

## דבר העורכים

גיליון מ(2) של כתב־העת עיוני משפט הוא גיליון חגיגי לציון פרסומם של ארבעים כרכים של כתב־העת. כרכים אלה מקפלים בין דפיהם כאלף מאמרים, שנהפכו לנכסי צאן ברזל של השדה המשפטי בישראל. מדובר בפירות המאמץ הקולקטיבי של מאות כותבים וכותבות, עורכים ועורכות, חברי מערכת וחברות מערכת. את הזכות שנפלה בחלקנו לערוך את הכרך הארבעים של כתב־העת עיוני משפט ראינו ככרוכה בחובה לנסות להתמודד עם שאלות הנוגעות בזהותו של כתב־העת ובמשמעות קיומו. שורה של כותבים וכותבות ניאותו לאתגר ונטלו חלק בהתמודדות עם שאלות שמטרתן לספק מבט רפלקטיבי על הכתיבה בארבעים הכרכים של עיוני משפט ולהציע קריאות כיוון לכתיבה המשפטית בעתיד. גיליון מיוחד זה מאגד את מאמריהם, וככזה הוא מהווה פסק־זמן מפרסום שגרתי של מאמרים משפטיים, והזדמנות חשובה וחיונית לעיסוק מעמיק במהותה ובתפקידה של הכתיבה האקדמית בשדה המשפטי.

אחת השאלות היסודיות שאליהן נדרשו הכותבים והכותבות בגיליון זה נוגעת במשבר הזהות של הדיסציפלינה המשפטית, הנעוץ במתח ההולך ומעצים שבין האקדמיה לבין הפרקטיקה. משבר זהות זה קשור באופן הדוק לשאלת דמותו הרצויה של החינוך המשפטי, המעסיקה את האקדמיה המשפטית זה זמן רב. כבר בתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת תרם פרופ' מנחם מאוטנר תרומה מכרעת לדיון בשאלה זו בישראל, במאמר שהקדיש לנושא ואשר בו אפיין את האקדמיה המשפטית כפועלת במסגרתה של פרדיגמה אינסטרומנטלית וכתופסת את עצמה (באופן שאין לו אח ורע בדיסציפלינות אחרות) כחלק משרדה הפרקטיקה, ולא כחיצונית לו.<sup>1</sup> גישה זו נעוצה בפרדיגמה הפורמליסטית, המתייחסת לחקר המשפט כמו היה מחקר במדעים מדויקים, ולא כתופעה חברתית-פוליטית. במאמרו קרא מאוטנר לאקדמיה המשפטית לזנוח פרדיגמה זו, ולפנות אל עבר פרדיגמה המכוונת להשגת ידע לשמו – פרדיגמה ביקורתית ובין-תחומית אשר תאמץ נקודת-מבט חיצונית ביחס למשפט, ואשר במסגרתה יעסוק המחקר המשפטי בהבהרת המשמעויות הערכיות וההשלכות החברתיות של המשפט, בעיקר בעזרת קונספציות וכלים ממדעי החברה. בתוך כך קרא מאוטנר לאקדמיה לנהוג כלפי בית-המשפט העליון מתוך "ריחוק, חשדנות וניסיון לשמור על מחשבה אוטונומית".<sup>2</sup> רק כך, הוא טען, תוכל האקדמיה למלא את תפקידה הביקורתי ולשרת את החברה באופן ראוי.

באותן שנים הצביע גם פרופ' מאיר דן-כהן על הטשטוש שבין "משפטים" כתחום מחקר אקדמי לבין "משפטים" כשדה שבו מתבצעת הפרקטיקה המשפטית, ועל הדילמה שבה מצויים חוקרים מתחום המשפט המעוניינים לאחוז במקל משני קצותיו, דהיינו, להחזיק בזהות מובחנת כמלומדים העוסקים בדיסציפלינה האקדמית של משפטים בעודם משמרים

1 מנחם מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט" ספר השנה של המשפט הישראלי תשנ"ב-תשנ"ג 1 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994). מאמר זה פורסם מאוחר יותר בספרו של מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי 11 (2002).

2 שם, בעמ' 44.

את זהותם כשחקנים המבקשים להשפיע על שדה הפרקטיקה המשפטית ולהיות חלק ממנו.<sup>3</sup> מכיוון שאי-אפשר לקיים, לשיטתו של דן-כהן, דיאלוג פורה בין אלה שתפקידם הוא חתירה לאמת כערך עליון לבין אלה אשר מכפיפים אותה לאינטרסים חיצוניים, קרא דן-כהן לחוקרים ולחוקרות של המשפט לעבוד לניהול של שיח פנימי, סגור ומובחן לגמרי מזה של הפרקטיקה המשפטית בכלל והשיפוטית בפרט. שיח כזה אסור שישאף לייצר "מרשמים" למקבלי החלטות, ולשכנע אותם לאמץ עמדה כזו או אחרת. בניגוד לשיח של "הרצאה", שבמסגרתו המרצה פונה ישירות לקהל ואף קשוב להערות ולשאלות, יהיה זה "שיח של תיאטרון" – שיח שמתקיים על הבמה בין השחקנים, כאשר הקהל דומם וסביל. השיח בין המלומדים צריך להיות מעוצב, לטענתו של דן-כהן, בעיקר בעזרת מתודולוגיות של מדעי הרוח והחברה וגזירות אנליטיות ולוגיות, ולהתבסס פחות על השימוש ב"שכל הישר" שמופעל במסגרתה של פעולת השיפוט. מכך אין להבין כי לאנשי הפרקטיקה המשפטית אין תפקיד מרכזי בחקר המשפט, שהרי ללא הקהל אין טעם בהעלאת ההצגה, אולם השחקנים יעשו את עבודתם בצורה הטובה ביותר אם יתעלמו מנוכחותו של הקהל, לגישתו של דן-כהן.

כיום, כרבע מאה לאחר פרסום הדברים הללו, קשה לחלוק על כך שהכתיבה המשפטית עשתה ככרת-דרך משמעותית במעבר מפרדיגמה פורמליסטית, התופסת את עולם הידע המשפטי כאוטונומי, לפרדיגמה בין-תחומית, המתאפיינת במגוון רחב ובעושר מתודולוגי.<sup>4</sup> הדבר בולט במאמרו של מאוטנר הרואה אור בגיליון זה,<sup>5</sup> שבו הוא מצביע על מעבר שהתרחש במחקר המשפטי מהתקופה שהוא מכנה "תקופת הפסיקה" לתקופה שהוא מכנה "תקופת הפסיקה והספרות". בתקופה הראשונה עסקו המאמרים בעיקר בניתוח פסיקתו

3 Meir Dan-Cohen, *Listeners and Eavesdroppers: Substantive Legal Theory and Its Audience*, 63 U. COLO. L. REV. 569 (1992); Meir Dan-Cohen, *Substantive Legal Theory and Its Audience*, 10 TEL AVIV U. STUD. L. 7 (1990)

4 נראה שמבחינה זו פיגרה ישראל אחרי הכתיבה המשפטית בארצות-הברית בכמה עשורים. במאמרו משנת 1987, שהתפרסם בכרך המאה של HARVARD LAW REVIEW, מתאר ריצ'רד פוזנר את התהליך של דעיכת התפיסה של המשפט כשדה אוטונומי שהתרחש בעשרים וחמש השנים שקדמו לכתיבת המאמר. פוזנר צופה כי מגמה זו תמשיך להתבסס, ומביע את דעתו כי כך אף ראוי. באופן אירוני, פוזנר מסיים את מאמרו בנבואה כי מגמת המעבר לכתיבה בין-תחומית תוביל לירידת קרנם של כתיבי-עת הנערכים על-ידי סטודנטים, אשר גם למצוינים שביניהם אין היכולת להתמודד עם המורכבויות שהדיסציפלינה המשפטית בדמותה החדשה מעוררת. ראו: Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987*, 100 HARV. L. REV. 761 (1987). כיצד ניתן להסביר את העובדה שנבואתו של פוזנר לא התגשמה, לפחות ביחס לעיוני משפט? הסבר מפתה אחד הוא שהדבר נובע מהסתייעותם של העורכים והעורכות בחוות-דעת חיצוניות של מומחים ומומחיות בתחומים השונים – פרקטיקה חלוצית ביחס לכתיבי-עת אחרים בארץ ובחוץ-לארץ – וכן ממעורבותה של העורכת הראשית, אשר נמנית עם סגל הפקולטה. חולשתו של ההסבר טמונה בכך שכתבי-עת משפיעים אחרים, דוגמת משפטים, לא אימצו מנגנונים דומים ובכל-זאת שמרו על מעמדם. ניתן להציע הסבר נוסף, הקשור לעובדה שכיום חלק ניכר מהסטודנטים ומהסטודנטיות בפקולטה (ובמערכת כתיבי-עת) משלבים את לימודי המשפטים עם תארים נוספים, ונהנים אפוא בעצמם מפרספקטיבה עשירה ובין-תחומית.

5 מנחם מאוטנר "עיוני משפט' בן ארבעים – היש והאין" עיוני משפט מ 453 (2017).

של בית־המשפט העליון, ונועדו לשרת את הפרקטיקה המשפטית באמצעות מיון, קטלוג והבהרה של הדוקטרינות המיוצרות במוסד זה. בתקופה השנייה, המאפיינת את רבע המאה האחרונה, שמרה הפסיקה על מקום מרכזי במסגרת הכתיבה המשפטית, אך החלה להיות מוארת, מנותחת ומבוקרת לאורם של גופי ידע חוץ־משפטיים הלקוחים ממדעי החברה וממדעי הרוח, מתורת המוסר, מתיאוריות פוליטיות ומתיאוריות פמיניסטיות. מאוטנר עומד במאמרו, בין היתר, על האופן שבו השתקף שינוי זה בגליונות הנושאים של עיוני משפט שראו אור החל בראשית שנות התשעים, וייתכן שניתן לסמן כנקודת המפנה בין הפרדיגמות את הגיליון המיוחד טז(3) שיצא בשנת 1991 תחת הכותרת "משפט ו... כמה מהפנים הבינתחומיות של המשפט".

בתחילת שנות התשעים אף פורסם בעיוני משפט מאמרו רב ההשפעה של מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי",<sup>6</sup> אשר נהפך לנקודת ציון וייחוס בולטת בכתיבה ההיסטוריוגרפית והסוציולוגית על המשפט הישראלי.<sup>7</sup> בהקשר זה אנו שמחים לפרסם בגיליון זה את מאמרם של פרופ' ברק מדינה ועשור ויצמן,<sup>8</sup> אשר מספק רטרוספקטיבה מרתקת על "ירידת הפורמליזם" של מאוטנר, ובפרט על התזה שלפיה השימוש בסטנדרטים העצים את מרחב הביקורת השיפוטית. מדינה ויצמן טוענים במאמרם כי עיגונן של הנורמות המוסדיות במשפט הישראלי על בסיס חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – ומכאן כסטנדרטים, ולא ככללים – דווקא מפחית מהיקף ההגנה הניתנת לנורמות אלה על־ידי בית־המשפט, וקוראים אפוא לעיגונן בחוק־היסוד ה"מוסדיים".

חלוקה היסטורית־פרדיגמטית העולה בקנה אחד עם החלוקה שמציע מאוטנר במאמרו המתפרסם בגיליון זה מוצעת במאמרו של פרופ' גד ברזילי המתפרסם אף הוא באכסניה זו.<sup>9</sup> ברזילי מתאר את התפתחותן של שתי אסכולות במחקר המשפטי: האחת היא אסכולה קונסטרוקטיביסטית שברזילי מכנה "חוקתיות של בניין אומה" ומאפיין כמיועדת לעצב תשתית חוקתית למדינת־ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; והאחרת היא אסכולה דה־קונסטרוקטיביסטית – אסכולה של "ביקורת הצדק המשפטי" – המיועדת לפרוץ את ההסדרים המשפטיים ולעצבם מחדש תוך קידום צדק חברתי, כלכלי ופוליטי. בעיצובה של האסכולה השנייה בולטות במיוחד, לשיטתו של ברזילי, השפעות תיאורטיות ומתודולוגיות של מדעי הרוח ומדעי החברה.

האופנים שבהם החלה הכתיבה המשפטית להיות מושפעת מתיאוריות פוליטיות ולאמץ מתודולוגיות ותיאוריות של מדעי החברה בולטים גם במאמרים נוספים המתפרסמים בגיליון זה, אשר בוחנים את התפתחות הכתיבה בתחומי מחקר קונקרטיים. ניתן לראות זאת, למשל,

6 מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1993).

7 אסף לחובסקי "משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת: הערות על ספרו של מנחם מאוטנר" המשפט יד 715, 715-716 (2010).

8 ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595 (2017).

9 גד ברזילי "חוקתיות של בניין אומה, ביקורת הצדק המשפטי: הארה על מחקר וכתיבה משפטיים בישראל" עיוני משפט מ 471 (2017).

במאמרו של פרופ' יפעת ביטון ולירון קנטי,<sup>10</sup> העוסק בשימוש בדיני הנזיקין במסגרת פרקטיקות של השתתפות פוליטית, ומהווה כשלעצמו דוגמה מובהקת לכתיבה משפטית המשוקעת בדיסציפלינות של מדעי החברה. ביטון וקנטי מאפיינות במאמרו את פרסומי כתבי-העת עיוני משפט בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים בתחום דיני הנזיקין כשקועים ב"רזי הדקדוקים של הדוקטרינות הנזיקיות". מאמרים אלה הם בעלי נופך פורמליסטי-פוזיטיביסטי מובהק, והם מתאפיינים בשאיפה לארגן את הידע המשפטי בתחום דיני הנזיקין ללא תפיסה סדורה לגבי השפעתם העמוקה על הריבוד והדינמיקות בחברה הישראלית. מעניין בהקשר זה, כפי שהכותבות מציינות, שגם בתקופה זו ניתן לראות סוגיות של חתרנות במאמרים שהצביעו על כוחם המכונן של דיני הנזיקין בחברה – מעין רמזים מטרימים, גם אם ללא משנה סדורה בשלב זה. בהמשך הכותבות מצביעות על האופן שבו "רוח התקופה" של שנות התשעים לא פסחה גם על הכתיבה בדיני הנזיקין, שנעשתה מודעת יותר לתפקידם של דינים אלה כמכוננים יחסים חברתיים ופוליטיים. הכותבות מזהות בהקשר זה את תחילת שנות האלפיים כנקודת שיא מבחינת העיסוק בדיני הנזיקין ככלי להשתתפות אזרחית ולשינוי חברתי, תוך רגישות מיוחדת לאתגר העוני ולאיתגר הפמיניסטי. עם זאת, מאמרו של ביטון וקנטי מלמדנו כי מגמות אלה בכתיבה התרחשו במקביל למהלכים פסיקטיים דומים, ואף כתגובה עליהם, ואנו נותרים אפוא עם סימן שאלה לגבי תפקידה של הכתיבה כ"חלוצה לפני המחנה" מבחינת קידומו של שינוי חברתי או כמגיבה על שינויים פנים-פסיקטיים. גם ד"ר איילת בלכר-פריגת וד"ר רות זפרן, במאמרו העוסק בכתיבה בתחום דיני המשפחה,<sup>11</sup> מסמנות את אמצע שנות התשעים כנקודה שבה נהפכה כתיבה זו, כפי שהתפרסמה מעל דפיו של עיוני משפט, לבעלת נופך תיאורטי ובינ-תחומי. בנקודה זו החלו להיבחן גבולותיהם של דיני המשפחה ביחס לתחומי משפט אחרים, והם הוארו בפרספקטיבות הנשענות על תיאוריות ליברליות ופמיניסטיות. בלכר-פריגת וזפרן מציינות כי יש קשר בין תמורות אלה לבין הגיוון שהחל להתקיים בזהות הכותבים, ואשר התבטא בעיקר בכניסתם של חוקרים וחוקרות מרקעים שונים לתחום דיני המשפחה, שנשלט עד אז על-ידי חוקרים גברים בעלי רקע דתי. קל אם כן להיווכח כי ברבע המאה האחרונה שינתה הכתיבה המשפטית את פניה, והחלה להיווצר במסגרתה של פרדיגמה בין-תחומית המתאפיינת בעומק תיאורטי ובעושר מתודולוגי. בהינתן אפיון זה, אנו ניצבים במבוכה לא-מבוטלת אל מול התופעות הבולטות שהמאמרים המאוגדים בגיליון זה דנים בהן.

התופעה הראשונה היא העדר כמעט מוחלט של כתיבה אקדמית משפטית המשלבת פרספקטיבות של מדעי הרוח והאומנויות, דהיינו, כתיבה משפטית העוסקת בספרות, בשירה, במחזאות ובקולנוע.<sup>12</sup> חסך זה נדון במאמרו של מאוטנר בגיליון זה, אשר טוען לנחיצותם

10 יפעת ביטון ולירון קנטי "בין הפרטה לפרט – תמורות פוליטיות ותמורות הנזיקית" עיוני משפט מ 493 (2017).

11 איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ארבעים (ומשהו) שנה של עיוני משפחה" עיוני משפט מ 547 (2017).

12 הכתיבה הענפה בתחום של משפט והיסטוריה חריגה בעניין זה. ניתן לייחס זאת לגורמים שונים, ביניהם העובדה שהישענות על ה"היסטוריה" או על ה"מסורת" היא יסוד מכונן במשפט המקובל, שבמסגרתו העבר נושא בחובו כוח מצדיק. בשל מאפייני זה, מתודולוגיה היסטורית היא "טבעית" מאוד למשפט – מבחינת הפרקטיקה ומבחינת האקדמיה כאחד. ראו, למשל,

של תכנים אלה להעשרתו של הליברליזם ה"דק" המקובל בישראל, כמו-גם לאתגור הסדר החברתי, הכלכלי והפוליטי הנוהג.<sup>13</sup> בפרט, מאוטנר טוען כי העדר תכנים הנשענים על מדעי הרוח ועל אומנות מעקר את יכולתם של המשפטנים לבצר את הליברליזם "במאבקו עם הדתיות על נפשם של אזרחי המדינה" (ראו חלק 2 למאמרו), ואף גורע מפיתוחם של כישורים אשר הכרחיים למשפטן, ובראשם רגישות אנושית.<sup>14</sup> מכאן שלעיסוק במדעי הרוח והאומנויות יכולה להיות חשיבות מכרעת מבחינת האופן שבו האקדמיה מעצבת את חשיבתם של עורכי-הדין והשופטים בפרקטיקה, גם אם מדובר בדפוסי השפעה שונים מאלה שמקובל לחשוב עליהם כאשר מדברים על מאמרים משפיעים במשפטים.

מעבר לכך, המאמרים שמתפרסמים בגליון זה מציינים סימן שאלה אף לגבי ההנחה כי כתב-העת עיוני משפט בפרט, והאקדמיה המשפטית הישראלית בכלל, ממלאים את תפקידם הביקורתי, חותרים תחת מוסכמות ומתעמתים עם נושאים שנויים במחלוקת. כך, ברזילי מצביע במאמרו – וכן בדברים שנשא בכנס מיוחד שקיימנו לכבוד צאת הכרך<sup>15</sup> – על מיעוט העיסוק המחקרי בקרב חוקרי משפט ישראלים בשליטה הישראלית בשטחים הכבושים. הגם שניתן לראות כיום עיסוק מסוים של המחקר המשפטי בהפרות זכויות אדם ובאופנים שבהם השליטה בשטחים עלולה לאתגר את המפעל החוקתי של מדינת-ישראל, הכתיבה הנודדת אל מעבר לגבולות הקו הירוק עודנה מועטה, באופן שמעורר תמיהה ומחייב דיון. מסקנה נוספת של ברזילי היא שהנוסחה "מדינה יהודית ודמוקרטית" מתקבלת בכתיבה המחקרית-המשפטית כהנחת-יסוד בלתי-מעוררת, ואין כמעט כותבים או כותבות – לפחות יהודים – אשר מאתגרים את האידיאולוגיה של "היהודית ודמוקרטית" ואת יכולתם של שני המרכיבים לעלות בקנה אחד בהינתן האיזונים הנכונים. מאמרים ביקורתיים בהקשר זה ניתן למצוא אומנם בכתיבה המחקרית של חוקרים ישראלים פלסטינים, מספר לנו ברזילי, אך קיימת הבחנה ברורה בינם לבין כותבים יהודים. נראה שלא בכדי בחר ברזילי לסיים את הרצאתו בכנס הארבעים בתייה אם הכתיבה המחקרית אמיצה דייה להביא לידי שינוי בדפוסים המתהווים בחברה הישראלית.

מאמרו של בלכר-פריגת וזפרן מעלה סימני שאלה דומים ביחס לביקורתיות ולחתרנות של כתב-העת בפרט ושל האקדמיה הישראלית בכללותה בתחום דיני המשפחה. כך, הגם שהכותבות מצביעות על מעבר לכאורה מכתובה בפרספקטיבה מגזרית-עדתית לכתובה אוניוורסלית, הן מראות כי בפועל, גם לאחרי, הדוגמאות שפרסומי כתב-העת מתבססים עליהן נוגעות במשפחות יהודיות בלבד, והרלוונטיות של המאמרים היא בהתאם. מכיוון אחר הכותבות מצביעות על כך שעל-אף התמורות שחלו במחקר ביני המשפחה – אשר

דפנה ברק-ארז "היסטוריה של הצדקה" עיוני משפט מא (צפוי להתפרסם ב-2018). ניתן בהחלט לומר כי גם מחקרים פילוסופיים לא נעדרו מדפיו של כתב-העת, על רקע הישענותה של התיאוריה המשפטית על תיאוריות מתחום הפילוסופיה של המשפט ושל המוסר כמו-גם על תיאוריות פוליטיות.

13 מאוטנר, לעיל ה"ש 5.

14 אכן, בחינת ארבעים הכרכים של עיוני משפט מראה כי פורסמו במסגרתם רק מאמרים ספורים העוסקים במשפט וספרות, וכן מאמר אחד בלבד העוסק במשפט וקולנוע. מפגשים אחרים בין משפטים למדעי הרוח נעדרים כמעט כליל מדפיו של כתב-העת.

15 ההרצאה זמינה בכתובת [https://law.tau.ac.il/Law\\_Review/Celebrate\\_Volume\\_40](https://law.tau.ac.il/Law_Review/Celebrate_Volume_40).

החל בשלב מסוים לעסוק לא רק בקשר הנישואים, אלא גם בדפוסים אחרים של זוגיות וכן ביחסי הורים-ילדים – הקשר הזוגי נותר עד היום הציר המרכזי שהמחקר בתחום נסב סביבו.<sup>16</sup> מכאן שאף-על-פי שחקר המשפחתיות בישראל פרץ את גבולות השיח ההטרונורמטיבי והידרוצנטרי, נשאלת השאלה אם הוא פורץ-דרך דיו.

כאמור, תופעות אלה מעמידות אותנו במבוכה מסוימת, שכן היה אפשר לצפות שפריצת גבולות הפרדיגמה הפורמליסטית של האקדמיה המשפטית תוביל להתפתחותה של כתיבה שנשענת על מגוון תחומי הרוח והאומנויות, ואשר מתפשטת למחוזות מחשבה חדשים שבהם הנחות-יסוד מקובלות מאבדות מקדושתן והסדר הקיים נחשף לביקורת חתרנית. ציפייה זו נובעת בעיקר מכך שהבלטת המימד הערכי והחברתי של המשפט, אשר מאפיינת את נטישת הפרדיגמה הפורמליסטית, מנביעה לא רק את הצורך בהחלפת המתודות הנדרשות לחקר המשפט, אלא גם את ההבנה בדבר כוחו המכונן של המשפט והשפעתו העמוקה על החברה. היה אפשר להניח שהבנה זו תחייב את חוקרי המשפט לאמץ נקודת-מבט ביקורתית בנוגע ליחסים שהמשפט מכונן בחברה, לתכנים הערכיים שהוא משליט ולקבוצות שעימן הם מזוהים, וכן למדרגים ולפערים החברתיים שהוא משמר. כן היה אפשר לצפות שאימוצה של פרדיגמה הרואה במשפט זירה לתהליכים של פרשנות, הענקת משמעות והכרעות ערכיות יקרב לפחות חלק מהמחקר המשפטי לתחומי ההשראה של מדעי הרוח והאומנויות, שביכולתם לספק לא רק ידע, אלא גם יכולת שיפוט ומבט הומניסטי רחב.<sup>17</sup> לא בכדי מתארים מאוטנר ודן-כהן את הקשר ההדוק שבין אימוץ פרספקטיבה חיצונית-ביקורתית על הפרקטיקה המשפטית לבין אימוץ מתודות מחקר תיאורטיות ובין-תחומיות, בפרט ממדעי הרוח והחברה. אולם, בניגוד למצופה, מקריאת המחקרים המתפרסמים בגיליון זה מתברר כי בפועל, גם לאחר שבירת הפרדיגמה הפורמליסטית והמעבר לפרדיגמה תיאורטית-בין-תחומית, ניכר עדיין כי יש יסודות שמרניים בולטים בחקר המשפט בישראל מבחינת נכונותו למלא תפקיד ביקורתי-חרני ולאמץ מקורות השראה הומניסטיים ממגוון תחומי הרוח והאומנות.

ניתן להניח שהדבר נובע, בין היתר, מהזהות ההגמונית של החוקרים באקדמיה המשפטית הישראלית, הלוקה בייצוג-חסר של נשים, ערבים, מזרחים וקבוצות מודרות נוספות; מהעדרם של חוקרים מדיסיפלינות אחרות העוסקים במשפט, ומכאן העדר כתיבה לבר-משפטית על המשפט; מלחץ לכתיבה באנגלית, המוביל להפניית המאמרים פורצי-הדרך אל כתבי-עת בחוץ-לארץ ולהותרת המאמרים ה"בנליים" יותר לכתבי-העת בעברית; ומשמרנותו של המשפט כמוסד, המחלחלת גם לאקדמיה העוסקת בו.

מעבר לכל אלה, ניתן לשער שהדבר נובע מכך שחרף המתח הקיים לכאורה בין האקדמיה לבין הפרקטיקה, רוב חוקרי המשפט בישראל מבקשים להמשיך להיות נגישים יחסית ורלוונטיים במישורין לעולם המשפט בפעולה, ובמיוחד ליושבים על כס המשפט. עדות לכך ניתן למצוא, למשל, בעובדה ששיטה מקובלת לדירוגם של כתבי-עת משפטיים, לרבות בישראל, היא ספירת הציטוטים של פרסומיהם בפסיקת בתי-המשפט, ובפרט בפסיקתו של

16 גיליון אחד של כתב-העת אומנם איגד שורה של מאמרים שסטו ממודל המשפחה המסורתית, אולם הכותבות מצביעות על כך שבשנת 2005 שוב דעך העיסוק ב"משפחות חדשות".

17 מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 28-32.

בית-המשפט העליון.<sup>18</sup> מבחינה זו נדמה כי החסכים שהמאמרים המתפרסמים בגליון זה חושפים מבטאים למעשה את המחיר שגובה החתירה היתרה למעשיות, אשר מקהה במידה רבה את יכולתו של המחקר לפרוח לכיוונים שנתפסים כ"לא-יישומיים" – אם משום שהם מאתגרים את מסגרות החשיבה ואת התפיסות החברתיות המקובלות, ואם משום שהם מתפרשים על-פני תחומים שנתפסים כמופשטים יתר על המידה או כהשתעשעות אינטלקטואלית טהורה, דוגמת העיסוק בספרות ובאומנות.<sup>19</sup> התמודדות עם חסכים אלה בעתיד תחייב את העורכים והעורכות של כתב-העת להשתחרר מכבליה של השאיפה להשפיע באופן מידי, ישיר ומדיד על השדה המשפטי, וכן משיקולים בדבר פוטנציאל הקבלה וקלות העיכול של הרעיונות המתפרסמים מעל דפיו של כתב-העת.

הקריאה לאקדמיה המשפטית לפתח זהות ייחודית, מובחנת וביקורתית, אשר מציבה את החתירה לאמת כערך עליון, אינה מחייבת נטישה של השאיפה להשפיע על העולם ולהופכו למקום טוב יותר;<sup>20</sup> נהפוך הוא, באופן פרדוקסלי נראה שדווקא ההשתחררות מכבלי החתירה למעשיות ומכבליהם של דירוגי הציטוטים היא שתאפשר השפעה אמיתית. הדינמיקות של השפעת המחקר על העשייה המשפטית ועל פניה של החברה בכללותה הן מורכבות מכדי שיהיה אפשר לזהותן על-ידי ספירת ציטוטים בפסיקה (וזאת אף תחת ההנחה "אופטימית" שמאמרים מצוטטים בפסיקה משום שהרעיונות שהם מציעים התקבלו, ולא רק כדי לתקף את מה שממילא התכוונה השופטת לכתוב). אולי אף לא יהא זה מופרך לטעון כי רעיון בעל יכולת השפעה אמיתית הוא דווקא כזה שאינו זקוק לאזכור. יפות לעניין זה מילותיו של

18 רונן פרי "דירוג כתבי עת משפטיים עבריים – יסודות עיוניים ומחקר אמפירי ראשוני" דין ודברים א 401, 424 (2004). לשיטתו של פרי, "זה אחד המודים הטובים לדירוג כתבי עת משפטיים משום שהוא מבטא את מידת ההשפעה של כל אחד מהם על המוסד שתורמתו לעיצוב הנורמות המשפטיות הנוהגות בפועל היא הרבה ביותר, ועל כן גם את מידת ההשפעה של כל אחד מהם על המשפט הנוהג" (שם). פרי מבין כמובן שבית-המשפט העליון יעדיף לצטט "מאמרים שיש בהם הצעות או כלי עזר לפתרון של בעיות משפטיות מעשיות, ויתקשה לעשות שימוש במאמרים שאין בהם מרכיבים כאלה" (שם, בעמ' 425).

19 חשוב לשים לב בהקשר זה כי גם המתודות ש"יבא" המחקר המשפטי ממדעי החברה מסתכמות לרוב באלה המתאפיינות בהיגיון אמפירי כמותני "צר". ראו: Austin Sarat & Susan Silbey, *The Pull of the Policy Audience*, 10 Law & Pol'y 97 (1988), available at <http://web.mit.edu/ssilbey/www/pdf/pull.pdf>.

20 מאוטנר, למשל, מבהיר כי רק אם תעבור האקדמיה המשפטית לפרדיגמה שמונעת על-ידי החתירה לאמת, היא תוכל לשרת את החברה נאמנה. האקדמיה אומנם לא תמלא תפקיד משמעותי בהבהרת תוכני המשפט הפוזיטיבי דווקא, אך תחת זאת היא תסייע לאנשי-המקצוע לחתור להבנת האופן שבו ראוי לעצב את המשפט. ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1. גם דן-כהן, שקריאתו להיבדלות משדה הפרקטיקה המשפטית נדונה לעיל, סבור כי משמעות הדבר אינה "העדר השפעה" כלל וכלל, אלא מעבר לדפוס שונה של השפעה – מדינמיקה של הרצאה לדינמיקה של תיאטרון.

ברכט בשירו "למה שיזכירו את שמי?"<sup>21</sup> שלפיהן אדם המעוניין בכינונו של שינוי עמוק יפנים לבסוף שהצלחתו כרוכה בכך ששמו יישכח.

מעבר להשתתפות בשיח הקונוונציונלי, השפעתו של כתב־העת **עיוני משפט**, כמו־גם של כל כתב־עת השואף למצוינות אקדמית במובנה הרחב, צריכה לבוא לידי ביטוי בשרטוטם של אידיאלים. עליו להיות מסוגל להציע לא רק את הרעיונות שיוכלו להיקלט בפסיקה של מחר, אלא גם את אלה שיאירו את הדרך לקראת הפסיקה שתיכתב בעוד עשור. מדוע חוקרים וחוקרות אינם מעיזים כמעט לדמיין ולהציע בכתיבתם מציאות חלופית? נדמה ששאלה זו – שהעלה פייר שלג במאמרו המדמה את הכתיבה המשפטית של היום ל"דואר־זבל" (ספאם)<sup>22</sup> – צריכה ללוות בהקשר זה כל אחת מהעורכות וכל אחד מהעורכים של כתב־העת בעתיד. מעבר לכך, פרסומי כתב־העת צריכים להצית את הדמיון ואת החוש היצירתי של הקוראים והקוראות. האם ניתן לדמיין דרך טובה יותר לעשות כן מהתמודדות עם ספרות ואומנות?<sup>23</sup> לבסוף, כתב־העת אינו יכול להתנער מתפקידו כגורם מאתגר ואף חתרני ופרובוקטיבי. בהשאלה מהאפולוגיה של סוקרטס, כתב־העת צריך לספק לחוקרים ולחוקרות של המשפט במה שעליה יוכלו למלא את מחויבותם העליונה לחברה ולתפקד כ"זבובי־בקר" המטרידים את מנוחתו של "הסוס הכביר והאציל אשר מחמת גודלו נוטה לנרפות" ואשר זקוק להם על־מנת להתעורר.<sup>24</sup>

לקראת סיום נציין את המובן מאליו – אין בדברינו כדי להפחית כהוא זה מהישגיו המפוארים של **עיוני משפט** בארבעים כרכיו. קשה לדמיין את האקדמיה הישראלית ואת המשפט הישראלי בפעולה בלעדיו. אך כפי שכתבנו בפתח הדברים, את הכרך הארבעים השתדלנו לראות לא רק כסיבה למסיבה, אלא בעיקר כהזדמנות מצוינת לחשוב; לא רק כנקודת זמן המזמינה התרפקות על הצלחות העבר, אלא גם כנקודת זמן המחייבת אותנו לנסות לסמן את השבילים שבהם יצעד כתב־העת בעתיד. לצד הסוגיות שבהן דנו, יצטרפו העורכות והעורכים של כתב־העת להידרש לרבות אחרות. עם אלה ניתן למנות את סוגיית הכתיבה בעברית ואת השאלה אם כתיבה זו נהנית עדיין מזכות קיום בעולם הגלובלי לכאורה. תשובה חיובית יכולה להתבסס על ערכו של כתב־העת כמנגיש רעיונות לקהל קוראי העברית, אך ספק אם תשובה זו מספקת. נדמה שתשובה מוצלחת יותר תצביע על הקשר שבין שפה, במה ותוכן, אך גם זו אינה חפה מקשיים, ומצריכה בחינה אמיתית של הערך המוסף הטמון בכתיבה זו. באוויר מרחפת גם השאלה אם הליך הוצאה לאור שנמשך חודשים, וכולל שורה של תחנות בדמות עריכה מהותית, עריכה טכנית ועריכה לשונית, מסוגל לקיים את דרישות השיח העכשווי לתגובה מיידית.

סוגיות אלה ואחרות יעמדו לפתחן של העורכות והעורכים של כתב־העת בעתיד, כמו־גם של הכותבים והכותבות והקוראים והקוראות. אנו מלאי תקווה כי גיליון זה ימלא את

21 ברטולט ברכט **גלות המשוררים: מבחר שירים 1914–1956** (בנימין הרשב מתרגם, 2016).

22 Pierre Schlag, *Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening* (A Report on the State of the Art), 97 GEO. L.J. 803 (2009).

23 מרתה נוסבאום לא למטרות רווח – מדוע הדמוקרטיה זקוקה למדעי הרוח (שירן בק מתרגם, 2017).

24 אפלטון חייו ומותו של סוקרטס 84 (שמעון בוזגלו מתרגם, 2001).



תפקידו כמצפן להמשך הדרך, וכי ארבעים הכרכים הבאים של עיוני משפט יהיו מעוררי מחשבה, מאתגרים ומסעירים לא פחות מארבעים הכרכים שנחתמים בגיליון זה.

דפנה הקר, עורכת ראשית  
גיא פריבר, דניאל קופילוב ושירי קטלן, עורכים

