

## כלים אמפיריים במשפט החוקתי

מאת

### נטע ברק-קורן\*

כידוע, ראשית חוכמה היא, בכל עניין המובא בפני בית-משפט, להניח תשתית עובדתית ולתמוך אותה בראיות. כך בכל עניין ובכל בית-משפט, וכך במיוחד בעתירות לבית-המשפט הגבוה לצדק.<sup>1</sup>

רשימה זו מצביעה על התרומה שכלים אמפיריים יכולים להשיא למשפט החוקתי. ראשית, אעמוד על החסך האמפירי של המשפט החוקתי - העדר מנגנונים המאפשרים בירור עובדתי של סוגיות חוקתיות, ובהתאם שימוש ירוד בנתונים אמפיריים ככנסת, בממשלה, ובבתי המשפט. שנית, אעמיק בשאלה היכן כלים אמפיריים נחוצים למשפט החוקתי, ואצביע על חשיבותם להגשמת מטרות המשפט החוקתי. לאחר מכן, אציע דרכים קונקרטיות לשילוב כלים אמפיריים במשפט החוקתי. הרשימה בכללותה היא ראשית דבר ומטרתה להניח את היסודות למחשבה רחבה אודות פיתוח גישה חדשה למשפט החוקתי – גישת המשפט החוקתי האמפירי.

**מבוא. א. היכן כלים אמפיריים נחוצים למשפט החוקתי? .1. ביסוס הפגיעה. 2. תכלית ראויה. 3. מידתיות. 4. איזון אופקי. 5. משפט חוקתי מוסדי. ב. מי צריך לעשות שימוש בכלים אמפיריים במשפט החוקתי? .ג. כיצד ניתן להשתמש בכלים אמפיריים בבירור שאלות חוקתיות? .ד. סיכום.**

### מבוא

המשפט החוקתי העכשווי שרוי במצוקה המאיימת על יציבותה של שיטת המשפט כולה. מחד גיסא, המשפט החוקתי הוא הבסיס של שיטת המשפט, המתווה את כללי המשחק היסודיים בתוכם אמור להתנהל המשחק הפוליטי, אשר על בסיסם ובאמצעותם נוצרים ומפותחים כל יתר ענפי המשפט. מאידך גיסא, המשפט החוקתי הפך ברבות השנים לענף המשפט השנוי ביותר במחלוקת, אשר כלליו ויישומיהם אינם זוכים להסכמה רחבה. כיצד

\* פרופסור-חבר בפקולטה למשפטים וחברת מרכז פדרמן לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית בירושלים. רשימה זו מבוססת על דברים שנשאתי בכנס "כלים אמפיריים במשפט החוקתי" באוניברסיטה העברית בירושלים בחודש דצמבר 2021, שנועד לפתוח ולפתח את הדיון בגישה אמפירית למשפט החוקתי. תודתי לבאי הכנס ולדוברים בו: פרופ' דוד אנוך, פרופ' אורן גזל-איל, והשופטת פרופ' דפנה ברק-ארוז, ובפרט לעו"ד רן רוזנברג, שותפי בארגון הכנס. תודה גדולה שלוחה גם לשירה לאורנס, חן אגסי, שירז סולטן, ועילי בנין אשר סייעו בצורה יוצאת מן הכלל במחקר.

<sup>1</sup> בג"ץ 1759/94 סרוברג נ' שר הבטחון, פ"ד נה(1) 625, 630 (1994).

יוכל המשפט החוקתי לשאת לאורך זמן על כתפיו את משא השיטה כולה כאשר קרקע הלגיטימציה נשמטת תחת רגליו?

למצוקת הלגיטימציה של המשפט החוקתי אסופת סיבות. במאמר זה ארצה להציג אגד סיבות אחד, הקשור לשימוש שהמשפט החוקתי עושה--או ליתר דיוק, לא עושה--בכלים אמפיריים. במילה "אמפירי" כוונתי הן לעובדות וראיות נקודתיות, למשל האם אדם מסוים נפגע או לא נפגע כתוצאה מפעולה שלטונית מסוימת, הן לממצאים עובדתיים המבססים תופעה כלשהי או את הסיבות לה באופן כללי ורחב, למשל מחקר החושף את תוצאותיה החברתיות של פעולה שלטונית מסוימת, או מאתר את הגורמים האחראים לקלקול חברתי בו המשפט מבקש לטפל.<sup>2</sup>

כיום, המשפט החוקתי בנוי ומובן כתחום עיוני ותאורטי בעיקרו, אשר המתודולוגיה הדומיננטית בעיצובו היא אפיון והמשגה תיאורטיים של עקרונות משטר וזכויות יסוד. תחת גישה זו, כלי העבודה המרכזי להכרעה בעימותים חוקתיים בין זכויות, אינטרסים, ועקרונות שונים הוא שיפוטים ערכיים ביחס לגבולות העקרון או הזכות וחשיבותם היחסית.<sup>3</sup> במערכת זו, מעט מאוד מקום מוקדש, אם בכלל, לבירור מעמיק של עובדות המקרה או למידע אמפירי מנקודת מבט רחבה יותר. כמובן, שעובדות מסוימות מובאות לשולחן הדיונים, בין אם הוא בכנסת או בבית המשפט העליון, ומשפיעות על ההכרעה. אולם, לא פעם מדובר באנקדוטות שתוקפן ומהימנותן אינה ברורה, והן אינן מתבררות בהליך מסודר ויסודי, שכן אין כיום הליך לשמיעת ראיות ובירור עובדות בסוגיות חוקתיות, לא בבג"ץ ולא בכנסת.

בכך מתבדל המשפט החוקתי מיתר ענפי המשפט. במשפט הפלילי ובמשפט האזרחי, סכסוכים משפטיים מוכרעים דרך בירור עובדתי של נסיבות המקרה. איש אינו מעלה על הדעת ליישם את הדין על מקרה קונקרטי בלי לברר לעומק את העובדות, להעיד עדים, להביא ראיות, לקבוע ממצאים עובדתיים, ובמקרים מתאימים לשמוע עדים מומחים שיכולים להאיר את המקרה בעזרת מחקרים אמפיריים וידע מקצועי נרחב.<sup>4</sup> הבירור העובדתי אינו עניין שולי

<sup>2</sup> ראו גזל איל, בסמפוזיון זה, המציע הבחנה בין שלושה סוגי מידע אמפירי: תובנות ממחקרים שנעשו בארצות אחרות, נתונים תיאוריים על ישראל, ומחקרים על ישראל המאפשרים לחלק תובנות מורכבות יותר, כגון קשרים סיבתיים והשפעות של שינויי מדיניות וחקיקה, הרלוונטיות באופן ישיר וברור לשדה המקומי. פרופ' גזל איל, איש המשפט הפלילי, אינו מתעכב על הרובד העובדתי הבסיסי ביותר – הוכחת טיעונים משפטיים בראיות ובעובדות – המתקיים מאליו במשפט הפלילי ובענפי משפט אחרים. ברשימתי הנוכחית מצאתי לנכון להתעכב גם על רובד זה, שכן אפילו רובד זה, שניתן להגדירו כבירור האמפירי הבסיסי ביותר, חסר במשפט החוקתי.

<sup>3</sup> לדוגמאות בולטות לגישה זו בישראל ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** (2005); ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** (2016); סוזי נבות "חופש הביטוי של חבר הכנסת והזכות לשם טוב" **משפטים** מ 67 (2018); סוזי נבות "הצעת החוקה: שלוש הערות על פרק הכנסת" **משפט וממשל** י 593 (2007); יניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" **פורום עיוני משפט** מד (2021); Yaniv Roznai, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, 51(4) *Verfassung und Recht in Übersee* 415 (2018); Yaniv Roznai, *The Boundaries of Constituent Authority*, 52 *CONN. L. REV.* 1381 (2021); אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" **צדק חלוקתי בישראל** 79 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

<sup>4</sup> כך למשל, במשפט פלילי קבילותה של ראיה מדעית המוצגת בפני בית משפט בעדות מומחה נבחנת לפי המבחנים שנקבעו בעניין **מצגורה** בהתבססות על המבחן האמריקאי Daubert. ראו Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc., 509, 579 U.S. (1993), ע"פ 1620/10 **מצגורה נ' מדינת ישראל**, פס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 3.12.2013).

במשפט, אלא חלק מליבת ההליך המשפטי. למעשה, למשפט שתי תרומות חברתיות ייחודיות: **התרומה הראשונה** היא בניסוח כללים מחייבים המאפשרים לאסדר ולהכווין פעילות אנושית בחברה מעל ומעבר לנורמות מוסריות וחברתיות; **התרומה השנייה** היא ביצירה והפעלה של הליכים סדורים, שקופים, וענייניים לבירור סכסוכים קונקרטיים לפי אותם כללים. הליכים אלה חותרים לגילוי האמת ומאפשרים הכרעה הוגנת ומשכנעת. אמון הציבור במערכת המשפט מבוסס לא רק על ההיגיון והצדק של הכללים המאסדרים (התרומה הראשונה), אלא גם על תקינות הליך בירור הסכסוך, אליו כבולים המתדיינים והשופטים (התרומה השנייה).<sup>5</sup> אולם כיום, המשפט החוקתי, על מחוקקיו, שופטיו, ומלומדיו, פועל אך במישור הראשון – יצירת כללים ודוקטרינות לאסדרת סוגיות חוקתיות (כגון כללים לשימור הפרדת הרשויות ולביקורת פעולות הפוגעות בזכויות האדם). לעומת זאת, במישור השני המשפט החוקתי מצוי בחסך ניכר, שכן ההליך החוקתי בבג"ץ משולל מנגנונים המאפשרים בירור עובדתי של סוגיות חוקתיות.<sup>6</sup> חסך זה מתעצם נוכח העובדה שגם בכנסת ובממשלה השימוש בכלים אמפיריים ספורדי וחלקי בלבד, וגם המחקר האקדמי דל במחקרים אמפיריים שביכולתם לשפוך אור על הדרך בה יש ליישם את הכללים החוקתיים למקרים קונקרטיים.<sup>7</sup> **החסך האמפירי של המשפט החוקתי** – במחקר, בחקיקה, בעולמות המדיניות והביצוע, ובבירור סכסוכים – פוגע בתפקודו של המשפט החוקתי בשני המישורים. ראשית, ללא ממצאים אמפיריים מהימנים נפגעת יכולתו של המשפט החוקתי לנסח כללים מדויקים, המותאמים להשגת מטרתם (בפרט ככל שהמטרות החוקתיות רגישות למידת השגתן של **תוצאות** מסוימות או למידת המענה להעדפות מסוימות). שנית, העדרם של נתונים אמפיריים מהימנים פוגמת ביכולתם של מקבלי החלטות בכל רשויות השלטון, ובפרט בבית המשפט, להפעיל את הכללים החוקתיים בצורה נכונה, הוגנת ומשכנעת. ברשימה זו אצביע על התרומה שכלים אמפיריים יכולים להשיא למשפט החוקתי. אעמיק בשאלה היכן כלים אמפיריים נחוצים למשפט החוקתי, ואצביע על חשיבותם להגשמת

---

יוצר כי חלק מהאמור ברשימה זו רלוונטי גם למשפט המנהלי, אולם מפאת קוצר היריעה וההבדלים המוסדיים וההליכיים בין המשפט החוקתי והמשפט המנהלי, לא אדון באחרון בהרחבה ברשימה זו. לדיון בחשיבותה של תשתית עובדתית במשפט המנהלי ראו ברק-ארוי XYZ בסימפוזיון זה.

Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law* (2006).

ראו דיון אודות טענות דומות בארצות הברית ובמדינות אירופה: Allison Orr Larsen, *Confronting Supreme Court Fact Finding*, 98 VA. L. REV. 1255 (2012). Niels Petersen, *Avoiding the Common-Wisdom Fallacy: The Role of Social Sciences in Constitutional Adjudication*, 11 INT'L J. CONST. L. 294 (2013).

ראוי לציין כי בכנסת קיימת מחלקת מחקר ומידע (ממ"מ) אולם מחלקה זו אינה עוסקת כמעט כלל במחקר אמפירי, אלא מסייעת לחברי הכנסת, לרוב בקבועי זמן קצרים, להתכונן לדיונים על בסיס חומרים ומחקרים קיימים. יתר על כן, הממ"מ נתקלת כעניין שבשגרה בקושי בקבלת נתונים ממשרדי הממשלה. ראו מכתב מאת היועצת המשפטית של הכנסת, עו"ד שגית אפיק, ליועצת המשפטית של הממשלה, עו"ד גלי בהרב-מיארה, בנדון: "אי מסירת מידע למרכז המחקר והמידע של הכנסת" מיום 17 למאי 2022 במכתב <https://m.knesset.gov.il/About/Departments/Documents/Leg/LEG100.pdf>. מלינה עו"ד אפיק על "קשיים ניכרים בקבלת מידע ובחוסר שיתוף פעולה מצד שורה של משרדי ממשלה" ועומדת על הצורך של הכנסת בקבלת נתונים "על מנת לאפשר לכנסת למלא את תפקידה באופן מיועד ועל בסיס תשתית עובדתית ומקצועית מלאה." עוד על קשיי הכנסת ראו את סיכום הדיון מיום 7.6.2022 בועדת הכנסת, <https://main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Pages/press07.06.22m.aspx>.

מטרות המשפט החוקתי. לאחר מכן, אציע דרכים קונקרטיות לשילוב כלים אמפיריים במשפט החוקתי. הרשימה בכללותה היא ראשית דבר ומטרתה להניח את היסודות למחשבה רחבה אודות פיתוח גישה חדשה למשפט החוקתי – גישת המשפט החוקתי האמפירי. אני מקווה כי הדברים יעוררו דיון וביקורת, אשר בזכותם ניתן יהיה לפתח מענה מושכל ומדויק לחסך האמפירי של המשפט החוקתי.

## א. היכן כלים אמפיריים נחוצים למשפט החוקתי?

נקודת המוצא לדיון בצורך במידע אמפירי במשפט החוקתי היא יסודותיו התיאורטיים של המשפט החוקתי. התאוריה החוקתית, מימי מונטסקייה והפדרליסט ועד ימינו אנו, נשענת על הנחות בנוגע לטבע האדם ויחסים חברתיים.<sup>8</sup> כך למשל ההנחה כי ניתן לעצב את שיטת המשטר בצורה שתמנע את עלייתם לשלטון של נבחרים ציבור לא ראויים או מושחתים (כותבי הפדרליסט הניחו שרפובליקה גדולה תגשים מטרות אלה בצורה טובה יותר מרפובליקה קטנה),<sup>9</sup> או ההנחה כי מגזרי החברה השונים, לו רק יינתנו להם ההזדמנות והכוח, יבקשו לדרוס זה את זה (ממנה נגזרה בשלב מוקדם התאוריה כי יש להבנות את מערכת הבחירות בצורה שתבטיח שאף חלק בחברה לא ירכוש דומיננטיות מוחלטת;<sup>10</sup> ובשלב מאוחר יותר, התאוריה בדבר הצורך לכונן חוקתית את זכויות האדם).<sup>11</sup>

חלק ניכר מהתאוריה החוקתית נוצר בתקופה בה לא היה קיים מחקר אמפירי נרחב על טבע האדם ויחסים חברתיים, אולם מצב דברים זה השתנה לחלוטין. עשורים של מחקר במדעי החברה (פסיכולוגיה, סוציולוגיה, כלכלה ועוד), שינויים עמוקים במרקם החברתי ובמוסדות החברה במרוצת השנים, פריצות דרך במדעי ניתוח הנתונים, והיווצרות מאגרי מידע נרחבים ומפורטים על היבטים נרחבים של הפעילות האנושית, מאפשרים לנו כיום לבדוק את ההנחות העובדתיות בבסיס התאוריה החוקתית ולדייק את ההסדרים החוקתיים בדרכים שלא היו אפשריות בעבר.

ודוק: הברור האמפירי לא יכול להחליף את הצורך בניתוח תיאורטי, נורמטיבי ודוקטרינרי של המשפט החוקתי או להתוות את הערכים בבסיסו. תפקידו צנועים יותר: ראשית, לספק בסיס מהימן לתיאוריות ולדוקטרינות החוקתיות, הנשענות לא רק על ערכים אלא גם על תמונת המציאות; ובכלל זאת, לאתגר ולדייק את התשתית העובדתית של תאוריות ודוקטרינות חוקתיות קיימות, מקום בו תשתית זו חסרה או מוטעה; שנית, לאפשר יישום מדויק של הדוקטרינות החוקתיות במקרים קונקרטיים, על מנת להגיע להכרעה מבוססת

<sup>8</sup> BARON DE MONTESQUIEU, THE SPIRIT OF THE LAWS, Book 5, Chapter 3 (1748); THE FEDERALIST NO. 6 (Alexander Hamilton); THE FEDERALIST NO. 10 (James Madison);

THE FEDERALIST NO. 51 (James Madison);

<sup>9</sup> The Federalist No. 10 (James Madison)

<sup>10</sup> THE FEDERALIST NO. 51 (James Madison); שם

<sup>11</sup> James Madison, *From James Madison to Thomas Jefferson, 17 October 1788*, FOUNDERS ONLINE (Oct. 17 1788),

<https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-11-02-0218>; William J. Brennan Jr., *Why have a Bill of Rights?*, 9 OXFORD J. OF LEGAL STUD. 425, 435-437 (1989).

וצודקת במקרים אלה.<sup>12</sup> רשימה זו תתמקד בעיקר בתפקיד השני, היישומי, של המשפט החוקתי האמפירי.

אם כן, היכן יכולים לסייע לנו כלים אמפיריים במשפט החוקתי? מבלי למצות את הדיון, ניתן להצביע על מספר תחומים ודוקטרינות במשפט החוקתי אשר יישומם דורש מידע אמפירי מוצק. ראשית, כלים אמפיריים יכולים לסייע בשלבים השונים של בחינת פגיעה בזכות חוקתית: ביסוס או הפרכת הפגיעה; ביסוס או הפרכת קיומה של תכלית ראויה לפעולה השלטונית; ויישום כל אחד משלושת המבחנים למידתיות האמצעי. בנוסף, כלים אמפיריים יכולים לסייע באיזון האופקי בין נורמות או זכויות שוות מעמד. שנית, בתחום החוקתי-מוסדי, כלים אמפיריים יכולים לסייע בבחינת כללים המכוונים את התנהגות השחקנים המוסדיים, למשל כללי מימון בחירות, ובבחינת כללים המתווים יעדים תוצאתיים למוסדות עצמם, למשל כללי ייצוג הולם. בפסקאות הבאות אמחיש את נחיצותם של כלים אמפיריים בכל אלה.

## 1. ביסוס הפגיעה

ראשית, לעיתים מידע אמפירי נדרש בשביל לבסס שבכלל ישנה פגיעה בזכות אדם חוקתית במקרה קונקרטי. כך למשל במצבים בהם החוק טרם יושם ואין לו עדיין נפגעים קונקרטיים. במקרה כזה, נתונים אמפיריים יכולים לסייע לברר אם עתירה כנגד החוק בשלה לדיון אם לאו. לדוגמא, בפרשת סבח נדונה עתירה שטענה כי מנגנון המיון של ועדות הקבלה ביישובים כפריים מפלה ופוגע בכבוד האדם.<sup>13</sup> דא עקא, החוק נגדו הוגשה עתירה – תיקון מספר 8 לפקודת האגודות השיתופיות – כלל סעיף שאסר במפורש על אפליית מועמדים מכל הטעמים המרכזיים המצויים בליבת השוויון החוקתי, כולל דת, לאום, גזע, מין ונטיה מינית.<sup>14</sup> במצב דברים זה, בו החוק עצמו אוסר על הפליה, הטענה כי מנגנון הדיון בוועדה עתיד בכל זאת ליצור הפליה היא למעשה השערה התנהגותית, הזקוקה לאישוש עובדתי על מנת להיות משכנעת. טיעון העותרים יכול היה להיות משכנע בהרבה לו היה נתמך במחקרים אמפיריים שהיו מאוששים את השערות העותרים (אין כל ערובה שמחקרים כאלה היו מאוששים את טענות העותרים, כמוכן; במחקר אמפירי אנו מעמידים השערות למבחן, ובכך מותירים את הפתח לגילוי אפשרי שהשערותינו מוטעות או בלתי ניתנות לאישוש). דוגמא למחקר אמפירי שהיה יכול לאושש את השערות העותרים היא ניסוי בקבלת החלטות שבמסגרתו משתתפים יהודים היו מוקצים באופן אקראי לאחד מבין מספר תנאים. בתנאי אחד היו קוראים את נוסח החוק כפי שנתקבל בכנסת; בתנאי אחר היו קוראים את נוסח החוק בהשמטת הסעיף שהעלה את חשש העותרים מפני אפליה – כלומר, בנוסח המקובל על העותרים; ובתנאי שלישי היו קוראים טקסט ניטרלי, שאינו נוגע לחוק; בכל אחד מהתנאים, היו המשתתפים מקבלים תיקי מועמדים לחיווי דעה, וניתן היה לבחון האם נוצרים פערים מובהקים על בסיס לאומי, דתי או אחר כתוצאה מנוסח אחד או נוסח שני של החוק. ניתן כמוכן לעצב מתווים נוספים לבחינת

<sup>12</sup> ראו למשל את ביקורתו של ריצ'ארד פוזנר על בית המשפט העליון בארצות הברית, לפיה בית המשפט מבסס פסקי דין על הנחות אמפיריות עובדתיות מבלי לבחון הנחות אלה, Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, 73 N.Y.U. L. REV. 1 (1998).

<sup>13</sup> בג"ץ 2311/11 אורי סבח נ' הכנסת (נבו) 17.09.2014.

<sup>14</sup> ס' 26ג (ג) לחוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 8) התשע"א-2011, ס"ח 2286.

ההשערה; זוהי דוגמה בלבד לשימוש בכלי אמפירי לבחון השערה התנהגותית-עובדתית הניצבת בליבה של עתירה חוקתית.

דוגמה נוספת הינה כאשר הפגיעה הנטענת הינה ממושטת והסתברותית, למשל הטענה כי חופש הביטוי נפגע נוכח היווצרותו של אפקט מצנן. טענות בדבר אפקט מצנן נושאות בדרך כלל את הצורה הבאה: העותרים משיגים כנגד חוק/החלטה מסוימים על כך שמעבר לתוצאה הנובעת מהם במישרין, וללא תלות בחוקתיותה, החוק/החלטה מביאים גם לתוצאה עקיפה: הם משדרים לציבור מסר לפיו פעילות מסוימת אינה רצויה ויש להימנע ממנה, הגם שפעילות זו אינה נאסרת.<sup>15</sup> זוהי טענה התנהגותית, לפיה המסר העולה מהחוק מרתיע התנהגות מותרת ורצויה. זו גם טענה משוערת: על פי רוב, בעת הגשת העתירה האפקט המצנן עוד לא בא לעולם והעותרים רק משערים שהוא עשוי להתרחש. אולם השערות אינן עובדות; השערת האפקט המצנן, ככל השערה, ניתנת לאישוש או להפרכה. מחקרים אמפיריים מהעת האחרונה מעידים כי חקיקה מעוררת מחלוקת עשויה דווקא לייצר אצל מתנגדיה תגובת נגד התנהגותית,<sup>16</sup> והשאלה באלה נסיבות אפקט מצנן צפוי להתרחש אם לאו טרם זכתה למענה מספק במחקר. מחקרים אמפיריים יכולים לסייע בבירור התשובה, ובכך לתרום לאפיון מורכב יותר של הדוקטרינה – קרי, לתרום לניסוח מדויק יותר של הכלל החוקתי עצמו. לעת הנוכחית, מוטב לנקוט יתר זהירות בטענות בדבר אפקט מצנן, שכן מדובר בהשערות התנהגותיות הדורשות ביסוס אמפירי.<sup>17</sup>

## 2. תכלית ראויה

הצורך במידע ובכלים אמפיריים בולט ביותר בדיון סביב התכלית הראויה של דבר חקיקה או פעולה מנהלית, הנבחן במסגרת מבחני פסקת ההגבלה המצויים בבסיס כמעט כל סוגיה חוקתית. דוגמה לכך היא מקרה בו המדינה מבקשת לבסס כי קיימת בעיה אשר התמודדות עימה מצריכה פגיעה בזכויות אדם חוקתיות. במסגרת בחינת המידתיות, ככל שהפגיעה בזכויות אדם קשה יותר, כך התכלית הראויה צריכה להיות משכנעת במיוחד. דרך המלך לבסס את מידת השכנוע של התכלית היא הוכחתה בנתונים ברורים וחד-משמעיים. לא מעט עתירות נתקלו במכשול זה בעבר.

דוגמא לכך היא בפרשת **עדאלה**, הידועה כפרשת מניעת איחוד משפחות, בה התעוררה מחלוקת בדבר הנתונים שהביאה המדינה בנוגע למעורבות בטרור של מועמדים לקבלת מעמד בישראל. הנתונים שהובאו היו דלים ומחוררים והובילו ללא מעט ספיקות בהרכב,

<sup>15</sup> ראו לדוגמה: בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת** (נבו 15.4.2015).

<sup>16</sup> נטע ברק-קרון, יובל פלדמן ונעם גדרון, "כאשר חוק מעורר לתגובה נגדית: על חוק-יסוד האדם ועל היחס למיעוטים בישראל" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020); Netta Barak-Corren, Yuval Feldman, & Noam Gidron, *The Provocative Effect of Law: Majority Nationalism and Minority Discrimination*, 15(4) J. OF EMPIRICAL LEGAL STUD. 951-986 (2018) (מחקר המתאר תגובה נגדית שהתעוררה בקרב מתנגדי חוק-יסוד האדם בעקבות חשיפה לנוסח החוק, והפחיתה הפליה כלפי ערבים במחקר; וראו דיון במאמר ביחס לתופעות דומות שתועדו בארצות הברית); Janice Nadler *Flouting the* (מחקר המתעד תגובות נגד לחקיקה במגוון תחומים משפטיים).

<sup>17</sup> ראו מחקר אמפירי שפורסם לאחרונה, שתוצאותיו מטילות ספק בטענה שתוכן המפורסם ברשתות חבריות מושפע מאפקט מצנן. Suneal Bedi, *The Myth of the Chilling Effect*, 35 HARV. J. L. & TECH. 267 (2021).

שהפכו בתורם את הפרשה לאחת השנויות במחלוקת בתולדות הביקורת החוקתית בישראל.<sup>18</sup> דוגמא נוספת לנחיצות נתונים עובדתיים בשלב התכלית הראויה היא המבחן שנקבע בקול העם.<sup>19</sup> מבחן זה דורש מהרשות להוכיח וודאות קרובה לפגיעה קשה וממשית באינטרס הציבורי כתנאי לפגיעה בחופש הביטוי.<sup>20</sup> הן רכיב הוודאות הקרובה במבחן, הן רכיב הפגיעה הקשה והממשית, דורשים מטיבם ביסוס עובדתי -- וברף גבוה במיוחד. דוגמא נוספת שנבחן בהמשך הרשימה, באמצעות פרשת שילוב החרדים באקדמיה, היא זו בה תכלית הפעולה השלטונית היא לענות על צורך שעולה מהשטח – למשל, מתן מענה להעדפות פרטים על מנת לעודדם לקבל החלטות מסוימות. כאשר התכלית היא לגבש הסדר שייתן מענה להעדפות של ציבור מסוים, אנו זקוקים למידע אמפירי בדבר אותן העדפות על מנת לבסס שהתכלית אכן מוצדקת.

### 3. מידתיות

לבסוף, מידע אמפירי נדרש על מנת להפעיל בצורה משכנעת את כל שלושת חלקיה של דוקטרינת המידתיות. מידתיות היא עניין של מידה – דבר שמודדים. כלומר, מבחן המידתיות דורש לבחון את תוצאות החוק או הפעולה השלטונית ולמדוד שאינן מוגזמות. כפי שאראה כעת, מבחן המידתיות, על כל שלושת חלקיו, אמור להיות מבחן עובדתי ואמפירי, והפיכתו בפסיקה בג"ץ למבחן שעוקצו ערכי חוטאת לייעודו.

המבחן הראשון במדידת המידתיות דורש הוכחת קשר רציונלי בין אמצעי הפעולה הנבחר למטרה. למעשה, מבחן זה מבקש להראות שהאמצעי הנבחר יעיל בהשגת התכלית. על מנת לקבוע האם האמצעי מגשים את התכלית באופן יעיל נדרש מידע על אודות התוצאות של האמצעי, ובמילים אחרות, על ההשפעה האמפירית של האמצעי בעולם. למשל, בפרשות גיוס

<sup>18</sup> התשתית העובדתית באותה פרשה הייתה דלה מאוד – המדינה הציגה נתונים לפיהם מתוך כ-130,000 תושבי האזור שקיבלו מעמד בישראל 26 היו תחת חקירה בנוגע למעורבות בפעילות טרור. המדינה הביאה את עניינם של שישה מתוך אלה שהיו מעורבים בביצוע פגיעות או סיוע להם מבלי לתאר פרמטרים כגון מידת מעורבותם; האם הפגיעות סוכלו; ומה עלה בגורל אותם ששה. לגבי 20 החשודים הנותרים המדינה לא הציגה מידע כלשהו, וניתן היה ללמוד משתיקתה שהחקירה בעניינם לא הולידה דבר. בג"ץ 7052/03 עזאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2003) (להלן: פרשת עזאלה), פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. מאחר שתכלית החקירה באותו מקרה הייתה איון הסיכון הביטחוני הנשקף מאוכלוסיית מקבלי המעמד (והאמצעי שנבחר היה שלילת אפשרותם לבוא בקשרי משפחה עם אזרחי ישראל), שאלת קיומו ועוצמתו של סיכון בטחוני כאמור נוגעת לעצם קיומה של תכלית ראויה לפעולה השלטונית. שכן, אם הסיכון הביטחוני הנשקף מאוכלוסיית מקבלי המעמד נמוך מאוד, אין הצדקה ראויה לנקוט באמצעי פוגעני (כלשהו), בעוד שאם קיים סיכון בטחוני ממשי מאוכלוסייה זו, יש הצדקה לנקוט באמצעי על מנת לצמצמו או לאיינו, ויש לעבור לבחון את השאלות הנוגעות למידתיות האמצעי.

<sup>19</sup> בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

<sup>20</sup> פסיקה מאוחרת התלבטה אם למקם מבחן זה בשלב בחינת התכלית או בשלב המידתיות. דעתי היא שמבחינה אנליטית, המבחן בודק האם קיים צידוק שלטוני להגבלת חופש הביטוי – כלומר, האם קיימת תכלית ראויה – ולכן מקומו בשלב בחינת התכלית ולא בשלב המידתיות. מובן שהמבחן השלישי של המידתיות, המבצע בחינה מסכמת של עלות הפגיעה אל מול תועלתה, סוגר מעגל עם בחינת התכלית ולכן יידרש (שוב) לתוצאות המבחן לשם קיום איזון זה.

**בני ישיבות**<sup>21</sup> נדון הקשר הרציונלי בין חוק הגיוס ובין העלאת שיעור המתגייסים מהחברה החרדית (אחת מתכליות החוק). אלא שהמדינה הביאה בפני בג"ץ נתונים חלקיים ולפעמים סותרים על השפעת חוק הגיוס על שיעור גיוס בני ישיבות לצה"ל.<sup>22</sup> יסודו של כשל זה קודם, כך נראה, לעתירה: בניגוד לחובתן החוקתית, הרשות המחוקקת, משרד הביטחון וצה"ל כלל לא אספו נתונים מסודרים על שיעורי הגיוס החרדיים, אף לא על מערך השיקולים של החרדים המיועדים לשירות, החסמים העומדים בפניהם, ועל הדרכים בהן ניתן להתמודד עם חסמים אלה.<sup>23</sup> השאלה האם החוק מתאים להגשמת מטרתו – האם יש ביכולת האמצעי הנבחר לקדם גיוס חרדים – למעשה לא נבחנה כלל בידי רשויות המדינה, לא עובר לחקיקה ולא לאחריה. ללא מידע זה, לא ניתן להכריע כי חוק הגיוס מועיל להגשמת התכלית. פרשה זו מחדדת את החשיבות באיסוף נתונים על ידי הממשלה והכנסת. לא רק או בעיקר לצרכי הברור המשפטי, אלא מכיוון שהכנסת והממשלה חבות חובה עצמאית, לציבור כולו, לעצב מדיניות אפקטיבית, יעילה וחוקתית, כמופקדות האינטרס הציבורי וכנאמנות הציבור.<sup>24</sup>

המבחן השני של המידתיות דורש להוכיח שהאמצעי הנבחר הוא **האמצעי שפגיעתו פחותה**. מבחן זה מצריך כלים להשוואה בין חלופות. אם התכלית הראויה – ההישג הנדרש – נהירה, ואם מובאים נתונים אודות השפעת אמצעים שונים על הזכות, רק אז ניתן לבחון אם האמצעי הנבחר הוא זה שפגיעתו בזכות היא הפחותה ביותר. מעבר לכך, וברומה לנלמד מפרשת **גיוס בני ישיבות**,<sup>25</sup> נתונים אמפיריים יכולים מראש לשפר את הסיכוי שהמדינה תבחר באמצעי שפגיעתו פחותה, ובהליך השיפוטי, אם יתקיים, קיים סיכוי גבוה יותר שניתן יהיה לבסס את ניתוח המבחן בצורה משכנעת. מנגד, העדר נתונים אמפיריים אודות השפעתם של אמצעים שונים מפחית בצורה ניכרת את היכולת לשכנע בכך שאמצעי מסוים, הוא ודווקא הוא, פוגע בזכות במידה הפחותה ביותר האפשרית.<sup>26</sup>

מבחן המידתיות השלישי מהווה את השלב המסכם של הניתוח, בו אמורים מקבלי ההחלטות להשוות את התועלת המתקבלת מהאמצעי (מידת השגת התכלית) לנזק שהוא מסב

<sup>21</sup> בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 12.9.2017) (להלן: פרשת גיוס בני ישיבות).

<sup>22</sup> ראו למשל שם, פס' 80 לפסק דינה של הנשיאה נאור. הנשיאה דנה בקבוצות שהמדינה הוסיפה למניין בחינת יעדי הגיוס, תוך סטייה מלשון החוק באופן שהגביה את שיעור המתגייסים. בנוסף, בפס' 81 הנשיאה העירה כי "יש לומר כי הנתונים שהציגה המדינה לא תמיד היו אחידים ועקביים. מתגובה לתגובה שהוגשו בהליך דנא, חלו שינויים בנתונים שהציגה המדינה. זאת, הן ביחס למספרים שהוצגו בשלבים מוקדמים יותר לבית המשפט הן ביחס למספרים שנמסרו לממשלה ואשר פורסמו ברבים. יצוין, כי נתוני הגיוס של תלמידי הישיבות שפורסמו בתחילה היו גבוהים מהנתונים העדכניים ביותר שנמסרו לנו, אף על פי הספירה המרחיבה ביותר שהוצעה." בהמשך, בפס' 90, הנשיאה מבקרת את אופן הצגת הנתונים באופן שנועד ליצור הטיה כלפי מעלה, למרות שיעורי הגיוס "עגומים" לדבריה.

<sup>23</sup> בימים אלה, שלי רובינסון, יובל פלדמן ואנוכי עובדים על מחקר שממפה את השיקולים של צעירים חרדים ביחס לגיוס לצה"ל. בתהליך העבודה גילינו שצה"ל ומשרד הביטחון מעולם לא ביצעו מחקר כזה, הגם שממצאי יכולים לסייע לעצב את מדיניות הגיוס בצורה שתגביר את יעילותה.

<sup>24</sup> כאן המקום להעיר שוב כי על אף שמאמר זה מתמקד במשפט החוקתי, תשתית עובדתית היא נדבך מרכזי לכל החלטה מנהלית. ראו דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך א 439-441 (2010) ובסימפוזיון זה, ברק-ארו xyz.

<sup>25</sup> פרשת **גיוס בני ישיבות**, לעיל ה"ש 21.

<sup>26</sup> ראו למשל שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט מלצר. השופט מלצר העיר שהכנסת בחוקה את התיקון לחוק כלל לא בדקה אמצעים חלופיים ומכאן שמבחן האמצעי שפגיעתו פחותה לא הוכח.



(מידת הפגיעה בזכות). בהיותו מבחן עלות-תועלת, היה ניתן לצפות שמקבלי ההחלטות לכל הפחות ישאפו ליישמו בצורה אמפירית – תוך בחינת תוחלת העלויות והתועלות והעמדתן זו כנגד זו. שלב זה של הניתוח הוא בעצם הערכה מסכמת של ניתוח המידתיות כולו ובשל כך הנתונים האמפיריים נדרשים פה ביתר שאת. אמנם, מדובר במשימה קשה, שכן לא כל תועלת ולא כל עלות ניתנות למדידה, לכימות ולהשוואה.<sup>27</sup> אתגר זה היה צריך לגזור על מקבלי ההחלטות צניעות וזהירות ביישום המבחן, תוך הכרה במגבלותיו. מגבלות אלה עשויות אף להצדיק שקילה מחדש של עצם השימוש במבחן השלישי, נוכח הקשיים ביישומו, והעברת מרכז הכובד של הבחינה למבחני המידתיות הראשון והשני. אולם המתווה הנוכחי בו בחר בית המשפט העליון – העמדת המבחן על בחינה ערכית, המנגידה ומשווה בין ערכים שונים, חלף בחינה אמפירית, המנגידה ומשווה בין עלויות ותועלות קונקרטריות -- אינה פותרת את הקושי אלא רק מעצימה אותו.<sup>28</sup> אם עלויות ותועלות עוד ניתנות לבחינה והערכה השוואתית, ולו מקורבת, הרי שערכים שונים כמעט ואינם ניתנים לבחינה כזו, בוודאי לא כאשר מביאים בחשבון את קיומן של תפיסות עולם ערכיות מנוגדות, ואת המחלוקת העמוקה ביחס למידת חשיבותם של ערכים שונים בתרבויות השונות המרכיבות את החברה הישראלית.<sup>29</sup> המרת המבחן השלישי לבירור אמפירי, על יתרונותיו ומגבלותיו, הייתה יכולה להחזיר מבחן זה למימדים צנועים יותר ולשכך את המתח האידיאולוגי הכביר הכרוך ביישום המבחן השלישי של המידתיות כיום.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> חשש זה הובע על ידי השופטים בהזדמנויות שונות, ראו למשל את דברי השופט רובינשטיין בבג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה** (2012), פסקאות ל"ג-ל"ד: "ההתכנסות למבחן הצר מעוררת בענייננו קשיים ברמות הפשטה שונות: ראשית, איננו יודעים את הערכים ה"מספריים" שיש להציב בכל אחד מצדי המשוואה. [...] שנית, ברמת הפשטה גבוהה יותר, איננו יודעים כיצד להשוות בין הערכים המונחים על כפות המאזניים." <sup>28</sup> מבחן המידתיות השלישי אף כונה לפרקים בפסיקה "המבחן הערכי", כפי שכתב השופט חשין, "עניינו של מבחן זה הוא בערכים, וכך ראוי הוא כי נכנהו" ראו פרשת **עדאלה**, פס' 107 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימו') חשין (2006).

<sup>29</sup> ביקורת זו הובעה על ידי השופט (כתוארו אז) גרוניס בפרשת **עדאלה**, פסקה 6, בה כתב כי "לדברי הנשיא [ברק], תוספת הביטחון המתקבלת מאיסור גורף על כניסה של בני זוג ביחס למידת הביטחון הכרוכה בבדיקה אינדיווידואלית, אינה שקולה כנגד תוספת הנזק [...] אף אם אשתמש בדיוק באותו מבחן בו עושה הנשיא שימוש, הרי מסקנתי היא שתוספת הביטחון הכרוכה באיסור גורף מצדיקה את הפגיעה הנוספת בחיי המשפחה. בהקשר זה יוער, כי חילוקי הדעות בנקודה זו מהווים דוגמה למצב בו שופטים שונים עושים שימוש בנוסחה מילולית אחת כמבחן משפטי אך מגיעים לתוצאות שונות. השוני בתוצאה נובע, בין היתר, מן המשקל היחסי השונה הניתן לערכים המתנגשים ומן הכימות השונה של הנתונים. בלשון מתימטית, גם אם מסכימים לכל משתני המשוואה, ברור כי אין הסכמה לגבי הערכים המספריים שיש ליתן לאותם משתנים". ברם, ראו לעיל ה"ש 18 בדבר דלות התשתית העובדתית במקרה. ייתכן כי תשתית עובדתית מפורטת יותר, ומחויבות מוסדית רצינית יותר לבירור התשתית העובדתית של המקרה, היו עשויות למתן את המחלוקת בין השופטים בניתוח הפרשה ולהשפיע גם על ניתוח המבחן השלישי של המידתיות. ככל שניתן ללמוד מהפסיקה, הקושי העובדתיות שהעלו השופטים בסיבוב הראשון של הפרשה לא קיבלו מענה של ממש בסיבוב השני בפרשת **גלאון**.

<sup>30</sup> יוער כי השימוש בנתונים אמפיריים לא יפתור את כלל הדילמות בנוגע למידתיות, מאחר שבמקרים מסוימים תיותר מחלוקת נורמטיבית באשר לתוצאות שאינן ניתנות לכימות ולהערכה באופן מצבה ומשכנע ובמקרים אחרים יותרו מחלוקות ביחס למשקל הנורמטיבי שיש ליחס לנתונים שאינם חד-משמעיים או אינם רלוונטיים באופן ישיר למקרה. במובן זה, החשש שהביע השופט גרוניס בפרשת **עדאלה**, שם, יוסיף להתקיים. עם זאת,

באופן כללי, הדוקטרינה החוקתית מושפעת ממבחנים הסתברותיים שישומם ישתפר ככל שיש לנו נתונים טובים יותר שמאפשרים להעריך את ההסתברות הרלוונטית. בשלב הנזק מחקרים אמפיריים יאפשרו את הבחינה האם הפגיעה הנלווית היא וודאית או הסתברותית; בשלב התכלית נתונים אמפיריים יכולים לגבש תמונה אודות ההסתברות שהאינטרס שרוצים למנוע או לקדם אכן יתממש ולהעיד על הצורך בפעולה השלטונית; בשלב הקשר הרציונלי, נתונים אמפיריים יכולים לסייע בבירור ההסתברות שהאמצעי יגשים את המטרה; ובשלב הפגיעה הפחותה הנתונים יסייעו בבירור ההסתברות שחלופה אחרת תגשים את המטרה במידה שווה תוך פגיעה פחותה בזכות. ללא מידע אמפירי, בחינת הסתברויות אלה נעשית על בסיס אינטואיציות והערכות כלליות, אשר בדרך כלל אינן ערות למגבלותיהן, וחשופות להטיות שונות הנובעות מתפיסות הסיכון הפרטניות של מקבלי ההחלטות (אשר בעצמן מושפעות מאידיאולוגיה).<sup>31</sup> בירור אמפירי של ההסתברויות לא יניב בהכרח הכרעות חד-משמעיות שכן בהסתברות עסקינן, אולם הוא צפוי להנכיח בצורה ברורה יותר את מגבלות ההערכה ההסתברותית. בכך בחינת ההסתברות תהפוך למדויקת ולמבוססת יותר, זהירה יותר וערה יותר למגבלותיה.

#### 4. איזון אופקי

תרומה נוספת של הכלים האמפיריים היא לאיזון "אופקי" בין זכויות שוות מעמד. כבמקרים אלה, בהם על שתי כפות המאזניים מונחות שתי זכויות במעמד משפטי זהה, מקובל לשאוף לפשרה הדדית ונקודתית אשר תאפשר לכל זכות למצות את עיקריה. הנוסחה המקובלת היא פרגמטית וצמודת-נסיבות: מקבלי ההחלטות (במשטרה, ברשות מנהלית, בכנסת, או בבית המשפט) אמורים לבחון את תחימת כל אחת מהזכויות במקום, בזמן או באופן מימושו, כך שיוכלו להתקיים במידה מוגבלת כלשהי זו לצד זו.<sup>32</sup> מטבע הדברים, ככל שתיטב התשתית העובדתית באשר למקומות, לזמנים, ולאופני המימוש בהם ניתן לתחום את הזכויות, כך ייטב האיזון האופקי. בחלק מהמקרים התשתית הנדרשת תכלול בעיקר עובדות וראיות נקודתיות – למשל, במקרים בהם על כף המאזניים מונחות הזכות להפגין והזכות לפרטיות, בנסיבות של הפגנה קונקרטית המתרחשת במיקום ובזמן מסוים.<sup>33</sup> עם זאת, לעיתים האיזון האופקי יצריך מחקרים נרחבים, למשל כאשר העתירה מכוונת כנגד מדיניות כללית המשליכה על האיזון בין הזכויות במקומות, זמנים, ואופנים רבים ושונים. מחקרים אמפיריים יכולים לתרום תרומה חשובה במיוחד לאיזונים אופקיים מסוג זה, מכיוון שטיבו של המיפוי האמפירי הוא חשיפת השונות בגורמים לתופעה מסוימת, בתוצאותיה, ובהעדפות אנושיות לגביה, ושונות

ברוב הפרשות היקפו יצטמצם ביחס למצב הנוכחי, בו הליך הבחינה החוקתי אינו מערב כל ניסיון רציני למדידה וכימות אמפיריים של עלויות ותועלות.

<sup>31</sup> Dan M. Kahan et al., "Ideology" or "Situation Sense"? An Experimental Investigation of Motivated Reasoning and Professional Judgment, 164 U. PA. L. REV. 349 (2016).

<sup>32</sup> בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, פס' 21 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק (1994).

<sup>33</sup> חלק ניכר ממקרי האיזון האופקי שנדונו בפסיקה היו מצורה זו. ראו דיין, שם; בג"ץ 1983/17 מני נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה; ברק מדינה ודרור וגשל, "בין מחאה למטרד מאיים: הפגנה ליד ביתם של אנשי ציבור", חוקים ב' 197 (2010).

זו עשויה לסייע לפרק את ה"משחק סכום-אפס" בין הזכויות המתנגשות ולתפור פתרונות דקים ועדינים יותר לאיזון ביניהן.<sup>34</sup>

דוגמא לצרכים העובדתיים של איזון אופקי מהסוג הכללי היא פרשת ההפרדה המגדרית בתוכניות לחרדים באקדמיה, אשר אחת הדרכים לנתחה היא כעימות בין הזכות לשוויון והזכות לתרבות.<sup>35</sup> בפרשה זו, הניחו מל"ג ומוסדות הלימוד כי סטודנטיות וסטודנטים חרדים זקוקים להפרדה מגדרית מוחלטת – בכיתות הלימוד, במין המרצה, בשטחי הקמפוס, ולאורך כל שנות התואר. הילוך זה הוביל למסקנה כי צד התרבות/דת באיזון קשיח ונעדר מרחב נסיגה – ולפיכך צד השוויון נדרש לבצע את עיקר הנסיגה. אולם במחקר שביצעתי מצאתי כי יחסם של הסטודנטים החרדים להפרדה מגדרית מורכב וניואנסי, ואינו קשיח כפי שהניחה מל"ג. בפועל, חרדים וחרדיות שהתעניינו בלימודים אקדמיים ראו את מישורי ההפרדה השונים כנחוצים במידה שונה, ופחותה, מזו שייחסה להם מל"ג.<sup>36</sup> המחקר האמפירי סיפק אפוא תמונת מצב עובדתית מורכבת יותר באשר להעדפות מושאי הפעולה השלטונית, אשר פתחה אפשרויות חדשות לאופני האיזון האופקי בין הזכות לשוויון והזכות לתרבות.<sup>37</sup>

## 5. משפט חוקתי מוסדי

כלים אמפיריים יכולים לסייע גם מעבר לבחינה החוקתית של זכויות האדם, למשל בהערכת התוצאות של מעבר מכלל מוסדי אחד למשנהו. לדוגמא, אחת משאלות הליבה המוסדיות של כל שיטה דמוקרטית היא כלל הייצוג: כיצד יש לעצב את דיני הבחירות על מנת להביא לייצוג מיטבי של כל חלקי העם, תוך שמירה על משילות אפקטיבית ויציבות משטרית במידה הרבה ביותר האפשרית? שאלות גדולות אלה מיתרגמות לא אחת לשאלות קונקרטיות אודות ההשלכות הצפויות כתוצאה מהעלאת או הנמכת אחוז החסימה,<sup>38</sup> קביעת מכסות ייצוג או שריונים לנשים ולמיעוטים, הכנסת מרכיבים אזוריים לתוך שיטת הבחירות הארצית, וכיוצא בזה. גם כאן, מחקרים אמפיריים השוואתיים שנערכו במקומות אחרים בעולם יכולים לספק מידע, כמו גם מחקרים שילמדו את השפעותיהן של רפורמות שארעו בישראל בתחומים אלה. דוגמא חשובה נוספת היא שיטת מימון הבחירות. תקציבי המפלגות עומדים בראש מעייני נבחרי הציבור, השואפים תדיר להתאים את החקיקה בעניין לצרכיהם המפלגתיים, הגם שלא אחת מדובר בצרכים צרים שאינם מתיישרים עם צרכי הדמוקרטיה הישראלית. החששות משינוי שיטת מימון הבחירות הם, בהתאם, חששות באשר לתוצאות הצפויות משינוי כזה: עם מי הוא צפוי להיטיב ולמי הוא צפוי להזיק – ומה יהיו השלכותיו על טוהר הבחירות והשיטה הדמוקרטית עצמה? חששות אלה עולים לא רק בישראל, אלא גם במדינות נוספות, אשר מתחבטות בשאלות אם וכיצד להגביל את אפשרויות המימון במערכת בחירות, על מנת

<sup>34</sup> שם, שם.

<sup>35</sup> לדין בסוגיות אלה ביחס לתוכנית מל"ג לשילוב חרדים באקדמיה, ראו: נטע ברק-קורן "הפרדה מגדרית באקדמיה אינה משחק סכום-אפס" ICON-S-IL Blog (19.2.2019) (להלן: ברק-קורן "משחק סכום אפס").

<sup>36</sup> נטע ברק-קורן "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית: בחינה מחודשת של עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים" משפטים מט 675 (2019) (להלן: ברק-קורן "עמדות הציבור החרדי").

<sup>37</sup> ברק-קורן, משחק סכום אפס, שם.

<sup>38</sup> ראו בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 12.3.2015), שם נדון תיקון שהעלה את אחוז החסימה. העתירה נדחתה, אולם השופטים עמדו על כך שהתפתחויות בתשתית העובדתית עשויות להוביל לקביעה אחרת. שם, פס' 63 לפסק דינו של הנשיא (בדימוי) גרוניס.

להבטיח הליך בחירות תקין ושוויוני, למנוע שחיתות של נבחרי הציבור, ולהבטיח את אמון הציבור בדמוקרטיה.<sup>39</sup> חלק ניכר מהחששות והשאלות בנושא הם אמפיריים: אמון הציבור בשיטה הדמוקרטית הוא לא מושג ערטילאי ותאורטי אלא עניין בר מדידה; ושחיתות באה לידי ביטוי במעשים והתנהגויות בשטח. עם זאת, כיום שאלות אלה נדונות בבתי המשפט ובכנסת בהעדר מידע ומחקרים רלוונטיים. דרושים אפוא מחקרים אמפיריים אשר יבחנו את ההשלכות של שינויים שנעשו בחקיקת מימון מפלגות על איתנות המפלגות, על דפוסי בחירה והצבעה, על הייצוג בכנסת, ועל שחיתות שלטונית. בחינה זו מעניינת במיוחד בישראל, בה שינויים אלה מתרחשים לאורך עשרות שנים, ותוצאותיהם לא נבחנו למיטב ידיעתי בצורה מקיפה עד היום. בהמשך לכך, ניתן ורצוי לחקוק בתחומים אלה חקיקת פיילוט, בצורה המאפשרת מעקב מחקרי אחר תוצאות החקיקה ובחינה אם החקיקה הובילה לשינויים המקווים ואם היו לה תוצאות לוואי שליליות.

### **ב. מי צריך לעשות שימוש בכלים אמפיריים במשפט החוקתי?**

התשובה הפשוטה לשאלת ה"מי" היא כולן: כלל רשויות השלטון. הדוקטרינות החוקתיות פונות לכלל רשויות השלטון, אשר אמורות לפעול לאורך – הרשות המחוקקת, המבצעת, והשופטת. דוקטרינות אלה אף אינן ייחודיות לישראל. ברוב הדמוקרטיות החוקתיות, עותרות ועותרים נדרשים לבסס את הפגיעה בזכות, ובית המשפט בוחר את קיומה של תכלית היכולה להצדיק פגיעה בזכויות אדם ומשתמש בדוקטרינת המידתיות או במבחני איזון דומים להכרעה בדבר חוקתיות המעשה השלטוני.<sup>40</sup> ואכן, בשנים האחרונות נשמעו קריאות לשימוש בכלים אמפיריים במשפט החוקתי בארצות הברית, בגרמניה, בכלגיה, בצרפת ועוד, שהופנו כלפי רשויות שונות.<sup>41</sup> אמנם, התיאורטיות של המשפט החוקתי אינה ייחודית לישראל.

<sup>39</sup> ראו למשל את החקיקה בנושא זה בקונגרס האמריקאי, אשר הגבילה את סכום התרומות שתאגידים מסחריים יכולים לתרום למועמדים ומפלגות מחשש ההיווצרות של שחיתות בקנה מידה נרחב, קניית מועמדים, ואובדן אמון הציבור בדמוקרטיה. בית המשפט העליון האמריקני פסל את החקיקה כלא חוקתית, בשל פגיעתה בחופש הביטוי, בפרשת *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U. S. 310 (2010). בקביעה שנויה במחלוקת ונעדרת כל ביסוס או תימוכין אמפיריים, בית המשפט העליון האמריקני קבע שתרומות בסכומים גבוהים מצד תאגידים פרטיים אינן מובילות לשחיתות או פוגעות באמון הציבור במערכת הדמוקרטית. מנגד, בפסק דין *Harper* בית המשפט העליון הקנדי, על סמך נתונים וממצאים אמפיריים חלקיים הגיע למסקנה ההפוכה, שתרומות ללא הגבלה יכולים לערער את אמון הציבור במערכת הדמוקרטית ולהשפיע על תוצאות הבחירות. *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 880-885. שני בתי משפט עליונים, שני פסקי דין עם תוצאות הפוכות, ומעט מאד מידע אמפירי מהימן.

<sup>40</sup> ראו לדוגמה החלטה של בית המשפט העליון בקנדה: *R v. Oakes*, [1986] 1 SCR 103; החלטה של בית המשפט העליון באנגליה: *R v. Secretary of State for Work and Pensions and others* [2021] UKSC 26 AC; למחקר בנושא בארצות הברית: Alan Brownstein, *How Rights Are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis in Constitutional Doctrine*, 45 HASTINGS L. J. 867 (1994);

<sup>41</sup> ראו לדוגמה: Nicholas Stephanopoulos, *Spatial Diversity*, 125 HARV. L. REV. 1903 (2012); Nicholas Stephanopoulos, *The Consequences of Consequentialist Criteria*, 3 U.C. IRVINE L. REV. 669 (2013); Allison Orr Larsen, *Constitutional Law in an Age of Alternative Facts*, 93 N.Y.U. L. REV. 175 (2018) (hereinafter *Larsen, Constitutional Law in an Age of Alternative Facts*); Allison Orr Larsen, *Confronting Supreme Court Fact*

מדינות נוספות סובלות מחסך אמפירי במשפטן החוקתי. יחד עם זאת, החסך האמפירי במשפט החוקתי בישראל חריף במיוחד, בראש ובראשונה בשל ההיעדר המוחלט של הליכים לבירור עובדתי בבג"ץ. בציטוט שהובא בפתח הרשימה, הדגיש בג"ץ את החשיבות בהנחת תשתית עובדתית מהימנה בעתירות חוקתיות. אולם המשכו של הציטוט מעיד על קושי מובנה בעבודת בג"ץ, החותר תחת היכולת להבטיח את מהימנות התשתית העובדתית: "שהרי בית-משפט זה אינו נוהג לשמוע עדים ולקבוע בעצמו את העובדות, אלא הוא מסתמך בעיקר על דברי הצדדים."<sup>42</sup> אכן, בעוד שבמדינות אחרות עתירות חוקתיות מתחילות את בירורן בערכאות דיוניות אשר שומעות עדים וקובעות ממצאים עובדתיים, בישראל בג"ץ הוא הערכאה הראשונה והאחרונה לבירור עתירות חוקתיות – ואין בו כל הליך המאפשר קביעת ממצאים שבעובדה.<sup>43</sup> כיום, בג"ץ מסתמך על תצהירים בלבד בעתירות המובאות לפניו. הוא מסתפק בדרך כלל בתצהירים מועטים – אחד או שניים מטעם כל צד לעתירה; אינו מזמין עדים או מומחים; ואינו חוקר את המצהירים על תצהיריהם.<sup>44</sup> מחקרים אמפיריים כמעט ואינם נדונים בבג"ץ, ודיון מעמיק בתשתית העובדתית של החלטות בעלות מימדים חוקתיים תלוי במידת העניין שהשופטת היושבת בדין מגלה בשאלות שבעובדה. כפועל יוצא, השימוש בכלים האמפיריים במשפט החוקתי בישראל מועט במיוחד והתשתית העובדתית של רוב העתירות החוקתיות כלל אינה מתבררת. חסך זה משליך באופן ישיר על מהימנות התשתית העובדתית של העתירות הנדונות בבג"ץ ועל איתנות ההכרעות היוצאות מלפניו.<sup>45</sup> לצד ביקורת זו, חשוב לציין כי קריאתי להרחבת והעמקת השימוש בכלים אמפיריים במשפט החוקתי אינה מופנית לבית המשפט בלבד אלא לכל התחנות בשרשרת החוקתית – משלב עיצוב הנורמה ברשות המחוקקת, פריטתה לכללי משנה אצל הרגולטור, וביצועה בידי

Finding, 98 VA. L. REV. 1255 (2012). Niels Petersen, Avoiding the Common-Wisdom Fallacy: The Role of Social Sciences In Constitutional Adjudication, 11 INT'L J. CONST. L. 294 (2013); Eva Brems, Face Veil Bans in the European Court of Human Rights: The Importance of Empirical Findings, 22 J.L. & POL'Y 517 (2014); Eva Brems, SAS v. Emanuel V. Towfigh, ;France: A Reality Check, 25 NOTTINGHAM L.J. 58 (2016) *Empirical arguments in public law doctrine: Should empirical legal studies make a "doctrinal turn"?*, 12(3) INT'L J. CONST. L. 670 (2014)

בג"ץ 1759/94 סרוברג נ' שר הבטחון, פ"ד נה(1) 625, 630-631 (1994).

יצחק זמיר, "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" **משפט וממשל** א 295, 322 (1992).

לפי תק' 18(א) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984, לבית משפט הסמכות להתיר חקירת המצהיר אם ראה צורך בכך לשם עשיית צדק, אולם בג"ץ לא עושה זאת בפועל. ראו, עומר דקל, "חקירה נגדית בבג"ץ ובבית-המשפט לעניינים מנהליים" **עיוני משפט** לה 151 (2012).

השופטת פרופ' ברק-ארז טוענת כי "ניסיון העבר מלמד כי בפועל קיימת רגישות פוליטית גבוהה לאכיפה של הדרישה לביסוס עובדתי כאשר זו מגיעה מכיוונה של הרשות השופטת" ומפנה לביקורת שהתעוררה בכנסת כלפי החלטת הביניים של בג"ץ בפרשת **עמותת מחויבות**, ראו xyz בעמ' xyz. עם זאת, בפרספקטיבה היסטורית רחבה לא ברור שהביקורת שהופנתה כלפי החלטות אחרות של בג"ץ להבין את התשתית העובדתית שעמדה ביסוד החקיקה היתה עזה מזה שהופנתה כלפי החלטות אחרות של בג"ץ, אשר פסלו חקיקה ראשית ואף החלטות מנהליות שונות מסיבות מהותיות (למשל בג"ץ **חוף עזה**, בו נדון החוק ליישום תוכנית ההתנתקות, או בג"ץ **נוהל שכן**, בו נפסל נוהל צבאי אשר השתמש באזרחים כמגן אנושי לחיילים בפעילות מבצעית). מעבר לכך, דומה כי קיימת מחלוקת בקרב השופטים עצמם אם ביקורת שיפוטית מבוססת-הליך הינה מרחיקת לכת יותר או פחות מביקורת שיפוטית מבוססת-תוכן, מבחינת עקרון הפרדת הרשויות. ראו בהקשר זה את המחלוקת בבג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (נבו) 6.8.2017 בין השופטים סולברג ומזוז.

42

43

44

45

הרשות המבצעת. בית המשפט העליון הוא רק תחנה מאוחרת – לא מחויבת, ומבחינה מעשית, אף לא האחרונה – בתהליכים אלה. התחנה הראשונה – הכנסת – זקוקה לנתונים ומחקרים אמפיריים על מנת להבין את הבעיות החברתיות בהן היא מבקשת להתערב ועל מנת לעצב את כיוון ההתערבות הרצוי, בכפוף למבחנים החוקתיים של תכלית ראויה ומידתיות. בתוך כך, הכנסת זקוקה למידע עובדתי מהימן<sup>46</sup> על מנת להבטיח שהחוק המתגבש יקיים קשר רציונלי עם התכלית שנועד להגשים, על מנת למזער ולהפחית פגיעה נלווית בזכויות, ועל מנת להביא לכך שתועלת החקיקה תגבר על הנזק שהחקיקה צפויה להסב. זהו תהליך בחינה מורכב, במהלכו על הכנסת לאתר את המקורות המשכנעים והמבוססים עובדתית ולהישמר מטענות עובדתיות כוזבות או חלקיות שעשויות להטות את פעולת החקיקה ולהכשיל את המחוקקים בעבודתם.<sup>47</sup> צרכיו של הרגולטור הממשלתי דומים לאלה של הכנסת כל אימת שהוא מגבש נורמות כלליות בתחום עיסוקו. בדומה, גורמי הביצוע, הפיקוח והאכיפה בממשלה זקוקים אף הם להכוונה ולדיוק שתשתית אמפירית טובה יכולה לספק – בפרט, כל אימת שחוקתיות האמצעי טמונה בפרטים הקטנים אשר מצויים מחוץ לחוק עצמו, בדרך יישומו בשטח.<sup>48</sup> דוגמא יפה לכך מובאת בסימפוזיון זה בידי פרופ' אורן גזל איל, המתאר את השימוש הנרחב של הכנסת והממשלה בכלים אמפיריים במשפט הפלילי, החל מאיסוף נתונים בידי המשטרה, שירות בתי הסוהר, הסנגוריה והפרקליטות, דרך ייזום מחקרים מלווים למדיניות וכינון ועדות בעלות בסיס מחקרי נרחב בסוגיות שונות, וכלה בגיבוש מדיניות וחקיקה על בסיס תובנות ממחקרים אמפיריים.<sup>49</sup>

וראו ה"ש 7 לעניין הקושי של הכנסת להשיג מידע זה מהממשלה.

<sup>46</sup> בג"ץ עצמו התייחס במספר פסקי דין לחשיבות בהנחת תשתית עובדתית בפני חברי הכנסת בהקשרים של חקיקת חוק ההסדרים, אשר בשל דוחק הזמן הכרוך בהעברתו והיקף ההסדרים בהם הוא עוסק, כמו גם מורכבותם, קיים חשש להשתלטות הממשלה על הליך החקיקה ופגיעה בעקרון הפרדת הרשויות; ראו בג"ץ קוונטינסקי, שם; דנג"ץ 6571/17 **היועץ המשפטי לממשלה נ' קוונטינסקי** (נבו 19.5.2021). ודוקו: טענות רחבה יותר מההלכה הנוכחית. לדעתי, כל אימת שהכנסת מחוקקת, גם כאשר אין חשש לפגיעה בהפרדת הרשויות, ראוי שתעשה כן על יסוד תשתית עובדתית מפורטת הרלוונטית להכרעה בשאלות בהן עוסקת החקיקה. ייתכנו מגבלות וחריגים לחובה זו, אולם זו צריכה להיות נקודת המוצא לעבודת הכנסת.

<sup>48</sup> קריאה זו עולה בקנה אחד עם המגמה העולמית, אשר מאומצת גם על ידי חלקים מהממשלה בישראל, של 'מדיניות מבוססת עובדות', או בשמה במחקר Evidence Based Policy. ראו לדוגמא: Ittai Bar-Siman, *The Dual Meaning of Evidence-based Judicial Review of Legislation*, 4 THEORY & PRAC. LEGIS. 107 (2016); Rob van Gestel, *Evidence-based Lawmaking and the Quality of Legislation: Regulatory Impact Assessments, in the European Union and the Netherlands*, State Modernization in Europe 139 (H. Schäffer & J. Iliopoulos-Strangas eds., 2007); Jeffrey J. Rachlinski, *Evidence-Based Law* 96 CORNELL L. REV. 901 (2011). ראו החלטת ממשלה בנושא, ס' 3 להחלטת 2118 של הממשלה ה-33 "הפחתת הנטל הרגולטורי" (22.10.2014). ראו גם חוק אמריקני בנושא, המקדם את השימוש ב-Evidence Based Policy, Foundations for Evidence-Based Policymaking Act of 2018, Pub. L. No. 115-435, 132 Stat. 5529 (2019).

<sup>49</sup> אורן גזל אייל, לעיל ה"ש 2. בהקשר זה יש לציין גם את המגמה הברוכה לעגן את המחקר המלווה בחקיקה, הקובעת כי המחקר נועד לשם בחינת יישום החוק והשפעותיו, וכי ממצאיו יוגשו לכנסת בידי הממשלה בחלוף תקופת מבחן. ראו סעיף 220כא לחוק בתי המשפט הקהילתיים וכן את הרפורמה שהרחיבה את עבודות השירות לתשעה חודשים. זאת בנוסף לדרישות לליווי מחקרי לפיילוטס אחרים, שנקבעו בהחלטות מדיניות ולא בחקיקה.

כיום, הכנסת והממשלה (ובדומה, רגולטורים, רשויות מקומיות ורשויות מנהליות אחרות) מצויות שתיהן בחסך אמפירי דומה לזה של בג"ץ. בכנסת קיים אמנם מרכז מחקר ומידע המפיק סקירות שונות לחברי הכנסת, אולם מרכז זה אינו עוסק במחקר אמפירי. גם אין כיום בכנסת פרקטיקות או תקנון המסדירים את הטיפול בצרכים העובדתיים והאמפיריים של הליך החקיקה.<sup>50</sup> חסך דומה ניכר גם בממשלה. הגם שמשרדי ממשלה רבים מרכזים בידיהם מאגרי נתונים ומידע נרחבים, יכולים לדרוש נתונים מגופים המצויים תחת פיקוחם, ומוסמכים לאסוף נתונים חדשים במסגרת תפקידם הביצועי, הממשלה אינה תמיד נכונה לאסוף נתונים, לנתחם, ולעשות בהם שימוש.<sup>51</sup> ברוב משרדי הממשלה אף אין תשתית מקצועית שיכולה לתמוך בגיבושה של תמונת מצב אמפירית (דהיינו, חוקרים מוכשרים בשיטות איסוף וניתוח מידע רלוונטיות, היכולים לענות על הצרכים האמפיריים העולים בתהליך גיבוש מדיניות וביצועה). בהעדר פרקטיקות מקצועיות וסדרי עבודה מגובשים, קיים חשש שמחקרים ונתונים כוזבים, חלקיים ולא מבוססים ישפיעו על הליך גיבוש המדיניות והחקיקה ויטו את תוצריו.<sup>52</sup>

אם כן, מצד אחד רשויות השלטון נדרשות לכלים אמפיריים על מנת להגשים את תפקידיהן במסגרת הכללים החוקתיים וליישם את הנורמות החוקתיות בצורה מדויקת, הוגנת, יעילה, ואפקטיבית. מצד שני, עליהן להתמודד עם סכנות ואתגרים המתלווים לשימוש בנתונים אמפיריים, הדורשים ניתוח ביקורתי ומומחיות מקצועית לצורך הפעלתם. נדרש אפוא שימוש מושכל בכלים אמפיריים בידי כלל רשויות השלטון. בעמודים להלן אדגים כיצד ניתן להיעזר בכלים אמפיריים במשפט החוקתי.

### ג. כיצד ניתן להשתמש בכלים אמפיריים לבירור שאלות חוקתיות?

עולם המחקר האמפירי הוא מגוון ועשיר, וצריך לדעת לבחור נכון את הכלי שמסוגל לענות על השאלה החוקתית שעל הפרק. ראשית יש לברר את סוג השאלה, שכן שאלות שונות מתאימות לבחינה בדרכים אמפיריות שונות, והתאמת דרך הבחינה לשאלה הכרחית לקבלת תשובה בעלת ערך לבירור החוקתי. חלק זה יוקדש להדגמה של הדרכים בהן ניתן להתאים כלים אמפיריים לשאלות חוקתיות שונות.

סוג נפוץ במיוחד של שאלות אמפיריות במשפט החוקתי הוא שאלות על יחסי סיבה ותוצאה. האם חוק או מעשה שלטוני גורם לפגיעה בזכות? האם הביא תועלת לתכלית לשמה נחקק (מבחן הקשר הרציונלי)? האם גורם מסוים אחראי לבעיה החברתית בה המחוקקת

<sup>50</sup> איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לז' 645, 695 (2016). ואכן, הממ"מ נתקל, לעיל ה"ש 7, בקשיים ניכרים בקבלת המידע ממשרדי הממשלה דרך קבע.

<sup>51</sup> ראו למשל בג"ץ 8297/15 הורי נ' שירות בתי הסוהר (נבו 18.8.2019), בו החליט שירות בתי הסוהר על הפסקת ביקורי אסירים בשבתות ובחגים, מבלי לברר כיצד הדבר צפוי להשפיע על המבקרים והאסירים, והאם יש לאסירים ולבני משפחתם אפשרות הגעה בימים אחרים. במקרה אחר, ע"ס 7058/19 סלום נ' עיריית נוף הגליל (נצרת עילית) (נבו 25.2.2019), סירבה עיריית נוף גליל לעשות שימוש באמצעים מקוונים על מנת לאמוד את הביקוש לחינוך ממלכתי בקרב תושבי העיר הערבים והתעקשה על הפצת שאלונים באמצעות דואר בלבד, על אף שברור כי ההיענות לסקר בחלופה זו תהא נמוכה יותר ולא תשקף בצורה מיטבית את העדפות התושבים. יוער כי בפסק-דינה הזכירה השופטת ברק-ארו גם את האפשרות להסיק את הביקוש מנתונים מנהליים שהיו בידי העירייה בדבר מספר התלמידים הערבים הלומדים בחינוך ממלכתי בעיר השכנה, נצרת.

<sup>52</sup> כפי שקרה במל"ג בנוגע לתוכניות הנפרדות לחרדים באקדמיה, ראו ברק-קורן "עמדות הציבור החרדי".

מעוניינת לטפל (ולפיכך קיימת תכלית ראויה לאסדרתו)? האם אמצעי מסוים גורם יותר נזק מאמצעי אחר (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה)? וכן הלאה.

הכלי לבירור יחסים סיבתיים הוא ניסוי, אשר באמצעות הקצאה אקראית של משתתפים לקבוצות טיפול שונות מאפשר לבודד משתנים ולהגיע למסקנות בדבר יחסי סיבה-תוצאה. ניתן לקיים ניסויים במעבדה, ברשת, על גבי סקרים ובשדה. דרך המלך לבירור יחסים סיבתיים בשאלות הנוגעות למציאות חברתית והתנהגותית מורכבת שקשה למדל על גבי סקר או במעבדה היא **ניסוי שדה** – ניסוי מבוקר המבוצע בשדה הרלוונטי לסוגיה הנבחנת.<sup>53</sup> ניסויים מבוקרים נפוצים מאוד ברפואה, במדע, בהנדסה, ובתחומים נוספים. אולם האם ניתן ליישם גם במשפט?

התשובה לכך חיובית, בגבולות מסוימים. למשל, אם ברצוננו להעריך את ההשפעה של כלל מסוים על השדה בו הוא מתעתד להביא לשינוי, ניתן להחילו תחילה באופן חלקי ומבוקר על קבוצה אקראית של אנשים או ארגונים, ולבחון את השפעתו לאורך זמן. ניסויים כאלה צריכים להתבצע במסגרת פיילוטים תחומים בזמן וכפופים למגבלות אתיות, תוך העמדת מנגנונים שיאפשרו לפצות את מי שיתברר, לאחר זמן, שניזוקו כתוצאה מהניסוי. עדיף לפצות קבוצה קטנה מאשר להחיל מדיניות גורפת על כלל החברה ולגרום לנזק חברתי גדול בהרבה. דוגמא לניסויי שדה מבוקרים שיושמו בשנים האחרונות בידי הממשלה היא סדרת ניסויי "נעים לירוק", שבחנו את יעילותם של תמריצים כלכליים להפחתת השימוש ברכב פרטי באמצעות כ-100,000 נהגים מתנדבים.<sup>54</sup> דוגמא לניסויי שדה מקורב היא התהליך המדורג בו הופחתו עומסי העבודה במערכת המשפט, אשר אפשר את בחינת השפעת הרפורמה לאורך זמן.<sup>55</sup>

על אף שישנן דוגמאות רבות להיתכנות של ניסויי שדה במשפט ובמדיניות,<sup>56</sup> מסיבות שונות – חלקן אתיות, חלקן פרקטיות, ולפעמים בהעדר סיבה טובה, מרבית הרפורמות בישראל אינן מיושמות בצורה ניסויית. כתוצאה מכך אובדת היכולת להוכיח קשר סיבתי בין שינויים בשטח לבין הרפורמה, שכן לא ניתן לשלול את האפשרות שגורמים אחרים, שאינם האמצעי שננקט, הביאו לשינוי או סיכלו אותו. תובנה זו מחדדת את הצורך בביצוע ניסויי שדה מקדימים בסוגיות שעשויות לעורר מחלוקת סיבתית (ובכלל), ומספקת כלי חשוב לאבחון טיעונים חוקתיים מבוססים מטיעונים חסרי ביסוס.

דוגמה לטיעון חוקתי המתאפיין בכשל הסיבתי האמור היא טענת המדינה בעתירות נגד הפרדה מגדרית באקדמיה, לפיה החרדים ילמדו באקדמיה רק בתנאים של הפרדה מגדרית מלאה. לביסוס הטענה כי קיים קשר סיבתי בין הפרדה מגדרית ובין הגשמת התכלית הראויה של הבאת חרדים לאקדמיה, הביאה המדינה את עליית מספר הסטודנטים החרדים בשנים

<sup>53</sup> ראו למשל, "יצא לדרך: תשלום מהמדינה למי שלא ינהג בתוך העיר" כלכליסט 23.4.2019 <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3760889,00.html>

<sup>54</sup> דו"ח מבקר המדינה "פעולות הממשלה להפחתת השימוש בכלי רכב פרטיים באמצעות תמריצים כלכליים" 533.

<sup>55</sup> Engel, Christoph, and Keren Weinsall. "Manna from heaven for judges: Judges' reaction to a quasi-random reduction in caseload", JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 17.4 722-751 (2020)

<sup>56</sup> הפניה לאתר BIT ולכתיבה אקדמית על כך



שלאחר פתיחת המסגרות האקדמיות החרדיות, שהינן מופרדות.<sup>57</sup> הבעיה היסודית בטיעון זה היא שפתיחת התוכניות לחרדים באקדמיה לא התאפיינה רק בהפרדה מגדרית, אלא לוותה ביצירת תנאים אישיים וארגוניים רבים שהפכו את הלימודים זמינים, אפשריים, ואטרקטיביים יותר לסטודנטים חרדים, לרבות פתיחת קמפוסים בסביבות מגורים חרדיות, הסרת תנאי סף ללימודים וקביעת תנאי קבלה מקלים בהשוואה לתוכניות לא מופרדות באותם מוסדות לימוד, בניית ימי ושעות לימוד שמתאימים לאורח החיים החרדי, וכן מערכי מלגות חדשים. בתנאים אלה לא ניתן לברר את הכרחיותה של ההפרדה המגדרית דווקא להצלחת התוכניות, וזאת בשל ריבוי הגורמים האחרים שהופעלו בו-זמנית ותרמו להרשמה לתוכניות הללו. על מנת לבסס טענה בדבר הכרחיותה של הפרדה מגדרית במסגרות אקדמיות חרדיות, היה על המדינה להציע את הקמפוסים החרדיים, על כל המלגות, ההתאמות, סיפי הקבלה הנמוכים, ויתר ההיבטים המאפיינים אותם, ללא הפרדה מגדרית, במשך פרק זמן ניכר המאפשר הטמעה של התוכניות, מעקב אחר הצלחתן, בירור הגורמים לכך, והסקת מסקנות. אם היה מתברר לאחר זמן ניכר שאין נרשמים, גם לאחר שישומו כל יתר ההתאמות, היתה יכולה לקום הצדקה לבחון הוספה של הפרדה מגדרית, ולבחון את מינון ואופי ההפרדה הנחוץ. במצב כזה, ניתן היה להגריל את הסטודנטים לכיתות מופרדות ברמות שונות, ברמת העמיתים לספסל הלימודים, מין המרצים, והיקף ההפרדה הנקוטה בקמפוס, ולבודק את מכלול התוצאות הרלוונטיות – הרשמה, נשירה, הצלחה בלימודים, השמה תעסוקתית, והשפעות על צדדים שלישיים. מה שחשוב בניסוי הוא לשנות רק פרמטר אחד כל פעם, תוך שמירה על כל יתר הפרמטרים קבועים.

מובן שלא כל מדיניות חברתית או כלל משפטי ניתנים לבחינה מוקדמת במסגרת ניסוי ממש. למצבים כאלה פותחה סדרה של כלים אלטרנטיביים. ראשית, אם השינוי ממוקד בפרמטר אחד, במצבים מסוימים ניתן להשוות את התקופות לפני ואחרי יישום המדיניות, ככל שנאספו נתונים מספקים על התקופה עובר לשינוי. בהמשך לכך, כאשר ידוע ששינוי מסוים עומד להיכנס לתוקף בקרוב, אפשר להקדים מדידה ליישום ולאסוף את הנתונים על תקופת ה"לפני" מבעוד מועד, על מנת שניתן יהיה להשוותם לנתונים המקבילים בתקופת ה"אחרי". ניתן להתייחס למבחן מעין זה כמעין ניסוי טבעי. למשל, במחקר שערכתי בארצות הברית בדקתי האם מתן חריג מטעמים דתיים לחוקי איסור הפליה מרחיב את ההפליה או לא.<sup>58</sup> המחקר התבצע לפני ואחרי פסיקה של בית המשפט העליון לטובתו של אופה שסירב, מטעמים שבאמונתו הדתית, להכין עוגת חתונה לזוג גברים.<sup>59</sup> המחקר בדק את הנכונות לספק שירותים לזוגות חד-מיניים לפני ואחרי ההחלטה במדינות שונות בארה"ב, באמצעות פניה ליותר מ-1000 עסקים בתחום החתונות במשטרים משפטיים שונים בארה"ב. המחקר מצא שההחלטה הביאה לאפליה כלפי זוגות חד-מיניים, בפרט באזורים דתיים יותר בארה"ב, ואף בקרב עסקים שקודם להחלטה לא העדיפו זוגות מעורבים על זוגות חד-מיניים. בדיקה מעין

<sup>57</sup> בג"ץ 6500/17 תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה (נבו 12.7.2021); בג"צ 8010/16 ברוזן נ' מדינת ישראל (נבו 12.7.2021) (להלן: עניין ברוזן).

<sup>58</sup> Netta Barak-Corren, *A License to Discriminate? The Empirical Consequences and Normative Implications of Religious Exemptions*, 56 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 315 (2021); Netta Barak-Corren, *Religious Exemptions Increase Discrimination toward Same-Sex Couples: Evidence from Masterpiece Cakeshop* 50 J. LEGAL STUD. 75 (2021).

<sup>59</sup> *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. C.R. Comm'n*, 138 S. Ct. 1719 (2018).

זו אפשרית כל אימת שמבקשים להבין את התוצאות של כלל מסוים, וניתן לאסוף נתונים על התקופה שקדמה להחלתו. באם מתברר שתוצאות הכלל בעייתיות, תוצאות הבדיקה יכולות לעזור לתקן ולדייק את הכלל.

**שנית**, ניתן לקיים ניסויים על גבי סקרים. סקרים, בפרט אם הם מייצגים בצורה טובה את אוכלוסיית היעד, מאפשרים לבדוק מגוון שאלות שאי אפשר למדוד בשטח ולקבל תשובות מקורבות. קיימות שיטות מתוחכמות בהן ניתן להשתמש בסקרים בשביל להעמיד אנשים בסיטואציה מקורבת לזו של החוק או הפעולה השלטונית ולבדוק כיצד המשתתפים מבינים את המצב המשפטי והאם המשפט משפיע על עמדותיהם והתנהגותם. החסרונות של בחינה כזו היא שהיא מקורבת בלבד, ולעיתים קשה להכליל מממצאי הסקר לאוכלוסיית היעד. אך לא אחת בחינה זו שימושית כשהסוגיות העובדתיות מהוות נדבך חשוב בבחינה החוקתית והסקרים יכולים לספק נתונים, גם אם מקורבים, המדויקים מהקיים.

דוגמה לניסוי כזה הוא מחקר שערכתי עם יובל פלדמן ונעם גדרון בנושא ההשפעה של חוק-יסוד: הלאום על עמדות הרוב היהודי כלפי המיעוט הערבי. מחקר זה התבצע באמצעות סקרים ניסויים שנערכו בקרב מדגם מייצג של הציבור היהודי טרם חקיקת חוק-יסוד: הלאום וביקשו לבחון את אחת הביקורות המרכזיות שהועלו כלפי חוק-היסוד, כי החוק עשוי לעודד אפליה כלפי ערבים.<sup>60</sup> בחלקו הראשון של הניסוי, המשתתפים הוגרלו באופן אקראי לקרוא את חוק-היסוד או חוק ניטרלי העוסק ברגולציית משק המזון. לאחר מכן, המשתתפים התבקשו לקרוא תרחיש העוסקים בחלוקת משאבים פרטיים וציבוריים לקבוצות שונות בחברה ולציין כיצד היו נוהגים בכל תרחיש. מתווה זה יצר מערך של ניסוי על גבי סקר, הבוחן אם חשיפה להוראותיו של חוק-יסוד: הלאום (בהשוואה לטקסט משפטי ניטרלי) מרחיבה אפליה נגד המיעוט הערבי. המחקר מצא כי קריאת חוק-היסוד לא הגדילה את האפליה כלפי המיעוט הערבי אלא הובילה את מתנגדי החוק לאמץ גישה מכילה יותר, אך קצרת מועד, כלפי פרטים וארגונים ערבים.<sup>61</sup> במחקר מאוחר יותר שערכנו לפני ואחרי חקיקת חוק-היסוד, הפעם בקרב ערבים ויהודים גם יחד, מצאנו כי בני הרוב היהודי לא הושפעו מחקיקת חוק-יסוד: הלאום, אולם בקרב בני המיעוט הערבי חל שינוי ניכר לרעה. חקיקת חוק-היסוד פגעה בתחושת האזרחות השווה של המשתתפים הערבים והעצימה את התפיסה שהפליית ערבים מותרת וכי שלילת אזרחותם אפשרית לפי חוק.<sup>62</sup> זאת, על אף שחוק-יסוד: הלאום אינו עוסק כלל בסוגיות אלה. ממצאים אלה מספקים מסד עובדתי לדיון בכנסת

<sup>60</sup> אלון הראל "מדוע הצעת חוק-יסוד הלאום פוגעת דווקא ביהדות?", מולד, המרכז להתחדשות הדמוקרטיה (2013); דניאל סטטמן ואלכסנדר יעקבסון "מדינת היהודים: חוק-יסוד הלאום", דברים אחרים: תרבות יהודית מעת לעת 28 (אתר מכון שלום הרטמן (2014)); פוקס, עמיר, ומרדכי קרמניצר "הצעת חוק-יסוד: מדינת ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי חוות דעת שהוגשה לוועדת השרים לענייני חקיקה" (2014), אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה.

<sup>61</sup> נטע ברק-קרון, יובל פלדמן ונעם גדרון, "כאשר חוק מעורר לתגובה נגדית: על חוק-יסוד הלאום ועל היחס למיעוטים בישראל" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020); Netta Barak-Corren, Yuval Feldman, & Noam Gidron, *The Provocative Effect of Law: Majority Nationalism and Minority Discrimination*, 15(4) J. OF EMPIRICAL LEGAL STUD. 951-986 (2018)

<sup>62</sup> Netta Barak-Corren, Noam Gidron, and Yuval Feldman, Majority Nationalism Laws and the Equal Citizenship of Minorities: Experimental, Panel, and Cross-Sectional Evidence from Israel, J. LEGAL STUD. (forthcoming).

ובממשלה בשאלת השפעותיו האקספרסיביות של חוק-יסוד: הלאום, שעמדה במוקד חלק מהדיונים בחוק.<sup>63</sup> כך, הניסויים לא איתרו השפעות אקספרסיביות שליליות על הציבור היהודי, אך הממצאים אודות שינוי התפיסה בציבור הערבי מעלים את הצורך לבחון דרכים לצמצום השפעתו השלילית של חוק-היסוד – בין בתיקון חוק-היסוד, בין בהעלאת מודעות הציבור הערבי לזכויותיו האזרחיות במדינת ישראל (חלופות שאף הן ניתנות לבחינה אמפירית מקדימה).

שלישית, **סקרי עמדות** הם מכשיר מתאים כאשר סלע המחלוקת האמפירית נוגע לעמדות ולהעדפות של האוכלוסייה (או חלק ממנה).<sup>64</sup> נחזור לסוגיית ההפרדה המגדרית באקדמיה. בתנאים שתוארו לעיל, ברי כי המדינה לא יישמה את תוכניות ההפרדה המגדרית לחרדים בצורה שמאפשרת בדיקה, ולו מקורבת, של הקשר הסיבתי בין הפרדה מגדרית לבואם של חרדים לאקדמיה. ניתן בכל זאת לנסות לאמוד באופן מקורב את העדפות החרדים ביחס ללימודים אקדמיים באמצעות סקר העדפות, כל עוד הוא בנוי ומנותח בצורה מהימנה.<sup>65</sup> במחקר שביצעתי בסוגיה זו מצאתי כי בניגוד לטענת מל"ג, ההעדפות של חרדים המעוניינים בלימודים אקדמיים ביחס להפרדה מגדרית נמוכות משמעותית מאלה שנטענו על ידי מל"ג ואינן מוחלטות כלל: כך, מצאתי כי החשיבות של הפרדה מגדרית בכיתות הלימוד גבוהה מהחשיבות של מגדר המרצה ושל הפרדה במרחב הציבורי בקמפוס, אשר נתפסו כחשובים רק על ידי מיעוט קטן מהחרדים המעוניינים בלימודים אקדמיים.<sup>66</sup>

בחינה אמפירית זו אתגרה את טענת התכלית ביסוד האמצעי הפוגעני והציפה אמצעים שפגיעתם בזכות פחותה. אם חרדים המעוניינים בלימודים אקדמיים רואים חשיבות בהפרדה מגדרית בעיקר בכיתות הלימוד, מדוע להתיר הדרת מרצות מכיתות הלימוד ולהסכים עם הפרדת הקמפוס כולו? אלה אמצעים שפגיעתם בשוויון קשה יותר ואינם נחוצים להשגת התכלית. ואם החשיבות בהפרדה מגדרית בכיתות הלימוד אינה אחידה ומוחלטת כנטען, מדוע לא לייצר מנעד רחב יותר של תוכניות אקדמיות, כולל כאלה המאפשרות מינונים שונים של הפרדה ושילוב בכיתות הלימוד על פני שנות התואר ותחומי לימוד שונים? גם כאן, מדובר באמצעים שפגיעתם בשוויון פחותה ביחס להפרדה הגורפת והמוחלטת שאומצה על ידי מוסדות הלימוד בהסכמת ובאישור המל"ג. בג"ץ התבסס על נתונים אלה בפסיקתו בעניין ברזון, אשר עסק בחוקתיות מתווה ההפרדה האמור. דעת הרוב בפרשה התבססה על המחקר בהגיעה למסקנה כי אין תשתית עובדתית המאפשרת להתיר את הדרת המרצות מכיתות הלימוד ואת הפרדת הקמפוס כולו. דעת המיעוט בפרשה התבססה בין השאר על המחקר בהגיעה למסקנה כי העדר התשתית העובדתית חותר תחת התוכנית כולה.<sup>67</sup>

התפתחות אמפירית נוספת מהעת האחרונה היא השימוש ב**בינה מלאכותית** על מנת לאתר דפוסים רלוונטיים בצורה שיטתית ונרחבת. המדינה אוגרת כיום מידע רב בתחומי חיים שונים, החל מבריאות ורווחה וכלה בפשיעה ובביטחון. התפתחויות של השנים האחרונות בלמידת מכונה מאפשרות לנתח מידע זה לצורך ניבוי והיסק ברמת דיוק גבוהה מאוד. בצורה

<sup>63</sup> ראו ברק-קורן, פלדמן וגדרון, שם, Barak-Corren, Gidron, and Feldman, שם.

<sup>64</sup> וראו לעיל עניין סלום, לעיל ה"ש 51, וכן את הדיון להלן.

<sup>65</sup> וראו את ביקורת על הסקר שערכה המל"ג, ברק-קורן "עמדות הציבור החרדי", לעיל ה"ש 35.

<sup>66</sup> שם.

<sup>67</sup> ראו עניין ברזון, לעיל ה"ש 57; נטע ברק-קורן "פסק הדין אודות ההפרדה המגדרית באקדמיה: לקראת משפט חוקתי אמפירי" ICON-S-IL Blog (18.7.2021).

זו ניתן לאתר נוער בסיכון מבעוד מועד, חולים בעלי סיכוי להרוויח מטיפול ניסיוני, מורשעים המועדים לשוב לפשיעה, ואזרחים המועדים לגיוס לשורות ארגוני טרור. מדובר בכלי אמפירי חדש, המציג יתרונות רבים אך מגבלותיו טרם התבררו במידה מספקת ויש לבחון את יישומו בזהירות רבה. יתרון חשוב לכלי הבינה המלאכותית הוא יכולתם, במקרים מסוימים, לדייק את האמצעים בהם הרשות עושה שימוש ובכך להפחית את הפגיעה בזכויות.<sup>68</sup> ניקח לדוגמא את פרשת **מניעת איחוד משפחות**, בה טענה המדינה כי אין ביכולתה לזהות מראש את בני המשפחה הפלסטינים המועדים לגיוס לשורותיהם של ארגוני הטרור ולכן היא נאלצת לקבוע כלל גורף האוסר את איחוד המשפחות על סמך מאפיינים כוללניים ביותר - גיל ומין.<sup>69</sup> כיום, בעזרת מודלים של למידת מכונה, ניתן לייצר חיזוי מדויק יותר ולאפיין בצורה מדויקת בהרבה - ופוגענית פחות - פרופילים של סיכון. ניתוח אמפירי באמצעות בינה מלאכותית עשוי לאפשר המרת איסורים גורפים במניעות כירורגיות, ולייצר אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה עשרות מונים. כמובן, יש להשתמש בכלים אלה בזהירות וברגישות ולהיות ערים למגבלותיהם. כלים כאלה עשויים "להיתפס" על מתאמים נוכחיים בין גזע, מין, או לאום ותוצאות שליליות כמו שכר נמוך או כליאה באופן שעשוי לשכפל ולהעמיק דפוסים מפלים קיימים.<sup>70</sup> בהקשר הביטחוני הישראלי סיכון זה פחות, כי מאפיין הלאום נותר קבוע עבור כל בני הקבוצה עליהם האלגוריתם מופעל; אולם יש לבחון בצורה אקטיבית האם האלגוריתם מסתמך בצורה לא רלוונטית על תבחינים גנריים אחרים. לסיכום, ישנו מגוון של כלים אמפיריים בהם ניתן להסתייע לצורך מענה על שאלות חוקתיות שבעובדה, וחשוב להתאים את הכלי לסוג השאלה - למשל, אם הבירור החוקתי דורש הבנת יחסי סיבה-תוצאה, דרך המלך היא שימוש בניסוי לצורותיו השונות. אם הבירור החוקתי מצריך הבנת העדפות או עמדות, ניתן לעשות שימוש בסקרים מובנים המייצגים את האוכלוסייה שהבנת עמדותיה נדרשת. ואם הבירור החוקתי דורש בניית פרופילים של סיכון,

<sup>68</sup> ככלל, בינה מלאכותית יכולה לעזור לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת לטייב את פעולתה ויכולה לייצר תשתית עובדתית מפורטת ומשמעותית לטובת חקיקה או פעולה מנהלית. כאמור לעיל, בהערות שוליים 27 ו-28 ובטקסט הצמוד אליהם, לכך חשיבות רבה. ואכן, יש צעדים ראשוניים של הפעלת כלים כאלה על ידי הרשויות. ראו החלטה 2118 של הממשלה ה-33 "הפחתת הנטל הרגולטורי" (22.10.2014); ס'12 להחלטה 1933 של הממשלה ה-34 "שיפור העברת המידע הממשלתי והנגשת מאגרי מידע ממשלתיים לציבור" (30.8.2016); החלטה 4753 של הממשלה ה-34 "הגברת השימוש במידע ממשלתי לצורך שיפור המדיניות הממשלתית והגברת האפקטיביות של פעולות הממשלה" (24.11.2019). עם זאת, יש לציין כי עד היום אין דוגמאות בולטות לשימוש בטכנולוגיית בינה מלאכותית בהליכי קבלת החלטות בישראל, אהוד בקר **היבטים בקידום ממשל דיגיטלי: מבט משווה** 22 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020).

<sup>69</sup> עניין **איחוד המשפחות**, לעיל ה"ש 18. שם למשל התקיים בחוק חריג המתיר מתן היתר שהיה לתושב האזור שגילו מעל 35 שנים ולתושבת האזור מעל גיל 25. שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט לוי.

<sup>70</sup> ראן למשל בהקשר האמריקאי, מחקר שבחן את החדירה של מאפיינים גזעניים לתוך אלגוריתמים משטרתיים לניכוי פשע ב-13 משטרים שונים בארצות הברית: Rashida Richardson, Jason M. Schultz and Kate Crawford, *Dirty Data, Bad Predictions: How Civil Rights Violations Impact Police Data, Predictive Policing Systems, and Justice* 94 N.Y.U. L. REV. 192 (2019). יוער כי בארה"ב התעוררו קשיים נוספים במצבים בהם מערכת המשפט עשתה שימוש בתוכנות בבעלות חברות מסחריות, שסרבו לחשוף את האלגוריתם המשמש להערכת מסוכנות, אף לא לבית המשפט. מצב דברים זה פוגע בהוגנות ההליך הפלילי.

כלי חיזוי עדכניים יכולים לתת מענה. ישנם כמובן גם כלים נוספים, וכל שאלה דורשת התאמה של הכלי האמפירי המתאים לה.

#### ד. סיכום

כלים אמפיריים נחוצים למשפט החוקתי לצורך הגשמת מטרותיו: הן לצורך דיוק הכללים והדוקטרינות החוקתיים, הן לצורך הפעלתם. ברשימה קצרה זו התמקדתי בזיהוי דוקטרינות מרכזיות הזקוקות למידע אמפירי לצורך יישומן ובהדגמה של הדרכים השונות בהן ניתן להתאים כלים אמפיריים לבירור שאלות קונקרטיות. יחד עם זאת, חשוב להדגיש כי הכלים האמפיריים אינם תרופה לכל בעיות המשפט החוקתי. הגישה האמפירית למשפט החוקתי לא תחליף את הצורך בגיבוש סטנדרטים נורמטיביים, אלא תתרום לדיוקם (מקום בו הסטנדרטים נשענים על ניתוח תמונת המציאות) וליישומם למקרים קונקרטיים בצורה הוגנת ומשכנעת. בדרך זו, כלים אמפיריים יכולים לסייע למשפט החוקתי בהגשמת שתי התרומות החברתיות הייחודיות של המשפט: ניסוח הכללים ויישומם לסכסוכים קונקרטיים. בנוסף לכך, וכפי שהדגמתי ברשימה זו, כלים אמפיריים יוכלו לסייע באיתור פתרונות פרגמטיים במקרים של התנגשויות בין סטנדרטים נורמטיביים שווי מעמד.

בדומה לכל כלי מתודולוגי ומשפטי, גם כלים אמפיריים חשופים לשימוש לרעה. הבירור העובדתי הינו מורכב ורגיש לפרטים, וחלק מהמתודולוגיות הנחוצות לצורך הכרעה בשאלה החוקתית הקונקרטית עשויות להיות סבוכות מבחינה טכנית. מחוקקים, מבצעים, ושופטים עשויים להתקשות בהבנתן ולא להשכיל לבקרון מקום בו ביקורת זו דרושה. קיים חשש שבחסות סיבוכיות זו, הליכי קבלת ההחלטות יזוהמו בנתונים מוטעים, חסרים, ולא מהימנים.<sup>71</sup> חשש זה חזק במיוחד בנקודת הזמן הנוכחית, בה שלוש הרשויות אינן מחזיקות במשאבים המקצועיים (תשתית ארגונית, הכשרות מקצועיות, נהלים מתאימים) שיאפשרו להן לזוּם מחקרים אמפיריים או לבקר ממצאים אמפיריים המוצגים להן.<sup>72</sup>

חשש זה ממשי, אולם אין ביכולתו להצדיק הימנעות מטיפול בבעיה. ראשית, סכנה זו מתממשת כבר כיום, בהעדר כל בקרה על הנתונים המוצגים בפני הרשויות. על מנת לטפל בה יש לדאוג לתשתית ארגונית מתאימה בשלוש הרשויות ולסדרי דין מקצועיים וברורים שינחו את מקבלי ההחלטות כיצד לאסוף מידע אמפירי, לנתחו ולבקר.

שנית, גם למצב הקיים של שימוש מועט וספורדי בכלים אמפיריים יש מחיר גבוה. חקיקה נטולת ביסוס עובדתי עשויה להביא לנזק רב לאינטרס הציבורי, מדיניות ממשלתית המתבססת על נתונים שגויים חוטאת לתפקיד הרשות הן כלפי המחוקק הן כלפי הציבור, ופסקי דין שמתבססים על הנחות עובדתיות נעדרות ביסוס אמפירי עשויים אף הם להזיק לבעלי הדין ולאינטרס הציבורי.

<sup>71</sup> לדיון בסכנה שמשקפים מחקרים מוטעים שמוגשים על ידי ידידי בית המשפט ובהצעות לצמצם סכנה זאת ראו Allison Orr Larsen, *The Trouble with Amicus Facts* 100 VA. L. REV. 1757 (2014). וכן את

החששות המובאים ברשימתו של דוד אנוך בסימפוזיון זה, XYZ.

<sup>72</sup> Timothy Zick, *Constitutional Empiricism: Quasi-Neutral Principles and Constitutional Truths*, 82 N.C. L. REV. 115, 187-197 (2003). אבל ראו גם את Allison Orr Larsen, *Constitutional Law in an Age of Alternative Facts*, לעיל ה"ש 41, שעומדת על היתרונות המוסדיים של בית המשפט בקביעת עובדות.

שלישית, כאשר רשויות השלטון פועלות על בסיס מידע קלוקל או נמנעות מאיסוף מידע רלוונטי הן עשויות לשלם מחיר יקר באמון הציבור. חוקים נטולי תשתית עובדתית משכנעת חשופים באופן טבעי להאשמות שהם משקפים אינטרסים פוליטיים צרים ואינם משרתים את האינטרס הציבורי. פסיקות נטולות תשתית עובדתית משכנעת חשופות להאשמות שהן מבוססות על נטיות ליבם הסובייקטיביות והשקפותיהם האידיאולוגיות של השופטים. ביסוס הכרעות חוקתיות על תשתית אמפירית איתנה יכול למתן את גובה הלהבות בעניינים חוקתיים ולתרום לאמון הציבור ברשויות השלטון. ויכוחים על סוגיות חוקתיות אינם צפויים להתאיד, אבל אופיים עשוי להשתנות. במקום ויכוחים על החשיבות היחסית של ערכים שונים – אשר בהכרח צפויים לפלג את האזרחים בהתאם לתפיסותיהם הערכיות והתרבותיות – הוויכוחים יתמקדו באיכות הנתונים ובפרשנותם, ויכוחים שניתנים להכרעה באופן שיטתי ושקוף, על סמך אמות מידה מקובלות ומקצועיות. אמנם לא ניתן להבטיח שהמחנות היריבים יעכלו את הממצאים האמפיריים ברצון וללא הטיית, אבל ניתן לקוות שלפחות חלקם יעשו זאת (אכן, זו הנחת היסוד של כל עבודה מדעית).

לבסוף, הסיכון הטמון בשימוש בכלים אמפיריים אינו שונה מהסיכון הטמון בכל ראייה המובאת במסגרת הדיון המשפטי. כפי שבדין הפלילי ובדין האזרחי סדרי הדין מגינים על ההליך ומסננים ראיות שאינן קבילות, כך במשפט החוקתי יש לקבוע נהלים וסדרי דין המותאמים לעבודתם של הכנסת, הממשלה, ובתי המשפט. בקביעת נהלים, פרקטיקות, וסדרי דין אלה, כמו גם לצורך הכשרות מקצועיות, יש להיעזר בגורמי מקצוע בעלי מומחיות במחקר אמפירי; רצוי להקים תשתית ארגונית מחקרית בכל אחת משלושת הרשויות, שתיתן מענה למקבלי ההחלטות בסוגיות אמפיריות; ולהקים מערכי בקרה שיסייעו להעריך את איכות ומספיקות הנתונים.

לו ננקוט בכל הכלים האלה נשפר בצורה משמעותית את עיצוב ויישום המשפט החוקתי, בכל שלושת הרשויות – המחוקקת, המבצעת, והשופטת. ההכרעות החוקתיות יהיו מבוססות, מדויקות יותר, מוצדקות יותר ולפיכך גם משכנעות יותר. ואם כל זה יקרה, יש גם סיכוי לא מבוטל שנהפוך את המשפט החוקתי לקצת יותר מוסכם וקצת פחות שנוי במחלוקת.