

## מחקר אמפירי של המשפט: הערות-אזהרה אוהדות על המגמה העכשווית

מאת  
דפנה הקר\*

### תקציר

מאמר זה דן באופן אוהד וביקורתי במאפייני המגמה העכשווית במחקר האמפירי של המשפט. בחלקו הראשון של המאמר מוצגים מאפייני המגמה, הכוללים, בין היתר, שימוש בכלי מחקר כמותניים, התמקדות במשפט בהווה, יומרה לניטרליות ערכית ורצון לשפר את יכולתם של קובעי המדיניות לקבל החלטות מושכלות. חלקו השני של המאמר מציג את התשומות הכרוכות בביצוע מחקר אמפירי הקשור למשפט, וטוען לשינוי במאזן שבין תשומות אלה לבין התפוקות שמניבים מחקרים בעלי מאפייני המגמה העכשווית, אשר מסביר את שגשוגה היחסי. חלקו השלישי של המאמר מעיר שלוש הערות-אזהרה לגבי התחזות לאמת, רדידות וויתור על הנורמטיבי, שעלולים לנבוע ממאפייני המגמה העכשווית של המחקר האמפירי של המשפט. בחלקו האחרון של המאמר מוצעות דרכים להתמודדות עם הערות-האזהרה, הכוללות פיתוח כללי אתיקה, פתיחות למחקר איכותני, הקצאת משאבים והכשרה, והתעקשות על הנורמטיבי.

- א. מבוא
- ב. מאפייני המגמה העכשווית במחקר האמפירי של המשפט
- ג. למה עכשיו?
- ד. שלוש הערות-אזהרה
  1. התחזות לאמת
  2. רדידות
  3. ויתור על הנורמטיבי
- ה. שלושה אמצעי זהירות ועצה מהותית אחת
  1. אתיקה
  2. פתיחות למחקר איכותני
  3. משאבים והכשרה

---

\* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים והתוכנית ללימודי נשים ומגדר, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה מקרב לב להדר אבירם, למיכאל בירנהק, לחנוך דגן, לשי לביא, למנחם מאוטנר ולחברי מערכת עיוני משפט על הערותיהם לטיוטות קודמות, ולעוזרת-המחקר ענבל מיון-בלאו.

## 4. התעקשות על הנורמטיבי

## 1. סיכום

"[L]et us 'empiricize' jurisprudence and intellectualize fact finding."<sup>1</sup>

## א. מבוא

אמפיריזם הוא עמדה אפיסטמולוגית שלפיה ניתן ללמוד מהי המציאות רק בעזרת ליקוט רשמים על-ידי החושים האנושיים.<sup>2</sup> מכאן ש"מחקר אמפירי" הוא תהליך של איסוף עובדות על העולם באמצעות חושיהם של החוקרים והחוקרות. בניגוד לאנקדוטה, לאינטואיציה, לבדיה או לטענה רטורית, על ממצא אמפירי לנבוע ממחקר שנערך באופן שיטתי, על בסיס מדגם מייצג או על בסיס מקרים המצדיקים התמקדות, ואשר כלל תיעוד מדוקדק של איסוף הנתונים ועיבוד עקבי שלהם.<sup>3</sup> ברוב המקרים המחקר האמפירי יוצא לדרך על בסיס השערות הנובעות ממחקרים קודמים או מתיאוריות, וניתן לחזור עליו כדי לוודא שהממצאים אינם מוטעים או מקריים.<sup>4</sup> מחקרים אמפיריים יכולים להתבסס על כלי מחקר כמותניים, כגון ניסויי מעבדה וסקרים,<sup>5</sup> על כלי מחקר איכותניים, כגון ראיונות-עומק וחקר מקרה,<sup>6</sup> או על שילוב של השניים.<sup>7</sup>

- 1 Harry Kalven Jr., *The Quest for the Middle Range: Empirical Inquiry and Legal Policy*, in *LAW IN A CHANGING AMERICA* 56, 72 (Geoffrey C. Hazard ed., 1968).
- 2 מנחם פיש "ההיסטוריה הבעייתית של ביאור המדע" אלפיים 1, 194, 195 (התשמ"ט); אלעזר וינריב רציונליזם ואמפיריציזם: מגמות במאה ה-17 וה-18 כרך 1, 58-62 (1990).
- 3 ROBERT M. LAWLESS, JENNIFER K. ROBBENOLT & THOMAS S. ULEN, *EMPIRICAL METHODS* .IN *LAW* 7 (2010).
- 4 Thomas E. Willging, *Past and Potential Uses of Empirical Research in Civil Rulemaking*, 77 *NOTRE DAME L. REV.* 1121, 1126 (2002). על מחקרים איכותניים קשה לחזור מכיוון שהם מושתתים על התייחסויות גומלין בין-אישיות שאי-אפשר לשחזר במדויק. ראו אשר שקדי מילים המנסות לגעת: מחקר איכותני – תיאוריה ויישום 234 (2003). יש גם חוקרים איכותניים השואפים לצאת לשדה המחקר ללא הנחות מוקדמות שנובעות מתיאוריה מסוימת או מהשערות מוקדמות, כדי לאפשר איסוף נתונים אותנטי וצמיחת תיאוריה מן השדה. ראו דן גבתון "תיאוריה מעוגנת בשדה" מסורות וזרמים במחקר האיכותני 195 (נעמה צבר-בן יהושע עורכת, 2001) (הספר להלן: מסורות וזרמים במחקר האיכותני).
- 5 לספרי מבוא לשיטות מחקר כמותניות בעברית ראו דוד נחמיאס וחווה נחמיאס שיטות מחקר במדעי החברה (1982); רות בייט-מרום שיטות מחקר במדעי החברה – עקרונות המחקר וסגנונותיו כרכים 1-3 (מהדורה שנייה, 2001).
- 6 להצגה בעברית של כלי מחקר איכותניים ושל הרציונל העומד בבסיסם ראו שקדי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 25-30; נעמה צבר בן-יהושע המחקר האיכותני בהוראה ובלמידה (מהדורה חמישית, אילנה שמיר עורכת, 1997); מסורות וזרמים במחקר האיכותני, לעיל ה"ש 4.
- 7 על המתודה המשלבת כלי מחקר כמותניים ואיכותניים ראו, למשל: SHARLENE NAGY HESSE- BIBER, *MIXED METHODS RESEARCH: MERGING THEORY WITH PRACTICE* (2010).

עריכת מחקרים אמפיריים על המשפט החלה באירופה בסוף המאה התשע־עשרה, עם צמיחתה של ה"סוציולוגיה של המשפט", שביקשה להבין את המשפט כמוסד חברתי.<sup>8</sup> המחקר האמפירי של המשפט תפס תאוצה בתחילת המאה העשרים עם צמיחת הריאליזם המשפטי בארצות־הברית, המבקש לרתום ידע אמפירי לעיצוב רפורמות משפטיות.<sup>9</sup> הרצון של הסוציולוגים ושל הריאליסטים להבין את הזיקות שבין המשפט לבין החברה שבה הוא פועל הוביל למחקרים כמותניים ואיכותניים על ארגונים משפטיים ועל השחקנים הפועלים בהם, דוגמת שופטים, עורכי־דין ומושבעים, ועל ההשפעות ההדדיות שבין כללי משפט ויישומם לבין המציאות החברתית והתודעה של הפרטים.<sup>10</sup>

התגובות על המחקר האמפירי של המשפט מצד האקדמיה המשפטית נעות בין סקרנות ונכונות ללמוד על האופנים שבהם מחקר כזה יכול לתרום להבנת המשפט ולעיצובו לבין טענות בדבר חוסר הרלוונטיות של מחקרים אמפיריים למחקר ולהוראה בפקולטות למשפטים.<sup>11</sup> עם זאת, בשנים האחרונות גובר העניין במחקר אמפירי בקרב חוקרי משפט, במיוחד בארצות־הברית, עד כדי כך שניתן להצביע על מגמה חדשה וממוסדת המכונה Empirical Legal Studies (להלן: ELS), כפי שתואר במאמרו של תאודור אייזנברג הפותח חוברת זו.<sup>12</sup> מגמה עכשווית זו, שבה אתמקד במאמר זה, צרה מן התופעה הכללית של המחקר האמפירי על המשפט, וכפי שיפורט, מובילה הם משפטנים העושים שימוש בכלי מחקר סטטיסטיים כדי לצייד קובעי מדיניות במידע רלוונטי לעיצוב המשפט.

כבר בשנת 1968 טען פרופ' קלוון קלון (Kalven) כי יש סיבות טובות שבגינן המשפט אינו יכול ואינו צריך לעשות שימוש מופרז בידע אמפירי, אך בהיבט יש סיבות טובות

---

8 Mark Suchman, *Empirical Legal Studies: Sociology of Law, or Something ELS Entirely?* 13(1) AMICI 1 (2006) ("Empirical legal studies have formed the backbone of the sociology of law since the days on Durkheim") ראו גם דפנה הקר "הזמנה לסוציולוגיה של המשפט ומיפוי ראשוני של התחום בישראל" דין ודברים ד 95 (2008) (להלן: הקר "הזמנה לסוציולוגיה של המשפט").

9 JOHN HENRY SCHLEGEL, AMERICAN LEGAL REALISM AND EMPIRICAL SOCIAL SCIENCE 9 (1995); Hanoch Dagan, *The Realist Conception of Law*, 57(3) U. TORONTO L.J. 607, 638–643 (2007).

10 JOHN MONAHAN & LAURENS WALKER, SOCIAL SCIENCE IN LAW: CASES AND MATERIALS 10 (1990) (להלן: MONAHAN & WALKER, CASES AND MATERIALS); Cartoll Sevon & Susan S. Silbey, *Profession, Science, and Culture: An Emergent Canon of Law and Society Research*, in THE BLACKWELL COMPANION TO LAW AND SOCIETY 30, 33 (Austin Sarat ed., 2004).

11 Shari Seidman Diamond, *Empirical Marine Life in Legal Waters: Clams, Dolphins, and Plankton*, 2002 U. ILL. L. REV. 803 (2002).

12 תאודור אייזנברג "המחקר האמפירי של המשפט: מקורו, טיבו וההבטחה הגלומה בו" עיוני משפט לד עמ' 303 (2011) (להלן: אייזנברג "המחקר האמפירי של המשפט"). ראו גם: Michael Heise, *The Past, Present and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism*, 2002 U. ILL. L. REV. 819 (2002) (להלן: Heise, *Past, Present and Future*).

לבקר את המשפט על עמדתו הא-מדעית המוקצנת. קלוון אף הציע לנו את המובאה המופיעה למעלה כ"סיסמה", וטען כי על המשפט לפתח טעם ביחס למחקר אמפירי.<sup>13</sup> במאמר זה בכוונתי ליישם את עצתו של קלוון המנוח לגבי ה-ELS, מתוך עמדה אוהדת של מי שמכירה בחשיבותו של המחקר האמפירי על המשפט ואף נוטלת בו חלק, אך גם מודעת למגבלותיו ולסכנות הטמונות בו.

בפרק ב אגדיר את ה-ELS כתופעה בעלת מאפיינים של זמן, מקום ומהות המבדילים אותה מזרמים אחרים באקדמיה המשפטית ומקהילות מחקר אחרות העוסקות במשפט באופן אמפירי. בפרק ג אצביע על המכשולים שעייכבו בעבר מחקר אמפירי מתוך פקולטות למשפטים, ואציע הסברים אפשריים לצמיחת ה-ELS דווקא בעידן הנוכחי. בפרק ד אציג כמה סכנות הטמונות בתפיסות ובפרקטיקות העומדות בבסיס המגמה העכשווית של המחקר האמפירי של המשפט, ובחלקו האחרון של המאמר אציע כמה דרכים להתמודד עימן. לאורך כל המאמר, המבקש לשרטט שביל-ביניים כעצתו של קלוון, איעזר בכתיבה המרתקת על המחקר האמפירי של המשפט שהתפתחה בעקבות פריחתו היחסית בשנים האחרונות, הן מצד מצדדים הן מצד מקטרגים, ואשען על תפיסת-עולמי האונטולוגית באשר למשפט ועל עמדתי האפיסטמולוגית והמתודולוגית באשר למדע.

## ב. מאפייני המגמה העכשווית במחקר האמפירי של המשפט

ה-ELS שותף לעמדה האפיסטמולוגית של האמפיריזם שהוצגה לעיל, ושואף ללמוד על הזיקות שבין המשפט לבין החברה שבה הוא פועל באמצעות מחקרים אמפיריים. בכך הוא מובחן ממחקר משפטי לא-אמפירי, הכולל ניתוח דוקטרינרי, תיאורטי או נורמטיבי, אשר אינו חייב להתייחס לממצאים אמפיריים, ובוודאי אינו מייצר אותם.<sup>14</sup> למעשה, מדובר במתח של ממש בין העמדה האמפירית לבין הדיסציפלינה המשפטית בכללותה. המחקר האמפירי של המשפט מבקש לחשוף את האמת על המשפט ללא הנחות מוקדמות לגבי אותה אמת, בכחינת יריית חיצים אמפיריים בחשכה עד שיובהר היכן המטרה. לעומת זאת, ברוב המחקר המשפטי הקונוונציונלי, כמו גם בפרקטיקה המשפטית, המהלך ממש הפוך, ודבר-מה מקבל מעמד של "אמת" אם חושבים שהוא אמת או רוצים שהוא יוכר כאמת, ומצליחים לשכנע אחרים באמיתותו של הדבר בעזרת גיוס טיעונים מסוגים שונים, קרי: סימון המטרה מראש ואז יריית חיצו שכנוע.<sup>15</sup>

הישענותו של ה-ELS על האפיסטמולוגיה האמפיריציסטית מקרבת אותו לשני זרמים אחרים העוסקים במשפט בהקשרו החברתי: "משפט וכלכלה" ו"משפט וחברה". עם זאת, אין חפיפה מלאה בין המגמה העכשווית של המחקר האמפירי של המשפט לבין שני הזרמים הללו. ה-ELS אינו חופף את זרם ה"משפט וכלכלה" מכיוון שרבים מקרב חוקרי המשפט וכלכלה אינם עוסקים בחקר המציאות כהווייתה, אלא במודלים תיאורטיים שמניחים הנחות

13 Kalven Jr., לעיל ה"ש 1, בעמ' 71.

14 Seidman Diamond, לעיל ה"ש 11.

15 Richard K. Neumann, Jr. & Stefan H. Krieger, *Empirical Inquiry Twenty-Five Years after the Lawyering Process*, 10 CLIN. L. REV. 349, 351 (2003).

בקשר למציאות,<sup>16</sup> ומכיוון שאנשי ה־ELS חורגים מתחום ה"משפט וכלכלה" בשאלות המעסיקות אותם ובתיאוריות המנחות אותם. בהיבט ה־ELS מובחן כאמור גם מהתנועה המכונה "משפט וחברה", וזאת לא רק מכיוון שלא כל אנשי ה"משפט וחברה" עושים שימוש בשיטות מחקר אמפיריות, אלא גם מכיוון שרבים מאלה מביניהם שעורכים מחקר אמפירי עושים שימוש נרחב בשיטות מחקר איכותניות.<sup>17</sup> אנשי ה־ELS, לעומת זאת, עורכים כמעט אך ורק מחקרים כמותניים.<sup>18</sup> ביטוי לכך ניתן למצוא בספר הלימוד הראשון שמוקדש למחקר אמפירי במשפט, שיצא זה עתה בארצות־הברית, המתעלם לחלוטין משיטות מחקר איכותניות.<sup>19</sup> אכן, אייזנברג, במאמרו הנ"ל, מתייחס לדומיננטיות של כלי הניתוח הסטטיסטיים ב־ELS,<sup>20</sup> ואחרים כוללים בהגדרת זרם זה רק מחקרים כמותניים סטטיסטיים.<sup>21</sup> ניתן להמחיש את המשותף והמבדיל בין ה־ELS לבין "משפט וכלכלה" ו"משפט וחברה" בעזרת השאלה שזכתה בתשומת־לב רבה של חוקרים מתחומים שונים באקדמיה האמריקנית: "האם עונש מוות מרתיע רוצחים פוטנציאליים?"<sup>22</sup> מחקר קלסי של ה־ELS יבדוק באמצעות נוסחות סטטיסטיות ומאגרים ארוכי־שנים, הכוללים מידע כמותי על הוצאות להורג ורציחות, אם קיים מתאם סטטיסטי מובהק בין שינויים בחוק לגבי האפשרות להוציא להורג מורשעים ברצח, מספר ההוצאות להורג בפועל ומספר הרציחות. זאת, כדי לאשש או להפריך השערות בדבר יכולתם של עונשי מוות להפחית את שיעורם של מקרי הרצח.<sup>23</sup> מחקר כזה יכול להיות מוצג בכנסים של "משפט וכלכלה" ושל "משפט וחברה", מכיוון ששתי הקהילות הללו נותנות מקום לסוג כזה של מחקר. עם זאת, חוקרי "משפט וכלכלה" יכולים לבחון את השאלה הזו גם בצורה אחרת – למשל, על־ידי בחינת הגורמים המרתיעים רוצחים פוטנציאליים לפי מודלים תיאורטיים המנבאים התנהגות אנושית, ושקולו של הכדאיות של חשיפת הרוצחים הפוטנציאליים לגורמים אלה אל מול העלויות הכרוכות בכך.<sup>24</sup> חוקרי "משפט וחברה" שאינם משתייכים ל־ELS עשויים לסרב לעסוק בשאלה אם עונש מוות מרתיע רוצחים פוטנציאליים, בטענה כי עצם שאלת המחקר מכשירה עונש מוות, שהם מתנגדים לו באופן מוחלט מסיבות מוסריות. לחלופין הם יכולים לבחור לנתח את הדיווח התקשורתי על הוצאות להורג כדי לבחון את תפקיד התקשורת כמעצבת תודעה משפטית

- 16 שם, בעמ' 387.
- 17 Daphna Hacker, *Law and Society Jurisprudence*, 96 CORNELL L. REV. 727 (2011)
- 18 Elizabeth Chambliss, *When Do Facts Persuade? Some Thoughts on the Market for "Empirical Legal Studies"*, 71(2) LAW & CONTEMP. PROBS. 17 (2008)
- 19 LAWLESS, ROBBENOLT & ULEN, לעיל ה"ש 3.
- 20 אייזנברג "המחקר האמפירי של המשפט", לעיל ה"ש 12.
- 21 לדוגמה: Michael Heise, *The Importance of Being Empirical*, 26 PEPP. L. REV. 807, 810 (1999)
- 22 Peter H. Schuck, *Why Don't Law Professors Do More Empirical Research?* 39 J. LEGAL EDUC. 323 (1989)
- 23 למקבץ מאמרים שנכתבו בעניין בשנים האחרונות, ראו [www.cjlf.org/deathpenalty/DPDeterrence.htm](http://www.cjlf.org/deathpenalty/DPDeterrence.htm)
- 24 LAWLESS, ROBBENOLT & ULEN, לעיל ה"ש 3, בעמ' 117, 16-15.
- 24 ראו, למשל: Steven Shavell, *A Model of Optimal Incapacitation*, 77(2) AM. ECON. REV. 107 (1987)

ופוליטית,<sup>25</sup> או לערוך מחקר שדה על כנופיות־נוער שחבריהן רוצחים ונרצחים כדי ללמוד על מארג המשתנים המשפיעים על התנהגותם של חברי הכנופיות הללו.<sup>26</sup> ה־ELS מובחן גם משתי קהילות נוספות העורכות מחקרים אמפיריים על המשפט. הוא שונה מה־"סוציולוגיה של המשפט", בין היתר בשל פעילותו מתוך פקולטות למשפטים, ומ־"משפט והיסטוריה", בין היתר בשל התמקדותו בחקר ההווה יותר מאשר בחקר העבר.<sup>27</sup> שני המאפיינים הללו קשורים להתמקדותו של ה־ELS במשפט כשלעצמו. בניגוד ל־"סוציולוגיה של המשפט" ול־"משפט והיסטוריה", בקהילת ה־ELS תחומי הדעת הלב־משפטיים משרתים את העניין המשפטי, ולא להפך.<sup>28</sup> מכאן גם ההתמקדות של ה־ELS במעצבי המשפט ברשויות המחוקקת, המבצעת והשופטת כקהל־יעד מרכזי, והעניין של ה־ELS בתקשורת, המשפיעה על דעת־הקהל ועל קובעי המדיניות המשפטית.<sup>29</sup> בניגוד לזרמים נוספים באקדמיה המשפטית המבקשים להשפיע על מעצבי המשפט, דוגמת הפמיניזם<sup>30</sup> וה־CLS,<sup>31</sup> ה־ELS מתיימר לניטרליות ערכית ומתעקש כי אין לו סדר־יום פוליטי.<sup>32</sup> הרצון להשפיע על מעצבי המשפט נובע, לכאורה, רק מהרצון לצייד את מקבלי ההחלטות בידע על־אודות האופנים שבהם המשפט משפיע על המציאות, כך שההחלטות שיתקבלו יהיו מושכלות יותר.<sup>33</sup>

- 25 ראו, למשל: Susan Bandes, *Fear Factor: The Role of Media in Covering and Shaping the Death Penalty*, 1 OHIO ST. J. CRIME L. 585 (2004).
- 26 ראו, למשל: Judith Aldridge & Juanjo Medina, *Youth Gangs in an English City: Social Exclusion, Drugs and Violence* (2008), Full Research Report, RES-000-23-0615, Swindon: ESRC.
- 27 Suchman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 2.
- 28 הדגשת תחום המשפט אפיינה את אנשי המשפט העוסקים במדעי החברה עוד בטרם התמסדה המגמה המכונה ELS. ראו: John Monahan & Laurens Walker, *Teaching Social Science in Law: An Alternative to "Law and Society"*, 35 J. LEGAL EDUC. 478, 479 (1985) (להלן: Monahan & Walker, *Teaching Social Science in Law*). אחד הביטויים של רתימת מדעי החברה למשפט (ולא להפך), האופיינית ל־ELS, הוא התמקדות במתודולוגיה וניחה של התיאוריה. לעניין זה הוקדש באפריל 2009 כנס באוניברסיטת ברקלי. ראו [www.law.berkeley.edu/3265.htm](http://www.law.berkeley.edu/3265.htm).
- 29 איזנברג "המחקר האמפירי של המשפט", לעיל ה"ש 12; Theodore Eisenberg, *Why Do Empirical Legal Scholars?* 41 SAN DIEGO L. REV. 1741 (2004).
- 30 Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 HARV. L. REV. 829 (1990).
- 31 CRITICAL LEGAL STUDIES (James Boyle ed., 1994).
- 32 Linda Brandt Myers, *The Journal of Empirical Legal Studies Finding the Facts that Challenge Our Assumptions about the World*, CORNELL LAW FORUM 10, 11 (Spring 2008).
- 33 Theodore Eisenberg, *Empirical Methods and the Law*, 95 J. AM. STAT. ASS'N 665 (2000) (להלן: Eisenberg, *Empirical Methods*); Heise, *Being Empirical*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 814.

מטרות נוספות של ה־ELS שהוזכרו בספרות – אשר נטולות גם הן לכאורה מניעים ערכיים, למעט אמונה בקדמה<sup>34</sup> – כוללות מתן כלים למתדיינים פוטנציאליים ולעורכי־דינם להערכת סיכוייהם בבית־המשפט ולהוכחת טיעוניהם;<sup>35</sup> העשרת הדיון בסוגיות משפטיות ותרומה לפיתוח תיאוריה משפטית;<sup>36</sup> תרומה למחקר האמפירי של המשפט, שניזוק כתוצאה מהעדרם של חוקרים מומחי משפט;<sup>37</sup> הגברת העניין של סטודנטים למשפטים במדעי החברה;<sup>38</sup> העלאת קרנן של פקולטות למשפטים במרחב האוניברסיטאי; חיזוק הקשר בין האקדמיה המשפטית לבין העוסקים במשפט בשטח; ותרומה למסע האנושי אל הטוב.<sup>39</sup> מאפיין נוסף של ה־ELS הוא פיתוחו החל בשנות התשעים של המאה העשרים, שגשוגו היחסי ומיסודו בארצות־הברית.<sup>40</sup> עם זאת, מחקר אמפירי של המשפט מתקיים גם במדינות אחרות, ובחלקן נעשים מאמצים מודעים לחזקו.<sup>41</sup> לסיכום, ה־ELS הוא מגמה עכשווית במחקר האמפירי של המשפט המובלת על־ידי חוקרים מפקולטות למשפטים בארצות־הברית, העושים שימוש בכלי מחקר כמותניים במטרה לצייר את קובעי המדיניות במידע אמין על המתאמים והקשרים הסיבתיים שבין המשפט לבין החברה שבה הוא פועל.

## ג. למה עכשיו?

אין בנמצא ממצאים אמפיריים המסבירים את פריחתו העכשווית של ה־ELS. אי־לכך אסתפק בהשערות ובהערכות – רציונליות אך לא מבוססות אמפירית – שלי ושל אחרים,

- 34 האמונה בקדמה (progress) היא מאפיין של המדע בכלל, ולא רק של אלה העוסקים במחקר אמפירי של המשפט. אמונה זו מתייחסת לצבירת ידע על העולם כטוב מוסרי וכחלק מהמסע לקיום האנושות. כיום יש כבר היסטוריה של חשיבה אשר מטילה ספק באמונה זו, ומצביעה על המחירים הנובעים ממחקרים מדעיים. ראו: Thomas S. Ulen, *A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law*, 2002 U. ILL. L. REV. 875, 877 (2002).
- 35 Leslie A. Gordon, *The Empiricists: Legal Scholars at the Forefront of Data-Based Research*, 82 STAN. LAWYER (2010), available at stanfordlawyer.law.stanford.edu/2010/05/the-empiricists.
- 36 Heise, *Being Empirical*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 809.
- 37 Richard Lampert, *Empirical Research for Public Policy: With Examples from Family Law*, 5(4) J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 907, 923 (2008).
- 38 ראו Monahan & Walker, *Teaching Social Science in Law*, לעיל ה"ש 28.
- 39 Craig Allen Nard, *Empirical Legal Scholarship: Reestablishing a Dialogue between the Academy and Profession*, 30 WAKE FOREST L. REV. 347 (1995).
- 40 אייזנברג "המחקר האמפירי של המשפט", לעיל ה"ש 12.
- 41 *Inquiry on Empirical Research in Law, Consultation Document* (April 2004), www.Hazel;(27-24 'ראו במיוחד עמ' 27-24) ucl.ac.uk/laws/socio-legal/empirical/docs/empirical.pdf Genn, Martin Partington & Sally Wheeler, *Law in the Real World: Improving Our Understanding of How Law Works, Final Report and Recommendations* (2006), www.ucl.ac.uk/laws/socio-legal/empirical/docs/inquiry\_report.pdf

בניסיון לשכנע כי המאזן שבין התשומות שיש להשקיע במחקר אמפירי על המשפט לבין התפוקות שניתן לקבל מסוג כזה של מחקר השתנה, כך שכיום משתלם יותר לאנשי סגל בפקולטות למשפטים לעסוק בסוג המחקר האמפירי שה־ELS מקדם. מובן שיש צורך במחקרים אמפיריים שיאשו, יפריכו או יעשירו טענה זו.

נדמה כי יש סיבות כבדות־משקל שבגינן אקדמאים בפקולטות למשפטים נרתעו, לפחות עד לאחרונה, מביצוע מחקר אמפירי במובנו הרחב, הכולל כלי מחקר כמותניים ואיכותניים:<sup>42</sup> הכשרה – לימודי המשפטים הם מן היחידים שאינם כוללים, לפי שעה, קורסים בשיטות מחקר. גם סטודנט לתואר שני או שלישי במשפטים יכול לסיים את התואר מבלי להיחשף להיגיון האמפירי ומבלי להצטייד בכלי מחקר אמפיריים. כך, רוב אנשי הסגל האקדמי בפקולטות למשפטים לא רק חסרים את הידע הדרוש לשם עריכת מחקרים אמפיריים, אלא גם אינם מסוגלים לשפוט, ולעיתים אף להבין, מחקרים אמפיריים של אחרים. העדר הכשרה אמפירית של תלמידי משפטים עלול גם להקשות על פרסום מאמרים אמפיריים בכתבי־עת משפטיים, אשר בארצות־הברית לפחות נערכים ברובם על־ידי סטודנטים למשפטים ואינם כוללים הפניה לשיפוט חיצוני על־ידי מומחה.

משאבים – מחקרים אמפיריים עולים כסף רב. לשם המחשה, ביצוע סקר פנים־אל־פנים כמותי של 40 דקות ל־1,000 נחקרים עולה לכל־הפחות 126,500 ש"ח, ותמלול של ריאיון איכותני אחד בן 90 דקות עולה כ־400 ש"ח (נכון לשנת 2009).<sup>43</sup> גם נסיעות לארכיונים וצילום מסמכים רבים, העסקת עוזרי־מחקר ויועצים סטטיסטיים, ארגון ותיעוד של קבוצות־מיקוד והפעלה של קבוצות־ניסוי הם משימות יקרות. רוב הפקולטות למשפטים אינן יכולות להרשות לעצמן לממן מחקרים כאלה לחברי סגל, וגם המבוססות שביניהן יהססו להפנות משאבים רבים שלא יניבו פירות ידועים מראש. אנשי סגל בפקולטות למשפטים, בניגוד לעמיתים מפקולטות אחרות, אינם מיומנים בגיוס משאבים חיצוניים – משימה תובענית ומשמימה בפני עצמה.

משאב נוסף הנדרש לשם ביצוע מחקרים אמפיריים הוא זמן. מחקרי שדה, מחקרי ארכיון, ביצוע ראיונות ותצפיות – כל אלה הן דוגמות למשימות שדורשות נתח משמעותי מזמנה של החוקרת ואשר גורמות להתמשכות של פרויקטים אמפיריים על־פני שנים. במקביל הפקולטה מצפה לפרסום כמה מאמרים בשנה, במיוחד מסגל לפני קביעות, להשתתפות פעילה בכנסים, לנשיאה בתפקידים מנהליים ולהוראה בכמה קורסים. על רקע זה מפתה לבחור במחקר משפטי קלסי, אשר אינו מחייב תשומות זמן משמעותיות כל־כך ויכול להניב תפוקות בפרקי־זמן קצרים יחסית.

42 אני נשענת בחלק זה בעיקר על המאמרים הבאים: Neumann & Krieger, לעיל ה"ש 15, בעמ' Heise, *Past, Present*; 823-815, בעמ' Heise, *Being Empirical*; 395-383, לעיל ה"ש 12, Schuck, לעיל ה"ש 21, בעמ' Lawrence, *and Future*, לעיל ה"ש 333-331. ראו גם: M. Friedman, *The Law and Society Movement*, 38 STAN. L. REV. 763, 774 (1986); Deborah L. Rhode, *Legal Scholarship*, 115(5) HARV. L. REV. 1327 (2002); Jeffrey J. Rachlinski, *Evidence-Based Law* 96 CORNELL L. REV. 901 (2011).

43 המחירים המופיעים כאן מבוססים על הצעות מחיר שקיבלתי מגורמים מקצועיים במסגרת פרויקטים מחקריים שניהלתי.



מניעים – לאנשי סגל בפקולטות למשפטים יש פעמים רבות הַנְיֵעה (מוטיווציה) ערכית לעסוק בעיצוב המשפט ולקדם רפורמות משפטיות מסוימות הנובעות מתפיסת־עולמם. יש הסבורים כי מחקר אמפירי חייב להיות מנותק מתפיסה ערכית זו או אחרת. גם חוקרים אמפיריים אשר סבורים כי לא ייתכן מחקר שמנותק מערכים באופן מוחלט מכפיפים את עצמם לאתוס המדעי, המחייב הכרה בממצאים שאינם מתיישרים עם תפיסת־עולמם הערכית. כך, ייתכן שהממצאים האמפיריים שיופקו על־ידי חוקרת יצביעו דווקא על כשלים אפשריים ביישומה של רפורמה משפטית שהיא סברה כי יש לקדם לאור תפיסת־עולמה. כחוקרת אמפירית היא מחויבת לדווח על מכלול הממצאים, גם אם הם יקשו עליה את קידום הרפורמה. יתר על כן, מחקר אמפירי מניב פעמים רבות ממצאים סותרים או ממצאים מעטים, ושני מצבים אלה מקשים על ביסוס רפורמה משפטית. בעיה אחרת היא חוסר נכונותם של מעצבי המשפט לייחס משקל משמעותי לממצאים אמפיריים כאשר אלה אינם עולים בקנה אחד עם סדר־היום הפוליטי שלהם, בכחינת "אל תבלבלו אותי עם העובדות".

העדר שליטה וביטחון – בניגוד למחקרי משפט רגילים, מחקרים אמפיריים רוויים סכנות שאינן בשליטת החוקרים, דוגמת אי־שיתוף־פעולה של הגוף הנחקר, תוכנת מחשב שמשבשת את הממצאים ועוזרי־מחקר שנוטשים את הפרויקט לפני שהסתיים. בעייתי עוד יותר הוא מצב שבו המחקר האמפירי אינו מניב תוצאות מעניינות, חשוכות או מובהקות. בניגוד למאמר רגיל במשפטים, הנשען על רעיון שלרוב לא הושקעו בהגיתו משאבים מיוחדים, מאמר אמפירי יכול להיכתב רק אחרי שהתקבלו תוצאות הראויות לפרסום, ובהעדר תוצאות כאלה כל ההשקעה יורדת לטמיון.

שיקולי נוחות – מחקרי משפט רגילים הם "מחקרי־כורסה" שאינם מחייבים יציאה מהמשרד ומהספרייה, ובעידן הדיגיטלי ניתן לערוך אותם אפילו מהבית או מבית־הקפה. מחקרים אמפיריים, לעומת זאת, מחייבים פעמים רבות עבודה בארכיונים, ראינות ותצפיות בשדה המחקר וכן עבודה בצוותים, ופעולות אלה קלות ונוחות הרבה פחות. נוסף על כך, לאנשי סגל במשפטים קשה לגייס עוזרי־מחקר מיומנים שיקלו את הנשיאה בנטל. בניגוד לחוקרים בדיסציפלינות אחרות, אין בפקולטות למשפטים תלמידי מחקר שהתמחו במחקר אמפירי ואשר יכולים לעזור לאנשי הסגל במלאכות הסיזיפיות של איסוף הנתונים, התמלול, הקידוד והרצת הניתוחים הסטטיסטיים. ייתכן גם שתלמידי משפטים יעדיפו עזרה במחקרים משפטיים קונוונציונליים, שמצריכים מיומנויות רלוונטיות יותר לשדה המשפטי הפרופסיונלי.

מכל האמור לעיל עולה כי עריכת מחקר אמפירי כאיש סגל בפקולטה למשפטים היא – או הייתה לפחות עד לאחרונה – משימה תובענית, יקרה, מסוכנת ולעיתים משמיה. אם נוסף את המסורת המשפטית המעריכה תיאוריה ודוקטרינה משפטיות יותר מכל, נמצא שספק אם התשומות מצדיקות את התפוקות, לפחות במישור הקידום האישי במסלול האקדמי.<sup>44</sup> אם כן, כיצד ניתן להסביר את שגשוגו העכשווי של ה־ELS? כאמור, בהעדר תשובות אמפיריות לשאלה זו, אסתפק בהערכות ובהשערות לגבי שינוי שחל במאזן התשומות והתפוקות,

44 Neumann & Krieger, לעיל ה"ש 15, בעמ' 385-386; Heise, *Being Empirical*, לעיל ה"ש בעמ' 21, 819.

אשר מוביל לכך שלאנשי סגל בפקולטות למשפטים משתלם כיום, יותר מבעבר, להצטרף למגמת ה-ELS.

בעניין ההכשרה, נדמה כי אנשי ה-ELS אינם מייחסים חשיבות רבה להכשרה ממוסדת ומעמיקה בשיטות מחקר, וחלקם מסתפקים בלימוד עצמי או בשימוש בשיטות מחקר בסיסיות שאינן מחייבות תחום מתודולוגי.<sup>45</sup> עם זאת, חלק משגשוגו של המחקר האמפירי של המשפט בא לידי ביטוי בפתיחות גוברת של הממסד האקדמי המשפטי לדיסציפלינות אחרות המצוידות בהכשרה אמפירית. פתיחות זו באה לידי ביטוי בגיוס אנשי סגל בעלי הכשרה במדעי החברה<sup>46</sup> ובשיתופי פעולה בין משפטנים לבין עמיתים מפקולטות אחרות.<sup>47</sup> כמו כן, מכיוון שאין מחקר אמפירי רב על המשפט, אנשי סגל המסוגלים להפיק מחקר כזה יכולים להתבלט בקלות יחסית במקורותם ובחדשנותם.<sup>48</sup> יתר על כן, מכיוון שרוב חברי הסגל בפקולטות למשפטים אינם מומחים בשיטות מחקר אמפיריות, אנשי סגל העוסקים במחקר אמפירי יכולים להיות מובילים בתחומם ובסביבתם.

לעניין המשאבים הכספיים, בשנים האחרונות החלו קרנות חיצוניות<sup>49</sup> וגופים פוליטיים ועסקיים<sup>50</sup> לתמוך במחקרים אמפיריים על המשפט, ופקולטות למשפטים מפנות משאבים למימון כתבי-עת וכנסים המוקדשים למחקר אמפירי ולהקמת מרכזי מחקר אמפירי פנים פקולטטיים.<sup>51</sup> ייתכן שיש זיקה בין הנדיבות הזו לבין נכונותו של ה-ELS להתמקד במשפט כשלעצמו ובתפקודו בהווה. התמקדות זו רלוונטית לגופים המעוניינים להשפיע על עיצוב המשפט העכשווי, וכן לפקולטות למשפטים שאינן מתעניינות במחקרים לשם פיתוח תיאוריות של מדעי החברה, אלא רותמות את מדעי החברה לשם פיתוח המשפט.

לעניין משאבי הזמן הנדרשים לשם ביצוע מחקר אמפירי, אלה צומצמו, ואי-הנחות פחתה, לפחות לגבי חלק מן החוקרים. בארצות-הברית הונגשו מאגרי מידע מקיפים הקשורים למשפט, והכל יכולים ליהנות כיום מתוכנות מחשב מתקדמות המאפשרות עיבודים וניתוחים סטטיסטיים.<sup>52</sup> זמינותם של מאגרי המידע ושל תוכנות המחשב מאפשרת לערוך מחקר אמפירי כ"מחקר-כורסה". החוקרים יכולים לשבת במשרדם ולסרוק ולנתח נתונים שלא הם שקדו על איסופם.<sup>53</sup> החיסכון במשאבים נובע גם מהוויתור של ה-ELS על שיטות

45 אייזנברג "המחקר האמפירי של המשפט", לעיל ה"ש 12.

46 Heise, *Past, Present and Future*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 828; Rachlinski, לעיל ה"ש 42.

47 Heise טען בשנת 1999 כי שיתופי פעולה בין אנשי סגל של פקולטות למשפטים לבין חברי סגל מפקולטות אחרות, שיכלו לתרום מהכשרתם האמפירית, אינם פרקטיקה מקובלת, וכי הנורמה היא שכל איש סגל מנהל את מחקריו לבד. ראו Heise, *Being Empirical*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 817. נורמה זו משתנה, וכיום יש לגיטימציה רבה יותר בפקולטות למשפטים לצוותי מחקר – עניין מקובל מאוד בפקולטות אחרות בכלל ובקרב חוקרים אמפיריים בפרט.

48 שם, בעמ' 822.

49 Heise, *Past, Present and Future*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 825.

50 Elizabeth Warren, *The Market for Data: The Changing Role of Social Science in Shaping the Law*, 2002 Wis. L. Rev. 1, 3 (2002).

51 Heise, *Past, Present and Future*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 825.

52 Rachlinski, לעיל ה"ש 42.

53 Heise, *Past, Present and Future*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 829-831.

מחקר איכותני, שהן יקרות בכסף ועוד יותר מכך בזמן בהשוואה לחלק משיטות המחקר הכמותניות.<sup>54</sup>

לעניין המניעים, כפי שהוזכר קודם, נדמה כי אנשי ה־ELS אינם מונעים על־ידי ערכים מסוימים ורצון להצדיק רפורמה משפטית כזו או אחרת. עם זאת, כאשר ממצאיהם רלוונטיים לדיון במשפט הרצוי, הם עשויים ליהנות מסיקור תקשורתי רחב יחסית שימקם אותם כמעצבי דעת־קהל אף יותר מחבריהם בעלי ההגניעה הערכית שמפרסמים מאמרים אטרקטיביים פחות מבחינת התקשורת. יתר על כן, נדמה שהמשפט הגובר של הזירה הציבורית ושל היחסים הבין־אישיים<sup>55</sup> מוביל לעניין גובר בהשפעתו של המשפט על המציאות. מתדיינים מציגים יותר מבעבר ממצאים אמפיריים לתמיכה בטיעוניהם, ושופטים נדרשים לממצאים כאלה להצדקת הכרעותיהם,<sup>56</sup> במיוחד לנוכח העניין התקשורתי הגובר בהחלטותיהם. בארצות־הברית שתדלנים (לוביסטים) ושולחיהם, כמו־גם חברי קונגרס, מזמינים כיום מחקרים אמפיריים אשר רלוונטיים ליוזמות חקיקה, וכך המחקר האמפירי של המשפט מסומן כתרומה חיונית לעיצוב סדר־היום של מעצבי המשפט.

ברור שהסברים המוצעים לעיל יכולים להיות מסובכ, ולא סיבה. למשל, ייתכן שנכונותן של פקולטות למשפטים להפנות משאבים למחקר אמפירי של המשפט נובעת מהצלחת ה־ELS, ולא אחד הגורמים לה, וייתכן שהחיסכון במשאבים היווה מניע לויתור של ה־ELS על שיטות מחקר איכותניות, ולא תוצאה משנית של ויתור זה. ייתכן גם, כמובן, שיש כאן מערך של משתנים המזינים זה את זה, או שהסיבות לצמיחת ה־ELS ולהצלחתו שונות לגמרי – למשל, משבר הזהות שהדיסציפלינה המשפטית חווה בשנים האחרונות<sup>57</sup> ותגובת־נגד המבקשת ליצור איים של ודאות בעידן פוסט־מודרני מבלבל; התרבות הנאר־ליברלית המבקשת להפוך את הכל למדיד,<sup>58</sup> ובפרט ההשראה מהצלחת ה"משפט וכלכלה" וההתפתחויות בתחום הקוראות להטמעה אמפירית;<sup>59</sup> או התחייה העכשווית של הריאליזם

54 לשם המחשה, ביצוע ראיון־עומק אחד מחייב איתור של המרואיין, קביעת מועד לריאיון, הגעה למקום הריאיון בתקווה שהמרואיין יגיע אף הוא (מה שלא תמיד קורה), ביצוע הריאיון במשך כשעתיים, חזרה ממקום הריאיון ותמלול מדויק של ההקלטה. את התמלול יכול לעשות גורם מקצועי במקום החוקרת, בהנחה שיש תקציב שיממן זאת, אולם את הריאיון האיכותני החוקרת צריכה לעשות בעצמה. זאת, בניגוד לסקר כמותי, שיכול להיעשות כולו על־ידי גורם מקצועי, שיפיק את הנתונים בעבור החוקרת. על מקומו המיוחד של החוקר באיסוף הנתונים במחקר איכותני ראו שקרי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 55–60.

55 רפנה הקר ונטע זיו "הקדמה" האם המשפט חשוב? 9 (רפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).  
56 Heise, *Past, Present and Future*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 831. על השימוש בממצאים אמפיריים בזירה השיפוטית ראו דניאל פיש "קביעת התנאים להוכחת עניינים מדעיים במשפט: פילוסופיה ולא מדע" המשפט טו 275 (2010).

57 Pierre Schlag, *Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening (A Report on the State of the Art)*, 97 *Geo. L.J.* 803, 804 (2009).

58 אני מודה לפרופ' מני מאוטנר על תרומתו לשתי ההשערות האחרונות. ראו גם ארץ אחרת – הכל מדיד: על מותם של "דברים שאין להם שיעור" 34 (במבי שלג עורכת, 2006).

59 Heise, *Past, Present and Future*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 827; Rachlinski, לעיל ה"ש 42.

המשפטי.<sup>60</sup> כפי שצוין לעיל, הסבר מדעי יחייב מחקר אמפירי. מכל מקום, סביר להניח כי לפחות חלק מהגורמים המפורטים כאן תרמו להקטנת התשומות והסיכונים שבעיסוק האמפירי של המשפט מתוך הפקולטות למשפטים ולהגדלת התמורה לעוסקים בתחום. יתר על כן, גורמים אלה תרמו כנראה גם לעיצוב מאפייניו של המחקר האמפירי העכשווי של המשפט בהתאם למאפייני ה-ELS שפורטו לעיל, קרי, כמחקר כמותני אשר מתמקד בהשפעתו של המשפט בהווה על המציאות ומכוון אל מעצבי המשפט בספרה הציבורית כקהל-יעד מרכזי.

## ד. שלוש הערות-אזהרה

מאפייניו של ה-ELS וזיקותיו לשדה המשפטי עלולים להוליד כשלים המחייבים מודעות והתמודדות. בחלק זה אבקש להעיר שלוש הערות-אזהרה לגבי התחזות לאמת, רדידות וויתור על הנורמטיבי, שעלולים לנבוע ממאפייני המגמה העכשווית של המחקר האמפירי של המשפט. הערות-אזהרה אלה קשורות זו לזו, ומובאות כאן באופן מובחן לשם הבהירות בלבד.<sup>61</sup> כמו-כן, אין ככוונתי לטעון כאן כי רק ה-ELS חשוף לסכנות של התחזות לאמת, רדידות וויתור על הנורמטיבי; נהפוך הוא, אני תקווה כי גם אלה מבין הקוראים הפועלים מתוך זרמים אחרים באקדמיה המשפטית ימצאו בהערות-אזהרה אלה עניין.

### 1. התחזות לאמת

למספרים יש דימוי של ייצוג מדויק ומושלם של המציאות.<sup>62</sup> אך זהו דימוי מוטעה, שכן מספרים, שהם אמצעי ביטוי מרכזי במחקר הכמותני והסטטיסטי של ה-ELS, מספרים למעשה, במקרים רבים, סיפור חלקי, מוטה או אף שגוי:

**חלקיות** – חלקיותו של המחקר האמפירי נובעת מכך שכל מערך מחקר יכול להקיף רק חלק מהתופעה הנחקרת. למשל, אם אנו מבקשים לחקור את מדיניות הענישה של בית-המשפט העליון בעברות צווארון לבן ואת הקשר בין מדיניות זו לבין זהות השופטים, סביר להניח שנבחר במדגם מייצג של פסקי-דין שניתנו בתחום למן קום המדינה, ומכאן שלא נקיף את כל פסקי-הדין. גם אם כל פסקי-הדין הרלוונטיים פורסמו ויש בידינו משאבים לאתר ולנתח את כולם, ניאלץ להגביל את מערך המחקר לתקופה מסוימת, שאם לא כן המחקר לא יסתיים לעולם, כי תמיד יפורסמו עוד ועוד פסקי-דין בגין עברות צווארון לבן. נוסף על כך, המדיניות המשפטית בקשר לעברות צווארון לבן מתגבשת גם בזירות אחרות,

60 Howard Erlanger, Bryant Garth, Jane Larson, Elizabeth Mertz, Victoria Nourse & David Wilkins, *Is It Time for a New Legal Realism?* 2005 Wis. L. Rev. 335 (2005)

61 פרופ' ג'ון דונוהו הציג בסמינר של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, שנערך ב-14.5.2007, מאמר המתייחס במשולב לחלק מן הממדים של שלוש הערות-האזהרה המובאות כאן, תוך התמקדות בכלי מחקר אקונומטריים ובשימוש בהם בעיצוב רפורמות משפטיות. ראו: John Donohue, *Can You Believe Econometric Evaluations of Law, Policy and Medicine?* (2008), [www.hertig.ethz.ch/LE\\_2008\\_files/Papers/Donohue\\_Empirical\\_2008.pdf](http://www.hertig.ethz.ch/LE_2008_files/Papers/Donohue_Empirical_2008.pdf)

62 Neumann & Krieger, לעיל ה"ש 15, בעמ' 382.

דוגמת המשטרה, הפרקליטות וערכאות נמוכות. עצם התמקדותה של שאלת המחקר בבית־ המשפט העליון היא בגדר ויתור על היומרה לחקור את התופעה כולה. כך, כל מערך מחקר צריך לסמן גבולות – של עניין, של זמן, של מקום ושל נפח.

החלקיות של בירור התופעה בולטת במיוחד לנוכח מגבלותיהם של כלי המחקר הכמותניים. בעוד כלי מחקר כמותניים יכולים על־פי־רוב לענות על השאלה "מה", הם מתקשים לענות על השאלה "למה".<sup>63</sup> כך, בדוגמה שהוצגה, המחקר הכמותני יוכל אולי לחשוף מתאם סטטיסטי בין חומרת הענישה לבין זהות השופטים, אך ניוותר עדיין עם השאלה מדוע שופטים אלה מחמירים ואילו שופטים אחרים מקילים, ומהי הדינמיקה השיפוטית – הקשורה למדיניות ענישה – המתחוללת מאחורי הקלעים של פסקי־דין המתגבשים בהרכב של שלושה שופטים לפחות. שאלות אלה ניתן לנסות לברר בכלים איכותניים, שיכללו ראיונות־עומק עם השופטים. אך גם כלים איכותניים סובלים מחלקיות מובנת. לא רק שהם מתקשים לענות על השאלה "מה" בהעדר מדגם מייצג,<sup>64</sup> גם יתרונם היחסי במענה על ה"למה" מוגבל. בדוגמה כאן, המחקר האיכותני יהיה בהכרח חלקי מכיוון שחלק מהשופטים הלכו לעולמם, ואין ערובה שכל הנותרים בחיים יקבלו את אישורה של מערכת המשפט ליטול חלק במחקר,<sup>65</sup> יסכימו להתראיין ויהיו גלויים במהלך הריאיון. בוודאי קשה לדמיין את השופטים פותחים לפני החוקרת את לשכותיהם כדי שתוכל לצפות בהתייחסויות־הגומלין ביניהם, ואולי גם ביניהם לבין המתמחים והעוזרים המשפטיים, בתהליך כתיבתו של פסק־הדין.

הטיה – ההטיה של המחקר האמפירי נובעת מכך שאי־אפשר לערוך מחקר אובייקטיבי לחלוטין. עצם הגדרתה של שאלת המחקר – קרי, הבחירה לבחון תופעה זו ולא אחרת, מזוותת זו ולא אחרת – כמו־גם הבחירה בכלי המחקר, דרך הניתוח וגזירת המסקנות מהמחקר מושפעות כולן מגורמים סובייקטיביים.<sup>66</sup> גורמים אלה כוללים, בין היתר, את העניין האישי של החוקרת ועמדתה האונטולוגית, האפיסטמולוגית והמתודולוגית, את הפשרות שהיא עושה לנוכח המשאבים העומדים לרשותה,<sup>67</sup> ואת ההכרעות שהיא מקבלת לאור דרכי השיפוט וההערכה של הקהילה המדעית שאליה היא משתייכת.

טעות – במחקר אמפירי ייתכנו שגיאות, היכולות לנבוע מכמה מקורות. מקור אחד הוא טעויות־אנוש, כגון ספירה שגויה, הזנת נתונים שגויה או פרשנות שגויה של הממצאים. מקור אחר הוא סטייה של כלי המדידה, הנובעת, למשל, מנוסחה סטטיסטית לא־מדויקת או מקטגוריות קידוד חופפות. שגיאות אלה פוגעות הן בתוקפו של המחקר (המדד שאמור להבטיח כי מה שנצפה הוא אכן מה שהתרחש) והן במהימנותו (המדד שאמור להבטיח כי אם נחזור על מערך המחקר, נגיע לאותן תוצאות). במחקרים איכותניים, שבהם החוקר הוא

Lee E. Teitelbaum, *An Overview of Law and Social Research*, 35 J. LEGAL EDUC. 465, 63  
471 (1985).

שם. 64

בג"ץ 2491/02 בן ארי נ' מנהל בתי המשפט, דינים־עליון סב 105 (2002). 65

Teitelbaum, לעיל ה"ש 63, בעמ' 477. 66

Jack Goldsmith & Adrian Vermeule, *Empirical Methodology and Legal Scholarship*, 67  
69 U. CHI. L. REV. 153 (2002).

כלי המחקר המרכזי, יש סכנה לטעויות־אנוש רבות, וקשה להבטיח תוקף ומהימנות.<sup>68</sup> אך גם כלי מחקר כמותניים אינם חסינים מפני טעויות ובעיות של תוקף ומהימנות. למשל, יש ספקות באשר למשמעות המדעית של רגרסיות שונות,<sup>69</sup> של מחקרים ניסוייים על התנהגות אנושית הנערכים בתנאי מעבדה<sup>70</sup> וכן של סקרים,<sup>71</sup> אשר בכולם נעשה שימוש גם במחקרים אמפיריים של המשפט.<sup>72</sup>

המודעות לחלקיותו של המחקר ולסכנות ההטיה והטעות מובילה לזהירות בקרב הקהילה המדעית שאינה מקרב המשפט. גם כאשר מתקבלים ממצאי המחקר, החוקרים אינם ממהרים להכריז כי גילו את האמת. במקום זאת הם מנסים לפרסם את ממצאיהם בכתב־עת, אשר מוציא את המאמר לפני פרסומו לשיפוט אנונימי של מומחים בתחום. המאמר חייב לכלול תיאור מפורט של המתודולוגיה ושל הממצאים, כדי שיהיה אפשר לשפוט את תוקפו ואת מהימנותו של המחקר או את מידת האמון שיש לתת בו. יתר על כן, החוקרים חושפים במאמר את מגבלות המחקר שערכו, וקוראים לביצוע מחקרים נוספים – בכלי מחקר דומים או שונים, על אותה שדה או על שדות נוספים – אשר יבחנו את המסקנות שהוסקו מן המחקר. רק אם אכן ייערכו מחקרים נוספים ומהימנים שיאששו את הממצאים, יהיה אפשר לקבוע כי אכן התגלתה עובדה אמיתית על העולם.<sup>73</sup>

יש הטוענים כי הקהילה המשפטית העורכת מחקרים אמפיריים אינה שותפה לזהירות הנהוגה בקהילה המדעית בקשר לגילוי האמת. חוסר הזהירות של אנשי המשפט העורכים מחקרים אמפיריים בא לידי ביטוי בהפרה של הכללים המתודולוגיים שפותחו כדי למזער את סכנות ההטיה והטעות. לי אפשטיין (Epstein) וגרי קינג (King) בחנו את כל המאמרים האמפיריים שפורסמו בשישה כתיב־עת משפטיים מובילים בארצות־הברית בשנים 1995–2000, ולטענתם אין מאמר אחד שאינו סובל מפגמים מתודולוגיים.<sup>74</sup> גם דבורה רוד

68 ראו שקדי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 227–242. חוקרים איכותניים פיתחו מערכת מושגים חלופית למושגים "תוקף" ו"מהימנות" הנהוגים במחקר הכמותני. מערכת מושגים זו מבקשת להבטיח מחקר אמין, ומשתמשת במושגים דוגמת "trustworthiness", "credibility", "transferability" ו"dependability". ראו: Egon G. Guba & Yvonna S. Lincoln, *Epistemological and Methodological Bases of Naturalistic Inquiry*, 30(4) EDUC. TECH. RES. & DEV. 233 (1982).

69 Eisenberg, *Empirical Methods*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 667; Stewart Macaulay, *Law and the Behavioral Sciences: Is There Any There There?* 6 LAW & POL'Y 149, 159–160 (1984).

70 Macaulay, שם, בעמ' 158; Neumann & Krieger, לעיל ה"ש 15, בעמ' 375.

71 שם, בעמ' 377.

72 לפירוט על כלי מחקר אמפיריים שונים המשמשים חוקרי משפט ראו Willging, לעיל ה"ש 4; Seidman Diamond, לעיל ה"ש 11; Monahan & Walker, *Cases and Materials*, לעיל ה"ש 10.

73 Neumann & Krieger, לעיל ה"ש 15, בעמ' 352.

74 Lee Epstein & Gary King, *The Rules of Inference*, 69 U. CHI. L. REV. 1 (2002).

(Rhode) טוענת כי מחקרים אמפיריים הנושאים מתוך פקולטות למשפטים נוטים לרשלנות מתודולוגית, שכוללת טכניקות סקרים פגומות ומדגמים לא־מייצגים.<sup>75</sup> רוד מתייחסת גם להיבט נוסף וחמור לא פחות של חוסר הזהירות של משפטנים העוסקים במחקר, והוא הסקת מסקנות גורפות ממחקרים חלקיים וראשוניים.<sup>76</sup> כאן מדובר לא רק בחוסר הזהירות של מי שערך את המחקר, אלא גם בחוסר הזהירות של משפטנים שמצטטים מחקרים של אחרים. ריצ'רד ניומן (Neumann) וסטפן קריגר (Krieger) טוענים כי משפטנים נוטים להתייחס לממצאים אמפיריים כאל נתונים חד־משמעיים וסופיים, ומקישים ממחקר מסוים על מכלול נסיבות שטרם נבדקו. הם מתעלמים מחלקיותם של הממצאים, מקיומם של השערות וממצאים סותרים, ומכך שצבירת ידע אמפירי היא תהליך ארוך ורב־שלבי.<sup>77</sup> לטענתם, נטייה זו נובעת, בראש ובראשונה, מההביטוס המשפטי, שבמרכזו מהלך רטורי של הוכחת טענה, ומהבלבול בין הוכחת משהו במובן המשפטי לבין ידיעתו במובן המדעי.<sup>78</sup>

## 2. רדידות

הרצון לערוך מחקר אמפירי חרף הקשיים הכרוכים בכך, שפורטו בחלקו השלישי של המאמר, עלולים להוביל לרדידות מחקרית:

חקר של הנגיש ביותר – הנגשתם של מאגרי מידע ממוחשבים הקשורים למשפט מובילה לעריכת מחקרים העושים בהם שימוש במקום מחקרים המצריכים עבודת איסוף נתונים עצמאית. מכיוון שמאגרי המידע עוסקים רק בחלק מהסוגיות ומהנושאים המשפטיים, נוצרת הטיה אל עבר חקר הנגיש.<sup>79</sup> הנגיש הוא לא רק חלקי מאוד, אלא גם לא בהכרח המעניין ביותר או החשוב ביותר.<sup>80</sup> הסוגיות המחייבות בחינה של הנעלם מן העין, של העובדות שאולי יש מי שרוצה להעלים, של חי היומיום המשפטיים ושל סוגיות משפטיות שאי־אפשר לקודד למאגר מידע או שאינן נחשבות ראויות למאגר מידע, עלולות להיוותר מחוץ לטווח המחקרי של ה־ELS.

חוסר תחכום אמפירי – העדר הכשרה בשיטות מחקר בפקולטות למשפטים הוא סיבה נוספת לקיומם של מחקרים אמפיריים גרועים של משפטנים, כמתואר לעיל. העדר ההכשרה הוא גם גורם נוסף לנטייתם של צרכני הממצאים האמפיריים על המשפט להסיק מסקנות גורפות שאינן מעוגנות בממצאים, כפי שכבר צוין לעיל. אך ההכשרה משפטית שאינה כוללת היכרות עם כלי מחקר אמפיריים ופיתוח שליטה בהם יש השלכות נוספות. היא עלולה להוביל לשימוש בכלי מחקר פשוטים יחסית, דוגמת סטטיסטיקה תיאורית, ולהימנעות מניתוחים מתודולוגיים מורכבים. היא גם גורמת לכך שחלק מן המשפטנים מסרבים לייחס למחקר

75 Rhode, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1343.

76 שם.

77 Neumann & Krieger, לעיל ה"ש 15.

78 שם. ראו גם Teitelbaum, לעיל ה"ש 63, בעמ' 465.

79 Heise, Past, Present and Future, לעיל ה"ש 12, בעמ' 826; אייזנברג "המחקר האמפירי של המשפט", לעיל ה"ש 12.

80 Macaulay, לעיל ה"ש 69, בעמ' 163.

האמפירי ערך כלשהו.<sup>81</sup> לבסוף, היא עלולה גם להוביל לנתק בין העוסקים במחקר אמפירי לבין שאר הקהילה המשפטית, שאינה יכולה לשפוט את עבודתם ולעיתים אפילו להבינה. מחקרים סחירים וקליטים – אליזבת וורן (Warren) טוענת כי הביקוש הגובר בקרב קובעי מדיניות וגופים עסקיים לממצאים אמפיריים הקשורים למשפט הפך את המחקרים האמפיריים למצרך משתלם ואת החוקרים האמפיריים לשכירי-חרב. יש חוקרים ואוניברסיטות המוכנים לערוך מחקר מוזמן בעבור גופים חיצוניים. בכך, לטענת וורן, הם מאבדים את עצמאותם האקדמית ומחלישים את יכולת ההשפעה של מחקרים אמפיריים שנעשו במנותק מכוחות השוק. זאת ועוד, מסחרורו של המחקר האמפירי של המשפט פוטר את הפקולטות למשפטים מאחריותן לממן מחקרים, ומותיר את החוקרים המסרבים לשתף פעולה עם כוחות השוק ללא יכולת לעשות את עבודתם האמפירית או במרדף בלתי-פוסק אחר מקורות מימון שאינם מתנים את מענקי המחקר בקביעת מטרותיו ובשליטה בתוצריו.<sup>82</sup>

כבר בשנת 1998 הזהירו אוסטין סָרַט וסוזן סילבי (Sarat & Silbey) מפני השפעותיו של "קהל המדיניות" על המחקר האמפירי של המשפט, אך מזוויית שונה מזו של וורן. הם הצביעו על הוויתור שחוקרים אמפיריים של המשפט מוכנים לעשות כדי ליהפך לאטרקטיביים בעיני קובעי המדיניות. ויתור זה כולל נכונות להתייחס לממצאים אמפיריים כאילו הם האמת, כפי שתואר לעיל, וגם התעסקות רק בנושאים שמעניינים את קובעי המדיניות, ויתור על שיטות מחקר לא-פוזיטיביסטיות, שאינן נחשבות "מדע" בעיני קובעי המדיניות, ויתור על רפלקסיביות באשר לממדים הפוליטיים של המחקר. ויתורים אלה מותירים את המחקר האמפירי של המשפט רדוד ומרוקן מהעושר שיכול לנבוע ממחקר אמפירי ביקורתי, פרשני, מודע ופלורליסטי.<sup>83</sup>

על טענות אלה ניתן להוסיף את סכנת הרידוד הטמונה בהתנהלות אל מול התקשורת. התקשורת אינה מתעניינת במיוחד בניתוחים מורכבים, ועל-כן פעמים רבות כאשר היא מתייחסת למחקרים אמפיריים היא מעוותת אותם. קיים מתח בין אופיים העכשווי של רוב כלי התקשורת, אשר מתמקדים ב"כאן ועכשיו" ומוותרים על תחקירי-עומק ועל דיווח מתוחכם כדי לשרוד בשוק תחרותי, לבין מחקר הכולל מערך מחקר מורכב וממצאים עשירים, שנמצא בדיאלוג מתמשך עם מחקרים מן העבר ועם מחקרים עתידיים, ואשר מודע למגבלותיו.<sup>84</sup> הצלחתו של ה-ELS בזירה התקשורתית, המתוארת במאמרו של אייזנברג בחוברת זו, מעוררת את התהייה אם החוקרים האמפיריים העכשוויים של המשפט הצליחו לחנך את התקשורת לדווח באופן מעמיק, מורכב ומדויק על הממצאים האמפיריים, או שמא הם עצמם מוותרים על המורכבות – אם מראש בעת עריכת המחקר ואם בדיעבד בעת הדיווח עליו – כדי להתאים לדרישותיה של הזירה התקשורתית.

81 Warren, לעיל ה"ש 50, בעמ' 39-41.

82 שם, בעמ' 27.

83 Austin Sarat & Sudan Silbey, *The Pull of the Policy Audience*, 10 LAW & POL'Y 97 (1998).

84 Rhode, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1347.



### 3. ויתור על הנורמטיבי

הערת־האזהרה האחרונה שאבקש להעלות ביחס ל־ELS קשורה למהותה של הדיסציפלינה המשפטית. כפי שפירטתי במקום אחר,<sup>85</sup> אני שותפה לעמדתה של רובין וסט (West) שתפקידה המרכזי של האקדמיה המשפטית הוא מתן מענה לשלוש שאלות: מהו המשפט הקיים? מדוע המשפט הקיים הוא כפי שהוא? ומה צריך להיות המשפט כדי שהחברה תהיה הומנית יותר?<sup>86</sup> ה־ELS אינו מתעניין בשאלה הראשונה במובנה הפורמליסטי, הנענה על־ידי המחקר הדוקטרינרי. אך זרם זה תורם בהחלט להבנת השאלה הראשונה על־ידי בחינת המשפט בפעולה, במובחן מהמשפט על־י ספר.<sup>87</sup> התמקדותו של ה־ELS במשפט בפעולה מובילה גם לתרומה למענה לשאלה השנייה, אם כי – כפי שנטען קודם – בעיקר במיפוי המתאמים הסטטיסטיים והקשרים הסיבתיים שבין המשפט לבין המציאות החברתית, ופחות במתן הסברים למתאמים ולקשרים הללו. הערת־האזהרה האחרונה סבה סביב הזיקות והעדר הזיקות שבין ה־ELS לשאלה השלישית.

הרי קלוון נותן דוגמה מצוינת הממחישה את מגבלות התרומה של המחקר האמפירי לדיון הנורמטיבי במשפט. לטענתו, השאלה אם להתיר עונש מוות אם לאו, שהוצגה קודם, לא תוכרע על־פי ממצאים לגבי יכולת ההרתעה של עונש מוות,<sup>88</sup> על־פי סקרים שיתעדו את דעת־הקהל בקשר לסוג העונש הזה, על־פי נתונים שילמדו על הקשיים שעונש המוות גורם בבחירת חבר־מושבעים מייצג, או על־פי נתונים שילמדו על "המדגם" של אלה שאכן הוצאו להורג מבין כל אלה שיכלו להיות מוצאים להורג על־פי חוק. בלב־ליבה של ההכרעה אם לאפשר עונש מוות אם לאו, אומר קלוון, מצוי הקושי המוסרי שברציחת אדם בדם קר ובכוונה תחילה. לטענתו, אסור שהמשפט יתפוס את הקורפוס הרלוונטי להכרעה מסוג זה כקורפוס האמפירי בלבד, ויוותר על שיפוטיות ערכית לטובת עובדות. ידע אמפירי יכול לתרום תרומה מכרעת לדיון בשאלה השלישית – שאלת המשפט הרצוי – על־ידי הצבעה על תופעה שיש לה רלוונטיות משפטית ואשר הדעת לא ניתנה לה עדיין. הוא גם יכול להביא לידי צמצום המחלוקות באשר למצב העובדתי, ולהצביע על קשרים בין משתנים רלוונטיים להכרעה הנורמטיבית.<sup>89</sup> יש לזכור עם זאת, כפי שדניס פטרסון (Patterson) מסביר, כי יש הברדל בין ידיעת העובדות לבין הידיעה מה לעשות איתן.<sup>90</sup>

העובדה שממילא אי־אפשר לעצב את המשפט רק על בסיס ידע אמפירי עלולה להוביל לויתור של אנשי ה־ELS על הדיון הנורמטיבי במשפט הרצוי. הדים לויתור זה ניתן למצוא בסירובה של קהילה זו להתעמת עם ההיבטים הערכיים של עבודתה ועם הטענה

85 Hacker, לעיל ה"ש 17.

86 Robin West, *A Reply to Pierre*, 97 GEO. L.J. 865 (2009).

87 Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910).

88 על מגבלותיהם של מחקרים אמפיריים העוסקים בגורם ההרתעה של עונש המוות ראו: John

Donohue & Justin J. Wolfers, *Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate*, 58 STAN. L. REV. 791 (2005).

89 Kalven Jr., לעיל ה"ש 1, בעמ' 67. ראו גם Rachlinski, לעיל ה"ש 42.

90 Dennis Patterson, *The Limits of Empiricism: What Facts Tell Us*, 98 MICH. L. REV. 2738 (2000).

של אנשי ה-ELS, שהובאה לעיל, כי המחקר האמפירי של המשפט "רק" מספק נתונים אובייקטיביים למקבלי ההחלטות. ויתור כזה הוא בעייתי הן משום שיש למחקר האמפירי היבטים פוליטיים וערכיים, כפי שיש לכל מחקר, ובוודאי לכה שמבקש להשפיע על קובעי מדיניות, והן משום שחלק מעבודתם של אקדמאים משפטיים צריך לתת כאמור מענה לשאלה השלישית – הנורמטיבית. מסוכנות לא פחות הן האפשרויות שבמקום לוותר על הנורמטיבי, במוכן של אי-עיסוק בו, ישווקו אנשי ה-ELS את הידע האמפירי כ"אמת" שעל-פיה יש לעצב את המשפט הראוי – וכאן יש לזכור גם את הערת-האזהרה הראשונה בדבר ההתחזות לאמת – ושמעצבי המשפט יסתתרו מאחורי ממצאים אמפיריים כדי להסוות את הממדים הערכיים והפוליטיים של הכרעותיהם.<sup>91</sup>

## ה. שלושה אמצעי זהירות ועצה מהותית אחת

הקשיים הכרוכים בביצוע מחקרים אמפיריים, שפורטו בחלק השלישי של המאמר, יחד עם הערות-האזהרה, שהובאו בחלקו הרביעי, עלולים להוביל למסקנה כי אין הצדקה לפיתוח מחקר אמפירי של המשפט בתוך פקולטות למשפטים. אני סבורה כי מסקנה זו שגויה. בעזרת ההצעות לאמצעי זהירות שיובאו להלן אני מבקשת לשרטט שביל-ביניים, כעצתו של קלוון, ולטעון כי פקולטות למשפטים צריכות להשקיע את שנדרש כדי שהמחקר האמפירי של המשפט במוכנו הרחב לא יהיה כרוך בקשיים רבים כל-כך, וכדי שהוא יוכל להתגבר בהצלחה על הכשלים הפוטנציאליים הטמונים במגמה העכשווית, שתוארו לעיל.

### 1. אתיקה

הדיון בתוך האקדמיה המשפטית לגבי שיטות מחקר אמפיריות נמצא בחיתוליו.<sup>92</sup> במיוחד נעדר מהאקדמיה המשפטית הדיון הער באתיקה של מחקר אמפירי, המתקיים בדיסציפלינות אחרות.<sup>93</sup> לא מצאתי ולו מאמר אחד העוסק בהיבטים האתיים של ה-ELS, ובספר הלימוד שהוזכר לעיל המילה Ethics אף אינה מופיעה במפתח העניינים. ככל שמחקר אמפירי של המשפט מתפתח בתוך פקולטות למשפטים כן גוברת הדחיפות בעיצוב קוד אתי למחקר אמפירי משפטי, כפי שעוצב בקשר למחקרים אמפיריים בדיסציפלינות אחרות.<sup>94</sup> תפקידו של הקוד האתי, בראש ובראשונה, להנחות את החוקרים באשר לסטנדרטים הנורמטיביים המצופים מהם בעבודת המחקר. הקוד האתי צריך לכלול, בין היתר, הנחיות בקשר לביצוע מחקרים מוזמנים, לרבות איסור גניזת ממצאים שאינם נוחים לגוף המזמין; איסור פגיעה בנחקרים; הנחיות בדבר הצורך בשקיפות המחקר ובחשיפתו

91 ראו את מאמרה של שילה ג'סנוף שהוצג בסמינר של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב שנערך ב־4.1.2010: Sites and Practices (לא פורסם) (עותק שמור במערכת עיוני משפט).

92 Epstein & King, לעיל ה"ש 74, בעמ' 6.

93 ראו, למשל, אתיקה במחקר (רות לנדאו וגבי שפיר עורכים, התס"ז).

94 ראו, למשל, הקוד האתי של האגודה הסוציולוגית האמריקנית – [www.asanet.org/about/](http://www.asanet.org/about/) .ethics.cfm

לשיפוט; ואיסור עריכת מחקר שלחוקר אין מיומנות לבצעו. אך יותר מכך, הקוד צריך להוות מנוף ליצירת שיח אתי רחב יותר מאשר כללי "אסור ומותר", שבליבו ערכי הצניעות וההגינות.<sup>95</sup> על אנשי המשפט העוסקים במחקר אמפירי להמיר את ההביטוס של עורך-הדין, המגייס כל טיעון שיכול לשרת את לקוחו כ"אמת", בהביטוס המדעי, שנוקט זהירות רבה לפני הצהרה על דבר-מה כ"אמת", ואשר רואה את עבודת המחקר הספציפית כחלק מפרויקט של הקהילה המדעית כולה.<sup>96</sup>

הקוד האתי צריך להיות מלווה על-ידי ועדות אתיקה, שיהוו כתובת לפניו של חוקרים המתלבטים בסוגיות אתיות הקשורות למחקרם. על ועדות האתיקה – בין שיהיו פקולטטיות<sup>97</sup> ובין שיפעלו מטעם ארגון-גג של חוקרים אמפיריים של המשפט<sup>98</sup> – להוות גם גורם מחנך היוזם דיונים אתיים. בין היתר יש מקום לדיונים על הקשר בין אנשי אקדמיה לבין כלי התקשורת, ועל חובת ההנגשה של ממצאי המחקרים האמפיריים על המשפט לציבור הרחב בצורה אחראית.<sup>99</sup> דיונים כאלה יתרמו להיווצרות קהילה של חוקרי משפט אמפיריים אשר מחויבים למחקר מקצועי והגון ומודעים למגבלות מחקריהם.

## 2. פתיחות למחקר איכותני

כפי שתואר לעיל, ההגדרה של מחקר אמפירי כוללת גם כלי מחקר איכותניים, אך ה-ELS בחר לוותר עליהם. קוצר היריעה אינו מאפשר הצגה נרחבת של שיטות מחקר איכותניות, אך כפי שכבר הוזכר, כלי מחקר איכותניים – הכוללים, בין היתר, אתנוגרפיה, ראיון-עומק, תצפית, וניתוח ארטיפקטים<sup>100</sup> – יכולים לענות על שאלת ה"למה" טוב יותר מאשר כלי מחקר כמותניים, ולספק תמונה עשירה יותר של המציאות המשפטית הנחקרת.<sup>101</sup> פסילה של כלי מחקר כאלה מראש מצמצמת את טווח השאלות שה-ELS יכול לענות עליהן ואת הפוטנציאל הטמון בו להבנת המשפט בפעולה.

- 
- 95 ראו בקוד שלעיל עקרונות A ו-B בעקרונות הכלליים, העוסקים במודעותם של החוקרים למגבלותיהם ובמחויבותם להגינות. ראו גם Donohue, לעיל ה"ש 61.
- 96 Epstein & King, לעיל ה"ש 74, בעמ' 9.
- 97 ועדות אתיקה של פקולטות למשפטים יוכלו להיעזר בוועדות האתיקה האוניברסיטאיות, אך לטעמי אי-אפשר להסתפק באחרונות. יש צורך בוועדות המתמחות בהיבטים האתיים של מחקרים אמפיריים של המשפט. מכיוון שוועדות האתיקה האוניברסיטאיות ממלאות את התפקיד המפקח והמעניש, יש לייחד לדעת לווועדות הפקולטטיות תפקיד מיעוץ ומחנך, שאינו כולל הליך משמעותי.
- 98 ארגון כזה טרם הוקם, אך תהליכי המיסוד המואצים של ה-ELS יאפשרו בהחלט הקמה של ארגון כזה, אם כארגון עצמאי ואם כמחלקה באגודה האמריקנית למשפט וחברה, למשל.
- 99 Warren, לעיל ה"ש 50, בעמ' 31-32.
- 100 ראו שקדי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 25-30; צבר בן-יהושע, לעיל ה"ש 6; מסורות וזרמים במחקר האיכותני, לעיל ה"ש 4. למאמרים נוספים הסוקרים כלי מחקר איכותניים שונים ראו, למשל: COLLECTING AND INTERPRETING QUALITATIVE MATERIALS (Norman K. Denzin & Yvonna S. Lincoln eds., 2008).
- 101 Goldsmith & Vermeule, לעיל ה"ש 67, בעמ' 159-160; Teitelbaum, לעיל ה"ש 63, בעמ' 469-472.

גם אם אנשי ה-ELS חוששים מפריצת גבולותיה של התפיסה הפוזיטיביסטית של המדע המאפיינת אותם,<sup>102</sup> יש מקום, לכל-הפחות, לגלות פתיחות לאותו חלק במחקר האיכותני המבקש לפתח תיאוריה כללית מעבודת שדה מעמיקה ושיטתית,<sup>103</sup> ובוודאי לשיטות מחקר המשלבות כלי מחקר כמותניים ואיכותניים.<sup>104</sup> יתר על כן, יש מקרים שבהם דווקא ההתעמקות בחקר מקרה אחד או בכמה מקרים יחידים מאפשרת חילוץ של זיקות בין משתנים שמחקר סטטיסטי אינו יכול לחשוף.<sup>105</sup> גם שיטות מחקר "רכות" יותר, כגון ניתוח נרטיבי, יכולות לחשוף רובדי משמעות ששום מערך משתנים מוגדר מראש ואף נוסחה סטטיסטית לא יצליחו לתאר ולנתח.<sup>106</sup> כאן גם יכול לבוא לידי ביטוי היתרון היחסי של המשפטים, אשר מורגלים בהתעמקות במקרה אחד, מתמחים ביצירת נרטיבים ולכן יכולים ליהפך למומחים בחילוצם, ומורגלים בפירוק טקסטים ובהרכבתם מחדש. אנשי ה-ELS צריכים להתייחס למחקרים איכותניים כאלה לכל-הפחות כאל פילוטים למחקרים כמותניים עתידיים וכאל בקרים המעוררים שאלות לגבי מגבלותיו של המחקר הכמותני. דיאלוג עם חוקרים איכותניים של המשפט יועיל לאנשי ה-ELS גם מכיוון שהמחקר האיכותני מצטיין בדיון בהיבטים האתיים של המחקר וברפלקסיביות לגבי הממדים הפוליטיים של המחקר<sup>107</sup> – שני היבטים אשר חסרים כאמור בזירת ה-ELS.

### 3. משאבים והכשרה

אם האקדמיה המשפטית רוצה שהמחקר האמפירי של המשפט ייהפך לחלק בלתי-נפרד מהדיסציפלינה המשפטית, ויהיה מחקר מצטיין מבחינה מתודית, היא צריכה להקצות את המשאבים הדרושים לכך. המשאבים העיקריים צריכים להיות מופנים להכשרה בשיטות מחקר ולתמיכה במחקרים אמפיריים.

הכשרה בשיטות מחקר דרושה קודם-כל לאלה העוסקים בביצוע מחקרים אמפיריים. ההכשרה לקבוצה זו צריכה לחרוג מקורסים בסיסיים בשיטות מחקר, ולכלול חשיפה למגוון של מתודות כמותניות ואיכותניות מתקדמות. כאן יש מקום לשיטות פיעולה עם פקולטות המציעות לתלמידי המחקר שלהן קורסים מתקדמים בשיטות מחקר ותמיכה בקורסים כאלה בתמורה למתן מקומות בהם לסטודנטים מתקדמים ולאנשי סגל מפקולטות למשפטים. הפקולטות למשפטים עצמן צריכות להציע קורסים בסיסיים בשיטות מחקר אמפיריות, אשר חשובים גם למי שאינו עורך מחקרים אמפיריים בעצמו.<sup>108</sup> תלמידי משפטים צריכים

102 Chambliss, לעיל ה"ש 18, בעמ' 25.

103 ראו, לדוגמה, גבתון, לעיל ה"ש 4.

104 ראו Hesse-Biber, לעיל ה"ש 7.

105 Goldsmith & Vermeule, לעיל ה"ש 67, בעמ' 159. על המתודולוגיה של חקר מקרה ראו מרגלית יוספון "חקר מקרה" מסורות וזרמים במחקר האיכותני, לעיל ה"ש 4, 257.

106 ראו מחקר נרטיבי: תיאוריה, יצירה ופרשנות (רבקה תובל-משיח וגבריאלה ספקטור-מרזל עורכות, 2010).

107 למשל, Sarat & Silbey, לעיל ה"ש 83.

108 יש פקולטות למשפטים שהחלו בשנים האחרונות להציע קורסי-בחירה בשיטות מחקר. הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב, למשל, מציעה זה כמה שנים קורס בסטטיסטיקה משפטית וקורס בשיטות מחקר איכותניות.

לרכוש הבנה בסיסית בשיטות מחקר גם כדי להיות צרכנים מושכלים של מחקר אמפירי – אם כעורכי־דין, הנדרשים לא פעם להציג ממצאים אמפיריים בשם לקוחותיהם ולהגיב על ממצאים כאלה שהוגשו לבית־המשפט על־ידי הצד האחר,<sup>109</sup> ואם כמעצבי משפט ברשויות השופטת, המחקקת והמבצעת וכן בארגונים לבר־מדינתיים.<sup>110</sup> מי שבוחר להישאר באקדמיה צריך לרכוש הבנה בסיסית בשיטות מחקר כדי להחליט אם ברצונו לערוך מחקרים אמפיריים, וכדי להיות מסוגל להבין, לשפוט ולעשות שימוש מושכל במחקרים אמפיריים של אחרים.<sup>111</sup> שילוב של קורסים בשיטות מחקר במסגרת לימודי המשפטים גם יאפשר לסטודנטים הפועלים במערכות כתבי־עת של פקולטות למשפטים להתייחס בצורה מקצועית יותר למאמרים אמפיריים המוגשים למערכת, ובכלל זה להכיר בצורך להפנות אותם לשיפוט חיצוני – פרוצדורה שאינה מקובלת כאמור בכתבי־עת משפטיים בארצות־הברית.<sup>112</sup>

תמיכה במחקרים אמפיריים יכולה להתבטא באופן ישיר, אם במענקי מחקר פקולטטיים ואוניברסיטאיים ואם ברכישת חומרה ותוכנה נדרשות,<sup>113</sup> או באופן עקיף, בדרך של סיוע לחברי סגל בגיוס משאבים חיצוניים. אפשר לספק משאבי זמן לחברי סגל שעורכים מחקרים אמפיריים, על־ידי הקצאת סגל מנהלי תומך, מימון של עוזרי־מחקר וכן דחייה של חובות או ציפיות פקולטטיות לתקופות שבהן החוקרים אינם מעורבים בביצוע מחקר אמפירי תובעני.<sup>114</sup> סוג של תמיכה שיחוסך גם משאבים כלכליים וגם משאבי זמן מסגל העורך מחקר אמפירי של המשפט הוא מימון שעות ייעוץ ועבודה של סטטיסטיקאים, כפי שנהוג בפקולטות שבהן חלק ניכר מאנשי הסגל עורכים מחקר סטטיסטי.<sup>115</sup>

#### 4. התעקשות על הנורמטיבי

אסיים חלק זה של המאמר בעצה מהותית אחת למשפטנים מהאקדמיה העוסקים במחקר אמפירי של המשפט: אל תוותרו על המימד הנורמטיבי של עבודתכם. מובן שיש ערך למחקר אמפירי על המשפט גם ללא עיסוק בהיבטים הנורמטיביים של הסוגיה הנחקרת. כאמור, מחקר אמפירי של המשפט יכול להעלות לפני השטח תופעה סוציו־משפטית שלא הייתה ידועה קודם, ולהותיר לאחרים את השאלה אם הידיעה החדשה צריכה להוביל לשינוי החוק הקיים אם לאו.<sup>116</sup> עם זאת, היתרון היחסי של משפטנים באקדמיה על

109 Neumann & Krieger, לעיל ה"ש 15, בעמ' 395.

110 Epstein & King, לעיל ה"ש 74, בעמ' 12.

111 Lawless, Robbennolt & Ulen, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1.

112 אני סבורה כי שיפוט חיצוני מועיל לכל מאמר משפטי, ולא רק לכזה המדווח על מחקר אמפירי. ראו Epstein & King, לעיל ה"ש 74, בעמ' 125-130.

113 שם, בעמ' 121.

114 למשל, הציפייה לפרסם כמות רבה של מאמרים בפרק־זמן קצר, המופנית בעיקר לסגל לפני קביעות, עלולה להניא אנשי סגל מעריכת מחקרים אמפיריים. יש מקום להגמשת הקריטריונים ולהערכת המאמץ והכישורים הכרוכים בפרסום מאמרים המדווחים על מחקר אמפירי עשיר, גם אם מספרם אינו גדול. ראו Rhode, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1359.

115 Epstein & King, לעיל ה"ש 74, בעמ' 122.

116 כך, לדוגמה, כאשר ערכתי את מחקר הדוקטורט שלי על הסדרי משמורת וראייה, במסגרת החוג לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה של אוניברסיטת תל־אביב, לא כללתי דיון בשאלה אם

אמפיריציסטים מפקולטות אחרות הוא המומחיות הנורמטיבית והיכולת לתרגם אותה למשנה משפטית סדורה. ההצדקה לפיתוח מחקר אמפירי של המשפט מתוך פקולטות למשפטים נעוצה, לדעתי, בראש ובראשונה ביתרון היחסי הזה. רוב אנשי הסגל במשפטים העורכים כיום מחקרים אמפיריים אינם רוכשים תארים מתקדמים בדיסציפלינות ממדעי החברה, ואינם משקיעים את המשאבים הדרושים ברכישת מיומנויות אמפיריות מתקדמות במקביל להתמחותם במשפטים. מכאן שברוב המקרים עמיתים מחוגים אחרים עולים עליהם ביכולתם לערוך מחקר אמפירי מעמיק ומורכב. לעומת זאת, היכולת לערוך מחקרים אמפיריים מתוך היכרות מעמיקה עם המשפט המצוי, ולשבץ את ממצאיהם בתוך דיון נורמטיבי רחב בשאלת המשפט הרצוי, היא יכולת ייחודית לאקדמאים משפטיים שאין לחוקרים מדיסציפלינות אחרות. כאמור, מימושה של יכולת זו הוא להבנתו גם חלק מחובתם הייחודית של אקדמאים אלה כסגל בפקולטה למשפטים. מכאן שבין חוקרים אמפיריים עצמאיים ובין כחלק מצוות הכולל חוקרים מדיסציפלינות אחרות, לא כדאי שמשפטים באקדמיה יוותרו על העיסוק בהיבטים הנורמטיביים של ממצאיהם האמפיריים.

אני גם מקווה שהתעקשות על המימד הנורמטיבי של המשפט לא רק תמצה את היתרון היחסי של חוקרים אמפיריים הפועלים מתוך פקולטות למשפטים, אלא גם תחייב אותם להתמודד עם ההיבטים הערכיים והפוליטיים של עבודתם, ותוביל לצניעות ולזהירות בדיווח על ממצאים אמפיריים ובפרשנותם, ולסימון טריטוריות אמפיריות רחבות יותר מאלה הנגישות ביותר.

## 1. סיכום

כבר כתלמידה לתואר ראשון במשפטים הרגשתי צורך בהכשרה ב"איך לומדים על העולם", ומשלא קיבלתי אותה בפקולטה למשפטים, נרשמתי למבוא לסטטיסטיקה בחוג אחר. בכתיבת התזה במסגרת לימודי התואר השני במשפטים שקעתי בחדוות הגילוי של הרלוונטיות של המחקר האמפירי, שנעשה על-ידי אחרים, לדיון במשפט הרצוי.<sup>117</sup> בעבודת הדוקטורט במסגרת החוג לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה כבר ערכתי מחקר על השדה המשפטי ששילב כלי מחקר כמותניים ואיכותניים.<sup>118</sup> מעניין וקל לכתוב "מאמר-כורסה" על המחקר

לנוכח הממצאים יש לבטל את חזקת הגיל הרך או לשמר אותה. ראו דפנה הקר 'אמהות', 'אבהות' ומשפט: ניתוח סוציולוגי של השדה המעצב הסדרי משמורת וראייה בגירושין [עבודה לקראת תואר דוקטור, אוניברסיטת תל-אביב – החוג לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, 2003] (להלן: הקר 'אמהות', 'אבהות' ומשפט). בהשלכות הנורמטיביות של הממצאים הסוציולוגיים עסקתי רק בכתיבה משפטית מאוחרת שלי וביושבי בוועדה הממשלתית שמונתה לבחינת האחריות ההורית בגירושין. ראו, למשל, דפנה הקר, גלית סנה-לוריה וגלי עציון "דעת מיעוט" שלב א' – דו"ח ביניים של הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין 49–62 (הוגש לשר המשפטים, אפריל 2008).

117 ראו דפנה הקר "מעבר ל'בתולה זקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" עיוני משפט כח 903 (2005).

118 הקר 'אמהות', 'אבהות' ומשפט, לעיל ה"ש 116.

האמפירי של המשפט, אבל אין להשוות זאת לתחושת היצירה, החשיבות והסיפוק הגלומה בהפקת ממצאים אמפיריים על המשפט, למרות – ואולי גם בזכות – ייסורי לידתם. מעמדתי הסובייקטיבית, כמי שנוטלת חלק במחקר האמפירי על המשפט ואף נהנית מפירות העניין הגובר במחקר כזה בפקולטות למשפטים, אני מקווה שתרתמי במשהו לדין הביקורתי במגמה העכשווית, המכונה ELS. אני משוכנעת שהמחקרים שיוצגו בחוברת זו, המוקדשת למחקר האמפירי של המשפט במובנו הרחב, יעידו על חשיבותו של מחקר זה ועל התפתחותו המרשימה גם בישראל.<sup>119</sup> אני מקווה שהערות־האזהרה שהוצגו כאן, כמו־גם אמצעי הזהירות שהוצעו והעצה שניתנה בדבר ההתעקשות על הנורמטיבי, ילוו את הקוראים במהלך קריאת המאמרים בחוברת זו, וכן בצריכה וכייצור של מחקרים אמפיריים בעתיד.

---

119 ראו גם את המחקרים האמפיריים על המשפט הישראלי המתוארים אצל הקר "הזמנה לסוציולוגיה של המשפט", לעיל ה"ש 8, וכן את המחקרים שהוצגו בכנס שנערך ב־26.3.2009 בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל־אביב, אשר הוקדש למחקר האמפירי של המשפט – [www.law.tau.ac.il/Eng/?CategoryID=262&ArticleID=24&Page=1](http://www.law.tau.ac.il/Eng/?CategoryID=262&ArticleID=24&Page=1)