

המשפט מערכאות הדיון

אורי אהרונוסון*

למאמר זה שתי מטרות: כפירה בעליונות המוחלטת שניתנת להחלטותיו של בית המשפט העליון בהוראת המשפט הפסוק בישראל; וקריאה לשינוי בגישת ההוראה של קורסי המבוא המרכזיים במשפטים, כך שייזונו במידה רבה מן ההליכים המנוהלים בערכאות הנמוכות. המאמר מראה שהדומיננטיות של בית המשפט העליון בתודעתם של מלמדי המשפט ושל לומדיו מסווה את התפקיד המרכזי של ערכאות הדיון הן בקביעת תוכנו של הדין הפוזיטיבי והן בעיצוב החוויה הממשית של האדם במשפט. על יסוד תובנה זו המאמר מציע קווי מתאר לגישה חדשה להוראת המשפט, שנסמכת על העבודה השיפוטית של ערכאות הדיון כמקור מרכזי להכרת המשפט ולהבנתו. אין מדובר רק באיתור חומרים חדשים לביסוס התכנים הישנים של קורסים קיימים, אלא בהזמנה לשינוי מושגי מקיף בתפיסת המשפט כמקצוע לימוד ובסוג המסרים שעלינו להנחיל לתלמידינו כשאנו מכינים אותם לחיים במשפט: מלימוד של שאלות עיוניות ברמת הפשטה גבוהה, ללימוד של המעשה המשפטי הממשי על המורכבות, על הסתירות, ועל הגיוון המאפיינים אותו.

מבוא

מטרותיו של מאמר זה הן כפירה בעליונות המוחלטת שניתנת להחלטותיו של בית המשפט העליון בהוראת המשפט הפסוק בישראל, וקריאה לשינוי בגישת ההוראה של קורסי המבוא המרכזיים במשפטים, כך שייזונו במידה רבה מן ההליכים המנוהלים בערכאות הדיון השונות במערכת המשפט הישראלית, ומן ההחלטות המיוצרות בהם. מבלי לבטל את חשיבותו של בית המשפט העליון בעיצוב המשפט הישראלי והתודעה החברתית והפוליטית ביחס למשפט בישראל, אבקש לשכנע שאנו גורמים לתלמידינו עוול פדגוגי גדול, ושאנו חוטאים למחויבות הריאליסטית שבבסיס חקר המשפט והוראתו בעת הזאת, כאשר אנו מסתפקים בלימוד המשפט מהחלטותיו של בית המשפט העליון בלבד, ואיננו עוסקים באופן שבו הן מוכנות, מתווכות ומיושמות בערכאות הדיון, אף לא

* תודה למאי דבורי על עזרה מעולה במחקר. חלק מן הרעיונות המוצגים כאן ניזונו משיחות עם מורים, עמיתים ותלמידים לאורך השנים, ואני מודה לכל בני השיח. במיוחד הרווחתי מן התשומות במושב בנושא *How to Read a Trial Court Opinion?*, בהשתתפות השופטת פרופ' דפנה ברק-ארז, פרופ' דוני גוורצמן ופרופ' שחר ליפשיץ ובהנחיית ד"ר שירי רגב-מסלם, שהתקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בריאליץ ב-5 בינואר 2017, כחלק מסדנה בין-לאומית בתמיכת הקרן הלאומית למדע בנושא *The Constitution in Trial Courts: Law, Hierarchy, and Democracy*.

בחוויות הממשיות של רוב סוכני המשפט ונמעניו – בעלי דין, עורכי דין, שופטים – הממוקדות בערכאות השונות ברחבי הארץ, ולא בפסגה הנישאה בירושלים.

המאמר יציג תחילה כמה טיעונים, הניזונים מן התובנה הריאליסטית על הפער בין המשפט בספרים לבין המשפט בפעולה, בדבר השגיאה שבהתמקדות של הוראת המשפט בנעשה בבית המשפט העליון. אראה שהרומיננטיות של בית המשפט העליון בתודעתם של מלמדי המשפט ולומדיו מסווה את התפקיד המרכזי של ערכאות הדיון הן בקביעת תוכנו של הדין הפוזיטיבי והן בעיצוב "חזונית המשטמש" של האדם במשפט. על יסוד תובנה זו אבחן כמה הסברים לקיבעון של החינוך המשפטי עם פסקי הדין של בית המשפט העליון, ולאורם אציע קווי מתאר לגישה חדשה להוראת המשפט, שנסמכת על העבודה השיפוטית של ערכאות הדיון כמקור מרכזי להכרת המשפט ולהבנתו. כפי שאטען, אין מדובר רק באיתור חומרים חדשים לביסוס התכנים הישנים של קורסים קיימים, אלא בהזמנה לשינוי מושגי מקיף בתפיסת המשפט כמקצוע לימודי ובסוג המסרים שעלינו להנחיל לתלמידינו כשאנו מכינים אותם לחיים במשפט. מוקד המאמר הוא בקורסי המבוא העיקריים בלימודים לתואר ראשון במשפטים, מן הסוג שנכלל על פי רוב במכסת החובה בשנות הלימוד הראשונות.

א. השגיאה שבהסתמכות-יתר על פסיקת העליון בלימוד המשפט: ארבעה טיעונים

הרוב המוחלט של פסקי הדין שנלמדים בקורסי המבוא בתוכניות התואר הראשון במשפטים בישראל ניתנו על ידי בית המשפט העליון,¹ וזאת אף שכמות ההחלטות שבית המשפט העליון מנפק קטנה בהרבה מכמות ההחלטות של יתר ערכאות המשפט.² אין בכך להפתיע: בשיטה המיוסדת על עקרון התקדים המחייב, במסורת המשפט המקובל, יש היגיון בהוראת ה"דין" במובנו הפוזיטיבי – כלומר בהיגדים המשקפים את המשפט החל. היגדים אלו מופיעים, לפי החוכמה המקובלת, בדברי חקיקה (יסוד, ראשית, משנית) ובפסיקה המחייבת של בית המשפט העליון, המפרשת את החקיקה או יוצרת דין חדש. אך נטייה זו ללמד את מקורות המשפט הפוזיטיבי במובנם הפורמלי עומדת בסתירה לנטייה אחרת שמאפיינת את הוראת המשפט בארץ, והיא האימוץ של הריאליזם המשפטי, התובע הכרה של התנאים החברתיים, הכלכליים והפוליטיים שבהם המשפט נוצר ופועל, כפרדיגמה יסודית של ידיעת המשפט. נטייה זו הובילה בעשורים האחרונים לנסיקת התחום של "משפט וחברה" כמסגרת לחקר המציאות המגיבה לנורמות משפטיות, להרחבה בהוראה של הליך החקיקה וההיגיון הרגולטורי כתנאים שבהם המשפט פועל, ולתביעה העקרונית מלומדי המשפט לעסוק לא רק ב"ראוי" וב"הוגן" במונחים מוסריים דאוטולוגיים, אלא גם בתוצאות הצפויות של נורמות משפטיות בחלוקת עושר, כוח, הנאה ומשאבים אחרים בחברה ובמוסדותיה. ועדיין, חומרי הקריאה בקורסי היסוד של התואר במשפטים מבוססים בעיקרו של דבר על ההיגדים הכלליים של בית המשפט העליון, בתקווה שיש בהם כדי ללמד את המשפט.

בפסקאות הבאות אבקש להתיר את הפרדוקס הזה, בין הפורמליזם המתודולוגי המגולם בהוראת המשפט מפסיקת בית המשפט העליון מצד אחד, לבין הריאליזם העיוני המאפיין את תפיסת המשפט על ידי חוקריו ומלמדיו מצד שני. אעשה זאת באמצעות פרישת שורה של טיעונים המפקקים ב"עליונותו" של בית המשפט העליון כעניין תיאורי. כפי שאדגים, בית המשפט העליון אינו היצרן היחיד, ואולי אף לא העיקרי, של המשפט בשיטת המשפט הישראלית, ויש סיבות טובות לפקפק ביכולתם של מערכי הוראה המבוססים כמעט אך ורק על פסיקותיו לתאר נכונה את המשפט.

1. בית המשפט העליון אינו פוסק בכול

בשיטת משפט היררכית-אדברסרית, שבה רבים מהעניינים מגיעים לבית המשפט העליון בדרך של טיפוס במעלות הערעור, אין לצפות שבית המשפט העליון יפסוק בכל השאלות המשפטיות, אף לא בכל החשובות שבהן. שתי סיבות שלובות מובילות למסקנה זו, האחת מוסדית והשנייה אסטרטגית: מוסדית, קיימים חסמים משמעותיים להבאה של נתחים ניכרים מהעניינים הנידונים בבתי המשפט לערעור בפני בית המשפט העליון. כמעט כל עניין שנדון תחילה בערכאה שאינה בית המשפט המחוזי נדרש לעמוד בחסם מסוג אחד או אחר טרם הגעה לבירור מהותי בבית המשפט העליון. בליבת מערכת המשפט האזרחית, החלטות שניתנו על ידי ערכאות נמוכות מהמחוזי מחייבות מתן רשות ערעור כדי להידון בעליון. הדבר נכון כמובן להחלטות של בתי משפט השלום³ ושל רבים מבתי הדין המנהליים,⁴ והוא נכון כפליים להחלטות של בית המשפט לתביעות קטנות, שגם הערעור הראשון עליהן – לבית המשפט המחוזי – אפשרי רק לאחר קבלת רשות.⁵ במערכות המשפט המתמחות, אשר פועלות במקביל לשדרה האזרחית המרכזית, ההגעה לבית המשפט העליון גם כן נדירה יחסית: מבתי הדין הצבאיים ניתן לערער לעליון רק לאחר קבלת רשות, והכללים בעניין זה נוקשים יותר מאשר במתן רשות בתחומים אחרים.⁶ מבתי הדין הדתיים, מבתי הדין לעבודה, ומבתי המשפט הצבאיים אין ערעור לעליון וניתן רק לעתור על החלטותיהם לבג"ץ;⁷ גם שם מיושמת דוקטרינת-סף וזירה ביותר שמתירה דיון רק בעניינים שנתפסים על ידי השופטים כעקרוניים. מעבר לחסמים המוסדיים הנובעים ממבנה מערכת בתי המשפט ומהדוקטרינות של ניתוב התיקים בתוכה, הגישה לבית המשפט העליון בהליך שהחל בערכאה נמוכה כמובן מייקרת ומאריכה את ההליך, וזאת במידה שהופכת את ההגעה לבית המשפט העליון עבור קבוצות מסוימות של תיקים ללא-מעשית. אלו הם באופן טיפוסי תיקים בשווי נמוך (כמו תיקים צרכניים) או כאלו שהסעד המבוקש בהם נחוץ לתובע באופן מיידי (כמו תיקי משמורת), ולכן בדרך כלל לא ישתלם למי מהצדדים לנהל בהם ערעורים; מדובר אפוא בתיקים בעלי מאפיינים חלוקתיים מובחנים, אשר בהם הסיכוי לפיתוח משפטי בידי בית המשפט העליון הינו נמוך.

אסטרטגית, הגיון השיטה האדברסרית, המפקיד את הכוח לנהל את ההליך בידי בעלי הדין, מקנה את הבחירה אם יהיה ערעור לבעל הדין המפסיד. כידוע, אין סיבה להניח שבחירה זו תונחה בדרך כלל בשיקולים ציבוריים של פיתוח המשפט, הבהרתו, או שיפורו; עבור מתדיינים רציונליים, יש לצפות שהיא תבטא בדרך כלל מניעים אנוכיים של בעל הדין המפסיד, לאור העלויות והתועלות שייגרמו לו מניהול הערעור, מבלי שבבחירתו הוא מפנים את העלויות או התועלות החברתיות שנצמחות מפסיקה תקדימית של בית המשפט העליון.⁸ כעניין מערכתי, המשמעות היא שנתחים נכבדים של תיקים לא יגיעו לבית המשפט העליון בערעור, פשוט כי בעלי הדין בחרו שלא להביאם. בה בעת, גם ערכאות הדיון הן שחקן אסטרטגי במערכת זו, ובידיהן אמצעים לחסן, במידה כזו או אחרת, את ההיתכנות של ערעור – למשל באמצעות כתיבת פסק ארוך, מנומק ועשיר בהכרעות עובדתיות המונחות ביסוד המסקנות הנורמטיביות: נתונים שמפחיתים מאוד את סיכויי ההצלחה של ערעור, כפי שכל ליטיגטור רציונלי יודע.

לשילוב הנתונים המוסדי והאסטרטגי כמה משמעותיות חשובות לבחירת התיקים שהעליון זוכה לפסוק בהם, ושתלמידו זוכים ללמוד: ראשית, מאגר התיקים שבית המשפט העליון פוסק בהם אינו מייצג באופן מהימן את סוגי השאלות המשפטיות המעסיקות את מערכת המשפט, ולכן התבוננות בנעשה בעליון בלבד תטה את תמונת המציאות של חוקרים, מורים, וממילא תלמידים ביחס למשפט הפוסק. שנית, קיימים עניינים משפטיים חשובים מבחינה מוסרית, כלכלית, חברתית ותרבותית שאינם נדונים על ידי בית המשפט העליון ועדיין מוסדרים באופן משמעותי על ידי מערכת

המשפט. תמונת המציאות של המביטים על בית המשפט העליון בלבד תהא אפוא לא רק מוטה כעניין אפיסטמי, אלא גם חסרה כעניין פוליטי. שלישית, יש היגיון בסברה שהתיקים שכן מגיעים בערעור לבית המשפט העליון מייצגים חתך פתולוגי של כלל התיקים הנדונים במערכת המשפט, וממילא אלו לא בהכרח התיקים המעוררים שאלות משפטיות חשובות או קשות במיוחד. אמת, חלק מהעניינים שמטפסים במעלות הערעור משקפים מאמץ מכוון של בעלי דין (שעותיהם ומשאביהם בידיהם) להשפיע על הדין ולהביא להכרעה סופית בשאלות משפטיות עקרוניות. ועדיין, נתח ניכר מהעניינים הנדונים בערעור יגיעו לבית המשפט העליון בשל שילוב נסיכתי של שני גורמים: (1) הערכת הצד המפסיד שהחלטה שניתנה בערכאת הדיון שגויה או מכל מקום שהיא בעלת סיכוי להשתנות בעליון,⁹ (2) כישלונם של הצדדים להגיע לפשרה שתייתר את הערעור.¹⁰ כלומר אלו מקרים שמשלבים פתולוגיה שיפוטית (שגיאה בערכאת הדיון) עם פתולוגיה שוקית (עלויות עסקה או פערי מידע שמנעו פשרה) – ואין סיבה לחשוב ששילוב זה מכסה באופן ממצה את השאלות המשפטיות החשובות ביותר.

בה בעת, אין ספק שהמשפט הפסוק מתקיים גם באותם עניינים שאינם מגיעים להכרעת בית המשפט העליון. הוא פשוט נמצא בהחלטותיהן של הערכאות הנמוכות, שמסדירות אותו באמצעות רצפים של החלטות ומערכת שיח אופקית בין הערכאות. התעלמות מקיומו של התוכן המשפטי הזה, שאינו מגיע לעליון, מחמיצה נתח ממשי מן המשפט שראוי ללמדו.

2. בית המשפט העליון אינו הפוסק האחרון

נהוג לחשוב על ערכאת הערעור העליונה – Court of Last Resort – כיחידה המוסדית שמייצרת את ההיגד השיפוטי הסופי של מערכת בתי המשפט ביחס לכל שאלה משפטית. אך התפיסה הזאת נכונה באופן פורמלי בלבד. אמת, בית המשפט העליון הוא הערכאה האחרונה שתיק נתון יכול להתגלגל אליה, והוא גם הערכאה היחידה שמחזיקה בכוח לקבוע תקדים מחייב. לכן מנקודת מבטו של בעל הדין הבודד בית המשפט העליון נתפס אומנם כפוסק האחרון כריבו, וגם שופטי ערכאות הדיון עשויים לסבור שהמענה היחיד לשאלה משפטית שהובאה בפניהם מצוי בהיגדיו הקודמים של בית המשפט העליון. אך מנקודת המבט של לומדי המשפט ומלמדיו, מובן שפסיקה תקדימית של בית המשפט העליון לא מסיימת את יצירת המשפט והתפתחותו בנושא שנפסק. כעניין פונקציונלי, תקדים מחייב שקול לחקיקה: זהו היגד נורמטיבי כללי צופה פני עתיד, שנועד להנחות התנהגות של פרטים ושל שופטים להבא ממנו. כידוע, המוכן המעשי של היגד כזה מתברר רק במורד הדרך, לנוכח התנהגותם של נמעני הנורמה, ולנוכח הפירוש שניתן לה על ידי בתי המשפט. גם פסק דין של בית המשפט העליון, למצער בעניינים שנדונו בפניו כבית משפט לערעורים, נתון לפרשנות בתהליך היישום שלו על ידי נמעניו (יחידים, רשויות ותאגידים) ועל ידי הערכאות הכפופות לו.

זו תובנה יסודית לגישה הריאליסטית המבחינה בין *law on books* ו-*law in action*, והיא נכונה לפסקי דין תקדימיים כפי שהיא נכונה לחקיקה. היגדיו הנורמטיביים של בית המשפט העליון הם כלליים בהכרח ומתאפיינים ברקמה פתוחה¹¹ ובחוסר ההיקבעות¹² הטבוע בפער שבין נורמה כללית ליישומה במקרים מסוימים. אומנם לנורמה המיוצרת בתקדים שיפוטי יש יתרון מסוים על החקיקה בכך שמגפק הנורמה מספק לנמעניה בעת ובעונה אחת גם הדגמה מוחשית של הפעלתה – בנסיבות המקרה המסוים שבו נדון העניין (הפרק המכונה לעיתים בפסיקה "מן הכלל אל הפרט"). אך זו הדגמה בלבד ומובן שעניינים עתידיים שיבואו בפני הערכאות הכפופות לנורמה יציגו נסיבות שונות ויחייבו מעשה פרשני של התאמה, היקש והשלמה כדי ליישמה. ובשלב היישום הזה – המקום שבו ההלכה הפסוקה של בית המשפט פועלת את פעולתה למעשה – דברים רבים יכולים לקרות, כולל כאלו

שאינם נרמזים בפסק הדין של בית המשפט העליון. בכל אותם מקרים, לימוד המשפט מהפסיקה הכללית של בית המשפט העליון תחמיץ נתח משמעותי מתוכנו הממשי של המשפט. התפקיד המכונן של ערכאות הדיון במתן מובן וממשות להלכות של בית המשפט העליון הוא נתון מובנה (אינהרנטי) לפועלו של התקדים המשפטי, בכל עניין והחלטה, נוכח חוסר ההיקבעות של הלשון. בה בעת, קיימים גם מצבים שבהם ערכאות הדיון מקבלות, או נוטלות לעצמן, במתכוון את הכוח לחדש ביחס להכרעה התקדימית של בית המשפט העליון. כך, תוצאה זו יכולה להיות תכליתו המכוונת של בית המשפט העליון, שעשוי לבחור בנסיבות מסוימות באופן מודע להשאיר את "מילוי הפרטים" של הסדר נורמטיבי כללי כלשהו לערכאות הנמוכות. לא אחת מכיר בית המשפט העליון בקיומו של שיקול דעת שיפוטי בעניין מסוים, ומסכם בהבטחה ש"חזקה על בתי המשפט" כי ידעו להפעיל שיקול דעת זה כראוי.¹³ מהחלטה כזו של בית המשפט העליון ניתן ללמוד את דין חלוקת הסמכויות בין הערכאות השונות, אך את הדין המהותי שבנוגע לו הוקנה שיקול הדעת נוכל למצוא רק בהחלטותיהן העוקבות של ערכאות הדיון (עד, וככל, שהנושא יגיע שוב בערעור לבית המשפט העליון על אופן הפעלת שיקול הדעת, וחוזר חלילה). בדומה, כאשר בית המשפט העליון, הדין בערעור פלילי, קובע ש"ראוי להחמיר"¹⁴ או ש"ראוי להקל"¹⁵ בענישה על עבירה כלשהי שנעשתה בנסיבות כאלו או אחרות, הוא מוסר בפועל לערכאות הדיון את שיקול הדעת לקבוע את המידה הראויה להקלה או להחמרה – וממילא לקבוע את הדין העונשי החל למעשה ביחס לעבירה או לנסיבות.

בה בעת, לערכאות הדיון עצמן מערך של כלים – בוטים יותר או פחות – המאפשרים סטייה מן האמור בהחלטותיו התקדימיות של בית המשפט העליון, וזאת גם כשאין בכך קיום של מסר מובהק שנכלל בתקדים. עצם ההליך הפרשני, שבו נדרש בית המשפט לתת מובן יישומי להנחיה הכללית של בית המשפט העליון, הינו כר פורה לתכסיסים מסוגים שונים, כמו הבחנה בין הרציו לבין האובייטר של פסק הדין;¹⁶ יצירת היררכיה בין פסק-הרכב לפסק דין של דן-יחיד;¹⁷ אבחון של נסיבות העניין שהוכרע בבית המשפט העליון מאלו שמופיעות בעניין הנדון;¹⁸ הקניית מובן יצירתי למושגי שסתום שהופיעו בהחלטה של בית המשפט העליון; מתן משקל שונה לנימוקים שונים של בית המשפט העליון או לחוות הדעת הנפרדות של שופטיו;¹⁹ או הגדרה של קביעות שיפוטיות מסוימות כעובדתיות ולא משפטיות ובדרך זו חיסונן מכפיות לתקדימים.²⁰ שופטים עשויים להשתמש בכלים אלו בתום לב במאמצם להכריע באופן נכון וצודק בעניינים שלפניהם, והם עשויים גם להשתמש בהם כאמצעים סמויים של התנגדות וכפירה בצדקת ההלכה שיצאה מבית המשפט העליון. תהא אשר תהא המוטיבציה שתנחה אותם, בתי המשפט יכולים לייצר בדרך זו משפט שהוא שונה מזה שנמסר להם מבית המשפט העליון, וידיעת התכנים הללו היא חיונית לכל מאמץ רציני לידיעת המשפט.²¹

לכסוף, שופטי ערכאות הדיון נהנים מעצמאות שמאפשרת להם, לפחות כעניין פורמלי, גם לסתור באופן מלא ומוחצן תקדימים של בית המשפט העליון, שלהבנתם אינם נכונים או שאבד עליהם הכלח.²² בדרך כלל זו תהיה אומנם טעות משפטית, שהרי חוק יסוד: השפיטה מחייב את הערכאות הנמוכות לציית להלכות של בית המשפט העליון. אך טעות משפטית בהחלטה שיפוטית כשלעצמה אינה מפקיעה את תוקף ההחלטה, כל עוד זו לא נהפכה בערעור, וכפי שצוין לעיל אפילו טעות משפטית מובהקת אינה ערובה להפיכתה בערעור – הכול לפי האינטרסים של הצד המפסיד. סנקציה אחרת נגד שופט שכופר בסמכות העליון – אינה בנמצא (הדין המשמעותי יכול אולי להיכנס לפעולה בנסיבות קיצוניות במיוחד). באורח חריג יותר, ניתן גם להעלות על הדעת נסיבות שבהן תהיה חובה משפטית על ערכאות הדיון שלא לנהוג לפי הלכה של בית המשפט העליון: כאשר

הנורמה מן המשפט המקובל עצמה אינה חוקתית. כידוע, ערכאות הדיון בישראל מוסמכות להימנע מלקיים חוק של הכנסת אשר בטל להבנתן עקב סתירה לחוקי היסוד; ויש טעמים טובים לסברה שהן מוסמכות לעשות כן גם ביחס לחקיקה שיפוטית של בית המשפט העליון שאינה מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה, ולו כזו שנפסקה לפני חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²³ ככל המקרים הללו, הוראת המשפט מהלכותיו של בית המשפט העליון עלולה להחמיץ נתונים חשובים ביותר באשר להתפתחות המשפט אחרי שבית המשפט העליון אמר את דברו.

3. בית המשפט העליון אינו פוסק לבד

גם בעניינים שבהם בית המשפט העליון פוסק, ופסיקתו משמעותית לידיעת המשפט, תהא זו שגיאה לחשוב שהוא פועל לבדו – שבית המשפט העליון הוא היצרן הבלבדי של הידע הנורמטיבי שמשמש אותו בפסיקותיו. ואם זה כך, הרי שתהא זו שגיאה להסתפק בלימוד החלטותיו של בית המשפט העליון כדי להבין את המשפט שהוא מייצר, את מקורותיו, ואת האופנים שבהם הוא צפוי להתפתח בעתיד – שאלות שהן בליבת המחקר המשפטי והוראת המשפט. המחקר האקדמי והשיח הציבורי על בתי משפט עליונים מרבה לעסוק בביוגרפיה של שופטים ובהטיות האידיאולוגיות והפסיכולוגיות שלהם, כל זאת במטרה להבין טוב יותר את החלטותיהם ואת התהליך שבו הן מתקבלות, וכן לצפות את התנהגותם בתיקים שונים ובנסיבות משפטיות ופוליטיות שונות. יש לפחות שלושה טעמים לכך שבמסגרת חקירה זו של בית המשפט העליון עצמו, חיוני להכיר ולהבין גם את העשייה השיפוטית של הערכאות הנמוכות.

ראשית, הרוב המכריע של שופטי בית המשפט העליון כיהנו בעברם כשופטים בערכאות הדיון. אכן, עבור רוב שופטי העליון השפיטה בערכאות הדיון היא החוויה המקצועית המשמעותית והארוכה ביותר שעברו טרם מינוים לערכאה הגבוהה ביותר.²⁴ מדובר לא אחת בעשרות שנים של התמקצעות וסוציאליזציה, שנתפסות כהכנה האולטימטיבית לכשירות הנדרשת לכהונה בבית המשפט העליון. זהו נתון בעל משמעות: שופטי בית המשפט העליון לומדים כיצד לבצע את תפקידם באמצעות שיפוט בערכאות הנמוכות, וממילא המשפט של ערכאות הדיון מצוי גם בשיפוט בבית המשפט העליון. לעיתים הדבר אף נאמר בהחלטותיהם המפורשות של השופטים עצמם, שמתרפקים על התנסויותיהם בערכאות קודמות כמקור להבנה של סוגיה שמונחת לפניהם ביושבם בערעור.²⁵ אך גם בלי ביטויים מפורשים מסוג זה, אין ספק שתהליך ההפנמה של כללי השיח ושל אופני ההנמקה השיפוטיים, של נורמות ההתנהגות השיפוטיות, וגם של התוכן הפוזיטיבי של הדין, מתקיים בעיקרו של דבר בשנים הארוכות שמבלים שופטי העליון בערכאות הנמוכות. היכרות עם הערוגה המוסדית שבה צומחים השופטים נראית חיונית להערכה מלאה של פועלם בבית המשפט העליון.

שנית, החלטותיהן של ערכאות הדיון הן אחד המקורות שמשמשים את בית המשפט העליון בתהליך יצירת המשפט. אומנם אין מדובר במקור תקדימי שבית המשפט העליון חייב לפנות אליו, ואומנם בית המשפט – כערכאות אחרונות אחרות – מרבה להפנות בפסיקותיו בעיקר להחלטות קודמות שלו, שביחס אליהן הוא חש מחויבות מיוחדת מכוח עקרון היציבות בפסיקה (stare decisis). ועדיין, בעיקר בנושאים שטרם נדונו בהרחבה בבית המשפט העליון, ניסיון של ערכאות הדיון בכירור שאלות משפטיות יכול לספק לערכאה שמעליהן הן רעיונות וטיעונים בפיתוח המשפט, והן מידע בעל ערך בדבר הקשיים שהסדרים משפטיים קיימים מעוררים. מבחינה מתודולוגית יש בכך דמיון למקורות משפט השוואתיים, שגם הם כידוע פופולריים מאוד אצל בית המשפט העליון הישראלי. אמת, באין נורמה מקובעת בנושא זה, מידת ההסתמכות של שופטי העליון על החלטות של הערכאות הכפופות להם תלויה במידה רבה בנטיית האישיות של השופט (בכלל זה הרקע המקצועי

שממנו בא, כמו גם מידות הסקרנות והיוהרה המאפיינות אותו), במעגלים החברתיים שבהם הוא מתנהל (האם הוא מקיים קשרים עם שופטים מערכאות דיון), ובפנאי וביכולות של הצוות המסייע לו (עוזרים ומתמחים) שנדרש לאיתור ההחלטות הרלוונטיות מערכאות הדיון. מכל מקום, היכרות עם מקורות ההשראה וההפניה של בית המשפט העליון מאפשרת ללומדי פסיקותיו הן להבינן בצורה טובה יותר והן לבקרן, למשל באמצעות זיהוי סלקטיביות בשימוש במקורות (cherry-picking). **שלישית**, העובדה שערכאות הדיון הן אלו שאמונות על קיום ההלכות של בית המשפט העליון משמעה ששופטי העליון אמורים להעסיק עצמם, בין היתר, בשאלה כיצד ייושמו פסיקותיהם. שופטת שעוסקת בהכוונת התנהגות נדרשת לנסח נורמות כלליות שתהיינה בהירות ושימושיות דיין, ולשם כך עליה לדעת את מאפייני העבודה של נמעני הפסיקה, ולהביא אותם בחשבון בהחלטתה. כפי שצוין לעיל, ניכר ששופטי בית המשפט העליון עושים זאת, לפחות באותם מקרים שבהם הם בוחרים במודע לקבוע הלכה עמומה שתוכנה ייקבע ביישומה אצל ערכאות הדיון. אך פרקטיקה זו מצריכה היכרות עם ערכאות הדיון, עם הכישורים, הנטיות וההטיות של שופטיהן, ועם מאפייני הפסיקה שבה תשלב ההלכה החדשה. גם בדרך זו אפוא מחלחלת הפסיקה של ערכאות הדיון לתודעת השפיטה בבית המשפט העליון.

4. המשפט אינו בבית המשפט העליון

לכסוף, וחשוב מכל מנקודת מבט ריאליסטית, עלינו להכיר בכך שהמתרחש בערכאות הדיון הוא חוויית המשפט האמיתית, ולכל הפחות חוויית בית המשפט האמיתית, של מרבית צרכני המערכת ונמעניה. אפילו בית המשפט העליון הישראלי, שהגישה אליו (הן בבג"ץ והן בערעורים בזכות) רחבה באופן חריג מבחינה השוואתית, מקבל רק מעט מזער מן התיקים הנדונים במערכת המשפט בכללותה.²⁶ רוב המתדיינים, רוב הזמן, אינם מנהלים את משפטיהם בהיכלות החגיגיים של המשכן הנישא בירושלים, אלא באולמות הדיונים, בלשכות השופטים, ובמסדרונות המובילים אליהם בבתי המשפט ובבתי הדין הפוזורים ברחבי הארץ. הרוצה לדעת כיצד נראה מגעו של הפרט עם המשפט – מה רואה האדם העומד "לפני החוק",²⁷ כיצד מתממשת ההבטחה החוקתית של "גישה לערכאות", ומהי מציאות חייהם של שופטת או דיין – יפנה לערכאות הדיון וילמד את המשפט מהן. לתוכנה זו תוקף אינטלקטואלי וגם תוקף חברתי: אם בתי הספר למשפטים מבקשים להעסיק עצמם לא רק ברעיונות הנשגבים המבוטאים בהחלטותיו של בית המשפט העליון, אלא גם בצרכים, באינטרסים ובחוויות המוחשיות של אלו הבאים אל המשפט והמבקשים בו צדק, קול, זהות, או כל הישג אחר, הרי שעליהם להפנות לשם באופן רציני את זרקור ההוראה.

במישור אולי מעשי יותר, בתי הספר למשפטים הם כידוע גם מוסדות להכשרת עורכי דין. על ההטיות השונות שהוראת המשפטים מגלה במישור זה נכתב כבר לא מעט, כולל בכרך זה. מוכרת הביקורת על התרכזות-היתר של הוראת המשפטים בהחלטות שיפוטיות ובתחום הליטיגציה,²⁸ וזאת תוך הזנחת נתחים ניכרים משוק עריכת הדין, שבהם יעסקו רבים מבוגרי הפקולטות בהמשך הדרך, כמו ניהול משא ומתן, ניסוח הסכמים, ומתן ייעוץ. אך גם בתוך ההטיה הקיימת לתרבות הליטיגטורית, מערכי הלימוד בבית הספר למשפטים יוצרים את הרושם שהליטיגציה כולה מנוהלת בבית המשפט העליון. התלמידים נחשפים רק להחלטותיו (בדרך כלל תוך דילוג על הרקע הדיוני שמתאר את שהתרחש בערכאות הדיון קודם להליך בעליון), והם מורגלים בניסוח טיעונים משפטיים ועיוניים מורכבים אשר נוגעים, אם בכלל, לסוגיות עקרוניות שהן אומנם מרתקות וחשובות מבחינה אזרחית (civic), אך שלמתי מעט מתוך כלל עורכי הדין תהא אי פעם הזדמנות לטעון לגביהן במציאות. במלים אחרות, הרוב המוחלט של חוויית הליטיגציה של עורכי הדין יהיה בערכאות

הדיון, ומכאן שהבנת דרכי הפעולה שלהן, אופני החשיבה שלהן, ומנגנוני ההנמקה והשכנוע של השופטים המכהנים בהן – הן חיוניות להוראה נכונה של המקצוע.

נוסף על חוויית המשפט, גם תוכן המשפט נמצא, במובנים מהותיים, בערכאות הדיון ולא (רק) בבית המשפט העליון. ראשית, דומני שיש אמת בסברה שרוב השאלות המשפטיות – כלומר מה שמכנה את מציאות המשפט ומה שבפועל יעסיק את רוב תלמידינו בחייהם המקצועיים – הן, בסופו של דבר, קלות. הדין הפוזיטיבי, על מקורותיו השונים, נותן מענה סביר לרבות מן המחלוקות המשפטיות שמתעוררות בין בעלי דין בענפי המשפט השונים. השאלות הקשות, מן הסוג שמצדיק עיון תקדימי בבית המשפט העליון, הן החריג. משמעות הדבר היא שרוב התוכן המשפטי שמויצר בליטיגציה הסיטונית בערכאות הדיון אין עניינו פתרון שאלות עיוניות מורכבות, אלא התנהלות אסטרטגית בצל המשפט ולאורו. הוראה ריאליסטית של המשפט תיתן דגש ניכר להיבטים אלו של המקצוע, על פני האיזוטריה היוקרתית שמעסיקה את שופטי העליון.²⁹ יודגש שאין הכוונה כאן שיש להקדיש את הלימוד רק לסדרי הדין ולאסטרטגיות בניהול תיק, תוך זניחת "המשפט המהותי", אלא שיש ללמד את המשפט המהותי כפי שהוא מתקיים ביום-יום של המשפט: בטיעונים יישומיים ונסיבתיים על משמעויותיו, באמצעי ההוכחה שלו והשכנוע ביחס אליו, במשא ומתן לפשרה בצלו, וגם – באופן לא-אינטואיטיבי – בפנייה שגרתית ונעדרת גינונים לחושי הצדק, ההוגנות והיושר של מקבלי ההחלטות הכפופים לו.

ראוי להבחין בנקודה אחרונה זו: ערכאות הדיון, בגלל "נמיכות הקומה" המוסרית שלהן, נהנות מנראות פומבית פחותה יחסית לבית המשפט העליון, וכן נושאות בעלות טעות (error cost) נמוכה יותר בגין כל החלטה, שתחולתה על הצדדים בלבד. נתון זה מאפשר להן מידה של חירות להפגין יצירתיות בפירוש הדין ובפיתוחו, לעשות שימוש תדיר בהנמקות המבוססות בחוש צדק כללי, וגם לחשוף הטיות אידיאולוגיות ומרחבי ניצול לרעה של הדין – פרקטיקות ששופטי בית המשפט העליון, המודעים (בדרך כלל) למעמדם ולמשקל הנורמטיבי של היגדיהם, נזהרים בהן יותר. מטעם זה לימוד המשפט מערכאות הדיון יכול לא רק לספק תמונה שלמה ואמיתית יותר של חוויית המשפט, אלא גם לאפשר חשיפה של שגיאות, הטיות, פערים ומרחבי תמרון – כלומר של חוסר ההיקבעות המובנה של המשפט ושל התוכן הפוליטי האימננטי שלו – אשר שופטי העליון נוטים להסוות. נכון שאימוץ הגישה המוצגת במאמר זה תביא מיניה וביה להגדלת הנראות של אותן ערכאות, אך זאת בעיקר במסגרות הלימוד האקדמיות, ולא במעגלים הציבוריים שמייצרים את עיקר "תמריצי הזהירות" לשופטים.

אדגיש, כסיכום לטיעון זה אך גם לסך הטיעונים שהוצגו בפרק כולו, שאין מטרתי לטעון שבית המשפט העליון הוא שחקן שולי וזוטר בעולם השפיטה, ושלימוד פסיקותיו הינו מאמץ מבוזבז שראוי להשקיעו בלימוד היצרנים "האמיתיים" של המשפט, הנחבאים בערכאות הדיון. הפירמידה השיפוטית עומדת על מכוונה, ודי במעמד שבית המשפט העליון נהנה ממנו כעניין סוציולוגי – בתוך מערכת המשפט ומחוצה לה – כדי להצדיק עיון בהחלטותיו גם במסגרת הלימוד האקדמי של המשפט; ראוי ללמד גם את "הדין הפוזיטיבי", ככל שניתן לדעת אותו. החשוב הוא שהמשפט מתרחש גם מחוץ לבית המשפט העליון, לעיתים באופנים חשובים ומכריעים שאידיעטם היא החמצה של נתח מהותי מן המשפט, כולל זה המיוצר בבית המשפט העליון עצמו. הקריאה היוצאת מן הניתוח שהוצג אינה למחיקת בית המשפט העליון מתמונת השפיטה הנלמדת בבתי הספר למשפטים, אלא למיקומו בתוך ההקשר המוסדי המלא שבו הוא פועל, ולתיחום העיסוק בו ובהחלטותיו למידה שתהיה יחסית לחלקו האמיתי – כעניין ריאליסטי – במעשה השיפוטי הכולל.

ב. הוראת המשפט מערכאות הדיון: אתגרים ומתווה

1. מדוע איננו מלמדים את המשפט מערכאות הדיון?

אם שכנעתי בצידוף ארבעת הטיעונים שהוצגו בחלק הקודם, הרי שהוראת המשפט אצלנו, הממוקדת כולה בפסיקתו של בית המשפט העליון, מוטה באופן קיצוני, וסותרת את הדחף הריאליסטי המאפיין את המחקר המשפטי העכשווי, ומכשילה דורות של תלמידים שאינם לומדים את המשפט כהווייתו, וגם אינם לומדים כיצד להיות סוכני משפט בעולם הממשי. נשאלת השאלה מדוע אם כן זהו המצב? מהם החסמים המונעים מאיתנו לעצב את תוכנית הלימודים באופן שישקף נכונה את המשפט המיוצר בבתי המשפט, וייתן את המעמד הראוי לערכאות הדיון והחלטותיהן בתהליך לימוד המשפט? מענה שלם לשאלות אלו מצריך מחקר עצמאי שחורג מגבולות החיבור הנוכחי. אבקש עדיין להציע להלן כמה הסברים טנטטיביים לתופעה זו, כבסיס לחשיבה על מתווה אפשרי לתיקון ההטיה לעתיד לבוא. השערתי היא שההתעלמות מהמשפט בערכאות הדיון נובעת בעיקרו של דבר משילוב של טעמי נוחות, יוקרה ועניין. שילוב זה מקבע את מלמדי המשפט בתכנית מחשבתית שמתמסרת להיגיון ההיררכי המשודר על ידי מערכת המשפט; ומשמעות הדבר היא שידרש לא פחות ממהפך מחשבתי של ממש כדי להיחלץ ממנה. אפרט מעט על שלושת סוגי הטעמים, ואחריהם אתייחס לנתון ישראלי ייחודי – בג"ץ – שמחזק עוד יותר את עוצמתם.

(א) נוחות. בעיה עיקרית בהוראת המשפט באמצעות החלטות של ערכאות הדיון הינה שהן רבות מאוד, ושרבות מהן משעממות מאוד. כפי שצוין,³⁰ ערכאות הדיון בישראל דנות במאות אלפי תיקים בשנה, ומייצרות בתיקים אלו כמות עוד גדולה בהרבה של החלטות. קשה לאתר את כולן, לקרוא וללמוד אותן, כל שכן לדעת לעומק את מאפייניהן, לזהות את הכוללות או החשובות שבהן ולחלץ מהן תובנות בנות הכללה. מחקר המשפט והוראתו מערכאות הדיון מחייבים מאמץ גדול מאוד, שחלק גדול ממנו יהיה באופן בלתי-נמנע טכני, רפטיבי ומיותר. קשה גם לפתח היכרות של ממש עם סגל השופטים הרחב שמאייש את ערכאות הדיון, כך שגם ההיבט הפרסונאלי בחקר השפיטה – שהוא מרכזי כיום, בעידן הממוקד בבית המשפט העליון – יהפוך מסובך ויקר. נוסף על כך, החלטות רבות של ערכאות הדיון, גם החשובות והמעניינות שבהן, כתובות באיכות נמוכה מזו של בית המשפט העליון, הן בלשון, בתחביר ובניסוח, והן במקורות, בניתוח ובהנמקות. במלים אחרות, ידיעת המשפט מערכאות הדיון מצריכה עבודה קשה. בתנאים אלו, יש היגיון מעשי בהסתפקות בהוראת התוצרים של ראש הפירמידה, שהשיטה עצמה משווקת כהיגדים החשובים והמייצגים ביותר שלה.

הנוחות אינה רק חסם עבור המרצים, אלא גם לסטודנטים. קשה ללמד את המשפט מערכאות הדיון, וקל (יחסית) ללמוד את המשפט מבית המשפט העליון, שמציע פסיקה בתנאי "לוקסוס". אנו מכשירים את תלמידינו לאתר, לקרוא ולפענח פסקי דין של בית המשפט העליון – אך אלו הם טקסטים מוקפדים שהינם בדרך כלל נוחים ומזמינים לעיון למדני, המספקים באופן תדיר הפרדה סגנונית מובנית בין הרקע הבלתי-חיוני לכאורה (הליכים קודמים, טענות הצדדים), הדיון המשפטי המופשט ("המסגרת הנורמטיבית"), ויישום הדין לעובדות המקרה ("מן הכלל אל הפרט"). פסקי הדין של בית המשפט העליון גם נגישים ביותר – הם זמינים ומקודדים במלואם הן באתר בית המשפט, הן במאגרים המשפטיים, והחשובים שבהם גם מדווחים באתרי החדשות ואף זוכים לערכים במערכת ויקיפדיה. לעומת זאת, החלטותיהן של ערכאות הדיון, כפי שניתן לצפות מתוצר של מערכת שקורסת תחת עומס משימות, נכתבות לא אחת בקיצור נמרץ וברצף שאינו מבחין בין עניינים, אינן מתאמצות לאחד את החידושים המשפטיים לעומת מהלכים אחרים או להבחין בין תיאור הדין

והעובדות, מרבות לצטט ממקורות אחרים וככלל כתובות ברמה סגנונית נמוכה מזו של פסקי הדין של העליון. לא כולן מתפרסמות או מעודכנות באתרים המקוונים (ענפים מסוימים – בדגש על שפיטה דתית וצבאית – חבויים כמעט לגמרי מן המאגרים). הלימוד מהן מחייב עין חקרנית וזהירה בהרבה מזו שתלמידינו מורגלים לפקוח בקוראם פסקי דין.

(ב) יוקרה. קשה לחלוק על כך שיש הנאה יתרה בהתחככות ב"עליונים"³¹ – הן לחוקרי המשפט והן ללומדי. העיסוק באנשים "חשובים" ובמוסדות "חשובים" הוא מקור גאוה מקצועי והוא גם מקור משיכה אקדמי. אכן, לימוד המשפט אינו תחום הדעת היחיד שהאליטיזם הגביל את שדה הראייה שלו באופן מלאכותי ומטה: גם ההיסטוריוגרפיה, כדוגמה מייצגת, נדרשה למהפכה מתודולוגית מקיפה כדי להשתחרר מן העיסוק בקיסרים, במצביאים ובנשיאים ולגלות את קיומם המכריע של מעמדות, מגדרים ומוסדות מגוונים שפעלו "מתחת" להנהגות, אך הניעו לא פחות מהן את מהלכה של האנושות.³² ואילו במשפטים אנו כבר ריאליסטים, אך עדיין אליטיסטים. אנו מבטיחים לתלמידינו שיזכו לנגוע בפסגות הנישאות של משפט המדינה, ומארגנים להם ביקורי התרשמות בבית המשפט העליון. אנו מכירים להם בהרצאות את הענקים מדורות העבר, מפגישים אותם בכנסים ובטקסים עם עליוני ההווה, ומהמרים עימם בשיחות מסדרון על מינויי העתיד. אנו מסמנים על החגורה המוסדית כל כניסה של מתמחה מבוגרינו לבית המשפט העליון, ועורכים כנסי פרישה וספרי כיבוד לשופטים העוזבים אותו. אומנם, במדינה קטנה עם שוק קטן של הוראת משפטים ובית משפט עליון גדול ובעל זיקה אקדמית חזקה, ההתחככות בין מרצים, תלמידים ועליונים היא תדירה יחסית. ועדיין, כך נראה, ההילה עושה את שלה, וחומה מורגש גם ברשימות הקריאה שבאמצעותן אנו מנסים לפתות את תלמידינו לקרוא את חומרי הלימוד.

(ג) עניין. מבין התוצרים השיפוטיים השונים, פסקי הדין של בית המשפט העליון הם סוג הטקסט הקרוב ביותר לזה שמיוצר על ידי חוקרי המשפט עצמם במחקריהם העיוניים. בית המשפט העליון – בהיותו הערכאה יוצרת התקדים בשיטת משפט מתפתחת ומתחדשת – מרבה לעסוק בשאלות עיוניות ונורמטיביות רחבות. חלק משופטיו באו משורות האקדמיה (או למדו לתארים מחקריים טרם שניגשו לשיפוט), והם וגם חבריהם שאינם אקדמאים נוטים להרבות בעיונים תיאורטיים, השוואתיים, היסטוריים והלכתיים במסגרת הפסיקה. נוסף לכל זאת, הם עושים זאת עם דחף נורמטיבי מובהק – כי מטרתם להכריע בדין – גם זאת כפי שרכים מחוקרי המשפט ומלמדיו נוטים לעשות. למרצים קל יותר להתחבר לפסקי הדין הללו, לנתחם, לבקדם, ולהתעמת עימם, ברוח שאינה שונה מאוד מזו של השיח האקדמי בין עמיתים. חוקר המשפט מתמסר בחייו המקצועיים לקריאת עיונים במשפט, ופסקי הדין של בית המשפט העליון מספקים את הצורך הזה. זאת בשונה מפסקי הדין של הערכאות הנמוכות, שעוסקים לרוב בניתוחים עובדתיים, בסדרי דין וראיות, או (לפחות על פניו) ביישום של הדין להבדיל מעיון בו ופיתוחו. נכון אומנם שברוב המטלות השוטפות שלהם במשך לימודי התואר (תרגילים, עבודות ומבחנים), תלמידי המשפט עוסקים בעיקר ביישום של הדין ופחות בפיתוחו או בביקורת עליו, אך מלמדיו הם חוקרי המשפט, והעניין שלהם ממוקד בתכנים מן הסוג המיוצר בבית המשפט העליון, ולא מתחתיו.

(ד) בג"ץ. לבסוף, בישראל יש עוגן ייחודי לקיבעון האקדמי עם בית המשפט העליון: סמכותו כבית משפט גבוה לצדק, שהינו בפועל ערכאה ראשונה גדולה ומשמעותית שהיא המכריעה הכמעט בלבדית בתחומים רחבים של המשפט הציבורי. במבנה הסמכויות הייחודי של המשפט הישראלי, קשה לדמיין סילבוסים במשפט חוקתי, במשפט בין-לאומי פומבי, ובמידה רבה גם במשפט מנהלי, שלא יתבססו בעיקר על החלטותיו של בית המשפט העליון, שהוא יצרן התוכן הראשי של פסיקה שיפוטית בתחומים אלו. אומנם נתון זה כשלעצמו לא מסביר מדוע קורסים במשפט אזרחי או

פלילי, בפרוצדורה ובראיות, כמשפחה ועבודה ומיסים – קשורים גם הם באותו קיבעון, שהרי בהם ניתן למצוא פסיקה ענפה בערכאות הנמוכות. אך מעמדו החריג של "הבג"ן בתודעה המשפטית, הפוליטית והחברתית בישראל עשוי אולי ליצור משיכה כללית של הוראת המשפט לכיוונו של בית המשפט העליון, באופן שמטה גם את התפיסה של ענפי משפט שבהם תפקידו מתמצה בביקורת ערעורית (או כעין-ערעורית) בלבד.

2. קווי מתאר להוראת המשפט מערכאות הדיון

שילוב ההצדקות להוראת המשפט מערכאות הדיון מצד אחד, והחסמים המסתברים נגד גישה זו מצד שני, מלמדים שנדרש שינוי מושגי עמוק כדי לשחרר את הוראת המשפטים מ"תסביך העליונות" שבו היא לוקה ולכילייל מחדש את תפיסת ההוראה, כך שתכיל באופן ממשי גם את התוכן המיוצר בערכאות הנמוכות. שינוי פרדיגמטי כזה יצטרך להתחשב בכוחות הדוחפים את הוראת המשפט להתרכזות בבית המשפט העליון, אך עליו להיות מעוגן ביושרה האינטלקטואלית המחייבת כל מאמץ אקדמי: אם המשפט אומנם נמצא, בנתחים משמעותיים, בערכאות הדיון, הרי שנתון זה הוא שצריך להכריע בסופו של יום, ולא ההערפות של לומדים ומלמדים להישאר בזירה הנוחה של בית המשפט העליון. בפסקאות הבאות אבקש להציע קווים מנחים לגישה חדשה זו, הממקדת את לימוד המשפט – או באופן מדויק יותר, את לימוד המשפט הפסוק – בערכאות הדיון. הנקודות להלן נועדו להציע כיצד ראוי לעשות זאת, ובה בעת לשכנע שגם ניתן לעשות זאת, כלומר שיש בהן מענה (לפחות חלקי) לחסמים שתוארו בחלק הקודם.

(א) **הפסיקה כהדגמה, לא כהוכחה.** זהו אולי הבסיס המרכזי לתורת ההוראה של המשפט מערכאות הדיון. מנקודת הראות הריאליסטית, תיאור נכון של "המשפט" אינו יכול להתמצות בזיהוי היגדים של אדם או מוסד כזה או אחר, סמכותיים ככל שיהיו. אלא, על מתאר המשפט להתחקות אחר כל מערכת הכוחות – שאומנם יש לה עוגנים מוסדיים משמעותיים – שבה כוחה הכופה של המדינה מניע פרטים, קבוצות וארגונים לאמונות, להערפות ולהתנהגויות בצירי החיים השונים. בראייה זו, ממילא לא ניתן ללמד את המשפט באמצעות איתור היגד סופי מסוים של ערכאה כזו או אחרת, כאילו הוא מוכיח את התוכן של המשפט, אפילו בתחום שבו הרשות השופטת היא יוצרת הדין כמו במשפט המקובל. עלינו לשאוף ללמד את מאפייני התודעה החברתית ואת סך ההתנהגויות החברתיות אשר מגלמות את פעולתו של המשפט במציאות החברתית.³³ במובן זה, עיון בפסיקה אינו אלא חלק מן המאמץ לאפיין את תודעת המשפט בקרב השופטים, באמצעות הדגמות של הפעלתו. לצורך זה אין יתרון של ממש בהוראת פסק דין של בית המשפט העליון על פני פסק דין של ערכאה נמוכה – זה כזה מבטאים את תודעת המשפט אצל סוכניו, הפועלים בתנאים מוסדיים שונים. המשמעות היא שבחפשנו פסק דין ללמד, איננו נדרשים לאתר את פסק הדין "האולטימטיבי" – זה הקובע בצורה הבהירה ביותר את תוכן הדין – אלא עלינו לאתר פסקי דין המדגימים בצורה הטובה ביותר את האופן שבו המשפט נחוה ומיושם על ידי סוכניו, בין באופן בהיר וסופי ובין באופן עמום ונסייני.

מבחינה מעשית משמעות הדבר היא שינוי יסודי במודל הסילבוס. מרשימה של פסקי הדין המכוננים של התחום (המשקפת את הראייה ההיררכית שראוי לזנוח), הסילבוס יכול להפוך לאוסף גמיש של דוגמאות משתנות – מרצים שונים באותו קורס יכולים לבחור החלטות שונות, מתקופות שונות, מאזורים שונים ומקשרים עובדתיים משתנים. ניתן לשנות ולעדכן את רשימות הקריאה באופן גמיש לפי זרם ההחלטות המגיע מהערכאות השונות, ובכך גם להמחיש את ההווה החיה של המשפט ולמתן את הכבדות הארכאית של הוראתו מהחלטות מן ההיסטוריה הרחוקה. אכן, את מרבית

הקורסים ניתן ללמד מהחלטות שניתנו בשנה שבה נלמד הקורס, וכך לעדכנם באופן רצוף (כמובן, בהקשרים שבהם יש חשיבות בלימוד תהליך דיאכרוני של התפתחות תודעה משפטית בתחום מסוים, ניתן גם לספר סיפור מתפתח של החלטות מעידנים שונים). יתרה מזו, הוראת המשפט מערכאות הדיון מאפשרת גם שילוב התלמידים עצמם ביצירת הסילבוס החי. אם למרבית ההחלטות הנלמדות אין "קדושה" מתוקף מעמדן כיוצרות תקדים מכונן, הרי שהמרה אינו חייב להיות זה שיבחר את ההחלטה המסוימת שממנה יילמד החומר, ודי יהיה לעיתים בהכוננת התלמידים לאיתור עצמי של החלטות לפי מאפיינים רלוונטיים (כמו אזכורים של דברי חקיקה רלוונטיים או לשון נורמטיבית אחרת). כך יתגבש סילבוס פלורליסטי וגמיש, שיהיה מעניין יותר לתלמידים ויזין גם את המרצה-חוקר במידע שנאסף מערכאות הדיון במסגרת תהליך הלמידה.

התוצר הלימודי של גישה זו ינבע מן הסך הכול – מהתמונה הרחבה שתצטייר מריכוז הדוגמאות השונות של יישום הדין והפעלתו בנסיבות משתנות לכלל מארג תיאורי של תודעת המשפט הפסוק. זה יהיה האתגר המרכזי של המרצה: לא לאתר את ההחלטה הטובה מכולן, אלא להציע סינתזה של מגוון הממצאים שיעלו מתוך השדה של השיפוט בערכאות הדיון. לעיתים הדבר יאפשר בניית נרטיב קוהרנטי של המשפט בתחום מסוים, ולעיתים הממצאים יצביעו על חוסר סדר, סתירות והתלבטויות בהבנת הדין ויישומו – מסקנות שאין בהן להפתיע כל מי שנחשף לתובנות הבסיסיות ביותר של הגישה הביקורתית למשפט.

(ב) המחקר האמפירי כמקור לידיעת המשפט. כניסתן של שיטות מחקר ממדעי החברה וממדעי המחשב, בדגש על כלים סטטיסטיים של איסוף, קידוד וניתוח נתונים כמותיים, שינו את פני המחקר המשפטי והידע על המשפט בעשורים האחרונים, בעולם כבישראל. אולם בהוראת המשפט התובנות המחולצות מן המחקר האמפירי עדיין מקבלות בדרך כלל מעמד אנקדוטאלי או משלים. כך, המשפט המהותי – תוכן הנורמות – נלמד מלשון החקיקה ומהפסיקה התקדימית של בית המשפט העליון, ואז, אם למרצה יש את הנטיות הרלוונטיות וגישה לחומרים הרלוונטיים, היא עשויה להוסיף לידיעת התלמידים נתונים כמו שיעורי ענישה, רמות ציות, או מידע על הטיות קבוצתיות או אישיותיות של אוכפי הדין או נמעניו. הפסיקה עצמה נלמדת במסורת זו בדרך כלל עדיין כטקסט, שיש חשיבות מרכזית ללשונו, לסגנונו, למבנה שלו ולמקורות שמהם הוא נזון, כמו גם לזהות כותבו ולתנאים המוסדיים, התרבותיים והפוליטיים שבהם נוצר.

מובן שיש ערך רב בהוראת המשפט בדרך זו, שהרי כך תופסים רבים מיצרניו ומצרכניו את מהותו, ולא ניתן להתעלם מן ההוויה הלשונית של המעשה המשפטי. אך הרחבת יריעת המבט אל המסה הטקסטואלית המיוצרת בערכאות הדיון קוראת תיגר גם על האורתודוקסיה הפילולוגית-הרמנויטית הזאת של חקר המשפט והוראתו. כלים סטטיסטיים וחישוביים מתוחכמים, שכבר נגישים כיום לחוקרי משפט רבים (בין בידע אישי ובין בשיתופי פעולה חוצי מחלקות), יכולים לשפוך אור חדש על התוכן של המשפט, כפי שהוא מיוצר באלפי ההחלטות שמנפקים בתי המשפט השונים, וממילא גם לשנות את אופני ההוראה של ענפי המשפט השונים. כך, לדוגמה, לשאלות כמו "מהו סטנדרט הזהירות בדיני הנזיקין הישראליים בהתנהגות X?", או "מה היקף חובת הגילוי המוקדם בתביעות לשון הרע במשפט הישראלי?", "או אילו התנהגויות תחשבנה להסכמה לצורך עבירת אינוס בדיני העונשין בישראל?" ניתן לנסות להשיב על ידי איתור פסק הדין המנחה של בית המשפט העליון בנושא, ככל שהוא קיים. אך ניתן גם לעשות זאת על ידי ניתוח כמותני של ההחלטות שניתנות בפועל, חדרות לבקרים, בשאלות אלו ממש, בבתי המשפט השונים ברחבי הארץ. חלק מן הנתונים מסוג זה מאפשרים קידוד ידני וניתוח סטטיסטי ברמות תוקף גבוהות יחסית (למשל על אורכי מעצר³⁴ או שיעורי הוצאות³⁵), וחלקם זמינים כיום למתודות של data mining ו-natural language

processing, שבהן תכנות מקדים מאפשר חילוץ נתונים סמויים או בלתי-אחידים ממכויות גדולות מאוד של טקסט.³⁶

ניתוח אמפירי של כמויות המידע הלשוני המיוצרות בערכאות הדין מאפשר לא רק להשיב באופן מדויק יותר – כעניין של ריאליזם משפטי – על שאלות ותיקות ביחס לתוכן המשפט; אלא גם לשאול שאלות חדשות ביחס לתודעת המשפט, ללשון המשפטית, ולאופן שבו רעיונות, ערכים ועמדות מתפתחים ומתפשטים בתוך מערכת מוסרית קומוניקטיבית כמו בתי המשפט, על הנחת ההיררכיה שלה והכוחות השונים החותרים תחתיה. במלים אחרות, הכמות העצומה של תוכן משפטי שמיוצר בערכאות הדין – שיש בה איום בגלל הקושי האנושי להכיל אותה – מגלמת גם הבטחה לחזיתות חדשות של ידע על המשפט, כשהיא נחשפת באמצעות כלים שיכולים לאגור ולנתח אותה, ושאנם משתעממים מחזרתיות או מטכניות ואינם נרתעים מעברית קלוקלת או מתחביר שבור. שילובם של כלים כאלו אינו מתיר הזנחה של המתודות האחרות לעיון בטקסט המשפטי – חלילה לנו אם נשכח לקרוא בעודנו לומדים לספור – אך הוא מאפשר לנו לדעת יותר מבעבר על טקסטים משפטיים שלפניהם נזנחו בגלל מאפייניהם הכמותיים והסגנוניים. הידע החדש הזה חייב יהיה להיכלל גם באופן שבו נלמד את אותם טקסטים.

(ג) המשפט כסיפור מהחיים. שאלת החיבור של לימודי המשפט למציאות החברתית שאותה המשפט מעצב, מאסדר ומשקף, מעסיקה כל העת את מלמדי המשפט ואת מפתחי תוכניות הלימודים. איתור הדרכים המועילות ביותר לשלב היבטים חווייתיים ומעשיים (experiential) בלמידה, מעמדם ותכליתם של הלימודים הקליניים במסגרת לימוד התואר במשפטים, והשאלה הרחבה יותר של האחריות החברתית של מקצוע עריכת הדין ושל האקדמיה בכללותה – כולם עוסקים בדרכים לחבר את לומדי המשפט לחוויות של אנשים שלא בהכרח פגשו בעברם או יפגשו בחייהם הסטודנטיאליים, אך שיש סיבות טובות לקוות ולהאמין שיפגשו בהמשך הדרך. למידת המשפט מבית המשפט העליון מסייעת בפיתוח כישורי השיח הנורמטיבי והבנת סוגיות מופשטות של מוסר ומדיניות; אך יש בה חשיפה מועטה למציאות חייהם של נמעני המשפט, צרכניו וסוכניו. ההליכים בערכאות הדין, אם יהפכו לרכיב מוסד בסילבוסים המרכזיים של התואר, יכולים להוות מקור מרכזי ומוחשי של חשיפת הסטודנטים לחיים בצל המשפט. בעת ליווי מקרי של תיק כזה או אחר במסגרת קליניקה או עבודת טרום-התמחות במשרד העוסק בליטיגציה למזדמנים אליה, יהפכו הלימודים עצמם למקור היכרות עם ההתנהגויות, המצבים והנתונים האישיותיים, התרבותיים והכלכליים המובילים את האדם אל המשפט. אין כמו קריאה של פרוטוקולים מגביית עדות ראשית בהליך אזרחי, או מחקרה נגדית בהליך פלילי, כדי לחשוף את התלמידים הן למגע הבלתי-אמצעי של בני אדם עם הדין, הן לאופני ההתנהגות והביטוי והאסטרטגיות של עורכי הדין. אך גם קריאה של החלטה שיפוטית מערכאה נמוכה כוללת לא אחת הן מובאות מהפרוטוקול, הן חשיפה של התודעה השיפוטית הנתונה במערכת היררכית שכורעת תחת עומס ומתח של דיוק, צדק וקידום.

מוצעת כאן אפוא הבניה של רעיון האחריות החברתית של המשפט לתוך לימוד המשפט עצמו – להבדיל מהחרגתו לקורסים ייחודיים ביחידות נפרדות במערכת הלימודים – באמצעות חשיפה להליכים הבלתי-נשגבים בערכאות הדין כתשתית הידע המשפטי. זו כאמור גישה ראויה מבחינת הנכונות האינטלקטואלית שלה, אך ניתן לשער שתהיה בה גם משיכה מסוג חדש לאותם תלמידים רבים שחשים מנוכרים, משועממים, או כורעים תחת עומס הקריאה של פסקי הדין העשירים והארכניים של בית המשפט העליון. אכן, החלטות של ערכאות הדין הן באורח תדיר קצרות וממוקדות מאלו של בית המשפט העליון. אלו טקסטים רוויי-עובדות המקנות הקשר ואופי לנושאים הנדונים בהם, הם כוללים רכיבים דיאלוגיים (ציטוטי פרוטוקול), קולות משתנים של

מספרים מגוונים (השופטים הרבים), וגם חיבור מובהק לתוצאות מוחשיות כמו תנאי ענישה, מעצר או פיצוי. במלים אחרות, אלו הם לא אחת סיפורים מעניינים יותר שניתן "להתחבר" אליהם ביתר קלות מאשר לחיבורים העיוניים של בית המשפט העליון. בתוספת האופי החי והעדכני של הסילבוס המבוסס בהחלטות משתנות של ערכאות הדיון, הפניה למקורות אלו עשויה, באורח שאולי נוגד את האינטואיציה, דווקא לחזק את המוטיבציה של הסטודנטים לקרוא ולהגיב למה שקראו, גם בהיעדר אוויר הפסגות של פסיקת העליון.

3. לדמיין קורס מבוא משפטי בלי העליון: מהקל אל הקשה

את הטיעונים וקווי המתאר שהוצגו במאמר פשוט יחסית ליישם בקורסים מסוימים, ומורכב יותר בקורסים אחרים. דומני שלא מעט מרצים לדיני משפחה ולדיני הגנת הצרכן, דיני עבודה ודיני צבא, ואולי גם בדיני חברות וניירות ערך, הגבלים עסקיים, חדלות פירעון, ומיסים, וודאי בענישה, סדרי דין וראיות – ימצאו שהפסיקה של ערכאות הדיון העוסקת בתחומים אלו עשירה ומתוחכמת דיה כדי לספק את הצרכים העיוניים של קורס מבוא שמטרתו להנהיר את עיקרי הדין ולכחון את אתגרי יישומו. המשותף למרבית התחומים הללו הוא שחלוקת הכוחות המוסדית במערכת המשפט – הסדרי הסמכויות ודיני הערעור – הקנו לערכאות שאינן בית המשפט העליון תפקיד מרכזי בפירוש הדין ובפיתוחו. זאת, בין באמצעות הגדרת יחידה שיפוטית כלשהי (שופט, הרכב, או ערכאה) כ"מומחית" לתחום משפטי מסוים, בין באמצעות הפקדת הסמכות לדון בעניין מסוים בדרג נמוך יחסית (או אצל רשם), שהדרך ממנו אל העליון ארוכה ויקרה, ובין באמצעות צמצום אפשרויות הערעור או ההשגה לבית המשפט העליון על סוגים מסוימים של החלטות. בכל המקרים הללו, היצרן העיקרי של הדין הפוסק – וממילא המקור המרכזי לחומרי הלימוד בקורסים הנוגעים להם – יהיה הערכאות שמתחת לעליון.

אכן, יש תחומים שבהם בית המשפט העליון בוחר שלא להתערב, גם אם נקרת לו ההזדמנות, ולתת לערכאות שתחתיו לפתח את הדין באופן עצמאי. דוגמה מוכרת מן השנים האחרונות היא הימנעותו של בית המשפט העליון מלפתח באופן מהותי את הדין בנושא תביעות נזיקין בגין סירוב גט – "תפוח אדמה לוחט" ביחסי דת ומדינה וביחסי גברים ונשים. באין "מבוגר אחראי" שיגדור את התחום ואת האפשרויות המשפטיות הגלומות בו, בתי המשפט למשפחה הם אלו שמייצרים מערכת מורכבת ומגוונת של הסדרים המהווים את הדין בתחום, ובתי הדין הדתיים מצידם מפתחים כלים משפטיים תגובתיים.³⁷ הוראת דיני המשפחה בישראל כיום כוללת אפוא נתחים ניכרים שבהם בית המשפט העליון אינו שחקן משמעותי; וממילא העברת הסכסוכים במשפחה מבית המשפט המחוזי לרמתו של בית המשפט השלום עם הקמתם של בתי המשפט למשפחה צמצמה את מעורבותו בתחום. גם המדיניות העקבית של בית המשפט העליון (בשבתו כבג"ץ) למעט בביקורת על פסיקותיו של בית הדין הארצי לעבודה – עניין שנתון לשיקול דעתו של בית המשפט העליון – מכווניה את ההוראה בתחומי העבודה והביטחון הסוציאלי להתמקדות בפסיקה של הערכאה המומחית לעניין. בענפים הכלכליים של המשפט, המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב הייתה לשחקנית מרכזית ברגולציה של ההתנהגות התאגידית והשוקית של שחקנים מרכזיים במשק, כמוה השופטים המרכזיים בתחום חדלות פירעון כמו ורדה אלשיך בעבר וכיום איתן אורנשטיין, או מגן אלטוביה בתחום המיסים. במידה רבה אלו הם, באופן מעשי, בתי המשפט העליונים לתחומיהם, וסיכויי ההתערבות של בית המשפט העליון בהחלטותיהם בתחומי המומחיות שלהם אינה גדולה. לימוד המשפט מפסיקותיהם יהיה אפוא דומה יחסית ללימוד הנוכחי, רק שהוא יבוא מהמקור האותנטי של הדין, המצוי במקרה בערכאה שאינה העליון. מובן, שרצוי ללמוד גם תחומים אלו מהחלטותיהן

של הערכאות המבררות שמתחת לרמה המרכזת, למשל בתי הדין האזוריים לעבודה או בתי הדין הצבאיים הפיקודיים.

הוראת המשפט מערכאות הדיון נעשית מורכבת יותר באותם תחומים שבהם בית המשפט העליון מהווה עדיין שחקן משמעותי בהתוויית הדין במסגרת הערעורים המגיעים אליו. בעיקר הדבר בולט בתחומים שבהם לבתי המשפט המחוזיים סמכות מקורית, כלומר שקיימת זכות ערעור בהם ישירות לבית המשפט העליון, ופורמלית אין לו את החירות להימנע מהכרעה שיפוטית (אף שבכוחו לנהוג ככל הערכאות האחרות ולדחוף את הצדדים לפשרה שתייתר פסיקה). כידוע, יש הרבה מן השרירותיות באופן שבו הדין הישראלי מתווה את חלוקת הסמכויות בין בית המשפט המחוזי לערכאות האחרות. כך יצא שבית המשפט העליון עוסק תדיר בערעורים בעבירות חמורות במיוחד (שהעונש הקבוע בחוק עליהן הוא מעל 7 שנות מאסר), ובתחום האזרחי בענייני מקרקעין רבים (בין כי נושאם בעלות ובין בגלל השווי הגבוה שלהם באופן טיפוסי), בסכסוכים מסחריים גדולים, בתחומים שהולמים צווי עשה וצווי מניעה כמו קניין רוחני, מטרידים ולשון הרע, ובתחומים ייחודיים שנקבעה בהם סמכות למחוזי כמו עניינים מנהליים, הסגרות וחברות. בתחומים אלו ודומיהם קיים היצע עשיר של פסיקה מבית המשפט העליון, והכנת סילבוס המבוסס בעיקרו על ההחלטות של ערכאות הדיון מצריכה פנייה מובהקת יותר לגישות שתוארו לעיל: תפיסת הפסיקה השיפוטית כמקור להדגמת הדין ולא הוכחתו, שימוש בכלים כמותיים כדי להבין את מכלול היישום של הדין, ועיגון הוראת המשפט בסיפורים הממשיים שההתדיינות בערכאות הנמוכות מביאה אל התלמידים. לבסוף, האם ניתן לדמיין קורס במשפט חוקתי שיילמד מערכאות הדיון? כאן לכאורה מתקיימת סתירה מהותית, שהרי בישראל בית המשפט העליון הוא ערכאות הדיון המרכזית בתחום: בשבתו כבג"ץ, ולאחר שנים של שחיקה בעוצמתן של עילות הסף של שפיטות ועמידה, בית המשפט העליון הוא הפוסק העיקרי בעתירות חוקתיות במשפט הישראלי, והרוצה לדעת את המשפט החוקתי המקובל של ישראל חייב כמדומה לעיין בהחלטותיו. מבלי לכפור במרכזיות של בית המשפט העליון ביצירת המשפט החוקתי בישראל, אבקש לטעון שגם כאן ראוי שינוי מחשבתי. אמת, הגישה הישירה והזמינה לבג"ץ הופכת אותו לכלי הברק של הטענות החוקתיות בישראל, במיוחד כך בתחום של ביקורת שיפוטית חוקתית של חקיקה. אך תהא זו טעות להסיק מכך שהמשפט החוקתי אינו מתקיים גם בערכאות הדיון. למעשה, לאורך שני העשורים שמאז המהפכה החוקתית, ערכאות הדיון מעורבות בשיח חוקתי ער ועשיר במישורים שונים ובהקשרים שונים. הן אומנם ממעטות לעסוק בביקורת שיפוטית של חקיקה, אך הן מאזכרות את חוקי היסוד באלפים, והן מבטאות בשימושים החוקתיים שלהן הן הפנמה של מסרים מן העליון בתחום ההגנה על זכויות אדם והן מאמצים לפתח גישות עצמאיות ומהלכים פרשניים משלהן למשמעות של חוקי היסוד ולמובן שלהם בהקשרי השפיטה המגוונים הנדונים בפניהן.³⁸ אכן, המבקש ללמד את המשפט החוקתי הישראלי לא רק מן ההיגדים הפורמליים על אודותיו בחקיקה ובפסיקה התקדימית, אלא גם דרך אפיון התודעה החוקתית של העוסקים בדין, יהיה חייב להתחשב באופנים שבהם ערכאות הדיון מפנימות את העידן החוקתי שבו אנו חיים ומגלמות אותו בענפי המשפט השונים.

סיכום

לפני למעלה ממאה שנה חידש דיקן בית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד, כריסטופר קולומבוס לנגדל, את ה"case method", השיטה הדומיננטית עד היום בחינוך המשפטי האמריקאי, וממילא גם בזה הישראלי. במקום עיון במושגים משפטיים מופשטים, כאילו הם "ישים" אונטולוגיים שניתן לרדת לחקרם, פנו לומדי המשפט לעיון בתוצרים הפוזיטיביים של המוסדות המייצרים את

המשפט: בשיטת ה־common law – בתי המשפט קובעי התקדימים.³⁹ במובנים רבים זה היה המבוא למהפכה הקופרניקאית של הריאליזם המשפטי, שהפציע כמה עשורים אחרי כן באקדמיה המשפטית האמריקאית. בשיטה הלא־פדראלית הישראלית, ה־case method תורגמה לקיבעון פדגוגי עם בית המשפט העליון לברו כמקור לכל הידע הדרוש על המשפט הפסוק. ביקשתי במאמר זה לשכנע שאף שאין לנטוש את בית המשפט העליון בהוראת המשפט, יש לחשוב מחדש על התפקיד של פסקי הדין שלו: הגיעה העת למהפכה קופרניקאית משלנו, שתזיז את בית המשפט העליון ממרכז היקום של החינוך המשפטי, ותמקם אותו, אחר כבוד, בהקשר ההולם את תרומתו למשפט ובזיקה ליתר השחקנים והמוסדות אשר מקיימים את המשפט לצידו, לאורו, או בצילו. אני סבור שיהיה בכך כדי לשפר הן את איכות החינוך המשפטי, והן את סיכוויי לממש את מטרותיו החברתיות.

הערות

- 1 לשם הדגמה: ברשימות הקריאה של קורסי המבוא בדיני חוזים, נזיקין, עונשין, ומשפט חוקתי, שניתנו בארבע הפקולטות למשפטים באוניברסיטאות בישראל בשנת הלימודים התשע"ז (סה"כ 16 קורסים), נכללו בסך הכול 1,933 פסקי דין של בית המשפט העליון (1,477 בערעור, 456 בבג"ץ), לעומת 52 פסקי דין מערכאות אחרות (מחוזי, שלום, עבודה וחוזים אחידים) – יחס של 37:1. רשימות הקריאה שמהן נאספו הנתונים נמצאות ברשות המחבר.
- 2 לשם הדגמה: במאגר הפסיקה של "נבו" לשנת 2015 נכללות 28,456 החלטות של בית המשפט העליון, לעומת 220,662 החלטות של ערכאות הדין (מחוזי, שלום, עבודה) – יחס של 1:7.5, שכמובן אינו מייצג את התופעה בכללותה כי נעדרות ממנו מרבית החלטות הביניים של ערכאות הדין (אך לא של העליון). כמו גם הפסיקה (החסויה בעיקרה) של בתי המשפט למשפחה, של בתי הדין הדתיים, ושל הערכאות הצבאיות. תודתי ל"נבו" על מסירת הנתונים.
- 3 ס' 41(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.
- 4 ס' 45(א), (ג) לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992.
- 5 ס' 64 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.
- 6 ס' 440ט(ב) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.
- 7 ס' 15(ד), (3), (4) לחוק יסוד: השפיטה.
- 8 ראו Steven Shavell, *The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive* 26 J. LEGAL STUD. 575 (1997) וראו Steven Shavell, *On the Design of the ;to Use the Legal System*, 39 J. LEGAL APPEALS PROCESS: THE OPTIMAL USE OF DISCRETIONARY REVIEW VERSUS DIRECT APPEAL, 63, 75-86 (2010).
- 9 ראו MARTIN SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS 49-52 (1981).
- 10 ראו Steven Shavell, *The Appeals Process as a Means of Error Correction*, 24 J. LEGAL STUD. 379, 391-92 (1995).
- 11 H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593, 606-08 (1958).
- 12 Joseph William Singer, *The Player and The Cards: Nihilism and Legal Theory*, 94 YALE L.J. 1, 6 (1984).
- 13 ראו למשל ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 622 (1999); רע"א 1565/95 סחר ושרותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין בע"מ, פ"ד נד(5) 638, 657 (2000); רע"פ 4357/01 סבן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "אונו", פ"ד נו(3) 49, 59-60 (2002).
- 14 ראו למשל ע"פ 3204/03 מדינת ישראל נ' בן דוד, פ"ד נח(1) 548, 543 (2003); ע"פ 3401/11 שלאעטה נ' מדינת ישראל, פס' 20 (פורסם בנבו, 10.1.2012).

- 15 ראו למשל ע"פ 2580/14 אבו ליל נ' מדינת ישראל, פס' 19, 21 (פורסם בנבו, 23.9.2014).
- 16 ראו למשל ע"פ (נצ') 43-10 חורי נ' מדינת ישראל, פס' 35 (פורסם בנבו, 22.3.2011).
- 17 ראו למשל ה"פ (כפ"ס) 527/00 מדינת ישראל נ' אעראר, פס' 19-23 (פורסם בנבו, 5.2.2001).
- 18 ראו למשל תא"מ (י-ם) 22475-04-11 התאחדות בעלי האולמות נ' פלפלת מגד גרש בע"מ (פורסם בנבו, 27.5.2013).
- 19 ראו למשל ת"א (מרכז) 30172-01-10 שר תחנות דלק וסיכה בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ, פס' 20 (פורסם בנבו, 7.11.2016).
- 20 ראו למשל כב"נ (ב"ש) 53816-07-10 סגאירה נ' מדינת ישראל, פס' 9 (פורסם בנבו, 4.11.2010) ("אני קובע, כקביעה עובדתית, שהצו היה דרוש למניעת עבודה מוגמרת וכי לא מתקיימות העילות לביטול הצו המפורטות בסעיף 238א(ח) לחוק"). לעיון כללי באסטרטגיות הללו ובמשמעויותיהן להיררכיה השיפוטית ראו למשל Walter F. Murphy, *Lower Court Checks on Supreme Court Power*, 53 *Lawrence Baum, Lower-Court Response to Supreme Court*; *AM. POL. SCI. REV.* 1017 (1959) Pauline T. Kim, *Lower Court Decisions: Reconsidering a Negative Picture*, 3 *Just. Sys. J.* 208 (1978) *Court Discretion*, 82 *N.Y.U. L. Rev.* 383 (2007).
- 21 להרחבה בנושא זה ראו אורי אהרונוסון "מה מתחייב מתקדים מחייב?" *עורך הדין* 21, 90 (2013). רשימה זו עסקה בפסק הדין של בית המשפט העליון ברע"א 3749/12 בר-עוז נ' סטר (פורסם בנבו, 1.8.2013), שבו נהפכה לאחר כיובל שנים "הלכת שמש" (ע"א 37/59 שמש נ' מפעל המים" כפר סבא, פ"ד יג 834 (1959)) בנושא חלוקת הסמכויות בתביעות שימוש במקרקעין בין בית משפט השלום לבית המשפט המחוזי. במידה רבה ההחלטה בעניין בר-עוז היוותה "יישור קו" של בית המשפט העליון עם המציאות המשפטית שהסתמנה לפני כן בהחלטותיהן של ערכאות הדיון, שנקטו מגוון של טכניקות להתקומם, להתחמק ולהתנגד להלכה. כן ראו אסף טבקה "סמכות עניינית בתביעות שימוש במקרקעין: המשפט בספרים והמשפט בפעולה" *משפט ועסקים* יג 323 (2010).
- 22 הסאגה של "הלכת שמש" כללה גם דוגמה כזו. ראו ת"א (חי') 348/03 קעדאן נ' לחאם, פס' 13 (פורסם בנבו, 23.3.2003). כן ראו ע"א (ת"א) 2832/01 אוטומציה ירוחם ושות' בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פס' 5 (פורסם בנבו, 8.3.2005) (התלבטות לגבי תוקפה של הלכה ותיקה).
- 23 ראו אהרן ברק "שמירת הדינים" *מבחר כתבים* כרך ג' – עיונים חוקתיים 247, 273-274 (2017) ("בית משפט השלום – כמו בית המשפט העליון – חייב לסטות מהלכתו הקודמת של בית המשפט העליון. חובת הכיבוד חלה עליו, ועליו לכבד את הזכויות החוקתיות. אכן, במקום שבית המשפט העליון חייב לסטות מתקדימיו הוא – כחריג לשיקול הדעת הניתן לו כרגיל – גם בית משפט השלום חייב לעשות כן – כחריג להלכת התקדים המחייב").
- 24 נכון לפברואר 2018, מחמישה עשר השופטים המכהנים בבית המשפט העליון, אחד עשר קודמו לתפקיד זה אחרי כהונת בערכאות הנמוכות. משכן הממוצע של כהונות אלו עמד על 16.4 שנים: 6.7 שנים בממוצע בשלום, ו-9.7 שנים בממוצע במחוזי. המידע נאסף מביוגרפיות השופטים המופיעות באתר בית המשפט העליון: <https://goo.gl/cKLPJW>.
- 25 ראו למשל בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 163 (1996); רע"א 368/13 הרשות הפלסטינית נ' נורז'יק, פס' 12 (פורסם בנבו, 23.4.2013); עע"ם 1786/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל, פס' 12(ג) לפסק דינו של השופט הנרל (פורסם בנבו, 20.11.2013); בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פס' 31 (פורסם בנבו, 23.1.2014).
- 26 בשנת 2015, למשל, עמד מלאי התיקים בבית המשפט העליון על 3,288, מספר ששיעורו שקול ל-0.7% ממלאי התיקים במערכת המשפט האזרחית לברדה (שלום, מחוזי ועבודה), שמספרם היה 442,720. ראו הרשות השופטת בישראל דו"ח שנתי 2015 עמ' 9 (2016) goo.gl/EjZSVH.
- 27 פרנץ קפקא "לפני החוק" *גזר הדין וסיפורים אחרים* 86 (אילנה המרמן מתרגמת, 1997).

- 28 ראו למשל Ethan J. Leib, *Adding Legislation Courses to the First-Year Curriculum*, 58 J. LEGAL EDUC. 166, 170 (2008) ("the first-year slate of courses tends to be dominated by a judge-centered perspective on the law, in which all legal questions are answered by people in black robes-and generally black-robed people at the appellate level. That neither reflects reality, nor approximates John Lande & Jean R. Sternlight, *The ;how lawyers need to perceive the workings of the law*") *Potential Contribution of ADR to an Integrated Curriculum: Preparing Law Students for Real World Lawyering*, 25 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 247, 255-56 (2010) ("it remains true that typical American law students earn most of their credits from classes in which they focus primarily on analyzing appellate cases, doing little writing, gathering no facts, and paying little attention to .the realities of the clients' underlying interests")
- 29 ראו Frederick Schauer, *Easy Cases*, 58 S. CAL. L. REV. 399 (1985)
- 30 ראו לעיל ה"ש 26.
- 31 השוו נעמי לויצקי העליונים: בתוככי בית-המשפט העליון (2006).
- 32 E. H. CARR, WHAT IS HISTORY? 199-200 (1962) ("Modern history begins when more and more people emerge into social and political consciousness, become aware of their respective groups as historical entities having a past and a future, and enter fully into history... This is a revolution in our conception of history. In the eighteenth century history was still a history of .elites")
- 33 על רעיון התודעה המשפטית, כפי שהיא מתגלית בקרב אנשי המשפט והדיוטות כאחד, כמושג יסוד בלימודי משפט וחברה, ראו למשל Karl E. Klare, *Judicial Deradicalization of the Wagner Act ;and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941*, 62 MINN. L. REV. 265 (1978) Patricia Ewick & Susan S. Silbey, *Conformity, Contestation, and Resistance: An Account of Dave Cowan, Legal Consciousness: ;Legal Consciousness*, 26 NEW ENG. L. REV. 731 (1992) .Some Observations, 67 MOD. L. REV. 928 (2004)
- 34 ראו למשל אורן גול-אייל ואח' "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" משפטים לח 627 (2008).
- 35 ראו למשל Talia Fisher et al., *He Paid, She Paid: Exploiting Israeli Courts' Rulings on Litigation Costs to Explore Gender Biases*, 13 J EMPIRICAL LEGAL STUD. 536 (2016)
- 36 ראו Friedemann Vogel et al., *Computer-Assisted Legal Linguistics: Corpus Analysis as a New Tool for Legal Studies*, L. & SOC. INQUIRY (forthcoming 2017) Available at <https://goo.gl/mKdw26>
- 37 לעיון בדינמיקות אלו, ראו למשל בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברזי ומלמד" משפטים מא 153, 177-219 (2011); עמיחי רדזינר "לא המדרש עיקר אלא המעשה": על סידור גטין לאחר תביעות נזיקין ועל מדיניות הפרסום של הפסיקה הרבנית" משפטים מה 5 (2015).
- 38 תמונת מציאות זו נלמדת ממחקר מקיף שערכתי על הפסיקה החוקתית בערכאות הדין בשנים 2015-1995, בתמיכת הקרן הלאומית למדע (מענק מס' 1664/14). יצירת מאגר נתונים מדגמי, הכולל כ-10,000 החלטות, מושלמת בימים אלו, וניתוחים מפורטים שלו צפויים להיכלל במאמרים עתידיים.
- 39 ראו למשל Bruce A. Kimball, *The Proliferation of Case Method Teaching in American Law Schools: Mr. Langdell's Emblematic 'Abomination,' 1890-1915*, 46 HIST. EDUC. Q. 192 (2006)