

## הנמקה חוקתית\*

### סוזי נבות\*\*

עד כמה השפה של פסקי הדין מתייחסת להקשר הפוליטי והחברתי שבמסגרתו פועלים בתי המשפט החוקתיים? כיצד היא משפיעה על התנהגותם של בעלי הדין הציבוריים והפרטיים המופיעים בפניהם? מה משותף להנמקה החוקתית בכל מקום בעולם? פרויקט CONFASON, שפועל במסגרת מכון מקס פלנק למשפט ציבורי השוואתי ולמשפט בינלאומי בהיידלברג, גרמניה, מנסה לענות על שאלות מרכזיות אלה באמצעות יישום ופיתוח של שיטות מחקר אמפיריות. תוצאותיו של הפרויקט פורסמו בספר שיצא לאור בשנת 2017: COMPARATIVE CONSTITUTIONAL REASONING בהוצאת Cambridge Univ. Press, בעריכת András Jakab, Arthur Dyeve ו-Giulio Itzcovich. המחקר מתמקד בניחות פסקי דין חוקתיים בולטים סביב העולם, תוך שילוב ניתוח איכותני וכמותני. הספר הכולל את תוצאות המחקר מציג לראשונה ניתוח מקיף ושיטתי של ההנמקה החוקתית. הניתוח מבוסס על בדיקה של שמונה עשרה מערכות משפטיות ברחבי העולם, כולל בית הדין האירופי לזכויות אדם ובית הדין האירופי. המחקר מזהה היבטים משותפים אוניברסליים של הנמקה חוקתית תוך בחינה של השאלה האם מדינות המשפט המקובל נבדלות ממדינות קונטיננטליות בהקשר זה.

\* תרגום של המונח Constitutional Reasoning. החומר המובא בשלושת החלקים של מאמר זה לקוח מן הספר COMPARATIVE CONSTITUTIONAL REASONING, שערך András Jakab, Arthur Dyeve & Giulio Itzcovich (2017) ומתפרסם באישור ההוצאה לאור של Cambridge University Press. החלק הראשון – המבוא – מסביר בקווים כלליים את מהותו של המחקר ומבוסס על דברים שכתבו עורכי הספר בפתח. החלק השני מהווה תרגום של תמצית הפרק הישראלי בספר, שנכתב על ידי, ובמסגרתו מובא המחקר הישראלי על ההנמקה החוקתית של שופטי בית המשפט העליון בישראל, כפי שהנמקה זו עולה מניתוח 40 ההחלטות הבולטות בתחום. החלק השלישי הוא תרגום של תוצאות המחקר האמפירי כולו, שנכתב על ידי עורכי הספר. התרגום הוא של אמירה כהן ואני מבקשת להודות על עבודתה המצוינת. המחקר עצמו נערך במסגרת מכון Max Planck בהיידלברג, הוא כלל 18 חוקרים ממדינות שונות. תוצאות המחקר והנתונים שלו ניתנים לעיון באתר המחקר של Conreasons בכתובת: [www.conreasonproject.com](http://www.conreasonproject.com).

\*\* פרופסור למשפטים, בית הספר ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי – המכללה למינהל. אני מבקשת להודות ליחידת המחקר של המסלול האקדמי ולקתדרה לזכויות אדם ע"ש אמיל זולא בבית הספר למשפטים, על סיועם בהוצאה לאור של מאמר זה. תודה לרון קינן על סיועו בהכנת הגרסה העברית של המאמר.

מאמר זה מציג תחילה תמצית של ההקדמה לספר, לאחר מכן מתמקד בפרק הישראלי ובמצאים של המחקר הישראלי ולבסוף מציג תרגום של מסקנות המחקר, שנכתב על ידי מחברי הספר.

חלק ראשון: מבוא. חלק שני: בית המשפט העליון הישראלי. א. כללי: 1. התרבות הפוליטית והמשפטית כרקע להנמקה החוקתית; 2. האקדמיה המשפטית וההנמקה החוקתית; 3. תאוריות מקובלות בשיקול דעת שיפוטי. ב. טיעונים בהנמקה השיפוטית: 1. מבנה הטיעונים החוקתיים; 2. סוגי הטיעונים בהנמקה חוקתית; 3. גילוי לב, שקיפות ורטוריקה שיפוטית; 4. אורך פסק הדין, דעות רוב ומיעוט; 5. סיווג הסוגיות החוקתיות; 6. מושגי מפתח. ג. פרספקטיבה השוואתית. ד. הערכה, פתולוגיה וביקורת. חלק שלישי: מסקנות. א. דפוסים קבועים ושונויות בהנמקה חוקתית. ב. יחסיות ההבחנה בין המשפט המקובל לבין המשפט הקונסטיטונטלי. ג. מגמות בעולם בהנמקה חוקתית: לקראת הנמקה חוקתית גנרית? ד. התפתחויות גלובליות עם ייחודיות לוקלית: משפט חוקתי "גלוקלי". ה. עתיד המחקר של הנמקות חוקתיות. נספח: רשימת 40 פסקי הדין החוקתיים הבולטים.

## חלק ראשון: מבוא

בשלושים השנים האחרונות אנו עדים לעלייה דרמטית בכוחם של שופטים.<sup>1</sup> מדובר בתופעה גלובלית, שבמסגרתה שופטים נוטלים תפקיד מכריע בהכוננה של המדיניות הציבורית. כמעט כל היבט של החיים הציבוריים או הפרטיים נידון כיום בבתי משפט. השופטים החוקתיים הם אלה העומדים בחר החנית של הביקורת השיפוטית בעולם, המתרחבת במהירות ובהתמדה. השפעתם הגוברת מעודדת ריבוי של ליטיגציה חוקתית, ועקב כך הפכו הטיעונים החוקתיים חלק מן השיח הציבורי. הציבור, הנחשף לתופעת הקונסטיטוציונליזציה של הפוליטיקה,<sup>2</sup> מפנים כיצד חוקים שנחקקו באופן דמוקרטי מבוטלים על ידי שופטים בשמן של הזכויות החוקתיות.

יש הרואים בתופעה זו מעין השתלטות שיפוטית.<sup>3</sup> אחרים רואים בכך ניצחון לשלטון החוק ולזכויות האדם.<sup>4</sup> בלא קשר לעמדה זו או אחרת, שופטים חוקתיים – כמו מחוקקים – הם

1 ראו THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (C. Neal Tate & Torbjorn Vallinder eds., 1995).

2 ALEC STONE, THE BIRTH OF JUDICIAL POLITICS IN FRANCE: THE CONSTITUTIONAL COUNCIL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (1992); ALEC STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE (2000).

3 RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004).

4 ראו למשל András Jakab, *Application of the EU Charter by National Courts in Purely Domestic Cases*, in THE ENFORCEMENT OF EU LAW AND VALUES: ENSURING MEMBER STATES COMPLIANCE (András Jakab & Dimitry Kochenov eds., 2017).

## הנמקה חוקתית

מקבלי החלטות ציבוריות, הנעדרים אצטלה דמוקרטית כיוון שאינם נבחרים. הדבר מעלה כמובן את אחת החידות המרכזיות של המשפט החוקתי במשטרים דמוקרטיים, והיא: כיצד שופטים שלא נבחרו מסבירים את החלטתם לצד המפסיד בסכסוך חוקתי. כיצד שופטים מצדיקים את החלטתם שלא ליישם חוק שנתקבל על ידי מחוקק, שנבחר בבחירות חופשיות? ההתחקות אחר ההנמקה החוקתית ובירור הסיבות המוצגות על ידי שופטים חוקתיים להחלטותיהם, חיונית על מנת להבין לעומקה את השפיטה החוקתית.<sup>5</sup>

הספר CONSTITUTIONAL REASONING, שבמסגרתו נחקרו באמצעים אמפיריים החלטות של בתי משפט חוקתיים מ-18 מדינות ובו נכלל גם המחקר הישראלי, מבקש להתחקות אחר ההנמקות של בתי המשפט החוקתיים בפסיקה החוקתית: האם משתנות הנמקות אלה בהתאם לשיטות המשפט השונות בעולם, ואם כן – כיצד.

מעיון מקרי בפסיקה החוקתית של כמה שיטות משפט עולים הבדלים מהותיים – בצד קווי דמיון – בהנמקה החוקתית, הן בצורה, הן בשפה והן בסגנון. מה משותף להנמקה החוקתית בכל מקום בעולם? האם קיימת מגמה של התכנסות, של "סטנדרטיזציה" בהנמקה החוקתית או שמא ההפך הוא הנכון, והמגמה העולמית הגוברת היא של גיוון וייחודיות? עד כמה ההנמקה של הכרעות חוקתיות מתייחסת להקשר הפוליטי והחברתי וכיצד הנמקה חוקתית משפיעה על בעלי הדין הפונים לבתי המשפט החוקתיים?

מטרתו של פרויקט Conreason היא לענות על שאלות אלה תוך פיתוח ויישום מערך חדשני של כלים ושיטות מחקר. הספר מתאר מודלים אמפיריים ומראה כיצד שיטות אמפיריות צוברות פופולריות במחקר החוקתי ההשוואתי. המבוא לספר דן בהרחבה בהגדרת המושג של "הנמקה חוקתית", ובמסגרתו מסבירים עורכי הספר את שאלות המחקר ועיצובו כמו גם את השאלות שעליהן ביקשו לענות במסגרת הפרויקט. המאמץ התאורטי כלל, מחד, פיתוח של טיפולוגיות מקיפות של הנמקות חוקתיות ומאידך, ניסיון לבסס תאוריה בדבר האסטרטגיות הרטוריות של שופטים חוקתיים. העורכים התייחסו למחקר בחלקו כאל "פרויקט מיפוי". הנתונים נאספו באמצעות הכנה של דו"חות מדינתיים, שנכתבו על ידי מומחים בתחום החוקתי, ולאחר מכן

5 על הבניית הלגיטימיות של החשיבה החוקתית באופן כללי ראו AULIS AARNIO, *THE RATIONAL AND THE REASONABLE: A TREATISE ON LEGAL JUSTIFICATION* (1987); JÜRGEN HABERMAS, *FAKTIZITÄT UND GELTUNG: BEITRÄGE ZUR DISKURSTHEORIE DES RECHTS UND DES DEMOKRATISCHEN RECHTSSTAATS* (1992); UWE KISCHEL, *DIE BEGRÜNDUNG* (2003); MANUEL ATIENZA, *CURSO DE ARGUMENTACIÓN JURIDICAL* (2013). על המנגנונים השונים ליצירת לגיטימיות על ידי בתי דין חוקתיים ראו André Brodocz, *Constitutional Courts and Their Power of Interpretation, in LAW, POLITICS, AND THE CONSTITUTION: NEW PERSPECTIVES FROM LEGAL AND POLITICAL THEORY* 15–29 (Antonia Geisler, Michael Hein & Siri Hummel eds., 2014); Hans Vorländer, *Deutungsmacht – Die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit, in DIE DEUTUNGSMACHT DER VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT*, 9–33 (Hans Vorländer ed., 2006); Christian Boulanger, *Vergleichende Verfassungsgerichtsforschung: Konjunktoren verfassungsgerichtlicher Autorität am Beispiel Bundesverfassungsgericht und ungarisches Verfassungsgericht, in HANDBUCH BUNDESVERFASSUNGSGERICHT IM POLITISCHEN SYSTEM* 911 (Robert Christian van Ooyen & Martin HW Möllers eds., Springer 2<sup>nd</sup> ed. 2015).

עוברו הנתונים באמצעות עיצוב מחקר איכותני חדש תוך הפעלה של טכניקות ניתוח תוכן מבוססות-מחשב. התוצאות שהתקבלו מפורטות בחלק השלישי, שהוא פרק הסיכום של הספר. צוות המחקר כלל חוקרים במשפט חוקתי השוואתי מ-18 מדינות, המייצגות שיטות משפט ותרבויות משפטיות שונות, תוך איזון בין היבשות השונות ובין שיטות המשפט המקובל לבין המשפט הקונטיננטלי. כן נכלל בית הדין האירופי ובית הדין האירופי לזכויות אדם.

עורכי המחקר החליטו להתמקד בארבעים מקרים חוקתיים מובילים בכל מדינה. כל חוקר התבקש לבחור את ארבעים פסקי הדין הבולטים, אלה הנחשבים בעיני הקהילה המשפטית המקומית לפסקי הדין החשובים ביותר והמופיעים ברובם ברשימות הקריאה של הקורסים במשפט חוקתי באוניברסיטאות השונות. כל חוקר נדרש למנות חמישה משפטים חוקתיים מומחים באותה מדינה, שנתבקשו, כל אחד בנפרד, לציין באיזו מידה הם מסכימים עם בחירת ארבעים המקרים. עורכי המחקר לא ציפו לתיאום מושלם בין המומחים, אבל בהחלט ניכר קונצנזוס לגבי רוב רובן של ארבעים פסקי הדין המובילים.

העורכים פיתחו שאלון רחב ומפורט, ששימש את המחקרים של המחקרים המדינתיים. השאלון עסק בהנמקה החוקתית ב-12 קטגוריות שכללו לא רק את שיטות החשיבה, אלא גם התייחסות מוסדית רחבה יותר, לרבות סביבה פוליטית.

שלוש קטגוריות מרכזיות עסקו במבנה של ההנמקה החוקתית, המקורות שעליהם היא מבוססת והשימוש במושגי יסוד ובדוקטרינות חוקתיות:

(1) מבנה ההנמקה – שאלות בקטגוריה זו נגעו, בין היתר, למשקל של שיח הזכויות ושל הפרדת הרשויות בהנמקת השופטים, למבנה הבסיסי של הנמקה משפטית ולאמצעים שבהם היא נתמכת, לאורכה של ההנמקה ולדעות מיעוט.

(2) המקורות של המשפט החוקתי וגישות פרשניות – כאן נבחנו שאלות בנוגע לסטטוס של טקסטים חוקתיים, לשפיטות של סוגיות חוקתיות ולשימוש בטיעונים המבוססים על תקדימים. כן נבחנו השכיחות של קנונים של הפרשנות החוקתית: הפרשנות המילולית הרגילה, הכוונה המקורית (הפרשנות ההיסטורית-טלאולוגית), הפרשנות התכליתית (טלאולוגית-טקסטואלית), אנלוגיה, קוהרנטיות, השימוש בהנמקה לבר-משפטית והשימוש בתקדימים זרים.

(3) מושגי יסוד ודוקטרינות חוקתיות – בקטגוריה השלישית והאחרונה נכללו שאלות על השימוש במושגים כגון: "דמוקרטיה", "ריבונות", "שלטון החוק" ו"כבוד האדם". כן נכללו שאלות בנוגע לנטייה של דעות השופטים להסתמך על עקרונות כמו שוויון ולבחון אמצעים ומטרות במסגרת מבחני המידתיות.

כל מחבר כתב תיאור מפורט של שיטות ההנמקה של בית המשפט ושל האופן שבו הקטגוריות באות לידי ביטוי בשיח השיפוטי. הדו"חות של כל אחד מנציגי המדינות מרכיבים את 18 הפרקים של הספר.

להלן יובא הפרק הישראלי, שאותו חיברתי כחלק מצוות המחקר. בהזדמנות זו אני מבקשת להודות להדר בן שלום ולעדי מרום על עזרתן במחקר. בסופו של הפרק הישראלי, יוצג הסיכום של המחקר, שנכתב על ידי שלושת העורכים, והוא הפרק המסכם של הספר, המביא את תוצאות הניתוחים הסטטיסטיים. פרק הסיכום תורגם כאמור על ידי אמירה כהן. בנספח תובא רשימת 40 פסקי הדין הבולטים, שהיוו בסיס למחקר הישראלי.

## חלק שני: בית המשפט העליון הישראלי

### א. כללי

#### 1. התרבות הפוליטית והמשפטית כרקע להנמקה החוקתית

הכישלון לכונן חוקה מייד לאחר הקמתה של מדינת ישראל השפיע רבות על המשפט החוקתי בישראל. המאבק המתמשך בין המגזר הדתי למגזר החילוני בנוגע לנושאים כגון זכויות אדם, מעמד אישי וזכויות מיעוטים בישראל והמחלוקת באשר לעקרונות הבסיסיים שאמורים להיות מעוגנים בחוקה ועליהם צריכה החוקה להגן, אינם נחלת העבר. כיום אין בישראל הסכמה בנוגע להסדרים רבים, בייחוד אלה שעניינם אופייה של המדינה, האיזון העדין שבין "יהודית" ל"דמוקרטית" ויחסי דת ומדינה. למרות המהפכה החוקתית של 1992 והמעבר מעקרון ריבונות הכנסת למשטר של ביקורת שיפוטית, מעמדן החוקתי של זכויות האדם לוקה עדיין בחסר. בנסיבות אלה, השפעתו של בית המשפט העליון על המגמות החוקתיות הייתה ועודנה מכרעת. תרומתו ההיסטורית הגדולה של בית המשפט העליון באה לידי ביטוי בהשרשת חלק מהערכים הליברליים המרכזיים במוסדות המדינה, בתרבות הפוליטית ובחברה הישראלית כולה.<sup>6</sup>

בהיעדר נורמה חוקתית מפורשת, ההכרה בסמכותו של בית המשפט לביקורת שיפוטית על חוקים בשנת 1995, זכתה לתגובות מעורבות במערכת הפוליטית. הכנסת לא קידמה חקיקה חדשה בתגובה לפסק הדין בעניין *בנק המזרחי*<sup>7</sup> ונמנעה מלהיענות לאתגר שהציב בפניה בית המשפט העליון בפסק הדין המונומנטלי. בית המשפט בחר להותיר את הסוגיות החוקתיות המוסדיות למחוקק, אך הכנסת לא הכריעה בהן. נראה שהסיבה לכך נעוצה בסביבה הפוליטית. מכיוון שהכנסת לא יכלה להכריע בסוגיות מפתח, כגון אלה הנוגעות ליחסי דת ומדינה, נותר הטיפול בהן לבית המשפט העליון. עיון בפסיקה של למעלה מ-20 השנים שעברו מאז המהפכה החוקתית, מלמד כי בית המשפט העליון נקט גישה מרוסנת בכל הנוגע לביקורת שיפוטית, ועל אף הפסיקה החוקתית, ההתערבות השיפוטית הייתה מוגבלת. מאז ועד למועד כתיבת שורות אלה בוטלו פחות מעשרים חוקים (לרוב מדובר בביטולם של סעיפים בודדים מתוך החוק הנדון). ברוב המקרים קדמה לביטול קביעה שלפיה חוקים אלו פוגעים באופן לא-מידתי בזכויות המנויות בחוקי היסוד. הרחבת גבולות הביקורת השיפוטית השפיעה ומשפיעה עד היום על ההתנהלות החקיקתית והמנהלית.

בעשורים האחרונים קיימת תופעה של מעבר כוח, בעיקר מידיהם של פוליטיקאים נבחרים ציבור אל עברם של שופטים. המהפכה החוקתית, השינוי בעמדת בית המשפט בנוגע לדוקטרינות של שפיטות וזכות עמידה, הנכונות של בית המשפט לבחון לגופן עתירות, יחד עם הקושי של הדרג הפוליטי להכריע בסוגיות שנויות במחלוקת – כל אלה השפיעו על מעמדו ועל

6 Menachem Mautner, *Constitutional Culture in a Culturally Polarized Country* (lecture delivered at the Constitutional Culture Conference, Montreal, 6 May 2011), available at [www.tau.ac.il/law/mautner/luctuar/8.doc](http://www.tau.ac.il/law/mautner/luctuar/8.doc)

7 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) (1995).

תפקידו של בית המשפט העליון, שהפך לגוף מפקח, דומיננטי ואפקטיבי. הביקורת השיפוטית וגישה מרחיבה בנוגע לדרישת זכות העמידה, משמשות מנגנון יעיל המאפשר לבית המשפט להגן על שלטון החוק ולהבטיח את חוקיות פעילותן של רשויות השלטון.

## 2. האקדמיה המשפטית וההנמקה החוקתית

הספרות האקדמית-משפטית בישראל מייחסת מקום חשוב ונרחב לפסיקה של בית המשפט העליון. קשה להעריך מהו היחס בין אלה המבקרים את פסיקתו לבין אלה התומכים בה, אך מכל מקום קיימת ביקורת לא מבוטלת כלפי מה שמכונה האקטיביזם השיפוטי שלו. מלומדים רבים טוענים שבית המשפט העליון בישראל היה אקטיביסטי באופן קיצוני בשנות ה-80 וה-90. ריצ'רד פוזנר כתב על בית המשפט בהנהגתו של אהרן ברק כך:

“What Barak created out of whole cloth was a degree of judicial power undreamed of even by our most aggressive Supreme Court justices [...] A court can forbid the government to appoint an official who had committed a crime [...] or is otherwise ethically challenged and can order the dismissal of a cabinet minister because he faces criminal proceedings; that in the name of ‘human dignity’ a court can compel the government to alleviate homelessness and poverty; and that a court can countermand military orders, decide ‘whether to prevent the release of a terrorist within the framework of a political ‘package deal’’, and direct the government to move the security wall that keeps suicide bombers from entering Israel from the West Bank [...] In Barak’s conception of the separation of powers, the judicial power is unlimited”.<sup>8</sup>

בעקבות הביקורת האקדמית, ואולי גם בעקבות שינויים בהרכב בית המשפט העליון, ניכרת מגמה של ירידה באקטיביזם השיפוטי בשנים האחרונות. כתיבתה של האקדמיה המשפטית השפיעה על בית המשפט. עדות לכך היא כמות ההפניות בפסקי הדין לספרות האקדמית. הפניות אלו הן לפעמים ניטרליות (לדוגמה: “לקריאה נוספת ראה...”). למרות זאת, לרוב, בית המשפט משתמש בספרות האקדמית על מנת לחזק טיעון או הנמקה, ומפנה ישירות למאמר או לספר שהוא מסכים עם עמדת מחברו או חולק עליה. בשונה מבתי משפט חוקתיים אחרים בעולם, רובם המכריע של שופטי בית המשפט העליון בישראל אינם פרופסורים למשפטים, ונכון לכתיבת שורות אלה מכהנת בו פרופסור למשפטים אחת בלבד מתוך 15 שופטים. ככלל, נראה שמעמדו של שופט בבית המשפט העליון “יוקרתי” יותר מאשר מעמדו של פרופסור למשפטים (משכורתו של שופט בבית המשפט העליון גבוהה בערך פי שניים מזו של פרופסור באוניברסיטה ציבורית). כיום ניתן למצוא פרופסורים למשפטים

Richard A. Posner, *Enlightened Despot*, in THE NEW REPUBLIC (23 April 2007), available at [www.newrepublic.com/article/enlightened-despot](http://www.newrepublic.com/article/enlightened-despot) 8

הנמקה חוקתית

המשמשים כשופטים בבתי משפט נמוכים יותר, ורבים מהאקדמיה רואים בכס השיפוט בבית המשפט העליון את פסגת שאיפותיהם.

### 3. תאוריות מקובלות בשיקול דעת שיפוטי

ה"מוטו" של שיקול הדעת השיפוטי באופן כללי, ושל תפקידו של השופט במשפט חוקתי בפרט, מצוי בטקסט הבא:

"The judge is a partner in creating this system of law. The extent of this partnership varies with the type of law being created. In creating common law, the judge is a senior partner. In creating enacted law, the judge is a junior partner. Nonetheless, he is a partner and not merely an agent who carries out the orders of his principal. The second major task of the judge is to protect the constitution and democracy. In my opinion, every branch of government, including the judiciary, must use the power granted it to protect the constitution and democracy. The judiciary and each of its judges must safeguard both formal democracy, as expressed in legislative supremacy, and substantive democracy, as expressed in basic values and human rights".<sup>9</sup>

הרעיון המובע בפסקה זו בנוגע לתפקידו של השופט, מושרש היטב בהנמקה המשפטית של שופטי בית המשפט העליון. אף דיון על הנמקה חוקתית לא יהיה שלם בלא התייחסות להשפעה המכרעת שהייתה לכתביו של הפרופסור אהרן ברק בתחום זה. ברק מילא תפקיד מרכזי בהנחת היסודות שעליהן מושתתת הפרשנות החוקתית בישראל, ובספריו ובמאמריו הוא הציג משנה סדורה ומקיפה בנוגע לכללי הפרשנות בכלל. ראוי לציון בהקשר זה ספרו על פרשנות חוקתית אשר קטעים ממנו מצוטטים לעיתים קרובות בפסיקת בית המשפט העליון.<sup>10</sup> העמדה הרווחת היא שפירוש טקסט חוקתי יתבסס בעיקר על התכלית האובייקטיבית, המבוססת על ההתפתחות ההיסטורית, על ערכיה הבסיסיים של החברה ועל עקרונות היסוד של השיטה, דוגמת עקרון שלטון החוק, הפרדת הרשויות וזכויות אדם.<sup>11</sup> הניסיון ליישם כללי פרשנות אלו על חוקי-יסוד ייתקל בבעיה עקרונית: חוקי-יסוד טרם אוחדו לחוקה, הם אינם קוהרנטיים ומבוססים לעיתים יותר על כללים מאשר על עקרונות. יתרה מכך, עד המהפכה החוקתית התייחס בית המשפט העליון לחוקי-היסוד כאל חוקים רגילים. במהלך שני העשורים האחרונים התמקדה הפרשנות החוקתית בישראל בחוקי-יסוד בדבר זכויות אדם, בעיקר מכיוון שהם כוללים עקרונות יסוד וסעיפים הנוגעים לתכליתם.

Aharon Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 110 9 HARV. L. REV. 19, 26 (2002).

10 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית).

11 אהרן ברק "תפקידו של בית-משפט עליון בחברה דמוקרטית" הפרקליט מא 5, 6 (1993).

פסקת עקרונות היסוד שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מצהירה כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"<sup>12</sup>. לפסקה זו תפקיד פרשני המאפשר הבנה של היקף הזכויות, והמסייע לעצב את ההקשר והמשמעות של הזכויות בשני חוקי-היסוד. פסקת המטרה המופיעה בחוקי-היסוד אלה מדגישה כי מטרתם "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוקי-היסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". ברק כתב כי "טבעי הוא כי ההנחה בדבר ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לא תוגבל אך לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם [...] פרשנות חוקתית ראויה תכליתית משקיפה על ההוראות החוקתיות כעל אחדות [...] אם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מעוגנים בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם הרי יש להם תחולה גם מעבר לד' אמותיהם של חוקי-היסוד אלה"<sup>13</sup>. אך בכל זאת, הביטוי "כבוד האדם וחירותו" היה ועודנו מושג המפתח בכל הנוגע להיבטים בזכויות אדם שאינם מוגנים במפורש בחוקי-היסוד. הביטוי זכה לפרשנות מרחיבה שאפשרה לתת לזכויות נוספות – שלא נכללו בחוקי-היסוד – מעמד חוקתי. למעשה, ניתן לטעון כי מדובר בתיקון במשתמע של החוקה הישראלית באמצעות תהליך פרשני בעיקרו.

## ב. טיעונים בהנמקה השיפוטית

### 1. מבנה הטיעונים החוקתיים

ברוב ההחלטות שנותחו במסגרת מחקר זה, התייחס בית המשפט תחילה לעקרונות הכלליים הרלוונטיים לתיק הנדון, שמקורם העיקרי הוא בפסיקה קודמת. לאחר מכן יישם עקרונות אלה על המקרה. בחינה של 40 פסקי הדין הבולטים מעלה שבית המשפט מרבה להשתמש ב"טיעון מסכם בעל שורה אחת", שמופיע ברוב התיקים (24 מתוך 40). ב-7 מתוך 40 התיקים, מצאנו טיעונים "מקבילים-מכריעים", בעלי מבנה מצטבר מקביל. בתיקים אלו השופטים הציגו כמה טעמים להחלטתם, אך נראה שגם סיבה אחת הייתה מספיקה כדי לפתור את השאלה שעמדה בפני השופטים. ב-9 מתוך 40 התיקים מצאנו טיעונים מקבילים, שכל אחד מהם בפני עצמו אינו מכריע, אך יחדיו – כן. בתיקים אלה הציגו השופטים כמה שיקולים רלוונטיים, שנראה שאף אחד מהם לא היה מכריע, אך כולם הצביעו על פתרון מסוים. לדוגמה, בפרשת אייזנברג,<sup>14</sup> שדנה במינויו של אדם בעל עבר פלילי לתפקיד מנכ"ל משרד ממשלתי, ציין בית המשפט: "עד כה בחנתי את הבסיס המשפטי הראשון ממנו נגזרת חובתה של רשות שלטונית – כל רשות שלטונית – כנאמן הציבור לקחת בחשבון שיקוליה, שעה שהיא ממנה עובד ציבור, את עברו הפלילי של המועמד [...] נראה לי, כי חובתה של הממשלה להתחשב בעברו הפלילי של המועמד נגזרת גם ממקור נוסף". במקרה זה קשה לקבוע אם כל הנמקה הייתה מספיקה

12 ס' 1 לחוקי-היסוד: חופש העיסוק; ס' 1 לחוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו.

13 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 309–310.

14 בג"ץ 6136/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1994).



## הנמקה חוקתית

לבדה על מנת לבסס את המסקנה. חשבנו שיהיה סביר להניח שאף לא אחד מהנימוקים היה מספיק כשלעצמו לביסוס קביעת בית המשפט, בייחוד בהתחשב בכך שבתיק זה בית המשפט הכריז על קיומו של כלל חדש המחייב את כל רשויות הממשל.

## 2. סוגי הטיעונים בהנמקה חוקתית

### היקש

22 מתוך 40 התיקים שנבחנו כללו שימוש בהיקש. ראוי להדגיש כי היקש הוא שיטה מקובלת במקרים של לקונה. הדין הישראלי מנחה את בית המשפט להשלים לקונה באמצעות היקש, בצד כלים אחרים. היקש שימש למטרות שונות: להגיע לטיעון *a contrario*, ליישם מבחן איזון, לפרש נורמה משפטית דומה וכו'. סיווגנו היקש רק כאשר בפסק הדין הוזכר היקש מפורשות. לדוגמה, בפרשת מילר, השופטת דורנר קבעה כי:

”בישראל יש לשאול את אמות המידה לכיבוד הזכויות, בשינויים המחויבים, מסעיף 8 לחוק היסוד (להלן – פסקת ההגבלה) [...] אכן, פסקת ההגבלה חלה רק על סמכויות שיסודן בחוקים שהתקבלו לאחר חקיקת חוק היסוד. ואולם ראוי הוא, מכוח היקש, להחיל את עיקריה לעניין חובתן של רשויות השלטון מכוח סעיף 11 לחוק היסוד, החלה אף על סמכויות שיסודן בדינים שקדמו לחוק היסוד.”<sup>15</sup>

בפסק הדין שדן בחוק טל, כתב השופט חשין כי –

”הדוגמה הבולטת ביותר שנקרתה על דרכנו עד כה הייתה בפרשת ירדור. באותו מקרה לא דובר אמנם בביטול דבר-חוק של הכנסת, ואולם עיקרים שנקבעו בפסק-הדין יפים – על דרך ההיקש הישיר – לעניין ביטולו של חוק הכנסת אף-הוא.”<sup>16</sup>

### קביעת הטקסט החוקתי

מצאנו 5 תיקים (מתוך 40) המתמודדים עם השאלה אם נורמות מסוימות הן בעלות מעמד חוקתי. פסק הדין החשוב ביותר (ואולי החשוב ביותר במשפט החוקתי הישראלי) הוא פסק הדין בפרשת בנק המזרחי שהוזכר לעיל. המעבר לרעיון של כנסת מוגבלת ולחוקה כתובה התבסס על פסקת ההגבלה בשני חוקי-היסוד בדבר זכויות אדם. בפרשה זו נקבע כי פסקת ההגבלה מיועדת להגביל את סמכויות החקיקה של הכנסת, וכי לישראל יש חוקה “פורמלית”. פסק הדין, שכלל 367 עמודים ופורסם בכרך נפרד, הוקדש רובו ככולו לשאלת מעמדם של

15 בג”ץ 4541/94 מילר נ’ שר הביטחון, פ”ד מט(4) 94, פס’ 10 לפסק דינה של השופטת דורנר (1995).

16 בג”ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ’ הכנסת, פ”ד סא(1) 619, פס’ 47 לפסק דינו של השופט חשין (2006) (להלן: פרשת חוק טל).

חוקי-היסוד באופן כללי – אלו שנחקקו בשנת 1992, אך גם חוקי-היסוד המוסדיים שחוקקו קודם לכן.<sup>17</sup> בית המשפט קבע שחוקי-היסוד, שנחשבו עד אז חוקים רגילים, הם בעלי מעמד חוקתי, וכי לישראל יש חוקה "פורמלית".

### יישום החוקה

במסגרת השאלה של יישום החוקה, דנו פסקי הדין החוקתיים הישראליים בעיקר בשאלת השפיטות, היינו – בשאלה אם בית המשפט רשאי ליתן סעד בתיק בעל השלכות פוליטיות (בדומה ל"דוקטרינת השאלה הפוליטית"). מתוך 13 פסקי דין שדנו ביישום החוקה, 12 בחנו את סוגיית השפיטות.

בהמשך לגישה המסורתית, סוגיה תיחשב בלתי-שפיטה אם לבית המשפט אין כלים משפטיים לעסוק בה, וההחלטה בה נתונה לגופים הפוליטיים האחראים על הנושא. אף שאופיו הפוליטי של הנושא אינו שולל את אופיו המשפטי, מהותו של המוסד משפיעה על אופייה של ההתערבות השיפוטית וכן משפיעה על טבעם של החוקים המיושמים על ידי בית המשפט. בג"ץ קבע כי נתונה לו הסמכות לפקח על הליכי הכנסת,<sup>18</sup> לבחון את החלטות יו"ר הכנסת והוועדות, ואף את ההסכמים הקואליציוניים,<sup>19</sup> אך גם אם בית המשפט יבחר להתערב, היקף ההתערבות יהיה תלוי במהותו של הגוף הנבחן. באשר לכנסת, לדוגמה, נקט בית המשפט גישה של איפוק וריסון.

במבט ראשון, השימוש בדוקטרינות של חוסר שפיטות או של ריסון שיפוטי יכול להוביל בסופו של דבר לתוצאה זהה – בית המשפט יימנע מלהתערב. אולם בחינת התוצאה בלבד עלולה להטעות. תחת הדוקטרינה של אי-השפיטות, חוסר ההתערבות של בית המשפט נובע מכך שההחלטה עצמה לא נבחנת לגופה. לעומת זאת, כאשר עתירה נדחית בעקבות ריסון עצמי של בית המשפט, בית המשפט בוחן אותה לגופה ורק אז בוחר שלא להתערב. הדבר ממחיש את הגישה המקובלת בישראל. בית המשפט בוחן, במסגרת שיקול דעתו, אם להתערב בשאלה פוליטית אם לאו. התוצאה היא שבית המשפט מאשר החלטות שהתקבלו על ידי רשויות הממשל לאחר שבחן אותן לגופן. על כן נחשב בית המשפט לעיתים קרובות לגוף שמעניק את ה"אישור" הסופי להחלטות הפוליטיות. מצב זה מתמרץ הגשת עתירות רבות נגד החלטות פוליטיות, דבר שיכול להסביר את מספר התיקים הרב שבהם בית המשפט מתייחס להנמקה זו.

### המשמעות הרגילה של מילות החוקה או הפנייה ל"נוסח החוקה" באופן כללי

טיעון זה נמצא ב-11 מתוך 40 המקרים שנבחנו. בעיקר נעשה שימוש בטיעון זה על מנת להתמודד עם המשמעות הרגילה של המילה "כבוד" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והצורך להרחיב את פרשנותו כך שישתרע על זכויות שאינן כלולות בחוק-היסוד. כך למשל בפרשת

17 ראוי להעיר כי מרבית הדיון בסוגיות הללו נעשה במסגרת "הערת אגב", שהרי לא היה הכרחי לפסיקה הקונקרטיה בסוגיה שנונה.

18 בג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982).

19 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758 (1995).

עדאלה (איחוד משפחות),<sup>20</sup> נטען כי החוק האוסר איחוד משפחות של ערבים ישראלים עם בני זוגם תושבי הרשות הפלסטינית מפר את הזכות לשוויון ולחיי משפחה. שתי הזכויות הללו אינן כלולות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך המערערים טענו שהן נכללות בגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם. הנשיא ברק כתב שהזכות לכבוד האדם היא זכות "מסגרת" אשר ממנה ניתן לגזור "זכויות בנות", וביניהן הזכות לחיי משפחה.

### הרמוניה חוקתית

14 מתוך 40 פסקי הדין כללו טיעוני הרמוניה. מצאנו הן טיעוני הרמוניה מקומיים (ב-13 תיקים) – שבהם בית המשפט פירש את הנורמות החוקתיות לאור נורמות אחרות במסגרת המשפט הישראלי – והן טיעוני הרמוניה בין-לאומיים (ב-13 מתוך 40 תיקים) שהתייחסו לדין הבין-לאומי.

בישראל, הדין הבין-לאומי והמשפט החוקתי המקומי פועלים, עקרונית, בשני מישורים מקבילים, משום שישראל מקיימת מנגנון כפול לקליטת נורמות בין-לאומיות.<sup>21</sup> בישראל, הדין הבין-לאומי לא משמש ברגיל לפירוש החוקה. אף על פי כן, בית המשפט מפנה לדין הבין-לאומי, ומצאנו הפניות לאמנת האג (IV) המתייחסת לדיני ומנהגי מלחמה (1907), לאמנת ג'נבה (IV) המתייחסת להגנה על האוכלוסייה האזרחית בעתות מלחמה (1949) ("ישראל מכבדת את ההוראות ההומניטריות באמנה זו"), הנציבות הפנים-אמריקנית לזכויות אדם ("גישה דומה התקבלה על ידי הוועדה הבין-אמריקנית לזכויות האדם")<sup>22</sup> ועוד. בית המשפט שואף בדרך כלל להתאים את החלטותיו לאותן אמנות. גם אם אינו כבול על ידי חלק מהאמנות הבין-לאומיות שהוזכרו, בית המשפט מפנה ומתייחס אליהן.

באשר להרמוניה מקומית, ציטוט אחד, החוזר על עצמו במקרים רבים, מעיד על גישתו של בית המשפט בנוגע לחשיבות ההרמוניה בדין המקומי: "דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו. הוא מקבל צביונו מהקשר הדברים, ומכאן שיש לפרשו לפי המטרה שאותו חיקוק – הוא ולא אחר – בא לשרת".<sup>23</sup> ציטוט זה משמש בעיקר על מנת להצדיק את השימוש בהיקש מנורמות אחרות כך שתישמר הרמוניה וקוהרנטיות בשיטת המשפט. דוגמה נוספת להרמוניה פנימית ניתן למצוא בדברי השופט לוי: "סבורני כי פתרון לקושי זה מצוי בעקרון ההרמוניה החוקתית".<sup>24</sup>

- 20 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).
- 21 עמיחי כהן "שותפות בלתי שווה? – קליטתם של כללי המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי על ידי בית המשפט העליון: המקרה של השטחים" מאזני משפט ו 157, 164 (התשס"ז).
- 22 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, פס' 33 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) (כתוארו אז) ברק (2006) (להלן: פרשת הסיכולים הממוקדים).
- 23 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, פס' 14 לפסק דינו של השופט זוסמן (1969).
- 24 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, פס' 16 לפסק דינו של השופט לוי (2009) (להלן: פרשת הפרטת בתי הסוהר).

## תקדימים

השימוש בתקדימים הוא הפרקטיקה הנפוצה ביותר המופיעה ב־40 מתוך 40 התיקים שנבחנו.<sup>25</sup> השופטים הישראלים מחויבים בעקרון התקדים המחייב. לפי חוק־יסוד: השפיטה, החלטות בית המשפט העליון מחייבות את כלל בתי המשפט, אך לא את בית המשפט העליון עצמו, הרשאי לסטות מהן. על אף זאת, סטייה מתקדימים היא תופעה חריגה, משום שהיציבות המשפטית נתפסת כערך חשוב. השימוש בתקדימים נפוץ מאוד בשפיטה הישראלית, וקשה למצוא פסק דין שבו בית המשפט לא מאזכר אף מקרה קודם. בפסיקה עוסקים בהרחבה בהלכות ישראליות ובתקדימים זרים. החלטות ופסקי דין שמתפרסמים במאגרים אלקטרוניים לרוב נערכים כך שבתחילת פסק הדין מופיעה רשימת חיקוקים אשר פסק הדין מפנה אליהן, יחד עם רשימת התקדימים הישראלים והזרים שאוזכרו בפסק הדין. גם לפני עידן המאגרים האלקטרוניים, כשפסקי דין פורסמו בספרים, הופיעו רשימות אלו בתחילתו של כל פסק דין. הרשימות הן לעיתים ארוכות מאוד ובהן עשרות פסקי דין. לדוגמה, בפרשת אייזנברג מאוזכרים 58 תקדימים ישראלים ו־2 פסקי דין אמריקניים; בפרשת מילר מאוזכרים 40 תקדימים ישראלים, 15 פסקי דין אמריקניים ו־5 פסקי דין קנדיים; בפרשת הסיכולים הממוקדים מופיעים 59 פסקי דין ישראלים, 4 אירופיים, 5 אמריקניים, פסק דין אנגלי אחד, 5 פסקי דין של בתי דין בין־לאומיים ופסק דין קנדי אחד; פרשת הפרטת בתי הסוהר כוללת 105 תקדימים ישראלים, פסק דין אמריקני אחד, 2 פסקי דין אנגליים, 3 קנדיים ו־3 פסקי דין של בתי דין בין־לאומיים; פרשת בנק המזרחי כוללת 77 פסקי דין ישראלים, 3 פסקי דין אוסטרליים, 17 אמריקניים, 5 אנגליים, 2 פסקי דין של בתי דין בין־לאומיים, 2 גרמניים, 2 מדרום־אפריקה, פסק דין אחד מהודו ו־3 מקנדה.

## מושגים ועקרונות משפטיים

בפסקי הדין החוקתיים בישראל עוסקים בהרחבה במושגים ובעקרונות משפטיים. ב־40 פסקי דין מתוך 40 מופיעה התייחסות אליהם. הסבר אפשרי ראשון לממצא זה הוא היעדר טקסט חוקתי, לפחות בתקופה שקדמה למהפכה החוקתית. בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, שימש בית המשפט העליון בתפקיד מכריע בעיצוב המשפט החוקתי של ישראל, בד בבד עם התפתחותה של הכנסת כרשות המחוקקת. לפיכך, עוד מימיה הראשונים של המדינה, הסתמכה השיטה החוקתית הישראלית על עקרונות חוקתיים ועל פרשנות חוקתית, שפותחו בעיקר על ידי בית המשפט העליון.

קשה יהיה לסווג את המושגים, הערכים והעקרונות אשר משמשים את בית המשפט לתת־קבוצות. ניסינו תחילה לחלק טיעונים אלו לשתי קטגוריות: הראשונה – טיעונים הנוגעים לערכים הספציפיים של מדינת ישראל, והשנייה – טיעונים הנוגעים לערכים חוקתיים כלליים

25 המקרה הראשון (בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949)) מתייחס לתקדימים שניתנו על ידי בתי המשפט בארץ ישראל בתקופת המנדט הבריטי. אף שאין מדובר ב"תקדימים ישראלים" במובן הפורמלי, החלטנו לכלול גם מקרה זה, ולכן כל פסקי הדין בישראל מתייחסים לתקדימים.

יותר. אך מכיוון שקטגוריית הערכים הייחודיים לישראל כוללת את הערך הדמוקרטי, הפכה החלוקה לקטגוריות כמעט לבלתי-אפשרית.

החלטות רבות עוסקות בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לעיתים ניתנת הגדרה מצמצמת לערכים אלו על מנת להימנע ככל האפשר מהתנגשות בין הערכים היהודיים לדמוקרטיים. לדוגמה, כאשר בית המשפט פסק בעתירה שעסקה בפסילת מפלגה פוליטית בטענה שהיא שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אימץ בית המשפט פרשנות "צרה" של המונח "יהודית" ופרשנות "דקה" של המונח "דמוקרטי" על מנת להגן על הזכות להיבחר עד כמה שניתן.<sup>26</sup>

לעקרונות חוקתיים כלליים יש תפקיד מרכזי בהנמקה החוקתית. לדוגמה, עקרון שלטון החוק הופיע בפסיקה עוד בראשיתה של מדינת ישראל. בפסק הדין בעניין בזרנו משנת 1949, קבע בג"ץ כי בהיעדר סמכות משפטית מפורשת, שר המשטרה אינו מוסמך לשלול את חופש העיסוק של אלו הממלאים בקשות לרישום רכבים.

מושגים חוקתיים כלליים משמשים גם בפרשנות הוראות ספציפיות. לדוגמה, בבואו לפרש את החסינות הניתנת לחברי כנסת, תיאר הנשיא ברק את תכלית החסינות כאמצעי המיועד לאפשר לנציגי הציבור בישראל להתבטא באופן חופשי, והדגיש את עקרון הייצוג: "הגנה זו חיונית היא בעיקר לאזרחים חברי קבוצות המיעוט באוכלוסייה [...] שנית, החסינות העניינית חיונית היא כדי להבטיח שוק חופשי של רעיונות ודעות [...] שלישית, וכתוצאה מהאמור עד עתה, החסינות העניינית חיונית היא כדי להבטיח את אופיו הדמוקרטי של השלטון".<sup>27</sup>

לסיכום, הגישה המקובלת בבית המשפט העליון היא שכל נורמה "חיה ונושמת" באותו עולם נורמטיבי גדוש בערכים ועקרונות, בין שאלה ייחודיים לישראל ובין שמדובר בערכים ועקרונות כלליים. ערכים אלו יוצרים מעין "מטרייה נורמטיבית" המהווה מסגרת לפרשנות כל הטקסטים המשפטיים. לפיכך, הנחת היסוד של בית המשפט היא שכל נורמה משפטית שואפת לקיים ערכים אלה.

#### נוסחה לשונית-לוגית המבוססת על שתיקה

9 מתוך 40 התיקים שבדקנו משתייכים לקטגוריה זו. היעדר כלל מפורש בתיק יכול לספק הזדמנות לפתור את השאלה על ידי שימוש בעקרונות מהמשפט החוקתי. לדוגמה, בפרשת ארגון מגדלי העופות,<sup>28</sup> קבע בית המשפט מבחן שמאפשר ביקורת שיפוטית על חוק בגלל פגמים שנפלו בהליך חקיקתו. אף שאין סמכות מפורשת לביקורת שיפוטית על חוקים, פיתח בית המשפט עקרונות יסוד בהליך החקיקה שלא נידונו בעבר (עקרון שלטון הרוב; עקרון

26 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003).

27 בג"ץ 11225/05 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(4) 287, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

28 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

השוויון הפורמלי; עקרון הפומביות ועקרון ההשתתפות), וקבע שאם נפל פגם חמור באחד מהם, עלול הדבר להביא לביטולו של חוק על ידי בית המשפט.<sup>29</sup>

### טיעונים טלאולוגיים/תכליתיים המתייחסים לתכלית הטקסט

"הקונסטרוקציה המשפטית בה עושה שימוש המשפט הישראלי, היא תורת גישתנו היא, כי כל טקסט משפטי מתפרש על פי תכליתו. הפרשנות התכליתית. מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות שהטקסט סובל בלשונו שולף הפרשן אותו מובן גבול שיותר מכל מובן אחר מגשים את התכלית המונחת ביסוד הטקסט [...] במסגרת המשמעויות הלשוניות, יש ליתן ללשון הטקסט אותו מובן המגשים את תכליתו. תכלית זו עניינה הערכים, תכלית הטקסט העקרונית, האינטרסים והמטרות אשר הטקסט נועד להגשים".<sup>30</sup>

טיעונים תכליתיים נמצאו ב-37 מתוך 40 פסקי הדין, מה שמעיד על כך שמדובר באחד הטיעונים הנפוצים שבהם נעשה שימוש במסגרת הדיון בתיקים חוקתיים. הפרשנות החוקתית בישראל היא תכליתית, ומושגים כגון "תכלית החוק", ו"רוח החוק" מופיעים בפסיקה לעיתים קרובות מאוד. בספרו על פרשנות חוקתית, כותב אהרן ברק שהטקסט החוקתי צריך להיות מפורש מנקודת מבט רחבה ו"בנדיבות".<sup>31</sup> התכלית החוקתית צריכה להיות מבוססת על ערכים ועקרונות שהנורמה החוקתית אמורה לממש, וכאשר ערכים ועקרונות אלו מתנגשים, על השופטים למצוא את הדרך לאזן ביניהם. היינו, הפרשנות של טקסט חוקתי צריכה להתאים לגישה האובייקטיבית והתכליתית המבוססת על התפתחות היסטורית, על עקרונות היסוד של החברה ובעיקר על העקרונות הבסיסיים של שיטת המשפט, דוגמת עקרון שלטון החוק, הפרדת הרשויות וזכויות אדם.

#### (א) מבנה

ברגיל, מבחינת מבנה הטיעונים התכליתיים, השופט מצהיר בפסק הדין במפורש על התכלית מאחורי הכלל או המוסד, באומרו למשל מהי התכלית המונחת בבסיסו של ההסדר הנורמטיבי בעניין זה.

#### (ב) סוג התיק: משפט חוקתי מוסדי או זכויות אדם

מצאנו טיעונים תכליתיים הן בתיקים מוסדיים והן במקרים שעסקו בזכויות אדם. לדוגמה, בית המשפט פסק שחופש הביטוי נובע מהדמוקרטיה ("עקרון של חופש הביטוי הוא עקרון הקשור

29 לאחרונה בוטל חוק בשל פגם בהליך, בהתבסס על הלכה זו. ראו בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2017).

30 אהרן ברק "עקרונות כללים של המשפט בפרשנות במשפט" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבוד של יהושע ויסמן 1, 2 (שרון לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002).

31 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 10.

קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי<sup>32</sup>, כלומר – הרציונל והתכלית שמאחורי חופש הביטוי הם בין היתר, החתירה לאמת וההגנה על ההליך הדמוקרטי. ממצאים אלו תואמים את הממצאים בנוגע לשימוש בעקרונות יסוד ומדגישים את נקודת המוצא של השופטים בבואם לפרש נורמה חוקתית: העיסוק יהיה בערכים, בעקרונות, באינטרסים וביעדים שהנורמה נועדה להשיג.

#### טיעונים טלאולוגיים/תכליתיים המתייחסים לכוונת כותבי החוקה

טיעונים תכליתיים סובייקטיביים הופיעו ב-20 מתוך 40 תיקים. ממצאים אלו תואמים במידה מסוימת את הממצאים מתת-הפרק הקודם, שלפיהם בית המשפט העליון נוטה להסתמך על התכלית האובייקטיבית לעיתים קרובות הרבה יותר מאשר על כוונתם הסובייקטיבית של "האבות המייסדים". ציטוטו של רדברוך שטען כי "החוק חכם יותר מכותביו"<sup>33</sup> הוא אולי ה"מוטו" במרבית התיקים החוקתיים. טיעוני התכלית הסובייקטיבית אינם מובאים כתחליף לטיעוני התכלית האובייקטיבית, אלא כתוספת להם, בעיקר על מנת לחזק את הפתרון שאליו הגיעו השופטים בהתאם לתכלית האובייקטיבית.

חלק מהדוגמאות שבהן כוונת כותבי החוקה שימשה את בית המשפט מעניינות במיוחד. בפרשת בנק המזרחי תיאר הנשיא ברק בהרחבה את הדיונים שנערכו במליאת הכנסת, במה שנדמה היה כניסיון לשכנע את הקורא שהכנסת עצמה הייתה מודעת לסמכותה המכוננת כאשר הצביעה על חוקי-היסוד, כמו למשל: "הדיונים בכנסת בחוקי היסוד היו בעלי אופי מיוחד. הכנסת הייתה מודעת כי היא רושמת פרק נוסף בחוקת המדינה. חברי הכנסת היו מודעים לכך שאין הם מחוקקים חוק רגיל, אלא חוק חוקתי בעל השלכות מרחיקות לכת וארוכות טווח על משפטה ואופיה של המדינה".<sup>34</sup> בפרשת בר-און, שבה נידונה עתירה נגד חקיקתו של תיקון לחוק-יסוד בדרך של הוראת שעה,<sup>35</sup> דחה בית המשפט את העתירה שביקשה לבטל את חוק-היסוד, והפרוטוקולים מוועדת הכנסת צוטטו בהרחבה על מנת להגיע למסקנה שלפיה הכנסת הייתה מודעת למשמעות ההליך: "הבאנו בהרחבה את הדברים שהושמעו בפני הוועדה המשותפת משום שלגישתנו, יש בדיון המקצועי והמפורט שנערך בוועדה המשותפת כדי להצביע על כך שחקיקת חוק היסוד בדרך של הוראת שעה הייתה מודעת, ובהליך החקיקה התקיים דיון רציני וניתנה תשומת הלב לשאלת האפשרות לחוקק את חוק היסוד כהוראת שעה. יש להביא נתון זה בחשבון בעת בחינת חוקתיות החוק, שכן יש בו כדי ללמד על כך שהכנסת פעלה מתוך הבנה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת תוך התייחסות למורכבות הכרוכה בדבר".<sup>36</sup>

32 בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953).  
33 GUSTAV RADBRUCH, THE LEGAL PHILOSOPHIES OF LASK, RADBRUCH AND DABIN 47, 141–142 (Harv. UP., Kurt Wilk trans., 1950): "The interpreter may understand the law better than its creators understood it. The law may be wiser than its authors – indeed, it must be wiser than its authors".  
34 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 7, פס' 57 לפסק דינו של הנשיא ברק.  
35 בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011).  
36 שם, פס' 57 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

**טיעונים לא-משפטיים (מוסריים, סוציולוגיים וכלכליים)**

טיעונים לא-משפטיים מופיעים בתיקים רבים (29 מתוך 40 תיקים). חלק מפסקי הדין מכילים יותר מסוג אחד של טיעונים לא-משפטיים; לכן ספרנו 29 פסקי דין, אך התייחסנו לטיעונים באופן נפרד. לכן מספר הטיעונים הכולל (37) גבוה יותר ממספר פסקי הדין עצמם (29 מתוך 40).

בפסיקה הישראלית קיימים סוגים שונים של טיעונים לא-משפטיים:

**(א) שיקולי ביטחון (11 מתוך 29)**

מדינת ישראל מצויה במצב ביטחוני סבוך וקשה מאז הקמתה, מצב שבא לידי ביטוי גם בפסיקה של בית המשפט העליון. בג"ץ דחה שוב ושוב את הטענה שלפיה נושאים ביטחוניים אינם שפטים. כל מקרה נבחן לגופו, ובית המשפט הדגיש במשך שנים כי חייב להיעשות איזון בין ערכים מתנגשים, כמו הצורך להגן על המדינה ועל ביטחון אזרחיה מחד גיסא, והצורך להגן על זכויות האדם מאידך גיסא. בפועל, הגביל בית המשפט את האמצעים והכלים שבהם ניתן לעשות שימוש בתגובה לפעילות לטרור. השופט ברק ניסח זאת בפשטות בכמה פסקי דין כאשר ציין כי: "זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור".<sup>37</sup>

מתוך 40 פסקי הדין הבולטים, 11 מתייחסים לשיקולים ביטחוניים. בכולם, שיקולי ביטחון היו חלק מהנמקת השופטים, ובכולם שיקולי הביטחון "אוזנו" אל מול הפגיעה האפשרית בזכויות אדם. כך, למשל, כאשר בית המשפט עסק בפרשת שיטות החקירה של השב"כ, נקבע שמבחן האיזון הוא הכרחי במסגרת דיון על שיטות חקירה. תהליך האיזון הוביל לקביעה של סדרת כללים לחקירה סבירה. בבג"ץ הסיכולים הממוקדים, בחן בית המשפט את חוקיות מדיניות הסיכול הממוקד והתווה כמה כללים לביצועה המבוססים על עקרון המידתיות, אף כי העתירה נגד פרקטיקה זו נדחתה.

**(ב) שיקולי מוסר (19 מתוך 29)**

טיעונים מוסריים מופיעים בכמה צורות. לדוגמה: מוסר חברתי, אינטרסים של החברה, האמנה החברתית (רוסו), הצורך באמון הציבור ברשות השלטון, האינטרס הציבורי, הפגיעה הנטענת ברגשות הציבור, החשיבות החברתית של חינוך וכו'. דוגמה טובה ל"רוחות השינוי" בעמדה המוסרית של החברה, היא פסק הדין בפרשת דנילוביץ,<sup>38</sup> שסלל את הדרך לפסקי דין נוספים שתמכו בזכויות בני זוג מאותו מין, בייחוד בסוגיות כספיות וקנייניות. השופט דורנר כתבה כי:

37 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817 (1999) (להלן: פרשת שיטות החקירה של השב"כ).

38 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749 (1994).



## הנמקה חוקתית

"הפילוסוף הצרפתי מישל פוקו (Michel Foucault) עמד על השפעת הנורמות החברתיות – המשקפות את המקובל, 'הנורמאלי', והמשתנות מעת לעת ומחברה לחברה – על הפעלת החוקים (הנורמות המשפטיות) הטרנזנדנטיים והפורמאליים [...] נראה לי כי אי-אפשר להכריע בעתירה שלפנינו ללא התייחסות לשינויים שחלו בנורמות החברתיות בישראל ביחס להומוסקסואליות".<sup>39</sup>

טיעון מוסרי שונה לחלוטין עסק בזכויות המוסריות של העם היהודי. כך למשל כתב השופט זילברג:

"מורשת אבות זו שכולנו או כמעט כולנו קשורים אליה, אם כמעט ואם בהרבה, היא אחת מאבני היסוד, עליהן בנויה זכותנו לנחול וליישב את הארץ הזאת. הוגלינו מן הארץ לפני 1900 שנה, אך לא נעדרנו ממנה אפילו יום אחד. הגינו בה ללא הרף בחלום ובהקיץ, וכל מעיינינו נתונים היו לה 'מראשית השנה עד אחרית השנה'. נוכחותנו הרוחנית בארץ הזאת היתה הרבה יותר אינטנסיבית מנוכחותם הפיסית של כל העמים והעממים – רומאים, יוונים, צלבנים, פרסים, טטרים, ממלוכים, טורקים וערבים – ששלטו או ישבו בה ב-19 המאות שלאחר החורבן".<sup>40</sup>

(ג) שיקולים כלכליים (2 מתוך 29)

בשני מקרים עסקו השופטים בשיקולים כלכליים. אחד מהם היה פרשת מילר, שעסקה במדיניות הצבא שלא לאפשר לנשים להתקבל לקורס טיס. בהתייחסו לשיקולי התקציב שהוצגו על ידי משרד הביטחון כדי להצדיק את סירובו לקבל נשים לקורס טיס כתב השופט מצא כי "כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות יסוד – וכזה הוא המקרה שלפנינו – משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול. שכן: 'הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית'".<sup>41</sup>

(ד) נסיבות היסטוריות (5 מתוך 29)

התייחסות לנסיבות היסטוריות מיוחדות הופיעה ב-5 פסקי דין, אך המעניין מכולם הוא פסק הדין בעניין ירדור שבמסגרתו מצטט השופט אגרנט מדבריו של השופט זוסמן בהחלטה קודמת של בג"ץ:

"לא פעם קרה בהיסטוריה של מדינות בעלות משטר דמוקרטי תקין, שקמו עליהן תנועות פשיסטיות וטוטליטריות למיניהן, והשתמשו בכל אותן הזכויות

39 שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת דורנר.  
40 פרשת שליט, לעיל ה"ש 23, פס' 13 לפסק דינו של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) זילברג.  
41 פרשת מילר, לעיל ה"ש 15, פס' 19 לפסק דינו של השופט מצא.

של חופש הדיבור, העתונות וההתאגדות, שהמדינה מעניקה להן, כדי לנהל את פעילותן ההרסנית בחסותן. מי שראה זאת בימי הרפובליקה של ויימר לא ישכח את הלקח".<sup>42</sup>

### הפניות לספרות אקדמית

בית המשפט העליון משתמש באופן נרחב בספרות אקדמית ובתקדימים ישראליים וזרים. מאמרים וספרים של חוקרים ישראלים מצוטטים תדיר בפסקי דין. ב־32 מתוך 40 פסקי הדין הבולטים מופיעים ציטוטים מן האקדמיה (ספרים ומאמרים). השימוש בהם מגוון ביותר: הן על מנת להפנות לקריאה נוספת, הן כדי לקבל או לדחות את טיעונו של החוקר, הן כדי להציג את המסגרת הנורמטיבית וטעמיה, ולעיתים רק על מנת להעשיר את פסק הדין.

### הפניות למשפט זר

הפניה לדין זר נפוצה ביותר בפסיקה החוקתית הישראלית (37 מתוך 40 פסקי דין). מדובר בהפניות לנורמות חוקתיות ומדינתיות ולתקדימים זרים. ב־15 מתוך 37 תיקים מצאנו גם הפניות למשפט העברי לצד הפניות לשיטות משפט במדינות זרות. תוצאות אלו מעידות על התאמה גבוהה עם התוצאות בעניין ההפניות לספרות האקדמית. כאמור, בית המשפט העליון עושה שימוש נרחב במשפט זר ובתקדימים זרים.<sup>43</sup> השימוש במשפט משווה היה נרחב מאז ומתמיד בין היתר בשל ההשפעה הגדולה של המשפט האנגלי. מגמה זו השתנתה באופן ניכר בשנות ה־80 המוקדמות כאשר המשפט האמריקני הפך למקור בולט, אך השימוש במשפט משווה היה ונשאר חלק בלתי־נפרד מהשפיטה הישראלית. כפי שהנשיא ברק ניסח זאת:

"אכן, זה כוחו ואלה גבולותיו של המשפט ההשוואתי. כוחו בהרחבת האופק ושדה הראייה הפרשני. כוחו בהדרכתו של הפרשן באשר לפוטנציאל הנורמטיבי הטמון בשיטת המשפט. מגבולותיו הן בייחוד של כל שיטת משפט, מוסדותיה, האידאולוגיה המאפיינת אותה והאופן שבו היא מטפלת בפרט ובחברה. אכן המשפט ההשוואתי הוא כחבר בעל ניסיון. רצוי לשמוע בעצתו הטובה, אך זו אינה צריכה להחליף הכרעה עצמית".<sup>44</sup>

42 ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 388 (1965).

43 לקריאה נוספת ראו Suzie Navot, *Israel: Creating a Constitution – The Use of Foreign Precedents by the Supreme Court (1994–2010)*, in *THE USE OF FOREIGN PRECEDENTS BY CONSTITUTIONAL JUDGES* 129 (Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau eds., 2013).

44 בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004).

## הנמקה חוקתית

מרבית ההפניות למשפט זר נועדו להצדיק פתרונות פרשניים, אך חלקן נועדו להדגיש *a contrario*. באחד התיקים נועדה ההפניה למשפט זר (סעיף 21 לחוקה הגרמנית) להסביר "אם בארץ בעלת חוקה כתובה כך, בארץ שאין לה חוקה כתובה על אחת כמה וכמה".<sup>45</sup> השימוש בפרשנות תכליתית (אובייקטיבית) הקלה על בית המשפט לבחון מקורות זרים לצורך השוואה, הכוונה והשראה. בנוסף, ניתן לראות התאמה בין השימוש במשפט זר לבין השימוש בטיעונים תכליתיים אובייקטיביים. הדין הזר, התקדימים ממדינות בעלות שלטון דמוקרטי יציב וותיק ומסורת משפטית המכבדת זכויות אדם, מהווים קרקע פורייה להפניות ומקור טבעי להסתמכות.

### שיטות וטיעונים אחרים

רק במעט תיקים (6 מתוך 40) נעשו הפניות לשיטות או טיעונים אחרים. סיווגנו בקטגוריית "שיטות וטיעונים אחרים" פסקי דין שבהם השתמש בית המשפט בהסברים מעורפלים במיוחד, הצדקה *a priori* (טאוטולוגית). למשל, מקרים שבהם השופטים הפנו למבחן שנוצר במסגרת אותו תיק והופעל באותו מקרה: "ברצוננו להציב מבחן גמיש, שאינו ניתן מטבעו להגדרה מדויקת, אשר תוכנו והיקפו ייקבעו על-ידי בית המשפט על-פי צורכי הזמן והעניין".<sup>46</sup> תיקים אחרים אשר שייכים לקטגוריה זו הם פרשת אייזנברג, ופרשת חרות, שבמסגרתה ניתנה ההצדקה של "תקלה חקיקתית".<sup>47</sup>

### משקל הטיעונים

קשה להשיב על השאלה בדבר משקלם של הטיעונים. כפי שניסח זאת אהרן ברק בכתביו על משקל הטיעונים:

"How does the judge determine the 'weights' of the various fundamental principles? The answer to this question is difficult. Legal science has not yet developed a satisfactory 'theory of values,' and it is questionable whether such a theory could ever be developed. But it is certainly possible to say that a fundamental principle enshrined in a superior norm, such as a constitution, is of greater 'weight' than a fundamental principle enshrined in an inferior norm, such as a statute or common law".<sup>48</sup>

כפי שצוין לעיל, הפרשנות התכליתית (אובייקטיבית) של הנורמות החוקתיות היא הנפוצה ביותר. הופעתם של עקרונות וערכים ב-40 מתוך 40 התיקים שבחנו, ברורה היטב ומגלה את

- 45 פרשת ירדור, לעיל ה"ש 42, פס' 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) זוסמן.  
46 פרשת שריד, לעיל ה"ש 18, פס' 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק.  
47 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה, פ"ד נז(1) 750, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003).  
48 Barak, לעיל ה"ש 9, בעמ' 90.

”משקלם” היחסי של ערכי היסוד. הנשיא ברק, בבואו לכתוב על תפקידו של השופט, התייחס במפורש לפרשנות זו כ”כלי ראשוני”.<sup>49</sup> השופט חשין תיאר זאת כך:

”כל אלה – עיקרים וערכים ועקרונות – מקומם הוא, לכאורה, לבר-החוק, ואולם משמשים הם מצע לחוק – לכל חוק – ולא יתואר חוק בלעדיהם. חוק ללא אותו מצע נדמה הוא לבית ללא יסודות; ומה זה האחרון לא יאריך ימים, כן הוא חוק שאין לו אלא את עצמו בלבד והוא כבית הבנוי על בלימה”.<sup>50</sup>

כל אחד מ־40 פסקי הדין הבולטים יכול לשמש כדוגמה לחשיבותה של דוקטרינה זו. ייתכן שהתיקים שבהם דן בית המשפט בפסילת מפלגות פוליטיות, פרשת ניימן ופרשת טיבי, יסייעו להמחיש זאת.<sup>51</sup> בשני המקרים יישם בית המשפט את התכלית האובייקטיבית של הטקסט, גם כאשר הוראות החוק וכוונת המחוקק היו בבירור מנוגדות לה. מטרתם של חלק מחברי הכנסת שהצביעו בעד תיקון סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת בשנת 2002 – על ידי הוספת עילת פסילה נוספת – הייתה ברורה:<sup>52</sup> פסילתם של חלק מחברי הכנסת הערבים שהתבטאויותיהם היו שנויות במחלוקת והביעו תמיכה בפעילות טרור. עילה חדשה זו נידונה לעומקה על ידי הרכב של 11 שופטי בית המשפט העליון, במסגרת הדיון בפרשת טיבי בתחילת שנת 2003. שבעה שופטים בדעת הרוב החליטו לאפשר לכל המפלגות והמועמדים להשתתף בבחירות. דעת הרוב, מפיו של הנשיא ברק, כללה תחילה בחינה של האמצעים שבידי ישראל כדמוקרטיה מתגוננת, אך לבסוף קבעה שהזכות לבחור ולהיבחר גוברת ושבת המשפט לא ימהר לפסול מפלגות או מועמדים. כדברי הנשיא ברק: ”מוטב כי לחצים לא דמוקרטיים ימצאו ביטוי במסגרת הלגיטימית של הדמוקרטיה ולא מחוצה לה”.<sup>53</sup>

3. גילוי לב, שקיפות ורטרוריקה שיפוטית

### גילוי לב

רוב פסקי הדין של בית המשפט הם גלויי לב ושקופים בנוגע להצדקות, לטיעונים ולשיקולים שהובאו בחשבון. ברוב פסקי הדין דנו השופטים במפורש בחלופות פרשניות אפשריות, ופירטו את היתרונות והחסרונות בהן. השופטים גם הפנו לחוות הדעת של חבריהם להרכב (כאשר היו

49 שם, בעמ' 84: "The fundamental principles of the legal system constitute both a goal to which judges should aspire and a means through which they realize this goal. Indeed, in addition to being a source of interpretive guidance, fundamental principles constitute a primary tool that I need to realize my role as a judge"

50 ע"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פס' 22 לפסק דינו של השופט חשין, פ"ד נב(3) 1 (1998).

51 ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177 (1988); פרשת טיבי, לעיל ה"ש 26.

52 "תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל".

53 פרשת טיבי, לעיל ה"ש 26, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק.

הנמקה חוקתית

דעות חלוקות או שונות). חלק מפסקי הדין כוללים דיאלוג פתוח וגלוי לב במסגרת הרכב השופטים, ואף דיונים נוקבים בין השופטים לבין עצמם.

#### טיעוני נגד

חוות הדעת שבפסקי הדין מציגות את טיעוני שני הצדדים בעתירה בפירוט רב. פירוט זה כולל את עובדות המקרה, התקדימים והספרות האקדמית שצוטטה על ידי הצדדים בתיק. ברוב התיקים, חלקו הראשון של פסק הדין כולל את העובדות, את טיעוני הצדדים ולאחר מכן את מה שבית המשפט נוהג לכנות "המסגרת הנורמטיבית" של המקרה. חלק זה עוסק במסגרת החוקתית ונכתב בדרך כלל ברמת הכללה גבוהה, ובמסגרתו בית המשפט מתייחס לעקרונות מנחים ולתקדימים ומציג את ההנמקה למסקנתו.

#### שפה טכנית

השפה של פסקי הדין החוקתיים היא לעיתים רחוקות טכנית. לאור חשיבותם של התיקים החוקתיים בפוליטיקה הישראלית ועבור הציבור הישראלי, פסקי דין רבים כתובים כך שגם ציבור שאינו בקיא בשפה המשפטית יכול לקרוא אותם ולהבנם. לעיתים, בית המשפט מסכם את פסק הדין כך שעורכי העיתונים ואתרי החדשות יוכלו לצטט את הסיכום ולפרסמו לקהל הרחב.

סגנון ההנמקה של בית המשפט הוא לרוב ניטרלי. לעיתים בית המשפט מביע אי-שביעות רצון מהתנהגות מסוימת, אך בכל זאת השופטים שומרים לרוב על ניסוח אובייקטיבי בפסק הדין. דוגמה לנרטיב מיוחד, המופיע בפסקי דין רבים העוסקים במאבק בטרור, היא הפסקה הבאה של השופט ברק:

"מודעים אנו לכך כי פסק דיננו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בזכויות הפרט, מהווה מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה".<sup>54</sup>

#### קהל היעד

פסקי הדין של בית המשפט העליון מופנים למגוון קהלים, המשתנים בהתאם למקרה או לשאלה החוקתית הנידונה. הם מכוונים לציבור הרחב, לרשות המחוקקת, לממשלה, לאנשי אקדמיה ולקהילה הבין-לאומית. אף שבית המשפט אינו מסביר עבור מי הוא כותב, קיימים

54 פרשת שיטות החקירה של השב"כ, לעיל ה"ש 37, פס' 39 לפסק דינו של הנשיא ברק.

כמה גורמים המסייעים להבין את הקהלים השונים. אחד מהם, למשל, הוא פנייה ישירה של בית המשפט לממשלה, למחוקק, למפקד צבאי או לצדדים. סימן נוסף לקהל היעד הוא תרגום מידי של פסקי הדין. נדמה שהקהל הרלוונטי בתיקים העוסקים במאבק בטרור הוא הקהילה הבין-לאומית: מוסדות בין-לאומיים, שופטים זרים ואנשי אקדמיה זרים. ניתן ללמוד זאת מהעובדה שפסק הדין מתפרסם הן בעברית והן באנגלית באותו היום. לא כל החלטה של בית המשפט העליון מתורגמת מיידית לאנגלית. אך באתר האינטרנט של בית המשפט העליון, תחת הכותרת "פסיקת בית המשפט העליון: המאבק בטרור במסגרת החוק", ניתן למצוא את כל התיקים העוסקים בסוגיה חשובה זו גם באנגלית. כך, למשל, פרשת הסיכולים הממוקדים מציגה את הדיאלוג שבין בית המשפט העליון לבין הקהילה הבין-לאומית, המפקחת מקרוב אחר הפעילות הישראלית בשטחים. בדומה לפסקי דין אחרים העוסקים במאבק בטרור ונכתבו על ידי הנשיא ברק במהלך כהונתו, פסק הדין הוא מסמך רגיש המגן על מאבקה התמידי של ישראל בטרור.

קהל היעד של פסקי דין אחרים הוא, למשל, הרשות המחוקקת, כלומר – פוליטיקאים. מדובר בעיקר בתיקים שבהם יש ביקורת שיפוטית על חקיקה. בתיקים אלה מנהל בית המשפט דיאלוג עם הכנסת. בסוגיות שנויות במחלוקת, לדוגמה בנושא של הפרדת דת ומדינה או המאבק בטרור, ניכר מאמץ מצידו של בית המשפט לשכנע את הציבור הרחב. כך למשל בפרשת חורב נכתב:

"דרך ארוכה עברתי ברחוב בר-אילן. דרך חתחתים היא. המקרה אינו פשוט. המקרה קשה במישור המשפטי. הדמוקרטיה החוקתית מתלבטת בטיפול בה בזכויות אדם, הנפגעות בשל הרצון להגן על רגשות אדם. נדרש איזון עדין בין שיקולים נוגדים, והאיזון אינו פשוט כלל ועיקר. המקרה הוא קשה במישור החברתי. הניסיון להגיע להסכם ולפשרה נכשל. הפתרון חייב להימצא בשפיטה ובהכרעה. על כך יש להצטער. אך – בלשונו של הנשיא לנדוי בפרשת דויקאט [...]'זוה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים"<sup>55</sup>.

## רמת ההכללה

רמת ההכללה היא תוצאה ישירה של התכלית האובייקטיבית בפרשנות החוקה. אם ערכי יסוד הם הבסיס לפרשנות, כלומר, הפרשנות "מוכתבת" על ידי עקרונות יסוד, אז הנמקת השופטים תוביל לכלל ברמת הכללה גבוהה ולא בהכרח לפתרון ספציפי. אכן, הטיעונים שבפסיקה נוטים להיות כלליים, ולרוב מניבים כללים שאמורים לשמש תיקים עתידיים. השימוש הנרחב בתקדימים תומך אף הוא בגישה זו. רמת ההכללה היא לפיכך גבוהה, ופסקי דין העוסקים בסוגיות ספציפיות הם נדירים, אם בכלל.

דוגמה לכך ניתן לראות בפסק הדין בפרשת קול העם משנת 1953, אשר בו הונחו היסודות לעקרון חופש הביטוי במשפט החוקתי הישראלי. השופט אגרנט, לימים נשיא בית המשפט

55 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, פס' 105 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997).

## הנמקה חוקתית

העליון, קבע כי החלטת השר לסגור את העיתון לא נתנה משקל ראוי למעמדו של חופש הביטוי בישראל. מדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית, כתב השופט אגרונט, ומשטרים דמוקרטיים אינם יכולים להתקיים ללא חופש הביטוי. על כן ניתן להגביל זכות זו רק במצב שבו קיימת סכנה קרובה לוודאי לפגיעה קשה בשלום הציבור. לפסק הדין הייתה השפעה דרמטית על המשפט החוקתי בישראל, והוא צוטט רבות מאז.

דוגמה נוספת היא פרשת ברזילי – שבה מצוטט עניין ניימן הנוגע בבירור לרמת ההכללה:

“כאשר נבחנים נושאים חוקתיים, יש לתת את הדעת למשמעותם ולהשלכותיהם לטווח הארוך ויש להקנות משקל ראוי להשפעתם על עיצוב דמותה של המסגרת המדינית או החברתית בהן הם מופעלים; אם ישועבדו לצרכי השעה, ואם נאמץ אמות מידה קזואיסטיות בנושאים חוקתיים [...] נחטיא את המטרה ונחטיא לנושא”<sup>56</sup>.

## הרטוריקה

הרטוריקה והסגנון מיוחדים לכל שופט ושופט. איש איש וסגנון הכתיבה שלו, אמוציונלי, מטפורי, עשיר או טכני. עם זאת, מסקירת 40 התיקים עולה שהשימוש בשפה משפטית טכנית הוא נדיר. תיקים חוקתיים לעיתים מכוונים לשכנע מגוון קהלים, כאמור לעיל. לפיכך, השימוש בשפה עשירה, בנרטיבים, בדוגמאות, במשפט משווה ובתקדימים כמו גם במקורות מן הדת, הוא די נפוץ. השופט חשין היה דוגמה יוצאת דופן לכך, וכתבתו הצבעונית מוכרת היטב. בפרשת בנק המזרחי הוא כתב:

“ואולם אתנגד בכל כוחי כי נכיר סמכות לכנסת לחקוק חוקה על דרך פסיקה של בית המשפט, על דרך ניתוח משפטי של מסמך שזמנו לפני כארבעים ושבע שנים, על-פי תפיסות שנויות במחלוקת, תפיסות שלא קנו להן אחיזת סלע בחברה בישראל. והעם היכן הוא? וכי לא ראוי שנשאל את דעתו? אדרבא: נקרא לעם ונשאלה את פיו. רבקה אמנו לא ניתנה ליצחק אלא לאחר שנשאלה לדעתה ולרצונה: 'נקרא לנער(ה) ונשאלה את-פיה' (בראשית, כד, נו [ב]). אם כך ברבקה – לא כך יהא בעם ישראל כולו? אם ירצו העם ומנהיגיו בחוקה – תימצא הדרך אליה; אם לא ירצו – לא תכונן חוקה. כל שאינני מסכים לו הוא, כי תחוקק חוקה ואת פי העם לא שאלנו”<sup>57</sup>.

שופטים נוהגים לצטט פילוסופים, סופרים ושירה. הפסקה הראשונה בפסק דינו של השופט חשין בפרשת עדאלה (איחוד משפחות) ממחישה זאת היטב, ומובאת כאן במלואה בשל ייחודה:

56 בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 567 (1986).  
57 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 7, פס' 63 לפסק דינו של השופט חשין.

"משהונחה לפניי חוות-דעתו של חברי, הנשיא ברק, נתתי ידי בידו והינחתי לו להובילני בדרכו. כך הילכנו בדרכים שייצבון עיקרי-יסוד, עלינו הרים שבפיסגותיהם זכויות יסוד, עברנו על פניהן של דוקטרינות, ירדנו אל כללי משפט פרטיקולריים, ובדרכנו ליוו אותנו כל העת הצדק, האמת, היושר והשכל הישר. לקראת סופו של המסע עלינו על אניה והיגענו אל אי באמצע האוקיאנוס. ירדנו מן האניה, ועל המזח הקביל את פנינו איש נשוא פנים.

'ברוכים הבאים', ברכנו האיש במאור פנים.

'ברוכים הנמצאים' השיבונו והוספנו: 'אנו מישראל, מבית-המשפט העליון של ישראל. ומי אדוני?', שאלנו.

'שמי הוא תומאס, תומאס מור. ויש המכנים אותי תומאס מורוס'.

'נעים מאוד. ומהו המקום שאנו נמצאים בו?', שאלנו.

'אתם נמצאים במדינת אוטופיה', השיב האיש, והוסיף: 'מדינת אוטופיה הוקמה על-פי תוכנית שהיתוותי בספר שכתבתי ואשר שמו הוא כשם המדינה: אוטופיה. דרך-אגב, הוסיף האיש, 'המילה 'אוטופיה' היא בלשון היוונית, ותרגומה לעברית הוא: 'שום מקום'.

'מעניין, מעניין מאד', אמרנו, 'וכאנשי משפט נוסף ונשאל אותך: ומהי שיטת המשפט השוררת באוטופיה? האם דומה היא לשיטת המשפט בישראל? (הנחתנו היתה, כמובן, שהאיש החכם ההוא מכיר את שיטת המשפט בישראל).

מר מור חייך והשיב: 'צר לי, אך יש הבדלים עמוקים בין שתי שיטות המשפט, ויעבור זמן רב עד שישאל תגיע למדרגת אוטופיה. לעת הזו אתם נלחמים על חייכם, על קיומה של המדינה, על יכולתו של העם היהודי לנהל חיי קהילה ומדינה ככל העמים. דיני אוטופיה – במצבכם כהיום הזה – לא לכם הם. עדיין לא. שימרו על עצמכם, עשו כמיטבכם, וחיו, כך אמר האיש ולא יסף.

ואיקץ, והנה חלום".<sup>58</sup>

#### 4. אורך פסק הדין, דעות רוב ומיעוט

פסקי הדין החוקתיים בישראל ארוכים למדי. מספר העמודים הממוצע ב-40 פסקי הדין הבולטים שנסקרו הוא 69. השימוש הנרחב בתקדימים ובמשפט משווה, הדיון בטענות הצדדים, הפרשנות התכליתית האובייקטיבית וההנמקות השונות – כל אלה משפיעים על אורכם של פסקי הדין.

58 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 20, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין.



## הנמקה חוקתית

מצאנו כי אורך חוות הדעת של השופטים גדל עם השנים, והשיא היה בשנות ה-90, העשור שבו ניתן פסק הדין בפרשת בנק המזרחי. עד לשנות ה-90, מספר העמודים הממוצע עמד על פחות מ-50, למעט שני יוצאים מן הכלל: פרשת שליט, שעסקה בשאלה "מיהו יהודי" ופרשת ברזילי שעסקה בסמכותו של נשיא המדינה להעניק חנינה למי שטרם הורשע.

ישנו מתאם הדוק בין אורך פסק הדין לבין הסוגיות הנדונות בו. ככל שהנושא שנוי יותר במחלוקת פוליטית, כך פסק הדין יהיה ארוך יותר. נוסף על כך, כיוון שבשיטת המשפט הישראלית כל שופט יכול לכתוב חוות דעת משלו, מספר השופטים בהרכב אף הוא משפיע על אורכם של פסקי הדין.

מלבד פרשת בנק המזרחי, שאורכה יוצא דופן, פסקי הדין הארוכים ביותר עסקו בשאלות האלה (מספר השופטים בהרכב מצוין לצד פסק הדין):

– פרשת עדאלה (איחוד משפחות) (11 שופטים) (281 עמודים) – עסקה בתיקון לחוק האזרחות אשר אסר איחוד משפחות עם תושבי הרשות הפלסטינית.

– פרשת חוק טל (11 שופטים) (171 עמודים) – עסקה בחוקתיות החוק שפטר בני ישיבות משירות צבאי.

– פרשת טיבי (11 שופטים) (110 עמודים) – עסקה בפסילת מפלגות פוליטיות, וכללה דיונים בנוגע לשיקולי ביטחון והמאבק בטרור, כמו גם במתח בין אופייה היהודי לאופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל.

– פרשת חורב (7 שופטים) (172 עמודים) – עסקה בסגירת כביש בר אילן בירושלים במהלך יום השבת.

המשפט הישראלי מאפשר פרסום חוות דעתו של כל שופט – רוב, מיעוט ודעות יחיד – והן נחשבות כולן חלק בלתי-נפרד מפסק הדין. דעות מיעוט נמצאו ב-19 מתוך 40 התיקים. לעיתים, דעות מיעוט הופכות מאוחר יותר לדעות רוב.

ניתן לחלק את דעות המיעוט לשתי תתי-קבוצות: (א) מיעוט "מהותי" – מצב שבו השופט אינו מסכים עם ההחלטה הסופית או עם ההנמקות שהובילו אליה; (ב) מיעוט "טכני" – מצב שבו השופט אומנם לא הסכים עם ההחלטה הסופית לגופו של עניין, אך הסכים לטיעונים ולהנמקות של שופטי הרוב. דוגמה קלאסית למיעוט טכני ניתן למצוא בתיקים שבהם יש מחלוקת עובדתית בין המיעוט ובין הרוב (לדוגמה, אם אכן הוכח שהמפלגה תומכת בטרור), אך ההנמקות שעליהן מבוססות דעת המיעוט ודעת הרוב זהות.

במחקר נמצאו גם דעות יחיד, כאשר השופט הגיע לאותה מסקנה בנוגע לפתרון המקרה שאליו שהגיעו גם שופטים אחרים, אולם בדרך שונה ומנימוקים שונים.

## 5. סיווג הסוגיות החוקתיות

הסיווג של סוגיות חוקתיות אינו מלאכה פשוטה. בישראל אין בית דין חוקתי נפרד, ולעיתים סוגיות חוקתיות מופיעות בתיקים אחרים כגון ערעורים אזרחיים או פליליים. עם זאת, רוב הסוגיות החוקתיות נידונו בפני בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. בג"ץ משמש גם כערכאה

מנהלית, מה שעלול לעיתים להקשות על ההחלטה אם הנושא הנידון הוא חוקתי או מנהלי באופיו.

סיווגנו את התיקים החוקתיים לפי שתי קטגוריות: פסקי דין מוסדיים ופסקי דין הנוגעים לזכויות אדם. מתוך 40 תיקים, 21 היו מוסדיים (כלומר – עסקו במוסדותיה השונים של המדינה, בכנסת, בממשלה, בבחירות וכו') ואילו 17 מהם עסקו בזכויות אדם. 2 מתוך 40 התיקים עסקו בסוגיות אחרות.

#### 6. מושגי מפתח

חילקנו את מושגי המפתח ל-4 קבוצות:

#### הנפוצים ביותר

המושגים הנפוצים בפסקי הדין שנבחנו הם דמוקרטיה ועקרון שלטון החוק. ב-33 מתוך 40 התיקים מצאנו אזכור של הדמוקרטיה, ואילו ב-24 מתוך 40 תיקים דן בית המשפט בהיבטים השונים של שלטון החוק. לא קשה להסביר ממצאים אלו. הם נובעים מפרשנות תכליתית אובייקטיבית, שלפיה נורמות חוקתיות מתפרשות לאור עקרונות היסוד של השיטה.

#### נפוצים יחסית וחדשים

עקרון המידתיות הופיע ב-13 מתוך 40 התיקים. המספר עלול להיראות נמוך יחסית, בהתחשב בחשיבות של המידתיות במשפט החוקתי הישראלי.<sup>59</sup> אולם מדובר במונח חדש יחסית בפסיקה הישראלית, שלא ניתן למצוא אותו בפסיקה שלפני 1992. פסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, המחייבת פגיעה "במידה שאינה עולה על הנדרש", היא שמיקדה את השיח החוקתי בישראל לשאלת המידתיות. מאז המהפכה החוקתית, כל פסק דין הבוחן את חוקתיותו של חוק כולל ניתוח ודיון בשאלת המידתיות. תופעה דומה ניכרת גם בנוגע למושג "כבוד האדם", המופיע ב-15 מתוך 40 התיקים.

מושג נפוץ נוסף הוא "שוויון", שהופיע ב-16 מתוך 40 התיקים. ישראל היא אחת המדינות הדמוקרטיות היחידות שלא עיגנה בחוקה את הזכות לשוויון, אולי משום שמדובר בזכות הבעייתית ביותר בהקשר הישראלי.<sup>60</sup> בהיעדר טקסט חוקתי הנוגע לעקרון השוויון, בית המשפט העליון הוא שחייב את רשויות השלטון לנהוג בשוויון. בסדרה ארוכה של פסקי דין, ביסס בית המשפט את הקביעה שלפיה "יש להניח" שתכלית החוק היא לקדם את השוויון ולהגן עליו. מצאנו את טיעון השוויון בתיקים שעסקו בזכויות אדם, בזכויות נשים, בזכויות מיעוטים ובזכויות הומוסקסואלים, כמו גם בתיקים מנהליים-חוקתיים שעסקו בשוויון בהקשר של הזכות להתמודד בבחירות.

59 ראו למשל אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010).  
60 בין היתר, על רקע סוגיות דת ומדינה (היוצרות אנומליה בסוגיות של שוויון מגדרי, שירות צבאי חובה ועוד) וכן על רקע מעמד המיעוט הערבי.

גילינו שבחלק גדול מהתיקים, המושגים "שוויון" ו"כבוד האדם" מופיעים זה לצד זה, בעיקר לאחר 1992, שכן מאז החל בית המשפט העליון לפרש את הזכות לכבוד באופן רחב, כך שאפשר ביקורת שיפוטית על חוקים שפגעו באופן לא-מידתי בזכויות הלא-מנויות, דוגמת הזכות לשוויון. בית המשפט קבע כי הזכות לכבוד כוללת, בין היתר, היבטים אחדים של הזכות לשוויון.<sup>61</sup>

#### פחות נפוצים

מתברר כי דווקא מושגים חשובים במיוחד, כמעט שלא הופיעו בפסקי הדין הבולטים. לדוגמה, חופש הביטוי – זכות בעלת חשיבות עליונה בישראל – הופיע רק ב-6 מתוך 40 התיקים. מצאנו אזכור של המושג *Wesensgehalt*, כלומר, הליכה של זכויות האדם ("הגנה זו מצויה בליבה של הזכות לכבוד האדם")<sup>62</sup> ב-5 מתוך 40 התיקים. עקרון ה"חילוניות" הופיע ב-7 מתוך 40 התיקים, בעיקר נוכח העובדה שישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית.

#### לא-רלוונטיים או נדירים

אזכור של "שיטת המשטר" מופיע ב-4 מתוך 40 התיקים, בעיקר על מנת להשוות בין השיטה הפרלמנטרית בישראל ובין משטרים אחרים כמו משטרים נשיאותיים. עקרון ה"ריבונות" הופיע ב-2 מתוך 40 התיקים. בפסק הדין בפרשת עדאלה (איחוד משפחות), כחלק מהדיון בנוגע לסמכות המדינה לקבוע מי ייכנס בגבולותיה, פסק בית המשפט: "הסמכות לקבוע מי יהיו אזרחי המדינה ותושביה – לחוקי המדינה מסורה היא, והמדינה היא שתחליט מי יהיו רשאים להגר אל תחומיה".<sup>63</sup> בפרשת הפרטת בתי הסוהר העיר בית המשפט כי ברמה החוקתית קיים "גרעין קשה" של סמכויות ממשלה, שאותו הזרוע המבצעת אינה רשאית להעביר באמצעות הפרטה.

מושג ה"אומה" הופיע אף הוא ב-2 תיקים מתוך ה-40, בעיקר כחלק מהדיון בנוגע למדינה היהודית בפרשת שליט, וגם בדיון בנוגע לחשיבות השבת במדינה היהודית בפרשת חורב, תוך ציטוט דבריו של אחד העם: "מי שמרגיש בלבו קשר אמתי עם חיי האומה בכל הדורות, הוא לא יוכל בשום אופן לצייר לו מציאות עם ישראל בלי 'שבת מלכתא'".<sup>64</sup>

"זכויות פרוצדורליות בסיסיות" הוא מושג שאוזכר ב-2 מתוך 40 התיקים. התיק העיקרי שבו התעורר טיעון זה היה פרשת הפרטת בתי הסוהר: "וכך, בכל שלבי ההליך הפלילי, משלב החקירה הפלילית, עבור לניהול המשפט, הענישה והכליאה, מתחייב איזון מתמיד בין השימוש

61 למשל ראו פרשת מילר, לעיל ה"ש 15; פרשת חוק טל, לעיל ה"ש 16; בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006); יש לציין שזכויות אדם נוספות הוכרו בגדרה של הזכות החוקתית לכבוד, ראו במבוא לעיל.

62 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 20, פס' 32 לפסק דינו של הנשיא ברק.

63 שם, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין.

64 פרשת חורב, לעיל ה"ש 55, בעמ' 182.

בכח השלטוני הנדרש לאכיפת החוק, לבין ההגנה על זכויות היסוד של החשוד, הנאשם, הנידון והאסיר".<sup>65</sup>

לסיום, הביטוי "מבנה המדינה (state form)" הופיע בתיק אחד מתוך 40: בפרשת ברזילי שעסקה בחנינה הנשיאותית, וכן כללה השוואה בין הסמכות לחנינה במונרכיה וברפובליקה. המושג "פדרליזם", שאינו נוגע לישראל, לא הופיע כלל.

### ג. פרספקטיבה השוואתית

ההנמקה החוקתית של בית המשפט העליון בישראל חושפת מאפיינים ייחודיים, אשר רובם קשורים לתפקיד המרכזי שבית המשפט העליון מילא וממלא בהיסטוריה החוקתית, בתרבות ובחברה הישראלית. היעדרו של טקסט חוקתי השפיע אף הוא על ההנמקה בדרכים רבות. ככלל, הפרשנות התכליתית-אובייקטיבית של הטקסטים החוקתיים התבססה על ההתפתחות ההיסטורית ועל ערכי היסוד של השיטה.

רבים ממושגי המפתח שמופיעים בהנמקה החוקתית בישראל דומים לאלה המופיעים במדינות אחרות. השימוש בדוקטרינת המידתיות נפוץ במיוחד כאמצעי לבחינת הפגיעה בזכויות אדם; כך גם השימוש במבחני איזון ובמבחן הסבירות, כמו גם הפרשנות המרחיבה לעקרון השוויון. ההשוואה בין בתי משפט חוקתיים מראה כי פרשנות תכליתית, המידתיות וגישות פרשניות מרחיבות שפותחו על ידי השופטים עצמם, שכיחות למדי בשיטות משפט שונות. התפתחותו של השיח החוקתי נצפה אף הוא במדינות שונות בעלות חוקות חדשות וישנות (למשל צרפת). הפיתוח השיפוטי של עקרונות וזכויות על מנת להכיר בזכויות חדשות ואף חובות המוטלות על רשויות השלטון מתברר כחוצה שיטות משפט ומשפחות משפט. אקטיביזם שיפוטי נראה, במבט ראשון, מאפיין טיפוסי של ישראל. אך בראי המשפט המשווה מתברר שתופעה זו קיימת גם במדינות אחרות (למשל בצ'כיה). עוד מעלה הבחינה ההשוואתית שבתי משפט חוקתיים כותבים יותר ויותר לקהלים שונים (אוסטרליה, דרום אפריקה). גם במדינות המשפט הקונטיננטלי, שבהן באופן מסורתי פסקי הדין אינם כוללים הפניות או ציטוטים (או מעט, כמו למשל באיטליה), ניכרים שינויים – כך למשל בטיוואן, שבה הייצוג המשמעותי של אנשי אקדמיה לשעבר בבית המשפט, השפיע על הפסיקה החוקתית. ניכר כי למרות ההבדלים בתרבות המשפטית, בתאוריה הפוליטית או במנגנון בחירת השופטים, שופטים חוקתיים חולקים שפה משותפת של עקרונות, כגון דמוקרטיה, שלטון החוק, שוויון, מידתיות וכבוד האדם.

יתרה מכך, בתי משפט חוקתיים פונים יותר ויותר לתקדימים זרים לצורך הכוונה והשראה. השימוש במשפט זר שנוקטים בתי המשפט שנבחנו במסגרת פרויקט זה, מעיד כי שופטים חוקתיים עסוקים בשיח משפטי גלובלי. השימוש בפרשנות תכליתית מקל על השופטים את

65 פרשת הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 24, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

הפנייה לדין הזר לצורכי השוואה. נראה שישנה הלימה מובהקת בין השימוש במשפט משווה ובין השימוש בטיעונים תכליתיים אובייקטיביים. כיום האקדמיה והשופטים משתמשים במונחים של קהילה גלובלית של בתי משפט או לחלופין עוסקים בשיח משפטי על-מדינתי, שמאחד סביבו שופטים מכל רחבי העולם במפעל משפטי גלובלי משותף.<sup>66</sup> השימוש במשפט זר נותן פרספקטיבה בקבלת החלטות. ייתכן ששיטות משפט זרות התמודדו עם בעיות דומות, ולכן הן יכולות לספק ניתוח והנמקות משמעותיים. משפט משווה מספק רעיונות, משמש להשוואה ומסייע לשכלל ערכים ועקרונות דומים. מחקרים אמפיריים השוואתיים דוגמת זה, יכולים לא רק לשפר את איכות ההחלטות הפרטיקולריות של השופטים, אלא גם לסייע להם בעיצוב תורת משפט חוקתית גלובלית. מחקרים אלו יכולים לתרום גם למיפוי העולם החוקתי החדש ולסיווגו, וליצירת מסגרות קונספטואליות למחקר משווה.<sup>67</sup>

#### ד. הערכה, פתולוגיה וביקורת

בית המשפט העליון בישראל אינו רק בית משפט חוקתי, אלא גם שחקן דומיננטי בחברה הישראלית. נדמה שכמעט כל החלטה פוליטית מערבת את בית המשפט. היעדר גבולות ברורים לסמכותו, היכולת להעניק "סעד מן הצדק", היעדרם בפועל של תנאים מוקדמים לקבלת סעד ונכונותו של בית המשפט לבחון כמעט כל מקרה לגופו, הובילו לתופעה פוליטית המכונה, בעיקר על ידי מבקריה: "המשפטיזציה של הפוליטיקה".

ההנמקה השיפוטית השתנתה מאז שנות ה-80. ספרו המכונן של פרופסור מאוטנר מדגים זאת היטב.<sup>68</sup> מעמדו של בית המשפט השתנה ממגן הזכויות למי שתפקידו להבטיח את הגשמת הערכים הציבוריים. דוקטרינות חדשות בנוגע לזכות העמידה, הסובלניות הרבה יותר כלפי עתירות "ציבוריות", מאפשרות לעותרים ציבוריים ולארגונים להציג בפני בית המשפט שאלות הנוגעות לזכויות אדם ולזכויות מיעוטים. אלה נושאים שאת חלקם לא הצליחו המוסדות השלטוניים לפתור, או שהעדיפו להימנע מעיסוק בהם.

מאז שנות ה-80 התפתח סגנון חדש של הנמקה. הפרשנות הפורמליסטית של החוק ויישומו לנסיבות כל מקרה ומקרה הוחלפה בשיח של איזון בין ערכים מתנגשים.<sup>69</sup> הגישה החדשה תאמה את השימוש במושגים כמו סבירות ומידתיות ככלים לפיקוח על המחוקק, הממשלה והרשות המנהלית. תכלית הנורמה ולא לשונה, היא העיקר. מושגים כמו "תכלית החוק", "רוח החוק" ו"כוונת המחוקק" החליפו את המילים היבשות של החוק. שופטים הפכו יצירתיים בפעילותם השיפוטית, והחלו רואים את עצמם חופשיים לתור אחר פתרונות יצירתיים שיביאו

David S. Law & Wen-Chen Chang, *The Limits of Global Judicial Dialogue*, 86 WASH. L. REV. 523 (2011).

Ran Hirschl, *From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies: editorial*, 11 INT. J. CON. L. 1, 2 (2013).

מנחם מאוטנר ירדת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).

שם. 69

לתוצאה מוסרית וצודקת. בג"ץ הרחיב את היקף ההתערבות שלו, פסיקתו עיצבה מדיניות ואף קבעה כללים חדשים. דוגמאות רבות ממחישות תהליכים אלה, ואולי בהקשר זה, בולטים במיוחד התיקים שביקשו לאכוף נורמות של תקינות שלטונית על שרים ועובדי ציבור בכירים, בשנות ה-90 המוקדמות. בראי המשפט המשווה, התערבות בית המשפט בנושאים כמו אתיקה ציבורית ותרבות שלטון ותקינות היא ייחודית ויוצאת דופן.

למעשה, רוב ההחלטות הציבוריות החשובות עדיין מתקבלות על ידי המוסדות הפוליטיים ולא על ידי בית המשפט העליון, אף שזה האחרון לעיתים נאלץ לעסוק בסוגיות אשר המחוקק נמנע מעיסוק בהן. במובן מסוים, נכונותו של בית המשפט להתערב מחלישה את הגוף הפוליטי שהוא בוחן. אף שמבחינה תאורטית, הנכונות להתערב מתפרסת על מגוון נושאים, המציאות מראה שבפועל מדובר בהתערבות מינימלית ושהפוליטיקה הישראלית עדיין מתנהלת במסדרונות הממשלה. נדמה שהדבר נכון גם לגבי האקטיביזם השיפוטי. בית המשפט העליון נראה אקטיביסטי כאשר הוא מבטל החלטות של רשויות אחרות, אך טענה לאקטיביזם מצריכה בחינה יסודית של הפוסי השפיטה והפסיקה, מחקר שטרם נערך. נכון יהיה לומר שבית המשפט מוכן לבחון כמעט כל סוגיה המובאת לפניו, אך בחינה מעמיקה של הפסיקה בנושא הפיקוח השיפוטי על החלטות הממשלה, למשל, מלמדת כי בפועל בית המשפט לרוב מאשר את החלטות הממשלה, מה שמותיר בידיה שיקול דעת כמעט בלתי-מוגבל.

ניתן למתוח ביקורת אולי על הרכב בית המשפט העליון. מבנה בתי המשפט החוקתיים שונה מזה של בית משפט עליון לערעורים בשיטות משפט רבות. בישראל יש בית משפט עליון אחד שעוסק גם בסוגיות חוקתיות, בהתאם למסורת האנגלו-אמריקנית. יש בהחלט מקום לדיון בשאלה מדוע מספר אנשי האקדמיה המכהנים בבית המשפט העליון הוא כה נמוך.

מדינת ישראל סללה את דרכה בין האומות, בהיעדר חוקה כתובה או מגילת זכויות. במקום זאת, המשפט הישראלי פסע בעקבות המסורת הבריטית של ריבונות פרלמנטרית. הכנסת מעולם לא השלימה את פרויקט החוקה. היה זה בית המשפט שפעל לבסס עקרונות יסוד למדינה החדשה תוך שהוא יוצר בסיס איתן להגנה על זכויות אדם. בסופו של דבר, ההיסטוריה החוקתית של ישראל מראה שהטקסט החוקתי פחות חשוב מהאופן שבו הוא מתפרש על ידי השופטים.

## חלק שלישי: מסקנות

מאת

אנדרס ג'קאב, ארתור דייברה וג'וליו איצקוביץ\*

### א. דפוסים קבועים ושונות בהנמקה חוקתית

מה ניתן ללמוד ממחקר של פסקי דין בולטים על האופן שבו שופטים חוקתיים כותבים ומנמקים את החלטותיהם? ברי כי אין זו משימה קלה לסכם את התוכן והממצאים של שמונה-עשר פרקי דו"חות השוואתיים. בכל פרק יש ניתוח מעמיק של ההנמקה החוקתית של בית המשפט המבוסס על מחקר מקיף של 40 פסקי הדין הבולטים שלו. לפחות לכאורה נראה שיכולנו להקל על עצמנו אילו היינו מגבילים את מחקרנו לקומץ בתי משפט בלבד – כפי שרוב המחקרים ההשוואתיים על הנמקה שיפוטית נוהגים<sup>70</sup> – אולם מאגר הנתונים שאספנו בעזרת הכותבים שלנו עזר להתגבר על הקושי.

כפי שבואר בהקדמה, נוסף על הדו"ח הכתוב, כל כותב קטלג בגיליון אקסל את המידע על ההנמקה ששימשה את בית המשפט ב-40 פסקי הדין הבולטים שלו. לכל פסק דין חשוב, קטלג המחבר את השפה ששימשה בדיון, מטרתן של ההוראות החוקתית, התקדימים, המידתיות וכו'. כל מאפיין בכל פסק דין מוספר מ-Q1 עד Q37 לפי השאלה שנשאלה. למעט Q5 (הנושא הכללי שבו עוסק פסק הדין) ו-Q7 (מבנה הטענה), כל מאפייני פסקי הדין קוטלגו כמשתנה דיכוטומי (כן/לא). אף שהליך איסוף הנתונים ותוכניות הקטלוג שנקטנו אינם מושלמים ובוודאי אינם חפים מטעויות, מאגר הנתונים Conresons הקל את עריכת הניתוחים.

מספרנו את המשתנים, וכך הרבה יותר קל לזהות את הדפוסים הדומים והשונים לפי הקטגוריות שניתחנו. חשבו למשל על השימוש בכתיבה אקדמית בשיח השיפוטי. כשמתעמקים בפרקי ספר זה, קשה לקלוט מייד את התדירות של הנמקה זו בכל 18 בתי המשפט (19, כולל בית המשפט החוקתי ההונגרי שנוסד ב-2010) ובכל 760 פסקי הדין החשובים (אבני דרך או הבולטים). אולם, כשמתמשים במדדים שקוטלגו בעבודה, רואים שמדובר ב-47.5 אחוז. לשון אחר, בית משפט חוקתי מאזכר כתיבה אקדמית ב-19 מתוך 40 פסקי הדין הבולטים בממוצע. מובן שלא צריך להיות בעל תואר מתקדם בסטטיסטיקה כדי לדעת שהממוצע אינו

\* זהו פרק המסקנות המסכם את הספר COMPARATIVE CONSTITUTIONAL REASONING. הפרק תורגם באישור ההוצאה לאור של Cambridge University Press.

70 ראו למשל, INTERPRETING CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY (Jeffrey Goldsworthy ed., 2006); MITCHEL DE S. LASSER, JUDICIAL DELIBERATIONS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF JUDICIAL TRANSPARENCY AND LEGITIMACY (2004).

מייצג מדד איתן של נטייה מרכזית בחלוקה, מאחר שהערך הזה יכול להיות מושפע מתצפיות קיצוניות באופן בלתי-פרופורציונלי.

ממוצע של 47.5% יכול לנבוע מכך שכמה בתי משפט יזכירו מאמרים אקדמיים בכל החלטותיהם, ובתי משפט אחרים יתעלמו מהם, בדיוק כפי שהוא יכול לנבוע מכך שכל בתי המשפט ישתמשו בסוג הנמקה זה באותה תדירות. דרך יעילה יותר לאמוד את המבנה והמשתנים של אוסף נקודות נתונים יכולה להיות בעזרת תרשים מסוג "מסגרות וקווים" (box and whiskers plot).<sup>71</sup> תרשים כזה מאפיין את החלוקה של משתנה בהשתמשו בממוצע יחד עם הרבע הראשון, השני והשלישי.

באיור 1 מתוארים 17 מאפיינים הנוגעים לנושא ולמבנה ההנמקה, למקורות של המשפט החוקתי ולשיטות הפרשנות, בפסקי הדין החוקתיים הבולטים של בתי המשפט. באשר לכל מאפיין, הפס באמצע הריבוע מצביע על קו האמצע. האזור בתוך הריבוע, מתחת לקו האמצע ומעליו, מייצג את הרביעון השני והשלישי (כך, האזור בתוך הריבוע מתייחס ל-50% מבתי המשפט). מתחת לריבוע נמצא האזור המתקשר לרביעון התחתון (הראשון), ומעל הריבוע האזור המתקשר לרביעון העליון (הרביעי). הקווים (whiskers) מראים איך הנתונים מתפרשים בתוך הרביעונים התחתון והעליון, ואילו הנקודות מציינות את החריגים.

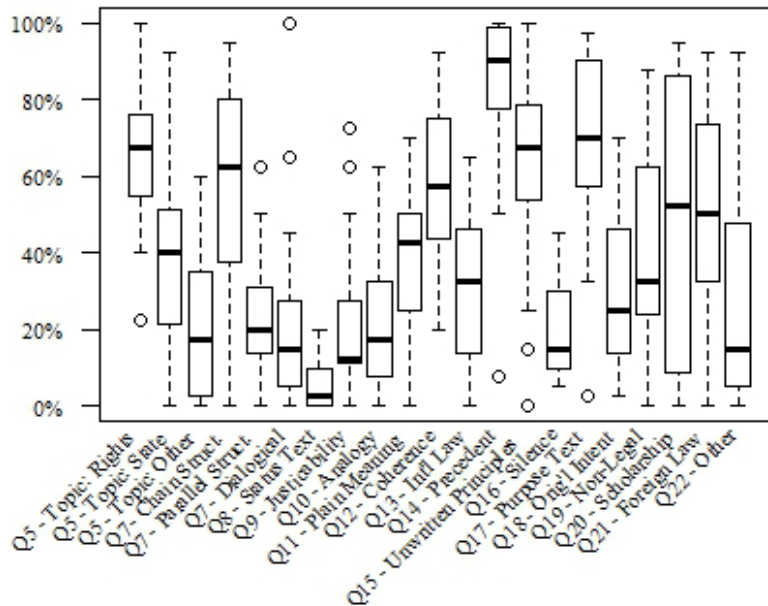
לטובת עורכי הדין ואנשי האקדמיה מעולם המשפט שייתכן שאינם מכירים שיטה זו להמחשת נתונים, איור 1 מספק תמונת-על של השונות בין בתי המשפט בנוגע לקטגוריות של ההנמקות המוצגות. בין השאר, מהתרשים עולה שמשנתה Q20, קרי זה הנוגע למאמרים אקדמיים, מציג שונות רבה יותר מאשר, למשל, משנתה Q18, שמודד את יחס ההחלטות הנוגעות לכוונת המכוון (framer).

הממוצע של ציטוטי מאמרים הוא 52.5%, אבל המאפיינים האחרים פוזרים מסביב לערך זה. שיעור פסקי הדין המזכירים באופן כלשהו מאמרים אקדמיים נע בין 0 ל-92.5%. הרביעון השני והשלישי, הנוגעים למחצית המאפיינים האחרים, עומדים על 10-80%. המשמעות היא שתדירות הופעתו של מאפיין זה בהנמקה משתנה באופן ניכר בין בתי המשפט. פסקי דין המאזכרים הנמקה הנוגעת לכוונה המקורית (כוונת המכוון ההיסטורי) הם אומנם פחות שכיחים (ערך חציוני – 25%), אבל גם פחות משתנים מבית משפט אחד למשנהו. מתברר שרוב בתי המשפט נעים בין 2-40% ברביעון הראשון, השני והשלישי, בהתאמה.

71 על יתרונות תרשימי הקופסה וטכניקות החזיה אחרות של נתונים ראו Martin Krzywinski & Naomi Altman, *Points of Significance: Visualizing Samples with Box Plots*, 11 NATURE METHODS 119 (2014).



איור 1. מאפיינים כלליים של ההנמקות בפסקי הדין הבולטים של בתי המשפט<sup>72</sup>



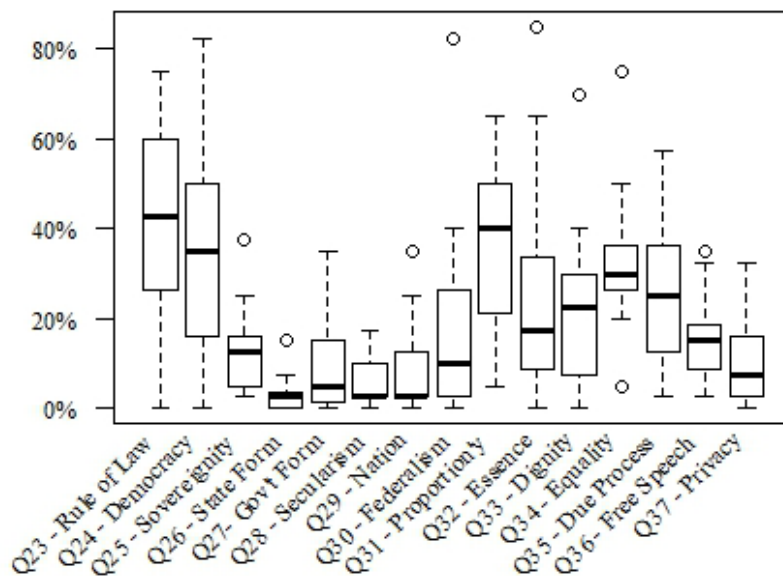
נראה שהנמקות המתבססות על תקדימים (Q14) מופיעות בתדירות גבוהה בכל בתי המשפט ובכל הפסיקות החשובות. זאת, לבד מחריג אחד – המועצה החוקתית הצרפתית, המיוצגת בנקודה הקטנה בתחתית הפאנל. המועצה החוקתית הצרפתית חריגה גם בכל הנוגע לפרשנות תכליתית (Q17). ניתוח מטרת הטקסט בחוקה הוא דבר רווח למדי בתיקים בולטים, ושלושת רבעי בתי המשפט שוקלים טענה זו בלמעלה מ-60% מהחלטותיהם. עם זאת, המועצה החוקתית אינה מכניסה בשיקוליה צורה זו של פרשנות טלאולוגית באף לא אחד מ-40 פסקי הדין המובילים שלה. מפתיעה אף יותר העובדה שלמרות האקטיביזם שהציגה המועצה בכך שהרחיבה את סמכויות הביקורת שלה מאז שנות ה-70, היא משתדלת לקשור את התבטאויותיה לטקסט חוקתי יותר מאשר בתי משפט אחרים, לבד מבית המשפט האירופי לזכויות אדם. אומנם עקרונות חוקתיים משתנים באופן ניכר מבית משפט לבית משפט, אולם עקרונות חוקתיים "בלתי-כתובים" (Q15) הם שכיחים באופן יחסי (ממוצע – 65 אחוז). עקרונות בלתי-כתובים אלה אינם מופיעים בפסקי הדין המובילים של בית המשפט האירופי לזכויות אדם, ורק 6 מתוך 40 החלטות המועצה החוקתית הצרפתית (15%) נוגעות בסוג הנמקה זה. שאר הנקודות באיור 1 הן של בית המשפט העליון באוסטרליה כאשר לזכויות (Q5); בית המשפט העליון של קנדה ובית המשפט החוקתי בצ'כיה בנוגע להחלטות שכוללות הנמקות מקבילות חד-משמעיות (Q7); בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה, במידה פחותה,

.N = 19 72

בית המשפט החוקתי בטייוואן בנוגע לשימוש בטיעונים דיאלוגיים; ובית המשפט האירופי לזכויות אדם ובית המשפט החוקתי של דרום אפריקה על החלק של ההחלטות הנוגעות לטענות של שפיטות (Q9).

מה בנוגע לשימוש במושגים ודוקטרינות חוקתיים גנריים כגון "שלטון החוק" ו"מידתיות"? איור 2 מראה כיצד היחס של הנמקות אלה בפסקי דין מובילים משתנה בין בתי המשפט. העובדה שבהשוואה לאיור 1, ההנמקות בקטגוריה זו בדרך כלל מופיעות בתדירות נמוכה יותר – רק לשני משתנים, "שלטון החוק" (Q24) ו"מידתיות" (Q37) יש קו אמצע מעל 40 אחוז – מצביעה על כך שהן מקריות יותר. אין זה מפתיע. אפשר לצפות שמאפיינים פורמליים, תלויי נושא, יופיעו בתדירות גבוהה יותר מאשר מאפיינים מהותיים. אולי יותר מפתיעה העובדה שכל כך מעט פסקי דין מובילים מתייחסים ל"חילונית" ולשיטת המשטר (הפרלמנט, הנשיא) או המדינה (מונרכיה, רפובליקה).

איור 2. מושגי יסוד ודוקטרינות גנריות ביחס לפסקי דין הבולטים של בתי המשפט<sup>73</sup>



בין הפריטים התכופים יותר של הנמקה חוקתית ניכרים הבדלים מהותיים ברפוסטי השונות. בתי המשפט נבדלים מאוד בנטייתם לשקול "דמוקרטיה" (Q24), למשל, ביחס שנע בין 0 (המועצה החוקתית בצרפת) למעל 80% (בית המשפט העליון בישראל). מנגד, שיקולים הנוגעים לשוויון (Q34) מובאים בתדירות גבוהה בכל בתי המשפט. זה משתקף בכך שרוב בתי המשפט קרובים

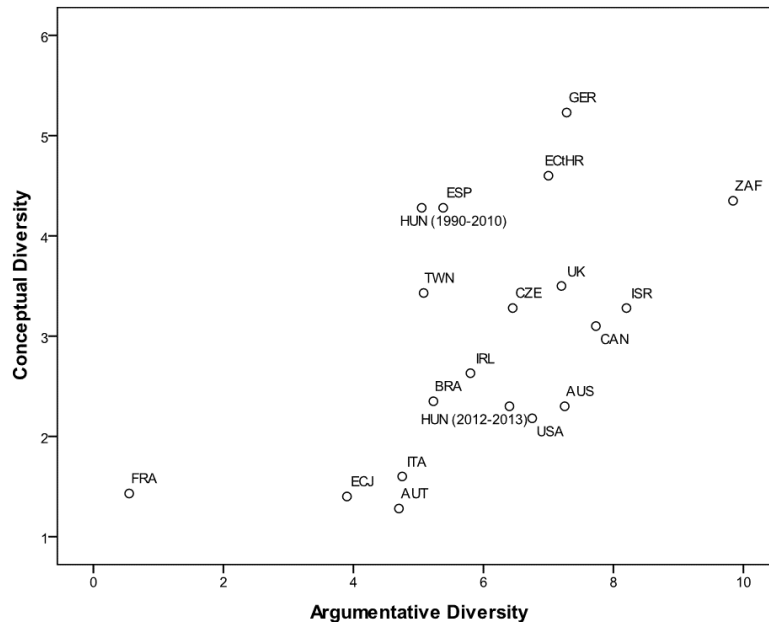
.N = 19 73

לקו החציוני. עם זאת, התרשים מראה שני חריגים: האחד, בחלק העליון של התרשים, הוא בית המשפט לחוקה בדרום אפריקה, השוקל את סוגיית השוויון לעיתים תכופות יותר מאשר כל בית משפט אחר. האחר – ליד תחתית הפאנל ובצד השני של התרשים, הוא בית המשפט העליון באוסטרליה, העוסק בשוויון פחות מכל בית משפט אחר. מעניין שבית המשפט בדרום אפריקה הוא חריג גם בחיבתו היתרה ל"כבוד האדם" (Q33). אם בחריגים עסקינן, בית המשפט שפסקי הדין שלו משתמשים הכי הרבה במילה "ריבונות" (Q25) הוא בית המשפט העליון בבריטניה, דבר אשר, כפי שהודגש בדו"ח של תומס גיורפי, מוסבר בקלות בחשיבותה של דוקטרינת ריבונות הפרלמנט במשפט החוקתי הבריטי. באופן דומה, מאחר שהתייחסות לעקרונ הסובסידיאריות ו-margin of appreciation בפסקי הדין של בית המשפט האירופי לזכויות אדם קוטלגו כטיעונים פדרליים (Q30), עמד בית משפט זה במקום גבוה בהרבה מבתי משפט אחרים בהנמקות המבוססות על פדרליות – כגון בית המשפט העליון באוסטרליה ובית המשפט העליון בארצות-הברית. עם זאת, בית הדין החוקתי הספרדי בולט בשל התדירות שבה פסיקותיו מרחיבות את הדיון על נושא הליבה של זכויות חוקתיות וסמכויות (Q32).<sup>74</sup> לבסוף, בית המשפט החוקתי בגרמניה מוביל במספר פסקי הדין העוסקים בחופש הביטוי (Q36).

בתי המשפט שונים זה מזה לא רק מבחינת סוג הטענות ומונחי המפתח שעליהם הם מסתמכים, אלא גם מבחינת ההיקף, המגוון והשונות של ההצדקות שהם מעמידים לפסיקותיהם. יש בתי משפט שמשתמשים במאגר מוגבל של טענות ומושגים, אבל אז נוטים לחזור עליהם בתדירות גבוהה בהחלטותיהם. אחרים משתמשים בהנמקות, בסגנונות ובטענות עשירים ומגוונים, ואז יש שונות גדולה יותר בהחלטותיהם. איור 3 מראה עד כמה המספר הממוצע של הטענות (Q8-Q22) ומושגי המפתח (Q23-Q37) נבדלים בפסקי הדין הבולטים. באופן לא מפתיע, המועצה החוקתית הצרפתית בולטת בחריגותה. הדבר משקף את מאפייני ההנמקה הפורמליסטית של השיח החוקתי בצרפת. בממוצע, פסק דין צרפתי מוביל כולל פחות משני מושגים גנריים ומציין פחות מהנמקה כללית אחת. כך נוהגים באופן די דומה, אבל פחות קיצוני, בית המשפט החוקתי האוסטרי, בית המשפט החוקתי האיטלקי וה-ECJ. בקצה השני של הסקאלה נמצאים בית המשפט החוקתי הגרמני, בית המשפט האירופי לזכויות אדם ודרום אפריקה, עם סגנונות הנמקה המאמצים טענות ומושגי מפתח מקיפים.

74 בפרק על בית המשפט הספרדי קישרה מריאן אהומאדה רואיז את הישנותו של מושג זה בשיח השיפוטי לצ'ראטר החוקתי, שבפירוש מבטיח את "התוכן החיוני" של זכויות אל מול השגת גבול חקיקתית.

איור 3. השונות בטענות ובמושגים בפסקי הדין הבולטים של בתי המשפט<sup>75</sup>



שונות בטיעונים בין בתי המשפט ושונות בין פסקי הדין של אותו בית משפט יכולות לנבוע מסיבות מגוונות. אומנם אי-אפשר לשלול את האפשרות שבמידה מסוימת מדובר בטעות שלנו בנוהל בחירת פסקי הדין, אולם אפשר לשער שהסטיות בדפוסי ההנמקות והשימוש המתוחכם במושגים בקרב בתי המשפט נובעים מהשוני במסורות משפטיות, מרקע היסטורי, מהייחודיות הלשונית של מגילת הזכויות החוקתית ומההסדר המוסדי. להלן נרחיב על הסברים אלה. עם זאת, גורמים אלה אינם יכולים להסביר את השונות בין החלטותיו של אותו בית משפט, מאחר שאלו בדרך כלל נותרות קבועות בכל פסקי הדין. רוב בתי המשפט במחקר שלנו מביאים בחשבון טיעונים בעלי משמעות פשוטה בכמה מפסקי הדין הבולטים שלהם. אבל נראה ששופטים חוקתיים אינם עקביים במיוחד בדרך שבה הם משתמשים בצורת הטיעון הזאת. אף בית משפט אינו שוקל זאת בכל החלטותיו הבולטות. במקום זאת, המשמעות הפשוטה נשקלת בכמה פסקי דין, אבל מתעלמים ממנה לחלוטין בפסקי דין אחרים, מבלי שהשופטים מסבירים מדוע. אותו הדבר קורה בקנונים פרשניים אחרים כגון קוהרנטיות (Q12) וכוונה מקורית (Q18). נראה שיש בתי משפט, ובהם בתי המשפט החוקתיים בגרמניה, בדרום אפריקה ובצ'כיה, כמו גם בית הדין האירופי לזכויות אדם, שלהם הסתמכות שיטתית על פרשנות תכליתית או טלאולוגית (Q17), והם מתייחסים אליה כמעט בכל פסקי הדין המובילים שלהם. אבל אין

.N=19 75

הדבר נכון בכל בתי המשפט: מחצית מבתי המשפט מתייחסים לפרשנות זו בתחום שנע בין 2.5 ל-70 אחוז מפסקי הדין המובילים שלהם, כלומר עם שונות משמעותית בין פסקי הדין. מכאן אפשר להסיק שההנמקה החוקתית אינה תמיד מצייתת לתאוריה (פילוסופיה) שיפוטית שיטתית, אלא במקרים רבים מסתמכת על בחירה מקרית. במקום להסתכל בקפידה על מה שמתחייב מתאוריה פרשנית מסוימת, לעיתים קרובות כותבי פסקי הדין החוקתיים פשוט בוחרים את ההנמקה או את סדרת השיקולים המתאימה ביותר לתוצאה שאליה מבקשים להגיע ומתעלמים משיקולים המצביעים לכיוון הנגדי. במילים אחרות, טיעונים חוקתיים, לפחות בנוגע לשימושי בתי המשפט, אינם תצוגה מדעית, אלא עניין רטורי מובהק.

## ב. יחסיות ההבחנה בין המשפט המקובל לבין המשפט הקונטיננטלי

בשל המקום המכובד שניתן בספרות המשפטית ההשוואתית להבחנה בין המשפט המקובל ובין המשפט הקונטיננטלי, נרצה לשאול היכן ההבחנה הזאת עומדת ביחס לנתונים שאספנו. האם מותבים חוקתיים התחלקו באופן מובהק לבעלי סגנון הנמקה של משפט מקובל לעומת הנמקה של המשפט הקונטיננטלי? כמובן, החוקרים חלוקים בעניין מה שהם מכנים התכונות המגדירות של שתי המסורות. אולם נראה שיש דעה אחת שגוברת בספרות האנגלופונית, ולפיה ההנמקות השיפוטיות של המשפט המקובל שונות מאלה של המשפט הקונטיננטלי בארבעה מובנים. ראשית, לקודים מוסדרים אמורה להיות תמיכה חזקה יותר בשיטות המשפט הקונטיננטלי מאשר במערכות המשפט המקובל.<sup>76</sup> מאותה הסיבה, הנמקה חוקתית של המשפט הקונטיננטלי אמורה להיות דוקטיבית יותר; הנמקה חוקתית של המשפט המקובל – אינדוקטיבית יותר.<sup>77</sup> שנית, מאחר שהמשפט המקובל מתקשר עם חוקים שנקבעים בידי שופט, ואילו המשפט הקונטיננטלי מתקשר עם קודים חקוקים, הגישה הרווחת היא שתקדימים

76 THOMAS LUNDMARK, CHARTING THE DIVIDE BETWEEN COMMON AND CIVIL LAW 101 ראו (2012); Christian Kirchner, *The Difficult Reception of Law and Economics in Germany*, 11 INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND ECONOMICS 277, 284 (1991). ההנחה של הסדרה גורמת לבתי המשפט הקונטיננטליים להיות גם פחות עצמאיים מהענפים האחרים וגם פחות מגיבים לתנודות במחזור הכלכלה חותרת תחת הטענה שטוענים כלכלים מתחום הכספים והמשפט שלפיה מערכת המשפט של המשפט המקובל יעילות יותר ונהנות משיעור צמיחה גבוה יותר. ראו Thorsten Beck, Asli Demirguc-Kunt & Ross Levine, *Law and Finance: Why Does Legal Origin Matter?*, 31 JOURNAL OF COMPARATIVE ECONOMICS 653 (2003). כלכלנים אלה טוענים שבניגוד לרוב עמיתיהם מהמשפט הקונטיננטלי, בתי המשפט של המשפט המקובל "אובססיביים לעובדות ולהחלטות בתיקים הספציפיים יותר מאשר דבקים בעקרונות ההיגיון של המשפט המוסדר". שם, בעמ' 660.

77 ROSCOE POUND, THE SPIRIT OF THE COMMON LAW 170 (Francetown, New Hampshire: Marshall Jones 1921); Roscoe Pound, *What is the Common Law*, 4 U. CHI. L. REV. 176, 186 (1937); GUSTAV RADBRUCH, DER GEIST DES ENGLISCHEN RECHTS (Heidelberg: Rausch 1946).

חשובים פחות במשפט הקונטיננטלי.<sup>78</sup> שלישית, שופטי המשפט המקובל נחשבים יותר כנים מעמיתיהם במשפט הקונטיננטלי בכל הנוגע למיקומם של טיעוני מדיניות ושיקולים לא-משפטיים, ובאופן כללי יותר, הם מודים ששופטים אכן מייצרים משפט בעת יישוב הסכסוך.<sup>79</sup> בניגוד לכך, מקובל לחשוב שהנמקות שיפוטיות במשפט הקונטיננטלי מבטאות תפיסה פורמליסטית-משפטית בלבד של ייצור החלטות שיפוטיות, ובכך מכחישות שלשופטים יש תפקיד כלשהו בפיתוח המשפט. לבסוף, שופטים של המשפט המקובל נחשבים כאלה שנוטים יותר לסגנון הנמקה שיפוטית המאפשר לדלג בין נושאים ומאפשר לשופט היחיד להשמיע את קולו. לעומת זאת, בכתבת פסקי דין במשפט הקונטיננטלי, הדעה המתקבלת נותרת עמומה, לא-אישית, ובמסגרתה השופט נחבא מאחורי "בית המשפט" הקולקטיבי.<sup>80</sup> ארבעה מתוך 18 בתי המשפט שנחקרו נחשבים באופן רגיל כשייכים לשיטה ה"קלאסית" של המשפט המקובל: בית המשפט העליון הבריטי, בית המשפט העליון האמריקני, בית המשפט העליון האוסטרלי ובית המשפט העליון האירי.<sup>81</sup> עשרה שייכים לתחום השיפוט של המשפט הקונטיננטלי: בית המשפט החוקתי האוסטרי, הטריבונל הפדרלי העליון של ברזיל, המועצה החוקתית של צרפת, בית המשפט החוקתי הפדרלי של גרמניה, בית המשפט החוקתי האיטלקי, בית המשפט החוקתי ההונגרי, בית המשפט החוקתי הצ'כי, בית הדין החוקתי הספרדי ובית המשפט הטיוואני לחוקה.<sup>82</sup> שלושה בתי משפט שייכים לשיטות "מעורבות" שבהן משפיעים גם המשפט המקובל וגם המשפט הקונטיננטלי: בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה, בית המשפט העליון בישראל ובית המשפט העליון בקנדה. נוסף על בתי משפט מקומיים אלה, שני טריבונלים על-לאומיים, בית המשפט האירופי לזכויות אדם ובית המשפט האירופי (ECJ), אשר היו נתונים להשפעות שונות, אבל אינם מתקשרים לאף מסורת משפטית ספציפית. בהנחה שסיווגים אלה נכונים, הפרקים של הספר יחד עם המדדים האמפיריים ממאגרי הנתונים Conreasons מצביעים על כך שיש גרעין של אמת בדעה המקובלת על החלוקה המסורתית למשפט מקובל ומשפט קונטיננטלי. כפי שעולה גם ממחקרים

78 JOHN HENRY MERRYMAN, THE CIVIL LAW TRADITION: AN INTRODUCTION TO THE LEGAL SYSTEMS OF WESTERN EUROPE AND LATIN AMERICA 26 (1985) ("One often hears it said, sometimes by people who should know better, that civil law systems are codified statutory systems, whereas the common law is uncoded and is based in large part on judicial decisions.") אף שהוא מכיר בכך שזה פשוט מוגזם של ההבדל בין שיטת המשפט המקובל לשיטת המשפט הקונטיננטלי, מרימן ממשיך וטוען שזה מבטא "סט חשוב של הבדלים בסיסים בין שתי המסורות", שם. ברוח דומה, השופט סקאליה מקשר את הגישה הטקסטואלית שלו לפרשנות חוקתית לצורת ההחלטה השיפוטית של המשפט הקונטיננטלי. ראו ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW: FEDERAL COURTS AND THE LAW 3 (1998).

79 ; LUNDMARK ; JOHN PHILIP DAWSON, THE ORACLES OF THE LAW (1968), לעיל ה"ש 76 ; Kirchner, לעיל ה"ש 76.

80 THE USE OF FOREIGN PRECEDENTS BY CONSTITUTIONAL JUDGES 413 (Tania Groppi & שם ; Marie-Claire Ponthoreau eds., 2013), לעיל ה"ש 70.

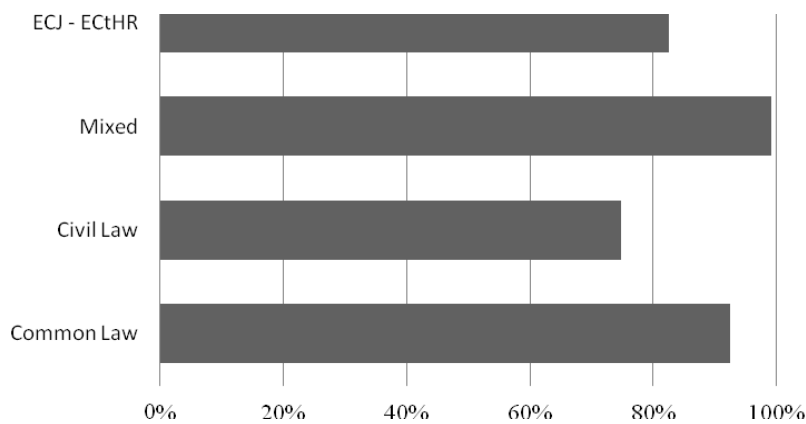
81 ראו Central Intelligence Agency, *The World Factbook* (May 9, 2007) [www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2100.html](http://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2100.html); Juriglobe, *World Legal Systems*, [www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/index-alpha.php](http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/index-alpha.php).

82 שם.

## הנמקה חוקתית

קודמים,<sup>83</sup> גילינו שהחלטות החוקתיות מבתי המשפט של המשפט המקובל השתמשו בטיעונים המתבססים על תקדימים יותר מאשר ההחלטות ממערכת המשפט הקונטיננטלי. התרשים באיור 4 מראה ש-93% מההחלטות החוקתיות של המשפט המקובל בתיקים הבולטים מצטטים תקדימים; נתון שעולה עד כדי 99% בהחלטות ממערכות מעורבות. בניגוד לכך, בבתי המשפט החוקתיים במשפט הקונטיננטלי, היחס של פסקי דין מובילים שמאזכרים החלטות קודמות הוא 75%. אולם ההבדל אינו מגיע לרף התחתון שלו משמעות סטטיסטית.<sup>84</sup> שני בתי המשפט העל-לאומיים נופלים איפשהו בין בתי המשפט החוקתיים של המשפט המקובל ובין אלה של המשפט הקונטיננטלי.

איור 4. יחס ממוצע של פסקי דין בולטים המצטטים תקדימים (Q14)<sup>85</sup>



ניתן לטעון שקשה לכלול שונות בנימה, במצב הרוח ובדיקציה באמת מידה אחת. אולם הפרקים הכלולים בספר זה מאששים את העובדה שיש הבדלי סגנון חשובים בין המשפט המקובל והשיטות המעורבות, מצד אחד, לבין שיטות המשפט הקונטיננטלי, מן הצד האחר. בייחוד מרתק הניגוד בין הנימה הבלתי-אישית, הפורמליסטית מאוד של פסקי הדין של

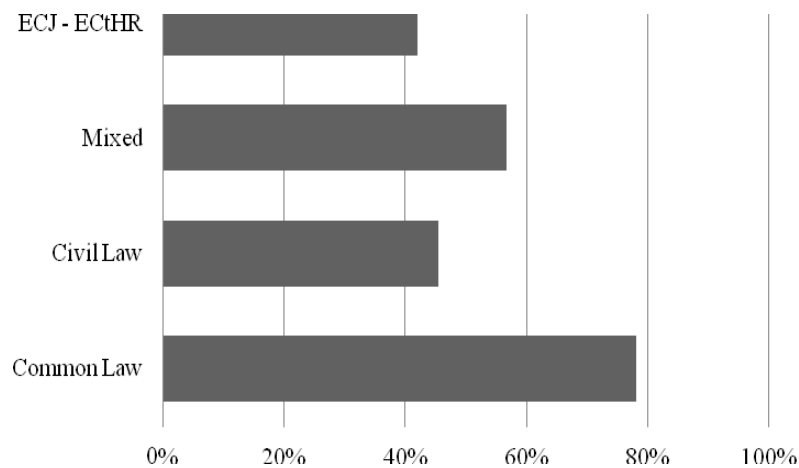
83 Groppi & Ponthoreau, לעיל ה"ש 80.

84  $F = 1.242, p > 0.1$ . הסבר קצר לעורכי דין: הערך P (שחושב מהמבחן הסטטיסטי F) מראה שאם היינו עושים ניתוח זה על 1000 דוגמאות שונות, היינו מסיקים שיש קשר בין שני משתנים ביותר מעשרה אחוזים מהפעמים, אפילו אם ההבדלים בין המסורות המשפטיות היו אקראיים לחלוטין. הרף התחתון המקובל להיתכנות של סוג כזה של טעות בספרות הסטטיסטית הוא  $s = 0.05$  אחוזים. לכן, ערכי ה-P מעל לסף זה מצביעים על יחסים לא-משמעותיים. עם זאת, חוסר המשמעות הסטטיסטית במקרה הנוכחי יכול לנבוע בהחלט ממידתה הקטנה של דוגמה זו.  $N = 19$ . הגרף מציג יחס ממוצע. ואז, לאחר שסיווגנו את בתי המשפט לארבע קבוצות (ECJ/ECtHR, Mixed, Civil Law, Common Law), הכנסנו לתרשים את הממוצע של כל אחת מהקבוצות.

85  $N = 19$ .

המועצה החוקתית הצרפתית לבין הסגנון הזורם והשיחתי של פסקי הדין של השופטים האמריקנים והישראלים. כפי שארתור דייברה מציין בפרק על המועצה החוקתית, סוג הרטוריקה המליצית והנימה הסרקסטית שמצויות בכמה מפסקי הדין של בית המשפט העליון האמריקני, נראה חריג מנקודת המבט של המשפט הקונטיננטלי הצרפתי. באותו האופן, מאפייני הנימה הממלכתית של פסקי הדין החוקתיים בבתי הדין החוקתיים בגרמניה, בהונגריה, בצרפת, באיטליה ובצ'כיה הם חריגים בעיני שופטי בית המשפט הישראליים המצטטים שירים ושירה, לצד סופרים ופילוסופים. באופן כללי הנמקה חוקתית של המשפט המקובל ושל השיטות המעורבות נוטה להשתמש יותר במטפורות ובביטויים ספרותיים כמו גם בשפת יומיום, ולא בשפה יבשה וטכנית. דבר נוסף המאפשר את הביטוי של קולו וסגנונו של כל שופט בשיטות אלה הוא התדירות הגבוהה של חוות דעת יחיד. כפי שעולה מאיור 5, ההסכמות פה אחד והמחלוקות בולטות יותר במשפט המקובל ובשיטות המעורבות. במקום סלידה ממחלוקות בקרב שופטי המשפט הקונטיננטלי, אפשר להסביר מספרים אלה באופן ברור יותר בעזרת העובדה שבתי הדין החוקתיים באוסטריה, באיטליה ובצרפת אוסרים פרסום החלטות יחיד. אם נסיר את בתי המשפט הללו, היחס של החלטות שבהן הייתה הסכמה או מחלוקת מגיעות ל-66%. אותו הדבר קורה בבתי המשפט העל-לאומיים. בית המשפט האירופי אוסר מחלוקות. אבל 32 מתוך 40 (80%) מפסיקותיו המובילות של בית המשפט האירופי לזכויות אדם מתפרסמות עם פסק דין נפרד אחד או יותר.

איור 5. אחוז ממוצע של פסקי דין בולטים עם הסכמה או עם מחלוקת (Q3)<sup>86</sup>



.N = 19 86



אומנם האיסור לפרסם דעת מיעוט משמר מראית עין של תמימות דעים שיפוטית, אך הוא אוסר על שופטים יחידים להשתמש בכתיבתם כדי לקדם את האינטרסים שלהם – לרבות יוקרה אישית ותהילה. דבר זה, בתורו, מקשה על השופטים לפתח סגנון כתיבה אישי.

יש היבטים אחרים של הנמקה חוקתית שנחקרו בספר זה, ונראה שהם תומכים בהיגיון המבחין בין העולמות של המשפט המקובל והמשפט הקונטיננטלי. מצאנו שהן בתי המשפט בשיטות המעורבות והן בתי המשפט של המשפט המקובל מפגינים כנות גדולה יותר כשמדובר בהכרה בהשפעת שיקולי המדיניות והגורמים הלא-משפטיים על התהליך השיפוטי. בפרק על בית המשפט העליון בישראל, סוזי נבות מציגה כמה קטעים מרתקים שבהם שופטים ישראלים מבטאים במפורש את שיקולי העלות הכלכלית שבשמירה על זכויות אדם בצד ציטוטים ממישל פוקן וז'אן ז'אק רוסו. גם החלטות בית המשפט העליון האמריקני עוסקות לעיתים בטענות כלכליות. הווארד שובר וג'ניפר ברוקהארט מדגימים זאת בפרק שלהם על בית המשפט העליון האמריקני, בפסק הדין *West Coast Hotel v. Parrish*. פסק הדין משנת 1937 שם קץ לעימות הפוליטי בין בית המשפט העליון ובין ממשל רוזוולט. בפתיחות יוצאת מן הכלל, דעת הרוב של אב בית הדין, השופט Hughes, מדגישה את המציאות הכלכלית שמדיניות ה-*New Deal* ביקשה לתת לה מענה. בדל זה של כנות שיפוטית עומד בניגוד לסירובם של השופטים החוקתיים בעולם המשפט הקונטיננטלי להעמיד צידוקים להחלטותיהם, צידוקים שעשויים לרמז שבתי משפט עושים יותר מאשר רק מיישמים חוקים משפטיים קיימים. לא חשוב כמה עניין זה שנוי במחלוקת, השיח החוקתי הגרמני מנוגד לטיעוני מדיניות, כפי שמיכאלה הילברונר וסטיבן מרטין מדווחים בפרק על בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה.<sup>87</sup>

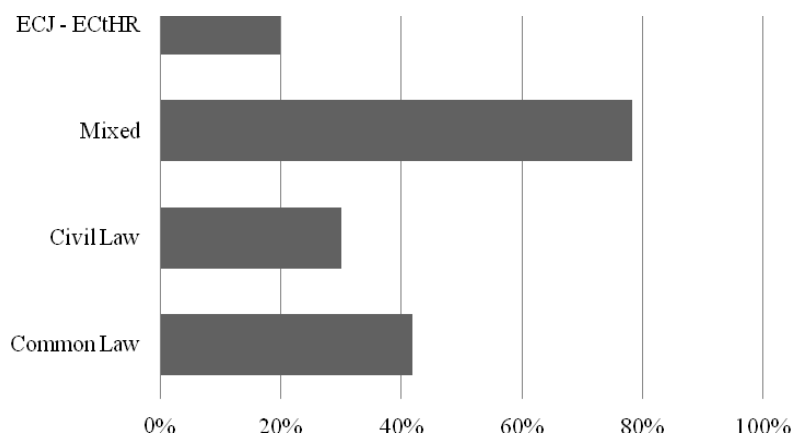
כדי להבין טוב יותר איך בתי המשפט נבדלים מבחינה זו, ביקשנו מהמחברים לאסוף מידע על השימוש בהנמקות "לא-משפטיות" בסדרת פסקי הדין המובילים. למען הסר ספק, הגדרת רעיון כזה כרוכה בקשיים, וגישתנו ניתנת להפרכה. בכוונה בחרנו שלא לכבול את ההגדרה שלנו לתאוריה משפטית מסוימת. כך גם לא עיגנו אותה בתאוריה מפורשת של פרשנות חקיקתית. במקום זאת, הורינו לכותבים להחשיב הנמקה כ"לא-משפטית" רק אם הוצגה במפורש כמוסרית, כלכלית או סוציולוגית מבחינה זו שהיא נתמכה בצידוקים חיצוניים למשפט.<sup>88</sup> מובן שהוראות אלה עדיין דרשו מהמשתתפים להפעיל שיקול דעת, ודאי להתייחס לתוצאות בזהירות הראויה. עם זאת, הנתונים שאספנו מצביעים על דפוסים התומכים באופן כללי בטענה שמסורת המשפט המקובל, לרבות מערכות משפט מעורבות, שקופה יותר באשר לתפקיד של השופטים החוקתיים כמובילי המדיניות. כפי שממחיש איור 6, הנמקות לא-משפטיות (Q19) רווחות יותר במשפט המקובל ובשיטות המעורבות מאשר באלה שבמשפט הקונטיננטלי. עיון בתוצאות לפי בית משפט, מעלה שהנטייה להשתמש בהנמקות לא-

87 ממצא זה עולה בקנה אחד עם ההבחנה של מחברים אחרים בנוגע לפסקי דין גרמניים בולטים, למשל, באשר למחקר הגרמני אומר Lundmark: "The almost total absence of policy arguments in the judgments of German courts, even in the judgments of the German Federal Constitutional Court, is striking from the viewpoint of a common lawyer. Even decisions on controversial and political topics such as abortion are written very formalistically, which gives the impression that judges are operating in a political vacuum".

88 הגדרה זו חייבה שהקטגוריה "לא-משפטית" (Q19) אינה בהכרח מתאימה לקטגוריה "עיקרון שלא נמצא בחוקה" (Q15); עובדה שאושרה על ידי קשר קל ( $r=0.36$ ) בין שני הפרטים.

משפטיות ניכרת במיוחד בפסקי דין בבית המשפט העליון בקנדה (ב-30 מתוך 40 פסקי דין הופיעה הנמקה לא-משפטית), בארצות-הברית (28) ובישראל (29), כמו גם בבית המשפט לחוקה בדרום אפריקה (35).

איור 6. אחוז ממוצע של פסקי דין בולטים מובאים בחשבון טיעונים "לא-משפטיים" (Q19)<sup>89</sup>



עם זאת, אומנם נראה שיש שמץ של אמת בדעה המקובלת, אולם הן הדו"חות האיכותניים והן הנתונים הכמותניים מצביעים על סיבות רבות למה שעדיין נחשבת הדעה המקובלת במגמות החוקתיות ההשוואתיות. נתחיל בתקדימים. אף שהנמקות המבוססות על תקדימים עדיין נשקלות לעיתים קרובות בפסקי הדין במשפט המקובל, הרי גם במדינות המשפט הקונטיננטלי לא חסרות הפניות לפסקי דין קודמים. גם אם במידה פחותה מאשר במדינות המשפט המקובל ובשיטות המעורבות, הנמקות מבוססות-תקדים נפוצות מאוד בפסקי הדין של המשפט הקונטיננטלי – לפחות בפסקי הדין הבולטים. למעשה, למעט צרפת, שבה הפניות לפסקי דין קודמים נמצאו רק בשלושה פסקי דין, ממאגר הנתונים שלנו עולה ששופטים חוקתיים בשיטות משפט השייכות למסורת הקונטיננטלית, מצטטים תקדימים ביותר מ-75 אחוזים מפסקי הדין שלהם. חשיבותה של צורת הנמקה זו מומחשת גם בכך שבכל 40 פסקי הדין המובילים של בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה במדגם שלנו פורשים השופטים טיעונים המבוססים על תקדימים.

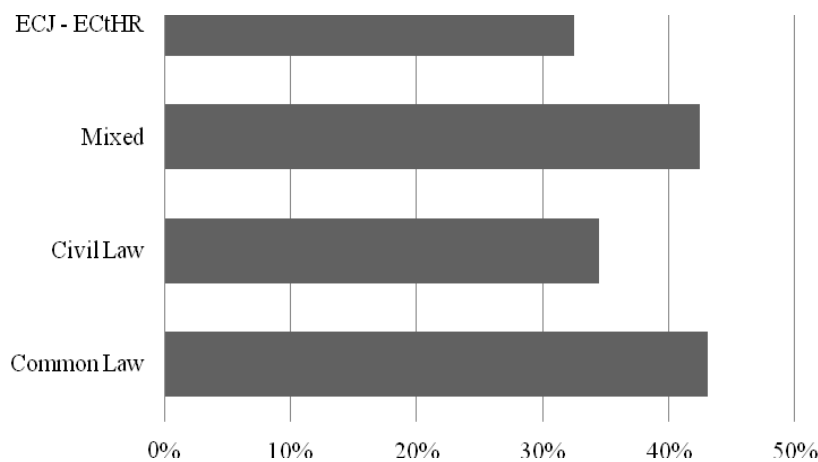
עוד היבט של הדעה המקובלת שהמחקר הנוכחי קורא עליו תיגר הוא הרעיון שפסקי הדין של המשפט הקונטיננטלי נוטים יותר לטענות טקסטואליות. רעיון זה נוטה להתעלם מגישות טקסטואליות ומ"הכוונה המקורית" בפרשנות החוקתית בארצות-הברית. גישה מקובלת זו

89 N = 19.

## הנמקה חוקתית

מסבירה מדוע בית המשפט העליון בארצות-הברית מתאר לעיתים קרובות הגדרות מילוניות יחד עם ניתוח זהיר של מילים ומשפטים מן החוקה. עם זאת, השופטים החוקתיים בארצות-הברית אינם היחידים בעולם המשפט המקובל שמדגישים את המילה הכתובה בהסבירם את החוקה. שופטים בבית המשפט העליון באוסטרליה נוטים אף הם להדגיש את המשמעות הפשוטה של מסמך חוקתי כברירת המחדל בפרשנותם. בניגוד מוחלט לשני בתי משפט אלה של המשפט המקובל, עומדת הגישה הרופפת יותר כלפי מה שיכול להיראות כשפה חוקתית ברורה, בצרפת, בגרמניה, בהונגריה, באיטליה ובברזיל. בה בעת שופטים חוקתיים בטייוואן – אשר אף היא נחשבת בדרך כלל כשייכת למסורת המשפט הקונטיננטלי – לפעמים פורשים טיעונים טקסטואליים בפסקי דין מובילים, אבל, כפי שוון צ'ן צ'אנג מדווחת במחקרה על בית המשפט החוקתי הטייוואני, נראה שהם נוטים לעשות זאת יותר בדעות המיעוט מאשר בדעות הרוב. במאגר הנתונים Conreasons אנחנו מוצאים שיעור גדול יותר של פסקי דין של המשפט המקובל הקלאסי ושל השיטות המערבות העוסקים במפורש במשמעות המילים והביטויים שנמצאים במסמך החוקתי (איור 7). עם זאת, ההבדל קטן ואינו משמעותי עד כדי קביעת עובדות סטטיסטיות מפורשות.<sup>90</sup>

איור 7. אחוז ממוצע של פסקי דין בולטים המביאים בחשבון טיעונים שבמהותם נובעים מ"משמעות פשוטה" (Q11)<sup>91</sup>



ממצאי הספר הזה קוראים תיגר גם על התאוריה שלפיה הנמקות המשפט המקובל החוקתי כנות יותר. אף שפסקי הדין מן השיטות המערבות ומהמשפט המקובל עושים שימוש תכוף יותר בטיעונים "לא-משפטיים", ההבדל בינם לבין מדינות המשפט הקונטיננטלי אינו כה גדול

.F = 0.301, p > 0.1 90

.N = 19 91

כפי שמקובל לחשוב. בכל מקרה, לא נכון לייחס למשפט הקונטיננטלי הנמקה חוקתית פורמליסטית ואילו למשפט המקובל – הנמקה מן הריאליזם המשפטי. למעשה, נראה ששופטים בכל הערכאות שנסקרות בספר זה – אולי פרט לישראל – מאסו בדימוים כמובילי מדיניות, שמא דימוי זה יעורר התקפות על אקטיביזם שיפוטי. בפרק על בית המשפט העליון האמריקני, ציינו הווארד שוורץ וג'ניפר ברוקהרט שלמעט עיסוק אקראי בפילוסופיה פוליטית ובפרשנות היסטורית, הרטוריקה של המשפט החוקתי האמריקני היא משפטית. הרטוריקה המשפטית חדרה לפסקי הדין של בית המשפט העליון של אוסטרליה, אירלנד ובריטניה עוד הרבה יותר. עובדה זו מפתיעה במיוחד משום שפסקי הדין הכולטים הם אלה שבהם שופטים חוקתיים מותחים את גבולות החוק כדי ליצור דוקטרינות חדשות, ונטען שבהם שיקולי מדיניות הם הרלוונטיים ביותר. לסיכום, פורמליזם נשאר המודל הרשמי של קבלת החלטות שיפוטיות, ונראה שזה נשאר כך בלי קשר למגוון הסגנונות מבחינות אחרות. אין מי שקורא לפורמליזם יותר מאשר שופט בית המשפט העליון האמריקני אנטונין סקאליה. ובכל זאת, פסקי הדין שכתב הם מליציים כפי שפסקי הדין החוקתיים הצרפתיים הם פורמליסטיים ולקוניים. ממצא זה עולה בקנה אחד עם ההשערה שנדונה במבוא לספר, ולפיה פורמליזם הוא האסטרטגיה העיקרית של השופטים כשהם עוסקים בקושי האנטי-רובני, קושי שבו נתקל בדרך זו או אחרת כל טריבונל חוקתי. פורמליזם, מבחינה זו, הוא חלק ממה שנקרא "משפט חוקתי גנרי".<sup>92</sup>

בחזרה לחלוקה של משפט קונטיננטלי ומשפט מקובל: במקום לבדוק כל משתנה במאגר פסקי הדין הכולטים כדי לוודא שהוא מתיישב עם החלוקה, שיטה יעילה יותר להעריך את תוקף ההבחנה הזאת היא לבדוק את הדפוסים המצטברים שבפסקי הדין מבלי להניח מראש דבר באשר לחשיבותה של המסורת המשפטית. הטכניקה הסטטיסטית המתאימה למשימה זו נקראת "ניתוח אשכול". בקצרה, ניתוח אשכול הוא תהליך סטטיסטי שמשמשים בו כדי לקבץ כמה פריטים על בסיס מאפייניהם, ובדרך זו הפריטים באותה קבוצה דומים זה לזה יותר מאשר לפריטים בקבוצות אחרות. כפי שמצביע שמש, האלגוריתמים בניתוח האשכול אמורים לסייע לחוקרים לראות כיצד פריטים מתקבצים יחד על בסיס רשימה נתונה של מאפיינים. במקרה שלנו, האובייקטים הם 19 בתי המשפט במאגר הנתונים Conreasons, ואילו המאפיינים הם מאפייני פסקי הדין המתאימים שנאספו על ידי המחברים שלנו. עם זאת, עלינו להביא בחשבון שלא כל 36 המאפיינים של פסקי הדין המפורטים באיור 1 ו-2 לעיל רלוונטיים לניתוח כזה. הסיבה העיקרית היא שכמה מהמדדים הללו מודדים מאפיינים ספציפיים מכדי לשקף הבדלים נסתרים בין בתי המשפט בסגנונות הטיעונים. הדבר נכון לגבי משתנים שעניינם מושגי מפתח ודוקטרינות חוקתיות גנריות (Q23-Q37 באיור 2) כגון "פרטיות", "כבוד האדם", "ריבונות", "דמוקרטיה", "מידתיות" ו"שלטון החוק". קשה לראות איך משתנים אלה יכולים להתקשר לסיווגים מסורתיים של משפחות משפט בשיטתיות, ולכן המדדים היחידים שנשקלים הם אלה שהם כלליים דיים כדי לקלוט הבדלים מבניים בין ההנמקות של בתי המשפט השונים. כך, לצורך ניתוח האשכול שימרנו רק את מאפייני פסקי הדין Q7 עד Q12 ו-Q14 עד Q22 המפורטים בטבלה 1. לא הכללנו את נושא פסק הדין (Q5) כי איננו מבינים מדוע נטייתו של בית משפט לפסוק בענייני זכויות אדם או הפרדת רשויות עשויה להיות רלוונטית להבחנה בין

92 ראו David S. Law, *Generic Constitutional Law*, 89 MINNESOTA L. REV. 652 (2004) והדיון בהקדמה לכרך זה.

## הנמקה חוקתית

משפט מקובל למשפט קונטיננטלי. כמו כן לא הכללנו פרשנות חוקתית המתיישבת עם אמנות בין-לאומיות (Q13), משום שאנחנו מאמינים שמדד זה עשוי להיות מושפע מגורמים מקומיים. החברות באיחוד האירופי וצמיחתם של דיני האיחוד האירופי, למשל, עשויות לגרום לשופטים חוקתיים אירופיים להביא בחשבון טיעונים הרמוניים לעיתים תכופות יותר.<sup>93</sup> בטבלה 1 נראה המספר הממוצע של פסקי הדין לכל בית משפט המתאר את התכונה המתאימה, יחד עם סטיית התקן וערך המקסימום והמינימום.

### טבלה 1. תכונות כלליות של פסקי דין הכלולות בניתוח אשכול

Opinion Attributes	Mean	SD	Min.	Max.
One-line conclusive argumentation structure (Q7)	23.21	10.51	0	38
Cumulative-parallel argumentation structure (Q7)	9.53	7.10	0	25
Dialogic argumentation structure (Q7)	8.84	9.87	0	40
Consider constitutional status of text (Q8)	2.21	2.50	0	8
Justiciability argument (Q9)	8.95	7.62	0	29
Analogical argument (Q10)	8.74	7.97	0	25
Plain meaning (Q11)	14.95	7.11	0	28
Domestic coherence argument (Q12)	23.26	7.89	8	36
Precedent-based argument (Q14)	33.26	8.79	3	40
Consider principle not found in constitutional text (Q15)	24.53	10.40	0	40
Argument from silence (Q16)	8.05	4.97	2	18
Teleological-textual argument (Q17)	27.74	9.77	1	39
Teleological-historical (intentional) argument (Q18)	11.63	8.49	1	28
Non-legal argument (Q19)	15.63	9.97	0	35
Reference to scholarship (Q20)	19	14.42	0	38
Reference to foreign legal material (Q21)	20.26	10.60	0	37
Other argument or method (Q22)	10.32	11.22	0	37

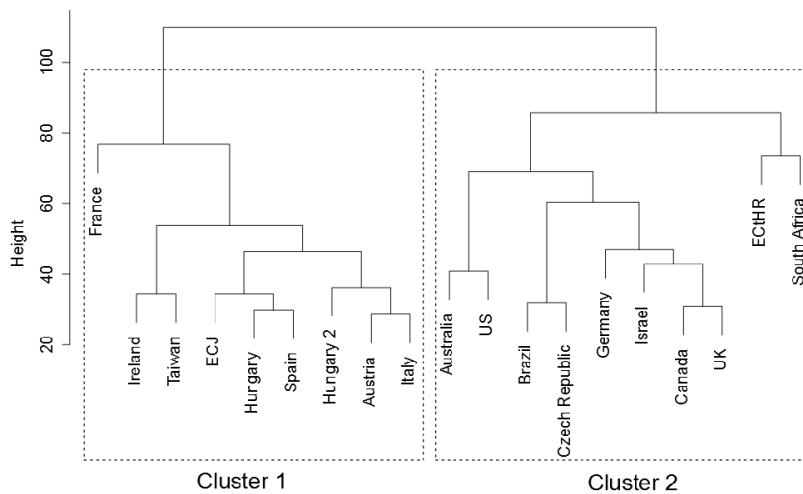
איך מתחלקים בתי המשפט לפי המאפיינים הללו? התוצאות מתוארות באיור 8 בצורת אילן (דנדוגרמה).<sup>94</sup> אפשר לראות בדנדוגרמה כזו מעין אילן יוחסין, עם הורים נוספים רחוקים

93 בתי משפט במדינות חברות באיחוד האירופי משתמשות בטיעון כגון דא לעיתים תכופות יותר. עם זאת, אין קשר משמעותי בין החברות באיחוד האירופי ובין המידה שבה בתי המשפט מביאים בחשבון טיעוני הרמוניה בפסקי הדין המובילים שלהם ( $F = 1.475, p > 0.1$ ). גם ל-Q13 כמשתנה מאגד לא הייתה השפעה על החברות באשכול.

94 כדי לבנות אשכול, השתמשנו בפונקציית hclust ב-R; השתמשנו בשיטת המחלקה (Ward) (יושם כמחלקת D2 c-R) וכתנו את העץ ב-2 (משום שמטרתנו הייתה לקבוע אם בתי המשפט שלנו מתחלקים לשני אשכולות, משפט קונטיננטלי ומשפט מקובל). שיטת השונות המינימלית של וורד היא תהליך איגוד היררכי מצטבר שבו מצמצמים את סך כל השונות שבתוך האשכול. הניתוח מתחיל עם אשכולות N, וממשיך עד שנשאר רק אשכול אחד. בזמן הניתוח ניסינו שיטות נוספות כגון שיטת הקשר המוחלט או הקשר היחיד (שיושם כ"יחיד", "מוחלט", "ממוצע", "חציוני",

המופרדים על ידי ענפים ארוכים יותר. בדיוק כפי שהמשפחה הקרובה חולקת יותר גנים והמשפחה הרחוקה חולקת פחות, כך דרגת ה"הורות" בין שני בתי משפט היא פונקציה של יחס של מאפייני פסקי דין שהם חולקים. הגובה שבו קצות הענפים מתחברים מצביע על דרגת הדמיון המשפחתי בין שני בתי משפט. ככל שהחיבור גבוה יותר, כך השוני גדול יותר.<sup>95</sup>

איור 8. ניתוח אשכול של מאפייני התכונות הכלליות של פסקי הדין



איור 8 מדגיש שני אשכולות רחבים. באשכול 1 אנחנו רואים תת-קבוצה של חמישה בתי משפט אירופיים קרובים יחסית (בית המשפט החוקתי האיטלקי, האוסטרי, ההונגרי 2012–

<sup>95</sup> "מרכזי" ב-R). כל האלגוריתמים זיהו את צרפת, דרום אפריקה ובית הדין האירופי לזכויות אדם כחריגים (ופעמים רבים כאשכולות נפרדים). כאשר לשאר בתי המשפט, התוצאות דומות באופן מובהק. מאחר ששיטת וורד יצרה תוצאות אינטואיטיביות מאוד, ובה בעת ממחישה מקרים חריגים בצורה טובה, החלטנו להכליל גרסה זו בניתוח שלנו. עם זאת, עלינו לציין שבחירת אלגוריתם אחר לא תשנה את התוצאות באופן מהותי. אנחנו מודעים שבהקשר מתודולוגי קשור, ניתוח סיווגים נסתר, ANTON K. FORMANN, DIE LATENT-CLASS-ANALYSE: EINFÜHRUNG IN DIE THEORIE UND ANWENDUNG (1984) ממליץ מידת דגימה מינימלית של  $2^m$ , ובו  $m$  שווה למספר משתני האשכולות, ככלל אצבע. עם זאת, זה רק כלל אצבע, ואין כלל נוקשה או מהיר בנוגע למספר הממדים שיש לנתח בניתוח אשכולות בנוגע לכמות המינימלית של פריטים. הספרות המתודולוגית מספקת דוגמאות רבות שמנותקות מכלל ה- $2^m$ . ראו לדוגמה H. CHARLES ROMESBURG, CLUSTER ANALYSIS FOR RESEARCHERS 34–37 (2004); www.stata.com/manuals/14/mvclusterlinkage.pdf. בכל מקרה אף תאורמה מתמטית לא תשלול את הניתוח שלנו.

ענפי בתי המשפט בעלי מאפיינים זהים של חוות דעת יתחברו בגובה אפס. למען הסר ספק – העובדה שאיטליה ואוסטרליה נראות קרובות זו לזו בדיאגרמה, אינה מצביעה על קרבה כלשהי. הקרבה מתבטאת רק באמצעות ענפי העץ.

2013, הספרדי, ובית המשפט החוקתי ההונגרי (1990–2010) יחד עם בית המשפט האירופי. קרובי המשפחה הקרובים ביותר לבתי המשפט בתת-קבוצה זו הם בית המשפט העליון באירלנד ובית המשפט החוקתי בטייוואן. העמדה המרוחקת של המועצה החוקתית הצרפתית, משקפת את המאפיין החריג שלה בתוך אשכול 1. בהשוואה לאשכול 1, אשכול 2 הוא הטרוגני יותר במידת מה (קצות הענפים מתחברים בגובה רב יותר). הדבר כולל ארבע תת-קבוצות. האחת מכילה את בתי המשפט העליונים – הבריטי, הקנדי והישראלי, יחד עם בית המשפט החוקתי הגרמני. בתי המשפט הקרובים ביותר לתת-קבוצה זו הם הטריבונל הפדרלי העליון בברזיל ובית המשפט החוקתי הצ'כי, ובמידה פחותה יותר, בית המשפט העליון האמריקני ובית המשפט העליון האוסטרלי. בתי המשפט הכי פחות דומים מבין שלוש תת-הקבוצות באשכול 2 הם בית הדין האירופי לזכויות אדם ובית המשפט החוקתי בדרום אפריקה בענף העליון הימני של הדנדרוגרמה.

באיור 8 קל להבחין שכל בתי המשפט השייכים לשיטות מעורבות וכל בתי המשפט של המשפט המקובל, למעט בית המשפט העליון האירי, מתקבצים באשכול 2. בתי משפט משיטות משפט מעורבות נמצאים באותו אשכול שלרוב בתי המשפט של המשפט המקובל. עובדה זו, כמו גם איור 4, 5, 6 ו-7, מצביעה על כך שבתי משפט אלה קרובים יותר למסורת המשפט המקובל מאשר למסורת המשפט הקונטיננטלי. כל בתי המשפט באשכול 1 – למעט בית המשפט האירי – מקושרים באופן רגיל למסורת המשפט הקונטיננטלי, מה שעולה בקנה אחד עם הסיווגים הרווחים של שיטות המשפט בעולם. הדיכוטומיה בין המשפט הקונטיננטלי למשפט המקובל יכולה אפוא להסביר הרבה מהשוני בין הטיעונים בהנמקה החוקתית. מה שמאשש זאת היא העובדה שבתי המשפט שסגנון הטיעון שלהם נחשב טיפוסי למסורת המשפט הקונטיננטלי – כגון המועצה החוקתית הצרפתית,<sup>96</sup> בית המשפט החוקתי האיטלקי ואפילו בית המשפט האירופי<sup>97</sup> – מתרכזים באשכול 1. יתרה מכך, כל בתי המשפט באשכול 2 מתירים דעות יחיד ומיעוט נפרדות – מאפיין שנוטים לייחסו למשפט המקובל – בעוד שכל בתי המשפט שאוכפים איסור לפרסם דעת מיעוט או יחיד נמצאים באשכול 1.

למרות זאת, ניתוח אשכול מדגיש גם דפוסים שאינם מתיישבים עם הטיפוסיות המשפטית המסורתית. ראשית, אשכול 1 ואשכול 2 אינם עולים בקנה אחד עם החלוקה שבין המשפט המקובל למשפט הקונטיננטלי. אשכול 2 במיוחד כולל שלושה בתי משפט קונטיננטליים (בית המשפט החוקתי הגרמני, הטריבונל העליון בברזיל ובית המשפט החוקתי בצ'כיה). מכך עולה שלפחות בפסקי דין בולטים, לצורת ההנמקה של בתי המשפט בשיטת המשפט הקונטיננטלית יש יותר במשותף עם ההנמקה החוקתית של בתי המשפט בשיטות המשפט המקובל והשיטות המעורבות, כגון בית המשפט העליון בבריטניה, בית המשפט העליון בישראל ובית המשפט העליון בקנדה או אפילו בית המשפט העליון בארצות-הברית, מאשר ההנמקה החוקתית במדינות המשפט הקונטיננטלי כגון איטליה, צרפת או אוסטרליה. שנית, לא ציפינו למצוא את בית המשפט העליון האירי בחברת בית המשפט העליון הטייוואני, ההונגרי והאיטלקי, אם

96 ראו LASSER, לעיל ה"ש 70, וכן את הדיון בהקדמה שבספר.

97 שם.

החלוקה בין מדינות המשפט הקונטיננטלי לבין אלה של המשפט המקובל הייתה יכולה להסביר את כל השונות הזו בין בתי המשפט בנוגע ל-18 המדדים בטבלה 1. כך גם לא היינו מצפים למצוא את בית הדין האירופי לזכויות אדם באשכול 2, מאחר שבית המשפט בשטרסבורג אינו נחשב בדרך כלל ממשפחת המשפט המקובל.

דפוסים אלה שנראים לכאורה לא־עקביים מצביעים על כך שאולי כדאי להתבונן מקרוב על התוצאות מהמשנתנים הרשומים בטבלה 1. מתברר שלבד ממבנה הטיעון בן השורה האחת – או דמוי השרשרת – שהוא יותר רווח בפסקי הדין באשכול 1, כל המשנתנים מתקשרים לאשכול 2. לשון אחר, 17 מתוך 18 מאפייני פסקי הדין מופיעים באופן תכוף יותר בפסקי הדין של אשכול 2 מאשר באשכול 1.<sup>98</sup> עם זאת, ישנם משנתנים שתומכים יותר במיון האשכולות – במיוחד בנוגע לציטוטים של ספרות מקצועית (Q20), שיקולים לא־משפטיים (Q19), טיעונים המבוססים על תקדימים (Q14), הנמקה אנלוגיות (Q10), טיעונים טלאולוגיים־טקסטואליים (Q17) וציטוטים מחומרים משפטיים זרים (Q21). לשניים ממאפיינים אלה – תקדימים וציטוטים לא־משפטיים – קשר ישיר לתפיסות השולטות באשר להנמקות המשפטיות של המשפט המקובל. אבל הקשר להנמקה של המשפט המקובל פחות מובהק עבור הארבעה האחרים. בהקדמה לכרך זה הצענו מיון חלופי של סגנונות טיעונים, אשר מבחין בין בתי משפט, בכפוף למידת ההתמסדות והטקסיות של התקשורת השיפוטית. לפי מיון זה, התקשורת השיפוטית בבתי המשפט באשכול אחד צריכה להתיישב עם מבנה נוקשה בעל טקסיות רבה. תבנית זו תובעת מכותבי פסקי הדין להשתמש רק בשפה טכנית, לא־אישית וסטראוטיפית. היא עשויה לאסור חילוקי דעות כמו במקרה של בית המשפט האירופי והטריבונלים החוקתיים של איטליה ושל צרפת. מבנה כה נוקשה מקשה על יצירתיותו של השופט בטיעונים וגורמת לו להעדיף סגנון הצדקה חוקתית שמרני וצפוי יותר, דבר שאגב עשוי להיות אסטרטגיה יעילה ליחסי ציבור.<sup>99</sup> לפסקי הדין הנוצרים מכך יש מאגר טענות קטן יותר ומגוון פחות. העמדה שיוחסה למועצה החוקתית הצרפתית על ידי ניתוח האשכול מתיישבת עם המחשבה שהיא מייצגת דוגמה קיצונית של סגנון הטיעון הזה. פסקי דין חוקתיים בצרפת, אפילו פסקי דין

98 אפשר לטעון שקשר הדוק בין המשנתנים באשכול אחד יכולים לשנות את התוצאות בדרך שאותו רעיון חבוי מובא בחשבון פעמים רבות. ראו David J Ketchen, Jr. & Christopher L Shook, *The Application of Cluster Analysis in Strategic Management Research: An Analysis and Critique*, 17 STRATEGIC MANAGEMENT JOURNAL 441 (1996). עם זאת, בהחלט ייחסי גומלין בין המשנתנים. למעט משנתנים – כל אחד בנפרד – הקשורים קשר עמוק עם גורמים אחרים, מצאנו שאירלנד וטייוואן עוברות לעיתים קרובות מאשכול 1 לאשכול 2. במקרה של טיוואן, זו נראית כקטגוריה חלופית סבירה, מאחר שמערכת המשפט שלה מושפעת בראש ובראשונה מגרמניה ונמצאת תחת השפעה משנית של ארצות־הברית (ראו את דו"ח של ון־צ'ן צ'אנג בספר), והן בית המשפט החוקתי הפדרלי הגרמני והן בית המשפט העליון האמריקני נמצאים באשכול 2. במקרה של אירלנד, המורשת ההיסטורית של השלטון הבריטי, הקטגוריזציה של המשפט המקובל, הקרבה הלשונית (המקלה את ההשפעה של חוקים ודוקטרינות זרים) יכולים להסביר מדוע אפשר לשים אותה באותו האשכול עם בריטניה, ארצות־הברית, קנדה, אוסטרליה, דרום־אפריקה וישראל.

99 LEE EPSTEIN, WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES: A THEORETICAL AND EMPIRICAL STUDY OF RATIONAL CHOICE* (2013).



חשובים, נוטים להיות קצרים יחסית ופורמליסטיים בצורה קיצונית. המבנה שלהם היקשי, מה שמעיד שכתובת פסקי דין אינה אלא הפעלה לוגית פורמלית. בעקבות זאת, פסקי הדין החוקתיים הצרפתיים ממחישים כמה מהטיעונים הכלולים בטיפולוגיה שבחרנו. בניגוד לבתי המשפט באשכול 1, בתי המשפט באשכול 2 מדגימים מבנה טיעונים גמיש. בזכות מגבלה נוקשה פחות על הכתיבה השיפוטית, שופטי בתי המשפט החוקתיים נהנים מחופש בחירה, משלבים ומפתחים סוגי טיעונים עשירים יותר. יתרה מכך, היעדר האיסור לכתוב פסקי דין נפרדים לא רק שמאפשר לשופט הבודד לעסוק בהנמקות ששופטי הרוב התעלמו מהן, אלא גם מאפשר לשופטי הרוב לפרוס קשת רחבה של הנמקות בציפייה שתהיה מחלוקת. דומה שהנמקה חוקתית ברוב בתי המשפט של המשפט המקובל והשיטה המעורבת מתאימה לאפיון זה. עם זאת, סוג זה של הנמקה שיפוטית שהיא עשירה ומגוונת יותר, אינה ייחודית למדינות אלה, ואפשר לומר שהיא מאפיינת גם את פסקי הדין החשובים של הטריבונל הפדרלי העליון בברזיל, בית המשפט החוקתי הפדרלי הגרמני, בית המשפט החוקתי הצ'כי ובית הדין האירופי לזכויות אדם.

אפשר לפרש ממצאים אלה בשתי דרכים. האחת – שהחלוקה בין המשפט המקובל למשפט הקונטיננטלי אינה חד-משמעית כפי שנראה שכמה מהמחברים בספרות ההשוואתית טוענים, לפחות כשמדובר בפסקי דין חוקתיים חשובים. אבל הסבר סביר באותה המידה הוא שבתי המשפט מחוץ לעולם המשפט המקובל הושפעו מסגנון ההנמקה החוקתית של המשפט המקובל והחלו לאמץ כמה מפרקטיקות ההנמקה שבאופן מסורתי מקושרות עם סגנון הכתיבה של המשפט המקובל. קו ההבחנה בין סגנונות ההנמקה של המשפט המקובל ושל המשפט הקונטיננטלי מיטשטש בשל הפצת כללי התקשורת השיפוטית של המשפט המקובל. כדי להמשיך לחקור השערה זו נדון כעת בהתפתחות ההנמקה החוקתית במהלך השנים.

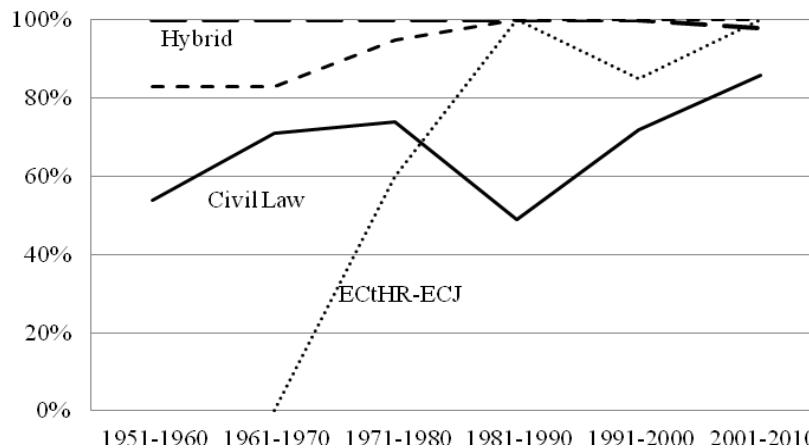
### ג. מגמות בעולם בהנמקה חוקתית: לקראת הנמקה חוקתית גנריות?

מאחר שפסקי הדין בבסיס הנתונים שלנו מחולקים לפי שנים – רוב פסקי הדין ניתנו בין השנים 1980–2010 – עלינו להיות זהירים במיוחד בבואנו להסיק מסקנות בנוגע למגמות בתקופות השונות. בכל מקרה, בשל חוסר האיזון בתקופות, כמו גם בשל העובדה שלפני 1950 היו מעט בתי משפט, ננתח את ההתפתחויות לפי כל עשור בנפרד בתקופה שבין 1951–2010. נתחיל שוב בשימוש בתקדימים (Q14) ונראה באיור 9 שפסקי דין חוקתיים מאוחרים יותר מצטטים תקדימים בתדירות גבוהה יותר.

חשוב לציין, שלפי איור 9, שופטים חוקתיים במדינות המשפט הקונטיננטלי נוטים להחיל את נוהגי המשפט המקובל בכל הנוגע להנמקה. בפרק שהקדיש לבתי משפט הצביע ג'וליו איצקוביץ על התפתחות דומה בבתי המשפט באירופה. ממצאים אלה תומכים בהשערה בדבר ההשפעה של המשפט המקובל. עוד נכון שמשפטים אירלנד ובריטניה לאיחוד האירופי, רצה בית המשפט האירופי להתאים את עצמו לקהל החדש שלו. עם זאת, חלק מההסבר לפופולריות הגדלה של שימוש בתקדימים יכול להיות שגרתי יותר. לגוף שיפוטי חדש יהיו מעט תקדימים לצטט מהם. כפי שג'נק ג'רארדס מציינת בדו"ח שלה, לשופטי בית הדין האירופי לזכויות אדם

לא היו פסיקות קודמות להתייחס אליהן כשניסחו את החלטתם הראשונה. עם זאת, עם הצטברות ההחלטות ועם הגידול במאגר התקדימים, קל יותר לקשר תיק חדש לתיקים קודמים.

איור 9. אחוז פסקי הדין הבולטים המשתמשים בטיעונים המבוססים על תקדימים, בין השנים 1951–2010 (Q14)<sup>100</sup>



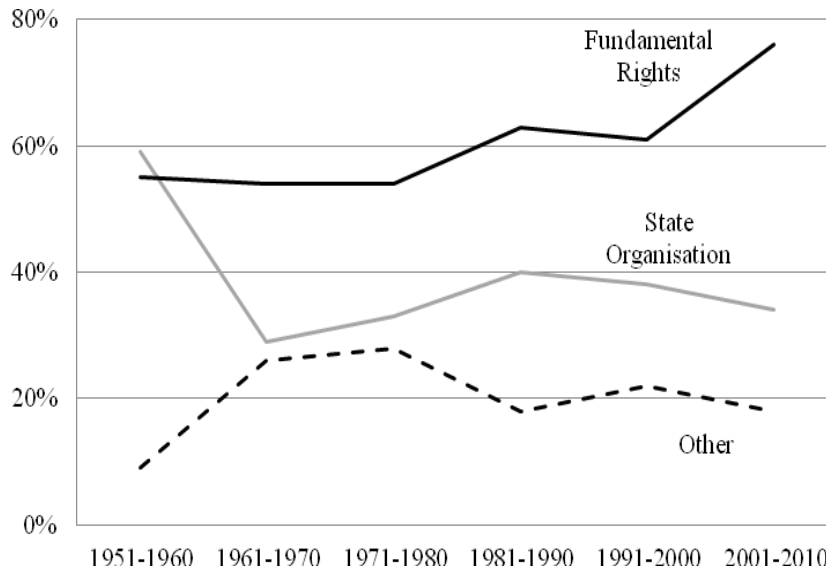
האם יש אינדיקציות נוספות להופעתו של סגנון גנרי של טיעונים חוקתיים? אחד הסימנים המוחשיים ביותר להתהוות סגנון עולמי הוא מקומן של זכויות יסוד בפסיקה החוקתית. כפי שהודגש במבוא לספר זה, יש קשר הדוק בין העלייה בכוחו של בית המשפט לבין התפשטות שיח הזכויות. כדי לוודא את חדירתה של רטוריקת הזכויות לתיקים המובילים, קודדנו מידע על הנושא הכללי שנדון בכל פסק דין (Q5). כאשר מדובר בסוגיית זכויות, ההחלטה סומנה כ"זכויות יסוד"; כאשר מדובר בנושא פדרלי או בהפרדת רשויות, הוא סומן כ"הסדרה מוסדית".

תיקים שלא התאימו לאף אחת משתי הקטגוריות האלו, סווגו כ"אחר". איור 10 מציג את התוצאות. מאחר שהנושאים של כמה פסקי דין נחשבים הן זכויות יסוד והן הסדרה מוסדית, הספירה הכוללת עולה על 100%. למרות זאת, התוצאות מאשרות את המרכזיות של רטוריקת הזכויות בפסקי הדין הבולטים שנותרו בספר זה. כמעט שני שלישים מפסקי הדין עוסקים בזכויות יסוד. השיעור אפילו גבוה יותר בשנות ה-2000, ולפי איור 10 ישנה מגמת עלייה. למעט בית המשפט הגבוה באוסטרליה, זכויות יסוד רווחות בכל בתי המשפט. בנוגע לבית המשפט האירופי לזכויות אדם, הערך מגיע ל-100%, דבר שאינו מפתיע משום שסמכות בית המשפט מוגבלת לעיסוק בתביעות של הפרת זכויות אדם לפי האמנה.

.N = 647 100

הנמקה חוקתית

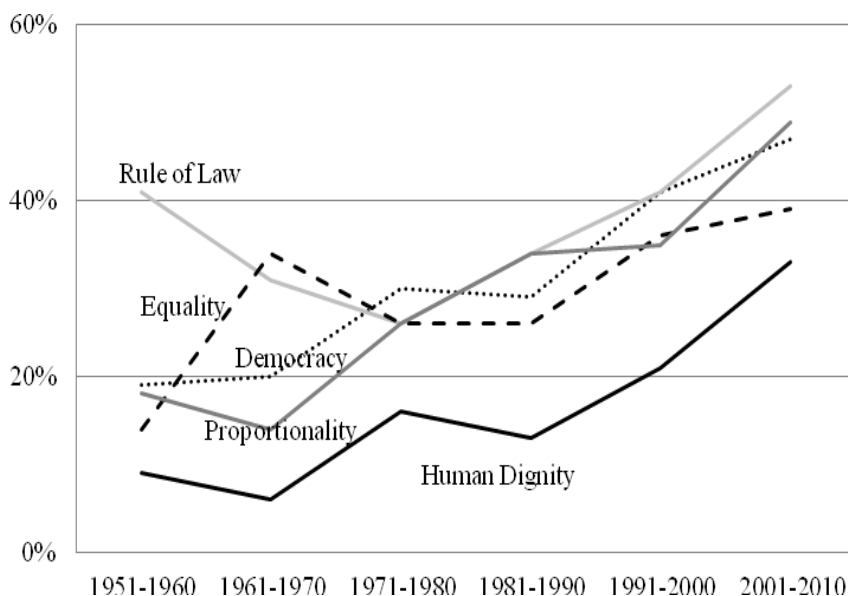
איור 10. אחוז פסקי הדין הבולטים, בסיווג לפי הנושא כללי, 1951–2010 (Q5)<sup>101</sup>



הדגש על זכויות בהנמקה החוקתית נובע כנראה מגורמים רבים. לעיתים קרובות יכולים כותבי פסקי הדין פשוט להגיב לטיעונים שהוצגו בפניהם על ידי הצדדים. אסטרטגיות ליטיגציה נוטות לצפות את התוצאה של התהליך השיפוטי. עותרים מגישים עתירות ומנסחים את הטענות החוקתית שלהם בהתבסס על מה שהם מאמינים שסביר שיביא לתגובה השיפוטית הרצויה. כך שאם שיח שיפוטי מדגיש זכויות יסוד, יפרשו זאת עורכי הדין כסימן לכך שטענות שינסחו במסגרת שיח זכויות יעלו יפה בבית המשפט. אם טיעוני הזכויות יצליחו בסופו של דבר, הדבר ייצור תגובת רשרשת שלפיה דגש שיפוטי גדול יותר יושם על זכויות בשיח השיפוטי, שיוביל ליותר טיעונים על זכויות וכן הלאה. באשר לסיבה ששופטים ירצו להדגיש זכויות מלכתחילה, ראינו במבוא שלא רק שלרטוריקת הזכויות יש יתרון של גמישות, היא אף מאפשרת לבתי המשפט לשקף את תמונת הניצחון הן של החופש, החירות, והן של שלטון החוק. העדפה שיפוטית לגמישות גרמה לנו גם לנבא שבתי משפט חוקתיים יהיו נלהבים לאמץ את מבחן המידתיות. איור 11 מאשר את האינטואיציה הזאת. נראה שמניעים דומים מסבירים את עליית הפופולריות של ה"שוויון" ו"כבוד האדם". אותו הדבר באשר ל"שלטון החוק" ו"דמוקרטיה".

.N = 647 101

איור 11. אחוז פסקי הדין הבולטים המזכירים דמוקרטיה (Q24), שלטון החוק (Q23), שוויון (Q34), מידתיות (Q31) וכבוד האדם (Q33)<sup>102</sup>

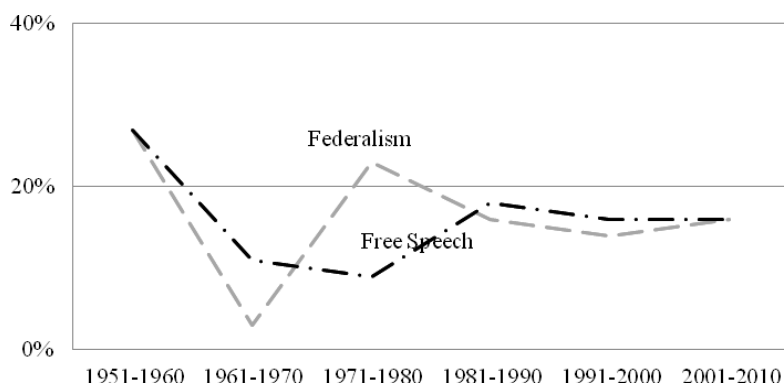


מאיורים 9, 10 ו-11 יחד עולה כי עד כמה שפסקי דין בולטים משמשים אינדיקציה להתפתחות העולמית של ההנמקה החוקתית, תקדימים, זכויות יסוד ומידתיות יחד עם עקרונות כלליים ולא מוגדרים כגון שוויון וכבוד האדם ניכרים כמרכיבים חשובים בניסוח של החלטות בסכסוכים חוקתיים. הפופולריות הגדלה והולכת של מושגים גנריים אלה מדהימה אף יותר כאשר משווים אותה לשני מושגי מפתח אחרים, שהיו בשישים השנים האחרונות בין המושגים הפופולריים ביותר – "פדרליזם" ו"חופש הביטוי" – שנראים במידת מה מוגדרים יותר מכבוד האדם, מידתיות, שלטון החוק, דמוקרטיה ושוויון. מאיור 12 עולה ששופטים כבר כמעט שאינם משתמשים במושגים אלה.

N = 647 102

הנמקה חוקתית

איור 12. אחוז פסקי הדין הבולטים המזכירים פדרליזם (Q30) וחופש ביטוי (Q36)<sup>103</sup>

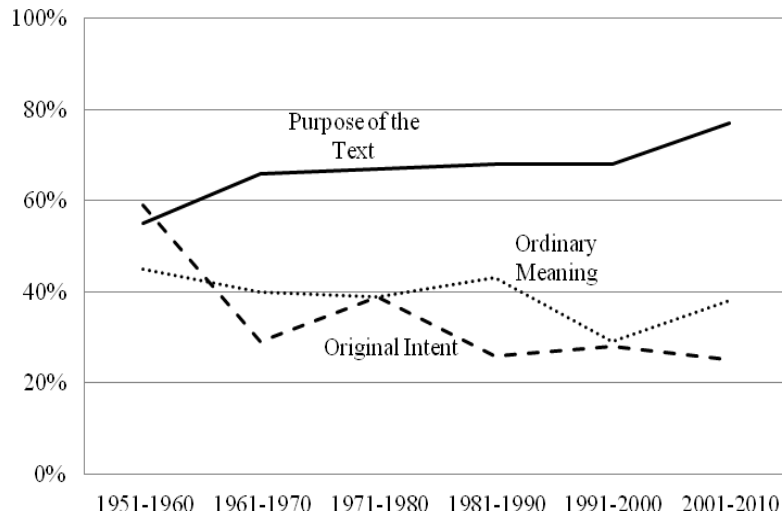


עוד תומכים בתאוריה של ההעצמה העצמית השיפוטית הם הקנונים של הפרשנות החוקתית – הפרשנות התכליתית (הידועה גם בשם טלאולוגיה אובייקטיבית), הכוונה המקורית (כוונת המכוון או המחוקק) והמשמעות הרגילה. בעוד שמשמעות רגילה וכוונה מקורית, שני גורמים שבדרך כלל נחשבים מאולצים יותר עבור שופטים, איבדו את הפופולריות, הרי שפרשנות טלאולוגית תכליתית, הנחשבת מתירה לשופטים מרחב פעולה גדול יותר, קיבלה תנופה, כפי שעולה מאיור 13. נראה שדפוסים אלה תומכים בדעה ששופטים חוקתיים הפכו פחות מכבדים ויותר אקטיביסטיים עם הזמן.

בהתאם לכך, התפתחות הנמקה החוקתית משקפת את התעצמות הכוח השיפוטי, כאשר שופטים פונים לסגנונות הנמקה מגבילים פחות כדי להצדיק את התבטאויותיהם האקטיביסטיות. ליתר ביטחון, אפשר לחשוב על הסברים חלופיים להתפתחות זו. ניתן לטעון, למשל, שהדפוס העולה מאיור 13 רק משקף את התיישנות החוקות. ככל שהחוקות מתיישנות ועומדות בפני נושאים חדשים שמנסחיהן לא יכלו לדמות בנפשם, כך לפי הטענה, כוונה מקורית ומשמעות רגילה הופכות לפחות רלוונטיות כשיטות פרשנות חוקתית. עם זאת, טענה זו אינה מתיישבת עם העובדה שרבים מבתי המשפט שנותחו בספר זה מפרשים חוקות חדשות יחסית. החוקה הדרום אפריקנית נכנסה לתוקף ב-1997; החוקה של הרפובליקה הצ'כית – ב-1993; חוקת ברזיל הוכרזה ב-1988; מגילת הזכויות והחירות של קנדה הוכרזה ב-1982 וחוקת ספרד – ב-1978. גם החוקות הצרפתית, הגרמנית והאיטלקית אינן בדיוק מסמכים ותיקים, בהיווצרן רק אחרי המלחמה. כך שאם ההשערה ששכיחות השיטות הפרשניות האלה מתיישבת עם גילן של החוקות הייתה נכונה, היינו מצפים לראות מגמה הפוכה.

.N = 647 103

איור 13. אחוז פסקי הדין הבולטים העוסקים בכוונה מקורית (Q18), במשמעות רגילה (Q11) ובמטרת הטקסט<sup>104</sup>(Q17)

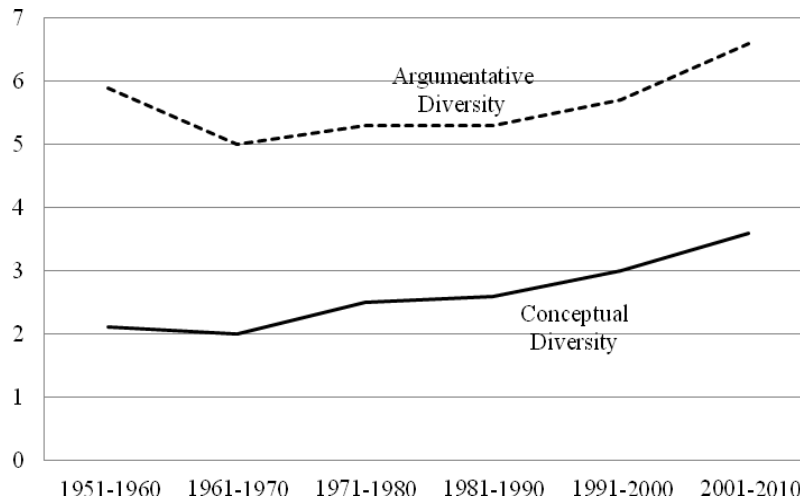


מגמה מעניינת נוספת היא המגוון הגדל והולך של טיעונים ושל מושגים בפסקי הדין המובילים. איור 14 מראה את מגוון הטענות, המוגדר כמספר הממוצע של סוגי טענות (Q8-Q22) שמודגמות בפסקי דין חוקתיים חשובים, והמגוון המושגי המוגדר כמספר הממוצע של מושגי המפתח (Q23-Q-37) במהלך התקופה שבין 1951–2010. שוב, אפשר להסביר דפוס זה בכמיהתם של השופטים לגמישות. מאגר גדול יותר של טענות מאפשר לשופטים חופש גדול יותר לבחור ולהצדיק את התוצאה המיטבית בעיניהם. לכן נראה שבפסיקות המאוחרות יותר יש אף תופעה של “cherry-picking”.

.N = 647 104

הנמקה חוקתית

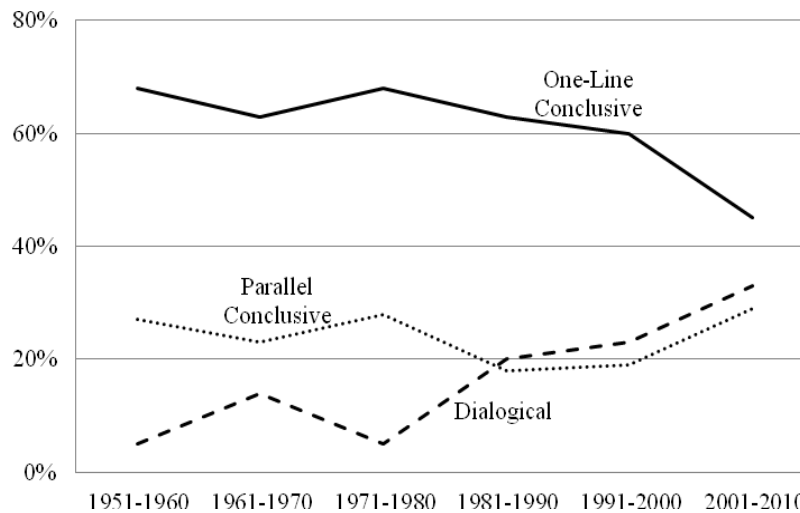
איור 14. גיוון טענות (Q8-Q22) ומושגים (Q23-Q37) בפסקי הדין הבולטים<sup>105</sup>



כשבוחנים את המבנה הבסיסי של ההנמקה השיפוטית, מוצאים אף יותר ראיות לנרטיב שלפיו יש חופש שיפוטי גדול יותר ואקטיביזם מוגבר. באיור 16 מתוארת השכיחות של מבנה טיעון של מסקנה בת שורה אחת (או דמוית שרשרת) כנגד מבנה דיאלוגי וטיעון של מסקנה מקבילה. מאחר שהמבנה של מסקנה בת שורה אחת דורש מהשופטים להצהיר בבירור על סיבה אחת, עיקרית, המצדיקה מסקנה מסוימת, הרי שמבנה זה הוא לכאורה המגביל ביותר מבין שלושת סגנונות ההנמקה הבסיסיים. עם זאת, אף שהוא עדיין הפופולרי ביותר, ניכר שהפופולריות שלו פחתה. ירידה זו במעמדו עומדת בניגוד לתדירות העולה של פסקי דין המאמצים מבנה גמיש עמום יותר ודיאלוגי.

.N = 647 105

איור 15. אחוז פסקי הדין הבולטים המשתמשים בטיעונים של מסקנה בת שורה אחת בלבד, טיעוני מסקנות מקבילות וטענות דיאלוגיות (Q7)<sup>106</sup>



באשר לערוץ שדרו פרקטיקות הטיעונים וההנמקות מופצות בעולם, מלומדים הדגישו את הופעתן של רשתות חברתיות בין שופטים המשמשות פורומים חשובים שבהן השופטים יכולים להחליף תובנות על הדרך הטובה ביותר לפתור בעיות דומות.<sup>107</sup> ציטוטים של תקדימים זרים וחומרים משפטיים זרים מצביעים על החשיבות הגדלה של דיאלוג בין שופטים במדינות שונות להפצת רעיונות חוקתיים. כמו במחקרים קודמים,<sup>108</sup> גם במחקר זה נמצאה מגמה שלפיה אזכור חומרים משפטיים זרים נמצא בעלייה, לרבות השימוש בהחלטות שיפוטיות זרות. המגמה המומחשת באיור 16 תקפה הן להנמקה חוקתית של משפט קונטיננטלי והן למשפט המקובל. ערוץ הפצה נוסף הנדון בספרות ההשוואתית הוא הלחץ מלמעלה שנוצר על ידי ריבוי משטרים משפטיים בין-לאומיים רבים והשפעתם הגדלה של בתי המשפט העל-מדינתיים.<sup>109</sup> בהמשך להסבר זה, איור 16 מראה מגמה עולה וברורה להתייחסות של פסקי הדין הבולטים למשפט הבין-לאומי. הלחץ מלמעלה עלול לעיתים לגרום לבית משפט חוקתי מקומי לאמץ

106 N = 647. בעיקרון כל פסקי הדין כללו מבנים של מסקנה בת שורה אחת (שרשרת), אבל כמה מהם כללו גם מבנים מקבילים. רק פסקי דין שכללו מבני שרשרת בלבד, סווגו ככאלה. לפרטים נוספים על הקטלוג של מבני טיעון, ראו בנספח.

107 ANNE-MARIE SLAUGHTER, A NEW WORLD ORDER (2005); Alec Stone Sweet & Judith Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 73 (2008).

108 Groppi & Ponthoreau, לעיל ה"ש 80.

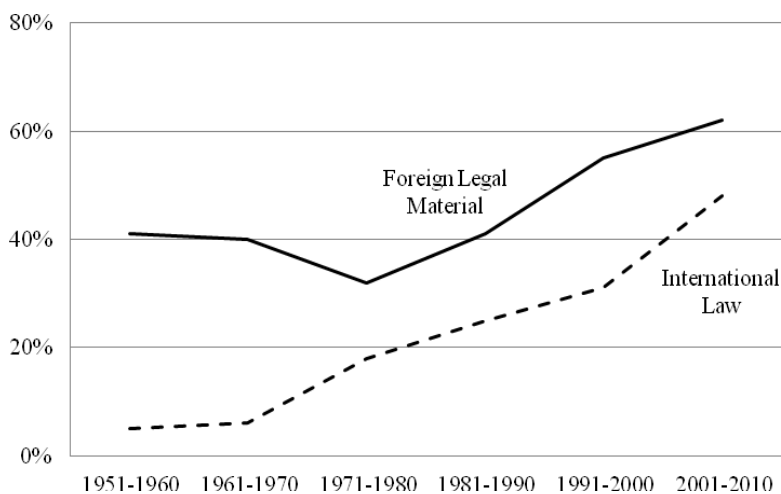
109 Mark Tushnet, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, 49 VA. J. INT'L L. 985 (2008); Rosalind Dixon & Eric A. Posner, *The Limits of Constitutional Convergence*, 11 CHI. J. INT'L L. 399 (2010).



## הנמקה חוקתית

נורמות ואמות מידה שקודמו במשפט הבין-לאומי. עם זאת, אימוץ המשפט הבין-לאומי וציטוט מכלים משפטיים בין-לאומיים (אפילו במקרים שהם אינם קשורים), עלולים להיות גם חלק מאסטרטגיה מכוונת להעלות את הלגיטימיות שלו בבית.<sup>110</sup> למעשה, אותה הדינמיקה, שלפיה שופטים חוקתיים מקומיים פונים ללגיטימיות של מוסדות מבוססים ובעלי מוניטין כדי לחזק את עמדתם במערכת הפוליטית שלהם, יכולה להסביר את עליית הפופולריות של המשפט הזר.

איור 16. אחוז פסקי הדין הבולטים המאזכרים משפט זר (Q21) ומשפט בין-לאומי (Q23)<sup>111</sup>



## ד. התפתחויות גלובליות עם ייחודיות לוקלית: משפט חוקתי "גלוקלי"

למרות הפצת הפרקטיקות הרגילות והצידוקים הגנריים כגון זכויות ומידתיות, ממשיכים להופיע בשפע מאפיינים מקומיים. בתי המשפט נתונים לאילוצים הייחודיים לכל מדינה, כגון

110 ראו לדוגמה Alec Stone Sweet, *Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme*, 20 REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME 923 (2009); Peter M. Huber, *Offene Staatlichkeit: Vergleich*, in IUS PUBLICUM EUROPAEUM II 403 (Armin von Bogdandy e.a. eds., 2008); Anne Peters, *The Constitutionalisation of International Organisations*, in EUROPE'S CONSTITUTIONAL MOSAIC 253 (Neil Walker & Stephen Tierney eds., 2011); Gwendolyn Sasse, *The Council of Europe as a Norm Entrepreneur: The Political Strengths of a Weak International Institution*, in EUROPE'S CONSTITUTIONAL MOSAIC 171 (Neil Walker & Stephen Tierney eds., 2011).

.N = 647 111

הניסוחים השונים של החוקות, קונסטלציות פוליטיות, התפיסות המקובלות של התנהגות שיפוטית, אירועים היסטוריים טראומטיים או אפילו יכולת ויצירתיות שונה של השופטים בבואם לנסח טיעונים משכנעים. מסיבות אלה נראה שההתלכדות העולמית הזו תמשיך להתקיים בד בבד עם הייחודיות המקומית. חוקרי משפט חוקתי השוואתי שוללים התלכדות מלאה ומסכימים ששיטות חוקתית ישמרו על רבים מן המאפיינים הייחודיים שלהם.<sup>112</sup> עם זאת, יש מחברים הדנים לא רק בייחודיות מקומית, אלא במאפיינים של מדינות כגון אוסטרליה וארצות-הברית המחויבות ל"ייחודיות חוקתית" (Constitutional exceptionalism).<sup>113</sup> האם מחקרנו מצדיק אפיון זה? באשר לאוסטרליה, נכון שההנמקות החוקתיות האוסטרליות נראות במובנים אחדים יוצאות דופן. זה מוסבר מעל הכול באי-הרצון של בית המשפט העליון האוסטרלי להשתמש ברטוריקת הזכויות. אומנם למעלה משני שלישים מפסקי הדין הבולטים שחקרנו בספר זה כוללים שיח זכויות, אולם רק 22.5 אחוזים מפסקי הדין החוקתיים האוסטרלים כוללים שיח כזה. באופן דומה, השופטים החוקתיים האוסטרלים מחריגים שוויון, שאותו הם מחשיבים בתדירות נמוכה יותר באופן משמעותי (חמישה אחוזים מפסקי הדין) מאשר עמיתיהם בבתי משפט אחרים (ממוצע 30 אחוזים וממוצע חציוני 32.5 אחוזים). שריל סונדרס ואדריאן סטון, בפרק המוקדש לבית המשפט העליון האוסטרלי, טוענות שהמקום השולי יחסית של רטוריקת הזכויות בהנמקה החוקתית נובע מהיעדר מגילת זכויות, המשולב עם אוריינטציה טקסטואלית חזקה של בית המשפט. שלא כמו בית המשפט האירופי לזכויות אדם, המועצה החוקתית הצרפתית או בית המשפט העליון הישראלי, בית המשפט העליון האוסטרלי נטה שלא ליצור זכויות באמצעות שיח שיפוטי. מסיבה זו התמקדו הדיונים החוקתיים בפדרליזם ובהפרדת רשויות במקום בזכויות. מביין 40 פסקי הדין הבולטים של בית המשפט העליון האוסטרלי, 37 (92.5 אחוזים) מנוסחים לגמרי או חלקית כעניין של הפרדת רשויות או כענייני פדרליזם, האחוז הגבוה ביותר מביין כל בתי המשפט שנחקרו. הדבר מעיד על כך שהטקסט החוקתי הוא בעל השפעה מרסנת על השופטים האוסטרלים, אפילו בתיקים המעוררים עניין רב. אף בית משפט אחר שנחקר לא מציג את אותה דבקות עקבית בטקסטואליות. ישנם שופטי בבית המשפט העליון של ארצות-הברית, ובמיוחד אנטונין סקאליה, שהם תומכים נלהבים בטקסטואליות. אבל תהיה זו טעות כמעט ודאית לומר שגישה זו לפרשנות חוקתית מאפיינת את ההנמקה החוקתית בארצות-הברית. בית המשפט החוקתי האוסטרי נהג לנקוט גישה טקסטואלית דומה מאוד לגישה האוסטרלית. עם זאת, בשנות ה-70 של המאה הקודמת התרחקו שופטי החוקה האוסטרים מגישה זו והחלו לאמץ סגנון טיעונים גמיש יותר, כפי שקונרד לכמאייר מסביר בדו"ח שלו על בית המשפט האוסטרי. אם כך, עד כמה שאנחנו מייחסים חשיבות לטיעוני זכויות ולגישה חופשית למבנה החוקתי, בהתאם לפרדיגמה השלטת בחוקתיות העולמית, בהחלט יש עדות התומכת בטענה בדבר הייחודיות של האוסטרלים.

112 ראו Dixon & Posner, לעיל ה"ש 109; Law, לעיל ה"ש 92; Tushnet, לעיל ה"ש 109.  
 113 שם; Lorraine Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 83 (Sujit Choudhry ed., 2007).

עם זאת, דיון על ייחודיות יכול בקלות להטעות, כי כל בית משפט יכול להיות ייחודי מבחינות מסוימות. הפרקטיקות של בית משפט יכולות להיות שונות מבחינה אחת או מכמה בחינות של הנמקה חוקתית, מה שהופך את התווית של "יוצא דופן" לחסרת משמעות. בית המשפט לחוקה של דרום אפריקה הוא מבחינה סטטיסטית החריג העקבי ביותר במד פסקי הדין שליטנו במיזם זה. מסיבות היסטוריות ברורות, בית המשפט הדרום אפריקני הוא הגוף השיפוטי העוסק בשוויון באופן התדיר ביותר בפסקי הדין שלו (75 אחוזים מפסקי הדין המובילים) – מה שעושה אותו לניגוד המוחלט של בית המשפט העליון האוסטרלי. בחיבורם מדגישים קריסטה ראוטנבאך ולורנס דה פלסיס את המקום המרכזי שתופס השוויון בשיח החוקתי הדרום אפריקני, שם זה נחשב כלי ל"יצירת חברה צודקת שבעבר הייתה מחולקת בהפליה חברתית-כלכלית כרונית". מסיבות דומות, בית המשפט הדרום אפריקני אף נלהב במיוחד להעלות את עניין כבוד האדם (18 פסקי דין, קרי 45 אחוזים). הוא גם בית המשפט היחיד במחקרנו שפסקי הדין המובילים שלו קוטלגו כבעלי מבנה דיאלוגי. יתרה מכך, אף שהוא אינו חריג מובהק במדדים אלה, בית המשפט החוקתי הדרום אפריקני הוא בעל השיעור הגבוה ביותר של פסקי דין הדנים בטיעונים המבוססים על קוהרנטיות (Q12) והנמקות לא-משפטיות (Q19). עם זאת, מבחינות אחרות, כגון מספר ההחלטות המוקדשות לסוגיות זכויות או תדירות הדיון בטיעוני טקסטואליות, בית המשפט הדרום אפריקני קרוב למדי לממוצע. עוד גוף שיפוטי שיכול לטעון בצדק לייחודיות הוא המועצה החוקתית הצרפתית. בהשוואה להחלטות של בתי המשפט האחרים, החלטות המועצה נוטות לכלול טיעונים מעטים יותר ומגוונים פחות. בין 40 החלטות המועצה שנחקרו בספר זה, לא מצאנו פסק דין אחד שעסק בהגדרת מילה או ביטוי שהופיע במסמכים שהמועצה סיווגה ברמה חוקתית. גם לא מצאנו אזכור מאמרים אקדמיים או חומרים משפטיים זרים. עם זאת, אף שאי אפשר לומר שאין כלל אזכור של כוונת המנסחים (2.5 אחוזים בהשוואה לממוצע של 30.6 אחוזים), מטרת החוק (החוקה) (2.5 אחוזים לעומת 73.1 אחוזים) או טיעונים בדבר הרמוניה חוקתית (20 אחוזים כנגד 60.3), כל אלה תדירים פחות בצורה משמעותית מאשר בפסקי הדין של בתי משפט אחרים. אבל דיבורים על ייחודיות עלולים לחפות על דינמיקות מורכבות יותר. הניתוח המוצע בספר זה מראה שלמרות האילוצים של הצרפתים, השופטים החוקתיים הצרפתים אינם חסינים לגמרי מההתלכדות העולמית החוקתית. פסקי דין חוקתיים צרפתיים הפכו עם הזמן לארוכים יותר באופן משמעותי והחלו לפתח רפרטואר רחב יותר של טיעונים; התפתחות שאנחנו רואים גם בפסקי דין בולטים. בעניין זה, הספר ממחיש שחוקרי משפט השוואתי, המתמייחסים יחד למועצה ולשני בתי המשפט העליונים הצרפתיים – ה-*Conseil d'Etat* וה-*Cour de cassation* – מחמיצים שינויים משמעותיים בפרקטיקות ההנמקה של המועצה. יתרה מכך, האופן המנומס שבו המועצה מתייחסת לטקסט החוקתי אינו יוצא דופן בחוקתית בת זמננו. אם כבר, ההפך הוא הנכון, כפי שמראה הדיון על המקרה האוסטרלי. גם התמקדות הפסיקה בזכויות (77.5 אחוזים מפסקי דין בולטים) לא מייחדת את המועצה החוקתית מבתי המשפט חוקתיים בשאר חלקי העולם.

יכולנו בקלות להמשיך לפרט היבטים אחרים של צידוקים חוקתיים שבהם בית משפט אחד או כמה בתי משפט בולטים או שונים מהאחרים. בית המשפט לחוקה בגרמניה הוא בעל השיעור הגבוה ביותר של פסקי דין בולטים העוסקים בחופש הביטוי (35 אחוזים, בניגוד לממוצע 6.05 אחוזים). זה מצביע על החשיבות של פסקי דין חשובים כגון פסק דין *Lüth*, שבו

בית המשפט הגרמני קבע שחופש הביטוי, כפי שמוגן על ידי חוק היסוד הגרמני, כלל את הזכות לקרוא לחרם על במאי סרטים שזכה בתהילה במהלך התקופה הנאצית. כמו כן, בית המשפט הגרמני הוא רק שני לבית המשפט העליון בקנדה כשמדובר בציטוט של מאמרים אקדמיים. בהשוואה לבתי משפט חוקתיים אחרים (חוץ מבית המשפט העליון בקנדה) הסבירות שפסקי הדין החוקתיים הבולטים בגרמניה יאזכרו מחקרים אקדמיים היא כפולה (92.5 אחוזים, בניגוד לממוצע 47.5 אחוזים). עם זאת, בניגוד לשיח החוקתי בקנדה, המאמרים שמוצאים את דרכם לפסקי הדין החוקתיים הגרמניים הם תמיד מהסוג הדוקטרינרי. לפיכך נראה שהסמכות שמיוחסת למאמר משפטי נובעת מהמעמד הגבוה יחסית של חוקרים בגרמניה כמו גם מההרכב של בית המשפט – שבו שולטים פרופסורים למשפטים.

זה מרמז שייחודיות, כמו דברים רבים אחרים, היא, לפחות בחלקה, בעיני המתבונן. תלוי איזה פן של ההצדקה החוקתית נבחר להדגיש, שאז בית משפט אחר יצא ייחודי. לפיכך, במקום קיבוץ גלובלי עם כיסים של ייחודיות, הרי ש"גלוקליות"<sup>114</sup> – המבטאת הצטלבות של מגמות עולמיות ונטיות מקומיות – תוכל לספק תיאור מדויק יותר של התפתחות ההנמקה החוקתית. חוקתיות גלוקלית נוצרת על ידי כוחות מתחרים שמושכים את הפרקטיקות השיפוטיות לכיוונים שונים. ברמה העולמית, אמנות בדבר זכויות אדם, בתי משפט על-לאומיים, עצמות בין-לאומיות לזכויות אדם וקשרים חברתיים בין השופטים דורשים התלכדות לכיוון גישות נפוצות ואמות מידה גנריות. אבל ברמה המקומית, הרבה הוראות חוקתיות אידיויסינכרסטיות, שופטים עוינים וקהל לא-אוהד, עלולים להפריע לאמץ את מסגרות הטיעונים והמודלים השיפוטיים שהתפתחו במקומות אחרים.

## ה. עתיד המחקר של הנמקות חוקתיות

מטרת ספר זה הייתה להעלות את המחקר ההשוואתי של ההנמקה החוקתית לרמה חדשה על ידי תיעוד שיטתי של הפרקטיקות האמיתיות של השופטים החוקתיים. אנחנו מקווים שהמחשנו איך שיטות מחקר מעורבות המשלבות ניתוח איכותני עם גישה כמותנית יותר, יכולות לחדד את הבנתנו את ההנמקה השיפוטית בכל השיטות החוקתיות. אנו בטוחים שהמחקר שלנו תורם תרומה חשובה לספרות של ההנמקה החוקתית. אבל עלינו גם להכיר במגבלותיו. אלה נובעות, בחלקן, מהעובדה שהמחקר שלנו מוגבל ל-40 פסקי הדין החוקתיים הבולטים של 19 בתי משפט. בשל ההתמקדות שלנו בפסקי דין גדולים, איננו יכולים לשער שהממצאים שלנו נכונים עבור הנמקה חוקתית בכלליות (אבל אנחנו חושבים שניתן להכליל את התוצאות שלנו ב"פסקי דין בולטים" של בתי משפט חוקתיים). אוליבר ונדל הולמס טען שפסקי דין גדולים נוטים לעוות את תפיסתנו את המשפט. אבל לא צריך להסכים עם השופט האמריקני הגדול כדי להודות שפסקי דין גדולים עלולים לא לייצג הנמקה חוקתית באופן מלא. הניתוח השיטתי של פסקי דין חשובים פחות עלול להעלות דפוסים שונים. הכורח הוא פעמים רבות אבי ההמצאה,

114 על הרעיון באופן כללי ראו Roland Robertson, *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity*, in *GLOBAL MODERNITIES* 25 (Mike Featherstone, Scott Lash & Roland Robertson eds., 1995).

והטבע השנוי במחלוקת של פסקי דין גדולים עלול לגרום לשופטים חוקתיים לאמץ את אסטרטגיות הטיעונים שהם לא יסכימו להם בפסקי דין שגרתיים. הנמקות חוקתיות בפסקי דין שגרתיים עלולות לאמץ צורה סטראוטיפית יותר. הבדלים בין בתי המשפט של המשפט המקובל לבתי המשפט של המשפט הקונטיננטלי יכולים להיות יותר חדים. ואולי לא. אבל השאלה לא תיושב אלא אם כן חוקרים יתחילו לחקור ברצינות הנמקות חוקתיות בסוג זה של פסקי דין. באשר לכיסוי הגאוגרפי של מחקרנו, אף ש-18 בתי המשפט שלנו נמצאים בין בתי המשפט החוקתיים החזקים ובעלי ההשפעה ביותר בעולם, הם מייצגים רק חלקיק מבתי המשפט החוקתיים שכעת פועלים בעולם.

יש גם מגבלות מתודולוגיות. השיטה שהשתמשנו בה כדי לזהות את פסקי הדין המובילים ניתנת אף היא להפרכה. כפי שהוזכר בהקדמה, לא יכולה להיות תמימות דעים בנוגע למהו פסק דין בולט ומוביל. יהיו שיתלוננו על היעדר פסקי דין שהם מחשיבים כחיוניים וימתחו ביקורת על הכללתם של פסקי דין שהם מחשיבים כחיוניים פחות. כך גם איננו צריכים להאמין לנתונים הכמותניים שאספנו כאילו הם נעדרי טעויות לחלוטין. נתנו לכותבים שלנו הוראות מפורטות ועשינו כמיטב יכולתנו לוודא את היישום האחיד שלהן. אולם כל כותב קטלג בנפרד את הנתונים בנוגע לבית המשפט שלו, ולא יכולנו לבחון את האמינות של הסיווגים. לכן, למרות ההקפדה שלנו, לא נוכל להיות בטוחים לחלוטין שכל הכותבים שלנו פירשו את המושגים וההגדרות שלנו באותה הדרך לאורך כל תהליך הניתוח והקטלוג. ולבסוף, הטיפולוגיה של הטיעונים החוקתיים שנפרסת בספר זה והתאוריה של "התקשורת השיפוטית" שתומכת בה זקוקה להרחבות נוספות. בשביל עורכי דין רבים, ההבחנה בין מבנים של הנמקה דיאלוגית או אחרת עשויה להיות ברורה דיה. אבל כדי לפתח לעומק את מבנה ההנמקה נדרשת מסגרת ניתוחית מדוקדקת יותר. מקום אחד למצוא השראה הוא הספרות העשירה על טיעונים מתחום מפילוסופיה, הלוגיקה והפסיכולוגיה.<sup>115</sup>

אף שאנו מודעים למגבלות אלה, אנו תקווה שחוקרים בעתיד ירימו את הכפפה שהשארנו. ישנן שאלות תיאוריות רבות שנשארו ללא מענה בנוגע להנמקה חוקתית השוואתית, אולם כדי לענות עליהן נצטרך כנראה שאלונים גדולים יותר ומעט שונים.<sup>116</sup> אנחנו מקווים שחוקרים בעתיד ישתמשו בממצאים שלנו כדי ללשט את התאוריה, לשפר את המתודולוגיה ולהרחיב את הכיסוי הגאוגרפי של המחקר האמפירי בנושא ההנמקה החוקתית, כדי להאיר ביתר שאת את הפרקטיקות השיפוטיות השונות.

DOUGLAS WALTON, CHRIS WALTON & FABRIZIO MACAGNO, ARGUMENTATION SCHEMES 115 (2008); KEITH J. HOLYOAK & ROBERT G. MORRISON, THE OXFORD HANDBOOK OF THINKING AND REASONING (2013); FRANS H. VAN EEMEREN ET AL., HANDBOOK OF ARGUMENTATION THEORY (2014); STEPHEN TOULMIN, THE USES OF ARGUMENT (Cambridge University Press 1958).

116 רק כדי לתת כמה רעיונות: האם יש קשר בין סגנון ההצדקות, מצד אחד, ועצמאות שיפוטית, שלטון החוק (כפי שנמדד באינדקסים של שלטון החוק), התוצר הגולמי או גודל המדינה מן הצד האחר? האם הדפוסים הכלליים של שינויי הזמן בסגנון ההנמקה דומים בכל מדינה, או שמא יש חריגים? אם כן, כיצד אפשר להסביר זאת? האם התארוכותם של פסקי הדין (לא מדדנו את אורכם של פסקי הדין במיזם זה) מסבירה את צמיחת מגוון ההנמקות? איך נבדלים פסקי דין מובילים מפסקי דין ממוצעים בסגנון ובהנמקה שלהם?

## נספח

## רשימת 40 פסקי הדין החוקתיים הבולטים

1. בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב(1) 80 (1949).
2. בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953).
3. ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט(3) 365 (1965).
4. בג"ץ 98/69 ברנמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969).
5. בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1969).
6. בג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982).
7. בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986).
8. בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989).
9. ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד מב(4) 177 (1989).
10. בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990).
11. בג"ץ 6136/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993).
12. בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993).
13. בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).
14. בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).
15. בג"ץ 5364/94 ולנר נ' מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758 (1995).
16. בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995).
17. בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).
18. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
19. בג"ץ 4676/94 מיטראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996).
20. בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).
21. בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).
22. בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998).
23. בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).
24. בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 264 (2000).
25. בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003).
26. א"ב 11280/02 וועדת הבחירות המרכזית נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003).
27. ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נז(3) 793 (2003).
28. בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).
29. בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 446 (2004).
30. בג"ץ 11298/03 התנועה לאיכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865 (2005).
31. בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).

הנמקה חוקתית

32. בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(4) 287 (2006).
33. בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).
34. בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).
35. בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006).
36. בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1 (2006).
37. בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008).
38. בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).
39. בג"ץ 4124/00 יקותיאל ז"ל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142 (2010).
40. בג"ץ 4908/10 בר־און נ' כנסת ישראל, פ"ד ס(3) 275 (2011).