

תרבות של משפט* (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)

מאת
פרופ' אריאל רוזנצבייך**

1. ראשית-דבר
2. על תרבות ומשפט
3. חינוך ומשפט
4. הנורמה המשפטית והטמעת ערכים
1. כללי
2. מעורבות-יתר
3. מעורבות-חסר
4. דין הספר ודין החיים
5. המשבר הכפול באכיפת החוק בישראל
6. סיכום
7. אחרית-דבר

א. ראשית-דבר

התודעה התרבותית חייבת ללוות תדיר את העשייה המשפטית של המערכות המשליטות נורמות, מיישמות אותן או אוכפות אותן. תודעה זו היא בעינינו אחד השיקולים המרכזיים בעשיית משפט. המחוקק, כמו גם בתי-המשפט, חייבים לבחון את גידת יחסי-הגומלין בין המשפט לבין התרבות בכלל, כמו גם את ההשפעה של המשפט על התרבות בפרט, ולהסיק את המסקנות המתחייבות מכך.

הנושא הינו רחב מיני ארץ. ברשימה זו לא אוכל לעסוק בכל ההיבטים הרבים והשונים של תרבות של משפט, ולכן לא אוכל לגעת אלא בשוליו של הנושא. בדברים הבאים שרק משום פתיחת דיון והצגת מקצת רעיונות ראשונים, הזקוקים לבדיקה רבה כמו גם להרחבה ולהעמקה. מטרת הדברים הינה להחדיר שוב לתוך מסגרת הדיון המשפטי, בקהילה המשפטית הישראלית ובמסגרת החברתית הרחבה יותר, את השפעת ההיבט התרבותי על המשפט ועל אופן התפתחותו.

רשימה זו עיקר מעיינה הוא ביחס שבין מעורבות משפטית, ובעיקר שיפוטית, לבין הטמעת ערכים בחברה. היחס בין הנורמה המשפטית לבין המערכת החינוכית והמערכת המתייחסת להטמעת הערכים בחברה היא השאלה המרכזית בהקשר זה. שאלה זו נוגעת ביחסו של המשפט אל עצמו ואל מעמדו בחברה. המשפט מועמד ביחסו לעקרונות פעולה תרבותיים אחרים וביחסם אליו.

אתמודד עם סוגיות מספר כלבד. הרשימה תתרכז בהיבטים שונים של מעורבות שיפוטית (מעורבות-יתר ומעורבות-חסר), במעלותיה ובחלק מבעיותיה וביחסי-הגומלין

הרשימה מבוססת על הרצאה שנישאה במעמד קבלת פרס צלטנר לשנת תשנ"ב. תודה לחברי פרופסור חיים גנז ופרופסור פנינה להב, שחלקו לי מחוכמתם והזאלו להאיר ולהעיר. פרופסור מן המניין, דיקאן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

שבין המעורבות השיפוטית מזה לבין אכיפת הדין, הלכה למעשה, מזה. בהיבטים אלה אבקש לבחון גם את היחס בין משפט למערכת החינוכית והחברתית של הטמעת הערכים בחברה.

אצביע על כך, שמעורבות שיפוטית אינה תמיד ערוכה לחינוך לערכים או להטמעתם. במקרים מסוימים, מעורבות שיפוטית עשויה להיות בעייתית דווקא באחד ההישגים המרכזיים שאליהן היא חותרת: הטמעת נורמות בחברה וברשויות השלטון. אין לדבר על קו ישר ועל זיקה מוכרחת בין מעורבות שיפוטית להיבט החינוכי, התרבותי, הרחב. שלטון החוק מתבטא הן במעורבות השיפוטית והן באכיפת החוק בכללותה. פער בין שני מרכיבים אלה אומר דרשני, והוא מחייב התמודדות במישורים של התאמה, של הערכה ושל היערכות בתחומים רחבים יותר.

עוד אדגיש, כי גם למעורבות שיפוטית יש מחיר. נטיית ליבנו היא להטיל תמיד על בית המשפט את התפקיד לתקן את המעוות ולאורך חזית רחבה. אולם, בצד היתרונות הרבים של עמדה זו, יש להיות מודעים גם לכך, שאין "ארוחות חינם". במקרים שונים ובעניינים מסוימים, צילתה של המעורבות השיפוטית מרובה מחמתה. לשם העמדת הדברים בהקשר רחב יותר, אפתח בהקדמה קצרה ובהכרח חלקית מאוד ובעלת אופי מבואי בלבד בשאלת היחס בין תרבות ומשפט.

ב. על תרבות ומשפט

אחד מחשובי האנתרופולוגים מגדיר את התרבות כ"שלמות מורכבת, הכוללת את הידע, האמונות, האמנות, המוסר, המנהגים ושאר הכישורים וההרגלים, שאדם רוכש בחזקת חבר בחברה." בין כל אלה כלולות נורמות ההתנהגות בחברה בכלל והמשפט בפרט. המשפט הוא אחד המרכיבים של מכלול התרבות; אולם הוא ניתן לבחינה לא רק כאחד ממרכיבי התרבות. למשפט משמעות רחבה ומקיפה מאוד.¹ המשפט הוא ביטוי של תרבות והמשפט גם משפיע על התרבות. במסגרת מעמדו זה, מתקיימים יחסי-גומלין בין התרבות הכללית לבין המשפט.

כל משפט תלוי ומותנה בתרבות המיוחדת שמתוכה צמח. המשפט הוא פרי התרבות הלאומית. המכונה המשותף למשפטי כל העמים בכל התקופות הוא יחסי-גומלין שבינם לבין התרבויות שבתוכן צמחו: כל תרבות וצרכיה ודרישותיה המשפטיות, והמשפט יוצא ידי תפקידו אך במידה שהוא ממלא צרכים ודרישות אלה.² לכאן ניתן גם להסמך את ה"אקסיומה" המפורסמת של השופט ש' אגרנט, בבג"צ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים:

"את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו."

- 1 ראה הגזרתו של E.B. Taylor, המשמשת בסיס לכל הגזרות התרבות במאה העשרים, האנציקלופדיה העברית (י' פראוור עורך, תשמ"א, כרך לב) 1056.
- 2 ח' ה' כהן המשפט (תשנ"ב) 72.
- 3 וראה תורתו של יוסף קוהלר, המלומד היהודי הגרמני בן ראשית המאה הזו. שם, בע' 55-56.
- 4 פ"ד ז(2) 871, 884.

ל קבוצה תרבותית ממששת את עצמה על-פי ייחודה החד-פעמי. כאמצעות אותה צה נתונה, זוכים ערכים מסוימים המאפיינים אותה לביטוי של יתר עוצמה וכולטות הם זוכים בקבוצות אחרות.

מושג "תרבות" משמעויות רבות. שתיים מהן כאילו נוצקו בתבנית המשפט, כאשר זולמות דרכי העברת נורמות והנחלתן, בין אם אלה נורמות משפטיות ובין אם אלה זות מוסריות. הראשונה נוגעת באחד מאופני התרבות, הזיינו: התרבות כמנגנון נגלות של אדם לסביבתו וכדפוסי התנהגות המקובלים בקבוצה אנושית. השנייה יחסת לאופן הנחלתה של המסורת התרבותית, הזיינו: התרבות נלמדת ואינה יימת מתוך תורשה ביולוגית. היא נרכשת באמצעות סמלים. כושרו של האדם ליצור ים ולהנחיל את משמעויותיהם לצעירים הוא שמאפשר את התרבות. אין ספק, כי בשתי מעויות אלה, המשפט הוא מערכת תרבותית והתפתחותו היא התפתחות תרבותית. יתן לדבר על תרבות של משפט במובן הפרטני. למובן זה שתי משמעויות עיקריות: האחת, המשמעות הפנימית⁵ משמעות זו עניינה בבחינת המוסדות המשפטיים ובבדיקת מכלול דפוסי התנהגות במסגרת המשפט ואופניה. בין היתר, ניתן למנות עם אלה את היחס להיסטוריה המשפטית, למסורת הלאומית המשפטית, את אופן ההתפתחות של המערכת המשפטית, את היחסים המוסדיים המשתנים שבמסגרתה וכיוצא באלה.

האחרת, המשמעות ההקשרית. משמעות זו עניינה בבחינת שיטת המשפט כחלק מתרבות של שיטות משפט אחרות: "משפחת משפט, מסורת משפטית ותרבות משפטית."⁶ במסגרת זאת נבחנו, בין היתר, הזיקה שבין המסורת המשפטית הלאומית לבין התפתחות השיטה הקיימת, מחד גיסא, וקווי הייחוד וקווי הדמיון שבין שיטת המשפט הישראלית לבין שיטות משפטיות אחרות, מאידך גיסא. יתן לדבר על תרבות של משפט במובן הכללי. גם למובן זה שתי משמעויות עיקריות: האחת, השפעת המשפט על התרבות הכללית. האחרת, השפעת התרבות על המשפט.

לכל אחת ממשמעויות אלה, מצד עצמה, ניתן להתייחס בשני אופנים: במובן של דרת תכנים וערכים באמצעות המשפט או אליו ובמובן של השלטת דרכי חשיבה ואופני פתחות. כדברי השופט א' ויתקון:

"יש כאן יחסי גומלין. החברה יוצרת את המשפט, אך המשפט יוצר גם את החברה. מבחינה אחת משרת הוא את החברה, שבחברה בו, בהגשמת מטרותיה (שאינן כשלעצמן בתחום המשפט); ומהבחינה השנייה מופיע הוא כגורם בעל אישיות משלו ותורם את תרומתו לעיצוב דמות החברה."⁷

לעולם, המובן הפרטני והכללי שלובים זה בזה; שכן, המובן הפרטני משליך על המובן

על המשמעות הפנימית של תרבות של משפט "כאשכול הנורמות, הריטואלים, ההנחות, המסורות, הז'רגון והתנהגויות דמויות הגילדה של הקהילה המשפטית", ראה: J.W. Johnson, *American Legal Culture* (Westport, 1981) 6.

על שיטת משפט במסגרת תרבות של משפט במובן זה, ראה א' ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"ב) 197.

א' ויתקון "המשפט בארץ מתפתחת" משפט ושיפוט (תשמ"ח) 39.

הכללי ולהיפך. כך, למשל, משליכים היחסים המוסדיים, כמו גם ההיסטוריה המשפטית, על התרבות הכללית בכלל ועל התרבות הפוליטית בפרט. בכך משפיע המובן הפרטני על זה הכללי. מצד אחר, מקיימת התרבות המשפטית יחס ישיר אל ערכי החברה ואל מאפייני תרבותה. כך אוצל המובן הכללי על המובן הפרטני. מבחינה זו, ערכי החברה המערבית משפיעים על ההסדרים המשפטיים, מחד גיסא, ונתמכים בהם, מאידך גיסא.⁸

ג. חינוך ומשפט

בהכללה ובפשטנות רבה ניתן לומר, כי היחס בין חינוך למשפט הוא בעל היבט כפול: חינוכי למערכת המשפטית ופנימי לה.

בהיבט הפנימי, המשפט הוא בעיקרו מערכת נורמטיבית, אולם ניתן לראות אותו כבעל תפקיד חינוכי עיקרי, כמו גם כגורם מרכזי של תרבות. בהיבט הפנימי מדובר, בדרך-כלל, על החינוך שבמשפט, במובן (שהוא חלקי בלבד) של היסוד החינוכי הטבוע במערכת המשפטית. הכוונה היא ליסוד ההרתעה. החינוך שבמשפט נעשה באמצעות הרתעה מוקדמת, הנקלטת על-ידי מסרים מאוחרים של הענשה או אכיפה. אולם להיבט הפנימי יש גם מובן רחב ומקיף יותר. את המשפט עצמו ניתן לראות גם כאחד מגורמי החינוך, כגורם שבכוחו לעורר, לשכנע ולהצדיק עצמו באופן עצמאי ובלתי-תלוי באכיפה.

בהיבט החינוכי, מחייב המשפט השלמה חינוכית והטמעה חברתית. הנחה זו היא אחד מעיקרי היחס בין תרבות למשפט. כל הסדר משפטי שלא הוכשרה הקרקע לקיומו מחייב מאמץ מיוחד. תרבות של משפט מכירה את מקומו של המשפט, את גבולותיו ואת מגבלותיו.

ניתן לחשוב על המשפט במושגים של תרבות טוטלית. אולם לשם כך, המערכת החברתית שבתוכה פועל המשפט והמסגרת הנורמטיבית המחייבת הן בעלות אופי שונה בתכלית. כזה הוא המשפט העברי וכזה היא המסורת של החברה הדתית היהודית ביחס להלכה.

ההלכה היא תיקון האדם בעולם. "רב אמר לא ניתנו המצוות אלא לצרף בהן את הבריות." ההלכה היא תיקון עולם במלכות שדי. "לא ניתנה התורה אלא על-מנת לקדש שמו הגדול."⁹

התפיסה היהודית היא, שהמשפט נובע מאמונה פנימית עמוקה של תיקון עולם במלכות שדי. לא הסדר נורמטיבי גרידא, אלא הסדר חברתי, חינוכי, ארגוני ותכליתי. כדבר המדרש: "כך היה הקב"ה מביט בתורה ובורא את העולם,"¹⁰ "נתייעץ בתורה וברא את העולם."¹¹ רוצה לומר, התורה היא בסיס העולם. הסדר הנורמטיבי קודם לבריאה. תיקון העולם הוא יסוד בריאתו. העולם, ואם תמצני לומר, התרבות, עומד על ההלכה.

הטוטליות של העשייה המשפטית היא הבסיס לחינוך, למרות ולהוויית החיים היומיומית. ההטמעות של מוסר ומשפט, חינוך ודרך התנהגות והעירוב בין עבודת ה'

8 על מרכזיותו של המשפט בתרבות המערבית, ראה א' ברק, לעיל הערה 6, בע' 200-201.

9 בראשית רבה, פרשה מד, א.

10 תנא דבי אליהו, סדר אליהו רבה, פרק כח.

11 בראשית רבה, פרשה א, ב.

12 מדרש תנחומא, פרשת בראשית, א.

לבין משפט אזרחי מייחדים את המשפט העברי לעומת משפטים מודרניים. וכך שנינו במכילתא:

"ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" (שמות, כא א) תניא מניין שחייב הרב לערוך משנתו לתלמידיו כשולחן ערוך, כעניין שנאמר: 'אתה הראת לדעת' ת"ל: 'ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם'.¹³

מדובר איפוא במערכת תרבותית שלמה, הכוללת את כל סדרי החיים ומקיפה את כל ענייני החיים, פשוטה, ערוכה, מסודרת ומתוקנת.

למשפט העברי מקום חינוכי גבוה. למרות שהמשפט העברי הוא ריאלי, ולא אוטופי, הוא מבנה נורמטיבי אידיאליסטי. מטרת המשפט היא לחנך, לטהר, לקדש, לתקן את האדם והעולם. הוא מבקש להשיג אחריות אנושית, סולידריות חברתית, שלמות אישית לפרט והרמוניה קהילתית לעדת המאמינים. הוא תותר לשלמות בין האדם, הקהילה והעולם, באמצעות עבודת ה', המתבטאת בקיום תורה ומצוות. ייתוד ה' ועבודתו כבסיס לכל המערכת הנורמטיבית. הקדושה כיסוד מרכזי בהוויית המשפט ועשייתו.

במשפט העברי, חיי התרבות והרות, הכלכלה והמסחר, כמו גם אורחות החיים, מרושטים ברשת צפופה של נורמות: בין אדם למקום, בין אדם לחברו, ענייני מצפון, זוטות של יומיום וכיוצא באלה. המשפט יזו פרושה על הכל: גם מוסר, גם מצפון, גם צדק חברתי של הגנת החלש והתחשבות בבכריות. אולם בעת ובעונה אחת, באותו דיבור עצמו, המטרה היא, שהכל יוטמע במסגרת החיים מתוך קבלת עול מלכות שמים: "תגבר כארי... לעבודת בוראו."¹⁴

משום כך, אין פלא שהמשפט כולל בתוכו גם את הצדקה, המוסר, הפשרה והחינוך. גדול כוח הפשרה מכוח הדין, ועדיף לפנים משורת הדין מן הדין,¹⁵ וכופין על הצדקה, וכופין על מידת סדום,¹⁶ ודין "ועשית הישר והטוב"¹⁷ משתרע על הכל, ואסור לו לאדם שיהיה נבל ברשות התורה.

כל אלה מעידים על מינון מסוים, פנימי, בתוך המערכת המשפטית עצמה, של היחס בין מעורבות נורמות משפטיות לבין החופש מהן. המינון נובע מתוך תפיסה עקרונית של תפקיד המשפט, כמו גם של ייחודו של הקב"ה בעולם, של ייעודו של העם ושל תפקידם המיוחד של העדה-הקהילה ושל היחיד.

לפנינו מה שנוהגים לכנות משפטיזציה, דהיינו, הסדר מערכות יחסים ותחומי פעולה בדרך משפטית. אולם המתכונת שונה בתכלית מן המקובל בתברות המודרניות. אין זו משפטיזציה במובן השלילי, דהיינו, במובן של הסדר-מסגרת משפטי, המשמש תחליף להסדרים חברתיים ומוסריים. אין זה הסדר משפטי הממצה את ההסדרים החברתיים המוסריים. זו משפטיזציה של ערכים. תפקידה הוא להשליט ערכים בכל תחומי החיים, אין היא מסתפקת בהסדר פורמלי בלבד של המציאות הנוהגת, בכל חלקיה.

יחס אחר בין נורמה משפטית לבין הטמעת ערכים, הבולט בחוסר המשפטיזציה שבו,

1: מכילתא, משפטים, פרשה א, י(א).

1: שו"ע, או"ח, א, א.

1: פירוש הרמב"ן לדברים, ו, יח, בבא מציעא ל, ב; סנהדרין, ו, ב.

1: בבא בתרא, יב, ב.

1: פירוש הרמב"ן לדברים, ו, יח.

המתהדר בהסדר חברתי או מוסרי המסורים לצו מצפוננו של היחיד או להכרעתה של החברה, נמצא בתרבות האתונאית. בהספד לזכר חללי אתונה, בשנת 431 לפני הספירה, עומד פריקלס האתונאי על כוחה של תרבותו מול תרבותה של ספרטה, בין היתר בשני היבטים. מצד אחד, הוא מטעים את חשיבות החוקים:

"אין אנו חיים על-פי חוקה מתחרה בחוקי זולתינו. ויותר משאנו מחקים אחרים אנו משמשים להם דוגמה."¹⁸

מצד אחר, הוא מטעים את היתרון הנובע מניהול חברה שלא בדרך של גזירות וחוקים, מהטמעת ערכים באמצעות מסורת תרבותית:

"ובאמת אם אנו מוכנים לחרף נפשנו מתוך חיי נחת ולא מתוך התכשרות לסבל ועל פי רוח הגבורה הטבועה בהרגלי חיינו ולא על פי גזירת החוקים, הרי יתרים אנו עליהם."¹⁹

ד. הנורמה המשפטית והטמעת ערכים

1. כללי

על בסיס פרקי-מבוא אלה, אבקש לעסוק עתה בסוגיות השונות. לשם כך, אבחן את היבטים השונים, שהעמדתי, בראשית הדברים, במרכז הדיון. קודם לכן, איבחנתי את הסוגיה המרכזית של תרבות המשפט ברשימה זו בבדיקת היחס בין תפקידה של הנורמה המשפטית לבין חלקה של המערכת החינוכית והחברתית בהטמעת ערכים. היבט זה של תרבות המשפט בחברה הישראלית ובמשפט הישראלי הינו בעייתי במובנים מספר.

מצד ראשון, יש חשש של מעורבות-יתר, במיוחד בתחומים פוליטיים, המחייבים התמודדות בעלת אופי אחר מן ההתמודדות המשפטית הצרה גרידא. מצד שני, יש מעורבות-חסר בתחומים מסוימים, המשוועים לפתרון מצוקות הפרט. מצד שלישי, קיים ליקוי חמור בהשלטת החוק במוסדות השלטון ובמערכת הפוליטית ובאכיפתו על הציבור הישראלי.

שני המאפיינים הראשונים מעמידים באור הזרקורים בעיקר את בית-המשפט. הוא הנושא על כתפיו את תרבות המשפט, שעליה אני מבקש לדבר, למול ההסדר החברתי-הפוליטי. המאפיין השלישי מאיר מערכת מוסדית רחבה יותר, כולל את המחוקק ורשויות המינהל בכללן ובפרט את אלה מתוכן האוכפות חוק. אעסוק בכל אחד מן המאפיינים האמורים בקצרה ותוך הדגמה מייצגת.

במסתו "הולדתה של הטרגדיה מתוך רוחה של המוסיקה", מבחין פ' ניטשה בין התרבות האפולינית לתרבות הדיוניסית.²⁰ התרבות האפולינית היא אמנות הפיסול, היא

18 ראה בנספח הראשון לספרו של א' פוקס אתונה בימי גדולתה (מהזרה תמישית, תשל"ה) 242-243. ההספד לקוח מתוך תוקידידס תולדות מלחמת פילופוניס, ספר שני, ל"ה-מ"ו [תרגום א' א' הלוי].

19 שם, שם.

20 פ' ניטשה הולדתה של הטרגדיה, המדע העליון (תשכ"ט).

יסוד המידה, הסדר, הארגון, ההרמוניה, המחשבה והשכל. התרבות הדיוניסטית היא אמנות המוסיקה, היא התלכדות הטבע עם האדם, הקסם המחודש ברית בין אדם לאדם, יסוד הדינמיקה, תאוות החיים, השאיפה לכוח, היצר, השמחה, הדינמיות, הססגוניות וכיוצא באלה.

לעולם צריך המשפט לשלב את שתי התרבויות; ולעולם המזיגה המיוחדת שבין שני אלה מעצבת את תרבותו. יש שפיטה דיוניסטית ויש שפיטה אפולינית. האמן הטוב עשוי ליטות לתרבות אחת ולהעדיפה על פני האחרת. במיוחד עשויה הנטייה לפעול לטובת התרבות הדיוניסטית. השופט הטוב הוא זה הממזג שתי תרבויות אלה.

2. מעורבות-יתר

על רקע הערה זו, אפתח בחשש למעורבות-יתר, שמתאפיין במידה מופרזת של שפיטה דיוניסטית. איני חסיד של פסיביות משפטית בתחום המשפט הציבורי. ההיפך הוא הנכון. מעורבות שיפוטית כלפי הפעילות של רשויות המינהל, בתקופה של הרחבת סמכויות של הרשות, חיונית היא. תרומתו של בג"צ להגנת זכויות הפרט ולהשלטת שלטון-החוק באמצעות האקטיביזם השיפוטי שהוא נוקט בשנים האחרונות הינה חיונית ומרכזית.

במעורבות-יתר כוונתי, למשל, לסוגיה הנוגעת בהשלטת הדין באמצעות בית-המשפט בעניינים "פוליטיים"; ולסוגיה זו איחד את דברי. לטעמי, הפיכת הסכם פוליטי לשפיט, כמו גם פרשנות מרחיבה של מבחן הסבירות לשם בחינת שיקול-דעת מינהלי, בתחומים שאינם נוגעים בהגנת חירויות הפרט, היא השלטת נורמות משפטיות שנוקה מרובה על תועלתה. בוודאי כאלה הם פני הדברים אם יתקבל הטיעון, שנדחה בינתיים על דעת רוב שופטי בית-המשפט העליון, כי "הכל שפיט".

השאלה אינה אם ניתן למצוא טכניקה משפטית פורמלית, שלפיה "המשפט הוא ככל" פורמלית, ניתן לאמץ אמות-מידה (חוקיות, סבירות) שבאמצעותן ניתן לשפוט ולהעריך כל תחום אנושי. השופט א' ברק מצליח לשכנע, כי התשובה הפורמלית לשאלה זו היא חיובית.

"אין שאלה, אשר לא ניתן להלבישה בלבוש של שאלה משפטית כדי להעלותה בערכאות."²²

ויחד עם זאת, יש למנוע גרירתן לערכאות של שאלות שהן ויכוח בנושאי תרבות, חינוך, טעם טוב וכיוצא באלה. אל לו, לבית-המשפט, לדברי השופט (כתוארו אז) מ' שמגר, ליטול על עצמו משימה שאינה יכול וגם אינו צריך לעמוד בה, כגון, באותו מקרה, הפיקוח על תוכנם של שידורי טלוויזיה, "כי לא לכך נועד."²³ כל סכסוך (כלכלי, אישי, חברתי, פוליטי, מוסרי וכיוצא באלה) יכול, באופן עיוני-פורמלי, להיות מושא להתדיינות לפני פורום מעין-שיפוטי ולהיות מוכרע על-פי אמות-מידה שיפוטיות. אולם השאלה אינה פורמלית: היא מהותית. השאלה היא: האם יש

22 כדברי השופט א' ברק בבג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ואש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 855.
23 דברי השופט מ' שמגר (בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 380) המצטט את: C.A. De Tocqueville *Democracy in America* (New York, 1945, Vol. 1) 290.
24 שם, שם.

לשיטה המשפטית ולתרבות החברתית עניין בשפיטותו של כל תחום אנושי או של כל עניין פוליטי? האם ברצוננו להסדיר מערכות שונות על-ידי שיקולים משפטיים? האם ברצוננו להשליט את הנורמות המשפטיות (בתכנים כלשהם או בערכים משפטיים כלשהם) על תחום מסוים?

הנימוק התומך במעורבות שיפוטית מן הטעם שבאין דין אין דין? נכון בדרך-כלל. יש ממש בחשש מפני אוזלת ידה של המערכת המשפטית לאכוף את הדין, ובכך לאפשר לרשות להפרו ללא תגובה. אם החוק אינו מפגין את שלטונו על הכפופים לו, במיוחד ברשויות השלטון, נהפך שלטון-החוק לרטוריקה חסרת ממש, וממילא הוא נעשה פלסטר.

אולם החדרת המשפט אל התחום הפוליטי מותנית בשפיטותה של השאלה. בתחומים אלה, השפיטות קודמת לדין. השאלה היא איפוא: האם רצוי לקבוע נורמות משפטיות לשם הסדר תחום פוליטי מסוים באמצעות קביעת שפיטותה של הסוגיה העומדת לדין? ממילא, קביעת שפיטות השאלה תוך הסתמכות על החשש בדבר הפרת נורמות בתחום הפוליטי היא בגדר הנחת המבוקש, שכן, השאלה היא: האם לקבוע את הנורמות? השפיטות בעניינים אלה קודמת איפוא לדין ואין היא נובעת ממנו. קביעת הנורמות מותנית בשפיטותה של השאלה. בדברים אלה אין הכוונה שהפוליטיקה עומדת מעל החוק או בצידו. ההיפך הוא הנכון. הציות לחוק מחייב את הפוליטיקה, כמו גם את הפוליטיקאים. השאלה היא: האם עניינים פוליטיים מסוימים או תחומים המוגדרים כפוליטיים, שלהם כללי משחק פוליטיים והנתונים למשפט הציבורי, מן הראוי ומן הנכון לאוסרם בכבלי הסדרים נורמטיביים?

השאלה במסגרת זאת היא בת שלושה רכיבים:

האם ראוי, מבחינה עקרונית, ליצור נורמות משפטיות להכרעת הסוגיה?

גם אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית במישור העקרוני, נשאלת עדיין השאלה: האם יש טעם ביצירת הנורמה? דהיינו, האם קיימת אפשרות ממשית לאכוף את הנורמה על המערכת הפוליטית באמצעות מעורבות שיפוטית?

ובעיקר, מי הגוף הראוי לאכוף נורמות או כללי התנהגות מסוימים? האם בית-המשפט הוא הגוף המתאים, או שמא הפיקוח הפרלמנטרי או ביקורת המדינה או דעת-הקהל הם הזירה הנאותה לאכיפה, מבחינת סדר העדיפויות החברתית?

התשובה היא קודם-כל מהותית. היא מותנית, בין היתר, במידת הנזק העלול להיגרם לתרבות של המשפט לעומת התועלת שניתן להפיק ממעורבות שיפוטית. מהו הסיכון, אם בכלל, שאותו אנו נוטלים בשליטה משפטית על תחום "פוליטי" מסוים? באיזה מחיר נקנית העמדת בית-המשפט כשופט הכל-יכול, כביכול? מהי המשמעות העמוקה, התרבותית והאידיאולוגית, כמו גם היישומית-המעשית, של שליטה או השלטה כזו?

24 דברי השופט א' ברק כבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 494 (להלן: עניין רסלר).

25 גם את הטענה בדבר הפרדת הרשויות יש לבחון בהיבט המהותי שלה, דהיינו, בשאלה יחסית-גומלין הראויים בין הרשויות. על בסיס זה יש לתת את הדעת למחיר המעורבות השיפוטית בעניינים פוליטיים בהקשר הכולל ולתוצאות-הלוואי הנובעות ממנה. משום כך, איני מתייחס לטענה הפורמלית בדבר הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות עקב מעורבות שיפוטית (לעניין זכות העמידה, ראה, למשל, דברי השופט מ' אלון כבג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 66-69). במקביל, איני עוסק בהיבט הפורמלי של החיית

אנו מתעלמים, בדרך-כלל, מן העובדה, שמעורבות שיפוטית, בצד הנורמות שהיא משליטה במערכת החברתית ובצד יתרונותיה הבלתי-מבוטלים, גובה, במקרים מסוימים, גם מחיר. ברוב המקרים של המקרים המחיר כדאי. אולם לא כך הדבר בכל מקרה. לא היינו רוצים שיחסים חבריים יהיו נחלתו של החוק. אנו מעדיפים שיחסי אהבה יהיו לבר-משפטיים.

המשפט משליט תרבות. כל אימת שהמשפט סופח אליו תחום מסוים או משליט מרות משפטית, במיוחד באמצעות מעורבות שיפוטית, יש לכך מחיר חברתי, מוסרי, תרבותי ומעשי.

כך, למשל, בחברה שהינה חברה אפולוגטית או מתדיינת, חינוך והטמעת ערכים נדחקים הצידה. המשפט תופס חלק מן המקום הראוי למסגרת החינוכית. קיימת סכנה בהעמדת המשפט כחזות הכל ובראייתו כמרכז החיברות האנושית. המשפט הוא רק פן אחד של ההיבט החברתי. מי שמעמיד את ההכרעה האנושית על הדין בלבד אינו יכול לקיים חברה. חברה אינה מתקיימת אם החישוק המשפטי הוא החישוק היחיד, או אף המרכזי, המחזיק אותה.²⁶

בחברה שבה "המשפט הוא בכל", 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 החינוך.

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 שעליה משליטים מערכת נורמטיבית כזו עשוי להתרחב.

מעורבותו של בית-המשפט בעניין פוליטי או בשאלות חברתיות מובהקות תועלתה מועטת. אין היא מצליחה להשליט את הנורמות. מערכת פוליטית מתנהגת על-פי כללים שמכתיבים לה מסורת פוליטית, מציאות חברתית ואילווצי מציאות משתנים, ובעיקר יצר ההישרדות הפוליטי, החזק מכל. פוליטיקאים, כמו כל אזרח אחר, כפופים לדין. האם יש

הטענה האמורה על בסיס פורמלי של המותר והאסור לבית-המשפט לעשותו (השופט א' ברק בעניין רסלר, לעיל הערה 24, בע' 462-465).

לעניין זה צודק השופט ש' לויז בטענתו, כי הביקורת הנוגעת בעקרון הפרדת הרשויות היא טאוטולוגית, שכן, היא עצמה נגזרת מהתייחסות מוקדמת לתפקיד השיפוטי (ש' לויז "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה" הפרקליט לט (תשנ"א) 453, 459). על רקע תפקיד שיפוטי רחב, הרחבת זכות העמידה, כמו גם השפיטות, משרתים את עקרון הפרדת הרשויות בכך שהם שומרים שכל רשות תפעל כדיו בתחומה (השופט א' ברק בעניין רסלר, שם, בע' 465-462).

הדין המהותי חייב איפוא להתרכז בהיבט המהותי של התפקיד השיפוטי, ולא בהיבט הפורמלי של עקרון הפרדת הרשויות. התבוננות מהותית נכונה של סוגיה זו, המתעטפת באיצטלה של הפרדת רשויות, ראה, לעניין השפיטות, בדברי הנשיא מ' שמגר בעניין רסלר, שם, בע' 518-519.

26 על התופעה ועל הסכנה בשפיטות-יתר ובראיית המשפט כחזות הכל, ראה א' רוזן-צבי "כי המשפט לאלוהים הוא": על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 5, 10-14.

מקום ליצור, בתחום הפעילות הפוליטית, נורמות מיוחדות, פרי החקיקה השיפוטית, ולכפוף להן את הפוליטיקאים? כעיקרון ובדרך-כלל, די במשפט המינהלי ובמשפט הפלילי הנוהג. את היתר יעשו משחק-הכוחות הפוליטי ודעת-הקהל. את המאמצים יש להשקיע בחינוך הציבור וביצירת דעת-קהל מעורבת, מגיבה, המתגמלת את הרצוי לה ומענישה את בעלי ההתנהגות הפסולה. ישנן, כמובן, תופעות המחייבות תגובה שיפוטית: אך חקיקה שיפוטית כזו תייבת להיות החריג, ולא הכלל.

בית-המשפט אינו תחליף להכרעות פוליטיות או מדיניות. אין הוא יכול להחליף לא את הכנסת ולא את הממשלה. אין הוא יכול לנהל מערכות מינהליות במקום הרשות. אין לו זמן, אמצעים וכישורים לעשות כן.

מחיר חברתי בהיבט אחר נוגע בתוצאה המושגת מול זו המקווה. המוטיווציה של הרשות המבוקרת להשקעה עצמית נופלת. יתר על-כן, רשות החשה כי בג"צ הוא מעין "רשות-על" להחלטות מינהליות עשויה ליטול על עצמה סיכונים רבים יותר לאי-הלגיטימיות המשפטית של החלטתה ולהימנע מלקבל החלטות מבוקרות ובדוקות. הרשות תטעה לחשוב, כי בכל מקרה, היא רשאית לסמוך על בג"צ, שיתקן את שגיאותיה. הטיעון "הולכים לבג"צ", המשמש כיום תמריץ לאכיפת הדין על-ידי הרשות, עשוי ליהפך דווקא למאיץ להתנערותה של הרשות מאחריות לנכונות המשפטית של החלטתה.

אין להתעלם גם מן הסיכון למעמד בית-המשפט בטשטוש התחומים שבין המשפט לבין הפוליטיקה. סיכון זה כדאי לנוטלו אם הוא מועט יחסית או אם התועלת העקרונית והמעשית מרובה. כאשר הסיכון גדול והתועלת מועטה, אין הצר שווה בנזק המלך. בתחום העניינים הפוליטיים, מחיר המעורבות השיפוטית גבוה מדי לעומת הסכנות הצפויות והתוצאה הדלה יחסית.

יש מקרים שבהם גוברת חשיבות קביעת הנורמה על כל השיקולים האחרים. במקרים כאלה, גם "גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה" וגם "הלכה ואין מורין כן" חייבים להיקבע עלי ספר כסמן חינוכי ומוסרי. אולם לא אלה הם פני הדברים בתחום ההסדרים הפוליטיים.

משום כך, קשה לומר כי התערבות בית-המשפט באה נוסף למשפט הציבור ואינה פוגעת בחוסן הרשות.²⁷ מעורבותו של בית-המשפט בסכסוך בין הפרט למדינה, בשל פגיעה בזכותו של הראשון או בשל פגיעה בחירויות-היסוד של האדם, גם אם היא פוגעת בחוסנה של הרשות, היא עונה ליחיד במצוקתו, מוסיפה לחוסנה של החברה ומשליטה את שלטון-החוק. לא כאלה הם פני הדברים ברוב הגדול של העניינים הפוליטיים או של מקרי השלטת שלטון-החוק ברשות ללא סכסוך משפטי של ממש.

הלכה למעשה, הטיעון העקרוני כי "הכל שפיט" מוליד בסופו של דבר, ברוב הגדול של העניינים הפוליטיים או של מקרי השלטת שלטון-החוק ברשות ללא סכסוך משפטי של ממש, כוח שיפוטי מדומה. תוצאת השפיטות היא הטלת מבחנים משפטיים (חוקיות וסבירות), שהם גם פורמליים באופיים ובמהותם וגם אינם רלוונטיים להכרעת הסוגיות הפוליטיות הנדונות וממילא אינם מאפשרים התמודדות ההולמת את העניינים הנדונים, אלא אם בית-המשפט מוכן להמיר את שיקול-הדעת הענייני של הרשות בשיקול-דעתו.²⁸ יישומה של עילת חוסר הסבירות - שבג"צ מאזכר כמעט בכל אחת מן העתירות

27 כדברי השופט א' ברק בבג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, לעיל הערה 21, בע' 854-855.

28 הנשיא מ' שמגר בעניין דסלר, לעיל הערה 24, בע' 522-523.

הנדונות לפניו – הלכה למעשה על-ידי בג"צ, עושה אותה לפורמלית בלבד. עילה זו נעשתה שגורה בפי כל עותר. אף-על-פי-כן, רק בשתי עתירות, אולי, הכריעה עילה זו את כף המעורבות השיפוטית לקבלת העתירה.²⁹ לפחות אחד משני מקרים אלה שנוי במחלוקת.³⁰ בחלק-הארי מן המקרים, הוסיפה עילה זו רק נופך רטורי לעתירה. אף כאשר התקבלה העתירה ושמה של עילה זו נישא על שפתי הפסיקה, היה זה רק בבחינת לזויית-חן לעילות התערבות אחרות, שעמדו במרכז ההנמקה המשפטית או שהיה ניתן לעשות בהן שימוש.³¹ במקרים רבים, שבהם עמדה לדיון שאלה ערכית של ממש, לא עמדה עילת הסבירות בפרץ. ניתן לומר, כי בשני מקרים לפחות (ואין בכוונתי למצות את הדברים כלל ועיקר), אילו היה יישום מהותי של עילת הסבירות, היתה מתחייבת היענות לעתירה.³² מכאן אני למד, כי באותם מקרים שבהם היתה הענקת משמעות מהותית לעילה מחייבת את קבלת העתירה, לא התערב בג"צ בהחלטת הרשות.

הניסיון עד כה מלמד, כי הסבירות, כקנה-מידה לשפיטות ולבחינת שיקול-הדעת בעניינים "פוליטיים", אינה מסוגלת להתמודד עם מורכבות הסוגיות העומדות להכרעה. היא עלולה להכניס סוגיה המחייבת מישור רחב, מקיף ומגוון של התמודדות לתוך מסגרת של אספקלריה משפטית שהיא מטבעה צרה יותר יחסית וחלקית בלבד. את השיקולים הרבים ואת מגוון ההיבטים המתחייבים לשם הכרעת הסוגיה אין בית-המשפט רשאי ואינו יכול לשקול. הכרעה חלקית כזו עלולה לסכל את יכולת ההתמודדות של הרשויות המתאימות עם הסוגיה.

עובדה היא, שהבחינה הרטרופקטיבית, על-ידי השופט א' ברק בעניין רסלר,³³ של כל העתירות שנדחו בעבר בפסיקה מטעמי אי-שפיטות, באמת-המידה המהותית, כביכול, של הסבירות, לא היתה משנה את התוצאה העניינית. השינוי היחיד היה הענקת "הכשר" למעשי הרשות. עילת חוסר הסבירות לא פרצה איפוא את המחסום הרטורי. היא לא עשתה גדולות ונצורות.³⁴

המעורבות המשפטית בעניינים פוליטיים ובעניינים מדיניים שלא על ריב משיגה איפוא את התוצאות המקוות רק בשוליים, אולם גוררת אחריה את התוצאות השליליות לטווח ארוך. במתיר העיקרון הפורמלי, והוא לבדו, נרכשים כלים משפטיים בלתי-מתאימים. כתוצאה מכך, לא זו בלבד שאין מרחיבים הלכה למעשה את הפיקוח השיפוטי היעיל על מעשי המינהל, אלא למעשה מצמצמים את הפיקוח ה"פוליטי" החלופי, העשוי להיות מועיל.

29 בג"צ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529; בג"צ 935/89 גנור נ' הי"מ, פ"ד מד (2) 485.

30 בג"צ 935/89 גנור נ' הי"מ, שם, שם.

31 בין היתר: בג"צ 127/80 אודם נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד לה(2) 118; בג"צ 281/82 שילה-אשכנזי נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לז(1) 95.

32 בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, ועניין רסלר, לעיל הערה 24.

33 עניין רסלר, שם, בע' 479-480, 485, 487-486.

34 לביקורת גישת הסבירות, ראה מ' שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי" משפטים יב (תשמ"ד) 102; מ' לנדוי "על שפיטות וסבירות בדן המנהלי" עיוני משפט יז (תשמ"ט) 5.

לטעמי, עילת הסבירות חשובה ומרכזית. אלא שעילה זו לא התגבשה דיה. לא קיבלה את הליטוש העיוני הנדרש ויישומה בפסיקה הוא בעייתי. נושא זה ראוי לדיון מפורט ונפרד.

"מכאן... לידתו של מבחן השפיטות המוסדית, שהרי המבחן הנורמטיבי היה חובק הכל בלי לפתור מאומה, ואין צריך לומר, שהיה גורר את בית המשפט להכרעות פוליטיות מובהקות. חוש המומחיות של המשפטן צריך להגן על בית המשפט – ועל יתר רשויות השלטון – מפני תוצאה מעין זו."³⁵

וכבר עמד השופט א' ויתקון על הסכנה שבהטלת תפקיד על המשפט שאין הוא מסוגל לבצעו.³⁶

א"אפשר לומר כי די במסר שידם של הדין ובית-המשפט שלוחו ארוכה היא ותשיג כל מפר חוק במהלך השלטת שלטון-החוק. בתפר שבין הרטוריקה השיפוטית, המבטאת עוצמה של כוח ומעורבות, לבין יכולת הפעולה של בית-המשפט בפועל מתגבשת למעשה תרבות של פורמליזם. במקרים אלה, אין בית-המשפט משליט ערכים, אלא דפוסי בחינה והכרעה פורמליים גרידא. מה שנחזה להיות מפגן עוצמה של כוח ערכי נהפך למעשה, בחלק גדול מן המקרים, למתן הכשר להחלטות הרשות, שהמטען הערכי שהן מבטאות עשוי להיות למצער בעייתי ולעיתים אף שלילי.

הפרדוקס בגישה ש"הכל שפיט" הוא איפוא, שהמבחן האמור להיות מהותי הוא בעצם פורמלי. תחת המטרייה המהותית של הרחבת הכוח השיפוטי, נמצאנו דווקא מחלישים אותו. הביסוס להרחבת הסמכות הוא פורמלי וגם אופן הבחינה המשפטי של סוגיות מדיניות ופוליטיות מטבעו אינו אלא פורמלי. נמצאנו למדים, כי דווקא מעורבות-יתר עלולה להעמיד בסכנה את המגמה של גישה יותר מהותית-ערכית ופחות פורמלית בפסיקת בית-המשפט העליון.³⁷

שכרה של הרחבת סמכות בית-המשפט ייצא איפוא בהפסדו. מצד ראשון, ירכזו המבחנים המוצעים (בעיקר הסבירות) עודף של סמכות בבית-המשפט וימשכו אש כלפיו מיתר המוסדות השלטוניים. מצד שני, עושר זה של סמכות יהיה שמור לבעליו (בית-המשפט) לרעתו, שהרי אין בית-המשפט מסוגל לספק את התרופה הנאותה לסוגיות הנדונות לפניו. מצד שלישי, למרות התועלת המוגבלת שבמעורבות בסוגיות "פוליטיות" (במיוחד אלה הנוגעות בהליך הפוליטי), עלול בית-המשפט לשלם מחיר כבד על מעורבותו, הן בהשפעות פוליטיות על מינוי השופטים³⁸ והן בהגבלה אפשרית של תחומי סמכותו. מצד רביעי, תחדיר המעורבות האמורה דווקא יסודות של פורמליסטיקה משפטית למערכת ההתדיינות והפרשנות הערכית שאותה מבסס בית-המשפט בעשור האחרון. מצד חמישי, תוטל שאלה חברתית ותרבותית רחבה למיטת-סדום של היבטים משפטיים צרים וחלקיים בלבד.

ועל כגון דא ניתן לקרוא את דברי המשנה לנשיא בית-המשפט העליון, השופט מ' אלון:

"שפטת מרובה לא שפטת."³⁹

35 הנשיא מ' שמגר, לעיל הערה 24, בע' 521.

36 ראה א' ויתקון, לעיל הערה 7.

37 על היחס בין פורמליסטיקה לאנטי-פורמליסטיקה בשפיטה, על השימוש בפורמליסטיקה לקידום ערכים ליברליים ועל זהות אפשרית בין התאפקות שיפוטית לבין הגישה האנטי-פורמליסטית, ראה פ' להב "קיום להשקפת העולם המשפטית של השופט אגרנט" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 9, 28-33.

38 ר' גביון "ארבעים שנה למשפט החוקתי" משפטים יט (תש"ן) 617, 624.

39 בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, לעיל הערה 21, בע' 773.

בזמנו, דיבר מורי פרופסור ברוך קורצווייל על הספרות הישראלית כעל ליטרריזציה של החיים.⁴⁰ האם ניתן כיום לדבר על משפטיוזציה של החיים? ליטרריזציה של החיים היא התייחסות לחיים כספרות,⁴¹ במקום לספרות כחיים. המשפטיוזציה, בהקשר זה, היא התייחסות למשפט כחיים. הסדר מערכות יחסים ותחומי פעולה בדרך משפטית כתחליף להסדרים חברתיים ומוסריים⁴² מכניס מימד של פורמליסטיקה לחיים וגורר אחריו התמודדות עם שאלות ערכיות בכלים פורמליים.

כאשר אני מטיל ספק בתועלתה של מעורבות-יתר, אני מוציא מכלל זה את המעורבות השיפוטית הנוגעת באחד מאלה: הכרעה בסכסוך בין הפרט למדינה, הפרת זכותו של העותר וכן הגנה על זכויות הפרט וחירויותיו⁴³ בהקשרים אלה, זכור בית-המשפט הגבוה לצדק לטוב. החל בקום המדינה, הוא פיתח את ערכי-היסוד של השיטה המשפטית ואת דרכי ההגנה עליהם. הוא יצר, כמעט יש מאין, הגנה חוקתית על חירויות-היסוד של הפרט בהיעדר חוקה כתובה.⁴⁴ בכך הניח בית-המשפט נדבך מרכזי בתרבות הישראלית והשפיע באופן מכריע על תהליכי עיצוב של ערכים חוקתיים.⁴⁵ בשנים האחרונות, פיתח בג"צ את ערכי-היסוד ואת חירויות-היסוד בדרך מרשימה במיוחד.⁴⁶ במובן זה, השפעתו על התרבות היא עמוקה עד עצם היום זה.

בתחום ההגנה על זכויות הפרט, עסק בית-המשפט בטבעי לו, הפעיל אמות-מידה ערכיות והשיג את מטרתו. בסוגיות הנוגעות בהשלטת שלטון-חוק בעניינים שלא-על-

40 ב' קורצווייל "מעבר לכל הערכים" חיפוש הספרות הישראלית - מאמדים וביקורת (תשמ"ב) 82. וכן ב' קורצווייל "הסיפור הישראלי בשנים האחרונות", שם, בע' 22, 35-34.

41 בין היתר, הכוונה היא לחוסר היכולת להתמודד עם המציאות כאמות-מידה הולמות והנטייה לראות בספרות תחליף להסדרים בתחום המעשה. יש כאן בריחה מן המציאות ומציאת תחליפים ספרותיים להתמודדות עם בעיות.

42 על סוגיה זו ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 26.

43 J.H. Ely *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., 1980) אשר מבקשת להעמיד את הפיקוח השיפוטי על רעיון העמקת הייצוג הדמוקרטי ולהימנע ממעורבות בהיבטים המהותיים של החלופות הפוליטיות העומדות במרכז הדיון. ברות זו ממליץ המחבר על מעורבות להגנת מיעוטים וזכויותיהם, על מעורבות כל אימת שהרשות פוגעת ביכולת להשיג שינוי פוליטי (political change) ועל מעורבות בכל מקרה של פגיעה בהליך תקין (process oriented administration of justice). לסיכומים בהרף-עין של עמדתו, ראה כמיוחד בע' 75-73, 136-135, 183-181.

44 ראה, בין היתר, פסקי-הדין החלוציים בתחום זה: בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב' 80; בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, לעיל הערה 4.

44 על התפתחות זו ומשמעותה, ראה א' ברק "קול העם" - קולו של העם" גבורות לשמעון אנרנט (תשמ"ז) 129.

45 חופש הביטוי: בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421; בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255; בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הראשי, פ"ד מב(4) 617.

חופש העיסוק ואיסור מונופולין: בג"צ 344/89 ח.ס.ה - סחר בנ"ל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מד(1) 456. שוויון זכויות האשה: בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לעניני דתות, פ"ד מב(2) 221; בג"צ 953/87 פורז נ' ראשי-עיריית ת"א, פ"ד מב(2) 309.

ריב, מאמץ בית-המשפט אמצעי בחינה ואמות-מידה פורמליים. במקרים כאלה, נזחק בית-המשפט, בכוונת מכוון, לנחק בין המעורבות השיפוטית לבסיס התרבותי הרחב ולהיבט החינוכי המהותי. לעיתים הוא גם אינו מודע דיו לצורך בהכרה במגבלות הכוח של המשפט. בתחומים אלה, יכול בית-המשפט לסלק את התוצאה במקרה הספציפי, אך אין בכוחו להטמיע את הערכים.

"השפעת בג"צ על מבנה הממשל והשלטון היא מינימלית. בג"צ מבטל צו זה או אחר של הרשות המבצעת או אפילו חוקים הפוגעים בחוקי היסוד של הכנסת. אך מסגרות הפעולה, המוסדות והקונוונציות החברתיות, שהולידו את הסטייה, שבוטלה עלידי בג"צ, אינם עוברים מן העולם, אלא היפוכו של דבר – מתחכמים ומשתכללים ולומדים לעקוף את בג"צ."⁴⁶

המעורבות ההולכת ומעמיקה של בית-המשפט בתחומים של השלטת שלטון-החוק, שאינם מגיעים כדי הכרעה בסכסוך או שאינם מתייחסים להגנה על זכויות הפרט, השפעתה מועטה. ואנו תוהים לנוכח התופעה. מעורבות עמוקה כל כך מצד בית-המשפט היתה מחייבת אווירה של שמירת החוק. ואין הדבר כן. התוצאה אינה משביעה רצון, אלא להיפך. קיים פער בין מעורבות-היתר לבין אכיפת החסר של החוק. דבר זה כשלעצמו אינו צריך לרפות את ידיו של בית-המשפט. עמידתו על משמר שלטון-החוק היא חיונית. אולם, כאשר נוצרת דיספרופורציה בין רמה גבוהה של מעורבות שיפוטית לבין מידת ההטמעה של הערכים בחברה ובמוסדות השלטון, בין התחומים השונים של המעורבות, בין הרטוריקה השיפוטית למעשה השיפוטי ובין המערכת הערכית ליכולת ביטוייה בכלים משפטיים, יש מקום לבחון את השלכותיה. במקרה זה, יש לבחון את התאמת האמצעים המשפטיים למטרה. יש להתבונן על המעורבות השיפוטית גם מנקודת-תצפית אחרת. במקרים שבהם אין בית-המשפט מסוגל, מטבע הדברים, להתמודד עם התופעה, המסר שעובר לחברה הוא התוצאה האופרטיבית של ההחלטה הספציפית בלבד, ולא הערכים העומדים מאחוריה או האחריות המוטלת על הגוף. כך הדבר, למשל, בתחום ההסכמים הפוליטיים. אל נשכח, כי בתחומים הנוגעים בפיקוח על רשויות השלטון, התוצאה האופרטיבית חשובה, אך המסר חשוב ממנה. אומנם, כאשר מצוקת הפרט עומדת במרכז הדיון, התוצאה האופרטיבית הינה מרכזית. אולם גם במקרים כאלה, ובוודאי בכל יתר המקרים, המסר האפקטיבי חשוב מן התוצאה המיידית. בכל הכרעה שיפוטית בדפוסי-מקרים אלה, חייבת התרבות המשפטית לבחון בראש ובראשונה את הכוונת הרשות להחלטות הנכונות ואת המסר החברתי:

"המטרה צריכה להיות אופטימליות של איכות החלטות הראשוניות של המערכת לאכיפת החוק, תוך צמצום מירבי של ההיזקקות המתמדת למנגנוני פיקוח. יעילותו של הפיקוח חייבת להיות בכך, שקיומו מכוון את התנהגות הרשויות להחלטות הנכונות, לא בכך שהוא עצמו קובע מה הן החלטות הנכונות."⁴⁷

46 א' פלדמן "כורא דשא וציפורים ומגרש אישה וילדים" הארץ 8.9.91.

47 ר' גביון "שימוע, שיוויון לפני החוק והיועץ המשפטי לממשלה" עיוני משפט טו (תש"ן)

.476, 457

לנוכח הציפיות הגבוהות שיוצר בית-המשפט ברמת המעורבות הגבוהה שהוא מקיים בתחומים של השלטת שלטון-החוק במישור העקרוני, גם בהיעדר סכסוך של ממש וגם בתחומים הנחשבים "פוליטיים", נשמעים קולות של אכזבה במקרים של מעורבות חסר. ציפיות אלה הן, לדעתנו, מעבר לתפקיד שבית-המשפט יכול ומסוגל למלא. לא ייפלא איפוא, כי לנוכח רמת הציפיות הגבוהה שמטפח בג"צ, נשמעת בקרב חלק מבני הקהילה המשפטית, כמו גם בקרב הציבור, נימה של אכזבה מסבילות-יתר שמגלה בג"צ דווקא בתחום ההגנה על חירויות-היסוד של האדם בשטחים המותזקים, הנשלטים על-ידי הממשל הצבאי הישראלי.⁴⁸ עלול להיווצר רושם של דיספרפורציה במעורבות השיפוטית בתחומים מסוימים בתוך המסגרת הכוללת. רושם כזה עלול לפגוע, ברבות הימים, במעמדו הבלתי-מעורער של בית-המשפט בחברה הישראלית. המחוקק, כמו גם בית-המשפט, חייבים לתת את הדעת על תרבות של משפט הנוצרת על-ידי החקיקה או מחזליה ועל-ידי המעורבות השיפוטית, כמו גם ההימנעות ממנה. כך בדיני המשפחה, כך בדיני חוזים, כך במשפט המינהלי. כמו-כן, הם חייבים ליתן את הדעת על המשמעות של תוצאות הפסיקה, הן מבחינת ההשפעה על ההסדר התרבותי הרחב של התחום, הן מבחינת כיבוד החוק על-ידי הרשות והן מבחינת המסר לרשות מזה ולאורח מזה (כגון: זכות עמידה ושפיטות).

3. מעורבות-חסר

כאן מקומו של המאפיין השני של תרבות המשפט, הנוגע במעורבות-חסר. נדרש לשנות במידת-מה את סדר העדיפויות של העמקת המעורבות השיפוטית: שמא ראוי להפגין מעורבות שיפוטית בתחומים שבהם ההתערבות נדרשת לפתרון מצוקות היחיד והמשפחה, כשהיא מתרכזת בהכרעה בסכסוך, ולא בהיבט כללי של אכיפת שלטון-חוק שהצלחתה, מעצם טבעם של דברים, מוטלת בספק רב. אחד המאפיינים הראויים לציון של סוגיות מסוימות המצויות בעניינים שלא-על-ריב הנוגעים באכיפת שלטון-החוק הוא הימנעות מודעת מצד המחוקק מהסדר משפטי של אותן סוגיות. לעומת זאת, לגבי הסוגיות המצויות בתחום מצוקת היחיד במשפחה, הימנעותו של המחוקק היא רק במסגרת השלמתם או תיקונם של הסדרים קיימים ומטעם של שיתוק יכולת הפעולה בשל סיבות שונות. כך, למשל, הגישה שעל בית-המשפט האזרחי להגביל את מעורבותו בענייני נישואין וגירושין גוררת-אחריה שובל של בעיות. מעורבות מוגבלת או הימנעות ממעורבות של בית-המשפט האזרחי בדיני המשפחה משדרת מסרים שליליים לצדדים ויוצרת תרבות מסוימת של התנהגות במשפחה או לעת גירושין. דווקא בתחום זה יכול בית-המשפט לסייע. מעורבות שיפוטית עשויה להיות בעלת השפעה רבה יותר על המהלך החיובי של הדברים ואף על הסדרים הנוגעים בערכי תרבות שונים. כך, למשל, עשויה המעורבות השיפוטית בתחומים של דיני המשפחה לסייע בהשלטת תרבות של התדיינות והכרעה בסכסוך, ביצירת תרבות ראויה של התנהגות בין בני-זוג במצבי משבר ובתיקון כוח

48 ד' קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט (תש"ן) 551, 560-561; ר' גביוון, לעיל הערה 38, בע' 626-629; פ' להב "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על-פי השופט אגרנט" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 475, 514; א' פלדמן, לעיל הערה 46.

המיקוח של הצדדים. מעורבות כזו גם תשפיע על דפוסי יחסים בתוך משפחה במשבר, על סוציאליזציה של הילדים במשפחה ועל ערכים בסיסיים, כגון כבוד הדדי וסובלנות.

קפיצת-יד שיפוטית על רקע המבוי הסתום שאליו נקלעו חלק מדיני המשפחה במשפט הישראלי ולנוכח השיתוק שאוחז במחוקק כל אימת שמתבקשת חקיקה בידי משפחה אינה במקומה. בתחום זה, מוטל על בית-המשפט תפקיד חיוני ביצירת אותה תרבות של משפט שעליה דיברתי.⁴⁹

את ההתערבות ניתן להשתית על פתרון מצוקות פרטניות, ולא על הכרעות במחלוקת אידיאולוגית החוצה את החברה הישראלית. מתכונת זו נעשתה בעבר בהכחנה בין מתן סעד להכרה בקידושין פרטיים לגבי פסולי-חיתון, ולא לפנויי-חיתון.⁵⁰

מה גם, שהכרעות אידיאולוגיות, שאינן פוליטיות, והן מתחייבות לצורך הכרעה בסכסוך של ממש, הן לגיטימיות ואף רצויות. המשפט אינו יכול להיות מנוער מאידיאולוגיה. המשפט כולל אידיאולוגיה, הוא נובע מאידיאולוגיה והוא משליט אידיאולוגיה. העובדה שהמערכת המשפטית אינה ניטרלית מערכים או מעקרונות אידיאולוגיים היא בנפש המשפט. האידיאולוגיה מצויה בכל נורמה משפטית שעל בית-המשפט לפרש וצמודה לכל נורמה משפטית שבית-המשפט יוצר. בית-המשפט ניטרלי בכך, שאין לו העדפות כלפי המתדיינים לפניו. הוא נקי מפניות אישיות. האידיאולוגיות שעליהן הוא מגן, כשאין הן מוצאות ביטוי בחקיקה או בהיסטוריה של הפסיקה, גם כשהן עוסקות במחלוקות אקטואליות, מושרשות בתרבות של העם ובמסורת של המדינה.

מעורבות שיפוטית של בית-המשפט האזרחי בידי משפחה עלולה להרחיב את "המסר הכפול", בין גישה פורטיטית (שמקורה דתי) לבין גישה ליברלית (שמקורה אזרחי). תופעה זו אינה רצויה אומנם, אך ההכרח לא יגונה. השילוב בין מסרים סותרים, כביכול, בתחום דיני המשפחה הוא חלק בלתי-נפרד מתרבות של שיטה הפועלת במסגרת לחצים פוליטיים ולנוכח תרבות פוליטית המשתקת את המחוקק בעניינים של משפחה. השיטה פועלת יפה. בית-המשפט מסוגל לסגור פערים שהמחוקק אינו מסוגל להם. בית-המשפט, הנהגה מאמון הציבור, זוכה גם, הלכה למעשה, בברכתו השקטה של המחוקק. ואכן, בעבר, היה בית-המשפט נכון יותר להיות מעורב בסוגיות אלה והפליא לעשות.

כאן המקום לציין באותו עניין, אם כי בהקשר קצת אחר, בתחומים אלה של המשפט הציבורי ודיני המשפחה גם יחד, ראוי בית-המשפט בישראל לשבח מיוחד על התרבות המשפטית שהוא משליט. בבית-המשפט העליון בארצות-הברית, ההכרעה המשפטית היא פעמים רבות הכרעה פוליטית. שינוי הממשל, ועימו, באופן הדרגתי, שינוי מבנה בית-המשפט, עשוי להכתיב גם את שינוי התוצאות המשפטיות ואף את ערכי המשפט, ומטעמים פוליטיים.

בישראל, ההכרעה המשפטית היא, לעיתים, אידיאולוגית, אך כמעט לעולם אינה

49 על עמדה זו, יתרונותיה, בעיותיה והמסקנות בעקבות בחינה רחבה ומפורטת, ראה א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (חש"ן).

50 ראה, בין היתר, בג"צ 80/63 גורפינקל נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048, מול בג"צ 130/66 שגב נ' בית הדין הרבני האזורי צפת, פ"ד כא(2) 505. א' רוזן-צבי, שם, בע' 78-79.

פוליטית.⁵¹ למרות התרבות הפוליטית החודרת לכל תא של חיינו, הצלחת בית-המשפט להימלט מכך. דוגמה יפה לכך היא סוגיית הפסקת הריון. בארצות-הברית, זו שאלה פוליטית, המפלגת את האומה. חלקיו השונים של הציבור נערכים להכרעת מחלוקת פוליטית זו באמצעות בית-המשפט. בית-המשפט הוא אחד הגורמים החשובים במאבק. למעשה, הוא חלק ממנו.

מה שאין כן בישראל. בישראל, מתקיים שיתוף-פעולה בין המחוקק, רשויות המינהל ובית-המשפט. בחברה ישראלית בעלת מסרים מעורבים: פוריטנית וליברלית, מתקיים הסדר מתקדם לא-פחות מן ההסדר האמריקני, בלי שבית-המשפט יהיה מעורב פוליטית. מצד ראשון, קובע סעיף 313 לחוק העונשין, תשל"ז-1977,⁵² את העיקרון האוסר הפסקת הריון. בכך באה לידי ביטוי האידיאולוגיה הפוריטנית, המאפשרת לאותו חלק של הציבור המתנגד להפסקת הריון לבוא על סיפוקו במישור העקרוני. מצד שני, קבע המחוקק, בסעיף 316 לחוק, שורה של עילות המצדיקות הענקת היתר להפסקת הריון. מצד שלישי, הוא מסר את הענקת ההיתר להפסקת הריון לידי המינהל, באמצעות ועדות מקצועיות, הכוללות אנשי רפואה ורווחה בלבד.⁵²

וכאן נכנס לתמונה בית-המשפט. בית-המשפט הגן על זכותה של האשה על גופה, ללא מעורבות מצד הבעל וללא מעורבות מצד ההסדר הדתי במסגרת דיני המשפחה. בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני,⁵³ קבע הנשיא מ' שמגר, כי הוראות חוק העונשין ממצות את הסדר הסוגיה של הפסקת הריון. הוא פירש את חוק העונשין כקובע הסדר אזרחי כולל, שלם וממצה, המוציא את דיני המשפחה, ממילא את הבעל ואת בית-הדין הדתי, מן התמונה. לא היה כל קושי להגיע למסקנה הפוכה. היה ניתן לטעון, כי אין קשר בין דיני העונשין לדיני המשפחה. בצד קביעה זו, היה אפשר להכיר בקיומו במקביל של הסדר מפוצל. בצד המנגנון להשגת ההיתר, הקבוע בחוק העונשין, היה מוגבל כוחה של האשה להפסיק את הריונה במסגרת דיני הנישואין שבדין הדתי. אך כאמור לא זו היתה הכרעתו של בית-המשפט.

בית-המשפט הגיע למסקנתו בלי להכריע בגלוי ובצורה חותכת במאבק האידיאולוגי, אלא תוך עקיפתה של המחלוקת האידיאולוגית, אף-על-פי שהכרעתו היטתה את כף המאזניים לכיוון האידיאולוגיה האזרחית, להבדיל מן הדתית. שיתוף-פעולה זה יצר הסדר שאינו נופל בהיתריו מן ההסדר האמריקני. אף-על-פי-כן, לא גררה המעורבות השיפוטית את בית-המשפט לוויכוח הפוליטי, מצד אחד, ולא גררה אחריה שובל של התפרצויות פוריטניות, מצד אחר. זו דוגמה לתרבות של עשיית משפט.

אין כוונתי לומר כי הסדרים מופתיים כאלה אינם נחלתו של בית-המשפט העליון האמריקני בתחומים רבים. פסיקה אמריקנית רבה משמשת נר לרגלינו ומלמדת אותנו

51 באידיאולוגיה הכוונה היא למכלול רעיונות והשקפות המאפיינות חברה או פרט בתחומים שונים: חברתיים, כלכליים, מדיניים, לאומיים פילוסופיים, מוסריים וכיוצא באלה. בפוליטיקה הכוונה היא לאמצעי השליטה והמאבק על עמדות-כוח בתחום השלטוני ונקיטת אמצעי משחק הנועדים להשגת שליטה וכוח כאלה. אידיאולוגיה נוגעת בתרבות, במסורת ובהשקפה. פוליטיקה נוגעת בסכסוכים פוליטיים אקטואליים.

52 ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

53 סעיפים 314-315 לחוק העונשין, שם.

57 פ"ד לה(3) 57.

כיצד נוצרת תרבות חברתית ומדינית באמצעות בית-המשפט. אולם, להסדר האמריקני גם חולשות לא-מעטות, וטוב שנדע להיזהר מהן. גם אם ההסדר שהצגתי אינו נובע מתכנון שיטתי, המתווה מראש והמתואם על-ידי כל הרשויות המעורבות, אין ספק שלא מדובר בקוניוגטורה. הקווים המאפיינים את הסוגיה שהצגתי הם: התבוננות זהירה במערכת הנורמטיבית, הבנה עמוקה של התהליכים החברתיים, הכרה ביכולתו של בית-המשפט, כמו גם במגבלותיו, חתירה להשגת פשרה נורמטיבית בין דין הספר לדין החיים בלי לשבור את הכלים ופתרון במישור התוצאה, ולא במישור הסמלי או הרטורי (תוך התחמקות ממישור ההכרעה האידיאולוגית האקטואלית).

אופן כזה של עשייה שיפוטית, המשפיעה על התרבות הישראלית, נעשה במקרים רבים גם בסוגיות של דת ומדינה. מאחורי הקלעים ובלי מעורבות פוליטית אידיאולוגית כוללת, הצליח בית-המשפט, באמצעי עקיפין, לסגור חלק מן הפערים בין הגישה הדוגלת במעורבות בין הדת למדינה לבין רצונו של רוב הציבור בחופש מצפון.⁵⁴ גם במקרים אלה הופגן שיתוף-פעולה בין הרשויות המינהליות לבין בית-המשפט. כך, למשל, העלימו הרשויות המקומיות עין מפגיעה בחוקי-העזר העירוניים האוסרים פתיחת בתי-קולנוע בשבת. הרשויות נמנעו ממיצוי הדין ולא אכפו את חוקי-העזר. בית-המשפט הגבוה לצדק, בעומדו על משמר זכות העמידה, לא הכיר באינטרסים רגשיים של אנשים דתיים כיוצרים אינטרס ממשי וישיר, ונמנע מהענקת זכות עמידה. הוא גם לא הכיר באינטרס של אכיפת חוקי-העזר במקרה כזה כמצדיק מעורבות שיפוטית.⁵⁵ בעיני, אלה זוגמאות של מעורבות שיפוטית ראויה, ובמידה הנכונה, המשפיעה על התרבות ואף משליטה אותה, בלי לשבור את כללי המשחק, בלי להטיל את בית-המשפט למרכז הזירה הפוליטית, תוך הכרעה בסכסוך ומתוך היענות למצוקות היחיד והציבור. במדינת מתפתחת, קיים פער בין האידיאולוגיה השלטת (החייאת תרבות לאומית ושיבה אל המקורות) לבין התמורות המתחוללות בתרבות ומשנות אותה לזו שנוצרה בחברות שעברו את התיעוש. פער זה קיים גם בישראל בתחומים שונים. קיומו של פער כזה מצדיק את התופעה של מעורבות שיפוטית לסגירת פערים. פער זה גם מסביר את המרחק הקיים בין היקף המעורבות המשפטית לבין החסר באכיפת החוק.

ה. דין הספר ודין החיים

המעורבות השיפוטית הנדרשת לסגירת פערים מצדיקה התייחסות לסוגיית הפער בין דין הספר לדין החיים. אחד מהיבטיו של פער זה הוא היחס בין הנורמות המשפטיות ומעמדם לבין הריאליזם החברתי: הוא תרבות של משפט כמוכן המצומצם הפנימי; אך הוא גם מושפע מרוח התקופה ומשפיע על התרבות. בכך הוא מתייחס לתרבות של משפט כמוכן הרחב.

ליחסי הגומלין בין דין הספר לדין החיים מספר הקשרים. ההקשר הראשון הוא הפרשני, המבוסס על תפיסה ערכית. דין הספר בהקשר זה

A. Rosen-Zvi "Freedom of Religion: The Israeli Experience" 46 *Zeitschrift für* 54
Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht (1986) 213
55 בג"צ 161/70 זק"ש ג' ראש העיר פתח-תקוה, פ"ד כד(1) 698.

מתייחס לעניין כשלעצמו ולתפיסת הנורמה ברגע התהוותה. מבחינה זו, דין הספר מסדיר פעולה או סטנדרט של התנהגות בהתייחס למציאות הנתונה או זו הצפויה, שיש להביאה בחשבון במועד החקיקה. יש צורך בהתאמה בין הנורמה הכתובה עלי ספר לבין הגשמתה במציאות. דין הספר 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 אחר. יתר-על-כן, דין הספר, המסדיר תחום מסוים של החיים, כולא את רציפות החיים האנושית בנורמות של התנהגות ושולף קטע של חיים מן המציאות האנושית המורכבת והרב-גונית.

לעולם איפוא אין חפיפה בין דין הספר לדין החיים. היעדר החפיפה מחייב תמיד מידה מסוימת של התאמה. דין הספר מחייב הפעלה באמצעות שיקול-דעת מתקן, הנובע ממציאות החיים. בני-אדם בחברה נתונה אינם פועלים עם ספר החוקים והתקנות ביד. עובד ומעביד אינם יכולים לדקדק בדקדוקים משפטיים בכל שלבי העבודה, שכן, לשפן אינו עורך-דין. לא ייפלא איפוא, 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, הפער בין דין הספר לדין החיים אינו רק מחויב המציאות; הוא גם רצוי. הספר הוא מסגרת לפעולה. הספר מחייב השלמה לפי עקרונות, ערכים ואמצעי פרשנות וכן יישום בדרך הגינית וסבירה, המתייחסת למטרה, ולא לגילוי המילולי, החיצוני. תרבות של ספר היא תרבות חיונית. תרבות של דין הספר לבדו היא תרבות חיצונית, הגורמת נזק, ולא תועלת.

הקשר זה מתייחס לאופן יישומו של הדין בנסיבות מקרה נתון, ספציפי. בכל מקרה אינדיווידואלי נתון, יש ליישם את הדין מתוך זיקה למציאות הנוהגת, וכמידת האפשר, גם מתוך התחשבות בנפשות הפועלות. כך, למשל, סולם העונשים המשתקף מן הספר הוא רק מחציתה של האמת. המחצית האחרת היא העברייני ונסיבותיו, כמו גם הערכים החברתיים שנדרש להשיגם בזמן מתן גזר-הדין ובמקום הינתנו.

מקרה אחר המבטא הקשר זה הוא יישום סכימטי של דין בדרך של דימוי מילתא למילתא. לעיתים, מוצאים אנו תיאור עובדות, ולאחר-מכן יישומן על בסיס דין הספר, בין חוק ובין תקדים. התוצאה העשויה להתקבל מאופן כזה של יישום היא, במקרים מסוימים, בלתי-מתקבלת על הדעת. היא מנותקת כליל מדין החיים.

באחד מפסקי-הדין הרבניים (לא פורסם), מובא סיפורה המזעזע של אשה, אשר עזבה בעל המתואר כאיש מטורף, מסוכן לה ולבנם המשותף. מייד בסמוך נקבע, כי אף-על-פי-כן, יש לאשה אפשרות לחיות עימו, ואין לחייבו או לכפותו בגט. בנמקו קביעתו זו, נסמך בית-הדין הרבני הגדול על שו"ת הרא"ש. בית-הדין נמנע מלהתבונן במציאות, באשה ובבעל אשר עמדו לפניו, כאשר פסק את פסיקתו. הוא העדיף את ההסתכלות בשו"ת הרא"ש בלבד. חובתו של בית-הדין היתה, בראש ובראשונה, לבחון את המתדיינים המופיעים לפניו, ולא את אלה שעמדו לפני הרא"ש. לפני הרא"ש לא עמדו שני אלה. וגם אם עמד מקרה דומה לפני הרא"ש לפני מאות שנים, וגם אם לא השתנתה ההלכה, הרי המציאות השתנתה. לא הרי עמידתו על זוג לפני בית-הדין היום כעמידתם לפני הרא"ש אז. הרא"ש ראה את האנשים שלפניו, בסכיבתו ובחברתו, מה שאין כן בית-הדין. מבעד לאנשים השקופים, שניצבו לפניו, לא ראה בית-הדין את מציאות החיים, אלא את דין הספר. בית-הדין מצווה ועומד לגביא את הספר אל פתחם של אלה שניצבו לפניו. כך, ללא ספק, נהג הרא"ש עצמו.

נכון, שפעמים ברצוננו להציב גדר וסייג ולמנוע סטייה מן הספר גם במחיר של פער מסוים לחיים. אולם במקרים כאלה, הנסיבות הן מיוחדות וראויות לציון, הן משרתות תכלית חברתית מרכזית, הנקנית במחיר של אי-נוחיות או אף נזק לפרט זה או אחר. ההקשר השני פרשני גם הוא. הכוונה היא למידת ההתאמה הכללית והעקרונית של ההסדר הנורמטיבי למציאות בכלל ולמציאות החדשה, שהתהוותה לאחר התקנת הנורמה או יצירתה, בפרט. באיזו מידה, למשל, הגזירות הנלמדות מדין הספר הן כאלה שהציבור יכול לעמוד בהן, בין מלכתחילה (בעת יצירת הנורמה) ובין בדיעבד (במשך הזמן שעבר לאחר יצירת הנורמה).

"בקביעת ההתנהגות הראויה אין להציב אידיאלים שאינם בני השגה. סופם של אלה אינו אלא אכזבה. אין להטיל מגבלות ואיסורים לשמם בלבד."⁵⁶

ולא בכדי "לוחות ושברי לוחות מונחות בארון." "הלוחות השלמים הם הנורמות. שברי הלוחות הם המציאות העגומה שדין הוא שהלוחות יתחשבו בה. ההקשר השלישי הוא הסוגיה של סגירת הפערים. במסגרת יישומו של הדין במציאות מסוימת או בנסיבות אינדיווידואליות שונות, עשוי להיפתח פער עקרוני, ולעיתים אף מרחיק-לכת, בין דין הספר לדין החיים. פער כזה מחייב, לעיתים, את סגירת הפער באמצעות בית-המשפט.

במרכזם של שני ההקשרים הראשונים עומדת התאמה, בדרגות שונות, של ההתנהגות בין דין הספר למציאות החיים. ההקשר הראשון מתדיר את הספר אל המציאות ומיישם את דין הספר בנסיבות מקרה אינדיווידואלי. בלעדיו, הספר הוא אות מתה. ההקשר השני מקרב את הספר אל מציאות שונה בזמן ובמקום. ההקשר השלישי שונה מכל אלה בשלושה. ראשית, עניינו במסגרת המערכתית, ולא האינדיווידואלית. שנית, בהבדל משני ההקשרים הקודמים, מחייב ההקשר השלישי שימוש אקטיבי מצד המערכת המשפטית ובעיקר מצד בית-המשפט. שלישית, בהקשר זה אין מדובר בנקיטת אמצעי פרשנות או יישום מקובלים, אלא כפי שניסיתי להראות, חובת הפרשן היא לסגור את הפער באמצעים משפטיים שונים, כדי לבנות את הגשר על המרחק שנוצר בין הנורמה לבין החיים. סגירת הפער מחייבת, לעיתים, את בית-המשפט לקיים את הנורמה תוך סתירתה. לעיתים, יעשה בית-המשפט שימוש במוסדות משפטיים לתכלית אחרת מזו שנועדה להם מלכתחילה. יש שיראו באמצעים הננקטים לסגירת הפערים מניפולציה מצד המערכת השיפוטית. מקרים כאלה, לפי ראות עיני בית-המשפט, הם בגדר "עת לעשות לה" הפרו תורתך."⁵⁸

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

57 ברכות ח, ב.

58 א' ויתקון "גבולות הכוח המשפטי" משפט ושיפוט (תשמ"ח) 217, 218: "במקרים לא מעטים דעתנו נוחה דווקא מאי-הפעלת החוק." הדוגמאות המובאות על-ידי הן הימנעות מהגשת תביעות על משכב-זכר, כאשר הדבר היה עדיין בגדר עבירה על חוק העונשין, או במקרים של הפסקת הריון.

1. המשבר הכפול באכיפת החוק בישראל

ההערות הנוגעות בפערים ובאופן סגירתם מביאות אותי אל המאפיין השלישי של התרבות המשפטית בישראל, שעליו הצבעתי בחלק הראשון של הרשימה.⁵⁸ הדברים מכוונים אל המשבר הכפול באכיפת החוק: אי-שמירת החוק על-ידי הציבור והקושי בהשלטת שלטון-החוק במוסדות השלטון. שניים שהם אחד. מאפיין זה קושר את החברה ואת האתוס החברתי עם כל המוסדות המשפטיים והמינהליים, משליטי חוק או אוכפי חוק.

קיימת בישראל תודעה של משפט ותודעה של בתי-משפט והתדיינויות. לעומת זאת, לא קיימת תרבות של משפט כמוכנים מספר: חסרה ההכרה בחשיבות המשפט ליצירת חברה; נעדרת ההכרה בחשיבותו של החוק; אין הטמעת ערכים, שהחוק מנציח, בדרך של חינוך; ותודעת החובה לציית לחוק ולאוכפו לא הושרשה.

במשפט העברי, גם נורמות אידיאליות-עיוניות הן נוכחות חיה, תורת חיים: כך, למשל, דיני קדשים וזבחים ודיני מלך, כמו גם עניינים אחרים, הם בבחינת דרוש וקבל שכר בלבד או הלכה ואין מורין כן. בישראל, לעומת זאת, גם חלק מן הדינים החיים הם בבחינת תיאוריה. במשפט העברי, הרטוריקה המשפטית עדיפה, לעיתים, על המעשה המשפטי. בית-המדרש הוא המקום שבו משתקפים החיים האמיתיים. תרבות הלימוד והדיון היא התרבות של המשפט והתרבות המוטמעת בחיים. בישראל, המעשה המשפטי הוא, לעיתים, רטוריקה חסרת רוח-חיים.

לפני למעלה משלושים שנה, דן השופט א' ויתקון ביחס האמור אל המשפט. הוא עמד על כך, שהמשפט, בתור שכוה, אינו תופס מקום במערכת האידיאלים שחברתנו מרימה על נס. הוא גם ניסה למנות את הגורמים לכך:⁵⁹

(1) בעבר, נהגה בקרב הציבור היהודי בגלויות השונות וביישוב העברי בארץ-ישראל מסורת רעיונית של גישה פורמלית בלבד למשפט, בהיותו משפט זר או מגדטורי.

(2) הקמת המדינה חייבה את היישוב להפגין כישורים מסוג אחר: מאבק בטחוני, התיישבותי, שחייב ערכים אחרים וסדר קדימויות אחר.

(3) הציבור הפגין גישה פרגמטית של עקיפת המשפט או הפרתו. בתהליך של הקמת מדינה, בתנאים המחייבים אלתור, פרטיזניות ומאבק נגד נורמות עוינות, המשפט מפריע, כביכול, למאמץ להתגבר על בעיות השעה.

(4) מדינה המקבצת גלויות רבות ושונות אינה מצליחה להטיל נורמות אחידות, שלא ייתקלו בהתנגדות מצד חלק מן האוכלוסייה ושיזכו בהכנה ובהשלמה מצד תרבויות מסוימות, שאינן מוכנות לקבל על עצמן את הערך המוטמע כנורמה. תרבות ומנהגים ישנים עדיין ממלאים תפקיד מרכזי.

(5) 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 שבהם מנסה המשפט הישראלי להשליט נורמות התנהגות אחידות ולשרש נהגים רווחים. נורמות אלה נתקלות בהתנגדות מצד קבוצות

⁵⁸ לעיל פרק ד.1.

⁵⁹ א' ויתקון, לעיל הערה 7, בע' 43-45.

שונות באוכלוסייה. בית-המשפט, המיישם את הנורמות ואמור לאוכפן, מציין את התופעה במטרה להתמודד עימה. פעמים, רמת הענישה משקפת את הצורך לשרש תופעה רווחת, שקנתה לה שביתה בציבור או בקהילה מסוימת. ניתן להדגים תופעה זו בשתי קבוצות של הסדרים משפטיים. הסוג הראשון נוגע באורחות-חיים קהילתיים ועדתיים, כגון גיל נישואין,⁶⁰ ביגמיה,⁶¹ חילול כבוד המשפחה⁶² וכיוצא באלה. הסוג השני נוגע בהשתרשות נהגים תת-נורמטיביים, שמקורם בצורך להסתדר ולהתקיים בתנאי מצוקה או במציאות עוינת. לסוג זה ניתן לשייך את דיני התכנון והבנייה⁶³ ואת דיני הפיקוח על מט"ח, על מחירים וכיוצא באלה.

כתוצאה מכל אלה, נוצר, לדעתו של השופט א' ויתקון, "הלך רוח עוין לעניין המשפט, שקשה לשרשו בזמנים שקטים."⁶⁴ עברו שלושים שנה. חלק מן הטעמים נעלמו, ואף-על-פי-כן, אין תרבות של משפט ואכיפתו. מדוע?

הדבר נובע קודם-כל מן העובדה, שחלק מן התופעות שעליהן עמד השופט א' ויתקון ממשיכות להיות רלוונטיות עד היום הזה, למרות ארבעים וחמש שנות עצמאות. על עניין זה נוספו תופעות ישראליות "מקוריות".

(1) בחברה הישראלית רווחת עדיין מסורת של אי-לגליזם, שניתן לייחסה לתופעות הגלות מזה והמאבק של היישוב בשלטון עוין מזה. במערכת הפוליטית ובשלטון בראשית קום המדינה ובמשך השנים שלאחר-מכן, כמו גם לאחר חילופי השלטון, ניתן לגלות זלזול בקני-מידה לגליסטיים.⁶⁵

(2) תחושה של נרדפות קיומית ממשיכה להיות נחלתו של הציבור הישראלי ויוצרת תחושה של סדר-עדיפויות, שבו אין המשפט תופס מקום מרכזי.

(3) התרבות השלילית של המשפט כגורם מפריע לפעולות השלטון נפוצה בחוגי השלטון ונותנת את אותותיה בשנים האחרונות (הן בטענות ביטחון, הן בטענות התיישבות והן בטענות אחרות), תוך גילוי תופעות קשות. את אלה ניתן להדגים, למשל, בפרשת השב"כ, אשר העלתה פעולות עברייניות חמורות, שעליהן נוספו טשטוש ראיות, בידוי ראיות ושיבוש הליכי חקירה.⁶⁶

60 חוק גיל הנישואין, תש"י-1950, ס"ח 286. ע"פ 353/62 אל-פקיר נ' הי"מ, פ"ד יח(4) 200, 217; ע"א 501/81 הי"מ נ' פלונית, פ"ד לה(4) 430.

61 סעיפים 175-180 לחוק העונשין. ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' הי"מ, פ"ד ה 481; ע"פ 596/73 מחאמיד נ' מ"י, פ"ד כח(1) 773; ע"פ 203/76 מ"י נ' נאשף, פ"ד לא(1) 189; ע"פ 392/80 מ"י נ' הלוי, פ"ד לה(2) 698; ע"פ 185/82 גודה נ' מ"י, פ"ד לז(1) 85.

62 ע"פ 308/65 סעדי נ' הי"מ, פד יט(4) 175; ע"פ 563/79 האדי נ' מ"י, פ"ד לד(2) 608, 610.

63 בג"צ 111/89 אברהם רובינשטיין ושוח' חברה קבלנית בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז ת"א, פ"ד מה(2) 133, 141 "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 (הגזלת אחוזי בנייה באמצעות שיטת חישוב מסוימת, הנוגדת לחוק - אר"צ) קצרה ידו של בית-המשפט מלהגיש לה את הסעד המבוקש שיהא נוגד את החוק." 64 א' ויתקון, לעיל הערה 7, בע' 45.

65 א' שפרינצק איש הישר בעיניו (אי-לגליזם בחברה הישראלית) (תשמ"ח) 17, 28-32, 50, 55, 58, 60, 77, 83, 112-114, 148.

66 ראה ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות

- (4) עדיין מקננת בקרב ציבורים שונים, מפעם לפעם, כסוגיות משתנות ובהקשרים שונים, התחושה שהם חיים במשטר זר, שיש צורך להילחם בנורמות המוטלות עליהם בדרכי תחבולה, במקרה הטוב, או באלמות, במקרה הרע.⁶⁷ בהקשר זה בולטת במיוחד אלימות ופשיעה על רקע אידיאולוגי (כך, למשל, פרשת המחתרת היהודית)⁶⁸ או סטייה מן החוק בשל טעמים והצדקות אידיאולוגיים.⁶⁹
- (5) הבעיה מחמירה כאשר גורמי שלטון נותנים לגיטימציה, ברטוריקה ואף במעשה, להפרת החוק או לאי-אכיפתו בעבירות הנחשבות לאידיאולוגיות⁷⁰ או הנחשבות למשרתות את טובת הציבור או המדינה, כפי שהיא נתפסת בעיניה של קבוצה מסוימת.
- כאשר חוגי שלטון או מערכות ממסדיות מגלים הבנה למעשים תת-נורמטיביים, ובמקרים מסוימים אף מעודדים אותם או מסייעים בעקיפין למעשים או מכרכים עליהם בדיעבד, נהפכת העבריינות ל"נורמטיבית".
- (6) גם החברמניות הישראלית נותרה בעינה. הרומנטיקה שבה נעלמה ואף האתוס החברי אינו נלווה אליה, אולם קריצת-העין כלפי החוק נמשכת. התת-נורמטיביות נשארה בעינה. התחושה ש"לסדר" זה בסדר ממשיכה להיות תרבות המובילה חלקים מן החברה הישראלית.
- (7) מתחת לציפוי החברמני, כביכול, ניתן לגלות שכבה של חברה אלימה. תופעות האלימות מתגלות בתופעות שציינו לעיל, וכן, למשל, במערכות הבחירות בעשור האחרון.⁷¹
- (8) במסגרת התרבות הרווחת, קיימת תופעה של מסרים כפולים קיומיים, הפועלים נגד יכולת האכיפה של שלטון-החוק.
- (א) הפער בין הנורמות הדתיות לבין האידיאולוגיה הרווחת. הפער בין המסגרת המשפטית, המטילה חובות דתיות, לבין השקפות-העולם החילוני יוצרת מרווח של אי-אמינות במרקם התרבותי של המשפט.
- (ב) הפער בין המשפט המתקדם והליברלי בתחומי הקו הירוק לבין המשפט האחר, החל על שטח כבוש, לא זמנית, לתקופת-מעבר, אלא במשך חצי יובל שנים, גם הוא מסר שקשה לחיות עימו. יתר על-כן, ישראל מקיימת בעת ובעונה אחת שתי מערכות שיפוט ומשפט בשטחים המוחזקים. המערכת האחת מיועדת למי שאינם

חבלנית עוינת – דין וחשבון (תשמ"ח): י' זמיר "היועץ המשפטי לממשלה בשעת משבר: פרשת שירות הבטחון הכללי (השב"כ)" ספר אורי ידין (תש"ן, כרך ב) 47: מ' נגבי מעל החוק, משבר שלטון החוק בישראל (תשמ"ז) 9-24.

67 כך, למשל, ראה על מאבקו של "גוש אמונים" בממשלת ישראל, תוך הפרת החוק והשתלחות קשה בפרקליטות המדינה, עקב נסיונה לאכוף את החוק. א' שפרינצק, לעיל הערה 65, בע' 124-135.

68 א' שפרינצק, שם, בע' 135-142.

69 על העבריינות הפוליטית או האידיאולוגית ומשמעותה, ראה י' זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט לו (גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי-הדין, תשמ"ז) 61, 72-73.

70 א' ויתקון, לעיל הערה 7, בע' 52; א' שפרינצק, לעיל הערה 65, בע' 121, 142, 144; י' זמיר, שם, בע' 72.

71 א' שפרינצק, שם, בע' 144-145, 154-157.

אזרחי ישראל. האחרת מיועדת לאזרחי ישראל, גם כאשר מקום מושכם הוא בשטחים המוחזקים. הכנסת חוקקה חקיקה פרטנית וכללית המחילה את משפטה ושיפוטה של מדינת ישראל על אזרחי ישראל החיים בשטחים אלה. מטבע הדברים, יוצרות תופעות אלה, אצל ציבור ניכר של ישראלים, איזו קריצת-עין לגבי כל מוסד המשפט.⁷²

מסקנה מדאיגה מתופעות אלה אינה נובעת מהשקפה פוליטית זו או אחרת. היא חייבת להטריד את כל מי שחרד לשלטון-החוק במובנו המהותי. החשש מן המסר הכפול, היוצר את קריצת-העין המסוכנת, חייב להיות נחלתם של תומכי ארץ-ישראל השלמה בדיוק כמו של תומכי הפשרה הטריטוריאלית.

(ג) הפער בין עקרונות-היסוד לבין החריגים הסטטוטוריים גורר תחושה של שימוש מניפולטיבי בעקרונות-היסוד כל אימת שהצרכים הפוליטיים יוצרים הכרח של סטייה מעקרונות-היסוד ומכתיבים את הסטייה. כזו היא, למשל, הסטייה מעקרון השוויון בנוגע למעמדה של האשה במשפחה ולמעמדם של בני-הישיבה לצורך גיוס לצה"ל. סטייה זו בשני עניינים מרכזיים בחיי הציבור הישראלי, הנוגעים באוכלוסייה רחבה, יוצרת גם היא מרחב של אי-אמינות במרקם התרבותי של המשפט.

(ד) הפער בין חובת הציות לחוק היוצא מלפני המחוקק לבין תת-הנורמות היוצאות מבניין הכנסת וממוסדות השלטון בכלל, ולעת הרכבת השלטון בישראל בפרט. פער זה יוצר תחושה של הפרת כל הנדדים והתרת כל האיסורים; הכל מותר. כאשר השלטת שלטון-החוק במחוקק מחייבת מעורבות של בית-המשפט, כאשר חברי-כנסת נזקקים לבית-המשפט כדי להביא תקנה לחוק או לנוהל התקין, מתקבל החוק היוצא מלפני המחוקק בקריצת-עין של ציניות.

(9) גידולי-הפרא הצומחים בערוגת הפוליטיקה הישראלית, במהלך הרכבת קואליציה כמו גם בתקופה שבין בחירות לבחירות, יוצרים אווירה של תת-נורמות וגוררים אחריהם גישה מזלזלת בחוק.

הרוב צריך להגן על עצמו מפני כוחו המופרז והמלאכותי של המיעוט, המהווה לשון-מאזניים. המפלגות סותרות באידיאולוגיה באין מפריע על חשבוננו של הציבור. קבוצה פוליטית מסוימת סוחטת קבוצה אחרת ברשות החוק. אין גבול לאתנון. כל חוק ניתן לכיפוף בדרכים נורמטיביות (באופן פורמלי, כמובן). הסכם שנחתם אינו מכובד ואינו ראוי לכיבוד. קשה להחליט מי גוזל ומי נגזל, מי המפר ומי הנפגע, ושני הצדדים הם בעצם פורעי-חוק: גם המפר וגם הנפגע. וכל אלה ב"נכסיו" של הציבור ועל חשבון חובת הנאמנות שנבחרו הציבור חבים לו.

עם אלה ניתן למנות במיוחד את תופעת המינויים הפוליטיים, שהתרחבה ביותר

72 על מערכת השיפוט והמשפט השונה החלה על תושבים שונים של השטחים המוחזקים ועל משמעות התופעה מבחינה משפטית וערכית, ראה א' רובינשטיין "מעמדם המשתנה של השטחים": מפקחון מוחזק ליצור כלאים משפטיים" עיוני משפט יא (תשמ"ז) 439, 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, וראה הסיכום בע' 456-457, שם.

בשנים האחרונות.⁷³ תופעה זו מעמיקה את מסגרת אי-הלגליזם, המובל על-ידי רשויות השלטון ובכירי המערכת השלטונית.

(10) מערכת יחסי-הגומלין בין הרשויות השונות משובשת. אין סדר ברור של תפקידים בין מערכות מוסדיות. הכנסת אינה ממלאת את אחד מתפקידיה העיקריים: הפיקוח על הממשלה. היא נשלטת על-ידי הממשלה. הממשלה היא מעין כנסת-זוטא וקיבוץ של בעלי אינטרסים שונים, כשעקרון האחריות המשותפת נותר על ספר החוקים בלבד. במציאות כזו, נהפך בית-המשפט, במקרים רבים, למחוקק. הפרשן נוטל את מקומו של המחוקק.

"משחק הכסאות המוסיקליים" במערכות המוסדיות של השלטון זורע מבוכה בציבור ומוסיף מימד של אי-אמינות לתרבות הנורמטיבית.

(11) אי-לגליזם פוליטי ושלטוני, כמו גם סיוע עקיף לתופעות עברייניות, מוצא את דרכו לאי-לגליזם אזרחי. הוא משפיע על האווירה הכללית כלפי תרבות של שלטון-חוק. הוא מעניק לגיטימציה להתנהגות דומה של הציבור ולסוג מסוים של תופעות עברייניות.⁷⁴ אין לצפות שהציבור ינהג אחרת מן המנהיגות האמורה לשמש לו דוגמה.

"שלטון שאינו רואה חובה לעצמו לקיים את החוק, שומט את הבסיס המוסרי של החוק ומערער את הנכונות של האזרח לציית לחוק. בכך הוא יוצר סיכון חמור לסדר הציבורי."⁷⁵

(12) וזה מביא אותי אל הגורם העיקרי: היעדר המסגרת החוקתית הכתובה, שאפיין את תרבות המשפט במדינה במשך עשרות השנים. מחזל זה נותן את אותותיו עד היום הזה. החמצת השעה במהלך המהפכני של הקמת המדינה,⁷⁶ כאשר האינטרסים הכיתתיים נסוגו לרגע, משאירה את חותמה השלילי על התרבות הפוליטית, כמו גם על תרבות המשפט של האוכלוסייה, עד היום זה.

בשלהי הכנסת השתיים-עשרה, אירעה התרחשות חשובה בעניין זה,⁷⁷ אולם התהליך

73 על התופעה והתרחבותה בשנים האחרונות, כמו גם על משמעותה, ראה א' שפרינצק, לעיל הערה 65, בע' 112-114; י' זמיר "אתיקה בפוליטיקה" משפטים יז (תשמ"ח) 250, 277-280; י' זמיר "מינויים פוליטיים" משפטים כ (תש"ן) 19; י' זמיר "מינויים פוליטיים בבקורת שיפוטית" משפטים כא (תשנ"א) 145.

74 על החומרה שבתופעה, ראה בג"צ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28. על יחסי-הגומלין בין-אי-לגליזם פוליטי ושלטוני להתנהגות האוכלוסייה, ראה, בין היתר, א' שפרינצק, לעיל הערה 65, בע' 118, 145; י' זמיר "הירעץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא (תשמ"ז) 411, 413; י' זמיר "אתיקה בפוליטיקה" שם, בע' 263.

75 י' זמיר "הירעץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון", שם, בע' 413-414.

76 על הוויכוח על החוקה, ראה: R. Gavison "The Controversy Over Israel's Bill of Rights" 113 (1985) *Israel Y.B. on Human Rights*.

77 בשלהי הכנסת השתיים-עשרה, נחקקו שני חוקי-יסוד: חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ב 114, וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, הבנויים במתכונת חוקתית. החוקים מסדירים זכויות אדם באופן חוקתי. הם מגבילים את כוח החקיקה של הכנסת. חוק מאוחר חייב לדבוק בעקרונות הקבועים בדברי חקיקה אלה ולעמוד בתנאים הקבועים בהם. חוק-

לא הושלם עדיין. ההסדר החוקתי עדיין חסר. השלמת כינונה של חוקה היתה משפרת את תרבות המשפט בארץ, עקב המסגרת המשפטית המיוחדת שהחוקה יוצרת, האווירה המאזנת שהיא משליטה והמגבלות שהיא קובעת לכוחן של רשויות השלטון. במציאות הנוכחית, האינטרס הכיתתי משליט עצמו. המינויים הפוליטיים חוגגים. כיתתיות זו יוצרת תת-תרבות משפטית, ובעת ובעונה אחת אינה מאפשרת להתרומם מעליה ולאפשר כינון חוקה.

השלמת כינונה של חוקה היתה משפרת גם את התרבות הפוליטית בארץ ומונעת, אולי, חלק מגידולי-הפרא, ששורשיהם מדכאים את יכולת השלטת החוק ואכיפתו. ניתן לומר, כי בישראל, התרבות הפוליטית יוצרת או משרישה גם תרבות של משפט. השחתת המידות הפוליטיות מקלקלת את שורת תרבות המשפט. שום בית-משפט וכל מידה של מעורבות שיפוטית לא יצליחו להקים תרבות של משפט שאין לה שורשים בהנהגה השלטת ואין מלווה בדוגמה אישית של בעלי השררה או של המוסדות האמורים להשליט את שלטון-החוק.

במציאות כזו ומן הטעמים שפירטתי, אין שלטון-החוק מצליח להשליט עצמו.⁷⁸ התרבות המשפטית אינה נוכחות חיה אצל חלק ניכר מן הציבור. לגבי עניינים שונים, אין היא מצליחה לחלחל אל הרבדים השונים של החברה הישראלית. מה שגרם בראשית שנות המדינה לרוח עוינת למשפט ממשך לגרום זאת עד היום. אל אלה מיתוסים הגורמים האחרים, וביניהם הזלזול בחוק הנושב ממעשיהן של רשויות השלטון. התרבות הרווחת במדינה מתפתחת, המציאות הפוליטית והיעדר חוקה מכתיבים, בין היתר, מציאות עגומה זו.

יסוד: חופש העיסוק כולל גם סעיף המחייב את הכנסת להשיג רוב מיוחס לשם שינוי הוראה הכלולה בו. לא בכדי כונתה חקיקת שני חוקים אלה על-ידי השופט אהרון ברק כ"מהפכה חוקתית". ראה א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9.

עתיים של חוקים אלה עוד לפניהם. חוקה על בית-המשפט העליון שימשיך את מסורת ההגנה על זכויות הפרט. הפעם העניק המחוקק, לו ולבתי-המשפט האחרים, כלי רב-עוצמה, המאפשר לא רק לבסס את הפסיקה רבת-השנים ולאמץ את חירויות הפרט בדרך פרשנית, אלא גם להעביר את חקיקת הכנסת במבחנן של הוראות החוק. לא זו בלבד שחוק-יסוד: חופש העיסוק כולל הוראות משוריינות, הוא אף מחייב, שנתיים לאחר חקיקתו, את העברת הדין הקיים באספקלריה של הוראותיו.

78 ודוגמה נוספת בהקשר אחר: בחברה שומרת-חוק, יכולה השיטה המשפטית להרשות לעצמה לקבוע, כי בכוח מנהג מסוים לבטל הלכה בהתקיים תנאים מיוחדים. בחברה שאינה אוכפת את החוק, אין לתת תוקף למנהגים בניגוד לחוק, שהרי אז יהיה ניתן להנציח תופעות תת-נורמטיביות. ואכן, פעמיים נתקלנו בכך שבית-המשפט אינו מוכן להכיר בהיווצרותו של נהג שמוציא מן ההסדר החוקי. במיוחד אמורים הדברים בחובת הרשות לנהוג בהגינות כלפי האזרח. ראה, למשל, בג"צ 766/87 צוקר נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מב(2) 610. "עצם העובדה שנתקבל אצל המשיבים נהג, לפיו הם פועלים, אינה יכולה להצדיק להמשיך בו, כשאין הדבר מעוגן בנורמות חוקיות שהעירייה קבלה על עצמה ושרק על פיהן היא חייבת לפעול." בית-המשפט נהג כך גם לגבי הרשות המחוקקת. נהג שהשתרש אצל המחוקק לגבי מועד הדיון בהצעת אי-אמון או לגבי החלפת חברי ועדת כנסת, לא התקבל על דעת בית-המשפט. אין תימה בדבר, שבשיטתנו המשפטית לא השתרש הכלל שמנהג מבטל הלכה.

וכבר הורה לנו השופט א' ויתקון:

"המשפט כשלעצמו יכול לשמש גורם חיובי בעיצוב דמות החברה, אך לא ימלא תפקיד זה אלא אם כן קיימים נתונים הדרושים לכך. הוא יכול לפעול רק כשהאקלים נוח לפעולתו, וכשהלונך-הרוח בחברה, ובעיקר אצל מנהיגיה, נוטה לראות במשפט כוח חיובי וחיוני."⁷⁹

תת-תרבות זו משפיעה על התרבות המצומצמת והרחבה של המשפט במובנים רבים. היא עשויה לגרור אחריה מעורבות-יתר מצד בית-המשפט ואכיפה אגרסיבית מצד הרשויות. אולם היא יכולה גם לגרום הימנעות ממעורבות ומידה קטנה של אכיפה.

ז. סיכום

לנוכח הפער הגדול בין העשייה השיפוטית לבין הטמעת הנורמות ושמירתן, מה רצוי כי יעשה על-ידי בית-המשפט? האם ייכנע למציאות ויוריד את מתח מעורבותו או שמא ימשיך במעורבות ויקווה לשינוי המיוחל? האם מעורבות רבה היא רצויה והאם היא מקדמת את שלטון החוק?

התשובה שניסיתי לתת לשאלות אלה ברשימה זו הינה מורכבת. בישראל, יש הצדקה למעורבות שיפוטית רבה במקרים של הכרעה בסכסוך בין הפרט למדינה, בהפרת זכותו של העותר ובהגנה על זכויות הפרט וחירויותיו. באלה, התרומה להסדר מערכת היחסים בין הפרט למדינה, לרווחת חייו של הפרט, להגנה עליו ולפתרון מצוקותיו מכריעה את הכף. במקרים אחרים, ובמיוחד בעניינים פוליטיים או בעניינים מדיניים שלא-על-ריב, מעורבות שיפוטית, בדרך-כלל, נזקה עולה על תועלתה.

לא תמיד ההבחנות קלות ולא תמיד הן אפשריות. מקרי-הגבול אינם פחותים במספרם מן המקרים הפשוטים והקלים. בסופו של דבר, יכריעו את הכף חוש המידה וחוש המומחיות של המשפטן, על בסיס אמות-המידה המוצעות ומערכת הערכים הבסיסית, שהועמדה כמצע להפעלת שיקול-הדעת באשר להיקף המעורבות השיפוטית.

רשימה זו נועדה להציג את ראשית המחשבה בדבר האיזון הראוי בין מעורבות רצויה לבין הימנעות ממעורבות-יתר. במסגרת זו הדגמתי, לשיטתי, תחומים שבהם מפעיל המשפט הישראלי מעורבות-יתר ועמדתי על תחומים שבהם המערכת מתאפיינת כמעורבות-חסר.

באקלים של חברה, המתאפיינת, בגזרות שונות של החיים, בתת-נורמטיביות, תורמת המעורבות השיפוטית לשלטון-החוק. היא עשויה להשיג, בין היתר, שלוש תוצאות רצויות: ראשית, בית-המשפט מקים לאזרח עורף בטוח, העומד לו בריבו עם הרשות. שנית, כל רשות מודעת לכך שהיא חשופה להתערבות. היא עשויה איפוא לכלכל את צעדיה על-פי המצופה ממנה על-ידי בית-המשפט, כדי למנוע מראש את הביקורת השיפוטית. שלישית, היא עשויה לחסן את המערכת השלטונית, גם לעתיד לבוא, מפני תופעות שליליות.

אולם הטענה כאילו כל מעורבות שיפוטית היא לברכה וכל פסיקה מקדמת את שלטון-החוק מתעלמת מן העובדה, כי בצד התוצאות החיוביות המושגות, משתלם מחיר

79 א' ויתקון, לעיל הערה 7, בע' 42.

גם בעבור מעורבות רבה. לא אחזור על הדיון המפורט שערכתי בעניין זה ברשימה זו. אסכם כאן, באופן סלקטיבי, רק כמה נקודות מאפיינות.

מחד גיסא, בסוג זה של עניינים – עניינים פוליטיים או בעניינים מדיניים שלא-על-ריב, שאינם נוגעים בהגנה על חירויות הפרט, אלא בהגנה על אינטרס קולקטיבי של שלטון-החוק – הכלי המשפטי אינו, בדרך-כלל, אמצעי התמודדות אופטימלי. הראיתי, כי במקרים רבים הוא מקדם פורמליזם, תחת מהות. יתר על-כן, התוצאות המקוות אינן מושגות, בדרך-כלל, שכן, המעורבות השיפוטית אינה יעילה לסוג זה של עניינים. בעניינים אלה אין מעורבות שיפוטית חיונית לפרט, לרווחת חיינו, לזכויותיו ולחירויותיו. חשיבותה של ההגנה כלפי הפרט בעניינים אלה אינה כה רלוונטית, באשר אין אלה עניינים הנוגעים ישירות בפגיעה בזכות הפרט. במרכז העשייה עומדת הגנה על הקולקטיב, במסגרת השמירה על שלטון-החוק.

מאיזך גיסא, מעורבות שיפוטית רבה בעניינים אלה יוצרת חברה אפולוגטית, מהווה תחליף להטמעת ערכים באמצעים חברתיים, חינוכיים ופוליטיים, מרחיבה את הפער בין הנורמות לבין המעשה ומורידה את רמת האחריות העצמית של הרשות. תוצאת המעורבות המשפטית במקרים אלה עשויה לא לגרור עימה הרחבת תרבות של משפט במובן הכללי.

ניתן אף לומר, אולי, כי לנוכח המציאות שתוארה לעיל, נעשית מעורבות שיפוטית נרחבת בסוג זה של עניינים דיספרופורציונלית. התערבות כזו יוצרת מרחק בלתי-ניתן לגישור בין השלטון לבין הדין ובין הציבור לבין הדין. זו גזירה שלא ניתן לעמוד בה. למעט התוצאה האופרטיבית בעתירה המסוימת, לא עבר לרשות שום מסר, לא הוטמע שום ערך ולא נרכשה תרבות שלטונית או תרבות של משפט. במקרים כאלה, קיימת סכנה מוחשית שהרשות תנסה להתחכם עם בית-המשפט ותפרוק את האחריות מכתפיה, כשהיא "מעבירה" אותה לבית-המשפט. אולם בית-המשפט אינו בא במקום המינהל. ההחלטות והפעולות של המינהל הן רבות והעתירות לבג"צ מועטות. לא התוצאה האופרטיבית נושאת את המסר, אלא הקול היוצא מעשיית הצר-עליתנאי למוחלט.

ח. אחרית-דבר

על דעת הכל, מחובת הקהילה המשפטית להירתם ליצירת אותו אקלים המאפשר למשפט לעצב את דמות החברה ולהשליט ערכים. עלינו להחדיר את התודעה שהמשפט צועד עם הערכים השונים, ולא נגדם. עלינו להילחם בתחושה המזיקה, שהמשפט הוא רצף של מכשלות וסייגים מיותרים והוא מחסום לפני השור בדישו.

הפעם היחידה שבה מופיעה המלה תרבות בתנ"ך היא בהקשר שלילי. על דור המדבר נאמר: "תרבות אנשים חטאים" (במדבר, לב, יד). דור-המדבר של משפטני ישראל יצר וממשיך ליצור תרבות משפט. עתה עלינו המלאכה לגמור. החובה היא להשליט תרבות זו של המשפט על החברה ועל רשויות השלטון ולמנוע יציאתם לתרבות-רעה.