

ההנמקה השיפוטית: דילמות ישנות וחדשות

מאת

דפנה ברק-ארז*

המאמר בוחן את התפקידים שממלאת ההנמקה השיפוטית – הן על פי התפיסה המסורתית והן בשים לב לשינויים שחלו במתכונת ההנמקה ובחשיפה הציבורית אליה. הדיון מתמקד במערכת היחסים המורכבת בין ההנמקה לבין הזירה הציבורית החדשה, שמתאפיינת גם בחשיפה הגבוהה של ההחלטות השיפוטיות באינטרנט. בהקשר זה נטען כי כדי שההנמקה השיפוטית תוכל למלא את תפקידה, נדרש יחס מכבד אליה. יחס מכבד אין פירושו הסכמה. יחס מכבד פירושו תגובה המבוססת על קריאה.

מבוא: על חשיבות ההנמקה. א. סגנונות הנמקה ומקרים מיוחדים של הנמקה. ב. היחס בין ההנמקה לתוצאה האופרטיבית והמתח האפשרי ביניהן. ג. נימוקים, פומביות ופומביות מיידית. ד. ההנמקה והזירה הציבורית החדשה. ה. במקום סיכום.

מבוא: על חשיבות ההנמקה

ההנמקה של פסקי דין והחלטות היא חלק חיוני של עבודת השפיטה, וחשיבותה הרבה כבר זכתה להכרה.¹ מבלי לגרוע מכך, במהלך השנים חלו שינויים בהתייחסות למקומה

* שופטת בית המשפט העליון. תודות לאורי אהרונוסון, לעפרה בלוך, למיכאל בירנהק, לאלדר גילרן, לנתנאל דגן, לאסף וינר, לשחר טל, לצבי טריגר, לקרן ילין-מור, לעומר נצר, לנטע סרוסי, לגיא פריבר ולאסי רוזן-צבי על מחשבות והערות. תודות נוספות לעורכי כתב העת **משפטים** על הערותיהם המועילות.

1 ראו למשל אהרן ברק **שיקול דעת שיפוטי** 46 (1987) ("חובת ההנמקה חשובה היא במיוחד [...] היא מהחשובים שבאתגרים בפניהם חייב שופט, המפעיל שיקול דעת, לעמוד"). אין ספק שבתי המשפט הם מוסדות שההנמקה היא בליבת עבודתם, ומהווה חלק מן המקצועיות המאפיינת אותה. להנמקה יש חשיבות גם בעבודתן של רשויות מנהליות, אך הדיון בכך חורג מן המסגרת הנוכחית. ראו חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958. לעומת זאת, הפרקטיקה של חקיקה ראשית אינה כרוכה כלל בהנמקה (לבד מדברי ההסבר שנלווים להגשתה של הצעת החוק בתחילתו של תהליך החקיקה). הדברים נכונים כמובן גם לחקיקת משנה (ככפוף לכללים הנוגעים להנמקה החלטות מנהליות). כל זאת מבלי לגרוע מן ההנחה שלחקיקה יש טעמים ותכליות. לעיתים דבר חקיקה עשוי לכלול סעיף המגדיר את תכליתו, אך הדבר אינו נחשב לחובה. ככלל, זוהי פרקטיקה מאוחרת יחסית. להרחבה על דרישת ההנמקה, אגב הבחנה בין מקבלי החלטות שונים, ראו Frederick Schauer, *Giving Reasons*, 47 STAN. L. REV. 633 (1995); Richard Murphy, *Chenery Unmasked: Reasonable Limits on the Duty to Give Reasons*, 80 U. CIN. L. REV. 817 (2012). ההנמקה השיפוטית נדונה גם בהקשרה של המחלוקת על ביקורת שיפוטית על חקיקה. דוורקין (Dworkin) טען בהקשר זה, כי העובדה שהביקורת השיפוטית נעשית במתכונת של הצגת טיעונים עקרוניים, ואינה יכולה להסתפק בטיעונים של כוח פוליטי, עומדת במרכז ההצדקה לפרקטיקה זו. ראו RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 70 (1985). וולדרון (Waldron), שחלק עליו, טען כי הביקורת השיפוטית

ולמעמדה של ההנמקה השיפוטית. שינויים אלה ומשמעותם עומדים במרכזו של הדיון הנוכחי.

בפתח הדברים וכתשתית להמשך אזכיר בקצרה את התפיסה המסורתית בנוגע לתפקידיה של ההנמקה.² לנימוקים יש תפקיד פרגמטי, קודם כול מהיבטה של עבודת השפיטה עצמה. בראש ובראשונה, הם אמורים לסייע לשופט או לשופטת היושבים לדין בהתחקות אחר התוצאה הנכונה. לנימוקים יש חשיבות נוספת בהיותם בסיס לביקורת של ערכאת הערעור,³ הן בפן המשפטי של פסק הדין והן בפן העובדתי שלו.⁴ לצידם של תפקידים אלה להנמקה יש תרומה גם כלפי חוץ – הנימוקים מסבירים את פסקי הדין. לפיכך הם נדרשים מבחינתם של בעלי הדין, ולמעשה מבחינת כל מי שמושפעים מהעבודה

מוגבלת לטיעונים משפטיים, ולכן אין להניח שתהיה עדיפה מבחינה מוסרית. ראו Jeremy Waldron, *Judges as Moral Reasoners*, 7 ICON 2 (2009). מבלי להידרש למחלוקת זו לעומקה, ניתן לציין כי מכל מקום עולה ממנה ייחוד חשוב של ההנמקה השיפוטית – העובדה שהיא אינה יכולה להתבסס רק על טענות של כוח ורצון.

2 להרחבה ראו גם יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי** 85–86 (2015). יש כמובן לשים לב שהיקפה של ההנמקה וחשיבותה היחסית משתנים גם לפי התרבות המשפטית של השיטה. ככלל, הנמקה נרחבת של פסקי דין מזוהה יותר עם עולם המשפט האנגלו-אמריקני. ראו עוד Michael Wells, *French and American Judicial Opinions*, 19 YALE J. INT'L L. 81 (1994).

3 הדברים יפים, בשינויים המחויבים, גם לביקורת על טריבונילים שיפטיים במתכונת של ביקורת שיפוטית. כך, בפסק הדין התקדימי שניתן בבג"ץ 77/63 **טרודלר נ' פקיד הבחירות לצורך הרכבת ועדה חקלאית למועצה המקומית רמת-השרון**, פ"ד יז 2503 (1963), הודגש כי הביקורת השיפוטית על החלטת הטריוניל לא תוגבל רק לטעות הגלויה על פני הפסקה, על מנת להימנע ממצב שבו היעדר הנמקה ייתן פטור מביקורת שיפוטית. כדברי השופט ברנזון: "רגש החובה והצדק מתקומם בי לתת גושפנקה חוקית לסדר כזה בעניינים שבין הרשות והאזרח. לפי 'סדר' זה יכולה הרשות במחי קולמוס, המשאיר הכל כמוס וסתום, להכשיל את חובתו של בית-המשפט לפקח על חוקיות מעשיה. האם מפני שרשות שיפוטית מוציאה החלטה אילמת, שאינה אומרת ולא כלום, חייבים גם אנו להיאלם דום? שופט אינו יוצא ידי חובתו בלי לנמק את החלטותיו ורשות שיפוטית אחרת הממלאה תפקיד בעל אופי שיפוטי או מעין-שיפוטי, תפקיד הדומה לזה של שופט – התנהג אחרת?" (שם, בעמ' 2516).

4 ההנמקה המתייחסת לקביעת הממצאים העובדתיים מקבלת משנה חשיבות על רקע הכלל המצמצם את התערבותה של ערכאת הערעור בממצאים מסוג זה. מקובל להכיר בעדיפותה של הערכאה הדינית בקביעת ממצאים עובדתיים. דווקא משום כך נודעת חשיבות להנמקת הדרך לקביעתם של ממצאים אלו. ראו מרדכי קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" **הפרקליט** לה 407 (1984); דורון מנשה "תכליתיה ומהותה של חובת ההנמקה העובדתית במשפט הישראלי" **עלי משפט** יא 399 (2014). כן ראו ע"פ 8649/11 **אבום נ' מדינת ישראל** (נבו 20.12.2012) (בעניין זה אמרתי כך: "בנסיבות העניין, דווקא בשל הפער התרבותי עליו הצבענו, היה מקום לפירוט רב יותר של הטעמים שבגינם בית המשפט קמא בחר שלא לתת אמון בעדותו של המערער", שם, פס' 27 לפסק דיני). ההנמקה המתייחסת לממצאים העובדתיים קשורה כמובן לתפקידו של בית המשפט בקביעת עובדות בשיטת המשפט שלנו. לעומת זאת, כאשר ההכרעה נעשית בידי חבר מושבעים שמורכב מהדיוטות, היבט זה של פסק הדין אינו מנומק (וכך ערכאת הערעור יכולה לבחון רק את ההנחיה המשפטית שניתנה לחבר המושבעים). ראו אמנון להבי "סוד טוב, הכל טוב? על סודיות והרמוניה במשפט הפלילי" **פלילים** י 9 (2001).

השיפוטית או שמבקשים ללמוד ולהבין אותה.⁵ הם עדות לכך שהחלטה לא הייתה שרירותית ומבטאים יחס של כבוד לבעלי הדין שטיעוניהם זוכים להתייחסות ולדיון.⁶ בנוסף, הנימוקים תורמים להכוונת התנהגויות של אנשים במקרים דומים.⁷ במבט רחב אף יותר, הנימוקים הם חלק בלתי נפרד משקיפותו של ההליך השיפוטי ומשלימים את הדרישה לפומביותו.⁸ הם מאפשרים תיווך, ביקורת ובקרה בזירה הציבורית, שלהם חשיבות מבחינת הלגיטימציה של הרשות השופטת ושל שלטון החוק בכלל.⁹ במובן זה, להנמקה יש תפקיד מיוחד בבתי משפט הפועלים בתוך מערך הרשויות של מדינה דמוקרטית.¹⁰ ההנמקה השיפוטית חשובה לא רק במישור המשפטי הטהור אלא גם במישור

5 ההבחנה בין בעלי הדין לבין הציבור מתחדדת במקרים שבהם חל על פסק הדין או על ההחלטה צו איסור פרסום. במקרים אלו בעלי הדין נחשפים לתוכן השיפוטי בשלמותו, אך לא הציבור הרחב. לדיון נרחב בפרסום של פסקי הדין וההחלטות על הנמקותיהם ראו פרקים ג ו-ד להלן.

6 בשונה מנורמות חקיקתיות, פסק הדין מתייחס קודם כולל לצדדים להליך.
7 את השיקול שעניינו הכוונת התנהגויות יש לסייג משום שכמפורט בהמשכו של מאמר זה, לעיתים התוצאה נגזרת משיקולים הנוגעים להליך השיפוטי ולא לכללי ההתנהגות הנדרשים. כך למשל, בית משפט עשוי להקל עם נאשם במשפט פלילי מסוים בשל נסיבותיו האישיות. הקלה זו אינה אמורה להעביר מסר של גישה מקילה ביחס להתנהגות שביסוד ההליך. ניתן להזכיר בהקשר זה את הכתיבה הקלאסית בעניין "ההפרדה האקוסטית" בין כללי הכרעה לכללי התנהגות. ראו Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984).

8 עקרון פומביות הדיון קבוע בס' 3 לחוק-יסוד: השיטה.
9 השוו 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 נימוקיו – 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 כלוו"). משה לנדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" **משפטים** י 196, 198 (1980) ("ומכאן לכוח המוסרי של בית המשפט כמוסד. אין לנו דרך טובה יותר לגילוי האמת מאשר ההליך השיפוטי הנוהג לפי שיטות בדוקות של סדרי דין ושל דיני ראיות שתכליתם להגיע אל חקר האמת, בפסקי דין מנומקים המגלים לעיני כל את הלך מחשבתו של השופט. שיטות אלה מקנות להליך השיפוטי את כוחו המשכנע").

10 על דרך ההכללה, ניתן לומר כי חובת ההנמקה של פסקי הדין היא תופעה מאוחרת יחסית. בשיטות משפט קדומות שבהן המלך שימש גם שופט – לשבט או לחסד – תוקפה של ההכרעה היה מבוסס על סמכותו, והיא לא נדרשה להנמקה. גם במשפט העברי חובת ההנמקה לא הייתה חלק מעיקר הדין (ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יט, סעיף ב: "שאל אחד מבעלי הדין שיכתבו לו הפסק דין, אין מזכירין שם המזכים ולא שם המחייבים אלא כותבים סתם פלוני בא עם פלוני בעל דינו לפני בית דין ומדבריהם יצא פלוני זכאי ופלוני חייב"), אולם הנורמה הציבורית של הנמקה השפיעה בהדרגה גם על הפרקטיקה ההלכתית. הרב עוזיאל כתב בעניין זה, כך: "חובה זו גדולה יותר בזמן הזה, שכל בתי דין של ערכאות מנמקים את משפטם בראיות והוכחות להצדקת דינם. וזה מוקיר את דייניהם בעיני כל העם, ולמה לא נעשה גם אנו כדבר הזה לחבב המשפט ולגדל כבודו ולהוכיח צדקתו וצדקת שופטיו בעיני בעלי הדין עצמם ועל ידם לעיני כל העם". ראו אליאב שוחטמן **סדר הדין לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים** 370 (1988). לזיקה שבין סוגיית ההנמקה לפולמוס בנושא הנהגתה של ערכאת ערעור בשיפוט הרבני, ראו עמיחי רודינר "הרב עוזיאל, רבנות תל-אביב-יפו ובית-הדין הגדול לערעורים: מחזה בארבע מערכות" **מחקרי משפט** כא 129, 156–157 (2004).

הציבורי, בהיותה חלק מן הדיאלוג עם רשויות השלטון האחרות ועם הציבור בכללותו¹¹ – כאשר מדובר בפסקי דין בתחום החוקתי והמנהלי,¹² ואף כאשר מדובר בפסקי דין בתחומים אחרים שלהם השלכות פוטנציאליות על כלל האזרחים.¹³ ברגיל, הנמקתם של פסקי הדין נחשבת לחובה, ומתן פסק דין לא מנומק נחשב להפרת חובה המוטלת על השופט.¹⁴ במקרה שבו פסק הדין ניתן בערכאה שניתן לערער עליה, היעדר הנמקה יכול לשמש, כשלעצמו, בסיס לערעור.¹⁵ כאשר מדובר בפסקי דין של בית

11 הדיאלוג בין הרשויות הוא כמובן מרובה רכדים, ואינו חד-כיווני. ראו למשל ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון" **עינוי משפט** לד 437 (2011) (התייחסות שיפוטית לרפורמות נחוצות בחקיקה); בל יוסף "אליה וקוץ בה: המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה" **עינוי משפט** מ 253 (2017) (דיון בהתייחסות השיפוטית להצעות חוק, הגם שאין להן מעמד מחייב).

12 בעניין זה, כתבתי בבג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 2 לפסק דיני (נבו 27.5.2020) (להלן: **עניין נתניהו**), כך: "ההנמקה השיפוטית היא תמיד חשובה עבור המתדיינים. אולם, היא גם חלק מן הדיאלוג החוקתי בין רשויות השלטון, וכמובן מקבלת משנה חשיבות כאשר הדיון שזור עד בלי הפרד בשאלות ערכיות המצויות במחלוקת בזירה הציבורית בישראל".

13 אלה הם פני הדברים, למשל, בהתדיינויות בעלות אופי "ארצי" הנוגעות לזכויות וחובות בחיי היום-יום. ראו למשל רע"א 7451/19 **עובדן אטולין נ' דרויש** (נבו 12.10.2020) (פסק הדין נסב על שאלת הזכאות לפיצויים בהקשר של תאונות דרכים שבהן מעורבים רוכבים על "אופניים חשמליים").

14 חובת ההנמקה היא חלק מן התפקיד השיפוטי, ולכן הפרתה היא קודם כול במישור המקצועי והאתי. עם זאת, יש לה גם ביטויים בהוראות דין פורמליות. בתחום הפלילי היא מוסדרת בחקיקה ראשית. ראו חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (ס' 182 לחוק זה קובע כי "בתום בירור האשמה יחליט בית המשפט בהחלטה מנומקת בכתב [...] על זיכוי הנאשם או, אם מצא אותו אשם, על הרשעתו"; ס' 193 מתייחס להקראת גזר הדין, באופן שמניח קיומה של הנמקה, אך ללא אזכור של מונח זה; ס' 218 מתייחס להקראת נימוקיו של פסק הדין בערעור, ולחלופין על המצאתם בכתב). בתחום האזרחי, חובת ההנמקה היא חלק מקביעתם של סדרי הדין בתקנות. תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: **תקנות סדר הדין האזרחי**) מתייחסות לחובה לנמק את פסקי הדין (לפי נוסח זה של התקנות במקרה הרגיל יש לתת את "תמצית הנימוקים" בלבד. תקנה 129(ב) לתקנות אלה קובעת כי "ההחלטה תכלול פירוט קצר של המחלוקת, ממצאי בית המשפט לגבי העובדות, השאלות המשפטיות הטעונות הכרעה, ההכרעה ונימוקיה באופן תמציתי; אם כללה ההחלטה חידוש משמעותי או שיש להחלטה חשיבות מיוחדת, רשאי בית המשפט לתת הנמקה מפורטת". כלל זה חל גם על מתן פסק הדין בתובענה בדיון מהיר, לפי תקנה 82(ב) לתקנות). חובת ההנמקה הייתה מעוגנת גם בתקנות הקודמות, שבהן נקבע הכלל של הנמקה שאינה מוגבלת לתמצית, במקרה הרגיל. ראו תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: **תקנות סדר הדין האזרחי הישנות**) (תקנה 192 בכל הנוגע לפסק הדין בערכאה ראשונה; תקנה 460(א) בכל הנוגע לפסק דין בערעור). זאת, בשונה מהנמקה מקוצרת בהליכים מיוחדים. ראו תק' 15 לתקנות שיפוט בתביעות קטנות (סדרי דין), התשל"ז-1976, וכן תק' 214טז(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי הישנות. יש לציין כי הנהגת סדרי הדין המיוחדים לדיון מהיר, לרבות הכלל של הנמקה תמציתית, הייתה בעבר נושא למחלוקת. ראו ת"א (שלום י-ם) 4050/01 **עיריית ירושלים נ' מחמד** (נבו 16.7.2002) (השופטת אגמון-גונן, באותה עת בבית משפט השלום, קבעה כי התקנות פוגעות בזכויות יסוד של מתדיינים ולכן בטלות). הערעור על החלטה זו התקבל בפסק דין של בית המשפט המחוזי, ראו ע"א (מחוזי י-ם) 3350/02 **היועץ המשפטי לממשלה נ' עיריית ירושלים** (נבו 14.7.2003).

15 ראו למשל רע"ב 3019/98 **מדינת ישראל נ' ארזי**, פ"ד (נב) 743 (1998). כן ראו רע"א 290/15 **ברנד פור יו בע"מ נ' רמי לוי שיווק השקמה בע"מ** (נבו 8.12.2015). בפסק דין זה נקבע כי תינתן רשות ערעור בשל היעדר הנמקה אף ביחס להחלטה המנויה בצו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור),

המשפט העליון ההנמקה אינה נדרשת לצורך הגשת ערעור, אך יש לה חשיבות מיוחדת לצורך שימוש בהם כתקדימים מחייבים¹⁶ המבטיחים התייחסות דומה למקרים דומים ומספקים כלים להבחנה בינם לבין מקרים אחרים.¹⁷ ניתן להוסיף כי כתיבתם של פסקי דין מנומקים נחשבת לחלק מן התרבות המקצועית של קהילת השופטים, ואף לכך יש השפעה המחזקת את הפרקטיקה הקיימת בתחום זה.¹⁸ לבסוף, פסקי הדין המנומקים הם גם אמצעי פדגוגי חשוב בלימודי המשפטים,¹⁹ לצד הספרות האקדמית התאורטית, וממילא חשובים אף למחקר האקדמי.²⁰

לצד כל אלה אין לכחד כי להנמקה יש גם מחיר, בעיקר מן ההיבט של יעילות העבודה השיפוטית ושל החשיבות הנודעת לשימוש מושכל במשאבי השפיטה. ככל שההנמקה מפורטת ומדוקדקת יותר, כך העלאתה על הכתב, ולא כל שכן כאשר היא מלווה באסמכתאות, כרוכה בהשקעה לא מבוטלת של זמן שיפוטי. על כן בעולם שהוא "לא מושלם", התמודדות יום-יומית נוספת המלווה את עבודת השפיטה נוגעת למידת ההנמקה היאה לכל החלטה או פסק דין, בהתחשב במטלות האחרות של השופט או השופטת. לפחות במידה מסוימת, הדבר מחייב עריכת "תיעדוף" ואימוץ של טכניקות הנמקה המתאימות למידותיו של כל מקרה – הארכה ופירוט במקרים מסוימים, וקיצור במקרים אחרים שנחשבים "פשוטים", כפי שעוד יוסבר.

למעשה, הדברים הם מורכבים יותר. מחד גיסא, לכאורה הנמקה מפורטת צורכת משאבי שפיטה רבים מאלה שצורכת הנמקה קצרה. מאידך גיסא, לעיתים הנמקה ארוכה דווקא אינה כרוכה במאמץ רב יותר, ואילו הקיצור והעריכה הם שמחייבים השקעת משאבים.²¹ אפילו

התשס"ט–2009. הלכה זו חלה על מקרים שבהם לא ניתנה כל הנמקה, בשונה מהנמקה חלקית או קצרה ותמציתית.

16 לפי ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה. פרסומם של תקדימים מחייבים מוצדק מבחינה רעיונית כמו פרסום החוק עצמו. חובת ההנמקה שחלה על בית המשפט העליון מתעצמת באותם מקרים שבהם הוא סוטה מתקדים מחייב, ונדרש לתת את הטעמים לכך. ראו למשל ע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (נבו 28.5.2012). ניתן להוסיף כי נימוקיו של בית המשפט העליון משמשים בסיס גם לבחינת השאלה האם יש הצדקה להורות על דיון נוסף בהלכה חדשה שנקבעה לפי ס' 18 לחוק-יסוד: השפיטה.

17 המלאכה המשפטית המבוססת על קריאה, פרשנות, יישום ופיתוח של התקדימים, נעשית לא רק בבית המשפט העליון אלא גם בפסיקתן של הערכאות הדיוניות, ועל כן נודעת חשיבות רבה להפניית המבט אליה. במילים אחרות, נודעת חשיבות לשאלה למה מתייחסות ערכאות אלה כאסמכתאות מכוונות או מחייבות. ראו אורי אהרונוסון "המשפט מערכאות הדין" **מעשי משפט** ט 135 (2017).

18 להדגשת ההיבטים הפרסונליים הנוגעים להערכת עמיתים וליקורה מקצועית בהנמקתם של פסקי דין, ראו גם משה בר-ניב ורן לחמן "הנוהגים השופטים בניגוד לשיפוטם" **הפרקליט** נ 71 (2008).

19 למעשה, ההנמקות השיפוטיות הן אמצעי מרכזי בתהליך הסוציאליזציה של דורות חדשים לתוך המקצוע המשפטי. הדבר יכול וצריך להיעשות גם באופן ביקורתי. ראו דנקן קנדי "חינוך משפטי כהכשרה להיררכיה" **מעשי משפט** ט 17 (שושנה לונדון ספיר מתרגמת 2017) (למאמר בשפת המקור ראו Duncan Kennedy, *Legal Education as Training for Hierarchy, THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE* 54 (David Kairys ed., 3rd ed. 1998).

20 זאת, מבלי לטעון שהמחקר האקדמי אמור להיות ממוקד דווקא בפסקי דין כמושאו המרכזי. לשינויים שחלו בכך לאורך השנים, ראו מנחם מאוטנר "עיוני משפט" בן ארבעים – היש והאין" **עיוני משפט** מ 453 (2017).

21 ברוח המימרה הידועה, שיוחסה במהלך השנים למספר אנשי רוח: "הייתי כותב לך מכתב קצר יותר, אך לא היה לי זמן". השופט ברק נתן הד לדברים בפסק דינו בבג"ץ 428/86 **ברזילי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד

לשינויים הטכנולוגיים המאפשרים ביתר קלות עיבוד תמלילים ועריכה של טקסטים יש פנים לכאן ולכאן. הם יכולים להקל את מלאכת הקיצור, אך גם מאפשרים ביתר קלות עריכת יתר, הבאת ציטוטים ארוכים במתכונת של העתקת טקסטים וריבוי גרסאות. ניתן להעריך שזהו טעם מרכזי נוסף העומד מאחורי מגמת ההתארכות של פסקי הדין (בהשוואה לשנים הפורמטיביות של המשפט הישראלי).

וכעת – לדיון עצמו. חלק מתפקידיה המסורתיים של ההנמקה השיפוטית, כפי שתוארו לעיל, נשארו ללא שינוי – בעיקר מבחינת התהליך של קבלת ההחלטה בידי השופט עצמו או המסרים וההסברים הגלומים בפסק הדין ומכוונים לצדדים. אולם יש היבטים אחרים הנוגעים להנמקה שבהם חלו שינויים ניכרים, בכל הנוגע לסגנון ההנמקה ולאורכה. כמו כן מעל הדיון כולו מרחפת השאלה: האם ההנמקה אכן מצליחה למלא את תפקידה? השאלה אומנם אינה חדשה, וכבר בעבר הובעו חששות מכך שהציבור הרחב ישים את ליבו לתוצאתו של פסק הדין בלבד.²² אולם בעידן המאופיין בעודף מידע היא מתחדדת ומתעצמת. האם נימוקיו של פסק הדין נקראים "באמת" ומקבלים את מלוא תשומת הלב של הקוראים, או שמא בפועל אלה "מדלגים" על הנימוקים בדרך לבדיקת "השורה התחתונה"?²³ כמפורט בהמשך, שאלות אלה מתחדדות גם בשים לב לשינויים שחלו במהלך השנים בזירה הציבורית, ובכלל זה השינויים באופן שבו פסקי הדין מופצים ונקראים במתכונת "מיידית" באינטרנט.

לאחר המבוא הדיון נפתח בהצגת השינויים שחלו במהלך השנים בכל הנוגע למתכונת ההנמקה השיפוטית – אגב התייחסות לסגנונות הנמקה ולמקרים מיוחדים של הנמקה (בפרק א), להנמקה שחורגת מן הנדרש לצורך התוצאה או אף נמצאת במתח עימה (בפרק ב) ולפרסום הפומבי שניתן לנימוקים באינטרנט (בפרק ג). המשך הדיון מתמקד במערכת היחסים המורכבת בין ההנמקה לבין הזירה הציבורית החדשה (בפרק ד), ומוביל לסיכום ביניים הכולל הצגת מחשבות לקראת העתיד (בפרק ה).

א. סגנונות הנמקה ומקרים מיוחדים של הנמקה

סגנונות ההנמקה הם רבים, ולא ניתן להתוות מראש מתכונת הנמקה ראויה אחת. ברי כי הנמקה אינה שקולה להארכה בדברים. פסק הדין עשוי להיות קצר ותמציתי ועם זאת להיחשב מנומק. מידת ההנמקה הנדרשת נגזרת מנסיבותיו של כל מקרה.²⁴ היא גם קשורה במאפייניו של בית המשפט שנותן את פסק הדין – האם זוהי ערכאה ראשונה, שצריכה לתת

מ(3) 505, 587 (1986), באומרו: "צר לי על אורכו היתר של פסק הדין, אך לא עמד לרשותי זמן מספיק לכתוב פסק-דין קצר יותר".

22 לא למותר להזכיר את דבריו המהדהדים של הנשיא לנדוי, שהביע את חששו שהציבור יבחן את פסק הדין בעניין אלון מורה בהתייחס לתוצאה ולא להנמקה. ראו בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4 (1979) ("אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל ענין המובא לפני בית-משפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד").

23 למושג "השורה התחתונה" ראו עוד צבי טריגר ועמליה רוזנבלום ללא מלים – התרבות הישראלית בראי השפה 298–300 (2007).

24 ראו למשל דנ"פ 7619/96 ציטרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(4) 850 (1996).

את הדעת לפירוט של הממצאים העובדתיים, או שמא ערכאה עליונה, שלהכרעתה המשפטית יש משמעות תקדימית? בכתיבה המשפטית הוצגה בעיקר ההבחנה בין הנמקה "פורמליסטית" לבין הנמקה "מהותית" או "ערכית".²⁵ לאמיתו של דבר, דומה כי כל הנמקה שיפוטית משלבת בין השניים, גם אם הדגשים יכולים להשתנות בין שופטים, בין תקופות ובין נסיבות.²⁶ סוגיה נוספת שזכתה להתייחסות הייתה מידת הכנות או השקיפות בהצגת ההתלבטות השיפוטית שביסוד ההכרעה.²⁷ כך או כך, ההנמקה אמורה להיות בעלת אופי מהותי, ולכן משפט קצר בדבר מה ש"הצדק מחייב" אינו מספק. ידועה בהקשר זה הביקורת שנמתחה על פסק הדין בעניין בלאן,²⁸ שבו נכתב בקיצור נמרץ כי "קטילת בעלי-חיים לצרכי ספורט אינה מן הדברים שבית-משפט זה רואה עצמו חייב, מטעמי צדק, להגן עליהם".²⁹ הנמקה שיפוטית, בשונה מהכרעה של גוף פוליטי, אינה יכולה לבטא "העדפה" אישית אלא אמורה להציע הצדקה משפטית.³⁰

במהלך השנים אומצה במשתמע הגישה של הנמקה תמציתית בהחלטות ובפסקי דין שנחשבים "שגרתיים" או פשוטים. ההנמקה היא מפורטת פחות, מטבע הדברים, גם כאשר ההחלטה השיפוטית ניתנת על דרך הכתבה באולם הדין. נוסף על כך, השתרש הנוהג של מתן החלטות ופסקי הדין ב"פתקית", כלומר במתכונת של ריבוע טקסט ש"מודבק" על גבי כתב בידיון או פרוטוקול דיון.³¹ אף החלטות אלה הן על פי רוב קצרות ותמציתיות.³²

25 ראו למשל מנחם מאוטנר *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (1993). לטיעון הקושר בין הנכונות לחשיפת הפן הערכי של הפסיקה לבין המוניטין המוסדי שמהמנו נהנה בית המשפט, ראו שי דותן "מוניטין ואסטרטגיה בבית המשפט העליון על סף המאה העשרים ואחת" *משפט ועסקים* כג 827 (2020).

26 למחקר המתמקד בהערכת סגנונות הנמקה של שופטים בהתייחס למרכיב הפורמליזם, ראו למשל מיכל אלברשטיין "מדד הפורמליזם המשפטי: תרבויות ותבניות של פסיקה ישראלית" *מחקרי משפט* כז 349 (2011). ניתן להוסיף כי חלק מן הקושי הטמון בהערכת הממד הפורמליסטי של פסקי הדין נובע לכך שזהו מדד צורני גרידא. החלטה שיפוטית עשויה להיות מושפעת מטעמים ערכיים גם כאשר הנמקתה היא פורמלית. כמו כן תמיכה בהנמקה פורמליסטית משקפת אף היא תפיסה ערכית מסוימת בנוגע לתפקיד השיפוטי ולעקרון הפרדת הרשויות.

27 להרחבה ראו David L. Shapiro, *In Defense of Judicial Candor*, 100 HARV. L. REV. 731 (1987); Mathilde Cohen, *When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach*, 72 WASH. & LEE L. REV. 483 (2015).

28 בג"ץ 36/68 בלאן נ' שר החקלאות, פ"ד כב (1) 617 (1968) (להלן: עניין בלאן).
29 שם. לביקורת על מתכונת זו של פסק הדין, למעשה ללא הנמקה, ראו רות גביון "בית המשפט וחובת ההנמקה" *משפטים* א 89 (1970). דוגמה נוספת להנמקה שהיא יותר בבחינת "הצהרה" או קביעת עובדה אפשר להביא מפסק דינו של השופט פוטר סטיוארט (Stewart) בעניין *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964), שדן בסוגיה של הגבלות על פרסומים פורנוגרפיים. המענה המפורסם שנתן השופט סטיוארט להגדרת פרסומים מסוג זה היה: "I know it when I see it" (שם, בעמ' 197).

30 ראו גם Owen M. Fiss, *The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1, 14 (1979) ("The statement 'I prefer' or 'we prefer' in the context of a judicial, rather than a legislative decision, merely constitutes an explanation, not a justification").

31 פרקטיקה זו קשורה במעבר לשימוש במערכת "נט המשפט".

על כך יש להוסיף כי לעיתים המחוקק מתווה כללים והנחיות בנוגע לשיטת ההנמקה – בין בכיוון של הארכה או פירוט ובין בכיוון של קיצור. ככלל, התייחסות חקיקתית לחובה לנמק היבטים שונים של פסק הדין רווחת בעיקר בתחום הפלילי. מנגד, הוראות הנוגעות לקיצור בהנמקה רווחות יותר בתחום האזרחי.

החובה להתייחס לסוגיות מסוימות בהנמקתם של פסקי דין פליליים נוגעת הן להכרעת הדין והן לגזר הדין. למשל, בשלב של הכרעת הדין נדרשת התייחסות מיוחדת בהנמקה לנכונות להסתפק בעדות יחידה של מתלונן או מתלוננת בעבירת מין.³³ בשלב של גזר הדין ההנמקה השיפוטית זכתה להכוונה סטטוטורית מפורטת בכל הנוגע לשיקולים לקולא ולחומרא.³⁴ עניינים נוספים שזכו להסדרה הם החובה לנמק חריגה מעונש מינימום שנקבע בחוק³⁵ והימנעות של בית המשפט מפסיקת פיצויים לנפגע עבירה בהקשר של עבירות סחר בבני אדם.³⁶ הטעמים שביסוד דגשים אלה אינם אחידים. לעיתים, כמו בקשר להימנעות מפסיקת פיצויים לנפגע עבירה, הטעם הוא חשש מפני החלטה מוטעית, על רקע חריגה מן הכלל שנתפס כראוי. במקרים אחרים מדובר אך בטעם הכללי של התייחסות מכבדת לנאשם והבטחת התנאים להגשת ערעור אפקטיבי (שיתקוף את טעמיו של פסק הדין).

הקלות ספציפיות בנוגע לחובת ההנמקה ניתנות מטעמים של יעילות. עמדה זו אומצה בתחום האזרחי, תחילה בהליכים פשוטים שהיקפם הכספי קטן – תביעות בדיון מהיר ובבית המשפט לתביעות קטנות – ובהמשך גם באופן כללי.³⁷ נוסף על כך, ערכאות ערעור רשאיות לעיתים להסתפק בהנמקה קצרה המבוססת על פסק דין מפורט שכבר ניתן בערכאה קודמת. הן עושות זאת על בסיס הסמכה מפורשת בחקיקת משנה שמניחה קיומה של הנמקה מלאה שכבר ניתנה.³⁸

32 סוג נוסף של הנמקה שרווחת בהקשרים דיוניים נוגע להחלטות שנקבע לגביהן כלל, אך ניתן לסטות ממנו "מטעמים מיוחדים". כך למשל, תקנה 83(א) לתקנות סדר הדין האזרחי מורה כי אי-התייצבות של עד לא תשמש עילה לרחייה של מועד הדיון "אלא מטעמים מיוחדים".

33 ראו ס' 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. דרישה קונקרטית זו אומצה בעקבות הוותור על הדרישה שנהגה בעבר לראיית סיוע במקרה שבו הרשעה מבוססת על עדות יחידה של קורבן העבירה.

34 זאת, במסגרת הרפורמה החקיקתית בתחום הענישה. ראו חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012. לחקיקה מסוג זה במשפט האזרחי ראו למשל ס' 19 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

35 ראו למשל ס' 355 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

36 שם, ס' 377ג.

37 ראו ה"ש 14 לעיל.

38 תקנה 148(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי מסמיכה את ערכאת הערעור בהליך אזרחי לאמץ את ממצאיה ואת מסקנותיה של הערכאה שעל פסק דינה נסב הערעור; תקנה 148א לתקנות אלה מסמיכה לדחות בקשת רשות ערעור בהליך אזרחי ללא הנמקה אם "הקביעות בהחלטה אינן מעוררות שאלה משפטית עקרונית החורגת מעניינם של הצדדים" ו"מתן רשות ערעור אינו דרוש כדי למנוע עיוות דין" (הסדרים אלה עוגנו בעבר בתקנות 460(ב) ו-407א לתקנות סדר הדין האזרחי הישנות). לדיון בהצדקות להכרה בסמכות זו של ערכאת הערעור ראו למשל ע"א 668/89 פאר נ' חברת בית פרישמן 38 בע"מ, פ"ד מד(4) 693, 697 (1990); רע"א 8996/04 שכטר נ' נציגות הבית המשותף, פ"ד נט(5) 17 (2005). לאימוצם של הסדרים אלה בתחום המנהלי ראו תק' 34 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000. הסדרים מסוג זה לא אומצו בתחום הפלילי. ראו ע"פ 7162/19 ראש נ' מדינת ישראל

מקרה מיוחד של הנמקה חסרה נוגע להליכים שבהם מוצגות ראיות חסויות, למשל בעתירות נגד מעצרים מנהליים. במקרה זה מתעורר קושי – לא רק מהיבט יכולתו של הצד שלא נחשף לראיות לטעון קונקרטי בעניינן אלא גם מהיבט האפשרות לנסח הנמקה שיפוטית סדורה שתסביר את ההחלטה מבלי להתייחס לראיות.³⁹ זהו מצב שטבוע בו קושי,⁴⁰ והיכולת לתת לו מענה היא מוגבלת.⁴¹

מקרה מיוחד אחר הוא החלופה של הכרעה על דרך הפשרה. הפשרה אינה הכרעה שיפוטית מלאה, ולכן ההנמקה בפסק דין שניתן בדרך זו אינה מלאה אף היא. בתחום האזרחי, סעיף 79א לחוק בתי המשפט⁴² מציג מודל ביניים שיש בו הכרעה שיפוטית על דרך הפשרה, ועל כן ממילא ההנמקה היא מוגבלת.⁴³ לפעמים ההנמקה הניתנת במצבים של פשרה היא "מסדר שני" ומתייחסת להצדקה התומכת באישור הפשרה (או בדחייתה). הצדקה כזו אינה נדרשת בהליך אזרחי רגיל, אך יש לה מקום בהקשר של אישור הסדר פשרה בתובענות ייצוגיות (או הימנעות מאישורו).⁴⁴ בתחום הפלילי הצדקה מסוג זה נדרשת כאשר הצדדים מגיעים להסדר טיעון. הסדר הטיעון מיתר את ההכרעה השיפוטית המלאה. עם זאת הוא מחייב קיומם של טעמים משפטיים וציבוריים התומכים באישורו. התוצאה היא הנמקה המתייחסת להצדקה לקבל את הסדר הטיעון, בשונה מהנמקה רגילה של ערכאה ראשונה.⁴⁵

על כך יש להוסיף כי לעיתים הצורך בהכרעה מהירה יכול להצדיק חריגה משורת ההנמקה הרגילה. המהירות עשויה להוליד פסק דין קצר יחסית שהנמקתו אינה מפורטת כפי שהייתה יכולה להיות בהיעדר אילוץ זמן. במקרים אחרים מסגרת הזמנים הדוחקת אינה מאפשרת כלל העלאה על הכתב של הנמקה כלשהי. למעשה, כאשר המקרה עצמו הוא

(נבו 3.1.2020) (בפסק דין זה כתב השופט עמית ש"ייתכן כי הגיעה העת" לאמץ הוראה דומה בחוק סדר הדין הפלילי (שם, פס' 2 לפסק דינו), ואילו השופט הנדל השיב שהצעת רפורמה מסוג זה תחייב "דיון מקיף בנושא, לרבות התייחסות להבדלים בין הדין האזרחי לדין הפלילי" (שם)).

39 לדילמות הכרוכות בשימוש בראיות חסויות ראו עוד Daphne Barak-Erez & Matthew C. Waxman, *Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detentions*, 48 COLUM J. TRANS'L L. 3 (2009). חשוב להבהיר כי בדוגמה זו הקושי הוא במישור של ההנמקה עצמה, בשונה מפסקי דין שניתנים במתכונת של הנמקה מלאה, ורק פרסומם לציבור הרחב מוגבל.

40 לזיקה בין ההנמקה לבין הלגיטימציה הציבורית של הפסיקה ראו הטקסט הסמוך לה"ש 10 לעיל.
41 כך למשל, מתן פומבי לפרפרזה מפורטת יחסית (ככל הניתן) של החומר החסוי יכול לשמש מענה חלקי.
42 ראו ס' 79א(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט) ("בית משפט הדין בענין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, לפסוק בענין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה").

43 מטעם זה, האפשרות לערער על פסק דין שניתן במתכונת זו מוגבלת למצבים נדירים ויוצאי דופן של חריגה מסבירות. ראו למשל ע"א 8560/17 אדרי אל ישראל קרקעות בע"מ נ' אפיקי נדל"ן בצפון בע"מ (נבו 29.1.2019). על כך יש להוסיף כי ניתן ביטוי לדעה שראוי להימנע ככל האפשר מלנמק פסקי דין שניתנים על דרך הפשרה. הנמקה זו עלולה לחתור תחת התכלית של סיום המחלוקת. ראו למשל ע"א 6780/19 מדינת ישראל נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (נבו 16.8.2020).

44 ס' 19(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

45 ראו למשל ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 577 (2002). על כך ניתן להוסיף כי במקרים רבים הסדר הטיעון אינו "סגור" בכל הנוגע לעונש, ושני הצדדים טוענים בעניין זה. כאשר אלה הם פני הדברים, עדיין נדרשת החלטה מנומקת ומפורטת באשר לעונש.

מורכב, הנמקה קצרה עשויה לא להיות אפשרית או להיחשב לא לגיטימית. בנסיבות מסוג זה ננקטת פרקטיקה של פרסום פסק דין חלקי, ללא נימוקים, ואילו פרסום הנימוקים נעשה בנפרד. פסקי דין במתכונת זו ניתנו כמה פעמים בהליכים משפטיים בבית המשפט העליון בענייני בחירות (כגון בהליכים בנושא פסילת מועמדים או רשימות). לוח הזמנים של הבחירות לא אפשר במקרים אלה לפרסם פסק דין מנומק, אך ההכרעה הייתה נדרשת.⁴⁶ הגם שזהו לעיתים כורח השעה,⁴⁷ פרסום של פסק דין ללא הנמקה אינו פשוט – לא רק מבחינת סדר הדברים הנכון של תהליך ההחלטה עצמו,⁴⁸ אלא גם מבחינת הזירה הציבורית. פסק דין "שותק" הוא מעצם הגדרתו פסק דין לא משכנע, במובן זה שאינו "מתקשר" עם

46 כך למשל, בעתירה שהוגשה נגד העלאתו של אחוז החסימה ניתן פסק דין ללא נימוקים לדחיית העתירה (ראו בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 13.1.2015), ורק לאחר כחודשיים ניתנו הנימוקים שהחזיקו כמה עשרות עמודים בפסק דין (נימוקים) מיום 12.3.2015. בדומה לכך, בא"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף (נבו) 17.3.2019 (להלן: עניין כסיף) תחילה ניתן פסק הדין בעניין פסילה להשתתף בבחירות, ונימוקי פסק הדין המחזיקים יותר מ-100 עמודים ניתנו כמה חודשים לאחר מכן בפסק דין (נימוקים) מיום 18.7.2019. בהקשר של השלטון המקומי, ניתן להזכיר את פסק הדין שהורה על פסלות לכהונה של ראשי רשויות מקומיות שהוגשו נגדם כתבי אישום, ערב הבחירות לרשויות המקומיות. פסק הדין המנומק ניתן כחודש לאחר ההכרעה הלא מנומקת. ראו בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אורחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, פ"ד סו(3) 135 (2013). להשלמת התמונה יצוין כי הכרחי שהכרעה בעניין כשירותם של מתמודדים תתקבל לפני הבחירות. לעומת זאת, בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע כי ההכרעה בשאלות הנוגעות להתחשבות במעטפות הצבעה שנשלחו בדואר תוכל להתקבל גם לאחר הבחירות, ולא להיות נדונה בלחץ זמן לפניהן. ראו Republican Party v. Boockvar, 141 S. Ct. 1 (2020).

47 במהלך השנים ניתנו פסקי דין ללא נימוקים, שהושלמו בהמשך בפרסום פסקי הדין המלאים והמנומקים אף בהקשרים אחרים שנחשבו דחופים ללא קשר לבחירות. לדחיפות הקשורה בנסיבותיהם האישיות של הצדדים להליך ראו למשל בג"ץ 7395/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (נבו) 21.1.2008 (פסק הדין עסק במחלוקת בין הורים בנושא המשמורת של בנותיהן הקטינות); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (נבו) 18.9.2014 (פסק הדין עסק בשאלה אם בנות זוג יכולות להביא ילד לעולם כך שאחת מהן תישא היריון שמקורו בביצית מופרית של בת זוגה. הדחיפות במתן פסק הדין הייתה קשורה במתן אפשרות לעותרות לכלכל את צעדיהן). לדחיפות הנובעת מהשלכות הפסיקה על קבלת החלטות במישור הציבורי או על צדדים שלישיים ראו למשל בג"ץ 6156/92 עיזבון דגן נ' המפקח על הביטוח, פ"ד מז(1) 237 (1993) (פסק הדין עסק במינוי מנהל מורשה לחברת ביטוח שנקלעה לקשיים); בג"ץ 1255/94 בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661 (1995) (פסק הדין עסק בהחלפת הרישיון הכללי של בזק על רקע החלטת הפרטה שהתקבלה בממשלה); בג"ץ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נא(3) 85 (1995) (פסק הדין עסק בהפקעה רחבת היקף לצורך הרחבתו של נמל התעופה בן גוריון); בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1996) (פסק הדין נסב על מתכונת עריכתן של בחינות הבגרות בסמיכות למועדן); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(1) 177 (2014) (פסק הדין עסק בשאלת חוקיותו של מתווה הגז). לעיתים הסכמה בין הצדדים על הסדר ביניים יכולה לייתר מתן פסק דין ללא נימוקים. ראו למשל בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 381–382 (1997) (פסק הדין עסק בשאלת חוקתיות ההסדרים שנקבעו בחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה–1995).

48 כאשר פסק הדין מתפרסם ללא הנמקה נחסמת בפני השופטים החברים בהרכב האפשרות לשנות את דעתם בנוגע לתוצאה על בסיס קריאה של חוות הדעת המפורטות של עמיתיהם. לעומת זאת, בתהליך הכרעה רגיל השופטים חופשיים לשנות את עמדותיהם המקוריות על בסיס של שכנוע כתוצאה מדיון עם עמיתים וקריאת חוות הדעת שלהם.

בעלי הדין ועם הציבור. על כן, יש לעשות מאמץ מרבי ככל הניתן לפרסם את פסקי הדין כשהם מלווים בנימוקים.⁴⁹ כמו כן, יש לשאוף לצמצום פרק הזמן שחולף בין ההכרעה הלא מנומקת לבין מתן פסק הדין המנומק.⁵⁰

קיימות גם דוגמאות לניסיונות למצוא "פתרונות ביניים" במצב דברים שבו פרסום הנמקה מלאה אינו אפשרי במועד שבו יש לפרסם את הכרעת הדין. כך, באחד מערעורי הבחירות שבו התפרסם פסק דין "ללא נימוקים" פורסמה זמן קצר לאחר מכן החלטה שכללה את עיקרי ההנמקה.⁵¹ דוגמה אחרת ניתן להביא מן העתירה שהוגשה נגד הרכבת הממשלה בידי חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום. בשל לחץ הזמנים פורסמה ההכרעה, שהייתה על דעת כל השופטים, רק בתוספת הנימוקים של חוות הדעת הראשונה שנכתבה בידי הנשיאה.⁵² פרסום פסק הדין המלא שכלל את הנמקותיהם של שאר השופטים נעשה רק זמן מה לאחר מכן.⁵³

ב. היחס בין ההנמקה לתוצאה האופרטיבית והמתח האפשרי ביניהן

פרספקטיבה נוספת על הפרקטיקה של הנמקת פסקי דין נוגעת ליחס שבין ההנמקה לבין התוצאה של פסק הדין. לא ניתן להגזים בחשיבותה של התוצאה האופרטיבית.⁵⁴ בתחום המשפט הפלילי קיימת אף הוראה חקיקתית המחייבת הודעה על תוצאה של זיכוי קודם

- 49 לפסק דין מנומק בנושא פסילה מהשתתפות בבחירות ראו למשל א"ב 852/20 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23 נ' יובק (נבו 9.2.2020).
- 50 ברגיל אלה הם פני הדברים, אך לא תמיד. ראו למשל ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1994). במקרה זה, פסק הדין נסב על בקשה שלא להאריך את חייה של קטינה שסבלה ממחלת טאי-זקס. ההכרעה המהירה הייתה אפוא חיונית, אולם בנסיבות העניין פסק הדין המנומק ניתן כחמש שנים לאחר דחיית הערעור בנושא. פסק הדין מחדד קושי נוסף שעלול להיות כרוך בהתמשכותו של פסק הדין בין ההכרעה לבין הנמקתה והוא שינוי הסביבה הנורמטיבית, כדוגמת שינויים בחקיקה ובפסיקה. ההנמקה הרי אמורה לשקף את מצב הדין במועד שבו התקבלה ההחלטה השיפוטית. חרף זאת, פסק דינו של המשנה לנשיא אלון באותו מקרה נדרש באריכות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שטרם בא לעולם במועד שבו נדחה הערעור. פרק זמן של כחמש שנים חלף גם בין ההכרעה לבין מתן פסק הדין בבג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999).
- 51 הנמקה חלקית מסוג זה פורסמה בעניין כסיף, לעיל ה"ש 46, החלטה מיום 21.3.2019. כאמור, פסק הדין עצמו ניתן ללא נימוקים ביום 17.3.2019 ואילו פסק הדין המנומק ניתן ביום 18.7.2019.
- 52 עניין נתניהו, לעיל ה"ש 12, פסק דין (תמצית נימוקים) מיום 6.5.2020.
- 53 עניין נתניהו, לעיל ה"ש 12. למקרה חריג שבו פורסמו עיקרי הנימוקים, אך ההנמקה המפורטת לא פורסמה בהמשך, ראו בג"ץ 264/87 תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723 (1989) (את פסק הדין שנסב על רישום גיור של עולים נתן הנשיא שמגר, בהסכמת השופטים ברק, בייסקי ובך, כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיא אלון).
- 54 ראוי להוסיף כי לפי המסורת המשפטית הנוהגת בישראל, לא ניתן להגיש ערעור על הנמקת פסק הדין בלבד כאשר זו אינה משפיעה על התוצאה האופרטיבית. ראו למשל ע"א 140/56 מוגרבי נ' ורדימון, פ"ד יא 1242 (1957); ע"א 756/82 קיבוץ יגור – קבוצת עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' שירותי נפט בע"מ, פ"ד מא(1) 85 (1987); רע"א 1560/06 לוי נ' שקלים (נבו 17.4.2007).

להצגת ההנמקה התומכת בה.⁵⁵ פסקי דין אינם אמורים להיקרא כ"ספר מתח", כך שעשויים להיות מקרים נוספים שבהם תוצג תחילה ההכרעה. אולם אסור שתובנות אלה יטשטשו את תפקידה החשוב של ההנמקה, ולא כל שכן כאשר זו אינה מתבטאת במלואה בתוצאה האופרטיבית.

בשלב זה אבקש להבחין בין כמה סוגיות משנה: האחת – הנמקה שאינה נחוצה לתוצאה האופרטיבית מאחר שהיא "למעלה מן הצורך"; השנייה – הנמקה שנוגעת להיבטים לבר-משפטיים של הנושא הנדון; השלישית – הנמקה שנמצאת במתח עם התוצאה האופרטיבית של ההחלטה בשל מגבלותיהם של הסעדים השיפוטיים.

אפתח בהתייחסות לסוגיה הקלאסית של מעמד ההנמקה שהיא "למעלה מן הצורך". נקודת המוצא לדיון היא ההבחנה התורתית-משפטית בין אותו חלק של ההנמקה שהוא חיוני להכרעה ("רציו דיסידנדי") לבין ההתייחסות לסוגיות קרובות שאינן נדרשות להכרעה (מה שמכונה "אוביטר דיקטום").⁵⁶ בבית המשפט העליון רק מה שנדרש להכרעה יכול לרכוש מעמד של תקדים מחייב.⁵⁷ הבחנה זו הייתה נושא למחלוקות רבות בין הגישה המסורתית, שציידה בצמצום ההכרעה רק למה שהיה חיוני ונדרש לצורך התיק, ויש לה תומכים אף כיום, לבין גישות מרחיבות יותר.⁵⁸ למעשה, המחלוקת היא בעיקר באשר למידת ההרחבה ולהיקף ההתייחסות למקרים נוספים ולא בדבר עצם קיומה. קשה להכריע במקרה שעומד לדיון מבלי להזכיר מקרים אחרים, ולו על דרך ההשוואה וההנגדה. עם זאת חשוב להימנע מלהכריע בנושאים שבהם עשויות לעלות טענות מצד בעלי דין עתידיים, שלא את כולן אפשר לשער מראש. ככלל, ואין בעניין זה תשובה אחת, במהלך השנים גברה ההכרה בכך שמתן פסק דין בעל משמעות עקרונית מחייב להרחיב את היריעה⁵⁹ – לא על מנת להעמיס

55 ס' 182 לחוק סדר הדין הפלילי מורה בעניין זה כך: "זיכה בית המשפט את הנאשם, יודיע דבר הזיכוי בתחילה". ס' 183 לאותו חוק מוסיף על כך הסדר הקובע כי במקרה של זיכוי בית המשפט "רשאי [...] לפרש נימוקיו מיד או תוך שלושים ימים מיום ההודעה". במקרה שבו הנאשם מזוכה מחלק מן האישומים בלבד חשוב להדגיש זאת במעמד ההקראה של פסק הדין על מנת למנוע רושם מוטעה.

56 לא אחת השופט הנותן את פסק הדין התקדימי עשוי לציין בנוגע לחלק ממנו כי הוא נכתב "למעלה מן הצורך". במקרים אחרים מלאכת ההבחנה מבוססת על אנליזה משפטית שמבצעים שופטי העתיד, ובכלל זה שופטי הערכאות הדיוניות שמיישמים את פסק הדין.

57 ההבחנה זו יש חשיבות מעשית גם בהקשרים נוספים. לפי הדוקטרינה של "השתק פלוגתה" פסק הדין שניתן נחשב לחוסם "פתיחה מחדש" של מחלוקות שנדונו בו אם המענה עליהן נדרש לצורך ההכרעה האופרטיבית. ראו ע"א 246/66 קלוזנר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561 (1968).

58 ראו גר טרסקי "מימרת אגב – הלכה פסוקה?" הפרקליט כ 99 (1964); חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" משפטים לא 415 (2001). על רקע הגישות השונות להנמקה החורגת מן הנדרש לצורך הכרעה, לא אחת הדברים המובאים "למעלה מן הצורך" הם בגדר דעת יחיד (כלומר חלק מפסק הדין שלא זכה להסכמה של רוב השופטים, אך אינו דעת מיעוט).

59 אחת הדוגמאות הבולטות לקושי ביישום ההבחנות המסורתיות בין "רציו" ל"אוביטר" היא זו של פסק הדין העקרוני שניתן ברע"א 1908/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995). במקרה זה הוכרה סמכותו של בית המשפט העליון לבחון גם תוקפם של חוקים מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם הלכה למעשה, בנסיבות העניין הטענות לפסילת החוק שנבחן נדחו. לכאורה, היה אפשר לסבור כי מאחר שהטענות נדחו לגוף הדברים, הרי שהעמדה העקרונית ביחס לסמכותו של בית המשפט לפסול חוקים נותרה בגדר "אוביטר". ניתוח זה של פסק הדין אינו משקף את חשיבותו, ולמעשה אף אינו אפשרי, בהתחשב בכך שאין כל משמעות לדיון בשאלה אם החוק הנדון

שלא לצורך אלא כדי להעמיד את ההכרעה במקרה העומד לדיון בהקשר הנכון, ובכך לדייק את כוחה המנחה באשר לעתיד.⁶⁰ בהתאמה, אף אותם חלקים בהנמקה שאינם מחייבים במישור הפורמלי משפיעים בפועל ומכוונים את המשך דרכה של הפסיקה, גם אם במתכונת "רכה" יותר.⁶¹

סוגיה חשובה נוספת נוגעת להבחנה בין ההיבטים המשפטיים של הנושא הנדון לבין ההיבטים האתיים, המוסריים והציבוריים שלו. לא אחת כאשר נדחית תביעה או עתירה מתעוררת השאלה אם ההליך לא צלח מאחר ש"הכול בסדר", דהיינו משום שהחלטה הנתקפת תקינה, או שמא יש להבין את התוצאה האופרטיבית כמבטאת את קוצר ידו של המשפט, שאינו יכול להקיף את מכלול המשמעויות המוסריות והערכיות של הנושא שהובא להכרעה שיפוטית. מחד גיסא, בית המשפט אינו בעל יתרון מובנה בשאלות של מוסר וצדק, שאינן רק נחלתו, ומאידך גיסא, כאשר מתחדד המתח בין התוצאה המשפטית הפורמלית לבין היבטים אתיים וציבוריים, דומה שהתייחסות לפן המשפטי בלבד עשויה להעביר מסר לא נכון לציבור.⁶² בית המשפט נמצא במקרים מסוג זה "בין המצרים". אם יוסיף דברים – יהיה חשוף לטענה של חריגה ממסגרת תפקידו בבחינת "מי שמך", ואולי אף לביקורת של "כותבים ובוכים", דהיינו לביקורת שעניינה המתח בין ההנמקה הביקורתית לתוצאה שאינה משקפת אותה.⁶³ לעומת זאת אם יימנע בית המשפט מהוספת דברים – יהיה חשוף לביקורת אחרת, שתתמקד בתרומה לדילול הדיון הציבורי, במתן הכשר להתנהגות לא ראויה, באטימות או לחלופין בהיעדר כנות ושקיפות באשר לעמדתו.⁶⁴ מה עושים? כמו בכל שאלה מורכבת, התשובה צריכה להיות תלויה הקשר. בית המשפט צריך לזכור שהוא קודם כול מוסד משפטי שדן בנושאים המובאים לפתחו בכלים משפטיים ועל פי נורמות משפטיות. עם זאת יש הקשרים שבהם המרכיב הלא משפטי של הדילמה הרוחשת ברקע הדברים דרוש להבנת המכלול. אכן, אסור לבית המשפט לגלוש להצגת עמדות אישיות-סובייקטיביות,⁶⁵ אך הוא מחויב לשיקוף של מערכת הערכים של המשפט הישראלי.⁶⁶

- עומד בתנאיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ללא הקביעה העקרונית שביקורת שיפוטית של חוקים היא בכלל אפשרית. זוהי דוגמה לפסק דין שבו ההנמקה – הגם שהייתה כביכול למעלה מן הצורך – הותירה את חותמה הרבה יותר מתוצאת ההתדיינות.
- 60 להרחבה מסוג זה יש מקום בעיקר בערכאות עליונות שלפסיקתן יש חשיבות החורגת מהמקרים הקונקרטיים שנדונים לפנייהן.
- 61 למגמה של הסתמכות גם על פסיקה נעדרת מעמד תקדימי מחייב בפסיקתם של בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית השוו *Maggie Gardner, Dangerous Citations*, 95 N.Y. U. L. REV. 1619 (2020).
- 62 קושי זה מתחדד לנוכח ההכרה בתפקיד האקספרסיבי של נורמות משפטיות. ראו למשל *Cass R. Sunstein, On the Expressive Function of the Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021 (1996); *Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U. PA. L. REV. 1503 (2000).
- 63 דילמה דומה התעוררה בכל הנוגע למה שכונה "דו-חות ציבוריים" של היועץ המשפטי לממשלה אגב החלטה על סגירת תיקים נגד אישי ציבור כאשר התנהלותם הייתה בלתי תקינה. ראו דינה זילבר **בשם החוק: היועץ המשפטי לממשלה והפרשות שטלטלו את המדינה** 197–299 (2012).
- 64 השוו ה"ש 27 לעיל.
- 65 חשוב לציין כי המסורת המשפטית בישראל מאפשרת כתיבה מטעם כל שופט או שופטת בנפרד. במובן זה פסק הדין הוא אישי, אולם הוא משקף רק את העמדה המשפטית של השופט. הפן האישי מיטשטש

לבסוף, ה"הבטחות" שבהנמקה עשויות שלא להתבטא במה שמכונה "השורה התחתונה" של פסק הדין, דהיינו בתוצאה, בשל הכללים החלים על ההליך המשפטי או על הענקת סעדים שיפוטיים במסגרתו.⁶⁷ כך למשל, עותר יכול להראות שנגרם לו עוול קשה, ובכל זאת עתירתו תידחה מאחר שנוצר "מעשה עשוי", דהיינו מצב דברים שאינו הפיך.⁶⁸ יתר על כן, במהלך השנים התפתחה בפסיקה הגישה המכונה "תורת הבטלות היחסית" אשר מכוחה בית המשפט עשוי שלא לקבל עתירה אם השתכנע כי חרף העובדה שטענותיו של העותר צודקות (למשל, בהיבט של פגיעה בזכות הטיעון שלו) אין לפסול את ההחלטה ששימשה בסיס לעתירה – בשל השלכות על צדדים שלישיים ועל האינטרס הציבורי בכללותו.⁶⁹ במצב דברים מסוג זה מתחדדת השאלה מהי חשיבותה של ההנמקה ומה ניתן ללמוד ממנה. האם המסר שעובר הוא שהרשות נהגה שלא כדין? או שמא המסר הוא דווקא הפוך – כיוון שלכאורה חשובה רק השורה התחתונה של פסק הדין? יתר על כן, כל אימת שעתירה לבג"ץ נדחית, ההחלטה השלטונית שהעתירה כוונה כלפיה נהנית מ"אפקט אישור" גם אם נמתחה עליה ביקורת. היא נחשבת כו"ש "עברה" בבג"ץ או אף "קיבלה הכשר" מטעמו. האם ההנמקה אינה חשובה במקרים אלה? אינני סבורה כך.

התוצאה האופרטיבית של פסק הדין היא חשובה, אך גם הדרך שמובילה אליה – בין מהיבט ההתייחסות האמפתית הנדרשת לצד המפסיד, בין במישור הציבורי ובין מהיבט ההשלכה על הליכים עתידיים שבהם לא יעמדו בדרכו של בית המשפט המגבולות שמנעו ממנו להעניק סעד במקרה הנדון. מלמדת על כך בין השאר גם המחלוקת הניטשת בכל הנוגע להגמשתם של מבחני הסף הנוהגים בבג"ץ, כדוגמת זכות עמידה ושפיטות.⁷⁰ דחייה "על הסף" מבלי להידרש לגוף הדברים אינה כרוכה בדרך כלל בהתייחסות לטענות הצדדים. במובן זה, מי שמצדד בגישה מרחיבה למבחני הסף תומך לא רק בתוצאה של דחיית העתירה אלא גם בכך שבית המשפט לא ישמיע את קולו בסוגיה שעליה היא נסבה.⁷¹

עוד יותר באותם מקרים שבהם הכתיבה היא בלשון גוף ראשון רבים, פרקטיקה שאף היא רווחת לעיתים (אם כי אינה הכרחית) – בעיקר כאשר אחד מחברי ההרכב כותב את פסק הדין בידועו כי עמדתו זוכה להסכמה.

66 שיקוף זה נעשה לעיתים גם באמצעות הרחבה להיסטוריה רלוונטית, למערכות נורמטיביות שעמן המשפט הישראלי מקיים דיאלוג (כדוגמת המשפט העברי) ועוד.

67 הדוגמה הקלאסית ביותר לכך היא זו של דיני ההתיישנות.

68 ראו בג"ץ 22/49 סבו נ' המושל הצבאי, יפו, פ"ד ב 701 (1949). בדומה לכך, בית המשפט אינו יכול להתערב בפסק דין חלוט במשפט פלילי, גם אם תוצאתו מקילה באופן לא ראוי. ראו בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה (3) 821 (2012).

69 ראו דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית: על מחירן של זכויות" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 283 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים 2005).

70 להרחבה, ראו רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (2000).

71 הדברים אמורים במבחני הסף שהחלתם מובילה לדחייה "טוטאלית" של העתירה, כדוגמת אי-שפיטות, בשונה מדחייה המשאירה פתח לדיון עתידי (למשל כאשר הטעם שניתן לכך הוא אי-מיצוי הליכים קודם להגשת העתירה).

ג. נימוקים, פומביות ופומביות מיידית

הדין בהיבטים הציבוריים של ההנמקה אינו יכול להיעשות כיום מבלי להידרש למיידיות החשיפה ולהרחבת הקהלים של ההכרעה השיפוטית. הכוונה היא כמובן לפרסום של פסקי דין במדיום האינטרנטי. כאשר מדובר בכית המשפט העליון (כמו בערכאות עליונות במדינות אחרות) הפרסום נעשה אף באתר הפתוח לעיון הציבור⁷² ומאפשר חיפושים לווונטיים.⁷³ השינוי מתבטא הן במישור הכמות והן במישור הזמן והנגישות. מבחינה כמותית אין מגבלות על היקף הפרסום – בעבר, בשל מגבלות הדפוס והנייר, רק פסקי דין נבחרים זכו לפומביות פורמלית במתכונת של פרסומים לקהל המשפטנים (בסדרה שהייתה ידועה כ"פסקי דין", או בכינויה הקצר "פ"ד").⁷⁴ דברים דומים ניתן לומר ביחס למיידיות והזמינות של הפרסום לציבור כולו – לא נדרש עוד קשר אישי לצורך עיון בפסק דין שפורסם זה עתה.

לכאורה ניתן לטעון: פרסום מייד ונגיש – לחדר, והנמקה – לחדר. אולם למעשה קשה להפריד את ההתייחסות לשתי הסוגיות. הפרסום המייד והנגיש של פסקי הדין וההחלטות משליך על תשומת הלב הניתנת להנמקה השיפוטית בכמה אופנים. ראשית, גם החלטות ופסקי דין "קטנים" שבעבר לא היו נחשפים כלל אל העין הציבורית, פתוחים כיום לעיון,

72 ראו לציין כי נוסחיהם של פסקי דין והחלטות, בדומה למסמכים רשמיים אחרים כמו חוקים ותקנות, מסורים לנחלת הכלל, ואין בהם זכויות יוצרים. ראו ס' 6 לחוק זכויות יוצרים, התשס"ח–2007.

73 זאת, לצידם של אתרים פרטיים שאף הם תורמים להנגשת הפסיקה לציבור – חלקם בתשלום וחלקם ללא תשלום. ראו למשל בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (נבו) 12.11.2015). לפי שעה, רמת החשיפה של ערכאות אחרות, בשונה מבית המשפט העליון, היא נמוכה יותר באתרים שהעיון בהם אינו כרוך בתשלום. לעובדה זו יש משמעות לא רק מההיבט הכלכלי, אלא גם מהיבט הכוח הפוטנציאלי של מנהלי המאגרים המסחריים לשלוט בהחלטות המתפרסמות. בארצות הברית העיון בהחלטותיהם של בתי המשפט הפדרליים נעשה באמצעות מערכת המכונה PACER (Public Access to Court Electronic Records). השימוש במכלול האפשרויות שמעמידה מערכת זו, שמאפשרת עיון גם במסמכים המוגשים לבתי המשפט, הוא בתשלום. עם זאת, המערכת מאפשרת גם עיון בפסקי דין ללא תשלום לפי ההסדר הקבוע ב- E-Government Act of 2002 Pub. L. No. 107-347, 116 Star. 2899 (2002) Westlaw ולקסיס, אולם ה"כיסוי" שלהם אינו מלא. ראו Merritt McAlister, *Missing Decisions*, 169 U. PA. L. REV. 1101 (2021).

74 תחילה התפרסמו כרך או שניים מדי שנה, וב"שנות השיא" של הסדרה התפרסמו ארבעה כרכים בשנה. מטבע הדברים, פסקי הדין שפורסמו כללו אך מבחר מכלל הפסיקה. מרביתם של פסקי הדין וההחלטות האחרים נדונו לשכחה. בהתאמה, גם המחקר האקדמי שעסק בפסיקה התמקד בפסקי הדין שפורסמו. בהיעדר מחשוב, אף מחקרים רחבי היקף יחסית בחנו רק חלק מפסקי הדין שפורסמו. ראו למשל יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **משפטים** כז 119 (1996). מחקר מקיף זה, שעסק בפסקי הדין שפורסמו בטווח השנים 1948–1994 כלל מדגם אקראי של 40% בלבד מהם (שם, בעמ' 126). מעניין לציין כי עד 2007 נהגה בבתי המשפט הפדרליים לערעורים בארצות הברית ההבחנה בין פסקי דין שפורסמו (published) לבין פסקי דין שהוגדרו כלא מפורסמים (unpublished) הגם שהיו זמינים באתרים משפטיים שונים. על פסקי הדין שהוגדרו כלא מפורסמים אי אפשר היה להסתמך כתקדימים לכל דבר ועניין. מאז שנת 2007 הבחנה זו אינה נהגת עוד (FED. R. APP. P. 32.1).

לדיון ולביקורת,⁷⁵ לפחות פוטנציאלית.⁷⁶ למעשה, ניתן לומר שברירת המחדל באשר לפרסומם של פסקי הדין התהפכה. כיום הכול מתפרסם אלא אם קיימת עילה להורות על איסור פרסום.⁷⁷ שנית, ומכיוון אחר לחלוטין, לפסקי הדין ולהחלטות יש קהל גדול החורג מתחומיה של הקהילה המקצועית, וזהו אף קהל מידי אשר יכול לקרוא את פסקי הדין ללא תיווך ולהגיב עליהם זמן קצר מאוד לאחר נתינתם.⁷⁸ היבט זה אף מתחדד באותם מקרים שבהם הדיון השיפוטי עצמו – על הטענות שנשמעו בו והשאלות שהוצגו בו – נגיש לצפיית הציבור (אפשרות שבעבר לא הייתה קיימת כלל).⁷⁹

על כך יש להוסיף כי המיידיות אינה עניין טכני בלבד. חקר התקשורת מלמד כי השינוי במדיום משפיע על העברת המסר, תפיסה שמצאה לעיתים את ביטויה בטענה ש"המדיום הוא המסר".⁸⁰ זאת ועוד, כאשר החלטות ופסקי דין מתפרסמים בזירה האינטרנטית, לצד פרסומים רבים אחרים, הם "מתחרים" לכאורה על תשומת הלב של הציבור הכללי במציאות שנהוג לתארה אף באמצעות המונח "היצף מידע". הזירה התקשורתית העכשווית מותאמת לקליטת מסרים קצרים יותר, וטווח הקשב למסרים מורכבים הולך ומתקצר.⁸¹ בתנאים אלה

75 מגמה זו אף קיבלה אישוש וחיזוק בעקבות ההחלטה לפרסם במערכת "נט המשפט" גם החלטות שניתנות ב"פתקית" (שנדונות בטקסט הסמוך לה"ש 31 לעיל). ראו חן מענית "בתי המשפט יתחילו לפרסם גם החלטות של שופטים שניתנות ב'פתקית'" **גלובס** (23.4.2020) <https://tinyurl.com/y2rwpbu5>. כן ראו רע"א 4421/20 **צרוניק נ' מדינת ישראל** (נבו 20.8.2020).

76 כל זאת, במגבלות של בעיית "היצף המידע" שנדונה בהמשך. אולם מבחינתו של השופט הנוגע בדבר ההנחה היא כיום שכל דבר היוצא מתחת ידיו יגיע לעין הציבור.

77 כיום היבט הבחירה בפרסום פסקי דין מתבטא רק בתרגום של פסקי הדין מעברית לאנגלית. אכן, מבחינת דוברי העברית, פסקי הדין כולם הם ברשות הכלל. אולם בשל מחסומי שפה פסקי הדין מוצגים לקהל שאינו דובר עברית רק בחלקם במסגרת המפעל של תרגום פסקי דין נבחרים (ומעטים יחסית) של בית המשפט העליון לאנגלית. בעבר היה פרסום התרגומים מטעם המדינה (והם אף התפרסמו בסדרה שנקראה SELECTED JUDGMENTS OF THE SUPREME COURT OF ISRAEL). כיום, התרגומים מתפרסמים מטעם תוכנית של בית הספר למשפטים של Yeshiva University של Cardozo. כמובן, מלאכת התרגום של פסקי הדין, כמו כל עבודת תרגום, כרוכה בעצמה בהכרעות עדינות של בחירה במשמעות, עובדה שמעוררת קושי, אך היא בלתי נמנעת.

78 לפרסום המידי והנגיש יש כמובן השלכות גם על היבטים נוספים שאינם קשורים להנמקה עצמה, כדוגמת מידת הפגיעה בפרטיותם של הצדדים. יש לדברים השלכות על החלטות מערכתיות הנוגעות למתכונת הפרסום של פסקי דין, למשל מן ההיבט של פרסום שמות הצדדים. ראו עוד מיכאל בירנהק "חשיפה מקוונת וחשיפה משפטית: על פרטיות ופומביות של פסקי דין ברשת" **משפטים** מח 31 (2018). לצד זאת, היא עשויה להשפיע על השופטים עצמם להימנע מפירוט היבטים עובדתיים שכרוכים בפגיעה שלא לצורך בפרטיות. להגנה על הפרטיות במערכת "נט המשפט" ראו בג"ץ 6207/17 **גולדברג נ' הנהלת בתי המשפט** (נבו 17.2.2019).

79 הסוגייה של שידור ישיר מדיונים בבתי משפט מקבלת תשומת לב גוברת והולכת עם הרחבת האפשרויות הטכנולוגיות בתחום זה. כיום שידורים כאלה מתקיימים בישראל במתכונת ניסיונית מדיונים נבחרים של בית המשפט העליון. זוהי סוגיה נפרדת מהחובה לנהל פרוטוקול שבעל דין זכאי לקבל עותק ממנו ומחקלטה של הדיון לבקשת בעל דין. ראו ס' 68א–68ב לחוק בתי המשפט.

80 זהו המונח שטבע חוקר התקשורת מרשל מקלוהן, ראו MARSHALL McLuhan, UNDERSTANDING MEDIA: THE EXTENSIONS OF MAN (1964).

81 ראו TIM WU, THE ATTENTION MERCHANTS: THE EPIC SCRAMBLE TO GET INSIDE OUR HEADS (2016).

חרף החשיפה לכלל הציבור, במישור המעשי גוברת השפעתם של מי ש"מתווכים" את המסרים של בית המשפט כפי שהדברים אמורים ככלל ביחס למעמדם של המתווכים בזירה האינטרנטית.⁸²

ד. ההנמקה והזירה הציבורית החדשה

האם לשינויים המתוארים, בעיקר במתכונת הפרסום של פסקי הדין ובהגברת החשיפה אליהם, יש השלכה על הדיון בהנמקה השיפוטית? האם הם משפיעים על יכולתה של ההנמקה למלא את תפקידה? אכן, גם בעבר נהגו בתי המשפט לשוות נגד עיניהם את הציבור, לצידם של המתדיינים ואנשי קהילת המשפט. אולם באותה עת היה אפשר להניח שפסקי הדין אינם מסמכים נגישים לכלל הציבור, בין מבחינת היכולת לאתרם ולקרוא בהם ובין מבחינת נגישות השפה והתכנים הכלולים בהם. כיום, כפי שכבר הוסבר, "מהפכת האינטרנט" תרמה לזמינותם הגבוהה של פסקי הדין לציבור (הן במישרין באתרים אינטרנטיים והן בעקיפין על דרך הפצה אלקטרונית שלהם). אין צורך לטרוח ולגשת לספריות מכובדות. בדרך כלל חלקם הגדול של פסקי הדין זמין לעיון ולקריאה מן הבית לציבור כולו.⁸³ אולם האם הנגישות הטכנולוגית הגבירה את הנגישות המהותית לפסקי הדין?

לא יכול להיות ספק שבמישור הפורמלי-טכני פסקי הדין הפכו להיות נגישים יותר. אולם המהפכה הטכנולוגית הביאה עימה שינויים נוספים הנוגעים לדפוס הקריאה של פסקי דין. כיום "שחרור" של פסק דין באינטרנט משמש בסיס לדיווח מידי על האמור בו בכלי התקשורת, כמו גם בבמות אינטרנטיות שאינן שייכות לכלי התקשורת המסורתיים (רשתות חברתיות כדוגמת פייסבוק וטוויטר). בדרך זו נוצר "מכפיל" של החשיפה האינטרנטית – מבחינת השילוב של פרסום פסקי הדין באינטרנט עם החשיבות הגוברת של התקשורת האלקטרונית (בהשוואה לעיתונות המודפסת המסורתית). הלכה למעשה, התמריץ לדיווח מידי, על רקע התחרות בין כלי התקשורת האלקטרוניים,⁸⁴ גורם לניסוח התגובה הראשונה

82 להרחבה ראו ניבה אלקין-קורן "המתווכים החדשים 'בכיכר השוק' הווירטואלית" **משפט וממשל** ו 381 (2003). כן ראו Gregory P. Magarian, *Forward into the Past: Speech Intermediaries in the Television and Internet Ages*, 71 OKLA. L. REV. 237 (2018).

83 על כך יש להוסיף, ללא קשר לשינויים הטכנולוגיים שנדונים כאן, כי בינתיים חל גידול ניכר במספר המשפטנים במדינה. במובן זה פסקי הדין משוגרים אל קהילה מקצועית נרחבת יותר.

84 להשפעת הלחצים של המציאות התקשורתית בעידן האלקטרוני ראו למשל A.E. Dick Howard, *The Changing Face of the Supreme Court*, 101 VA. L. REV. 231, 279–281 (2005). אחת הדוגמאות המפורסמות לכך בארצות הברית היא הדיווח השגוי שנמסר תחילה על פסק הדין בנושא רפורמת הבריאות של הנשיא אובמה. ראו Nat'l Fed'n of Indep. Bus. v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012). חלק מכלי התקשורת דיווחו תחילה כי זו נפסלה, על בסיס קריאה חלקית של פסק הדין. בהמשך הדיווחים תוקנו. ראו RonNell Andersen Jones, *U.S. Supreme Court Justices and Press Access*, 2012 BYU L. REV. 1791, 1801–1802 (2012). לאופיו השונה של הסיקור התקשורת של עבודת בית המשפט בתקופה שקדמה להתפתחות התחרות בין כלי התקשורת בישראל, ראו Or Bassok, *Television Coverage of the Israeli Supreme Court 1968–1992: The Persistence of the Mythical Image*, 42 ISR. L. REV. 306 (2009).

לפסק הדין מבלי שלכותבים תהא שהות להקדיש לקריאת פסק הדין יותר מדקות ספורות.⁸⁵ יש בכך כדי להעצים את המשקל הניתן לתוצאה על פני ההנמקה. אכן, גם בעידן ה"ישן" אפשר היה להעריך שהקהל הנחשף לפסק הדין מתעניין קודם כול בתוצאה. עם זאת האיזון בין ההנמקה לבין התוצאה היה מורכב יותר: הקריאה הייתה סבלנית יותר, פחות מידע זרם בכל רגע נתון והייתה שהות להתעכב גם על ההנמקה. כיום, הזמן שכלי התקשורת מקדישים בפועל לקריאת ההנמקה השיפוטית אף מצטמצם כאשר פסק הדין מפורסם ביום שבו תשומת הלב של כתבי המשפט "מתפזרת" על פני כמה אירועים שאותם יש לסקר.⁸⁶ על רקע האמור מתחדדת השאלה מהי חשיבותה של ההנמקה השיפוטית, ואם היא יכולה להוסיף ולמלא את תפקידיה המסורתיים כאשר היקף הקוראים אותה במלואה מצומצם יחסית. התשובה היא מורכבת. אכן, יש פרשנים מיומנים שמכירים את הרקע להתדיינות ואת המטריה המשפטית, ולכן מסוגלים להבין את עיקרי הדברים גם באמצעות עיון ראשוני מהיר. כמו כן במהלך השנים נוצרו במות אינטרנטיות חדשות שמשמשות פלטפורמה לדיון רלוונטי בפסקי דין בקצב שלא התאפשר בעבר (כגון "בלוגים" משפטיים ומהדורות מקוונות של כתבי עת מקצועיים).⁸⁷ הדבר תורם להנגשת ההחלטות השיפוטיות לציבור, אך גם לחיזוק כוחם של המתווכים. לצד זאת התחזקה המגמה של קריאה הנוטה להסתכל על השורה התחתונה בלבד, זו שזוכה להתייחסות נרחבת ברשתות החברתיות. אפשר להציג את הדברים גם כך: אחד היתרונות של עידן הרשתות החברתיות הוא שהציבור הרחב יכול לקיים דיון בפסקי דין ובהחלטות שיפוטיות. אולם סגנונם של פסקי הדין אינו מתאים למתכונת השיח ברשתות החברתיות. כמו כן בפועל הדיון מושפע מכך שביט המשפט משתתף בו רק באמצעות הנימוקים הניתנים בפסקי הדין ובהחלטות, שלפי התפיסה המסורתית אמורים "לדבר בעד עצמם".

85 הקושי האמור אף מתחדד בכל הנוגע לפרסומים ברשתות חברתיות של מי שאינם כתבים מקצועיים.
 86 כתבי המשפט אינם נהנים מן הפריווילגיה של כיסוי אירוע תקשורתי בודד. עם זאת, הציפייה של כלי התקשורת המעסיקים אותם היא לדיווח מיידי בקבועי זמן קצרים. בארצות הברית כתבי המשפט המכסים את בית המשפט העליון חזרו והתריעו על כך שפסקי דין רבים "משתחררים" במהלך תקופה קצרה יחסית בחודשים מאי-יוני, בשל הנוהג של בית המשפט העליון בארצות הברית לסיים את פרסומם של כלל פסקי הדין שנדונו לפניו באותה שנת משפט קודם ליציאה לפגרה, במקרים רבים בסמיכות למועד זה. יש בכך כדי ליצור עומס אשר מקשה לכאורה על מסירת דיווח מתאים על חלק מפסקי הדין. לצד זאת יש לציין יתרון שכתבי המשפט בארצות הברית נהנים ממנו, והוא הידיעה אילו תיקים יוכרעו בשנת המשפט שאותה הם מסקרים (בית המשפט העליון של ארצות הברית מודיע מראש אלו תיקים יידונו לפניו בכל שנת משפט). להצגת הקשיים בדיווח ש"נותן את הכבוד" הנדרש לפסקי הדין בהקשר האמריקני מנקודת המבט העיתונאית ראו Linda Greenhouse, *Telling the Court's Story: Justice and Journalism at the Supreme Court*, 105 YALE L.J. 1537 (1996); Stephen J. Werneil, *News Media Coverage of the United States Supreme Court*, 42 ST. LOUIS U. L.J. 1059 (1998).
 87 כתבי העת המשפטיים החלו לפרסם לצד המהדורות המודפסות שלהם גם מהדורה אינטרנטית המותאמת יותר למאמרים קצרים ועכשוויים יותר. למשל, לצד כתב העת "משפטים" מתפרסמת המהדורה של "משפטים על אתר", ולצד כתב העת "עיוני משפט" מתפרסמת המהדורה של "פורום עיוני משפט". קיימות גם פלטפורמות אינטרנטיות שאינן קשורות כלל לכתבי העת, כדוגמת ICON-S-IL Blog הבלוג הישראלי שמפעיל הסניף הישראלי של הארגון האקדמי ICON-S העוסק בתחום המשפט החוקתי.

על רקע מאפייניה של הזירה הציבורית העדכנית התפתחה פרקטיקה שבגדרה פסקי דין בעלי חשיבות ציבורית מתפרסמים לא אחת לצידו של "תקציר" המתאר את עיקרי הנושאים שעמדו להכרעה ואת עיקרי ההכרעות (כשההנמקה מובאת בקיצור נמרץ). פרקטיקה זו נוהגת בבתי משפט עליונים וחוקתיים שונים בעולם⁸⁸ ואומצה בהדרגה גם בישראל. ניתן אף להבינה בהקשר הרחב יותר של המודעות הגוברת לחשיבות הנודעת להנגשת המשפט, למשל פרסום דברי הסבר כלליים על תוכנם של חוקים שכתובים בשפה משפטית פורמלית.⁸⁹

פרסום התקציר הוא חשוב ככלי להצגה של לוז ההנמקה לציבור הרחב (שמאפייניו שונים מאלה של הקהילה המקצועית). עם זאת הוא גם מעורר שאלות שיש לתת עליהן את הדעת. ככלל, התקציר אינו מסמך המחייב את השופטים, ואין הוא מקור מוסמך לאמור בפסק הדין. כמו כן עשויה לעלות הטענה כי התקציר מכרסם בחשיבות ההנמקה המלאה של פסק הדין. לכאורה, כאשר קיים תקציר, התמריץ לקריאת פסק הדין במקור פוחת, מלבד אצל אנשי מקצוע מובהקים שיש להם עניין בפסק הדין גם לטווח הרחוק יותר, כמו למשל סטודנטים, עורכי דין ואנשי אקדמיה.⁹⁰ על כך יש להשיב כי ההכרח לא יגונה. התקציר אינו מחליף את נימוקי פסק הדין. הוא רק פותח את הדלת לקריאתו. כמו כן הוא פותח צוהר לקהלים רבים שממילא לא היו נוטלים על עצמם לקרוא את פסק הדין כולו.⁹¹ במבט לאחור ניתן אולי אף להצטער על אותם פסקי דין חשובים שפורסמו ללא תקציר, שהיה מאפשר להבהיר מה הוחלט בהם, ולא פחות חשוב מכך – מה לא הוחלט בהם. לא למותר להוסיף כי לעיתים אף התקצירים המתפרסמים הם מפורטים וארוכים מכפי שהדיווח התקשורתי יכול להכיל.

כפי שכבר צוין, ברקע הדברים ניצבת בעיה רחבה יותר: בזירה התקשורתית החדשה נימוקיהם האמיתיים או המדומים של פסקי הדין זוכים להתייחסות של מבקרים רבים, ואילו

88 מבין הדוגמאות הרבות ניתן להזכיר למשל את בית המשפט החוקתי של גרמניה, כמו גם את בית הדין האירופי לזכויות אדם. ראו עוד Jane Johnston, *Three Phases of Courts' Publicity: Reconfiguring Bentham's Open Justice in the Twenty-First Century*, 14 INT'L J. L. IN CONTEXT 525 (2018); Philipp Meyer, *Judicial Public Relations: Determinants of Press Release Publication by Constitutional Courts*, 40 POLITICS 477 (2020). בבית המשפט העליון של ארצות הברית כל פסק מתפרסם כשהוא מלווה ב־Syllabus, כלומר מעין "רציו" לא פורמלי שכולל את עיקרי הקביעות שבפסק הדין (הגם שאינו חלק מחייב מפסק הדין). בנוסף, השופטים עצמם מקריאים תקצירים המשקפים את חוות הדעת שלהם ומעמידים אותם לרשותם של כלי התקשורת. ראו Ruth Bader Ginsburg, *Informing the Public about the U.S. Supreme Court's Work*, 29 LOY. U. CHI. L.J. 275, 275–276 (1998).

89 ראו עוד יניב רוזנאי ונדיב מרדכי "על נגישותה של החקיקה" **משפט וממשל** יט 429 (2018).
90 זאת מבלי לגרוע מכך שחלק מן הקהלים המקצועיים נעזרים אף הם באמצעי "תיווך" מסוימים בקריאת פסקי הדין. סטודנטים נעזרים לא אחת בתקצירים שהכינו עמיתים לספסל הלימודים או עורכים של חוברות לימוד. כאשר מדובר בפסקי דין ארוכים, הסטודנטים אף מוכוונים תחילה לקרוא חלקים מסוימים בפסקי הדין (באמצעות הפניה לפסקאות). בדרך זו הקריאה היא מודרכת, והיא עשויה לשקף את פרשנותו של המרצה לא פחות מאשר את האילוץ המעשי לקצר. אף עורכי דין משתמשים בתקצירים שאותם מכינים עורכים של גיליונות עדכון מקצועיים מסוגים שונים.

91 ניתן להוסיף כי בחיי המעשה ממילא קיימים תקצירים לא פורמליים שאותם מכינים גורמים אחרים, למשל האתרים המשפטיים המסחריים שבהם מתפרסמים פסקי הדין.

הצד השיפוטי נותר "שותק". על פי הגישה המקובלת בישראל, ככלל, שופטים מכהנים אינם מתראיינים לכלי התקשורת ואף אינם מתייחסים לפסקי דין ולהחלטות שנתנו.⁹² מגבלות אלה חלות גם על השימוש האישי ברשתות החברתיות.⁹³ לפיכך מענה לביקורת ניתן במרוכז באמצעות מנגנון הדוברות של מערכת המשפט, בעיקרו של דבר באמצעות הודעות תמציתיות המועברות לתקשורת. התוצאה היא שלא אחת נמתחת ביקורת בכלי התקשורת או בקרב הציבור על מה שמוצג כ"נימוקים" של פסק הדין, גם כאשר יש בסיס של ממש לטעון שלא אלה היו טעמיו, או למצער לא כל טעמיו.⁹⁴ זהו קושי שניתן לשער כי ימשיך ללוות את העשייה השיפוטית בעתיד עוד שנים רבות, והוא אחד הביטויים של המורכבות המאפיינת את התנאים של "שוק הדעות" הציבורי.⁹⁵

לנוכח ההגבלות האמורות ומתוך מודעות לכך שנימוקיהם של פסקי הדין נקראים במתכונת חלקית בלבד, חשוב שלפחות החברים בקהילה המשפטית, על רבדיה השונים, יכירו באופן עמוק בחשיבותם של הנימוקים וייתחסו אליהם "ברצינות",⁹⁶ גם אם לא בהסכמה.⁹⁷ כך למשל, החינוך המשפטי צריך להכשיר את הסטודנטים להתייחסות לנימוקים של פסק הדין כמרכיב חשוב שלהם. הנימוקים יכולים להיות מושא לביקורת, אך צריכים לזכות להתייחסות. כמו כן הגם שהמחקר האקדמי אינו אמור להיות ממוקד רק בפסיקתם של בתי המשפט, נודעת חשיבות לכך שיהיה לו חלק בדיאלוג הנותן משקל להנמקה השיפוטית עצמה ולא רק לתוצאותיה ולהשלכותיה.⁹⁸

92 אכן, שופטים יכולים לתת הרצאות ולפרסם מאמרים מקצועיים, ובמסגרת זו להציג מגמות פסיקתיות ושיקולים משפטיים. גם אלה עשויים לתרום בטווח הארוך להנהרת פסקי דין שנתנו. אולם אף ההרצאות והמאמרים כפופים לאותן מגבלות אתיות, ולכן אינם יכולים להיות לעומתיים או קונקרטיים מדי. מכל מקום, מדובר בפעילות שברגיל אינה סמוכה למועד שבו ניתן פסק הדין שעומד לדיון.

93 ראו הוועדה המייעצת לוועדת האתיקה לשופטים לעניין השימוש של שופטים ברשתות חברתיות מקוונות **סיכום והמלצות** (2013) <https://bit.ly/2NyzErR>.

94 זוהי אפוא בעיה נפרדת הנוספת על הקושי הטבוע באי-יכולתם של שופטים להשיב במישרין על ביקורת שנמתחת עליהם. הכוונה היא לקושי הנלווה לביקורת שמנוסחת על מנת לתקוף "דחליל", תוכן שמוצג כנימוקי פסק הדין אך אינו משקף אותם למעשה.

95 המורכבות קשורה בכך שהרשות השופטת גוזרת על עצמה מגבלות מחמירות בנוגע להשתתפותה בשיח הציבורי, לפי התפיסה המסורתית הגורסת כי כך מתחייב מתפקידה. אולם שוק הדעות מבוסס על ההנחה של השתתפות חופשית של כלל השחקנים בו. כאשר ההשתתפות אינה שוויונית נוצר בפועל "כשל שוק". השופטת ביידר-גינסבורג התייחסה בהקשר זה לחשיבות הנודעת ל"איוון" השיח הציבורי כך שגם תומכיו של בית המשפט ישמיעו את קולם, לצידם של מבקריו. ראו Bader Ginsburg, לעיל ה"ש 88, בעמ' 288 (While judges should have no immunity from critical commentary, they should have fair-minded defenders as well).

96 המונח "ברצינות" משמש כאן בהשאלה משם ספרו המפורסם של דבורקין. ראו RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977).

97 התייחסות מסוג זה מבטאת את הרעיון של public reason, דהיינו החובה להציג טעמים מהותיים לעמדות שנוקטות בשאלות של צדק בזירה הציבורית. ראו JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1993) 212–254.

98 ההצדקה לדיאלוג זה אף מתחזקת בשל הנהוג הרווח בפסיקתם של בתי המשפט להתייחס "ברצינות" לכתיבה אקדמית ולהתבסס עליה בהנמקותיהם של פסקי דין. בישראל אחד הגורמים המכבידים על כך הוא התמריץ השלילי שניתן לאנשי סגל אקדמי לכתוב בעברית ולעסוק בנושאים מקומיים, בשל שיקולי קידום וסיכויים לפרסום בכתבי עת לועזיים שמקבלים ניקוד גבוה בוועדות המינויים האקדמיות.

ה. במקום סיכום

אם כן, ההנמקה השיפוטית היא חיונית. זאת ועוד, דומה שהיא חיונית לא רק במתכונת "רזה" המוגבלת להכרעה האופרטיבית.⁹⁹ בתחום המשפט הציבורי אפשר לומר אף שהיא חלק בלתי נפרד מן הדיאלוג החוקתי בין רשויות השלטון. חרף זאת ניתן לומר גם שההנמקה נתונה לאיום של דילול חשיבותה בזירה הציבורית.

קושי בסיסי שלא ניתן להתעלם ממנו הוא המגמות ההפוכות בהתפתחות הפרקטיקה של בתי המשפט ושל כלי התקשורת: פסקי הדין התארכו, ואילו הדיווחים עליהם התקצרו ונהיו מהירים יותר. מה ניתן לעשות? התשובה בחלקה רובצת לפתחם של בתי המשפט. אכן, הנמקותיהם של פסקי הדין אינן יכולות, ואינן צריכות, להיות קצרות וקליטות דיין על מנת להתאים לפורמט התקשורת. אם לחזור לעניין בלאן שנזכר בפתח הדברים ניתן לומר שהוא אינו משקף פרקטיקה מומלצת, גם אם אולי היה זוכה להצלחה מפתיעה בעידן הטוויטר. לצד זאת ככל שניתן להימנע מהארכה שלא לצורך – כן ייטב.¹⁰⁰ פסק דין אינו מסמך ספרותי אלא כלי שימושי ונורמטיבי.

אולם לא תמיד הדבר אפשרי. לעיתים הנמקה "כבדה" ומפורטת היא חיונית ממש.¹⁰¹ על כן יש להוסיף ולפתח את דרכי ה"תיווך" של פסקי הדין. תקצירים של פסקי דין בעלי חשיבות ציבורית נחוצים בעיקר על מנת לסייע לכלי התקשורת לפרסם את עיקריהם במהירות. זאת, בכפוף להכרה בתפקידם המוגבל של התקצירים, שאינם יכולים לייתר את

להרחבה, ראו אריאל בנדור והדר הנציג-רוזנברג "חמישים שנות משפטים: שינויים בהרגלי הכתיבה" **משפטים** נ 603 (2021).

99 זהו אחד הקשיים הכרוכים בחשיבה על תרגום של תהליכי קבלת החלטות לשימוש בכלים של בינה מלאכותית. ראו למשל Andrew Stranieri, John Zeleznikow, Mark Gawler & Bryn Lewis, *A Hybrid Rule – Neutral Approach for the Automation of Legal Reasoning in the Discretionary Domain of Family Law in Australia*, 7 *ARTIFICIAL INTELLIGENCE & L.* 153 (1999).

100 גם כאן יפה המימרה "תפסת מרובה לא תפסת" – לפחות מבחינת הציפייה שהנמקותו של פסק הדין תיקרא במלואה. לא מיותר להעיר כי אף התארכותם של פסקי הדין בעת הזו, ולא רק פרסומם הנרחב, קשורה – ולו חלקית – בטכנולוגיה. הדבר מתרחש בעידן שבו ניתן לשכלל טיוטות של פסקי דין באמצעות הכללת מובאות ארוכות בעזרת עיבוד תמלילים, כמו גם לעיין במקורות משפטיים רבים (ספרות ופסיקה), אף משיטות משפט זרות, באמצעות גלישה באינטרנט. ראו גם הטקסט המובא לאחר ה"ש 21 לעיל.

101 דוגמה לכך ניתן להביא מהכרעה בערעורים פליליים מורכבים שבהם נדרשת הערכה מדויקת של טענות ספציפיות הנוגעות לחומרי ראיות. ראו למשל את ע"פ 7939/10 **זדורוב נ' מדינת ישראל** (נבו) 23.12.2015. פרשה זו עמדה במידה רבה ב"עין הסערה" של השיח הציבורי. פסק הדין הארוך והמפורט מחזיק קרוב ל-300 עמודים. קיצור מהותי שלו אינו נראה אפשרי. אולם אופיו זה לא מנע דיון נרחב בו בציבור. ראו אזי לב-און "הערות על אודות המאפיינים והתוצאות של הדמוקרטיזציה של השיח הציבורי על משפט וצדק: הפעילות למען צדק לרומן זדורוב כמקרה מבחן" **המשפט** כה 189 (2020). יצוין כי במקרה זה ניתנה בסופו של דבר החלטה לקיים משפט חוזר. ראו מ"ח 6881/19 **זדורוב נ' מדינת ישראל** (נבו) 11.5.2021). באופן כללי יותר, ניתן להצביע על התפתחות הז'אנר של True Crime (בפודקאסטים ובסדרות טלוויזיה) שעוסקת בסקירת פרשות פליליות, תוך העלאת ספקות ביחס להכרעות שהתקבלו בהן. לביקורת על מה שכונה "צדק של צהובונים" בכיסוי של משפטים פליליים מפורסמים ראו RICHARD L. FOX, ROBERT W. VAN SICKEL & THOMAS L. STEIGER, *TABLOID JUSTICE: CRIMINAL JUSTICE IN AN AGE OF MEDIA FRENZY* (2nd ed. 2007).

קריאת פסקי הדין המלאים. הם אמורים לסייע להצגת ההנמקה השיפוטית ולא לחתור תחתיה. נושא נוסף שכבר אוזכר הוא צמצום למינימום של פסקי הדין שניתנים בשלב הראשון ללא נימוקים (מבלי לבטל כליל פרקטיקה זו, שנודעת חשיבות לשימורה למקרים המתאימים).

כל אלה לא יוכלו להצליח בעומדם לבדם. כדי שההנמקה השיפוטית תוכל למלא את תפקידה, נדרש יחס מכבד אליה מצד מי שקוראים אותה.¹⁰² יחס מכבד אין פירושו הסכמה. יחס מכבד פירושו תגובה המבוססת על קריאה.

102 על מנת שכך ייעשה נדרשת אוריינות אזרחית במונח זה שתפיסת ההנמקה כחלק בלתי נפרד מפסק הדין תהיה נחלת הכלל. זהו חלק מהידע החיוני על המערכת השיפוטית שאמור לקבל התייחסות בשיעורי האזרחות. לא רק היקף הסמכויות ותוכן ההחלטות של בתי המשפט הם חשובים אלא גם הדרך שבה הם מקבלים את ההחלטות, וההנמקה השיפוטית היא חלק בלתי נפרד מכך.