

איזה ערך יש לחוק? *Why Law Matters* על ספרו של אלון הראל

מאת
אסף שרון*

- א. אנטי-אינסטרומנטליות – שטוחה ועמוקה
- ב. אנטי-אינסטרומנטליות – קמעונית וסיטונית
- ג. הכרחיות ואינסטרומנטליות
- ד. אקספרסיביזם
- ה. חירות רפובליקנית

א. אנטי-אינסטרומנטליות – שטוחה ועמוקה

בדרך-כלל ספר אקדמי נכתב על-פי תוכנית סדורה, כאשר למחבר ברור לא רק מה השאלה שברצונו לברר, אלא גם מה העמדה שהוא שואף לבסס. רק במקצת המקרים מסקנת הספר מתבררת רק תוך כדי כתיבתו. נדירים המקרים שבהם מחבר מוצא את עצמו טוען לעמדה הפוכה מזו שיצא לבסס. כזה הוא ספרו של אלון הראל *WHY LAW MATTERS*¹. בהקדמה לספר הראל שוטח את הרעיונות שבהם האמין כאשר החל לכתוב את סדרת המאמרים שהספר מכנס יחדיו: למוסדות פוליטיים – כגון זכויות, ביקורת שיפוטית, חוקה וכיוצא באלה – יש ערך אינסטרומנטלי בלבד. המידה שבה כל אחד מהם רצוי או ראוי נגזרת, על-פי תפיסה זו, אך ורק מהמידה שבה הוא משמש למימושם של ערכים עצמאיים, וזו נקבעת על-ידי הנסיבות הקונטינגנטיות, שעשויות להתחלף במקומות שונים ובזמנים שונים. כך, בהינתן מבנה חברתי אחד – למשל, כזה שמכשיר שופטים יוצא-דופן בכישוריהם – ביקורת שיפוטית עשויה לשמש אמצעי יעיל להגנה על זכויות, בעוד שבסיטואציה חברתית אחרת היא לא תשמש בתפקיד זה מפאת חוסר יעילות. הספר שהראל כתב בסופו של דבר מגן על העמדה ההפוכה. תוצאה זו מעידה על הכנות האינטלקטואלית המאפיינת את עבודתו של הראל. אכן, הערך של כנות אינטלקטואלית לא רק מאפיין את סגנון הארגומנטציה בספר, אלא גם מהווה נדבך מרכזי בתוכן הטיעון שלו, כפי שיוסבר בהמשך.

WHY LAW MATTERS הוא אם כן מסכת של טיעונים על-אודות הערך הלא-אינסטרומנטלי של מוסדות פוליטיים שונים. בכך הספר ניצב מול מסורת ארוכה של מחשבה יוריספרודנטית ופוליטית. לוק טען כי "במשמעו האמיתי אין החוק בא בעיקרו לשים סייג, אלא לכוון

* מרצה בכיר, החוג לפילוסופיה, אוניברסיטת תל-אביב.

1 ALON HAREL, *WHY LAW MATTERS* (2014). הפניות למספרי עמודים או לפרקים המופיעות בגוף הרשימה מתייחסות לספר זה.

את מעשיו של יצור חפשי ובעל-שכל אל ענינו הנכון".² מרקס ראה בחוק אמצעי שלילי, שמשרת מעמד אחד לניצולם של בני מעמד אחר.³ המשותף לשניהם, כמו לרבים אחרים, הוא היחס האינסטרומנטלי לחוק: החוק אינו אלא אמצעי – חיובי או שלילי – להשגת מטרות חברתיות ופוליטיות, שיכולות להיות ראויות או בלתי-ראויות.

בהיותו מוסד חברתי, אך טבעי לתפוס את החוק בצורה אינסטרומנטלית. לפי תפיסה זו, החוק הוא לא יותר מאמצעי לקידום מטרות פוליטיות; לא ביטוי לעקרונות צדק ולא לחוק הטבע, אלא כלי למימוש אינטרסים פוליטיים. הראל נמנה עם המיעוט אשר חולק על תפיסה זו ומייחס לחוק ולמוסדותיו ערך לא-אינסטרומנטלי.

"law matters not only because of its contingent contributions to justice or to the protection of rights but rather... it matters *as such*.";230' עמ'
(ההדגשה במקור)

נימוקיו של הראל לעמדה זו אינם סטנדרטיים. מוטיווציה רווחת להימנע מאינסטרומנטליות היא הרתיעה מהציניות שהיא עלולה לייצר. אם החוק אינו אלא אמצעי למימוש אינטרסים, אזי פעולת החקיקה ומעשה הפרשנות של החוק גם הם לא יותר מאמצעי בשירות מטרות פוליטיות. מכיוון שהמטרות עצמן אינן נתונות מראש, החוק נעשה כלי שרת במאבקי כוח בין אינטרסים. דוגמה בולטת לכך היא התפיסה אשר מזוהה עם הריאליזם המשפטי אבל מופיעה עוד קודם לכן בפרגמטיזם האמריקני, כפי שביטא זאת ג'ון דיואי (שהעדיף את המושג "אינסטרומנטליזם" על "פרגמטיזם") בשנת 1916:

"[S]ince the attainment of ends requires the use of means, law is essentially a formulation of the use of force."⁴

משמע, החוק והפוליטיקה אינם אלא זירת התגוששות כוחנית בין אינטרסים. במקום לספק מערכת של אילוצים לניהול מאבקים בין אינטרסים באופן שיבטיח צדק, שוויון או ערכים אחרים, החוק נהיה לא יותר מתוצר של יחסי הכוחות בין האינטרסים השונים בחברה.⁵ אל מול זה ניתן לייחס לחוק מאפיינים אינהרנטיים כלשהם בעלי ערך, כגון יושרה (integrity),⁶ או גרסות מודרניות של רעיון החוק הטבעי.⁷

הראל מוטרד מבעיה אחרת. לדידו, גם אם המטרות מוגדרות, ואפילו אם הן נאותות, היחס האינסטרומנטלי לחוק בעייתי. הסיבה היא מה שהוא מכנה בעיית חוסר הכנות או חוסר האותנטיות של התיאוריות האינסטרומנטליות, דהיינו, חוסר הנאמנות של ההסברים האינסטרומנטליים למוטיווציות האמיתיות שמאחורי המוסדות הפוליטיים שבהם הוא דן.

-
- 2 ג'ון לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני ס' 57 (מהדורה שנייה, יוסף אור מתרגם, 1959).
 - 3 קארל מארקס ופרידריך אנגלס "מניפסט של המפלגה הקומוניסטית" המניפסט הקומוניסטי במבחן הזמן 37 (בנימין כהן עורך, 1998); קארל מארקס "האידיאולוגיה הגרמנית" כתבי שחרות 223 (שלמה אבינרי עורך, 1977).
 - 4 John Dewey, *Force and Coercion*, 26 INT'L J. ETHICS 359, 367 (1916)
 - 5 BRIAN Z. TAMANAH, *LAW AS A MEANS TO AN END: THREAT TO THE RULE OF LAW* (2006)
 - 6 RONALD DWORIN, *LAW'S EMPIRE* (1986)
 - 7 JOHN FINNIS, *NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS* (2nd ed. 2011)

“There is a sense of incongruity between the official (allegedly rational) justifications of political institutions or procedures (in terms of the quality of the resulting decisions) and the underlying sentiments triggering the interest and the passions of those who sustain these institutions, establish them, design them, or simply cherish them.” (עמ' 4)

הטענה אם כן כפולה:

1. חלק מהמוסדות ומהפרקטיקות הפוליטיים מיוסדים למעשה על טעמים לא-אינסטרומנטליים.
 2. התיאוריה האינסטרומנטלית אינה משקפת כראוי את הטעמים הללו.
- הטענה האחרונה מניחה שהתיאוריה צריכה לשקף את הטעמים והמוטיווציות האמיתיות שביסוד התופעות שהיא מסבירה או מתארת. כנות אינטלקטואלית משמשת אילוץ תיאורטי. השאיפה להיות נאמן למוטיווציות האותנטיות היא שאיפה ראויה (אם כי ברור שלא כל מוטיווציה ולא כל תפיסה ראויות לשימור). לעת עתה ברצוני להדגיש את הייחוד בתפיסה של הראל – עומקו של האנטי-אינסטרומנטליזם. הראל דוחה אינסטרומנטליזם לא רק בגלל הרתיעה מהציניות הריאליסטית, אלא בגין הערך שהוא מייחס למוסדות ולפרקטיקות הנדרנים. במילים אחרות, האנטי-אינסטרומנטליזם של הראל הוא עצמו לא-אינסטרומנטלי.⁸ קנט דרש לפעול באופן שמתייחס לאנושיות לא כאל אמצעי בלבד, אלא גם כאל מטרה.⁹ הראל קורא ליחס דומה לחוק.

ב. אנטי-אינסטרומנטליות – קמעונית וסיטונית

- למעשה, הספר אינו עוסק בחוק באופן כללי, אלא בכמה מוסדות משפטיים או פוליטיים. ייחוד שני, אם כן, של הראל הוא הגישה הקמעונית שלו, לעומת גישתם של הוגים אחרים אשר מייחסים לחוק ערך לא-אינסטרומנטלי באופן סיטוני. רוצה לומר, לא כמו אחרים, הראל אינו מפתח טיעון כללי נגד אינסטרומנטליזם, אלא מספק סדרה של טיעונים נפרדים ביחס לשורה של מוסדות ופרקטיקות פוליטיים.
- הספר מחולק לשלושה חלקים, אשר בכל אחד מהם נידונה ונדחית ההבנה האינסטרומנטלית של מוסד או פרקטיקה כלשהם, ומוצע ניתוח לא-אינסטרומנטלי שלהם.
1. החלק הראשון עוסק בנורמות, ובאופן ספציפי בזכויות, וטוען כי זכויות הן לא רק אמצעים למימוש ערכים (כאוטונומיה), אלא הן גם קובעות או מכוננות במובן מסוים את הערכים הללו עצמם.
 2. החלק השני עוסק בזהותם של המבצעים פעולות מדינתיות. הראל טוען כי התשובה לשאלה מי צריך לבצע פעולות כגון ענישה ומלחמה אינה צריכה להיקבע רק לאור שיקולי יעילות, היות שלפעולות הללו יש יותר מערך אינסטרומנטלי בלבד. לטענתו, בשני המקרים יש גם מימד של שיפוט, שיכול להתממש רק על-ידי ישות בעלת הסמכות המתאימה, קרי, ישות מדינתית או ציבורית.
 3. החלק השלישי עוסק בחוקות ובביקורת שיפוטית, וטוען כי בשני המקרים אין מדובר רק באמצעים יעילים להשגת צדק או למימוש זכויות. לדעת הראל, חוקה הופכת את

8 להשוואה ראו TAMANAHA, לעיל ה"ש 5.

9 עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 95 (ש' שטין עורך, מ' שפי מתרגם, התש"י).

השמירה על זכויות לחובה של המחוקק, ואילו ביקורת שיפוטית אינה אלא מימוש של זכות מיוחדת – הזכות לשימוע.

הטיפול של הראל בכל אחת מהסוגיות הללו קפדני ומשופע בטיעונים מדוקדקים. על-אף חשיבותם, לא זה המקום להיכנס לפרטים. אתיחס לשתי שאלות רחבות שעולות מהתיאור הכללי שלעיל:

א. השאלה האחת נוגעת ביחס בין אינסטרומנטליות וקונטינגנטיות. האם הטיעונים שהספר מספק מבססים את הערך האינטרינזי של המוסדות והפרקטיקות שבהם הוא עוסק או שמא הם מבססים קשר הכרחי בינם לבין הערכים שהם מקדמים?

ב. השאלה השנייה היא איזה ערך לא-אינסטרומנטלי יכול להיות למוסדות ולפרקטיקות פוליטיים? מה יש בהם מעבר לאינסטרומנטליות?

בטרם אפנה לדון בשאלות אלה, אקדים הערה על משהו שהספר אינו מטפל בו. מכותרת הספר משתמע שהספר יעסוק בחוק, אבל דווקא שאלת הערך של החוק עצמו – או של שלטון החוק – לא ממש נידונה. חיסרון זה מפתיע לנוכח העובדה שדווקא ביחס לשלטון החוק, יותר מאשר ביחס לנושאים האחרים שזוכים בהתייחסות בספר, יש מסורת של התייחסות לא-אינסטרומנטלית.

אף שאין בספר התייחסות מפורשת לעקרונות של שלטון החוק, לעיתים נדמה שהראל מייחס ערך לא-אינסטרומנטלי לחוקים עצמם או לפחות לחלק מהם. במילים אחרות, עצם קיומו של חוק כזה או אחר עשוי להיות בעל ערך לא-אינסטרומנטלי, חיובי או שלילי. מבלי להתעכב על סוגיה זו, אציין רק דוגמה אחת, שממחישה את האינטואיציה שביסוד העמדה הלא-אינסטרומנטלית ובה-בעת גם מאתגרת אותה. באפריל השנה דחה בית-המחוקקים של מדינת לואיזיאנה בארצות-הברית הצעה לביטול חוק האוסר מעשה סדום. מה שהופך למשונה לא רק את ההחלטה, אלא את עצם ההצעה, הוא העובדה שכבר בשנת 2003 פסק בית-המשפט העליון האמריקני שהחוק המדובר אינו חוקתי. זה שנים החוק המדובר אינו נאכף כלל, ובכל-זאת היו לא מעט אנשים שבער בעצמותיהם לבטלו – למחוק אותו מספר החוקים. למרבה הצער היו אנשים רבים יותר שהתעקשו להשאירו, בין היתר בנימוק הבא:

“Louisiana’s anti-sodomy statute is consistent with the values of Louisiana residents who consider this behaviour to be dangerous, unhealthy and immoral.”¹⁰

זו דוגמה למעמד הלא-אינסטרומנטלי של החוק או של חוק ספציפי. אם החוק אינו רק אמצעי להשגת מטרה, אם יש לו ערך שחורג מהתפקיד שהוא ממלא, אזי אין מדובר בנימוק מופרך. מכיוון שלי הוא נראה משונה ביותר, אני חושש שזו דוגמה שאינה משקת לטובת הטיעון בספר. על כל פנים, כדי לבסס טענות מהסוג הזה, על התומכים בתפיסה לא-אינסטרומנטלית של החוק מוטלת משימה כפולה: לזהות ערך לא-אינסטרומנטלי ולבסס טיעון שמייחס את הערך הזה למוסד כלשהו. זו המשימה שמונחת לפתחו של הראל. הטיעונים המוצעים בספר ביחס לכל אחד מהמוסדות שהוא בוחן גדושים בפרטים וראויים

Sara Morrison, *Louisiana Won't Get Rid of its Unconstitutional Sodomy Ban*, *THE WIRE* 10 (Apr. 15, 2014, 10:37PM), <http://www.thewire.com/national/2014/04/louisiana-wont-get-rid-of-its-unconstitutional-sodomy-ban/360727/>

לדיון נרחב, אשר לא אוכל לספקו כאן. במקום זאת אתמקד בשתי שאלות כלליות: האחת נוגעת בטיעונים שאמורים לבסס את קיומם של ערכים לא-אינסטרומנטליים למוסדות פוליטיים, והאחרת נוגעת בסוג הערכים שמדובר בהם.

ג. הכרחיות ואינסטרומנטליות

מבין שלל הטיעונים בספר ניתן לחלץ שתי טענות שמוצבות אל מול הגישה האינסטרומנטלית. לפעמים הטענה היא שהקשר בין הערך לבין המוסד הרלוונטי הוא קשר הכרחי, ולא קונטינגנטי. מגמה זו בולטת בהקדמה ובסיכום של הספר, וכן בחלק מהטיעונים הספציפיים. לפעמים נראה שהטיעון שאפתני יותר. כך, למשל, בפרק השני הראל טוען כי זכויות הן לא רק אמצעי למימוש ערכים. את הזכות לחופש הביטוי, לדוגמה, הוא מבין לא כאמצעי קונטינגנטי למימוש אוטונומיה של פרטים, אלא כחיובית לשמירה עליה. בפרק החמישי הראל טוען: "constitutional rights matter as such not merely for instrumental reasons" (עמ' 151; ההדגשה במקור). גם הערך של ביקורת שיפוטית, לטענת הראל, מבוסס על מאפיינים בעלי ערך אינטרינזי (עמ' 191-192).

אבל קשר הכרחי אינו מבסס ערך אינטרינזי. דרך אחת להגדיר ערך אינטרינזי היא כערך שעומד על תכונות לא-התייחסותיות (non-relational) של האובייקט בעל הערך. אבל תכונה יכולה להיות הכרחית וגם התייחסותית. דרך אחרת להגדיר ערך אינטרינזי היא כערך סופי או כתכלית. הניסוחים החוזרים של הראל שלפיהם לחוק יש ערך as such נראים כמבקשים לבטא את הרעיון הזה – לחוק יש ערך עצמי, ולא רק כאמצעי להשגת מטרות בעלות ערך בלתי-תלוי. אבל הערך של דבר כתכלית בפני עצמו אינו חייב להיות תלוי בתכונות הלא-התייחסותיות שלו.¹¹ יש הטוענים כי ערך אינטרינזי במובן הזה יכול להיות מבוסס על הערך האינסטרומנטלי של אובייקט.¹² אבל גם אם נדחה טענה זו, הערך של דבר כתכלית בפני עצמו אינו נראה תלוי דווקא בתכונות ההכרחיות שלו. יצירת אומנות יכולה להיות בעלת ערך עצמי משום שהיא יפה ומסיבה עונג, אף שאלה תכונות קונטינגנטיות שלה. אובייקט יכול להיות בעל ערך עצמי בשל המשמעות הסנטימנטלית שיש לו, אף-על-פי שזו אינה תכונה הכרחית שלו.

יתר על כן, ההכרחיות שהראל טוען לה נוגעת בקשר בין הערך לבין המוסד המשפטי שאמור לשרת אותו (זכויות, חוקה, ביקורת שיפוטית), והיא תלויה בקיומן של נסיבות ותנאים חברתיים, תרבותיים ופוליטיים (עמ' 227). הכרח כזה – שאינו מושגי ואינו מטפיזי – מתיישב היטב עם ייחוס ערך אינסטרומנטלי. בחלק מהמקרים הראל מתאר את היחס באמצעות המונח "כינון" – הזכות לחופש הביטוי מכוננת (באופן חלקי) את מובנו של חופש זה; חוקה מכוננת את ההגנה על זכויות כחובה של המדינה. אבל יחסי כינון כאלה אינם סותרים את האפשרות שהערך הוא אינסטרומנטלי. על-פי תפיסה תועלתנית הדוניסטית, למשל, רק להנאה יש ערך אינטרינזי. מזון איכותי וטעים מסב הנאה, ועל-כן אפשר לומר שהוא

Christine M. Korsgaard, *Two Distinctions in Goodness*, 92 PHIL. REV. 169 (1983); Shelly 11
Kagan, *Rethinking Intrinsic Value*, 2 J. ETHICS 277 (1998)

12 Kagan, ש.ס.

"מכונן" את ההנאה של מי שצורך אותו. למרות זאת, הערך של אוכל הוא אינסטרומנטלי בלבד, ורק להנאה יש ערך אינטרינזי.

נראה, אם כן, שקריאה נדיבה יותר של הראל לא תייחס לו את הטענה שלמוסדות הפוליטיים שהוא בוחן יש ערך אינטרינזי, אלא את הטענה הצנועה יותר שההצדקות שלהם מבוססות לא רק על התוצאות החיצוניות שהם מנפקים, אלא גם על תוצאות טיפוסיות אחרות שיש להם. לפי קריאה זו, הספר אינו בעיקרו ניתוח סוג הערך שיש למוסדות פוליטיים – אינסטרומנטלי או אינטרינזי, אלא חשיפת מגוון ההצדקות שיש להם מעבר לתוצאות המעשיות שלהם. במילים אחרות, הנקודה היא לא שהערך אינו אינסטרומנטלי, אלא שמה שהופך את המוסד הפוליטי לבעל ערך הוא לא רק העובדה שהוא אמצעי להשגת תכלית מעשית כלשהי (להרשיע רק את האשמים, להגן על זכויות), אלא גם האופן שבו הוא תורם להשגתה. איני בטוח שזה תופס את כל מה שהראל רוצה לבסס, אבל אולי זה תופס מספיק.

ד. אקספרסיביזם

השאלה המתבקשת כעת היא השאלה השנייה: איזה ערך יש למוסדות משפטיים ופוליטיים שאינם אינסטרומנטליים? מה עשוי להיות בעל ערך במוסד פוליטי מלבד התוצאות שאליהן הוא מוביל?

קיים מאפיין אחד שעובר דרך כמה מהנושאים השונים שהספר עוסק בהם. בפרק השני הראל טוען כי זכויות הן לא רק אמצעי למימוש ערכים, אלא גם ביטוי של הערכים (עמ' 37). ענישה פלילית, הוא טוען, צריכה להיעשות על-ידי המדינה, ולא על-ידי גורם פרטי, מכיוון שענישה היא לא רק אמצעי להשגת מטרות חברתיות כהרתעה, אלא גם ביטוי של השיפוט החברתי (עמ' 97-98). הכרזת מלחמות וניהולן צריכים להיעשות על-ידי גורמים רשמיים היות שמלחמה היא לא רק אמצעי להגנה או לשמירה על אינטרסים חיוניים, אלא גם ביטוי של עצם הריבונות (עמ' 99). בפרק השישי הראל מגן על ביקורת שיפוטית בטענה שהיא לא רק אמצעי לריסון המחוקק, אלא גם מימוש הזכות לשימוע, דהיינו, הזדמנות של הפרט להביע את טענותיו לפני גורם מוסמך שמייצג את החברה, גם אם לא תהיה לכך שום השפעה מעשית (עמ' 192). המשותף לכל הטענות הללו הוא המימד האקספרסיבי שמיוחס לפרקטיקות המשפטיות – לבטא שיפוט מוסרי, לבטא ריבונות, להביע טענות לפני גורם רשמי – והוא שמעניק להן ערך שחורג מעבר לזה האינסטרומנטלי.

איני בטוח שאני מבין מה זה אומר בדיוק, אבל אני בטוח שאיני מבין למה זה חשוב כל-כך. לא אהיה הראשון שהעיר על החשיבות המועצמת יתר על המידה המיוחסת לאפשרות להתבטא ולביטוי עצמו בקרב מה שמכונה "המעמד המפופט". ספק אם חופש הביטוי היה זוכה במרכזיות כה בולטת במחשבה הפוליטית אילו אלה שמייצרים אותה לא היו אקדמאים.¹³ מדוע הערך של מימוש אוטונומיה תלוי בכך שתחום מסוים יזוהה חברתית ככזה שבו ממומשת אוטונומיה? אם אני יכול לבחור בחירות חשוכות בחופשיות, מדוע אין די בכך למימוש הערך של אוטונומיה אישית? מה החשיבות של המימד הקומוניקטיבי של

R.H. Coase, *The Market for Goods and the Market for Ideas*, 64 Am. Econ. Rev. 384 13 (1974).

ענישה? ומה הערך של האפשרות להשמיע טענות גם כאשר השמעתן אינה מולידה כל שינוי במדיניות וגם כאשר הטענות אינן מוצדקות מלכתחילה?
על-פי רוב קשה לייחס לכיטוי ערך שאינו אינסטרומנטלי. אני חושש שהמקרים שהראל עוסק בהם נופלים לקטגוריה הזו. הספר, על כל פנים, אינו מספק טעמים מספיקים לחשוב אחרת.

ה. חירות רפובליקנית

נקודה אחת שבה נראה כי הערך חורג מהעניין האקספרסיבי הוא הרעיון הרפובליקני שיש בספר. מוטיב זה מופיע, למשל, במסגרת הדיון על זכויות בפרק השני. הראל טוען כי אילו הערך היחיד של חופש הביטוי, למשל, היה רק תרומתו לקידום ערכים כאוטונומיה, אזי לא היה צורך להגן על זכות לחופש ביטוי. אי-התערבות, כעניין שבעובדה, הייתה מספיקה. השמירה על זכות, לדבריו, אמורה לספק יותר מאשר הגנה מפני פגיעה; היא אמורה לעגן את ההגנה הזו כחובה ולבסס את מעמדו החברתי של חופש הביטוי (עמ' 18).

בדיון על חוקות בפרק החמישי העניין הרפובליקני מפורש ומפורט הרבה יותר (עמ' 150 ה"ש 7 ועמ' 171-176). בפרק הזה הראל מבקש להסביר את הערך של חובות חוקתיות גם כאשר אלה אינן ניתנות לאכיפה (תופעה שלטענתו רווחת יותר מכפי שהוכר בתיאוריה חוקתית). הראל דוחה את התשובה האינסטרומנטלית, קרי, שעצם קיומן של חובות חוקתיות, גם בהעדר מנגנוני אכיפה, משפיע על התנהגותם של מחוקקים ושופטים. תשובתו של הראל היא לא-אינסטרומנטלית:

“Constitutional entrenchment of the pre-existing moral/political duties is a form of public recognition of the legislature’s rights-based duties. Such a public acknowledgement is necessary to protect freedom (understood as non-domination).” (עמ' 169)

הנימוק שהוא מספק אופייני לתפיסה הרפובליקנית:

“What guarantees freedom is not the mere fact that the legislature protects the rights but that it is *duty-bound* to do so and the duties that bind it are constitutional duties.” (עמ' 169; ההדגשה במקור)

זו טענה מקורית ויצירתית, אבל גם מרחיקת-לכת: אין די בכך שהמחוקק יגן על זכויות, אלא הכרחי שהוא יעשה זאת מתוך חובה חוקתית. כדי להבין טיעון זה, יש להתעכב לרגע על התפיסה הרפובליקנית, ובפרט על מושג החירות הרפובליקני.

ראשית, חשוב להעיר כי הרפובליקניות שמדובר בה כאן היא לא זאת הקלסית שמזוהה עם רומא ואשר קיבלה ביטוי מודרני, בין היתר, אצל חנה ארנדט,¹⁴ אלא התפיסה שגובשה על-ידי קוונטין סקינר, פיליפ פטיט ואחרים שהלכו בעקבותיהם בשני העשורים האחרונים.¹⁵

HANNAH ARENDT, THE HUMAN CONDITION (2nd ed. 1998) 14

PHILIP PETTIT, REPUBLICANISM: A THEORY OF FREEDOM AND GOVERNMENT (1997); QUENTIN SKINNER, LIBERTY BEFORE LIBERALISM (1998) 15

תפיסה זו בולטת בתיאוריה הפוליטית, והשפעתה חורגת הרחק מעבר לה, כפי שצייגה לא מכבר נדיה אורבינטי מאוניברסיטת קולומביה:

“In the last decade, the neo-roman republican theory of freedom as non-domination has acquired a leading status in political science and redesigned the geography of political studies. Today, freedom as non-domination plays a prominent role not only in political theory and the history of political thought... but also in the theory of justice, public policy, and economic researches; constitutionalism and human rights studies; and studies in globalization governance.”¹⁶

אבן הראשה של התפיסה הרפובליקנית החדשה היא מושג החירות שהיא מציעה כחלופה למושג החירות הליברלי. ישעיהו ברלין הבחין כידוע בין חירות חיובית לחירות שלילית. “המשמע ה'חיובי' של המלה 'חירות' נובע ממשאלתו של היחיד להיות אדון לעצמו”, בעוד במובן השלילי “נאמר עלי כי חופשי אני כמידת אי-התערבות אדם או גוף אנושי כלשהו בפעילותי”.¹⁷ רפובליקניזם מתיימר להציע מושג שלישי, אשר מצד אחד אינו חיובי מכיוון שהוא מזהה חירות עם העדר הפרעה, ולא עם אפשרות אקטואלית של מימוש פוטנציאל כלשהו, ומצד אחר אינו זהה למושג החירות השלילי הליברלי. חירות, על-פי התפיסה הרפובליקנית, מזהה עם העדר שליטה (non-domination), כאשר שליטה מוגדרת כפוטנציאל להפרעה שרירותית. ההבדל בין מושג זה לבין המושג הליברלי כפול. המושג הרפובליקני רחב מהליברלי באופן אחד וצר ממנו באופן אחר. הוא רחב יותר מכיוון שהוא מצמצם פגיעה בחירות רק להפרעות שרירותיות, כך שהפרעות שאינן שרירותיות אינן מהוות שלילה של חירות. הדוגמה הבולטת בהקשר זה היא התערבות שנעשית בכפוף לעקרונות שלטון החוק – על-פי התפיסה הרפובליקנית, התערבות כזו אינה שרירותית ולכן אינה פוגעת בחירותם של הכפופים לחוק. מאידך גיסא, המושג הרפובליקני מצומצם מהליברלי מכיוון שהוא מתייחס לא רק להפרעות אקטואליות כאל פגיעה בחירות, אלא גם להפרעות פוטנציאליות. הדוגמה המובילה בספרות הרפובליקנית להמחשתה של נקודה זו היא דוגמת העבד שהתמזל מזלו להשתייך לאדון נדיב שנמנע מלהתערב בחייו של העבד. הטענה הרפובליקנית היא שעבד כזה, אף שאדונו אינו מתערב באופן פעיל במעשיו, אינו חופשי, וזאת משום שבמובן חשוב האדון יכול להתערב באופן שרירותי.

שני המרכיבים של העמדה הרפובליקנית חשופים לכיקורת. הראשון תלוי בהבחנה בין התערבות שרירותית להתערבות שאינה שרירותית – הבחנה שהרפובליקנים מתקשים לנסח בצורה קוהרנטית.¹⁸ בהקשר הנוכחי חשוב יותר המרכיב השני – הטענה שפוטנציאל בלבד מספיק כדי לפגוע בחירות. כך מסכם זאת סקינר:

-
- Nadia Urbinati, *Competing for Liberty: The Republican Critique of Democracy*, 106 16
Am. Pol. Sci. Rev. 607 (2012).
- ישעיהו ברלין “שני מושגים של חירות” ארבע מסות על חירות 170, 174, 182 (יעקב שרת מתרגם, 1987).
- על כך אני מרחיב בחיבורי: Assaf Sharon, *Domination and the Rule of Law*, in 2 OXFORD 18
STUDIES IN POLITICAL PHILOSOPHY (Sobel, Vallentyne & Wall eds., forthcoming)

"[I]t is the mere possibility of your being subjected with impunity to arbitrary coercion, not the fact of your being coerced, that takes away your liberty and reduces you to the condition of a slave."¹⁹

או בניסוחו של פיליפ פטיט:

"Domination can occur without interference, because it requires only that someone have the capacity to interfere arbitrarily in your affairs; no one need actually interfere."²⁰

הטענה הזו מרכזית לתפיסה הרפובליקנית ולייחודו של מושג החירות שהיא מציעה לעומת זה הליברלי. מבחינת הראל היא מרכזית בכיסוס הערך הלא-אינסטרומנטלי של זכויות ושל חובות חוקתיות. אלה חשובות לא רק בשל תוצאותיהן הצפויות בהגנה על חירות או ערכים פוליטיים אחרים על-ידי מניעת התערבות אקטואלית, אלא מכיוון שהן מכוננות מבנה נורמטיבי ששולל את הפוטנציאל להתערבות שרירותית ובכך מממש חירות רפובליקנית. אולם הטענה שעצם הפוטנציאל להתערבות מהווה פגיעה בחירות אינה טענה טריוויאלית. דרך אחת להבין אותה היא שלעצם האפשרות של התערבות או סנקציה יש השלכות על התנהגותם של אלה שחשופים לה. כך, למשל, במקרה של העבד לאדון הנדיב, אף שזה אינו מתערב בפועל, האפשרות שלו להתערב גורמת לעבד להתאים את פעולותיו לרצונו של האדון, להימנע ממעשים או מהתבטאויות שיגרמו לו להתערב או להטיל עליו סנקציה. במילים אחרות, עצם הפוטנציאל מספיק כדי לגרום לפחד, להשתקה, לצנזור עצמי וכיוצא באלה השפעות, ובכך הוא כשלעצמו סוג של התערבות. כל זה מתקבל על הדעת, אולם נכלל בקלות ואף בטבעיות במסגרת החירות השלילית הליברלית. כפי שטוען מתיו קריימר, מהמבקרים הבולטים של הרפובליקניזם החדש, התפיסה הליברלית מנגידה חירות להתערבות או להפרעה בין שזו נעשית באמצעות הפעלה ישירה של כוח או איום מפורש בסנקציה ובין שהיא נעשית באופן עקיף ובלתי-מפורש.

"[T]he exact nature of the techniques by which the dominant parties exert their ascendancy is almost wholly immaterial."²¹

על-פי ניתוח זה, הבעיה בהתערבות פוטנציאלית היא בהשפעות האקטואליות שלה. במילים אחרות, מה שמהווה פגיעה בחירות אינו הפוטנציאל הטהור, אלא הפגיעה הממשית שנגרמת מקיומו של פוטנציאל כזה. אבל אם כך, אזי מדובר בהפרעה אקטואלית שמתופלת היטב במסגרת החירות השלילית הליברלית. על-מנת לבסס תפיסה ייחודית, על הרפובליקן להגן על הטענה שפוטנציאל טהור, גם כאשר הוא נטול כל השפעה אקטואלית, מהווה פגיעה בחירות.

19 SKINNER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 72.

20 PETTIT, לעיל ה"ש 15, בעמ' 23.

21 Matthew H. Kramer, *Liberty and Domination*, in *REPUBLICANISM AND POLITICAL THEORY* 21

31, 38 (Cécile Laborde & John Maynor eds., 2008)

הראל ער לקושי, ומעלה את החשש שהניסיון להבהיר את הבעיה בעצם הפוטנציאל להתערבות עלול לגלוש לטענה כי ללא הגנות מהסוג שזכויות וחוקות מספקות גובר הסיכון לפגיעה אקטואלית. לכך הוא מספק את התשובה הבאה:

“A person is vulnerable or unfree not primarily by virtue of the fact that a violation has taken place or that it is likely to take place, but by virtue of the fact that a violation is not labelled by the potential violator and/or publicly recognized and identified by the community as a violation.”
(עמ' 176)

העובדה שהפגיעה אינה מסומנת (not labelled) היא שעושה אם כן את האפשרות של פגיעה לבעייתית. אבל אם העדר הסימון אינו משפיע על התוצאות הקונקרטיות בשום צורה, אזי כל מה שנשאר זה רק האופן שבו העניין מכונה. לא ברור מדוע העדר סימון כזה, גם בהנחה שהוא שגוי, מהווה פגיעה בחירות. אם כל העניין הוא איך קוראים לזה, נדמה ששוב חזרנו למישור האקספרסיבי.

כדי להיחלץ מהתחום הרטורי הזה, הראל מציע אנלוגיה ליחסים אישיים. הדוגמה שמנחה אותו היא בעל חוב אשר מתכחש לחובו אבל מוכן לתת את מלוא הסכום כמתנה (עמ' 178). הטענה האינטואיטיבית של הראל היא שיש משהו מקומם בעמדה כזו. לעצם ההכרה בחוב יש ערך מבחינת המלווה. אבל ראשית, גם אם מקבלים את האנלוגיה, איני חושב שהדוגמה מלמדת משהו על חירות. גם פטיט, בכתיבתו העדכנית יותר, נזקק יותר ויותר למונחים כגון “סטטוס” ו”כבוד” כדי להסביר את הבעיה בפוטנציאל טהור.²² אולם עניינים אלה – פגיעה במעמד השווה של פרטים או בכבודם – נוגעים יותר בשוויון מאשר בחירות, ומחייבים הצדקה מסוג אחר. חשוב יותר, האנלוגיה ליחסים אישיים, כמו במקרה של בעל חוב, בעייתית. למעשה, היא עומדת במתח עם אחת הטענות המרכזיות באותו הקשר עצמו. הראל טוען כי לקיומן של חובות חוקתיות אשר חלות על מחוקקים יש ערך לא רק בגלל הריסון שהן עשויות להטיל עליהם –

“...but rather in the fact that constitutional entrenchment of rights constitutes public recognition that the protection of rights is the state's duty rather than a mere discretionary gesture on its part.”(עמ' 7)

אבל ביחסים אישיים שיקול-דעת ופעולה וולונטרית חשובים בדרך-כלל, ורק לעיתים נדירות יש שאיפה לפעולה מתוך חובה. לנוכח זאת ניתן לפקפק בעצם תוקפה של ההשוואה. ביחסים אישיים היחס עצמו הוא שחשוב, ובתוך כך הטעמים והמוטיווציות של הצד האחר. בהעדר עניין כזה לא ברור כלל שתהיה חשיבות כלשהי למניעים ולהנמקות של בעל החוב ובלבד שישלם. כוחה של הדוגמה והתחושה שיש משהו מגונה בבעל החוב שאינו מכיר בחובו מבוססים לטעמי על המימד הפרסונלי שהדוגמה מניחה. הטעם לכך שאכפת לנו מהמניעים של הצד האחר הוא העובדה שיש לנו עניין פרסונלי בו, שהיחסים עצמם ומה

Philip Pettit, *Law and Liberty*, in LEGAL REPUBLICANISM: NATIONAL AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES 39 (Samantha Besson & Jose Luis Marti eds., 2009)

שמכונן אותם הם בעלי ערך. דומני שהענקת יחס כזה למוסדות פוליטיים מתקרבת להאנשה מוזרה – שלא לומר מסוכנת – של המדינה.

לסיכום, התפיסה שהספר מפתח ביחס לערך הלא-אינסטרומנטלי של מוסדות פוליטיים מאתגרת ומקורית. ניסיתי להצביע על שתי שאלות שביחס אליהן יש מקום להבהרה נוספת: ראשית, בנוגע לעומקו של האנטי-אינסטרומנטליזם של הראל, קרי, אם הטענה היסודית היא לקיומו של ערך אינטרינזי במוסדות הפוליטיים שנידונים בספר או שמא רק שהקשר בינם לבין הערכים שהם מממשים אינו קונטינגנטי; ושנית, אם יש להם ערך שאינו אינסטרומנטלי לגמרי, כיצד ניתן לחמוק מאקספרסיביות, מצד אחד, ומהאנשה של המדינה, מצד אחר.

