

המשפט

כרך כד

שופטים ושפיטה

כתב עת לענייני משפט
בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס,
המסלול האקדמי של המכללה למינהל
ניסן התשע"ח, מרץ 2018

המשפט

יושבת ראש
פרופ' ארנה בן-נפתלי

ועדה מייעצת
פרופ' יפעת ביטון,
פרופ' יפעת הולצמן-גזית, פרופ' איריס קנאור

עורכת
ד"ר לימור זר-גוטמן

עורכי משנה
סתיו פינטו, תמר גאנוניאן-פרקל

עורכת לשונית
אמירה כהן

חברי המערכת
אור בן דיין, אורי אורן, איתי מנשורי, דורון מטלון-דבש, דנה פולג, דנה מנחם,
ירין סולאש, ליאור גבאי, לידור בר-אבי, קורן שפירא, רחלי הרשיש, רואי בריזל, רוי כהן,
רוני הרניב, רותם רינצקי, שיראל כהן, שחר ברקול, שרון מזרחי

אופן הגשת מאמרים למערכת:

הרוצה לפרסם בגיליון ישלח מאמר עד 12,000 מילים ברווח בודד. עליו להיות נכון לקבל הערות המערכת ולהחזיר התיקונים לפיהן תוך זמן סביר. עבודת המערכת תכלול קבלת חוות דעת של קורא חיצוני ומחקר ביבליוגרפי של חברי המערכת בנושא הרלוונטי.

יש לשלוח 2 העתקים של המאמר בדואר רגיל לכתובת המערכת בצירוף גרסה ממוחשבת (בדואר אלקטרוני). מיד עם קבלת המאמר יישלח לכותב אישור על כך. על המאמר להיות כתוב בתכנת Word לפי כללי הציטוט האחד בכתובה המשפטית (2012), הנמצאים באתר אינטרנט www.tau.ac.il/law/izkur. פסיקה שלא התפרסמה ברשומות הרשמיות של הפד"י יש להפנות למאגר נבו.

החלטה סופית על פרסומו של מאמר כפופה לאישורה של ועדה מייעצת המתכנסת בסמוך להוצאת הפרסום הרלוונטי של כתב העת.

כתובת המערכת:

כתב העת המשפט

בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל

שד' רבין 7, ת"ד 25072

ראשון לציון 7502501

דואר אלקטרוני: mishpat@colman.ac.il

אתר האינטרנט: <http://hamishpat.colman.ac.il>

דף הפייסבוק: [facebook.com/Hamishpat.Colman](https://www.facebook.com/Hamishpat.Colman)

©

כל הזכויות שמורות

לבית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל

ISSN 0792-8068

סדר: ענת זקון

נבו

תוכן העניינים

7.....	דבר העורכת	לימור זר-גוטמן
11.....	תיקון 113 – מצליח לתקן? מציח לתקן?	הדר מסורי
39.....	פסיכזום שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי.	אסף הרדוף
75.....	הנמקה חוקתית	סוזי נבות
139.....	“צדק תרדוף” מניעי השופטים בישראל להתמנות לכהונת שופט	משה בר ניב ורן לחמן
173.....	על הוועדה לבחירת שופטים – תוכנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה.	אברהם טננבוים וסיון רצון
207.....	תצפיות על פעילויות שופטים באולם בית המשפט: דיון מתודולוגי מפרספקטיבה איכותנית.	עידית רונן, נורית צימרמן, מיכל רום, מיכל אלברשטיין ורונית כהן
239.....	הטיות מגדריות בתפיסת הכרעות שיפוטיות	רונן פרי, אורן גזל-אייל וחן טובול
273.....	הטיות על רקע גזעי בהחלטות שיפוטיות ובמערכות תומכות החלטה לשופטים	קרן ילין-מור
301.....	הגישור הפלילי.	עמי קובו
359.....	שפיטה בגישת פתרון בעיות והחלטה על בירור סכסוכים שמקורם בשירות הצבאי בישראל	קרני פרלמן
387.....	הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור	עמוס גבריאלי, נורית צימרמן ומיכל אלברשטיין
425.....	שוק העבודה המודרני בעידן הגלובליזציה, והשפעתו על משפט העבודה.	יוסי רחמים

דבר העורכת

לימור זר-גוטמן

הדוח השנתי של הנהלת בתי המשפט לשנת 2016 מראה שבסוף שנה זו כיהנו במערכת בתי המשפט (כולל בבתי הדין לעבודה) 722 שופטים ושופטות. בשנת 2016 נפתחו 810,685 תיקים חדשים, נסגרו 793,371 תיקים ומספר התיקים שעדיין לא הסתיימו עמד על 560,098. מספרים אלו מדגימים עד כמה מרכזית מערכת המשפט בישראל: 722 שופטים ושופטות המטפלים במעל למיליון תיקים בשנה, במדינה שאוכלוסייתה מונה כשמונה מיליון נפש. מספרים אלו מעידים על תופעת המשפטיוציה, שבה כמעט כל סכסוך, מוצא את דרכו לבית המשפט, וכל סוגיה הנתונה במחלוקת נמסרת כמעט אוטומטית להכרעת בתי המשפט, לעיתים תוך דילוג בעייתי על מוסדות ומנגנונים אחרים המאפיינים חברה דמוקרטית.

אין חולק כי מערכת המשפט מהווה אחת מאבני היסוד של הדמוקרטיה בישראל והיא בעלת השפעה רבה על החברה בישראל. כל תלמיד תיכון לומד כחלק משיעורי האזרחות שמערכת המשפט חיונית לצורך השמירה על איזונים ובלמים למול שתי הרשויות האחרות – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת; שמערכת המשפט חיונית לצורך הגנה על כל קשת הזכויות ומימושן; שללא מערכת משפט עצמאית, גם החוק הטוב ביותר ייכשל ולא ישיג את מטרתו. מוכרת היטב גם העצמאות המוסדית של מערכת המשפט המתקיימת לצד העצמאות האישית של כל שופט ושופטת. פחות מוכרים הם הליכי השינוי העוברים בשני העשורים האחרונים על מערכת המשפט ושופטיה. הליכים שנוגעים לצורת השפיטה, הליכיה, מינוי שופטיה, הבטחת עצמאותה ועוד.

גיליון הנושא שם לו למטרה לעסוק בשינויים אלו, תוך ניסיון לשרטט את דמותה העתידית של מערכת המשפט ושל שופטיה, שכן העיסוק הרב סביב המשפט מוביל לעיסוק במערכת השפיטה ובשופטים עצמם. מושאי המחקר כבר אינם רק תוצרי השפיטה (פסקי הדין), אלא מערכת השפיטה והשופטים עצמם. השאלות העוסקות בשפיטה ובשופטים הן מטבען מעמיקות ורב-תחומיות, ויעיד על כך מגוון המאמרים המופיעים בגיליון זה. לקורא מובטח מסע מרתק ועכשווי בנבכי השפיטה בישראל.

המאמר הפותח את הגיליון, מאת ד"ר הדר מסורי, מציג תובנות חשובות בנוגע לתיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שיצר הבנייה מפורטת וקשיחה של שיקול הדעת השיפוטי בנוגע לגזרי הדין. הבנייה זאת כוללת פרמטרים רבים לכל שלב בהפעלת שיקול הדעת, תוך חובת נימוק מלאה של התהליך. המאמר הוא תולדה של מחקר איסוף נתונים מזוויות הסתכלות שונות של בעלי תפקיד הלוקחים חלק באותו תהליך לגבי אותם מקרים, והם: שופטים, תובעים וסניגורים. הממצאים מורכבים מראיונות, תצפיות וניתוח גזרי דין. הדגש במחקר זה ניתן לרוכד

הסובייקטיבי של הפעלת שיקול הדעת, וזאת בהתאם לגישה הקונסטרוקטיביסטית, לפיה המידע מקורו בתהליכים פנימיים בתוך האדם.

המאמר השני בגיליון, מאת ד"ר אסף הרדוף, עוסק בהכרעת הדין כאשר הנאשם מודה, אף שיתכן שלא הוכחו יסודות העבירה או שהאישום מבוסס על ראיות פסולות. "תופעת המשפט הפיקטיבי", כפי שמכנה אותה המאמר, מודגמת באמצעות פסיקה העוסקת בעבירות מין מקוונות. מהוכחת התופעה עובר המאמר להצביע על מכלול של בעיות שהיא גורמת, עד כדי פגיעה בעקרונות עליהן מושתתת המערכת. המאמר ממשיך ומציע פתרונות מכיוונים שונים: התנהלות סניגוריאלי אסטרטגית, רפורמה חקיקתית, מודעות שיפוטית ותשומת לב אקדמית. המאמר השלישי, של פרופ' סוזי נבות, עוסק בהנמקות של בית המשפט העליון בתחום המשפט החוקתי. המאמר, המהווה חלק מפרויקט בינלאומי רחב יריעה שיצא כספר, משלב מחקר איכותני וכמותני של 40 פסקי דין בולטים, אלה הנחשבים בקהילה המשפטית המקומית כפסקי הדין החשובים ביותר והמופיעים ברובם ברשימות הקריאה של הקורסים במשפט חוקתי בפקולטות למשפטים השונות. המאמר כולל גם את פרק הסיכום של המחקר, שנכתב על ידי שלושת העורכים והוא הפרק המסכם של הספר, המביא את תוצאות הניתוחים הסטטיסטיים מ-19 המדינות שהשתתפו במחקר.

המאמר הרביעי, של פרופ' משה בר-ניב ופרופ' רן לחמן, בוחן את המניעים שהביאו שופטים, המכהנים בבתי משפט שלום ומחוזי, לרצות לכהן כשופטים. המחקר הייחודי והראשון מסוגו מבוסס על ניתוח אמפירי של שאלונים שמילאו השופטים עצמם בשני מועדים, בהפרש של עשור זה מזה. הממצאים מראים שהמניעים להתמנות לכהונה לא השתנו לאורך השנים והם בעיקרם מניעים "פנימיים" שבמהות התפקיד השיפוטי (כגון עניין, רצון לעשות צדק), בעוד שהמניעים "החיצוניים" (כגון, שכר, קביעות) הם בעלי חשיבות משנית.

המאמר החמישי נכתב על-ידי ד"ר אבי טננבוים וסיון רצון. המאמר עוסק בוועדה לבחירת שופטים, שסביב הרכבה והחלטותיה קיים ויכוח ציבורי ער ורחב. המאמר מתרחק מהוויכוח הפוליטי ומציע שינויים קלים והגיוניים במבנה הוועדה ובדרכי בחירת חבריה. השינויים המוצעים מתבססים על חזית הידע בתורת המשחקים וחכמת ההמונים. ההצעות שומרות על עקרון הוועדה המאוזנת כדרך הנכונה לבחירת שופטים, כולל שופטי העליון.

המאמר השישי בגיליון נכתב על-ידי ד"ר עידית רונן, ד"ר נורית צימרמן, ד"ר מיכל רום, פרופ' מיכל אלברשטיין ועו"ד רונית כהן. המאמר מציג את המורכבות הכרוכה בביצוע מחקר אמפירי על שופטים, שנערך בשיתוף פעולה עם באמצעות תצפיות בבתי המשפט. המאמר שופך אור על התלבטויות הכותבות בשורה של סוגיות בעת שיצרו כלי מחקרי מיוחד – תצפית מותאמת לבחינת תפקיד השופט בניהול התיק ובסיומו בלא מתן פסק דין סופי שנוסח על ידי השופט.

המאמר השביעי בגיליון הוא של פרופ' רונן פרי, פרופ' אורן גול-אייל ועו"ד חן טובול. המאמר מבקש לבחון אם השתייכות מגדרית (של השופט או של המתבונן במערכת המשפט) משפיעה על התפיסה הציבורית של החלטות שיפוטיות. הניסוי העומד בבסיס המאמר בחן אם בגזרי דין בתיקי אונס, מגדר השופט משפיע על האופן שבו נתפסת הכרעתו, וכן אם מגדר המתבונן משפיע על האופן שבו הוא תופס את ההכרעה השיפוטית. המאמר ממשיך ומנתח השערות שונות שחלקן לא אוששו בניסוי ומציע הסברים לכך.

המאמר השמיני, מאת קרן ילין-מור, מציג את הבעיה של השפעת הטיות קוגניטיביות על רקע מוצא וגזע על החלטות שיפוטיות. על אף הקשיים המתודולוגיים להוכיח את קיומן של השפעות אלה, ישנם מחקרים המציגים הבדלים שיטתיים ומשמעותיים בין התוצאות המשפטיות המתייחסות לקבוצות שונות באוכלוסייה. המאמר מציע פתרון לבעיה זו: שימוש במערכות תומכות החלטה ממוחשבות אשר תסייענה לשופטים בקבלת החלטות ותמלצנה על החלטה במקרה שבו הם דנים. המאמר ממשיך ומפרט כמה אמצעים אשר צריכים להילקח בחשבון בעת עיצוב המערכות.

המאמר התשיעי בגיליון, של ד"ר עמי קובו, עוסק בתופעה חדשה של גישור פלילי, שהיא דרך לניהול הליך שבה מתקיים דיון לפני שופט מגשר, שאינו השופט שדן בתיק העיקרי, ובגדרה הצדדים מנסים להגיע להסדר טיעון מוסכם בסיוע בית המשפט. הכותב, שופט בית משפט מחוזי המכהן בגישורים פליליים, מיטיב לתאר את מאפייניו השונים של גישור זה, תוך בחינה מדוקדקת של יתרונותיו וחסרונותיו. הליך זה, הזוכה לפופולריות רבה אצל כל המשתתפים בהליך הפלילי, מאפשר שילוב של יעילות עם גמישות דיונית ואפשרות להגיע לתוצאות צודקות והוגנות. המאמר כולל שורת המלצות לשיפור השיטה בעתיד בכללים ועיגונה בחוק במטרה להבטיח אחידות.

המאמר העשירי, של ד"ר קרני פרלמן, דן בשאלה אם ראוי להחיל שפיטה בגישת פתרון בעיות גם למטרת בירור סכסוכים מסוימים שמקורם בשירות הצבאי בישראל. גישת פתרון הבעיות מופעלת כבר בישראל בהצלחה רבה בבתי משפט קהילתיים, בתי דין לנוער ובתי המשפט למשפחה. הכותבת מציעה לאמץ גישה זו לגבי שני סוגי סכסוכים: הראשון, בהליך שעניינו עבירה של היעדרות מן השירות, המתבררת במסגרת בית הדין הצבאי במהלך השירות. השני, בתובענה להכרה בנכות או בהיקף זכויות כתוצאה מהכרה בנכות של מי ששירת בצבא ונפגע עקב שירותו. הסוג השני אומנם מתברר מחוץ למסגרת השיפוטית הצבאית, אך שורשיו טמונים בשירות הצבאי.

גם המאמר החותם את הנושא "שופטים ושפיטה", מאת פרופ' מיכל אלברשטיין, עו"ד עמוס גבריאלי וד"ר נורית צימרמן, עוסק בגישה ייחודית לפתרון סכסוכים – הגישור הסמכותי. זוהי פרקטיקה גישורית ייחודית המשלבת רכיבים משיטות מוכרות של גישור; מתנהלת באופן מעריך; דנה מלכתחילה באופן מקיף במטרייה המשפטית הרלוונטית; משלבת שיח "רך" המתייחס לרגשות ואינטרסים; ומתנהלת ברציפות ובמשך שעות רבות עד לגיבושו וחתירתו של הסדר, בדרך כלל בתום ישיבת גישור אחת. המאמר ממשיך ומציג שני מובנים לסמכות המתהווה במודל זה.

מלאכה נעימה עבורי להודות לכל מי שעבד והשקיע כדי שגיליון זה יראה אור. תודה ראשונה לכל כותבי המאמרים, שזיכו אותנו במחקרים מרתקים ופורצי דרך. תודה גדולה לשני עורכי המשנה המצוינים על השקעתם ושקידתם לאורך חודשים רבים. תודה מיוחדת גם לחברי המערכת, תלמידי בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, החוקרים ומשפרים בעבודתם כל מאמר ומאמר מרגע הגשתו למערכת ועד רדתו לדפוס. קריאה מהנה ומחכימה.