

# מרחב הסמך של בית המשפט העליון, 2004–1950

יורם שחר\*

- א. מבוא
- ב. אורכם של פסקי דין ועומס האסמכתאות בהם
- ג. השפעתן של אסמכתאות לפי מקורן
- ד. מקורן של אסמכתאות זרות לפי שיטות משפט
- ה. פילוח לפי תחום
- ו. פילוח לפי תחום וסוג
- ז. פילוח לפי תחום ומוצא
- ח. הסתמכות עצמית
- ט. "אמריקניזציה" לפי תחומים
- י. תחום מקור וסוג

## א. מבוא

במאמר שפורסם לפני עשור בכתב העת "משפטים" תואר לראשונה בישראל מרחב הסמך של בית המשפט העליון (להלן: "המאמר המקורי").<sup>1</sup> הוצגו בו נוהגי ההסתמכות של בית המשפט, ככל שהם מתבטאים בהנמקת פסקי דינו, בין השנים 1948–1994. במאמר הנוכחי אני עוקב אחר מהלכם של כמה מנהגים אלה בעשר השנים שלאחר מכן, עד סוף 2004.<sup>2</sup> לבד מהדחף המחקרי הרגיל, מונע עדכון זה מהצורך להגיב להנחות

\* בי"ס רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצלייה. מאגר הנתונים עליו מבוסס המאמר הנוכחי נבנה בשיתוף ד"ר רונן פרי מאוניברסיטת חיפה.

1 יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **משפטים** כז 119 (1996). נתונים כמותיים על היבטים נוספים של נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון דווחו גם אצל יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית-המשפט העליון – ניתוח כמותי" **משפט וממשל** ז 243 (2004) (להלן: שחר, גרוס וגולדשמידט "מאה תקדימים מובילים"). למחקרים כמותיים נוספים המבוססים על המאגר המקורי (1948–2004), ראו יורם שחר ומירון גרוס "קבלתן ודחייתן של פניות לבית המשפט העליון: ניתוחים כמותיים" **מחקרי משפט** יג 329 (1996); יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **עיוני משפט** כ 749 (1997); מירון גרוס ויורם שחר "לשאלת דרכי השיבוץ של מותבי בית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **משפטים** כט 567 (1998).

2 בחקירות הספציפיות המדווחות במאמר זה אני מציג נתונים על השנים 1950–2004. אניני כולל

רווחות על מהפכים ועל מהפכות שהבשילו בעשור זה, על קשרי הגומלין ביניהם ועל השפעתם על מרחב הסמך של הפסיקה הישראלית. תדמיות מקובלות על סגנונו הדומיננטי של אהרן ברק, נשיאו של בית המשפט בעשור זה, מלוות בשיח תכוף על אקטיביזם, על מהפכה חוקתית ועל "אמריקניזציה" גורפת, הולידו תחושה של האצה גדולה בקצב השתנותם של נוהגי הפסיקה והנמקתה. הצורך לבדוק תחושה זו חוזק על ידי פריצתו של ויכוח ער בארצות-הברית על גבולות הלגיטימיות של מרחב הסמך השיפוטי.<sup>3</sup> מעבר לכל אלה, חל בעשור האחרון גידול משמעותי בעניין האקדמי בניתוחים כמותיים של העשייה השיפוטית. בעת פרסומו של המאמר המקורי אפשר היה לספור דומים לו בארץ ובעולם על אצבעות כף יד אחת. כיום מצטרפת הסוגה האמפירית לסוגות מקובלות אחרות בביקורת המשפט והשפיטה.<sup>4</sup> היא אינה יכולה לראות יותר ממה שמאפשרים לה כליה, אך היא אינה שונה בכך מכל סוגה אחרת. היא אינה אומרת דבר חשוב יותר ממה שאומרות למשל הסוגה הכלכלית, הספרותית, ההיסטורית או הפמיניסטית. היא אומרת דבר אחר, חשוב גם הוא, שאי-אפשר לאומרו בסוגות אחרות.

המאמר המקורי התבסס על מאגר נתונים שנאספו מתוך 7,147 פסקי דין שנבחרו באקראי מתוך פסקי הדין שניתנו בין סוף שנת 1948 לבין מחצית שנת 1994 ופורסמו בקובץ המודפס, "פסקי דין של בית המשפט העליון". מאגר זה נבנה בשיתוף מירון גרוס ורון חריס מאוניברסיטת תל-אביב. על אלה הוסף מאגר נתונים של 1,331 פסקי דין שניתנו בין המחצית השנייה של שנת 1994 לבין סוף שנת 2004 ונבחרו באותה דרך. מאגר זה נבנה בשיתוף רונן פרי מהפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, והוא משמש גם לחקירת שאלות נוספות שאינן נדונות במאמר הנוכחי.

שאלות המחקר העיקריות במאמר הנוכחי נוגעות לשני היבטים של מערך האסמכתאות שעליהן מבסס בית המשפט העליון את הנמקתו במהלך השנים – מקורן ה"גאוגרפי" וסוג סמכותן (פסיקה, חקיקה או הגות). בהיבט הראשון ביקשתי לדעת אם חלו שינויים משמעותיים ביחס שבין אסמכתאות מקומיות וזרות לבין פלחים בתוכן. בפלח המקומי בדקתי אם חל שינוי בנטייתו של בית המשפט העליון להסתמך על פסיקתו שלו לעומת בתי משפט אחרים בישראל. בפלח הזר בדקתי את שיעור נוכחותן של אסמכתאות ממשפחת המשפט המקובל לעומת מקורות אחרים, ובתוך אותה משפחה עימתי בין אסמכתאות אמריקניות ואחרות. בהיבט השני בדקתי את שיעורן של אסמכתאות על פי מקור סמכותן. ביקשתי לדעת, למשל, אם חל שינוי בנוכחותם

בהם את השנים 1948–1949, משום שבמרבית החקירות אני בודק רק את 80 פסקי הדין הארוכים בכל שנה. מספרם של פסקי הדין שבמאגר המקורי שניתנו בשנים 1948–1949 היה קטן מכדי לאפשר חקירה כזו.

<sup>3</sup> Jeremy Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, 119 HARV. L. REV. 129 (2005).

<sup>4</sup> על מחקרים כמותיים בהקשר הספציפי של המאמר הנוכחי ראו: *Interpreting Legal Citations*, 29 J. Legal Stud. 317–584 (2000) (A Symposium Sponsored by the West Group Northwestern University, April 10, 1999).

של תקדימים שיפוטיים, לעומת אסמכתאות חקיקה והגות (ספרים וכתבי עת משפטיים). שינויים אלה נבדקו גם ביחס לשינויים במספרן הכולל של אסמכתאות בעמוד פסיקה נתון בשנות המחקר, מתוך הנחה שמהפכים משמעותיים, בסגנון ההנמקה השיפוטית, יתבטאו בשינויים מקבילים הן בעומס האסמכתאות הכולל בכל "מנת הנמקה" והן בשיעורן היחסי. בכמה מהשאלות העיקריות, בשני היבטים אלה, אני מפלח את הממצאים לפי תחום המשפט שבו ניתנו פסקי הדין הנבדקים. כך, למשל, אני מפלח בין פסקי דין מהמשפט האזרחי, מהציבורי ומהפלילי כדי לבדוק הבדלים אפשריים ביניהם במידת נוכחותן של אסמכתאות זרות או של אסמכתאות מההגות המשפטית על פני שנות המחקר. הנחת המחקר שהובילה לפילוח זה, הן במאמר המקורי והן כאן, היא כי לשוני או לזהות בנוהגי ההסתמכות בפסקי דין ציבוריים, אזרחיים ופליליים יש כוח מבאר להבנת תופעות כלליות יותר. כך, למשל, שיעורן הנמוך יחסית של אסמכתאות זרות במשפט הציבורי מתחילת המדינה ועד היום, משליך על שאלות עקרוניות בדבר התבדלות וחקי, פוסט-קולוניאליזם וצמיחה אורגנית במשפט הישראלי ובשיטות משפט אחרות.

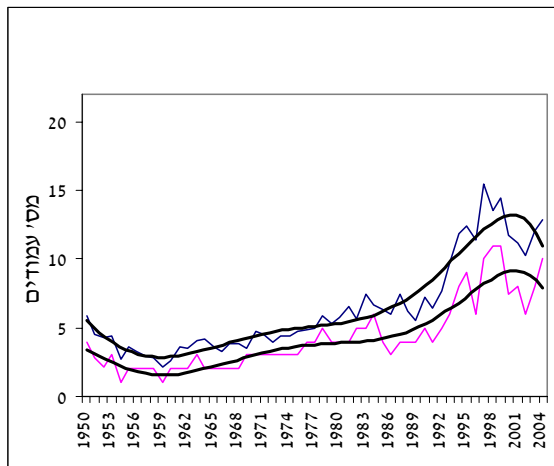
מאפייניהם של פסקי דין נוטים להשתנות עם אורכם, במיוחד בכל הנוגע למרחב הסמך שלהם. עובדה זו אינה הכרחית ואינה טריוויאלית. בעולם אחר יכולים היו להיווסף לפסקי דינו של בית המשפט העליון עמודים רבים שאין בהם אסמכתאות כלל או שתמהיל האסמכתאות בהם אינו שונה. בפועל אין זה המצב. כיוון שפסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל נוטים להתארך עם השנים, ניסיתי לנטרל בדרכים שונות את השפעתה של התארכות זו על מרחב הסמך ועל המגמות המשתנות בתוכו. עשיתי זאת בעיקר בשתי דרכים: מרבית הניתוחים המוצגים במאמר הנוכחי מבוססים על בדיקת נתונים בעמוד פסיקה ממוצע (של שנה נתונה) ולא בפסק כולו. ברוב הניתוחים הקפדתי גם לצמצם את הבדיקה ל-80 הפסקים הארוכים ביותר שניתנו בכל שנת מחקר (ומצויים במאגר).

## ב. אורכם של פסקי דין ועומס האסמכתאות בהם

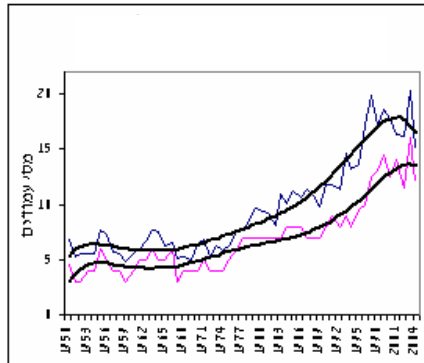
התבוננות אנקדוטית בתרבות המשפטית האנגלו-אמריקנית, וישראל בתוכה, מגלה יחס אמביוולנטי לשאלת אורכם של פסקי דין. חברי הקהילה המשפטית מרבים לעסוק בה אך נוטים להמעיט בחשיבותה. אני סבור שזהו יחס מוטעה. הפסיקה הייתה ונשארה מקור הדין הדומיננטי במשפחת המשפט המקובל, ודווקא משום שהפוסקים מסתירים בקנאות את תהליך קבלת החלטותיהם, יש חשיבות עצומה להנמקה הגלויה שהם מציגים בפסיקתם. מספר המילים הנדרשות לתיאור העובדות שקדמו להחלטה (כולל סיכום טיעוני הצדדים והכרעות קודמות) ולהחלטה האופרטיבית עצמה אינו משתנה משמעותית מפסק לפסק. שינויים גדולים באורכם של פסקי דין נגזרים כמעט לחלוטין מאורכה של ההנמקה. שופט המאריך בהנמקתו אינו מבטא בכך רק סגנון אישי, אלא אף עמדה משמעותית על תפקידו בשיטת הממשל המסמיכה אותו, על היחס הראוי בין

שליטים לנתינים ועל הדרך הראויה לנמק החלטות. מקצתה של עמדה זו נגזר מהאורך עצמו, אך רובה נגזר ממאפיינים ספציפיים של מנות האורך הנוספות להנמקה. אחד ממאפיינים אלה הוא עומס האסמכתאות בנימוקי השופט. שופט המפחית את עומס האסמכתאות שעליהן הוא נשען בכל עמוד נוסף של הנמקה, מעיד בכך על עמדתו שכוחה הערכי של סברתו נגזר מתוכה ולא ממקורות חיצוניים. שופט המגדיל את עומס האסמכתאות בכל עמוד נוסף של הנמקה מעיד בכך על עמדתו שכוחה של סברה נגזר מכוחם של אחרים התומכים בה, בין בשל מספרם, בין בשל מעמדם הפורמלי ובין בשל תבונתם היתרה. למען הסר ספק, אינני טוען ששופטים העושים כך או כך נותנים דעתם במודע לעמדה זו או זו. להפך, אני מניח ששופטים בישראל אינם מסביבתם התרבותית ביחסם אל אורך הפסיקה, עומס האסמכתאות ומה שביניהם. אני מניח שהם ממעטים לעסוק במודע במשמעותן העקרונית של שאלות אלה, ועל כן הם מניחים להעדפותיהם הבלתי מודעות להוביל את נהגם. אלא שלהעדפות אלה יש להערכתו השפעה חשובה על השיטה המשפטית כולה, ועל כן הן ראויות למחקר וביקורת. אורכם הממוצע של פסקי דין של בית המשפט העליון מתארך עם השנים. עובדה זו ניתנת לצפייה בהתבוננות אנקדוטית, אך קצב השינוי, עצמתו ותיקופו מחייבים בדיקה מדויקת יותר. תרשים א' מתאר את האורך הממוצע (הקו העליון) והאורך החציוני (הקו התחתון) של כל פסקי הדין שבמאגר, המהווים כזכור 40% מכלל פסקי הדין שנבחרו לפרסום ב"פסקי דין". תרשים ב' מתאר את הנתונים המקבילים לגבי 80 הפסקים הארוכים ביותר בכל שנה באותו מאגר.

תרשים א': אורך חציוני וממוצע של פסקי הדין (במאגר כולו)



תרשים ב': אורך חציוני וממוצע של פסקי הדין  
(80 הארוכים לשנה)



התמונה המתקבלת מתרשימים אלה ברורה.<sup>5</sup> בכל אחד מהמדדים והפילוחים עובר על פסקי בית המשפט העליון תהליך רציף של התארכות בין תחילת שנות ה-60 לבין שנת 2000, שבה הוא נעצר ומגלה סימנים מובהקים של מהפך. תרשים א' מצביע על מגמת התארכות מהירה באורכם הממוצע של פסקי דין בין השנים 1985 ו-2000, המתהפכת בסופה למגמת התקצרות מהירה עוד יותר.

במאמר המקורי דווח<sup>6</sup> על מגמת האצה חריגה באורך פסקי הדין בשנים האחרונות למחקר (1994–1992), אך הובע ספק באשר לתקפותה של מגמה זו בטווח שנים רחב יותר. במבט המתאפשר במחקר ההמשך הנוכחי מתברר כי האצה זו הייתה אכן חלק ממגמה אמיתית שהתחילה כמה שנים קודם לכן, באמצע שנות ה-80, ומיצתה את עצמה שנים אחדות לאחר מכן, בשנת 2000 לערך. דווקא על רקע זה מעניין במיוחד היפוך המגמה בשנים האחרונות.

מגמות אלה בולטות מעט פחות בתרשים ב', הנוגע רק ל-80 פסקי הדין הארוכים ביותר מדי שנה. הבדל זה מעיד על העובדה הידועה שאוכלוסיית פסקי הדין הארוכים במיוחד (בהגדרה אחרת כונו אלה במאמר המקורי "מגה פסקים")<sup>7</sup> מתנהגת מעט אחרת מהאוכלוסייה הכללית שבמאגר.<sup>8</sup> פסקי הדין הארוכים לתקופתם החלו להתארך

<sup>5</sup> בתרשימים אלה אני מציג הן את העקומות עצמן (הקווים הדקים) והן את קווי המגמה שלהן (הקווים העבים). בכל התרשימים הבאים במאמר זה אני מסתפק בקווי מגמה משום שהם נוחים יותר לעיון ופירושו. העקומות עצמן רגישות לשינויים אקראיים, וקווי המגמה מנטרלים השפעות אלה ושמים אותן בהקשר תקופתי משמעותי יותר.

<sup>6</sup> ראו המאמר המקורי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 130 תרשים 1.

<sup>7</sup> שם, בעמ' 135.

<sup>8</sup> להשוואה בין תכונותיהם של פסקים ארוכים וקצרים ראו שם, בעמ' 143. בשל הגדרתם השונה של ה"מגה פסקים" במאמר המקורי ו"80 פסקי הדין הארוכים בשנה", מתבלטים במאמר הנוכחי הבדלים גדולים יותר בינם ובין כלל הפסקים שבמאגר. במאמר "מאה תקדימים מובילים" (לעיל ה"ש 1) הוצגו השוואות בין מאפייניהם של מאה התקדימים המאוזכרים ביותר. במאמר זה אני

מאמצע שנות ה-60' בקצב מהיר יחסית לעומת האוכלוסייה הכללית. במילים פשוטות – שופטי בית המשפט העליון נטו תחילה "למתוח" בעיקר את פסקיהם המיוחדים. רק מאמצע שנות ה-80' מתפרצת נטייה זו לכלל פסיקתם. אך מעת שאבדה להם התנופה, כמעט בבת אחת בשנת 2000, צונח אורכם של הפסקים הרגילים, מהר עוד יותר, מאורכם של הפסקים הארוכים במיוחד.

מוקדם לקבוע אם היפוך המגמה בשנות ה-2000 הוא תחילתו של תהליך ארוך טווח או שהוא נובע מגורמים זמניים. לפי תיקוף אפשרי אחד אפשר לראות בשנים אלה כשלהי תקופתו של גרעין השופטים הגדול השני בתולדות בית המשפט.<sup>9</sup> גרעין זה מתחיל להיווצר באמצע שנות ה-70', והוא מגיע לשיא בשלותו במהלך שנות ה-90' תחת נשיאותם של מאיר שמגר ואהרן ברק ועמם קבוצה גדולה יחסית של שופטים ותיקים, חדי דעה ומבע המנהלים ביניהם רב-שיח עשיר יותר, ועל כן גם ארוך יותר, מבעבר. במהלך שנות ה-2000 הולך גרעין זה ומתפרק, ואולי גם תש מעט כוחם היצירתי של חבריו לקראת סוף כהונתם. אם כך הוא, יכול שמגמת הצמצום תתחלף בתנופה חדשה עם גיבושו של גרעין שופטים חדש. ואולם ייתכן כי התכנסותו של המלל השיפוטי לממדים צנועים יותר משתלבת במהפך רחב יותר העובר על התרבות המשפטית. בעת כתיבתם של דברים אלה מתחזקת בארצות-הברית מגמה ממוסדת של קיצוץ באורכם של מאמרים המתפרסמים בכתבי עת. 12 כתבי עת מובילים קיבלו על עצמם במשותף מגבלת אורך מרבי למאמרים, בעקבות מחקר עמדות רחב היקף שבו אותרה עמדה מוסכמת שלפיה "מאמרים קצרים יותר יחזקו את איכותה של ההגות המשפטית, יקצרו וישפרו את הליך העריכה ויהפכו את המאמרים למועילים יותר וקלים יותר לקריאה".<sup>10</sup> למרות הבדלים מובנים מאליהם בין פסיקה לבין הגות משפטית, ייתכן בהחלט שתחושות דומות פועלות על שתיהן בהקשר הנוכחי. מאמרי הענף של כתבי העת האמריקניים המובילים גדלו לממדיהם באוויר הפסגות שבו נכתבו. הם הוזנו להערכתי מאמונה עזה בכוחה של המילה המשפטית להניע עולמות ומתחושתם המתגברת של מנהיגי האקדמיה המשפטית האמריקנית כי אין גבולות לכוחם לעצב את המציאות האמריקנית באמצעות רעיונות משפטיים. נראה ברור בעיניי כי מגמת ההתכנסות הנוכחית רומזת לסופו של עידן זה ותחילתה של דרך

משווה (שם החל בעמ' 288) בין מאפייניהם של מאה התקדימים המאזכרים ביותר בבית המשפט העליון לבין מאפייניהם של 2,639 פסקי הדין שכוננו בעת אזכורם "פסקי מצע". בהנחה ודאית שאוכלוסיית "פסקי המצע" קצרים יותר בממוצע מאוכלוסיית התקדימים המובילים, אפשר להשתמש בהשוואה ביניהן כדי להצביע על זיקה בין המאפיינים הנבדקים שם ובין אורך פסק הדין.

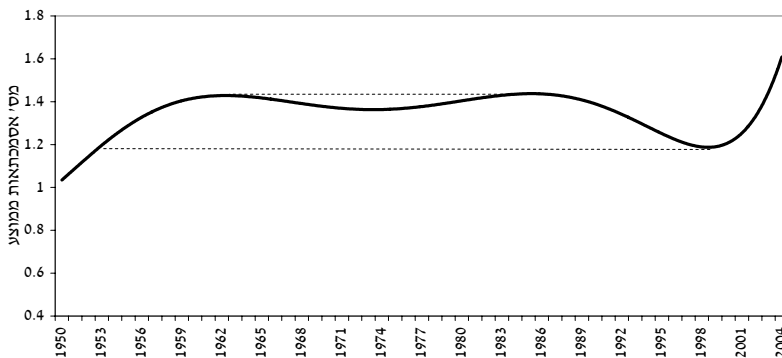
<sup>9</sup> אני מציג כאן תיקוף אחר משהוצג במאמר המקורי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 203. במנעד הזמן הרחב יותר המתאפשר במאמר הנוכחי, אני מתייחס לדורם של הנשיאים שמגר וברק כגרעין גדול שני לאחר הגרעין הגדול הראשון תחת נשיאותם של השופטים אולשן ואגרנט (1954–1975 לערך).

<sup>10</sup> המסמך "Joint Law Review Statement on Article Length" התקבל על ידי 12 כתבי העת המובילים בארצות-הברית, והוא מופץ מאז תחילת 2005 באתרי הבית שלהם. ראו למשל:

.www.columbia-lawreview.org

צנועה ואולי דווקא יעילה יותר. דברים דומים אפשר לומר על התכנסותם של פסקי הענק של בית המשפט העליון הישראלי. ייתכן שמגמת ההתקצרות של פסקי הדין מעידה על סופו של עידן האמונה הגדולה ותחילתה של דרך פשוטה יותר. עם כל אלה, אין המחקר הנוכחי מתמקד באורך פסקי הדין כשלעצמו, אלא במה שיש בעמודים אלה. במגבלות המחקר הנוכחי אני מתאר היבט אחד של תוכנם, הוא עומס האסמכתאות שבהם ופילווחן. תרשים ג' מראה כיצד השתנה ב-55 שנות המחקר מספרן של האסמכתאות המשובצות על ידי שופטי בית המשפט העליון בעמוד ממוצע של 80 פסקיהם הארוכים<sup>11</sup> מדי שנה.

תרשים ג': מגמת השתנות מספר אסמכתאות ממוצע לעמוד פסיקה (ב-80 פסה"ד הארוכים השנה)



המגמה הבולטת ביותר בעיניי בתרשים זה היא יציבותו המפתיעה של עומס האסמכתאות לעמוד על פני כמעט חמישים שנים בפסיקת בית המשפט העליון. סימנתי יציבות זו באמצעות שני קווים אופקיים בתרשים. בשנת 1988 עמד עומס האסמכתאות הממוצע לעמוד פסיקה באותו מקום שבו עמד שלושים שנה קודם לכן בשנת 1958 (כ-1.5 אסמכתאות לעמוד), ובשנת 2000 הוא חוזר לאותו מקום לערך שבו עמד 48 שנים קודם לכן, בשנת 1952 (כ-1.2 אסמכתאות לעמוד). יציבות זו מפתיעה במיוחד כנגד מגמת הגידול העקבית באורכם של פסקים אלה (כזכור, מדובר בפסקים הארוכים במיוחד בכל שנה) על פני אותה תקופה בדיוק, כפי שהיא משתקפת בתרשים ב' לעיל. ממצא זה משמעותי. פסק ארוך ממוצע של שנת 2000 ארוך פי שלושה, ויש בו כ-12 עמודים יותר מאשר במקבילו בשנת 1952 (17.7 לעומת 5.5). אין

<sup>11</sup> בדיקת כלל פסקי הדין שבמאגר מגלה תמונה דומה בעיקרה לזו שבתרשים ג', בכל הנוגע לעומס כלל האסמכתאות. הבדל מסוים באשר לשיעורן של אסמכתאות חקיקה יתואר ויוסבר להלן בה"ש

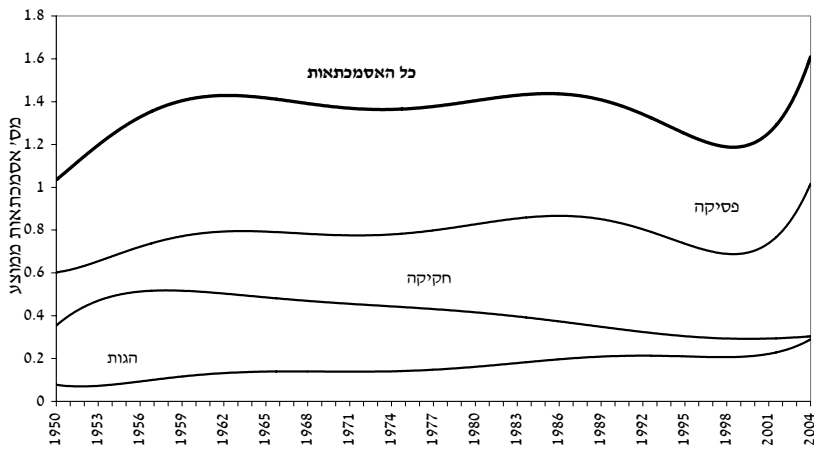
שום הכרח שכל אחד מ-12 עמודים אלה יהיה עמוס באותו מספר אסמכתאות כמקבילו מלפני 48 שנים. כך, למשל, לפי פשוטו של המודל המקובל של מנחם מאוטנר<sup>12</sup> לתיקוף המשפט הישראלי, צריכה הייתה התמונה להיות שונה מאוד. מאוטנר מסביר כי, מסיבות שאחזור עליהן בהמשך, שופטי העידן הראשון הרגישו צורך לנמק את הכרעתם באסמכתאות פורמליות בניגוד לשופטים מאוחרים יותר שמרגישים חופשיים לנמק את הכרעתם בטעמים ערכיים לגופם. לכאורה, אפשר להסביר בדיוק כך את הירידה שבין אמצע שנות ה-80' לשנת 2000, אך אי-אפשר להסביר כך תמונה כוללת של חמישה עשורים. אם שופט של שנת 2000 כותב פי שלושה "מנות הנמקה" מאשר מקבילו בתחילת שנות ה-50', אך בכל "מנה" כזו הוא מרגיש צורך לבסס את עמדתו על אותו מספר אסמכתאות, קשה לדבר על מהפך סגנוני משמעותי במנחים של אותו מודל. אם כך בנוגע לנתונים שעד שנת 2000, כך על אחת כמה וכמה בנוגע לנתונים שמשנת 2000 ואילך. למרות העובדה הבולטת כל כך בתרשימים א' ו-ב', כי פסקי הדין מתקצרים במהירות מאז המילניום החדש, נראה כי שופטי העת הנוכחית מתקשים לוותר על מנת האסמכתאות שהתרגלו לקצוב לפסק דין, ועומס באסמכתאות לעמוד נוטה לגדול יותר מאי פעם.

בפסקה הבאה אנסה לעדן תמונה זו על ידי פילוח דק יותר של האסמכתאות, אך אני מבקש לגעת קודם לכן בהנחה עובדתית העולה תכופות בהקשר הנוכחי. לפי הנחה זו מוסברים שינויים בנוהגי הכתיבה של בית המשפט העליון בשינויים טכנולוגיים. התארכות פסקי הדין מנומקת בקלותו היחסית של עיבוד תמלילים וריבוי אסמכתאות מוסבר בקלות אחזורן. אני מאמין כי הנחות אלה מופרכות. בכל היבט רלוונטי לנוהגי כתיבתם של פסקי דין בישראל התחוללה מהפכת המחשוב לפני כשני עשורים, ומאז חלים שיפורים רציפים קטנים ביכולות העיבוד והאחזור, בנגישותם לצוות הכתיבה (שופטים, עוזרים משפטיים ומתמחים) ובכישוריהם של חברי צוות זה. המגמות המתוארות בתרשימים א'–ג' אינן מתנהגות לפי קצבה של מהפכת המחשוב. עיבוד התמלילים אינו קשה יותר בשנת 2004 מאשר בשנת 2001, ופסקי הדין מתקצרים. איתורן של אסמכתאות אינו קשה יותר בשנת 1998 מאשר בשנת 1995, ובכל זאת נכנסות פחות מהן לעמוד פסיקה טיפוסית. לכן אני מאמין כי אין לשינויים הטכנולוגיים השפעה חשובה על נוהגי הכתיבה, ההנמקה ואזכור האסמכתאות של בית המשפט העליון.

<sup>12</sup> מנחם מאוטנר *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (1993). למען הסר ספק, מאוטנר איננו מדבר ישירות על ההיבט הכמותי של שימוש באסמכתאות.



תרשים ד': מגמות השתנות מספר האסמכתאות ממוצע לעמוד פסיקה, לפי סוג (ב-80 פסה"ד הארוכים לשנה)



בתרשים ד' אני מפרק את האסמכתאות שבתרשים ג' לפי סוגיהן, תוך הפרדה בין אסמכתאות פסיקה, חקיקה והגות (ספרים וכתבי עת). הקו העליון זהה לקו שבתרשים ג'. הקווים שתחתיו מסמנים, בסדר יורד, את אסמכתאות הפסיקה, אסמכתאות החקיקה ואסמכתאות ההגות שב-80 פסקי הדין הארוכים שבכל שנה. המגמה הבולטת ביותר בתרשים זה נוגעת ל"היפוך מקום" בין החקיקה וההגות במרחב הסמך של בית המשפט העליון. לאחר עשור בודד של צמיחה בין קום המדינה לשנת 1958, פוחתת נוכחותן של אסמכתאות חקיקה בתנועה איטית ורציפה במשך ארבעה עשורים, והיא מתייצבת רק לאחרונה. אסמכתאות ההגות צומחות בעשורים אלה באותו קצב לערך, והן משתוות בכמותן בשנת 2004 לאסמכתאות החקיקה.<sup>13</sup> אם תימשך מגמה זו בשנים הבאות, תהפוך ההגות המשפטית לגורם חשוב יותר מהחקיקה בעולם הסמך של בית המשפט העליון.

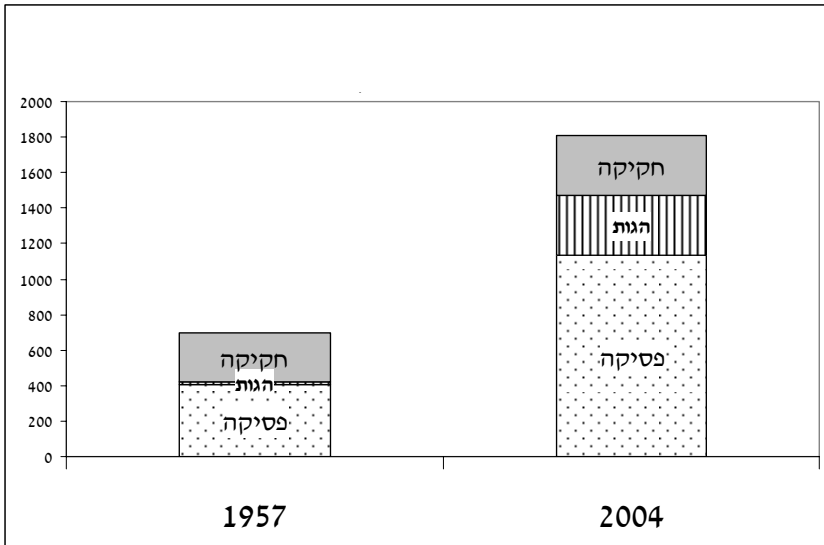
ל"היפוך מקום" זה בין חקיקה והגות משמעות חשובה ומעניינת במודל התיקוף של

<sup>13</sup> כאמור, תרשים ד' מייצג את מאפייניהם של פסקי הדין הארוכים במאגר. בבדיקת מאפייניהם של כל פסקי הדין שבמאגר מתגלה הבדל קטן, אך מעניין. בשנות ה-50 היה משקלן של אסמכתאות החקיקה גבוה יותר במאגר כללי זה משהוא נראה כאן, "על חשבון" אסמכתאות הפסיקה. למעשה, לתקופה קצרה במחציתו של אותו עשור היה משקלן של אסמכתאות החקיקה שווה לזה של אסמכתאות הפסיקה. אין לנתונים אלה חשיבות משל עצמם, אך הם מעידים על העובדה המובנת מאליה שלפסקים ארוכים יש תכונות אחרות במקצת מאשר לפסקים קצרים יותר (ראו לעיל ה"ש 8), וגם על הבדלים אפשריים בין סוגי אסמכתאות בכל הנוגע לתפקידן בפסק. סעיפי חוק מאזכרים לפעמים בהקשרים רחוקים מהשאלה העיקרית שבמחלוקת ואינם תורמים משמעותית להכרעתה (לדוגמה – אזכורו של סעיף העבירה המוגמרת בפסק דין עקרוני בשאלה של אחריות נגזרת). משקלם היחסי של אזכורים אלה נבלע כמעט לחלוטין בפסקי דין ארוכים המתעמקים בסוגיה העקרונית.

מאוטנר שתואר לעיל. מודל זה בנוי על ההנחה שנטייתם של שופטים ראשונים לאזכר אסמכתאות ככלי הנמקה עיקרי להכרעותיהם, נגזרה מהצורך להסתיר ממרכזי הכוח הפוליטיים של אותה עת את עמדותיהם הערכיות ואת הזיקה בין עמדות אלה להכרעותיהם השיפוטיות. אזכורן התכוף של אסמכתאות השיג הרחקה כפולה: הוא הסתיר את אופייה הערכי של הכרעה ומיקם את מקורה מחוץ לזירת השיפוט המידית. לפי אותה הנחה, עם צמצום הפער הערכי בין קהילת השופטים העליונים ומרכזי הכוח האחרים, נפתחה דרכם של שופטים להנמקה ערכית גלויה ועניינית, והם אינם צריכים להסתתר עוד מאחורי מסווה של אסמכתאות פורמליות. לפי הגיונו של מודל זה, יש הבדל משמעותי בין סוגים שונים של אסמכתאות. שופט המסתמך על עצמו או על חבריו ("הלכה פסוקה היא כ...") מרחיק מעט מאוד. שופט המסתמך על הגות ("גם לדעת מלומדים...") מרחיק קצת יותר. שופט המאזכר מחוקק ("חזקה עלי מצוותו של...") מרחיק יותר מכולם ומייחס את ההכרעה לאותו מוקד פוליטי שממנו הוא מסתיר את ערכיו ואת כוחו היצירתי. מובן מאליו כי אי-אפשר לכמת הבדלים אלה באופן מדויק, אך די בעצם קיומם כדי להראות שפילוח האסמכתאות לסוגיהן, מתיישב עם מודל התיקוף של מאוטנר הרבה יותר מהנראה בניתוח הקודם. בתרשים ג' בולט לעין כי הזינוק הנצפה בעומס האסמכתאות הכולל לעמוד החל משנת 2000 לערך נדחף כמעט כולו על ידי אסמכתאות פסיקה. מאוחר יותר אציג פילוח נוסף של אסמכתאות הפסיקה לפי מקורן המדויק במערכת השיפוט הישראלית והזרה, אך כבר כאן אפשר לומר כי רובן המכריע של אסמכתאות אלה בא בשנים האחרונות מבית המשפט העליון עצמו. בית המשפט אינו נשען באמצעותו על אדני תוקף הייצוגיים אלא הוא מאחז את היגדיו שלו, ובכך הוא עושה באסמכתאות את השימוש הפחות פורמלי האפשרי. אחזור לעניין זה בהמשך, אך כאן אני מבקש להדגיש את המגמה ארוכת הטווח המתבטאת ב"היפוך המקום" שעליו עמדתי בתחילתה של פסקה זו בין חקיקה להגות.

ניכר מהשוואת תרשים ב' ו-ד' כי בעמודים ש"נוספו" בשנות ה-80 וה-90 לפסק הדין הארוך הטיפוסי יש אמנם מספר אסמכתאות דומה לזה שהיה בעמוד פסיקה של שנות ה-50, אבל אופיין פורמלי פחות במונח זה שהן נשאבות יותר מהשיח האקדמי והמקצועי שמחוץ לקהילת השופטים עצמה ופחות מספר החוקים. אני מבקש לצייר את משמעותו של הבדל זה באמצעות תרשים ה' המשווה בין פסיקת שנת 2004 לבין פסיקת שנת 1957. כדי להדגיש את התארכותו של פסק הדין הארוך הטיפוסי אני מציג בתרשים ד', כחריג לנוהגי לעיל, נתונים על האסמכתאות בפסקי דין **במלואם** ולא בעמוד בודד שלהם. כך, למרות העובדה שעומס האסמכתאות לעמוד טיפוסי מתוך 80 פסקי הדין הארוכים ב-2004 זהה כמעט לחלוטין לעומס המקביל ב-1957 (1.5 לעומת 1.54 בהתאמה), הרי ב-2004 עומס האסמכתאות ב-80 הפסקים היה פי 2.6, וזאת מפני שפסקי הדין התארכו באותו יחס. אלא שהתרשים מראה כי לעומת 1957, שבה תפסה החקיקה 38.8% מסך האסמכתאות, הרי ב-2004 היא תופסת 18.5%, פחות מחצי מכך, ואת מקומה תופסת ההגות האקדמית והמקצועית.

תרשים ה': מס' אסמכתאות ב-80 פסקי הדין הארוכים בשנה, לפי סוג



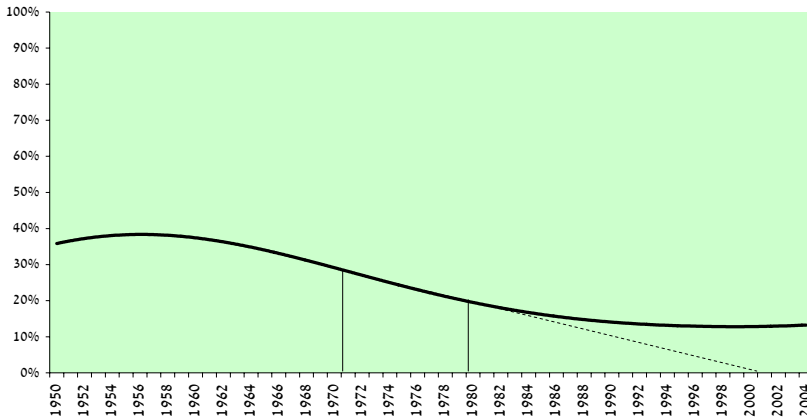
דווקא הדמיון הבולט בתרשים ה' במספרן הראלי של אסמכתאות חקיקה בפסקי הדין (הארוכים) של 2004 ו-1957 מדגיש יפה את העובדה שהשפעתו של מקור פורמלי מובהק זה על מרחב הסמך כולו פוחתת דרמטית במהלך השנים. עובדה זו בולטת במיוחד, הן לאור העלייה בשכיחותה של החקיקה כמקור דין והן לאור הציפיות לשינוי אופייה של ההנמקה המשפטית. בלא שאוכל לכמת אמירה זו במדויק, אין ספק שתחומים חשובים של המשפט, בעיקר בענף הפרטי-אזרחי, שהוסדרו בשנות המדינה הראשונות בדין-יציר-פסיקה, כוסו במהלך השנים ברשת צפופה של נורמות חקוקות. יותר מכך, במישור הכלל-שיטתי רחשה במהלך השנים ציפייה מתמדת לצמיחתה של פרשנות קודיפיקטיבית הזורמת בתנועות היקש וגזירה בין נורמות חקוקות אלה וקודמותיהן. אם תרשים ה' מייצג נאמנה את עולם הסמך של בית המשפט העליון, אין לאלה השפעה אמיתית על סגנון הנמקתה של ההכרעה השיפוטית בישראל, אלא להפך. עולם זה, יותר מאי-פעם, הוא עולם של הלכה פסוקה, הן בשיחו הפנימי והן במגעו עם שיטת המשפט בכללותה, ואם הוא נפתח להשפעות חיצוניות הרי הוא עושה זאת בעיקר מול השיח האקדמי והמקצועי.

### ג. השפעתן של אסמכתאות לפי מקורן

במאמר המקורי תוארה התכנסותו של מרחב הסמך של בית המשפט העליון אל תוך השיטה הישראלית בארבעת העשורים הראשונים. תרשים ו' מראה כי מגמה זו התמתנה בשנות ה-80, נעצרה לחלוטין בשנות ה-90 ואולי אף התהפכה במידה זעירה בשנות ה-2000. כמו מרבית קודמיו במאמר הנוכחי, גם תרשים זה נגזר מתוך אוכלוסיית

העילית של פסיקת בית המשפט העליון הכוללת מדגם גדול (40%) מתוך 80 פסקי הדין הארוכים ביותר של כל שנת פסיקה, והוא נקי גם מהשפעתה של התארכות פסקי הדין. הוא מאפשר התבוננות במנת הנמקה אופיינית של הכרעה שנבחרה על ידי יוצריה לייצג את מיטב כוחם הפרשני והיצירתי בכל אחת מ-55 שנות המחקר. אם שופטי בית המשפט העליון נעזרים בחומרים השוואתיים לבסס עליהם את הנמקות, כאן הם עושים זאת, ואם הם בוחרים לעשות זאת בשנת 2004 כחצי מהפעמים שעשו זאת 40 שנה קודם לכן, הרי שזוהי תופעת אמת שיש לה השפעה חשובה על שיטת המשפט בכללותה. במאמר המקורי הופרכה באריכות טענה אפשרית המסמיכה את כל התכנסותו של מרחב הסמך לגידול כמותי פשוט במצאי חומרי הסמך הישראליים. אורך חייו האפקטיבי של מקור משפטי מוגבל. תקדימים, חוקים, ספרים ומאמרים – כולם מתיישנים ומאבדים מתוקפם עם השנים, ועל כן אין המלאי העומד לרשותו של שופט הנזקק להם גדל בהכרח מעצם חלוף הזמן ומעצם ייצורם של חומרים חדשים. מלבד חריגים מסוימים, אין גם שינויים גדולים דיים **בקצב** ייצורם של חומרי סמך חדשים שיוכלו להסביר את מגמות השינוי המתוארות כאן ובמאמר המקורי. במילים אחרות, ממצאים אלה אינם תומכים בהנחה הפשטנית ששופטי בית המשפט העליון מעדיפים בכל הדורות אסמכתה ישראלית על זרה, ובחירתם בין זר למקומי מוכתבת כולה מגודלו של המצאי המקומי. גם הנתונים בתרשים ו' מפריכים הנחה זו. כדי להסביר את עצירתה של מגמת הלוקליזציה של מרחב הסמך בשנות ה-90, צריכות היו שנות ה-80 להיות שנים דלות הרבה יותר בתפוקה מקומית מאשר, למשל, שנות ה-60. אין כל ראייה לדלות יחסית כזו באף אחד ממקורות הסמך האפשריים. גם בלא שאוכל לכמת הנחה זו, נראה בעליל כי בית המשפט פסק יותר בשנות ה-80, המחוקק חוקק יותר ומלומדים כתבו יותר מאשר בשנות ה-60. נראה לי גם כי חומרי שנות ה-80 היו מיוחדים מקודמיהם בכל העשורים בעושרם ההלכתי-עקרוני, ואילו דווקא שנות ה-60 הניבו יכול איכותי דל יחסית. אם שופטי שנות ה-70 צמצמו את "הגזרה הזרה" של מרחב הסמך בכ-30% תוך עשר שנים, אין שום סיבה לחשוב שעשו זאת משום שבבת אחת נפלו עליהם כל כך הרבה חומרים ישראלים חדשים להישען עליהם, ואם שופטי שנות ה-90 עצרו לגמרי את כרסומה של גזרה זו, אין סיבה לחשוב שעשו זאת משום שבבת אחת יבש מעיין היצירה המקומי.

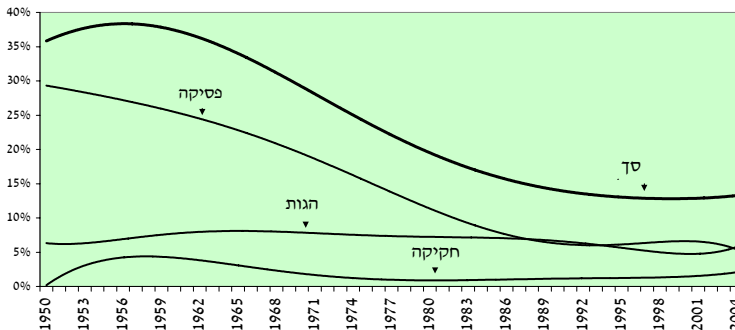
תרשים ו': השתנות שיעור האסמכתאות הזרות מכלל האסמכתאות בדף פסיקה (ב-80 פס"ד הארוכים השנה)



כדי להדגיש את משמעות הממצאים שבתרשים ו'<sup>14</sup> הראיתי בקו מקוטע כי אילו הייתה מגמת שנות ה-70' נמשכת בלא שינוי, היו האסמכתאות הזרות נעלמות לחלוטין ממרחב הסמך של בית המשפט העליון בשנת 2000. העובדה שבאותה שנה תופסת "הגזרה הזרה" כמעט 14% מאותו מרחב, וכי חלוקה זו של המרחב מסתמנת במחקר הנוכחי כמצב יציב שיעמוד בעינו לתקופה משמעותית, תומכת בהנחה שבמהלך שלושת העשורים הראשונים נפטר בית המשפט בהדרגה מאותם חלקים של הגזרה שמקורם בזיקה ההיסטורית לשיטות זרות, ובעידן הנוכחי הוא מקבע מנת שימוש יציבה הנובעת מצורך ענייני בחומרים השוואתיים לפיתוחה ולביסוסה של שיטה משפטית קטנה, ממורכזת ומבודדת כשיטת המשפט הישראלית. כיוון שהמאמר הנוכחי מתפקד בעיקר כמאמר המשך, אני מבקש להדגיש בנפרד את תמונת העשור האחרון. אם במאמר המקורי דווחה במידה מסוימת של ביקורת מגמת ההתכנסות של בית המשפט העליון אל מרחב הסמך המקומי, הרי מגמה זו נבלמה. בתקופת נשיאותו של אהרן ברק התייצבה "הגזרה הזרה" ואיננה ממשיכה להצטמצם. ממה מורכבת "גזרה זרה" זו? בהמשך אפלה גזרה זו לפי שיטות משפט ספציפיות ולפי תחומים, ואז גם אגע ביתר הרחבה כמשמעותם הערכית של הנתונים המספריים שעליהם אני מדווח. בשלב הנוכחי אני מציג פילוח של "הגזרה הזרה" לפי סוגי האסמכתאות.

<sup>14</sup> החל בתרשים זה ועד סוף המאמר השמטתי מכותרות התרשימים התייחסות מפורשת לעובדה שהם מציגים מגמות ולא מספרים מדויקים לכל שנה.

תרשים ז': השתנות שיעור האסמכתאות הזרות מכלל האסמכתאות בדף פסיקה – לפי סוג (ב-80 פס"ד הארוכים השנה)



בתרשים ז' אני מציג את חלקו של כל אחד מסוגי האסמכתאות הזרות בסך כל האסמכתאות במשך השנים. הקו העליון בתרשים זה זהה לקו שבתרשים ו' (צורתו נראית שונה במעט שכן צמצמתי את המנעד הכללי של התרשים של הציר האנכי כדי להדגיש את חלקם של הסוגים השונים). הקווים שמתחתיו מייצגים בסדר יורד את חלקן של אסמכתאות הפסיקה, ההגות והחקיקה בסך כל האסמכתאות בדף פסיקה טיפוסי באוכלוסיית 80 הפסקים הארוכים של כל שנה שבמחקר. יש להדגיש כי כל אחד מהקווים בתרשים מראה את חלקן של האסמכתאות הזרות מסוג מסוים בכל מרחב הסמך של בית המשפט העליון, הכולל גם את האסמכתאות המקומיות. בחרתי להציג כך את הדברים משום שבשלב הנוכחי של הניתוח חשוב בעיניי להראות את תרומתו של כל אחד מרכיבי המרחב לתמונה הכוללת. כך, למשל, חשוב בעיניי להציג את תרומתה הזניחה במיוחד של החקיקה הזרה לסך כל האסמכתאות שבית המשפט העליון משתמש בהן במשך השנים.

הממצא הבולט ביותר לעין בתרשים זה נוגע לתרומתה של ההגות הזרה. יציבותה של תרומה זו על פני חמישים שנות פסיקה גדולה יותר מיציבותו של כל נתון במחקר הנוכחי. חלקה של ההגות הזרה נושק ל-8% מסך כל האסמכתאות כבר באמצע שנות ה-50, והוא נע סביב שיעור זה לאורך חמישה עשורים. העלייה במשקלה של ההגות במרחב הסמך שעליה דיווחתי בתרשים ד' נובעת מתרומתה הגדלה של ההגות הישראלית. זו התחילה כמעט מנקודת האפס עם קום המדינה וצמחה בעקביות במשך השנים, אך, בניגוד לפסיקה, ברוב השנים היא נוספה להגות הזרה ולא החליפה אותה. החריג היחידי לתמונה יציבה זו הוא השפל הקל בסוף שנות ה-90 שבו ירד שיעורה של ההגות הזרה לסביבת ה-5%, אך מתחילת שנות ה-2000 שב שיעור זה ומטפס ל"מקומו".

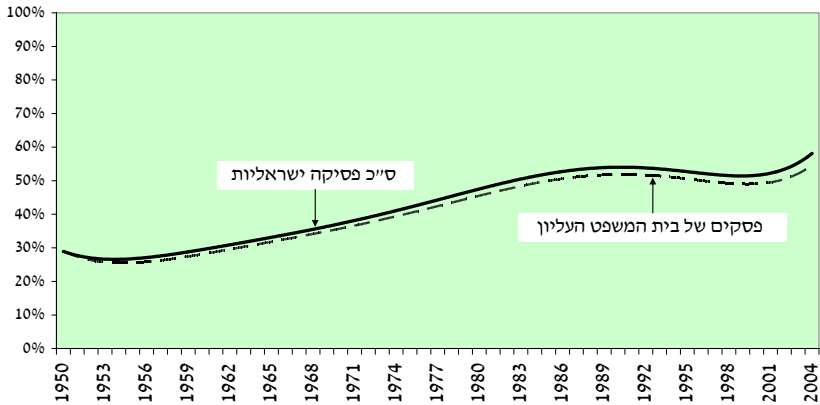
צדו השני של ממצא זה נוגע למקומה היחסי של הפסיקה הזרה. סיפור כרסומה של "הגזרה הזרה" במרחב הסמך של בית המשפט העליון הוא בעיקרו סיפור החלפתה של הפסיקה הזרה בפסיקה ישראלית. מיד בצאתה מנקודת ההתחלה הגבוהה מאוד בשנת

1950 (כ-30% מכלל האסמכתאות מכל המקורות ומכל הסוגים) היא צונחת צניחה רצופה ועקבית עד אמצע שנות ה-90' לנקודת שפל שבה פוגשת אותה ההגות הזרה ואף עולה עליה במשך כמה שנים. בין השנים 1989–1993 אזכר בית המשפט העליון (קצת) יותר ספרים ומאמרים זרים מאשר פסקי דין זרים. תופעה זו מתהפכת במחצית שנות ה-90'. שיעורם של פסקי הדין הזרים שב לעלות מעט במחצית השנייה של שנות ה-90', וההגות הזרה נדחקה מעט. תנודות אלה קטנות וסביר להניח שיימחקו בתמונה עתידית רחבה יותר. המגמה המסתמנת בעידן הנוכחי היא כי הגות ופסיקה זרה תופסים כיום מקום שווה פחות או יותר בשולי מרחב הסמך של בית המשפט העליון.

מקומה הזניח של החקיקה הזרה בתמונה זו נרמז לעיל. מלבד תקופה קצרה בשנות ה-50', השפעתה הכוללת של החקיקה הזרה על מרחב הסמך של בית המשפט העליון קטנה יותר מהשפעתן של כל האסמכתאות האחרות, מכל סוג ומכל מוצא. עם זאת, בתוך גזרה שולית זו, ניכר גידול קטן ורציף בשכיחותן של אסמכתאות החקיקה הזרות מאז תחילת שנות ה-80' ועד סוף תקופת המחקר.

להשלמתה של תמונת הממצאים הנוכחית אני מציג בתרשים ח' את השתנות שיעור אסמכתאות הפסיקה הישראליות במשך השנים. הקו הרציף העליון הוא "תמונת ראי" של הקו המסומן "פסיקה" בתרשים ז'. הקו המקוטע שמתחתיו מסמן את אסמכתאות הפסיקה הישראליות שמקורן בבית המשפט העליון עצמו. אני מביא תרשים זה כדי להצביע על העובדה שכמעט כל אסמכתאות הפסיקה המקומיות שעליהן מסתמך בית המשפט העליון של מדינת ישראל באות מבית משפט אחד בלבד, הוא בית המשפט העליון עצמו. בין אמצע שנות ה-50' לבין אמצע שנות ה-90' עמד שיעור ההסתמכות של בית המשפט העליון על בתי משפט ישראלים כלשהם מלבדו על כ-96% מסך כל אסמכתאות הפסיקה המקומיות שהשתמש בהן, ומאז הוא יורד לסביבות ה-94%. בחישוב אחר, ברוב שנותיו של בית המשפט העליון תרמו כל בתי המשפט המקומיים, מלבדו, כ-2% בלבד לכל מרחב הסמך שלו, כלומר הרבה פחות מכל מקור אחר, כולל הפסיקה הזרה. רק בשנים האחרונות גדל שיעור זה לסביבות ה-4% מהמרחב כולו, ואם ימשיך לגדול באותו הקצב, ישתווה תוך שנים אחדות לשיעור תרומתה של הפסיקה הזרה.

תרשים ח': השתנות שיעור אסמכתאות פסיקה ישראליות מתוך ס"כ האסמכתאות (ב-80 הפסקים הארוכים לשנה)



בעזרת נתונים אלה כולם אני מציע לעדן עוד יותר את תיקופו של מרחב הסמך הישראלי לפי המודל של מאוטנר. לעיל אמרתי כי, למרות הגידול המפתיע בנטייתו של בית המשפט העליון להסתמך על אסמכתאות במקום לנמק את הכרעותיו לגופן, משתנה תמהילן של אסמכתאות אלה, והן עצמן הופכות להיות פחות פורמליות עם השנים. אסמכתאות הגות תופסות במידה רבה את מקומן של אסמכתאות חקיקה, ועיקר הגידול במספר האסמכתאות הכולל לעמוד (בפסקים הארוכים) נובע מגידול באסמכתאות פסיקה. כאן אפשר להוסיף את הטענה שאסמכתאות הפסיקה עצמן הופכות להיות פחות פורמליות עם השנים, משום שיותר ויותר מהן באות מהרשות השופטת הישראלית, וכמעט תמיד מבית המשפט העליון עצמו, ועל כן אינן מתיימרות אפילו להישען על מקור תוקף חיצוני. כששופט של שנות ה-50' הסתמך על פסיקה, הוא יבא את רובה מחו"ל<sup>15</sup> ויכול היה אף לטעון כי הוא עושה זאת במצוות מחוקק מכוח סעיפי זיקה שונים, כלליים וספציפיים, שהיו פזורים בחוקים. במובנים רבים הייתה באזכורה של אסמכתה אנגלית ישנה, עתירת סימנים זרים וקיצורים משונים, פורמליות גדולה עוד יותר מאזכורה של חקיקה מקומית. אסמכתה כזו משדרת יוקרת דורות, אוניברסליות ומדעיות, והיא מסווה טוב מכל מקור אחר את אופייה הערכי-אישי של ההכרעה שהיא באה לתמוך. גם אם היה ל-Lord Jessel, M.R. "בית אבא", לא היה בישראל מי שהכיר אותו, וכף רגלו של הצ'נסלור נראתה מכובדת יותר מתגרת יומם של שופטי ארץ ועסקנים פוליטיים הנצים ביניהם בירושלים על ועדות מינויים ועל גיל הפרישה. קשה להעלות על הדעת שוני גדול יותר בין כותן המסווה של

<sup>15</sup> יש להוסיף על כך כי בשנות ה-50' המשיך בית המשפט העליון להסתמך במידה רבה על הלכותיו של בית המשפט העליון המנדטורי. הלכות אלה סווגו כאן על ידי כאסמכתאות פסיקה מקומיות, אך גם להן היה אופי פורמלי יותר מאסמכתאות פסיקה ישראליות, ממש משום שנוצרו על ידי מערכת שונה ונכפו על שופטי ישראל במצוות מחוקק.



אסמכתאות פסיקה אנגלית בשנות המדינה הראשונות לבין אסמכתאות פסיקה ישראלית בשנת 2000. שופט ישראלי המסתמך על עצמו איננו מסווה דבר אלא להפך. הוא שם על האסמכתה שם, פנים, "בית אבא" ונטיות ערכיות, אמיתיות או מדומות. במקום להפיס את אויביו מבחוץ, הוא מקומם אותם. יותר מזה – דווקא נימוקים לגופה של הכרעה עשויים לתת לה אופי פורמלי יותר מאשר אסמכתת פסיקה מבית מדרשו שלו, משום שדווקא אלה יכולים לעטות על עצמם מסווה של מדעיות ו"אובייקטיביות".

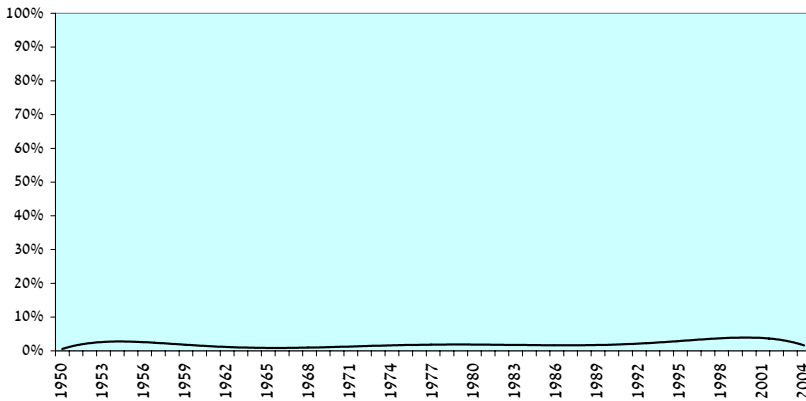
דברים דומים אפשר לומר על תולדות ההגות במרחב הסמך המקומי. שופט ישראלי שהסתמך בשנות ה-50' על הגות, כמעט תמיד הסתמך על מלומדים זרים, ואלה היו כמעט תמיד עלומי פנים וזהות. בין שדיבר הנשיא זמורה בשמו של Blackstone ובין שדיבר בשמו של Dicey, שמעו נמעניו רק בת קול אלמונית היורדת משמים. ואילו היום, בין שהנשיא ברק אומר זמיר ובין שהוא אומר קרמניצר, רואה קהלו את האדם שמאחורי השם עוד לפני שהוא רואה את הרעיון שמאחורי המילים והרבה לפני שהוא רואה את הסמכות שמאחורי האסמכתה.

אין מדד מדויק להעריך על פיו את ההבדלים שעליהם אני עומד בפסקאות האחרונות ולשקלל על פיו את מידת הפורמליות של האסמכתאות על פי סוגן, על פי מקורן ועל פי תקופתן. עם זאת, המגמה ברורה. בדף פסיקה של בית המשפט העליון היו ב-1954 1.25 אסמכתאות, שפחות מרבע מהן נוצרו בבית המשפט עצמו או במעגלים הקטנים שייצרו אז הגות משפטית ישראלית. בדף פסיקה מקביל 50 שנה לאחר מכן היו 1.5 אסמכתאות, אך כ-2/3 מהן נוצרו בבית המשפט העליון או בחוגים האקדמיים והמקצועיים סביבו בישראל. אם תמונת המשפט הישראלית היא תמונת מאבק בין בית המשפט העליון למוקדי כוח אחרים, הרי שופטי הדור הנוכחי, ככל שהם מרבים באסמכתאות, הם שואכים אותן הרבה יותר מבעבר ממקורות "פנימיים". במונח זה, הנמקתם של שופטי הדור הנוכחי פחות פורמלית משהייתה בדורות קודמים.

## ד. מקורן של אסמכתאות זרות לפי שיטות משפט

מה מקורן המדויק של האסמכתאות הזרות שעליהן מסתמך בית המשפט העליון במשך השנים? לבד מהעניין שמעוררת שאלה זו בהקשרים כלל-תרבותיים, ומעבר לסקרנות לשמה, יש לשאלה זו השלכה על כמה מהשאלות שהועלו בניתוח עד כאן. כך, למשל, אין דמיון בין מעמדה הפורמלי של הלכת נזיקין אנגלית בישראל של שנות ה-50' לבין מעמדו של מאמר חוקתי קנדי בשנות ה-90'. הראשון פעל כחלק מחייב של הדין עצמו. השני – לכל היותר כמקור השראה מועדף. סיווגן של שתיהן כאסמכתאות זרות מסתיר שוני משמעותי בתפקידן במרחב הסמך של בית המשפט העליון. כמו במאמר המקורי, גם כאן אני מבקש לעסוק תחילה באסמכתאות שמחוץ למשפחת המשפט המקובל, בעיקר על מנת להסירן מהתמונה הכללית.

תרשים ט': השתנות שיעור האסמכתאות הקונטיננטליות מס"כ האסמכתאות הזרות (ב-80 הפסקים הארוכים בשנה)



הקו שבתחתיתו של תרשים זה מייצג את חלקן של האסמכתאות מכל הסוגים (פסיקה, חקיקה, הגות) שמקורן בשיטות משפט ספציפיות שמחוץ למשפחה האנגלו-אמריקנית. מקורן של אסמכתאות אלה, כמעט בלא יוצא מהכלל, בשיטות המשפט האירופיות ("הקונטיננטליות") העיקריות. צירפתי להן גם את מרבית האסמכתאות הבאות בשנים האחרונות מדין האיחוד האירופי.

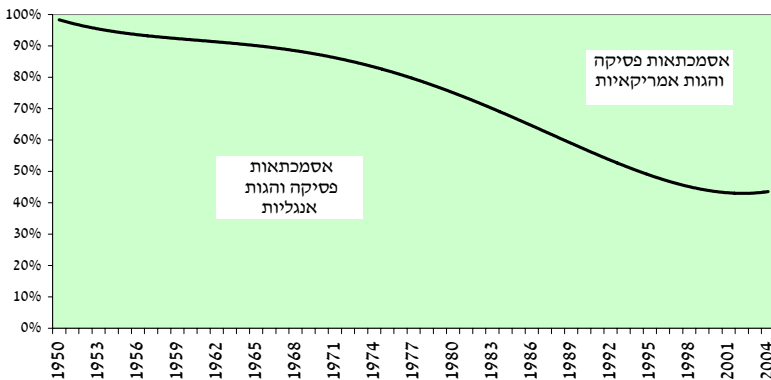
התרשים מראה כי לאחר שנים אחדות בשנות ה-50 שבהן תפסו האסמכתאות הקונטיננטליות כ-2%–3% מ"הגזרה הזרה" (בשנת 1954, עם הצטרפותם של כמה שופטים חדשים יוצאי גרמניה לבית המשפט הגיעו אף ל-4.5%), הן ירדו לשיעור שבין 0% ל-1% במהלך כשלושים שנה. במחצית שנות ה-90 התפתחה בהן מגמת עלייה קלה שהגיעה בשיאה (בשנת 1997) לכמעט 8% מהגזרה, אך מאז שנת 2000 הן שבות לרדת. משקלן הממוצע של אסמכתאות אלה בכל 55 שנות המחקר הוא כ-0.2%. מודתי בנפרד מהן, את שיעורן של אסמכתאות בינלאומיות מובהקות (פסקים של בתי הדין הבינלאומיים, אמנות, ספרים וכתבי עת במשפט הבינלאומי), ואלה תופסות בממוצע רב-שנתי קצת פחות מ-0.6% מכלל האסמכתאות הזרות, תוך התעוררות קלה בשנים האחרונות.

אין בעיניי ספק כי יש פער גדול במיוחד בין משקלן המספרי של האסמכתאות הקונטיננטליות המאוזכרות במפורש בפסקי הדין ובין ההשפעה המהותית של רעיונות קונטיננטליים על החשיבה המשפטית הישראלית. מגבלות שפה (בעיקר גרמנית וצרפתית) ומחסומים תרבותיים אחרים מונעים שימוש ישיר במקורות רבים המניבים השפעות עקיפות חשובות, בעיקר בתיווכה של הגות אקדמית (ישראלית וזרה). דווקא מסיבה זאת, בהינתן אופיו הכמותי המובהק של המחקר הנוכחי, אני בוחר להוציא אותן מתמונת האסמכתאות הזרות. עובדה זו מחדדת היטב את מהותה של התופעה שאני בודק. אינני בודק מה משפיע בפועל על שופטים אלא רק את מה שהם מציגים

כאסמכתה. ברמה גבוהה יותר של הפשטה, אינני בודק את ההנמקה המשפטית כישות עצמאית אלא כמעשה תקשורת. הנמקתו של פסק דין נכתבת לקהל קוראים, לא לתפארת המליצה ולא לשם שמים. שופט שהשכיל לקלוט רעיונות ומבני חשיבה מהתרבות המשפטית הגרמנית או הצרפתית, במישרין או בעקיפין, אך אינו מפרט את מקורותיו כדרך שהוא מפרט מקורות מהמשפט המקומי וממשפחת המשפט המקובל, למצער הוא צובע את המשפחה הרומנו-גרמנית בצבע מיוחד. בלא להאריך בנקודה זו אצביע כי שופטים המסתמכים על המשפט העברי בפסקיהם נוהגים לאזכר את מקורותיהם המדויקים גם אם הם חסומים בפועל לרוב קוראיהם. הם מביעים בכך עמדה ערכית ברורה על זיקתו של המשפט העברי למשפט הישראלי ועל חובתו של משפטן ישראלי ללמוד את שפתו, את הגיונו ואת תוכנו. אם הם או חבריהם נוהגים אחרת במקורות גרמניים או צרפתיים ומדירים אותם כמעט לחלוטין ממרחב הסמך הישראלי, גם זו עמדה ערכית.

בתרשים י' אני מציג את השתנות משקלן היחסי של אסמכתאות אנגליות ואמריקניות בתוך גזרת המשפט המקובל. כאמור, תופסת גזרה זו כמעט את כל הגזרה הזרה במרחב הסמך הישראלי ובפסקאות הבאות אני מתמקד בה בלבד. ראויות לציון גם הנקודות הבאות: (1) אני כולל בתרשים זה רק נתונים על אסמכתאות פסיקה והגות. תרשים ז' לעיל מראה כי חלקה של החקיקה הזרה במרחב הסמך קטן מאוד ממילא, ולא ראיתי משמעות להכללתה בפילוחים העדינים הבאים; (2) לכל אורכו של המחקר הנוכחי אני מחבר את האסמכתאות מחבר העמים הבריטי (קנדה, אוסטרליה, ניו-זילנד, הודו ועוד) לאסמכתאות האנגליות, ומציב מול שתיהן את האסמכתאות האמריקניות. אין ספק כי אני מאבד בכך נתונים מעניינים על ייחודן של שיטות אחדות. אפשר גם לחלוק על שיוכן של שיטות ספציפיות דווקא לגזרה האנגלית ולא לאמריקנית. אני מאמין כי הבחירה הבינארית שאני מציג מוצדקת. ישנן אכן נקודות ספציפיות שבהן בולט מאוד ייחודה של שיטה מסוימת או שיוכה לגזרה אחרת מזו שכאן, אך בתמונת המשפט הכוללת על פני 55 שנים מצטמצם ייחוד זה או נעלם. כך, למשל, בשנות ה-90 התעורר בישראל עניין מיוחד בפסיקה החוקתית הקנדית, וייתכן שבהיבטים מסוימים קרובה פסיקה זו יותר למודל האמריקני מאשר לאנגלי, אלא שבמרבית ההיבטים האחרים אוזכרו מקורות קנדיים במשך השנים כחלק מהמשפט המקובל האנגלי המסורתי ולא כ"בועה צפונית" של המשפט האמריקני.

תרשים י': השתנות שיעור אסמכתאות אנגליות ואמריקניות  
(ב-80 פסקים ארוכים בשנה)



הוספתי לתרשים י' קו מגמה גס, כדי להדגיש את התופעות העיקריות הנצפות בו. בכלליות אפשר לומר כי מעמדה של שליטה מוחלטת בשנות ה-50 הראשונות, הולך חלקן של האסמכתאות האנגליות ונשחק על ידי אסמכתאות אמריקניות, אלא שקצבה של שחיקה זו משתנה עם השנים. בשלושים השנים הראשונות לא שחקו האסמכתאות האמריקניות אלא כ-16% מהמרחב האנגלי. בשנות ה-80 הואץ הקצב, ותוך עשר שנים נשחק המרחב האנגלי כמעט ב-30% (מהנקודה שבה החל בתחילת העשור). אלא שמאז תחילת שנות ה-90 הואט מאוד קצב השחיקה, והוא נעצר בשנות ה-2000. אילו היה המשפט האמריקני ממשיך לדחוק את האנגלי בקצב שבו עשה זאת במחצית הראשונה של שנות ה-80, היה המשפט האנגלי נעלם לחלוטין ממרחב הסמך של בית המשפט העליון לקראת סוף שנות ה-90, והגזרה הזרה שבו הייתה מורכבת כולה מתוצרי המשפט האמריקני. בפועל, המשפט האנגלי מחזיק (יחד עם שיטות המשפט של חבר העמים הבריטי) עדיין כ-43% מגזרה זו בחמש השנים שבין תחילת 2000 לסוף 2004.

אני מעריך כי ממצא זה נוגד הנחה מקובלת על כיבושו של מרחב הסמך הישראלי על ידי משפט אמריקני. מהסתכלות אנקדוטית ברור כי, כמו התרבות הישראלית כולה, עבר החינוך המשפטי הישראלי תהליך נמרץ של אמריקניזציה ועמו גם ההגות המשפטית. אני מניח, בלא שבדקתי, כי יתרון המקורות האמריקניים על האנגליים גדול כיום הרבה יותר ברשימות הקריאה של בתי הספר למשפטים ובהערות השוליים של ספרים ומאמרים ישראליים מאשר במרחב הסמך של בית המשפט העליון, כפי שהוא מוצג בתרשים י'. אילו הייתי בודק השפעה רעיונית מופשטת יותר היה יתרון זה כנראה גדול עוד יותר, אך כאמור אני בודק במחקר הנוכחי רק את המקורות הגלויים, כלומר את נוכחותם של פסקי דין, ספרים ומאמרים שנבחרו על ידי מורים, על ידי כתבים ועל ידי שופטים להיות מאוזכרים במפורש. כך או כך, אין ספק שנוכחותה של התרבות המשפטית האנגלית במרחב הסמך של בית המשפט העליון גדולה יותר משניתן היה

להניח תוך התבוננות בגזרות אחרות של המשפט הישראלי. הסבר אפשרי אחר לפער זה מתמקד כולו בשופטים עצמם, והוא נוגע להפרש השנים בין סטודנטים, מרצים ואפילו כותבים טיפוסיים לבין שופטים של בית המשפט העליון. שופט טיפוס של בית משפט זה למד את משפטו כ-30 שנה קודם שעלה לבית המשפט. ככל שיהיה פתוח לרוחות חדשות, וככל שיהא מחולל רוחות בעצמו, אין הוא פתוח כתלמיד של בית רבו, ובהכרח הוא נושא עמו מטענים כבדים שטבעו בו רבותיו שלו וטבעו בו נעוריו ובית אביו. מי שלמד בבית ספר גרמני או אנגלי, כמרבית שופטי "הגרעין הראשון"<sup>16</sup> של בית המשפט העליון, לא נחשף כלל למשפט אמריקני. מי שלמד באוניברסיטה העברית בשנות ה-50' וה-60', נחשפו מעט, ומי שלמדו אחרים נחשפו יותר, אלא שחשיפה זו תתגלם בהערפות שיטתיות רק כשלושה עשורים מאוחר יותר. אינני אומר בכך אלא את המובן מאליו שנשכח בסערת תגרות הזמן – בית המשפט העליון, מעצם מקומו ותפקידו החברתי ומעצם טיבם וגילם של מי שממלאים תפקיד זה בשמו, הולך אחר הזמנים בקצב איטי יותר משהולכים מגזרים אחרים בשיטת המשפט.

בפסקה הבאה אציע הסבר נוסף, טוב יותר בעיניי, לממצאים שבתרשים י', אך אני מבקש קודם לכן לעסוק בשאלה נפוצה המועלית כל עת שנדונה עבודתם של שופטי בית המשפט העליון. כל שנותיו של בית משפט זה נעזרים שופטיו במתמחים ולעתים בעוזרים אחרים. תפקידם של אלה בהכרעה השיפוטית לא הוגדר בדיון, ולמיטב ידיעתי לא נערך מעולם דיון במכלול שאלות האתיקה והמנהל הנוגעות לפעילותם. פרט לענייניו של המחקר הנוכחי אני סבור שפעולותיהם חשובות דיון כדי שיוסדרו בהליך ציבורי ראוי, אך לענייניו של המחקר הנוכחי אני אומר (כמעט) את ההפך, דהיינו שיש הגזמה גדולה בהערכת השפעתם של מתמחים ועוזרים על כל היבטי עבודתם של מרבית שופטי בית המשפט העליון, כולל פסיקתם והנמקתה. אילו היו מתמחים כותבים את פסקי דינם של שופטים, הם היו מביאים אליהם את רוחות זמנם ואת נעוריהם ואת סגנונם ואת מאפייניהם האישיים ואת בית אביהם הפרטי, איש איש לעצמו, איש איש ורגע תהילתו בקודש הקודשים של המשפט הישראלי. שופט היושב בלשכתו עשרים שנה, היו לו ארבעים דפוסים פסיקה וארבעים טביעות אצבע כנגד כל אחד ממתמחיו ועוזריו שעברו בה. כל ממצאי המחקרים האמפיריים שנעשו עד היום על בית המשפט העליון דוחים הנחה זו דחייה מוחלטת. בין שהם מודעים לכך ובין שלא, למרבית שופטי בית המשפט העליון לכל דורותיו היו דפוסים ייחודיים וטביעות אצבע מדויקות שניכרו בכל היבט של עבודתם השיפוטית. אם שינו את דפוסיהם מעט במשך השנים, עשו זאת בתנועות איטיות בקצב גילם וזמנם, ולא בקצב תחלופתם של עוזריהם, ועיקר עבודתם נשאר חתום בחותמם האישי.

ועם כל אלה, אני סבור שההסבר העיקרי לתנועתן של האסמכתאות האנגליות והאמריקניות אלה מול אלה עם השנים נובע בעיקרו מתולדות שיטת המשפט

<sup>16</sup> ראו המאמר המקורי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 203.

הישראלית. אני טוען שבדרך האופיינית לחברות פוסט-קולוניאליות אנחנו מתקשים להעריך נכונה את השפעתו ארוכת הטווח של המטען הגנטי ששתלו בנו שליטים קודמים, ואנחנו מגזימים בהערכת כוחנו למחוק את המטען הזה ולעקור אותו לחלוטין מתוכנו. כך בדרך כלל וכך בשיטת המשפט. המשפט האנגלי נשאר טבוע בחלקים גדולים של המשפט הישראלי גם לאחר שסולקו ממנו זיקות היתר של העבר. בעשורים הראשונים למדינה עמדו בתוקפם כמה סעיפי זיקה חקוקים<sup>17</sup> למשפט האנגלי. אין להגזים בהשפעתם על נוהגי ההסתמכות של אותן שנים,<sup>18</sup> אך אין גם לבטלה לחלוטין. כלי העבודה של כל הפועלים בשדות המשפט, עורכי דין, שופטים ומנהלנים נשארו חתומים בחותם אנגלי לאחר שלושים שנות מנדט בריטי ולא היה להם תחליף מידי. אלה יצרו אכן זיקת יתר למשפט האנגלי, ועם כרסומם או ביטולם בשנות ה-80' הואץ תהליך שחרורו של המשפט הישראלי מנטלים אנגליים מיותרים, אלא שכל הנתונים בתרשים י' מעידים על כך שלא נשתחרר באותו קצב מההשפעות ארוכות הטווח של המטען האנגלי בליבה של שיטתנו. פילוח תחומי נוסף של מרחב הסמך יתמוך בנקודה זו בהמשך המאמר, אך כאן ראוי לומר כללית כי עיקר המאמץ היצירתי לבנייתה של תרבות משפטית עצמאית בישראל כוון לצד המהותי של הדין, ובתוכו – למשפט הפרטי-וולונטרי ובמידה פחותה גם למשפט החוקתי. אלא שמאפייניה של שיטה בנויים על סדריה ולא על תוכנה, ואם כל מערכות הדין בנויות ופועלות היום בישראל באותה מתכונת שפעלו בתקופת המנדט הבריטי, לא יועילו קודים אזרחיים חדשים, יפים ככל שיהיו, לנתק אותנו משיטת האם האנגלית. אשר לתכנים – השפה העברית הצחה שהולבשה על הפקודות המנדטוריות הגדולות (כגון פקודת החוק הפלילי ופקודת הנזיקין) לא ניתקה אותן ממקורן הרעיוני, וכיוון שהן שולטות במידה רבה על שגרת היום של המשפט המהותי, בתחומים גדולים של המשפט ממשיכים ספרים ופסקי דין אנגליים לנכוח במרחב הסמך הישראלי.

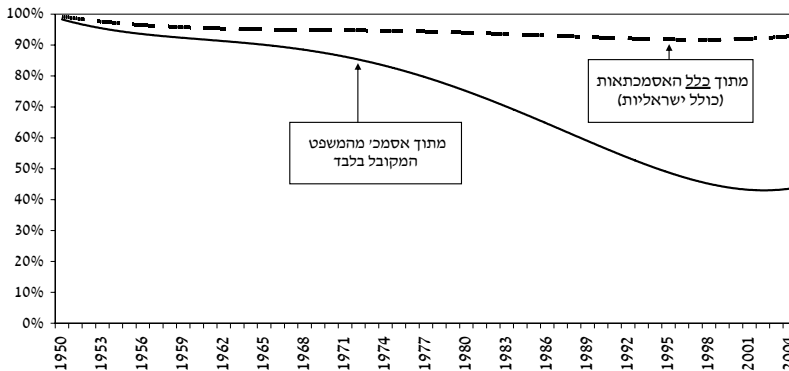
ראוי להדגיש כי בחלק הנוכחי עסקתי במאבק ההישרדות של המקור האנגלי אל מול מתחרהו האמריקני, ולא במקומו בכלל מרחב הסמך המקומי. תרשימים ו' ו-ז' לעיל מראים כי מקומן של כלל האסמכתאות הזרות במרחב הסמך הצטמצם מאוד במשך השנים. כך, לצד כרסומה של הגזרה האנגלית על ידי אסמכתאות אמריקניות, היא כורסמה עוד יותר על ידי אסמכתאות ישראליות. צדה השני של אותה תופעה הוא כי כל הישגיה של הגזרה האמריקנית מול זו האנגלית, כורסמו על ידי זו הישראלית. הראיתי עובדה זו האחרונה בתרשים י"א. הקו המלא (התחתון) בו זהה לזה שבתרשים י' והוא מסמל את השתנות חלקן של האסמכתאות האמריקניות מול האנגליות. הקו המרוסק (העליון) חשוב יותר בהקשר הנוכחי. הוא מסמל את חלקן של האסמכתאות האמריקניות בכלל מרחב הסמך של בית המשפט העליון. עולה ממנו כי כוחו של תהליך

<sup>17</sup> ראו באופן כללי: Daniel Friedmann, *Infusion of the Common Law into the legal system of* Israel 10 Israel Law Review 324 (1975).

<sup>18</sup> ראו הערה על הקשר בין זיקות חובה למשפט זר ובין נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון במאמר המקורי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 158.

האמריקניזציה התמצה בעיקר בדחיקתה (המוגבלת) של ההשפעה האנגלית. לאמיתו של דבר, אין בעמוד פסיקה של בית המשפט העליון בשנות ה-2000 יותר אסמכתאות אמריקניות משהיו בו, למשל, בשנות ה-80' המוקדמות.

תרשים י"א: השתנות שיעור אסמכתאות אמריקניות מתוך כלל האסמכתאות ומתוך אסמכתאות משפט-מקובל (ב-80 הפסקים הארוכים בשנה)



בהינתן הקשרים אלה כולם, מה משמעותה של האמריקניזציה החלקית של הגזרה הזרה בעולם הסמך של בית המשפט העליון? בהיעדר זיקה מחייבת כלשהי בין המשפט הישראלי לאמריקני, אפשר לטעון כי גם האמריקניזציה מחלישה את אופייה הפורמלי של ההנמקה השיפוטית בישראל. לעיל אמרתי כי בית המשפט משתמש היום ביותר אסמכתאות מבעבר, אך תמהילן פורמלי פחות מבעבר. אפשר לטעון כי שופט של שנות ה-50' שהסמיך את הכרעתו על פסק דין אנגלי יכול היה לומר למוקדי כוח חיצוניים כי עשה כן במצוות המחוקק. שופט של שנות ה-90' המסמיך הלכתו על פסק דין אמריקני אינו יכול לומר כך. כך ביתר שאת בנוגע להגות. ספר אנגלי טיפוסי של שנות ה-50' שימש ממילא כסיכום פסיקה ולא ככלי הולכה לרעיונותיו העצמאיים, ועל כן יכול היה "לחסות" בצלם הפורמלי של אותם זמנים. ספר אמריקני של העת האחרונה איננו יכול לעשות כן. שופט ישראלי הבוחר להביאו אינו יכול להצביע על אילוץ או טעם פורמלי כלשהו המחייב אותו לעשות זאת. אם יש בספר הפניות משניות לדין האמריקני, אין לדין זה כוח מחייב, ואם עיקרו של הספר ברעיונותיו של מחברו – אין לו כוח כלל מלבד גופם של נימוקיו.

אפשר לטעון טענה הפוכה. חלק מכוחו של תקדים אנגלי נבע ללא ספק מתוקפו המשפטי הטכני, אך חלק אחר נבע מתדמית "העולם הגדול" שהביא עמו וסביר להניח שחלק זה מתמלא היום על ידי תוצרי התרבות האמריקנית. כוחן של תדמיות אוניברסליות להסוות את הבחירה האישית בדילמות ערכיות, גדול לפעמים עוד יותר מכוחן של זיקות הייררכיות. ככל שמעמדה של התרבות האנגלית היה גבוה בישראל של שנות ה-50', נראה לי, בלא שאוכל להוכיח זאת, כי מעמדה של התרבות

האמריקנית גבוה עוד יותר בישראל היום. אופיים הלוקלי המובהק של מודלים ערכיים הנוהגים בארצות-הברית נעלם לחלוטין מהתודעה הישראלית, וזו נוהגת בהם כבאמיתות אוניברסליות. כך בתרבות הכללית, כך במקצועות, וכך במידה רבה גם במשפט. תרשים י"א רומז כי נטייה זו רווחת כנראה בבית המשפט העליון פחות מאשר בגזרות אחרות של המשפט, אך סביר להניח שחלק משמעותי מהגזרה האמריקנית החדשה ניזון בכל זאת מאותה תדמית של אמת אוניברסלית המסתירה את שניותה של ההכרעה. אם אני צודק בכך, הרי שאין להחלפת האנגלי באמריקני אותה משמעות שתוארת לעיל. הצמדת שמו של מלומד אמריקני ידוע שם לאמרה כלשהי אינה נימוק, אלא היא תוספת שם לשמו של השופט האומר אותה. אם שמו הגדול של אותו מלומד פועל על כל שומעיו כדרך שפועלים שמות גדולים על מאמינים, אין באזכורו שום דבר פורמלי פחות מאשר באזכורו של חוק הכנסת. שניהם נועדים להשתיק מחלוקת ולא להוסיף נימוקים להכרעה.

בסימו של פרק זה אני מבקש להדגיש גם כאן בנפרד את תמונת העשור האחרון. בתקופה זו עבר תהליך האמריקניזציה של מרחב הסמך האטה גדולה וייתכן שאף נבלם. השפעתם של חומרי משפט מחלקים אחרים של עולם המשפט המקובל התייצבה ואיננה מצטמצמת עוד – אפילו אל מול חומרים אמריקניים – באותו קצב שבו הצטמצמה בעבר.

## ה. פילוח לפי תחום

בפרק זה אני מבקש לבדוק מחדש חלק מהשאלות ששאלתי לעיל על ידי פילוח תחומי. אני מציע פילוח גם לשלושה תחומים עיקריים: משפט ציבורי, משפט פלילי ומשפט אזרחי. המחקר המקורי הראה כי ההבדלים הבין-תחומיים בפסיקת בית המשפט העליון קטנים יותר מתדמיתם בתודעה הקהילתית הרווחת, אך גם ממצאים אלה עזרו במידת מה לאשש או לפסול הנחות רלוונטיות.

בטרם אבדוק את השאלות שנדונו לעיל בפילוח תחומי, אני מציג נתונים על שיעורם היחסי של הפסקים מהתחומים השונים בסך כל המדגם. נתונים אלה מסמנים לדעתי באופן אמין את השינויים במידת עניינו של בית המשפט בכל אחד מהתחומים על פני השנים. חשוב לציין כי מדובר בנתונים על פסקי הדין הארוכים במיוחד של בית המשפט, ועל כן הם משקפים את העדפותיהם האמיתיות של השופטים ולא את העדפותיהם של אלפי הפונים לבית המשפט. כדי להדגיש נקודה זו אני חוזר להציג בטבלה שלהלן גם נתונים על כלל פסקי הדין שבמאגר, בנוסף לנתונים על 80 פסקי הדין הארוכים בכל שנה.

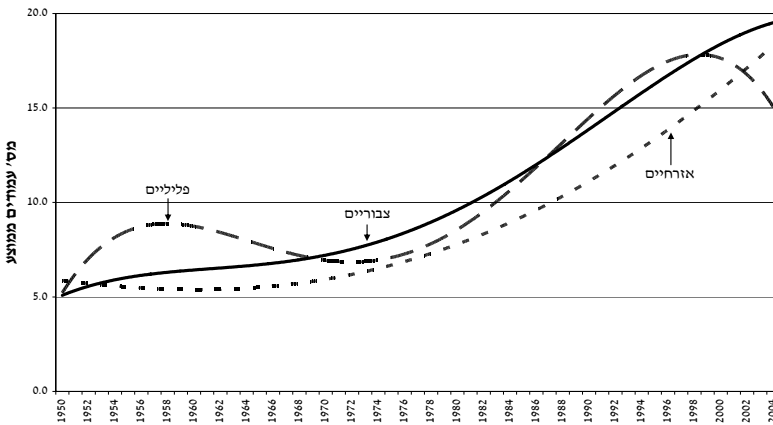


כלל פסקי הדין שפורסמו בפ"ד			80 הארוכים			
% פלילי	% ציבורי	% אזרחי	% פלילי	% ציבורי	% אזרחי	
25	21	54	21	21	59	2004–1950
25	26	49	24	28	48	2004–1995

בבדיקת אוכלוסיית 80 פסקי הדין הארוכים בכל שנה מ-55 שנות הפסיקה (1950–2004) שנבדקו במדגם מתברר כי 59% מהם היו אזרחיים, 21% ציבוריים ו-21% נוספים פליליים. שיעורים אלה שונים משמעותית בעשור האחרון למדגם (1995–2004). בתקופה זו ירד שיעורם היחסי של הפסקים האזרחיים ל-48% ואילו שיעורם של הפסקים הציבוריים והפליליים עלה ל-28% ו-24% בהתאמה. בניתוחם של נתונים אלה אני מבקש תחילה להדגיש כי, בניגוד לתדמיות מקובלות, גם בתקופה מיוחדת זו מקדיש בית המשפט העליון מאמץ רב יותר לתחום האזרחי מאשר לשני התחומים האחרים. אני שב ומדגיש כי נתונים אלה מתייחסים ל-80 מתוך אלפי התיקים שמעמיסים מתדיינים תאבי פולמוס על בית המשפט מדי שנה. תהליכי הסינון הרבים המביאים שופטים לכתוב עשרות ולפעמים מאות עמודים להנמקת הכרעותיהם מנתקים כל זיקה בין העדפותיהם של המתדיינים והעדפותיהם של השופטים. מרביתן המכרעת של הפניות לבית המשפט מסתיימות בלא פסק דין משמעותי כלשהו. מרביתם המכרעת של פסקי הדין ניתנים על אתר. מרבית הנתונים חסרים ערך עקרוני כלשהו ומוצאים דרכם, כמעט בלא סינון, למאגרים ממוחשבים. מאות בודדות של פסקי דין נבחרים לפרסום מיוחד בתהליך סינון קפדני, והנתונים המדווחים כאן נוגעים ל-80 הארוכים מתוכם. אין ספק כי בחירה זו משקפת את עמדתם האמיתית של שופטי בית המשפט העליון באשר לחשיבותם העקרונית של העניינים שהם מקדישים להם את עיקר כתיבתם. מנקודת מבט זו יש לשוב ולהצביע על העובדה שגם בעשור האחרון כמעט מחציתם של כתיבה זו נעשית בעניינים אזרחיים שהגיעו לבית המשפט העליון כבית משפט לערעורים, ואילו שני תחומי המשפט האחרים "מתחלקים" במחצית האחרת. עם זאת, יש להצביע על מגמה ברורה של שינוי, בעיקר לטובת המשפט הציבורי. שיעורם של פסקי דין חוקתיים ומנהליים גדול בעשור האחרון ב-33% משיעורו בתקופת המחקר כולה (28% לעומת 21%), ואילו שיעורם של הפסקים הפליליים גדול ב-14% (24% לעומת 21%). הסבר פשוט לתופעה זו מסמיך אותה במלואה ל"מהפכה החוקתית". אני מאמין כי סקירה מעמיקה יותר של פסיקת העשורים האחרונים תגלה מגמה כללית יותר של הומוגניזציה של המשפט כולו, לפחות בהלכה הפסוקה. מגמה זו ניזונה מן העמדה (הראויה בעיניי לביקורת חריפה) כי המשפט כולו ניזון מעקרונות על אחידים, וכי ראוי להסיר מחיצות מסורתיות בין גזרותיו. אם תימשך המגמה הנוכחית בלא שינוי, יאבד ייחודם של התחומים השונים ובית המשפט יכתוב את הלכותיו העקרוניות פעם בזה ופעם בזה בלא העדפה מיוחדת. עם זאת, עיון מוקדם בתרשים י"ב (המציג נתונים בעניין אחר במקצת) יגלה סימנים ראשונים ל"הדחתה" של הגזרה הפלילית מרובד עליון זה של הפסיקה.

לעיל אמרתי כי אציג נתונים מקבילים מתוך כלל פסקי הדין שבמאגר. אני מבקש להדגיש כי גם מאגר זה, הדוגם את כלל פסקי הדין שפורסמו בקובץ "פסקי דין", מייצג רק חלק קטן (כ-10%) מכלל פסיקתו של בית המשפט, ויש להניח בביטחון כי השוני בינו ובין מאגר 80 הפסקים הארוכים בשנה יחריף מאוד בהשוואה לכלל הפסיקה. בין פסקי הדין שפורסמו בסדרת ה-פ"ד ב-55 שנות המחקר, 54% היו אזרחיים, 21% ציבוריים ו-25% פליליים. שיעורים אלה עומדים בעשור האחרון למחקר (1995-2004) על 49% אזרחיים, 26% ציבוריים ו-25% פליליים. הנקודה הבולטת לעין מידית היא כי כל השינוי באוכלוסייה זו בעשור האחרון נעשה על ידי "העברה" מהאזרחי לציבורי, בלא כל שינוי בתחום הפלילי. נקודה נוספת הראויה לציון היא כי כלל השינוי קטן יותר באוכלוסייה זו מב"מאגר ה-80". אם אני צודק בהנחות שהנחתי בפסקאות האחרונות, הרי נתונים אלה מראים כי "המהפכה החוקתית" הניבה אכן עניין רב יותר בעניינים ציבוריים בכלל הפסיקה, אך המהפכה העמוקה יותר המתבטאת בהומוגניזציה של המשפט נותנת בשלב הנוכחי אותות עזים יותר באוכלוסייה האקסקלוסיבית של פסקי-העל הארוכים.

תרשים י"ב: השתנות אורך פסקי דין לפי תחום



תרשים י"ב מציג את השתנות אורכם של פסקי הדין הארוכים (80 הארוכים לכל שנה)<sup>19</sup> של בית המשפט העליון לפי תחומם. כאמור, אין חשיבות גדולה לנתוני האורך של פסקי דין כשלעצמם, אך הם משמשים בסיס לניתוחים משמעותיים יותר בהמשך. הטבלה מראה כי יש הבדל מסוים בין אורכם הממוצע של פסקי הדין בשלושת התחומים, וכי יש גם שוני מסוים בהשתנותם על פני זמן. האורך הממוצע של פסקי הדין האזרחיים (הארוכים) של בית המשפט העליון על פני כל 55 שנות המחקר (8.9

<sup>19</sup> החל בתרשים זה ועד סוף המאמר השמטתי מכותרות התרשימים את העובדה שהם מתייחסים ל-80 פסקי הדין הארוכים בכל שנה.

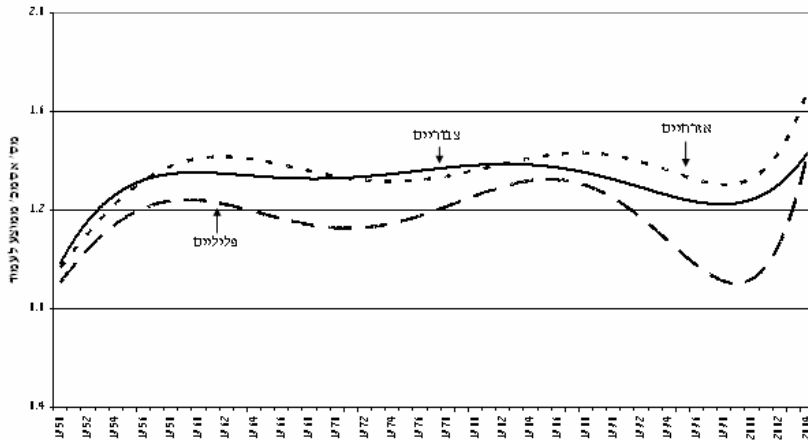
עמודים) קטן בכ-16% מאורכם הממוצע של פסקי הדין הציבוריים והפליליים (10.5 ו-10.7 עמודים בהתאמה). מגמת ההתארכות של פסקי הדין האזרחיים היא היציבה ביותר בין שלושת התחומים. מאז אמצע שנות ה-50 ועד סוף המחקר גדל קצב ההתארכות של פסקי הדין האזרחיים במידה קטנה, שווה פחות או יותר, מדי שנה. בקצב התארכותם של פסקי הדין הציבוריים יש תנודתיות גדולה רק מעט יותר. אפשר לראות תנודתיות קטנה זאת על ידי השוואת פסקי הדין האזרחיים והציבוריים בשנים האחרונות למחקר. נראה כי ההפרש ביניהם גדל במידה מסוימת לטובת הפסקים הציבוריים במהלך שנות ה-90, אך הוא מצטמצם בשנות ה-2000. תנודתיותם של פסקי הדין הפליליים גדולה עוד יותר. בעשור הראשון למחקר (1950-1960) מתארכים פסקי הדין הפליליים (הארוכים) הרבה יותר מפסקי הדין האחרים, אך מגמה זו מתהפכת בסופו של אותו עשור, למשך כ-15 שנה. מאמצע שנות ה-70 שב אורכם של פסקי הדין הפליליים להתארך בקצב מהיר יחסית, ובעשר השנים שבין 1986 ו-1996 הם ארוכים יותר בממוצע אף מפסקי הדין הציבוריים. מסיבה כלשהי מתהפכת שוב המגמה בסוף שנות ה-90 וצניחת אורכם של פסקי הדין הפליליים בשנות ה-2000 היא המגמה הבולטת ביותר בשנים האחרונות. למעשה, אחראית צניחה זו לרוב מגמת התקצרותם של פסקי הדין של בית המשפט העליון בחמש השנים האחרונות. אם אורכם של פסקי דין מבטא את רמת עניינם של שופטים בסוגיות הבאות לפניהם, ניתן לומר כי שופטי בית המשפט העליון מאבדים במהירות רבה יחסית את עניינם במשפט הפלילי, אך הם שומרים על רמת העניין המתונה שלהם במשפט האזרחי ומאבדים מעט עניין במשפט הציבורי.

בחיבור הנוכחי אינני מרבה להצביע על זיקות בין מאורעות ספציפיים ומגמות בפסיקה, אך תזמונו של היפוך המגמה האחרון בפלילים מחייב הערה. בשנת 1995 נכנס לתוקפו התיקון החשוב ביותר בחקיקה הפלילית הישראלית, הוא תיקון 39 לחוק העונשין. עקרון אי-המפרעיות בפלילים וקצב תנועתם של אירועים פליליים במערכות החקירה, התביעה והשפיטה יוצרים פער של כשנתיים בין מועד זה לבין המועד שבו אפשר לצפות השפעה משמעותית של התיקון על פסיקת בית המשפט העליון. העובדה שאורכו הממוצע של פסק הדין הפלילי (הארוך) מתחיל אכן לצנוח כשנתיים לאחר התיקון אומרת דרשני. הסבר אפשרי לתופעה זו הוא כי תיקון זה הגשים את מיטב הציפיות ממנו ויותר רבות מהדילמות הערכיות והפרשניות שהעסיקו את בית המשפט העליון בשנים שלפניו. התבוננות אנקדוטית בפסיקה הפלילית של העת האחרונה מזמינה השערה הפוכה, אך ייתכן שגם בעניין זה מראה מדידה כמותית מדויקת תמונה נכונה יותר מזו הנצפית ברמת הפסק הבודד.

עניינו העיקרי של החיבור הנוכחי הוא עולם הסמך של בית המשפט העליון, ועל כן משמשים הנתונים על אורכם של פסקי הדין רק בסיס לנתונים על אסמכתאות. טבלה י"ג מראה את השתנות מספר האסמכתאות לעמוד על פני השנים, תוך השוואה בין תחומי המשפט השונים. יש לשוב ולהזכיר כי נתונים אלה נוגעים ל-80 פסקי הדין הארוכים מדי שנה הכלולים במדגם המחקר. גם כאן אני מניח כי זוהי קבוצת התייחסות מעניינת יותר מקבוצות גדולות יותר, שכן עולם הסמך מעניין ועשיר יותר בפסקים

הארוכים מאשר בפסקים השגרתיים של בית המשפט.

תרשים י"ג: השתנות עומס האסמכתאות לעמ' לפי תחומים



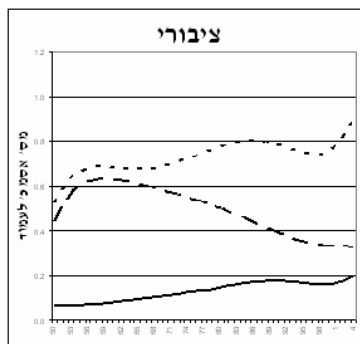
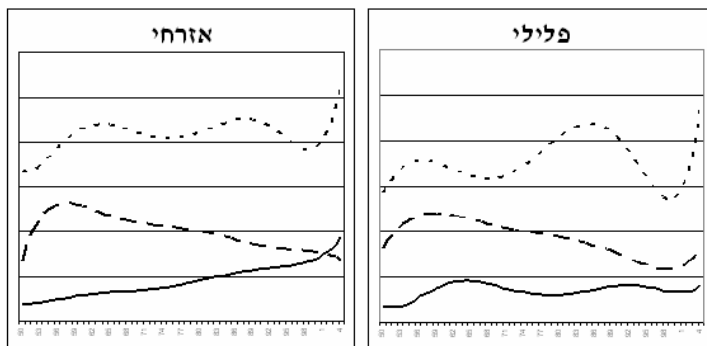
התופעה הכללית הבולטת בעיניי היא דווקא יציבותו היחסית של עומס האסמכתאות לעמוד על פני השנים ועל פני התחומים. תופעה זו דווחה פעמים אחדות, אך היא בולטת גם בפילוח התחומי. עומס האסמכתאות בתחום הציבורי והאזרחי נע במנעד קטן מאוד על פני השנים, לפחות עד שנות ה-2000 הראשונות. לאורך חמישים שנה מכניסים שופטי בית המשפט העליון לכל עמוד בפסקי הדין האזרחיים והציבוריים שלהם בין 1.2 ל-1.4 אסמכתאות, בלא קשר למספר העמודים הכולל וללא קשר לשינויים רבים אחרים בסגנון עבודתו והרכבו של בית המשפט, מערך הערכים המנחה אותו ושינויים חיצוניים בשיטת המשפט ובחברה בכללותה. עומס האסמכתאות בפסקי הדין הפליליים "מתנהג" מעט אחרת. לכל אורך תקופת המחקר הוא נופל מהעומס המקביל בשני התחומים האחרים, ובשתי תקופות משנה הוא צונח משמעותית. צניחה אחת, קטנה יחסית, מתרחשת בשנות ה-60', ואחרת, חריפה מאוד יחסית, מתרחשת בשנות ה-90'. בנקודת השפל של תופעה זו, כלומר המחצית השנייה של שנות ה-90' קטן מספר האסמכתאות הממוצע לעמוד של פסיקה פלילית בכ-30% מבעמוד פסיקה בתחומים האחרים. עובדה זו תומכת בהשערה לעיל בדבר השפעתו של תיקון 39 על עולם הסמך הפלילי. דווקא על רקע זה מעניינת העלייה החדה בעומס האסמכתאות לעמוד המתרחשת החל בשנת 2000 לערך בכל תחומי הפסיקה, אך בחריפות מיוחדת בפסיקה הפלילית. יש להמתין למחקרים עתידיים כדי לראות אם מדובר בתופעה ארוכת טווח וכדי להציע לה פירושים. בעת הנוכחית כל שניתן לומר הוא שלקראת אמצע העשור הנוכחי מסתמנת מגמה של השוואת עומס האסמכתאות בכל שלושת התחומים. אם היה משהו מיוחד בפסיקה הפלילית שהבדיל אותה לאורך השנים

מתחומים אחרים וגרם לה להיות דלה יותר באסמכתאות, הרי הבדל זה הולך ונמחק בשנים האחרונות. אילו הייתה מגמה זו מסתמנת זמן קצר לאחר חקיקת חוקי-היסוד החשובים בשנת 1992, אפשר היה לפרש אותה כחלק מתהליך הקונסטיתוציונליזציה של המשפט הפלילי (כמו שני התחומים האחרים) שהתרחש לכאורה באותן שנים, אלא שהנתונים אינם תומכים בהנחה זו.

## ו. פילוח לפי תחום וסוג

בטבלה י"ד אני מפלח נתונים אלה פילוח נוסף על פי סוגן של האסמכתאות שעליהן מסתמך בית המשפט בפסיקתו ב-55 שנות המחקר. הקו המנוקד העליון בשלוש טבלאות המשנה מסמן את מספר אסמכתאות הפסיקה בכל עמוד, הקו המרוסק האמצעי מסמן את מספר אסמכתאות החקיקה והקו התחתון הרציף מסמן מספרן הממוצע של אסמכתאות הגות (ספרים ומאמרים). גם כאן יש לשוב ולזכור כי מדובר בנתונים מתוך 80 פסקי הדין הארוכים מתוך המדגם בכל שנה.

תרשים י"ד: השתנות עומס האסמכתאות לעמ' לפי תחום ולפי סוג



..... אסמכתאות פסיקה      - - - - - אסמכתאות חקיקה      \_\_\_\_\_ אסמכתאות הגות

המכנה המשותף בין שלושה התחומים ברור: מספרן של אסמכתאות הפסיקה גדול יותר בכולן ממספרן של האסמכתאות שמקורן בחקיקה או בהגות המשפטית, מספרן של אסמכתאות החקיקה יורד בדרך כלל עם השנים ומספרן של אסמכתאות ההגות עולה. עם זאת, יש הבדלים משמעותיים בין התחומים בקצב השינוי ולכן גם במשקל היחסי של כל אחד מסוגי האסמכתאות. כך למשל בולט לעין כי קצב הגידול של אסמכתאות הגות גדול יותר בפסקים האזרחיים מאשר בשני התחומים האחרים, וכי זהו התחום היחיד שבו עברו אסמכתאות אלה לפני כמה שנים את אסמכתאות החקיקה. מעניינת בעיניי עוד יותר תנועתן של אסמכתאות החקיקה בעולם הסמך המתואר כאן. מסיבות מובנות עלה מספרן של אסמכתאות החקיקה בכל שלושת התחומים בקצב מהיר בעשור הראשון למדינה, אך פחות מובנות הסיבות לכך שהן צונחות בקצב אחיד פחות או יותר בכל שלושת התחומים משנות ה-60' המוקדמות לתחילת שנות ה-90' ומאז נפרדות דרכיהן – מספרן של אסמכתאות החקיקה נשאר יציב בתחום הציבורי, המשיך לרדת בתחום האזרחי וחזר לעלות בתחום הפלילי. ניסיון לפרש הבדלים אלה בזיקה למעשי חקיקה גדולים בתחום הציבורי והפלילי יגלה תמונה מעניינת באשר לחקיקה האזרחית והשפעתה על הפסיקה. לעיל שיערתי שהחקיקה הפלילית של שנות ה-90' הטביעה חותם גדול על הפסיקה וכי דבר המחוקק חזר, ולו זמנית, למלא מקום חשוב בהנמקתה של הפסיקה בתחום הפלילי. דברים דומים אפשר לומר על השפעתם של חוקי-היסוד מתחילת אותה עשור. אפשר להניח ברמה גבוהה של סבירות כי הפניות תכופות לחוקי-יסוד אלה בפסיקה החוקתית והמנהלית היא שעצרה את הכרסום במעמד הכללי של אזכורי חקיקה.

דווקא על רקע זה בולט כישלונה של "החקיקה הישראלית החדשה"<sup>20</sup> חקיקה זו, שהתמקדה כולה בתחום האזרחי, הקדימה את מקבילותיה שנמנו לעיל בכ-30 שנים. אם התרחשה באותן שנים "מהפכה אזרחית" בדין הישראלי, כדוגמת "המהפכה החוקתית" של שנות ה-90', סביר היה לצפות שתגדיל מאוד את נוכחותם של החוקים האזרחיים החדשים בפסיקת אותן השנים. כישלונה של צפייה זו הוא בעיניי מאפיין חשוב של שיטת המשפט הישראלית, הרבה יותר מאשר הנקודה הצרה הנבדקת כאן. כהשערה ראשונית לבדיקה אני מציע את הסברה ש"המהפכה האזרחית" התחוללה מוקדם מדי, בתקופה שבה הייתה השפעת מודל המשפט המקובל על המשפט הישראלי גדולה מאוד והוא לא היה כשיר להמיר מודל זה במודל קודיפיקטיבי-חקוק. אם אני צודק בסברה זו, עולה ממנה סברה רחבה יותר והיא כי למהפכות חקיקה יש חלון הזדמנויות קצר יחסית לחולל מהפכה בפסיקה, ודרכה בשיטה כולה. לכאורה לא היה דבר שימנע את שופטי שנות ה-90' לחולל "מהפכה אזרחית" על בסיס החקיקה האזרחית של שנות ה-60' וה-70'. במציאות, לא רק שלא עשו כך, אלא הם הניחו לאסמכתאות החקיקה לדעוך דעיכה נוספת ופתחו את דפי הנמקתם למנות גדולות והולכות של אסמכתאות הגות.

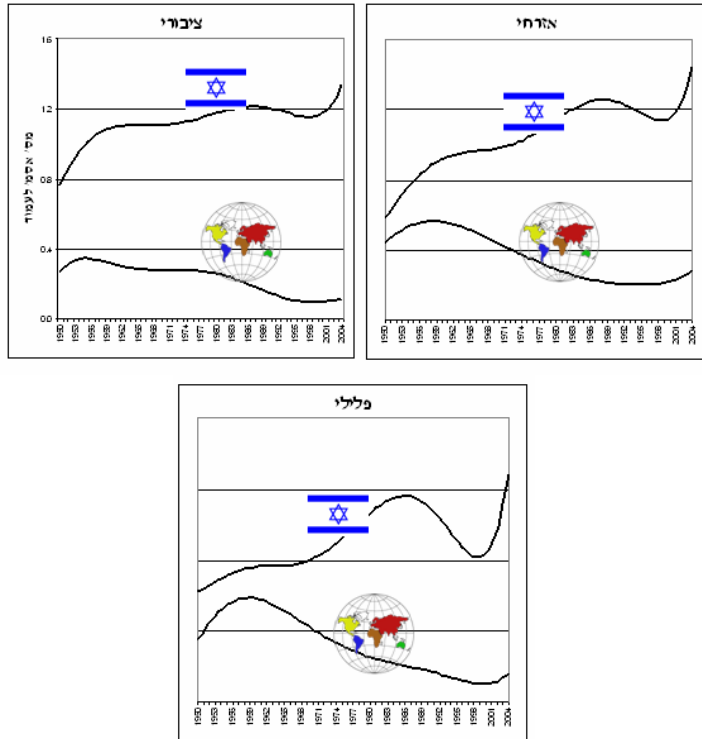
<sup>20</sup> ראו המאמר המקורי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 210–212.

נקודה אחרונה זו ראויה לעיון מדוקדק מעט יותר מזויות הראייה ה"משפחתית" שנרמזה בפסקה הקודמת. ההסתמכות על חקיקה מאפיינת מאוד את ההנמקה במשפחת המשפט הקונטיננטלי, אך כך גם ההסתמכות על הגות. שתיהן "קונטיננטליות" יותר מההנמקה התקדימית המאפיינת את המשפט המקובל. אם מסתמנת בדין האזרחי הישראלי נטייה חזקה יחסית להסתמך על הגות, הרי במובן זה בלבד, על כל מגבלותיו, הוא עובר את המהפך הקונטיננטלי שהתבקש מאופייה וממקורות השראתה של "החקיקה הישראלית החדשה".

## ז. פילוח לפי תחום ומוצא

בטבלה ט"ו מוצג פילוח של עומס האסמכתאות לדרך פסיקה בשלושת תחומי המשפט לפי מוצאן של האסמכתאות. הפילוח כאן מציג הבחנה גסה בין אסמכתאות (מכל הסוגים) שיוצרו בישראל (או במשפט המנדטורי) לבין כאלה שיובאו על ידי בית המשפט משיטות משפט זרות. ברמת פילוח זו לא הקפדתי להבחין בין שיטות משפט זרות שונות ובין סוגי אסמכתאות, אך יש להזכיר כי תרומתן של שיטות משפט מחוץ למשפחה האנגלו-אמריקנית זעומה וכי רמת ההסתמכות על חקיקה זרה נמוכה משמעותית מרמת ההסתמכות על פסיקה זרה והגות זרה. במילים אחרות, קריאה נכונה של טבלה ט"ו מחייבת הכרה בעובדה שמרבית האסמכתאות המיוצגות בקו התחתון בתרשים ט"ו הן בפועל אסמכתאות פסיקה והגות כתובות אנגלית.

תרשים ט"ו: השתנות עומס האסמכתאות לעמ' לפי מקור



עיון בתרשים ט"ו מגלה כמה מכנים משותפים בין שלושת התחומים, אך אלה מתבקשים מאליהם מהתמונה הכוללת המצטיירת בתרשים ג' לעיל. בהמשך אדבר על אחד מהם, אך כאן אני מבקש להדגיש דווקא שונות אחת הנראית בעיניי חשובה. יש הבדל גדול, הן בנקודת המוצא שבשנת 1950 והן בהמשך הדרך בתמהיל האסמכתאות בפסיקה ציבורית לעומת פסיקה אזרחית ופלילית. בחישוב כל 55 שנות המחקר, היוו האסמכתאות הזרות רק 14.3% מסך כל האסמכתאות שעליהן הסתמך בית המשפט העליון בפסיקתו הציבורית. השיעור המקביל לגבי פסיקתו האזרחית והפלילית הוא 22.25% ו-23% בהתאמה. פירושה הפשוט של נתונים אלה הוא כי בית המשפט העליון בונה את פסיקתו הציבורית על חומרים מקומיים הרבה יותר משהוא עושה כן בפסיקתו האזרחית והפלילית. נקודה מעניינת נוספת היא, כי לעומת הפסיקה בתחומים האחרים, הולכת הנטייה המקומית ומתרחבת בלא תנודות משמעותיות לאורך כל התקופה. במילים אחרות, אף שישנן תקופות שבהן מתקצר ההפרש בין המקומי לבין הזר בפסיקה האזרחית והפלילית, אין תקופות כאלה בפסיקה הציבורית. ניתוח דק יותר שאינו ניתן להצגה גרפית פשוטה במתכונת הנוכחית מראה כי הנטייה להעדיף שימוש באסמכתאות מקומיות על פני אסמכתאות זרות חזקה יותר בתחום הציבורי



מאשר בשני התחומים האחרים בשתי תקופות עיקריות: שנות ה-50' ושנות ה-90'. שנים אלה הן אכן שנות הבנייה הגדולות של המשפט הציבורי הישראלי, והנתונים הנוכחיים מראים כי בנייה זו נעשתה על בסיסם של חומרי גלם מקומיים יותר מאשר בניות דומות בתחומי משפט אחרים.

ברוח דברים דומים שאמרתי לעיל אני אומר גם כאן כי העניין האנקדוטי הרב המתמקד ב"מאבק" בין שיטות זרות שונות (בעיקר בין האמריקנית והאנגלית) על עולם הסמך של בית המשפט העליון מאפיל על העובדה שברוב המקרים זהו מאבק שוליים. כאן בולטת עובדה זו יותר מאשר בכל מקום אחר. בית המשפט העליון בנה את עיקר הפסיקה הציבורית הישראלית על חומרים ישראליים, בעיקר פסיקתו שלו. ככל חשיבותה של הגזרה שהותיר להשפעות זרות ולמגמות שונות בתוכה, היא הייתה קטנה מלכתחילה וקטנה עוד יותר בהמשך, עם התחדשות תנופת הבנייה של המשפט הציבורי הישראלי.

אינני מרבה להציע שיפטים ערכיים לממצאים המוצגים במחקר זה וקודמיו, אך כאן אני מציע את ההערכה כי "יתרון המקומיות" חשוב יותר במשפט הציבורי מאשר בתחומי משפט אחרים. המשפט כולו תלוי תרבות ואמונה, אך כך הוא צריך להיות בתחום הציבורי, במיוחד החוקתי, עוד יותר מאשר במרחבי המשפט האחרים. מבלי להאריך בנקודה זו אני מצביע על העובדה שהדיון הציבורי שהתפרץ לאחרונה באמריקה,<sup>21</sup> בשאלת ההסתמכות על משפט זר, התמקד בעיקר במשפט החוקתי ולא גלש לתחומי המשפט האחרים. הטענה העיקרית שהובעה על ידי מתנגדי ה"ייבוא" בעצמות רגשיות גבוהות, התמקדה בייחודה המובהק של החוקתיות האמריקנית והזיקה העמוקה בינה ובין הנסיבות המיוחדות שהולידו את החברה האמריקנית ואת שיטת הממשל שבנתה לעצמה.<sup>22</sup> דברים דומים אפשר לומר על החברה ועל הממשל בישראל, גם אם ראוי לשייף מהם כמה היבטים קיצוניים המאפיינים את השיח האמריקני. הנתונים שלפנינו מראים כי בוני החוקתיות הישראלית מסתכלים פנימה, לנסיבותיה המיוחדות של קהילה מדינית יהודית ודמוקרטית, יותר מאשר הם עושים זאת כשהם בונים לה דיני נזיקין או דיני ראיות, וכך ראוי.

היבט אחר של ממצאים אלה מתמקד ברבדיה ההיסטוריים של השיטה הישראלית. שלטונות הכיבוש והניהול שקדמו למדינת ישראל, לא העמידו לה מבנה חוקתי ריבוני, הן משום שאסור היה להם לעשות זאת והן משום שלא היה להם עניין בכך. כדרך מושלים קודמים העמידו גם הבריטים לבני הארץ משפט אזרחי ופלילי מפותח ועשיר יחסית, שניזון בדרכים מגוונות מאוצרות המשפט של מדינת האם. הפיקדון שקיבלו

<sup>21</sup> ראו לעיל ה"ש" 3.

<sup>22</sup> את אופיו של הוויכוח וגדריו קבע השופט Scalia בהערתו החריפה בפרשת: *Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1183, 1217 (2005): "I do not believe that the meaning of our Eighth Amendment, any more than the meaning of other provisions of our Constitution, should be determined by the subjective views of five Members of this Court and like-minded foreigners".

מחבר הלאומים חייב אותם להכין את בני הארץ לממשל ריבוני אך לא התיר להם לבנות אותו עבורם. כך, מילאו את תפקידם כהלכה כאשר הותירו מאחוריהם שלד פרוצדורלי ראשוני של שיפוט בעניינים ציבוריים ולא העמיסו עליו נורמות מהותיות וגם לא בנו לתוכו זיקה ספציפית לעקרונות חוקתיים זרים.<sup>23</sup>

היפוכו של מצב זה ניכר בתרשימי המשנה הנוגעים למשפט האזרחי ולמשפט הפלילי. כך למשל מגיע שיעורן של האסמכתאות הזרות בפסיקה הפלילית של שנת 1950 ל-34% ותוך 6 שנים הוא מטפס ל-63%. מציאות זו מובנת מאליה על רקע העובדה שהמחוקק המנדטורי הותיר מאחוריו חקיקה פלילית מסועפת שבמרכזה קוד שלם ומודרני, וכולה קשורה בסעיפי זיקה פורמליים ובדרכים אחרות למשפט המקובל האנגלי והקולוניאלי על כל רבדיו. כדי להעריך נכונה מספרים אלה יש לזכור כי גם הרכיב ה"מקומי" בהם הכיל מנות גדולות של פסיקה וחקיקה מנדטורית (להבדיל מישראלית טהורה). לעומת פסקי דין חוקתיים ישראלים ממש שהחלו מיד עם קום המדינה להוות תשתית עיקרית לפסיקה העתידית, יחלפו שנים עד שחומרי גלם ישראלים טהורים יהיו עיקר התשתית בתחום הפלילי. דברים דומים אפשר לומר בשינויים קלים על התקופה הפורמטיבית במשפט האזרחי.

לעיל אמרתי כי יש גם מכנים משותפים לכל שלושת התחומים. המעניין ביותר הוא הקוער המצטייר במרבית העקומות בשני העשורים האחרונים. תרשים ג' לעיל מראה כי מספרן הכולל של אסמכתאות בעמוד פסיקה צנח בין סוף שנות ה-80' לשנת 2000 לערך, אך הוא שב "לזנק" בקצב מואץ בשנים האחרונות. תרשים ט"ו מראה כי תופעה זו מתרחשת במידה זו או אחרת בכל תחומי הפסיקה, הן באסמכתאות הזרות והן בישראליות. תמונה זו סבירה, אך אין היא מובנת מאליה. התנהגותה של קבוצה אינה מורכבת בהכרח מהתנהגות זוהה של כל חלקיה. ואכן, גם כאן שונה עצמתה של התופעה בתחום הציבורי. מספרן של האסמכתאות המקומיות צונח שם פחות וגם מזנק פחות מאשר בשני התחומים האחרים. עקומת האסמכתאות הזרות כמעט אינה זזה כלל. ובכל זאת, מתארה של התופעה זוהה. משהו במערך העדפותיהם של שופטי בית המשפט העליון גורם להם, לקראת סוף שנות ה-80', להפחית ממספר האסמכתאות שהם מעמיסים על כל דף פסיקה שלהם ומשהו אחר גורם להם לחזור בהם בשנות האלפיים.

## ח. הסתמכות עצמית

בחלק זה של המאמר אני מבקש לבדוק שוב גזרה צרה אחת של נתונים המשליכה על משמעותם של כמה מהממצאים שדווחו לעיל. גזרה זו היא שיעור הסתמכותו של בית המשפט העליון על פסקיו שלו. היבט אחד של סוגיה זו דווח לעיל בתרשים ח', אך הוא ראוי להרחבה ולפילוח תחומי.

<sup>23</sup> Yoram Shachar, *History and Sources of Israeli Law*, in INTRODUCTION TO THE LAW OF ISRAEL 1, 5 (Amos Shapira & Keren C. DeWitt-Arar eds., 1995).

במאמר המקורי דובר בהרחבה על התכנסותו של מרחב הסמך הישראלי לתוך עצמו<sup>24</sup>. נטען שם כי בשל נסיבות שונות, רובן חיצוניות לבית המשפט עצמו, אין לו מקורות השראה הלכתיים בתוך השיטה המקומית עצמה במידה שיש למקביליו בעולם, ועל כן הוא מוגבל להלכותיו שלו כאשר הוא ניגש לשאוב מתוך השיטה המקומית עצמה. בניגוד לבתי המשפט העליונים של מדינות פדרליות גדולות בעולם האנגלו-אמריקני, ובניגוד למציאות הנגזרת מצורת הריבוד המיוחדת של מערכת השיפוט האנגלית, אין לבית המשפט העליון של ישראל במה להמיר מקורות השראה זרים אלא בפסיקתו שלו. במקום אחר כתבתי כי בית המשפט העליון יכול לתקן מאזן זה במקצת על ידי שיגדיל ביזמתו את הסתמכותו על פסקי דין מקומיים<sup>25</sup>, אך גם כך לא יתחולל שינוי דרמטי במציאות שתוארת לעיל. לעולם לא יהיו לבית המשפט העליון הישראלי 50 בתי משפט עליונים **ישראליים** אחרים לשאוב מהם הגות על תחום החוזים, על תחום הנזיקין או על תחום הקניין כדרך שיש למשל לכל בית משפט עליון אמריקני, כולל זה הפדרלי.

בתרגומה הכמותי של תופעה זו למספרים מדויקים נאמר במאמר המקורי כי בסוף תקופת המחקר שנבדקה שם (מחצית שנות ה-90), הסתמך בית המשפט העליון על עצמו ב-85% מן המקרים<sup>26</sup>. במחקר הנוכחי אני מדווח כי מספר זה עומד בעינו בממוצע עשר השנים שבין 1995 ל-2004. גם בעשור זה הסתמך בית המשפט העליון על עצמו ב-85% מהמקרים, בלא שינוי משמעותי בתמהיל הפנימי של שאר האסמכתאות<sup>27</sup>. 4% מהן באו מבתי משפט ישראליים אחרים ו-11% מבתי משפט זרים, כמעט כולם אנגלו-אמריקניים. כמו כמה תופעות אחרות שנבדקו במאבק בין השראות זרות למקומיות, גם תופעת ההסתמכות העצמית התייצבה בשנים האחרונות. לאחר כמה עשרות שנים שבהן הלך בית המשפט העליון ונפטר מזיקות חובה היסטוריות, מסתמנת רמה יציבה שבה מסתמך בית המשפט העליון בעיקר על עצמו, אך הוא מניח למעט השראות חיצוניות להמשיך להשפיע על פסיקתו. יש להדגיש כי נתונים אלה, גם במחקר המקורי וגם בחלק זה של המחקר הנוכחי מתייחסים רק לשיעור ההסתמכות העצמית מתוך אסמכתאות פסיקה. אני מתמקד באסמכתאות אלה משום שלמרות שינויי גוון מסוימים בתרבות המשפטית הישראלית במהלך השנים, נשארה ההלכה הפסוקה מקור סמך עיקרי לכל פסיקה חדשה. לאורך כל 55 שנות המחקר תפסו אסמכתאות פסיקה כ-60% לערך ממרחב הסמך של בית המשפט העליון<sup>28</sup> ושיעור זה אף עומד במגמת עלייה קלה במשך השנים. כפי שדיווחתי לעיל (ראו תרשימים ד' ו-ה') עיקר השוני במרחב סמך זה מתבטא בהחלפה איטית של חקיקה בהגות, אך לא במקומו הדומיננטי של התקדים השיפוטי.

24 ראו המאמר המקורי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 179–182.

25 יורם שחר "משכן כמשפטו" **מחקרי משפט** יט 397, 401 (2003).

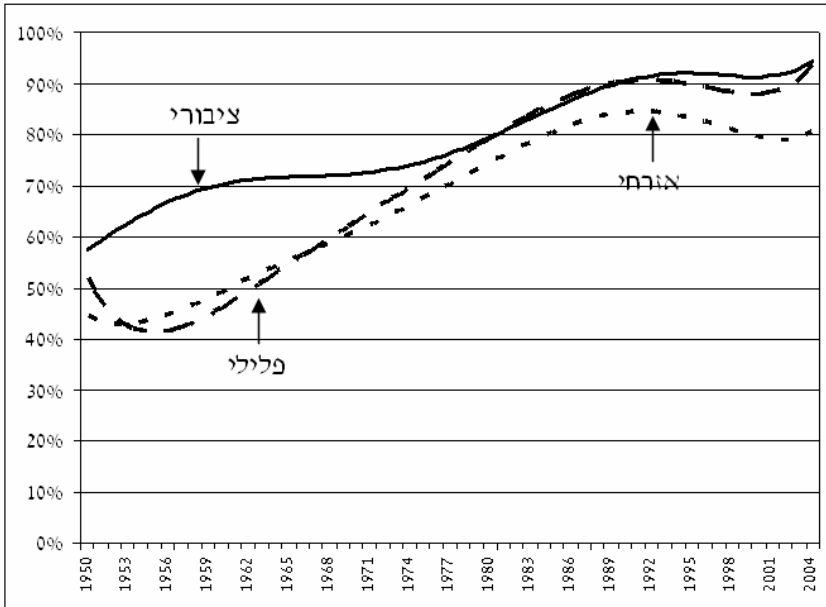
26 ראו המאמר המקורי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 180.

27 ראו ה"ש 29 להלן.

28 ראו למשל תרשימים ד' וה' לעיל.

ביקשתי לבדוק אם תופעה זו של התייצבות מגמת ההתכנסות של בית המשפט העליון אל תוך פסיקתו שונה באופן משמעותי בין תחומי המשפט השונים. תוצאתה של בדיקה זו מוצגת בתרשים ט"ז.

תרשים ט"ז: השתנות שיעור ההסתמכות העצמית לפי תחום



תרשים זה מראה כי יש הבדלים מסוימים בין שלושת התחומים לכל אורך 55 שנות המחקר, אך משותפת להם מגמה כללית של התייצבות החל בתחילת שנות ה-90'. לאורך כל השנים גדולה ההסתמכות העצמית בפסיקה הציבורית מזו שבפסיקה האזרחית ומאמצע שנות ה-70' מתייצב הבדל זה על 10% לערך<sup>29</sup>. משמעותו של ההבדל ברורה. המשפט הציבורי הישראלי נבנה מתוך מקורות מקומיים, ומתוך אלה יש דומיננטיות מוחלטת להלכה הפסוקה. במילים אחרות, בית המשפט העליון בונה את עיקר ההלכה הפסוקה במשפט הציבורי על הלכותיו שלו, והוא עושה כך ביתר תוקף בתחום זה מאשר בתחום האזרחי. המשפט הפילי מגלה תופעה מעניינת של "נדידה".

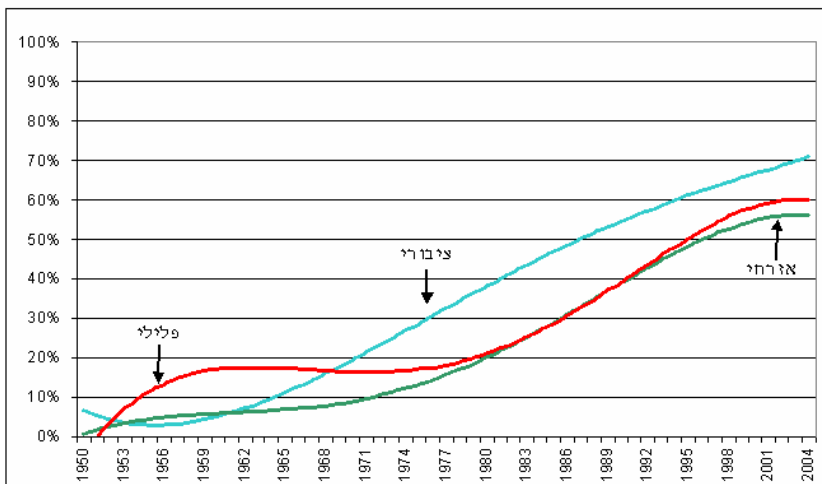
<sup>29</sup> לפירושו הנכון של הבדל זה, יש להדגיש כי חלקו מוסבר בשימוש הגדול קצת יותר בפסיקה מקומית אחרת (שאינה של בית המשפט העליון עצמו) בתחום האזרחי מאשר בתחום הציבורי. לעיל אמרתי כי אין שינוי משמעותי בנכונותו של בית המשפט העליון להסתמך על בתי משפט אחרים. פילוח רגיש יותר של הנתונים מראה כי בתוך יציבות יחסית זו יש מגמה קלה מאוד של האצה בנכונותו של בית המשפט העליון להסתמך על פסיקה מקומית, והיא חזקה יותר בתחום האזרחי מאשר בתחום הציבורי (בין היתר כנראה בשל "היצע" גדול יותר של פסיקה מחוזית אזרחית מאשר של פסיקה ציבורית כלשהי מחוץ לבית המשפט העליון).

אף שבעשורים הראשונים המשפט הפלילי דמה למשפט האזרחי, הרי מאז סוף שנות ה-70 הוא "נצמד" למשפט הציבורי. בשני העשורים האחרונים גם בו מזין בית המשפט העליון את פסיקתו מתוך עצמה בכ- 90% מן המקרים שבהם הוא מסתמך על פסיקה. למרות הבדלים מעניינים אלה, אני חוזר ומדגיש כי הנקודה העיקרית המסתמנת במחקר ההמשך הנוכחי היא כי בעשור האחרון נבלמה והתייצבה המגמה הכללית של התכנסות בית המשפט העליון לתוך תקדימיו.

### ט. אמריקניזציה לפי תחומים

ביקשתי גם לבודד שוב את שאלת האמריקניזציה של המשפט הישראלי ולהפעיל עליה פילוח תחומי. גם כאן אני בודק את שיעורן של אסמכתאות אמריקניות רק מול אסמכתאות אחרות ממשפחת המשפט המקובל, בהתעלם מאסמכתאות חקיקה. אני עושה זאת משום שאני מניח שנתונים אלה, הבודקים השפעות של פסיקה והגות אמריקנית מול פסיקה והגות אנגלית מעניינים את הקהילה המשפטית יותר מאשר נתונים אחרים, אך אני שב ומדגיש<sup>30</sup> כי כל הגזרה הזרה דחוקה מזה כעשרים שנה לקצה מרחב הסמך המקומי והמאבק הפנימי בין המשפט האמריקני לשאר העולם דובר האנגלית הוא מאבק שוליים.

תרשים י"ז: השתנות שיעור אסמכתאות אמריקניות מתוך אסמכתאות מהמשפט המקובל



30 ראו תרשים ו' לעיל.

בתרשימים י' וי"א לעיל הראיתי כי תהליך האמריקניזציה של גזרת הסמך האנגלו-אמריקנית בפסיקת בית המשפט העליון התמתן מאוד בעשור האחרון, וכי שיעורן של האסמכתאות האמריקניות (פסיקה והגות) התייצב על כ-60% מהגזרה. בתרשים י"ז אני מראה כי תופעה זו מאפיינת רק את הפסיקה האזרחית והפלילית, ואילו הפסיקה הציבורית נוהגת אחרת. בתחום אחרון זה נמשכה מגמת האמריקניזציה כמעט באותו קצב שאפיין אותה מזה כ-40 שנים, וההתמתנות בה קלה מאוד. שיעור האסמכתאות האמריקניות בתוך כלל הגזרה האנגלו-אמריקנית בפסיקה הציבורית עומד כיום על כ-70%, ואם תימשך המגמה המסתמנת בה, ישתלטו עליה האסמכתאות האמריקניות לחלוטין תוך כ-20 שנים. ייתכן שיש אף להגדיל שיעור זה במעט בשל ייחודה של החוקתיות דיכוטומיה שבין "אנגלי" ל"אמריקני". למשפט המקובל האנגלי המסורתי משקל גדול מאוד על הדין האזרחי והפלילי במדינות חבר העמים הבריטי, אך מסיבות היסטוריות ידועות הייתה השפעתו קטנה יותר בתחום הציבורי. כך למשל אין סיבה אמיתית לסווג את החוקתיות הקנדית החדשה דווקא כ"אנגלית", ובחלוקה דיכוטומית נוקשה שאינה נותנת לה מקום עצמאי ייתכן שהיא "אמריקנית" יותר מ"אנגלית". משקלן של אסמכתאות חוקתיות קנדיות על עולם הסמך הישראלי קטן מתדמיתן, אך עם דומותיהן מהדמוקרטיה הגדולות במשפט המקובל (אוסטרליה, ניו-זילנד, דרום-אפריקה) יש להן השפעה מסוימת על התופעה הנבדקת כאן.

בראיית תקופת המחקר כולה מעניינים ההבדלים ארוכי הטווח בין התחומים. נקודה בולטת במיוחד היא "המראתה" המוקדמת של ההשפעה האמריקנית על הפסיקה הפלילית. אין לכך כל הצדקה תלויה תוכן. השליט הבריטי הותיר אחריו חומרי גלם (חקיקה ופסיקה) אנגליים למכביר והוסיף עליהם זיקה חקוקה למשפט האנגלי, לא פחות ואף יותר משעשה כן בתחום האזרחי. המשפט הפלילי האמריקני עבר בשנות ה-50 וה-60 תהליכי בנייה מעניינים, אך גם יתרונם של אלה על תהליכים מקבילים במשפט האזרחי האמריקני באותה תקופה אינו יכול להסביר את ההבדל בהשפעתם על הפסיקה עד אמצע שנות ה-80'. אני מניח לפיכך כי זהו אחד המקרים הבודדים בעולם הסמך של הפסיקה הישראלית שבו ניכרת השפעתו של שופט אחד על הזירה כולה. במחקר הנוכחי אינני מפלח את הנתונים לפי שופטים, אך אני משער ברמה גבוהה של ביטחון כי ההשפעה האמריקנית על הפסיקה הפלילית הישראלית בשנותיה הראשונות נובעת בעיקר מהעדפותיו של הנשיא אגרנט.<sup>31</sup> לפסיקתו הפלילית של אגרנט נוכחות מיוחדת במאגר פסקי הדין הארוכים של אותה תקופה, ועל כן יש כנראה לנטייתו "להשתיל" את הירוספרודנציה האמריקנית במערכת הישראלית הרכה של שנות החמישים<sup>32</sup> השפעה הניכרת לעין אפילו בתמונה כוללת של למעלה מחמישים שנות

<sup>31</sup> לניתוח מורכב של ההשפעות האמריקניות על פסיקתו של אגרנט ראו פנינה להב **ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הצייונית** 163–169 (1999).

<sup>32</sup> ראו שם, בעמ' 169. ראו גם את העדפותיו האמריקניות של אגרנט בשנות ה-50' בטבלה 15 במאמר המקורי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 193. אפשר לראות בטבלה זו גם את אורכם החריג של פסקי דינו של אגרנט בהשוואה לבני תקופתו.

פסיקה.<sup>33</sup>

תופעה אחרת הניכרת לעין בראייה כוללת היא שונותו הרציפה של המשפט הציבורי מתחומי המשפט האחרים. לעיל הדגשתי היבט מיוחד של שונות זו בעשור האחרון ובתחזית לעתיד, אך תרשים י"ז מראה כי המשפט הציבורי "נפרד" מהפילי והאזרחי בנטייתו האמריקנית כבר מתחילת שנות ה-60, והוא שומר על ייחודו (בהפרש יציב של כ-10%–15%) לאורך עשרות שנים. גם כאן ברורה משמעותם של הדברים, והיא תואמת תדמיות רווחות, גם אם במידה פחותה. לעיל אמרת<sup>34</sup> כי השליט המנדטורי נהג כראוי וכצפוי כאשר השאיר אחריו זיקה רופפת מאוד למשפט החוקתי של מדינת האם. ממילא היה לאנגליה היצע דל של חשיבה חוקתית המתאים לקליטה נוחה מחוץ לאי הבריטי על נסיבותיו הפוליטיות והתרבותיות המיוחדות. מכל אלה עולה כמובן מאליו כי כשניגשה הפסיקה הישראלית לחפש מרצונה השראות חוקתיות אך טבעי היה שתפנה לחומרים אמריקניים הרבה יותר ומוקדם יותר משעשתה כן בתחומי המשפט האחרים.

## י. תחום מקור וסוג

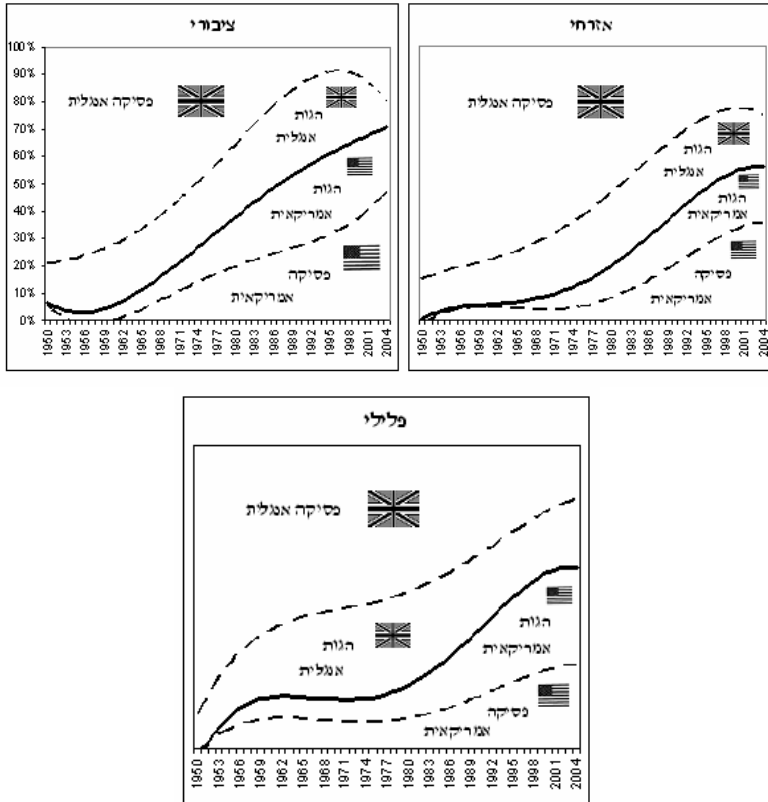
בתרשים י"ח אני מפלח את הנתונים שבפסקה הקודמת פילוח נוסף לפי סוג האסמכתה. הקו הרציף בכל אחד מתרשימי המשנה זהה לקו המקביל בטבלה י"ז, והוא מייצג את השתנות היחס בין אסמכתאות אנגליות לבין אמריקניות בתחומים השונים במשך השנים.

הקווים המרוסקים מפרידים בין אסמכתאות פסיקה לבין אסמכתאות הגות. הצמדתי את אסמכתאות ההגות האמריקניות והאנגליות משני עברי קו ההפרדה, וכך ניתן גם לראות את הגזרה הכוללת של הגות אנגלו-אמריקנית בין שני הקווים המרוסקים.

<sup>33</sup> נוכחותו של הנשיא אגרנט במאגר שממנו הופקה רשימת התקדימים המאוזכרים ביותר בשחר, גרוס וגולדשמידט "מאה תקדימים מובילים", לעיל ה"ש 1, נופלת רק מזו של הנשיאים שמגר וברק. נוכחות זו בולטת במיוחד על רקע העובדה שאגרנט סיים את תפקידו בשנת 1976, כ-24 שנים לפני תום תקופת המחקר, וכיהן בתקופה שבה הייתה תפוקת הפסקים של בית המשפט נמוכה הרבה יותר מזו שבתקופות מאוחרות יותר. מבין כמעט 70 השופטים שכיהנו בבית המשפט העליון לדורותיו השאירו מעטים מלבד אגרנט (וכמובן שמגר וברק) חותם כלשהו על "רשימת המאה".

<sup>34</sup> ראו טקסט ליד ה"ש 23 לעיל.

תרשים י"ח: השתנות אסמכתאות אנגלו-אמריקניות לפי תחומם, סוג ומקור



ישנן כמה נקודות מעניינות הניכרות בתרשים זה. ראשית, מלבד צניחה בלתי מובנת בשיעור אסמכתאות ההגות האנגליות (וקצת גם האמריקניות) במשפט הציבורי בעשור האחרון, הרי בולטת לעין מגמת הגידול הכללית של ההגות המשפטית בגזרת הסמך האנגלו-אמריקנית, על חשבון ההלכה הפסוקה. ספרים ומאמרים הולכים ותופסים מקום שווה לפסיקה ולפעמים אף גדול ממנה. תופעת הגידול עצמה נצפתה גם במרחב הסמך הכללי (תרשימים ד' ו"ד), אך היא חזקה במיוחד בין האסמכתאות הזרות. ניתוחה המעמיק דורש פילוח דק הרבה יותר על מנת להפריד בין כתבי עת וספרים ובין "הגות" המסכמת פסיקה והגות תאורטית. ברמת הפילוח הנוכחית אני יכול רק לשער כי מקומה החדש של ההגות נגזר משינוי איטי אך עקבי בתפקיד שממלא המשפט הזר במשפט הישראלי. אם בעבר נבע תפקיד זה מאילוצים היסטוריים, גדל במשך השנים תפקידו של המשפט הזר כמקור השראה וולונטרי להעשרתה של שיטה משפטית קטנה וצעירה. הסתמכות ישירה על פסקי דין בודדים מתאימה יותר לתפקיד הפורמלי מאשר לתפקיד ההשראתי. ספרים ומאמרים נוחים



יותר ככלי להעשרה. גם כשאינן בהם הגות משלהם, הם נוטים בדרך כלל להציג תמונה מלאה יותר מזו הנשקפת מפסקי דין בודדים. כוחם ההשראתי גדול כמובן עוד יותר כאשר הם מציעים רעיונות.

הנחות אלה יכולות להאיר למשל את תמונת האסמכתאות בתחום הפלילי שבתרשים י"ח. מזה כ-30 שנים גדל מאוד שיעורן של האסמכתאות האמריקניות בתחום על חשבון האסמכתאות האנגליות, אך גידול זה דרמטי במיוחד בגזרת ההגות. מאז תורגמה פקודת החוק הפלילי 1936<sup>35</sup> לעברית בדמות חוק העונשין התשל"ז–1977, ובוודאי מאז נחקק תיקון 3639 לחוק זה באמצע שנות ה-90, נחלשה מאוד תודעת הזיקה ההיסטורית הישירה להלכות העונשין של המשפט המקובל האנגלי המסורתי. תרשים י"ח מראה כי שופטי בית המשפט העליון לא המירו בעקבות זאת פסיקה אנגלית בפסיקה אמריקנית, פסק כנגד פסק, אלא הם הרגילו עצמם להישען במידה גוברת והולכת על הגות, יותר אמריקנית מאנגלית. גם המבנה המיוחד של הפדרליזם האמריקני כנראה תרם לכך. אין באמריקה בית משפט "לאומי" אחד למשפט פלילי, לפחות בחלקו המהותי ואין גם מחוזות שיפוט פדרליים או מדינות שהלכותיהן הפסוקות חשובות או מעמיקות במיוחד. ההלכה הפסוקה האמריקנית בענייני עונשין נצרכת אפוא יותר באמצעות ספרים ומאמרים מאשר בהפניה ישירה לפסקי הדין הבודדים של מאות בתי המשפט הפליליים הפזורים ברחבי ארצות-הברית.

נקודה אחרונה זו מסבירה אולי, בהתאמות ראויות, את התופעה המעניינת של צניחת ענייניו של בית המשפט העליון בהגות אנגלו-אמריקנית בתחום הציבורי בשנים האחרונות. תופעה זו בולטת במיוחד בגזרה האנגלית, אך היא ניכרת גם בזו האמריקנית. נראה כאילו בתחום הציבורי חזר בית המשפט העליון להישען במישרין על פסיקתם של בתי משפט אחרים, בלא תיווכם של הוגים או מקבצי קבצים. בין בתי המשפט הגבוהים של ארצות-הברית, קנדה ואנגליה חוזר בית המשפט העליון למצוא את עיקר הנחוץ לו לשם סמך ולשם השראה במשפט החוקתי והמנהלי של העולם דובר האנגלית.

35 פקודת החוק הפלילי-1936.

36 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994.