

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

קרני פרלמן

תקציר ♦ **מבוא** ♦ א. ערעור ראליסטי על תפיסת הליך השפיטה הקלאסי ועל תפקיד השופט הנגזר ממנה 1. הליך השפיטה הקלאסי ותפיסת המשפט הפורמליסטית 2. הביקורת של האסכולה הראליסטית על הליך השפיטה הקלאסי ותפיסת המשפט הפורמליסטית (א) טענת ספקנות הכללים (ב) טענת האינסטרומנטליזם ובניית עיקרי המדיניות (ג) טענת ספקנות העובדות (ד) טענת האנטי-קונספטואליזם (ה) טענת האמפיריציזם והיחס למדעי החברה 3. תפיסת המשפט והמאפיין הפרגמטי באסכולה הראליסטית (א) תפיסת המשפט (ב) המאפיין הפרגמטי ♦ **ב. התפקיד השיפוטי התרפויטי** 1. תורת המשפט הטיפולי (א) כללי (ב) הביקורת על הליך השפיטה הקלאסי 2. בתי המשפט המיוחדים פותרי הבעיות 3. התפקיד השיפוטי התרפויטי הנוהג בבתי המשפט פותרי הבעיות (א) כללי (ב) כישורים ומיומנויות (1) כישורים רגשיים ותקשורתיים בין-אישיים (2) כישורי ניהול (3) יצירתיות ופתרון בעיות (ג) החלת התפקיד 4. התנהלות תרפויטית והגינות פרוצדורלית בבתי המשפט הכלליים (א) כללי (ב) הגינות פרוצדורלית המומלצת על ידי ארגון השופטים האמריקניים (ג) הקשר בין המלצת הארגון לתורת המשפט הטיפולי ♦ **ג. התפקיד השיפוטי התרפויטי החדש והתייחסותו לרעיונות של אסכולת הראליזם המשפטי מראשית המאה העשרים** 1. התייחסות לטענות מרכזיות באסכולה הראליסטית (א) טענת ספקנות הכללים (ב) טענת האינסטרומנטליזם ועיקרי המדיניות (ג) טענת ספקנות העובדות (ד) טענת האנטי-קונספטואליזם (ה) אמפיריציזם 2. הקשרים רעיוניים משותפים במבט כללי (א) תפיסת המשפט והתפקיד השיפוטי ♦ **סיכום**

- * ערכת דין ומגשרת. מרצה מן החוג ויועצת לתת-הקליניקה בנושא תורת המשפט הטיפולי בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראילן.
- ** מאמר זה נשען על תמות מתוך עבודת מחקר של המחברת לקראת תואר ד"ר שעניינה "תמורות ואתגרים בתפקיד השיפוטי בראשית המאה העשרים ואחת", בהנחיית ד"ר מיכל אלברשטין. בתי המשפט המיוחדים והתפקיד התרפויטי שבמסגרתם תוארו גם בהרצאתה של מחברת המאמר בכינוס "תורת המשפט הטיפולי". את הכינוס ערכו ד"ר אלברשטין והמחברת בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בראילן במאי 2007. התפקיד השיפוטי התרפויטי בישראל תואר בהרצאתה של המחברת בכינוס בינלאומי על תורת המשפט הטיפולי שנערך בפדואה, איטליה, יוני 2007. תודתי מסורה לד"ר מיכל אלברשטין על הערותיה המאירות והתורמות; למערכת "מחקרי משפט" ולד"ר רוני רוזנברג העומד בראשה על העבודה היסודית ועל ההערות המועילות. כמו כן, תודתי מסורה לפרופ' דיוויד וקסלר (ארצות הברית) על תמיכתו בעבודתי ועל התייחסותו המעצימה.

תקציר

מאמר זה מציג תפקיד שיפוטי חדש הנוהג במערכת בתי המשפט בארצות הברית – תפקידו של השופט התרפויטי. התפקיד הזכור נשען על תובנות ועל כללי התנהלות שהציעו הוגי תורת המשפט הטיפולי, והוא נוהג במובהק בבתי המשפט פותרי הבעיות. נוסף על כך, מאפיינים להתנהלות שיפוטית תרפויטית מוצעים כיום ליישום גם במערכת בתי המשפט הכללית. מאפיינים אלה עולים בקנה אחד עם המלצות נייר העמדה שפרסם ארגון השופטים האמריקניים להתנהלות שיפוטית ראויה בנוגע ליישום הגינות פרוצדורלית. המאמר מציג לראשונה בספרות המשפט בישראל את תפקידו של השופט התרפויטי, את מאפייניו ואת הכישורים והמיומנויות הנדרשים למילוי הנאות.

המאמר בוחן את התפקיד השיפוטי הנוהג בשיטה בראשית המאה העשרים ואחת תוך כדי התייחסות לרעיונות של אסכולת הראליזם המשפטי מראשית המאה העשרים. התייחסות זו מסייעת לזרוע אור על מהותו של התפקיד התרפויטי ולמקומו על פני ציר רעיוני-היסטורי כתפקיד שיפוטי המתכתב בדרכו הייחודית עם ביקורות וספקות שהעלו הוגים שונים באסכולה הראליסטית, במיוחד ג'רום פרנק, בנוגע לתפיסה הפורמליסטית של הליך השפיטה ולתפקיד השופט הנגזר ממנה.

התפקיד השיפוטי התרפויטי מגלם תהליך של מעבר שהחל בשיטת המשפט בארצות הברית מהתנהלות שיפוטית אדברסרית ופורמליסטית אל התנהלות שיפוטית שיתופית עם מאפיינים פורמליסטיים פחותים, הנעשית מתוך אוריינטציה הקשרית של יחסים ועוסקת בשיח של צרכים ואינטרסים.

התפקיד השיפוטי התרפויטי הוא חידוש שמן הראוי לעיין בו ולהכירו. התנהלות תרפויטית רווחת כיום בארצות משפט מקובל נוספות וסממניה מופיעים גם במשפט הישראלי. במישור הפלילי היא מביאה להורדה ניכרת בשיעורי העבריינות החוזרת ומזכה את מערכת המשפט בהבעת מידה גבוהה של אמון הציבור. הכרה בה וייבואה אל הדין הישראלי יכולים לסייע לאתגרים הניצבים כיום לפני המשפט והחברה בישראל.

מבוא

תפקידו של השופט במערכת בתי המשפט בארצות הברית בראשית המאה העשרים ואחת הנו תפקיד בעל תכנים מגוונים, לא אחת סותרים.¹ על פני קשת המעורבות וההתנהלות השיפוטית הלגיטימית בבתי המשפט בארצות הברית (ובארצות משפט מקובל נוספות) מצויים כיום כמה תפקידים שיפוטיים הנבדלים זה מזה ברמת הפורמליות המאפיינת אותם, ברמת האדברסריות של ההליך המיושם בהם ובדגש שהם בוחרים לשים עליו, הנע בין שיח של זכויות ויישום

1 ההתייחסות לתפקיד השופט (או לכל נושא תפקיד אחר) נעשתה במאמר זה בלשון זכר מטעמי נוחות בלבד, וכל הנאמר מתייחס כמובן במידה שווה לשופטת ולכל נושא תפקיד אחר.

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

כללים משפטיים אוניברסליים על עובדות המקרה ובין שיח שעניינו צרכים ואינטרסים של מתדיינים ספציפיים וגיבוש פתרון ייחודי הולם לעניינם.

ממגוון התפקידים השיפוטיים הנהוגים כיום בשיטה המשפטית יעסוק מאמר זה בהצגת תפקידו של השופט התרפויטי ובהליך השפיטה המתבצע במסגרת מילוי תפקיד זה. ההליך הנדון מתאפיין ברמת פורמליות נמוכה, בשיטות ובאוריינטציה שיפוטית המבכרת התייחסות שיפוטית הקשרית (relational) ופתרון בעיות אינדיבידואלי.

תכלית המאמר היא להציג לראשונה בספרות המשפט בישראל את תפקידו של השופט התרפויטי וכן לבחון את מאפייניו של התפקיד השיפוט החדש הנוהג בשיטת המשפט האמריקנית בראשית המאה העשרים ואחת, ובתוך כך להתייחס אל רעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי מראשית המאה העשרים בארצות הברית.

הוגי אסכולת הראליזם המשפטי העלו ספקנות וביקורת בנוגע לתפיסת המשפט הפורמליסטית ותפקיד השופט הנגזר ממנה שרווחו בזמנה. רעיונותיהם הביאו לשינוי תודעתי רחב היקף ולתהליך של ערעור על המוסכמות, לרבות אלו הנוגעות למהות התפקיד השיפוטית ולתהליך המתבצע במסגרתו.

מקובל לראות באסכולה הראליסטית הגות שהביאה לפיתוחו של שיח רעיוני מקיף ולהתפתחותן של תנועות רעיוניות מגוונות במרוצת המאה העשרים (תנועות שהתייחסו לרעיונות הגות זו בדרכים שונות).

האסכולה הראליסטית קראה לבחינת המציאות המשפטית הנוהגת, אך הביקורת שהעלתה בנוגע להוויה זו לא לוותה בהצעה לדגם יישומי מפותח להתנהלות שיפוטית ראויה אחרת.

תנועת תורת המשפט הטיפולית, The Therapeutic Jurisprudence, היא תנועה רעיונית-יישומית שהתפתחה בשלהי המאה העשרים בארצות הברית. תנועה זו מימשה את הקריאה לבחינת המציאות המשפטית הנוהגת ומצאה אותה בלתי איכותית ובלתי יעילה, בייחוד בכל הנוגע להחלת הדין הפלילי. תנועת תורת המשפט הטיפולית ביקשה להתערב במציאות הזאת ולשנותה באמצעות קריאה ליישום זווית ראייה חדשה, תרפויטית, להתבוננות במשפט ולעיסוק בו. קריאה זו לוותה בהצעה של מתודות מעשיות חדשות להתנהלותן של פרוצדורות משפטיות ושל תכני התפקיד של השופטים ועורכי הדין.

פיתוחה של התנועה והצעותיה המעשיות לניהול הליך שיפוט עם מאפיינים השונים מהליך השפיטה הקלאסי אפשרו את התפתחותו הרחבה של תפקיד שיפוט חדש – תפקידו של השופט התרפויטי.

תפקיד השיפוט התרפויטי יוצג במאמר בשני שדות פעולה. הראשון, תפקידו של השופט במסגרת בתי משפט מיוחדים המכונים בתי משפט תרפויטיים או בתי משפט פותרים בעיות, שרווחים בשנים האחרונות במערכת בתי המשפט בארצות הברית. השני, תפיסת התנהלות שיפוטית הראויה ליישום במערכת בתי המשפט "הרגילה" בכלל תהליכיה וערכאותיה, אשר ארגון השופטים האמריקנים המליץ ליישמה במסגרת פרשנות חדישה למונח הגינות פרוצדורלית בנייר עמדה רשמי שפרסם.

קרני פרלמן

התפקיד השיפוטי התרפויטי וההליך המתבצע במסגרתו ראויים להכרה ולבחינה מרחיבה, הן מנקודת מבט כללית והן מנקודת המבט הישראלית. ראשית, מדובר בתפקיד שיפוטי חדש יחסית הנוהג בשיטת המשפט בארצות הברית, והחידוש מצריך הכרה ועיון. שנית, קיומו מגלם תהליך של מעבר מהתנהלות שיפוטית בעלת מאפיינים אדברסריים, פורמליסטיים ופעולה מתוך אוריינטציה של עמידה על כללים, אל התנהלות שיפוטית שיתופית, עם מאפיינים פורמליסטיים פחותים ופעולה מתוך אוריינטציה הקשרית של יחסים הממוקדת בפתרון בעיות. שלישית, היקף ההתנהלות התרפויטית ויישומיה נמצאים במגמת הרחבה ופיתוח בארצות הברית ומחוצה לה. התנהלות תרפויטית רווחת כיום בארצות משפט מקובל נוספות וסממניה מופיעים גם במשפט הישראלי. לבסוף, ההתנהלות התרפויטית, במיוחד בבתי המשפט פותרי הבעיות, טוענת להורדה ניכרת בשיעורי העבריינות החוזרת ומזכה את מערכת המשפט בהבעת מידה גבוהה של אמון הציבור. הכרתה וייבואה לדין הישראלי יכולים לסייע לאתגרים הניצבים כיום לפני המשפט והחברה בישראל.

התפקיד השיפוטי התרפויטי מצוי בתהליכי עיצוב והתהוות הנלמדים בתהליך של היזון חוזר, הן מהרחבת המחקר ומהתפתחותה של תורת המשפט הטיפולית והן מההתנהלות השיפוטית המתבצעת הלכה למעשה במערכת בתי המשפט.

במבט רעיוני-היסטורי, על פני רצף של תהליך שראשיתו בהעלאת ביקורת ופיתוח שיח ברהשפעה, היווצרותו של תפקיד שיפוטי חדש, יישומו במערכת בתי המשפט והמשך פיתוחו בעתיד, מעניין לבחון אפוא את התפקיד השיפוטי התרפויטי הנוהג בראשית המאה העשרים ואחת ולבדוק את התייחסותו לרעיונותיה של האסכולה הראליסטית מראשית המאה העשרים.

פרק א יפתח בסקירה תמציתית וסכמטית של הביקורת והספקנות שהעלתה אסכולת הראליזם המשפטי בארצות הברית בראשית המאה העשרים נגד התפיסה הפורמליסטית שרווחה בשעתה בנוגע לתפקיד השיפוטי ולאופן התנהלותו. פרק ב יתאר בקצרה בחלקו הראשון את המסגרת הרעיונית הכללית של תורת המשפט הטיפולית. חלקו השני של פרק ב יעסוק בבתי המשפט המיוחדים, וחלקו השלישי ידון במאפייני התנהלותו של התפקיד התרפויטי בבתי המשפט האלה. החלק הרביעי בפרק זה ידון בהתנהלות שיפוטית שיש לה מאפיינים תרפויטיים, והיא מומלצת ליישום בכלל בתי המשפט. פרק ג במאמר יבחן את תפקיד השיפוט התרפויטי לאור רעיונות האסכולה הראליסטית שהוצגו בפרק א, והוא יזרע אור על מהותו ועל מאפייניו של התפקיד השיפוטי התרפויטי וינסה לעמוד על הקשר אפשרי בין גילומו בין זמננו ובין הרעיונות של האסכולה הראליסטית מן המאה הקודמת.

א. ערעור ראיסטי על תפיסת הליך השפיטה הקלאסי ועל תפקיד השופט הנגזר ממנה

1. הליך השפיטה הקלאסי ותפיסת המשפט הפורמליסטית
הליך השפיטה שהיה מקובל בארצות הברית בראשית המאה העשרים התאפיין ביסודות אדברסריים, רציונליים ופורמליסטיים, והוא יכולה להלן הליך השפיטה הקלאסי. תיאור תמציתי וסכמטי של מאפייני הליך השפיטה הקלאסי מעלה כי התפיסה האדברסרית הטמונה בו מניחה שהדרך היעילה וההוגנת לבירור סכסוך ולגילוי אמת משפטית היא בהצגת המקרה של כל צד באמצעות בא כוחו. היוזמה לטיפול בתיק ולקידומו מסורה לידי פרקליטו של המתדיין. על השופט להיוותר פסיבי ולהשאיר את מלאכת הבאת העובדות והכללים המשפטיים הרלוונטיים ליישוב הסכסוך לבאי כוחם של הצדדים.² התפיסה האדברסרית היא בעיקרה תפיסה בינארית שבה זכייתו של האחד משמעה הפסד לאחר. תפיסה זו מניחה כי בסכסוך קיימת אמת, עובדתית או משפטית, והיא אמורה להתגלות כתולדה ממאבק בין הצגת טיעונים נוגדים וביסוסם. תפקיד השופט בתפיסה זו הנו להכריע בין עמדות מנוגדות ולקבל גרסה אחת על פני רעותה.³ הרכיב הרציונלי הודגש כמאפיין של הליך השפיטה הקלאסי המעניק להליך לגיטימות. ההיגיון, הרציו האנושי, הוצג כבסיס להכרעה השיפוטית, לעומת הכרעה על סמך רגש או חוש. השפיטה תוארה כהליך של החלטה מושכלת אשר מעברת את טיעוניהם ואת מצגיהם של הצדדים העומדים לפני השופט.⁴ השופט נשען על נימוקים רציונליים, והוא מחליף את הערכת הצדדים למקרה בהגיונו שלו כבעל סמכות ההכרעה, תוך כדי יצירת אינטגרציה של נימוקי הצדדים, שקילתם, בחירה מביניהם ונימוק של בחירתו.⁵

JAMES HAZARD, CIVIL PROCEDURE 4-8 (Little Brown and Company 3rd ed., 1985); 2
RICHARD L. MARCUS, MARIN H. REDISH & EDWARD F. SHERMAN, CIVIL PROCEDURE: A
MODERN APPROACH (4th ed., 2005); DAVID W. LOUISELL & GEOFFREY C. HAZARD,
PLEADING AND PROCEDURES 39-55 (3rd ed., 1973); שלמה לרין תורת הפרוצדורה האורחית
122-121 (הוצאת חברה ישראלית להכשרה מקצועית בע"מ, 1999); דודי שוורץ סדר דין אורחי:
חידושים, תהליכים ומגמות 41 (הקריה האקדמית אונו, התשס"ז) (להלן: שוורץ סדר דין אורחי).
3 Carrie Menkel-Meadow, *The Lawyer as Problem-Solver and Third Party Neutral: Creativity and Non-Partisanship in Lawyering*, 72 TEMP. REV. 785 (1999); Carrie
Menkel-Meadow, *Whose Dispute is it Anyway? A Philosophical and Democratic
Defense of Settlement of Settlement (In some Cases)*, 83 GEO. L.J. 2663 (1995)
4 Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. REV. 353 (1978) (להלן:
פולר *Forms and Limits*); מיכל אלברשטין תורת הגישור 45 (הוצאת מאגנס, 2007).
5 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (Clarendon Press, 1986); STEVEN J. BURTON,
AN INTRODUCTION TO LAW AND LEGAL REASONING (2ed., 1995); Michal Alberstein,
*Negotiating for Justice, Fighting for Law: The Dialectic of Promoting and Settling
Disputes in the Current Global Era*, 31 STUDIES IN LAW, POLITICS AND SOCIETY 45
(2004)

קרני פרלמן

המאפיין הפורמליסטי של הליך השפיטה הקלאסי עולה בקנה אחד עם תפיסת העולם הפורמליסטית שרווחה בראשית המאה העשרים בארצות הברית.⁶ תפיסה זו ראתה במשפט אוסף של כללים עם לוגיקה פנימית, הניתנים ללימוד וליישום מתוך התעמקות בדוקטרינות משפטיות וביחסים פנימיים בין נורמות. המשפט נתפס כמערכת סגורה, אוטונומית והגיונית של הנחות ומסקנות המנותקות מן הממד הערכי, שכלליו מכתיבים תוצאות משפטיות ברורות על נסיבות של עניין ספציפי.⁷

תפיסת התפקיד השיפוטי הנגזרת מתפיסת העולם הפורמליסטית היא של ניהול תהליך חשיפה טכני של נורמות משפט המצויות בדין. ההכרעה השיפוטית, אליבא דגישה זו, אינה עוסקת בגילום או ביצירה של הכרעות ערכיות, אלא בניתוח הפתרון המתחייב ואיתורו (בדרך של היקש לוגי) על פי התכנים המושגיים של המערכת הנורמטיבית הקיימת. תפקידו של השופט הינו מצהיר דין או כלי המשמש "שופרו של החוק", ותכליתו לתת ביטוי נאמן ללשון החוק, כמו שקבע המחוקק.⁸

התפיסה הפורמליסטית סוברת כי קביעתם ויישומם של כללים משפטיים פרוצדורליים, כלליים ואובייקטיביים לניהול סדרי הדין ודיני הראיות יבטיחו ניהול הליך משפטי הוגן.⁹ היסודות הפורמליסטיים כללו הגדרת תפקידים בהתנהלות ההליך האדברסרי (תובע-נתבע), מילוי כללי פעולה מחייבים (הגשת מסמכים מסוימים במועדיהם), שימוש בכללים לקביעת קבילותן של ראיות ומשקלן המשפטי, מתן הכרעה שיפוטית בפסק דין מפורט, מנומק ופומבי שניתן לערער עליו או לבקרו ועוד.

התפיסה הפורמליסטית, העומדת על הפעלת כללי פרוצדורה של סדרי הדין ודיני הראיות, השואפת להתמקדות רציונלית בשקילת חובות וזכויות העולים מכתבי הטענות והראיות שהוצגו, המבקשת ליישב את הסכסוך בעזרת איתור כללי דין אוניברסליים ההולמים את המקרה והחלתם על נסיבותיו, תיקרא להלן אוריינטציה של כללים.

6 Thomas A. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 U. PITT. L. REV. 1 (1983)

7 Douglas Lind, *Logic, Intuition, and the Positivist Legacy of H.L.A Hart*, 52 SMU. L. REV. 135 (1999); Richard H. Pildes, *Forms of Formalism*, 66 U. CHI. L. REV. 607 (1999); E.J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Imminent Rationality of the Law*, 97 YALE L.J. 949 (1988); Warren Lehman, *Rules in Law*, 72 GEO. L.J. 1571 (1984) מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיני משפט יז 503 (התשנ"ג) (להלן: מאוטנר "ירידת הפורמליזם").

8 Fredric Morton J. Horwitz, *The Rise of Legal Formalism*, 19 AM. J. LEG. HISTORY 251 (1975); Frederick Schauer, *Formalism*, 97 YALE L.J. 509 (1988); Doreen McBarnet & Christopher Welan, *The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control*, 54 MOD. L. REV. 848 (1991); ANTHONY T. KRONMAN, *THE LOST LAWYER*, 179-199 (Harvard University Press, 1995) מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל הערה 7.

9 שוורץ סדר דין אזרחי, לעיל הערה 2, בעמ' 34.

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

התפיסה הפורמליסטית ייחסה לשופט נטרליות ואובייקטיביות בשעת מילוי תפקידו. הניטרליות השיפוטית בניהול הליך השפיטה הקלאסי באוריינטציה של כללים אמורה להתגשם בעזרת התנהלות שיפוטית פסיבית וריחוק מן הצדדים.¹⁰ כדי לחזק תפיסה זו הופעלו אמצעים שונים שיועדו להציג ריחוק שיפוט וטשטוש אישיותו של השופט ואת תרומתו ליצירת המשפט.¹¹

על הכישורים והמיומנויות הרצויים לניהול הליך שיפוט קלאסי נמנות היכולת האנליטית למיין עובדות אל תוך קטגוריות משפטיות¹² והיכולת להכריע הכרעה שיפוטית מנומקת בכתב המנוסחת ברהיטות, ברציונליות ובשיטתיות.

ייצוגו הסמלי של הליך השפיטה הקלאסי נעשה באמצעות דמותה של אלת הצדק תמיס (Themis), המתוארת על פי רוב באמנות כאישה עם כסות לעיניה המחזיקה בידה האחת מאזניים ובידה האחרת חרב. החרב מסמלת את הכוח ואת היכולת להוציא אל הפועל החלטות שיפוטיות ללא פשרות. המאזניים מייצגים את ערך השקילה ההוגנת בין טיעוני הצדדים וזכויותיהם. כיסוי העיניים של אלת הצדק נועד להדגיש את הניטרליות השיפוטית ואת חוסר משוא הפנים של השופט כלפי הצדדים המופיעים לפניו.¹³

- 10 מרטין שפירו סבר כי הניטרליות השיפוטית מדמה מבנה של משולש שווה שוקיים שבו השופט מצוי בקודקוד המשולש והצדדים מצויים במרחק שווה ממנו מבחינת העניין וההתייחסות השיפוטית. ראו: MARTIN M. SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS 1-2 (Chicago U. Press, 1981); שמירת המרחק והפסיביות השיפוטית נועדו להבטיח את יסוד השליטה של הצדדים בהליך האדברסרי; כך, כל צד מקבל הזדמנות שווה לטעון, להישמע ולהשפיע על החלטת השופט. ראו: פולר *Forms and Limits*, לעיל הערה 4, בעמ' 383. ראו גם: רונית זמיר "החיסיון בין מגשר לבין צדדים לגישור" *ספר אורי קיטאי* 58 (נבו הוצאה לאור בע"מ, התשס"ח).
- 11 אמצעים כגון לבוש אחיד המסמל מילוי תפקיד, הצגת הפסיקה כמכתבת מתכנים משפטיים אוניברסליים ואובייקטיביים, ניסוח פסק הדין באופן הנשען על תקדימים משפטיים ושימוש בלשון רבים ועוד, מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל הערה 7; מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" *מנחה ליצחק: קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו* (אהרן ברק ומנשה שאוה עורכים, הוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, 1999).
- 12 מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל הערה 7, בעמ' 540. מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב-תרבותית" *מחקרי משפט* יט 423, 425 (התשס"ג).
- 13 הניטרליות המיוצגת בכיסוי העיניים היא בשני היבטים: האחד, השופט "עיוור" כלפי זהות הצד המופיע לפניו, ופירושו של דבר שאין השופט אמור להיות מושפע מכך בפסיקתו. השני, הצבת השופט כאדם, בשונה מבעל תפקיד, כמי שאינו נגיש בזהותו האישית לצדדים. ראו: Judith Resnik & Dennis E. Curtis, *Representing Justice: From Renaissance Iconography to Twenty-First Century Courthouses*, 151 PROCEEDINGS OF THE AMERICAN PHILOSOPHICAL SOCIETY 139 (2007); Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 376, 383 (2008). על ייצוגי הצדק ועל התפתחותם במשפט, ראו: עילי אהרנסון ושולמית אלמוג "משפט כקולנוע: מראית פני הצדק בעידן הדימוי הנע" *מחקרי משפט* כב 9 (התשס"ה) (להלן: אהרנסון ואלמוג "משפט כקולנוע").

2. הביקורת של האסכולה הראליסטית על הליך השפיטה הקלאסי ותפיסת המשפט הפורמליסטית

אסכולת הראליזם של המשפט האמריקני התגבשה ובאה לידי ביטוי בשנות העשרים והשלושים של המאה העשרים. אסכולה זו נחשבת לתנועה מרתקת בהתפתחות תורת המשפט, הן בשל מקוריותם של הרעיונות שהעלתה בשעתה והן משום שהוגים שונים שנקשרו בה העלו טענות שלא תמיד היו אחידות ולעתים היו אף סותרות.¹⁴ תופעה זו גרמה בין היתר לכך שעד היום מלומדים דנים בשאלות הנוגעות להבנת תפיסותיה והגדרת רעיונותיה,¹⁵ ולמרות האמור לעיל ואולי דווקא בשל כך, השפעתה על התפתחות המשפט בארצות הברית הייתה ועודנה מהותית ומקיפה.¹⁶ מקובל לסבור כי הזרם המרכזי של המשפט אימץ חלק מן הטענות הראליסטיות, את הפרגמטיות שבהן.¹⁷ סברה זו מצאה לה ביטוי בין היתר בהכרזה שקבעה "We are all realists now".¹⁸ במאמר זה אבקש לבחון אם התפקיד השיפוטי התרופוטי החדש בשיטה מאפשר לראות בו ייצוג של תפקיד המגיב לרעיונות ראליסטיים הלכה למעשה, ייצוג העשוי להיחשב ביטוי נוסף לנכונותה של ההכרזה שזכרה לעיל.

- 14 PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 50 (Martin P. Goldin & William A. Edmundson eds., Blackwell Publishing Ltd., 2005) (להלן: PHILOSOPHY OF LAW); AMERICAN LEGAL REALISM (William W. Fisher, Morton J. Horwitz and Thomas A. Reed eds., Oxford University Press, 1993).
- 15 Hanoch Dagan, *The Realist Conception of Law*, 57 UNIV. OF TORONTO L.J. 607 (2007) (להלן: *The Realist Conception*); כן ראו את ספרו של שלגל משנת 1995 העוסק באסכולה הראליסטית ובו התמקדות בתיאור הביוגרפיה של הוגים ראליסטיים על רקע זמנם ומקומם, שלא כמו הכתיבה ששמה דגש על היסטוריה אינטלקטואלית של רעיונות: JOHN HENRY SCHLEGEL, AMERICAN LEGAL REALISM AND EMPIRICAL SOCIAL SCIENCE (The University of North Carolina Press, 1995) (להלן: שלגל AMERICAN LEGAL REALISM AND EMPIRICAL SOCIAL SCIENCE); לביקורת על זווית ראיה זו ראו: Christopher Shannon, *Book Review: The Dance of History*, 8 YALE J.L. & HUMAN. 495 (1996). אמירה העומדת על היותה של התפיסה הראליסטית כר פורה להבנה ולמחקר באופנים שונים בעלי עניין עד ימינו אפשר למצוא במאמר ביקורת נוסף על ספרו של שלגל (ההדגשה שלי, ק' פ): "Legal Realism has always been a kind of intellectual Rorschach for American Lawyers, symbolizing different things to different people". Jack Balkun, *Book Review: John Henry Schlegel: American Legal Realism and Empirical Social Science*, 16 LAW & HIST. REV. 2 (1998).
- 16 Singer, Joseph W. Singer, *Legal Realism Now*, 76 CAL. L. REV. 467 (1988) (להלן: Singer); Anthony T. Kronman, *Jurisprudential Responses to Legal Realism*, 73 CORNELL L. REV. 335 (1988).
- 17 מיכל אלברשטין "הרעיון הפרגמטי במשפט וביישוב סכסוכים: אנטומיה של תורות משפט משתנות" *משפט ועסקים* ה 55 (התשס"ו) (להלן: אלברשטין "הרעיון הפרגמטי").
- 18 LAURA KALMAN, *LEGAL REALISM AT YALE 1927-1969* 229 (Los Angeles, 1986) (להלן: קלמן LEGAL REALISM AT YALE).

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

הצגה נרחבת וראויה של רעיונות האסכולה הראליסטית וטענותיה חורגת מגדרי האפשר במאמר. על כן יובאו להלן באופן תמציתי וסכמטי עיקרי הרעיונות של האסכולה וטענותיה, מתוך התמקדות במלאכת השפיטה.

(א) טענת ספקנות הכללים

הראליסטים הצביעו על כך שהדין מכיל כללים סותרים, אבסטרקטיים וכלליים. הדין רווי בפערים שכללי החוק אינם מגשרים עליהם ומכיל קונפליקטים בין נורמות לעקרונות. הדין מאפשר אפוא פרשנויות שונות לכללי החוק ולתקדימים שנקבעו בפסיקה ואשר כולן לגיטימיות. לפיכך, כללים משפטיים אינם מסוגלים כשלעצמם להכתיב תוצאות משפטיות חד-משמעיות במקרה מסוים. פירושו של דבר, העשייה השיפוטית נעשית בתנאים של חוסר ודאות, תוך כדי איתור ובחירה מצד השופט היושב לדין.¹⁹

(ב) טענת האינסטרומנטליזם ובניית עיקרי המדיניות

לפי טענה זו, על השופט מוטלת מלאכת האיתור והבחירה של הנורמות החלות בנסיבות הסכסוך כדי להגשים מדיניות חברתית כלכלית. הכללים המשפטיים נקבעים ומונעים באמצעות אינטרסים וצרכים חברתיים, והשפיטה היא כלי להגשמת מדיניות חברתית ולקידום ערכים והענקת זכויות. בניגוד לגישה הפורמליסטית, החלת הכללים איננה אחידה ופורמלית, היות שהבחירה ביניהם נעשית מתוך חשיבה אינסטרומנטלית המתאימה אמצעים למטרה. המדיניות הרצויה לשופט מכתובה את קליטתן של זכויות והחלתן בנסיבות העניין.²⁰

19 פליקס כהן הראליסט הדגיש את תהליך הבחירה הכרוך בעבודה השיפוטית כך: "Every decision is a choice between different rules which logically fit all past decisions but logically dictate conflicting results in the instant case". FELIX COHEN, ETHICAL SYSTEMS AND LEGAL IDEALS: AN ESSAY ON THE FOUNDATION OF LEGAL CRITICISM 35 (New York: Har court, Brace, 1933) (להלן: כהן ETHICAL SYSTEMS AND LEGAL IDEALS). קרל לואלין, מהוגי אסכולת הראליזם, מציין בספרו כי "Rules are not to control, but to guide decision". ראו: KARL LLEWELLYN, THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS 179 (1960) (להלן: לואלין); PHILOSOPHY OF LAW, לעיל הערה 14, בעמ' 51-52. ראו עוד: חיים שיין הפילוסופיה של המשפט – עיון ישראלי 271, ובהערות 1001-1002 (התשס"ח) (להלן: שיין הפילוסופיה של המשפט).

20 Singer, Legal Realism, לעיל הערה 16, בעמ' 502. לפי מאוטנר, לואלין טען כי שופטים מגיעים להכרעות לאורם של עקרונות ויעדים הנחשבים בעיניהם ראויים לאימוץ, לפי נסיבות הייחודיות של המקרה ועל פי צרכיה של הקהילה שהצדדים חיים בה. שופטים עוסקים, לדברי לואלין, בעיצובם של הכללים המתאימים לחול על המקרה בדרך של לימוד מאפיינים משותפים של מקרים שנדונו בעבר ולמאפייני הייחודיים של המקרה, בחינת הכללים המצויים שיכולים לחול על המקרה או הצורך בייצורו של כלל חדש, והכול בעזרת שימוש בידע משפטי, בידע כללי ובניסיון חיים ברבר החברה שהשופטים פועלים בה. ראו: מנחם מאוטנר "גדמר והמשפט" עיוני משפט כג 367, 403 (התש"ס).

(ג) טענת ספקנות העובדות

טענה זו נקשרת בעיקרה להוגה הראליסט והשופט ג'רום פרנק (Frank).²¹ פרנק סבר כי מלאכת השפיטה נעשית בראשיתה בעזרת גיבוש העובדות הרלוונטיות למקרה וקביעתן. תהליך קביעת העובדות אינו אובייקטיבי אלא מושפע מאישיותו הייחודית של השופט היושב לדין. השפעה זו יכולה לנבוע ממקור פסיכולוגי הקשור למרכיבים במבנה אישיותו של השופט ומקיומן של הטיות קוגניטיביות או מעיוותים אנושיים המתרחשים אצל בני האדם בתהליכי קליטת המידע ועיבודו.²² השפעה זו עשויה להיווצר, לדעת הוגים ראליסטיים אחרים, גם בשל תפיסות כלכליות חברתיות שבהן מחזיק השופט ומן הרקע המערכתי, התרבותי, הפוליטי או אחר שממנו הוא בא.²³

פרנק טען כי הליך קביעתן של העובדות הרלוונטיות הוא פרי תפיסה ייחודית של אישיות השופט היושב לדין, והדבר שולל יכולת של חיזוי ודאי של התוצאה המשפטית. לדבריו, תיאור הולם של מלאכת השפיטה הוא זה: "הגירוי המשפיע על השופט" + "האישיות של השופט" = החלטה.²⁴

21 בשנת 1930 פרסם פרנק את ספרו *The Modern Mind*, ובו פרש את משנתו, את ספקנותו ואת ביקורתו בנוגע לתפיסת הפורמליזם במשפט. בשנת 1949 התפרסם ספרו *Courts on Trial* שהתמקד בעבודת השיפוט, ובו פורטה תפיסתו הייחודית של פרנק כלפי בתי המשפט, מלאכת השפיטה והרפורמות הנדרשות בדין לגישתו, לרבות רפורמות בהכשרתם של עורכי הדין והשופטים. ראו: JEROME FRANK, *LAW AND THE MODERN MIND* (Brentano's, 1930); JEROME FRANK, *COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE* (Princeton University Press, 1949) (להלן: פרנק *COURTS ON TRIAL*).

22 במאמר מפורסם שואל פרנק שאלה רטורית, האם שופטים הם בני אנוש? וקורא להבנת התפקיד השיפוטי על יסוד ההכרה כי שופט פועל ונוהג ככל בני האדם; פירושו של דבר, השופט נתון מעצם טבעו כאדם להטיות ולכשלים קוגניטיביים ורגשיים המתרחשים בהליכי החשיבה, בעיבוד הנתונים ובהכרעה אצל כלל בני האנוש. ראו: Jerome Frank, *Are Judges Human?*, 80 U. PA. L. REV. 17 (1931). הדיון שהעלה פרנק על ההטיות והכשלים הקוגניטיביים בשנות השלושים של המאה העשרים אינו מפותח וזהה לדיון בן זמננו על ההטיות הקוגניטיביות המאפיינות את תהליכי קבלת ההחלטות; אך דיון זה מהווה נקודת מפנה בהתייחסות אל תהליכי ניהול ויישוב סכסוכים, לרבות הליך השפיטה, תוך כדי שימוש בכלים ובמחקר ממדעי החברה. זווית זו מפותחת בדיסציפלינת יישוב הסכסוכים ובתנועת ה-ADR הפועלת במסגרתה. לדוגמה ראו: מיכל אלברשטין "על כשלים, רציונליות מוגבלת וקולות נגדיים, תרבויות של משא ומתן ושל משפט" *משפטים על אהבה* 657, 660-661 (ארגנה בן נפתלי וחנה נוה עורכות, התשס"ה). על השופט "כבן אדם" ועל כינון דמותו המצויה והרצויה בדין הישראלי, ראו: יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" *משפט וממשל* ח 49 (התשס"ה).

23 פרנק התמקד ב"היבט האישיותי" העומד ביסוד גיבושה של ההכרעה השיפוטית, ואילו הוגים ראליסטיים אחרים דוגמת כהן ולואלין התמקדו ב"היבט הסוציולוגי" ובהשפעתו על עיצוב ההכרעה השיפוטית, ראו: Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLU. L. REV. 809 (1935) (להלן: כהן *Transcendental Nonsense*); לוואלין, לעיל הערה 19; PHILOSOPHY OF LAW, לעיל הערה 14, בעמ' 54.

24 פרנק *COURTS ON TRIAL*, לעיל הערה 21.

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

טענתו של פרנק משמעותית בשלושה היבטים: ראשית, היא ביקרה את היכולת השיפוטית לקבוע בוודאות מהי "אמת" בנוגע לעבר; שנית, היא ערערה את היכולת לצפות מה הן העובדות שהשופט ימצא כרלוונטיות ומה תהיה הכרעתו לאורן; ושלישית, היא גילתה את חשיבות הגורם האנושי בכל תהליכי הבחירה וההחלטה הכרוכים בעבודה השיפוטית.²⁵

(ד) טענת האנטי-קונספטואליזם

הראליסטים סברו כי עבודת השיפוט צריכה לדון דיון פונקציונלי ולא לראות די בדיון מושגי מטפיזי. על השפיטה לבחון את תכלית הכלל או את המושג המשפטי, לפרש את המבנה המשפטי לפי התפקיד, לפי הפונקציה שהוא אמור למלא במציאות, ולהעניק לו תוכן לפי צרכיו.²⁶

(ה) טענת האמפיריציזם והיחס למדעי החברה

התפיסה הראליסטית ביקשה להשתית מדיניות משפטית על התבוננות אמפירית ולהעניק למשפט אישור באמצעות פנייה והישענות על מדעי החברה.²⁷ שלגל (Schlegel), בספרו על הראליזם המשפטי, מדגיש את הערכתם של הוגים ראליסטיים למדע ואת השאיפה לערוך מחקרים אמפיריים.²⁸

בהקשר זה מן הראוי להזכיר את עמדתו של פרנק בנוגע להכשרה המשפטית. פרנק טען כי חינוך משפטי כהלכה מחייב שינוי בהכשרה הנדרשת משופטים ומעורכי דין. חינוך משפטי הולם צריך לכלול לגישתו התנסות במקצוע והכרת ידע המצוי בענפים שונים של דיסציפלינת מדעי החברה. לעמדתו, החשיפה להתנסות מעשית תביא, בין היתר, ללימוד הסיכון שיש במוסד חבר המושבעים; תלמד כיצד מושפעות זכויות משפטיות תאורטיות מסיבות מעשיות, כגון אובדן מסמכים והיעדרות עדים; תראה כיצד משפיעים גורמים שאינם שייכים לתפיסות המושגיות של המשפט על החלטות השופטים, כגון עייפות ומידת הסבלנות; ונוסף על כך תלמד מתודות של משא ומתן ויישוב סכסוכים הלכה למעשה.²⁹ לאור האמור הציע פרנק להכשיר שופטים בהכשרות מיוחדות. ההכשרות יכללו התנסות מעשית בייצוג לקוחות בבתי המשפט בליווי עורכי דין המתמחים במלאכה זו, וכן הכשרה פסיכולוגית כדי לשפר את המודעות לקיומן של הטיות קוגניטיביות בתהליכי עיבוד הנתונים (ואף התנסות בתהליך של פסיכואנליזה).³⁰

25 שם, בהקדמה לספר מאת אדמונד כאהן (Edmond Cahn), בעמ' ix.

26 כהן *Transcendental Nonsense*, לעיל הערה 23.

27 אלברשטיין "הרעיון הפרגמטי", לעיל הערה 17, בעמ' 68; PHILOSOPHY OF LAW, לעיל הערה 14, בעמ' 50.

28 שלגל AMERICAN LEGAL REALISM, לעיל הערה 15.

29 פרנק COURTS ON TRIAL, לעיל הערה 21, בעמ' 225-246.

30 שם, בעמ' 247-251.

3. תפיסת המשפט והמאפיין הפרגמטי באסכולה הראליסטית

(א) תפיסת המשפט

המשפט, על פי הוגים מרכזיים באסכולה הראליסטית, מאגד מציאויות פרקטיות (בניגוד לקונספציות). המשפט נועד לשמש מטרת חברתית, מושפע מאינטרסים חברתיים ומשפיע על קידומם של אינטרסים מגוונים בחברה. יש לבחון על סמך השפעתו המעשית.³¹ דגן, במאמרו על תפיסת המשפט באסכולה הראליסטית, סובר כי היא רואה במשפט מוסד הכולל מתחים מכוננים בלתי נמנעים בין כוח לתבונה, בין מסורת לקדמה, בין מדע לאמנות.³² מאפיין מכונן נוסף בתפיסה הראליסטית הוא הדינמיות של המשפט.³³

(ב) המאפיין הפרגמטי

הראליזם המשפטי צמח על רקע של מקורות מגוונים,³⁴ עליהם נמנים גם התפיסה הפרגמטית,³⁵ התפתחותה של הגישה הסוציולוגית למשפט והאתוס המדעי של ראשית המאה העשרים.³⁶

הפרגמטיזם הפילוסופי, על פי אלברשטין, הוא אחד מיסודותיה של האסכולה הראליסטית ופותח במסגרתה. ניתן לתארו כמורכב משלוש ההנחות הבאות:

- (1) התאוריה של ההתנהגות האנושית הרואה בפעולתו של הפרט בחירה אקטיבית אשר יוצרת משמעות מעשית לעקרונות תאורטיים.
- (2) תאוריה של ידע ועמדה פילוסופית שבמסגרתה האמת נבחנת רק על פי הערך המעשי של החזקה ברעיונות או באמונות, בחינת הרעיונות ככלים להתמודדות שיש להעריכם לפי תועלתם, חשיבות הניסיון וההבנה כי ביסוד האמונות והדעות מצויים אינטרסים וצרכים.
- (3) עמדה אופטימית ומוסרית לגבי ההתפתחות האנושית הרואה באדם סוכן פעיל שבכשרו לשנות את פני המציאות.³⁷

31 Karl L. Llewellyn, *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*, 44 HARV. L. REV. 1222, 1236 (1931); Karl L. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, 30 COLUM. L. REV. 431 (1930)

32 דגן *The Realist Conception*, לעיל הערה 15. הדיון שפרופ' דגן עוסק בו נמצא ברמת התאוריה של "המשפט בספר", התפקיד התרפויטי יכול להיות יישום קונסטרוקטיבי של הנטען ברמת "המשפט בביצועו".

33 שם.
34 MICHAL ALBERSTEIN, PRAGMATISM AND LAW: FROM PHILOSOPHY TO DISPUTE RESOLUTION 1-31 (Burlington, 2002) (להלן: אלברשטין PRAGMATISM AND LAW).

35 אלברשטין "הרעיון הפרגמטי", לעיל הערה 17.

36 שיין *הפילוסופיה של המשפט*, לעיל הערה 19, בעמ' 266-262; AMERICAN LEGAL REALISM, לעיל הערה 14, בעמ' xii.

37 אלברשטין "הרעיון הפרגמטי", לעיל הערה 17, בעמ' 62.

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

התפיסה הפרגמטית באסכולה הראליסטית באה לידי ביטוי גם בעניין תשומת הלב הראליסטית שהוסטה מבחינת כללי הדין וחשיבותו של המחוקק, אל בחינת המשפט המוגשם בבתי המשפט ואל החשיבות של עבודת השופט.³⁸

בהקשר זה יש מקום לציין את קריאתו של פרנק לעריכת שינויים בדרך התנהלותו של ההליך השיפוטי. פרנק קרא לפעול למען כמה שינויים רלוונטיים: האחד, הפחתה ממידת הפורמליות הכרוכה בניהול המשפט, לרבות שינוי בתלבושת הנדרשת משופטים.³⁹ השני, הפחתה מעוצמת האדברסריות, במובן של הרגעת המתודות הלוחמניות המעורבות בהתנהלות הצדדים בתהליך השיפוטי. השלישי, הציע פרנק, לאפשר לשופט להשתתף השתתפות פעילה יותר בחקירות עדים ולנהלן בדרך יותר "אינטליגנטית ואנושית".⁴⁰

כעולה מן המאוזכר לעיל בתמצית, אסכולת הראליזם המשפטי הניחה לפתחו של השיח המשפטי תפיסה ביקורתית על מהות המשפט ועל עריכת הליך השפיטה ותכניו של התפקיד השיפוטי. אסכולה זו העמידה מראה מול מערכת בתי המשפט והתנהלות הליך השפיטה וקראה תיגר על התפיסה הפורמליסטית שהייתה מקובלת בזמנה. עם זאת, לספקנות ולביקורת לא נלווה דיון מקיף בשאלות נורמטיביות: כיצד מן הראוי ששופטים ימלאו את תפקידם ומהו הדגם הישים הנכון והיעיל לפעולתם?⁴¹

על היעדרה של הצעת חלופה להתנהלות מעשית ראויה נמתחה ביקורת, ויש הרואים באסכולה הראליסטית תנועה שכשלה.⁴² לעומת עמדה זו, רבים הצביעו על הצלחת האסכולה הראליסטית ועל חשיבותה, משום ששינתה את מונחי השיח המשפטי ואת נשואי התייחסותו והביאה לפיתוח מגוון של תורות חשיבה משפטיות נוספות.⁴³ דוגמה רלוונטית למאמר היא אימוץ דרך התבוננות במשפט מזווית ראייה ראליסטית, זו הבוחנת כיצד מתרחשת הפעילות המשפטית בפועל, במציאות ולא בתאוריה.⁴⁴

38 שיין הפילוסופיה של המשפט, לעיל הערה 19, בעמ' 266.

39 פרנק כינה זאת "הסגידה" לגלימה, ראו: פרנק Courts on Trial, לעיל הערה 21, בעמ' 254.

40 שם, בעמ' 422-423.

41 פרנק, הטוען לקיומם של שיקולים אישוריים המשפיעים על החלטה שיפוטית, אינו יכול להציע עצה נורמטיבית כיצד על השופט לפעול שלא כתולדה טבעית הנובעת מהבנת השופט את המצב ומעבודו את המידע. על כן, הערותיו של פרנק בכתיבתו העיונית מתרכזות בפנייה להרחיב את המודעות לשיקולים אלה ובמתן המלצות להתנהלות שיפוטית שיש בה עידוד מדיניות של הפחתה מן הנוקשות הפורמלית במשפט. הוגים המשתייכים לזרם "הסוציולוגי" קוראים להתוויית שיקולי מדיניות חברתית במסגרת הכרעת הדין, אך אין בכך כדי להעניק דגם מעשי להתנהלות שיפוטית הולמת. ראו: PHILOSOPHY OF LAW, לעיל הערה 14, בעמ' 58-59.

42 קלמן מסיימת את ספרה על הראליזם המשפטי בייל בטענה שהראליזם המשפטי נכשל. ראו: קלמן LEGAL REALISM AT YALE, לעיל הערה 18.

43 ראו: Singer, Legal Realism, לעיל הערה 16, בעמ' 467; AMERICAN LEGAL REALISM, לעיל הערה 14, xv-xiv.

44 הקריאה הראליסטית פנתה לבחון כיצד הפעילות המשפטית מתרחשת הלכה למעשה. השופט הולמס, שהגותו נחשבת למבשרת הכתיבה הראליסטית, טען ש"חיי המשפט אינם היגיון אלא ניסיון", והמשפט אינו אלא ניבוי של התוצאה המשפטית שתוכרע בפועל בבית המשפט. OLIVER WENDEL

ההתמקדות בסוגיה של בחינת ההליך השיפוטי הנוהג במערכת בתי המשפט בפועל, והרצון לשינוי פני המציאות המשפטית הלכה למעשה בניהול ויישוב סכסוכים במערכת המשפט, עמדו ביסוד היווצרותן של מספר תנועות רפורמה רעיוניות-מעשיות שהתפתחו בשלהי המאה העשרים בארצות הברית.

בשנות השמונים התפתחה ובאה לידי ביטוי מקיף תנועת ה-ADR – Alternative/Adequate Dispute Resolution – יישוב סכסוכים חלופי או הולם. לטענת הוגי תנועה זו, ההתנהלות השיפוטי, במיוחד בפן האזרחי במסגרת ההליך השיפוטי הקלאסי, אינה תמיד יעילה, אין היא הולמת לבירור כל סכסוך וההליך האדברסרי אינו ראוי להיות ההליך הבלעדי לניהול ויישוב סכסוכים המוצע על ידי מערכת בתי המשפט. לפיכך הציעה תנועת ה-ADR את פיתוחם והפעלתם של מגוון תהליכים ואפשרויות לניהול סכסוך, בירור ויישובו, נוסף על הליך השפיטה הקלאסי.⁴⁵

בשנות התשעים של המאה העשרים הוצגה תנועת תורת המשפט הטיפולית ויצאה אל האור בפרסומם המקיף הראשון של פרופ' דייוויד וקסלר (Wexler) ופרופ' ברוס ויניק (Winick).⁴⁶

הוגיה של תנועת תורת המשפט הטיפולית טענו כי הפעילות המשפטית הלכה למעשה, במיוחד בנוגע לדין הפלילי במסגרת ההליך השיפוטי הקלאסי, אינה יעילה (אינה מביאה להפחתה בשיעורי ההרשעה בפלילים), אינה הולמת לבירור כל סכסוך (אינה מביאה לתוצאות תרופוטיות ואינה מתחשבת בהכרח ברווחה הפסיכולוגית של הפרט) ועל כן מן הראוי לעשות רפורמות ולשנות את המצב הנוהג.⁴⁷

HOLMES, THE COMMON LAW 1-2 (Boston: Little Brown, 1881); Oliver Wendel Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897)

45 המונח "חלופי" מקורו בדגש הראשוני שניתן בתנועת ה-ADR לעצם קיומן של דרכים חלופיות לדרך השפיטה הקלאסית לשם ניהול ויישוב סכסוכים. המונח "הולם" מדגיש רעיון מרכזי שפותח בתנועה, שעל פיו מן הראוי להתאים לכל סכסוך את דרך ניהולו, לאחר שנבחנו אופיו של הסכסוך, נסיבותיו ומטרתם של הצדדים המעורבים בו. ראו: CARRIE J. MENKEL-MEADOW, LELA PORTER LOVE, ANDREA KUPFER SCHNEIDER & JEAN R. STERNLIGHT, DISPUTE REVOLUTION BEYOND THE ADVERSARIAL MODEL (Aspen, 2005); STEPHEN GOLDBERG, FRANK SANDER & NANCY ROGERS, DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION AND OTHER PROCESSES (New York: Aspen Law & Business, 1992)

46 ESSAYS IN THERAPEUTIC JURISPRUDENCE (David B. Wexler & Bruce J. Winick eds., 1991)

47 מאמר זה מתמקד בתורת המשפט הטיפולית ובגישתה. עמדתם של הוגי התנועה בנוגע להפעלת הדין הפלילי היא רק חלקו של שיח ביקורתי רחב קיים על אודות חוסר שביעות הרצון מהתנהלות השיטה המשפטית במישור הפלילי. דוגמה נוספת לביקורת מגולמת בגישה האבוליוניסטית, ראו: אברהם טננבוים "הגישה האבוליוניסטית: האם הגיעה העת לבטל את הענישה הפלילית?" *שערי משפט* ב 261 (התשס"א). לביקורת נוספת ראו: MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES 27-28, 88-99 (Harvard University Press, 1987)

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

תורת המשפט הטיפולי תרמה להתפתחותם ולהתבססותם של בתי משפט מיוחדים במערכת בתי המשפט בארצות הברית ולפיתוחו של תפקיד שיפוטי חדש במערכת המשפט – תפקידו של השופט התרפויטי.

ב. התפקיד השיפוטי התרפויטי

1. תורת המשפט הטיפולי

(א) כללי

תורת המשפט הטיפולי עוסקת בהשפעת המשפט על הפן הרגשי ועל הרווחה הפסיכולוגית של הפרט. התורה מגלמת גישה בין-תחומית הרואה במשפט כוח חברתי היוצר תוצאות תרפויטיות (תוצאות רגשיות חיוביות, בונות) או אנטי-תרפויטיות (תוצאות רגשיות שליליות, מחלישות) על המושפעים ממנו. התורה מציעה זווית ראייה להתבוננות במשפט ולעיסוק בו מתוך "לימוד תפקידו של הדין כגורם טיפולי".⁴⁸

הוגי תורת המשפט הטיפולי מציעים כי ההשלכות החיוביות או השליליות של המשפט יילמדו באמצעות שימוש בכלים של מדעי ההתנהגות וכי בהלימה לשיקולים של צדק ושל ערכים נורמטיביים אחרים יעבור המשפט – במשמעם של כללי הדין, הפרוצדורות המשפטיות ותפקיד השחקנים המשפטיים⁴⁹ – רפורמות שימזערו תוצאות אנטי-טיפוליות ויקדמו את השגתן של תוצאות מיטיבות וטיפוליות.⁵⁰

הוגי תנועת תורת המשפט הטיפולי ותומכיה שמו להם למטרה ליצור משפט תאורטי ויישומי הומני יותר, מרפא, יעיל ומאחה מזה הקיים. כוונתם היא לגרום לשינוי במערכת בתי המשפט להגשמת מטרה זו. על כן אפשר לראות בתורת המשפט הטיפולי ענף מרכזי בתפיסה חדשנית של המשפט המכונה המשפט המקיף.

הטענה המרכזית בתפיסת המשפט המקיף היא שהמשפט אינו צריך להתמקד אך בשאלות שעניינן איתור חובות וזכויות משפטיות (ולפעול באופן פורמליסטי באוריינטציה של כללים), אלא שיש להרחיב את הדיון גם בצרכים, מטרות, רגשות, מערכות יחסים, בהתפתחות אישית וכדומה. המשפט אינו נתפס עוד רק ככלי להשגת זכויות או להטלת חובות, אלא גם כסוכן חיובי בין-אישי בעל נפקויות רגשיות, אישיות וחברתיות.⁵¹ גישה זו מגלמת תפיסה משפטית שפירושה הכרה באוריינטציה הקשרית של יחסים. אוריינטציה

David B. Wexler, *An Overview*, in PRACTICING THERAPEUTIC JURISPRUDENCE: LAW AS A HELPING PROFESSION (Dennis P. Stolle, David B. Wexler and Bruce J. Winick eds., Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2002), available at www.therapeuticjurisprudence.org (להלן: וקסלר *An Overview*).

48 עורכי הדין, השופטים והמחוקקים.

49 וקסלר *An Overview*, לעיל הערה 48.

50 Susan Daicoff, *Law as a Healing Profession: The "Comprehensive Law Movement"*, 6 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 1 (2006)

הקשרית (relational) שמה דגש על קיומם, חשיבותם והשפעתם של מערכות יחסים וקשרים בין-אישיים על התנהלות אנושית פרטנית כמעצבי תודעה, דרכי ביטוי ודרכי התנהגות.⁵² קרול גיליגן (Gilligan), המייצגת זרם של פמניזם תרבותי, עומדת בספרה "בקול שונה" על אוריינטציה של יחסים שמשמעה התנהלות מתוך "אתיקה של דאגה", כלומר פעולה שמעורבים בה רגשות של אכפתיות ודאגה לאחר, של אחריות הדדית והישענות על קשרים חברתיים כמקור לפתרון דילמות.⁵³ התבוננות ראליסטית במצב הנוהג, לדעת הוגי תנועת תורת המשפט הטיפולית ותומכיה, מעלה כי מערכת המשפט אינה מטפלת בתובענות הפליליות באופן איכותי ויעיל. מערכת המשפט סובלת מעומס רב של תיקים ומערכות במתן מענה שיפוטי. במישור הפלילי בעיית העומס חריפה במיוחד בגין תופעת העבריינות החוזרת, שמשמעה הישנות של ביצוע עבירות על ידי נאשמים שהורשעו בעבר. עומס התיקים משפיע, כך נטען, על כלל האוכלוסייה. הקהילה מאבדת אמון במערכת המשפט וביכולתה לטפל בפשיעה המתגברת. השופטים

52 התפיסה ההקשרית באה לידי ביטוי בזמננו בכמה שדות מחקר, כגון פילוסופיה, פסיכולוגיה, יישוב סכסוכים ועוד. היא מדגישה את קיומם של קשרים חברתיים ואת חשיבותם כחלק מהבניית האדם. ברעיונותיה נטען כי זהותו של אדם או טבעו מורכבים מאספקטים דואליים של אוטונומיה אישית וקשרים חברתיים. מרטין בובר לדוגמה ערך אבחנה בין הדיבר "אני-אתה" לבין הדיבר "אני-לו". הדיבר הראשון מפריד בין הגופים החברתיים ומביע אדישות וזרות ביניהם. הדיבר השני מביע גישה של יחסי גומלין, התייחסות לקשר של דיאלוג, האחד מתכוון לקיומו של האחר. ראו: מרטין בובר *כבוד שית* (מוסד ביאליק, התש"ם). המודעות למרכזיותם של יחסי האנוש, האינטגרציה האנושית, היא יסוד להבנת המצפון האנושי, להרגשת אושר, הנעה לפעילות, לאחריות חברתית ועוד. תפיסה זו מהווה נדבך יסוד בפיתוחו של הליך הגישור הטרנספורמטיבי, שרואה בהליך הגישור כלי להעצמה אישית ולהכרה באחר, לעומת כלי פרגמטי המיועד לפתרון הסכסוך בהסדר. על התפיסה ההקשרית ועל מאפייניה ראו לדוגמה: ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION 59-62 (Jossey-Bass, 2005). על התפיסה ההקשרית שתורת המשפט הטיפולית תומכת בה בנוגע לעיצוב תוכנו של תפקיד עורך הדין בן זמננו, ראו: Stephanie Steir, *Essay: Reframing Legal Skills: Relational Lawyering*, 42 J. LEGAL EDUC. 303 (1992). על התנהלות באוריינטציה של כללים בהשוואה להתנהלות באוריינטציה הקשרית של מתדיינים, ראו: JOHN M. CONLEY & WILLIAM M. O'BARR, RULES VERSUS RELATIONSHIPS: THE ETHNOGRAPHY OF LEGAL DISCOURSE (The University of Chicago Press, 1990) (להלן: קונלי וא'בר). מחקרם של קונלי וא'בר עסק בדרכי ההבעה וסיפור המקרה של מתדיינים בבית משפט לתביעות קטנות. במחקר נמצא כי סיפורים בעלי אוריינטציה של כללים אורגנו בשיטתיות, תיעוד עובדות לפי רצף של התרחשות וביססו דרישה לסעד על הפרת זכויות משפטיות. סיפורים בעלי אוריינטציה הקשרית של יחסים נבנו מרצף של פרטים בנוגע ליחסים בין-אישיים ולסטטוס חברתי, ובאמצעותם ביססו המספרים דרישה למתן סעד על סמך נורמות הכרוכות במתן יחס הוגן כנדרש בין חברי קבוצה.

53 CAROL GILLIGAN, IN A DIFFERENT VOICE: PSYCHOLOGICAL THEORY AND WOMEN'S DEVELOPMENT (Harvard University Press, 1982) (להלן: גיליגן *VOICE*). גיליגן רואה בהתנהלות מתוך נרטיב של יחסים ובפעולה מתוך "אתיקה של דאגה" לאחר ביטויים של חשיבה נשית מקורית. חשיבה זו מובחנת מחשיבה גברית, המבוססת על אינדיבידואליזם, תפיסת זכויות ועל תחרותיות.

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

מעידים על היעדר כלים להתמודדות ראויה עם בעיית העומס ועם בעיות העומדות בבסיס ביצוע העבירות; עורכי הדין מבינים שיש לשאוף לפתרונות חדשים העשויים לסייע ללקוחותיהם לחדול מביצוע עבירות נשנות.⁵⁴

יתר על כן, רוב השפיטה הפלילית, כך נאמר, אינה מתנהלת בדרך של הליך שפיטה קלאסי עם ההבטחה הנטענת בו להגינות (באוריינטציה של כללים). רוב האישומים הפליליים (מעל 95%) מתנהלים ומסתיימים ב"הסדרי טיעון" הנכרתים ומאושרים בהליכים מהירים ואחידים, שלא דווקא מגנים על זכויות הפרט,⁵⁵ תופעה המכונה בלשון ביקורתית McJustice.⁵⁶

בתי הכלא בארצות הברית נמצאים בתפוסת שיא,⁵⁷ ומערכת השפיטה, המוסיפה לפעול בדרך של ניהול הליך שפיטה קלאסי, נתפסת בלתי איכותית ובלתי יעילה.

(ב) הביקורת על הליך השפיטה הקלאסי

ההוגים של תורת המשפט הטיפולי מצטרפים לביקורת על הליך השפיטה הקלאסי. הביקורת אשר חלק ממנה יסודו עוד באסכולה הראליסטית, ואשר התרחבה גם בהגות תנועת ה-ADR, חשפה את חולשותיו של הליך זה.

כלפי רכיב הרציונליות נטען כי הוא פורש בהליך הקלאסי באופן צר (מסגור הטיעון על פי זכות או אשמה),⁵⁸ שאין בו כשלעצמו כדי להבטיח את איכות הטיפול בסכסוך (או את הגינותו) עד פתרונו. דבקות בטיעונים רציונליים במשמעם הקלאסי, כך נטען, עלולה להשאיר את הצדדים שבויים בכשלים אסטרטגיים וקוגניטיביים ולמנוע מהם להגיע לפתרון שיענה על מרב צורכיהם.

54 Greg Berman and John Feinblatt, *Problem Solving Courts: A Brief Primer*, 23 LAW & POLICY 167 (2001) (להלן: Berman & Feinblatt, *Problem Solving Courts*).

55 על הפגיעה האפשרית בזכויות הנאשמים ועל הבעייתיות הכרוכה בהסדרי טיעון (הסדרים המתבצעים במדיניות דומה גם בישראל), ראו: אורן גול "הסדרי טיעון ובעייתיות הכרוכה בהסדרי טיעון (התשס"ה); אורן גול "המבחנים לדחיית הסדרי טיעון" *הסניגור* 37 3 (התש"ס); אורן גול "הסדרי טיעון והסדרים על דיון מקוצר" *הסניגור* 95 28 (התשס"ה); טליה פישר "גבולות השליטה של הצדדים בהליך הפלילי" *עיוני משפט* כט 377 (התשס"ה).

56 כינוי זה בא להדגיש באופן ביקורתי את המהירות והמסחריות המאפיינות את ההתנהלות השיפוטית בהקשר הפלילי, שאין בה כניסה מרובה לפרטים ואף לא דקויות או איכויות מיוחדות בביצועה. המונח מרמז על התנהלות הדומה להכנת אוכל מהיר ואחיד, כגון בחברת מקדונלד. Peggy Fulton, *Drug Treatment Courts in the Twenty-first Century: The Evolution of the Revolution in Problem-Solving Courts*, 42 GA. L. REV. 717, 808 (2008) (להלן: Hora & Stalcup, *Drug Treatment Courts*).

57 David B. Wexler, *Adding Color to the White Paper: Time for a Robust Reciprocal Relationship Between Procedural Justice and Therapeutic Jurisprudence*, 44 COURT REV. 78 (The American Judges Association, Special Issue on Procedural Fairness, 2008) (להלן: וקסלר *Adding Color*).

58 פולר *Forms and Limits*, לעיל הערה 4, בעמ' 109.

הטיעונים הרציונליים שאליהם התייחסה התפיסה הפורמליסטית מצויים ברובד העליון של הסכסוך שעניינו הבעת עמדות. בתנועות ה-ADR ותורת המשפט הטיפולי נטען כי בבסיסו של רובד זה מצוי רובד עמוק יותר של הסכסוך, ובו נמצאים האינטרסים והצרכים של הצדדים. עיסוק המוגבל לרמת העמדות אינו מקדם השגת פתרון איכותי ויעיל ולשם כך נדרש עיסוק ברובד האינטרסים והצרכים.⁵⁹ על כן, הרציונליות הנדרשת ליישום בהליך של בירור הסכסוך וניהולו ולמציאת פתרונו היא עמוקה יותר מזו העומדת ביסודו של ההליך השיפוטי הקלאסי. עליה לשקף היבטים נרחבים של הסכסוך שאינם מוגדרים בהכרח במסגרת הטיעונים המשפטיים המופיעים בכתבי הטענות, כגון רגשות, מערכות יחסים, צרכים ואינטרסים.⁶⁰

תנועות ה-ADR ותורת המשפט הטיפולי גם מתחו ביקורת על התפיסה האדברסרית העומדת ביסוד ההליך השיפוטי הקלאסי. לעמדתן, ההתנהלות האדברסרית בניהול סכסוך היא בלתי יעילה ואף מזיקה. "התרבות האדברסרית" מטפחת "תרבות של ביקורת", כלומר השמעת טיעונים נוגדים, ויכוחים, התנצחות שלא לצורך והשמעת איומים בין הצדדים. "תרבות" זו מביאה להחבאת אינפורמציה חשובה, להסתבכות בשקרים, להתמקדות ב"נגד" תחת ה"בעד" שפירושו התמקדות יעילה בפתרון הסכסוך.⁶¹ ניהול סכסוך בדרך אדברסרית גורם למתדיינים לנהוג התנהגות שלילית וברוטלית, הגוררת החמרת האיבה במערכת היחסים בין הצדדים ונוזקים לרווחתו הפסיכולוגית של הפרט.⁶²

הוגי תנועות ה-ADR ותורת המשפט הטיפולי סוברים כי התפיסה האדברסרית מגבילה את יכולתו של השופט לקבל תמונה שלמה על הסכסוך ורבידיו השונים, המחייבים מידע והתייחסות לצרכים ולאינטרסים המצויים בעומקי העמדות והטיעונים המשפטיים. הראייה הבינארית ממצבת ניגודים של "שחור" ו"לבן", מעוותת את התמונה כהווייתה, מגבילה את השאלות הנדונות ומתעלמת ממורכבותו של הסכסוך ומן היכולת לאתר מגוון של פתרונות אפשריים.⁶³

ROBERT FISHER & WILLIAM URY, GETTING TO YES: HOW TO NEGOTIATE AGREEMENTS WITHOUT GIVING IN (Boston: Houghton Muffin, 1981)

אלברשטיין תורת הגישור, לעיל הערה 4, בעמ' 47.

David B. Wexler, *Therapeutic Jurisprudence and the Culture of Critique*, 10 J. OF CONTEMP. LEGAL ISSUES 263 (1999); Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, 38 WILLIAM & MARY L. REV. 5 (1996)

John Lande, *The Movement Toward Early Case Handling in Courts and Private Dispute Resolution*, 24 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 81, 82 (2008); Janet Weinstein, *The Best Interest of Children and the Adversary System*, 2 U. MIAMI L. REV. 79 (1999); Carrie Menkel-Meadow, *Pursing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or "The Law of ADR 19"*, FLORIDA ST. U.L. REV. 3 (1991)

Carrie Menkel-Meadow, *Whose Dispute is it Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In some Cases)*, 83 GEO. L.J. 2663 (1995); Carrie Menkel-Meadow, *Is Altruism Possible in Lawyering?*, 8 GA ST. L. REV. 385 (1992)

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

אל התפיסה הפורמליסטית העומדת ביסוד הליך השפיטה הקלאסי הופנתה ביקורת שציינה כי ההתנהלות הפורמליסטית היא בלתי יעילה ומשקפת פרוצדורה ריקה מתוכן. ההבטחה הטמונה בפורמליות לוודאות וליציבות במשפט הובילה, כך נטען, לנוקשות ואי-התאמה לצורכי החברה המשתנים.⁶⁴

תנועת תורת המשפט הטיפולית הציעה, כפי שיפורט להלן בתיאור תפקידו של השופט התרפויטי, להמיר את הפורמליזם, את האדברסריות ואת הרציונליזם המוגבל לשיטתה בניהול הליך שפיטה קלאסי, בהבניה של תהליך שיפוטי חלופי. המדובר בתהליך שיתופי שיבחן את הסכסוך על רבדיו השונים, יישם תפיסה הקשרית של מעורבות והבעת אמפתיה שיפוטית ויתחקה אחרי פתרון בעיות יעיל. תורת המשפט הטיפולית הציעה לעשות שינויים ורפורמות בדיון, בהתנהלות הפרוצדורות המשפטיות ובתכני תפקידיהם של שופטים ועורכי הדין במערכת המשפט.

הוגי התורה רואים בשופטים סוכנים תרפויטיים. לגישתם, התנהלות השופט באולם בית המשפט עשויה לחזק את רווחת הפרט, את ה-well being שלו, בהיבט של תפקודו הפסיכולוגי הרגשי של המתדיין ולהביא לתוצאות תרפוטיות חיוביות. התנהלות שיפוטית לקויה עלולה לפגוע בפרט ולהביא לתוצאות אנטי-תרפוטיות.

עורכי הדין מהווים אף הם סוכנים תרפויטיים, והתנועה ממליצה כי פעולתם המקצועית, בשעה שהם מלווים לקוח ומייעצים לו, תתבצע בדרך שיתופית, התרה אחרי השגת תוצאות תרפוטיות ומתמקדת בהשגת פתרון איכותי ויעיל לסכסוך שבו מעורב הלקוח.⁶⁵ התנהלות בדרך זו בין כתלי בית המשפט נדרשת לניהול תהליך שיפוטי תרפויטי מוצלח ומסייעת לו.⁶⁶ תורת המשפט הטיפולית התפתחה מענף שעסק במשפט ובריאות הנפש לענפי משפט שונים, פליליים ואזרחיים,⁶⁷ והביאה לשינויים בהתנהלות שופטים ועורכי דין ולשינויים רעיוניים ומבניים במערכת המשפט בארצות הברית ומחוצה לה.

טענה זו ועל השלכותיה מצד המתנגדים לה, ראו: Judith Resnik, *For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication*, 58 U. MIAMI L. REV. 173, 183 (2003).

⁶⁴ Hora & Stalcup, *Drug Treatment Courts*, לעיל הערה 56.

⁶⁵ Bruce J. Winick, *Therapeutic Jurisprudence and the Role of Counsel in Litigating*, 37 CAL. W.L. REV. 105 (2000); Bruce J. Winick, *Redefining the Role of the Criminal Defense Lawyer at Plea Sentencing a Therapeutic Jurisprudence/Preventive and Bargaining Law Model*, 5 PSYCHOL. PUB. & POL'Y 1034 (1999)

⁶⁶ Karni Perlman, *It Takes Two for TJ: Correlation Between Bench and Bar Attitudes Toward Therapeutic Jurisprudence – An Israeli Perspective*, 30 T. JEFFERSON L. REV. 351 (2008); REHABILITATING LAWYERS: PRINCIPLES OF THERAPEUTIC JURISPRUDENCE FOR CRIMINAL LAW PRACTICE (David B. Wexler ed., Carolina Academic Press, 2008)

⁶⁷ Daniel W. Shuman, *Therapeutic Jurisprudence and Tort Law: A Limited Subjective Standard of Care*, 46 S.M.U.L. REV. 409 (1992)

2. בתי המשפט המיוחדים פותרים הבעיות

מערכת בתי המשפט בארצות הברית הקימה בשני העשורים האחרונים שורה של בתי משפט מיוחדים העוסקים בנושאים של בעיות חברתיות כרוניות, כגון בתי משפט לעבירות סמים, עבריינות נוער ואליומות במשפחה.

בשנת 1989 הוקם בארצות הברית בית משפט ראשון ייחודי לענייני עבירות סמים. הקמתו הייתה תולדת השפעתם של שופטים ואנשי משפט וחברה שחיפשו חלופה מעשית למצב הנוהג, מצב של חוסר יעילות במערכת המשפט בכבואה להתמודד עם עבירות אלה. תורת המשפט הטיפולית התפתחה מנקודת מבט כללית של מלומדי משפט שחקרו את הדרך שבה החוק ומערכת המשפט מניבים תוצאות תרפויטיות או אנטי-תרפויטיות. בתוך זמן קצר החל תהליך טבעי של השפעה הדדית בין התורה ובין בתי המשפט, מפגש בין תאוריה למעשה.

תומכי תורת המשפט הטיפולית זכו להזדמנות לבחון את ההתנהלות שהציעו כפתרון יעיל וראוי, ומערכת בתי המשפט ושופטיה זכו לבסיס רעיוני להתנהלותם החדשה וליכולת להשתמש בתוכנות תאורטיות ובתוצאות מעשיות של מחקרים שנערכו בהשפעת תורה זו.⁶⁸ מערכת בתי המשפט בארצות הברית כוללת כיום יותר משלושת אלפים בתי משפט מיוחדים הפועלים במגוון של נושאים. מיזם רחב היקף מיושם לדוגמה בעיר ניו יורק, שבה הוקמו בתי משפט מיוחדים קהילתיים בעלי סמכויות רחבות, כגון Midtown Community Court באזור הטיימס סקוור במנהטן ו־ The Red Hook Community Justice Center בברוקלין.⁶⁹

בתי המשפט המיוחדים הנזכרים לעיל מכונים בתי משפט פותרים בעיות – Problem Solving Courts⁷⁰ – היות שאינם שמים להם למטרה רק להעניש את הפרט על העבירה שעבר אלא גם להתמודד עם הבעיות שהובילו לביצועה ולנסות לפתור אותן או לשפר את ההתמודדות האישית מולן. הם נקראים גם בתי משפט תרפויטיים⁷¹ והואיל והם פועלים מתוך מגמות של שיקום, חינוך וטיפול כלפי הפרט שהובא לפניהם, וזוכים לבסיס רעיוני ולתמיכה מקצועית מצד הוגי תנועת תורת המשפט הטיפולית ותומכיה.

בתי המשפט התרפויטיים שמים להם למטרה להפחית רצידיביזם ולמנוע הישנות של מעשה עברייני על ידי נאשם חוזר. הישנות זו מכונה "דלת מסתובבת" (revolving door),

68 Peggy F. Hora, William Schema & J. Rosental, *Therapeutic Jurisprudence and the Drug Treatment Court Movement: Revolutionizing the Criminal Justice Response to Drug Abuse and Crime in America*, 74 NOTRE DAME L. REV. 439 (1999) (להלן: הורה ואח' *Therapeutic Jurisprudence*).

69 על בתי המשפט המיוחדים בניו יורק ומאמרים בנושא ראו: www.courtinnovation.org.
70 Symposium, *The Changing Face of Justice: The Evolution of Problem Solving*, 29 FORDHAM URB. L. 1970 (2002); Berman & Feinblatt, *Problem Solving Courts*, לעיל הערה 54.

71 ראו לדוגמה הגדרתם בכללי האתיקה של ABA MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT משנת 2007: www.abanet.org/judicialethics/ABA_MCJC_approved.pdf 31.

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

והיא מביאה לידי ביטוי את העובדה שהנאשם הוא בדרך כלל לקוח חוזר בבית המשפט מכיוון ששיטת השיפוט הקלאסי אינה נוחלת הצלחה בשינוי דפוסי התנהגותו.⁷² בתי המשפט התרפויטיים אינם מתנהלים, נכון למועד חיבור מאמר זה, על פי כללי התנהגות אחידים ומחייבים. משמע, אין סממן פורמליסטי מובהק של קוד אחיד הקובע כללים מחייבים להתנהלות ראויה בסוג של בית משפט תרפויטי מסוים או בכללם.⁷³ עם זאת, בתי משפט העוסקים במגוון של נושאים חולקים מספר מאפיינים משותפים: הם שמים להם מטרה להביא לשינוי במציאות הנוהגת וליצור תוצאות של ממש לפרט (לדוגמה גמילה מסמים) ולמערכת (הפחתה במספר העבירות המתרחשות באזור השיפוט). מטרתם היא ליצור שינוי במדיניות הנוהגת ולהשפיע על עיצוב המדיניות הממשלתית כדי לטפל בגורמים העומדים ביסוד ביצוע העבירות, הם משתפים פעולה עם מגוון של גורמים ממשלתיים ופרטיים כדי לעצב תכניות שיקום והדרכה להפניית הנאשמים ומתקיים בהם הליך שיפוטי ייחודי תרפויטי.⁷⁴

בית משפט תרפויטי ניכר בצוות הטיפולי שמועסק במסגרתו, המורכב מבעלי מקצוע רב-תחומיים עם הכשרה מגוונת, כגון עובדים סוציאליים, פסיכולוגים ונציגי קהילה ולוונטיים. השופט הוא חבר מוביל בצוות הרב-תחומי הטיפולי הזה. ניהול ההליך המשפטי בבית המשפט התרפויטי נעשה בדרך כלל על סמך בחירה של הנאשם. הדיון בהליך מתקיים מתוך הנחת יסוד כי הנאשם מכיר בפעולתו הפוגענית ואינו מתכחש לה (הכחשה של ביצוע העבירה מובילה לברור במערכת בתי המשפט הרגילה). הדיון השיפוטי מתמקד בהכרת האינדיבידואל, בנסיבות לביצוע העבירה ובניסיון לגבש התייחסות מערכתית הולמת לנסיבות העניין כדי למנוע מן הפרט את הישנות מעשיו. הפתרון מותווה מתוך התייחסות לנסיבות חייו של הנאשם באמצעות הפנייתו לתכניות הדרכה ושיקום שונות המתבצעות במסגרת בית המשפט ובפיקוחו. רוב בתי המשפט בנויים באופן שונה מבתי המשפט הרגילים. הם כוללים חדרים שבהם מופעלות תכניות הדרכה ושיקום, מוקצה בהם מקום עבודה לכל חבר בצוות הטיפולי או המנהלי המיוחד של בית המשפט. אולם המשפט מכיל מקומות ישיבה להשתתפותם של אנשי

72 Betsy Tsai, *The Trend Toward Specialized Domestic Courts: Improvements on an Effective Innovation*, 68 *FORDHAM L. REV.* 1285 (2000); הורה ואח' *Jurisprudence*, לעיל הערה 68, בעמ' 1.

73 שופטים תרפויטיים ותומכי תורת המשפט הטיפולי עוסקים בפיתוחם ובהצעתם של כללים מנחים להתנהלות, ראו לדוגמה: Barbara A. Babb, *An Interdisciplinary Approach to Family Law: Jurisprudence: Application of an Ecological and Therapeutic Perspective*, 72 *IND. L. J.* 775 (1997); Barbara A. Babb, *Fashioning an Interdisciplinary Framework for Court Reform in Family Law: A Blueprint to Construct a Unified Family Court*, 71 *S. CAL. L. REV.* 469 (1998).

74 Berman & Feinblatt, *Problem Solving Courts*, לעיל הערה 54.

קרני פרלמן

הצוות הטיפולי בתהליך השיפוטי. כחלק מתפיסתם השונה של בתי משפט מיוחדים אלה, לא אחת מכונה המתדיין בהם "לקוח" להבדיל מ"נאשם".
 בבתי המשפט התרפויטיים יש מגמה לעודד השתתפות של נציגי המשפחה ונציגי הקהילה שהמתדיין שייך אליהן במסגרת ההליך המשפטי והפתרון השיקומי המתגבש בו.⁷⁵
 ההשוואה בין ההתנהלות בבתי המשפט המיוחדים לבתי המשפט המסורתיים מסוכמת בטבלה שיצר השופט וורן (Warren), נשיא המרכז הלאומי לבתי משפט מדינתיים בארצות הברית, כך:⁷⁶

בתי המשפט הרגילים (הקלאסיים) Traditional Process	בתי המשפט המיוחדים (פותרי הבעיות/התרפויטיים) Transformed Process
ישוב סכסוכים	פותרים בעיות, מונעי סכסוכים
תוצאות משפטיות	תוצאות תרפויטיות
הליך אדברסרי	הליך שיתופי
אוריינטציה ממוקדת תביעה במקרה	אוריינטציה ממוקדת באנשים
מבוססת על זכויות	מבוססת על צרכים או על אינטרסים
מדגישה את השפיטה	מדגישה גם הליכים חלופיים לשפיטה
פרשנות ויישום של הדין	פרשנות ויישום של מדעי החברה
השופט כבורר	השופט כמאמן
התכוננות לאחור	התכוננות קדימה
על יסוד תקדימים	על יסוד של יצירת תכנית
משתתפים מעטים	טווח רחב של משתתפים
אינדיבידואלי	בין משתתפים, רב שיתופי
משפטי	הגיוני ורגיש
פורמלי	לא פורמלי
יעיל	מועיל

בתי המשפט התרפויטיים נמצאים במגמת התרחבות הן במספרם והן בנושאים שהם עוסקים בהם ברחבי מדינות ארצות הברית. השאלה אם עולה בידם של בתי משפט אלו להפחית

75 JUDGING IN A THERAPEUTIC KEY: THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND THE COURTS (להלן: Bruce J. Winick & David B. Wexler eds., Carolina Academic Press, 2003). תיאור בתי המשפט והתנהלותם נעשה גם על סמך ביקור מודרך שנערך למחברת המאמר בבתי המשפט הקהילתיים בניו יורק, Midtown Community Court ו-Red Hook Community Justice Center, ב-30.7.2009.
 76 שם, בעמ' 6.

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

ממספר הפרטים הנזקקים להם כנאשמים חוזרים נבדקת ברוח האסכולה הראליסטית באופן אמפירי. נתוני מחקרים העוסקים בעיקר בבתי משפט לסמים מוכיחים הצלחה באומדן המספרי, משמע שמשותפי תכניות הגמילה והשיקום השונות נטו פחות לחזור לפשע ולהגיע לבתי המשפט כנאשמים חוזרים. אומדנים אלה הם באחוזים גבוהים פי כמה בהשוואה לנאשמים שעניינם לא נדון בבתי המשפט המיוחדים.⁷⁷

שאלת הצלחתם של בתי המשפט התרפויטיים להפחית משיעורי העבריינות החוזרת היא חשובה ומעניינת, היות שהתפיסה השיקומית במשפט הפלילי איננה חדשה במשפט האמריקני, והיא רווחה בו במיוחד בין שנות השלושים לשנות השבעים של המאה העשרים. מקובל לטעון כי תפיסה זו נזנחה בשל סיבות רעיוניות ומעשיות כאחת.⁷⁸ תורת המשפט הטיפולי נבדלת מן התפיסה השיקומית שקדמה לה בשימוש המהותי שהיא עושה בסמכות השיפוטית כמקור ליצירת הנעה פנימית אצל הנאשם לשנות מהתנהגותו הפוגענית. ההישגים הנקשרים לפעילותם של בתי המשפט פותרים הבעיות מיוחסים אפוא לתפקיד השיפוט התרפויטי החדש המתנהל במסגרתם.

3. התפקיד השיפוט התרפויטי הנוהג בבתי המשפט פותרים הבעיות

(א) כללי

התפקיד השיפוט התרפויטי הוא אקטיבי, מעורב ומתבצע מתוך אוריינטציה הקשרית של יחסים וגישה של פתרון בעיות בהיבט האישי.

77 John B. Van de North, *Problem-Solving Judges – Meddlers or Innovators?*, 32 WM. MITCHELL L. REV. 949 (2006); Vick Dwight & Jennifer Lamb Keating, *Community Based Drug Courts: Empirical Success. Will South Dakota Follow Suit?*, 52 S.D.L. REV. 288 (2007); Kathryn C. Sammon, *Therapeutic Jurisprudence: An Examination of Problem-Solving Justice in New York*, 23 ST. JOHN'S J.L. COMM. 923 (2008); Hora & Stalcup, *Drug Treatment Courts*, לעיל הערה 56. כן ראו: הרצאה בכינוס בינלאומי על "תורת המשפט הטיפולי" שדנה בבית משפט מיוחד בקנדה, Domestic Violence Court. בהרצאה אמרה השופטת ואן דה וין כי נתוני מחקר שהתקיים בבית המשפט שבהנהלתה הראו על הצלחה ניכרת בשיעור הורדת האלימות החוזרת: Sharon L. Van de Veen, *Entrenching a Therapeutic Approach to Criminal Justice – Where do We Go from Here?* (International Congress on Law and Mental Health, Padua, Italy, 25.6.2007).

78 הופמן, במאמר ביקורת חריף היוצא נגד תורת המשפט הטיפולי וההתנהלות התרפויטית, מפרט את התנגדותו לתורה ולהקמתם של בתי המשפט המיוחדים, ובתוך כך הוא סוקר את התפתחותה של התפיסה השיקומית במשפט הפלילי ואת הסיבות לכישלונה הנטען, ראו: Morris B. Hoffman, *The Least Dangerous Branch Becomes Most Dangerous*, 29 FORDHAM URB. L.J. 2063 (2002) (להלן: הופמן *Therapeutic Jurisprudence*). וראו גם: FRANCIS A. ALLAN, *THE DECLINE OF THE REHABILITATIVE IDEAL: PENAL POLICY AND SOCIAL PURPOSE* (New Haven: Yale University Press, 1981).

ההליך השיפוטי המתבצע במסגרת מילוי התפקיד התרפויטי הינו הליך שיתופי בעל מאפיינים פורמליסטיים פחותים, מתמקד באיתור הצרכים והאינטרסים של האינדיבידואל ותר אחרי פתרון ההולם לצרכים אלה.⁷⁹

ההליך התרפויטי מבקש לסייע לעצב התנהגות לא רק בדרך של שפיטה על הפרת נורמות והטלת סנקציה הולמת (כדרכה של השפיטה הקלאסית), כי אם בעזרת מתן כלים לשינוי התפיסה אצל הנאשם ועזרה בשינוי פני המציאות או הסתגלות נורמטיבית אליה. הסביבה שבה מצוי הפרט אינה נתפסת בתור זהה ואוניברסלית, אלא כאינדיבידואלית ומותנית במרכיביה הם משתתפיה האנושיים. מערכות היחסים הבין-אנושיות נתפסות כגורמי סיוע והנעת שינוי בדרכי ההתנהגות האנושית.⁸⁰

השופט התרפויטי מנהל הליך שיפוטי המקדם תקשורת ישירה ויצירת דיאלוג עם כלל המעורבים בסכסוך באמצעות הסתכלות הקשרית רחבה המכלילה את הנאשם, את בני משפחתו, באי כוח הצדדים, גורמים רלוונטיים בקהילה ואנשי הצוות הטיפולי של בית המשפט.

הדיון השיפוטי מתמקד בניסיון לאתר ולמפות את גורמי הסיכון שהביאו להופעת ההתנהגות העבריינית וליצור מערך של שיקום ותמיכה שביכולתו להעניק לנאשם כלים להתמודדות יעילה יותר בעתיד עם גורמי הסיכון ולסייע בעיצוב התנהגות נורמטיבית.

ההכרעה השיפוטית מגולמת בעריכת חוזה טיפולי עם הנאשם.⁸¹ תכניו של החוזה מגוונים ומתאימים לצורכי האינדיבידואל. הם יכולים לכלול הטלת חובה להשתתף בכמה תכניות שיקום והדרכה (למשל תכנית גמילה מסמים ותכנית הדרכה הורית), להשתתף בפגישות ייעוץ (ייעוץ רפואי, ייעוץ נפשי, ייעוץ פיננסי), להימנע מעשיית פעולות מסוימות (הימנעות מכניסה לפאבים) ועוד.

79 כפי שמתארת השופטת קלוגר: "I saw prosecutors congratulating defendants who were doing well and defense attorneys agreeing that maybe a few nights in jail would be just the thing to make sure that their client stays clean." Judy H. Kluger, Symposium, *The Impact of Problem Solving on the Lawyer's Role and Ethics*, 29 FORDHAM URB. L.J. 1892 (להלן: קלוגר). (2002)

80 Thomas D. Barton, *Therapeutic Jurisprudence, Preventive Law, and Creative Problem Solving, An Essay on Harnessing Emotion and Human Connection*, 5 PSYCHOL. PUB. POLICY & L. 921 (1999)

81 המושגים חוזה טיפולי או ברית טיפולית זכו לפרשנות רחבה בענף הפסיכולוגיה, והם מתייחסים לקשר הנוצר בין יועץ או מטפל ובין הלקוח, המטופל. תורת המשפט הטיפולי משתמשת במושגים אלה, אך אין הם זהים בהקשר המשפטי התרפויטי לתכנים בהקשרם בענף הפסיכולוגי. למשל, בהקשר הפסיכולוגי המושגים יכולים לכלול נוסף על כך התחייבות הדדית, פירוט של עקרונות טיפול ועוד. על החוזה הטיפולי בהקשרו הפסיכולוגי, ראו: נעמי קלנר "החוזה הטיפולי בפסיכותרפיה פסיכואנליטית" שיחות יד (2) 93 (התש"ס).

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

החווה הטיפולי כולל את מחויבותו של הנאשם להשתתף בתכניות שיקום רלוונטיות והבעת רצונו לעמוד במטרות של שיקומו. ביסוד המחשבה על כריתת חוזה זה נעוץ רעיון כי על הנאשם לקבל אחריות עצמית כבסיס ליכולתו להתמודד עם השינוי בדפוסי התנהגותו. התפקיד הטיפולי אינו מסתיים במתן החלטה בעניינו של הנאשם. התפקיד כולל המשך של מעקב שיפוטי פרטני אחרי התקדמות הנאשם ועמידתו בתנאי החווה הטיפולי, לרבות השתתפותו בתכנית השיקום נשוא ההחלטה השיפוטי.⁸² הנאשם מובא לפני השופט באופן מסודר בשלבים שונים של ההתקדמות בתכנית או בשל אי-עמידה בתנאי החווה הטיפולי. באמצעות שימוש בדגם פסיכולוגי-ביהוויוריסטי לשינוי התנהגות, השופט מגיב לתהליך השתקמותו של הפרט. ביכולתו לתגמל את הנאשם על הישג בתכנית השיקום, אם עמד בה, בעזרת הקלה בתנאים המגבילים או בעזרת ביטויים מילוליים ומעשיים, כגון ברכה, מחיאת כף או הענקת תעודה על סיום מוצלח של קורס שיקום או הדרכה. השופט יכול גם להטיל סנקציות בגין אי-מילוי דרישות החווה הטיפולי שהוסכם עליו, כגון הטלת תנאים מגבילים או שליחה למאסר.⁸³ הידע והמיומנויות הנדרשים לשופט התרפויטי לשם מילוי נאות של תפקידו מהווים חידוש והוספה לכישורים ולמיומנויות השיפוטיים שהיה מקובל לראותם כחיוניים לתפקידו של שופט המנהל הליך של שפיטה קלאסית.

הידע

הוגי תורת המשפט הטיפולי סוברים כי על השופט להכיר את עקרונות היסוד ואת עיקרי הממצאים שהתפתחו בענפים מרכזיים של מדעי החברה ובמיוחד בפסיכולוגיה ובסוציולוגיה. שילוב הידע בעבודת בית המשפט מסייע הן ליכולת להניע תהליכים פנימיים אצל הפרט וליצירת מוטיבציה לשינוי התנהגות בעתיד והן לגיבוש תכניות שיקום ומתן כלים הולמים למתדיין לפי צרכיו.⁸⁴ נדרש ידע גם בקרימינולוגיה בנושאים העוסקים בהתמכרות, בסמים, באלימות ועוד. כן נחוצה התמצאות בשיטות טיפול ובתכניות שיקום והדרכה שונות.

(ב) כישורים ומיומנויות

(1) כישורים רגשיים ותקשורתיים בין-אישיים

השופט התרפויטי פועל מתוך "אתיקה של דאגה" ולא כמקור סמכות לענישה בלבד. השימוש בסמכות השיפוטית נעשה בהיגיון וברגישות כאחד על מנת לשכנע את האינדיבידואל לקבל

Bruce J. Winick, *Sparkling Motivation and Reducing Perceived Coercion*, in 82
Randall B. ;(Sparkling Motivation and Reducing Perceived Coercion) 75 (להלן: ויניק
Fritzer and Leonard M.J. Simon, *Creating a Domestic Violence Court: Combat in The*
Trenches, 37 Ct. Rev. 28 (2000)

Robert E. Gaston, *You Want to Change Behavior? Use the Drug Court Format*, 9 Nev. 83
LAWYER 10 (2001)

84 ויניק *Sparkling Motivation*, לעיל הערה 82.

את השירותים שהוא זקוק להם ולהניעו לצאת ממעגל הסתבכותו עם הדין והחברה.⁸⁵ השופט התרפויטי פועל יותר כעובד סוציאלי או "מאמן" מאשר כבורר במשמעות של צד שלישי המנהל הליך שפיטה קלאסי. הפסיביות והשמירה על איפוק שיפוטי שנדרשו לניהול הליך שפיטה קלאסי הומרו בתפקיד השיפוטי התרפויטי באקטיביות ובנקיטת עניין ויוזמה שיפוטיים.⁸⁶

נוסף על האינטליגנציה האנליטית שהפעיל השופט בשעת מילוי תפקידו הקלאסי נדרשה ממנו גם אינטליגנציה רגשית.⁸⁷ מעלתו של השופט אינה נגזרת עוד אך מיכולתו לתת מענה משפטי לכל סוגיה שהיא באופן רציונלי ושיטתי, אלא גם מיכולתו להתייחס להיבטים פסיכולוגיים וחברתיים הכרוכים בסוגיה שהובאה לפניו ובאדם הקשור בה.⁸⁸

התנהלות תרפויטית מאופיינת ברכיבים הבאים :

- א. הבעת אמפתיה – התייחסות לרגשותיו של האחר ולזווית הראייה שלו לסיפור בלא הזדהות או קבלת זווית ראייה זו. אמפתיה יכולה להיבנות באמצעות שאילת שאלות המראות עניין בעמדת המתדיין, בחייו או הכרה ברגשותיו, לרבות בכל הנוגע להתנהלות ההליך המשפטי בבית המשפט.
- ב. התנהלות מכבדת – התנהלות מכבדת יכולה לבוא לידי ביטוי בפנייה אל המתדיין בשמו המלא ומתוך הגייה נכונה, הימנעות מסרקום בתגובה לדבריו וראייה במתדיין אחראי לדבריו ולמעשיו.
- ג. מיצוי הקשבה פעילה – מתן הזדמנות למתדיין לומר את דברו, שאילת שאלות הבהרה לפי הצורך, הענקת תשומת לב לסגנון הדיבור ולמשמעו, כגון אם המתדיין משתמש בשפה אקטיבית או פסיבית ("עשיתי" פעולה או "נעשה לי").
- ד. התמקדות חיובית – גינוי המעשה שנעשה ולא גינוי האדם שעשה אותו, ניסיון למצוא תכונות טובות באישיותו של המתדיין ולהביע אמון ותקווה ביכולתו להשתקם.⁸⁹

85 David B. Wexler, *Robes and Rehabilitation: How Judges Can Help Offenders Make Good*, 38 COURT REV. 18, 29 (2001) (להלן: וקסלר *Robes and Rehabilitation*).

86 "[T]he judges who serve on these 'problem-solving' courts have largely repudiated the classical virtues of restraint, disinterest, and modesty, replacing these features of the traditional judicial role with bold, engaged, action-oriented norms." Richard Boldt and Jana Singer, *Juristocracy in the Trenches: Problem-Solving Judges and Therapeutic Jurisprudence in Drug Treatment Courts and Unified Family Courts*, 65 MD. L. REV. 82, 87 (2006) (להלן: Boldt & Singer, *Juristocracy in the Trenches*).

87 Michael King, *Restorative Justice, Therapeutic Jurisprudence and the Rise of Emotionally Intelligent Justice*, 32 MELBOURNE UNIVERSITY L. REV. 1096 (2008)

88 Susan Goldberg, *Judging for the 21st Century: A Problem-Solving Approach* 8 (2005) ראו: "People before process, outcome before output" גולדברג, *Judging for the 21st Century: A Problem-Solving Approach* 8 (2005) available at www.nji.ca/nji/Public/documents/Judgingfor21scenturyDe.pdf (להלן: גולדברג *Judging for the 21st Century*).

89 וקסלר *Robes and Rehabilitation*, לעיל הערה 85.

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

- ה. הימנעות מכפייה – ניסיון ליצור הנעה פנימית אצל המתדיין כדי להדגיש את תחושת האוטונומיה של הפרט ואת האחריות שלו לפתרון הסכסוך והימנעות ככל האפשר מוויכוחים ומשימוש באילוף.
- ו. הימנעות מפטרנליזם – הימנעות מלהגדיר למתדיין את העניין שהשופט רואה כבעיה הנעוצה באישיותו או במצבו הבריאותי או המנטלי של המתדיין. על השופט לעודד אצל המתדיין יכולת התמודדות עצמית עם הבעיות העומדות ביסוד ההתנהגות העבריינית ועם ההשלכות שהתנהגות זו יוצרת.
- ז. בהירות – על השופט התרפויטי לדעת לומר את דברו באופן ברור ומובן לנאשם. מומלץ להשתמש במשלב לשוני שיבהיר למתדיין, ולא לבא כוחו בלבד, את המסר השיפוטי. לדוגמה, כאשר מדובר במסמך הכולל תנאים מגבילים, מומלץ להקריא את הכתוב באולם, לאט ובהטעמות, להפחית מן השימוש במילים נרדפות ולהעדיף משפטים קצרים וברורים.⁹⁰
- מאפיינים אלו נמנו בהרחבה בחוברת הדרכה מיוחדת לשופטים שפורסמה בקנדה באתר השפיטה הקנדי, וכותרתה "שפיטה במאה העשרים ואחת – גישת פתרון הבעיות" (להלן: החוברת הקנדית להתנהלות שיפוטית ראויה).⁹¹

(2) כישורי ניהול

כנזכר, השופט בבית המשפט המיוחד נעזר בצוות מקצועי רב-תחומי ששותף לתהליך השפיטה ולגיבוש תוצאותיו. התייעצות והסתייעות שיפוטית בחבר מומחים מקצועיים שהנו חלק אינטגרלי מצוות בית המשפט גם הן מסממניו הייחודיים של התפקיד השיפוטי התרפויטי. ההתייעצות היא אקט שיתופי המעיד על תמיכה בתפיסה רב-ממדית של הסכסוך והבנתו בתור מחלוקת שניתנת לבחינה ולטיפול בגישה רב-תחומית. התפקיד השיפוטי התרפויטי בבתי המשפט פותרי הבעיות מכיל תכנים של ניהול הצוות המקצועי-הטיפולי המצוי בבית המשפט. כן הוא מכיל תכנים של תיאום השירותים הנדרשים לנאשם ונוגעים לשיתוף גורמים חברתיים ו/או כלכליים שונים המסייעים בתהליך השיקום.⁹²

David B. Wexler, *Therapeutic Jurisprudence: An Overview*, *Disability Law Symposium* 90
Issue: Legal and Treatment Issues, 17 T.M. COOLEY L. REV. 125, 160 (2000)

גולדברג *Judging for the 21st Century*, לעיל הערה 88. תורת המשפט הטיפולי ורעיונותיה, 91
לרבות הקמת בתי משפט פותרי בעיות וההתנהלות השיפוטית התרפויטית שבמסגרתם, אומצו
והוטמעו גם בארצות משפט אנגלו-אמריקניות נוספות, והם באים לידי ביטוי במיוחד באוסטרליה
ובקנדה. *Australasian Therapeutic Jurisprudence Clearinghouse*, in THE AUSTRALASIAN
INSTITUTE OF JUDICIAL ADMINISTRATION WEBSITE, available at www.aija.org.au.
על הטמעתה של תורת המשפט הטיפולי ועל הקמתם של בתי משפט מיוחדים בקנדה, ראו:
www.nji.ca

92 Boldt & Singer, *Juristocracy in the Trenches*, לעיל הערה 86.

(3) יצירתיות ופתרון בעיות

התפקיד השיפוטי התרפויטי הנו תפקיד מורכב. על נושא התפקיד לבנות אמון מצד המתדיין, לקיים תהליך של בירור צרכים ואינטרסים, לחשוב על גיבוש פתרון ההולם לצרכיו של המתדיין ועוד. מורכבות זו מחייבת התנהלות שיפוטית תרפויטית הניכרת בפתיחות רעיונית, בגמישות, ביצירתיות ובמעבר מדרכי הוכחה לדרכי שכנוע המסייעות לביסוסה של התנהלות איכותית ויעילה בשלבים השונים של ההליך המשפטי.

התמקדות בפתרון בעיות בהיבט האינדיבידואלי מבקשת להכיר את הנאשם, לחשוף את הצרכים והאינטרסים שלו וכן להתמצא במהותן ובתוכנן של תכניות שיקום ובאפשרויות השונות להשתלבות בחברה (דרכי העסקה ודומיהן). הכישורים והמיומנויות שחיוניים לתפקיד כוללים חשיבה אינטגרטיבית, מקורית, יוזמת, יכולת ארגונית והתמקדות בניסיון פרגמטי לפתרון בעיות.

(ג) החלת התפקיד

תוכנו של התפקיד השיפוטי התרפויטי ומהותו אינם מוגדרים עדיין באופן ממצה, וכאמור אינם מוסדרים במפורט בד"ר. התפקיד השיפוטי התרפויטי נמצא הלכה למעשה בתהליכי גיבוש והתהוות שמקורם, כמתואר, בבסיס התאורטי שמעניקה לו תנועת תורת המשפט הטיפולי ובבסיס המעשי הנלמד מניתוח ההתנהלות השיפוטית הנוהגת בבתי המשפט.⁹³ התפקיד השיפוטי התרפויטי מייחד את פועלם של בתי המשפט פותרי הבעיות ומאובחן כגורם מרכזי בטענה להצלחתם.⁹⁴

כאמור, תפיסה שיקומית כחלופה למאסר נבחנה בעבר במערכת בתי המשפט בארצות הברית. ואולם, ההפניה אל תכניות שיקום, המעקב אחרי התנהלותן הלכה למעשה ועמידת הנאשמים בתנאיהן לא נעשו בדרך דומה להתנהלות השיפוטית התרפויטית של היום. הם בוצעו באופן חלקי בלבד ובמסגרת הליך שיפוטי קלאסי. שילוב התפיסה השיקומית בהתנהלות שיפוטית אדברסרית ופורמליסטית בעבר לא הניב שיעורי הצלחה דומים לתוצאות המוצגות היום בנוגע להישגי ההתנהלות השיפוטית התרפויטית השיתופית והאמפתית.

השופט התרפויטי בבתי המשפט פותרי הבעיות נחשב לשופט שזוכה לרמת אמון גבוהה ביותר מצד הנאשמים המובאים לפניו. מחקרים מראים כי כאשר אנשי מקצוע שונים מדורגים

93 קרי פטרוצ'י ערכה מחקר שביקש לעמוד על טיבו ועל מהותו של התפקיד התרפויטי מפי שופטים מכהנים. פטרוצ'י כינסה צוות של חמישים שופטים המתארים עצמם כשופטים תרפויטיים, וביקשה מהם לתאר את התנהלותם השיפוטית בעזרת השלמת המשפט: "אני נוהג בדרך תרפויטית כאשר אני..." התשובות שניתנו במחקר כללו מגוון של התנהגויות הנחשבות בעיני השופטים ביטוי להתנהלות תרפויטית בכמה נושאים, והם דוגמה למאפיינים שתוארו לעיל. תוצאות מחקרה של פטרוצ'י פורסמו באתר הקנדי של מוסד השפיטה הלאומי, לעיל הערה 91. ראו: Carrie Petrucci, *Judging for the 21st Century: A Problem-Solving Approach* (2005), available at www.nji.ca.

94 על הטענה ראו: לעיל הערה 77.

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

על פי רמת השפעתם על האינדיבידואל במסגרת טיפולם בו במגוון של תכניות טיפוליות ושיקומיות, השופטים התרפויטיים זוכים לעמוד בראש הדירוג ומצוינים כבעלי ההשפעה הרבה ביותר על העצמת הפרט ויכולתו להשתקם בהצלחה.⁹⁵

ההתמקדות בתפקיד השיפוטי התרפויטי בתור מפתח להצלחה בשיקום עבריינים והפחתה משיעורי תופעת העבריינות החוזרת הביאה להתפתחותם של שיח ומחקר אקדמיים העוסקים בתפקיד השופט התרפויטי בהיבטים שונים, כגון היותו סוג של מנהיג חברתי⁹⁶ או מידת השפעתו על כלל השחקנים המשפטיים השותפים לתהליך התרפויטי. בין היתר נמצא גם מתאם בין דרך פעולה שיפוטית תרפויטית ובין הגברת שביעות הרצון העצמית מן התפקוד השיפוטי.⁹⁷ התמקדות זו עשויה להוביל לעדכון התפקיד השיפוטי התרפויטי ולהוסיף לו תכנים.

התנהלות שיפוטית בעלת סממנים תרפויטיים ניתנת לאיתור גם במסגרת בתי משפט ייחודיים בישראל. התנהלות זו מוגבלת בהיקפה, היות שתורת המשפט הטיפולי עדיין אינה מוכרת בהרחבה במשפט הישראלי וטרם הוטמעה בדין. התנהלות בעלת סממנים תרפויטיים מתרחשת במסגרת בתי המשפט לנוער,⁹⁸ בבתי המשפט לענייני

95 בין השנים 1997-1999 התנהל מחקר בבתי משפט לסמים בשש ערים ברחבי ארצות הברית. המחקר עסק בנקודות המבט של יחידים שהיו מעורבים בהליכים משפטיים בשל עבירות סמים בבתי המשפט האלה. המחקר בחן כמה הנחות לגבי תכנון בית המשפט לסמים והקמתו, לרבות את חשיבות תפקידו של השופט בבית המשפט. המחקר העלה כי התפקיד המעשי של השופט הנו מרכזי לאפקטיביות של בתי המשפט התרפויטיים, ומהווה גורם בעל עוצמה מדרגה ראשונה ביעילות הטיפול ובהצלחת הנאשם לסיים את תכנית השיקום ולהתמיד בהתנהלותו הלא עבריינית גם לאחר סיום התכנית. כלל המשתתפים דיווחו כי פיתחו קשר קרוב עם השופט ולפעמים ראו בו דמות הורית. רבים מהם התרשמו מפנייתו הישירה והאישית של השופט אליהם, וטענו כי לא זכרו שניהלו אי-פעם שיחות עם דמות בעלת סמכות דומה לו. הם דיווחו כי שבחי השופט היו חשובים להם מאוד, וכי ביקשו להימנע מביצוע לקוי במסגרת תכנית השיקום כדי שלא לאכזבו או להכעיסו. הנאשמים ציינו כי פחדו באופן כללי מן הענישה האפשרית שתוטל עליהם מידי השופט אך האמינו כי הוא תומך בהם. הודגשה העובדה כי המתדיינים ציינו שאלמלא השופט, לא היו מרגישים ש"חובתם" לדבוק בתהליך הטיפול, מכיוון שכ"מכורים" הם היו מוצאים דרך "לנצח" את התכנית. ראו: John S. Goldcamp, *Honest Chance: Perspectives on Drug Court*, U.S. DEP'T OF JUSTICE (2002), available at www.ncjrs.gov/html/bja/honestchance/ack.html.

96 Michael S. King, *Problem-Solving Court Judging, Therapeutic Jurisprudence and Transformational Leadership*, 17 JJA 155 (2008)

97 Peggy Hora and Deborah Chase, *Judicial Satisfaction when Judging in a Therapeutic Key*, 7 CONTEMPORARY ISSUES IN LAW I (2004)

98 תחיה שפירא "בית משפט לנוער בישראל: מודל קיים של בית משפט טיפולי" הרצאה במסגרת כינוס בנושא "תורת המשפט הטיפולי" (אוניברסיטת בר-אילן, 21.5.2007); אלי שרון *נוער בפלילים – שפיטה, דרכי טיפול וענישה* 44-45 (המכון למחקרי משפט וכלכלה בע"מ, התשנ"ח); *קוד אתי לייצוג נוער בפלילים* (משרד המשפטים, הסניגוריה הציבורית, בשיתוף אוניברסיטת תל-אביב, התשס"ח, 2008). כללי הקוד החדש מייצגים תפיסה טיפולית במהותה של תפקיד עורך הדין; כך לדוגמה, עורך הדין מתבקש להכיר את הנאשם ואת משפחתו ולחשוב על טובתו של הקטין בהקשר לדרך פתרון

קרני פרלמן

משפחה⁹⁹ ובמושב הניסיוני לענייני סמים בבית משפט השלום בתל אביב. הנשיאה (בדימוס) של בתי משפט השלום באזור תל אביב והמרכז, השופטת עדנה בקנשטיין, מציינת כי הקמתו של המושב הניסיוני היא תולדה מהתרשמותה מביקור בבית משפט מיוחד לסמים בארצות הברית.¹⁰⁰

הסכסוך. עליו להתנהל בדרך שיתופית לפי הצורך ולראות בשיקום הקטין תכלית ראשונה, גם כאשר הקטין הנאשם מבטא רצון לנהוג אחרת.

99 חנה רוטשילד "בית המשפט לענייני משפחה בהיבט טיפולי" הרצאה במסגרת כינוס בנושא "תורת המשפט הטיפולי" (אוניברסיטת בר-אילן, 21.5.2007). ההתנהלות השיפוטית במסגרת בית המשפט לענייני משפחה כוללת מאפיינים תרפויטיים רבים. כך למשל, בית המשפט פועל מתוך הנחה דומה לבתי המשפט התרפויטיים, ורואה לנכון לרכז את הטיפול בכלל התביעות של משפחה בתיק אחד ולברון לפני שופט אחד. בבית המשפט פועלת יחידת סיוע העשויה להזכיר את הצוות הטיפולי בבתי המשפט פותרי הבעיות. הצעת החוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה (יישוב מוקדם של הסכסוך), התשס"ו-2006, היא תולדה של מסקנות ועדת היגוי בראשות השופט שנהב, ואף היא מכלילה התייחסות מורחבת ברוח תרפויטית להיבטים רגשיים הכרוכים בניהול הסכסוך המשפחתי. הוועדה ממליצה כי פתיחת תיק של סכסוך משפחתי, הן בבתי המשפט לענייני משפחה והן במסגרת בתי הדין הדתיים בישראל, תיעשה באמצעות הגשת "בקשה ליישוב סכסוך", בשונה מכתב תביעה אדברסרי. הבקשה תידון במפגש ביחידת הסיוע, והצדדים יקבלו בו מידע על אפשרות לקידום הטיפול בסכסוך בדרך הסכמית לרבות בייעוץ. רק לאחר מיצוי הדיון או מיצוי ההליך השיתופי בלא שהושג פתרון לסכסוך, יהיה אפשר לפתוח בהליך שיפוטי אדברסרי. תזכיר החוק מציין את הניסיון שנצבר בדבר הבעיות הרגשיות והמעשיות בניהול סכסוך משפחתי בהליך שפיטה קלאסי. ראו: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/51D2B374-F75A-46B9-98D7-D7B4FC97D819/0/sichsocey_mishpacha.pdf.

100 בשנת 2004 הוקם בישראל מיום ניסיוני של מושב מיוחד לענייני סמים בבית משפט השלום בתל אביב. הקמתו של בית משפט זה נעשתה ביוזמה משותפת של נשיאת בתי משפט השלום בתל אביב (בדימוס), השופטת עדנה בקנשטיין, ושל מנכ"ל הרשות הלאומית למלחמה בסמים, בשיתוף פעולה עם המשטרה, הסנגוריה, לשכת עורכי הדין, שירות המבחן והרשות העירונית למלחמה בסמים בתל אביב. מטרת המיזם הייתה לאפשר לעבריינים שאינם אלימים וביצעו עבירות בשל היותם מכורים לסמים, להימנע ממאסר ולעבור למסגרת טיפולית שתאפשר את גמילתם ותעניק להם אפשרות ממשית להתוודע אל הגורמים שהובילו אותם לביצוע העבירה או לאלה המשאירים אותם בחיי הפשע, והכול כדי להעניק לנאשמים הזדמנות לשקם את עצמם ולחזור לחיים נורמטיביים. במסגרת המיזם, נאשמים שעומדים בתנאים המקדמיים שנקבעו לכך נשלחים לגמילה בכפר הגמילה "מלכישוע". עד סיומו המוצלח של הטיפול ושיקומם, עונש המאסר שנגזר עליהם עומד בעינו. אם הסתיים הטיפול בהצלחה, עונש המאסר מתבטל. אם נכשל הטיפול, נשלח הנאשם לרצות את עונשו בכלא. ההליך כולו נעשה בפיקוח בית המשפט, והנאשם נדרש להתייצב לפני השופט בתדירות גבוהה. התנאים המקדמיים לשליחה למיזם השיקום הם היות הנאשם המכור לסמים בגיר, העבירה שביצע אינה כרוכה באלימות חמורה, והוא מודה בעבירה המיוחסת לו, מקבל אחריות למעשיו, מסכים ומעוניין לקבל טיפול גמילה. ראו: עדנה בקנשטיין "דיון בנושא סמים ומשפט" 19-23 (משרד החינוך/מרכז ההסברה, הרשות למלחמה בסמים, 2005) www.antidrug.gov.il. המושב הניסיוני מזכיר התנהלות תרפויטית בבתי המשפט פותרי הבעיות. ואכן, השופטת בקנשטיין מתארת בריאיון שנתנה ללשכת עורכי הדין (פורסם בנובמבר 2006) ובהרצאה שהעניקה ב־2007 כינוס על "תורת המשפט הטיפולי" כי המיזם נוצר כתולדה של התרשמותה מבתי המשפט התרפויטיים שבהם ביקרה בארצות הברית במסגרת משלחת רשמית של שופטים ישראלים במערכת בתי משפט זו. וכך אמרה: "בביקור בארצות הברית ראיתי מוסד שנקרא בית משפט לסמים. חזרתי ארצה, אין לי תקציב, אין לי כח אדם, אבל

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

ייצוגו של הליך השפיטה התרפויטי אינו נראה עוד יפה לייצוג הקלאסי בדמותה של אלת הצדק עם הכסות לעיניה. תיאור ההתנהלות השיפוטית התרפויטית בבתי המשפט פותרים הבעיות יכול להיות מיוצג באמצעות הסרה של כסות העיניים, וכך לאפשר התבוננות ישירה בנאשם והכרה בו כבאינדיבידואל, וחלף המאזניים המוחזקות בידה של האלה – להושיט את היד לעזרה.¹⁰¹

חצי ביקורת הופנו אל בתי המשפט פותרים הבעיות ואל ההליך התרפויטי המתנהל במסגרתם בשל חששות מן ההתנהלות השיפוטית החדשה והבעיות הכרוכות בה. נראה כי הביקורת בעיקרה נובעת מן הסתירה שבין ניהול הליך שפיטה הוגן באוריינטציה של כללים (בעת מילוי תפקידו של שופט המנהל הליך שפיטה קלאסי) לבין ניהול הליך שיפוט הוגן באוריינטציה הקשרית המתרחש בעת מילוי התפקיד השיפוטית התרפויטי.¹⁰² ניהול הליך הוגן באוריינטציה של כללים פירושו עמידה על קיומם של כללי סדרי דין ודיני ראיות אוניברסליים ועמידה על התנהלותם. הניטרליות השיפוטית כמבססת הגינות שיפוטית אמורה להיות מושגת ולבוא לידי ביטוי בהתנהלות שיפוטית פסיבית וריחוק מן הצדדים. ניהול הליך הוגן באוריינטציה הקשרית נעשה על דרך הסתירה למתואר, באמצעות התייחסות שיפוטית אקטיבית, אמפתית, היוצרת קשר ישיר ודיאלוג עם המשתתפים בהליך.¹⁰³ דרך הפעולה התרפויטית טוענת לפרשנות עדכנית למונח הגינות

זימנתי ללשכתי כל מי שקשור לנושא וביקשתי הכרה של בית משפט על אנשים שיש להם רצון להיגמל. לקחתי שופט צעיר וביקשתי שיקדיש לכך יום בחודש. מבין האנשים שהגיעו למעצר עד תום ההליכים בגין עבירות סמים חיפשנו את בעלי המוטיבציה להיגמל ושלחנו אותם לגמילה. יש לנו היום כבר 45 כאלה, שעשרה מתוכם כבר סיימו ויצאו לחופשי. אם בדרך מישהו נופל – מביאים אותו אלי לניעור. הם מאושרים. הנושא הזה חשוב מאין כמותו מבחינה חברתית, ומבחינה אישית, זה ממלא את לבי לראות אותם יוצאים לחיים חדשים". ריאיון עם השופטת בקנשטיין *הפיקליטים* 25 (2006).

101 אהרנסון ואלמוג מציינים כי שינויים בתרבות מאפשרים ליצור שינויים בייצוג האפקטיבי של עשיית הצדק וכי המשפט יכול להתנער ממרכיבים מקובלים של נראות ולבחון מחדש את הקשר בין עשיית הצדק לייצור מראיתו. אהרנסון ואלמוג "משפט כקולנוע", לעיל הערה 13, בעמ' 35.

102 חששות בנוגע להבטחת זכויותיו של הנאשם, לשינוי תפקידו של עורך הדין המייצג את הנאשם, הבטחת אחריותו של בתי המשפט ועוד. על החששות ועל הביקורת, ראו לדוגמה: הופמן *Therapeutic Jurisprudence*, לעיל הערה 78, הסובר כי התפיסה התרפויטית עלולה לפגוע בזכויותיו של הנאשם ואיננה אפקטיבית. כן ראו: Mae C. Quinn, *An RSVP to Professor Wexler's Warm TJ Invitation: Unable to join you, Already (Somewhat Similarly)*, 48 *BOSTON COLLEGE LAW REV.* 539 (2007); דוגמה לתשובה על הביקורת מצויה בתשובתו של וקסלר לעניין שינוי תפקידו של הסגור, ראו: David W. Wexler, *Not Such a Party Pooper: An Attempt to Accommodate (Many of) Professor Quinn's Concerns About Therapeutic Jurisprudence Defense Lawyering*, 48 *BOSTON COLLEGE LAW REV.* 597 (2007); עוד ראו את תשובתו של ברמן מבתי המשפט הקהילתיים בניו יורק לעניין תפקידו של השופט: Greg Berman, "What is Traditional Judge Anyway?" *Problem Solving in the State Courts*, 84 *JUDICATURE* 78 (2000) (להלן: ברמן).

103 הסתירה יוצרת סוגיה רבת עניין בנושא משוא הפנים השיפוטית וההתנהלות האובייקטיבית הנדרשת מן השופט. במסגרת האפשר בגדרי מאמר זה אציין רק את קיומה של פרשנות מעשית שונה המוענקת על

פרוצדורלית המתחייבת בניהול ההליך השיפוטי, והיא מוצאת תימוכין במחקרים פסיכולוגיים העוסקים בתפיסת ההוגנות בעיני המשתתף בהליך. מחקרים אלו עומדים גם בבסיס המלצות ארגון השופטים האמריקניים, כפי שתפורטנה להלן.

4. התנהלות תרפויטית והגינות פרוצדורלית בבתי המשפט הכלליים

(א) כללי

תורת המשפט הטיפולי, לפי מייסדיה ותומכיה, מבקשת להחיל עקרונות תרפויטיים על כלל ההתנהלות הנוהגת בבתי המשפט, אין היא מגבילה את תפיסתה הקוראת ליישום מאפיינים תרפויטיים בעבודה השיפוטית לגדר המתרחש בבתי המשפט פותרי הבעיות בלבד.¹⁰⁴

שיעור הולך וגדל של קובעי מדיניות משפטית בארצות הברית הביעו עניין ביישום רעיונות ופרקטיקות הנהוגים בבתי המשפט פותרי הבעיות במערכת בתי המשפט הכללית. כך נעשה לדוגמה בוועידות ה־Conference of Chief Justices ו־Conference of State Court Administrators.¹⁰⁵

צוות משותף של משפטנים מניו יורק וקליפורניה בחן כיצד מערכת המשפט יכולה לשלב פרקטיקות הנהוגות בבתי המשפט התרפויטיים בבתי המשפט הרגילים. האפשרויות שהוצעו היו אלה:¹⁰⁶

א. שימוש במגמה של שאילת שאלות וחיפוש נוסף אחר אינפורמציה.

ידי כל אוריינטציה של התנהלות שיפוטית וכללי ההתנהלות המומלצים או האסורים לגישה. הפרשנות החדשה הניבה צורך בשינוי של כללי האתיקה השיפוטית שהיו מבוססים על ניהול הליך אדברסרי באוריינטציה של כללים כדי להעניק לגיטימיות להליך השפיטה החדש המתבצע בשיתוף ובאוריינטציה הקשירת. התאמה חלקית נעשתה בכללי ABA Model Code of Judicial Conduct משנת 2007, שבהם לדוגמה הערה 3 לכלל 2.9A(3) מתירה לשופט בבתי המשפט התרפויטיים התנהלות אקטיבית מעורבת, התייעצות עם גורמים רלוונטיים ועוד. ראו: www.abanet.org/31; judicialethics/ABA_MCJC_approved.pdf. לתפיסה אתית העולה בקנה אחד עם התפיסה הקשירת והבנת מושג משוא הפנים שבמסגרתה, ראו גם: יותם בנוימן *עד שתגיע למקומו – אתיקה, אי משוא פנים ויחסים אישיים* (הוצאת מאגנס, התשס"ה).

David Wexler, *Therapeutic Jurisprudence: It's Not Just for Problem-Solving Courts and Calendars Anymore*, in FUTURE TRENDS IN STATE COURTS 87 (Carol R. Flango, Neal Kauder, Kenneth G. Pankey Jr. & Charles Campbell eds., 2004), available at www.griffith.edu.au/_data/assets/pdf_file/0016/50335/kdaly_part2_paper18.pdf (להלן: *וקסלר Therapeutic Jurisprudence*); Donald J. Farole, *Applying The Problem-Solving Model Outside of Problem-Solving Courts*, 89 JUDICATURE 40 (2005).

Daniel J. Becker and Maura N. Corrigan, *Moving Problem Solving Courts into the Mainstream: A Report Card from the CCJ-COSCA Problem Courts Committee*, 39 COURT REV. 4 (2002).

Donald Farole, Nora Puffett & Michael Rempel, *Opportunities to the Practice of Collaborative Justice in Conventional Courts: Report Submitted to the California Administrative for Court Innovation* (California Administrative Office of The Courts, 2004).

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

- ב. יצירת קשר עם הנאשם/הלקוח.
 - ג. יצירת אינטגרציה ושילוב של שירותים סוציאליים וטיפול.
 - ד. הגברת הפיקוח השיפוטי.
 - ה. גישה שיתופית יותר ויצירת חשיבה קבוצתית.
- לשכת עורכי הדין האמריקנית המליצה כבר בשנת 2001 על –

[T]he continued development of problem-solving courts to improve court processes and court outcomes for litigants, victims and communities as well as the broad integration of the principles and methods employed by problem-solving courts into the daily administration of justice.¹⁰⁷

חוברת ההדרכה הקנדית להתנהלות שיפוטית ראויה, המפרטת כנוכר דרכי התנהלות בגישת "פתרון הבעיות", ממליצה ליישם את מאפייני ההתנהלות השיפוטית התרפויטית הזאת (אמפתיה, בהירות, הקשבה פעילה ועוד) גם בכלל התהליכים והערכאות המתקיימים בבתי המשפט, כלומר במערכת הכללית הרגילה.¹⁰⁸

בחודש נובמבר 2008 פרסם ארגון השופטים האמריקנים, The American Judges Association (להלן: ה-AJA), חוברת מיוחדת בנושא ההגינות הפרוצדורלית. חוברת זו כוללת נייר עמדה רשמי (White Paper) של הארגון ובו קריאה להתנהלות שיפוטית עדכנית ראויה במערכת בתי המשפט בארצות הברית ובקנדה (להלן: נייר העמדה של ה-AJA).¹⁰⁹ נייר העמדה של ה-AJA משקף תפיסה עדכנית למושג הגינות פרוצדורלית, והוא קורא להתנהלות שיפוטית המיישמת תפיסה של צדק תהליכי במובנו ההקשרי, הבין-אישי, על פני המובן הפורמלי – יישום כללים של סדרי הדין ודיני הראיות.

על סמך מחקרים אמפיריים שונים, במיוחד על יסוד מחקריו של פרופ' טום טיילר (Tyler),¹¹⁰ מציג נייר העמדה של ה-AJA את המסקנות הבאות:

* קיים הבדל בין הדרך שבה שופטים רואים את ההגינות בהליך המשפטי לבין הדרך שבה הציבור מבין אותה.

107 Commission on State Justice Initiatives, Am. Bar Ass'n, Coalition for Justice: Report to the House of Delegates 1, available at www.abanet.org/leadership/2001/117.pdf (2001)

108 משמע, התנהלות שיפוטית עם מאפיינים תרפויטיים מומלצת ליישום הן במסגרת הליכים פליליים בבתי המשפט "הרגילים" והן במסגרת הליכים אזרחיים. שופט יכול לבחור אם להשתמש במאפיינים תרפויטיים במינוח ההולם את גישתו, והכול במסגרת ניהול הליכי שפיטה שונים לרבות שמיעת עדויות, גיבוש הסדר ועוד.

109 The American Judges Association, *Special Issue on Procedural Fairness*, 44 COURT REV. (2008)

110 E. ALLEN LIND & TOM R. TYLER, *THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF PROCEDURAL JUSTICE* (1988)

השופטים ממוקדים בהשגת תוצאה הוגנת, משמע במתן הכרעה שיפוטית הוגנת, ואילו הציבור מתמקד בהתנהלות שהובילה לתוצאה. ממצא זה אופייני במחקרים שהוכיחו הבדל בין נקודת ההתבוננות של קובעי החלטות שממוקדים בהגינות החלטתם, לבין נקודת המבט של נשואי ההחלטות, המתמקדים בהגינותה של הדרך שבה התקבלו החלטות אלו.

הציבור מעניק חשיבות רבה יותר להתנהלות השיפוטית, לסוג ההתייחסות שזכה לה וחווה בבית המשפט מאשר לתוצאת פעולה זו. פירושו של דבר הוא שאנשים מוכנים לקבל על עצמם תוצאות שליליות מבחינתם של התהליך (כגון הפסד במשפט), אם לתפיסתם הושגו תוצאות אלה בהגינות.

- * הערכה ופרשנות לניסיונם של המתדיינים מהתנהלות הליך השפיטה מתורגמת להערכה על מערכת המשפט והדין במדינה בכללותם. כלומר הגברת האמון במערכת השפיטה ובהגינותו של הדין הקיים במדינה נשפטה בעיני הציבור בפריזמה של המפגש הפרטי שחוו עם המערכת בניהול הסכסוך שהיו לו צד. לפי ראות עיניהם, הפרט מעיד על הכלל.
- * הגינות פרוצדורלית תיקח בחשבון את האופן שבו מיעוטים יכולים להשתתף בהליך השיפוטי ותגלה ערנות לעיצוב תגובתם בנוגע לבתי המשפט.
- * רשות או סמכות ממשלתית הנוהגת בדרך שהציבור תופס אותה כשימוש הולם ומקיף של הגינות פרוצדורלית זוכה להערכה של לגיטימיות ומוסריות גבוהה.
- * יש חשיבות להתנהלות שיפוטית לא רק בתחום המילולי (הוורבלי) אלא גם בשפת הגוף. המתדיינים ערים לתנועות הידיים והרגליים של השופט ולקשר העין. הם מזוהים התנהגות שאינה מילולית בתור אמצעי בדוק להבעת עניין והתייחסות שיפוטית רצינית לעניינם המונח לפני השופט.

(ב) הגינות פרוצדורלית המומלצת על ידי ארגון השופטים האמריקניים

הגינות פרוצדורלית על פי נייר העמדה של ה-AJA, כפי שהיא נתפסת בעיני המתדיינים, והמטלה השיפוטית הנדרשת להבנייתה בנויות מארבעה רכיבים:

(1) "מתן קול" – מתן אפשרות למתדיין להשתתף בניהול הסכסוך באמצעות הבעת דעתו ונקודת מבטו. נמצא כי אנשים רוצים שתינתן להם הזדמנות לספר את עמדתם בסיפור הסכסוך במישרין, במילותיהם, קודם שניתנות החלטות בעניינם. להזדמנות להביע את נקודת מבטם ולהרגשה כי הסמכות שקלה ברצינות את טענותיהם יש השפעה חיובית על חווייתם ועל התנסותם בבית המשפט.¹¹¹

111 הביטוי העצמי של המתדיינים מאפשר תהליך הולם ויעיל של חשיפת צרכים ואינטרסים. הוגי תנועת תורת המשפט הטיפולי רואים ב"מתן קול" למתדיין גורם הכרחי ביצירת השתתפותו בתהליך לשם השגת הנעה עצמית, לעומת פעולה מכוח הכפייה ולשם השגת תוצאות תרפויטיות. היעדר קול, לרבות בהליכי ערעור, עלול להוביל לתוצאות אנטי-תרפויטיות ולחוסר אמון בתהליך השיפוטי. Roger K. Warren, *Public Trust and Procedural Justice Coercion, in THERAPEUTIC KEY* 132, Amy D. Roner and Bruce J. Winick, (Warren, *Public Trust*: להלן: 75)

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

- (2) ניטרליות – ניטרליות נבנית מיישום עקיב של כללים משפטיים ושקיפות כיצד התקבלה ההחלטה. תרגומה המעשי של הניטרליות השיפוטית בעיני המתדיינים יכול לבוא לידי ביטוי למשל בקבלת הסבר מהי ההכרעה ומה היו הנימוקים שהובילו לקבלתה.¹¹²
- (3) יחס מכבד – התייחסות עניינית ומנומסת למתדיין. התנהלות מכבדת תהיה לדוגמה זו המעניקה למתדיינים מידע והבהרה על שלבי ההליך השיפוטית.
- (4) אמון בסמכות – מחקרים העוסקים בסמכות פוליטית או משפטית מראים באופן שיטתי כי הגורם המרכזי המשפיע על הערכת הציבור לבעל הסמכות מקורו במידת ההערכה הניתנת להתנהלותו של בעל הסמכות. התייחסות מעריכה בוחנת בין היתר מבעים של כנות ודאגה מבעל הסמכות. בשעה שאדם מרגיש שהשופט מקשיב לו, מעורה במקרה ודן בענייניו ברצינות ומתוך עניין ודאגה, הוא מפתח אמון במערכת ואינו סובר שהיא פועלת במשוא פנים או בהטיית לב אישית.¹¹³
- ההגינות הפרוצדורלית המתבקשת בנייר העמדה של ה-AJA עולה בקנה אחד עם תכניו של התפקיד השיפוטית התרפויטי החדש ועם ההליך השיפוטית המתבצע במסגרתו. ההליך התרפויטי מאפשר "מתן קול" למתדיינים. השופט שומע את המתדיינים ומקשיב לדבריהם ולעמדתם. ההתנהלות התרפויטית היא אמפתית ומכבדת. מחקרים שבחנו את מידת שביעות הרצון של עורכי דין ושל מתדיינים בבתי המשפט התרפויטיים מעלים כי בתי משפט אלה זוכים למידת אמון גבוהה ביותר, במיוחד מתוך השוואה למערכת בתי המשפט הרגילה.¹¹⁴

Silencing the Appellant's Voice: The Antitherapeutic Per Curiam Affirmance, 24 SEATTLE U.L. REV. 499 (2000). "מתן קול" הוא נושא רחב ומקיף הנדון בימינו בהיבטים משפטיים, סוציולוגיים, מגדריים ועוד. ראו לדוגמה: ליאורה ביילסקי "על הגלוי, הסמוי ומה שביניהם" מחקרי משפט יח 127 (התשס"ב). כן ראו: גיליגן *IN A DIFFERENT VOICE*, לעיל הערה 53.

112 ככל הנראה, ההסבר המתבקש כאן הוא הסבר מילולי מפי השופט ולא רק מתן הנמקה באמצעות פסק הדין. פרשנות זו למושג ניטרליות היא חדישה. כנזכר, תפיסת הניטרליות בניהול הליך השיפוטית הקלאסי צידדה בהתנהלות שיפוטית פסיבית ובמתן הנמקה בפסק הדין באופן הממעט מחלקו האישי של השופט בעיצוב ההכרעה. התפיסה ההקשרית המגולמלת בהמלצה הנזכרת דווקא קוראת לאקטיביות שיפוטית, התייחסות למתדיינים במישרין ומתן הסבר על נימוקי ההכרעה בתור אלה המבנים שיפוט הוגן וניטרלי בעיני המתדיינים.

113 מבעים אלו משקפים אוריינטציה של יחסים ותפיסת התנהלות הקשרית, המהווים שינוי משמעותי בפרשנות מושג משוא הפנים בהיבטו הדיוני על פי התפיסה הפורמליסטית ואוריינטציה של כללים. משיפוט מרוחק ופסיבי, המיועד להבטיח חוסר משוא פנים כתנאי להגינות תהליכית בתפיסת הליך השיפוטית הקלאסי, חל מעבר להענקת אמפתיה, "אחיקה של דאגה" ותשומת לב אישית, בתור אלה המבטיחים הגינות ויוצרים אמון מוגבר במערכת בתי המשפט על פי נייר העמדה של ה-AJA. ראו: לעיל הערה 109.

114 Warren, *Public Trust*, לעיל הערה 111. מערכת בתי המשפט בארצות הברית מתמודדת עם טענות המייחסות למערכת המשפט גילויים של גזענות ואפליית מיעוטים. מחקרים שנערכו בנושא זה מעלים כי בתי המשפט התרפויטיים זוכים בעניין זה למידה הגבוהה ביותר של הערכת ההגינות אצל אוכלוסיית המיעוטים. מחקר שנעשה באזור בית המשפט הקהילתי ברד-הוק שבברוקלין העלה כי 86% מהאוכלוסייה הביע אמון ושביעות רצון מבית המשפט, שיעור כפול כמעט משביעות הרצון

(ג) הקשר בין המלצת הארגון לתורת המשפט הטיפולי

עיון בהמלצות הפרטניות להתנהלות שיפוטית ראויה בכלל בתי המשפט בארצות הברית ובקנדה, המנויות בנייר העמדה של ה-AJA, והשוואתן להמלצות להתנהלות שיפוטית תרפויטית, כפי שהן מופיעות בחוברת ההדרכה הקנדית להתנהלות שיפוטית ראויה, מעלה כי ההמלצות דומות דמיון רב בשני מקורות אלה. לדוגמה, "השופט הפרוצדורלי ההוגן" מתבקש על פי ההמלצות הקונקרטיות בנייר העמדה של ה-AJA להסביר למתדיין בשפה המובנת לו את הכרעת השיפוט, את תוכנו של הצו שהוטל עליו ואת הנימוקים שהובילו להכרעה. עליו לפעול מתוך הקשבה פעילה ולנהוג סבלנות. המלצות אלה מופיעות אף בפירוט נרחב יותר בחוברת ההדרכה הקנדית, הכתובה ברוח תנועת תורת המשפט הטיפולי.

וקסלר עומד על הקשר בין תוכן נייר העמדה של ה-AJA ובין תורת המשפט הטיפולי. במאמר הנכלל בחוברת המאוזכרת של ה-AJA, טוען וקסלר כי תורת המשפט הטיפולי מעניקה צבע ל"נייר הלבן" שבו מרוכזות המלצות הארגון.¹¹⁵ מאמרו של וקסלר מציין כי תורת המשפט הטיפולי עוסקת בפסיכולוגיה של הבנת המושג "צדק פרוצדורלי" ותורמת לעיצובו המעשי. אתר השפיטה הקנדי וחוברת ההדרכה להתנהלות שיפוטית תרפויטית המוצגת בו מביאים דוגמאות הממחישות ומפרטות את המלצות נייר העמדה של ה-AJA. יתר על כן, תורת המשפט הטיפולי מוסיפה נדבכים להתנהלות השיפוטית המומלצת של ה-AJA. לפיכך מציע וקסלר לארגון השופטים האמריקניים ולתומכי ההתנהלות השיפוטית בדרך של הגינות פרוצדורלית לפי הפרשנות המתבקשת מנייר העמדה של ארגון זה, להכיר את עמדותיה ואת מחקריה של תורת המשפט הטיפולי וליצור בין התפיסות מערכת יחסים דו-סטריית של למידה.

הפנייה להתודע אל רעיונות ופרקטיקות תרפויטיים ולימודם במטרה ליישם אותם במערכת בתי המשפט הכללית "הרגילה" חלה בד בבד למגמת המעבר שבו נמצאת תורת המשפט הטיפולי – משולי השיח המשפטי בארצות הברית אל מרכזו.¹¹⁶ מגמה זו באה לידי ביטוי גם בהתייחסות האקדמית הגוברת אל התחום. מאמרים רבים בנושא מתפרסמים בספרות המקצועית, ומתקיימים סימפוזיונים אקדמיים ומקצועיים שונים, הדנים בשאלות מגוונות הנובעות מהכרת עקרונות תורת המשפט הטיפולי והפעלתם בשיטת המשפט.¹¹⁷

והאמון שהובעו בנוגע להגינות התנהלותה של מערכת בתי המשפט הרגילה בעלת סמכות השיפוט באזור. ראו: Robert V. Wolf, *Race, Bias, and Problem-Solving Courts*, 21 NAT'L BLACK L.J. 27, 39 (2009).

¹¹⁵ וקסלר *Adding Color*, לעיל הערה 57.

¹¹⁶ הקריאה ליישום מאפיינים של התנהלות תרפויטית במסגרת התנהלות שיפוטית בכלל בתי המשפט ואף בניהול הליכים אזרחיים מגלמת מגמה חדשה. מגמה זו הינה מעבר מתפקיד שיפוטי מתוחם בניהול הליכים פליליים בעיקרם ובמסגרת בתי משפט מיוחדים, אל פיתוחה של תרבות טיפולית כללית המיועדת ליישום בכלל ניהול ההליכים השיפוטיים במערכת בתי המשפט הרגילה. תרבות טיפולית זו משמעה הגינות פרוצדורלית במובנה הערכני.

¹¹⁷ כך לדוגמה, בשנת 2002 בסימפוזיון שנתכנס באוניברסיטת פורדהאם שבניו יורק דנו אנשי אקדמיה, שופטים ומשפטנים בשאלת השפעתם של בתי המשפט פתרי הבעיות על השינוי בתפקיד עורך הדין

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

בין היתר נבחנו מיקומה של התנועה בשיח הרעיוני בן זמננו והשילוב האפשרי בין העקרונות של תורת המשפט הטיפולי ובין גישות משפטיות נוהגות קיימות, כגון "משפט מניעתי" (Preventive Law),¹¹⁸ "צדק מאחה" (Restorative Justice)¹¹⁹ ו"יישוב סכסוכים חלופי", היינו תנועת ה-ADR.¹²⁰

ג. התפקיד השיפוטי התרפויטי החדש והתייחסותו לרעיונות של אסכולת הראליזם המשפטי מראשית המאה העשרים

ניתן להבין ולקרוא את התפקיד השיפוטי התרפויטי כתפקיד המתייחס להטמעת הביקורת הראליסטית בשיטת המשפט בארצות הברית, הנדרש אל רעיונות אסכולה זו ובין היתר מגיב לחשש מפני סובייקטיביות במשפט ולרעיון העצמת חשיבותו של הגורם האנושי בהליך המשפטי.

היעדרו של דגם יישומי להתנהלות שיפוטית באסכולה הראליסטית והיעדרה של התייחסות רעיונית ישירה מצד הוגי תנועת תורת המשפט הטיפולי לאסכולות רעיוניות שקדמו לה,¹²¹ מגבילים את היכולת להוכיח קשר סיבתי בין האסכולה הראליסטית לתפקיד החדש. ואולם, חסרונם של אלו מתיר מרחב לבחינה והצעה לעיון שעשויים להאיר על היווצרות התפקיד השיפוטי החדש וקבלתו אל שיטת המשפט.

האסכולה הראליסטית, בעודה פורסת את ביקורתה על המשפט ועל התפיסה הפורמליסטית שרווחה בימיה, החלה ביצירת תהליך תודעתי מהותי של ערעור על המוסכמות בנוגע למהות התפקיד השיפוטי ואופן ביצועו בהליך השיפוטי הקלאסי.

ערעור הלגיטימיות של ההליך השיפוטי הקלאסי באמצעות ערעור התפיסה שהוא מבוסס על אדנים אובייקטיביים וניטרליים המובטחים בהתנהלות באוריינטציה של כללים, נדרש כדי שניתן יהיה להציע תכנים של תפקיד שיפוטי המבוססים על לגיטימיות שונה, זו הנבנית מהתייחסות שיפוטית אמפתית, הקשורת ופותרת בעיות.

בן זמננו, ראו: קלוגר, לעיל הערה 79.

118 Dennis P. Stolle, *Professional Responsibility in Elder Law: A Synthesis of Preventive Law and Therapeutic Jurisprudence*, 14 BEHAV. SCI. & L. 459 (1996)

119 Robert F. Schopp, *Integrating Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence*, 67 REV. JUR. U.P.R. 665 (1998)

120 Andrea Kupfer Schneider, *Building a Pedagogy of Problem-Solving: Learning to Choose Among ADR Processes*, 5 HARV. NEGOT. L. REV. 113, 154 (2000); Andrea Kupfer Schneider, *The Intersection of Therapeutic Jurisprudence, Preventing Law, and Alternative Dispute Resolution*, 5 PSYCH. PUB. POL'Y & L. 1084 (1999)

121 מעניין לציין כי הגותם של מייסדי תורת המשפט הטיפולי, למרות הגדרתה כ"תורת משפט", אינה דנה במישורין בתורות משפט שקדמו לה במטרה לבדלה מהן ולגבש את זהותה. פרופ' סלובוגין רואה בכך בעיה בעיצוב זהות התנועה ומבקרה על כך, ראו: Christopher Slobogin, *Therapeutic Jurisprudence: Five Dilemmas to Ponder*, 1 PSYCH. PUB. POL'Y. & L. 193 (1995) (להלן: סלובוגין).

היווצרותו של הליך שיפוטי שיתופי עם מאפיינים פורמליסטיים מועטים לא יכלה להתרחש בסביבה רעיונית של תחילת המאה העשרים. ערעור על המיתוס של הליך שפיטה קלאסי כהליך אובייקטיבי, המבטיח הגינות, איכות ויעילות בניהול הסכסוך ובפתרונו, הוא נדבך הכרחי לתהליך של יצירת הליך שיפוטי תרפויטי, המבוסס על פרשנות חדישה למושגים של הגינות, של איכות ושל יעילות וטומן בחובו הבטחה לקיומם גם בתהליך שסממניו הפורמליסטיים פחותים.

האנשת התפקיד השיפוטי, כמו שעולה מהגותם של הראליסטים, פתחה פתח לראות בשופט "בן אנוש" וחשיבה על היקף ההשפעות המעשיות הכרוכות באימוץ תפיסה זו. את הקריאה הראליסטית לבחון את המשפט באופן תכליתי ומעשי אפשר להבין כקריאה העומדת ברקע ההתבוננות התרפויטית בנוהג בשיטת המשפט ובהצעת תורה זו לבצע שינויים עם תוצאות ממשיות.

על כן, על אף שבהגותם של מחברי תנועת תורת המשפט הטיפולי אין התייחסות במישרין לרעיונות של אסכולת הראליזם המשפטי ולביקורת הטמונה בהם, אפשר להציע כי תורה זו מגיבה אליהם באמצעות שינוי דפוסי הפעולה של ההליך השיפוטי ועיצוב התכנים של התפקיד השיפוטי התרפויטי.

ניתן להצביע על מגוון של דרכי חשיבה והתנהלות תרפויטיות שיכולות להתפרש כמתייחסות אל הביקורת הראליסטית ואל רעיונותיה ובדגש המוסב על משנתו של פרנק במכלול הראליסטי:

1. התייחסות לטענות מרכזיות באסכולה הראליסטית

(א) טענת ספקנות הכללים

הטענה הראליסטית בדבר חוסר היכולת האנושית-השיפוטית להכריע על סמך כללים תאורטיים בלבד, במשמע שאין די בקיומם של כללים אלה כדי להבטיח יצירה של הכרעה שיפוטית ודאית וצפויה מראש, זוכה להתייחסות מכילה בהתנהלות השופט התרפויטי באמצעות חוסר ההתמקדות בצורך לפעול כך.

ההליך השיפוטי התרפויטי מתייחס לטענה הראליסטית ולספקנות שהיא יוצרת באמצעות הפחתה מן החשיבות של עיצוב ההכרעה השיפוטית הנסמכת על כללים אוניברסליים בדרם ובאמצעות הפחתת השאיפה לחיזוי ודאי של תכניה של הכרעה זו.

התפקיד השיפוטי התרפויטי אינו מתמקד אך באיתור כללי הדין התאורטיים לשם החלתם על נסיבות עניינו של הנאשם, אלא שהוא תר אחרי עיצוב פתרון מעשי ויעיל ההולם לצרכיו של נאשם ספציפי. הפתרון השיקומי מגובש על בסיס אינדיבידואלי ונותן את הדעת לנסיבות הפרטניות של העבירה ושל מבצע העבירה, ולפיכך אינו חותר לאחידות או לצפיות.

ההליך התרפויטי וגיוש הפתרון שבו נעשים בתהליך של איזון ובחירה שיפוטיים שעליו עמדה האסכולה הראליסטית בהגותה. עם זאת, בסוגיה זו קיים הבדל ראוי לציון; האסכולה הראליסטית הצביעה על תהליך של איזון ובחירה שיפוטיים המתבצעים במישור הציבורי של

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

כללים משפטיים, ואילו התפקיד השיפוטי התרפויטי נעשה תוך כדי הליך של בירור אינטרסים וצרכים של המתדיין ושל החברה הסובבת אותו במישור הפרטי.

(ב) טענת האינסטרומנטליזם ועיקרי המדיניות

הטענה הראליסטית כי הבחירה השיפוטית נעשית על סמך עיקרי המדיניות המצויים ברקע הכללים וכי השפיטה מהווה כלי להגשמת מדיניות חברתית-כלכלית, ניתנת לאיתור בתפקיד השיפוטי החדש.

ההתייחסות הראליסטית לעיקרי המדיניות ולהיבט התכליתי של היגדים משפטיים, מתוך תפיסה כי אינטרסים וצרכים חברתיים עומדים בבסיסם של הללו ומניעים אותם, ניתנת להשוואה לעמדה התרפויטית התרה אחר אינטרסים וצרכים העומדים לגישה ביסוד הסכסוך, וחשיפתם עשויה לסייע בטיפולו.¹²²

מטרתו של התפקיד השיפוטי התרפויטי המתנהל בבתי המשפט הייחודיים פותרת הבעיות היא שיקומית וטיפולית. התפקיד מיועד להתמודד עם תחלואים חברתיים באמצעות מדיניות חברתית-כלכלית הקוראת להעמיד משאבים לשם ניהול הליך שיפוטי חדיש, שונה במאפייניו מן ההליך השיפוטי הקלאסי. והכול כדי לחולל שינוי של ממש במציאות החברתית – להפחית משיעורי העבריינות החוזרת.

התפקיד השיפוטי התרפויטי המומלץ ליישום בכלל מערכת בתי המשפט מיועד גם למלא אחרי מדיניות משפטית-חברתית שמטרתה לשפר את איכות הניהול של תהליכים משפטיים ולהגביר את אמון הציבור במערכת בתי המשפט.

דבריו של כהן הראליסט על תכליתו של המשפט לקידום ה־good life של נמעניו עולים בקנה אחד עם התפיסה התרפויטית, ודבריו משתלבים במונחים המודרניים של תורת המשפט הטיפולית ובלבון בחינת הדין ויישומו לשם השגת תוצאות תרפויטיות ולרווחת הפרט, כך:

The instrumental value of law is simply its value in promoting the good life of those whom it affects.¹²³

Therapeutic Jurisprudence... focuses on the law's impact on emotional life and on psychological well-being.¹²⁴

מן הראוי לציין כי תפיסת תפקידו של בית המשפט כמחנך וכמעצב את פני החברה זכתה להכרה ולתמיכה במיוחד במחצית השנייה של המאה העשרים בארצות הברית,¹²⁵ אך עדיין

122 טענה דומה בנוגע להליך הגישור, ראו: אלברשטין "הרעיון הפרגמטי", לעיל הערה 17, בעמ' 68.

123 כהן ETHICAL SYSTEMS, לעיל הערה 19, בעמ' 42.

124 וקסלר *Therapeutic Jurisprudence*, לעיל הערה 104.

125 DAVID A. SCHULTZ, LEVERAGING THE LAW: USING THE COURTS TO ACHIEVE SOCIAL CHANGE (P. Lang, New-York, 1997); THE POLITICAL ROLE OF LAW COURTS IN MODERN DEMOCRACIES (Jerold L. Waltman & Kenneth M. Holland eds., Macmillan

אינה מקובלת על הכול. התפקיד השיפוטי התרפויטי המיועד לעצב מדיניות חברתית ולקדמה, בייחוד בכל הנוגע לטיפול בעבירות סמים, נתקל בהתנגדות אצל הדוגלים בעמדה השמרנית. עמדה זו רואה ביישומו של התפקיד השיפוטי התרפויטי במערכת בתי המשפט חריגה מן הסמכות לקבוע מדיניות חברתית ולהובילה, היות שסמכות זו שמורה למחוקק בלבד.¹²⁶

(ג) טענת ספקנות העובדות

ההליך השיפוטי המתנהל בבתי המשפט התרפויטיים נעשה, כאמור, מנקודת מוצא של אי-הכחשת ביצוע העבירה מצד הנאשם על פי בחירתו (כנזכר, החלופה לבירור העובדות בשל הכחשת ביצוע העבירה קיימת בו בזמן גם במערכת בתי המשפט הכלליים). ההליך מתנהל בלא דיון מהותי שעניינו קביעת עובדות המקרה והכרעה בין גרסאות סותרות על סמך שמיעת טיעונים משפטיים וחקירת עדים. מטרת ההליך התרפויטי אינה לחשוף אמת אלא למצוא פתרון איכותי ויעיל לסכסוך. את הביקורת הראליסטית על חוסר היכולת השיפוטית לקבוע בוודאות מהי אמת לגבי העבר אפשר להבין כך: על מנת להימנע מן הבעייתיות הכרוכה במסקנה הראליסטית, ממעיטים מן החשיבות של התמקדות הדיון השיפוטי באיתור אמת המצויה בעבר לטובת התמקדות בעתיד.

טענתו של פרנק בדבר אי-היכולת לנבא אילו עובדות תימצאנה רלוונטיות לדיון ולפיהן יוכרע הדיון זוכה להד בקיומו של הליך שבו מפחיתים מן הצורך להשתמש ביכולת זו. "השופט כבן אדם" – ההתנהלות התרפויטית במסגרת הליך שיפוטי שעניינו המרכזי אינו קביעת עובדות המקרה על ידי השופט, מייתרת את חשיבותו של הדיון בשאלת השפעתם של מרכיבי האישיות הייחודיים של השופט על קביעתן של העובדות האמורות. יתר על כן, נדמה כי ההתייחסות למרכיבי אישיותו של השופט זוכה לזווית חדשה מרתקת. התפקיד השיפוטי התרפויטי אינו יכול לנחול הצלחה באמצעות שיפוט פורמליסטי קלאסי. כאמור, שיפוט פורמליסטי מתאפיין בריחוק ובפסיביות המרמזים על ניטרליות ועל אובייקטיביות שיפוטית, ובו לעמדותיו או לדרכי חשיבתו של השופט כ"בן אדם" אין נגיעה להכרעת הדיון. התפיסה התרפויטית דווקא קוראת להשתמש בכישוריו הרגשיים של השופט,

Press, 1988); THE ROLE OF COURTS IN SOCIETY (Shimon Shetreet ed., Martinus Nijhoff Publishers, 1988); Steven D. Smith, *Reductionism in Legal Thought*, 91 COLUM. L. REV. 68 (1991); COURTS, JUDGES, AND POLITICS, AN INTRODUCTION TO THE JUDICIAL PROCESS (Walter F. Murphy & C. Herman Pritchett eds., Random House, New York, 2001); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (אוניברסיטת חיפה, 2004).

126 Mark S. Kende, *Constitutional Law Symposium: The Role of Courts in Social Change*, 54 DRAKE L. REV. 791 (2006); ובנוגע לבתי המשפט התרפויטיים, ראו: Sol Gothard, *Therapeutic Jurisprudence in the Appellate Arena – A Louisiana Jurist's Response*, 24 SEATTLE U.L. REV. 335 (2000); Eric J. Miller, *Embracing Addiction: Drug Courts and the False Promise of Judicial Interventionism*, 65 OHIO ST. L.J. 1479 (2004); והפמן *Therapeutic Jurisprudence*, לעיל הערה 78.

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

ברקע החברתי-התרבותי שלו ובמיומנויות הבין-אישיות המאפיינות אותו כדי לבנות תקשורת ומערכת יחסים הקשרית שיש להן השפעה על המתדיין.

תהליך האנשת התפקיד השיפוטי שבו החלה האסכולה הראליסטית מגיע לידי מיצויו בתפקיד השיפוטי התרפויטי. השופט התרפויטי נדרש למלא תפקיד חינוכי במובן "הוריי" – הוא מבקר להשתמש בשכנוע ובהנעה על פני שימוש בסמכות שעניינה הפעלת כפייה וענישה גרידא. על מנת לסייע לפרט לעצב התנהגות עתידית שונה ולהימנע מעבריינות חוזרת, נזקק השופט התרפויטי להשתמש במיומנויות בין-אישיות וליצור אצל העבריינין יראת כבוד ולא פחד, רצון להנעה פנימית לעומת חשש מפני גורם שליטה חיצוני.

כך, אישיותו של השופט, יכולותיו הפסיכולוגיות והתקשורתיות, הן שהופכות לבעלות משמעות בניהול ההליך השיפוטי ובאומדן הצלחתו. על ההשפעות הפסיכולוגיות והקוגניטיביות כמעצבות את אופן מילוי של התפקיד השיפוטי הן פרנק בביקורתו על התפיסה הפורמליסטית. ואולם, השפעות אלו מקבלות תפנית מרתקת והופכות לרלוונטיות דווקא בהיותן כלי לביצוע העבודה השיפוטית כלפי הנאשם/המתדיין.

"השופט כבן אדם" אינו עוד ביטוי אשר אך מערער את התפיסה הפורמליסטית הרואה בשופט כלי לייבוא אמת משפטית, אלא ביטוי לתוכן המתבקש ממנו בתפקידו. נדרש מהשופט "להיות אדם" במובן ההקשרי. כך למשל, עליו להתברך באופי טיפולי ולהשתמש במהלך העבודה השיפוטית ביכולותיו האנושיות, בכישוריו ובמיומנויותיו ביחסי האנוש (גילוי אמפתיה, אתיקה של דאגה ועוד) על מנת להצליח בתפקיד.

(ד) טענת האנטי-קונספטואליזם

הקריאה הראליסטית להימנע מאקרובטיקה קונספטואלית משפטית ולהתיר הבאת התייחסויות ענייניות לסכסוך עולה בקנה אחד עם התפיסה התרפויטית ועם התפקיד השיפוטי התרפויטי המעוצב במסגרתה. שופט תרפויטי אינו מתרכז באיתור הגדרות משפטיות או בניסוחן המושגי כדי לבסס קביעות עובדתיות או את הכרעת הדין.

התפקיד השיפוטי התרפויטי בבתי המשפט פותרי הבעיות מתמקד בהתייחסות עניינית לסכסוך באמצעות עיצוב חוזה טיפולי וקביעת דרכי שיקום וטיפול בנאשם. הפתרון השיפוטי נמצא אחרי תהליך של בירור אינטרסים וצרכים, חקר שאינו נותר ברמת העמדות והטיעונים הקונספטואליים המשפטיים המוגדרים בכתבי הטענות.

(ה) אמפיריציזם

היחס למדעי החברה

הקריאה להישען על מדעי החברה ולשלבם במשפט משותפת לאסכולה הראליסטית ולתנועת תורת המשפט הטיפולי.¹²⁷ עם זאת, תוכנה אינו זהה.

David B. Wexler and Bruce J. Winick, *Putting Therapeutic Jurisprudence to Work*, 89 127 A.B.A. J. 54 (2003). במובן זה נבדלת תורת המשפט הטיפולי מתנועת ה-ADR, משום שהאחרונה

ההבחנה בין הקריאות יכולה להיות מובנת מפאת מיקומן השונה על פני ציר הזמן ובשל התפתחותו של תהליך שבו החלה האסכולה הראליסטית בראשית המאה העשרים. הראליסטים ביקשו להישען על מחקרים ממדעי החברה בעיקר כדי לבסס את טענותיהם הדסקריפטיביות על מצב המשפט והשפיטה. תורת המשפט הטיפולית בראשית המאה העשרים ואחת, לאחר עשורים של פיתוח המחקר המדעי והידע שנצבר מכך, מוסיפה נדבך ומבקשת להישען על מדעי החברה מתוך מטרה יישומית, פרקטית, השואפת למצוא כלים למקסם את התוצאות התרופוטיות ולהימנע מתוצאות נוגדות.¹²⁸

הנדבך הפסיכולוגי

פרנק הציב בשעתו את נושא ההשפעות הפסיכולוגיות הכרוכות בעבודה השיפוטית וקרא להכרת תחום זה בהרחבה. תורת המשפט הטיפולית קוראת לגלות בקיאות בפסיכולוגיה ולהשתמש בתובנות שפותחו במסגרתה. עם זאת, התורה הטיפולית מרחיבה את מטרת הפנייה לפסיכולוגיה – מכילי לשיפור המודעות העצמית (אצל פרנק) לכלי שתכליתו השגת תוצאות תרופוטיות.¹²⁹

התפתחות הפסיכולוגיה במרוצת המאה העשרים הביאה לעריכתם של מחקרים רבים בנושאי התפיסה האנושית וקבלת ההחלטות. יש מחקרים הקושרים בין טעויות בשיפוט המציאות שמתרחשות במהלך העבודה השיפוטית ובין העדפתם של מתדיינים לפנות לבירור הסכסוך שהם מעורבים בו בדרך של השתתפות בהליכים שיתופיים והסכמיים לניהול סכסוכים ויישובם, כגון הליך הגישור.¹³⁰ אף שקשר זה נתון לביקורת,¹³¹ ניתן לראות בשיפוט התרופוטי תשובה אפשרית לתופעה זו. התפקיד השיפוטית התרופוטי מתבצע במסגרת הליך שבמרכזו אינה ניצבת כפירה בעובדות, המחייבת התמקדות תהליכית בבירור של אמת נסיבתית שהתרחשה בעבר. החשש מפני גיבוש הכרעה עובדתית או משפטית המהווה תולדה

לא ביקשה לעשות חיבור מעמיק למדעי החברה, ראו: אלברשטין "הרעיון הפרגמטי", לעיל הערה 17, בעמ' 69.

128 ראו בהקשר זה גם את הערתו של סלובוגין, לעיל הערה 121, שם הוא סובר שהראליזם השתמש במדעי החברה כדי למצוא כלים שיענו על שאלות שהמשפט הציב, ואילו תורת המשפט הטיפולית היא תאוריה הנשענת על תוצאות מחקרים ועל שאלות שנשאלו.

129 ויניק מדגיש את הקשר בין המשפט ובין הפסיכולוגיה ואת התרומה של תורת המשפט הטיפולית לעיצובו של קשר זה: "Law is a system that seeks to channel human behaviour, and psychology is the science of how people learn and behave. To be effective, law therefore must master the lessons of psychology and because many of the significant rules and constraints that shape human behaviour are legal in nature, psychology must understand the techniques and concepts of law... therapeutic Jurisprudence promotes... such interdisciplinary cross-fertilization". Bruce J. Winick, *Therapeutic Jurisprudence: Enhancing the Relationship Between Law and Psychology*, in LAW AND PSYCHOLOGY 30, 31 (Brooks-Gordon and Freeman eds., Oxford University Press, 2006).

Chris Guthrie, *Misjudging*, 7 NEV. L.J. 420 (2007) 130

John Lande, *Judging Judges and Dispute Resolution Processes*, 7 NEV. L.J. 457 (2007) 131

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

של הטיות קוגניטיביות וכשלים תפיסתיים מוחלש בהליך התרפויטי השיתופי; עניינו של זה הוא להתמקד בעתיד ולנסות לסייע לפתור בעיות שהובילו לביצוע העבירה.

תורת המשפט הטיפולי מאמצת דגמים לעיצוב התנהגות הלקוחים מהגישה הפסיכולוגית הביהוויוריסטית. כך למשל, השופט התרפויטי, במשך המעקב על תהליך שיקומו של הנאשם, משתמש בשיטות של מתן חיזוקים חיוביים בגין התנהגות ראויה ומתן סנקציות שליליות בתגובה להתנהגות שיש לעצרה. הדעת נותנת כי התפתחות הפסיכולוגיה המודרנית והיווצרותן של אסכולות חדשות במסגרתה יתרמו להרחבת הידע והכלים שיעמדו לרשות השופט התרפויטי, כאשר ינסה להביא לשינוי ממשי בתודעתו של הנאשם ובהתנהגותו לשם שיקומו והשתלבותו בחברה.

הנדבך הסוציולוגי

הראליזם המשפטי, כנזכר, הושפע גם מהתפתחותה של הגישה הסוציולוגית למשפט. התפקיד השיפוטי התרפויטי מגשים רעיונות ראיסטיים שקראו להבנת הסביבה החברתית שהמשפט פועל בה לתפיסת המשפט כמושפע מאינטרסים חברתיים וכמשפיע על מתן מענה לצרכים וקידומם של אינטרסים מגוונים בחברה.

בתי המשפט פותרו הבעיות צמחו על רקע התפיסה שיש למצוא תשובות יעילות לאינטרסים חברתיים מובהקים – טיפול בתחלואי החברה ובעבריינות החוזרת. התפקיד השיפוטי התרפויטי כמוסד משפטי מבקש להיות אפקטיבי ולהשפיע על הקהילה ועל החברה שבה הוא מוחל. התפיסה ההקשרית הנוהגת בהליך התרפויטי מאבחנת את הסביבה החברתית שבה הנאשם חי ונעזרת בה לשיקומו. מחקרים סוציולוגיים נלמדים כדי לשמש כלי להנעת הפרט ועזרה בשיקומו החברתי. צוות בית המשפט הטיפולי כולל עובדים סוציאליים שעוסקים גם בהכשרות שונות הניתנות לפרט, לרבות עזרה במציאת עבודה ולימוד דרכי התנהגות נורמטיביות במקום העבודה.

ההכשרה השיפוטית

הידע, המיומנויות וההכשרה הנדרשים למילוי נאות של התפקיד השיפוטי התרפויטי שונים ונבדלים מאלה שנדרשו לשם מילוי נאות של התפקיד השיפוטי הקלאסי. תפקיד עורך הדין, המייצג צד בהליך שיפוטי שיתופי ותרפויטי, שונה אף הוא מתפקידו הליטיגטורי של עורך הדין בהליך השיפוטי האדברסרי הקלאסי. עמדתו של פרנק בדבר הצורך בעדכון החינוך המשפטי לשופטים ולעורכי דין כך שיחשוף אותם לפעילות המשפטית הנוהגת ויכשירם אליה הלכה למעשה, רלוונטית ונכונה לימינו.

ההכשרה הראויה למשפטן בן זמננו צריכה להידרש אל קיומם של הליכים לניהול ויישוב סכסוכים, לרבות הליכי שפיטה המתבצעים בדרך שיתופית כדי להשיג פתרון מוסכם העונה על מרב הצרכים והאינטרסים של הצדדים.¹³² קיים צורך ברור בלימוד מיומנויות להשתתפות

132 הליך שיפוט של "ועידת הסדר" הנוהג בארצות הברית – Settlement Conference ועוד. ראו: Carrie Menkel-Meadow, *For and Against Settlement Uses and Abuses of the*

קרני פרלמן

בהליכים ליישוב סכסוכים ו/או ניהולם שבמרכזם תהליך שיתופי של חשיפת צרכים ואינטרסים וגיבוש פתרון פרטני מוסכם. וזה, בשונה מהשתתפות בתהליך שבמרכזו נשמעים טיעונים משפטיים קונספטואליים ומתן הכרעה המתייחסת אליהם. קריאתו של פרנק לעדכון ההכשרה השיפוטית על פי המציאות הנוהגת בבתי המשפט והצעתו ללמוד דרכים לניהול משא ומתן כהכשרה חיונית למשפטנים אקטואליות אפוא למילוי התפקיד השיפוטי התרפויטי; בהקשר המודרני, הכשרה ראויה למשפטנים ושופטים תכלול לימוד דרכי ניהול של משא ומתן וייצוג בדרך של שיתוף ולא רק בדרך אדברסרית, וכן תכלול לימוד תובנות ומתודות התנהלות מענף הפסיכולוגיה.¹³³

2. הקשרים רעיוניים משותפים במבט כללי

(א) תפיסת המשפט והתפקיד השיפוטי

ייתכן שניתן לראות בתפקיד השיפוטי התרפויטי תפקיד שנע על מערכת של מתח אינהרנטי בין כוח (הסמכות להכריע בעניינו של נאשם) ובין תבונה (ניסיון לרדת לשורשי הסכסוך ולמצוא פתרון שיניא את הנאשם מלחזור על ההתנהגות העבריינית), בין שימוש בכלים שיפטיים קלאסיים לניהול ההליך (ייצוג, שמיצה של עמדות באי כוח הצדדים) ובין כלים מודרניים (שימוש בשיטות לניהול הליך שיתופי שהגישור, למשל, פועל לפיהן). התפקיד התרפויטי נע בין הישענות על כללי דין המשקפים היגיון רציונלי (חוקי העונשין) ובין שיח העוסק ברגשות ואמונות ("מתן קול" לנאשם וגילוי אמפתיה שיפוטית). הצגתו של התפקיד השיפוטי התרפויטי ברוח זו יכולה לעלות בקנה אחד עם תפיסת המשפט הראליסטית לפי התזה שמעלה דגן.¹³⁴

התפקיד השיפוטי התרפויטי בבתי המשפט פותרי הבעיות הוא דוגמה לעיצוב מוסד משפטי שנוצר מהתבוננות במציאויות פרקטיות ומן העיסוק בהן. התפקיד השיפוטי החדש נועד להשפיע על המציאות, ובתכניו אינו אומר די בפיתוח המשפט הקונספטואלי. מטרתו להפחית משיעורי העבריינות החוזרת וממספרן של העבירות שהקהילה מתמודדת עמן. התפקיד התרפויטי עוצב כדי לממש תכליות חברתיות, והצלחתו נמדדת לפי השפעתו המעשית על חייהם ועל התנהגותם של נשואי השפעתו.

התפיסה הפרגמטית מוצאת לה ביטוי מובהק בתפקידו של השופט התרפויטי. זהו שופט אקטיבי ויזום ומהווה אורגניזם "פותר בעיות". ההליך השיפוטי התרפויטי אינו תר אחרי אמת מטפיזית אלא מקיים הליך של בירור אינטרסים וצרכים ומחפש להם פתרון מעשי הולם.

Mandatory Settlement Conference, 33 UCLA L. REV. 485 (1985)

Bruce J. Winick, *Using Therapeutic Jurisprudence in Teaching Lawyering Skills*: 133
Meeting the Challenge of the New ABA Standards, 17 ST. THOMAS LAW REV. 429
(2005)

134 ראו: תפיסת המשפט באסכולה הראליסטית לפי דגן *The Realist Conception*, לעיל הערה 15.

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

האינטראקציה האנושית מתרחשת בהליך מתוך ראייה אופטימית בנוגע ליכולת לשנות התנהגות ולעצב מציאות.¹³⁵

התפקיד השיפוטי התרפויטי מביא לכלל ביטוי את קידומה של תפיסה תכליתית למשפט, ששמה לה למטרה לנהל סכסוך וליישבו באופן איכותי ויעיל. תפיסה זו מפחיתה מחשיבותה של כתיבת הכרעה משפטית בפסק דין מפורט ומנומק, הנשען על כללי דין ותקדימים משפטיים, ומעלה את החשיבות של כריתת חוזה טיפולי ובחינה של הצלחת יישומו. כך משתלבת התפיסה התכליתית בגישה הראליסטית, הסוברת כי יש לשים דגש על פרגמטיות ולא דווקא לבקש שכל פעילות משפטית תסתיים באמירה נורמטיבית.

וקסלר מציין, בהתייחסו לגישה התרפויטית הבוחנת את כללי הדין על פי השפעתם על רווחת הפרט, כי "When we say the law, we mean the law in action, not simply the law in the books"¹³⁶ רעיון זה מגלם תפיסה ראליסטית מובהקת הקוראת לבחינת ההתרחשות בפועל לפי הניסיון, בניגוד להישענות על קונספציות משפטיות ועל היגיון.¹³⁷

הפניית תשומת הלב הראליסטית מן המשפט הסטטי הבוחן את כללי הדין אל משפט דינמי הבוחן את התנהלות השחקנים המשפטיים בכתי המשפט¹³⁸ עומדת במרכזו של התפקיד השיפוטי התרפויטי. תורת המשפט הטיפולי אמנם קוראת כזכור לבחינת כללי הדין בזווית ראייה תרפויטית, אך עיקר השפעתה של התורה על הדין האמריקני מצויה לעת עתה בשינוי שחל במערכת בתי המשפט ובעיצוב התפקיד השיפוטי התרפויטי המתנהל במסגרתה. עיקר כתיבתם של הוגי התורה ותומכיה מתמקדת בהמשך עיצוב תפקידיהם של שופטים ועורכי דין הנוהגים בדרך תרפויטית ובהשפעתם של תפקידים אלה על המתרחש בכלל מערכת המשפט.

קריאתו של פרנק לחולל תמורות בהתנהלות ההליך השיפוטי זוכה למענה. קריאתו של פרנק להפחית מרמת הפורמליות בהתנהלות השיפוטית, לעודד יוזמה שיפוטית ולתת יחס נאות לעדים בחקירתם, להפחית ממידת האדברסריות ובמתודות הלוחמניות המתרחשות בהליך השפיטה זוכה להפנמה וליישום במילוי התפקיד השיפוטי התרפויטי. ההתנהלות השיפוטית התרפויטית היא אקטיבית, שיתופית, אמפתית והקשרית; ניהול הליך תרפויטי עשוי להיות מענה לקריאתו של פרנק, אם כי באופן רחב ומקיף מכפי שהיה יכול לשער בשעתו. ביקורתו של פרנק על מוסד חבר המושבעים או חוסר אהדתו אליו זוכה אף היא למענה בהיעדרו של מוסד זה ממסגרת ההליך התרפויטי.

התפקיד השיפוטי התרפויטי וההליך המיושם בניהולו מציעים דרך חלופית חדישה

135 ראו: עקרונות הפרגמטיזם הפילוסופי לפי אלברשטיין, לעיל הערה 17.

136 וקסלר *An Overview*, לעיל הערה 48.

137 המשפטן הפרגמטיסט, רוסקו פאונד, שכתבתו משקפת תפיסה סוציולוגית למשפט (כתיבה שהשפיעה על האסכולה הראליסטית, אם כי בכתיבתו המאוחרת דווקא התנגד פאונד לאסכולה זו), מסמן בשנת 1910 את הפער שבין הדין התאורטי למציאות הנוהגת, ראו: Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AMERICAN LAW REV. 15 (1910).

138 שיין *הפילוסופיה של המשפט*, לעיל הערה 19, בעמ' 266.

קרני פרלמן

לניהול הליך שיפוטי וקוראים תיגר על התפיסה הפורמליסטית שאפינה את ההליך השיפוטי הקלאסי.

הרציונליזם האנליטי, שעניינו דיון בנורמות ובקטגוריות משפטיות ובהכרעה בין זכויות וחובות הנטענות בכתבי הטענות, הוחלף ברציונליזם של תפיסה המכירה בצורך להעניק התייחסות שיפוטית לכלל הרבדים הכרוכים בסכסוך שבהם מצויים גם צרכים ואינטרסים, לרבות רגשיים.

האדברסריות, כדרך ראויה לניהול ההליך המשפטי, הוחלפה בגישה משתפת הפועלת לפתרון בעיות בצורה הסכמית ושיתופית ככל האפשר.

הפורמליזם הקלאסי וההתנהלות השיפוטית באוריינטציה של כללים, המתמקדת בעמידה על כללים של סדרי הדין ודיני הראיות מתוך ריחוק שיפוטי ופסיביות, הוחלפו בגישה שיפוטית המיישמת תפיסה הקשרית ופועלת באמפתיה ובאקטיביות.

יצירתו של התפקיד השיפוטי המודרני עשויה להיות תגובה לחששות ולביקורות שהעלתה האסכולה הראליסטית, באמצעות איון או הפחתה מחשיבותם של המרכיבים העומדים ביסוד הליך השפיטה הקלאסי שאליו כיוונה הביקורת של האסכולה הראליסטית. אמנם תורת המשפט הטיפולי מותירה על כנה את ההכרעה השיפוטית,¹³⁹ אך החשיבות שניתנה למרכיבי תכניה השתנתה. מרכז הכובד של העשייה השיפוטית ותכניה ההכרעה עוברים מבחירה של כללי הדין התאורטי ויישומם על פרשה עובדתית כפי שגובשה על ידי השופט אל בחירה של פתרון הסכסוך על ידי הצעת דרכים לטיפול בפרט ושיקומו.

הוגי האסכולה הראליסטית ואנשי התנועה התרפויטית ביקשו להעלות אל המודעות נושאים שבהם עסקו. ואולם, תומכי התנועה התרפויטית אינם רואים די במודעות זו אלא מבקשים ליצור שינוי של ממש במציאות הנוהגת. האסכולה הראליסטית דנה בבחינת השאלה כיצד הדברים פועלים או מתרחשים במציאות המשפטית; התורה התרפויטית בוחנת שאלה זו אבל גם דנה בעתיד ומציבה שאלה נוספת: כיצד ניתן לשפר את פני המציאות? בתוך כך היא מציעה כלים מעשיים ליישום ושיטות להתנהלות מערכתית חדישה.

קריאת התפקיד התרפויטי כסוג אפשרי של ראליזם משפטי קונסטרוקטיבי מאפשרת להבין את קיומו, בד בבד עם המשך פועלו של התפקיד השיפוטי הקלאסי הנוהג במסגרתם של הליכים אחרים המתנהלים בכתבי המשפט. ייתכן שההסבר לקבלתו של התפקיד החדש בשיטת המשפט בארצות הברית והצלחתו בה, למרות הסתירה העולה בין התנהלותו החדשנית במערכת לבין התפקיד השיפוטי הקלאסי, נמצא בהבנה שהתפקיד השיפוטי התרפויטי הנו תפקיד המתכתב עם בסיס רעיוני מוכר. התפקיד עונה בדרכו הייחודית לביקורות ולספקות שהעלתה האסכולה הראליסטית, אשר חלחלו לשיטה המשפטית ונטמעו בה זה מכבר בשיעורים שונים.

139 בתפקיד השיפוטי ההסדרי שבו נושא למשל שופט המנהל הליך של "ועידת הסדר" מוחלפת ההכרעה השיפוטית בהתנהלות שיפוטית המיועדת להשגת הסדר מוסכם בין הצדדים.

תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי

סיכום

הליך השפיטה התרפויטי ותפקיד השופט המנהל אותו שונים מן ההליך השיפוטי הקלאסי ומתפסת התפקיד השיפוטי הנגזרת ממנו, ואלו יוצרים מציאות חדשה הנוהגת במערכת בתי המשפט בארצות הברית.

ההליך התרפויטי מגלם מגמה של מעבר מהתנהלות שיפוטית פורמליסטית ואדברסרית אל התנהלות שיפוטית שיתופית. בעוד זו הפורמליסטית יסודה באוריינטציה של כללים ובגיבוש הכרעה שיפוטית שעניינה החלת כללי דין תאורטיים על עובדות המקרה, נשענת ההתנהלות השיפוטית השיתופית על סממנים פורמליסטיים פחותים ופועלת מתוך אוריינטציה הקשרית הממוקדת בפתרון בעיות.

התפקיד השיפוטי התרפויטי ניתן לקריאה כתופעה המתייחסת או מגיבה להטמעתה של הביקורת הרעיונית שהעלתה האסכולה המשפטית הראליסטית בנוגע להליך השפיטה הקלאסי ולתפיסה הפורמליסטית שעמדה בבסיסו. אופן ניהולו של ההליך התרפויטי ניתן להבנה כמגשים את מימושם של רעיונות ראליסטיים והתייחסות מעשית לספקות ולבעיות שהצביעה עליהן אסכולה זו.

התפקיד השיפוטי החדש נותן פנים אנושיות לשפיטה. אין מדובר רק ברפורמה יעילה למערכת בתי המשפט, אלא ביישום של תפיסה חדשה ופרשנות עדכנית לתכני התפקיד השיפוטי והפעלתו בהגיונות.

השופט התרפויטי המודרני הוא "בן אדם" שהכישורים והמיומנויות הנדרשים לביצוע הולם של תפקידו טמונים באישיותו הייחודית וביכולותיו התקשורתיות והבין-אישיות. הדימוי הפורמליסטי השכיח של השפיטה אינו משקף עוד את כלל מופעיה בשיטת המשפט.

התפקיד השיפוטי התרפויטי נמצא בהליכי גיבוש והתפתחות. ניתן לראות בו תופעה המגיבה לאסכולת הראליזם המשפטי מראשית המאה העשרים ומקור להתפתחויות רעיוניות ומעשיות שעתידות להתחולל במשפט במאה העשרים ואחת.

קרני פרלמן