

על סוהרים וחיילים: הטיעון של אלון הראל נגד הפרטה

מאת

יצחק בנבג'י*

מבוא

א. טובים ציבוריים מהותיים, התפיסה הצרה של פעולה מוסדית והטיעון נגד הפרטה

1. הטיעון נגד הפרטה – טובים ציבוריים מהותיים והצדקה תלוית-פועל
 2. הטיעון נגד הפרטה – ענישה ציבורית כטוב ציבורי מהותי
 3. תיאוריה של פעולות מוסדיות – מלחמה צודקת
 4. תיאוריה של פעולות מוסדיות – פעולות במצבי חירום
- ב. תוצאתנות, אילוצים דאונטולוגיים והטיעון נגד הפרטה
1. ביקורת טיעונו של הראל – הגרסה האינסטרומנטליסטית
 2. ביקורת טיעונו של הראל – הגרסה הדאונטולוגית
- ג. תיאוריה של פעולות מוסדיות
- ד. פעולות מוסדיות והעברת אחריות – טיעון קצר לטובת השוויון המוסרי של חיילים

סיכום

מבוא

האם העובדה שאדם ממלא תפקיד רשמי במסגרת פוליטית – תליין, שוטר, סוהר, חייל – משנה את מערך הזכויות והחובות המוטלות עליו? האם הרג שחייל מבצע הוא מותר ואפילו מוצדק גם אם הוא לוחם במלחמה לא-צודקת? האם הרג שתליין מבצע הוא מותר ואפילו מוצדק גם אם הקורבן חף מפשע? האם מעצר-שווא של אדם כלשהו על-ידי שוטר הוא חמור פחות מפני שהוא בוצע על-ידי שוטר? האם כליאה של אדם שהורשע על לא עוול בכפו חמורה פחות מפני שהיא בוצעה על-ידי סוהר? אלון הראל, בספרו המצוין *Why Law Matters*¹, מציע טיעון מרתק נגד הפרטה של כתי-כלא וצבאות סדירים, שממנו נובעת תשובה עמוקה ויפה לשאלות הללו. טיעונו של הראל נגד הפרטה הוא היבט אחד של תיאוריה עשירה ועדכנית בדבר הזיקות בין הפוליטי למוסרי, בין פרקטיקה נוהגת למוסר פוליטי, ובין מוסדות לגיטימיים (יותר או פחות) לבין היחיד. הרשימה הנוכחית

* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 ALON HAREL, *Why Law Matters* (2014). מספרי העמודים בגוף הטקסט מתייחסים לספר זה.

פותחת בהצגה מאוד לא-ממצה של טיעונו של אלון נגד הפרטה, שממנו נגזרת תיאוריה בדבר מעמד המוסרי של סוהרים ובתי-כלא, חיילים וצבאות סדירים (פרק א). בפרקים ב ו-ג אבקר שני היבטים של טיעון זה, ובפרק ד אציג בקצרה טיעון משלי, שנסמך על חלקים מהטיעון המקורי של הראל.

א. טובים ציבוריים מהותיים, התפיסה הצרה של פעולה מוסדית והטיעון נגד הפרטה

1. הטיעון נגד הפרטה – טובים ציבוריים מהותיים והצדקה תלוית-פועל

תפיסות אינסטרומנטליות של זכויות פוליטיות ומוסדות ציבוריים מייחסות להם ערך מכשירני: חלוקה של זכויות היא אמצעי למימוש של ערכים חברתיים, ומוסדות ציבוריים הם אמצעים למימוש מדיניות שתורמת לאיכות חייהם ורווחתם של פרטים בחברה. רוב הטיעונים בעד או נגד הפרטה של בתי-כלא, משטרות וצבאות בנויים על תפיסות אינסטרומנטליסטיות כאלה. התומכים בהפרטה טוענים כי גופים פרטיים (הפועלים למטרות רווח וכפופים לכללי השוק החופשי) מספקים מוצרים כגון עונש פלילי וביטחון לאומי טוב יותר ממוסדות ציבוריים, בעוד המתנגדים להפרטה טוענים כי ביצועיהם של גופים פרטיים נופלים מביצועיהם של מוסדות ציבוריים. נוסף על כך, המתנגדים להפרטה מבקרים את הסטנדרטים המוסריים שמנחים גופים פרטיים: אסירים בבתי-כלא ציבוריים זוכים ביחס ראוי יותר מאשר אסירים בבתי-כלא פרטיים. יחסם של חיילים בצבא סדיר לזכויות אדם טוב יותר מיחסם של לוחמים מקצועיים שנשכרו על-ידי חברה פרטית הפועלת למטרות רווח.

טיעונים אינסטרומנטליסטיים נשענים על השערות אמפיריות, ובכך חולשתם, טוען הראל. בהקשר קצת אחר, עם שחקנים בעלי אופי שונה, הם מאבדים את כוחם. לעומתם, ההתנגדות האינטואיטיבית להפרטה של ענישה פלילית (ושל מלחמת-מגן) אינה פונה לשיקולים של רווח והפסד. היא נסמכת על עיקרון שאינו תלוי במציאות המשתנה:

“The instrumentalist justifications fail for reasons... of insincerity or inauthenticity... [They] fail to capture a prevalent intuition, namely that the involvement of the state in the infliction of punishment is not based on its (alleged) ability to ‘get it right’... [It] is based on *who it is that punishes...*” (עמ' 78-79; ההדגשה במקור)

הניסיון להשתחרר מהקונטינגנטיות של טיעונים אמפיריים מפתה פילוסופים למוסר דאונטולוגי. כבוד האדם בא לידי ביטוי בזכויות שאסור להפר בכל תנאי כמעט. טיעון דאונטולוגי נגד הפרטה יבקש להראות כי אסור לגופים פרטיים לכלוא במקום המדינה גם אם מהלך כזה משיא רווחה מצרפית, או שחובתם של גופים מדיניים להעניש על עברה פלילית גם אם מתברר כי בתי-כלא פרטיים יעילים יותר בכל מדד אפשרי. הטיעון של הראל מתכתב עם העמדה הדאונטולוגית הזו. אבל בשורה התחתונה נדמה שהוא מבקש להיחלץ מההבחנה בין הדאונטולוגי לתוצאתני: יש פעולות, הוא אומר, שתוצאותיהן טובות מכוח זהותן של הפועל שעשה אותן. עונש פלילי צודק (כמרגם מלחמת-מגן צודקת) הם “intrinsically public goods”, ולכן רק המדינה יכולה לספק אותם (עמ' 95-103). לפי הראל, צדקתם של

עונשים פליליים ומלחמות היא תלוית-פועל: ענישה פלילית מוצדקת היא גינוי ציבורי של העבריין, ורק מדינה יכולה לבטא גינוי ציבורי (עמ' 96-97). האנלוגיה והקרבה בין הליך פלילי לבין מלחמת-מגן צודקת היא מאבני-היסוד בחשיבתם של אבות הדין הבין-לאומי מגרוטוס ועד קנט. הראל רומז לאנלוגיה זו בקובעו כי גם מלחמה, כמו עונש פלילי, היא (בין היתר) הצהרת ריבונות של המדינה הלוחמת אותה. מכיוון שרק מדינה יכולה לצאת למלחמה, רק מדינה יכולה לצאת למלחמה צודקת (עמ' 99-103).

אני סבור שהראל מנסח כאן בבהירות ובעוצמה רעיון חשוב מאין כמותו. הסיפור המקראי על מנהיגותו של משה מדרגים יפה את מושג ההצדקה תלוית-הפועל שהראל מפתח. כאשר משה יוצא בפעם השנייה לראות בסבלות אחיו, הוא פוגש שני עברים ניצים. הוא שואל את הרשע "למה תכה רעך". לכאורה, התשובה שהוא מקבל – "מי שמך לאיש שר ושפט עלינו" – נראית לא-רלוונטית. אבל היא עושה על המספר המקראי רושם רב: משה מבין כי המעשה שעשה לא רק מסוכן, אלא גם לא-ראוי, ולכן הוא בורח. אין לאדם סמכות לתבוע הסבר להתנהגותו של אדם אחר, וממילא אין הוא יכול לעשות צדק, גם אם הוא פועל בדיוק כפי שהיה פועל מי שיש לו סמכות לעשות זאת. כאשר הוא חוזר למצרים כדי לשחרר את בני-ישראל מעבדות, דומה שהוא מבקש להשיג את אמונם של זקני העם, בהבינו כי רק אמון זה יאפשר לו לייצג את העם לפני פרעה.²

במאמר חשוב טוען מלקולם תורברן (Thorburn) כי המושג "הצדקה" המשמש את המשפט הפלילי לקביעת סייגים לאחריות פלילית מטיפוס של "הצדק" הוא תלוית-פועל:

"The law does not simply lay out justification defenses as permissions to do what is generally prohibited. Rather, it recognizes that when certain individuals, with the requisite legal power, validly decide that their conduct is justified under the circumstances, that decision is legally effective."³

הדין הפלילי מתייחס לפעולה אלימה כמוצדקת רק אם גורם בעל סמכות התיר אותה. תורברן, ממש כמו הראל, טוען כי הדין הפלילי מתיר פעולות כגון מעצר או עונש פלילי רק למדינה ולנציגיה. דומה שגם תורברן, כמו הראל, חושב שפעולות זהות של אנשים פרטיים נתפסות על-ידי הדין הפלילי כרעות ולכן הן חסרות הצדקה. אומנם, לעיתים רחוקות החוק מתיר סעד עצמי הכרוך בהפעלת אלימות. לדוגמה, לאדם פרטי מותר לנקוט פעולות אלימות כדי להגן על עצמו מפני סכנה ברורה ומיידית.⁴ אבל גם במקרים אלה, טוען תורברן, האדם הפרטי פועל בשמה של המדינה, המקנה לו סמכות לקבוע כי ההתקפה נגדו אינה חוקית; בהעדר גוף ציבורי שנוכח במקום, הוא הגורם שמגן על שלטון החוק. הגנה עצמית היא פעולה שיש לה הצדקה חוקית, כי במצבים נדירים כאלה לכל אזור יש סמכות לפעול בשם החוק. עד כאן השלב הראשון בטיעון נגד הפרטה של ענישה פלילית ושל מלחמות-מגן צודקות. בשלב זה הראל מבסס את האינטואיציה שרק מדינות יכולות להעניש עונש פלילי ולצאת

2 שמות ב 11-15; שמות ד 1, 29-31.

3 Malcolm Thorburn, *Justifications, Powers and Authority*, 117 YALE L.J. 1070, 1083 (2008) (ההדגשה הוסרה).

4 ראו, לדוגמה, ס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

למלחמות צודקות. אלימות של יחידים נגד פושעים אינה מבטאת גינוי ציבורי. אלימות של יחידים נגד תוקפנות של מדינת אויב אינה מלחמה שדרכה המדינה הצודקת מצהירה על ריבונותה.

2. הטיעון נגד הפרטה – ענישה ציבורית כטוב ציבורי מהותי

טרם הושלם הטיעון נגד הפרטה של בתי-כלא, שהרי ככלות הכל ייתכן שבת-כלא פרטיים פועלים בשם המדינה. כדי להשלים את הטיעון, הראל נדרש למהלך נוסף: עונש פלילי הוא טוב ציבורי מהותי, וככזה רק מדינה הפועלת באמצעות יחידים המשמשים נציגיה יכולה לספקו. הראל טוען כי פעולות של בתי-כלא פרטיים אינן פעולות שניתן לייחס למדינה. כדי לבסס טענה זו, הוא מפתח תיאוריה המבקשת להבהיר מכוחם של אילו תנאים היחיד נהפך לזרועו הארוכה של הריבון. כלומר, הראל מציע תיאוריה של פעולות מוסדיות, תיאוריה של state agency (עמ' 82-95).

תיאוריה של פעולה מוסדית קשורה בטבורה לתיאוריה של פעולה קולקטיבית/קבוצתית. קבוצה של פרטים עשויה להחליט החלטה ולהוציא אותה לפועל; התוצאה תהיה פעולה של קבוצה המורכבת מפעולות של יחידים. תיאוריה פילוסופית של פעולות מוסדיות תציע רשימה של תנאים הכרחיים ומספיקים לכך שפעולות של יחידים יהוו תווך שדרכו מוסד פועל. תיאוריה של פעולה קולקטיבית תציע רשימה של תנאים שמכוחם פעולות של יחידים יהיו רכיבים של פעולה של קבוצה. הראל מציע תיאוריה של פעולה מוסדית, וגזור מאפיון זה קביעות חד-משמעיות בגנות הפרטה של בתי-כלא וצבאות סדירים.

למקרים פרדיגמטיים שבהם פעולתו של היחיד היא תווך שדרכו המדינה פועלת יש שני פנים. הפן האחד הוא הפן הפורמלי: הפועל מוסמך לייצג את המדינה מכוח תפקידו, יש לו "תקן" של עובד מדינה. ברגיל, אדם הפועל בשם המדינה נושא בתפקיד רשמי מטעמה. הפן הנוסף, הוא שהיחיד המייצג את המדינה ופועל בשמה פועל מכוח כללים שהוא כפוף להם מטעמה (בניסוחו של הראל: הוא אינו פועל מתוך fidelity of reason, אלא מתוך fidelity of deference (עמ' 86-90)). למרות שמבחינה לוגית הם אינם תלויים זה בזה, לעיתים קרובות התנאי הפורמלי (תקן) והתנאי הפסיכולוגי⁵ (פעולה מתוך כפיפות) דרים בכפיפה אחת: אם אתה פקיד של המדינה, בדרך-כלל המדינה מתערבת באופן שוטף ועל בסיס קבוע בהחלטותיך, וכעניין שבשגרה, אתה פועל כדי למלא כללים שהיא מכתבה. אם גויסת על-ידי המדינה, כפיפותך לה מספקת לכך שפעולתך תהווה תווך שדרכו היא פועלת. דומה שהמקרים הבעייתיים, שבהם מתעורר ספק אם מדובר בפעולה של המדינה, הם מקרים שבהם רק אחד התנאים מתקיים, כגון מקרים שבהם עובדי קבלן מועסקים במשרדי ממשלה "כתף אל כתף" עם עובדי מדינה ועוסקים, מבחינה מהותית, באותה עבודה. מצד אחד, אם פקיד פועל על דעת עצמו, ולא מתוך ציות לכללים שהוא כפוף להם מכוח תפקידו, כ-אז ספק אם פעולתו היא פעולה של המדינה. מצד אחר, ספק אם פעולתם של אדם פרטי או גוף פרטי שהוסמכו לפעול בשמה של המדינה ופועלים כדי למלא כללים שהמדינה מכתבה היא אכן תווך שדרכו המדינה פועלת.

5 התנאי הזה "פסיכולוגי" משום שהוא מתקיים רק אם המניע (הפסיכולוגי) של הפועל הוא נאמנותו לסמכות של המוסד.

אלא שדבריו של הראל על הסוגיה יוצרים את הרושם שלשיטתו כל אחד מהתנאים – הפורמלי והפסיכולוגי – הוא הכרחי, ושביחד הם מספיקים. דהיינו, דומה שלדידו כל המקרים שבהם המדינה פועלת באמצעות יחידים הם מקרים שתיארת כפרדיגמטיים. מצד אחד, הראל טוען כי אם פקיד פועל על דעת עצמו – על בסיס בחינה של המקרה לגופו, ולא מכוח כפיפותו לכללים המוכתבים על-ידי המדינה – כי-אז אי-אפשר לייחס את פעולתו למדינה אף שהוא פקיד שלה. מצד אחר, הראל טוען כי פעולותיו של אדם שאינו עובד מדינה אינן פעולות מוסדיות אף אם המדינה הסמיכה אותו לפעול בשמה והוא מצייט לכללים שהכתיבה.

“What are the conditions required for an agent ‘to act in the name of the state’, namely to act in a way such that its act is equated with an act of the state? Who can claim to be acting in the name of the state?” (עמ' 86)

– בתשובה לשאלה זו הראל טוען, כאמור, כי שני התנאים הבאים הכרחיים: ראשית –

“...being a public official is... not merely contingently conducive to the execution of a task which, in principle, can be performed by anybody; it is conceptually necessary for the very performance of... tasks which need to be done ‘in the name of the state’.” (שם)

– ושנית –

“...speaking and acting in the name of the state requires the existence of a practice which integrates the political and the bureaucratic in the execution of the relevant functions. This practice, because of the integrative form that it takes, is characterized by its principled openness to ongoing political guidance and intervention.” (עמ' 89)

ניתן עתה להציג את טיעונו של הראל נגד הפרטה של בתי-הכלא בצורה מסודרת. בבסיסו עומדות שתי טענות: ראשית, ענישה היא טוב ציבורי מהותי; ושנית, התנאי הפורמלי שמכוחו פעולה של יחיד היא תווך שדרכו המדינה פועלת הוא הכרחי. המדינה פועלת באמצעות פעולותיו של היחיד רק אם הוא פקיד שפועל מכוח כפיפותו לכללים שהמדינה מכתיבה. בתי-כלא פרטיים אינם פועלים של המדינה מפאת פרטיותם, גם אם פקיד של המדינה מפקח באופן הדוק על פעולותיהם של העובדים בהם. כל עוד הם מקבלים שכר מהחברה הפרטית שהמדינה שכרה, סוהרים בבתי-כלא פרטיים אינם יכולים לשמש נציגיה של המדינה. לסיכום, על-פי הראל:

1. רק מדינות יכולות להשית עונש פלילי, שכן ענישה פלילית היא טוב ציבורי מהותי. ודוק: עונש הוא פלילי (גם אם אינו מוצדק) רק אם המדינה משיתה אותו.
בפרט,
2. שלילה אלימה של חירותם של אזרחים היא עונש פלילי מוצדק רק אם המדינה היא שנקטה את הפעולה האלימה הזו.
3. גופים פרטיים אינם פועלים של המדינה (מכוח התנאי הפורמלי של state agency).
לכן,

4. שלילה אלימה של חירותם של אזרחים הנעשית על-ידי גופים פרטיים אינה עונש פלילי מוצדק.

3. תיאוריה של פעולות מוסדיות – מלחמה צודקת

מתורת הפעולה המוסדית של הראל עולה מסקנה נוספת: פקיד של מדינה פועל בשמה רק אם הוא פועל מכוח כפיפותו לכללים שהמדינה מכתובה. פקיד הפועל על דעת עצמו, ולא מכוח כפיפות לכללים שהמדינה מכתובה, פועל כאדם פרטי. בפרט, פעולה של חייל היא תווך שדרכו המדינה פועלת רק אם החייל מציית לפקודותיה. הראל משתמש במסקנה זו כדי לטעון נגד תורת המלחמה הרוויזיוניסטית (של ג'ף מקמהן, דייוויד רודין ואחרים) ובעד תורת המלחמה הצודקת המסורתית (מייקל וולצר).⁶

להלן הצגה קצרה של הוויכוח בין התפיסה המסורתית של וולצר לרוויזיוניזם של מקמהן. לפי התפיסה המסורתית, מוסר המלחמה נחלק לשני ענפים: "צדק של מלחמה", הקובע באילו נסיבות היציאה למלחמה מותרת מן הבחינה המוסרית; ו"צדק בלחימה", הקובע מהן זכויותיהם וחובותיהם המוסריות של חיילים ואזרחים בעימות המזוין עצמו. לפי התפיסה המסורתית, "צדק של המלחמה" קובע כי מלחמה צודקת רק אם יש לה עילה ומטרה צודקות; אם היא הכרחית לשם השגתה של אותה מטרה; ואם היא מידתית, קרי, אם הנזק הצפוי ממנה קטן ביחס ליתרונות שהיא צפויה להניב. "צדק בלחימה" נוגע בלחימה גופא, וקובע את כללי ההתנהגות במלחמה עצמה. לפי התפיסה המסורתית, "צדק בלחימה" הוא קוד סימטרי. לחיילים יש בדיוק אותן זכויות ואותן חובות בין אם המלחמה שהם לוחמים בה צודקת ובין אם לאו. בעיקרו, "צדק בלחימה" מותח הבחנה חד-משמעית בין חיילים לאזרחים: פגיעה מכוונת בחיילים מותרת כל עוד יש לה ערך צבאי; אולם פגיעה באזרחים ובחברה האזרחית אסורה באיסור חמור, אף כאשר נצחונו של הצד הצודק תלוי בכך. מאידך, גיסא, כאמור, לחיילים יש זכות להשתתף במלחמות מבלי לוודא שמלחמות אלה צודקות, ומותר להם להרוג חיילי אויב אף אם אלה לוחמים מלחמת-מגן.

הביקורת הרוויזיוניסטית (להלן: הטהרנות) נאחזת בתוכנה פשוטה למדי: לא ייתכן שלאדם יש זכות מוסרית להרוג את זולתו ללא עילה צודקת. הרג של תוקפן לשם הגנה עצמית מותר, ובתנאים מסוימים מותר להרוג חפים מפשע אם פעולה כזו הכרחית לשם הצלתם של הרבים. אבל תורת המלחמה הצודקת המסורתית, טוען מקמהן, מתירה הרג של חפים מפשע ללא עילה צודקת, שהרי הרג במלחמה נפשעת, מעצם הגדרתה, הוא חסר הצדקה. אדרבה, טוענת הטהרנות, חייל הפועל בשליחותה של מדינה נפשעת הוא תוקפן, בדיוק כמו המדינה שהוא משרת. מכאן, מסיקה הטהרנות, לחייל אין זכות להשתתף במלחמה נפשעת; פעולות ההרג שהוא מבצע כדי לקדם את נצחון המדינה שהוא משרת שקולות מבחינה מוסרית לרצח; ולכן כל חייל חייב לוודא שהמלחמה שהוא נדרש להשתתף בה צודקת כתנאי להשתתפותו בה.

6 MICHAEL WALZER, JUST AND UNJUST WARS: A MORAL ARGUMENT WITH HISTORICAL ILLUSTRATIONS (4th ed. 2006); JEFF McMAHAN, KILLING IN WAR (2009); DAVID RODIN, WAR AND SELF-DEFENSE (2002).

הראל דוחה את הטהרנות משום שלדעתו היא קוראת למשטר שמפריט מלחמות (עמ' 101-103). במהותה, מלחמה היא פעולה מוסדית. משטר הדורש מחייל לוודא שהמלחמה שהוא נקרא להשתתף בה צודקת, ומתיר לו להשתתף רק במלחמות שנראות לו צודקות, תובע ממנו למעשה לפעול על דעת עצמו. אלא שלדידו של הראל, פעולותיו של חייל הן תווך שדרכו המדינה פועלת רק אם הוא פועל מתוך כפיפות לכללים שהיא מکتובה; אם הוא פועל מתוך נאמנות לתבונה, הוא פועל כאדם פרטי. הראל מסיק כי משטר המאפשר מלחמה צודקת מתיר לחיילים לציית למדינה. במשטר כזה הקודר המכונה "צדק בלחימה" חייב להיות סימטרי. אם לחיילים מותר להשתתף במלחמה מבלי לוודא שהיא צודקת, יש להם זכות להרוג את חיילי האויב גם אם חיילי האויב לוחמים מלחמת-מגן. הראל מסיק כי תורת המלחמה הצודקת שפיתחו מקמהן, רודין ואחרים אינה מתירה פעולות מוסדיות הכרוכות בהרג, ולכן אינה מתירה מלחמות, וממילא אינה מאפשרת מלחמות צודקות. הטיעון האנטי-טהרני של הראל נראה כך:

1. רק מדינות יכולות לצאת למלחמה צודקת (שכן מלחמה צודקת היא טוב ציבורי מהותי). לכן,
2. פעולות אלימות של חיילים הן חלק ממלחמה צודקת רק אם ניתן לייחס את הפעולות הללו למדינה.
3. חיילים הפועלים על דעת עצמם אינם פועלים של המדינה (התנאי הפסיכולוגי הכרחי: פעולות של יחידים הן תווך שדרכו המדינה פועלת רק אם הם פועלים מכוח כפיפות לכללים שהיא מכתובה). לכן,
4. חיילים שפועלים על דעת עצמם אינם לוחמים מלחמה צודקת, ולכן התביעה הטהרנית מחיילים לוודא שהמלחמה שהם לוחמים בה צודקת היא חסרת בסיס מוסרי.

4. תיאוריה של פעולות מוסדיות – פעולות במצבי חירום

התיאוריה של פעולות מוסדיות שהראל מפתח עשויה לדעתו לפתור סוגיה פילוסופית קשה נוספת, אשר נידונה בפרק הרביעי של ספרו: "Necessity Knows No Law" (עמ' 107-130). הטיפול בסוגיה ממחיש עד כמה ההבחנה של הראל בין המוסדי לפרטי מרחיקת-לכת. התפיסה הצרה של פעולה מוסדית – תפיסה שלפיה מדינה פועלת באמצעות היחיד רק אם הוא מקיים את שני התנאים, התנאי הפורמלי והתנאי הפסיכולוגי – מאפשרת להראל ליישב שתי אמונות שנראות לו אמיתיות אף שלכאורה הן סותרות זו את זו. הראל מאמין כי העיקרון החוקתי האוסר על מדינה להרוג בכוונה עשרות אזרחים במטרה להציל אלפים תקף תמיד. ראוי לה לכלל חוקה שמתייחסת לזכויות היחיד ברצינות לאמץ עיקרון כזה. עם זאת, דמיינו ראש ממשלה ישראלי המאשר לחיל האוויר ליירט מטוס אזרחי חטוף ולגרום להרג של עשרות אזרחים ישראליים כדי למנוע את פגיעת המטוס במגדלי עזריאלי ולהציל אלפי אזרחים אחרים. ברור שההחלטה אינה מתיישבת עם העיקרון החוקתי האוסר שימוש באדם כאמצעי. אנו חשים, עם זאת, שבמצבי חירום פעולה כזו מותרת. אם אין בררה, ראש ממשלה חייב למנוע הרג של אלפי אזרחים במחיר הרג מכוון של עשרות, שהרי "הכרח אינו מכיר באילוץ חוקתי".

כדי ליישב בין שתי האמונות הללו, הראל בונה את הטיעון הבא (עמ' 121-128): מצב חירום הוא במהותו מקרה יוצא-מן-הכלל שהחוק אינו יכול לכסות. פעולתו של ראש הממשלה בסיטואציה כזו אינה נעשית מתוך כפיפות לכללים חוקתיים המוכתבים על-ידי המדינה, משום שהמקרה שלפניו אינו מכוסה על-ידי החוקה. לכן במצבי חירום אין לו בררה אלא לבחון את המקרה לגופו. לפי התפיסה הצרה של פעולות מוסדיות, אם ראש הממשלה בוחן את המקרה לגופו ופועל על בסיס בחינה כזו, הוא פועל כאדם פרטי. כאדם פרטי הוא אינו כפוף לכללים חוקתיים שמוסדות ציבוריים כפופים להם. הנה כי כן, הכללים שהוא כפוף להם כראש הממשלה אינם מתירים לו להרוג בכוונה עשרות כדי להציל אלפים, אך מכיוון שמדובר במצב חירום, שהחוקה אינה מכסה, הוא פועל כאדם פרטי, ולכן אינו מפר שום כלל חוקתי שהוא כפוף לו כראש ממשלה.

ב. תוצאתנות, אילוצים דאונטולוגיים והטיעון נגד הפרטה

ברצוני להראות כי הטיעון של הראל נגד הפרטה אינו תקף משום שגם אם הנחותיו אמיתיות, המסקנה אינה נובעת מהן. תיתכן הצדקה מלאה למדיניות ההפרטה שהראל טוען נגדה גם אם מלחמות ועונשים הם אכן טובים ציבוריים מהותיים, מחד גיסא, וגם אם התפיסה הצרה של פעולות מוסדיות היא אמיתית, מאידך גיסא.

ראשית, יש לשים לב שלמרות הכחשתו הנמרצת של הראל, הפרשנות הטבעית של טיעונו נגד הפרטה היא אינסטרומנטליסטית. אם מלחמות ועונשים פליליים הם טובים ציבוריים מהותיים, כִּי־אז הפרטתם פסולה מפני שתוצאה הכרחית שלה היא אובדן טובים ציבוריים בעלי חשיבות רבה. במילים אחרות, הפרטתם פסולה כי המדינה היא אמצעי שאין בלתו לייצור הטובים הללו. (אין בכך כדי לגרוע מהאפרוריות של הטיעון: אם ענישה צודקת ומלחמה צודקת הן טובים ציבוריים מהותיים, אין צורך באישוש אמפירי לקביעה כי המדינה, ולא שום גורם אחר, היא האמצעי לייצורם של טובים אלה. זוהי אמת מושגית על מלחמה וענישה פלילית.) אומנם, הטיעון נגד הפרטה ניתן גם לפרשנות דאונטולוגית, וסביר שהראל קורא את טיעונו לאורה. לפי הפרשנות הדאונטולוגית, רק מדינות יכולות להטיל עונש פלילי ולצאת למלחמה צודקת, ולכן מוטלת עליהן החובה לעשות זאת. אם עונש או מלחמה ראויים, חובתה של המדינה להעניש וללחום אינה רגישה לשיקולים של רווחה מצרפית. לאלימות צודקת של יחידים ולמלחמה צודקת של מדינה עשוי להיות אותו אפקט על רווחת החברה, ואף-על-פי־כן זו חובתה של המדינה ללחום את המלחמה, וזו חובתם של היחידים להעמיד את עצמם לרשותה כדי שהיא תוכל לעמוד בחובה זו.

אני סבור כי שתי גרסותיו של הטיעון נגד הפרטה אינן עומדות בפני הביקורת, אף שהגרסה האינסטרומנטליסטית מבטיחה יותר מהגרסה הדאונטולוגית. אתחיל אפוא בכחינה ביקורתית של הגרסה האינסטרומנטליסטית.

1. ביקורת טיעונו של הראל – הגרסה האינסטרומנטליסטית

דמיינו חברה שאין בה עונשים שמבטאים גינוי ציבורי של העברה הפלילית. בחברה המדומיינת משיגים סדר באמצעות סעד עצמי. התגובה המקובלת והחוקית על רצח היא גאולת-דם. בחברה המדומיינת אין ענישה פלילית משום שגאולת-דם אינה עונש המבטא

גינני ציבורי. נניח שלמרות חסרונותיו הברורים של משטר המבוסס על סעד עצמי – שהרי אין בו טוב ציבורי בעל ערך רב, קרי, עונש פלילי – החברה שכפופה למשטר זה מפיקה ממנו יתרונות לא־מבוטלים. כך, היא חוסכת את המשאבים הנדרשים כדי לייסד ולתחזק את הגוף הציבורי שתפקידו להטיל עונשים פליליים. נוסף על כך, גאולת־דם מרתיעה יותר מעונש פלילי, כלומר, פרטים בחברה המדומיינת חוששים מגאולת־דם יותר מכפי שפרטים בחברה שלנו חוששים מענישה פלילית. התוצאתנות (שעליה בנויה הגרסה האינסטרומנטליסטית של הטיעון של הראל) תבקש להשוות בין התוצאות הטובות והרעות של שני המשטרים, כדי לקבוע מי מהם עדיף. עניין זה אינו פשוט. אם תזת האינקומנסורביליות נכונה ביחס לטובים הללו, אזי ההשוואה היא בלתי־אפשרית. למשטר האוסר סעד עצמי יש תכונה חיובית אחת – הוא מייצר *intrinsically public goods* אשר למשטר השני אין האפשרות לייצר ולספק. אולם למשטר השני יש תכונות חיוביות אחרות. ההשוואה בין המשטרים אינה כמותית ואינה מתבססת על סכימה: אין זה נכון שבמקום אחד יש יותר עלויות כלכליות או ביטחון ובמקום אחר פחות. ברם, אף שההשוואה אובייקטיבית קשה או בלתי־אפשרית, ברור שהעדפה של משטר שיש בו יותר רווחה מצרפית ופחות טובים ציבוריים מהותיים היא העדפה סבירה.

חשוב על הסוגיה שמעסיקה את הראל: הפרטת בתי־הכלא. נניח, לצורך הדיון (אם כי להלן אערער על הנחה זו), כי הראל צודק בקביעה כי בתי־כלא פרטיים אינם יכולים להעניש משום שהם אינם יכולים לייצג את המדינה. יותר מזה, נניח – בעקבות נשיאת בית־המשפט העליון לשעבר השופטת דורית ביניש – כי מוסדות פרטיים משפילים את העבריינים הכלואים בהם משום שהם פרטיים.⁷ אנו מניחים אפוא כי החברה שאנו מדמיינים נעדרת טוב ציבורי שמצוי בשפע בחברה שלנו. אבל הניחו (הנחה מרחיקת־לכת) שבהפרטת בתי־הכלא טמונים היתרונות שתומכיה מייחסים לה: ראשית, בזכות העובדה שבתי־הכלא מופרטים ושפושעים מושפלים, יש הרבה פחות אנשים היושבים בכלא על לא עוול בכפם, שכן החיסכון הרב בעלויות מאפשר חיקור דין צודק יותר וההשפלה מובילה להקפדה רבה יותר על הדרישה לא להעניש אדם אלא אם כן הוכחה אשמתו מעבר לספק סביר; ושנית, האסירים בכלא פרטי זוכים בתנאים חומריים טובים יותר מהתנאים בבתי־הכלא הציבוריים. אנו נדרשים שוב להשוואה בין ערכים מטיפוסים שונים. בעקבות הראל אנו מניחים כי העדר ענישה פלילית הוא דבר רע, ושכליאה פרטית משפילה. אבל הפיצוי על הרעות הללו משמעותי: פחות אסירים חפים מפשע, ובתי־כלא פרטיים המקפידים הקפדה יתרה על הזכויות האחרות של האסיר המורשע. אף שמדובר בטובים וברעות ממינים שונים, העדפה רציונלית של אחד המשטרים על זולתו אפשרית. אם הפיצוי על העדר ענישה ציבורית הוא כה משמעותי, הייתי מוותר על ענישה פלילית. הטיעון של הראל אינו מסביר מדוע ההעדפה שלי מוטעית.

הגרסה האינסטרומנטליסטית של הטיעון של הראל נגד הטהרנות של ג'ף מקמהן, דייוויד רוזין ואחרים לוקה בקושי דומה. חשבו על חברה שחילליה מקיימים את הדרישה הטהרנית ומשתתפים במלחמה רק אחרי שווידאו כי המלחמה צודקת. חיללים כאלה אינם פועלים בשם המדינה, ואומר הראל, ולכן האלימות שהם מפעילים מוצדקת מכוח הזכות שיש

7 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, פס' 18 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש (2009) (להלן: בג"ץ הפרטת בתי־הסוהר).

להם כאנשים פרטיים להגן על עצמם ועל זולתם, ואולי גם על מדינתם. אולם פעולותיהם אינן פעולות של המדינה, ולכן הם אינם לוחמים מלחמה צודקת. יתרונותיו של המשטר הטהרני ברורים: הסכנה שחברה הנשלטת על-ידי משטר כזה תצא למלחמה לא-צודקת היא קטנה מאוד, וכאשר אין מלחמות לא-צודקות, יש פחות שפיכות-דמים של חפים מפשע. ההשוואה בין המשטרים קשה, כי העדרו של ערך מטיפוס מסוים (שהמדינה תגן על עצמה) מוביל להשאה של ערך מטיפוס אחר (מזעור הסכנה של הרג חפים מפשע). עם זאת, היא אינה בלתי-אפשרית. הטיעון של הראל נגד הפרטה מצליח לזהות ערך חברתי חשוב, אך הוא אינו מספר לנו על משקלו ועל יחסו לערכים אחרים. כדי להשלים אותו, הוא יזדקק להנחות אמפיריות קונטינגנטיות, שמהן שאף הראל להיפטר.

כדי לשמור על האפריוריות של הטיעון, יידרש הראל למדרג לקסיקלי דוגמת זה המוצע בתורת הצדק של ג'ון רולס.⁸ העדיפות הלקסיקלית של החובה הפוליטית לכבד חירות פוליטית מסבירה את הדוגמה הבאה. מתברר שבסינגפור החיים נוחים הרבה יותר – מערכת החינוך מושלמת, רמת החיים גבוהה, המיסים נמוכים, אין פשע, הכבישים נקיים, האדיבות חוגגת, אי-השוויון קטן, רשת הביטחון החברתית מעולה, ומערכת הבריאות מצוינת. כל ההישגים הללו נגזרים מנאורותו של קיסר אשר אחראי לחוקה השוללת חירות פוליטית מאזרחי סינגפור. הקיסר טוען, בצדק, כי חירות פוליטית מקעקעת את יציבותה של המערכת הפוליטית ואת יכולתה לתכנן לטווח ארוך. לזכויות פוליטיות המוקנות לאזרחים בחברות ליברליות יש ערך רב, אבל הפיצוי שסינגפור מעניקה על שלילתן הוא ברור ומוחשי. לפי תורת הצדק של רולס, לחירות יש עדיפות לקסיקלית על כל הערכים האחרים. כלומר, היא אשר היא הפיצוי, שלילה של חירויות פוליטיות היא חסרת הצדקה. בניגוד לטיעון של הראל, רולס מסביר מדוע לאובדן חירות לא יכול להיות פיצוי באמצעות השאה של ערכים אחרים. ללא מדרג לקסיקלי ייזקק טיעונו של הראל להנחות אמפיריות כבדות כדי שיוכל לשמש את מתנגדי ההפרטה.⁹

2. ביקורת טיעונו של הראל – הגרסה הדאונטולוגית

בחלק הקודם הצגתי את הקושי החמור בגרסה האינסטרומנטליסטית של הטיעון של הראל נגד הפרטה. אולם כפי שציינתי מראש, סביר להניח שהראל עצמו מעדיף קריאה דאונטולוגית של טיעונו. העובדה שענישה ומלחמה הם טובים ציבוריים מהותיים היא הבסיס לחובתה של המדינה להטיל עונשים, לזכותם של יחידים להעמיד את עצמם לרשותה, ולחובתם של בעלי תפקיד ציבורי לפעול לפי הכללים שהמדינה מכתיבה. הראל יטען כי כמו כל חובה מוסרית שאינה נגזרת מעובדות לגבי סך הרווחה של יחידים בחברה, המדינה ואזרחיה כפופים לחובות הללו ללא זיקה ישירה להשלכות של הציות להן על רווחתם של האזרחים. אומנם, אם יתברר כי הנזק שכרוך בציות לחובה הזו גדול במיוחד, המדינה עשויה להפר אותה משיקולים של יעילות ורווחה מצרפית. כמו רוב ההוגים הקנטיאניים בימינו, הראל אינו אבסולוטיסט: מעבר לסף מסוים, חובה עשויה לסגת מפני אינטרס ציבורי.

8 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1st ed. 1971); JOHN RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT (Erin Kelly ed., 2001).

9 ראו RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT, שם, בעמ' 43-50.

לדעתי, הגרסה הדאונטולוגית נתקלת בקשיים חמורים, שחלקם דומים לאלה המאיימים על הגרסה האינסטרומנטליסטית. ראשית, הראל אינו מסביר מדוע וכיצד העובדה שעונשים ומלחמות הם טובים ציבוריים מהותיים מצמיחה חובה לספק אותם, ומדוע חובה זו אינה רגישה לשיקולים של תועלת וזכויות. אומנם, אחד מתפקידיה המרכזיים של המדינה הוא לספק טובים ציבוריים. אולם כאשר משאביה מוגבלים, המדינה צריכה לבחור אילו מהטובים הציבוריים לספק. האם החובה להעניש וללחום יש מעמד מיוחד? אם כן, מה מקורו? אומנם, רוב הכותבים בסוגה הדאונטולוגית יסכימו כי אסור לו לאדם להשפיל את זולתו אפילו כאשר הדבר הכרחי לשם השאת סך הרווחה מצרפית. במקרה הפרדיגמטי אדם משפיל את זולתו כאשר הוא משתמש בו כאמצעי. ייתכן שהראל חושב כי בתי-כלא פרטיים משפילים בהכרח את האסירים שלהם משום שהם אינם מייצגים את המדינה, וכי לכן חובתה של המדינה היא למנוע את ההשפלה הזו. אלא שמהלך כזה אינו עומד לרשותו של הראל. ככלות הכל, לשיטתו, פעולותיהם של בתי-הכלא הפרטיים אינן פעולות של המדינה, ולכן אי-אפשר לייחס למדינה את היחס המשפיל של בתי-הכלא הפרטיים. הראל עשוי לטעון כי על המדינה מוטלת חובה למנוע את ההשפלה הזו. אבל זו קביעה גורפת מדי: במקרים רבים אין זה ראוי שהמדינה תשים קץ לגילויים של גזענות או תגביל את תעשיית הפורנוגרפיה, אף שגם גזענות ופורנוגרפיה משפילות.

ייתכן שהראל מניח אסימטריה מוסרית בין הפרטה של בתי-כלא ציבוריים להלאמה של בתי-כלא פרטיים: הוא חושב שמוותר לה למדינה לא להלאים בתי-כלא פרטיים, אבל אסור לה להפריט בתי-כלא ציבוריים. אסור לה להעביר את הסמכות להעניש אם וכאשר הסמכות הזו בידיה. לפי קריאה זו, ביקורתו של הראל מתמקדת בפעולת ההפרטה, שהיא פעולה מוסרית ללא שום ספק. ההפרטה משפילה, ולכן היא אסורה גם אם היא מניבה תועלת רבה מאוד ליחידים. ברם, גם טיעון זה מחייב בחינה אמפירית מדוקדקת של הנעשה בבתי-הכלא הציבוריים. הראל בוודאי יסכים כי מצבם התחזוקתי העגום של בתי-הכלא הציבוריים משפיל את האסורים בהם. בתי-כלא פרטיים עשויים למנוע את ההשפלה הזו. ושוב, אנו נדרשים לתחשיב סוכים ולמחקר אמפירי, אשר טיעונו של הראל היה אמור לחסוך מאיתנו. נניח, לבסוף, שניתן לגזור חובה להעניש עונש פלילי צודק וללחום מלחמה צודקת מעובדת היותם של העונש והמלחמה פעולות מוסדיות. גם על רקע הנחה זו טיעונו של הראל אינו מצליח להוכיח את המבוקש. הרי יש למדינה חובות נוספות. אחת מהן היא החובה להגן על זכויותיהם של אזרחיה. במקרים רבים מילוי חובה אחת בא-על-חשבון מילוייה של חובה אחרת: אם הפרטה היא הדרך הפשוטה והקלה למלא את החובה לא לכלוא בתנאים משפילים, אזי ספק אם החובה לספק טוב ציבורי מהותי (ענישה) גוברת עליה.

ג. תיאוריה של פעולות מוסדיות

האם הראל צודק בקביעה כי כליאה של אסירים בבתי-כלא פרטיים בהכרח אינה עונש שהמדינה עצמה מטילה? האם הוא צודק בקביעה כי משטר טהרני אסימטרי, המחייב חיילים לוודא כי לאלים שהם מפעילים יש עילה צודקת, בהכרח אינו מאפשר להם לפעול בשמה של המדינה, וממילא אינו מאפשר למדינה לצאת למלחמות צודקות? האם בשעת חירום ראש ממשלה פועל כאדם פרטי רק משום שבמצבים כאלה אין כללים שהוא כפוף להם?

בעזרת הדוגמות שלהלן אני מקווה להראות כי התשובה לכל השאלות הללו היא שלילית. לעיתים קרובות מדינה פועלת באמצעות גופים פרטיים, ולעיתים קרובות היא מיוצגת על ידי יחידים הפועלים על דעת עצמם, ולא מתוך כפיפות לסמכותה.

אתחיל בדוגמה של ססיל פֶּבֶר.¹⁰ החוק האמריקני מחייב את הנשיא לקבל את אישור הקונגרס לצאת למלחמה. פֶּבֶר בוחנת מקרה שבו הקונגרס, אשר ער לרחשי הציבור האמריקני הבדלני, מסרב לאשר לנשיא לצאת למלחמה אחרי המתקפה היפנית בפרל-הרבור. רוזוולט יוצא למלחמה ללא אישור, וממילא ללא סמכות. נראה שאין מחלוקת על כך שגם במקרה כזה הייתה המלחמה האמריקנית נגד הנאצים צודקת. פֶּבֶר מסיקה כי ייתכן שמלחמה תהיה צודקת גם אם מי שיום אותה לא הוסמך לעשות זאת על-ידי מי שבשמו הוא לוחם. ניתן, אני חושב, להסיק מסקנה נוספת: אף שהנשיא אינו פועל לפי הכללים שהחוק מכתוב, אלא לאורם של הטעמים המוסריים שחלים עליו במקרה הזה, המלחמה שהוא יזם היא מלחמה ש"ארצות הברית של אמריקה" לוחמת, כלומר, מדובר בפעולה מוסדית לכל דבר ועניין.¹¹ דוגמה נוספת: גנרל מגיע למסקנה כי מדינתו נמצאת תחת איום שמצדיק מלחמת-מגן. מתברר לו, אחרי סדרת פגישות עם הדרג הפוליטי, כי ההנהגה האזרחית אינה מבחינה באיום. היא שבויה בקונספציה. הגנרל צופה שאם המלחמה תידחה, היא תסב הרבה יותר הרגים לשני הצדדים. בניגוד לנהלים ולפקודות, הוא יוזם מלחמה: הוא יוצר מצג-שווא כאילו האויב התקיפו, וב"תגובה" תוקף את האויב. בזכות הפרה זו של שרשרת הפיקוד, המלחמה פורצת "בזמן". לפי התיאוריה של הראל, הפרה של שרשרת הפיקוד ובחינת המקרה לגופו הופכים את המעשה של הגנרל לפעולה של אדם פרטי. מה מעמדה המוסרי של ההחלטה לצאת למלחמה? תיאוריה צרה של פעולה מוסדית מזמינה את הניתוח הבא: הגנרל אינו צריך לפעול בשמה של המדינה שאותה הוא משרת במצבים שבהם ביצועיו כאדם פרטי עדיפים מבחינה מוסרית. במקרה שלפנינו השימוש בכוח מוצדק מכוח זכותו של הגנרל להגן על עצמו וחובתו להגן על פקודיו. הזכות שלו להגן על עצמו והחובה שלו להגן על חייליו הן טעם מוסרי מכריע "לפשוט מדים". לכן אין שום פסול בפרובוקציה שלו ובמלחמה שהוא יצא אליה.

אני סבור כי מבחינה מוסרית המקרים שלפנינו מורכבים יותר. תיאוריה מרחיבה של פעולות מוסדיות עשויה להסביר את המורכבות הזו. בניגוד לתפיסה של הראל, המלחמות שיזמו הנשיא והגנרל הן מלחמות שהמדינה שהם מייצגים לוחמת. כלומר, כאשר הנשיא פעל ללא סמכות, הוא גרם ליציאתה של אמריקה למלחמה, וכאשר הגנרל הפך את שרשרת הפיקוד ופתח במלחמה, הוא הוציא את המדינה שמינתה אותו למלחמה. פעולות כאלה הן בעייתיות מבחינה מוסרית מפני שלאדם הפועל בשמנו צריכה להיות הסמכות לעשות זאת. ברוב המקרים הזכות המוסרית של א לפעול בשמו של ב נגזרת מהליך שנתפס כ"הסמכה" מכוח הגינותו. לכן הגנרל פעל בשם המדינה ללא זכות – שכן שרשרת הפיקוד המאצילה סמכות לפעול בשמה של החברה האזרחית הופרה – ולכן המעשה שלו בעייתי, גם אם

Cecile Fabre, *Cosmopolitanism, Just War Theory and Legitimate Authority*, 84 INT'L 10
 .AFF. 963, 973–974 (2008)

11 שם, בעמ' 974: "...it is not necessary that an individual acting alone... be able to secure the consent of those on whose behalf they go to war, in order for their war to be just"

בחשבון אחרון הוא מוצדק. המורכבות הזו מוחמצת בתיאוריה צרה שלפיה פעולות של יחידים הן פעולות מוסדיות רק אם הן מקיימות את התנאי הפורמלי ואת התנאי הפסיכולוגי.¹² כך גם ביחס לדוגמה של הראל בדבר ראש הממשלה והמטוס החטוף. נניח שראש הממשלה באמת אינו יכול לפעול לפי הכללים שהוא כפוף להם, כי אין כאלה, ולכן הוא פועל מתוך "נאמנות לתבונה", כלומר, לאור בחינה של המקרה לגופו. עדיין הוא פועל כראש ממשלה, ולכן פעולתו נחווית כפעולה של המדינה.

איני טוען כי התנאי הפורמלי מספיק. אדרבה, דמיינו שוטרים המשרתים במשטרה שמגלה אוזלת-יד במלחמתה בארגון פשע מסוכן. הם מנצלים את הנשק שברשותם ואת הכשרתם המקצועית ויוצאים לפעולות נקם אלימות בארגון שפגע בהם ובקהילה שהם משרתים. סביר להניח שהם פועלים בשם עצמם. למצער, השאלה אם פעולותיהם הן פעולות של המשטרה נשארת פתוחה. נראה שהאינטואיציה שלפיה הנשיא, הגנרל וראש הממשלה פעלו פעולה מוסדית קשורה לכך שהם מנצלים את הזכות שהחוק מקנה להם כדי לפקוד פקודות ולהזיז כוחות ששייכים למדינה. האינטואיציות הללו מפריכות את התיאוריה הצרה, אבל אין בהן כדי לבסס תיאוריה חלופית של פעולה מוסדית.

דוגמות אחרות יראו שהתנאי הפורמלי אינו הכרחי, כלומר, שאדם פרטי עשוי לפעול בשמה של המדינה. כידוע, במקרים קיצוניים לאזרחים יש זכות לעצור פורע חוק. כזכור, לפי התיאוריה של הצדקה פלילית שתורכבן מפתח, לפעולות הגנתיות שהיחיד נוקט יש הצדקה כי המדינה הסמיכה אותו לפעול בשמה במצבים שבהם נושאי תפקיד רשמי אינם מסוגלים להגן על החוק. גם מי שאינו מקבל את התיאוריה של הצדקה פלילית שתורכבן מפתח צריך להסכים כי הרעיון העומד בבסיסה קוהרנטי: ייתכן בהחלט שפעולה של אדם פרטי תיוחס למדינה.¹³

כמובן, הראל עשוי להגמיש את התיאוריה שלו בנוגע לפעולה מוסדית. הוא עשוי לטעון כי מדינה יכולה – ואולי אף חייבת – ליטול אחריות למעשיו של הנשיא/הגנרל במקרים שתיארת. הוא עשוי להרחיק לכת ולטעון כי אדישות או פיזיות של המדינה מספיקות כדי שהמדינה תהיה אחראית לפעולותיהם של נשיאים וגנרלים שפעלו ללא סמכות. למצער, אדישות או פיזיות מקימות חובה של המדינה לפצות את אלה שנפגעו לא בצדק על-ידי פקידים שלה שפעלו על דעת עצמם. הוא עשוי לטעון כי במקרים מסוימים מדינה יכולה – ואף צריכה – ליטול אחריות לפעולות של אדם פרטי, אם הלה פעל כדי למלא כללים שהיא מכתיבה.

אבל ההגמשה הזו עומדת בסתירה להנחותיו של הטיעון נגד הפרטה. שימו לב לדברים שהוא מצטט מפסק-הדין של הנשיאה ביניש:

"Imprisoning a person is the culmination of the criminal proceeding initiated against that person by the state on behalf of the entire public. The power of imprisonment and the other invasive powers that derive from it are therefore some of the state's most distinctive powers as the

Yitzhak Benbaji, *Legitimate Authority in War*, in OXFORD HANDBOOK OF THE ETHICS OF WAR (Helen Frowe & Seth Lazar eds., forthcoming)

13 Thorburn, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1125-1128.

embodiment of government, and they reflect the constitutional principle that the state has a monopoly upon exercising organized force in order to advance the general public interest... [The state] is responsible for enforcing the criminal law and punishing offenders according to the law through the executive branch – a responsibility that is realized, *inter alia*, by imposing the role of managing and operating prisons on the state.”¹⁴ (עמ' 76)

אם המדינה עשויה ליטול אחריות לפעולותיהם של נשיא וגנרל (שאינם מקיימים את התנאי הפסיכולוגי) ושל אדם פרטי (שאינו מקיים את התנאי הפורמלי), אזי לא ברור מדוע אי-אפשר לייחס למדינה פעולות של בתי-כלא פרטיים במקרים שבהם הגופים הפרטיים הללו מציינים לכללים שהיא הכתיבה ועומדים תחת פיקוח מתמיד שלה. מדוע אין באפשרותה של המדינה ליטול אחריות לפעולות לא-ראויות של גופים פרטיים, אם היא זו ששכרה את שירותיהם והתרשלה בפיקוח עליהם? דומה אפוא שתיאוריה גמישה של פעולות מוסדיות אינה מתיישבת עם הפסילה הגורפת של הפרטת בתי-הכלא שהראל מאמץ בעקבות הנשיאה ביניש. בדיוק מאותן סיבות יתמוטט טיעונו נגד הטהרנות בתורת המלחמה הצודקת ברגע שנערך במקצת את התפיסה הקשיחה של state agency: אם חיילים המגלים נאמנות לתכונה (ואינם פועלים מתוך כפיפות לכללים שהמדינה מכתיבה) יכולים בכל-זאת לפעול בשם המדינה, אזי פעולותיהם ניתנות לייחוס למדינה אף שהתנאי הפסיכולוגי של פעולה מוסדית אינו מתקיים. כך גם ביחס לדוגמת ראש הממשלה והמטוס החטוף, העומדת ביסוד ההיתר להשתמש באדם כאמצעי בשעות חירום: אי-אפשר להסיק שראש הממשלה פועל כאדם פרטי מהעובדה שבשעות חירום אין לו בררה אלא לבחון את המקרה לגופו.

ד. פעולות מוסדיות והעברת אחריות – טיעון קצר לטובת השוויון המוסרי של חיילים

לסיום, אני מבקש לסכם טיעון חוזי לטובת תורת המלחמה הצודקת המסורתית. טיעון זה – שפיתחתי בהרחבה במקומות אחרים – ממחיש את התפקיד המרכזי שיש לפעולות מוסדיות בהבנת המעמד המוסרי של "צדק בלחימה" בכלל, ובהבנת התזה של וולצר בדבר השוויון המוסרי של החיילים בפרט.¹⁵ בניגוד לטיעון של הראל לטובת תורת המלחמה הצודקת של וולצר, הטיעון שאציע להלן בנוי על הנחות אמפיריות. איני רואה בכך חיסרון: אני מאמין שהצדקתה של כל מערכת משפטית נשענת על הנחות אמפיריות, ובפרק ב ראינו כי טיעונו של הראל אינו יוצא מכלל זה.

לפי הטיעון החוזי, תורת המלחמה הצודקת מתירה לחיילים להשתתף במלחמה נפשעת על בסיס ההנחה העוברתית הבאה: ברוב המקרים לחייל אין גישה למידע שבזרתו יוכל להכריע באופן מושכל אם המלחמה צודקת אם לאו (בדיוק כשם שלשוטר אין בדרך-כלל

14 למקור בעברית ראו בג"ץ הפרטת בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 6, פס' 28 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

15 ראו: Yitzhak Benbaji, *The Moral Power of Soldiers to Undertake the Duty of Obedience*, 122 ETHICS 43 (2011).

דרך לוודא שהמשימה שהוטלה עליו צודקת, וכשם שלסוהר אין דרך לוודא שהאסיר שהוא כולא אכן עבר את העברה המיוחסת לו). משטר שמתיר למדינות להחזיק צבאות צייתניים הוא משטר יעיל יותר ממשטר טהרני אסימטרי אשר מתיר לחיילים ללחום רק במלחמות צודקות. אמת, העלויות של פשע התוקפנות רבות יותר תחת משטר אסימטרי: מדינות יתקשו לצאת למלחמות לא צודקות כי הן יאלצו לשכנע את חייליהן שהמלחמה שהם נדרשים להשתתף בה צודקת. עם זאת, מדינה הנחושה לפשוע פשע נגד השלום פשוט תייצר מידע שקרי ומטעה (דיסאינפורמציה) שישכנע את רוב חייליה כי מלחמתה צודקת. לעומת זאת, חסרונותיו של המשטר האסימטרי ברורים: המדינה תיאלץ להשקיע משאבים רבים יותר כדי שהיא תוכל ללחום מלחמה צודקת, שכן היא תידרש לשכנע את חייליה – אשר האינטרס הצר של רובם הוא לא לצאת למלחמה שתסכן את חייהם – שהמלחמה שהם נקראים להשתתף בה צודקת.

בנקודה זו הטיעון החוזי פונה לתיאוריה של פעולה מוסדית. משטר המתיר צייתנות הוא "אפקטיבי מבחינה מוסרית" אם ורק אם קבלתו אכן מקנה לחיילים זכות מוסרית להשתתף במלחמה מבלי לוודא שהיא צודקת. האפקטיביות המוסרית של המשטר תלויה בכמה גורמים. אני מבקש להתמקד בגורם אחד: משטר הוא אפקטיבי מבחינה מוסרית רק אם תחת משטר כזה הרג מכוון של חפים מפשע – בפרט, הרג של חיילים שלוחמים מלחמת-מגן – הוא הפרה של זכותם לחיים של חיילים אלה. (השוו: משטר שבו מותר לתליין להרוג אדם שהורשע על לא עוול בכפו הוא משטר שבו הוצאה להורג של אדם כזה היא הפרה של זכותו לחיים.) כיצד ייתכן שמחד גיסא, לחייל יש זכות מוסרית להרוג חייל אחר מבלי לוודא תחילה שלהרג זה יש עילה צודקת, ומאידך גיסא, הרג החייל הוא הפרה של זכותו לחיים? התשובה שהניתוח החוזי מציע פונה לתיאוריה של פעולה מוסדית. במשטר סימטרי, פעולות של חיילים במלחמה הן תווך שדרכו המדינה פועלת. בחלוקת העבודה בין המדינה לחייליה, המדינה היא שאחראית לוודא כי מלחמתה צודקת, ואילו החיילים משוחררים מהאחריות לתוקפנותה של המדינה. אולם המלחמה עצמה היא פעולה של המדינה. אם המלחמה היא נפשעת, ההרג שחייליה של המדינה הפושעת מבצעים בחיילי האויב הוא הפרה של המדינה – היא זאת שמפרה את הזכות לחיים של חיילי האויב. לא החיילים שלוחמים מלחמה נפשעת הם שמפרים את תביעתו המוסרית של חייל אויב חף מפשע שהם הורגים; המדינה שפועלת באמצעותם היא שמפרה את התביעה הזו.

סיכום

אלון הראל מנסח בבהירות תובנה עמוקה: צדקתו של עונש פלילי וצדקתה של מלחמה הן תלויות-פועל. הוא גם מצביע על החשיבות העצומה של תיאוריה של פעולה מוסדית בהבנת הזכויות והחובות שיש לבעלי תפקיד במסגרת המדינית. בחשבון אחרון, אני חושב שטיעוני נגד הפרטה של בתי-הכלא אינם תקפים, ושייתכן מאוד שבתנאים מסוימים הפרטה היא המדיניות הנכונה והצודקת. נוסף על כך אני מאמין כי טיעונו נגד משטר טהרני אסימטרי, המטיל על חיילים חובה לוודא שמלחמתם צודקת, אינו משיג את מטרתו. עם זאת, קריאה זהירה ושקדנית של טיעוניו המרתקים של הראל היא מתגמלת ומאירת-עיניים. ניתן ללמוד מטיעונים אלה כיצד הפרטה של טובים ציבוריים מהותיים צריכה להיעשות: משטר המתיר

הפרטה כזו חייב להטיל על המדינה אחריות לטעויות ולמחדלים של הגורמים הפרטיים שאת שירותיהם היא שוכרת. נוסף על כך, קריאה זהירה בספרו של הראל מלמדת על המקום שבו הטהרנות נכשלת: היא אינה מזהה את ההיבט המוסדי שמהותי למלחמות, ולכן היא עיוורת לתוצאות הנורמטיביות של ההיבט המוסדי הזה.