

העצה של פרנקפורטר

מנחם מאוטנר*

בשנת 1954 כתב השופט פרנקפורטר לילד בן שתיים עשרה כי הדרך הטובה ביותר שבה יוכל להכשיר עצמו לעסוק במשפט היא הדרך של קריאה נרחבת. כיצד ניתן להצדיק את הצורך של משפטנים בקריאה נרחבת של ספרות וספרי היסטוריה ובצפייה במחזות ובקולנוע? הצדקה אחת היא הצורך של משפטנים בידע רב על אודות בני האדם ועל אודות התחומים הרבים שבני האדם פעילים בהם. הצדקה שנייה היא הצורך של משפטנים להתנסות התנסות איכותית בתהליכים אינטלקטואליים של שיפוט. הצדקה שלישית היא הצורך לפתח את הרגישות האנושית של המשפטנים, ואולם כנגד שתי ההצדקות האחרונות ניתן לטעון כי אם אכן פעילות בתחום המשפט מחייבת שימוש ביכולות השיפוט, ואם אכן פעילות בתחום המשפט מחייבת רגישות אנושית, הרי משפטנים אינם זקוקים לספרות ולהיסטוריה כדי לטפח אצלם את שתי המידות האלה: להיות משפטן פירושו להידרש רגע־רגע לסיפורים אנושיים מסוג הסיפורים שאנו קוראים עליהם בספרות ובספרי ההיסטוריה וצופים בהם במחזות ובקולנוע. קריאה וצפייה אלה אינן מוסיפות אפוא על סיפורים שלקוחות מספרים לעורכי דין, ועל סיפורים שתובעים, נתבעים ועדים מספרים לשופטים. מהו אם כן הערך בכך שמשפטנים פעילים יקראו ספרות וספרי היסטוריה ויצפו במחזות ובסרטים? התשובה על שאלה זו טמונה ברזון של המשפט. מי שחי בעולם המשפט, ומתרגל לחשוב על שאלות אנושיות וחברתיות רק באמצעות החומרים של המשפט, מפתח תפיסה רזה ודלה של הקיום האנושי. קיים פער נורא בין המורכבות של הקיום האנושי ועושר המשמעות של חיי בני האדם ובין היכולת של המשפט לתפוס את הקיום האנושי ולתת משמעות לקיום האנושי. קריאה של ספרות וספרי היסטוריה

* פרופסור מן המניין, מופקד על הקתדרה לחקר המשפט והתרבות, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב.

וצפייה במחזות ובסרטים השוכות למשפטנים כדי לשוב ולהזכיר להם שהמצבים האנושיים שהם עוסקים בהם מורכבים הרבה יותר ממה שניתן להעלות על הדעת באמצעות החשיבה המקובלת במשפט. ההמלצה למשפטנים לעסוק בקריאה ובצפייה כאמור היא אפוא חתרנית: היא קריאה למשפטנים להתור תחת ההיגיון העמוק של המשפט, כדי להפוך את המשפט ל"אנושי" יותר ול"משפטי" פחות, ולגרום, ככל הניתן, לסגירת הפער שבין המשפט לאדם. המאמר מסתיים בנוסח חלופי למכתב שכתב השופט, נוסח המדגיש את חוסר הצדק הקיים בחברה; את התפקיד שהמשפט ממלא בכינון ובשימור חוסר הצדק הזה; וגם את האפשרות להשתמש במשפט כדי לצמצם את חוסר הצדק הזה.

א. המשפט והצורך בהשכלה רחבה. ב. הפעלת שיקול הדעת בתחום המשפט – הספרות, ספרי ההיסטוריה, מחזות וסרטים באמצעי ל"שבול" יכולות השיפוט. ג. המשפט והצורך ברגישות אנושית. ד. רוזן המשפט – הספרות וספרי ההיסטוריה ב"תזכורת". ה. רוזן השוק – הספרות, ההיסטוריה, המחזאות והקולנוע ב"תזכורת":
 1. הקפיטליזם והתפיסה הרווה של האדם; 2. הניתוח הכלכלי של המשפט והתפיסה הרווה של האדם. 1. דוגמה – המחזות של חנוך לוין. 2. אדם בתוך חברה.

בשנת 1954 כתב פול קלאוזון, ילד בן שתיים עשרה ממדינת וירג'יניה, מכתב לשופט בית המשפט העליון של ארצות הברית, פליקס פרנקפורטר. פול כתב כי הוא מייעד עצמו לקריירה בתחום המשפט. לפיכך ביקש מהשופט פרנקפורטר עצה באשר לדרך שבה יוכל להכין עצמו לקראת לימודי המשפטים, כבר בעודו תלמיד בכיתות הנמוכות של בית הספר התיכון. השופט פרנקפורטר השיב כך:

פול היקר, אין אדם יכול להיחשב למשפטן ראוי לשמו אם אינו אדם משכיל. לו אני תחתך, הייתי משכיח מלבי כל מחשבה על אודות ההכנה הטכנית לעיסוק במשפט. הדרך הטובה ביותר להתכונן לכך היא להגיע ללימודי המשפט כאדם שבילה את זמנו בקריאה נרחבת. בדרך זו יכול אדם לרכוש לעצמו יכולת הבעה בשפה האנגלית, בכתב ובעל פה, וכן לפתח יכולת מחשבה בהירה, שרק חינוך ליברלי של ממש יכול להקנות. חשוב לא פחות עבור המשפטן הוא הטיפוח של יכולת הדמיון באמצעות קריאה של שירה, התבוננות ביצירות אמנות גדולות, במקור או ברפרודוקציה, והאזנה למוזיקה גדולה. מלא את מוחך בחומרים רבים של קריאה טובה, הרחב והעמק ככל האפשר את רגישויותיך ואת הכרתך

באשר לגפלאות המסתורין של היקום, ושכח הכול על אודות הקריירה
העתידיה שלך.¹

כיצד ניתן להצדיק את העצה של השופט פרנקפורטר? בשורות הבאות אציע חמש הצדקות
לעצה. אציע גם מכתב חלופי שאותו ניתן היה לשלוח לילד פול.

א. המשפט והצורך בהשכלה רחבה

משפטנים (עורכי דין, שופטים, מלומדי משפט אקדמאים)² עוסקים בבני אדם ובכל תחומי
החיים שבני אדם פעילים בהם. משפטנים עוסקים בעניינים מגוונים הקשורים למשפחה
(צוואות, חוזה נישואין, חוזה גירושין); בתאונות הרבות לסוגיהן שבני אדם גורמים ובני
אדם אחרים נקלעים אליהן; בחוזים המגוונים שבני אדם מתקשרים בהם; בנכסים הרבים
(המוחשיים והבלתי מוחשיים) שבני אדם רוכשים בהם זכויות מסוגים שונים; במגוון
המעשים הפליליים שבני אדם עושים; בנושאים חוקתיים רבים ומורכבים; בהתאגדויות
השונות שבני אדם מתאגדים בהן (חברות, שותפויות, עמותות, אגודות שיתופיות,
מפלגות); בעניינים כלכליים מגוונים; בסחר הבינלאומי; במימון עסקאות; ביחסים
הבינלאומיים; בענייניהן של רשויות מוניציפליות; בעניינים של תכנון ובנייה; בענייני
הגנת הסביבה ועוד ועוד.

לפיכך כאשר פרנקפורטר כותב כי "אין אדם יכול להיחשב למשפטן ראוי לשמו אם אינו
אדם משכיל", וכי "קריאה נרחבת" היא ההכנה הטובה ביותר לקראת לימודי המשפטים, יש
בדברים מידה רבה של צדק. משפטנים נדרשים לידע רב על אודות בני האדם ועל אודות
התחומים הרבים שבני האדם פעילים בהם.³ קריאה נרחבת היא הדרך לרכישת ידע זה.

ב. הפעלת שיקול הדעת בתחום המשפט – הכפרות, ספרי ההיסטוריה, מחזות וסרטים כאמצעי ל"שכלול" יכולות השיפוט

במקרים לא מעטים משפטנים מחילים תכנים קיימים של המשפט (כלל, פרוצדורה,
תקדים משפטי) על המקרה שבו הם עוסקים, אבל פעילותם של משפטנים היא לעתים
מורכבת ותובענית הרבה יותר. במקרים רבים משפטנים מעורבים בתהליכי קבלת

1. Felix Frankfurter, *Of Law and Men* (Philip Elman — ed., 1956) p. 103 (בתרגום המחבר).

ראו גם: יעקב אבי ברוך טירקל, "הרהורים על הומניזם ועל דמותו של המשפטן", הפרקליט
מאג) (תשנ"ד) 458.

2. למותר לציין כי נקיטת לשון זכר, יחיד או רבים, במילה "משפטן" ובהקשרים נוספים נעשתה
לצורכי נוחות בלבד וגם לשון נקבה במשמע.

3. לפיתוח נרחב של טיעון זה, ראו: מנחם מאוטנר, על החינוך המשפטי (רמות - אוניברסיטת
תל-אביב, תשס"ב).

החלטות הקרובים לדגם התבונה המעשית, הנזקף לאריסטו:⁴ איתור של ממדים עובדתיים רלוונטיים; איתור של שיקולים נורמטיביים רלוונטיים; דירוג של השיקולים הנורמטיביים על פי המשקל היחסי הראוי להינתן לכל אחד מהם; ניבוי של התוצאות האפשריות של החלטות פוטנציאליות כאופציות להכרעה במקרה; קביעת המשמעות הנורמטיבית הכוללת של המקרה.⁵ מקובל לומר כי המידה הטובה האנושית שתהליכים אלה של קבלת החלטות מצריכים היא יכולת שיפוט.

בני אדם נבדלים אלו מאלו ביכולות השיפוט שלהם: ישנם בני אדם שיכולת השיפוט שלהם "טובה" יותר משל בני אדם אחרים. האם ניתן לשפר את יכולות השיפוט של בני אדם? קשה לשפר את יכולות השיפוט באמצעות לימוד. שיפור יכולות השיפוט נרכש בדרך של התנסות: אדם הנתון שוב ושוב בתהליכי קבלת החלטות המחייבים שיפוט עשוי להבין בצורה טובה יותר את המורכבות של התהליכים האלה וללמוד מניסיונו שלו כיצד לקבל החלטות "ראויות".

בקרב חוקרים העוסקים בקשר שבין המשפט לספרות מקובלת הקלישאה שבני אדם יכולים להתנסות בתהליכים המחייבים שיפוט באמצעות קריאת ספרות, ובאמצעות צפייה במחזות ובסרטים.⁶ לרשימה זו יש להוסיף גם את קריאת ספרי ההיסטוריה.⁷ אכן, קריאה וצפייה כאלה

4. Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideas of the Legal Profession* (1993); Anthony T. Kronman, "Alexander Bickel's Philosophy of Prudence", 94 *Yale Law Journal* (1985) 1567; Anthony T. Kronman, "Living in the Law", 54 *University of Chicago Law Review* (1987) 835; Anthony T. Kronman, "Practical Wisdom and Professional Character", *Philosophy and Law* (Jules Coleman and Ellen Frankel Paul — eds., 1987) p. 203; Daniel A. Farber and Philip P. Frickey, "Practical Reason and the First Amendment", 34 *UCLA Law Review* (1987) 1615; Daniel A. Farber, "Legal Pragmatism and the Constitution", 72 *Minnesota Law Review* (1988) 1331; Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy* (1989) chapter 2; Thomas Grey, "What Good is Legal Pragmatism", *Pragmatism in Law and Society* (Michael Brint and William Weaver — eds., 1991) 9; מאוטנר (לעיל, הערה 3) בעמ' 58-68; מנחם מאוטנר, "שכל ישר, לגיטימציה, כפיה: על שופטים כמספרי סיפורים", *פליליה* ז (תשנ"ט) 11, בעמ' 51-54. ראו גם: Martha C. Nussbaum, *The Fragility of Goodness: Luck and*
5. עם זאת, אני סבור כי הצגתם של שופטים כמי שמעורבים בהליכים של תבונה מעשית מחייבת שורה של סיוגים חמורים. לדיון, ראו: מאוטנר (לעיל, הערה 4) בעמ' 54.
6. מרתה ק. נוסבאום, *צדק פואטי – הדמיון הספרותי והחיים הציבוריים* (מיכאל שקודניקוב – מתרגם, אוניברסיטת היפה – ספרית מעריב, תשס"ד); צחי זמיר, "אתיקה, ספרות, משפט", שם, בעמ' 153; אמנון רייכמן, "משפט, ספרות ואמפתיה: בין השעיית השיפוט להשהייתו", שם, בעמ' 161, 170-171; שולמית אלמוג, "חירות המשוררים – הדמיון הספרותי ותפישת

כרוכות בשימוש ממושך בכושר השיפוט: הקורא והצופה אינם יכולים שלא לשאול עצמם רגע-דגזע אם הם "מקבלים" את האופן שבו פועלות הדמויות, וכיצד היו הם פועלים, לו היו במקומן. ומכיוון שחוויות של קריאה וצפייה כאלה כרוכות בדרך כלל במעורבות רגשית של הקורא והצופה, הן גורמות לו להיות מעורב מאוד בתהליכי השיפוט שהוא נתון בהם. יתר על כן, כפי שהראה מרסל פרוסט בנוגע לחוויית הקריאה⁸ – קריאה וצפייה כאלה מתקיימות

האני", שם, בעמ' 181, 188. James Boyd White, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric*, 188, 181, 188. and *Poetics of the Law* (1985); James Boyd White, *Justice as Translation* (1990)

נוסבאום רואה את הקולנוע והספרות כמקשה אחת: "...בסרטי קולנוע מסוימים טמונה היכולת להניב תרומות דומות לאלו שאני מייחסת לרומן [...] בתרבותנו החליף הקולנוע במידה מסוימת את הרומן כמדיום נרטיבי מרכזי, רציני מבחינה מוסרית ועם זאת בעל כוח משיכה פופולרי [...] גם סרטים עשויים לתרום לחיים הציבוריים בדרכים דומות [לאלו של הרומן – מ"מ]"; נוסבאום, בעמ' 26. מעניין לזכור בהקשר זה בסרטו של הבמאי הדגול ברנרדו ברטולוצ'י, *החולמים* (2003). הסרט עוסק במפגש של אח ואחות, תאומים בני תשע עשרה, עם סטודנט אמריקני בן גילם, בפריז של שנת 1968. כל השלושה הם אוהבי קולנוע מושבעים. הם מבליים כל רגע פנוי בצפייה בסרטים. הם חוזרים בחיי היומיום שלהם על שורות מסרטים. הם משחזרים בחיי היומיום שלהם סצנות מסרטים. במרכז הדירה שבה מתרחשת מרבית עלילת הסרט – דירת הוריהם של התאומים – נמצא חדר ספרייה גדוש ספרים. שלושת גיבורי הסרט חולפים לעתים על פני הספרים האלה, אבל הם אינם מתעכבים לצדם אפילו פעם אחת. בנוסף, מלבד תמונה קצרה אחת שבה נראית גיבורת הסרט מחזיקה בידה ספר, ומלבד סצנה אחת שבה ספר משמש משענת לראשו של הסטודנט האמריקני, כשהוא מבקש להשתרע על הרצפה, לספרים אין נוכחות בסרט. התנהגותם של שלושת גיבורי הסרט אינפנטילית, ולעתים אפילו אכזרית. מחוץ לדירה מתחולל ברחובות פריז "מרד הסטודנטים" של אביב 1968. מדי פעם הצעירים דנים באירועים, אבל היכולת שלהם לפרש את המציאות הפוליטית וההברתית היא שטחית ומשתמשת בסממאות. אבי התאומים הוא משורר ואולם בנו מתייחס אליו בביטול. האם ברטולוצ'י מבקש לומר לנו שהמעבר בתרבות שלנו מקריאת ספרים לצפייה בסרטים הוא מעבר לעידן של אינפנטיליות, שטחיות, חזרה על סממאות?

7. אני חולק על דעתה של מרתה נוסבאום שאינה מעניקה חשיבות דומה ללימוד ההיסטוריה, וזאת מהטעם "...שההיסטוריה פשוט מראה לנו 'מה שקרה', ואילו יצירות ספרות מראות לנו 'מה שעשוי לקרות' בחיי האדם". נוסבאום (לעיל, הערה 6) בעמ' 24-25. נוסבאום תופסת את הכתיבה ההיסטורית תפיסה מיושנת וצרה. טיעון מפורסם של Hayden White ושל Dominik LaCapra הוא למשל, שלכתיבה ההיסטורית ולכתיבה הספרותית יש הרבה מן המשותף. ראו: Peter Novick, *That Noble Dream: The "Objectivity Question" and the American Historical Profession* (1988) p. 599; Lloyd S. Kramer, "Literature, Criticism, and Historical Imagination: The Literary Challenge of Hayden White and Dominik LaCapra", *The New Cultural History* (Lynn Hunt — ed., 1989) 97.
8. מרסל פרוסט, על הקריאה (ארוה טיר-אפלרויט – מתרגמת, כרמל, תשס"ג) בעמ' 63-64:

כשהאדם שרוי בבדידות, בינו לבין עצמו, והן מעמידות אפוא את האדם בפני הצורך לפתח ולחדד את התובנות שלו בעצמו, מתוכו, כשהוא משוחרר מהלחץ ומההשפעה של בני אדם אחרים, וכשהוא אינו מסוגל לחקות ולאמץ את תובנותיהם של בני אדם אחרים.⁹ אכן, הדמיון בין השיפוט בספרות ובין השיפוט במשפט בא לידי ביטוי גם בדמיון המבני שבין הרומן – הטקסט הספרותי הדומיננטי בשתי המאות האחרונות – ובין פסק הדין – הטקסט המרכזי של המשפט: הסדר מופרע (בספרות) – בעקבות רצח, מלחמה, התאהבות, מחלה, הגעתו של אדם זר, ירידה מנכסים; במשפט – בעקבות מעשה פלילי, הפרת חוזה, מעשה נזיקין, פגיעה של המדינה בזכויות; נוצר מצב של משבר; המשבר מיושב; הסדר הראשוני מושב על כנו.¹⁰

ג. המשפט והצורך ברגישות אנושית

לפעול בתחום המשפט פירושו להתערב התערבות של ממש בחייהם של בני אדם אחרים. עורכי דין עושים זאת כאשר הם יועצים ללקוחותיהם וכאשר הם פועלים בענייניהם של לקוחותיהם. בהקשר זה כדאי לשים לב לנקודה סמנטית. אנו רגילים לכנות משפטים מעשיים בכינוי "עורך דין", ואולם במקרים רבים השימוש בכינוי זה מטעה. במקרים רבים הכינוי הנכון של תפקיד המשפטן המעשי הוא הכינוי "יועץ" – "יועץ משפטי", היינו מי שיועץ ללקוח באשר למשמעויות המשפטיות של אירועים ובעיות. וייתכן אף שניתן לומר יותר מזה: מהבחינה הכרונולוגית משפטן מעשי משמש קודם כול כיועץ משפטי, ולעתים, לאחר שנתן ייעוץ משפטי, הוא מתפקד גם כעורך דין של לקוחו, היינו כמי שעושה עבורו פעולות בתחום המשפט.

שופטים מתערבים התערבות של ממש בחייהם של בני אדם אחרים כאשר הם קובעים מה יקרה בחייהם של המתדיינים לפניהם. רק לרופאים אנו מקנים כוח רב יותר להתערב בחייהם של בני אדם אחרים.

"...בניגוד לשיחה, הקריאה, עבור כל אחד מאתנו, היא אמנם בעיקרה קבלת תמסורת מחשיבה שונה משלנו, אך קבלה זו מתרחשת כשאנו מצויים לבדנו, כלומר בעודנו נהנים מן הכושר האינטלקטואלי שיש לנו בבדידותנו – כושר שהשיחה מפורת אותו בן-רגע – בעודנו מסוגלים לשאוב השראה, לשקוע כליל בעבודה פורה של שכלנו עם עצמו". לעיון נוסף, ראו: שם, בעמ' 89-90.

9. ועם זאת, מובן שאין קריאה המתקיימת "בבדידות": "הפקת" המשמעות של תוכן הקריאה נעשית תמיד באמצעות תוכני התרבות שבה היא הקורא ואשר עיצבו את תודעתו וכוננו את "האופקים" שבאמצעותם הוא קולט את העולם ונותן לו משמעות. ראו גם להלן.

10. על מאפייניו אלה של הרומן, ראו: Catherine Belsey, *Critical Practice* (1980) p. 70. ראו גם דבריה שלי: Martha Minow, "Storytelling Offers Real Continuities with Common-Law Reasoning", *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law* (Peter Brooks and Paul Gewirtz – eds., 1996) p. 25.

מכיוון שקבלת החלטות במשפט כרוכה במקרים רבים בשיקול דעת, הרי כפי שכתבו רבים,¹¹ תהליכי קבלת ההחלטות במשפט תלויים בעיקר במחליט: בערכיו, בניסיון החיים שלו, בנטיית האופי שלו, ביצירתיות שלו – במילה אחת, באישיותו. בתחום המשפט אישיותו של אדם אחד מתערבת אפוא (לעתים התערבות של ממש) בחייו של אדם אחר. מכיוון שמשפטנים הם בני אדם המתערבים בחייהם של בני אדם אחרים, נתבעת מהם אותה מידה תמקמה שניתן לכנותה "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).

יתר על כן, ממשפטנים נתבעת רגישות אנושית משום שבמקרים לא מעטים הם נקראים להתערב בחייהם של בני אדם הנתונים בצרה והזקוקים לעזרה: אדם הגעצר על ידי המשטרה, אדם המועמד לדין פלילי, אדם שנישואיו קרסו, אדם שנפגע בתאונה, אדם שנפל קורבן להפרת תווה, אדם שפוטר מעבודתו, אדם שרכושו הופקע, אדם שנשלל ממנו רישיון. שופטים עוסקים כל העת בבני אדם הנתונים בצרה.

לא ניתן לרכוש רגישות אנושית. רגישות אנושית היא תכונה שנוולדים עמה. ועם זאת, קריאת ספרות, מחזות ושירה; קריאת ספרי היסטוריה; צפייה במחזות ובסרטים – עשויים לחדד את הרגישות האנושית. החוויות של קריאה וצפייה אלה מגלות את המורכבות של תופעת האדם ואת המורכבות והגיוון של המצבים האישיים והחברתיים שבני אדם נתונים בהם. החוויות של קריאה וצפייה אלה מחייכות מאמץ להבין את הקורה בחייהם של בני אדם, לפענח את המניעים שבגללם פועלים בני אדם, להזדהות עם מה שקורה בחייהם של בני אדם. החוויות של קריאה וצפייה אלה מלמדות על האקראיות הקיימת בחייהם של בני האדם ועל הפתיחות (חוסר הדטרמיניזם) של הקיום האנושי. ומכיוון שהחוויות קריאה וצפייה אלה כרוכות לעתים במעורבותו הרגשית של הקורא והצופה, הן גורמות לו להיות מעורב מאוד במאמץ לפענח את המסתורין של האדם, הכרוך בקריאה ובצפייה האלה.¹²

11. להפניות ודיון, ראו: מנחם מאוטנר, "על אייהוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה", משפט וזממזל ט(1) (תשס"ו) 223, בעמ' 228-235.

12. Richard Rorty כותב דברים דומים על תפקידיהם של הספרות, הקולנוע והטלוויזיה כמכשירים לפיתוחה של סולידריות אנושית וליצירת שינוי מוסרי. Richard Rorty, *Coningency, Irony and Solidarity* (1989) xvi

גם קריאה ולימוד של תכנים הלקוחים מתחומי מדעי החברה, כגון אנתרופולוגיה, סוציולוגיה ופסיכולוגיה, עשויים לשמש במידת מה לצורך חידוד הרגישות האנושית, ואולם טקסטים של ספרות, היסטוריה, מחזאות וקולנוע הם – במיטבם – טקסטים מורכבים, המחייבים קליטת תכנים מתוך מעורבות אינטלקטואלית פעילה של הקורא והצופה ומתוך מעורבות רגשית של

ד. רזון המשפט – הספרות וספויי ההיסטוריה ב"תזכורת"

כנגד הדברים שהובאו בפסקאות הקודמות ניתן לטעון את הטעון הזה: אם אכן פעילות בתחום המשפט מחייבת שימוש ביכולות שיפוט, ואם אכן פעילות בתחום המשפט מחייבת רגישות אנושית, הרי משפטנים אינם זקוקים לספרות ולספרי היסטוריה כדי לטפח אצלם את שתי המידות האלה: להיות משפטן פירושו להידרש רגעי-רגע לסיפורים אנושיים מסוג הסיפורים שעליהם אנו קוראים בספרות ובספרי ההיסטוריה וצופים במחזות ובקולנוע. קריאה של ספרות וספרי היסטוריה וצפייה במחזות ובקולנוע אינן מוסיפות אפוא על קריאתם של סיפורים שאותם לקוחות מספרים לעורכי דין, ועל סיפורים שאותם תובעים, נתבעים ועדים מספרים לשופטים. יתר על כן, מכיוון שהסיפורים של המשפט הם סיפורים שגיבוריהם הם בני אדם אמיתיים, בשר ודם, ומכיוון שהמעורבות של המשפטנים בסיפורים האלה היא פעילה, הרי המעורבות האמוציונלית של המשפטנים בסיפורים האלה היא אינטנסיבית, כלומר אין בסיפורים של המשפט עצמו כדי לטפח אצל המשפטנים יכולות שיפוט וכדי לחדד את הרגישות האנושית של המשפטנים.

בדברים האלה יש הרבה מן האמת. אכן, ברוח הדברים האלה הראו מלומדי "משפט וספרות" כי הגבולות בין המשפט לספרות – מטושטשים. דילמות משפטיות רבות מועלות ונדונות בספרות, ודילמות נורמטיביות רבות המועלות בספרות, מועלות ונדונות במשפט.

בהמשך לקו החשיבה האמור, ניתן לקרוא את העצה שנתן השופט פרנקפורטר לילד פול קלאוזן באופן הזה: כל עוד אתה צעיר מכדי ללמוד בפקולטה למשפטים, הרי כדי להתנסות בחוויות אינטלקטואליות ורגשיות מסוג החוויות שבהן מתנסים משפטנים – השקע עצמך בקריאת ספרות והיסטוריה. אם תנהג כך, כי אז כשתגיע ללימודי המשפטים ולעיסוק המעשי במשפט, כבר תהיה מחונן ביכולות שיפוט וברגישות אנושית מפותחות יותר הנדרשות לפעולה במשפט.

קריאה כזו של העצה של פרנקפורטר מייחדת אפוא את העצה למי שאינו משפטן, אך מייעד עצמו לעיסוק במשפט. אילו מביקש העצה היה משפטן פעיל, ניתן לטעון, חשיבות העצה של פרנקפורטר הייתה יורדת ירידה ניכרת: רצוי כמוזבן שמשפטנים יקראו ספרות וספרי היסטוריה ויצפו במחזות ובקולנוע, ואולם אין בכך הכרח – חיי היומיום בתחום המשפט מזמנים רצף בלתי פוסק של חוויות אינטלקטואליות ורגשיות מסוג החוויות הכרוכות בקריאה ובצפייה כאמור.

מהו אפוא הערך שבקריאת ספרות וספרי היסטוריה ובצפייה במחזות ובסרטים למשפטנים פעילים? התשובה על שאלה זו טמונה ברזון של המשפט. מי שפועל בתחום המשפט, ומתרגל לחשוב על שאלות אנושיות וחברתיות רק באמצעות החומרים של המשפט, מפתח תפיסה רזה ודלה של הקיום האנושי:

הקורא והצופה – מאפיינים ההופכים את הטקסטים האלה לבעלי ערך ייחודי לצורך פיתוחה של רגישות אנושית.

א. רצון חופשי: ההנחה המרכזית שביסוד המשפט המודרני (כחלק מרכיב מרכזי של התודעה במודרנה)¹³ היא שבני אדם פועלים מתוך רצון חופשי, הנסמך על מידע ראוי ועל שקילה נאותה של חלופות, ושבני האדם שולטים במידה מכרעת בגורל החיים שלהם. ואולם, אף כי בדרך כלל קיים רצון חופשי ביסוד פעולותיהם של בני האדם, דרגת החופש המאפיינת את בחירותיהם של בני האדם נמוכה בהרבה מזו שאותה מניח המשפט. הבחירות של בני האדם מעוצבות במידה מכרעת על ידי התרבות שבה הם חיים ועל ידי נסיבות חיים שאין הם שולטים בהן, והאיכות של החלטות רבות שבני האדם מקבלים בנוגע לחייהם – נמוכה.

ב. רלוונטיות: למשפט קונבנציות עשירות (סמויות, לא מפורשות) הקובעות אילו מכל רכיביו של סיפור אנושי ייחשבו רלוונטיים לצורך החשיבה על הסיפור בגדר המשפט. על פי הקונבנציות האלה, רכיבים רבים בכל סיפור אנושי המובא למשפט (רוב הרכיבים) נחשבים בלתי רלוונטיים. במשפט לא רלוונטי מה הייתה הסיבה להפרת חוזה (היקלעות למשבר כלכלי או רצון לנצל הזדמנות להגדלת העושר); מה היו התנאים שבהם גדל מי שעשה מעשה פלילי; מה יהיו ההשפעות של כליאת אדם על בני משפחתו; האם מי שגרם לתאונת דרכים מיהר לצפות בקרב אגרוף או בקונצרט של מוזיקה קאמרית; מי השפיע על אדם או יעץ לאדם לפעול כפי שפעל ועוד ועוד. להיות משפטן פירושו אפוא להתרגל, בבחינת טבע שני, לסלק מהדיון רכיבים רבים של כל סיפור אנושי, ולרדד כל סיפור כזה למספר מצומצם בלבד של רכיבים.

ג. האחרת: החשיבה המשפטית מושתתת על מיון סיפורים אנושיים לקטגוריות משפטיות (כדי להחיל על הסיפורים את הפתרונות המצויים בקטגוריות). הסיפורים האנושיים המובאים למשפט הם רבים ומגוונים מאין כמותם, ואילו מספרן של הקטגוריות המשפטיות – מצומצם.¹⁴ לפעול בתחום המשפט פירושו אפוא להיות מועד לאובדן הרגישות לגיוון העצום של המצבים האנושיים ולייחוד של כל מקרה אנושי.

ד. לוגיקה רדודה: מטעמים של חיסכון במשאבים, המשפט מושתת על הנחת התקיימותם של מצבים עובדתיים מורכבים בעולם באמצעות איתור התקיימותו של רכיב עובדתי אחד שלהם (proxy), "שזל" יותר לאתרו. המשפט מניח, למשל, שכל מי שגילו גבוה מגיל מסוים הוא בעל כישורים אינטלקטואליים ונפשיים המאפשרים לו לדאוג לענייניו כהלכה.

13. Anthony T. Kronman, "Amor Fati (The Love of Fate)", 45 *University of Toronto Law Journal* (1995) 163; Michael Luntley, *Reason, Truth and Self: The Postmodern Reconditioned* (1995).

14. קרל לואלין הטיף לכך שהמשפט "יחשוב" על מצבים עובדתיים באמצעות קטגוריות צרות. לואלין צדק בכך: פעולה בתחום המשפט באמצעות קטגוריות צרות מאפשרת פיתוח פתרונות נורמטיביים "נכונים" למספר גדול יותר של מצבים עובדתיים. אבל אפילו לואלין הבין שאין להתור לכך שכל מקרה הנדון במשפט יוכה לפתרון משפטי ייחודי, המתאים לעובדותיו הייחודיות. לואלין הכין שבתחום המשפט יש לחשוב באמצעות סיווג מקרים בעלי רכיבים עובדתיים דומים לקטגוריה אחת. לדיון, ראו: מנחם מאוטנר, "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל", *עיוני משפט* כט(1) (תשס"ה) 17, בעמ' 71-72.

המשפט מניח שמי שחתם על מסמך, היה מודע לתוכנו, הבין את תוכנו והסכים לתוכנו. המשפט מניח שאם מוצר גרם נזק גוף לאדם, יצרן המוצר התרשל בייצורו.

ה. **בינאריות**: החשיבה המשפטית היא בינארית: או "אשם" או "זכאי"; או "אחראי" או "פטור מאחריות"; או "מפר" או "לא-מפר",¹⁵ ואולם המציאות האנושית מורכבת הרבה יותר. המצב האנושי האופייני הוא היברידי: נמצא, בשיעורים שונים, משני צדיו של הקו המבחין בין קטגוריות.¹⁶

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

15. שופטים מרכיבים ככל הנראה את הבינאריות של החשיבה המשפטית כאשר הם קוצבים סעדים או מטילים עונשים, בעקבות הכרעותיהם המהותיות. במשפט מתפתחים לעתים גם מנגנונים המביאים לידי ריכוך הבינאריות של המשפט. ראו, למשל: סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118; ע"א 3912/90, *Eximine S.A.*, תאגיד בלג'י נ' מקסטיל והנעלה איטל סטיל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64.
16. בע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281 מתוארת השתלשלות עניינים שבמהלכה כרתה הגב' רבינאי חוזה למכירת מגרש שבבעלותה. השופט ברק כותב: "אמת הדבר, בטרם התמה המערערת על זכרון הדברים היא היססה, וזמן קצר לאחר מכן היא אף התחרטה. אך אין באלה כדי לשלול את מסקנתו של בית המשפט קמא כי בשעת ההתיימה של זכרון הדברים התגבש אצלה ואצל המשיב הרצון ליצור קשר משפטי מחייב", שם, בעמ' 289. כלומר מהבחינה המשפטית העניין הרלוונטי הוא שהתקיים רגע אחד שבו הגב' רבינאי "הסכימה". ואולם מי שיקרא את תיק בית המשפט יגלה שגם ברגע הזה עצמו נעה הגב' רבינאי בין "היססה" לבין "התחרטה", היינו גם כאשר חתמה על זכרון הדברים, הסכמתה הייתה רוויה היסוסים וספקות. פסק הדין מתעלם ממורכבות מצבה של הגב' רבינאי, משום שהמשפט מסוגל לחשוב על אדם במצבה באופן בינארי, היינו או כמי שהסכים או כמי שלא הסכים. את המורכבות הזו שבמצבו של המסכים ניתן לאתר בספרות. לדוגמה, במחזהו של חנוך לוין, "סוחרי הגומי", מפותה גבר על ידי אישה, שאחריה הוא מחזר, למסור לה המחאה המגלמת את כל הסכנות חייו. ההמחאה נמסרת. לכאורה התקיימה כאן הסכמה. ראו גם: סעיף 2 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968, ס"ח 102, ואולם הצופים במחזה אינם יכולים שלא להבין שהסכמה זו רעועה, משום שהיא התקיימה ברגע שבו המוסר היה אכול ספקות והיסוסים. חנוך לוין, "סוחרי גומי", סוחרי גומי ואחרים (הקיבוץ המאוחד, תשמ"ח) 169, תמונה 13, בעמ' 224-231.

מנקודת מבט זו, קריאה של ספרות וספרי היסטוריה וצפייה במחזות ובסרטים על ידי משפטנים פעילים נחוצות לא כדי לשכלל את יכולות השיפוט ואת הרגישות האנושית של המשפטנים; הקריאה והצפייה חשובות כדי להזכיר למשפטנים שהמצבים האנושיים שהם עוסקים בהם הם מורכבים הרבה יותר ממה שניתן להעלות על הדעת לפי החשיבה המקובלת בתחום המשפט. ההמלצה למשפטנים לעסוק בקריאה של ספרות וספרי היסטוריה ולצפות במחזות ובסרטים היא אפוא קריאה למשפטנים לשאוף, ככל שיוכלו, לגשר על הפער שבין המורכבות והעושר של הקיום האנושי ובין הדרך הרזה והפשטנית שבה תופס המשפט את הקיום האנושי. המלצה זו היא אפוא חתרנית: היא קוראת למשפטנים להתור תחת ההיגיון העמוק של המשפט, כדי להפוך את המשפט ל"אנושי" יותר ול"משפטי" פחות, ולגרום, ככל הניתן, לסגירת הפער שבין המשפט לחיי האדם.¹⁷

ה. רוזן השוק – הספרות, ההיסטוריה, המחזאות והקולנוע כ"תזכורת"

1. הקפיטליזם והתפיסה הרזה של האדם

לצד מוסדות המדינה, השיטה הכלכלית הקפיטליסטית היא מקור ראשון במעלה לייצור ולהפצה של תכנים תרבותיים. הטלוויזיה, הרדיו, העיתונות והקולנוע מזרימים אלינו רגע רגע מסרים תרבותיים המשקפים את עיקרי השיטה. המסרים האלה מקבעים בתודעתנו תפיסה מוגדרת של קיום אנושי, ותפיסה מוגדרת של התייחסות לבני אדם. המסרים האלה מכוננים בחיינו צורות מוגדרות של התנהגות כלפי בני אדם אחרים, וצורות מוגדרות של קשרים עם בני אדם אחרים. מה שמאפיין את המסרים שהקפיטליזם מפיץ הוא שהם מושתתים על תפיסה של השוק כזירה המרכזית לקיומם של יחסים בין בני אדם, ועל תפיסה של היחסים המתקיימים בשוק כדגם הדומיננטי לקיומם של יחסים בין בני אדם. בעקבות זאת, מה שמאפיין את המסרים שהקפיטליזם מפיץ הוא שהם מושתתים על תפיסה רזה של האדם ושל היחסים בין בני האדם.

על פי המסרים האלה:

1. קיום אנושי ראוי הוא קיום שבו האדם חי את חייו כמוכר או כקונה, לשם השגת אמצעי – רווח כספי. קיום אנושי ראוי הוא קיום של רציונליות אינסטרומנטלית, ולא של רציונליות מהותית.
2. קיום אנושי ראוי הוא קיום שבו בני אדם פועלים בשכלתנות לשם מקסם התועלת האישית שלהם.
3. שיתוף פעולה בין בני אדם יכול להתקיים כאשר הם משוחררים מקשרים אישיים. שיתוף פעולה בין בני אדם יכול להתקיים במצבים שבהם שני בני אדם ניצבים "זה מול זה", וכל אחד מהם מפיק תועלת ממשנהו, ולא במצבים שבהם בני אדם ניצבים "זה לצד זה", מגיעים לידי הסכמה זה עם זה – בהבדל מהסכם – ומגלים סולידריות זה כלפי זה.

17. לשאלת הרוזן של המשפט, ראו גם: Robin West, "Authority, Autonomy and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner", 99 *Harvard Law Review* (1985) 384; Richard Posner, "The Ethical Significance of Free Choice: A Reply to Professor West", 99 *Harvard Law Review* (1986) 1431.

שיתוף פעולה בין בני אדם יכול להתקיים במצבים שבהם כל אחד מהם מתעניין ביעדיו שלו, והוא חסר עניין באשר ליעדיו של אדם אחר.

4. הנכסים הקיימים בחייהם של בני אדם נועדו לשימוש בלעדי, ולא במשותף עם בני אדם אחרים.

5. ערכם של בני אדם אינו אמור להיקבע לפי האנושיות שלהם, אלא לפי התועלת שבני אדם אחרים מסוגלים להפיק מהם. ערכם של בני אדם פוחת ככל שפוחת ערך השימוש שבני אדם אחרים מוצאים בהם.

6. אפשר לדון ברצינות רק ברברים מדידים, ומה שאינו מדיד אי אפשר להגיע בנוגע אליו להסכמה: דינו להיחשב שנוי במחלוקת, מוטל בספק, ולכן בעל חשיבות משנית בחייהם של בני האדם.

7. השאלה מה 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. הבחירות של בני אדם צריכות להיחשב חופשיות מהשיפוט הערכי של בני אדם אחרים. אין מקום ואי אפשר לדרג את הבחירות של בני אדם על פי אמות מידה נורמטיביות. בחירות נורמטיביות הן ענייני האישי, הפרטי, של כל אדם.

8. בני אדם שולטים בקורה בחייהם. התכנים בחייהם של בני אדם הם תוצר של הבחירות של בני אדם. בני אדם אינם מהושקים על ידי הקשרים חומריים ותרבותיים המצמצמים את הבחירות שלהם והמכתיבים את הבחירות שלהם.

9. החברה צריכה להתקדם ולהתפתח לא בעקבות ליבון ישיר של שאלות נורמטיביות וכיווני התפתחות אפשריים, אלא כתוצאה לוואי משנית, נגזרת, של היוזמות של בני אדם, שמניע אותם הרצון שלהם לקדם את ענייניהם האישיים (בעיקר באמצעות צבירת רווח).
10. השוק, ולא הפוליטיקה והמנהל הציבורי הכפוף לפוליטיקה, הוא שצריך לשמש כאמצעי לחלוקה של הטובין החומריים במדינה ולקביעת התכנים התרבותיים במדינה. בעלי הכוח בשוק – בעלים ומנהלים של תאגידים – ולא האורחים, באמצעות המערכת הפוליטית, הם שצריכים להכריע בדבר חלוקת הטובין החומריים במדינה ובדבר התכנים של התרבות השלטת במדינה.

11. צדק 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. צדק פירושו שמי שאינו מחונן בכישורים הנחוצים לפעולה מוצלחת בשוק, לא יזכה בסוגי ההון שאותם מעניק השוק, ולא יזכה אפוא לממש לא רק את רצונותיו, אלא אפילו את צרכיו.¹⁸

יתר על כן, בלב הקפיטליזם מצויה סתירה.¹⁹ מקובל לחשוב שהערכים המרכזיים של

18. לדיון במאפיינים של השוק, ראו גם: Elizabeth Anderson, *Value in Ethics and Economics* (1993) בפרק 7.

19. הדברים נכתבים בעקבות: Daniel Bell, *The Cultural Contradictions of Capitalism* (1976); Jean Baudrillard, *Selected Writings* (Mark Poster – ed., 1988); אווה אילוז, *תרבות הקפיטליזם* (משרד הביטחון, תשס"ג), ראו במיוחד פרקים ט-יג בעמ' 63-102.

הקפיטליזם הם תכנון רציונלי וחישוביות, ואולם ערכים אלה מתקיימים רק בקפיטליזם של הייצור. הקפיטליזם של השיווק הוא נרטיבי, וערכיו הפוכים: באמצעות תעשיית הפרסום הוא משווק מוצרים ושירותים בעזרת כתיבה והפצה של "סיפורים", שעל פיהם מי שירכוש מוצר מסוים או שירות מסוים יזכה בחוויות חיוביות וב"ריגושים". הדוגמאות רבות מני ספור: מי שירכוש בושם יהא מסוגל לגרום לבני המין האחר ליפול לרגליו; גבר שירכוש מכונית ימצא עצמו מוקף נשים נאות; גבר שירכוש סוג מסוים של קפה ימצא עצמו מעורב בסיפור אהבה עם אישה מושכת; גבר שיעשן סיגר יראה עצמו ויחשב על ידי אחרים "גברי"; מבוגר שירכוש געלי ספורט יחשב "צעיר"; אדם שירכוש כרטיסים למופע מוזיקלי או יסעד במסעדה שבה מוגש אוכל מסוג מסוים יחשב "אנין" ו"אינטלקטואל".

הסיפורים של הקפיטליזם השיווקי נוטעים בתודעתנו תפיסה מסוימת וצרה על אודות ערכם של בני אדם (בראש ובראשונה: ערכן של נשים הוא כמידת הריגוש המיני שהן מסוגלות לגרום לגברים, וערכם של גברים הוא על פי הכושר שלהם "להחליט", "לשלוט במצב" ו"לנהל"). הם גם נוטעים בתודעתנו תפיסה מוגדרת וצרה על אודות החיים הראויים (בראש ובראשונה: מרדף בלתי פוסק אחר הגאות גופניות הנובעות מפעילות מינית, ספורטיבית, מרגיעה, תיירותית, ומאכילה ושתייה). ומכיוון שאמצעי התקשורת של הקפיטליזם הם בדרך כלל בבעלות פרטית, כלומר המשך קיומם תלוי במידה שבה הם עצמם מצליחים להימכר בשוק, הרי קיים רצף בין הסיפורים שאותם כותב הקפיטליזם השיווקי ומפיץ באמצעות תעשיית הפרסום לבין הסיפורים שאותם כותבים אמצעי התקשורת של הקפיטליזם ומפיצים בידיעות ובכתבות: הסיפורים הנכתבים ומופצים בשני המקרים – דומים.

מי שחי בתרבות קפיטליסטית מועד להפנים את התפיסה הרזה של הקיום האנושי ואת התפיסה הרזה של היחסים בין בני אדם, העומדים ביסוד הקפיטליזם. מי שחי בתרבות קפיטליסטית מועד להפנים את התפיסה הרזה של הקיום האנושי ושל החיים הראויים המופצים על ידי הקפיטליזם הסיפורי ועל ידי אמצעי התקשורת של הקפיטליזם.²⁰ אם אותה

20. ניתן כמובן לטעון שבני אדם מחוננים בכושר להבחין בין הקשרים שונים בחייהם, ולפיכך הם מסוגלים לסייג את מסריה של תרבות הקפיטליזם ליחסים המתקיימים בשוק בלבד. קיימות סיבות טובות לחשוב שתרבות הקפיטליזם היא רבת עוצמה כל כך, עד כי היא מצליחה לחרוד לתחומים רבים מלבד השוק. להלן שתי דוגמאות:

בדיון שהתקיים לפני שנים אחדות ברפורמה במערכת בתי המשפט נקטו כל הדוברים, כמובן מאליו, לשון "צרכנים", בדברם על עורכי הדין והמתדיינים, כביכול היו השופטים, מכל בני האדם(!), מי שאינם מסוגלים לתפקד כהלכה מכוחה של תרבות ארגונית, וגם אצלם יש להפנים אפוא דימוי עצמי של "ספקים" של שירותים, כדי שיעשו כהלכה את המוטל עליהם.

בדומה לכך, אוניברסיטת תל-אביב החלה מכנה בשנים האחרונות את הסטודנטים שלה "צרכנים", במסגרת מסע "לשיפור השירות", שבו פתחה. כשאני נתקל בשיח השוק הזה באוניברסיטה אינני יכול שלא להיזכר באחד מקטעי השיא בספרו של אלבר קאמי, אדם הראשון (אילנה המרמן – מתרגמת, עם עובד, תשנ"ח). קאמי, שהיה כידוע אחד הסופרים

אדם הוא משפטן, הוא לפות ב"תנועת המלקחיים" של התפיסה הרזה של הקיום האנושי: כמשפטן, הוא מפנים את התפיסה הרזה של האדם, העומדת ביסוד המשפט, והמגולמת באורח החשיבה המקובל במשפטן; כאדם הוא מפנים את התפיסה הרזה של האדם העומדת ביסוד הקפיטליזם. קריאה של ספרות וספרי היסטוריה וצפייה במחזות ובסרטים הן אפוא תזכורת לעושר ולמורכבות של המצב האנושי, הנחוצה לא רק למשפטן כמשפטן, אלא גם למשפטן כאדם החי בתרבות הקפיטליזם.

2. הניתוח הכלכלי של המשפט והתפיסה הרזה של האדם

עד כה הנחתי ששתי ספירות נבדלות קיימות בחייו של המשפטן: הספירה של קיומו המקצועי כמשפטן; הספירה של קיומו כאדם החי בתרבות קפיטליסטית. בעשורים האחרונים מתלכדות שתי הספירות האלה: בארצות הברית, ובארצות רבות אחרות, ובהן ישראל, ההיגיון של הקפיטליזם השתלט השתלטות נרחבת ועמוקה על החשיבה במשפטן. התנועה האינטלקטואלית (המצליחה) שחוללה את התהליך הזה היא "הניתוח הכלכלי של המשפטן".

הניתוח הכלכלי של המשפטן²¹ חותר לעצב את המשפטן כאמצעי לקידום ערך היעילות (efficiency) במדינה. ערך זה הוא ערך של רציונליות אינסטרומנטלית, רציונליות שאינה עוסקת בליבון מידת הרציונות של יעדים, אלא בחיפוש האמצעים החסכניים ביותר למימושם של יעדים שהם "נתונים", "חיצוניים" או "מוקדמים". יתר על כן, הרדוקציה של המשפטן להגשמתו של ערך אחד (היעילות) משטיחה את המשפטן: היא מתעלמת מעושר הערכים הקיימים במשפטן והנמצאים במצב של תחרות מתמדת אלו באלו. אבל כפי שכתב פרויד, "אין התרבות יכולה לומר די בתועלת בלבד".²²

והאינטלקטואלים הגדולים של המאה העשרים, גדל במשפחה ענייה באלג'יר. הוא מספר על מורהו, מר ברנאר, שהחליט כי הילד קאמי צריך להמשיך ללמוד בבית הספר התיכון. מר ברנאר הלך לבית אמו וסבתו של קאמי, שכנע אותן לתמוך בהמשך לימודיו של הילד, וגם קיבל עליו לתת לו שיעורים פרטיים מדי יום אחר הצהריים. "אדוני", פנתה סבתו של קאמי אל המורה בצאתו, "שכחתי משהו... אמרת שתיתן ל[ילד] שיעורי עזר, אבל לא נוכל לשלם לך". "אל תדאגי", השיב מר ברנאר, ובהצביעו על הילד קאמי הוסיף: "הוא כבר שילם לי", שם, בעמ' 139. האם האנושות הייתה זוכה בפירות האינטלקט והכישרון הגדולים של אלבר קאמי אילו נשלטה מערכת החינוך של אלג'יר על ידי ההיגיון של השוק והילד אלבר קאמי היה נתפס כ"צרכן"?

21. בהמשך אפרט את המאפיינים הטיפוסיים לכתיבה במסגרת זרם הניתוח הכלכלי של המשפטן. אני מודע לכך שיש מחברים הכותבים לעתים במסגרתו של זרם זה אך חורגים ממאפיינים אלה.

22. זיגמונד פרויד, **תרבות בלא נחת** (אריה בר - מתרגם, דביר (1988) בעמ' 20. ראו גם: White (לעיל, הערה 6) בעמ' 46-82; Martha C. Nussbaum, "Aristotle, Politics, and Human Capabilities: A Response to Antony, Arenson, Charlesworth, and Mulgan", 111 *Ethics* (2000) 102.

הניתוח הכלכלי של המשפט אינו תופס את המשפט כזירה לפיתוחם של טיעונים בדבר מידת הרציות של אופציות ערכיות, וכזירה לאימוצן של אופציות אלה, אלא מניח שהכרעות ערכיות מתקבלות מחוץ למשפט, היינו שבני אדם מפתחים לעצמם "העדפות" ו"טעמים" שעליהם לא יכולה להיות למשפט, בדרך כלל, דעה כלשהי. הניתוח הכלכלי של המשפט מניח שתפקידו של המשפט הוא לספק כלים לשם המימוש היעיל ביותר של העדפות וטעמים שנוצרו מחוזה לו, קודם לפעולה בתחום המשפט.²³ הניתוח הכלכלי של המשפט אינו תופס את המשפט כזירה ליצירת זהות ערכית משותפת של אזרחי המדינה.²⁴ הניתוח הכלכלי של המשפט מניח כי בני אדם פועלים במשפט לשם קידום האינטרס העצמי שלהם, ולא באופן המביא בחשבון את הצרכים והאינטרסים של בני אדם אחרים.²⁵ הניתוח הכלכלי של המשפט מניח שבני האדם הם יצורים היודעים בכירור מה הם רוצים, ויודעים גם מהי הדרך הטובה ביותר שבה עליהם לפעול כדי להשיג זאת.

23. נוסבאום (לעיל, הערה 6) בעמ' 45; White (לעיל, הערה 6) בעמ' 46-82.

24. שם, שם.

25. נוסבאום (לעיל, הערה 6) בעמ' 44. כדוגמה טובה לטיעונים המובאים כאן יכול לשמש מאמרם של Guido Calabresi and Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972). מאמר זה הוא אחד ממאמרי היסוד בספרות על הניתוח הכלכלי של המשפט. Melamed ו-Calabresi מציעים מודל לחשיבה על המשפט - "קתדרלה של המשפט". הניתוח המובא במאמר הוא בלא ספק מזהיר ומעורר מחשבה, ואולם מעניין לעמוד על האופן המנחה את חשיבתם של המחברים ולתשוף את ההנחות הסמויות העומדות ביסוד המודל שלהם. בבסיס הקתדרלה המשפטית של Melamed ו-Calabresi, כאבני המסד שלה, נמצאים כללים המקצים זכויות קניין בנכסים. כללים אלה אמורים לאפשר לבני אדם פעולה רצונית בשוק (שאמורה להביא, בשוק משוכלל, לידי מצב של יעילות פארטו), משמע הערכים הרלוונטיים לצורך הפעלת המשפט הם הערכים האישיים ("טעמים", "העדפות") של שחקני השוק, ולא ערכים קולקטיביים כלשהם הנידונים על ידי בני האדם בצוותא והנבחרים על ידיהם בצוותא. מעל כללי הקניין, בבחינת שכבה שנייה באבני המסד של הקתדרלה המשפטית, נמצאים כללים של אחריות נזיקית. מעמדם של כללים אלה - משני, ראשית, הם אמורים לחול רק כאשר עקב עלויות עסקה גבוהות כללי הקניין אינם מסוגלים לתפקד ביעילות. שנית, כללי האחריות אמורים להביא לידי תוצאות "המחקות" ככל האפשר את התוצאות שהשוק היה משיג בעסקאות של קונה ומוכר מרצון, הפועלים לפי כללי הרובד הראשון, הרובד של כללי הקניין. משמע כללי האחריות אינם אמורים להגן על ערכים הנחשבים בעלי ערך מנקודת מבט של תפיסה נורמטיבית קולקטיבית, אלא כללי האחריות אמורים לשרת את הבחירות של שחקני השוק, כאשר הבחירות האלה אינן יכולות להתממש עקב ליקויים בפעולת השוק. רק בשכבה השלישית נמצאים כללים של אי עבירות, הכללים שאמורים להגן על הערכים המגדירים את האנושיות והמסדירים את הקיום החברתי והמדיני המשותפים של בני האדם. המודל של Melamed ו-Calabresi הוא פורמלי. הוא אינו מסוגל לספק אמות מידה מהותיות כלשהן להכרעה בשאלות נורמטיביות. כמו כן, מכיוון שהמודל שוקי, הוא אינו מכיר

קריאת ספרות וספרי היסטוריה וצפייה במחזות ובסרטים על ידי משפטנים נחוצות אפוא לאיזון שכיחות דפוסי החשיבה של מצדדי הניתוח הכלכלי של המשפט ולאיזון התפיסה הרזה של הקיום האנושי ושל היחסים בין בני האדם שאותם משריש הניתוח הכלכלי של המשפט. קריאה וצפייה כאמור על ידי משפטנים נחוצות כ"תזכורת" למורכבות המצב האנושי ולעושרו, וכ"תזכורת" למדמי הקיום האנושי שאינם מוארים על ידי הניתוח הכלכלי של המשפט (כגון רגשות, רצונות סותרים, מבוכה, ספקות, אלטרואיזם, היעדר שליטה בנסיבות).²⁶

ו. דוגמה – המחזות של חנוך לוין

ניתן להדגים את הטיעונים המובאים כאן, בדבר הערך הטמון בקריאה גרחבת של ספרות וספרי היסטוריה על ידי משפטנים, ובדבר הערך שבצפייה במחזות ובסרטים על ידי משפטנים, באמצעות מספר עצום של דוגמאות הלקוחות מהספרות, מההיסטוריה, מהמחזאות ומהקולנוע. אסתפק בדוגמה בולטת אחת – המחזות של חנוך לוין.²⁷ טענתי שהמשפט מושתת על תפיסה רזה של הקיום האנושי. טענתי שכחלק מהתפיסה הרזה הזו, הנחה מרכזית של המשפט המודרני היא שבני האדם פועלים מתוך רצון חופשי, הנסמך על מידע ראוי ועל שקילה נאותה של חלופות, ושבני האדם שולטים במידה מכרעת בגורל החיים שלהם. טענתי שתפיסה רזה זו של האדם מופצת גם על ידי תרבות הקפיטליזם ועל ידי הניתוח הכלכלי של המשפט. טענתי גם שדרגת החופש המאפיינת את בחירותיהם של בני האדם נמוכה בהרבה מזו שאותם מגיחים המשפט והניתוח הכלכלי של המשפט, ושאותה מפיצה תרבות הקפיטליזם.

מי שיקרא את מחזותיו של לוין, ומי שיצפה במחזותיו, לא יוכל לקבל עוד את התפיסה הזו של האדם כפשוטה. הוא יבין עד כמה מושג הרצון החופשי – בעייתו. הוא יבין עד כמה הבחירות של בני האדם מחושקות על ידי התרבות שבה הם חיים ועל ידי נסיבות החיים

באופציה של פעולה קולקטיבית של המדינה בדרך של רגולציה. (לפיכך, כאשר Calabresi ו-Melamed דנים בסוגיית הזיהום, לדוגמה, הם דנים במצב בינארי של התקיימות זיהום או אי התקיימות זיהום, ואולם הם אינם מסוגלים להעלות בדעתם מודל של קיום זיהום במסגרת משטר של רגולציה).

26. ראו גם: לב ניקוליביץ' טולסטוי, מלחמה ושלום (לאה גולדברג – מתרגמת, הוצאת ספרית הפועלים, המועצה הציבורית לתרבות ולאמנות, המפעל לתרגום ספרי מופת, תשל"ז) בעמ' 562: "אם נניח שהי האדם יכולים להתנהל על-פי ההגיון והשכל – בטלה ומבוטלת עצם אפשרות החיים".

27. על מחזותיו של חנוך לוין, ראו: מיכאל הנדלזלץ, חנוך לוין על פי דרכו (ידיעות אחרונות – ספרי חמד, 2001); גועם ירון, המילה הארוגית – שלוש קריאות ביצירתו של חנוך לוין (אוניברסיטת חיפה – זמורה ביתן, תשס"ב); חנוך לוין – האיש עם המיתוס באמצע (נורית יערי ושמעון לוי – עורכים, הקיבוץ המאוחד, תשס"ד).

שלהם. חופש הבחירה של האדם הלוויני הוא ררוד ושטחי. במרכז הדרמה של לויני ניצב האדם הלכוד – האדם הלוויני חי את חייו כשהוא לכוד בתוך שלוש מערכות גדולות: ראשית, גיבוריו של לויני לכודים בתוך הביולוגיה שלהם. הם חולים במחלות. הם סובלים ממיחושים. הם מתים. הם זקוקים לאוכל. הם מפרישים הפרשות. הם מתייסרים מדחפיהם המיניים (שרק מתי מעט מהם, "המצליחנים", מצליחים לספקם). שנית, גיבוריו של לויני לכודים בתוך יחסים חברתיים היררכיים. אצל לויני יש תמיד עליונים וכפופים, אלו שאומרים לאחרים מה לעשות ואלו שעושים את מה שאומרים להם, משפילים ומושפלים. אצל לויני, ההימצאות של בני האדם בתוך המלכות של יחסים חברתיים היררכיים היא מצב אנושי קבוע שלא ניתן לשנותו ושלא ניתן להיחלץ ממנו. יש עליונים ויש כפופים, יש שולטים ויש נשלטים – כך הוא טבע הדברים, וכל ניסיון של כפוף להיחלץ ממיקומו הוא חסר שחר וחסר סיכוי.

שלישית, גיבוריו של לויני לכודים בתוך התרבות. התרבות (באמצעות מנגנוני ההפצה של הקפיטליזם – בראש ובראשונה הקולנוע, התקשורת והפרסומת) כותבת עבור כל אדם "סיפור" (בורגני) של "הצלחה בחיים", ותכליתו של כל אדם היא לחתור למימוש מרבי של הסיפור במהלך חייו. אבל, אויה, רק מתי מעט מצליחים בכך. רוב בני האדם הם בבחינת כישלון גמור במושגי הסיפור התרבותי שבתוכו הם חיים. יתר על כן, בני האדם האלה מודעים לכישלונם ולכך שיש בני אדם, יחידי סגולה, שכן הצליחו לממש בחייהם את ציפיות הסיפור שכתבה עבורם התרבות: אלו שלמדו, צברו הון ורכוש, זכו בנשים יפות, נסעו לחוץ לארץ, ראו עולם, התלבשו היטב, אכלו במקומות הטובים ביותר. הידיעה הזו היא תמיד מקור לסבל נפשי, לרפיון ידיים, לייאוש: גיבוריו של לויני שופטים את מצבם שלהם לעומת מצבם של "המצליחנים", אלו ש"עשו זאת", והם מרגישים אפוא מושפלים ופגועים, חסרי יוזמה והעזה, וחייהם עוברים עליהם מתוך תחושה מתמדת של כישלון, ייאוש ומורדך רוח.

ז. אדם בתוך חברה

עד כה הבאתי חמישה טעמים היכולים לתמוך בעצה שנתן פליקס פרנקפורטר לילד פול קלאוזון: הצורך בהשכלה רחבה לצורך הפעילות בתחום המשפט; שכלול יכולות השיפוט של המשפטנים; חידוד הרגישות האנושית של המשפטנים; איזון הרזון של המשפט; איזון הרזון של תרבות הקפיטליזם.

אבל צריך להיות מודע למגבלה קשה הגלומה בעצה של פרנקפורטר: היא מושתתת על תפיסה אטומיסטית של המשפט והספרות כאחד. פרנקפורטר (כמו מרתה נוסבאום ומחברים רבים אחרים שטענו לדמיון בין הספרות למשפט) מסוגל להניח רצף בין הספרות למשפט, משום שהוא תופס את כל אחד מהם כאוסף של סיפורים על בני אדם – סיפורים המנותקים אלו מאלו; סיפורים שאין מתקיימים ביניהם מכנים משותפים חוזרים; סיפורים הנמצאים מחוץ להקשר-על של יחסים בין קבוצות חברתיות. פרנקפורטר (כמו המחברים שטענו לדמיון בין הספרות למשפט) מסוגל להניח רצף בין הספרות למשפט, משום שהוא תופס את גיבורי הסיפורים של הספרות ואת גיבורי הסיפורים של המשפט כסובייקטים

אוטונומיים, שכל שקורה להם במהלך חייהם הוא תוצר של הבחירות שלהם, ולא תוצר של מקומם ביחסים החברתיים שבהם הם נתונים, היינו לא תוצר של האילוצים החומריים והתרבותיים שבגדרם הם חיים ופועלים.²⁸ פרנקפורטר (כמו המחברים שטענו לדמיון בין הספרות למשפט) מסוגל להניח רצף בין הספרות למשפט, משום שהוא תופס את הטקסטים של שניהם כבנויים במתכונת זהה: סדר; משבר; פתרון המשבר; השבת הסדר על כנו – ואולם זאת בלא יכולת לעורר שאלות על אודות עצם ההצדקה לקיומו של הסדר ההתחלתי שהופר והושב.

הדוגמאות רבות מני ספור. לשם המחשה אביא דוגמה אחת – סיפורו (המזהיר) של טולסטוי, "השטן".²⁹ גיבור הסיפור הוא בעל אחווה. לפני נישואיו הוא מקיים יחסי מין עם כפרית נשואה העובדת באחווה בסדרה של מפגשים חטופים, המתקיימים ביער, וכל תכליתם סיפוקו המיני של בעל האחוה. (מכיוון שהסיפור כתוב מנקודת הראות של בעל האחוה, אין הקורא או הקוראת יודעים מה הם מניעיה של הכפרית להשתתף ביחסים האלה.) בעל האחוה נישא וחי במשך שנתיים באושר, אלא שאז הוא נתקל באקראי בכפרית, והמשיכה אליה משתלטת על חייו ומאימת למוטט את נישואיו. טולסטוי כתב שתי סיומות לסיפור. על פי הסיומת האחת, בעל האחוה מתאבד. על פי הסיומת השנייה הוא רוצח את הכפרית ומאבד את שפיות דעתו. הסיפור כתוב מנקודת הראות של בעל האחוה – הוא מתמקד בצרכיו ובהיבטי הנפש שלו, ואולם היחסים בין בעל האחוה ובין הכפרית הם יחסים בין שני בני אדם המשתייכים לקבוצות חברתיות שונות, שמתקיימים ביניהם יחסים היררכיים: אלו יחסים בין בעל אחווה ובין עובדת באחווה, וכן יחסים בין גבר לאישה. מה פשר היחסים בין בעלי אחווה לעובדיהם ברוסיה של סוף המאה התשע עשרה? מה פשר היחסים בין גברים לנשים ברוסיה של המאה התשע עשרה? ניתן כמובן לעורר את השאלות האלה בעקבות קריאת הסיפור, אבל לא בשאלות אלה הסיפור עוסק ולא אלה השאלות המתעוררות למקרא הסיפור. הסיפור עוסק במצבו הנפשי של הגיבור. כנגד קו החשיבה המגולם בעצה של פרנקפורטר ניתן להציע חשיבה מערכתית על המשפט. חשיבה כזו לא תסתפק בסיפור המשפטי עצמו, ולא תתפוס סיפורים משפטיים במנותק אלו מאלו ובמנותק מהחברה. היא תשאל לאילו קבוצות חברתיות משתייכים גיבורי הסיפורים. היא תשאל אילו יחסים קיימים בחברה בין הקבוצות החברתיות האלה. היא תשאל אילו תנאים חומריים ותרבותיים גרמו לכך שסוג כזה של יחסים יתקיים. היא תשאל אם מוצדק שסוג זה של יחסים ימשיך להתקיים. היא תשאל לאילו אילוצים חברתיים ותרבותיים היו גיבורי הסיפורים נתונים.³⁰

28. על כך שהרומן – הצורה הספרותית הנפוצה ביותר בשתי המאות האחרונות – מציג את גיבוריו כסובייקטים אוטונומיים, שכל הקורה להם במהלך חייהם הוא תוצר של הבחירות שלהם, ראו: Belsey (לעיל, הערה 10) בפרק 3.

29. לב ניקולייביץ' טולסטוי, "השטן", מותו של איזואן איליין (א"ד יציב – מתרגם, כנרת, זמורה, ביתן, דביר 2005) בעמ' 137.

30. דברים אלה הם ברוח הגישה המרקסיסטית לספרות. כפי שכותב David Forgacs: "Despite their diversity, all Marxist theories of literature have a simple premise in

ניתן להציג את הדברים גם באמצעות מושג האידאולוגיה של תומפסון (Thompson).³¹ על פי תומפסון, אידאולוגיה היא תכנים רעיוניים המשמשים לייצורם ולשימורם של יחסי כוח בלתי סימטריים. במילים אחרות, אידאולוגיה היא מערכת של משמעות (מערכת תרבותית) המסייעת לבעלי כוח יחסי עודף להבטיח את שימור כוחם. תומפסון מונה חמש דרכים עיקריות שהאידאולוגיה פועלת באמצעותן. אחת הדרכים היא דרך ה"קטוע" (fragmentation): הצגה והבלטה של ההבדלים המבחינים בין יחידים והמבחינים בין קבוצות, כדי למנוע מהם תפיסה אחדותית של עצמם באופן שיאפשר להם פעולה לשינוי יחסי הכוח הקיימים.³² העצה של פרנקפורטר תופסת את המשפט ואת הספרות כאחד כאוסף של סיפורים על בני אדם – סיפורים המנותקים אלו מאלו. מבחינה זו, העצה של פרנקפורטר היא אידאולוגית. חשיבה מערכתית על המשפט ועל הספרות תבקש להתחקות אחר מכנים משותפים חוזרים המאחדים את הסיפורים המסופרים בהם והממקמים אותם בהקשר-על של יחסים בין קבוצות חברתיות. חשיבה מערכתית על המשפט והספרות תבקש להתחקות אחר האילוצים החומריים והתרבותיים שבגדרם פועלים גיבורי הסיפורים של המשפט והספרות.

ניתן היה לשלוח לילד פול קלאוזן מכתב אחר. ניתן היה לשלוח אליו מכתב שיאיר את חוסר הצדק הקיים בחברה; את התפקיד שהמשפט ממלא בכינון ובשימור חוסר הצדק הזה; וגם את האפשרות להשתמש במשפט כדי לצמצם את חוסר הצדק הזה:

פול היקר, אין אדם יכול להיחשב משפטן ראוי לשמו אם אינו אדם משכיל. לו אני תחתך, הייתי משכיה מלבי כל מחשבה על אודות ההכנה הטכנית לעיסוק במשפט.

המשפט הוא מכשיר חשוב להקצאה של המשאבים החומריים והתרבותיים העומדים לרשותם של בני האדם במהלך חייהם. תוכני המשפט נוצרים בתהליכים שבהם קבוצות שונות של בני אדם מתחרות אלה באלה על קביעת התכנים של המשפט. התהליכים התחרותיים האלה מתקיימים בתנאים של חוסר שוויון – לעתים, חוסר שוויון חריף – מבחינת המשאבים החומריים והתרבותיים העומדים לרשותם של כל אחת מהקבוצות. לפיכך, תכנים רבים של המשפט הקיים אינם מתחשבים כהלכה בצרכים ובינקודות הראות של בני אדם רבים. עקב כך, גורל החיים של בני אדם רבים החיים עמנו מצריך תיקון נרחב.

common: that literature can only be properly understood within a larger framework of social reality. Marxists hold that any theory which treats literature in isolation [...] and keeps it in isolation, divorcing it from society and history, will be deficient in its ability to explain what literature really is". David Forgacs, "Marxist Literary Theories", *Modern Literary Theory* (Ann Jefferson and David Robey — eds., 1982) 134, p. 135

31. J. B. Thompson, *Ideology and Modern Culture* (1990)

32. שם, בעמ' 65.

כדאי שתתבונן סביבך ותשאל עצמך אילו מגורלות החיים שבני האדם נתונים בהם - טעונים תיקון. כדאי שתתבונן סביבך ותשאל עצמך האם ניתן לקבל את מצבם הנוכחי של עניים, נשים, מיעוטים מיניים, מיעוטים לאומיים, מיעוטים גזעיים, מיעוטים דתיים, עובדים, בני אדם בעלי מוגבלויות, בני אדם הזויים תחת כיבוש. אם תגיע לכלל מסקנה שלפחות בנוגע לחלק מהקבוצות האלה אי אפשר לקבל את מצבן הנוכחי, דע כי המשפט יכול לשמש מכשיר חשוב לשינוי חברתי, כלומר לשיפור מצבן של הקבוצות החברתיות האלה. דע גם כי המשפט יכול לשמש מכשיר חשוב לשיפור מצבם של בני אדם בודדים המשתייכים לקבוצות חברתיות האלה, ואין לזלזל בכך כלל, שהרי כל המציל נפש אחת, כאילו הציל עולם ומלואו. פקח את עיניך. תור אחר גילויים של חוסר צדק וחוסר אנושיות. תן לדמיון שלך לגעוש - נסה לדמיון עולמות חלופיים, טובים יותר. לדור שלך נותרה עוד עבודה לא מעטה בתחום המשפט, כדי להפוך את חייהם של בני האדם בחברה שלנו לצודקים יותר ולאנושיים יותר. אם רק תרצה, תוכל לחיות חיים אציליים בתחום המשפט.