

על דין ודברים אחרים *

מאת

פרופ' א' לבונטין

אנו עומדים בפתחה של שנת לימודים. במהלכה יינתנו בפקולטה כמה וכמה קורסים שאינם דווקא "משפטיים". במהלך הקורסים המשפטיים יידונו גם היבטים, גורמים ושיקולים שהם חוץ-משפטיים. ייכתבו פסקי דין שלא יושענו על יסודות משפטיים גרידא, וכאלה שבהם לא קל יהיה לבודד את היסודות המשפטיים. נשוב ונשמע על חשיבותה של גישה "אינטרדיסציפלינרית" וזוהירונו, ובצדק, ששום דיסציפלינה כשהיא לעצמה לא תספיק להקיף את הקיום האנושי ובעצם — שאין בה כדי למצות אף מגזר אחד של הווייתנו.

דווקא לרקע זה ראיתי לשוב ולהרהר בנושא ייחודו של הדין. כמשפטים — עיקר עיסוקנו בזכויות ובחובות, באיסורים ובהיתרים. מכאן אפשר למנות דברים אחרים שאינם במרכז עיסוקנו. דחפים, מניעים, עכבות נפשיות אינם במרכז עיסוקנו. אילוצים מדיניים וחברתיים, חישובי כדאיות — אף הם לא. השאלה אם אינטרס זה או אחר ראוי להיות זכות — אף היא לא. אין המשפטן, בתורת שכוח, עוסק במה שכדאי, רצוי, הולם, נכון, אלא במה שמותר ואסור, אפשרי או בלתי-אפשרי — ואף זאת לא לפי השקפות מוסריות או דתיות או משקיות, אלא במישור הדין.

המציאות הריאלית באה על ביטויה במה שמכונה חוקי הטבע. חוקים אלה אינם ניתנים להפרה. בנפשם, כלומר בהגדרתם, הדבר. אם הופרו, אין ללמוד מכך אלא שידיעתנו את הטבע, שהיא תמיד עראית, לא היתה בעניין מסוים נכונה או שלמה, ונצטרך לשוב ולנסח מחדש את החוק שהופר. אך לא נוכל לומר כי חוק שהופר מוסיף לעמוד כמקודם, שחילולו אינו פוגם בתקיפותו. הדימום של דברים בחוקי הדין: אלה, מעצם מהותם, יכולים וצפויים להיות מופרים, ועם זאת מוסיפים לעמוד בתוקפם. עולמן של הנורמות המשפטיות הוא כמו שלם לעצמו, עולם קסום, נעול, מקביל לעולם המציאות ועל כן אינו עשוי להתנגש בו. מבחן טעותו של משפטן, שלא כמבחן טעותו של איש מדעי הטבע, אינו בכך שהמציאות באה וטופחת על פניו. הרי תמיד יוכל להשיב: אמרתי מה מותר ומה אסור; לא אמרתי מה טוב או מה כדאי, ובוודאי שלא אמרתי מה יהיה.

ובכל זאת, סגירותו של עולם המשפט אין לקבלה כפשוטה. ערכן של הנורמות, אלו הצרופות, הבלתי-תלויות, בא להן מחוץ לעצמן, מעולם הגשם, היגיעה והצרכים. אילו היתה תועלתן של פקולטות למשפטים פותחת ומסיימת בהן עצמן, אילו גידלו פרחים בלבד ולא פירות, כי אז היה מקום לתמוה על נכונותן של הציבור לממן ולקיים אותן.

* דברים שנאמרו בטקס פתיחת שנת-הלימודים תשל"ט בפקולטה למשפטים, ביום ה' בחשוון תשל"ט (5.11.78). (השקפת המרצה על החופש האקדמי הובעה, בהזדמנות קודמת, בכינוס שנערך באוניברסיטה העברית ביום 3.1.67, ודברי המשתתפים בו פורסמו לאחר מכן בחוברת "על החופש האקדמי", בהוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס — ירושלים, תשכ"ז.)

אלא שהנורמות לא די להן בשלמותן הארכיטקטונית לעצמן; הן חותרות להשפיע על החיים, ובעצם אף באות לעולם בלחץ החיים. אחרת — היינו מסתפקים בחקר תקפותן הפורמאלית של הנורמות ובדירוגן ההירארכי; ושאלת תכניהן — שהם שונים ממקום למקום ומזמן לזמן, ומשקפים את עובדות החיים ואת יחסי הכוחות בחברה — לא היתה עולה כלל. ומשמגיעים אנו אל התוכן, הרי האמת היא, שאין לנתק את תוכנו של כלל משפטי מהתהוותו. כלל גלום כרגיל בטקסט; וטקסט חשוף תמיד ליותר מפירוש אחד. ובסופו של דבר אנו עמלים לוודא, או לפחות להעדיף, אותו פירוש מן הפירושים האפשריים התואם את כוונתו של מישורו או את הבנתו — את כוונת המחוקק או את הבנתו של ציבור הכפופים לחוק. אין להפעיל כלל משפטי אלא לאחר שאומץ, ולו מבלי משים, ולו לצורך אותה הפעלה בלבד, אותו פירוש שלפיו מפעילים את הכלל. והמעשה הרצוני של אימוץ אחד הפירושים האפשריים מהווה גם מפגש קריטי בין הנורמה ובין מה שקרוי "החיים".

אף אם נקפיד להתמקד בכללים עצמם, הרי שלצורך פירושם לא יהא לנו מנוס מבידוק הנסיבות והלחצים שהניעו את מחברי הכלל לחברו, ונימצא בכל זאת גולשים אל עולם הסוציולוגיה, הכלכלה והמדיניות.

בעשותנו זאת נהא משלמים מחיר. מחירו של המאבק להבין כללים הוא בכך, שעלינו לקרוע אשנבים מעולם הכללים עצמו, שהיה אמור לספק לנו שלמות, ודאות ויציבות, אל הווייתם המיוסרת של אנשים בשר ודם, ואל עולם החשיבה והיצרים הרב-תכליתי ונעדר-ההסכמה של אידיאולוגים, עסקני ציבור, מדינאים. ביקשנו לישב בשלווה בצלן של הנורמות, ושב וקפץ עלינו רוגזה של המציאות.

ואין המחיר כבד אך בשל הכרסום בשלוות נפשם של המשפטנים, אלא גם עקב הפגיעה באחת התועלות המובהקות שמקובל לייחס לשיטת משפט. הרי הדין אמור לשקף אותו מינימום של הסכמה הרווח בחברה מסוימת. אנו גאים בכך ששני משפטנים, שהם בעלי מקצוע טובים, אף שהם חלוקים ביניהם בנוגע לערכו של כלל משפטי או לרציתו, אף שהם נמנים עם אסכולות שונות על-פי השקפת עולמם, או עם מחזנות עוינים על-פי השקפת חייהם, יהיו בכל זאת תמימי-דעים באשר לקיומו של כלל משפטי. אך מה בצע בהסכמה על קיומו של כלל כשאין הסכמה על פירושו, כלומר הסכמה כי הוא אכן הכלל החל במקרה המסוים ומוליך בו אל תוצאות מסוימות? הרי אז יתגלה שמתחת למעטה ההסכמה הנחוצת מוסיפה לקצוץ המחלוקת כמקודם, ונמצאנו מברכים לבטלה או אף מאחזים עיניים. והנה, בבואנו לפרש את הכלל ולבדוק מה לפני הכתוב ומה מחוצה לו, כלומר מה מעבר למינימום שזכה בהסכמה רחבה, אנו כמו עוקרים במר ידינו את מגופי הסכר שהקימונו בדי עמל להגנה על המינימום המשפטי בפני נחשולי המציאות.

אכן, המחיר כבד. אך אין ממנו מנוס, כי אי-אפשר ליישם כלל ללא קביעת תוכנו, ואין קביעת תוכנו ללא התחקות אחר כוונה או הבנה, ואין התחקות כאמור ללא הכרת הגורמים והנסיבות אשר הניעו את המתכוון או את המבין. נמצא שהמשפטן, אף אם עיסוקו בכללים, אנוס לפתיחות אל העולם החוץ-משפטי.

כלום אין ניגוד בין הבלטת ייחודו של הדין ובין הודאתו בצורך להיזקק לנתונים ולידיעות שמתוך לדין לצורך יישומו של הדין עצמו? ניגוד — אולי לא. אך בודאי נוצרים מתחים וספקות. וכאן הייתי מציע לעצמנו תנחיה: הבה נעסוק בלימודים

חוץ־משפטיים, אך נעסוק בהם לשם הלימודים המשפטיים. ההנחה אינה קלה. היא דורשת מאתנו להלך במשעול צר. אם נסטה לצדו האחד של המשעול, צדו הנורמאטיבי, והפכנו להיות 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 להרעיל אף את הדין עצמו. ואילו אם נסטה אל הצד האחר ונתמכר לקסם הכלכלה, הסוציולוגיה, הפסיכולוגיה, יתחולל פיחות במרכיב המשפטי הסגולי שבעבודתנו, שהרי קצר המצע מהשתרע בכל הכיוונים.

ההנחה שיש טעם לדבר בייחודו של הדין, להבדיל בין כללי הדין ובין ערכי התנהגות אחרים ומידות אחרות, תלויה בפילוסופיה הציבורית המקובלת על חברה זאת או אחרת. קיימת ויקה אמיצה בין היכולת לייחד את המשפטן ובין אופייה של החברה. בחברה פתוחה, פלוראליסטית, שבה אין אדם חייב לאכול, ללבוש, ליהנות על־פי דפוס מקובל ואחיד, יש מקום למשפטן ככזה, למשפטן שאינו גם אידיאלוג או מורה־דת או מטיף בשער. בחברה פתוחה מותר לעשות דברים רבים, שונים ואפילו הפוכים, וכולם "חוקיים". הדין אוסר מה שאוסר, מסדיר מה שמסדיר, אך בנתון לכך הדין מדיר עצמו מלומר מה לעשות, כיצד לנהוג ובמה להאמין. כאשר כזה הוא הרקע, יש טעם לתפוס את הדין מבחינתו של "האיש הרע", כפי שאמר פעם הומז (Holmes), האיש הרע אינו מוטרד מהרהורי חרטה או ממועקת המצפון; הוא מעוניין לדעת מהו המינימום האסור עליו במפגיע, או הנדרש ממנו במפגיע, על־מנת שלא יסתבר. ראייה זאת, אף שהיא קאריקטורית, יש בה טעם והיא מועילה, לפחות במידה שקאריקטורה טובה, עם כל העיוות שבה, ואולי הודות לעיוות שבה, מרמזת אל המציאות.

אך דומה שהראייה הופכת להיות מוטעית ביסודה כשמדובר בחברה או בתרבות שאינה נוקטת — עוד אינה נוקטת, כבר אינה נוקטת, או אינה נוקטת מעיקרא — להבחנה בין דין ובין מוסר או דת או מסורת. בחברה כזאת אין הדין מצמצם למספר הוראות מגבילות ואין גורסים — ועל כל פנים, אין מבליטים את הרעיון — שכל מה שאינו אסור מותר. החברה נוהגת ונושמת על־פי תורת חיים כוללנית. תורת חיים כוללנית מורה לאדם את שיחו ושיגו, את ארחו ורבעו, ואפילו מהו טעם חייו. אין היא מותירה מדורים פנויים לחכמה ולחכמים שאינם מורי אותה תורה או מיישמה. בחברה או בתרבות אשר כזאת ארחות חיים הם כדיני חיים; מעשי אבות הם גם סימן לבנים; אין הבחנה מודעת, ופעמים שאין הבחנה כלל, בין הליכות ובין הלכות, בין הדסקריפטיבי לפרסקריפטיבי; פרישה מהציבור היא כראשית חטאת, והזכות להיות שונה אינה מוכרת. בחברה או בתרבות אשר כזאת בולטת הנטייה להבליע ולהטמיע בתוך תורת החיים כל גילוי ועיסוק של תבונה: ברפואת הגוף והנפש, בצפייה בכוכבים, בחיות ובצמחים, באקלים ובפרקמטיה, ובוודאי ביהסים שבין אדם לחברו. השימוש במלה "חכמים", המעבר במורשה היהודית מ"חכם" כתואר אל "חכם" כשם עצם, מעידים על זיהוי החכמה עם דבקות במסורת מסוימת ומוגדרת ועם פעילות במסגרתה. מכאן גם ההנחה שבאותה תורת חיים יש תשובה מוסמכת לכל שאלה והתופעה, של "דעת תורה" — דעת תורה על התורה שטחים, על שביתת מורים ובעצם על כל נושא. במסורתנו נראו בדרך כלל תופסי התורה גם כמורי הדור. מסורת זו ממשיכה, לדעתי,

להזין את הגטייה, הניכרת יפה בישראל של היום, לראות בעיות וקשיים באספקלריה משפטנית, וזאת על אף התמורות שנתחוללו בינתיים בגופי ההלכות ובבסיסו של הדין המחייב.

המתבונן בעבודת הבג"צ, או בעבודתו של היועץ המשפטי לממשלה, ייווכח לראות שחיות דעת לא-מעטות, ופסקים רבים, אינם מתבססים על כללים משפטיים בלבד, אלא על מה שלפי דעת המחליט רצוי או ראוי יותר, וזאת אף כאשר מה שרצוי או ראוי פחות אינו בלתי חוקי. רבים כיום העניינים שאין לגביהם הסכמה כלל-לאומית. חברתנו מקיפה יהודים ולא-יהודים, חרדים וחילוניים, חדשנים ומשמרים, ובפני כולנו מזדקרות לאחרונה שאלות שהגופים והאישים המדיניים נרתעים, בהעדר הסכמה לאומית רחבה, מלהתמודד עמן חזיתית. בנסיבות אלו התחדשה ופרחה הפיקציה הנוחה כי לכל שאלה, ותהא קשה או מביכה או חדשה, יש כבר בעצם תשובה מספיקה מן הדין, ופיקציה זאת משמשת להקל על השתמטות מהכרעה מדינית או ערכית.

בצד הפיקציה — נזקה. בעיה ציבורית גדולה, מ שום שגדולה היא, אינה באה על פתרונה בהחלטה שיפוטית או משפטית, כלומר על-ידי יישום כללים קיימים: הרי הבעיה גדולה לא משום שאין למצוא, אולי במאמץ מסוים, כללים קיימים העשויים לחול עליה, לפחות פורמאלית, אלא משום שהיא, בלשון העגה, "גדולה על" הכללים הקיימים, בחינת *De maximis non curat praetor*. ההתדיינות אפשר שתגיע לקצה, אך לא הפולמוס; מעשה בית דין יהיה לנו; שקט ושלווה — לא דווקא.

וזאת ועוד. הפיקציה טומנת בחובה סכנה למשפט ולשלטון החוק. יש גבולות לעומס שהמשפט מסוגל לשאת. ככל שייטבע המשפטן לדון ולהכריע בעניינים שהם מעבר לגבולות ההסכמה הציבורית, ככל שייטבע לשמש תחליף לכנסת ולא עושה דברה, כן ייקלע לעיצומן של מחלוקות סוערות, כן תהיינה החלטותיו חשופות לתרעומת של חלקים נרחבים בציבור, אשר יסרבו להתרצות אליהן, כן תטושש ההבחנה בין משפט לפוליטיקה, וכן — וכאן אולי עיקר החשש — עשויה לבסוף להיפגע יעילותו של הדין באותם תחומים שהם תחומי הלגיטימיות לכל הדעות. מי שהוחשד אי-פעם בתכרעה, ולו בעניינים מעטים, לפי נטיותיו האישיות, או האידיאולוגיות, ולא לפי כללים מוצקים ושווים לכל, עשוי לאבד מיוקרתו, ועל כן מיעילותו כפוסק אף באותם עניינים רבים שבהם הוא מכריע נאמנה לפי כללים ולא לפי נטיותיו האישיות. ישקול-נא אפוא המשפטן בכל אחד מתפקידיו אם המתבקש ממנו הוא הפעלת הדין באמת ובתמים, לפסיקה או לעצה, או שמא — ואף אם לא מדעת — מתן הכשר למדינאים ולאנשי-ציבור לחמוק, בעזרת המשפטן, ממבוכה שהם שרויים בה.

יתר על כן: ככל שייענה המשפטן לסייע בפתרון של בעיות מחוץ למישור הדין, טוב שיודיע, בקול רם, ובשפה מוכנת לכלל הציבור, ולא לעמיתיו המשפטנים בלבד, שלא את הדין הוא מפעיל, ולא מכוחו הוא פועל. אחרת, יתרום בהיענותו לביצורת של תדמית מורחבת מדי, ועל כן מסולפת, של גבולות הדין; ולאחר מכן עוד יהא מושתק מלהציב את הגבולות על מכונו ומלהחזיר את המדינאים ואישי הציבור אל חובתם שלהם להכריע בשאלות שבהן לא התגבשה עדיין הסכמה לאומית, אל חובתם שלהם לנסות ליצור הסכמה לאומית מקום שאין הסכמה לאומית קיימת.

ועוד תועלת, אף היא לדעתי לא-לגיטימית, עשויה לצמוח לה, להנהגה מדינית, מהישענות יתרה על המשפטן: את ההכרעה הגעשית על-ידיה תוכל ההנהגה להציג

בעתיד כהכרעה שבעצם לא היתה ברירה אלא לעשותה, משום שהמכריע אנוס היה, כביכול, על-פי דיבורו של המשפטן, בחינת "דעת תורה", וכל הכרעה אחרת לא היתה חוקית. כיוון שכך אין לבוא עמו בטרזניה על החלטתו, שהרי רק אותה החלטה היתה מותרת, ועל כן השאלה אם היתה ההחלטה גם מוצלחת אינה מתעוררת. ההכרח — תוכל ההנהגה לטעון — לא יגונה. ואולם, דווקא משום שההכרח לא יגונה, עלינו להישמר מפני ריבוי קטגוריות של ההכרח. טוב אפוא שהמשפטן ירגיל את לשונם של מדינאים לומר, בנוסח הסיסמה שהיתה כתובה, כפי המסופר, על שולחן עבודתו של אחד מנשיאי ארצות הברית, Here the buck stops.

דברים אלה מביאים אותי אל פן נוסף בסוגיית היחסים. הרי לא רק בהפרדת הרשויות כעיקרון לשמו מדובר, אלא בטיב ההכרעות ובמשקלן. החלטה משקפת את סגולות המחליט וקשורה בדרך שבה הגיע המחליט להיות המחליט המוסמך. והנה, בחברתנו, אין בעלי תפקידים מדיניים מגיעים אל תפקידיהם כדרך שמשפטנים, ובכללם שופטים ומשפטנים אחרים בשירות הציבור, מגיעים אל תפקידיהם. האחרונים אינם מציגים בפני ציבור הבוחרים מצע, אינם מזדהים עמו ואינם מתחייבים לעשות לקידומו ולהגן עליו. אין לציבור הודמנות להעדיף או לדחות אותם לפי רעיונות ותכניות שהציעו בפומבי. עיקר ההבדל, שביקשתי לעמוד עליו, בין משפטן בתורת משפטן ובין מחוקק, מדינאי או איש ציבור אינו בכך שהראשון עוסק כאילו בשאלות "קטנות" והשני ב"גדולות", אף לא בכך שהראשון עוסק בשאלות שיש להסדרן כללים והשני בשאלות שאין להן כללים; אלא ההבדל הוא בכך, שהראשון עוסק באותן שאלות המובאות לפניו, בין גדולות בין קטנות, לפי כללים, והשני עוסק בהן — ואף באלו מהן שאפשר להחיל עליהן כללים קיימים — כדרך מחוקק שאין כללים קיימים כובלים את ידיו, כלומר לפי חכמה ואינטואיציה, חזון וחשבון. ולפי שבעל חשבון הוא, ראוי הוא שנובא עמו בחשבון. לעומת זאת, ממשפטנים אין אנו נוהגים לגבות מחירן הפוליטי של עצותיהם.

ועתה להרהורים אחדים על מה שבין המשפטן האקדמי למשפטן הפועל. המשפטן האקדמי, כמוהו כעובד אקדמי באוניברסיטה שמקצועו אחר, ראשית נאמנותו לחובת החופש האקדמי. לא בפליטת פה אמרתי חובת החופש האקדמי. כרגיל מדברים על הזכות לחופש אקדמי. ואולם בחברתנו אין זכויות מיוחדות לחופש אקדמי. בחברות אחרות, שבהן שררו מיגבלות חריפות על חופש הביטוי והתערבות השלטונות הורגשה בכל אתר, היוו לפעמים האוניברסיטאות מעין נזיר מדבר. אך אצלנו, כיום, הזכות לחופש בעניינים אקדמיים נגזרת מן הדין הכללי. לכל אדם זכות לפרסם דברים בגבולות החוק ולהעביר תחת שבט ביקורתו אישים, מוסדות, אירועים. לעשות זאת מחוץ לגבולות החוק אסור אף לעובד אקדמי באוניברסיטה. עקרונית, גם שיעור אוניברסיטאי כפוף לכללים, האזרחיים והפילליים, בעניין לשון הרע. איסור הפגיעה ברגשות הדת של הזולת, בגבולות קיומו של האיסור, אף הוא עשוי לחול; וקיימות מיגבלות נוספות. בעוד שמחוקק חוק לשון הרע ראה לנכון לאשר את הפריבילגיות הרחבות מאוד של חברי כנסת ושל שופטים במילוי תפקידם, הוא לא העניק פריבילגיות דומות לאנשים האקדמיים באוניברסיטאות. עקרונית, אין אפוא בדינו חסינות אקדמית.

זאת ועוד: הכלל, הכתוב בחוקי המדינה, שלפיו מוסד אקדמי מוכר הוא בן-חורין

לכלכל את ענייניו האקדמיים והמינהליים, במסגרת תקציבו, כטוב בעיניו, הוא פחות משמעותי משנראה במבט ראשון: בסופו של דבר, כל תאגיד הוא בן-חורין לכלכל את ענייניו בגבולות החוק. עקרונית, אין אפוא בדינו אוטונומיה שהיא אקדמית במובהק.

אף אין להפריז בפירוש "החופש האקדמי" של עובדי מוסד אקדמי או של תלמידיו. אסיסטנטים נדרשים, בכל זאת, למלא פחות-אחריות אחר הוראות המורים הבכירים. והאחרונים, אף הם כפופים למרותן של רשויות שונות באוניברסיטה. נכון אמנם, שכרגיל לא יעלה על הדעת להכתיב לפרופסור כיצד להורות או אילו כיווני מחקר לפתח. אך איני סבור שאי-ההתערבות גובעת דווקא מרעיון-על בדבר חופש אקדמי. היא משקפת גם את ההנחה המעשית שעובד אקדמי בכיר מבין בענייניו לא-פחות ממי שינסה להכתיב לו, ולכן גם את המסקנה, שניסיון להכתיב לא יהא סביר, ואם כך — לא יתיישב עם תנאי עבודתו של העובד. ובכן, דיני חוזים מבצבצים בשטח. ואשר לתלמידים, לפחות משלומדים הם לא לתורה בלבד אלא לתעודה, הרי מטל עליהם למלא אחר דרישות ותנאים בנוגע להשתתפות, לכתיבת עבודות, לעמידה בבחינות ועוד.

כללו של דבר: לא נראה לי שיש טעם רב לדבר אצלנו על הזכות לחופש אקדמי. לא הייתי אומר שהעובד האקדמי באוניברסיטה זכאי, תמורת עבודתו, לחופש אקדמי בדומה, למשל, לזכותו למשכורת או להטבות אחרות. הייתי מעדיף לומר אחרת: עובד אקדמי באוניברסיטה זוכה בשכרו, במעמדו ובהטבות אחרות בין השאר תמורת התייבותו לחופש אקדמי. הוא מקבל על עצמו שפעילותו האקדמית תהיה חופשית מדעות קדומות וממוסכמות מקובלות ומדבקות באידיאולוגיה. הוא מתחייב להיות נכון לבדוק עמדות, ולשנותן, ללא הוזהות אפריורית עם אחת מהן. כאשר גישה זאת אינה עולה בקנה אחד עם אמונתו של אדם — ולדעתי מובן מאליה שמותר לאדם להאמין בגישה אחרת — אל לו לפנות אל עבודה אקדמית באוניברסיטה. אם נוהגים במוסד כלשהו, או באגף מאגפיו, לשקוד על העברת ידע מסורתי או על הנצחתו, או לחפש הצדקות חדשות לדעות ישנות, אך להימנע ממחקר שאין יודעים מראש להיכן יוביל, כי אז נוהגים שם כדרך סמינר לפעילי מפלגה, או אולי כדרך מדרשה דתית, ולא כדרכה של אוניברסיטה.

בחברה חופשית מותר גם שלא להיות פתוחים, וגם לאקדמאים מותר להעמיד עצמם לשירותה של מסורת או של דעה הנראית להם. עיקרו של החופש האקדמי בחברה כזאת הוא אפוא חובה, חובת פתיחות, שהעובד האקדמי באוניברסיטה נוטל על עצמו, בעוד שיש אנשים אחרים, ובהם עובדים אקדמיים במקומות אחרים, שאינם נוטלים על עצמם חובה זאת — ומוותר להם שלא ליטול על עצמם חובה זאת.

רמזתי לכך שאחד ממרכיבי החובה הוא אי-הזדהות עם החומר, הנכונות להביט בו בעין ביקורתית וכמו ממרחק. לפי דימוי מבדח, אין המתמטיקאי צריך לראות עצמו שורש מרובע ואנטומולוג אינו חרק. בדומה לכך, אל לו למשפטן אקדמי להתוודות עם הדין הפוזיטיבי. יהיה כ-Bentham ולא כ-Blackstone.

מסתמן כאן הבדל משמעותי בין המשפטן האקדמי ובין שופט, יועץ או פרקליט. כאחד האזרחים, מצווה המשפטן האקדמי לציית לחוקי המדינה, אך אין זה תפקידו להפעיל את חוקי המדינה. אין הוא נמנה עם אחת מורעות השלטון. אין תפקידו ליישם, או אפילו לגלות, את התשובה האחת, המוסמכת כאן ועתה, אלא עניינו להעלות

שאלות, להתמודד עמן ולסקור באורח שיטתי תשובות אפשריות לאותן שאלות — אפשריות מבחינת ההיגיון והתלות הפנימית בין מרכיביה של שיטת משפט ואפשריות לאור גיסיון שהצטבר במקומות אחרים ובזמנים אחרים. כהיותו מחויב לחפש אקדמי, הוא מחויב לחיפוש אקדמי.

זאת ועוד: המשפטן המעשי טורח לא אחת בעניינים שבשיקול דעת. בפתח דברי אמרתי שהמשפטן, בתורת שכוח, אינו עוסק במה שכדאי, רצוי, הולם, נכון. כמשפטן אין הוא עוסק באלה. אך שופט — ודאי שעוסק באלה במילוי תפקידו. כאשר שופט הופך ב"טובת הילד", מושג גורלי אך לא ניתן להגדרה, והוא מחליט שהילד יימצא ברשותו של פלוני ולא של אלמוני, או שירשאר בארץ ולא יישלח חוצה-לארץ, אין הכלל המשפטי שבמסגרתו השופט פועל שנוי במחלוקת. כאשר שופט חוכך בדעתו אם ולמי להאמין; או, בשלב אחר, כשהוא שוקל איזה עונש ראוי לגזור, כשהוא, אם להסתייע בדברי הרשב"ג, מעלה במשקל עוונותיו של אדם ושם בכף שנייה תלאותיו, כלום השאלת שבה הוא מתעצם היא שאלת מן הדין? או שמא שאלה שהיא בוודאי ובוודאי שיפוטית אך נמנית לא עם הדין אלא עם "הדברים האחרים"? קרוב אני אפילו לומר, שמשאו של השופט הולך ומכביד דווקא ככל שמילוי תפקידו מרחיק אותו מן הדין הצרוף ומטיל עליו להכריע בעניינים ששום כלל משפטי אינו פותר ושום קורס בפקולטה למשפטים אינו מכשיר לקראתם.

אנו, המשפטנים באקדמיה, והם, המשפטנים בשטח, עוברים בערוגת הדין. מעבר לכך, עשויות דרכינו להתפלג. אנו פונים אל מה שיכול או ראוי היה להיות הדין; הם — אל שיקול דעת וניהול עניינים. עיסוקינו חופפים בחלקם, אך אינם זהים. "הדברים האחרים" שבהם עוסק המשפטן בשטח הם, כאמור, ניהול עניינים והפעלת שיקול דעת; ואילו "הדברים האחרים" שעוסק בהם המשפטן האקדמי מקיפים, נוסף על מה שכבר הזכרתי, גם את התוראת.

להוראת הדין בעייתיות משלה, ואסיים בדוגמה אחת. אין אמנם צורך להתייחס אל הדוגמה בכובד-ראש שאין היא ראויה לו; ואפשר אפילו לומר על תועלתה של הדוגמה שהיא "שואפת לאפס", כפי שאוהבים לומר היום. ובכן, חזקה על כל אדם — כך מקובלנו — שהוא יודע את הדין. והנה אחת הבעיות היא אם חזקה זאת, למרות כלליותה הגורפת, תופסת גם בין כותלי הפקולטה. אילו באמת היתה חזקה על כל סטודנט שהוא יודע את הדין, בחינות למה לנו? כלום נקרא אדם להוכיח מה שמוחזק לטובתו? ואולי צריכים היינו לשנות את מהותן של הבחינות מן הקצה אל הקצה ולומר שהבחינים הם שצריכים לסתור, אם יוכלו, את החזקה ולהוכיח שהבחינים אינם יודעים? ובעצם, להוכיח למי? שמא יוקם לעניין זה בית דין מיוחד?

אלא שענייני בחינות נוכל לדחות, כמקובל, לסוף שנת הלימודים.