

מדוע בכל-זאת המשפט חשוב

מאת אלון הראל*

מבוא

א. דוד הד

1. שלוש משמעויות של המושג "אינסטרומנטלי"
 2. תזת ההדדיות של זכויות וערכים
 3. הפרטת הענישה
 4. חובות חוקתיות
 5. סיכום
- ב. אסף שרון

1. קשר אינטרינזי או הכרחי?
 2. המימד האקספרסיבי
 3. הטיעון הרפובליקני
- ג. יצחק בנבגי

1. האם הטיעון נגד הפרטה ניתן להבסה?
 2. מהי פעולה הנעשית "בשם המדינה"?
 3. הטיעון החוזי
- ד. דוד אנוך

1. מבוא
 2. אי-ודאות
 3. טענת חוסר הֶכְנָת
- סיכום

מבוא

ספרי *Why Law Matters*¹ מגן על הטענה כי מוסדות משפטיים ופרוצדורות משפטיות מבוססים לעיתים קרובות על שיקולים לא-אינסטרומנטליים. על-פי עמדה זו, מוסדות משפטיים ופוליטיים אינם רק בגדר מכשירים קונטינגנטיים להשגת מטרות ראויות, כגון צדק, שוויון או יעילות. לעיתים למוסד המשפטי יש ערך אינטרינזי בפני עצמו או לכל-הפחות קיומו הוא תנאי הכרחי למימוש ערך כזה. כך, למשל, אני טוען כי חוקות הן רצויות לא

* פרופסור, הקתדרה על-שם פיליפ ואסטל מיוזק, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, והמכון ע"ש פדרמן לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית בירושלים.
1 ALON HAREL, *Why Law Matters* (2014). מספרי עמודים בגוף הטקסט מתייחסים לספר זה.

רק (או לא בעיקר) משום שהן מובילות להחלטות נכונות יותר של המחוקק או של הרשות המבצעת. חוקות הן רצויות משום שהן מבטאות את העובדה שמקצת ההחלטות של המחוקק אינן תוצר של הרצון החופשי או שיקול-הרעת של המחוקק, אלא ביטוי לקיומה של חובה המעוגנת בזכויות האזרחים. חוקות מאפשרות לפיכך להבחין בין החלטות שהן במסגרת שיקול-הרעתו של המחוקק לבין החלטות שבהן אין למחוקק שיקול-הרעת. ביקורת שיפוטית על חוקים היא רצויה לא רק משום שבתהליך המשפט מחליטים לעיתים באופן נכון או צודק יותר מאשר המחוקק, אלא משום שלאזרחים יש זכות שימוע – הזכות לערער על החלטות של המחוקק הנתפסות בעיניהם כפוגעות בזכויותיהם. ניהול ציבורי של מערכת הענישה הוא ראוי לא משום שהוא יעיל יותר או הומני יותר, אלא משום שענישה פלילית מבטאת שיפוט מוסרי אשר רק המדינה זכאית לעשותו. באופן כללי יותר אני טוען כי שורה ארוכה של מוסדות משפטיים הם רצויים לא רק משום שהם מבטיחים החלטות נכונות יותר או ראיות יותר. מוסדות ופרוצדורות משפטיים הנתפסים לעיתים קרובות כמכשירים קונטינגנטיים למימוש מטרות ראיות הם חשובים לעיתים ככאלה, ולא בשל תרומתם הקונטינגנטית להחלטות צודקות או יעילות.

במסגרת כנס שנערך באוניברסיטת תל-אביב העלו המשתתפים השגות חשובות על תורת מרכזיות של הספר. במסגרת מאמר זה אני מבקש להגיב על תגובות אלה. התגובות שאליהן אתייחס הן אלה של פרופ' דוד הד, ד"ר אסף שרון, פרופ' יצחק בנבג"י ופרופ' דוד אנוך. הספר עצמו הוא אקלקטי, ומכיל פרקים בסוגיות פוליטיות ומשפטיות שונות. חלק I של הספר הוא חלק יוריספרודנטי העוסק בזכויות. חלק II עוסק בטעמים הלא-אינסטרומנטליים לקיומה של המדינה, ואילו חלק III עוסק בסוגיות בתיאוריה של חוקה וביקורת שיפוטית. גם התגובות נגעו בסוגיות שונות. חלקן נגעו באופן ישיר בתזה המתודולוגית המרכזית של הספר, וחלקן עסקו בסוגיות ספציפיות.

א. דוד הד

1. שלוש משמעויות של המושג "אינסטרומנטלי"

דיכטומיה מרכזית שבה השתמשתי כדי לתאר את עמדתי היא הדיכטומיה בין שיקולים אינסטרומנטליים לבין שיקולים לא-אינסטרומנטליים. דוד הד בוחן בתגובתו את המושג "אינסטרומנטלי", וטוען כי אני משתמש במושג זה באופנים שונים ולא תמיד קונסיסטנטיים. הד מבחין בין שלוש משמעויות שונות של המושג "לא-אינסטרומנטלי", אשר לשתיים מהן לפחות יש ביטוי בספר.² על-פי המשמעות הראשונה, המושג "לא-אינסטרומנטלי" הוא פשוט אינטרינזי או אינהרנטי. טוב הוא אינטרינזי אם הוא טוב כשלעצמו, ולא טוב רק בגין התוצאות הנגזרות ממנו. כך, למשל, תועלתנים סבורים כי תועלת היא טוב אינטרינזי. על-פי עמדתם, תועלת או אושר הם טובים כשלעצמם, ולא בגין התוצאות הנגזרות מהם. על-פי המשמעות השנייה, לא-אינסטרומנטלי הוא הכרחי. הכרחי, כפי שהד אומר, הוא הניגוד של מה שיש לו חלופה. כך, למשל, חינוך מוזיקלי הוא הכרחי כדי לממש את הטוב של המוזיקה, אולם הקמת תזמורת אינה הכרחית, משום שניתן להבטיח את הטוב המוזיקלי

2 דוד הד "הערות על ספרו של אלון הראל 'Why Law Matters' בכרך זה, פרק ב.

גם ללא תזמורת.³ על־פי המשמעות השלישית, יש לזהות את המושג "לא־אינסטרומנטלי" עם המושג "קונסטיטוטיובי", דהיינו, "מכונן". כך, למשל, זכויות ושלטון הרוב הם מושגים מכוננים ביחס למשטר דמוקרטי; ייצוג פרלמנטרי, לעומת זאת, הוא מושג הכרחי למשטר דמוקרטי (בהינתן העדר האפשרות לקיים דמוקרטיה ישירה), אך אין הוא מכונן את המשטר הדמוקרטי.

אני סבור כי הד צודק בטרונייתו כי היה מקום להבהיר את משמעות המושג "אינסטרומנטלי". הטעם לקושי נעוץ בעובדה שפרקים שונים מגינים על תפיסות אנטי־אינסטרומנטליסטיות שונות זו מזו. בשעה שחלק מן הפרקים הסתפקו במשמעות השנייה המוצעת על־ידי הד, יש פרקים הנסמכים על המשמעות השלישית.

בהמשך תגובה זו אזהה באופן ספציפי פרקים המגינים על משמעויות שונות של המושג "אינסטרומנטלי". בשלב זה אני רוצה לעסוק בקשרים ההדדיים בין המשמעויות השונות. אני סבור כי המשמעות השנייה – דהיינו, הטענה כי חלק מן המוסדות והפרוצדורות המשפטיות הם הכרחיים, ולא קונטינגנטיים, למימוש הטוב – משותפת לכל הפרקים כולם. זאת, פשוט, מכיוון שהן המשמעות הראשונה והן זו השלישית מנביעים גם את השנייה. כאשר מוסד משפטי או פרוצדורה משפטית הם בעלי ערך אינטרינזי או כאשר הם מכוננים ביחס לערך מסוים, נגזרת המסקנה כי הם גם הכרחיים, ולא קונטינגנטיים, למימוש של אותו ערך. מכאן שהכרחיות היא מושג המשותף הן למוסדות ולפרוצדורות שהם בעלי ערך אינטרינזי והן לאלה שהם מכונני ערכים. אכן, בפסקה שבה אפיינתי באופן המופשט ביותר את תכליתו של הספר הדגשתי את העובדה שהטענה המשותפת לכל פרקי הספר היא כי יש מוסדות ופרוצדורות משפטיות שהם הכרחיים, ולא קונטינגנטיים, למימושן של תכליות ראיות:

"This book examines various legal and political institutions and procedures and argues that the desirability of these institutions and procedures is not contingent and does not hinge on the prospects that these institutions are conducive to the realization of valuable ends."
(עמ' 2)

הרשו לי לבחון כעת באופן מפורט יותר כמה מן הטענות הספציפיות שהעלה הד. בדרך זו גם אדגים כיצד חלק מן הפרקים מגינים לא רק על התזה השנייה (הכרחיות), המשותפת כאמור לכל הפרקים, אלא גם על התזה השלישית, שלפיה יש מוסדות ופרוצדורות משפטיות אשר מכוננים ערכים.

הד מעלה התנגדות לעמדתו בעניין ביקורת שיפוטית משום שהוא סבור כי עמדה זו היא אינסטרומנטלית ביסודה. לדבריו:

"הראל טוען... כי הצידוק לשיקול־דעת שיפוטי טמון לא באיכות הגבוהה יותר של ההחלטות הנובעות ממנו, אלא בעצם הנכונות להאזין לקולבנה 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

3 שם, פרק ב, פסקה שלישית.

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 בשטרסבורג הם מוסדות אפשריים המבטאים כבוד לפרט הרואה את עצמו כנפגע.⁴

אני מסכים עם רוב הטענות שהעלה הד בפסקה זו. עם זאת, טעות היא לזהות את העמדה הזאת עם עמדה אינסטרומנטלית. בספרי טענתי כי ביקורת שיפוטית מוצדקת במונחים של זכות השימוע. זכות השימוע היא הזכות של פרט הסבור כי זכותו נפגעה להשמיע את טענותיו, לשמוע את טענות הגוף שההפרה מיוחסת לו ולבסוף החובה של הגוף המחליט לשקול מחדש את ההחלטה לאור הדיון. מהותה של הביקורת השיפוטית, על-פי עמדה זו, אינה מי עורך את הביקורת (שופטים או גופים אחרים), אלא מה אופיו של ההליך (עמ' 202–223). מכאן גם נובע כי ההליך השיפוטי אינו הליך שנערך בהכרח על-ידי שופטים; המאפיין אותו הוא אופי ההליך ואופי השיקולים הנשקלים במסגרתו. לפיכך, בניגוד להנחתו של הד, אין לי התנגדות עקרונית שהשימוע ייעשה על-ידי נציב תלונות הציבור או על-ידי בית-המשפט בשטרסבורג. העובדה שבתי-המשפט המדינתיים עוסקים בשימוע היא אכן עובדה מקרית, ואינה הכרחית להליך השימוע. בהנחה שהבחירה משרתת את זכות השימוע, בתי-המשפט הם אינסטרומנטליים לשימוע. אולם כל מוסד שיערוך את השימוע יהיה חייב לקיים הליך דמוי-שיפוטי (על עמדה זו הגנתי במפורש בעמ' 214). מכאן גם נובעת המסקנה כי ההגנה המוצעת על ביקורת שיפוטית משנה את ההבנה של מהות המוסד. כפי שצינתי:

“[B]y uncovering the rationale underlying judicial review, it becomes clear that what the term ‘judicial’ stands for is not judges or courts but a distinctive process of deliberation – the process consisting of raising grievances, addressing these grievances and deciding on the basis of this deliberation.” (עמ' 229)

לפיכך, בניגוד לעמדתו של הד, ההליך השיפוטי אינו מכשיר קונטיננטלי למימוש הזכות לשימוע. ההליך השיפוטי הוא-הוא הזכות לשימוע. מובן שהכרה בזכות לשימוע מחייבת עדיין לקבוע מהו המוסד המממש את הזכות לשימוע, מיהם האנשים המאיישים את המוסד, כיצד הם נבחרים וכולי. אלה, כפי שהד מציין, הן ללא ספק שאלות אינסטרומנטליות.⁵

2. תזת ההדדיות של זכויות וערכים

פרק 2 לספרי מגן על תזת ההדדיות בין זכויות לערכים, אשר הד מבקרה.⁶ על-פי תזת ההדדיות, זכויות מוצדקות במונחים של ערכים (דוגמת אוטונומיה), אבל בהיעת הערכים האלה תלויים בקיומן של זכויות המגינות עליהם. הדגמתי טענה זו תוך שימוש בזכות

4 שם, פרק ב, פסקה רביעית.
5 אפשר להדגים עמדה זו בניתוח הערך של דמוקרטיה. חסידי הדמוקרטיה סבורים כי דמוקרטיה מחייבת את שלטון הרוב. עם זאת, אחרי קביעה זו נותרות עדיין שורה ארוכה של שאלות: כיצד יש לבחור את הנבחרים, מהו אחוז החסימה הראוי, כיצד ייערכו הבחירות וכולי. שאלות אלה הן ביסודן שאלות אינסטרומנטליות.
6 הד, לעיל ה"ש 2, פרק ג.

לבחור בן־זוג או בת־זוג לצורך הקמת משפחה. טענתי כי ההגנה על הזכות לבחור את בן/בת־הזוג מחייבת הכרה משפטית מסוימת בקיומה של זכות חוקתית כזו. טענתי התבססה על העמדה שלפיה מימוש האוטונומיה מחייב הכרה חברתית בחשיבות האוטונומיה וכן אפיון של הטעמים שצריכים להנחות את הבחירה האוטונומית (עמ' 40). לא כל בחירה שאינה כפויה היא בחירה אוטונומית. כך, למשל, אם אדם בוחר את בן/בת־זוגו באמצעות הגרלה או בוחר מנהיג פוליטי על בסיס האות הראשונה של שמו של המנהיג, הוא אינו מממש את האוטונומיה שלו, משום שהוא אינו פועל מן הטעמים הנכונים. טענתי גם כי מימוש האוטונומיה מחייב יצירת תרבות שבה פרטים מבינים את משמעות הבחירה ואת הטעמים שיש להשתמש בהם לצורך מימוש אוטונומי של הבחירה. לבסוף טענתי כך:

“Political and legal entrenchment of rights helps to construct such a common culture and therefore to facilitate the exercise of autonomy. By protecting paradigmatic cases of valuable autonomous choices, denying protection in cases in which the decision was not reached in the designated ways and elaborating the rationales underlying such decisions, the legal system contributes to the formation of autonomy-enhancing practices. Further, constructing such a culture often requires not merely the protection of a right but also establishing and sustaining other institutional practices that reflect the respect owed to autonomously made choices.” (עמ' 42)

הד מעלה דוגמה נגדית, המיועדת להפריך טענה זו. הניחו חברה שאין בה הגנה על הזכות להינשא על־פי בחירת בן־הזוג. הזכות להשיא את הנער או הנערה נתונה בחברה זו להורים, ולא לבני־הזוג. הניחו גם כי רומיאו ויוליה חפצים להינשא זה לזה, והמשפט מסרב להעניק להם זכות זו.⁷ האין זה מן הראוי להגן על זכות זו גם בחברה שאין בה הגנה משפטית על זכות זו? הד מפתח את הטענה הזו וגורס כי: “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.”⁸ הד סבור לפיכך כי הערכים בחברה קדמו לזכות לבחירה חופשית של בן־הזוג. הם שגורמים לנו רגשי הזדהות עם רומיאו ויוליה, והם שהופכים את הזכות (שנוצרה כדי להגן על ערכים אלה) לחשובה.

בספרי אני דן במקרה דומה, ואף אני משתמש באהבתם חסרת הפשרות של רומיאו ויוליה כדוגמה לעניין זה (עמ' 45). טענתי המרכזית היא כי בחברה ללא הכרה משפטית בזכויות יהיו אך פרטים מעטים שיבחרו בן/בת־זוג באופן אוטונומי. התחושה שיש מקום להגן בלהט על זכותם של רומיאו ויוליה להינשא זה לזה נובעת מן ההנחה שהם בחרו זה את זה על בסיס טעמים שנראים לנו ראויים ומתאימים. הטעם במקרה שלהם, כך מסופר לנו, היה אהבתם העזה זה לזה. אילו בחרו רומיאו ויוליה זה את זה על בסיס הגרלה, נראה

7 שם, פרק ג, פסקה ראשונה.

8 שם.

כי האינטואיציה שיש להכיר בזכותם זו הייתה נחלשת, ואולי אף נעלמת כליל. אם, כפי שטענתי בספרי, ההכרה המשפטית-החברתית בזכות להינשא היא המאפשרת לפרטים הבנה והכרה של הטעמים הראויים, ומכאן מאפשרת את הבחירה האוטונומית, כי-אז בחברה שאינה מכירה בזכויות כאלה יהיו רומיאים ויוליות מעטים מאוד. ההכרה בזכותם של רומיאו ויוליה חשובה לפיכך לא רק – או אף לא בעיקר – כדי לאפשר לרומיאו ויוליה לממש את אהבתם, אלא כדי להבטיח חברה שבה פרטים יבחרו את בני/בנות-זוגם על בסיס אהבה או רצון לחיות חיים משותפים, ולא על בסיס שיקולים זרים.

אין ספק שטענה זו בדבר הקשר בין זכויות משפטיות לבין ההכרה וההבנה של ערך האוטונומיה היא טענה אמפירית. במובן זה פרק 2 נשען על הנחות אמפיריות. עם זאת, גם אם אין מקבלים את הטענה שלפיה אוטונומיה לא תוכל להתממש בלי הכרה משפטית בה, קשה לערער על הטענה כי קיומן של מערכת משפטית ושל התדיינות משפטית תורם לחידוד ולהעצמה של תרבות של זכויות, אשר מאפשרת מצידה את מימושן של הזכויות. ההתדיינות המשפטית מזהה את הערכים והטעמים העומדים בבסיס הזכויות, ובכך מאפשרת את התקיימותה ושגשוגה של תרבות שבמסגרתה פרטים מממשים את זכויותיהם.

3. הפרטת הענישה

הד בוחן באופן ביקורתי גם את הדיון על הפרטת הענישה שערכתי בפרק 3 לספרי.⁹ טענתו המרכזית של הד היא כי טיעוני פוסח על שתי הסעיפים. לדעתו של הד, "לא ברור אם הראל מתכוון שדאוי שרק המדינה תעניש את העוברים על חוקיה או שמא הוא מתכוון שרק המדינה יכולה מבחינה מושגית להעניש".¹⁰

הסיבה לעמימות נגזרת מן העובדה שהמושג "ענישה" שנוי במחלוקת. יש הגורסים כי ענישה מחייבת, כעניין מושגי, הליך של שיפוט וגינוי של ההתנהגות הפסולה. על-פי עמדה זו, ענישה היא אקט אקספרסיבי או קומוניקטיבי. אחרים, לעומתם, גורסים כי ענישה אינה מחייבת אקט קומוניקטיבי כזה. לדירם, הדבר היחיד שענישה מחייבת הוא הטלת סנקציות על אדם שביצע מעשה פסול. עמדתי היא כי הטלת עונש על-ידי המדינה היא חיונית לצורך מימושו של הערך הקומוניקטיבי או האקספרסיבי. על-כן, אם ענישה היא בהכרח קומוניקטיבית, כפי שרבים סוברים, אזי רק המדינה יכולה לענוש, משום שרק היא יכולה לבצע אקט קומוניקטיבי מן הסוג הרלוונטי. לעומת זאת, אם ההיבט הקומוניקטיבי אינו חלק מן ההגדרה של עונש, אלא רק מאפיין של עונש רצוי או ראוי, המסקנה תהיה כי דאוי שרק המדינה תענוש. בפרק 3 לספרי ניסיתי להיות אגנוסטי ביחס לשאלה בדבר מהות העונש, ומכאן שהעמימות שהד מזהה היא בלתי-נמנעת.

4. חובות חוקתיות

הד מבקר את הדיון על חוקתיות שערכתי בפרק 5 לספרי, וטוען כי ההצדקה המוצעת לקיומן של חובות חוקתיות מובילה לרגרסיה אינסופית.¹¹

9 שם, פרק ד.

10 שם, פרק ד, פסקה ראשונה (ההדגשות במקור).

11 שם, פרק ה.

פרק 5 לספרי מגן על נחיצותן של חובות חוקתיות. הטענה המרכזית בפרק זה היא כי הסדרים חוקתיים מבטאים את העובדה שהגנה על זכויות אדם היא עניין של חובה, ולא של שיקול־דעת או רצון טוב. החוקה היא ביטוי מוסדי לקיומן של נורמות אשר מחייבות את המחוקק. כאשר המחוקק פועל בהתאם לחובות חוקתיות, הוא אינו פועל בהתאם לרצונו, לשיקול־דעתו או לגחמותו. תכליתה של החוקה היא בדיוק לזהות את הנורמות אשר מחייבות את המחוקק, ולהבחין בינן לבין נורמות שמימושן מבוסס על שיקול־דעתו של המחוקק. הרשו לי להדגים טענה זו. כאשר המדינה מחליטה לקדם מדיניות כלכלית מסוימת, היא רשאית לקדמה. לעומת זאת, כאשר המדינה מגינה על זכויות אדם, היא חייבת לעשות כן. חוקות מאפשרות את ההפרדה בין אותם דברים שהמחוקק חייב לעשות לבין הדברים שהוא רשאי לעשות. טענתי שהבחנה זו חשובה משום שגם אם המחוקק מגן באופן אפקטיבי על זכויות האדם, יש הברדל בין הגנה התלויה ברצונו הטוב של המחוקק לבין הגנה הנגזרת מחובה. בספרי השתמשתי בדוגמה של בעל חוב המוכן לשלם לנושה אך מכחיש כי יש לו חובה כזו, ומתאר את נכונותו לשלם כביטוי של רצון טוב, ולא של חובה. גם אם אותו בעל חוב משלם את חובו, הוא עדיין פוגע בזכותו של הנושה שהחוב ישולם מתוך חובה (עמ' 172-173).

הד סבור כי טיעון זה לוקה בגרסיה אינסופית. לטענתו, "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"¹². הרי אחרי הכל, מישהו חייב לכוונן את החוקה ולפרשה. מכאן גם נובע כי אם זכויות מוגנות באופן חוקתי (ועל־כן אינן כפופות למרותו של המחוקק), האזרחים כפופים עדיין לשיפוטם של מכוני החוקה או של פרשניה.

גרסיה אינסופית היא אכן בעייתית, ואף אני עוסק בקצרה בשאלה זו (עמ' 185-186). התשובה להשגה זו היא שלעיתים קרובות כפיפות למרותם של אדם או מוסד מסוימים פוגעת בכבודו של אדם, ואילו כפיפות למרותם של אדם או מוסד אחרים אינה פוגעת בכבודו של אדם. אין כפיפות למרותו של אדם דומה לכפיפות למרותו של המחוקק, ובאותו אופן אין כפיפות למרותו של המחוקק דומה לכפיפות למרותו של מכוני החוקה.

כדי להדגים זאת, הניחו חברה המכירה בעבדות. הניחו גם כי האדונים באותה חברה הם אדונים נאורים, ועל־כן אין הם מממשים את זכותם המשפטית לשעבד את העבדים. קיומה של עבדות הוא לפיכך פורמלי גרידא. אני סבור כי חברה זו פגומה מבחינה מוסרית, משום שעבדות בחברה זו אינה מוכרת באופן מוסדי כפסולה. השוו חברה זו לחברה שבה המחוקק אוסר עבדות. חברה זו עדיפה בדיוק מפני ששום פרט בה אינו כפוף למרותו של איש. אולם על־פי התנגדותו של הר, מצב זה הוא בעייתי באופן דומה, משום שאף־על־פי שהפרטים בה אינם כפופים למרותו של איש, הם כפופים עדיין למרותו של המחוקק (באשר המחוקק עלול לשנות את החוק). התנגדותו של הר תחול גם במקרה שבו המחוקק עצמו כפוף לחובה חוקתית, באשר גם החוקה עלולה להשתנות או להתפרש מחדש, ומכאן שגם בחברה שמוטל בה איסור חוקתי על עבדות, הפרטים כפופים למרותם של מכוני החוקה או של פרשן החוקה. עם זאת, יש הברדל גדול בין חברה שקיים בה הסדר חוקתי האוסר עבדות לבין חברה שבה החליטו האדונים באופן וולונטרי לא לשעבד את עבדיהם.

12 שם, פרק ה, פסקה שנייה.

5. סיכום

הד מעלה שורה של ביקורות חשובות – חלקן כלליות וחלקן נקודתיות. ברצוני להתמקד מחדש בביקורתו הכללית שלפיה המושג "אינסטרומנטלי" נגוע בעמימות. טענתי הכללית בספר, אשר באה לידי ביטוי בכל הפרקים כולם, היא כי מוסדות ופרוצדורות משפטיים הם לעיתים הכרחיים, ולא קונטינגנטיים, להשגה או למימוש של טובין מסוימים. זאת ועוד, לעיתים חשיפת הרציונל הלא-אינסטרומנטלי שמאחורי המוסד מובילה להבנה מחודשת של המאפיינים המהותיים של המוסד. כך, אני סבור כי מן הדיון בביקורת שיפוטית (פרק 6) אנו למדים שמהותה של הביקורת השיפוטית אינה מי מחליט (שופטים, בתי-משפט או גופים אחרים), אלא איך מחליטים (באמצעות הליך שיפוטי אשר אינו אלא הליך של שימוע). מהותה של הפרטה (פרק 3) היא טרנספורמציה של הליך ההחלטה מהליך המתבסס על אתיקה של טעמים או של תבונה (fidelity of reason) להליך המתבסס על אתיקה של כפיפות (fidelity of deference). חלק מחשיבות הדיון בספר נעוצה לפיכך לא רק בפיתוח רציונל חדש למוסד משפטי קיים, אלא לעיתים גם בפיתוח הבנה מחודשת של מהות המוסד המשפטי.

ב. אסף שרון

1. קשר אינטרינזי או הכרחי?

אסף שרון חוזר ונוגע בשאלת-היסוד שהועלתה גם על-ידי דוד הד: מהי מהותו של טיעון אינסטרומנטלי? שאלתו המרכזית היא אם הטענות שהספר מספק מבססים את הערך האינטרינזי של הפרקטיקות והמוסדות שבהם הוא עוסק או שמא הם מבססים רק קשר הכרחי בין המוסדות הללו לבין הערכים שהם מקדמים. שרון טוען, בצדק, כי יש הבדל בין הטענה כי למוסד פוליטי או משפטי יש ערך אינטרינזי לבין הטענה כי יש קשר הכרחי או לא-קונטינגנטי בין המוסד לבין הערך. ייתכן, לפיכך, שלמוסד יש ערך אינסטרומנטלי (ולא אינטרינזי) ועם זאת הוא הכרחי (ולא קונטינגנטי) למימושו של ערך. כך, למשל, ייתכן שהדרך היחידה לממש דמוקרטיה היא באמצעות מוסדות ייצוגיים, ועם זאת ייצוג אינו בעל ערך אינטרינזי.¹³

שרון, כמובן, צודק בכך. כפי שביארתי גם בתגובתי על ביקורתו של דוד הד, הקשר ההכרחי בין המוסד לבין הערך הוא מרכיב המאפיין את הפרקים כולם. כך, למשל, בפרק 3 לספרי טענתי כי אם אנו חפצים שהעונש יבטא את הפסלות שבמעשה, המדינה (ולא גוף פרטי) היא שחייבת להטיל את העונש. באופן דומה, בפרק 5 טענתי כי נורמות חוקתיות נחוצות כדי לבטא את העובדה שהמדינה לא רק רשאית להגן על זכויות אדם, אלא חייבת לעשות כן. במילים אחרות, חובה חוקתית היא הכרחית לצורך מימוש הטובין הרלוונטיים. בשני המקרים הקשר ההכרחי בין המוסד לטובין הוא מרכיב מרכזי וחשוב של המוסדות שנבחנו. במקצת הפרקים (למשל, בפרק 6) טענתי גם בזכות עמדה חזקה יותר, הגורסת כי המוסד הפוליטי או המשפטי הוא מכונן (קונסטיטוטיבי) ביחס לערך הרלוונטי.

13 אסף שרון "איזה ערך יש לחוק?" בכרך זה, פרק ג.

לטענה בדבר קשר הכרחי בין המוסד לבין הערך יש חשיבות רבה משלושה טעמים. ראשית, עמדה זו מראה כי חלק ניכר מן הוויכוחים בתיאוריה הפוליטית הם שגויים, ואינם מזהים נכונה מהם המרכיבים החשובים באמת במוסדות המשפטיים והפוליטיים. הספר מעלה לפיכך ספקות ביחס לנכונותה של מסורת חשובה בתיאוריה הפוליטית והמשפטית העכשווית. שנית, עמדה זו מנביעה את המסקנה כי אין להמיר את המוסדות הרלוונטיים במוסדות אחרים. לבסוף, כפי שציינתי קודם, עמדתי מסייעת לא רק להצדיק את המוסדות המשפטיים, אלא גם להבין את טבעם ואת האופנים שבהם הם שונים מתיאורם המקובל. כך, למשל, הניתוח של ביקורת שיפוטית בפרק 6 לספרי מצביע על כך שביקורת שיפוטית היא במהותה הליך שיפוטי, ולא, למשל, הליך שנערך על-ידי שופטים או בתי־משפט. כמו־כן, עמדתי בפרק 3 מבהירה כי המייחד את פקידי הציבור הוא האתיקה של הכפיפות (of deference), ולא מרכיבים אחרים המזוהים לעיתים קרובות עם פקידי ציבור.

2. המימד האקספרסיבי

הקושי השני ששרון מעלה מבוסס על הטענה כי "המשותף לכל הטענות הללו הוא המימד האקספרסיבי שמיחס לפרקטיקות המשפטיות... והוא שמעניק להן ערך שחורג מעבר לזה האינסטרומנטלי". שרון מסתייג מחשיבותו של האקספרסיבי, וקובע כי "איני בטוח שאני מבין מה זה אומר בדיוק, אבל אני בטוח שאיני מבין למה זה חשוב כל־כך". באופן מפורט יותר הוא טוען: "מדוע הערך של מימוש אוטונומיה תלוי בכך שתחום מסוים יזוהה חברתית ככזה שבו ממומשת אוטונומיה? אם אני יכול לבחור בחירות חשובות בחופשיות, מדוע אין די בכך למימוש הערך של אוטונומיה אישית? מה החשיבות של המימד הקומוניקטיבי של ענישה? ומה הערך של האפשרות להשמיע טענות גם כאשר השמעתן אינה מולידה כל שינוי במדיניות וגם כאשר הטענות אינן מוצדקות מלכתחילה?"¹⁴

אחלק את תשובתי לשני חלקים. בחלק הראשון אבחין בין שני אופנים אפשריים לפירוש ביקורתו של שרון. בחלק השני אראה כי חלק גדול מטענותי אינן אקספרסיביות. ליתר דיוק, אצביע על כך שיש טענות שאינן יכולות להיות מקוטלגות בקלות כטענות אקספרסיביות או כטענות לא־אקספרסיביות.

אין ספק שטענות אקספרסיביות משמשות לעיתים קרובות בפוליטיקה ובמשפט. הוויכוחים סביב נישואים חד־מיניים מדגימים זאת יפה. בחלק לא־מבוטל מן השיטות המשפטיות בני־זוג חד־מיניים יכולים ליהנות מכל ההטבות הניתנות לבני־זוג ממינים שונים. עם זאת, חסידי הנישואים החד־מיניים אינם מסתפקים בהישגים אלה, אלא חפצים להבטיח הכרה מלאה בנישואים. מתנגדי הנישואים הללו, לעומת זאת, מוכנים לעיתים להעניק זכויות רחבות לזוגות חד־מיניים, אך מתנגדים בלהט להכרה בנישואיהם. כמו־כן, בישראל, שבה אין הכרה בזכות להפיל, כל אישה יכולה לבצע הפלה ללא תשלום. עם זאת, ארגונים פמיניסטיים אינם מסתפקים בכך, אלא תובעים גם למחוק את האיסור מספר החוקים. שיקולים אקספרסיביים משפיעים אם כן על מחוקקים, על שופטים, על פעילי זכויות אדם ועל אזרחים.

מרכזיותם של הטיעונים האקספרסיביים מעלה שאלה חשובה, שעל שרון להתמודד איתה. כאשר שרון מסתייג מטיעונים אקספרסיביים, נשאלת השאלה באיזה משני האופנים

14 שם, פרק ד, פסקות שנייה ושלישית.

הבאים יש לפרשו. ניתן לפרשו כאומר רק כי אם המוסדות שלנו אינם משרתים מטרות אקספרסיביות, אין זה מן הראוי לעצבם מחדש כך שישרתו מטרות כאלה. לחלופין ניתן לפרשו כאומר כי גם אם מוסדות פוליטיים ומשפטיים משרתים כבר כיום תכליות אקספרסיביות, יש להתעלם מעובדה זו, ולא להביא בחשבון את המשמעות האקספרסיבית של המוסדות. התזה השנייה נראית לי בלתי-נכונה. אם למוסדות יש כבר כיום ערך אקספרסיבי, אין להתעלם מעובדה זו. התעלמות מערכים אקספרסיביים לא תהפוך את המוסדות ללא-אקספרסיביים. התעלמות כזו עלולה פשוט לשדר מסרים אקספרסיביים שגויים או בלתי-ראויים, שהרי ההחלטה להתעלם מערך אקספרסיבי היא עצמה אקט אקספרסיבי. ההתעלמות מבטאת התנגדות או אי-הסכמה לערכים שהמוסדות הקיימים מבטאים, ולכך יש מחיר כבד, לדעתי. עובדה זו כשלעצמה מצדיקה התחשבות בערכים אקספרסיביים, משום שלמוסדות הקיימים יש כבר כיום ערך אקספרסיבי.

עם זאת, הטענה המרכזית שאציע היא שההבחנה בין טענות אקספרסיביות לטענות לא-אקספרסיביות היא הבחנה שגויה. הרשו לי להדגים זאת תוך שימוש בטענות שהעליתי בפרק 3 לספרי. באותו פרק טענתי כי הטלת עונש פרטי על אדם בגין עברה פלילית היא משפילה משום שהיא מאפשרת את הכפפת העמדה המוסרית של אדם אחד (הנענש) לעמדה המוסרית של אדם אחר (המעניש), ולפיכך פוגעת בשוויון בין בני-האדם (עמ' 96-99). בעוד הסוהר של בית-הסוהר הציבורי יכול לטעון כי הוא פועל בשמה של המדינה, וכי השיפוט של אינם שלו אלא של המדינה, הסוהר הפרטי אינו יכול לטעון טענה כזו. הוא חייב להסתמך לפיכך על השיפוט שלו, אשר על-פי עמדתי אינם עדיפים על השיפוט של הנענש.

דוגמה זו ממחישה כי לעיתים ההבחנה בין טענות אקספרסיביות לטענות לא-אקספרסיביות אינה אפשרית. פעולתו של הסוהר הפרטי היא פעולה אקספרסיבית המבטאת עליונות של השיפוט שלו על אלה של האסיר. אולם האקט האקספרסיבי הזה הוא פגיעה בזכותו המהותית של האסיר – הזכות לכבוד או לשוויון. אין לפיכך הבחנה חדה בין המשמעות האקספרסיבית של פעולת הסוהר בבית-הסוהר הפרטי לבין הפגיעה בזכות המהותית לשוויון או לכבוד. האקט האקספרסיבי עצמו הוא אקט הפוגע בזכות המהותית של הפרטים – הזכות לכבוד ולשוויון.

3. הטיעון הרפובליקני

פרק 5 לספרי משתמש בטיעונים של חירות רפובליקנית אותם מבקר שרון במסגרת תגובתו. פרק זה טוען כי חובות חוקתיות מבטאות את אופיין המחייב של זכויות אדם. במילים אחרות, הן מבטאות את העובדה שזכויות אדם הן חובות של המדינה, ואינן מסורות לפיכך לשיקול-דעתה. הסדרים חוקתיים מאפשרים להבחין בין החלטות שהמחוקק רשאי לקבל לבין החלטות שהוא חייב לקבל.

בשלב זה נשאלת השאלה אם יש חשיבות להבחנה בין פעולה מתוך חובה לבין פעולה מתוך שיקול-דעת או רצון טוב. הניחו, למשל, שהחוקה אינה מבטיחה הגנה טובה יותר על זכויות האדם. לגבי מקרה כזה שרון שואל מדוע יש חשיבות לעובדה שבחברה עם חוקה המחוקק פועל מתוך חובה חוקתית ואילו בחברה ללא חוקה הוא פועל מתוך שיקול-דעת.

לדעתו, אם יש חשיבות להבחנה זו, היא נובעת רק מסיבות אינסטרומנטליות – למשל, משום שהסתברות ההפרה נמוכה יותר כאשר יש חובה חוקתית.

במסגרת פרק 5 לספרי השתמשתי בתיאוריה הרפובליקנית כדי להצדיק את חשיבות ההבחנה. טענתי המרכזית הייתה שפרטים הם חופשיים (במובן הרפובליקני) כאשר הם אינם כפופים למרותו של המחוקק, דהיינו, כאשר המחוקק פועל מתוך חובה. החירות הרפובליקנית היא חירות לא רק במובן המסורתי, המזהה חירות עם אי־התערבות ממשית; על־פי עמדה זו, חירות מחייבת גם אי־התערבות פוטנציאלית, דהיינו, העדר יכולת להתערב. הסדרים חוקתיים יכולים לפיכך לקדם חירות רפובליקנית, משום שניתן לפרשם כמנביעים העדר יכולת להתערב (ולא רק העדר התערבות ממשית) (ראו, למשל, עמ' 171 ו־174–177). שרון מעלה כמה השגות נגד העמדה הרפובליקנית.

אולם בעוד אני סבור כי חירות רפובליקנית יכולה לתמוך בטענות שהעליתי בפרק 5, איני סבור כי היא נחוצה לביסוסן של מסקנות אלה. האינטואיציה מאחורי הטענה שבפרק 5 מבוססת על שני מרכיבים: המרכיב הראשון נוגע במקרים של הפרת זכות, ואילו המרכיב השני נוגע במקרים שבהם הזכויות כובדו. ראשית, בפרק האמור טענתי כי הפרת זכויות מזיקה כמובן לקורבן ההפרה אולם הפגיעה גדולה במיוחד כאשר ההפרה אינה מתויגת באופן פומבי כהפרה. כפי שקבע נייגל: "To be tortured would be terrible; but to be tortured" and also to be someone it was not wrong to torture would be even worse" (עמ' 147, ה"ש 2). ההסדרים החוקתיים מאפשרים לפיכך הכרה בעובדה שמדובר בהפרה של זכות. כאשר זכותו (המוסרית) של אדם נפגעת, ההפרה צריכה לקבל ביטוי פומבי או מוסדי – ביטוי אשר מבטא את הזדהותה של החברה עם קורבן ההפרה. שנית, אין ספק שכיבוד זכויות הוא דבר רצוי בלא קשר לשאלה אם הוא מבוסס על שיקול־דעת או על חובה. אולם כיבוד של זכות הוא טוב במיוחד אם מתלווה אליו הכרה כי מדובר בזכות המקימה חובה מצידה של המדינה, כלומר, כאשר כיבודה של הזכות אינו מבוסס על שיפוט, שיקול־דעת או אפילו גחמה של המדינה, אלא על חובתה. החוקה מגלמת באופן מוחשי את קיומן של חובות אלה. טענות אלה יכולות לבסס את המסקנות שבפרק 5 לספרי מבלי להניח הנחות בדבר נכונותה של העמדה הרפובליקנית.

ג. יצחק בנבג'י

1. האם הטיעון נגד הפרטה ניתן להבסה?

פרק 3 לספרי עוסק בהפרטה, ובמיוחד בהפרטת הענישה ובהפרטת הצבא. הטענה המרכזית העומדת בבסיסו של פרק זה היא כי הפרטה של מוסדות מסוימים מסכלת את היכולת לממש טובין שהם "טובין ציבוריים מהותיים" ("intrinsically public goods"), דהיינו, טובין אשר חייבים להיות מסופקים על־ידי המדינה.

יצחק בנבג'י בוחן במאמרו את טענותיי נגד הפרטה של הטובין הללו. על־פי עמדתי בפרק 3, ענישה וכן מלחמה הן טובין ציבוריים מהותיים. טוב ציבורי מהותי הוא טוב שיכול להתממש אך ורק כאשר המדינה מספקת אותו (עמ' 95–96). במילים אחרות, יש קשר הכרחי

15 Thomas Nagel, *Personal Rights and Public Space*, 24 PHIL. & PUB. AFF. 83, 93 (1995)

בין הזכות של יצרן הטובין לבין הערך של הטובין. הפרק גם מפתח אמת-מידה להבחנה בין מקרים שבהם טובין מסופקים על-ידי המדינה לבין מקרים שבהם טובין מסופקים על-ידי פרטים. ההבחנה המוצעת בפרק מבוססת על הבחנה בין טובין המסופקים על-ידי עובדי ציבור (public officials) לבין טובין המסופקים על-ידי גופים פרטיים, וההבדל המרכזי ביניהם הוא הכפיפות המוחלטת של פקידי הציבור לרצון של המדינה (אשר בא לידי ביטוי בהנחיות וברצונות של הדרג הפוליטי הנבחר).

המהלך בפרק 3, בתמצית, הוא כדלקמן: (1) פעולה (או החלטה) הנעשית על-ידי המדינה היא פעולה הכפופה (באופן מוחלט) לרצונו של הריבון, כפי שהוא בא לידי ביטוי בהחלטות של הפוליטיקאים; (2) פקידי ציבור הם (בהגדרה) פרטים אשר כפופים באופן מוחלט לרצונה של המדינה; (3) יש פעולות, כגון ענישה או מלחמות, אשר חייבות להיעשות על-ידי המדינה; ומכאן (4) ענישה או מלחמות (או הספקת טובין ציבוריים מהותיים אחרים) חייבות להיעשות על-ידי פקידי ציבור, באשר רק פקידי ציבור פועלים בשם המדינה, מזהים עימה ופועלים על-פי רצונה.

בנבג' מציע שתי פרשנויות שונות לעמדתי בעניין זה: פרשנות תוצאתנית ופרשנות דאונטולוגית. על-פי הפרשנות התוצאתנית, ענישה ציבורית היא רצויה כי היא מגדילה את הטוב הכללי, משום שהיא מממשת טובין ציבוריים מהותיים, דוגמת הגינוי הקולקטיבי של פשעים. ענישה פרטית אינה יכולה לממש את הטובין הללו, משום שהיא אינה ביטוי של הרצון הציבורי. על-פי הפרשנות הדאונטולוגית, ענישה ציבורית היא רצויה גם אם היא אינה מגדילה – ואולי אפילו אם היא מקטינה – את הטוב הכללי. הבחנה זו היא מעניינת וחשובה, לדעתי, ולא נתתי לה את הדעת כאשר כתבתי את ספרי. לצורכי תגובה זו אסתפק בפרשנות התוצאתנית, אשר נראית לי קלה יותר להגנה. ניסיון להגן על פרשנות דאונטולוגית מעלה שאלות מטפיזיות, אשר אין בכוונתי לדון בהן כאן.

אם עמדתי היא תוצאתנית, טוען בנבג', אזי עולה ההתנגדות הבאה: הניחו כי הראל צודק, וכי יש שיקולים לא-אינסטרומנטליים כבדי-משקל המצדיקים הספקה ציבורית של ענישה. אולם הניחו גם כי הפרטה של בתי-הסוהר משפרת את מצב האסירים, חוסכת כספי ציבור ומבטיחה את שלום הציבור בצורה טובה יותר. אפילו בהנחה שענישה פרטית אינה יכולה לממש את הטובין הציבוריים המהותיים, מניין לנו כי ענישה פרטית אינה עדיפה בסופו של יום מכיוון שהיא משרתת טוב יותר את התכליות האינסטרומנטליות של ענישה? הוא הדין במלחמה. הניחו שוב כי מלחמות הנערכות על-ידי שכירי-חרב מקטינות את שפיות-הדמים של חפים מפשע ומגינות טוב יותר על זכויות האדם. אפילו בהנחה שמלחמה פרטית אינה יכולה לממש טובין ציבוריים מהותיים, מניין לנו שמלחמה פרטית אינה עדיפה בסופו של יום? ¹⁶ במילים אחרות, בנבג' טוען כי הטיעון נגד הפרטה ניתן להבסס (may be defeated) על-ידי הצבעה על שיקולים אינסטרומנטליים מתנגשים.

אין לי אלא להסכים בעניין זה עם בנבג'. תכלית הטיעון בספרי היא להצביע על שיקולים חשובים המצדיקים התנגדות להפרטה של ענישה ושל מלחמות. איני טוען כי לשיקולים אלה יש עדיפות לקסיקלית. עם זאת, אני סבור כי מדובר בשיקולים כבדי-משקל, ועל-כן הסיכוי ששיקולים מתנגשים יצדיקו הפרטה של ענישה הוא נמוך. הרשו לי לומר מדוע.

16 יצחק בנבג' "על סוהרים וחיילים: הטיעון של אלון הראל נגד הפרטה" בכרך זה, תת-פרק ב.

אחת העמדות המרכזיות בתיאוריה של ענישה היא כי ענישה היא מכשיר לגיוני ציבורי קולקטיבי של התנהגות. טענתי המרכזית נגד ענישה פרטית היא כי רק ענישה ציבורית מבטאת גיוני מסוג זה. לאמיתו של דבר, ענישה פרטית פוגעת בערכי השוויון, משום שהיא מבטאת עליונות של השיפוטים המוסריים של אדם אחד (המעניש) על השיפוטים המוסריים של אדם אחר (הנענש). רק כאשר המדינה (ולא פרט אחר) עורכת את השיפוטים הללו נמנעת הפגיעה בערכי השוויון. לפיכך טענתי כך:

“Under this view, the private provision of ‘punishment’ in fact amounts to the mere imposition of pain and suffering by one private person on another, necessarily failing to realize punishment’s intrinsic good of expressing, not to mention conveying, condemnation for public wrongs. Alternatively, the person inflicting the sanction conveys his own judgment concerning the act, rather than that of the state. But his own judgment deserves no greater attention than that of the person who is subjected to the sanction. It follows that there is an interdependence between the provision of the good resulting from punishment – censure – and the agent performing it such that providing the good is contingent upon its being provided by a public official.” (עמ’ 98-97)

איני חולק לפיכך כי יש נסיבות שבהן שיקולים מתנגשים גוברים על שיקולים אלה, אולם בהינתן מרכזיותם של השיקולים הנזכרים לעיל בחברה ליברלית, אין לי ספק שמקרים אלה יהיו נדירים ביותר.

2. מהי פעולה הנעשית “בשם המדינה”?

בנבג'י מעלה שורה של דוגמות שבהן פקידי ציבור או נבחרים פועלים באופנים בלתי־חוקיים אך מוצדקים. לדעתו של בנבג'י, גם פעולה זו היא פעולה הנעשית בשם המדינה, למרות אי־החוקיות שבה.¹⁷ בנבג'י משתמש בדוגמה של ססיל פֶּבֶר שלפיה הקונגרס מסרב לאשר לרוזוולט לצאת למלחמה נגד הנאצים. רוזוולט מתעלם מן האיסור ויוצא למלחמה למרות העדר ההסמכה. בנבג'י סבור – ואני מסכים איתו – כי פעולתו של רוזוולט במקרה זה היא ראויה למרות העדר ההסמכה.¹⁸

בנבג'י מציג נכונה את עמדתי בעניין זה. לדעתי, למלחמתו ללא הסמכה של רוזוולט יש ערך מוסרי חשוב. השימוש בכוח במקרה זה חיוני עד כדי כך שהחלטתו של רוזוולט ראויה ללא קשר לשאלת ההסמכה. מדובר לפיכך במלחמה צודקת שהיא מלחמה פרטית – מלחמתו של רוזוולט – ולא מלחמתה של אמריקה. בנבג'י סבור כי זהו תיאור מטעה, וכי הנשיא במקרה זה הוציא את המדינה למלחמה. המלחמה היא לפיכך מלחמתה של אמריקה, אף שהיא נעשתה ללא הסמכה. הרשו לי להציע שתי תשובות אפשריות.

17 שם, פרק ג.

18 ראוי אולי להזכיר לקורא כי למזלו הטוב של רוזוולט היטלר החליט להכריז מלחמה על ארה"ב ופטר בכך את רוזוולט מללכת לקונגרס.

על-פי התשובה הראשונה, המלחמה היא בכל-זאת מלחמה פרטית. עמדה זו מתחזקת לנוכח העובדה שגם אם רוזוולט היה מסרב לצאת למלחמה ואדם פרטי היה משכנע את הכוחות לצאת למלחמה ולהכריע את הנאצים, הייתה פעולה זו מוצדקת באותה מידה. לעיתים ההגנה על אינטרסים חיוניים מצדיקה פעולה ללא הסמכה מתאימה, ללא קשר לשאלה מי הפועל או אם הייתה לו הסמכה (ראו את ציטוט דבריו של Albert Venn Dicey בספרי, עמ' 129, ה"ש 40).

שנית, איני חולק כי לעיתים פעולות של פקידי ציבור הנעשות ללא הסמכה הן פעולות של המדינה. עמדתי ביחס לפקידי ציבור נסמכת על מעמדם כמונעים ככלל על-ידי הכפיפות לדרג הפוליטי. איני חולק כי לעיתים, כאשר פקיד ציבור סוטה מן ההנחיות שניתנו לו, הוא עשוי עדיין לפעול כפקיד ציבור, למרות הסטייה ממה שמכונה בספרי "אתיקה של כפיפות". אולם טענתי היא כי באופן טיפוסי פקיד ציבור פועל על-פי אתיקה של כפיפות, ולא אתיקה של תבונה, וכי עובדה זו היא ההופכת את פעולותיו לפעולות של המדינה. הטעם שבגיננו ניתן לייחס את הפעולה למדינה הוא בדיוק משום שהפועל פועל ככלל על-פי אתיקה של כפיפות, ואינו מפעיל את שיקול-דעתו.

3. הטיעון החוזי

על-פי העמדה המכונה לעיתים "העמדה הרוויזיוניסטית של דיני המלחמה", על החיילים מוטלת החובה לא לשרת את מדינתם במלחמה בלתי-צודקת. אם לא עשו כן, הם עלולים להיות חשופים לתביעות משפטיות או לפחות לגינוי מוסרי. בנבג' דוחה עמדה זו, ומציע בסוף תגובתו לאמץ טיעון חוזי לטובת העמדה שלפיה חיילים צריכים להיות כפופים לשיפוט של המדינה בעניין צדקת המלחמה.¹⁹ טענתו היא כי ככלל לחייל היחיד אין די מידע לערוך שיפוט משלו בעניין צדקת המלחמה, וכי על-כן יש לאפשר לחייל לפעול בהתאם לשיפוט של מדינתו. מסקנתו של בנבג' דומה לפיכך למסקנתי שלפיה על החיילים לפעול לפי אתיקה של כפיפות, אולם טיעונו בזכות עמדה זו הוא טיעון אינסטרומנטלי.²⁰ איני מקבל טיעון זה, מן הטעמים שעליהם עמדתי במבוא לספר (עמ' 3-5). ראשית, אין לדעתי דרך טובה לבחון באופן אמפירי את הנחותיו של בנבג'. ייתכן שאם תוטל על חיילים אחרות מוסרית בגין השתתפות במלחמה בלתי-צודקת (כפי שמציע הפילוסוף ג'ף מקמהן)²¹ ירכשו החיילים את המידע הרלוונטי בדבר צדקתה של המלחמה ויפעלו על-פיו. ייתכן גם שלמדינות עצמן אין הידע המיוחס להן על-ידי בנבג', ועל-כן דווקא הסמכתם של החיילים לערוך שיפוט כאלה תוביל לתוצאות טובות יותר. שנית, טענתי כי טיעונים אינסטרומנטליים לוקים לעיתים קרובות בחוסר כנות, שכן הם אינם משקפים את האינטואיציות העמוקות העומדות בבסיסן של האמונות המוסריות שלנו. נטייתם של תיאורטיקאים לדבוק בהם משקפת את נצחונה של הרציונליות האינסטרומנטלית על הסנטימנטים המוסריים האותנטיים שלנו. כפי שטענתי בספרי:

19 שם, פרק ד.

20 שם.

21 JEFF McMAHAN, KILLING IN WAR (2009)

"I was guided by the attempt to look at... [the legal] institutions from within through the perspective of those who support and cherish them."
(עמ' 230)

ד. דוד אנוך

1. מבוא

תכליתו המרכזית של הספר היא להציע הצעה חלופית לטיעונים אינסטרומנטליים, דהיינו, להסביר ולהצדיק את קיומם של מוסדות שונים על בסיס שיקולים לא-אינסטרומנטליים. עם זאת, בפתח ספרי אני מעלה כמה טיעונים כלליים נגד שיקולים אינסטרומנטליים (עמ' 3-5). דוד אנוך בוחן באופן ביקורתי את הטענות המתודולוגיות הללו נגד שיקולים אינסטרומנטליים.

כאמור, תכליתו המרכזית של הספר, כפי שצינתי בפרק המבוא שלו, אינה מתודולוגית. הספר אינו מיועד לתקוף טיעונים אינסטרומנטליים ככאלה או להגן על הצדקות לא-אינסטרומנטליות ככאלה. תכליתו המרכזית של הספר היא להעלות כמה שיקולים לא-אינסטרומנטליים ולהגן עליהם. על-כן הצלחתו של הספר "does not hinge on establishing that a certain type of justification is superior to another but merely on the soundness of the particular justifications provided in the following chapters" (עמ' 5). אנוך מזהה שלושה טיעונים מתודולוגיים נגד טיעונים אינסטרומנטליים, ואני אתייחס לשני הטענות המרכזיים.

2. אי־ודאות

במבוא לספרי אני מגן על הטענה כי היכולת לנבא נכונה את ההשלכות ארוכות־הטווח של מוסדות כגון הסדרים חוקתיים, ביקורת שיפוטית או הפרטה היא מוגבלת ביותר (עמ' 3-4). למשל, אין לדעת כיצד מוסד כביקורת שיפוטית ישפיע על החלטות המדינה לאורך זמן. ההרכב של בתי־המשפט משתנה מדור לדור, וכך גם הרכבם של בתי־המחוקקים. קשה גם לדעת כיצד תשפיע הפרטה בטווח הארוך על איכותן של ההחלטות המתקבלות.

כיצד עלינו להתמודד עם אי־ודאות מסוג זה? אנוך טוען כי גם בסיטואציות של אי־ודאות ניתן עדיין לשקול – ואפילו לשקול באופן בלעדי – שיקולים אינסטרומנטליים. הוא גם טוען כי אי־ודאות היא חלק בלתי־נפרד מרוב ההחלטות שאנו מחליטים. בנסיבות אלה עלינו להשתמש בכללי הכרעה. אנו יכולים, למשל, להשתמש בכלל של תועלת צפויה. על-פי כלל זה, אנו בוחרים את ההסדר אשר ממקסם את התועלת הצפויה של ההסדר המשפטי. אנו יכולים גם להשתמש בכלל המקסימין המפורסם, שלפיו אנו בוחרים את ההסדר שהתוצאה הרעה ביותר הנשקפת ממנו טובה יותר מן התוצאות הרעות ביותר תחת החלופות. יש כמובן גם כללי הכרעה אחרים, כגון כלל המקסימקס, אשר מנחה אותנו לבחור בהסדר שהתוצאה הטובה ביותר הנשקפת ממנו טובה יותר מן התוצאה הטובה ביותר הנשקפת תחת החלופות.²²

22 דוד אנוך "בשבחו של אינסטרומנטליזם צנוע" בכרך זה, פרק ב.

אולם אני חושש שהצעתו של אנוך אינה ישימה במקרים שלפנינו. הסיבה לכך פשוטה. ההסדרים שאני עוסק בהם הם הסדרים מוסדיים ארוכי-טווח. על-פי הבנתי, אי-הוודאות במקרים אלה היא קיצונית. טלו, למשל, את החוקה האמריקנית. משפטנים מתווכחים בלהט רב על שורה של שאלות הנוגעות בביקורת השיפוטית, ובראשן השאלה אם היא קידמה את זכויות האדם בארצות-הברית או שמא דווקא פגעה בקידומן. חסידי החוקה האמריקנית מצביעים על הישגיה של הביקורת השיפוטית בביטול ההפרדה הגזעית ובהגנה על שוויון גזעי (הלכת ²³Brown) או בהגנה על חופש הביטוי, למשל. לעומתם, יריבי החוקה מצביעים על פסק-הדין בפרשת ²⁴Dred Scott, אשר החזיר עבדים נמלטים לבעליהם; על פסק-הדין בעניין ²⁵Lochner, אשר מנע חקיקת-מגן המיועדת להגן על עובדים; ועל פסק-הדין בעניין ²⁶Korematsu, אשר אישר הכנסת אמריקנים ממוצא יפני למחנות-ריכוז במהלך מלחמת-העולם השנייה. אפילו לאחר מעשה אין הסכמה ביחס לשאלה אם ביקורת שיפוטית הובילה לעולם טוב יותר או גרוע יותר. אי-הוודאות קיצונית אף יותר כאשר מדובר בהכרעות ביחס לעתיד. איני מכיר מדען חברה אחד אשר יאמר כי הוא יכול לנבא באופן אמין את ההסתברות שביקורת שיפוטית תניב תוצאות טובות יותר או טובות פחות לאורך זמן. ייתכן אולי שמדעני חברה יכולים למדוד ולנבא ניבויים ביחס להשפעה קצרת-הטווח של ביקורת שיפוטית או של הפרטה. אולם באופן טיפוסי חוקה נחקקת כדי להסדיר החלטות לטווח ארוך, ולא קצר. אי-הוודאות ביחס לרצינותו של הסדר כזה או אחר היא אי-וודאות רדיקלית, אשר אינה מאפשרת שימוש בכללי הכרעה מן הסוג שאנוך מציע.

אנוך מבחין בין טענות כגון "כאב הוא רע", שהן טענות שאינן קונטינגנטיות ואינן רגישות לנסיבות, לבין טענות כגון "ביקורת שיפוטית היא רצויה", שהיא לדידו טענה שרגישה לנסיבות.²⁷ בנסיבות שבהן ביקורת שיפוטית תבטיח החלטות טובות יותר היא רצויה, ואילו בנסיבות שבהן היא לא תבטיח החלטות טובות יותר היא אינה רצויה. לדידו של אנוך, אין שום סיבה להניח כי רצינותה של ביקורת שיפוטית אינה תלויה בהקשר החברתי, ואולי אף בהרכב האישי של חבר השופטים.

עמדה זו היא אפשרית מבחינה לוגית, אך אין היא משקפת להבנתי את השיח המתקיים כיום סביב ביקורת שיפוטית. עמדה זו גם אינה מתיישבת עם העובדה שהסדרים חוקתיים דוגמת ביקורת שיפוטית הם בדרך-כלל הסדרים הנקבעים לזמן ארוך. מכאן שהיכולת להתאימם לנסיבות היא מוגבלת.

3. טענת חוסר הַנְּנוּת

לכסוף, אנוך תוקף את טענתי המרכזית נגד שימוש בשיקולים אינסטרומנטליים, דהיינו, טענת חוסר הכנות. בספרי, כפי שכבר ציינתי, הדגשתי שוב ושוב כי "[i]n engaging in" this enterprise I was guided by the attempt to look at these institutions from within

.Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) 23

.Dred Scott v. Sanford, 60 U.S. 393 (1856) 24

.Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905) 25

.Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944) 26

אנוך, לעיל ה"ש 21, פרק ג. 27

שיקולים אינסטרומנטליים הייתה כי אפילו כאשר הם ניתנים לביסוס, הם אינם משקפים את הסנטימנטים האמיתיים של האזרחים או הפעילים הפוליטיים. תכלית הספר הייתה לזהות רצינוגלים אשר משקפים סנטימנטים מסוג זה.

אנוך מודה כי יש מקרים שבהם טיעונים – ובמיוחד טיעונים תועלתניים – אינם כנים במובן המוצע על־ידיי, וכן שחוסר כנות מסוג זה הוא בעייתי.²⁸ כך, למשל, אנוך מסכים כי הצדקת האיסור של עבדות או עינויים במונחים תועלתניים אינה משכנעת לא משום שהתועלתן אינו יכול לבסס את המסקנה כי עבדות או עינויים מקטינים את התועלת החברתית, אלא משום שהצדקה זו אינה משקפת את הסנטימנטים האמיתיים והעמוקים מאחורי ההתנגדות לעבדות. התגובה על הניסיון התועלתני להצדיק את איסור העבדות במונחים תועלתניים, כפי שאנוך מתאר במדויק, היא "אתה רציני?". אולם אנוך גורס כי תגובה זו אינה מתאימה לטיעונים אינסטרומנטליים בהקשרים אחרים, כולל ההקשרים שבהם אני מתמקד: הפרטה, הסדרים חוקתיים, ביקורת שיפוטית וכולי. לדעתו, בהקשרים אלה טיעונים אינסטרומנטליים נשמעים סבירים, ולא בלתי־כנים.

איני חולק על הטענה כי ההתנגדות האינטואיטיבית לכוח הנורמטיבי הבלעדי המיוחס לשיקולים אינסטרומנטליים בהקשר של עבדות או עינויים היא חזקה במיוחד. אולם אני סבור כי גם בהקשר של הפרטת שירותים ציבוריים, למשל, יש התנגדות עזה לבלעדיות של שיקולים אינסטרומנטליים. דוגמה אחת בולטת היא ההתנגדות להפרטת הצבא ולשימוש בשכירי־חרב. בספרי תיעדתי את הניתוח המרתק של שרה פרסי (Sarah Percy) בדבר ההיסטוריה של שכירי־החרב. פרסי מדגימה בספרה כי בשעה שהטעמים להתנגדות לשימוש בשכירי־חרב השתנו מדור לדור, תחושת התיעוב כלפי שכירי־החרב עצמם לא השתנתה לאורך ההיסטוריה כולה (עמ' 68, ה"ש 9). נדמה לי שהוויכוחים סביב חוקה וביקורת שיפוטית משקפים יותר מאשר הערכות ביחס לערך האינסטרומנטלי של מוסדות אלה. עמדתי זו מתחזקת גם לנוכח הערכתי כי טיעונים אינסטרומנטליים ביחס למוסדות שאני מנתח אינם מבוססים דיים בדרך־כלל מבחינה עובדתית. כפי שציינתי קודם, היכולת לערוך ניבויים ביחס לרצינותם האינסטרומנטלית של מוסדות אלה היא מוגבלת מאוד. הדרך היחידה להסביר את הלהט שבו ויכוח זה מתנהל למרות העדר ראיות משכנעות לכאן או לכאן הוא במונחים של שיקולים לא־אינסטרומנטליים.

הרשו לי לסיים את הדיון בניתוח קצר של הנסיבות שבהן שיקולים אינסטרומנטליים עשויים להיות רלוונטיים. ראשית, בעיצוב המוסדות המקיימים את הדרישות הלא־אינסטרומנטליות יש להביא בחשבון שיקולים אינסטרומנטליים שונים. כך, למשל, בפרק 6 לספרי אני מזהה את הביקורת השיפוטית עם הזכות לשימוע. בעיצוב הגוף אשר יממש את הזכות לשימוע יש להביא בחשבון שיקולים כגון יעילות ואפקטיביות. על המדינה לעצב מוסד שיבטיח את הזכות לשימוע, ועליה לעשות זאת באופן שישרת הן את הזכות לשימוע והן מערכות שיקולים רבות אחרות. כמו־כן, כפי שציינתי בתגובתי על ביקורתו של בנבגי, בעיצוב המוסדות הרלוונטיים יש להביא בחשבון את האפשרות ששיקולים אינסטרומנטליים יגברו על שיקולים לא־אינסטרומנטליים. כך, למשל, בשעה שפרק 3 לספרי מצביע על

טעמים חזקים מדוע אין להפריט את מערכת הענישה, יש להודות שאם יימצאו שיקולים אינסטרומנטליים כבר-משקל בעד הפרטתה של מערכת הענישה, הם עשויים לגבור על השיקולים הלא-אינסטרומנטליים ולהצדיק את ההפרטה.

סיכום

התיאוריה המשפטית נכבשה על-ידי הוגים בעלי אוריינטציה אינסטרומנטליסטית. המשפט נתפס כמכשיר למימוש תכליות ראויות. ספרי מיועד לקרוא תיגר על המסורת הזו. כפי שהתגובות בסימפוזיון זה מוכיחות, מקצת מן הטיעונים המועלים בספר מחייבים חשיבה מחודשת. עם זאת, נכונותם של המגיבים לחשוב מחדש על הפרדיגמה האינסטרומנטליסטית ולהגן עליה היא עצמה אינדיקציה שפרדיגמה זו אינה מובנת מאליה, וכי על התיאורטיקאים המשפטיים להכיר במגבלותיה. מוסדות ופרוצדורות משפטיים ופוליטיים הם בעלי משמעות ערכית שאינה נגזרת רק מאיכות ההחלטות שלהם או משיקולים קונטינגנטיים אחרים. לעיתים ספרי טוען כי מוסדות ופרוצדורות אלה רצויים כשלעצמם.

אני מודה למשתתפי הכנס דוד הד, אסף שרון, יצחק בנבגי ודוד אנוך על תרומתם לסימפוזיון, אשר העמיקה וחידדה כמה וכמה מן הבעיות בספרי. כתיבת תגובה על ספר היא בדרך-כלל חובה לא-נעימה המוטלת על חוקרים הטרודים במחקריהם-הם. קריאת התגובות, לעומת זאת, הייתה לי חובה נעימה מאוד, ולא רק בשל סיפוק היצר הנרקסיסטי, המאפיין כל-כך את הפרויקט האקדמי. מכאן הרצון להודות למשתתפי הכנס. אני רוצה להודות גם לרון חריס וליהודה גור על היוזמה ועל הארגון המוצלח של האירוע שעליו התבסס הסימפוזיון.