

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.¹

רשימה זו מצביעה על התרומה שכלים אמפיריים יכולים להרים למשפט החוקתי. ראשית אעמוד על החסך האמפירי של המשפט החוקתי – היעדר מנגנונים המאפשרים בירור עובדתי של סוגיות חוקתיות, ומכאן שימוש ירוד בנתונים אמפיריים כנסת, 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 על פיתוח גישה חדשה למשפט החוקתי – גישת המשפט החוקתי האמפירי.

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

מבוא

המשפט החוקתי העכשווי שרוי במצוקה המאיימת על יציבותה של שיטת המשפט כולה: מחד גיסא הוא הבסיס של שיטת המשפט המתווה את כללי המשחק היסודיים שלפיהם אמור להתנהל המשחק הפוליטי, ושעל בסיסם ובאמצעותם נוצרים ומפותחים כל יתר ענפי

* פרופסור-חבר בפקולטה למשפטים וחברת מרכז פדרמן לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית בירושלים. רשימה זו מבוססת על דברים שנשאתי בכינוס "כלים אמפיריים במשפט החוקתי" באוניברסיטה העברית בירושלים בחודש דצמבר 2021, שנועד לפתוח ולפתח את הדיון בגישה אמפירית למשפט החוקתי. תודתי לבאי הכינוס ולדוברים בו: פרופ' דוד אנוך, פרופ' אורן גול-אייל והשופטת פרופ' דפנה ברק-ארז, ובייחוד לעו"ד רן רוזנברג, שותפי בארגון הכינוס. תודה גדולה שלוחה גם לשירה לאורנס, לחן אגסי, לשירז סולטן ולעילי בנין אשר סייעו בצורה יוצאת מן הכלל במחקר. בג"ץ 1759/94 סרוזברג נ' שר הבטחון, פ"ד נה(1) 630, 625 (1994).

המשפט. מאידך גיסא המשפט החוקתי הפך ברכות השנים לענף המשפט השנוי ביותר במחלוקת, וכלליו ויישומיהם אינם זוכים להסכמה רחבה. כיצד יוכל המשפט החוקתי לשאת על כתפיו את משא השיטה כולה לאורך זמן, כאשר קרקע הלגיטימציה נשמטת מתחת לרגליו?

למצוקת הלגיטימציה של המשפט החוקתי כמה וכמה סיבות. במאמר זה ארצה להציג אגד סיבות אחד הקשור לשימוש של המשפט החוקתי – או ליתר דיוק **היעדר השימוש** – בכלים אמפיריים. במילה "אמפירי" כוונתי הן לעובדות ולראיות נקודתיות, למשל אם אדם מסוים נפגע או לא נפגע 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 שבו המשפט מבקש לטפל.²

כיום המשפט החוקתי בנוי ומוכן כתחום עיוני ותאורטי בעיקרו, אשר המתודולוגיה הדומיננטית בעיצובו היא אפיון והמשגה תאורטיים של עקרונות משטר וזכויות יסוד. לפי גישה זו, כלי העבודה המרכזי להכרעה בעימותים חוקתיים בין זכויות, אינטרסים ועקרונות שונים הוא שיפטים ערכיים בנוגע לגבולות העיקרון או הזכות וחשיבותם היחסית.³ במערכת זו מוקדש מקום קטן מאוד, אם בכלל, לבירור מעמיק של עובדות המקרה או למידע אמפירי מנקודת מבט רחבה יותר. מובן שעובדות מסוימות מובאות לשולחן הדיונים, בין שהוא בכנסת או בבית המשפט העליון, ומשפיעות על ההכרעה. אולם לא פעם מדובר באנקדוטות שתוקפן ומהימנותן אינם ברורים, והן אינן מתבררות בהליך מסודר ויסודי, שכן אין כיום הליך לשמיעת ראיות ולבירור עובדות בסוגיות חוקתיות, לא בבג"ץ ולא בכנסת.

בכך נבדל 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 במקרה קונקרטי בלי לברר לעומק את העובדות, להעיד עדים, להביא

2 ראו אורן גזל-אייל "תגובה: מידע אמפירי ככלי לפיתוח המשפט הפלילי – סיפור הצלחה (יחסי)" **משפטים על אתר יט** (להלן: גזל-אייל, סימפוזיון יט), המציע הבחנה בין שלושה סוגי מידע אמפירי: תובנות ממחקרים שנעשו בארצות אחרות, נתונים תיאוריים על ישראל ומחקרים על ישראל המאפשרים לחלץ תובנות מורכבות יותר, כגון קשרים סיבתיים והשפעות של שינויי מדיניות וחקיקה הרלוונטיות ישירות ובבירור לשדה המקומי. פרופ' גזל-אייל, איש המשפט הפלילי, אינו מתעכב על הרובד העובדתי הבסיסי ביותר – הוכחת טיעונים משפטיים בראיות ועובדות – המתקיים מאליו במשפט הפלילי ובענפי משפט אחרים. ברשימתי הנוכחית מצאתי לנכון לעמוד גם על רובד זה, שכן אפילו רובד זה, שניתן להגדירו כבירור האמפירי הבסיסי ביותר, חסר במשפט החוקתי.

3 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** 593 (2007); יניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" **פורום עיוני משפט** מד (2021); אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" **צדק חלוקתי בישראל** 79 (מנחם מאוטנר עורך Yaniv Roznai, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, 51 VERFASSUNG UND RECHT IN ÜBERSEE 415 (2018); Yaniv Roznai, *The Boundaries of Constituent Authority*, 52 CONN. L. REV. 1381 (2021).

ראיות, לקבוע ממצאים עובדתיים, ובמקרים מתאימים לשמוע עדים מומחים שיכולים להאיר את המקרה בעזרת מחקרים אמפיריים וידע מקצועי נרחב.⁴ הבירור העובדתי אינו עניין שולי 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 ביצירתם ובהפעלתם 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 ועל הצדק של הכללים המאסדרים (התרומה הראשונה) אלא גם על תקינותו של הליך בירור הסכסוך, שאליו כבולים המתדיינים והשופטים (התרומה השנייה).⁵ 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.⁶ חסך זה מתעצם בשל העובדה שגם בכנסת ובממשלה השימוש בכלים אמפיריים ספורדי וחלקי בלבד, וכן משום שהמחקר האקדמי דל במחקרים אמפיריים שביכולתם לשפוך אור על הדרך שבה יש ליישם את הכללים החוקתיים במקרים קונקרטיים.⁷ **החסך האמפירי של המשפט החוקתי** –

4 כך למשל במשפט פילי קבילותה של ראייה מדעית המוצגת לפני בית משפט בעדות מומחה נבחנת לפי המבחנים שנקבעו בעניין **מצגורה** בהתבסס על המבחן האמריקני Daubert. ראו Daubert v. Merrell (1993) 509 U.S. 579; Dow Pharm., Inc., 1620/10 ע"פ 14 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 3.12.2013). יוער כי חלק מהאמור ברשימה זו רלוונטי גם למשפט המנהלי, אולם מפאת קוצר היריעה וההבדלים המוסדיים וההליכיים בין המשפט החוקתי למשפט המנהלי לא אדון במשפט המנהלי בהרחבה ברשימה זו. לדיון בחשיבותה של תשתית עובדתית במשפט המנהלי ראו ברק־ארו "משפט ציבורי ונתונים אמפיריים: בימים ההם ובזמן הזה" **משפטים על אתר יט** (להלן: ברק־ארו, סימפוזיום יט).

5 TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2006).

6 לדיון בטענות דומות בארצות הברית ובמדינות אירופה ראו 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).

7 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, בעניין "אי מסירת מידע למרכז המחקר והמידע של הכנסת" (17.5.2022) <https://bit.ly/3TgLrYg>. במכתב 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 מידע ועל בסיס תשתית עובדתית ומקצועית מלאה". עוד על קשיי הכנסת ראו פרוטוקול ישיבה 106 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-24 (7.6.2022), וכן את סיכום הדיון "ועדת הכנסת" הכנסת (7.6.2022) <https://bit.ly/3VDXMY1>.

במחקר, בחקיקה, בעולמות המדיניות והביצוע ובכירור סכסוכים – פוגע בתפקודו של המשפט החוקתי בשני המישורים. ראשית, ללא ממצאים אמפיריים מהימנים נפגעת יכולתו של המשפט החוקתי לנסח כללים מדויקים המותאמים להשגת מטרתם (במיוחד כשהמטרות החוקתיות רגישות למידת השגתן של תוצאות מסוימות או למידת המענה להעדפות מסוימות). שנית, היעדרם של נתונים אמפיריים מהימנים פוגם ביכולתם של מקבלי החלטות בכל רשויות השלטון, ובייחוד בבית המשפט, להפעיל את הכללים החוקתיים בצורה נכונה, הוגנת ומשכנעת.

ברשימה זו אצביע על התרומה שכלים אמפיריים יכולים להרים למשפט החוקתי. 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 על פיתוח גישה חדשה למשפט החוקתי – גישת המשפט החוקתי האמפירי. אני מקווה כי הדברים יעוררו דיון וביקורת, אשר בזכותם יהיה אפשר 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 התאורטיים של המשפט החוקתי. התאוריה החוקתית, מימי מונטסקייה והפדרליסט ועד ימינו שלנו, נשענת על הנחות בנוגע לטבע האדם וליחסים חברתיים.⁸ למשל: ההנחה שניתן לעצב את שיטת המשטר בצורה שתמנע את עלייתם לשלטון של נבחרים ציבור לא ראויים או מושחתים (כותבי הפדרליסט הניחו שרפובליקה גדולה תגשים מטרות אלה טוב יותר מרפובליקה קטנה),⁹ או ההנחה שמגזרי החברה השונים, אם רק יינתנו להם ההזדמנות והכוח, יבקשו לדרוס זה את זה (מהנחה זו נגזרה בשלב מוקדם התאוריה שלפיה יש להבנות את מערכת הבחירות בצורה שתבטיח ששום חלק בחברה לא ירכוש דומיננטיות מוחלטת,¹⁰ ובשלב מאוחר יותר התאוריה בדבר הצורך לכוונן את זכויות האדם חוקתית).¹¹ חלק ניכר מהתאוריה החוקתית נוצר בתקופה שלא היה בה מחקר אמפירי נרחב על טבע האדם ועל יחסים 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

8 BARON DE MONTESQUIEU, THE SPIRIT OF THE LAWS 5 ch. 3 (1748); The Federalist No. 6 ראו (Alexander Hamilton); The Federalist No. 51 (James Madison); The Federalist No. 10 (James Madison).

9 שם.

10 שם.

11 James Madison, *From James Madison to Thomas Jefferson, 17 October 1788*, FOUNDERS ראו (1788), <https://tinyurl.com/453wdxkx>; William J. Brennan Jr., *Why Have a Bill of Rights?*, 9 OXFORD J. LEGAL STUD. 425, 435–437 (1989).

מידע נרחבים ומפורטים על היבטים נרחבים של הפעילות האנושית – כל אלה מאפשרים לנו כיום לבדוק את ההנחות העובדתיות שבבסיס התאוריה החוקתית ולדייק את ההסדרים החוקתיים בדרכים שלא היו אפשריות בעבר.

ודוקן, הברור האמפירי אינו יכול להחליף את הצורך בניתוח תאורטי, נורמטיבי ודוקטרינרי של המשפט החוקתי או להתוות את הערכים שבבסיסו. תפקידו צנועים יותר: ראשית, לספק בסיס מהימן לתאוריות 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 שבו תשתית זו חסרה או מוטעה; שנית, לאפשר יישום מדויק של הדוקטרינות החוקתיות במקרים קונקרטיים כדי להגיע להכרעה מבוססת וצודקת במקרים אלה.¹² רשימה זו תתמקד בעיקר בתפקיד השני, היישומי, של המשפט החוקתי האמפירי.

אם כן, היכן יכולים לסייע לנו כלים אמפיריים במשפט החוקתי? בלי למצות את הדיון, ניתן להצביע על כמה 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. נוסף על זה, 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 לביסוס קיומה של פגיעה בזכות אדם חוקתית במקרה קונקרטי. כך למשל במצבים שבהם החוק טרם יושם ועדיין אין לו נפגעים קונקרטיים. במקרה כזה נתונים אמפיריים יכולים לסייע לברר אם עתירה נגד החוק בשלה לדיון אם לאו. לדוגמה, בפרשת סבח נדונה עתירה שטענה כי מנגנון המיון של ועדות הקבלה ביישובים כפריים מפלה ופוגע בכבוד האדם.¹³ דא עקא, החוק שנגדו הוגשה עתירה – תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות – כלל סעיף שאסר במפורש על הפליית מועמדים מכל הטעמים העיקריים המצויים בליבת השוויון החוקתי, כולל דת, לאום, גזע, מין ונטייה מינית.¹⁴ במצב דברים זה, שבו החוק עצמו אוסר על הפליה, הטענה כי מנגנון הדיון בוועדה עתיד בכל זאת ליצור הפליה היא למעשה השערה התנהגותית, הזקוקה לאישוש עובדתי כדי להיות משכנעת. טיעון העותרים היה יכול להיות משכנע בהרבה לו נתמך במחקרים

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

13 בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (נבו 17.9.2014).

14 ס' 6ג(ג) לחוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א–2011, ס"ח 683, 684.

אמפיריים שהיו מאששים את השערותיהם (אין כל ערובה שמחקרים כאלה היו מאששים את טענות העותרים, כמובן; במחקר אמפירי אנו מעמידים השערות למבחן, ובכך מותירים את הפתח לגילוי אפשרי שהשערותינו מוטעות או בלתי ניתנות לאישוש). דוגמה למחקר אמפירי שהיה יכול לאשש את השערות העותרים היא ניסוי בקבלת החלטות שבמסגרתו משתתפים יהודים היו מוקצים באופן אקראי לאחד מתוך כמה 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 הפליה, כלומר בנוסח המקובל על העותרים; בתנאי שלישי היו קוראים טקסט ניטרלי שאינו נוגע לחוק; בכל אחד מהתנאים היו המשתתפים מקבלים תיקי מועמדים לחייווי דעה, והיה אפשר לבחון אם נוצרים פערים מובהקים על בסיס לאומי, דתי או אחר בשל נוסח אחד או נוסח אחר של החוק. ניתן כמובן לעצב מתווים נוספים לבחינת ההשערה; זוהי דוגמה בלבד לשימוש בכלי אמפירי לבחון השערה התנהגותית עובדתית הניצבת בליבה של עתירה חוקתית.

דוגמה נוספת היא כאשר הפגיעה הנטענת היא מפורשת והסתברותית, למשל הטענה כי חופש הביטוי נפגע בשל היווצרותו של אפקט מצנן. טענות בדבר אפקט מצנן נושאות בדרך כלל את הצורה הזאת: העותרים משיגים נגד חוק/החלטה מסוימים על שנוסף על התוצאה הנובעת מהם במישרין, וללא תלות בחוקתיותה, החוק/החלטה מביאים גם לתוצאה עקיפה: הם משדרים לציבור מסר שלפיו פעילות מסוימת אינה רצויה ויש להימנע ממנה הגם שפעילות זו אינה נאסרת.¹⁵ זוהי טענה התנהגותית, שלפיה המסר העולה מהחוק מרתיע התנהגות מותרת ורצויה. זו גם טענה משוערת: על פי רוב, בעת הגשת העתירה האפקט המצנן עדיין 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,¹⁶ והשאלה באילו נסיבות אפקט מצנן צפוי להתרחש ובאילו לא טרם זכתה למענה מספק במחקר. מחקרים אמפיריים יכולים לסייע בביורור 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.¹⁷

15 ראו לדוגמה בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (נבו 15.4.2015).

16 ראו נטע ברק-קורן, יובל פלדמן ונעם גדרון, **כאשר חוק מעורר לתגובה נגדית: על חוק-יסוד הלאום ועל היחס למיעוטים בישראל** (דוח מחקר, 2020) <https://bit.ly/3eKkKw6> (Netta Barak-Corren, Yuval Feldman & Noam Gidron, *The Provocative Effect of Law: Majority Nationalism and Minority Discrimination*, 15 J. EMPIRICAL LEGAL STUD 951 (2018)). המחקר מתאר תגובה נגדית שהתעוררה בקרב מתנגדי חוק-יסוד: הלאום בעקבות חשיפה לנוסח החוק, אשר הפחיתה הפליה כלפי ערבים במחקר; וראו דיון במאמר בתופעות דומות שתועדו בארצות הברית. ראו גם Janice Nadler, *Flouting the Law*, 83 TEX. L. REV. 1399 (2005) מחקר המתעד תגובות נגד לחקיקה במגוון תחומים משפטיים).

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

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 שבו המדינה מבקשת לבסס קיומה של 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.

דוגמה לכך היא בפרשת **עדאלה**, הידועה כפרשת מניעת איחוד משפחות, שבה התעוררה מחלוקת בדבר הנתונים שהביאה המדינה בנוגע למעורבות בטרור של מועמדים לקבלת מעמד בישראל. הנתונים שהובאו היו דלים ומחוררים והובילו ללא מעט ספקות בהרכב, שהפכו בתורם את הפרשה לאחת השנויות במחלוקת בתולדות הביקורת החוקתית בישראל.¹⁸ דוגמה נוספת לנחיצות נתונים עובדתיים בשלב התכלית הראויה היא המבחן שנקבע **בקול העם**.¹⁹ מבחן זה דורש מהרשות להוכיח ודאות קרובה לפגיעה קשה וממשית באינטרס הציבורי כתנאי לפגיעה בחופש הביטוי.²⁰ הן רכיב הוודאות הקרובה במבחן הן רכיב הפגיעה הקשה והממשית דורשים מטיבם ביסוס עובדתי – וברף גבוה במיוחד. בדוגמה נוספת שנבחן בהמשך הרשימה, באמצעות פרשת שילוב החרדים באקדמיה, תכלית הפעולה השלטונית היא לענות על צורך שעולה מהשטח, למשל מתן מענה להעדפות של פרטים כדי 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.

18 ראו בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006). התשתית העובדתית באותה פרשה הייתה דלה מאוד – המדינה הציגה נתונים שלפיהם מתוך כ-130,000 תושבי האזור שקיבלו מעמד בישראל 26 נחקרו בנוגע למעורבות בפעילות טרור. המדינה הביאה את עניינם של שישה מתוך אלה שהיו מעורבים בכיצוע פיגועים או סיוע להם בלי לתאר פרמטרים כגון מידת מעורבותם; אם הפיגועים סוכלו; מה עלה בגורל אותם שיש. אשר ל-20 החשודים הנותרים המדינה לא הציגה מידע כלשהו, והיה אפשר ללמוד משתיקתה שהחקירה בעניינם לא הולידה דבר (שם, בפס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). מאחר שתכלית החקיקה 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 ביטחוני כאמור נוגעת לעצם קיומה של תכלית ראויה לפעולה השלטונית, שכן אם הסיכון הביטחוני הנשקף מאוכלוסיית מבקשי המעמד נמוך מאוד אין הצדקה ראויה לנקוט אמצעי פוגעני (כלשהו), אולם אם קיים סיכון ביטחוני ממשי מאוכלוסייה זו, יש הצדקה לנקוט אמצעי מסוים כדי לצמצמו או לאיינו, ויש לעבור לבחון את השאלות הנוגעות למידתיות האמצעי.

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

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

3. מידתיות

לבסוף, מידע אמפירי נדרש כדי 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 אותן כדי לוודא שאינן מוגזמות. כפי שאראה כעת, מבחן המידתיות, על כל שלושת חלקיו, אמור להיות מבחן עובדתי ואמפירי, והפיכתו בפסיקת בג"ץ למבחן שעוקצו ערכי חוטאת ליעודו.

המבחן הראשון במדידת המידתיות דורש הוכחת קשר רציונלי בין אמצעי הפעולה הנבחר למטרה. למעשה, מבחן זה מבקש להראות שהאמצעי הנבחר יעיל להשגת התכלית. כדי לקבוע אם האמצעי מגשים את התכלית ביעילות נדרש מידע על התוצאות של האמצעי, ובמילים אחרות, על ההשפעה האמפירית של האמצעי בעולם. למשל, בפרשות גיוס בני ישיבות²¹ נדון הקשר הרציונלי בין חוק הגיוס ובין העלאת שיעור המתגייסים מהחברה החרדית (אחת מתכליות החוק). אלא שהמדינה הביאה לפני בג"ץ נתונים חלקיים, ולפעמים סותרים, על השפעת חוק הגיוס על שיעור גיוס בני ישיבות לצה"ל.²² יסודו של כשל זה קודם, כך נראה, לעתירה: בניגוד לחובתם החוקתית, הרשות המחוקקת, משרד הביטחון וצה"ל לא אספו כלל נתונים מסודרים על שיעורי הגיוס החרדיים, אף לא על מערך השיקולים של החרדים המיועדים לשירות, על החסמים העומדים בפניהם ועל הדרכים שבהן ניתן להתמודד עם חסמים אלה.²³ השאלה אם החוק מתאים להגשמת מטרתו – אם יש ביכולת האמצעי הנבחר לקדם גיוס חרדים – למעשה לא נבחנה כלל ברשויות המדינה לא עובר לחקיקה ולא לאחריה. ללא מידע זה לא ניתן להכריע אם חוק הגיוס מועיל להגשמת התכלית. פרשה זו מחדדת את החשיבות באיסוף נתונים על ידי הממשלה והכנסת – לא רק או בעיקר לצורכי הבירור המשפטי אלא מכיוון שהכנסת והממשלה חבות חובה עצמאית, לציבור כולו, לעצב מדיניות אפקטיבית, יעילה וחוקתית, כמופקדות האינטרס הציבורי וכנאמנות הציבור.²⁴

21 בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 12.9.2021) (להלן: עניין גיוס בני ישיבות).

22 ראו למשל שם, בפס' 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, 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 ה"עגומים" לדבריה.

23 שלי רובינסון, נטע ברק-קורן ויובל פלדמן גיוס חרדים מנקודת המבט החרדית: עמדות, מוטיבציות ותפיסות חברתיות (2024). המחקר ממפה בסדרת מחקרים אמפיריים את השיקולים והעמדות של צעירים חרדים בנוגע לגיוס לצה"ל. בתהליך העבודה עליו גילינו שצה"ל ומשרד הביטחון מעולם לא ביצעו מחקר כזה, הגם שממצאיו יכולים לסייע לעצב את מדיניות הגיוס בצורה שתגביר את יעילותה.

24 כאן המקום להעיר שוב כי אף שמאמר זה מתמקד במשפט החוקתי, תשתית עובדתית היא נדבך מרכזי לכל החלטה מנהלית. ראו דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי א 394–441 (2010); וכן ברק-ארוז, סימפוזיון יט, לעיל ה"ש 4.

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

מבחן המידתיות השלישי הוא השלב המסכם של הניתוח, ובו אמורים מקבלי ההחלטות להשוות את התועלת המתקבלת מהאמצעי (מידת השגת התכלית) לנזק שהוא מסב (מידת הפגיעה בזכות). בהיותו מבחן עלות-תועלת, היה אפשר לצפות שמקבלי ההחלטות **ישאפו** לכל הפחות ליישמו אמפירית – באמצעות בחינת תוחלת העלויות והתועלות והעמדתן זו כנגד זו. שלב זה של הניתוח הוא למעשה הערכה מסכמת של ניתוח המידתיות כולו ובשל כך הנתונים האמפיריים נדרשים פה ביתר שאת. אומנם מדובר במשימה קשה, שכן לא כל תועלת ולא כל עלות ניתנות למדידה, לכימות ולהשוואה.²⁷ אתגר זה היה צריך לגזור על מקבלי ההחלטות צניעות וזהירות ביישום המבחן תוך הכרה במגבלותיו. מגבלות אלה אף עשויות להצדיק שקילה מחדש של עצם השימוש במבחן השלישי נוכח הקשיים ביישום, והעברת מרכז הכובד של הבחינה למבחני המידתיות הראשון והשני. אולם המתווה הנוכחי שבו בחר בית המשפט העליון – העמדת המבחן על בחינה **ערכית**, המנגידה ערכים שונים ומשווה ביניהם, חלף בחינה אמפירית, המנגידה עלויות ותועלות קונקרטיות ומשווה ביניהן – אינה פותרת את הקושי אלא רק מעצימה אותו.²⁸ אם עלויות ותועלות עוד ניתנות לבחינה ולהערכה השוואתית, ולו מקורבת, הרי שערכים שונים כמעט שאינם ניתנים לבחינה כזו, בוודאי לא כאשר מביאים בחשבון את קיומן של תפיסות עולם ערכיות מנוגדות ואת המחלוקת העמוקה בדבר מידת חשיבותם של ערכים שונים בתרבויות השונות המרכיבות את החברה הישראלית.²⁹ המרת המבחן השלישי לביורר אמפירי, על יתרונו ומגבלותיו,

25 עניין **גיוס בני ישיבות**, לעיל ה"ש 21.

26 ראו למשל שם, בפס' 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר. השופט מלצר העיר שהכנסת בחוקקה את התיקון לחוק כלל לא ברק אמצעים חלופיים ומכאן שמבחן האמצעי שפגיעתו פחותה לא הוכח.

27 חשש זה הובע על ידי השופטים בהודמנויות שונות, ראו למשל את דברי השופט רובינשטיין בבג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44 (2) פס' לג–לד (2012): "ההתנסות למבחן הצר מעוררת בענייננו קשיים ברמות הפשטה שונות: ראשית, איננו יודעים את הערכים המספריים שיש להציב בכל אחד מצדי המשוואה [...] שנית, ברמת הפשטה גבוהה יותר, איננו יודעים כיצד להשוות בין הערכים המונחים על כפות המאזניים".

28 מבחן המידתיות השלישי אף כונה לפרקים בפסיקה "המבחן הערכי", כפי שכתב השופט חשין, "עניינו של מבחן זה הוא בערכים, וכך ראוי הוא כי נכנהו" (עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש, 18 בפס' 107 לפסק דינו).

29 ביקורת זו הביע השופט (כתוארו אז) גרוניס (שם, בפס' 6) שבה 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

הייתה יכולה להחזיר מבחן זה לממדים צנועים יותר ולרפות את המתח האידאולוגי הכביר הכרוך ביישום המבחן השלישי של המידתיות כיום.³⁰ ככלל, הדוקטרינה החוקתית מושפעת ממבחנים הסתברותיים שיישומם ישתפר ככל שהנתונים יהיו טובים יותר ויאפשרו להעריך את ההסתברות הרלוונטית. בשלב הנזק מחקרים אמפיריים יאפשרו את הבחינה אם הפגיעה הנלווית היא ודאית או הסתברותית; בשלב התכלית נתונים אמפיריים יכולים לגבש תמונה של 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; בשלב הפגיעה הפחותה הנתונים יסייעו בבירור ההסתברות שחלופה אחרת תגשים את המטרה במידה שווה ובפגיעה פחותה בזכות. ללא מידע אמפירי בחינת הסתברויות אלה נעשית על בסיס אינטואיציות והערכות כלליות, אשר בדרך כלל אינן ערות למגבלותיהן, והן חשופות להטיות שונות הנובעות מתפיסות הסיכון הפרטניות של מקבלי ההחלטות (אשר בעצמן מושפעות מאידאולוגיה).³¹ 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, לזהירה יותר ולערה יותר למגבלותיה.

4. איזון אופקי

תרומה נוספת של הכלים האמפיריים היא לאיזון "אופקי" בין זכויות שוות מעמד. כבמקרים אלה, שבהם 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 תחמת כל אחת מהזכויות במקום, בזמן או

בחי 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, בדבר דלות התשתית העובדתית במקרה ראו לעיל ה"ש 18. ייתכן כי תשתית עובדתית מפורטת יותר ומחויבות מוסדית רצינית יותר לבירור התשתית העובדתית של המקרה היו עשויות למתן את המחלוקות בין השופטים בניתוח הפרשה ולהשפיע גם על ניתוח המבחן השלישי של המידתיות. ככל שניתן ללמוד מהפסיקה, הקושיות העובדתיות שהעלו השופטים בסיבוב הראשון של הפרשה לא קיבלו מענה של ממש בסיבוב השני בעניין גלאון, לעיל ה"ש 27.

30 יוער כי השימוש בנתונים אמפיריים לא יפתור את כלל הדילמות בנוגע למידתיות, מאחר שבמקרים מסוימים תיוותר מחלוקת נורמטיבית באשר לתוצאות שאינן ניתנות לכימות ולהערכה באופן ממצה ומשכנע, ובמקרים אחרים ייוותרו מחלוקות בנוגע למשקל הנורמטיבי שיש לייחס לנתונים שאינם חד-משמעיים או שאינם רלוונטיים ישירות למקרה. במובן זה החשש שהביע השופט גרוניס בעניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 18, יוסיף להתקיים. עם זאת ברוב הפרשות היקפו יצטמצם ביחס למצב הנוכחי, שבו הליך הבחינה החוקתי אינו מערב כל ניסיון רציני למדידה ולכימות אמפיריים של עלויות ותועלות.

31 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)

באופן מימושן, כדי שיוכלו להתקיים במידה מוגבלת כלשהי זו לצד זו.³² מטבע הדברים, ככל שטיב התשתית העובדתית באשר למקומות, לזמנים ולאופני המימוש שבהם ניתן לתחום את הזכויות, כך ייטב האיזון האופקי. בחלק מהמקרים התשתית הנדרשת תכלול בעיקר עובדות וראיות נקודתיות, למשל במקרים שבהם על כפות המאזניים מונחות הזכות להפגין והזכות לפרטיות, בנסיבות של הפגנה קונקרטיה המתרחשת במיקום ובזמן מסוימים.³³ עם זאת לעיתים האיזון האופקי יצריך מחקרים נרחבים, למשל כאשר העתירה מכוונת נגד מדיניות כללית המשליכה על האיזון בין הזכויות במקומות, בזמנים ובאופנים רבים ושונים. מחקרים אמפיריים יכולים לתרום תרומה חשובה במיוחד לאיזונים אופקיים מסוג זה, מכיוון שטיבו של המיפוי האמפירי הוא חשיפת השונות בין הגורמים לתופעה מסוימת בתוצאותיה ובהעדפות אנושיות בעניינה, ושונות זו עשויה לסייע לפרק את ה"משחק סכום-אפס" בין הזכויות המתנגשות ולתפור פתרונות דקים ועדינים יותר לאיזון ביניהן.³⁴

דוגמה לצרכים העובדתיים של איזון אופקי מהסוג הכללי היא פרשת ההפרדה המגדרית בתוכניות חרדים באקדמיה, אשר אחת הדרכים לנתחה היא כעימות בין הזכות לשוויון לזכות לתרבות.³⁵ בפרשה זו הניחו מל"ג (המועצה להשכלה גבוהה) 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 ורבגוני ואינו קשיח כפי שהניחה מל"ג. בפועל חרדים וחרדיות שהתעניינו בלימודים אקדמיים ראו במישורי ההפרדה השונים כנחוצים במידה שונה, ופחותה, מזו שייחסה להם מל"ג.³⁶ 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.³⁷

- 32 בג"ץ 2481/93 דין נ' **מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456, פס' 21 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק (1994).
- 33 חלק ניכר ממקרי האיזון האופקי שנדונו בפסיקה היו מצורה זו. ראו שם; בג"ץ 1983/17 **נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו) 27.4.2017; ברק מדינה ודרור וגשל "בין מחאה למטרד מאיים: הפגנה ליד ביתם של אנשי ציבור" **חוקים** ב 197 (2010).
- 34 שם.
- 35 לדיון בסוגיות אלה בנוגע לתוכנית מל"ג לשילוב חרדים באקדמיה, ראו נטע ברק-קורן "הפרדה מגדרית באקדמיה אינה משחק סכום-אפס" **ICON-S-IL Blog** (19.2.2019) <https://bit.ly/3Q2OQZD> (להלן: ברק-קורן "משחק סכום אפס").
- 36 נטע ברק-קורן "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית: בחינה מחודשת של עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים" **משפטים** מט 675 (2012) (להלן: ברק-קורן "עמדות הציבור החרדי").
- 37 ברק-קורן "משחק סכום אפס", לעיל ה"ש 35.

5. משפט חוקתי מוסדי

כלים אמפיריים יכולים לסייע גם בעניינים אחרים מלבד בבחינה החוקתית של זכויות האדם, למשל בהערכת התוצאות של מעבר מכלל מוסדי אחד למשנהו. לדוגמה, אחת משאלות הליבה המוסדיות של כל שיטה דמוקרטית היא כלל הייצוג: כיצד יש לעצב את דיני הבחירות כדי להביא לייצוג מיטבי של כל חלקי העם אגב שמירה על משילות אפקטיבית ועל יציבות משטרית במידה הרבה ביותר האפשרית. שאלות גדולות אלה מיתרגמות לא אחת לשאלות קונקרטיות על ההשלכות הצפויות מהעלאתו או מהורדתו של אחוז החסימה,³⁸ מקביעת מכסות ייצוג או שריונים לנשים ולמיעוטים, מהכנסת מרכיבים אזוריים לתוך שיטת הבחירות הארצית וכיוצא באלה. גם כאן מחקרים אמפיריים השוואתיים שבוצעו במקומות אחרים בעולם יכולים לספק מידע, כמו גם מחקרים שילמדו את השפעותיהן של רפורמות שחלו בישראל בתחומים אלה.

דוגמה חשובה נוספת היא שיטת מימון הבחירות. תקציבי המפלגות עומדים בראש מעייני נבחרי הציבור, השואפים תדיר להתאים את החקיקה בעניין לצורכיהם המפלגתיים, הגם שלא אחת מדובר בצרכים צרים שאינם מתיישבים עם צרכי הדמוקרטיה הישראלית. החששות משינוי שיטת מימון הבחירות הם אפוא 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 אחרות אשר מתחבטות בשאלות אם וכיצד להגביל את אפשרויות המימון במערכת בחירות כדי להבטיח הליך בחירות תקין ושוויוני, למנוע שחיתות של נבחרי הציבור ולהבטיח את אמון הציבור בדמוקרטיה.³⁹ חלק ניכר מהחששות ומהשאלות בנושא הם אמפיריים: אמון הציבור בשיטה הדמוקרטית הוא לא מושג ערטילאי ותאורטי אלא עניין בר-מדידה, ושחיתות באה לידי ביטוי במעשים ובהתנהגויות בשטח. עם זאת כיום שאלות אלה נדונות בבתי המשפט ובכנסת בהיעדר 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

38 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, בפס' 63 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס).

39 ראו למשל את החקיקה בנושא זה בקונגרס האמריקני, אשר הגבילה את סכום התרומות שתאגידים מסחריים יכולים לתרום למועמדים ולמפלגות מחשש להיווצרות 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. FEC*, 558 U.S. 310 (2010). בקביעה שנויה במחלוקת ונעדרת כל ביסוס או תימוכין אמפיריים קבע בית המשפט העליון האמריקני שתרומות בסכומים גדולים מצד תאגידים פרטיים אינן מובילות לשחיתות או פוגעות באמון הציבור במערכת הדמוקרטית. מנגד, בפסק דין *Harper v. Canada (Att'y Gen.)*, [2004] 1 S.C.R. 827, (Can.) 880–885 הגיע בית המשפט העליון הקנדי, על סמך נתונים וממצאים אמפיריים חלקיים, למסקנה ההפוכה, שתרומות ללא הגבלה יכולות לערער את אמון הציבור במערכת הדמוקרטית ולהשפיע על תוצאות הבחירות. שני בתי משפט עליונים, שני פסקי דין בעלי תוצאות הפוכות, ומעט מאוד מידע אמפירי מהימן.

במיוחד בישראל, שבה שינויים אלה מתרחשים לאורך עשרות שנים, ותוצאותיהם לא נבחנו, למיטב ידיעתי, בחינה מקיפה עד היום. בהמשך לכך ניתן ורצוי לחוקק בתחומים אלה חקיקת חלוץ (פיילוט), שתאפשר מעקב מחקרי אחר תוצאות החקיקה ובחינה אם החקיקה הובילה לשינויים המקווים ואם היו לה תוצאות לוואי שליליות.

ב. מי צריך להשתמש 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 בוחן את קיומה של תכלית היכולה להצדיק פגיעה בזכויות אדם ומשתמש בדוקטרינת המידתיות או במבחני איזון דומים להכרעה בדבר חוקתיות המעשה השלטוני.⁴⁰ ואכן, בשנים האחרונות נשמעו קריאות לשימוש בכלים אמפיריים במשפט החוקתי בארצות הברית, בגרמניה, בבלגיה, בצרפת ועוד, שהופנו כלפי רשויות שונות.⁴¹ אומנם התאורטיות של המשפט החוקתי אינה ייחודית לישראל. מדינות נוספות סובלות מחסך אמפירי במשפטן החוקתי. 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 המערער את 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".⁴² 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 –

40 ראו לדוגמה החלטה של בית המשפט העליון בקנדה בעניין R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103 (Can.); החלטה של בית המשפט העליון בגרמניה בעניין BVerfG, 1 BvR 370/07, Feb. 27, 2008 (Ger.); החלטה של בית המשפט העליון באנגליה בעניין R. v. SOS for Work & Pensions [2021] UKSC 26 (Eng.) (appeal taken from EWCA (Civ)) (Eng.) Alan Brownstein, *How Rights Are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis in Constitutional Doctrine*, 45 HASTINGS L.J. 867 (1994).

41 ראו לדוגמה Nicholas O. Stephanopoulos, *Spatial Diversity*, 125 HARV. L. REV. 1903 (2012); Nicholas O. Stephanopoulos, *The Consequences of Consequentialist Criteria*, 3 UC IRVINE L. REV. 669 (2013); Allison Orr Larsen, *Constitutional Law in an Age of Alternative Facts*, 93 ORR LARSEN, *Confronting* (Larsen, *Constitutional Law*: להלן) N.Y.U. L. REV. 175 (2018); Eva Brems, *Face Veil Bans in*; לעיל ה"ש 6; Petersen; לעיל ה"ש 6; Supreme Court Fact Finding the European Court of Human Rights: The Importance of Empirical Findings, 22 J.L. & POL'Y 517 (2014); Eva Brems, *SAS v. France: A Reality Check*, 25 NOTTINGHAM L.J. 58 (2016); Emanuel V. Towfigh, *Empirical Arguments in Public Law Doctrine: Should Empirical Legal Studies Make a "Doctrinal Turn"?*, 12 INT'L J. CONST. L. 670 (2014).

42 בג"ץ סרוברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 630–631.

ואין בו כל הליך המאפשר קביעת ממצאים שבעובדה.⁴³ 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.⁴⁴ מחקרים אמפיריים כמעט שאינם נדונים בבג"ץ, ודיון מעמיק בתשתית העובדתית של החלטות בעלות ממדים חוקתיים תלוי במידת העניין שהשופטת היושבת בדין מגלה בשאלות שבעובדה. בעקבות זאת השימוש בכלים האמפיריים במשפט החוקתי בישראל מועט במיוחד, והתשתית העובדתית של רוב העתירות החוקתיות אינה מתבררת כלל. חסך זה משליך ישירות על מהימנות התשתית העובדתית של העתירות הנדונות בבג"ץ ועל איתנות ההכרעות היוצאות מלפניו.⁴⁵

לצד ביקורת זו חשוב לציין כי קריאתי להרחבתו ולהעמקתו של השימוש בכלים אמפיריים במשפט החוקתי אינה מופנית לבית המשפט בלבד אלא לכל התחנות שבשרשרת החוקתית – משלב עיצוב הנורמה ברשות המחוקקת, דרך פריטתה לכללי משנה אצל הרגולטור ועד ביצועה על ידי הרשות המבצעת. בית המשפט העליון הוא רק תחנה מאוחרת – לא מחויבת, ומבחינה מעשית אף לא האחרונה – בתהליכים אלה. התחנה הראשונה – הכנסת – זקוקה לנתונים ולמחקרים אמפיריים כדי להבין את הבעיות החברתיות שבהן היא מבקשת להתערב וכדי לעצב את כיוון ההתערבות הרצוי, כפוף למבחנים החוקתיים של תכלית ראויה ושל מידתיות. בתוך כך הכנסת זקוקה למידע עובדתי מהימן⁴⁶ כדי להבטיח שהחוק המתגבש יקיים קשר רציונלי עם התכלית שנועד להגשים כדי למזער ולהפחית פגיעה נלווית בזכויות וכדי להביא לכך שתועלת החקיקה תגבר על הנזק שהחקיקה צפויה להסב. זהו תהליך בחינה מורכב, שבמהלכו על הכנסת לאתר את המקורות המשכנעים והמבוססים עובדתית ולהישמר מטענות עובדתיות כוזבות או חלקיות שעשויות להטות את

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

44 לפי תקנה 18(א) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984, לבית משפט הסמכות להחיר חקירת המצהיר אם ראה צורך בכך לשם עשיית צדק, אולם בג"ץ אינו עושה זאת בפועל. ראו עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובבית המשפט לעניינים מנהליים" **עינוי משפט** לה 151 (2012).

45 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 על החלטת הביניים של בג"ץ בפרשת **עמותת מחויבות**, וראו ברק-ארז, סימפוזיון יט, לעיל ה"ש 4. עם זאת בפרספקטיבה היסטורית רחבה לא ברור אם הביקורת שהופנתה כלפי ניסיונו של בג"ץ להבין את התשתית העובדתית שהייתה ביסוד החקיקה הייתה עזה מזו שהופנתה כלפי החלטות אחרות של בג"ץ, אשר פסלו חקיקה ראשית ואף החלטות מנהליות שונות מסיבות מהותיות. ראו למשל בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005) שבו נדון החוק ליישום תוכנית ההתנתקות, או בג"ץ 3799/02 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלון פיקוד מרכז בצה"ל**, פ"ד ס(3) 67 (2005) (להלן: **בג"ץ נוהל שכן**) (שבו נפסל נוהל צבאי אשר השתמש באזרחים כמגן אנושי לחיילים בפעילות מבצעית). מלבד זאת, דומה כי קיימת מחלוקת בקרב השופטים עצמם אם ביקורת שיפוטית מבוססת הליך היא מרחיקת לכת יותר או פחות מביקורת שיפוטית מבוססת תוכן, מבחינת עקרון הפרדת הרשויות (שם). ראו בהקשר זה את המחלוקת בין השופטים סולברג ומזוז בבג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (נבו 6.8.2017).

46 לעניין הקושי של הכנסת להשיג מידע זה מהממשלה, ראו לעיל ה"ש 7.

פעולת החקיקה ולהכשיל את המחוקקים בעבודתם.⁴⁷ צרכיו של הרגולטור הממשלתי דומים לאלה של הכנסת כל אימת שהוא מגבש נורמות כלליות בתחום עיסוקו. בדומה לזה, גורמי הביצוע, הפיקוח והאכיפה בממשלה זקוקים אף הם להכוונה ולדיוק שתשתית אמפירית טובה יכולה לספק, בייחוד כל אימת שחוקתיות האמצעי טמונה בפרטים הקטנים אשר מצויים מחוץ לחוק עצמו, בדרך יישומו בשטח.⁴⁸ דוגמה יפה לכך מובאת בסימפוזיון זה בידי פרופ' אורן גול-אייל, המתאר את השימוש הנרחב של הכנסת ושל הממשלה בכלים אמפיריים במשפט הפלילי, החל מאיסוף נתונים בידי המשטרה, שירות בתי הסוהר, הסנגוריה והפרקליטות, דרך ייזום מחקרים נלווים למדיניות וכינון ועדות בעלות בסיס מחקרי נרחב בסוגיות שונות, וכלה בגיבוש מדיניות וחקיקה על בסיס תובנות ממחקרים אמפיריים.⁴⁹

כיום הכנסת והממשלה (ובדומה להן – רגולטורים, רשויות מקומיות ורשויות מנהליות אחרות) מצויות שתיהן בחסך אמפירי דומה לזה של בג"ץ. אומנם בכנסת קיים 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.⁵⁰ חסך דומה ניכר גם בממשלה. הגם שמשרדי ממשלה רבים מרכזים בידיהם מאגרי נתונים ומידע נרחבים, יכולים לדרוש נתונים מגופים המצויים

47 בג"ץ עצמו התייחס בכמה פסקי דין לחשיבות שבהנחת תשתית עובדתית לפני חברי הכנסת בהקשרים של חקיקת חוק ההסדרים, אשר בשל דוחק הזמן הכרוך בהעברתו ובשל היקף ההסדרים שבהם הוא עוסק, כמו גם מורכבותם, קיים חשש להשתלטות הממשלה על הליך החקיקה ופגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. ראו בג"ץ קוונטינסקי, לעיל ה"ש 45; דנג"ץ 6571/17 **היועץ המשפטי לממשלה נ' קוונטינסקי** (נבו 19.5.2021). ודוקו, טענתי רחבה 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 שבהן עוסקת החקיקה. ייתכנו מגבלות וחריגים לחובה זו, אולם זו צריכה להיות נקודת המוצא לעבודת הכנסת.

48 קריאה זו עולה בקנה אחד עם המגמה העולמית אשר מאמצת גם על ידי חלקים מהממשלה בישראל, של "מדיניות מבוססת-עובדות", או בשמה במחקר Evidence Based Policy. ראו לדוגמה Ittai Bar-Siman-Tov, *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*, in STATE MODERNIZATION IN EUROPE 139 (Heinz Schäffer & Julia Iliopoulos-Strangas eds., 2007); Jeffrey J. Rachlinski, *Evidence-Based Law*, 96 CORNELL L. REV. 901 (2011). כן ראו ס' 3 להחלטה 2118 של הממשלה ה-33 "הפחתת הנטל הרגולטורי" Foundations for Evidence-Based Policymaking Act of 2018, Pub. L. No. ; (22.10.2014). (Evidence Based Policy) שימוש ב-Evidence Based Policy. (חוק אמריקני בנושא, המקדם שימוש ב-Evidence Based Policy) 115–435, 132 Stat. 5529 (2019).

49 גול-אייל, סימפוזיון יט, 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 ממציאו יוגשו לכנסת מאת הממשלה בחלוף תקופת מבחן. ראו ס' 2220 כא חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982; חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 92 – הוראת שעה), התשפ"ב–2022, וכן את הרפורמה שהרחיבה את עבודות השירות לתשעה חודשים, נוסף על הדרישות לליווי מחקרי למחקרי חלון (פיילוט) אחרים, שנקבעו בהחלטות מדיניות ולא בחקיקה.

50 איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" **עינוי משפט** לו 645, 695 (2016). ואכן, הממ"מ נתקל בקשיים ניכרים בקבלת המידע ממשרדי הממשלה דרך קבע, לעיל ה"ש 7.

בפיקוחם ומוסמכים לאסוף נתונים חדשים במסגרת תפקידם הביצועי, לא תמיד הממשלה נכונה לאסוף נתונים, לנתחם ולהשתמש בהם.⁵¹ 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). בהיעדר פרקטיקות מקצועיות וסדרי עבודה מגובשים, קיים חשש שמחקרים ונתונים כוזבים, חלקיים ולא מבוססים ישפיעו על הליך גיבוש המדיניות והחקיקה ויטו את תוצריו.⁵²

אם כן, מצד אחד רשויות השלטון נדרשות לכלים אמפיריים כדי להגשים את תפקידיהן במסגרת הכללים החוקתיים וליישם את הנורמות החוקתיות בצורה מדויקת, הוגנת, יעילה ואפקטיבית. מצד אחר עליהן להתמודד עם סכנות ואתגרים המתלווים לשימוש בנתונים אמפיריים, הדורשים ניתוח ביקורתי ומומחיות מקצועית לצורך הפעלתם. נדרש אפוא שימוש **מושכל** בכלים אמפיריים על ידי 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 את הכלי הנכון 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 להדגמת הדרכים שבהן 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 שלשמה נחקק (מבחן הקשר הרציונלי)? האם גורם מסוים **אחראי** לבעיה החברתית שבה המחקקת מעוניינת לטפל (ולפיכך קיימת תכלית ראויה לאסדרתו)? האם אמצעי מסוים **גורם** נזק יותר 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.

51 ראו למשל בג"ץ 8297/15 **הררי נ' שירות בתי הסוהר** (נבו 18.8.2019), שבו החליט שירות בתי הסוהר על הפסקת ביקורי אסירים בשבתות ובחגים בלי לברר כיצד הדבר צפוי להשפיע על המבקרים ועל האסירים, ואם יש לאסירים ולבני משפחתם אפשרות הגעה בימים אחרים. במקרה אחר, סירבה עיריית נוף גליל להשתמש באמצעים מקוונים כדי לאמוד את הביקוש לחינוך ממלכתי בקרב תושבי העיר הערבים והתעקשה על הפצת שאלונים באמצעות דואר בלבד, אף שברור כי ההיענות לסקר בחלופה זו תהא נמוכה יותר ולא תשקף במידה מיטבית את העדפות התושבים. ראו ע"מ 7058/19 **סלום נ' עיריית נוף הגליל (נצרת עילית)** (נבו 25.2.2019). יוער כי השופטת ברק-ארז הזכירה בפסק דינה גם את האפשרות להסיק את הביקוש מנתונים מנהליים שהיו ברשות העירייה בדבר מספר התלמידים הערבים הלומדים בחינוך ממלכתי בעיר השכנה, נצרת.

52 כפי שקרה במל"ג בנוגע לתוכניות הנפרדות לחרדים באקדמיה. ראו ברק-קורן "עמדות הציבור החרדי", לעיל ה"ש 39.

ניתן לקיים ניסויים במעבדה, ברשת, באמצעות סקרים ובשדה. דרך המלך לכירור יחסים סיבתיים בשאלות הנוגעות למציאות חברתית והתנהגותית מורכבת שקשה למדל בסקר או במעבדה היא **ניסוי שדה** – ניסוי מבוקר המבוצע בשדה הרלוונטי לסוגיה הנבחנת.⁵³ 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 השפעתו של כלל מסוים על השדה שבו הוא מתעתד להביא לשינוי, ניתן להחילו תחילה החלה חלקית ומבוקרת על קבוצה אקראית של אנשים או ארגונים ולבחון את השפעתו לאורך זמן. ניסויים כאלה יש לבצע במסגרת מחקרי חלוץ תחומים בזמן וכפופים למגבלות אתיות אגב העמדת מנגנונים שיאפשרו לפצות את מי שיתברר, לאחר זמן, שניזוקו מהניסוי. מוטב לפצות קבוצה קטנה מאשר להחיל מדיניות גורפת על כלל החברה ולגרום לזנק חברתי גדול בהרבה. דוגמה לניסויי שדה מבוקרים שיישמה הממשלה בשנים האחרונות היא סדרת ניסויי "נעים לירוק", שבחנו את יעילותם של תמריצים כלכליים להפחתת השימוש ברכב פרטי באמצעות כ-100,000 נהגים מתנדבים.⁵⁴ דוגמה לניסויי שדה מקורב היא התהליך המדורג שבו הופחתו עומסי העבודה במערכת המשפט, אשר אפשר את בחינת השפעתה של הרפורמה לאורך זמן.⁵⁵

אף שיש דוגמאות רבות להיתכנות של ניסויי שדה במשפט ובמדיניות,⁵⁶ מסיבות שונות – חלקן אתיות, חלקן פרקטיות – ולפעמים בהיעדר סיבה טובה, מרבית הרפורמות בישראל אינן מיושמות בצורה ניסויית. בשל כך 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 להבחין טיעונים חוקתיים מבוססים מטיעונים חסרי ביסוס.

דוגמה לטיעון חוקתי המתאפיין בכשל הסיבתי האמור היא טענת המדינה בעתירות נגד הפרדה מגדרית באקדמיה שלפיה 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 הגידול במספר הסטודנטים החרדים בשנים

53 ראו למשל ליאור גוטמן "יצא לדרך: תשלום מהמדינה למי שלא ינהג בתוך העיר" **כלכליסט** <https://tinyurl.com/3b9k8ncd> (23.4.2019).

54 מבקר המדינה פעולות הממשלה להפחתת השימוש בכלי רכב פרטיים באמצעות תמריצים כלכליים 533 <https://bit.ly/3gtZ9sb> (2019).

55 Christoph Engel & Keren Weinshall, *Manna from Heaven for Judges: Judges' Reaction to a Quasi-Random Reduction in Caseload*, 17 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 722–751 (2020).

56 ראו למשל את פועלה של ה־Behavioural Insights Team, יחידה ממשלתית בממלכה המאוחדת העורכת מחקרים התנהגותיים על מנת לטייב את המדיניות הממשלתית במגוון תחומים. THE BEHAVIOURAL INSIGHTS TEAM, <https://www.bi.team/> (last visited Nov. 23, 2022); לכתובה אקדמית על כך: Cass R. Sunstein, *Nudging: A Very Short Guide*, 37 J. CONSUMER POL'Y 583 (2014).

שלאחר פתיחת המסגרות האקדמיות החרדיות, שהן מופרדות.⁵⁷ הבעיה היסודית בטיעון זה היא שפתיחת התוכניות לחרדים באקדמיה לא התאפיינה רק בהפרדה מגדרית אלא לוותה גם 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 מקילים לעומת תוכניות 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, בשל ריבוי הגורמים האחרים שהופעלו בו־זמנית ותרמו להרשמה לתוכניות הללו.

כדי לבסס טענה בדבר הכרחיותה של הפרדה מגדרית במסגרות אקדמיות חרדיות היה על המדינה להציע את הקמפוסים החרדיים, על כל המלגות, ההתאמות, סעיפי 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 שיושמו כל יתר ההתאמות, הייתה יכולה לקום הצדקה לבחון הוספה של הפרדה מגדרית ולבחון את מינונה ואת אופייה של ההפרדה הנחוצה. במצב כזה היה אפשר להגריל את הסטודנטים לכיתות מופרדות ברמות שונות, ברמת העמיתים לספסל הלימודים, מין המרצים והיקף ההפרדה הנקוטה בקמפוס, ולבדוק 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 חלופיים. ראשית, אם השינוי ממוקד בפרמטר אחד, במצבים מסוימים ניתן להשוות את התקופות שלפני יישום המדיניות ואחריו, אם נאספו 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 כדי שיהיה אפשר להשוותם לנתונים המקבילים בתקופת ה"אחרי". ניתן להתייחס למבחן מעין זה כמעין ניסוי טבעי. למשל, במחקר שביצעתי בארצות הברית בדקתי אם מתן חריג מטעמים דתיים לחוקי איסור הפליה מרחיב את ההפליה אם לאו.⁵⁸ המחקר התבצע לפני ואחרי פסיקה של בית המשפט העליון לטובתו של אופה שסירב, מטעמים שבאמונתו הדתית, להכין עוגת חתונה לזוג גברים.⁵⁹ המחקר בדק את הנכונות לספק שירותים לזוגות חד-מיניים לפני ההחלטה ואחריה במדינות שונות בארצות הברית,

57 ראו בג"ץ 6500/17 תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה (נבו 12.7.2021); בג"ץ 8010/16 ברוזן נ' מדינת ישראל (נבו 12.7.2021).

58 ראו 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 Increase Masterpiece Cakeshop*, 50 J. LEGAL STUD. 75 (2021).

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

באמצעות פנייה ליותר מ-1000 עסקים בתחום החתונות במשטרים משפטיים שונים בארצות הברית. המחקר מצא שההחלטה הביאה להפלייתם של זוגות חד-מיניים, בייחוד באזורים דתיים יותר בארצות הברית, ואף בקרב עסקים שקודם להחלטה לא העדיפו זוגות מעורבים על זוגות חד-מיניים. בדיקה מעין זו אפשרית כל אימת שמבקשים להבין את התוצאות של כלל מסוים, וניתן לאסוף נתונים על התקופה שקדמה להחלטה. אם מתברר שתוצאות הכלל בעייתיות, תוצאות הבדיקה יכולות לעזור לתקן ולדייק את הכלל.

שנית, ניתן לקיים ניסויים באמצעות סקרים. סקרים, בייחוד אם הם מייצגים היטב את אוכלוסיית היעד, מאפשרים לבדוק מגוון שאלות שאי אפשר לבדוק אותן בשטח ולקבל עליהן תשובות מקורבות. קיימות שיטות מתוחכמות שבהן ניתן להשתמש בסקרים בשביל להעמיד אנשים בסיטואציה מקורבת לזו של החוק או של הפעולה השלטונית ולבדוק כיצד המשתתפים מבינים את המצב המשפטי ואם המשפט משפיע על עמדותיהם ועל התנהגותם. חסרונותיה של בחינה כזו הם שהיא מקורבת בלבד, ולעיתים קשה להכליל מממצאי הסקר על אוכלוסיית היעד. אך לא אחת בחינה זו שימושית כשהסוגיות העובדתיות הן נדבך חשוב בבחינה החוקתית, והסקרים יכולים לספק נתונים, גם אם מקורבים, המדויקים מהקיים.

דוגמה לניסוי כזה היא מחקר שביצעתי עם יובל פלדמן ועם נעם גדרון בנושא ההשפעה של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: 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 העיקריות שהועלו כלפי חוק היסוד, כי החוק עשוי לעודד הפליה כלפי ערבים.⁶⁰ בחלקו הראשון של הניסוי הוגרלו המשתתפים באופן אקראי לקרוא את חוק היסוד או חוק ניטרלי העוסק ברגולציה משק המזון. לאחר מכן התבקשו המשתתפים לקרוא תרחיש העוסקים בחלוקת משאבים פרטיים וציבוריים לקבוצות שונות בחברה ולציין כיצד היו נוהגים בכל תרחיש. מתווה זה יצר מערך של ניסוי באמצעות סקר, הבוחן אם חשיפה להוראותיו של חוק-יסוד: הלאום (לעומת טקסט משפטי ניטרלי) מרחיבה הפליה נגד המיעוט הערבי. המחקר מצא כי קריאת חוק היסוד לא הגדילה את ההפליה כלפי המיעוט הערבי אלא הובילה את מתנגדי החוק לאמץ גישה מכילה יותר, אך קצרת מועד, כלפי פרטים וארגונים ערביים.⁶¹ במחקר מאוחר יותר שביצענו לפני חקיקת חוק היסוד ואחריה, 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

60 ראו אלון הראל "מדוע הצעת חוק-יסוד הלאום פוגעת דווקא ביהדות?" מולד, המרכז להתחדשות הדמוקרטיה (2013); דניאל סטטמן ואלכסנדר יעקבסון "חוק הלאום" מכון שלום הרטמן (21.12.2014) <https://bit.ly/3VXGu8G>; עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר "הצעת חוק-יסוד: מדינת ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי: חוות דעת שהוגשה לוועדת השרים לענייני חקיקה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (2.5.2014) <https://bit.ly/3Tk6tWb>.

61 ראו ברק-קורן, פלדמן וגדרון, לעיל ה"ש 16; Barak-Corren, Feldman & Gidron, לעיל ה"ש 16.

שהפליית ערבים מותרת וכי שלילת אזרחותם אפשרית לפי חוק⁶², אף שחוק-יסוד: הלאום אינו עוסק בסוגיות אלה כלל. ממצאים אלה מספקים מסד עובדתי לדיון בכנסת ובממשלה בשאלת השפעותיו האקספרסיביות של חוק-יסוד: הלאום, שהייתה במוקד חלק מהדיונים בחוק⁶³. כך, הניסויים לא איתרו השפעות אקספרסיביות שליליות על הציבור היהודי, אך הממצאים על שינוי התפיסה בציבור הערבי מעלים את הצורך לבחון דרכים לצמצום השפעתו השלילית של חוק היסוד – בין בתיקון חוק היסוד ובין 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).⁶⁴ נחזור לסוגיית **הפרדה 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 בנוגע ללימודים אקדמיים באמצעות סקר העדפות כל עוד הוא בנוי ומנותח בצורה מהימנה.⁶⁵ במחקר שביצעתי בסוגיה זו מצאתי כי בניגוד לטענת מל"ג, דירוג ההעדפות של חרדים המעוניינים בלימודים אקדמיים בעניין הפרדה מגדרית נמוך במידה ניכרת מזה שטענה לו מל"ג והן אינן מוחלטות כלל: כך, מצאתי כי חשיבותה של הפרדה מגדרית בכיתות הלימוד גדולה מחשיבותם של מגדר המרצה ושל הפרדה במרחב הציבורי בקמפוס, אשר נתפסו כחשובים רק בעיני מיעוט קטן מהחרדים המעוניינים בלימודים אקדמיים.⁶⁶

בחינה אמפירית זו אתגרה את טענת התכלית שביסוד 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 ולהסכיין עם הפרדת הקמפוס כולו? אלה אמצעים שפגיעתם בשוויון קשה יותר והם אינם 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 מזו של ההפרדה הגורפת והמוחלטת שאימצו מוסדות הלימוד בהסכמתה ובאישורה של מל"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

62 Netta Barak-Corren, Noam Gidron & Yuval Feldman, *Majority Nationalism Laws and the Equal Citizenship of Minorities: Experimental, Panel, and Cross-Sectional Evidence from Israel*, 51 J. LEGAL STUD. 371 (2022)

63 שם.

64 ראו עניין **סלום**, לעיל ה"ש 51, וכן את הדיון להלן.

65 לביקורתי על הסקר שערכה המל"ג, ראו ברק-קורן "עמדות הציבור החרדי" לעיל ה"ש 36.

66 שם.

התבססה בין השאר על המחקר בהגיעה למסקנה כי היעדר התשתית העובדתית חותר תחת התוכנית כולה.⁶⁷

התפתחות אמפירית נוספת מהעת האחרונה היא השימוש בבינה מלאכותית לאיתור שיטתי ונרחב של דפוסים רלוונטיים. 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. כך ניתן לאתר נוער בסיכון מבעוד מועד, חולים בעלי סיכוי להיטיב את מצבם 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 שבהם הרשות משתמשת ובכך להפחית את הפגיעה בזכויות.⁶⁸ ניקח לדוגמה את פרשת **עדאלה** בעניין מניעת איחוד משפחות, שבה 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.⁶⁹ כיום, בעזרת מודלים של למידת מכונה, ניתן לייצר חיזוי מדויק יותר ולאפיין בדרך 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.⁷⁰ בהקשר הביטחוני

67 ראו עניין **ברזון**, לעיל ה"ש 57; נטע ברק-קורן "פסק הדין אודות ההפרדה המגדרית באקדמיה: לקראת משפט חוקתי אמפירי" **Blog ICON-S-IL** (18.7.2021) <https://bit.ly/3x9A36T>.

68 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 בה"ש 27–28 ובטקסט הצמוד אליהן, יש 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 (ראו אהוד בקר **היבטים בקידום ממשל דיגיטלי: מבט משווה** 22 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע (2020)).

69 עניין **איחוד המשפחות**, לעיל ה"ש 18. באותו מקרה, למשל, התקיים בחוק חריג המתיר מתן היתר שהייה לתושב האזור שגילו מעל 35 שנים ולתושבת האזור מעל גיל 25 (שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט לוי).

70 ראו למשל, בהקשר האמריקני, מחקר שבחן את החדירה של מאפיינים גזעניים לתוך אלגוריתמים משטרתיים לניבוי פשע ב-13 משטרים שונים בארצות הברית אצל Rashida Richardson, Jason M. Schultz & 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 בארצות הברית התעוררו קשיים נוספים במצבים שבהם מערכת המשפט השתמשה בתוכנות שבבעלות חברות מסחריות שסירבו לחשוף את האלגוריתם המשמש להערכת מסוכנות, אף לא לבית המשפט. מצב דברים זה פוגע בהוגנות ההליך הפלילי.

הישראלי סיכון זה פחות כי מאפיין הלאום נותר קבוע כאשר לכל בני הקבוצה שעליהם האלגוריתם מופעל, אולם יש לבחון בדרך אקטיבית אם האלגוריתם מסתמך הסתמכות לא רלוונטית על תבחינים גנריים אחרים.

לסיכום, יש מגוון של כלים אמפיריים שבהם 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 לצורתיו השונות; אם הבירור החוקתי מצריך הבנת העדפות או עמדות, ניתן להשתמש בסקרים מובנים המייצגים את האוכלוסייה שהבנת עמדותיה נדרשת; אם הבירור החוקתי דורש בניית פרופילים של סיכון, כלי חיזוי עדכניים יכולים לתת מענה. יש כמובן כלים נוספים, וכל שאלה דורשת התאמה של הכלי האמפירי אליה.

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 ובהדגמת הדרכים השונות שבהן ניתן להתאים כלים אמפיריים לבירור שאלות קונקרטיות. 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 שבו הסטנדרטים נשענים על ניתוח תמונת המציאות) וליישומם במקרים קונקרטיים בצורה הוגנת ומשכנעת. בדרך זו כלים אמפיריים יכולים לסייע למשפט החוקתי בהגשמת שתי המטרות החברתיות הייחודיות של המשפט: ניסוח הכללים ויישומם בסכסוכים קונקרטיים. נוסף על זה, וכפי שהדגמתי ברשימה זו, כלים אמפיריים יכולו לסייע באיתור פתרונות פרגמטיים במקרים של התנגשויות בין סטנדרטים נורמטיביים שווי מעמד.

בדומה לכלי כלי מתודולוגי ומשפטי, גם כלים אמפיריים חשופים לשימוש לרעה. הבירור העובדתי הוא מורכב ורגיש לפרטים, וחלק מהמתודולוגיות הנחוצות להכרעה בשאלה החוקתית הקונקרטית עשויות להיות סבוכות מבחינה טכנית. מחוקקים, מבצעים ושופטים עשויים להתקשות בהבנתן ולא להשכיל לבקרו מקום שבו ביקורת זו דרושה. קיים חשש שבחסות סיבוכיות זו הליכי קבלת ההחלטות יזוהמו בנתונים מוטעים, חסרים ולא מהימנים.⁷¹ חשש זה גדול במיוחד בנקודת הזמן הנוכחית, שבה שלוש הרשויות אינן מחזיקות במשאבים המקצועיים (תשתית ארגונית, הכשרות מקצועיות ונהלים מתאימים) שיאפשרו להן ליזום מחקרים אמפיריים או לבקר ממצאים אמפיריים המוצגים להן.⁷²

71 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), כן את החששות המובאים ברשימתו של דוד אנוך בסימפוזיון זה, "כלים אמפיריים ומשפט חוקתי: בין תיאוריה אידיאלית והעולם האמיתי" **משפטים על אתר יט**.

72 ראו Timothy Zick, *Constitutional Empiricism: Quasi-Neutral Principles and Constitutional Truths*, 82 N.C. L. REV. 115, 187–197 (2003). אבל ראו גם Larsen, *Constitutional Law*, לעיל ה"ש 41, שעומדת על היתרונות המוסדיים של בית המשפט בקביעת עובדות.

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

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.

שלישית, כאשר רשויות השלטון פועלות על בסיס מידע קלוקל או נמנעות מאיסוף מידע רלוונטי הן עשויות לשלם מחיר יקר שיתבטא באמון הציבור. חוקים נטולי תשתית עובדתית משכנעת חשופים מטבע הדברים להאשמות שהם משקפים אינטרסים פוליטיים צרים ואינם משרתים את האינטרס הציבורי. פסיקות נטולות תשתית עובדתית משכנעת חשופות להאשמות שהן מבוססות על נטיות ליבם הסובייקטיביות ועל השקפותיהם האידאולוגיות של השופטים. ביסוס הכרעות חוקתיות על תשתית אמפירית איתנה יכול להנמיך את גובה הלהבות בעניינים חוקתיים ולתרום לאמון הציבור ברשויות השלטון. ויכוחים על סוגיות חוקתיות אינם צפויים להתאייד, אבל אופיים עשוי להשתנות. במקום ויכוחים על החשיבות היחסית של ערכים שונים – אשר בהכרח צפויים לפלג את האזרחים לפי תפיסותיהם הערכיות והתרבותיות – הוויכוחים יתמקדו באיכות הנתונים ויסובו על פרשנותם, ויכוחים שניתנים להכרעה בשיטתיות ובשקיפות ועל סמך אמות מידה מקובלות ומקצועיות. אומנם 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, של הממשלה ושל בתי 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 משלוש הרשויות שתיתן מענה למקבלי ההחלטות בסוגיות אמפיריות; ולהקים מערכי בקרה שיסייעו להעריך את איכות הנתונים ואת דיותם.

אם ננקוט את כל הכלים האלה נשפר במידה ניכרת את עיצוב המשפט החוקתי ואת יישומו בכל שלוש הרשויות – המחוקקת, המבצעת והשופטת. ההכרעות החוקתיות יהיו מבוססות, מדויקות יותר, מוצדקות יותר, ולפיכך גם משכנעות יותר. ואם כל זה יקרה, יש סיכוי לא מבוטל שנהפוך את המשפט החוקתי לקצת יותר מוסכם וקצת פחות שנוי במחלוקת.