

על "מצוות עשה" ועל "מצוות לא תעשה"

בכתיבת פסקי דין

מאת

יהושע ויסמן*

א. מבוא. ב. כתיבת פסק דין כעבודת צוות; 1. השתרבות שגיאות בפסקי דין; 2. סתירות מניה וביה; 3. ליקויים מבניים. ג. חובת ההנמקה. ד. מיקומה של ההנמקה. ה. אסמכתאות מיותרות. ו. נחרצות שאינה ראויה. ז. ארכנות; 1. ארכנות שבאופי וארכנות נרכשת; 2. דיון בנושאים שאינם טעונים הכרעה; 3. ארכנות שתכליתה הבעת רחשי כבוד; 4. ארכנות הנובעת מתחושת מחויבות להגיב על כל טענה; 5. ארכנות מטעמים ספרותיים. ח. סיכום.

א. מבוא

בדברים שלהלן נדון בהיבטים מתודיים מסוימים שבכתיבת פסקי דין, להבדיל מנושאים משפטיים מהותיים שנדונו בפסיקה.

בתי המשפט "מייצרים" מדי שנה מאות פסקי דין וטבעי כי למערכת בתי המשפט יהא עניין בקבלת היזון חוזר מאת קהל הצרכנים של "המוצר" שלהם, ולא רק בשאלות המהותיות שהוכרעו בפסיקה אלא גם לעניין המתודה שבכתיבת פסקי דין. בהקשר זה לצרכנים שהם אנשי האקדמיה מעמד מיוחד. לבד מהיותם נטולי פניות, ככל האפשר, בהערכת הפסיקה (להבדיל מהצדדים ועורכי דינם), המשפטן האקדמי הוא גם בין המעטים הקוראים פסקי דין במלואם. כך הדבר בארצות-הברית: it is mainly within the world of law schools and legal scholarship that people actually read judicial opinions from beginning to end,¹ וסביר שכך הוא גם אצלנו.

* פרופ' מן המניין (אמריטוס), הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.
1 Fredrick Schauer, *Opinions as Rules*, 62 U. CHI. L. REV. 1455, 1471 (1995).

קריאה של פסקי דין על ידי עורכי דין היא לעתים קרובות מקוטעת. המאגרים האלקטרוניים המשוכללים מציעים בימינו לעורכי הדין מפתוח מפורט שבעזרתו הם יכולים להגיע במישרין לקטעים בפסקי הדין שבהם יש להם עניין, בלא שהם צריכים לטרוח ולקרוא את פסקי הדין במלואם.

אשר לקריאת פסקי דין על ידי הציבור הרחב, דומה כי חרף הטיעון התאורטי בדבר חשיבות התרומה שבקריאת פסקי דין להליך הדמוקרטי ולדיון הציבורי, ספק אם ציבור זה נמנה על קהל קוראי פסקי הדין. הציבור נעזר בדרך כלל בשירותים של אנשי התקשורת בעיתונות, ברדיו ובטלוויזיה, המתמצתים עבורו את פסקי הדין שיש בהם עניין ציבורי. מציאות זו אכן מוזכרת לעתים בהקשר של הדיון בדרישה לניסוח פסקי דין בלשון קלה המובנת להדיוטות. הצביע על כך המחבר Schauer באומר:

It seems strange to criticize the authors of judicial opinions for not writing in a style designed to be comprehensible to what is in fact a virtually nonexistent audience².

נוכח המציאות הזאת מסתבר כי הצרכנים העיקריים העשויים לסייע לבתי המשפט בקבלת היזון חוזר על איכות המוצר שלהם הם האקדמאים בפקולטאות למשפטים; עם זאת ספק אם בכך יש ערובה שהערכה ביקורתית על ידי אותם אקדמאים תתקבל על ידי כותבי פסקי הדין ברוח טובה.

"מצוות העשה" ו"מצוות הלא תעשה" בכתיבת פסקי דין, שעליהן נעמוד בדוגמאות שלהלן, מתבססות על קריאה של מאות רבות של פסקי דין, אולם אין בדוגמאות שיובאו מן הפסיקה כדי ללמד על מידת השכיחות של התקלות שנתגלו. חשיבותן בעצם התרחשותן. פסק דין, בהיותו מקור לקביעת נורמות של התנהגות (בדומה לדבר חקיקה), ראוי לתשומת לב מלאה כאשר מתגלים בו פגמים, גם בלי קשר לשאלת השכיחות של הפגמים שנתגלו בו.

ב. כתיבת פסק דין כעבודת צוות

הפסיקה מעידה על כך שלעתים נגרמות תקלות בשל שיתוף פעולה לקוי בין שופטי מותב. התקלות נגרמות עקב כך ששופטי הרכב נוטים לעתים לפעול כ"סולנים" ולא כ"אנסמבל". לתקלות אלה ביטויים שונים ונעמוד להלן על כמה מהם.

2 שם, בעמ' 1465.

1. השתרבות שגיאות בפסקי דין

שופטים אינם חריגים לכלל שרק מי שאינו עושה אינו שוגה. כאשר משתרבת שגיאה בפסק דין של שופט שבהרכב מן הראוי היה כי השופט יוכל לסמוך על כך שלפני מתן פסק הדין יקראו חבריו היושבים עמו בדין את דבריו ויעמידוהו על טעותו. אולם כאשר שיטת העבודה אינה מבטיחה קריאה הדדית של חוות הדעת של שופטי מותב, לא יפלא שטעויות מביכות מוצאות לעתים את דרכן לפסקי הדין. כל שנדרש כדי למנוע תופעה זו הוא עבודת צוות ראויה.

על אי-הנעימות הרבה העלולה להיגרם בשל עבודת צוות לקויה ניתן לעמוד מתוך הדוגמאות דלהלן.

בעניין שהגיע לדיון בפני הרכב מורחב של חמישה שופטים בבית המשפט העליון כתב אחד השופטים בחוות דעתו כי:

הסכם שכירות מעניק לשוכר רק זכות אישית, אשר אינה עוברת בירושה לבאים אחריו (להבדיל מהוראות בדיני הגנת הדייר, הקובעות במפורש את זכויות האלמנה, הילדים וכו'). ... אין לו מכוח השכירות זכויות, שניתן להורישן לזולת³.

מאחר שאין להניח כי ארבעת חברי המותב האחרים נמנעו מדעת מלהעיר על הקביעה השגויה הזאת⁴, אין מנוס מן המסקנה ששופטי המותב לא קראו את דברי חברם. כל אחד משופטי ההרכב פעל כסולן שדי לו בקריאת דברי עצמו.

דוגמה אחרת: גם במקרה זה ישב בית המשפט העליון בהרכב מורחב, הפעם במותב של שבעה שופטים. אחת משופטי ההרכב השתיתה את חוות דעתה על ההנחה כי אדם שהתחייבו להקנות לו בעלות במקרקעין רשאי לדרוש רישום הערת אזהרה במרשם המקרקעין גם כאשר המתחייב להקנות את הבעלות לא היה הבעלים של המקרקעין (אלא רק מי שהתחייבו למכור לו את המקרקעין). בלשונה של השופטת:

כשם שבעיסקה נוגדת שבה המוכר הינו בעלים רשום, בוחנים בראשית הדברים אם בעל העיסקה השנייה יועדף על הראשון אם קיים דרישות תום-לב, תמורה ורישום בתום-לב של זכות קניין, כך, ובאותה מידה, יש לבחון בעיסקה המעין-קניינית שבה המוכר אינו בעלים רשום, אם בעל העיסקה

3 ד"נ 39/80 ברדיגו נ' ד.ג.ב. 9 טקסטיל בע"מ, פ"ד לה(4) 197, 228-229 (1981).
4 גם אם הייתה זו התנסחות בלתי מוצלחת בלבד, כשכוננת השופט הייתה לדבר כלשהו שאינו שגוי, מן הראוי היה שהשופטים למותב ימנעו את התקלה שבהתנסחות הזאת. על קנייניות השכירות ראה י' ויסמן דיני קניין: החזקה ושימוש 258 ואילך (האוניברסיטה העברית בירושלים, המכון למשפט השוואתי, 2005).

השנייה קיים דרישות אלה, בשינויים המתחייבים, כאשר את מקום רישום זכות הקניין יתפוס רישום הערת אזהרה⁵.

הנחתה של השופטת – שהייתה אבן הפינה של חוות דעתה – כי בנסיבות המתוארות ניתן היה לדרוש רישום הערת אזהרה עומדת בסתירה לאמור בחוק⁶. כיצד נעלמה טעות גלויה שכזאת מעינם של ששת השופטים האחרים שבמותב? ההסבר לכך נעוץ מסתמא בעבודת הצוות הלקויה שאינה מתבססת על קריאה הדדית של חוות הדעת שנכתבו על ידי שופטי המותב.

אי-הנעימות הרבה הכרוכה בהשתרבות טעויות בסיסיות מעין אלה שבדוגמאות שהבאנו, עשויה להימנע אם בתי המשפט יקפידו יותר על עבודת צוות.

2. סתירות מניה וביה

אין כתיבה טובה בלא בדיקה חוזרת של הכתוב. כמאמרו של השופט ברנדייס: There is no such thing as good writing. There is only good re-writing.⁷ הכלל הבסיסי הזה לא תמיד נשמר בכתיבת פסקי דין, כפי שאפשר להיווכח מן הדוגמאות המובאות להלן, החושפות תקלות שהיו נמנעות אילו בדקו השופטים את דבריהם בבדיקה חוזרת (אילו היה re-writing).

משפט הפתיחה בפסק דין היה כדלהלן:

הצדדים הינם בעלים משותפים בחלקה... לכל אחד מהם הסכם חכירה עם מינהל מקרקעי ישראל לגבי מחצית החלקה... משמע במושע⁸.

נוכח דברים אלה תוהה הקורא אם היו הצדדים בעלים משותפים, כאמור ברישה של המשפט, או שמא היו הם רק שותפים בזכות חוזית לקבלת חכירה, כאמור בסיפה. קריאה חוזרת על ידי השופט את דברי עצמו הייתה מסתמא מונעת את התקלה (בשולי הדברים: לא ברור מהו היתרון שבהזקקות למונח הטורקי "מושע" כארבעים שנה אחרי ביטול חוק המקרקעין העותמני; מהו שיש ב"מושע" ואין ב"שיתוף"?)

דוגמה אחרת: הקטעים הבאים, הלקוחים מפסק דין שבו ישב בית המשפט העליון בהרכב מורחב של תשעה שופטים, חושפים תקלה שהייתה נמנעת אילו שעו השופטים

5 ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003) (פס' 3 לחוות דעתה של השופטת).

6 ראו ס' 126 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

7 מובא אצל R.A. LEFLAR (ed.), APPELLATE JUDICIAL OPINION 187 (West Pub. Co., 1974).

8 רע"א 4029/03 עוודי נ' חרמוני (פורסם בנבו, 2004).

לעצתו הנזכרת של ברנדייס בדבר ההכרח בקריאה חוזרת, ואילו פעל ההרכב כצוות (שינויים קלים הוכנסו במובאות, לצורך הקישור):

זו מהפכה זוטא שאנו מחוללים בדין... הלכה שאנו נוטעים אותה כהיום הזה בקרקע המשפט הישראלי⁹.

בפסקה מאוחרת באותו פסק דין אומר אותו שופט את היפוכם של הדברים שאמר קודם לכן:

לא גילינו יבשת חדשה אף לא המצאנו דוקטרינה יש מאין. רעיון הזיקה הנמשכת והולכת... עלה כבר בעבר לא-אחת [שם, פס' 89].

המבוכה מתגברת למקרא דברי שופט אחר שבאותו פסק דין, שכתב:

היום יוצאת לפנינו הלכה חשובה [שם, בפתיח לחוות דעתו].

ואילו בפסקה אחרת שבחוות דעתו אומר אותו שופט:

אין אנו פורצים כיום דרך חדשה אלא ממשיכים ללכת בדרך שכבר נפרצה [שם, פס' 7 בחוות דעתו].

שופט אחר שבאותו מותב מתייחס אף הוא לאותו נושא באומרו:

הלכה זו אינה חדשה עמנו. היא כבר הופיעה בפסיקה בעבר [שם, פס' 1].

נוכח דברים אלה מתעוררת השאלה אם ההלכה שנפסקה הייתה "מהפכה זוטא", "הלכה חדשה", "הלכה חשובה", או שמא לא מדובר כלל בפריצת דרך אלא בהליכה בעקבות פסיקה קודמת? שאלה זו היא עובדתית גרידא. כל שנדרש משופטי המותב כדי למנוע את שרשרת הקביעות הסותרות בעניין זה היה לקרוא פעם נוספת את פסקי הדין הנפרדים שלהם, ולהיוועד לפני פרסום פסקי הדין כדי ללבן את שאלת חידושה של ההלכה שנפסקה על ידיהם.

3. ליקויים מבניים

בשל העומס הכבד הרובץ על בתי המשפט, ועינוי הדין הנגרם בעטיו, אמורים השופטים להשתדל ולקצר ככל האפשר את פרק הזמן הנדרש לכתיבת פסקי דין. מציאות זו מחייבת מסקנות מבניות. אם ניצבת בפני שופט בחירה בין פתרון הסוגיה שבפניו בדרך ארוכה

9 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, פס' 35, 88 (2001).

וסבוכה לבין פתרון פשוט וקצר, שומה עליו בדרך כלל לעשות דרכו קפנדריא ולבחור בדרך הקצרה. בכך יפנה זמן לטיפול בתיקים הרבים הממתינים לתשומת לבו. המציאות מעידה כי לא תמיד מיושמת מצווה זו.

כך למשל בעניין מסוים נתעוררה שאלה אם בעל מקרקעין זכאי לפיצויים בשל נזק שנגרם למקרקעיו. כדי לזכות בתביעתו היה על התובע לעמוד בשני תנאים: האחד, להשתייך לקבוצה שהנמנים עליה זכאים לקבל פיצויים; האחר, להוכיח כי במקרה הספציפי שלו נתמלאו התנאים המזכים בפיצויים. דעת הרוב ניתחה באריכות את התנאי השני, הסבוך, והגיעה למסקנה כי לא נתמלאו בתובע התנאים המזכים אותו בפיצויים. השופט השלישי, בפסק דין קצר ופשוט, קבע כי מאחר שהתובע אינו משתייך לקבוצת הזכאים בפיצויים (על פי התנאי הראשון הנוכח) יש לדחות את תביעתו. שופט זה הוסיף וציין בחוות דעתו כי הוא:

מבסס את הדחייה על נימוק שלא הוזכר על ידי חברי¹⁰.

שתי תמיהות עולות למקרא דברים אלה: התמיהה האחת, על שום מה ראו שופטי הרוב לילך בדרך הארוכה והסבוכה (שהייתה כרוכה בכירור התנאי השני הנ"ל) שעה שיכלו לפתור את השאלה שבפניהם בקיצור ובפשטות, בהסתמך על התנאי הראשון הנוכח. התמיהה השנייה, המטרידה אף יותר, כיצד זה לא התייחסו כלל שופטי הרוב בחוות דעתם לפתרון בדרך הקצרה שהציע חברם למותב. אם שופטי הרוב קראו את חוות הדעת של חברם ולא הסכימו עמה, היה מקום לצפות שיאמרו כן וינמקו את עמדתם. לעומת זאת אם לא קראו את חוות דעתו של השופט השלישי, כי אז גדולה התקלה שבעתיים. היו שהסבירו את ההימנעות מלהצטרף לחוות דעת של שופט אחר במותב באומרים כי:

...building a unanimous opinion... demands a certain amount of sacrifice of ego...¹¹.

אכן, עשויים להיות מקרים שבהם יעדיפו שופטים את הפתרון הארוך והסבוך על פני הפתרון הפשוט והקצר מטעמים מוצדקים המוסברים על ידיהם, אך בהעדר טעמים כבדי משקל שכאלה, שהוסברו, אין הצדקה לתופעה מעין זו שבדוגמה שהבאנו.

10 ע"א 675/77 אלטשולר נ' נציב המים, פ"ד לד(1) 731 (1979).
11 FRANK COFFIN, THE WAYS OF A JUDGE 59 (1980).

ג. חובת ההנמקה

ערכו העיקרי של פסק דין טמון בדברי ההנמקה שבו. האמון בצדקת ההחלטה ומידת ההערכה שהיא זוכה לה תלויים בדברי ההנמקה שניתנו לה¹². נוסף על כך האפשרות לערער על פסק דין מותנית בדרך כלל בנימוקים שניתנו בפסק הדין. משקלו של פסק דין כתקדים טמון אף הוא באיכות הנימוקים להחלטה. שופט אינו יוצא על כן ידי חובתו אם הוא לא מנמק את דבריו¹³.

בעניין זה יש לעתים תקלות, הן כאשר פסקי דין ניתנים ללא דברי הנמקה הן כאשר משלמים מס שפתיים גרידא לחובת ההנמקה, בלא שלמעשה ניתנים נימוקים להחלטה. כדוגמה למקרה שבו נעדרים נימוקים להחלטה יכול לשמש המקרה שבו הסתפקה שופטת באמירה:

אני מסכימה לתוצאה שאליה הגיע חברי הנכבד...¹⁴.

ניסוח זה מקפל בתוכו את האמירה כי בעוד שהשופטת מסכימה לתוצאה שאליה הגיעה חברה אין היא מביעה הסכמה להנמקה שנתן. כאשר זהו כל מה שנאמר בחוות הדעת של שופט אין חוות דעה שכזאת ממלאת את חובת ההנמקה.

דוגמה אחרת לפסיקה ללא הנמקה היא כאשר שניים משופטי המותב חלוקים בחוות דעתם באשר לנימוקים שהביאום לאותה תוצאה, ואילו השופט השלישי מסתפק באמירה "אני מסכים", בלא לציין לאיזו מחוות הדעת הנוגדות של חבריו מכוונת הסכמתו. הסכמה כזו היא נטולת הנמקה.

כך למשל כאשר נדונה השאלה אם ההוראה שבחוק התכנון והבניה, המחייבת אישור תכנית מתאר לפני הפקעה, חלה גם על הפקעה על פי פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, אמר אחד השופטים:

12 Boyd James White, *Juridical Opinion Writing – What's an Opinion For?*, 62 U. CHI. L. REV. 1363, 1364 (1995). מ' לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 303 (1969/1968); ר' גביוון "בית המשפט וחובת ההנמקה" משפטים ב 89, 92 (1970); י' זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 212, 226 ואילך (1970).

13 על חובת ההנמקה במשפט הישראלי ראה ס' 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 ותק' 192, 460 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984. על הפטור מחובת ההנמקה בפסק דין שניתן בהסכמת הצדדים על דרך פשרה בהתאם לס' 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 ראה ע"א 10838/05 זקס נ' קלינגר, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (2008).

14 בג"ץ 5969/94 אקנין נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד נ(1) 370, 391 (1996).

הוראות חוק התכנון והבניה – אשר לחיובה של הרשות המפקיעה את מקרקעיו של הפרט להשלים לפני כן את הליכי התכנון – חלות גם במקרים בהם ההפקעה מבוצעת מכוח פקודת הדרכים.

שונה היתה עמדתו של השופט האחר במותב, שאמר:

הליך ההפקעה על פי פקודת הדרכים שונה בתכלית מהליך הפקעה בידי רשות תכנונית לפי... חוק התכנון. הליך הפקעה לפי חוק התכנון מחייב שלב מקדמי של שינוי ייעוד המקרקעין לייעוד ל"צרכי ציבור"... הסדר דומה לא חל... על הפקעה לפי פקודת הדרכים.

נוכח שתי עמדות מנוגדות אלה הסתפק השופט השלישי באמירה:

אני מסכים הן לאמור בפסק דינה של חברתי... והן לדברי... [השופט האחר במותב]¹⁵.

בהסכמה שכזאת לא נתמלאה החובה למתן נימוקים להחלטה. דוגמה לתשלום מס שפתיים בלבד לחובת ההנמקה הוא המקרה שבו נמנע השופט מלפרט בפסק הדין את נימוקיו, ותחת זאת הוא מפנה את הקורא, לצורך קריאת הנימוקים, למקורות שונים. וכך כתב אותו שופט:

בשאלה זו עיין סיכומי הצדדים בכתב... לאחר שעיינתי בטענות הצדדים והאסמכתאות שהובאו בפני, כולל אסמכתאות של בית המשפט המחוזי, אשר פורסמו בפסקים, נראית לי דעתם של האפוטרופוס הכללי וכן של ב"כ המשיבה¹⁶.

השופט לא פירט מה היו טיעוני הצדדים בסיכומיהם ועל אילו פסקים הסתמכו הצדדים בטיעוניהם. "הנמקה" כזאת בפסק הדין עשויה להיות מובנת לצדדים ולעורכי דינם, אך לקוראי פסק הדין זולת הצדדים ובאי כוחם אין היא אומרת דבר. כדי למלא אחר חובת ההנמקה אין די בהפניה ביבליוגרפית של הקורא למקורות שעליהם הסתמך השופט, בלא שמובא תוכנם של אותם מקורות. פסק דין אמור להיות מקור עצמאי מבחינת הקורא ולא "תחנת מעבר" גרידא, המשלחת אותו לספריות ולארכיונים כדי לעמוד מתוכם על הנימוקים להחלטה.

15 ע"א 1528/05 רשות הנמלים והרכבות – רכבת ישראל נ' אביגדורוב (פורסם בנבו, 2005). ראו גם ע"א 405/67 פתחיה, מושב עובדים של העובד הצינוני להתיישבות שיתופית בע"מ נ' אללי, פ"ד כב(1) 373, 378 (1968).

16 ת"ע (מחוזי חי') 65/90 מטרי נ' האפוטרופוס הכללי, פ"מ תשנ"א(2) 45, 47 (1991).

ד. מיקומה של ההנמקה

במילוי חובת ההנמקה על כותב פסק הדין להביא בחשבון את העובדה שעניינם העיקרי של הצדדים להתדיינות הוא לשמוע את "השורה התחתונה", את ההכרעה. לנימוקים להכרעה חשיבות משנית בדרך כלל עבור הצדדים. ראוי על כן כי בפסקי הדין יקדימו השופטים לנימוקיהם את החלק האופרטיבי שבהחלטתם. אכן, החוק מחייב דבר זה רק בהליך פלילי, ורק במקרה של זיכוי¹⁷, אולם ראוי לנהוג כך ככלל, כי בכך נכוון לרצונם של מרבית המתדיינים בבתי המשפט. I do believe opinions are more user-friendly if they state the outcome right off.¹⁸ הרושם המתקבל מן הפסיקה שלנו הוא שלא תמיד טורחים השופטים לנסח את פסקי דינם כך שהם יהיו user-friendly.

ה. אסמכתאות מיותרות

אם נכונה השמועה כי לא רק בארצות-הברית נעזרים שופטים במתמחים הכותבים עבורם טיטות של פסקי דין אלא שכך הוא לעתים גם בארץ, כי אז אפשר שבכך טמון ההסבר לתופעה שהניסוח של פסקי דין הולם לעתים עבודה סמינריונית של תלמיד באוניברסיטה יותר מאשר פסק דין. כוונתי כאן בעיקר לריבוי מיותר של אסמכתאות, כמקובל בחיבורים סמינריוניים שבהם נוהגים תלמידים להתהדר בלמדנותם כדי להרשים את מוריהם. תופעה זו בולטת בפסקי דין שבהם תומכים אמירות משפטיות מקובלות, שאינן שנויות במחלוקת, בשפע של אסמכתאות. כך למשל בתמיכה לאמירה הנדושה כי קשה לתת ל"החזקה" הגדרה אשר תתאים לכל ההקשרים המגוונים שבהם משתמשים במושג החזקה, מביא פסק דין מסוים כאסמכתאות לכך את הרשימה הבאה של מלומדים: Salmond, Holmes, Pollock and Wright, Moore, Fuller, Hart, Raz, Bingham, Brown.¹⁹ כך כותב תלמיד המבקש להרשים את רבו ברוחב ידיעותיו; אין זו כתיבה ההולמת שופט הכותב פסק דין²⁰.

17 ס' 182 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965.

18 Patricia M. Wald, *Reply to Judge Posner*, 62 U. CHI. L. REV. 1451, 1453 (1995).

19 ע"פ 250/84 הוכשטט נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 813, 820-819 (1986); ראו בדומה לכך

ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A., פ"ד מח(4) 133 (1994).

20 ראו מ' לנדוי "על ניסוח פסקי דין" ספר תמיר 190 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, בורסי, Wigmore תיאור באירוניה את התופעה של ציטוט תקדימים מיותרים (1999). בר הסמכא הנודע
 באומרו: "The learned counsel for the defendant is in error in arguing that 2 and 2 make 5. The weight of authority... holds

קולעים בעניין זה דבריו של פרופ' Warren מאוניברסיטת הרוורד:

Let learning be your servant, not your master; the deepest learning is the learning that conceals learning²¹.

1. נחרצות שאינה ראויה

עיסוקו המקצועי של שופט עשוי לגרום לכך שעם השנים תתפתח אצלו נטייה להתנסחות פסקנית, שהיא לעתים נחרצת יתר על המידה. נטייה זאת עשויה לבוא לידי ביטוי בייחוד בכתיבת דעת מיעוט. כדי להצדיק את העובדה שאין השופט מצטרף לדעת חבריו למותב עשוי הוא לעתים לחדד את ההבדלים שבין עמדתו לבין עמדת חבריו על ידי שימוש בניסוחים נחרצים יתר על המידה²².

כך למשל בפסק דין שבו נחלקו הדעות בקרב השופטים כותב שופט המיעוט בסיום חוות דעתו כי מסקנה שונה מזו שהוא הגיע אליה היא:

לא ממידת הצדק כי אם ממידת סדום²³.

הדבקה התווית "מידת סדום" לעמדת חבריו למותב היא נחרצות לשונית שאינה במקומה.

במקרה אחר תיאר שופט מיעוט פעולה מינהלית מסוימת כ"אינה סבירה באופן קיצוני", "חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות" (או, על פי הניסוח המקובל בפסיקה, "בלתי סבירה בעליל"). בדברים אלה נעשה השופט כמי שאומר כי כל אדם שהוא בר-דעת חייב לראות את

that 2 and 2 are 4. In Chancellor Kent's Commentaries, book iii, page etc... The Supreme Court of Australia as far back as Brown v. Jones, 24 Alaf. Said: '2 and 2 have always been held to make 4'. We are therefore constrained to hold" etc (WIGMORE ON EVIDENCE

21 E.H. WARREN, SPARTAN EDUCATION (1942) המובא על ידי LEFLAR, שם, בעמ' 190.

22 על הנטייה הזאת ראו: (1962) 923, 924 COLUM. L. REV. 62, Fuld, *The Voices of Dissent*,

1953) 794, LEFLAR, שם, בעמ' 213; וכן Roscoe Pound, *Cacoethes Dissentiendi: The*

Heated Judicial Dissent, 39 AMER.B. ASS. J. 794, LEFLAR, שם, בעמ' 20.

20. עוד על נטייה זו לנחרצות יתרה ראו: אייל זמיר "השופט ברק ודיני חוזים: בין אקטיביזם

לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים

בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 343, 396-398 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי

ע"ש הרי ומיכאל סאקר, האוניברסיטה העברית, הפקולטה למשפטים, 2009).

23 ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה (3) 275, 253 (1981).

הפעולה המינהלית שנדונה כבלתי סבירה²⁴. אולם נוכח העובדה ששני השופטים האחרים שבמותב היו בדעה שהפעולה המינהלית שנדונה הייתה סבירה, דומה כי שופט המיעוט נתפש בדבריו לניסוח קיצוני, בלתי הולם. העובדה ששופטי הרוב ראו את המעשה כסביר הופכת את הנחתו של שופט המיעוט כי המעשה היה "בלתי סביר באופן קיצוני" לבלתי סבירה ולפוגענית כלפי חבריו למותב²⁵.

בפסק דין אחר אמר שופט על תאוריה שפיתח חברו למותב על פני עשרות עמודים, ושעליה השתית את חוות דעתו, כי:

אין ספק בעיני כי אין בדגם (או בתיאוריה) של... כדי לחולל את ההלכה העולה מפסק דינו²⁶.

האמירה "אין ספק בעיני" שאין לקבל את התאוריה של חברו למותב אינה מותרת מרחב של לגיטימיות לאותה תאוריה. אם כל שביקש השופט הוא להסתייג מן התאוריה של עמיתו היה ראוי שיתנסח בדרך המביאה בחשבון את עצתו של השופט Hamley:

Avoid dogmatic statements such as "clearly", "plainly" and "without doubt"...²⁷.

ז. ארכנות

אמר הרמב"ם:

לא ירבה אדם דברים...

בדברי תורה ובדברי חכמה יהיו דברי האדם מעטים וענייניהם מרובים... אם היו הדברים מרובין והעניין מועט הרי זו סכלות²⁸.

24 ...if a decision... is so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it, then the courts can interfere...: Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Co., [1948] 1 K.B. 223, 230, per Lord Greene. ראו גם יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 763 (1996); בג"ץ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2) 147, 170, 172 (1993) (השופט מצא).

25 בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812 (1993).

26 עניין קריסיק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 708.

27 השופט F.G. Hamley במאמרו: *Internal Operating Procedures of Appellate Courts*, 1961, Pound גם לעיל ה"ש 22, האומר בעניין המובא על ידי LEFLAR, לעיל ה"ש 7, בעמ' 179. ראו גם Hamley, *The opinions of a judge of the highest court of a state are no place for intemperate denunciation of the judge's colleagues...* מצוטט אצל LEFLAR, שם, בעמ' 206.

תלונות על ארכנות של פסקי דין מלוות את השופטים מימים ימימה. כדברי השופט
: Simmons

In legal publications, and wherever lawyers gather, the charge is made
that opinions are too long²⁹.

יש והביקורת על ארכנות נמתחת על ידי השופטים עצמם, המבקרים את עמיתיהם.
במקרים אלה עטופה הביקורת בדרך כלל במעטה רך כדי שלא לפגוע בעמיתים, אך המבין
יבין. כך למשל כתב השופט משה לנדוי, לאחר פסק דין ארוך ומייגע של חברו למותב:

אני מסכים. חברי הנכבד, השופט... פרש יריעה רחבה של פרשנות ההוראות
של פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) על מעצר על ידי שוטרים, וגם
התחקה אחרי השרשים ההיסטוריים של הוראות אלה במשפט המקובל. אין
לי להסתייג מדבר מן הדברים שאמר. למותר להעיר שאין בהם הלכה
פסוקה, אלא במידה שהם צריכים במישרין לעניין הנדון לפנינו³⁰.

גלויה יותר הייתה ביקורתו של השופט קיסטר, במקרה שבו כתב חברו למותב בחוות
דעתו כי "ראיתי להרחיב את הדיבור על הנושא... אולם למעשה לא היה זה דרוש לצורך
ענייננו". השופט קיסטר הגיב על חוות דעתו הארוכה של חברו באומרו:

מסכים אני לדברי [חברי]... שבסוף בירוור העיוני, כי כל הברור הזה לא
היה דרוש לענייננו³¹.

הניסוחים של השופטים לנדוי וקיסטר מזכירים התנסחות דומה בפסק דין אמריקני שבו
כתב השופט: I concur in the result and so much of the opinion as supports the result.³²

1. ארכנות שבאופי וארכנות נרכשת

עם ארכנות שהיא עניין של סגנון אישי, של תכונת אופי, קשה להתמודד. יש המאריכים
ויש המקצרים משום טבעם. אפילו היה השופט מודע לתקלה שבארכנות אין דבר זה מבטיח
הימנעות מארכנות. מעשה שהיה בשופט שכתב בפתח של פסק דינו כי:

- 28 רמב"ם, משנה תורה, הלכות דעות, פרק ב, הלכה ד.
29 .Hon. Robert G. Simmons, *Better Opinions – How?*, 27 AM. B. ASSOC. J. 109 (1941)
30 בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד ל(1) 337, 366 (1975) (השופט מ' לנדוי; הסכים
עמו השופט י' כהן).
31 ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 588, 561 (1970).
32 .Wirtz v. Fowler, 372 F.2d 315, 335 (1966).

דיון נוסף אינו מסגרת לכתיבת מסה כוללת. לשם כך נכתבו ספרים.

מיד לאחר מכן כתב בפסק דינו מסה ארכנית, כבספר לימוד, על הנושא שבו היה על בית המשפט לפסוק³³.

תרופה לארכנות מצא השופט Holmes, שמסופר עליו כי: Holmes, in his later years, achieved brevity by writing his opinions in longhand while standing up³⁴. להבדיל מארכנות שבאופי יש ארכנות נרכשת, הנובעת מתפישה שגויה בדבר תפקידו של פסק דין. פרופ' אקצין ניסה להתמודד עם ארכנות זו במאמר שכתב לפני שנים, ושבו הצביע על דברים שאין מקומם בפסקי דין. אלה היו דבריו:

חוזרת החולשה, שכמעט ונהפכה להרגל אצל שופטי בית המשפט העליון בישראל, לדון לגופה של טענה בלי שקודם לכן יחליטו אם אותה טענה לענין... ועדיין מרבים שופטינו להעניק לנו בפסקי דיניהם שפע של אימרות-אגב ושל מחקרים מעניינים אבל לא לענין. פסק דין טוב אינו צריך למסור לקוראיו את השקלא וטריא שבמוחו של השופט ולא את מהלך מחשבותיו והאסוציאציות שלו לפני הגיעו למסקנתו, כעין ספר של מרסל פרוסט המפרט לקורא כל שלב ושלב במחשבות המחבר... אין לראות בפסק דין הזדמנות לכתוב עבודת מחקר מתוך בקיאות במקורות³⁵.

מאז נכתבו דברים אלה חלפו למעלה מחמישים שנה ולמרבית הצער התופעות השליליות שפרופ' אקצין הצביע עליהן לא נעלמו עם הזמן; אדרבא, הן החמירו. פסקי דין שלא נשמרת בהם ההבחנה שבין פסק דין לבין מאמר בכתב עת משפטי אינם נדירים. אכן, כתיבת מסה משפטית כחלק מפסק דין יש עמה יתרונות עבור המחבר. אין הוא צריך לתור אחר מו"ל למסתו; ההוצאה לאור מובטחת לו. קהל קוראים מובטח לו. אין הוא צריך להגיש את דבריו לפני פרסומם לשיפוטם של עורך או חברי מערכת של כתב עת, ולהתחשב בהערותיהם, כפי שהיה עליו לעשות אילו ביקש לפרסם את מסתו ככל מחבר אחר. הפיתוי הרובץ לפתחם של שופטים לפרסם את מאמריהם כחלק מפסקי הדין שלהם הוא אפוא גדול, ולא ייפלא שלא הכל עומדים בפני פיתוי זה³⁶.

33 ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 260, 221 (1988).

34 G. WINTERS, HANDBOOK FOR JUDGES 130 (1975).

35 ב' אקצין "פסק דין ביאלר ומערכת המשפט בישראל" הפרקליט י 114, 117-118 (1954).

36 אל לו לשופט לראות במתן פסק הדין שעת כושר לחוות דעתו בבעיות עקרוניות שאינן שייכות לעניין הנדון, תהיה חשיבותן לשלטון החוק או לאיזו מטרה כללית ראויה גדולה ככל שתהיה: לנדוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 192.

בהכדל מארכנות שבאופי, הקשה לתיקון, ארכנות שנובעת מתפיסה שגויה בדבר תוכנו הראוי של פסק דין שעליה הצביע פרופ' אקצין במובאה דלעיל, ניתנת לתיקון ביתר קלות. כל שעל כותב פסק דין לעשות הוא לאמץ, למשל, את דבריו של השופט מ' לנדוי, שאמר:

אני מעדיף לנהוג לפי הכלל הבדוק, שלא להרבות באמרות אגב שאינן נוגעות במישרין לעניין הנדון, יהיה הנושא חשוב ככל שיהיה³⁷.

או לקבל את המלצתה של השופטת Wald באומרה:

Everything in an opinion that does not strictly involve the application of a legal principle to the critical facts is dicta³⁸.

2. דיון בנושאים שאינם טעונים הכרעה

דוגמה לגישה שגויה בדבר התוכן הראוי של פסק דין הוא מקרה שבו, במהלך פסק דין ארכני (המחזיק כששים עמודים), אומר השופט על השאלה שהוא דן בה:

שאלה זו אינה מתעוררת במישרין בענייננו... נעלה עם זאת מספר הירהורים בנושא זה³⁹.

לאחר שהשופט עצמו היה מודע לכך שהשאלה שהוא נזקק לה לא הייתה נחוצה לצורך הכרעה בדיון, מה מקום היה לאותם "הרהורים" שהעלה, מה גם שאותם הרהורים לא נסתיימו בנקיטת עמדה ברורה על ידי השופט, באומרו כי השאלה שהוא נזקק לה נותרה בעיניו פתוחה גם לאחר הרהוריו.

התופעה של התייחסות שופט בפסק דינו לנושא שאינו טעון הכרעה בדיון שבפניו, כשהדברים נאמרים למקרה ההיפותטי שהנושא יגיע אי פעם בעתיד בפני בית המשפט, היא תופעה שככלל ראוי להימנע ממנה. במקרים אלה מביע השופט את דעתו בלא שהוא נעזר בטענות שהצדדים הביאו בפניו, ובלא שהשאלה נבחנה לעומקה על ידי השופט עצמו (דברים במסגרת "הרהורים" גרידא), ועל כן אין לדבריו משקל מיוחד גם כאשר השאלה אכן תבוא בפני בית משפט בעתיד כלשהו.

תופעה זו חוזרת על עצמה גם בדוגמה הבאה, שבה כתב השופט:

37 ע"א 592/79 שצקי נ' סייד, פ"ד לה(4) 402, 419-420 (1981).
 38 Patricia M. Wald, *The Rhetoric of Results and the Results of Rhetoric: Judicial Writing*, 62 U. CHI. L. REV. 1371, 1410 (1995).
 39 עניין קרסיק, לעיל ה"ש 9, פס' 1, 63, 80.

אין לנו צורך שנכריע בשאלה זו של פרשנות צוואות, הואיל וכוונתו של...
ברורה, ולא אמרתי דברים שאמרתי אלא לימים יבואו⁴⁰.

בטרם ידון השופט בשאלות שאולי יעלו בפניו "בימים יבואו", ראוי כי ייתן דעתו
לשאלות שכבר התייצבו בפניו ושפתרוןן משתהה לעתים תקופה ארוכה.

3. ארכנות שתכליתה הבעת רחשי כבוד

הדוגמה הבאה מדגימה פסיקה אשר כותבה מעיד עליה כי דברים שהוא כותב אינם
נחוצים לצורך הכרעת הדין, ואף על פי כן הוא מקדיש להם זמן ומשאבים אחרים הכרוכים
בכתיבת הדברים, כשהצידוק שניתן לכך הוא רצון להביע רחשי כבוד לבית המשפט דלמטה
ולבעלי הדין. ואלה היו דבריו:

חזרתי ועיינתי בסוגיה, הפכתיה ימינה ושמאלה, מעלה מטה, ולא מצאתי
טעם טוב לשנות מדעתי. ואם אוסיף עוד מלל אין זאת אלא משום כבודו של
בית משפט קמא ומשום כבודם של בעלי הדין⁴¹.

בית משפט לערעורים המגלה רגישות לכבודו של בית המשפט שעליו מערערים
ולכבודם של הצדדים המופיעים בפניו ראוי לשבח, אולם לרחשי כבוד ניתן לתת ביטוי גם
בלא להעמיס על פסק הדין דיון שאינו נחוץ להכרעת הדין.

4. ארכנות הנובעת מתחושת מחויבות להגיב על כל טענה

סיבה אחרת הגורמת לארכנות פסקי דין נעוצה בתחושת מחויבות להגיב על כל טענה
שהועלתה על ידי הצדדים. תקלה זו באה לידי ביטוי בדוגמה הבאה:

השופט... דן בשאלה זו מצדדיה השונים... ונימק היטב את תשובתו...
לשאלה זו, כך שהייתי יכול לסיים את דברי תוך הבעת הסכמה מלאה לכל
אשר אמר. רק כדי לצאת ידי חובת תגובה כלשהי על הטענות ששמענו...
בשם... אחזור ואציין את עיקרי הדברים⁴².

40 ע"א 1182/90 שהם נ' רוטמן, פ"ד מו(4) 330, 339 (1992).

41 ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נד(3) 127, 133 (2000).

42 ע"א 86/76 "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרן, פ"ד לב(2)
340, 337 (1978).

פרופ' אקצין, במובאה דלעיל⁴³, עמד על ההנחה השגויה שלפיה מחובתו של שופט להגיב על כל טענה שמופיעה בכתבי הטענות. כאשר ניתן לבסס את ההכרעה בדין על טענה מסוימת אחת לא נדרש השופט להוסיף ולדון בכל אחת מן הטענות האחרות הנזכרות בכתבי הטענות. המחבר הנודע Wigmore מציין בעניין זה:

Another shortcoming is over consideration of every point of law raised on the briefs⁴⁴.

5. ארכנות מטעמים ספרותיים

לבר מן הארכנות הנובעת מדיון בנושאים שלא נדרשת בהם הכרעה, או מן הדחף להביע רחשי כבוד, או מתוך תחושת מחויבות להגיב על כל טענה שהועלתה במהלך הדיון, יש והארכנות נובעת מתוך הרצון לגרום לקורא פסק הדין הנאה אסתטית, ספרותית. כתיבה ספרותית נאה של פסק דין ראוייה לכל שבה, ובלבד שאין היא כרוכה בכתיבת דברים שאינם דרושים לצורך הכרעת הדין. כדוגמה לגישה שאינה ראוייה בעניין זה יכולים לשמש דבריו הבאים של שופט, אשר כתב בפסק דינו:

אמרתי אל לבי אכתוב דברים אחדים בשולי המסע, דברים שלא נועדו לגריעה אלא לקישוט בלבד⁴⁵.

במובאה זו ניכרים ניצניה של כתיבה "ספרותית", שלמלוא פריחתה הגיעה בפסק דין אשר נסב על השאלה מהו הדין כאשר תכנית מתאר פגעה בשווייה של חלקת מקרקעין מסוימת, ומנגד תכנית אחרת גרמה להשבחתה של אותה חלקה. בחוות דעתו ביקש השופט להיעזר במטפורה כדי לסבר את האוזן ולהסביר ביתר שאת את צדדי השאלה. דא עקא, לא למטפורה אחת נזקק השופט, אלא למבול של מטפורות, בהניחו, כך מסתבר, שכל מטפורה נוספת שהובאה על ידו נחוצה לשם הבהרה נוספת של הסוגיה שנדונה. שרשרת המטפורות שהשופט נזקק להן הכילה את אלה⁴⁶:

1. נתיבי ההשבחה והפגיעה נתיבים שונים ונפרדים הם... ההולך בנתיב אחד לא יראה את ההולך בנתיב האחר... [פס' 43]
2. שני הנתיבים היו כקווים מקבילים [פס' 43]

43 בסמוך לה"ש 35.

44 מובא אצל LEFLAR, לעיל ה"ש 7, בעמ' 153.

45 רע"א 3948/97 מגדל, חברה לביטוח בע"מ נ' מנורה, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד (נה) 769 (3), 811 (2001).

46 ד"נ 3768/98 קריית בית הכרם בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד (נו) 49 (2002).

3. שתי הדרכים משורגות נורמטיבית זו בזו [פס' 43]
4. דומים הם לשרים במקהלה [פס' 43]
5. כשם שהאור והצל ילכו יחדיו כך הם חלקיה המשביחים והפוגעים [פס' 44]
6. החלקים המשביחים והחלקים הפוגעים היו כבורג וכאום, תאומים [פס' 44]
7. פגיעה והשבחה אינן אלא שני צדיה של אותה מטבע [פס' 44]
8. משל היו תאומות-סיאם-לאו-ייפרדו [פס' 45]
9. הקשר בין השניים קשר סימביוטי הדוק הוא [פס' 45]
10. השניים באו לעולם אוחזים אישה ברעהו [פס' 46]
11. מעין כלים שלובים [פס' 47]
12. השניים יבואו אלינו שלובי-זרוע [פס' 47]
13. הנורמות שלובות וקלועות הן זו-בזו [פס' 48]
14. הסימטריה והסינכרוניזציה בין הסדר ההשבחה ובין הסדר הפגיעה [פס' 49]
15. ההשבחה והפגיעה אם אחת ילדה אותם [פס' 49]
16. השבחת מקרקעין ופגיעה בהם בתכנית באו מאותו בית-יוצר [פס' 50]
17. מהלכות הן השתיים... יד ביד [פס' 50]
18. תכניות משביחות הן לעצמן, תכניות פוגעות הן לעצמן, ומלכות במלכות לא תבוא [פס' 53].

אכן, הערכת סגנון היא עניין סובייקטיבי. אפשר שיהיו כאלה שיתבשמו מן העושר הלשוני וממגוון הדימויים שבמחרוזת הזאת של מטפורות; אחרים עשויים אולי להתייחס לגודש כזה של מטפורות כאל טרחנות מכבידה, אך אלה כן אלה יודו כי השפע הזה של מטפורות לא היה דרוש כדי לסייע בהבנת הנושא. כמאמר קהלת, יש "עושר שמור לבעליו לרעתו". או בלשונו של Lord McMillan:

A judgment is not the appropriate vehicle for wit or pleasantry at large⁴⁷.

על רקע הדוגמה האחרונה מן הפסיקה עשויים להתקבל ביתר הבנה (גם אם לא בהסכמה מלאה) דבריו הבאים של פרופ' Schauer מאוניברסיטת הרוורד, בנושא סגנון "יבש" לעומת סגנון "פרחוני" בכתיבת פסקי דין. ואלה עיקרי דבריו (בתרגום חופשי):

Lord McMillan, *The Writing of a Judgment*, 26 CANADIAN BAR REV. 491, 492-493, 498-499, מובא אצל LEFLAR, לעיל ה"ש 7, בעמ' 184.

פסק דין לא נועד לבטא את הכושר היצירתי-ספרותי של מחברו ולהיות אוביקט של הנאה אסתטית. פסק דין נועד למלא תפקיד שונה מזה שמצפים לו אלה שמבקשים למצוא בו יצירתיות ספרותית מעין זו שבספרות יפה. אין מחפשים יצירתיות ספרותית בדבר חקיקה, ותפקיד פסק דין בתחום המשפט קרוב לתפקיד דבר חקיקה. ככזה, הספרותיות והאסתטיות שבניסוח פסק דין עלולים לפגום בתוכנו. אכן, Such mode of evaluation may turn out at times to reward the dull. But in law, as in life, dull may sometimes have its uses.⁴⁸

ח. סיכום

דומה כי מצוות העשה והלא תעשה שעמדנו עליהן ברובן אינן שנויות במחלוקת, אולם הדוגמאות הרבות שהובאו מן הפסיקה מעידות כי יש בקרב השופטים כאלה המתקשים להפנים אותן, ועל כן אין זה מן המותר להפנות את תשומת הלב אליהן, בתקווה שדבר זה עשוי לתרום לתיקון המצב. התקלות העיקריות שנחשפו בפסקי הדין שהתייחסו אליהם היו אלה:

על השופט המנסח את החלטתו לתת את הדעת לקהל היעד המגוון של קוראי פסק הדין. לא הרי ההנמקה הנדרשת עבור הצדדים ובאי כוחם, המודעים לתוכנם של כתבי הטענות ולאסמכתאות שהובאו בפני בית המשפט, כהרי ההנמקה הנדרשת עבור קוראים שלא היו מעורבים בניהול המשפט.

המבנה של פסק הדין מצריך אף הוא התחשבות בקהל היעד. עניינם העיקרי של הצדדים למשפט הוא בחלק האופרטיבי של פסק הדין יותר מאשר בנימוקיו, והם מצפים לקרוא (או לשמוע) חלק זה בראשית פסק הדין.

היבט אחר, מבני, שיש לתת עליו את הדעת הוא במצבים שבהם חלק משופטי ההרכב מגיע לפתרון נושא הדיון בדרך ארוכה וסבוכה, כאשר שופט אחר בהרכב מגיע לפתרון בדרך קצרה ופשוטה. עבודת צוות ראויה עשויה לצמצם תופעה זו. על כל פנים, אין זה סביר שלא תהיה במקרים כאלה התייחסות הדדית בין כותבי חוות הדעת השונות.

שופט עשוי לצאת ידי חובת ההנמקה על ידי הצטרפות לחוות דעתם המנומקת של חבריו להרכב, אולם אין הדבר כן כאשר האמירה "אני מסכים" באה בעקבות הנמקות

48 Schauer, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1473-1475. גישתו של השופט מ' לנדוי בעניין זה דומה. ואלה דבריו: הפיכת פסק דין ליצירה ספרותית דורשת השקעת זמן ומאמץ. חשוב יותר הוא שפסק הדין יינתן במועדו: לנדוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 189.

מנוגדות של חבריו למותב (שהגיעו לאותה מסקנה). כמו כן לא די ב"אני מסכים לתוצאה שאליה הגיע חברי" כששתמע מכך שההסכמה היא לתוצאה להבדיל מן ההנמקה. התופעה של התנסחות בחריפות יתרה כלפי דעותיהם של חברים למותב, בייחוד על ידי כותבי חוות דעת של מיעוט, באה לידי ביטוי גם במחננו, וראוי להימנע מכך. לשופט יתרון על פני מחברים אחרים בכך שאין הוא צריך להתחרות על תשומת לבם של קוראים. קהל קוראים מובטח לו. כמו כן להבדיל ממחברים אחרים השופט אינו צריך להתחשב עם דרישותיו של מו"ל או של חברי מערכת כתב עת. ההוצאה לאור של דבריו אינה נושא המטריד את מנוחתו.

שופטים מנצלים את העובדה שפסקי הדין שלהם אינם עוברים עין ביקורתית של עורך או של חברי מערכת, והם מתירים לעצמם לגלוש בפסקי הדין שלהם לנושאים שאין מקומם בפסק דין. דוגמאות שהובאו לכך היו: דיון בשאלות שאינן טעונות הכרעה; דיון בשאלות שאפשר ותבואנה בעתיד בפני בית המשפט; דיון בנושאים רק משום כבודו של בית משפט קמא או של באי כוחם של הצדדים; כתיבה שתכליתה התהדרות ספרותית; הפגנת למדנות על ידי הבאת אסמכתאות מיותרות; כתיבת מסות משפטיות שמקומן בכתיבי עת. לעומת זאת לשופט לא עומדות עצתם הטובה של עורך ושל חברי מערכת, העשויים לתרום לשיפור הכתוב. האחריות לאיכות "המוצר" נופלת כל כולה על השופט הכותב את פסק הדין. במצב זה גדלה החשיבות של עבודת צוות כאשר בית המשפט יושב בהרכב של מספר שופטים. הדוגמאות מן הפסיקה מעידות שהיבט זה מצריך תשומת לב רבה יותר. לא התיימרנו בדברינו להציג רשימה ממצה של "מצוות עשה" ו"מצוות לא תעשה" בכתיבת פסקי דין. מטרתנו הייתה להצביע על ליקויים שנחשפו במעקב אחר הפסיקה במשך שנים ארוכות. נופך של חומרה מתווסף לליקויים שעמדנו עליהם בשל העובדה שהם תורמים, בחלקם, להתמשכות הדיונים ול"עינוי הדין" שהוא מנת חלקם של המתדיינים בבתי המשפט שלנו.