

## משפט השוואתי כפרקטיקה - היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים דפנה ברק-ארז\*

המאמר עוסק בשאלת מקומו של המשפט ההשוואתי במחקר המשפטי ובפיתוח המשפט, על רקע כישלונה היחסי של הגישה המסורתית למשפט ההשוואתי, שהתמקדה בהשוואה בין הדוקטרינות הנוהגות בשיטות שונות. כנקודת מוצא לדין משמשת ההכרה בשימוש הרב שנעשה בפועל בלימוד מניסיון של מדינות אחרות - הן לצורך רפורמה משפטית והן לצורך פרשנותם של הסדרים משפטיים קיימים. זהו חלק מן הפרקטיקה של שיטות משפט מודרניות באופן כללי, ובאופן ספציפי מאפיין מובהק של שיטת המשפט בישראל. בהמשך לכך, הטענה המוצגת במאמר היא כי לא המשפט ההשוואתי מצוי במשבר, אלא רק תפיסה מסוימת שלו - זו שראתה בהשוואה המדעית בין שיטות משפט תכלית העומדת בפני עצמה. המאמר דן בגורמים שיש להתמקד בהם כשנערך דיון השוואתי במשפט - הפן המוסדי (תוך הבחנה בין השחקנים השונים שעושים שימוש במשפט השוואתי - עורכי דין, שופטים, מחוקקים, אנשי מינהל וקבוצות אינטרס); הפן התרבותי (המדגיש את החשיבות הנודעת לקרבה תרבותית בין המדינות שהשוואה מתייחסת אליהן - מהיבטה של התרבות הכללית ומהיבטה של התרבות המשפטית) והפן היישומי (תוך התייחסות לחשיבותו של ההקשר, להבחנה בין המשפט שבספר להפעלתו הלכה למעשה ולהבחנה בין "ייצוא" ל"ייבוא" של נורמות).

\* פרופסור מן המניין ומופקדת הקתדרה למשפט וביטחון ע"ש סטיוארט וג'ודי קולטון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.  
תודות לחברי המערכת של דין ודברים על הערותיהם.  
כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו באחרונה בתאריך 20.9.2007, אלא אם כן נכתב אחרת.

א. תודעת המשבר של המשפט ההשוואתי המסורתי. ב. משפט השוואתי כפרקטיקה. ג. הפנים הרבות של המשפט ההשוואתי בישראל. ד. היבטים מוסדיים. ה. היבטים תרבותיים. ו. היבטים יישומיים: 1. חשיבותו של ההקשר; 2. משפט השוואתי של דוקטרינה ומשפט השוואתי של תהליכים חברתיים; 3. משפט השוואתי כפרקטיקה של ייבוא וייצוא. ז. משפט השוואתי כמבט לעתיד.

### א. תודעת המשבר של המשפט ההשוואתי המסורתי

מקובל לסבור כי המשפט ההשוואתי הוא ענף מחקר הנמצא במשבר מתמשך. יש הרואים עדות לכך גם במספר הנמוך יחסית של אנשי האקדמיה העוסקים במשפט השוואתי כתחום מומחיות עיקרי.<sup>1</sup> יתרה מזו, המחקר המסורתי בתחום המשפט ההשוואתי התאפיין בגישה מדעית שהתמקדה בהשוואה בין שיטות משפט או בין הפתרונות הדוקטרינריים שהן מציעות לבעיה נתונה,<sup>2</sup> השוואה שנתפסה כפורמליסטית מצד אחד וכחסרת חשיבות מעשית מצד אחר.<sup>3</sup> ההיסטוריה של הדיון האקדמי רוויה בדיונים ביקורתיים שחשפו את חסרונותיו של המחקר ההשוואתי הקלאסי – הדומיננטיות של ההשוואה לשיטות משפט מערביות, אי הבנת ההקשר המשפטי או התרבותי של הנורמות שההשוואה מתייחסת אליהן ועוד.<sup>4</sup> ביקורות אלה הביאו לידי התפתחות תפיסות חדשות של עיסוק במשפט השוואתי – כאלה הפונות ללימוד משיטות משפט לא־מערביות או לניתוח ביקורתי של הפרקטיקה ההשוואתית עצמה. אולם, התפתחות זו לא חילצה את התחום מתודעת המשבר. בעיקר, היא חוללה תהליך היפרדות שיצר קהילות של משפטנים "השוואתיים" שאינן מקיימות דיאלוג

1. מידת הדיוק של הערכה זו משתנה, כמובן, בין שיטות משפט. באירופה, קהילת החוקרים בתחום המשפט ההשוואתי גדולה יותר מאשר במדינות דוברות האנגלית. ישראל נמנית עם המדינות שבהן קהילת המשפטנים שתחום התמחותם המוגדר הוא משפט השוואתי היא קטנה.
2. ראו, למשל: Rene David, *French Law: Its Structure, Sources and Methodology* (Michael Kindred – trans., 1972); John Henry Merryman, David S. Clark and John O. Haley, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia* (1994); Konrad Zweigert and Hein Kotz *Introduction to Comparative Law* (Tony Weir – trans., 3rd ed., 1998).
3. לדעה לפיה ההתמקדות בפן ההשוואתי־מדעי באופן המנותק מחיי המעשה ומהתרומה האפשרית של המחקר ההשוואתי להם הייתה גורם מרכזי לירידת מעמדו של המשפט ההשוואתי, ראו: Basil Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years* (2003) pp. 25-26.
4. לביקורות על המשפט ההשוואתי המסורתי, ראו: רון חריס, "מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראל?", *עיוני משפט* כה (תשס"ב) 443, בעמ' 444-449.

זו עם זו.<sup>5</sup> על רקע כל אלה, המאמר עוסק בשאלת מקומו של המשפט ההשוואתי במחקר המשפטי ובפיתוח המשפט כיום. כנקודת מוצא לדיון משמשת תפיסה רחבה של התחום ההשוואתי, הכוללת בתוכה התייחסות משווה גם להיבטים תרבותיים, פוליטיים וחברתיים של המשפט, להבדיל מתפיסה רזה שלו המוגבלת להשוואה בין דוקטרינות משפטיות. בהמשך למבוא, הדיון מצביע על השימוש הרב שנעשה במשפט ההשוואתי הלכה למעשה – באופן כללי (בפרק ב) ובמיוחד בהקשר הישראלי (בפרק ג). מתוך הכרה בפרקטיקה זו, מוצע להבחין בין היבטים שונים של הדיון ההשוואתי – ההיבט המוסדי (המתמקד בתבחנה בין השחקנים השונים שעושים שימוש במשפט השוואתי – עורכי דין, שופטים, מחוקקים, אנשי מינהל וקבוצות אינטרס) (בפרק ד); ההיבט התרבותי (המדגיש את החשיבות הנודעת לקרבה תרבותית בין המדינות שההשוואה מתייחסת אליהן – מהיבטה של התרבות הכללית ומהיבטה של התרבות המשפטית) (בפרק ה) וההיבט היישומי (המתייחס לחשיבותו של ההקשר, להבחנה בין המשפט שבספר להפעלתו הלכה למעשה ולהבחנה בין "ייצוא" ל"ייבוא" של נורמות) (בפרק ו). הסיכום (בפרק ז) חוזר לנקודת הפתיחה של הדיון: המשפט ההשוואתי יוסיף לשמש ככלי לפיתוח המשפט. על כן חשוב להתמקד בשכלולן של דרכי השימוש בו.

## ב. משפט השוואתי כפרקטיקה

נקודת המוצא המוצעת לדיון במקומו של המשפט ההשוואתי במחקר האקדמי ובחיי המעשה היא ההכרה בשימוש הרב שנעשה בפועל בניסיון של מדינות אחרות – הן לצורך רפורמה משפטית והן לצורך פרשנותם של הסדרים משפטיים קיימים. על רקע זה ניתן לטעון כי למעשה, לא המשפט ההשוואתי מצוי במשבר, אלא רק תפיסה מסוימת שלו – זו הרואה בהשוואה המדעית בין שיטות משפט תכלית העומדת בפני עצמה. לעומת זאת, מהיבטה של התפיסה לפיה מטרתו של המשפט ההשוואתי היא לימוד משיטות משפט אחרות לשם פיתוח המשפט המקומי או לצורך הבנה טובה יותר שלו, ניתן לומר כי המשפט ההשוואתי דווקא יודע כיום פריחה.<sup>6</sup> הפנייה למשפטן של שיטות אחרות שימשה תמיד בסיס לפיתוח המשפט, בין השאר בתקופות משמעותיות של תמורות – מדיניות או כלכליות.<sup>7</sup> במקרים רבים, קיומו של

5. לפירוט, ראו: Annelise Riles, "Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information", 40 *Harv. Int'l L. J.* (1999) 221, pp. 230-250.

6. לפי התפיסה המסורתית של המשפט ההשוואתי, פנייה לשיטות אחרות כאמצעי מחקר משלים של סוגיה אינה נחשבת למחקר השוואתי במלוא מובן המילה. ראו: מרדכי א' ראביליו ופבלו לרנר, "על מקומו של המשפט ההשוואתי בישראל", מחקרי משפט כא (תשס"ד) 89, בעמ' 114 ("יש להבחין בין הזדקקות לשיטה משפטית וזה זו או אחרת לבין מה שהמומחים... מגדירים כ'משפט משווה', דהיינו בדיקת רעיונות או מוסדות לאור הדמיון והשוני בין שיטות משפטיות שונות").

7. ראו בעיקר: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2nd ed., 1993).

הסדר מסוים במדינות אחרות משמש כחלק מן ההצדקה לפיתוח המשפט המקומי באותו כיוון, לא בשל החיוב שבפנייה אלא מכוח ההיגיון המעשי של לימוד מניסיון קיים ושל הימנעות מ"המצאת הגלגל מחדש". בד בבד, כישלונם של הסדרים משפטיים בשיטות אחרות הוא גם גתון השוואתי מעניין לצורך דיון ברפורמות.

העניין הגובר במשפטן של מדינות אחרות קיבל משנה חיזוק לקראת סופה של המאה העשרים הודות לשני תהליכים חשובים שהתרחשו בשדה המשפטי ומחוצה לו – הגלובליזציה ועליית קרנו של המשפט הבין לאומי. תהליך הגלובליזציה עודד ביצוע מחקרים השוואתיים, משום שהיה כרוך בוריימת מידע בין חלקים שונים של העולם ובעניין גובר בנעשה במקומות אחרים.<sup>8</sup> הוא גם שימש כוח מניע מאחורי יוזמות שונות להאחדת דינים על יסוד העקרונות המשותפים לשיטות שונות (כגון החתירה לגיבוש של משפט פרטי אירופי<sup>9</sup> או אף בין לאומי).<sup>10</sup> בה בעת, לנוכח החשיבות הגוברת של המשפט הבין לאומי, שיטות משפט לאומיות החלו לראות עצמן, יותר מבעבר, כפופות לשיטה משפטית אחת נוספת לפחות – השיטה הבין לאומית. כך, בתי מחוקקים שונים מנחים עצמם, מעת לעת, לאורן של אמנות בין לאומיות ובתי משפט שונים מתעניינים באופן שבו פורשו נורמות מתחום המשפט הבין לאומי על ידי בתי משפט במדינה אחרת או על ידי טריבונלים בין לאומיים.<sup>11</sup> לנוכח תהליכים אלה, סביר להניח כי השימוש במשפט השוואתי יהיה חלק מן המציאות המשפטית בעתיד הנראה לעין, לטוב או לרע. לפיכך, השאלה שבה מוצע להתמקד היא כיצד לעשות שימוש מושכל בכלי ההשוואתי (להבדיל מן השאלה התיאורטית אם ראוי לעשות בו שימוש). המשך הדברים יעסוק בשאלה זו.

8. לקשר בין הפריחה המחודשת של המשפט ההשוואתי לתהליך הגלובליזציה, ראו גם מאמרה של: Riles (לעיל, הערה 5) בעמ' 223.
9. כגון פעילותה של ה"Commission on European Contract Law". ראו: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law)
10. זהו תחום הפעילות של ארגון ה"UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law". ראו: <http://www.unidroit.org>
11. לשימוש הגובר במשפט הבין לאומי בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל, ראו: Daphne Barak-Erez, "The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue", 2 *Int. J. Constitutional Law* (2004) 611. לדיון בשיתוף פעולה בין בתי משפט במדינות שונות בסכסוכים משפטיים שלהם זיקה ליותר ממדינה אחת כחלק מתהליך הגלובליזציה, ראו: איריס קנאור, "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה – בית המשפט העליון של ישראל כשותף ביצירת קהילת בתי-משפט טראנס-לאומית", מחקרי משפט כג (תשס"ז) 223.

### ג. הפנים הרבות של המשפט ההשוואתי בישראל

מלבד התהליכים הכלליים שתרמו לעליית קרנו של המשפט ההשוואתי, בהקשר הישראלי קיימים גורמים ספציפיים התורמים לפתיחות רבה יחסית לשימוש בו (בעיקר באמצעות פנייה מעשית ללימוד מניסיוןן של שיטות אחרות).

בפתח הדברים, חשוב לתת את הדעת על גורמים שהשפיעו באופן היסטורי על הנטייה לייחס למשפט ההשוואתי חשיבות בישראל. ראשית, הפנייה למשפטן של מדינות אחרות הייתה מרכיב מרכזי בהתהוותו של המשפט הישראלי, בעקבות השלטון העותומני והשלטון המנדטורי, שחוקיהם שימשו כבסיס למשפט הישראלי.<sup>12</sup> החוקים והדינים שמקורותיהם היו זרים שימשו תמריץ לפנייה אינטגסיבית ללימוד מדרכי הפרשנות והיישום של אותם עקרונות בארצות מוצאם. הדברים היו אמורים במיוחד בהשפעתו הנמשכת של המשפט האנגלי על המשפט הישראלי, תחילה מכוח מצוותו של סימן 46 לדבר המלך במועצתו, ובהמשך גם מעבר להיקף המחייב של הפנייה לדין האנגלי שנבעה מן ההסדר הסטוטוטורי.<sup>13</sup> שנית, הרכבה האנושי של הקהילה המשפטית בישראל, לפחות בתקופת "דור המייסדים", תרם אף הוא לפתיחות לשיטות משפט אחרות – מאחר שמנהיגי הקהילה המשפטית היו משפטנים שרכשו את השכלתם המשפטית מחוץ לישראל.<sup>14</sup> שלישית, ההכרה במעמדו של המשפט העברי כמקור הראה לפיתוח המשפט (בדרגה כזו או אחרת)<sup>15</sup> הטמיעה במשפט הישראלי מנגנון מובנה של השוואה לשיטת משפט נוספת (גם אם לא לשיטה מדינתית).<sup>16</sup>

בנוסף לנתוני רקע אלה, קיימים גורמים עכשוויים התורמים למרכזיותה של הפרקטיקה ההשוואתית בישראל. ראשית, בית המשפט העליון של ישראל נוהג לעשות שימוש בפנייה למשפט ההשוואתי. פרקטיקה זו מקרינה אל הקהילה המשפטית כולה, בכך שהיא מעודדת טיעונים משפטיים המבוססים על עיון משווה ומחזקת את הלגיטימציה של השימוש בטיעונים השוואתיים.<sup>17</sup> שנית, רפורמות חקיקה מרכזיות שהונהגו בישראל התבססו על

12. מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח-1948.

13. ראו: Daniel Friedmann, "The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period", 10 *Isr. L. Rev.* (1975) 192; Daniel Friedmann, "Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel", 10 *Isr. L. Rev.* (1975) 324.

14. ראו, למשל: אליקים רובינשטיין, שופטי-ארץ: לראשיתו ולרמותו של בית-המשפט העליון בישראל (תשמ"א); עלי ולצברגר ופניה עוז-ולצברגר, "המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 259.

15. בעיקר מאז חקיקתו של חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, ס"ח 978.

16. לעיסוק במשפט העברי כמתודה השוואתית, השוו: אריה אדריעי, "מדוע לנו משפט עברי", עיוני משפט כה (תשס"ב) 467, בעמ' 476-477.

17. אמנם מחקר כמותי שעסק בנוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון בישראל הצביע על מגמה של ירידה במידת הפניה לאזכורים זרים ולגידול הדרגתי בהסתמכות על תקדימים מקומיים, אולם, דומה שמגמה זו משקפת את השגרה של העבודה המשפטית. לעומת זאת,

מודלים השוואתיים. דוגמה בולטת לכך משמש, כמובן, מפעל הקודיפיקציה האורחית.<sup>18</sup> דוגמה חשובה נוספת ניתן להביא מן התהליך של יוזמות לניסוח חוקה לישראל, שבו נעשה שימוש רב בפנייה ללימוד משיטות אחרות (למשל, בכל הנוגע למודל הרצוי של ביקורת שיפוטית על חקיקה).<sup>19</sup> שלישית, חברי הקהילה המשפטית האקדמית של ישראל פונים ללימוד הסדרים משפטיים של מדינות אחרות, בשל רצונם ליטול חלק בשיח המשפטי המתקיים בבמות בין לאומיות שונות. כדי להשתתף בכנס בין לאומי או לפרסם מאמר בכתב עת היוצא לאור בחו"ל, חשוב בדרך כלל להדגים את הטענות התיאורטיות שמציג החוקר באמצעות דוגמאות משיטת משפט שהיא מעניינת של המשתתפים בשיח – המשפט האמריקני או משפטה של מדינה הגמונית אחרת. כך, משפטנים ישראלים רוכשים ידע בשיטות אחרות כחלק מן התחירה ל"הישרדות אקדמית". בדיעבד, הם עושים שימוש בידע זה גם כשהם חוזרים ודנים בשאלות המתעוררות בזירה המקומית. במילים אחרות, הידע הדוקטרינרי הנצבר אצל אקדמאים לצורך החלת המודל התיאורטי שבו הם עוסקים הוא בעל פוטנציאל "זליגה" אל המשפט הישראלי.

#### ד. היבטים מוסדיים

לא ניתן לבחון את השימוש במשפט השוואתי בלי להתייחס להיבטים המוסדיים של פרקטיקה זו. לצורך כך, נודעת חשיבות להבחנה בין השחקנים השונים העוסקים בפרקטיקה ההשוואתית: שופטים ועורכי דין המופיעים בפניהם, מחוקקים, אנשי מינהל וקבוצות אינטרס.

בזירה השיפוטית, המשפט ההשוואתי משמש כלי להפעלת המשפט הקיים, כחלק מפרשנות או כהשלמה להסדרים הקיימים בו. בהקשר זה, מקובלת פנייה לפתרונות משפטיים קיימים בשיטות אחרות כאשר פתרונות אלה נראים רצויים ואינם סותרים את המסגרת המשפטית המקומית.<sup>20</sup> קיימים תחומים שבהם הפנייה לתקדימים זרים בולטת במיוחד – כמו, למשל, בתחום החוקתי.<sup>21</sup>

ביצירת התקדימים העקרוניים (שכוננו באותו מחקר "מגה-פסקים") יש משקל חשוב ועקיב לשימוש במשפט השוואתי. ראו: יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס, "בוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", *משפטים* כז (תשנ"ו) 119, בעמ' 162-184.

18. החקיקה האורחית שהחליפה בהדרגה את הדין העותומני והאנגלי ששרר בתחומים אלה התבססה בעיקר על מקורות אירופיים, ובאופן ספציפי בעיקר על הקודקס האורחי הגרמני.

19. חוקי היסוד בנושא זכויות האדם – חוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 1454 וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 1391 – התבססו בכמה היבטים מרכזיים על הצ'רטר הקנדי בנושא זכויות וחירויות.

20. כך, למשל, כאשר בית המשפט העליון נדרש לפרשנות חריגים לגילוי מידע לפי חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998, ס"ח 1667 הוא פנה לשם השוואה לפרשנותה של חקיקת חופש המידע במדינות אחרות. ראו, למשל: ע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, (טרם פורסם) בפסקאות 13-20.

עם כל החשיבות הנודעת לשימוש במשפט ההשוואתי בוירה השיפוטית, היא מבטאת רק חלק, ולא דווקא חלק מרכזי, מהפרקטיקה ההשוואתית. החקיקה היא דרך המלך לרפורמות משפטיות, וחשוב להפנות זרקור לשימושים הרבים הנעשים במשפט ההשוואתי בהקשר זה.<sup>22</sup> הדברים אמורים לא רק בחקיקה "מקצוענית" כגון רפורמות כלליות של תחומי משפט (כמו הליך הקודיפיקציה האורחית או הרפורמה בדיני החברות), אלא גם בחקיקה המתווה מדיניות ציבורית (בתחומים כגון רווחה, המאבק בטרור ועוד).<sup>23</sup> להשלמת התמונה, ייאמר כי במקרים רבים הכוחות המניעים העומדים מאחורי יוזמות החקיקה ההשוואתיות הם גורמים במינהל הציבורי, מצד אחד, או קבוצות אינטרס, מצד אחר (ארגוני זכויות אדם, שדולות של גורמים מסחריים ועוד).

למעשה, זירת החקיקה של המשפט ההשוואתי עולה בחשיבותה על הזירה השיפוטית. אימוץ הסדרים משפטיים, הקיימים במדינות אחרות אך שונים מעיקרם מן המצב השורר בישראל, יכול להיעשות רק בחקיקה. לעומת זאת, בתי המשפט יכולים לעשות שימוש אפקטיבי במשפטן של מדינות אחרות רק כאשר קיימת הנחה בסיסית בדבר דמיון בהסדרים המשפטיים בין ישראל למדינה שאליה פונים, או לפחות בתפיסות היסוד המונחות בבסיסם. כמובן, ההבחנה בין המישור הפסיקתי למישור החקיקתי אינה מלאה. לעתים, רפורמות שהונהגו במדינות אחרות בפסיקה נקלטות במשפט הישראלי באמצעות חקיקה,<sup>24</sup> או להפך, בתי המשפט מאמצים פתרונות שוכו לחקיקה במדינות אחרות.<sup>25</sup>

21. לדיון בפרקטיקה של הדיאלוג המתפתח בקהילה הבין לאומית של שופטים, בעיקר בנושאים של משפט חוקתי וזכויות אדם, ראו: Anne-Marie Slaughter, "A Global Community of Courts", 44 *Harv. Int'l L.J.* (2003) 191; Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (2004); Vicki C. Jackson, "Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement", 119 *Harv. L. Rev.* (2005) 109.
22. כך, למשל, באנגליה, ה-Law Commission Act 1965 מציין במפורש כי בתהליך הכנת הצעות לרפורמה יש לבחון גם הסדרים קיימים במדינות אחרות - "to obtain such information as to the legal systems of other countries as appears to the Commissioners likely to facilitate the performance of any of their functions".
23. להרחבה, ראו: Daphne Barak-Erez, "An International Community of Legislatures?", *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State* (Richard W. Bauman and Tsvi Kahana - eds., 2006) 532.
24. דוגמה לכך ניתן להביא מן החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, ס"ח 1661, ששאב את השראתו הראשונית מהרגולציה המשפטית של סוגיית הטרדה המינית בארצות הברית, שם היא קודמה בלא חקיקה מיוחדת, אלא על יסוד פרשנות החקיקה הכללית בנושא איסור הפליה בעבודה.
25. ראו, למשל: ע"א 442/85 זוהר נ' מעבדות טרבנול (ישראל) בע"מ, פ"ד מד(3) 661, שבו קבע בית המשפט הלכה המגנה על זכויותיהם של סוכנים-מפיצים, תוך שהוא מנחה עצמו גם באמצעות הסדרים חקיקתיים במדינות אחרות (בעיקר, במדינות אירופה).

באופן ספציפי יותר, ניתן להצביע על גורמים שונים המשפיעים על מידת הפנייה של מחוקקים להסדרים המשפטיים הרווחים במדינות אחרות:<sup>26</sup>

א. הצוות המקצועי של בית המחוקקים. הפנייה לשימוש במשפט השוואתי תלויה במידה רבה באמצעים העומדים לרשותם של חברי הכנסת לקבל מידע על הסדרים משפטיים במדינות אחרות. כך, למשל, פעילותו של המרכז למחקר ומידע בכנסת<sup>27</sup> תורמת להגברת החשיפה של חברי הכנסת לשימוש במשפט השוואתי.

ב. הצוות המקצועי של משרדי הממשלה. השימוש במשפט השוואתי נעשה, במקרים רבים, לצורך רפורמות מטעם משרדי ממשלה, שלרשותם עומדים אמצעים ללימוד מהסדרים הקיימים במדינות אחרות. דוגמה מעניינת במיוחד לחקיקה שקידם משרד האוצר תוך התבססות על הדין האמריקני היא זו של תוכנית "מרווחה לעבודה", הידועה בשם "תוכנית ויסקונסין", שם המעיד כמאה עדים על הבסיס השוואתי של היוזמה.<sup>28</sup>

ג. אופייה החדשני של הפוגיה. ככל שהנושא העומד להכרעה הוא בעל אופי חדשני יותר (למשל, היוזקות לטכנולוגיות חדשות בתחום הרפואה או הסדרים בתחום האינטרנט) כן גוברת הנטייה לפנות וללמוד מן ההתמודדות של שיטות אחרות עמו.

ד. היבטים תחרותיים של ההסדרים המשפטיים. חלק מן ההסדרים המשפטיים הם בעלי היבטים תחרותיים בכלכלה הבין לאומית (למשל, בתחום המיסוי). מנקודת מבט זו, הלימוד ההשוואתי ממשפטן של מדינות אחרות הוא מחויב המציאות גם בשל ההכרח של ישראל להתמודד באופן תחרותי בשוק הבין לאומי.<sup>29</sup>

#### ה. היבטים תרבותיים

הפן התרבותי של העיסוק במשפט השוואתי חשוב בשני מישורים – מישור התרבות המשפטית ומישור התרבות הכללית. ראשית, הפנייה להשראה משיטות משפט אחרות היא אפשרית כאשר קיימת קרבה מספקת בין ישראל לבין המדינה המשמשת כמקור השראה – מבחינת הערכים החברתיים ותנאים סביבתיים אחרים. שנית, קל יותר ללמוד משיטות שהמשפט הישראלי כבר שאב מהן הסדרים משפטיים או אימץ עקרונות יסוד דומים לאלו שלהן.

ככלל, הפנייה למשפטן של מדינות אחרות מושפעת לא רק משיקולים משפטיים, כי אם גם מהיבטים הקשורים לקרבה התרבותית בין ישראל לבין המדינות המשמשות כמודל להשראה. הניסיון מלמד שהשפעותיהן של שיטות משפט, שהויקה הבסיסית אליהן

26. להרחבה באשר לגורמים המשפיעים על פנייתם של בתי מחוקקים לשימוש בערוץ ההשוואתי,

ראו עוד: Barak-Erez (לעיל, הערה 23) בעמ' 538-543.

27. לפעילותו של המרכז למחקר ומידע בכנסת, ראו: <http://www.knesset.gov.il/mmm/papers.asp>

28. חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה), תשס"ד-2004, ס"ח 1920.

29. להיבטים תחרותיים של רישום חברות בארץ ובמדינות אחרות, ראו: אדווארד ב' רוק, "ירידת חברות?", משפטים לו (תשס"ו) 161.



היא רופפת יחסית, נוטות להיחלש בחלוף השנים. הדוגמה המובהקת לכך היא מפעל הקודיפיקציה הישראלית, שהתבסס על החקיקה האזרחית באירופה, בעיקר בגרמניה. למרות זאת, המשך פיתוחו של המשפט בתחום זה נעשה, על פי רוב, על ידי בתי המשפט, בלא פנייה למקורות האירופיים, הן בשל מחסומי שפה והן בשל נטיות תרבותיות.<sup>30</sup> המקורות הזרים המאוזכרים בפסקי הדין, גם בתחום האזרחי, שאובים בדרך כלל מן המשפט אנגלו-אמריקני.<sup>31</sup>

ביסודו של דבר, שיטת המשפט בישראל נטועה באופן אמין במסורת של המשפט האנגלו-אמריקני, ומגלה נטייה גוברת והולכת לעבר המשפט האמריקני, ככל שגדלה ההשפעה התרבותית של ארצות הברית בישראל (על הפוליטיקה, התרבות והחיים האקדמיים).<sup>32</sup> התוצאה היא, שההשפעה המשמעותית על המשפט הישראלי באה מכיוון של מדינות דוברות אנגלית. קיומם של מחסומי שפה, בין השאר משום שרבים מן הישראלים המשכילים שולטים באופן מלא רק בשפה זרה אחת נוספת – אנגלית – אף מחוק מגמה זו ביתר שאת.

בהתאם לגישה המנחה את המאמר – המתמקד בפרקטיקה של המשפט ההשוואתי ולא באידיאל המופשט שלו – הדומיננטיות של המשפט האנגלו-אמריקני אינה נידונה כמשאת נפש אלא כעובדה קיימת שחשוב להכיר בה ולהתייחס למשמעויותיה. במידה רבה, ההתייחסות אליה משמשת גם כהערת אזהרה. לא כל החוכמה מרוכזת בעולם המשפט האנגלו-אמריקני, ומכל מקום, השוני בין ישראל לבין חלק מן המדינות המשמשות כמודל להשוואה עשוי להפוך את הפנייה אליהן לבעייתית. כך למשל, אף שהמשפט החוקתי של ארצות הברית משמש מקור השראה חשוב לפסיקה בתחומים רבים, למעשה, הפנייה אליו מתגלה כבעייתית בהקשרים לא מעטים: המבנה הפדרלי של השלטון, המשפיע על החלטות חוקתיות מרכזיות, אינו רלוונטי להקשר הישראלי; העיקרון של הפרדה בין דת למדינה, על פי התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית הופך את ההיוקקות למשפט האמריקני בתחום זה לבלתי אפשרית. על כן, בהתבוננות לעתיד, ראוי להרהיב את נקודת המבט גם למדינות אחרות. עם זאת, חשוב לדעת כי ככל הנראה מאחורי המושג האבסטרקטי "משפט השוואתי" תסתתר, במקרים רבים, פנייה למשפט האנגלו-אמריקני.

30. דפנה ברק-ארז, "הקודיפיקציה הישראלית בראי דיני החוזים", עיוני משפט כב (תש"ס) 793.

31. שחר, חריס וגרוס (לעיל, הערה 17) בעמ' 153.

32. ההשפעה האמריקנית בתחום האקדמי גברה במידה משמעותית בעקבות המעבר ההדרגתי של הפקולטות למשפטים לעבר קשרי עבודה ומחקר עם בתי ספר למשפטים בארצות הברית. רוב חברי הסגל בפקולטות שלמדו מחוץ לישראל עשו כן בבתי ספר למשפטים אמריקניים.

## ז. היבטים יישומיים

## 1. חשיבותו של ההקשר

הקושי המעשי ביישום של המשפט ההשוואתי נובע מכך שלימוד ממשפטה של מדינה אחרת מחייב בחירה מודעת ומושכלת של תחום ההשוואה והבנה טובה של ההקשר.<sup>33</sup> כפי שכבר צוין, המשפט ההשוואתי המסורתי לקה בהשוואה בין דוקטרינות, בלא התייחסות להקשר המשפטי שבו הן נטועות או מודעות לכך שלעתים הבעיה הנידונה מטופלת בשיטות משפט שונות על ידי ענפי משפט שונים. יתר על כן, לעתים בחירת המודל להשוואה מצריכה נקיטת עמדה לגבי מידת הקונקרטיזם (או ההפשטה) של הנושא העומד להשוואה. ברצוני להדגים את החשיבות הנודעת להכרעה באשר למידת ההפשטה של הדיון באמצעות מחקר שערכתי, ושבו געורתי גם בפנייה למשפט השוואתי. כוונתי למחקר שהתמקד בנושא ההגבלות המשפטיות החלות במדינת ישראל על גידול חזירים ומסחר בשרם.<sup>34</sup> לכאורה, אלה הגבלות פרטיקולריות לשיטת המשפט בישראל, וגם בהן מבטאות סוג ספציפי מאוד של חקיקה דתית.<sup>35</sup> בשל הקשר המיוחד של איסורי החזיר לתרבות היהודית לא היה ניתן למצוא מקבילה לחקיקה זו במשפטן של המדינות המשמשות בדרך כלל כמקור לעיון השוואתי בקרב משפטנים ישראלים. עם זאת, הנושא התגלה כבעל פוטנציאל למחקר השוואתי כאשר זוכן ברמת הפשטה גבוהה יותר – כדוגמה לעיגון משפטי של סמל דתי-תרבותי. תפיסה זו של הנושא מאפשרת לדון בו בויקה למעמדם של סמלים דתיים ולאומיים בשיטות משפט אחרות (כגון תליית צלבים במקומות ציבוריים).<sup>36</sup> דוגמה שהתגלתה כמעניינת במיוחד להשוואה בהקשר זה הייתה ההסדרה המשפטית של ההגבלות המשפטיות על שחיטת פרות בהודו (המבוססות על מעמדה הסמלי החשוב של הפרה בתרבות ההינדית).<sup>37</sup>

33. להדגשת הבעיה של אי הבנת ההקשר בלימוד משיטות משפט אחרות, ראו: Jane Stapleton, "Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation", 1 *Journal of Tort Law* (2007) 1.
34. ראו: דפנה ברק-ארז "גלגולו של חזיר – מסמל לאומי לאינטרס דתי?" *משפטים לג (תשס"ג)* 403; Daphne Barak-Erez, *Outlawed Pigs* (2007).
35. הכוונה לחוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), תשי"ז-1956, ס"ח 211 ולחוק איסור גידול חזיר, תשכ"ב-1962, ס"ח 106.
36. ראו, למשל: *Crucifix in the Classrooms Decision* BverfGE 1 (1995), שנידון אצל: Sabine Michalowski and Lorna Woods, *German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties* (1999) pp. 187-191.
37. סעיף 48 לחוקה ההודית קובע: "The State shall endeavor to organize agriculture and animal husbandry on modern and scientific lines and shall, in particular, take steps for preserving and improving the breeds, and prohibiting the slaughter of cows and calves and other milk and draught cattle"

2. משפט השוואתי של דוקטרינה ומשפט השוואתי של תהליכים חברתיים המשפט השוואתי המסורתי התמקד בהשוואת המשפט של ספרי החוק (law in the books), כלומר בדוקטרינה. מיקוד זה אינו מתיישב עם התוכנה, הנראית כיום ברורה מאליה, כי חשוב לא פחות, ובעצם חשוב אף יותר, לבהון את האופן שבו המשפט מופעל ומיושם, את המשפט בפעולה (law in action).<sup>38</sup> לפיכך, עיסוק עדכני במשפט השוואתי חייב להביא בחשבון את הפער בין המשפט הפורמלי לבין יישומו.<sup>39</sup> תוכנה זו אינה צריכה להיות מקור לייאוש מן המשפט השוואתי, אלא דווקא מקור לתקווה מחודשת לגבי הרחבת העניין בו. דיון השוואתי הכולל התייחסות גם לתהליכים חברתיים ולהיבטים מוסדיים של יישום הדוקטרינה צפוי להיות בעל עניין גם מבחינתם של חוקרים שעניינם בקשרי הגומלין של משפט, חברה ופוליטיקה.

### 3. משפט השוואתי כפרקטיקה של ייבוא וייצוא

על פי רוב, העיסוק במשפט השוואתי במסגרתה של שיטה נידונה מתמקד בשאלה אם ראוי לאמץ הסדרים משפטיים או פתרונות משפטיים המקובלים במקומות אחרים לשם פיתוחה של שיטת המשפט המקומית. עיסוק זה מבטא את פן ה"ייבוא" של המשפט השוואתי. בד בבד, התפתחותה של הפרקטיקה השוואתית חבה רבות לקיומה של מוטיבציה של שיטות שונות "לייצא" את ההסדרים המשפטיים שלהן. מגמת ייצוא זו איפיינה, כמובן, את התקופה הקולוניאלית,<sup>40</sup> אך קיימת באופנים שונים גם כיום. מדינות הנחשבות להגמוניות – מבחינה כלכלית או פוליטית – מציעות את שיטות המשפט שלהן כמודל למדינות אחרות. תופעה זו באה לידי ביטוי, למשל, בעת שמדינות מזרח אירופה נפתחו למערב, והיו צריכות לאמץ חוקות חדשות וכן חקיקה אזרחית-מסחרית המתאימה לכלכלת שוק. המשפט האמריקני, כמו גם שיטות משפט מרכזיות אחרות, שימשו למדינות אלה כמודל.<sup>41</sup>

38. להבחנה קלאסית זו, ראו: Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", 44 *Amer. L. Rev.* (1910) 12.

39. לפער זה, ראו עוד: Richard L. Abel, "Law Books and Books about Law", 26 *Stan. L. Rev.* (1973) 175, p.187; David Nelken, "The 'Gap Problem' in the Sociology of Law: A Theoretical Review", 1 *Windsor Yearbook of Access to Justice* (1981) 35; David Nelken, "Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law", 4 *Legal Studies* (1984) 157; Austin Sarat, "Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of Research Tradition", 9 *Legal Studies Forum* (1985) 23.

40. ראו, למשל: Jorg Fisch, "Law as a Means and as an End: Some Remarks on the Function of European and Non-European Law in the Process of European Expansion", *European Expansion and Law: The Encounter of European and Indigenous Law in the 19th- and 20th- Century Africa and Asia* (W.J. Mommsen and J.A. de Moor – eds., 1992) 15, pp. 33-35.

41. ראו, למשל: Joan Davison, "America's Impact on Constitutional Change in Eastern

לא למותר לציין, כי במקרים רבים ניכר יחס לא-סימטרי בין נטייתן של מדינות "לייבא" הסדרים זרים ולמצער ללמוד מהם לבין עמדתן הבסיסית בנושא של "ייצוא" משפטי. פער זה בולט במיוחד בהקשרו של המשפט האמריקני, שבו המשפט ההשוואתי תופס מקום שולי יחסית, אף שהוא משמש מודל ללימוד ולהשראה במדינות אחרות. בבית המשפט העליון של ארצות הברית ניטשת מחלוקת מרה בנושא ההיזקקות לחומרים השוואתיים.<sup>42</sup> בקהילה האקדמית של ארצות הברית יש אמנם נכונות גוברת להכיר בחשיבות הנודעת לחשיפת הסטודנטים והחוקרים גם למידע על שיטות אחרות, אך הדבר נעשה על בסיס של הידרכיה ברורה השומרת על מקומו המרכזי של המשפט האמריקני. כך, למשל, כתבי העת הראשיים המתפרסמים מטעם הפקולטות למשפטים מתמקדים בפרסומים שעניינם משפט אמריקני "טהור". כתיבה העוסקת במשפט השוואתי או בין לאומי מתועלת לפרסום בכתבי העת המתמחים בכך (שיוקרתם היחסית בזירה האמריקנית הפנימית נמוכה יותר). הפניית תשומת הלב להיעדר האיזון במקרים רבים בין פן הייבוא לפן הייצוא של העיסוק במשפט השוואתי אינה מבטאת עמדה נורמטיבית חזקה באשר לצורך לשמור על איזון כזה בכל הקשר. עם זאת, היא חשובה לביסוס המודעות לכך שהעיסוק במשפט השוואתי אינו בהכרח פרקטיקה מקצועית ניטרלית.

ישראל היא מדינה קטנה שבה שיטת המשפט מתנהלת בשפה שהופכת את הפנייה ההשוואתית אליה (על ידי משפטנים ממדינות אחרות) לקשה במיוחד. מבחינה זו, ישראל נמצאת בעמדה שבה השתתפותה בדיון ההשוואתי היא בעלת הטיה משמעותית לעבר הצד של ייבוא. למרות זאת, ישראל נוטלת חלק מסוים גם בצד הייצוא של המשפט ההשוואתי. התרומה הישראלית לפרקטיקה ההשוואתית באה לידי ביטוי בעיקר בתרגום פסקי דין נבחרים של בית המשפט העליון לשפה האנגלית.<sup>43</sup> פסקי הדין המתורגמים הם, במקרים רבים, פסקי דין בתחום זכויות האדם, שבו יש אינטרס ישראלי מובהק להציג את עמדתו של המשפט המקומי גם כלפי חוץ. בפועל, החשיפה הרשמית של המשפט הישראלי למשפטנים זרים היא מוגבלת מאוד, לנוכח ההיקף המצומצם מאוד של תרגומי פסיקה ומסמכים משפטיים אחרים (במיוחד בולטת, בהקשר זה, הפסקת התרגום הרשמי של החקיקה הישראלית לשפה האנגלית, שפורסמה בעבר כסדרה).<sup>44</sup> זאת ועוד, קיים חשש שהחשיפה של המשפט הישראלי ללימוד השוואתי על ידי משפטנים זרים הינה מתווכת מדי

Europe", 55 *Alb. L. Rev.* (1992) 793; Gianmaria Ajani, "By Chance and by Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe", 43 *Am. J. Comp. L.* (1995) 93

42. למקומו של המשפט ההשוואתי בארצות הברית, ראו, למשל: *Printz v. United States* [1997] 521 U. S. 898; *Knight v. Florida* [1999] 120 S. Ct. 459

43. בהקשר זה, בולטת במיוחד תרומתו של הנשיא (בדימוס) אהרן ברק, שמעמדו בקהילה המשפטית הבין לאומית תרם לתשומת לב רבה מן הרגיל למשפט הישראלי. דוגמה בולטת לכך משמשת הומנתו של ברק לכתוב את מאמר הפתיחה היוקרתי של כתב העת של בית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרוורד - Aharon Barak, "Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 *Harv. L. Rev.* (2002) 19

44. הכוונה לסדרה *Laws of the State of Israel* שפרסומה הופסק במהלך שנות השמונים של המאה

ונתונה למניפולציה (בשל יכולתם המוגבלת של אלה לבחון אם המקורות המתורגמים הם מייצגים).

מחוז לנתיב הפורמלי של תרגום מקורות משפטיים, חשיפתו של המשפט הישראלי כלפי חוץ מתבססת בפועל על ערוץ נוסף – הפרסומים האקדמיים של משפטנים ישראלים בכתבי עת זרים. אכן, כפי שכבר צוין, גם בישראל מעטים הם המשפטנים שמחקרם מתמקד בתחום המשפט השוואתי. אולם, במאמריהם המתפרסמים בכתבי עת זרים, רבים מן המשפטנים הישראלים עוסקים במשפט המקומי בהשוואה לשיטות משפט אחרות – כדי שהדיון במשפט הישראלי ייתפס כמעניין גם עבור משפטנים זרים, שאינם בעלי עניין מיוחד בישראל.<sup>45</sup>

## ז. משפט השוואתי במבט לעתיד

מאמר זה בחן את מקומו של העיסוק במשפט השוואתי בשדה המשפטי – במבט כללי, אך במיוחד בהקשר הישראלי. סיכומם של הדברים מחזיר את הדיון אל נקודת המוצא שלו: מן הבחינה המעשית, המשפט השוואתי צפוי להיות כלי בעל חשיבות רבה לפיתוח המשפט (לצדם של כלים תיאורטיים ומעשיים אחרים), אף יותר מאשר בעבר. אכן, חלק מן השימושים בכלי השוואתי הם בעייתיים – בשל הטיות תרבותיות, ידע מוגבל ונסיבות שונות. אולם, תהיה זו תמימות להניח שהצבעה על חסרונות אלה תגרום לשימוש במשפט השוואתי להיעלם, במיוחד בתקופה שבה גוברים זרימת המידע בין המדינות ושיתוף הפעולה הכלכלי ביניהן. האתגר בתחום זה צריך להיות אפוא שכלול השימוש במשפט השוואתי, תוך התחשבות במגבלותיו המסורתיות. המודעות להטיות התרבותיות של השימוש במשפט השוואתי ולמגבלות הידע על שיטות אחרות היא צעד חשוב ראשון בכיוון זה. שכלול הכלים העומדים לרשות הקהילה המשפטית לצורך עיסוק מושכל במשפט השוואתי – כגון הכללת קורסים המתייחסים לשיטות משפט אחרות בתוכניות הלימוד של פקולטות למשפטים (ולו כמקצועות בחירה) או חיזוקן של מחלקות המחקר של הגופים השלטוניים הרלוונטיים<sup>46</sup> – יכולים להיות צעדים חשובים נוספים.

העשרים. הטעם לדבר אינו ברור, ונראה שצעד זה לא נבע מהחלטה מושכלת. מכל מקום, זהו פרסום שחסרונו מורגש.

45. ראו, למשל: Aeyal M. Gross, "The Constitution in Reconciliation and Transitional Justice: Lessons from South-Africa and Israel", 40 *Stan. J. Int'l L.* (2004) 47.

46. כך, למשל, עיון במסמכים שהוכנו על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת מלמד כי במקרים רבים המסמכים מבוססים על ליקוט של מידע הגיתן לאיתור באמצעות האינטרנט ולא על מחקרי עומק.

