

החינוך המשפטי בין אקדמיה, ערכים ופוליטיקה

מאמר תגובה למאמרו של רון חריס: "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים

היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט"

ליאורה בילסקי*

רון חריס עומד במאמרו על כך שרבים ממבקרי בית המשפט העליון מימין עושים שימוש גובר והולך במחקרים אקדמיים היסטוריים על בית המשפט, וזאת במטרה לפגוע במעמדו ולקדם רפורמה שתחליש את כוחו. בפרט, חריס מתמקד בשימוש שעשו המבקרים בכתבתם האקדמית של מנחם מאוטנר ודניאל פרידמן על התמורות בפסיקת בית המשפט העליון לאורך השנים. הוא בוחן את הנרטיב ההיסטורי של אנשי הביקורת מנקודת המבט של היסטוריון משפטי.

מאמרו של חריס מבוסס על הנגדה חדה בין אקדמיה לפוליטיקה ביחס לשימוש בנרטיבים היסטוריים. כך, הוא מתאר את הנרטיב ההיסטורי הנשקף מפסיקתו של השופט אהרן ברק לגבי המהפכה החוקתית ואת הנרטיב שמציגים המבקרים מימין כתמונת מראה: בעוד שהנרטיב של ברק מתאר את המהפכה החוקתית כשיאה של התפתחות פרוגרסיבית של המשפט בישראל, בקרב המבקרים, הפוליטיקאים מימין, היא מתוארת כרגרסיה מסוכנת. בשני המקרים, חריס מסביר, ההיסטוריה סובלת ומוכפפת לצורכי ההווה הפוליטי. המחקר האקדמי ההיסטורי, לעומת זאת, מוצג במאמר כאובייקטיבי ונטול פניות, וזאת בניגוד ל"מיתוסים" שמקדמים בית המשפט מזה והפוליטיקאים מזה.¹

במאמר תגובה זה ברצוני להרהר על הצגת המחקר האקדמי ככזה שמטרתו היחידה היא בירור האמת ההיסטורית האובייקטיבית. לשם כך, אחזור לקונטקסט ההיסטורי של תחילת שנות התשעים, אז פרץ מאוטנר עם שני חיבורים פרובוקטיביים: הראשון – נשוא מחקרו של חריס – "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" (להלן: "ירידת הפורמליזם"),² והשני, "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובתי המשפט"³ (אשר פורסם לימים כחלק מהספר "על החינוך המשפטי").⁴ שניהם נכתבו בסמיכות זמנים ועסקו בהיבטים שונים של ירידת הפורמליזם המשפטי בישראל החל משנות השמונים. טענתי היא כי במאמרו של חריס חסר קונטקסט האקדמי שעניינו פעילותו של מאוטנר באותן שנים לקידום רפורמה בחינוך המשפטי בישראל. הפניית הזרקור אל קונטקסט אקדמי זה יכולה לחשוף את הפוליטיקה הסמויה מן העין אשר מלווה את כתיבת ההיסטוריה של המשפט גם באקדמיה. בנוסף, קונטקסט זה יכול לדעתי לעזור להסביר את החידה שחריס מציג ביחס לתזה של מאוטנר על הפוליטיקה של בית המשפט בהנהגת השופט ברק: כיצד ניתן ליישב

* מופקדת הקתדרה לזכויות אדם וחקר השואה ע"ש בנו גיטר וראש מרכז מינרבה לזכויות האדם, אוניברסיטת תל אביב. ברצוני להודות לניר גונן על עזרתו במחקר.

¹ למעשה, חריס טוען כי גם הכתיבה האקדמית אחראית לחלק מההטיה. כך למשל, לטענתו הנרטיב ההיסטורי של דניאל פרידמן מציג "תור זהב" שלא באמת היה. גם את הנרטיב ההיסטורי של מנחם מאוטנר חריס מעמת עם מחקרים של היסטוריונים משפטיים מאוחרים יותר, אשר לטענתו ערערו על נכונות חלק מהטענות של מאוטנר, ובמיוחד על הטענה כי בית המשפט העליון היה אי של ליברליזם בשנות החמישים והשישים. ראו: רון חריס "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט" **עיוני משפט** מוד, **(להוסיף מספר עמוד לפני פרסום)** (2021).

² מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993).

³ מנחם מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובית-המשפט" **ספר השנה של המשפט בישראל** תשנ"ב-תשנ"ג 1 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994).

⁴ מנחם מאוטנר **על החינוך המשפטי** (2002).

בין עליית האקטיביזם השיפוטי כצעד של הגנה על אליטות ישנות, לבין ההנמקה המשפטית-ערכית שבית המשפט מאמץ שחושפת את צעדיו ובכך מחלישה את כוחו להשיג מטרה זו.

א. הפוליטיקה של האקדמיה

הקונטקסט האקדמי שבו כתב מאוטנר את "ירידת הפורמליזם" היה של רפורמה עמוקה בחינוך המשפטי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, אשר מאוטנר היה ממוביליה. מדובר היה באקדמיזציה של לימוד המשפט בישראל, ובאמריקניזציה שלו. בחיבורו על החינוך המשפטי מאוטנר מציג פרדיגמה חדשה של מחקר והוראה, אשר בשונה מהפרדיגמה הפורמליסטית ששלטה לדבריו בבתי הספר למשפטים עד לאותה עת מתמקדת ביחסי הגומלין של המשפט עם החברה ובערכים העומדים ביסודם של הכללים המשפטיים. מאוטנר תומך בפרדיגמה החדשה, שרואה במשפט תחום אקדמי תאורטי ומקדמת עיסוק בינתחומי במשפט. לשם כך הוא יוצר הקבלה בין האקדמיה לבית המשפט: "הפורמליזם המשפטי [...] היה לא רק התפיסה המקובלת על שופטים ועורכי דין בישראל באשר לתפקידיה ולדרך פעולתה של מערכת המשפט; הוא היה גם הפרדיגמה האקדמית, שבמסגרתה ניהלה האקדמיה המשפטית של ישראל, למן שנות החמישים, את המחקר ואת ההוראה שלה".⁵ למול אלו מאוטנר מציין כי "בפסיקה של שנות השמונים ניתן למצוא שורה של דרכי הנמקה חדשות, שכולן משקפות תפיסה בלתי-פורמליסטית של המשפט, היינו, תפיסה המדגישה את השיקולים בדבר הטעמים העשויים לעמוד ביסודם של כללי המשפט...".⁶ בהקשר זה מאוטנר מדגיש כי "הפרדיגמה האקדמית הלא-פורמליסטית מציידת את מלומד המשפט בדרך הנמקה חדשה, ההנמקה השכנועית, המקובלת במסגרת מדעי הרוח והחברה".⁷ לטענת מאוטנר, שינויים אלה יקרבו את הפקולטות למשפטים למדעי הרוח והחברה ויבססו את מעמדו של המשפט כדיסציפלינה עצמאית. במקביל הם יחלישו את הקשר ההדוק ששרר עד אז בין האקדמיה המשפטית למושא המחקר שלה, בתי המשפט ועורכי הדין.⁸

הקשר חשוב נוסף לכתיבתו של מאוטנר הוא, כאמור, האמריקניזציה של המשפט הישראלי. גם כאן מאוטנר מותח קווים מקבילים בין השינויים בפסיקת בית המשפט העליון לשינויים במחקר ובהוראה בפקולטות למשפטים:

עד שנות השבעים, נהגו מלומדי המשפט של ישראל, בדרך-כלל, לשאוב את השראתם וחינוכם מן המשפט האנגלי [...] החל בשנות השבעים, העתיקו מלומדי משפט ישראליים לא-מעטים את זיקתם המקצועית לשיטת המשפט ולמוסדות החינוך המשפטי של ארצות-הברית. הפרדיגמה האקדמית השלטת זה כמה עשרות שנים במוסדות העילית של החינוך המשפטי בארצות-הברית היא היפוכה של הפרדיגמה האקדמית הפורמליסטית. עיקרה הוא תפיסה של המשפט בהקשר הערכי והחברתי שלו.⁹

⁵ שם, בעמ' 17.

⁶ שם, בעמ' 25.

⁷ שם, בעמ' 32.

⁸ שם, בעמ' 32–33.

⁹ שם, בעמ' 26.

ההיסטוריונית של המשפט, פנינה להב, מתארת את תהליך האמריקניזציה של החינוך המשפטי בישראל בשלביו הראשונים, בעיקר בפקולטה בירושלים, שאחד ממחולליה היה המרצה הצעיר אהרן ברק.¹⁰ בתל אביב בתחילת שנות התשעים היו אלו אריאל רוזן-צבי ומנחם מאוטנר שקידמו את האקדמיזציה והאמריקניזציה של החינוך המשפטי. כך, בין היתר, מאוטנר היה אחד היוזמים של תוכנית בינתחומית לתואר שני, "משפט חברה ופוליטיקה", שבה הוא לימד לצידם של רונן שמיר, גד ברזילי, וגם אני שהצטרפתי לתוכנית כמרצה טרייה בפקולטה.

ההנמקה הערכית של בית המשפט העליון עלתה בקנה אחד עם החינוך המשפטי שקידם מאוטנר. מאוטנר המוקדם תמך במהפכה שקידם בית המשפט, שביטאה לתפיסתו אימוץ של מוסד ביקורת שיפוטית אמריקאי, ושל הנמקה ערכית וליברלית המדגישה את מרחב שיקול הדעת השיפוטי, ברוח הגישה של הריאליזם המשפטי בארה"ב. מאוחר יותר החל מאוטנר לפתח ביקורת על פסיקתו של ברק, שינוי שהושפע, בין השאר, מהניתוח הסוציולוגי שהציע רונן שמיר, שחשף את ההטיות המעמדיות שהסתתרו מאחורי מושגים כמו "ציבור נאור" ו"סבירות".¹¹ חריס מציין אומנם במאמרו את ההתפתחות והשינוי שחלו בעמדות של מאוטנר בהקשר זה, אך הוא אינו מציין את ההקשר של החינוך המשפטי, שהיה לדעתי גורם מרכזי בשינוי.¹²

ב. עורמת ההיסטוריה

נקודה חשובה להבנת הביקורת העכשווית על בית המשפט אשר לא נדונה במאמרו של חריס היא עליית השפעתם של הזרמים הביקורתיים של המשפט. בקורס הליבה של תוכנית התואר השני שהזכרתי לעיל לימדנו את התאוריה הביקורתית של המשפט בגרסתה האמריקאית, גישה שהציעה ביקורת חריפה על שיח הזכויות הליברלי שבה מכיוונים של השמאל הביקורתי (critical legal studies, critical race theory and critical feminism). מאחר שתחום המחקר שלי עוסק בשואה ומשפט ובעליית הטוטליטריזם באירופה, לימדתי באותה תקופה קורסים על "משפטים פוליטיים", ובהם הצגתי גם את הגישה הביקורתית בהגותו של המשפטן הגרמני קרל שמיט ואחרים מימין-לאומני על הליברליזם. טענתי כי אנשי הביקורת המשפטית בארה"ב לוקים בעיוורון, שכן הם רואים רק את הצד המרקסיסטי של הביקורת על שיח הזכויות הליברלי. אבל לאור הניסיון ההיסטורי באירופה ראוי לקחת בחשבון כי הביקורת על הליברליזם של בית המשפט בישראל תעשה שימוש בתאוריה הביקורתית גם מצד הימין-הלאומני.¹³ במילים אחרות, האימוץ הלא-ביקורתי של תאוריות ביקורתיות אמריקאיות עלול להוביל לתוצאות בלתי צפויות בישראל. וכך אכן קרה. חריס במאמרו מיטיב לתעד את גישת הביקורת מימין על שיח הזכויות הליברלי של בית המשפט העליון בשם גישות לאומניות, ואפילו פשיסטיות. בסוף שנות התשעים, בזמן קליטתה של הגישה הביקורתית למשפט בישראל, גם האקדמיה בישראל הייתה עדיין עיוורת לאפשרויות כאלו של שימוש בנרטיב הביקורתי על המשפט הליברלי כדי לקעקע את יסודות שלטון החוק. וכך, עולה כי חלק מן האחריות לעלייתו של שיח ביקורתי פופוליסטי המשתמש בנרטיבים היסטוריים

¹⁰ Pnina Lahav, *American Moment[s]: When, How, and Why Did Israeli Law Faculties Come to Resemble Elite U.S. Law Schools?* 10 THEOR. INQ. L. 653 (2009).

¹¹ רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" **תיאוריה וביקורת** 7 5 (1994).

¹² מנחם מאוטנר "המשפט הישראלי: העשור הרביעי" **בית-המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל** 132, 137–139 (דוד חשין ואחרים עורכים, 1999).

¹³ נקודה זו חקרתי במאמר ליאורה בילסקי "אני מאשים – דרעי, משפט פוליטי וזיכרון קולקטיבי" **ש"ס – אתגר הישראליות** 279 (יואב פלד עורך, 2001).

באופן מוטא וסלקטיבי נעוץ גם בחינוך ובכתיבה המשפטית, אשר מיהרו לאמץ לחיקן את התאוריות האמריקאיות בלי להרהר בדרך שבה הן צפויות להיקלט אל המשפט והפוליטיקה בישראל.

ג. החידה – בין אקטיביזם שיפוטי לבין הנמקה ערכית

התמקדות בקונטקסט האקדמי שבמסגרתו נכתב "ירידת הפורמליזם" יכולה להיות גם מפתח לפתרון החידה אשר עולה לטענת חריס מהתזה של מאוטנר. חריס מצביע על כך שמאוטנר, ובעקבותיו חוקרים אחרים, הניחו שאותו גורם שהסביר את עליית האקטיביזם השיפוטי מסביר גם את עליית ההנמקה הערכית: היחלשותה ופגיעותה של האליטה החילונית-ליברלית לאחר המהפך הפוליטי. ואולם, לטענת חריס, קשה ליישב הסבר זה עם המעבר להנמקה ערכית-ליברלית גלויה אשר חושפת את בית המשפט לביקורת והופכת אותו לפגיע יותר בעיני מתנגדיו. במתח שבין שני הצירים הללו חריס חושף נקודת חולשה בתזה של מאוטנר. אם אכן יש להסביר את השינויים שעבר בית המשפט בשנות התשעים בחרדה של השמאל הליברלי, שהפסיד את השלטון ופנה לבית המשפט כמעוז חלופי לביצור עמדותיו, נוצרת בעיה. חרדה כזו יכולה אומנם להסביר את המעבר לאקטיביזם שיפוטי, שמאפשר לכאורה לבית משפט לפסול חוקים שהתקבלו ברוב דמוקרטי כדי להגן על שמאל שאין לו רוב בכנסת. ואולם, במקרה כזה המעבר להנמקה ערכית הוא בעייתי, שכן הוא חושף את בית המשפט לביקורת שעלולה לסכל את המהלך האקטיביסטי. לדעת חריס, הנמקה ערכית עשויה להעיד דווקא על כך שבית משפט הרגיש בטוח מספיק להציב את עמדותיו הליברליות בחזית, וזאת באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הטענה בדבר היחלשות האליטה הליברלית. ביקורת זו מתחדדת לנוכח התזה של מאוטנר כי הליברליזם של בית המשפט התקיים כבר משנות החמישים. הפורמליזם של שנות החמישים מוסבר על ידי מאוטנר לא כסימן להעדר ליברליזם, אלא בכך שבית המשפט היה אי של ליברליזם בתוך חברה קולקטיביסטית, ולכן היה צריך להסוות את הכרעותיו הערכיות. אם כך, שואל חריס, מדוע לא המשיך בית המשפט להסתתר מאחורי פורמליזם משפטי, בפרט כאשר השמאל הליברלי נמצא בחרדה מהתחזקות כוחות פוליטיים נגדיים?

חריס נתלה בסתירה שמתגלית בין שני הצירים (של האקטיביזם השיפוטי ושל ההנמקה הערכית) כדי להציע שתי אפשרויות מרכזיות: או שהניתוח של מאוטנר פשוט אינו נכון, וההנמקה הערכית מגלה בית משפט בטוח בעצמו שאינו פועל על רקע של חרדה לאליטה מאוימת, או שבית המשפט של ברק טעה, לקה ביוהרה (היבריס), ולימים גילה את טעותו. אני רוצה להציע אפשרות שלישית. כפי שצינתי, הניתוח של חריס מתחלק לשני קטבים שמעצבים את הזירה הציבורית בישראל: בית משפט מזה והפוליטיקאים מזה. חסר בו קוטב שלישי – האקדמיה והחינוך המשפטי. לא זו אף זו, ההשפעות של אמריקניזציה מהוות בניתוח של רון ציר נפרד, אבל ציר זה יכול להסביר את ההקשר שבו נכתב ספרו של מאוטנר, וגם את ההקשר של מקורות ההשפעה על פסיקתו של ברק, שבמשך שנים לימד באוניברסיטאות ייל ומישיגן, והיה מחלוצי האמריקניזציה של החינוך המשפטי בישראל. הבנת הפולמוס האקדמי ביחס לחינוך המשפטי בישראל ביחד עם האמריקניזציה שלו יכולה להסביר טוב יותר את יחסי הגומלין בין האקטיביזם השיפוטי לעליית ההנמקה הערכית. האקטיביזם השיפוטי נשען על ייבוא של ביקורת שיפוטית חוקתית שהתפתחה בארצות הברית, וההנמקה הערכית, גם היא יבוא אמריקאי, השתלבה במגמה של השתחררות מתפיסה פורמליסטית שהושפעה מהמשפט האנגלי. הנה כי כן, היה קשר עקרוני בין הופעת ההנמקה הערכית בפסיקת בית המשפט לבין האקטיביזם: שניהם הופיעו על רקע השפעה אמריקאית ושניהם השפיעו לא רק על פסיקת בית המשפט, אלא גם על השינוי שחל באותן שנים בחינוך המשפטי, שם היה

מאוטנר שחקן מרכזי. עובדה זו יכולה גם להסביר מדוע מאוטנר המוקדם לא רק תיאר את תהליכי השינוי של בית המשפט כחוקר אובייקטיבי מנותק, אלא גם תמך בהם, שכן כתיבתו הייתה חלק ממהלך של רפורמה בחינוך משפטי אשר מאוטנר היה בין מקדמיה, ואותה פסיקה ערכית של בית המשפט התאימה למסורת הליברלית-הומניסטית אשר מאוטנר ביקש לקדם בחינוך המשפטי.¹⁴

באשר לטענה כי מדובר בפוליטיזציה של האקדמיה המשפטית, בדומה למה שנטען היום תדירות על ידי המבקרים של מודל השפיטה האקטיביסטי של השופט ברק, יפים דבריו של מאוטנר, במאמר שפרסם בשנת 1998, "המשפט הסמוי מן העין":

לעתים נטען, בישראל ואף בארצות המערב, שההצעה להוסיף לפקולטות למשפטים העוסקות בהכשרתם של עורכי-דין ושופטים רכיב נוסף של פעילות, קרי: פיתוחן של תובנות אקדמיות על המשפט, הוא ניסיון ל"פוליטיזציה" של העיסוק האקדמי במשפט או מעבר מהתייחסות מקצוענית להתייחסות פוליטית למשפט. זהו טיעון כזב. ההכרעה שהתפקיד החברתי העיקרי של הפקולטות למשפטים הוא להכשיר עורכי-דין היא עצמה הכרעה פוליטית מובהקת. פירושה שיש לקבל את התוצאות החברתיות והפוליטיות של התהליכים המתקיימים במשפט באופן בלתי-ביקורתי, ושיש לעסוק בהכשרתם של עורכי-דין שיוכלו להצטרף לסדר המשפטי הקיים כמות שהוא, בלא לנסות להבין ולהעריך את המשמעויות וההשלכות של הסדר הזה, ובלא לנסות לשנותו.¹⁵

אני חושבת שזו נקודה טובה לסיים בה את תגובתי. אני מסכימה עם נקודות רבות בניתוחו של חריס, אך אני חושבת שהניתוח נכתב מנקודת מבט חיצונית, כזאת שמבקשת להציג את אידיאל הכתיבה של היסטוריון-המשפט כעומד בניגוד לשימוש פוליטי בנרטיבים היסטוריים – בבית המשפט, ועל ידי הפוליטיקאים. אני ניסיתי להפנות את הזרקור בחזרה אל האקדמיה – כדי לחשוב על השימוש בנרטיבים היסטוריים במחקרים אקדמיים. בחרתי להציג את ההקשר שבו כתב מאוטנר על בית המשפט ועל החינוך המשפטי, מעמדו של המבקר-המעורב. חשיפת ההקשר הפוליטי לא נועדה לפסול מחקר זה. להפך, כוונתי הייתה להראות שהפוליטיקה היא חלק אינטגרלי גם מהמחקר האקדמי, לרבות המחקר ההיסטורי. כתיבתו המוקדמת של מאוטנר, הגם שהיא מחויבת למחקר תאורטי בינתחומי, והגם שהיא מציעה לשחרר את האקדמיה המשפטית מכפיפותה לפרקטיקה, עדיין מחויבת לרפורמה בחינוך המשפטי לאור הפרויקט הנורמטיבי של דמוקרטיה ליברלית. גם מאמרו של חריס, המתערב בשיח הפוליטי המתלהם, מחויב לאותו פרויקט עצמו בבחירת נושא מאמרו ובתכנון. לכן חשוב היום, אולי יותר מתמיד, להשתחרר מהדיכוטומיה המטעה בין משפט לפוליטיקה, או בין אקדמיה לפוליטיקה – כדי להצביע על הדרך שבה ההנחות הפוליטיות מעצבות את החשיבה המשפטית, ובמקום לחפש את הניתוק המוחלט בין אקדמיה לפרקטיקה, או בין אקדמיה לפוליטיקה – יש לחשוף את המתח הפורה ביניהם.

¹⁴ ראו למשל מאוטנר על החינוך המשפטי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 5–6.

¹⁵ מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים 16, 45, 60 (1998).