

פתח־דבר: מה המשפט צריך לְמשפט ומדוע?

מאת
אלון הראל*

תקציר

במסגרת פתח־דבר זה אני בוחן את הליך המשפט של מערכות של שיקולים, טעמים, אינטרסים או ערכים אשר נתפסו בעבר כחוקי־משפטיים. משפט הוא תהליך שבמסגרתו בתי־המשפט מנסים לעצמם שיקול או טעם אשר קודם לכן נתפסו כמצויים בשליטתו הבלעדית או החלקית של גוף אחר. לאחר שאזהה את קיומו של משפט של שיקולים אשר בעבר נתפסו כלא־משפטיים, ואת הטכניקות שבאמצעותן משפט זה נעשה, אבחן ואבקר את התיאוריה הדומיננטית כיום ביחס למשפט של שיקולים, ואציע הצעה חלופית. המאמר מזהה שני הליכי משפט מובחנים זה מזה: האחד, משפט של שיקולים או אינטרסים ציבוריים באמצעות (א) הצגת האינטרס הציבורי (למשל, האינטרס הציבורי בביטחון) כאוסף של אינטרסים של פרטים; (ב) טשטוש ההבחנה בין אינטרסים ציבוריים לגיטימיים ורשות ציבורית רשאית להשתמש בהם לבין זכויות משפטיות, תוך הרחבת היקף השיקולים המקוטלגים כזכויות וצמצום היקף השיקולים שהם בגדר "אינטרסים ציבוריים גרידא". דוגמה בולטת לעניין זה היא נכונותו של בית־המשפט לדבר על "הזכות האישית לביטחון" (המצדיקה הגבלות של זכויות אחרות, כגון הזכות לחיי משפחה) במקום לדבר על "האינטרס הציבורי בביטחון". השני, משפט של שיקולים או ערכים פרטיים או מגזריים (סקטוריאליים) באמצעות טשטוש ההבחנה בין שיקולים/ערכים ציבוריים ורשות ציבורית (כולל בית־המשפט) רשאית או חייבת להתחשב בהם לבין שיקולים או ערכים פרטיים או מגזריים (למשל, שיקולים הנשענים על ערכים דתיים או על "תפיסות טוב"), תוך הרחבת הקטגוריה של טעמים ושיקולים ציבוריים־ממלכתיים וצמצום הקטגוריה של שיקולים פרטיים או מגזריים. דוגמה בולטת שאשתמש בה בהקשר זה היא השימוש המשפטי הגובר בערכים דתיים מגזריים (גמילות חסדים או חילול השם).

* פרופסור, נושא הקתדרה ע"ש מיזוק למשפט פלילי ואדמיניסטרטיבי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני רוצה להודות לשני עוזרי־המחקר המצוינים לירן בן־עמי ואורן רון על העזרה הרבה שהושיטו לי בכתיבת מאמר זה. עזרתם הייתה הרבה מעבר לעבודה הטכנית על המאמר, ורבות מן הדוגמות המובאות כאן הוצעו על־ידיהם. ברצוני להודות גם לחברי המערכת של כתב־העת עיוני משפט, ובמיוחד ליהודה גור, על הערותיהם החשובות. לבסוף, תודתי גם לדוד אנוך, אשר קרא והעיר הערות חשובות ששימשו אותי במאמר זה.

תוצאתם של שני התהליכים הללו היא משפוט של אינטרסים, שיקולים, טעמים וערכים, דהיינו, הפיכתם לחלק בלתי-נפרד מן ההליך המשפטי. לאחר שאזהה את המשפוט על סוגיו השונים בפסיקתו של בית-המשפט העליון, אעבור לבחינה שיטתית של הטעמים המצדיקים משפוט של שיקולים. תכלית הדיון היא לבחון מהם טעמים משפטיים, דהיינו, טעמים שבית-המשפט רשאי או חייב לשקול במהלך הדיון המשפטי.

מסורת חוקתית מפוארת (אך שגויה לטעמי) גורסת כי ההכרעה לאיזה גוף יש להעניק את הזכות להחליט החלטות מבוססות בעיקרה על שיקולים אפיסטמיים, דהיינו, על השאלה איזה גוף – הפרט, המחוקק, הרשות המבצעת או הרשות השופטת – עתיד להחליט החלטה נכונה יותר או טובה יותר. על-פי עמדה זו, על בית-המשפט לְמַשֵּׁט אותם שיקולים שביחס אליהם יש לו יתרון אפיסטמי בהשוואה למוסדות האחרים, דהיינו, יכולת טובה יותר לזהות את השיקולים, לשקול את משקלם הראוי ולהכריע באופן נכון וראוי.

ההצעה שאני עומד להציע דוחה את השיקולים האינסטרומנטליים-האפיסטמיים ונסמכת על שיקולים אחרים. באופן ספציפי אטען כי שיקול הוא שיקול משפטי (המקוטלג לעיתים קרובות כ"זכות") לא משום שבת-המשפט ניחנים ביכולת אפיסטמית עדיפה בנוגע אליו, אלא משום שמדובר בשיקול שביחס אליו אין לרשות (המבצעת או המחוקקת) שיקול-דעת. ההכרה בזכות משפטית היא בגדר ביטוי לכך שהעניין אינו נתון להעדפות או לגחמות של הרשות המבצעת או המחוקקת. שיקול כזה מוכר כזכות משפטית לא (רק או בעיקר) משום שהרשות המחוקקת או המבצעת עתידה לפגוע בזכות או לא להעריך את משקלה כהלכה, אלא פשוט כדי לבטא את קיומה של חובה שמימושה אינו כפוף לשיקול-דעתה של הרשות. במילים אחרות, זכות משפטית אינה מיועדת (רק או בעיקר) להבטיח את התממשותם הנכונה או הראויה של האינטרס או הערך המוגנים, יהיו אלה חירות, שוויון או כבוד. זכות משפטית מכוננת בסופו של יום להבטיח כי ההכרעה בעניין האינטרס או השיקול לא תהיה תלויה ברציות, בהעדפות או בגחמות של המחוקק. לפיכך הטעם להעתקת שיקול-הדעת אל בתי-המשפט אינו (רק) טעם תוצאתני או תועלתני, דהיינו, טעם המבוסס על היתרון האפיסטמי של המוסד השיפוטי; הטעם הוא להבטיח שההחלטה לא תהיה פרי של שיקול-דעת או גחמה של פקידי ציבור או מחוקקים.

מבוא

א. שיקולים משפטיים ושיקולים ממושפטים: טעמות מפסיקתו של

בית-המשפט העליון

1. משפוט של אינטרסים ציבוריים

2. משפוט של תפיסות טוב

ב. מהו שיקול/ערך משפטי?

סיכום

מבוא

אין ספק שעורכי כתב-העת **עיוני משפט**, אשר העניקו לי את הזכות לכתוב פתח-דבר זה, גילו מידה לא-מבוטלת של תעוזה. תחושתי היא כי פתח-דבר זה נועד להתבוננות ממעוף הציפור של התיאורטיקן על הפסיקה הישראלית, ועובדה זו מלמדת יותר מכל על הצלחתה המסחררת של התיאוריה הנורמטיבית של המשפט. עם זאת, בצד הרצון להמריא מעלה-מעלה אל עבר ענני המופשטים של התיאוריה המשפטית, ואפילו מעבר להם, אני סבור כי פתח-דבר זה צריך לומר משהו על השינויים (או על העדרם של שינויים) בפסיקת בית-המשפט גופה, ולהשתמש בתיאוריה נורמטיבית כדי לבחון את רציותם של שינויים אלה (או של העדרם).

הן תיאורטיקנים משפטיים והן משפטנים של עולם המעשה המשפטי זיהו שני שינויים מרכזיים בפסיקתו של בית-המשפט העליון בעשרים השנה האחרונות: (1) המעבר מפורמליזם לערכים; (2) אקטיביזם משפטי, הכולל גם גידול בכוננותו של בית-המשפט להתערב בשאלות שנתפסו בעבר כחוץ-משפטיות – שאלות פוליטיות או מוסריות. חסידי השינויים הללו ומתנגדיהם מתגוששים ביניהם רבות מעל דפי כתב-העת המקצועיים וגם בעיתונות הפופולרית.¹

במסגרת פתח-דבר זה אני חפץ להסב את הזרקור לעבר שינוי אחר (אם כי לא בלתי-קשור): תהליך המשפוט של מערכות של שיקולים, טעמים, אינטרסים או ערכים אשר נתפסו בעבר כחוץ-משפטיים. המאמר מזהה שני תהליכי משפוט מובחנים זה מזה:

1. משפוט של שיקולים או אינטרסים ציבוריים באמצעות (א) הצגת האינטרס הציבורי (למשל, האינטרס הציבורי בביטחון) כאוסף של אינטרסים של פרטים; (ב) טשטוש ההבחנה בין אינטרסים ציבוריים לגיטימיים שרשות ציבורית רשאית להשתמש בהם לבין זכויות משפטיות, תוך הרחבת היקף השיקולים המקוטלגים כזכויות וצמצום היקף השיקולים שהם בגדר "אינטרסים ציבוריים גרידא". באופן זה, למשל, בית-המשפט

1 על המעבר מפורמליזם לערכים ראו מנחם מאוטנר *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (1993); אהרן ברק "עם סיומה של תחילת הדרך" *עיוני משפט* טז 209 (1991); דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" *המשפט* יא 9 (2007). בנושא האקטיביזם השיפוטי ראו, למשל, רות גביוון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" רות גביוון, *מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית* 69 (2000). להגנה על אקטיביזם שיפוטי ולביקורת על גישתה של גביוון ראו *מרדכי קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה"* רות גביוון, *מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית* 165 (2000). לדיון באקטיביזם במשפט הפרטי ובדיני החוזים בפרט ראו איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" *ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק* 343, 345-356 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009); פרידמן, שם, בעמ' 25. ראו גם את המקורות המפורטים במאמרי: אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" *משפטים* מ 239 (2010) (להרחבה ראו להלן ה"ש 3 וה"ש 4).

מזהה את הביטחון האישי לא כאינטרס ציבורי שהרשות רשאית להביאו בחשבון, אלא כאינטרס או אפילו כזכות אישית של פרטים.

2. משפוט של שיקולים או ערכים פרטיים או מגזריים (סקטוריאליים) באמצעות טשטוש ההבחנה בין שיקולים/ערכים ציבוריים שרשות ציבורית (כולל בית-המשפט) רשאית או חייבת להתחשב בהם לבין שיקולים או ערכים פרטיים או מגזריים (למשל, שיקולים הנשענים על ערכים דתיים או על "תפיסות טוב" במובן הרולסיאני של המונח), תוך הרחבת הקטגוריה של טעמים ושיקולים ציבוריים-ממלכתיים וצמצום הקטגוריה של שיקולים פרטיים או מגזריים. דוגמה בולטת שאשתמש בה בהקשר זה היא השימוש המשפטי הגובר בערכים דתיים מגזריים (גמילות חסדים או חילול השם). תוצאתם של שני התהליכים הללו היא משפוט של אינטרסים, שיקולים, טעמים וערכים, דהיינו, הפיכתם לחלק בלתי-נפרד מן ההליך המשפטי.

למשפוט של שיקולים או ערכים יש השלכה מוסדית חשובה: ככל ששיקול ממושפט יותר כן לבתי-המשפט יש תפקיד מרכזי יותר בבחינה, בבדיקה ובהערכה של השיקול ובקביעת משקלו. שם-הפעולה "משפוט" עלול להטעות. המשפט יכול להסמיך רשות שאינה רשות שיפוטית לשקול שיקולים מסוימים, וגם שיקולים כאלה אפשר לכנות "שיקולים ממושפטים", משום שהם מוסדרים במשפט. אולם במאמר זה המושג "שיקול ממושפט" מציין שיקולים הנתונים לשיקול-דעתו של בית-המשפט.

בזיהוי התפקיד המוסדי של בית-המשפט ניתן להבחין בין שיקולים שביחס אליהם בית-המשפט הוא שחקן מרכזי (זכויות אדם, למשל), שיקולים שביחס אליהם בית-המשפט הוא שחקן משני (אינטרסים ציבוריים) ולבסוף שיקולים שאינם יכולים או אינם צריכים להישקל כלל על-ידי בתי-המשפט (למשל, תפיסות ביחס לשאלה מהם החיים הטובים, מהי הדת הנכונה, מהו אורח החיים הראוי וכו'). סיווגו של כל שיקול לקטגוריה זו או אחרת יכול שיהיה שנוי במחלוקת, ועשוי אף להשתנות מתקופה לתקופה. משפוט הוא תהליך של הרחבת היקף השיקולים המשתייכים לקטגוריה הראשונה (על-חשבון השנייה או השלישית) או הרחבת היקף השיקולים המשתייכים לקטגוריה השנייה (על-חשבון הקטגוריה השלישית). קודם שאדגים כל אחת מתופעות המשפוט הללו, תוך בחינה של פסיקת בית-המשפט, אבחין במסגרת מבוא זה בין משפוטם של שיקולים וערכים לבין שני התהליכים האחרים המיוחסים כאמור לבית-המשפט הישראלי: המעבר מפורמליזם לערכים ועליית האקטיביזם השיפוטי. אף שיש דמיון שטחי בין תהליך המשפוט לבין התהליכים האחרים המזוהים עם בית-המשפט העכשווי, ארצה לטעון כי אין קשר הכרחי ביניהם.

המעבר מפורמליזם לערכים מאופיין כמעבר מהסתמכות על לשון החוק ולשונם של תקדימים משפטיים אל עבר "התוכן הערכי והמשמעות החברתית של המשפט".² אולם

2 מאוטר, שם, בעמ' 33. במשפט הפרטי אפשר לראות מגמה דומה של התרחקות מדעת הצדדים אל ערכים ציבוריים שעל המשפט להגשים, מחד גיסא, והגמשת דרישות שבעבר היו מהותיות, מאידך גיסא. לסקירת המגמה במשפט הפרטי ראו שירלי רנר "דיני-חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא 33 (1992). מעבר מפורמליזם לערכים עשוי להתבטא גם בהענקת חשיבות משנית להבחנות ולקטגוריות של ענפי משפט. ראו ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314 (2004); ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1)

משפוט של שיקולים אינו בהכרח משפוט של ערכים. זאת ועוד, גם כאשר המשפוט הוא משפוט של ערכים, ההבדל בינו לבין המעבר מפורמליזם לערכים שריר וקיים, שכן המעבר מפורמליזם לערכים אינו נוגע בשאלה מהם הערכים הרלוונטיים להכרעה המשפטית. המעבר מפורמליזם לערכים אינו מזהה מהם הערכים שהמשפט נשען עליהם, ובמיוחד אינו מזהה אם ערכים אלה הם ערכי צדק כמוכנסם הליברלי הצר והרזה – שוויון, חירות או כבוד – או שמא הם מתרחבים גם אל עבר מה שנתפס באופן מסורתי כאינטרסים ציבוריים או כשיקולים פרטיים (חלק מתפיסות הטוב של הפרטים). בדברי על משפוט של שיקולים או ערכים, אני מדבר על הרחבת היקף השיקולים או הערכים אל מעבר לערכים הליברליים המסורתיים. אין לפיכך קשר הכרחי בין המעבר מפורמליזם לערכים לבין המשפוט של שיקולים או ערכים שבו אני מתמקד במאמר זה.

כמורכב אין קשר הכרחי בין תהליך המשפוט של שיקולים שאותו אתאר להלן לבין מה שמכונה "אקטיביזם שיפוטי". כפי שאראה להלן, המשפוט מוביל לעיתים דווקא לצמצום המעורבות השיפוטית בהחלטותיהן של הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת, ולא להרחבתה. השיקולים הממושפטים משמשים לעיתים מכשיר להצדקת החלטותיהן של הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת ולהגנה עליהן, ולא לערעור עליהן או לאתגורן, ובכך מובילים לצמצום היקף מעורבותם של בתי-המשפט, ולא להרחבתו. עם זאת, ייתכן שחלק מן הטענות בדבר אקטיביזם מוגזם של בית-המשפט מבוססות לא על מעורבות-יתר בהחלטותיה של הרשות המבצעת, אלא על משפוט של שיקולים חוץ-משפטיים.

לאחר שאזהה את המשפוט על סוגיו השונים בפסיקתו של בית-המשפט העליון, אעבור לבחינה שיטתית של הטעמים המצדיקים משפוט של שיקולים. השאלה, לטעמי, היא שאלה יסודית בתיאוריה פוליטית בכלל ובתיאוריה של המשפט בפרט. יש סוגי טעמים החלים על פועלים מוסריים מסוימים, ולא אחרים. למשל, יש טעמים שאזרח פרטי רשאי (או אולי אף חייב) להביאם בחשבון ואילו מוסדות המדינה אינם רשאים להביאם בחשבון. יש גם שיקולים שהרשות המחוקקת או המבצעת רשאית להביאם בחשבון ואילו הרשות השופטת אינה רשאית.

תכלית הדיון היא לבחון מהם הטעמים שבית-המשפט רשאי או חייב לשקול במהלך הדיון המשפטי. בבסיסו של דיון זה ניצבת טענה תיאורטית שעליה הגנתי בעבר בהקשר אחר. מסורת חוקתית מפוארת (אך שגויה לטעמי) גורסת כי ההכרעה לאיזה גוף יש להעניק את הזכות להחליט החלטות מבוססת (ואף צריכה להתבסס) בעיקרה על שיקולים אפיסטמיים, דהיינו, על השאלה איזה גוף – הפרט, המחוקק, הרשות המבצעת או הרשות השופטת – עתיד להחליט החלטה נכונה יותר או טובה יותר.³ על-פי עמדה זו, על בית-המשפט לְמִשְׁפֵּט

221 (1988); רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה בע"מ נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998).

3 ראו, למשל, דיון ואסמכתות במאמרי: הראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 251. גישה זו זוכה באהדה רבה בבית-המשפט הישראלי. כך, למשל, נקבע כי "המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מתווה גדר ההפרדה. אנו מומחים להיבטיו ההומניטריים. המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו". בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 846 (2004). המומחיות המיוחסת כאן לבית-המשפט היא הבסיס

אותם שיקולים שביחס אליהם יש לו יתרון אפיסטמי בהשוואה למוסדות האחרים.⁴ במסגרת פתח-דבר זה אנסה להגן על התזה כי השיקולים בהכרעה אם גוף מסוים (ובמיוחד בתי-המשפט) רשאי או אף חייב לשקול שיקול או להשתמש בטעם מסוים אינם צריכים להיות (רק או בעיקר) שיקולים אפיסטמיים. נוסף על כך יש שיקולים שניתן לכנותם "שיקולי לגיטימציה", המעגנים חלוקת סמכויות מסוימת, ולא אחרת. ההכרעה אם שיקול הוא שיקול משפטי אם לאו צריכה לפיכך להיות הכרעה ערכית, שאינה מבוססת (רק או בעיקר) על היכולת האפיסטמית של בית-המשפט. באופן ספציפי אגן על הטענה שלפיה כאשר שיקול או ערך הם משפטיים, שקילתם אינה נתונה לשיקול-דעתה או לגחמתה של הרשות. זאת ועוד, החלטה המעוגנת בחובה ואינה תלויה בשיקול-דעתה של הרשות מגינה ככלל טוב יותר על החירות, וזאת לא משום שבתי-המשפט מזהים או שוקלים טוב יותר שיקולים כאלה, אלא משום שהחלטתם מזהה את חובותיה של המדינה כלפי אזרחיה – חובות שמימושן אינו תלוי בשיקול-הדעת של הרשות המחוקקת או המבצעת. המשפוט של שיקול או ערך צריך להיות מעוגן לפיכך לא (רק או בעיקר) בשיקולים אפיסטמיים, אלא גם בשאיפה להבטיח אי-תלות (חירות) של הפרט בגחמותיה של הרשות המחוקקת או המבצעת. אפילו אם הרשות המחוקקת או המבצעת עתידה לפעול טוב יותר מבתי-המשפט, החלטתן משקפת רצון או שיקול-דעת, ולא חובה, ובמצב זה מימוש זכותו של האזרח תלוי ברצונה הטוב של הרשות. פרק א יתאר את תהליך המשפוט של ערכים ושיקולים, ואילו פרק ב יבחן באופן ביקורתי את העמדה האפיסטמית ויציע חלופה לתיאוריה האפיסטמית. על-פי חלופה זו, השאלה המרכזית שצריכה להכריע אם יש לְמַשֵּׁט ערך אם לאו נוגעת בלגיטימיות של המשפוט, ולא ביתרונות האפיסטמיים של בתי-המשפט.

לקביעה כי בית-המשפט צריך להיות הגוף המכריע בשאלה זו. הנשיא ברק נותן מבע לעמדה נפוצה זו בפסק-הדין בנק המזרחי כאשר הוא טוען כי העליונות האפיסטמית של השופטים מבוססת על מבנה המוסד השיפוטי: "רק שופט שכל חינוכו מביא אותו לחשיבה מופשטת, שביסודה עומד ההיגיון ולא הכוח, משקל הטיעון ולא זהות הטוען, יוכל להגשים תפקיד זה; רק שופט החי יום-יום את המתח שבין העיקרון המופשט לבין הפעלתו בחיי המעשה כלפי בשר ודם העומד לפניו, יוכל לעמוד במשימה קשה זו. לשם כל אלה נדרשת רשות שיפוטית, עצמאית ובלתי תלויה, הצומחת מהעם, המשקפת את הקונסנזוס החברתי הבסיסי, אך שאינה נבחרת כל מספר שנים כפי שחברי הכנסת עומדים לבחירה..." ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 426 (1995).

4 ראוי לציין כי ההכרעה איזה גוף מסוגל להחליט טוב יותר היא לעיתים קרובות פונקציה של נסיבות מקריות, המשתנות מתקופה לתקופה. חסידי הסברים האפיסטמיים מנסים לזהות עקרונות כלליים הופכים את בית-המשפט (או אורגנים אחרים, דוגמת המחוקק) לגוף בעל יתרונות אפיסטמיים בתחומים מסוימים נתונים. אני עצמי מטיל ספק רב אם ניתן לזהות עקרונות כלליים כאלה, אולם במסגרת מאמר זה לא אטען בזכות עמדה זו.

א. שיקולים משפטיים ושיקולים ממושפטים: טעימות מפסיקתו של בית-המשפט העליון

משפוט הוא תהליך שבמסגרתו בתי-המשפט מנכסים לעצמם שיקול או טעם אשר קודם לכן נתפסו כמצויים בשליטתו הבלעדית או החלקית של גוף אחר או בשליטתם של פרטים. במסגרת הגדרה זו אני מבחין בין שיקולים שנשקלים באופן טיפוסי על-ידי בתי-המשפט (שיקולים משפטיים) לבין שיקולים שבאופן מסורתי לא נשקלו על-ידי בתי-המשפט ואשר בשנים האחרונות מוחדרים אל תוך ההליך המשפטי (שיקולים ממושפטים). בדיון להלן אבחין בין משפוט של "אינטרסים ציבוריים" (דהיינו, של שיקולים שהרשות המחוקקת או המבצעת חייבת או לפחות רשאית להביאם בחשבון ואשר לבית-המשפט יש תפקיד שולי בלבד בהערכת חשיבותם) לבין משפוט של "תפיסות טוב", דהיינו, משפוט של שיקולים אשר נתפסים כשיקולים פרטיים או מגזריים (סקטוריאליים), ולא ציבוריים או ממלכתיים, ועל-כן (לכאורה לפחות) אין זה ראוי שהם יישקלו על-ידי רשות ציבורית.⁵ השאלה המרכזית שאעסוק בה היא אילו שיקולים מן הראוי לְמִשְׁפֵּט ואילו שיקולים מן הראוי לא לְמִשְׁפֵּט ולהשאירם לפיכך מחוץ לתחום השיקולים הנדונים בבית-המשפט.

כאמור לעיל, אינטרס ציבורי הוא שיקול שאת משקלו וחשיבותו זכאיות לשקול בראש ובראשונה הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת. עם זאת, בית-המשפט אינו יכול להתעלם מן הצורך להעריך את חשיבותו של האינטרס הציבורי. כאשר אינטרס ציבורי (ביטחון, למשל) מתנגש בזכות, על בית-המשפט להעריך את חשיבותו של האינטרס הציבורי, כדי לקבוע אם הפגיעה בזכות היא סבירה או מידתית. עם זאת, תפקידו של בית-המשפט בהערכת חשיבותו של האינטרס הציבורי הוא מוגבל. הוא נדרש להעריך לא אם האינטרס הציבורי גובר על הזכות, אלא אם הקביעה (שנעשתה על-ידי רשות אחרת) כי האינטרס הציבורי גובר על הזכות היא קביעה סבירה או מידתית. זאת ועוד, באופן טיפוסי, כאשר הרשות פסקה כי אין לפעול באופן המקדם אינטרס ציבורי, אין זה מתפקידו של בית-המשפט להתערב בהחלטה זו. לבית-המשפט יש לעיתים זכות וטו על החלטה המקדמת את האינטרס הציבורי תוך פגיעה לא-מידתית בזכויות אדם, אך אין לו הכוח להחליט בעצמו על קידום האינטרס הציבורי. מכל אלה נובע כי השחקן המרכזי הנדרש להעריך את עוצמתו של האינטרס הציבורי הוא הרשות המבצעת או המחוקקת.

משפוט האינטרס הציבורי מנביע לפיכך חיזוק תפקידו של בית-המשפט בהערכת חשיבותו של האינטרס על-חשבון רשויות אחרות. ניכוס האינטרס הציבורי על-ידי בית-המשפט נעשה לעיתים קרובות על-ידי הקביעה כי האינטרס הציבורי אינו אלא סכום של אינטרסים פרטיים. מכיוון שבית-המשפט הוא שחקן מרכזי בהגנה על פרטים (במובחן מן הציבור), תיאור האינטרס הציבורי כְּצֶבֶר של אינטרסים פרטיים מעצים את תפקידו של בית-המשפט. לעיתים לאפיון מחדש של אינטרס ציבורי כְּצֶבֶר של אינטרסים פרטיים מתלווה גם אפיון

5 אף שאני כורך יחדיו את המשפוט של אינטרסים ציבוריים עם המשפוט של תפיסות טוב, יש הבדלים גדולים בין השניים. אינטרסים ציבוריים הם עניין הנתון לסמכותם של אורגנים של המדינה (אם כי לא לסמכותו של בית-המשפט, כפי שאטען להלן). לעומת זאת, תפיסות טוב, על-פי העמדה שאציג, אינן נתונות לסמכותה של המדינה כלל.

מחודש של האינטרס הציבורי כצָבָר של אינטרסים פרטיים המקימים זכויות. אפיון מחודש זה מעצים עוד יותר את תפקידו של בית-המשפט בקביעת משקלו והיקפו של השיקול הרלוונטי, באשר בית-המשפט הוא כידוע השחקן המרכזי בהגנה על זכויות. זכויות האדם הן השדה הטבעי של בית-המשפט, ועל-כן תיוג אינטרס כ"זכות" הוא כלי מרכזי בניכוס הנושא על-ידי בית-המשפט.

המושג "תפיסות טוב" לקוח מן הפילוסופיה הפוליטית הרולסיאנית. על-פי העמדה הליברלית הניאו-קנטיאנית של רולס, יש להבחין בין צדק (או צדק כהוגנות) לבין תפיסות טוב או תפיסות ביחס לחיים הטובים.⁶ צדק נוגע בשאלות שהן עניינה של המדינה. תפיסות טוב, לעומת זאת, כוללות תפיסות דתיות, מוסריות או פוליטיות שהן חלק מדוקטרינה מקפת, כגון דת או אידיאולוגיה. על-פי עמדה זו, הן בתי-המשפט והן רשויות אחרות אינן אמורות לקדם תפיסות טוב. במילים אחרות, הן אמורות להיות ניטרליות ביחס לתפיסות הטוב השונות.

אף שבדיון להלן אני משתמש במינוח הרולסיאני (תפיסות טוב או conceptions of the good), אני מחויב לאמץ את התשתית הרולסיאנית המצדיקה את ההבחנה בין תפיסות צדק לבין תפיסות טוב. כאשר אני מדבר על משפוט של תפיסות טוב, אני מדבר על משפוט של ערכים המיוחסים בדרך-כלל לפרטים או לקהילות דתיות או אידיאולוגיות. דוגמות מובהקות לערכים מסוג זה הם צניעות, אהבת האל, סולידריות חברתית, אומץ-לב וכולי. בסעיף-משנה א 1 אדון במשפוט של אינטרסים ציבוריים, ואילו בסעיף-משנה א 2 אדון במשפוט של תפיסות טוב.

1. משפוט של אינטרסים ציבוריים

משפוט של אינטרס ציבורי נעשה באופן טיפוסי על-ידי קטלוג מחדש של אינטרס ציבורי כאינטרס פרטי או כזכות אישית, באופן המדגיש את התרומה של קידום האינטרס הזה (או הזכות הזו) לחייו של כל פרט ופרט. מכיוון שבסופו של יום בית-המשפט עוסק במידה רבה בהגנה על פרטים, פריטתו לפרוטות של האינטרס הציבורי ותיאורו המחודש כאוסף של אינטרסים של פרטים מעצימים את הלגיטימיות של בחינה שיפוטית של האינטרס. במילים אחרות, הפריטה לפרוטות של האינטרס הציבורי מעניקה לגיטימציה למשפוט של אינטרס זה. לפריטת האינטרס הציבורי לצָבָר של אינטרסים של פרטים מתלווה לעיתים אפיון מחדש של האינטרס הזה כאוסף של זכויות אישיות.⁷

6 JOHN RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT 18–24 (Erin Kelly ed., 2001)

7 בעקבות ההשפעה של הזרם התועלתני וכן של הזרם הכלכלי במשפט, כל אינטרס ציבורי נתפס בסופו של יום כמורכב מאינטרסים של פרטים. החשיבה הפוליטית המסורתית דחתה גישה זו, וסברה כי יש טוב כללי או ציבורי שאינו ניתן לתרגום לצָבָר של אינטרסים פרטיים. הטוב הציבורי נתפס במסורת הקלסית כדומה לטוב של גוף האדם. רווחתו של האדם תלויה כמובן בבריאותם של איבריו, אך אינה סכום של רווחת האיברים. הוא הדין, על-פי העמדה הקלסית, בגוף הציבורי, אשר רווחתו תלויה ברווחתם של הפרטים אך אינה ניתנת להבנה פשוט כסכום של רווחתם של הפרטים. האנלוגיה בין הגוף האנושי לגוף הפוליטי הייתה מוכרת עוד ליוניים, ובעקבות זאת זכתה בפרחה גם בתקופת הרנסנס. לדיון באנלוגיה זו ראו, למשל:

ברטוריקה הפוליטית והמשפטית, להגנה על זכות יש לעיתים קרובות השלכות מהותיות ומוסדיות כאחת. ההשלכה המהותית הנובעת בדרך-כלל מן הפסוק "ל-X יש זכות ל-Y" היא שיש טעמים מסוימים לפעולה אשר מנביעים את המסקנה שקיימת חובה להעניק או להבטיח ש-X יזכה ב-Y.⁸ ההשלכה המוסדית של קביעה זו היא תלוית-הקשר. לעיתים, למשל, הקביעה כי "ל-X יש זכות ל-Y" משמשת טעם להסמכת גוף שיפוטי להגן על הזכות או לאכוף אותה, או לכל-הפחות לקביעה כי לגוף השיפוטי יש סמכות לדון בה. במקרים אלה הקביעה כי "ל-X יש זכות משפטית או חוקתית ל-Y" היא בין היתר קריאה לבית-המשפט לאכוף את הזכות הזו או לכל-הפחות להביאה בחשבון. אחרי הכל, בית-המשפט הוא (באופן טיפוסי) המופקד הישיר על זיהוי היקפן של הזכויות המשפטיות, תחולתן ומשקלן, ואילו המחוקק והרשות המבצעת מופקדים גם (ואולי בעיקר) על ההגנה והקידום של "אינטרסים ציבוריים". הקטלוג של שיקול כזכות נושא לפיכך השלכות מוסדיות חשובות; הוא הופך את בית-המשפט (באופן טיפוסי אך לא בהכרח) לשחקן מרכזי בשקלול הזכות. להרחבת ההגנה על זכויות או להכרה בזכויות חדשות מתלווה לפיכך תהליך של משפוט – העברה של נטל הבחינה של תחולת השיקול מן המחוקקים ומן הרשות המבצעת (כשחקנים מרכזיים המופקדים על האינטרס הציבורי) אל הרשות השופטת (המופקדת על הגנה על זכויות). מסקנה מוסדית זו אינה מסקנה לוגית המתחייבת מן השימוש במונחים "זכות" או "זכות משפטית" או "זכות חוקתית".⁹ הכרה בזכות משפטית או חוקתית אינה מנביעה באופן מושגי שלבתי-המשפט יש תפקיד מרכזי באכיפת הזכות. עם זאת, בהקשרים רבים הקביעה כי "ל-X

Paul Archambault, *The Analogy of the Body in Renaissance Political Literature*, 29
BIBLIOTHÈQUE D'HUMANISME ET RENAISSANCE 21 (1967)

8 זה כמובן חלק מן האפיון של זכויות בכלל. ראו: Alon Harel, *Theories of Rights*, in BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 191 (Martin P. Golding & William Edmundson eds., 2005)

9 יש שיטות משפטיות שקיימות בהן זכויות משפטיות, ואפילו חוקתיות, אשר אינן נאכפות על-ידי בתי-המשפט. התיאורטיקן החוקתי דייסי, למשל, הבחין בין כללים חוקתיים לבין "conventions, understandings, habits, or practices which, though they may regulate the conduct of the several members of the sovereign power, of the Ministry, or of other officials, are not in reality laws at all since they are not enforced by the Courts. This portion of constitutional law may, for the sake of distinction, be termed the 'conventions of the constitution,' or constitutional morality" ALBERT V. DICEY, INTRODUCTION .ראו: TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 24 (10th ed. 1959)

זאת ועוד, גם שיטות משפטיות המכירות בזכויות חוקתיות במפורש קובעות לעיתים כי זכויות מסוימות הן בלתי-אכיפות. כך, למשל, החלק הרביעי בחוקה ההודית (INDIA CONST. pt. IV) מכיל שורה ארוכה של זכויות חברתיות-כלכליות אשר החוקה ההודית קובעת במפורש כי הן מחייבות את הרשות המבצעת והמחוקקת אך אינן ניתנות לאכיפה בבית-המשפט. הוא הדין גם בחוקה האירית ובחוקות רבות אחרות. אף שרוב הזכויות החוקתיות בארצות-הברית ניתנות לאכיפה בבית-המשפט, תיאורטיקנים משפטיים אמריקנים זיהו אפילו בחוקה האמריקנית זכויות חוקתיות בלתי-אכיפות. ראו, למשל: James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 144 (1893) .כן ראו: G. SAGER, JUSTICE IN PLAINCLOTHES: A THEORY OF AMERICAN CONSTITUTIONAL PRACTICE

יש זכות משפטית (או חוקתית) ל-Y" אכן מנביעה את המסקנה (או לכל-הפחות מייצרת חזקה) כי לברי-המשפט יש תפקיד מרכזי בקביעת היקף הזכות ובאכיפתה. בהקשר הישראלי הקטלוג מחדש של שיקול כזכות מרחיב באופן טיפוסי את מעורבותם של בתי-המשפט. דוגמות מן המשפט הישראלי למשפט של אינטרס ציבורי ולקטלוג מחדש שלו זכות אינן חסרות, וחלקן אף זכו בניתוחים ביקורתיים. הרשו לי במסגרת זו לדון במקרה מובהק אחד שכבר זכה בעבר בדיון תיאורטי: פסק-הדין בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. במסגרת חוק האזרחות והכניסה לישראל נקבע כי שר הפנים אינו רשאי להעניק לתושב פלסטיני של השטחים המוחזקים אזרחות, תושבות או רישיון לשיבה בישראל, אף אם המבקש נישא לאזרח או לתושב של ישראל או אם הבקשה באה בשם ילדו של תושב ישראל אשר אינו זכאי להיות רשום במרשם התושבים של ישראל. כבג"ץ 7052/03 דחה בית-המשפט העליון ברוב קולות עתירה נגד החוק. בפסק-דינו של השופט חשין מצוי ביטוי בולט למשפט של שיקולי ביטחון ולקטלוג מחדש של שיקולים אלה כזכות. לדברי השופט חשין:

"...כל עוד נמשך העימות המזויין הפלסטיני-ישראלי; כל עוד ממשיך הטרור הפלסטיני להכות ללא הבחנה בישראל ובישראליים; וכל עוד מתקשים שירותי הביטחון להבחין בין המסייעים לצרינו לבין מי שאינם מסייעים לצרינו; ראוי כי תידחה זכותם של המעטים לקיום חיי משפחה בישראל מפני זכותם של כלל תושבי ישראל לחיים ולביטחון..."¹⁰

ובהמשך פסק-הדין מוסיף השופט חשין:

"...ועוד: ה'זכות לחיים' כה נעלה היא, עד שבמלאכת האיזונים ובכחינת הסיכונים זוכה היא למשקל גבוה במיוחד. כך הוא בוודאי במקום שבו עומדים בסיכון חייהם של רבים, והפגיעה בחיים יש בה כדי לערער את תחושת היציבות והביטחון במדינה. בהציבנו את הסיכונים המוכחים לחיים כנגד זכויות אחרות – בענייננו זכותו (כנטען) של איש ישראל לחיות חיי משפחה בישראל עם בן-זוג זר – תגבר זכות אחרונה רק אם הפגיעה בה פגיעה קשה וכבדה היא בעוד אשר ההסתברות לפגיעה בחיים הסתברות היא שאינה משמעותית. ולא זה המצב בענייננו."¹¹

השופט ריבלין הצטרף לאפיון המחודש של האינטרס בביטחון כזכות כאשר קבע כי -

"כאשר בביטחון הציבור עסקינן, אינטרס ציבורי בלשונונו, דוברים אנו בלא אחרת מאשר הזכות לחיים ולשלום הגוף של כל אחד מבני הציבור... במקרה שלפנינו... מתחדדת דמות הציבור ומתמקדת הסכנה. לא ציבור ערטילאי רואים אנו לנגד עינינו כי אם את פניהם הנוגים של מי שעלולים להיפגע במעשה הטרור הבא."¹²

84-92 (2004); Lawrence G. Sager, *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*, 91 HARV. L. REV. 1212, 1250-1253 (1978).

10 כבג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 303 (2006) (ההרגשה הוספה).

11 שם, בעמ' 353.

12 שם, בעמ' 474-475.

השופט גרוניס אף הרחיק לכת ואפיין את הזכות הזו כזכות חוקתית. לדעתו:

"אפילו מקבלים את גישתו המרחיבה של חברי הנשיא בכל הנוגע לזכות לחיי משפחה, עשויה לעלות הטענה שבמקרה הנוכחי מתנגשת זכות זו בזכות חוקתית אחרת, היא הזכות לחיים (סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו)... התשובה להתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות מצויה במה שמכונה לעיתים 'איזון אופקי'... כמובן, שאותה בחינה תוביל בהכרח לצמצומה של אחת מן הזכויות המתנגשות על חשבון חברתה."¹³

חשוב לציין כי על-מנת להבטיח את דחיית העתירה לא היה כל צורך בקטלוג מחדש של האינטרס הציבורי לחיים ולביטחון ובאפיונו כזכות אישית. כידוע, גם אינטרס ציבורי חשוב (הזכות לביטחון) יכול שיגבר על זכות. בית-המשפט היה יכול לכן פשוט לקבוע כי האינטרס הציבורי בביטחון גובר במקרה זה על הזכות לחיי משפחה.¹⁴ עם זאת, בית-המשפט בחר לא להסתפק בקביעה כי האינטרס בביטחון גובר על הזכות לחיי משפחה, אלא קטלג מחדש את הביטחון כזכות.

קטלוג הביטחון כזכות אישית של כל תושב בישראל מתפקד בהקשר הנוכחי כמכשיר להעצמת תפקידו ומרכזיותו של בית-המשפט בקביעת האיזון הנכון והראוי בין הביטחון לבין הזכות לחיי משפחה. אכן, אין זה מקרה שהשופט חשין אינו מסתפק בקביעה כי המחוקק דשאי להחליט על הגבלת הזכות לנישואים, אלא קובע מסמרות באומרו כי "בהציבנו את הסיכונים המוכחים לחיים כנגד זכויות אחרות – בענייננו זכותו (כנטען) של איש ישראל לחיות חיי משפחה בישראל עם בן-זוג זר – תגבר זכות אחרונה רק אם הפגיעה בה פגיעה קשה וכבדה היא בעוד אשר ההסתברות לפגיעה בחיים הסתברות היא שאינה משמעותית. ולא זה המצב בענייננו."¹⁵ השופט חשין אינו מסתפק בקביעה כי החלטת הרשות לפגוע בזכות לחיי משפחה במקרה זה היא סבירה (ולכן מותרת), אלא קובע נחרצות כי הרשות צדקה בהחלטתה משום שהזכות לחיים גוברת על הזכות לחיי משפחה. מכאן עלולה להיגזר אפילו המסקנה כי המחוקק חייב – ולא רק רשאי – להגביל את הזכות לנישואים. בביקורתם החריפה על פסק-הדין העלו מדינה וסבן טיעונים רבים וחשובים נגד קטלוגו מחדש של האינטרס בחיים ובביטחון כזכות. לדעתם:

13 שם, בעמ' 434.

14 נדמה לי שלכך התכוון השופט ריבלין כאשר טען כי ההבחנה בין אינטרס ציבורי לבין זכות אינה רלוונטית במקרה זה: "מבחן האיזון, בין האמצעי שננקט לבין התכלית שביסוד החוק, נגזר משאלת הגדרתו של הערך המתחרה בזכות הנפגעת: זכות פרטית או אינטרס ציבורי... לעניין התכלית שבחוק – אין אנו נדרשים במקרה זה לאותה הבחנה, שהרי תכלית ראויה בפנינו בין שהערך המתחרה יסווג כאינטרס כללי של בטחון הציבור ובין שיוסוג כזכות אישית לחיים – ועל כך אין חולקין... כאמור, ההבחנה בין השניים – בין האינטרס לבין הזכות – היא לעתים קשה..." (שם, בעמ' 474-475). השופט ריבלין טוען בצדק כי אין צורך בסיווג האינטרס כזכות כדי להגיע למסקנה שאליה הגיע בית-המשפט. עם זאת, אני חולק על העמדה שלפיה אין להבחנה זו חשיבות. למשל, אם מדובר בזכות, בית-המשפט יכול לאכוף אותה; לעומת זאת, אם מדובר באינטרס ציבורי, לבית-המשפט יש תפקיד מוגבל יותר.

15 שם, בעמ' 353.

"שני יסודות מצטברים מסבירים זאת [את האפיון של אינטרס כזכות]: החשיבות של אינטרס זה כציר או כביטוי של 'האוטונומיה האנושית', וההערכה הפוליטית, שהיא מטבעה קונטינגנטית, בשאלה מהו הסיכון כי רשויות השלטון הפוליטיות יבקשו לפגוע ללא הצדקה באינטרס הזה דווקא. והנה, העמדה שעליה אנו חולקים, המבקשת להכתיר אינטרס ציבורי כאוסף של זכויות יסוד, מבטאת התעלמות מן היסוד השני שכן היא מתבססת אך ורק על החשיבות של אינטרסים אלה לרווחת האדם ולאוטונומיה שלו, בלא שמתקיים לגביהם גם החשש כי לא יזכו להגנה נאותה במערכת הפוליטית."¹⁶

לטענתם של מדינה וסבן, הכרה בזכות "לחיים ולביטחון" צריכה להישען על שני אדנים: (1) החשיבות של האינטרס (ואין חולק כי ביטחון אישי הוא אינטרס חשוב); (2) הטיעון האפיסטמי, דהיינו, הקביעה שלפיה יש טעמים להאמין כי המחוקק צפוי לפגוע באינטרס זה ללא הצדקה. לדעתם של מדינה וסבן, "הזכות לחיים ולביטחון", כפי שהיא מכונה בפסק־הדין, אינה מקיימת את הדרישה השנייה. אין טעם להאמין כי ללא מעורבות שיפוטית ייפגע אינטרס החיים והביטחון באופן לא־סביר במסגרת ההליך הפוליטי. מכאן נובעת המסקנה כי אין מקום להגן על הזכות לחיים ולביטחון, באשר שיח זכויות (או לכל־הפחות שיח זכויות משפטיות) מיועד אך ורק להגנה על אינטרסים שאינם עתידים ליהנות מהגנה מספקת מצד הרשות המחוקקת או המבצעת. על־פי עמדה זו, להכרה בזכות מתלווה שינוי מוסדי בדמות העתקת מוקד הכוח מן הרשות המחוקקת או המבצעת אל בתי־המשפט, והעתקה כזו צריכה להיות מבוססת על שיקולים בדבר יכולתה היחסית של הרשות הרלוונטית להחליט החלטה מושכלת וראויה ביחס לאינטרס הרלוונטי. להלן בפרק ב למאמר אבקר עמדה זו ואפתח עמדה חלופית.

2. משפוט של תפיסות טוב

המסורת הליברלית הרולסיאנית שואפת להצדיק את הלגיטימציה של המדינה על בסיס תפיסת צדק פוליטית (political conception of justice). תפיסת צדק פוליטית היא תפיסה הנשענת על עקרונות־יסוד המעוגנים בתרבות הפוליטית. תפיסה כזו אינה נגזרת מתפיסה כוללת פרטיקולרית ביחס לחיים הטובים, דוגמת דת או תפיסה פילוסופית. שלושת הרעיונות העומדים בבסיסה של התפיסה הפוליטית הרולסיאנית הם חירות, שוויון ומערכת של שיתוף־פעולה הוגן (fair system of cooperation). הלגיטימציה של שימוש בכוח פוליטי נשענת על נאמנות לעקרונות אלה.¹⁷

הפרטים השותפים לחברה הרולסיאנית הם לא רק חופשיים ושווים, אלא גם סבירים ורציונליים. פרטים סבירים הם פרטים המסוגלים לפעול בהתאם לכללי שיתוף־הפעולה ההוגנים המבוססים על תפיסת הצדק הפוליטי. פרטים רציונליים הם פרטים המסוגלים לגבש עמדה ביחס לשאלה כיצד ראוי לחיות, או במילים אחרות, לגבש תפיסה ביחס ל"חיים הטובים". תפיסותיהם של פרטים ביחס לחיים הטובים הן ביסודן תפיסות פרטיות,

16 ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, תיוג אתני" ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל) "משפטים לט' 47, 84 (2010).

17 ראו, למשל: JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM I (1993).

והמדינה אינה אמורה לקדם תפיסת טוב אחת על-חשבונה של אחרת. זאת ועוד, על-פי העמדה הרולסיאנית, גם נכונותה של "תפיסת טוב" אינה מצדיקה שימוש במנגנון הפוליטי כדי לקדמה. נכונותה או אי-נכונותה של הדת היהודית, לדוגמה, אינה מהווה טעם לעגן את עקרונות הדת היהודית במערכת המשפטית או לחלופין לשלול אותם בחוק.

העמדה הרולסיאנית נשענת על הבחנה חדה בין ערכים ציבוריים (חירות ושוויון), מצד אחד, לבין "תפיסות טוב" פרטיות או מגזריות – דת ואמונה, אורחות חיים, ערכים תרבותיים ואחרים – מן הצד האחר. בלשון הטכנית הפילוסופית התיאורטיקנים מדברים על הבחנה בין right לבין good, ותובעים מן המדינה "ניטרליות" בין תפיסות טוב שונות. ניטרליות זו אינה מבוססת על הנחה ספקנית שלפיה אין תפיסות טוב נכונות ולא-נכונות או שכל תפיסות הטוב שוות-ערך, אלא על כך שוויכוחים סביב תפיסות טוב אינם נושא להסדרה פוליטית-מדינתית. הלגיטימציה של הפעולה השלטונית מבוססת בדיוק על נכונותה לא להשתמש בכוח הפוליטי כדי לקדם תפיסות טוב.¹⁸

ערכי-היסוד של הפסיקה בשנות התשעים של המאה הקודמת היו ביסודם ערכים ליברליים – שוויון, חירות וכבוד אנושי. הוויכוחים הנוקבים בין השופטים הניחו את קיומם של הערכים הללו ואת תקפותם, והניחו גם שערכים מגזריים שמקורם בדת, בתרבות, באתניות או באידיאלים פוליטיים אינם חלק מן השיטה המשפטית (אלא אם כן קיבלו הכרה מפורשת על-ידי המחוקק, כפי שנעשה, למשל, בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980). הוויכוח בין השופטים – למשל, בדבר מעמדם של חוקי-היסוד – היה ביסודו ויכוח ליברלי על גבולות הביקורת השיפוטית: הרצון הדמוקרטי של העם מול ערכים ליברליים, כגון חירות ושוויון.¹⁹ אלא שכשם שהחברה הישראלית עברה מגזור (סקטוריאליזציה) שבמסגרתו איבדו האליטות המסורתיות את כוחן,²⁰ כך קרה, לטענתי, גם בבתי-המשפט. קריאה זהירה של פסקי-הדין מגלה כי שורה חדשה של ערכים, שמקורם פרטי או מגזרי, הולכים ונהיים מרכזיים בחשיבה המשפטית העכשווית. קודם שאדגים זאת, הרשו לי להעיר שלוש הערות מקדמיות.

ראשית, יש שיאמרו כי העמדה הרולסיאנית היא רק עמדה אחת מני רבות, וכי היא אינה משקפת את הזרמים הרב-תרבותיים המאפיינים חברות ליברליות רבות. ניתן לפיכך לטעון כי כאשר בית-המשפט הישראלי פונה לערכים מגזריים, הוא מבטא בכך גישה רב-תרבותית, המיועדת לתת ביטוי לפלורליזם הערכי של החברה הישראלית ולקדם את הערכים המגזריים, לנוכח החשיבות המיוחסת לזכותם של פרטים לקיים ולשמר את תרבותם.

אולם הניתוח המוצע אינו סותר קידום ערכים רב-תרבותיים, והעמדה הרב-תרבותית אינה מתנגשת בעמדה המוצעת בפרק זה. מקצת מן האירועים שבהם נעסוק היו אירועים שבהם כפה בית-המשפט חיובים משפטיים על קהילות בשמם של ערכים תרבותיים של הקהילות הללו, אף שהקהילות הרלוונטיות התנגדו לחיובים אלה באופן נמרץ. ככלל, רב-תרבותיות

18 ראו Rawls, Justice as Fairness, לעיל ה"ש 6, בעמ' 130-132, ומאידך גיסא, את ביקורתו

של יוסף רוז: Joseph Raz, *Disagreement in Politics*, 43 Am. J. Juris. 25 (1998).

19 אהרן ברק מבחר כתבים א 293-318 (יצחק זמיר וחיים כהן עורכים, 2000); יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" רות גביוון, מרכזי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 5, 32-34 (2000).

20 ברוך קימרינג קץ שלטון האחוסלים (2001).

היא תפיסה שלפיה יש לייחס משקל להכרעות קהילתיות פשוט מכיוון שהן משקפות ערכים קהילתיים. בגרסות המתונות-הליברליות של רב-תרבותיות המדינה נדרשת לסייע לקהילות להנחיל את תרבותן. בגרסות הרדיקליות יותר יש המצדיקים גם כפיית הכרעות שהתקבלו על-ידי קהילות תרבותיות (לפחות כאשר לפרטים הנמנים עימן נשמרת זכות היציאה) או הגנה על פרקטיקות מפלות ובלתי-שוויוניות.²¹

אולם הספרות הרב-תרבותית כולה מתאפיינת בעמדה המייחסת חשיבות מיוחדת לבחירה ולהשתתפות של הקהילה. אכיפת ערכים קהילתיים על-ידי בית-המשפט נגד רצונה של הקהילה חורגת מן המסורת הרב-תרבותית. מימושם של הערכים התרבותיים במסורת הרב-תרבותית נתון בידי הקהילה ומנהיגיה, ולא בידי גורמים חיצוניים כבית-המשפט. קשה לפיכך לראות בשימוש בערכים מגזריים בפסיקה ביטוי לסנטימנטים של רב-תרבותיות כאשר השימוש שנעשה בהם מתנגש באופן בוטה וחריף באופן שבו ערכים אלה מובנים ומיושמים על-ידי הקהילה התרבותית.²²

שנית, זיהויו של ערך כערך פרטי, ולא פוליטי, הוא קביעה נורמטיבית שעשויה להשתנות מחברה לחברה. המסורת הליברלית הרולסיאנית דוחה כמובן שימוש בערכים הלוקוחים מדת או מתרבות פרטיקולרית. ערכים אלה נתפסים במסורת זו כמושתתים על תפיסות טוב מגזריות, 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.²³ זאת ועוד, חוק יסודות המשפט מחייב את בתי-המשפט בנסיבות מסוימות להתבסס בהכרעה שיפוטית על "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". במובנים רולסיאניים, הסדרים אלה הם הסדרים מגזריים המקדמים ערכים פרטיקולריים. לפיכך האפיון של מדינת-ישראל כמדינה יהודית כמו-גם חוק יסודות המשפט מכשירים את

21 לדיון קצר ולאסמכתות ראו: Alon Harel, *Regulating Modesty-Related Practices*, 1 L. & ETHICS HUM. RTS. 213 (2007). אחד המבטאים הבולטים של העמדה שלפיה על המדינה להגן על פרקטיקות קהילתיות אנטי-ליברליות הוא דווקא תיאורטיקן ליברלי. ראו: Chandran, *Are There Any Cultural Rights?*, 20(1) POL. THEORY 105 (1992). על-פי עמדתו, המדינה אינה רשאית להתערב בפרקטיקות קהילתיות, משום שפרקטיקות אלה, גם אם הן מפלות או פוגעניות, הן בגדר עניינם הפרטי של חברי הקהילה. לא למותר לציין כי קיימת הסכמה רחבה בין התיאורטיקנים הפוליטיים על קיומה של זכות יציאה מן הקהילה.

22 לא למותר לציין כי ייתכנו גם חילוקי-דעות קשים בעניין השאלה מי זכאי לייצג את הקהילה. כך, למשל, באפריקה ראשי השבטים הם שייצגו את העמדה של הקהילה, ושיפוטיהם נתפסו בעיני השלטון הקולוניאלי כ"אותנטיים". מחקרים עכשוויים מגלים כי הערכים השבטיים פלורליסטיים הרבה יותר מאלה שבאו לידי ביטוי. ייצוג התרבות השבטית על-ידי ראשי השבטים הוביל לפיכך לעיוות של הערכים התרבותיים של השבט. אולם ביקורת זו אינה רלוונטית למקרים שלפנינו.

23 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"); ס' 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; מנחם אלון "חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינת ישראל ודמוקרטיה" מחקרי משפט יג 27, 34 (1996).

כניסתן של תפיסות טוב מגזריות אל תוך ההכרעה השיפוטית, ומכאן שמשפט של (חלק מ)מה שרולס מסווג כתפיסות טוב הוא פרי החלטה של המחוקק, ולא של בתי-המשפט. אולם טענה זו אינה מקעקעת את התזה המוצעת. אין ספק שערכים מגזריים 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. 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. גם העובדה שיש ערכים מגזריים יהודיים שבית-המשפט הוסמך לדון בהם אינה מנביעה את המסקנה כי בית-המשפט הוסמך לשקול את כל הערכים היהודיים. 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. במהלך הדיון להלן אדגים את השימוש בערכים מגזריים בפסקי-דין שבהם האופי הפרטי או המגזרי של הערך אינו שנוי במחלוקת גם במציאות המורכבת של מדינת-ישראל.

שלישית, לעיתים קרובות בית-המשפט מפעיל ערכים פרטיים-מגזריים כאשר הוא משוחח עם מגזר שאת התנהלותו הוא מבקש להסדיר ומייחס לו ערכים מסוימים. כך, למשל, הערכים שבית-המשפט מבקש לְמשפט כאשר הוא מסדיר סוגיות משפטיות ביחס לחרדים הם לעיתים ערכים דתיים יהודיים. לעומת זאת, כאשר בית-המשפט מסדיר סוגיות הנוגעות בקיבוצים, הוא בוחר להשתמש, כפי שאראה מיד, בערכי "הערבות ההדדית" המיוחסים לקיבוצים. נראה לעיתים כאילו בית-המשפט מנסה לשוחח עם המגזרים השונים בלשונם-הם, תוך שימוש במערכת הערכים שלהם. נטייה זו של בית-המשפט מעלה את השאלה אם יש הבדל נורמטיבי בין שימוש של בית-המשפט בערכים מגזריים שהוא מייחס למגזר שאת התנהלותו הוא מבקש להסדיר לבין שימוש של בית-המשפט בערכים מגזריים באופן האוכף ערכים של מגזר אחד על מגזר אחר.

תשובתי לקושיה זו דומה לזו שנידונה לעיל כאשר דנתי בשאלת הרב-תרבותיות. ייתכן שיש נסיבות שבהן ערכים תרבותיים ראויים להגנה, ואולי אפילו להגנה משפטית. אולם קשה להצדיק מתן הגנה כזו כאשר הקהילה עצמה מפרשת את ערכיה באופן שונה. הגנה בשמם של ערכי תרבות של קהילה מסוימת יכולה להיות מוצדקת רק כאשר היא מבטאת רצון אותנטי של חברי הקהילה או לכל-הפחות פרשנות אותנטית של חברי הקהילה או מקצתם ביחס לערכי הקהילה. אין היא יכולה להיות מוצדקת כאשר היא נכפית מבחוץ על-ידי בתי-המשפט נגד רצונם של חברי הקהילה. בהמשך דבריי אחזור לסוגיה זו. כדי להדגים את המשפט של ערכים פרטיים, אביא שלוש דוגמות הנוגעות בשימוש בערכים מגזריים יהודיים ודוגמה אחת הנוגעת במגזר הקיבוצים. בפסק-הדין בנושא גיוס החרדים השתמש השופט הנדל בערכים יהודיים מגזריים כדי להצדיק את המסקנה כי יש לפסול את החקיקה בעניין גיוס חרדים. כידוע, ההלכה בנושא זה נסמכת על עקרון השוויון.²⁴ אולם בפסקה מסגירה אחת כותב השופט הנדל את הדברים הבאים:

24 ראו, למשל, בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 455-456 (1988).
 ראו, למשל, בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 527-530 (1998);
 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 455-456 (1988).

"בל נשכח כי המשפט העברי איננו חד ממדי. מצוות תלמוד תורה ודאי אינה בגדר בת יחידה. העולם בנוי לא רק על התורה לכדה, 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' (הועדה לגבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות דו"ח הועדה 51 (2000)). 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 (ראו: אגרת הרב יוסף דוב הלוי סולוביצ'יק בהמשך). הנשר הגדול, הרמב"ם, פרש את כנפיו על דיני המלחמה ופירט כי אחד המצבים הנכללים במלחמת מצווה הוא: 'עזרת ישראל מיד צר שבא עליהם' (משנה תורה, הלכות מלכים, פרק ה, הלכה א; וראו ספר חזון איש: אורח חיים, מועד, עירובין ליקוטין, סימן ו, עמוד קסו).²⁵

הערך הרלוונטי שהשופט הנדל נשען עליו הוא הערך של גמילות חסדים בהלכה היהודית. גם אם אין חולק על חשיבותו של ערך זה, יש קושי בשימוש בערך זה כתשתית נורמטיבית לביסוסה של חובת הגיוס. האם השופט הנדל רשאי להטיל חובה על אדם בגין ערך מגזרי המעוגן במקורות המשפט העברי? האם מסירות נפש או גמילות חסדים הן בגדר חובה משפטית או שמא ערכים אלה נתונים לשיקול-דעתו של האזרח? גם אם האזרח משתייך לקהילה המאמצת את ערך גמילות החסדים, אין מקום לאכוף את הפרשנות שניתנת לערך זה על-ידי השופט נגד רצונו של הפרט ושל הקהילה כולה.

שימוש מרחיק-לכת עוד יותר בערכים יהודיים מגזריים עשה השופט רובינשטיין בפסק-הדין בעניין אבו רחמה. בפסק-דין זה בחן בית-המשפט את החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי להגיש כתב אישום בגין התנהגות שאינה הולמת בעקבות ירי שביצע חייל בהוראת המג"ד לעבר פלסטיני שהיה במשמורת.²⁶ בית-המשפט הורה להחמיר את כתב האישום כדי שישקף את חומרת העברות הפליליות. השופטת פרוקצ'יה קבעה בפסק-הדין כי -

"בענייננו, קיים חוסר מיתאם מהותי בין 'פרטי העבירה' המתייחסים לתשתית העובדתית של המקרה, כמתואר בכתב האישום, לבין סעיף האשמה המייחס למג"ד ולחייל התנהגות שאינה הולמת כעבירה יחידה. חוסר מיתאם זה משתקף, בעיקרו, בחומרה הרבה המתלווה לנסיבות הארוע, מצד אחד, אל מול קלותו ומיתנותו של סעיף העבירה שנבחר לצורך אכיפת הנורמה הפלילית על המעורבים, על פי עובדות המקרה כפרטיהן בכתב האישום.²⁷

השופט רובינשטיין מצטרף לשופטת פרוקצ'יה ומשתמש במקורות המשפט העברי כדי לבסס את הטענה. השופט רובינשטיין סבור כי:

25 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פס' 2 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 21.2.2012) (להלן: עניין חוק טל).

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

27 שם, פס' 38 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

"לרעתי עלולה התנהגות מעין זו להיות לכאורה אף בחינת חילול השם – שעה שאדם חשוב, ולענייננו קצין בכיר, פוגע – ואם בדברים ואם למעלה מזה – בזולת, במקרה זה בעצור אזוק וכסוי עיניים. שם שמים מתחלל, כאשר אדם – ובפרט אדם חשוב – נוהג בדברים באופן בלתי ראוי, ואף במקרים בהם אין מדובר מבחינה משפטית בעבירה..."²⁸

לבסוף, בפסק-הדין בעניין פלד דן בית-המשפט בשאלת החוקיות של איסור הכנסת חומר פורנוגרפי לבתי-הסוהר.²⁹ שלושת השופטים פסקו כי איסור זה אינו בלתי-חוקי. הנשיאה ביניש והשופט מלצר הסתמכו בפסק-דינם על ההשפעות האפשריות של החומרים הפורנוגרפיים על הסדר, המשמעת והביטחון בבתי-הסוהר. שורה ארוכה של אסמכתות מן המשפט ההשוואתי חשפה את מערכות השיקולים המורכבות הנוגעות בהסדרת הנושא של חומר פורנוגרפי בבתי-הכלא. אולם השופט רובינשטיין לא הסתפק באלה והוסיף את הדברים הבאים:

"אציין כי אין ההלכה עוסקת באיסורי פורנוגרפיה כמות שהיא, אך הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה כ"א, ב' כותב 'והמסתכל אפילו באצבע קטנה של אשה ונתכון להנות, כמי שנסתכל במקום התורף (הערוה), ואפילו לשמוע קול הערוה או לראות שיערה'. כותב הרב עובדיה יוסף (שו"ת יביע אומר ו' אורה חיים מ"א) על המצב בישראל (בשנות השבעים):

'ומבחינה רוחנית, אשר ירוד ירדנו אלף מעלות אחרנית, ועדים אנו להתדרדרות מוסרית מדהימה, המתירנות גוברת וההתפרקות משתוללת בראש כל חוצות, חוסר צניעות, בגדי פריצות, ספרי פורנוגרפיה, וסרטי קולנוע מבישים.'³⁰

איש אינו חולק על הלגיטימיות של שקילת שיקולים של סדר, משמעת וביטחון בבית-הסוהר. אולם אני מתקשה להבין מהי ההצדקה לאכיפת הפרשנות היהודית של מושגי צניעות ופריצות על המתרחש בין כותלי בתי-הסוהר, תוך הטלת הגבלות שמקורן במסורת היהודית על אסירים שאינם דבקים בערכי הדת היהודית. הערכים גמילות חסדים, איסור חילול השם וצניעות הם ערכי-יסוד של הדת היהודית, אך הם אינם ערכים אוניוורסליים מן הסוג שיכול לשמש בסיס להחלטה שיפוטית. השימוש במשפט העברי נפוץ כידוע במשפט הישראלי, אלא שההתכונות הטיפוסיות על ערכי המשפט העברי מכוונות לחדד את ההבנה של הערכים האוניוורסליים: חירות, שוויון וכבוד.³¹ זו גם העמדה של חוק יסודות המשפט, המדבר על

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

29 רע"ב 5493/06 פלד נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 10.12.2010).

30 שם, פס' ד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

31 להלן שתי דוגמות מן הפסיקה. "הטעמים להגנה על החופש האקדמי הם רבים ושונים, והרבה נכתב על כך. מחקר, לימוד והוראה בכל תחומי הרוח האנושית, שאין עליהם אזיקים, מרוממים את הפרט בחברה ועמו את החברה כולה. זה גם מימוש של צורך אנושי בסיסי. אסתפק בביטוי הנפלא לרעיון זה שנתנו חז"ל במדרש על הפסוק 'המכתב מכתב אלהים הוא חרות על הלוחות' (שמות, לב, טז ויז), שאותו דרשו: 'אל תקרי חרות אלא חירות, שאין לך בן חורין אלא מי שעוסק בתלמוד תורה, שכל מי שעוסק בתורה הרי זה מתעלה' (משנה, אבות ו, ב וטו), ובעוד מקומות). "ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 335, 221 (1996).

שימוש ב"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". לעומתם, הערכים גמילות חסדים, מסירות נפש, איסור חילול השם וצניעות הם ערכים פורמליים-מגזריים. השימוש בהם כבסיס לעיגון חובות משפטיות הוא בגדר משפט של ערכים ושיקולים אשר באופן מסורתי נתונים לשיקול-הדעת המלא של האזרח או המגזר המאמצים ערכים אלה. דוגמה אחרת שאביא לקוחה מפסק-הדין בעניין קיבוץ איילת השחר. בפסק-דין זה עסק בית-המשפט בשאלת המעבר למתן שכר דיפרנציאלי לחברי הקיבוץ. במסגרת דבריו קובע בית-המשפט כך:

"מאז לידתו של הרעיון הקיבוצי... הוקם הקיבוץ על בסיס השקפה הדוגלת בשיתוף ושוויון מלא בין חבריו בתחום הקניין וביתר תחומי החיים; בערכות הדדית של חברי הקיבוץ זה כלפי זה, ובערכות הקיבוץ, כמייצג הכלל, כלפי חבריו; בשוויון ברמת החיים ובאיכות החיים, ובהקצאה שוויונית של תגמולים כלכליים לחברים ללא קשר לגובה התרומה האישית של החבר לקיבוץ; השוויון התייחס לכל אורחות-החיים..."³²

קביעה זו משמשת בפסק-הדין בעניין קיבוץ הסוללים בסיס לקביעה הבאה:

"הבסיס המרכזי לקיומו והמשך קיומו של הקיבוץ הינה הערכות ההדדית בין חבריו ולא דווקא דבקות עיוורת בחלוקה שוויונית מכנית של ההקצבה לחבר – המייצגת אידאולוגיה שלדעת כלל חברי הקיבוץ פשטה את הרגל זה מכבר ואינה מתאימה עוד לצורת החיים אותה הם מבקשים לסגל או לאמץ לעצמם. תוכנית השינוי שומרת על העקרון של הערכות ההדדית, והקימה קרן סיוע. כמו כן, קבעה עדיפויות בעלי ותק בעניינים מסויימים."³³

"תפיסות עולם יסודיות ובסיסיות אלה קבעו גם את היחס שבמקורות היהדות למיעוט לאומי המתגורר תחת שלטון יהודי. שורה של מצוות יסוד בעולמה של היהדות מנומקות בתורה בזיכרון ההיסטורי של האומה ובסבלה כמיעוט תחת שלטונם של אחרים: 'כי גרים הייתם בארץ מצרים' (שמות, כג, ט [ל]; ויקרא, יט, ל [ב]; כב, כ [ב]; כג, ט [ב] ועוד). ולא זו בלבד, אלא אף: 'לא תתעב מצרי, כי גר היית בארצו' (דברים, כג, ח [לד]). הגזענות, שכה רבים חלליה בהיסטוריה האנושית עד עיצומם של ימים אלה, מקומה לא יכירנה בעולמה של יהדות, והיא נדחתה על-ידיה באופן מוחלט. בן אומה אחרת המצטרף לאומה העברית – הופך להיות לאחד מבניה של אומה זו, לכל זכות ולכל חובה: 'חקה אחת יהיה לכם ולגר ולאזרח הארץ' (במדבר, ט, יד [לה]); 'ואל יאמר בן הנכר הנלווה אל ה' לאמור, הבדל יבדילני ה' מעל עמו... כי ביתי בית תפילה יקרא לכל העמים' (ישעיה, נו, ג-ז [לו]). ולא רק מכאן ואילך אלא אף לגבי העבר...". ע"ב 2/84 נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 301-302 (1985).

32 ע"א 1773/06 אלף נ' קיבוץ איילת השחר, פס' 27 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 19.12.2010).

33 ת"א (מחוזי נצ') 187/01 כספי נ' קיבוץ הסוללים – קבוצת המכבי הצעיר ההתיישבות הקלאית שיתופית בע"מ, פס' 57 לפסק-דינה של סגנית הנשיא נאוה אפל-דנון (פורסם בנבו, 16.5.2004) (ההדגשות הוספו).

ערכות הדרית שימשה את בית-המשפט גם בבג"ץ אליאב, שעסק בתביעה של חוסכים בקרן פנסיה. העותרים הצטרפו לקרן הפנסיה בהסכם הצטרפות מיוחד שהקנה להם תנאים מיוחדים. בין היתר קבע ההסכם כי שיעור הגמלאות יחושב על-פי המשכורת החודשית הממוצעת בשנת העבודה האחרונה. עוד קבע ההסכם כי תנאיו עדיפים על תקנון האגודה. ברבות הימים פרשו העותרים מעבודתם, אך בהתאם לתיקון שנערך בתקנון הקרן בשנת 1988, חושבה משכורתם של העותרים לצורך פנסיה על בסיס שיטת הממוצעים, שעל-פיה שיעור הפנסיה מחושב על-פי רמת השכר המשקפת את רוב תקופת העבודה. התוצאה של חישוב גמלתם בשיטה זו (ולא על-פי שיטת המשכורת האחרונה) הייתה גמלה פחותה לעותרים. לפיכך ביקשו העותרים לחייב את הקרן לשלם גמלה לפי ההסכם, ולא לפי התקנון. בית-המשפט העליון דחה את תביעתם, ונימק את פסקתו, בין היתר, בערכי הערכות ההדדית:

"התכלית הסוציאלית של הקרן מושגת באמצעות השקעה משותפת המבוססת על שוויון וערכות הדרית. עיקרון זה, שהוא מיסודות ההתאגדות בקרן פנסיה חברתית, מעוגן אף בדין... מתן זכויות עודפות לקבוצת חברים מסוימת חותר תחת עיקר חשוב זה של שוויון בדיני הפנסיה החברתית; משמיע הוא לנו כי עובדים מסוימים יקבלו נתח גדול יותר מרווחי הקרן. וכנדרש מכך, החברים האחרים – אלה שלא זכו לזכויות עודפות – יקבלו גמלה פחותה."³⁴

בבג"ץ חסן השתמש בית-המשפט לראשונה בערך הערכות ההדדית כדי לפסול חוק של הכנסת על בסיס הטענה כי הוא פוגע בזכות לקיום אנושי בכבוד.

"משאביה הכספיים של המדינה אינם בלתי מוגבלים, והיא רשאית לשאוף לכך שהתמיכות הכספיות הניתנות על ידה תגענה לאלה הזקוקים להן במידה הרבה ביותר. במיוחד הדברים אמורים כאשר מערך התמיכה המדינתית ממומן מכספי הציבור, ומבטא את הערכות ההדדית הקיימת בין פרטי החברה. לערכות הדרית שני פנים; לצד תמיכת הציבור בפרט הנזקק, נגזרת ממנה גם הדרישה הלגיטימית כי פרטים שיש בידם הכנסה מספקת לצורך קיום מינימאלי בכבוד לא ינצלו לרעה את מערך התמיכה הציבורי ולא יפלו לנטל על כתפי יתר הפרטים בחברה. זאת ועוד, כפי שהובהר לעיל, עצם ההתחשבות בבעלות או בשימוש ברכב לצורך בחינת הכנסותיו של אדם היא לגיטימית ואין פסול עקרוני בשקלול מאפיינים אלה למבחן ההכנסות הקבוע בחוק. השאלה היא האם אומדן ההכנסה מבעלות או משימוש ברכב נעשה באופן שאינו פוגע יתר על המידה בזכות לקיום מינימאלי בכבוד. לשאלה זו, שהיא השאלה המרכזית המתעוררת בשלב זה של הבחינה החוקתית, ניגש עתה."³⁵

קודם שאבחן בפרק הבא את הלגיטימיות של שימוש בערכים כגון גמילות חסדים, מסירות נפש, איסור חילול השם או ערכות הדרית, הרשו לי להדוף שתי התנגדויות מקדמיות. על-פי עמדה אפשרית אחת, השימוש של השופטים במושגים "גמילות חסדים", "ערכות הדרית", "חילול השם", "צניעות" וכולי אינו אלא עיטור רטורי, ומערכת השיקולים האמיתית

34 בג"ץ 6460/02 אליאב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד ס(4) 411, 432 (2006).

35 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 57 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012) (ההדגשה הוספה).

בפסקי־הדין הללו התבססה על אמות־מידה אחרות. כך, למשל, פסק־הדין בעניין שירות צבאי לחרדים התבסס על שיקולי שוויון, ואילו פסק־דינה של הנשיאה ביניש בעניין הביטוח הלאומי התבסס על ערך הכבוד המעוגן בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

את תשובתי להשגה זו אתחיל בטענה כי קשה מאוד לדעת מהם הטעמים האמיתיים לשימוש בערכים מגזריים, ואם הם מילאו תפקיד מרכזי בהחלטה. לטעמי, אין מקום לשימוש בעיטורים רטוריים המתחזים לשיקולים משפטיים. שימוש כזה פסול משום שהוא מטעה את קוראי פסק־הדין. 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. זאת ועוד, 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 על־ידי השימוש שנעשה בהם בפסקי־הדין הללו משפיע על מעמדם של שיקולים אלה בפסיקה עתידית. חברה ליברלית מבוססת על הבחנה בין ערכים ציבוריים, שבהם בתי־המשפט חייבים להשתמש, לבין ערכים פרטיים־מגזריים, שאותם המדינה ובתי־המשפט שלה אינם אמורים לקדם. השימוש בערכים אלה בפסקי־הדין ממשפט אותם, דהיינו, מטשטש את אופיים הפרטי של ערכים אלה והופך אותם לערכים ציבוריים שהמדינה ובתי־המשפט שלה חייבים או רשאים לקדם או להעצים. זאת ועוד, שימוש בערכים מגזריים גם ככלי רטורי מעניק לגיטימציה לשימוש בערכים מגזריים בכלל. אם עקרונות מגזריים כגון גמילות חסדים, מסירות נפש או איסור חילול השם יכולים להופיע כערכים המצדיקים הטלת חיובים משפטיים, מדוע שלא יופיעו עקרונות דוגמת "כל ישראל ערבים זה לזה", "כבודה של בת מלך פנימה" או ערכי צניעות מגזריים המטילים חובות דיפרנציאליות על בני מגדרים שונים.

לכסוף, גם אם ניתן להבטיח כי שיקולים מגזריים יישארו בגדר "עיטורים רטוריים", יש פסול במתן מעמד ממלכתי לערכים מגזריים. אחת התוצאות של החדרת ערכים מגזריים אל פסקי־הדין היא שערכים אלה זוכים במעמד ממלכתי כביטויים של האינטרס הציבורי, והקהילות המכוונות את חייהן על בסיס ערכים אלה נתפסות כמייצגות אותנטיות של האינטרס הציבורי או הממלכתי ככזה. במילים אחרות, שימוש בערכים מגזריים במסגרת פסקי־הדין מייצר "ממלכתיות מגזרית". ממלכתיות זו אינה מושתתת על ערכים שמייצגים את האינטרס הציבורי ככזה, אלא על ערכים של מגזרים מסוימים בציבור, אלא שמגזרים אלה מציגים את עצמם (או מוצגים על־ידי בתי־המשפט) כמשרתים נאמנים של האינטרס הציבורי. התנגדות מקדמית נוספת יכולה להיות מושתתת על עמדה שלפיה ניתן להצדיק שימוש בערך מגזרי באופן סלקטיבי, קרי, רק ביחס למגזרים שמאמצים אותו. כפי שראינו, בפסק־הדין בעניין גיוס חרדים השתמש השופט הנדל בערכים הנטועים במסורת היהודית (גמילות חסדים ומסירות נפש) לצורך הסדרת חובותיה של הקהילה היהודית החרדית; ובפסק־הדין בנושא הקיבוצים השתמש בית־המשפט בערך הערבות ההרדית, שאותו ייחס (ככל הנראה בצדק) לקהילה הקיבוצית, כדי לזהות את החובות המוטלות על הקהילה הקיבוצית. לכאורה נראה כי שימוש סלקטיבי בשיקולים פרטיים־מגזריים עשוי להיות לגיטימי, באשר הקהילה

הרלוונטיות נהנית מהכרה ציבורית-משפטית בערכיה, והחובות המוחלטות עליה נגזרות מערכיה-היא.

אני חולק על גישה זו וסבור כי שימוש בערכים מגזריים הוא בעייתי באופן טיפוסי גם כאשר ערכים אלה מוחלים על המגזר הרלוונטי, כמו במקרה של גיוס חרדים או ההחלטה בעניין הקיבוצים, וזאת משני טעמים. הטעם הראשון הוא שלעיתים קרובות השתייכות למגזר אינה מנביעה הסכמה של הפרט לכל הערכים הקולקטיביים של המגזר הרלוונטי. השתייכות למגזר היא לעיתים קרובות תוצר של נסיבות חיים ושיקולים פרגמטיים ואחרים. בנסיבות מסוימות אדם עשוי לקבל עליו את ערכי היחידה החברתית שהוא משתייך אליה, אולם הסכמה כזו אינה יכולה ככלל לנבוע באופן אוטומטי מן ההשתייכות החברתית-הקהילתית של אדם למגזר. אין לפיכך הצדקה לאכוף על אדם המשתייך למגזר החרדים או לקיבוצים את הערכים של הקהילה שהוא משתייך אליה.

שנית, באופן טיפוסי ההכרעה הנכונה בשאלה ערכית מגזרית אינה מובחנת מן השאלה בעניין מיהות הגוף המכריע. במילים אחרות, לעיתים קרובות החלטה אשר מיישמת או מממשת את הערך הפרטי-המגזרי יכולה להיחשב נאמנה לערכי המגזר רק אם הגורם שהחליט אותה הוא גוף שהוסמך לכך על-ידי הקהילה הרלוונטית. לצורך הדגמת נקודה זו הניחו לרגע כי אזרח שמתוסכל מקשייה של מערכת המשפט מקים בית-משפט פרטי שבו הוא אוכף בנאמנות את חוקי המדינה. הניחו כי "פסקי-הדין" הניתנים על-ידי "בית-המשפט" מקיימים בנאמנות את דרישות החוק הישראלי. לא למותר לציין כי הכרעות מסוג זה אינן פסקי-דין מוסמכים של בית-המשפט הישראלי. במילים אחרות, נכונותה של הכרעה שיפוטית תלויה לא רק במהות ההכרעה, אלא במיהות המכריע. זו גם העמדה של רבים מן החברים במגזרים שבית-המשפט מאמץ את ערכיהם. כך, הקהילה החרדית אינה מקבלת את השימוש של בית-המשפט בערכיה-היא; שימוש כזה הוא ראוי ולגיטימי בעיניה רק כאשר הוא נעשה על-ידי מוסדותיה שלה.

המגזר 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. במסגרת פרק זה דנתי בשני מקרים מובחנים שבהם בית-המשפט מְמַשֵּׁט שיקולים. במקרה הראשון המשפוט "מתרגם" אינטרס ציבורי ללשון של זכויות, ובכך מקנה לבית-המשפט תפקיד מרכזי בהכרעה. במקרה השני המשפוט מייבא שיקולים פרטיים-מגזריים אל המשפט ועושה בהם שימוש בהכרעה השיפוטית. הדיון בפרק זה התבסס על החלוקה לשלושה סוגי שיקולים: שיקולים שבית-המשפט ממלא תפקיד מרכזי ביחס אליהם (זכויות); שיקולים שבית-המשפט ממלא תפקיד משני ביחס אליהם (אינטרסים ציבוריים); ושיקולים פרטיים-מגזריים, הצריכים להישאר מחוץ למסגרת הממלכתית-הציבורית. בפרק הבא אנסה לבחון מהם השיקולים הקובעים איזה אינטרס הוא אינטרס משפטי ואיזה אינטרס הוא

אינטרס הממושפט לא כהלכה. פרק זה יבסס את המסקנה כי לא הייתה הצדקה לְמִשְׁפֵּט את השיקולים שמושפטו על-ידי בתי-המשפט.

ב. מהו שיקול/ערך משפטי?

מהן אמות-המידה הקובעות אם אינטרס, שיקול או ערך הם "משפטיים" או שיש לקטלגם כאינטרס ציבורי או כאינטרס, שיקול או ערך פרטיים-מגזריים. בתת-פרק 11 דנתי בקצרה בהצעה אפשרית אחת, שהועלתה על-ידי מדינה וסבן, שלפיה השאלה אם לפרטים יש "זכות לכיטחון" צריכה להיות מוכרעת על בסיס "שיקולים אפיסטמיים", דהיינו, על בסיס השאלה איזה גוף עתיד להחליט החלטה "נכונה יותר" או "ראויה יותר". השאלה מי יחליט החלטה ראויה יותר תלויה הן בידע ובבקיאות של הרשות הרלוונטית והן בשאלה אם המניעים של הרשות ראויים ואם יש לה אינטרס שעלול להטות את שיקול-דעתה. מדינה וסבן סבורים כי כל רשות צריכה לדון בשיקולים שביחס אליהם יש לה יתרון אפיסטמי, דהיינו, יכולת עדיפה לזהות את השיקול ואת משקלו היחסי ולפעול בהתאם. לדעתם, אין מקום לסברה כי המחוקק יעריך בחסר את משקלם של שיקולי ביטחון, ועל-כן שיקולי ביטחון אינם צריכים להיות מקוטלגים כזכות משפטית הניתנת לאכיפה על-ידי בתי-המשפט.³⁶

אפתח פרק זה בביקורת על הטענה האפיסטמית המוצעת על-ידי מדינה וסבן, ואציע בהמשך הצעה חלופית. על-פי הצעתי, יש שיקולים שערכם תלוי (באופן לא-קונטינגנטי) בגוף המיישם את ההחלטה. במילים אחרות, יש שיקולים שרק שקילתם על-ידי גוף מתאים היא המקנה להם את ערכם. באופן ספציפי אטען כי לאפיון של שיקול כשיקול משפטי יש חשיבות לא (רק או בעיקר) משום שבתי-המשפט הם בעלי עדיפות אפיסטמית. שיקול משפטי באופן טיפוסי מטיל חובה על המדינה. משקלו או תחולתו של שיקול כזה אינם תלויים בשיקול-הדעת של הרשות הרלוונטית. שיקול ששקילתו היא בגדר חובה משפטית הוא שיקול שהרשות המחוקקת או המבצעת אינה חופשית להתעלם ממנו, ומשקלו אינו תלוי ברצונה או בגחמותיה. אי-התלות הזו ברצון, בגחמה או בשיפוטיות של הרשות המחוקקת או המבצעת היא המקנה לבתי-המשפט את הלגיטימציה שלהם.

הרשו לי להתחיל בבחינה ביקורתית של הטיעון האפיסטמי. על-פי עמדה אחת, המקובלת על רבים מן התיאורטיקנים המשפטיים, השאלה אילו שיקולים בית-המשפט צריך לשקול תלויה בשיקולים קונטינגנטיים הנוגעים באיכות ההחלטות של בית-המשפט. על-פי עמדה זו, ההכרעה בשאלה אם שיקול או ערך הוא משפטי אם לאו תלויה בשאלה אם בית-המשפט יכול להעריך נכונה את עוצמתו של השיקול. ההכרעה בדבר נעשית אם כן בשני שלבים: ראשית, על התיאורטיקן הפוליטי לזהות את השיקולים והאינטרסים הרלוונטיים שצריכים להשפיע על ההחלטה, ולקבוע את משקלם הראוי; שנית, על התיאורטיקן הפוליטי לזהות את המוסד או הפרוצדורה אשר יבטיחו במידת האפשר החלטה שבמסגרתה השיקולים או האינטרסים הרלוונטיים יזכו בבחינה מעמיקה, יסודית ומספקת. אם, למשל, הערכים גמילות חסדים ומסירות נפש הם ערכים ראויים, עלינו להבטיח כי הפרשנות של הערך הרלוונטי וקביעת משקלו היחסי יינתנו לגוף שיבטיח את התממשותו המיטבית של הערך הזה. מכאן

36 מדינה וסבן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 84.

שהשאלה מהי "זכות" (שמסקלה יישקל על-ידי בתי-המשפט), מהו אינטרס ציבורי (שמסקלו יישקל על-ידי רשויות אחרות) ומהו ערך המוגדר או מקוטלג כ"פּרטי־מגזרי" מוכרעת על בסיס התשובה לשאלה איזה מוסד, איזה גוף או איזו קהילה מסוגלים להבטיח מימוש נאות של הערך הרלוונטי.

דוגמה מובהקת לתפיסה האפיסטמית היא התיאוריה המוצעת על-ידי מדינה וסבן בדבר שיקולי ביטחון. על-פי העמדה שהם מציעים, ביטחון הוא "אינטרס ציבורי", ולא זכות, פשוט מכיוון שיש טעם להאמין כי המחוקקים ו/או הרשות המבצעת לא יפגעו באינטרס זה שלא כדין. מכיוון שאין סכנה שאינטרס זה לא יזכה בייצוג נאות בהליך החקיקה, אין מקום לקטלג אותו כזכות משפטית (שאת משקלה יקבע בית-המשפט). זו כידוע טענה סטנדרטית בהקשר של זכויות האדם. על-פי טענה זו, בית-המשפט, בהיותו גוף שאינו מושפע משיקולים רובניים, הוא מעריך טוב יותר של חשיבותן של זכויות אדם.³⁷ לאמיתו של דבר, מדינה וסבן רואים ביכולת המוסדית של בית-המשפט להעריך נכונה את משקלו של שיקול כאמת-מידה לסיווג שיקול כזכות משפטית. שיקול או טעם מנביעים זכות משפטית רק אם יש סכנה או חשש שהרשות המחוקקת או הרשות המבצעת יעריכו את משקלם בחסר ועל-כן יש צורך להוציא מידם את שקילתם על-מנת להבטיח שהם יישקלו באופן משביע-רצון.

להבנתי, יש שתי טענות מרכזיות נגד עמדה זו. ראשית, לעיתים קרובות הטענה כי לבתי-המשפט, למחוקקים או לגופים אחרים יש יתרון אפיסטמי היא טענה ספקולטיבית. מדינה וסבן סבורים, למשל, כי אין חשש שהמחוקק יפקיר את בטחונם של אזרחי ישראל ולפיכך אין מקום להכיר בזכות משפטית לביטחון. זכות לביטחון היא מוצדקת רק אם יש חשש שהמחוקק יפקיר שלא כדין את בטחונם של אזרחי ישראל. אולם האם אי-אפשר להעלות על הדעת נסיבות שבהן המחוקק, המושפע מאינטרסים כלכליים, יפקיר את בטחונם של אזרחי ישראל? האם אי-אפשר להעלות על הדעת חברה שבה השפעתם של ארגוני זכויות אדם רבה עד כדי כך שהמחוקק או הרשות המבצעת נמנעים מלנקוט אמצעי ביטחון לגיטימיים מחשש שאלה ייפסלו על-ידי בתי-המשפט או יהוו עילה לביקורת ציבורית או בין-לאומית? ייתכן שכיום במדינת-ישראל חששות אלה נשמעים מופרכים. אולם בנסיבות פוליטיות אחרות חששות אלה עלולים להתממש. לאמיתו של דבר, טענות בדבר הפקרת

37 זו כמובן הטענה הנפוצה ביותר בספרות בזכות הענקת סמכויות לבתי-המשפט לפסוק בעניין זכויות האדם. כפי שציין וולדרון: "The concern most commonly expressed about legislation is that legislative procedures may give expression to the tyranny of the majority and that legislative majorities are constantly – and in the United Kingdom, for example, endemically and constitutionally – in danger of encroaching upon the rights of the individual or minorities. So widespread is this fear, so familiar an element is it in our political culture, that the need for constitutional constraints on legislative decisions has become more or less axiomatic." JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* 11 (1999) לניתוח זה מתלווה לעיתים קרובות גם ניסיון להסביר מדוע בתי-המשפט טובים בזהויה זכויות – בין בשל מרכיבים מבניים של הרשות השופטת המאפשרים אובייקטיביות שיפוטית ובין מסיבות אחרות. ראו: Owen M. Fiss, *The Supreme Court, 1978 Term – Forward: The Forms of Justice*, 93 HARV L. REV. 1, 12–13 (1979); Alon Harel, *Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification*, 22 L. & PHIL. 247, 255–256 (2003)

בטחונם של אזרחי ישראל נשמעות לא אחת גם כיום בשיח הפוליטי,³⁸ וגם אם איני נוטה לאמץ עמדה זו, איני סבור כי לא ייתכנו נסיבות שבהן רשות מחוקקת או רשות מבצעת עלולות להפקיר את בטחון האזרחים.

זאת ועוד, הטיעון האפיסטמי אינו מסביר באופן מספק את התובנות האינטואיטיביות של מדינה וסבן. בטחון הציבור הוא חלק מן האינטרס הציבורי לא (רק או בעיקר) משום שאין כשל מובנה בהערכת עוצמתו של שיקול זה על-ידי הרשות המחוקקת או המבצעת, אלא משום שבטחון הציבור הוא בסופו של יום עניינו של הציבור, ולפיכך הציבור (באמצעות נציגיו) רשאי להחליט החלטות ביחס אליו. כך, הציבור רשאי להחליט לפגוע בביטחון בשמם של ערכים אחרים, כגון זכויות אדם. כשם שפרט רשאי להקריב את בטחונו למען תכליות החשובות לו, כך גם הציבור רשאי להחליט להקריב מקצת מבטחונו למען השגת מטרות אחרות. הטיעון האפיסטמי המוצע על-ידי מדינה וסבן אינו רק ספקולטיבי אם כן, אלא גם אינו מסביר באופן מספק את התובנה האינטואיטיבית שבטחון הציבור הוא בסופו של יום עניינו של הציבור, ושליציבור יש הפררוגטיבה להחליט ביחס אליו.

מה אם כן עומד מאחורי התפיסה שלפיה השיקול של בטחון הציבור הוא "עניינו של הציבור" ולפיכך אינו בגדר זכות משפטית, ואילו הזכות לחיי משפחה היא זכותו של היחיד ולפיכך הכרעות בעניינה צריכות להתקבל על-ידי בתי-המשפט? ההצעה שאני עומד להציע דוחה את השיקולים האינסטרומנטליים-האפיסטמיים ונסמכת על שיקולים אחרים. באופן ספציפי אטען כי שיקול הוא שיקול משפטי (המקוטלג לעיתים קרובות כ"זכות") לא משום שבת-המשפט ניחנים ביכולת אפיסטמית עדיפה בנוגע אליו, אלא משום שמדובר בשיקול שביחס אליו אין לרשות (המבצעת או המחוקקת) שיקול-דעת. ההכרה בזכות משפטית היא בגדר ביטוי לכך שהעניין אינו נתון להעדפות או לגחמות של הרשות המבצעת או המחוקקת. שיקול כזה מוכר כזכות משפטית לא (רק או בעיקר) משום שהרשות המחוקקת או המבצעת עתידה לפגוע בזכות או לא להעריך את משקלה כהלכה, אלא פשוט כדי לבטא את קיומה של חובה שמימושה אינו כפוף לשיקול-דעתה של הרשות.

במילים אחרות, זכות משפטית אינה מיועדת (רק או בעיקר) להבטיח את התממשותם הנכונה או הראויה של האינטרס או הערך המוגנים, יהיו אלה חירות, שוויון או כבוד. זכות משפטית מכוונת בסופו של יום להבטיח כי ההכרעה בעניין האינטרס או השיקול לא תהיה תלויה ברציות, בהעדפות או בגחמות של המחוקק. גם כאשר המחוקק או הרשות המבצעת מגינים היטב על זכויותיהם של הפרטים, יש משהו פגום בכך שההגנה תלויה ברצונות או בשיפוטיות של המחוקק או של הרשות המבצעת. הזכות המשפטית חשובה לא משום (או לא רק משום) שהשופטים עתידים להחליט החלטות טובות יותר, אלא גם (ואולי אף בעיקר) משום שהפיכת השיקול למשפטי מוציאה אותו ממסגרת השיקולים הנתונים לשיקול-הדעת של המחוקק או הרשות המבצעת. לפיכך הטעם להעתקת שיקול-הדעת אל בתי-המשפט אינו (רק) טעם תוצאתני או תועלתני, דהיינו, טעם המבוסס על היתרון האפיסטמי של

38 ראו, למשל, עמיחי אתאלי "טרור האבנים שוב מאיים על כבישי יו"ש" nrg 18.3.2013 www.nrg.co.il/online/1/ART2/453/033.html; איתן אהרון "ביקורת קשה על הממשלה מצד המתנחלים: הופקרנו סרוגים" 14.6.2010; "ועד היישוב היהודי בחברון: הממשלה מפקירה ביטחון התושבים" ynet 7.3.2005 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3055025,00.html.

המוסד השיפוטי; הטעם הוא להבטיח שהחלטה לא תהיה פרי של שיקול-דעת או גחמה של פקידי ציבור או מחוקקים.

לצורך חידוד הטענה חִשְׁבו על הדוגמה הבאה: ראובן נזקק ל-100 ש"ח כדי להחזיר חובות רחופים. למזלו, שמעון חייב לו 100 ש"ח, וראובן פונה לשמעון כדי לקבל את כספו. שמעון מכחיש את קיומו של חוב, אבל מוכן ומזומן להעניק לראובן 100 ש"ח כמחווה של רצון טוב. ראובן זועם, ובצדק: הוא לא רק רוצה לקבל 100 ש"ח; הוא רוצה לקבל 100 ש"ח כתשלום חוב, ולא כמתנה. אולם נשאלת השאלה מדוע, שהרי אחרי הכל, 100 ש"ח שניתנו כמתנה יאפשרו לראובן להחזיר את חובותיו ממש כמו 100 ש"ח שניתנו כתשלום חוב.

לשאלה זו ייתכנו תשובות שונות: מתן מתנה משנה את היחסים בין ראובן ושמעון. אם שמעון ייתן את הכסף לראובן כמתנה, יחוב לו ראובן חובת הכרת טובה. כך, אם גלגל המזל יתהפך ושמעון יזדקק לכסף שראובן יוכל להעניק לו, הכרת הטובה תחייב את ראובן לסייע לשמעון. לתשלום חוב אין השלכות מעין אלה על היחסים בין ראובן ושמעון. אולם לענייננו חשובה התובנה שאם התשלום מוגדר כחוב, ראובן אינו נתון לחסדו של שמעון; התשלום נובע מקיומה של החבות, ולא מרצונו הטוב או מנדיבותו של שמעון. זאת ועוד, אם שמעון מתעקש לתת את התשלום כמתנה, ימצא ראובן נחמה בכך שהקהילה מגנה את התנהגותו של שמעון ורואה בה פגיעה בזכותו של ראובן. אם הקהילה מגנה את שמעון (או התנהגויות דומות) והגינתי של התנהגויות אלה הוא ככלל אפקטיבי, יהיה נכון לומר כי תשלום החוב "אינו נתון לחסדו או לשיקול-דעתו של שמעון", וכי האינטרסים של ראובן מוגנים.

יש שני מרכיבים מרכזיים הראויים לציון בהקשר זה. ראשית, כדי לא להיות נתון לחסדו של אדם אחר, אין די בנורמות מוסריות המחייבות את שמעון לשלם לראובן (קיום הבטחות או קיום חוזים, למשל). נוסף על אלה צריכה להיות מערכת אפקטיבית של נורמות חברתיות פומביות אשר מחייבות את שמעון לשלם לראובן. בהעדר מערכת כזו ניתן לתאר את ראובן כ"נתון לחסדו של שמעון", משום שאין מסגרת שתאפשר לראובן לתבוע את זכותו. שנית, השאלה אם ראובן "נתון לחסדו של שמעון" אינה (רק או בעיקר) פונקציה של ההסתברות שהחוב ישולם. גם אם שמעון הוא אדם הגון ואחראי ועל-כן ההסתברות שהוא ישלם את חובותיו גבוהה, ראובן חפץ עדיין בקיומן של נורמות חברתיות התובעות מחייבים לשלם את חובם.

תובנה זו אינה מוגבלת רק להקשר של החובה המוסרית לקיים הבטחות. לאמיתו של דבר, היא מתרחבת גם לעבר שאלות של תיאוריה פוליטית. במדינה שיש בה חוק פלילי ואכיפה אפקטיבית איני נתון לחסדם של עבריינים, אף שיתכן שאפול קורבן למעשה פשע. לעומת זאת, במדינה שאין בה הסדרה פלילית או אכיפה אפקטיבית אני נתון לחסדם של עבריינים אף אם רוב האנשים לא ייפגעו מפשע.³⁹ במילים אחרות, שלמות גופו של האדם או ההגנה על רכושו נתונות במדינה כזו לחסדם של אחרים, גם אם באופן מעשי רובם לא ייפלו קורבן למעשה פשע. כפי שאמר בהקשר אחר לואי פיליפ הודג'סון:

"If I live in a particularly nasty part of town, then it may turn out that, when all the relevant factors are taken into account, I am just as

39 על טענה זו הגנתי במאמרי: Alon Harel, *The Duty to Criminalize*, 33 L. & PHIL. (forthcoming, 2014).

vulnerable to outside interference as are the slaves in the royal palace, yet it does not follow that our conditions are equivalent from the point of view of freedom.⁴⁰

את התוכנה הזו אני רוצה ליישם בהקשר של השאלה שלפנינו. שיקול ראוי להיות מסווג כשיקול משפטי (ולא, למשל, כאינטרס ציבורי או כשיקול/ערך פרטי או מגזרי) לא משום שבית-המשפט נהנה מעדיפות אפיסטמית ביחס אליו, אלא משום ששיקולו צריכה להיות בלתי-תלוייה ברצונם הטוב של המחוקק, של הרשות המבצעת או של גוף אחר. גם אם הרשות המחוקקת או המבצעת מגינה היטב על זכותי לחופש הביטוי (וצפויה לעשות זאת גם בעתיד), אני חפץ (כמו ראובן בדוגמה שהובאה לעיל) שמימושה של ההגנה על זכותי לא יהיה תלוי ברצונו הטוב של המחוקק (או של הרשות המבצעת). חשיבותה של הזכות המשפטית נגזרת (גם) מן העובדה שכיבוד הזכות אינו תלוי ברצונו הטוב של המחוקק או בגחמותיו. מהו הבסיס הנורמטיבי לתביעה של המלווה כי הלווה לא רק ישלם את החוב, אלא גם יכיר בו, וכי אם לא יכיר בו, תגן הקהילה על זכותו לקבל את חובו? מהו הבסיס לרצון לעגן את הזכות לחופש הביטוי בזכות חוקתית החשופה לביקורת שיפוטית (גם כאשר המחוקק מגן באופן אפקטיבי על זכות זו)? התשובה שהצעתי בהקשר אחר השתמשה במושג החירות, ובמיוחד החירות הרפובליקאית, כדי להצדיק את הדרישות הללו. על-פי עמדה זו, ההגנה על חירות אינה רק מניעת הפגיעה בזכות, אלא גם מניעת מצב שבו החירות תלויה בשיקול-הדעת או בגחמה של אדם (או גוף) אחר. חסידיה של תיאוריית "החירות הרפובליקאית" דוחים לפיכך את העמדה שלפיה רק הפעלת כוח או איום בהפעלת כוח הם בגדר פגיעה בחירות. לדידם, פגיעה בחירות מתרחשת בכל מצב של "non-domination" (העדר שליטה). החירות הרפובליקאית נשללת כאשר האזרח תלוי בגחמות של אדם (או גוף) אחר.⁴¹

החירות הרפובליקאית מסבירה לדעתי היטב את המשמעות הציבורית של הכרה בשיקול או בערך כמצמיחים זכות משפטית. הכרה כזו משמעה הכרזה כי השיקול או הערך אינם נתונים לשיקול-הדעת של רשויות אחרות. כשם שהנושה בדוגמה שהובאה לעיל אינו "חי בחסדו" של החייב כאשר החברה מקיימת מנגנונים אפקטיביים לאכיפת חובות, כך האזרח אינו "חי בחסדם" של המחוקק או של הרשות המבצעת כאשר עומדת לו זכות משפטית. ההכרה באינטרס כמצמיח זכות משפטית והקביעה כי בתי-המשפט הם הפורום המתאים לשקילת האינטרס הן בגדר הכרה בכך שלמדינה אין שיקול-דעת בעניין זה; במילים אחרות, הן מגלמות קביעה כי ההכרעה הוצאה מתחום ההחלטות שביחס אליהן לרשות המחוקקת או המבצעת יש שיקול-דעת. קביעה זו אינה מבוססת (רק או בעיקר) על הכישורים העדיפים של בית-המשפט, אלא על שיפוט נורמטיבי שלפיו רצון או גחמה ואפילו שיפוט של הרשות המחוקקת או המבצעת אינם צריכים להשפיע על המשקל היחסי של הערך או הזכות. כאן עשויה להישאל השאלה אם אין די בחובה המעוגנת בנורמות חברתיות, דתיות או מוסריות. מה הופך את החובה החוקית למיוחדת כל-כך? הרי בדוגמת החוב שהובאה לעיל טענתי כי נורמות חברתיות עשויות להגן על הנושה מפני גחמותיו של בעל החוב.

Louis Philippe Hodgson, *Kant on the Right to Freedom: A Defense*, 120 ETHICS 791, 40
816 (2010).

41 ראו את הדיון בספרי: ALON HAREL, WHY LAW MATTERS ch. 5 (2014).

האם חובות חברתיות, רתיות או מוסריות אינן יכולות להגן באותו אופן על האזרחים מפני כפיפות לרצונם או לגחמותיהם של המחוקקים או של הרשות המבצעת? הקושי בהצעה זו הוא שלא המחוקק ולא הרשות המבצעת חייבים תמיד – או אפילו באופן טיפוסי – לפעול בהתאם לנורמות חברתיות. הן המחוקק והן הרשות המבצעת חייבים לפעול כדי לקיים את האינטרס הכללי במסגרת ההסדרים החוקיים ובהתאם להם. נורמות חברתיות אינן מטילות חובות על המחוקק. מובן שבפועל נורמות חברתיות עשויות להשפיע על אופן פעולתו של המחוקק, אולי אף יותר מאשר נורמות משפטיות. אולם הניתוח המוצע כאן אינו ניתוח אינסטרומנטלי המיועד להבטיח שהמחוקק או הרשות המבצעת פועלים כהלכה. תכלית הניתוח היא להסביר את משמעותה וחשיבותה של פעולה המונעת מחובה, במובחן מפעולה הנתונה לשיקול-דעת.

שתי דוגמות אקטואליות יסייעו בהערכת החשיבות של הפיכת שיקול לזכות משפטית. הדוגמה הראשונה נוגעת בוויכוח האקטואלי על גיוס חרדים לצבא. סוגיית גיוסם של החרדים נהפכה כמובן לשאלה פוליטית בוערת. אולם לא רבים הבחינו כי סוגיה זו מערבת בתוכה שתי שאלות מובחנות זו מזו: השאלה האחת היא אם (וכמה) חרדים יגויסו בפועל לצבא; ואילו השאלה האחרת היא אם תוטל על החרדים חובה להתגייס – חובה הנגזרת, למשל, מן הזכות לשוויון.

רבים סברו כי דווקא חקיקה מחמירה בנושא הגיוס תקטין את מספר המתגייסים, ולא תגדיל אותו. ראש הממשלה עצמו סבר כך.⁴² זו הייתה גם עמדתם של חלק מן המשתתפים בוועדת פלסנר.⁴³ בפסק-הדין שבו נקבעה בטלותו של חוק טל, הסתמך בית-המשפט בראש ובראשונה על הכישלון של חוק טל בגיוסם של החרדים. השאלה שעניינה את בית-המשפט, ואשר על בסיסה נקבע כי החוק פוגע בעקרון השוויון, התבססה על מספריהם של המתגייסים החרדים בפועל. הנשיאה ביניש בחנה בדקדקנות את מספרי המתגייסים, וקבעה על בסיס זה את חוסר האפקטיביות של החוק. לדעתה:

"המסקנה המתבקשת, לאחר הבחינה המקיפה של הנתונים ביחס למסלולים השונים שהותוו בחוק – כל אחד בפני עצמו וכולם במצטבר – כי האמצעים שנקבעו בחוק לא הגשימו ואינם עשויים להגשים את תכליותיו ברמת הסתברות ממשית. יישום החוק במהלך תקופת הניסיון הממושכת שניתנה עד כה מצביע על כך שקיימים בחוק חסמים אינהרנטיים המשפיעים השפעה ניכרת על האפשרות ליישמו, עד כדי פגיעה ביכולת להגשים את תכליותיו... האם ניתן לקבוע כי בחלוף תשע שנים גיוס לצבא של 898 חרדים (מתוכם כ-400 בני נוער חרדי נוסף) והצטרפות של 1,122 נוספים לשירות אזרחי קצר, בלתי ברור ובלתי מוגדר מתוך קבוצה של 61,877 דחויי שירות מהווים הגשמה של מטרות החוק? האם ניתן לראות כהגשמה של מטרות החוק מצב בו מרבית היוצאים לשנת הכרעה מקבלים פטור משירות צבאי או חוזרים למעמד 'תורתו אומנותו', ולא משתלבים בשירות צבאי או תחליפיו או בשוק העבודה? האם ניכרת הגשמה של התכליות

42 מוטי בסוק "ננתיהו: מהלך קיצוני מדי יקטין את מספר החרדים המתגייסים" TheMarker 15.7.2012 www.themarker.com/career/1.1776463

43 מורן אזולאי ורועי מנדל "הבית היהודי בעד חוק הגיוס: 'פשרה היסטורית'" ynet פוליטי-מדיני 23.5.2013 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4383496,00.html

שעה שמספר גדול הרבה יותר של צעירים מצטרף מידי שנה להסדר 'תורתו
אומנותו' במקום לבחור באחד ממסלולי השירות הקבועים בחוק?⁴⁴

אולם גם אילו הסתבר כי חוק טל אפקטיבי, לא ברור כלל שהיה מקום לחוקקו (כאשר
הוא מבחין בין חרדים לבין לא-חרדים), וגם אם הוא אינו אפקטיבי, לא ברור כי יש מקום
להימנע מחקיקת חוק המחייב גיוס חרדים. זאת, לא משום שחקיקת חוק כזה תשווה בפועל
את המעמסה המוטלת על כתפיהם של החרדים לזו המוטלת על המתגייסים שאינם חרדים,
אלא משום שהזכות לשוויון מחייבת הטלת חובות שוות (גם כאשר חובות אלה אינן מתממשות
באופן שווה). כך, למשל, ניתן לטעון כי גם אם בדרך נס היו כל החרדים מתייצבים כאיש
אחד בלשכות הגיוס, עצם העובדה שתחת החוק הקיים אין הם חייבים לעשות כן פוגעת
בעקרון השוויון. מכאן שעל המחוקק לחייב את החרדים להתגייס, גם אם חובת הגיוס תקטין
את מספר המתגייסים בפועל.

הדוגמה השנייה נוגעת בוויכוח הנוקב על הפלות בגרמניה.⁴⁵ בשנת 1975 קבע בית-
המשפט החוקתי הגרמני כי החוק המתיר הפלות במהלך הטרימסטר הראשון של ההיריון
הוא בלתי-חוקתי, משום שהוא פוגע בסעיף 2(2) של חוק-היסוד הגרמני.⁴⁶ אחד הפרשנים
המשפטיים של פסק-דין זה קבע כי למדינה יש לא רק זכות להגן על חיי העובר, אלא גם
חובה לעשות כן.⁴⁷ בשנת 1993, בעקבות איחוד גרמניה, בחן בית-המשפט החוקתי את השאלה
שנית, וקבע שוב כי הפלות הן בגדר פגיעה בזכות לחיים, וכי למדינה יש חובה להגן על חיי
העובר.⁴⁸ בית-המשפט הגרמני קבע כי הפלות חייבות להיות אסורות בחוק. עם זאת, הוא
הוסיף וקבע כי המדינה רשאית להמיר את העונש הפלילי ב"ייעוץ מוסרי". הייעוץ המוסרי
חייב לסייע בהגנה על חיי העובר ובשכנועה של האם לא להפיל את העובר.⁴⁹
איני רוצה לבחון כאן בדקדקנות את פרטי ההסדר הגרמני, וגם לא לדון בשאלה אם
לעופרים יש זכות לחיים אם לאו. אניח בדיון להלן (בניגוד לדעתי) כי לעופרים יש זכות

44 עניין חוק טל, לעיל ה"ש 25, פס' 56 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (ההדגשה במקור).

45 לבחינת תולדותיו של הטיפול המשפטי בהפלות בגרמניה ראו: Donald P. Kommers, *The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention?*, 10 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 1 (1994); Gerald L. Neuman, *Casey in the Mirror: Abortion, Abuse and the Right to Protection in the United States and Germany*, 43 Am. J. Comp. L. 273 (1995).

46 ראו: Bundesverfassungsgericht Mar. 27, 1973, 35 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 1. לתיאור מפורט של פסק-הדין וחיבותו ראו: Donald P. Kommers, *Liberty and Community in Constitutional Law: The Abortion Cases in Comparative Perspective*, 1985 BYU L. REV. 371; Felix Lange, *American Liberalism and Germany's Rejection of the National Socialist Past – The 1973 Roe v. Wade Decision and the 1975 German Abortion I Case in Historical Perspective*, 12 GERMAN L.J. 2033 (2011).

47 ראו Kommers, שם, בעמ' 395.

48 Kommers; Bundesverfassungsgericht May 28, 1993, 88 BVERFGE 203, לעיל ה"ש 45, בעמ' 19.

49 Kommers, לעיל ה"ש 45, בעמ' 19-20.

לחיים. בהינתן הנחה זו אטען כי הקביעה של בית-המשפט הגרמני כי הפלה היא עברה פלילית מבוססת לא על היכולת האפיסטמית של בית-המשפט, אלא על העמדה כי בהעדר איסור פלילי יהיו חיי העובר נתונים לחסדה של האם. מאותה סיבה, גם ההחלטה אם להפליל הפלה אינה צריכה להינתן למחוקק, משום שבנסיבות אלה ההחלטה על חיי העובר נתונה לחסדו של המחוקק. הזכות לחיים דורשת לא רק להגן על חיי העוברים (על-ידי הקטנת מספר ההפלות), אלא גם להבטיח שההחלטה בעניין הפלות לא תהא נתונה לחסדה של האם או לחסדו של המחוקק. מכאן (בהינתן ההנחה כי לעוברים יש זכות לחיים), ההכרעה בעניין ההפלה צריכה להינתן לבתי-המשפט, ולא למחוקקים.

הניחו לרגע כי לפני הבונדסטאג מוצגות ראיות שלפיהן ביטול החוק הפלילי האוסר הפלות דווקא יקטין את מספר ההפלות בחברה. הבונדסטאג מחליט לפיכך כי מכיוון שלעוברים יש זכות לחיים, הדרך הטובה ביותר להגן על זכותם זו היא לבטל את האיסור הפלילי. הבונדסטאג טוען כי לנוכח הראיות דווקא ביטול האיסור הפלילי מתחייב מן הרצון להגן על זכותם של העוברים לחיים.

מן הניתוח שאני מציע כאן עולה כי החלטתו זו של הבונדסטאג שגויה, משום שבהעדר איסור פלילי חיי העובר נתונים לחסדה של האם. במילים אחרות, כאשר אישה הרה מחליטה לא להפיל, החלטתה מבוססת על שיפוטיה-היא, ולא על זכותו של העובר לחיים. אפילו אם מתן שיקול-הדעת לאם יקטין בפועל את מספר ההפלות, עצם העובדה שחיי העובר נתונים לחסדה של האם היא בגדר פגיעה בזכותו לחיים. זאת ועוד, בנסיבות אלה אפילו ההחלטה אם להפליל את ההפלה אם לאו אינה יכולה להינתן לבונדסטאג, שכן חיי העובר צריכים להיות בלתי-תלויים לא רק בחסדה של האם, אלא גם בחסדו של הבונדסטאג.

ההחלטה של בית-המשפט הגרמני להפליל הפלות מבוססת לפיכך לא על הקביעה כי בית-המשפט הוא מוסד טוב יותר להכריע בשאלה, אלא על הקביעה כי ההגנה על חיי העובר אינה צריכה בסופו של יום להיות כפופה לשיקול-הדעת של האישה או אפילו של המחוקק. הוויכוח בעניין ההפלות בגרמניה מדגים לדעתי כי הקביעה ששיקול הוא משפטי אינה קביעה אינסטרומנטלית המיועדת להבטיח כי השיקול יישקל באופן ראוי על-ידי מוסד בעל יתרון אפיסטמי. תכלית הקביעה אינה להגן על חיים, אלא להגן על הזכות לחיים. ההגנה על הזכות לחיים עלולה בנסיבות מסוימות (כמו בדוגמה לעיל) לפגוע בחיים. אולם גם אם האיסור הפלילי עלול להגדיל את מספר ההפלות (שהן על-פי הנחתנו פגיעה בזכות לחיים), ההגנה על הזכות לחיים מחייבת, על-פי העמדה המוצעת, את הפללת ההפלות.

הרשו לי להעלות בשלב זה שתי התנגדויות מרכזיות לניתוח המוצע. על-פי התנגדות אחת, ההבחנה בין שיקול שהוא אינטרס ציבורי לבין שיקול שהוא זכות משפטית היא הבחנה מדומה. גם קידום האינטרס הציבורי מטיל חובות, ואלה דומות במהותן לשיקולים ממושפטים. על-פי התנגדות שנייה, אין כל הבדל בין המקרה שבו הזכות נתונה לשיקול-דעתה של הרשות המחוקקת או המבצעת לבין המקרה שבו היא נתונה בידי בתי-המשפט. גם לאחר משפוט של שיקול (או ערך) האזרח נתון לחסדו של בית-המשפט. מכאן שחירותו אינה זוכה בהגנה אפקטיבית יותר מזו שהייתה ניתנת לו על-ידי הרשות המחוקקת או המבצעת. על-פי ההתנגדות הראשונה, יש הבדל גדול בין דוגמת ההלוואה לבין המקרה של שיקול או ערך הנתון לשיקול-הדעת של המחוקק או הרשות המבצעת. לאמיתו של דבר, המחוקק או הרשות המבצעת לעולם אינם רשאים לפעול על-פי שיקול-דעת או גחמה. החלטותיהם

אינן דומות לפיכך להחלטה לתת מתנה לאזרחיהם – מתנה הנתונה לשיקול-דעתם. החלטה של המחוקק או של הרשות המבצעת חייבת להיות מעוגנת תמיד בשיקולים של טובת הציבור. מכאן נובע כי גם אם השיקול הוא אינטרס ציבורי, הרשות מחויבת לפעול על-פיו, ואין לה שיקול-דעת לא לפעול באופן שמקדם אינטרס זה. הן הזכויות (שנשקלות על-ידי בתי-המשפט) והן האינטרסים הציבוריים (שנשקלים על-ידי רשויות אחרות) מטילים אם כן חובות על הרשות – חובות שתכליתן היא קידום האינטרס הציבורי. עמדה זו נוסחה על-ידי ג'ון פיניס, אשר קבע כי –

“[N]owhere here do we find a collective welfare determinable apart from individual rights which define, shape, and constitute the common good, the public rights is in the *public* interest.”⁵⁰

על-פי עמדתו של פיניס, הן הזכויות והן החלטות המיועדות לקדם את טובת הציבור מקדמות כולן את האינטרס (הטוב) הציבורי. הדיכוטומיה הליברלית בין חובות, מצד אחד, לבין שיקולים הנתונים לשיקול-הדעת של המחוקק, מצד אחר, היא פשטנית מדי. הן זכויות (ממושפטות) והן שיקולים אחרים שאינם ממושפטים הם ביטויים לחובתן של הרשויות כולן לקדם את האינטרס או הטוב הציבוריים.

עמדתו של פיניס חושפת את ההפרזה הליברלית הקלסית בהנגדה של זכויות עם האינטרס הציבורי. עם זאת, גם אם נקבל את ביקורתו של פיניס על הדיכוטומיה הליברלית הקלסית, יהיה זה פזיז מצידו של התיאורטיקן הפוליטי להסיק כי אין הבדל בין החלטות המיועדות לקדם את הטוב הציבורי כפי שהוא מתפרש על-ידי המחוקק או הרשות המבצעת לבין שיקולים שאינם ניתנים לפרשנות כזו (באשר שקילתם הוצאה מתחום שיקול-הדעת של המחוקק או הרשות המבצעת). אף אם נודה כי גם בהעדר משפוט של שיקול או ערך המחוקק מחויב לשקול שיקולים ראויים, קיים עדיין הבדל בין המקרה שבו השיקול נתון לפרשנותם של המחוקק או של הרשות המבצעת לבין הסיטואציה שבה שיקול-דעת כזה נשלל מן המחוקק או הרשות המבצעת. המשפוט מבטיח כי ההחלטה לא תהיה חשופה לגחמותיהן או להעדפותיהן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, וגם לא לשיפוטם הפרשניים שלהן. על-פי ההתנגדות השנייה, המשפוט אינו מגן על האזרח מפני חיים בחסדו של גוף אחר: לפני המשפוט חי האזרח בחסדה של הרשות המחוקקת או המבצעת, ואילו לאחר המשפוט הוא חי בחסדו של בית-המשפט. האם הקביעה של בית-המשפט הגרמני, למשל, שלפיה הזכות לחיים מחייבת הפללת הפלות אינה חושפת את חייו של העובר לגחמות, להעדפות או לשיפוטם של השופטים או של בתי-המשפט או אולי של הרשות המכוננת? אם בסופו של יום ההחלטה אם יש להפליל השתמטות מן הצבא או להפליל הפלות נתונה לבית-המשפט (ולא למחוקק), אזי ערך השוויון או הזכות של העובר לחיים נתונים לגחמותיו או להעדפותיו של בית-המשפט. מדוע לפיכך חיים בחסדו של בית-המשפט – או של החוקה במקרה הגרמני – עדיפים על חיים בחסדה של האישה או של המחוקק?

התשובה היא כי בניגוד לתפקידם של המחוקק או של הרשות המבצעת, הרשות השופטת אינה מחליטה (לפחות באופן אידיאלי) על בסיס גחמותיה או שיפוטיה; תפקידה הוא לזהות

John Finnis, *Human Rights and Their Enforcement*, in 3 HUMAN RIGHTS & COMMON 50

.GOOD: COLLECTED ESSAYS 19, 34 (2011)

מהן הזכויות המשפטיות ומה משקלן, ולא לקבוע את משקלן על בסיס העדפותיה, שיפוטיה או גחמותיה. יש לפיכך הבדל עמוק בין משמעותה של החלטה של המחוקק או הרשות המבצעת לבין משמעותה של החלטה של שופט. החלטה של המחוקק או של רשות מבצעת נתפסת כמשקפת העדפה או שיפוט שלהם, ואילו החלטה של הרשות השופטת אינה ביטוי של העדפה, גחמה או אפילו שיפוט. הרשות השופטת פועלת אך ורק מתוך חובה.

הדרך להדגים את ההבדל היא לחזור לדוגמת הלווה והמלווה. לכאורה, גם בחברה שבה נורמות חברתיות אפקטיביות מבטיחות שבעלי חוב ישלמו את חובותיהם וזכותו של המלווה תלויה בחסדה של ישות שלישית – היא החברה – שהרי אם הנורמות החברתיות ישתנו, יוכל הלווה לסרב להחזיר את חובו מבלי להיחשף עקב כך לסנקציה חברתית. עם זאת, איש לא יאמר כי בחברה זו הלווה חי בחסדן של הנורמות החברתיות. באותו אופן יהא זה שגוי לומר כי אין הבדל בין חיים בחסדם של המחוקק או הרשות המבצעת לבין חיים בחסדו של בית-המשפט. אין ספק שגם משפוט של שיקול או ערך אינם מבטיחים את ההגנה עליהם, כאשר בתי-המשפט עלולים לשנות את עמדתם. עם זאת, סיכון זה אינו פוגע בחירותם של האזרחים באותו אופן שבו חשיפה לגחמות של המחוקק או הרשות המבצעת פוגעת בה.

הרשו לי לחזור ממרומיה של התיאוריה בדבר חירות רפובליקאית אל השאלה המרכזית של פרק זה: מהם השיקולים המשפטיים הלגיטימיים שעל בית-המשפט לשיקול? מהו שיקול משפטי ומהו שיקול ממושפט? מה בסופו של יום קובע כי בטחון הציבור הוא אינטרס ציבורי, ולא זכות של הפרטים המשתייכים לציבור? מדוע גמילות חסדים, ערבות הדדית או איסור חילול השם הם שיקולים ממושפטים, ואילו כבוד האדם או שוויון הם שיקולים משפטיים? המבחן שאני מציע כאן מבוסס על חירות רפובליקאית. שיקול הוא משפטי ביסודו (וצריך על-כן להישקל על-ידי בית-המשפט) כאשר אי-הבאתו בחשבון על-ידי הרשות (המחוקקת או המבצעת) היא בגדר הפרת חובה של המדינה – הפרת חובה אשר חושפת את האדם לגחמותיה של הרשות ובכך פוגעת בחירותו. במקרים מעין אלה מתן הסמכות לבית-המשפט מבוסס לא על יכולתו האפיסטמית העדיפה של בית-המשפט לקבוע את משקלו הראוי של השיקול, אלא על הקביעה כי חירותו של האדם וזכויותיו אינן יכולות להיות נתונות לגחמות של הרשות המבצעת או המחוקקת.

בשלב זה ניתן להשתמש בדוגמות המובאות לעיל בפרק א כדי להדגים את השיקולים הלא-אפיסטמיים הללו. האם שיקולי ביטחון הם שיקולים משפטיים? האם לפרטים יש זכות לביטחון? – כזו אשר עשויה להצדיק את הגבלת החירות להינשא? כדי לטעון את הטענה הזו, יש לומר כי מתן שיקול-הדעת למחוקק בעניין הביטחון הוא בגדר פגיעה בחירותו של הפרט, משום שהוא הופך את בטחונו של הפרט למושא הגחמות או הרציות או השיפוט של המחוקק. אולם כבר ניסוח זה מבהיר את הכשל הנעוץ בקביעה כי יש זכות משפטית לביטחון. הביטחון הוא מעניינו של הציבור. פגיעה בביטחון בשמם של שיקולים אחרים נתונה לסמכותו של הציבור. הציבור רשאי להחליט כי הביטחון הוא ערך חשוב פחות מערכים אחרים, דוגמת הזכות להינשא. החלטה כזו של הציבור אינה בגדר "גחמה" בלתי-ראויה, אלא בגדר העדפה או שיפוט שיש לתת להם משקל נורמטיבי.

הוא הדין בעניין גמילות חסדים או חילול השם. ייתכן שהנמנעים מלהתגייס אינם מקיימים את מצוות גמילות חסדים וראויים לגינוי על כך. ייתכן שאין הם שוקלים באורח מספק את חשיבותה של גמילות חסדים, וייתכן אפילו שההתעללות בפלסטיני כפות היא בגדר חילול

השם. אולם מכאן ועד הקביעה כי לנפגעים מן ההתנהלות הזו יש זכות משפטית לגמילות חסדים או להגנה מפני חילול השם הדרך ארוכה.⁵¹ דווקא גמילות חסדים היא דוגמה טובה לענייננו, באשר חשיבותה נגזרת במידה רבה בדיוק מן העובדה שהיא מותנית בשיקול-הדעת של גומל החסדים. גמילות חסדים כפוייה מאבדת מערכה, באשר חלק ניכר מערכה מבוסס על רצונו הטוב של גומל החסדים.

סיכום

הקורא מאמר זה עלול לבטא אכזבה מכך שגם בסיומו לא הוצגה אמת-מידה לזיהוי שיקול או טעם משפטיים. אולם תכלית המאמר אינה לזהות מהם שיקולים משפטיים ומהם שיקולים שמושפטו ללא הצדקה. תכלית המאמר היא לומר כי הקביעה אילו שיקולים הם משפטיים ואילו שיקולים מושפטו ללא הצדקה אינה מבוססת (רק או בעיקר) על שיקולים אינסטרומנטליים, דהיינו, על שיקולים בדבר העדיפות האפיסטמית או הנחיתות האפיסטמית של בתי-המשפט בהשוואה לגופים אחרים.

בסופו של יום, השאלה אילו שיקולים יש לְמִשְׁפֵּט צריכה להיקבע במסגרת תיאוריה פוליטית מקיפה. תיאוריה מסוג זה צריכה לתת דין-וחשבון אילו שיקולים יש להוציא מתחום שיקול-הדעת של הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת. תכליתי במאמר זה היא רק לספק מסגרת כללית, שאת תוכנה יש למלא על בסיס תפיסות של מוסר פוליטי. מסקנת המאמר היא לפיכך שבתי-המשפט חושף או אוכף את השיקולים הלא-אופציונליים (קרי, את חובות המדינה) – אותם שיקולים שאין זה ראוי כי יוכפפו לשיקול-דעתו של גוף כלשהו (יהא זה פרט, הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת). משפוט של שיקול (או ערך) נועד אם כן להבטיח חירות רפובליקאית – הוא נועד להבטיח לפרט לא (רק או בעיקר) שהשיקול (או הערך) יישקל בהתאם למשקלו הראוי, אלא ששקילת השיקול או הערך לא תיוותר לשיקול-הדעת של הרשות המבצעת או המחוקקת. כשם שהמלווה זכאי שתשלום החוב לא יהיה נתון לגחמתו של הלווה (גם כאשר הלווה עתיד להחזיר את הלוואתו), כך האזרח זכאי שמימוש זכויותיו לא יהיה נתון לגחמתם של המחוקק או של הרשות המבצעת (גם כאשר אלה עתידים להבטיח את זכויותיו). כאשר למדינה יש חובה (ולא רק זכות) לשיקול שיקול, מן הראוי לְמִשְׁפֵּט שיקול זה. זאת, לא משום שלבתי-המשפט יש יתרון אפיסטמי, אלא משום שבתי-המשפט הם הגוף המוכר בחברה הפוליטית שלנו כגוף האוכף את חובותיה של המדינה כלפי אזרחיה.

51 לא למותר לציין כי התעללות בפלסטיני כפות אסורה כמובן מטעמים אחרים שאינם קשורים לחילול השם.