

קרבנם של לימודי המשפט למדעי הרוח

עמיהוד גלעד*

עיקרם של לימודי המשפט ושל המשפט עצמו איננו אמפירי אלא ערכי ופרשני. מבחינה זו קרובים לימודי המשפט להרמנויטיקה, לתורת ערכים (אקסילוגיה) ולבירור פילוסופי יותר מאשר למדעים אמפיריים באשר הם, בין שהם מדעי הטבע ובין שהם מדעי החברה. אמנם אלו שנוקטים עמדות פוזיטיביסטיות בסוגיות המשפט יכפרו בכך ויטענו כי מקום הפרשנות במשפט ובלמודו מצומצמים ביותר, אך טענתם זו אין לה על מה שתסמוך והיא כרוכה בכשל שפילוסופים ולוגיקנים נכשלו בו בניסיונות השווא שלהם להעמיד מחשבה או שיקול דעת על חישוביות. שום שיפוט איננו בגדר תחשיב פורמלי-חישובי, כגון זה המתמטי או הלוגי. אין להעמיד את לימודי המשפט על פילוסופיה או על כל תחום אחר של מדעי הרוח, אולם יש לשקול שמה מקומם של לימודי המשפט יכירם בקרב מדעי הרוח, שאליהם קרובים לימודים אלה יותר מאשר לכל תחום מדעי אחר. היכללות במדעי הרוח אין פירושה ויתור כלשהו על ייחודם של לימודי המשפט ועל עצמאותם, כשם שייחודו של כל תחום ותחום ממדעי הרוח ועצמאותו עומדים בעינם ואינם מיטשטשים כלל. לאורן של שתי גישות פילוסופיות, תפיסתו של קאנט את כוח השיפוט והמטפיזיקה הפאננמנטליסטית פרי יצירתי, אני מנמק מדוע אין להוסיף לשמר את מעמדם הנבדל של לימודי המשפט אלא יש לשלבם במדעי הרוח.

* פרופסור מן המניין, החוג לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה. אני מבקש להודות לעורכת, שולמית אלמוג, על שהמריצה אותי לכתוב מאמר זה, הסבה את תשומת לבי למחקרים בתחום המשפט שיש להם נגיעה לענייננו, והאירה את עיני בענייני משפט אחרים. הערותיו של הלקטור האנונימי מטעם כתב העת סייעו בידי להבהיר יותר את דברי, ואני מכיר לו או לה תודה על כך. תודתי נתונה גם למירי צוקר ולאילנה פרנקל, חברות מערכת דין ודברים, על שקידתן הרבה בקריאת המאמר שלוותה בהערות שבחלקן נעזרתי לשם ניסוח פשוט יותר של דברי, בעיקר לקוראים שאינם מצויים בפילוסופיה.

לכאורה התבדלותם של לימודי המשפט היא במקומה. מקומם של לימודי המשפט לא יכירם בקרב מדעי הטבע ומכיוון שאינם בגדר מדע אמפירי,¹ אלא עניינם הוא גם בערכים ובשפיטה ערכית, ניתן להראות כי מקומם איננו גם בקרב מדעי החברה.² המשפט איננו עורך כל תצפית ישירה או ניסוי בעובדות עצמן, תצפית או ניסוי שמדעי הטבע או מדעי החברה אינם יכולים בלעדיהם. האפשרות ואף ההכרח לחזור על התצפית או הניסוי הישירים במקומות שונים ובזמנים שונים הם ביסודם של המדעים האמפיריים, בעוד האירוע או המעמד שבהם עוסק המשפט, מצויים מחוץ לכותלי בית המשפט ולזמן המשפט וודאי שאין לחזור עליהם בבית המשפט. ועל כן המשפט איננו תלוי בתצפית או בניסוי ישירים, לא בתחומי הטבע ולא בתחומי החברה. מובן כי טענות אמפיריות בתחום כלשהו צריכות אימות והן ניתנות להפרכה, אולם עיקרם של לימודי המשפט והמשפט עצמו³

1. כידוע, קיים תחום דיון מיוחד ונרחב העוסק בזיקות שבין משפט לבין מהקר אמפירי. רבים מבקשים למצוא ביסוס אמפירי לטענות משפטיות הניתנות להפרכה על סמך ניסיון או תצפית. ראו, למשל: רון שפירא, "מנחם מאוטנר: על החינוך המשפטי", עיוני משפט כז (תשס"ד) 821, בעמ' 824-825: "המשפט לא עבר תהליך ביסוס כדיסציפלינה מחקרית עד עצם היום הזה. תהליך כזה מצריך [...] בעיקר ביסוס סברות-כרס שמשפטנים משתמשים בהן מעשה-שגרה בטיעוני מדיניות משפטיים [...] על הקירה אמפירית תקפה, בהשתדלות להשתית פרקים עיקריים של החשיבה המשפטית על טענות הניתנות להפרכה". אך זוהי דרישה שדורש פילוסוף כמו קרל פופר ממדעי הטבע דווקא, וספק אם לימודי המשפט יוכלו לעמוד בה אי-פעם. מכל מקום, רון שפירא מסתמך בדרישתו זו על עמדתו של Richard A. Posner, *Problems of Moral and Legal Theory* (1999). הגישה שרון שפירא חולק עליה היא זו של מנחם מאוטנר, שאותה פיתח בשנים האחרונות. ראו, למשל: מנחם מאוטנר, "מעבר לסובלנות ולפילורליזם: הפקולטה למשפטים כמוסד רב-תרבותי", עיוני משפט כה (תשס"ב) 253. מה שמאוטנר מכנה בשם "כינון עצמי דיאלוגי" מקרב את לימודי המשפט מאוד לדיאלוג הבינתחומי, שמדעי הרוח אינם יכולים בלעדיו, לדעתו.
2. על עמדה המבקשת להימנע מרדוקציה של לימודי החוק למדעי החברה או למדע ממדעי הרוח אלא להזינם מכל אלה ובייחוד להזיק את לימודי המשפט לפילוסופיה של המוסר ושל המדינה ולמקורות ההשראה שלהן בהיסטוריה ובספרות, ראו: David Howarth, "Is Law a Humanity (or is it More Like Engineering?)", *Art and Humanities in Higher Education* 3, p. 9 (2004). גישה זו גורסת שמדעי הרוח הנורמטיביים, כלומר הפילוסופיה של המוסר והמדינה, קרובים ללימודי המשפט יותר מאשר שאר תחומי המדע. אני מכיר תודה לטל כהנא על שהפנה את תשומת לבי למאמר זה.
3. כלום לא צריך הייתי להבחין בדברי ויטב בין הפרקטיקה המשפטית, הנהוגה על ידי עורכי דין ושופטים, לבין לימודי המשפט? דווקא משום שלימודי המשפט מכשירים בדרך כלל את לומדיהם להכנה לפרקטיקה משפטית, יש לעמוד על הזיקה המתבקשת לא רק בין התאוריה המשפטית אלא גם בין הפרקטיקה המשפטית לבין מדעי הרוח. זהו טיעון של קל וחומר – אם

איננו אמפירי אלא ערכי ופרשני. מבחינה זו קרובים לימודי המשפט להרמנויטיקה, לתורת ערכים (אקסילוגיה) ולבירור פילוסופי יותר מאשר למדעים אמפיריים באשר הם, בין שהם מדעי טבע ובין שהם מדעי החברה. אמנם אלו שנוקטים עמדות פוזיטיביסטיות בסוגיות המשפט יכפרו בכך ויטענו כי מקום הפרשנות במשפט וכלימודו מצומצמים ביותר, אך בהמשך המאמר יתברר כי טענתם זו אין לה על מה שתסמוך וכי היא כרוכה בכשל שפילוסופים ולוגיקנים נכשלו בו בניסיונות השווא שלהם להעמיד מחשבה או שיקול דעת על חישוביות. כפי שאטען למטה, ודאי שלימודי המשפט אינם בגדר תחשיב פורמלי, כגון זה המתמטי או הלוגי.

לימודי המשפט אינם נמנים עם האמנויות היפות למיניהן. אין להעמיד את לימודי המשפט על פילוסופיה או על כל תחום אחר של מדעי הרוח. אולם גם אם אין להעמיד את לימודי המשפט על מדע ממדעי הרוח, נותרת בעינה אפשרות פתוחה אחרת: שמא מקומם של לימודי המשפט הוא בקרב מדעי הרוח, שאליהם קרובים לימודים אלה יותר מאשר לכל תחום מדע אחר. היכללות במדעי הרוח אין פירושה ויתור כלשהו על ייחודם של לימודי המשפט, כשם שייחודו של כל תחום ותחום ממדעי הרוח עומד בעינו ואיננו מיטשטש כלל.

להלן אבחן את האפשרות לכלול את לימודי המשפט במדעי הרוח משתי נקודות מבט פילוסופיות: מבחינתו של כוח השיפוט לפי המטפיזיקה של עמנואל קאנט (Kant) ומבחינתה של מטפיזיקה משלי – פאנֶמֶנטליזם.⁴

לפי קאנט, כוח השיפוט נמנה עם אחד ממיני הכשרים של רוח האדם או התבונה האנושית. כישורים אלה הם: החושיות, שהיא מקור הכרת הנתונים שלנו; כוח השיפוט; ולבסוף – השכל, שהוא מקור המושגים וההכללות שלנו, מקור פעיל ופנימי לרוח שאיננו תלוי כשלעצמו בנתונים חיצוניים. כיוון שנתוני ההכרה שלנו חיצוניים לרוח, ומקורם אך ורק בניסיון ובתצפית, הרוח קולטת אותם מבחוץ והיא סבילה לגביהם, אף שהיא מסדרת אותם ביהסים של זה אחר זה (בזמן) או זה לצד זה (בחלל). כיוון שהחושיות והשכל שונים כל כך זה מזה, החושיות סבילה וקולטת פרטים ואילו השכל פעיל ועוסק במושגים כלליים, בכללים ובחוקים, מוטל על כוח השיפוט לגשר בין שניהם. יש בו משהו מהפירוט הסביל של החושיות ומשהו מהפעילות המכלילה של השכל, אף על פי שבאמת איננו נמנה אף עם אחד מאלה. תפקידו המגשר הוא לשפוט איזה כלל שכלי יש להחיל על עובדות פרטיות או אלו עובדות פרטיות כפופות לכלל שכלי מסוים. כיוון שכל נתוני הניסיון הפרטיים מופיעים בזמן או בחלל, כוח השיפוט, בתפקידו ככושר הכרה, מזהה את ה"סכמות" של

הפרקטיקה המשפטית וכוח השיפוט שביסודה נוקקים למדעי הרוח, על אחת כמה וכמה שהעיון המשפטי, התאוריה של המשפט, צריך לזיקה זו.

4. מטפיזיקה זו הוצגה בראשונה בספרי: Amihud Gilead, *Saving Possibilities: A Study in Philosophical Psychology* (1999), ולאחר מכן פותחה והסתעפה בספרי: Amihud Gilead, *Singularity and Other Possibilities: Panenmentalist Novelities* (2003). בעברית עיינו בספרי: עמיהוד גלעד, *אהבה ואפשרויות מהורות אחרות – מבוא עברי לפאנמנטליזם* (נהר ספרים, תשס"ה).

מושגי השכל הכלליים בזמן ואף בחלל. לכך מקדיש קאנט פרשה מיוחדת "הסכמאטיזם של מושגי-השכל הטהורים" בביקורת התבונה המהורה.⁵ הסכמות הן הרישומים או הסימנים שבהם נאחז השכל בבואו להחיל את מושגיו הטהורים על נתוני הניסיון, נתוני החושים. על כוח השיפוט בכלל אומר קאנט כי:

אם השכל בכלל נראה ככישרון לכללים, הרי כוח-השיפוט הוא כישרון להעמיד תחת כללים, כלומר, להבחין אם משהו כפוף לכלל נתון (casus datae legis) - או לאו. תורת-ההגיון הכללית איננה מכילה כללים כלשהם בשביל כוח-השיפוט, ואף מן הנמנע שתכילם [...] אילו רצתה תורת-ההגיון להראות באופן כללי, כיצד צריך לכפוף תחת כללים אלה, כלומר, כיצד צריך להבחין, אם משהו כפוף להם או לא - הרי שוב אי-אפשר היה לעשות זאת אלא באמצעות כלל. אך כלל זה, דווקא משום שהוא כלל, שוב וקוק להוראה מצד כוח-השיפוט; וכך נמצא, שאף שהשכל מוכשר להיות מודרך על-ידי כללים ומצוייד בהם - הרי כוח-השיפוט הוא כישרון מיוחד שאיננו מורה ולא-כלום אלא רוצה שישתמשו בו בלבד. משום-כך, הרי זה הצד המיוחד של מה שקרוי פיקחות טבעית, שחסרונה לא ישלים שום בית-ספר; כי, אף שבית-הספר עשוי להושיט כללים לשכל מוגבל, וכאילו להרכיבם עליו, כללים השאולים מהכרה של הזולת - הרי מן ההכרח הוא, שהכישרון להשתמש בכללים אלה כהלכה יהיה נמצא בידי התלמיד עצמו, ושום כלל, שהיינו רוצים להעניק לו מתוך כוונה זו, איננו משומר בפני שימוש-לרעה באפס כישרון מוטבע זה. משום-כך אפשר שרופא, שופט, או חכם-מדינה יכלכל בראשו כללים פאתולוגיים, משפטיים או מדיניים רבים ויפיים, עד לידי אותה דרגה, שהוא-עצמו עשוי לעשות בכך מורה דייקן, ובכל-זאת ייכשל על-גקלה בשימוש בהם [...] משום שהוא חסר את כוח-השיפוט הטבעי (אם כי לא שכל, והוא עשוי אמנם להכיר את הכללי בהפשטתו, אך אינו עשוי להבחין אם מקרה מסויים שייך אליו) [...] התועלת היחידה והגדולה של הרוגמות, שהן מחדדות את כוח-השיפוט.⁶

5. עמנואל קאנט, ביקורת התבונה המהורה (שמואל הוגו ברגמן ונתן רוטנשטרייך - מתרגמים, מוסד ביאליק, תשמ"ז) בעמ' 108-112. כאן גידון הסכמטיזם "הרשמי" או הגלוי של תורת קאנט. לסכמטיזם שונה במקצת, הנסמך על סכמות בחלל, נזקק קאנט בעמ' 157-158. אני מסביר את קיומם של שני מיני סכמטיזם באופיו המיוחד של הזמן לפי קאנט. זמן זה הוא מעין הכלאה מעניינת במיוחד בין זמן לבין חלל, הכלאה המשמשת את מדעי הטבע מאז גליליי שדימה את "חץ הזמן" לקו גאומטרי בעל מגמה, והיא מגיעה עד לימינו אלה דרך תפיסת הזמן של ניוטון ועד לזו של אינשטיין וממשיכיו. זהו, בעצם, זמן חללי. אנרי ברגסון הבין היטב כי זוהי, לאמיתו של דבר, תפיסת הזמן של הפיזיקה המודרנית כולה.

6. שם, בעמ' 106.

בהערה טוען קאנט כי חסרון כוח השיפוט איננו אלא אוויליות, "ומום זה אין לו תקנה" משום שאת חסרונו של השכל ניתן להשלים לפעמים על ידי לימוד ולמדנות, ולא כן חסר בכוח שיפוט. מי שחסר הבחנות ויכולת לכפוף נתונים לכללים המוכרים לו, עשוי שיהא מלומד מובהק אך חסר כל תקנה בכושר שיפוטו, שהוא כישרון מולד ("טבוע מלידה").

בכוח השיפוט של רוח האדם נעשים שימושים שונים: בתורת ההיגיון (לוגיקה) הכללית, שימוש שבו אין לכוח זה שום סיוע של כלל; בתורת ההיגיון המיוחדת המשמשת את ההכרה האנושית, עומדות לרשותו הסכמות; והשימוש השלישי, שלו מוקדשת ביקורת בוחה השיפוט של קאנט, הוא בשיפוט התכליתי ובוה האסתטי. לשיפוט זה יש נגיעה ברורה בענייני מוסר, ועל כן גם במשפט.

מדברים אלה משתמע כי כוח השיפוט איננו כושר שכלי של הסקת מסקנות או הבנת מושג כללי או כלל אלא הכושר לכפוף נתונים או עובדות לכלל, הכושר להחיל כלל על נתונים או עובדות אלה. ועוד מתברר, כי בתחום המשפט אין לרשותו של כוח זה שום כלל ואף לא כל סכמה, וכי מי שניחן בו, ניחן בו מלידה. שום לימוד לא יקנה כושר זה לשופט או לעוסק במשפטים. יש בדוגמאות כדי לחדד את כוח השיפוט הטבוע מלידה אך לא להקנותו. ועוד מתברר כי מקום מרכזי נועד לכוח השיפוט בתחום האסתטיקה ובתחום השיפוט המוסרי, ששניהם עוסקים בתכליות, שלהן כשלעצמן אין תכלית, או שהם עוסקים בתכליתיות ללא תכלית (והאובייקטים האסתטיים אינם אמצעי לשום תכלית ואילו הסובייקטים המוסריים, בעלי התבונה האנושית, כל אחד מהם הוא תכלית כשלעצמה ולא אמצעי בלבד).

יש שופטים שעל אף ידיעתם המופלגת בספרי החוקים, במחקרי המשפט, בהיסטוריה של המשפט וכיוצא באלה, ואף שניחנו בשכל דק ומעמיק, לא נתברכו בכוח שיפוט ראוי לשמו. שופטים אלו הם כסומים בארובה המגששים אחר דרכם בעולם המשפט והמעשה, ועל כן יצאו משפטיהם והם משפח. כך, למשל, שופטים נתנו אמון בעדים ובעדויות שלא היה בסיס לתת בהם אמון כלשהו, או התעלמו מעובדות שלא היה מקום להטיל בהן ספק וודאי לא להתעלם מהן. נשאלת השאלה: מה טבעו של אותו כוח שיפוט, או כפי שיש המכנים אותו "מוזג שיפוט"? על כך נאמרו דברים רבים אך הערפול והטשטוש גוברים על כולם והנסתר רב על הגלוי.

שמא בכל זאת יש בכוח השיפוט משהו הקרוב יותר לשיקול האסתטי? ברור שהשופט⁷

7. כפמיניסט מושבע, אוזני השה בצרימה, כל אימת שמתחת לעטי יוצאים משפטים כגון "השופט איננו מורה הלכה", "מורה המוסר איננו כזה", "הרופא מאבחן" וכיוצא באלה. לפיכך הייתי רוצה מאוד לכתוב "השופטת איננה מורה הלכה", "מורת המוסר איננה כזו", ו"הרופאה מאבחנת" במקום המשפטים הללו, אלא שההרגל הלשוני עושה את שלו ושטף הכתיבה ייפגע, אם אשנה את סגנון כתיבתי באופן שקוראי ואני אינם מורגלים בו, לפחות עדיין, יש שקשה מאוד להכריע בין צרימה לצרימה. מכל מקום, גם להרגלי הכתיבה ולהרגלי הקריאה שלנו יש תפקיד בשטף הכתיבה ובטבעיותה. לפיכך עלי להפנות את תשומת לבם של קוראי, נשים וגברים כאחד, כי בכל המשפטים האלה אין בשום פנים ואופן כדי להעיד על הטיה או פנייה מגדרית זו או אחרת.

איננו מורה הלכה בענייני טעם ויופי, כשם שמורה המוסר איננו כזה. אבל האנלוגיה והקשר האינטימי, שאותם מותח קאנט בין מוסר ואף שיפוט לבין אסתטיקה, הוא מעניין ואף פורה במיוחד. אנו משתאים לנוכח פסק דין נכון או צודק ונהנים מיופיו, והתפעלות זו דומה להנאה האסתטית שאנו נהנים ממעשה האמנות.⁸ "זהו פסק דין יפה להלל", נאמר ולא נחטא בלשוננו. לא לשווא שופטים שוקדים הרבה על ניסוח חסכוני, בהיר, מסוגנן ויפה ככל האפשר של פסקי הדין שלהם, ויש שהפליאו לעשות עד כדי כתיבה אמנותית כמעשה סופר ממש. פסק הדין הבכון, שגורם לנו להתפעל ממנו, הוא דוגמה ומופת להכרעה אסתטית בתחום המשפט. ואף על פי כן אין זה מעשה אמנות. עם כל קרבתו של המשפט למוסר מזה ולאסתטיקה מזה, אין הוא נמנה עם אחד משני אלה. למשפט שמור מעמד עצמאי, כשם שמעמד כזה שמור לכוח השיפוט, שהוא כושר רוחני מיוחד.

השופט רשאי, בהיעדר עדויות מוצקות, לשחזר ולתאר את פני הדברים מתוך כל שהוצג בפניו. גם אם אין עדויות על העובדות ואין כל תצפית או ניסוי ישירים שיעמדו לרשות השופט בעניין זה, יש שהוא נזקק לתיאור פיקטיבי אך הכרחי של העובדות, בבואו לפסוק מה לעובדא. תיאורים פיקטיביים אלה הם בגדר איסור גמור במדעי הטבע או במדעי החברה, ושום חוקר או בלש לא יוכלו להסתפק בהם. כל מי שנוקק לניסוי או לתצפית בעובדות, יאמר שבדיות כאלה הן ספקולציות בלבד ושמקומן לא יכירן במדעים כאלה. אף על פי כן המשפט מתירן בהחלט.⁹ "חוקה עלינו כי כך וכך היו העובדות", מספר לנו השופט כאילו הוא מתאר את שראו עיניו, ולא היא. ובכל זאת, פעמים רבות אין הוא חורג ממנהגו זה. בדיות מקובלות מאוד במשפט ומקומן ההכרחי שמור להן.

לא כל בדיה היא דבר שקר. יש בדיות מועילות המדריכות אותנו היטב בחקר האמת ויש בדיות, שהכול יודעים שבדיות הן, ובכל זאת אי אפשר לנו בלעדיתן בחיי המעשה שלנו – לשם התמצאות בדרכי העולם (קווי האורך והרוחב במפה, שאיש, פרט לדוד ולאחיינו בשלושים וחמישה במאי לאריך קסטנר, לא ישגה לחפש אחר ממשותם), לשם מיון (סוגים ומינים שהם כוללים ואין להם קיום כשיש ממשיים) וכיוצא באלה. יש בדיות משפטיות הנמנות עם בדיות מועילות או בדיות אמת כאלה. מכל בחינה עיונית אלה הן בדיות, אך הן מסייעות לנו בפרקטיקה של תחומים שונים או בחקר האמת.¹⁰

8. ואמנם, יש בהחלט מקום לפואטיקה משפטית. ראו: שולמית אלמוג, "פואטיקה משפטית בעידן הדיגיטלי", *משפט וספרות בעידן הדיגיטלי* (העתיד לצאת לאור בהוצאת נבו, ירושלים).

9. דיון בשאלה, מהי פיקציה משפטית, מצוי בספרם של שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב, *משפט האדם* (הקיבוץ המאוחד, 1996) בפרק השישי, "האדם הפיקטיבי", בעמ' 201-204.

10. יש הבדל עקרוני בין עמדתו בסוגיה זו לבין עמדתו של Hans Vaihinger, מחבר הספר *Die Philosophie des Als Ob* (1922), היינו *הפילוסופיה של הבאילו*. Vaihinger סבר שהבדיה, ובפרט הבדיה המשפטית, רחוקה מן האמת, כיוון שהיא בגדר כזב ואף אשליה. ואילו עמדתו שונה לגמרי – יש בדיות שאיננו יכולים בלעדיתן משום שהן בדיות אמת, בדיות המקרבות אותנו להכרת האמת ומסייעות בדינו לרדת לעומקה. את הרקע השיטתי לעמדתו בסוגיית

האם השופט הוא מעין סופר? לא, שהרי פסק דינו הורץ גורלות ויש לו שימוש מעשי ביותר וכמו כן הוא עומד למבחן מעשי.¹¹ לא כן יצירה ספרותית. אפשר שהיא בדיה גמורה שאין בינה למצב העניינים בעולם שבפועל ולא כלום, ובכל זאת ערכה עומד בעינו. ברם, השופט עוסק לא מעט בעולם שלם שאיננו מורכב מעובדות וגם לא מנתוני ניסיון או תצפית. חלק ניכר מעיסוקו הוא במרחב של אפשרויות טהורות משפטיות, ועם מרחב זה נמנות גם הבדיות המועילות שהוא נוקט. יתרה מזו, מרחב זה נגיש במיוחד לדמיון האנושי ולכתיבה הספרותית.

התורה המטפיוזית שפיתחתי, פאנמנטליזם (או פאנפוסטליזם),¹² נותנת את דעתה להבחנה שבין אפשרות טהורה לבין התגשמות. כל אפשרות הנידונה בלא כל כפיפות לתנאים ולהגבלות של הלל, זמן וסיבתיות, היא אפשרות טהורה, ואילו כל התגשמות (actuality) כפופה בלא מנוס לחלל, זמן וסיבתיות. יש פילוסופים, הקרויים אקטואליסטים, שכל עמדה כזו היא לצנינים בעיניהם, שכן לשיטתם כל אפשרות היא אקטואלית או אופן קיום של התגשמות כלשהי. אני סבור שפילוסופים אלה, שרוב רובם של הפילוסופים נמנים עמם, ביודעין או שלא ביודעין, הצרו מאוד את תחומי היצירה, הידיעה והמעשה שלנו ושלא לצורך.¹³ כל אחד מעמנו יודע מדעתו כי מצבי עניינים או מושאים שהם בגדר אפשרויות טהורות גרדא (למשל, במתמטיקה, בספרות, בשיטות עיוניות למיניהן ובהיי היוםיום עצמם), מעסיקים אותנו ביותר, ויש שהם קובעים את חיינו ממש לא פחות מדברים שהתגשמו והיו לאקטואליים. הוא הדין בערכים, בחוון ובאידאלים למיניהם, שאף אם אין להם כל מימוש במציאות שבפועל, יש בכוחם לסייע לנו מאוד בעיצובה של מציאות חדשה.

והנה השופט שופט את העובדות לאור ערכים משפטיים שהם אפשרויות משפטיות טהורות. כל ערך הוא אפשרות טהורה, שהרי ערך איננו עובדה ואיננו צריך ללכת אחר העובדות או הנתונים. ערך עשוי להורות את דרכינו אף אם העובדות נוהגות בניגוד לו, ויש להבחין היטב בין ערך לבין נכס ובין ערך לבין נורמה. לא כל שמקובל ונתוג בחברה ובמדינה הולם ערכים מוסריים. אף מדינה בדיונית, שבה הכול גונבים, כפופה לאיסור הערכי "לא תגנובו". כל ציווי מוסרי הוא ערך והוא גם בגדר אפשרות טהורה. והוא הדין בערכי הדין והמשפט.

בדיות האמת בכלל, בלא שאדרש לבדיה המשפטית, יוכלו הקוראים למצוא בספרי, שעליו

אני שוקד עתה: *Necessity and Truthful Fictions: Panenmentalist Observations*.

11. על עיצובו הסיפורי של המשפט לצד הסייגים העובדתיים והמבחן המעשי שלו, ראו: שולמית

אלמוג, *משפט וספרות* (נבו, 2000) בעמ' 60-61, 69-70, 75-76.

12. הסבר פשוט וקצר מהו פאנמנטליזם, העשוי להיות נהיר אף למי שעוסקם איננו בפילוסופיה,

מצוי בספרי העברי, גלעד (לעיל, הערה 4) בעמ' 9-16.

13. כיוון שרוב רובם של הפילוסופים הם, ביודעין או שלא ביודעין, אקטואליסטים,

הפאנמנטליזם שוחה אפוא נגד הזרמים הפילוסופיים המצויים לא רק בימינו אלא אף נגד

אלו שרווחו מראשיתה של הפילוסופיה.

השופט איננו מטפזיקאי ואיננו פילוסוף. הוא איננו עוסק באפשרויות טהורות מטפזיות או פילוסופיות (אף אם במובלע יש לו פילוסופיה או הנחות פילוסופיות המנחות אותו). הוא מברר מהו הדין, ואת הדין הזה עליו להחיל על העובדות הנשפטות. החלה זו דורשת כושר טבעי, הוא כושר השיפוט. אך ברור, כי בראש ובראשונה עליו לברר מהו הדין, ודין זה נוהג אף אם חלקים שלמים מהציבור, כל שכן יחידים, פועלים בניגוד לו. ומשום שברור זה מוסב על ערכי משפט בכלל ועל אפשרויות משפטיות טהורות בכלל, ולא דווקא על התגשמויות ועל מעשים שבפועל, יש קרבה בין מלאכת השופט לבין מלאכתו של הסופר מזה ושל הפילוסוף בכלל ופילוסוף המוסר בפרט מזה, אף שהשופט איננו סופר או כל אמן אחר ואיננו פילוסוף. עצם ההידרשות לחוק, לערך משפטי, ליאה ולצודק (עדיין!) מזקיקה את השופט לאפשרויות משפטיות טהורות ולהבחנה חדה ביניהן לבין הקיים והנוהג בפועל. משהבחין היטב בין העובדות, כפי שהוצגו והתלבנו בפניו, לבין הדין, צריך הוא לגשר ביניהן לבין הדין, וזו מלאכת השיפוט. במלאכה זו נמהל גם התבלין האסתטי, ולכן השופט נידון האם שפט יפה אם לאו; האם משפטו צורם או שהוא נאה בעיני המבין והאנין. מדוע לא נראה בשופט דיאגנוסיטקן כדוגמת הרופא? מדוע נוטה אני לקרבו למדעי הרוח דווקא?

הרופא צריך להחיל את מיון המחלות והפתולוגיות למיניהן על מה שרואות עיניו ועדים לו חושי לנוכח החולה שעל המיטה ושהרופא עצמו בודק אותו למישרין. היינו הוא מחיל מיון זה או את הבחנתו המבדלת על הממצאים הקליניים שלפניו. אולם ראשית, ממצאים אלה הם לנגד עיניו, בחולה שעל המיטה בקליניקה ובבדיקות שנעשו בחולה ותיעודן מונח לפני הרופא. כפי שטענתי כבר בראשית המאמר, לא כן השופט. הוא נתבע לדון בעובדות אף אם אינן מוצגות לפניו או שאין להן תיעוד. די בכך כדי להרחיק את השופט ממדעי הרפואה בפרט וממדעי הטבע. שנית, הבחנת הרופא איננה נזקקת לערכים רפואיים אלא לכל היותר לנורמות של תקינות רפואית (זו ההבחנה בין מצב תקין או בריא לבין פתולוגיה).¹⁴ לא כן השופט, בהבחנתו אין לו מנוס מלתת את דעתו לערכים ולא רק לנורמות המצויות, שאפשר שהן מושהתות כליל או נוגדות את החוק. שלישית, לכול ברור ההבדל בין אפשרות רפואית טהורה (אפיונים של מחלה או תפקוד חולני, משמעותם של סימפטומים וכיוצא באלה) לבין אפשרות משפטית טהורה, כשם שברור שהאחרונה עניינה בערכים משפטיים ולא בסיווג מדעי ובריפוי. די בהבדלים אלה כדי לקבוע כי אין הדיאגנוזה הרפואית כאבחון משפטי הן בעניין הדין והן בעניין העובדות. אסור לרופא שינהג כשופט ונאסר עליו לשפוט את החולה, כשם שאסור לו לשופט שיראה עצמו כמרפא נגעים מוסריים או חברתיים ומדיניים כאילו היה רופא. בערכים, הנמנים עם אפשרויות טהורות, עוסקים מדעי הרוח. מדעי הטבע ומדעי החברה אינם עוסקים בערכים.

14. שיקולים שביסוד הטיפול הרפואי מחויבים לערכי מוסר ולאתיקה רפואית (כגון, ראשית לכול, לא להזיק). לא כן האבחון – עליו להיות חף מכל שיפוט ערכי או מוסרי. עניינו בעובדות הנצפות במישרין בלבד ובמיון הרפואי.

כבר נאמר למעלה כי כוח השיפוט מגשר. יש להוסיף שהוא מפרש ומתרגם גם כן. פרשנות ותרגום הם מעניינם המובהק של מדעי הרוח. ואמנם חקר התלמוד, ספרות משפטית מובהקת שעניינה אורח החיים היהודי על כל פרטיו ודקדוקיו, עוסק הרבה בפרשנות וביישום. כללים וחוקים שבתורה משמשים כעקרונות יסוד שעל פיהם צריכה ההלכה התלמודית, עם כל חידושיה, להתמודד עם שאלות הלכתיות־משפטיות של חיי היומיום עם כל חידושיהם ותהפוכותיהם. משנתאפשר השימוש בחשמל, צריכים היו מורי ההלכה לפסוק כיצד לנהוג בו. ההלכה כי הדין שאין מציתים אש בשבת חל על שימוש בחשמל וברכב מנועי היא יישום ופירוש נועזים למדי של עיקרון שבתורה. מה דינה של ביצה שהוטלה ("נולדה") בשבת, שואלת הגמרא, ללמדך שעיקרי הדין נוגעים בכל פרט ופרט שמוזמנים חיי היומיום של היהודי המאמין. והנה, לא בכדי אנו נוהגים לחקור טקסט משפטי מובהק זה בחוג מחוגי מדעי הרוח, בין שהוא החוג לתלמוד, למחשבת ישראל או אף לספרות (בעיקר בשל מקומה של האגדה בתלמוד). אין זו מסורת גרדא שנתקבלה בהיסח הדעת. יש כאן שיקול דעת עמוק המעיד על תפיסה שיש בה טעם רב. העיסוק התלמודי המשפטי הוא עיסוק מובהק של מדע ממדעי הרוח ולא של מדע אחר.

פרשנותם של טקסטים משפטיים – מספרי החוקים ועד לפסקי דין למיניהם – היא עניין מרכזי בלימודי המשפט. פרשנות וכל עיסוק במשמעויות ובהשתמעויות הוא עניין מובהק למדעי הרוח לעסוק בו. אין תחום ממדעים אלה שאיננו עוסק בכך. ובעיקר אמורים הדברים בפרשנותם של טקסטים או של תעודות. בעניין זה סמוכים לימודי המשפט להיסטוריה. אין ההיסטוריון דן בעובדות ובאירועים כפשוטם אלא בעובדות ובאירועים המתועדים בטקסטים ובתעודות בלבד. הוא הדין בעיסוק המשפטי, שהוא מתווך לעולם בפרשנותם של מסמכים וטקסטים. ההבדל בין משפט להיסטוריה הוא בין השאר בכך שהעדויות נמסרות במעמדו של השופט והוא בוחן אותן כמו עיניו או מאזין להן. עדויות אלו הן ישירות. לא כך בהיסטוריה. העדויות שלנגד עיניו של ההיסטוריון הן תעודות בלבד ואין במחקרו שמץ של חקירת שתי וערב, שבה הוא נוכח או נוטל חלק כלשהו.

היה זה מן הראוי בהחלט שדרכי הטיעון, ההנמקה וההסבר יהיו מאושיות לימודי המשפט.¹⁵ בסוגיות אלה משיקים לימודי המשפט לפילוסופיה, באשר היא חלק ממדעי

15. בפועל אין זה כך, לפחות בארצנו. אילו כך היו פני הדברים, הזקקת המשפט לפילוסופיה וללוגיקה הפורמלית, כפי שהיא נחקרת ונלמדת במסגרתה, הייתה ניכרת או מתחייבת אף יותר. דרכי הטיעון, ההנמקה וההסבר הם חלק חשוב מלימודי הפילוסופיה ומהמחקר הפילוסופי, ובעיקר מוקדשת לכך הפילוסופיה האנליטית, שהיא הזרם השולט בלימודי הפילוסופיה במאות העשרים והעשרים ואחת כמעט בכל האוניברסיטאות שלשון התוראה והמחקר שלהן היא אנגלית, אך לא רק בהן. התנערותם של לימודי המשפט מלימודם של עניינים אלו מעידה על התנכרות תמוהה ואף מביכה לאחד מעיסוקיו המרכזיים של כל משפט, בעיון ובמעשה גם יחד. מהתנכרות זו משתמעת התנכרות לאחד ממיני הויקה ההדוקים יותר המשתמעים מלימודי המשפט למדעי הרוח. שהרי דרכי טיעון, הנמקה והסבר אינם נידונים לא במדעי החברה ולא במדעי הטבע, אף שהם נוקטים בהם למעשה, והדיון בהם מסור למדעי הרוח בכלל ולפילוסופיה של המדע, מדעי הטבע ומדעי החברה גם יחד. בפילוסופיה

הרוח. הדברים אמורים לא רק בתקפותו של הטיעון, שהיא עניין פורמלי שבלוגיקה הפורמלית, אלא גם בשרירותו וקיימותו (soundness) של הטיעון המשפטי. לבדיקת מעמדם של טיעונים ועוצמתם נועד לפילוסופיה תפקיד מרכזי. בעניין זה הרבה סוקרטס לעסוק. הוא פיתח שיטת בדיקה משלו לטיעונים, הקרויה אלנכוס. יש לציין שבדיקה זו איננה עניין לרטוריקה, שגם היא תחום שהדיון המשפטי איננו יכול בלעדיו והנמנה במובהק עם מדעי הרוח.¹⁶ פסק הדין המשכנע מגייס לרשותו רטוריקה משובחת ונכון לומר עליו שהוא גם פסק דין יפה. התארים "נכון", "יפה", "חכם", "נבון" ו"משכנע" הולמים פסק דין, כתב הגנה וכתב תביעה משובחים. ואמנם, על ערכו האסתטי של השיפוט כבר עמדתי. ערכים אסתטיים מתבררים כמובן במדעי הרוח.

אפיון מובהק של מדעי הרוח – רוחב אופקיהם עד כדי טוטליות. פילוסופיה, ספרות, היסטוריה, לשון ושאר מדעי הרוח נוגעים כמעט בכל תחומי העיון והמעשה. מגדלי השן של מדעים אלה נעוצים בכל תחומי החיים, שהחוקר איננו מנותק מהם אף שמחקרו תובע ממנו לבחון ולחקור אותם בריחוק־מה שהוא פרספקטיבי ועצמאי. אפיון אוניברסלי ואף טוטלי זה איננו מאפיין מדע ממדעי הטבע או החברה, העומדים כל אחד ואחד בסיומן של התמחות, ואילו בתחומי מדעי הרוח כל התמחות והתמחות אי אפשר לה שתנותק מאופק רחב שהוא, בסופו של דבר, רב תחומי מטבעו. כל מדע ממדעי הרוח מצוי בצומת של מדעים ותחומים ואיננו בדול לעצמו. על תכונה זו עצמה לאפיין גם את לימודי המשפטים. אף שאני משוכנע שמן הראוי שהמשפט והחוק יגדרו להם גדר וימעיטו לחדור ולהתערב בהרבה מתחומי החיים,¹⁷ אין לך תחום מתחומי החיים, המעשה או העיון שלשיפוט ולכות השיפוט אין נגיעה כלשהי בו (אף כשהדברים אמורים בהימנעות מחריצת משפט, שגם היא הכרעה שיפוטית בפני עצמה). תכונה זו של טוטליות או אוניברסליות האופק המדעי ושל היות מדע הרוח בצומת ובמפגש בין תחומי מקרבות גם הן את לימודי המשפט לתחומם המובהק של מדעי הרוח.

ואמנם רבים וטובים עמדו על זיקות חיוניות שבין משפט לפילוסופיה,¹⁸ שבין משפט להיסטוריה, שבין משפט לספרות, משפט ללשון ועוד ועוד, ולא בכדי. קיימים דיאלוגים הדוקים במיוחד בין תחומים אלה, ודיאלוגים אלו מחזקים את הזיקה המתבקשת בין לימודי המשפט לבין מדעי הרוח דווקא. למשא והמתן ולדיאלוג שביסודו יש תפקיד חיוני בכל

של המדע נידונה בהרחבה גם המתודולוגיה של המדע. פילוסופיה של המשפט עוסקת, כמובן, בנושאים אלה ובמתודולוגיה של המשפט בכלל.

16. בכך הרבה לעסוק משה פרלמן המנות, פילוסוף ומשפטן יהודי-בלגי.

17. ובכך אני עוסק במאמרי שבהכנה: "האמנם בתוך עמו? בית־המשפט כמחסה וכזירה מנוכרת".

18. יש לציין את עבודותיהם של הל"א הארט, רונלד דבורקין, יוסף רוז ורות גביוון. באחרונה תרם משפטן ידוע את תרומתו לגישור הדוק בין משפט לפילוסופיה. ראו: Alan Dershowitz, *Rights From Wrongs: A Secular Theory of the Origins of Rights* (2004). עיינו גם במאמריו של הפילוסוף דניאל סטטמן, "ספרות, משפט ורחמים", מחקרי משפט יח (תשס"ב) 53 ודניאל סטטמן, "שני מושגים של כבוד", עיוני משפט כד (תש"ס) 541.

תרבות ועיון, אך משקל יתר נועד להם במפגש הבינתחומי שפירותיו הם פירות הילולים. אינני יכול לתאר לעצמי לימודי משפט ראויים לשמם שהדיאלוג בכלל וזה הבינתחומי בפרט נעדר מהם. גם זו קרבה של ממש בין לימודי המשפט לפילוסופיה. בלא דיאלוגים כאלה יאבדו לימודי המשפט את אופיים הסינופטי. על הזיקה העמוקה שבין פילוסופיה לבין דיאלוג וראייה סינופטית עמד אפלטון (Plato) (בעיקר בפוליטיאה בספרים ו-ז).¹⁹ דיאלוג זה מעומת בכתביו עם הפולמוס הסופיסטי שנהג בבתי משפט ובהתכנסויות הפוליטיות. תפיסת סדרי המדינה של אפלטון מבוססת על פילוסופיה וערכיה והיא מחייבת גם רביונה בכל שכרוך בצדק ובמשפט.

עניין חשוב נוסף המקרב את לימודי המשפט למדעי הרוח הוא הכירור הבינסובייקטיבי או הבינאישי שבו עוסקים מדעי הרוח: פילוסופיה, לשון, היסטוריה, מדע הספרות וכיוצא באלה. מדעי הרוח כולם מתנהלים במישור בינסובייקטיבי ולא בזה האובייקטיבי. מטבע הדברים העיון במציאות בינסובייקטיבית איננו כעיון בעובדות אובייקטיביות. מדעי הטבע ואף מדעי החברה, גם אם עניינם הוא במציאות בינסובייקטיבית ואף במציאות הנפשית של היחיד, מבקשים אחר תיאורים, ניתוחים והסברים אובייקטיביים ולא בינסובייקטיביות. אין מקום לדבר על חוקים ועל דפוסים אובייקטיביים בתחומי הרוח.²⁰ כך, למשל, לכל לשון יש תחביר, אך תחביר זה, הנוהג על פי כללים, איננו נוהג על פי חוקים אובייקטיביים כחוקי הטבע. במדעי הרוח אין צופים באובייקטים, האמורים להתקיים בלא תלות בצופה, אלא בהתנהלות אחרת שכל כולה תלויה במשתתפים בה ובצופה גם יחד. המשפט רתוק לכללים שהם דומים לכללי התחביר או לסמנטיקה ולא לחוקים כגון חוקי הטבע. עניין זה מחזיר אותנו לפרשנות, לגישור ולתרגום. כל אלה נמנים עם הבינסובייקטיבי ולא עם האובייקטיבי, וכל אלו עניינם במשמעויות ובהשתמעויות ולא דווקא בתיאור או בניתוח אובייקטיביים. לפיכך, במדעי הרוח יש מקום חשוב מאוד להבדלים אישיים ולסובייקטיבי בכלל. אני סבור שכך הוא גם במשפט ובלימודי המשפט.

קשה להניח, למרות הנטייה לחשוב כך, ששופטים שונים יפסקו תמיד ובדיוק אותו פסק דין עצמו ומשום אותם הנימוקים עצמם. גם אם השופטים האמורים נמנים עם אותה אסכולה עצמה, להבדלים האישיים שביניהם יש משקל ולעתים אף מכריע. לא לשווא ההתרשמות מהעדים, שכולה סובייקטיבית, נותרת על כנה המכובד ואף הערכאות הגבוהות יותר, כשהעדים אינם לנגד עיניהן, מניחות לערכאות הנמוכות את הרשות להתרשמות זו וסומכות את ידיהן עליה. דבר מעין זה לא יצויר כלל לא במדעי הטבע ואף לא במדעי

19. כתבי אפלטון (כרך ב, יוסף ג. ליבס - מתרגם, שוקן, תשס"ו).

20. וזאת למרות ההיסטוריציון, למשל, שביקש לברר מה הם החוקים האובייקטיביים וההכרחיים שעל פיהם מתנהלת ההיסטוריה כביכול. קארל פופר, מזה, וישעיהו ברלין, מזה, קראו תיגר על ההיסטוריציון ועל הכורח ההיסטורי. אני סבור שהדין עמם ולא עם ההיסטוריציסטים למיניהם מהיגל ועד למרקס ואף אחריו. גם הסטרוקטורליסטים טעו לחשוב שתחומים הנמנים עם מדעי הרוח, כגון מדע הספרות ובלשנות, עשויים לאמץ בהרחבה הבחנות אובייקטיביות ומדידות. דומני, כי גישה זו ננטשה זה מכבר ואין לה עוד הסידים של ממש. אין בכך כדי להגן על הפוסט-מודרניזם שהוא בחינת ריאקציה לדרכו זו של הסטרוקטורליזם.

החברה. מקומו של השיפוט האישי ואף הסובייקטיבי לא נעדר לא מתחומי המשפט ולא מתחומיהם של מדעי הרוח השונים.²¹

כל כך ניכר משקלו של היחיד ופסיקת היחיד במשפט, עד כי אין זה מוזר כלל כי במשפט שמור מקום מיוחד לדעת היחיד, ויש שדעות כאלה הן כחלוצים ההולכים לפני המחנה והמקדימים את זמנם. גם אם אחר הרבים להטות במשפט, אין בכך כדי לבטל את האפשרות של דעת יחיד ואף את חשיבותה. דעות יחיד מצויות לרוב במדעי הרוח, מצב שהוא נדיר למדי במדעי החברה ואין לו מקום במדעי הטבע.

מדוע לא נעדיף בכל זאת את התבדלותם של לימודי המשפט? האם אין טעם של ממש בקיום נפרד של פקולטות למשפטים בכל האוניברסיטאות הראויות לשמן? כיוון שאנו עוסקים בפתיחת אפשרויות ולא בסגירתן, אני מבקש לפתוח פתח רחב יותר בפני האפשרות לזוותר על התבדלותם של לימודי המשפט ולשלבם בקרב מדעי הרוח. עצמאות איננה התבדלות. כל מדע ממדעי הרוח עצמאי אך איננו נבדל או מנותק מחבריו. להיות עצמאי ולהיות נבדל אינם היינו הך. מגדלי שן מנותקים אינם מגדלים אלא חורבות. כשם שכל מדע ממדעי הרוח מקיים את אופקיו הפתוחים יחד עם עצמאותו, כך מן הראוי שלימודי המשפט ישמרו על עצמאותם המלאה אך לא יתבדלו לא מהחיים ולא משאר מדעי הרוח, כי מקומם בקרב אלו דווקא.

גם אם מצב זה רצוי, עדיין אין הוא מצוי, ויותר משהוא בגדר התגשמות הריהו אפשרות טהורה. ואמנם הרעיון שמקומם של לימודי המשפט בקרב מדעי הרוח איננו נהוג ואיננו מקובל. לדעתי יש בעובדה זו משום התנכרות ואולי אף רמייה עצמית. אין כמעט תחום אנושי שאיננו מועד להתנכרות, אך דומה כי נקל למשפט להתנכר לאנושי ולחיים כפשוטם. זאת, בין השאר, משום ההיבט הפורמלי שכל מערכת משפט איננה יכולה בלעדיו.²²

21. אין בכך כדי לאמץ השקפה רלטיביסטית או פוסט-מודרניסטית. אני חלוק נמרצות על שתי הגישות הללו ואינני סבור שמתן משקל של ממש לסובייקטיבי מחייב לאמץ אותן. כלל וכלל לא. על כך נתתי את דעתי במקומות אחרים בספרי הנזכרים (לעיל, הערה 4).

22. ראו, למשל, את דעתו של שופט בית המשפט העליון בארצות הברית, Antonin Scalia: "The rule of law is *about* form [...] long live formalism. It is what makes a government a government of laws and not of men", Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (1997) p. 25. יש בקרב המדגישים את חשיבות הפורמליזם המשפטי מי שמבססים את דבריהם על תורת המוסר של קאנט. אני בספק רב אם יש ממש בעמדה זו. נכון שצורת הציווי המוסרי חשובה בעיני קאנט, אבל יש לזכור שמניע-ממריץ של התבונה האנושית הקובע את הרצון לממש ציווי זה, הוא רגש דווקא, אם כי רגש פעיל ואפריורי, שהוא רחישת כבוד לחוק המוסר. די בכך כדי להצביע על כך שאף הפורמליזם הקאנטי צריך למניע שאיננו פורמלי כל עיקר ושהוא רגש. ספק רב מאוד אם מצדדי הפורמליזם המשפטי נתנו דעתם לצד חשוב זה כתורת המוסר של קאנט, שהיא סבוכה ומורכבת אף עבור פילוסופים בקיאים ומנוסים. כמו כן אין לבלבל בין חוסר פניות, הוגנות, שוויון בפני החוק וכיוצא באלה לבין פורמליזם משפטי. על התנגדות נמרצת לפורמליזם משפטי באקדמיה, ראו: Ackerman, Bruce Ackerman, *Private Property and the Constitution* (1977) מיטיב להבין

פורמליזם משפטי אנלוגי במידה רבה לאשליה הפוזיטיביסטית שלקו בה האמפיריציסטים הלוגיים שבקרב החוג הווינאי וממנו והלאה. אלא שפוזיטיביזם זה נכשל כישלון חרוץ, ויש שפילוסופים טובים שיושרם האינטלקטואלי איננו שנוי במחלוקת, ושהלכו בדרכו דווקא, הודו בטעות זו במפורש.²³ כיום יש פילוסופים לא מעטים שהבינו כי הפונקציונליזם, המבקש להעמיד חשיבה או שיקול דעת על חישוביות, נכשל כישלון חרוץ.²⁴ אשליה זו היא משאלה פוזיטיביסטית מובהקת והגיע הזמן לנטוש אותה לגמרי.

כי הכרעות משפטיות כבדות משקל ועקרוניות כרוכות כשקלא וטריא פילוסופיות במובהק, וכי אין להתעלם לא משיקולי העומק שביסוד הכרעות אלה ולא מהשלכותיהם המוסריות. גם כלליות הדיון ומבני העומק שלו אינם מתיישבים עם פורמליזם משפטי שהוא ייחסי מטבעו ואיננו מחדש. כל זה מקרב מאוד את לימודי המשפט למדעי הרוח בכלל ולפילוסופיה ואף למטפיזיקה בפרט. ואמנם, Ackerman סבור שעל שופט בעל ערך להיות גם מחונן תאורטית, והוא מזכיר במפורש את הצורך של המשפטנים המובהקים גם ב"hard philosophy". חלק חשוב בספר נושא את הכותרת "פסיקה קאנטית", ללמדנו עד כמה רב משקלה של הפילוסופיה של קאנט או רוחה אף בשאלת הפסיקה או הבירור המשפטי. על גלגולי הוויכוח העקרוני הנ"ל בארץ, ראו: רון שפירא, "המקצוענות של החינוך המשפטי", מחקרי משפט יז (תשס"א) 263. עיינו גם בדבריו של מנחם מאוטנר המדגישים את הממד הערכי של המשפט. על כן הוא רואה במדעי הרוח והחברה את מקור ההשראה למשפט במקום מדעי הטבע שבמתודולוגיה שלהם ניתן לראות מקור השראה לפורמליזם המשפטי. ראו: מנחם מאוטנר "הפקולטה למשפטים – בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובתי המשפט", ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) בעמ' 1.

23. כוונתי, בראש ובראשונה, ליהושע בר-הלל המנות. ראו: יהושע בר-הלל, הגיון, לשון ושיטה – מנות בפילוסופיה של הלוגיקה של הלשון ושל המדע (ספריית הפועלים, תש"ל), המוקדש ל"שמואל הוגו ברגמן – מורה הדור ומצפוננו", שוודאי רחק מאוד מהאמפיריציזם הלוגי ומכל פוזיטיביזם והיה קרוב הרבה יותר למטפיזיקה המסורתית ולערכיה. פרק בספר זה מוקדש לאמפיריזם הלוגי (עמ' 197-212). בר-הלל השכיל להבין כי "ייסתם הגולל על אחת התיות המהפכניות ביותר של ראשית האמפיריציזם הלוגי, והיא שבעזרת הלוגיקה בלבד אפשר להראות על חוסר-המובן של המיטאפיזיקה", שם, בעמ' 211. אכן, חלומו של ויטגנשטיין במאמר לוגי-פילוסופי, לחסל את בעיות המטפיזיקה אחת ולתמיד באמצעות ניתוח לוגי של הלשון, נידון לכישלון, אף ששנים רבות חלפו עד שפילוסופים אנליטיים, כיהושע בר-הלל, הודו בכך וביושר רב. תודעת כישלונם זה של הפוזיטיביזם והפורמליזם שלו חלחלה הרבה יותר מאוחר ללימודי המשפט ועדיין יש רבים שמתעלמים מכך ועודם מתויקים בפורמליזם כזה או אחר בלימודי המשפט.

24. דוגמה נאה במיוחד לכך היא עמדתו של הפילוסוף Hilary Putnam. Putnam היה פונקציונליסט אדוק בשנות השבעים, אך בשנות השמונים הפנה עורף החלטי לפונקציונליזם זה. ראו ספרו: Hilary Putnam, *Representation and Reality* (1988).

הפאנמנטליזם מדגיש מאוד את הצורך להיודע למרחב מרבי של אפשרויות הפתוחות בפני כל תחום ותחום. ענייננו כאן באפשרויות טהורות קונקרטיות,²⁵ הפתוחות בפני אנשי המשפט וחוקריו. לערכים ולמשמעויות יש משקל מכריע בתחום האפשרויות הטהורות. זהו אחד הטעמים לכך שדרך המחשבה שבה מתנהל הפאנמנטליזם, מתרחקת מאוד מהפורמליזם וודאי מהפוזיטיביזם. גם מי ששופטים בפועל בלא רפלקסיה של ממש, וודאי לא לאורה של פילוסופיה מודעת, נזקקים, ביודעין או שלא ביודעין, לאפשרויות טהורות. יתרה מזו, יש ששופטים משיתים הגבלות שלא לצורך על דמיונם ועל רוחם היוצרת ובלא יודעין מגבילים ומצמצמים מאוד את מרחב האפשרויות הטהורות הפתוחה בפניהם בכל זאת. אנו מרבים לסגור ואף לבטל אפשרויות שמן הראוי היה, לאחר בירור הולם ומודע, להותירן פתוחות או לשמרן. הפאנמנטליזם מבקש לאפשר לנו לפתוח ככל האפשר מרחב זה של אפשרויות טהורות בפני דרכי העיון והמעשה שלנו גם יחד, ולהימנע ככל האפשר מסגירת אפשרויות או מביטולן, אלא אם כן יש טעם של ממש לכך.

לאורה של מטפזיקה זו שלי נוח לי לפרש את הביקורת שמתח מנחם מאוטנר על הפורמליזם המשפטי תוך מחויבות ערכית: "אכן, בהשוואה למאמץ הרב שמלומד המשפט הפורמאליסטי ישקיע באיתורו של תקדים, יהא זעום המאמץ שהוא ישקיע בניסיון להבין את המשמעות של הפתרונות האפשריים לבעיה שעמה הוא מתמודד, היינו, את הטעמים הערכיים שביסוד פתרונות אלה, את תפיסת העולם שהפתרונות מייצגים, ואת ההשלכות של הפתרונות".²⁶ לדעת מאוטנר, מלומד המשפט הפורמאליסטי יראה את המשפט "כאילו היה חלק מן המציאות הפיסית של העולם".²⁷ כפאנמנטליסט הייתי משנה את מינוח הדברים: הפורמאליסט רואה את המשפט כאילו היה חלק מן המציאות האקטואלית של העולם. רוצה לומר, לשיטתי, הפורמאליסט, ביודעין או שלא ביודעין, חוטא בכשל האקטואליסטי, זה הכשל שמעמיד כל אפשרות, טהורה ככל שתהא, על התגשמות, על אקטואליזציה, זו או אחרת, ועל כן לא זו בלבד שהוא חוטא בצמצום גדול, מיותר ומזיק של האפשרויות הפתוחות בפני המשפט, אלא שהוא, כאקטואליסט, כופר בכלל במציאותן של אפשרויות טהורות אינדיבידואליות וקונקרטיות. כיוון שכך, לדעת הפורמאליסט, ערכי המוסר, שאינם תלויים במצב עניינים אקטואלי כלשהו, אלא עומדים על אפשרויות

25. בנקודה זו עשויים הקוראים להתעכב ולתמוה עלי. כמעט הכול נוטים לחשוב שאפשרויות טהורות הן מופשטות, ולא היא. באמת אפשרויות אלו הן אינדיבידואליות וקונקרטיות בהחלט. אילו היו מופשטות, לא היו קודמות, בישותן ובהכרתן, להתגשמויות אלא היו נגזרות מהן, ונהפוך הוא. הפאנמנטליזם מקדים את האפשרויות הטהורות להתגשמויותיהן ומייחס להן קונקרטיזציה שלמה, ואילו ההתגשמויות חסרות אותה, כיוון שהן מוגבלות ומתונות ועל כן הן נופלות מאפשרויותיהן הטהורות. זוהי עמדה נומינאליסטית מיוחדת במינה השוללת מעמד ישותי של ממש מכוללים כלשהם והמקדימה כל אפשרות טהורה להתגשמות. בסוגיות אלה עסקתי בהרחבה בשלושת ספרי הפאנמנטליסטיים, והקוראים יוכלו לבחון זאת בהם.

26. מאוטנר (לעיל, הערה 22) בעמ' 12.

27. שם, שם.

טהורות, אינם רלוונטיים כביכול כלל למושא דיונו של המשפט, ולא היא.²⁸ לא זו בלבד שהפורמליסט מתנכר לאפשרויות הטהורות הרלוונטיות לעניין הנידון, אלא שהוא אף מתעלם מהמציאות הבינסובייקטיבית שהמשפט איננו יכול בלעדיה ומעמיד הכול על מציאות פיזית-אקטואלית.

לפחות מימי לייבניץ הוטרדו פילוסופים, לוגיקנים ומתמטיקאים בשאלה, האם יש אפשרות ליצור תחשיב (היום היינו מדברים על תוכנת מחשב) שעל פיו ייקבעו אמיתותה של כל טענה ותקפותו של כל טיעון. לא זו בלבד שאין בידינו תחשיב מעין זה אלא שיש אף ראיות לוגיות לכך שאיננו אפשרי כלל. בכל זאת לא חסרו מלומדי משפט, עד לימינו ממש, שלא חדלו מאשליה זו. האם מישו בקרב קוראי מאמר זה יכול להעלות על דעתו מצב עניינים שבו מחשב, שקלדנים ייונו אותו בנתונים של כתבי תביעה וכתבי הגנה על כל מסמכי הראיות שלהם, על קובץ החוקים ועל כל פסקי הדין והתקדימים, ושבאמצעות תוכנה שעל פיה מחשב זה יתנהל, ייפלט ממנו פסק דין בסופו של התהליך? כבר אמרנו שאין כללים לכוון השיפוט. כיצד נוכל אפוא להפקיד את השיפוט בידי מכוונה או תחשיב, שככל תחשיב הוא מכני או אוטומטי? תחשיב כזה איננו נגיש לשום שופט בעולם, ועל כן פסקי הדין של אותו מקרה עצמו עשויים להיות שונים ואף שונים מאוד זה מזה, הכול על פי ההבדלים האינדיבידואליים שבין שופט לשופט לשיקוליהם הסובייקטיביים. כבר טענתי שיש בכך משום קרבה למדעי הרוח, שיש בהם בימה נרחבת לריבוי דעות, ובעצם – לפלורליזם ראוי לשמו (בלא שזה יביא לידי רלטיביזם דווקא).²⁹

אין אפוא מנוס מסובייקטיביות בתחום המשפט ואין זו אלא אשליה שניתן לחמוק ממנה כליל. המשפט, כמו הלשון וכמו מדעי הרוח, פועלים במרחב בינסובייקטיבי ולא במרחב אובייקטיבי, שעליו חלים מדעי הטבע. המרחב הבינסובייקטיבי איננו יכול בלא הסובייקטיביות והוא נשען עליה בהכרח. לשון המשפט, ככל לשון, איננה דבר פרטי כשם שאיננה אובייקטיבית; הלשון לעולם היא בינסובייקטיבית וכלליה חלים על מרחב בינסובייקטיבי. מעמדם של כללים אלה איננו כמעמד חוקי הטבע. אכן, ויטגנשטיין היטיב לראות כי הלשון היא בראש ובראשונה "צורת חיים",³⁰ היינו צורת חיים של בני אדם,

28. על כן היטיב מאוטנר במאמרו הנ"ל לטעון כי "הפורמאליזם מציג הכרעות ערכיות, שכרוך בהן מעבר אל הרצוי (ought), כהכרעות שכרוך בהן מעבר מן המצוי (is) אל המצוי, היינו מכללי המשפט הקיימים בשיטה במפורש לכללי המשפט הנחשבים קיימים בשיטה כמשתמע" (שם, בעמ' 13). לאור שיטתי הפאנומנוליסטית, הפורמליסט המשפטי חוטא אפוא בכשל אקטואליסטי בהעמידו את הרצוי, שהוא אפשרות טהורה, על המצוי, שהוא התגשמות בפועל (אקטואליזציה). זוהי רדוקציה הכובלת את המחשבה המשפטית ונועלת בפניה אפשרויות טהורות חיוניות, ואין צריך לומר שהיא חוטאת לשיפוט הערכי ועשויה להוליך את המשפט למקום שבו אין למוסר כל שליטה או המנוער מכל ערך מוסרי.

29. הדין אפוא עם מאוטנר הקובע כי "פלוראליזם של דעת ופלוראליזם של ערכים חייבים להיות, אפוא, עקרונות-יסוד בפעילותה של פקולטה [למשפטים] דאוייה", שם, בעמ' 25.

30. בסעיף 19 של ספרו הקורות פילוסופיות טוען ויטגנשטיין כי "לדמות שפה פירושו לדמות

ושעל כן אילו בעלי חיים אחרים היו מדברים, לא היינו מבינים אותם, כי צורת חייהם שונה מאוד מזו שלנו. אלא שוויטגנשטיין טעה בניסוח דבריו באומרו כי הלשון איננה פרטית אלא אובייקטיבית, ואין זה כך, שהרי היא בינסובייקטיבית מטבעה ואיננה אובייקטיבית. על לשון המשפט יש להוסיף את ערכי המשפט שגם הם בינסובייקטיביים ואינם אובייקטיביים, ומכאן ברור שלא במציאות אובייקטיבית עסקינן. במציאות בינסובייקטיבית זו יש משקל של ממש לסובייקטיבי, אך מכאן לא מתחייבת תפיסה רלטיביסטית. כשם שבמציאות הלשונית יש מקום לדעות משותפות ומקובלות ויש מקום לכללים המקובלים על כל המשתתפים בלשון והמוכרים להם, כך גם בתחום המשפט. בני האדם החיים לפי צורת חיים משותפת, מכירים את החוקים החלים עליהם, חוקי המשפט כחוקי הלשון, לא מבחינה תאורטית דווקא אלא בדרך המעשה שבה הם מתנהלים על פי כלל זה או אחר. ילד איננו משנן בילדותו את כללי הלשון שאותה הוא לומד, אבל הוא לומד להשתמש בכלל כהלכה (אם לא מיד, הרי במשך הזמן). כך גם השותף לצורת חיים הנוהגת במדינה זו או אחרת, נוהג בדרך כלל על פי החוק ואיננו עובר עליו, גם אם איננו יודע לצטט דבר מספר החוקים. על כן מניח השופט שאי ידיעת החוק כלשונו, היינו כפי שהוא מנוסח בספר החוקים, איננה פוטרת שום עברייני מעונש, כשם שכל דובר שפה יודע להשתמש בכלליה, כדי שיהא מובן וקומוניקטיבי, אף שלעתים קרובות לא יהיה מודע לניסוחו של הכלל בספרי התחביר או להגדרה המילוגית של מילה מן המילים שבפיו. מכל מקום, כללים והגדרות אלה אינם חלק מתחשיב פורמלי כלשהו וודאי הכללים הללו אינם אובייקטיביים כחוקי הטבע. יש להם מעמד בינסובייקטיבי מובהק.

יש להבחין היטב בין מכוונה או כל פעילות מכנית לבין מעשיו של אדם שראשיתם במחשבה שלא נעדרים ממנה אלמנטים סובייקטיביים.³¹ בלא הבחנה קטגוראלית זו אנו מתנכרים לאדם ולמחשבה האנושית. ואמנם, יש שההיבט הפורמלי של המשפט

צורת-חיים". ראו: לודוויג ויטגנשטיין, *חקירות פילוסופיות* (עדנה אולמן-מרגלית - מתרגמת, מאגנס, תשנ"ה) בעמ' 43.

31. על כך שיש הבדל שבקטגוריה בין פעולה של כל מכוונה לבין מחשבת האדם עיינו בספרי, *Gilead, Saving Possibilities* (לעיל, הערה 4) בעמ' 137-158. בשלושת ספרי המוקדשים לפאננמנטליזם אני מגן על הסובייקטיבי מפני תוקפיו. איננו יכולים לתאר לעצמנו את האנושי והייחודי שבכל אחד מעמנו בלא סובייקטיביות שאין ממנה מנוס. הפאננמנטליזם מנסה בין השאר להראות כיצד על בסיס של הבדלים סובייקטיביים וייחודיים שבין אדם לאדם ניתן בהחלט לכונן מציאות בינסובייקטיבית משותפת שתלים עליה כללים משותפים ואף אוניברסליים, בלא להתנכר כלל לסובייקטיבי שבכל אחד מעמנו. במאמר זה אני טוען שניתן ויש לעשות כן גם במציאות הבינסובייקטיבית שעליה חל המשפט וחלים לימודי המשפט. ההכרה בסובייקטיבי ובאי ההתנכרות אליו דוחה, למעשה, את הפורמליזם המשפטי ואת כל יומרתו הפוזיטיביסטית. מאוטנר מראה כיצד אפילו לשיטתם, המלומדים הפורמליסטים או הפוזיטיביסטים אינם יכולים לחמוק מן הסובייקטיבי, הערכי והאינטואיטיבי לחלוטין אלא לכל היותר לצמצמו מאוד וגם על צמצום זה ניתן לחלוק. ראו: מאוטנר (לעיל, הערה 22) בעמ' 14-16.

מתגלם בהתנכרות. בית משפט מתנכר איננו יושב בתוך עמו, ולימודי משפט מנוכרים מתרחקים ממדעי הרוח, המכונים גם מדעי האדם. יש משוא פנים ויש "עיוורון" או הסתר פנים שאינם אלא התנערות ממשוא פנים, ועל כן בדין לוטות עיניה של אלת הצדק, שמאזני הצדק בידיה. כנגד זאת, הפורמליסט המתנכר מתעלם ממה שאין להתעלם ממנו: מהעין או מהמבט האנושיים. כשהמשפט מנוכר להיבט הרוחני שלו, שהוא מוסרי, רגשי ואינטלקטואלי גם יחד, סובייקטיבי, ואולי אף חושני-אינטואיטיבי (גם לשופטים יש חושים ותחושות המשמשים בהכרעת הדין, והטובים שבהם יודעים כיצד להשתמש בהם גם לצורך זה), הוא גם מתנכר למדעי הרוח שהם מקור מחצבתו, כשם שהוא מתנכר לציווי פילוסופי-רוחני מובהק: דע את עצמך! בהתנכרות זו יש גם מן הרמייה עצמית, ולימודי המשפט מנכסים או לעצמם התבדלות שאין בה כל ממש. יתרה מזו, כל משפט ראוי לשמו אמור לינוק מן המוסר והצדק, ואין מוסר וצדק בלא ערכים שהם אפשרויות טהורות שרוחו של האדם נפתחת אליהן.

ואמנם, התרחקותם של לימודי המשפט ממדעי הרוח כרוכה בהתרחקותם מהמוסר. דומה כי במדינות רבות בימינו רחק השיקול המשפטי מזה המוסרי מרחק רב. נכון, יש הבדל של ממש בין משפט לבין מוסר. המשפט הוא סטוטורי, פרי של חקיקה, המשקפת את רצונו והעדפותיו של הריבון. לא כן המוסר – הוא איננו פרי של חקיקה כזו ויש שקיים פער של ממש בינו לבין הנורמות הנהוגות, למרבה הצער, בציבור ובחקיקה גם יחד. אבל ההבדל שבין משפט למוסר איננו אמור להרחיק את המשפט מהמוסר. כלל וכלל לא. אדרבה, יש לכפוף את המשפט לשיקול המוסרי. במקום שבו הדין הנהוג והחוק מנוגדים למוסר, מוטל על בית משפט ששיקולים של צדק, טבעי או אחר, לנגד עיניו, שירים את קולו בזעקה ואף מוטב שיפסוק בניגוד לחוק. לא כך נוהגים בתי המשפט בדרך כלל. אדרבה, יש שרואים במשפטן גם פוסק בענייני מוסר, ובמקום לכפוף את המשפט למוסר, כופפים את המוסר למשפט, ואין התנכרות קשה מזו.

התנכרות זו היא כנראה מהגורמים החשובים המרחיקים את לימודי המשפט מערכים בכלל וממדעי הרוח, שהם מחוז מחייתם וחקירתם של הערכים, בפרט. לימודי המשפט אינם מדעים ממדעי המדינה, למשל, וגם לא מלימודי ההיסטוריה. חוקר המדינה או ההיסטוריון אינם שופטים את מושאי הקיראתם ואינם מעמידים אותם למבחן ערכי. כך גם מדעי החברה בכלל והפסיכולוגיה בפרט. הללו מבקשים להכיר ולהבין את מושאי מחקרם ולא לדון אותם. לא כן חוקרי הערכים שמקומם יכירם בקרב מדעי הרוח בכלל והפילוסופיה בפרט. להם יש העדפות ערכיות. טלו, למשל, פילוסוף כמו ניטשה (Nietzsche), שביקורת הערכים והשאיפה לביטולם היא עניין מרכזי בהגותו. ביקורת ושלילה אלה כרוכים כולם במפץ הפטיש הערבי של ניטשה, שלפיו ערכיו, או חירותו מכל ערך קבוע, של האדם העליון מכריעים את ערכי איש העדר, איש ההמון ("הגמדים" בלשונו של ניטשה שאת ערכיהם הוא מנפץ בפטישו). גם שפינוזה, פילוסוף שלדעתו טוב ורע אינם אלא תועלתו של האדם ונזקו, מציע פילוסופיה ערכית: הוא דוגל בערכי התבונה ובמוסר התבוני הדאוונטולוגי (מוסר לאור כללים שנקבעו מראש ושמעמדם אוניברסלי באמת, ובכך הקדים את קאנט) ועליהם הוא ממליץ בלשון מפורשת. ואין צריך לומר שהרבה מאוד ממשנתו הפילוסופית של קאנט כפוף לתורת המוסר והערכים שלו.

והנה, קרבתם של לימודי המשפט לשאלות פילוסופיות אלה גדולה ועמוקה ביותר. קאנט מבחין בין מוסריות לבין חוקיות, המתרגמת את המוסר ללשון החוק הנוהג במדינה המתוקנת, אך הוא חותר נמרצות לצמצום הפער שביניהם. נזכיר בשולי הדברים כי קאנט נודע בזמנו לא רק כמטפיזיקאי וכפילוסוף מהמדרגה הראשונה. הוא תרם לא מעט גם ללימודי המשפט. ושוב, קרבה טבעית זו, קרבת דם, שבין משפט למוסר מקרבת יותר מכל את המשפט למדעי הרוח.

צורת המשפט האדוורסרית מביאה אנשים לחשוב שההתמודדות הכוחנית במשפט, ההתנצחות (פולמיקה, וזו משמעה ביווגית – מלחמה), ההכרעה (והרי מקובל לטעון שיש טיעונים "מכריעים") והניצחון קונים להם שכיתה הולכת וגוברת בבתי המשפט, ולא מעט מהכשרת עורכי הדין, הפרקליטים והשופטים לעתיד מוקדש לענייני כוח אלה. יש אלימות בדין ויש אלימות בכפיית החוק. לאלימות ולכפייה אלה יש מקום בבתי המשפט.³² ככלות הכול, מחלוקות מוטב ליישב מחוץ לכותלי בית המשפט, שעה שהחלוקים מגיעים לידי הסכם ופשרה מרצונם החופשי ואינם מפקיעים את ההחלטה מרצונותיהם ומשיקוליהם ומוסרים אותה בידי שופט כלשהו.

התנצחות, אלימות וכפייה רחוקות מאוד מאוד מכל עיסוק ראוי לשמו במדע ממדעי הרוח, ובכלל – מכל מדע. אינני דן עכשיו במצב האקטואלי, במצבם החברתי או הפוליטי של המדעים. אני דן עתה במדעים בטרתם ולשמם. תואר של דוקטור בפילוסופיה הוא תואר של מי שהקדיש מזמנו, ממצו ומכישורו למחקר לשמו, ומחקר לשמו איננו עולה בקנה אחד עם התנצחות וכוח. שקלא וטריא, משא ומתן, יאים לתחום העסקים, הטיעונים והמדעים. טוב למשפט שימיר את ההתנצחות והכוחניות שבכפייה במשא ומתן של חילופי רעיונות חופשיים, שאנו בוחרים מתוכם בזכות שיקול דעת ורצון חופשי. ויש שאף לטיעונים מיוחס כוח כופה, כשההיגיון שבהם כופה עלינו מסקנות שאינן לרצוננו. יתרה מזו, טיעונים תקפים עשויים להימצא עיוורים לחלוטין בלא תובנות.³³ משפט טוב נשען לא רק על טיעונים תקפים אלא לא מעט על תובנות, ואין כוח שיפוט יעיל בלא תובנות. יש שיפוט בלא משוא פנים, אולם שיפוט עיוור איננו ראוי לשמו. גם בעניין זה יפה קרבת המשפט למדעי הרוח שמקומן של תובנות פוריות בעלות טבע סינופטי ככל האפשר הוא חיוני ביותר בהם ויש שהוא במוקד.

אפשר, כמובן, לחלוק על טענותי במאמר זה. אפשר להגן על התבדלותם של לימודי המשפט ועל כך שהם צריכים לפקולטה מיוחדת להם.³⁴ אלא כמי שעיסוקו המטפיזי מתמקד

32. לשאלת הסיפר, האלימות והחוק מוקדש ספרו של Robert Cover, ראו: Robert Cover, *Narrative, Violence, and the Law* (1992).

33. ראו מאמרי: Amihud Gilead, "Philosophical Blindness: Between Arguments and Insights", *The Review of Metaphysics* (2004) 58, pp. 147–170.

34. כנגד זאת, מאוטנר במאמרו (לעיל, הערה 22) בעמ' 25–28, מאמין עמדות הדומות לשלי ולפיהן התבדלות לימודי המשפט איננה אלא "שטות טראנסצנדנטאלית" (ראו הערה 28

בהצלת אפשרויות טהורות ובפתיחתן בפני הכרתנו, אני מבקש לשמור על אפשרות זו של שילובם של לימודי המשפט במדעי הרוח ולקיימה כאפשרות פתוחה. גם המבקשים לשמר את התבדלותם של לימודי המשפט לא יוכלו להתכחש או להתנכר לאפשרות טהורה זו, שהרי לימודי המשפט לא יאבדו כהוא זה מעצמאותם ומייחודם, אם ישולבו במדעי הרוח. אדרבה, ייחודם יישמר אף יותר בקרב מדעים אלה, כשם שייחודו של כל מדע ומדע שבהם נשמר בקפידה. ייחוד זה יישמר אף יותר, דווקא משום שיוסר תבלול ההתנכרות והרמייה העצמית מעל לימודי המשפט.

בשנים האחרונות ניתנה תשומת לב הולכת וגוברת לאי שביעות רצונם של תלמידי המשפטים מלימודיהם. בסעיף חשוב במאמרו, "הפקולטה למשפטים", דן מנחם מאוטנר בשאלת "החינוך המשפטי והשאלה של משמעות החיים".³⁵ יש מן ההעזה המבורכת בהכללה של סעיף כזה במאמר מסוג זה. מאוטנר שואל על מקורו של חוסר הנחת של תלמידי המשפטים בארץ ומשיב כי תלמידים אלה "מגיעים ללימודי המשפטים שלהם בשלב שבו מטרידות אותם עדיין, בעוצמה רבה, שאלות בדבר משמעות החיים, טיבם של החיים הראויים והותם העצמית כבני-אדם".³⁶ אם אמנם שאלות אלה מטרידות אותם לצד "שאלת המשמעות והפשר של המשפט",³⁷ דומה כי לא מדעי החברה יהיו מקור ההשראה ואף העוגן הערכי ומקור הנחות היסוד הראשוניות לתלמידי המשפט ולחוקריו אלא מדעי הרוח בכלל והפילוסופיה בפרט. שאלות בדבר טיבם של החיים הראויים והכרת האדם את עצמו הן מהחשובות שבשאלות שפילוסופים עסקו בהן מימי סוקרטס ועד ימינו אלה. סוקרטס שואל שאלות על החיים הראויים בניסיונו לקיים את הציווי האפוליני "דע את עצמך" אם אמנם היעדר בירורים כאלה הוא מקור לחוסר הנחת הרוחני והאינטלקטואלי של תלמידי המשפט בארץ, מוטב להם שיעגנו את לימודיהם במדעי הרוח בכלל ובפילוסופיה בפרט. גם לימוד הספרות יפה לשאלות אלה ולשאלות בדבר משמעות החיים, ובעיקר הספרות שההיבט הפילוסופי שלה ניכר (טולסטוי ודוסטויבסקי, למשל) ואין צריך לומר יצירותיהם של סופרים שהם גם פילוסופים (קאמי, למשל).

כשם שמוטב לו לבית המשפט שישב בקרב עמו ולא יתנשא מעליו וירחק ממנו עד כדי תלישות ממציאיות חייו, כך מוטב ללימודי המשפט שישוּבו לביתם הטבעי ולא יגלו ממנו. בית זה או שמא קרבה רצויה זו מצויים בקרב מדעי הרוח וכך יאה.

בעמ' 23-25 למאמרו). ברוח זו גורס אוריאל פרוקצ'יה בהרצאתו "כועות משפט" (הרצאה לפתיחת שנת הלימודים), משפטים כ (תש"ן) 9, כי "התבדלות המשפט לא תיתכן [...] אצלנו", שכן כמדע נבדל הוא ריק, בבחינת "כועה של ממשות" ולא ממשות באמת. דעתי קרובה לדעות אלה.

35. מאוטנר (לעיל, הערה 22) בעמ' 31-33.

36. שם, בעמ' 32.

37. שם, בעמ' 33.

