

## על ההבחנה (הרולסיאנית) בין צדק לטוב, ועל ההבדל בין בית-המשפט למחוקק הערות על מאמרו של אלון הראל: "מה המשפט צריך למשפט ומדוע?"

מאת

יאיר לורברבוים\*

מאמרו של אלון הראל<sup>1</sup> עשיר בתובנות ומעורר מחשבה. להלן אעיר עליו כמה הערות הנוגעות בהיבט הפילוסופי-המושגי של טיעונו המרכזי ובתיאוריה הפוליטית והמשפטית שביסודו. הערות אחרות נוגעות באופן שבו הראל קורא את פסקי-הדין שבאמצעותם הוא מדגים את מה שהוא מכנה "משפוט של שיקולים או ערכים פרטיים או מגזריים" על-ידי בית-המשפט העליון. כרוכה בהן גם הערה לגבי הטענה ההיסטורית שבמאמר, שלפיה דווקא לאחרונה, לא כבעבר, בית-המשפט העליון נזקק לתפיסות טוב מגזריות.

טענתו המרכזית של הראל היא כי בשנים האחרונות מתחולל במשפט הישראלי, כלומר בפסיקת בית-המשפט העליון, תהליך משפוט של טעמים, אינטרסים או ערכים שנתפסו בעבר כחוקי-משפטיים. הראל מזהה שני תהליכי משפוט שונים: האחד הוא הצגת האינטרס הציבורי (למשל, ביטחון) כאוסף של אינטרסים של פרטים, תוך טשטוש ההבחנה בין אינטרסים ציבוריים לגיטימיים (שרשות ציבורית רשאית להכריע לגבי היקף מימושם) לבין זכויות משפטיות; והאחר הוא "משפוט של שיקולים או ערכים פרטיים או מגזריים... באמצעות טשטוש ההבחנה בין שיקולים/ערכים ציבוריים שרשות ציבורית (כולל בית-המשפט) רשאית להתחשב בהם לבין שיקולים/ערכים פרטיים (למשל, שיקולים הנשענים על 'תפיסות טוב' כמובן הרולסיאני). דוגמה בולטת לתהליך זה, לדעת הראל, היא השימוש הגובר של בית-המשפט העליון בערכים דתיים מגזריים, דוגמת "גמילות חסדים" ו"חילול השם". תוצאתם של שני התהליכים הללו היא משפוט של אינטרסים, טעמים וערכים, דהיינו, הפיכתם של שיקולים אלה לחלק בלתי-נפרד מן ההליך המשפטי.

על הטענה הזו, האחרונה, שבה ממוקד חלקו הראשון והעיקרי של מאמרו של הראל, אני מבקש להעלות שלוש שאלות. הראשונה: האם השימוש בהבחנה של רולס בין צדק לבין תפיסות טוב, ובטענה כי על המדינה "להסתפק" בתפיסת צדק ולהימנע מאימוץ תפיסת טוב כלשהי – שעליהן הראל מבסס את טיעונו כי ראוי לשלול דווקא מבית-המשפט, ולא מרשויות המדינה האחרות (המחוקקת והמבצעת), את האפשרות למשפט תפיסות טוב –

\* חבר סגל, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. רשימה זו היא עיבוד קל של הרצאה שניתנה באוניברסיטת תל-אביב במסגרת "כנס פתח דבר – עיוני משפט לז", בעקבות מאמרו של אלון הראל הפותח חוברת זו של עיוני משפט. אני מודה לרודר אנוך על הערותיו לגרסה קודמת של רשימה זו.

1 אלון הראל "פתח-דבר: מה המשפט צריך למשפט ומדוע?" בחוברת זו.

הוא משכנע? השאלה השנייה נמשכת מן השאלה הראשונה: האם, כעניין מעשי-פוליטי, ההבחנה הזו בין בית-המשפט העליון לבין שאר רשויות השלטון היא מן האפשר? לשון אחר, האם בתוך הקשר פוליטי שבו הריבון-המחוקק מאמץ תפיסת טוב מסוימת, ומגלמה במדיניות ובחקיקה, ניתן לצפות שבתי-המשפט ידחו אותה (וכל תפיסת טוב אחרת) וידבקו בתפיסת צדק, כלומר, יפסקו בכל עניין לפי "זכויות" ליברליות בלבד? והשאלה השלישית: האם הראל מתאר נכוחה את מה שמתרחש בפסיקת בית-המשפט העליון בשנים האחרונות? כלומר, האם בדוגמות שהוא מציע בית-המשפט אכן מְמַשֵּׁט תפיסות טוב?

באשר לשאלה הראשונה – כידוע, קדימותו של הצדק לטוב עומדת ביסוד ההגות הפוליטית של רולס. לפי רולס, קדימותו של הצדק לטוב, והעיקרון הנגזר מן המצב ההתחלתי (original position) כי אל לה למדינה לאמץ תפיסת טוב כלשהי, וכי עליה להישאר ניטרלית, מתייחסים לכל רשויות המדינה. הם נוגעים, לפי טיעוניו של רולס, בראש ובראשונה למחוקק ולרשות המבצעת, וממילא לבתי-המשפט, שאמורים להחיל, לפרש ולאכוף חוקים המנוטרלים מתפיסת טוב כלשהי. בתפיסתו הפוליטית של רולס, כלומר לפי טיעוניו, הניטרליות של בתי-המשפט היא משנית לניטרליות של המחוקק והממשלה, ונגזרת ממנה. הראל מודה כי בישראל המחוקק, דהיינו הכנסת, ובתוך כך גם הממשלה, מאמצים תפיסות טוב, והרושם המתקבל מדבריו הוא שאין בכך רע; על כל פנים, אין הוא מבקרם על כך. לטענתו: "ערכי-היסוד של הפסיקה בשנות התשעים של המאה הקודמת היו ביסודם ערכים ליברליים – שוויון, חירות וכבוד אנושי. הוויכוחים הנוכחים בין השופטים הניחו את קיומם של הערכים הללו ואת תקפותם, והניחו גם שערכים מגוריים שמקורם בדת, בתרבות, באתניות או באידיאלים פוליטיים אינם חלק אינטגרלי מן השיטה המשפטית (אלא אם כן קיבלו הכרה מפורשת על-ידי המחוקק, כפי שנעשה, למשל, בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980)."<sup>29</sup> בהמשך, בהתייחסות לרולס, כותב הראל: "זיהויו של ערך כערך פרטי, ולא פוליטי, הוא קביעה נורמטיבית שעשויה להשתנות מחברה לחברה. המסורת הליברלית הרולסיאנית דוחה כמובן שימוש בערכים הלקוחים מדת או מתרבות פרטיקולרית. ערכים אלה נתפסים במסורת זו כמושתתים על תפיסות טוב מגוריות, וככאלה הם אינם יכולים לשמש בסיס להכרעות פוליטיות או משפטיות. אולם במדינת-ישראל ערכים אלה אינם ערכים פרטיים, שהרי מדינת-ישראל מוגדרת בחוקי-היסוד שלה כמדינה יהודית. זאת ועוד, חוק יסודות המשפט מחייב את בתי-המשפט בנסיבות מסוימות להתבסס בהכרעה שיפוטית על 'עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל'. במונחים רולסיאניים, הסדרים אלה הם הסדרים מגוריים המקדמים ערכים פרטיקולריים. לפיכך האפיון של מדינת-ישראל כמדינה יהודית כמו גם חוק יסודות המשפט מכשירים את כניסתן של תפיסות טוב מגוריות אל תוך ההכרעה השיפוטית, ומכאן שמשפוט של (חלק מ)מה שרולס מסווג כתפיסות טוב הוא פרי החלטה של המחוקק, ולא של בתי-המשפט.<sup>30</sup> הראל ממשיך שם וכותב: "אולם טענה זו אינה מקעקעת את התזה המוצעת. אין ספק שערכים מגוריים יהודיים הם כיום ערכים 'ממושפטים' ומהווים חלק בלתי-נפרד משיטת המשפט הישראלית. עם זאת, אין ספק שלא כל ערך שהוא חלק מן המסורת היהודית הוא גם חלק בלתי-נפרד משיטת המשפט הישראלית."

2 שם, בעמ' 291.

3 שם, בעמ' 262-263.

העובדה שיש ערכים מגזריים שבית־המשפט רשאי או חייב להשתמש בהם אינה מנביעה כמובן את המסקנה כי לבית־המשפט יש סמכות לדון בכל ערך מגזרי... הסמכות היחידה הנתונה לבית־המשפט להשתמש בערכים מגזריים היא זו שניתנה לו בחוק יסודות המשפט ובחוקי־היסוד או זו הנובעת מהיות מדינת־ישראל מדינה יהודית.<sup>4</sup>

נראה כי לפי הראל אין בעיה שהמחוקק יאמץ תפיסת טוב כלשהי, כגון תפיסת הטוב היהודית־הדמוקרטית, ובלבד שבית־המשפט יימנע מכך. להשקפתו, אל לו לבית־המשפט לאמץ תפיסות טוב משל עצמו, אולם הוא רשאי – ושמא אף חייב – ליישם תפיסת טוב שאומצה על־ידי המחוקק בחוקיו ו/או על־ידי הממשלה במדיניותה. וכאן ניתן לתהות: האם מנקודת־המבט הרולסיאנית הבעיה במדינת־ישראל נעוצה בבית־המשפט או שמא בכנסת ובממשלה, כלומר, בתרבות הפוליטית של הציבור הישראלי, המשתקפת במעשיה של הרשות המחוקקת ובמדיניותה של הרשות המבצעת? הראל אינו מחויב כמובן ל"דוקטרינה הליברלית" של רולס, והוא רשאי להשתמש בהבחנה של הפילוסוף האמריקני לצרכיו. אולם הקורא עשוי לתהות: האם צמצום ההבחנה של רולס לפעולתם של בתי־המשפט, בעוד שאר רשויות המדינה רשאיות לאמץ תפיסות טוב כרצונן או כרצון בוחריהן־שולחיהן, היא תפיסה פוליטית מתקבלת על הדעת?

זאת ועוד, ולענייננו עיקר, אם בתי־המשפט פועלים בתרבות פוליטית שאינה מפרידה בין צדק לבין תפיסת טוב, האם ניתן לצפות שהם עצמם יקפידו על הפרדה כזו? בנקודה זו אעיר כי מבחינה מושגית, במסגרת תרבות פוליטית כזו הביקורת על בית־המשפט היא לא שבמקום לדבוק בעקרונות הצדק הליברליים הוא מאמץ תפיסת טוב, אלא "רק" שהוא אקטיבי מדי, דהיינו, שהוא אינו מסתפק בהחלת תפיסת הטוב של המחוקק, אלא מוסיף עליה משלו. לשון אחר, לא ברור מדיונו של הראל מדוע ההפרדה בין צדק לבין טוב היא עניין לבית־המשפט דווקא.

מדבריו של הראל מתקבל הרושם כי במשטר ליברלי (או ככלל) נודעת לבית־משפט תכונה שגורמת דווקא לו, ולא למוסדות פוליטיים אחרים, להיות ניטרלי, כלומר, לא להתחשב בתפיסות טוב (או באינטרסים ציבוריים), אלא רק בשיקולי צדק (זכויות של פרטים). הראל אינו מספק הצדקה לטענה זו, למצער לא במאמר הנוכחי. כאמור, אצל רולס אין להבחנה זו בסיס. אפשר שהיא רווחה במציאות הפוליטית־המשפטית בישראל של העשור האחרון של המאה העשרים ובעשור הראשון של המאה העשרים ואחת, אולם נראה שזה עניין היסטורי־חברתי קונטינגנטי, ואולי אף אנומליה מדינית, ולא סטרוקטורה פוליטית שיש לה ביסוס מושגי־תאורטי.

באשר לשאלה השנייה – בהינתן מציאות פוליטית שבה הפרלמנט, דוגמת הכנסת, בעידוד הממשלה (והציבור), מחוקק חוקים לפי תפיסת טוב מסוימת, כגון תפיסת הטוב היהודית־הדמוקרטית, האם בית־המשפט מסוגל (לאורך זמן) להבחין בין "צדק" לבין "תפיסות טוב" ולהקפיד על פסיקה לפי זכויות בלבד? האם במסגרת תרבות פוליטית שאינה רולסיאנית יהא זה סביר לצפות שבית־המשפט יאמץ את ההבחנה הרולסיאנית, המסלקת תפיסות של טוב מן השיח המשפטי (והציבורי)? הרי בית־המשפט בתוך עמו הוא יושב; הוא ממונה על־ידי ממשלה ועל־ידי נבחר ציבור שאינם אמונים על ההבחנה הזו ואינם מצפים שהוא יאמץ

אותה. הדעת נותנת, אפוא, כי אם המערכת הפוליטית אינה ליברלית, אזי (בסופו של דבר) גם בית־המשפט לא יהיה ליברלי, שהרי הוא מתמנה על־ידי הציבור (כלומר, על־ידי ממשלה נבחרת הממנה ועדה למינוי שופטים או גוף דומה אחר), הוא בא ממנו ופועל לפי רוחו. הממשלה והכנסת (כלומר, נבחרי הציבור, לעיתים באמצעות ועדה כלשהי) נוטים לבחור שופטים בצלמם כדמותם – שופטים שהפנימו את תפיסת/ות הטוב של הציבור הרחב, כלומר, של מגזרים חשובים ורחבים בתוכו. על כל פנים, הם יבחרו שופטים המסתייגים מן ההבחנה הרולסיאנית בין טוב לבין צדק, כלומר, שופטים שאינם רואים כל רע במשפוט של תפיסות טוב הנתפסות בעיניהם כתפיסות טוב של כלל הציבור (של "האומה").

אפשר שהראל חש בקושי הזה, שכן בהילוך דבריו הוא מציע את התובנה הסוציולוגית הבאה: "המגזור של החברה הישראלית קיעקע את ההבחנה הליברלית המסורתית בין מושגי הזכות והצדק לבין תפיסות הטוב. החדירה של ערכים מגזריים אל לב המשפט היא התפתחות התואמת את תהליך הפרגמנטציה של החברה הישראלית לשבטים אידיאולוגיים־תרבותיים, אשר כל אחד מהם מחזיק באידיאולוגיה פרטית משלו ומנהל את חייו הפרטיים והציבוריים על בסיס ערכיו־הוא (וגם חפץ ששבטים אחרים ינהלו את חייהם – הציבוריים לפחות – באופן דומה). ההבחנה בין ערך פרטי לבין ערך ציבורי, בין תפיסת טוב פרטית לבין תפיסת טוב ציבורית, מיטשטשת כאשר בתי־המשפט עצמם משתמשים בערכים מגזריים בפסיקתם.<sup>56</sup> לפי הראל, משפוט ערכים מגזריים בפסיקת בית־המשפט משקף אפוא תהליכים עמוקים בחברה הישראלית, שביתי־המשפט הוא חלק מהם. אם הערכה זו נכונה, כיצד ניתן לצפות שביתי־המשפט ינתק את עצמו מן התהליכים האלה?

כאשר לשאלה השלישית – איני משוכנע שהדוגמות שהראל מציע כדי להראות כי דווקא בשנים האחרונות בית־המשפט העליון ממשפט תפיסות טוב אכן משכנעות. דוגמה אחת שהראל מציע כדי להגים את המשפוט של ערכים פרטיים היא חוות־דעתו של השופט הנדל במסגרת פסק־הדין בעניין חוק טל.<sup>6</sup> לדעת הראל, השופט הנדל משתמש בערכים יהודיים מגזריים כדי להצדיק את המסקנה כי יש לפסול את החקיקה בעניין גיוס חרדים. הראל מעיר כי בעוד הדין בנושא זה נסמך על עקרון השוויון, "בפסקה מסגירה אחת" (כלשונו)<sup>7</sup> השופט הנדל ממשפט ערך יהודי מגזרי. כותב השופט הנדל:

"בל נשכח כי המשפט העברי איננו חד ממדי. מצוות תלמוד תורה ודאי אינה בגדר בת יחידה. העולם בנוי לא רק על התורה לבדה, אלא גם על החסד (ראו: מסכת אבות, פרק א, משנה ב). כלשונו של הרב א' ליכטנשטיין, ראש ישיבת גוש עציון, לפני ועדת טל: 'לצד העיסוק בתורה קיים גם הערך של גמילות חסדים, וגמילות החסדים התובענית ביותר היא השירות הצבאי...' תובענות השירות הצבאי מתבטאת לא רק בסיכון גופו של החייל אלא גם בחשיפת נפשו לסכנה בשל העיסוק הלא טבעי בלחימה, על כל שהיא טומנת בחובה. זוהי חלק ממסירות הנפש. ההלכה מודעת לקשיים בקיום מצוות הלחימה; חרף המחיר הכבד שאדם עלול לשלם עודנה מצווה היא... הנשר הגדול, הרמב"ם, פרש את

5 שם, בעמ' 269.

6 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012) (להלן: עניין חוק טל).

7 הראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 263.

כנפיו על דיני המלחמה ופירט כי אחד המצבים הנכללים במלחמת מצווה הוא:  
'עזרת ישראל מיד צר שבא עליהם'...<sup>8</sup>.

הראל סבור כי הערך "גמילות חסדים" (ו"מסירות נפש"), שעליו נשען כאן השופט הנדל, הוא ערך יהודי-מגזרי, ומשכך אין זה ראוי להשתית עליו את חובת הגיוס. אולם קריאה זהירה של לשון השופט הנדל מעלה ספקות לגבי ניתוחו של הראל ולגבי מסקנותיו. השופט הנדל מנגיד את הערך של לימוד תורה לערך של גמילות חסדים, שעליו הוא מבסס את חובת הגיוס הצבאי. בשל סכנת הנפשות הכרוכה בה, גמילות חסדים זו מגלמת גם "מסירות נפש". השופט הנדל טוען – כלפי הציבור החרדי – כי המסורת היהודית (וההלכתית) מאמצת לא רק את מצוות לימוד התורה (שאינה "בת יחידה" כלשונו), אלא גם ערך נוסף, שגובר עליו בנסיבות אלה, והוא גמילות חסדים. מובנו של הערך "גמילות חסדים" בהקשר זה הוא החובה לתרום להגנת החברה (באופן שווה), גם אם הדרישה היא כאמור "מסירות נפש", כלומר, סכנת חיים. "גמילות חסדים" בפסקה זו אינה ערך מגזרי – אין לה כאן מובן של מעשה שהוא "לפנים משורת הדין" או של יראת שמים המניעה לפעולה שהיא מעבר לחובה (supererogative). משמעה של "גמילות חסדים" כאן היא בפשטות החובה לשאת בנטל הציבורי. אין צריך לומר שלפי השופט הנדל, חובה זו חלה על הכל באופן שווה. קשה אפוא לראות בקטע שהראל מביא העדפה של ערך מגזרי על ערך אוניוורסלי. להפך, יש כאן הזיקות מליצית ללשון המקורות כדי לבטא ערך אוניוורסלי. את הערך הזה מאמצים גם החרדים – או למצער מאמצת אותו, לפי השופט הנדל, גם המסורת היהודית (ועל-כן ראוי שיעשו זאת גם החרדים) – והוא גובר, לדעתו, במקרה זה, על הערך המגזרי של לימוד תורה. זאת ועוד, נראה כי מה שהשופט הנדל רוצה לומר הוא שהערך של שירות בצבא במקורות היהודיים דומה לזה שבחוקי המדינה, ועל-כן אל לחרדים לחשוב שאוכפים עליהם ערכים זרים. העניין כאן אינו תוכן הערך (שהוא לא פרטי, אלא אוניוורסלי), אלא מקור הסמכות, שהוא בעיה אחרת. אכן, אפשר שעניין מקור הסמכות, אם המדינה הוא אם ההלכה, הוא מה שמפריע באמת להראל בדבריו של השופט הנדל, ולא תוכן הערך – אם אוניוורסלי הוא אם פרטי.

הדוגמה השנייה של הראל למשפוט ערכים פרטיים היא חוות-הדעת של השופט רובינשטיין בעניין אבו רחמה.<sup>9</sup> בפסק-דין זה ביקר בית-המשפט את החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי, אשר בעקבות ירי שביצע חייל בהוראת המג"ד לעבר פלסטיני שהיה במשמורת הורה להגיש נגד המג"ד כתב אישום בגין התנהגות שאינה הולמת. כדי לשקף את חומרת המעשה, ציווה בית-המשפט להחמיר את כתב האישום. כדי לבסס את פסיקתו, נזקק השופט רובינשטיין, בין היתר, למקורות המשפט העברי ולמושג "חילול השם". השופט רובינשטיין כותב כי "שם שמים מתחלל, כאשר אדם – ובפרט אדם חשוב – נוהג ברבים באופן בלתי ראוי, ואף במקרים בהם אין מדובר מבחינה משפטית בעבירה".<sup>10</sup> הראל כותב כי איסור חילול השם הוא ערך-יסוד של הדת היהודית, ולא ערך אוניוורסלי מן הסוג שיכול לשמש בסיס להחלטה שיפוטית. הראל מעיר כי השימוש במשפט העברי נפוץ במשפט הישראלי, אלא

8 עניין חוק טל, לעיל ה"ש 6, פס' 2 לפסק-דינו של השופט הנדל.

9 בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 1.7.2009).

10 שם, פס' יז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

ש"ההתבוננות הטיפוסית על ערכי המשפט העברי מכוונת לחדד את ההבנה של הערכים האוניורסליים: חירות, שוויון וכבוד". לטענתו, "זו גם העמדה של חוק יסודות המשפט, המדבר על שימוש ב'עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל'", ולעומתם איסור חילול השם מגלם ערך פרטי, שהשימוש בו לביסוס חובות משפטיות "הוא בגדר משפוט של ערכים ושיקולים אשר באופן מסורתי נתונים לשיקול-הדעת המלא של האזרח או המגזר המאמצים ערכים אלה"<sup>11</sup>.

גם במקרה זה ספק אם בית-המשפט מתכוון לְמִשְׁפֵּט ערך פרטי. הצירוף "חילול השם" בחוות-הדעת של השופט רובינשטיין לא נועד לבטא את הערך הדתי-ה"מגזרי" של כבוד האל. נראה כי כפי השופט רובינשטיין הוא מליצה שנועדה להעצים את הערך האוניורסלי של "כבוד האדם" ו"קדושת החיים". טענתו היא כי תיאור הוראה של מג"ד בצה"ל (להבדיל ממפקד זוטרי) לירות במי שנתון כבר תחת משמורת כ"התנהגות שאינה הולמת" גרידא מגלמת זילות חמורה במיוחד של ערך כבוד האדם וקדושת החיים – במקרה זה של עציר פלסטיני. לפי השופט רובינשטיין, החומרה היתרה שיש לייחס להוראה כזו כאשר היא באה מפי מג"ד דומה, למשל, לחומרה היתרה שנכון לייחס למעשה אונס של נשיא המדינה בהשוואה למעשה אונס של אדם פשוט. העלייה בדרגת החומרה של מעשה אונס של נשיא המדינה היא פועל יוצא מן החיתוך שבין הערך שמוסד הנשיאות מגלם לבין החומרה המיוחסת למעשה אונס. ההחמרה עם נשיא אנס נובעת, על-פי הטענה, לא רק (ואף לא בעיקר) משום שהוא פגע במוסד הנשיאות (שאף הוא אינו ערך פרטי-מגזרי, אלא ערך אוניורסלי, שהרי עניינו במה שהמשרה הפוליטית הרמה הזו מייצגת בגוף פוליטי), אלא מכיוון שמעשה אונס של נשיא, בהשוואה למעשה אונס של אזרח מן השורה, מהווה פגיעה חמורה יותר בערך כבוד האדם או בערך האוניורסלי שעברת האונס נועדה להגן עליו. זה המובן שבו השופט רובינשטיין משתמש במושג "חילול השם", ועל-כן נראה כי אין לו בדבריו מובן פרטי-מגזרי.

טענת הראל בשתי הדוגמות הללו משולה לטענה כי בשל שמו ארגון "בצלם" – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים – משקף ערך יהודי-מגזרי, המגלם במובלע זיקה איקונית לאל ("צלם אלהים"), ומאמץ את התיאולוגיה המקראית של פרק א בספר בראשית, שהוא המקור לרעיון בריאת האדם בצלם אלוהים. הכל יודעים כי ארגון "בצלם" – שהלוגו שלו אף נזקק לפונט יהודי-מסורתי, ואף משמר את טעם המקרא "מירכא" (או "מאריך") – מודרך על-ידי ערכים אוניורסליים לא-מגזריים מובהקים. מטרת הארגון בבחירת המונח המקראי "בצלם" היא להעצים את הערכים האלה באמצעות מטבע לשוני "פרטי" רב רושם. בהקשר זה אעיר כי תפיסת טוב היא עניין "עבה" ו"גדוש", ואין היא מתמצה במונח או בצירוף לשוני מבודדים. לשון אחר, כדי להראות כי שופטים מאמצים תפיסת טוב מגזרית כלשהי, נדרש הרבה יותר מאשר הצבעה על מופע פה ושם של ביטוי "מגזרי", שהוא לעיתים קרובות רב-משמעי, בפסקי-דין.

הראל מודע לביקורת זו. בהמשך מאמרו הוא מעיר כי "על-פי עמדה אפשרית אחת, השימוש של השופטים במושגים 'גמילות חסדים', 'ערבות הדדית', 'חילול השם', 'צניעות' וכולי אינו אלא עיטור רטורי, ומערכת השיקולים האמיתית בפסקי-הדין הללו התבססה על אמות-מידה אחרות. כך, למשל, פסק-הדין בעניין שירות צבאי לחרדים התבסס על שיקולי

11 הראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 266.

שוויון".<sup>12</sup> אלא שהראל דוחה אפשרות זו, בציינו כי "לטעמי, אין מקום לשימוש בעיטורים רטוריים המתחזים לשיקולים משפטיים... השאלה אם שיקול מסוים הוא שיקול רטורי יכולה להיות שנויה במחלוקת. החדרת עיטורים רטוריים בדמות טיעונים עלולה לפיכך לשבש את ההבנה של פסק-הדין, להטעות את קוראיו וכן לשבש את היכולת לזהות את השלכותיו הנורמטיביות".<sup>13</sup>

הראל שב לרגע לתזת "העיטור הרטורי", ומטעים כי "גם אם השופטים עצמם לא ייחסו לשיקולים אלה משקל נכבד, מרגע ששיקולים אלה מופיעים בפסק-הדין, הם נהפכים ממילא לחלק של הקורפוס המשפטי. במילים אחרות, גם אם ההחלטה הרלוונטית התחייבה מערכים ליברליים קלסיים, כגון כבוד, חירות ושוויון, הלגיטימציה הניתנת לערכים אחרים (מגזריים – י' ל' על-ידי השימוש שנעשה בהם [באורח רטורי – י' ל'] בפסקי-הדין הללו משפיע על מעמדם של שיקולים אלה בפסיקה עתידית".<sup>14</sup>

אולם האם החשש הזה למעין "מדרון חלקלק" הוא מוצדק? האם יש לבקר שופטים המשוחחים עם נמעניהם ב"שפתם"? האם פסקי-דין צריכים להימנע מרטוריקה כזו בשל החשש מ"פסיקה עתידית" שתהפוך אותה לתפיסת טוב של ממש? דומה כי תפקיד השופט, בוודאי בחברה דמוקרטית, הוא לא רק לצוות ולאכוף, אלא גם לשכנע. פסקי-דין אינם מאמרים אקדמיים הנכתבים למומחים. פסקי-דין הם טקסטים הפונים לציבור, או לאליטות מגזריות שמתווכות את דברי השופטים לציבור שלהם, ועל-כן עליהם לדבר בשפתם. רטוריקה, לרבות כזו המגלמת ערכים מגזריים, המתורגמים בפי השופט לערכים אוניוורסליים, היא חלק בלתי-נפרד מכליו של השופט. יתרונותיה של רטוריקה כזו בפסקי-דין הינם גלויים לעין. האם בשל החשש (הרחוק) מפני שימוש לרעה יש לוותר עליה? אני נוטה לסברה כי באיזון שבין יתרונות הרטוריקה לבין החשש מפני הפוטנציאל המזיק שלה הכף נוטה לטובת הרטוריקה.<sup>15</sup> הערה אחרונה לסיום: מסופקני אם התהליך ההיסטורי שהראל טוען לו – שלפיו רק לאחרונה, כלומר בעשור האחרון, בית-המשפט העליון מְמַשֵּׁט ערכים פרטיים, כמובן זה שהוא נזקק בפסיקותיו למונחים המגלמים תפיסות טוב מגזריות – אכן משכנע. הראל אינו טורח כלל לבסס טענה היסטורית זו. דומה כי גם בעבר נזקקו שופטים למונחים השאובים מן המסורת היהודית, וכי גם הם נטו לקרוא לתוכם ערכים אוניוורסליים. ראו, למשל, בפסיקותיהם של השופטים זילברג ואלון.<sup>16</sup> נראה כי דוגמות כמו אלה שהראל מציע מפסיקותיהם של

12 שם, בעמ' 267-268.

13 שם, בעמ' 268.

14 שם.

15 התופעה שבה שופטים משתמשים ברטוריקה מסוגים שונים, לרבות רטוריקה לא-ליברלית, אינה חדשה. היא אינה ייחודית לשני העשורים האחרונים. שופטים משתמשים ברטוריקה השאובה ממקורות שונים ומגוונים, לרבות רטוריקה לא-ליברלית. האם העיטורים הרטוריים האלה נהפכו אי-פעם אצל שופטים לתפיסות טוב "עבות"? מקרה כזה אינו מוכר לי. אפשר שהשאלה הזו היא עניין למחקר מעניין, אשר למיטב ידיעתי טרם נעשה. מכל מקום, בהעדר ראיות חששו של הראל מפני "מדרון חלקלק" נראה לי רחוק.

16 לפסיקה של השופט זילברג הנסמכת על מושגים ריאליסטיים ("מגזריים") של ההלכה ראו, לדוגמה, ד"נ 13/58 עיריית תל אביב-יפו נ' לובין, פ"ד יג 118, 131-135 (1959). לחוות-דעת דומה בהיבט זה של השופט אלון ראו, לדוגמה, ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית

השופטים רובינשטיין והנדל ניתן למצוא בפסיקותיהם של כל השופטים שהיו קרובים למקורות יהודיים, וכאלה פעלו בבית־המשפט העליון למן כינונו עם קום המדינה.

---

לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 293-302, 318 (1985). למגוון של פסקי־דין בעניינים אלה, אשר אפשר שיש בהם דוגמות למה שהראל מכנה "משפוט של תפיסות טוב", ראו האוסף: נחום רקובר המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל (התשמ"ט).