עתיד החינוך המשפטי

*מאת* רוסקו פאונד

בימי קדם שבהם היו תרופות סבתא המענה לכל חולי, נהגה עקרת הבית האחראית לרקוח מדי שנה לטובת ילדיה שיקוי שעבר מדור לדור בין נשות המשפחה, שאותו נדרשו הילדים לשתות בתחילת כל אביב לצורך "ניקוי כללי" של גופם לקראת השנה החדשה. היא אספה בעצמה עשבי מרפא והכינה בעצמה את התמציות. אבל בימינו המדינה דואגת לכך שכל מי שמעוניין בתרופות מסורתיות יוכל לקנות את המרכיבים באחריות בבית המרקחת המקומי, לפי חוקי מזון ותרופות. השקפה עכשווית על חינוך מדמה את הלימוד לתהליך דומה – נטילת שיקוי מחזק, אלטרנטיבי ואולי אף מטהר באביב שנותינו כדי שהמערכת תתחזק לקראת השנים הקשות והתחרותיות שיגיעו בהמשך. המחנך עומד לצד קערה גדולה כשמצקת בידו, ובקערה תרופה מטוהרת שנרקחה מחוכמה ומניסיון חיים קודם. מרכיביה מאושרים באחריות המדינה והערבוב נעשה תחת פיקוחה. התרכובת כוללת את כל הרכיבים שקבע המחוקק בלחץ שתדלנות מצד בעלי עניין מאורגנים וקנאים לנושא, ונטולת מרכיבים שהוסרו בעקבות גל התעמולה האחרון. מצעד מסודר של צעירות וצעירים חולף על פני המחנך וכל אחד מקבל את המנה המיועדת. באחריות המחנך למלא את המצקת באופן קפדני כדי לחלק את התרופה באופן הוגן, ולוודא שבולעים את כולה כנדרש. ברוח זו, אמר לנו נשיא האוניברסיטה הגדולה ביותר שלנו במונחים מספריים שכל מה שדרוש בחינוך היא בינוניות חרוצה ומתמידה. המחנך נדרש להיות אדם שלא יתפתה להוסיף דבר משל עצמו למרכיבים שאושרו רשמית; עליו להיות כזה שנוכל לסמוך עליו שימלא את מלוא המצקת, לא יאבד אף טיפה מתוכנה, לא יפסח על אף אחד בקבלת התרופה, ימזוג את מלוא התוכן לפיו של כל תלמיד ויוודא את בליעתו. הטענה שחינוך שכזה באמצעות סימום הדעת הוא חסר תועלת כפי שידוע כיום על סימום הגוף, שהאנלוגיה ביניהם ברורה, היתה חלק מדברי הכפירה שעליהם הוצא סוקרטס להורג. האמונה בתרופת סבתא ששומרת על מוחם של צעירים מפני ספקות מטרידים, מחשבות חסרות מנוח ורעיונות מרדניים היא תמימה בדיוק כמו האמונה העתיקה שגופרית ודבשה הן תרופה טובה לחיזוק הגוף נגד מחלות.

למרות שמשפט היה אחד הנושאים הראשונים שנלמדו באוניברסיטאות באירופה המודרנית, התפתחותו של המשפט האנגלו-אמריקאי היתה בעיקר לא-אקדמית. הוראתו של בלקסטון באוקספורד נשאה פירות בצד זה של האוקיינוס הרבה יותר מאשר בבית. אפילו כיום, לימוד המשפטים האוניברסיטאי התקדם מעט מאוד באנגליה. בית הספר האמריקני הוותיק ביותר למשפטים מתחיל את המאה השנייה לקיומו. אבל בית הספר לימד משפטים בשיטת האוניברסיטה, להבדיל משיטת משרדי הפרקטיקה המשפטית, למשך חצי משנות קיומו בלבד, והמחקר המדעי של המשפט בבתי הספר למשפטים באוניברסיטה זכה להכרה כללית באמריקה תוך דור אחד. במהלך רוב ההיסטוריה של מקצוע המשפטים בארצות הברית התקיימה ההכשרה למקצוע בשיטת ההתמחות במשרדי פרקליטים. כיום, כשרוב המתקבלים ללשכה עברו הכשרה בבתי הספר, הם ממשיכים בעיקרם מבתי ספר שמשמרים את השיטות וצורות החשיבה של משרדי הפרקטיקה המשפטית; מבתי ספר שדבקים בתאוריית הגופרית והדבשה ומביטים בזלזול על המדעי והאקדמי. הצד הטוב בסיפור – ויש צד טוב – הוא לא מענייננו עכשיו. יש לנו עניין לבחון איך מערכת ההתמחות אצל מאמן במשרד עורכי-דין הטביעה את חותמה הן על המשפט והן על עורכי הדין. באשר לעורכי הדין, המסורת שבה הוכשרו נראתה כסדר המשפטי הטבעי; כללים שרירותיים שנשענים על ההיסטוריה התקיימו לכאורה מכוח עצמם; הליך גוזל זמן נראה "מדעי" מאחר שאיבד כל קשר למציאות, ופתרונות קסם מילוליים, בהיעדר רעיונות כלליים, התקבלו כעקרונות. כאשר גוף חוקים שעוצב בצורה זו הגיע לאוניברסיטאות הוא צעד על קרקע מסוכנת. החבר הראשון במפלגת הוויגים לא היה השטן כי אם תומאס אקווינס הקדוש, כך לפי לורד אקטון. זאת משום שכאשר התיאולוג המלאכי לימד את בני האדם לבסס את הסמכות על תבונה, הוא לימד אותם לבחון את הסמכות דרך התבונה וכך גם לערער עליה באמצעות תבונה. כשהשופט בולדווין טען שהמחנך המשפטי באקדמיה כיום יצר "סכנה חדשה" במשפט שלנו, משבר שלדבריו שווה בעוצמתו למשברים כמו הקונפליקט שבין חוקי המדינה לבין חוקי הכנסייה במאה ה-12, הקונפליקט עם המשפט הרומי במאה ה-16, עליית דיני היושר, התפתחות חוקי המסחר ותנועת הקודיפיקציה והשפעת המשפט הצרפתי בתחילת המאה האחרונה, הוא דיבר אמת מנקודת מבטו של מי שיכול לקבוע כשופט שדוקטרינת "עמית לעבודה", שחלפה מהעולם בצדק, נשענה "על שיקולי נכונות וצדק שהיו מקובלים באופן כללי על הציבור בארצות הברית". האם מותר לנו לתלות ב"סכנה חדשה" זו תקווה, לאור ההישגים ביישום הצדק במשפט בעקבות הסכנות הקודמות, ולאור הרכיבים במערכת המשפט שעמדו בסכנה בכל פעם?

שכן מה למעשה נמצא בסכנה בעקבות הגישה המדעית ללימוד משפטים באוניברסיטאות? "היגיון", אמר הלורד קוק, "הוא נשמתו של החוק; אין המשפט המקובל עצמו דבר מלבד היגיון". באוניברסיטה היגיון זה נהיה היגיון חי, המחובר לכל התנועות האינטלקטואליות בתקופתו ומושפע מהן. המשפט הופך למעשה לחלק ממדעי החברה. חומריו לא נמדדים ומעוצבים ביחס לעצמם בלבד. שיטותיו ורעיונותיו חייבים לעמוד בהשוואה לשיטות ולרעיונות במדעי הכלכלה, הפוליטיקה, ההיסטוריה והסוציולוגיה. הרבה ממה שנתפס בעבר כחשוב ביותר לאנשי המקצוע מאוים בסביבה כזו. אבל מה שהיה חשוב בעבר כבר התיישן ממילא והשאלה היתה רק האם יעמוד למחקר ביקורתי ויגובש מחדש לפי קוים מנחים מדעיים, או האם יוכפף למכבש החקיקתי ויוחלף כלאחר יד בתוצרי הצרכים החקיקתיים הדחופים. ההיבט העיקרי בלימוד משפטים, כמו בכל נושא, הוא ידיעת הנושא לעומקו. לא ניתן לדעת משהו מתוך עצמו בלבד. "ידיעת כללי המשפט", אמר המשפטן הרומי, "אינה רק הבנת המילים אלא גם הבנת כוחן ופעולתן". לא ניתן להבין או ללמד משפט, על כוחו ופעולתו, באווירת יחסי פרקליט-לקוח אשר שולטת בלשכה האמריקאית כיום, וגם לא בבתי ספר שמתמקדים באידאלים בלבד. במקום זאת, עלינו להסתמך על סביבת אוניברסיטה שבה המורה למשפטים יידרש להצדיק את לימודיו בפני עמיתים מדעיים בתחומים משיקים רבים. נדרש רק לקרוא את כתבי העת שיוצאים לאור בבתי הספר למשפטים באוניברסיטאות אמריקאיות כדי להיווכח שהמשפט המגיע בספרי חוק ומשפט הוא מופשט וחסר חיים, בעוד המשפט בבתי הספר שלנו מוחשי וחי. בכל שימוש סביר במונח, המשפט המעשי כיום הוא המשפט שנלמד בבתי הספר האקדמיים למשפטים שלנו ולא ההגדרות, הנוסחאות החלולות והכללים השרירותיים בבחינות הקבלה ללשכה שלנו.

הנשיא באטלר חושב על תורת משפט סוציולוגית כעיסוי רקמות משפטי ומזועזע מהרעיון של מעסה מקצועי המעניק עיסוי לחוקים בספרי ה*קורפוס יוריס*. אבל אולי חלקנו מרגישים שיש עצמות יבשות בחוק שלאו דווקא ייפגעו מטיפול כזה. לפני שנחרים את המעסה הפרופסור עלינו לבחון מה עשו ועושים אנשי המקצוע הקונבנציונליים. תוך דור אחד הם אפשרו לדיני השירותים הציבוריים במלואם לעבור מהתחום השיפוטי לתחום המנהלי. תוך עשור הם אפשרו לחלק מהותי מדיני הנזיקין לעבור מבתי המשפט לוועדות תעשייתיות. עקב אדישותם לעניין שמדאיג מאוד את הציבור הרחב, מוצע שכל ניהול התביעות הקטנות ינותק מהשיטה השיפוטית ויהפוך לעניין מנהלי. באחת המדינות העבירו ממש לאחרונה טיפול בחשבונות הדדיים בין חקלאים לסוחרים מבית משפט של יושר לידי ועדה חקלאית. אפילו בחוק הפלילי, שהיה *באופן מובהק* נחלתו של המשפט המקובל, בתי משפט לנוער, מועצות לאפוטרופסות ילדים, ועדות שחרור על תנאי ואינדיבידואליזציה מנהלית של עונשים פליליים מצמצמים באופן עקבי את תחום הצדק המשפטי המעשי. במשך יותר ממאה שנים היה העניין העיקרי של עורך הדין בתחום הגנה על רכוש וחוזים. כיום גם לתחומים אלה פלשה סמכות שיפוט מנהלית. לאחר שניסו לשווא בתי המשפט לשפוט בנושא זכויות מים ולהסדיר את מימושן בעזרת המנגנון הפרוצדורלי המסורתי ובהתאם לקווים מנחים מסורתיים, יותר ויותר מדינות מעבירות נושאים אלה לוועדות מהנדסים. לאחר שסירבו בתי המשפט בעקשנות להביא בחשבון את הדרישות והשיטות בעולם העסקים המודרני, החלה הקהילה המסחרית להסתמך באופן גובר על יישוב חוץ-משפטי של מחלוקות עסקיות. באשר לבעיות חדשות כמו מחלוקות תעשייתיות, אף אחד לא מעלה בדעתו להפנות אותן להחלטת בתי המשפט. אנחנו פונים ישירות לבתי דין תעשייתיים מנהליים. כשהמחשבה המקצועית והמערכת המשפטית מגיעות למצב שבו אנשי המקצוע שלנו מעדיפים לפנות לצדק פרטי – להקים בתי דין מנהליים בדומה להארון אל-ראשיד או לסן לואי תחת עץ האלון בוונסן – יש צורך דחוף בעיסוי רקמות משפטי.

סדרת מכשולים נוספת להתפתחות החינוך המשפטי היא הרתיעה המקובלת מהצבת סטנדרטים לקבלה למקצוע. בעניין זה יש שיתוף פעולה בין אנשי המקצוע לציבור הרחב. איש המקצוע חושב שעורך הדין שעבר הכשרה מדעית לא יכבד נוסחאות מעצם קיומן ולא יוקיר תובנות מפוקפקות שנקבעו בסמכותיות בעקבות מקרים חריגים בהיסטוריה, ועל כן יערער על מה שהתקבע לאורך זמן. הציבור הרחב חושב ש"לא דמוקרטי" לחייב הכשרה מדעית למי שנועד לעבוד במקצוע שקרוב כל כך לפוליטיקה כמו מקצוע המשפטים. אי-האמון בבעל הכישורים הוא תוצר לוואי ותיק של הדמוקרטיה. הדמוקרטים באתונה חששו מהאדם יוצא הדופן והמוסדות הפוליטיים באתונה הותאמו לשלילת כל מי שעדיף ביכולותיו. כל אדם בקהילה שיכולותיו וכוחו עולים על הממוצע נתפס כמסוכן. אפילו פילוסופים נדבקו בגישה זו.

אפלטון אמר בדבריו על המדינה האידאלית:

 **. . . נמצא רק במדינה שכך טיבה, כי הסנדלר סנדלר הוא, ולא קברניט בנוסף על סנדלרותו, והאיכר – איכר, ולא שופט בנוסף על עבודתו את האדמה, ואיש המלחמה – איש מלחמה, ולא סוחר בנוסף על אומנותו במלחמה. . .**

**שאם יגיע למדינתנו גבר שמרוב חוכמתו יהא מסוגל ללבוש כל מיני צורות, ולייצג את כל הדברים. . . ואם ירצה להציג לפנינו את יצירותיו, נשתחווה לפניו . . . אך נאמר לו שאין במדינתנו איש אשר כזה, ולפי דיני הקודש אסור לשכמותו להיכנס אליה. . . נשלחנו למדינה אחרת.**[[1]](#footnote-1)

אין כל מאפיין אמריקני במיוחד בפולחן חוסר הכשירות שלנו. אבל הוא מכביד מאוד על מוסדות שבהם כל כך הרבה סובב סביב המשפט. דוקטרינת המשפט המקובל שלנו, שמקנה עליונות למשפט, הופכת את רוב השאלות החברתיות והפוליטיות החשובות לעניינים משפטיים ומצפה מהשופטים להשמיע דברי קודש בתשובה. כאשר הרכב שופטים מצפוני אך בעל הכשרה מוגבלת נותן החלטות מוגבלות שבהן הוא כמו מודה בחוסר יכולתו ביחס לכל סעיפי החוקה, המדינית והלאומית, אנחנו מתחילים לפקפק בחוכמת המייסדים ומנסים תרופות אלילים פוליטיות, במקום לנסות את הנתיב המסוכן שיבטיח כי רק עורכי-דין בעלי כישורים והכשרה יסודית יתקבלו למקצוע שמוביל לכס השיפוט. וודאי שהכשרה מדעית ללשכה תכאיב למוסדות שלנו הרבה פחות מדברים אחרים שעשינו במאמץ להתרחק מפרשנויות קטנוניות למסמך משפטי כה חשוב. בסופו של יום, רק הכשרה כזו של מי שאמורים לפרש וליישם את החוקה תשרת את צרכינו, ולא דבר פחות ממנה. מחובתנו להודות גם במעשינו ולא רק בדברינו כי המשפט הוא מדע.

**לימודי המשפט שלנו חייבים להתנהל כמו לימודי כל מדע חשוב אחר שנלמד באוניברסיטאות; באותה מידת העמקה, באותן שיטות ובאותו ריכוז יסודי והשקעה תמידית של כל יכולותיו של סגל מלומד ושקדן.**

אבל נאמר לנו שהמשפט הוא דבר מעשי ושהמשפט בבתי ספר אקדמיים למשפטים נשען יותר מדי על מה שצריך להיות ולא על מה שקורה בפועל. הנדסה היא עניין מעשי; רפואה היא עניין מעשי; אדריכלות היא עניין מעשי. גם חקלאות היא עניין מעשי. בכל אחד מהתחומים המעשיים הללו איש המקצוע לומד שאי אפשר להפריד את מה שקיים בפועל ממה שצריך להיות; שהדבר שקיים יכול להמשיך להתקיים רק אם יהיה או יתכוונן להיות הדבר שצריך להיות, ושביצוע חוזר של תהליך שגרתי לפי כלל אצבע לא בהכרח מלמד על מה שקיים ולא מאפשר לשפוט מה צריך להיות.

חשבו לרגע מה גרם החינוך המשפטי הכביכול מעשי למערכת המשפט באמריקה. בין היתר הוא מילא את ספרי המשפט שלנו בפתרונות קסם מילוליים שלא מחזיקים מעמד מול ניתוח ושיישומם פוגע במטרות החוק. נדרש רק לקרוא את ההחלטות האחרונות בנושא "הדדיות" בדיני יושר כדי להבין את הנזק שמילים כאלו עלולות לגרום כשהן מספקות הצדקה למראית עין להחלטות שרירותיות ולא צודקות. יש רק לקרוא את ההחלטות האחרונות בנושא "ויתור" כדי לראות איך המשפט מתערער בעקבות מילים כאלו תוך שהוא שומר על מראית עין של ודאות. הסטודנט הביקורתי למשפטים יחשוב גם על "זדון", "קרבה משפטית", "ריחוק", "מניעות" ומילים רבות נוספות ממשפחת המילים השחוקות והקבועות שלא מקבלות מנוחה.

בדור האחרון גרם לנו החינוך המשפטי "המעשי" להאמין בהליך מעצם קיומו והתוצאה ממשיכה לעוות את יישום החוק בבתי המשפט שלנו ודוחפת יותר ויותר אנשים שאיבדו סבלנות להליך מנהלי במקום שיפוטי. בשני העשורים האחרונים חל שיפור גדול. אולי היכולת "לבקש שיירשם בפרוטוקול" כבר לא משמשת כמבחן המקובל לעורכי דין מיומנים. אולי התחלנו לפקפק בתפיסה הישנה שזכייה בתביעה על סמך סיכוייה אינה מדעית. אבל מתן חשיבות-יתר להליך עדיין מאפיינת את המשפט האמריקאי. השיפור הגיע יחד עם הופעתם של עורכי דין בעלי הכשרה מדעית והתקדם ביותר במקומות שבהם עורכי הדין הללו היו בעלי השפעה רבה.

בדור הקודם החינוך המשפטי "המעשי" לימד אותנו לבטוח בהבחנות לוגיות דקות מעצם קיומן. אם התאפשר להדגים בעזרת לוגיקה שכלל חמור ובלתי צודק מתבקש מבחינה לוגית לאור ניתוח החומרים המשפטיים המסורתיים שלנו, התוצאה התקבלה כניצחון. הדרישות ההכרחיות לצדק ולהיגיון בריא גרמו לניצחונות המשפטיים הללו מהמאה ה-19 לחלוף מהעולם. אבל המורה עדיין צריך להיאבק בשרידים משפטיים כמו רשלנות מיוחסת, אי-אחריות של יצרן או ספק לצדדים שלישיים ודוגמאות רבות דומות ל"מעשי" בפעולה. בסופו של דבר הכללים היו מעשיים באופן מוחלט עד כדי כך שהתבררו כבלתי מעשיים בכלל.

כדוגמה אחרת אפשר לתת את האמונה הרווחת בדור הקודם בכללים שרירותיים והיסטוריים שגובשו לשם עצמם; את האמונה כי הכללים הקבועים בדיני הראיות שלנו הם כלי לגילוי האמת; את האמונה כי לחוקים פאודליים בדיני מקרקעין יש תוקף טבעי אוניברסלי וכי כל חלק ממערכת המשפט יכול וצריך להיות כפוף לכללים נוקשים לפי מודל זה. הדור הקודם של עורכי הדין ראה בדברים כאלה מעלות. כלל שהיה שרירותי ונוגד את ההיגיון הבריא נחשב להוכחה שהחוק הוא חוק. הוא שימש להזכיר לנו, במילותיו של קוק, כי אם ההיגיון הוא נשמתו של החוק, הכוונה היא ל"היגיון מלאכותי והכרעה שיפוטית של החוק ולא להיגיון הטבעי של כל אדם". כך כל סטייה מצורכי הנוחות ומדרישות הצדק נראתה כמי שמצדיקה את עצמה.

ההכשרה "המעשית" בעבר גרמה לנו להניח כי המשפט המקובל מורכב מעקרונות קבועים ולהאמין בהסקת מסקנות מוחלטת מהם, מה שהוביל בסוגיות רבות עכשוויות ומהותיות לנטישה כוללת של המשפט ולפנייה לגופים מנהלתיים, במקום שבו התפתחות מדעית של השיטות המסורתיות והמשפט המסורתי היתה מספיקה כדי לפתור את הבעיה.

אבל יותר מכל הוביל החינוך המשפטי הכביכול מעשי במאה האחרונה לאמונה נאיבית בצדק מופשט. הצדק המופשט של הכללים המופשטים היה חזות הכל; התוצאות מיישומם המעשי על מקרים בשטח היו פרט זניח. הצדק המופשט שבנוסחה האוניברסלית היה בעל ערך מכוח עצמו, ללא קשר לתוצאות בפועל. יש סיפור קלאסי על שופט אנגלי, לפני הקמת בית המשפט לגירושים, שבמסגרת פסיקה בנושא גבר ממעמד הפועלים שהורשע בביגמיה הסביר לאותו גבר איך באמצעות שלושה הליכים משפטיים ותשלום תשע-מאות ליש"ט הוא יהיה כשיר משפטית להינשא בשנית לאחר שאשתו עזבה אותו כדי לגור עם נואף, והבטיח לו כי אנגליה תמיד התגאתה בכך שיש חוק אחד זהה לכל המעמדות; זו פשוט סאטירה על הגישה הכוללת של המקצוע במאה האחרונה. גם בפסיקה שלנו יש מקרים רבים של הצהרות מנותקות באותו סגנון, כאשר בוחנים אותן אל מול עובדות חיי היומיום. תוך דור אחד אמרו לנו בתי המשפט באמריקה כי חוק בנושא שעות עבודה הפך את העובדים ל"בני חסות של המדינה"; כי חוקים בנושא תשלום משכורות במזומן מתייחסים לעובדים כטיפשים; כי חוק שאוסר על תשלום לעובדים בהזמנות בחנות של החברה מסווג אותם כילדים, כמטורפים וכעבריינים; כי חוק אחריות מעסיקים מטיל על המעסיק אחריות שרירותית שלא היתה קיימת לפי המוסר; וכי כלל "עמית לעבודה" פשוט מבטא רעיונות צדק כלליים שמקובלים על כלל הציבור. התוצאות היו חמורות לא פחות מהמילים ששימשו כדי להגיע אליהן. דוקטרינת עליונות החוק במשפט המקובל נפגעה שלא לצורך במשך עשרים וחמש שנים של הצבת חסמים שיפוטיים חסרי אינטליגנציה בפני חקיקה חברתית. ההרגל של עורך הדין לפתור את כל הקשיים האפשריים בתהליך לוגיקה טהורה שמבוססת על הנחות מופשטות והפחד הטבוע בו כי כל דבר חדש יוביל לגחמות שיפוטיות הפך את המקצוע לביקורתי מאוד כלפי רעיונות לשיפור החוק, במקום להיות הגורם שמטפח אותם. לכן את השיפורים היעילים ביותר במערכת המשפט כיום גיבשו הדיוטות והם נמצאים אצל פקידים מנהליים ולא אצל אנשי משפט. לכן אנחנו גם פונים לגופים חוץ-משפטיים או לפחות חוץ-שיפוטיים כדי לפתור את הבעיה המשפטית הגדולה ביותר כיום – איך לשמור על האינטרסים החברתיים שמאוימים תחת התופעות היומיומיות של מלחמה תעשייתית.

ניתן להגדיר שלושה שלבים בהתפתחות לשכת עורכי הדין האמריקאית. השלב הראשון מאופיין בהגמוניה של עורך הדין הליטיגטור. ההישגים הגדולים של הלשכה היו בבית המשפט וההצלחה הבולטת ביותר היתה בצלחה מול מושבעים במשפטים פליליים. לכן צורות המחשבה המקצועיות עוצבו לפי דרישות הערכאה הראשונה (nisi prius). התמחות אצל ליטיגטור מנוסה, רב כישורים ועסוק היתה ההכשרה האידאלית. השופטים והמחוקקים הגיעו מלשכת עורכי הדין הליטיגטורים. החוק עוצב ברובו כגוף כללים לשימוש בערכאה שדנה בעילות שיפוטיות. שלב זה נמשך עד למלחמת האזרחים ואולי ממשיך גם היום בקהילות כפריות או פריפריאליות מסוימות.

בשלב השני נטל את ההובלה עורך הדין שהתמחה ברכבות. לפני דור, היה הייצוג של חברת רכבות מטרת השאיפות המקצועיות וההוכחה להצלחה מקצועית. עורכי הדין המובילים הועסקו בעיקר כסנגורים; האנרגיה, היצירתיות וההשכלה שלהם נרתמו בעקביות לסילוק או להדיפה של אלו שביקשו סעד נגד חברות רכבת בבתי המשפט. אבל שופטים ומחוקקים, במיוחד כאשר הרכב השופטים היה ניתן לבחירה, לרוב לא נבחרו מקרב עורכי הדין הללו ולעתים קרובות ניהלו איתם תחרות לא שוויונית, דבר שהשאיר את סימניו על המשפט עד היום. גם בשלב זה ההתמחות היתה שיטת הכשרה שימושית; אבל המשרות הבכירות ביותר דרשו מוחות בעלי הכשרה נוספת. עם זאת, ההכשרה הנוספת הדרושה היתה היסטורית ואנליטית בלבד מאחר שחשיבה משפטית יצירתית היתה מחוץ לתחום של מובילי המקצוע.

היום עברה ההגמוניה לתחום יחסי פרקליט-לקוח. עורך הדין כמעט שלא מגיע לבית המשפט. תפקידו הוא לייעץ; לנהל נאמנויות; לשמר השקעות; להקים מיזמים עסקיים, לנהל אותם ולבצע שינויים מבניים; להצביע על סיכונים, מכשולים ונתיבים בטוחים ליזמים עסקיים; לפעול כסוכן במקום בעלי העסקים הנעדרים. את תפקידיו האחרים של עורך הדין הוא משאיר לקולגות זוטרים יותר. היישום האמיתי של המשפט מעניין אותו רק לשם איתור המכשולים, הסכנות ונתיבים שיש להימנע מהם עבור הקברניט העסקי. הצו המשפטי כאמצעי למילוי צרכים אנושיים, המסה הגדולה של זכויות אנושיות שזועקות להכרה, הבעיה הנצחית של יישוב הזכויות האלו במערכת הצדק בין אדם לאדם, כל אלו חסרי משמעות עבורו. כשהוא חושב עליהם זה רק כדי לפטור אותם כעניינים לתאורטיקנים, נושאים לפרופסורים לכלכלה או לסוציולוגיה. כך למובילי המקצוע אין כל עניין בשאלות המהותיות ביותר במשפט כיום, ובעקבות זאת ההגמוניה במוסדות שלנו עוברת מבתי המשפט למנהלים ומעורכי-דין למנהלנים. אם אוניברסיטה ציבורית מכשירה אנשים רק כדי להתברג בתפקיד בכיר במקצוע שמנהיגיו יישארו תמיד כמתואר לעיל, המועצה המנהלת שלה צריכה לשקול ברצינות אם יש לה הצדקה בהוצאת כספי ציבור לצורך החזקת בית ספר למשפטים.

לאיזו מטרה מספקת המדינה חינוך משפטי לצעיריה? חלק מכך, ניתן לטעון, הוא להכשיר את הצעירים במקצועות שונים שבעזרתם יוכלו לנתב את דרכם בחיים ולשאת בנטל החיים הבוגרים. אבל השיקול העיקרי הוא וודאי שבמשטר שלנו הרבה מאוד עניינים תלויים במשפט ולכן עורכי-דין טובים הם נכס חברתי. לפעילותו של עורך הדין שלושה היבטים: (1) פרנסה לעצמו, (2) הבטחת הזכויות והגנה על האינטרסים של אלו המעסיקים אותו, (3) קידום מערכת הצדק בהתאם לחוק וקידום זכויות וצדק בעולם. למדינה אמור כנראה להיות עניין בכל שלושת הצדדים. אבל עניינה של האוניברסיטה הוא בהיבט השלישי, ועניינה העיקרי של המדינה גם הוא בהיבט השלישי. המבנה הארגוני המקצועי של ימי הביניים ומערכת ההתמחות דאגו להיבטים הראשון והשני. אבל התפרקות הארגון המקצועי וההשמדה חסרת הרחמים של התחושה המקצועית בחברה האמריקאית בתקופת ג'פרסון הותירו לנו רק מעט זיכרונות מקצועיים וצירופי לשון מסורתיים. עד לעליית בית הספר האקדמאי למשפטים והתחייה המחודשת של התחושה המקצועית בתקופה האחרונה, הכשירה מערכת ההתמחות את עורכי הדין רק לצדדים הפחות חשובים חברתית של המקצוע.

כשאנחנו חושבים על מצב זה, אין להתפלא שהחוק זוכה לחוסר אמון ושאין שביעות רצון מהמוסדות המשפטיים. אין להתפלא שההדיוט החושב לא מרוצה מעורך הדין ושעורך הדין החושב לא מרוצה מעצמו.

אין להתפלא שיש עלייה מתמדת בוועדות ובמועצות מנהליות, שהממשל העצמי חווה תחייה מחודשת, ששלטון האדם צומח על חשבון שלטון החוק, כפי שקורה בכל תחום שיפוט אמריקאי במשך דור. אין להתפלא שיש דרישה להשפיע על בית המשפט דרך מינוי שופטים נוספים בקרב אלו שלא רואים דרך לשיפור החוק עצמו. אין להתפלא על ריבוי הפרויקטים לביטול בחירת שופטים או לביטול החלטות משפטיות ועל הניסיונות הגסים והלא יעילים להבטיח את ההכרה בצרכים חברתיים בוערים, אחרי שזכו להתעלמות מאנשי המקצוע המיומנים שהיו אמורים לוודא שמערכת המשפט תהיה כלי חי ליישום צדק. כל עוד מנהיגי הלשכה לא עושים דבר כדי להעמיד את המסורת המשפטית שלנו לרשות צורכי המאה העשרים וכל עוד המחוקקים שלנו, שנלהבים אך פחות מלומדים בתחום עבודתם, ממשיכים להצדיק את האמרה הישנה – "ככל שדיברו על החוק כך הפרו את החוק" – ימשיך הציבור לחפש מפלט בפרויקטים מזויפים לרפורמה במנגנון החיצוני של מערכת המשפט שלנו, מתוך תקוות שווא לתיקון נשמתה הפנימית. לפני כמה שנים כאשר היה אופנתי במקומות רבים לדחוף לביטול החלטות שיפוטיות, נהגתי לעודד כחלופה את ביטול בחירתם של המורים למשפטים. מאחר שהתרופה האמיתית, התרופה התמידית, היא לייסד מקצוע מבוסס חינוך מדעי, מקצוע שיהיה מודע לבעיות מערכת המשפט של המחר ויוכשר להתמודד איתן, מקצוע שיוכל לבסס שירות בטוח ומצפוני ללקוחות אך יחזיק בתפיסה גבוהה יותר של החוק ושל תפקיד עורך הדין מעבר למה שדרוש לשירות הלקוח בלבד; התרופה המתמשכת היא מקצוע שיוכשר כאמור ומתוכו יגויסו שופטים, מחוקקים ופקידים מנהליים.

מוסדות השכלה הוקמו לראשונה באמריקה הקולוניאלית כדי לספק כמרים לכנסיות – הצורך החברתי העיקרי בזמן ובמקום. הסדר החברתי אז היה פשוט. החברה היתה הומוגנית. השאלות בתרבות ההיא היו אתיות בלבד. כיום הסדר החברתי מורכב. החברה הטרוגנית. השאלות בתרבות שלנו לא אתיות בלבד; הן משפטיות, כלכליות, רפואיות, מכניות ואולי גם אסתטיות. אי-אפשר להשאיר אותן להתפתחות מסחרית או מקצועית בלבד ולסמוך על התחרות הפנימית לצורך קדמה או על שיטות ההתמחות אצל מאמנים לצורך הכשרה.

וודאי שבאוניברסיטה – אפילו באוניברסיטה אמריקאית ב-1920 – אנחנו יכולים ליישם סטנדרטים שונים מעיקרון התגמול הכספי או מעיקרון ההישגיות הדורסנית. אבל לימודי המקצוע נפגעו כל כך בעקבות היישום הנוכחי של סטנדרטים אלה עד שהמורים למשפטים חוששים לדבר בקול בפני אנשי ההישגיות-כביכול. מה שהשיגו האחרונים עבור המשפט, בהתחשב במטרת המשפט, הוא עלוב מספיק וכולל בעיקר אובדן מתמשך של יסודות המשפט, שאת מקומו החליפה המנהלה, בכל רחבי העולם דובר האנגלית. העולם דובר האנגלית הוא בדיוק המקום שבו ההכשרה הכביכול מעשית היא הכלל השולט ועקרונות התגמול הכספי וההישגיות הדורסנית הם המדדים להצלחה מקצועית ומשפטית. אם המלומד המשפטי באמריקה מוצא עצמו מדורג נמוך לפי קריטריונים אלה הוא יכול לשאול מה המדורגים גבוה לפי אותם קריטריונים השיגו כדי להצדיק את הסטנדרטים הנהוגים. במדידה לפי קריטריונים של תוצאות מערכת הצדק, של תוכן המערכת המשפטית וצורתה, המלומד צריך לבוא במקום הראשון – על אף שאפשרויותיו מוגבלות ונבלמות עקב אי-אמון מקצועי במדע האקדמי ועל אף שדעותיו נשפטות לפי גובה משכורתו.

איש המעשים משלה את עצמו לחלוטין כשהוא מניח כי הוא ורק הוא מחובר למציאות; כי הוא ורק הוא עושה את הפעולות החשובות. אחרון הקיסרים נפל, אבל צורת חשיבתם של המשפטנים מימי הקיסר הראשון היא החוק בחצי עולם. לא נשאר דבר מעבודתם של אנשי המעש מהעת העתיקה, אבל חשיבתם של הפילוסופים היוונים שולטת במחשבה העכשווית והותירה את חותמה על הפעולה בכל הזמנים. כאשר העמידו את דיוגנס למכירה כעבד הוא קרא לקונים הפוטנציאליים "מי שיקנה אותי יקנה אדון". וכך אכן היה. מאחר שקסניאדס, איש מעשים, ידוע אך ורק בשל היותו מי שסיפק מגורים ומחיה לפילוסוף האקסצנטרי שאותו החזיק כעבד. לצד התוצאות החולפות של מאמץ תחרותי ודורסני, הדברים הקבועים בתרבותנו הם עבודתם של נביאים עברים, פילוסופים יוונים, משפטנים רומים, נזירים מימי הביניים ומדענים מודרניים. מי שהשיג הון כעורך דין כבר נשכח ומעשיו הוכחו כבני חלוף כמו כספו, אך עבודתם של השופטים קנט וסטורי עומדת איתנה. כי המציאות היא הציוויליזציה האנושית; ההישג האמיתי הוא שמירתה וקידומה של התרבות. עבודה משפטית מתמשכת נעשתה בידי אלו שראו בתוצרי תרבות העבר אמצעי לשמירת התרבות של ימינו, ואמצעי לקידום התרבות של מחר; לא בידי אלו שהשתמשו במשפט במאבקים התחרותיים של הרגע. לו היו מתייחסים הרומאים למשפט, כדרכו של האדם "המעשי", כמקבץ נוסחאות שנגזרו מראש או כגוף כללים קבועים שניסחו אבות מייסדים יודעי-כל או כסדרת מילות קסם שהטיל המחוקק הכל-יכול בעבר או כיום - לא היה משפט הרומאי הופך למשפט העולמי; באותו האופן, לא ימשיך החוק שלנו לא להיות החוק העולמי אם יישאר בידיהם של מי שמתייחסים אליו בצורה זו. בכל התקופות היה החוק של עורך הדין "המעשי" אשליה בלבד. הוא חשב על כללים קבועים, על יישום מכני, על הנחות קבועות ועל שיטה לוגית מושלמת לפיתוחן, על עקרונות משפטיים נצחיים ועל השלכותיהם ההכרחיות, על מערכת סגורה שמקבלת רק שיפורים צורניים. המציאות היא מערכת משפט מורכבת ומשתנה תמידית שבה ערכים נשמרים וצרכים אנושיים מקבלים מענה, מערכת שמפותחת בידי אנשים יחד עם כל המוסדות האנושיים הן כתנאי לתרבות והן כתוצר שלה, שיש ללמוד ולממד אותה ככזו. החוק לא גובש מהנוסחאות הדוגמטיות בספרים שנערכו לפי הזמנה להוצאות ספרים משפטיות למטרות "מעשיות", אלא בהרצאות האקדמיות של המשפטנים סטורי וגרינליף; הוא לא נוצר היום במדריכים ובאנציקלופדיות אלא בכתביהם של המלומדים וויליסון ווויגמור. וודאי אין צורך שאומר במעמד זה כי המדינה מחנכת עורכי דין לא בניסיון עקר לשמר לנצח את הסטטוס-קוו הקיים, לא כדי להכשיר עורכי דין שירוויחו כסף ולא כדי לגדל נותני שירותים מוצלחים ללקוחות, אלא כדי לקדם צדק – "העניין החשוב ביותר של בני האדם" – כדי לשמר, להעביר לדורות הבאים ולקדם את התרבות האנושית.

כפי שניתן לצפות במערכת הכשרה המבוססת על התמחות בלבד, ההוראה המשפטית הראשונה היתה דוגמטית באופן מגושם. ספרו של קוק Commentary on Littleton, ספרו של וויליאמס Notes to Saunders’ Reports וספרו של קרוז Digest of the Law of Real Property היו כלי הלימוד, והסטודנט למד על החוק כגוף כללים שמותאמים בעזרת סדרת אקסיומות וכמה תפיסות ועקרונות קשיחים. קורסי ערב במשפטים ובתי ספר למשפטים שמתמחים בחוק ובמנהג המקומיים עדיין מלמדים בעיקר ברוח זו. לאחר מכן סיפקו לנו בתי הספר למשפטים, שהתפתחו באוניברסיטאות אבל היו תולדה של הלמידה במשרדי עורכי-דין, סוג חדש של ספר לימוד על המשפט המקובל בהשפעת המאמרים ביבשת אירופה. המאמרים האירופאים, תוצרי תורת המשפט הפילוסופית במאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה, הדגישו במיוחד את הסיבות שמאחורי הדוקטרינות המשפטיות. בהתאם לכך, למשך תקופה שלטו בחינוך שלנו סיבות-מדומות והנמקה בדיעבד של האמת המוחלטת. עדיין מסתמכים על דברים כאלו במקומות מסוימים שבהם מקובלת עדיין ההוראה מתוך ספרי לימוד. בעקבות תורת המשפט האנליטית באנגליה ותורת המשפט ההיסטורית באנגליה ובאמריקה במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה הפסקנו להתייחס לסמכות כהתגלמות ההיגיון ולגבש הנמקות לאחר המעשה כדי להסביר ולהצדיק אותו. עם התקדמותן של שיטות אלו, ההוראה בבתי הספר למשפטים שלנו הפכה למדעית באמת ולראויה לאוניברסיטה. אבל הדרך עוד ארוכה, מאחר שהשיטות ההיסטוריות והאנליטיות שלנו מהמאה התשע-עשרה לא עושות הרבה מעבר לביקורת על החוק מבפנים כשהביקורת מבוססת על החוק עצמו. שיטות אלו היו שימושיות בתקופת יציבות שבה הצורך המשפטי העיקרי היה שיפור פורמליסטי בתוצרי תקופת הצמיחה במאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה. כיום, בתקופת צמיחה חדשה, הן לא משרתות אותנו. כאשר אנחנו מנסים להשתמש בהן לעבודה יצירתית במדע המשפט אנחנו דומים לברון מינכהאוזן שניסה לחלץ את עצמו מתוך ביצה טובענית בעזרת שפמו הארוך. בתורת המשפט, כמו בכל מדע אחר, אנחנו פונים מהאנליטי וההיסטורי לשימושי; אנחנו לא מסתפקים רק בשאלה מהם הדברים ואיך נוצרו כפי שהם, אלא שואלים גם מה הם עושים‏, איך הם עושים זאת ולאיזו מטרה. המשפט הוא המקום שבו צורת החשיבה הזו היא הפורה ביותר.

במקום הפרשנות המשפטית של החברה והמערכת המשפטית במונחי חוזה חברתי, או הפרשנות האתית במונחי "זכויות", או הפרשנות המטפיזית במונחי הסקת מסקנות מנוסחה בסיסית, או הפרשנות הביולוגית במונחי אורגניזם-על ענק, אנחנו פונים לפרשנות שימושית. אנחנו חושבים על מערכת המשפט כחלק מהנדסה חברתית, כניסיון אנושי לשמר ערכים, להסיר חיכוך ולמנוע בזבוז בתהליך מילוי הצרכים האנושיים. אם אנחנו נעזרים במדע הפיזיקלי והביולוגי כדי להרחיב את האמצעים למילוי צרכים נוסף על שימורם, אנחנו נעזרים במדעי החברה כדי ללמוד מהם איך בני האדם יכולים ליישם אותם למטרותיהם תוך חיכוך ובזבוז מינימליים. לכן על המשפטן לחשוב על משימת-על, או נכון יותר על סדרת משימות-על, לקידום הנדסה חברתית. הבעיה שעומדת בפניו היא לא יצירת הרמוניה מופשטת של רצונות אנושיים, אלא הגנה מוחשית על זכויות אנושיות או מימוש מוחשי שלהן. הטרגדיה המרכזית בחיינו היא שאין מספיק משאבי קיום לכולם; שהצרכים של הפרט אינסופיים אבל האמצעים החומריים למילוי צרכים אלה מוגבלים; שכולנו רוצים את האדמה אבל אנחנו רבים והאדמה רק אחת. לכן המשימה של מערכת המשפט היא שימור משאבי הקיום כדי לאפשר להם תפוצה רחבה ככל האפשר, מניעת חיכוך בשימוש בהם ומניעת בזבוז בניצולם, כך שאמנם לא יוכל כל אחד לקבל את כל דרישותיו אבל לפחות יוכל לקבל כל מה שאפשרי. אך גישה שימושית זו טרם זכתה להשפעה בלימודי המשפט האנגלו-אמריקאי. היא גם לא תשפיע למעט באוניברסיטאות שמלמדות משפטים, לא דרך פירושים לנוסחאות סמכותיות שמבטאות היגיון מוחלט, אלא כתהליך חי של צמיחה והתאמה.

הדרך שבה תהיה לאוניברסיטאות שלנו התרומה הרבה ביותר לתרבות היא אם הן יאפשרו את לידתו מחדש של מדע המשפט כפי שכבר עשו במדע הרפואה. הלידה מחדש תתאפשר רק בעזרת חינוך משפטי, ואת החינוך המשפטי היחיד שיאפשר אותה חייבים ללמוד באוניברסיטאות. עתיד בתי הספר האקדמיים למשפטים שלנו הוא עתיד החינוך המשפטי, ועתיד החינוך המשפטי במדינה זו הוא עתיד המשפט האמריקאי. ויותר מכך. המשטר האנגלו-אמריקאי שלנו הוא במהותו ולעומקו משטר משפטי עד כדי כך שעתיד החינוך המשפטי הוא לכל הפחות עתידם של המוסדות האמריקאים עצמם.

1. *כתבי אפלטון*, תרגם מיוונית יוסף ג. ליבס, כרך שני, הוצאת שוקן/ירושלים תל אביב, 1979 [↑](#footnote-ref-1)