מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית־המשפט העליון – ניתוח כמותי*

יורם שחר*, מירון גרוס** וחנן גולדשמידט***

א. מבוא. ב. מאגר פסקי־הדין הנחקרים. ג. "רשימת המאה" ודרכים שונות לסדרורה: 1. "רשימת המאה" – סדרור ראשוני; 2. "רשימת המאה" – סדרורים חלופיים. ד. מאפייניהם של "התקדימים המובילים": 1. אורכו של "תקדים מוביל"; 2. מספר האסמכתאות ב"תקדים מוביל"; 3. גודל המותב ב"תקדים מוביל"; 4. שיח ומחלוקת בין כותבי "התקדימים המובילים"; 5. "תקדימים מובילים" לפי תחומי משפט; 6. ניתוח היסטורי של תפוקת "התקדימים המובילים"; 7. "התקדימים המובילים" לפי תקופת השפעתם. ה. מאפייניהם של "פסקי המצע": 1. "פסקי המצע" לפי תחום, שיעור מחלוקת וגודל מותב; 2. מועד "פסק המצע" הראשון; 3. אזכור עצמי ב"פסקי המצע"; 4. יחס ציטוטים לאזכורים ב"פסקי המצע". 1. תחומי חפיפה בין אוכלוסיות: 1. "תקדימים מובילים" כ"פסקי מצע"; 2. "פסקי מצע" כ"פסקים נבחרים".

א. מבוא

התלטוותיו של בית־המשפט העליון עמדו במוקד מחקרינו הקודמים,[1] שבהם הופעלה חקירה אמפירית על מדגם שכלל כ-40% מפסקי־הדין של בית־המשפט אשר פורסמו

* המחקר נעשה בתמיכת המרכז הבינתחומי בהרצליה והמכון למחקר עסקים בפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל־אביב. הוצאת "הלכות" והוצאת "אב־דע" סיפקו נתונים חיוניים למחקר. אנו מודים לכולם על עזרתם הנדיבה.

* המרכז הבינתחומי, הרצליה.

** הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל־אביב.

*** המרכז הבינתחומי, הרצליה.

1. יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס, "נוהגי ההסתמכות של בית־המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", משפטים כז (תשנ"ו) 119 (להלן: שחר, חריס וגרוס, "נוהגי ההסתמכות"); יורם שחר ומירון גרוס, "קבלתן ודחייתן של פניות לבית־המשפט העליון – ניתוחים כמותיים",

בכרכי הפ"ד בשנים 1948-1994. במחקרים אלו ניסינו לאפיין היבטים מסוימים של עבודתו של בית־המשפט, לרבות מידת היענותו לעתירות, שאלת השיח והמחלוקת בפסקי־הדין, מרחב הסמך של התלטות השופטים ודרכי השיבוץ של המוטבים – כאשר המיתודולוגיה נסמכת אך ורק על ניתוחים כמותיים של משתנים הניתנים למדידה מתוך פסקי־הדין והתחלטות של שופטי בית־המשפט העליון. המחקר הכמותי אפשר במחקרים אלו לזרות אור על נושאים ייחודיים שאינם נחקרים בדרך־כלל ולבסס מסקנות על נתונים אמפיריים במקום על אינטואיציות תכרות תוקף מחקרי. במהלכם של מחקרים אלו הסתמנה קבוצה של פסקי־דין, שהיתה לה תרומה מכרעת למרחב הסמך של פסקי־הדין של בית־המשפט העליון ולפיכך נראתה ראויה למחקר נוסף. קבוצה זו עומדת במרכזו של המחקר הנוכחי.

במחקר הנוכחי ביקשנו לאתר ולאפיין את מאה התקדימים הישראליים המאוזכרים ביותר בפסיקת בית־המשפט העליון בשנים 1948-2000. מטרתו הרחבה יותר של המחקר היא לאפיין תהליכים שונים ביצירתו של השלד התקדימי שביסוד שיטת המשפט הישראלית.

שיטת המשפט הישראלית נשענת בעיקרה על שלד תקדימי הירדרכי. כמו אחיותיה במשפחת המשפט האנגלו-אמריקנית היא מציבה על שלד זה מסות גדולות והולכות של הקיקה, אלא שאלה לא רק שאינן מייתרות את הצורך בתקדימיות, אלא אף מחזקות אותו. בשל סיבות אקראיות או היסטוריות קיבלה השיטה הישראלית מן השליט הזר האחרון בשטחה את הסדר הכוחות בין שופט ומחוקק, כפי שהתגבש באנגליה לפני כ-300 שנה. לפי הסדר זה, השיטה המשפטית מניחה למחוקק לסמל את הריבונות הדמוקרטית באמצעות עקרון עליונות התקיקה, בעוד מערכת המשפט משמרת בידה, במעטים כבדים של מלל כנוע, את השליטה המלאה על התכנים הנורמטיביים. כליה המהותיים של שליטה זו הם "היצירה העצמאית" וה"פרשנות". כליה הפרוצדורליים הם מערכת נוקשה של תקדימיות אנכית במורד מערכת השיפוט ומידה גדולה של יציבות פנימית בקודקודה של מערכת השיפוט, בין באמצעות נאמנות תקדימית פורמלית בין באמצעות מזעור וליכוד גרעין השליטה האישי ותהליכי קבלת ההחלטות באותו קודקוד. בהינתן מערך כוחות זה, אין גידולה הכמותי-גרידא של התקיקה, על כל דרגיה, מחליש את חיוניותו של השלד התקדימי אלא מחזק אותו. כאשר שופט מצביע על תכליתו של חוק, אין החוק משמש אלא כלי הולכה להיגדו של שופט. כאשר אין גבולות חיצוניים לדין, אין גידולה של התקיקה מצמצם את מעמדת הדין יציר־השפיטה, אלא רק מעלה אותה לרמת המשגה גבוהה יותר שבה נקבעים עקרונות־העל של השיטה. בין זה ובין זה, המסגרת התקדימית התירדכית חייבת להתחזק בדי לתמוך במסה הגדלה של הדין לבל יקרוס ויתפרק לרסיסי היגדים

מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 329 (להלן: שחר וגרוס, "קבלה ודחייה"); יורם שחר, מירון גרוס ורון חרים, "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית־המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 749 (להלן: שחר, גרוס וחרים, "שיח ומחלוקת"); מירון גרוס ויורם שחר, "לשאלת דרכי השיבוץ של מותבי בית־המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", משפטים כט (תשנ"ט) 567.

ועקרונות. כמסורת המשפט המקובל מימים ימימה נכתב גם הקנון של המשפט הישראלי בהלכה הפסוקה לא בחקיקה ולא בכתבי המלומדים, ובמרכזו התקדימים המובילים של בית־המשפט העליון לדורותיו.

מחקרים אחדים בישראל עסקו בפנית הרעיוניים והפורמליים של התקדימיות[2] ומיצו – להערכתנו – את שאפשר לומר על פנים אלה בכלי העיון המקובלים. מחקרנו מציע זווית־ראייה נוספת. אנו מתבוננים בכמה היבטים עובדתיים ועושים זאת בכלים כמותיים. איננו עושים זאת כמטרה לשמה. אנו מעריכים כי לממצאינו השלכות הן על הצדדים הרעיוניים הן על הצדדים הפורמליים של התקדימיות בישראל, ובהרתבה – על שיטת המשפט בכללותה. נתאר השלכות אלה בקצרה הן בפסקאות הבאות הן לצד הממצאים עצמם, אך איננו רואים בהן את עיקרו של המחקר והמאמר הנוכחי. העדפנו להאריך בתיאורם של הקשיים המיתודיים בשלבי המחקר השונים כדי לשתף את הקורא בפתרונם. עשינו כך משום מיעוטם של המחקרים הכמותיים בנשוא מחקרנו בישראל ובשל היעדרם של פתרונות מוסכמים לדילמות המחקר העיקריות העולות בהכרח בפגישתם של נושאים נורמטיביים מובהקים עם כלי מחקר כמותיים.

בניסוח כוללני ביקשנו במחקר הנוכחי לאתר תקדימים מצליחים ולעקוב אחר מהלך חייהם של תקדימים כדי להבין את מאפייני הצלחתם. אנו מניחים כי אם נדע יותר על הגורמים המניעים מגמות באוכלוסיית הפסיקה העליונה, נדע יותר על שיטת המשפט הישראלית בכללותה.

כך, למשל, ביקשנו לדעת את תאריכי לידתם של תקדימים מובילים כדי לאתר סדירות או התפתחות בלתי־רציפה – דהיינו: תקופות של גאות ובצורת לסירוגין – בפסיקה התקדימית של דורות שונים. לשאלה זו השלכות ברורות על הניתוח ההיסטורי של השפעתם היחסית של דורות שונים של שופטי בית־המשפט על התפתחות המשפט

2. אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי (ספירום, 1987), 387-446, הוא הניתוח המקיף והמלא של שאלת התקדימיות בישראל עד היום. עניינו כל ההגות והפסיקה שעד כתיבתו, ובית־המשפט העליון ממשיך ללכת בדרך העקרונית שתוארה בו. להגות מאוחרת יותר ראו גם מאיר שמגר "על התקדים ועל ודאות הדין", משפטים יז (תשמ"ח) 433; מנחם מאוטנר, "המשפט הסמוי מן עין", מנחה ליצחק – קובץ מאמרים לזכרו של השופט יצחק שילה בגבורותיו (אהרן ברק ומנשה שאוה – עורכים, ההוצאה לאור של לשכת עורכי־הדין, תשנ"ט) 59. לפסיקה מאוחרת יותר מזו שאוזכרה אצל ברק שם ראו בג"ץ 639/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האובלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749; ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 369; ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199. בע"א 8746/96 בר חמה נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד נד(2) 704, בעמ' 711 אמר השופט אנגלרד דברים שמהם יכולה היתה להשתמע עמדה שונה, אך כדרכם של מקביליו בזורות קודמים (השופטים ויתקון, ח' כהן, בך ואלון) הוא נוהג בפסיקתו בדרך המוסדית המקובלת, כגון בע"א 5472/98 מנהל מס שבח מקרקעין נ' הררי החזף מספר 63 בע"מ, פ"ד נו(1) 877, בעמ' 886. ראו יורם שחר, "לכידות ובינדוריות בבית־המשפט העליון – הפוליטיקה של התקדים", מחקרי משפט טז (תשס"א) 161.

הישראלי. ביקשנו לדעת מתי אוזכרו לראשונה, ועל־ידי מי, כדי להבין טוב יותר את התהליכים המכניסים תקדים לתודעה הקולקטיבית העתידית.

כמו־כן ביקשנו לדעת מהו "שווי חייהם" של תקדימים מובילים, וגם שם ביקשנו לאתר סדירויות או הפרעות במהלך זה – האם מאוזכר "תקדים מוביל" בעיקר בדורו או בעיקר בדורות מאוחרים יותר? האם ישנם "תקדימים רדומים" המזנקים לתודעה השיפוטית רק מאוחר יותר? ולעומתם, כאלה הלוהטים מהר וכבים מהר? ואם כן, מהם אפיוניהם של אלה לעומת אלה. כמו מחקרים קודמים פילחנו את התשובות לפי שופטים ולפי תחומים כדי לאפיין את התופעה התקדימית.

בבסיס מחקרנו הנוכחי ומחקרינו הקודמים עומדת התנחה, כי הליכי ההכרעה וההנמקה של הלכות שיפוטיות הם ענייניים מרכזיים ולפיכך חקירתם הכמותית של מאפייני ההליכים יכולה להניב תובנות חשובות על השיטה המשפטית הנוהגת. אנו מניחים גם, כי במסגרת ההליכים יש לתהליך האזכור חשיבות מיוחדת. פסקי־הדין זרועים אסמכתאות הנמצאות שם כדי לשכנע, ולעתים כדי לייפות, תיגדים או לבסס ערכים. לעתים הן מלוות גם ציטוטים. אנו מניחים, כי בכל מקרה תהליך האזכור הוא מכוון ומשקף את גישתו של השופט הכותב, אך גם גישה כללית השורה בבית־המשפט ומשתנה עם הזמן והדור.

הנמקתו של פסק־דין נבנית בכוונת מכוון כדי להגיע לתודעתו של קהל־יעד כלשהו ולשכנע (בין בצדקת ההחלטה עצמה בין בצדקתה של הלכה רחבה יותר). שופטים אינם משוחחים את זמנם לריק ואינם כותבים מלים לשמן. אם הם קוראים בשמו של פסק־דין שקדם, הם עושים ואת משום שהם סבורים כי כך ישכנעו טוב יותר; אם הם קוראים בשמו של אחד משניים, הם סבורים שהאזכר עדיף על משנהו; אם הם משתמשים בו בשל יפי ביטוייו, הם סבורים שיופיים ישכנע; אם הם משתמשים בו בשל עמקות טיעוניו, הם סבורים שעומקם ישכנע; אם הם משתמשים בו בשל גילו, בין זקן ובין צעיר, הם סבורים שגילו ישכנע; ואפילו אם הם מזכירים אותו כדי לאבחן או לסתור, הם נותנים לו מקום בהנמקתם ומעידים עליו שהוא חשוב בעיניהם.

הנחת־היסוד במאמרנו הנוכחי היא, כי "תקדים" במובנו המילולי איננו אלא פסק־דין קודם שנבחר להיות מאוזכר בפסק־דין מאוחר. כלל מהלכיו של האזכור המאוחר מכתיבים לתקדים את חייו ואת מותו בין אם הוא ראוי לכך בין אם לאו. פסק־דין ייקרא כאן "תקדים" אם חולן מן השכחה המאיימת על כל מעשה אנוש ואוזכר, אפילו הוא חוזר על הלכה שנפסקה לפניו, אפילו אוזכר לשלילה ואפילו היתה השפעתו על ההכרעה קטנה. אם אוזכר בהנמקתו של פסק־דין, הוא "תקדים" ואם אוזכר הרבה, הוא "תקדים מוביל". מחקרים אחרים יוכלו להדד בסוגיתם השונים של תקדימים על־פי מטרתם, על־פי מידת השפעתם בפועל ועל־פי קני־מידה רבים אחרים. במחקר הנוכחי אנו מניחים, כי עיקרו של "תקדים" בהחלטתו של שופט מאוחר לומר את שמו ולהציג אותו לקהל־היעד שלו במסגרת נימוקיו.

ב. מאגר פסקי־הדין הנחקרים

המאגר שבבסיס המחקר כולל שני מאגרי־משנה:

בראשון, מאגר המקור, מאה פסקי־הדין של בית־המשפט העליון אשר אוזכרו יותר

פעמים מחבריהם בפסיקת בית־המשפט העליון עצמו בשנים 1948-2000. קראנו לפסקים אלה "התקדימים המובילים" ולקבוצה בכללותה קראנו גם בהקשרים מסוימים "רשימת המאה". "התקדימים המובילים" מפורטים לפי סדר יורד בטבלה א ולאחר־מכן גם בסדרורים תלופיים, בטבלה ב ו־ג.

בשני, מאגר הקלט, 2,639 פסקי־דין של בית־המשפט העליון אשר אזכרו אחד (לפחות) מן "התקדימים המובילים" לפחות פעם אחת. קראנו לפסקים אלה "פסקי מצע" מסיבה שתוסבר מיד. בחישוב אחר כולל מאגר הקלט 4,343 רשומות, שכן רבים מ"פסקי־המצע" אזכרו יותר מ"תקדים מוביל" אחד, ושאלות מחקר אחדות חייבו רישום נפרד עבור כל אזכור כזה.

השם "פסקי מצע" שבו בחרנו מחייב הסבר משום שאיננו מובן מאליו. הדימוי שהוביל אותנו לשם זה הוא דימויו של "תקדים מוביל" כגרעין או כזרע שאיננו נובט אלא על מצע נוח, ה"בוחר" לקלוט אותו ולהנביטו. לאמיתו של דבר, אין תקדים יוצא לחיים אלא מרגע אזכורו. תהיה אשר תהיה כוונת כותבו ותהיה אשר תהיה איכותו – אין פסק־דין הופך תקדים אלא במצע פסקי־הדין המאזכרים אותו. אין תקדים הופך "מוביל" אלא במצע קלט נוח במיוחד, המאפשר לו "להוביל". במובן זה חשוב ה"מצע" לא פחות מאשר המקור. מסיבה זו אנו מדברים על "פסקי מצע" ומתייחסים אל כלל אוכלוסייתם כאל אוכלוסייה חשובה שמאפיניה חשובים כשלעצמם לבדיקה.

שני המאגרים נבנו, לאחר מיון ראשוני במערכת "דינים ועוד", על בסיס נתונים שנאספו על־ידי קבוצה של סטודנטים למשפטים.[3] מערכת "דינים ועוד" הפעילה על מאגר־האב שלה בדיקה ממוחשבת למיון כל פסקי־הדין של בית־המשפט העליון בסדר יורד של מספר הפעמים שבהם אוזכרו בפסקי־דינו של אותו בית־משפט. כיוון שמאגר "דינים ועוד" איננו מקיף את כל פסקי־הדין שניתנו לפני 1970, אפילו אם פורסמו בקובץ פסקי דין הרשמי, השלמנו את המיון בעזרת גרסאות ממוחשבות ומודפסות של "המפתח הטכני – אזכורי פסיקה".[4]

לאחר שאותרו מאה "התקדימים המובילים", נאספו עליהם נתונים בעזרת שאלון אשר כלל פרטים מזהים בסיסיים על פסק־הדין (סוגו ומספרו הסידורי של התיק כפי שנפתח במזכירות בית־המשפט, שמות הצדדים, תאריך מתן פסק־הדין), שמות השופטים בסדר פרסום החלטתם בקובץ פסקי דין, עמדתו של כל אחד מהם (רוב, מיעוט וכדו') ואורך פסק־דינו. כן נבדק מספר האזכורים הכולל בפסק־הדין, תוך הבחנה בין אזכור פסיקה מקומית לאזכור פסיקה זרה. שאלון שונה מעט נבנה עבור מאגר הקלט. לצד פרטים מזהים על כל "פסק מצע", השופטים המשתתפים בו ועמדתם, נבדק בכל פסק כזה מספר הפעמים שבהם אזכר כל אחד מהשופטים המשתתפים את התקדים המוביל הרלבנטי. לגבי כל אזכור כזה נבדק גם אם נלווה לו ציטוט מילולי ואם היה אזכור עצמי, כלומר: אם פסק בהחלטה שניתנה על־ידי השופט המאזכר עצמו.

3. סטודנטים למשפטים במרכז הבינתחומי, הרצליה.

4. הוצאת אבידע – דעת ומידע בע"מ.

ג. "רשימת המאה" ודרכים שונות לסדרורה

בפרק הנוכחי אנו מציגים את "רשימת המאה" – בתחילה בצורתה הגולמית, ואחר־כך בשתי צורות סדרור אחרות. צורות סדרור אלה נובעות מן השוני בין התקדימים שב"רשימת המאה" באשר ל"נפח" אזכורם במאגר הקלט, כלומר: מספר הפעמים שבהם הם מאוזכרים בכל "פסק מצע".

1. "רשימת המאה" – סדרור ראשוני

טבלה א: רשימת המאה – סדרור ראשוני (על־פי מספר "פסקי מצע" המאוזכרים אותו)

	תקדים	מספר פסקים מאוזכרים
1	בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים	88
2	ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות	79
3	ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	77
4	ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	75
5	בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, ירושלים	69
6	ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עיזבון המנוח זולוטולוב יצחק ז"ל	66
7	ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה	65
8	בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח־תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקווה	64
9	ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקר בע"מ (בפירוק)	62
10	ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש	61
11	בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור	58
12	ע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	58
13	בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים	57
14	בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה	56
15	בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה	55
16	בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר־המשטרה	53
17	ע"פ 38/49 קנדיל נ' היועץ המשפטי לממשלה	52
18	בג"ץ 59/80 שרותי תחבורה נ' בית הדין לעבודה	51
19	בג"ץ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה	51
20	ע"א 246/66 קלוזנר נ' שמעוני	51
21	ע"א 167/63 מ' ג'דאח נ' י' ג'דאח	50
22	בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עירית תל־אביב־יפו	50
23	בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים	50

24	ד"נ 40/80 קניג נ' כהן	49
25	ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד	49
26	ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי	49
27	בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל	48
28	ע"פ 71/76 מרילי נ' מדינת ישראל	48
29	בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה	47
30	ע"א 148/77 רזט נ' ישופה (בניה) בע"מ	47
31	ע"א 23/61 סימון נ' מנשה	47
32	ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל	46
33	בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל	45
34	ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ	45
35	בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר	45
36	ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש	44
37	ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק	44
38	בג"ץ 10/59 ו' לוי נ' בית־הדין הרבני האזורי, תל־אביב־יפו	44
39	ע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן	44
40	בג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו	43
41	בג"ץ 135/75 סאי־טקס קורפודיישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשיה	43
42	בג"ץ 16/50 איגרא־רמא בע"מ נ' מועצת עירית תל־אביב, בתור ועדה מקומית לבנין ולתכנון ערים	42
43	ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורביץ	42
44	בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים	41
45	בג"ץ 243/62 אזולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי	41
46	ע"פ 129/54 גולדשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה	41
47	ע"א 595/69 מ' אפטה נ' א' אפטה	41
48	בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים	40
49	ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עזבון המנוח יהושע בידרמן	40
50	בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת	40
51	ע"א 143/51 חברת פרדס יגאי בע"מ נ' ראש העיר, חברי המועצה ותושבי רמת גן	40
52	בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים	40
53	ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיונגוף ושות' (שיט) בע"מ	40

54 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית 39
55 ע"פ 20/49 האדי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל 39
56 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון 39
57 בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות 39
58 ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש 39
59 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל 39
60 ע"א 291/94 חברה קרישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום 38
61 ע"א 373/54 אהרונסט נ' נוימן (וישומירסקי) 38
62 בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים 38
63 בג"ץ 86/58 בוגנים נ' ראש המטה הכללי 37
64 ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו 37
65 בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה 37
66 ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל 37
67 ע"א 253/65 ז' בריקר נ' י' בריקר 37
68 ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת ההשמל לישראל בע"מ 36
69 ע"א 598/ ד' גולדמן נ' צ' גולדמן 36
70 ע"פ 161/72 סרסור נ' מדינת ישראל 36
71 בג"ץ 987/94 יזרונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, הגב' שולמית אלוני 36
72 ע"א 488/77 פלוגי נ' היזעץ המשפטי לממשלה 35
73 בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי־הדין, ירושלים 35
74 ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר 35
75 ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל 35
76 בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר־החקלאות 34
77 ע"א 232/85 פלוגי נ' היזעץ המשפטי לממשלה 34
78 ד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין נ' הרלו אגד ג'ונס ג.מ.ב.ה. 34
79 ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל 34
80 בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים 34
81 ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ 34
82 ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עזבון 34
83 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל 33
84 ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים 33
58 ע"א 481/73 רוזנברג נ' שטסל 33
86 בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל 33

87	ע"פ 418/77 **ברדריאן נ' מדינת ישראל**	33
88	בג"ץ 428/86 **ברזילי נ' ממשלת ישראל**	32
89	בג"ץ 399/85 **כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור**	32
90	בג"ץ 1/81 **שירן נ' רשות השידור**	32
91	בג"ץ 287/69 **מירון נ' שר העבודה**	32
92	ד"נ 3/70 **קצין התגמולים נ' בוסאני**	32
93	ע"א 614/76 **פלמונית נ' אלמוני**	32
94	בג"ץ 98/54 **לורוביץ נ' המפקח על המזונות, ירושלים**	32
95	בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**	31
96	בג"ץ 73/85 **סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת**	31
97	ע"א 260/80 **נוביץ נ' ליבוביץ**	31
98	בג"ץ 653/79 **עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה**	31
99	ע"א 109/75 **א' אברהם נ' א' אברהם**	31
100	בש"פ 335/89 **מדינת ישראל נ' לבן**	31

קנה־המידה שבו השתמשנו לבנייתה של רשימה זו היה מספר הפעמים שבהם אוזכר פסק־דין של בית־המשפט העליון ("תקדים מוביל") בפסקי־דין מאוחרים יותר של בית־המשפט העליון עצמו ("פסקי מצע"). בסדרור ראשון זה נספר כל "פסק מצע" פעם אחת בלבד, בלי קשר למספר הפעמים שבהם תזר על אזכורו של "תקדים מוביל". בהמשך יוצג ויפורט סדרור אחר.

רשימה זו נערכה מנקודת־המבט של סוף חודש אוגוסט 2000. בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**[5] המוביל את הרשימה אוזכר עד אותו יום ב־88 פסקי־דין של בית־המשפט העליון. כל אחד משש התקדימים הסוגרים את הרשימה אוזכרו ב־31 פסקים עד אותו היום.

נקודת־מבט זו מקפיאה את תמונת "התקדימים המובילים" בנקודת־זמן נתונה. אין ספק כי תמונה זו תשתנה במשך השנים, שכן ניכר בפסקים לא־מעטים ברשימה הנוכחית כי עברו את פסגת השפעתם וכי יידחקו מפני פסקים אחרים הקרובים כבר היום להיכנס לרשימה. מובן גם מאליו, כי תמונה זו כשלעצמה איננה התמונה היחידה האפשרית לאותה נקודת־זמן עצמה. כך, למשל, יכולנו לשקלל את שכיחות אזכורם של תקדימים על־פי גילם בעת הבדיקה, אלא שבחרנו שלא לעשות כך. לדעתנו, אין מדד הולם לביצועו של שקלול כזה. פסק־דין שניתן, למשל ב־1950 היו לו הזדמנויות רבות יותר להיות מאוזכר עד שנת 2000 מאשר פסק־דין שניתן בשנת 1990. אלא שהיו לו גם שנים רבות יותר לאבד את חשיבותו ההלכתית בין בשל השתנות הדין בין בשל השתנות הנסיבות, בין בשל הטמעתו בפסיקה מאוחרת יותר. בג"ץ קול העם מוביל את רשימת התקדימים לא רק משום שהוא "זקן", אלא גם משום שלא נס ליחו, ואמירתו רעננה היום לא פחות, ואולי יותר, מבעת פסיקתו. כיוון שאיננו יודעים משקלה של מי משתי התכונות – גילו של תקדים או רעננותו – רב יותר, בחרנו שלא לשקלל כלל ואנו מציגים תמונת־מצב מוקפאת

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

לשנת 2000 כמות שהיא. ויתרנו במודע גם על אפשרויות שונות לשקלל את אזכוריהם של "תקדימים מובילים" באופן שישקף את העובדה שמספרם הכולל של פסקי־הדין הנכתבים בשנה גדל עם השנים ויחד אתם – גם מספרם הכולל של אזכורים. גם כאן אנו מעריכים כי גורמים שונים מתקווים ביניהם. משקל אזכורו של תקדים בשנת 1960 צריך היה להיות לכאורה רב יותר מזה של אזכורו בשנת 1990, שכן נכתבו או פתות פסקי־דין לשנה; אלא שמנגד התמורד אותו תקדים מול פתות תקדימים מתחרים ועל־כן משקל אזכורו צריך להיות פתות.[6]

להסיר ספק, בחנו קשר אפשרי בין מקומו של תקדים בתוך "רשימת המאה" ובין "גילו" בשנת 2000 ומצאנו קשר חלש מאוד.[7] גם בדיקה זו מעידה בעינינו על תקפותה של "רשימת המאה" מן ההיבט של הזמן.

עם זאת ראוי להעיר, כי סיומו של המחקר בשנת 2000 לא אפשר לבדוק השערות שונות לגבי המערכת המשפטית בשנים הקרובות למועד זה. בין אלו, השערות אפשריות בדבר ההשפעה של חוקי־היסוד שנחקקו בשנת 1992 על מאגר התקדימים המובילים והתרחשותה של "המהפכה החוקתית". השערות אלו תוכלנה להיבדק ממרחק הפרספקטיבה של מחקר עתידי שיתבסס על נתונים נוספים, עשור או שניים מעבר לשנת 2000.

במישור עקרוני יותר איננו טוענים כלל, כי מדד כמותי כלשהו הוא המדד היחידי הנכון למדידת חשיבותו של תקדים. איננו טוענים גם, כי המקום הנכון למדוד חשיבות זו הוא בפסיקת בית־המשפט העליון עצמו. אנו טוענים רק כי זהו מדד נכון אחד הנמדד במקום נכון אחד. אחרים ישתמשו במדדים נכונים אחרים במקומות נכונים אחרים. ישנם שיעדיפו לבדוק תקדימים על־פי מדד איכותי כלשהו. אחרים יעדיפו לבדוק את מידת נוכחותם של תקדימים בתינוך המשפטי, בכתיבה האקדמית, בפסיקת הערכאות הנמוכות, בטיעוניהם של עורכי־הדין או בשילוב של כל אלה. אנו בודקים את מידת נוכחותם באותו מקום עצמו שבו הם מיוצרים. אנו מאמינים, כי המידה שבה משפיעים שופטים חשובים על עצמם ועל שופטים חשובים אחרים היא סוגיה מעניינת בשיטה משפטית הבנויה ביסודה על תקדימיות וכי מדידה כמותית מייצגת מידה זו בהצלחה. שופט של בית־המשפט העליון המאזכר תקדים מעיד על עצמו כי זה הניח לו להשפיע על הכרעתו או על הנמקתה; ואם הוא עושה כן פעמים הרבה, הוא מעיד על עצמו שהניח לו להשפיע הרבה. גישה צינית יותר, שלפיה מלכתחילה מחליט שופט ביגו לביגו ואיגו מאזכר תקדימים אלא לסבר דעתם של קוראיו, מעידה למצער על אמונתו של אותו שופט שדעתם של קוראיו רגילה לסמוך על תקדימים אלה. תקדים שהרבו שופטים להזכירו הם מעידים עליו את דעתם שרב כוחו לתת תוקף להלכתם. כך או כך: אנו טוענים, כי בחירתם של שופטים

6. לגישה אחרת ראו: Montgomery N. Kosma, "Measuring the Influence of Supreme Court Justices", *J. 27 Legal Studies* (1988) 333.

7. מקדם המתאם הוא $R^2 = 0.033$.

עליונים בישראל להרבות לדבר בשמו של תקדים מסוים בפסיקתם מעניקה לו חשיבות במשפט הישראלי בין בתהליכי בניית ההלכה השיפוטית עצמה בין בתהליכי שיווקה לקהלי־היעד שהיא מכוונת אליהם.

ברשימת המאה חרגנו מן הגישה הכמותית הטהורה בגזרה אחת בלבד. בין מאה פסקי־הדין שאיתרנו לכתחילה היו המישה[8] אשר שימשו בעיקר לתקינת עבודתם של שופטי בית־המשפט (או רַשָמיו) ביושבם דרך שגרה במותב יחיד בתפקידים מתמחים, כגון הכרעה בבקשת רשות ערעור או בערעור על התלטה בבקשה לפטול שופט. הוצאנו תקדימים אלה מהרשימה והכנסנו במקומם את חמשת פסקי־הדין הבאים ברשימה. לא עשינו כך מטעמים איכותיים, אלא משום שסברנו שהבללתם עשויה לעוות את התמונה המספרית היחסית. תקדימים אלה משמשים בסיס יחיד להכרעות שיפוטיות קצרות ומהירות בשגרת עבודת היומיום של בית־המשפט ולהערכתנו, ניתנו למטרה זו בדיוק. כך, למשל, מראה בדיקה מספרית טהורה כי פסק־הדין המאוזכר ביותר בבית־המשפט העליון לכל תולדותיו הוא ר"ע חניון חיפה.[9] הוא ניתן בשנת 1982 על־ידי ממלא מקום הנשיא דאז במטרה ברורה לקבוע קני־מידה להכרעה מהירה בשאלת הערעור־ברשות. אכן, רובם המכריע של פסקי־הדין המאוכרים אותו, רבים מהם פסקי־רשם, אינם חורגים באורכם מעמוד אחד ואינם מפתחים את הנמקתם מעבר לעצם אזכורו של אותו תקדים. סוגיית רשות הערעור בסוגיה יחידה תופסת מטבע הדברים נפח כמותי בלתי־שקול כנגד כל שפע הסוגיות הנידונות בבית־המשפט; ואף כי תמיד תשפיע שכיחותו של הנושא הנידון על שכיחותו של תקדים באותו נושא, מדובר – להערכתנו – בתופעה חריגה[10] המצדיקה את הסרתם של התקדימים בנושא זה מ"רשימת המאה". כך אנו סבורים גם לגבי "התקדימים המובילים" בשאלת פסלותו של שופט ועל־כן הסרנו גם אותם. הם משמשים בפועל לאסמון מהיר של סדרות גדולות של החלטות קצרצרות, בדרך־כלל על־ידי הנשיא – ולא מצאנו טעם להניח להם להתחרות על מקום ב"רשימת המאה".

8. הם, בסדר יורד של שכיחות אזכורם: ר"ע 103/82 חניון חיפה נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (להלן: ר"ע חניון חיפה); בש"א 329/90 אברך נ' גרוגר, פ"ד מד (2) 383; בג"ץ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא ביהמ"ש העליון ויושב ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, השופט מאיר שמגר, פ"ד מח (3) 573; ב"ש 48/75 ידיד נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 375; ר"ע 78/84 טטרואשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 659.

9. לעיל, הערה 8.

10. ההליכים המסווגים "רע"א" במאגר "דינים ועוד" כולו, למשל, תופסים לבדם כ-15% מכלל ההליכים המסווגים "ע"א" באותו מאגר. למרות העובדה שישנם מקרים שבהם נעשה בבקשת רשות ערעור דיון לגופה של הסוגיה שבערעור עצמו, הרי במאות מקרים אחרים ניתנת התלטה קצרה החוזרת במלים ספורות על מגבלות הערעור הנוסף ומאוכרת לקונית תקדים כגון ר"ע חניון חיפה, שם. אנו חוזרים ומדגישים, כי אין אנו אומרים כאן אלא שסיכוייו של תקדים כזה להיות מאוזכר גדלים כך מספרית עד לטידה המוציאה אותו מכלל תחרות הוגנת עם תקדימים בסוגיות אחרות.

בהמשך ננתח טבלה זו לפי כמה קריטריונים פרסניים. בשלב הנוכחי אנו מבקשים להעיר שתי הערות כלליות, הנוגעות ליחס שבין תדמית ומציאות באשר לפסיקת בית־המשפט העליון:

ראשית, מספרם הממוצע של "פסקי המצע" לכל תקדים בדשימת המאה הוא 43.4. מספר זה נמוך הרבה יותר מצפייתנו. הנחתנו האינטואיטיבית היתה, כי "התקדימים המובילים" בתולדות השפיטה הישראלית ימלאו את עולם הסמך של בית־המשפט העליון מקצה אל קצה וכי רבים מהם יזכו למאות מופעים. המציאות היא, כי הנפוץ והמאוזכר בכולם לא אוזכר בתקופת המחקר (1948-2000), אלא 88 פעמים, ומתחתיו צונח מספר הפסקים המאוזכרים במהירות אל מתחת ל-60. להסיר ספק, אין זו הערה ערכית-נורמטיבית. אם למספרים אלה משמעות מהותית כלשהי, הרייתי כי מערכת המשפט הישראלית היא מערכת צעירה וקטנה המשרתת מדינה צעירה וקטנה. צורה אחרת לומר אמירה זו היא, כי אין להשוות נתונים אלה למערכת משפט אחרת כלשהי בשל הבדלי הגיל והגודל. על אלה יש להוסיף את הבדלי השיטה. לבית־המשפט העליון של ארה"ב למעלה ממאתיים שנות פסיקה מאחריו, אלא שהוא כותב מעט מאוד פסקי־דין לשנה ומשתי סיבות סותרות אלה אין טעם להשוות את מספרם הממוצע של פסקי־עצמו המאוזכרים את מאה "התקדימים המובילים" בתולדותיו.

מלכתחילה לא היינו מדווחים על הפער בין צפייתנו ובין ממצאינו בנקודה זו אילו לא היינו סבורים שישנה משמעות לעצם קיומו וכי משמעות זו מתגלה פעם אחר פעם בממצאים. אנו מניחים את קיומו של פער קוגניטיבי גדול בין תדמית מכלול יצירתו של בית־המשפט העליון ובין תוכנו ואופיו האמיתי של מכלול זה. רק חלק זעום מפסקי־דינו של בית־המשפט העליון זוכה להגיע לתודעת קהילת המשפטנים בכללותה ורק חלק זעום מאלה מתקבעים באותה תודעה. כפי שנראה להלן, מתקיימת קבוצה זו של פסקי־דין בעולם מיוחד ובו מעגלים פנימיים של היזון חוזר. פסקי־הדין בקבוצה זו משמשים מצע גות לאזכור תקדימי העבר ובה־בעת הם אוצרים בחובם אנרגיה שתהפוך את תלקם לתקדימי העתיד. השתייכותם של פסקי־דין לקבוצה זו איננה מקרית. הם עוסקים בדרך־כלל בשאלות הטעונות עיון מיוחד בין כדי להדש הלכה בין כדי לסכם ולסדר הלכה קיימת. מאותה סיבה הם גם מגיעים לתודעת ציבור המשפטנים בין במישרין ובין באמצעות מערכות החינוך המשפטי הפורמלי. יותר מזה: יש להניח, כי הם נכתבים כפי שהם נכתבים מבחינת היקף הנמקתם ועושר המקורות שהם שואבים מהם, בכוונת מכוון להגיע אל הזיכרון המשפטי הקולקטיבי ולהתקבע שם.

כל שאנו אומרים הוא, כי פסקי־הדין בקבוצת־עלית זו הם מיוחדים וכי השלכת תכונותיהם על מכלול פסיקת בית־המשפט העליון עשויה להטעות. בהקשר הנוכחי אנו

11. בתקופה זו פורסמו כ-20,000 החלטות בקובץ פסקי דין. על דרך ההמעטה אנו מעריכים, כי כנגד כל פסק־דין שנמצא ראוי לפרסום נתן בית־המשפט העליון ארבע החלטות מנומקות שלא היה בהן חידוש המצדיק את פרסומן. להסיר ספק: מספרם של העניינים שבית־המשפט העליון טיפל בהם בתקופה זו גבוה הרבה יותר, אלא שלצורך שאלת המחקר הנוכחית אין

אומרים, כי שכיחות אזכוריו של "תקדים מוביל" בקרב קבוצת־העלית אינה מעידה על שכיחותו באוכלוסיית הפסקים הכללית. ב־52 שנות עבודתו של בית־המשפט העליון ניתנו, בהערכה גסה, כ־100,000 החלטות שיפוטיות מנומקות.[11] ביטוסה של הנמקה שיפוטית על תקדים עצמי היתה ונשארה לכל אורכה של תקופה זו שיטת ההנמקה העיקרית של ההלטות אלה. אם הצלית הנפוץ והמפורסם בתקדימים לנכוח רק ב־68 מהם, אין זאת אלא שתקדים יחיד, חשוב ומיוחד ככל שיהיה, אינו נוכח מקצה אחד ועד קצהו האחר של עולם היומיום בעבודת בית־המשפט. הוא ועשרות חבריו מקיימים נוכחות בולטת רק בספירות שבהן נבנית שיטת המשפט ברמת ההמשגה הגבוהה שלה – בכתיבה התיאורטית, בחינוך המשפטי, וכאמור, בקבוצת מצע מיוחדת של פסקים הפועלים בינם לבינם באותה רמת המשגה גבוהה.

שנית, כבר בשלב הנוכחי יש להדגיש כי לא מיינו את "התקדימים המובילים" על־פי הפונקציה המדויקת שהם ממלאים באזכורם בפסקי המצע (קלט). מסיבה זו נכנסו ל"רשימת המאה" כמה תקדימים שאינם נכללים – להערכתנו – בזיכרון הקולקטיבי של הקהילה המשפטית הישראלית, תהיה אשר תהיה רמת ההמשגה שבה היא פועלת.

כך, למשל, לכאורה אין בע"א 206/79 ריטברג נ' נסים[12] (מקום 84 ברשימה) היגד ודשני אחד המצדיק, כשלעצמו, את צירופו לרשימת "התקדימים המובילים" בפסיקה הישראלית. אלא שהוא מתדש במקצת בשני נושאים שונים (עסקאות בתנאי אינפלציה והמרצות פתיחה), וצירופם התשבוני של פסקי המצע בשני נושאים אלה יוצר מסה גדולה־יחסית של אזכורים. לא מצאנו דרך להימנע מצירוף חשבוני מסוג זה בלא שייווצרו עיוותים אחרים ברשימת המאה. יותר מזה: אין אנו סבורים כלל כי צירוף זה יוצר עיוות. כל שאנו אומרים בהקשר הנוכחי הוא, כי שיטת הבדיקה שבה השתמשנו הניבה בחלק מהמקרים תוצאות מפתיעות. ייתכן כי נטייתם של משפטנים לתייג תקדימים על־פי הסוגיה המרכזית שתרמו לה, מעניקה יתרון בזיכרון הקולקטיבי לתקדימים הקובעים הלכה גדולה אתת בנושא אחד, בעוד הרשימה הנוכחית חושפת תקדימים שתרומתם למאגר הסמך ההלכתי מצטברת מכמה אמירות בכמה תחומים.

2. "רשימת המאה" – סדרודים חלופיים

בסדרור הקודם של רשימת המאה ספרנו "פסק מצע" פעם אתת בלבד, גם אם אזכר את התקדים פעמים אתדות. אנו מעריכים שווהי מדידה נכונה של תפוצתו של תקדים, אלא שאין זו המדידה היחידה האפשרית. אנו מציעים כאן צורת ספירה אחרת הכוללת את סך כל אזכוריו של "תקדים מוביל" ב"פסקי המצע" שבמאגר.

להבהרת השוואתם של הסדרורים ציינו בטור ד את מיקומו של כל תקדים בסדרור הראשי של "רשימת המאה". קל לגלות מתוך טור זה כי צורת הספירה השונה מניבה הבדלים של ממש. להסיר ספק: אין מדובר בתמונה שונה להלוטין לכל אורכה. מקדם

משמעות לענייגים שגגמרו בלא פסק־דין כלל או בלא הנמקה (כגון פשרה שקיבלה תוקף של פסק־דין).

12. פ"ד לד(3) 314.

המתאם בין הסדרורים הוא 0.62 לערך ובכל־זאת ניכר לעין, כי ישנם כמה תקדימים המזנקים לראשות הרשימה בזכות נוכחות "צפופה" שהם מגלים ב"פסקי המצע", ואחרים היורדים ירידה של ממש בשל נוכחות "דלילה".

דוגמא בולטת היא בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור,[13] מקומו ב"רשימת המאה" הטקורית 90 ומקומה בסדרור הנוכחי 5. פירושו המעשי של הבדל זה הוא, כי למרות העובדה שתקדים זה אוזכר במספר קטן־יחסית של פסקי־דין הוא הצליח להיזכר בהם פעמים רבות־יחסית בממוצע (כמצוין בטור ה – 4.3 פעמים). בתיאור מיטפורי, בג"ץ שירן מונח במעלה "רשימת המאה" בזכות המשקל הסגולי הגבוה של אזכורו באוכלוסיית המצע שלו. לעומתו, פסקי־דין כמו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה[14] או ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש,[15] יורדים עשרות מקומות ברשימה בשל העובדה שהם מאוזכרים ב"פסקי המצע" שלהם מעט מאוד פעמים בממוצע.[16]

טבלה ב: רשימת המאה – סדרור חלופי (על־פי מספר אזכורים)

א	ב תקדימים	ג מספר אזכורים	ד מיקום ברשימה לפי סדרור ראשי	ה מספר אזכורים ממוצע ב"פסק מצע"
1	בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים	236	1	2.7
2	ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	163	3	2.1
3	ע"א 291/94 הברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום	145	60	3.8
4	בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה	142	65	3.8
5	בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור	137	90	4.3
6	ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין נ' הרלו אנד ג'וגם ג.מ.ב.ה.	136	78	4.0

13. פ"ד לה(3) 365 (להלן: בג"ץ שירן).
14. פ"ד מד(2) 485 (להלן: בג"ץ גנור).
15. פ"ד טז 1209 (להלן: ד"נ כרדוש).
16. בג"ץ גנור (לעיל, הערה 14), המאוזכר 1.2 פעמים בממוצע בפסק־מצע, יורד בשל כך 44 מקומות ברשימה; וד"נ כרדוש (לעיל, הערה 15), המאוזכר 1.3 פעמים בממוצע, יורד 33 מקומות.

7	ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה	123	7	1.9
8	ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	121	4	1.6
9	ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית. בית שמש	121	10	2.0
10	ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עזבון המנוח זולוטולוב יצחק ז"ל	113	6	1.7
11	ע"א 23/61 סימון נ' מנשה	110	31	2.3
12	ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק)	109	9	1.8
13	בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר	109	35	2.4
14	ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות	107	2	1.4
15	בג"ץ 525/84 חמיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, ירושלים	107	5	1.6
16	בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח־תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה	107	8	1.7
17	ע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	107	12	1.8
18	בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים	103	13	1.8
19	ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד	93	25	1.9
20	בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הבנסת	90	50	2.3
21	ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי	89	26	1.8
22	ד"נ 40/80 קניג נ' כהן	88	24	1.8
23	ע"א 595/69 מ' אפטה נ' א' אפטה	88	47	2.1
24	ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון	88	56	2.3
25	ע"א 246/66 קלוזנר נ' שמעוני	87	20	1.7
26	בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור	85	11	1.5
27	ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל	85	75	2.4
28	בג"ץ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור	85	89	2.7
29	ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית	84	54	2.3
30	בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה	84	14	1.5
31	בג"ץ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה	84	19	1.6
32	ע"א 167/63 פ' ג'ראח נ' י' ג'ראח	83	21	1.7
33	ד"נ 3/70 קצין התגמולים נ' בוסאגי	81	92	2.5
34	בג"ץ 16/50 איגרא־רמא בע"מ נ' מועצת עירית תל־אביב, בתור ועדה מקומית לבנין ולתכנון ערים	79	42	1.9
35	בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים	78	23	1.6
36	בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עירית תל־אביב־יפו	77	22	1.5

37	ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורביץ	74	43	1.8
38	ע"א 253/65 ז' בריקר נ' י' בריקר	74	67	2.0
39	בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה	73	15	1.3
40	ע"פ 20/49 האדי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	72	55	1.8
41	בג"ץ 59/80 שרותי תחבורה נ' בית הדין לעבודה	71	18	1.4
42	בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל	71	28	1.5
43	ע"פ 71/76 מרילי נ' מדינת ישראל	71	27	1.5
44	ע"פ 38/49 קנדיל נ' היועץ המשפטי לממשלה	70	17	1.3
45	ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ	70	34	1.6
46	בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים	70	80	2.1
47	ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה	68	72	1.9
48	בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל	68	86	2.1
49	בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר־המשטרה	66	16	1.2
50	ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ	66	30	1.4
51	בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל	66	33	1.5
52	ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק	66	37	1.5
53	בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי	66	45	1.6
54	ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עזבון	66	82	1.9
55	ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עזבון המנוח יהושע בירדמן	65	49	1.6
56	בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון	65	95	2.1
57	בג"ץ 135/75 סאי־טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשיה	63	41	1.5
58	ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר	63	74	1.8
59	ע"פ 129/54 גולדשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה	62	46	1.5
60	בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים	62	52	1.6
61	ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל	61	32	1.3
62	ע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן	61	39	1.4
63	ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש	61	58	1.6
64	בג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו	60	40	1.4

65	ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל	60	66	1.6
66	ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש	59	36	1.3
67	בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים	58	48	1.5
68	בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים	57	44	1.4
69	ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה	57	77	1.7
70	ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ	57	81	1.7
71	ע"א 206/79 ריסבדג נ' נסים	57	84	1.7
72	בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה	56	91	1.8
73	בג"ץ 935/89 גנזר נ' היועץ המשפטי לממשלה	55	29	1.2
74	ע"א 143/51 חברת פרדס ינאי בע"מ נ' ראש העיר, חברי המועצה ותושבי רמת גן	55	51	1.4
75	בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל	55	88	1.7
76	בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות	54	57	1.4
77	בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל	54	59	1.4
78	ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיונגוף ושות' (שיט) בע"מ	53	53	1.3
79	ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ	53	68	1.5
80	ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני	53	93	1.7
81	בג"ץ 98/54 זורוביץ נ' המפקח על המזונות, ירושלים	53	94	1.7
82	בג"ץ 10/59 ו' לוי נ' בית־הדין הרבני האזורי, תל־אביב־יפו	52	38	1.2
83	ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ	52	97	1.7
84	ע"א 373/54 אהרונסט נ' נוימן (וישומירסקי)	51	61	1.3
85	בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, הגב' שולמית אלוני	51	71	1.4
86	בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים	50	62	1.3
87	ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל	50	79	1.5
88	דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל	50	83	1.5
89	ע"א 8/59 ד' גולדמן נ' צ' גולדמן	48	69	1.3
90	ע"פ 161/72 סרסור נ' מדינת ישראל	48	70	1.3
91	בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת	48	96	1.5
92	בש"פ 335/89 מדינת ישראל נ' לבן	47	100	1.5
93	בג"ץ 86/58 בוגנים נ' ראש המטה הכללי	46	63	1.2
94	ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו	45	64	1.2

95	בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר־החקלאות	44	76	1.3
96	ע"א 109/75 א' אברהם נ' א' אברהם	43	99	1.4
97	בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי־הדין, ירושלים	41	73	1.2
98	ע"פ 418/77 ברדריאן נ' מדינת ישראל	40	87	1.2
99	ע"א 481/73 רוזנברג נ' שטסל	33	85	1.0
100	בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה	32	98	1.0

כדי להציג את האמור בפסקה האחרונה טוב יותר סדרנו את רשימת המאה בטבלה ג שלהלן לפי סדר יורד של אותו "משקל סגולי", כלומר: לפי מספר האזכורים הממוצע שלהם ב"פסק מצע". הנקודה הניכרת לעין בצורת סדרור זו היא השונות הגדולה בין "התקדימים המובילים". יש בהם המאוזכרים כארבע פעמים בממוצע בכל פסק־דין המאזכר אותם. לעומתם, ישנם רבים המאוזכרים רק פעם אחת או מעט יותר בממוצע.

מה משמעותם של הבדלים אלה מעבר לביטוים המספרי? אנו מניחים, כי הם מבטאים היבט מסוים של צורות הפעולה השונות של תקדים באוכלוסיית־הקלט שלו. בהרחבה זהירה יש בהם ביטוי כמותי למשמעויותיו השונות של "תקדים". בהנגדה קיצונית ישנם פסקי־דין הנזכרים לדורות רק בשל יופיה של פסקה אחת בהם ואחרים הנזכרים בשל עומקו ורוחבו של הניתוח בהם. הראשונים אין סיבה שיאוכרו (ויצוטטו) יותר מפעם אחת בכל פסק־דין המאזכר אותם. האחרונים סביר שיגדרו דיון עשיר ומורכב בכל מקום שהם נזכרים ועל־כן יאוזכרו כמה פעמים באותו מקום. כך מתקבל מיקומו של תקדים בצמרת ההלכה הפסוקה (לפי הסדרור הנוכחי) מקשרי־גומלין עדינים בין מספר הפעמים שבהם הוא מצליח לחדור לתהליך גיבושה של החלטה שיפוטית מאוחרת יותר והתפקיד המדויק שהוא ממלא בתהליך זה.

להסיר ספק אפשרי אחד: בדקנו קורלציה אפשרית בין התכונה הנבדקת כאן – דהיינו: "משקלו הסגולי" של תקדים – ובין תאריך נתינתו. ביקשנו לדעת אם לתקדימים ישנים נטייה לאבד את "משקלם הסגולי" ולהפוך למעין איקונה המועלית תכופות בשמה בלבד כדי לתת נופך של עתיקות להיגד שהפך מובן מאליו. הבדיקה פסלה אפשרות כזאת.[17] אכן, ישנם פסקי־דין ישנים המועלים תכופות באזכור יחיד ולקוני, כגון בג"ץ 1/49 בזרגו נ' שר־המשטרה,[18] אך לעומתם ישנם פסקי־דין ישנים אחרים הפועלים אחרת, והשיעור היחסי בין אלה לאלה אינו שונה מן הנצפה בתקדימים חדשים.[19]

17. מקדם המתאם הוא 0.034 בלבד.

18. פ"ד ב 80.

19. כך, למשל, אזכוריו של בג"ץ גנור (לעיל, הערה 14; וראו גם לעיל, הערה 16) פועלים באוכלוסיית־הקלט שלהם בתבנית דומה מאוד לזו של בג"ץ בזרגו (לעיל, הערה 18), למרות הפרש של ארבעים שנה ביניהם.

להסיר ספק אחר: עיון בשונות הנצפית בטבלה ג בין "משקלם הסגולי" של תקדימים שונים באלפי "פסקי המצע" תומך בהנחה, כי ישנה משמעות לשונות זאת. אנו מודעים להנחה הרווחת, כי נוהגי האזכור מבוססים רק על סגנונו האישי האקראי של שופט זה או אחר וכי אינם מבטאים דבר מהותי כלשהו. אנו הולכים על הנחה זו. אין אכן ספק, כי שופטים שונים נוהגים בתקדימים באופן שונה. יש שניכר בכתיבתו כי אינו נוהגו לאזכר תקדים אלא אם מצא אותו חיוני להנמקתו ואם הפנים את תוכנו והוא מסתמך עליו או דוחה אותו בפסיקתו הנוכחית. אחר מרבה לפזר אזכורים לתקדימים בלא שיהיו חיוניים לתוכן הנמקתו ומן־הסתם אינו עושה כך אלא לחיזוק משקלה הנתזה של החלטתו בעיני קהל קוראיו. אלא שלא שופט זה ולא שופט זה יכולים להפוך לבדם פסק־דין ל"תקדים מוביל". התקדימים שב"רשימת המאה" הגיעו לרשימה זו מפני ששופטים רבים, בעלי נטיות שונות, הרבו לאזכר אותם. על־כן אם ישנם "תקדימים מובילים" הנוטים להיות מאוזכרים פעמים אחדות בכל "פסק מצע" המאזכר אותם, ואחרים הנוטים להיות מאוזכרים פעם אחת בלבד – אנו מניחים כי שונות זו מבטאת תכונה שאינה תלויה בנטיותיו של שופט זה או אחר.

אופיו הכמותי של המחקר הנוכחי אינו מאפשר הקידה מעמיקה של תכונה זו. כל שאנו אומרים הוא, כי אזכור חוזר של תקדים ב"פסק מצע" תומך בהנחה כי השפיע באופן פעיל על הליך גיבוש ההכרעה השיפוטית וכי אזכור יחיד של תקדים ב"פסק מצע" מתיישב יותר עם ההנחה שהשפיע עליו השפעה מעטה. אם אנו צודקים בהנחה זו, הרי שהסדרור בטבלה ב מעיד טוב יותר מאשר הסדרור המקורי על כלל השפעתו של "תקדים מוביל" על אוכלוסיית הקלט. לפי היגיון זה, פסק־הדין בבג"ץ שירן[20] השפיע על הכרעותיו העתידיות של בית־המשפט העליון יותר מאשר, למשל, פסק־הדין בע"א חצור,[21] אפילו אזכר בהרבה פחות פסקי־דין.

טבלה ג: רשימת המאה – סדרור חלופי נוסף (על־פי ממוצע אזכורים ב"פסק מצע")

	תקדימים	ממוצע אזכורים ב"פסק מצע"	מיקום ברשימה לפי סדרור ראשי
1	בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור	4.3	90
2	ד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה.	4	78
3	בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה	3.8	65
4	ע"א 291/94 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום	3.8	60
5	בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים	2.7	1

20. לעיל, הערה 13.

21. ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70.

6	בג"ץ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור	2.7	89
7	ד"נ 3/70 קצין התגמולים נ' בוסאני	2.5	92
8	ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל	2.4	75
9	בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר	2.4	35
10	ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית	2.3	54
11	ע"א 23/61 סימון נ' מנשה	2.3	31
12	ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון	2.3	56
13	בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת	2.3	50
14	ע"א 595/69 מ' אפסה נ' א' אפסה	2.1	47
15	ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	2.1	3
16	בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון	2.1	95
17	בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל	2.1	86
18	בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים	2.1	80
19	ע"א 253/65 ז' בריקר נ' י' בריקר	2	67
20	ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש	2	10
21	ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה	1.9	72
22	ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עזבון	1.9	82
23	ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד	1.9	25
24	ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה	1.9	7
25	בג"ץ 16/50 איגרא־רמא בע"מ נ' מועצת עירית תל־אביב, בתור ועדה מקומית לבנין ולתכנון ערים	1.9	42
26	ע"פ 20/49 האדי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	1.8	55
27	ע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	1.8	12
28	ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי	1.8	26
29	בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים	1.8	13
30	ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר	1.8	74
31	ד"נ 40/80 קניג נ' כהן	1.8	24
32	ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורביץ	1.8	43
33	ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקר בע"מ (בפירוק)	.81	9
34	בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה	1.8	91
35	ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים	1.7	84
36	בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל	1.7	88

37	ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עזבון המנוח זולוטולוב יצחק ז"ל	1.7	6
38	ע"א 246/66 קלוזנר נ' שמעוני	1.7	20
39	ע"א 260/80 גוביץ נ' ליבוביץ	1.7	97
40	ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה	1.7	77
41	ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ	1.7	81
42	בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח־תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקווה	1.7	8
43	ע"א 167/63 פ' ג'ראח נ' י' ג'ראח	1.7	21
44	ע"א 614/76 סלמונית נ' אלמוני	1.7	93
45	בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, ירושלים	1.7	94
46	בג"ץ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה	1.6	19
47	בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים	1.6	52
48	ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עזבון המנוח יהושע בידרמן	1.6	49
49	ע"מ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל	1.6	66
50	ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	1.6	4
51	בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי	1.6	45
52	ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש	1.6	58
53	בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים	1.6	23
54	ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ	1.6	34
55	בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, ירושלים	1.6	5
56	בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת	1.5	96
57	בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עירית תל־אביב־יפו	1.5	22
58	בש"פ 335/89 מדינת ישראל נ' לבן	1.5	100
59	דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל	1.5	83
60	ע"פ 129/54 גולדשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה	1.5	46
61	בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה	1.5	14
62	ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק	1.5	37
63	בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל	1.5	27
64	ע"פ 71/76 מרילי נ' מדינת ישראל	1.5	28
65	ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ	1.5	68
66	ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל	1.5	79

67	בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל	1.5	33
68	בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור	1.5	11
69	בג"ץ 135/75 סאי־טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשיה	1.5	41
70	בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים	1.5	48
71	בג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו	1.4	40
72	בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, הגב' שולמית אלוני	1.4	71
73	ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ	1.4	30
74	בג"ץ 59/80 שרותי תחבורה נ' בית הדין לעבודה	1.4	18
75	בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים	1.4	44
76	ע"א 109/75 א' אברהם נ' א' אברהם	1.4	99
77	ע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן	1.4	39
78	בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות	1.4	57
79	בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל	1.4	59
80	ע"א 143/51 חברת פרדס יגאי בע"מ נ' ראש העיר, חברי המועצה ותושבי רמת גן	1.4	51
81	ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות	4.1	2
82	ע"פ 38/49 קנדיל נ' היועץ המשפטי לממשלה	1.3	17
83	ע"א 373/54 אהרונסט נ' גוימן (וישומירסקי)	1.3	61
84	ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש	1.3	36
85	ע"א 8/59 ד' גולדמן נ' צ' גולדמן	1.3	69
86	ע"פ 161/72 סרסור נ' מדינת ישראל	1.3	70
87	בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה	1.3	15
88	ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל	1.3	32
89	ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיונגוף ושות' (שיט) בע"מ	1.3	53
90	בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים	1.3	62
91	בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר־החקלאות	1.3	76
92	בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר־המשטרה	1.2	16
93	בג"ץ 86/58 בוגנים נ' ראש המטה הכללי	1.2	63
94	ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו	1.2	64
95	ע"פ 418/77 ברדריאן נ' מדינת ישראל	1.2	87

96	בג"ץ 10/59 ו' לוי נ' בית־הדין הרבני האזורי, תל־אביב־יפו	1.2	38
97	בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי־הדין, ירושלים	1.2	73
98	בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה	1.2	29
99	בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה	1	98
100	ע"א 481/73 רוזנברג נ' שטסל	1	85

העלינו שאלה זו בדבר הערכת "משקל" השפעתו של תקדים על ההלכה הפסוקה בבית־המשפט העליון כשאלה של סדרור ולאמיתו של דבר הארכנו בה כדי לפתוח צוהר ראשון לדיון בשאלות־המפתח של מחקרנו הנוכחי. מכאן אנו מתייחסים לרשימת המאה כאל מכלול אחד ואיננו עוסקים עוד במישרין בסדרורה הפנימי.

בהמשכו של פרק זה אנו מנתחים תכונות שונות של התקדימים במכלול זה. יש להדגיש, כי בשלב זה אנו בודקים ברוב המקרים את תכונותיהם של "התקדימים המובילים" עצמם ולא את תכונותיהם של "פסקי המצע" המאוברים ואף לא את השפעתם של הראשונים על האחרונים. עיקר מטרתנו בשאלות המחקר הראשונות המוצגות למטה הוא להשוות את תכונותיהם של "התקדימים הטובילים" לאלה של פסקי־דין אחרים של בית־המשפט העליון, כדי לברר אם אפשר לזהות את מאגר המקור כאוכלוסייה מיוחדת באוכלוסיית הפסיקה העליונה.

האוכלוסייה שלגביה אנו משווים את "התקדימים המובילים" ברוב המקרים היא אוכלוסיית פסקי־הדין שפורסמו בקובץ פ"ד, כפי שהיא מיוצגת במאגר מדגמי בן 7,147 פסקים, שהקמנו לצורך מחקרינו הקודמים.[22] במאמר הנוכחי אנו מכנים פסקים אלה "פסקים נבחרים" מסיבה שתובהר מיד. אנו סבורים, כי השוואה זו טובה לענייננו יותר מהשוואה לתכונותיהם של כלל פסקי־הדין שניתנו על־ידי בית־המשפט העליון. "הפסקים הנבחרים" נבחרו לפרסום לאחר סינון מקצועי על בסיס הערכתו של צוות הסינון כי יש בהם פוטנציאל הלכתי־תקדימי מעבר לפעולתם על הצדדים הישירים למכסוך. אנו מעריכים, כי סינון זה נעשה כהלכה במשך השנים והצליח להפריד בין האוכלוסייה ההלכתית ואוכלוסיית ההתלטות השיפוטיות שמלכתחילה ניתנו לעניינן בלבד.[23] אנו מעריכים גם, כי רשימת המאה שבמאגר הנוכחי מייצגת את שיאה של הצלחה מוכחת באותו קנה־מידה עצמו, דהיינו: השפעתו הכמותית של פסק־דין על ההלכה הפסוקה. על־כן אנו מעריכים, כי יש עניין מיוחד בהשוואת "רשימת המאה" לכלל "הפסקים הנבחרים".

מאגר "הפסקים הנבחרים" שלגביו אנו עורכים את ההשוואות הבאות מתייחס לתקופה המתחילה ב-1948 ומסתיימת בשנת 1994 ומקיף כ-40% מתוך כ-18,000 פסקי־הדין של

22. ראו לעיל, הערה 1.

23. מבדיקות שונות שעשינו עולה, כי שיעורם של פסקי־הדין שאווכרו בפסיקת בית־המשפט העליון, הגם שלא פורסמו בקובץ פ"ד, הוא 1.5% מכלל האוכורים.

בית־המשפט העליון אשר פורסמו בתקופה זו בקובץ פסקי דין.[24] להסיר ספק, כל־אימת שהשווינו נתונים מתוך מחקרנו לתכונות "הפסקים הנבחרים" הגבלנו גם את נתונינו לאותה תקופה.

ד. מאפייניהם של "התקדימים המובילים"

בחלק זה אנו בודקים את תכונותיהם של "התקדימים המובילים" עצמם. נתונים על "פסקי המצע" מובאים כאן רק כדי לאפיין תקדימים אלה. אפיוניהם של "פסקי המצע" עצמם וניתוח משמעותם של אפיונים אלה על ההלכה הפסוקה בכללותה ייעשו בחלק הבא.

1. אורכו של "תקדים מוביל"

אורכו הממוצע של "פסק נבחר" הוא 5.1 עמודים. אורכו הממוצע של "תקדים מוביל" ב"רשימת המאה" הוא 29.8 עמודים, כלומר: פי 5.8. פילוח של יחס זה על־פני חמישה העשורים שבמאגר מגלה, כי מלבד העשור הראשון, שבו נפתח פער כפול בין אורכו הממוצע של "פסק נבחר" לאורכו של "תקדים מוביל", נשמר יחס כמעט קבוע של 1:5 בקירוב במשך כל ארבעת העשורים הבאים. פילוח זה מוצג בטבלה ד:

טבלה ד: אורך ממוצע של "תקדים מוביל" ו"פסק נבחר" לפי עשורים

שנים	אורך ממוצע של "תקדים מוביל"	אורך ממוצע של "פסק נבחר"	יחס "תקדים מוביל" ל"פסק נבחר"
49-59	37.8	3.9	9.69
60-69	17.6	3.6	4.88
70-79	23.2	4.8	4.83
80-89	32.9	6.5	5.06
90-94	48.5	9.3	5.21

משמעותו של עצם הפער בין אורכו של "פסק נבחר" ואורכו של "תקדים מוביל" ניתנת לפירוש בשני אופנים. מנקודת־מבט פורמלית טמון חלקו התקדימי של פסק־דין רק ביחס שבין עובדותיו להכרעה בהן. מנקודת־מבט זו ינבע היקף תפוצתו של תקדים משכיחותן של עובדות דומות בהכרעות שיפוטיות עתידיות ולא מתכונה כלשהי של הנמקת התקדים. אורכם התריג של "תקדימים מובילים" יוכל אז להיות מוסבר רק בהנחה, כי הם משקפים הכרעה ראשונה בעובדות חדשות או הכרעה חדשה בעובדות ישנות וכי ההכרעה השיפוטית

24. לתיאור מלא יותר של המאגר ראו שחר, חריס וגרוס, "נוהגי ההסתמכות" (לעיל, הערה 1), בעמ' 126.

בשני אלה קשה ומצריכה הנמקה חריגה באורכה. פירוש זה אינו רואה באורך התקדים סיבה להצלחתו, אלא תוצר של סיבות המולידות הצלחה זו. פירוש זה נראה בעינינו יותר מן הפירוש האחר האפשרי, דהיינו: כי אורכו של המלל מוליד את הצלחתו של התקדים. עיון ב"רשימת המאה" מלמד, כי רובם ככולם הם תקדימים במובן הבסיסי שיש בהם הלכה חדשה. הם מאווכרים פעמים רבות בעיקר בשל ההלכה שבהם ולא בשל מהלכיה המורכבים של ההנמקה שבהם. לשון אחרת: אנו מעריכים כי רבים מהם, אם לא כולם, היו נמצאים ב"רשימת המאה" גם אילו היו קצרים הרבה יותר. אם הם ארוכים, הרי זה בשל נטייתם של שופטים בישראל ללכת מעבר להכרעה ומעבר להנמקתה של ההכרעה אל הנמקתה של ההנמקה, אל לבטיהם בדרכם אליה ולפעמים אף אל כלל משנתו של תחום ההכרעה. מדרך הטבע, ככל שגדולה תשיבותה של ההכרעה, גדלים תתומי הלבטים והמשנה ומתארכים פסקי־הדין.

אין דרך "להוכיח" טענה זו שלמעלה, אך אנו סבורים שהיא מתחזקת מן הממצאים שבטבלה ד. אורכם הריאלי של פסקי־דין משתנה עם השנים.[25] גם אם קצב השינוי קטן יותר מן הנהוג לחשוב, הרי הוא ברור ומובהק. משתנים גם במידה רבה סגנונות ההנמקה של פסקי־דין,[26] ובכל זאת המכפיל "המניב" תקדים מוצלח במיוחד נשאר יציב במשך ארבעים שנה. אנו מניחים אפוא כי בבסיסה של מכפלה זו עומד גורם יציב הקשור בתרבות העבודה של בית־המשפט העליון ולא מניע "שיווקי" תלוי־אופנה המבסס הצלחה על אורך כגורם עצמאי.

2. מספר האסמכתאות ב"תקדים מוביל"

מספרם הממוצע של אזכורי פסיקה ישראלית ב"פסק נבחר" רגיל 2.9. מספרם הממוצע ב"תקדים מוביל" 19.2, כלומר: פי 6.6.

הנקודה החשובה בנתון זה היא המידה שבה הוא חורג מהבדלי האורך שתוארו למעלה. מספר עמודים גדול פי 5.8 היה צריך להניב מכפלה דומה. אילו צפיפות האזכורים בעמוד של "תקדים מוביל" היתה זהה לזו שב"פסק נבחר" רגיל, היינו צריכים למצוא מכפלה של 5.8 במקום זו שדיווחנו עליה, דהיינו: 6.6. הבדל זה אינו גדול, אך הוא מובהק סטטיסטית משום שהופק במדגם גדול במיוחד והוא מעיד על כך כי צפיפות אסמכתאות הפסיקה הישראליות גדולה יותר בעמוד טיפוסי של "תקדים מוביל" מאשר בעמוד של "פסק נבחר" רגיל.

הבדל גדול יותר ניכר באשר לאזכורי פסיקה זרה. מספרם הממוצע ב"פסק נבחר" רגיל הוא 0.9. מספרם הממוצע ב"תקדים מוביל" 7.8, כלומר: פי 8.7.

אכן, בתקדים המוביל ניכרים הסימנים הכמותיים שהצענו במחקרינו הקודמים כמדדים לעומקן של הנמקות שיפוטיות.[27] "תקדימים מובילים" ארוכים הרבה יותר מפסקי־דין

25. שם, בעמ' 129.

26. מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (מעגלי דעת, תשנ"ג).

27. למשל: בשהר, גרוס וחריס, "שיח ומחלוקת" (לעיל, הערה 1), בעמ' 781. להסיר ספק, בדוננו ב"עומק" ההנמקה איננו משתמשים במדדים איכותיים, אלא במדדים כמותיים.

רגילים, אך כל עמוד בהם גם עשיר יותר באסמכתאות מקומיות, ועוד יותר – באסמכתאות פסיקה זרות. הבדלים אלה האחרונים אינם דרמטיים כמו הבדלי האורך הגולמי שדווחו למעלה, אך הם ברורים ומובהקים – הנמקתו של "תקדים מוביל" איננה רק ארוכה יותר בכללותה, אלא היא גם עשירה יותר (בהשוואה ל"פסק נבחר") באסמכתאות פסיקה מקומיות וזרות, והבדל זה לטובת "התקדים המוביל" ניכר יותר במספר האסמכתאות הזרות מאשר במספר האסמכתאות המקומיות.

נקודות אלה אינן טריביאליות בעינינו. אפשר היה לשער השערה הפוכה, דהיינו: כי עושרו של תקדים מצליח יתבסא דווקא במקוריות טיעוניו ובמבטו אל העתיד. אפשר היה לשער, כי דווקא פסק־הדין השגרתי יציב עצמו על אסמכתאות העבר, בעוד התקדים הגדול יברא עולם חדש על בסיס הנמקתי ערכי רחב־יריעה. במלים אחרות: אפשר היה לשער, כי עמוד טיפוסי של תקדים גדול ירבה לנמק וימעט לאזכר. אם ממצאינו מראים את ההיפך, הריהם מעידים על כך שזכרון העבר ממשיך לשמש כלי טיעון רב־עוצמה בבניין ההלכה הפסוקה לעתיד בין על דרך אבחונה מן הפסיקה הקודמת בין על דרך שחזורה ופיתוחה. ממצאינו מראים, כי כלי זה איננו מאבד מעוצמתו במשך השנים. ככל שישתנה סגנון הנמקתו של בית־המשפט העליון עם הדורות הוא ממשיך לקרוא לכותבו המרגיע והמשכנע של העבר דווקא בנקודות־המפנה המצריכות את מרב התמיכה. מהפכן המתווכח עם העבר נותן לעבר מקום חשוב לא־פחות מהשמרן המשמר אותו, וההלכה הישראלית, כפי שהיתה בכל תולדותיה, היא הלכה פסוקה הבונה את עצמה מתוך עצמה.

3. גודל המותב ב"תקדים מוביל"

התפלגות גודל המותב ב"רשימת המאה" נתונה בטבלה ה:

טבלה ה: התפלגות גודל המותב ב"תקדימים המובילים"

גודל המותב	מספר הפסקים
דן יחיד	2
שלושה שופטים	74
חמישה שופטים	20
שבעה שופטים	1
תשעה שופטים	3

מניתוח מאגר "הפסקים הנבחרים" עולה, כי שכיחות המותבים הגדולים (יותר משלושה שופטים) בו היא 1.55%. מטבלה ה עולה, כי שכיחותם של המותבים הגדולים בין "תקדימים מובילים" היא 24%.

נתון השוואתי זה מדבר לכאורה בעד עצמו. מובנת מאליה ההשערה, כי "התקדימים המובילים" ניתנו בסוגיות חדשות וראשוניות, קבעו הלכה מהפכנית בסוגיה ישנה או קיבעו הלכה אחת בעניין שהיה נתון במחלוקת. מובנת גם מאליה ההנחה, כי לנקודות־מפנה כאלה בדיוק נועד כוחו של נשיא בית־המשפט העליון, שנקבעה בסעיף

26 בחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד-1984, להושיב מותב גדול בין מלכתחילה בין בדיון נוסף. משום־כך מובן מאליו הפער העצום בין שכיחותו הרגילה של מותב גדול ושכיחותו ב"רשימת המאה". אלא שלפי אותו היגיון עצמו ראויה בעינינו לציון העובדה, שאפילו ברשימה זו גדול שיעורם של מותבי השלושה פי שלושה משיעורם של המותבים הגדולים. לשון אחרת: אפילו בקצהו הצר של חוד התנית של ההלכה הפסוקה בישראל יושב בית־המשפט העליון בשלושה ברוב המכריע של המקרים.

להיגד זה משמעויות חשובות. מותב העבודה הבסיסי של רוב בתי־המשפט העליונים בעולם גדול יותר הן במספרים פשוטים הן בגודלו של המותב יחסית למספרם של כלל השופטים ביחידה הרלבנטית. שופטים רבים יותר משתתפים בתהליך ההכרעה, וקטן הרבה יותר מספר האפשרויות לזימונו של צירוף זה או אחר להכריע בעניין נתון. יתרונותיו של גודל זה ברורים מאליהם. טוב יותר שישתתפו רבים בתהליך הכרעה חשוב וטוב יותר שתפתח השפעתן של דעות יחיד על ההלכה בכללותה. גם חסרונותיו של הגודל ברורים. בזימונם של שופטים רבים להכריע בעניין שאינו חשוב יש בזבוז משאבים. לכאורה הפתרון הישראלי מספק איזון אידיאלי בין חסרונות ויתרונות אלה באשר הוא מאפשר לנשיא בית־המשפט לשבץ מעט שופטים לעניין זניח והרבה שופטים לעניין חשוב. הנתונים המדווחים כאן מעידים על הצלחה מוגבלת ביישומו של איזון זה בראיית כוללת של חמישים שנות עבודה.

בשיח הבלתי־כתוב על שאלת דרכי עבודתו של בית־המשפט העליון שמענו טענה נפוצה, כי היגדים השוואתיים רבים בין בית־משפט זה ומקביליו בעולם התרבות מוטים בשל כך שהם טשווים את ווטות היומיום שנכפו על בית־המשפט הישראלי העמוס־לעייפה עם מאגר ההלכות התקדימיות הגדולות של בתי־משפט עליונים אחרים. בית־המשפט הישראלי – כך שמענו טוענים – פועל אחרת כאשר הוא יושב על מדוכת ההלכות הגדולות. בין השאר שמענו טוענים, כי הוא מגדיל או את הרכבו ויושב במותב גדול כמו מותבי מקביליו בעולם ולעתים אף גדול מהם. כאשר הוא נקרא לדגל – שמענו טוענים – הוא מוצא בתוכו משאבים גדולים ופוסק בהרבה משופטיו, לא אחד ולא שלושה.

הנתונים הנוכחיים מטילים ספק במידת כושרו של בית־המשפט, במתכונת עבודתו הקבועה מזה כמעט מאה שנים, לזהות את הדגל ולהיענות לקריאה. אם טוב היה שכל מאה "התקדימים המובילים" בתולדותיו ייגתנו בהרכב גדול, הרי לא טוב שרק 24 מהם אכן כך ניתנו. בית־משפט זה מגלה לכידות תקדימית פנימית ניכרת, והלכת שלושה מחייבת אותו על־פי תפיסתו בדיוק כמו הלכת שלושה־עשר. משם מחויבת מערכת השיפוט כולה, וממנה – שיטת המשפט בכללותה. כאשר פסקו שלושה־עשר, למצער אנו יודעים שזו דעתם של רוב שופטי בית־המשפט העליון באותו דור. כאשר פסקו שלושה, איננו יודעים אם אכן זו דעתם של רוב שופטי בית־המשפט העליון באותו דור. אפילו כניסתו של פסק־דין כזה ל"רשימת המאה" איננה מעידה בהכרח אלא על נאמנות תקדימית, ולפעמים היא מעידה על עמדת הדורות הבאים ולא על עמדת הדור שבו ניתן.

4. שיח ומחלוקת בין כותבי "התקדימים המובילים"

במחקר קודם[28] בדקנו את שאלת השיח בין השופטים ב"פסק נבחר" טיפוסי. ביקשנו לדעת מיהו הכותב את פסק־הדין, האם שופט אחד או יותר? ואם ישנן ביניהם הסכמה או מחלוקת על התוצאה הסופית? מצאנו שיעור נמוך של שיח בין השופטים ושיעור נמוך עוד יותר של מחלוקת ביניהם על התוצאה הסופית. שיעור אחרון זה הביא אותנו להשערה בלתי־נמנעת על קיומו של מנגנון כלשהו הממתן את רוב המחלוקות ומשתיק אותן במהלך שלבי ההכרעה.[29] ביקשנו לבצע בדיקה מקבילה על מאגר המקור שלנו, דהיינו: על מאת "התקדימים המובילים".

מצאנו, כי שכיחותה של מחלוקת ב"תקדימים המובילים" שניתנו בהרכב (להבדיל מדן יחיד) היא 26.9%, כלומר: פי 4.4 משכיחותה ב"פסקים הנבחרים" שניתנו בהרכב (6.8%). נתונים אלה מוטים מעט, שכן הם כוללים את שכיחות המחלוקת במותבים גדולים משלושה שבהם נפוצה המחלוקת הרבה יותר (64% ו־54.2%, בהתאמה, ב"פסקים הנבחרים" וב"תקדימים המובילים" בהרכב גדול משלושה). למעלה הראינו, כי שכיחות ההרכבים הגדולים גדולה בקרב ה"תקדימים המובילים" הרבה יותר מאשר ב"פסקים הנבחרים" ועל־כן העדפנו להציג תחילה השוואה המתבוננת בפסקי השלושה בלבד. בהשוואה זו נמצאה המחלוקת רווחת ב"תקדימים המובילים" בשיעור גדול פי 3.7 מאשר ב"פסקים הנבחרים" (21.6% לעומת 5.8%).

נתונים אלה מעניינים בכמה היבטים:

1. שכיחותה הגבוהה־יחסית של מחלוקת שופטים בקרב "התקדימים המובילים" מרגישה את ההיגדים בפסקה הקודמת על בעייתיותו של הרכב ההכרעה הקטן בבית־המשפט העליון. כאשר מוכרע עניין עקרוני ברוב של שניים נגד אחד, אין אנו יודעים שלא היה מוכרע אחרת אילו ישבו בו שופטים נוספים.[30] תשובה רווחת ששמענו לעניין גודלם של הרכבים ולעניין מידת ההסכמה המופלגת הרווחת בבית־המשפט העליון היא, כי ברוב המכריע של המקרים מגיעים לדוכנם של השופטים עניינים של שטות שכל הרכב של משפטנים מעולים היה מגיע בו להסכמה פה אחד. איננו חושבים כך. בעבר אמרנו, כי מכל־מקום אין זה כך לגבי "הפסקים הנבחרים"[31] ועתה אנו אומרים כי על־אחת־כמה־וכמה אין זה כך לגבי "התקדימים המובילים". אם ישנם פסקי־דין חשובים באמת בתולדות בית־המשפט העליון – אלה הם. אין עדות טובה על כך מערותו של בית־המשפט העליון עצמו, שבחר לאוכר אותם. פשיטא שלא עסקו בשטות ולא הכריעו

28. שם.

29. שם, בעמ' 757.

30. נימוק זה, כמו גם הטיעון המנוגד כי ריבוי דעות במותב מורתב עלול להקשות על חילוץ ההלכה הפסוקה, הם חלק מן הדיון החשוב בתועלת ובחסרון של הרכבים גדולים המודג ממטרותיו של מאמרנו הנוכחי.

31. שחר, גרוס וחריס, "שיח ומחלוקת" (לעיל, הערה 1), בעמ' 759.

במובן מאליו ולא אמרו דבר שממילא היתה אומרת אותו כל קבוצה של משפטנים מעולים שהיו נקראים לתדר אחד. כל גדולתם של "התקדימים המובילים" בכך שפסקו הלכה אחת במקום שאפשר היה לפסוק אחרת.

המחלוקת שכיחה יותר ב"רשימת המאה" מאשר בכל קבוצה אחרת שבדקנו, ובתוך עצמה היא גבוהה יותר מפי שניים בהרכבים הגדולים לעומת הרכבי השלושה (54.2% לעומת 21.6%). אכן, כפשוטם של דברים, ככל שהעניין עקרוני יותר וככל שיושבים בו יותר שופטים, גדולה יותר המחלוקת ביניהם. דווקא מפני שדברים אלה פשוטים כל־כך, אין זה פשוט בעינינו כלל ועיקר שאפילו רשימת־עלית זו מורכבת בעיקרה מהרכבים קטנים ומהסכמה פה־אחד. ראוי היה לה לשיטת המשפט הישראלית שתמצא דרך לפנות את זמנם של שופטיה העליונים שידונו בעניינים עקרוניים בלבד וידונו בהם במלוא הרכבם, כדי שיינתן משקל ראוי לדעות שונות ככל האפשר ביצירתה של ההלכה הפסוקה.

2. שכיחותה הגבוהה של מחלוקת ב"תקדימים המובילים", יחסית ל"פסקים נבחרים" ולכלל פסקי־הדין של בית־המשפט העליון, רומזת לכך שמחלוקת איננה פוגמת בהתקבלותו של תקדים, אלא להיפך. בהיעדר קבוצת מודל איננו יכולים להוכיח טענה זו, אך היא נראית בעינינו סבירה. מפעם לפעם בולטים בפסיקת בית־המשפט העליון פסקי־דין של הרכב גדול הדוברים פה אחד. סביר להניח, כי הושקע ביצירתם מאמץ ניכר ללכד קולות השופטים לקול אחד. ייתכן שישנה חשיבות לליכוד זה כאשר הפסק מכוון להתקבלות ציבורית, אך הנתונים הנוכחיים רומזים כי אין בו צורך כאשר הוא מכוון לעולם ההלכה הפסוקה פנימה.

טבלה ו: הסכמה ומחלוקת ב"תקדימים המובילים" וב"פסקים הנבחרים"

	"תקדימים מובילים" במותב שלושה		"פסקים נבחרים" במותב שלושה	
	מספר	שיעור (%)	מספר	שיעור (%)
הסכמה	58	78.4	5,961	94.2
מחלוקת	16	21.6	368	5.8
סה"כ	74	100.0	6,329	100.0
	במותב גדול משלושה		במותב גדול משלושה	
	מספר	שיעור (%)	מספר	שיעור (%)
הסכמה	11	45.8	40	36.0
מחלוקת	13	54.2	71	64.0
סה"כ	24	100.0	111	100.0
	בכל המותבים (שלושה ומעלה)		בכל המותבים (שלושה ומעלה)	
	מספר	שיעור (%)	מספר	שיעור (%)
הסכמה	69	70.4	6,001	93.1
מחלוקת	29	29.6	439	6.9
סה"כ	98	100.0	6,440	100.0

בבדיקה שתוארה למעלה הגדרנו "הסכמה" ו"מחלוקת" רק על־פי תוצאתו של פסק־הדין ולא על־פי הנמקתו. בבדיקה הבאה בדקנו את מספר השופטים שכתבו החלטה כלשהי, בין חולקת בין מסכימה, בפסק־הדין. בדיקה זו רלבנטית במיוחד ל"רשימת המאה", שכן עיקר חשיבותם של "התקדימים המובילים" נובעת מהלכתם הכללית ולא מההכרעה הספציפית בין הצדדים. שופט שבחר להוסיף החלטה מנומקת כאשר הוא מסכים לתוצאה הסופית עשוי לתרום בכך להלכה הפסוקה אף יותר מהחלטת המיעוט.

גם כאן ראוי לפענח את משמעותם של הנתונים בהשוואה לאוכלוסיית "הפסקים הנבחרים". כדי לפשט את הממצאים ולהשוות בין שווים, בחרנו להשוות פסקי שלושה בלבד ומתוכם בחרנו רק פסקים שבהם ניתנו ההחלטות בשם נותנן ("פסקים שמיים", להבדיל מ"פסקים משותפים" שבהם נכתבת החלטה אחת בשם המותב כולו, בלא ציון שם הכותב).[32] קראנו "חד שיח" לפסק־דין שניתנה בו החלטה מנומקת בשמו של שופט אחד, ושני תבריו הוסיפו עליה רק "אני מסכים" או מלים ספורות נוספות. "דו־שיח" ו"תלת־שיח" מתארים פסקים שניתנו בהם שתיים או שלוש החלטות, בהתאמה, נפרדות ומנומקות. הממצאים מתוארים בטבלה ז:

טבלה ז: השיח בין שופטים ב"תקדימים המובילים" וב"פסקים נבחרים"

	"תקדימים מובילים" במותב שלושה		"פסקים נבחרים" שמיים במותב שלושה	
	מספר	שיעור (%)	מספר	שיעור (%)
פסקי חד־שיח	29	39.2	4,213	74.9
פסקי דו־שיח	17	23.0	962	17.0
פסקי תלת־שיח	28	37.8	456	8.1
סה"כ	74	100.0	5,631	100.0

הממצא הבולט ביותר בטבלה ז הוא יתרונם של "התקדימים המובילים" על "הפסקים הנבחרים" בשיעור תרומתם של השופטים המשתתפים, שביחותם של פסקי התלת־שיח שבהם כותב כל אחד מן השופטים החלטה נפרדת גדולה כמעט פי חמישה בקרב "התקדימים המובילים", ושכיחותם של פסקי חד־השיח יורדת כמעט לחצי משכיחותם ב"פסקים הנבחרים".

ניתוח זה מצביע היטב על "חצי הכוס המלאה". אכן, ככל שגדלה חשיבותו התקדימית של פסק־דין, גדלה נכונותם של שופטים לפרט את דעתם האישית ואין הם מסתפקים ב"אני מסכים" הלקוני המאפיין את כלל פסיקתו של בית־המשפט העליון. אנו חוזרים על

32. השתמשנו בכינויים אלה שם. אין בין "התקדימים המובילים" אף פסק משותף, אך שיעורם 11% מפסקי השלושה ב"פסקים הנבחרים". בחרנו שלא לעסוק בהם בהשוואה, שכן אין לדעת את מידת תרומתו האמיתית של כל אחד מן השופטים התתומים על ההחלטה.

טענתנו מלמעלה, כי נתונים אלה רומזים לכך שריבוי דוברים ועמדות איננו פוגע בהתקבלותו של פסק־דין בעולם ההלכה, אלא אולי אף מקדם אותו.

צורה אחרת לומר אותו דבר עצמו היא, כי טיבם של העניינים הנידונים ב"תקדימים מובילים" בכך שהם לוחצים יותר מן הרגיל כנגד אותה הטיה מערכתית המשתיקה ביטוי אינדיבידואלי בעבודתו השגרתית של בית־המשפט. להערכתנו,[33] סיבות שונות משתיקות חילוקי־דעות פוטנציאליים, הן באשר לתוצאה הן באשר להנמקתה, במספר ניכר של תיקים. כך בעבודת היומיום, כך פחות במקרים שבהם המותב יושב על חידושה של הלכה או על הכרעה בעניין השנוי מלכתחילה במחלוקת גלויה בין השופטים.

ואחרי כל אלה נגלית לעינינו גם "תצי הכוס הריקה". אם גם בין התקדימים הבולטים ביותר בתמישים שנותיו של בית־המשפט מתנוסס "אני מסכים" לקוני תחת שמם של שניים משלושה שופטים בכל ארבעה מעשרה פסקים, אין זאת אלא שאותה הטיה המייצרת מידה מופלגת של תמימות־דעים בין שופטים פועלת גם בנקודה הזעירה שבקצה פירמידת ההלכה הפסוקה בישראל. בין שהיא מיוצרת בתהליך עשיר של השפעות הדדיות בין שופטים בכל תיק, בין שהיא נובעת – כפי שאנו מניחים – גם מסיבות אחרות, ראויה הטיה זו לעיון מעמיק. אם שופטים משפיעים על שופטים בלשכותיהם הרחק מעין הציבור, ראויים תהליכי ההשפעה לדיון ציבורי נוקב.

ביקשנו לעדן יותר את חקירת הנתונים שלמעלה ופילחנו את נתוני השיח בין פסקי־הסכמה ובין פסקי־מחלוקת.

אנו מציגים תחילה את הנתונים לגבי פסקי־המחלוקת, משום שיש בהם נקודה חשובה במיוחד לשאלה שבדיון:

טבלה ח: השיח בפסקי מחלוקת ב"תקדימים המובילים" וב"פסקים נבחרים"

	"תקדימים מובילים" במותב שלושה		"פסקים נבחרים" שמיים במותב שלושה	
	מספר	שיעור (%)	מספר	שיעור (%)
פסקי חד־שיח	0	0.0	0	0.0
פסקי דו־שיח	3	18.7	177	48.1
פסקי תלת־שיח	13	81.3	191	51.9
סה"כ	16	100.0	368	100.0

מעולם לא נתן שופט בישראל דעת מיעוט בלא לנמקה ועל־כן מובן מאליו שלא יהיו פסקי תד־שיח בין פסקי המחלוקת. בפסקי־שלושה שנגמרו במחלוקת על התוצאה הסופית יהיו לעולם שתי החלטות מנומקות אחת לצד חברתה. השאלה היתידה הנותרת פתוחה היא על דרכו של השופט השלישי. אם ישנם מקרים רבים שבהם אין טעם שכל שופט יאמר את

33. ראו, כללית, שם.

דברו בשל היותה של התוצאה מובנת מאליה לכל משפטן מקצועי אובייקטיבי, הרי מקרי המחלוקת הם היפוכם הגמור. במקרים אלה ישנן שתי עמדות לגיטימיות, כל אחת מגומקת על־ידי שותף בכיר בחבורת ההנהגה המצומצמת של המשפט הישראלי, ואף לא אחת איננה גחמה של עורך־דין נלהב או לקוח עקשן. כאשר נחלקות הדעות, מוזר בעינינו קיומו של מצב שבו השופט השלישי קולע בדיוק נמרץ לדעתו של זה או של זה וכך הוא מכריע הלכה בלא לנמק ובלא להוסיף דבר. והנה, ב"פסקים הנבחרים" הגיע שיעורם כדי כמעט מחצית מפסקי המחלוקת ואפילו ב"תקדימים המובילים" הוא מגיע לכמעט חמישית מהם. ראוי להבהיר, כי באוכלוסייה אחרונה זו ירדו המספרים כל־כך (3 מתוך 16 פסקי מחלוקת בשלושה) בשל הפילוח הנדרש, עד שמשמעותם מסופקת, ואין שיעורו של מצב זה שונה באופן מובהק מ־0. היינו מצפים, כי לא נוכל למצוא אף לא תקדים יחיד אחד שנהפך להלכה מובילה בישראל למרות מחלוקת שנפלה בו בין שני שופטים, שבו לא מצא השופט השלישי טעם להסביר מדוע הכריע ביניהם כפי שהכריע.

בטבלה ט מוצגים הנתונים המקבילים לגבי פסקי־דין שניתנו בהסכמה על תוצאתם:

טבלה ט: השיח בפסקי הסכמה ב"תקדימים המובילים" וב"פסקים נבחרים" שמיים

	"תקדימים מובילים" במותב שלושה		"פסקים נבחרים" שמיים במותב שלושה	
	מספר	שיעור (%)	מספר	שיעור (%)
פסקי חד־שיח	29	50.0	4,213	80.0
פסקי דו־שיח	14	24.1	785	14.9
פסקי תלת־שיח	15	25.9	265	5.1
סה"כ	58	100.0	5,263	100.0

פילוח זה שב ומדגיש את שכיחותם הגבוהה של פסקי החד־שיח בקרב "התקדימים המובילים". הנתון שרווח למעלה בטבלה ז (39.2%) "מסתיר" את העובדה שחלקו מתקבל מפסקי מחלוקת אשר בהם אין ממילא חד־שיח. כאשר נבדקים פסקי־ההסכמה לבדם מסתבר, כי אחד מכל שניים בהם (50%) נכתב על־ידי שופט יחיד ושניים אחרים הוסיפו עליו רק את הסכמתם הלקונית. נתון זה נמוך יותר מן הנתון המקביל בקרב "הפסקים הנבחרים" (80%), אך אנו סבורים שהוא רחוק מאוד מן הראוי לקבוצת "התקדימים המובילים" בפסיקה הישראלית. אין מתקבלת על דעתנו האפשרות ששלושה שופטים מסכימים ביניהם פה אחד לא רק על תוצאתם, אלא גם על הנמקתם של כל־כך הרבה פסקי־דין מכריעים בהלכה הישראלית, בלא שיהיה מנגנון אפקטיבי כלשהו שיתמרץ הסכמה כזו.

בדקנו גם את שכיחות המחלוקת ואת גודל השיח במותבים הגדולים משלושה. בטבלה ו למעלה הצגנו נתונים על המחלוקת בכל המותבים הגדולים. בטבלה י אנו מפלחים אותם פילוח עדין יותר לפי גודל ההרכב.

אפשר היה לצפות, כי במותבים גדולים יגבר שיעור המחלוקת הן בשל מורכבות־יתר של הנושא הנידון – שכן מותב מורחב מלכתחילה רק במקרים מיוחדים – והן בשל הסיכוי הנמוך יותר להשגת הסכמה בקרב מספר גדול יותר של שופטים. הנתונים המוצגים בטבלאות ו ו־י מאששים השערה זו. אכן, שיעור המחלוקת במותבים הגדולים עולה ל־54% (לעומת 22% ב"תקדימים מובילים" במותב שלושה).

טבלה י: הסכמה ומחלוקת ב"תקדימים המובילים" שניתנו במותבים גדולים משלושה

	"תקדימים מובילים" במותב חמישה		"תקדימים מובילים" במותב שבעה		"תקדימים מובילים" במותב תשעה		סה"כ "תקדימים מובילים" במותב מורחב	
	מספר	(%)	מספר	(%)	מספר	(%)	מספר	(%)
הסכמה	10	50.0	0	0.0	1	33.3	11	45.8
מחלוקת	10	50.0	1	100.0	2	66.7	13	54.2
סה"כ	20	100.0	1	110.0	3	100.0	24	100.0

כצפוי, גם השיח ב"תקדימים המובילים" שניתנו במותבים מורחבים רחב ועשיר יותר מאשר במותבי שלושה. טבלה יא מתארת שיח זה לגבי מותבי החמישה שב"תקדימים המובילים".

טבלה יא: השיח בפסקי הסכמה ובפסקי מחלוקת ב"תקדימים המובילים" שניתנו במותב חמישה

"תקדימים מובילים" במותב חמישה

	בהסכמה		במחלוקת		סה"כ	
	מספר	שיעור (%)	מספר	שיעור (%)	מספר	שיעור (%)
פסקי חד־שיח	4	40.0	0	0.0	4	20.0
פסקי דו־שיח	1	10.0	1	10.0	2	10.0
פסקי תלת־שיח	2	20.0	2	20.0	4	20.0
שיח ארבעה	9	0.9	2	20.0	2	10.0
שיח חמישה	3	30.0	5	50.0	8	40.0
סה"כ	10	100.0	10	100.0	10	100.0

ההסקה לגבי מותבים גדולים יותר (שבעה, תשעה) מאבדת ממשמעותה בשל מיעוט המקרים שבהם התרחשו (4). למען ההתרשמות הכללית נציין רק, כי בשלושה כתבו כל שופטי ההרכב החלטות נפרדות, ובאחד כתבו שישה שופטים מתוך תשעה.

5. "תקדימים מובילים" לפי תחומי משפט

ביקשנו לברר מי מבין תחומי המשפט העיקריים, הציבורי האזרחי או הפלילי, אחראי ל"ייצור" מרב "התקדימים המובילים" והשווינו פילוג זה לפילוג המקביל ב"פסקים הנבחרים".

בטבלה יב מוצגים נתוני פילוג התחומים בשני המאגרים.

טבלה יב: פילוח "התקדימים המובילים" ומאגר "הפסקים הנבחרים" לפי תחומי משפט

	"תקדימים מובילים"			"פסקים נבחרים"
	פירוט סוג ההליך	מספר	שיעור	שיעור
ציבוריים	41 בג"ץ, 2 ע"ב, 1 ד"נ	44	44%	20.6%
אזרחיים	34 ע"א , 5 ד"נ	39	39%	56.3%
פליליים	13 ע"פ, 1 דנ"פ, 3 בש"פ	17	17%	24.1%

מעיון בטבלה ומהפעלת מבחן סטטיסטי הולם[34] נראה בבירור, כי פילוגם של תחומי המשפט בקבוצת "התקדימים המובילים" שונה באופן מובהק מפילוגם במאגר "הפסקים הנבחרים". מרכז־הכובד עובר כאן לתחום הציבורי[35] לעומת התחום האזרחי העומד במרכזה של הפסיקה הרגילה המפורסמת.

בנתונים אלה ישנה השלכה מעניינת על דרכי בניית הדין בענפי המשפט השונים של המשפט הישראלי. הם מעידים על משקלה המיוחד של ההלכה הפסוקה בבניית המשפט הציבורי, להבדיל מהמשפט האזרחי והפלילי, בהיעדר מקורות חקוקים מובהקים, תקדימיו של בית־המשפט העליון לדורותיו היו מקור הדין העיקרי להבנייתה של ההלכה החוקתית והמינהלית.[36] המשפט הציבורי היה, ונשאר, בעיקרו דין יציר פסיקה המוזן את עצמו ועל־כן טבעית נוכחותו הבולטת ב"רשימת המאה".

34. מבחן חי בריבוע לבחינת אי־תלות עקרונות הסיווג (תחומי המשפט של פסקי־הדין לעומת סיווגם כתקדימים מובילים או כפסקים נבחרים), דחייתה של השערת־האפס שהתרחשה במקרה זה מעידה על כך, שעקרונות הסיווג שהוגדרו אינם בלתי־תלויים, דהיינו: פילוגם של תחומי המשפט של שתי האוכלוסיות שנבדקו שונה באופן מובהק זה מזה.

35. אפשר להניח כי באוכלוסייה זו גדול־יחסית שיעורם של פסקי־הדין שסיווגם הפורמלי הוא אזרחי, אך במהותם הם פסקי־דין ציבוריים (ראו שחר וגרוס, "קבלה ודחייה" (לעיל, הערה 1), בעמ' 338). לפיכך משקלם האמיתי של פסקי־הדין מהתחום הציבורי בקרב "התקדימים המובילים" גדול עוד יותר.

36. Yoram Shachar, "History and Sources of Israeli Law", *Introduction to the Law of Israel* (Amos Shapira and Keren DeWitt-Arar – eds., Kluwer, 1995) 1, p. 5.

כדי לעדן ממצאים אלה ביקשנו לבדוק את השתקפותם של תחומי המשפט ב"פסקי המצע", כלומר: באוכלוסיית פסקי־הדין שקלטו את "התקדימים המובילים" והעניקו להם את מקומם ב"רשימת המאה". בדקנו באיזו מידה תקדימים מתחום אחד מזינים את הפסיקה באותו תחום עצמו ובאיזו מידה הם מזינים תחומים אחרים. בעיקר ביקשנו לדעת, האם הצלחתם של "תקדימים מובילים" מהתחום הציבורי מתמקדת בעיקר בפסקים ציבוריים? ואם כן, התמונה שתיארנו בפסקה הקודמת מוקצנת עוד יותר משום שמספרם של הפסקים הציבוריים באוכלוסיית הפסקים הכללית נמוך־יחסית (כנראה בטבלה יב). אם התקדימים הציבוריים מצליחים להתבלט ב"רשימת המאה" באמצעות אזכורם במצע פוטנציאלי קטן במיוחד, הרי זהו אכן תחום חריג מאוד.

ואכן, כך התגלה. מהנתונים המוצגים בטבלה יג בדבר היחס בין הפסקים המאזכרים והמאוזכרים בתחומי המשפט השונים עולה, כי מתוך "פסקי־המצע" המאזכרים "תקדימים מובילים" ציבוריים, 76.5% הם עצמם פסקים ציבוריים. במלים אחרות: הפסיקה הציבורית המובילה "חיה" בעיקר בפסיקה הציבורית עצמה. רק אחד מכארבעה פסקים המאזכרים "תקדים מוביל" ציבורי עוסק הוא־עצמו בסוגיות מן התחום האזרחי או הפלילי.

טבלה יג: הקשר בין תחומי המשפט של "התקדימים המובילים" ותחומי המשפט של "פסקי המצע"

"תקדימים מובילים" מאוזכרים "פסקי מצע" המאזכרים אותם	ציבורי	אזרחי	פלילי
ציבורי	76.5%	16.8%	3.7%
אזרחי	18.5%	78.5%	7.6%
פלילי	5%	4.7%	88.6%

הנתונים בטבלה זו מעניינים כשלעצמם. ניכר, כי תופעת "ההזנה הפנימית" אופיינית לכל תחומי המשפט. "תקדימים מובילים" בתחום אחד נקלטים בעיקר בתחומם ומזינים אותו ועם זאת, מעניינים ההבדלים בעניין זה בין התחומים. התחום הציבורי, הגם שהוא מפרה, כאמור, בעיקר את עצמו, הוא גם הפתוח בין חבריו, במיוחד לעומת התחום הפלילי. אם אמרנו למעלה שרק אחד מארבעה "פסקי מצע" המאזכרים "תקדים מוביל" ציבורי אינם שייכים בעצמם לתחום, הרי שהמספר המקביל בתחום הפלילי הוא כמעט אחד לעשרה. תשעה מכל עשרה "פסקי־מצע" המאזכרים תקדים פלילי מ"רשימת המאה" עוסקים הם־עצמם במשפט הפלילי.

נתונים אלה כולם אינם מפתיעים, לבד אולי ממידתם. מלכתחילה נשמרת חלוקה תחומית אפילו ב"רשימת המאה". אחרים מ"התקדימים המובילים" אומרים אמירה יוריספרודנטלית כללית הפועלת על כל ענפי המשפט. אם ישנם "עקרונות־על" לשיטת המשפט הישראלית, אין הם נשענים במידה ניכרת על אוכלוסייה של "תקדיטי־על".[37]

37. אך ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שני: פרשנות החקיקה, נבו, תשנ"ד), 422.

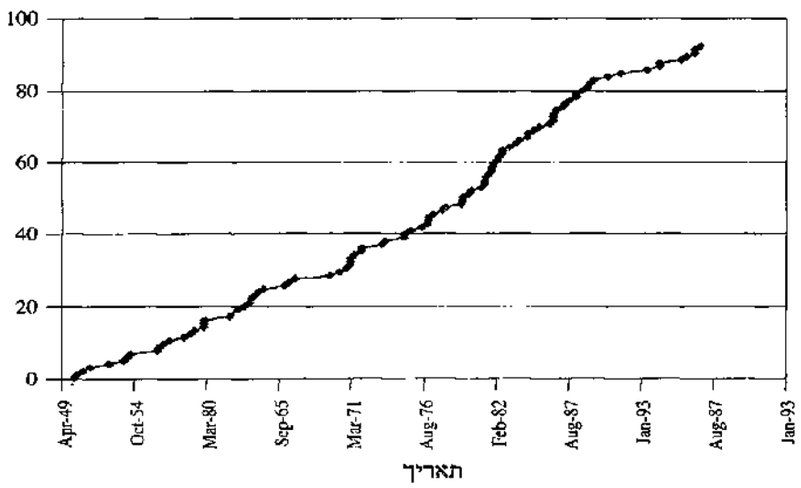
במסה הגדולה של הפסיקה סגורות ההלכות בתוך תחומן ובכל־זאת התקדימים בתחום הציבורי מצליחים לפרוץ סגירות זו יותר מחבריהם. טבען של הלכות חוקתיות, שהן שולחות מסר כללי יותר מאשר אמירות מן התחום האזרחי או הפלילי; שכן הן עוסקות בדרך־כלל בנושאים עקרוניים הניתנים ליישום גם בתחומים אחרים במשפט, שלא כמו המשפט הפלילי, למשל, העוסק במאטריה ספציפית מאוד. אנו מניחים (בלא שבדקנו זאת), כי הלכות אלה הן המעניקות לאוכלוסיית התקדימים הציבוריים את עיקר המאפיינים המתוארים כאן.

6. ניתוח היסטורי של תפוקת "התקדימים המובילים"

ביקשנו לבדוק את מידת "פוריותם" של דורות שונים בבית־המשפט העליון בייצור "תקדימים מובילים". בשל חשיבותו של נושא זה להכרת ההיסטוריה של בית־משפט במשך חמישים שנותיו הצגנו את הממצאים בכמה דרכים שונות.

תרשים א מציב כל אחד ממאה פסקי־הדין שב"רשימת המאה" בנקודת־הזמן שבה ניתן וכך אפשר לראות את מידת הדלילות או הצפיפות של "תקדימים מובילים" בתקופת־זמן נתונה. בתקופה שבה ניתנו "תקדימים מובילים" מעטים ניכרת דלילות הנקודות, והקו המחבר אותן גוטה להיות אופקי. בתקופה שבה ניתנו "תקדימים מובילים" רבים מצטופפות הנקודות, והקו המחבר אותן נוטה אל האנכי.

תרשים א



להסיר ספק: איננו חולקים על כך שבכמה פסקי־דין של בית־המשפט העליון, רובם משנות השמונים, הוגדרו כמה עקרונות כ"עקרונות־יסוד" של שיטת המשפט הישראלית. כל שאנו אומרים הוא, כי בראייה כוללת של חמישים שנות הלכה פסוקה לא מסתמנים בינתיים "תקדימי־על" המשרים עקרונות כלליים על כל תחומי השיטה המשפטית ועושים זאת בתכיפות מספקת כדי להיכנס ל"רשימת המאה".

בטבלה יד אנו מציגים נתונים אלה במספרים לפי שנים:

טבלה יד: תפוקת "תקדימים מובילים" לפי שנים

שנה	מספר פסקים	שנה	מספר פסקים	שנה	מספר פסקים	שנה	מספר פסקים	שנה	מספר פסקים
1949	2								
1950	2	1960	0	1970	5	1980	8	1990	1
1951	1	1961	2	1971	2	1981	4	1991	0
1952	1	1962	4	1972	2	1982	3	1992	1
1953	2	1963	3	1973	0	1983	3	1993	2
1954	1	1964	0	1974	3	1984	1	1994	1
1955	0	1965	2	1975	2	1985	5	1995	3
1956	4	1966	1	1976	3	1986	3	1996	1
1957	0	1967	0	1977	2	1987	4		
1958	3	1968	1	1978	3	1988	2		
1959	3	1969	1	1979	2	1989	1		

קיבוצם של נתונים אלה לעשורים מצביע השתנות ניכרת בממוצע "התקדימים המובילים" לשנה על־פני חמישה עשורים במחקר:

ממוצע תקדימים לשנה בשנות החמישים (1950-1959) = 1.7
ממוצע תקדימים לשנה בשנות השישים (1960-1969) = 1.4
ממוצע תקדימים לשנה בשנות השבעים (1970-1979) = 2.4
ממוצע תקדימים לשנה בשנות השמונים (1980-1989) = 3.4
ממוצע תקדימים לשנה בשש שנות התשעים (1990-1996) = 1.3

בחרנו לנתח נתונים אלה תוך השוואת שני עשורים שבהם ביהנה בבית־המשפט העליון קבוצה יציבה־יחסית של שופטים,[38] דהיינו: שנות השישים ושנות השמונים. הנתונים מראים, כי שנות השמונים הניבו לשיטת המשפט כמעט פי שניים וחצי "תקדימים מובילים" משנות השישים. אמרנו לעיל,[39] כי אנו מניחים שגורם הזמן אינו מעוות באורח

38. להסבר למונח זה ולניתוח היווצרותן של קבוצות אלו ראו שחר, חריס וגרוס, "נוהגי ההסתמכות" (לעיל, הערה 1), בעמ' 204.

39. לעיל, בין הערות 5 ו־6.

ניכר את תמונת ההשפעה התקדימית ועל־כן אנו טוענים, כי נתונים אלה בדבר התרומה היחסית של עשורים שונים מייצגים תיקוף נאמן של מידת היצירתיות של דורות שונים בבית־המשפט העליון.[40] מהיבטה הכמותי של טענה זו אנו מצביעים על העובדה שתרומתו הממוצעת של תקדים יחיד משנות השישים לעולם הקלט אינה גדולה יותר מתרומתו של תקדים משנות השמונים,[41] גם אם מסתכלים על תמונה זו משנת 2000 אחורה. לשון אחרת: למרות העובדה שהיה לתקדים יחיד של שנות השישים יתרון ממוצע בן עשרים שנה על־פני חברו משנות השמונים ב"תחרות" על פסיקת הקלט, לא הצליח בה יותר ועל־כן מיתרגם גודלה הכולל של קבוצת תקדימי שנות השמונים (כאמור, פי 2.5 לערך) ליתרון כולל עצום על קבוצת פסקי שנות השישים. בספירה כוללת הניבו תקדימי שנות השמונים עד סוף תקופת המחקר 1498 אזכורים ב"פסיקת המצע", לעומת 590 של תקדימי שנות השישים.

בתמונה כרונולוגית רחבה יותר מראים הנתונים, כי שנות השישים מסמנות ירידה בתפוקתם של "תקדימים מובילים" על־ידי בית־המשפט העליון יחסית לשנות החמישים וכי מנקודה נמוכה זו מסתמנת עלייה ברורה המגיעה (בינתיים) לשיאה בשנות השמונים.

להשלמת התמונה נעיר, כי בניגוד לאמור למעלה לגבי תפוקת התקדימים בשנות השמונים, גודם הזמן עלול לעוות את התמונה לגבי תפוקת התקדימים בשנות התשעים. בריקה חוזרת של תפוקת התקדימים, אם תיעשה ממרחק של זמן שיאפשר תקופת השפעה ואזכור ארוכה יותר לפסקי־דין יצירי שנות התשעים, עשויה לשנות את התמונה לגבי התרומה היחסית של עשור זה.

7. "התקדימים המובילים" לפי תקופת השפעתם

שאלה מחקרית שנראתה לנו מעניינת במיוחד היא שאלת ההתנהגות הדינמית של תהליך האזכור. ביקשנו לדעת מתי אוזכרו "תקדימים מובילים"? הנחה אפשרית אחת היא, כי תקדים עושה את עיקר "חייו" בדורו־שלו והוא הולך ודועך אל השכחה עם עבור הזמן. סבירותה של הנחה זו נשענת על שתי הנחות משנה אפשריות: האחת, כי שינויי חקיקה והלכה הופכים את התקדים לבלתי־רלבנטי עם הזמן; והשנייה, כי תקדימים "חיים" בעיקר בזכרונם של כותביהם ושל חבריהם וכי כל דור חדש של שופטים כותב הלכה לעצמו. הנחה אפשרית הפוכה היא, כי "תקדים מוביל" מקדים את זמנו. דורו אינו מזהה את חשיבותו ואינו מרבה לאזכרו, אלא הוא מתגלה על־ידי דור מאוחר יותר הנשען עליו כדי לשים עטרה ישנה על מהפכותיו.

כדי לאפשר לנו חקירה כמותית של התנהגות תהליך ההכרה והאזכור על־פני זמן בנינו

40. ראו אפיוני תקופות אלה ב**בית־המשפט - חמישים שנות פסיקה בישראל** (דוד חשין (יו"ר), בעז אוקון, משה טורלי, אלון גילון, אורנה יאיר, אסף לחובסקי, עודד שחם - עורכים, משרד הביטחון, תשנ"ט), 60 והלאה (שנות השישים), 132 והלאה (שנות השמונים). כן ראו **שחר, חריס וגרוס**, "בוחגי ההסתמכות" (לעיל, הערה 1), בעמ' 203-208.

41. ולהיפך: תקדים של שנות השישים אוזכר בממוצע ב-42.1 "פסקי מצע", לעומת 44.1 "פסקי מצע" שבהם נזכר תקדים של שנות השמונים.

מדד שישקף את ההבדלים בין שני הדגמים שתוארו לעיל, דהיינו: בין "התקדים המוביל בדורו" ו"התקדים המקדים את דורו". קראנו למדד זה מדד ההקדמה.

יהי M חציון מועדי האזכורים של "תקדים מוביל"

ו-A מרכזה הכרונולוגי של תקופת האזכור.

מדד ההקדמה (שיסומן באות S) S=1-A/M הוא למעשה מדד לקמירותה של הפונקציה המתארת את מספר האזכורים המצטבר לעומת הזמן. קל להבין את משמעותו של מדד זה אם מסתכלים על שלושה מצבים אפשריים:

1. כאשר קצב אזכוריו של "תקדים מוביל" אחיד על־פני הזמן, אזי אם מסתכלים על תקופת הזמן (להלן: "תקופת האזכור") שתלפה ממועד אזכורו הראשון של התקדים[42] ועד אזכורו האחרון, חציון מועדי האזכור יהיה זהה למרכזה של תקופת האזכור (דהיינו: לנקודת מחצית "חייו" של התקדים, מיום אזכורו הראשון ועד אזכורו האחרון במאגר הקלט שבמחקר הנוכחי). השוויון בין מרכז תקופת האזכור ובין החציון (A=M) יביא את המדד S לערך 0.

2. כאשר קצב אזכוריו של "תקדים מוביל" נמוך בתחילת תקופת האזכור והוא הולך ומתגבר בהמשך, אזי חציון מועדי האזכורים יהיה רחוק יותר ממרכז תקופת האזכור. במקרה זה A/M > 1, והמדד S יקבל ערך חיובי. לפיכך ערכים חיוביים של מדד ההקדמה יאפיינו "תקדימים מובילים" שאוזכרו יותר במחצית השנייה של תקופת אזכורם או במלים אחרות: תקדימים המקדימים את דורם.

3. כאשר התקדים זוכה לאזכור בקצב גבוה סמוך להופעתו, אך קצב זה מדלדל מאוחר יותר, אזי ברור כי חציון מועדי האזכורים קצר יותר ממחצית תקופת האזכור. במקרה זה A/M < 1, והמדד S יקבל ערך שלילי. לפיכך ערכים שליליים של מדד ההקדמה יאפיינו פסקי־דין המובילים את דורם, והשפעתם דועכת עם הזמן.

טובן שערך חיובי גבוה יותר של "מדד ההקדמה" מסמן נטייה גדולה יותר של התקדים המתאים להקדים את דורו, ואילו ערך שלילי גדול יותר (בערכו המוחלט) מציין נטייה גדולה יותר של התקדים המתאים להיות מאוזכר סמוך למועד פרסומו.

אנו שיערנו, כי בין "התקדימים המובילים" יהיה ספקטרום נרחב יחסית של ערכי S – חלקם חיוביים וחלקם שליליים. ואכן, כך נמצא.

טבלה טו מציגה את ערכי מדד ההקדמה לגבי 100 "התקדימים המובילים". לשם נוחות ההצגה הוכפל ערכו המחושב של S ב־100.

42. אפשר גם להתחיל את "תקופת האזכור" במועד מתן "התקדים המוביל" עצמו (להבדיל ממועד אזכורו הראשון). בדיקת הנתונים לפי תיאורך כזה לא שינתה מהותית את התוצאות שיוצגו להלן.

טבלה טו: "תקדימים מובילים" לפי תקופת אזכורם ("מדד ההקדמה")

"תקדים מוביל"	מדד ההקדמה
בג"ץ 1/49 בזרנו נ' שר־המשטרה	13.3
בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי	10.0
בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים	9.8
ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית	9.4
ע"פ 38/49 קנדיל נ' היועץ המשפטי לממשלה	8.7
בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי־הדין, ירושלים	8.7
ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר	8.3
בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות	7.4
בג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו	7.1
בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה	7.0
בג"ץ 311/60 ?. מילר, מהגדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה	6.6
ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש	6.3
בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים	5.5
בג"ץ 10/59 ו' לוי נ' בית־הדין הרבני האזורי, תל־אביב־יפו	5.0
בג"ץ 16/50 איגרא־רמא בע"מ נ' מועצת עירית תל־אביב, בתור ועדה מקומית לבנין ולתכנון ערים	3.9
בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה	3.6
ע"פ 129/54 גולדשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה	3.6
בג"ץ 98/54 לורוביץ נ' המפקח על המזונות, ירושלים	3.3
בג"ץ 98/69 ברגמן נ'שר האוצר	2.9
בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר־החקלאות	2.9
בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים	2.7
ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל	2.6
ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עזבון	2.5
ע"א 143/51 חברת פרדס יגאי בע"מ נ' ראש העיר, חברי המועצה ותושבי רמת גן	2.5
בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח־תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקווה	2.4
בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים	2.4
ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ	2.2
בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל	2.2
ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל	1.6
ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ	1.5
בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה	1.4

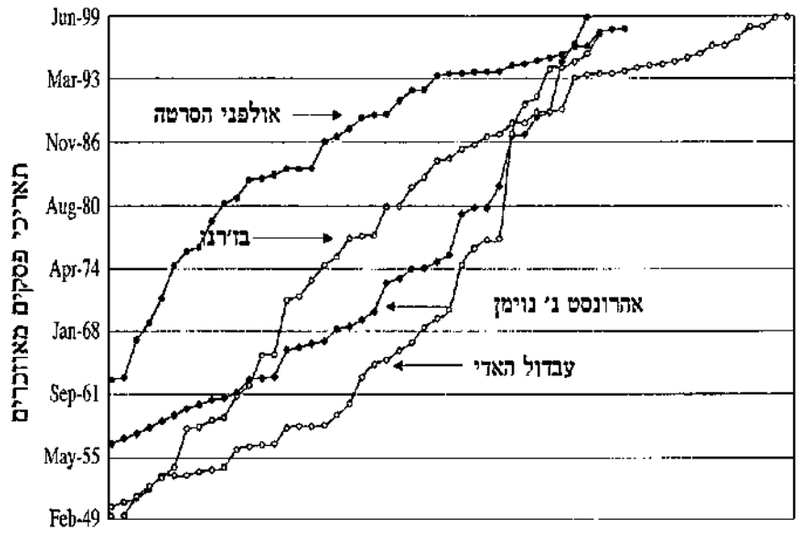
ע"א 253/65 ז' בריקר נ' י' בריקר	1.4
ע"א 595/69 מ' אפטה נ' א' אפטה	1.2
ע"א 167/63 פ' ג'ראח נ' י' ג'ראח	1.2
בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל	1.1
ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש	1.0
ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני	1.0
בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עירית תל־אביב־יפו	0.9
ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	0.7
ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורביץ	0.6
בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור	0.6
ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד	0.3
ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדזן	0.2
בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים	0.2
ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ	0.0
בג"ץ 59/80 שרותי תחבורה נ' בית הדין לעבודה	0.0
ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי	-0.1
בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, הגב' שולמית אלוני	-0.1
ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל	-0.1
ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה	-0.2
בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, ירושלים	-0.3
ע"א 145/80 זעקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש	-0.4
בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה	-0.5
בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל	-0.5
בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון	-0.5
בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור	-0.5
בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים	-0.5
בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה	-0.7
בג"ץ 86/58 בוגנים נ' ראש המטה הכללי	-0.8
ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	-0.8
ד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה.	-0.8
בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל	-0.8
ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' מקיד שומה רחובות	-0.8
בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים	-1.1
ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עזבון המנוח וולוטולוב יצחק ז"ל	-1.1

בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים	1.2-
ע"א 291/94 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום	1.2-
דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל	1.2-
ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים	1.2-
ע"פ 418/77 ברדריאן נ' מדינת ישראל	1.2-
ד"נ 40/80 קניג נ' כהן	1.4-
ע"א 232/85 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה	1.4-
ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל	1.4-
בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור	1.4-
ע"א 481/73 רוזנברג נ' שטסל	1.5-
ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק)	1.5-
ע"פ 71/76 מרילי נ' מדינת ישראל	1.6-
בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת	1.6-
ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק	1.7-
בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת	2.2-
ע"א 488/77 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה	2.3-
בש"פ 335/89 מדינת ישראל נ' לבן	2.3-
ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו	2.4-
ע"א 148/77 רוס נ' ישופה (בניה) בע"מ	2.4-
ע"א 23/61 סימון נ' מנשה	2.4-
ע"פ 161/72 סרסור נ' מדינת ישראל	2.7-
ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ	2.9-
ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני	2.9-
בג"ץ 135/75 סאי־טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשיה	3.3-
בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל	3.6-
ע"א 8/59 ד' גולדמן נ' צ' גולדמן	4.3-
ע"א 109/75 א' אברהם נ' א' אברהם	4.9-
בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה	4.9-
ע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	5.9-
ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עזבון המנוח יהושע בידרמן	6.6-
ד"נ 3/70 קצין התגמולים נ' בוסאני	6.8-
ע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן	8.1-
ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ	9.4-
ע"א 373/54 אהרונסט נ' נוימן (וישומירסקי)	14.1-
ע"פ 20/49 האדי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל	17.6-

בין "התקדימים המובילים" ישנם 45 המקדימים את דורם, 53 המובילים את דורם ו־2 תקדימים שקצב האזכורים שלהם אחיד על־פני תקופת אזכורם. בהכללה אפשר לומר, כי

למרות נטייה קטנה אל הדגם הראשון שתואר למעלה – דהיינו: התקדים המוביל את דורו ונשחק עם השנים – הרי שאין דגם מובהק אחד למהלך חייו של "תקדים מוביל". דוגמא להשתנות ההשפעה (קצב האזכורים) של תקדימים מובילים משני הסוגים הראשונים (המקדימים את דורם והמובילים את דורם) ניתנת בתרשים ב.

תרשים ב: ארבעה "תקדימים מובילים" לפי מועדי אזכורם



בתרשים זה כל נקודה מסמלת את מועד נתינתו של "פסק מצע" שאזכר אחד מארבעת "התקדימים המובילים" שבחרנו להציג. הקו המחבר את הנקודות מייצג גרפית את "קו חייו" של כל אחד מתקדימים אלה דרך מועדי אזכוריו. שני התקדימים ש"קו חייהם" קמור (בג"ץ בזרנו,[43] ובג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי[44]) החלו להיות מאוזכרים בקצב גבוה רק כעשרים שנה אחרי נתינתם, ואת מקומם ב"רשימת המאה" הם עושים בעיקר בזכות אזכוריהם משנות השמונים. שני התקדימים ש"קו חייהם" קעור (על־פי 20/49 האדי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל[45] וע"א 373/54 אהרונסט נ'

43. לעיל, הערה 18.
44. פ"ד טז 2407 (להלן: בג"ץ אולפני הסרטה).
45. פ"ד ג 13.

גוימן (וישומירסקי)[46] אוזכרו בעיקר סמוך לנתינתם, ומקומם ב"רשימת המאה" נשמר להם בינתיים בזכות אזכורים דלילים הממשיכים להופיע גם בסוף תקופת המחקר. בחרנו בארבעה תקדימים אלה כדי להציג שני זוגות, שבכל אחד מהם "קו חיים" אחד קמור ואחד קעור, ולכולם קו ארוך דיו כדי להציג תמונה רחבה של חיי תקדים בפסיקת בית־המשפט העליון לדורותיה.

ניסינו לזהות קשר בין "מדד ההקדמה" ובין משתנים אחרים המאפיינים את "התקדימים המובילים". התברר, כי המאפיין היחידי המסביר את מיקומם של תקדימים בטבלה זו הוא התחום המשפטי שבו הם עוסקים. קל לראות, כי מבין 20 התקדימים שציונם ב"מדד ההקדמה" חיובי וגבוה ביותר, כמעט כולם מן התחום הציבורי. כך גם 20 התקדימים המובילים את דורם ("מדד ההקדמה" שלילי ונמוך ביותר), כמעט כולם משני הענפים האחרים. קשר זה בין מידת ההקדמה באזכורם של תקדימים מובילים ובין התחום המשפטי שבו הם עוסקים אפשר לאשש אם מקצים לכל תקדים ערך מספרי (למשל: 1 אם התקדים עוסק בתחום הציבורי או 0 אם הוא עוסק בתחום אחר) בהתאם לתחום המשפטי. קבוצת 20 התקדימים הבולטים ביותר במידת ההקדמה של דורם וקבוצת 20 התקדימים בעלי "מקדם ההקדמה" השלילי והנמוך ביותר נמצאו שונות באופן מובהק ככל שהדבר נוגע למשתנה התחום המשפטי (ציבורי או אחר).[47]

לפיכך יש לומר, כי ל"תקדימים המובילים" מן התחום הציבורי נטייה להקדים את דורם ולדבר אל הדורות הבאים, בעוד ש"התקדימים המובילים" משאר התחומים משפיעים ומאוזכרים בפסקי־דין בני דורם יותר מאשר בפסקי־דין עתידיים.

בתרשים ב שלמעלה ייצוג יפה לנטייה זו, אך בחרנו גם לתארה בשרטוט קו חיין המעניין במיוחד של בג"ץ **קול העם**,[48] שהצליח לספק לפסגת ההלכה הפסוקה בישראל הגם ש"התגלה" לבית־המשפט העליון רק כרבע מאה לאחר שנכתב.

מאז ניתן בשנת 1953 עברו כמעט שמונה שנים עד שבג"ץ **קול העם** אוזכר **לראשונה**[49] ומאז ועד שנת 1977 לא זכה אלא לשבעה אזכורים נוספים, רובם ככולם שוליים,[50] בשנת 1976 התפרסם בכתב־העת משפטים מאמר של פנינה להב,[51] שבו הוצג בג"ץ **קול העם**

46. פ"ד י 1121.
47. על־פי מבחן t למובהקות ההבדל (במשתנה הנחקר, משתנה **התחום** המשפטי) בין שתי הקבוצות.
48. **לעיל**, הערה 5.
49. בג"ץ 241/60 **כרדוש נ' רשם החברות**. פ"ד טו 1151. פסק־דין זה הוא עצמו "תקדים מוביל".
50. **החריג** הניכר היחידי הוא פסק דינו של השופט לנדוי בבג"ץ 243/62 **אולפני הסרטה** (לעיל, הערה 44), שבו מוצאת **הלכת קול העם** מהקשרה המיידי ומוצבת על "בסיס רעיוני רחב" (שם, בעמ' 2411). גם פסק־דין זה הוא עצמו "תקדים מוביל".
51. "על **הופש** הבטוי בפסיקת בית המשפט העליון", **משפטים** ז (תשל"ו-תשל"ז) 375.

באריכות ובהדגשה רבה כציון־דרך חשוב בפסיקת בית־המשפט העליון;[52] ופתות משנה לאתר־מכן אוזכר על־ידי השופט שמגר בע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ,[53] כשלעצמו "תקדים מוביל" חשוב בסוגיית תופש הביטוי. בשנים שלאחר־מכן מתגבר קצב אזכורו של בג"ץ קול העם במידה ניכרת, אך את זינוקו למעמד־העל שיש לו היום הן מבחינת תשיבות ההלכה המיוחסת לו הן מבחינת תכיפות אזכורו, אפשר לתארך רק בשנים 1983-1984. מכאן הוא מאוזכר בקצב גובר והולך, ואזכורו הולך ונעשה בביטויים השמורים לכתבי־קודש במסורות אמוניות. בהינתן כרונולוגית זו אפשר לראות את הלכתו של השופט אגרנט בבג"ץ קול העם כדבר נבואה שהקדים את זמנו בכשלושה עשורים. אלא שמוויות־אחרת אפשר לומר, כי לא כותבו עשהו ולא דורו, אלא דורם של הנשיאים שמגר וברק עשהו למה שהוא. אגרנט ובני דורו לא ראו את חשיבותו ומיעטו לפסוק על־פי רוחו. רק כששיח החוקתיות וזכויות האזרח הפכו לשיח דומיננטי, נשלף בג"ץ קול העם מן השכחה ושובץ במערך השכנוע בתפקידו הקלסי של כתב־קודש כדבר אמת מתקופת הבראשית שאין הולקים על מקורו ועל תוכנו.

בהכללה גסה אפשר לומר דברים דומים על כל התקדימים שתקדימו את זמנם. תקדים לא נוצר בכתיבתו, אלא באזכורו. אם הובלתו של "תקדים מוביל" נובעת בעיקרה מאזכורו בידי דורות מאוחרים, הרי הוא שלהם יותר משהוא של דורו־שלו. ואם כך, אפשר לייחס את ריכוזם של התקדימים הציבוריים שבראש טבלה טז לתזמונה של המהפכה החוקתית בפסיקת בית־המשפט העליון. בתיקוף המקובל מתוזמנת תחילתה של מהפכה זו לכינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, בתחילת שנות התשעים. אנו סבורים, כי תיקוף נכון יותר יתזמן את המהפכה בסוף שנות השבעים ותחילת שנות השמונים, עת תחילתו של מהלך הלכתי שנווט על־ידי השופטים שמגר וברק. בחלק הנוגע לענייננו מתבטא מהלך זה בניסיון להעלות שאלות חוקתיות לרמה גבוהה יותר בשיח המשפטי ולהשליט עקרונות־יסוד חוקתיים על השיטה כולה. טבען של מהפכות רעיוניות שאין להן גייסות גשמיים לחולל את עצמן והן חייבות לגייס כלי שכנוע רעיוניים. לפחות בתחילת דרכן אין הן יכולות להציג את עצמן כאילו הומצאו יש מאין ועליהן לגייס משענות מתבונת הדורות. כך בדרך־כלל וכך על־אחת־כמה־וכמה בשיטת משפט שבה ההלכה הפסוקה חייבת להצניע את אישיותם המקורית והמיוחדת של יוצריה ולהשעין את מהפכותיהם על בסיסים רחבים שמעבר למקום ולזמן שבהם הן מתחוללות.

נתונים אלה מחריפים עוד יותר את השוני שתואר למעלה[55] במידת תרומתם של דורות שונים של בית־המשפט העליון למאגר "התקדימים המובילים". עולה מהם, כי שנות השמונים היו יצירתיות במיוחד לא רק במובן הפשוט של ייצור פסקי־דין שהפכו

52. אף כי בסוגיית תופש הביטוי הוצג רצף הפסקים לפניו ואחריו.

53. פ"ד לא(2) 281.

54. ראו במיוחד בג"ץ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לז(1) 757, בעמ' 765; ובג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, בעמ' 409.

55. לעיל, הפרק "ניתוח היסטורי של תפוקת 'התקדימים המובילים'".

ל"תקדימים מובילים", אלא גם במובן המורכב יותר של הגדרתם־מחדש של פסקים ישנים ושל מקומם בכלל ההלכה הפסוקה הישראלית. בהפרזה מטוימת אפשר לומר, כי שנות השמונים כתבו לא רק את ההווה אלא גם את העבר.

ה. מאפייניהם של "פסקי המצע"

תלק זה מוקדש לחקירתם של "פסקי המצע". מטרתה המידית של חקירה זו לחוסיף תובנות על אוכלוסיית "התקדימים המובילים", אך יש לה מטרה רחבה יותר. מסיבות שיפורטו בהמשך, אנו סבורים שזיהויים של מאפיינים מיוחדים לאוכלוסייה זו תורם להבנה טובה יותר של מבנה ההלכה הפסוקה בכללותה.

בעיקר ביקשנו לדעת, האם אוכלוסייה זו, שכונתה על־ידנו גם "מאגר הקלט", דומה במאפייניה הכמותיים למאגר הכללי של "הפסקים הנבחרים" שנחקרו בעבודותינו הקודמות. לשם השוואה זו בודדנו מתוך "מאגר הקלט" את פסקי־הדין שניתנו במותב של שלושה בתקופה שהסתיימה בשנת 1994 (המתאימה למאגר המקביל ב"פסקים הנבחרים"). כטו־כן תקפדנו, כי הקובץ הנחקר ינוקה מתזרות, במובן זה שייישקלל כל "פסק מצע" רק פעם אחת, בלא קשר למספר "התקדימים המובילים" ומספר הפעמים שאוזכר.

1. "פסקי המצע" לפי תחום, שיעור מחלוקת וגודל מותב

בפרק הנוכחי אנו מציגים ממצאים של שלוש חקירות ברצף ומצביעים על מגמה אחידה בשלושתן. את מסקנותינו בדבר מגמה זו נביא לאחר־מכן במקובץ.
בטבלה טז מוצג פילוג תחומי המשפט ב"מאגר הקלט" בצירוף נתוני השוואה לאוכלוסיית "התקדימים המובילים" ולמאגר "הפסקים הנבחרים".

טבלה טז: פילוג תחומי המשפט ב"פסקי המצע" בהשוואה ל"פסקים הנבחרים" ול"תקדימים המובילים"

	"פסקים נבחרים" שיעור	"פסקי מצע" שיעור	"תקדימים מובילים" שיעור
ציבוריים	20.6%	31.2%	44%
אזרחיים	55.3%	47.9%	39%
פליליים	24.1%	20.8%	17%

קל להיווכח, כי פילוג שטחי המשפט בין "פסקי־המצע" שונה באופן מובהק מפילוג זה באוכלוסיית "הפסקים הנבחרים" וכי הוא "נע" לכיוונו של הפילוג המאפיין את אוכלוסיית "התקדימים המובילים", שבה בולט במיוחד שיעור פסקי־הדין הציבוריים.

טבלה יז מציגה תמונה דומה לגבי שיעור ההסכמה והמחלוקת באוכלוסיות השונות:

טבלה יז: שיעורי המחלוקת ב"פסקי המצע" בהשוואה ל"פסקים הנבחרים" ול"תקדימים המובילים"

	"פסקים נבחרים"	"פסקי מצע"	"תקדימים מובילים"
שיעור מחלוקת	6.5%	10%	21.6%

גם כאן שיעור המחלוקת ב"פסקי המצע" נמוך משיעורה בקרב "התקדימים המובילים", אך גבוה באופן מובהק משיעורה בקרב "הפסקים הנבחרים". ראוי גם לזכור, כי שיעור המחלוקת באוכלוסייה הכללית של פסקי־הדין, הגדולה פי עשרה לערך מאוכלוסיית "הפסקים הנבחרים", נמוך עוד יותר ונאמד על־ידנו בפחות מ־1% בלבד.[56]

בפרקים קודמים נמצא, כי גודל המותב אף הוא מאפיין חשוב של אוכלוסיות שונות של פסקי־דין ולפיכך בדקנו את פילוג גודל המותבים ב"פסקי המצע" שבמאגר הקלט. פילוג זה מוצג בטבלה יח:

טבלה יח: פילוג גודל המותב ב"פסקי המצע" בהשוואה ל"פסקים הנבחרים" ו"לתקדימים המובילים"

גודל מותב	"תקדימים מובילים"		"פסקי מצע"		"פסקים נבחרים"	
	מספר	שיעור (%)	מספר	שיעור (%)	מספר	שיעור (%)
1	2	2.0	207	7.8	707	9.9
3	74	74.0	2,265	85.7	6,329	88.6
5	20	20.0	127	4.8	109	1.5
7	1	1.0	25	1.0	2	0.0
9	3	3.0	11	0.4	0	0.0
11	0	0.0	7	0.3	0	0.0
סה"כ	100	100	2,642	100.0	7,147	100.0

מטבלה זו עולה בבירור, כי שיעור המותבים הגדולים (חמישה שופטים ומעלה) ב"פסקי המצע" (6.5%) עולה פי ארבעה לערך על שיעור המותבים הגדולים (1.5%) ב"פסקים הנבחרים" והוא נופל באותה מידה לערך משיעורם (24%) באוכלוסיית "התקדימים המובילים".

מכל האמור למעלה עולה, כי אוכלוסיית "פסקי המצע" (מאגר הקלט) שונה במאפייניה (פילוג תחומי משפט, שיעור המחלוקת, פילוג גודל המותבים) מאוכלוסיית "הפסקים הנבחרים" ונוטה בהיבטים אלו לכיוון מאפייניהם של "התקדימים המובילים". בהכללה גסה נראה, כי במדידה כמותית עומדת אוכלוסיית הקלט באמצע לערך בין

56. שחר, גרוס וחריס, "שית ומחלוקת" (לעיל, הערה 1), בעמ' 756.

אוכלוסיית־העלית של "רשימת המאה" לאוכלוסייה הרחבה יותר של "הפסקים הנבחרים". אנו מעריכים, כי תמונה דומה תתקבל מניתוחם של מאפיינים שלא נבדקו בנפרד לגבי "פסקי המצע", כגון אורך פסק־הדין, מספר האזכורים בו וכדו'. אנו מסיקים מכך הסקה ראשונית, כי "התקדימים המובילים" גולדים ופועלים בתוך אוכלוסייה נפרדת המשמשת לה מצע נוח בהיותה קרובה אליה במאפייניה יותר מאשר לכלל הפסקים שנובא להם ערך הלבתי כלשהו ("הפסקים הנבחרים"), וודאי יותר מאשר לכלל פסקיו של בית־המשפט העליון. מסקנה זו תיבחן ותפותח בהמשך.

בשלב הנוכחי אנו מבקשים לשוב ולהדגיש, כי בבדיקת אוכלוסייתה של "פסקי המצע" עסקנו עד כאן[57] בכל פסק פעם אחת בלבד, בלא קשר למספר "התקדימים המובילים" שאוזכרו בו. אין זו התמונה היחידה האפשרית של אוכלוסייה זו. כאמור למעלה, ישנם "פסקי מצע" רבים המאוכרים יותר מ"תקדים מוביל" אחד. בבדיקת מאפייניה של אוכלוסיית המצע יש היגיון רב לשקלולם של פסקים לפי מספר "התקדימים המובילים" המאוזכרים בהם. כך, למשל, אפשר לטעון, כי "פסק מצע" הקולט (מאוכר) שני "תקדימים מובילים" הוא מצע טוב פי שניים לקליטתם של תקדימים כאלה מאשר "פסק מצע" הקולט "תקדים מוביל" אחד ועל־כן יש לתת למאפייניו משקל כפול במיצוע מאפייניהם של "פסקי המצע" בכללותם.

כך, בבדיקת שיעורם של מותבים גדולים (למעלה משלושה) באוכלוסיית "פסקי המצע", כשכל פסק משוקלל לפי מספר "התקדימים המובילים" המאוזכרים בו, נכפל שיעור זה כמעט ומגיע ל-11.1%. גם שיעור המחלוקת בקרב אוכלוסייה זו עולה באורח ניכר (מ-10% ל-13%, בהתייחס למותבי שלושה בלבד) כאשר נעשה השקלול האמור, ושיעורם של הפסקים מהתחום הציבורי עולה כל־כך עד שהוא משתווה כמעט לשיעורם ב"תקדימים המובילים" (מ-31% ל-40%, בהשוואה ל-44% ב"תקדימים המובילים").

הגיונם של שינויים אלה מובן וצפוי, שכן שקלול "פסקי המצע" לפי מספר "התקדימים המובילים" בהם מעצים אותם משתנים בדיוק שעליהם הצבענו למעלה. אם הפסיקה בתחום ציבורי מרבה להיזון מהלכה פסוקה, צפוי שירבו בה פסקים המאוזכרים יותר מ"תקדים מוביל" אחד. ברור גם הצפי, כי ריבוי התלטות בפסק־דין (מותב מורחב, פסק מחלוקת) יניב אזכורם של "תקדימים מובילים" אחדים באותו פסק. הראינו למעלה, כי כמה ממשתנים אלה תלויים ממילא אלה באלה. מסיבה זו אנו מבקשים להדגיש כי הדיווח על מאפייני אוכלוסיית המצע המשוקללת לא בא לחדש, אלא בא לחדד את שרמזנו לו למעלה, דהיינו: כי "פסקי המצע" הם אוכלוסייה מיוחדת, קרובה יותר במאפייניה לאוכלוסיית "התקדימים המובילים" מאשר אוכלוסיית הפסקים הכללית.

57. להוציא שאלת סדרור "רשימת המאה" שבתחילת המאמר.

58. לעיל, הטקסט שליד הערה 45.

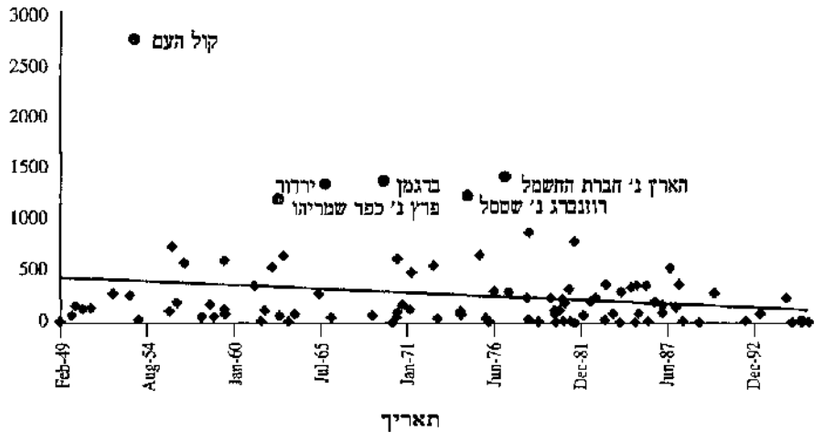
2. מועד "פסק המצע" הראשון

בשתי החקירות הבאות אנו מנסים להתחקות אחר תהליכים המביאים לבחירתו של פסק־דין לאזכור והפיכתו ל"תקדים". מראש נאמר, כי תהליכים אלה מוזנים על מגוון גורמים – חלקם נסתרים מן העין, חלקם אינם ניתנים למדידה כמותית וחלקם מצריכים מאגר נתונים גדול משלנו. בכל־זאת הערכנו, כי אפשר להפיק תובנות מעניינות מן הנתונים הנוכחיים. התמקדנו במידה רבה ב"פסק המצע" הראשון המאוכר "תקדים מוביל", מתוך הנחה שבו מתבצע הסינון הראשוני המוציא טקסט שיפוטי מחזקת הצרדים שתרמו לו את טיעוניהם והשופטים שכתבו אותו, והופך אותו מפסק־דין לתקדים. בדיקתנו הקודמת על "מהלך חייהם" של "תקדימים מובילים" מראה, כי לא תמיד נדחף תקדים אל "רשימת המאה" מכוחה של פעולת סינון ראשונית זו, אך אנו מעריכים כי במקרה הטיפוסי יש לה חשיבות גדולה יותר, כפעולה יחידה, מאשר לפעולות הסינון והאזכור החוזר ב"פסקי מצע" מאוחרים יותר.

כמה זמן ממתין "תקדים מוביל" עד אזכורו הראשון?

תרשים ג מציג את מאה "התקדימים המובילים" לפי מספר הימים שעברו בין נתינתם לאזכורם הראשון. ציינו במיוחד את שמם של שישה תקדימים שאזכורם הראשון נעשה יותר מאלף ימים לאחר נתינתם. כצפוי, לפי ניתוח הקשר בין תחום המשפט שבו ניתן "תקדים מוביל" ותקופת השפעתו ("תקדים לדורו" לעומת "תקדים המקדים את דורו")[58] מתמקדים תקדימים אלה בעיקר בתחום הציבורי.

תרשים ג



בתיאור מספרי – 22 ממאה "התקדימים המובילים" אוזכרו לראשונה תוך חודש מעת בתינתם, 59 תוך חצי־שנה ו-77 תוך שנה. מספר הימים הממוצע בין פסיקתו של "תקדים מוביל" ואזכורו הראשון הוא כתשעה חודשים (276 ימים), אך מיצוע זה מטה את התמונה כלפי מעלה בשל מספר קטן של פסקי־דין שאוזכרו לראשונה כשלוש שנים ויותר מעת פסיקתם. די שנוריד את ששת "התקדימים המובילים" שהמתינו במשך התקופה הארוכה ביותר לאזכורם הראשון, כדי להוריד את ממוצע ההמתנה לכחצי־שנה (194 ימים).

כיוון שהבדיקה הנוכחית מכוונת בעיקר לתהליך המעבר מכתיבתו של טקסט שיפוטי לאזכורו, יש לזכור כי פערי הזמן המתוארים כאן אינם מייצגים בהכרח את פערי הזמן התודעתיים האמיתיים בין כתיבה לאזכור. החלטה ב"תקדים מוביל" טיפוסי איננה נכתבת בפועל ביום הקראתה אלא ימים, שבועות ולפעמים תודשים קודם־לכן. מנגד, כך גם ההחלטה ב"פסק המצע". הפערים האמיתיים בין המועד שבו החלטה הלכתית מסוימת נעשית נגישה בפועל לתהליך ההכרעה וההנמקה של פסקי־הדין הבאים עשויים להשתנות מאוד ממקרה למקרה. השופט שכתב את "התקדים המוביל" או השתתף בפועל בכתיבתו יכול שיפנים את הלכתו בהכרעתם של פסקי־דין אתרים התלויים בפניו באותה עת עצמה ולכל היותר הוא הייב להמתין לתתימת "התקדים המוביל" והקראתו כדי לאזכרו. שופטים אתרים יכול שלא ידעו על קיומו של "תקדים מוביל" גם לאתר שניתן והוא יגיע להכרתם רק לאתר־מכן בדרך זו או אתרת. בכל־זאת אנו מניחים, כי גורמים אלה מקווים אלה את אלה בתמונה הכוללת, ופערי הזמן המתוארים על־ידנו מייצגים נאמנה את "תקופת ההמתנה" שבין יצירתו של פסק־דין ובין הגעתו לתתנה הראשונה בדרכו ל"רשימת המאה".

התנהגותה הדינמית של "תקופת ההמתנה" מעניינת. מתחילת המחקר ועד שנת 1980 היה אורכה הממוצע של תקופה זו 361 ימים – כלומר: קצת פחות טשנה – ואילו משנה זו ועד תום תקופת המחקר הוא ירד ל-164 ימים, כלומר: קצת פחות מחצי־שנה. חילקנו כך את התמונה משום שהנתונים מצביעים בבירור על שתי תקופות שונות. אכן, בתחילת שנות השמונים חלה ירידה הדת ב"תקופת ההמתנה" וכך היא נשארת עד סוף תקופת המחקר.

תופעה זו יכולה להיות מוסברת בהלקה בנוהגי האוכור העצמי שיתוארו ביתר־פירוט למטה. בתקופה שבין תחילת המחקר ועד שנת 1980 (לא כולל) 38% מהאוכורים הראשונים היו אוכורים עצמיים, כלומר: אוכורים שנעשו ב"פסק המצע" הראשון על־ידי אותו שופט שכתב את "התקדים המוביל" המאוכר. בתקופה שבין שנת 1980 וסוף תקופת המחקר עלה שיעורם של האוכורים העצמיים ב"פסק המצע" הראשון ל-53%. מובן מאליו, כי סיכוייה של "תקופת ההמתנה" להתקצר טובים כאשר מדובר בשופט שכתב את התקדים המאוכר ואינו וקוק לזיכרון הקולקטיבי כדי להכניסו לתודעתו בתהליכי ההכרעה וההנמקה העתידיים.

סיבה אחרת להתקצרות "תקופת ההמתנה" עשויה להיות שיפור אמצעי אתזור התקדימים. משנות השמונים הלכו והשתכללו דרכי המחשוב וההפצה של פסקי־דין והוקלה הגישה לתקדימים לפני פרסומם בדפוס. קשה להעריך את השפעתה של עובדה זו על זרימת המידע הפנימי בין לשכותיהם של שופטי בית־המשפט העליון עצמם, אך אפשר להניח שהיתה לה השפעה מסוימת.

עם זאת יש להדגיש, כי שתי התופעות האמורות – דהיינו: התגברות שיעור האזכור העצמי ושכלול אמצעי האחזור – הן תופעות הדרגתיות שאין להצביע בהן על תפנית תדה כמו זו המתוארת למעלה לגבי קיצור "תקופת ההמתנה". יש להניח, כי היו גורמים נוספים שגרמו לתפנית זו ויסודם בדרכי עבודתם של שופטי אותו דור.

3. אזכור עצמי ב'פסקי המצע'

בפרק זה ביקשנו לחקור בהרחבה מסוימת את שאלת האזכור העצמי, כלומר: את המידה שבה נשענת תפוצתו של תקדים על אזכורו בידי השופט שכתב אותו.

בפתחו של הפרק אנו מבקשים להדגיש, כי איננו חוקרים שאלה זו מתוך עמדה ערכית כלשהי – שלילית או חיובית – בדבר האזכור העצמי. ועוד: למרות ההכרח המחקרי לפלח את התמונה הכללית על־פי נטיותיהם של שופטים אינדיבידואליים, איננו עוסקים בביוגרפיות שיפוטיות או בפרופילים שלמים של שופטים. השאלה המחקרית המובילה אותנו היא השאלה הכללית על דבר הדרכים שבהן זוכה תקדים למקום בזיכרון הקולקטיבי של שיטת המשפט, ככל שהוא מיוצג בפסיקת בית־המשפט עצמו. שאלת־משנה לשאלה זו היא השאלה – בללית גם היא ולא אישית – על מידת השפעתו של השופט־כותב־התקדים על הפסק המאוכר.

מחקירת המאגר של "פסקי המצע" מתברר, כי שיעורם של האוכורים העצמיים בכלל אוכלוסיית הפסקים המאוכרים הוא 20.9% (כאשר סופרים אוכור עצמי רק פעם אחת להחלטה).

כדי להעריך את משמעותו של נתון זה יש לזכור, כי אילו לא היתה לשופטים העדפה כלשהי של הלכות עצמם, היה צריך שיעור האזכור העצמי להסתכם באחוזים ספורים. אי־אפשר לחשב אחוזים אלה במדויק, שכן מספר השופטים המכהנים בבית־המשפט משתנה עם השנים וכן משתנה תקופת הכהונה הממוצעת. מכלל הגורמים שיש להביאם בחשבון יש לזכור, כי שופט אינו יכול לאזכר את עצמו לאחר תום כהונתו, וגורל תקדימיו נתון בידי חבריו ויורשיהם. שופט שפסק הלכה תקדימית חשובה בתחילתה של כהונה רבת־שנים יתרום פוטנציאל גדול יותר של אזכור עצמי לתחשיב המתואר כאן, לעומת שופט שכיהן שנים מעטות או פָּסַק סמוך לתום כהונתו. מכל־מקום אפילו בהנחה של 12 תקני שיפוט ריאליים שיעור האזכור העצמי של תקדים שניתן בשנת 1980 וכותבו כיהן עד שנת 2,000 צריך היה לעמוד על 8% בלבד, אילו אזכרו אותו כל שופטי אותו הדור במידה שווה. אפילו בהנחות מפליגות אלה, התלות בפועל רק על מקצת "התקדימים המובילים", גדול שיעור האזכור העצמי שרווח למעלה לפחות פי שניים. אנו מאמינים, כי בהנחות ריאליות יותר גדול שיעור זה הרבה יותר.

אין ספק, כי העדפה עצמית ובוכחות בולטת באוכלוסיית "פסקי המצע" הם גורמים רבי־משקל ביצירתה של "רשימת המאה".

– האם הנטייה לאזכור עצמי גוברת כשמדובר בפסק המאזכר לראשונה "תקדים מוביל"?

מתברר, כי 46 ממאה "התקדימים המובילים" אוזכרו לראשונה באזכור עצמי. למעלה הראינו, כי בשלושת העשורים הראשונים היה שיעור זה נמוך יותר וכי בעשרים השנים האחרונות למחקר הוא עומד על 53% בממוצע. במלים אחרות: משקלה של ההעדפה

העצמית בלידתו של "תקדים מוביל" טיפוסי גדול הרבה יותר מאשר משקלו במהלך חייו כולו. אחד מכל שני פסקי־דין שהפכו ל"תקדימים מובילים" החלו את חייהם כתקדים בידי שופט שכתב גם אותם גם את אזכורם.

גם כאן איננו מביעים עמדה ערכית על תופעה זו. נאמר בפשטות, כי שופט שכתב הלכה גדול הסיכוי שירע אותה טוב מחבריו, גדול הסיכוי שיסכים אתה יותר מחבריו וגדול הסיכוי שיישען עליה יותר מחבריו. ההעדפה העצמית החריפה המתבלטת כאן מאירה בבירור את הטיותיו האנושיות של ההליך השיפוטי מתוך הסתכלות על השופטים כבני־אדם, אשר על הכרעותיהם חלים עקרונות הפעלה אנושיים רגילים. אנו, שכל מחקרינו עד כה מצביעים על אנושיות זו מזוויות רבות, איננו מבקשים הסבר נוסף כלשהו לאותה העדפה עצמית. תובת הסבר כזה רובצת רק לפתחו של מי שמבקש להעלות את ההלכה השיפוטית אל מעבר למידות אנוש רגילות – אל ספירות של אובייקטיביות מקצועית וערכית.

להשלמת חקירתו של רכיב הזיכרון האישי באזכורו הראשון של "תקדים מוביל" בדקנו שאלה נוספת:

- מה מידת הסיכוי שהשופט המאזכר "תקדים מוביל" לראשונה ישב בהרכב שבו התקבל אותו תקדים?

ב"אזכור עצמי" התכוונו עד כאן לשופט המאזכר דברים שיוחסו לו שמית ב"תקדים המוביל". כעת אנו מרחיבים את זווית־ההתבוננות ומסתכלים על שותפות כללית יותר ב"תקדים המוביל".

כאשר מאתרים עבור כל אחד מן "התקדימים המובילים" את הפסק המאזכר אותו לראשונה מוצאים, כי ב-71 ממאה פסקים אלה היה השופט המאזכר (או אחד מן השופטים המאזכרים, אם יש יותר מאחד) חבר בהרכב.

בהרחבה נוספת מצאנו, כי ב-85 ממאה הפסקים המאזכרים "תקדים מוביל" לראשונה היה אחד מחברי ההרכב חבר גם בהרכב בתקדים המאווכר.

להסיר ספק: אין בנתונים נוספים אלה כדי להצביע על רמה גבוהה יותר של "הערפה עצמית" מזו שדווחה למעלה. כל המשתמע מהם הוא, כי יש סיכוי מצוין לכך שחדירתו הראשונה של פסק־דין לתודעתם של שופטים המכריעים במקרה מאוחר יותר ומנמקים את החלטתם נדחפת במידה רבה על־ידי זיכרון אישי – לפחות של אחד משופטי ההרכב – ולא על־ידי אמצעי אחזור מכניים.

4. יחס ציטוטים לאזכורים ב"פסקי המצע"

אופיו הכמותי של מחקרנו וסוג המדידות שביצענו אינם מאפשרים בדיקה מעמיקה של הפונקציות שממלא "תקדים מוביל" בפסק המאזכר אותו. ישנם פעמים שבהם תקדים משפיע השפעה עמוקה על הכרעתו של השופט ויש שאיננו משמש אלא קישוט שלאחר הכרעה. יש שהוא מובא לתמיכה, יש שהוא מובא לאבחון ויש, לעתים רחוקות, שהוא מובא להיפוך. במחקר הנוכחי לא יכולנו לבדוק אלא שאלה אחת, שפתרונה רומז בעקיפין לפונקציות אלה ועונה במישרין לפונקציה אחרת – היא שאלת היחס בין עצם אזכורו של "תקדים מוביל" וציטוט טקסט מתוכו.

מה נוטל "פסק מצע" מ"תקדים מוביל"? יש שהוא נוטל ממנו רק את הלכתו ויש שהוא נוטל ממנו את ניסוחו. על מה רומזת ציטטה? מן הפונקציות שתיארנו למעלה היא רומזת במקצת על "כובד" השימוש בו, לפחות מן ההיבט הטכני. עיון מדמין בפסיקה בכללותה יגלה, כי ישנם מקרים לא־נדירים שבהם מאוכרים תקדימים, לפעמים כמה ברצף, בציון פרטים מזהים בסיסיים בלבד, בשולית של פסקה בטקסט שיפוטי וניכר בהם שנאספו ב־ישול ממאגר הפסיקה בלא שתהיה להם השפעה מהותית כלשהי על ההכרעה או אפילו על הנמקתה. למצער אנו אומרים, כי אזכור שצורף אליו ציטוט איננו נוטה להיות כזה. גם משבאו לעולם אמצעי עיבוד התמלילים החדשים מצריך הציטוט טרחה גדולה יותר מאשר האזכור הסתמי והוא אף מציג לשיפוטו של הקורא ראייה נוחה יותר על הקשר בין ההכרעה השיפוטית והאסמכתא שעליה היא מתיימרת להסתמך.

אך לציטוט ישנה משמעות ישירה יותר. אין ספק כי ישנם פסקי־דין שכוחם נובע מתוכנם בלבד וישנם שכוחם נובע גם מיפי לשונם. כך, למשל, תקדים אחד שהלכתו "נבלעה" בהסכמה בסדרת פסקי־דין מאוחרים יותר יכול לשמור על כוחו ב"רשימת המאה" בזכות פסקה יפה אחת ששופטים מרבים לצטטה. אילו היתה ההלכה עצמה מתהפכת, היתה הציטטה מסולקת מעולם הסמך ועל־כן אנו מקפידים לומר שאותו תקדים שומר את כוחו גם, ולא רק, בשל לשונו. יותר מזה: בלא שנוכל להוכיח זאת במחקר הנוכחי סביר להניח, כי ישנן הלכות שכבר בתחילת דרכן הן צולחות יותר מתבריותיהן בזכות ניסוחן היפה בפסק־הדין שברא אותן. שפיסה היא מעשה אדם ואין סיבה להניח, שיוצריה חסינים לקסמן של מלים יפות. סביר להניח לפחות, שבין שתי החלטות שיפוטיות הקובעות אותה הלכה תאוכר זו האומרת אותה יפה יותר, וכיוון שאוזכרה – גם תצוטט.

לכתחילה ביקשנו לבדוק אם אפשר לגלות מכנה משותף רחב באשר ליחס בין ציטוט לאזכור בין "התקדימים המובילים" עצמם. במלים אחרות: ביקשנו לדעת, אם יחס כלשהו אופייני לכל התקדימים שב"רשימת המאה". התשובה השלילית שהתקבלה מפתיעה בעוצמתה. ישנם "תקדימים מובילים" המצוטטים רק 5% מהמקרים שבהם הם מאוכרים, ישנם המצוטטים כ־60% מהמקרים ויתרם מפוזרים ביניהם. לא מצאנו קשרים של ממש בין ההשתנות של מדד זה למאפיינים אחרים של "התקדימים המובילים". תקדימים ציבוריים אינם מצוטטים יותר או פחות מתקדימים אזרחיים או פליליים, וכך גם ותיקים לעומת חדשים. בין אלה ובין אלה ישנם ה"מושכים" את מאזכריהם לצטט מתוכם, אם מעט ואם הרבה, וישנם שלא.

הסבר מפתה לשונות בין תקדימים במידת ציטוטם עשוי לקשור שונות זו לשונות סגנונם האישי של שופטים בבית־המשפט העליון כאשר הם מאזכרים תקדימים. המאמר הנוכחי אינו מתמקד בהיבט האישי, אך החקירה המתוארת כאן מחייבת נגיעה בו. אכן, התברר, כי בין השופטים שישבו ב"פסקי המצע" ניכרת שונות סגנונית גדולה. אפילו מיקודה של הבדיקה ב־30 השופטים שהרבו ביותר לשבת בפסקים אלה מגלה שופטים הנוטים לצטט רק לעתים רחוקות מתוך תקדימים המאוכרים על־ידיהם (כגון השופטים זוסמן, ויתקון ושלמה לוין[59]), שופטים המצטטים כמעט כל תקדים שני שאזכרו (כגון

59. אשר ציטטו 11.6% (זוסמן), 14.3% (ויתקון) או 14.4% (ש' לוין) מהתקדימים שאזכרו.

השופטים מלץ וגולדברג[60]) וביניהם כל מגוון האפשרויות. גם אם ניטול את שני השופטים הבולטים ביותר בנוכחותם באוכלוסיית המצע – הם השופטים שמגר וברק – נמצא ביניהם הבדלים גדולים מאוד. בעוד השופט ברק מצטט 41% מהתקדימים המאוזכרים על־ידו מצטט השופט שמגר רק 25.5%. כללית, תמונת היחס בין ציטוט לאזכור בקרב שופטים שונים באוכלוסיית המצע מגלה אפיונים הדומים בעיקרם לתמונת היחס בין ציטוט לאזכור במופעיהם של "תקדימים מובילים" שונים באותה אוכלוסייה. אלא שדמיון זה מטעה ולאמיתו של דבר יש לייחס רק חלק קטן מאוד בשונותם של "תקדימים מובילים" לשונות הסגנונות האישיים של השופטים שאזכרו אותם.[61] תקדימים אינם הופכים להיות "מובילים", אלא אם אזכרו אותם שופטים רבים ושונים. אפילו במקרים שבהם שופט מסוים תופס מגה גדולה במיוחד בתמונת אזכוריו של תקדים מסוים, אין הוא יכול להכניסו ל"רשימת המאה" בכוחו־שלו ולכן אין נטייתו האישית לציטוט יכולה להכתיב את שיעור ציטוטו של אותו תקדים. כך נטיות אישיות שונות מקוזזות אלה את אלה והשפעת סגנונו של השופט הרומינגטי מידלדלת.

הנתונים שבידינו רוחים גם הסבר מפתה אחר, "הפוך" בכיוונו. לא מצאנו העדפה של ממש לציטוטם של "תקדימים מובילים" לפי השופט שכתב אותם. תדמיות מקובלות מייחסות סגנון כתיבה שונה לשופטים שונים, ואפשר היה לשער, שלשונו של שופט אחד תמשוך את הבריו (ואותו) לצטטה יותר מלשונו של שופט אחר. אפשר היה אולי גם לשער, כי איכויות אחרות בכתיבתו של שופט או במעמדו יביאו לאותה תוצאה. אלא שכאמור, לא מצאנו העדפה־לפי־כותב בין בכלל האזכורים בין בהפרדת האזכורים העצמיים מאזכוריו של האחר.

אנו מניחים, אפוא, כי ציטוטם של "תקדימים מובילים" מונע ממאפיינים אינטרינסיים שבתקדימים עצמם. למרות האמור בפסקה הקודמת ובלא שנוכל למדוד מאפיינים לשוניים, סביר בעינינו להניח, כי המאפיין המוביל הוא יפי סגנונו של הטקסט המצוטט או רמת ההמשגה הגבוהה שלו. קריאה אנקדוטית של פסקים מאזכרים ומאוזכרים רומזת, כי גם שופטים שסגנונם האופייני איננו הדור או דידקטי במיוחד כותבים ברגעי הכרעה פסקאות נוחות לציטוט, ואלה נקלטות בקלות במצע הקלט של הפסקים המאזכרים.

ביקשנו לברוק כמה שאלות השוואתיות בנוגע לשיעור הציטוט מן ההיבט הקבוצתי הכולל, להבדיל מן ההיבט הפרטני שהתמקד עד עתה בהבדלים הפנימיים בין "התקדימים המובילים". מסיבות שונות, חלקן טכניות, אנו מעדיפים לבנות תמונה קבוצתית זו מן הזווית של "פסקי המצע" ולא של "התקדימים המובילים".

טבלה יט מציגה תמונה קבוצתית של יחס הציטוט לאזכור ב"פסקי המצע" מן ההיבט הדינמי, כלומר: מהיבט הזמן. בטבלה זו אפשר לזהות מגמה ברורה של שינוי בעשור שנות השמונים. בשנות השישים והשבעים נטה בית־המשפט העליון לצטט מתוך כל "תקדים

60. השופט מלץ ציטט 50% מהתקדימים שאזכר, והשופט גולדברג – 49.3%.

61. הניסיון למצוא קשר בין שיעור הציטוט של "התקדימים המובילים" השונים ובין ערכיו של מרד משוקלל של שיעורי הציטוט המיוחסים לשופטים המאזכרים תקדימים לא הניב ממצא של ממש כלשהו.

מוביל" רביעי שאוזכר על־ידו. בשנות השמונים והתשעים הוא מצטט מכל תקדים שלישי. אין זה שינוי דרמטי, אך כיוונו מפתיע. תיקוף מקובל של פסיקת בית־המשפט העליון מזהה את שנות השמונים כשנים של תמורה מסגנון הנמקה פורמליסטי לסגנון הנמקה ערכי של הכרעות שיפוטיות.[62] טיבה של הנמקה פורמליסטית שהיא נוטה להישען על אסמכתאות כדי להרחיק מעליה תדמית של יצירה אישית תלוית־שופט. נדמה בעינינו, כי הנטייה לצטט מתיישבת עם מטרה זו טוב הרבה יותר מאשר היא מתיישבת עם מטרתה של ההנמקה הערכית להדגיש נימוקים לגופם. המצטט אסמכתא מבקש לחזק את כוחה המשכנע. במקום לדבר במלותיו־שלו כאן ובזמן הווה הוא מדבר מפיהם של אחרים, ממקום אחר, מזמן עבר או מכולם, כאילו הזדה והרחקה זו מחזקת את כוחו של התיגר. אם אכן עבר בית־המשפט העליון לסגנון הנמקה תכליתי, אישי וערכי יותר בשנות השמונים, אפשר היה לצפות להתפתחותו של דפוס אזכור לקוני המסתפק בפרטים מזהים של האסמכתא ולהיעלמותו ההדרגתית של הציטוט מעולם ההנמקה ההלכתית. כאמור, הנתונים הנוכחיים מצביעים על מגמה הפוכה. אם אכן התחוללה מהפכה בשנות השמונים שיצרה בית־משפט עליון אמיץ חדש, הרי שמהפכה זו עיבתה והעשירה את האסמכתא השיפוטית ככלי שכנוע תקשורתי ולא דיללה אותה.

טבלה יט: יחס ציטוטים לאזכורים ב"פסקי מצע" לפי עשורים

עשור	יחס ציטוטים לאזכורים
1950	29.6
1960	26.7
1970	25.2
1980	32.4
1990	35.0
סה"כ	32.2

ממצא אחר המנוגד לצפייה אינטואיטיבית נובע מהשוואת נתוני היחס בין ציטוט לאזכור באוכלוסיית "פסקי המצע" ובאוכלוסיית "הפסקים הנבחרים", דהיינו: הפסקים שנבחרו לפרסום בקובץ פסקי דין. יחס זה עומד על 36.1% במאגר שתואר למעלה ותקופתו 1948-1994. בתקופה המקבילה היה יחס הציטוט לאזכור ב"פסקי המצע" 31.7%. אין לנו הסבר פשוט לכיוונו של הבדל זה. לכאורה סביר היה לצפות, כי אזכורו של "תקדים מוביל" ילווה בציטוט יותר מאשר אזכורו של תקדים רגיל. הסבר אפשרי לממצא ההפוך הוא, כי "תקדימים מובילים" מעצם הגדרתם מפורסמים וידועים יותר מתקדימים רגילים ודי באזכור שמם כדי להביא את הלכתם לתודעתו של הקורא, בעוד תקדימים ידועים פחות מחייבים פירוט הלכתם, וציטוטם הוא דרך יעילה לעשות כן.

62. מאוטנר (לעיל, הערה 26).

בשוליהם של נתונים אלה והסברם המוצע אנו חוזרים על הטענה שבבסיס מחקרנו הנוכחי ומחקרינו האחרים, כי הליכי ההכרעה וההנמקה של הלכות שיפוטיות אינם עניינים שוליים ופרטיהם אינם פרטים טפלים. הנמקתו שלכל פסק־דין היא מסע שכנוע מורכב המופנה לתודעתו של קהל קוראים ומכוון להשיג שם תוצאות. אילו לא היה כזה, לא היו שופטים עליונים מכלים עליו ימים ושנים ולא היו מוליכים אותו על־פני עשרות ולפעמים מאות עמודים. אסמכתא נמצאת במקום שהיא נמצאת כדי לשכנע. אם נשתלה שם כדי לקשט, אין זאת אלא שהשותל חשב שקוראיו אוהבים קישוטים. אם נשתלה כדי לייפות היגדים, אין זאת אלא שהשותל חשב שקוראיו מעדיפים היגדים יפים על היגדים מכוערים. אם נשתלה כדי לבסס ערכים עמוקים, אין זאת אלא שהשותל חשב שכך בדיוק מתבססים ערכים אלה טוב יותר בתודעתם של קוראיו. אם שתל וחזר אסמכתאות או מעט, חשב שקוראיו רגישים לכמויות. אם ציטט, חשב שציטוט ישכנע טוב יותר מאזכור.

אנו מבקשים גם להשיב לטענה נפוצה המייחסת את כתיבתם של פסקי־דין לצוותי־עזר, כגון מתמחים ועוזרים משפטיים, ומבקשת להסיק מכך מידות גדולות של סתמיות ואקראיות בהנמקת הפסיקה הן בשל התחלופה התכופה של צוותים אלה הן בשל טעמיהם האישיים השונים של החברים בהם. בלא שנדע דבר על המתרחש בלשכותיהם של שופטים אין טענה זו עומדת במבחן היחידי המדריך את מחקרינו – הוא מבחן התוצאה. הלכתו הפסוקה של הנשיא שמגר אינה כהלכתו של הנשיא ברק, שתיהן אינן כהלכתו של המשנה אלון ושלושתן אינן כהלכתו של המשנה לוין – יהיו אשר יהיו עשרות עוזריהם בכל שנות כהונתם ויהיו אשר יהיו טעמיהם. לשופטים אלה, כמו לכל שופטי בית־המשפט העליון לדורותיהם, הרבה מן המשותף, אך לכל אחד מהם גם קו ערכי, סגנון הכרעה וסגנון כתיבה אישיים עקיבים וברורים. כאלה הן גם התמונות הקבוצתיות של דורות שונים בבית־המשפט. יש להם הרבה מן המשותף והרבה מן השונה, ואלה גם אלה הם של השופטים ולא של עוזריהם. לבית־המשפט העליון תרבות של הכרעה והנמקה ובתוכה הולכים השופטים השונים בדרכים מיוחדות ואישיות מאוד.

ד. תחומי חפיפה בין אוכלוסיות

בבדיקותינו עד כה עסקנו בארבע אוכלוסיות של פסקי־דין – שתיים ש"נבנו" במחקר הנוכחי ושתיים חיצוניות לו. שתי האוכלוסיות ה"פנימיות" הן אוכלוסיית מאת "התקדימים המובילים" ואוכלוסיית "פסקי המצע" שאזכרו אותם. שתי האוכלוסיות האחרות הן אוכלוסיית "הפסקים הנבחרים", כלומר: הפסקים שנבחרו לפרסום בקובץ פסקי דין – ואוכלוסיית כלל פסקי־הדין של בית־המשפט העליון, שבה דנו רק בעקיפין ובמעט. בחלק זה של המחקר אנו בודקים תחומי חפיפה בין אוכלוסיות אלה. מטעמים מובנים ישנן רק שתי שאלות של ממש בהקשר זה – דהיינו: החפיפה בין "תקדימים מובילים" ו"פסקי מצע" – ובין אלה האחרונים ו"הפסקים הנבחרים".

1. "תקדימים מובילים" כ"פסקי מצע"

בבדיקותינו עסקנו באוכלוסיית "התקדימים המובילים" ובאוכלוסיית "פסקי המצע" מתוך

הנחה, כי הן אוכלוסיות נפרדות שמאפייניהן ראויים להשוואה והקשרים ביניהם ראויים לבדיקה. כאן אנו מבקשים לעדן הנחה זו ולהצביע על תחום חפיפה חשוב בין האוכלוסיות.

72 מתוך "התקדימים המובילים" בעצמם משמשים "פסקי מצע" ל"תקדימים מובילים" אחרים. יותר מזה: הם משמשים להם מצע נוח במיוחד, שכן הם מאוכרים ארבעה "תקדימים מובילים" אחרים בממוצע, כלומר: פי שניים מהמקובל באוכלוסייה הכללית של "פסקי המצע".

אנו מצביעים גם על העובדה שאחד־עשר מתוך 28 "התקדימים המובילים" שאינם משמשים עצמם "פסקי מצע" ניתנו לפני שנת 1960, כאשר אוכלוסיית "התקדימים המובילים" שעליה יכלו להסתמך היתה דלת־יחסית.

צורה אחרת לדיווח נתונים אלה היא, כי רק 17 פסקי־דין מתוך "רשימת המאה" שניתנו בארבעים השנים האחרונות אינם סומכים בעצמם, ולו גם פעם אחת, על פסק־דין אחר כלשהו מאותה רשימה.

אנו מביאים נתונים אלה כדי להצביע על התמונה המסתמנת בדבר קיומה של הירכיה קונצנטרית בעולם ההלכה הפסוקה. בשלב הנוכחי אנו מתארים את שלבית הגבוהים. להלן נתאר את שלביה האחרים ונשלים את התמונה. אנו מדמים הירכיה זו להירכיה חברתית אנושית בשינויים המתבקשים מאליהם.

מאה "התקדימים המובילים" הם אליטת ההלכה הפסוקה וכדרכם של חברים באליטה הם ניכרים (בממוצע) במנות גדולות במיוחד של מאפיינים מסויטים. את חברותם באליטה הם נוטלים מתוך אליטת־משנה של "פסקי מצע", המשמשים להם קבוצת־סמך ונבדלים מאוכלוסיות רחבות יותר במנות בינוניות של אותם מאפיינים. הנקודה המודגשת כאן היא, כי רבים מ"התקדימים המובילים" מתפקדים גם ככלי סמך לחבריהם כדרכן של אליטות אנושיות.[63] מנהיגים, ככל שהם מתחרים ביניהם, גם שואבים את כוחם מחבריהם ונסמכים עליהם למנהיגותם. הנתונים שהבאנו למעלה על הגורם האנושי ועל ההערפה העצמית באזכור "התקדימים המובילים" מקרבים את המשל לנמשל. השתייכותם של פסקי־דין לשתי אוכלוסיות־העל המתוארות כאן איננה מקרית. לכתחילה הם נמצאים שם בשל מהותו והשיבותו של הנושא המטופל בהם, אך גם בשל קשרי־גומלין אנושיים מורכבים בין האליטות ובתוכן.

אנו מציגים תמונה זו כפן נוסף של ממצאינו על "מרחב הסמך" של בית־המשפט העליון. במקום אחר[64] כתבנו, כי מרחב זה הולך ומצטמצם אל המשפט המקומי וכי יש במגמה אוניברסלית זו קושי מיוחד בישראל בשל העובדה שבית־המשפט העליון בה איננו

63. הכרונולוגיה של בג"ץ קול העם, כפי שתוארה בקצרה למעלה (בין הערות 49 ו־54), היא דוגמא טובה לתופעה זו. "פסקי המצע" שהוציאו את בג"ץ קול העם מאלמוניותו היחסית והעלו אותו לפסגת התודעה ההלכתית הישראלית הם ברובם "תקדימים מובילים" עצמם.

64. שחר, חריס וגרוס, "נוהגי ההסתמכות" (לעיל, הערה 1), בעמ' 179. ראו גם יורם שחר, "משכן כמשפטו", מחקרי משפט יט(2) (תשס"ג) 397.

מסתמך אלא על הלכותיו־שלו,[65] בין מבחירתו בין בשל אילוצי השיטה. כאן אנו מוסיפים ואומרים, כי "מרחב סמך" זה מצומצם מאוד גם במובן זה שהוא מתקיים בתוך אליטה קטנה של הלכות שיפוטיות, המוינות את אלה.

2. "פסקי מצע" כ"פסקים נבחרים"

בדיקנו מאפיין נוסף של אוכלוסיית "פסקי המצע", הוא פרסומם בקובץ פסקי דין. גם מאפיין זה שימש לנו כדי להכין את אופי פעולתו של תקדים בעולם הפסיקה של בית־המשפט העליון.

אנו חוזרים על אמירתנו,[66] כי רק חלק קטן מפסקי־הדין של בית־המשפט העליון נבחרים לפרסום בקובץ פסקי דין. מסיבה זו קראנו להם "פסקים נבחרים". תהליך בחירתם מבוצע על־ידי משפטנים בכירים בבית־המשפט עצמו ובאקדמיה, על־פי עומקה של הנורמה הכללית הטמונה בהם, מעבר לפעולתם על הצדדים הישירים. במחקר קודם מצאנו, כי תהליך בחירה זה הוביל את איכותו במשך השנים מתוך העובדה שבית־המשפט העליון עצמו ממשיך לאזכר כמעט אך ורק פסקי־דין שפורסמו בפסקי דין[67] גם זמן רב לאחר שאחזורם של פסקים שלא פורסמו שם נעשה פשוט באחזורם של פסקים שפורסמו. מזה כעשור שנים, יותר משהדפסתם של פסקי־דין על נייר מגרילה את נגישותם לאזכור עתידי היא מסמנת את הערכתם של משפטנים מובילים כי יש להם ערך תקדימי ועל־כן הם ראויים לתשומת־לב מיוחדת. העובדה שבית־המשפט העליון עצמו משתמש בהם (כמעט) בלבד לאחר־מכן, אף שאיננה בלתי־תלויה לחלוטין בתהליך הבחירה עצמו,[68] מעידה בעינינו על הצלחתה של הערכה זו. במחקר הנוכחי אנו בודקים את צדה האחר של אותה משוואה. אנו מציבים את השאלה, מהם סיכוייו של תקדים מ"רשימת המאה" להיזכר בפסק־דין שלא נבחר לפרסום משום שערכו התקדימי שלו־עצמו הוערך כנמוך? לפי מדידות שונות שיפורטו מיד, מצאנו כי סיכויים אלה נעים בין 11.4% ל־5.7%. לשון אחרת: מצאנו כי התקדימים המובילים "חיים" כמעט אך ורק בתקדימים אחרים וכמעט שאינם נזכרים בפסקים שאינם תקדימיים. לפירוטה של מסקנה זו נחזור לאחר פירוט הממצאים.

---

65. לעומת מקביליו בעולם המסתמכים על הלכותיהם של בתי־משפט מקומיים נוספים.
66. לעיל, הטקסט שליד הערה 22. ראו גם להלן, הערה 75.
67. לעניין השאלה הנוכחית אין חשיבות לזמן פרסומו של פסק־דין שבית־המשפט מסתמך עליו. במקרים רבים מאזכר בית־המשפט פסקים שלא פורסמו בעת אזכורם (או אפילו בעת פרסום פסק־הדין המאזכר אותם), אך הם מפורסמים לאחר־מכן. לעניין השאלה הנוכחית די בכך שנבחרו לפרסום בעת כלשהי כדי למלא את התנאי שנחשבו עקרוניים בעיני חברי מערכת הסינון המורכבת.
68. שופטי בית־המשפט העליון נטלו במהלך השנים חלק דומיננטי בתהליך הסינון, אלא שלאורך מרבית התקופה יוחד לעניין זה שופט אחד – לעתים קרובות שופט־בדימוס – ומידת תרומתם של השופטים המכהנים היתה משנית יותר.

מבט באוכלוסיית "פסקי המצע" כמות שהם מגלה, כי 88.6% מהם (2,338 מתוך 2,639) פורסמו בפסקי דין ו-11.4% לא פורסמו. בבדיקה זו ספרנו כל אחד מ"פסקי המצע" פעם אחת בלבד בלי קשר לשאלה אם אוזכר בו תקדים אחד או יותר מ"רשימת המאה" וגם בלי קשר למספר התזרות (אם בכלל) של כל אזכור כזה. בפילוחם של פסקי המצע הלא־מפורסמים בבדיקה זו מצאנו, כי 40.5% מהם היו מהתחום הפלילי, 30.9% מתחום האזרחי ורק 28.6% מתחום הציבורי. פילוח זה שונה ביותר מפילוחם של "פסקי המצע" שפורסמו. מביניהם 20.9% היו מהתחום הפלילי, 46.2% מהתחום האזרחי ו-32.9% מהתחום הציבורי. משמעותו של הבדל זה היא, כי הפסיקה הפלילית תורמת תרומה של ממש לאוכלוסייה מיוחדת זו של "פסקי מצע" המסתמכים על "תקדים מוביל", אך אינם "פסקים נבחרים", כלומר: לא נמצאו הם עצמם ראויים לפרסום. אכן, פילוח פנימי של אוכלוסיית "פסקי המצע" הפליליים שלא פורסמו בקובץ פסקי דין מגלה דגש מיוחד על החלטות קצרות־יחסית בערעורי מעצרים. במקרה קיצוני אחד מצאנו, כי "התקדים המוביל" בבש"פ זאדה[69] (שקבע הלכה תקדימית בעניין חוקתיות ומעצרים) אוזכר 38 פעמים בפסקים שלא פורסמו ורק עשר פעמים נוספות ב"פסקים נבחרים".[70]

הצגנו פילוח פנימי זה של "פסקי המצע" שלא פורסמו כדי לגוון ולתאר את אמירתנו הבסיסית, כי מרחב הקיום העיקרי של תקדימים חשובים הוא פסקים חשובים אחרים. אין זו אמירה טריביאלית. בשיטת משפט המבוססת על נאמנות תקדימית אפשר היה לצפות, כי "תקדימים מובילים" יעשו את עיקר פעולתם דווקא ברובד התשתית במקומות שבהם חברי הבית חוזרים על עיקרי האמונה ולא ברובד העליון שבו הם עושים בנייה חדשה. נשוב לאמירה זו לאחר שנציג את שאלת המחקר הנוכחית בשתי צורות נוספות:

אם נספור כל "פסק מצע" פעם אחת עבור כל תקדים מ"רשימת המאה" המאוזכר בו (אך בלא קשר למספר הפעמים שבהם הוא מאוזכר בו), ירד שיעורם של פסקי המצע שלא פורסמו[71] ל-7.6% (לעומת 11.4% בתמונה הקודמת). לשון אחרת: ב-94.3% מן המקרים שבהם אוזכר תקדים מ"רשימת המאה" בפסק כלשהו לפחות פעם אחת נבחר הפסק המאוזכר לפרסום בקובץ פסק דין.

בספירה פרטנית עוד יותר, הסופרת את כל אזכוריו של כל תקדים מ"רשימת המאה" בפסק מאוזכר כלשהו, כולל אזכורים חוזרים באותו פסק עצמו – ירד שיעורם של ה"אזכורים הלא־מפורסמים" (כלומר: אזכורים שנעשו בפסק שלא פורסם) ל-5.7% בלבד.[72]

פירושם של ההבדלים בשיעורים נצפים אלה הוא, כי "פסקים נבחרים" נוטים הרבה יותר מן הפסקים הלא־מפורסמים לאזכר יותר מתקדים אחד מ"רשימת המאה" והם גם נוטים לאזכר אותם יותר מפעם אחת בפסק־הדין.

---

69. בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (להלן: בש"פ זאדה).
70. מסיבה זו שקלנו לצרף את בש"פ זאדה, שם, לתקדימים שהוצאו על־ידנו מ"רשימת המאה" מסיבות דומות לאלו שפורטו לעיל, בין הערות 8-10.
71. 330 מ-4,343 "פסקי־מצע".
72. 426 מתוך 7,512 אזכורים.

כאמור, מסקנתנו היא כי תקדימים, לפחות "התקדימים המובילים", חיים כמעט אך ורק בתקדימים מאוחרים יותר. אנו מבקשים לשוב ולהדגיש את טענתנו כי אין זו מסקנה טריביאלית, אלא היא משליכה על נקודות מבניות חשובות בשלד ההלכה הפסוקה בישראל. בתחילת המאמר הנוכחי הצבענו על חמישה פסקי־דין[73] שהוצאו על־ידנו במכוון מ"רשימת המאה", משום שהם משמשים בעיקר לתקינת עבודתם של שופטי בית־המשפט ורַשָמיו המטפלים במהירות ובקצרה בכמויות גדולות של פניות העוסקות הן עצמן בסדרי המערכת, כגון בקשות רשות לערער ועררים בפסילת שופט. מדרך הטבע מתגלית ב"פסקי המצע" של תקדימים אלה תמונה הפוכה בדיוק של יחס בין פסקים שפורסמו וכאלה שלא פורסמו בקובץ פסקי דין. בבולט שביניהם, ר"ע חניון חיפה,[74] פורסמו רק 3% מכלל "פסקי המצע". נתון זה מבליט מאוד את התמונה הבאה: מלבד תקדימים אחדים (כגון ר"ע חניון חיפה) שנבנו מלכתחילה במכוון כדי לפעול ברובד הנמוך, הגדול כמותית, של פסיקת בית־המשפט – פועלים התקדימים החשובים רווקא ברבדים הגבוהים יותר במדרג ההלכתי. פסקים עקרוניים משמשים בעיקר בבנייתם של פסקים עקרוניים אחרים ולא בעבודת היומיום של בית־המשפט.

טיבו של "תקדים" שיש בו חידוש – בין בשל ראשוניות העניין שבו בין משום שהוא מכריע מחלוקת פסיקה בין משום שהוא הופך הלכה ישנה בין אפילו משום שהוא מרענן ונותן פנים חדשות להלכה קיימת. בוכות תכונה זו נבחר פסק־דין לפרסום. עצם אזכורו של "תקדים" בפסק־דין אינו הופך את אותו פסק־דין עצמו ל"תקדים" ואין כל סיבה שזה האחרון ייבחר לפרסום. אפשר היה להניח, אפוא, כי תפוצתם העיקרית של "תקדימים" תתפזר במסה הגדולה של פסקים "אפורים" שברובד התשתית של בית־המשפט, שבו שופטים מנמקים את הכרעותיהם בעניינים של דין (אם אינן מוגבלות לשאלות של עובדה, פירוש מסמך, מינהל שיפוטי וכדו') על בסיס הלכה קיימת. התמונה המוצגת כאן אינה כזו, לפחות בכל הנוגע לתפוצת מאה "התקדימים המובילים". לפי תמונה זו, נבנית ההלכה השיפוטית ופועלת בתוך עולם סגור של תקדימיות דינמית בעשירון העליון של פסקיו.[75] תידוש משמש בבנייתו של חידוש אחר, ופחות – בהנמקת הקיים. תקדים מוליד תקדים וזה גם זה סובבים במעגל סגור.

---

73. לעיל, הערה 8.

74. לעיל, הערה 8.

75. בתמונה כוללת של כחמישים שנות פסיקה אנו מעריכים, כי "הפסקים הנבחרים" הם כ-10% לערך מכלל פסקי־דינו של בית־המשפט העליון. יש להדגיש, כי אנו מדברים רק על מקרים שבהם ניתנה ההלסה שאורכה יותר משורה או שתיים. אילו מדדנו את פסקי־הדין שפורסמו כנגד סך כל התיקים שנפתחו, לרבות כאלה שנמחקו או אושרה בהם פשרה בכמה מלים, היה שיעורם קטן הרבה יותר. לדוגמא: בשנים 1992-1999 נפתחו בבית־המשפט העליון כ-64,000 תיקים מכל הסוגים (בחשבון הכולל את התיק העיקרי והליכי־הביניים שבו, במספור נפרד), בתוכנת "תקדין" מופיעים רק 20,607 מהם כפסקים שניתנו בתקופה זו (גם כאן, מכל הסוגים). מתוכם פורסמו 1,738 בלבד, ו-18,864 לא פורסמו בפסקי דין.

תיאורטית ניתנת תמונה זו לפירוש מורכב יותר, המפריד בין השפעתו של תקדים בפועל ובין אזכורו המפורש. ייתכן שברובד התשתית הנמוך שתואר למעלה נפסקים אלפי פסקי־דין בהתאם להלכות פסוקות, אך בלא לאזכרן. בחלק מאלה פוסקים אולי השופטים על־פי תקדים ובוחרים שלא לאזכרו כדי שלא להאריך. בחלק אחר הם הולכים בדרך שהתווה תקדים ואינם מעלים אותו על מודעותם דווקא משום שדרך זו הפכה שגרתית.

אם יש ממש בפירוש זה, הוא נסתר מן העין. בטרם יוכח אחרת, אנו חוזרים על פירושה הפשוט של התמונה הנגלית במחקרנו הנוכחי. תקדימי בית־המשפט העליון "חיים" בעיקר בתקדימים אחרים והם מקיימים ביניהם מעגלים של הונה הדדית. תקדים גדול בונה תקדים גדול אחר ואיננו יורד לשגרת יומו של בית־המשפט.