

הערות על ספרו של אלון הראל *Why Law Matters*

מאת

דוד הד*

- א. הצידוק הלא-אינסטרומנטלי של המשפט
- ב. אינטרינזי, הכרחי, מכונן
- ג. תזת ההדדיות
- ד. ענישה
- ה. חוקתיות
- ו. שני סוגים של צדק פרוצדורלי

א. הצידוק הלא-אינסטרומנטלי של המשפט

This book matters¹. זהו ספר בפילוסופיה של המשפט במובן עמוק מזה היוריספרודנטי. הוא מנסה להשיב על שאלה שהיא פילוסופית-פוליטית יותר מאשר משפטית גרידא: מה הופך את המשפט ל"חשוב"? אין הוא מתיימר לקבוע מדוע החוק בכללותו חשוב, אלא לבחון אותו מנקודת-המבט של זכויות, אשר בשיטות המשפט המודרניות (המערכיות לפחות) תופסות מקום מרכזי. לשם כך הוא משלב ניתוח מושגי עם טיעונים נורמטיביים. כך, מצד אחד, הוא נוקט עמדה נחרצת בוויכוח האנליטי על טיבן של זכויות, ומצד אחר, הוא מציע להסביר מה בהן הופך אותן לבעלות ערך ייחודי בחיינו החברתיים. ההנחה הערכית העומדת מאחורי התזה של הספר היא שזכויות הן חשובות "באמת" אך ורק אם ניתן להראות שהן בעלות ערך כשלעצמן, כלומר, שערכן והצדקתן אינם אינסטרומנטליים או פרגמטיים בלבד. מובן מאליו שגם אם הטענה היא כי זכויות הן בעלות ערך כשלעצמן, אין להסיק מכך דבר על בסיס חשיבותם של ענפים אחרים של המשפט (למרות הרושם המוטעה שהכותרת עלולה ליצור). אלה – דוגמת חוקי התעבורה, דיני נישואים וגירושים או המשפט הפלילי והמשפט האזרחי בכללותם – עשויים להיות מכשיר להשגת מטרות ערכיות שמחוץ למשפט. לכן, אף שממבט ראשון הספר נראה כאוסף הטרוגני של מסות, חוט-השני המקשר בין שלושת חלקיו הוא הרעיון של הצידוק הלא-אינסטרומנטלי של המשפט – תחילה ברעיון של זכויות הפרט, אחר כך במקומה החיוני של המדינה בניהולת תחומים שונים של החיים החברתיים, ולבסוף בקיומה של חוקה ובעליונותה על החוק. מאחורי הטיפול של הראל

* פרופסור אמריטוס, החוג לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים.
1 ALON HAREL, WHY LAW MATTERS (2014). הפניות למספרי עמודים או לפרקים המופיעות בגוף הרשימה מתייחסות לספר זה.

בסוגיות סובסטנטיביות השייכות לכל אחד מן החלקים הללו עומד הרעיון של זכויות הפרט בחברה ליברלית כציר לדיון: זכות העמידה של הפרט בבג"ץ (פרק 6), כבודו כאסיר בבית־הסוהר (פרק 3), זכות החיים שלו כאדם חף מפשע הנקלע לסיטואציה שבה אין ברירה אלא להקריבו למען הצלת חייהם של אזרחים רבים אחרים (פרשת המטוס הגרמני בפרק 4). בניסוח שונה מעט, התזה של הספר היא שפונקציות מסוימות של המשפט אינן יכולות באופן עקרוני להתבצע על־ידי שום ארגון או מוסד שאינו משפטי. לטענה זו הראל מחויב באופן שיטתי ועקבי, והוא מגן עליה בהתלהבות פילוסופית ואתית לאורכו של הספר כולו. יש לה השלכות בפילוסופיה הפוליטית בדבר מקומו של המשפט במדינה, אך גם בדבר צידוק אפשרי לעצם קיומה של המדינה. המחבר מכריז ברוב הפרקים כי הוא מציע עמדת מיעוט, ולכן אין ספק שהספר יעורר הרבה ויכוח ופולמוס בקרב פילוסופים של המשפט, תיאורטיקאים של זכויות ומלומדים של משפט חוקתי.

ב. אינטרינזי, הכרחי, מכונן

אך עוד לפני הדיון בפרשת המטוס הגרמני או בהפרטת בתי־הסוהר, רשימה זו מבקשת להעלות את השאלה הפילוסופית הבסיסית שעליה נשענת התזה של הספר כולו: מה פירושו של צידוק לא־אינסטרומנטלי של מוסד חברתי או של עיקרון נורמטיבי. הרי אין די בתיאור על־דרך השלילה של צורת צידוק. הראל מציע לאורך הספר שלושה מושגים חיוביים שבהם הוא משתמש כדי לחשוף את ייחודו של אותו צידוק (או ערך): "אינטרינזי" (או "אינהרנטי", כלומר, פנימי), "הכרחי" (necessary, indispensable) ו"מכונן" (קונסטיטוטיובי). אלה מונגדים לצידוק (או ערך) פרגמטי, נסיבתי, קונטינגנטי ומכשירי למוסדות מדיניים ולפרוצדורות משפטיות. כך, הצידוק של זכויות־יסוד אינו טמון בכך שההגנה עליהן מובילה למימוש מוצלח ויעיל יותר של ערכים, אלא בכך שההגנה עליהן היא טובה "כשלעצמה" (as such matters) (הסוהרים) אינה מוצדקת כיעילה יותר במימוש ערכים כגון שמירה על סטנדרטים אתיים של טיפול באסירים, אלא כהכרחית אם אנו רוצים לתאר את התגובה על פשיעה במונחים של "עונש". שיקול־דעת שיפוטי (judicial review), המגולם במוסד הבג"ץ למשל, מוצדק לא כמכשיר מוצלח יותר להשגת תוצאה שיפוטית המתאימה לחוקה, אלא כמושג מכונן (קונסטיטוטיובי) לזכות לשימוע שיש לכל פרט הרואה את עצמו כמי שנפגע על־ידי המדינה. אבל חוששני שהספר אינו נזהר די הצורך בשימוש בשלושת המושגים הללו כמתארים את התזה הכללית שלו. לעיתים הקורא מקבל את הרושם שהם בני־חליפין (interchangeable), לפחות במובן זה ששלושתם הם "לא־אינסטרומנטליים". אך ראשית, ה"הכרחי" שבשימושו של הראל אינו מושג לוגי, אלא עשוי בהחלט להיות גם אינסטרומנטלי (למשל, כאשר מדברים על אמצעי הכרחי להשגת מטרה מסוימת, כגון שתייה למניעת התייבשות); ושנית, אף שגם מושג מכונן וגם ערך אינטרינזי אכן אינם בעלי אופי אינסטרומנטלי בטבעם, ההצדקות שהם מעניקים לפרקטיקה מסוימת או למוסד כלשהו נושאות צורות שונות לחלוטין. אסביר. אינטרינזי הוא ניגודו של אקסטרנינזי. כך, למשל, הערך של מוזיקה או של אמונה דתית נחשב אינטרינזי – טוב כשלעצמו – ואילו הטוב שבחינוך מוזיקלי או בבניית מקדשים הוא אקסטרנינזי, בהיותם אמצעים להגשמת הטוב או הטוב כשלעצמו. הכרחי במובן של

הראל הוא ניגודו של דבר שיש לו חלופה. כך, למשל, ניתן לטעון כי בלא חינוך מוזיקלי אי-אפשר לממש את הטוב של המוזיקה – חינוך מוזיקלי הוא הכרחי למימוש המוזיקליות של האדם. לעומת זאת, הקמת תזמורת בעיר היא אמצעי שאינו הכרחי, ואפשר לחשוב על אמצעים אחרים שדרכם יקודם הערך של מוזיקה. זהו עניין נסיבתי. מכונן (קונסטיטיוטיבי) הוא ניגודו של הרגולטיבי. כך, למשל, הפרוצדורה של הגרלה הוגנת מכוננת (constitutes) את מה שנחשב תוצאה צודקת; או הדוגמה המכוננת (!) מתחום הפילוסופיה: האימפרטיב הקטגורי של קנט אינו עיקרון המממש את המוסר – לא באופן קונטינגנטי ואף לא באופן הכרחי – אלא הוא-הוא המוסר. הוא מכונן את מה שאנו מגדירים כמוסרי בדיוק כשם שהקטגוריה של הסיביות מכוננת (על-פי קנט) את הקשר ההכרחי בין תופעות בטבע. לעומת זאת, קיום האל, על-פי קנט, הוא מושג רגולטיבי המכוון את הדרך שבה אנו בונים את המאמץ שלנו להיות מוסריים או את הדרך שבה אנו חוקרים את הטבע באופן שיטתי. כמושג מכוון עליו להיות חיצוני למושג עצמו של המוסריות או לזה של הסיביות.² ניתן להדגים את ההבדל בין "מכונן" ל"הכרחי" (indispensable) כך: זכויות ושלטון הרוב הם מושגים מכוננים למשטר דמוקרטי; ייצוג פרלמנטרי הוא מושג הכרחי למשטר זה (אין לו חלופה במדינות לאום מודרניות, כגון אספות-עם בנוסח הפוליס היווני).

הראל טוען כי למוסדות המשפטיים שבהם הוא עוסק יש צידוק שאינו אינסטרומנטלי, אך לא ברור למה הוא מתכוון. למשל, הוא טוען (בעמ' 2) כי הצידוק לשיקול-דעת שיפוטי טמון לא באיכות הגבוהה יותר של ההחלטות הנובעות ממנו, אלא בעצם הנכונות להאזין לקובלנה של הפרט ולטפל בה בתום-לב על-פי שיקול-דעת. לנוכח זאת מתעוררת התהייה: האין זה צידוק אינסטרומנטלי באופן מובהק? המטרה כאן היא מתן פתח לפרט לשטוח את טענתו נגד השלטון ולקבל עליה מענה, והאמצעי היעיל (או יש האומרים כי אין לו תחליף סביר) הוא הקמת מוסד דוגמת בג"ץ. הרי ברגע שתופסים את השימוע כזכות או כטוב לאדם, נשאלת השאלה איזה מוסד יהיה יעיל יותר במימושו או בקידומו, והוויכוח הוא אינסטרומנטלי. ייתכן שמוסדות כגון נציב תלונות הציבור או בית-הדין האירופי בסטרסבורג הם מוסדות אפשריים המבטאים כבוד לפרט הרואה את עצמו כנפגע. לעיתים נדמה שהראל מסכים עם טענתי זו, שכן הוא מדבר שוב ושוב על צידוק של מוסדות משפטיים במונחים של "אמצעים מקילים" (facilitators), שהוא דווקא מושג אינסטרומנטלי טיפוסי.

אבל מאוחר יותר הראל טוען כי כדי להוכיח את טבעו הלא-אינסטרומנטלי של שיקול-הדעת השיפוטי, עליו להראות שפרוצדורות שיפוטיות אינן מכשיר המאפשר שימוע, אלא מכוננות (constitute) שימוע (עמ' 212), כלומר, שפרוצדורות מסוימות של פנייה לבג"ץ והכרעה שלו מגדירות את המושג "שימוע" (hearing) באותו מובן שבו נטילת המלך של היריב במשחק שחמט אינה האמצעי לניצחון במשחק, אלא היא-היא הניצחון. זו כבר טענה חזקה יותר. אכן, בניגוד לקודמתה מתחילת הספר, היא אכן מצביעה על הבסיס הלא-אינסטרומנטלי של שיקול-הדעת שיפוטי. אבל אם כך הראל מבקש שנבין את התזה שלו, אזי לא ברור מהו הצידוק הנורמטיבי של שיקול-הדעת השיפוטי, שכן אין הוא יכול

2 עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות חלק שני (חנן אלשטיין מתרגם, 2010). ראו גם עמנואל קאנט ביקורת התבונה הטהורה 514-527 ובעיקר 531 (ירמיהו יובל מתרגם, 2013).

להגדיר באופן בלתי-תלוי את הערך של שימוע בעבור הפרט (שהרי זה מוגדר באמצעות הפרוצדורה המשפטית), ולכן אין הוא יכול להראות מה טוב במוסד הבג"ץ עצמו. אפילו אם הראל צודק ואנו רואים את הערך של האפשרות לעתור לבג"ץ לא כטבוע בסיכוי להשיג תוצאה צודקת יותר באופן אובייקטיבי, אלא בכיבוד המשאלה של הפרט להישמע, הערך של "להישמע" צריך להיות מוגדר באופן קודם ובלתי-תלוי בפרוצדורה המשפטית. אכן, במקום אחר (עמ' 216) הראל חוזר למה שאני מכנה תפיסה אינסטרומנטלית של הצדקת שיקול-הדעת השיפוטי, כאשר הוא אומר במפורש כי המוסדות היחידים היכולים להגן על הזכות לשימוע הם בתי-המשפט. בג"ץ הוא אם כן מכשיר למימוש זכות השימוע (המוגדר כערך באופן בלתי-תלוי בפרוצדורת השימוע). אך הטענה של הראל היא שזהו מכשיר הכרחי להשגת מטרה זו (לעיתים הוא משתמש במונח "חיוני" (indispensable), שהוא תיאור אמפירי, ולא מושגי, בדיוק כמו "אמצעי מקל" (facilitator)). הדבר מחזיר אותנו לצמד האחר של המושגים – "הכרחי" לעומת "קונטינגנטי". ייתכן שהראל צודק בטענתו כי אין מוסד אחר שיכול להגן על זכות השימוע אלא בית-המשפט, אך זו אינה טענה מושגית על אופן כינונו של מושג השימוע, אלא על הדרך ההכרחית – שאין לה חלופה סבירה – לממש את הזכות הסובסטיטיבית לשימוע. ההכרחי יכול בהחלט להיות אינסטרומנטלי.

דוגמה אחרת מן הספר שבה הביטוי "ערך לא-אינסטרומנטלי" נותר רב-משמעי היא הדיון בחופש הביטוי (הקדמה). צדק, אוטונומיה ואושר הם סוגים מובהקים של טוב אינטרינזי, בדיוק כמו מוזיקה ואמונה דתית, כפי שטענו לעיל. ייתכן בהחלט שגם חופש הביטוי הוא טוב אינטרינזי – אולי הוא טוב כשלעצמו, ולא רק אמצעי להשגת האוטונומיה של הפרט או חלק ממנה. אך מכאן לא נובע שהזכות לחופש הביטוי גם היא טוב אינטרינזי. סביר להניח שהיא אמצעי הכרחי למימוש הערך של חופש הביטוי, שכן בניגוד לערכים אינטרינזיים רבים אחרים, יש להגן על הפרט המבקש לבטא את עצמו מפני התערבות של אחרים שביטוי זה אינו לרוחם. אך אז הצידוק לזכות הוא מכשירי. לחלופין, ניתן לראות בזכות לחופש הביטוי חלק מן האוטונומיה, כלומר מרכיב המכוון על-ידיה (להיות אוטונומי פירושו להיות בעל זכויות כגון חופש הביטוי). אך זו דרך צידוק נברלת לזכות של חופש הביטוי.

ג. תזת ההדדיות

הראל מציג את תזת ההדדיות בנוגע ליחס שבין זכויות לערכים (עמ' 13-14). זכויות מוצדקות במונחים של ערכים (כגון אוטונומיה), אבל בהיבט ערכים אלה תלויים בזכויות, אשר מגינות עליהם בהיותן "אמצעים מקילים" (facilitators) למימושם. אך דומה שאין ביחס זה שבין זכויות לערכים שום ייחוד. כל יחס אינסטרומנטלי של אמצעי למטרה כולל את ההדדיות הזו: הצידוק של האמצעי טמון במטרה, אך המטרה תלויה באמצעי לשם התקיימותה או מימושה. לכן, בניגוד למה שהראל אומר, הערך של בחירה חופשית בכך-זוג או בבת-זוג (עמ' 17) אינו תלוי בשום צורה בקיומה של זכות חוקתית לבחירה חופשית כזו. הזכות החוקתית מגינה על הערך של בחירה חופשית (יהא זה עצמו ערך אינטרינזי או אקסטרנינזי) ומבטיחה את מימושו. ההזדהות שלנו עם רומיאו ויוליה נובעת מן הערך שאנו (והם) מעניקים לבחירה החופשית של בני-הזוג, אף שבחברה שבה הם חיו לא הייתה זכות חוקתית להינשא על-פי בחירתם של בני-הזוג עצמם. ערכים רומנטיים או אינדיווידואליסטיים

הם שיצרו את הטעם לזכות לחופש הנישואים, ולא להפך. לדעתי, תזת ההדריות היא בדיוק המקור למה שנראה לנו לעיתים כאופי הפטישיסטי של הפולחן של חופש הביטוי בתרבות הפוליטית האמריקנית: חופש ביטוי מוחלט נתפס כבעל ערך משום שהוא מוגן על-ידי התיקון הראשון לחוקה, או במונחים שהראל משתמש בהם לעיתים – התיקון הראשון מכונן את הערך של חופש הביטוי. לכן אין פלא שמבחינה טרורית, כאשר יש ויכוח על חופש הביטוי, אמריקנים אינם מזכירים את הערך של חופש הביטוי עצמו, אלא את מעמדו הכמעט-קדוש של התיקון הראשון.
אומר הראל:

“Sometimes such institutions and procedures matter as such; they are necessary for the realization of certain values and consequently they are indispensable.” (עמ' 225)

ראשית, יש סתירה בין המשפט הראשון לשני – בין “חשובים כשלעצמם” לבין “הכרחיים למימוש ערכים מסוימים”. שנית, באיזה מובן מוסדות אלה (כגון הגנה על זכויות) הם “הכרחיים” או חיוניים? אם כאמצעי (אפילו היחיד האפשרי) למימוש ערך האוטונומיה או כבוד האדם, אזי מדובר ביחס אינסטרומנטלי; ואם כ-“מכוננים” על-ידי ערך האוטונומיה, אזי אין הם אמצעים (conducive means), אלא הם-הם האוטונומיה (בדיוק כשם שקנט היה אומר ששיקול-דעת רציונלי אינו “מוביל” או מטפח את האוטונומיה, אלא הוא-הוא האוטונומיה).

ד. ענישה

פסיחה דומה על שתי הסעיפים אני מוצא גם בהסבר של הראל לבלעדיותה של המדינה כגוף ענישה וכגוף היוצא למלחמה (פרק 3). הקשר הדיון הוא ההתנגדות להפרטה של בתי-הסוהר, שאותה הוא ממשיך להפרטה של מלחמה (על-ידי שימוש בשכירי-חרב). לא רק מתן פסק-הדין וגזר-הדין הוא עניין לגופים של המדינה באופן בלעדי (כלומר, אי-אפשר להפריט את בתי-המשפט), אלא גם הענישה וביצועה בפועל. אך לא ברור אם הראל מתכוון שראוי שרק המדינה תעניש את העוברים על חוקיה או שמא הוא מתכוון שרק המדינה יכולה מבחינה מושגית להעניש. לעיתים נדמה שהוא מתכוון לאפשרות הראשונה – למשל, באומר כי ענישה על-ידי גופים או אנשים פרטיים היא פגיעה בכבודו של הפרט הנענש (תוך שהוא מצטט את קנט, הסבור כי יש ערך אינטרינזי בהענשת הפרט על-ידי הקולקטיב המדיני אפילו כאשר הקולקטיב עומד להתפרק (עמ' 70-71)), ואת הגל, הסבור כי ענישה היא מתן כבוד לאוטונומיה ולרציונליות של הנענש רק אם המעניש הוא המדינה³). אך לעיתים הוא מדבר על ענישה שנעשית לא על-ידי המדינה כמביסה את עצמה (self-defeating), ואפילו כ-“לא ענישה” כלל. כלומר, המדינה היא בהגדרה הגוף הבלעדי לענישה, דהיינו, היא “מכוננת” את מה שמכונה “ענישה”.

שתי האפשרויות סבירות, אך יש לבחור ביניהן ולהבין מה שמשתמע מהבחירה, שכן אם יש ערך לענישה שהוא בלתי-תלוי בכך שהמדינה היא המענישה, אזי יש צורך בהסבר נוסף

3 גיאורג וילהלם פרידריך הגל קווי יסוד לפילוסופיה של המשפט 98-99 (פיני איפרגן עורך, גדי גולדברג מתרגם, 2011).

מדוע ראוי או כדאי שדווקא המדינה תהיה הגוף המעניש (כפי שלוק או אינסטרומנטליסטים מן הסוג שהראל מבקר נוטלים על עצמם לעשות). אך גם אם כל ענישה שאינה של המדינה אינה ענישה כלל (כלומר, לא תיתכן ענישה במצב הטבע), עדיין איננו יודעים אם הענישה של המדינה מוצדקת. לשם כך עלינו לפנות לעקרונות מוסריים שאינם מכווננים על-ידי המושג של מדינה. לכן אין זה מקרי שרוב תיאוריות הענישה מצדיקות את הענישה הפלילית על-ידי המדינה במונחים של הסדרת הענישה, כלומר, במונחים של צדק ויעילות בהפעלת הערך של ענישה, המוגדר באופן בלתי-תלוי בקיומה של מדינה (כפי שג'ון לוק מתאר). השאלה מה טוב בפרקטיקה של ענישה דומה בדיוק לשאלה מה טוב בפרקטיקה של שימוע, והעובדה ששתי הפרקטיקות "מכווננות" על-ידי המוסדות המפעילים אותן אינה משיבה על השאלה. בניגוד לשאלה מדוע טוב שהמפסיד את מלכו במשחק השחמט מפסיד במשחק, שהיא שאלה טיפשית המעידה כי השואל אינו מבין מהו משחק השחמט, השאלה מדוע טוב שהמדינה תעניש דורשת תשובה סובסטנטיבית-ערכית (בין שהיא גמולית (retributivistic) ובין שהיא תועלתנית) – מה שהופך את המדינה לכלי להשגת ערך מסוים.

רבים מאיתנו חשים אי-נוחות מן הרעיון של הפרטת בתי-סוהר – רעיון שהועלה בישראל לפני כמה שנים אך נדחה. בניגוד להפרטה של שירותי הדואר או של חברת התעופה הלאומית ומערכת הרכבות, ההתנגדות הטבעית למהלך קשורה לא רק לשאלה האידאולוגית אם יעילות כלכלית חשובה יותר מצדק חברתי, אלא לשאלה הסמלית יותר בדבר מקומה המהותי של המדינה בפרקטיקה הנידונה (ענישה פלילית). אין ספק שהפונקציה של ענישה – כמו הפונקציות של חינוך בבית-הספר או הגנה צבאית מפני איומים מבחון ואף גביית מיסים – קשורה באופן אינטימי יותר לעצם רעיון הריבונות, לאחריותה של המדינה כלפי אזרחיה ולמקור סמכותה באמנה חברתית. ברוחו של הראל ניתן לומר כי הרעיון של שלטון החוק דורש שהמדינה תהיה ה"סוכן" הבלעדי או לפחות האחרון בשרשרת ה"סוכנים" בהפעלת אותן פונקציות שבלעדיהן לא היה צורך במדינה מלכתחילה. אבל כדי להיות סוכן כזה, אין המדינה חייבת – ואף אין היא יכולה – להיות הפועל היחיד. הפרטה היא עניין יחסי של רמת ההאצלה של סמכות. אין המדינה מחבלת בסמכותה שלה אם היא נותנת עבודות הדפסה לבתי-מלאכה פרטיים במקום ל"מדפיס הממשלתי". כך גם לגבי מתן שירותי מזון לחיילים בצבא באמצעות שירותי הסעדה פרטיים. אין ספק שהפרטה של בתי-המשפט או גיוס שכירי-חרב למלחמה הם דוגמות לרמת הפרטה לא-לגיטימית באופן עקרוני. אבל לאחר שנגזר דינו של אדם בבית-משפט של המדינה, לא ברור מדוע באופן עקרוני אסור למדינה למסור זיכיון לחברה פרטית שתנהל את מוסדות הענישה (בתי-הסוהר). ייתכן שמספיק שמקור הסמכות העליון יהיה המדינה ושועדת פיקוח על בתי-הסוהר המופרטת תדאג באופן מתמשך למילוי התנאים הנדרשים לדעת המדינה לשם שמירה על זכויותיו של האסיר בבית-הסוהר.

לדעתי – בניגוד לזו של הראל, אשר נסמך גם על טיעוניה של נשיאת בית-המשפט העליון לשעבר דורית ביניש (עמ' 76) – יש להבחין בין "להעניש" במובן של השתת העונש לבין "להוציא את העונש לפועל" במובן של ניהול בית-הסוהר (כפי שיש להבחין בין הטלת קנס על אי-תשלום אגרה – הנעשית על-ידי פקיד ציבור – לבין גבייתו, הנעשית כיום דרך

4 ג'ון לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני 10-11 (מהדורה שנייה, יוסף אור מתרגם, 1959).

משרדים פרטיים של עורכי־דין). לכן, אף שהראל צודק באומרו כי יש פעולות אשר תלויות בזהות הפועל (כגון נקמת־דם, שצריכה להיות אישית, או שפיטה וגזירת עונש, שצריכות להיות "של המדינה"), אין מניעה עקרונית (לא־אינסטרומנטלית) שהגורמים המנהלים את העונש יהיו במעמד אחר מאלה שקבעו את העונש. אפילו במקרה של נקמה נראה לי אפשרי בהחלט שהקורבן הנוקם יזום את מעשה הגמול, יקבע את היקף הפגיעה במי שפגע בו ובכבודו, ויזדהה כ"נוקם", אבל – בהיותו בלתי־מיומן בכלי־נשק – ישכור בכספו אקדח מקצועי שיבצע את הירי עצמו. רמת ההאצלה היא עניין קונטינגנטי. כל אדם פרטי או גוף פרטי יכול לפעול באופן ציבורי מרגע שהוא מקבל את עקרונות הפרקטיקה של הענישה הצודקת וההוגנת (הנקבעים על־ידי המדינה). גם אם קבלה זו מונעת משיקולים כלכליים ועסקיים, אין בה משום פגיעה בשלטון החוק או בזכויות האדם של האסיר. הטעם היחיד (אבל במקרה של הפרטת בתי־הסוהר – המכריע) נגד האצלת סמכויות זו הוא אמפירי: כפי שהוכח לא פעם, לסוהרים פרטיים ולחברות פרטיות יש נטייה רבה יותר לא לפעול על־פי עקרונות הפרקטיקה, וזאת משיקולים של חיסכון כספי או נאמנות אישית פחותה למדינה כמקור הסמכות לפעילותו של כל סוהר וסוהר. אך כאן אנו חוזרים לשיקול אינסטרומנטלי. כך, הכעס על ההפרטה של שירותי החינוך (העסקה הולכת וגוברת של מורים דרך חברות כוח־אדם), של אחיות בית־הספר ושל שירותי הבריאות אינו נובע מן החשש לפגיעה בריבונות המדינה או בשלטון החוק, אלא מהירידה באיכות השירותים במקרים מסוימים או מחלוקתם הלא־שוויונית במקרים אחרים. אלה הם, שוב, שיקולים אינסטרומנטליים מובהקים. טקסי יום העצמאות בהר הרצל אורגנו ובוצעו על־ידי המדינה וצה"ל בשנותיה הראשונות של המדינה. כיום חלק גדול מניהול הטקס נמסר לידיהן של חברות פרטיות, אשר מובילות את הכסאות למוזמנים, מציבות את התאורה ולעיתים גם אחראיות לכוריאוגרפיה של המחוללים. איש אינו רואה בכך פגיעה במדינה ביום חגה השנתי המרכזי, כל עוד זו מפקחת על התכנים, על אופיו הכללי של הטקס ועל רשימת המוזמנים והמשתתפים בו. הפרטה זו אינה מקוממת. אך אין ספק שהראל צודק באומרו כי הקביעה של עצם העונש ותנאי המאסר חייבים להישאר בידי המדינה, וכך גם מנגנון הגיוס לצה"ל וניהול השירות הצבאי, המחויבות לחינוך ולבריאות של האוכלוסייה, עצם הדאגה לקיומן (אך לאו דווקא בנייתן הפיזית) של תשתיות (דרכים, חשמל, מים) ועוד. אלה נראים לי לא רק "טובין אינטרינזיים", אלא טובין הנגזרים מבחינה מושגית מהרעיון של מדינה או של ריבון. עשיית צדק בתחומים הפלילי והאזרחי והגנה על אזרחי המדינה אינן אמצעי (אפילו לא אמצעי חיוני או הכרחי) לחיזוק ריבונותה של המדינה, אלא בהן ובשכמותן מתבטאת ריבונות זו. לפחות על־פי תפיסה מודרנית של ריבונות במשטר דמוקרטי, מלחמה צודקת – של הגנה עצמית באופן טיפוסי – היא פעולה של העם עצמו, ולא "שירות" שאחרים (זרים) יכולים להעניק לו, וכך גם עשיית צדק פלילי ואזרחי. הפרוצדורה של הוצאה להורג של נידונים למוות בארצות־הברית היא עניין של המדינה, אך אין זה מוציא מכלל אפשרות שהרופא הנותן את הזריקה הקטלנית יועסק על־ידי המדינה באופן פרטי (ועל בסיס חד־פעמי).

ה. חוקתיות

הדיון על חוקתיות (פרק 5) משקף שילוב מעניין של הרעיון של שלטון החוק (או "מדוע המשפט חשוב") עם מרכזיותן של זכויות הפרט (במקרה זה בעיקר של זכויות המיעוט) בשיטה פוליטית ליברלית. הרעיון המרכזי של חוקה, על-פי הראל, הוא למנוע מצב שבו הפרט נתון לחסדו של השלטון, אפילו כאשר זה נשען על רוב דמוקרטי. חוק או משפט במובנם העמוק דורשים יציבות בהגנה על זכויותיהם של הפרט וקבוצות המיעוט, ולכן אינם יכולים להיות מכוננים על-ידי חקיקה רגילה, שיש לה אופי קונטינגנטי ואשר מיוסדת על קוניונקטורות פוליטיות וקואליציות של רוב פרלמנטרי משתנה. כוחה של חוקה מחייבת טמון בדיוק בכך שבניגוד לחוקים פרלמנטריים היא מבטאת את תמצית הרעיון הכללי של "החוק" ואת ערכו האינטרינזי. אכן, קשה לדבר על ערכה האינסטרומנטלי של חוקה. היא תכלית בפני עצמה, ויש אפילו שירחיקו לכת (כמו הגל) ויאמרו כי החוק במובן זה מגלם את הרציונליות (בתחום הפוליטי).⁵

עם זאת, אותה "גחמה" (whim) של הממשל, של השליט או של המחוקק, שהראל חושש מכפיפותו של האזרח לה, אורבת לפתחה של כל החלטה של שופט בבית-המשפט, של שר בממשלה, של שוטר או של פקיד מס הכנסה. באופן אידיאלי כל אלה אמורים לפעול בשירות האינטרס הציבורי, בהתאם להחלטותיהם של בעלי הסמכות ועל-פי החוקים והתקנות, כלומר, באופן רציונלי שאינו יכול להיחשב גחמה. הכפיפות לכל אלה, בוודאי להחלטות פרלמנטריות, אינה יכולה להיחשב שרירותית, אלא אם כן מראים כי המחוקקים או פקידי המדינה נהגו לא כפי שהיו אמורים לפעול, כלומר, מבלי להתחשב בזכויות הפרט והמיעוט. נכון שאין אנו יכולים לסמוך על כך שהגופים המדינתיים יפעלו תמיד על-פי העיקרון של טובת הציבור, ולשם כך יצרנו שיטה של "איזונים ובלמים". אולם חוקה אינה בהכרח כלי יעיל כאיזון או כבלם, שכן לעיתים בית-המשפט העליון המפרש אותה פועל באופן גחמתי לא פחות מן הממשל (שאלו את החרדים כיצר הם תופסים את פסיקותיו של בג"ץ). אני מסכים כי לעיתים יש טעם במיסוד חוקתי של הגבלות שיוחלו על המחוקק, אך זהו עניין קונטינגנטי ואינסטרומנטלי, ואנגליה – נטולת החוקה – מוכיחה זאת בכך שאין היא מכבדת זכויות אדם פחות מארצות-הברית.⁶

בפרק חריג בספר הראל דן בפעולות מסוימות הנעשות במסגרת המדינה ועל-ידי פקידי ציבור או עובדי מדינה אבל כפעולות פרטיות שאינן כפופות לכללים (rule free) ואינן מונחות על-ידי נורמות (עמ' 107). מקרה-ההדגם הוא מצב שבו חייל צריך להחליט אם להפיל מטוס נוסעים העומד להתפוצץ בתוך עיר צפופה (כמו במקרה של אסון 11 בספטמבר). בית-המשפט העליון הגרמני פסק כי החוק שחוקק הבונדסטג בעניין (אשר מתיר או אפילו מחייב להורות על הפלת המטוס כדי להציל מספר גדול בהרבה של אנשים חפים מפשע) הוא בלתי-חוקתי.

5 הגל, לעיל ה"ש 3, חלק שלישי, פרק שלישי, במיוחד בעמ' 221.

6 עורכי כתב-העת מוסיפים בצדק את הטיעון שגם אם בית-המשפט העליון יפרש את החוקה באופן שרירותי או על-פי גחמה, הסיכוי לכך קטן יותר מאשר במשטר שבו אין חוקה, שכן לא סביר שיתקיימו שתי החלטות קפריזיות – של המחוקק ושל בית-המשפט החוקתי – זו אחר זו.

הראל תומך בפסיקה זו. אך השאלה היא מהו הנימוק לפסיקה. הראל דוחה שוב נימוקים אינסטרומנטליים או פרמטיים (למשל, שקודיפיקציה של נורמות בעניין כזה עלולה לגרום נזק בכך שהטרוריסטים ידעו מראש מה תהיה תגובת המדינה או לחלופין שנוסעים יירתעו מלעלות על טיסות). הנימוק שהוא מציע הוא שמדובר במקרי חירום קיצוניים, וכי במצבים כאלה נוצר כורח (necessity) שפוטר את עובד הציבור מפעולה על-פי כללים. רק הפרט יכול להחליט ברמה הפרטיקולרית כיצד לנהוג. אין החלטה ראויה אחת, שכן לחייהם של בני-אדם אין ערך חליפין, ואסור למדינה לקבוע ערך כזה, אפילו במובלע.

אך קשה להשתכנע מטיעון זה. ראשית, אין קשר בין "מצב חירום" לבין הפרטיקולריות של החלטה: כל החלטה הכפופה לכללים – כולל החלטה יומיומית ושגרתית לגמרי – דורשת החלה של כללים על מקרה פרטי, והחלה זו אינה ניתנת באופן עקרוני לקודיפיקציה. לעיתים קרובות החלטה שגרתית כזו כרוכה בחיים ומוות (כמו במקרה של בחירה בין שני טיפולים חלופיים לחולה). שנית, לא ברור מדוע במקרה האמור של החלטה על הפלת מטוס נוצר "כורח"; אכן, זהו מצב של דילמה קשה, שכל אחד היה רוצה להימלט ממנה, אבל אין כאן כורח במובן של הגנה עצמית, למשל, או דחף פסיכולוגי שאי-אפשר לצפות שאדם יפעל נגדו. שלישי, לא ברור לי מדוע אין המדינה יכולה להנחות את שליחיה (במקרה של החוק הגרמני – את שר ההגנה) מה לעשות, אפילו מבלי ליצור כללים מראש. השר צריך לשקול את מאזן המחירים, הסיכונים והעלויות של כל אחת מן האפשרויות, והחוק מתיר לו – או למעשה מחייב אותו – להחליט במקרה הקונקרטי שיעמוד לפניו. במקרה זה ההחלטה שאינה מכוונת על-ידי כללים מועברת לאדם אשר מורגל מתוקף תפקידו להחלטות אינספור במקרים שבהם שום כלל אינו יכול להנחותו. אבל יהא זה אבסורדי לומר ששר ההגנה פועל במקרה כזה כאדם פרטי, ולא כפקיד מדינה (public official). מהות שליחותו והסמכות הנספחת אליה גלומות בנטילת האחראיות להחליט בתור נבחר ציבור גם בהקשרים שאין בהם כללי הכרעה מראש. רביעית, אין שר ההגנה אמור לפעול באופן שאינו ניתן להנמקה או להצדקה כלשהי. אף שנימוקים במקרים כאלה אינם כפופים לכללים במובן הצר של הנחיות מוקדמות, הם בוודאי כפופים לעקרונות פעולה מוסריים או פוליטיים שאינם ניתנים לקודיפיקציה חוקית או משפטית. אנו מצפים ששר ההגנה, אף שהוא גם איש פרטי בעל חוש מוסרי של כבוד לכל אדם, יפעל על-פי טווח של שיקולים ציבוריים רחבים – למשל, יעדיף הצלת חייהם של רבים על הצלת חייהם של מעטים (וזאת בניגוד לאדם פרטי, אשר לגיטימי שיעדיף לעיתים הצלת אדם שיש לו זיקה אליו או אחריות כלפיו על הצלת חייהם של רבים). חמישית, גם במקרה קיצוני, כאשר אין כל שיקול רציונלי העשוי להכריע בדילמה, הכלל – או נכון יותר המִטְ-כלל – המוסרי והרציונלי הוא להפיל גורל. פתרון זה עשוי לשלב שיקולים תועלתיים ודאונטולוגיים, ובעיקר לבטא את השוויון במעמדם של כל בני-האדם הניצבים בסיכון של מוות: הגרלה עדיפה על החלטה אישית של פרט אשר בוחר באופן שהוא לחלוטין נטול כללים (rule free), כי היא הוגנת יותר ונתונה פחות להטיה אישית של הפרט הבוחר. הערה שישית ואחרונה, הראל צודק שיש מקרים שבהם שום הוראת חוק (במקרה זה – המצווה על הפלת המטוס) אינה יכולה לפטור את השר מאחריות למעשים פסולים מבחינה מוסרית. אבל דבר זה אינו קשור באופן ייחודי למקרי חירום קיצוניים, אלא מאפיין כל סיטואציה של סרבנות-מצפון ודגלים שחורים למיניהם. אין זה אומר שמבחינה עקרונית במקרי חירום המדינה אינה יכולה לפעול כמדינה. היא

יכולה ויש לה הסמכות לעשות כן, כל עוד אין היא מפרה בבוטות עקרונות יסוד אתיים. אם היא מפרה עקרונות יסוד כאלה, חובתו של השר (ועתה אכן כפרט, ולא כשליח ציבור) לסרב לבצע את הנדרש ממנו.

הערה כללית על דוגמת המטוס של הראל: לא תמיד ברור בדיון אם הראל מגדיר את הקטגוריה של מצבי קיצון, דוגמת זה של המטוס, על-סמך היותם נדירים ויוצאי-דופן, על-סמך היותם דרמטיים מבחינת תוצאותיהם (חיים ומוות של בני-אדם רבים), על-פי דחיפות ההחלטה (אין זמן לשיקול-דעת ולהתייעצות) או בשל היותם דילמות שאין להן פתרון אובייקטיבי אחד או תשובה נכונה. עמימות זו של הקטגוריה של מצבי קיצון מקשה את הערכת הנימוקים לטיעון בדבר אופייה ה"פרטי" של ההחלטה.

1. שני סוגים של צדק פרוצדורלי

בנקודה זו משנתו של גוויידו קלברזי (Guido Calabresi)⁷ הייתה יכולה לסייע בהסברת עמדתו האינטואיטיבית של הראל: אכן, בהחלטות "טרגיות" (שאינן מאפיינות דווקא מצבי חירום) המדינה אינה יכולה להרשות לעצמה להחליט באופן שיהיה כפוף לכללים, אך זאת לא בגלל פסול כלשהו בהחלטה על-פי כללים, אלא משום שהחלטה כזו תיתפס על-ידי הציבור כביטוי של מדיניות מפורשת. שקיפות היא לעיתים מסוכנת מבחינה סמלית ומבחינת הפוטנציאל של תגובת מרי של אזרחים. לכן הדרך שבה המדינה עורכת העדפה של חיים מול חיים היא לעיתים בלתי-שקופה באופן מכוון, ואף משתנה מזמן לזמן. הדילמה של מחויבות המדינה להציל בן-אדם אחד מאסון במכרה לעומת השקעה ארוכת-טווח באמצעי בטיחות במכרות היא דוגמה מפורסמת הממחישה את התועלת הטמונה בעמימות ואפילו בהסתרה של החלטות ממשלתיות ובהשארתן פתוחות באופן חלקי.⁸

ההבחנה של רולס בין צדק פרוצדורלי טהור לצדק פרוצדורלי בלתי-שלם⁹ עשויה לסייע בדיון על ניתוחו של הראל. צדק פרוצדורלי טהור הוא זה של הגרלה או של משחק שח, וגם של שוק חופשי לחלוטין: כל תוצאה של פעולה השומרת על כלליו הפרוצדורליים (של המשחק או של הפעילות בשוק) היא צודקת – צודקת בהגדרה, באופן מושגי, באופן לא-אינסטרומנטלי, באופן מכוון. אין היא בעלת ערך אינטרינזי, ואף אין היא הכרחית. לעומת זאת, צדק פרוצדורלי בלתי-שלם הוא זה המאפיין את ההליך המשפטי, את החוקה, את החלטות הכנסת ואת ההפעלה של כל סמכות לגיטימית אחרת במדינה. זהו צדק שתלוי גם בטיב תוצאותיו של ההליך, בתוכן של המצב או המצבים הנוצרים על-ידי הפעלתו.

מקריאת ניתוחו הלא-אינסטרומנטלי של הראל עולה הרושם שהוא חושב על ערכו של החוק בעניין של צדק פרוצדורלי טהור. אך זה, כמובן, אינו יכול להיות נכון: אפילו אם

7. GUIDO CALABRESI & PHILIP BOBBITT, TRAGIC CHOICES 41–44 (1978)

8. כך גם, למשל, לגבי השאלה אם לחוקק חוק האוסר על הממשלה לשאת-ולתת עם ארגוני אויב על שחרור מחבלים אסירים תמורת חטוף. לא במקרה לא נחקק בישראל חוק בעניין. יש לעמימות עצמה (זו הכרוכה בהעדר חוק או מדיניות ברורה) הן יתרון פרגמטי (האויב אינו יכול לדעת כיצד תגיב הממשלה על חטיפה) והן יתרון מוסרי-פוליטי כלפי אזרחי המדינה, אשר לעולם תהיה ביניהם מחלוקת מוסרית עמוקה על האופן שבו יש לנהוג בכל מקרה ומקרה.

9. JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 85–88 (1971)

הפרוצדורה חשובה, אי־אפשר להתעלם מן התוצאה. הפרוצדורה של בג"ץ, ניהול בתי־הסוהר על־ידי המדינה, ההגנה על חופש הביטוי באמצעות זכות־יסוד – כל אלה הם מכווני־מטרה: כבוד האדם, האוטונומיה שלו, יציבות נורמטיבית, צדק ביחסים שבין פקידי ממשל ואזרחים. לא במקרה הפרוצדורה של עתירה לבג"ץ בנויה כך שעיקרה הוא שיקול־דעת בלתי־תלוי ולא־אינטרסנטי המסור בידי מוסד ופקידי ציבור בעלי כישורים מסוימים. הרעיון מאחורי אי־תלות זו הוא לא שיש ערך אינטרינזי באי־תלות, אלא שהסיכוי שאנשים בלתי־תלויים יגיעו להחלטה צודקת באופן אובייקטיבי (אם כי לא בהכרח לטובת הפרט העותר) הוא גדול יותר. בתחום הפוליטי־החברתי – בניגוד לתחום של משחקים או של הגרלות של מפעל הפיס – אי־אפשר להתעלם לחלוטין ממבחן התוצאה הראויה.

תמצית התזה של הראל בספר זה היא שזכויות בפרט ושלטון החוק או המשפט בכלל מכווננים פרקטיקות שיש להן ערך בפני עצמן. זכויות הפרט, שוויון לפני החוק, אפשרות הגישה של כל אזרח לשימוע וההגנה החוקתית על הפרט ועל המיעוט מפני גחמתו של השלטון או של שלטון הרוב – כל אלה הם ערכים אינטרינזיים, אך כאלה שהם בהגדרה תוצר של מערכת המשפט והחוק. זו תזה מושכת, בעיקר לליברל המודרני, אך היא מותירה פתוחה את השאלה מדוע לאמץ מלכתחילה את רעיון הזכויות (שהוא חדש בהיסטוריה האנושית) ואת העיקרון של שלטון החוק במונח החוקתית. דומה שההצדקה לאימוץ זה במונחים משפטיים וחוקתיים היא בגדר ניסיון למשוך את עצמנו בציציות ראשנו (bootstrapping). לכן דומה שאימוץ הרעיון של זכויות ושל שלטון החוק קורא להצדקה ערכית – חברתית, מוסרית, דתית או פרגמטית – שהיא בלתי־תלויה במשפט עצמו.

