

אוניברסיטה בגלות: ההיסטוריה של החינוך המשפטי בעשור הראשון למדינה

מאת

גיא קלס*

מטרתו של חיבור זה היא לבחון בחינה ביקורתית את ההנחה הרווחת בדבר הפורמליזם שאפיין את החינוך המשפטי באוניברסיטה העברית בירושלים בראשית שנותיו. ההיסטוריה של החינוך המשפטי בעשור הראשון לקום המדינה טרם זכתה לחקירה מקיפה וממצה בספרות המשפטית והכללית. בהיעדרה תובנות מרכזיות על החינוך המשפטי בתקופה זו נסמכות בעיקר על היקשים גורפים מפסקי הדין של שופטי בית המשפט העליון של אותה העת. המאמר מבקש לחרוג מן המתווה התאורטי המוכר המזהה בין היתר את החינוך המשפטי הישראלי בראשית דרכו כמסוגר, מובחן ואוטונומי ולטעון כי כבר בעשור הראשון לקום המדינה נחלש אופיו האינטרנליסטי של החינוך המשפטי והוא נהפך לבינתחומי. חלקו הראשון של המאמר מגיש סקירה קצרה של גישת הפורמליזם המשפטי. החלק השני כולל סקירה היסטורית על האוניברסיטה העברית בירושלים בעשור הראשון לקום המדינה. החלקים השלישי והרביעי מציגים את הטענה המרכזית בחיבור זה, שלפיה החינוך המשפטי בארץ, עם כינון הפקולטה הראשונה למשפטים, היה בלתי פורמליסטי במובנים רבים. טענה זו נסמכת על שני אדנים: ראשית יוצג הטיעון המוסדי, אשר במסגרתו יובאו דוגמאות ממקורות ראשוניים שונים (פרוטוקולים מדיוני ישיבות הוועדה המקצועית להקמת הפקולטה, הקוריקולום הרשמי של הפקולטה בשנותיה הראשונות והקמת המכון לקרימינולוגיה), המעידים על

* בוגר הפקולטה למשפטים והחוג לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה באוניברסיטת תל-אביב, תלמיד התואר השני ב-Columbia Law School. מאמר זה מושתת על עבודה אשר נכתבה במסגרת הסמינר "היסטוריה של המשפט הישראלי", בהנחייתו של פרופ' אסף לחובסקי. ברצוני להודות לו על תמיכתו ועל הערותיו החשובות שהשביחו מאמר זה. כמו כן ברצוני להודות לזיו שוורץ ולטליה כהן על קריאתם הסבלנית ועל הערותיהם המעמיקות. תודתי נתונה גם (לפי סדר א"ב): לעו"ד אברהם בן-נפתלי, לעו"ד עמיהוד בן-פורת, לפרופ' אהרן ברק, לפרופ' יצחק זמיר, לד"ר מישאל חשין, לפרופ' דניאל פרידמן, לפרופ' אמנון רובינשטיין ולפרופ' שלמה גיורא שוהם על שהסכימו להתראיין לפניי לצורך חיבור זה. עוד ברצוני להודות לעורכי כתב העת משפטים, זאב גוטרייך ורפי הרבסט, על הביקורת הבונה והערותיהם המועילות. לבסוף ברצוני להודות תודה מיוחדת לעו"ד רותה אורן, אשר ניאותה לקרוא את טיוטת המאמר. לאחר שנה במחיצתה המשפט הפרטי והשפה העברית לעולם לא יהיו עוד כפי שהיו בעבר. למותר לציין כי האחריות לתוכן הדברים היא שלי בלבד.

שאיפתם ופועלם של קברניטי הפקולטה להנהיג בה חינוך אינטרדיסציפלינרי. התנהלות זו, מטבעה, אינה מאפיינת שיטת חינוך פורמליסטית ולמעשה איננה עולה בקנה אחד עמה. הטיעון השני סב על הציר הפרסונלי, והוא מבקש להתמקד בסגל ההוראה הבכיר של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית דרך תיקי חבריו, תוכני הרצאותיהם וחיבוריהם הבינתחומיים. ניתוח תיקי סגל ההוראה ותוכני ההרצאות מבקש ללמוד מהרקע האישי-אינטלקטואלי של המרצים על הקשר בין האקדמיה המשפטית ובין האקדמיה החוץ-משפטית. הדעת נותנת כי קיומו של קשר חזק עם דיסציפלינות אחרות עשוי להצביע דווקא על משטר א-פורמליסטי אשר הונהג בחינוך המשפטי בראשית דרכו. לבסוף ישולבו הטיעון המוסדי והטיעון הפרסונלי במסגרת האירועים ההיסטוריים השמורים לעשור הראשון להקמת המדינה, שבהם ספגה האוניברסיטה העברית בירושלים פגיעה אנושה בקיומה הפיזי, עם אבדן נכסיה, כמו גם בקיומה הסימבולי הנשען על מיקומה הייחודי במרחב הירושלמי.

פתח דבר. א. סקירה תאורטית. 1. פורמליזם משפטי; 2. פורמליזם בחינוך המשפטי; ב. סקירה היסטורית: האוניברסיטה העברית בירושלים בעשור הראשון למדינה. ג. הטיעון המוסדי. 1. ניתוח דיוני הוועדה להקמת הפקולטה למשפטים; 2. הקמת המכון לקרימינולוגיה; 3. קוריקולום ומבנה; ד. הטיעון הפרסונלי. 1. ניתוח תיקי סגל הפקולטה; 2. ניתוח תוכני ההרצאות וחיבורים נבחרים של סגל הפקולטה; סיכום ומסקנות.

פתח דבר

ברשימה זו בכוונתי לבחון אם מבנה הלימודים, תוכני הלימודים והאוריינטציה ההשכלתית של המרצים בעשור הראשון לקיומה של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים מצויים בהלימה עם ההנחה הרווחת בדבר פורמליזם חינוכי אשר מזוהה עם התקופה. הדיון והמחקר בספרות המשפטית התרכזו עד כה בעיקר במיפוי ובניתוח של השקפת עולמם השיפוטית של שופטי בית המשפט העליון בשנות החמישים של המאה הקודמת (להלן: "שנות החמישים"), אשר אופיינה בין היתר כקולקטיביסטית,¹ קולקטיביסטית-ליברלית,² ליברלית מוסווית,³ מרוסנת⁴ ומחנכת.⁵ על אף מגוון הממצאים

1 "המדינה נתפשה על ידי בית המשפט לא במהותה הליברלית [...] לא כמדינה שתכלית קיומה הוא לאפשר את מירב החירות לפרטים להגשים את האינדיווידואליותם; אלא כמדינה שתכלית קיומה היא תחייתו הפוליטית של העם היהודי [...]" פנינה להב "העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479, 497 (1989).

2 ראו עלי זלצברגר ופניה זלצברגר-עוז "המסורת הגרמנית ובית המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא 259 (1998). טענת הכותבים היא למעין ליברליזם גרמני קולקטיביסטי המדגיש ראייה ממלכתית יותר מזכויות אינדיווידואליסטיות.

והמסקנות של המלומדים השונים בעניין זה מסתמנת בספרות תמימות דעים כי ראשיתו של המשפט הישראלי בירושה מנדטורית של משפט פורמליסטי.⁶ במסגרת מצומצמת זו אני מבקש לבחון בחינה ביקורתית את טענתו של פרופ' מנחם מאוטנר, כפי שמוצאת ביטויה בחיבורו הפרדיגמטיים – "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי"⁷ ו"על החינוך המשפטי"⁸ – בדבר הפורמליזם שאפיין לכאורה את החינוך המשפטי באוניברסיטה העברית בראשית שנותיו. בתמצית, עמדתו של מאוטנר היא כי הפורמליזם השיפוטי בבית המשפט העליון בשנות החמישים אינו רק פרי מסורת והשכלה משפטית אלא מדובר באסטרטגיה שיפוטית אשר מטרתה הסוואת הממד הערכי של השפיטה. לגישת מאוטנר, בית המשפט העליון פעל בסביבה חברתית לא ליברלית הנשענת על אדנים קולקטיביסטיים של ההגשמה הלאומית.⁹ בסביבה עוינת זו חש בית המשפט העליון ב"זרות תרבותית", כמוסד צנוע המודע לקיומו המוגבל בהיררכייה השלטונית. במצב דברים זה אפשרה ההנמקה הפורמליסטית לשיפוטי בית המשפט העליון להצניע את הממד הערכי של פסיקותיהם, בהצגתן כפרי המכניקה של "השיפוט המקצועי", היינו שיוכה של ההנמקה המשפטית להליך השיפוטי, וביסוסה בו, ולא לבחירה ערכית. למעשה, לגישת מאוטנר מי שהשתנתה עם השנים היא החברה הישראלית, אשר עברה בין היתר בשנות השמונים של המאה הקודמת (להלן: "שנות השמונים") שינוי תודעתי הכרוך במעבר מאתוס קולקטיבי לאתוס אינדיווידואלי, ולא בית המשפט העליון על שופטיו השונים.

- 3 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 40–44 (1993) (להלן: מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 145–160 (2008) (להלן: מאוטנר משפט ותרבות בישראל).
- 4 ראו אברהם שפירא "הריסון העצמי של בית-המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח" עיוני משפט ג 640, 642–640 (1973). לגישת שפירא, בית המשפט העליון ביקש למצב את עצמו מעל הפוליטיקה המפלגתית במדינה, כמעין שופר לקונצנזוס הלאומי. לפיכך דאג להגביל את השימוש בעצמתו המוסדית בתחומים רגישים או שנויים במחלוקת.
- 5 ראו ניר קידר "על הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון המוקדם – עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות בזרנו ושייב" מחקרי משפט כב 385 (2006). לטענת קידר, בשנים הראשונות לקיומו של בית המשפט העליון שאפו שופטיו לטפח בקרב המנהל הציבורי והאוכלוסייה בכללותה תודעה אזרחית של חיים במדינת חוק.
- 6 רונן שמיר "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 589, 590 (מנחם מאוטנר ואחרים עורכים, 1998).
- 7 ראו מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, לעיל ה"ש 3.
- 8 מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי (2002) (להלן: מאוטנר על החינוך המשפטי).
- 9 על אף הנחה זו יש הטוענים כי קבוצות מרכזיות בחברה הישראלית אופיינו עוד בשנות החמישים בסממנים אינדיווידואליסטיים מובהקים. ראו לדוגמה: אורית רוזין חובת האהבה הקשה – יחיד וקולקטיב בישראל בשנות החמישים 10–12 (2008).

על רקע הֶלְחָם זה בין אפיזודות היסטוריות (שנות החמישים ושנות השמונים) ובין קטגוריות אנליטיות (פורמליזם וערכים) לצד ההכרה בדפוסי הפעולה ובקשרים המשותפים שבין שלוש צלעותיו של "המשולש המשפטי", קרי בתי המשפט, עורכי הדין והאקדמיה המשפטית, הבהיר מאוטר כי כוחו ההסברי של ניתוחו הסוציו-משפטי אינו מוגבל לממד השיפוטי בלבד אלא משתרע גם על פני האקדמיה המשפטית.¹⁰ לגישתו, במסגרת תפיסת העולם הפורמליסטית קיימת הבחנה ברורה בין פעילותם האינסטרומנטלית של המשפטנים האקדמאים, הנושאת תועלת לציבור השופטים ועורכי הדין, לבין הפעילות האקדמית הכללית לשם השגת "דעת לשמה", הנעשית במסגרתן של הדיסציפלינות הלבֶרֶמֶשֶפֶטיות, שאותה מאוטר מכנה "הפעילות האוניברסיטאית הרגילה". על כן, טוען מאוטר, היחלשות אופיו האוטונומי של החינוך המשפטי והפיכתו לבין־תחומי היא סממן לדעיכתו של הפורמליזם כפרדיגמה אקדמית.¹¹

נוכח פרופוזיציות שלובות אלה על שפיטה והאקדמיה בישראל נטען כי החינוך המשפטי באוניברסיטה העברית, אשר התמסד אקדמית עם קום המדינה, היה פורמליסטי ותפס את עצמו כענף ידע מסוגר, מובחן ואוטונומי.¹² שיטת הלימוד הפורמליסטית כאמור התרכזה בהוראת הדוקטרינות והטכניקות הפנימיות של המקצוע והתאפיינה בעומס תוכני, אשר דחק וסילק את "כל שאינו משפט" תוך שהרגיל את "פּרַח־המשפט בשנים המעצבות של חייו הבוגרים לתפיסת עולם שבה הכל משפט".¹³ זאת למעט מקרים חריגים אשר בהם "לא נעשה הדבר, בדרך-כלל, במסגרת הדיון האקדמי שהתנהל בגדרן של הדיסציפלינות המשפטיות המוכרות (דיני עונשין, דיני נזיקין וכיוצא באלה),

10 מאוטר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 66–68. טענה זו הורחבה בספרו של מאוטר על החינוך המשפטי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 17, שם נכתב כי "הפורמליזם המשפטי היה לא רק התפיסה המקובלת על שופטים ועורכי־דין בישראל הוא גם היה הפרדיגמה האקדמית, שבמסגרתה ניהלה האקדמיה המשפטית של ישראל, למן שנות החמישים, את המחקר ואת ההוראה שלה. משמע: באופן מסורתי, התקיימה במשפט הישראלי חפיפה בין תפיסת־העולם המשפטית, שהייתה מקובלת על משפטנים מעשיים, לבין הפרדיגמה האקדמית, שבמסגרתה פעלו מלומדי המשפט".

11 מאוטר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 66–67.

12 מאוטר על החינוך המשפטי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 17–25.

13 יורם שחר "משכן כמשפטו" מחקרי משפט יט 397, 408 (2003). לאישוש העמדה כי הפקולטה למשפטים הייתה פורמליסטית בראשית שנותיה ראו גם: Pnina Lahav, *American Moment[s]: When, How and Why Did Israeli Law Faculties Come to Resemble Elite U.S. Law Schools?*, 10 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 653, 667 (2009). פרופ' להב מזהה את שלהי שנות השישים כנקודת המפנה שבה החלה לנסוק ההשפעה האמריקאית על החינוך המשפטי בישראל באמצעות שלוש רפורמות מרכזיות: הקמתו של כתב עת משפטי עצמאי המנוהל על ידי סטודנטים מצטיינים, רפורמה בקוריקולום הרשמי ורפורמה בשיטת ההוראה. הרפורמה המשמעותית ביותר, באופן ההוראה, מתוארת כמעבר מהרצאה פרונטלית מוכתבת (ex cathedra) לשיטות הוראה המושתתות על רמות שונות של שיח ודיאלוג בין המרצה לתלמידיו.

אלא בשולי העיסוק של האקדמיה המשפטית, היינו במסגרת קורסים מתוחמים במיוחד לנושאים אלה, הממוקמים על 'קו־התפר' שבין דיסציפלינת המשפט והדיסציפלינות של מדעי החברה והרוח, כגון: סוציולוגיה של המשפט [...]"¹⁴. בהמשך ובהלימה לאותו מהלך מחשבתי הונח כי רק בשנות השמונים החלה הפרדיגמה האקדמית הפורמליסטית לגווע לטובת תפיסת עולם חדשה ופרדיגמה אקדמית חדשה הרואה במשפט תופעה מורכבת ורחבה שיש לה נדבכים החורגים מאותו היגיון פנימי־מדעי. גישה אנטי־פורמליסטית זו ראתה בחיוב בניית גשרים לעולמות ידע אחרים תוך הדגשת הממד הערכי והחברתי של המשפט.¹⁵

כאמור, אני מבקש לטעון כי כבר בשנות החמישים היו הלכה למעשה התקרבות ושיתוף פעולה בין האקדמיה המשפטית לאקדמיה החוץ־משפטית. יתר על כן, לצד הכושר האנליטי־פורמליסטי הנרכש במסגרת הפקולטה למשפטים הודגש כבר אז גם הכושר הסינתטי, היינו הכושר להאיר את המשמעויות הערכיות והחברתיות של המשפט ושל כלליו הספציפיים באמצעות ידע, שיטות מחקר וכלי ניתוח השאולים ממדעי החברה וממדעי הרוח.¹⁶

שורשיו של הרציונל המחקרי להתמקד דווקא בשנות החמישים נעוצים בסיבות אחדות: ראשית, החינוך המשפטי האוניברסיטאי בעשור הראשון לקום המדינה טרם זכה לחקירה היסטורית מקיפה וממצה. שנית, הֶסְדְּרִי הזמן הנוכחיים בספרות מזהים את "נקודת האפס" המתודולוגית לחקר החינוך המשפטי עם קום המדינה ואת השינוי שחל בחינוך המשפטי בשנות השמונים כחלק מן התאוריה רחבת ההיקף של מאוטנר בנוגע לשפיטה בישראל. תאוריה זו נשענת על תבנית מטא־היסטורית לינארית ופרוגרסיבית לפיה משנות החמישים פעל המשפט הישראלי במסגרתה של תפיסת עולם פורמליסטית, ומאז – בתהליך שמובחנותו ניכרת משנות השמונים – פחת משקלה של ההנמקה הפורמליסטית תחת הנמקה המבליטה את מעמדם של שיקולים ערכיים. כל זאת תחת הסתייגותו של מאוטנר כי הפסיקה לא הייתה פורמליסטית באופן מוחלט, אלא ההנמקות הפורמליסטיות של שופטי בית המשפט העליון זכו עד שנות השמונים למעמד מרכזי ומובחן.¹⁷ הסתייגות זהה לא נכתבה על ידי מאוטנר באשר לחינוך המשפטי. אולם אף

14 מאוטנר על החינוך המשפטי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 22.

15 שם, בעמ' 25.

16 שם, בעמ' 30. יש המזהים את חקר התופעה המשפטית בשיטות וכלי ניתוח השאולים מתחומי ידע אחרים כ"בין־תחומיות חלשה" להבריל מ"בין־תחומיות חזקה", אשר איננה מסתפקת בשאילה של רעיונות, מושגים ומתודות שפותחו בדיסציפלינות אחרות אלא עורכת סינתזה בין כמה דיסציפלינות לשם יצירתו של תחום ידע חדש, כגון קרימינולוגיה או ביוכימיה. ראו איל זמיר "על המחקר המשפטי האינטגרטיבי" דין ודברים ד 131, 134–135 (2008).

17 מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 33; מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 149–150.

אם מחילים את הסתייגותו של מאוטנר בדבר סטיות נקודתיות מאותה תבנית לינארית גם על החינוך המשפטי, הרי היות שמדובר בתהליך של "דעיכה", מובן שבעשור הראשון למדינה היה החינוך המשפטי אמור להיות בשיא פורמליסטי שאין שני לו. משכך, הרי שהפרכת הסברה כי בשנות החמישים החינוך המשפטי היה פורמליסטי באופן מובהק ומובחן, תעלה ספקות משמעותיים בקשר להנחות היסוד של הכתיבה המשפטית באשר לחינוך המשפטי עד כה. שלישית ואחרונה, בשלהי המאה העשרים תפסו משפטים שגדלו וחנוכו בישראל את מקומם של דור המייסדים של האליטה המשפטית בארץ.¹⁸ למעשה, רוב שופטי בית המשפט העליון אשר כיהנו בבית המשפט העליון מאמצע שנות התשעים של המאה הקודמת למדו בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בעשור הראשון למדינה.¹⁹ התחקות על הַאָתָר שבו הוכשרה האליטה המשפטית של מדינת ישראל יכולה להיות סנונית ראשונה לניתוח דורי של השפיטה בישראל.²⁰

למאמר ארבעה חלקים: החלק הראשון פותח בסקירה תאורטית של גישת הפורמליזם המשפטי ובוחר את השלכותיה ויישומה בחינוך המשפטי. החלק השני כולל סקירה היסטורית של האוניברסיטה העברית בירושלים בעשור הראשון לקום המדינה. החלקים השלישי והרביעי מציגים שני טיעונים מרכזיים, האחד מוסדי והשני פרסונלי, שהם לב לבו של המאמר: אפתח בטיעון המוסדי שבמסגרתו אביא דיונים מיישבות הוועדה המקצועית להקמת הפקולטה למשפטים אשר מהם עולה מגמה להקים פקולטה משותפת למשפטים ולמדעי החברה. נוסף על כך אסקור את הקמתו של המכון לקרימינולוגיה ואציג את הקוריקולום הרשמי של הפקולטה בשנותיה הראשונות, אשר שילב לימודי משפטים עם מדעי הרוח ומדעי החברה. לאחר מכן, במסגרת הטיעון הפרסונלי, אתמקד בסגל ההוראה הבכיר של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. תחילה אציג את תיקי הסגל אשר מהם עולה מגמה להשכלה בין-תחומית רחבה ומגוונת ואנתחם. מלבד זאת אפנה לניתוח תוכני ההרצאות וחיבורים נבחרים של המרצים הבכירים ושופטי בית המשפט העליון אשר לימדו בפקולטה, העוסקים בנושאי משפט, חברה וכלכלה.

18 יצחק זמיר "האליטה המשפטית" המשפט יא 671, 681–683 (2007).

19 שחר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 407.

20 על השפעת תוכני הלימודים ומורי הפקולטה על האליטה המשפטית ראו למשל את דבריו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) השופט חשין בע"א 5964/03 עיובן ארידור נ' עיריית פתח-תקה, פ"ד ס(4) 437, 462 (2006): "נוהגים אנו בזכות אובליגטורית כמו הייתה זכות קניין – ולו לשעה ולתכלית ספציפית ומצומצמת – הליך שמורנו הפרופ' אביגדור לבונטין כינה אותו הליך של "האפיסקופה": הפיכת דבר ל-res. מקניינים אנו, לתכלית מסוימת, את הזכות האובליגטורית". על ניתוח דורי ויחידות דוריות ראו: חנה הרצוג "דורות מזה ומזה: הצעה למבט דורי על השיח הסוציולוגי" סוציולוגיה ישראלית י 259 (2009); חנה הרצוג "דור לדור יביע אומר": הדיאלקטיקה של יחסי דורות חברתיים ופוליטיים בישראל" דורות מרחבים זהויות: מבטים עכשוויים על חברה ותרבות בישראל 21 (חנה הרצוג טל כוכבי ושמרון צלינקר עורכים, 2007).

א. סקירה תאורטית

1. פורמליזם משפטי

מקורו של המונח פורמליזם הוא במילה הלועזית Form, צורה. למונח מופעים רבים בספרות, בפילוסופיה, במתמטיקה, באנתרופולוגיה כלכלית ובסוציולוגיה של הפוליטיקה והמשפט. בהקשרו המשפטי הקלסי המונח פורמליזם מבוסס על תפיסה הרואה במשפט ענף אוטונומי, אובייקטיבי וקוהרנטי של ידע, תוך שימת דגש על ניתוחו האנליטי כמערכת של כללים.²¹ מבחינה תורת-משפטית יש להבחין בין פורמליזם משפטי בתחום החקיקה, הנוגע למאפיינים תוכניים ומבניים בחקיקה ולתפקיד השופט הנגזר ממאפיינים אלה,²² לבין פורמליזם משפטי בתחום הפסיקה, אשר ביסודו ניצבת צורת ההנמקה השיפוטית על פי כללים המנביעים באופן רציונלי פתרון לסוגיות דיוניות ומהותיות תוך התעלמות משיקולים אשר אינם קבועים בכללים החלים על הסוגיה שנדרשה, מהותיים ורלוונטיים ככל שיהיו.²³

21 Sidney W. DeLong, *Placid, Clear-Seeming Words: Some Realism About the New Formalism (with Particular Reference to Promissory Estoppel)*, 38 SAN DIEGO L. REV. 13, 18 (2001); Frederick Schauer, *Formalism*, 97 YALE L.J. 509, 510 (1988); R.H. Pildes, *Forms of Formalism*, 66 U. CHI. L. REV. 607, 608–609 (1999); Brian Leiter, *Positivism, Formalism, Realism*, 99 COLUM. L. REV. 1138, 1145–1146 (1999); חנוך דגן "התפיסה הריאליסטית של המשפט" ספר דליה דורנר 303, 309–307 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009).

22 מאטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 13. מקורו של הפורמליזם החקיקתי בתורת המדע המשפטי ובמשנתו של אחד ממייסדי הסוציולוגיה, מקס ובר (Weber). ובר יצר, כחלק מניסיונו להתחקות אחר הייחודיות של המודרניות בתרבות המערבית, טיפולוגיה של קונספטים צרופים (Ideal types) המורכבת מרציונליות פורמלית, רציונליות מהותית, אי-רציונליות פורמלית, ואי-רציונליות מהותית. כסוציולוג (ומשפטן) קונטיננטלי, המשיג ובר את הפורמליזם דרך פריזמת החקיקה, להבדיל מזו של בתי המשפט. לגישת ובר, החשיבה הרציונלית-פורמלית מאפיינת מערכת חקיקתית אינטרנליסטית, מפורטת, ממצה ומקיפה, להבדיל משיטת משפט מסורתית, בה השופט מתחשב בשיקולים משפטיים ולבר-משפטיים במסגרת הכרעותיו שהינן פרויקולריות למקרה הנדון. ראו: MAX WEBER, *ECONOMY AND SOCIETY: AN OUTLINE OF INTERPRETIVE SOCIOLOGY* (Guenther Roth & Claus Wittich eds., 1978) 839–848, 880–889; מיכל אלברשטין "מדד הפורמליזם: כתיבתה של השופטת דורנר כמקרה מבחן" ספר דליה דורנר 57, 59–61 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009). להרחבה אודות תורת המדע המשפטי ראו רועי קרייטנר "קודקס, מדע, חוזה: טיול שורשים בחשיבה הקודיפיקטיבית" משפטים לו 327, 331–333 (2007).

23 אריאל בנדור "חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכול שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי" משפט וממשל Larry Alexander, *"With Me, It's All or Nuthin": Formalism in Law* ; (2003) 594–593, 591 ו

אף על פי שאין מדובר בגישות זהות ואין מתקיים ביניהן קשר הכרחי, לעתים נכרכו גישת הפורמליזם המשפטי וגישת הפוזיטיביזם המשפטי יחדיו משום הקרבה הרעיונית ביניהן. כאמור, גישת הפורמליזם המשפטי מתמקדת בניתוח צורני-מבני של המשפט כמערכת אובייקטיבית וקוהרנטית של כללים אשר אינה ניתנת לרדוקצייה על ידי השפעות לבר-משפטיות. לעומת זאת על פי גישת הפוזיטיביזם המשפטי, נורמה היא נורמה משפטית רק אם אפשר לעגן אותה בסוגים מסוימים של עובדות חברתיות, כגון חקיקה ראשית, חקיקה משנית או החלטות הרשות השופטת.²⁴ לפיכך גישה פוזיטיביסטית יכולה להיחשב גם א-פורמליסטית בנסיבות שבהן היא מאבחנת את המשפט, במקרים של עמימות לשונית, למשל, גם כמערכת של עקרונות ותכליות ולא רק כמערכת חסרת פערים (gapless) של כללים, אשר בה תוצאות משפטיות נגזרות באופן מכני בתהליך דדוקטיבי.²⁵

כיוון שביסודה של גישת הפורמליזם המשפטי – על פי שמה – ניצבת הצורה, להבדיל ממהות או ערכים, הרי שלרוב זוהתה עם נוקשות, שמרנות, אטימות ודוקנות לשונית.²⁶ עם זאת יש הטוענים כי קיים קשר רעיוני מפרה, ולא בהכרח מנוגד, בין

and Morality, 66 U. CHI. L. REV. 530, 531 (1999). לאחרונה נעשה ניסיון מרשים וראשוני לבניית של מתודולוגיה יישומית לצורך מדידת הפורמליזם בפסיקה באמצעות הקריטריונים הבאים: אופן הצגת הסוגיה המשפטית; הסתמכות על טיעונים חוץ משפטיים; הסתמכות על עיקרי מדיניות ועקרונות משפטיים; שמירה על הבחנות מסורתיות של המשפט; יצירתיות; ומקצוענות וניתוק של השפה. ראו: אלברשטיין, לעיל ה"ש 22, בעמ' 62–63.

24 מאוטרן ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 22–23; לגישת קידר הן הפוזיטיביזם המשפטי והן הפורמליזם המשפטי מבקשים לענות על השאלה "מהו המשפט", אך הפוזיטיביזם עונה על שאלה זו באמצעות התחקות על השאלה "מהו מקור המשפט", ואילו הפורמליזם המשפטי עונה על שאלה זו באמצעות התחקות על השאלה "כיצד נראה המשפט" (קידר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 405, ה"ש 42). אך ראו גישת Leiter, שלפיה הפורמליזם המשפטי נבדל מפוזיטיביזם בהיותו תאוריה של שפיטה: "Whereas positivism is a theory of law, formalism is a theory of adjudication, a theory about how judges actually do decide cases and/or a theory about how they ought to decide them" (Leiter, לעיל ה"ש 21, בעמ' 114).

25 יוער כי יש המזהים את גישת הפורמליזם המשפטי גם עם מערכת של תכליות ולא דווקא של כללים כל עוד נשמר אופיו הסגור של המשפט ללא כל פנייה לשיח חיצוני כלשהו – פוליטי או מוסרי למשל. ראו: ROBERTO MANGABRIA UNGER, THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT (1983). עוד על המשפט כמערכת סגורה המייצרת את האלמנטים המייצרים אותה (auto-poiesis) ראו: רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7, 8–9 (1994).

26 ראו לדוגמה את דבריו של השופט חשין (כתוארו אז) בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 163 (1996): "הפורמאליסטון – נרחיק לכת ונוסיף: הפורמאליסטון חסר הלב – היה עוצר במקום זה ומכריז: הנה הוא הדין, כך הורנו המחוקק – וייקוב הדין את ההר: Justitia et pereat mundus fiat. יעשה הצדק(?) וייחרב העולם. וחברו של אותו פורמאליסטון – פורמאליסטון אף הוא, אך מעט לב

פורמליזם לערכים. למשל, לגישת פרופ' פרידמן דרישות פורמליות נועדו דווקא לבטא ערכים ולחזקם. דוגמה לכך אפשר למצוא בדרישת הכתב בעסקאות מקרקעין, אשר נועדה להבטיח כי הללו ישתכללו מתוך רצון ומודעות למשמעותה של עסקה במשאב יקר ומוגבל.²⁷

יתרה מכך, לאחר התנגדות ארוכת שנים לפורמליזם המשפטי זכתה הגישה בעשור האחרון לעדנה במה שמכונה "הפורמליזם החדש" (The New Formalism). הפורמליזם החדש שותף לרוב מאפייני הליבה של הפורמליזם הקלאסי (כפי שיפורטו להלן), ובעיקר לתפיסת המשפט כמערכת כללים סגורה ואוטונומית, אך מונע מהצדקות שונות ומטעמים פונקציונליים יותר.²⁸ לדוגמה, מלומדים שונים החלו לצדד בהפעלת חלק מעקרונותיה של גישת הפורמליזם המשפטי בתחום המשפט המסחרי באופן נקודתי (Local Instrumental Formalism). לטענתם, כיוון שהמשפט המסחרי לרוב מסדיר יחסים משפטיים בין צדדים מתוחכמים הזוכים לייעוץ משפטי, על המערכת השיפוטית ליתן פרשנות טקסטואלית דווקנית לחוזים הנכרתים ביניהם תוך הישענות מינימלית על הנסיבות אשר אפפו את כריתתם.²⁹

כאמור, הזרם הפורמליסטי הקלאסי רואה במשפט מערכת של כללים. תפיסה זו שלובה עמוקות בהנחת היסוד כי המשפט הוא דיסציפלינה מדעית עצמאית, המושתתת על כמה עקרונות בסיסיים, כפי שמציגם מאוטנר:³⁰ ראשית, מערכת המשפט היא מערכת סגורה, מובחנת מסביבתה ובעלת היגיון פנימי עצמאי, ואלה מאפשרים לה למצוא פתרונות לבעיות משפטיות קונקרטיות. למערכת המשפטית אוטונומיה משיקולים פוליטיים, כלכליים ומוסריים תוך שהיא בנויה מנורמות משפטיות המאורגנות במערכת קונסיסטנטית חסרת סתירות. לפיכך קיימת חתירה מתמדת לכך שנורמות המשפט ימצאו מאורגנות במערכת הבנויה על פי היגיון פנימי, אופקי (משפט פרטי לעומת משפט

בקרב – ייאנה ויאמר: *sed lex dura lex* (מה נעשה?) קשה הוא החוק – אך חוק הוא. ואפשר יוסף עוד ויאמר, כי ראוי הוא שהמחוקק ייתן דעתו וישקול שמא ראוי לתקן את החוק. אינני מכיר פורמאליסטים אלה, ולא ייחד כבודי בקהלם [...]."

27 דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט יא 9, 11–9 (2007).

28 Thomas C. Grey, *The New Formalism* (Stanford Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 4, 1999), available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=200732; Jonathan Yovel, *Legal Formalism, Institutional Norms, and the Morality of Basketball*, 8 VA. SPORTS & ENT. L.J. 33, 38–41 (2008).

29 Roy Kreitner, *Fear of Contract*, 2004 Wis. L. REV. 429, 437–438 (2004). לניתוח סוציולוגי-אנתרופולוגי של השפה המשפטית החוזית וניסיונה לרסן ולביית את אופייה הרב-משמעי והכאוטי של שפת היום-יום, ראו: רם פרומן "סופרי הצללים של המהפכה: סמיוטיקה של עורכי-דין בעולם ההיי-טק" טכנולוגיות של צדק: משפט, חברה ותרבות 321, 326 (שי לביא עורך, 2003).

30 עקרונות היסוד מפורטים בספרו של מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 145–148.

ציבורי, דיני חיובים לעומת דיני קניין) ואנכי (המדרג הנורמטיבי וקאנונים של פרשנות כגון כלל מאוחר גובר על כלל מוקדם וכדומה), במעין מערכת גאומטרית או מדעית.³¹ שנית, ניתוק המשפט מן הממד הערכי שלו, מתוך ההנחה כי ההליך השיפוטי והדיון האקדמי בשאלות משפטיות אינם אמורים לדון במישרין במציאות. הדיון המשפטי הוא בעל אופי לוגי העוסק בהחלה לוגית של נורמות ולא בשיפוט ערכי.³² למעשה, השופט אינו פוסק על פי כדאיות חברתית כארכיטקט או מהנדס חברתי (Social Engineer), אלא על פי גישה צנועה למדי שיסודה בבקיאיות בדוקטרינות ובטכניקות פנימיות כמעין "טכנאי משפט".

שלישית, הנחה של יצירתיות מוגבלת במסגרת ההליך השיפוטי בתהליך של הנמקה דדוקטיבית, אשר חומרי הגלם שלה הן נורמות שכבר קיימות בשיטה, במפורש או במשתמע.³³ כיוון שהפורמליסט תופס את המשפט כגוף ידע מדעי, הרי שקם גם הצורך לתפעלו כמדע, ומכאן הלוגיקה של איתור זהות לתוכני נורמות משפט קיימות והסקה מתוך הכללים והעקרונות אשר ביסוד התחום המשפטי אשר בגדרו מצויה הבעיה. הישענות זו על גבי התהליך השיפוטי אמורה לנטרל את מטענם התרבותי ומבנה אישיותם של היושבים בדין בשל מיונם הטכני של מקרים עובדתיים לעבר פתרונות ברורים הקיימים במערכת הנורמות (Mechanical Jurisprudence).

רביעית ואחרון – ודאות, יציבות ויכולת תכנון הם יעדים מרכזיים של המערכת המשפטית. נורמות המשפט מאפשרות לחברי הקהילה המשפטית לפעול ברמה גבוהה של ודאות למען הגשמת יעדיהם המשפטיים, על כן "מלומד משפט פורמליסט יקנה משקל ניכר לתקדים גם אם זמן ממושך מפריד בין מועד היווצרותו של התקדים לבין תקופת פעולתו של המשפטן".³⁴ למעשה, שיוכה וביסוסה של ההנמקה המשפטית (Legal Reasoning) להליך השיפוטי, להבדיל מבחירה ערכית המביאה בחשבון את השלכותיה החברתיות, מובילים לכך שלכל סיטואציה עובדתית ייתכן פתרון משפטי יחיד, אשר ינבע מעבודה נכונה באמצעות כללי הדקדוק הפנימיים, שהוצגו לעיל. לפיכך מלבד ודאות ויציבות מבקש הפורמליזם להבטיח גם אחידות בהפעלת המשפט.³⁵

31 Thomas C. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 U. PITT. L. REV. 1, 11–12 (1983). על המשפט "כמכלול מערכתי" (system) ראו גם קרייטנר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 329–330.

32 שופט בית המשפט העליון האמריקאי אנטונין סקאליה, לדוגמה, רואה בפורמליזם גורם המחזק את שלטון החוק דווקא משום ניתוקו מהמדד הערכי, באמרו: "[...] Long live formalism. It is what makes a government of laws and not of men". ANTONIN SCALIA, *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* 25 (1997).

33 Steven M. Quevedo, *Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory*, 73 CAL. L. REV. 119, 123 (1985).

34 מאוטנר על החינוך המשפטי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 19.

35 יוער כי הראליזם המשפטי, הרואה במשפט מכשיר אנושי להנחלה של ערכים ויעדים בחברה נתונה, אינו שותף להנחות יסוד אלה ואף חשף את כשליהן. הזרם הראליסטי הראה בין היתר כי הכרעות

2. פורמליזם בחינוך המשפטי

בראשיתה של סקירה תאורטית זו נדרשנו למושג "פורמליזם משפטי". מטרתו של תת-פרק זה היא להאיר את מופעו בתחום החינוך המשפטי. ברי כי החינוך המשפטי (Legal Education) הוא במובהק סוג של הקניית השכלה, אך השאלה הרלוונטית לחיבור זה היא איזה סוג של השכלה – עיונית, בין-תחומית או מעשית? או שמא שילוב של שלושתן יחד? ובכלל, האם הוראת המשפט צריכה להתקיים בבית ספר מקצועי או במוסד אקדמי?³⁶

לשיטתו של מאוטנר, הפקולטה למשפטים אינה ככל הפקולטות באוניברסיטה, שכן היא מנהלת את חייה במתח שבין שני קטבים סותרים. הקוטב האחד הוא זה של האוניברסיטה, אשר תכליתה היא מחקר לשם דעת, והשגתה מונעת על ידי הרצון האנושי להבנת הקורה בעולם ("דעת לשמה"). הקוטב השני הוא זה של לשכת עורכי הדין ובתי המשפט, אשר חותרים להשגתה של דעת לשם תועלת במסגרת עיסוקם המקצועי ("דעת אינסטרומנטלית").³⁷ אף בכתיבתו של פרופ' אנגלרד הושמעה הדעה שההבחנה בין פרקטיקה לתאוריה אינה יכולה להיות כה חדה במשפטים, שכן לימוד המשפט אינו מכוון להכרה מדעית גרדא אלא לפתרון בעיות מעשיות. המשפט, לדידו של אנגלרד, הוא במידה רבה עיון ומעשה בעת ובעונה אחת, אך בכל זאת יש להעדיף את קוטב ההשכלה העיונית וההכרה המדעית.³⁸ שותף אחר לדיון על הבעייתיות הכרוכה בחינוך המשפטי הוא פרופ' לבונטין. לטעמו, גם אם עיסוקו של המשפטן בכללים, הרי שהוא אנוס נהל דיאלוג עם הדיסציפלינות הלב-משפטיות. מקורו של דיאלוג כפוי זה טמון בפרשנות הדרושה לניתוחו של כלל משפטי, אשר מטבעה מצריכה התחקות על הנסיבות והלחצים שהניעו את יוצריו. לפיכך לעתים נאלצת הפקולטה למשפטים לשלם "מחיר כבד", בלתי נמנע, ושומה עליה למצוא את אותו איוון עדין שישמור על משקלו הסגולי של המשפט.³⁹

שיפוטיות מחייבות את השופט במקרים רבים להפעיל שיקול דעת ובחירה אשר בהם באים לידי ביטוי מטענו התרבותי, השקפת עולמו וניסיון חייו. ראו מנחם מאוטנר "על אי הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223, 228–234 (2005); מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 50–51; דגן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 309–316.

36 בארצות הברית לדוגמה אין בנמצא פקולטות או חוגים למשפטים אלא בתי ספר למשפט. על הבעייתיות הכרוכה בחינוך המשפטי, מהותו ומטרותיו, ראו רבי-שיח מרתק בהשתתפותם של פרופ' יצחק זמיר, פרופ' דניאל פרידמן ופרופ' מרדכי קרמניצר: "החינוך המשפטי בישראל" (רענן הר-זהב מנחה) המשפט ב 3 (1994).

37 מאוטנר על החינוך המשפטי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 12–14.

38 יצחק אנגלרד "הרהורים על הפקולטה למשפטים" משפטים יב 217, 220–221 (1982).

39 ראו דבריו של אביגדור לבונטין בטקס פתיחת שנת הלימודים (1978) בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטה העברית: "אם נסטה לצדו האחד של המשעול, צדו הנורמטיבי, והפכנו להיות

בחינת המתח המתואר, בין השדה המקצועי לבין היותה של הפקולטה למשפטים מחלקה אוניברסיטאית, אינה יכולה להיות מהותית וממצה ללא התייחסות למלומדי המשפט ולתוכני הלימוד שהם מנחילים לתלמידיהם. לפיכך, ומתוך התבוננות אקדמית על תהליך הפיכתן של הפקולטות למשפטים ממוסדות חד-תרבותיים למוסדות רב-תרבותיים, יוצר מאוטנר הבחנה מושגית בין המלומדים הדוקטרינליים לאלו התאורטיים והביקורתיים.⁴⁰

ראשונה בזמן ניצבת התפיסה הדוקטרינליסטית, אשר ביסודה דגש על מומחיות מקצועית המצניעה את הזיקות הקיימות בין החברתי למשפטי תוך תפיסת האחרון כשדה אוטונומי.⁴¹ שנייה ניצבת התפיסה התאורטית למשפט, אשר רואה בפקולטה למשפטים מחלקה אוניברסיטאית החפצה בהבנת התופעה המשפטית על כל היבטיה. כיוון שכך, לרוב משתמשים מלומדיה בפרקטיקות ובידע תאורטי מדיסציפלינות מתחום מדעי הרוח ומדעי החברה.⁴² קבוצת המלומדים השלישית היא זו הביקורתית, אשר חבריה רואים במשפט מכשיר מהותי להקצאת משאבים חומריים ותרבותיים. לפיכך מלומדים אלה מתנגדים לתפיסת החינוך המשפטי כפרופסיונלי, כיוון שתפיסה זו מסווה את התפקיד הפוליטי השמור לפקולטה בשיעתוקם של הסדר המשפטי והחברתי הקיימים. השוני בין קבוצת המלומדים התאורטיים לאלו הביקורתיים מתבטא בין היתר בכך שהאחרונים מעוניינים לא רק בחקר האובייקטיבי של המשפט כתופעה אלא גם בשינוי משפטי וחברתי.⁴³

לאור האמור טוען מאוטנר כי במערכת משפטית פורמליסטית תינתן הבכורה למלומדים הדוקטרינליים, וכך תיווצר קורלציה גבוהה בין תוכני הלימוד לבין התכנים של הידע הנחוץ להכשרתם של משפטנים מעשיים. כלומר, כמערכת פורמליסטית המתמקדת בכללי המשפט ובאינטראקציה שבינם לבין המצבים העובדתיים האמורים להיות מוסדרים על ידיהם, הפקולטה למשפטים תיתפס כמוסד שעיקר תפקידו בהנחלת אותם כישורי איתור והנמקה לציבור עורכי הדין והשופטים. מתאם זה מאפשר להתייחס לפקולטה למשפטים לא רק כעוד פקולטה במרחב האוניברסיטאי, שתפקידה השגת דעת

בית-ספר מקצועי, בדומה לאותם בתי ספר מקצועיים שהורו שרברבות או חשמלאות מעשית אך לא פיזיקה, אף לא אלמנטארית, נהיה מלמדים את הדין ולא על הדין; את המשפט אך לא את תורת המשפט. ואז, ומהטעמים שהזכרתי, לא נלמד להועיל אף את הדין עצמו. ואילו אם נסטה אל הצד האחר ונתמכר לקסם הכלכלה, הסוציולוגיה, הפסיכולוגיה, יתחולל פיתוח במרכיב המשפטי הסגולי שבעבודתו, שהרי קצר המצע מהשתרע בכל הכיוונים". אביגדור לבונטין "על דין ודברים אחרים" משפטים ט 175, 177 (1979).

40 מאוטנר על החינוך המשפטי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 71–98.

41 שם, בעמ' 72–76.

42 שם, בעמ' 77–80.

43 שם, בעמ' 80–81.

לשמה, אלא בעיקר כבית ספר מקצועי שתפקידו הפצתו של ידע אינסטרומנטלי קיים.⁴⁴ חשוב להבהיר כי התמקדותו הדווקנית של הפורמליזם בכללים מבין שלל תופעותיו המורכבות של המשפט מאפשרת לו להציג את המשפט כדיסציפלינה מדעית. לפיכך, לגישת מאוטנר, אפשר לזהות שני כישורים "מדעיים" עיקריים שאותם תנחיל מערכת חינוכית-משפטית פורמליסטית: הראשון, מידת הבקיאיות של המשפטן בתוכניהם של כללי המשפט הקיימים; השני, יכולת המשפטן לאתר בכל מסכת עובדתית מאפיינים משפטיים רלוונטיים שעל פיהם יתבצע מיון אל תוך קטגוריות משפטיות המכילות את הפתרון שאמור לחול עליה ("כושר אנליטי").⁴⁵

גם לדעת רון שפירא קיים קשר מנוגד בין פורמליזם משפטי ובין בין-תחומיות, הואיל והפורמליזם המשפטי מגדיר באופן פוזיטיבי את הטקסטים (חוקים ופסקי דין) אשר יספקו פתרון רציונלי, בלעדי וייחודי לבעיה משפטית קונקרטית ועל כן הוא מגביל מיסודו.⁴⁶ לפיכך הואיל והפורמליזם שואף, כגישה מדעית, לחזק בהתמדה הבחנות שבין מהות ובין פרוצדורה תוך הדגשת האנליטיות של המשפט אל מול הפריפריאליות של ענפים פנימיים כמו תורת המשפט, קל וחומר שמלומדים פורמליסטים יתנגדו נחרצות לאיתור מקורות השראה חלופיים ולבניית גשרים בין המשפט לעולמות ידע אחרים. פרופ' פלר היטיב לבטא גישה זו באמירתו: "עלינו לעסוק במשפט ולא בפרויטולוגיה".⁴⁷

44 ראו בעניין זה את דבריו של מאוטנר, שם, בעמ' 23–24: "כפרדיגמה אקדמית, צופה איפוא הפורמליזם עיסוק אוניברסיטאי במשפט שהוא דומה מאד לעיסוק המעשי במשפט [...] חפיפה זו בין העיסוק המשפטי האקדמי, במסגרת הפרדיגמה של הפורמליזם, לבין העיסוק המשפטי המעשי, במסגרת תפיסת-העולם של הפורמליזם, גרמה לכך שפעם אחר פעם ניתן למצוא בכתביהם של מלומדי משפט פורמליסטים התבטאויות המלמדות שאין הם תופסים את כלל את עיסוקם כעיסוק של השגת דעת לשמה במסגרת מחלקה אוניברסיטאית, אלא כעיסוק שערכו נמדד על-פי המידה שבה הוא תורם להכשרתם ולהשכלתם של משפטנים מעשיים". כמו כן ראו: מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 147; על המתח בין היסוד הפרקטי ובין היסוד העיוני-בין-תחומי בהשכלה המשפטית בארצות הברית ראו: Susan Katcher, *Legal Training in the United States: A Brief History*, 24 WIS. INT'L L.J. 335, 370 (2006); Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 91 MICH. L. REV. 34 (1992); Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987*, 100 HARV. L. REV. 761 (1987).

45 מאוטנר על החינוך המשפטי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 18.

46 רון שפירא "המקצוענות של החינוך המשפטי" מחקרי משפט יז 263, 290 (2001).

47 ראו התייחסותו של פרוקצ'יה לאמירתו של פלר במאמרו של אוריאל פרוקצ'יה "בועות-משפט" משפטים כ 9, 11 (1990). עמדתו הפורמליסטית של פלר בדבר החינוך המשפטי משתקפת גם בנאומו בטקס פתיחת שנת הלימודים (1979) בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, שבו טען כי "הפקולטה למשפטים נועדה להכשיר משפטנים [...] המשפטן צריך להיות אדם בקיא במערכת הנורמות שבהן הסדירה המדינה את תחומי החיים השונים של החברה [...] במושגיות ובדרכי הניתוח

מנגד, בפרדיגמה אקדמית אשר אינה פורמליסטית, או לכל היותר פורמליסטית "רכה", יודגש הממד הערכי והחברתי של המשפט תוך עיסוק בתוכן הנורמטיבי של הכללים אשר מערכת המשפט מאמצת. לדעת מאוטנר, עיסוק זה יחייב למקם את מלומד המשפט בעמדה פרשנית, אולם תפקיד זה של מתן משמעות אינו יכול להתבצע בדרך של חזרה על תוכני התופעה הנחקרת. לפיכך הטיפול השונה במושא המחקר המשפטי מחייב שימוש בתאוריה לבר-משפטית, כגון כלכלה, סוציולוגיה, פילוסופיה של המוסר, אנתרופולוגיה תרבותית, ספרות וכדומה. כלומר, התוצאה המתחייבת מהפרדיגמה, אשר אינה פורמליסטית, היא מחקר ולימוד אינטרדיסציפלינרי (התקרבות האקדמיה המשפטית לאקדמיה החוץ-משפטית), המאפיינים את המלומדים התאורטיים והביקורתיים.

אם כן, תחת הכושר האנליטי הפורמליסטי תדגיש הפרדיגמה הלא-פורמליסטית את הכושר הסינתטי של מלומדיה, היינו היכולת להאיר את המשמעויות הערכיות והחברתיות של המשפט באמצעות אופני ניתוח השאולים ממדעי החברה וממדעי הרוח. לכן פקולטה למשפטים אשר בה שולטת פרדיגמה שאינה פורמליסטית תהיה עשירה ומגוונת מבחינת דיסציפלינות הידע שיפעלו בגדרה. עמדה קיצונית בזכות לימוד ומחקר בין-תחומי שכזה מביע אוריאל פרוקצ'יה, הטוען כי "מדע המשפט הוא מדע ריק, ומה שיוצר בו רושם של ממשות אינו אלא בועתה של ממשות [...]"⁴⁸. לגישתו, האינדיקציה לאי-ממשותו של המשפט כענף מדעי מובחן היא הגידול בענפי המחקר והלימוד הבין-תחומיים המעניקים לאותן "בועות משפט" משמעות וצבע.

בדומה למאוטנר, גם פרוקצ'יה מאפיין את החוקר הבין-תחומי ביכולתו לבחון שאלות משפטיות באמצעות עולם המושגים והכלים של הדיסציפלינה הלב-משפטית הנמנית על השכלתו. אולם הרדיקליות בטיעונו של פרוקצ'יה מתבטאת בדחייה מוחלטת של הנחת היסוד הפורמליסטית, הרואה במשפט ענף ידע מסוגר בעל חוקיות פנימית עצמאית, שכן הנורמה המשפטית, להבדיל מחוקי הטבע, היא מעשה אדם. לדידו, התנזרות מעיסוק והשראה בין-תחומיים היא בלתי אפשרית וכי "הבין-תחומן הסמוי", המתכחש להיותו של המשפט מדע ריק, משלה את עצמו ו"חוסם את עצמו מפני חוכמתם של האחרים"⁴⁹.

לסיכום מבוא תאורטי זה, גישת הפורמליזם המשפטי הקלסית מתמקדת בניתוח צורני-מבני של המשפט כמערכת אובייקטיבית וקוהרנטית של כללים, אשר אינה ניתנת לרדוקציה על ידי השפעות לבר-משפטיות. כגישה בעלת יומרה מדעית, אשר מתאפיינת

[...] אדם המסוגל לנתח ולהבין את המשפט [...] ובעל כושר הכללה הנחוץ כדי ליטול חלק גם

במלאכת עיצוב המשפט ותורתו". ראו ש"ז פלר "על הוראת המשפט" משפטים 3, 3 (1980).

48 פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 9-10.

49 שם, בעמ' 14; אוריאל פרוקצ'יה "על הרוחני שבמשפט" דין ודברים ג 127, 128-129 (2007).

לעמדה דומה אך פונקציונלית יותר באופייה ראו: Amos Shapira, *Changing Patterns in Legal Education in Israel*, 24 ADMIN. L. REV. 233, 237-238 (1972).

בין היתר בוודאות, יציבות ואחידות בהפעלת המשפט, יישומה של גישת הפורמליזם המשפטי בחינוך המשפטי יתאפיין בפיתוח הכושר האנליטי אשר נחוץ להכשרתם של משפטנים מעשיים, תוך דחיית ידע, שיטות מחקר וכלי ניתוח השאולים מדיסציפלינות אחרות.

ב. סקירה היסטורית: האוניברסיטה העברית בירושלים בעשור הראשון למדינה

האוניברסיטה העברית בירושלים הוקמה ביום 1 באפריל 1925, שבע שנים לאחר הנחת אבן הפינה להקמתה. הקמת אוניברסיטה בארץ ישראל הייתה חלק מהחזון הציוני וקשורה בעבודות לפעילותם האינטנסיבית של ראשי מוסדות התנועה הציונית העולמית.⁵⁰ הללו ראו באוניברסיטה העברית מעין בית מקדש לאומי-חילוני-מודרני, אשר יסמל את חידוש היישוב היהודי בארץ ישראל (כאמירתו הידועה של חיים ויצמן – "אוניברסיטת ציון על הר ציון"). על כן בחרו למקם את האוניברסיטה העברית על פסגת הר הצופים שנים לפני היווסדה.⁵¹

בעת הקמת המדינה הכילה האוניברסיטה שתי פקולטות בלבד המייצגות את שני עולמות הידע המסורתיים: הפקולטה למדעי הרוח, אשר במסגרתה פעלו המכון למדעי היהדות והמכון למדעי המזרח, והפקולטה למתמטיקה ולמדעי הטבע. מלבד אלה פעלו בשטחה המכון ללימודי חקלאות (לימים הפקולטה לחקלאות ברחובות) והמכון למחקר ולהשתלמויות רופאים (פְּרֶה-פקולטה לרפואה), אשר התפתח החל משנת 1949 לבית הספר לרפואה, כמפעל משותף של האוניברסיטה ו"הדסה – ארגון נשים ציוניות

50 ישראל קולת "רעיון האוניברסיטה העברית בתנועה הלאומית היהודית" תולדות האוניברסיטה העברית בירושלים כרך א – שורשים והתחלות 10, 14–18 (שאל כ"ץ ומיכאל הד עורכים, 1997) (הספר להלן: תולדות האוניברסיטה העברית – שורשים והתחלות); דיאנה דולב "מגדל השן בקריית הלאום: התכנית האדריכלית לקמפוס בגבעת רם" זמנים 86, 96 (2006).

51 יאיר פז "האוניברסיטה העברית בהר הצופים כמקדש" תולדות האוניברסיטה העברית – שורשים והתחלות, לעיל ה"ש 50, בעמ' 281, 297. פז חושף במאמרו את שיקולי "הוועדה המכינה" מטעם הקונגרס הציוני הי"א, אשר אחד מתפקידיה היה לאתר שטח מתאים להקמת האוניברסיטה בירושלים. בין השיקולים השונים הודגש: "שיהיה זה אתר גבוה ביותר, ורצוי 'הכי גבוה'; שיהיה נשקף על סביבותיו, כולל על ירושלים העתיקה והחדשה; שניתן יהיה לצפות ממנו על מקום המקדש". לאור הדגשים האמורים נבחרו שני אתרים סופיים: הר הצופים מצפון וג'בל מוכבר (לימים ארמון הנציב) מדרום. ככלל, פז מוכיח כי הנטייה לדימוי ולקישור בין האוניברסיטה למקדש באה לידי ביטוי בשני מישורים עיקריים: בתחום הדימוי והתיאור המילולי (נאומים, מכתבים, כותרות עיתונים וכדומה) ובשאלת העיצוב הפיזי.

באמריקה" (HWZOA).⁵² ככלל, העשור הראשון למדינת ישראל התאפיין בהתפתחותה המשמעותית של האוניברסיטה אשר ניכרה בגידול מספר הסטודנטים, הסגל האקדמי, הפקולטות, בתי הספר, המכונים, המחלקות והקתדרות. ברם עם קום המדינה נקלעה האוניברסיטה למשבר חמור, שהשליך כמעט על כל פן אפשרי של התארגנותה.

ביום 29 בנובמבר 1947 אימצו האומות המאוחדות את ההחלטה ההיסטורית בדבר תכנית החלוקה של ארץ ישראל המנדטורית לשלושה גופים מדיניים: מדינה יהודית, מדינה ערבית וגוף שלישי נפרד (Corpus Separatum) הנתון לניהול האומות המאוחדות, בירושלים.⁵³ למחרת ההחלטה הוצתה מערכה אלימה, אשר לובתה לכדי מלחמה בהיקף מלא ביום 14 במאי 1948, כאשר הבריטים עזבו את ארץ ישראל. במהלך המלחמה נותר קמפוס הר הצופים כמובלעת בשטח הירדני ללא רצף טריטוריאלי עם מערב ירושלים. לפיכך התנועה לבית החולים "הדסה" ולאוניברסיטה העברית דרך הרובע הערבי (שכונת שיח' ג'ראח) התנהלה בשיירות מאורגנות בלבד. בעקבות הרוגים ופצועים שהסבו התקפות חוזרות ונשנות על השיירות האמורות, וגיוס סטודנטים בהיקף רחב לכוחות ההגנה נקטעה שגרת הלימודים, ושערי האוניברסיטה נסגרו ביום 31 בדצמבר 1947. ביום 13 בינואר 1948 נכבשה שכונת שיח' ג'ראח על ידי כוחות ההגנה, אך הללו נאלצו לסגת על סמך הבטחות אישיות של הנציב העליון ושר המושבות הבריטי, כי הצבא הבריטי יגן על התחבורה האזרחית והרפואית להר הצופים. בעקבות ההבטחות חודשו הלימודים.⁵⁴

ביום 13 באפריל 1948 שיירה גדולה של רופאים ואנשי סגל הייתה נתונה למתקפה רצחנית עת עשתה את דרכה להר הצופים ולבית החולים "הדסה" ("טבח שיירת הדסה").⁵⁵ למעלה משבעים איש קיפחו את חייהם בטבח, ובהם ד"ר אברהם חיים פריימן, מרצה למשפט עברי במסגרת לימודי המשפט החלקיים אשר התקיימו באוניברסיטה עובר להקמת הפקולטה למשפטים.⁵⁶ המאורע הטראומטי גדע את

52 אורי כהן ההר והגבעה – האוניברסיטה העברית בירושלים בתקופת טרום העצמאות וראשית המדינה 193–196 (2006); משה ארנוולד "האוניברסיטה העברית בירושלים במלחמת העצמאות" תולדות האוניברסיטה העברית בירושלים כרך ג – התעצמות אקדמית תוך מאבק לאומי 399, 399 (חגיית לבסקי עורכת, 2009); מירה קצבורג-יונגמן נשים ציוניות באמריקה: הדסה ותקומת ישראל 177, 45 (2008).

53 יצחק הנס קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית-חוקתית" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 53, 54–55 (יצחק זמיר עורך, 1993); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד 33 (מהדורה שישית, 2005).

54 כהן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 105.

55 דומיניק לאפייר ולארי קולינס ירושלים, ירושלים 240 (אהרן אמיר מתרגם, 1972); קצבורג-יונגמן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 158–160.

56 THE HEBREW UNIVERSITY OF JERUSALEM 9 (The Jerusalem Post Press, 1957) (להלן: ספר האוניברסיטה העברית לשנת 1957); פלטיאל דיקשטיין "לזכר ד"ר אברהם חיים פריימן ז"ל"

המאמצים האחרונים שנעשו כדי לשמר את שגרת העבודה האקדמית בהר הצופים, ושנת הלימודים בקמפוס בוטלה. משלא התאפשרה גישה חופשית להר הצופים, איבדה האוניברסיטה הלכה למעשה את מבניה, מעבודותיה ואוספים ייחודיים מן הספרייה הלאומית.⁵⁷ רק ביום 22 באפריל 1949, כשנה לאחר הפסקתם, חודשו הלימודים באוניברסיטה העברית בבניינים זמניים ברחבי ירושלים.⁵⁸ לשם חידוש פעילות ההוראה נשכר תחילה השטח במנזר הפרנציסקני של "טרה סנטה" (Terra Sancta), אולם אט אט עם שחרור החיילים מהגיוס הכללי לא הספיק השטח השכור במנזר לביקוש הגובר להשכלה גבוהה, ועד שנת 1956 כבר הייתה האוניברסיטה פזורה על פני עשרות מבנים שונים ברחבי ירושלים.⁵⁹

כפי שאפשר להיווכח, עם הקוממיות הגדולה שנלוותה למלחמת השחרור ספגה האוניברסיטה העברית פגיעה אנושה. סממניה של פגיעה זו התבטאו לא רק בקיומה הפיזי, עם אבדן נכסיה, אלא גם בקיומה הסימבולי, הנשען על מיקומה הייחודי במרחב הירושלמי. עקב הביזור הכפוי של האוניברסיטה נערך טקס פתיחת הפקולטה ביום 28 בנובמבר 1949 בבנייני המנזר הקתולי ראטיסבון (Ratisbonne) ברחוב שמואל הנגיד שבשכונת רחביה. מבנה זמני זה שימש את הפקולטה עד סוף שנת 1958 עת עברה למשכן זמני נוסף בקמפוס גבעת רם, במרכז ירושלים, בשטח שהקצתה לה הממשלה.⁶⁰ בקמפוס החדש בגבעת רם שוכנו בית הספר לחינוך והפקולטות למדעי החברה, מדעי הרוח ומשפטים. עם איחוד ירושלים בשנת 1967 בעקבות הניצחון במלחמת ששת הימים

הפקולטה ה 67 (1948). ככל הנראה, פריימן היה מיועד לכהונה שיפוטית בהרכב הראשון של בית המשפט העליון בשל מומחיותו במשפט העברי, אך בעקבות פטירתו הוחלט על מינויו של הפרופ' הרב שמחה אסף. ראו: מיכאל ששר חיים כהן שופט עליון: שיחות עם מיכאל ששר 115 (1989).

57 ספר האוניברסיטה העברית לשנת 1957, לעיל ה"ש 56, בעמ' 11; מירון בנבנשתי מול החומה הסגורה – ירושלים החצויה והמאוחדת 35–40 (1973); כהן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 106.

58 להמחשה ראו תיאורו היפה של עמוס עוז: "בערב נערכה מסיבת-ידידים באחד מאולמי-ההרצאות שבבנין ראטיסבון. רוב מחלקות האוניברסיטה שכנו לפני עשר שנים, בשנת חתונתנו, באגפים של מנזרים נוצריים. הבנינים שעל הר-הצופים נותקו מן העיר בעקבות המלחמה. ירושלים ותיקים עדיין האמינו כי זהו ניתוק זמני. הרבו להשמיע נבואות פוליטיות. היתה מועקה". עמוס עוז מיכאל שלי 60 (מהדורה ארבעים ואחת, 2008).

59 כך לדוגמה שוכנו המחלקה לחינוך והמחלקה למתמטיקה בצמוד למלון המלך דוד; בית הספר לרפואה שוכן בבניינים הסמוכים לגן העיר במגרש הרוסים; הפקולטה למדעי הרוח, בית הספרים הלאומי והאוניברסיטאי והמחלקה לכימיה אורגנית שוכנו במנזר טרה סנטה; המחלקה לארכאולוגיה שוכנה ברחוב ז'בוטינסקי; לימודי מדעי הטבע רוכזו במתחם ממילא סמוך לשער יפו. ראו דוד קרויאנקר מתחם טרה-סנטה, ירושלים: ביוגרפיה של מקום – דיוקנה של תקופה 1926–1999 77–80 (1999); ספר האוניברסיטה העברית לשנת 1957, לעיל ה"ש 56, בעמ' 11; דן הורוביץ תכלת ואבק, דור תש"ח – דיוקן עצמי 111 (1993).

60 דולב, לעיל ה"ש 50, בעמ' 86; ספר האוניברסיטה העברית לשנת 1957, לעיל ה"ש 56, בעמ' 9.

החלה חזרה הדרגתית להר הצופים של חלק מיחידות האוניברסיטה העברית, בעיקר בתחומי מדעי הרוח ומדעי החברה, ובהן הפקולטה למשפטים. לעומת זאת הפקולטה למדעי הטבע ובית הספרים הלאומי והאוניברסיטאי נותרו במושכם בגבעת רם.

ג. הטיעון המוסדי

פרק זה יוקדש לבחינת יחסיה הרשמיים של הפקולטה למשפטים בשנותיה הראשונות עם האקדמיה החוץ-משפטית. במסגרת טיעון זה אבחן את הפרוטוקולים מדיוני ישיבות הוועדה המקצועית להקמת הפקולטה. מהפרוטוקולים מסתמנת יזמה להקים פקולטה משותפת למשפטים ולמדעי החברה, אשר סופה בקבלת החלטה אופרטיבית לקיים דיון שיטתי ומתמיד בכל ענייני הארגון וההוראה בין המחלקה למדעי החברה והפקולטה העתידית. כמו כן אסקור את הקמתו של המכון לקרימינולוגיה ואציג את הקוריקולום הרשמי של הפקולטה בשנותיה הראשונות, אשר שילב לימודי משפטים עם מדעי הרוח ומדעי החברה.

1. ניתוח דיוני הוועדה להקמת הפקולטה למשפטים

כאמור, בעת הקמתה פעלו באוניברסיטה העברית שתי פקולטות בלבד: הפקולטה למדעי הרוח והפקולטה למתמטיקה ולמדעי הטבע. במסגרת ידע דיכוטומית זו לא היו לימודי המשפט באוניברסיטה העברית עובר להקמת הפקולטה למשפטים בשנת 1949 חטיבה אורגנית, ועל כן נלמדו ונחקרו תחומי המשפט העברי והמשפט הבין-לאומי הפומבי בלבד תחת הפקולטה למדעי הרוח.⁶¹ חריג לכך הוא פועלו האקדמי של פרופ' גד טדסקי, אשר משנת 1941 הצטרף לאוניברסיטה כעמית מחקר ועסק בעיקר בחקר המשפט האזרחי הארץ-ישראלי.⁶² מלבד לימודי משפט חלקיים אלה פעלו בארץ ישראל שני מוסדות אשר עסקו בהקניית השכלה משפטית בתקופת המנדט: ה־Jerusalem Law Classes ("השיעורים למשפט"), בית ספר ממשלתי מנדטורי להכשרת עורכי דין ופקידי ממשל, ובית ספר פרטי יהודי שיסדו אנשי התנועה להחייאת המשפט העברי ("בית-הספר הגבוה למשפט וכלכלה").⁶³

61 נתן פיינברג מסות בשאלות הזמן 245 (1980).

62 "מהלך חיים ורשימת פרסומים של פרופ' טדסקי" תיק אישי טדסקי חלק ראשון (עד 1949) (גנון האוניברסיטה העברית) (להלן: תיק אישי טדסקי; להלן המיקום: גא"ע).

63 אסף לחובסקי "החינוך המשפטי בארץ-ישראל המנדטורית" עיוני משפט כה 291, 292 (2001) (להלן: לחובסקי "החינוך המשפטי").

במרוצת השנים עלו הצעות ויזמות שונות להקמתה של פקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. לדוגמה, עוד בשנת 1919 התבקש נורמן בנטוויץ', היועץ המשפטי לממשלת ארץ ישראל, על ידי המוסדות הציוניים לגבש תכנית מפורטת להקמת פקולטה למשפטים במסגרת הליך תכנונה של האוניברסיטה העברית. תכניתו של בנטוויץ' ביקשה לשלב את תוכני המשפט המודרני עם תוכני המשפט העברי וכללה קורסים בכלכלה מדינית, היסטוריה של המשפט, סוציולוגיה ועוד, אלא שהתכנית נזנחה לבסוף על ידי הוועד הפועל הציוני.⁶⁴ יזמה נוספת להקמת פקולטה למשפטים עלתה בשנת 1934 במסגרת "ועדת הרטוג", ועדת בדיקה כלל-אוניברסיטאית, אשר נועדה בין היתר לעבד תכניות לפיתוחה של האוניברסיטה.⁶⁵ במסגרת דיוניה דחתה הוועדה את רעיון הקמת הפקולטה למשפטים וכרכה את הדיסציפלינה המשפטית עם מקצועות מדעי החברה תחת הפרק: "משפט, מדע המדינה וכלכלה". חברי הוועדה סברו כי קיומו של בית הספר המנדטורי, אשר בוגריו זכו בהכרה ממשלתית, מייתר את הקמתו של מוסד מקביל.⁶⁶ לאחר מכן, בזמן מלחמת העולם השנייה, הועלתה הצעה בדבר הקמת "מכון להשתלמות במדעי המשפטים" במסגרת הפקולטה למדעי הרוח, אשר יכלול שיעורים במשפט עברי, מוסלמי, רומי, אזרחי, בין-לאומי פרטי ופומבי ותורת המדינה הכללית.⁶⁷ בדומה להצעות קודמות, גם הצעה זו נדחתה על ידי הסנט, במיוחד בעקבות פטירתו של פרופ' אשר גולאק, אשר נתפס כדמות המרכזית וכמורה ראשי במכון המיועד.

השינוי בעמדת שלטונות האוניברסיטה החל למעשה בסמוך לפרסום הדין וחשבון של הוועדה המיוחדת לענייני ארץ ישראל באוגוסט 1947. המלצות הוועדה, כידוע, הובילו לתכנית בדבר חלוקתה של ארץ ישראל המנדטורית לשתי מדינות עצמאיות. מהלכים אלו החישו את ההכרה כי הבריטים עתידים לעזוב את הארץ ולסגור את בית

64 (2006) 117 ASSAF LIKHOVSKI, LAW AND IDENTITY IN MANDATE PALESTINE (להלן: לחובסקי משפט וזהות).

65 פיינברג מסות בשאלות הזמן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 245. להרחבה על ועדת הרטוג, אשר שורשיה בסכסוך המתקשר שהתגלע בין יושב ראש המועצה האקדמית של האוניברסיטה אלברט איינשטיין לבין קנצלר האוניברסיטה יהודה לייב מאגנס בדבר סמכויותיו הנרחבות של האחרון, ראו: כהן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 76–80.

66 בית הספר המנדטורי נוסד ביזמתו של לא אחר מנורמן בנטוויץ', שמלבד היותו ציוני נלהב שימש גם פקיד של ממשלת המנדט. כך למעשה, בניגוד גמור להצעתו המקורית למוסדות הציוניים, יום בית ספר בעל אוריאנטציה טכנית-מקצועית במתכונת של לימודי ערב. משך הלימודים בבית הספר היה ארבע שנים, ועל אף אורכם הם לא זיכו בתואר אוניברסיטאי אלא בפטור מבחינת לשכת עורכי הדין הארץ-ישראלית. הסבר אפשרי לפער בין תכניתו המקורית לאוניברסיטה העברית בירושלים לבין תכנית הלימודים של "השיעורים למשפט" טמון בהיותו של האחרון בית ספר קולוניאלי, ולכן תכנית הלימודים בו עוצבה באופן שנועד להנציח את הפער בין שליטים (בריטים) לילידים (יהודים וערבים). ראו לחובסקי משפט וזהות, לעיל ה"ש 64, בעמ' 118–119.

67 פיינברג מסות בשאלות הזמן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 246.

הספר המנדטורי למשפטים שהקימו. לפיכך הוחלט בישיבת הוועדה המתמדת⁶⁸ של האוניברסיטה ביום 19 בינואר 1948 על הקמתה של ועדה מקצועית, אשר תפקידה יהיה "לברר את כל השאלות הכרוכות בהכללתם של לימודי המשפט בתכנית הלימודים של האוניברסיטה העברית"⁶⁹ (להלן: "הוועדה המקצועית"). הוועדה המתמדת בחרה לאייש את הוועדה המקצועית בארבעה חברים: ד"ר משה זמורה, שותף במשרד עורכי דין ידוע (זמורה, רוזנבליט, קרונגולד ובר-שירה) והיועץ המשפטי של הסתדרות העובדים ומי שיתמנה, חודשים ספורים לאחר מכן, לנשיאו הראשון של בית המשפט העליון; ד"ר נתן פיינברג, מרצה למשפט בין-לאומי ומי שלימים יהיה הדקן הראשון של הפקולטה למשפטים; ד"ר אברהם חיים פריימן, מרצה למשפט עברי (אשר נרצח בחודש אפריל אותה שנה); פרופ' נפתלי הרץ טורטשינר (לימים טור-סיני), דקן הפקולטה למדעי הרוח. במסמך ראשוני מטעם הוועדה המקצועית, ובו שאלות לעיון עם הקמת הפקולטה, הוכרו לראשונה כי הצורך בהקמה של פקולטה למשפטים איננו שנוי עוד במחלוקת.⁷⁰ כמו כן יועדו לפקולטה שלושה תפקידים מרכזיים: הכנת עורכי דין ופקידים גבוהים בשירות המדינה, הדגשת-יתר של הצד המדעי-מחקרי של הלימודים ולבסוף, סינתזה בין השניים. סעיף 3 במסמך, אשר כותרתו "הזיקה של הפקולטה לפקולטאות האחרות באוניברסיטה", מעיד כי לא היה ברור כלל לשלטונות האוניברסיטה ולחברי הוועדה אם לימודי המשפטים יתקיימו במסגרת פקולטה נפרדת ועצמאית, אם במסגרת המחלקה ללימודי מדעי החברה והכלכלה או שמא במסגרת לימודי הפילוסופיה בפקולטה למדעי הרוח. מרתקת במיוחד העובדה כי על אף ההצהרה על מחויבות-יתר לפן המחקרי-מדעי, הרי שבכל זאת נדרשה הוועדה המקצועית לדון בסוג התואר שתעניק הפקולטה – לאמור: אקדמי או מקצועי – ובמספר שנות הלימוד אשר יידרשו להשלמת כל אחד מתארים אלה. עובדות אלה ממחישות את לבטיהם של חברי הוועדה המקצועית בתקופת הדיונים, בין הקמת פקולטה מחקרית לבין בית ספר מקצועי.

זאת ועוד, יום לפני כן, בדיוני הוועדה המקצועית אשר הביאו לניסוח המסמך, עלתה ביתר שאת שאלת המתח בין הפן המחקרי-מדעי לבין הפן המעשי שיועד לפקולטה. ד"ר זמורה ציין בפני הוועדה המקצועית את העובדה בדבר סגירתו של בית הספר המנדטורי

68 הוועדה המתמדת הוקמה עקב גודלו של הסנט, אשר הקשה על ניהול דיונים במסגרתו. תפקידה היה לסנן ולברור בין הנושאים האקדמיים החשובים אשר יובאו בפני הסנט לבין אותן החלטות שיוניות אשר קיבלה באופן עצמאי. ראו אורי כהן "מוסדות ניהול האוניברסיטה העברית, 1925–1948: תהפוכותיה של החתירה לאוטונומיה מוסדית מוחלטת" תולדות האוניברסיטה העברית בירושלים כרך ב – התבססות וצמיחה 3, 37 (חגית לבסקי עורכת, 2005) (הספר להלן: תולדות האוניברסיטה העברית – התבססות וצמיחה).

69 "שאלות לעיון בקשר עם הקמת הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים" תיק 22792 17.2.1948 (גא"ע).

70 שם.

ללימודי משפטים, אשר שימש יותר "מכשיר לחינוך אנשי מקצוע מעשיים ולא עמדו על הצד המדעי והתיאורטי של המשפט".⁷¹ פרופ' טורטשינר ביקש לעמוד על יחסי הגומלין בין הלימודים מתחום מדעי החברה והפילוסופיה לבין לימודי המשפט והבהיר כי על הפקולטה לשרת את המדע הטהור ואת צורכי המדינה שזה עתה הוקמה. ד"ר פיינברג חידד דברים אלה בציינו כי על הוועדה לבחון את זיקתה של הפקולטה למשפטים לפקולטה למדעי הרוח על פי הצורך לחנך "אדמיניסטרטורים למדינה היהודית". ד"ר פריימן סבר כי התפקיד העיקרי של הפקולטה יהיה לחנך עורכי דין, ועל כן יש צורך בתיאום תכנית הלימודים עם "הגורמים הקשורים בהתהוות המדינה היהודית". אולם בכך לא הסתיים הדיון על מיקומם של לימודי המשפט ועל מידת עצמאותם ממדעי החברה, שכן ישיבה ספציפית יוחדה בסוף חודש מרס 1948 לנושא יחסי הגומלין בין הפקולטה העתידית למשפטים למחלקה למדעי החברה. דיון זה נפתח בבקשתו של ד"ר פיינברג לשלב את החוג ליחסים בין-לאומיים בפקולטה העתידה לקום והמשיך ברצונו של פרופ' טורטשינר לראות את איחוד המחלקות למשפטים ולמדעי החברה בפקולטה אחת כדי שיהוו יחד פקולטה רצינית בעלת משקל. ד"ר פיינברג סבר כי יש לקיים פגישה עם מורי החוג למדעי החברה לשם בירור הנושא, ואילו ד"ר זמורה וד"ר פריימן לא חשבו כלל שהצירוף או האיחוד המוצע הכרחי.⁷²

לבסוף, ביוני 1948 הוציאה הוועדה המקצועית מתחת ידה מסמך הנושא את השם "דין וחשבון להקמת מחלקה למשפטים באוניברסיטה העברית".⁷³ הוועדה המקצועית ציינה במסקנותיה כי אחד מתפקידיה של האוניברסיטה, עם הקמת המדינה, הוא לשרת את צורכי המדינה הזקוקה לעורכי דין ולשופטים. אולם בסעיף 4 למסמך, העוסק בסוג הידע שתקנה הפקולטה למשפטים, נכתב כי יש להקנות לתלמידים השכלה "שתהיה

71 "הוועדה להקמת הפקולטה למשפטים באוניברסיטה" תיק 22792 ישיבה מתאריך 16.2.1948, 1 (גא"ע) (להלן: ישיבת "הוועדה להקמת הפקולטה למשפטים באוניברסיטה"). עמדה עקיבה זו של ד"ר זמורה באה לידי ביטוי גם בטקס פתיחת הפקולטה למשפטים בחודש נובמבר 1949, שבו אמר את הדברים האלה: "יודע אנוכי כי אתם, רבותי הנכבדים, רואים את עצמכם כסטודנטים הראשונים של האוניברסיטה העברית העתידה ודווקא משום כך עלינו לעמוד על המשמר ולהבין היטב את ההבדל בין חינוך משפטי המכשיר טכנאים של המשא והמתן המשפטי ובין פקולטה משפטית המחנכת חכמי תורת המשפט. בפקולטה משפטית אין מקום לשאלה התועלתית: 'מה יתן ומה יוסיף לי לימוד בלתי מעשי, לימוד אך ורק מדעי'; סיסמתה צריך להיות: 'נפשי חשקה בתורה' [...] יהי רצון שרוח זו תרחף על הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית [...]". "הנאומים שנשאו בטקס פתיחת הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה בירושלים ביום ז' בכסלו תש"ז-28.11.49" הפרקליט ז 247, 253-254 (1950) (להלן: "הנאומים שנשאו בטקס פתיחת הפקולטה").

72 "הוועדה להקמת הפקולטה למשפטים באוניברסיטה" תיק 22792 ישיבה מתאריך 28.3.1948 (גא"ע).

73 מסמך מחודש יוני 1948 תיק 22792 (גא"ע) (להלן: דין וחשבון להקמת מחלקה למשפטים באוניברסיטה העברית).

עיונית-מדעית ומקצועית-מעשית כאחת ויש לכוונה למיזוגם ההרמוני ככל האפשר של שני הכיוונים. שכן זו המטרה לחנך משפטנים, שיהיו מומחים במקצועם ועם זה בעלי תרבות משפטית כללית". עוד הוסיפה הוועדה המקצועית כי הסטודנטים אשר יסיימו את התואר ויחפצו לעסוק בעריכת דין או בשפיטה יעברו "התמחות שימושית" אצל עורך דין או בבית המשפט. דין וחשבון זה נתקבל על ידי הוועדה המתמדת ביום 20 ביולי 1948, והיא הטילה על הוועדה המקצועית לאתר מרצים ראויים ולקבוע את תכנית הלימודים לשנתיים הראשונות בתואר.⁷⁴ נוסף על זה צירפה הוועדה המתמדת להיות חברים בוועדה המקצועית להקמת הפקולטה את עו"ד שלום (סולומון) הורוביץ⁷⁵ ואת הפרופ' הרב שמחה אסף, רקטור האוניברסיטה העברית ומומחה לתולדות ספרות הגאונים, אשר בסמוך למינוי האמור נבחר לכהן כשופט בבית המשפט העליון.

כאמור, מסמך "הדין וחשבון" שניסחה הוועדה המקצועית לא כלל הכרעה בשאלת מיקומה ועצמאותה של הפקולטה למשפטים. חלק מחבריה דרשו את עצמאותה האקדמית, ואחרים – בראשות פרופ' טורטשינר – שאפו לראותה שלובה עם לימודי מדעי החברה, כדי שתקום פקולטה למשפטים ומדעי החברה. בישיבת הסנט מיום 2 באוגוסט 1948 הופנה הנושא למועצת הפקולטה למדעי הרוח, אשר באותה עת כללה גם את לימודי מדעי החברה. בישיבת חוג המורים למדעי החברה ביום 13 באוגוסט 1948 הוסכם כי תפקיד האוניברסיטה לא רק "לאמן כלכלנים, משפטנים וסוציולוגים טהורים, אלא על האוניברסיטה גם לדאוג לכך שתלמידים רבים יקבלו אפשרות של חינוך רב-גוני [...]" לפיכך הוחלט בישיבה כי רצוי שייווצר "מגע אמיץ בין הוראת מדעי המשפטים לבין הוראת מדעי החברה לשם קביעת תוכניות לימודים מותאמות לעתיד".⁷⁶

ביום 22 באוקטובר 1948 התכנסה הוועדה המקצועית, בהשתתפות מורי החוג למדעי החברה, מרטין בובר ואלפרד בונה. בסעיף ג' לפרוטוקול הוועדה מקצועית, העוסק בשאלת היחס בין מדעי החברה למשפטים, הוסכם כי לפי שעה יישארו לימודי מדעי החברה במסגרת הפקולטה למדעי הרוח ותוקם פקולטה עצמאית למשפטים. בד בבד הוחלט על הקמתה של מועצה משותפת וקבועה של סגל מורי מדעי החברה והמשפטים "לשם דיון שיטתי ומתמיד בכל עניני הארגון וההוראה בשני הגופים".⁷⁷ דיון

74 שם, סע' 34; "פרוטוקול הוועדה המתמדת" תיק 22792 ישיבה ל"ח 20.7.1948, 2 (גא"ע); פיינברג מסות בשאלות הזמן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 250.

75 עו"ד שלום הורוביץ עלה לארץ בשנת 1923 ועבד תחילה בשותפות עם עו"ד הארי סאקר. את השכלתו רכש באוניברסיטת קמברידג' שבה למד משפטים ולימודים קליניים. בתקופת שלטון המנדט היה הורוביץ היועץ המשפטי של רוב החברות הכלכליות הגדולות בארץ וכן היה חבר הנהלתה המצומצמת של האוניברסיטה העברית בירושלים, חבר הוועד הפועל וחבר הנאמנים שלה ויושב ראש ועדת החוקה שלה, ראו דוד תדהר אנציקלופדיה לחלוצי הישוב ובנויו כרך שמיני 3109–3110 (1956).

76 "היחסים בין מדעי החברה והמשפטים" תיק 22792 מסמך מתאריך 13.8.1948 (גא"ע).

77 "וועדה למשפטים – ישיבה א' לתשי"ט" תיק 22792 ישיבה מתאריך 22.10.1948, 2, ס' ג (גא"ע).

זה נערך לאחר ישיבה מיוחדת בחודש אוגוסט 1948, שאותה מתאר פיינברג בספרו. הישיבה הוקדשה בלעדית לשאלת היחס בין מדעי החברה ומשפטים, ונדונו בה שלוש חלופות מוסדיות: הקמת פקולטה נפרדת למשפטים, הקמת פקולטה משותפת למשפטים ומדעי החברה או הקמת שתי פקולטות חדשות. למעשה, שאלת האיחוד הפכה ללא רלוונטית באופן סופי לאור החלטת הוועדה המקצועית שלא להיכלל בגדר הרפורמה אשר הונהגה בפקולטה למדעי הרוח בדבר הענקת תואר "בוגר" לראשונה בתולדות האוניברסיטה העברית.⁷⁸

העובדה כי הפקולטה למשפטים לא נכללה ברפורמה האמורה אינה עניין של מה בכך. המשמעות האופרטיבית של מהלך זה הייתה כי הסטודנטים למשפטים למדו במשך ארבע שנים לתואר "מוסמך" (M. Jur.) במסלול ישיר. זאת להבדיל מן הסטודנטים בפקולטה למדעי הרוח, אשר במסגרת הרפורמה זכו לתואר "בוגר" לאחר שלוש שנים ולתואר "מוסמך" לאחר שנתיים. כזכור, האוניברסיטה העברית הוקמה בשנת 1925 – כשנה לאחר תחילת הלימודים במוסד הראשון להשכלה גבוהה בארץ – הטכניון. מדיניות הענקת תוארי "מוסמך" ו"דוקטור" בלבד עד קום המדינה על ידי האוניברסיטה העברית מצביעה בין היתר על בידולה מהטכניון מתוקף היותה מרכז מחקר עיוני, להבדיל ממוסד המכשיר סטודנטים למקצועות טכניים שימושיים.⁷⁹ הרפורמה בפקולטה למדעי הרוח הייתה חוליה בשרשרת מהלכים אשר תכליתם הייתה פנייה הדרגתית של האוניברסיטה לאפיקים יישומיים, אך בהקשר של לימודי המשפטים הדבר הוא הוכחה נוספת לתפיסה המחקרית שאותה ראו לנגד עיניהם חברי הוועדה המקצועית. קושי אחר לאיחוד האמור מקורו בעובדה כי ההצעה לתכנית הלימודים, אשר עליה שקדה הוועדה המקצועית, הושתתה על קורסי חובה בלבד בניגוד לנהוג בפקולטה למדעי הרוח. קשיים בירורקטיים משמעותיים אלה הקשו על שילוב המחלקה למדעי החברה עם הפקולטה העתידית.

בחודש אפריל 1949 צורף פרופ' גד טדסקי כחבר בוועדה המקצועית. אמנם בשלב זה הוועדה המקצועית כבר התוותה את תכנית הלימודים ועקרונותיה, אך עמדתו של טדסקי בדבר שילוב לימודי המשפטים עם מקצועות מדעי החברה בהדגשת מדעיותה של הפקולטה עלו בקנה אחד עם מסקנותיה של הוועדה המקצועית עובר להצטרפותו.⁸⁰

78 פיינברג מסות בשאלות הזמן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 251–252; ס' 44 בדין וחשבון להקמת מחלקה למשפטים באוניברסיטה העברית, לעיל ה"ש 73.

79 דני יעקובי "ראשיתה של הכשרה מקצועית באוניברסיטה מחקרית: הקמתה של המחלקה לחינוך באוניברסיטה העברית" תולדות האוניברסיטה העברית – התבססות וצמיחה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 475, 478; יובל דרור "ראשית הטכניון העברי בחיפה, 1902–1950 – מהתוכנית ל'בית-ספר גבוה יהודי' ועד תום תקופת ניהולו של שלמה קפלנסקי" עיונים בתקומת ישראל 6, 330 (1996).

80 ראו ריאיון שהעניק פרופ' טדסקי ליוסף שגיא שבו אמר את הדברים האלה: "אמרנו להציע תוכנית הגיונית וראויה לפקולטה אוניברסיטאית, להבדיל מבית-ספר פרופסיונלי. לפי דעתי, חינוך התלמיד

בחודש מאי אותה שנה אישר חבר הנאמנים של האוניברסיטה העברית את מסקנות הוועדה המקצועית, ובהן תכנית לימודים המתפרסת על פני ארבע שנים.

בטקס פתיחת הפקולטה למשפטים, ביום 28 בנובמבר 1949, סיכם ד"ר פיינברג את מסקנות הוועדה המקצועית במסגרת נאומו כדקן באמרו כי "מגמתה של ההוראה בפקולטה היא לא רק להעניק לתלמידיה את הידיעות השימושיות הנדרשות למילוי תפקידיהם המקצועיים, אלא אף להקנות להם השכלה משפטית רחבה על רקע תרבותי כללי. ואכן, מוסמכי הפקולטה לא די שהחוקים יהיו נהירים להם מבחינה דוגמאטית ופורמאלית-טכנית; חייבים הם להכיר את המשפט אף כהופעה מתחום החיים הסוציאליים, המדיניים והפסיכולוגיים, וכן להתחקות על בעיות-היסוד המשפטיות של מדינה מודרנית ולתהות על דרכי פתרוןן".⁸¹ ד"ר זמורה, נשיא בית המשפט העליון דאז, התייחס בנאומו לתכנית הלימודים שחיברה הוועדה המקצועית ולתכנית, אשר לא יצאה לפועל, בדבר הקמת פקולטה משותפת למשפטים ולמדעי החברה, באמרו כי "יפה עשו מחברי התוכנית שנתנו בה מקום ניכר ללימודי מדעי החברה. הפקולטה המשפטית התהיה אומנם עצמאית אבל לבי סמוך ובטוח שיחסי שכנות טובה יתקיימו בינה ובין מדעי החברה ושכנות טובה עדיפה לפעמים מבית משותף".⁸² נשיא האוניברסיטה העברית פרופ' זליג ברודצקי ציין כי "אין האוניברסיטה מיסדת כיום רק מרכז להכשרת עורכי-דין [...] ברצוני להדגיש שהמגמה שהונחה ביסוד הפקולטה היא רחבה הרבה יותר [...] ד"ר ג'יימס פרקס כותב [...] שמכון מדעי למחקר סוציולוגי במדינת ישראל יהיה לברכה רבה [...] ומי יודע, אפשר שמדינת ישראל תשמש כמעבדת מחקר לשאלות חברתיות לעולם כולו; והפקולטה למשפטים יחד עם המחלקה למדעי החברה המתרחבת תהא אולי אותו מכון שעליו מדבר פרקס".⁸³

כפי שאפשר להיווכח, האוניברסיטה העברית וחברי הוועדה המקצועית מטעמה שאפו לזנוח את המודל הפרופסיונלי של בית הספר המנדטורי,⁸⁴ אשר נתפס גם כסממן

כמשפטן טוב הוא, למעשה, גם מיטב הכנתו מבחינה פרופסיונלית [...] סבורני שאין לנתק את המשפט לגמרי מיתר מדעי-החברה בחינוך המשפטיים. כדאי שלכל משפטן תינתן גישה לכלכלה, ואולי גם לסוציולוגיה של המשפט, אם אפשר להשיג הוראה טובה למקצוע זה". יוסף שגיא "ראיון עם פרופ' טדסקי" ספר זיכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי 23, 29–30 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו עורכים, 1995) (הספר להלן: ספר זיכרון לגד טדסקי). טדסקי אף הציע, בישיבה הראשונה של מועצת הפקולטה למשפטים מיום 12 בדצמבר 1949, לקבוע את מקצוע הכלכלה כמקצוע חובה, היות שלגישתו תלמידי הפקולטה נדרשים לשלוט ביסודות הדיסציפלינה. ראו יהושע ויסמן "יד לגד טדסקי" משפטים כג 7, 9 (1994).

81 "הנאומים שנשא בטקס פתיחת הפקולטה", לעיל ה"ש 71, בעמ' 256.

82 שם, בעמ' 252.

83 שם, בעמ' 247–248.

84 דוגמה להסתייגותם של חלק מחברי הוועדה המקצועית מבית הספר המנדטורי אפשר למצוא בדחיית מאמרו של נורמן בנטוויץ', מייסד בית הספר המנדטורי, לרגל פתיחת הפקולטה למשפטים. בשנת

משפטים מאת תשע"ב אוניברסיטה בגלות: ההיסטוריה של החינוך המשפטי בעשור הראשון למדינה

קולוניאליסטי,⁸⁵ לטובת פקולטה אוניברסיטאית המקיימת דיאלוג תמידי עם ענפי ידע אחרים מתחום מדעי החברה ומדעי הרוח.

2. הקמת המכון לקרימינולוגיה

יחסי הקרבה בין הפקולטה למשפטים והמחלקה למדעי החברה לא תמו בשנת 1949. את שיאם אפשר לראות בחודש מאי 1957, אז אישרה הוועדה המתמדת את החלטת מועצת הפקולטה למשפטים מחודש דצמבר 1956 בדבר יצירתה של קתדרה לקרימינולוגיה בפקולטה למשפטים ועל פתיחת הפרוצדורה האקדמית למינויו של פרופ' ישראל דרפקין לעמוד בראשה. בהופיעו בפני הוועדה המתמדת הסביר פרופ' בנימין אקצין, דקן הפקולטה למשפטים, כי מסביב לקתדרה יוקם בעתיד המכון לקרימינולוגיה, וכי פרופ' דרפקין, יועץ מטעם האומות המאוחדות ומומחה בעל שם עולמי, הביע את נכונותו לקבל את התפקיד.⁸⁶

בחודש יוני 1958 כחודש לאחר הצגתה של תכנית להקמת מכון נוסף – למחקרי חקיקה ולמחקר השוואתי⁸⁷ – נוסחה הצעה מגובשת להקמת המכון לקרימינולוגיה.

1949 הפיקה האוניברסיטה העברית בירושלים חוברת לכבוד המעמד החגיגי, אשר כללה מאמרים ודברי ברכה מטעם שר המשפטים, נשיא בית המשפט העליון ועוד אישים. בקשה רשמית לכתובת מאמר נשלחה גם לפרופ' נורמן בנטוויץ'. כחלק מן המאמר שניסח ציין בנטוויץ' כי הוא סמוך ובטוח שהפקולטה – כירשת בית הספר המנדטורי – תמשיך את פועלו ההוראתי. כאשר פיינברג קיבל לידיו את המאמר והבחין שתוכנו עומד בסתירה לדברי ההסבר של הוועדה המקצועית בדבר הקמת מוסד אוניברסיטאי אשר ימזג את הפן המחקרי עם זה המקצועי על רקע השכלה כללית רחבה – הוא גנז את המאמר. ראו סיכומו של פיינברג לאנקדוטה זו כפי שכתב בספר זכרונותיו: "[...] אנו הסתייגנו מבית-הספר הנ"ל והדגשנו הדגש וחזור, שבעוד הוא היה בית-ספר מקצועי גרידא, מטרחנו להקים מוסד אוניברסיטאי [...]". נתן פיינברג פרקי חיים וזכרונות 144 (1985).

85 בטקס פתיחת הפקולטה למשפטים הבהיר הפרופ' שמחה אסף כי הקמת הפקולטה למשפטים היא ציון דרך בתולדות האוניברסיטה שכן "[...] אמנם מדעי הרוח ומדעי הטבע, הרפואה והחקלאות הם מן הדברים הנוהגים בכל עת ובכל מסבות הזמן, ואילו לפקולטה משפטית מתכוננת לפי רוחנו וצרכינו לא היינו יכולים להגיע כל עוד שהיינו נתונים בשעבוד לממשלת המנדט". ראו "הנאומים שנשא בטקס פתיחת הפקולטה", לעיל ה"ש 71, בעמ' 249.

86 "יצירת קתדרה בקרימינולוגיה" תיק ישיבות הוועדה המתמדת פרוטוקול מישיבה ט"ז של הוועדה המתמדת, 31.5.1957, 3 (גא"ע). לסקירה תמציתית על אודות הקמת המכון לקרימינולוגיה ופועלו של פרופ' דרפקין ראו: Mimi Ajzenstadt, *The Study of Crime and Social Control in Israel: Some Theoretical Observations*, in CRIME AND CRIMINAL JUSTICE IN ISRAEL: ASSESSING THE KNOWLEDGE BASE TOWARD THE TWENTY-FIRST CENTURY 3, 4-5 (Robert R. Friedmann ed., 1998).

87 בחודש מאי 1958 הציג פרופ' אורי ידן בפני מועצת הפקולטה למשפטים הצעה בדבר הקמת מכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי (לימים המכון למחקרי חקיקה ולמחקר השוואתי ע"ש הרי ומיכאל

בדברי ההסבר של ההצעה האמורה נכתב כי "מערכת המקצועות הנלמדים בפקולטה למשפטים אינה כוללת את הכרת הפושע ואת הדרכים היעילות ביותר לטפל בו ולהחזירו למוטב".⁸⁸ מעמד המכון הוגדר במפורש תחת הפקולטה למשפטים ועל פי תנאי הקבלה הלימודים בו פתוחים לבעלי תואר "מוסמך" במשפטים, ד"ר לרפואה או "בוגר" במדעי החברה או הרוח. זאת ועוד, על פי דברי ההסבר, המכון לא יועד ל"אנשים שתפקידם לטפל בעצמם בעבריינין (כגון עובדים סוציאליים, קציני מבחן וכו') אלא לבעלי השכלה אקדמית בלבד.

בשנת 1960 החל המכון בפעילות ההוראה, אשר התלכדה לכדי חמש מגמות: משפטים, קרימינולוגיה, פסיכולוגיה ופסיכיאטרייה, קרימינליסטיקה וסוציולוגיה. מגמות אלה התיישבו עם היעד המחקרי שהציב פרופ' דרפקין בנאום שנשא שנים מספר לאחר הקמת המכון בדבר היותה של ישראל כר מחקר פורה לסוגיות קרימינולוגיות, כגון הקשר בין פשיעה לעלייה, קונפליקטים תרבותיים ויחסם לפשיעה וכדומה.⁸⁹ המגמה המשפטית במכון כללה את הקורסים האלה: משפט פלילי, בהוראת השופט שמעון אגרנט; דיון פלילי, בהוראת פרופ' שלו גנוסר; פילוסופיית הענישה, בהוראת השופט חיים כהן; שני סמינרים.

ברם זהו אינו הקשר הבלעדי בין מערכת השפיטה למכון ולתהליך שהיה כרוך בהקמתו. במהלך הדיונים שנערכו במועצת הפקולטה למשפטים ובוועדה המתמדת נשלחו מכתבים מאישים שונים לטובת הקמת המכון, ובהם נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים (כתוארו אז) השופט בנימין הלוי. במכתב נלהב בזכות הקמת המכון כתב הלוי לדקן הפקולטה כי השאלות החברתיות והפסיכולוגיות החשובות בנוגע להענשת עבריינים ודרכי הטיפול בהם לרוב אינן ידועות לאנשי המקצוע המשפטי. לדעת הלוי, קביעה נכונה וצודקת של העונש תלויה בסוגיות יסוד שבהן עוסקת הקרימינולוגיה, וכי המכון "סייע למדינה להגשים את מטרות ההגנה החברתית של החוק הפלילי, באמצעי המדע וברוח הקדמה".⁹⁰

סיפורו של המכון לקרימינולוגיה מוכיח הלכה למעשה את הקשר האקדמי ו"המגע האמיץ" אשר נרקם בין הפקולטה למשפטים לבין הפקולטה למדעי הרוח בכלל

סאקר). בניסוח קווי היסוד של המכון נכתב כי דגש מיוחד יושם במחקר אינדוקטיבי, במשפט עברי ובחקר האספקטים הכלכליים, הסוציולוגיים והדמוגרפיים של המשפט והחקיקה. ראו: Assaf Likhovski, *Argonauts of the Eastern Mediterranean: Legal Transplants and Signaling*, 10 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 620, 633–634 (2009).

88 "הצעה להקמת מכון לקרימינולוגיה" תיק 2563 מסמך מתאריך 12.5.1958 (גא"ע).

89 "תקציר מדבריו של פרופ' דרפקין" תיק 2563 (גא"ע).

90 מכתב מהשופט בנימין הלוי לדקן הפקולטה למשפטים (13.3.1959) תיק 2563 (גא"ע). להרחבה על דמותו הייחודית והמרתקת של השופט הלוי ראו: אוריאל רייכמן "השופט בנימין הלוי ז"ל – בין לאומיות לליברליזם" עיוני משפט כג 283 (2000).

והמחלקה למדעי החברה בפרט. יתרה מכך, הוא שב ומדגיש את האוריינטציה המדעית-מחקרית שהפקולטה ראתה לנגד עיניה, הן באמצעות אופיו הבין-תחומי של המכון והן בחסימת דרכם של סטודנטים בעלי השכלה בסיסית או פרופסיונלית גרדא.

3. קוריקולום ומבנה

מלבד הפרוטוקולים הרשמיים של רשויות האוניברסיטה, ההתחקות על שיתוף הפעולה המוסדי בין האקדמיה המשפטית ובין האקדמיה החוץ-משפטית יכולה להתבצע גם בבחינת מה שהסוציולוגיה של החינוך מכנה "תכנית הלימודים הגלויה", היינו ניתוח היצע הקורסים של הפקולטה למשפטים כפי שהם משתקפים בידיעונים הרשמיים שהיא פרסמה.⁹¹ לפיכך בכוונתי לנתח תוכנם של שלושה ידיעונים מייצגים מהעשור הראשון לפעילותה של הפקולטה למשפטים: ידיעון תש"י (1949–1950), ידיעון תשי"ד (1953–1954) וידיעון תשי"ח (1957–1958).

ידיעון הפקולטה משנת תש"י מכיל למעשה את תכנית הלימודים המושתתת על הצעת הוועדה המקצועית, וניכרת בו הנטייה ליישום מסקנותיה בדבר חינוך הסטודנטים למומחיות משפטית יחד עם השכלה רחבה על רקע תרבותי כללי. יסודות ההשכלה הכללית רוכזו בעיקר בשנת הלימודים הראשונה, שכללה 21 שעות חובה שבועיות, אשר מתוכן רק שבע שעות לימוד הוקדשו למקצועות משפטיים מובהקים.⁹² פרט לקורס "אמונים בלשון והבעה" בן שלוש השעות, יתר שעות הלימוד השבועיות הוקדשו כולן לנושאים לבר-משפטיים: תורת המדינה א', היחסים הבין-לאומיים וצורת הארגון הבין-לאומי, כלכלה מדינית, מבוא לסוציולוגיה ומבוא לפילוסופיה. בשנת הלימודים השנייה לא נשמר יחס זה, ומתוך 20 שעות לימוד חובה שבועיות 16 שעות הוקדשו למקצועות משפטיים (משפט רומאי ב'; דיני חיובים; דיני אישים, משפחה וירושה; יסודות משפט האסלאם; דיני עונשין; חוקת מדינת ישראל) וארבע שעות שבועיות למקצועות הבר-משפטיים האלה: תורת המדינה ב', תורת הכספים ומבוא לפסיכולוגיה. בניגוד לשנתיים הראשונות, השנים השלישית והרביעית, אשר כל אחת מהן כללה 20 שעות לימוד חובה שבועיות, נעדרו כל יסוד לבר-משפטי פרט לקורס חובה אחד

91 הסוציולוגיה של החינוך מבחינה בין תכנית הלימודים הגלויה, המשתקפת במקצועות הלימוד הרשמיים, לבין תכנית הלימודים הסמויה, המנחילה ערכים כמו אינדיווידואליזם, התמדה, הישגיות, תחרותיות וכדומה כחלק מהסוציאליזציה הערכית-נורמטיבית המתרחשת באמצעות המבנה המוסדי והארגוני של בית הספר או האוניברסיטה. לפירוט והרחבה ראו: Adam Gamoran, *Curriculum, in*: EDUCATION AND SOCIOLOGY: AN ENCYCLOPEDIA 125 (David L. Levinson, Peter W. Cookson, Jr., & Alan R. Sadovnik eds., 2001).

92 המקצועות המשפטיים אשר נלמדו בשנה הראשונה הם אלה: מבוא לתורת המשפט; משפט רומאי א'; מבוא למשפט עברי; סוגיות משפטיות בתלמוד (תרגיל); שיטת המשפט האנגלוסקסי. ראו "רשימת השעורים לשנת תש"י" תיק 2120 (גא"ע) (להלן: "ידיעון תש"י").

בפילוסופיה משפטית.⁹³ אם כן, מתוך 81 נקודות החובה שהרכיבו את התואר 12 נקודות הוקדשו ללימודים לבר-משפטיים, שהם כ-15% (בקירוב) מסך היצע הקורסים (בהתעלם מלימודי הצרפתית שהיו בגדר מקצוע בחירה בלבד).

בחינתו של ידיעון תשי"ד מצביעה על יציבות מכסת השעות הכללית להשלמת התואר, אך עם זאת גם על ירידה בהיקף קורסי החובה הבר-משפטיים. במסגרת שנת הלימודים הראשונה, שכללה 21 שעות לימוד חובה שבועיות, 11 שעות הוקדשו למקצועות משפטיים,⁹⁴ ואילו שש שעות שבועיות הוקדשו ללימודי הקורסים הבר-משפטיים האלה: יסודות מדע המדינה א' (תולדות הרעיון המדיני), יסודות מדע המדינה ב' (תורת המשטרים), יחסים בין-לאומיים ומוסדות בין-לאומיים וכן אחד מן המקצועות האלה: יסודות הסוציולוגיה, תורת ההיגיון, היסטוריה כלכלית בזמן החדש או מכינה ברומית. שאר חמש השעות השבועיות התחלקו בין אימונים בלשון והבעה, לימודי השפה האנגלית וחינוך גופני. יחס זה לא נשמר בשנת הלימודים השנייה, ומתוך 15 שעות לימוד חובה שבועיות 13 שעות הוקדשו למקצועות משפטיים (דיני חיוכים; דיני אישים, משפחה וירושה; דיני עונשין; משפט קונסטיטוציוני), ואילו שעתיים בלבד הוקדשו לבחירה בין הקורסים: מתודולוגיה סטטיסטית ויסודות הסוציולוגיה. בניגוד לשנתיים הראשונות, השנים השלישית והרביעית, שכללו יחדיו 37 שעות לימוד חובה שבועיות,⁹⁵ נעדרו כל יסוד לבר-משפטי פרט לשני מקצועות בחירה בשנה ד' בתחום המנהל הציבורי והפילוסופיה של המשפט. כלומר, מתוך 73 נקודות החובה שהרכיבו את התואר שמונה נקודות הוקדשו ללימודים לבר-משפטיים, שהם כ-11% מסך היצע הקורסים (בהתעלם מלימודי הצרפתית שהיו בגדר מקצוע בחירה).

ידיעון תשי"ח, אשר יצא לאור כמעט עשור לאחר הקמתה של הפקולטה, מצביע על מגמת גידול במכסת השעות הכללית והיצע הקורסים בתואר. במסגרת שנת הלימודים

93 בשנה השלישית נלמדו קורסי החובה: משפט עברי א'; דיני קניין; החוק המסחרי, דיני חברות, שותפויות ואגודות קואופרטיביות; דיני שטרות ושיקים; דיון אזרחי; דיני עונשין ב'; משפט בין-לאומי פומבי א'; רפואה משפטית. בשנה ד' נלמדו קורסי החובה: משפט עברי ב'; משפט השוואתי; דיון פלילי; משפט אדמיניסטרטיבי; משפט בין-לאומי פומבי ב'; משפט בין-לאומי פרטי; דיני ביטוח; דיני עבודה וביטוח סוציאלי; דיני מסים; דיני ימאות ותעופה; דיני מחברים, פטנטים וסימני מסחר. ידיעון תשי"ח, שם.

94 מדובר במקצועות המשפטיים האלה: מבוא לתורת המשפט; סוגיות משפטיות בתלמוד (תרגיל); שיטת המשפט האנגלי; משפט רומאי. ראו "רשימת השעורים לשנת תשי"ד" תיק 2120 (גא"ע) (להלן: ידיעון תשי"ד).

95 בשנה השלישית נלמדו קורסי החובה: משפט עברי א'; משפט בין-לאומי פומבי; דיני קניין; משפט מסחרי; דיני שטרות והמחאות; דיון אזרחי; דיון פלילי; רפואה משפטית. בשנה ד' נלמדו קורסי החובה: משפט עברי ב'; משפט בין-לאומי פרטי ובין-דתי; דיני מסים; הגנת מחברים, פטנטים וסימני מסחר; משפט אדמיניסטרטיבי; דיני עבודה וביטוח סוציאלי; דיני תעופה וימאות; ניסוח מסמכים ופירושים; קורס בחירה. ידיעון תשי"ד, שם.

הראשונה, שכללה 24 שעות לימוד חובה שבועיות, עשר שעות הוקדשו למקצועות משפטיים,⁹⁶ ואילו שבע שעות שבועיות הוקדשו ללימודי הקורסים הלב-משפטיים האלה: יסודות מדע המדינה, יחסים בין-לאומיים ומוסדות בין-לאומיים וכן בחירה של קורס אחד מבין הקורסים האלה: יסודות הסוציולוגיה, מבוא לתורת ההיגיון ולשיטה מדעית, היסטוריה כלכלית בזמן החדש, מבוא לכלכלה ללא כלכלנים, סטטיסטיקה לתלמידי מנהל, שפה רומית ומנהל ציבורי. שאר שבע השעות השבועיות התחלקו בין הבעה שבכתב בעברית, לימודי השפה האנגלית וספורט חובה. בשנת הלימודים השנייה מתוך 24 או 26 שעות לימוד חובה שבועיות (תלוי בבחירת הקורסים) 21 שעות הוקדשו למקצועות משפטיים (דיני חיובים; דיני אישים, משפחה וירושה; דיני עונשין; משפט קונסטיטוציוני; סוגיות משפטיות בתלמוד) לעומת שלוש או חמש שעות (תלוי בבחירת הקורסים) שהוקדשו לבחירת שני קורסים מהשיעורים האלה: רפואה משפטית, יסודות הסוציולוגיה, סטטיסטיקה לתלמידי מנהל, מבוא למשפט האסלאם, מנהל ציבורי ופרקים במשפט רומי. בניגוד לשנתיים הראשונות, השנים השלישית והרביעית, שכללו יחדיו 43 שעות לימוד חובה שבועיות,⁹⁷ נעדרו כל יסוד לב-משפטי פרט לקורס בחירה בשנה ד' בפילוסופיה של המשפט. כלומר, מתוך 92 נקודות חובה שהרכיבו את התואר 11–12 נקודות הוקדשו ללימודים לב-משפטיים, שהם כ-12% מסך היצע הקורסים.

ניתוח התוכן של שלושת הידיעונים על פני ציר הזמן מצביע על התבססות והתפתחותה של הפקולטה למשפטים על ידי הגדלת שעות החובה והרחבת היצע הקורסים במשך השנים. לכאורה, על פני השטח התובנה המתבקשת מהשוואת הידיעונים היא כי עם השנים חל צמצום מסוים במכסת השעות של המקצועות הלב-משפטיים בתואר. ברם ליבתם של קורסים אלו נשארה יציבה, ואילו מכסת השעות הכללית לתואר עלתה – ולא בהכרח בקורסים משפטיים טהורים. למשל, בידיעון תשי"ד נוספו בשנת הלימודים הראשונה לימודי הספורט ולימודי האנגלית, ובידיעון תשי"ח לימודי האנגלית התרחבו גם לשנת הלימודים השנייה (סך הכול 6 נקודות מתוך 91 נקודות חובה).

מסקנה אחרת עניינה מוקד הקשר בין האקדמיה המשפטית לאקדמיה החוץ-משפטית. ניתוח הידיעונים מעלה כי שנת הלימודים הראשונה התאפיינה בקורסי חובה מגוונים ממדעי הרוח, מדעי החברה והסטטיסטיקה, בלימודי שפה (אנגלית כמקצוע חובה

96 מדובר במקצועות המשפטיים האלה: מבוא לתורת המשפט; סוגיות משפטיות בתלמוד (תרגיל); שיטת המשפט האנגלי; משפט רומאי. ראו "רשימת השעורים לשנת תשי"ח" תיק 2120 (גא"ע) (להלן: ידיעון תשי"ח).

97 בשנה השלישית נלמדו קורסי החובה: משפט עברי א' (כולל מבוא היסטורי למשפט); דיני קניין; משפט מסחרי; דיני שטרות והמחאות; משפט מנהלי; דיון אזרחי; דיון פלילי; קורס בחירה. בשנה ד' נלמדו קורסי החובה: משפט עברי ב'; משפט בין-לאומי פרטי ובין-דתי; דיני מסים; הגנת מחברים, פטנטים וסימני מסחר; משפט ימי; דיני תעופה; ניסוח מסמכים ופירושם; דיני ראיות; קורס בחירה. ידיעון תשי"ח, שם.

וצרפתית ורומית כמקצועות רשות), אימונים בהבעה וכמה קורסי מבוא במשפטים. למעשה, התכנים המוצעים בשנה זו הם בבחינת יישום החלטת הוועדה המקצועית בדבר הקניית השכלה רחבה על רקע תרבותי כללי, אשר מטרתה לספק היכרות בסיסית עם המשפט העברי והאנגלי יחד עם ידע בין-תחומי, טרם החשיפה לקורסים משפטיים מתקדמים. לפיכך השנה הראשונה הייתה מעין שנה מבואית, אשר ייתכן שהייתה נחוצה בארץ לאור העובדה שלימודי המשפטים באוניברסיטה לא דרשו תואר ראשון כדרישת קדם.⁹⁸

יתרה מכך, בניגוד לקביעתו של מאוטנר, לקורסים הלב־משפטיים במערכת הלימודים הרשמית לא ניתן מעמד שולי והם לא הוטו מבחינת תוכניהם לקוטב המשפטי כקורסים מתוחמים "הממוקמים על 'קו־התפר' שבין דיסציפלינת המשפט והדיסציפלינות של מדעי החברה והרוח"⁹⁹ כגון סוציולוגיה של המשפט. על פי הידיעונים השונים, קורסים אלה, מתחום מדעי הרוח ומדעי החברה (פרט לקורסים מתחום מדע המדינה ויחסים בין-לאומיים), התקיימו בבניין טרה סנטה ולימדו בהם פרופ' שמואל נח אייזנשטדט, פרופ' שמואל הוגו ברגמן, פרופ' חיים יהודה רות, פרופ' יהושע בר-הלל ואחרים, והסטודנטים למשפטים הצטרפו אליהם. מלבד חשיבותו העובדתית של ממצא זה, העומד בסתירה לקביעה הנוכחית בספרות, עולה גם חשיבותו המהותית. מודל לימודים זה, אשר נוצר על ידי הוועדה המקצועית, העניק למעשה זכות בכורה למקצועות הלב־משפטיים על המפגש הראשוני עם הסטודנטים למשפטים. חשיבותם של קורסים לב־משפטיים אלה טמונה ביכולתם לחשוף את הסטודנטים חשיפה בלתי אמצעית לידע, שיטות מחקר וכלי ניתוח לב־משפטיים עובר להיכרותם עם מקצועות הליבה המשפטיים (דיני חובים, דיני עונשין וכדומה) החל משנתם השנייה בפקולטה.¹⁰⁰ מכל מקום, חשוב להדגיש כי גם ללא התייחסות למיקומם הגאומטרי של הקורסים הלב־משפטיים על ציר שנות הלימוד בתואר, שילובם בקוריקולום הרשמי אינו עולה

98 בארצות הברית לדוגמה לימודי המשפטים פתוחים רק למי שמחזיק בידו תואר ראשון, ולכן מרבית הסטודנטים למשפטים מצוידים ברקע תאורטי מתחום מדעי החברה "דבר המכשיר אותם בצורה טובה יותר ללימודי המשפט". ראו יהושע ויסמן "על הוראת המשפט בארצות הברית ובישראל" משפטים יב 425, 428 (1983).

99 מאוטנר על החינוך המשפטי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 22.

100 בריאיון עמו תיאר לפניי עו"ד עמיהוד בן-פורת כיצד, בדיעבד, הייתה לקורס "מבוא לסוציולוגיה", אשר אותו לימד פרופ' אייזנשטדט, משמעות מכרעת עליו כמשפטן. לדבריו, בקורס זה, אשר נלמד בפקולטה למדעי הרוח, נוכח לדעת כי המערכת הנורמטיבית המשפטית היא חלק ממערכות נורמטיביות אחרות בחברה אשר אינן משפטיות, וכי התכנים של מערכת אחת משפיעים על זולותיה. ריאיון עם עו"ד עמיהוד בן-פורת (24.4.2009).

בקנה אחד עם הטענה בדבר פרדיגמה אקדמית פורמליסטית, אשר במסגרתה עסקה לכאורה הפקולטה למשפטים בשנות החמישים.¹⁰¹

ד. הטיעון הפרסונלי

פרק זה יתמקד בסגל ההוראה הבכיר של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית דרך תיקי חבריו, תוכני הרצאותיהם וחיבוריהם הבין-תחומיים. תחילה אציג את תיקי הסגל אשר מהם עולה מגמה להשכלה בין-תחומית רחבה ומגוונת ואתחם. לאחר מכן אפנה לניתוח תוכני הרצאות וחיבורים נבחרים של המרצים הבכירים ושופטי בית המשפט העליון אשר לימדו בפקולטה, העוסקים בנושאי משפט, חברה וכלכלה.

1. ניתוח תיקי סגל הפקולטה

לצד המסקנות הנובעות מחקירה מוסדית וארגונית של הפקולטה למשפטים בעשור הראשון להיווסדה קיים עוד פן לקיומם של קשרים בין האקדמיה המשפטית לאקדמיה החוץ-משפטית ודגש אפשרי בפיתוח הכושר הסינתטי של הסטודנטים למשפטים – פן המצוי במישור האישי-אינטלקטואלי של חברי סגל ההוראה. לצורך כך אבקש להתחקות על קורות חייהם של חלק משמעותי מחברי סגל ההוראה הקבוע של הפקולטה למשפטים בשנותיה הראשונות: פרופ' גד טדסקי, ד"ר נתן פיינברג ופרופ' בנימין אקצין (בדרגתם האקדמית אז), אשר מהם עולה מגמה להשכלה בין-תחומית רחבה ומגוונת. פרופ' גד טדסקי עשה את עיקר לימודיו בפקולטה למשפטים ברומא, והם כללו גם מקצועות לבר-משפטיים, כגון כלכלה וסטטיסטיקה.¹⁰² לאחר קבלת התואר "דוקטור למשפטים" בהצטיינות השתתף טדסקי בעיבוד ספר החוקים האיטלקי ומונה לחבר

101 הריכוז הגבוה של קורסים לבר-משפטיים בשנה הראשונה מתוך ארבע שנים (המזכים בתואר שני) אף נתפס על ידי מקצת הסטודנטים כמוגזם, הואיל והוא בא על חשבון היקף הידע המשפטי ורמתו. יתרה מכך, אחת מהרפורמות הראשונות שבוצעו בתחילת שנות השבעים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב מלבד פיצול הקורס "דיני חייבים" ל"דיני חוזים" ו"דיני נזיקין" הייתה העברת אבות היסוד של הידע המשפטי כמו "דיני עונשין" ו"דיני חוזים" לשנה א' על חשבון תכנים אלה. ריאיון עם פרופ' דניאל פרידמן (3.3.2009).

102 שגיא, לעיל ה"ש 80, בעמ' 25. ככל הנראה טדסקי נחשף לכתיבה אנטי-פורמליסטית עוד בתקופת לימודיו גם דרך דודו, אשר התמחה בפילוסופיה של המשפט ואף היה רקטור אוניברסיטת רומא. התחקות על ספרו של דודו בתורת המשפט, אשר נלמד בשיעוריו באוניברסיטת רומא, מצביעה על דיון במשנתם של ארליך, קנטורוביץ והוגים אנטי-פורמליסטים אחרים. ראו: Assaf Likhovski, *Lincoln, Jerusalem, and the Comparative History of American Jurisprudence*, 4 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 621, 652–654 (2003).

"המכון ללימודים מחוקקיים" (כך במקור) וחבר הוועדה המייעצת למוסד האיטלקי המרכזי לסטטיסטיקה.¹⁰³ עם הגיעו ארצה החל ללמד בבית הספר הגבוה למשפט וכלכלה בתל-אביב קורס במשפט ימי ועוד קורס אחד על תורת המשפט הכללית.¹⁰⁴ כעבור שנתיים מעלייתו ארצה מונה טדסקי ל"חבר למחקר" במשפט אזרחי ובתורת המשפט הכללית באוניברסיטה העברית.

שותף להשכלתו המערב-אירופית של טדסקי הוא ד"ר נתן פיינברג. פיינברג למד בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת ציריך, ובה נחשף לראשונה למדע הסוציולוגיה.¹⁰⁵ לאחר קבלת התואר "דוקטור למשפטים" המשיך את לימודיו כסטודנט בפקולטה לכלכלה באותה אוניברסיטה למשך שנה, ומסוף שנת 1921 נרשם להרצאות במדעי החברה לשני סמסטרים בפקולטה הפילוסופית של אוניברסיטת ברלין.¹⁰⁶ לאחר עלייתו לישראל היה פיינברג שופט בבית משפט השלום העברי בתל-אביב והתמנה לחבר הוועד של "חברת המשפט העברי". כמו כן היה אחד ממייסדי האגודה העברית "למען חבר הלאומים" ואף התמנה למזכיר כבוד שלה. בסוף שנת 1927 יצא פיינברג לאירופה והמשיך את לימודיו ב"אינסטיטוט למדעים בין-לאומיים" בז'נווה.¹⁰⁷ בשנת 1949 נתמנה פיינברג לדקן הראשון של הפקולטה למשפטים.

אל מול הציר הקונטיננטלי האמור ניצב פרופ' בנימין אקצין. אקצין סיים את לימודיו כד"ר למדע המדינה בפקולטה למשפטים ולמדע המדינה שבאוניברסיטת וינה, שבה נחשף לתחומי הכלכלה, ההיסטוריה, הסוציולוגיה והפסיכולוגיה.¹⁰⁸ לאחר מכן סיים את לימודיו כד"ר למשפטים באוניברסיטת פריז בהתמחות במשפט ציבורי ובכלכלה. בשנת 1932 עבר אקצין להתגורר בארצות הברית, כעמית קרן ורקפלר במדעי החברה, המשיך את לימודי המשפטים באוניברסיטת הרוורד וזכה לתואר נוסף של "דוקטור

103 תיק אישי טדסקי, לעיל ה"ש 62, בחלק ראשון (עד 1949).

104 שגיא, לעיל ה"ש 80, בעמ' 28. בית הספר למשפט וכלכלה הוקם בשנת 1935 על ידי אנשי התנועה להחייאת המשפט העברי, ותפיסת ההוראה אשר הונהגה בו הייתה כי על כל שיטת משפט להיות נטועה בהקשר חברתי ותרבותי לאומי ספציפי, ברוח האסכולה ההיסטורית של המשפט. על כן בית הספר שימש בראש ובראשונה אמצעי להחייאת המשפט העברי, ונוכח מטרה לאומית זו ההכשרה המשפטית-מקצועית קיבלה ממד משני בלבד. ראו אורי כהן "המרדף אחר לגיטימציה אקדמית: בית הספר הגבוה למשפט וכלכלה בתל אביב 1935-1948" מחקרי משפט כה 179, 185-186 (2009); לחובסקי "החינוך המשפטי", לעיל ה"ש 63, בעמ' 310.

105 פיינברג פרקי חיים וזכרונות, לעיל ה"ש 84, בעמ' 28-29.

106 "תולדות חיי" תיק אישי פיינברג, חלק I – 1929-1944 (גא"ע) (להלן: תיק אישי פיינברג).

107 שם; פיינברג פרקי חיים וזכרונות, לעיל ה"ש 84, בעמ' 66, 70-72; סטיבן גולדשטיין "לזכרו של פרופ' נתן פיינברג" משפטים יט 238 (1990); Ruth Lapidoth, *Nathan Feinberg: A Tribute*, 20 (1985). ISR. L. REV 113 (1985).

108 בנימין אקצין מריגה לירושלים – פרקי זכרונות 117, 120-121 (1989).

למשפטים".¹⁰⁹ כחבר התנועה הרוויזיוניסטית שימש אקצין ראש המחלקה המדינית של ההסתדרות הציונית החדשה, ובשיתוף פעולה עם זאב ז'בוטינסקי קשר קשרים דיפלומטיים עם מדינאים אירופיים שונים. בשנת 1947 היה פרופ' אקצין מועמד למשרת הוראה בקתדרה למדע המדינה שהאוניברסיטה עמדה להקים. בסופו של דבר מסגרת המינוי הורחבה והוא התבקש ללמד לא רק את קורס היסוד במדע המדינה אלא גם משפט קונסטיטוציוני.¹¹⁰

הנה כי כן צירוף קורות חייהם של שלושת המלומדים יוצר פסיפס השכלתי מגוון לא רק מהפן הלב-משפטי הבולט במובחן אלא גם מבחינת החשיפה לשיטות משפט והוראה משפטית מיבשות שונות.¹¹¹ עם זאת חשוב להבהיר כי רקע בין-תחומי אינו תנאי מספיק להוכחת תפיסת עולם א-פורמליסטית. מלומד פורמליסטי יכול שיהיה בעל השכלה רחבה ועדיין יסבור שאין לערב את המשפט עם תחומי ידע אחרים. אולם כיוון שהעיסוק בתוכן הנורמטיבי של כללים משפטיים באמצעות חזרה על תוכני התופעה הנחקרת מוגבל מיסודו, הרי שניתוח ביקורתי של התופעה המשפטית, על שלל היבטיה, מחייב לעתים גם שימוש בתאוריה והמשגה לבר-משפטיות. לפיכך ללא היכרות עם ידע, שיטות מחקר וכלי ניתוח השאולים ממדעי החברה ומדעי הרוח, היכולת לפרש את המשפט או לבקרו מוגבלת לשיח אינטרנליסטי.

2. ניתוח תוכני ההרצאות וחיבורים נבחרים של סגל הפקולטה

(א) חברי סגל

כאמור, קורות חייהם של המרצים בפקולטה אמנם יכולים לשרטט את מידת החשיפה של סגל ההוראה לדיסציפלינות לבר-משפטיות, אך לא את מידת הטמעתן. לדוגמה, מעמדו של פרופ' גד טדסקי כאבי המשפט האזרחי הישראלי כרוך בתדמית פורמליסטית על אף חשיפתו ללימודי כלכלה וסטטיסטיקה.¹¹² על כן במוקדו של תת-פרק זה יוצבו תוכני הרצאותיהם ומחקריהם של חברי סגל הפקולטה.¹¹³

109 "Dr. Benjamin Akzin" תיק אישי אקצין חלק I – עד 1951 (גא"ע); Yehezkel Dror, *Benjamin Akzin: A Tribute*, 13 ISR. L. REV. 129, 129 (1978).

110 אקצין מריגה לירושלים – פרקי זכרונות, לעיל ה"ש 108, בעמ' 355.

111 ראו לעניין זה את רשמיו של המשפטן לאופר, אשר ביקר בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים כעמית מחקר מטעם אוניברסיטת הרוורד בשנות השישים המוקדמות. לדידו, הרקע ההשכלתי המגוון של המרצים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים היה נדיר ביחודו; Joseph Laufer, *Legal Education in Israel: A Visitor's View*, 14 BUFF. L. REV. 232, 237 (1964).

112 מאוטר למשל מדגים באמצעות מאמרו של טדסקי "חווה שלביצוע דרושה הסכמת אדם שלישי ודמי תיווך" כיצד הוא משלים חוסרים משפטיים באופן פורמליסטי. ראו מאוטר על החינוך המשפטי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 21, ה"ש 15. כמו כן ראו: דניאל פרידמן "שכר ראוי בגין פיגור

כאמור, ראשון להוכחת טיעון זה הוא פרופ' גד טדסקי. לצד חיבורים משפטיים "טהורים", שייכתן שהם האחראים לתדמיתו הפורמליסטית שהוזכרה לעיל, פרסם טדסקי גם מאמר מרתק בשם "על המחקר האינדוקטיבי בחיי המשפט",¹¹⁴ אשר מקורו במחקר חלוצי משנת 1932, ובו שטח את משנתו בדבר יישומה של מתודולוגיה סוציולוגית כאמצעי אפקטיבי לחקר המשפט הפרטי האיטלקי.¹¹⁵ עיקר המאמר בהצעת אלטרנטיבה לשיטת המחקר המשפטית-דדוקטיבית, הגורמת למשפטן להתמקד בדין בלבד ולהתעלם מהמציאות החברתית ומתפקידו של המשפט. טדסקי סבר כי על סמך התחקות אמפירית על דרכי החיים של "האינסטיטוטים המשפטיים" במציאות החברתית יהיה אפשר לאמת אם הם אכן ממלאים "את התפקיד שאליו יעד אותם המחקר" או שמא בתי המשפט או האזרחים הטו את הפונקצייה שלהם.¹¹⁶ לצורך ביצועם של מחקרים אמפיריים אלה סבר טדסקי כי המשפטן יהא זקוק לעזרתם של סוציולוגים,

במושכר – מקצת שאלות פרשנות והעיקרון הכללי בעניין עשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט ז
195, 201 (1980).

113 אופן ההוראה מוצג כרכיב חשוב במה שמכונה ה-"black letter law tradition" במחקרה של Lahav, לעיל ה"ש 13, בעמ' 667. עם זאת ברצוני להדגיש כי בחיבור זה אין בכונתי לאבחן את מיומנויות ההוראה הפרונטלית של המרצים השונים בפקולטה אלא להתייחס לתוכני הרצאותיהם בלבד. אסטרטגיה מחקרית זו ננקטה משתי סיבות מרכזיות: ראשית, העדפת התוכן על פני הצורה מתוך הכרה כי ייתכן שמרצה אשר הרצאותיו עשירות בתכנים לבר-משפטיים, לוקה בחסר מבחינת כישוריו הפדגוגיים. שנית, אמנם המגוון ההשכלתי של חברי סגל הפקולטה למשפטים היה נדיר בכל קנה מידה אפשרי, אך שליטתם הוורבלית של מקצתם בשפה העברית, כעולים חדשים, לא הייתה מלאה. לפיכך הרצאותיהם נכתבו מראש (לעתים בלשון זרה אך הגייתן נעשתה בעברית) והוקראו במנוטוניות לסטודנטים ex cathedra. בשל צורת לימוד "מוכתבת" זו סטודנטים רבים בחרו שלא להגיע להרצאות. לכן דאגה אגודת הסטודנטים של הפקולטה למשפטים לבחור נציג לכל קורס, אשר ערך את ההרצאות המוכתבות, ואלו שוכפלו והופצו בסוף השנה על ידי מכונת הסטנסיל של "מפעל השכפול" מטעמה. יוער כי על פי Laufer, לעיל ה"ש 111, בעמ' 245, שיטת הלימוד המוכתבת והפצת קובצי ההרצאות היו תופעה כלל-אוניברסיטאית ולא מופע ייחודי של הפקולטה למשפטים. ריאיון עם פרופ' יצחק זמיר (10.3.2009); ריאיון עם ד"ר מישאל חשין (22.2.2009); ריאיון עם פרופ' אהרן ברק (6.4.2009), ריאיון עם פרופ' אמנון רובינשטיין (2.3.2009); ריאיון עם עו"ד אברהם בן-נפתלי (25.2.2009); ריאיון עם עו"ד עמיהוד בן-פורת, לעיל ה"ש 100. ספציפית לגבי שיעוריו של פרופ' קלינגהופר ראו: Itzhak Zamir, *Hans Klinghoffer: A Tribute*, 19 ISR. L. REV. 297, 298 (1984).

114 גד טדסקי "על המחקר האינדוקטיבי בחיי המשפט" מחקרים במשפט ארצנו 1 (1952).
115 Ishak Englard, *Guido (Gad) Tedeschi at Eighty: A Tribute*, 21 ISR. L. REV. 247, 251–252 (1986).

116 בין שלל הדוגמאות במאמרו מציין טדסקי את "אינסטיטוט הייבום" במשפט העברי, אשר תפקידו היה להקים זרע למנוח, אך כידוע הנטייה היא שלא לכוף על היבם את הנישואין לאלמנה אלא לשחררה בחליצה. ראו טדסקי "על המחקר האינדוקטיבי בחיי המשפט", לעיל ה"ש 114, בעמ' 4.

כלכלנים וסטטיסטיקנים כדי להבין לאשורם את התגשמותם של החיקוקים השונים וכדי להסיק מהם מסקנות באשר לתיקון המשפט הקיים.

קשה שלא לזהות את הגרעין הרעיוני של טדסקי עם עבודתו המונומנטלית של אחד ממייסדי הסוציולוגיה, אמיל דורקהיים (Durkheim), אשר ראה בחברה ישות אונטולוגית, הבנויה ממערך של "עובדות חברתיות", ובמשפט – סוג של "עובדה חברתית" הניתן לחקירה שיטתית.¹¹⁷ הנחת היסוד הפוזיטיביסטית של דורקהיים הייתה כי בתוך היער החברתי הסבוך הסטטיסטיקה היא המנוף אשר יאפשר לסוציולוג מבט-על לצורך יצירתה של תאוריה חברתית. אולם על אף הצעתו של טדסקי לחקירה שיטתית של החקיקה בהקשר החברתי הוא אינו מתייחס בחיבורו לכתיבה סוציולוגית מפורשת פרט לסקירת התובנות הקצרה של ארליך ופוכס. עם זאת אי אפשר להתעלם מחדשנותו ומנועזותו המחשבתית בדבר יישום שיטות מחקר סוציולוגיות בשדה המשפטי, שכן השימוש בפרקטיקות איכותניות וכמותיות בחקר המשפט הישראלי חדש יחסית ושמור לעשורים האחרונים בלבד.¹¹⁸

על אף חדשנותו המתודולוגית והתאורטית¹¹⁹ של טדסקי בחיבורו האמור הסתמכות בלעדית על מאמר זה עלולה לעורר את הטענה כי מדובר בחיבור שלא יועד כלל לצרכי

117 על הזיקה הכללית בין חיבורו של טדסקי לכתיבתם של דורקהיים ורוסקו פאונד ראו: א' לסלי סבה "פרופ' טדסקי ותורת החקיקה" – קול קורא במדבר" ספר זיכרון לגד טדסקי, לעיל ה"ש 80, בעמ' 535, 552, 555. דורקהיים הגדיר את המונח "עובדה חברתית" כך: "[...] It consists of ways of acting, thinking, and feeling, external to the individual, and endowed with a power of coercion, by reason of which they control him"; EMILE DURKHEIM, THE RULES OF SOCIOLOGICAL METHOD 3 (1958).

118 חריגים לכך הם מאמריהם החשובים של יהושע ויסמן "חוק בתים משותפים במבחן המציאות" משפטים א 530, 531–535 (1968); יצחק אנגלרד "אימוץ ילדים בישראל – הגשמת החוק למעשה" משפטים א 308, 308–311 (1968); דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155 (1983). לשימוש בשיטות מחקר איכותניות ראו: דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים (2008). לשימוש בשיטות מחקר כמותיות ראו בין היתר: יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נהגי הסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז 119, 121–126 (1996); יורם שחר "מרחב הסמך של בית המשפט העליון, 1950–2004" הפרקליט נ 29, 29–30 (2008).

119 פרט להצעותיו בתחום שיטות המחקר ביקש טדסקי לבחון, במסגרת חיבורו, כיצד הפרטים מפעילים את האוטונומיה הפרטית, "דצנטרליזציה משפטית" כהגדרתו (תדירות, נסיבות, נימוקים וכדומה). טדסקי אף מציין כי לצד המדינה ניצבים לעתים גם "מרכזי יצירה משפטיים אחרים, שהמדינה מנסה מדי פעם לבערם או להטמיעם בתוכה". למשל, תהה על המשפט שחברי קיבוצים מתקינים לעצמם כמו גם על מידת הגשמתו במסגרת צורת החיים הקולקטיבית. זוהי דוגמה לחשיבה סוציולוגית מובהקת, שכן טדסקי מזהה למעשה את המשפט המדינתי ואת שאיפתו לבלעדיות חובקת כול בטריטוריה נתונה, אך בו בזמן גם את חוסר יכולתו לממש שאיפה זו באופן מוחלט בעקבות מערכות המשפט הקהילתיות. ראו טדסקי, לעיל ה"ש 114, בעמ' 8–13.

המשפט בתקופה שקדמה להקמת הפקולטה למשפטים. אולם גישתו הסוציולוגית וההכרה בעבודת השדה ככלי מתודולוגי מן המעלה הראשונה השתקפה גם בניסיונותיו של טדסקי לשלבה במחקריהם של תלמידיו לתארים מתקדמים¹²⁰ וגם במאמריו המאוחרים. למשל, בסמוך להקמת המדינה פרסם טדסקי חיבור קצר ובו התייחס לתהליך החקיקה הראוי והרצוי בישראל, אשר יישען על מחקר אמפירי ושיתוף פעולה בין המחקר לבין הגופים המקצועיים הממונים על ייעוץ והכנה של חקיקה במשרד המשפטים.¹²¹ תובנות מתודולוגיות חשובות אלה יושמו הלכה למעשה כאשר טדסקי מונה בשנת 1958 לעמוד בראש ועדת משפטים כדי לגבש פתרון חקיקתי לבעיית החוזים האחידים בישראל. במהלך עבודת הוועדה שילב טדסקי מחקר אמפירי אשר במסגרתו נאספו ונותחו עשרות טפסים של חוזים אחידים כדי להיווכח מהן תניות הפטור שבהן נעשה שימוש בחיי היום-יום במדינה.¹²² גם במאמרו על המנהג, שבו טדסקי מנתח את מקורותיו ושורשיו השונים במשפט הישראלי (הקיבוצים, קבוצות המוצא השונות בארץ, המגזר הדתי, היישוב הלא-יהודי ועוד), לא נזנחה עבודת השדה, שכן כדי לחקור ולמפות מנהגים מגוונים אלה הציע טדסקי לקיים "מפקד מנהגים" על המנהגים השונים בחברה הישראלית.¹²³ דוגמאות אחרות אפשר למצוא בחיבור שפרסם טדסקי

120 ריאיון עם פרופ' אהרן ברק, לעיל ה"ש 113. במחקרים אלה ראו למשל: ויסמן, לעיל ה"ש 118, בעמ' 532; אנגלרד, לעיל ה"ש 118, בעמ' 308; דפנה לוינסון-זמיר "השתלה מן החי בישראל: הווי ובעיות" הפרקליט לח 300, 300 (1989).

121 ג' טדסקי "בעיות חקיקה לפנינו (א) התהליך להכנת החקיקה" מחקרים במשפט ארצנו 221, 222–223 (1952). בחיבור זה חתר טדסקי למודל חקיקתי מחושב ומתוכנן היטב אשר יישען בין היתר על מחקרים אינדוקטיביים לגבי חיי המשפט בארץ, משפט השוואתי והבלטת "נקודת המוקד מבחינה חברתית ומדינית". ראו גם סבה, לעיל ה"ש 117, בעמ' 544–551; יהושע ויסמן "מיהו ג' טדסקי?" משפטים יא 383, 384 (1981).

122 עבודת המחקר אשר ביצעה הוועדה ביזמתו של טדסקי כללה איסוף וסיווג של הטפסים השונים לעשר קטגוריות: בנייה ושיכון; אספקת חשמל, מים וגז; הובלה; בנקאות; ביטוח; אספקה חקלאית; אשפוז חולים; מכירה בתשלומים; הפצת סרטי קולנוע; חוזים של המוסדות הלאומיים. בסקרו את עבודת הוועדה מציין טדסקי במפורש כי פתרונות חקיקתיים יש לגזור רק לאחר ניתוח מדויק של החיים החברתיים הנוהגים. ראו ג' טדסקי ואריאל הכט "בעית החוזים הסטנדרדיים (דו"ח של הוועדה שנתמנתה ע"י שר המשפטים)" הפרקליט טז 132, 134 (1960); אריאל בן-נון "החוזים האחידים: סמכות השפיטה הכפולה" ספר זיכרון לג' טדסקי, לעיל ה"ש 80, בעמ' 79, 81–82.

123 ג' טדסקי "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי" משפטים ה 9, 44–50 (1973). ראו בעניין זה את דבריו של טדסקי: "[...] הצענו למכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי שבפקולטה הירושלמית לערוך מחקר אינדוקטיבי על המנהגים והנהגים בחברה הישראלית, היהודית והלא-יהודית, בענפי המשפט השונים. מורים אחדים נתבקשו לשתף פעולה ולהדריך 'חוקרי שדה' לאיסוף החומר ולסינונו [...] כדאי יהיה לא להצטמצם במפקד חד-פעמי אלא להעמיד מיצפים מתמידים אצל מוסדות מקומיים כגון לשכות המסחר". שם, בעמ' 56–57.

בנוגע לדיור קבע במלון דירות ובבתי אבות¹²⁴ ובחיבורו המשפטי-סוציולוגי בדבר משברה של היחידה החברתית הבסיסית – המשפחה.¹²⁵ תפסתו הבין-תחומית של טדסקי לא פסחה גם על הרצאותיו בקורס "מבוא לתורת המשפט". קורס החובה של טדסקי נלמד בשנה א' וחולק לשבעה נושאים: הכלל המשפטי; המערכת המשפטית במדינת ישראל; מיון המשפט לחלקיו השונים; תורת הפרשנות; הזכות המשפטית; נושא הזכויות; הפעולות המשפטיות ועסקות המשפט.¹²⁶ אף על פי ששמות שבעת הנושאים הנזכרים מרמזים על עיסוק אינטנסיבי בקלסיפיקציות וכללים, הרי שתוכני הרצאותיו של טדסקי גדושים בדיונים היסטוריים, פילוסופיים וחברתיים.¹²⁷ בחלקו הראשון של הקורס סוקר טדסקי את הניסיונות הפילוסופיים של קנט, הגל ושפינוזה להגדיר את הכלל המשפטי, ולאחר מכן עובר לתאר את היווצרותו של המשפט הנוהג.¹²⁸ בהמשך מציג טדסקי שתי אסכולות פרשניות: האחת פורמלית וטכנית, אשר מתרכזת במבנה ההגיוני של הכללים, ואילו השנייה היא זו אשר נוטה להתחשב בתכליתם ובתפקידם. לדידו של טדסקי, לאסכולה אחרונה זו, שאביה הוא יירינג, אוהדים רבים בארצות הברית ובראשם רוסקו פאונד (Pound), ולפיה אין מושגי המשפט באים לשמש אלא הם אמצעי לתכלית מסוימת – פתרון סכסוכי אינטרסים לפי עדיפות כזו או אחרת. לפיכך נקשרה באסכולה זו המימרה המשפטית: "אם חדל הגיון

124 גר טדסקי "דיור קבע במלון-דירות ובבתי-אבות" עיוני משפט יא 181, 183 (1986); England, לעיל ה"ש 115, בעמ' 252. ראו כיצד בטרם טדסקי מציג את ההסדר המשפטי הנוהג ואת התיקונים הרצויים בתחום הוא מתפנה לסקור את הרקע הסוציולוגי לתופעה.

125 גר טדסקי "משבר המשפחה וחסדי המסורת" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל 282 (גר טדסקי עורך, 1964).

126 גר טדסקי מבוא לתורת המשפט (אהרן ברק עורך לפי הרצאות, מפעל השכפול, 1958). ברצוני להודות לפרופ' ברק על שהואיל בטובו להשאיל לי קובץ הרצאות זה.

127 למשל, כאשר טדסקי דן בפני תלמידיו בזכות הבעלות, החשובה שבזכויות הקנייניות. במסגרת שיעור זה טדסקי אינו זונח את הקשר ההיסטורי והחברתי של זכות זו ומעלה שתי קושיות מהותיות בפני תלמידיו: האחת, היסטורית במהותה – כיצד התהווה הקניין הפרטי; השנייה, פילוסופית במהותה – אם וכיצד יש להצדיק את הקניין הפרטי. בהקשר זה חושף טדסקי בפני תלמידיו את העובדה כי מוסד הקניין הפרטי אינו תופעת טבע אלא מופע היסטורי, על ידי סקירה היסטורית של התפתחות קניין המקרקעין הקולקטיבי של השבט והמשפחה אל עבר הקניין הפרטי, תוך הצגת גישות פילוסופיות (הגנת העבודה והגנת האישיות) וחברתיות (סוציאליזם מול קפיטליזם) בגנות ובשבח הקניין הפרטי. ראו שם, בעמ' 116–117.

128 לגישת טדסקי, המשפט הנוהג מתגבש כ"תוצאה של מאבק בין קבוצות שונות בחברה" שכן "אין כל האזרחים בעלי השקפה משפטית אחת, משום שאינם בעלי אותם אינטרסים – חומריים ואידיאליים". בהמשכו של שיעור זה טדסקי דן בהשקפתו הקונפליקטואלית של המשפטן הגרמני רודולף יירינג (Jhering) באשר לאסכולה ההיסטורית הקונצנזואלית, אשר "רואה את המשפט כתוצאה של שיכנוע העם". ראו שם, בעמ' 18.

החוק, חדל החוק" (Cessanto rationa legis, cessal lex), שכן מלאכת הפרשנות השיפוטית צריכה לחשוף מהו האינטרס הראוי להגנה על פי תכלית החוק.¹²⁹ פרט לקורס החובה בתורת המשפט לימד טדסקי עוד קורס חובה בשם "דיני חיובים" בשנה ב' של התואר, אשר היה מעין תלמיד בין דיני חוזים ובין דיני נזיקין.¹³⁰ בשיעור הראשון בקורס, מדגיש טדסקי את חשיבותם של דיני החיובים הואיל והחווה הוא "המוסד המשפטי החשוב והנפוץ ביותר".¹³¹ לאחר מכן, בדיון נפרד על התחזקות חופש החוזים במרוצת ההיסטוריה, מציג טדסקי את מחקריו של הנרי מייין (Maine) על האבולוציה החברתית הכרוכה במעבר מצורות ארגון סטטיות, שבהן היחסים החברתיים מושגתים על סטטוס, אל צורות ארגון פרוגרסיביות, שבהן היחסים החברתיים מושגתים על חווה.¹³² טדסקי מסייג את קביעתו של מייין ומבהיר כי "במשפט אין התפתחות בכיוון אחד, ההסטוריה אינה מציתת לנוסחאות קבועות [...] שום נוסחה אינה מתגשמת במלואה". עוד מוסיף טדסקי כי חופש ההתקשרות "ירד פלאים במאה האחרונה" וזאת "לשם מטרות ראויות, כשוויון, ההגנה על החלש מבחינה כלכלית, ומניעת הפיכת החווה למכשיר-עושה כלכלי, ואף למטרות פחות נעלות, כהגברת כוח המדינה למטרות טובות או רעות". עמדה זו עומדת כמובן בסתירה לעקרון היסוד של גישת הפורמליזם המשפטי בדבר ניתוק המשפט מן הממד הערכי שלו. לבסוף מסכם טדסקי את הדיון באמרו כי חופש ההתקשרות קשור קשר גורדי למוסד הבעלות הפרטית. על כן אם יבוטל מוסד זה "מה שלא קרה עדיין אפילו ברוסיה הסובייטית", הרי "שיבוטל חופש החווה, ואף החווה עצמו".¹³³

עיון בחיבוריו של טדסקי מאפשר אפוא להבחין, בעקיבות, בחוסר שביעות הרצון שגילה ממחקרים בעלי אופי נורמטיבי טהור על החקיקה הישראלית. צידוד זה בחקירה אמפירית של המשפט עולה בקנה אחד עם חשיפתו לתכנים לבר-משפטיים בתקופת לימודיו ולהיותו חבר הוועדה המייעצת למוסד האיטלקי המרכזי לסטטיסטיקה. תפיסתו

129 שם, בעמ' 92-94.

130 גד טדסקי דיני חיובים כרך א – מבוא, חוזים, מכר ושכירות (מאיר גבאי עורך, מפעל השכפול, התשט"ו). יש לציין כי אף על פי שמקורות החיוב הם ארבעה (חוזים, נזיקין, עשיית עושר ולא במשפט וחיובים מכוח דין), שיעוריו של טדסקי עסקו בעיקר בדיני חוזים ובדיני נזיקין. ייתכן שטדסקי בחר שלא להתמקד בדיני עשיית עושר ולא במשפט בשל קורס הבחירה של השופט שניאור זלמן חשין במקצוע זה, אשר נלמד בשנה הרביעית לתואר. השופט חשין היה הראשון ללמד תחום זה כאשר הוקמה הפקולטה למשפטים, ואף העניק לו את שמו העברי. ראו דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 22 (מהדורה שנייה, 1998); אליקים רובינשטיין שופטי-ארץ: לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל 72 (1980); דוד תדהר אנציקלופדיה לחלוצי הישוב ובוגרי כרך ראשון 510 (1947).

131 טדסקי דיני חיובים, לעיל ה"ש 130, בעמ' 1-2.

132 שם, בעמ' 84.

133 שם.

הרחבה למשפט משתקפת גם בתוכני הרצאותיו, אשר במסגרתן הסביר לתלמידיו כי המשפט הוא תוצאה של מאבק בין קבוצות שונות בחברה, וכי יש לבחון בהקשר חברתי והיסטורי.

מלבד טדסקי היה עוד חבר סגל שהיה לו חלק חשוב בעיצוב תכנית הלימודים של הפקולטה למשפטים מכוח מינויו בוועדה המקצועית – נתן פיינברג. פיינברג, הדקן הראשון של הפקולטה, לימד קורס במשפט בין-לאומי פומבי, קורס ביחסים בין-לאומיים, סמינר בשם "בעיות היסוד של המשפט הבינלאומי הפומבי" וקורס בחירה בשם "השאלה היהודית מבחינת המשפט הבינלאומי הפומבי".

קורס החובה של פיינברג, משפט בין-לאומי פומבי, חולק לארבעה נושאים: מבוא; מקורות המשפט הבין-לאומי; תחולתו של המשפט הבין-לאומי; התפתחותו של המשפט הבין-לאומי.¹³⁴ פיינברג פותח את השיעור הראשון בקורס בדיון על הפוליטיקה של החינוך המשפטי, בהסבירו לסטודנטים את הטעם ללימודי המשפט הבין-לאומי הפומבי כקורס חובה. לדבריו, עיון בתכניות הלימוד של הפקולטות למשפטים באוניברסיטאות השונות בעולם יעלה כי המשפט הבין-לאומי הפומבי אינו מקצוע חובה כדוגמת דיני חייבים ודיני עונשין, שהם "מקצועות הלימוד המיוחדים [...] בהיותם ה־ bread and butter law courses".¹³⁵ עם זאת בפקולטה למשפטים הוחלט לחייב את למידתו והאיל ו"פקולטה למשפטים, לפי עצם יעודה, אינה בית-ספר מקצועי הבא להכשיר עורכי-דין. מגמתה להקנות לתלמיד השכלה משפטית נרחבת ככל האפשר ולחנך משפטנים". פיינברג אינו מתעלם מן היסוד המעשי, שכן לדבריו "גדרש היום לעתים מזומנות כל עורך-דין, בעבודתו כפרקליט, לטפל בבעיות המשפט הבינלאומי" אך מציינו כמשני ליסוד האקדמי. לבסוף מסביר פיינברג כי "הפקולטה הנה צעירה לימים ולא היתה קשורה למסורת שיש צורך לשברה [...] באוניברסיטאות אחרות, לעומת זאת, יש צורך להשתחרר מהמסורת שהתגבשה משך עשרות ואף מאות בשנים כדי לשנות את סדרי הלימוד".¹³⁶

134 נתן פיינברג משפט בינלאומי פומבי (יורם דינשטיין עורך לפי הרצאות, מפעל השכפול, 1959).

135 שם, בעמ' 1. הבחנתו של פיינברג כי המקצועות המשפטיים אינם הומולוגיים מבחינת יוקרתם, מרמזת לסטרוקטורציה של תחומי הלימוד המשפטיים – היינו קיומו של מבנה הייררכי אשר בראשו פסגה יוקרתית ומתחתיה גרסאות נחשבות ומתגמלות פחות. תובנות אלה פותחות צוהר לדיון מרתק על ממדיה הפוליטיים והסמליים של תכנית הלימודים בפקולטות למשפטים. חיבור יסוד בעניין זה הוא: Duncan Kennedy, *The Political Significance of the Structure of the Law Schools*: Curriculum, 14 SETON HALL L. REV. 1 (1983). לטענת קנדי, הקוריקולום הרשמי בפקולטות למשפטים נותן מעמד בכורה לקורסי הבסיס של המשפט הפרטי. לעומת זאת קורסים מתחום המשפט הציבורי, ההשכלה הקלינית ולימודים בין-תחומיים זוכים למעמד משני.

136 פיינברג משפט בינלאומי פומבי, לעיל ה"ש 134, בעמ' 2-3.

ככלל, שיעוריו של פיינברג עשירים בתכנים היסטוריים וסוציולוגיים.¹³⁷ למשל, בתת-פרק אשר יוחד לשאלה "האם המשפט הבינלאומי הוא משפט?" מסביר פיינברג כי מאז ומעולם הוגים כגון מקיאבלי, הובס, שפינוזה ובנת'אם העמידו בספק את היותו של המשפט הבין-לאומי משפט, אך מתמקד במיוחד בג'ון אוסטיין (Austin), אבי האסכולה האנליטית, אשר קבע כי "המשפט הבינלאומי אינו משפט אלא מוסר פוזיטיבי בינלאומי".¹³⁸ בסוף הדיון מסכם פיינברג את טענות המתנגדים למשפט הבין-לאומי לשלוש קטגוריות: היעדר מחוקק, היעדר שופט והיעדר כפייה במשפט הבין-לאומי.

באשר לטענת היעדר החקיקה משיב פיינברג כי "אין לזהות את המשפט עם החוק, כפי שהוא נחקק בתחומי המדינה על ידי הרשות המחוקקת. קיימות נורמות משפטיות רבות, אשר נוצרו לאו דווקא באמצעות חקיקה במובנה הטכני".¹³⁹ באשר לקיומה של רשות שופטת, לגישת פיינברג, "הקמת בתי-משפט בתחום המדינה היא גולת הכותרת של התפתחות ארוכה למדי, שנמשכה מאות שנים". עד לסיומה של התפתחות זו היו נורמות "המשפט הפנימי קיימות, למרות העדרם של בתי-משפט במובן המקובל".¹⁴⁰ לבסוף פונה פיינברג לשאלה אם נורמה משפטית יכולה להתקיים גם ללא סנקציה. על פי פיינברג, "התשובה המתאימה עם הכיוון החדש בחקר המשפט (לאו דווקא המשפט הבינלאומי), ובמיוחד עם האסכולה הסוציולוגית, היא שקובע ומכריע לא דבר קיומה של הסנקציה, אלא באיזו מידה רואה חברה מסוימת את הנורמה כמחייבת. בהתאם לכך יש המגדירים את המשפט בתור 'כלל שמקיימים אותו' (a rule which is observed)".¹⁴¹

137 פיינברג אף מזהיר זאת במפורש באמרו לתלמידיו כי "עלינו לבדוק את הנורמות המשפטיות, המסדירות את היחסים בין המדינות השונות, לנתחן ולהבהירן. המגמה הראשית והעיקרית של דיונו היא אנליטית, אם כי יהיה עלינו ליתן את הדעת גם לבחינות היסטוריות וסוציולוגיות של הנושא". שם, בעמ' 6.

138 שם, בעמ' 110. על פי "מודל הפקודה" של אוסטיין, המשפט הוא אוסף של פקודות כלליות אשר ניתנות על ידי ריבון חופשי מכל כפייה חיצונית, ממוענות אל נתיניו ומלוות בסנקציות. הואיל ועל פי הגדרת אוסטיין אי אפשר להגביל את הריבון בכל הגבלה חוקית, הרי שלדידו המשפט הבין-לאומי הוא חוק מדומה, אשר נאכף בעזרת סנקציות מוסריות (להבדיל מכפייה). ראו: John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, in LOYD'S INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE 242 (7th ed. 2001).

139 פיינברג משפט בינלאומי פומבי, לעיל ה"ש 134, בעמ' 111. פיינברג אינו מפתח טיעון זה והוא מצוטט כלשונו. כנימוק נוסף גורס פיינברג כי בראשיתה של כל מערכת משפט "מופיע המשפט כלבוש מנהגי דווקא", ורק לאחר מכן מגיעה תקופת החוק החרות והקודיפיקציה. לפיכך כפי שאי אפשר להסיק ששיטות המשפט הרומית, הצרפתית והאנגלית, אשר שורשיהן במנהג, לא היו בשחר קיומן מערכות משפט, כך אין להסיק כי המשפט הבין-לאומי אינו מערך משפטי.

140 שם, בעמ' 113.

141 שם, בעמ' 114. זוהי כמובן אינה הדוגמה היחידה לשילובן של תאוריות ותובנות סוציולוגיות בשיעוריו של פיינברג. כך למשל בדיון מרתק על "הפרט כנושא המשפט הבינלאומי" (כך במקור)

טענה זו של פיינברג חופפת במידת מה את הצעתו של טדסקי באשר לאלטרנטיבה לשיטת המחקר המשפטית־דוקטיבית, אשר מתמקדת בדין החרות בלבד בהתעלמה מהמציאות החברתית. זאת הואיל וגם לגישת פיינברג נדרשת התבוננות אמפירית אחר יישומו של החוק החרות במציאות החברתית, אשר תאשש את דבר קיומו דה־פקטו או תפריכו.

מלבד קורס במשפט בין־לאומי פומבי לימד פיינברג גם קורס בחירה בשם "השאלה היהודית מבחינת המשפט הבינלאומי הפומבי". פיינברג מציין בספר זיכרונותיו כי מטרתו של קורס זה הייתה להקנות לסטודנטים "ידע על חיי העם היהודי בתפוצות – הן מבחינה מדינית והן משפטית".¹⁴² שילוב זה בשיעוריו של פיינברג, של הממד ההיסטורי והגלובלי עם הממד היהודי הפרטיקולרי, עולה בקנה אחד גם עם מחקריו ההיסטוריים השונים¹⁴³ ועם חשיפתו למגוון רב של תכנים לבר־משפטיים כחלק מהשכלתו הקונטיננטלית כמו גם כהונתו כשופט בבית המשפט השלום העברי, שבו הוכרעו סוגיות משפטיות על יסוד יצירה שיפוטית חופשית על פי תפיסות מוסר, צדק והשכל הישר.¹⁴⁴

מציג פיינברג מלומדים מבית מדרשו של המשפטן והסוציולוג הצרפתי דיגואי (Duguit), אשר כופרים במושג האישיות המשפטית, ולכן אינם רואים במדינה "נושא של המשפט הבינלאומי" (כך במקור) אלא אך ורק אינדיווידואל בשר ודם. לגישתם של מלומדים אלה, כל אישיות משפטית, והמדינה בכלל זה, "אינה אלא אבסטרקציה או פיקציה", ואילו נורמה משפטית יכולה להיות מופנית רק כלפי מי שביכולתו להבינה ולנהוג על פיה, להבדיל מישויות פיקטיביות בעלות הגדרה לגלית (persona ficta). פיינברג מזהיר את תלמידיו "מכל אנתרופומורפיזם", ובכלל זה לאישיות המשפטית, הואיל ו"מגמת כל מערכת משפטית – והמשפט הבינלאומי בכלל זה – היא לספק את צרכי האדם", אך מסכם כי ערעור מוחלט של מוסד האישיות המשפטית, אם בתחום הלאומי ואם בתחום הבין־לאומי, מרחיק לכת. שם, בעמ' 13–14.

142 פיינברג פרקי חיים וזיכרונות, לעיל ה"ש 84, בעמ' 142.

143 ראו לדוגמה: נתן פיינברג המערכה היהודית נגד היטלר על בימת חבר הלאומים [הפטיציה של ברנהיים] (1957). בספר זה עוסק פיינברג בשתי ה"פטיציות" אשר הוגשו בחודש מאי 1933 לחבר הלאומים: זו של ועד המשלחות היהודיות בפריז וזו של פראנץ ברנהיים, יהודי תושב שלזיה העלית. במחקרו המקיף על "מאבק שאינו אלא אפיזודה מדינית" לא הסתפק פיינברג רק בתיאור הרקע המדיני ובניתוח משפטי אלא התמקד במקורות ראשוניים כגון הפרוטוקולים של חבר הלאומים ופרקי זיכרונות של האישים המרכזיים במאבק בגרמניה ההיטלראית. ראו גם ספריו המאוחרים של פיינברג: נתן פיינברג האגודות היהודיות למען חבר־הלאומים: פרק בתולדות מאבקם של היהודים על זכויותיהם (1968); נתן פיינברג הסכסוך הערבי-ישראלי לאור המשפט הבינלאומי: על דיוני המשפטים הערביים בכנס באלג'יר (1970); נתן פיינברג הציונות ומדינת־ישראל ב"הארתו" של משפטן ערבי (1972); נתן פיינברג האנס קלזן ויהדותו (1974).

144 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 80–81; שמיר "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי", לעיל ה"ש 6, בעמ' 591, 594–596; אסף לחובסקי "בין שני עולמות – מורשת המשפט המנדטורי במדינת ישראל בראשיתה" ירושלים בתקופת המנדט – העשייה והמורשת 253, 266–267 (יהושע בן־אריה עורך, 2003).

אחרון להוכחת הטיעון הפרסונלי מקרב חברי הסגל הוא פרופ' בנימין אקצין. אקצין לימד שני קורסי חובה: תורת המשטרים בשנה א ומשפט קונסטיטוציוני בשנה ב'. קורס החובה במשפט קונסטיטוציוני חולק לחמישה שערים: הקדמה למשפט קונסטיטוציוני; מקורות המשפט הקונסטיטוציוני בארץ ישראל; מקורות המשפט בישראל; השלטונות המרכזיים במדינה; הרשות השופטת במדינה. השיעור הראשון בקורס הוקדש לחלוקה המסורתית בין המשפט הפרטי ובין המשפט הציבורי, אשר שורשיה במשפט הרומי. לגישת אקצין, היקף תחולתם של חלקי משפט אלה השתנה במרוצת ההיסטוריה, וההפרדה ביניהם כבר אינה פשוטה בתחומי הדת, החינוך, בידי עבודה ובידי חוזים.¹⁴⁵ כדוגמה לתהליך המזיגה בין הפרטי לציבורי מתאר אקצין לפני תלמידיו כיצד חוזה העבודה בין פרטים היה בעבר בתחום המשפט הפרטי באופן בלעדי, אך כיום המדינה קובעת חוקי שכר מינימום ואף מגדירה צורות עבודה מותרות ואסורות. כמו כן גם בתחום דיני החוזים "מחדירה המדינה השפעותיה אם במישרין ואם בעקיפין".¹⁴⁶ לבסוף משתף אקצין את תלמידיו בתחושתו, כי "בלימודי המשפטים באוניברסיטאות השונות בעולם, עדיין אין שינוי זה משתקף בתכנית הלימודים, וזו מורכבת עדין בחלקה הארי מבעיות המשפט הפרטי. הסיבה לכך היא שבעיות אלה נותנות יותר מקום לניתוח משפטי טהור. אך אותה הדגשה שמדגישים באוניברסיטאות [...] היא אך ביטוי למציאות שהייתה וחלפה [...]".¹⁴⁷

בשיעור נפרד מקדיש אקצין דיון לנושא "הזיקה ההדדית שבין המשפט הציבורי לבין הבעיות המדיניות". תחילה מסביר אקצין לתלמידיו את ההבדל בין החוק המצוי (lex ferenda) לחוק הרצוי (lex lata) ומדגיש כי חלק חשוב מהמשפט החוקתי עוסק בכל הבעיות הכרוכות בעשייתו ובהתפתחותו של החוק הרצוי. לגישתו, המאפיין תחום זה הוא "שהשיקולים בו אינם משפטיים, אלא מדיניים וחברתיים".¹⁴⁸

כפי שאפשר לראות, בשיעוריו של אקצין לא נזנחו הפן התאורטי של המשפט והיבטים לבר-משפטיים אלא הודגש קו הגבול השרירותי שבין המשפט הפרטי ובין המשפט הציבורי. לדברי תלמידו פרופ' אמנון רובינשטיין, אקצין היה איש מדע המדינה מובהק. לפיכך שיעוריו במשפט חוקתי התמקדו בעיקר בפן המוסדי של משטר המנדט שבא לקצו ובמעבר למדינה עצמאית.¹⁴⁹ למעשה, מעצם היותו פוליטילוג, תוכני

145 בנימין אקצין משפט קונסטיטוציוני 1-3 (מישאל חשין עורך לפי הרצאות, מפעל השכפול, 1956).

146 שם, בעמ' 3.

147 שם.

148 שם, בעמ' 8.

149 ריאיון עם פרופ' אמנון רובינשטיין, לעיל ה"ש 113. לדברי פרופ' רובינשטיין, תכנים מובהקים מתחום מדע המדינה באו על חשבון ההתייחסות לנושא זכויות האדם, אשר הוצגו לפניו לראשונה בשיעוריו של פרופ' יצחק הנס קלינגהופר במשפט מנהלי. פרופ' קלינגהופר הצטרף לפקולטה למשפטים בשנת 1953. הוא לימד תחילה קורס במשפט קונסטיטוציוני וקורס בחירה בשם "בעיות

השיעורים של אקצין היו חוליית המשך ישירה לחשיפתו האינטנסיבית למדע המדינה ולחיבור האינהרנטי בין המשפט לפעילות מדינית שהשתתף בה, כפי שמשקפים מקורות חיו. לא תיפלא אפוא אמירתו כי המשפט החוקתי "קרוב ביותר לזרמים העיקריים של המחשבה הפוליטית והמציאות החברתית" כאשר תיאר לפני תלמידיו את ההשקפות השונות על ארגון המדינה ותוצאותיהן.¹⁵⁰

(ב) שופטי בית המשפט העליון

מלבד המרצים מסגל ההוראה הקבוע לימדו בפקולטה למשפטים במשך העשור הראשון להיווסדה שופטים מבית המשפט העליון קורסים לא מעטים. לדוגמה, על פי הידיעונים תשי"ד ותשי"ח השופט אגרנט לימד דיני עונשין; השופט זוסמן – דיני שטרות והמחאות; השופט חשין – עשיית עושר ולא במשפט; השופט ויתקון – דיני מסים; השופט זילברג – סמינריון במחקר השוואתי במשפט עברי וקורס דיני אישות, משפחה וירושה; השופט ברנזון – דיני עבודה וביטוח סוציאלי. נתח הוראתי משמעותי זה אינו יכול להיזנח, במיוחד בשל טענת היסוד בדבר הירושה הפורמליסטית המנדטורית שקיבל בית המשפט העליון, ועצם היותו פורמליסטי (לכאורה) מסיבות שונות.

השופט אשר מזהה יותר מכול עם יצירתיות שיפוטית הוא שמעון אגרנט.¹⁵¹ אגרנט השלים את לימודי התואר הראשון שלו בהיסטוריה, פילוסופיה וצרפתית על רקע תור הזהב של התנועה הפרוגרסיבית. את לימודי המשפטים הוא סיים באוניברסיטת

נבחרות בתורת המשפט האדמיניסטרטיבי". לאחר מכן לימד קורס במשפט מנהלי (אשר החליף את הקורס "משפט אדמיניסטרטיבי" שאותו לימד ד"ר נ' א' הורנשטיין) וסמינר במשפט מנהלי.

150 במסגרת טיעון זה מתאר אקצין את הגישה הרואה במדינה ארגון חברתי אשר המשפט קדם לו, ולאחר מכן את הגישה הקוטבית שלפיה המשפט והמדינה ירדו לעולם כשהם כרוכים ושלובים זה בזה. בהמשך מתאר אקצין את ההשקפות השונות על המשפט בהבחינו בין "המשפט החיובי" (jus positivum), כמשפט אשר המדינה "נתנה לו את הגושפנקה שלה", ובין "המשפט הטבעי" (jus naturale) כמשפט שאינו נובע מהמדינה. אקצין מסכם את הדיון בקבעו כי במשפט הממלכתי "הקרוב ביותר לזרמים העיקריים של המחשבה הפוליטית והמציאות החברתית, נתקלים אנו לעיתים די קרובות בכך שיחידים, תנועות ואף עמים שלמים, מערערים על המשפט הנוהג, המשפט החיובי, מתוך פניה למשפט הטבעי". אקצין משפט קונסטיטוציוני, לעיל ה"ש 145, בעמ' 10–11.

151 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: עניין קול העם) ואמירתו של אגרנט כי אקסיומה ידועה היא "שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" נחשבים לציון דרך משפטי הן בתחום חופש הביטוי והן לעניין "המתודה המשפטית" שאותה נקט ומשקפים נאמנה את תפיסתו המשפטית, שלפיה המשפט הוא מערכת של משמעות מלבד היותו מערכת של כללים. ראו אהרן ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט 129, 130 (א' ברק ואח' עורכים, 1987) (הספר להלן: גבורות לשמעון אגרנט); שמעון אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י 233, 238–239 (1984).

שיקגו.¹⁵² בעת הקמת הפקולטה למשפטים לימד אגרנט את קורס היסוד בדיני עונשין כחלק מלימודי השנה השנייה לתואר. פרופ' שלמה גיורא שוהם, אשר נמנה על המחזור הראשון של הפקולטה למשפטים ואף שימש עוזר הוראה במכון לקרמינולוגיה, תיאר לפני את השופט אגרנט כמרצה רחב אופקים בעל פתיחות בלתי רגילה לתחומים המשיקים למשפט, שבשיעוריו הוצגו לפני הסטודנטים תכנים לבר-משפטיים רחבים והומניסטיים. פרופ' שוהם התחיל את לימודיו בבית הספר המנדטורי למשפטים ואחר כך המשיך את לימודיו בפקולטה למשפטים. לדבריו ההבדל בין חוויית הלמידה ב"שיעורים למשפט", שבהם עיקר המרצים היו פקידי ממשל אשר התמקדו בהכנה לבחינת ההסמכה ותו לא, לבין החוויה האינטלקטואלית בפקולטה למשפטים בכלל ובשיעוריהם של השופטים אגרנט, זילברג ושי"ז חשין בפרט, היה תהומי.¹⁵³

דוגמה קונקרטית לאחד מהתכנים הלבר-משפטיים שהוצגו בשיעוריו של השופט אגרנט היא הפרנולוגיה (Phrenology), ניתוח אופיו ונפשו של אדם על פי צורת גולגולתו, והצגת דוברת הידוע – הקרימינולוג צ'זארה לומברו (Lombroso). לאחר בדיקת אלפי גולגולות של אסירים לומברו הגיע למסקנה כי הפושע מהווה נסיגה לצורה קדמונית ופרימיטיבית של ההומו-ספיינס, וכי אפשר לזהותו על פי כמה מאפיינים חיצוניים מולדים, ובהם סטיות בגודל הגולגולת והלסת. אגרנט התייחס בשיעוריו בזלזול גמור לתאוריה פסבדו-מדעית זו תוך דחיית מודל "העברייני מלידה" כתשובה לשאלת הסיבות לפשיעה.¹⁵⁴ ברי כי ניתוח פורמליסטי-דוקטרינרי בדיני עונשין אינו מצריך היזקקות לדיון במקורות הפשיעה והסטייה החברתית, או ליתר דיוק – בשאלה אם האדם הוא יצור חופשי ורציונלי או שמא נשלט הוא על ידי מנגנון דטרמיניסטי-ביולוגי.

מלבד עיסוקו בשאלת מקורות הפשיעה בחברה הקדיש אגרנט בשיעוריו דיון ספיציפי ונרחב לנושא "זיקת המשפט הפלילי למוסר". לאחר דיון בהיבטים הפילוסופיים והסוציולוגיים של המונח "מוסר",¹⁵⁵ ולשם המחשת הזיקה כאמור, השווה אגרנט בין

152 בשנת 1926 אף זכה אגרנט למלגת הצטיינות ללימודי תואר שני בהיסטוריה, אך העדיף לרכוש מקצוע "שיאפשר לו לקחת חלק פעיל בבניין הבית הלאומי". ראו פנינה להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית 59 (1999); פנינה להב "קווים להשקפת העולם המשפטית של השופט אגרנט" גבורות לשמעון אגרנט 9, 12–13 (א' ברק ואח' עורכים, 1987); רובינשטיין, לעיל ה"ש 130, בעמ' 81.

153 ריאיון עם פרופ' שלמה גיורא שוהם (3.2.2009).

154 ריאיון עם עו"ד אברהם בן-נפתלי, לעיל ה"ש 113. להרחבה על מחקריו של לומברו ראו: שלמה גיורא שוהם, משה אדד וגיורא רהב קרימינולוגיה 94–99 (מהדורה חמישית, 2004).

155 שמעון אגרנט דיני עונשין 66–68 (אמנון גולדנברג עורך לפי הרצאות, מפעל השכפול, 1956). בשיעור זה אגרנט מציג שלוש אפשרויות להבנת מהות המושג "מוסר": אפשרות ראשונה, פילוסופית בעיקרה, היא העקרונות הקבועים והידועים של האתיקה. אפשרות שנייה, סוציולוגית בעיקרה, היא הסנטימנטים של החברה או מנהגי החברה. אפשרות שלישית, אשר לגישת אגרנט, יירינג, הולמס ואחרים דוגלים בה, היא שהמשפט הפלילי אינו קיים אלא לטובת הכלל, ועל כן קיים

שתי פרשיות פליליות ידועות אשר בהן נטענה, כסייג לאחריות פלילית, הגנת הצורך. הפרשייה הראשונה התרחשה בשנת 1841 בארצות הברית, ועניינה טביעתה של האנייה William Brown לאחר התנגשותה בקרחון.¹⁵⁶ הפרשייה השנייה התרחשה בשנת 1884 באנגליה, ועניינה טביעתה של היכטה Mignonette בלב ים.¹⁵⁷ לאחר פירוט המסד העובדתי אגרנט מסכם את הדיון בכך שבשתי הפרשיות התוצאה העונשית הייתה זהה – מאסר. ברם קיים הבדל משמעותי בין ההנמקה האמריקאית ובין ההנמקה האנגלית. הבדל זה מקורו בשיקולים "שיסודם אך ורק בגישה מוסרית".¹⁵⁸ שופט אחר של בית המשפט העליון אשר נמנה על סגל ההוראה החיצוני של הפקולטה למשפטים בראשית ימיה היה אלפרד ויתקון. ויתקון נולד בברלין ועשה את לימודיו על רקע השכלה רחבה באוניברסיטאות של בון, ברלין ופרייבורג (ובאחרונה הוענק לו תואר דוקטור למשפטים). עם עליית המפלגה הנאצית לשלטון עזב ויתקון את גרמניה לטובת אנגליה כדי להשלים את השכלתו המשפטית לקראת עלייתו ארצה. טרם מינויו לבית המשפט העליון עבד ויתקון כעורך דין שכיר במשרד ש. הורוביץ ושות' ולאחר מכן כיהן כשופט בבית המשפט המחוזי בירושלים וכשופט במינוי זמני בבית המשפט העליון.¹⁵⁹ ויתקון נחשב לאבי "האסכולה הישראלית של המשפט הפיסקלי"¹⁶⁰

קשר ישיר בין מעשה בלתי חוקי ל"מעשה עוול הפועל לרעת הציבור". לבסוף מסכם אגרנט כי הנטייה הרווחת היא לראות מעשה לא מוסרי במעשה אשר לא ייתכן על פי "כל הלך מחשבות מתקבל על הדעת והגיוני, שמבצעו לא יענש". שם, בעמ' 68.

156 לאחר ההתנגשות, רק שתי סירות הצלה נמצאו על האונייה ובלב ים התגלה כי אחת מהן החלה לשקוע. לפיכך, החליט החובל הראשון להטיל לים ארבעה-עשר גברים ורוקים. למחרת, הופיעה אונייה וחילצה את הניצולים. אחד המלחים – הולמס – הועמד לדין בגין השלכת נוסע לים והורשע בגין הריגה. בפסק דינו, הצדיק השופט בולדווין (Baldwin) את מעשה השלכת הגברים לים אך שלל את תהליך הבחירה של אותם גברים. ראו United States v. Holmes, 26 F. Cas. 360 (No. 15,383) (C.C.E.D. Pa. 1842).

157 מסגרת פרשה זו, לסירת ההצלה ירדו שני גברים (הנאשמים), אדם מבוגר (ברוקס) ונער בן שבע-עשרה (פרקר). לאחר שהמוזן אול הציעו שני הגברים לברוקס להמית את הנער, לאכול מבושרו ולשתות את דמו. ברוקס סרב. השניים רצחו את הנער ומימשו את תוכניתם. כעבור ארבעה ימים הופיעה ספינה גרמנית וחילצה את השלושה. בפסק-דינו, שלל לורד קולרידג' (Coleridge) את הגנת הצורך והואיל ואיש לא היה רשאי לקבוע בוודאות, כי אין מוצא אחר זולת נטילת חייו של אדם והואיל ולא הייתה הצדקה לבחור דווקא בנער. הנאשמים נמצאו חייבים ברצח ונידונו למיתה, אך גזר-הדין הומר לבסוף לשישה חודשי מאסר. ראו R. v. Dudley and Stephens [1884] 14 QBD 273 (Eng.).

158 אגרנט, לעיל ה"ש 155, בעמ' 77-78.

159 משה לנדוי "דברי זיכרון" אלפרד ויתקון משפט ושיפוט 11, 11-12 (אהרן ברק, משה לנדוי ויעקב נאמן עורכים, 1988); ששר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 119; זלצברגר וזלצברגר-עוז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 265; עלי מ' זלצברגר "יובל לבית המשפט העליון בישראל: בית המשפט בין שועל לקיפוד" מחקרי משפט טז 141, 145 (2000).

ועל אף הנטייה לזהותו עם תחום דיני המס באופן בלעדי,¹⁶¹ הרי שבפועל פרסם חיבורים רבים ומגוונים בנושאי חברה, כלכלה ומשפט.

הבולט שבכתבים אלה הוא ספרו "משפט וחברה",¹⁶² העוסק בעניינים הנוגעים ליעילות המשפט, לריבונות, לשאלה לאן מועדות פניו של המשפט הישראלי ולפורמליזם המשפטי. בעניין אחרון זה מזהה ויתקון את הפורמליזם עם האסכולה הפוזיטיביסטית בציינו כי "משפטים יוצאי אסכולה זאת אינם מרבים לשאול, מה מידת הצדק שבכלל המשפטי המסוים [...] די להם למצוא את הכלל המשפטי ההולם את מערכת העובדות ולהשתמש בו".¹⁶³ לאחר מכן מציג ויתקון את האלטרנטיבה מבית האסכולה הסוציולוגית שלפיה על השופט "להרהיב עוזו בנפשו ולהשתתף בתהליך עיצוב המשפט". ויתקון מסכם את הדיון בסוגיה בהתייחסו ליתרונותיה ולחסרונותיה של כל אסכולה, אך מדגיש את חשיבות האסכולה הסוציולוגית, אשר תרמה רבות להתפתחות המשפט ושעם חסידיה נמנים משפטנים שונים בעלי שם עולמי. התייחסותו זו של ויתקון לגישה הסוציולוגית של המשפט אינה עניין זניח, היא חוזרת ונשנית בכמה מאמרים שכתב (אשר יוצגו להלן) ומשמשת כבואה לאותה בין-תחומיות המאפיינת את תפיסת עולמו השיפוטית.

דוגמה אחרת לקשר האמיץ בין המשפט למדעי החברה אפשר למצוא במאמר "ראיית-החשבון והמשפט", שבו קרא ויתקון לשיתוף פעולה בין עורכי הדין לרואי החשבון בתחום המסים.¹⁶⁴ לשיטתו של ויתקון, "תפקיד המשפטן הוא להסדיר את חיי החברה", אך כאשר ההסדר אינו משפטי טהור אלא כולל גם מרכיב חברתי-כלכלי, כמו דיני המסים, חייב המשפטן לבקש את ביאורו "אצל אנשי מדעי החברה". ויתקון מכנה את גישתו "סוציולוגית-משפטית", אשר לפיה המציאות מחייבת את המשפטן להיות בקיא ביסודות מדעי החברה בכלל ובתחום הכלכלה בפרט. יתרה מכך, לדעתו יש לדאוג ולקדם את הרחבת לימודיו של הסטודנט למשפטים כדי להקנות לו ידע אלמנטרי בכלכלה וחשבונאות.¹⁶⁵ ויתקון מסיים את חיבורו בקריאה "להסיר את המחיצות

160 דבריו של הנשיא לשעבר לנדוי אשר לגישתו "אין כענף זה של המשפט המשקף את חיי החברה והמשק הלאומי, את התפתחותם ואת צורכיהם, ומשום כך הוא דורש הבנה של תהליכים חברתיים וכלכליים וראיית המשפט על רקע רחב זה [...]". לנדוי, לעיל ה"ש 159, בעמ' 12.

161 ראו, לדוגמה, את דבריו של פרופ' גרוס כי "השופט ויתקון ומסים ירדו לעולם המשפט הישראלי כרוכים יחדיו, כמיקשה אחת". יוסף גרוס "השופט ד"ר אלפרד ויתקון עם פרישתו מבית המשפט העליון" עיוני משפט 525, 525 (1980).

162 אלפרד ויתקון משפט וחברה (1955).

163 שם, בעמ' 11. ראו גם: Alfred Witkon, *Some Reflection on Judicial Law-Making*, 2 ISR. L. REV. 475 (1967).

164 אלפרד ויתקון "ראיית החשבון והמשפט" רואה החשבון ח 95 (1957).

165 שם, בעמ' 96. לתפיסה מגובשת זו של השופט ויתקון היו גם תוצאות אופרטיביות. כך, לדוגמה, יעץ לאחר מתלמידיו המצטיינים, אהרן ברק, להתמחות בדיני מסים. אך זאת לא לפני שהפציר בו לרכוש

המלאכותיות המפרידות, כביכול, בין המחקר המדעי המתנהל בידי כלכלנים, ובניהם רואי החשבון, לבין המשפט [...]”¹⁶⁶.

אותן מחיצות מלאכותיות אכן הוסרו בקורס החובה ב"דיני מסים", אשר השופט ויתקון לימד בשנה הרביעית לתואר, ובו הושם דגש מיוחד בתאוריה ובתובנות כלכליות. בשיעור הפותח את הקורס ויתקון מבהיר כי דיני המס הם חלק "מתורת הכספים הציבוריים (Public Finance)", תוך שהוא סוקר את גביית המס בחברה הפרימיטיבית, בשיטה הפאודלית ובתחילת משטר הפרלמנטריזם.¹⁶⁷ לאחר מכן מדגיש ויתקון כי בתקופה המודרנית חל שינוי עקרוני ועמוק במטרת דיני המס, הואיל ואין רואים עוד בהתערבות המדינה בחייו הכלכליים של הפרט פעולה פסולה באופן קטגורי בטרם חוקרים מה יהיה "היתרון הסוציאלי המקסימלי (The maximum social advantage)" של התערבות זו. דהיינו, מחד יש לשקול את עול המס ומאידך את "הנאת הציבור".¹⁶⁸

בשיעורים העוקבים מסביר ויתקון לתלמידיו כי להשתת המס על הציבור יש "אפקט כלכלי חזק", ועל כן המדינה משתמשת בכוחה זה באופנים שונים, כגון הגדלת או צמצום הצריכה וכן הטיית הכלכלה לאפיקים רצויים ומכוונים (עידוד ילודה, עידוד הייצור המקומי ועוד). בהמשך לדברים אלה מציג ויתקון את הדילמה בדבר השאיפה להטלת מס צודקת על בסיס שוויוני אל מול היגיון ודרישות מדע הכלכלה. בעניין זה ויתקון מעלה שלוש אפשרויות להטלת מס על ידי המדינה: פרוגרסיבית, יחסית ורגרסיבית. לגישת ויתקון, השיטה הנוהגת, הפרוגרסיבית, היא הצודקת ביותר, שכן הגיונה הכלכלי נשען על חוק התפוקה השולית הפוחתת, הואיל ובעלי ההכנסות הגבוהות נשארים עם יחידות הכנסה שאותן הם מפנים לחיסכון, להבדיל מבעלי ההכנסות הנמוכות, אשר מפנים את כל הכנסתם לצריכה.¹⁶⁹

עוד דוגמאות לתפיסתו הרב-תחומית של ויתקון למשפט אפשר למצוא במאמרו על סמינריון מטעם האומות המאוחדות בנושא בדיקות רפואיות, פסיכולוגיות וסוציאליות של עבריינים;¹⁷⁰ בהרצאתו לזכרו של הנשיא זמורה, שבה פרש את משנתו בנושא יחסי

בד בבד השכלה כלכלית, שכן לגישתו ללא ידע במימון ציבורי אי אפשר לרדת לעומקם של דיני המסים. ריאיון עם פרופ' אהרן ברק, לעיל ה"ש 113.

166 ויתקון "ראיית החשבון והמשפט", לעיל ה"ש 164, בעמ' 99. קו עקיב זה בדבר הקשר הסימביוטי שבין דיני המסים ומדע הכלכלה בא לידי ביטוי גם במשאלתו של ויתקון כי "הלוואי שהיו הפרקליטים באים לבית המשפט, כשהם מצוידים בכל החומר הכלכלי הדרוש להבנת החוק". ראו אלפרד ויתקון "בעית הפרשנות בדיני מסים" משפטים ג 10, 12 (1970).

167 אלפרד ויתקון דיני מסים 1-3 (מיכאל דעואל עורך לפי הרצאות, מפעל השכפול, 1954).

168 שם, בעמ' 12.

169 שם, בעמ' 13-15.

170 אלפרד ויתקון "בדיקה רפואית פסיכולוגית וסוציאלית של עבריינים. דו"ח על סמינריון מטעם או"מ" הפרקליט ח 263, 271 (1952). במסגרת סקירת הסמינריון, אשר נערך בבריסל בחודש דצמבר 1951, מדגיש ויתקון כי "שטח המדע ושטח המשפט חופפים זה את זה, התחומים יונקים זה מזה, ואין עוד

הגומלין בין הפוליטיקה למשפט וטען כי "הסלידה מן הדיון השיפוטי בשאלות פוליטיות מקורה [...] בטעמים אירציונליים"¹⁷¹ ובמאמרו מתחילת שנות השישים העוסק בבעיותיה המיוחדות של ארץ הנמצאת בראשית התפתחותה הכלכלית.¹⁷² בחיבורו זה ויתקון מבקר את מלומדי המשפט, אשר התעלמו לחלוטין מחקר בעיות המשפט המתעוררות בישראל כמדינה מתפתחת. לגישתו, הסיבה להתעלמות הגורפת נעוצה בגישה הפוזיטיביסטית, הארכאית והטכנית, שלפיה המשפט אינו אלא אובייקט נתון וסטטי. אליבא דויתקון, גישה זו אינה נותנת משקל מספיק ל"רקע הפסיכולוגי והסוציולוגי של המשפט", אשר בכוחו להפוך את המשפט מכלי טכני ל"כוח פעיל ומפעיל".¹⁷³

אחרון להוכחת הטענה הפרסונלי מקרב שופטי בית המשפט העליון הוא צבי ברנזון. ברנזון למד מתמטיקה ופיזיקה בקולג' הסקוטי שבצפת עד אשר קיבל תואר בוגר במדעים. לאחר מכן עזב לאנגליה, שם זכה בעוד תואר במדעים מטעם אוניברסיטת קמברידג', למד לבחינות עריכת הדין ונעשה בריסטר. כאשר חזר לארץ התמחה במשרדו של ד"ר זמורה (זמורה, רוזנבליט, קרוינגולד ובר-שירה) וקיבל רישיון עריכת דין מטעם

המשפטן רשאי לחבוש עצמו בבית מדרשו ולהתנכר למדעי הרפואה, הפסיכולוגיה והסוציולוגיה, שגם להם יש קול ודעת בענין הטיפול בעבריינין". בסוף סקירתו מצר ויתקון על מצבם העלוב של בתי הסוהר בישראל, להבדיל מארצות אחרות שבהן תפקידו של בית הסוהר הוא טיפולי ומטרתו החזרת העבריינין למוטב. שם, בעמ' 275.

171 אלפרד ויתקון "פוליטיקה ומשפט" משפט ושיפוט 55, 105 (אהרן ברק, משה לנדוי ויעקב נאמן עורכים, 1988). ראו גם: Alfred Witkon, *Judiciability*, 1 *ISR. L. REV* 40, 58 (1966). בשנות השבעים סייג ויתקון את טיעונו בשל שינוי האקלים הפוליטי ותנועות המחאה נגד הדמוקרטיה הייצוגית, שקמו לאחר מלחמת יום הכיפורים. ויתקון סבר כי לנוכח הניכור למוסדות הדמוקרטיים על בית המשפט לפעול עתה "כתרמוסטט ולא כזרז לשם שמירת הדמוקרטיה". ראו YAACOV S. (1976) 228-229 *ZEMACH, POLITICAL QUESTIONS IN THE COURTS*; רובינשטיין, לעיל ה"ש 130, בעמ' 212-213.

172 אלפרד ויתקון "המשפט בארץ מתפתחת" ספר יובל לפנחס רוזן 66 (חיים כהן עורך, 1962). ראו את ניצני תובנותיו החברתיות-משפטיות של ויתקון בחיבור זה עוד בבג"ץ 176/54 יהושע נ' ועדת ערעור לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תש"ט-1949, פ"ד ט 617, 624, 628 (1955), אשר עסק בשאלת כוחו המחייב של התקדים במשפט הישראלי: "קולי בענין זה כקול קורא במדבר, אך לבי סמוך ובטוח שעקרון התקדים אינו עשוי לקדם את המשפט בישראל ולעצב את דמותו [...] אנו עומדים בראשית התפתחותנו, כלאום וכחברה, ועוד ארוכה הדרך להתגבשות ההלכה ולעיצוב דמות המשפט בישראל [...] לכן, תורת התקדים במשמעותה הנוקשה והדוקנית, לא זו בלבד שאינה צורך השעה, אלא להפך, עלולה היא להיות בעוכרי התקדמותנו".

173 ויתקון, שם, בעמ' 67-68. בהמשך מאמרו מנתח ויתקון את הקונסטלציה ההיסטורית והסוציולוגית אשר בגינה הפגין העם בציון אדישות לעולם המשפט בתקופה הסמוכה להקמת המדינה, כגון תפיסת המשפט הציבורי כסמל לדיכוי לאומי בתקופת המנדט; תנועות הפועלים הדוגלות באוטונומיה שיפוטי ואשר אינן ששות להעמיד את סכסוכיהן בפני ערכאות מדינתיות ועוד. ראו שם, בעמ' 71.

.77

ממשלת ארץ ישראל. לאחר מכן שימש היועץ המשפטי של ההסתדרות הכללית של העובדים, ובמסגרת תפקיד זה היה שותף לניסוח מגילת העצמאות. לאחר הקמת המדינה כיהן ברנזון כמנהל הכללי של משרד העבודה בראשות השרה גולדה מאיר. בשלהי שנת 1953 מונה ברנזון לשופט בבית המשפט העליון.¹⁷⁴

מלבד פועלו השיפוטי לימד ברנזון את קורס החובה, דיני עבודה וביטוח סוציאלי, בשנה ד' לתואר. הקורס חולק לשבעה שערים: דברי מבוא; התפתחות משפט העבודה הבין-לאומי; הסתדרות העבודה הבין-לאומית; חוזה העבודה האינדיווידואלי; חוזה העבודה הקולקטיבי; פקודת בתי החרושת; הביטוח הסוציאלי.¹⁷⁵ הרצאותיו של ברנזון, אשר מנתחות את משפט העבודה בהקשר חברתי והיסטורי בשיטתיות, עולות בקנה אחד עם אמירתו של השופט אגרנט כי "אם אמנם קיימת בארץ אסכולה של יוריספרודנציה סוציולוגית, כי אז כמובן שהשופט ברנזון הוא נציג נכבד של האסכולה הזאת".¹⁷⁶ לאחר הקדמה היסטורית רחבה¹⁷⁷ ברנזון מציג לתלמידיו את שני חלקיו של משפט העבודה: משפט העבודה הממלכתי החרות, אשר נוצר בחקיקה ראשית או משנית ואת "משפט העבודה האוטונומי", אשר נוצר ב"מהלך החיים ע"י הכוחות הנאבקים בשדה העבודה: העובדים והמעבידים".¹⁷⁸ לאחר הצגת הדימוי הפיזיקלי בדבר שדה אשר בו פועלים כוחות חברתיים בכיוונים מנוגדים, שואל ברנזון מהי צורת המשפט העדיפה – "החקיקה הישירה או ההתפתחות האמפירית?". ברנזון משיב כי המענה לשאלה זו אינו

174 צבי ברנזון "פרקי חיים וזיכרונות" ספר ברנזון כרך ראשון – דן יחיד 31, 58–63 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 1997); יצחק זמיר "לכבוד השופט צבי ברנזון" משפט וממשל ב 325, 327–325 (1994); רובינשטיין, לעיל ה"ש 130, בעמ' 145–146; "ערב עיון אשר נערך מטעם בית המשפט העליון ולשכת עורכי הדין בישראל לכבוד השופט צבי ברנזון, בהגיעו לגבורות" הפרקליט לט 5 (1989) (להלן: "ערב עיון לכבוד השופט צבי ברנזון"); יורם שחר "הטיטות המוקדמות של הכרות העצמאות" עיוני משפט כו 523, 559–568 (2002).

175 צבי ברנזון דיני עבודה וביטוח סוציאלי (שלמה לוי עורך, מפעל השכפול, 1958).

176 "ערב עיון לכבוד השופט צבי ברנזון", לעיל ה"ש 174, בעמ' 17.

177 ברנזון פותח את השיעור הראשון בקורס במתן רקע היסטורי למשפט העבודה ומסביר כי העבודה השכירה לא התפתחה לפני המאה התשע-עשרה היות שהעובדים השכירו את שירותיהם או מכרו את עבודתם, כבעלי מלאכה ואמנים, לכלל הציבור, למעט תקופת החניכות אשר בה היה העובד, כשוליה (apprentice), כפוף למורהו (master craftsman) באופן בלעדי. אולם "מאז המאה ה-19 ועד ימינו השתנו מערכות העבודה שינוי מהפכני. המפנה חל, כמובן, מיד לאחר המהפכה התעשייתית, וכיום רוב רובו של ציבור העובדים – שכיר הנהו". בסוף הדיון, מסביר ברנזון לתלמידיו, כי "כיון שהעבודה מהווה כיום את הערך הציבורי והמשקי החשוב ביותר במדינה [...] הצבור והחברה כולם הופכים להיות צד מעוניין בשדה יחסי העבודה". ראו ברנזון דיני עבודה וביטוח סוציאלי, לעיל ה"ש

175, בעמ' 7–8.

178 שם, בעמ' 10.

אחיד ותלוי "בנושא החקיקה, מקומה וזמנה".¹⁷⁹ בשיעורים העוקבים מציג ברנזון את הגישות השונות לחקיקת חוקי העבודה. תחילה מציין את הגישה האנגלית, אשר יסודה בהשקפה המכונה דמוקרטיה תעשייתית (Industrial Democracy), ולפיה יש לעודד הסדרים הנובעים ממשא ומתן חופשי בין נציגי העובדים ובין נציגי המעבידים. ברנזון מדגיש כי "גישה זו נובעת מתורת ה־Laissez faire ומגמתה לעודד את הדמוקרטיה בשטח התעשייה, על אף אי הצדק המסוים הנודף ממנה".¹⁸⁰ לאחר מכן מציג ברנזון את הגישה הקונטיננטלית ולפיה על המחוקק ליזום הסדרים סטטוטוריים להטבת תנאי עבודתו של הפועל.¹⁸¹

כאמור, שער אחד משבעת השערים בקורס הוקדש להתפתחות משפט העבודה הבין-לאומי. בשיעורים אלה סקר ברנזון את הדרישות המוקדמות מצד סוציולוגים והוגי דעות להקמת מוסד בין-לאומי אשר יקדם את מצב העובדים במדינות השונות.¹⁸² לאחר מכן טוען ברנזון כי ניסיון המאה העשרים הוכיח כי "הטבת תנאי העובד משתלמת אף מבחינה תועלתית" בסקרו את שכר העובדים ורמת הפריון במשקי ארצות הברית, אירופה, יפן וישראל. בתום סקירה מפורטת זו מציין ברנזון כי לאחר מלחמת העולם הראשונה הוקם ארגון העבודה הבין-לאומי, על סמך דרישות נציגי העובדים, מכמה סיבות: ראשית, בשעת המלחמה נציגי העובדים הסכימו לחקיקה מגבילה כדי לא לחבל במאמץ הלאומי. שנית, המלחמה גרמה לתסיסה מוסרית אשר בעקבותיה נכונות הממשלות להיענות לדרישות סוציאליות גברה. שלישית ואחרונה, המהפכה הבולשוויקית הביאה את ממשלות אירופה ל"מדיניות פיוס עם העובדים על מנת למנוע התפתחויות דומות בארצותיהן".¹⁸³

בהמשך הקורס מקדיש ברנזון נתח נכבד מן השיעורים ללימוד חוזה העבודה האישי וחוזה העבודה הקולקטיבי. במסגרת שיעורים אלה, ולאחר הצגת חוזה העבודה האישי, מסביר ברנזון לתלמידיו כי לחוזה העבודה הקולקטיבי "מהות מיוחדת מבחינה סוציולוגית-חברתית, שכן הוא בא לתת ביטוי למציאות מסוימת השוררת בחיי העבודה [...]".¹⁸⁴ בהקשר זה מציג ברנזון את הקושי הכרוך בסטייה מעקרון היסוד של דיני החוזים בדבר כוחו של חוזה לחייב אך ורק את הצדדים לו, הואיל וארגון העובדים היציג

179 שם.

180 שם, בעמ' 20.

181 שם, בעמ' 21.

182 כדוגמה לאותם הוגים מציג ברנזון את Robert Owen, "סוציאליסט אנגלי", אשר טען כי התחרות המסחרית בין המדינות מעכבת את הטבת מצב העובדים בכל מדינה כשלעצמה. ברנזון מדגיש כי לגישתו של Owen, בתחרות זו גוברות המדינות אשר תוצרתן זולה יותר בעקבות ניצול העובדים.

ראו שם, בעמ' 23–24.

183 שם, בעמ' 31–32.

184 שם, בעמ' 128.

חותם על ההסכם הקיבוצי בשמו ולא בשם חבריו הבודדים, וכי כוחו של ההסכם יפה גם כלפי עובד אשר אינו חבר בארגון העובדים היציג. לאחר שלילת יישום תורת ההרשאה כפתרון לקושיה הזאת טוען ברנזון כי מקורה של הסטייה מעיקרון זה של דיני החוזים "אינו ניתן להסבר מופשט [...] אולם כדי לרדת לסיבותיו נאלץ להעזר בגישה הסוציולוגית, דהיינו: נגיע להכרה בנורמה זו ובתחולתה מתוך ההתפתחות ההיסטורית של דיני העבודה".¹⁸⁵

עיון בהרצאותיו של השופט ברנזון חושף את תפיסתו המשפטית הרחבה, אשר משקעת היטב במציאות הכלכלית והחברתית. כך למשל כאשר ברנזון בוחר לסקור את שکر העובדים ואת רמת הפיריון בכלכלות שונות כדי להוכיח כי שיפור תנאי העובדים משתלם מבחינה תועלתית, להבדיל מקיום דיון משפטי טהור על דברי החקיקה המקומיים והבין-לאומיים בקשר עם זכויות העובדים. יתרה מכך, מלבד שילוב תכנים מובהקים מתחום לימודי עבודה (Labor Studies) בהרצאותיו ברנזון מדגיש, בדומה לטדסקי ופיינברג, את חשיבות "היסוד האמפירי" במשפט, היינו המציאות החברתית, וביתר דיוק – כיצד משפט העבודה הקולקטיבי מביא לידי ביטוי מציאות מסוימת השוררת בשוק העבודה.

סיכום ומסקנות

ההיסטוריה של החינוך המשפטי הממוסד בעשור הראשון לקום המדינה טרם זכתה לחקירה מקיפה וממצה. בשל כך תובנות מרכזיות על החינוך המשפטי בתקופה זו נסמכות בעיקר על היקשים גורפים מפסקי הדין של שופטי בית המשפט העליון של אותה העת. מטרתו הראשית של חיבור זה הייתה אפוא לבחון בחינה ביקורתית את ההנחה בדבר פורמליזם בחינוך המשפטי בתקופה האמורה, וזאת לאורם של טיעון מוסדי וטיעון פרסונלי. כפי שצוין בתחילתו של חיבור זה, הנחת היסוד של השיח התאורטי עד עתה הייתה כי למן שנות החמישים שלטה במשפט הישראלי תפיסת עולם פורמליסטית, אשר לא פסחה על החינוך המשפטי ואף הייתה בו פרדיגמה אקדמית. פרדיגמה זו יצרה הבחנה בין פעילותם האינסטרומנטלית של המשפטנים האקדמאים לבין הפעילות האקדמית לשם השגת "דעת לשמה" במסגרת "הפעילות האוניברסיטאית הרגילה".

בחינת הממצאים ההיסטוריים העולים מן החקירה המוסדית של הפקולטה למשפטים מצביעה על ספקות משמעותיים בהנחות תאורטיות אלה. ראשית, הוועדה המקצועית הייתה מודעת לבעייתיות ולדו-קוטביות אשר מאפיינים את החינוך המשפטי, ועל כן הכריזה על מיזוגם ההרמוני של הפן המחקרי עם זה המקצועי. יתרה מכך, מן הפרוטוקולים השונים שנסקרו עולה כי הוועדה המקצועית ראתה לנגד עיניה את הפן

185 שם, בעמ' 136.

המדעי-מחקרי בתכניות הלימוד ואת מיצובה של הפקולטה כמחלקה אוניברסיטאית, אך לא יכלה להתעלם לחלוטין מהתפקיד הלאומי שיוחד לפקולטה עם קום המדינה עקב סגירתו של בית הספר המנדטורי להכשרת עורכי דין ופקידי ממשל.¹⁸⁶ למעשה, על אף סגירתו של בית הספר המנדטורי מוסד זה היה נקודת ההתייחסות המרכזית של חברי הוועדה המקצועית, כמעין "תשליל" לפקולטה הישראלית הראשונה למשפטים אשר אותה ראו לנגד עיניהם. לשון אחרת: חברי הוועדה המקצועית חפצו בפקולטה אקדמית בעלת יסודות תאורטיים מובחנים להבדיל מבית הספר המנדטורי, אשר לא העניק תואר אוניברסיטאי כלל, ולימודיו התאפיינו בתכנים מקצועיים תוך דחיקת המשפט הקונטיננטלי והמשפט המקומי כדי להכשיר "עובדי-מדינה נמוכי-דרגה וטכנאי-משפט שיסייעו לממשלה הבריטית בניהולה של ארץ-ישראל".¹⁸⁷ עובדה זו עולה לא רק מן הפרוטוקולים השונים של הוועדה המקצועית אלא גם מהשינוי הקונצפטואלי בקוריקולום שאותו חפצה הוועדה המקצועית ליצור כאשר התוותה מערך הוראה המושתת על חלוקה רעיונית של תחומי משפט וקורסים לבר-משפטיים להבדיל ממערכת מקצועות המושתתת בעיקר על מקורות הדינים בארץ (חוק החוזה האנגלי, חוק הנזיקין האנגלי, חוק הקרקעות ועוד), כפי שהונהגה בבית הספר המנדטורי.¹⁸⁸ שנית, הדיכטומיה המושגית של מאוטנר בדבר "אקדמיה משפטית" ו"אקדמיה חוץ-משפטית" נמצאה כלא מדויקת אל מול הניסיונות השונים והמגוונים לאיחוד וליצירת מנגנונים של שיתוף פעולה בין הפקולטה למשפטים לבין המחלקה למדעי החברה. שיתוף פעולה זה בא לידי ביטוי בהקמת המכון לקרימינולוגיה והמכון למחקרי חקיקה ולמחקר השוואתי וכן בשלושת הידיעונים המייצגים של העשור הראשון להקמתה של הפקולטה. הקוריקולום הרשמי בשנים אלה הוא יישום של החלטת הוועדה המקצועית למזג את היסוד המקצועי עם היסוד מחקרי תוך שימת דגש בהשכלתם ותרבותם הכללית של הבאים בשעריה באמצעות מגוון קורסי חובה מתחום מדעי הרוח ומדעי החברה.

עם זאת אל מול התובנות הנוגעות לטיעון המוסדי אפשר להציג גם כמה טיעונים סותרים. לדוגמה, הלימוד הנפרד והמובחן של הקורסים הבר-משפטיים ב"טרה סנטה"

186 ראו לדוגמה את מאמר הפתיחה בכתב העת של הסתדרות עורכי הדין לשנת 1949, שבו נכתב כי "יום יסוד הפקולטה המשפטית אינו רק חגה של האוניברסיטה העברית, שהרחיבה את ביתה ושל אנשי המשפט שזכו להקמת בית מדרש עברי למדעי המשפט, אלא בראש ובראשונה, חגה של מדינת ישראל שנתוסף לה מרכז מדיני ותרבותי כאחד". "לשאלות השעה" הפרקליט ו 177, 177 (1949).

187 לחובסקי "החינוך המשפטי", לעיל ה"ש 63, בעמ' 306. כמו כן ראו: דן מרידור "ראיונות עם חיים צדוק" ליד ערש המשפט: ספר חיים צדוק 35, 48-49 (רון חריס עורך, 2002); נתן ברון שופטים ומשפטיים בארץ ישראל – בין קושטא לירושלים, 1900-1930 84-87 (2008); גד פרומקין דרך שופט בירושלים 230 (1954).

188 שגיא, לעיל ה"ש 80, בעמ' 29-30; ברון, לעיל ה"ש 187, בעמ' 86.

יכול להתפרש דווקא כאקט פורמליסטי שנועד לשמר גבולות ברורים בין המשפט לבין דיסציפלינות מקבילות. ברם אין ביכולתם של טיעונים מסוג זה להסביר את הקמתם של המכון לקרימינולוגיה והמכון למחקרי חקיקה ולמחקר השוואתי במסגרת הפקולטה, או לחלופין את העובדה שחלק מסגל ההוראה הקבוע של הפקולטה למשפטים לימד קורסים משפטיים ולבר-משפטיים בד בבד. למשל, אקצין לימד משפט קונסטיטוציוני ויסודות מדע המדינה, ואילו פיינברג לימד משפט בין-לאומי פומבי ויחסים בין-לאומיים. לבסוף אין בכוחם של טיעונים נגדיים אלה בדבר יצירת גבול רעיוני מובחן בין המשפט לבין תחומי ידע אחרים כדי להסביר את הטמעתם של תכנים לבר-משפטיים בקורסי הליבה המשפטיים עצמם.

כמו כן אפשר להציג הסבר חלופי, הנושא גוון פוליטי-נסיבתי, לקרבה המוסדית בין הפקולטה למשפטים לבין לימודי מדעי הרוח ומדעי החברה. הסבר זה נשען על איושה של ועדת משנה בתוך הוועדה המקצועית להקמת הפקולטה, אשר כללה את המשפטנים זמורה, פיינברג ופריימן.¹⁸⁹ ד"ר פריימן, אשר ייחס לפקולטה בראש ובראשונה תפקיד לאומי ומקצועי, נרצח בטבח שיירת הדסה, וכך נותרו רק פיינברג וזמורה לערוך ולחתום את דוח הוועדה המקצועית. כעולה מהפרוטוקולים השונים, פיינברג לחץ על מיזוג החוג ליחסים בין-לאומיים שבו פעל עם הפקולטה למשפטים, ואילו זמורה, אף על פי שלא העריך את הדגש המקצועי המופרז שניתן בבית הספר המנדטורי, לא ראה את איחוד לימודי המשפטים עם מדעי החברה הכרחי. כיוון שהאחרון מונה לנשיא בית המשפט העליון המשיך פיינברג את עבודת הוועדה המקצועית ואף ערך את הדין וחשבון לבדו.¹⁹⁰ אולם אין בכוחה של ספקולציה זו לעמוד מול המגעים האינטנסיביים בין הפקולטה למשפטים ובין המחלקה למדעי החברה ולקשיים הביורוקרטיים שהערימו הבדלי משך התארים ביניהם.

חלקו השני של חיבור זה התייחס לטיעון הפרסונלי בשלושה ממדים שונים: המטען האינטלקטואלי של מורי הפקולטה; תוכני הוראתם; פעילותם המחקרית. ממצאי חקירה זו מלמדים כי הפקולטה למשפטים לא הייתה בית ספר מקצועי גרדא אשר המלומדים בו שייכים באופן בלעדי לאב-הטיפוס הדוקטרינרי. השכלתם של סגל ההוראה הקבוע מצביעה על סגל הטרונגני במובהק, המורכב ממלומדים ממערב אירופה ומארצות הברית, אשר לרוב באמתחתם גם תואר או לימודים מתחום מדעי הרוח או מדעי החברה. עם זאת בעקבות הגידול המתמיד במספר הסטודנטים למשפטים בשנים הראשונות לקום המדינה, חלק נכבד מכוח ההוראה של הפקולטה הצעירה הורכב משופטי בית המשפט

189 ראו ישיבת "הוועדה להקמת הפקולטה למשפטים באוניברסיטה", לעיל ה"ש 71, בעמ' 2. בישיבה זו התקבלה החלטה אופרטיבית להקים ועדה מצומצמת שתקבע את הנחות העבודה לגבי הפקולטה.

190 פיינברג מסות בשאלות הזמן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 249.

העליון, להבדיל מאנשי סגל אקדמיים במשרה מלאה.¹⁹¹ עובדה זו נלמדת הן מן הידיעונים השונים והן מאירועים היסטוריים נקודתיים כגון שביתת הסטודנטים באוניברסיטה העברית בינואר 1954, שהתרחשה עקב החלטת האוניברסיטה לצמצם את מספר מועדי הבחינות בעקבות גידול במספר הסטודנטים.¹⁹²

אולם בחינת תוכני הרצאותיהם של שופטי בית המשפט העליון אשר לימדו בפקולטה והוצגו במחקר זה מצביעה על חשיבה בין-תחומית, שאינה מצניעה או מדחיקה את המשמעויות הנורמטיביות של המשפט ואת תוצאותיו החברתיות. ממצא זה חשוב במיוחד בהתייחס לטענת "הזרות התרבותית" שהציג מאוטנר, ולפיה בשנות החמישים חששו שופטי בית המשפט העליון לפסוק באופן ליברלי-גלוי מכיוון שלא הייתה להם לגיטימציה ציבורית לעשות כן. רשימה זו אינה עוסקת ישירות בטענתו של מאוטנר לגבי הפסיקה בשנות החמישים, אולם ייתכן שאם הנמקותיהם הפורמליסטיות של שופטי בית המשפט העליון היו רק הסוואה לגישתם הליברלית, הרי שבתפקידם כמחנכים יכלו להביא לכדי ביטוי את תפיסת עולמם הערכית בגלוי, היות שמגבלות מוסדיות על רטוריקה שיפוטית אינן חלות על הוראה ומחקר במשפטים.¹⁹³

191 ככל הנראה, הגידול המטאורי במספר הסטודנטים לא היה הסיבה היחידה אשר בגינה התקיימה הסימביוזה בין הפקולטה למשפטים לבין בית המשפט העליון. על פי השופט אולשן, שורשי התופעה נעוצים דווקא בעובדה כי באותה תקופה "משכורות השופטים היו נמוכות וקשה היה להתקיים עליהן". אולשן מתאר בספרו כיצד התנגד להעסקת שופטים כמריצים באוניברסיטה העברית בירושלים בשנים הראשונות לקיומו של בית המשפט העליון מתוך חשש שהדבר יפגע בעבודתם השיפוטית. אולם הנשיא זמורה, אשר כיהן כחבר הוועד המנהל של האוניברסיטה, לא ראה בכך כל פגם. ראו יצחק אולשן דין ודברים – זכרונות 250 (1978).

192 ביום 24 בינואר 1954 הכריזו הסטודנטים באוניברסיטה העברית על שביתה בעקבות החלטת הסנט לקיים מועד אחד לבחינות המעבר בפקולטות למדעי הרוח והמשפטים. הסנט נימק את החלטתו, בין היתר, בקשיים האדמיניסטרטיביים שיצרה השיטה, בעיקר בפקולטה למשפטים, אשר סבלה ממינוע מורים ועוזרי הוראה בעקבות הגידול העקיב במספר התלמידים בה. כיוון שחלק מסגל ההוראה הורכב משופטים מכהנים, הרי שעיסוקם המקצועי לא אפשר להם להתחייב לבדוק בחינות בפרקי זמן קצרים. לבסוף הוחלט לחלק את הבחינות בפקולטה למשפטים לשתי קבוצות ולאפשר לסטודנטים לחזור במועד השני על בחינות שבהן נכשלו. ראו כהן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 146–147.

193 לדוגמה, לעומת הרטוריקה השיפוטית המכוונת לזכות בהסכמת "האחר" (הרכבים עתידיים של בית המשפט העליון, הקהילה המשפטית והציבור בכללותו), איש האקדמיה אינו שואף לקונצואליות אלא דווקא לחדשנות וביקורתיות. לפירוט והרחבה של טיעון זה ראו את תובנותיו החשובות של פרופ' איל זמיר בנוגע להבחנה בין כתיבה שיפוטית ובין כתיבה אקדמית, אשר נבדלות בפרמטרים האלה: נושא הכתיבה; דרגת ההכללה וההפשטה; חומרי הגלם המשמשים לבניית הטיעון המשפטי; קהל וסגנון; מקוריות וביקורתיות. איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 343, 381–409 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

גם ההתחקות על השכלתם, תוכני הרצאותיהם וחיבוריהם של חברי הסגל טדסקי, פיינברג ואקצין אינה מאפשרת לקטלגם כמלומדים דוקטרינריים. הרצאותיהם ומחקריהם מוכיחים כי האירו את התופעה המשפטית באמצעות ידע ושיטות מחקר השמורים למדעי החברה. ממצאים אלה אינם עולים בקנה אחד עם טענת מאוטנר כי העיסוק בתכנים לבר-משפטיים נעשה בשולי האקדמיה המשפטית (בקורסים הממוקמים על "קו התפר" שבין דיסציפלינות המשפט ודיסציפלינות אחרות), כאשר הלכה למעשה הדיון הלב-משפטי התנהל תחת קורסי הליבה המשפטיים.

כאמור בסקירה ההיסטורית ובממצאי הטיעון המוסדי, הפקולטה למשפטים הוקמה תוך ספקות באשר למיקומה האוניברסיטאי. כאשר הוחלט על הקמתה על רגליה שלה במנותק מהמחלקה למדעי החברה, היא שוכנה מן היום הראשון להיווסדה במנזר ראטיסבון אשר בשכונת רחביה. כך למעשה, בעיצומו של מעין שלב סיפי¹⁹⁴ בין הניתוק מהר הצופים לתהליך ההתחברות מחדש (תוך יצירת חציצה גאוגרפית פרמנטית בין מדעי הרוח, מדעי החברה והמשפטים לבין המדעים המדויקים) שבו הייתה שרויה האוניברסיטה, הגיחה הפקולטה למשפטים לאוויר העולם, משוחררת מן ההגדרות הנוקשות הכרוכות במרחב האוניברסיטאי הקושרות כל ענף ידע לתחום ראשי מבחינה תאורטית, מנהלתית ופיזית. נסיבות ייחודיות אלה מאפשרות להתייחס למנזר ראטיסבון כמעין אתר סימבולי, המהווה תמונת מראה לקמפוס הר הצופים. זאת על שום טשטוש הגבולות החדים בין תחומי הידע השונים בעקבות הביזור המוסדי שנכפה על האוניברסיטה, ומעצם היותו מנזר נוצרי העומד בניגוד לארכיטקטורה ה"מקדשית" של קמפוס הר הצופים ולשאר הזיקות המפורשות והמובלעות לבית המקדש הקדום שנקשרו באוניברסיטה העברית בירושלים.

אירועים היסטוריים ותהליכים מרתקים אלה משמשים רקע משמעותי לטיעון המוסדי ולטיעון הפרסונלי אשר הוצגו לעיל, שכן ייתכן שהתרופפות הגבולות החדים בין תחומי דעת שונים בעקבות ביזור של האוניברסיטה העברית שימשה עוד גורם אחד ואף רז

194 המושג "סיפיות" או "לימינליות" הוא שם נרדף בתחום האנתרופולוגיה הסימבולית לשלב הביניים בטקסי מעבר – בין ניתוקו של הפרט מן הפוזיציה המוגדרת שלו במבנה החברתי לבין שיבתו למצב יציב שבו הוא נושא זכויות וחובות ביחס לאחרים. השלב הלימנלי מתקיים במצב סמי-כאוטי של "אנטי-מבנה" מעורפל בהכרח, אשר במחוזותיו הסדר נשבר והפרדוקס שולט. על כן הוא לרוב מושווה ללימבו, לקבר ולרחם כאחד, לבלתי נראות ולליקוי חמה. ההתנהלות הטקסית בת שלושת השלבים (ניתוק, מצב סף והתחברות מחדש) נטבעה לראשונה על ידי האנתרופולוג והפולקלוריסט הצרפתי ארנולד ואן גנפ (Van Gennep). האנתרופולוג הבריטי ויקטור טרנר (Turner) הרחיב מסגרת מושגית זו במסגרת עבודת השדה שלו בצפון-מזרח רפובליקת זמביה בקרב שבט הנדמבו (Ndembu). טרנר התמקד בתקופת התווך הלימינלית, שבה למושא הטקס מאפיינים מטושטשים ומעורפלים, וכן בסוג היחסים המתגבשים בין השותפים לטקס המעבר. ראו ויקטור טרנר התהליך הטקסי – מבנה ואנטי מבנה 86–89 (2004).

להתקרבותו של המשפט לדיסציפלינות אחרת.¹⁹⁵ אולם אין להבינם ללא אלה: הדיונים שקדמו להקמת הפקולטה; הקמת המכון לקרימינולוגיה והמכון למחקרי חקיקה ולמחקר השוואתי; השנה הראשונה בתואר אשר הוקדשה ברובה ללימודים לבר-משפטיים מחוץ לפקולטה למשפטים; השכלתם הבין-תחומית של המרצים; העובדה שחלק מן המרצים לימדו קורסים לבר-משפטיים בפקולטה למשפטים; הרצאותיהם של מרצי הפקולטה בקורסי ליבה משפטיים וכתבתם, אשר שילבו תכנים, תובנות ופרקטיקות שמקורן במדעי החברה ובמדעי הרוח.

סיכומו של דבר, אין חולק על חשיבותה ותרומתה העצומה של כתיבתו של מאוטנר בתחום החינוך המשפטי. למעשה תרומתה וחשיבותה של כתיבתו היו כה משמעותיות – לאור השיח שעוררה – עד שבחינת יסודותיה האמפיריים נדחקו לקרן זווית.¹⁹⁶ עם זאת ממצאי מחקר זה מובילים למסקנה שאי אפשר עוד לקבל את הקביעה הנחרצת כי בשנות החמישים היה הפורמליזם המשפטי הפרדיגמה האקדמית אשר במסגרתה ניהלה הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית את המחקר וההוראה שלה. יתרה מכך, הֶסְדְּרִי הזמן ומודל התיקוף (Periodization) של מאוטנר, אשר זיהו את שנות החמישים ושנות השמונים של המאה הקודמת כנקודות המשך לירושה פורמליסטית וזינוק לשינוי

195 פיתוחו של טיעון זה עלול לגלוש לחקר החינוך המשפטי לאחר שנת 1967 כדי לבחון את הקוריקולום הרשמי של הפקולטה כאשר חודשה הפעילות בקמפוס הר הצופים. טווח זמנים זה חורג מגבולות רשימה זו, אך מעיון ברשימת השיעורים לשנת תש"ל (1969–1970) עולה תמונה השונה באופייה מן הידעונים אשר סקרת. ראשית דבר, השנה הראשונה ללימודים איבדה את אופייה הבין-תחומי כאשר הקורס הלב-משפטי היחיד הוא "יסודות מדע המדינה" לצדם של דיני עונשין ושאר קורסים משפטיים. בשנה השנייה ללימודים אמנם הוצעו לסטודנטים שני קורסים לבר-משפטיים אך זאת בשינוי טרמינולוגי מובחן: "מבוא לסוציולוגיה למשפטים", "מבוא לכלכלה למשפטים", "מבוא לפסיכולוגיה למשפטים" וכדומה. שנית ואחרון, כלל השיעורים ניתנו בגדרה של הפקולטה למשפטים עצמה ולא במסגרת הפקולטה למדעי החברה. כאמור, קשה להסיק מסקנות חותכות ללא בדיקה שיטתית של התקופה על כל היבטיה. ראו "רשימת השיעורים לימודי בוגר ומוסמך לשנת תש"ל" תיק 2505 (גא"ע).

196 לתובנה דומה בהקשר הפסיקתי ראו: אסף לחובסקי "משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת – הערות על ספרו של מנחם מאוטנר" המשפט 27, 89 (2009); רון חריס "משפוט הספירה הציבורית בעשור השלישי" העשור השלישי: תשכ"ח–השל"ח 251, 252 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 2008); רון חריס "המשפט הישראלי" העשור הראשון: תש"ח–תשי"ח 244, 260 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 1997); פרידמן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 9–10; יהושע (שוקי) שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" מאזני משפט ג 303, 305–303 (2005); אריאל בנדור "הטיית משפט, הכרת פנים מחשבות ביקורתיות על 'משפט כספרות'" מחקרי משפט יח 85, 108, ה"ש 105 (2002); אורית רוזין "קול העם" – דיוקנו של מאבק" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 71, 74–78 (מיכאל בירנהק עורך, 2006); ע"א 10251/05 ברשף אילת בע"מ נ' פקיד שומה אילת, פס"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 19.12.2007).

תורת-משפטי (בהתאמה), מגבילים את המסגרת המחקרית, ומכאן – את חקר התהליכים שהובילו להקמת הפקולטה למשפטים ולגיבושה של תכנית הלימודים הראשונה שנלמדה בה.¹⁹⁷ זאת היות שאי אפשר להבין את הגורמים לעיצובה של תכנית הלימודים הראשונה של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ללא התחקות על התכניות השונות להקמתה בתחילת המאה הקודמת והבנת ה"תשליל" שעמד לנגד עיניהם של חברי הוועדה המקצועית להקמת הפקולטה – הוא בית הספר המנדטורי. על כן "נקודת האפס המתודולוגית" אינה יכולה להיוותר בשנות החמישים אלא עליה לסגת לשנות העשרים והשלושים של המאה העשרים.

שינוי כאמור של הֶסְדְּרֵי הזמן לא רק ידגיש ביתר שאת את הפרדיגמה האקדמית שחברי הוועדה המקצועית קיוו לראות לנגד עיניהם ואף יצרו את היסודות לשגשוגה, אלא גם יאפשר ממד יחסי לחקר הפורמליזם בחינוך המשפטי. על כן ייתכן שתמונה מקיפה ומלאה של החינוך המשפטי לאורך המאה הקודמת – החל בבית הספר המנדטורי, עבור בהקמת הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית וכלה בטרנספורמציה שעבר בית הספר הגבוה למשפט וכלכלה כשלוחה של הפקולטה למשפטים ולאחר מכן באוניברסיטה עצמאית – תחייב את אימוצה של תבנית מטא-היסטורית מעגלית, המשרטטת היגיון מחזורי בין פורמליזם לבין בין-תחומיות. מטבע הדברים היקפו המצומצם של חיבור זה אינו מאפשר דיון מלא וממצה על כל היבטיו של החינוך המשפטי הממוסד בשנות החמישים. במובן זה יש לקוות כי שדה מחקר עשיר זה של ההיסטוריה של המשפט הישראלי ייבחן לעומקו, על שלל היבטיו המגוונים, בעתיד.

197 חנה הרצוג "כל שנה יכולה להיחשב כשנה הראשונה": הסדרי זמן וזהות בוויכוח על שנות החמישים" תיאוריה וביקורת 17, 209 (2000); אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט 689, 692–694 (1999).