

בשבחו של אינסטרומנטליזם צנוע: הערות ביקורתיות בעקבות ספרו של אלון הראל *Why Law Matters*

מאת
דוד אנוך*

מבוא

- א. נטל ההוכחה
- ב. אי־ודאות
- ג. קונטינגנטיות
- ד. חוסר כנות
- ה. מסקנה

מבוא

ספרו החשוב והמעניין של אלון הראל¹ עוסק בסוגיות רבות במשפט חוקתי ובתיאוריה פוליטית, החל בהצדקה של המדינה, של חוקות ושל זכויות חוקתיות, המשך בדיון בביקורת שיפוטית, וכלה בדיונים פרטניים יותר – למשל, בהפרטה ובגבולותיה. אבל כחוט־השני לאורך הדיונים האלה עובר ספק – רדיקלי בעומקו וגורף בהיקפו – לגבי הצדקות אינסטרומנטליות של הסדרים חוקתיים ופוליטיים. שיקולים כאלה – אשר מנסים להצדיק מסקנות על־אודות הסדרים פוליטיים וחוקתיים רצויים באמצעות הפניה לתוצאותיהם ולתוצאות של חלופותיהם – לוקים בפגמים שאינם בני־ריפוי, לדעת הראל. על־כן התמקדות בהם היא עקרה. בהתאם לכך, את מסקנותיו שלו הראל מבסס על שיקולים אחרים, אינטרינזיים. כך, למשל, ההצדקה של הראל לביקורת שיפוטית מסתמכת לא על כלל תוצאותיה הטובות של פרקטיקה חוקתית שמגלמת ביקורת שיפוטית חזקה (בהשוואה לתוצאות של פרקטיקות חוקתיות חלופיות), ואף לא על תוצאותיה באופן ספציפי בהגנה על זכויות אדם, ובאופן ספציפי עוד יותר – בהגנה על אותן זכויות שהנורמות החוקתיות מצוות על כיבודן והגנתן. תחת זאת, הביקורת השיפוטית מוצדקת – על־פי הראל – משום שהיא מגלמת בעצמה, באופן אינטרינזי, כיבוד של זכות מרכזית וחשובה: הזכות של מי שטוען להפרה של זכות חוקתית להישמע באופן מסוים.²

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים והחוג לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים.
1 ALON HAREL, *WHY LAW MATTERS* (2014). הפניות למספרי עמודים או לפרקים המופיעות בגוף הרשימה מתייחסות לספר זה.
2 כאן הראל מסתמך על תזה שפיתח יחד עם יובל איילון. ראו: Yuval Eylon & Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 92 VA. L. REV. 991 (2006).

את ביקורתו של הראל על הצדקות אינסטרומנטליות של הסדרים חוקתיים ופוליטיים אפשר להבין בשתי דרכים לפחות. לעיתים הראל כותב כאילו שיקולים אינסטרומנטליים לעולם אינם מצדיקים הסדרים חוקתיים ופוליטיים, כאילו הם פשוט לא-רלוונטיים, כאילו יש משהו באופיים של הסדרים פוליטיים וחוקתיים שאינו מתיר לשיקולים אינסטרומנטליים השפעה על מעמד הנורמטיבי. אף שיש בספר אמירות שנראות כמגלמות קביעה קיצונית כזו,³ זוהי עמדה קיצונית ובלתי-סבירה עד כדי כך שפירוש אוהד ומתבקש יותר יימנע מלייחס להראל (ובשיחות עימי הראל אכן אישר שזו אינה כוונתו), ותחת זאת ייחס להראל עמדה מתונה יותר, שגם לה אפשר למצוא תמיכה בטקסט.⁴ טענות מתקבלות יותר על הדעת הן שהשיקולים האינסטרומנטליים אינם ממצים את השיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים; שהם אינם מרכזיים; שכוחם הנורמטיבי להצדיק מסקנות בהקשר שלנו נסוג לעיתים קרובות – ואולי תמיד – מפני שיקולים אינטרניזיים; ושעל כל פנים לכן לא יהיה זה מועיל להתמקד בהם תוך התעלמות מהעיקר: השיקולים האינטרניזיים, שבהם הראל מתמקד בדיוניו הספציפיים השונים. להלן אתמקד רק בפרשנות זו – הסבירה יותר – של האנטי-אינסטרומנטליזם של הראל.

בריון כאן לא אתיחס בפירוט לדיונים הספציפיים השונים של הראל, אלא אבקש להעלות הערות ביקורתיות ביחס לחוטי-השני האנטי-אינסטרומנטליסטי⁵ הכללי הזה. בפרט אטען שהראל אינו מצליח לבסס את המסקנה שמטעמים כלשהם יש להזניח את השיקולים האינסטרומנטליים, ושכבואנו לדון נורמטיבית בהסדרים פוליטיים וחוקתיים עלינו להתרכז רק – או בעיקר – בשיקולים אינטרניזיים. מובן אם כן שאין בדברים להלן משום ביקורת על הטיעונים האינטרניזיים של הראל; גם באלה יש עניין רב, והם ראויים לדיון (ואכן נידונים בחלקים אחרים של סימפוזיון זה), אבל לא בהם אעסוק במסגרת הערה זו.

בסעיף הבא אטען בקצרה שנטל ההוכחה בעניין שלפנינו – הרלוונטיות הפרקטית של שיקולים אינסטרומנטליים להצדקת הסדרים פוליטיים וחוקתיים – מוטל על כתפיו של הטוען לשלילת רלוונטיות כזו. בסעיפים הבאים אחר כך אציג את הדרכים של הראל לנסות לשאת בנטל ההוכחה הזה. כפי שאטען, הן אינן מצליחות בכך. אם אני צודק בשתי טענותיי – שנטל ההוכחה מוטל על הראל ושאינן הוא מצליח להרימו – אזי נוכל להסיק שהאנטי-אינסטרומנטליזם של הראל אינו מבוסס (או לפחות שהראל טרם ביסס אותו).

3 “political and legal institutions and procedures matter but they matter not for the reasons many legal and political theorists believe they matter” (עמ' 8).

4 “I do not wish to argue that instrumental justifications... necessarily fail or that the type of justification provided in this book... is necessarily superior” (עמ' 5).

5 הבהרה לגבי האופן שבו אני משתמש כאן במונחים אלה: לדבר-מה יש ערך אינסטרומנטלי, או הוא מוצדק באופן אינסטרומנטלי, אם יש לו ערך רק בגין יחסיו הסיבתיים עם תוצאותיו; עמדה (למשל, לגבי הסדר חוקתי) היא אינסטרומנטליסטית אם על-פיה ההצדקה (של ההסדר החוקתי) היא אינסטרומנטלית.

א. נטל ההוכחה

בדיונים פילוסופיים איתורו של נטל ההוכחה מועיל פחות מאשר בדיונים משפטיים רבים. הדיון הפילוסופי אינו חשוף לשיקולים פרוצדורליים באופן דומה לזה שבו דיונים משפטיים חשופים להם, וגם אינו ארוורסרי באותה מידה – לפחות כאשר הוא במיטבו. ובכל־זאת אפשר לעיתים קרובות לשאול, גם בהקשר של דיונים פילוסופיים מופשטים, שאלות על בררת־המחדל. בהעדר טעמים חזקים לכאן או לכאן, מה סביר יותר להאמין? ובכן, מה סביר יותר להאמין – בהעדר ראיות חזקות לסתור – לעניין הרלוונטיות של שיקולים אינסטרומנטליים להצדקת הסדרים פוליטיים וחוקתיים? האם מוצדק יותר להאמין שהם רלוונטיים, לפחות בהעדר טיעונים שמבססים את חוסר הרלוונטיות שלהם, או שמא מוצדק יותר להאמין שהם אינם רלוונטיים, לפחות בהעדר טיעונים שמבססים את הרלוונטיות שלהם?

הסדרים פוליטיים וחוקתיים הם אולי מיוחדים בדרכים רבות, אבל הם אינם כה מיוחדים. שאלות על־אודות הצדקתם הן שאלות פרקטיות – על־אודות הצדקה של פעולות, מוסדות, כללים, פרקטיקות.⁶ לשיקולים אינסטרומנטליים יש תפקיד מרכזי בדיון בשאלות פרקטיות באופן כללי. אם את מתעלמת משיקולים אינסטרומנטליים כאשר את בוחרת, למשל, איזו מכונת לקנות (שיקולים כגון מה הסיכוי שתיפגע בתאונה במכונות השונות או מה תוכלי לעשות בכסף שייחסך אם תרכשי את המכונת הזולה יותר), את בלתי־רציונלית בעליל. אם אתה מנסה להחליט על החינוך הנכון לבתך ומתעלם משיקולים אינסטרומנטליים (כגון איזה חינוך יקנה לה כלים טובים יותר בשוק העבודה, איזה יעשה אותה למאושרת יותר, איזה ייתן ערך רב יותר לחייה, אילו דברים אחרים תוכל לעשות למענה בכסף שייחסך אם תבחר את החינוך הזול יותר), אינך עושה את עבודתך ההורית (והרציונלית) נאמנה. נכון, ייתכן בהחלט ששיקולים אינסטרומנטליים אינם מצצים את מערך השיקולים הרלוונטי (בדוגמת החינוך יותר מאשר בדוגמת המכונת); ובכל־זאת, התעלמות מהתוצאות השונות של קווי פעולה שונים כאן היא פרדיגמה של חוסר רציונליות.

ייתכנו כמובן מקרים שבהם אפשר להתעלם משיקולים אינסטרומנטליים. למשל, יש אולי מקרים שבהם התוצאות תהיינה טובות באותה מידה, פחות או יותר, בכל קו פעולה שמשקל כרגע. במקרים כאלה אפשר להתעלם משיקולים אינסטרומנטליים, ולהתרכז בשיקולים אינטרינזיים, שאינם תלויים בתוצאות. לעיתים יש לנו אולי טעם להאמין שהשיקולים האינטרינזיים כבדי־משקל עד כדי כך ששיקולים אינסטרומנטליים אינם יכולים – או לפחות לא סביר שיצליחו – להביסם. גם במקרים כאלה מוטב אולי שלא נשחית את זמננו (ומשאבים דליברטיביים אחרים) על שיקולים אינסטרומנטליים. לעיתים, אף ששיקולים אינסטרומנטליים מסוימים מצביעים על טעמים של ממש, יש לנו בכל־זאת טעמים לא לפעול מהטעמים האינסטרומנטליים או אף לא לשוקלם; במילים אחרות, יש אולי טעמים שמוציאים

6 בהקשרים שונים רווחים שימושים שונים במילה "פרקטי". המובן הרלוונטי כאן הוא זה שמוכר בטקסט, כלומר, זה שלפיו שאלות פרקטיות הן שאלות שעוסקות בהצדקה (מוסרית או אחרת) של פעולות, של פרקטיקות חברתיות וכולי. קבוצת־ההניגוד כאן היא שאלות תיאורטיות, שעוסקות אך בהצדקה אפיסטמית של האמנות (beliefs).

את הטעמים האינסטרומנטליים.⁷ אבל בכל המקרים הללו אפשר לספר סיפור שמסביר מדוע אפשר להתעלם מהשיקולים האינסטרומנטליים (משום שהתוצאות שקולות; משום שהשיקולים האינטרינזיים חזקים הרבה יותר; משום שיש טעם מיוחד לא לפעול מהטעמים האינסטרומנטליים שחלים). בהעדר סיפור כזה, התעלמות משיקולים אינסטרומנטליים תהיה פשוט מפגן קיצוני של חוסר אחריות וכישלון של רציונליות פרקטית.

וזו הנקודה שאני מבקש לבסס כאן: ככלל, בהצדקות פרקטיות שיקולים אינסטרומנטליים הם רלוונטיים, ויש לשוקלם. ייתכנו לכך חריגים, כמובן, אבל אז חייב להיות הסבר לכך שבמקרים החריגים הללו אפשר להתעלם משיקולים אינסטרומנטליים. בהעדר הסבר כזה, שיקולים אינסטרומנטליים שומרים על הרלוונטיות שלהם. בהצדקות פרקטיות, במילים אחרות, בררת-המהדל לגבי שיקולים אינסטרומנטליים היא רלוונטיות. דברים אלה נכונים לעניין הצדקות פרקטיות באופן כללי, והם נכונים, כמקרה פרטי, גם כאשר מדובר בהצדקות מוסריות (ואחרות) של פרקטיקות חוקתיות ופוליטיות. הנטל לשכנענו אחרת מוטל אם כן על הראל.

אני מוצא בספר שלושה קווי מחשבה שבאמצעותם הראל מנסה להרים נטל זה: שיקולים שקשורים לאי-הוודאות שבשיפוטים על תוצאותיהם של הסדרים פוליטיים וחוקתיים; שיקולים שמתרכזים בקונטינגנטיות של טעמים אינסטרומנטליים; ושיקולים שקשורים לאפיון הכן של האינטואיציות הרלוונטיות.⁸ אני דן בקווי מחשבה אלה בשלושת הסעיפים הבאים.

ב. אי-ודאות

כדי להגן או לתקוף הסדר חוקתי בהתבסס על שיקולים אינסטרומנטליים, יש לנבא את תוצאותיו, להעריך ולהשוותן לתוצאות של הסדרים חוקתיים חלופיים. אבל היכולת לחזות תוצאות כאלה מוגבלת מאוד. חשוב לשים לב שיכולת זו מוגבלת בעניינים חוקתיים ופוליטיים עוד יותר מכפי שהיא מוגבלת בדרך-כלל, שהרי התוצאות הרלוונטיות להערכה אינסטרומנטלית של הסדרים כאלה הן ארוכות-טווח, ולעיתים קרובות גם רחבות-היקף. עד כמה, למשל, נוכל לנבא אם הענקת סמכות לבתי-משפט לפסול חוקים של הפרלמנט מנימוקים חוקתיים תמקסם הגנה על זכויות חוקתיות או תניב תוצאות טובות באופן כללי (בהשוואה לחלופות)? נראה שהיכולת שלנו לנבא תוצאות כאלה מוגבלת עד כדי כך שאי-אפשר להסתמך עליה באופן אחראי מבחינה אינטלקטואלית. אבל הסתמכות על תחזיות כאלה היא בדיוק מה שטיעונים אינסטרומנטליים דורשים. לכן אי-אפשר להסתמך על טיעונים אינסטרומנטליים באופן אחראי מבחינה אינטלקטואלית. הנה, באופן סכמטי, עיקר הטיעון מאי-ודאות (עמ' 3-4):

7 את הרעיון של טעמים מוציאים (exclusionary reasons) הכניס לספרות יוסף רז. לריון ולהסבר בעברית, וכן להפניות, ראו את מאמרי דוד אנוך "סמכות ומתן-טעמים" המשפט יח 65, 79-80 (2013).

8 בנקודה אחת (בעמ' 5) הראל מונה שני קווי מחשבה כאלה. נראה שהוא כורך יחדיו את הטיעון מקונטינגנטיות ואת הטיעון מאי-ודאות. אבל הם שונים, וחשוב להפרידם, כפי שאני עושה בגוף הטקסט.

- (1) בגלל אי־ודאות קשה, אי־אפשר לבסס תחזיות לגבי התוצאות (ארוכות־הטווח לפחות) של הסדרים חוקתיים ופוליטיים (בהשוואה לחלופות).
- (2) כדי לבסס טיעון אינסטרומנטלי לעניין ההצדקה של הסדרים חוקתיים ופוליטיים, יש לבסס תחזיות לגבי תוצאותיהם (ולגבי אלה ארוכות־הטווח בכלל זה).
- (3) לכן אי־אפשר לבסס טיעונים אינסטרומנטליים לעניין ההצדקה של הסדרים חוקתיים ופוליטיים.

את הטיעון הזה, על־אף היותו תקף, יש לדחות מהטעמים הבאים. ראשית, המסקנה חזקה מדי, אפילו לשיטתו של הראל. זכרו שהראל אינו מבקש להגן על הקביעה החזקה יותר שתיארת לעיל, כלומר, על הקביעה כי שיקולים אינסטרומנטליים לעולם אינם בעלי משקל בעד או נגד הסדרים חוקתיים ופוליטיים. בצדק הוא מרחיק את עצמו (לפחות בשיחות עימי) מטענה חזקה זו. אבל נראה שמסקנת הטיעון הסכמטי שהבאתי כאן מובילה בדיוק לטענה חזקה ובלתי־סבירה זו. אם כך, ברור שהטיעון מאי־ודאות אינו הטיעון שהראל רוצה בו, שכן הוא מוביל למסקנה שהראל עצמו דוחה. יתרה מזו – ועכשיו באופן כללי, שאינו מסתמך דווקא על מחויבויותיו של הראל – הטיעון בצורתו לעיל מוביל למסקנה שקרית.⁹ לכן, אף אם אין אנו יודעים עדיין היכן הוא נכשל, אנו יודעים שהוא נכשל. (כרגיל עם התנגדויות מסוג זה, הצבעה על שקריותה של המסקנה אינה מהווה תחליף למציאת הפגם בטיעון עצמו. זה מה שעושות הנקודות הבאות.)

שנית, יש להיזהר עד־מאוד בהבנת המילה "לבסס" בטיעון הסכמטי לעיל. למעשה, אין שום קריאה של הדיבור "לבסס" שהופכת את שתי ההנחות לאמיתיות. אם נבין במילה "לבסס" דרישה לוודאות, כך שתחזית אינה מבוססת אלא אם כן היא ודאית, כִּי־אז הנחה (1) אמיתית, כמוכן. אבל אז הנחה (2) שקרית – טיעונים אינסטרומנטליים אינם דורשים תחזיות ודאיות על העתיד. לעומת זאת, אם נאמץ את המובן של "ביסוס" שבו טיעונים אינסטרומנטליים אכן דורשים תחזיות מבוססות על העתיד, אזי אין טעם להאמין שהנחה (1) נכונה. ארחיב מעט.

אנו מתמודדים עם חוסר ודאות כל העת – למשל, בקבלת החלטות. לדוגמה, בתי־משפט נאלצים כל העת לקבל החלטות בתנאים קשים של אי־ודאות. גם אם אתה מבקש להחליט על בית־הספר שאליו תלך בתך, אתה יכול לשקול שיקולים על ההשפעה של בתי־ספר שונים על רווחתה העתידית. אבל אין לך – ולא יכולה להיות לך – ודאות בעניין זה. אינך יכול לבסס תחזיות כאלה באופן ודאי. אבל אין פירוש הדבר שאינך יכול להתחשב בשיקולים מהסוג הזה בעת קבלת החלטה החשובה לעניין בית־הספר. פשוט עליך להביא בחשבון שיקולך גם את אי־הוודאות שבמסגרתה אתה פועל.

השאלה איך ראוי – מבחינה רציונלית ומבחינה מוסרית – להתמודד עם אי־ודאות היא שאלה נורמטיבית מהותית, והתשובה לה אינה פשוטה. התשובה גם שנויה במחלוקת, וסביר להניח שהיא גם אינה אחידה, כלומר, שההתמודדות הנכונה עם אי־ודאות תשתנה מהקשר להקשר. הטיעון מאי־ודאות נגד אינסטרומנטליזם מגלם למעשה את הקביעה

9 היא שקרית בעליל תחת שתי ההבנות של המילה "לבסס", שאני מבחין ביניהן בפסקה הבאה. שקריותה של המסקנה ברורה פשוט משום שהעמדה שעל־פיה שיקולים אינסטרומנטליים לעולם אינם רלוונטיים להצדקת הסדרים חוקתיים היא כה בלתי־סבירה, כאמור לעיל.

שלפחות בהקשרים של הצדקת הסדרים פוליטיים וחוקתיים יש להזניח שיקולים שהם בלתי-יודאיים במידה מספקת. זוהי הקריאה של (2) תחת הבנת "ביסוס" שהופכת את (1) לאמיתית. אסטרטגיה כזו להתמודדות עם אי-ודאות היא אסטרטגיה אפשרית, כמובן, אבל היא ממש אינה מובנת מאליה, והראל אינו מגן עליה בשום מקום.

זאת ועוד, לאסטרטגיה זו יש כמובן חלופות, כלומר, דרכים אחרות – מפותחות יותר בספרות ואולי גם מתבקשות יותר – להתמודד עם אי-ודאות. במקום להזניח תוצאות בלתי-ודאיות, אפשר לכמת (ולו באופן חלקי) את הסתברותן ולמקסם את התוחלת. במילים אחרות, אפשר לשקלל את התוצאות השונות של שליחת בתך לבתי-הספר השונים עם הסתברותן של התוצאות האלה, כדי לקבל את תוחלת רווחתה תחת כל החלטה, ולמקסם גודל זה. לחלופין, אפשר לנקוט את אסטרטגיית הבחירה מקסימין (maximin), כלומר, לבחור באותה חלופה שהתוצאה הרעה ביותר תחתיה תהיה טובה יותר מהתוצאות הרעות ביותר תחת חלופותיה.¹⁰ למשל, גם אם שליחת בתך לבית-ספר פרטי ממקסמת את תוחלת רווחתה, ייתכן שהתרחיש הגרוע ביותר בבית-ספר פרטי גרוע מן התרחיש הגרוע ביותר בבית-ספר ציבורי. במקרה כזה אסטרטגיה של מקסימין תוביל לבחירה בבית-הספר הציבורי. אפשרות נוספת היא להתעלם מתוחלות, ופשוט לבחור בחלופה שתהיה הטובה ביותר בסבירות הגבוהה ביותר. כך, למשל, אם בתרחיש הסביר ביותר ייטיב בית-הספר הציבורי את רווחתה של בתך יותר מבית-הספר הפרטי, תקרא אסטרטגיה זו לשליחתה לבית-הספר הציבורי, אף אם בתרחישם סבירים פחות הוא ירע עימה מאוד – עד כדי כך שמקסום תוחלת היה קורא לשולחה לבית-הספר הפרטי. כל אלה ורבות נוספות הן אסטרטגיות אפשריות להתמודדות עם אי-ודאות. אם אחת מהן נכונה – באופן כללי או לפחות בהקשר שלנו – אזי הנחה (2), עם הבנה של "לבסס" שכוללת ודאות, פשוט שקרית.

ומה אם נבין את המילה "לבסס" באופן השני שתואר לעיל, כלומר, ללא דרישת ודאות? תחת הבנה כזו הנחה (1) שקרית. מדוע לחשוב שאי-אפשר לבסס כלל טענות בתנאי אי-ודאות – למשל, בהקשר הפוליטי או החוקתי? האם ברור כל-כך שאי-אפשר לבסס שיפוטים הסתברותיים בעניינים אלה, ולו באופן חלקי ועמום? האם ברור כל-כך שאי-אפשר לבסס שיפוטים על תוחלות או לבסס את השיפוטים הנדרשים לצורך יישום של אסטרטגיית מקסימין וכדומה?

ייתכן שהראל יוכל למלא את הפרטים כאן. למשל, יש אולי מובן אחר של "לבסס" שהופך את שתי ההנחות לאמיתיות. חשוב יותר – שהרי ההצגה המדויקת של הטיעון הסכמטי, כולל הדגש על המילה "לבסס", היא שלי, ולא של הראל – ייתכן שהראל יכול להגן על האסטרטגיה שהוא מניח כמובנת מאליה להתמודדות עם אי-ודאות: האסטרטגיה של הזנחת שיקולים בלתי-יודאיים (מספיק). אני מטיל בכך ספק – זו אינה אסטרטגיה אטרקטיבית במקרים אחרים, וקשה לראות מדוע היא תהיה אטרקטיבית כאן. על כל פנים, זו רק אסטרטגיה אחת, מפתיעה ובלתי-מובנת-מאליה, של התמודדות עם חוסר ודאות. עד שהראל יגן עליה, הטיעון מאי-ודאות אינו מצליח לקעקע אינסטרומנטליזם.

10 בספרות בפילוסופיה הפוליטית היה זה רולס שהפך את אסטרטגיית הבחירה מקסימין לידועה כל-כך. ראו: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 132–133 (rev. ed. 1999).

כדאי אולי להוסיף כאן עוד שיקול אחד: אי־ודאות היא תופעה רחבת־היקף במיוחד. בפרט, לא יהיה זה מוגזם לצפות שקוראיו של הראל, ואולי אף הראל עצמו, יגלו מידה של חוסר ביטחון גם ביחס לקביעותו של הראל עצמו – למשל, ביחס לטיעוניו האינטרינזיים. נכון, זו תהיה אי־ודאות מסוג שונה מעט – לא אי־ודאות עובדתית לגבי תוצאותיהם של קווי פעולה חלופיים בעולם, אלא אי־ודאות מוסרית (במקרה הזה לגבי שאלות על ערכים אינטרינזיים וזכויות אינטרינזיות). בשנים האחרונות גם אי־הוודאות מהסוג הזה זוכה להתייחסות רבה בספרות.¹¹ מבלי משים, הראל מתחייב כאן לעמדה שעל־פיה לא־ודאות עובדתית יש השלכות מרחיקות־לכת אבל לא־ודאות מוסרית אין השלכות דומות כלל. א־סימטריה כזו – אף שהיא עמדה אפשרית בהחלט – אינה מובנת מאליה (ולו היא גם נראית בלתי־סבירה). כדי להגן על עמדתו לגבי אי־ודאות והשלכותיה, יהא על הראל לנקוט עמדה גם בדיון ביחס שבין אי־ודאות עובדתית לא־ודאות מוסרית.

ג. קונטינגנטיות

שיקולים אינסטרומנטליים הם מעצם טבעם שיקולים קונטינגנטיים. אם את בוחרת מכונית, למשל, השיקולים עלי־אודות התוצאות השונות של בחירת מכוניות שונות תלויים בנסיבות שבהן את מוצאת את עצמך: בתנאי מזג־אוויר מסוימים – אבל אולי לא בכלום – מכונית אחת בטוחה מאחרת; בתנאים כלכליים מסוימים – אבל אולי לא בכלום – חיסכון מסוים בתצרוכת הדלק מצדיק (מבחינתך) ויתור על ביצועים מסוימים, וכולי. תוצאותיה של כל החלטה, בבחירת מכונית כמו־גם בבחירת הסדר חוקתי או פוליטי, תלויות בנסיבות הקונטינגנטיות שבהן ההחלטה מתקבלת ומיושמת.

הראל סבור שהקונטינגנטיות של הצדקות אינסטרומנטליות יוצרת בעיה בהקשר של הסדרים חוקתיים ופוליטיים. הבעיה היא, לטענת הראל (עמ' 4), שרוב התומכים בביקורת שיפוטית, למשל, מונעים על־ידי אינטואיציות שאינן רגישות כל־כך לנסיבות. הם תומכים בביקורת שיפוטית באופן נרחב, לדעת הראל, אולי עבור כל דמוקרטיה או כל דמוקרטיה ליברלית מודרנית. אבל שיקולים אינסטרומנטליים – בגלל הקונטינגנטיות שלהם – רגישים הרבה יותר להבדלי נסיבות. אפשר אולי לחלץ מכאן את הטיעון הבא:

1. אם לשיקולים אינסטרומנטליים יש תפקיד מרכזי בהצדקה של הסדרים פוליטיים וחוקתיים, אז הצדקתם של הסדרים כאלה רגישה מאוד לנסיבות (כך שבמדינות שונות, למשל, יוצדקו הסדרים שונים מאוד).

2. הצדקתם של הסדרים פוליטיים וחוקתיים אינה רגישה לנסיבות עד כדי כך.

3. לכן לשיקולים אינסטרומנטליים אין תפקיד מרכזי בהצדקה של הסדרים פוליטיים וחוקתיים.

11 ראו, למשל: Brian Weatherson, *Running Risks Morally*, 167 PHIL. STUD. 141 (2014), וההפניות שם.

הטיעון הזה תקף, והראל צודק כמוכן לגבי הקונטינגנטיות של שיקולים אינסטרומנטליים, ועל-כן לגבי אמיתותה של הנחה (1).¹² אף-על-פי-כן יש לדחות את הטיעון, שכן הנחה (2) נראית לי שקרית באופן ברור למדי.

אפשר בהחלט לטעון שהנחה מקבילה להנחה (2) לגבי אמיתות מוסריות בסיסיות היא אמיתית. לכל-הפחות תהיה זו טעות לאפיין את האינטואיציות שלנו לגבי אמיתות מוסריות בסיסיות (שכאב הוא רע, למשל, או שיש לנהוג באנשים באופן שמכבד את אנושיותם) כאינטואיציות שמתיישבות עם קונטינגנטיות. נראה לנו שהרוע (הראשוני) של כאב אינו רגיש לנסיבות. השאלה אם בסופו של יום – all things considered – הפסדו של כאב יוצא בשכרו היא כמוכן שאלה שהתשובה לה קונטינגנטית, אבל עצם הרוע הראשוני של כאב נראה הכרחי. השאלה כיצד בדיוק יש ליישם דרישה של יחס מכבד לאנשים היא אולי שאלה שהתשובה לה קונטינגנטית, אבל נראה שתוקפה של עצם הדרישה הכללית הזו – לנהוג באנשים באופן מכבד – אינו קונטינגנטי.

אפשר אולי – אם כי אני מטיל ספק בכך – לטעון טענות דומות גם לגבי אמיתות מוסריות מסוימות בשרה הפוליטי. למשל, אפשר אולי לטעון כי חלה דרישה כללית של שוויון – או אולי של *equal concern and respect*¹³ – שתוקפה אינו קונטינגנטי. במילים אחרות, חובה כזו אולי חלה על כל מדינה בכל מערכת נסיבתית (ורק הדרך הנכונה ליישומה משתנה מתקופה לתקופה, ממקום למקום).

אבל אף אם אנו מוכנים לקבל הכרחיות של אמיתות מוסריות בסיסיות, ואף של אמיתות מוסריות-פוליטיות מסוימות, בכל-זאת אי-אפשר להשליך מכך לסוג הטענות שהראל עוסק בהן. עד כמה סביר, למשל, שהשאלה מהם גבולות ההפרטה הראויה לה למדינה מקבלת תשובה (נורמטיבית) אחידה בכל זמן, בכל מקום, בכל מערכת נסיבתית? לי נראה מוכן מאליה שהתשובות לשאלות כאלה הן קונטינגנטיות ותלויות בנסיבות. בוודאי אין זה מחיר תיאורטי בעיניי להכיר בקונטינגנטיות כזו. או חשבו שוב על ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים. תהא אשר תהא עמדתך בשאלת הצדקתה של פרקטיקה כזו, בוודאי איני רואה כוח מאחורי אינטואיציה שעל-פיה ביקורת שיפוטית כזו מוצדקת (או אינה מוצדקת) בכל מדינה, בכל זמן, בכל מקום. הרגישות לנסיבות של מעמדן הנורמטיבי של פרקטיקות מוסריות מורכבות מסוג זה נראית לי לא רק סבירה, אלא מובנת מאליה ממש.¹⁴

הטיעון מקונטינגנטיות נכשל, אם כן. יתרה מזו, נראה שאף הראל עצמו מחויב לדחותו, שכן הוא דוחה, כזכור, את הטענה החזקה יותר שעל-פיה שיקולים אינסטרומנטליים לעולם אינם רלוונטיים להצדקת הסדרים חוקתיים ופוליטיים. הראל מקבל את האפשרות של

12 לעיתים הראל כותב כאילו בקביעה זו כבר יש דבר-מה חתרני, שמנוגד לרוב-רובה של הספרות בעניינים אלה. איני מכיר את הספרות החוקתית טוב כפי שהראל מכיר אותה, וייתכן שכמה מהנוטלים בה חלק מחמיצים נקודה זו. אבל בכל-זאת, מנקודת-המבט הפילוסופית, הכרה בקונטינגנטיות וברגישות לנסיבות של שיקולים אינסטרומנטליים היא כמוכן טריוויאלית לחלוטין.

13 זהו דיבור שרונלד דוורקין הפך לפופולרי. ראו, למשל: RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 218–219 (1977).

14 ראו לעניין זה את הערתי על וולדרון: David Enoch, *Taking Disagreement Seriously: On* *Jeremy Waldron's Law and Disagreement*, 39 *Isr. L. Rev.* 22 (2006).

הבסה אינסטרומנטלית של טיעוני האינטרניזים. למשל, אם נצליח לשכנעו כי במדינה מסוימת, בזמן מסוים, ההשלכות של מיסוד ביקורת שיפוטית תהינה קטסטרופליות, יודה הראל שמשקלן של אלה גובר על משקלה האינטרניזי החיובי של הזכות לשימוע, ושעל-כן, בחשבון אחרון, ביקורת שיפוטית (באותה מדינה ובאותה עת) אינה מוצדקת. אם כך, גם הראל עצמו מאמץ את הקונטינגנטיות של ההצדקה של הסדרים חוקתיים ופוליטיים מהסוג שהוא דן בהן בספרו. אם כך, גם הראל מחויב לדרחות את הנחה (2), ועימה את הטיעון האנטי-אינסטרומנטליסטי מקונטינגנטיות.

ד. חוסר כנות

טיעונים עלולים לסבול משלל פגמים: הם עלולים להתבסס על הנחות שקריות; הם עלולים להיות בטלים (או לא-תקפים), כלומר, ללקות בכשלים שונים; הם עלולים ללקות בבטלות דיאלקטיות, שמונעות אותם מלהיות אפקטיביים בשיחה; אבל הם עלולים ללקות גם בפגם שונה – הם עלולים להיות בלתי-כנים.

חשוב, למשל, על הדרך שבה אנשים העוסקים בניתוח כלכלי של המשפט מצדיקים לעיתים קרובות הסדרים משפטיים קיימים. כך, למשל, המשפט המקובל הפלילי מבחין בענישה בין ניסיון לבין עברה מוגמרת.¹⁵ חלקנו אולי חושבים שהסיבה לכך היא שיש משהו חמור יותר מבחינה מוסרית ברצח בהשוואה לניסיון רצח, או אולי שהאשם המוסרי הדבק ברצח כבד מזה הדבק במנסה לרצוח. אבל אלה אינם מונחים שאנשי הניתוח הכלכלי של המשפט מרגישים בנוח עימם. ובכל-זאת, לא אלמן הניתוח הכלכלי של המשפט. אפשר אולי להגן על ההבחנה בין ענישה על ניסיון לבין ענישה על עברה מוגמרת בדרכים אחרות. למשל, אפשר אולי לפתח טיעון מתוחכם שיצביע על כך שהשוואת הענישה על ניסיון לענישה על עברה מוגמרת תמרץ מעבר של פושעים מקורבנות פשיעה פוטנציאליים שמשקיעים רבות באמצעים למניעת פשע אל קורבנות פוטנציאליים שאינם משקיעים באמצעי מניעה כאלה; מעבר כזה יתמרץ קורבנות פשיעה פוטנציאליים להשקיע עוד באמצעים למניעת פשע; ותמרץ כזה – בהיתן נתונים כלליים על השקעת-יתר באמצעים למניעת פשיעה על-ידי קורבנות פוטנציאליים – אינו יעיל כלכלית מנקודת-מבט חברתית.¹⁶

ייתכן בהחלט שטיעון מתוחכם כזה פועל, כלומר, שהוא מצביע על טעם כבד-משקל בעד הבחנה (לפחות במקרים מסוימים) בין ענישה על ניסיון לבין ענישה על עברה מוגמרת. אבל אף אם הוא פועל, בכל-זאת משהו חסר בו. הטיעון הזה אינו מיטיב לבטא את המוטיווציות שעמדו בבסיס האינטואיציה (אם הייתה לנו כזו) שעל-פיה ראוי להבחין בענישה בין ניסיון לבין עברה מוגמרת. לכן, אף אם הטיעון הזה פועל, הוא לוקה במה שאפשר אולי לכנות חוסר כנות: הוא מצדיק את המסקנה שביקשנו להצדיק, אבל לא מהטעמים שחשבנו שעושים את העבודה. זה עניין של מקריות כמעט שהטיעונים ההרתעתיים המורכבים והמתוחכמים האלה

15 בארץ חל שינוי בעניין זה בעקבות תיקון מס' 39 לחוק הפלילי. ראו ס' 25-28, 34, 34 ו-305 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. שינוי זה הוא ככל הנראה חלק משינוי כללי יותר במשפט המקובל בעניין.

16 ראו: Alon Harel, *Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault*, 82 CAL. L. REV. 1181 (1994).

נפלו בסופו של דבר באותו צד כמו האינטואיציות שלנו לגבי החומרה היחסית של אשמה מוסרית.¹⁷ חוסר כנות מהסוג הזה גם הוא פגם בטיעון. לפחות בהקשרים מסוימים יש יתרון משמעותי לטיעונים כנים – טיעונים שמטיבים לבטא לא רק את המסקנות שאליהן רצינו להגיע, אלא גם את האינטואיציות-העומק שבגינן רצינו להגיע למסקנות אלה.

הראל טוען (בעמ' 4-5) שהצדקות אינסטרומנטליות של הסדרים חוקתיים בסיסיים לוקות בחוסר כנות כזה. לדבריו, אפשר אולי להצדיק את עיגונן של זכויות מסוימות בחוקה על יסוד שיקולים אינסטרומנטליים כלשהם, אבל הצדקה כזו לא תהיה כנה – היא לא תהיה נאמנה לאינטואיציות שדחפו אותנו לכיוונן של זכויות חוקתיות מלכתחילה. האינטואיציות האלה אינן על-אודות התוצאות של עיגון זכויות חוקתיות בחוקה, אלא על מעמד מוסרי עצמאי של אזרחים, על חירות במובנה הרפובליקני, על הצורך לא להיות כפוף לשרירות רצונו של אחר. והטיעונים שנאמנים הרבה יותר למוטיווציות-עומק אלה הם הטיעונים האינטרניזיים שהראל מביא, ולא הטיעונים האינסטרומנטליים שהוא מבקר.

אני מסכים עם הראל שכנות מהסוג שהוא מחפש היא יתרון בטיעונים פילוסופיים, לפחות לעיתים קרובות.¹⁸ אבל אני חולק על הראל לעניין אפיון אינטואיציות-העומק הרלוונטיות להסדרים פוליטיים וחוקתיים מהסוג שהוא דן בהם.

דרך טובה לראות זאת תהיה להשוות בין המקרים שהראל דן בהם בספרו לבין הדוגמאות שהוא מביא כדי להמחיש את הטענה בדבר חוסר כנות. לשם המחשת הטענה הראל משתמש בדוגמאות על-אודות המעמד המוסרי של עבדות או של עינויים (עמ' 4), וכאן אני מסכים עימו לגבי חוסר הכנות של טיעונים אינסטרומנטליים. ייתכן שאפשר להראות שהסדר חברתי-כלכלי של עבדות אינו יעיל או מוביל לתוצאות שאינן מיטיביות. אם אפשר להראות זאת, זהו אכן נימוק רציני נגד עבדות. אבל זהו נימוק חסר כנות – הוא אינו רגיש לאינטואיציות-העומק שלנו לגבי פסלותה של פרקטיקה כזאת. אולי משום כך גם נראה כי אף אם טיעון כזה יכול להוסיף משקל נגד עבדות, זוהי תוספת זניחה בהשוואה לטיעונים האינטרניזיים (על-אודות אוטונומיה, השפלה, כוח וכדומה). באופן דומה, אפשר אולי להראות שעינויים אינם אמצעי חקירה יעיל, ושהם אולי אפילו מקטינים את הסיכוי שהחקירה תישא פרי. אם כך, זהו שיקול נגד עינויים. אבל זה אינו שיקול שרגיש לטעמים שבגינם אנו (או לפחות חלקנו) מתנגדים בדרך-כלל לעינויים. טעמים אלה קשורים לכבודו ולרווחתו של המעונה, ולא לתוצאות עקיפות כאלה. בשני המקרים האלה, אם כן, הנקודה של הראל על חוסר כנות של שיקולים אינסטרומנטליים אכן עומדת (או לכל-הפחות סבירה ביותר). במקרים אלה נימוקים אינסטרומנטליים נשמעים לכל-היותר כמו רציונליזציה בדיעבד, ולא כמו הצדקה – ובוודאי לא כמו ההצדקה – של השיפוט הנורמטיבי הרלוונטי.

אבל אינני חושב שהדוגמאות הללו דומות במובנים הרלוונטיים למקרים של ההסדרים החוקתיים שהראל דן בהם. חשבו על התחושה – על הפנומנולוגיה – של קריאת טיעון

17 זוהי רק דוגמה, כמובן. מקרים מעניינים במיוחד של ניתוח כלכלי של משפט הולכים צעד נוסף, ומראים מדוע שיקולים הרתעתיים מהסוג הזה בעצם מיטיבים להסביר גם את האינטואיציות העמוקות יותר שלנו.

18 בהקשר המְּטָא־אתי אני דן בכנות כזו בספרי: DAVID ENOCH, TAKING MORALITY SERIOUSLY: A DEFENSE OF ROBUST REALISM 9–10 (2011).

אינסטרומנטלי במקרים של עבדות או של עינויים. כאשר טיעון כזה מוצג, התחושה היא קומית כמעט – מתבקש להגיב במשפט כגון "בסדר, אני רואה שגם זה נימוק נגד עבדות; אבל זה הנימוק שלך נגד עבדות? אתה רציני?". לעומת זאת, אין שום תחושה כזו – לי לפחות – כאשר מוצגת, למשל, הצדקה אינסטרומנטלית של ביקורת שיפוטית שמסתמכת על התועלות האינסטרומנטליות של ביקורת שיפוטית בהגנה על זכויות אדם. אפשר לאתגר הצדקה כזו בכל מיני דרכים, אבל תשובה מסוג "אוקיי, אני רואה שגם זה נימוק בעד ביקורת שיפוטית; אבל זה הנימוק שלך? את רצינית?" נראית פשוט לגמרי לא במקום.

באופן כללי, חוסר הכנות שבהצדקות אינסטרומנטליות של שיפוטיות דאונטולוגיים יומיומיים בולט על פני הדברים. אבל פשוט איני מצליח – גם כאשר אני מתבונן עמוק בחזי – למצוא שם מוטיווציות מהסוג הדאונטולוגי הזה לשיפוטיות על-אודות הסדרים פוליטיים וחקוקתיים מורכבים (אולי חוץ ממספר קטן של חריגים שאינם רלוונטיים לספרו של הראל). הראל יוכל לטעון, כמובן, שכאשר הוא מתבונן עמוק בחזו, הוא דווקא מוצא אינטואיציות כאלה. אני אאמין לו, אם כי אפקפק במידה שבה אינטואיציות כאלה שלו רלוונטיות כאן, שהרי תיאורטיקאים נוטים לפתח את האינטואיציות שנאמנות להן תאשש את התיאוריות שבהן הם מחזיקים. אבל אני מעז לשער שעמדתי כאן הולמת חלקים נכבדים יותר מהאוכלוסייה מזו של הראל. (זוהי ספקולציה אמפירית. אני מניח שאפשר לברוק את הדברים, אם כי הראל אינו עושה זאת וגם אין בכוונתי לעשות זאת.) במידה מסוימת ייתכן שהדברים תלויים בבחינה פרטנית של כל אחד מהטיעונים האינטרניזיים של הראל. אולי, למשל, משעה שנראה את הטיעון האינטרניזי נגד הפרטה, נבין כי הוא תופס טוב יותר את אינטואיציות העומק שלנו בנושא זה מאשר נימוקים אינסטרומנטליים כלשהם. אם יהיה אפשר להראות זאת, יהיה בכך משום ניצחון לאנטי-אינסטרומנטליזם של הראל, אבל יהיה זה ניצחון לוקלי, שתלוי בפרטים של טיעונים אינטרניזיים ספציפיים, ואשר מבחינה לוגית מגיע לכן אחריהם. לא יהיה זה ניצחון של הטענות הכלליות נגד אינסטרומנטליזם, אשר הראל סבור, כך נראה, כי הן קודמות מבחינה לוגית לטיעונים אינטרניזיים ספציפיים, ואפילו יכולות להצדיק את החיפוש אחר טיעונים כאלה (שהרי יש לנו, לפי הראל, טעמים עצמאיים לחשוב שטיעונים אינסטרומנטליים לא יוכלו לעשות כאן את העבודה).

ה. מסקנה

הטענה האנטי-אינסטרומנטליסטית של הראל – אפילו בנוסחה החלש והזהיר יותר – עורנה מפתיעה. היא מפתיעה עד כדי כך שהנטל לתמוך בה מוטל על הראל. הראל אומנם מתייצב למשימה, ומציג נימוקים שאמורים לעשות זאת. אבל אם הדיון שלי לעיל נכון, אין הם עומדים במבחן הביקורת.

חשוב לראות כאן שאם ההתנגדויות לעיל אינן מבולבלות, הבעיה בטיעונים האנטי-אינסטרומנטליסטיים של הראל אינה שהם אינם כבדי-משקל מספיק. אילו זו הייתה הבעיה, אולי משקלם המצטבר של הטיעונים השונים האלה היה יכול לעשות את מה שכל אחד מהם לבדו אינו יכול לעשות. אבל הבעיה חמורה יותר. אם אני צודק, הטיעונים האלה פשוט אינם תומכים כלל במסקנה האנטי-אינסטרומנטליסטית של הראל. לכל-הפחות הם דורשים

השלמות קריטיות כדי לעשות זאת (למשל, במונחים של הגנה על אסטרטגיה מפתיעה של התמודדות עם אי־ודאות). אם כך, גם באופן מצטבר אין הם מבססים את מסקנתם. מכאן אין נובעת המסקנה, כמובן, ששיקולים אינסטרומנטליים ממצים את השיקולים הרלוונטיים בהקשר החוקתי־הפוליטי. ייתכן בהחלט שטיעונים אינטרינזיים – אלה שהראל מפתח בספר או אחרים – מצליחים גם הם לתמוך במסקנותיהם. אולם הקביעות האנטי־אינסטרומנטליסטיות הגורפות של הראל – לדוגמה, כאשר הוא מכנה שיקולים אינסטרומנטליים "כשלים" (כותרת הסעיף בעמ' 136, למשל) – פשוט לא בוססו.