

על משפט ומציאות*

עת לעשות הפרו תורתך

מאת: פרופ' אריאל רוזן-צבי

1. דברי פתיחה: על היחס בין המציאות למשפט

היחס שבין המשפט למציאות מוצא את ביטויו המופלא במדרש על בריאת העולם: "התורה אומרת: אני הייתי כלי אומנותו של העולם. בנוהג שבעולם מלך בשר ודם בונה פלטרין אינו בונה אותה מדעת עצמו אלא מדעת אומן... כן היה הקב"ה מביט בתורה ובונה את העולם. והתורה אמרה בראשית ברא אלוקים, ואין בראשית אלא תורה!"¹.

או בנוסח אחר במדרש תנחומא:

"נתייעץ בתורה וברא את העולם"².

המדרש מעלה את שאלת היחס בין המציאות למשפט באמצעות העמדה עיונית של סדר קדימות: האם המציאות קודמת למשפט והוא מאוחר לה או שמא המשפט קודם למציאות וזו נשפטה על פיו. המדרש מעניק לתורה את דין הקדימה. העולם נברא כשתכנית הבניין הן הנורמות המשפטיות. אין קיום לעולם ללא נורמות משפטיות. אולם, מהם יחסי הגומלין שבין המציאות למשפט?

כ"יצור חברתי" המשפט ניזון מן המציאות ומזין אותה. בהיותו אמצעי להסדרת החיים בין בני אדם בחברה נתונה נטועות רגליו בקרקע המציאות. המשפט הוא גם ביטוי של תרבות והוא גם משפיע על התרבות. במסגרת מעמדו זה מתקיימים יחסי גומלין בין מציאות החיים לבין המשפט, כמו גם בין התרבות הכללית לבין המשפט³. כל משפט תלוי ומותנה במארג החברתי, במציאות החיים ובתרבות המיוחדת מתוכה הוא צמח. המשפט יוצא ידי חובת תפקידו אך במידה שהוא משלב עצמו בכל אלה.

המשפט מטיל נורמות של התנהגות ומבקש להשליט על המציאות ערכים באמצעות כללי התנהגות, אמצעי הרתעה, שיפוט, ענישה ודרכי אכיפה. ברצותה לתקן עולם במשפט ולהעמיד אורחות חיים מתוקנות משליטה החברה את המשפט על הוויות החיים ואין המשפט כופף עצמו בפניהם. באלה, הדין הוא המציאות ואין בלתו.

אולם מציאות החיים היא רבת פנים, היא חמקמקה ומתעתעת, היא מחייבת הבחנות דקות ועידונים רבים. היא דינמית ומשתנה תדיר. והמשפט, לעומתה, הוא, במקרים רבים, אמצעי מגושם ולעיתים גם כבד ומסורבל. הוא חמור סבר ולעיתים גם נוקשה. ביחסו למציאות עשוי הדין להידמות, לעיתים, לאביר לכוש שריון כבד בכל גופו

* על בסיס דברים לבוגרי הפקולטה למדעי הרוח באוניברסיטת תל-אביב, בטכס חלוקת תעודות למוסמכים בשנת תשנ"ג. תודתי לגב' נורית לזר, עוזרת הוראה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, על הערותיה ועל העזרה שהושיטה לי במהלך עיבוד הרצאת הדברים לרשימה זו.

1. בראשית רבא, פרשה א ב.

2. תנחומא, פרשת בראשית א.

3. על המשפט והתרבות ראה מאמרי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 689.

המנסה לשווא לצוד לו פרפר המרחף בשדה. במקרים אלה על המשפט לסגל עצמו לריבוי הפנים, לנטיבות המשתנות או המיוחדות, לסלול לו נתיבות בתוך דרכי המציאות, תוך איזון בין הדין למציאות.

"We live in a world of change. If a body of law were in existence adequate for civilization of today it could not meet the demands of the civilization of tomorrow. Society is inconstant...there can be no constancy in law. The kinetic forces are too strong for us. We may think the law is the same if we refuse to change the formulas. The identity is verbal only... The acts and situations to be regarded have a motion of their own. There is change whether we will it or not".⁴

כך, למשל, אין מציאות של סיכונים בטחוניים מבטלת את הדין, כשם שריבוי פשיעה אינו מבטל את הצורך בהענקת זכויות יסוד לנחקר ולנאשם. הדין איננו מושקע על-ידי הבטחון. גם הבטחון חייב לסגל עצמו לדין.⁵ אולם, יחד עם זאת, מציאות בטחונית מסויימת מחייבת את הדין להתאים עצמו במסגרת האיזון הראוי שבין המשפט לחיים.⁶ בהיות היחס בין הדין למציאות חלק בלתי נפרד מתורת המשפט ומן ההסטוריה של המשפט, ראוי לבחון, בהקשר זה של איזון, דברים במקורותינו. על-פי ההלכה, פיקוח נפש, ואף ספק פיקוח נפש (ספק נפשות), דוחה את המצוות כולן:
 "אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש אלא עבודת כוכבים וגילוי עריות ושפיכות דמים".⁷

בין היתר נדחות גם מצוות הקשורות לשבת.⁸ "כי קודש היא לכם" (שמות לא) נאמר על השבת, והגמרא אומרת: "היא מסורה בידכם ולא אתם מסורים בידה".⁹ בעניין התפתחותו של דין זה אל נוכח פני המציאות (במקרה זה מציאות המלחמה

4. B.N. Cardozo *The Paradoxes of Legal Science* (New-York, 1928) 10-11. מובא גם אצל הנשיא מ' שמגר ברע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח, פ"ד מו (5) 159, 171, בהקשר לשיקוליו של בית המשפט העליון לטטייה מתקדים, במסגרת סעיף 20 (ב) לחוק יסוד: השפיטה. ראה גם א' ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית – הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן (תשמ"ד) 71: א' ויתקון משפט וחברה (תשמ"ז) 7, 18, 31.
5. ראה, למשל, בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505, 555 (הנשיא מ' שמגר): "גם הביטחון הלאומי נשען על שלטון החוק", ובע' 622 (השופט א' ברק): "אין ביטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בבטחון הלאומי": בג"צ 168/91 מורכוב נ' שר הבטחון, פ"ד מה (1) 467, 470-471: "כאשר התותחים יורים, המזוות שותקות. אך גם כאשר התותחים יורים, חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק".
6. ראה, למשל, בג"צ 358/88 האגודה לזכויות אורת בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג (2) 529, 540-541: בג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד (4) 626, 639: בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617, 630-634: פרשת ברזילי, לעיל הערה 5, בע' 579-580.
7. כתובות יט א: סנהדרין עד א.
8. שבת, קלב א: משנה, יומא, חו: יומא, פג א, פד ב, פה א-ב.
9. יומא, פה ב.

וההגנה על הנפש) ידועה הגמרא במסכת עירובין¹⁰, המתארת את התאמת ההלכה למציאות הבטחונית הקשה:

”בתחילה הניחו הנשק סמוך לחומה בשבת ונכנסו אויבים...התקינו שיהיו חוזרים בכלי זיין למקומם. עכו”ם שבאו על עסקי נפשות יוצאים עליהן בכלי זיין ומחללין עליהן את השבת...”

במלחמת חשמונאי זינבו היוונים בלוחמים היהודיים, ששמרו את השבת והקפידו על דקדוקי הדין. על-פי יוסף בן מתתיהו:

”ניצל פומפיוס את יום השבת, שבו נמנעים היהודים מטעמי דת מכל מלאכת ידיים, ואז היה מוסיף להקים את הסוללות...כי ביום השבת אין היהודים נלחמים אלא רק מגינים על עצמם”¹¹.

עד שבאו חכמים וקבעו כי פיקוח נפש דוחה את השבת:

”לא ניתנו מצוות אלא לחיות בהם, שנאמר: ‘ושמרתם את חוקותי ואת משפטי אשר יעשה אותם האדם וחי בהם’ (ויקרא יח ה) ולא שימות בהם ואין לך שעומד בפני פיקוח נפש אלא שלושה דברים...”¹².

ודוגמא מאלפת נוספת, בסוגייה זו של היחס אל השבת, לאיזון שבין הקפדה על הדין לבין ההיענות למציאות החיים, אנו מוצאים שוב במסכת שבת:

”תינוק בן יומו חי – מחללין עליו את השבת, דוד מלך ישראל מת – אין מחללין עליו את השבת”¹³.

קולה החי של המציאות גובר על כוח הדין ומשנה אותו. כבודו של מלך ישראל אינו שקול כנגד הצו של מלך מלכי המלכים. חייו של תינוק בן-יומו שקולים כנגד הכל. כבוד השבת גדול מכבודו של מלך, אולם ערך החיים גדול משניהם גם יחד.

בשנות העשרים והשלושים של מאה זו הוצגה מורכבות היחסים בין הדין למציאות בכתיבי הזרם הריאליסטי בארצות-הברית. מלומדי המשפט שיצרו את הריאליסם המשפטי כפרו בתאוריות המדעיות, כביכול, של המשפט, בניטרליות שלו, באובייקטיביות שלו, באפולויות שגלומה בו. הם תבעו מודעות רבה יותר למציאות בה פועל המשפט וייחסו חשיבות מרכזית לבחינת יחסי הגומלין שבין הדין למציאות ושבין המשפט למדעי החברה וההתנהגות¹⁴.

היו מהם שהעמידו את בית-המשפט במרכז הזירה המשפטית בגרסם כי אין המשפט אלא הכרעותיו של בית-המשפט¹⁵. חלק מאנשי הזרם כפר במרכזיותו ובבלעדיותו של

10. מה א.

11. יוסף בן מתתיהו מלחמת היהודים ספר א, פרק ז (3) במהדורה שלישית מתוקנת, בתרגומו של שמואל חגי, בהוצאת ראובן מס (תשל”ט) 26–27.

12. תוספתא, שבת, טז טז. ראה גם יומא פה ב: “וחי בהם ולא שימות בהם”.

13. שבת קנא ב.

14. על הזרם הריאליסטי ראה: K. Llewellyn “A Realistic Jurisprudence - The Next Step” 30 Colu. L. R. (1930)431; R. Pound “The Call for a Realist Jurisprudence” 44 Har. L. R. (1930-1931) 697; K. Llewellyn “Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound” 44 Har.L. R. (1930-1931) 1222; J. Frank, Law and the Modern Mind (1930); W. Twining K. Llewellyn and the Realist Movement (1973).

15. J. Frank, *ibid*, at p. 127-128; K. Llewellyn *The Bramble Bush* (1930) 3; H. Kantorowicz “Some Rationalism about Realism” 43 Yale L. J. (1934) 1240, 1243.

בית המשפט, החשיב את השפעתם של רשויות אחרות על גיבוש הדין ועיצובו וביקש גם להעניק לגיטימציה לרפורמות חברתיות או למציאות החברתית הנוהגת¹⁶. קביעת יחסי הגומלין הראויים בין הדין למציאות היא מורשת של הריאליסטים החיה עמנו עד היום הזה, גם כאשר חלקים אחרים ממנה התבלו והתיישנו במשך השנים.

2. הדין והמציאות – הפרספקטיבה הנכונה

האיזון בין הדין למציאות מחייב התייחסות אל כל אחד מהם בפרספקטיבה הנכונה והעמדתו בפרופורציה המתאימה בשלושה מובנים בסיסיים¹⁷:

האחד, אסור למשפט להיות חזות הכל ולהשליט מרותו על המציאות כולה ובשלמותה. יש להכיר במגבלות המשפט ובקוצר ידו ואף בסכנות האורבות ליחיד ולהברה על-ידי שימוש בעוצמת המשפט. ישנם עניינים, שמוטב לו לדין להדיר רגליו מהם ולהניח למציאות החיים לזרום דרך חירות. לא תמיד יש לשיטה המשפטית ולתרבות החברתית עניין בשפיטותו של כל תחום אנושי או של כל עניין פוליטי. אין ברצוננו להסדיר את כל מערכות המציאות השונות על-ידי שיקולים משפטיים.

בחברה שבה "מלוא כל הארץ משפט"¹⁸ עשוי להתקיים פער בין מעמד הנורמה כשהיא לעצמה לבין יחסה של החברה אל הנורמה ואל הערך שהיא מפנימה. פער כזה מתקיים כאשר האתוס החברתי פועל נגד הנורמה או כאשר הערך החברתי לא הוטמע בחברה באמצעות החינוך¹⁹.

יחס בין מעורבות משפטית והתערבות שיפוטית להמנעות מהסדר משפטי עומד במרכזו של סדר היום החברתי והמשפטי במדינת ישראל. לפנינו שאלת היחס בין משפט המשפט למשפט המציאות. יחס זה משקף שתי דרכי התבוננות. הראשונה, בה הדין גדול ממציאות החיים. השנייה בה מציאות החיים גדולה מן הדין.

השני, אסור לו לדין לעמוד לבדו מול המציאות, ללא השלמתו באמצעות מידות הצדקה, החסד והרחמים.

אכן, שלטון המשפט ללא עידונו באמצעות אמפטיה אנושית וללא קשר לחיברות אנושית, רגשות, כבוד אנושי וכיוצא באלה, הוא מתכון לעריצות ועלול להחשב כחברת סדום²⁰.

השלישי, המציאות על כל מרכיביה ורבגוניותה, אל לה להלקח תמיד בחשבון על-ידי הדין. לצורך הכרעות נורמטיביות מסוימות יש עניינים במציאות שעל הדין להתעלם מהם כדי שניתן יהיה לעשות משפט צדק. אכן, אלת הצדק היא כסויית עיניים

16. M. Horowitz *The Transformation of American Law 1870-1960* (Oxford, 1992) 169 et seq.

17. על עניינים אלה בהרחבה ראה מאמרי "כי המשפט לאלוהים הוא": על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 5.

18. א' ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 477, 475.

19. א' רוזנצבי, לעיל הערה 3, בע' 697.

20. M. Radin *Law as Logic and Experience* (New Haven, 1940) 163-164. כן ראה רוזנצבי, לעיל הערה 17, בע' 10-13.

כדי שלא תלך שבי אחר המציאות הגלויה והערומה. על הצדק להתעלם ממציאות המבקשת לכפות עצמה על שיקולי הדין ולעוות אותם. כאשר רואים את הכל, קשה, לעיתים, להגיע לשיקול הנכון, האובייקטיבי, הצודק. אלת הצדק חייבת להתעלם, לעיתים, ממצוקות הדל, מרגשי החברות ומשיקולים אישיים דוחקים. התחשבות בסוג זה של שיקולים אנושיים גוררת אחריה משוא פנים ועיוות דין.

שלושת המובנים האמורים הם בבחינת אותות הזהרה ובכל אחד מהם טמונות סכנות, מסוג אחר, של תלישות: בראשון, התהוות פער רחב בין הדין לבין המציאות. בשני, יצירת נתק מסוכן בין המשפט לבין חיברות אנושית. בשלישי, הכרת פנים במשפט כתוצאה מזיקה קרובה מדי בין המציאות על מיגוון צבעיה לבין הדין והכרעתו. השפעה על ההכרעה באמצעות חלקים בלתי רלבנטיים של גילויי המציאות היא בגדר הכרת פנים.

3. פער בין הדין למציאות ופשרו

המערכת החברתית ובעקבותיה גם המערכת המשפטית אינם קופאים על השמרים. הדינמיקה של החיים והשינויים התכופים בכל תחומי החיים, מדעיים, טכנולוגיים, חברתיים, אידיאולוגיים וכיו"ב, מחייבים שינוי ותמורה²¹. אך טבעי הוא כי ריחוק בין הדין למציאות, פער בין המשפט לחיים, הוא אות המחייב ערנות והתייחסות. יש לבחון את טיבו של הפער שנוצר ואת הגורמים לו.

הפער עשוי להצביע על משבר. הוא עשוי לגלות חברה שבה הרחוב ורוחו מתייבשים את הנורמות ללא קשב לקני המידה הנורמטיביים. פער כזה מאיים על המבנה החברתי. במקרה זה על הדין לעמוד נגד כל מבקשי נפשו והקמים עליו להפרו ולקצץ בנטיעותיו. אסור לה למציאות להיות חופשייה מדי מן המצוות. אורח חיים על בסיס נסיון החיים לבדו או הנהגה על פי מבחנים של חברות וחיברות יביאו הן לידי הפקרות, שבה כל דאליים גבר, והן לידי שחיתות, בקביעת הסדרים ללא נורמות של שוויון, מתוך משוא פנים וניגוד אינטרסים. מצבים כאלה הם מתכון לאובדן דרך חברתי ומוסרי.

במקרים אלה הפער בין הדין למציאות מחייב העמדת דרכי הטמעה ונקיטת אמצעי אכיפה נמרצים להעמדת הדין על מכוננו ולכיוון המציאות על-פיו. המשבר הנוצר עקב הריחוק בין הדין למציאות מחייב עמידה בלתי מתפשרת על משמר הדין. יש לקרב את המציאות לדין ולהעמידה על הדין. פתרון המשבר באמצעות קירוב הדין למציאות הוא השחתת מידות. הפער בין הדין למציאות במקרים אלה הוא בנפשה של החברה ואת סגירתו יש להטיל לפתחה.

בימים אלה המחיש לנו בית המשפט העליון את עליונות המשפט על קלקלת המציאות בקבלו את ערעור המדינה על החלטת בית המשפט המחוזי בפרשה הידועה בלשון העם בכינוי 'אונס שמרת'²².

21. על תהליכי שינוי והשתנות בחברה המערבית והשלכותיהם על הדין ועל היחס בין שינוי חברתי לשינויים בדין, ראה, בין היתר: W. Friedmann *Law in a Changing Society* (2nd ed., New York, 1977) 269-309; L. M. Friedman *The Legal System* (New York, 1977) 269-309; L. M. Friedman *The Republic of Choice* (Cambridge, 1990); L. M. Friedman & S. Macaulay *Law and the Behavioral Sciences* (1969) 525 et seq.

22. קבוצה של נערים לפני גיוס, אשר קיימו במשך מספר ימים יחסי מין עם נערה בת ארבע עשרה

אולם הפער עשוי להצביע על משבר מסוג שונה בתכלית. מערכת יחסי הגומלין בין הדין למציאות חייבת להתחשב גם ביחס בין הוראות הדין לבין יכולת ההטמעה החינוכית, יכולת הסיגול האנושי והחברתי וההשלמה החברתית. השלטת מרות משפטית על תחום שאינו הולם מעורבות כזו, הן מבחינת אופי הפעולה הנדונה והן מבחינת יכולת האכיפה, עשויה להרחיב את הפער בין הנורמה למציאות. הנתק בין מערכת הנורמות לבין המציאות, עליה משליטים מערכת נורמטיבית כזו, עשוי להתרחב. הריחוק בין הדין למציאות עשוי, איפוא, להעיד על משבר הפוך, דהיינו, על אי־תאימות בין הספר לבין החיים, בין הדין לבין המציאות, שניתן לבחון בשני מצבי יסוד:

(א) במצב בסיסי של קיום אי־התאמה בין הנורמה השלטת לבין האידיאולוגיה הרווחת בקרב רוב הציבור או דרך הונהגותו בפועל. אי־התאמה היא מודעת ומצויה כבר בשלב הראשוני של יצירת הנורמה. ניתן לחשוב על שתי סיטואציות עיקריות בהן מתקיים מצב בסיסי זה. בראשונה, מנסה הדין, מטעמים שונים, להסדיר נורמות כחלק מהסדר פשרה בין ציבורים שונים או בין אינטרסים שונים. בשניה, מבקש יוצר הנורמה להוביל את הציבור, שעדיין לא הגיע לרמה נורמטיבית שהדין מצפה לה, בדרך הנראית לו ראויה. בסיטואציה זו ינהלו מערכות האכיפה מאבק קשה, ולעיתים בלתי מתפשר, לנצחון הנורמה על המציאות.

(ב) במצב משתנה המביא לאנכרוניזם של הדין ולהתאבנותה של הנורמה. רמות שונות של פערים מסוג זה בדרגות שונות של ריחוק הן מחוייבות המציאות. מלכתחילה הייתה התאמה בין הדין למציאות המוסדרת. ברבות הימים נוצרו הפערים. במצב משתנה זה מעידים הפערים על קולה התוסס והדינמי של המציאות. בשני מצבי יסוד אלה²³ מחייבת המציאות את הדין להיענות לצרכיה המשתנים של החברה, להשתנות או להתגמש או למצוא לו דרכי עקיפה.

ההתאמה למציאות יכולה להעשות על־ידי כל אחת מן הרשויות. כל רשות מביאה את כישוריה ובמיוחד את מעמדה בהיררכיה של הרשויות. ההתאמה במסגרת הרשות המינהלית, ובמיוחד באמצעות גורמי האכיפה המינהליים, נעשית בעיקר בדרכים הבאות: פרשנות הצועדת בעקבי הזמן, אכיפה חלקית בלבד או, במקרים קיצוניים, המנעות מאכיפה, כפי שנראה להלן.

מספר קבין לא מבוטל מנטל האיזון שבין הדין למציאות נופל על כתפי המערכת השיפוטית. למערכת השיפוטית אמצעים מגוונים להתאמת הדין למציאות. היא עשויה לפעול, בראש ובראשונה, בדרכים של פתרון פרגמטי המהווה פשרה בין העקרון לתוצאה. אמצעים אחרים שינקטו על־ידי בית־המשפט יהיו, בין היתר: הכרה בעילות

וחצי, אחד אחרי השני, במקומות שונים ומתוך להיטות חסרת כל מעצורים. בית־המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה על הכרעת דינו של בית־המשפט המחוזי בחיפה, דחה את טענתם כי הם יכולים היו להסיק מדרך התנהגות הקטינה הסכמה למעשיהם הנלווים והרשיע אותם באונס. ראה ע"פ 5612/92 מ"י נ' בארי (טרם פורסם).

23. למעט בסיטואציה השניה של המצב הבסיסי, הראשון.

חדשות²⁴, פרשנות מחודשת²⁵, סטייה מתקדים²⁶, פיתוח משפט²⁷, ולעיתים אף בדרך של עקיפת הדין.

במקרים בהם הפער אינו נסגר באופן משביע רצון או שהסוגייה אינה מתאימה להסדר פסוק והמערכת הפוליטית והמקצועית בשלה לסגירת הפער בדרך נורמטיבית, גלויה וכוללת, נעשית ההתאמה בדרך של שינוי חקיקתי.

לא בכל מצב ניתן בשלב המסויים לבחור בדרך התאמה זו או אחרת. ההתמודדות היא מגוונת ויצירתית תוך קיום זיקה לתחום הרלבנטי, לאופי הפער, לערכיה הבסיסיים והמשתנים של החברה וליחסי הגומלין שבין הרשויות השונות. האיזון הנכון בין לשון המשפט לבין הלחן של מציאות החיים הוא הקובע את אופייה של החברה ואת תרבותה. השאלה היא כיצד ניתן להגיע לאיזון כזה. מכאן ואילך ננסה לעמוד על קווי מתאר אחדים במערכת יחסי הגומלין שבין הדין למציאות. יחסי גומלין אלה של איזון או של העדפה פועלים בכמה רמות של התמודדות: יישום, השלמה, התאמה, סיגול, אכיפה או עקיפה.

4. יישום

הדין מתייחס לתפיסת הנורמה ברגע התהוותה. מבחינה זו מסדיר הדין פעולה או סטנדרד של התנהגות בהתייחס למציאות הנתונה או זו הצפויה, שיש לקחתה בחשבון במועד החקיקה. הדין, המסדיר תחום מסויים של החיים, כולא את רציפות החיים האנושית בנורמות של התנהגות ושולף קטע של חיים מן המציאות האנושית, המורכבת והרב־גונית. לעולם אין חפיפה בין דין הספר לדין החיים. יש צורך, בראש ובראשונה, ביישום, דהיינו, התאמה בין הנורמה הכתובה עלי ספר לבין הגשמתה במציאות.

היישום כולל, בראש ובראשונה, את תרגום העובדות לשפת המשפט ושיבוץ המערכת העובדתית המורכבת בתוך המשבצת המשפטית המתאימה. אין זו פעולה טכנית או מכנית של דימוי מילתא למילתא. הפעולה מחייבת הערכה, שיפוט של עובדות, פרשנות של דין, שיקול דעת בדבר אופן השיבוץ של מערכת אחת בשניה והתאמתם. ואכן, לעיתים מוצאים אנו תיאור עובדות ולאחר מכן יישומם על בסיס דין הספר, בין חוק ובין תקדים, בדרך הגוררת אחריה תוצאה בלתי מתקבלת על הדעת. היא מנותקת כליל מדין החיים.

24. כך, למשל, בסוגיית הזכות למידע (חובת גילוי הסכמים קואליציוניים) ראה בג"צ 1601/90 שליט נ' פרם, פ"ד מד (3) 353. על הנושא בכללותו, ראה ז' סגל "זכות האורח לקבל מידע בעניינים ציבוריים" עיוני משפט י (תשמ"ד) 625.

25. ראה ברק פרשנות כמשפט, כרך א (הורת הפרשנות הכללית) (תשנ"ב) 172-178 B.N.; 12-15 Cardozo, *supra* note 4, at p. בנוגע לנוהגי מסחר ועסקאות, ובע' 18-19 - שינויים בדיני המשפחה עקב שינוי בדפוסי המוסר והערכים.

26. ע"פ 2251/90 חגי יחיא נ' מ"י, פ"ד מה (5) 221; הלכת בוסקילה, לעיל הערה 4; א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 286-287, 404-402, 406, 407; W. V. Schaefer "Precedent and Policy" 34 U. Chi. L. R. (1966-1967) 3, 12.

27. ראה ברק, לעיל הערה 25, מע' 425 ואילך.

יתר על כן, היישום כולל גם הבט ערכי. ההבט הערכי בא לידי ביטוי בשתי מסגרות: החיצונית והפנימית.

המסגרת החיצונית היא בהעמדת הדין בפרספקטיבה נכונה במסגרת המציאות הנוהגת והרווחת. הדין מסדיר מציאות גשמית או רעיונית, באופן מוחשי או פיקטיבי, באמצעות הלשון. יש להעמידו תמיד בפרופורציה הנכונה במסגרת מציאות אנושית, יחסים חברתיים והסדרים לאומיים.

כך, למשל, בני אדם בחברה נתונה אינם פועלים עם ספר החוקים והתקנות ביד. עובד ומעביד אינם יכולים לדקדק בכל שלבי העבודה בדקדוקים משפטיים, שכן לשכן אינו עורך־דין. לא יפלא, אפוא, כי עבודה לפי הספר נחשבת לסוג של שביתה. התנהגות לפי הספר נחשבת לסוג של מחאה. פעולה לפי הספר עלולה להיות חסרת כל רגישות ובלתי אנושית ולהשליט מידת סדום. במקרים אלה יישום הדין מתוך חיברות אנושית מותנה בהעמדתו בפרספקטיבה הנכונה ובפרופורציה הראויה. במובן זה הפער בין דין הספר לדין החיים הוא לא רק מחוייב המציאות; הוא גם רצוי.

המסגרת הפנימית של ההבט הערכי היא בשיקול הדעת הנדרש במהלך יישומו של הדין למציאות. קיים מתח קבוע בין הדין לבין אופן יישומו הן במישור העקרוני והכללי, התאמה עקרונית למערכת עובדתית בכלל, והן במישור האינדיבידואלי, בנסיבותיו של מקרה נתון, ספציפי, בפרט. דין הספר מחייב הפעלה באמצעות שיקול דעת מתקן הנובע ממצאות החיים.

את המישור העקרוני והכללי ניתן להדגים במשפט הפלילי. תחום זה טעון מתח קבוע בין כללי ההתנהגות לבין אופן הגשמתם ויכולת אכיפתם, בין כללי ההתנהגות לבין כללי ההחלטה, בין הצורך בהרתעה לבין הזקקות לאמפטייות אנושיות, בין העידון של ההסדר החברתי של האלימות לבין האלימות המגולמת בענישה הפלילית²⁸. כתוצאה ממתחים אלה שאלת יישום הדין והתאמתו למציאות עוברת תהליך של עיבוד באמצעות שיקול דעת כפול, של מערכת האכיפה המנהלית (משטרה) והמנהלית־משפטית (התביעה הכללית) ושל המערכת השיפוטית.

במישור האינדיבידואלי יש ליישם את הדין מתוך זיקה למציאות הנוהגת בנסיבותיו של המקרה המיוחד ובמידת האפשר גם מתוך התחשבות בנפשות הפועלות, תוך הפעלת שיקול דעת מהותי.

לא ניתן להסתפק בשימוש בכלים הפורמליים. כך, למשל, סולם העונשים המשתקף מן הספר הוא רק מחציתה של האמת. המחצית האחרת היא העברייני ונסיבותיו כמו גם הקרבן ונסיבותיו והערכים החברתיים שנדרש להשיגם בזמן מתן גזר הדין ובמקום הינתנו.

החיבור הבסיסי שבין הדין למציאות נעשה באמצעות הפרשנות²⁹. בהבט זה

28. על המתחים המובנים ועל אסטרטגיות ליישוב המתחים השונים ולאיוון בין הערכים המתחרים במשפט הפלילי, תוך יצירת "acoustic separation" ובאמצעות "selective transmittion" של כללים משפטיים (כגון: ערפול מושגי, מושגים עמומים או כללים פתוחים, וכן יישום משחנה), ראה M. Dan-Cohen "Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law" 97 Harv. L. R. 625 (1984).

29. R. Dworkin "Law as Interpretation" 60 Tex.L. Rev. 527 (1982); R. Dworkin A Matter of Principle (Mass., 1985) 158-162; R. Dworkin Law's Empire (London, 1986) 313; A. Marmor Interpretation and Legal Theory (Oxford, 1992) 155-184.

הפרשנות היא הגורם המתווך המרכזי שבין הדין למציאות:

"יצירה שיפוטית לגיטימית היא זו הנעשית במסגרתם של כללי הפרשנות המקובלים."³⁰

"...מצב דברים זה שבו קיים 'מרווח של משמעויות לשוניות' יוצר מטבע הדברים חוסר בטחון וחוסר ודאות. המשמעות הלשונית מאפשרת שליפתן של מספר משמעויות משפטיות. לעומת זאת, ריבוי זה של אפשרויות יוצר גמישות שהיא כה חיונית למשפט. באמצעותה מגושר הפער בין החיים לבין המשפט"³¹...

"תמיד תצטרך להתמודד עם נסיבות חדשות. החיים עשירים מכל דמיון והמציאות פוריה מכל לשון"³².

קיימים גם מצבים בהם ההתנהגות למעשה, במציאות, משפיעה על הפרשנות ואף קובעת אותה.

"התנהגות עובדתית על יסוד פירוש אפשרי עשויה להפוך אותו בדיעבד לפירוש הראוי, גם אם מראש יתכן שהיה מקום לבחור בפירוש אפשרי אחר."³³

5. השלמה

יישום הדין למציאות והתאמתו הם שלב ראשוני וחיוני בהוצאת כל נורמה מן הכוח אל הפועל. העדר חפיפה בין הדין למציאות הנוהגת, בעיקר עקב השתנותה חדשות לבקרים, מחייב בחלק גדול מן המקרים גם התאמה והשלמה. הדין מסדיר, בדרך כלל, את המינימום הנדרש או את המכנה המשותף הרחב. אולם החיים עשירים יותר מן הנורמות הכתובות, מצד אחד, וצופנים את הבלתי צפוי ואת הבלתי ניתן לחיזוי ולהסדר מראש, מצד שני. מעבר ליישום נדרשת, איפוא, השלמה שמשמעותה היא מילוי החסר המתגלה בין הדין למציאות. הספר הוא מסגרת לפעולה. הספר מחייב השלמה לפי עקרונות, ערכים ואמצעי פרשנות בדרך הגיונית וסבירה המתייחסת למטרה ולא לגילוי המילולי, החיצוני.

לא רק הפרשנות, אלא גם השלמת חסר ופיתוח המשפט, בדרך של חקיקה שיפוטית על הבטיה השונים³⁴, משמשים אמצעי להתאמת המשפט למציאות. במקרה זה לא נוצרת חזית של מאבק בין הדין למציאות. המציאות אינה מתנגשת עם דין קיים כלשהו, אין היא סותרת אותו אלא מצפה להשלמתו.

באחד הצמתים החשובים של חיינו הכלכליים, ההתמודדות עם האינפלציה, לא נענה המחוקק למציאות במהירות ובגמישות הנדרשים. תוצאות המחדל עלולות היו להיות קשות. לא די בכך שהמחדל עלול היה להביא לגרימת הפסדים ניכרים ולפגוע בחלש ובחף, אלא הוא גם עלול היה למסור מסרים שליליים בדבר החובה לכבד הסכמים.

30. ברק, לעיל הערה 25, בע' 106.

31. שם, בע' 123.

32. שם, בע' 223.

33. בג"צ 547/84 'עוף העמק' אגודה חקלאית נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ (1) 113, 146 ג.

34. ברק, לעיל הערה 25, מע' 425 ואילך.

בית-המשפט נרתם למלאכה וחילץ את המשק הישראלי ואת המציאות הכלכלית והעסקית מן המצוקה. דיני השערוך שיצר בית-המשפט, בתחומי עשייה שונים ובסוגיות משפטיות רבות³⁵, הם דוגמא למופת להתאמת המשפט למציאות בדרך של השלמה נורמטיבית. במקום ש"אין מחוקק", בית-המשפט ממלא את התפקיד של ההתאמה למציאות בדרך של יצירתיות משפטית.

6. התאמה

פער עשוי להיווצר גם בעקבות התיישנות הנורמה או חוסר סיגולה למציאות המשתנה. הפער מחייב התאמה, לעיתים כללית ועקרונית ולעיתים אינדיבידואלית, של ההסדר הנורמטיבי למציאות, בכלל, ולמציאות החדשה, שהתהוותה לאחר התקנת הנורמה או יצירתה, בפרט. באלה נדרשת תורת היישום, העושה שימוש מרכזי בדרך הפרשנות, כמו גם דרכי שינוי משפטיות אחרות.

שני מכנים משותפים עקרוניים קיימים בין המקרים הטעונים התאמה למקרים הטעונים יישום או השלמה: הראשון, הפער המתגלה, עניינו היחס בין המציאות לדין עצמו ולא בין הדין לאופן אכיפתו. השני, סגירת הפער היא טבעית ומתבקשת. הפער אינו יוצר חזית של ניגוד או של התנגשות בין הדין לבין המציאות הנוהגת, דהיינו: דרך הנהגת הציבור במציאות אינה למורת רוחו של דין הספר.

סוגייה זו קשורה לכל ענפי המשפט. דיון עיוני מלווה בדוגמאות רבות הנוגע לסוגייה זו נכלל בספרות העוסקת ביחס בין שינוי חברתי לשינוי נורמטיבי³⁶. נסתפק בדוגמה אוניברסלית, שתולדותיה כתולדות המשפט המסחרי: התאמה בין הדין למציאות, היוצרת יחס מורכב וסבוך בין הדין המתמיר והאוטר לבין ההכרח להתחשב בדרישות החיים היומיומיים, ניתן למצוא בדיני ריבית במקורות המשפט העברי ובמשפט הישראלי³⁷. במקרה זה נעשתה התאמה כנדרש. לעומת זאת, בתחומים אחרים מתקיים פער בין המציאות, המתקדמת קדימה בצעדי ענק, והמשפט המדדה לו מאחור. כך בתחומי הטכנולוגיה בכלל והטכנולוגיה הרפואית בפרט, למשל, בתחום הגנטיקה

35. על דיני השערוך ועל המעבר מן הגישה הנומינליסטית לגישה הוולוריסטית כהתאמה למציאות הכלכלית, ראה ג' שלו דיני חוזים (תש"ן) 541-545; א' פרוקציה "הצמדה, שערוך וריבית: עבר הוה ועתיד" משפטים י (תשמ"ם) 262; י' גרוס "הלם האינפלציה: הצמדת מערכת החיובים בישראל" הפרקליט לג (תשמ"ם) 53, 54-55; מ' הורק "שערוך המחיר בחוזה" עיוני משפט ח (תשמ"א) 88.

לפסיקה בנושא שערוך בנוזקין, ראה, בין היתר, ע"א 606/73 ירדניה נ' אחים עופר בע"מ, פ"ד ל (1) 29. כן ראה ע"א 417/76 רשות הנמלים נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (3) 102; ע"א 575/76 דוביצקי נ' דוביצקי, פ"ד לא (3) 197. פסיקה בנושא השערוך בחוזים, ראה, בין היתר, ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים, פ"ד לד (3) 314; ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו (1) 537.

36. ראה לעיל הערה 21.

37. ע"א 248/53 רוזנבאום נ' זגר, פ"ד ט 533. על המשפט העברי, ראה שם, בדברי השופט זילברג, במיוחד בע' 548. כן ראה ב"צ אליאש יסודות בדיני ריבית כמשפט העברי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תשל"ז).

ושימושיה³⁸, בתחום הרחבת מושג ההורות³⁹ וכיוצא באלה. בתחום ההתפתחויות הטכנולוגיות, ספק אם נעשתה מלוא ההתאמה הנדרשת למציאות המשתנה תדיר. פקודת הגנת זכות יוצרים, 1924, תוקנה, אמנם, כדי להרחיב את הגדרת המונח 'זכות יוצרים' ואת היקף ההגנה המוענקת (למשל, כלפי תוכנה של מחשב). אולם המסגרת הבסיסית של התפיסה המשפטית, היקף ההגדרות, אופי ההגנה והיקפה, אינם עולים בקנה אחד עם התקדמות הטכנולוגיה המודרנית. התפיסה, כי המידע, כמו גם אמצעים טכנולוגיים בלתי מוחשיים אחרים, הם נכס בעל ערך כלכלי ניכר וכי על מושגי המשפט האזרחי והפיליילי להתאים את עצמם למהפכה הטכנולוגית לא לחלה מספיק לתודעת המשפט הישראלי⁴⁰. משום כך לא ננקטו הצעדים החקיקתיים והאחרים הדרושים לתכלית זו.

במסגרת הדיון בהתאמת הדין למציאות מן הראוי להזכיר את שאלת היחס בין מידת היציבות של מערכת המשפט, המקנה בטחון וקביעות, לבין יכולת ההסתגלות שלה לשינויים ולהתפתחויות המתרחשים במציאות, המקנה שליטה בזמן, דינמיות, יצירתיות וגמישות.

בבחנו את היחס בין הליכה בעקבות תקדים לבין סטייה ממנו דן השופט א' ברק ביחס בין המשפט למציאות:

"יש לציין כי כל מערכת נורמטיבית כדי להתקיים צריכה להתפתח ולהתאים עצמה לצרכים המשתנים. ההיסטוריה של המשפט היא ההיסטוריה של התאמת המשפט לצרכי החברה המשתנים. אין להבטיח יציבות, ודאות, עקביות והמשכיות, בלא להבטיח שינוי. עמידה על הקיים אינה מבטיחה יציבות. עמד על כך פרופ' לבונטין בדבריו היפים: 'בטחון במשפט, בטחון בכלל, באותה מידה אבסולוטית המבוקשת על-ידי כלל התקדים המחייב, היא מקסם שווא. סוד היציבות טמון בהיפוכה לכאורה, בגמישות, שכן החיים אינם קופאים, ולכן המשפט שהוא אחד הכלים החברתיים להכוונת סדרי החיים, יתכתש ליעודו אם לא יסגל לעצמו ממידת הניידות והגמישות המצויה בחומר אותו עליו להסדיר, כלומר, בחיים... (א' לבונטין "הרהורים על התקדים" חוק ומשפט 1, גליון 17, עמ' 1). אכן הפער בין החיים לבין המשפט גורר אחריו חוסר יציבות שלא ייפסק כל עוד המשפט לא ישנה עצמו... המשפט יהא יציב, רק כאשר ינוע... נכונותו של השופט להודות בטעותו ונכונותה של השיטה להתאים עצמה למציאות המשתנה תוך שינוי הלכות הנראות מוטעות סופן להגביר את ההערכה לשופט ולמערכת השפיטה"⁴¹.

38. L. Skene "Mapping the Human Genome: Some Thoughts for those who Say "There Should be a Law on it" 5 Bioethics 233 (1991).

39. פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל, כרך ב (תשמ"ט) 101-135; מ' שמגר "סוגיות בנושאי הפרייה ולידה הפרקליט לט (תש"ן) 21; א' וילצ'יק "האם התחליפית (חווה תחלופה)" משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 534. C. Shalev Birth Power (New-Haven, 1989).

40. על עניין זה, ראה: א' לדרמן "גניבת מידע בעל ערך כלכלי" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 303.

41. הלכת בוסקילה, לעיל הערה 4, בע' 173-174.

7. סיגול

א. ייקוב הדין את המציאות או כורח המציאות את כוח הדין – העמדת השאלה הגענו עתה ליחסי גומלין בין הדין למציאות, שונים מאלה שהיו מנת חלקנו בשלושת הפרקים הקודמים. בפרק זה נעקוב אחר תופעה של יצירת חזית של ניגוד או של סתירה או של התנגשות, ברמות שונות ובאופנים שונים, בין הדין עלי ספר לבין ההתנהגות הרווחת במציאות חיי יום-יום. השאלות המרכזיות המתעוררות בהקשר זה הן: באילו תחומים על המשפט לצעוד בעקבות המציאות ובאילו תחומים עליו להקדים אותה ולהוביל אותה? בהתנגשות בין הדין למציאות, ידו של מי ראוי שתהייה על העליונה ובאילו נסיבות?

במקרים רבים, וכך צריך להיות סדר הדברים הרגיל והמתוקן, חותר הדין לקביעת נורמה שלא תתפשר עם המציאות. יש הסדרים כאלה המבקשים להעלות את דרך ההנהגה במציאות שלבים אחדים גבוה יותר⁴². יש הסדרים נורמטיביים המצלמים את המציאות ומשקפים אותה. יש גם הסדרים אחרים שיסודם היא פשרה עם המציאות ועם נוהגי הבריות, שכן זו הדרך היחידה לקיומם של הסדרים רלבנטיים.

בין התביעה של פרט להצדקת התנהגותו בשם "כך עושים כולם" לבין התביעה להטלת סנקציה על הפרט בשם "רק בודדים נוהגים כך", היחס הוא מורכב. מובן, כי אין להבר על העדפה עקרונית ומראש של נוהגים שהשתרשו כשם שאין לקבל גינני התנהגותו של היחיד מול הרבים הנוהגים אחרת. פעמים שדווקא חירות היחיד עומדת מול הרוב כשם שפעמים התנהגות הרוב הרומט איסורים ראוייה לגינני, להסתייגות ולענישה. נוהג המשריש נורמות שליליות (כגון: של ניצול, של פגיעה, של תרמית, של השחתת מידות) ראוי לשרשו גם אם חלק מן הציבור מוכן להתייחס אליו בסלחנות. לעומת זאת, הסדר חברתי-כלכלי, גם כשהוא מגובה בעבירה פלילית, שאינו מכה שורש בקרב הציבור, יש לבחנו בזהירות.

ב. איפיון הפער וסיווגו: מצוקת הדין או מצוקת המציאות? ההזקקות לשאלות המרכזיות שהועלו בראשית פרק זה, שהן נגזרת מהיריעה הרחבה של שאלת אופן ההתמודדות עם הצרכים המשתנים, מגיעה, למעשה, רק בשלב מאוחר יותר. לפני עומדת שאלה מקדימה קשה עוד יותר. קושייה של השאלה המקדימה נעוץ באפיונה: היא שאלה ערכית. השאלה היא, מה אופיו של הפער בין הדין למציאות. כיצד נזהה איזו סיטואציה מונחת לפנינו: האם במקרה נתון הפער נובע ממצוקת המציאות או ממצוקת הדין? האם ניתן להטיל את האחריות לסגירת הפער על החברה הסוררת או על הדין הקפוא? האם ראוי לנקוט באמצעי אכיפה החלטיים ונוקשים או, להיפך, להניח למציאות לעשות את שלה ולסגור את הפער בין הדין למציאות, באמצעות אי-אכיפה או אף באמצעות נקיטת אמצעי עקיפה אקטיביים?

השאלה המקדימה מציבה לפנינו את הדילמה העקרונית: האם הפער הקיים בין הדין למציאות הורס את המבנה החברתי או שהוא סימן לעוצמתו? אימתי הפער הוא סימן לחולשת הדין ואימתי קיום הפער הוא דווקא סימן להתחדשותו של הדין, בבחינת

42. דיון בשאלת כוחו של הדין להשפיע על התנהגות חברתית, ראה במקורות המפורטים לעיל בהערה 21.

התאמתו למציאות בדרך של מחדל הגורר אחריו את שמירת הפער בין הדין למציאות⁴³

התשובות, הן באשר לדרך הלגיטימית לסגירת פערים והן באשר לשאלת עצם הענקת לגיטימציה לקיומו של פער, משתנות מתקופה לתקופה ותלויות בערכיו של המשיב. מתן לגיטימציה לפער, כמינימום של התאמת הדין למציאות, בעיניו של האחד, עשויה להיחשב כמסכנת את הערכים החברתיים או אף את המבנה החברתי מבחינת ערכיו של האחר.

את המחלוקת במיון הסיטואציה, כמו גם את מורכבותם ורבי-מידיותם של יחסי הגומלין בין הדין למציאות, ניתן להדגים בסיפורו של מכון עיסוי, שהוא, כידוע במקומותינו, שם נרדף למקצוע העתיק ביותר בעולם. המכון נוהל על-ידי הנאשמת, הלנה תורג'מן, שהועמדה לדין פלילי על עבירה של סרסרות למעשי זנות. הרשעה בעבירה זו מחייבת הטלת מאסר חובה⁴⁴. בבית-המשפט המחוזי לא הוכח, בנסיבות אותו מקרה, כל סממן של כיעור מוסרי ושל ניצול לרעה המתלווה בדרך כלל לעבירות של סרסרות. היחסים בין הנאשמת לעוסקות האחרות התנהלו מתוך הבנה הדדית ובהסכמה הדדית.

לבית-המשפט קמא הוכח, כי למשטרה ידועות היטב הכתובות של מקומות העיסוק. אלה מתפרסמות בריש גלי בערי ישראל ובחוצותיהם. העיתונים מלאים את בתי העיסוק האלה המונים את שבחיהם במודעות הפרסומת. כעניין של מדיניות אין המשטרה עוסקת באכיפת החוק מיוזמתה. האכיפה היא סלקטיבית. אין המשטרה מבצעת פשיטות ואין היא דואגת לסגירת המקומות האמורים. היא פועלת רק בעקבות תלונה של שכנים.

בבית-משפט קמא הורשעה הנאשמת בעיסוק האמור ונדונה לשנתיים מאסר, מהם ששה חודשי מאסר בפועל. בערעור לבית-המשפט העליון⁴⁵ עלתה, בעיקר, שאלת היקף העונש וטיבו. במרכז נימוקי בית-המשפט הועמדה סוגיית היחס בין הדין למציאות.

דעת הרוב, מפי המשנה לנשיא, השופט מ' אלון, סיווגה את הפער, שהתגלה במקרה זה בין הדין למציאות, בתחום הפתולוגי של אכיפה לקוייה וביטאה את הדעה המקובלת, לפיה אל לו לדין להתפשר עם מציאות פגומה ולהעניק לה לגיטימציה:
 "אין באוזלת ידה של המשטרה – שכאמור אנוסה היא לנהוג כך בגלל המחסור בכוח אדם"⁴⁶ – כדי להקל על עבריינים המובאים לדין כתוצאה מהגשת תלונה נגדם על-ידי השכנים. אין כאן משוא פנים מצד

43. עוד נראה בהמשך, כי הנצחת הפער בין הדין למציאות רצויה בשעה שהדין אינו הולם עוד את המציאות ואין אפשרות, מטעמים פוליטיים או אידיאולוגיים מסויימים, להתאימו למציאות הרווחת. אכיפת הדין תגדיל את הפער מכיוון המציאות. המנעות מאכיפת הדין תנציח את הפער מכיוון הדין, אולם תסגור אותו מכיוון המציאות.

44. סעיפים 199, 207 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 864.

45. פ"פ 3520/91 תורג'מן נ' מ"י (טרם פורסם) (להלן: הלכת תורג'מן).

46. זר, כמוכן, פרשנות המחלוקת מנקודת מבטו של השופט אלון, המבקר את עמדת המשטרה ורואה בה מדיניות לא לגיטימית, שאינה עונה על צרכי החברה ועל ערכיה בהתרחקה מעקרונות המוסר הראויים המגולמים בעבירה הפלילית.

המשטרה, שאין ביכולתה לעקוב אחר כל העבריינים... ובודאי שאין העבריין שנגדו הוגשה תלונה והוא נמצא אשם רשאי להקל בדינו משום שעדיין לא תמו חטאים מן הארץ... אין במציאות פנומה זו [אוזלת ידה של הרשות המבצעת לעשות למען אכיפה מלאה וראויה של דבר המחוקק] כדי להצדיק הוספת פגם על פגם עליידי הקלה בעונשו של עבריין כשמידת הדין והצדק, תקנת היחיד והציבור, מחייבים להשית עליו את העונש שהוא ראוי לו".

ריווח והצלה להלנה יכול היה לעמוד מידי שופט המיעוט, השופט מ' חשין. השופט חשין הכניס, עבור הלנה, את הסוס הטרויאני של המציאות אל פסק-הדין. הוא סיווג את הפער בין הדין למציאות (הפער בין החוק לבין אכיפתו), במקרה זה, לא במישור הפתולוגי, אלא במישור סיגולו של הדין למציאות המשתנה. מילות המפתח בפסק-דינו הן: מדיניות-יוצרת-דין ודין-למעשה.

בהקילה ראש במלאכת האכיפה מוציאה המשטרה לרחובה של עיר ואל האזרחים שומרי החוק את המסרים שלה בנוגע לחומרת העבירה, בעיניה, וביחס לטיב הערכים המוטמעים, לדעתה, בהוראות החוק הנאכף רק לשליש ולרביע. מציאות זו של אכיפה מוגבלת וסלקטיבית מטמיעה ערכים שונים מאלה שהעבירה משמיעה לנו ממקומה על ספר החוקים. הלנה פעלה ברחוב, בתוך המציאות שנוצרה, בין היתר עליידי שומרי החותם של החוק ואוכפיו.

את מסגרותיו של שופט המיעוט יש לחלק לשלושה חלקים:

(1) במישור הערכי הוא מוצא, כי המציאות שינתה את סדר העדיפויות הערכי. אופן האכיפה מדגיש, מכאן ואילך, את ההבט המטרדי (ביעור מטרדים) על חשבון הערכים האחרים, המוסריים (השחתת מידות, שמירת המוסר הציבורי), המונחים בבסיס העבירה ובאלה הורתן ולידתן.

(2) במישור המשפטי העקרונות הוא קובע, כי התעלמות ממדיניות המשטרה, מאותו דין-למעשה שיצרה, ודבקות בדין הספר לעניין קציבת העונש יוצרת הפלייה בלתי מוצדקת בין אזרחים באכיפת החוק, פוגעת בעקרון החוקיות, חותרת תחת עקרון הפומביות ומתנכלת לשלטון החוק.

(3) במישור המשפטי-יישומי (לעניין קציבת העונש) הוא מייחס ערך נורמטיבי למציאות שהתהוותה עליידי מדיניות אכיפת החוק עליידי משטרת ישראל:

"מדיניות המשטרה והמציאות ברחוב ובחברה הם נתוני תשתית שאסור לנו להתעלם מהם כמו לא היו... פעילותה ומחדליה של המשטרה יצרו מציאות, יצרו – במישורין ובעקיפין – נורמות התנהגות, ובמציאות זו פעלה המערערת, כמוה כאחרים – כמותה ושלא-כמותה... מדיניות זו... יוצרת מעצמה אורחות חיים ומינהגות לבריות. וגם אם אמרנו כי מעשי המשטרה שיבוש הם – וזו דעת חברי – שבשתא כיוון דעל על... מדיניות המשטרה הפכה חלק מן הדין: הדין ברחוב – תרתי משמע – הוא כפי שהמשטרה הציבה אותו לפני המערערת ולפני הבריות כולם. מדיניות המשטרה [באשר למכוני העיסוי למיניהם] יצרה דין-למעשה בחיי היומיום – ולדעתי אסור לנו להתעלם מאותו דין ולדון לכף חובה אורחות-חיים שבנו עצמם על אותו דין שהכל ידעוהו והנהיגו חייהם לפיו... דין-למעשה זה [לפיו יש לראות בעלים ומנהלים של מכוני עיסוי כמו עוברים הם עבירה שעיקרה מיטרד] הינו גורם ראשון במעלה, לדעתי, בשיקולי גזירת העונש... התעלמות

ממדיניותה של המשטרה – ואין זו מדיניות על דרך הסתם אלא מדיניות יוצרת דין – יהיה בה... כדי לחתור תחת עקרון החוקיות, למיצער במיגור של גזירת העונש... מדיניותה של המשטרה היא שהציגה לפניו [לפני העותרת] את דיני העונשין הלכה למעשה⁴⁷.
 לכן ניתן להרשיע את הנאשמת, שכן מעשיה עבירה הם, ואין המשטרה מבטלת דין עונשין. אולם עונשה יותאם למציאות החדשה הנובעת ממדיניות המשטרה⁴⁸.
 ייחודה של פרשת תורג'מן אינו בבירור היחס בין הדין למציאות בהקשר הנורמטיבי, אלא דווקא בבעייתיות שהיא מעוררת במישור העקרוני, הערכי: כיצד יש לפרש את המציאות וכיצד יש להתמודד עמה. שופטי הרוב מובילים את הפתרון באמצעות השלטה קפדנית של מרות הדין על המציאות. שופט המיעוט מציע לדין לסגל עצמו לכורח המציאות. שני מרכיבים של מקרה זה מאפשרים יתר היענות למציאות על חשבון הדין:

ראשית, העניין נסוב על קציבת העונש ולא על הכרעת הדין. כבר הראנו לעיל, כי קציבת העונש היא דרך נאותה למתן ביטוי למיגוון רחב של שיקולים הנוגעים ליחס שבין הדין לבין שיקולים אישיים מזה ובינו לבין שיקולים מערכתיים מזה, כולל התאמת הדין למציאות.

שנית, גישתו של השופט חשין אינה קריאת תגר נגד החוק הנוהג תוך העדפת מציאות הרחוב. בהצמידו את לחנה של המציאות אל ההסדר החוקי אין השופט מניח לרוח הפרצים (הפריצות) של הרחוב לחדור אל תוך הבית. אין הדין נכנע לאדוני הרחוב. בהתחשבו במציאות שהשליטו ארכי החוק מסגל בית המשפט את הדין לאוכפיו ולא לרודפיו. הוא מבקש להתאים את החוק אל דרכי יישומו ולא למפריו. אילו נהגה המשטרה לאכוף את החוק ולהגיש כתבי אישום נגד בעלי מכוני עיסוי, ודעת בית המשפט לא הייתה נוחה מכך מטעמים ערכיים או אחרים, הייתה הבעייה של התאמת דין למציאות קשה יותר.

מאפיין נוסף של פרשת תורג'מן הוא, כי הסדר האיזון בין הדין למציאות נעשה במערכת השיפוטית. במקרים אחרים הגישור בין הדין למציאות אינו עובר דרך המערכת השיפוטית, אלא נערך עוד קודם לכן במסגרת הרשות המבצעת כחלק משיקולי אכיפת החוק, בין כהנחיות עקרוניות ובין כשיקולים פרגמטיים. על נושא זה עוד ידובר בהמשך.

ג. ייקוב הדין את המציאות

ההבחנה בין מציאות שעל המשפט להתחשב בה, בבחינת "המציאות הנוהגת היא נתון שכל תיאוריה חייבת להתחשב בו"⁴⁹, לבין מציאות שעל המשפט להאבק בה ולהכניעה על-ידי הדין אינה תמיד קלה. פעמים ברצוננו להציב מראש גדר וסייג ולמנוע סטייה מן הספר גם במחיר של פער מסויים לחיים. במקרים כאלה מגינות הנורמות על זכויות היחיד בבקשן למנוע נזקים כלכליים והן משרתות תכליות חברתיות מרכזיות הנקנות

47. ראה דברי השופט חשין בפרשת תורג'מן, לעיל הערה 45.

48. ראה נושא קרוב בסוגיית מנהג מבטל הלכה. על עניין זה ראה גם ש' שטרית "המנהג במשפט הציבורי" ספר קלינהופר על המשפט הציבורי (תשנ"ג) 375.

49. ברק, לעיל הערה 25, בע' 304.

גם במחיר של אי-נוחיות או אף נזק לפרט זה או אחר. המקרים בהם לא ראוי להניח למציאות להכתיב את תנאיה ולכפות אותם על הדין הם רבים ופעמים רבות אף ברורים. איסורים פליליים, המגלמים ערכים חברתיים של הגינות, יושר, מגיעת ניצול לרעה, הגנה על זכויות וכיו"ב, כמו גם חובות עשה ולא תעשה לנקיטת אמצעי זהירות, שהתעלמות מהם או סלחנות כלפיהם עלולים לפגוע ביחיד או בחברה, הם ודאי הדוגמא הקלאסית לכך. כאשר הפער נפתח עקב הנהגתן בחברה של תת-נורמות מסוגים אלה על המשפט להאבק בהן ללא פשרה. כאשר תופעת האזנות סתר, בניגוד לחוק האזנות סתר, תשל"ט-1979, עדיין נפוצה בציבור, אין להשלים עמה. המערכת האוכפת, הן המינהלית והן השיפוטית, חייבות לעשות את הנדרש כדי לשרש את התופעה ולעוקרה מן השורש. המערכת המינהלית חייבת להקצות כוח אדם ומשאבים טכניים כדי להגיע לעבריינים. על המערכת השיפוטית לנקוט בצעדים מנהליים, כגון: זירוז מועד שמיעת התיקים, ובצעדים שיפוטיים של העמקת גורם ההרתעה, כגון: באמצעות ענישה מרתיעה. במקרים רבים חשיבות קביעת הנורמה גוברת על כל השיקולים האחרים. במקרים כאלה גם 'גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה' וגם 'הלכה ואין מורין כן' חייבים להקבע עלי ספר ולהאכף ללא פשרות כסמן מוסרי וחינוכי. הצרכים החברתיים, ולעיתים האתוס החברתי, מחייבים קביעת נורמה כעמוד אש ההולך לפני המחנה. יש מקרים בהם חשיבות נורמות מסויימות היא בעצם קביעתן. עמוד האש מאיר את הדרך גם כאשר חלק מן הציבור מתרחק ממנו ונשאר מאחור. בהמשך ננסה לקבוע אמות מידה ברורות יותר להבחנה בין מצבים שונים של יחסי דין ומציאות בהקשרים אלה. נוהגים שליליים, שקנו להם שביטה בחברה, ויש בהם כדי ליצור תת-נורמות פתולוגיות או להשחית את המערכת, יש להאבק בהם ולשרשם אפילו נהגו לגבי רבים ובמשך זמן רב. טובות הנאה ומתנות לעובדי ציבור הפכו להיות נוהג נפרץ בחלקים שונים של השירות הציבורי. המחוקק הגיב בחקיקת חוק מיוחד, חוק שירות הציבור (מתנות), תש"ס-1979. בית המשפט הגיב בצורה נמרצת ותקיפה, תוך פרשנות מרחיבה של עבירת השוחד בסעיף 290 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, במטרה לשרש ולעקור את הנגע. טענות הגנה, שהתבססו על נוהג ונוהל, נדחו בנחרצות על ידי בתי המשפט:

"נוהל מקובל אינו הופך למעשה מותר מבחינה משפטית... העובדה שפשטו ונתקבלו בציבור נורמות אסורות אין בה כדי להתיר... תדמיתו של השירות הציבורי בעיני הציבור, האמון שרוחש הציבור לתקינות פעולותיו וטוהר המידות של עובדיו הם תנאים הכרחיים לקיומו של שלטון תקין, ועל-כן הינם אינטרסים חברתיים, הראויים להגנת המשפט הפלילי... קיומם של 'נוהג מקובל' ומסורת של שנים' אין בהם כדי להועיל, אם וכאשר נוהג זה ומסורת זו יסודם בשיבוש ערכים ונורמות תקינות"⁵⁰.

50. ע"פ 121/88 מ"י נ' דרוויש, פ"ד מה (2) 663, 689, 692, 701, 703; באותו עניין ראה גם, בין היתר, ע"פ 647/75 קליין נ' מ"י, פ"ד ל (3) 275, 278-279; ע"פ 126/76 מ"י נ' שפר, פ"ד ל (3) 466; ע"פ 141/79 כריהל נ' מ"י, פ"ד לד (1) 37, 42; ע"פ 71/83 פלאטוישרון נ' מ"י, פ"ד לח (2) 757, 776; ע"פ 150/88 לושי נ' מ"י, פ"ד מב (2) 650, 655. ראה גם י' זמיר "אתיקה בפוליטיקה" משפטים יז (חשמ"ח) 250, 253-254; מ' קרמניצר "האם חסרי עבירות אנתוני על

בית המשפט מתייחס למתנות הניתנות לעובדי ציבור, כולל מתנות חג הנשלחות להם, כתופעה משחיתה, העשויה להחשב, אם התמלאו התנאים האחרים הנדרשים, בגדרה של עבירת השוחד. דווקא בשל נפוצותה של התופעה "שאינה נמצאת בקו הירידה בשנים האחרונות אלא להיפך", מצד אחד, וסכנת השחתת המידות הנילוות אליה, מצד שני, מדקדק בית המשפט עם עובדי הציבור כחוט השערה:

"בתי המשפט ינקטו יד חזקה וללא רחמים, כדי לטהר את השירות הציבורי ועבירת השחיתות שפשתה בו"⁵¹.

ההלכה הפסוקה היא כי נוהגים פסולים, שהשתרשו בתחומי חיים שונים – כגון: בתחום הרפואה, במערכת הבחירות, בתחום התכנון והבניה, בהגדלת תנאי פנסיה ובהקצבות כספים – אינם משמשים הגנה ואינם מכשירים את הפעולה הפסולה⁵². נוהגים כאלה פוגעים בערכים חברתיים חשובים. במקרים רבים, כגון בתחום הרפואה שהובא לעיל, חותרים נוהגים כאלה גם תחת יכולת ההסדר הראוי של תחום מקצועי מסויים.

הם גוררים אחריהם נזקים לא מבוטלים, הן לטווח קצר והן לטווח ארוך. כבר בטווח הקצר גוררים אחריהם הסדרים 'מתחת לשולחן' סיכונים של השחתת מידות, ייקור מחיר המוצר או השירות ומגבלת הנגישות אליו מצד שכבות אוכלוסיה שונות. לטווח הארוך עלולים להיווצר, בין היתר: קשיים בארגון התחום המקצועי, פגיעה ביכולת התפקוד של הנמנים עליו, פגיעה בדימוי המקצוע ובעיקר השרשת תחושה של נחיתות הנורמות לעומת הכוח. תחושה כזו יוצרת תגובת שרשרת מצד האוכלוסיה של אי-אכיפת החוק באשר היא יוצרת רושם של כל דאליים או כל דעשיר גבר. אותה גישה יש לאמץ בתחומי התנהגות נורמטיביים במשפט האזרחי. כך, למשל, גם אם חלק מן הציבור יהיה נכון לגלות סלחנות לגבי אי-תשלום חובות מסויימים או לגבי איחור במועדי התשלום, אין מקום להעניק תעודת הכשר נורמטיבית למציאות פסולה זו.

העמקת תוכנות מחשב היא מעשה נפוץ במקומותינו. התקדמות הטכנולוגיה משאירה את המשפט מאחור והוא נאלץ, לעיתים, לפעול בתגובות ספונטניות ומיידיות ולדדות בעקבות המציאות. במקרים אלה מפטיר עדיין הציבור כדאשתקד, באשר

הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 13), תש"מ-1980 "משפטים יג (תשמ"ג) 159, במיוחד בע' 161-162 בהם דן המחבר בערך החברתי המוגן עלידי עבירות השוחד לעובד ציבור. 51. הלכת בריזל, לעיל הערה 50, בע' 42. הלכת קליין, לעיל, הערה 50, בע' 279: "קבלן, השואף, לזכות בעבודות... אינו שולח מנות לעובדים אלא ככוננה ברורה שיטול לו חסד תוך כדי מילוי תפקידיהם... עובד ציבור המקבל מתנה כזאת, ולו גם מתנה צנועה יחסית, כשהוא יודע או צריך היה לדעת את מטרתה השקופה כאמור, מקבל שוחד הוא – ואין הוא יכול להסתתר מאחורי מנהג ישראל לשלוח מנות איש לרעהו ומתנות לאביונים. אם אמורים הדברים לגבי סלי משקאות בלתי מבוקשים..." וראה גם הלכת שפר, לעיל הערה 50, בע' 470: הלכת פלאטוישרון, לעיל הערה 50, בע' 776.

52. תחום הרפואה: ע"מ 4/87 רדר נ' מרינת ישראל, פ"ד מב (1) 598, 604, רופא הנותן שירות פרטי בשכר לחולה שהיה בטיפולו בבית החולים, בניגוד לתקשי"ר, אין לבחון מעשיו בהשוואה ל"מה שמקובל" במערכת הרפואה הציבורית ולליקויים המתגלים במערכת זו; מערכת הבחירות: הלכת פלאטוישרון, לעיל הערה 50; תחום התכנון והבניה: בג"צ 111/89 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז תל-אביב, פ"ד מה (2) 133,

הנורמה החדשה⁵³ לא הוטמעה בו עדיין; המשפט לא הצליח ליצור את תחושת חוסר הלגיטימיות כלפי ההתנהגות המקובלת. התופעה גורמת נזקים כלכליים רבים וכמוה כגזל.

האם נפישותה של התופעה היא סיבה ליחס סלחני כלפיה? ההיפך הוא הנכון. הפרת זכות יוצרים מעניקה סעד אורח⁵⁴ וכן מהווה עבירה פלילית⁵⁵. נפישותה מחייבת נקיטת אמצעי אכיפה חמורים יותר, הקצאת משאבי כוח אדם מטעם רשויות החוק למטרה זו וכן הרחבת מעגל הסנקציות, האזרחיות והפליליות, שהמשפט מסוגל להעמיד לרשות הנפגעים. ובהקשר אחר, יקבעו דיני הרשלנות את הנורמה הראויה, גם אם הציבור אינו מתאים עצמו אליה⁵⁶. את האדם הסביר ואת מבחני הסבירות יבור לו הדין מתוך סולם הערכים הראוי ולא ייתן למציאות להכתיב לו רק את המינימום הבלתי מספק⁵⁷. בכל אחד מן התחומים האמורים הפער הקיים בין הדין למציאות אינו מעיד על משבר, שעניינו אי-תאימות הנורמה למציאות, אלא על משבר בהטמעת הנורמה ובסיגול דרכי ההתנהגות של הציבור להסדרים הנורמטיביים.

7. בין הרטוריקה המשפטית לבין המעשה: כורח המציאות וכוח הדין לכאורה ידו של הדין הייתה אמורה להיות תמיד על העליונה. שלטון החוק הוא עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית, בעוד שהכלל לפיו 'מנהג מבטל הלכה' (desuetude) אינו נוהג בישראל⁵⁸.

בעקרון, אסור להתעלם מן היחס הנכון בין הרטוריקה המשפטית לבין המעשה.

- 141א, אין להשלים עם הגדלת אחוזי בניה בדרך חישוב שהייתה נהוגה, אך המנוגדת לחוק; הנדלת תנאי הפנסיה: בג"צ 766/87 צוקר נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מב (2) 610, 616; הקצבות כספים: בג"צ 609/85 צוקר נ' עיריית תל-אביב, פ"ד מ (1) 775, 781.
53. ראה סעיף 2א (כתיקונו בשנת תשמ"ח) לפקודת זכות יוצרים, 1924 בעניין הגנה על תוכנה של מחשב.
54. ראה חוק זכות יוצרים, 1911; פקודת זכות יוצרים, 1924.
55. ראה סעיף 3 (1) לפקודת זכות יוצרים, 1924.
56. ראה, בין היתר, ע"א 106/54 ויינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ, פ"ד ח 1317; ע"פ 186/80 יערי נ' מ"י, פ"ד לה (1) 769; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לו (1) 113; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113; ע"א 429/82 מ"י נ' סוהן, פ"ד מב (3) 733; ע"א 324/82 עיריית בני ברק נ' רוטברג, פ"ד מה (4) 102, 116 ואילך; נ' כהן 'נזקי שביתה, הרשלנות הזדונית, הנזק הכלכלי וגרם הפרת חוזה' עיוני משפט יד (תשמ"ט-תש"ן) 173; י' גלעד "על יסודותיה של עולת הרשלנות במשפט הנוקין הישראלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט-תש"ן) 319.
57. על הסבירות בהקשר זה ראה, כדוגמא, ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל, פ"ד מה (4) 45, 52; פעולת שקילה ואיוון של גורמיה השונים של ההחלטה – של הפרט (באשר לנורמות ההתנהגות המחייבות אותו) ושל הרשות – הנעשית על-ידי המחוקק או, לעיתים, על-ידי בית-המשפט, המעצב את אמת המידה הראויה להתנהגות הבין-חברתית, תוך התחשבות ברמות התנהגות דומות המוכרות בשיטתנו.
58. ראה: ע"א 398/63 ליבוביץ נ' בן, פ"ד יח (1) 384, 391; ד' אבן דסואמודו (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, הוגש לסינט האוניברסיטה העברית בירושלים, תשל"ז); ברק, לעיל הערה 25, בע' 554.

מידת השימוש הנכון במיתוסים המשפטיים קובעת את מעמדם בחברה. רטוריקה משפטית המשרתת ערכים או הנובעת מן העקרונות של צדק, יושר והגינות מחזקת את היסודות החברתיים ומונעת השרשת שחיתות מידות המתעטפת באיצטלה של נוהגים חברתיים. עמידה על משמר הדין מול המציאות מחסנת במקרים אלה את המערכת המוסדית, מגבשת מסגרות וקובעת את כללי המשחק. אכיפת משפט היא סלקטיבית מטבעה והמשפט עומד על משמר הנורמות גם כאשר הציבור בחלקו מתעלם מהן (ולעיתים דווקא במקרים כאלה) וגם כאשר המסרים החברתיים אינם משדרים לכיוון הנורמות.

אולם פער בין הדין למציאות עשוי להיווצר מטעמים שונים המחייבים התייחסות אחרת מאשר הקפדה בלתי מתפשרת על אכיפת הדין והטלת כוח הדין על כורח המציאות.

כאשר המציאות מלמדת כי הרטוריקה ריקה מתוכן של ממש, מחד גיסא, אך היא נקנית במחיר של הפלייה ופגיעה בעקרונות משפטיים בסיסיים, של ודאות הדין ותום לב בביצועו, מאידך גיסא, אין הצר שווה בנזק המלך. עניין זה מודגם יפה בפסק דינו של שופט המיעוט בפרשת תורג'מן⁵⁹.

כבר ראינו לעיל, כי, לעיתים, רשויות המינהל הן שיעמדו בחזית המאבק של המציאות בדין; לעיתים תצטרף המערכת השיפוטית לחזית; בסוף תהליך השינוי עשוי המחוקק להשלים בחקיקה את המהלך שפתחו הרשויות האחרות. המחוקק עשוי גם לפתוח את המהלך ולסיימו כאשר הציבור אינו מוכן להשלים עם הנורמה והרשויות האחרות אינן נרתמות למאבק. כאשר מתערב המחוקק ומשנה את הדין, נעשים שוב הדין והמציאות אגודה אחת.

כיצד על השיטה המשפטית להגיב במקרים כהם הפער בין הדין למציאות נובע מבעיה יסודית של תובענות יתר, של יומרנות אוטופיסטית, שאינה הולמת את יכולת ההטמעה של הנורמה בציבור ואת סיגולה לציבור? סוג זה של עניינים מעלה את סוגיית הגזירות שאין הציבור יכול לעמוד בהן, בין מלכתחילה (בעת יצירת הנורמה) ובין בדעיכה (במשך הזמן שעבר לאחר יצירת הנורמה), או שאין הוא מוצא טעם לעמוד בהן, או שהוא מסרב לעמוד בהן ומבקש לסכלן או לעוקפן. במקרים אלה עשויה המציאות לכופף את ידו של המשפט.

כך מקרים של הנהגת הסדר כלכלי מחמיר או הטלת פיקוח במערכת יחסים בין פרט לפרט, שאינם מעוגנים באינטרס מרכזי של הגנת החלש או באינטרס כלכלי או חברתי מוצדק או בתקנת ציבור כלשהי, הניתנים להבנה על-ידי הציבור, הם בבחינת גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה⁶⁰. דחיית הגזירה על-ידי הציבור במקרים כאלה, בדרך של התנהגות הלכה למעשה, משמשת אמת המידה הן לחוסר ההצדקה החברתי שבהסדר המשפטי והן לחוסר התועלת שבו. במקרים אלה אין הרשויות מסוגלות לאכוף את גזירתן. קול המון, במקרה זה, כקול שדי. התנהגות הציבור משמשת אמת מידה של ממש למידת התקפות הנורמטיבית, למעשה, של הנורמה שנכפתה עליו ללא הצדקה כלכלית, חברתית או מוסרית.

59. לעיל הערה 45.

60. על גזירות שאין הציבור יכול ורוצה לעמוד בהן ראה ר' גביוון שיקול דעת כאכיפת חוק (תשנ"א) 60-61 והדוגמאות שם.

כך, למשל, ניצחה המציאות את הדין והכתיבה את תיקון המצב המשפטי במקרה בו הן רשויות אכיפת החוק והן המערכת השיפוטית לא הובילו את המהלך לשינוי. בעבר נחשבה הוצאת שיק שחאריך ההוצאה הרשום בו מאוחר מיום הוצאתו בפועל (שיק דחוי) כעבירה פלילית, אם לא היה לו כיסוי ביום הוצאתו. גם אם ביום ההוצאה הנקוב בו, הוא היום המיועד לתשלום, היה כיסוי מלא לסכום השיק, לא נחשב הדבר כהגנה נגד העבירה⁶¹. המציאות דחתה את האיסור. שיק דחוי היה אמצעי נות, יעיל וזול לקבלת אשראי. החברה לא ראתה שום פגם מוסרי או חוסר יושר בהוצאה מוסכמת של שיק דחוי להשגת תכליות חברתיות וכלכליות לגיטימיות. למרות זאת, עד שלב מסויים אטמו אוכפי הדין את אוזניהם משמוע לקולה של המציאות. הוגשו כתבי אישום ובית המשפט אז סבור היה שקצרה ידו מהושיע⁶². הציבור דחה את הגזירה והמשיך לנהוג לפי ההגיון הכלכלי והקוד המוסרי וניצח. החוק שונה⁶³.

מקרים גבוליים, בעייתיים יותר, הם אלה בהם הנורמות נעשו להגנת אינטרסים חברתיים שונים, אך אין בהן משום הגנה על טוהר המידות, על פגיעה בגוף או בחירות או בבטחון או על אינטרסים חברתיים בעלי חשיבות מרכזית. על אלה ניתן למנות, דרך משל, העסקת מהגרים בניגוד לחוק או המנעות מתשלומי ביטוח לאומי במקרים של העסקת עובדים במשק הבית לצרכים מוגבלים (שמרטף או עזרה במשק בית), לשעות מעטות ולעיתים אף מזדמנות בלבד. נורמות אלה נועדו מלכתחילה למנוע סיוע ממהגרים בלתי חוקיים, להגן על רמה מסויימת של כוח עבודה, לאפשר פיקוח פורמלי של הרשויות על שוק העבודה ובהקשרים מסויימים גם למנוע ניצול לרעה של עובדים. חלק גדול מן הציבור, בישראל ובמדינות שונות בעולם, אינו נוטה לשמור על נורמות אלה. הטעמים לכך הם שונים: הרציונאל העומד ביסוד הנורמות אינו נהיר תמיד לציבור או אינו מקובל עליו וכמו כן הוא מתייחס להעסקה מעין זו בתוך המשפחה כחלק ממשק הבית, כחלק מן המשפחה, או כהסדר פרטי לא פורמלי, שאינו מצדיק נקיטת צעדים פורמליים.

בהבדל מהאזנות סתר או העתקת תוכנות של מחשב, הפרת נורמות אלה אינה פוגעת, בדרך כלל, בזכויות של צדדים שלישיים והפגם החברתי אינו מסוג הפגמים שיש בהם גרימת נזק, פגיעה בבטחון לאומי או אישי או השחתת מידות. אף על-פי כן ישנם טעמים חברתיים המצדיקים את ההקפדה על הנורמות. חברה אינה יכולה להשלים עם מחדל בשמירת נורמות שהטעמים החברתיים העומדים בבסיסן הם כאלה. יחד עם זאת, השאלה היא, מה התגובה הראויה על הפרתן של הנורמות. האם התביעה הכללית תעמיד עבריינים לדין? האם בית המשפט ימצה עמם את הדין והאם אי-ציות לנורמה מעין זו מן הדין שתפסול את האדם לכהונה ציבורית? בארצות הברית עמדו שאלות אלה במרכז דיון ציבורי לאחר שנדחו מספר מינויים למשרות בכירות, בהם מינויים לתפקידים במערכת המשפטית, עקב הפרת נורמות אלה.

במקרים מעין אלה יש לנקוט עמדת ביניים לפי נסיבות העניין. תגובה סלחנית מדי מעבירה מסר שיגרור בעקבותיו ביטול למעשה של הנורמה וחילחול של תת-נורמות לתוך המבנה הנורמטיבי. תגובה חריפה מדי אינה לוקחת בחשבון את האילוצים החברתיים ואת הפרופורציונליות המהווה חלק מדרכי הטמעה היעילות של נורמות

61. סעיף 14 לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות מרמה, סחיטה ועושק), תשכ"ג-1963.

62. ראה על כך אצל ה' בן-עתו "החוק, הפסיקה ומציאות החיים" ספר זוסמן (תשמ"ז) 55, 64-66.

63. חוק העונשין (תיקון מס' 10), תשמ"מ-1980.

בחברה. יש גם לאזן בין התגובות המוסדיות לבין התגובות הציבוריות. אין מתכון חד-משמעי; העיתוי של התגובה, כמו גם אופי ההפרה והרשות המגיבה, יש להם משקל בתגובה הנאותה.

השאלה המרכזית היא באיזו חברה אנו מעוניינים לחיות ואיזו דמות אנו מבקשים לשוות לחברה בה אנו חיים. יש מחמירים יותר ויש מקלים. בהקשר זה יש להבחין בין עניינים שונים ולשקול, בין היתר, את השיקולים הבאים: המסר החברתי, שבמרכזו הבטחת אמון הציבור במערכת השלטון, דהיינו, בין היתר, מידת הסבירות של יחס סלחני לעומת תגובה חריפה והאופן בו תפורש כל תגובה על-ידי המערכת החברתית והפוליטית; סוגי העבירות או הנהגים הפסולים בהם מדובר, איפיונם וחומרתם (למשל מידת ה"פגם המוסרי" שבמעשה ומידת הקלון שבו); סוגי התפקידים הנשקלים, מהותם, איפיונם ותכונותיהם; בין בחירה למינוי; נסיבות העניין בהן נעשה המעשה ה"נגוע" ומשקלן בנסיבות; השפעת המעשה ה"נגוע" על יכולת התפקוד⁶³.

לא בכדי "לוחות ושברי לוחות מונחות בארון"⁶⁴. הלוחות השלמים הן הנורמות. שברי הלוחות הן המציאות העגומה, שדין הוא שהלוחות יתחשבו בה.

"בקביעת ההתנהגות הראויה אין להציב אידיאלים שאינם בני השגה. סופם של אלה אינו אלא אכזבה. אין להטיל מגבלות ואיסורים לשמם בלבד... אכן, עלינו להיות מציאותיים. אך אין לזהות דרישה זו עם הורדת רמת הציפיות. להיות מציאותי אין פירושו לרדת לרמה הנמוכה ביותר. להיות מציאותי אין משמעותו ללכת לאחור נוהגי השוק. אכן ההלכה השיפוטית צריכה להדריך את ההתנהגות החברתית על-פי הרמה הראויה הניתנת להשגה"⁶⁵.

ציטוט זה מפסק-דין של השופט א' ברק בפרשת י.ב.מ. ישראל בע"מ, עניינו הנורמות הראויות בסוגיית ניגוד אינטרסים. במסגרת זו דן השופט בראוי ובניתן להשגה. אכן החמרת יתר תגרור לא רק פער בלתי ניתן לגישור בין הדין למציאות, שתוצאתו עלולה להביא צביעות חברתית ולגרום לשרירות מינהלית, אלא גם פגיעה בציבור שיאלץ לוותר על כישורים ועל מצוינות.

8. הדין ואכיפתו

התמודדות זו בין הדין למציאות מביאה אותנו אל היחס בין הדין לבין אופן אכיפתו והיקפה בנסיבות שונות. פער בין דין הספר לבין מידת הגשמתו במציאות הוא תופעה מורכבת. פער זה מייצג יחס מיוחד בין הדין למציאות. התופעה היא רבת פנים והיא מצדיקה דיון יסודי ושיטתי.

63. על מבחן הסבירות באשר לאופן השימוש בשיקול הדעת המינהלי, בהקשר למינויים לתפקידים ציבוריים או להפסקת כהונה במקרים בהם דבק במועמד פגם כלשהו, מעבר להוראות החקוקות המפורשות ומעבר לשאלת הכשירות לכהן בתפקיד, ראה את פרשת גינוסר, בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון (טרם פורסם). כן ראה בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); בג"צ 4267/93 אמיתי – אורחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם).

64. ברכות ח ב.

65. בג"צ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד מה (2) 265, 273.

אפשרות אחת, עליה רמזנו במהלך הדיון, יסודה בהצבתו מלכתחילה של הרף המוסרי, המשתקף בנורמה, גבוה מדי כדי לשרת תכלית חינוכית, אך מבלי להתכוון להטיל עונש על מפריה. במקרה זה אכיפת הדין אינה עיקרה של הנורמה. בדין העברי בן סורר ומורה "לא היה ולא עתיד להיות, ולמה נכתב דרוש וקבל שכר"⁶⁶. דין זה חל גם על עיר הנדחת⁶⁷. בעניין אחר נאמר הלכתא למשיחא⁶⁸ (ההלכה תחול רק לעתיד לבוא). רוצה לומר, דינים אלה מהווים מקדם חינוכי גבוה, אידיאל חינוכי. רף ההתנהגות הנתבעת מוצב גבוה כשני מובנים. ראשית, רמת ההתנהגות המגולמת בנורמה היא גבוהה מכדי שניתן לקיימה. שנית, התנאים המוצבים להפרת הנורמה, הן מבחינה מהותית והן מבחינה ראייתית⁶⁹, ולהענשת פורקי העול, הם קשים ומחמירים. למעשה הם נועדו למנוע הן את אפשרות הזכחתה של הפרת הנורמה והן את יכולת אכיפתה של הנורמה. המשפט משדר שדרים שונים, אך במסרים השונים אין מוסר כפול או מסרים כפולים. המטרה היא אחת. השגתה עוברת דרך פתלתלה במקצת.

אפשרות אחרת, מרכזית יותר, הינה, כי דרכים שונות של התמודדות הדין עם המציאות, במישור יחסי הגומלין שבינו לבין אכיפתו, עשויות להביא ליצירת דין-למעשה. דין-למעשה זה עשוי אף להגיע כדי ביטול הדין בדרך של חקיקה שיפוטית או בדרך של שיתוף פעולה מערכת, בין רשויות שונות, הקובע מציאות של הלכה ואין מורין כן⁷⁰.

כאמור, מוצאת לה המציאות מסילות שונות אל הדין והדין מפלס לה למציאות את דרכה. נעסוק במספר מקרים מעין אלה, מן הקל אל הכבד:

ראשית, במקרים לא מעטים, הפעור עשוי להיווצר כאשר הטלת הדין על המציאות הנוהגת אינה עולה יפה. הנסיון של הדין האמריקני לשרש עישון סמים קלים, מריחואנה, ולהפכו להתנהגות תת-נורמטיבית, לא צלח, כנראה, בידו. לעומת זאת, המאבק נגד נהיגה תוך שכרות הניב בארצות-הברית תוצאות טובות יותר. בכל אחד משני המקרים ההתנהגות הייתה נפוצה. לעומת זאת, נתנה אכיפת הדין על המציאות תוצאות שונות בכל אחד משני המקרים⁷¹.

הכרה כי תופעה המשתקפת במעשה האסור עלי ספר אינה יכולה להעלם באמצעות ההסדר המשפטי מגבילה את מידת האכיפה ואת עוצמתה. כך, למשל, הנסיון לאסור על הזנות או על סוג מסויים של תופעות כאלה נכשל⁷². כל עוד יתקיים ביקוש, וכנראה שלכך אין גבול, התופעה תתקיים. בהקשרים רבים משלימה החברה עם התופעה

66. סנהדרין עא א.

67. סנהדרין, שם, שם.

68. סנהדרין נא ב.

69. על התנאים הקשים והבלתי מציאותיים, הנדרשים כדי שפלוגי ייחשב כבן סורר ומורה וכדי שעיר פלוגית תחשב כעיר הנדחת, וכן על דיני הראיות המחמירים, ראה סנהדרין שם, שם.

70. על סוגייה זו באופן כללי, ראה אבן, לעיל הערה 58, בע' 49-72; שטרית, לעיל הערה 48, בע' 404-407.

71. F. E. Zimering "Legal Perspectives on Family Violence" 75 Cal. L. R. 521, 538 (1987); J. Kaplan *The New Prohibition* 47 (1972); Jacobs & Strossen "Mass Investigations Without Individualized Suspicion: A Constitutional and Policy Critique of Drunk Driving Roadblocks" 18 U. C. Davis L. R. 595 (1985).

72. ראה בן-עמו, לעיל הערה 62.

בהיותה משרתת תכליות מסויימות. האיסורים באים לקבוע את ההסתייגות מן המעשה ואת הגישה השלילית שהחברה מייחסת לתופעה זו. אולם במקום מאבק מאסף סיוזיפי היה נכון להשקיע מאמץ בחינוך, בשיקום חברתי, בצמצום מימדי התופעה עד כמה שניתן ובמציאת פתרונות חוקיים לתופעות הלוואי המגוננות או המסוכנות בשולי התופעה. אולם כאן ידה של הרטוריקה על העליונה. המיתוס השמרני נקנה במחיר של הגדלת מצוקות ואולי אף בחיי אדם. במקרה זה נצחון הדין על המציאות הוא נצחון פירוס.

שנית, כבר אמרנו, כי הקפדה על נורמות, כולל נוהלים, שהן בגדרים שונים של הגנה על ערכים ואינטרסים של היחיד והחברה, מתחייבת גם כאשר הציבור מתייחס בסלחנות אל מפריהן. לעומת זאת, ניתן להעניק יחס שונה לנוהגים ולנוהלים עלי ספר, שתכליתם הסדר תחום מסויים באורח שוויוני, קביעת כללי משחק הגיוניים ואחידים, ואין היא בגדר של מאבק בפסול או במושחת. אם נוהלים אלה אינם נאכפים ותחתם בא נוהל-למעשה אחר, שהשתרש בחברה, אין לעמוד על משמר הנוהל הכתוב. כך, למשל, נוהג שהתקיים בפועל באוניברסיטה כמשך שנים ארוכות מחייב את רשויותיה למרות שאין הוא עולה בקנה אחד עם ההסדרים הפורמליים⁷³. במקרה זה דווקא ההמנעות מאכיפת הנוהל-למעשה עלולה לגרום עיוות דין, באשר היא פוגעת בציפיות סבירות, בעקרון השוויון ובוודאות ההסדר.

שלישית, לעיתים דרכי הנהגה בפועל יוצרים פער גלוי ורחב מימדים בין דין למציאות. התגובה לפער זה עשויה להיות המנעות בפועל מן השימוש בחוק⁷⁴. המנעות זו אינה מוצהרת וגלויה, אלא נעשית בדרך של פרשנות. במה דברים אמורים באותם נוהגים חברתיים וכלכליים, שמלכתחילה אינם עולים בקנה אחד עם הוראות הנורמה הכתובה, ורשויות האכיפה או הפסיקה נוהגות עמן בסלחנות ואינן אוכפות את עולן של הנורמות על הציבור.

כך, למשל, נהגו בתי-המשפט בעבר בפרשנות מקלה (צרה ומצומצמת) של האיסור לקבלת דמי מפתח בסעיף 7 לפקודת הגבלת שכר דירה (דירות), 1940⁷⁵. הציבור נהג תוך התעלמות גמורה מן האיסור, באשר המציאות הכלכלית והחברתית לא הכירה בו, למעשה. תגובת בית-המשפט הלמה את כוחות השוק, דהיינו הלכה בעקבות מציאות החיים, ולא תאמה את דין הספר. בית-המשפט נמנע מניהול מאבק להשלטת הנורמה בקרב הציבור. הוא נקט מדיניות הפוכה וצעד בדרך פרשנית, שהלמה את הנוהג הלא-נורמטיבי שהשתרש בחברה⁷⁶. בסופו של דבר, ניצחה המציאות הכלכלית והחברתית את הדין והוא שונה על-ידי המחוקק תוך הכרה במציאות. בית-המשפט הוא שפילס את הדרך למחוקק.

רביעית, תגובה דומה של המנעות בפועל מן השימוש בחוק עשויה להתקיים גם בדפוס אחר של מקרים, בהם נוצר הסדר פיקטיבי⁷⁷ (להלכה או למעשה) או הסדר של

73. ע"א 667/89 אוניברסיטת תל-אביב נ' שני, פ"ד מו (3) 316, 321. הדרכים המשפטיות של מניעות וסמכות נחזית מחזקות את עקרון ההסתמכות על נוהג המגבש נוהל.

74. אבן, לעיל הערה 58, מע' 49 ואילך.

75. ע"ר תוספת א, (ע) 230.

76. בעניין זה ראה שטרית, לעיל הערה 48, בע' 385.

77. על הפיקציה במשפט ותפקידה, ראה (L.L. Fuller Legal Fictions (Stanford, 1967)). על

העלמת עין מכוונת לשם השגת תכליות מסויימות. מטרתם של הסדרים אלה היא לשמור על מסגרות מסויימות או למנוע היווצרות תקדימים מסויימים, מחד גיסא, ויחד עם זאת, להשיג תוצאה מסוימת של שינוי המצב, מאידך גיסא. הסדרים מקובלים מסוג זה רווחים, למשל, בתחום יחסי העבודה. תוספות שכר ניתנות ותנאי עבודה נקבעים תחת שמות שונים, בדוים בדרך כלל, כדי לעקוף מכשולים שונים.

חברה שבה מקבל עובד את שכרו באמצעות כינויים פיקטיביים שונים, כגון 'הוצאות רכב' או 'קרן השתלמות', גורמת להשלטת אגרת 'כאילו', בלשון מערכונם של הגשמים 'ישראל-בלוף'. עובד, שהתוספות השונות לשכרו נחשבות בעיני מעבידיו ובעיני הציבור הרחב כחלק בלתי נפרד משכרו, טבעי הוא שיבקש לנצל תוספות אלה ולהוציאן מן הכוח אל הפועל. לשם כך עליו להשתמש באמצעים המכונים בפי העם 'שקר מוסכם' ולהגיש דוחות 'כאילו' או בקשות 'כאילו'. אלא ש'שקר מוסכם' זה הוא, לעיתים, בשפה משפטית של ספר החוקים: מרמה, השגת דבר בטענות שווא, זיוף או מעילה באמון. אגרת 'כאילו' יוצרת טשטוש מסוכן בין גבול המותר לזה האסור ולא רק בתחום הצר של הסדרי העבודה. אולם מה יעשה העובד ולא יחטא? על כגון דא ניתן לומר: "לא עכברא גנב חורא גנב":

"אלה המייצרים חדשות לבקרים שמות ותארים לתוספות שכר, שאין ביניהם לבין מה שהם מייצגים במציאות ולא כלום, תורמים ללא ספק להיווצרותן של סברות מעוותות"⁷⁸.

האם אפשר במקרים אלה להפטיר ברטוריקה של ייקוב הדין את ההר? האם ניתן להעמיד את העובד לדין על עבירות אלה ומה יעשה בית המשפט משיוגש לפניו כתב אישום מעין זה? אפשר וראוי לגנות את התופעה ולנקוט באמצעים כדי לעקור אותה משורש, אך האם ראוי להעמיד לדין את החוליה החלשה דווקא, את מי שנדחף, בדלית ברירה כדי להיטיב את שכרו בדרך המקובלת, לשתף פעולה עם כללי המשחק שמקום העבודה העמיד לפניו בפועל?

בהקשר זה יש לערוך מספר הבחנות:

(1) ראשית, יש הכדל בין הרשות המינהלית האוכפת לבין בית המשפט. הרשות האוכפת רשאית לקחת בחשבון את המציאות 'המוסכמת' ולהתחשב בה. היועץ המשפטי לממשלה רשאי להפעיל את שיקול דעתו ולהימנע מהעמדה לדין. בית המשפט, לעומת זאת, תפקידו הוא להסדיר התנהגות באמצעים השיפוטיים שהוענקו לו למטרה זו. אין הוא יכול לגלות הבנה או סלחנות לתופעה מגונה. הוא יכול להביע את מורת רוחו מן ההסדר הקיבוצי עליידי ענישה מתחשבת ולתלות את האחריות הכוללת בראשם של הממונים ולא בראש העובד, העברייני-בעל-כורחו. אולם בית המשפט לעניין זה אינו אח לצרה, שתפקידו להבין. הוא מטיל סנקציות ומשליט נורמות. במקום שרשות מינהלית אוכפת חוק יכולה לעצום עין או לגלות סלחנות, ואף מצפים ממנה לנהוג כך, אין בית המשפט יכול לגלות אותה מידה של סלחנות. בפרשה אחת, שהתגלגלה לבית המשפט הגבוה לצדק⁷⁹, נמנע היועץ המשפטי

הפיקציה כמגשרת בין אמצעים למטרות במשפט, ראה פ' שיפמן "אמצעים, מטרות ומסרים" משפטים כב (תשנ"ג) 19, 23.

78. בג"צ 665/79 וינוגרד נ' י"מ, פ"ד לד (2) 634, 640 (להלן: בג"צ וינוגרד).

79. בג"צ וינוגרד.

מלהעמיד לדין עובדים על מילוי דוחות נסיעה כזובים לשם קבלת דמי נסיעה ברכב במסגרת הטבות שכר. פסק-דינו של בג"צ מגלה יחס אמביוולנטי של כל שלושת השופטים, בניואנסים שונים. בצד גינוי חריף של התופעה והעמדת המעשה כאורו המשפטי החמור סומך, למעשה, בית-המשפט את ידו על ההחלטה שלא להעמיד את העובדים לדין. בית-המשפט משתמש אמנם בהלכה, שרווחה באותם ימים, בדבר ההתערבות המוגבלת בשיקול דעתו של היועץ המשפטי ואף נסמך על הטיעונים הראייתיים-פורמליסטיים, בהם נומקה החלטת היועץ המשפטי. אולם בהערות אגב אורחא מפי השופטים ניתן לשמוע גם קולות נוספים. בין השיטין של פסק-הדין עולה, מדברי בית-המשפט, הפרדה בין גינוי עקרוני לתופעה לבין המנעות מהטלת סנקציה על היחיד שסרח בתוך גבולות התופעה המקובלת. למעשה, הכל מעדיפים שהיועץ המשפטי יוציא, במקרה זה, למערכת המשפטית את הערמונים מן האש:

"עם כל סלידתי מהמעשה האמור, לא הייתי יכול לומר שיועץ משפטי נוהג שלא בתום לב, כשהוא מתחשב במציאות מסוימת הקיימת בתחום מסויים... כאשר ציבור מסויים (ובפרט ציבור של בני אדם הנחשבים בדרך כלל כבני אדם מסורים וחיוביים) סוטה בהתנהגותו מהדפוסים הקבועים בחוק או בכללי המוסר, מתעוררות לפנינו שאלות קשות, אך... זוהי הפרוגטיבה של היועץ המשפטי... המדיניות שהוא קובע לעצמו וההנחיות המנחות אותו, עניין הן שאין בית-המשפט מתערב בקביעתן..."⁸⁰

"על-פי מה ששמענו בדיון הנוכחי ובמציאות כפי שנתגלתה, נראה לי כי ההיגיינה הציבורית מחייבת בחינה מחודשת של העניין כולו, משום שאין מתקנין תקנות שאין הציבור יכול לעמוד בהן. נוכחנו לראות כאן כי גם בארזים נפלה השלהבת, ומה יהא על אזובי הקיר"⁸¹

המערכת יצרה דין-למעשה ולא יהיה זה מן הצדק להלחין למציאות זו את תוויו הנוקשים של הדין. העמדה לדין במקרה זה הייתה עשויה להיראות כהעמדת פנים של המערכת המשפטית. היא עצמה הייתה גורמת להכרת פנים במשפט. בעיני הציבור היה שכר הדין יוצא בהפסדו. המיתוס היה הופך לפאתוס מלאכותי. הדין היה נראה צבוע, שרירותי, מפלה ובלתי הוגן. הסלקטיביות הייתה עלולה לשמש פתח לניצול לרעה מתוך שרירות. על כגון אלה נאמר 'אל תהי צדיק הרבה' ובמקרים קשים יותר גם 'טול קורה מבין עיניך'.

בהנמקות מעין אלה השתמש השופט מ' חשין בדעת המיעוט שלו בפרשת תורג'מן⁸². בנמקו את הענישה המקלה הסתמך השופט על המציאות-יוצרת-דין ועל הדין-למעשה, שיצרה המשטרה באופן אכיפתה את החוק האוסר סרסרות לזנות על מכוני עיסוי. (2) שנית, גם היועץ המשפטי, כמו מוסדות אכיפה מינהליים אחרים, אחראי על השלטת שלטון החוק. העמדת העובדים לדין בנסיבות אלה תגרום עיוות דין, אולם שימוש גלוי בטעם של 'נורמה חברתית מקובלת' יטהר את השרץ ויפתח פתח מסוכן למניפולציות בדין הפלילי. כך נוצרת פיקציה נוספת, נסתרת מעין הציבור. באותם

80. בג"צ וינוגרד, בע' 639, מפי השופט ויתקון.

81. בג"צ וינוגרד, בע' 644, מפי השופט בייסקי.

82. לעיל הערה 45.

מקרים בוודדים בהם תוגש תלונה נגד עובד תושג התוצאה של אי-העמדה לדין בדרך עקיפין, באמצעות הזקקות לטענות של כמות ראיות בלתי מספקת וכיוצא באלה. אכן כך נומקה החלטת היועץ המשפטי, שלא להעמיד לדין את העובדים, בבג"צ וינוגרד. באופן זה, לא מקבלת התופעה לגיטימציה מצד היועץ המשפטי, מצד אחד, ומושגת התוצאה של אי העמדת העובד לדין, מצד שני. פיקציה אחת מולידה פיקציה נוספת וכך נשמר האיזון בין הדין לבין המציאות.

(3) שלישיית, גם בכגון אלה יש להקפיד על שמירת הגבול. יש 'מקובל' ויש ניצול לרעה. יש מי שנוהג כדרך הכל ויש מי שמפליא לעשות, מהדר בשימוש הפיקטיבי ומרחיק לכת ביציאה מגבולות הדין. עושי אלה לא יהנו מהעלמת העין למעשה. על אלה יוחל כוח הדין. אלה לא זו בלבד שהם חוצים את הגבול, סופם שהם פוגעים בציבור כולו.

מתה למעשה. הואיל ולא ניתן ביטוי נורמטיבי פורמלי לכך קיים כוח להוציא לפועל את הוראות הדין, אולם בחיי יום-יום אין נוהגים על פיהן. הדבר נעשה, למשל, כאשר קיים פער בין הוראות החוק הפלילי לבין השקפת העולם של חלק ניכר מבני הציבור לגבי העדר פגם מוסרי-חברתי שבהתנהגות נשוא העבירה.

דוגמא מאלפת לכך משתקפת בהסדר שנהג בעבר בעבירות מוסר בין בגירים בהסכמה⁸³. החוק הפלילי עד לפני מספר שנים קבע, כי קיום יחסי מין בין בני אותו מין כמו גם קיום יחסי סדום בין גבר לאשה מהווים עבירה פלילית⁸⁴. במסגרת שיקול הדעת המוקנה לו בהעמדת עבריינים לדין הינחה היועץ המשפטי לממשלה את המשטרה שלא לחקור ואת התביעה הכללית שלא להגיש כתבי אישום על הפרת הוראות חוק אלה, כאשר היתסים הם בין בגירים מסכימים במקום פרטי⁸⁵. העבירות נמחקו, למעשה, מספר החוקים.

עמדה זו הייתה פשרה באמצעותה באו הכל על סיפוקם. היסוד השמרני הסתפק ברטוריקה הנורמטיבית, באידיאולוגיה עלי ספר. היסוד הליברלי השלים עם המציאות המשפטית הנוהגת הלכה למעשה. פשרה זו החזיקה מעמד כחצי יובל שנים. המעניין הוא, כי במהלך השנים נכשלו הנסיונות לתקן את החוק ולהתאימו למציאות הנוהגת

83. על עניין זה, כמו גם על הקשרו הרחב יותר במסגרת יחסי הגומלין שבין הדין המהותי לאכיפתו, במיוחד כאשר עצם ההצדקה לקיום העבירה שנויה במחלוקת ציבורית, ראה גביוון, לעיל הערה 60, בע' 60-62, 115, 120-122, 156-158.

84. סעיף 351 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, כנוסחו לפני השינוי.

85. הנחיה 50.407 מיום 1.5.71 וכן הנחיה 50.049 מיום 1.1.72. ההנחיה בעניין יחסי מין בין בני אותו מין שיקפה את עמדתו הרשמית של היועץ המשפטי מאז שנת 1956 (ראה גביוון, לעיל הערה 60, בע' 156). הנחיות דומות ניתנו לגבי עבירות של נסיון התאבדות, הפלות מלאכותיות ובעילה אסורה של קטינה, כאשר זו נעשתה בהסכמה במסגרת יחסי רעות ללא ניצול והפרש הגילים בין החשוד לבין הקטינה לא עלה על שנתיים. ראה א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית מורחבת, תשנ"א) 264.

על המחלוקת בעניין הלגיטימיות של השימוש באמצעי זה לסגירת הפער בין דין הספר למציאות החיים, ראה גביוון, לעיל הערה 60, בע' 156-157; רובינשטיין, שם, בע' 263-264; א' רובינשטיין אכיפת מוסר בחברה מתירנית (תשל"ה) 18-21: R. Yaron "Laws Disregarded" 6 Isr. L.R. 188 (1971).

ולמציאות המשפטית בפועל⁸⁶. רק בשנת 1988 תוקן החוק ועבירות אלה בוטלו ונמחקו גם מן הספר⁸⁷.

כאן נעשה הליך הסיגול וההתאמה של הדין למציאות על-ידי רשויות אכיפת החוק המינהליות. הן אלה שהיתוו, בסופו של דבר, את הדרך למחוקק. במקרים אלה רואה עצמו המשפט הישראלי כמצב של "עת לעשות... הפרו תורתך"⁸⁸.

בחלק הארי מן ההסדרים, שהובאו לעיל, אנו נוכחים לדעת, כי נצחונה של המציאות הוא חלק מתופעה בריאה של דיאלוג מחוייב המציאות בין החברה ומוסדותיה לבין הנורמות העומדות בבסיסה או המשמשות אותה בהסדרים שונים. גישור פערים נעשה יום-יום ושעה ושעה בדרכים שונות.

שישית, יתכנו מקרים בהם אכיפת הדין קשה משום שאוכלוסיית היעד המיוחדת אינה מוכנה לאמץ את הדין או רואה בו התערבות באורחות חייה ללא הצדקה. במקרה זה על החברה להכריע בשאלה אם בכוונתה להניח למציאות לשלוט או לכוף את ידה של המציאות ולהשליט עליה את הנורמות בעל כורחה.

לעיתים, חלק מן הציבור לא הגיע עדיין לרמה התרבותית שהמשפט מגלם. המשפט משליט במקרים מסוימים ערכים וכללי התנהגות המחייבים חינוך, ידע, סתגלנות אישית וחברתית ומסורת תרבותית, שאינם רווחים בקרב חלק מן האוכלוסייה.

כך אנו נתקלים בתחומי חיים שונים, בהם מנסה המשפט הישראלי להשליט נורמות התנהגות אחידות ולשרש נוהגים רווחים. נורמות אלה נתקלות בהתנגדות מצד קבוצות שונות באוכלוסייה. בית-המשפט, המיישם את הנורמות ואמור לאוכפן, מציין את התופעה במטרה להתמודד עמה. פעמים רמת הענישה משקפת את הצורך לשרש תופעה רווחת שקנתה לה שכיחה בציבור או בקהילה מסוימת.

ניתן להדגים תופעה זו בשתי קבוצות של הסדרים משפטיים. הסוג הראשון נוגע לאורחות חיים קהילתיים ועדתיים, כגון: גיל נישואין⁸⁹, ביגמיה⁹⁰, חילול כבוד המשפחה⁹¹ וכיוצא באלה. הסוג השני נוגע להשתרשות נוהגים תת-נורמטיביים, שמקורם בצורך להסתדר ולהתקיים בתנאי מצוקה או במציאות עוינת. לסוג זה ניתן

86. ראה על כך, גביוון, לעיל הערה 60, בע' 157-158.

87. חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988.

88. על הפסוק "עת לעשות לה' הפרו תורתך" ראה ברכות סג א; יומא סא א; תמורה יד ב; גיטין ס א; תמיד כז ב. על משמעותו בהקשר החילוני, ראה א' ויתקון "גבולות הכוח המשפטי" משפט ושיפוט (תשמ"ח) 217, 218: "במקרים לא מעטים דעתנו נוחה דווקא מאי-הפעלת החוק". הדוגמאות המובאות על-ידו הן הימנעות מהגשת תביעות על משכב זכר, כאשר הדבר היה עדיין בגדר עבירה על חוק העונשין, או במקרים של הפסקת הריון.

89. חוק גיל נישואין, תש"י-1950; ע"פ 353/62 אלפניר נ' י"מ, פ"ד יח (4) 200, 217; ע"א 501/81 י"מ נ' פלונית, פ"ד לה (4) 430.

90. סעיפים 175-180 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' י"מ, פ"ד ה 481; ע"פ 596/73 מהמיד נ' מ"י, פ"ד כח (1) 773; ע"פ 203/76 מ"י נ' נאסף, פ"ד לא (1) 189; ע"פ 392/80 מ"י נ' הלוי, פ"ד לה (2) 698; ע"פ 185/82 גורה נ' מ"י, פ"ד לו (1) 85.

91. ע"פ 308/65 טעדי נ' י"מ, פ"ד יט (4) 175; ע"פ 563/79 האדי נ' מ"י, פ"ד לד (2) 618.

לשייך את דיני התכנון והבנייה⁹² ואת דיני הפיקוח על מטבע-חוץ, על מחירים וכיוצא באלה.

9. דין ומציאות – מצבים פתולוגיים

לא אוכל לסיים פרק זה בלי להתייחס לשלושה מצבים פתולוגיים בהם מכופפת המציאות את ידו של הדין שלא בטובת האינטרסים שמן הראוי להגן עליהם. במקרה זה כופה עצמו כורח המציאות על הדין שלא בטובת החברה.

במקרה הראשון, עשוי הפער בין דין למציאות אכפתו לנבוע ממגבלה פרגמטית, שאין מקורה בהתנגשות עקרונית או אידיאולוגית ואין היא נובעת מפער ענייני בין הדין למציאות. אכיפה עשויה שלא להיות אפשרית עקב העדר משאבים ומתוך הכרה כי השקעת המשאבים באכיפת הדין אינה עומדת בשום יחס לסיכויי האכיפה ולחומרתה של התופעה. כאן כניעת הדין לפני המציאות נובעת ממגבלות המציאות. כך, למשל, הוחלט בשלב מסויים, על רקע מימדי התופעה וחוסר יכולת אכיפה, שלא להעמיד לדין מי שמשך שיקים ללא כיסוי באופן מזדמן⁹³.

דוגמא בעלת אופי אחר מתייחסת לחוקים שמן הראוי היה לאוכםם בכל חומרתם. לאלה ניתן לשייך את חוקי התנועה, כמו גם את דיני איכות הסביבה. אולם סדרי העדיפויות התקציביים משאירים את אמצעי האכיפה להודנב מאחורי דברי חקיקה אלה ולהניחם במקרים רבים לחסדם של ארגונים וולונטרים או של מתנדבים פרטיים. ללא אמצעי אכיפה בעלי משמעות הופך חלק מחוקים אלה לאות מתה.

במקרה השני, תלוי הכשלון באכיפת החוק בקולרה של החברה המתקשה ליישם את הנורמות על המציאות הנתונה. זו אחת התופעות הקשות של החברה הישראלית. הפער בין הדין למציאות נובע מתת-נורמות שהשתרשו בחברה הישראלית והפכו להיות מקובלות על חלק מן הציבור. בין שהדבר נובע מתוך אטימות, בין מתוך שחיתות ובין מתוך אידיאולוגיה 'שבטית' של מרכז-כוח (קליקות) הרואות עצמן חופשיות מן הדין ומבקשות לכפות על המציאות את הערכים שלהן או להשלים עם הפרת הדין בשל האידיאולוגיה האמורה. על הטעמים לתופעה קשה זו עמדתו במקום אחר⁹⁴. הצבעתי שם על גורמים רבים לתופעה זו. החל מקו מדומה שנמתח על בסיס מורשת המדינה שבדרך ועד למסרים הכפולים, שמוסרת החברה ובמקרים מסויימים גם הנהגת המדינה, המחבלים ביכולת ההטמעה וממילא ביכולת האכיפה של נורמות. תופעות אלה ואחרות כמותן יוצרות אצל ציבור ניכר של ישראלים, איזו 'קריצת עין' לגבי כל מוסד המשפט ביחסו אל המציאות⁹⁵.

92. הלכת רובינשטיין, לעיל הערה 52, בע' 141א: אף שניתן להבין את מצוקתה של העותרת ואף אם נכנסה היא למיצר בעקבות נהג בעבר או עמדה מקובלת של מי שהתיימר ליעץ בכגון דא מטעם המשיבות (הגדלת אחוזי בנייה באמצעות שיטת חישוב מסויימת המנוגדת לחוק – אר"צ) קצרה ידו של בית-המשפט מלהגיש לה את הסעד המבוקש שיהא נוגד את החוק.

93. ראה גביוון, לעיל הערה 60, בע' 163.

94. ראה לעיל הערה 3, בע' 709–715.

95. על מערכות השיפוט והמשפט השונות החלות על תושבים שונים של השטחים המוחזקים ועל משמעות התופעה מבחינה משפטית וערכית ומבחינת השפעתה על שלטון החוק ויכולת אכיפתו, ראה א' רובינשטיין "מעמדם המשתנה של ה'שטחים': מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי"

במקרה השלישי, תכפה המציאות את עצמה על הדין, בעל כורחו, כאשר גורם הזמן הוא קריטי, מחד גיסא, והשמירה על הסטטוס קוו, ההמשכיות, היא אחד האינטרסים המוגנים המרכזיים, מאידך גיסא. במקרים רבים מדובר בדיני נפשות. אדגים בסוגייה נקודתית, אך מאפיינת. ילד הוצא מהוריו הטבעיים לאימוץ בהסכמתם. כעבור יומיים הם החליטו להנשא ושינו את דעתם. כל המוסדות בשיטה, בין אלה המקצועיים ובין אלה השיפוטיים, פעלו באיטיות והניחו לזמן להכתיב את התוצאה. הילד נשאר אצל המאמצים למרות שבית המשפט קבע במפורש, תוך הטחת ביקורת נוקבת, שאילו הכל היה מתנהל בטווח זמן ראוי ונכון היה הילד מחזור להוריו הטבעיים, שהם בעלי מסוגלות הורית ראוייה⁹⁶.

כאן הכתיבה המציאות את התוצאה. הדין פעל לפי תכתיב המציאות כדי להקטין את הנזק. אולם גישור הפער שנפתח בין הדין למציאות לא מנע עיוות דין. הרשויות שנתנו למצב זה להתפתח חייבים להטמיע את האתוס שהזמן הוא חלק מן הדין, שהדין מחייב אותם לפעול במהירות ולמנוע מן המציאות להכתיב את התוצאה.

10. דין ועקיפתו

הפער בין הדין לאכיפתו, דהיינו, בין הדין למציאות, עשוי לנבוע מטעם אחר, עקרוני ואידיאולוגי. ישנם מצבים בהם אין החברה מעוניינת באכיפת החוק (חוקים הקרויים חוקים דתיים, למשל, או חוקים האוכפים מוסר), בין משום שהם משקפים אידיאולוגיה או ערכים שהחברה אינה חפצה ביקרם ובין משום שהם משקפים תפיסה אחרת על מידת אכיפת מוסר באמצעות נורמות משפטיות.

גם עניין זה מעורר את סוגיית סגירת הפערים. כמסגרת יישומו של הדין במציאות מסוימת או בנסיבות אינדיבידואליות שונות עשוי להיפתח פער עקרוני, ולעיתים אף מרחיק לכת, בין דין הספר לדין החיים.

הרבה טעמים לכך שהסדר משפטי נשאר עלי ספר ואינו מיושם במציאות. על חלק מהם עמדנו לעיל. יתכן גם תהליך הדרגתי של כרסום בנורמות, שלא חדר עדיין לתודעה הממסדית, או תהליך אחר שאין הנורמה מצליחה להדביק את המציאות. אולם יתכן בהחלט גם הסבר אחר. לעיתים, הכרעות אידיאולוגיות מרכזיות אינן בשלות להכרעה והתשובות המשפטיות הן פרגמטיות וספורדיות והן פרי הפשרה בין העקרון לתוצאה. במקרים אלה עוקפת המערכת המשפטית את ההכרעה האידיאולוגית. היא נותנת תשובה פרגמטית עמה ניתן לחיות בלי להזקק להכרעה במאבק התרבותי שלא תמיד המשפט מסוגל להכריעו ולא תמיד הוא המוסד המתאים לעשותו.

לעיתים, אין בכוחם של המוסדות הסמכותיים בחברה להשלים את ההליך הפורמלי, המחייב שינוי אידיאולוגי או הכרה סימבולית. הפתרון הוא פשרה בין דין הספר לבין המציאות. ההסדר המשפטי ממשיך להיות מונצח עלי ספר. בכך הוא מספק במידת מה

עיוני משפט יא (תשמ"ז) 439, ראה במיוחד ע' 448-450, 455-456 ("כך הולך ונוצר בשטחים משפט מיוחד - משפט המובלעות היהודיות - השם לאל את רעיון התחולה הטריטוריאלית של דיני החוקה הלוחמתית" שם בע' 450); א' רובינשטיין "ישראל והשטחים: סמכויות השיפוט" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 415, ראה המסקנה בע' 456-457.
96. ע"א 546/89 פלונים נ' י"מ, פ"ד מה (1) 185.

את הגורם השמרני בחברה. אולם במציאות ההסדר עלי ספר הוא הלכה ואין מורין כן. בכך הוא מספק במידת מה את הגורם הדינמי בחברה. אפשרה בין הדין לבין המציאות היא פשרה שבין העקרון לבין יישומו בפועל, פשרה שבין ההשלמה עם המציאות לבין הענקת לגיטימציה לשינוי, פשרה בין האידיאולוגיה לבין התוצאות הלכה למעשה. בסוגיית עבירות המוסר בין בגירים מסכימים ראינו כיצד פער בין היסוד השמרני בחברה לבין היסוד הליברלי הכתיב סגירת פערים באמצעות פשרה בין שימור הדין עלי ספר לבין המנעות מאכיפתו⁹⁷.

דוגמא זו של פשרה בין הדין לחיים בעבירות מוסר לא על עצמה בלבד ללמד היא יצאה. היא מלמדת על תופעה רחבה יותר של חתירה להשלמה בין ההשקפה האידיאולוגית וההתנהגות הרווחת ונציבור לבין הדין הנוהג. כמהלך הדרך נוצרים תהליכים הדרגתיים של סגירת פערים ברמות שונות ובכיוונים שונים. נוצר תהליך הדרגתי של סגירת פערים באמצעי חקיקה ישירים או עקיפים ובאמצעי פסיקה עקיפה⁹⁸.

כך ניתן לאפיין את המצב המשפטי בתחומים שונים של דיני המשפחה בישראל. יכולת השינוי הישירה בדרך החקיקה מוגבלת עקב אילוצים שונים, בין השאר גם פוליטיים. המסגרות החברתיות והפוליטיות אינן אוצרות די כח כדי להביא תמורה ישירה במצב המשפטי. במקביל, הפער בין הנורמות לבין ההצדקה החברתית שלהן וההתנהגות בפועל של רוב הציבור ממשיך להתקיים ואף הולך ומתרחב. במצב כזה הולך ומתפתח בשיטה המשפטית, בעיקר באולמות בית המשפט, הסדר משפטי הרחק מן המסדרונות הפוליטיים, מעבר להישג ידם של ההסדרים הקואליציוניים ומחוץ לטווח האור של זרקורי הכנסת. ההסדר חותר להשגת פשרה בין הנורמות הקיימות, הדין הכתוב, לבין המציאות הרווחת הזוכה גם לגיטימציה חברתית⁹⁹.

פשרה זו מקרבת את האידיאולוגיה והמציאות היומיומית לדין הנוהג. אולם בד בבד עם סגירת הפערים האמורה וכחלק בלתי נפרד מן התהליך האמור נוצר מחדש מרחק בעל אופי שונה בין דין הספר לדין החיים¹⁰⁰. דין הספר אינו משתנה. הוא נשאר במתכונתו הראשונית. בכך יוצאת הגישה השמרנית ידי חובתה הפורמלית. הדין הנוהג משתנה באופן חלקי ובאופן הדרגתי. בכך מקבלת הגישה החדשה את סיפוקה החלקי. שתי הגישות יוצאות וחצי תאווה בידן. אולם ההכרח בל יגונה.

“פשרה המבוססת על דואליות משפטית (דין הספר ודין החיים) נמשכת וחייבת להמשיך כל עוד בידי העמדה השמרנית מתרכז כוח המאפשר לה למנוע מן העמדה הליברלית למצוא ביטוי מפורש בחוק”¹⁰¹.

כבר ראינו כי פער בין הדין לאכיפתו עשוי לסמן משבר חברתי שעניינו מצוקת הדין או חולשתו. מאידך גיסא, עשוי גם פער בין הדין לאכיפתו לשקף מדיניות מכוונת

97. ראה לעיל בטכסט סמוך להערות 83-87.

98. בסוגייה זו ראה, א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קורש לחול (תש"ן) 210-215.

99. M. Rheinstein *Marriage Stability, Divorce and the Law* (Chicago, 1972) 31, 46-49, 56, 247, 251-262, 311-313, 406; W. Friedmann *Law in a Changing Society* (2nd ed., London, 1972) 25-32.

100. Rheinstein, *supra* note 99, at p. 29-30, 51 et seq.

101. Rheinstein, *supra* note 99, at p. 258.

ורצויה של התאמת המציאות לדין בדרך של סגירת פערים ביניהם. האפשרות השניה מתקיימת בשעה שהדין אינו הולם את המציאות ואין אפשרות להתאימה אליו. במקרה זה פסיקה, כמו גם הוראות מינהל, 'סוגרים את הפער' דווקא באמצעות הנצחתו בדרך של המנעות מאכיפתו של הדין במציאות הנוהגת בדרך של פרשנות או בנקיטת דרכי עקיפין שונות. במקרים אלה, סגירת הפער בין הדין למציאות אינה גוררת אחריה התאמת הדין למציאות, אלא היא נעשית באמצעות הרחקת המציאות מן הדין. דיני המשפחה בשיטות משפטיות רבות בעולם נאלצו לנקוט בעבר אמצעים שונים לשם השגת המטרה של סגירת הפערים בין הדין למציאות¹⁰². בין היתר נעשה שימוש באמצעים משפטיים מסויימים למטרות שונות מאלה שיועדו להם במקור. כך עשו שימוש בדרכי עקיפין כדי להשיג התרת נישואין בשיטות שלא הכירו בגירושין בהסכמת הצדדים¹⁰³. תשלומי מזונות שימשו אמצעי לחלוקת רכוש ולהשוואת מה של זכויות האשה לעומת הבעל במסגרת שיטות שדגלו בהפרדה רכושית בין בני זוג שיש בה קיפוח של האשה¹⁰⁴.

בחברה דמוקרטית, כמו במדינת-ישראל, בלתי אפשרי הוא להטיל הסדר משפטי על חברה עוינת או מסתייגת. המתח בין הנורמה המשפטית לנורמה החברתית אינו יכול להיות גדול מדי¹⁰⁵. דרך סגירת הפערים בחברה כזו במציאות הישראלית הנתונה היא בלתי נמנעת. ואכן, מאז קום המדינה נוקט המשפט הישראלי ביוזעין טכניקה זו של סגירת פערים בסוגיות שונות מתחום דיני המשפחה, ובין היתר: הרכבת דיני ראיות וכללי הפרוצדורה האזרחית על הדין הדתי המהותי בהידונו בבתי המשפט האזרחיים, הרחבת ההכרה בזכויות הידועים בציבור, תחום הקידושין פרטיים, הכרה בנישואין אזרחיים שנערכו בחיקו של משפט זר, יצירת חזקת שיתוף הנכסים בין בני-זוג ועוד. ניתן להביא שתי דוגמאות בולטות של הימנעות מרחיקת לכת מאכיפת הדין הדתי, באמצעות 'קפיצת דרך' משפטית, שטעמיה המשפטיים מוסברים רק על רקע המגמה של סגירת פערים וקירוב הדין למציאות.

הדוגמה הראשונה היא יצירת חזקת השיתוף בעקבות ביטול דין נכסי מלוג במשפט הישראלי הנוהג לאור פרשנות חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951. בית המשפט לא הסתפק בביטול ההלכה של הדין הדתי, אלא הגיע למסקנה, תוך קפיצת דרך

102. ראה שיפמן, לעיל הערה 77.

103. Rheinstein, *supra* note 99, at p. 29, 46-49, 56 et seq., 247 et seq.; Friedmann, *supra* note 99, at p. 251-252; R. König *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 4, Persons and Family, Ch. 1, Sociological Introduction (Tubingen) 66; J. T. Oldham "Is the Concept of Marital Property Outdated?" 22 *J. of Fam. L.* (1983-4) 263, 270.

104. I.F.G. Baxter *Marital Property* (Commulative Supplement, 1988) 139; M. A. Glendon *The New Family and the New Property* (Toronto, 1981) 68; L. J. Weitzman, *The Divorce Revolution* (New-York, 1985) 146 וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (תשי"ז) 91-92, מכנה שיטות עקיפין כאלה בשם ה"כזב הקדוש". הוא נוחן דוגמא של חבר מושבעים אנגלי שבכדי להציל נאשמת מעונש מיתה על גניבת 40 שילינג מבית מגורים נשבעו כי שטר של 10 שטרלינג שווה רק 39 שילינג.

105. Friedmann, *supra* note 99, at p. 25.

משפטית, כי דיני החוזים והקניין הרגילים יוחלו גם על בני זוג. בעקבות זאת נוצרה חוקת השיתוף¹⁰⁵.

הדוגמה השנייה היא במסגרת התפתחות דין הקידושין הפרטיים. בית המשפט העליון התעלם במפורש מפסק-דינו של בית-הדין הרבני, שלו הסמכות בענייני נישואין, במספר מקרים: כך כאשר פסל בית-הדין עדים מתלמי שבת. כך כאשר הורה בית-הדין להמנע מרישום הנישואין במרשם האוכלוסין למרות הקביעה כי לכל אחד מן הצדדים אסור להנשא מחדש ללא גט. וכך גם כאשר בית-הדין נמנע מהכרעה עקב ספקות עובדתיים שקיננו בו על בסיס הראיות שהובאו לפניו. בעשותו כן, תוך 'קפיצת דרך' משפטית, חתר בית המשפט לסגור את הפער בין הדין הדתי המחייב לבין המציאות הנוהגת והאידיאולוגיה הרווחת בחברה, שאינם מוכנים להשלים עם איסורים דתיים מטעמים פולחניים¹⁰⁵.

יש להניח, כי תהליך זה של סגירת הפערים מונע משבר חריף בין הציבור למערכת הדתית, מרכז התנגשויות חזיתיות בתחום ענייני הנישואין והגירושין וכולם את התביעות הרדיקליות יותר לשינוי כללי של השיטה ולהנהגת נישואין אזרחיים בישראל.

הדרך של סגירת פערים היא פתוחה ורחבה. הפעלחה על-ידי המחוקק נוגעת למידת הכוח הפוליטי שהוא מסוגל לרכז. יישומה על-ידי בית המשפט מותנה במגבלות החוק, במדיניות המשפטית, במידת המצוקה ובהיקפה, דהיינו: באילוצים המיוחדים שזימנה השיטה בסוגיה הספציפית נשוא הדיון, ובמידת חופש התמרון שבית המשפט מוכן ליטול על עצמו בתחום זה של ענייני הנישואין והגירושין¹⁰⁶.

הסדרים דומים של עקיפת הדין באמצעות אכיפה סלקטיבית ובאמצעות נקיטת דרכים שונות כדי להתחמק מהוצאה לפועל של דינים התפתחו על-ידי רשויות האכיפה המינהליות ובתי המשפט בהיבטים שונים של תחום יחסי הדת והמדינה בישראל.

במקרים אלה גם הופגן שיתוף פעולה בין הרשויות המינהליות לבין בית המשפט. כך, למשל, העלימו הרשויות המקומיות עין מפגיעה בחוקי העזר העירוניים, האוסרים פתיחת בתי קולנוע בשבת באיזורים מסויימים. הרשויות נמנעו ממיצוי הדין ולא אכפו את חוקי העזר. בית המשפט הגבוה לצדק, בהקפידו עם העותרים על זכות עמידה דווקנית, לא הכיר באינטרס רגשי של אנשים דתיים כיוצר אינטרס ממשי וישיר ונמנע מהענקת זכות עמידה. הוא גם לא הכיר באינטרס של אכיפת חוק העזר במקרה כזה כמצדיק מעורבות שיפוטית¹⁰⁷.

אולם באיזורים אחרים פעלו רשויות האכיפה בתריצות ואכפו את חוק העזר. אכיפה סלקטיבית מכוונת זו של הוראות חוקי העזר השיגה פשרה בין הציבור הדתי לציבור שאיננו דתי על בסיס איוון בין הדין לבין המציאות. בהעדר אפשרות בידי כל אחת מן הקבוצות החברתיות הפוליטיות לכפות אידיאולוגיה שלמה מסתפק כל צד בהשגים

105. א. על סוגייה זו ואסמכתאותיה, ראה א' רוניצבי יחסי ממוון בין בני זוג (תשמ"ב) 220-223.
 105. ב. על סוגייה זו ואסמכתאותיה, ראה פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל, כרך א (תשמ"ד) 228-235; רוניצבי, לעיל הערה 98, בע' 183, 196-197, 296, 312, 341-343.
 106. על בעיותיה של סגירת פערים, על אמות המידה הנקוטות בידי בית המשפט, כמו גם המחוקק, ועל גבולותיה, ראה רוניצבי, לעיל הערה 98, בע' 313-344.
 107. בג"צ 161/70 זק"ש נ' ראש העיר פתח תקוה, פ"ד כד (2) 698.

חלקיים. הישגו של הציבור הדתי הוא סימבולי בחלקו הגדול ומעשי בחלקו הקטן יותר. הוא מסתפק בהסדר הנורמטיבי שבחוק ובאכיפתו החלקית. הישגו של הציבור שאינו דתי הוא בהמנעות משמעותית מאכיפת החוק וביכולתו לממש את האידיאולוגיה שלו בפועל במידה רבה של חירות.

אולם האיזון בין הדין למציאות נקנה בפועל על חשבון הפלייה נגד בעלי בתי קולנוע מסויימים ועל חשבון הסדר המוסר מסר כפול בדבר שלטון החוק¹⁰⁶.

כתחום המגע שבין הדת למדינה נקטו בתי המשפט בטכניקה של סגירת פערים בין הדין למציאות גם באמצעות פירוש משתנה, צר או רחב, של הוראות החוק, הכל בהתאם למטרה של צמצום ההגבלות המוטלות על תושבי המדינה מטעמים דתיים. הם פרשו באופן צר סעיפים בחוקים המסמיכים הטלת הגבלות מטעמי דת ובאופן מרחיב סעיפים בחוק הקובעים סייגים המאפשרים סטייה מן ההגבלות הדתיות.

כך, למשל, צומצם סוג הפעילות והקף העסקים לגביהם הוסמכה רשות מקומית להגביל את הפעילות בימי המנוחה באופן שהוציא תחנות דלק מן ההגבלה האמורה¹⁰⁹.

לאחרונה המשיך בית המשפט בקו זה ופרש בצמצום את חוק העזר העירוני בנתניה, הזוהה בלשונו לרוב חוקי העזר העירוניים, האוסר פתיחת "בית עינוג" ביום מנוחה¹¹⁰.

בית המשפט נמנע, למעשה, מלדון במשמעותו של התיקון לפקודת העיריות (מס' 40), התשנ"א-1990 (חוק ההסמכה), אשר התיר לעיריה לסגור בתי קולנוע בימי מנוחה "בהתחשב בטעמים שבמסורת דתית". בית המשפט נקט בדרך הפרשנית. הוא קבע,

כי, "פעילות תרבות וחינוך" בחוק העזר, המאפשרות פתיחת בתי עינוג בימי המנוחה, משתרעות גם על בית קולנוע, הנכלל בהגדרת בית עינוג. הקרנת סרטי קולנוע נכללת בין ענייני התרבות והחינוך ומשום כך אין האיסור בחוק העזר משתרע עליהם. דרך של פרשנות צרה ומצומצמת לחוקי עזר האוסרים פתיחת חנויות או בתי עינוג בשבת, שהנחתה את בית המשפט, לצמצום ההגבלות מטעמי דת לפני כ-25 שנים, מנחה אותו גם בהכרעה החדשה בימים אלה.

מאידך גיסא, פורשה בהרחבה ניכרת סמכותה של הרשות המוסמכת להעניק היתרי עבודה בשבת¹¹¹.

לשם השגת תכלית של סגירת פערים במטרה לצמצם את ההגבלות מטעמי דת השתמש בית המשפט דווקא בטעמים פורמליים שונים. הוא נמנע מלבדוק את חוקיותו של הסדר להענקת היתרי עבודה בשבת מן הטעם שקיום ההסדר במשך שנים לנחותות חלק מן הציבור אינה מצדיקה, מטעמי צדק, את בחינתו לאחר זמן כה רב¹¹². הוא גם הגביל את זכות העמידה של עותרים, שבססו את זכותם על השקפה אידיאולוגית או על אורח חיים דתי¹¹³.

108. A. Rosen-Zvi "Freedom of Religion: The Israeli Experience" 46 *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* (Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg) (1986) 213, 215.

109. ע"א 217/68 יזראמקם נ' מ"י, פ"ד כב (2) 343.

110. בג"צ 5073/91 תיאטראות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה (טרם פורסם).

111. בג"צ 171/78 אשכר נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לו (3) 141.

112. בג"צ 80/70 אליצור נ' רשות השידור, פ"ד כד (2) 656, 649.

113. ראה, בין היתר, הלכת זק"ש, לעיל הערה 107; בג"צ 287/69 מירון נ' רשות השידור, פ"ד כד

המעניין הוא, כי בתחומים אלה של התאמת הדין למציאות נוטה בית-המשפט, עד היום הזה, לנקוט באמצעים פורמליים. נקיטת אמצעים אלה מאפשרת לו להמנע מהכרעה ערכית ולהציג, במקרים לא מעטים, את ההחלטה כנייטרלית מבחינה ערכית, כהכרעה מקצועית גרידא. בתחום זה אין בית-המשפט בשל להכרעה ערכית והוא מעדיף להמנע מהכרעות אידיאולוגיות. ההיבט הערכי מוצא את ביטויו בקביעת עקרון הפרשנות המצמצמת לנוכח עקרונות היסוד של חופש המצפון. אך ההאחזות בפרשנות, תוך המנעות מהתמודדות חזיתית במאבק בין חופש המצפון מול האינטרס של הציבור הדתי, נובעת מרתימת הפורמליזם בשירות הערכים בלי להכריע במפורש במחלוקת האידיאולוגית, תוך נסיון להסתתר מאחורי נימוקים נייטרליים ומקצועיים כביכול. ישנו, כמובן, גם דוגמאות אחרות של הכרעה ישירה ומהותית, בעיקר בתחומים שנוגעים לשוויון האשה ולדיני משפחה, אולם האמצעים הפורמליים הם בולטים וניכרים בתחום זה.

בית-המשפט מסוגל לסגור פערים, שהמחוקק אינו מסוגל להם. בית-המשפט, הנהנה מאימון הציבור, זוכה גם, הלכה למעשה, לברכתו השקטה של המחוקק. מאחורי הקלעים' ובלי מעורבות פוליטית אידיאולוגית בולטת הצליח בית-המשפט, באמצעי עקיפין, לסגור חלק מן הפערים בין הגישה הדוגלת במעורבות בין הדת למדינה לבין רצונו של רוב הציבור בחופש מצפון¹¹⁴.

דוגמה יפה אחרת לסגירת פערים בין דין למציאות על בסיס פשרה בין אידיאולוגיה להתנהגות משמשת סוגיית הפסקת הריון¹¹⁵. ההסדר מתקיים תוך שיתוף פעולה בין שלוש הרשויות: המחוקק, המינהל ובית-המשפט. סעיף 313 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, קובע את העקרון האוסר הפסקת הריון. האידיאולוגיה הפוריטנית, מנת חלקו של הציבור המתנגד להפסקת הריון, באה בכך על סיפוקה במישור העקרוני. סעיף 316 לחוק מחדיר בעקיפין אידיאולוגיה ליברלית באמצעות הסדר פרגמטי. הוא קובע שורה של עילות המצדיקות הענקת היתר להפסקת הריון. הענקת היתר מופקדת בידי המינהל באמצעות ועדות, הכוללות אנשי מקצוע בלבד¹¹⁶. הצלע השלישית של ההסדר הוא בית-המשפט, אשר בפסיקתו הגן על זכותה של האשה על גופה ללא מעורבות מצד הבעל וללא מעורבות מצד ההסדר הדתי במסגרת דיני המשפחה. בית-המשפט קבע, כי הוראות חוק העונשין ממצות את הסדר הסוגיה של הפסקת הריון¹¹⁷.

גם במקרה זה העדיף בית-המשפט הכרעה בסכסוך מתוך הענות למצוקות היחיד והציבור בלי להתערב במאבק האידיאולוגי. הוא עקף את המחלוקת, למרות שתוצאת הכרעתו הטתה את כף המאזניים לכיוון האידיאולוגיה האזרחית, להבדיל מן הדתית.

11. סוף דבר

הצבעתי על מערכת היחסים המסועפת והמורכבת בין הדין למציאות, על יחסי הגומלין

(1) 337: בג"צ 332/70 זלצבורג נ' ראש עיריית אשקלון, פ"ד כד (2) 537: בג"צ 348/70 כסיר

נ' המועצה הדתית אשקלון, פ"ד כה (1) 685.

114. A. Rosen-Zvi, *supra* note 108.

115. על סוגייה זו, ראה רוזנצבי, לעיל הערה 3, בע' 705.

116. סעיפים 314-315 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

117. ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה (3) 57.

ועל האיוון. פעמים רבות אנו חשים, כי יש לנו יותר מדי משפט באמתחתנו ופעמים אחרות כי המשפט שותק כאשר מתבקשת תבונתו והנחייתו. גם הפער בין הדין לחיים אינו משקף רק פתולוגיה של תת-נורמות שהשתרשו בחברה וידם גברה על המשפט מזה או של חוסר הסתגלות המשפט למציאות מזה. לעיתים מתקיים מרחק מבורך בין דין למציאות בין באותם תחומים שמן הראוי שהמשפט ימשוך את ידו מהם ובין במקרים בהם משמש היחס בין דין הספר לדין החיים ביטוי לסגירת פערים נדרשת.