודל "האדם הכלכלי": Wanda A. Wieggers, *Economic Analysis of Law and Private Ordering: A Feminist Critique*, 42 U. TORONTO L. J. 170 (1992). עדי אייל סבור שהמרחק בין ניתוח כלכלי של המשפט לביקורת פמיניסטית של המשפט אינו כה רב כפי שזה נראה מעל לפני השטח; מושג הרציונליות, שנדמה כמושג "גברי" ולכן ככזה שלא יכול להתיישב עם ניתוח פמיניסטי, ניתן לפירוש שונה, כזה שמכיל בתוכו גם ראייה הקשרית ולא רק אינטרסים עצמיים. הוא מציע את מודל ה"רציונליות העשירה", שמתיישב גם עם החשיבה הפמיניסטית וגם עם זרמים חדשים בניתוח הכלכלי, ובפרט בכלכלה ההתנהגותית. עדי אייל "הגישה הפמיניסטית והגישה הכלכלית למשפט: יריבות נצח או אי-הבנה בין ידידים?" תרבות דמוקרטית 10, 11, 37-51 (2006).

להתייחס לבני אדם כפועלים בשווקים, בכל אשר הם עושים, פירושו להניח שבני אדם פועלים מתוך רצון חופשי מושלם, הנסמך על מידע ראוי ועל שקילה נאותה של חלופות, ותוך שבני האדם שולטים במידה מכרעת בגורל החיים שלהם; להתעלם מכך שהבחירות של בני האדם מעוצבות במידה מכרעת על ידי התרבות שבה הם חיים, על ידי אילוצים חומריים, על ידי המיקום החברתי והמעמדי שלהם, על ידי קשרים ומחויבויות משפחתיים, ועל ידי נסיבות חיים שאין הם שולטים בהן.<sup>22</sup>

להתייחס לבני אדם כפועלים בשווקים, בכל אשר הם עושים, פירושו להניח שאין להם זהות מגדרית, גזעית, דתית, לאומית, גילית, או נטייה מינית; שהם אינם משתייכים לקבוצות של משפחה, חברים, מקום עבודה, קבוצה דתית, קבוצה לאומית ומעמד; שהתרבות המכוננת אותם ושבה הם פועלים אינה רלוונטית להבנת מצבם ופעולותיהם;<sup>23</sup> שהמציאות היא אוסף של סיפורים המנותקים אלו מאלו, סיפורים שאין מתקיימים ביניהם מכנים משותפים חוזרים, סיפורים הנמצאים מחוץ להקשר-על של יחסים בין קבוצות חברתיות.

להתייחס לבני אדם כפועלים בשווקים, בכל אשר הם עושים, פירושו להניח שאישיותם, אופיים והמידות הטובות שלהם אינם רלוונטיים; שהבחירות של בני האדם הן תמיד בינאריות, ולעולם לא היברידיות; שבני אדם לעולם אינם מתלבטים,

22 צ"ט: האסוציאציה שמעוררת בי הביקורת שלך על השוק ועל מושג הרצון החופשי היא לביקורת הקוויירית (Queer) של הקשר התרבותי שבין מין למגדר, הנתפס בתרבות הפטריארכלית כקשר טבעי וכקשר האפשרי היחיד. כשם שהתרבות מעצבת ומבנה את מגוון האפשרויות הכלכליות (והאחרות) של כל אינדיבידואל תוך שימוש אידאולוגי ברעיון הרצון החופשי, כך התרבות מבנה את ה"טבעיות" של הנשיות והגבריות כקטגוריות טבעיות והכרחיות. תאורטיקנים קוויירים, כמו ג'ודית באטלר, טוענים שהמגדר הוא משהו שאנו מבצעים, בהתאם לתכתיבים תרבותיים נתונים מראש, ושהתרבות מושקעת בהשרשת התפיסה שקטגוריות מגדריות כמו "גבר" ו"אישה" הן בעצם המצב האנושי הטבעי ולא תוצרים של כפייה תרבותית והבניה חברתית. עמליה זיו מחשבות מיניות: תיאוריה קוויירית, פורנוגרפיה והפוליטיקה של המיניות 90-100 (2013). התוצאה המשתמעת במקרה של תפיסת הרצון החופשי היא שמי שנכשל כלכלית או מקצועית הוא האשם בכך ולא השוק, ושכל מי שלא חי לפי חלוקת העבודה המגדרית הנתפסת כ"טבעית" – הוא סוטה. לכן אני סבור שלניתוח הכלכלי של המשפט יש שורשים פטריארכליים מובהקים, שכן בדומה לפטריארכיה הוא מושקע בהכחשת האלמנט האידאולוגי של מתחם הבחירה האנושית.

23 עם זאת, בשנים האחרונות החלו אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט מכירים בחשיבות התרבות במסגרת ניסיונם להבין את פעולתו של המשפט על בני האדם, והם החלו משלבים את מושג התרבות בשיקוליהם ודיוניהם. ראו למשל: ERIC A. POSNER, LAW AND SOCIAL NORMS (2000).

מהססים, מתקשים להחליט; שלבני אדם אין צרכים, יש להם רק רצונות; שבני אדם אינם זקוקים לחינוך, אלא רק לאינפורמציה (הגל [Hegel] כותב שכאשר אב שאל חכם יווני מה היא הדרך הטובה ביותר לחנך את בנו להתנהגות אתית, השיב לו החכם: "הפוך אותו לאזרח של מדינה שחוקיה טובים".<sup>24</sup> איזה חינוך יקבל נער הגדל במדינה שהמחוקקים שלה הם אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט?).

להתייחס לבני אדם כפועלים בשווקים, בכל אשר הם עושים, פירושו להניח שהרציונליות של בני אדם היא הרציונליות האינסטרומנטלית, זו שעל פיה מבקש כל אחד מהם להשיג ממשנהו הכי הרבה בעד הכי מעט, ותוך מזעור מרבי של סיכונים; שאי-אפשר לדבר על ערכם של דברים כשלעצמם, במונחים של רציונליות מהותית; שערכם של דברים נקבע על פי עסקאות החליפין המתקיימות ביחס אליהם; שהתשובה לשאלה מה הוא בעל ערך בחייהם של בני האדם צריכה להיקבע על ידי כל אדם בעצמו, לבדו, בפרטיות שלו, ולא באמצעות ליבון עם בני אדם אחרים, היינו לא באמצעות שכנוע והגעה לידי הסכמה משותפת;<sup>25</sup> שבני אדם אינם נדרשים לספק הצדקות לפעולותיהם, שבאמצעותן ישכנעו אחרים באשר לרציונות פעולותיהם, אלא די בכך שהם מסוגלים לשלם עבור הפעולות שהם מעוניינים בהן; שאין מקום להפעלת שיפוטי ערך על ידי בני אדם אחרים באשר ל"טעמים" ול"העדפות" של בני אדם אחרים.

להתייחס לבני אדם כפועלים בשווקים, בכל אשר הם עושים, פירושו להניח שהחברה צריכה להתקדם ולהתפתח לא בעקבות ליבון ישיר של שאלות נורמטיביות וכיווני התפתחות אפשריים, אלא כתוצאה לוואי משנית, נגזרת, של היזמות של בני אדם, שמניע אותם הרצון שלהם לקדם את ענייניהם האישיים.

להתייחס לבני אדם כפועלים בשווקים, בכל אשר הם עושים, פירושו להניח שצדק פירושו שמי שמחונן בכישורים הנחוצים לפעולה מוצלחת בשוק, הוא שיזכה בהון כלכלי, ובכל מה שההון הכלכלי מסוגל להעניק, כגון תקופת חיים ארוכה יותר, בריאות, חינוך, תרבות ורווחה; שצדק פירושו שמי שאינו מחונן בכישורים הנחוצים

G. W. F. HEGEL, OUTLINE OF THE PHILOSOPHY OF RIGHT 160 (T. M. Knox trans., 2008). 24

ברוח הדברים האלה, פרוקציה כותב כי מנקודת הראות של הכלכלה הדברים שבני אדם מתאווים אליהם אינם חייבים להיות חומריים במובהק; אין מניעה שיכללו דברים כגון "התעמקות בתורת הון, צריכת פנאי, סתם בטלה או עיסוקים רומנטיים. כל מה שנדרש הוא כי בהינתן מאווייו של הסוכן הכלכלי, יהיו אשר יהיו, יפעל הסוכן באופן רציונלי להגשמתם". הגישה הכלכלית למושפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 27-28. משמע: ערכם של דברים ניתן להם על פי מאווייו של הסוכן הכלכלי, יהיו אשר יהיו". 25

לפעולה מוצלחת בשוק, לא יזכה בסוגי ההון שמעניק השוק, ולא יזכה אפוא לממש לא רק את רצונותיו, אלא אפילו את צרכיו; שאין מקום לדבר על מקורות העושר של אלו הפועלים בשוק.

ומה שבעיניי הוא הבעייתי מכול, להתייחס בגדר החשיבה המשפטית לבני אדם כאילו הם פועלים בשווקים, בכל אשר הם עושים, פירושו לעקר מהדיון המשפטי את שני הדברים שבעיניי הם נשמת אפו של המשפט: הדיון הנורמטיבי, הנדרש לאזן כל העת, באופן טרגי, בין שורה של ערכים מתנגשים, שכולם חשובים;<sup>26</sup> והדיון בהשלכות החלוקתיות של המשפט. הדומיננטיות של הניתוח הכלכלי של המשפט באקדמיה המשפטית של ישראל מחזירה את המשפט הישראלי לעידן הפורמליזם, שתמציתו עיסוק במשפט תוך עיקור הדיון הנורמטיבי הגלוי במשמעויות של ההחלטות המתקבלות בו.<sup>27</sup>

את כל הדברים האלה היטיב לבטא ג'ון סטיוארט מיל בדברים שכתב לאחר מותו של ג'רמי בנטהאם, היכול להיחשב האב המייסד האמיתי של הניתוח הכלכלי של המשפט:

“Other ages and other nations were a blank to him for purposes of instruction. He measured them but by one standard; their knowledge of facts, and their capability to take correct views of utility, and merge all other objects in it. ... He saw accordingly in man little but what the vulgarest eye can see. ... Knowing so little of human feelings, he knew still less of the influences by which those feelings are formed... [A]nd no one, probably, who ... ever attempted to give a rule to all human conduct, set out with a more limited conception either of the agencies by which human conduct is, or of those by which it *should* be, influenced.

26 “טרגי” במובן שבו משתמש הגל במושג, היינו כמצב שבו אדם נמצא במצב שבו הוא נקרע בין מחויבות לשני ערכים שכל אחד מהם יקר בעיניו. ראו: C. Bradley, Hegel’s Theory: of Tragedy, in OXFORD LECTURES ON POETRY 69 (1941); GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, HEGEL ON TRAGEDY (Anne & Henry Paolucci eds., 2001)

27 ראו את דבריו של Salzberger, לעיל ה”ש 1, בעמ’ 229: “The Law and Economics movement originates from a pragmatic view of law and legal research of positivism-formalism. But it became transformed into another form of dogmatism, reflected by the rigid assumptions built into its mainstream literature”

[W]hen his practical conclusions are erroneous, which in our opinion they are very often, it is not because the considerations which he urges are not rational and valid in themselves, but because some more important principle, which he did not perceive, supersedes those considerations, and turns the scale. Man is never recognized by him as being capable of pursuing spiritual perfection as an end... Nothing is more curious than the absence of recognition in any of his writings of the existence of conscience.

Man, that most complex being, is a very simple one in his eyes."<sup>28</sup>

יתר על כן, פרוקציה מציג את הכלכלה כמין "מדע-על" אוניברסלי, המסוגל לספוג לתוכו את ההתנהגות האנושית כולה, זו המתקיימת בכל ספרות החיים של האדם, ובלבד שמניחים לגבי בני אדם הנחה של רציונליות והנחה של שאיפה לקידום האינטרס העצמי.<sup>29</sup> בהמשך לכך הוא כותב כי אף ש"רבים מהעוסקים במשפט וכלכלה זוהו כשייכים לזרם [הפוליטי] השמרני", "ענקי הכלכלה בימינו מזוהים עם מגוון רחב של השקפות עולם פוליטיות, מימין ומשמאל, מן הזרם השמרני ומן הזרם הליברלי, ואילו הגישה הכלכלית למשפט, ביישמה את תובנותיהם בעולם המשפט, איננה שמרנית יותר או פחות ממה שהיא מיישמת, ואפשר למצוא בה תובנות מגוונות לרוב, היפות לכל השקפת עולם."<sup>30</sup> ובמקום אחר הוא כותב כי לתאוריה הכלכלית "מנעד עצום". היא אינה עוסקת "רק בחנוונות של מיני עושר",

"אלא גם בכל המגוון הרחב של אסטרטגיות פעולה רציונליות. ניתן, למשל, לחשוב במושגי שוק – מוצרנים לגמרי – לא רק על תפוחי אדמה, מוצרי אנרגיה, מניות, פטנטים, או מקרקעין, אלא גם על תינוקות, איברים, פשיעה, תשוקות, פחדים, ידידות וחטאים. קשה לחשוב על תחום שהמשפט

J. S. Mill, *Bentham*, in J. S. MILL & JEREMY BENTHAM, UTILITARIANISM AND OTHER ESSAYS, 132, 149–150, 150, 152, 153 (Alan Ryan ed., 1987) 28  
הגישה הכלכלית למשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 27-28. 29  
שם, בעמ' 32. 30

מסדיר שאיננו ניתן להצרנה כפסיפס של שחקנים המבקשים להשיא את רווחיהם, תועלתם או מאווייהם האחרים, ולטפלי' בו במכשירים השאולים מארגו הכלכלי".<sup>31</sup>

ואולם, כפי שכתבה ויסלבה שימבורסקה החכמה והנפלאה:  
"הכול –

מילה מתנשאת, נפוחה מיוהרה.  
מן הראוי שתיכתב במרכאות כפולות.  
מעמידה פנים שאין היא מחסירה דבר.  
שהיא מכנסת, מקיפה, מכילה, אוצרת בתוכה.  
בעוד שאין היא אלא  
רסיס מן הסערה".<sup>32</sup>

אני חושב שהאקדמיה המשפטית צריכה לעשות הרבה יותר ממה שמאפשרת לה הפרדיגמה האקדמית של הניתוח הכלכלי של המשפט. היא צריכה לחשוף את הדילמות הערכיות הקיימות במשפט וללבן את המשמעויות הנורמטיביות של ההחלטות המתקבלות במשפט; היא צריכה לחשוף את ההשלכות החברתיות של המשפט; היא צריכה לחשוף את ה"מרוויחים" ואת ה"מפסידים" במשפט; היא צריכה לחשוף את פגעי הסדר המשפטי-חברתי הקיים ולהציע עולמות חברתיים חלופיים טובים יותר; היא צריכה להבין את המשפט ואת ההשלכות של פעולתו באמצעות

31 פרוקצ'יה "על הרוחני שבמשפט", לעיל ה"ש 1, בעמ' 130.

32 ויסלבה שימבורסקה "הכול" רגע 25 (דוד וינפלד מתרגם, 2012).

הצגתו של פרוקצ'יה את הכלכלה מזכירה כמובן את גישתם של ליברלים אמריקנים אחדים בעשורים האחרונים של המאה העשרים, שלפיה הליברליזם הוא תאוריה פוליטית ניטרלית, שאינה נוקטת עמדה באשר לטוב האנושי, והיא יכולה להכיל אפוא בחובה, על בסיס שוויוני, תפיסות רבות ומגוונות של הטוב האנושי, שאותן מבקשים לקדם בחייהם בני אדם וקבוצות של בני אדם. לסקירה ולדיון ראו למשל: Will Kymlicka, *Liberal Individualism and Liberal Neutrality*, in COMMUNITARIANISM AND INDIVIDUALISM 165 (Shlomo Avineri & Avner De-Shalit eds., 1992). אבל כשם שהליברליזם הוא תאוריה פוליטית "עבה", המקדמת, היא עצמה, תפיסות מסוימות של הטוב האנושי על פני תפיסות אחרות WILLIAM A. GALSTON, *LIBERAL PURPOSES* (1991); RONALD BEINER, *WHAT'S THE MATTER WITH LIBERALISM?* (1992); CHARLES TAYLOR, *MULTICULTURALISM AND "THE POLITICS OF RECOGNITION"* 62 (1992); כך גם הכלכלה, והניתוח הכלכלי של המשפט, בהיותם פרדיגמות אקדמיות, יש להם "עובי", והם מקדמים תפיסה מסוימת אחת בלבד של הקיום האנושי, של הטוב האנושי, ושל היחסים בין בני האדם.



הדיסציפלינות המגוונות של מדעי הרוח והחברה; היא צריכה לחשוף את המנגנונים המגוונים שבהם בני אדם משתפים פעולה אלו עם אלו מעבר לשימוש בחוזה החליפין; היא צריכה לחשוף את המצבים המגוונים שבהם בני אדם מגלים עניין אמתי בגורלם של בני אדם אחרים, ומוכנים להקריב את האינטרס העצמי שלהם כדי לתרום לשיפור מצבם של בני אדם אחרים; היא צריכה לנטוש את האינדיבידואליזם המתודולוגי העומד ביסוד הניתוח הכלכלי של המשפט (ומאז הובס, גם ביסוד התאוריה הפוליטית הליברלית), ולהחליפה בהבנה שבני אדם הם יצורים מתוכנתי תרבות, וגם יצורים המשוקעים ביחסים חברתיים, שחלקם מגבילים את חירות הפעולה שלהם, אך אחרים ממלאים את חייהם במשמעות רגשית ואינטלקטואלית עמוקה. מעניין לציין שאוריאל פרוקצ'יה עצמו התבטא לא אחת בזכות העמדה שעל פיה צריכים משפטנים להשתמש בדיסציפלינות המגוונות של מדעי הרוח והחברה במסגרת ניסיונם להבין את המשפט, את משמעויותיו ואת השלכותיו. כך הוא מזכיר כי "לצד הגישה הכלכלית למשפט התפתח ספקטרום רחב של עיסוקים בינתחומיים אחרים, וביניהם גם נבטים ראשונים (ולא כל כך ראשונים) לעיסוקים בינתחומיים במשפט ובמדעי הרוח, כמו משפט והיסטוריה, משפט ודת, משפט וספרות או משפט ואמנות". והוא מוסיף: "אני צופה להם תהילה גדולה, גדולה יותר מתהילתה של הגישה הכלכלית למשפט. אני גם צופה כי תמורה זו כבר נמצאת מעבר לפתח".<sup>33</sup> בהמשך אומר פרוקצ'יה ש"שקיעתה של הגישה הכלכלית צפויה", ושלא מן הנמנע כי היא תאבד את "מעמדה הרם כזרם המוביל בתאוריה המשפטית", ומפרט בהרחבה את הסיבות שעשויות לדעתו לגרום לכך.<sup>34</sup> הוא מסכם את דיונו בנקודה זו בדברים מרחיקי הלכת שלפיהם "הפסיפס המתקבל מן העיון בתאוריה הבינתחומית המובילה, משפט וכלכלה, הוא פסיפס שחסרות בו משבצות לרוב, ובלעדיהן אין לו פשר כלל, או שהפשר שניתן לו הוא מוטעה ומטעה".<sup>35</sup> פרוקצ'יה מקנה מקום מרכזי בין הדיסציפלינות שצריכות להתלוות לניתוח הכלכלי של המשפט לחקר התרבות.<sup>36</sup> לדבריו,

"חכמי הגישה הכלכלית החסירו בה גורם מכריע אחד, והוא הגורם התרבותי, ובכך אין הם נבדלים מאנשי 'האות השחורה', שאת מקומם תפסו. במקום להניח, כפי שהיו צריכים, כי

33 פרוקצ'יה "על הרוחני שבמשפט", לעיל ה"ש 1, בעמ' 132.

34 שם, בעמ' 132-139.

35 שם, בעמ' 139.

36 שם.

לתרבות יש תפקיד מכריע בעיצובו של המשפט וביכולת להבינו, הם הניחו כי התחום המשפטי (במקרה של אנשי האות השחורה) או הבינתחום (במקרה של אנשי הגישה הכלכלית) נשלט על ידי חוקים מדעיים 'אובייקטיביים', על-תרבותיים, ולכן הניחו שיש להם תחולה אוניברסלית".<sup>37</sup>

אכן, פרוקצ'יה מסיים את דבריו בכתבו כדברים האלה:

"יומו של הניתוח התרבותי של המשפט יגיע, והוא קרוב. תכליתו לא תהיה להחליף את הגישה הכלכלית, שהישגיה המופלאים ימשיכו לפאר את היכל התהילה של המשפט, ממש כשם ששום דבר לא יחליף לעולם את האות השחורה, שהיא הבסיס לכל דיון רציני. אלה וגם אלה ישתלבו בשיח שאיננו עוד בינתחומי כי אם רב תחומי, ובו מקום של כבוד להבנת תרבויות והטמעת תובנותיהן אל תוך הניתוח המשפטי".

ברוח הדברים האלה, בספר מרשים,<sup>38</sup> כותב פרוקצ'יה כדלהלן:

"The 'Law and' movement still falls short of fulfilling its mission because most of its practitioners are normally content to see the law through the prism of a single nonlegal discipline (e.g. economics, psychology, music), rather than in a multidisciplinary configuration that brings into focus insights from as many relevant bodies of knowledge as possible. There is a clear need to move in that direction".<sup>39</sup>

אכן, בהמשך הספר, בבחינת נאה דורש-נאה מקיים, מפעיל פרוקצ'יה באופן נרחב תובנות וידע הלקוחים משורה של דיסציפלינות חוץ-משפטיות, ובהן היסטוריה, חקר התרבות, תולדות האמנות, תאולוגיה, סוציולוגיה וכלכלה. כפי

37 שם, בעמ' 141.

38 URIEL PROCACCIA, RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, AND THE MARKET ECONOMY (2007).

39 שם, בעמ' 5.

שפרוקצ'יה עצמו מבהיר לקוראיו, ספרו הוא, "about law and economics and culture, ספרו הוא, "with a strong emphasis on the third and last element of this inseparable *troika*." והוא

מוסיף: "I am firmly convinced that there is no other way".<sup>40</sup>

הליברליזם הניטרליסטי-הפרוצדורלי, והפוליטיקה של קבוצות האינטרס הדומיננטיות של הניתוח הכלכלי של המשפט בחשיבה האקדמית על המשפט בישראל היא בעייתית משום שמתלוות לה שתי גישות שהן קרובות לה ברוחן: גישות בעלות השפעה בליברליזם האמריקני של העשורים האחרונים, התופסות את הליברליזם כפרוצדורה ניטרלית, שאמורה לאפשר לאזרחי המדינה לקבל החלטות אישיות מגוונות; תפיסת הפוליטיקה כמערב בעשורים האחרונים, היינו "הפוליטיקה של קבוצות האינטרס".

אם נפנה מבטנו מהתאוריה המשפטית העכשווית אל התאוריה הפוליטית הליברלית של העשורים האחרונים בארצות-הברית, נפגוש בכתבים לא מעטים באותה דמות אדם, ובאותו דגם של היחסים בין בני האדם שמניח הניתוח הכלכלי של המשפט. זרם מרכזי בכתובה זו, המזוהה עם ג'ון רולס, רונלד דבורקין, ברוס אקרמן וצ'רלס לרמור, תופס את המדינה כמי שאמורה לספק לאזרחיה מערכת של כללי צדק, שבמסגרתם יוכל כל אחד מהם לפעול במידה המרבית למימוש בחירותיו באשר לחייו. כלומר, על פי זרם זה, המדינה אינה אמורה לנקוט עמדה כלשהי בשאלת החיים הטובים, אלא להשאיר נקיטת עמדה בשאלה זו לאזרחיה. כפי שהראה רונלד ביינר, גם הליברליזם הזה תופס את האדם, במידה לא מעטה, כצרכן מקבל החלטות – החלטות שהן סובייקטיביות, כאלו שלא ניתן להעריך את האיכויות הנורמטיביות שלהן "מבחוץ".<sup>41</sup> לא פלא אפוא שביינר, ווויליאם גלסטון, שניהם מתארים את הליברליזם האמריקני של העשורים האחרונים במונחים של "פורמליזם",<sup>42</sup> ושמייקל סנדל מכתירו בשם "הרפובליקה הפרוצדורלית".<sup>43</sup> ולא פלא אפוא שהן ביינר והן סנדל שניהם מדברים על "הריק המוסרי" של הליברליזם הזה.<sup>44</sup> מי שיקרא אפוא בישראל תאורטיזציה עכשווית על המשפט – תאורטיזציה שהיא במידה רבה כלכלית – ומי שיקרא תאוריה ליברלית עכשווית שמקורה

40 שם, בעמ' 141.

41 BEINER, לעיל ה"ש 32.

42 GALSTON, לעיל ה"ש 32, בעמ' 11.

43 MICHAEL J. SANDEL, DEMOCRACY'S DISCONTENT chapter 1 (1996)

44 שם, בעמ' 323; BEINER, לעיל ה"ש 32, בעמ' 29.

בארצות-הברית, שניהם עשויים להיתקל במערכת מושגים משותפת באשר למצבו האונטולוגי של האדם, באשר למניעיו, ובאשר ליחסים שבינו לבין בני אדם אחרים, מערכת התופסת החלטות כמונועות תמיד על ידי החתירה לקידום האינטרס העצמי, וחוסמת את האפשרות לדון בשאלות ערכיות.

בדומה לכך, החשיבה השוקית שליטה גם בתפיסת הפוליטיקה הרווחת במערב בעשורים שמאז מלחמת העולם השנייה: ה"ליברליזם של קבוצות-אינטרס". על פי גישה זו, הספירה הפוליטית פועלת כזירה שבה קבוצות שונות של אזרחים – אשר כל אחת מהן מגדירה את האינטרסים שלה בחברה האזרחית, כלומר, קודם לכניסתה אל הזירה הפוליטית – מתחרות זו בזו באשר לחלוקה של משאבים חומריים וסמליים, וזאת בתנאים של "משחק סכום אפס" (אכן, הטקסט המכונן של גישה זו נכתב על ידי כלכלן. הפוליטיקה, בעיקר ההתנהגות של פוליטיקאים ושל בוחרים, מתוארת בו אפוא תוך שימוש תכוף במושגים הלקוחים מעולמו של השוק).<sup>45</sup>

העובדה שהן המשפט, הן התאוריה הפוליטית הליברלית והן הבנתנו את הפוליטיקה – כולן נתפסות בעשורים האחרונים במונחים שוקיים, פירושה רישוש חמור של השיח הנורמטיבי המתקיים במשפט ובפוליטיקה של המדינה הליברלית, שתי הספרות שבהן מתקבלות ההחלטות באשר לחלוקתם של משאבים חומריים ובאשר לערכים שיחולו בחייהם של אזרחי המדינה. אני סבור שכדי להבין את התופעה המשפטית ואת השלכות המשפט על חייהם של בני האדם עלינו לשאול כלים מכל הדיסציפלינות המגוונות של מדעי הרוח והחברה. אני סבור שעלינו לאמץ תפיסה רפובליקנית<sup>46</sup> ותפיסה דליברטיבית<sup>47</sup> של הפוליטיקה.

45 JOSEPH A. SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY (1943). בחלק מהמקרים חיבוריהם של אנשי גישה זו מציגים את האופן שבו מקובלת הפוליטיקה כחותר במשתמע – ולעתים אף במפורש – הן תחת הרציונליות והן תחת הלגיטימיות של ההחלטות המתקבלות בגדרה. עם זאת, חלק אחר מאנשי מדע המדינה כפרו בנכונות התיאור המוצע על ידי גישה זו, והציעו תיאורים חלופיים של האופן שבו הפוליטיקה מתפקדת ושל הגורמים המניעים פוליטיקאים.

46 הרפובליקניות היא גישה הקיימת במערב מזה אלפינים וחמש מאות שנה, שבמרכזה תפיסה של החירות הפוליטית כמתקיימת מקום שאזרחי המדינה אינם מוכפפים לאינטרסים פרטיקולריים, אלא לטוב משותף הנקבע על ידיהם בהתדיינות פוליטית חופשית, שבה הם משתתפים על בסיס שוויוני. ראו מנחם מאוטנר "משבר הרפובליקניות בישראל" משפט ועסקים יד 559 (2012); מנחם מאוטנר "ביקורת ספרים: ניקולו מקיאווולי, דיונים על עשרת הספרים הראשונים של טיטוס ליוויס" המרחב הציבורי 165 (2012).

47 Menachem Mautner, *Religion in Politics: Rawls and Habermas on Deliberation and Justification*, in THE ROLE OF RELIGION IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE (Hanoach Dagan, Yedidia Z. Stern & Shachar Lifshitz eds., 2014) (forthcoming)

### בעיית היקפו הצר של הדיון התאורטי ובעיית השונות החברתית

עד כה הצבעתי על ההשפעות של התאוריה המשפטית האמריקנית על זו הישראלית. כאמור, אני רואה את ההשפעות האלה כמעורבות. בשורות הבאות ברצוני להצביע על שתי השפעות נוספות של האמריקניזציה של האקדמיה המשפטית של ישראל: הצרת היקפו של הדיון התאורטי במשפט עקב מגבלות הטכונות בדרכי פעולתו של בית הספר למשפטים האמריקני; החלתן של תאוריות שהורחגו בהקשר חברתי ספציפי, זה האמריקני, בגדרם של תנאים חברתיים שונים לגמרי, אלה של ישראל. ראשית, התרשמותי משנים של לימוד והוראה בבתי ספר למשפטים אמריקניים היא שחופש הדיון בבתי הספר האלה סובל מהגבלות לא-פשוטות, שמקורן בתלות הנרחבת של בתי הספר בתרומות בוגריהם. התוצאה של תלות זו היא הטיה בבית הספר למשפטים האמריקני לטובת עיסוק בממדים העסקיים של המשפט, ונגד עיסוק ביקורתי וחברתי במשפט, כזה המתמקד בתפקיד שהמשפט ממלא ביצירת החלוקה הבלתי-צודקת של משאבים בחברה ובהכחשתה. בעקבות ההשפעה של האקדמיה המשפטית האמריקנית על זו הישראלית, כל זה משליך גם על האופן שבו מתקיים העיסוק האקדמי במשפט בישראל.

שנית, כפי שהראתה ליאורה בילסקי במאמר שאזכרת על הקשר בין הפמיניזם האמריקני וזה הישראלי, כל ייבוא פשטני של החשיבה המשפטית האמריקנית לישראל, ייבוא של חשיבה זו כמות שהיא, בלא רפלקציה ביקורתית, הוא בעייתי. כך, למשל, כבר בראשית שנות החמישים טען נתן רוטנשטרייך (מלומד פילוסופיה מוביל ואינטלקטואל ציבורי בולט בישראל של העשורים הראשונים), שישאל הוקמה כדי ליצור חברה לאומית, ואילו חזונה של אמריקה אחר: יצירת התנאים שבהם מהגרים ממדינות שונות יוכלו לקדם את ענייניהם האישיים בהסתמך על יזמתם שלהם.<sup>48</sup> כמו כן, שאלת הדת והמדינה, אף שהיא מרכזית בשתי המדינות, עדיין היא שונה לגמרי באמריקה מהאופנים שבהן היא מתעוררת בישראל. לא רק שבאמריקה קיימת הפרדה חוקתית של הדת מהמדינה, אלא שבאמריקה מרבית האזרחים מקבלים על עצמם את עיקרי המשטר הליברלי של המדינה ואת המסורת החוקתית שלו. הוויכוחים באמריקה בין דתיים לליברלים, עם כל עצמתם, הם ויכוחים פרשניים, ויכוחים מסדר שני. מסיבה זו, ג'ון רולס למשל היה יכול לטעון – גם אם במשתמע – ש"קונצנזוס חופף" בין הדוקטרינות הדתיות השונות הקיימות באמריקה, יחד עם הסוציאליזציה שעוברים האזרחים בתרבות הפוליטית הליברלית

48 מנחם מאוטנר "ליברליזם בישראל: האדם הטוב", "האזרח הרע" והשגשוג האישי והחברתי" עיוני משפט לו 7, 26-28 (2013).

של המדינה, שניהם מסוגלים להוליד תמיכה בעיקרי המשטר שהיא יציבה, ארוכת שנים וחסינה משינויים במאזן הכוחות הפוליטיים.<sup>49</sup> בישראל, חלקים משמעותיים בקבוצות הדתיות השונות אינם מקבלים את המשטר הדמוקרטי-ליברלי של המדינה, ומבקשים להחליפו במשטר הלכתי, ואפילו תאוקרטי. הוויכוחים בישראל הם מסדר ראשון. דוגמה נוספת לשונות שבין אמריקה לבין ישראל היא העובדה שמהבחינה הדמוגרפית ישראל היא מדינה דו-לאומית, ואולם בעיית הדו-לאומיות אינה קיימת באמריקה. פירוש הדבר הוא שכל עוד אנחנו רואים באמריקה את מקור ההשראה העיקרי לחשיבה המשפטית שלנו, יימצא אצלנו "חור שחור" בכל הנוגע לדו-לאומיות של המדינה. שונות נוספת בין שתי המדינות קיימת בכך שהמשפט החוקתי האמריקני מבוסס על חוקה כתובה, שיצרה ברגע מסוים אחד את We the "People" לישראל אין חוקה כתובה, וגם לא ניתן לראותה כמי שנוצרה כאומה באמצעות מעשה משפטי מכוון.

#### בעיית "האזרחות הטובה"

אשר להשקעת המשאבים של מלומדי משפט ישראלים במשפט של ארצות-הברית, התנהגות זו מעוררת מתח בין מקצוענות לבין אזרחות. גם אם נניח שמלומדי המשפט האלה מצטיינים במקצוענותם, ברור הוא שמנקודת הראות של האזרחות הטובה התנהגותם מעוררת שאלות.

אורן גזל-אייל כותב כי הגישה הכלכלית למשפט מאפשרת לחוקר להפיק מחקרים בלא ידע מעמיק של הדוקטרינה המשפטית המקומית, וכן מחקרים המנותקים כמעט לחלוטין מהתרבות ומההיסטוריה המקומיים.<sup>50</sup> גזל-אייל מצביע על התוצאות של השילוב של הדומיננטיות של הניתוח הכלכלי באקדמיה המשפטית הישראלית ושל מאפייניה אלה:

"העיסוק הנרחב של חוקרי משפט ישראלים במשפט וכלכלה אינו אלא סימפטום של תופעה רחבה יותר – זניחת המחקר האקדמי המשפטי בישראל לטובת מחקרים שיכולתם לסייע לקידום המשפט הישראלי ולפיתוחו מוגבלת הרבה יותר. אכן, הפתיחות להתפתחויות המשפטיות בעולם חשובה גם היא לקידום המחקר המשפטי בישראל (ומטעם זה ההתעלמות

49 JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 133–172 (1993).

50 גזל-אייל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 675–676.

מהמשפט בעולם שמחוץ לאמריקה מצרפת). בנוסף, להשתתפות בשיח האמריקני המשפטי ערך בפני עצמו לעולם אקדמי המעוניין לפרוץ את גבולות המדינה. אולם המשפט הוא עדיין דיסציפלינה מקומית בעיקרה, וכך הוא גם נתפש במדינות המפותחות בעולם. ההתמקדות של טובי המשפטנים הישראליים בשאלות שאינן נוגעות ישירות למשפט הישראלי והכתיבה בכתבי עת שאינם נקראים על ידי שופטים ועורכי דין ישראליים שוללות מהמשפט הישראלי את אחד הכלים החשובים שיש למערכות משפט בעולם – אקדמיה משפטית המרוכזת רובה ככולה בחקר אותה מערכת משפט, בקידום המשפט ובפיתוחו לטובת החברה שבה היא נמצאת. התוצאה היא שדווקא במדינה שבה בית המשפט העליון נסמך רבות, אולי יותר מכל בית משפט אחר בעולם, על כתיבה אקדמית, המערכת האקדמית מרחיקה יותר מכל מקום אחר בעולם את החוקרים מלעסוק במשפט המקומי. גם אם האיזון בין מחקר המשפט המקומי והזר במדינות אחרות, כגון ארצות הברית, גרמניה וצרפת, אינו נכון, יש מקום לבחון אם בישראל לא הרחקנו לכת לכיוון ההפוך.<sup>51</sup>

מעניין כי בעיה דומה מעסיקה גם את הסוציולוגיה הישראלית. יהודה שנהב כתב בשנת 2000 על התפיסה של הסוציולוגיה כדיסציפלינה אוניברסלית, ניטרלית, שחלק ממנה הוא האידאל של פרסום מאמרים בכתבי עת אקדמיים אמריקניים:

”הסוציולוגיה הישראלית סוגדת לכללים אלה באופן אדוק. כולנו חטאנו ועדיין חוטאים בשאיפה עזה לפרסום בכתבי העת המרכזיים בארצות-הברית על חשבון כתיבה חלופית. אפשר להודות שבינלאומיות זו הביאה עמה פתיחות, וגם למדנו ממנה לא-מעט. אבל במקביל שילמנו מחיר כבד: לא רק משום שהסוציולוגים מנותקים מן הנושאים שעל סדר היום בישראל, לא רק בשל השיעבוד התרבותי, שכן נהפכנו לקבלני-משנה של פרידגמות אמריקאיות, לא רק בשל הצורך

לרצות קהלים לא-רלוונטיים (כולנו נתנסינו בכך), ולא רק בשל הפרובנציאליות שנוצרה בקהילה הסוציולוגית; הבעיה העיקרית הינה השיעבוד האפיסטמולוגי, איבוד נקודת המבט המקומית המשוחררת מן הציווי הלאומי ומן ההטיות הקולוניאליסטיות של השיח האוניוורסלי.<sup>52</sup>

ושנהב מוסיף: "חוקרי הניהול שבינינו יודעים לספר כמה שעות ארכיון בזבזנו משום שחיפשנו פרקטיקות ניהול אמריקאיות ללא תובנה שההקשר המקומי הוליד תוצרים אחרים לגמרי. מחקרים אלה הינם חשובים אולם הם גם סובלים מהטיות פרטיקולריסטיות של האידיאולוגיה האמריקאית."<sup>53</sup>

הפילוסוף ריצ'רד רורטי כותב על מה שקרה לפילוסופיה האנגלו-אמריקנית בתקופת חייו. ההוגים שהוא מכנה ה"רומנטיים", והם מעוררי השראה, בעלי דמיון ותעוזה, אלו שיש להם מה לומר לבני האדם על המצב האנושי, הודחו על ידי ההוגים שהוא מכנה ה"יבשים", אלו שהם אנליטיים, מקצוענים ומכלים את ימיהם בפתרון של בעיות מקומיות (problem-solving).<sup>54</sup> לרגע, רק לרגע, נדמה היה שהשפעת המשפט האמריקני על המשפט הישראלי תבטיח לנו מלומדי משפט מהסוג הראשון. אבל הניתוח הכלכלי של המשפט, יליד המשפט האמריקני, הציף את המשפט הישראלי במלומדים מן הסוג השני.

צ"ט: אפשר, אני חושב, למפות את ההשפעות השונות של האקדמיה המשפטית האמריקנית על זו הישראלית ולמיין אותן להשפעות מתודולוגיות (הרחבת אופקי הדיון ותחילתו של דיון ראליסטי על המשפט, על האפקט המשחרר שלו, כפי שתוארת) ולהשפעות מבניות: אימוץ היגיון עסקי, אימוץ אמות-מידה אמריקניות לקידום, רתיעה מכל מה ש"לא מביא כסף" (למשל, מביקורת מעכירת אווירה ושלווה). במובן הזה, התמורות באקדמיה המשפטית הישראלית משקפות תמורות רחבות יותר בתרבות הישראלית ואת התנועה לכיוון הניאו-ליברליזם.

כבוגר בית ספר למשפטים אמריקני, אני יכול לראות את ההיגיון שבהעדפת מי שלמדו לתואר מתקדם בחו"ל ולהעריך אותו: למשל, איכות המשאבים

52 יהודה שנהב "האם קיימת סוציולוגיה ישראלית?" סוציולוגיה ישראלית ב 675, 678 (2000).

53 שם, בעמ' 680.

54 Richard Rorty, *The Inspirational Value of Great Works of Literature*, in *ACHIEVING OUR COUNTRY* 125 (1997).



שהאוניברסיטאות הפרטיות בארצות-הברית מעמידות לרשות הסטודנטים והיקפם עולה לאין שיעור על מה שאוניברסיטאות ישראליות מסוגלות להעניק; הרחבת האופקים שכרוכה בעצם הלימוד בתרבות-לימוד שונה מאוד מזו שבה נלמד התואר הראשון; ההיכרות עם מרצים ועם סטודנטים מכל העולם; ההתפנות וההתמסרות המוחלטת כמעט ללימודים שבישראל היא כמעט בלתי-אפשרית. במובן זה, הדרישה מהמעוניינים להיפך לחוקרים לנסוע לחו"ל כתנאי לקבלת משרה בפקולטה ישראלית היא הגיונית.

מה שפחות הגיוני בעיניי הוא הדרישה מהם ללמוד בארצות-הברית (או לכל הפחות באוניברסיטה בריטית מעולה), והדרישה להישאר בארצות-הברית מבחינה אינטלקטואלית כדי להתקדם באקדמיה הישראלית. וזו לא רק שאלה של אזרחות טובה או של פטריוטיות דוקטרינרית כלשהי. ממילא באווירה הציבורית של היום כל ביקורתיות נתפסת כחוסר פטריוטיות. אני מעדיף לא לדבר על "תרומה לחברה", אלא על רלוונטיות ועל אוריינות אקדמית. הנתק שנוצר בשל היותנו במזרח ומחקרנו בסוף מערב הוא נתק בכמה רמות שונות, אבל ברמה הבסיסית זהו נתק תקשורת, נתק ברמת השפה. הכאן ועכשיו דובר שפה אחת ומשוקע בתרבות אחת, ואילו החוקרים חוקרים שפה אחרת ותרבות אחרת, לא מתוך סדר יום מחקרי שמאמין במבט של הזר כמבט שעשוי לשפוך אור מעניין מבחוץ על סוגיה מסוימת, אלא מטעמי שמירה על מקום העבודה, קידום ויוקרה אקדמית. במובן זה, האוריינות האקדמית נפגעת פעמיים: כדוברי אנגלית כשפה שנייה שמלמדים את הילידים על המשפט שלהם; וכדוברי עברית כשפת אם שמתמשים בה בעיקר (ולעתים רק) לצורך הוראה.

התוצאה היא בעלת השלכות הרבה יותר מרחיקות לכת מהנטייה התרבותית הכללית לחשוב שכל מה שבאנגלית הוא "אוטומטית" יותר "יוקרתית"<sup>55</sup> (כמו השלטים במספרות שכתובים עליהם שמות הספרים – כלומר, "מעצבי השיער" – באנגלית): מדובר באקדמיה שמפנה את גבה אל המקום שבו היא יושבת לא משום שהוא לא מעניין ואין לו מה להציע מבחינה מחקרית. ושוב, אני מבקש להדגיש, שחקר המשפט הישראלי הוא לא בהכרח ערך חשוב כשלעצמו ואין לכפות על מי שלא מתעניין בו את העיסוק בו, אלא שפסילתו על הסף כי הוא בעברית והוא ישראלי, היא זו שבעייתית בעיניי. והנימוק שרבים מאתנו (ואני בתוכם) משתמשים בו כדי

55 עמליה רוזנבלום וצבי טריגר ללא מילים: התרבות הישראלית בראי השפה 26 (2007). צ"ט ומ"מ: לכן גם שמחנו על כך שבאפריל 2014 דחתה המועצה להשכלה גבוהה את הצעתה של אחת המכללות ללמד תכנית לימודים במשפטים שכולה באנגלית.

לחקור את המשפט האמריקני ולפרסם באנגלית, שהדבר נחוץ לצורך קבלת קביעות או קידום בדרגה, הוא בעצם לא יותר מאשר מה שריימונד גויס כינה "שגיאת אובייקטיביקציה"<sup>56</sup>: הצגת החלטה אנושית, ישראלית לגמרי, לתת משקל רב יותר לפרסום באנגלית-אמריקנית, כעובדת טבע שאין לאיש שליטה עליה, ושלא נותר לנו אלא לקבל את הדין ולהתאים את עצמנו אליה כדי לשרוד. ואם מדברים על היוקרה שבאה – לפי התפיסה הישראלית – בצמוד לשימוש באנגלית, מעניין להיווכח בכך שהוגים משפטנים אמריקנים מובילים מתריעים כבר כמה עשורים על כך שמערכת הקידום האקדמי מייצרת כמויות אדירות של פרסומים רעים, בינוניים ומיותרים. ג'יימס בויד וויט כתב על כך כבר ב-1987,<sup>57</sup> ופייר שלאג התייחס לתופעה זו ב-2009.<sup>58</sup>

מ"מ: בסוף שנות השמונים ובראשית שנות התשעים לימדתי בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת מישיגן. באחת מאותן שנים דורג בית הספר במקום השני (!) ברשימה של ה-U.S. News and World Report, אחרי ייל, שניצבה בראש, ולפני הרווארד, שהייתה במקום השלישי. כיצד הגיעה מישיגן למיקום המחמיא הזה? תשובה: עשור קודם לכן פתחו מנהיגי בית הספר במסע לגיוס חברי סגל חדשים, שהונחה על ידי העיקרון הבא: גיוס אנשים בלי קשר לשאלה היכן הם מפרסמים, וגם לא היכן הם מלמדים. אלא, אמרו ראשי מישיגן, פשוט נקרא וננסה לאתר את המוחות המעניינים ביותר בסביבה. כלומר, הם סירבו להיכנע לשיטה שעל פיה מקומות הפרסום וההוראה משמשים "פרוקסי" לאיכות אקדמית; מבחינתם, המבחן היחיד לקביעת איכות היה קריאה (מאז, "רק אם נקרא – נדע" הפך רכיב חשוב בתרבות המוסדית של המקום. אגב, באותן שנים הם הקפידו לגייס אך ורק מלומדים העוסקים במשפט מתוך אחת מהדיסציפלינות של מדעי הרוח – ספרות, היסטוריה, פילוסופיה וכולי. כלומר, מישיגן הגיעה לדירוג המחמיא האמור בלא שבין כ-70 חברי הסגל שלה נמצא ולו גם מלומד אחד (!) של הניתוח הכלכלי של המשפט – תנועה שכבר אז הייתה דומיננטית באקדמיה המשפטית האמריקנית – וגם זה היה אז חלק מהאידאולוגיה המוצהרת של המקום). אני מקווה שהלקח לגבי איך צריך לנהוג באקדמיה הישראלית – ברור.

- RAYMOND GEUSS, THE IDEA OF A CRITICAL THEORY: HABERMAS AND THE 56  
FRANKFURT SCHOOL 12–22 (1985).
- .James Boyd White, *Intellectual Integration*, 82 NW. U. L. REV. 1, 5–6 (1987) 57
- Pierre Schlag, *Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing* 58  
*Happening (A Report on the State of the Art)*, 97 GEO. L. J. 803, 826 (2009)

אבל כמה שונה דרך הפעולה הזו מזו שהשתלטה על האקדמיה הישראלית, לרבות זו המשפטית! הנה עדותו של סוציולוג ירושלמי באשר להשתלטותם של כלים מדידים על קביעת איכות אקדמית בישראל:

”ה-Impact Factor ו’מדד ירושלים’ לדירוג כתבי עת משנים מן היסוד את צורת שיקול הדעת האקדמי [...] למשל, בעוד שבעבר הערכת מועמדים התבססה רבות על קריאת החומרים ועל דיון מעמיק בנושאים המהותיים שבעבודתו של המועמד, כיום מתבססים דיונים על היבטים טכניים של ‘התיק’: כמה פרסומים יש למועמד, כמה הם מצוטטים, איך הם מרווחים לאורך הקריירה, כמה מהם התפרסמו בכתבי עת מובילים? בלי להתכוון לכך, האינסטרומנטליזציה הטכנית של ‘התיק’ הפכה את תוכנו, מהותו ואת העניין שיש בו לשוליים בדיון. באופן לחלוטין בלתי מורגש הפך הגולם הטכני של מסד הנתונים של ה-ISI להיות המנהל של העולם האקדמי. כתוצאה מכך, הפרופסורים שהיו אמורים להיות אדוני המערכת הופכים את אט לפקידיו הביורוקרטיים של המנגנון הטכני של האוניברסיטה, ליצרנים טכניים של פרסומים וציטוטים. תהליך דומה מתרחש בעקבות יצירת הטכנולוגיה של גוגל-סקולר (Google Scholar) ו’פרסם או מות’ (Publish or Perish). באתר זה יכול חוקר להזין את שמו ולקבל באחת את מספר הציטוטים שכל אחת מעבודותיו מקבלת ואת ההפניות אל המצטטים. [...] משעה שהטכניקה השתלטה על העולם, הפרט נמדד על-פני סולם חד-ממדי של כמות ציטוטים, בלי להתחשב בדיסציפלינה, אסכולה, תחום מחקר וכיוצא באלה משתנים. [...] דפוס המחשבה האינסטרומנטלי, הגולם שקנה שביתה בתודעה, מייתר את האדם, את שיקול דעתו, ערכיו ואמונותיו. וקם הגולם על יוצרו.”<sup>59</sup>

59 גד יאיר “גולם המדידה: הרהורים בעקבות הסוציולוגיה הגרמנית” הכל מדיד? מבטים ביקורתיים על דירוג וכימות 301, 310-311 (יוחאי חקק, לאה קסן ומיכל קרומר-נבו עורכים, תשע”א). יצוין כי בארצות-הברית התארגנה בדצמבר 2012 יזמה של אנשי אקדמיה ועורכיהם של כתבי עת אקדמיים נגד השימוש ב-impact factors ובעד חזרה להערכת חיבורים אקדמיים על פי San Francisco Declaration on Research: ראו: אחר קריאתם ולימודם.

צ"ט: לדברים הללו אוסיף שבמוסדות רבים – אוניברסיטאות ומכללות – "מרצה מצטיין" הוא מי שהציון המספרי שקיבל מהתלמידים במשובי ההוראה עולה על מספר מסוים שקבע המוסד (בדרך כלל 6 או 6.5 מתוך 7). בהענקת התואר אין משמעות להערות המילוליות שהתלמידים כותבים בטופסי המשוב, כמו גם לאמות מידה נוספות, מדידות פחות.<sup>60</sup> המעניין הוא לא רק שהקריטריון הוא מספרי בלבד, אלא גם המסקנה המוסקת ממנו: הציון המספרי בוודאי אומר משהו, ואולי אף משהו חשוב, אולם הוא קשור יותר לאהדת הסטודנטים למרצה ופחות לשאלת איכותו כמרצה (ואני לא מזלזל באהדה או בכך שיש קשר בינה לבין איכות, אם כי קשר מורכב מאוד). אבל המוסדות אינם מכתירים את המרצים שזכו לציונים גבוהים בתואר "המרצה האהוד", אלא "המרצה המצטיין".

### ג. פתיחת המכללות

צ"ט: לפתיחת המכללות בתחילת שנות ה-90 של המאה שעברה מייחסים הרבה מהתחלואים-לכאורה של מה שאולי נחשב בעיני אנשים מסוימים המשבר בחינוך המשפטי בארץ (לעתים מדובר באותם אנשים שתמכו בפתיחת המכללות, חלקם היו בין מייסדיהן, ושאר מלמדים במכללה נוסף על משרתם העיקרית בפקולטה באוניברסיטה). האם המכללות שבהן בתי ספר למשפטים חוץ-אוניברסיטאיים שינו בצורה כלשהי את החינוך המשפטי באופן שניתן לייחסו דווקא לפתיחתן? אולי חלק מהמאפיינים של החינוך המשפטי ששוחחנו עליהם היו מתפתחים גם בלעדיהן? אפשר לשער השערות, אבל יש כמה דברים שקשה להתעלם מהם: ראשית, המכללות מאפשרות למי שאחרת לא היו יכולים ללמוד משפטים, לקבל תואר ראשון, ולפעמים גם שני, במשפטים. ניתן לראות זאת כתופעה חיובית שהביאה לביזור הידע וההשכלה האקדמית, או כתופעה שלילית, שמגלמת בתוכה חשש מהנמכת דרישות הסף לקבלה ללימודים, ואולי, עקב כך, חשש ממה שמכונה "ירידה ברמת המקצוע".<sup>61</sup> שנית, קשה להתעלם מכמות הבוגרות והבוגרים, שזינקה מ-470

60 Assessment – DORA. ראו: <http://www.ascb.org/dora> יזמה זהה אומצה במקביל גם על ידי האגודה הסוציולוגית הגרמנית. ראו: <http://www.soziologie.de/che> (נבדק לאחרונה ב-25.4.2014).

60 ראו להלן חלק ד', "השתלטות ה'מדיד'".

61 ד"ר לימור זר-גוטמן מצאה בשנת 2010 שרוב עורכי הדין המורשעים בעברות משמעת הם עורכי הדין הוותיקים, בוגרי אוניברסיטאות, אף על פי שהם היו בשעת עריכת המחקר רק

תלמידים בכל האוניברסיטאות בארץ גם יחד ערב פתיחת בית הספר למשפטים של המכללה למינהל ב-1990<sup>62</sup> ל-13,819 תלמידי משפטים בשנת 2005 (מתוכם 3,369 באוניברסיטאות – כלומר, גם שם היה זינוק מרשים במספר התלמידים והבוגרים).<sup>63</sup> כמות כזו של תלמידים ושל בוגרים חייבת להשפיע בצורה כלשהי על פילוסופיית החינוך של לפחות חלק מהמוסדות; סיכויי ההצלחה בבחינות ההסמכה, כמו גם סיכויי ההצלחה בשוק העבודה מטילים על מוסדות, בייחוד אלה שגובים שכר לימוד גבוה, אחריות מיוחדת בכל הנוגע לעתידם הכלכלי של בוגריהם. האם זה משנה בצורה כלשהי את האופן שבו מתנהלים הלימודים באותם מוסדות?

שלישית, לראשונה נפתחו בישראל מוסדות שנשענים בעיקר על שכר הלימוד שמשלמים התלמידים, בלא כל תמיכה ממשלתית. הדבר העמיד אותם בעמדה מורכבת כלפי התלמידים מצד אחד, וכלפי מחויבויותיהם המקצועיות בשדה המשפטי מצד שני. התלות המוחלטת בשכר הלימוד מטפחת אווירה של "שירות לקוחות", שבינה לבין תהליך הלימוד, שכולל לא מעט אכזבות ותסכולים, אין ולא כלום. סקרי שביעות הרצון של התלמידים, שנערכו באוניברסיטאות עוד לפני פתיחת המכללות, מקבלים משמעות חדשה לגמרי במכללות, שתלויות בשכר הלימוד שמשלמים התלמידים.

ניגוד העניינים הממלכדי הזה, שדומה במידה מסוימת לזה שמצויים בו בתלמידי הספר האמריקניים המובילים בשל התלות בכספי התורמים (שאליו התייחסת), טומן בחובו פוטנציאל אנטי-אינטלקטואלי ואנטי-אקדמי מובהק: מכללה שבה הציונים אינם מובטחים, ואפילו סיום הלימודים אינו מובטח, תרתיע מועמדים שיבקשו לקבל תמורה מלאה לכספם בדמות לימודים בתנאים נוחים ולא-מאתגרים, ורצוי עם ציונים גבוהים; אבל כניעה לדרישות שכאלה תפגע במוניטין של המכללה, וככל הנראה אף בסיכויי תלמידיה למצוא התמחות ובסיכויי בוגריה למצוא עבודה. קשה, ואולי לא הוגן לדבר על "המכללות" כעל מקשה אחת; המכללות שונות זו מזו, הן מבחינת פרופיל המתקבלים והמתקבלות ללימודים, הן מבחינת אופי החינוך המשפטי שהן מעניקות והן מבחינת ההערכה והיוקרה שהן זוכות להן בשוק

22% מכלל עורכי הדין. "עורכי הדין הצעירים ובוגרי המכללות אחראים להצפת המקצוע, לא לתחלואיו", סיכמה זר-גוטמן. נורית רוט "מחקר: עורכי דין ותיקים אחראים לרוב עבירות המשמעת" TheMarker 21.10.2010 [www.themarker.com/law/1.592422](http://www.themarker.com/law/1.592422) (נבדק לאחרונה ב-25.4.2014).

62 הצעת חוק לשכת עורכי הדין (תיקון מס' 8) (דברי הסבר), התשנ"א-1991, ה"ח 15.1.  
63 ועדת המשנה לחלוקת תפקידים רצויה בין אוניברסיטאות למכללות ופריסת המוסדות דוח הוועדה לבחינת מערכת ההשכלה הגבוהה בישראל עמוד 67, לוח א2 (יולי 2007).

ההשכלה המשפטית. ברובן, אגב, ישנם חברי סגל רבים שרואים עצמם כחוקרים לא פחות מאשר מורים, ואולי אף יותר מכך, כמו עמיתיהם באוניברסיטאות. רבים מהם, אני מעז לשער, היו מתקבלים ללמד באוניברסיטאות אילו היו בהן מספיק תקנים. אבל בשל מלכוד שכר הלימוד (אם כי לא רק בגללו), סביר להניח שבמכללות הללו הפער שבין תחומי העניין והשאיפות של המורים והתלמידים הוא קיצוני במיוחד, ועמדתם השברירית של המרצים, בשל התלות בדברו של הלקוח המשלם (בשונה מהאוניברסיטאות, ברבות מהמכללות אין למרצים אפשרות לקבל קביעות), בוודאי אינה מסייעת לתחושת החופש האקדמי שלהם.

מ"מ: אני חושב שההיכרות שלי עם הקורה במכללות מצומצמת. אני מסכים אתך גם שאין מקום להכליל בנוגע לכולן. לכן אתבטא בזהירות. אכן, נראה שפתיחת המכללות אפשרה לישראלים רבים לרכוש השכלה אקדמית, אולי אפילו לראשונה במשפחותיהם. הפצת הדעת על ידי המכללות בקרב קבוצות מגוונות היא בעלת חשיבות חברתית גדולה. זאת, בייחוד אם נראה את המשפט כסוכן של ערכי כבוד האדם והזכויות הליברליות.

נראה שהתלות של המכללות בשכר הלימוד של תלמידיהן אכן מסוגלת להוליד תופעות כגון אלה שתיארת. אני מתרשם גם שבמקרים מסוימים התלות של מורי המכללות בראשי המכללות היא בעייתית, אולי אפילו בעייתית מאוד. מכל שלוש הבחינות האלה המצב באוניברסיטאות נראה טוב בהרבה. הן תלויות אמנם במידה רבה במימון ממשלתי, ואולם עקב ה"חיץ" הטוב שיוצרת המועצה להשכלה גבוהה בין האקדמיה לבין הממשלה, דומה שחופש הביטוי באוניברסיטאות של ישראל הוא מלא לגמרי (אפילו לאחר הניסיון של המועצה להשכלה גבוהה בשנת 2012 לסגור את המחלקה לממשל באוניברסיטת בן גוריון, ויעידו על כך, בין השאר, ההתבטאויות וההתארגנויות הנרחבות באקדמיה נגד המהלך הזה). כמו כן, אני חושב שאפשר לקבוע שהתלות של מורי האוניברסיטאות בראשי האוניברסיטאות יורדת לאפס ברגע קבלת הקביעות.

אשר לרמה האקדמית של מורי המכללות, אני מתרשם כי לא מעטים מהם היו מסוגלים להתקבל בקלות לחברות בסגל של הפקולטות למשפטים באוניברסיטאות, והסיבה שהדבר אינו קורה מקורה אינה נעוצה ברמתם האקדמית של המורים האלה, אלא פשוט במספר הזעום של התקנים הפנויים באוניברסיטאות. מכל מקום, אני חושב שאפשר לקבוע שקהילת המשפט האקדמית של ישראל מתעשרת בחיבורים איכותיים, ומגוונים מבחינת תחומי השתרעותם, שמקורם במורי המכללות. אגב, נדמה לי שזה המצב גם בארצות הברית. אני מתרשם שלא מעטים מחברי הסגל של בתי הספר למשפטים המדורגים ברשימת עשרים הראשונים היו מסוגלים להתקבל בלא קושי כחברים בסגל של חמשת בתי הספר שבראש הרשימה. המודרנה מנסה

להכחיש זאת, אבל הקדמונים הבינו זאת היטב: לא מעט ממה שקורה בחיינו תלוי במזל ומקורו באקראיות.<sup>64</sup>

#### ד. השתלטות ה"מדיד" – סטנדרטיזציה ומדדים

מ"מ: אני רוצה לדבר על הקשר בין המדידות והמשפט. כדרך להצגת הקשר הזה, אני רוצה לטעון שבמשפט של מאה וחמישים השנים האחרונות נענו מפורמליזם לראליזם, ושכנו לפורמליזם (כמובן, גם בעידן הראליסטי ממשיכים להתקיים במשפט רכיבים פורמליסטיים, ובדומה לכך, העלייה במשקלם של רכיבים פורמליסטיים במשפט של העשורים האחרונים אין משמעה כמובן זניחה של הרכיבים הראליסטיים שכבר התקבעו במשפט. רכיבים פורמליסטיים ורכיבים ראליסטיים מתקיימים במשפט אלו לצד אלו כל העת. השאלה המעניינת היא מה נחשב קאנוני בתקופה מסוימת, מה נחשב שולי, ואילו תהליכים הופכים רכיבים שוליים לקאנוניים, ולהפך).

לפי המקובל לחשוב, הפורמליזם המשפטי שלט במשפט האמריקני מאמצע המאה התשע-עשרה ועד שנות העשרים של המאה העשרים, ובמשפט של מדינות כמו ישראל וסאר מדינות העולם האנגלו-אמריקני – עד שנות השמונים של המאה העשרים. הפורמליזם הוא ביטוי במשפט למתודה של מדעי הטבע, שעד אמצע המאה העשרים שלטה לא רק בדיסציפלינות של מדעי הטבע, אלא גם באלה של מדעי החברה.<sup>65</sup>

על פי המתודה הזו, קיימת מציאות, ומשימת החוקר היא לצלמה בתודעתו ובמצאיו כמות שהיא. ההיגיון העמוק של המתודה של מדעי הטבע הוא המדידות: קיימת מציאות – מקור – ויש צילום של המקור – תודעת החוקר וממצאיו, ועל הצילום לחתור להיות דומה למקור. כלומר, המקור הוא אמת המידה שעל פיה יש למדוד את נכונות הצילום שבתודעת החוקר.

הפורמליזם המשפטי מבקש לבנות את מערכת הנורמות של המשפט באופן שהקטגוריות שמהן עשויה המערכת יהיו "צילום" משפטי של המצבים העובדתיים העשויים להתקיים בעולם ולעורר שאלות משפטיות. לכל מצב כזה אמורה להימצא

64 מקס ובר כותב כי "הסלקציה האקדמית נשענת בכבודות על מזל, ולא על כישרון". לדבריו, משקלו של "צירוף המקרים" בכל הנוגע לקבלת משרה אקדמית הוא "גבוה מן הרגיל. איני מכיר כמעט שום מסלול קריירה עלי אדמות שצירוף המקרים ממלא בו תפקיד מרכזי כל כך". והוא מסיים את דיגו בנושא בקבעו: "החיים האקדמיים הם אפוא משחק פרוץ של מזל". מקס ובר "המדע כיעוד" תבלת 36, 98, 102-105 (התשס"ט).

65 מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 31-32; מאוטנר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 55-58.

במשפט קטגוריה אחת המתאימה להסדירו, והמכילה את הפתרון המשפטי המתאים לחול עליו. כלומר, על פי הפורמליזם, מידת הצלחתה של המערכת הנורמטיבית של המשפט היא כמידה שבה היא מצליחה ליצור מראש מערכת של קטגוריות משפטיות, המתאימות למצבי המציאות המעוררים בעיות משפטיות. המשפט הוא כמו "פאזל" של ילדים, שיש להכניס אליו את הכפיסים של מצבי המציאות, כל כפיס אל הקטגוריה המשפטית המתאימה לו.

המהפכה הפרדיגמטית, הקופרניקית, של הראליזם המשפטי הייתה מיטוט התפיסה הזו של המשפט. על פי הראליזם, המשפט אינו מערכת של קטגוריות, אלא אוסף של תכנים עשירים – תרבות – שהמשפטן מפעיל אותה, ויוצר מתוכה את הפתרון המשפטי המתאים למקרה שבפניו. והמשפטן צריך לעשות זאת, טענו הראליסטים במסגרת הרכיב הנורמטיבי של מפעלם, על פי אמות מידה הומניסטיות: עד כמה ישפר הפתרון המשפטי את מצב הרווחה והשגשוג של בני האדם.<sup>66</sup> כאן, בנקודה הזו, נפתח הפתח הגדול לעיסוק הבין-תחומי במשפט, עיסוק שהאקדמיה המשפטית הישראלית שרויה בו באינטנסיביות מבורכת זה למעלה משני עשורים, ואולם על פי הבנתי המשפטנים המעשיים מתנתקים ממנו במידה רבה מעת שהם מסיימים את לימודיהם ומצטרפים לשדה הפרקטיקה המשפטית. אבל כאן גם מתמוטטת התפיסה של המדידות במשפט: החתירה למשפט התואם את המציאות העובדתית בדרך של הצבת "מראה" משפטית שלה קורס, משעה שתופסים את המשפט כאוסף של תכנים עשירים, שהם סותרים ומגוונים, ולא כמערכת קבועה מראש, שאמורה להתאים למציאות באותו האופן שבו צילום אמור להתאים למציאות. אבל למדידות כוח מפתה עצום.

חוסר ההסכמה הוא המצב האנושי. בכל רגע מחיינו אנחנו מוקפים בני אדם המפרשים את המציאות אחרת מאתנו. המדידות מאפשרת לנו להתגבר על בעיית חוסר ההסכמה. אם רק נסכים על אמת מידה מודדת כלשהי, היא תעשה עבורנו את יתרת העבודה. עם עובדות קשה להתווכח. בייחוד קשה להתווכח עם עובדות מדודות.

וגם: בעולם עשיר ב"סימנים", המדידות עושה למציאות הכאוטית רדוקציה של פישוט. אבל בנקודה הזו מצויה כמובן הסכנה של המדידות, דהיינו העובדה שהיא הופכת דברים מורכבים לפשוטים, פשוטים הרבה יותר מדי.<sup>67</sup>

66 מאוטנר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 55-58, 180-183.

67 מערכת החינוך של פינלנד נחשבת הטובה באירופה, ויש הרואים בה את מערכת החינוך הטובה בעולם. בניגוד לישראל, שבה תלמידים נמדדים באופן רציף לאורך כל תקופת לימודיהם, בפינלנד תלמידים נבחנים במבחנים ארציים-השוואתיים רק בהגיעם לגיל 16.



צ"ט: המחשבה הראשונה שעברה בראשי למקרא דבריך הייתה התובנה של מרשל מקלוהן – שכבר הייתה לקלישאה – "המדיום הוא המסר". התובנה הזו, שעומדת במרכז ספרו "להבין את המדיה"<sup>68</sup>, רלוונטית בעיניי במיוחד ללימודי המשפטים. לימודי המשפטים מבוססים על השניות של הצורה והתוכן ועל המתח ביניהם. יש, למשל, הבחנה בין דין מהותי לבין סדרי דין.

בתהליך הסוציאליזציה של תלמידי משפטים הם לומדים מהר מאוד לאמץ את השפה שמאפיינת – לפעמים בעיקר לדעתם – את הכתיבה המשפטית: החל במילים ובכיתויים בעברית שנחשבת "גבוהה" או בארמית ("לדידי"; "אליבא ד..."; "לשיטתי") וכלה בשיבושי לשון שיצרו – לפי התאוריה שפיתחתי לעצמי – עורכי דין שמנסים להרשים את קהלם ("בכדי" ו"באם" הם בעיניי הכוכבים הבלתי-מעוררים של שיבושי הלשון העורך-דינים).<sup>69</sup>

במילים אחרות, תלמידי משפטים מבינים באופן אינטואיטיבי – גם אם לפעמים שגוי ותמים – שלא ניתן להפריד בין הצורה לבין התוכן. המסקנה שהם מסיקים היא שאימוץ שפה "גבוהה" משמעו טיעון משפטי חזק ומשכנע יותר, ובזה כמובן צריך לטפל. אבל האינטואיציה ש"המדיום הוא המסר", גם אם יישומיה שגויים, היא מדויקת ונכונה.

מקלוהן קבע ש"לכל מדיום – כלומר, לכל שלוחה המרחיבה אותנו – יש השלכות על האדם והחברה".<sup>70</sup> המדידות, לפיכך, היא לא רק אמצעי (להערכת תפקוד, יעילות או איכות); היא מסר ערכי. כאשר עורך דין נמדד לפי מספר השעות

בריאיון שהתקיים עמו דיבר ד"ר פאסי סאלברג, מומחה לחינוך מפילנד, בלא פחות מאשר "בוז" על מערכות החינוך של ארצות-הברית וישראל, הנגועות לדבריו ב"חיידיק" המדידות, אך מגיעות להישגים חינוכיים בינוניים. ליאור דטל ודפנה מאור "ישראל מנצלת לרעה את המבחנים הבינלאומיים" *TheMarker* 8.7.2013.

68 מרשל מקלוהן להבין את המדיה (עידית שורר מתרגמת, 2003).

69 על הגבהת המשלב בשפת המשפטים לצורך רכישת סמכות מקצועית ועל חוסר הבקיאות של חלק מהמשפטנים בכללי הדקדוק, ראו: אורלי אלבק "מאפייני לקסיקון אחדים של הטקסט המשפטי" *העברית מחזור סא*, חוברת א-ג 63, 65-72 (תשע"ג). לאחר השלמת הטייטה הראשונה של מאמר זה, התפרסמה ידיעה בעיתון "הארץ" על הקמת הוועדה לניסוח משפטי בלשכת עורכי הדין בתל-אביב, לצורך התמודדות עם העברית המשפטית. ניר חסון "המאבק ב'עברית המשפטית' מגיע לפתחו של בית המשפט" *הארץ* 23.2.2013 [www.haaretz.co.il/news/law/1.1935834](http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1935834) (נבדק לאחרונה ב-25.4.2014).

70 מקלוהן, לעיל ה"ש 68, בעמ' 13.

שהוא מחייב את לקוחותיו, הוא פועל בהתאם לרעיון שמי שמביא יותר כסף הוא עורך דין טוב יותר (ולאו דווקא מי שמנצח ביותר משפטים, למשל).<sup>71</sup> זאת, משום שבתרבות המערב שולטת מטאפורת-על קונספטואלית שנקראת "זמן הוא כסף", כפי שהראו הבלשנים לייקוף וג'ונסון בספרם "המטאפורות שאנו חיים לפיהן".<sup>72</sup> מטאפורת-על קונספטואלית היא, לשיטתם, הדרך היחידה שלנו להבין רעיונות מופשטים כמו "זמן", משום שהיעדר מוחשיותם מונע מהמוח האנושי גישה בלתי-אמצעית אליהם. מטאפורת-העל "זמן הוא כסף" גוזרת יחסים קונקרטיים בין זמן לכסף: אפשר לחסוך זמן, לבזבז זמן, לחיות על זמן שאול, להשקיע זמן ועוד מטאפורות רבות שנגזרות ממטאפורת-העל "זמן הוא כסף".

ברוח זו, כאשר משובי הסטודנטים על תפקוד המרצים נחשבים מדד ל"איכות ההוראה" וכקריטריון להענקת אות "מרצה מצטיין", המסר הוא שהצטיינות היא פופולריות, שכן המשובים הללו הם לא המדד היחיד שלפיו ניתן לבחון את איכות ההוראה. ניתן היה לחשוב על מנגנונים מורכבים יותר לבחינה כוללת של תפקוד מרצים, שיכללו, למשל, בדיקת רשימות הקריאה, ההרצאות, המבחנים, הנגישות לתלמידים, התייחסות להערות המילוליות שבמשובים ולא רק לציונים המספריים ועוד מדדים. ואולם המדד שנבחר הוא כנראה הפשוט והזול ביותר לבדיקה, והוא בעצם יוצר חפיפה בין "איכות" לבין "פופולריות"; אכן – המדיום הוא המסר. ואכן, המדיום משנה את האדם ואת החברה. הוא לא צינור ניטרלי להעברת נתונים ומידע.<sup>73</sup>

מרי פובי התחקתה אחר ההיסטוריה של עליית העובדה, ובפרט עובדה המיוצגת באמצעות נתון מספרי כאמת המידה העליונה לייצור ידע תקף בתרבות המערב.<sup>74</sup>

71 ספר שהפך לקריאת חובה בקרב עורכי דין צעירים בארצות-הברית מתאר את השעבוד של עורכי דין אמריקנים לתרבות שעות החיוב, שכן מספרן הוא המדד לאיכותם כעורכי דין. זה מוביל פעמים רבות לחיוב לא-מוצדק של הלקוחות, לעתים מזומנות בעידוד או בעצימת עין של הממונים על עורכי הדין: CAMERON STRACHER, DOUBLE BILLING: A YOUNG LAWYER'S TALE OF GREED, SEX, LIES, AND THE PURSUIT OF A SWIVEL CHAIR (1998).

72 GEORGE LAKOFF AND MARK JOHNSON, METAPHORS WE LIVE BY 7–8 (2003)

73 פייר שלאג מתייחס ל"אובססיית הדירוג" כלשונו של כל דבר בבתי הספר למשפטים בארצות-הברית, ורומז לכך שהדירוגים נועדו בראש ובראשונה להצדיק את שכר הלימוד הגבוה שבתו הספר גובים מתלמידיהם. לעיל ה"ש 57, בעמ' 827. הוא גם סבור שאובססיית הדירוג רק תלך ותחמיר, ואף תתרום להגברת זרם הכתיבה האקדמית המשפטית המיותרת לדעתו. שם, בעמ' 830.

74 MARY POOVEY, A HISTORY OF THE MODERN FACT: PROBLEMS OF KNOWLEDGE IN THE SCIENCES OF WEALTH AND SOCIETY (1998)

התפיסה היא שמספרים אינם ניתנים לפרשנות, ולכן הם אובייקטיביים. זאת, אף על פי שמספר רב של מחקרים שנערכו בעשורים האחרונים הראו שנתונים מספריים הם לא רק תוצר של פרשנות במקרים רבים, אלא גם פתוחים לפרשנות, בדיוק כמו עובדות לא-מספריות.<sup>75</sup> צ'רלס סייף פותח את ספרו כך: "אם תרצו שאנשים יאמינו למשהו ממש-ממש טיפשי, פשוט הצמידו לו מספר. גם ההבלים הטיפשיים ביותר נראים מתקבלים על הדעת כאשר הם מבוטאים בערכים מספריים".<sup>76</sup> ההילה האובייקטיבית של הנתונים המספריים, ובייחוד של הנתונים הסטטיסטיים, רק הופכת אותם ליותר מסוכנים, משום שהתקבלותם היא לא ביקורתית בשל עליונותם התרבותית.

מ"מ: אכן, המדידות נמצאת בכל אתר בחיינו; היא רכיב מרכזי בתרבות שלנו. השעון מאפשר לנו למדוד את הזמן; אנחנו מוקפים כל העת בטבלאות ובגרפים; האוניברסיטה מדרגת את הישגי הסטודנטים ואת איכות ההוראה של המרצים; האוניברסיטה שופטת את איכותם האקדמית של מרצים על פי מספר הפרסומים שלהם ועל פי כתבי העת – המדורגים! – שבהם הם מפרסמים את חיבוריהם; לשכת עורכי הדין מדרגת את השופטים ("המשוב"); מערכת החינוך מודדת את הישגי תלמידיה; בכל הפגנה, השאלה כמה אנשים באו (400,000?), חשובה לפחות כמו מה נאמר על ידי המשתתפים ועל מה ביקשו למחות; אנחנו צופים בתכניות טלוויזיה שבהן יש מנצחים ומפסידים; אנחנו נחשפים כל העת לצילומים, המצייתים לעקרון המדידות של התאמת הצילום למציאות; אנחנו נחשפים כל העת למידע באשר לתחרויות ספורט; אנחנו נחשפים כל העת לתקינה; אנחנו שוהים בבתי מלון של רשתות ורוכשים מוצרים ושירותים בחנויות של רשתות, דבר המאפשר לנו למדוד את מידת הדמיון שבין הציפיות שלנו לבין חוויית הרכישה האחרונה (רשת מלונות אמריקנית פרסמה את עצמה בשנות החמישים בהבטיחה: "ההפתעה הטובה מכולן היא שאין הפתעה". משמע: גם את תזמין חדר חמישים קילומטר מבית המלון, תוכל לדעת מראש מה תהיה דרך סידור הרהיטים בו ומה יהיה צבע הווילונות). וכמובן, בהמשך לספר המופת של גיאורג זימל,<sup>77</sup> הכסף, המאפשר לנו למדוד את ערכם של מוצרים, שירותים ואפילו בני אדם.

75 ראו למשל ורדה ליברמן ועמוס טברסקי חשיבה ביקורתית: שיקולים סטטיסטיים ושיפוט אינטואיטיבי (1996) 20-21; CHARLES SEIFE, PROOFINESS: THE DARK ARTS OF MATHEMATICAL DECEPTION 1 (2010).

76 שם.

77 GEORG SIMMEL, THE PHILOSOPHY OF MONEY (Tom Bottomore & David Frisby .trans. 3<sup>rd</sup> ed. 2004).

צ"ט: ישנו עוד היבט חשוב לנהייה אחר המדיד בהקשר המשפטי שלא דיברנו עליו במפורש: זה שנובע מערך הוודאות משפטית, הקוהרנטיות והשאיפה לשיטתיות מדעית באמצעות גילוי הנוסחאות ה"נכונות" כדי לעשות צדק זהה עם כולם. מערכת משפט כשלנו, המבוססת על עקרון התקדים המחייב, שואפת, בדיוק כמו רשת בתי המלון, לכך שהססמה "ההפתעה הטובה מכולן היא שאין הפתעה" תייצג גם את תוצריה שלה. לא רק שאין בכך כל פסול, אלא שזוהי אחת הדרכים המרכזיות לקדם שוויון בין צורכי המשפט לצרכניותיו. המחלוקת היא על הדרך, לא על המטרה במקרה זה.

הביקורת התמציתית והחזקה של שימבורסקה על המילה "הכול" שציטטת מוקדם יותר מבהירה מדוע שאיפה זו להשגת ודאות משפטית באמצעות נוסחאות נועדה מראש לכישלון. היא לא רק מתעלמת מהמורכבות האנושית, החברתית והתרבותית, אלא ממש מבטלת את חשיבותה ואולי אף מתכחשת לקיומה. היא מלעיגה לתפיסה שכופרת ביכולת לכמת ולמדוד כל דבר באמצעות האשמת המתנגדים למדידות ברלטיביזם ערכי וביצירת מדרון חלקלק שבמסגרתו הכול הולך וכל שופט הישר בעיניו יפסוק. אבל בין משטור נוסחתי של ההליך השיפוטי ושל החשיבה על המשפט לבין תוהו ובוהו שבו המשפט דומה להגרלה ישנו טווח שלם של אפשרויות: אפשר למשל למצוא היגיון מסוים באימוץ טבלאות של תשלומי מזונות ילדים לפי קריטריונים מוגדרים מראש, ונוסחאות לחישוב המזונות שמביאות בחשבון נתונים חריגים שונים. יש תחומים משפטיים שבהם בהחלט יש ערך למדידות. אבל בוודאי לא ניתן לשאוף לפעול פי נוסחאות שכאלה בכל התחומים. אם נחזור לרגע לביקורת שלך על הניתוח הכלכלי של המשפט,<sup>78</sup> בעיניי הוא מייצג תפיסה תמימה, מכמירת לב ומקוממת בו-זמנית בשאיפתה לנפות ערכים מהתמונה, שאיפה שהגיונה לא יכול שלא לבטא פנטזיה על יום שבו תושק תכנת מחשב שתכריע סכסוכים או אפילו "שופט אלקטרוני", ממשיך דרכו של ה"פסיכיאטר [כך] האלקטרוני" של דוד אבידן.<sup>79</sup> התוצאה היא שהדחף הפורמליסטי במשפט מתכחש לא רק לאנושיות של הצדדים ולמורכבותה, אלא גם, ובעיקר, למשמעות המעצבת והמכוננת שיש להכרעות המשפטיות, אפילו אלה הפורמליסטיות, על האינדיבידואלים ועל החברה גם יחד.

מ"מ: החלופה לפורמליזם המדיד בכלל ולזה של הניתוח הכלכלי של המשפט בפרט היא בוודאי לא חוסר יציבות, חוסר ודאות ו"הכל הולך". החלופה היא הבנה

78 בחלק ב' לעיל.

79 דוד אבידן הפסיכיאטר האלקטרוני שלי - שמונה שיחות אותנטיות עם מחשב (1974).

שהמשפט הוא מערכת תרבותית, וככל מערכת כזו היא מתבנת בצורה חמורה את הדרכים שבהן אלו הפועלים בגדרה חושבים ומתנהגים, גם אם התבנות הזו רחוק כמובן מהתבנות שעושה המערכת הגנטית-ביולוגית ליצורים חיים.

מי שהבין זאת היטב היה קרל לואלין.<sup>80</sup> לואלין מילא תפקיד חשוב במפעל של הרס הפורמליזם המשפטי. אבל לואלין היה מעריץ גדול של דרך קבלת ההחלטות על ידי בתי המשפט בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית (המבוססת על דגם התבונה המעשית האריסטוטליאני), והוא הוטרד אפוא על ידי הטיעון בדבר הסובייקטיביזם של המשפט שאינו פורמליסטי. כבר בשלבים מוקדמים של הגותו החל אפוא במפעל של שיקום אמינותו של המשפט האנגלו-אמריקני – המפעל שיראה כי תהליכי קבלת ההחלטות במשפט זה מתאפיינים ברמה סבירה של אובייקטיביות, אפילו במסגרת תפיסה לא-פורמליסטית של המשפט, המכירה בתפקיד החשוב שממלא השופט בתהליך ההכרעה השיפוטית. לואלין עשה זאת על ידי הצגת המשפט של בתי המשפט כמערכת תרבותית.

משפטנים הם בני אדם המפנימים במהלך חייהם המקצועיים את תוכני המשפט ואת דרכי החשיבה המקובלות במשפט, טען לואלין, ועל כן תכנים ודרכי חשיבה אלה מתבנתים באורח נרחב ועמוק את האופן שבו מתפקדים המשפטנים, לרבות השופטים, במלאם תפקידים במשפט, והם מחשקים במידה ניכרת את אופציות הפעולה של המשפטנים. מכיוון שכך, משפטנים, לרבות שופטים, הפועלים במסגרת אותה שיטת משפט, יפעלו באופן דומה, ולא יתקיימו הבדלים גדולים מדי בין הדרכים שבהן משפטנים שונים יטפלו באותן בעיות משפטיות או בבעיות משפטיות דומות.

לואלין גם דיבר על שפיטה במונחים של "אומנות" או "מקצוע של מלאכת כפיים" (craft), היינו מקצוע שקיים בו רפרטואר של "כללי עשה ואל תעשה", שבני האדם הפועלים במסגרת המקצוע מפנימים אותם כחלק מהתנסותם המקצועית, תוך שמידת המודעות שלהם לקיומם של הכללים ולפעולת הכללים עליהם – נמוכה. נוהגי העבודה המקובלים בבתי המשפט, ודרכי ההנמקה המקובלות בפסקי הדין, טען לואלין, פועלים כ"כללי מקצוע" כאלה, וגורמים לתיעולם של השופטים לדרכי פעולה שאינן סובייקטיביות.

על ידי שהוא מציג את המשפט כמערכת תרבותית, לואלין מצליח לפתור בהצלחה את בעיית הסובייקטיביות השיפוטית. הוא טוען באופן משכנע שקיימת אובייקטיביות במשפט, היינו ששופט אינו יכול להחליט ככל העולה על רוחו, אלא הוא מחושק בצורה חמורה על ידי התרבות המשפטית שבתוכה הוא פועל.

אבל המהלך של לואלין אינו מסוגל להתגבר על התפקיד המכריע שממלא השופט הייחודי, האקראי, בתהליך קבלת ההחלטה השיפוטית. חוסר היכולת של לואלין להתגבר על בעיית האחידות במשפט הוא בלתי-נמנע. התרבות מכוננת את הסובייקט; היא אינה מוחקת אותו. חיינו בגדר התרבות הם חיים של בחירה מתוך רפרטואר האופציות שהתרבות מעמידה לרשותנו, וגם חיים של יצירת תכנים תרבותיים חדשים. אם המשפט של בתי המשפט הוא מערכת תרבותית, כי אז שופטים פועלים במשפט בדרך של בחירה מתוך האופציות שהמשפט מעמיד לרשותם, וגם בדרך של יצירת תכנים משפטיים חדשים. במשפט מתקיימת אובייקטיביות. שופטים שעברו סוציאליזציה משפטית דומה עשויים לפעול במשפט באופן דומה. אבל האחידות היכולה להתקיים בפעולתם של שופטים אינה יכולה שלא להיות אלא חלקית בלבד. לא ניתן לעקר מתהליך ההכרעה השיפוטית את תרומת האישיות, האופי, ניסיון החיים והרקע התרבותי הייחודיים של השופט האקראי. תוצאתו של הליך שיפוטי היא במידה לא מעטה עניין של מזל. יש מי שמתקשה לחיות עם ההכרה הזו.

ה. על הקשר שבין השינויים הטכנולוגיים לאתגרי ההוראה והלימוד צ"ט: הטכנולוגיה משנה את האופן שבו אנו לומדים, מלמדים ומחנכים. אפשר לחשוב על כמה שינויים עיקריים: ראשית, זמינות של מידע רב בכמויות חסרות תקדים, תוך יכולת לאחזרו מהבית בשבריר שנייה, בלא צורך לנסוע לספרייה או לארכיון ואף לא להזמין את החומר בהשאלה בין-ספרייתית. שנית, השפעה ממשית על התודעה: היכולת והצורך של התלמידים להיות תמיד זמינים משפיעים על היכולת להתנתק מהעולם החיצון ולהתמסר ללימודים (הם משפיעים גם על ציפיותיהם מהמרצים להיות תמיד זמינים); המידיות, התביעה למידיות והמעבר למסרים תמציתיים ומקודדים בשל מגבלות המדיום (סטטוסים בפייסבוק, הודעות טוויטר ומסרונים מוגבלים במספר התווים) משפיעים, בהכרח, על האופן שבו אנשים מתבטאים. ושלישית, הקלות שבה אפשר להעתיק טקסטים מציבה אתגרים אתיים חדשים. אתחיל בשאלת הזמינות של המידע. ניסיון העבר מלמד שבצד היתרונות הרבים של זמינותם של פסקי דין, מאמרים וספרים בפורמט דיגיטלי, במרחק של הקלדה בלבד, יש להצפת המידע הזו גם חסרונות. כך, למשל, אנו מוצאים את עצמנו מנהיגים, דווקא בעידן זה של ריבוי ושפע בלתי-נדלה של חומרים, מגבלות קריאה חמורות, מתוך קבלה של הכלל "תפסת מרובה – לא תפסת". דווקא השפע הזה של חומרים עשוי להמם את החושים ולגרום לתלמידים לקרוא פחות. פרדוקס נוסף הוא שהזמינות מטפחת גם עצלנות ובורות בנוגע לאחד ההיבטים המרכזיים של המקצוע המשפטי, הן באקדמיה והן בפרקטיקה – המחקר המשפטי. התייחסנו מוקדם יותר לייחוד של ההכשרה המקצועית המשפטית: למרות הפערים

שבין המרצים לבין התלמידים, אחד המאפיינים המרכזיים של משפטן טוב, בין שהוא תאורטיקן ובין שהוא עורך דין או שופט, הוא כישורי מחקר מעולים. חיים משפטיים, גם בפרקטיקה, הם חיים של מחקר ושל חיפוש אסמכתאות, וזאת בשל אופי ההנמקה המשפטית, אשר חייבת להישען על אסמכתאות. הזמינות של חומרי הלימוד, בין היתר באמצעות סריקת חומרי הקורס והעלאתם לאתר הקורס, מעודדת תלמידים להדיר את רגליהם מהספרייה ומייצרת משפטים פסיביים שמורגלים לנוחות. אלא שנוחות זו מטעה, שכן רבים מהתלמידים חווים משבר אמתי כאשר הם נדרשים לכתוב עבודה סמינריונית שמתבססת על מחקר עצמאי, ואז הם מוצאים את עצמם חסרי אונים אל מול נושא שלא מצורפת לו רשימת קריאה.

לעתים מזומנות אני מקבל דוא"ל מתלמידים מכל רחבי הארץ, ממכללות ומאוניברסיטאות, שבהם הם מבקשים שאפנה אותם לחומרים לצורך העבודה שעליהם לכתוב, שכן העבודה היא, לפי התרשמותם, בתחום מומחיותי. לאחרונה, בסוף הרצאה שנתתי כמרצה אורח לתלמידים באוניברסיטה מובילה בארץ, השתרך לפניי תור ארוך של תלמידים המצויידים במחברות ובכלי כתיבה, ובוזו אחר זה, הם ניגשו אליי, הציגו את נושא עבודתם, וביקשו ממני הפניה למקורות.

האירוניה היא שהעידן שלנו דורש דווקא כישורי מחקר טובים יותר מאשר בעבר; הכמויות הבלתי-נתפסות של חומרים רלוונטיים דורשות מיזמוניות גבוהות של סינון והבחנה בין עיקר לטפל, שכן אחרת לא ניתן להתמודד עם כל מה שנכתב ונפסק על נושא נתון. ודווקא בעידן זה המוסדות – מכללות ואוניברסיטאות גם יחד – מועלות בתפקידן, ולמעט כמה הדרכות ספרייה, מחבלות באופן פעיל ביכולתם של התלמידים לרכוש כישורים ומיזמוניות אלה. אלה חיוניים כאמור גם לתלמידים שיעסקו בפרקטיקה וגם לאלה שיבחרו במסלול אקדמי. לכאורה, מדובר במתן "שירות טוב" לתלמידים. בפועל, מדובר בגרימת עוול.<sup>81</sup>

אני לא מתרפק בנוסטלגיה על הימים שבהם חיפשתי כתלמיד ספרים בספריות האוניברסיטה; היו ימים שבהם חשתי, אף על פי שהייתי מאתר מיומן למדי של ספרים, שהספרייה ממש מתמרדת נגדי ומסרבת לחלוק אתי את הספרים שאני מבקש (אף שבקטלוג הממוחשב הספרים הופיעו כנמצאים "על המדף"). חיפוש כזה עשוי להיות מתסכל, וודאי שהוא צורך זמן רב. אבל יש לו גם מעלות רבות, כמו למשל היכרות עם הספרים השכנים לספר שמחפשים, שפעמים רבות רלוונטיים לא פחות, ואולי אף יותר, למחקר. כאמור, אני לא מתרפק על כך, אבל אני כן נזכר

81 תופעת לוואי מצערת במיוחד של סריקת חומרי הקורס היא שהיום הכול "מאמר", גם אם מדובר בפרק מספר. אבדן היכולת להבדיל בין ז'אנרים של כתיבה (כמו ספר לעומת מאמר) מחבל באופן ישיר בכישורי המחקר.

באמירה של המחזאי היווני אייסקילוס – "לימוד בא מסבל"<sup>82</sup>; לימוד ומחקר הם מטבעם מתגמלים מאוד, אבל הם גם עשויים להיות לא נוחים ומתסכלים. ואני חושש שהעובדה שאנו חוסכים מתלמידינו את ההיבט הזה של הלימוד, של החיפוש ושל המבואות הסתומים שלפעמים נתקלים בהם במהלך המחקר והלימוד, מונעת מהם הכשרה מקצועית טובה יותר.

ההיבט השני שציינתי הוא היבט הזמינות לעולם. הוא בא לידי ביטוי בנוכחות הבלתי-ניתנת להכחשה של העולם החיצון בכיתה. הטלפון הסלולרי, שהיום הוא מה שנקרא בתחילת שנות האלפיים "מחשב כף-יד", שומר על התלמידים בקשר מתמיד עם החוץ. גם האינטרנט האלחוטי מחבל בצורה דומה ביכולת הריכוז. למעשה, בדיוק בשל כך בבתי ספר מובילים למשפטים בארצות-הברית החלו בשנים האחרונות לאסור הכנסת מחשבים נישאים לכיתות, והתלמידים חזרו לסכם את השיעורים בכתב יד. הפרעת הקשב והריכוז הקולקטיבית הזו שהטכנולוגיה יוצרת, והגישה של הפקולטות למשפטים ש"שירות" לתלמידים צריך לכלול גם את ההיבט הזה, משנה מאוד את האופן שבו מתנהלים הלימודים בכיתה.

בנוסף, כפי שציינתי, נורמות ההתבטאות במדיה החברתית (עוד לא נואשתי משימוש נכון במילה "מדיה", שהיא ריבוי של "מדיום", ולא שם-עצם עברי ממין נקבה שניתן להטותו בהתאם – "מדיות" לריבוי) משפיעות באופן ישיר על כושר הביטוי של התלמידים: התמציתיות המיוחדת שמאפיינת את המסרים האלקטרוניים אינה מתאימה לכתיבה המשפטית (אף שתמציתיות כשלעצמה היא מבורכת; יש יותר מדי מילים מיותרות שמסתובבות בעולם המשפטי<sup>83</sup>); הקשר המובהק בין כישורי שפה לכישורי חשיבה מופשטת וניתוח מעמיק בא לידי ביטוי בעבודות שנכתבות על ידי התלמידים היום, ובאופן לא חיובי. למעשה, מחקרים מתחום הנירוביולוגיה מצביעים על כך שלטכנולוגיות המידע יש השפעה ישירה על האופן שבו אנו חושבים, מתרכזים, מתבטאים ומתייחסים לזולת, ולכן הטכנולוגיה היא לא רק מדיום, אלא היא בעלת השלכות חברתיות מרחיקות לכת (ושוב, אין מנוס מלהיזקק להבחנה הנבואית ממש של מקלוהן).<sup>84</sup> אנו נוטים לשמוח על היתרונות שהטכנולוגיה מביאה אתה, ולהתעלם מהצד האפל שלה (או להכחישו).

82 אייסקילוס אגמנון שורה 1329 (אהרן שבתאי מתרגם, 1990).

83 ראו חסון, לעיל ה"ש 69.

84 למשל: NAOMI S. BARON, ALWAYS ON: LANGUAGE IN AN ONLINE AND MOBILE WORLD (2008). בארון סברה ב-2008 שהזמינות הטכנולוגית פחות משפיעה על אופן הכתיבה של סטודנטים, אלא יותר על האינטראקציות הבינאישיות, על כושר הריכוז ועל החיים החברתיים עם אנשים בשר ודם, אם כי כבר אז נמצאו ראיות לכך שהכתיבה ברשתות



לבסוף, אם מציינים את הצד האפל של הטכנולוגיה, אי-אפשר שלא להתייחס לקלות הגוברת שבה ניתן כיום לנהוג בחוסר יושר אקדמי. קל מאוד להעתיק טקסטים, לקנות עבודות מ"בנקי" עבודות ברשת, ולערוך מניפולציות שונות ומשונות כדי להונות בעבודות המוגשות (למשל כדי להתמודד עם מגבלת מילים או מקום). לעתים, אגב, המאמצים להונות עולים על המאמץ שנדרש היה פשוט לכתוב את העבודה לבד, לפי הכללים.<sup>85</sup> יש פה ביטוי לשינוי חברתי ותרבותי נרחב הרבה יותר: ראשית, תפיסה מעורערת ושברירית של זכויות יוצרים, שבאה לידי ביטוי בצריכת סרטים, מוסיקה, ולעתים גם ספרות דרך אתרי שיתוף בלי לשלם ליוצרים, וממילא בניגוד לחוק; שנית, עידוד פעיל של מערכת החינוך לפסיכיות בכתובה ובמחקר, תוך הכוונה לשימוש בוויקיפדיה ובפונקציית "העתק והדבק" במעבד התמלילים כטכניקה ל"כתיבת" עבודה. שיחות עם תלמידים מכמה מוסדות בארץ, הן אוניברסיטאות והן מכללות, בוגרי תיכונים מעולים, חשפו בפניי את התופעה הזו כתופעה נרחבת מאוד. אנחנו מקבלים למערכת ההשכלה הגבוהה תלמידים שקווי גבול אתיים רבים מטושטשים, או אפילו לא קיימים עבורם (כמו למשל התעלמות מהצורך לתת קרדיט למי שהם מסתמכים על רעיונותיו וכתובתו).

השפעת הטכנולוגיה על אופן הלימוד אינה מאפיינת רק את לימודי המשפטים; כל המחלקות האקדמיות צריכות להתמודד אתה. אלא שבשל הייחודיות של המקצוע המשפטי, כפי שפירטתי (חשיבות מיומנויות המחקר והדרישות האתיות), יש לה השלכות ייחודיות על עיצוב הבוגרים ובעלי המקצוע העתידיים.

מ"מ: ברוח הדברים שלך על החבלה של מכשירים אלקטרוניים עכשוויים ביכולת הריכוז, ובהמשך למדיניותם של בתי ספר מובילים למשפטים בארצות-הברית, שעליה הצבעת, אסרתי על תלמידי הקורס שלי "דיני חוזים" בשנת הלימודים הנוכחית להכניס לשיעור מחשבים ניידים, טלפונים חכמים וכל מכשיר אלקטרוני אחר. בעת כתיבת השורות האלה עדיין מוקדם לסכם את תוצאות הניסוי הזה.<sup>86</sup>

החברתיות כמו גם המסרונים כן משפיעה על כושר הביטוי של אנשים צעירים. שם, בעמ' 181-161. השפעה נוספת שנודעת לרשתות החברתיות היא התמכרות. במחקר שנערך באיחוד האירופי, בני הנוער הישראלים ממוקמים ראשונים בדירוג ההתמכרות לאינטרנט. נטע אלכסנדר "תוכנית ההתנתקות: להיגמל מהטכנולוגיה ולהישאר בחיים" מוסף הארץ 22.2.2013 [www.haaretz.co.il/magazine/1.1934446](http://www.haaretz.co.il/magazine/1.1934446) (נבדק לאחרונה ב-25.4.2014).

85 לא רק סטודנטים, גם עורכי דין לעתים מתפתים להעתיק. בעבר התנהלו הליכים משפטיים בעניינם של עורכי דין שהעתיקו כתבי טענות, בעילה של הפרת זכויות יוצרים, והמעתיקים חוייבו בתשלום פיצויים. ראו, למשל ת"א (שלום ת"א) 38116/05 קלדרון נ' גולן (פורסם בנבו, 26.3.2006); ת"א 8034/06 (שלום חיפה) גולדהרמ נ' סגל (פורסם בנבו, 31.12.2009).

86 לטיעון שלפיו ה"דמוקרטיזציה" הנהוגה באינטרנט מבטלת שורה של הבחנות חשובות, שיש

צ"ט: אפשר כבר עכשיו לחשוב על כמה תמורות עתידיות בחשיבה המשפטית, שקשרות ראשית בביטול פוטנציאלי של הייררכיות, ושנית ביכולת לקיים דיונים רבי-משתתפים בלי נוכחות ובלי אמצעים טכנולוגיים מסורבלים שדרושים לשיחות ועידה בטלפון או בוידאו.

השינוי הראשון קשור לרשתות חברתיות. רשתות כמו פייסבוק או לינקד-אין קוראות תיגר על אחד המאפיינים המרכזיים של יחסי מרצה-תלמיד, עורך-דין-שופט וחוקר-שופט: הייררכיה שניזונה, בין היתר, גם ממסתורין מסוימים בנוגע לחיים הפרטיים של הנפשות הפועלות. הרשתות החברתיות קודם כול מגדירות מחדש את המושגים "חבר" ו"חברות", שכן אפשר להיות "חבר" בפייסבוק של אנשים שאנו כלל לא מכירים. יש בעיות אתיות לא מעטות ב"חברות" שבין מרצים לתלמידים או בין עורכי דין לשופטים;<sup>87</sup> אבל אין ספק בעיניי שהאפשרות ליצירת סוג חדש כזה של קשר מחייבת חשיבה מחודשת על קשרים חוץ-מקצועיים, שכן היא יכולה להשפיע (אולי גם בדרכים טובות) על החשיבה המשפטית. אחת הדרכים המרכזיות היא חשיפת ה"חברים" האינטרנטיים לידע חדש באופן שאחרת אולי היה פחות נגיש להם. בכל פעם שמפיצים בין החברים קישור למאמר חדש שהתפרסם בכתב עת משפטי, הוא זוכה לעוד כמה קוראים שאם לא כן, אולי לא היו מבחינים בו בגלל הצפת המידע שכולנו שרויים בה, ועקב כך נוצר פוטנציאל חדש לדיאלוג. שינוי נוסף, מרתק בעיניי, נובע מהיכולת לקיים התייעצויות רבות-משתתפים בדילמות משפטיות. לאחרונה הייתי שותף להתכתבות דוא"ל רבת-משתתפים כזו, שבמסגרתה התלבטנו – כמה חוקרות וחוקרי דיני משפחה, יחד עם עורכת דין ולקוחותיה (אנשי אקדמיה בעצמם, אך לא מתחום המשפטים) בנוגע לערכאה הנכונה להגשת תביעה מסוימת. ההתלבטות הזו, שנפרשה על פני דוא"לים ארוכים לאורך כמה שבועות, חשפה את כל הצדדים לידע חדש, לצורת חשיבה אחרת

לשמרן, כגון ההבחנות בין מה שחשוב ובין מה שטפל; בין מה שמשמעותי ובין מה שהוא שטותי; בין מה שהוא איכותי מהבחינה האינטלקטואלית, הרוחנית והאמנותית ובין מה שהוא חסר ערך; בין מה שהוא אמת לבין מה שהוא כוזב; בין מי שהוא "מבין" ו"מומחה" לבין מי שהוא חובבן או אפילו בור – ראו: Andrew Keen, *The Cult of the Amateur* (2008).  
 87 בדצמבר 2011 משרד החינוך אסר קיום קשרים ברשתות החברתיות בין מורים לתלמידים. חוזר מנכ"ל 9.4-10 אתיקה ומוגנות ברשת האינטרנט מיום 1.12.2011, סעיף 3.1.3 [cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/EtsMedorim/9/9-4/HoraotKeva/K-2012-4-1-9-4-10.htm](http://cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/EtsMedorim/9/9-4/HoraotKeva/K-2012-4-1-9-4-10.htm) (נבדק לאחרונה ב-25.4.2014). על עמדות בנוגע ליחסי תלמידים ומורים ברשתות החברתיות ראו גם: יובל דרור וסער גרשון "ללמוד עם טכנולוגיה: סקר בקרב בני נוער בישראל על למידה והוראה בשילוב טכנולוגיה" 35-38 (בית הספר לתקשורת, המסלול האקדמי – המכללה למינהל, דצמבר 2012).

ובסופו של דבר למורכבות העצומה של סוגיות משפטיות, גם כאלה שלכאורה נראות "טכניות". סוג כזה של אינטראקציה לא היה אפשרי לפני כן, משום שלא ניתן לקיים "ישיבות" שמתפרסות על פני שבועות רבים, ולגייס אליהן משתתפים עסוקים כל כך.

היכולת לקרוא דוא"ל, להמשיך בשגרת היומיום תוך שחושבים עליו ומגבשים תשובה ורעיונות, וממשיכים להשתתף בשיחה היא יכולת חדשה, והיא פותחת אפשרויות שלא היו זמינות קודם לחשיבה קולקטיבית אחרת לגמרי. עבור החוקרים התאורטיקנים זוהי דרך חדשה להגיע לידע – כזה שנרכש לא על ידי "גילוי" או מציאתו מן המוכן, אלא נוצר ומגובש בדרך של דיאלוג ששיתוף פעולה מחקרי במתכונתו הישנה לא מסוגל היה לספק; עבור אנשי הפרקטיקה, סיעור המוחות הזה חושף אותם לידע מסוג אחר – לא ידע טכני, טקטי או אסטרטגי, אלא מבט-על על השדה שבמסגרתו הם פועלים, על שיקולי המדיניות וההשלכות שעשויות להיות למעשיהם. זהו סוג חדש של שיתוף של ידע שמביא גם ליצירת ידע משפטי חדש. אפילו המאמר הזה, שעוסק בין היתר בחשיבה על החשיבה המשפטית, נכתב תוך שימוש באינטרנט; זה דיאלוג שונה לגמרי משיתוף פעולה מחקרי מסורתי יותר, כזה שבמסגרתו למשל כל חוקר אחראי בנפרד לגמרי לכתיבת חלק מהמאמר ואז מאחדים את החלקים למאמר שלם.

### ו. שינויים במעמד המרצה

מ"מ: באיזה אופן צריך לחשוב על יחסי מורים ותלמידיהם? בשנים האחרונות משתלט על תחומים רבים בחיינו השיח של השוק. מחברים לא מעטים<sup>88</sup> הצביעו על הפגיעה הקשה בחיינו משום שהשתלטות הגיון הפעולה של השוק מונעת ממוסדות ומספרות חיים לפעול על פי מה שהפילוסוף אלסדייר מקינטאיר קורא "הטובין הפנימיים" שלהם.<sup>89</sup> גם לאוניברסיטאות מחלחל השיח הזה, שבמסגרתו נתפס המורה כ"נותן שירות", והסטודנט כ"צרכן". אוניברסיטת תל-אביב ניהלה בראשית שנות האלפיים מסע נרחב ל"שיפור השירות" הניתן על ידי המורים לסטודנטים. בראש המסע עמד מי שהיה אז חבר בסגל הפקולטה לניהול. ייתכן גם שתהליכים אלה הם תוצאת השפעתן של המכללות שצמחו בשנים האחרונות, שעל פי הבנתו לפחות אחת מהן מלמדת למטרות רווח.

PIERRE BOURDIEU, FIRING BACK – AGAINST THE TYRANNY OF THE MARKET 64 88  
(Loic Wacquant trans., 2003).

אלסדייר מקינטאיר מעבר למידה הטובה 206-216 (יונתן לוי מתרגם, התשס"ז). 89

אין להכחיש, כמובן, שהיחסים שבין האוניברסיטה לבין הסטודנטים הלומדים בה הם יחסים חוזיים, שעל פיהם משלמים הסטודנטים לאוניברסיטה כסף תמורת קבלת שירותים. אבל, כידוע דיני החוזים קיימת הבחנה בין שני סוגים של חוזים: "חוזי עסקה" ו"חוזי יחס".<sup>90</sup> "חוזי עסקה" הם חוזים של מכירת נכסים או שירותים, בין זרים. הם מתאפיינים באינטראקציה קצרה, חד-פעמית, ובלתי-אישית, בין הצדדים. לדוגמה: היחסים שבין בעל רכב לבין בעל תחנת דלק. לעומת זאת, "חוזי יחס" הם חוזים מתמשכים ומתפתחים, שעיקר תכליתם היא לאפשר לכל אחד מהצדדים להם לתרום, במסגרת הקשר החוזי, את מאפייני האישיות שלו. לדוגמה: קשר הנישואין, במידה שניתן לחשוב על הקשר הזה כעל קשר חוזי, וכן חוזה השותפות וחווה העבודה. השיח התופס את היחסים שבין האוניברסיטה לבין הסטודנטים כיחסים חוזיים אינו שגוי אפוא, ביסודו, אבל אין הוא מדויק כלל אם תופסים אותו במושגים של "ספק" ו"צרכן". שהרי, אין מדובר במקרה זה ביחסים חוזיים בנוסח השוק, חוזים שבין מוכרי נכסים או שירותים לבין קוני נכסים או שירותים, אלא זהו סוג אחר לגמרי של יחסים חוזיים, יחסים שהם עשירים ומורכבים הרבה יותר מהיחסים החוזיים של השוק, ובעיקר, יחסים חוזיים שממדי האישיות של מורי האוניברסיטה מצד אחד, והסטודנטים מצד שני, הם בעלי החשיבות המכרעת במסגרתם.

אלבר קאמי, שהיה כידוע אחד הסופרים והאינטלקטואלים הגדולים של המאה העשרים, גדל במשפחה ענייה באלג'יר, יתום מאב, ובן לאם חירשת. באחד מקטעי השיא בספרו הביוגרפי "אדם הראשון" מספר קאמי על מורהו בשנתו האחרונה בבית הספר היסודי, מר ברנאר: "הוא האיש ששילח את ז'אק אל העולם ולקח עליו את האחריות כשעקר אותו מביתו כדי שילך לו לגלות תגליות גדולות עוד יותר,"<sup>91</sup> כותב קאמי על ההשפעה של מורהו על חייו. מסתבר כי בשנת לימודיו האחרונה של קאמי בבית הספר היסודי זימן אליו מר ברנאר את קאמי, יחד עם שלושה תלמידים נוספים מכיתתו, ואמר להם: "אתם התלמידים הכי טובים שלי. החלטתי להציע את מועמדותכם למילגה לבתי הספר התיכוניים ולמיכללות [...] בית הספר התיכון יפתח לכם את כל הדלתות. ואני מעדיף שילדים עניים כמוכם ייכנסו בדלתות האלה."<sup>92</sup> לאחר מכן הלך מר ברנאר לביתו של קאמי, פגש את אמו וסבתו, ושכנע אותן לתמוך בהמשך לימודיו של הילד. בתוך כך, גם לקח על עצמו להכשיר באופן מיוחד את ארבעת הילדים לקראת המשך לימודיהם. כשהציע מר

90 מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17 (2005).

91 אלבר קאמי אדם הראשון 135 (אילנה המרמן מתרגמת, התשנ"ה).

92 שם, בעמ' 136.

ברנאר ללמד את הילד קאמי מעבר לשעות הלימוד של בית הספר, אמרה סבתו של קאמי: "אבל לא נוכל לשלם לך".<sup>93</sup> מר ברנאר השיב: "אל תדאגי [...] הוא כבר שילם לי".<sup>94</sup> כלומר: ה"תשלום" בסוג היחסים הזה אינו במטבע העובר בשוק, אלא בדברים שהם במחוזות הנפש.

בסרטו של ג'יימס קלאוול משנת 1967 "To Sir With Love" מגלם סידיני פואטייה את דמותו של מהנדס מובטל, המוצא לעצמו תעסוקת-ביניים כמורה בבית ספר תיכון, בשכונת עוני שבמזרח לונדון. תלמידי הכיתה הם לא רק חסרי ידע; הם נעדרי כבוד האחד לרעהו, ונעדרי כבוד לעצמם ואמון בעצמם. פואטייה נוהג כלפיהם בשילוב של אכיפת משמעת קפדנית ומעורבות מסורה ואכפתית בחייהם, רוכש את אמונם, משנה לגמרי את האופן שבו הם מתייחסים לזולתם ולעצמם, וגורם להם להמשיך בלימודיהם, במקום להיפלט לרחובות או למקומות העבודה הירודים של לונדון. כאשר בגמר שנת הלימודים שלו כמורה-מחליף שוקל פואטייה אם לשוב לעולם ההנדסה, הוא מחליט להישאר מורה, בכל זאת, משום שהתגמולים שהוא עשוי לקבל במסגרת עיסוקו זה הם אחרים לגמרי מאלה שהוא צפוי לקבל בשוק. מסתבר אפוא שסוג של יחסים בין בני אדם, שבשנים האחרונות אנו מתרגלים, יותר ויותר, כמוכּן מאליו, לתפוס אותם כמושגים של השוק, ניתן לחשוב עליהם גם באמצעות שיח אחר לגמרי. העובדה שצריך לשוב ולהזכיר כי ניתן לחשוב על יחסי מורים ותלמידיהם גם באופן הזה, מצביעה, מצד אחד, על השתלטותו המואצת של שיח השוק על תחומים בחיינו שאין מקום להחיל בהם את סוג השיח הזה, ומצד שני על הדילול והרישוש הנגרמים מקום שלוקחים אינטראקציות מורכבות ועשירות ועושים להן רדוקציה ליחסים של מוכרים וקונים של שירותים.

צ"ט: השתלטות שיח השוק על ההשכלה הגבוהה בכלל ועל ההשכלה המשפטית בפרט היא, אני חושב, בלתי-ניתנת להכחשה. אבל דווקא במקרה זה הרושם שלי הוא שהמכללות לא "אשמות". התחרות שהמכללות יוצרות היא בעיקר בינן לבין עצמן; האוניברסיטאות הן לא חלק מהמרוץ הזה, שכן הן מציעות דברים אחרים, שנחשבים יוקרתיים יותר, ולכן שיח השירות שמאומץ על ידי האוניברסיטאות קשור לתופעה רחבה יותר בתרבות הישראלית, ולא בהכרח לפתיחת המכללות. התופעה הרחבה הזו שאני מכוון אליה קשורה להבנה מוטה מאוד של המושג "שירות" כנגזר משיח השוק. ההיגיון הפנימי של שיח השוק הוא מורכב וההבנה

93 שם, בעמ' 139.

94 שם.

הנוכחית שלו על ידי אבירי שיח השירות באוניברסיטאות ובמכללות היא לא היחידה האפשרית. מהו "שירות לסטודנט"? כדי לדעת מהו שירות טוב, צריך להחליט מה אנחנו "מוכרים" לתלמידינו. אני חושש שמתפיסת השירות הנוכחית, ההנחה המובלעת היא שאנחנו מוכרים תואר ("you pay the fee, you get the B", נהוג לומר באוניברסיטאות אמריקניות פרטיות). זוהי תפיסה שגויה, שכן היא יוצרת ציפייה בקרב תלמידים לציונים בגובה מסוים כמדד לאיכות חוויית הלימודים שלהם במוסד.

למעשה, אנחנו לא מוכרים תוצאה (או מוצר), אלא תהליך. ותהליך יכול להסתיים בהצלחה, אבל הוא גם יכול להסתיים בכישלון, בהצלחה יחסית, בכישלון יחסי, או לא להסתיים כלל. תהליך דורש סבלנות, התמדה ויכולת להתמודד עם תסכולים. הוא דורש מבט-על ויכולת הפשטה, תכנון וחשיבה לטווח ארוך. הגיון שוק שמכתיב "שירות טוב" ושמביא בחשבון את העובדה שהממכר הוא תהליך ולא "שורה תחתונה" (מושג טעון ואקטואלי במיוחד, שלקוח מעולם התאגידים – השורה התחתונה במאזן),<sup>95</sup> הוא לא בהכרח רע. הבעיה במעבר לתפיסת שוק היא כאמור שמדובר בתפיסה רדודה מאוד של השוק, כזו שאינה מסוגלת להכיל תהליכים.

ועוד משהו: יש אירוניה רבה באימוץ תפיסת השירות על ידי המוסדות להשכלה גבוהה ותפיסת הסטודנט כלקוח על רקע השירות הגרוע, ולעתים מזעזע, שלקוחות ישראלים זוכים לו בהקשרים מסחריים מסורתיים יותר. המשק הישראלי הריכוזי רווי כשלי שוק, והטרגדיה של הצרכן הישראלי היא שבלי אלימות ואגרסיביות הוא מתקשה לנווט בין ספקי האינטרנט, הסלולרי, הטלוויזיה והסופרמרקטים מפקיעי המחירים. השוק הישראלי הוא קשוח ובעייתי, ופנייה אליו כאידאל היא לעתים על גבול המגוחך. אפשר לחייך חיוכים מזויפים ולאחל "יום מקסים" או "יום קסום" עד מחרתיים, אבל זה לא ירכך את המהות: לעתים, בלי צרחות וכלי תביעה לדבר עם אחראי המשמרת, הפצת הסיפור האישי ברשתות החברתיות או איום בתביעה משפטית, קשה מאוד להימנע מחיובי יתר עבור מוצר גרוע.

אבל השוק כבר הגיע אל ההשכלה הגבוהה, בין שנרצה ובין שלא. האגרסיביות שצרכנים ישראלים צריכים לסגל לעצמם כדי לשרוד את כשלי השוק הישראלי מהדהדת כבר מזמן במסדרונות האקדמיה. אני חושב שניתן כבר לדבר על תופעה של סטודנטים שלא מוותרים ולא מוכנים לקבל "לא" כתשובה, כאילו שציון במבחן, ודחיית ערעור עליו, משולים לתשובה לא-מספקת שניתנה על ידי נציג שירות בחברה סלולרית; אם רק נעלה בסולם ההייררכיה ובעוצמת הדציבלים, נשיג את מבוקשנו, הם מאמינים. ואי-אפשר להאשים רק אותם; הם גדלו אל תוך האווירה

הזו. ואימוץ שיח השוק על ידי המוסדות להשכלה גבוהה משדר את המסר שסוג כזה של התנהלות הוא לגיטימי, ואולי אף מתבקש.

דוגמה קטנה שמשקפת בעיניי את השוק הסמוי מן העין שחדר אל תהליך הלימוד קשורה לשפה שבה משתמשים כשמדברים על מבחנים. איני חושב שרבים שמו לב לשינוי הדק מדק שהתרחש בשנים האחרונות בשפה הזו. בעבר, הדיבור על מבחנים היה דיבור של צבירה; כיום הוא דיבור של הפחתה. דיבור של צבירה מניח שחובת ההוכחה היא על התלמיד. כדי להצליח במבחן, עליו לצבור נקודות באמצעות הפגנת ידע ויכולת יישום, בהתאם למה שנשאל במבחן. דיבור של הפחתה מניח שחובת ההוכחה היא על המרצה להסביר מדוע הפחתת הנקודות היא מוצדקת. משמע, שהתלמיד ניגש למבחן עם ציון של 100, והמרצה צריך לנמק מדוע הציון הזה לא מגיע לו, אם הוא סבור כך. כולם אימצו את דיבור ההפחתה, תלמידים ומרצים כאחד, ודומני שאם נבדוק מדגמית הערות על מבחנים בכל המוסדות, נראה כמעט תמיד מינוסים ("2" וכדומה) ולא פלוסים.

פתחתי את דבריי בכך שהשתחררות מהתפיסה החד-ממדית של שיח השוק, שמאפיינת את קברניטי המוסדות להשכלה גבוהה התובעים מהסגל המנהלי והאקדמי להתנהג אל התלמידים כאל לקוחות, יכולה להראות ששיח זה הוא לא רק שלילי. אבל כאן צריך להשתחרר מהישראליות של השוק שאת ערכיו מבקשים לייבא אל תוך האוניברסיטה, אותה ישראליות ריכוזית שלוקה בחוסר הגינות ובתחמנות. "שירות" במובן של יחס אדיב והוגן, במובן של השקעה בהוראה ובהדרכה הוא דבר טוב בעיניי; אבל זהו השירות הטוב שצריך להתקיים במסגרת הבנה של המוצר כתהליך, לא כדיפלומה. ואת זה, אני חושש, המוסדות עדיין לא הפנימו, וסטודנטים רבים לא מסוגלים לראות.

מ"מ: הקשר בין המשפט ובין השוק הוא רב-ממדי.

כחלק משינוי היסטורי גדול, במדינות הליברליות עלו בעשורים האחרונים כמה גופים שתפקיד מרכזי שלהם הוא לפקח על מוסדות המדינה. הגופים האלה הם בתי המשפט, מבקר המדינה והעיתונות. שלושתם מציגים את מוסדות המדינה באופן מתמשך באור שלילי, כפועלים באופן מושחת, כמונעים על ידי שיקולים זרים, וכבלתי-יעילים ובזבזניים. הצגה כזו אינה מתקיימת כאשר מדובר בתאגידי השוק; אלה נתפסים כגופים פרטיים (למותר לציין כי לפחות כשמדובר בתאגידי שוק ההון, ראייתם כגופים פרטיים – שגויה). מערכת המשפט ממלאת אפוא תפקיד חשוב בהצגה השלילית של מוסדות המדינה, ובמשתמע בהצגה החיובית של תאגידי השוק. בכך, מבלי משים, מקדמת מערכת המשפט תפיסה שלפיה השוק הוא אתר של יעילות וענייניות, שראוי להרחיב את הגיון הפעולה שלו גם לספרות שמעבר לו, למשל למוסדות ההשכלה הגבוהה.

במובן עמוק יותר, אני סבור שקיים לא מעט דמיון בין הגיון העומק של פעולת השוק לבין הגיון העומק של הפעולה במשפט.<sup>96</sup> ראשית, השוק מניח אדם אטומיסטי, שכל הקורה לו תלוי בו בלבד. ההליך השיפוטי אף הוא אטומיסטי במידה רבה, בכך שהוא דן באירועים עובדתיים צרים ומתוחמים היטב, שבמרכזם ניצבים יחידים שאינם ממוקמים בהקשרים חברתיים רחבים, אלא נתפסים כמי שהמקור לפעולותיהם נמצא בהם עצמם. שנית, כמו החליפין בשוק, גם סכסוך משפטי הוא "משחק סכום אפס" – הישגיו של האחד הם על חשבון יריבו. שלישית, במרכז תפיסת העולם של המשפט הליברלי עומדת הזכות ה"שליטת" – "חומה" המגנה על היחיד מפני התערבות חיצונית, ויוצרת עבורו תחום שבו יוכל לעשות כאוות נפשו (המשפט הליברלי טעון בערכים, כמובן, בכל אות ואות שלו, אבל אם התנהגות אתית פירושה הבאה בחשבון של האינטרסים של הזולת והתייחסות אל הזולת כתכלית, הרי שהמשפט הליברלי מחנך חינוך ערכי, אך הוא מחנך למה שהוא היפוכה של ההתנהגות האתית). בדומה לכך, מאז דייסי מובן מרכזי של מושג שלטון החוק הוא הפעלת המשפט באופן שוויוני ובלא להביא בחשבון את זהותו של מי שעניינו נדון במשפט.<sup>97</sup> היגיון דומה עומד ביסוד הפעולה בשוק – יחסים בלתי-אישיים, אינסטרומנטליים, עם הזולת לשם מימוש רצונות אישיים, תוך הסתמכות על משאבים שבבעלות פועל הפעולה. רביעית, הזכות המשפטית מקבילה לכסף, המוסד המרכזי של השוק. הכסף משמש מכנה משותף שאליו ניתן לתרגם רצונות של בני אדם שונים ולהפכם בני השוואה אלה עם אלה. שפת הזכויות של המשפט מאפשרת יצירת מכנים משותפים בין אינטרסים לצורך קביעת משקלותיהם היחסיים. חמישית, הרחבה של הגיון הפעולה של השוק לספרות שמעבר לו מכרסמת בפעולה התרבותית, זו שמתקיימת כאשר קבוצה של בני אדם החולקת תרבות משותפת מקיימת בין אנשיה חלוקת תפקידים לשם השגתם של יעדים משותפים. משמע: ככל שמתרחבת תחולתו של הגיון השוק, כן מצטמצמת הפעולה התרבותית. בדומה לכך, ככל שמתרחבת חלות המשפט, כן מתרחב היקף ההשתרעות של התרבות המשפטית, שבמרכזה מושג הזכות, ומצטמצם היקף חלותה של התרבות הלא-משפטית. אין זה מקרה שמחאת האהלים של קיץ 2011 לא הונהגה על ידי משפטנים, והשיח המשפטי לא מילא בה תפקיד. המחאה יצאה נגד שלטון השוק בחיינו, ואולם לנוכח הדמיון הקיים בין הפעולה

96 מאוטנר, לעיל ה"ש 48, בעמ' 44.

ALBERT V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 97

.42 (10<sup>th</sup> ed. 1961)



השוקית לבין הפעולה המשפטית, היא התקשתה לגייס את המשפט לפעולה נגד השוק.

ואם מדובר ב(היעדר) הקשר שבין המחאה של קיץ 2011 ובין המשפט, אפשר להוסיף גם זאת:<sup>98</sup> שיח הזכויות המשפטי הוא עימותי, הייררכי ומבוסס על קידום האינטרס העצמי (הזכויות השליליות העומדות ביסוד המשפט הליברלי מכוונות לאפשר מימוש של האינטרס העצמי, בלא התערבות חיצונית של רשויות המדינה או יחידים). המחאה ביקשה לקדם ערכים של שוויון וסולידריות. המשפט הליברלי מגן על זכויות שליליות. המחאה ביקשה לקדם זכויות "חיוביות" – זכויות המטילות על המדינה "חובת עשה" בתחומי הדיור, הבריאות והחינוך. המשפט מתנהל ברמת "המקרה הבודד". המחאה עוררה שאלות יסוד כלל-ישראליות (מה יהיה מבנה שוק העבודה הישראלי, מה יהיה טיבם של יחסי העבודה, מה יהיה מבנה מערכת המיסוי, מה יהיו יחסי המרכז והפריפריה וכולי). גם מבחינות אלה אין זה מקרה שהמחאה לא הונהגה על ידי משפטנים והשיח המשפטי לא מילא בה תפקיד.<sup>99</sup>

צ"ט: החשדנות כלפי המדינה, שכפי שאתה מתאר היא תוצר, בין היתר, של מנגנוני המדינה עצמם, בצד האמונה (ואני בכוונה משתמש במילה "אמונה") בצדקת השוק, שגם היא במידה רבה תוצר של המדינה (בוודאי של המדינה הניאו-ליברלית) מעלות את השאלה אם האוניברסיטאות הן המדינה, ואילו המכללות הן השוק. ואולי כל מוסד ש"מוכר" השכלה, בין שהוא פרטי או ציבורי, נדון להיות אנלוגי למדינה: חשוד תמידי בכך שהוא נגוע בשיקולים זרים, באי-סדרים ובקומבינות?<sup>100</sup> אני חושב כך, משום שכל ניסיון ליישם בהשכלה הגבוהה את אידאל השוק נדון מראש לכישלון כשמדובר ב"מכירת" השכלה: אלא אם כן שואפים שכולם יסיימו את הלימודים כמצטייני דקאן, שאז התארים האקדמיים יאבדו כליל מערכם, אנו תמיד נידונים לאכזב לא מעט מ"לקוחותינו", ואלה, מצדם, עלולים לסיים את הלימודים

98 לדיון ראשוני ראו: Shulamit Almog & Gad Barzilai, *Between Citizenship, Equality, and Law: The Language of the Summer 2011 Social Protests*, 27 ISRAEL STUD. REV. 201 (2012).

99 על המחאה של קיץ 2011 ראו סדרת מאמרים שהתפרסמה בכתב העת תיאוריה וביקורת 41, 163-11 (2013).

100 דוגמה מרתקת מהשנה האחרונה לחשדנות כלפי המדינה הוא הפולמוס שהתעורר בנוגע למבצע חיסון הילדים נגד מחלת הפוליו בקיץ 2013, ושלל תיאוריות הקונספירציה שנועדו להסביר מדוע ההחלטה לחסן את כל ילדי ישראל מונעת משיקולים זרים (שיקולים כלכליים וקשרים לא תקינים בין משרד הבריאות ליצרן החיסון, שימוש בילדים ככשפני ניסוי של חיסון חדש עבור מדינות המערב, התנערות מאחריות ועוד).

עם מידה הגונה של מרמור. תפיסת שוק של ההשכלה היא בהכרח תפיסת ההשכלה כמכר של דיפלומות, ולא של השכלה.

ההבחנה שלך בנוגע לכישלונה של המתאה החברתית לגייס את המשפט לפעולה של השוק מעניינת במיוחד לאור המיאוס שרבים מהמוחים גילו כלפי כשלי השוק; לרגעים נדמה היה שישראלים רבים חווים התפכחות מהקסם שהילך עליהם אידאל השוק, ושהמדינה היא לא רק בבחינת רע הכרחי, אלא נחוצה ממש כדי לחשק את השוק המתפרע. אבל מרתק שהם לא פנו אל המשפט שיסייע להם. אולי הרצון במהפכה, בשינוי מידי הוא שהרחיק אותם מהמשפט. אני משער שלידיעות בדבר טחנות הצדק שטוחנות לאט, במיוחד במערכת המשפטית העמוסה לעיפה בישראל, יש חלק בכך שהמוחים קצרי הרוח ויתרו עליו מראש.

מבחינת בתי הספר למשפטים (ואולי גם במחלקות אקדמיות אחרות) מה שנותר מהמתאה החברתית הוא תרבות המחאה ברשת, וכאן אנחנו חוזרים ומתחברים אל השפעת הטכנולוגיה על ההשכלה המשפטית: כיום, במקום מכתב מחאה מאת נציג הכיתה על מבחן לא הוגן לדעתו או התנהלות בעייתית אחרת בעיני התלמידים, פותחים דף פומבי בפייסבוק, מאיימים בחרם על המוסד ובהכפשת שמו בתקשורת או בקרב חברים ששוקלים ללמוד בו. לנוכח הירידה המשמעותית במספר המועמדים, לאיומים שכאלה יש כוח ממשי להשפיע על מקבלי ההחלטות בפקולטות ובבתי הספר למשפטים, במיוחד באלה המתקיימים משכר הלימוד בלבד, בלא מימון ממשלתי. המוסדות אולי מדברים בחצי-פה על אימוץ תפיסת הסטודנט כלקוח, ואף התחילו ליישם אותה, באופן חלקי ולעיתים אף מהוסס; הסטודנטים, מצדם, כבר מזמן רואים את עצמם כלקוחות לכל דבר ועניין, ואת המוסד ככפוף לחזקה ש"הלקוח תמיד צודק".

מ"מ: דברייך מאשררים את מה שלא מעט הוגים אמרו על התוצאות של התפשטות האידאולוגיה הניאו-ליברלית, שבמרכזה האמונה כי הגיון הפעולה של השוק צריך להיות מוחל בספרות רבות ככל האפשר שמעבר לשוק, כגון במערכות החינוך, ההשכלה הגבוהה, הבריאות, הרווחה, אכיפת החוק והכליאה: רישוש נורמטיבי, כלומר פגיעה ביכולת של תחומי חיים מגוונים לפעול על פי "הטובין הפנימיים" שלהם (אם לשאול את ביטויו של אלסדייר מקינטאיר) כתוצאה מהיכפפותם לשלטונם המאחיד של ערכי השוק.<sup>101</sup> מה שעולה מדברייך הוא שאנו עדים לתהליך משולב: מצד אחד, התפשטות האידאולוגיה הניאו-ליברלית השלטת אל תוך

101 מקינטאיר, לעיל ה"ש 89.

ההשכלה הגבוהה, באופן החותר תחת היכולות של מוסדות ההשכלה הגבוהה לתפקד על פי ערכיהם הפנימיים. מצד שני, כשמדובר במוסדות החינוך המשפטי בתוך מוסדות ההשכלה הגבוהה, העובדה שמוסדות אלה החלו מתפקדים במה שנתפס על ידי הסטודנטים שלהם, וכנראה גם על ידי לא מעט מראשי המוסדות, כשדה פעילות שוקי – עובדה זו חותרת אף היא תחת היכולת של המוסדות לפעול על פי הערכים הפנימיים שלהם. עלינו להיות מודעים לשני רכיבי התהליך הזה. מודעות כזו היא הצעד הראשון בעמידה על מימוש הערכים הפנימיים, הערכים האקדמיים, של מוסדות החינוך המשפטי.

ואולם אם נכון מה שנטען, שלפחות אחד ממוסדות החינוך המשפטי בארץ מכוון להשיא רווחים לבעליו, אני מתקשה לראות כיצד הדברים האלה – העמידה על הערכים הפנימיים של האקדמיה – יכולים להתממש, לפחות במוסד כזה. יתר על כן, כשאני חושב על כך שגם באוניברסיטאות קיים לחץ בלתי-פוסק להפריט תכניות לימודים, כדי שיניבו הכנסות, ברור שגם במוסדות האלה הרכיב של העמידה על הערכים הפנימיים, האקדמיים, נתקל ברכיבי-נגד המסכנים אותו.

אני רוצה לגעת בשאלת הזיקה שבין השוק לאוניברסיטאות (כן, האוניברסיטאות, לא המכללות), מהיבט אחר, רחב יותר. בשנת 2000, ברגע של משבר תקציבי קשה, הצליחו אנשי האוצר לכפות על האוניברסיטאות את "דו"ח מלץ". הדו"ח הזה חולל שינוי מהותי באופן שבו האוניברסיטאות אמורות לתפקד, וממילא גם באופן שבו הן אמורות לתפוס את עצמן באופן מתמשך בחיי היומיום שלהן. אני מכנה את תמצית השינוי מעבר מ-community ל-corporation. עד שנת 2000, ברוח שבה פעלה האוניברסיטה החל מימי ראשית קיומה בימי הביניים, האוניברסיטה תפסה את עצמה כקהילת מלומדים, הפועלת יחדיו, בסולידריות פנימית, ומנהלת את ענייניה בעצמה. בישראל, הדבר התבטא בין היתר בכך שבראש האוניברסיטה עמדו, זה לצד זה, נשיא ורקטור, והרקטור גם נבחר על ידי הסגל האקדמי וגם נדרש לדווח לסגל הזה. בשנת 2000 נבנתה באוניברסיטאות מתכונת ניהולית שונה, שעיקרה קיומה של הייררכיה ברורה: בראש המוסד עומד הנשיא, ואילו הרקטור כפוף לנשיא, נבחר על ידי הנשיא ונדרש לדווח לנשיא, לא לחברי הסגל האקדמי. כמו כן, קודם לכן כל הפרופסורים מן המניין של האוניברסיטה היו חברי הסנאט של האוניברסיטה (באוניברסיטה המוכרת לי, אוניברסיטת תל-אביב, המדובר במאות חברי סגל), אולם בעקבות הדו"ח האמור נבנה מה שידוע כ"סנאט הקטן" – גוף בן כ-80 פרופסורים מן המניין, המשמשים נציגים של חברי הסגל האקדמי. ההשפעות של השינוי הזה היו מרחיקות לכת. קודם לכן נוהלו ישיבות הסנאט במתכונת הקרובה ל-town hall meeting האמריקני של ניו אינגלנד (כולם מוזמנים להשתתף ולהשמיע את דעתם, ולשמוע מענים של ראשי העיר), אולם החל משנת 2000 הן

מנהלות במתכונת של מועצת מנהלים. למותר לציין גם כי יכולת השליטה של הנהלת האוניברסיטה בגוף קטן כזה גדולה לאין ערוך מיכולת השליטה שהייתה לה בגוף בן מאות חברים, "הסנאט הגדול" (כמה אירוני הוא שהמעבר מהסנאט "הגדול" ל"קטן" הוצדק בצורך להגביר את פיקוח הסגל האקדמי על הנהלת האוניברסיטה. בפועל, קרה בדיוק ההפך: להנהלת האוניברסיטה קל הרבה יותר לנטרל התנגדויות כשמדובר בגוף קטן. עוד הוכחה למה שאדם סמית הזהיר אותנו מפניו: unintended consequences). משמע: הניאוף-ליברליזם חדר (באמצעות אנשי משרד האוצר, חניכי המחלקות לכלכלה שבאוניברסיטאות), גם לדרכים שבהן האוניברסיטאות מתנהלות באופן מתמשך בחיי היומיום שלהן, והוא משפיע על האופן שבו הן תופסות עצמן. אלו הם שינויים שהשפעותיהם המצטברות, הבלתי-מודעות, ארוכות השנים, הרב-מערכתיות, עשויות להיות בסופו של דבר מרחיקות לכת. כך פועלים שינויים תרבותיים. הם הופכים לסבירים ולמתקבלים על הדעת דברים שבראשית תהליך השינוי עוד ניתן היה להיות מודע להם ולהתנגד להם.

צ"ט: אני נזכר בספרו של דניאל בל, "הסתירות התרבותיות של הקפיטליזם"<sup>102</sup>, שהכרת לי כשהייתי תלמידך. בל טען בו, בין היתר, שהקפיטליזם של המאה ה-20 הסיט את מרכז הכובד של הכלכלה מייצור לצריכה.<sup>103</sup> כדי למכור מוצרים שנחשבו בזמנם למותרות, כגון מקררים, מכונות כביסה וייבוש, מכשירי טלוויזיה ומכונות פרטיות הומצאו התשלומים, וכך החשש מפני חובות הוחלף בחשש מפני שלילת מסגרת אשראי או צמצומה.<sup>104</sup> באנלוגיה לימינו, ניתן לראות שכדי למכור טלפונים יקרים שעולים אלפי שקלים ("סמארטפונים"), הומצא החוזה הכובל את הצרכן לספק השירותים לכמה שנים, עם קנסות יציאה גבוהים שהופכים את המעבר לספק אחר לבלתי-משתלם (ישראל רק השתחררה מהמודל הזה לאחרונה, אבל בארצות-הברית הוא עדיין שריר וקיים). אבל הטענה הבסיסית של בל עדיין תקפה: שיווק והדוניזם הפכו למנוע העיקרי של הקפיטליזם.

במסגרת זו, אחד הדברים שמוכרים לנו הוא "נוחות": הטלפון החכם אמור להיות "נוח", שכן הוא מפשט את הגישה לרשת, לדוא"ל ולחננויות לצורך רכישה מקוונת. למעשה, ההיבט המשעבד מוצנע, ואולי אף מוכחש (אנחנו מוציאים יותר כסף בפחות מחשבה והתלבטות; אנחנו משועבדים לדוא"ל גם כשאנו לא במשרד או

102 DANIEL BELL, THE CULTURAL CONTRADICTIONS OF CAPITALISM (1976)

103 שם, בעמ' 293.

104 שם.

ליד המחשב בבית, וכדומה). אבל בינתיים, ערך הנוחות קיבל חיים משל עצמו, והוא חלחל, בין היתר בצורת הכנסת תפיסת השירות, גם להשכלה הגבוהה. כמו שכתבתי, אין לי דבר נגד שיפור השירות בהיבטים המנהליים שלו, אבל לא מתוך תפיסה תחרותית, אלא מתוך תפיסה שרואה באדיבות, בשקיפות ובהוגנות ערכים טובים כשלעצמם. אבל חלחול תפיסת הצריכה, ההדוניזם והנוחות אל תוך רשימת הקריאה, חדר הבחינה וגיליון הציונים זה כבר דבר אחר לגמרי. ייתכן אף שהשינוי רדיקלי עוד יותר: התואר עצמו נתפס כמוצר צריכה.

וכאן אני רוצה לקשר את דבריי לדיון שלך בנוגע לשינוי המבני בניהול האוניברסיטאות: אני תוהה עד כמה ההכחשה שעומדת בבסיס הקפיטליזם של כל מה שקורה מאחורי הקלעים (ניצול עובדים, התפוררות הסולידריות החברתית, מעבר למודל של העסקה באמצעות קבלני "כוח אדם" וכדומה), כדי שההדוניזם והנוחות של הצרכן יהיו אפשריים (ולאו דווקא בזול), כבר חלחל לאוניברסיטאות? אחד המאפיינים החשובים של הקפיטליזם כפי שהוא מיושם (ולאו דווקא כפי שיכול היה להיות מיושם) הוא שינוי היחסים האנושיים; היו שהצביעו על קשר ישיר בין המצאת המוצרים לשימוש חד-פעמי (סכין הגילוח של ג'ילט) לבין העתקת הקשר ליחסים בין-אישיים.<sup>105</sup> במכללות ובאוניברסיטאות זה כבר בא לידי ביטוי ביחס לסגל: אחוז ניכר מהסגל מועסק בלא תנאים סוציאליים ובלא ביטחון תעסוקתי, כ"מורים מן החוץ". במוסד שאני מלמד בו (ולמיטב ידיעתי כך הדבר גם בבתי ספר למשפטים חוץ-אוניברסיטאיים נוספים) גם משכורתם של חברי הסגל הפנימי מחושבת לפי מספר השעות שהם מלמדים. אם קורס של חבר סגל פנים לא נפתח בשל מיעוט נרשמים (עידוד סמוי, פחות או יותר, להיות פופולרי), משכורתו מופחתת בהתאם. אבל האם התפיסה שהסטודנט הוא לקוח אינה מגלמת בתוכה, מניה וביה, סכנת החפצה גם של הסטודנטים? שהרי, מדוע ספק שירותים או משווק מעוניין שהלקוח יהיה מרוצה? הוא רוצה את כספו של הלקוח. שביעות הרצון של הלקוח היא אמצעי להשאת רווחים. היא לא ערך בפני עצמו.

אימוץ הרציונל השוקי בהקשר הלימודי אינו יכול להיעשות בלא לקלוט גם את הפזילה לכיוון הארנק של הסטודנט-לקוח, וזאת אולי במחיר של ויתור על עיקר מטרתה של האוניברסיטה, שהיא ספקית של שירות מאוד מיוחד: חינוך. חשש מפני ההיבטים המתסכלים של תהליך ההשכלה (כישלון, ציונים מאכזבים וכדומה) וניווט לעבר הנוחות כמדד היחיד לשביעות הרצון של הסטודנטים-הלקוחות מגלמים

105 ארנה קיזין "החיים בזבל" הארץ 23.1.2003 ([www.haaretz.co.il/misc/1.856882](http://www.haaretz.co.il/misc/1.856882)). (נבדק לאחרונה ב-25.4.2014). ראו גם ארנה קיזין על הנוחות (2008).

בתוכם, בסופו של דבר, זלזול בתלמידים כאנשים צעירים המבקשים לרכוש השכלה, והתייחסות אליהם כאל כיס עמוק (או, במקרה של האוניברסיטאות, אמצעי להתחברות לקופה הציבורית), ותו לא. כך, ההתייחסות אל התלמיד כאל אמצעי ולא כאל מטרה היא תוצר פרדוקסלי, אבל הכרחי של אימוץ רעיון הסטודנט כלקוח, והיא גם עלולה לבשר את סופה של ההשכלה הגבוהה כפי שאנו מכירים אותה.

מ"מ: מה שעולה מהדברים הוא דבר מדאיג. הן בפעולת המכללות והן בפעולת בתי הספר למשפטים שבאוניברסיטאות קיימים רכיבים של התפיסה השוקית, המאיימים על הערכים האקדמיים, הערכים "הפנימיים", של מוסדות אלה, גם אם מהות הרכיבים ומינוניהם שונים כשמדובר במכללות ובאוניברסיטאות. כדאי להיות מודע לכך. מודעות לקיומה של בעיה היא שני שלישים מהפתרון.

## ז. הידלדלות השפה

צ"ט: אחד הפרדוקסים המרתקים בעיניי הוא הרצון ללמוד משפטים ולעסוק בעריכת דין של אנשים צעירים שלא קוראים, לא מתעניינים בשפה, ברטוריקה ובשימוש מתוחכם בהן. גם כשאני למדתי, היו רבים שלא קראו את פסקי הדין והמאמרים שהתבקשו לקרוא לקראת השיעורים. היה אפילו מישהו במסלול שלי שהתגאה בכך שכל מה שקרא לאורך כל התואר היה "מחברות בחינה", וגם זה רק בימים שלפני המבחן. אני מודה שגם אני דילגתי לפעמים, מרוב עומס, על פסק דין זה או אחר, והסתפקתי בסיכום שחבריי לקבוצת הקריאה הכינו.

אבל עשרים שנה אחר כך, בתוך העשור השני של המאה ה-21, אני מופתע בכל פעם מחדש מהדלות של הידע הכללי בקרב תלמידים רבים – הן באוניברסיטה והן במכללה – ובעיקר מהדלות של כישורי השפה. אולי מה שעצוב יותר מכול הוא חוסר המודעות לכך, והתחושה שאם משתמשים במילים "יוקרתיות", גם התוכן משתבח.<sup>106</sup>

הסוציאליזציה של תלמידי משפטים כוללת אימוץ סמנים לשוניים שנחשבים בעיניהם סמנים משפטיים בשל היותם, לכאורה, שפה "גבוהה". אני כותב "לכאורה", כי לעתים מדובר בשגיאות, כמו "באם" או "בכדי". אבל גם השימושים התקניים בביטויים גבוהים הוא ריק מתוכן כשהוא אינו מלווה בחשיבה גבוהה, תאורטית; שפה גבוהה ("לדידי"), ושימוש במילים ובביטויים בארמית כמו "אליבא ד..." אינם יכולים לכפר על היעדר חשיבה משפטית מתוחכמת ושיטתית.

106 ראו גם חסון, לעיל ה"ש 69.

אם חושבים על השאלה הראשונה שדיברנו עליה – תחומי העניין השונים של המרצים ושל התלמידים – ומנסחים אותה במונחים של שפה, הרי שהמרצים והתלמידים מדברים שפות שונות. הראשונים – שפת התאוריה, והאחרונים, שפת הפרקטיקה. והתלמידים מזהים מהר מאוד, ובטעות, את אימוץ הגינונים הלשוניים ה"עורכדיניים" כדרך המלך להפיכה לעורכי דין מקצועיים ומקצוענים. במובן זה התחושה שלי היא שרבים רואים באימוץ מניירות לשוניות כמו "לדידי" כדילוג אפילו על הצורך בהכשרה מקצועית יסודית (שלא לדבר על היחס ללימוד התאורטי). זוהי הבחנה תרבותית שמאפיינת את החברה הישראלית ואת העברית העכשווית בכלל, לאו דווקא בתחום המשפטי. כפי שעמליה רוזנבלום ואני כתבנו ב"ללא מילים", אחד המאפיינים המרכזיים של העברית בשנים האחרונות הוא השימוש בה כסמל סטטוס. כאשר לא עומד מאחוריה דבר, או כאשר השימוש שגוי, התוצאה היא הפוכה.<sup>107</sup>

כתבת בעבר על שאלת הנחיצות של ההשכלה הכללית ההומניסטית של המשפטנים,<sup>108</sup> ואני תוהה, האין ההשכלה הזו נחוצה בראש ובראשונה כדי לתת בידי התלמידים כלים לשוניים?

מ"מ: אני חושש שהבעיה עמוקה עוד הרבה יותר.

כתבתי לא אחת שקהילת המשפטנים של ישראל היא סוכן חשוב לערכים מערביים ליברליים, שבמרכזם מושג "כבוד האדם". אכן, זוהי תרומה חשובה של המשפטנים בחברה ובתרבות של ישראל, ואין לזלזל בה, במיוחד במדינה שבתרבות שלה מטופח בהתמדה רכיב לאומני חזק, ובחברה שלה קיימים קבוצה דתית משמעותית, שחלקה פונדמנטליסטי, וכן מיעוט לאומי גדול, שהרוב עשוי לרצות לפגוע בזכויותיו, והמשפט עשוי להיות הבלם מפני הפגיעות האלה. אבל אני חושש שהערכים – החשובים – האלה של המשפטנים נשענים על שורשים שאינם עמוקים דיים. העלית האמריקנית מפנימה במהלך לימודיה בקולג' את המיטב של המורשת הרוחנית של המערב. הנה רשימה חלקית של המחברים שאת יצירותיהם לומדים הסטודנטיות והסטודנטים בקולג' (לא בבית הספר למשפטים) של אוניברסיטת ייל בשנתיים הראשונות ללימודיהם, והכול בפיקוחם של מיטב המורים (תכניות

107 רוזנבלום וטריגר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 25-26.

108 מנחם מאוטנר "העצה של פרנקפורטר או מדוע חשוב שמשפטנים יקראו ספרות" משפט ותרבות 225 (2008).

דומות קיימות בהארורוד, בקולומביה, ובשאר אוניברסיטאות העלית של ארצות-הברית):<sup>109</sup>

הומרוס, אייסכלוס, סופוקלס, וירגיליוס, אובידיוס, דנטה, הרודוטוס, טוקידידס, אפלטון, אריסטו, ליביוס, פוליביוס, טקיטוס, אוגוסטין, תומס אקווינס, אפיקטרוס, פטררקה, שייקספיר, סרבנטס, מילטון, בלייק, וורדסוורת, גתה, פלובר, דוסטויבסקי, אליוט, מקיאבלי, לותר, הובס, לוק, רוסו, ברק, טוקוויל, מיל, אמרסון, מרקס, ניטשה, ארנדט, דיקארט, לייבניץ, ברקלי, יום, קאנט, קירקגור, וויטגנשטיין (בחלק מהמקרים נלמדות שתיים, שלוש, ואף ארבע יצירות של המחברים האלה). אף אחד בישראל אינו לומד כך. אפילו לא העלית הלומדת באוניברסיטאות ובבתי הספר למשפטים של האוניברסיטאות.

הפקולטות למשפטים הפועלות באוניברסיטאות משתבחות, בצדק, לדעתי, בכך שהן מציעות לסטודנטים שלהן אפשרות ללמוד במחלקות אוניברסיטאיות רבות שמעבר לפקולטה למשפטים. אבל כיצד משתמשים הסטודנטים באפשרות הזאת? האם הם מנצלים אותה? ובכן, בדיקה מגלה, לפחות בפקולטה שבה אני מלמד, שהרוב המוחלט של הסטודנטים לומדים משפטים וחשבונאות, ומשפטים וכלכלה, ורק מיעוט מבוטל מהם לומד משפטים יחד עם דיסציפלינות של מדעי הרוח ומדעי החברה. העלית הישראלית סובלת אפוא מגירעון קשה בכל הנוגע למורשת ההומניסטית העומדת בליבה של התרבות המערבית. עם כל החשיבות של לימודי המשפט כלימודים המובילים להפנמה של ערכים הומניסטיים חשובים, אני חושש שאין די בשורשים הרדודים האלה. העלית הישראלית, לא רק זו המשפטנית, היא עלית נכה מהבחינה הרוחנית. לא מן הנמנע שלאורך זמן, ובוודאי ביום פקודה, לא יהא די בערכים של המשפט כדי להגן מפני הרע.

109 (2007) ANTHONY T. KRONMAN, EDUCATION'S END 261 פרופ' רוזולט מונטס, ראש תכנית לימודי הליבה של אוניברסיטת קולומביה, מנה בריאיון עיתונאי שורה של נימוקים להצדקת העמדה שלפיה לימודים בתחומים של מדעי הרוח הופכים את התלמיד הן לאדם טוב יותר והן לבעל מקצוע טוב יותר בתחומים שמעבר למדעי הרוח. הוא גם הצביע על מגמה שעל פיה מעסיקים בכל התחומים מעוניינים בבוגרי הלימודים האלה, וכן על כך ששכרם של בוגרים אלה גבוה בהרבה מהשכר החציוני. אשר שכטר "גם סטיב ג'ובס התחיל במדעי הרוח" MarkerWeek 26.4.2013 ; [www.themarker.com/markerweek/1.2004599](http://www.themarker.com/markerweek/1.2004599) (נבדק לאחרונה ב-25.4.2014). בדומה לכך, במחקר שערכה אוניברסיטת אוקספורד בקרב בוגריה נמצא שתלמידי המחלקות של מדעי הרוח היו מבוקשים על ידי המגזר העסקי, ורבים מהם מצאו עבודה במגזר זה עם תום לימודיהם. Don't Abandon Classics in Order to Get a Good Job, Says Oxford, Huffpost Students, United Kingdom, 17. 7.2013.



צ"ט: רשימת המחברים המרשימה (ובתור בוגר תיכון ישראלי ובעל תואר ראשון מאוניברסיטת תל-אביב - גם מעוררת קנאה!) שציטטת מתכנית הלימודים בקולג' של ייל, והיעדרה של רשימה מקבילה - ולו מצומצמת - מההשכלה של הסטודנטים הישראלים, אכן מצביעה על בעיה עמוקה יותר מאשר כישורי שפה בלבד, אבל אלה בעיות קשורות: כישורי שפה אינם כישורים תאורטיים, אלא תוצר של לימוד, שכולל קריאה מרובה וכתובה וכן תרגול, שכלול וליטוש של כישורי רטוריקה. בסופו של דבר, השפה ה"גבוהה" (אבל לעתים שגויה), נתפסת, שלא בצדק, בתרבות האקדמית-משפטית-ישראלית כפרוקסי למלומדות ולידענות. השפה העשירה והתקנית לא יכולה להיות מותג שקונים בחנות בכיכר המדינה לשימוש מידי כדי להתהדר בו ולהרשים את הסובבים; היא יכולה להיות רק תוצר של השכלה עשירה ורחבה שכזו. ממילא, אנחנו מדברים, כך נדמה לי, על שני קצוות של אותו התהליך הלימודי.

ה"שפה" שאני מדבר עליה אינה רק כללי דקדוק ותחביר נכונים, אוצר מילים עשיר והיכרות עם רובדי השפה; זוהי שפה במובן הרחב, כזו שאפשר לרכוש רק בעקבות קריאה מרובה וקשובה, ורק כאשר ניגשים ללימודים שלא מתוך קוצר רוח שרואה אותם כמכשול הכרחי ותו לא בדרך להשגת תעודת ההסמכה המקצועית הנכספת. הסבלנות שנדרשת להיכרות מעמיקה עם תכנים מורכבים ולעתים אף קשים ממש, כאלה שאין בצדם סימון "שימושי", ושממעקשים בתוכניהם לבחון ולהכיר לעומק רעיונות כמו זולת, הומניזם ודמוקרטיה, היא הסבלנות שבקצה מחכה שפה עשירה. השפה הזו היא בעיניי שילוב של ידע וכישורים טכניים ואנושיים גם יחד.

אני חושב שהיבט חשוב נוסף של הסוגיה הזו קשור למה שניתחנו מוקדם יותר: הפער שבין המרצים (והאקדמיה המשפטית בכלל) לבין התלמידים, הן מבחינת תחומי העניין, הן מבחינת השקפת העולם בנוגע לתפקיד הפקולטה למשפטים והן מבחינת השפה וקהל היעד. אין זה פלא בעיניי שאקדמיה שמעודדת כתיבה בעיקר באנגלית, בשילוב העובדה שברוב הקורסים המרצים עצמם לא בודקים את המבחנים, מזניחה תכונה בעייתית מלכתחילה של הסטודנטים. כאן כמובן המקום לשאול, האם זהו תפקידנו לתקן את מה שהולך ומתקלקל, ככל הנראה, בשלבים מוקדמים הרבה יותר - בבית הספר היסודי והתיכון? אם תפקיד הפקולטות להעמיד משפטים בעלי שיעור קומה, ייתכן שאין מנוס מכך שהפקולטות למשפטים ייאלצו בעתיד הנראה לעין לקחת על עצמן חלק מהתפקידים שמערכת החינוך הממלכתית החלה להזניח.

מ"מ: שורש הבעיה בעיניי הוא החומרים שקוראים הסטודנטים. סטודנט לפילוסופיה, היסטוריה, ספרות, סוציולוגיה, אנתרופולוגיה וכולי, קורא במהלך

לימודיו את כתיביהם של גדולי האנושות לדורותיהם. הוא מתרגל לרמה גבוהה מאוד של חשיבה, הנמקה, כתיבה. סטודנט למשפטים, אם הוא קורא, קורא פסקי דין. אלו טקסטים של תבונה מעשית, שבמקרים רבים מעוררים אמנם דילמות נורמטיביות מרתקות, אבל הם אינם טקסטים של בני אדם הגותיים, אלא של מחליטנים הנדרשים להוציא תחת ידיהם החלטות והנמקות בשיטת הסרט הנע – מאות רבות מדי שנה. מה ששופט כותב בחודש, איש אקדמיה אינו כותב לפעמים בעשור (אני מרשה לעצמי לומר שהבנתי את ההבדל הזה שבין טקסטים אקדמיים לבין פסקי דין כבר בראשית דרכי האקדמית, והשתדלתי אפוא לסגל לעצמי התחשבות בתנאים המיוחדים שבהם שופטים כותבים, ובעקבות זאת מידה נמוכה של ביקורתיות, בכתב ובעל פה כאחד, באשר לפסקי הדין שלהם, בכל הנוגע לתוכן ולצורה כאחת). יתר על כן, במקרים לא מעטים עולה החשד שעקב עומסי העבודה הקשים שבהם נתונים השופטים, מי שכתב חלקים מפסק הדין, ויש טוענים שלעתים אפילו את כולו, אינו אלא מי שאך שנה-שנתיים קודם לכן היה סטודנט בעצמו. במקרים כאלה נוצר מעגל שוטה ממש, שבו סטודנט מתכתב עם סטודנט. יתר על כן, במקרים כאלה התחלואים שהצבעת עליהם בכל הנוגע לכתיבתם של הסטודנטים לא רק ממוחזרים ומונחלים, אלא אף זוכים למעמד של קאנוניות. אנחנו נוכחים בסוגים אלה של בעייתיות כל אימת שאנו מבקשים מהסטודנטים שלנו לכתוב עבודות סמינריוניות. הניסיון שלי מלמד שעבודותיהם של הסטודנטים למשפטים הלומדים בפקולטות למדעי הרוח והחברה טובות משמעותית מאלו של הסטודנטים שאינם לומדים בפקולטות האלה.

אתה תוהה אם הפקולטות למשפטים לא ייאלצו בעתיד לקחת על עצמן חלק מהתפקידים שמערכת החינוך הממלכתית החלה להזניח. אני חושב שזו הצעה חשובה, שיש לתת עליה את הדעת בכובד ראש. אין קדושה במתכונת לימודי המשפטים הנוכחית. היא עברה שינויים מפליגים בכמה פקולטות בארץ בחמש-עשרה השנים האחרונות, והיא תעבור מן הסתם שינויים כאלה גם בעתיד. ניתן להציע כמה הצעות ראשוניות. למשל: הוספת שנת לימוד נוספת, קודם להתחלת לימודי המשפטים, שבה יילמדו רק קורסים בתחומים של מדעי הרוח והחברה (המורים יהיו מורי הפקולטות האלה, או מורי המשפט), או הוספת שנת לימוד כזו אחרי שנת הלימודים השנייה, שבמהלכה יידרשו הסטודנטים ללמוד רק בפקולטות למדעי הרוח והחברה, ואז ישובו להשלמת יתרת לימודי המשפטים שלהם.