

כלים אמפיריים ומשפט חוקתי: בין תיאוריה אידיאלית והעולם האמיתי

מאת

דוד אנוך*

בהערה זו אני מבקש להציג הבחנה תאורטית מרכזית למדי בספרות בפילוסופיה פוליטית – ההבחנה בין תאוריה אידיאלית לתאוריה לא-אידיאלית (Ideal and Non-Ideal Theory). לאחר שאציג בקצרה הבחנה זו (פרק א), אשתמש בה כדי להעיר על השימוש בכלים אמפיריים במשפט החוקתי. תחילה אתייחס לשאלה זו כחלק מתאוריה אידיאלית (פרק ב), ואז (פרק ג) אתייחס למספר גורמים שכחלק מתאוריה לא-אידיאלית "מלכלכים" את הדיון הנקי מהפרק הקודם. בפרק ד אנסה להסיק מסקנות, כולל בדבר שאלת ייחודו של המשפט החוקתי כאן.

א. תאוריה אידיאלית ותאוריה לא-אידיאלית. ב. תאוריה אידיאלית, או – המובן מאליו. ג. העולם האמיתי. ד. מסקנות?.

א. תאוריה אידיאלית ותיאוריה לא-אידיאלית¹

למונחים Ideal and Non-Ideal Theory יש יותר משימוש אחד, אבל שימוש מרכזי אחד – שמגיע, במידה רבה, מ-Rawls.² מתחיל במחשבה על המידה שבה הציבור הרלוונטי ייטה לפעול לפי הכללים הרלוונטיים.

נניח שאנחנו מבקשים לקבוע את הכללים שיסדירו את התעבורה בחברה מסוימת. סוג אחד של שאלה שאפשר לשאול הוא מהי מערכת כללי התעבורה הטובה ביותר לחברה המדוברת, בהנחה שמשעה שייקבעו כללים אלה, הכול יצייתו להם (או לפחות לא יפרו אותם), כלומר בהנחה של ציות מלא (full compliance). כך, אם אנחנו מבקשים לקבוע את המהירות המרבית בכבישינו, ואם שקלול כל הטעמים הרלוונטיים (של בטיחות, של נוחות, של השפעה סביבתית וכיו"ב) מורה שלא ראוי שמכוניות תיסענה במהירות הגבוהה מ-110 קמ"ש, נקבע את המהירות המרבית ל-110 קמ"ש. אבל ייתכן שיש לנו מידע אמפירי על מידת אי-הציות שסביר לצפות לה, על התנאים של ציות חלקי (partial compliance). אולי אנחנו יודעים למשל שאנשים רבים

* פרופסור, ומחזיק בקתדרת רודני בלקמן לפילוסופיה ומשפט, הפקולטה למשפטים והחוג לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים. על הערות מועילות אני מבקש להודות לנטע ברק-קורן ולמערכת משפטים.

¹ לשתי סקירות מועילות ומשפיעות, ראו Zofia Stemplowska & Adam Swift, *Ideal and Non-Ideal Theory*, in THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL PHILOSOPHY 373 (David Estlund ed., 2021); Laura Valentini, *Ideal vs. Non-Ideal Theory: A Conceptual Map*, 7 PHIL. COMPASS 373-654 (2012). הדברים בפרק זה מבוססים על הנספח של מאמרי הקודם, ראו David Enoch, *Against Utopianism: Noncompliance and Multiple Agents*, 18(16) PHILOSOPHERS' IMPRINT 1 (2018).

² להלן: (Enoch, *Against Utopianism*). אינני מתחייב כמובן לגבי סוגיות מדויקות בפרשנות רולס כאן.

מאוד נוטים לנסוע בערך 10% יותר מהמהירות המותרת. אם כך, ואם אנחנו עדיין רוצים שאנשים לא ייסעו במהירות הגבוהה מ-110 קמ"ש, יהיה נכון לקבוע את המהירות המרבית ל-100 קמ"ש. זו כמובן דוגמה מלאכותית ופשוטה. אבל די בה כדי להמחיש את ההבחנה שבין תאוריה אידיאלית לתאוריה לא-אידיאלית. תאוריה אידיאלית שואלת על ההסדרים הרלוונטיים הראויים (תקנות תעבורה, מוסדות חברתיים בסיסיים, כללי פרוצדורה משפטית) בהנחה שההסדרים שייבחרו ייהנו מציות מלא. לעומת זאת תאוריה לא-אידיאלית מביאה בחשבון מידע אמפירי על מידת הציות הצפויה בנסיבות. בתאוריה לא-אידיאלית ההסדרים שייבחרו הם אותם הסדרים שבהינתן מידות ציות חלקיות סבירות הם הטובים ביותר.

ההבחנה בין תאוריה אידיאלית ללא-אידיאלית אינה דיכוטומית ואף אינה חד-ממדית. ראשית, אפשר לשאול על מידות ציות חלקי שונות זו מזו, שהרי ציות חלקי הוא עניין של מידה. שנית, אפשר לסרטט את ההבחנה במידות שונות של כלליות. למשל, ההבחנה יכולה להיות ספציפית מאוד, כמו בדוגמת המהירות המרבית – שם מתבקש להבין ציות מלא כציות מלא לכלל בדבר המהירות המרבית, או אולי לכללי התעבורה באופן כללי מעט יותר. מנגד, ההבחנה יכולה להיחתך ברמות כלליות גבוהות מאוד. למשל, אפשר לשאול מהם עקרונות הצדק הבסיסיים ביותר שמסדירים את המוסדות החברתיים שלנו בהנחה שהכול יצייתו לכל דרישה מדרישות הצדק (זו, במידה רבה, המסגרת שבה רולס עושה תאוריה אידיאלית). בעריכת ההבחנה בין אופן ספציפי מאוד לאופן הכללי הזה יש אין-ספור רמות ביניים. חשבו למשל על הדוגמה של תאוריה נורמטיבית של המשפט הפלילי (דוגמה שרולס עצמו מביא)³: במובן הכללי ביותר, תאוריה של משפט פלילי היא כמובן תאוריה לא-אידיאלית, שהרי לפי ההנחה של ציות מלא לכל הדרישות של צדק פוליטי, ואולי גם לכל אלה של המוסר בכלל, אין להעניש כלל (שהרי – תחת אידיאליזציה כזו – איש אינו מבצע פשע). בכל זאת גם בתוך העיסוק בתאוריה של המשפט הפלילי אפשר להבחין באופן מועיל בין תאוריה אידיאלית ללא-אידיאלית במובן ספציפי יותר. למשל, אפשר לשאול מהם הכללים הנכונים להסדרת ענישה פלילית בהנחה שבעלי/ות התפקידים השונים במערכת הפלילית (שופטות, תובעים, שוטרות, מושבעים וסנגוריות) יצייתו כולם לכללים אלה במלואם, ואפשר גם לשאול על הכללים הראויים להסדרת ענישה פלילית לפי הנחות ריאליזציה אמפירית באשר לטעויות של בעלי תפקידים כאלה, שחיתות גם בקרבם וכדומה.⁴ רמת ביניים זו תהיה רלוונטית במיוחד לדיון בפרקים הבאים.

הספרות המתודולוגית בפילוסופיה פוליטית כוללת דיונים רבים בשאלת החשיבות של שני סוגי התאוריה וביחסים שביניהם. למשל, עולה השאלה אם לתאוריה אידיאלית יש קדימות כלשהי על פני תאוריה לא-אידיאלית. אולי, למשל, יש לראות בתאוריה לא-אידיאלית – בדרך כלל או אולי אפילו בהכרח – תאוריה אידיאלית שהוכנסו בה שינויים כדי להביא בחשבון בעיות של ציות חלקי. אולי תאוריה אידיאלית היא שלב הכרחי אפיסטמית בדרך לתאוריה לא-אידיאלית, כלומר: אולי אי אפשר לדעת מהם הכללים הנכונים לציות חלקי בלי לדעת תחילה מה היו הכללים הנכונים

³ JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 8 (Harv. Univ. Press, rev. ed. 1999)

⁴ לדוגמה זו בהקשר קרוב, ראו David Estlund, *Utopophobia*, PHIL. & PUB. AFF. 42, 113, 132 (2014)

לציות מלא. אולי לתאוריה אידיאלית יש קדימות אחרת, אולי הסברית, על פני תאוריה לא-אידיאלית. מנגד עולה הטענה שאין דרך טבעית "לעבור" מתאוריה אידיאלית לתאוריה לא-אידיאלית, וראוי להתחיל במציאות כפי שאנו רואים אותה, שהרי כדי לדעת איזה משני הרים שלפניהם את ניצבת גבוה יותר, אין צורך לדעת תחילה מהו ההר הגבוה בעולם.⁵ אבל לצרכינו כאן אני חושב שאפשר להתעלם בבטחה מרוב הסיבוכים הללו. כדי לדאוג זאת חזרו לדוגמת המהירות המרבית. בדוגמה זו איש אינו חושב שהמהירות המרבית בפועל – זו שמופיעה בסופו של דבר על התמרורים שבצד הדרך – צריכה להיקבע כעניין של תאוריה אידיאלית. אם אנחנו יודעים שאנשים יישו לנסוע כ-10% יותר מהמהירות המותרת, מובן שהתעלמות מעובדה זו והתרכזות בדיני התעבורה הנכונים לפי תנאים היפותטיים של ציות מלא, תהיה רשלנות פושעת של מנסחי תקנות התעבורה. לתאוריה אידיאלית ייתכנו תפקידים מעניינים רבים – המחלוקת התאורטית שהזכרתי יניבו תשובות שונות לשאלה אילו תפקידים בדיוק – אבל לא התפקיד הזה, כלומר לא התפקיד של קביעת המהירות המרבית שמופיעה בתמרורים שבצד הדרך. בניסוח כללי יותר: הנחיות פרקטיות ליישום בעולם המאוד-לא-אידיאלי שלנו הן באופן פרדיגמטי ושאינו פגיע למחלוקת התאורטית לעיל – עניין לתאוריה לא-אידיאלית. לצורך הדברים שלהלן די יהיה לנו בכך.

ב. תאוריה אידיאלית, או – המובן מאליו

אם כן, בפרק זה נניח ציות מלא, או לפחות נניח שאין מורכבויות נוספות שקשורות בכשלי המערכת. לאור המשפטים שסיימו את הפרק הקודם אפשר לשאול מה הטעם בדיון כשלנו לפי הנחות אלה. המטרה של פרק זה היא אפוא בעיקר להבהיר – על דרך הניגוד – את אופיו של הדיון בפרק הבא כתרגיל בתאוריה לא-אידיאלית. אבל בינתיים, ללא סיבוכים כאלה: כשאנחנו מתעלמים ממורכבויות העולם האמיתי, וכשאנו עובדים ברמת הפשטה גבוהה דייה, נראה שאפשר לומר כאן את הדברים הבאים.

אפשר להבחין, לפחות בקירוב מספק, בין טענות נורמטיביות לטענות עובדתיות.⁶ טענות נורמטיביות בסיסיות – נאמר, שלאנשים יש זכות מוסרית לחופש הביטוי, או שאל לה למדינה

⁵ הדוגמה המצינית והחזקה רטורית (יהיו שיאמרו – מדי) הזו נלקחה מאמרייה זן, ראו Amartya Sen, *What Do We Want from a Theory of Justice?*, J. PHIL. 103, 215–238 (2006). לדיון בסוגים שונים של קדימויות שאפשר לייחס לתאוריה אידיאלית על פני תאוריה לא-אידיאלית, ב"כשל של השני בטיבו" (the fallacy of the second-best) כבעיה ל"מעבר" בין תאוריה אידיאלית לתאוריה לא-אידיאלית ועוד, ראו Enoch, *Against Utopianism*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 19–20.

⁶ בדיונים במטא-אתיקה, כל מה שייאמר כאן שנוי במחלוקת. יש הקוראים תיגר על עצם ההבחנה, או על הדרך הזאת להציגה. גם אני למשל מאמין שיש עובדות נורמטיביות ואף עובדות מוסריות, וממילא טענות נורמטיביות הן תת-קבוצה של טענות עובדתיות (הן אותן טענות עובדתיות שהן על עובדות נורמטיביות). הדיון שלהלן לא נדרש, אני חושב, לדקויות מטא-אתיות אלה. אף אם טענות נורמטיביות הן תת-קבוצה של טענות אמפיריות (כעמדתם של נטורליסטים אתיים מסוימים), בכל זאת הדברים שאני עומד לומר בטקסט נכונים בקירוב מספק: מתודות אמפיריות מהסוג שנדון בפולמוס זה אינן מסוג המתודות שמאפשרות בירורן של טענות נורמטיביות בסיסיות. על עמדת

להשפיל אנשים, או שהיא חייבת לנהוג באנשיה בכבוד ובאכפתיות שווים (with equal concern and respect), וכדומה – הטענות והעקרונות הללו אינם אמפיריים, כלומר אי אפשר להפריכם או לאששם אמפירית. הם עניין לדיון ערכי, נורמטיבי, מוסרי. במידה רבה הדברים נכונים לעקרונות אלה גם אחרי שהם מולבשים מחלצות חוקתיות. לעומת זאת טענות עובדתיות הן כמובן אמפיריות, והדרך לדעת אותן היא אמפירית. טענה טריוויאלית זו אמיתית במשפט החוקתי כשם שהיא אמיתית בכל מקום אחר.

לפי הדיכוטומיה הזו בין טענות נורמטיביות בסיסיות מחד גיסא לטענות עובדתיות מאידך גיסא, ברור שהטענות העובדתיות, האמפיריות, הן שפחותיהן של הטענות הנורמטיביות הבסיסיות. התשובה לשאלה אילו עובדות אמפיריות רלוונטיות היא תמיד – אותן עובדות שהעקרונות הנורמטיביים הבסיסיים הופכים אותן לרלוונטיות. מתבקש לעשות כאן שימוש ברעיון של הסילוגיזם הפרקטי הקלאסי, זה שהנחתו הגדולה היא עיקרון נורמטיבי, הנחתו הקטנה היא עובדתית, ומסקנתו היא שיפוט נורמטיבי קונקרטי. למשל:

(1) אל לה למדינה לפעול באופן שמשמר ומחזק את ההיררכייה המגדרית.

(2) עידוד מסגרות לימודים אקדמיות בהפרדה מגדרית משמר ומחזק את ההיררכייה המגדרית.

(3) לכן, אל לה למדינה לעודד מסגרות לימודים אקדמיות בהפרדה מגדרית.

כאן⁷ הטענה העובדתית בהנחה (2) רלוונטית לדיון המוסרי – וגם, אני מניח, לדיון החוקתי – משום שההנחה הנורמטיבית ב-(1) הופכת אותה לרלוונטית.

תמונה זו – שמבוססת על ההבחנה בין טענות נורמטיביות לטענות עובדתיות ועומדת על כך שהטענות הנורמטיביות הבסיסיות אינן אמפיריות – תוחמת בדיוק את מקומן של שיטות אמפיריות. מצד אחד, שיטות אמפיריות אינן קובעות דבר כשהדברים מגיעים לעקרונות הנורמטיביים הבסיסיים. בדוגמה לעיל, ובהנחה (שאינה מובנת מאליה!)⁸ שההתנגדות להיררכייה מגדרית בסיסית למדי ואינה תלויה בשיפוטם אמפיריים, שיטות אמפיריות לא יעזרו בביסוסה של הנחה (1) או בהפרכתה. מצד שני, ברור ששימושם של עקרונות אלה תלוי, כמעט תמיד, בעובדות: אם למשל ברצוננו לדעת אם ראוי או מותר לה למדינה לעודד מסגרות לימודים אקדמיות בהפרדה מגדרית, איננו יכולים להסתפק במחויבות לעיקרון שמגולם בהנחה (1), ועלינו לשאול גם את השאלה העובדתית באשר הנחה (2). הדרך לברר עובדות כאלה היא אמפירית.

כמובן, מתוך הדרכים הזמינות לנו לבירורן של טענות אמפיריות יש לבחור את הטובות ביותר – כלומר בבואנו לברר את הטענות העובדתיות הרלוונטיות מכוח עקרונותינו הנורמטיביים יש

המטא-אתית אני מגן בספרי DAVID ENOCH, TAKING MORALITY SERIOUSLY: A DEFENSE OF ROBUST REALISM (Oxford Univ. Press, 2011).

⁷ ושוב, הדברים בטקסט מעט פשטניים מטא-אתית. ייתכן שסילוגיזמים פרקטיים כאלה אינם מיטיבים לשקף כל מקרה של חשיבה או היסק נורמטיביים. בכל זאת נראה לי שלצרכינו כאן אפשר להתעלם מהמורכבויות ומהדקויות הללו.

⁸ אם הנחה (1) אינה עיקרון נורמטיבי בסיסי. ייתכן שהיא עצמה מבוססת באמצעות סילוגיזם פרקטי אחר, כזה שמתחיל מעקרונות בסיסיים יותר. אם זה המצב, הרגישו חופשיים להחליף את הדוגמה בדוגמה אחרת שבה עקרונות בסיסיים – כאלה שמעמדם אינו תלוי בהיותם נגזרים מעקרונות בסיסיים יותר – משמשים כהנחה הגדולה.

להשתמש בכלים האמפיריים הטובים ביותר שעומדים לרשותנו. שוב, דברים אלה נכונים למשפט החוקתי כשם שהם נכונים לכל מקום אחר.

ג. העולם האמיתי

התמונה התאורטית של מקומם של כלים אמפיריים במשפט החוקתי, כל עוד אנחנו עושים תאוריה אידיאלית, היא אפוא – וכמובטח – פשוטה וברורה. אבל הסיפור על העולם האמיתי, הסיפור שהוא חלק מתאוריה לא-אידיאלית, פשוט פחות.

אם נגלה למשל שכלים אמפיריים מתוחכמים – מהסוג שהם לחם חוקם של חוקרות וחוקרים אמפיריים במדעי החברה (ואף בחלקים של המחקר המשפטי שקרובים למדעי החברה) – הם מתוחכמים מדי למי שאינם חוקרים במדעי החברה, ובמילים אחרות: אם נגלה ששופטות ושופטים גרועים במיוחד ביכולתם להבין מחקרים אמפיריים מתוחכמים ולהסתמך עליהם – לפי הנחה מאוד-לא-אידיאלית כזו, ייתכן שתכנון נכון של המערכת יאסור על בתי המשפט להשתמש בכלים מתוחכמים כאלה. הנקודה כאן מעט עדינה, ואולי דוגמה אחרת תעזור להבהירה.

עד כמה ראוי שבמערכת המשפט (הפילי למשל) ישתמשו בכלים הסתברותיים מתוחכמים? מובן שלעיתים קרובות מידת הביטחון שאמורה להיות לנו בטענה כלשהי – טענה עובדתית הרלוונטית למשפט – תלויה בשאלות הסתברותיות. לכאורה, די בכך – כששאלה עובדתית מסוימת רלוונטית משפטית, וכששיקולים הסתברותיים רלוונטיים למידת הביטחון שראוי שתהיה לנו בטענה העובדתית הרלוונטית (ומתי שיקולים הסתברותיים אינם רלוונטיים כך?), ראוי להסתמך עליהם. אלא שמחקרים רבים מראים עד כמה כולנו – אף אלה מאיתנו שלמדו הסתברות – גרועים במחשבה הסתברותית, עד כמה אנו נוטים לטעות בעניינים הסתברותיים.⁹ לפי מחקרים אלה, מתבקש לחשוב שהניסיון לאפשר לתובעים, לשופטות, למושבעים וכולי, להסתמך מפורשות על תחשיבים הסתברותיים, יגרום נזק שיהיה רב יותר מתועלת – לא משום שהסתברות אינה רלוונטית לבירורן של טענות עובדתיות, אלא משום שמדובר בכלי שסביר מאוד להניח שהשימוש בו יהיה שגוי. אם יש לנו טעם טוב להאמין שעריכת תחשיבי הסתברותיות תגרום – בגין הפרטים המאוד-לא-אידיאליים של העולם האמיתי – נזק יותר משתביא תועלת, זהו טעם מצוין שלא להסתמך על תחשיבים הסתברותיים במשפט, אף שהם רלוונטיים בבירור. אולי למשל שיקולים מסוג זה מצדיקים מבחני עזר משפטיים שכל מתמטיקאי – או אפילו אפיסטמולוג – יתבונן בהם במידה מסוימת של זלזול. הרי מנקודת מבט תאורטית מדובר במבחני עזר שמחווירים לעומת שימוש מדויק ונכון בתחשיבי הסתברות. אלא שבהינתן פסימיזם מבוסס-אמפירית בדבר

⁹ לשני Loci classici שמראים עד כמה אנשים ככלל גרועים בשיקולים הסתברותיים פשוטים, ראו Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Belief in the Law of Small Numbers*, 72 PSYCH. BULL. 105 (1971); Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Extensional versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment*, 90 PSYCH. REV. 293 (1983)

השימוש בתחשיבי הסתברות – ואם מבחני עזר אלה חשופים פחות לקשיים דומים – ייתכן שמבחני עזר כאלה הם האופצייה האופטימלית.¹⁰

בדומה לזה, אם שופטות ושופטים – ככלל, או במיוחד בעניינים חוקתיים – נוטים לחוסר קומפלטנטיות משווע במיוחד בהסתמכות על כלים אמפיריים מתוחכמים, בעולם האמיתי זהו טעם מצוין שלא לקרוא לבתי המשפט להסתמך על כלים אלה. כמובן, אינני יודע אם בתי המשפט גרועים במיוחד בהסתמכות על מחקרים אמפיריים מתוחכמים יחסית – זו כשלעצמה שאלה אמפירית, ויתרה מזאת שאלה שלא יהיה קל לבדוק אמפירית, ולו רק משום שאינני צופה¹¹ שיתוף פעולה ניכר מצד הנהלת בתי המשפט ומצד שופטים ושופטות רבים במחקר שנועד לבדוק עד כמה הם גרועים בשימוש בכלים אמפיריים מתוחכמים. אפשר לנחש, אולי, שהשופטות והשופטים אינם טובים בהרבה, וגם אינם רעים בהרבה, מאנשים אחרים, או אולי מאנשים אחרים שלא עברו מעולם הכשרה איכותית במתודולוגיות אמפיריות; הניחוש הזה אינו מבשר טובות כאן.

הבעיה של חוסר קומפלטנטיות בהתבססות על כלים אמפיריים מתוחכמים היא רק אחת הבעיות שיכולות להצדיק הימנעות משימוש בכלים אלה בעולם האמיתי. אזכיר כאן עוד שתי משפחות של בעיות כאלה: ראשית, גם בליבה האקדמית של מדעי החברה לא הכול כשורה. מובן מאליו ששימוש משפטי במחקר אמפירי ממדעי החברה יורש כל בעיה כללית או אף חשש כללי הנוגעים למחקר אמפירי במדעי החברה – למשל, החששות שלעיתים קרובות נכללים תחת הכותרת the replication crisis.¹² כשעושים תיאוריה אידיאלית אפשר להתעלם מקשיים אלה (מדעי חברה אידיאליים אינם סובלים מ-replication crisis). אבל אנו עושים כאן תאוריה לא-אידיאלית, ואז מובן שאי אפשר להתעלם באחריות מקשיים כאלה.

שנית, תמיד קיימת האפשרות של ניצול לרעה של פתיחות אפשרית של בתי המשפט לשימוש בכלים אמפיריים. אם למשל יש טעם לחשוד שהמחקרים האמפיריים שיוצגו לבתי המשפט, או לפחות אלה שיוצגו באופנים אפקטיביים, שיהיה בהם לשכנע שופטים לא קומפלטנטיים – אם יש טעם לחשוד שהמחקרים שיוצגו כך מוטעים לכיוון אידאולוגי מסוים, ובעיקר אם זה כיוון אידאולוגי שלילי, שיש להתנגד לו: אם מתקיימים תנאים לא אידיאליים אלה, ואם כלים חלופיים,

¹⁰ כמובן זוהי רק דוגמה. לא ידוע לי כלל עד כמה שופטים, למשל, גרועים בשימוש בהסתברות. כמו כן תמיד ייתכן שאפשר לשכלל את החלוקה לנושאים כאן – אולי למשל אפשר לבודד תתי-תחומים שבהם נראה ששופטות יכולות להסתמך על הסתברות במידה נכונה, ותחומים אחרים שבהם שימוש כזה יגרום בפועל נזק רב מתועלת. לדוגמה של מחקר שנותן טעם להאמין ששופטים ושופטות אינם טובים מאחד האדם בהסתמכות על הסתברויות, ראו Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 93 CORNELL L. REV. 1, 22 (2007).

¹¹ זו היפותזה ספקולטיבית. אדרבה, יתכבדו חוקרים/ות אמפיריים/ות והנהלת בתי המשפט, ויפריכוה.
¹² הספרות בעניין זה רבה וענפה. לשני מקורות משפיעים, ראו Eric Loken & Andrew Gelman, *Measurement Error and the Replication Crisis*, 355 SCIENCE 584 (2017); Scott E. Maxwell, Michael Y. Lau & George S. Howard, *Is Psychology Suffering from a Replication Crisis? What does "Failure to Replicate" Really Mean?*, 70 AM. PSYCH. 487 (2015).

מדויקים פחות (בתאוריה אידיאלית), חשופים פחות להטיות כאלה, כי אז יש כאן טעם נוסף להימנע בעולם האמיתי משימוש בכלים אמפיריים מתוחכמים.

ד. מסקנות?

על אף התמונה הנקייה של תאוריה אידיאלית מפרק ב, בעולם האמיתי עולים חששות של ממש מפני שימוש בכלים אמפיריים – ודאי המתוחכמים שבהם – בהליכים משפטיים. אומנם אלה חששות שראוי לבססם אמפירית, אבל גם לפני ביסוס כזה הם אינם נראים רחוקים במיוחד. בשל החששות הללו נשאלה השאלה כיצד ראוי לנהוג.

ראשית, חשוב לומר את האמת הכואבת הזאת: ייתכן שמהטעמים שהוצגו בפרק ג יש לאסור על השימוש בבתי המשפט (ואולי בהקשרים משפטיים אחרים) בכלים אמפיריים מתוחכמים אף שהם הטובים ביותר לבירור (במחקר רציני, ואולי כחלק מתאוריה אידיאלית) סוגיה עובדתית רלוונטית נורמטיבית. כמובן, השאלות הרלוונטיות כאן – למשל עד כמה יהיו בתי המשפט טובים בשימוש בכלים אלה – אינן מוחלטות אלא השוואתיות. לדוגמה, עד כמה טובים יהיו בתי המשפט בהסתמכות על כלים אלה לעומת כלים חלופיים. בשל העובדה שלבתי המשפט לא תהיה ברירה אלא להסתמך על טענות עובדתיות, משמעות הדברים לעיל היא שעלינו לשקול את האפשרות שמבחינה מערכתית נכון להורות לבתי המשפט להסתמך בבירור טענות עובדתיות על דרכים טובות פחות מהדרכים האמפיריות הטובות ביותר שזמינות לנו. הרבה מאוד תלוי כאן בפרטים (כולל האמפיריים, כאמור), אבל אולי למשל יש כאן ראשית הצדקה לפרוצדורות הכרעה בעייתיות ביותר, כמו למשל ידיעה שיפוטית, הסתמכות על חוש המומחיות של המשפטנית וכדומה.¹³

שנית, ובנימה אופטימית וקונסטרוקטיבית מעט יותר: אולי אפשר להנדס פתרונות פרוצדוראליים רלוונטיים. נחזור אל דוגמת ההסתברות. גם אם נגיע למסקנה שאין לצפות משופטים וממושבעות לערוך תחשיבים הסתברותיים, אולי אפשר לפתח מבחנים כלליים בדיני הראיות שמקרבם תוצאות של תחשיבי הסתברות סבירים? אולי – באווירה אופטימית במיוחד – אפשר לחשוב על כמה מהמבחנים הראייתיים שפותחו לאורך שנים במשפט המקובל ככאלה שכבר עושים את המלאכה הזאת ממש? ובחזרה לענייננו – אולי אפשר לפתח כללים ראייתיים ופרוצדוראליים אחרים שיקרבו שימוש סביר בכלים אמפיריים. זה נראה לי כיוון נכון כאן פשוט משום שזה נראה לי כיוון נכון בטווח רחב של מקרים. הדבר היחיד שפוגע בביטחון שלי כאן הוא שעד כה לא הצלחתי לחשוב על כלים פרוצדוראליים שיקרבו במידה סבירה את התוצאות של שימוש זהיר בכלים אמפיריים מתוחכמים.

¹³ ושוב – רק כדי לוודא בהירות, אגב בחינת סבלנותו של הקורא הזהיר – הדברים בטקסט מתיישרים עם העובדה שהדיבור על חוש המומחיות של המשפטנית בדרך כלל מביך אינטלקטואלית, והוא בעייתי מבחינות אחרות, ושבירור שיש לנו כלים אמפיריים טובים בהרבה לבירורן של סוגיות עובדתיות. פשוט ייתכן שבכל זאת הנחיה של בתי המשפט להסתמך על מבחנים "מוזרים" אלה תגרום נזק פחות מניסיונות לא קומפלטניים ופתוחים לניצול לרעה להסתמך על מחקר אמפירי רציני.

שלישית, אפשר לנסות ולשפר את יכולתם של בתי המשפט (ושל גופים אחרים במערכת) להסתמך על מחקר אמפירי רציני. ייתכן, למשל, שאפשר לדרוש הכשרה מתודולוגית בסיסית כחלק ממנגנון המיון למינוי שופטים, או אולי בבתי הספר למשפטים, או בהשתלמויות שופטים. זה כמובן נראה לי רעיון טוב, אבל לתהליך השפעתם של צעדים כאלה נדרש בדרך כלל זמן רב, ובטוח הביניים ייתכן שלא תהיה ברירה אלא לא להשתמש בכלים מתחכמים מדי.

רביעית, על נשות ואנשי האקדמיה – אלה שיודעים היטב לעבוד בכלים אמפיריים מתחכמים – לפחות לפקוח את עיניהם כדי להפריך שימושים רעים במיוחד של גופים משפטיים במחקר אמפירי (או לעיתים, בפסידו-מחקר אמפירי). במילים אחרות, אולי ראוי לפחות להשתמש במיטב הכלים האמפיריים שבידינו כדי להפריך שימושים רעים, לא קומפוטנטיים, בכלים אמפיריים,¹⁴ אם כי כמובן ייתכן שבתי המשפט לא יהיו טובים אפילו בתגובתם למחקרים כאלה.

הדברים לעיל נאמרו באופן כללי וגורף – למשל, שאלתי עד כמה טובים או רעים בתי המשפט בעיבוד המידע שבמחקרים אמפיריים רציניים. אבל סביר מאוד שהתשובות תהיינה ממוקדות יותר. אולי, למשל, בתי המשפט גרועים במיוחד בהסתמכות על מחקרים אמפיריים מסוג מסוים או בתחום מסוים, או אז באותו התחום עדיף שימוש בסטנדרטים "מוזרים", כמו ידיעה שיפוטית. אבל אולי בתחומים אחרים בתי המשפט מיטיבים להבין מספיק ולהפנים תוצאות של מחקר אמפירי רציני, ובהם ראוי שיעשו כן. ברוח זו מתבקש לשאול גם אם המשפט החוקתי מיוחד כאן. האם, למשל, יש טעמים **מיוחדים** לחשוד בשימוש בכלים אמפיריים במשפט חוקתי לעומת שימוש בהם בענפי משפט אחרים? בתרומתו לפולמוס זה מראה אורן גזל-אייל¹⁵ אופנים מרחיקי לכת למדי שבהם גופים בעלי חשיבות במערכת המשפט הפלילי למדו להסתמך על מחקרים אמפיריים באופן שנראה שעדיין אינו מתקיים במשפט החוקתי. האם הבדל זה הוא מקרי, אולי תוצאה של אנקדוטות פרסונליות? או שמא יש סיבות עומק לכך, סיבות שאולי אפילו יש בהן כדי להצדיק שימוש נרחב יותר בכלים אמפיריים במשפט הפלילי לעומת המשפט החוקתי?

המשפט הפלילי עוסק באנשים ספציפיים, ואילו המשפט החוקתי עוסק בהכללות גדולות. כמובן, התיאור הזה פשטני מדי – המשפט הפלילי עוסק באנשים ספציפיים גם לפי הכללות, והמשפט החוקתי עוסק, בסופו של דבר, גם בהפרות זכויות של אנשים ספציפיים. ובכל זאת נותר כאן פער מסוים. ייתכן שיש יסוד למחשבה הספקולטיבית שבה אני מבקש לסיים הערה זו: אולי המערכת המאוד-לא-אידיאלית שלנו טובה יותר, או גרועה פחות, בהסתמכות על כלים אמפיריים, גם המתחכמים שבהם, כשמדובר בסופו של דבר בצורך לשפוט, להעניש, ואף לטפל באנשים ספציפיים. לעומת זאת כשמדובר בהכללות גדולות למדי (למשל אם הפרדה מגדרית משרישה הייררכייה מגדרית), המערכת המשפטית טובה פחות בשימוש בכלים אמפיריים, אולי משום שהכללות גדולות קרובות מספיק לסוגיות הנורמטיביות העמוקות יותר, אלה ששנויות במחלוקת פוליטית עמוקה ושלא סביר שכלים אמפיריים יכריעו בהן. במילים אחרות, ייתכן שלא מקרי

¹⁴ ברוח זו אני חושב על המאמר של נטע ברק-קורן "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית: בחינה מחודשת של עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים" **משפטים** מט 675 (2019), שבמידה רבה עמד מאחורי היוזמה לסימפוזיון הנוכחי.

¹⁵ אורן גזל-אייל "מידע אמפירי ככלי לפיתוח המשפט הפלילי – סיפור הצלחה (יחסי)" **משפטים על אתר**.

שהמשפט הפלילי קיבל את השימוש בכלים אמפיריים מתוחכמים בזרועות פתוחות יותר משעשה
זאת המשפט החוקתי, ואולי יש בכך אינדיקציה מסוימת שהחששות לעיל מהתחום של תאוריה
לא-אידיאלית אינם חסרי בסיס לחלוטין.