

מגבלותיה של המערכת המשפטית *

מאת

פרופ' סטיבן גולדשטיין

א. פתח דבר

ביום זה, הראשון לשנת הלימודים החדשה, שתבוא עלינו לטובה, מטבע הדברים להוטים כולנו למקצוענו ומלאים ציפיות לגבי התועלת שתבוא ממנו, הן התועלת האישית שיפיק כל אחד מאתנו והן התועלת החברתית שנוכל להביא לחברתנו באמצעות המקצוע הנלמד. ואל לי לקלקל את האווירה הזאת. יתרה מזו, אין להכחיש, לא את הסיפוק האישי שניתן למשפטן להפיק מעיסוקו ולא את השיבותם של המשפט ושל המשפטנים בקידום החברה.

יחד עם זאת, רצוני לדון אתכם הערב בצד השני של המטבע הקשור עם התועלת החברתית הנובעת מהמשפט. וכוונתי לבעיות ולסכנות הנובעות מהסתמכות יתר על המערכת המשפטית, ומציפיות מופרזות לגבי יכולתו של המשפט לפתור בעיות חברתיות קשות ומורכבות.

הדיון יתרכז בשלושה נושאים הנראים לי חשובים ועכשוויים במדינת ישראל של היום: (א) הסתמכות יתר על המערכת המשפטית בכללותה לעומת מערכות חברתיות אחרות; (ב) ציפיות מופרזות לגבי יכולתה של הרשות השופטת לקדם את החברה; (ג) הסתמכות יתר על הדין הפלילי ויישומו כמבטא את הנורמות החברתיות המחייבות, במיוחד בקשר עם התנהגותם של אנשי ציבור.

ב. מגבלותיה של המערכת המשפטית בכללותה

1. הערות כלליות

בספרו Social Order and the Limits of Law טוען הפילוסוף האמריקני פרופ'

* דברים שנאמרו בטקס פתיחת שנת הלימודים תשמ"ג בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים.
תודתי נתונה לפרופ' גבריאלה שלו על עזרתה הנדיבה בהכנת דברים אלה.

גינקנס, שהמערכת המשפטית, או לפי כינויו, "המערכת המשפטית הפוזיטיבית", היא רק מערכת נורמות משלימה, הבאה להשלים מערכות נורמטיביות מושרשות ובסיסיות יותר, כמו דת, מנהג חברתי והמוסר המקובל על החברה.

ייתכן מאוד שפרופ' גינקנס צודק מבחינה אנתרופולוגית. אולם, אפילו הוא חייב להודות שהעידן שלנו מאופיין בכך שהמדינה המודרנית, המפעילה והמיישמת של המערכת המשפטית, התעצמה על חשבון המוסדות שנהגו להפעיל וליישם את המערכות האחרות, וכוונתי למוסדות דת וחינוך ולגורמים אחרים הפועלים, הן באופן מאורגן והן ללא התארגנות רשמית, בחברה חד-גונית ומקובצת.

החלשת מוסדות אלה מחד גיסא והתחזקות המדינה מאידך גיסא מצטברות למעגל קסמים שקשה להבחין בו מה קדם למה: התרגולת או הביצה. והתוצאה היא הסתככות גוברת והולכת על המדינה, ועל מערכת המשפט שהיא מפעילה, כדרך בלעדית, או כמעט בלעדית. ליצירתן וליישומן של נורמות חברתיות. תהליך זה לא פסח גם על מדינת ישראל. אדרבא, הגשמת השאיפה להשיב לעם ישראל ריבונות בארצו הולוכה לשאיפה ל"ממלכתיות", שהחישא והחריפה את התהליך.

לכן אין פלא שכאשר נוצרה בחברה מודעות לבעיה כלשהיא הנטייה הראשונה היא לחפש את פתרונה בחקיקת חוק, בהתקנת תקנה, או בתביעה לרשות השופטת. ואין מגוס מלקבל כנתון שבמדינה מודרנית המערכת המשפטית היא המערכת העיקרית לביטוי נורמות החברה ולאכיפתן. ברם, אל לנו לתת לנתון זה להסתיר מאתנו את העובדות, שגם הן מציאותיות מאוד, שהמערכת המשפטית איננה כל-יכולה, שהיא מוגבלת ביכולתה להשיג תוצאות מסוימות, ושליישומן דרכה יש לעתים מחיר העולה על התועלת. זאת ועוד, למרות החלשתן של המערכות האחרות ומוסדותיהן בעידן המודרני, עדיין ניתן להיעזר בהן במקרים אהדים, אם לא באופן בלעדי אזי לפחות ככלים המשלימים את המערכת המשפטית. הייתי מוסיף, שהחלשתן של המערכות האלה נובעת, לפחות בחלקה, מהתנוונות מהמת העדר שימוש, ולכן ייתכן שהיעזרות מחדשת בהן תתרום להבראתן.

אפילו במצב הנוכחי ניתן למצוא דוגמאות לשינוי נורמות חברתיות אצלנו, כאשר הכלי העיקרי לכך לא היה המערכת המשפטית. דוגמה טובה היא השינוי המשמעותי ביותר שחל בארץ בעניין קטיפת פרחי בר. אמנם כחלק מהמערכה להגנת פרחי בר הכריז שר החקלאות הן ב-1971 והן ב-1977 על פרחי בר שונים כערכי טבע מוגנים לפי חוק הגנים הלאומיים ושמורות הטבע, תשכ"ג-1963, ועל-ידי כך אסר על קטיפתם. אולם אין ספק, שתפקידו של האיסור המשפטי היה משני לעומת מערכות ההסברה והחינוך שהופעלו ושעדיין מופעלות בנושא זה. אולי ניתן ללמוד לקח מניסיון זה גם לגבי הטיפול בבעיות אחרות של הסביבה הטבעית וגם לגבי הבעיה המכאיבה מאד הקשורה לסביבתנו האנושית — הקטל בדרכים.

העיקר הוא להכיר בכך שבכל מקרה של טיפול בבעיה חברתית קיימות שתי שאלות קשורות זו לזו אבל גם נבדלות זו מזו. השאלה הראשונה היא מהי הנורמה החברתית הרצויה. השאלה השנייה היא מהי הדרך הרצויה ליישום נורמה זאת. התשובה לשאלה

1 ראה: I. Jenkins, *Social Order and the Limits of Law* (Princeton, 1980) 3—19.

השנייה איננה בהכרח יצירת חובה משפטית או התמרת החובה המשפטית הקיימת, לפחות לא כמכשיר בלעדי.

איני מתכוון להאריך את ההרצאה הזאת על-ידי ניתוח מעמיק של בעיות שונות לפי השיטה המוצעת לעיל. אני מרשה לעצמי לא לעשות כך לא רק בהתחשב בסבלנות-כך, אלא גם לאור העובדה שלאחרונה פורסם מאמרה המעולה של ד"ר רות גביוון על הנושא "הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת"², מאמר שהוא דוגמה ומופת של ניתוח המבדיל יפה בין שתי השאלות: (א) קביעת הנורמה החברתית (או בלשון המחברת "המוסרית"); (ב) קביעת הדרך הטובה ביותר ליישום הנורמה הרצויה. אולם רצוני להתעכב על שני נושאים המעוררים בעיות מיוחדות בהקשר זה: (א) אכיפת נורמות חברתיות המחייבות שוויון ואוסרות אפליה; (ב) נורמות חברתיות המגבילות ציבור מיוחד בניגוד לנטיותיו הטבעיות.

2. המחשה א: אכיפת נורמות האוסרות אפליה

באשר לחוקים נגד אפליה ידוע שמרבים לחוקק חוקים וממעטים לאכפם. בתחום זה כמעט שאין חוק שהאמורים להיות מוטבים על ידיו אינם מתלוננים על אי אכיפתו. זה בהחלט הדין אצלנו לגבי סדרת החוקים שנחקקו בעניין זכויות האשה בכלל ובעבודה בפרט.

מה עלינו ללמוד מהבעיה המתמדת הזאת של קשיים באכיפת חוקים כאלה? יש הגורסים שקשיים אלה אינם נובעים מרצונן הרע של רשויות האכיפה או מאדישותן, אלא הם חלק בלתי נפרד מעצם טיבם של החוקים. הסבורים כך מסבירים את הקשיים באכיפת חוקים אלה בשלושה טעמים: (א) חוקים אלה מתייחסים לאמיתו של דבר ליחסים שבין אדם לרעהו ומשתדלים להגשים את המצווה ואהבת לרעהו כמור, דבר שאינו בר ביצוע בחוק; (ב) חוקים אלה אינם מקובלים על רוב העם ואין החוק מסוגל לכפות על העם דבר שהוא מתנגד לו; (ג) במגמה לעשותם בני ביצוע, מלווה את החוקים האלה מערכת ביצוע שהיא כה מורכבת, מסובכת ויקרה שתלכה למעשה אין ביכולתה של המדינה לשאת בעול הפעלה.

אני שותף לדעה, שקשיי האכיפה הטיפוסיים לחוקים נגד אפליה אינם מקריים ואינם נובעים מרצונם הרע של מבצעייהם, אלא הם נובעים מטבעם של החוקים אלה. סבורני גם שיש ממש בנימוקים הנ"ל שבעורתם מסבירים את התופעה. יחד עם זה יש גם בנימוקים אלה מידת מה של הגומה ואין להסיק מהם, לא מכל אחד להוד ולא משלושתם במצורף, שאין שום תועלת בחקיקת חוקים נגד אפליה. המסקנה המתבקשת צנועה יותר. היא מתייחסת לא לעצם זכות קיומם של חוקים אלה אלא לצורתם ולתפקידם.

עתה אפרט ואנמק. אמת נכון הדבר: אשרי המדינה שתושביה מקיימים את המצווה "ואהבת לרעהו כמור" ואין לזלזל בשאיפת המדינה לקדם את הברתה לקראת יעד זה. לעומת זאת, יעד זה אינו היעד המרדי של חוקים נגד אפליה. חוקים אלה נועדים להגשים מטרה צנועה יותר, היינו, לגרום לכך שאנשים בהתנהגותם, ובמיוחד בהתנהגותם בענייני ממון, לא יפלו את רעיהם לרעה. לשון אחר, חוקים אלה לא נועדו, לפחות לא כיעד מדי, להגשים את השאיפה לאחווה, אלא לשוויון גרידא.

2 ראה: ר' גביוון (עורכת), זכויות אזרח בישראל (ירושלים, 1982) 177-240.

כאן ניתן להקשות ולשאול: האם ניתן לשנות התנהגות חיצונית של בן אדם בעניינים אלה בטרם הצליחו לשנות את דעותיו ורגשותיו הפנימיים? דעתי היא שכן ניתן להשפיע על התנהגותם החיצונית של בני אדם, ואף בטרם התרחש שינוי פנימי אצלם. בדרך כלל אורחים מתאימים את התנהגותם לדרישות החוק אפילו אם הם אינם מאמינים שדרישת חוק זו או אחרת מוצדקת כשלעצמה. וזאת מפתח העיצומים שהמערכת המשפטית עלולה להפעיל נגדם אם הם יעברו על החוק, או משום שהם נאמנים מבחינה ערכית לשלטון החוק המחייב ציות גם לחוקים שאינם צודקים בעיניהם. זאת ועוד, אין ספק בעיני שחשיבות מרובה ניתנת להיבט החינוכי של איסור משפטי. בקבלת חוק האוסר אפליה נותן המחוקק גושפנקא רשמית ומפורשת לדעה שהאפליה האסורה אינה מוסרית. הכרזה כזאת מטעם המדינה לא רק תשפיע על התנהגותם החיצונית של תושביה, אלא היא עשויה גם להשפיע על קביעת מוסרם הפנימי. ולבסוף, פסיכולוגים מלמדים אותנו שהיחס בין רגשותיו הפנימיים של אדם ובין התנהגותו אינו מוגבל להשפעה תד-סיטרית של הרגשות הפנימיים על ההתנהגות החיצונית. אלא היחס הוא דו-סיטרי. היינו, התנהגותו החיצונית של בן אדם משפיעה על רגשותיו הפנימיים. הרגלים חיצוניים מופנמים אצל בני-אדם ומשפיעים על דעותיהם ועל רגשותיהם, ולתהליך זה יתרום חוק המחייב התנהגות חיצונית רצויה. אולם כל האמור לעיל אינו מבטל את העובדה שהמערכת המשפטית מוגבלת בהשפעתה בתחום רגיש זה ואין לצפות ממנה לנפלאות, במיוחד לא כמכשיר בלעדי. הצלחתו של חוק נגד אפליה תלויה בקיום מערכת רחבה יותר הכוללת תוכניות טובות ומתמשכות של חינוך והסברה יחד עם חקיקת החוק ומאמצי אכיפתו. השכיל להכיר בעובדה זאת המחוקק שלנו כאשר כלל בחוק הזדמנות שווה בתעסוקה, תשמ"א—1981, הקמת מועצה ציבורית שתפקידה לייעץ לשר העבודה והרווחה. בין היתר, "בכל עניין הנוגע... לטיפוח תודעה ציבורית בכל הקשור לשיוון ההזדמנויות בתעסוקה"³.

בספרו *The Limits of Law*⁴ גורס המלומד האנגלי פרופ' אנתוני אלוט, שלעומת המערכות של חינוך והסברה תרומתה של המערכת המשפטית בעניין מניעת אפליה היא זעירה ביותר. מן הנימוקים שהבאתי לעיל עולה שאיני מסכים עמו ולדעתי המערכת המשפטית מסוגלת לתרום תרומה, מוגבלת אמנם אך בכל זאת ניכרת. לעומת זאת, נראה לי שתדומתה של מערכת זו אינה עולה על תרומות המערכות האחרות, היינו אלה של החינוך וההסברה, ומסופקני אם היא אפילו שקולה להן. פרופ' אלוט אינו מסתפק בדעה שאין החוק נגד אפליה תורם תרומה ניכרת לעקירת תופעת האפליה, אלא הוא מפטיר וכותב שלחקיקת חוק כזה ולניסיונות לאכיפתו עלולה להיות השפעה הפוכה מזו הרצויה. לדעתו, איסור משפטי על אפליה חיצונית לפני שהצליחה החברה לשנות את דעותיהם ורגשותיהם של תושביה עלול להגביר באדם שעליו כופים את האיסור, בעל כורחו, את איבתו כלפי אלה שהחוק מיטיב עמם.⁵

3 סעיף 5 (1).

4 ראה: 226—236 A. Allott, *The Limits of Law* (London, 1980).

5 שם.

אין להכחיש שסיכון זה אכן קיים, במיוחד כשמדובר בחוקים נגד אפליה על בסיס גזע, דת או מוצא. אולם לא הייתי מסיק מזה את המסקנה שאין לחוקק חוקים כאלה. ראשית, צריך לקזז כנגד סיכון זה את הנימוקים שהבאתי לעיל על ההיבט החינוכי החיובי של חוקים אלה ועל הפנמת התנהגות חיצונית המותאמת להם. שנית, ניתן להפחית את הסכנה שעליה מצביע פרופ' אלוט, אם לא לבטלה כליל, על-ידי נקיטת זהירות בחקיקת החוק ובאכיפתו על מנת שדרישותיו לא תרחקנה לכת ותגרומנה פער גדול מדי בינו ובין רגשותיה המוסריים של החברה.

נקודה אחרונה זאת היא חשובה ביותר. אולם לא אאריך בדבריי עליה במסגרת הדין על טיעונו זה של פרופ' אלוט, כיוון שהוא עיקרה של הבעיה הבאה: הטיעון, שחוקים נגד אפליה נכשלים משום שהם אינם מקובלים על רוב החברה.

אין ספק, שהמערכת המשפטית מוגבלת בסופו של דבר על-ידי נכונותה של החברה לקבלה. וזה הדין גם לגבי חוקים יחידים. הו"ל הכירו בכך בכלל האומר (נוסח התלמוד הבבלי): "אין גוזרין גזירה על הציבור אלא אם כן רוב הציבור יכולין לעמוד בה"⁶; ובנוסח המרחיק לכת יותר של הירושלמי: "שכל גזירה שבית הדין גוזרין ואין רוב הציבור מקבלין עליהן — אינה גזירה"⁷.

אולם, אין משמעותו של הדבר שהמערכת המשפטית חייבת לפגור אחרי החברה. למערכת המשפטית יש תפקיד חינוכי, שהזכרתי לעיל, שכדי למלאו עליה להיות לעתים חלוצה לפני המחנה. משמעות הכלל היא שבחלוציותה אל לה, למערכת המשפטית, להקדים את הציבור יותר מדי ועליה תמיד לשמור על קשר הדוק בינה ובין הציבור. שמירה על קשר זה מחייבת את המערכת המשפטית הן בעניין התהליך לקביעת הנורמה המשפטית ולאכיפתה והן בעניין מהותה של הנורמה. כאשר מדובר בקביעת נורמה משפטית שספק אם הציבור מוכן לקבלה חשוב שהיא תתקבל על-ידי רשות שמייצגת את הציבור בצורה הישירה ביותר — לעומת עילית המנותקת ממנו. לכן עדיף לצורך זה המחוקק הראשי הן על-פני המחוקק המשני והן על-פני הרשות השופטת. יתרה מזו, כאשר מדובר בחקיקה ראשית חשוב מאוד לשתף, עד כמה שאפשר, את הציבור הרחב הן בתהליך החקיקה והן בתהליך האכיפה. לבסוף, גם בגלל הבעיה שבה אנו דנים עתה, הכרחי הוא לשלב את המערכת המשפטית במערכה רחבה יותר הכוללת תוכניות של חינוך והסברה.

בעניין מהותו של החוק, כבר הצבעתי על העיקר — בקשר עם בעיות תמיכת הציבור בחוק — שאין להרחיק לכת בדרישות החוק. בתחום זה יש דוגמאות מאלפות ביותר לנכונות האמרה "תפסת מרובה, לא תפסת". ואחרון בנקודה זאת, עלינו לעשות הכל כדי למנוע יצירתה אצל חלקים לא מבוטלים של הציבור, של הרגשה שהחוק בא לפתור בעיית קיפוח אחת על-ידי יצירת קיפוח אחר. איפיון שכזה לחוק נגד אפליה הוא, שהוא מיטיב עם קבוצה אחת הנחשבת בעיני החוק כמקופחת. כל עוד משאבי החברה הם מוגבלים אין מנוס מהתוצאה שהטבה זאת תבוא על חשבון משהו אחד. המצב הוא חמור ביותר כאשר חלקים ניכרים של הציבור תופסים את החברה כמחולקת לשלוש קבוצות: (א) המוטבים על-ידי החוק; (ב) הנושאים בעול החוק; (ג) קבוצת

6 בבלי, עבודה זרה לו, א.

7 ירושלמי, עבודה זרה, פ"ב, ה"ח; טו, א (פ"ב, ה"ט; מא, ד).

המחייבים את החוק ופועלים כדי שייחקק וייאכף בלא שהחוק מחייבם לשאת בעול הגשמתו. הכרחי הוא למנוע מצב כזה ועל המחוקק להשכיל ולחלק את מחיר הגשמת החוק, עד כמה שאפשר, בין בני החברה כולה, ואם אין מנוס מלהטיל מחיר מחייב על חלק אחד של החברה, צריך להטילו על חלקי החברה החזקים, ולא על החלשים דווקא.

באשר לנימוק השלישי לכישלון חוקים נגד אפליה. היינו, שהם נוטים להיות מורכבים, מסובכים ויקרים מדי להפעלה, יש להודות שזאת אכן נטייתם ויש להיאבק נגד נטייה זאת. נראה לי, שיש שתי סיבות עיקריות לכך. ראשית, השאיפה להשיג יותר מדי בעזרת החוק, ושוב עניין לנו עם תפיסת המרובה. שנית, לעתים סיבוכי החוק לא הוכנסו בבת אחת. אלא נולדו בהדרגה, תוצאה של תיקונים שהתקבלו במשך השנים על מנת לשפר, כביכול, את החוק. תהליך מוכר הוא שנחקק חוק שהוא פשוט יחסית. אחר כך מתברר שהציפיות שתלו בחוק לא התגשמו. לאמיתו של דבר זה גובע בדרך כלל לא מליקויים בחוק אלא מהציפיות המופרזות ומחוסר עזרה ממערכות אחרות. ברם, זאת איננה המסקנה שמרבים להסיק. להיפך, תולים את קשיי החוק בליקויים, ובפרט בהעדר "שיניים" לחוק. לכן גם נראה שהתשובה היא להוסיף לחוק שיניים. על-ידי כך מוחטאת המטרה פעמיים: (א) לא מטפלים בבעיות הנכונות, ו-(ב) על-ידי הוספת לחוק מכבידים עליו ומחלישים אותו עוד יותר.

3. המחשה ב: אכיפת נורמות המגבילות ציבור מיוחד בניגוד לנטיותיו הטבעיות

אשר למקרה הספציפי השני שאדון בו במסגרת מגבלות המערכת המשפטית בכלל-ה: תה: אכיפת נורמות חברתיות המגבילות ציבור מיוחד בניגוד לנטיותיו הטבעיות. כוונתי במסגרת זאת להתייחס למשטרה. אפשר היה לדון גם בציבורים אחרים, כמו מורים או חיילים. אולם המשטרה היא דוגמה טובה לענייננו והיא גם בעיה עכשווית אצלנו. ידוע שקשה מאוד להגיע את המשטרה לכבוד את זכויותיהם המשפטיות של אזרחים שבהם היא מטפלת. אתרכו כאן בבעיה של כיבוד זכויותיהם של חשודים בעבירות, ברם הבעיה קיימת גם לגבי אזרחים אחרים, כגון מפגינים. בעניין כיבוד זכויותיהם של חשודים איני מתכוון לצורך ליצור נורמות משפטיות חדשות, אלא לבעיה של יישום, על-ידי המשטרה, של הנורמות הקיימות.

חוסר הגחת הקיים אצלנו בעניין זה בא לידי ביטוי לאחרונה הן בפסקי דין שגם מותחים ביקורת חריפה על המשטרה וגם נוטים יותר ויותר לפסול ראיות מהימנות שגבתה המשטרה בדרכים פסולות, והן בדרישות גוברות והולכות שהליכי משמעת במשטרה יועברו מטיפול הבלעדי לגורמים חיצוניים. אולם הבעיה איננה מיוחדת לנו. נהפוך הוא. היא חריפה יותר במקומות אחרים. וניסיונם של מקומות אלה, ובמיוחד בארצות הברית, מעיד על כך שלפסילת ראיות מהימנות ולבתי דין למשמעת חיצוניים יש השפעה מעטה מאוד על התנהגות המשטרה. וכל כך ולמה? משום שנורמות משפטיות המעניקות זכויות לחשודים מתנגשות עם הנורמות הפנימיות של המשטרה, נורמות פנימיות שקשה ביותר לשנותן כיוון שהן, לדעת המשטרה לפחות,

תורמות הרבה ובמישרין להגשמת תפקידי המשטרה. לכל חבר בני אדם יש יעדים ומטבע הדברים הוא יסגל לעצמו נורמות פנימיות שבעיניו הן יעילות להשגת יעדיו ויוקיע נורמות אחרות, שלדעתו מסכלות הגשמת יעדים אלה. בעיני השוטרים תפקידיה העיקריים של המשטרה הם שמירה על הסדר, מניעת עבריינות ולכידת עבריינים. להגשמת תפקידים אלה כיבוד זכויות האזרח בכלל וחשודים בפרט, אינו מועיל. להיפך, הוא מפריע, מטריד ואפילו מסכן אותם. לכן אין פלא שלא קיימת אצל המשטרה, כציבור, ואצל השוטרים, כיחידים, תודעה של שמירת זכויות חשודים. קיצורו של דבר, במשטרה אין מעניקים צל"שים על כיבוד זכויות האזרח.

אולם זה אינו סוף פסוק. התפיסה הפנימית של המשטרה, כמו אצל כל חבר בני אדם, בעניין תפקידיה וייעודה איננה יצור פנימי גרידא, אלא היא מושפעת גם מתפיסת החברה הכללית בעניין תפקידיה ויעדיה של המשטרה. אמנם, בחברה הכללית קיימת, לפחות במידת מה, תודעה של שמירת זכויות חשודים, אולם גם החברה הכללית רואה את תפקידי המשטרה ויעדיה כשמירה על הסדר, מניעת עבריינות ולכידת עבריינים, ועל-פי אלה היא מעריכה את המשטרה ומודדת את הצלחתה. גם החברה אינה מעניקה למשטרה, כגוף, או לשוטרים, כחידים, צל"שים על כיבוד זכויות האזרח. לא הייתי מרחיק לכת ומגדיר את שאיפת החברה שהמשטרה תכבד את זכויות האזרח כמס שפתיים, אולם לא אתפלא אם כך יראו אותה אנשי המשטרה.

נשאלת השאלה מה ניתן לעשות בעקבות הניתוח הנ"ל? האם משמעות הדבר היא שאין מה לעשות, אלא להרים ידיים ולהודות שלא ניתן להגשים את כיבוד זכויות האזרח בידי המשטרה? לא הייתי מרחיק לכת ומקבל מראש מסקנה זו כמחויבת המציאות. ייתכן שעדיין יש מה לעשות, אבל עלינו לפעול בדרכים שונות מאלה שפעלנו בהן עד כה.

קודם כל, וחשוב ביותר, עלינו להכיר בעובדה שהקשיים המוכרים באכיפת נורמות משפטיות המחייבות את המשטרה לכבד את זכויות האזרח אינם מקריים ואינם נובעים ממעשי זדון של רשעים. אלה הם תוצאות ישירות של מצב מבני. לכן שאיפתנו העיקרית צריכה להיות שהמשטרה תאמץ לה את הנורמות המחייבות כיבוד זכויות האזרח כנורמות הנובעות לא מצו חיצוני שכופים עליה, אלא מצו פנימי שלה. בלשון הפסיכולוגיה: שהמשטרה תפנים את התודעה שכיבוד זכויות האזרח הוא חלק בלתי נפרד מתפקידיה ומיעדיה. השגת הפנמה זאת לא תהיה קלה וייתכן שהיא איננה בת ביצוע כלל. אולם אני תקווה שניתן לפחות להתקדם לקראת מטרה זאת. עובדה היא, שעם כל ההבדלים הקיימים בין צה"ל ובין המשטרה, צה"ל מקבל את החובה לשמור על טוהר הנשק כחובה בלתי נפרדת מתפקידי ומיעדיו.

כיצד להתדיר תודעה דומה למשטרה איני יודע. ולאמיתו של דבר אין למשפטן שום מומחיות בנידון. אולם יש מומחים לפסיכולוגיה חברתית החוקרים את תהליך הפנמת הנורמות בציבורים מיוחדים, וניתן יהיה להיעזר בהם ובספרות המקצועית.

בלי שאתיימר להעמיק בנושא, אוכל להצביע על כמה כללים עיקריים. ראשית, חשוב ביותר שהנורמות המגבילות תיראינה בעיני המשטרה סבירות וש אפשר, ולו גם בקושי, לחיות אתן. הניסיון מוכיח, שאם בעיני המשטרה הנורמות נראות נוקשות מדי, אנשי המשטרה יתעלמו מהן או יעקפו אותן. לעומת זאת גדול הסיכוי יותר שגורמות

פחות גוקשות תתקיימנה. עלינו שוב להכיר בעיקרון הבסיסי הקובע את יעילות המערכת המשפטית ואת מגבלותיה: תפסת מרובה, לא תפסת.

שנית, רצוי שאנשי המשטרה ישתתפו בקביעת הנורמות על מנת להפחית עד כמה שאפשר את ההרגשה שמדובר בנורמות הייצוגיות שכופים זרים על המשטרה. ולבסוף, עלינו להכיר בעובדה המכרעת שאמנם יש מקום מה למערכת המשפטית בתהליך ההפנמה הנכסף, אולם תפקיד זה הוא משני לעומת התפקידים העיקריים של מערכות החינוך וההסברה.

עד כה דיברנו על השאיפה לטווח הארוך. נשאלת השאלה האם אין מה לעשות בטווח הקצר כדי לכפות על המשטרה את הנורמות המגבילות הקיימות למרות שהיא טרם הפנימה אותן? כוונתי לשני הכלים שהזכרתי לעיל: פסילת ראיות מהימנות בידי בתי המשפט, והקמת בית דין למשמעת הייצוגי. לגבי הכלי הראשון, המחקר והניסיון מעידים על כך שאין בו שום השפעה ניכרת על התנהגות המשטרה. אשר לשאיפה להפנמת הנורמות, אנשי המשטרה נוטים לראות את בתי המשפט הפוסלים ראייה כגוף זר, אם לא עוי, וכעילית הכופה את דעותיה בעניין זכויות הנאשם לא רק על המשטרה אלא גם על החברה כולה, וזאת לטובת פרשעים ובהתעלם מסבל קרבנותיהם. דעה זאה גם מתחזקת בגלל הסנקציה המוטלת. פסילת ראייה מהימנה, כאשר לעתים התוצאה היא שנאשם יוצא זכאי למרות שברור שהוא אשם. מתברר גם, שפסילת ראיות מהימנות אינה יעילה ביותר כמכשיר הרתעה. הרתעה שבפסילת ראייה מהימנה מבוססת על ההנחה שאכן המשטרה מעוניינת מאוד בהרשעת עבריינים, ולכן היא תירתע מהתנהגות העלולה להביא לפסילת ראייה ועל-ידי כך לזיכוי אשמים. אולם מסתבר, שהמשטרה מעוניינת בהרשעות פחות ממה שאפשר היה לצפות, משום שלפי הנורמות הפנימיות במשטרה הצלחה בפענוח מעשה פשע נמדדת בעיקר בכך שנלכד אדם שהוא אשם לדעת המשטרה, ובזה התיק המשטרחי נסגר; ההרשעה על-ידי בית משפט היא כבר עניין משני. זאת ועוד, הסנקציה של פסילת ראייה מהימנה מופעלת אך ורק לגבי מקרים המגיעים לבתי המשפט כמשפטים פליליים. פעולות רבות של המשטרה אינן מסוג זה. יתרה מזו, במקרים רבים, ודווקא סוגי המקרים שבהם קיים חשש להפרת זכויות האזרח, המשטרה אינה זקוקה לבתי המשפט כדי להעניש אשמים, אלא היא עושה זאת בעצמה, על-ידי מעצרים, חקירות וחיפושים שאינם מיועדים להבא את החשוד לפני בית משפט או לגבות ראיות, אלא נערכים לשמם, על מנת להטריד את החשוד ולהציק לו.

הכלי השני, היינו, בתי דין הייצוגיים למשמעת, גם הוא בעייתי, אולם מבטיח יותר מחד גיסא, יוצא בבירור מהניתוח הנ"ל שכל עוד לא הפנימה המשטרה את הנורמות המחייבות כיבוד זכויות האזרח אין לצפות שבתי דין פנימיים למשמעת יפעילו אותן בהצלחה מרובה. לכן דרושים בתי דין הייצוגיים למשמעת. אולם, ועתה מתעוררת הדילמה, אותם הגורמים המחייבים הקמת גוף הייצוגי לפקח על המשטרה על מנת להבטיח שהיא תכבד את זכויות האזרח פועלים גם להכשלתו של הגוף הייצוגי.

למרות זאת, סבורני שיש תועלת, ולו מוגבלת, בהקמת בתי דין הייצוגיים למשמעת וזאת בתנאי שהקמתם והפעלתם ייעשו בזהירות ובהתחשב בגורמים שאותם תיארתי לעיל. רצוי שגוף זה, למרות היותו הייצוגי למשטרה, לא ייראה בעיניה כזר. כלומר,

ניתן לאייש את משרות בתי הדין, לפחות בחלקן, באנשים בעלי ניסיון בביטחון או בשיטור, כולל שוטרים בגימלאות. כמו כן צריך להקפיד על קביעת נורמות מהותיות שאינן קיצוניות ובשיתוף המשטרה בקביעתן.

ג. ציפיות מופרות לגבי יכולתה של הרשות השופטת לקדם את החברה

אעבור עתה לנושא השני של ההרצאה הזאת: ציפיות מופרות לגבי יכולתה של הרשות השופטת לקדם את החברה, וכוונתי בעיקרו של דבר לבג"ץ. מעמדו הרם והמרכזי של בג"ץ במשפט הציבורי הישראלי מושרש בחברתנו, ובצדק. אין בכוונתי לערער כלל את המעמד הזה, שהוא אחד מעמודי התווך של המשפט הישראלי מאז קום המדינה. יחד עם זאת, בשנים האחרונות אנו עדים לגטייה גוברת והולכת להפריז ביכולתו של בג"ץ ליצור חברה תקינה. מפני נטייה זאת רצוני להזהיר.

אמנם, הסתמכות על בג"ץ במטרה להגן על זכויות האזרח מול רשויות ממלכתיות וציבוריות אחרות אינה תופעה חדשה. גם פעילות שיפוטית נועזת ופעלתנית באמצעות בג"ץ לא נולדה אתמול. אולם לי נראה שאנחנו נמצאים היום בעידן של תנופה חדשה הן מבחינת פעלתנות משפטית והן מבחינת הציפיות לתוצאותיה של פעלתנות זו.

סימני היכר מקצועיים לתנופה חדשה זאת ניתן למצוא גם בהחלטותיו של בג"ץ עצמו וגם בתביעה של גורמים מכובדים שיתקבל חוק יסוד זכויות האזרח והאדם ושתוענק לבית המשפט העליון, בחוק יסוד אחר, הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת. אולם הסימנים הבולטים ביותר מתגלים בהרגשתו הגוברת והולכת של הציבור שיקום פורקן מבית המשפט העליון.

הסיבות לתנופה החדשה הזאת הן שתיים. ראשית, יש אצלנו תחושות אכזבה ותסכול מתפקודן של שתי הרשויות האחרות, הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, המעוררות את זעקת "הצילו" המופנית לרשות השלישית, הרשות השופטת. שנית, גם בתחום זה, כבתחומים אחרים של חיינו, אנו עדים לתופעה של חיקוי דפוסי התנהגות אמריקניים, להתפשטות ה"אימפריאליזם" האמריקני.

אמנם לאמריקנים אין מונופול על פעלתנות משפטית, והיום גם ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית כבר אינה נחלתה הבלעדית של ארצות הברית. ברם, אין ספק שהתנופה החדשה בעניין פעלתנותו של בג"ץ נשאבת בהרבה ממעיינות אמריקניים.

כבר במאה שעברה העיר המלומד הצרפתי דה טוקוויל שבארצות הברית מרבים להפוך שאלות של מדיניות ("שאלות פוליטיות", בלשון העם) לשאלות משפטיות ועל-ידי כך למסרן להכרעתם של בתי המשפט ולא לרשויות הפוליטיות. שוב עלי להדגיש, ששיטה זאת מעולם לא היתה זרה למדינת ישראל. יתרה מזו, בהיבט אחד השכלנו לעלות על האמריקנים. הוספנו למערכת השיפוטית עוד גורם משפטי שאליו ניתן להעביר להכרעה שאלות פוליטיות המוסוות כשאלות משפטיות, וכוונתי ליועץ המשפטי לממשלה, אולם זה כבר נושא להרצאה אחרת.

איני שולל את התופעה הזאת. מן הראוי לציין, שלעתים מסירת שאלות פוליטיות לגוף משפטי אינה בניגוד לרצונם של הגורמים הפוליטיים, לפחות לא בניגוד לרצונם

הנסתר. על-ידי הכרעת גוף משפטי בשאלה פוליטית קשה ניתן לגורמים הפוליטיים להתחמק מהחובה להכריע בה. זאת ועוד, כבר היו דברים מעולם שגוף פוליטי רצה לנקוט מדיניות כלשהי, אבל חשש מהתוצאות הפוליטיות שעלולות לבוא עקב נקיטת העמדה, ולכן שמח כאשר "נאנס" על-ידי גורם משפטי לעשות כרצונו, ועל-ידי כך גם להתחמק מתשלום המחיר הפוליטי, בטענו שהוא חייב לקיים את החוק.

יחד עם זאת, עלינו להכיר במגבלותיהם של בתי המשפט בכלל ושל בג"ץ בפרט כגואל העם ובסכנה הטמונה בציפיות מופרזות לגבי יכולתם למלא תפקיד זה. המגבלה העיקרית של בג"ץ כמבקר מדיניותם של גורמים ציבוריים היא שהוא אינו ממונה על נכונות המדיניות אלא אך ורק על חוקיותה. אמנם אין בהכרח קו ברור המבדיל בין נכונות ובין חוקיות, ואחד האיפיונים העיקריים של פעולות משפטיות היא שטטוש קי זה. אולם דבר זה אינו גורע מהעובדה שהבחנה זאת כן קיימת אצל כל רשות שיפוטית.

אפשר אולי להצביע על ביקורת בג"ץ על הממשל בשטחים המוחזקים כדוגמה לפעל-תנות משפטיות. אולם, כפי שהדגישה ד"ר גביון בביקורתה המאלפת על הספר **בבלים של צדק**⁸, כנגד פרשת אלון מורה ניצבות עשרות עתירות שדחה בג"ץ משום שמדיניות הממשל היתה חוקית, וזאת בלי להתייחס לנכונותה. דומה הדבר גם בשאר תחומי קביעת המדיניות. וכל זאת למרות שברוב המכריע של מקרי קביעת מדיניות הבעיה אינה חוקיותה אלא נכונותה.

נראה לי שבעיני הציבור בג"ץ אכן נחשב "הכתובת העיקרית לביקורת על מדיניות"⁹ דעה זאת בהכרח תביא לאכזבות. יתרה מזו וגרוע מזאת, היא עלולה לגרום לכך שסירובו של בג"ץ לפסול מדיניות ייחשב כאישורו של המוסד המכובד הזה לנכונות המדיניות.

לתוצאה המוטעית והמטעה הזאת תורמים, אם במכוון ואם לאו, גורמים ציבוריים הרוצים ליהנות מן הגושפנקא, כביכול, של בג"ץ על מדיניותם. וכך עושה הממשלה כאשר היא מצביעה על פיקוח בג"ץ על הנעשה בשטחים ועל סירובו של בג"ץ לפסול מעשה זה או אחר כהוכחה לצדקת המעשה. וזאת בעיקר בהסברתה המופנית לחוץ-לארץ. אמנם הסברת החוץ שלנו זקוקה לכל העזרה שניתן להושיט לה ואל לי לשלול שום טיעון שעשוי להועיל לה. אולם כל נשלה את עצמנו שאין לגורמים פנימיים אחרים מה לדאוג בעניין מדיניותנו בשטחים משום שבג"ץ עומד על המשמר ומבקר אותה.

זאת ועוד, השימוש באשליה שבג"ץ מאשר את נכונותה של מדיניות, כאשר הוא מסרב לפסול אותה, אינו מוגבל להסברת חוץ. זכור המעשה בראש עיריית תל-אביב-יפו ובית-ספר הגליל. בתחילת שנת הלימודים הזאת התנגדו בתוקף הורים, תושבי שכונת נווה-צה"ל הסמוכה לשכונת התקווה, שילדיהם יעברו מבית-ספר הגליל, הנמצא בשכונת נווה צה"ל, לבית-ספר הירדן הנמצא בשכונת התקווה, כדי שילדי השכונה החדשה נווה-בארבור יתפסו את מקומם בבית-ספר הגליל. אין בכונתי לנקוט עמדה לגופו של סכסוך זה, וגם לא לגבי התנהגותם של ההורים שמנעו את הפעלת בית-ספר

8 "בג"ץ והממשל בשטחים", הארץ מיום 2.5.82, עמ' 8.

9 שם.

הגליל, ואף לא להאשמות ההודיות שהחליפו ביניהם ראש עיריית תל-אביב, מר להט, והמשטרה. מעניין אותי כאן היבט דרמטי פחות של הפרשה.

ב-5.9.82 ניצב מר להט לפני קהל הורים סוער שטען שהחלטת העירייה בעניין אכלוס בתי-הספר היא מוטעית. מר להט השיב שהעירייה לא טעתה, אולם אם ההורים מחזיקים בדעה שהיא כן טעתה, הדרך הנכונה להכריע בשאלה זאת היא לעתור לבג"ץ. יתרה מזו, כעבור כמה ימים, ב-15.9.82, מסר דובר העירייה כי "העירייה מוכנה לממן להורים פניה לבג"ץ כדי שיכריע בסכסוך בין שני הצדדים"¹⁰.

וואת, למרות שההורים לא טענו כלל שעיריית תל-אביב חרגה מסמכותה או שקבי-עותיה בעניין שיבוץ הילדים יש בהן פגמים אחרים מבחינת החוק. טיעונם היה אחר לגמרי. הם טענו רק שטעתה העירייה, שמדיניותה לא היתה נכונה ומוצדקת. האם ראש העירייה ודוכרה אינם יודעים שבעניין נכונות המדיניות בג"ץ אינו הכתובת הנכונה, והוא לא יכריע בשאלות אלה? וכאן לא מדובר אך ורק בהלכה כללית של בג"ץ. בסדרת פסקי דין ארוכה התמיד בג"ץ בסירובו להתערב בקביעת המדיניות במקרים דומים לפרשת בית-ספר הגליל, שעוררו חילוקי דעות בעניין מדיניות שיבוץ ילדים בבתי-ספר יי.

האם סדרת פסקי הדין הזאת לא היתה ידועה לא לראש עיריית תל-אביב ולא לדוכרה? קשה להאמין שלא. אולי, אם כן, מדובר בהטעיה מכוונת. קשה לי להחליט איזו אפשרות היא חמורה יותר. וזה אינו סופה של דרך האשליות. קיימת סכנה שגורמים ממלכתיים לא רק יטעו את הציבור, אם בידעין ואם לאו, אלא יטעו גם את עצמם ויתחילו להאמין שמדיניותם היא בהכרח מוצדקת אם היא מצליחה לעבור או שבט הביקורת של בג"ץ.

מצב כזה עלול למנוע מגורמים שהם חיצוניים לאלה הקובעים מדיניות, כגון העיתונות, ועדות הכנסת ומבקר המדינה, שהם כן מסוגלים לבקר את נכונותה של המדיניות, לפעול כראוי. יתרה מזו, הוא עלול להפריע לגורמים הקובעים מדיניות לפקח על עצמם כהלכה. מכאן החשיבות הרבה שבהעמדת דברים על דיוקם בעניין תפקידו של בג"ץ כמבקר מדיניות.

גם כאשר מדובר ברשות השופטת כמגנה על זכויות, לעומת מבקרת מדיניות, עלינו להיות ערים למגבלותיה. לפני כמאתיים שנה כתב אלכסנדר המילטון, שהרשות השופטת, לעומת הרשות המחוקקת והרשות המבצעת —

"has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and take no active resolution Whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely

10 הארץ מיום 16.9.82. עמ' 3. גם מנכ"ל משרד החינוך והתרבות, אליעזר שמואלי, קרא, ב-11.10.82, להורים בנוה צה"ל לפנות לבג"ץ, "כדי שיכריע בסכסוך עם העירייה". הארץ מיום 12.10.82. עמ' 3.

11 ראה: בג"ץ 152/71 קרמר נ' עיריית ירושלים, פ"ד כה (1) 767; בג"ץ 416/77 ועד רפת ריזאל נ' בית ספר ממלכתי אזורי "הרי יהודה", פ"ד לא (3) 794; בג"ץ 421/77 ניר נ' המועצה המקומית בארייעקב, פ"ד לב (2) 253; בג"ץ 518/80 דיקמן נ' עיריית אשדוד, פ"ד לה (2) 203; בג"ץ 434/80 חיון נ' ראש העיר הרצליה (טרם פורסם).

judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments." 12

יוצא אפוא, שהרשות השופטת מצליחה ביותר כאשר היא מגנה על זכויות שאינן דורשות להגנתן לא פעולה פוזיטיבית של המצווים לקיים את הזכות, לא השגחה מתמשכת על קיומן ולא הקצבת כסף על מנת לקיימן. קיצורו של דבר, בתי המשפט מסוגלים ביותר להבטיח שמירה על זכויות האזרח שהן בגדר חירויות מהחערבותם של גורמים ממלכתיים בענייני האזרח, היינו, החירויות המסורתיות של זכויות האזרח והאדם. כגון חופש הציבור, חופש העיתונות וחופש הדת.

בקצה השני הרשות השופטת מתקשה ביותר להגן על זכויות שהגנתן דורשת פעולה חיובית מרשות ממלכתית, במיוחד פעולה איכותית לעומת כמותית, וכן הקצבת כספים כדי להבטיחן. לכן בל נתפלא אם בתי המשפט מתקשים מאוד להגן על זכויות רוחה, היינו, זכויות המחייבות הספקת שירותים לאזרח.

עובדה זאת באה לידי ביטוי אצלנו כבר ב-1953, כאשר סירב בג"ץ להוציא אפילו צו על תנאי בפרשת רוזנברג¹³, שבה עתרו לחייב את משרד החינוך לספק לימוד חינוך לילדים בני חמש, וזאת למרות שלפי חוק לימוד חובה, תש"ט-1949, חויבה המדינה לעשות כן. בג"ץ הסביר את החלטתו בנימוק שמשום שהמדינה לא סיפקה חינוך חינוך לילדים בני חמש, מחמת "קשיים תקציביים", "סבורים אנו כי הצו שיינתן על ידינו — אם יינתן — יהיה חסר יעילות וביצוע. ולכן אנו מסרבים לתתו"¹⁴. הפטיר בג"ץ ואמר "ברצוננו להוסיף כי מטעמים אלה גופם, ולאור ההחלטה שניתנה על-ידי בית משפט זה ב"בג"ץ 66/51 (ערי ז'בוטינסקי ואח' נגד נשיא מדינת ישראל) [שבו קבע בג"ץ שעתיירה שביקשה כי יתערב בשיקול דעתו של נשיא המדינה ממי לבקש להרכיב ממשלה אינה שפיטה], מסופקים אנו מאד, אם בקשה מעין זו יכולה בכלל לשמש נושא לדיון בבית משפט זה"¹⁵.

לעומת פרשת רוזנברג אצלנו, דחו בתי משפט אמריקניים את הטענות שמשום שאין ביכולתו של בית משפט לכפות הוצאת כסף על רשויות אחרות אין שום יעילות בצו המתיימר לעשות כן, וזאת בלי להתעמק בשאלה מה יעשו בתי המשפט אם הרשויות האחרות לא תכבדנה את פסקי דינו. במקום זה הסתמכו בתי המשפט על החזקה שפסקי דין כן יכובדו.

בעקבות גישה זאת ניסו בתי המשפט האמריקניים בעשרים השנים האחרונות לחייב רשויות ממלכתיות לספק שירותים לקבוצות שונות. כגון חינוך מיוחד למפגרים וטיפול נאות למואשפזים בעל כורחם בבתי חולים לחולי נפש. כמו כן התגייסו בתי המשפט למלחמה נגד העוני שהכריז עליה הנשיא ג'ונסון בשנות השישים, וניסו לחייב את הענקתם חינוך לעניים של שירותים שונים שעד אז היה על האזרחים לשלם

A. Hamilton, "The Judges as Guardians of the Constitution," *Federalist* 12 *Papers* (No. 78)

13 בג"ץ 206/53 רוזנברג נ' שר החינוך, פ"ד ז, 919.

14 שם, עמ' 920.

15 שם.

עבורם¹⁶.

אולם הבעיה של פסק בית משפט המצווה על הספקת שירותים אינה רק בעיה של יכולתו של בית המשפט לאכוף את פסק דינו. הבעיה עמוקה יותר ומתייחסת לתפקידה הרצוי של הרשות השופטת. כאשר מדובר בצו המחייב הוצאות כספיות אין ספק שקיום הצו יהיה על חשבון עניין אחר. בצו על הוצאת כסף לעניין כלשהו בית המשפט עוסק בהכרח בחלוקת משאבי החברה ואין שום חברה שמשאביה הם בלתי מוגבלים. אמנם בית המשפט בדרך כלל אינו קובע ואף אינו יודע איזה עניין אחר ישא במחיר הצו. אם נחזור לפרשת רזונברג, לו היה בג"ץ מצווה על משרד החינוך לממן גני חובה חינם ייתכן שהוא היה צריך לעשות כן מתקציבו הוא, היינו, גני חובה חינם היו באים על חשבון ענייני חינוך ותרבות אחרים, שאינם בהכרח פחות חשובים מחינוך חינם לבני חמש. אם יצליח שר החינוך להגדיל את תקציב משרדו עקב פסק הדין, הוצאות גני חובה חינם לא תהיינה מוטלות על ענייני חינוך דווקא, אלא הן היו באות על חשבון פריטי תקציב אחרים. ואם לא כן, ואילו הגדילו את תקציב המדינה כולו, היה העול רובץ על החברה כולה אם בדרך של מסים מוגדלים, אם בצורת אינפלציה הנובעת מהדפסת כסף.

מניין לבית משפט לדעת כיצד לחלק את משאבי החברה? בהרבה מקרים בתי המשפט אינם ערים אפילו לעובדה שכאשר הם מצווים לספק שירותים כלשהם לקבוצה פלוגנית, הם מחלקים את משאבי החברה, חלוקה שצריכה לבוא על חשבון קבוצה אלמונית, ואם כבר התקדמו עד כדי הכרה זאת, עדיין הם אינם יודעים את כל השלכות החלוקה. יש מי שערים לבעיות אלה ומציעים להעמיד לרשות בתי המשפט מומחים שיעזרו להם בשאלות אלה. לי נראה, שהצעות אלה לא תפתורנה את הבעיה. וזאת משום שהבעיה היא בעיקרה ערכית. בתי המשפט אינם ממונים על חלוקת משאבי החברה.

עוד בעיה הקשורה לצווי בית המשפט מסוג עשה היא זו של הפיקוח וההשגחה על ביצועם. אמנם גם לגבי סוג צווים של לא-תעשה תיתכנה בעיות של השגחה על ביצועם, כפי שכבר הזכרנו בעניין המשטרה. אולם הבעיות הן חמורות יותר כאשר מדובר בצווי עשה.

מזה זמן מקובלת באנגליה ההלכה שבתי הדין ליושר לא יאכפו בעין חווי עבודה אישית. בין היתר, משום שיתקשו לאמת שאכן נעשתה העבודה מבחינה איכותית. אימרה ידועה היא, שבית הדין ליושר לא יכריח זמר אופרה לשיר. על מנת לעקוף את הבעיות של אימות ביצוע מבחינה איכותית בתי המשפט המצווים על הספקת שירותים לאזרחים נוטים לכמת את צויהם עד כמה שאפשר ולהתעלם מבעיות של איכות. לכן מצווה המדינה במקרים אחדים לספק סגור לנאשם ללא התייחסות לרמתו, וזאת למרות שזכותו המהותית של הנאשם היא לסגוריה נאותה. אותו הדין חל כלפי

16 ראה: ג'נקינס (לעיל, הערה 1) פרק 10, S. Goldstein, "Interdistrict Inequalities in School Financing: A Critical Analysis of Serrano v. Priest and its Progeny", 120 *Univ. of Penna. Law Rev.* (1972) 504; D. L. Kirp, "Law, politics, and Equal Education Opportunity", in: S. Goldstein (ed.), *Law and Equality in Education* (Jerusalem, 1980), 119

צווים בעניין טיפול בחולי נפש או חינוך הניתן למפגרים, שבהם הדגש מונח בתקנים, בשעות ובדברים כמותיים אחרים.

על-ידי הדגשת היבטי האספקה הניתנים לכימות ייתכן מאוד שפסק דינו של בית המשפט לא ישיג את מלוא מטרותיו. אולם עם תוצאה כזאת ניתן להשלים כמחויבת המציאות וכהכרה במגבלות טבעיות של מערכת המשפט. וזאת בכפוף לתנאים אלה: בדרך כלל המטרה היא איכותית וצו בית המשפט הכמותי הוא רק כלי יעיל, אבל לא מספיק, להשגתה. לכן עלינו להקפיד על נקיטת צעדים לא משפטיים הדרושים להשלים את הצו המשפטי על מנת להשיג את המטרה. חמור יותר הוא המצב כאשר הצו המשפטי מפסיק להועיל להשגת המטרה האיכותית, או מתברר בדיעבד שמעולם הוא לא הועיל לכך, אולם ממשיכים לדבוק בו והופכים, הלכה למעשה, את הכלי הכמותי למטרה בפני עצמה.

לאור הקשיים הנ"ל שבהבטחת זכויות רווחה על-ידי בתי המשפט אין פלא שמלומדים אמריקנים מצביעים על כישלון בתי המשפט בנדון¹⁷, ושבית המשפט העליון עצמו נסוג בשנים האחרונות מניסיונותיו לשמש מצביא במלחמה נגד העוני¹⁸.

הערה על מצבנו אנו. כפי שמעידה פרשת רוזנברג לא נתקלנו בארץ בניסיונות של בג"ץ להגשים זכויות רווחה נוסח הדוגמאות האמריקניות שהוזכרו לעיל. יתרה מזו, אפילו בהצעת חוק היסוד – זכויות האזרח והאדם, התמקדו מנסתיה בתירויות המסורתיות השליליות ונמנעו מלקבוע זכויות רווחה חיוביות.

אולם דבר זה אינו אומר שאנו פטורים כליל מהבעיה. עד כה דנו בסוגיה זאת במסגרת מגבלות הרשות השופטת, לעומת דיוננו הקודם, שהתייחס למגבלות המערכת המשפטית בכללותה. וזאת משום שהבעיה בולטת מאוד אצל הרשות השופטת. אולם זו היא בעיה כללית של המערכת המשפטית וקיימת גם אצל המחוקקים למיניהם.

גם מחוקקים נוטים להעניק צביון כמותי להוראותיהם המשפטיות בגלל אותן הסיבות שהזכרתי לעיל בעניין צווי בתי משפט. לדוגמה, המחוקק לא קבע שזכותו של כל ילד בישראל להתחנך, וזאת כנגד תובותיהם של הוריו ושל המדינה ולחנכו. לעומת זאת קבע המחוקק שכל ילד זכאי בארץ לשלוש-עשרה שנות לימוד חינם וחובה על הוריו לדאוג לכך שהוא ילמד לפחות 11 שנה. אל לנו לשכוח שקביעות כמותיות אלה אינן מטרות בפני עצמן. הן רק כלים, והייתי מוסיף ואומר כלים מוגבלים, להשגת המטרה האיכותית, חינוך ילדינו, שהיא מטרה התלויה בסופו של דבר יותר בהצלחתנו להשיג מחנכים מצוינים ובאמצעים לא משפטיים אחרים מאשר בהוראות משפטיות.

עוד דוגמה המתייחסת לתחום החינוך. לרפורמה המפורסמת בחינוך, שהתחילה לפני 14 שנה, היו שלוש מטרות מוצהרות: (א) העלאת ההישגים של כל התלמידים; (ב) סגירת הפער בהישגים בין תלמידים בעלי רקע חברתי-כלכלי שונה; (ג) אינטגרציה חברתית של תלמידים מעדות שונות ומאזרחות מוצא שונות. כל המטרות האלה הן איכותיות ביותר. הכלי המשפטי שהונהג כדי להשיגו הוא הקמת חטיבות בניניים ואיכלוסן בציבור תלמידים מגוון. אולם אין שום ספק שכלי זה אינו מספיק להשגת

17 ש.ס.

18 ראה קירם (לעיל, הערה 16).

המטרות, ללא חידושים חינוכיים המתרחשים בתוך כתיב הספר המגוונים וללא חידושים חברתיים המתפתחים מחוצה להם. יתרה מזו, חוששני שבעניין זה אנו עלולים לא רק להתחיא את המטרות החברתיות הנ"ל מחמת אי-גקטת האמצעים הלא משפטיים הדרושים, אלא אנו עלולים גם לשכוח כליל את המטרות האמיתיות ולהפוך את הכלי הכמותי של שיבוץ ילדים בבתי-ספר מגוונים למטרה בפני עצמה.

ד. הסתמכות יתר על הדין הפלילי ויישומו כמבטא את הנורמות החברתיות המחייבות, במיוחד בקשר עם התנהגותם של אנשי ציבור

רצוני לעבור עתה לסוגיה השלישית ואדון בה בקיצור נמרץ. עניינה הנטייה הגוברת אצלנו להסתמך יתר על המידה על הדין הפלילי כמבטא את הנורמות המסורתיות שלנו. הבעיה חמורה ביותר כאשר מדובר במוסר התנהגותם של אישי ציבור. כאשר מזכירים במשפט אחד את שתי המלים חוק ומוסר מצפים שהדיון יתמקד ביחס הגומלין שבין שני המושגים האלה: היינו בשאלה האם ניתן להגדיר מערכת חוק ולא להתייחס למוסריותה של המערכת ובשאלה השנייה, באיזו מידה רצוי שהמערכת המשפטית תאכוף נורמות מוסריות שאינן קשורות למניעת נזק ממשי. השאלה הראשונה אינה קשורה לדיוננו כלל. השנייה, שבגלגולה האחרון באה לידי ביטוי בוויכוח בין הארט ובין דוולין, קרובה יותר לנושא הרצאה זאת אולם גם בה לא אדון. וזאת משום שאף אלה המחייבים אכיפת מוסר בעזרת החוק מצביעים על כך שאין חפיפה מוחלטת בין החוק ובין המוסר, שיש נורמות מוסריות שהחוק אינו כופה. כדברי הלורד דוולין בספרו *The Enforcement of Morals*:

"There is much more immorality that is not punished by law... the last and the biggest thing to be remembered is that law is concerned with the minimum and not with the maximum; there is much in the Sermon on the Mount that would be out of place in the Ten Commandments."¹⁹

הלורד דוולין התייחס, כמובן, למדינה מודרנית וחילונית שמטבעה מבדילה בין חטא דתי ובין עבירה פלילית. אולם גם שיטות אחרות, כגון המשפט העברי, שבהן הבחנה זאת איננה מובנת מאליה, מכירות בכך שאין חפיפה מוחלטת בין נורמות מוסריות ובין נורמות משפטיות. לכן אף במשפט העברי יש מושגים כגון "מידת חסידות", "לפנים משורת הדין", ו"נבל ברשות התורה" הבאים ללמדנו על חוסר חפיפה זאת.

קל וחומר המצב בשיטת משפט חילונית שבה, כפי שאמר הלורד דוולין, "החוק מתייחס למינימום ולא למקסימום" וכונתו היתה בעיקר לחוק הפלילי. לי גראה שנכון ומוצדק הוא שהחברה תכפה על חבריה באמצעות החוק, ובמיוחד באמצעות החוק הפלילי, רק את המינימום המוסרי ולא את המקסימום. אולם, גם אילולי היה הדבר

19 ראה: Devlin, *The Enforcement of Morals* (London, 1965).

מוצדק אין מנוס מלקבל את אימרתו של הלורד דוולין כתיאור המציאות, כנתון שהוא נכון גם למדינת ישראל.

אם כן, מה פירוש הדבר בקשר עם גורמות מוסריות שאינן כפויים באמצעות החוק הפלילי? האם עלינו להסיק את המסקנה שהחברה אינה מעוניינת בקיומן? תשובתי היא לא. תדמשימעי. אי-אכיפת נורמה מוסרית באמצעות החוק הפלילי מעידה אך ורק על העובדה שהחברה אינה רוצה שנורמה זאת תיכפה על החברה בדרך של שימוש במנגנון התמור ביותר העומד לרשותה. מנגנון הענישה הפלילית. וזאת מסיבות שונות שאמנם כוללות גם את חשיבות הנורמה ואת חומרת העבירה עליה בעיני החברה, אולם כוללות גם סיבות המתייחסות להתאמת המנגנון הפלילי לאכיפת הנורמה ללא התייחסות לחשיבותה.

אולם, אפילו נקבל את הגירסה שהשיקול העיקרי בהכרעה האם לאכוף נורמה מוסרית באמצעות החוק הפלילי או לא היא חשיבותה של הנורמה בעיני הציבור, היינו, שהחוק הפלילי אוכף רק את הנורמות שהחברה מתייחסת לעבירה עליהן בחומרה מרובה, אין פירוש הדבר שהחברה איננה מעוניינת שגם נורמות שהעבירה עליהן נחשבת המורה פחות לא תקוימנה.

נתפוך הוא. היא כן מעוניינת שהן תתקיימנה אם לגבי החברה כולה, אבל בדרכים אחרות מאשר זו של הפעלת החוק הפלילי, אם רק לגבי ציבורים מיוחדים של החברה. איש לא היה טוען שאם בן אדם אינו יושב כמש בבית סוהר, על החברה ועל כל חלקיה להתיר לו להשתתף בכל פעולה ולהתעסק בכל עיסוק שהוא כשיר להם מבחינת כשרונותיו שאינם מתייחסים לנורמות מוסריות, ללא שום התייחסות להתנהגותו המוסרית.

יתרה מזו, מקובל בהחלט לדרוש מחבר ציבור מיוחד, כגון עורכי דין, גורמות מוסריות שאינן מתאימות רק למינימום שדורש החוק הפלילי אלא המתקרבות למקסימום שניתן לדרוש, ולהעניש את אלה שאינם מקיימים את הרמה המוסרית הדרושה, עד כדי הרחקתם מן הציבור המיוחד. ייתכן שאותו הדין צריך לחול לגבי הציבור הקשור לאוניברסיטה, הן חברי הסגל והן הסטודנטים. אם הדבר נכון לגבי ציבורים מקצועיים קל וחומר שהוא נכון לגבי חברות בציבורים אחרים שאינם קשורים לפרנסה. ואין לבוא לציבורים אלה בטענה שעל-ידי נקיטת עיצומים נגד חבר הציבור שלא הורשע במשפט פלילי, או שטרם הורשע, הציבור גורע בכך מחוקת האיש שהוא חף מפשע עד שיורשע במשפט פלילי. חזקה זאת קיימת אך ורק בסדר הדין הפלילי ללא השלכות מחוצה לו. היא מהווה חלק בלתי נפרד מהמנגנון הפלילי שהוא הכבד והנורא ביותר שהחברה מפעילה נגד חבריה, ואין שום נפקא מינה לגבי מערכות ומנגנונים אחרים. אמנם החוק הפוזיטיבי מעניק אצלנו לגבי עבירות אחדות, עליונות-מה להליך הפלילי על-פני הליכים משמעתיים, וכוונתי לסעיפים 268-272 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. בלי להתייחס לפרטי ההסדר התחיקתי הנה ובלי לנקוט עמדה לגבי צידוק, הייתי מציע לא להקיש מההסדר הספציפי הזה על מנת לקבוע עליונות כללית של החוק הפלילי על-פני מערכות אחרות. ואף אם עליונות כללית כזאת אכן קיימת אצלנו, אין משמעותה שהחוק הפלילי הוא כלי בלעדי.

כל זה היה נראה בעיני מובן ואפילו מובן מאליו. אלמלא העובדה שהוא אינו בא לידי

ביטוי בהתייחסותה של החברה הישראלית להתנהגותם הבלתי מוסרית של מנהיגיה. בשנים האחרונות התופעה חוזרת על עצמה. כאשר מתעורר השש שאיש ציבור לא התנהג כראוי הנטייה המידית, והבלעדית, היא לפנות למערכת אכיפת החוק הפלילי בכלל, וליועץ המשפטי לממשלה בפרט, לבדוק אם החשוד עבר עבירה פלילית. יתרה מזו, דורשים ממערכות אחרות, במיוחד מהעיתונות, לא לחקור את הפרשה, שמא תפגע בחוקת החשוד שהוא חף מפשע עד שיורשע או תפגע בצורה אחרת בהליך הפלילי.

האם החברה הישראלית אכן רוצה לדרוש ממנהיגיה אך ורק את הרמה המוסרית המינימלית המשתקפת בחוק העונשין לעומת רמה מוסרית מקסימלית? לי נראה שהתשובה צריכה להיות לא — בצורה חד-משמעית. ואם כן, עלינו להתנער בהדרגה שהפעלת החוק הפלילי היא הדרך העיקרית לחייב התנהגות נאותה אצל מנהיגינו.

החוק הפלילי צריך למלא תפקיד משני בעניין התנהגות אישי ציבור. דעת הקהל הדורשת הרחקתו מתפקידו של איש ציבור שאינו מתנהג כראוי לפי קני מידה מחמירים ביותר היא שצריכה להיות העיקר. והכלי החשוב ביותר בהתעוררות דעת הקהל הוא עיתונות חופשית ואמיצה. במקום לרסן את העיתונות לבל תפגע בהליך פלילי בעניינים כאלה, עלינו לעודדה לחקור ולפרסם. איני מתכוון לומר שאין להגביל כלל את העיתונות. איני שולל חוקים נגד הוצאת דיבה ופגיעות בפרטיות. אולם דבר זה אינו גורע מהצורך להכיר בהפקדה העיקרית של העיתונות בטסר עם נורמות התנהגות מוסרית של מנהיגי העם.

יאמרו לי שדבר זה יפה וטוב למדינה מתוקנת כמו אנגליה. אולם המעשים שהתרחשו אצלנו בשנים האחרונות מוכיחים שהחברה הישראלית אינה דורשת רמה מוסרית גבוהה מנציגיה. אין להכחיש שיש ממש בטיעון זה, אולם איני מוכן להרים ידיים. הבעיה העיקרית היא חינוכה של החברה. במערכה זאת חייבים למלא תפקידים חשובים לא רק מערכת החינוך הרשמית, ולא רק העיתונות. אלא גם ציבורים שונים.

לי נראה שאישי ציבור עצמם צריכים למלא תפקיד חשוב בעניין זה. עד כה לא די בכך שהם לא מילאו תפקיד זה; הם אף פעלו בכיוון ההפוך. בלי להזכיר פרשיות מיוחדות, תופעה החוזרת על עצמה כמעט מדי חודש היא שחבר כנסת (או חברת כנסת) החושד ששר בממשלה או חבר כנסת אחר התנהג שלא כראוי פונה מיד ובאופן בלעדי ליועץ המשפטי לממשלה לבדוק האם החשוד לא עבר על החוק הפלילי. וכאשר היועץ המשפטי לממשלה קובע שלא, וזאת ייתכן לא משום שהחשוד לא עשה את הפעולה שלגביה מאשימים אותו אלא משום שאיסור הפעולה אינו בגדר הדרישות המינימליות של החוק הפלילי, או מכיוון שההוכחות אינן מספיקות לפי הדרישות המחמירות, ובצדק, של הדיון הפלילי, הפרשה מסתיימת.

גם בתהליך החינוכי הזה נועד תפקיד חשוב למשפטנים. הן אלה הנושאים במשרות ממלכתיות. כמו היועץ המשפטי לממשלה, והן אלה שאינם נושאים במשרות ממלכתיות, והוא ללמד את הציבור על התפקיד המוגבל שהחוק הפלילי ממלא בעניין ההתנהגות המוסרית של מנהיגי העם. עלינו לשאוף לחברה מתוקנת שתדרוש התנהגות מוסרית ברמה הגבוהה ביותר מאישי ציבור, ובשום פנים ואופן לא הסתפק בדרישות המינימליות של החוק הפלילי. עלינו גם לשאוף להחדיר במנהיגינו את תחושת הבושה שתחייבם

סטיבן גולדשטיין

משפטים יג, תשמ"ג

להטיק את המסקנות המתבקשות אם התנהגותם הציבורית אינה עונה על הדרישות המוסריות הגבוהות ביותר, ויפה שעה אחת קודם.