

כתיבה שיפוטית

מאת

דפנה ברק-ארז*

כתיבתם של החלטות ופסקי דין היא אחד הנדבכים המרכזיים של מלאכת השיפוט. כתיבה היא גם מאפיין חשוב של העבודה המשפטית בהקשרים אחרים – של עורכי דין, מחוקקים, אנשי מנהל ועוד. מאמר זה מבקש לעמוד על המאפיינים את הכתיבה השיפוטית אגב השוואה לסוגים אחרים של כתיבה משפטית. ספציפית יותר, הדיון מתמקד בהשוואה לכתיבה של קבוצת משפטים נוספת, שאף אותה נהוג לאפיין ככתיבה שאינה "מחויבת לצד" – כתיבתם של אקדמאים. לכאורה, היה ניתן לצפות לקיומו של דמיון בין שני סוגי כתיבה אלה, וזה אף בא לעתים לידי ביטוי. אולם לצד ההכרה בצד השווה לכתיבתם של שופטים ואקדמאים הדיון מתמקד בשוני הרב שקיים בין סוגי כתיבה אלה – בהתייחס לתכליות השונות של מלאכת הכתיבה ולאילוצים המוסדיים שמעצבים את צורתה ואת תוכנה.

מבוא: הכתיבה המשפטית. א. בין שופטים לאקדמאים. ב. תכליות ומשימות. ג. אילוצים מוסדיים ותנאי עבודה. ד. שיטות הנמקה וטיועונים מנצחים. ה. סיכום.

מבוא: הכתיבה המשפטית

לכתיבה יש מקום מרכזי בעבודה המשפטית.¹ עורכי דין מנסחים כתבי טענות, חוזים וחוות דעת משפטיות. מחוקקים ואנשי צוותם כותבים הצעות חוק, שבהמשך הופכות לחוקים, וכך עושים גם בעלי תפקידים ברשות המבצעת המבקשים לקדם מדיניות באמצעות רפורמה חקיקתית. אלה מנסחים בין היתר גם תקנות, צווים, רישיונות והנחיות. יועצים משפטיים כותבים חוות דעת מקצועיות. ארגוני זכויות הפועלים בחברה האזרחית וקבוצות אינטרסים מנסחים ומגישים כתבי טענות, רגילים וכאלה שעניינם בקשות הצטרפות להליכים במעמד של "ידידי בית המשפט", וכן שותפים לא אחת לכתיבה של הצעות חוק וניירות עמדה

* שופטת בית המשפט העליון. תודות לאיילת הוכמן, לאסף וינר, לדינה זילבר, לטל חבקין, לצביקה טריגר, לעומר נצר, לדורי ספיבק, לשרית עבדיאן, לירון קובו, ליובל רויטמן ולשחר טל על הערותיהם. תודות נוספות לחברי מערכת משפטים.

1 בהתאם לכך, הכתיבה המשפטית זוכה לעניין הולך וגובר – כמיומנות וכתחום עיסוק. ראו רן לוטטיגמן ומיכל אהרני זאת ועוד – דיוקן העברית המשפטית בישראל (2016). ראו עוד James F. Stratman, *The Emergence of Legal Composition as a Field of Inquiry: Evaluating the Prospects*, 60 REV. EDUC. RES. 153 (1990); Jan M. Levine, *Leveling the Hill of Sisyphus: Becoming a Professor of Legal Writing*, 26 FLA. ST. U. L. REV. 1067 (1999); Terrill Pollman, *Building a Tower of Babel or Building a Discipline? Talking about Legal Writing*, 85 MARQ. L. REV. 887 (2002).

המופצים לקהל הרחב. אקדמאים כותבים מאמרים וספרים מחקריים.² שופטים כותבים החלטות ופסקי דין. אלה ואלה מחויבים לכתיבה מקצועית, המבוססת על המצב המשפטי הנוהג (גם אם זו חותרת, במקרים המתאימים, לשינויו). בכל אחד ואחד מתוצרי הכתיבה הללו יש חשיבות גם למאפיינים כלליים של ניסוח בהיר וברור. לצד זאת מדובר בסוגי כתיבה שונים. מתוך המכלול האמור המאמר הנוכחי מתמקד בכתיבתם של שופטים.

במהלך השנים עוררה הכתיבה השיפוטית עניין גובר והולך.³ אכן, הכתיבה היא רק אחד ההיבטים של מלאכת השפיטה. אולם זהו ההיבט הציבורי ביותר שלה. גם ההליך המשפטי עצמו הוא בדרך כלל פומבי, אולם ההחלטה הכתובה היא "חלון הראווה" של העבודה השיפוטית גם כלפי כל מי שלא נכח באולם המשפט. אותה גם ניתן לחזור ולבחון לאחר זמן. בשיטה המבוססת על תקדימים היא תורמת כמובן להתפתחות המשפט.⁴ הכתיבה השיפוטית נחשבת אפוא כיום לסוגה (ז'אנר) העומדת בפני עצמה.⁵ לפיכך בשנים האחרונות החל להתפתח דיון ביקורתי שעניינו אופן כתיבתם של פסקי דין. כמובן, שופטים יכולים לבקר זה את זה כחלק מעבודת השפיטה עצמה – במסגרת ביקורת של ערכאת הערעור, במתכונת של חילוקי דעות בהרכב באותה ערכאה, בדעת מיעוט או בדעת יחיד או אף כהתייחסות "למעלה מן הצורך" לנושאים שהוכרעו בעבר. אולם נוסף על כך התפתח שיח ער שעניינו טיבה ומתכונתה של הכתיבה השיפוטית – בין כדיון שמנהלים שופטים עצמם כחלק מתהליכים של הפקת לקחים מניסיון השפיטה המצטבר,⁶ ובין כביקורת "חיצונית"

2 מאמר זה מוגבל לכתיבה המחקרית של אנשי אקדמיה. למעשה, אנשי אקדמיה בתחום המשפט כותבים גם בסוגות (ז'אנרים) אחרות, ובכלל זה מאמרי דעה בעיתונות ובמגזינים, מסמכים של "ידידי בית משפט", דוחות של ועדות ועוד. מתכונת פרסום חדשה יחסית למאמרים וגילויי דעת קצרים בענייני השעה היא הכתיבה בבמות אינטרנטיות. ראו יובל רויטמן ואילת עוז "היכן הבלוגוספירה המשפטית בישראל?" *מעשי משפט* ד' 131 (2011). ראו גם טקסט ליד ה"ש" 122 להלן. נוסף על כך, במסגרת עבודת ההוראה שלהם אקדמאים מכינים גם רשימות קריאה, חומרי הוראה, תרגילים הכוללים אירועים לניתוח ("קייסים") ושאלות, וכן מבחנים.

3 כבר בשנת 1925 פרסם השופט קרדוזו (Cardozo) מאמר ידוע בנושא ב-YALE REVIEW, ובו העלה על נס את חשיבות הצורה (form) בכתיבת פסקי דין כחלק בלתי נפרד מהערכת איכותם המקצועית. במהלך השנים המאמר חזר ופורסם במסגרות שונות. ראו Benjamin N. Cardozo, *Law and Literature*, 48 YALE L.J. 489 (1939). לשיטתו של קרדוזו, "Form is not something added to substance as a mere protuberant adornment. The two are fused into a unity" (שם, בעמ' 490–491). זה המקום לציין כי אף אני נדרשתי בעבר לסוגיה של כתיבה משפטית והשוואתה לסוגי כתיבה אחרים כחלק מעיסוקי כאקדמאית וכשופטת. ראו למשל Daphne Barak-Erez, *Writing Law: Reflections on Judicial Decisions and Academic Scholarship*, 41 QUEEN'S L.J. 255 (2015) (להלן: Barak-Erez, *Writing Law*). המאמר הנוכחי כולל פיתוח והרחבה של מחשבותיי בנושא.

4 ראו Gerald Lebovits et al., *Ethical Judicial Opinion Writing*, 21 GEO. J. LEGAL ETHICS 237 (2008).

5 ראו Robert A. Ferguson, *The Judicial Opinion as Literary Genre*, 2 YALE J.L. & HUMAN. 201 (1990).

6 ראו למשל Griffin B. Bell, *Style in Judicial Writing*, 15 J. PUB. L. 214 (1966); Griffin B. Bell, *Style in Judicial Writing*, 1 J. NAT'L ASS'N ADMIN. L. JUDGES 26 (1981); Abner J. Mikva, *For Whom Judges Write*, 61 S. CAL. L. REV. 1357 (1988); Richard A. Posner, *Legal Writing Today*, 8 SCRIBES J. LEGAL WRITING 35 (2001–2002); RICHARD A. POSNER, REFLECTIONS ON JUDGING 236–286 (2013). ראו גם משה לנדוי "על ניסוח פסקי-דין" *ספר תמיר*

על כתיבתם של פסקי דין, בעיקר מצד האקדמיה המשפטית.⁷ ביקורת זו נסבה לא רק על התוכן המהותי של פסקי הדין (סוג הטיעונים שעליהם פסקי הדין מתבססים ואיכותם) אלא גם על הפן הצורני שלהם – אי-בהירות וחוסר שיטתיות בהצגת הטיעונים, התארכותו של הטקסט⁸ ואף היבטים סגנוניים ספציפיים⁹ (למשל מהי המידה הראויה לחשיפה "אישית" של חיבוטי נפש שקדמו להחלטה).¹⁰ דיון נרחב הוקדש לאופן שבו בוחרים שופטים להציג את התשתית העובדתית לפסקי דינם, דהיינו לדרך הצגת ה"סיפור".¹¹ תשומת לב הוקדשה למקרה הפרטני של דעות יחיד ותפקידן המיוחד, גם כאשר הן אינן משפיעות על התוצאה

187 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, 1999). מאז שנת 2010 מקיים המכון להשתלמות שופטים בישראל השתלמות בכתיבת פסקי דין. ראו עוד אסתר חיות "על השופטים לדבר בלשון בני אדם" News1 מחלקה ראשונה 3.6.2016. www.news1.co.il/MemberLogin.aspx?ContentType=1&docid=3796 84&subjectid=1. זה המקום לציין כי נדרשתי לראשונה להשוואה בין כתיבה שיפוטית לכתיבה אקדמית במסגרת הרצאות שניתנו בהשתלמות זו.

7 ראו למשל יהושע ויסמן "על 'מצוות עשה' ועל 'מצוות לא תעשה' בכתיבת פסקי דין" עלי משפט 307 (2011). מאמר זה מדגיש את החשיבות היתרה שיש לייחס לביקורת האקדמית בהתחשב בכך שלשיטת הכותב "המשפטן האקדמי הוא גם בין המעטים הקוראים פסקי דין במלואם" (שם, בעמ' 307).

8 שם, בעמ' 317–324; איל זמיר "סוד הקיצור" בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית www.hujiilawblog.com/single-post/2014/02/28/%D7%A1%D7%95%D7%93-%D7 28.2.2014. לדיון במגמה של התארכות פסקי הדין, ראו גם Matthew Groves & Russell Smyth, *A Century of Judicial Style: Changing Patterns in Judgment Writing on the High Court 1903–2001*, 32 FED. L. REV. 255 (2004).

9 למשל מישאל חשין, שנודע בכתיבתו ה"ציורית", ושמבחר מייצג של ציטוטים שלו אף זכה לפרסום בספר. ראו מישאל חשין פרש בודד בערכות החק והמשפט – אמרות ולקטות ממשנתו של מישאל חשין (אביעד הכהן עורך, 2015) (להלן: פרש בודד). ראו גם שולמית אלמוג "גלוי וכסוי בלשון" – על כתיבתה השיפוטית של דליה דורנר" מחקרי משפט כב 431 (2006).

10 כך למשל ידועה התייחסותו של המשנה לנשיא חשין למטפורה של "אישון המשפט" הקטן שבתוכו אשר בו חזר ונועץ. ראו אביעד הכהן "אקדמות מילין" פרש בודד, לעיל ה"ש 9, יא, בעמ' יד. שנים קודם לכן ביטא בנימין אקצין התנגדות למתכונת כתיבה זו הכוללת "חיבוטי נפש". לדבריו, "פסק-דין טוב אינו צריך למסור לקוראיו את השקלא-וטריא שבמוחו של השופט ולא את מהלך מחשבותיו והאסוציאציות שלו לפני הגיעו למסקנתו, כעין ספר של מרסל פרוסט המפרט לקורא כל שלב ושלב במחשבות המחבר, אלא את המסקנה עצמה כשהיא מנומקת נימוקים לענין". ראו בנימין אקצין "פסק דין ביאלר ומערכת המשפט בישראל" הפרקליט י 114, 117–118 (1954).

11 השאלה של אופן הצגת ה"סיפור" משלבת בין תוכן לצורה, בשם לב לכך שהביקורת, בעיקר הפמיניסטית, התמקדה בהטיות הסמויות בדרך הצגת העובדות. ראו עוד Kim Lane Scheppele, *Foreword: Telling Stories*, 87 MICH. L. REV. 2073 (1989); LAW'S STORIES: NARRATIVE AND RHETORIC IN THE LAW (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996); Jane B. Baron & Julia Epstein, *Is Law Narrative?*, 45 BUFF. L. REV. 141 (1997); John Leubsdorf, *The Structure of Judicial Opinions*, 86 MINN. L. REV. 447 (2001). ראו עוד מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים 11 ז (1998); יופי תירוש "סיפור של אונס, לא יותר" – על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי" משפטים לא 579 (2001); יעל ארידור בר-אילן "עובדות שנויות במחלוקת" עיוני משפט כד 131 (2000); שולמית אלמוג "עיוני המערער חשכו" – בין הנרטיבי לנורמטיבי" מחקרי משפט טו 295 (2000); יונתן יובל "צדק נרטיבי" מחקרי משפט יח 283 (2002); עירית נגבי סיפורי אונס בבית המשפט – ניתוח נרטיבי של פסקי-דין (2009).

האופרטיבית.¹² כמו כן הועלו שאלות בדבר מידת ההיעזרות של שופטים בצוות המשפטי שלהם לצורך כתיבת פסקי הדין.¹³ על רקע כל אלה מבקש המאמר להתמקד בכתיבתם של שופטים. עם זאת בעשותו כן הוא מסתייע בהשוואה בינה לבין כתיבתם של משפטים אחרים שקרובים להם לכאורה מהיבט השאיפה לניטרליות ולקידום טובת הכלל – אנשי אקדמיה.¹⁴ הן הכתיבה השיפוטית והן הכתיבה האקדמית מציגות עמדות משפטיות ששואפות לאובייקטיביות ולפתרונות ראויים, ולא לקידום של עמדה אינטרסנטית זו או אחרת,¹⁵ בשונה מעורכי הדין המייצגים צדדים לסכסוך משפטי.¹⁶ כמו כן יש להודות שבניגוד לעבר מוכרת כיום התופעה של פסקי דין שכוללים פריסת יריעה רחבה של העקרונות המשפטיים והשאלות שהסוגיה העומדת לדיון קשורה בהם.¹⁷ אולם למעשה הכתיבה השיפוטית והכתיבה האקדמית נבדלות זו מזו מבחינת התכליות שביסודן והקהלים שאליהם הן מכוונות. על כן שיטות העבודה של

12 ראו למשל יעקב אבי ברוך טירקל " - - - ועל דעת היחיד" מחקרי משפט יט 413 (2003). כן ראו John Alder, *Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices?*, 20 OXFORD J. LEGAL STUD. 221 (2000); Michael Kirby, *Judicial Dissent – Common Law and Civil Law Traditions*, 123 L.Q.R. 379 (2007); Andrew Lynch, *Introduction – What Makes a Dissent 'Great'?*, in GREAT AUSTRALIAN DISSENTS 1 (Andrew Lynch ed., 2016).

13 ראו ויסמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 315–316; David McGowan, *Judicial Writing and the Ethics of the Judicial Office*, 14 GEO. J. LEGAL ETHICS 509, 555–567 (2001); Stephen J. Choi & G. Mitu Gulati, *Which Judges Write Their Opinions (and Should We Care?)*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 1077 (2005); RICHARD A. POSNER, *HOW JUDGES THINK* 221 (2008); William Domnarski, *Judges Should Write Their Own Opinions*, N.Y. TIMES, May 31, 2012; Richard A. Posner, *Judicial Opinions and Appellate Advocacy in Federal Courts – One Judge's Views*, 51 DUQ. L. REV. 3 (2013); Beverley B. Martin, *Another Judge's Views on Writing Judicial Opinions*, 51 DUQ. L. REV. 41 (2013); Kelly Bodwin et al., *Opinion Writing and Authorship on the Supreme Court of Canada*, 63 U. TORONTO L.J. 159 (2013). ראו גם ע"א 4126/05 חגיאי נ' עמותת ועד עדת הספרדים, פס"ח (2) (פורסם בנבו, 20.6.2006) (לדברי השופט רובינשטיין: "שופט רשאי להיעזר בצוות העובד עמו לשם הכנת פסק דין, בוודאי בעומס השורר במערכת בתי המשפט; והאופן והמידה בהם יעשה שימוש בחומרים שהוכנו מסורים לשיקול דעתו, כמובן. הפרקטיקה לעניין זה הן שונות. אך כל עוד ההכרעה השיפוטית נעשית על ידי השופט לאחר עיון, דרישה וחקירה").

14 כפי שצוין לעיל, לי עצמי יש עניין אישי בהשוואה זו בתור מי שעסקה ועוסקת בכתיבה משני הסוגים. לכתובה קודמת בנושא זה, ראו Barak-Erez, *Writing Law*, לעיל ה"ש 3.

15 גורם רקע חשוב שתורם ל"משטור" הכתיבה המחקרית האקדמית לעבר אימוץ גישה לא מוטה קשור בכך שמאמרים המוגשים לפרסום בכתבי עת מקצועיים עוברים הליך של "שיפוט" אקדמי, הבוחן את איכות הטיעונים, ובכלל זה התייחסותם לטיעוני נגד ולעמדות אפשריות אחרות. על כך יש להוסיף שגם כאשר אקדמאים מקדמים עמדה אידאולוגית שהם תומכים בה, הם מציגים את עמדותיהם ואינם מייצגים אינטרסים של צד לסכסוך. הדברים אמורים במחקר האקדמי הטהור ולא במצבים שבהם האקדמאי נותן חוות דעת לצד במשפט או אף מופיע בהליך כעד מומחה.

16 להדגשת השוני בין כתיבה של עורכי דין לכתובה של שופטים ראו Steven Stark, *Why Judges Have Nothing to Tell Lawyers About Writing*, 1 SCRIBES J. LEGAL WRITING 25 (1990).

17 לגישה המסורתית המבקרת התפתחות זו ראו לנדוי "על ניסוח פסקי-דין", לעיל ה"ש 6. המחבר מונה בהקשר זה את אבות הטיפוס של "פסק-הדין הדיקטטי", "פסק הדין המחקרי" ו"פסק הדין הקודיפיקטורי" (שם, בעמ' 194–195) ומחווה דעתו כי "מוטב שהשופט יכתוב שני פסקי דין תמציתיים שינתנו במועד, מפסק דין דיקטטי אחד שנתינתו משהה מעל למידה" (שם, בעמ' 194).

שופטים ושל אקדמאים שונות אלה מאלה, ואף תוצרי הכתיבה שלהם שונים. שוני זה עומד במרכזו של המאמר הנוכחי.¹⁸

בהמשך למבוא זה, מהלך הדיון במאמר יהיה כדלקמן: תחילה אציג את השיח הקיים באשר לאופיין של הכתיבה האקדמית והכתיבה השיפוטית (בפרק א); בהמשך לכך אבחן את המטרות השונות של הכתיבה השיפוטית והכתיבה האקדמית ואת השתקפותן בעבודה היומית של שופטים ואקדמאים (בפרק ב) ואת התנאים השונים שחלים על עבודתם של שופטים ואקדמאים והאילוצים המוסדיים המאפיינים אותה (בפרק ג). כמו כן אתייחס למתכונות ההנמקה השונות של שופטים ואקדמאים (בפרק ד). לבסוף, בסיכום, אציג את המסקנות העולות מן ההשוואה.

קודם לכניסה לפרטי הדברים נדרשת "הערת אזהרה". המאמר מציג מאפיינים טיפוסיים של הכתיבה השיפוטית ובוחן אותם באספקלריית המאפיינים של הכתיבה האקדמית. מאפיינים אלה הם, מטבע הדברים, כלליים. מובן שצפויים להיות הבדלים בין שופטים שונים. שאלה נוספת, החורגת מגבולות הדיון הנוכחי, היא כמובן באיזו מידה משפיע הרקע המקצועי של כל שופט ושופטת על הסגנון השיפוטי שלהם. מכל מקום, יש מקום להבחנות רלוונטיות בין ערכאות שונות, ובכלל זה בין עבודתה של הערכאה הדיונית לבין עבודתה של ערכאות ערעור. במידת הצורך יתייחס הדיון גם להבחנות אלה.

א. בין שופטים לאקדמאים

מערכת היחסים בין הכתיבה האקדמית לעבודת השפיטה כבר נדונה בהקשרים מגוונים.¹⁹ בארצות הברית אחד ההיבטים המרכזיים של הדיון היה אי-הנחת שהביעו שופטים באשר להתרחקותה של הכתיבה האקדמית מעולם המעשה באופן שעושה אותה לבלתי רלוונטית לשופטים. הם תיארו אותה כתאורטית מדי, ארוכה מדי, מרוכזת בשאלות פילוסופיות וכתובה בז'רגון אקדמי.²⁰ ביקורת זו התמקדה במאמרים אקדמיים ולא בספרים מן הסוג של

18 ככלל, הדיון מתמקד במסורת השיפוטית ובמסורת האקדמית הרלוונטיות לישראל. על כן הוא מתייחס לשפיטה המבוססת על התדיינות אדוורסרית ולפרקטיקה של פרסום שמי של פסקי דין בידי השופטים, עם דעות מיעוט. כמו כן הוא מתייחס לפרקטיקות הנוהגות באקדמיה המשפטית הישראלית והיום, המושפעת במידה רבה מזו האמריקנית.

19 ראו למשל מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי (2002).

20 ראו למשל Judith S. Kaye, *One Judge's View of Academic Law Review Writing*, 39 J. LEGAL EDUC. 313 (1989); Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 91 MICH. L. REV. 34 (1992); Bryan A. Garner, *Interviews with United States Supreme Court Justices: Chief Justice John G. Roberts Jr.*, 13 SCRIBES J. LEGAL WRITING 5, 37 (2010); Adam Liptak, *When Rendering Decisions, Judges Are Finding Law Reviews Irrelevant*, N.Y. TIMES, March 19, 2007, at A8; Adam Liptak, *The Lackluster Reviews that Lawyers Love to Hate*, N.Y. TIMES, Oct. 22, 2013, at A15. לצד הביקורות מסוג זה קיימים כמובן מקרים שבהם פסקי דין נדרשים למאמרים או לספרים של אקדמאים כחלק מהדיון בפתרון הראוי לשאלה המשפטית שהתעוררה בהם. במקרים אלה הביקורת על תוצרי המחקר של האקדמאים היא מסוג אחר – לגופם של דברים.

"טקסט-בוק", המיועדים מראש גם לשופטים ולאנשי מעשה.²¹ אולם למעשה הטיעון דווקא התחזק לנוכח היחלשות הנטייה של חוקרי משפט להקדיש עצמם לכתיבת ספרים מסוג זה שאינם זוכים לניקוד גבוה לצורך קידום אקדמי.²² במדינות "קטנות" כמו ישראל קשיים אלה אף מועצמים בשל התמריצים המכוונים אקדמאים לעסוק בכתיבתם בשאלות שאינן ממוקדות בשיטה המקומית או בתאוריה מופשטת על מנת להגדיל את קהל הקוראים שלהם ולהתמודד כשווים מול שווים בתחרות על פרסומים בכתיבי עת מחקריים יוקרתיים.²³ לצד זאת ראוי לציין כי דווקא בישראל ההפניה לספרות משפטית בפסיקתם של בתי המשפט מקובלת, וכך השימוש בה הוא נרחב יחסית.²⁴

עמדות ביקורתיות באשר לקשר שבין כתיבה אקדמית לכתיבה שיפוטית נשמעו גם מצד אקדמאים. יש המביעים צער על הפער הגדל והולך בין האקדמיה המשפטית לחיי המעשה,²⁵ אך זו אינה בהכרח הדעה הרווחת. אקדמאים רבים סבורים שכתובתם צריכה להתמקד בפיתוח הידע והתאוריה המשפטית בשם הערך הטבוע בהם ולא באירועים משפטיים קונקרטיים.²⁶ זוהי ככל הנראה הסיבה לכך שהכתיבה האקדמית העדכנית אינה מתמקדת, במקרים רבים, בניתוח ההיגיון הפנימי של החקיקה והפסיקה אלא בוחנת את המשפט כתופעה חברתית (בהקשרה של הכתיבה בתחומים של משפט וחברה ומחקרים אמפיריים של המשפט).²⁷ מגמה חשובה נוספת היא התפתחות המחקר הבין-תחומי

21 ראו למשל Fred R. Shapiro, *The Most-Cited Legal Books Published Since 1978*, 29 J. LEGAL STUD. 397, 404–405 (2000) ("The best measure of the success of the treatises is probably their totals of citations in judicial opinions rather than citations in periodical articles [...]").

22 ראו למשל Erwin Chemerinsky, *Foreword: Why Write?*, 107 MICH. L. REV. 881 (2009); Richard A. Danner, *Oh, the Treatise!*, 111 MICH. L. REV. 821 (2013).

23 למערך התמריצים המשפיע על פרסומים באנגלית, ראו למשל אורן גול-אייל "הערות על העבר והעתיד של הניתוח הכלכלי של המשפט בישראל" *מחקרי משפט* כג 661, 678 (2007).

24 ראו עוד יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" *משפטים* כז 119, 168 (1996).

25 ראו David Hricik & Victoria S. Salzmann, *Why There Should Be Fewer Articles Like this One: Law Professors Should Write More for Legal Decision-Makers and Less for Themselves*, 38 SUFFOLK U. L. REV. 761 (2005); Deborah L. Rhode, *Legal Scholarship*, 115 HARV. L. REV. 1327 (2002).

26 ראו למשל Richard A. Posner, *The Deprofessionalization of Legal Teaching and Scholarship*, 91 MICH. L. REV. 1921 (1993); Erwin Chemerinsky & Catherine Fisk, *In Defense of the Big Tent: The Importance of Recognizing the Many Audiences for Legal Scholarship*, 34 TULSA L.J. 667, 673–677 (1999); Richard A. Epstein, *Let "the Fundamental Things Apply" Necessary and Contingent Truths in Legal Scholarship*, 115 HARV. L. REV. 1288, 1303, 1311–1313 (2002); John R. Nolon et al., *Towards Engaged Scholarship*, 33 PACE L. REV. 821, 827–829 (2013). אכן, אפשר וחשוב להצביע על פעילות אקדמית בעלת מחויבות חברתית, המלווה אף היא במחשבה ובמחקר (ראו למשל בכתב העת *מעשי משפט*, שיוצא לאור מאז שנת 2008). אולם יש להודות שזה אינו "הזרם המרכזי" של המחקר המשפטי.

27 ראו Theodore Eisenberg, *Why Do Empirical Legal Scholarship?*, 41 SAN DIEGO L. REV. 1741 (2004); תאודור אייזנברג "המחקר האמפירי של המשפט: מקורו, טיבו וההבטחה הגלומה בו" *עיוני משפט* לד 303 (2011); אריאל בנדור ויפעת הולצמן-גזית "מחקר אמפירי של המשפט בישראל –

במתכונת של "משפט ו..." בעקבות פיתוח התוכנות של זרם הראיזם המשפטי.²⁸ התוצאה הבלתי נמנעת היא התפצלותה של הכתיבה המשפטית האקדמית לתת-תחומים רבים ומובחנים ביניהם בגישה ובסגנון הכתיבה.²⁹

להשלמת התמונה ייאמר כי תוצרי כתיבה שהם, במובן מסוים, "קטגוריית ביניים" הם מאמרים וספרים הנכתבים בידי שופטים. אכן, כאשר שופטים כותבים ספר או מאמר הם יכולים לעשות זאת כשהם חובשים "כובע אקדמי", ולכתוב מחקר המנותק מעבודתם השיפוטית. אולם למעשה במקרים רבים, ואולי אף במקרים הטיפוסיים, מאמר או ספר שנכתבים בידי שופט או שופטת אינם מנותקים לחלוטין מכהונתם. ראשית, כתיבה זו כפופה למגבלות אתיות וקולגיאיות בכל הנוגע לנושאים שיעסקו בהם ולאופן ניסוחה של ביקורת על עמיתים או על רשויות השלטון האחרות. שנית, לא אחת שופטים בוחרים לעסוק בכתיבתם בנושאים המוכרים להם מעבודתם המקצועית, או אף לעסוק בסוגיות כלליות שעניינן מלאכת השפיטה.³⁰ במסגרת זו של כתיבה "חוץ-שיפוטית" הם יכולים להמשיך בפיתוח החשיבה על שאלות משפטיות שעורר אצלם דיון במקרה מסוים, ולא היה מקום לעסוק בהן במתכונת רחבה ועקרונית באותו עניין. שלישית, ובהמשך לכך, מתעוררת השאלה אם בכתיבתם האקדמית שופטים מצליחים "להתנתק" לחלוטין מן המאפיינים שסיגלו לצורך כתיבתם השיפוטית, כדוגמת ניסוח סמכותי של הטענות והמסקנות המבוסס, במידה רבה, על תקדימים.³¹

ממצאים ומשמעויות "עיוני משפט" לד 351 (2011); דורון טייכמן ואיל זמיר "מחקר משפטי אמפירי – הארות והערות" משפטים 671 (2015).

28 הדוגמאות הן רבות: "משפט וכלכלה"; "משפט וספרות"; "משפט וחברה" ועוד. בהקשר הישראלי ראו למשל יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" דין ודברים 17, 18–20 (2011). ככלל, מקובל להבחין בין כתיבה "דוקטרינרית", שהיא בעלת אוריינטציה פרקטית, לכתיבה "תאורטית", שהיא מופשטת יותר ומתמקדת בפיתוח הידע. הכתיבה הבינ-תחומית שייכת למחנה השני, הגם שניתן לזקק ממנה גם מסקנות אופרטיביות. ראו Richard A. Posner, *Legal Scholarship Today*, 115 HARV. L. REV. 1314 (2002); Richard A. Posner, *Against the Law Reviews*, LEGAL AFF. (Nov. 2004), https://www.legalaffairs.org/issues/November-December-2004/review_posner_novdec04.msp.

29 ראו Martha Minow, *Archetypal Legal Scholarship: A Field Guide*, 63J. LEGAL EDUC. 65 (1996) וראו 1021 (1996) WASH. & LEE L. REV. 53, *Why I Write*, James Boyd White (2013). לשיטתו של ווייט: "what may look at first like the same activity – 'Writing' — is actually very different in different lives, with different motivations and significances" (שם, בעמ' 1022). אתגר נוסף הנובע מכך נוגע ליכולת להעריך את איכות הכתיבה האקדמית. ראו Karen Petroski, *Does It Matter What We Say About Legal Interpretation?*, 43 MCGEORGE L. REV. 359 (2012).

30 הדוגמה הבולטת לכך במשפט הישראלי היא כתיבתו של אהרן ברק, בעיקר בנושאים שעניינם מלאכת השפיטה שבהם החל לעסוק לאחר שהחל לכהן כשופט – מאז פרסומו של אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (1987). לדיון בכתיבתו של אהרן ברק מהיבט הזיקה בין תפקידו כשופט לבין מעמדו האקדמי, ראו רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון – הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא 81, 116–118 (1997).

31 להתייחסות לכתיבתו ה"אוטוריטיבית" של אהרן ברק, ראו 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, 397–398 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

בשלב זה אבקש להציע התבוננות על מערכת היחסים בין כתיבה אקדמית לכתיבה שיפוטית מזווית נוספת – לא זו שמדגישה את הביקורת ההדדית ביניהן, אלא זו המדגישה את ההבדלים הבסיסיים שמעצבים אותן, בהתייחס לתכליותיהן השונות, לאילוצים המוסדיים שמגבילים אותן ולמתכונות ההנמקה הרווחות בהן.

ב. תכליות ומשימות

חרף היומרה או השאיפה המשותפת לשופטים ולאקדמאים לחתור אל ה"אמת" ולהיות "ניטרלים" בניתוח המשפטי שהם מציעים, קיים הבדל מהותי בתכליות המקצועיות של עבודתם. כתיבה שיפוטית מתמקדת במקרים מציאותיים של צדדים קונקרטיים בהקשרן של נסיבות מסוימות. תכלית עיקרית של העבודה השיפוטית היא מתן מענה לסכסוך משפטי מסוים. לכן בפועל הכתיבה השיפוטית תמיד מבוססת על עובדות ואינה מתנהלת במישור התאורטי בלבד.³² זאת ועוד: ההחלטה השיפוטית נועדה לתת הוראות באשר לאופן פעולתם של הצדדים, ואף ניתן לאכוף אותה עליהם באמצעות סוכני האכיפה של המדינה.³³ בניגוד לכך, העבודה האקדמית המשפטית מכוונת קודם כול לפיתוח הידע ועולם הרעיונות.³⁴ תכליתה העיקרית היא להעמיק בחשיבה על עקרונות משפטיים בהקשרו של דיון תאורטי ולהציג נימוקים וניתוחים תקפים באשר למשמעויותיהם והשלכותיהם. היא עשויה להתייחס גם לעובדות ומקרים קונקרטיים אך אינה מוגבלת להם. ממילא אף ברור שההשפעה המידית של הכתיבה השיפוטית על העולם ה"אמתי" היא מידית יותר ובלתי מתווכת, על כל האחריות הכרוכה בכך, וכן הפוטנציאל לחשיפה ציבורית ולביקורת פוליטית. לעומת זאת הכתיבה האקדמית, הגם שיכולה להיות לה חשיבות מעצבת רבה על התפתחות החשיבה המשפטית, אינה בעלת השפעה ישירה על המציאות, וממילא אף חשופה פחות ל"התגוששות" עם כוחות של חיי המעשה.

השוני בתכליות ובמשימות מתבטא בבירור בעבודת היום-יום של השופטים והאקדמאים. ההבדל הברור ביותר בין התחומים מתבטא בעובדה שהאקדמאי בוחר את התחומים והנושאים שבהם הוא מבקש לעסוק.³⁵ בניגוד לכך, השופט אינו בוחר את נושא

32 ראו לציין כי אופי "תאורטי" של עתירה נחשב, ברגיל, לטעם לדחייתה על הסף. ראו למשל בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(3) 204, 232 (2011).

33 ראו Robert M. Cover, *Violence and the Word*, 95 YALE L.J. 1601, 1601 (1986) ("Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life").

34 ראו Larissa Katz, *The Law Review Mission: A Student Editor's Point of View*, 39 ALTA. L. REV. 684 (2001). ראו גם המקורות המובאים לעיל בה"ש 26.

35 בהתייחסו לשאלה "מדוע לכתוב", ארווין צ'מרנסקי אומר כי במסגרת הכתיבה האקדמית בחירת נושא הכתיבה היא "אקט של הגדרה עצמית" (an act of self-definition). לדבריו: "[w]hat we choose to write about, the voice we employ, the points we choose to make, all are important expressions of self". ראו Chemerinsky, *Foreword: Why Write?*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 893; Chemerinsky & Fisk, לעיל ה"ש 26, בעמ' 678. דברים אלה משקפים כמובן את האיראל של חירות אקדמית, ובצד יש להביא בחשבון גם אילוצים המצמצמים את חופש הבחירה של החוקר – למעשה,

התיק שבו יעסוק, וזה נקבע על פי שיקולים מערכתיים.³⁶ הוא מגיע ללשכתו ומגלה אתגר חדש המונח על שולחנו. יתר על כן, הגדרת השאלות המתעוררות בתיק נעשית, לפחות לפי התפיסה האדוורסרית המסורתית, בידי הצדדים. כך, הצדדים יכולים שלא להצביע על קושי או על שאלת יסוד שעניינם מעורר.³⁷ אכן, אין להכחיש כי לשופט יש "מרחב תמרון" בהחלטה לאילו נושאים יתייחס בהחלטתו הכתובה ובאיזה היקף (במתכונת תמציתית או רחבת יריעה). אולם זהו מרחב המתוחם ככלל באמצעות המסגרת הדיונית שקבעו הצדדים. כמו כן לעתים אפשר לתת מענה לסכסוך באמצעות התייחסות לשאלה אחת, שתשובה עליה הופכת את שאר השאלות המתעוררות בו פוטנציאלית לבלתי רלוונטיות או מיותרות. במקרים כאלה השופט יכול להחליט אם לכתוב אמרת אגב ("אוביטר"), בבחינת "למעלה מן הצורך", או להימנע מלעשות זאת ולהתמקד בנושא שבו חיוני להכריע, היינו ב"רציו".³⁸ במהלך השנים אף הובעו עמדות שונות באשר לשאלה אם ראוי לעשות כן, ויש הבדלי אסכולות בנושא, היינו יש שופטים המקפידים על הגישה המסורתית המסתייגת מכל חריגה מהנושא הנדרש להכרעה לבין אלה שמצדדים בהרחבה מסוימת.³⁹ מכל מקום, ככלל, אף לשיטת המרחיבים הכתיבה השיפוטית היא "זהירה" הרבה יותר,⁴⁰ בשונה מן החופש הכמעט בלתי מוגבל של האקדמאי המשפטי באשר לבחירה הראשונית של התחום שאותו יחקור, שאף עשוי להיות מצומצם יחסית או אף שולי מנקודת מבט "אובייקטיבית". להחלטה השיפוטית תמיד יש "עוגן" במציאות. לכן, וזהו שוני נוסף, השופט חייב להיות ממוקד במציאת פתרון לבעיה המשפטית שבפניו ו"לתרגם" את הפתרון לשפה של סעד

גם אם לא להלכה. כך, איש האקדמיה צפוי להביא בחשבון שיקולים כדוגמת האטרקטיביות היחסית של נושא המחקר מההיבט של סיכויי פרסום בכתבי עת נחשבים, ומכאן את השפעתו על סיכויי הקידום שלו. ראו לעיל ה"ש 23 והטקסט הנלווה לה.

36 זאת, נוסף על כך שאף מערכת בתי המשפט עצמה אינה בוחרת את ההליכים המתנהלים בה והנפתחים ביזמת הצדדים הרלוונטיים. חריג חלקי לכך נסב על המקרים שבהם מסור לשופטים שיקול דעת אם להיעתר לבקשת רשות ערעור. עם זאת הם אינם שולטים בהפנייתו של בקשת רשות הערעור אליהם. ממד הבחירה גובר באותם בתי משפט עליונים, כדוגמת בית המשפט העליון של ארצות הברית, שלהם מסור שיקול דעת רחב בדבר בחירת המקרים שבהם תינתן רשות ערעור, בשונה מהמצב הנוהג בישראל. טענות הצדדים מגדירות בדרך כלל את מסגרת הדיון, אך לא תמיד – למשל כאשר המקרה מעורר בעיה של אי-חוקיות. ראו גם ע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה (פורסם בנבו, 27.6.2011) (במקרה זה, בית המשפט לא נעתר לבקשת הצדדים למחוק את הערעור, משום שהתעוררו בו שאלות חשובות הנוגעות לחוקיות התנהלותן של רשויות בגביית תשלומים). השופטת פרוקצ'יה כתבה בעניין זה כך: "דין בקשת המחיקה של הערעור להידחות בנסיבות ענין זה. הטעם העיקרי לכך הוא, כי הליך זה חשף שאלות מפתח באשר להתנהלותן של רשויות מקומיות, החורגות מהמקרה הפרטני שלפנינו. תקנת הציבור, וערכי מינהל תקין, מצדיקים כי שאלות אלה תיבחנה לעומקן בהליך זה" (שם, פס' 18 לפסק דינה).

38 יש להודות כי ההבחנה בין השניים אינה תמיד פשוטה. ראו למשל Michael Abramowicz & Maxwell Stearns, *Defining Dicta*, 57 STAN. L. REV. 953 (2005); Michael C. Dorf, *Dicta and Article III*, 142 U. PA. L. REV. 1997 (1994).

39 ראו למשל חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט – בעקבות בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289 משפטים לא 415 (2000).

40 יש אף המגדירים את הכתיבה השיפוטית "פרנואידית". ראו Stark, לעיל ה"ש 16, בעמ' 28.

משפטי ואף של כלל (כאשר מדובר בערכאה שלפסיקתה יש היבטים תקדימיים).⁴¹ לעומת זאת האקדמאי יכול להגביל עצמו לדיון בבעיה עצמה ולא בפתרון. יתר על כן, האקדמאי יכול להתמקד בחשיפת היבטים בעייתיים, היינו ב"פרובלמטיזציה" של סוגיה משפטית שהעמדה המקובלת ביחס אליה היא שיש לה תשובה סדורה, ולא דווקא לכוון לפתרון.⁴² במובן זה האחריות בעבודה השיפוטית היא רבה יותר, ונגזרת ממנה מידה רבה של זהירות (גם בהחלטה הנוגעת להתייחסות לנקודות שאינן טעונות הכרעה ואפשר שיתעוררו בעתיד). היבט נוסף של השוני בין סוגי הכתיבה נוגע למספר הסוגיות שבהן נדרש השופט לדון במקרה אחד. בעיות המתעוררות בעולם המעשה מחייבות את השופט לדון בכפיפה אחת בכמה סוגיות משפטיות, גם אם אין ביניהן כל קשר מהיבט התאוריה המשפטית או אף מבחינת ענפי המשפט שאליהם הן שייכות. כך למשל אפשר ששופט יידרש לעסוק בסוגיות כדוגמת זכות עמידה, בקשת רשות ערעור או קבילות של ראיות קודם לדיון בשאלות המשפטיות המהותיות שבלבו של התיק. כאשר נושאים אלה נפתרים, השופט יכול להידרש לעסוק בסוגיות משפטיות שונות שאותן מעלים הצדדים, מתחומי משפט שונים, ולבחון כל אחת ואחת מהן.⁴³ התוצאה היא אפוא ששופטים כותבים טקסטים משפטיים שלהם כמה מוקדים תחומיים ולא רק תמה אחת. בניגוד לכך, אקדמאים יכולים להגביל עצמם רק להיבט אחד של המחלוקת, כלומר לבחור במדויק את הנושא שבו הם עוסקים ולהתמקד בו.⁴⁴ בנוסף, שופטים צריכים להקדיש זמן ותשומת לב מרובים להליכים של קביעת ממצאי עובדה – בין כשופטים בערכאות דיוניות שמבררות את העובדות⁴⁵ ובין כשופטים של ערכאת ערעור אשר בוחנת אותם ממצאי עובדה שנקבעו בערכאה הראשונה.⁴⁶ ממצאי עובדה

41 להרגשת האופי המדריך והמנחה של פסיקתן של ערכאות ערעור ראו Frederick Schauer, *Opinions as Rules*, 62 U. CHI. L. REV. 1455 (1995).

42 ידועה בהקשר זה המימרה ששופטים מחפשים פתרונות לבעיות, ואילו אקדמאים מחפשים בעיות בפתרונות.

43 תיאור כללי זה מתאים במיוחד לניסיונם של שופטים בערכאות בעלות סמכות שיפוט כללית, בשונה מטריבונלים מתמחים. עם זאת גם בטריבונלים מתמחים השופט צפוי להידרש לכמה רבדים בכל תיק – לעובדות, לפרוצדורה ולדין המהותי. פוזנר דן בהקשר האמריקני בהבחנה בין בית המשפט העליון לבין בתי המשפט לערעור. בהקשר זה הוא כתב כך: "[u]nlike the Supreme Court [...] the courts of appeals must decide all the dispositive issues presented by a case, however many there are, POSNER, HOW and a single case may present issues in several different fields of law" JUDGES THINK, לעיל ה"ש 13, בעמ' 205–206.

44 פוזנר סבור שסיבה אחת לפער הגדל והולך בין האקדמיה המשפטית לקהילה השיפוטית נובעת מהיותם של השופטים משפטנים "כלליים", ואילו האקדמאים נדרשים למומחיות בתחומים ספציפיים. ראו שם, בעמ' 205–206, 216. במהלך השנים הוקמו ערכאות מתמחות בנושאים מסוימים, אולם בשיטת המשפט שלנו זה אינו כלל. דוגמה מובהקת לערכאות מתמחות היא זו של בתי הדין לעבודה. תפיסה זו באה לידי ביטוי גם בהקמתם של בתי המשפט לעניינים מינהליים ובית המשפט הכלכלי. אולם אלה הן רפורמות חלקיות. השופטים היושבים בבתי משפט אלה הם שופטים של בתי המשפט המחוזיים, ולהלכה – ואף למעשה – דנים גם בתיקים "רגילים" של בתי משפט אלה.

45 הדברים נכונים גם בשיטות שבהן מקובלת שיטת המושבעים, ותפקיד השופט כולל הנחיה של המושבעים באשר לקביעת ממצאי עובדה ולמשמעות המשפטית שלהם.

46 ראו עוד JEROME FRANK, *COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE* (1949).

אלה משמשים בסיס להצגת החלק העובדתי של ההחלטה הכתובה⁴⁷ שלו יש מאפיינים מסוימים של "סיפור".⁴⁸ בניגוד לכך, אקדמאים משפטיים מקבלים את העובדה כהנחת מוצא.⁴⁹ לא אחת הם אף מדמיינים את העובדות בעת שהם מציגים דוגמאות היפותטיות לצורך הדיון.⁵⁰ במקרים אחרים אקדמאים כותבים על בסיס הנחות⁵¹ או מסתמכים על ממצאים אמפיריים⁵² שמשמשים בסיס לדיון הנורמטיבי.⁵³ בשונה מאקדמאים שיכולים לבסס את טיעוניהם על בסיס מקורות ואסמכתאות ממקורות שונים, השופט אינו רשאי לסמוך על עדויות וממצאים שלא הוצגו לבית המשפט. עם זאת הוא רשאי להפנות למחקרים ולדוחות מוסכמים יחסית באשר לעובדות חברתיות (כדוגמת שיעורי עוני)⁵⁴ וכן לספרות משפטית⁵⁵ (לרבות משפט השוואתי).⁵⁶

ביתר כלליות ניתן אפוא לומר ששופטים מתמודדים עם העובדות שמוצגות להם, ואילו אקדמאים יכולים להתבסס על הדמיון. על פי רוב, ככל שדמיונו של החוקר מפותח יותר, כך הוא ייחשב לחוקר מקורי ומעניין יותר. לא כן השופט – אם כי זה יכול להיווכח שהמציאות עולה על כל דמיון. אכן, לעומת ערכאות דיוניות,⁵⁷ ערכאות ערעור מתמודדות פחות עם הפן העובדתי של ההכרעה המשפטית ויותר בפן המשפטי, באופן שמקרב אותן יותר לעולם

47 תק' 192 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 מציינת במפורש כי "פסק דין בתובענה שהוגש בה כתב הגנה יכיל הרצאה תמציתית של הענין, ממצאי בית המשפט לגבי העובדות המהותיות, השאלות שעמדו להכרעה, ההחלטה ונימוקה".

48 הספרות המשפטית האקדמית הקדישה תשומת לב רבה להבנת תפקידם של שופטים כ"מספרי סיפורים" וכמי שמעצבים את ה"נרטיב" של העובדות. ראו גם לעיל ה"ש 11.

49 למעט באותם מחקרים שמתמקדים בחשיבותו של הנרטיב ובביקורת עליו, כמפורט לעיל בה"ש 11. אולם זהו ענף אחד, ולא דווקא מרכזי, של הכתיבה המשפטית האקדמית. לעומת זאת בעולמם של שופטים ההתמודדות עם העובדות והצגתן היא לחם חוק.

50 מתכונת טיעון זו מזוהה גם עם השיטה ה"סוקראטית" בהוראת משפטים, הנעזרת בדוגמאות – "קייסים" (cases) אמתיים או "הייפוס" (hypos) שחוברו בהשראתם. ראו Thomas W. Holm, *A Journey of Faith, Love, and Teaching*, 58 UCLA L. REV. DISCOURSE 215, 226 (2011); Phillip E. Areeda, *The Socratic Method*, 109 HARV. L. REV. 911, 920 (1996).

51 דוגמה מובהקת לכך משמשת מתכונת הכתיבה המסורתית בתחום של משפט וכלכלה, שבו הדיון מבוסס על הנחות סטנדרטיות, כדוגמת אפיונם של הצדדים כשחקנים רציונלים החותרים למקסום התועלות שלהם ופועלים על יסוד מידע מלא.

52 להתפתחות העיסוק במחקר האמפירי של המשפט ראו לעיל ה"ש 27.

53 אפשר לסייג את הדברים ולומר שבאותם מקרים שבהם המשפטן האקדמי עורך בעצמו את המחקר האמפירי מצטמצם המרחק בין העבודה האקדמית לעבודה השיפוטית במובן זה שגם האקדמאי מתמקד בקביעת עובדות, ממש כמו השופט. עם זאת יש לו חלק פעיל בהגדרת הזירה העובדתית הנחקרת והוא יוזם את איסוף הנתונים, בשונה מהמקובל בתפקיד השיפוטי, לפחות במסורת האנגלו-אמריקנית שהתקבלה בישראל.

54 לדוגמה בולטת ראו Brown v. Bd. of Educ. of Topeka, 347 U.S. 483, 494 n.11 (1954). הכוונה היא להערה המפורסמת באשר לבעיות החברתיות והפסיכולוגיות שנובעות מן ההפרדה הגזעית.

55 ראו לעיל ה"ש 24.

56 ראו גם להלן ה"ש 89.

57 לייחוד של שיפוט בערכאה ראשונה, ראו Austin Sarat, *Judging in Trial Courts: An Exploratory Study*, 39 J. POL. 368 (1977).

הניתוח האקדמי העיוני.⁵⁸ עם זאת גם שופטים של ערכאות ערעור מוגבלים, במידה רבה, לעובדות ולנושאים שהועלו לדיון בידי הצדדים.⁵⁹

נקודה חשובה נוספת היא שחרף העובדה ששופטים כותבים החלטות רבות, תכלית עבודתם אינה בהכרח יצירתו של טקסט. אכן, בחלק מן המקרים נדרשת כתיבה של החלטות מפורטות הכוללות הצגה מלאה של עובדות המקרה, התחום המשפטי הרלוונטי והכרעה נורמטיבית.⁶⁰ אולם במקרים אחרים נדרש טקסט קצר ופשוט – היענות לפנייה של צד "כמבוקש", צו שכולל כמה משפטים⁶¹ או החלטה שמתמצה בהנמקה במתכונת מקוצרת.⁶² החלטות אלה אף אינן אמורות להיות מקוריות, ואין מניעה ששופטים ינקטו נוסח ששימש אותם במקרים דומים בהתאימם אותו לנסיבות המקרה. במקרים רבים אחרים החלטות ניתנות בהסכמה או דרך פשרה, חלקן בזכות תרומה של ההליך השיפוטי שבו השופט האיר את הקשיים העומדים בפני כל צד.⁶³ כך, טיפול ארוך ומעמיק בתיק, ואף כזה שהוביל לשינוי ניכר בעולם המעשה, עשוי להוליד בסופו של דבר הכרעה לאקונית של כמה שורות, המשקפת את הפשרה (ולא את הדרך הארוכה שעברו הצדדים עד אליה), לעתים אפילו במתכונת של "מחיקה בהסכמה".⁶⁴ בשונה מכך, בהקשר האקדמי,⁶⁵ כתיבת טקסטים

58 עם זאת יש לציין כי אף לערכאות הערעור נותר תפקיד לא מבוטל בתחום העובדתי, גם ללא התערבות בממצאי העובדה – בכל הנוגע לעיצוב הנרטיב העובדתי. ראו לעיל ה"ש 11.

59 זהו הכלל, אך בצדו יש מקרים חריגים שבהם ערכאות הערעור רשאית להתערב בממצאים העובדתיים. ראו למשל ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון בראשי, פ"ד נב (2) 582, 594 (1998).

60 ככלל, שיטת המשפט בישראל מחייבת לנמק החלטות שיפוטיות. ראו משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 303 (1969) ("שיפוט על פי שקול דעת אסור לו שיהפך לשיפוט שרירותי. כדי למנוע סכנה זאת אין אמצעי בדוק יותר מאשר הנמקה מלאה של פסק-הדין. הנמקה מלאה מחנכת את השופט למחשבה ברורה ולהעלאת נמוקיו – כולל תחושתו האינטואיטיבית, עליה דבר פאונד – מעל לסף תודעתו אל אור היום, על מנת שיעמדו למבחן הבקורת של דרגת הערעור, של אנשי המקצוע ושל הצבור כלו"). כן ראו דנ"פ 7619/96 ציטרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (4) 850 (1996); רע"ב 3019/98 מדינת ישראל נ' ארזי, פ"ד נב (2) 743, 749 (1998); רע"א 8996/04 שכטר נ' נציגות הבית המשותף, פ"ד נט (5) 17, 21–22 (2004). עם זאת הובהר כי חובת ההנמקה אינה מחייבת כתיבה באריכות ובפירוט שאינו נדרש. ראו למשל רע"א 478/88 בקר נ' שטרן, פ"ד מב (3) 679, 681 (1988); רע"פ 4958/11 סיאם נ' עיריית ירושלים, פס' י"א (פורסם בנבו, 13.12.2011); ע"פ 1965/14 אילני נ' מדינת ישראל, פס' 37–47 (פורסם בנבו, 17.8.2016).

61 הפרקטיקה הנוהגת בבג"ץ תומכת במתן צווי ביניים ללא הנמקה.

62 תק' 460 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי מסמיכה את ערכאות הערעור לדחות ערעור על בסיס הממצאים והמסקנות של הערכאה הדינית.

63 ראו למשל מיכל אלברשטין "התנגדות לגישור: בין זכויות, תודעה משפטית ורב תרבותיות" מחקרי משפט כד 373 (2008); מיכל אלברשטין "צדק מהיר מול צדק נשגב: אנטומיה של יחסי פרקטיקה ותאוריה ביישוב סכסוכים" עלי משפט ט 85 (2011); קרני פרלמן יישוב סכסוכים – משפט שיתופי וטיפול (2015). ראו גם Anthony DiSarro, Six Decrees of Separation: Settlement Agreements and Consent Orders in Federal Civil Litigation, 60 AM. U. L. REV. 275 (2010).

64 התשובה לשאלה מהו הפתרון המתאים יותר למקרה שבו דן שופט – הכרעה בעלת אופי עקרוני או פשרה – עשויה להשתנות על פי הנסיבות. למשל, יש חשיבות לשאלה אם מדובר בבית משפט של ערכאה ראשונה או בערכאת ערעור. ככלל, לפסיקה עקרונית של בתי משפט גבוהים שלפסיקתם יש ערך של תקדים מחייב יש ערך מוסף מבחינת התרומה להנחייתם של בתי המשפט האחרים – כמו גם של רשויות המדינה והציבור בכללותו – במקרים עתידיים. כמו כן יש לשקול אם מדובר בנושא שיש ערך

ופרסומם עומדים במרכז העשייה. הפרסום האקדמי הוא הבמה הפורמלית להצגת רעיונות, והפרסומים הם שמשמשים קריטריון עיקרי לקידום, ברוח המכתם הידוע "publish or perish".⁶⁶ בהמשך לכך, לא אחת פסקי דין אינם מתפרסמים, מטעמים של הגנה על פרטיות הצדדים או אינטרס ציבורי חשוב אחר.⁶⁷ לעומת זאת מחקר אקדמי שאי אפשר לתת לו פומבי הוא חריג מובהק, ונחשב לאבן נגף בדרכם המקצועית של החוקרים המעורבים.⁶⁸ קודם שאעבור לדון בהבדלים הנגזרים מן התכליות השונות בין עבודתם ה"טיפוסית" של שופטים לזו של אקדמאים חשוב לחזור ולציין את "הערת האזהרה" שהובאה בפתח הדברים, דהיינו שהדברים נאמרים על דרך הכלל – בהשוואה בין עבודה אקדמית "רגילה" לעבודה שיפוטית "שגרתית". למשל, חלק מההבדלים מיטשטשים כאשר הדיון מתמקד בהשוואה בין עבודה אקדמית לעבודתם של בתי משפט עליונים. התפיסה המקובלת באשר לאלה היא שחלק מתפקידם (ואולי אפילו חלק ניכר ממנו) הוא כתיבת טקסטים בעלי משמעות מנחה, ואף עקרונית, למקרים אחרים – על מנת לפתח את המשפט.⁶⁹ מאפיין זה בעבודתם של בתי משפט עליונים אינו מעלים את השוני הבסיסי שבינה לבין עבודה אקדמית – מבחינת החיבור לסכסוך קונקרטי המבוסס על עובדות והובא לפתחו של בית המשפט ללא כל יזמה מצדו. אולם לצדו של מאפיין זה מתחדדת החשיבות הנודעת לקביעת כללים מנחים עבור מקרים אחרים, במידת הצורך אף במתכונת של קביעת תקדים חדש ולעתים אף של גיבוש מסרים ערכיים בעלי משמעות חברתית.

ג. אילוצים מוסדיים ותנאי עבודה

מן ההבדלים הבסיסיים בתכליות המקצועיות של הכתיבה השיפוטית והכתיבה האקדמית, ולמעשה של העבודה השיפוטית והעבודה האקדמית, נגזרים המאפיינים של סביבות העבודה של השופטים והאקדמאים והאילוצים שמאפיינים אותם. מאפיין מרכזי של תנאי העבודה של שופטים הוא מגבלות הזמן החמורות שלהן כפופה מלאכת הכתיבה שלהם. מספר פסקי הדין וההחלטות שכותבים שופטים רב לאין שיעור מהיקף הפרסומים האקדמיים, והזמן שעומד לרשותם לצורך כתיבתם קצר בהרבה.

חברתי לדיון פומבי בו, בשאלת כוח המיקוח של הצדדים במסגרת פשרה ועוד. מכל מקום, אין ספק שיש מקרים שלהם יאה פשרה, וזהו שוני מרכזי בין עבודה אקדמית לעבודה שיפוטית – הכרה בכך שבהקשר השיפוטי יצירת טקסט ופרסומו אינם חזות הכול.

65 הכוונה בהקשר זה היא למי שפעיל במסגרת קריירה אקדמית מסורתית, ולא למשפטנים מעשיים שיש להם זיקה לפעילות אקדמית במתכונת של הוראה מן החוץ, למשל.

66 תוצרי הכתיבה הם אמת מידה שנבחנת בקידומם של שופטים, אך זאת לצד היבטים נוספים של התפקוד המקצועי שלהם. המשקל שניתן להם אף עשוי להשתנות לפי הערכאה שבה מדובר.

67 ראו ס' 68 ו-70 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, המסדירים את המקרים של דיון בדלתיים סגורות ואיסור על פרסומים על דיון שהתקיים במתכונת זו, אלא ברשות בית המשפט.

68 ההיבט המשלים של הדברים הוא העובדה שקיימות מגבלות על יכולת הגישה של חוקרים למסמכים ולנתונים, גם כן מטעמים הנוגעים לאינטרסים כדוגמת פרטיות, ביטחון המדינה וכולי. מגבלות אלה נובעות, בין השאר, מהיותו של המחקר מיועד – מעצם הגדרתו – לפרסום.

69 ראו גם אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 407-408 (2004).

אקדמאים יכולים להקדיש למחקר תקופות ממושכות.⁷⁰ יתר על כן, הם יכולים לעצור ולהשהות את המשך העבודה על פרויקט מחקרי כאשר הם חשים שהם זקוקים לזמן נוסף לצורך חשיבה ועיבוד של חומרי רקע, ואף כאשר הם נתקלים במחסום כתיבה.⁷¹ במקרים מסוימים הם אף יכולים לזנוח כליל פרויקט מחקרי שהחלו בו. שופטים אינם נהנים מפריבילגיות דומות. אכן, אפשר שלפסקי דין מורכבים או כאלה שלהם אופי תקדימי פוטנציאלי יוקדש זמן רב יותר. אולם ככלל, החופש של שופטים בתחום זה מוגבל מאוד. הגנה נאותה על האינטרסים של הצדדים מחייבת להחליט במהירות ראויה, וידועה בהקשר זה המימרה: "צדק מאוחר הוא צדק שנשלל".⁷² לדברים אלה יש כמובן ביטוי גם בכללים פורמליים באשר לחובה לפרסם פסקי דין בתוך זמן סביר.⁷³ אפשר כמובן להציג גם את הצד השני של המטבע, דהיינו את היתרונות הכרוכים בכך: להחלטות שיפוטיות מובטח פרסום מהיר מיד לאחר הכתיבה – מבלי לחפש במה מתאימה (באמצעות הגשת מאמר לשיפוט אקדמי) ומבלי להמתין למועד פרסום רחוק יחסית (כאשר כתב העת יוצא לאור). אפשר לומר אף שכתיבת פסקי הדין היא מסגרת שמאפשרת לשופטים להביע את עמדותיהם ולהשפיע על הזירה המשפטית במסלול "מהיר".⁷⁴

נקודה אחרת, בעלת חשיבות קריטית, נוגעת לשיתוף בהליך הכתיבה וההכרעה. אקדמאים רשאים להתייעץ עם כל מי שלבם חפץ בכל אחד משלבי המחקר והכתיבה. במקרה הטיפוסי אקדמאים נוהגים לכתוב מאמרים שאת טיוטותיהם הם מציגים בכינוסים ובפורומים שונים שבהם מועלות ביקורות, נשאלות שאלות, וניתנת הזדמנות ל"שכלול"

70 ראו עוד Yale Kamisar, *Why I Write (And Why I Think Law Professors Generally Should Write)*, 41 SAN DIEGO L. REV. 1747 (2004).

71 ראו Joan Acocella, *Blocked – Why do Writers Stop Writing?*, 80 NEW YORKER 110 (2004). אף בהקשר זה, כפי שכבר צוין בעניין הבחירה של נושאי המחקר (ראו לעיל ה"ש 35), הדברים אמורים במצב האידאלי. בעיקר בראשית דרכם אנשי אקדמיה "לחוצים" יותר לכתוב ולפרסם תוך התחשבות באילוצי זמן, בשל הקשר בין פרסומים לקידום ולקבלת קביעות.

72 "Justice delayed is justice denied". פונר מתאר את השוני בתנאי העבודה בין השופט לאקדמאי כך: "A law professor does not have to write 25 articles a year (roughly the current minimum number of opinions published by a federal court of appeals judge; some publish many more, and all are responsible for a number – invariably a larger number – of unpublished opinions) on topics not of his choice. The professor can, without losing his academic standing, write just one or two articles a year on the one or two topics about which he has an original thought". ראו POSNER, *HOW JUDGES THINK*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 206. המספרים בשיטה הישראלית כמובן "מפחידים" יותר.

73 ראו למשל תק' 190 לתקנות סדר הדין האזרחי, שמורה כי "כתום הדיון בכל הליך, או לאחר מכן, בהקדם ככל האפשר לפי הנסיבות, יתן בית המשפט פסק דין או החלטה אחרת, לפי הענין [...] (תק' 190(א)), וכן קובעת בעניין זה סטנדרט סטטוטורי למתן פסק דין בערכאה ראשונה – "לא יאוחר משלושים ימים לאחר תום הדיון [...] (תק' 190(ד)). אפשר להעיר בהקשר זה כי ככלל בערכאה ראשונה יש לשופט זמן רב יותר להיכרות הדרגתית עם התיק במהלך שמיעת העדויות. אולם לא תמיד אלה הם פני הדברים – למשל בהליכים של דיון מהיר (שבהם יש לתת פסק דין בתוך 14 יום, כפי שמורה תק' 214טז) או בתביעות קטנות (שבהן יש לתת פסק דין בתוך 7 ימים. ראו תק' 15(א) לתקנות שיפוט בתביעות קטנות (סדרי דין), התשל"ז-1976).

74 השוו גם ויסמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 319.

ושיפור של הטיעון. במובן המטפורי, ניתן לומר שמאמרים אקדמיים הם תולדה של "הריונות ארוכים", המאפשרים חשיבה נוספת וקבלת הערות מקהלים שונים. קהלים אלה עשויים לכלול הן עמיתים לאקדמיה מאותה פקולטה או ממוסדות אחרים, אך גם עורכי דין, עוזרי מחקר, סטודנטים ועוד. בניגוד לכך, שופטים אינם רשאים להפיץ טיוטות של פסקי דין לדיון רחב ואף מוגבלים מאוד בקבלת ייעוץ או סיוע בכתיבה, ולא רק בשל מגבלות הזמן שכבר נדונו אלא מטעמים אתיים הנוגעים להגנה על השפעות חיצוניות על תהליך קבלת ההחלטה.⁷⁵ אכן, יש מקום לשיח מקצועי ואף למחלוקות בתוך בית המשפט פנימה, אך מבחינה זו קהילת השיח היא בעלת היקף מוגבל מאוד, ואף הרכבה הוא הומוגני וקבוע למדי.⁷⁶ ככלל, שופטים אינם רשאים לדון בפסקי דין שאותם הם כותבים מחוץ ל"בועה" הקטנה שבה הם מצויים, אשר כוללת את עמיתיהם בבית המשפט (לרבות חברים במותב שאינם שופטים בערכאות שבהן מודל זה מוכר)⁷⁷ ואת הצוות המקצועי הקרוב שלהם (מתמחים ועוזרים).⁷⁸ יתר על כן, כל התהליך של ההתייעצות והדיון הפנימי כפוף כאמור לאילוצי זמן חמורים בשל החובה להכריע בתוך זמן סביר ובשל תשומת הלב שתובעים תיקים אחרים, שאף בהם יש להכריע.⁷⁹ התוצאה הלא פשוטה שיש להודות בה היא זו:

75 אין בכך כדי לשלול קיומו של דיאלוג במובנו הרחב בין האקדמיה לבין בית המשפט בכל הנוגע להשפעות הדדיות ולתגובות (חרף הביקורות שצוינו לעיל בה"ש 20 ובטקסט הנלווה לה). אולם קיים הבדל מכריע בין דיאלוג הנוגע לכיווני התפתחות עקרוניים כמו גם לביקורת בדיעבד על פסקי דין לבין התהליך של התהוות הטקסט השיפוטי ותהליך ההתלבטות עובר לקבלת ההחלטה.

76 הגורמים המתחלפים בצוות המלווה את השופט הם המתמחים, שהניסיון המקצועי שלהם הוא מצומצם יחסית.

77 הדוגמאות הבולטות לכך הן אלה של נציג הציבור בבתי הדין לעבודה והשופטים שאינם משפטים בבתי הדין הצבאיים. ראו ס' 2 ו-10–11 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט–1969 וס' 198 ו-202 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955. ראו עוד גיא דוידוב ורעות בגס שמר "נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה: תפקידם ותורמתם הלכה למעשה" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 185 (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2012); רן חרמש "נציגי ציבור בבית-הדין לעבודה – שותפים לשופטים או עוזרים למקצוענים?" מאזני משפט ט 229 (2014).

78 לאיסור שחל על התייעצות עם גורם חיצוני ראו ע"פ 152/51 טריפוס נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ו 17, 26 (1952); ע"פ 2672/01 בן שושן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 797, 794 (2001). ההיתר להתייעץ עם שופט אחר או מתמחה זכה להכרה בכלל ד(4) לכללי האתיקה השיפוטית, התשנ"ג–1993 ("שופט רשאי להיוועץ בעניין שבפניו בעמיתיו לשפיטה, ולקיים דיון בעניינים שבפניו עם עוזרים ומתמחים"). הכללים הערכניים – כללי אתיקה לשופטים, התשס"ז–2007 – אינם מתייחסים לסוגיה זו במפורש. ראו עוד דוד חשין "התייעצות שופטים" פרשת השבוע 350 (פרשת חקת, התשס"ט). אין בכך כמובן כדי למנוע שיחה מקצועית מופשטת על שאלה משפטיות, למשל במסגרת כנס מקצועי. ראו עוד Douglas E. Abrams, *Judges and Their Editors*, 4 PRECEDENT 32 (2010) (תיאור תהליך ההתייעצות הפנימי).

79 מגבלות אלה גם מגדילות את הסיכון לטעויות, כפי שהדגים הדיון בחוות דעתו של השופט סקאליה (Scalia) בעניין *Env'tl. Prot. Agency v. EME Homer City Generation, L.P.*, 134 S. Ct. 1584 (2014). ראו עוד Jonathan H. Adler, *Justice Scalia Is Not the Only One Making Errors*, WASH. POST: THE VOLOKH CONSPIRACY, (May 1, 2014), https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/05/01/justice-scalia-is-not-the-only-one-making-errors/?utm_term=.d133455dd7b0; Eugene Volokh, *Errors in Supreme Court Opinions*, WASH. POST: THE

הסיכוי לטעות במתן פסק דין גבוה מזה שבפרסום מחקר אקדמי.⁸⁰ אין צריך לומר כי מכל השיקולים שפורטו עד כאן, טקסטים שיפוטיים אינם זוכים בדרך כלל לעריכה טכנית או מקצועית לפני פרסומם, לבד מזו שמתאפשרת כאשר השופט מסתייע בצוותו המשפטי.⁸¹ בסיכומו של התהליך, וזוהי מגבלה נוספת, לשופטים יש הזדמנות אחת להביע את עמדתם בנוגע לתיק שבפניהם – במסגרת ההחלטה או פסק הדין שאותם הם מפרסמים. ייתכן שזהו הטקסט היחיד שאותו יוכלו לפרסם על אותו מקרה – ללא הסברים מלווים או מאוחרים.⁸² (אלא אם אותו נושא עצמו יחזור ויעלה בפניהם, שלא על פי בחירה שלהם, בעתיד). בהמשך לכך, חשוב לציין ששופטים אינם יכולים לחזור לפסקי דין שנתנו ולשנותם,⁸³ לבד מאשר במקרה המיוחד של שינוי עמדה במסגרת "דיון נוסף" (אשר מלכתחילה נועד לאפשר להרכב מורחב לדון בשאלה חדשה וקשה,⁸⁴ אך בדיעבד יכול לאפשר לשופט שהיה חלק מההרכב המקורי לשנות את דעתו).⁸⁵ במקרים אחרים, לכל היותר שופטים יכולים להביע עמדה שונה מזו שהנחתה את פסק דינם בבמה שאינה שיפוטית (כדוגמת מאמר או ספר זיכרונות).⁸⁶ מכל מקום, גם שינוי מאוחר בתקדים המשפטי שעמד ביסודו של פסק הדין בעניינם של צדדים לא יוביל, במקרה הרגיל, לשינוי

VOLOKH CONSPIRACY, (May 2, 2014), https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/05/02/errors-in-supreme-court-opinions/?utm_term=.c64c99c3913b

80 ראו גם ויסמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 309–311. תשובה חלקית לכך נמצאת בקיומו של מנגנון הערעור.
81 אלה הם פני הדברים בשיטת המשפט הישראלית. יש שיטות משפט שבהן נוהגת גם גישה אחרת, בעיקר בעניינם של פסקי דין של בית המשפט העליון (או של בית משפט לחוקה) שתפקידו מוגבל למתן מספר מוגבל של פסקי דין בעניינים עקרוניים.

82 זהו העיקרון הכללי. לנוהג מעט יוצא דופן המאפשר בארצות הברית תיקונים מסוימים בפסקי דין החורגים מטעויות סופר גרידא ראו Adam Liptak, *Final Word on U.S. Law Isn't: Supreme Court*, *Keeps Editing*, N.Y. TIMES, May 25, 2014, at A1.

83 בכפוף לכללים המוגבלים שחלים על תיקון טעויות בהחלטות. ראו ס' 81 לחוק בתי המשפט. סעיף זה חל, במגבלות הקבועות בו, על טעויות שמתגלות סמוך למתן פסק הדין, ואין בו מענה לשינוי השקפה או לחרטה ברבות השנים. ראו ע"פ 4190/13 סמואל נ' מדינת ישראל, פס' 103–117 (פורסם בבכו, 18.11.2014). ראו עוד טל חבקין "תיקון אנכי, תיקון אופקי ומה שביניהם: על חלוקת תפקידים יעילה בין שלוש ערכאות שיפוט" משפטים מה 333 (2015).

84 הסמכות לקיים הליך של דיון נוסף מעוגנת בסעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה. ס' 30 לחוק בתי המשפט מורה כי בקשה לדיון נוסף תיענה אם פסק הדין שניתן סותר הלכה קודמת או "[...] מפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה" של ההלכה שנפסקה בו.

85 שתי דוגמאות יוצאות דופן בעניין זה אפשר להביא מפסקתו של אהרן ברק. ראו ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 271 (1988) ("לא שכחתי את פסק הדין שכתבתי בערעור האזרחי, נושא עתירה זו. אותו פסק-דין אין להעלותו בקנה אחד עם פסק דיני זה; הווה אומר: חזרתי ביי"); דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 743 (2000) ("מסקנתי זו נוגדת את המסקנה שאליה הגעתי בפסק-הדין נושא עתירה זו. משמע – שיניתי את דעתי").

86 ידועה בהקשר זה החרטה שהביע השופט חיים כהן על עמדתו בפרשת ברנס. ראו דוד וינר "שני מכתבים לעמוס ברנס" קריית המשפט ג 87 (2003); יצחק זמיר "השופט חיים ה' כהן: האיש והרוח" המשפט יא 137, 155 (2007). זו דוגמה לשינוי דעה אך גם למגבלותיה. במשפט האמריקני ידועה הדוגמה של החרטה שהביע השופט פאוול (Powell) על ההסכמה שנתן לדעת הרוב בפסק הדין השנוי במחלוקת בעניין Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986). ראו Linda Greenhouse, *Black Robes Don't Make the Justice, but the Rest of the Closet Just Might*, N.Y. TIMES, December 4, 2002.

התוצאה הקונקרטית שלו.⁸⁷ זהו חלק בלתי נפרד מן העיקרון של סופיות הדיון, והוא נחוץ לצורך שימור היציבות המשפטית. התוצאה היא שלפסקי דין יש השפעה בלתי נמחית על חייהם של אנשים.⁸⁸

בשונה מכך, אקדמאים יכולים "לדבר" את פרסומיהם האקדמיים גם בבמות חיצוניות ולהסבירם. כמו כן אקדמאים יכולים לחזור ולשקול טיעונים שהציגו בעבר ולבחור לשנות מהם (גם אם אין זו בחירה טיפוסית) או לכתוב מאמר או ספר חדשים באותו נושא שישקפו את עמדותיהם העדכניות בנושא. הם יכולים לעשות כן מבלי שהם מוגבלים בשיקולים מוסדיים (מלבד הצורך להכיר – במישור האנושי – בשינוי עמדה). מבחינתם, מה שחשוב הוא כוחם הפנימי של הטענות והרעיונות שהם מציגים ולא השלכותיהם על אחרים. אין הם צריכים להיות מוטרדים מן ה"יציבות" או ה"ודאות" של העמדות בתחום שאותו הם חוקרים. כמו כן הגם שכתבתם עשויה להיות חשובה ומשפיעה היא אינה משפיעה במישרין על חייהם של אנשים קונקרטיים, אלא לכל היותר באופן מתווך.

מגבלה נוספת שחלה בעיקר על שופטים נוגעת למיקוד במשפט המדינה, משני היבטים: משפט המדינה – להבדיל משיטות משפט זרות; משפט המדינה הנוהג – להבדיל מן הדין הרצוי.

מבחינת הכתיבה השיפוטית, הפנייה למשפט השוואתי היא בבחינת "למעלה מן הנדרש", בעיקר במקרים תקדימיים. כאן יש להעיר כי שיטות משפט שונות נבדלות זו מזו במידת פתיחותן לשימוש במשפט השוואתי. חלקן פתוחות יותר למשפט ההשוואתי, ואחרות מתנגדות לשימוש בו ככלל.⁸⁹ המשפט הישראלי מאופיין בדרגת פתיחות גבוהה לשימוש במשפט השוואתי בהיותו שיטת משפט צעירה וקטנה יחסית, שאף מבחינה היסטורית ניזונה מ"יבוא" ומהשראה ממסורות משפטיות שונות.⁹⁰ מכל מקום, גם בשיטות

87 כחריג לכך, בתחום הפלילי העובדה שאדם הורשע על בסיס פרשנות משפטית ששונתה באופן שמשליך במישרין על אחריותו הפלילית הוכרה כמצדיקה היענות לבקשה למשפט חוזר. ראו מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל, פ"ד ס"ד (2) 607 (2005). בדומה לכך, בארצות הברית נפסק כי ההלכה שפסלה את חוקתיותה של הטלת מאסר עולם חובה ללא שחרור מוקדם על קטינים תוחל רטרואקטיבית. ראו *Montgomery v. Louisiana*, 136 S. Ct. 718 (2016). יצוין שזוהי שאלה נפרדת מהשאלה של תחולת תקדימים חדשים במישור הזמן.

88 בעקיפין יש לפסקי הדין השפעה כזו גם על מי שכתב אותם.

89 לגישות השונות בתחום זה, ראו Ann-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 HARVARD INT'L L.J. 191 (2003); Vicki C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (2010). ראוי גם לשים לב שהשימוש במשפט השוואתי אינו "ניטרלי" במובן זה שיש בו הטיה לעבר שיטות משפט "הגמוניות", כמו גם למקורות זמינים בשפות הנחשבות לבין-לאומיות, ובראשן באנגלית. ראו Daphne Barak-Erez, *Judicial Conversations and Comparative Law: The Case of Non-Hegemonic Countries*, 47 TULSA L. REV. 405 (2011). בישראל, כידוע, השפה הרשמית היא עברית, ולכן רק מיעוט פסקי הדין זמינים לדוברי אנגלית. יצוין כי בית הספר למשפטים "קרדוזו" (Cardozo) של הישיבה יוניברסיטי (Yeshiva University) מרכז פרויקט תרגום של פסקי דין נבחרים של בית המשפט העליון (ואלה מפורסמים באתר ששמו Versa).

90 ראו למשל Daniel Friedmann, *The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period*, 10 ISR. L. REV. 192 (1975). כמובן, בכל מקרה ומקרה יש לבחון את התאמתה של הפנייה לשיטת המשפט הזרה, מבחינת עקרונות היסוד של השיטה המקומית, ההקשר התרבותי ועוד.

משפט המקבלות במידה רבה יותר את ההיעזרות בתקדימים שמקורם בשיטות משפט אחרות ובאפשרות "לייבא" מהן רעיונות, אין ספק שאלה הם מקורות משפטיים משניים אשר להם ערך משכנע בלבד בפרשנותו ובפיתוחו של המשפט המקומי.⁹¹ בניגוד לכך, מבחינתם של אנשי אקדמיה בתחום המשפט, גבולות פוליטיים וגאוגרפיים אינם מגבלה של ממש. אקדמאים יכולים לתמוך את טיעוניהם בעקרונות ובתקדימים שמקורם בשיטות משפט זרות. יתר על כן, הם יכולים לפתח עניין בכל שיטת משפט אחרת מטעמים של סקרנות אינטלקטואלית או לשם עיסוק במשפט השוואתי כמטרה לעצמה (ובכפוף לאילוצי הוראה). לא אחת הם עושים כן גם מטעמים תועלתניים שעניינם הצורך להשתלב בשיח האקדמי הגלובלי ולפרסם בכתבי עת זרים לצורכי קידום.⁹²

כאמור, שופטים אמורים להתמקד במשפט המצוי אף במובן זה שאינם יכולים להכריע רק לפי תפיסתם באשר לגישה האופטימלית או הצודקת לפתרונה של הסוגיה. הם פועלים במסגרת מגבלותיו של החוק הקיים. כמו כן שופטים כבולים לפתרונות שהם בתחומי הכשירות המוסדית של הרשות השופטת, בשונה מכאלה שנדרשים למענה של הרשות המחוקקת.⁹³ לעומת זאת אקדמאים יכולים לדמיין את הפתרון האידאלי ולהתמקד ברפורמות או בהצעות לתיקון החוק מחוץ לתחומי השגתה של הרשות השופטת. הם עוסקים במשפט בכללותו ולכן יכולים להתמקד בפתרונות שהם בתחומיהן של הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת.⁹⁴ עם זאת, כאמור, הגם שהבדלים אלה הם חשובים, אין הם בינאריים. גם במסגרת החוק הקיים יש לשופטים "מרחב פרשני" המאפשר לחתור לפתרונות הנראים להם נכונים וצודקים יותר. שופטים מצביעים לעתים על שינויים שרשויות השלטון האחרות ייטיבו לעשות אם ישקלו,⁹⁵ אם כי בשולי ההכרעה השיפוטית, באופן שמבחינה פורמלית אינו מחייב את הרשויות האחרות לפעול ואינו דבר של יום ביומו.⁹⁶ כמו כן יש מקרים שבהם הדין עצמו מקנה לשופטים את הסמכות להשתתף בעיצובו של המצב המשפטי (על דרך של שינוי תקדים או אף באמצעות ביקורת שיפוטית על חוק ובכפוף

ראו עוד דפנה ברק-ארוז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" דין ודברים ד 81 (2008).

91 התוצאה היא שהשימוש במקורות של משפט השוואתי מאפיין, לרוב, סוגיות שבהן אין במשפט המקומי תשובה ברורה לשאלה שהתעוררה. ראו שחר, חריס וגרוס, לעיל ה"ש 24, בעמ' 179–182.

92 ראו לעיל ה"ש 23.

93 לעתים מגבלה זו באה לידי ביטוי בהערות או המלצות ב"שוליים" פסק הדין כי טוב יעשו הצדדים אם יפעלו "לפנים משורת הדין" או יגיעו לפשרה. ראו למשל ע"א 1442/13 זוארס נ' התעשייה הצבאית ישראל בע"מ, פס' 25 (פורסם בנבו, 18.8.2016). בצד זאת לעתים מובעים גם עוררין על מתן המלצות החורגות מן הדין. ראו רע"א 3377/16 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' 6 (פורסם בנבו, 9.8.2016).

94 כך בכתיבתם האקדמית, ולא כל שכן כאשר הם נוטלים חלק פעיל ביוזמות שנועדו לקדם שינוי במצב המשפטי אף מחוץ למסגרת הכתיבה – בניסוח ניירות עמדה, השתתפות בתהליכים חקיקה כמומחים ועוד.

95 ראו ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון" עיוני משפט לד 437 (2011).

96 המקרה החריג הוא זה שבו בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ומצביע, במקרים המתאימים, על פגם חוקתי בחוק.

למגבלות הנלוות לכך). במקרים אלה ההשפעה של השופט על הדין המצוי היא ישירה ומידית מזו של האקדמאי.

לבסוף, ראוי לציין ששופטים עוסקים בדרך כלל בענפי משפט שונים ולא בתחום ספציפי אחד שבו הם נחשבים למומחים, אף זאת בשונה מאקדמאים שעל פי רוב מקדישים את הקריירה המקצועית שלהם להתמחות ספציפית שבה הם מעמיקים. אכן, יש שופטים היושבים בערכאות מתמחות, אך רובם ממלאים את תפקידם בבתי משפט שלהם סמכות שיפוט כללית.⁹⁷ משמעות הדבר היא שעליהם להיות בקיאים בתחומי משפט שונים ולדעת להתאים עצמם לשוני בין תחומים אלה: כתיבת החלטה שיפוטית שעניינה סכסוך מסחרי שונה מכתבת החלטה בתחום הפלילי; כתיבת החלטה בתחום דיני הנזיקין מחייבת גישה שונה מזו שמתאימה לכתבת החלטה שעניינה ביקורת שיפוטית בתחום המשפט המנהלי והחוקתי, וכך הלאה.

ד. שיטות הנמקה וטיעונים מנצחים

התנאים השונים והאילוצים המוסדיים שבמסגרתם עובדים שופטים ואקדמאים, כפי שהוצגו עד כה, משליכים גם על סגנון הכתיבה וסוג הטיעונים שמוצגים בהחלטות שיפוטיות מצד אחד ובמאמרים אקדמיים בתחום המשפט מהצד האחר.⁹⁸ בכך אעסוק כעת.⁹⁹ ראשית, מאחר שהשופט עוסק במקרה ממשי ואקטואלי, הצרכים של התיק הם שמכתיבים את השאלות שהוא יבחן. לכן יש תיקים רבים שבהם השופט אינו נדרש למקם את הניתוח שלו בהקשר הרחב של הדיון בתחום המשפטי הרלוונטי או של התאוריה המשפטית (אם כי יצטט, ככל הנדרש, תקדימים וספרות מקצועית רלוונטית). אלה הם פני הדברים באותם מקרים שבהם המצב המשפטי בסוגיה הנדונה הוא ברור יחסית, ולכן הדיון מתמקד בדרך כלל ביישום של הדין בעובדות המקרה. אכן, בתיקים עקרוניים פני הדברים הם שונים, אולם אלה אינם הכלל. קשורה בכך, כמובן, השאלה העקרונית, והשנויה במחלוקת, מה צריכה להיות רמת ההכללה או הפירוט של הכלל המשפטי שמגדיר פסק הדין לצורך ההכרעה. במילים אחרות, האם רצוי שכלל זה יהיה "מינימליסטי" ובכך ישאיר מרחב גדול להתפתחות וחשיבה נוספת בעתיד? או שמא רצוי לגזור את ההכרעה מהגדרה

97 ראו גם לעיל ה"ש 43.

98 המיקוד של הדיון הוא בנימוקים כפי שהם מוצגים. יש המדגישים את ההבחנה בין התהליך הפנימי של הגעה למסקנה לבין המתכונת של ניסוח הנימוקים התומכים בה. ראו Chad M. Oldfather, *Writing, Cognition, and the Nature of the Judicial Function*, 96 GEO. L.J. 1283, 1298 (2008). המאמר הנוכחי אינו עוסק כמובן בפן ה"קוגניטיבי" של השופטים אלא בכתיבה השיפוטית, ולכן מתמקד במסורת של כתיבת ההנמקה מבחינת אופן הצגתה.

99 הדיון הנוכחי מתמקד בהשוואה בין פסקי דין לספרות משפטית בתקופה נתונה על מנת "לנטרל" שינויים שהם פרי התקופה והאפנה. למשל, מנחם מאוטנר טען כי הפסיקה הישראלית התאפיינה, לאורך השנים, במעבר מהנמקה פורמליסטית להנמקה ערכית. ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1993). אולם באותה מידה ניתן להצביע על שקיעתה של הכתיבה הפורמליסטית באקדמיה המשפטית.

רחבה יותר של הדוקטרינה המשפטית בתחום.¹⁰⁰ בניגוד לכך, האקדמאי, המבקש מטבע הדברים להשפיע על השיח המשפטי-אקדמי, יקדיש תשומת לב לנקיטת עמדה נורמטיבית ולמיקום הטיעונים שלו בהקשר הרחב יותר של השיח. מטפורית ניתן לומר שאצל איש האקדמיה כל מאמר הוא תיק עקרוני.

שנית, שופטים אינם אמורים להיות מחויבים לאידאולוגיה או לעמדה תאורטית כללית, כדוגמת "משפט וכלכלה", "ליברליזם" או "פמיניזם", מעבר למידה שאלה מעוגנים בתפיסות היסוד של שיטת המשפט או במסמכים מכוננים, כדוגמת החוקה או חוקי יסוד, או בתפיסה המשפטית עצמה, כדוגמת שלטון החוק. אכן, ניתן להצביע על שופטים שגילו בעבודתם המשפטית הקדם-שיפוטית (אם כעורכי דין פרטיים, אם כמשפטים בשירות המדינה ואם כאקדמאים) מחויבות לקידום של עמדה תאורטית או אידאולוגית. אולם חלק מן המחויבות לאתוס המקצועי של השפיטה הוא הכרה במגבלות החלות על השופט, הנהנה ממרחב פרשני אך מחויב למגבלות החוק.¹⁰¹ לעומת זאת אקדמאים מחויבים בדרך כלל לתאוריה או לעיקרון שאותם הם מבקשים לקדם בכתיבתם המחקרית. אכן, ההבחנה אינה בינארית. גם שופטים יכולים להיות מחויבים לתאוריות פרשניות מסוימות (למשל פרשנות "תכליתית" או פרשנות "טקסטואלית").¹⁰² בנוסף, גם שופטים מגבשים במהלך הזמן השקפת עולם משפטית (למשל באשר לחשיבות היחסית של חופש ביטוי או של זכויות חברתיות). אולם אין מדובר בעמדה אידאולוגית חוץ-משפטית. למעשה, במסגרת התרבות המשפטית והפוליטית שלנו הטיה מוקדמת היא פגם חמור שאי אפשר להשלים עמו, וללא ספק היא מקור לביקורת.¹⁰³ לכל היותר, ניתן לנסות ולאפיין בדיעבד עמדות של שופטים בהתייחס לניתוח פסקי הדין שלהם.¹⁰⁴

100 לגישה המרחיבה ראו למשל Schauer, לעיל ה"ש 41. לגישה המצמצמת ראו למשל CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999).

לדיון בשאלה של "רוחב היריעה" של פסק הדין ראו גם לוטטיגמן ואהרונ, לעיל ה"ש 1.

101 ייתכן כמובן שמי שמחזיק בגישה "חזקה" של ג'אליזם משפטי או של הגישה הביקורתית למשפט (critical legal studies) יבקש לכפור בעמדה זו, דהיינו ביכולתו של השופט "להשתחרר" מעמדות שלהן היה מחויב.

102 יש שופטים המזוהים במובהק עם תאוריות פרשניות מסוימות. בישראל אין ספק שגדול התומכים והמפתחים של גישת הפרשנות התכליתית הוא אהרן ברק. ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003). עמדה פרשנית אחרת, שמוזהה עם מנחם אלון, היא שמייחסת מעמד פרשני לעקרונות המשפט העברי. ראו ד"ר 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה (2) 785 (1981). מן המשפט האמריקני אפשר להזכיר את זיהוי השופט סקאליה עם גישת האוריג'ינליזם (Originalism), היינו פרשנות החוקה לפי המשמעות ה"מקורית" של הטקסט במועד כתיבתו. ראו Antonin Scalia, Originalism: The Lesser Evil, 57 U. CIN. L. REV. 849 (1989). דוגמה נוספת יכולה להיות כתיבה המבטאת תמיכה בפורמליזם משפטי. ראו מיכל אלברשטין "מדד הפורמליזם המשפטי: תרבויות ותבניות של פסיקה ישראלית" מחקרי משפט כז 349 (2011); מיכל אלברשטין "מדד הפורמליזם: כתיבתה של השופטת דורנר כמקרה מבחן" ספר דליה דורנר 57 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009).

103 דוגמה שעוררה מחלוקות רבות בהקשר זה היא פסיקתו של בית המשפט העליון האמריקני בעניין Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000). ראו למשל Jack M. Balkin, *Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics*, 110 YALE L.J. 1407 (2001); Michael J. Klarman, *Bush v. Gore Through the Lens of Constitutional History*, 89 CAL. L. REV. 1721 (2001).

104 ראו למשל קרן וינשל-מרגל אידאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי (2016).

שלישית, וכתולדה נוספת של המיקוד המחקרי במודלים תאורטיים, אקדמאים נרתעים מלהתייחס ל"צדק" התייחסות מופשטת וכוללנית. תחת זאת הם יחתרו להסביר באיזה סוג של תפיסת צדק הם תומכים (צדק תועלתני, צדק חלוקתי או צדק מתקן, למשל) על מנת לדייק בטיעונים ולמקם עצמם במסגרת השיח האקדמי. שופטים, לעומתם – לטוב או לרע – אינם חוששים מהתייחסות לדרישות ה"צדק" או למה שהצדק מחייב ביתר כלליות.¹⁰⁵ ההתייחסות שלהם לצדק, לצד עקרונות כלליים כמו שלטון החוק, היא אינטואיטיבית יותר ולכן אף נגישה למי שאינו בקי בדיון הפילוסופי והתאורטי במושג ה"צדק".¹⁰⁶ נוסף על כך, שופטים עשויים להשתמש במטפורות, ולא במודל תאורטי מדויק.¹⁰⁷ גם בעניין זה חלה התפתחות במהלך השנים. אף התרבות השיפוטית השתנתה, וכיום ניתן למצוא פסקי דין שאינם מסתפקים בהתייחסות כללית לצדק או להגינות ומבקשים להיות מדויקים וספציפיים יותר.¹⁰⁸ אולם גם כאשר מביאים שינויים אלה בחשבון, אין ספק שאקדמאים נדרשים לרמת דיוק גבוהה יותר ולהקפדה טרמינולוגית בעת שהם נדרשים למושג "צדק".¹⁰⁹ רביעית, שופטים מחויבים להחלטה על פי תקדימים ומתבססים עליהם בהנמקתם.¹¹⁰ (בכפוף לגישות של שיטות משפט שונות באשר למעמדו המחייב).¹¹¹ ככלל, בתי משפט

105 כשם שאף בחקיקה אפשר למצוא לעתים התייחסות כללית ל"צדק". ראו למשל ס' 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (הימנעות מאכיפת חוזה כאשר זו אינה צודקת); חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 (המפנה בסעיף 1 שלו ל"עקרונות החירות, הצדק, הישר והשלום של מורשת ישראל" כמקור משפטי משלים).

106 התייחסות ל"צדק" במובן הכללי ניתן למצוא במקרה שבו השופט נתקל בנסיבות יוצאות דופן ומבקש להבחין אותן מן המקרה הטיפוסי. כך נעשה בעניין *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506 (1889), שבו פסק בית המשפט לערעורים של ניו יורק נגד זכאותו של הרוצח לרשת את קרבנו. בדעת הרוב שלו כתב השופט Earl כי התוצאה שאלה הגיע קובעים תקנת הציבור והמשפט האוניברסלי של מדינות בנות תרבות: "dictated by public policy, [having] their foundation in universal law administered in all civilized countries" (שם, בעמ' 511-512).

107 ראו Michael R. Smith, *Levels of Metaphor in Persuasive Legal Writing*, 58 MERCER L. REV. 919 (2007).

108 ראו למשל ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס' 3(3) (2005).

109 פוזנר ביקר את ההתייחסות הכללית לצדק והגינות בטיעון משפטי. הוא מציין שבעבר הם היו שכיחים יותר הן בפסקי דין והן בכתיבה אקדמית ומצביע על ירידה במתכונת טיעון זו. ראו POSNER, HOW JUDGES THINK, לעיל ה"ש 13, בעמ' 209.

110 אכן, אפשר להציג מאפיין זה כ"אילוץ מוסדי". אולם אני מבקשת להדגיש בהקשר זה את מעמדו של התקדים כאמצעי שכנוע ולא רק כמגבלה.

111 בישראל, ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה קובע כי "הלכה שנפסקה בבית משפט תנחה בית משפט של דרגה נמוכה ממנו" (סעיף קטן (א)), וכי "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, וזאת בית המשפט העליון" (סעיף קטן (ב)). להצדקות למוסד התקדים המחייב, ראו BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 33-34 (1921); Julius Stone, *The Ratio of the Ratio Decidendi*, 22 MOD. L. REV. 597 (1959); מאיר שמגר "על התקדים ועל ודאות הדין" *משפטים* יז 433 (1987). לדיון ביקורתי ראו למשל Andrei Marmor, *Should Like Cases Be Treated Alike?*, 11 LEGAL THEORY 27 (2005); עמרי בן-צבי "התקדים כמוסד פילוסופי" *משפטים* מ 777 (2011). שאלת התקדים המחייב נדונה בהרחבה במשפט האמריקני בפסיקה שנסבה על הזכות החוקתית להפיל. ראו Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 854-855 (1992); Lawrence

נמוכים מחויבים לפסיקה המחייבת של בית המשפט העליון,¹¹² ובית המשפט העליון עצמו מחויב לתקדימיו, אם כי הוא רשאי לסטות מהם כאשר יש לו טעמים טובים לעשות כן.¹¹³ פסקי דין מפתחים אפוא את המשפט בהדרגה, ורק לעתים שאינן מזומנות סוטים מתקדימים – צעד אשר נדרש תמיד להצדקה. במקרה הרגיל שופטים אינם נדרשים לחדש אלא להנחיל ודאות והמשכיות.¹¹⁴ בניגוד לכך, אקדמאים ששים לשבירת מסורות קיימות ואינם נדרשים להתנצל על כך. אצלם מקוריות וחידוש הם מאפיינים שזוכים להערכה ואף נחשבים למקור חפץ. לעתים הם אף נחשבים למטרה בפני עצמה.¹¹⁵ בנוסף, אקדמאים מבטאים את דעתם ומייצגים את עצמם. על כן ברגיל תהיה הכתיבה במאמר אקדמי בגוף ראשון יחיד, ורק כאשר המחקר הוא משותף – בגוף ראשון רבים.¹¹⁶ לעומת זאת לא אחת שופטים מבקשים לכתוב פסק דין המבטא את עמדתו של בית המשפט, ואולי אף את עמדתו הנמשכת. הניסוח צפוי לבטא זאת לא רק על דרך כתיבה בלשון רבים, בשם ההרכב, אלא גם באמצעות התייחסות לעמדתו של "בית המשפט". ביטוי אחר לאותו רעיון עצמו נמצא באזהרה החוזרת מפני הפיכתו של בית המשפט ל"בית שופטים" – באותם מקרים שבהם שופט יחיד מבקש לפסוק שלא לפי התקדים המחייב (בשונה משינוי התקדים עצמו בדעת רוב).¹¹⁷ חמישית, יש לומר דבר מה גם על הסגנון עצמו. המחויבות המוסדית של השופטים לתפקידם באה לידי ביטוי – בדרך כלל – גם בדרכי הניסוח. שופטים שחולקים על עמיתיהם נוהגים לשמור על סגנון כתיבה קולגיאלי ומכבד, שבא לידי ביטוי אף במילים ומונחים כדוגמת "חברי" ו"חברתי".¹¹⁸ אכן, יש פסקי דין שכתובים אף בשפה חריפה, כאשר הנושא הוא ב"דמו" של השופט, אולם אלה הם החריגים. לעומת זאת ויכוחים אקדמיים נוהגים מראש להיות "סוערים" ולכלול בחירות ניסוחיות שאינן מסתירות את עצמת הביקורת. היבט נוסף הקשור בניסוחם של פסקי דין נוגע להיקף החשיפה של תהליך החשיבה של השופט. אכן, פסק הדין אמור להיות מנומק. אולם הנימוקים אינם חושפים בהכרח את מלוא

B. Solum, *The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights*, 9 J. CONST. L. 155 (2006).

112 ראו גם רע"א 3749/12 בר-עוז נ' סטר, פ"ד סו(1) 678, פס' 17–18 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (2013).

113 מקובל להבחין בהקשר זה בין מחויבות "אנכית" לבין מחויבות "אופקית" לפסיקה קודמת. ראו Abramowicz & Stearns, לעיל ה"ש 38, בעמ' 955–957.

114 ראו POSNER, HOW JUDGES THINK, לעיל ה"ש 13, בעמ' 206. הדברים הם כמוכר מורכבים יותר, משום שגם אם אלה הם פני הדברים בדרך כלל, במבט לאחור הערכת פועלם של שופטים נעשית במידה רבה בהתייחס ל"חידושים" שלהם ולתרומתם לקידום המשפט.

115 ראו גם Chemerinsky & Fisk, לעיל ה"ש 26, בעמ' 667.

116 דומה כי בעבר נכתבו מאמרים אקדמיים רבים יותר בלשון רבים, שנחשבה לרשמית יותר, אף כאשר המחבר היה יחיד, אך כעת סגנון זה אינו רווח.

117 טיעונים בנושא זה נדונו בהקשרן של הדעות השונות שהובעו בסוגיה מעוררת המחלוקת של הריסת בתים מטעמים ביטחוניים. ראו למשל בג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 2 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 24.3.2016).

118 על היבטים נוספים של קולגיאליזם שיפוטית ראו עוד Harry T. Edwards, *The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making*, 151 U. PA. L. REV. 1639 (2003); FRANK B. CROSS, *DECISION MAKING IN THE U. S. COURTS OF APPEALS* 11–38 (2007); Frank B. Cross, *Collegial Ideology in the Courts*, 103 Nw. U. L. REV. 1399 (2009).

ההתלבטות שקדמה להחלטה. גם בהקשר זה ניתן להצביע על "סגנונות" שיפוטיים שונים.¹¹⁹

שישית, שופטים נדרשים לסוגות שונות של כתיבה לפי ההליך שבפניהם.¹²⁰ הם כותבים החלטות ארוכות וקצרות; הם כותבים צווים שלהם יש לציית – זמניים וסופיים. לעתים החלטותיהם מרוכזות בעובדות, ואילו החלטות אחרות שהם נותנים ממוקדות בשאלות משפטיות. לעומת זאת אקדמאים יכולים לכתוב במתכונת אחת בלבד ולהתמקד בה לאורך קריירה שלמה.¹²¹ אכן, חלק מן האקדמאים שולחים ידם גם בכתיבה בפורומים פופולריים – עיתונים, מגזינים ובלוגים – ואף מופיעים כמרואינים ברדיו ובטלוויזיה. אולם מתכונת הביטוי שלהם במסגרות אלה אינה מייצגת את ליבת העבודה שלהם ואף עשויה לחרוג מתחומי המומחיות שלהם.¹²²

שביעית, חשוב להתייחס להשפעת הקהלים של הכתיבה השיפוטית ושל הכתיבה האקדמית על מתכונת ההנמקה שלהן. מבחינת השופטים, הקהילה המקצועית היא רק אחד הקהלים הרלוונטיים.¹²³ שופטים אמורים לכתוב בראש ובראשונה לצדדים שהופיעו בפניהם ולגופי המדינה שאמורים לאכוף את החלטותיהם,¹²⁴ ולא אחת גם לציבור הרחב

119 מעניין לציין בהקשר זה את הביקורת הנמתחת על היקף החשיפה של תהליך החשיבה השיפוטית משני כיוונים – מחד גיסא יש המותחים ביקורת על היעדר "כנות" (candor), כלומר חשיפה של מערך השיקולים המלא של השופט (ראו למשל Posner, *Legal Writing Today*, לעיל ה"ש 6), ומאידך גיסא נמתחת ביקורת על מקרים שבהם שופטים מציגים את תהליך ההתלבטות שלהם במלואו (ראו לעיל ה"ש 10). לדיון בסוגיית "הכנות השיפוטית" ראו עוד: David L. Shapiro, *In Defense of Judicial Candor*, 100 HARV. L. REV. 731 (1987); Scott Altman, *Beyond Candor*, 89 MICH. L. REV. 296 (1990); Scott C. Idleman, *A Prudential Theory of Judicial Candor*, 73 TEX. L. REV. 1307 (1995). לשאלה של חשיפת אי-הסכמות פנימיות וההיבטים האתיים שלה ראו McGowan, לעיל ה"ש 13, בעמ' 515–527, 545–555.

120 במובן זה הדיון בכתיבה שיפוטית כסוגה (לעיל ה"ש 5) מתמקד בהחלטות הארוכות והמנומקות, היינו ב"מודל" של פסק דין מנומק.

121 כפי שכבר צוין, קיימות אסכולות שונות של אקדמיה משפטית, ובמקרים רבים אקדמאים נוהגים לבחור בגישה מסוימת שנראית להם ולאמץ את עקרונותיה. על כך יש להוסיף שמאמרים המתפרסמים בכתיבת עת משפטיים נכתבים בדרך כלל לפי מודל מסוים מהיבט המבנה והסגנון.

122 ראוי לציין שלמרות גישתו הביקורתית כלפי ניתוקם של אקדמאים מן הזירה המקצועית, אף צ'מרנסקי סבור שלא את כל תוצרי הכתיבה של אקדמאים יש להביא בחשבון לצורך קידום אקדמי. בהקשר זה הוא מציע הגדרה זו: "legal scholarship can be defined as writings that make an original contribution to the analysis and understanding of those engaged in the field of law. The ultimate test for tenure and promotion that should be applied to any writing is what it adds to the knowledge of those in the field. Will those reading the piece learn something that is not available in any other source?" ראו Chemerinsky, *Foreword: Why Write?*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 891.

123 LAWRENCE BAUM, *JUDGES AND THEIR AUDIENCES: A PERSPECTIVE ON JUDICIAL BEHAVIOR* (2006). השופט מיקוה תיאר את ההתרחבות ההדרגתית של הקהלים של החלטות שיפוטיות והצביע על ההשפעה של התהליך על כתיבתן של החלטות שיפוטיות שהפכו לדעתו לארוכות יותר ולממוקדות פחות. ראו Mikva, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1364–1366. להשפעה של ריבוי הקהלים, בעיקר מקצועיים, על הכתיבה השיפוטית ראו גם Robert J. Hume, *The Use of Rhetorical Sources by the U.S. Supreme Court*, 40 L. & SOC'Y REV. 817, 818, 824 (2006).

124 ראו Cover, לעיל ה"ש 33.

שנחשף להחלטות.¹²⁵ אף שהחלטות שיפוטיות הן קודם כול מסמכים משפטיים פורמליים ועשויות לכלול ניתוח משפטי טכני מורכב,¹²⁶ ראוי שהן יהיו נגישות, במידת האפשר, גם לאנשים שאינם משפטנים מקצועיים, מאחר שהן מגדירות את הדין שחל על הצדדים הספציפיים להתדיינות ואף על הציבור בכללותו (כמובן, בשים לב להבדלים בין נושאי התדיינות שונים, מבחינת החשיבות הנודעת לנגישותם לציבור הרחב).¹²⁷ לעומת זאת אקדמאים כותבים בעיקר עבור הקהילה המקצועית שלהם, ולמעשה עבור תת־קהילה ספציפית בתוכה, זו שכוללת את המומחים בתחום שבו הם עוסקים.¹²⁸ התמקדות זו מאפשרת להם לאמץ מתכונת כתיבה והנמקה שעשויה להיות מובנת רק לחברים בקבוצה קטנה זו שלהם ידע ובקיאיות שהם רלוונטיים לדיון מסוג זה. ביתר כלליות ניתן לומר

125 הדברים אמורים כיום ביתר שאת לנוכח החשיפה בתקשורת וכן בהתייחס לזמינותם של פסקי הדין באתרי אינטרנט. להרחבה באשר לפן הציבורי של התייחסויות בעלות אופי היסטורי בפסקי דין ראו למשל דפנה ברק-ארז "והגדת לבנך: היסטוריה וזיכרון בבית־המשפט" *עיוני משפט* כו 773 (2002).

126 פליקס כהן טען שהשיח המשפטי נשלט בידי מונחים מקצועיים שאינם תורמים בהכרח להבהרת המציאות. ראו Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809 (1935).

127 העניין הציבורי או הכללי בהחלטות שיפוטיות עשוי להשתנות לפי תחום המשפט שבו עוסקת ההחלטה. החלטות שעוסקות במשפט מסחרי מכוונות בדרך כלל לאנשי מקצוע בלבד (אם כי גם כאן אין מקום להכללה – למשל כאשר מדובר בתביעות שעניינן חברות שהתמוטטו, והייתה לכך השלכה כלכלית (נושאים שאף נדונים בדרך כלל בהרחבה בעיתונות הכלכלית). תחום המשפט הפלילי מתייחס בשכיחות רבה יותר גם לציבור בכללותו. עשויות להיות עמדות שונות כלפי השאלה באיזו מידה על החלטות שיפוטיות להיות נגישות לציבור הכללי. פוזנר הציג השוואה בין שופטים הכותבים בסגנון מקצועי "טהור" המשופע במונחים משפטיים ומכוונים לקהל מקצועי של עורכי דין לבין שופטים הכותבים בסגנון "לא טהור", נקי יחסית מז'רגון מקצועי, ומכוונים בכך גם לקהל הרחב. רוב השופטים, כך כתב פוזנר, ממקמים עצמם בנקודה כלשהי בין שני הקצוות שתוארו, הגם שבכל מקרה הקהל הטיפוסי של ההחלטה השיפוטית נותר הקהל המקצועי. פוזנר עצמו חיווה דעתו שעל שופטים לכתוב בראש ובראשונה לעמיתיהם (השופטים האחרים), ושהכתיבה המכוונת לקהילה הרחבה יותר להיות אך משנית. ראו Richard A. Posner, *Judges' Writing Styles (And Do They Matter?)*, 62 U. CHI. L. REV. 1421, 1429–1432 (1995); POSNER, *HOW JUDGES THINK*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 166, 206. סביר להניח שהאזרח ה"ממוצע" אינו קורא החלטות שיפוטיות במקור, ולכן למעשה הקהל הישיר של בתי המשפט, מלבד הצדדים, הם הקהילה המקצועית וגופי המדינה המופקדים על אכיפת ההחלטות השיפוטיות. הציבור הוא אפוא קהל "עקיף" שניזון ממקורות משניים באשר לתוכן של החלטות שיפוטיות. ראו Drury Stevenson, *To Whom Is the Law Addressed?*, 21 YALE L. & POL'Y REV. 105 (2003). בהמשך לכך נדונה השאלה אם שופטים יכולים להגביל עצמם למתכונת כתיבה שאינה נגישה לציבור שאינו מצופה לקרוא את ההחלטות כלשונן, או שעליהם לשאוף לקרב את שפת ההחלטות אל הציבור. לדעות שונות בעניין זה, ראו Schauer, לעיל ה"ש 41 (המצדד בעמדה שההחלטות אינן מיועדות לציבור ולכן אינן חייבות להיות מנוסחות בשפה נגישה אלא בשפה מקצועית, ואף "משעממת" אך אפקטיבית, אגב השוואה לדברי חקיקה); Tony Mauro, *Five Ways Appellate Courts Can Help the News Media*, 9 J. APP. PRAC. & PROCESS 311 (2007) (המצדד בעמדה הפוכה, ולפיה על השופטים להתחשב גם בציבור באופן ניסוח ההחלטות כדי שיהיו נגישות יותר).

128 Sanford Levinson, *The Audience for Constitutional Meta-Theory (or, Why, and to Whom, Do I Write the Things I Do?)*, 63 U. COLO. L. REV. 389 (1992); POSNER, *HOW JUDGES THINK*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 206, 211. לביקורת על הפער הגדל בין הכתיבה האקדמית לבין הקהילה המקצועית שמחוץ לאקדמיה ראו לעיל פרק א.

שאקדמאים אינם מחויבים לעסוק בשאלה מהי מידת הנגישות של תוצרי הכתיבה שלהם לציבור הרחב, אלא אם כן יש להם עניין אישי בכך או מטעמים של מחויבות חברתית.¹²⁹ זו אינה דרישה מקצועית מחייבת מבחינתם.¹³⁰ אחד ההיבטים הסמליים של הבדל זה הוא העובדה שהכתיבה המשפטית האקדמית כוללת טקסטים עמוסים בהערות שוליים הכוללות הפניות ואסמכתאות, ואילו פסקי דין אינם כתובים במתכונת זו.¹³¹

לבסוף, ובהמשך לכך, שופטים הם "שחקנים" בזירה המשפטית של "החיים האמתיים". פסקי דין, שלא כמאמרים אקדמיים, הם טקסטים אופרטיביים הכוללים כללי עשה ואל תעשה: הם מתווים פעולות של אנשים ושל מוסדות. מטעמים אלה עליהם להיות ברורים במידה שתאפשר לצדדים לפעול על פיהם ולהיות רלוונטיים מבחינת סוכנויות האכיפה של המדינה. פסקי דין אינם יכולים להותיר ללא מענה את השאלות המרכזיות שהועמדו להחלטתו של בית המשפט (בשונה משאלות משנה שאינן משפיעות על התוצאה, ולכן לעתים ניתן להותירן ללא הכרעה, "בצריך עיון"). השפעתן של החלטות שיפוטיות על החיים האמתיים הופכת את בהירות ההנמקה והכתיבה לחיונית במיוחד. אנשים אינם יכולים לתכנן את פעולותיהם כאשר המצב המשפטי שחל עליהם נותר אפוף באי־בהירות או בדו־משמעות. יש לכך חשיבות הן מבחינת הצדדים עצמם והן מבחינת ההשלכות התקדימיות של ההחלטה על מקרים אחרים.

לעומת זאת אקדמאים אינם חלק מן ההתרחשות עצמה. הם מתבוננים ב"שחקנים" של עולם המעשה ומנתחים את מעשיהם, לרוב לאחר מעשה. פסקי דין הם טקסטים "ראשוניים", ואילו מאמרים אקדמיים הם טקסטים משניים, המתבססים על חומרי הגלם של עולם המעשה, ובהם ההחלטות השיפוטיות. אכן, יש אקדמאים הכותבים מאמרים וספרים שלהם השפעה על הכתיבה השיפוטית או על עיצוב המדיניות הציבורית, אך כתיבתם אינה נדרשת להיות בעלות תוצאות כאלה. למעשה, אף אין מקום להפוך את יישומיותו של המחקר האקדמי לתכלית על. החופש האקדמי מחייב שאקדמאים יוכלו לפתח רעיונות ולהציג טיעונים מבלי להיות מוגבלים באמות מידה שעניינן נגישות רחבה או יישומיות. כמובן, אין צריך לומר כי אף שמחקרים אקדמיים עשויים שלא להתייחס כלל לפתרון של

129 שאלת הנגישות של כתיבה אקדמית יכולה להתעורר גם בעניינים של סטודנטים המצויים בשלבים מוקדמים של תהליך הלימוד שלהם. אולם זו אינה הקבוצה העומדת נגד ענינו של החוקר במקרה הרגיל (גם אם בדיעבד השאלה אם המחקר "ידיותי" גם לסטודנטים בתחילת דרכם יכולה לשמש שיקול בכל הנוגע לבחירה של חומרי הקריאה המשמשים לצורך הוראה).

130 לעומת זאת בהקשר השיפוטי גם אם אין מדובר בדרישה החלטית, הרי שנגישות לציבור הכללי היא בעלת חשיבות רבה. ראו לעיל ה"ש 125–127.

131 בישראל שילוב של הערות שוליים בפסקי דין אינו מקובל כלל. גם במדינות שבהן טקסטים שיפטיים כוללים הערות שוליים, הערות אלה אינן מיועדות לכלול את האסמכתאות ה"רגילות" של פסק הדין אלא הרחבה שלא נמצא לה מקום בטקסט. אחת הדוגמאות המפורסמות לכך ידועה כ-4 footnote בפסק הדין בעניין *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144 (1938). דוגמה נוספת היא זו של footnote 11 בעניין *Brown*, לעיל ה"ש 54. לעומת זאת פן פורמלי אחר שמשותף לפסקי דין ולמחקרים בתחום המשפט הוא השימוש בכללי הציטוט האחיד לצורך הפניה לאסמכתאות. לכללים אלה ראו שולמית אלמוג ורונן פרי "כללי אזכור בכתיבה משפטית – הרהורים על עיצוב נורמות של שיח" דין ודברים ג 235 (2007).

סוגיה קונקרטית, הם תורמים רבות לפיתוח החשיבה על המשפט ממגוון פרספקטיבות, וכאמור עשויים אף לסייע לשופטים במתן מענה לשאלות שמתעוררות בפניהם.

ה. סיכום

אם כן, אף על פי ששופטים כותבים גם חוות דעת משפטיות מלומדות שעשויות להידמות לעתים לתוצרים של כתיבה אקדמית, והגם שאקדמאים יכולים לשאוף להציע פתרונות לסוגיות שבהן מתחבטים שופטים, ועבודתם אף משיאה תרומה לעבודה השיפוטית – למעשה עבודתם של שופטים ושל אקדמאים, ומכאן גם כתיבתם, שונות מאוד זו מזו. שופטים פותרים סכסוכים משפטיים שמובאים להכרעתם. הם מתמקדים בנושאים שעולים מן ההליך המשפטי הקונקרטי ונותנים צווים המיועדים לאכוף את החלטותיהם. הם מוגבלים בידי עובדות ומחלוקות, בידי המשפט המצוי וגם בידי גבולות כשירותם המוסדית. תפקידם של פסקי דין הוא לתת תשובות לשאלות שעולות בהליך המשפטי גם אם הם נכתבים מתוך מודעות מלאה לערך התקדימי ולמשמעות הנורמטיבית שלהם, דהיינו לתפקידם הנוסף במישור של פיתוח השיח המשפטי במקרים המתאימים.

בניגוד לכך, אקדמאים חופשיים להיות מונעים מסקרנות אינטלקטואלית ומשאיפה להרים תרומה מקורית לספרות המשפטית. הם עוסקים בשאלות "גדולות" אבל אינם נדרשים להשיב על אף שאלה מסוימת. הספרות המחקרית המשפטית מכוונת לפיתוח רעיונות ולחקר המשפט כתופעה חברתית, כלכלית ופוליטית. על כן לא תמיד יכולה להיות לה רלוונטיות מעשית מידית לקבלת החלטות. לעתים תפקידה של האקדמיה הוא בעיקר לשאול שאלות ולחשוף "נקודות עיוורון" של השיטה ולא בהכרח לספק תשובות – משימה שהיא חשובה לא פחות מפיתוח ומהבנה מעשיים של המשפט. על כן לרעיונות אקדמיים יכולה להיות השפעה גדולה – או שום השפעה בכלל במקרים אחרים – על העולם האמיתי. לעתים יכולה להיות להם השפעה רק לאחר חלוף זמן רב.

ממילא ברור שבשל כל אלה אין לצפות לדמיון מלא בין פסקי דין למחקרים משפטיים. הרושם כי קיים "טשטוש גבולות" ביניהם הוא לשיטתי מוטעה. אכן, כיום ניתן למצוא פסקי דין רבים יותר שמציגים טיעונים תאורטיים של "צדק חלוקתי" ו"עילות" לצד מחקר השוואתי. פסקי הדין גם נוטים להיות ארוכים מבעבר.¹³² אולם הם אינם הופכים בכך למאמרים אקדמיים. המגמות שתוארו מבטאות זרימת מידע בין שתי הספרות, וכן מעבר כללי מסגנון פורמליסטי נוקשה לסגנון כתיבה "חופשי" יותר. אולם המאפיינים הבסיסיים של שתי הסוגות אינם משתנים. אמנם מתקיימים ביניהן יחסי גומלין אשר משיאים תרומה הדדית, אולם בסופו של דבר המטרות השונות של כל אחת מהן כמו גם האילוצים המוסדיים החלים על הכתיבה השיפוטית גוזרים שוני מהותי בינה לבין המחקר האקדמי.

כמובן, הדיון שהוצג אינו ממצה את מלוא המורכבות של העשייה השיפוטית והאקדמית. ראשית, יש לתת את הדעת על הבדלי ההשקפות הקיימים בתחום זה גם בקרב

¹³² ראוי להעיר כי הפניית הזרקור להתארכותם של פסקי הדין (כמפורט לעיל בה"ש 8), גם אם היא נכונה, מגלה תמונה חלקית בלבד. למעשה, גם אורכם הטיפוסי של המאמרים האקדמיים התאריך. כמו כן לצד פסקי הדין העקרוניים הארוכים עדיין ניתנים גם פסקי דין והחלטות רבים המתאפיינים בקיצור רב.

אקדמאים ושופטים. יש אקדמאים החותרים להשפעה מעשית על העולם, ויש שופטים החותרים לגיבוש תאוריה כללית יותר החורגת מגבולות המקרה שנדון בפניהם. שנית, כפי שכבר צוין, מטבע הדברים בבתי משפט עליונים, שלפסיקתם משמעות תקדימית, תפקידם של שופטים בפיתוח המשפט נכבד מזה של שופטים בערכאות דיוניות או בערכאות ערעור רגילות. שלישית, וחשוב לא פחות, יש לתת את הדעת על תפקידם של משפטים שהם "פרשות דרכים". מעת לעת מגיע אל שולחנו של שופט (אכן, מבלי שבחר בכך, כפי שכבר צוין) מקרה שאינו רק בעיה "פרטית" אלא פרט שבא ללמד על הכלל – על קושי עקרוני שחוזר על עצמו בחיי המעשה. באותם מקרים יש לבית המשפט תפקיד חשוב גם בקידום המשפט על דרך פתרונו של הבעיה אף בשים לב להקשר הכללי שאותו היא מייצגת.¹³³

133 הדוגמה המובהקת לכך במשפט האמריקני היא זו של הפסיקה בנושא פסלותה של ההפרדה הגזעית במערכת החינוך. ראו עניין *Brown*, לעיל ה"ש 54.