

מדוע זכויות חוקתיות חשובות?

אלון הראל*

גדול המצווה ועושה ממי שאינו מצווה ועושה.¹
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.²

מאמר זה מנסה לאתגר את ההצדקות המסורתיות של חוקות, המבוססות על הטענה כי חוקות מייצרות החלטות טובות משום שהן מגינות על זכויות האדם, על הדמוקרטיה או על ערכים חשובים אחרים. המאמר טוען כי לעיגון החוקתי של זכויות מוסריות ופוליטיות יש ערך כשלעצמו, בלא קשר לשאלה אם הוא מקדם את ההגנה על הזכויות אם לאו. עיגון החוקתי של זכויות מוסריות ופוליטיות הוא בגדר הכרה ציבורית בקיומה של **חובה** של המדינה להגן על הזכות. ההגנה על זכויות במדינה עם חוקה אינה לפיכך עניין של שיקול-דעת או רצון טוב; היא אינה תלויה בגחמות, ברציות או בשיפוט של המחוקק. אני מרחיב טיעון זה גם למשפט הבין-לאומי ולנורמות טרנס-לאומיות, וטוען כי המשפט הבין-לאומי הוא ביטוי להכרה פומבית **בחובה** של המדינה להגן על זכויות האדם. אזרחים הם חופשיים רק בחברה שבה זכויותיהם מוכרות כחובות של המדינה ואינן תלויות ברצונם הטוב של המחוקקים.

מבוא

פרק א: מהן זכויות חוקתיות?

פרק ב: ההצדקה הלא-אינסטרומנטלית לכינון זכויות חוקתיות

* פרופסור, מופקד הקתדרה על-שם פיליפ ואסטל מיזוק, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, וחבר מרכז פדרמן לחקר הרציונליות.

1 בבלי, בבא קמא פז, ע"א.

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

1. מבוא
 2. תזת החובות
 3. ההצדקה לקיומן של חובות חוקתיות
 4. בעיית הרגרסיה האינסופית
- פרק ג: בין תיאוריה לפרקטיקה – השלכות על המשפט הישראלי

מבוא

התלמוד מספר לנו סיפור על גוי אשר הקריב הזדמנות עסקית משום שלא רצה להטריד את אביו ולקחת מפתח שהיה טמון תחת הכר שעליו ישן אביו. הפרה האדומה שניתנה לגוי כפרס על התנהגותו זו הייתה בעלת ערך רב באותה תקופה. רבי עולא הסיק מן הסיפור כי אם גוי, אשר אינו מחויב במצוות כיבוד הורים, זכה בתמורה זו, על אחת כמה וכמה יהודי המחויב במצווה זו. רבי עולא ביסס את מסקנתו על מימרה מפורסמת של רבי חנינא שלפיה "גדול המצווה ועושה ממי שאינו מצווה ועושה"³. מאמר זה משתמש בתובנה זו בהקשר החוקתי, וטוען כי חברה שבה המחוקק מכבד זכויות יסוד אבל אינו מצווה לעשות כן (דהיינו, אינו מחויב חוקתית לעשות כן) היא חברה טובה פחות מחברה שבה המחוקק מחויב (מבחינה חוקתית) להגן על זכויות אלה. מדינה עם חוקה היא טובה יותר משום שבמסגרתה האזרחים אינם נתונים לחסדיו של המחוקק; זכויותיהם אינן תלויות בשיפוטם המוסריים או בהעדפות של המחוקק.

לפרטים יש זכויות פוליטיות, והכוח הנורמטיבי של הזכויות הללו הוא לעיתים קרובות בלתי-תלוי בשאלה אם הזכויות עוגנו באופן חוקתי. המדינה חייבת להגן על חירויות ולהבטיח שוויון בלא קשר לשאלה אם זכויות אלה הן זכויות חוקתיות.⁴ יש חברות פוליטיות שבחרו לעגן את הזכויות באופן חוקתי, ויש חברות שלא עשו כן. השוו מדינה א, שבה מחוקק בעל רגישות מוסרית נמנע מלפגוע בזכויות של פרטים או אפילו מגן עליהן בנאמנות, עם מדינה ב, שבה הזכויות מוגנות באותה מידה באמצעות מגילת זכויות. בהינתן שאין הבדלים נוספים בין המדינות הללו, איזו מדינה עדיפה (אם בכלל)?

היש טעם להגן על זכויות באמצעות מגילת זכויות חוקתית גם כאשר עיגון כזה אינו מקדם את ההגנה על הזכויות? האם זכויות חוקתיות חשובות ככאלה, ולא רק בגין ההגנה האפקטיבית יותר שהן מעניקות לזכויות? ואם כן – למה?

3 בבלי, לעיל ה"ש 1.

4 עם זאת, מעמדן המוסרי של זכויות מוסריות או פוליטיות עשוי להשתנות בעקבות העיגון החוקתי. עיגון חוקתי משנה את הציפיות של פרטים ואת הנסיבות באופנים רלוונטיים, ועשוי לפיכך להשפיע על כוחם הנורמטיבי. ראו: Joseph Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 152, 173 (Larry Alexander ed., 1998).

המאמר מנסה להשיב על שאלה זו, וטוען כי זכויות חוקתיות אכן חשובות, משום שלעיגון החוקתי של זכויות מוסריות ופוליטיות יש ערך כשלעצמו, בלא קשר לשאלה אם הוא מקדם את ההגנה על הזכויות אם לאו.⁵ בפרק זה אני מגן על כללים חוקתיים מחייבים, דהיינו, על כללים חוקתיים אשר מטילים חובות חוקתיות שמעגנות נורמות מוסריות ופוליטיות קדם-חוקתיות.

עיגון של נורמות מוסריות ופוליטיות אינו מלווה בהכרח על-ידי מערכת אכיפה אפקטיבית, ואינו מקדם בהכרח את ההגנה על זכויות אלה. ההצדקה של מערכת נורמות כזו (גם כאשר היא אינה מלווה אכיפה אפקטיבית) נגזרת מן העובדה שהעיגון החוקתי של זכויות מוסריות ופוליטיות הוא בגדר הכרה ציבורית בקיומה של חובה של המדינה להגן על הזכות. ההגנה על זכויות במדינה עם חוקה אינה לפיכך עניין של שיקול-דעת או רצון טוב; היא אינה תלויה בגחמות, ברציות או בשיפוט של המחוקק. אני מרחיב טיעון זה גם למשפט הבין-לאומי ולנורמות טרנס-לאומיות, וטוען כי המשפט הבין-לאומי הוא ביטוי להכרה פומבית בחובה של המדינה להגן על זכויות האדם. העיגון החוקתי והעיגון ברמת הנורמות הבין-לאומיות חיוניים להגנה על החירות. אזרחים הם חופשיים רק בחברה שבה זכויותיהם מוכרות כחובות של המדינה, ואינן תלויות ברצונם הטוב של המחוקקים.

חשובו על ההבדל בין מדינה א למדינה ב. במדינה א המחוקק מכבד כאמור את זכויות האדם, אולם בהעדר חוקה אין מגבלות מוכרות לגבי כוחו. הימנעותו מלפגוע בזכויות אינה מעוגנת בחובה חוקתית; היא תלויה בהעדפותיו או בשיפוטיו המוסריים. אזרחי מדינה א כפופים לפיכך למרותם של המחוקקים ונתונים לחסדיהם. לעומת זאת, במדינה ב המחוקק פועל בהתאם לחובות חוקתיות, ועל-כן ההגנה על הזכויות אינה תלויה ברציותיו או בשיקול-דעתו. ההצדקה האמיתית מאחורי העיגון החוקתי של זכויות חוקתיות מבוססת על חשיבותה של ההכרה הפומבית בחובות המוטלות על המחוקק. החוקה מאפשרת להבחין בין החלטות שנתונות לשיקול-דעתו של המחוקק ותלויות בהעדפותיו ובשיפוטיו המוסריים לבין החלטות שמעוגנות בחובות של המחוקק הנגזרות מזכויותיהם של האזרחים. גם במדינה א וגם במדינה ב חירויות-היסוד מוגנות באותה מידה, אולם רק במדינה ב הן מוכרות כזכויות המחייבות את המדינה. מדוע ההבחנה בין החלטות של המחוקק המעוגנות בחובות לבין החלטות שנתונות לשיקול-דעתו מהווה הבחנה חשובה? האין זה מספיק להבטיח כי זכויות-היסוד מוגנות באופן מספק? מדוע יש צורך להבטיח כי תהיה הכרה ציבורית בקיומן של חובות המוטלות על המחוקק?

מאמר זה טוען כי ההכרה בזכויות באמצעות עיגון חוקתי (או באמצעות המשפט הבין-לאומי) היא חשובה כי היא חיונית להגנה על החירות. חירות, על-פי העמדה

5 איני טוען, כמובן, כי כל הזכויות החוקתיות מעגנות זכויות מוסריות או פוליטיות. לארי אלכסנדר מבחין בין שלושה סוגים של זכויות חוקתיות. בפרק זה אני עוסק בקטגוריה השנייה. ראו: Larry Alexander, *Of Living Trees and Dead Hands: The Interpretation of Constitutions and Constitutional Rights*, 22 CAN. J. L. & JURIS. 227, 230 (2009).

המוצעת, דורשת לא רק שהמחוקק יימנע מלפגוע בזכויות, אלא גם שההגנה על הזכויות לא תהיה תלויה ברצונם הטוב של המחוקקים.⁶ כך יובטח כי ההחלטה להימנע מלפגוע בזכויות אינה מבוססת אך ורק על העדפותיו או על שיפוטיו של המחוקק. ייתכן שהמחוקק במדינה א, אשר נמנע מפגיעה בזכויות, ימנע מכך גם בעתיד, אולם הפרטים במדינה א (להבדיל מאלה שבמדינה ב) כפופים למרותו של המחוקק ותלויים בשיקול-דעתו. הפרטים [are] being subject to arbitrary sway: being subject to the potentially "capricious will or the potentially idiosyncratic judgment of another"⁷

מאמר זה הוא תיאורטי בעיקרו, אולם הוא גם מסביר תופעה בולטת בעולם המשפט החוקתי אשר לא זכתה בדיון מספק – קיומם של הסדרים חוקתיים בלתי-אכיפים או אכיפים באופן חלקי בלבד. הסדרים כאלה קשים להסברה באופנים אינסטרומנטליים, שהרי לא ברור כי הסדרים חוקתיים בלתי-אכיפים מבטיחים או מסייעים להבטיח הגנה אפקטיבית על זכויות. לעומת זאת, הצעתי מסוגלת להסביר את חשיבותם של הסדרים כאלה.

פרק א בוחן את המושגים "חוקה" ו"הסדרים חוקתיים מחייבים". הוא מבחין, בין היתר, בין חובות מוסריות ופוליטיות לבין חובות חוקתיות, ועוסק גם בחובות חוקתיות בלתי-אכיפות. פרק ב בוחן את הבסיס הנורמטיבי של הסדרים חוקתיים מחייבים, וטוען כי הסדרים כאלה נחוצים לצורך ההגנה על החירות. חלק זה מצדיק במונחים דומים גם את קיומם של הסדרים בין-לאומיים. בדיוק כשם שחוקה מעגנת חובות כדי להגן על זכויות מפני גחמותיו של המחוקק, כך המשפט הבין-לאומי מעגן חובות כדי להגן על זכויות מפני גחמותיו של מכוון (או פרשן) החוקה. אחת המסקנות המפתיעות של המאמר היא כי פרוצדורות דמוקרטיות הן לעיתים דכאניות ופוגעות בחירות. זאת, לא רק משום שהאזרחים עשויים לעיתים לפגוע במיעוטים, אלא גם משום שהסדרה דמוקרטית תלויה ברצון הרוב. אפילו אם הרוב מגן היטב על זכויות האדם, ההסדרה הדמוקרטית אינה מכירה באופן מספק בקיומן של חובות של המדינה. בפרק האחרון אבחן בקצרה את השלכות של מסקנות אלה על המצב בישראל.

6 טענה זו מבוססת על הרעיון של חובה רפובליקאית. ראו: PHILIP PETTIT, REPUBLICANISM: A THEORY OF FREEDOM AND GOVERNMENT (Will Kymlica, David Miller & Alan Ryan eds., New York, Oxford University Press 1997). מאמר זה נשען במידה רבה על התיאוריה הרפובליקאית, אולם איני סבור כי עליי לאמץ את התיאוריה הרפובליקאית כדי לבסס את הטענות המובאות כאן.

7 ראו שם, בעמ' 5.

פרק א: מהן זכויות חוקתיות?

פרק זה יבחן את השאלה מהי חוקה. האפיון המוצע אינו סמנטי ביסודו. מטרתי אינה לזהות את האופן שבו משתמשים במילה "חוקה" כמשפט או בשפה הטבעית. תכליתי היא להציע אפיון אשר ישמש אותי כדי להצדיק את החשיבות הנורמטיבית של הסדרים חוקתיים. פרק זה יפתח בניסיון להבחין בין נורמה חוקתית לנורמה מוסרית-פוליטית, ולאחר-מכן אבחן בקצרה את הקשר בין חוקה לבין מנגנוני אכיפה דוגמת ביקורת שיפוטית.

חוקה מאופיינת על-ידי קיומן של נורמות חוקתיות המגבילות את המחוקק. חובות כאלה יכולות להיות אכיפות, בלתי-אכיפות או אכיפות באופן חלקי. מקום החובות אלה הן אכיפות, החוקה מקימה בדרך-כלל גוף שתפקידו לזהות הפרות של החובות החוקתיות ולאכוף אותן – למשל, על-ידי הכרזה על בטלותה של חקיקה. במקרים שבהם החובות הללו בלתי-אכיפות, המחוקק מצווה לפעול בהתאם לחובות הללו, והפרה שלהן חושפת אותו לביקורת ציבורית ופוליטית.⁸

דייסי הבחין כידוע בין שני סוגים של כללים: כללים חוקתיים, ולצידם –

"Conventions, understandings, habits, or practices which though they may regulate the conduct of the several members of the sovereign power, of the ministry, or of other officials, are not in reality laws at all since they are not enforced by the Courts. This portion of constitutional law may, for the sake of distinction be termed the 'conventions of the constitution', or constitutional morality."⁹

הסדרים חוקתיים על-פי האפיון המוצע כאן יכולים להיות כתובים או בלתי-כתובים, אכיפים או בלתי-אכיפים, מעוגנים במנהג או בקונוונציה או במסמך שנכתב על-ידי מכוני החוקה. קונוונציות או הסדרים מנהגיים הם מרכזיים להבנה של חוקה, באשר הסדרים חוקתיים המעוגנים במסמך כתוב נהפכים ל"חוקתיים" רק משום שהם מעוגנים בקונוונציות. מרכיב-היסוד של הסדרים חוקתיים כפי שאני מאפיין אותם כאן הם סטיפולטיביים; הם אינם זהים בהכרח לאלה של תיאורטיקאים אחרים. עם זאת, הם דומים דיים למה שמקובל לתאר כנורמות חוקתיות.¹⁰

על-פי האפיון המוצע, יש שלושה מרכיבים המבדילים בין נורמה מוסרית או פוליטית לבין נורמה חוקתית: (1) נורמה חוקתית, להבדיל מנורמה מוסרית או פוליטית,

8 ראו, למשל, את הדין של: HANS KELSEN, A GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 156 (Andres Wedberg trans., New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd. 1945).

9 A.V. DICEY, THE LAW OF THE CONSTITUTION 20 (J.W.F. Allison ed., 2013).

10 לניסיון אחר לזהות את המאפיינים הבסיסיים של נורמות חוקתיות ראו Raz, לעיל ה"ש 4, בעמ' 173.

מעוגנת בפרקטיקות של קהילות: מחוקקים, משפטנים ושופטים. כדי לבסס קיומה של נורמה כזו, יש להשתמש בהחלטות קודמות, לחקור את קיומן של פרקטיקות ולהתבונן על האופנים שבהם פעלו המחוקקים בעבר. (2) נורמות חוקתיות הן בדרך-כלל ספציפיות יותר וקונקרטיות יותר מאשר נורמות מוסריות או פוליטיות. העיגון החוקתי מעגן לעיתים קרובות נורמה קונקרטית שהיא רק אחת מבין הנורמות האפשריות המתיישבות עם העקרונות המוסריים והפוליטיים. (3) בהינתן שתוכנן של נורמות חוקתיות תלוי לעיתים קרובות בקיומן של קונוונציות ופרקטיקות כאלה או אחרות, מתלווה אליהן לעיתים קרובות מתן מקום של כבוד למומחים אשר לומדים ומכירים את הקונוונציות הללו.¹¹ בעוד השיפוטים ביחס לתוכנן ולהיקפן של החובות המוסריות והפוליטיות יכולים להיעשות על-ידי כל אדם, שיפוטם בנוגע לחובות חוקתיות יכולים להיעשות טוב יותר על-ידי מומחים שיש להם היכרות עם הפרקטיקות והנהגים של המערכת הפוליטית והמשפטית. הרשו לי עתה לבחון באופן שיטתי יותר את המרכיבים הללו של חובות חוקתיות.

ראשית, נורמה חוקתית מעוגנת בפרקטיקות, בקונוונציות ובהבנות של מחוקקים, שופטים ופקידי ציבור. כדי לפרש נורמות חוקתיות, יש לבחון כיצד הנורמה פורשה בעבר. במילים אחרות, יש לפנות אל האופנים הקונוונציונליים של פרשנות הנורמה ואל האופנים שבהם היא הובנה בעבר. ציות לנורמה חוקתית תלוי בקיומה של מסגרת התנהגות מקובלת ובקיום פרויקט משותף שבמסגרתו המשתתפים בפרקטיקה מפרשים את הנורמות החוקתיות. המשתתפים בפרקטיקה מתייחסים ברצינות להחלטות קודמות של משתתפים אחרים, ומתאמים את התנהלותם לזו של פרטים אחרים. כך, למשל, מחוקק המתייחס ברצינות לחובותיו החוקתיות מתבונן על האופנים שבהם פעלו מחוקקים שקדמו לו, בוחן את ההשלכות של פעולה זו ופועל בהתאם.

תיאור זה מותיר שאלות רבות, כגון: מי הקהילה הרלוונטית? באיזו מידה הקהילה המשפטית-הפוליטית מטילה הגבלות אפקטיביות על החלטותיו של המחוקק, ומה אופיין של הגבלות אלה? זאת ועוד, תיאור זה מבחיר כי ההבחנה בין נורמה מוסרית או פוליטית לבין נורמה חוקתית אינה חדה תמיד. לעיתים נורמה מוסרית או פוליטית מקובלת על מקבלי ההחלטות, ואילו מעמדה כנורמה חוקתית עשוי להיות שנוי במחלוקת. הכרעה בשאלות אלה אינה חשובה לצרכינו כאן; די לנו לומר כי נורמות חוקתיות שונות באופיין מנורמות מוסריות ופוליטיות, משום שהראשונות מעוגנות בפרקטיקות ובהבנות חברתיות.

הבדל זה קשור בטבורו למאפיין השני החשוב של נורמות חוקתיות: הנורמות החוקתיות הן ספציפיות יותר מנורמות מוסריות ופוליטיות. להבדיל מן הנורמה

11 התחשבות מיוחדת בעמדות של מומחים אינה מעניקה בהכרח מעמד פורמלי עדיף לשופטים או לקהילת המשפטנים. אחרי הכל, הסדרים חוקתיים אינם אכיפים בהכרח. אולם גם אם אין הם אכיפים, לפרשנות של משפטנים ושל בתי-המשפט יש מעמד מיוחד, משום שיש להם היכרות עם הקונוונציות והפרקטיקות הנהוגות.

המוסרית, העיגון החוקתי מתאפיין בספציפיות, משום שהוא מבוסס על נהגים קיימים ומגובשים.

גם נורמות מוסריות ופוליטיות צריכות להנחות את המחוקקים, אלא שיש דרכים רבות מאוד לפעול בהתאם לחובות המוסריות-הפוליטיות. ההגנה על חופש הביטוי יכולה להיעשות באופנים שונים ותוך מתן משקל שונה לאינטרסים מתנגשים. חובות חוקתיות המעגנות חובות מוסריות-פוליטיות מגבשות אופן מסוים אחד מתוך שורה של אפשרויות המתיישבות עם האילוצים של הנורמות המוסריות-הפוליטיות. מכאן נובע גם כי ההסדרים החוקתיים אינם רק תעתיק של החובות המוסריות-הפוליטיות; ההסדרים החוקתיים הם רק אופן אחד של מימוש החובות המוסריות-הפוליטיות.

לבסוף, משני מאפיינים אלה נובעות גם מסקנות מוסריות. העובדה שהעיגון של חובות חוקתיות מעוגן בפרקטיקות ובנהגים מנביעה גם את המסקנה כי מומחים המכירים את הפרקטיקות והנהגים הללו נהנים ממידה רבה של השפעה על פרשנותם של ההסדרים החוקתיים. גם אם אין להם עדיפות המוכרת באופן מוסדי, לדעותיהם יש השפעה רבה על האופן שבו מיישמים את ההסדרים החוקתיים. בניגוד לנורמות מוסריות ופוליטיות, לדין החוקתי יש מומחים, ולדעתם יש משקל מיוחד.

לסיכום, הסדרים חוקתיים שונים מנורמות מוסריות ופוליטיות בשלושה מובנים: (1) תוכן של הנורמות החוקתיות נקבע על-ידי נהגים, קונוונציות ותקדימים; (2) ההסדרים החוקתיים הם בדרך-כלל ספציפיים יותר מאשר הנורמות המוסריות והפוליטיות; (3) בניגוד לנורמות מוסריות ופוליטיות, לדעות של מומחים יש משקל רב יותר בקביעת תוכן של נורמות חוקתיות.

השאלה השנייה שעלינו לבחון במסגרת פרק זה היא שאלת הקשר בין חוקה לבין מנגנוני אכיפה כביקורת שיפוטית. על-פי האפיון המוצע, הסדרים חוקתיים אינם מחייבים ביקורת שיפוטית. במובן זה, הניתוח המוצע משקף באופן נכון יותר את החוקות הקיימות, אשר חלקן מעגנות הסדרים חוקתיים שאינם אכיפים.

כל השיטות המשפטיות המכירות בביקורת שיפוטית על חקיקה מכירות כמובן גם בקיומן של נורמות חוקתיות מחייבות. במדינות מסוג זה בתי-המשפט מוסמכים לבחון חקיקה ולפסול חקיקה שאינה מתיישבת עם החוקה, בדיוק משום שההסדרים החוקתיים הם מחייבים, ומכאן שחוקים שאינם מתיישבים עם הסדרים אלה הם בטלים. עם זאת, נורמות חוקתיות מחייבות קיימות גם בשורה ארוכה של מדינות שבהן הן אינן אכיפות. לעיתים קרובות אפילו במדינות שבהן קיימת ביקורת שיפוטית בתי-המשפט אינם מוסמכים לבחון את כל ההפרות של הכללים החוקתיים, אלא רק את מקצתן.

הרשו לי לכן לדון כאן בקצרה בהסדרים חוקתיים בלתי-אכיפים, באשר אלה לא זכו בדיון תיאורטי מקיף בספרות המקצועית. דיון זה יחזק את המסקנה כי הסדרים חוקתיים בלתי-אכיפים אינם חריג נדיר, אלא חלק בלתי-נפרד מהפרקטיקות החוקתיות הקיימות. התבוננות על פרקטיקות אלה מגלה לפחות שלושה סוגים של נורמות חוקתיות מחייבות בלתי-אכיפות:

1. יש מערכות משפטיות, דוגמת אלה של אירלנד והודו, אשר חוקקו חוקה המעגנת באופן מפורש הסדרים חוקתיים בלתי-אכיפים. החוקה ההודית, למשל, כוללת שני

פרקים מרכזיים העוסקים בזכויות אדם: פרק III ופרק IV. פרק III, הקרוי Fundamental Rights, מגן על זכויות אדם מסורתיות, והוא אכיף בבתי-המשפט. פרק IV, המכונה Directive Principles, כולל שורה ארוכה של הסדרים מחייבים, אך אלה אינם אכיפים.

סעיף 37 לחוקה ההודית מדגיש הן את אופיים המחייב של ההסדרים בפרק IV והן את העובדה שהם אינם אכיפים. בצד הקביעה כי ההסדרים בפרק זה הם הסדרים מכוננים, וכן שהם מטילים חובות על המדינה, סעיף 37 קובע גם כי הסדרים אלה לא ייאכפו על-ידי בתי-המשפט. בלשון הסעיף: "The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws" סעיף 45 לחוקה האירית, המכונה Directive Principles of Social Policy, קובע כדלקמן: "The principles of social policy set forth in this Article are intended for the general guidance of the Oireachtas [Parliament]. The application of those principles in the making of laws shall be the care of the Oireachtas exclusively, and shall not be cognisable by any Court under any of the provisions of this Constitution" מקרים אלה ברור כי מכונני החוקה ראו בהסדרים חוקתיים אלה הסדרים חוקתיים מרכזיים וחשובים, אך סירבו לאפשר לבתי-המשפט לאכוף אותם.

2. גם במערכות שיש בהן אכיפה יש לעיתים קרובות תיאוריות המסבירות מדוע האכיפה היא חלקית ומדוע החוקה מכירה בחובות בלתי-אכיפות. כך, למשל, במאמר קלסי קובע המשפטן החוקתי ג'יימס ברדלי ת'ייר כי בתי-המשפט זכאים לפסול חוק רק כאשר הפגיעה בעקרונות החוקתיים היא ברורה וודאית. לדעתו, פסילת חוק על בסיס חוקתי צריכה להיעשות רק כאשר "those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, so clear that it is not open to rational question"¹²

לורנס סייגר פיתח תיאוריה אחרת, שלפיה יש הסדרים חוקתיים שאינם אכיפים בשל הקושי המוסדי לאוכפם ומשום שהם אינם ניתנים להסדרה שיפוטית. לדעתו, החוקה האמריקאית כוללת שתי זכויות בלתי-אכיפות: (1) הזכות לרווחה; (2) הזכות לתיקון של אי-צדק היסטורי. אף שהסדרים אלה אינם אכיפים בבתי-המשפט, הם עדיין חלק מן ההסדרים החוקתיים המחייבים, לדעת סייגר.¹³

3. לבסוף, יש הסדרים חוקתיים שבהם שאלת הזכות לביקורת שיפוטית הייתה שנויה במחלוקת. כך, למשל, הן בארצות-הברית והן בישראל יש כיום ביקורת שיפוטית

12 James Bradley Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 144 (1893). על עמדה זו הגן גם וורמיל. ראו: ADRIAN VERMEULE, *LAW AND THE LIMITS OF REASON* 96 (Oxford, Oxford University Press 2009).

13 LAWRENCE G. SAGER, *JUSTICE IN PLAINCLOTHES: A THEORY OF AMERICAN CONSTITUTIONAL PRACTICE* 84–92 (New Haven, Yale University 2004).

שתכליתה להבטיח אכיפה של הסדרים חוקתיים. עם זאת, ההחלטה לאמץ מנגנון אכיפה נעשתה על-ידי בתי-המשפט זמן-מה לאחר קבלת החוקה.¹⁴ נראה לפיכך כי במדינות רבות יש הסדרים חוקתיים בלתי-אכיפים. ההצדקה המוצעת לחוקה במסגרת מאמר זה אינה מניחה קיומה של אכיפה, ובמובן זה היא תואמת את הפרקטיקות החוקתיות שתוארו לעיל. תכליתי היא להראות כי גם ללא אכיפה יש הצדקה לקיומן של חובות חוקתיות.

פרק ב: ההצדקה הלא-אינסטרומנטלית לכינון זכויות חוקתיות

1. מבוא

מהי ההצדקה לקיומן של נורמות חוקתיות? זאת ועוד, מהי ההצדקה לקיומן של נורמות חוקתיות בלתי-אכיפות או אכיפות באופן חלקי? מדוע לנורמות אלה יש ערך? מדוע מכונן חוקה יאמץ נורמות כאלה?

הסבר מסורתי אחד הוא אינסטרומנטלי: נורמות חוקתיות, גם אם הן בלתי-אכיפות, משפיעות על דעת-הקהל, על המחוקקים ואפילו על בתי-המשפט. מכאן שנורמות חוקתיות משפרות את ההגנה על זכויות האדם, ומקדמות את הדמוקרטיה או ערכים חשובים אחרים. הסבר אחר הוא הסבר ספקני. נורמות חוקתיות, ובמיוחד נורמות חוקתיות בלתי-אכיפות, הן מסך עשן ריק מתוכן. תכליתן היא לייצר תדמית פרוגרסיבית ומתקדמת מבלי לשלם את המחיר בדמות הגנה אפקטיבית על זכויות אדם. בפרק זה אטען כי יש טיעון אחר בזכות הסדרים חוקתיים, שאינו אינסטרומנטלי ואינו ספקני.

כדי להגן על תִּזְהָה זו, אני מגן בסעיף 2 על הטענה (הנדושה) כי גם בהעדר הסדרים חוקתיים יש למחוקק חובות כלפי האזרחים. תחת תִּזְהָה זו, שאני מכנה "תזת החובות הפוליטיות", למחוקק יש חובות מוסריות-פוליטיות כלפי האזרחים.¹⁵ אחר כך אני טוען, בסעיף 3, כי החובות הפוליטיות הללו צריכות להיות מעוגנות בחוקה. אין די בכך שהמחוקק מכבד באופן וולונטרי את הזכויות המוסריות והפוליטיות. נוסף על כך יש להבטיח הכרה פומבית בחובות אלה, שאם לא כן, לטענתי, האזרחים נתונים לחסדיו של המחוקק. מה שמבטיח אם כן חירות הוא לא רק העובדה שהמחוקק מגן על הזכויות, אלא גם שההגנה מעוגנת ומוכרת כחובה, ושהחובות של המחוקק מעוגנות בחוקה. סעיף 3 מראה גם כי לעמדה זו יש השלכות לא רק לגבי משפט חוקתי, אלא גם לגבי משפט

14 בארצות-הברית נעשתה ההכרעה בפסק-הדין *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). בישראל נעשתה ההכרעה בע"א 6821/93 *בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי*, פ"ד מט(4) 221 (1995).

15 בעבר הגנתי על תזה זו במאמרי: Alon Harel, *Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification*, 22 LAW & PHIL. 247 (2003).

בין-לאומי. סעיף 4 מעלה התנגדות לעמדה זו (החשש לרגרסיה אינסופית), ומבהיר מדוע חשש זה אינו מבוסס. לבסוף אני בוחן גם את השלכותיה של העמדה ביחס לדמוקרטיה.

2. תזת החובות

תזת החובות היא התזה שלפיה למחוקק יש חובות מוסריות כלפי נתיניו. זו כנראה התזה היחידה שאינה שנויה במחלוקת בין התיאורטיקאים הפוליטיים בני-זמננו. האמונה כי לריבון יש חובות כלפי נתיניו הוכרה כבר בימי הביניים. אפילו הזכות הקדושה של המלכים לא הניחה כי למחוקק אין חובות כלפי נתיניו, אלא רק כי אין מוסד שיש לו הכוח לאכוף את החובות הללו:

"The state of monarchy is the supremest thing upon earth... Kings are justly called gods for that they exercise a manner or resemblance of Divine power upon earth; for if you will consider the attributes to God you shall see how they agree in the person of a king. God hath power to create or destroy, make or unmake at his pleasure; to give life or send death; to judge all, and to be judged nor accomptable to none; to raise low things and to make high things low at his pleasure; and to God are both soul and body due. And the like power have Kings: they make and unmake their subject[s]; they have power of raising and casting down; of life and death; judges over all their subjects and in all causes, and yet accomptable to none but God only."¹⁶

אכן, גם התיאורטיקאים המתנגדים לחוקה מודים כי למחוקק יש חובות כלפי האזרחים, אלא שהם טוענים כי אין מקום לעגן חובות אלה בחוקה.¹⁷ הוויכוח בנושא החוקה מבוסס על ההנחה כי לפרטים יש זכויות, וכי זכויות אלה מטילות חובות על המחוקק.

3. ההצדקה לקיומן של חובות חוקתיות

בסעיף זה אציע הסבר חלופי להסברים האינסטרומנטליים המקובלים לקיומן של חובות חוקתיות: תכליתן של חובות חוקתיות היא לתת ביטוי מוסדי לקיומן של חובות. ללא חוקה, ההחלטה להגן על זכויות אינה שונה מכל החלטה אחרת של המחוקק, ולכן היא

The King's Speech to the Parliament (1610), available at www.h-net.org/~hst201/SpeechParl.htm

17 ראו: 115 YALE L.J. 1346, Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 1376-1386 (2006).

יכולה להתפרש כהפעלה של שיקול-דעת או רצון של המחוקק. החוקה היא המבטיחה כי ההגנה על הזכות לא תהיה רק עניין של הפעלת שיקול-דעת, אלא שהיא תהיה מעוגנת בחובה.

טענה זו מקבלת משנה חשיבות לנוכח קיומם של הסדרים חוקתיים בלתי-אכיפיים. זאת, משום שקשה מאוד להסביר את קיומן של חובות חוקתיות בלתי-אכיפות במונחים אינסטרומנטליים, שהרי ללא אכיפה יש להניח כי ההסדרים החוקתיים לא יהיו אפקטיביים. עם זאת, תכליתי המרכזית אינה לאתגר את הטיעונים האינסטרומנטליים, אלא להציע הסבר חלופי. על-פי הסבר זה, לחובות חוקתיות יש ערך בלא קשר לשאלה אם הן מניבות הגנה אפקטיבית יותר על זכויות האדם. זו תוצאה מתבקשת מן העמדה הקנטיאנית ביחס לשאלת הסמכות באופן כללי, אשר "does not depend on any claims about an authority's ability to generate the correct result in every case, or even on the greater reliability of its chosen procedures, measured against some external¹⁸ criterion"

כדי לבסס טענה זו, אשתמש באפיון הרפובליקאי של חירות. תחת אפיון זה, כדי להיות חופשי, אין די בכך שהמדינה אינה פוגעת בזכויות האדם. נוסף על כך דרוש שהאזרח לא יהיה נתון לחסדיו של אדם אחר.¹⁹ כאשר החירות או זכויות האדם נתונות לחסדיו של אדם אחר, החירות נפגעת (אפילו אם האדם האחר אינו עושה שימוש בכוחו זה). בהמשך פרק זה אטען כי בהעדר חוקה החירויות שלנו תלויות בחסדיו של המחוקק. חובות חוקתיות מגינות עלינו לא (רק) מפני הפגיעה הממשית בחירויותינו, אלא (גם) מפני הפגיעה הפוטנציאלית בהן – הפגיעה הנגזרת מכך שיש אדם אשר בכוחו לפגוע בחירויותינו. מעמדה זו נובעת גם המסקנה כי אף אם זכויות האזרחים אינן מוגנות טוב יותר באמצעות החוקה, האזרחים חופשיים יותר תחת החוקה, פשוט מכיוון שהם אינם תלויים ברצונו הטוב של המחוקק או בהעדפותיו. בהעדר חוקה ההגנה על הזכויות נתונה לשיקול-דעתו של המחוקק. מכאן נובעת גם המסקנה כי אף שהמחוקק עשוי לכבד זכויות גם ללא חוקה, ההגנה החוקתית נחוצה לצורך הגנה על חירות רפובליקאית. לצורך המחשה חָשבו על הדוגמה הבאה: ראובן זקוק ל-1,000 ש"ח כדי לשלם חובות. למזלו הטוב, שמעון חייב לו 1,000 ש"ח, וראובן תובע את כספו. שמעון מכחיש את קיומו של החוב, אולם מוכן לתת לראובן מתנה בסך 1,000 ש"ח. אין כל ספק כי בנסיבות אלה ראובן עלול לכעוס על שמעון, שהרי ראובן אינו רוצה לקבל מתנה; הוא רוצה ששמעון ישלם את חובו. אולם נשאלת השאלה מדוע? מדוע חשוב לראובן לא רק לקבל את הכסף, אלא לקבל את הכסף כתשלום חוב?

לשאלה זו יש תשובות אפשריות רבות: מתן מתנה משנה את היחס הנורמטיבי בין ראובן לשמעון. אם שמעון מעניק את הכסף במתנה, יצטרך ראובן להודות לשמעון, ואולי אף להשיב לו בעתיד טובה תחת טובה. כך, אם בעתיד יודק שמעון לכסף, ייתכן

18 ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 18 (Cambridge, Mass., Harvard University Press 2009).

19 ראו PETTIT, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5.

שהכרת-הטובה תחייב את ראובן להלוות לשמעון כסף, ואולי אף לתיתו במתנה. לעומת זאת, אם מדובר בחוב, הכרת-טובה כזו אינה מתחייבת מן הנסיבות. כמו-כן, אם מדובר בחוב, ראובן יכול לתבוע את התשלום, ואילו אם מדובר במתנה, אין מקום לתביעה מסוג זה. לכל-היותר ראובן יכול לבקש משמעון להעניק לו את הכסף. השאלה אם מדובר בתשלום חוב אם לאו חשובה לפיכך לעתיד היחסים בין ראובן ושמעון. דרך אחת לבטא זאת היא לומר כי אם מדובר במתנה, ראובן נתון לחסדיו של שמעון; הוא כפוף לרצונו הטוב.

אם למרות קיומו של חוב שמעון מתעקש להציג את התשלום כמתנה, ראובן עשוי למצוא נחמה בכך שהקהילה תתמוך בדרישתו משמעון, תטיל סנקציות על שמעון או תעניש את שמעון בגין עקשנותו. כל עוד הקהילה תומכת בדרישה זו, וכל עוד תמיכה זו באה לידי ביטוי פומבי, יהיה זה נכון לומר כי ראובן אינו נתון לחסדיו של שמעון. בדוגמה זו יש שני מרכיבים חשובים: ראשית, כדי לא להיות נתון לחסדיו של שמעון, אין זה מספיק שיש נורמה מוסרית המחייבת את שמעון לשלם לראובן. לצידה חייבות להיות גם נורמות חברתיות ומשפטיות. בהעדר הכרה חברתית בקיומה של חובה כזו ניתן לומר כי לשמעון יש שיקול-דעת אם לשלם את חובו אם לאו, והתשלום תלוי בסופו של יום בשיקול-דעתו.

שנית, כדי לא להיות נתון לחסדיו של שמעון, אין זה נחוץ ששמעון יודה בסופו של יום בקיום החוב. איני נתון לחסדיהם של עבריינים כאשר אני חי במדינה המגינה עלי באופן אפקטיבי, אפילו אם בסופו של יום אני עלול ליפול קורבן לעברות פליליות. אי-הצלחתה של המדינה להגן עליי מפני פשע ספציפי כזה או אחר אינה מנביעה את המסקנה כי אני נתון לחסדיהם של עבריינים. כפי שהודג'סון אומר: "If I live in a particularly nasty part of town, then it may turn out that, when all the relevant factors are taken into account, I am just as vulnerable to outside interference as are the slaves in the royal palace, yet it does not follow that our conditions are equivalent from the point of view of freedom"²⁰. תומס ניגל ביטא עמדה דומה כאשר אמר: "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"²¹. משתי דוגמות אלה ברור כי גם קורבן שזכותו נפגעה אינו בהכרח "נתון לחסדיו" של הפוגע.

היחסים בין ראובן לשמעון בדוגמת החוב דומים ליחסים שבין האזרחים למחוקק. כאשר חובות המחוקק מעוגנות בחוקה, ניתן לומר כי האזרחים אינם נתונים לחסדיו של המחוקק. גם אם המחוקק עלול לעיתים לפגוע בזכויות, אין משמעות הדבר שהאזרחים נתונים לחסדיו. זאת, משום שהפגיעה בזכות היא תוצאה של הפרת נורמות מוכרות או פגיעה בהן. בדיוק כשם שקורבן של מעשה פשע אינו נתון לחסדיו של הפושע במדינת

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

21 Nagel, לעיל ה"ש 2, בעמ' 93.

חוק, כך גם אורח שזכותו החוקתית נפגעה אינו נתון לחסדיו של המחוקק כל עוד פעולת המחוקק היא בלתי-חוקתית.

כדי לבסס את הטענה, יש להבין למה הכוונה כאשר אנו אומרים כי אדם נתון לחסדיו של אדם אחר. דרך אחת להבין זאת היא לראות ביטוי זה כשווה-ערך למושג החירות הרפובליקאית.²² בבסיסה של העמדה הרפובליקאית עומדת דחייה של מושג החירות כפי שהוא מאופייין במסורת הליברלית. במקום לזהות פגיעה בחירות כפגיעה ממשית בזכות, חסידי החירות הרפובליקאית מזהים את החירות כ-*non-domination* (העדר מרות). מרות מוגדרת במונחים של **פוטנציאל** להתערבות שרירותית בחייו של אדם. כך, למשל: "One agent dominates another if and only if they have a certain power over that other, in particular a power of interference on an arbitrary basis"²³. אדם אינו חופשי (במובן זה) כאשר הוא חי חיים של תלות באחר.²⁴ תלות מסוג זה חושפת את האדם לאפשרות של התערבות של אדם אחר, והיא פוגעת בחירותו גם כאשר אפשרות זו אינה מתממשת. לדעתו של פטיט: "Being unfree consists rather in being subject to arbitrary sway: being subject to the potentially capricious will or the potentially idiosyncratic judgment of another"²⁵. בהקשר הפוליטי סקינר גורס כי "[t]he very fact however that your rulers possess such arbitrary powers means that the continued enjoyment of your civil liberty remains at all times dependent on their goodwill"²⁶.

הספרות בנושא זה היא רחבה, כמובן. מתנגדי התפיסה הרפובליקאית גורסים כי מושג זה אינו קוהרנטי, וכי אי-אפשר להגן עליו.²⁷ אני חפץ בהקשר זה להגן על התפיסה הרפובליקאית ככזו. הטענה שאני טוען מתבססת על מסורת מקובלת שלפיה החירות מניחה אי-תלות בהחלטותיהם של אחרים. אי-התערבות ממשית היא תנאי הכרחי לחירות, אבל לא תנאי מספיק. כפי שרוסו אומר: "Freedom does not consist so much in doing one's will as in not being subjected to the will of others"²⁸. האדם החופשי, לדידו של רוסו, הוא אדם שאיש אינו יכול להחליט בעבורו.

המסקנה מן הדיון שלעיל היא כי החירות נפגעת לא רק כאשר זכויותיו של אדם נפגעו, אלא גם כאשר אדם אחר רשאי לפגוע בזכויותיו, דהיינו, כאשר השאלה אם זכויותיו ייפגעו תלויה ברצונו הטוב של אדם אחר. בהקשר החוקתי ניתן להדגים זאת

22 ראו: Frank Lovett, *Republicanism*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2010), plato.stanford.edu/entries/republicanism/#WhaAboNonInt

23 PETTIT, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5.

24 QUENTIN SKINNER, *LIBERTY BEFORE LIBERALISM* 84 (Cambridge, Cambridge University Press 1998).

25 PETTIT, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5.

26 SKINNER, לעיל ה"ש 24, בעמ' 70.

27 REPUBLICANISM AND POLITICAL THEORY (Cécile Laborde & John Maynor eds., Blackwell 2008).

28 Frederick Neuhouser, *Freedom, Dependence and the General Will*, 102 PHIL. REV. 363, 380 (1993).

תוך שימוש בדוגמה ששימשה אותי במבוא. השוו את מדינה א, שבה יש מחוקק כל-יכול אשר מכבד את זכויות האזרחים, עם מדינה ב, שבה יש חוקה הכובלת את המחוקק. בשתי המדינות הזכויות מוגנות במידה דומה, אולם מעמדם של האזרחים בשתי המדינות שונה: במדינה א האזרחים נתונים לחסדיו של המחוקק, ואילו במדינה ב האזרחים אינם כפופים באותו אופן למרותו של המחוקק, ובמובן זה מצבם טוב יותר.

כדי להדגים את הטענה, עלינו לפנות מחדש לאופן שבו אפיינתי את המושג "חוקה". נורמות חוקתיות, על-פי האפיון, נטועות בפרקטיקות ובקונוונציות המקובלות בחברה. עובדה זו אינה אומרת, כמובן, כי המחוקק מכבד תמיד את הנורמות החוקתיות. אולם בדרך-כלל ניסיון לפגוע בהן נתקל בהתנגדותם של אזרחים, מחוקקים או משפטנים. ההכרה בזכויות בשיטה מעין זו אינה לפיכך רק פונקציה של רצונו הטוב של המחוקק; היא פונקציה של השיפטים החברתיים והמוסדיים. בשיטה משפטית שאינה מכירה בחוקה המחוקק דומה ללווה אשר מוכן ורוצה לשלם את חובו, אולם בסופו של יום האזרח (כמו הלווה) תלוי ברצונו הטוב או בחסדיו. לעומת זאת, בשיטה משפטית שיש בה חוקה האזרח אינו תלוי באותו אופן ברצונו הטוב של המחוקק.

קודם לעיגון החוקתי של החובות, הנכונות והשאיפה הכנה של המחוקקים להגן על זכויות הן ביטוי לרצונם הטוב והחופשי ולשיקול-דעתם. גם אם חברי הגוף המחוקק נשבעים בנקיטת חפץ כי הם חשים מחויבים להגן על הזכויות, הצהרה זו אינה מחייבת אותם, ובוודאי אינה מחייבת מחוקקים עתידיים. ההסדרים החוקתיים, לעומת זאת, הם נורמות שמחייבות את המחוקק. זאת ועוד, בהיותן נורמות המקובלות על המחוקקים, המשפטנים והאזרחים, הפרה שלהן מולידה מחאה, התנגדות והתמרמרות. מכאן שבחברה כזו האזרחים אינם כפופים למרותו של המחוקק. הנורמות החוקתיות מבטאות מחויבות עמוקה ופומבית מצד המחוקקים ומצד האליטות להגן על זכויות האדם.

הרשו לי בשלב זה להביא דוגמה משפטית ממשית מן הוויכוח על הפלות בגרמניה.²⁹ בשנת 1975 הצהיר בית-המשפט החוקתי הגרמני כי החוק המתיר הפלות בטרימסטר הראשון של ההיריון אינו חוקתי, באשר הוא פוגע בזכות לחיים של העובר.³⁰ בית-המשפט החוקתי הדגיש כי הפלה היא המתה, ועל החוק לאסור אותה. למדינה יש לא רק זכות להגן על העובר, אלא אף חובה לעשות זאת.

בעקבות איחוד גרמניה בחן בית-המשפט שנית את השאלה, ונסוג מעמדתו המקורית. בית-המשפט הכריז כי אף שהפלה חייבת להיות פלילית, המדינה יכולה להגן על החיים באמצעות "ייעוץ מוסרי" במקום באמצעות הסדרה פלילית. כפי שקבע אחד

29 לתולדותיו של ויכוח זה ראו: Donald P. Kommers, *The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention?*, 10 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 1 (1994); Gerald L. Neuman, *Casey in the Mirror: Abortion, Abuse and the Right to Protection in the United States and Germany*, 43 AM. J. COMP. L. 273 (1995).

30 Donald P. Kommers, *Liberty and Community in Constitutional Law: The Abortion Cases in Comparative Perspective*, 3 B.Y.U.L. REV. 371 (1985).

"[The] statutory scheme may include... compulsory counseling (i.e., a plan : הפרשנים : that would leave the final decision to the pregnant woman) so long as the regulatory scheme as a whole 'effectively and sufficiently' protects unborn life"³¹

איני רוצה לבחון במסגרת מאמר זה את טיעונו של בית-המשפט החוקתי הגרמני, ובוודאי איני רוצה לבחון אם הפלות הן בגדר פגיעה בזכות לחיים. אניח לצורך הדיון כי בית-המשפט הגרמני צדק בעניין זה, ואטען כי תחת הנחה זו התעקשותו של בית-המשפט הגרמני להפליל את ההפלה מוצדקת בסופו של יום.

אחת השאלות שנידונו בפסק-הדין הייתה הטענה של הבונדסטג כי ביטול האיסור הפלילי יקטין – ולא יגדיל – את מספר ההפלות, ועל-כן הוא יגן על חיי העוברים, ולא יפגע בהם. טענת הבונדסטג הייתה כי האיסור הפלילי מעודד נשים לחפש ישועה בשוק שחור של הפלות, אשר מתנהל באופן שמעודד הפלות, שהרי בשוק זה ההפלות הן מקור הכנסתם של הרופאים. לעומת זאת, אם ההפלות יהיו חוקיות, יימנעו הרופאים – שהם עובדי השירות הציבורי – מלעודד את הנשים להפיל. מכאן גם נובע, על-פי הטענה, שדווקא האיסור הפלילי פוגע בחיי העוברים, ומכך ניתן אולי אף ללמוד כי דווקא האיסור הפלילי הוא בלתי-חוקתי.

הניתוח המוצע במאמר זה יכול להסביר מדוע טיעון זה נכשל. טענה זו של הבונדסטג אינה נכונה משום שגם אם ביטול האיסור הפלילי יקטין את מספר ההפלות, הוא מביא לידי כך שחיי העובר נתונים לחסדיה של האם. כאשר האם מחליטה לא להפיל, החלטתה מבוססת על העדפותיה-היא, ולא על הזכות המוכרת של העובר לחיים. זאת ועוד, תחת הפרשנות המוצעת, לא רק שאין להותיר את חיי העובר לחסדי האם, אין גם להותיר את השאלה אם לחוקק איסור פלילי אם לאו לחסדי המחוקק. אם ההחלטה לחוקק איסור כזה נתונה בידי של המחוקק, חיי העובר נתונים לחסדי המחוקק. התעקשותו של בית-המשפט הגרמני להפליל את ההפלה, למרות השלכותיו של האיסור, מוצדקת לפיכך על בסיס העובדה שחיי העובר אינם צריכים להיות נתונים לחסדי האם או לחסדי המחוקק. הוויכוח על ההפלות בגרמניה הוא לפיכך בעל משמעות רבה. הוא מדגים כי ההגנה על הזכות לחיים שונה מההגנה על החיים עצמם. חיי העובר יהיו אולי מוגנים טוב יותר עם ביטול האיסור הפלילי (בהנחה שביטול זה אכן יקטין את מספר ההפלות), אולם ההגנה על חיי העובר אינה הגנה על זכותו לחיים.

אולם ניתוח זה מעלה בעיה חדשה, והיא בעיית הרגרסיה. לכאורה היה אפשר לטעון כי גם הגנה חוקתית חושפת את העובר לחסדיו של מכונן החוקה או פרשן החוקה. סעיף 4 בוחן אפשרות זו ומציע פתרון (חלקי) לבעיה זו.

4. בעיית הרגרסיה האינסופית

גם הסדרים חוקתיים הם יצירי החלטה אנושית. אחרי הכל, מישהו מחוקק את החוקה, ומישהו גם חייב לפרש אותה. קל לראות שמכאן נובע כי חירות רפובליקאית אינה יכולה

31 Kommers, לעיל ה"ש 29, בעמ' 19–20.

להתממש לעולם. יהיו אשר יהיו האילוצים החוקתיים, תמיד תהיה ישות שהאזרחים יהיו נתונים לחסדיה: מכונני החוקה, פרשני החוקה, האומות המאוחדות או בית-המשפט הבינ-לאומי. אחרי הכל, בסופו של יום גם החוקה ניתנת לשינוי, ומכאן נובעת גם המסקנה כי האזרחים נתונים לחסדיו של הגוף המוסמך לשנות את החוקה. האפשרות לשנות חוקה מנביעה לפיכך את המסקנה כי בעיית הרגרסיה אינה ניתנת לפתרון.

אני סבור כי טיעון זה חשוב ועם זאת שגוי. הוא חשוב כי הוא מסביר במידה רבה את פריחת הרעיון של חוקה גלובלית או של זכויות בינ-לאומיות מחייבות; הוא שגוי כי מסקנתו היא שאין הבדל בין מכונן חוקה לבין מחוקק או בין מחוקק לבין אזרח. אם נחזור לרגע לדוגמת החוב של שמעון לראובן, אמרנו כי ראובן, המצפה לתשלום משמעון, נתון לחסדיו של **עוד אין מערכת של נורמות חברתיות המחייבת את שמעון לשלם לראובן**. אולם בהינתן ההתנגדות המבוססת על הרגרסיה, גם אם יש מערכת נורמות כזו, ראובן נתון לחסדיהן של הנורמות החברתיות הללו. נורמות אלה מבטיחות אולי שראובן לא יהיה נתון לחסדיו של **שמעון**, אולם הוא עדיין נתון לחסדיהן של הנורמות הללו או של הפרטים הפועלים על-פיהן. עם זאת, ברור לנו באופן אינטואיטיבי כי יש הבדל משמעותי בין מקרה שבו מלווה נתון לחסדיו של לוה לביין מקרה שבו הוא נתון לחסדיהן של נורמות חברתיות. אינטואיציה זו מעלה את השאלה מהו ההבדל הזה ומה יכול להצדיק את האינטואיציה הזו. נראה שהתשובה תלויה במשמעות החברתית והפוליטית המיוחסת למוסדות הרלוונטיים. המחוקק נתפס כמייצג את רצון הרוב, ואילו החוקה מספקת לנו הגנה מפני רצון זה בשם של עקרונות צדק.

במידה מסוימת הפופולריות של מערכות המשפט הבינ-לאומי והמשפט הגלובלי מבוססת על האינטואיציה שגם החוקה אינה מספקת די הגנה על החירות, באשר היא כופפת אותנו לחסדיהם של מכונני החוקה או פרשניה.³² מערכות אלה כוללות בתוכן נורמות שנקבעו על-ידי משפט מנהגי או אמנות שמדינות העולם חתומות עליהן. דוגמה מובהקת לנורמות מסוג זה היא ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948. בדיוק כשם שחוקות מספקות לנו הגנה מפני חיים בכפיפות לחסדיהם של המחוקקים, כך המשפט הבינ-לאומי מספק לנו הגנה מפני חיים בכפיפות לחסדיהן של חוקות. ניתן לפיכך לראות את ההסדרה הגלובלית כניסיון לייצר מערכת נורמות נוספת אשר תורמת להגנה על החירות.

עמדה זו ביחס למשפט הבינ-לאומי שונה באופן רדיקלי מן העמדה המקובלת על חסידי הגלובליזם וזכויות האדם הבינ-לאומיות. במאמר שכתב זמן קצר לפני מותו, ניסח רונלד דוורקין את העמדה המקובלת כיום על חסידי הגלובליזם. דוורקין זיהה כשלים אחדים של המשפט המדינתי, אשר מחייבים לדעתו את פיתוחו של המשפט הבינ-לאומי. טענתו המרכזית הייתה כי המדינות אינן מגינות לעיתים באופן אפקטיבי על זכויות

32 לדין מפורט יותר ראו את מאמרי המשותף עם איל בנבנישתי: Eyal Benvenisti & Alon Harel, *Embracing the Tension between National and International Human Rights Law: The Case for Parity* (Apr. 10, 2015), papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2592869

האדם, ומכאן הצורך במשפט הבין-לאומי.³³ דוורקין אינו היחיד, כמובן. מתיאס קום, אחד מבכירי המצדדים במשפט גלובלי, זיהה את הקטגוריה של justice-sensitive externalities, דהיינו, את הסכנה שלמדינות יש לעיתים תמריץ לפעול באופן בלתי-צודק.³⁴ דוורקין וקום הם דוגמות לעמדה השלטת במשפט הבין-לאומי, שלפיה ההצדקה לקיומו של משפט בין-לאומי היא ביסודה הצדקה אינסטרומנטלית, המבוססת על האמונה כי משפט בין-לאומי יבטיח הגנה אפקטיבית יותר על זכויות האדם.

עם זאת, גם המשפט הבין-לאומי הוא יצר-כפיו של אדם או של קבוצת אנשים. היה אפשר לכאורה לטעון כי אנו נתונים לחסדיהם של אותם פרטים המשפיעים על תוכנו של המשפט הבין-לאומי. עם זאת, כפי שצינתי קודם, לא כל מקרה שבו אנו נתונים לחסדיו של אדם מהווה פגיעה בחירות. השאלה אם ומתי מדובר בפגיעה בחירות תלויה, כפי שראינו קודם, במשמעות החברתית של המוסדות השונים. כפיפות לחסדיו של לווה היא פגיעה בחירות, אולם כפיפות לחסדיהן של נורמות חברתיות אינה בגדר פגיעה כזו.

נשאלת לפיכך השאלה מתי כפיפות לחסדיו של אדם היא בגדר פגיעה בחירות, ומתי אין מדובר בפגיעה בחירות. קשה מאוד לענות תשובה כללית לשאלה זו. ברור, למשל, כי כפיפות לחסדיו של אדם פרטי (לדוגמה, כאשר לאדם פרטי יש סמכות להורות לי להתנהג באופנים מסוימים) היא באופן טיפוסי פגיעה בחירות. לעומת זאת, הסמכות של שוטר להורות לי להתנהג באופנים מסוימים אינה בהכרח פגיעה בחירות. כפיפות למחוקק היא לעיתים קרובות לגיטימית, כאשר המחוקק הוא רשות המייצגת את הציבור כולו. עם זאת, הטיעון שלי מנביע כי לעיתים כפיפות למחוקק אינה ראויה, והחוקה היא מכשיר המיועד להגן עלינו מפני כפיפות זו. טיעון הרגרסיה הוא לפיכך טיעון חשוב, אך אינו טיעון מכריע המערער את ההצעה שפיתחתי במאמר זה.

פרק זה העלה טיעונים בזכות עיגונן של נורמות חוקתיות. טענתי כי נורמות אלה מבוססות לא רק על האפקטיביות שלהן, אלא גם על העובדה שהן מבטאות באופן מוסדי את החובה של המחוקקים להגן על זכויות האדם. הרחבתי את הטיעון הזה גם למשפט הבין-לאומי, וטענתי כי המשפט הבין-לאומי נחוץ לא רק כדי להגן באופן אפקטיבי על זכויות האדם, אלא גם כדי לבטא את העובדה שהגנה זו היא בגדר חובה של המדינה. בשני המקרים הללו הטלת חובות כאלה היא חיונית לשם הגנה על חירותם של האזרחים. אחת המסקנות המעניינות הנובעות מעמדה זו היא הפוטנציאל הדכאני של הדמוקרטיה. לעיתים קרובות תיאורטיקאים טוענים כי דמוקרטיה היא מסוכנת כאשר היא עלולה להביא לידי פגיעה בזכויות המיעוטים. אולם הדיון כאן מעלה טיעון אחר. גם אם הרוב שומר בקפדנות על זכויות המיעוטים, עדיין העובדה שזכויות המיעוט תלויות בחסדי הרוב היא עצמה בגדר פגיעה בחירות. הטלת חובות חוקתיות על המדינה חיונית לשם הגנה על חירותם של האזרחים, כך שלא יהיו נתונים לחסדיה. הפגיעה בחירות אינה נגזרת רק מרצון רע של המחוקקים, אלא דווקא מהעובדה שאנו תלויים

³³ Ronald Dworkin, *A New Philosophy for International Law*, 41 PHIL. & PUB. AFF. 2 (2013)

³⁴ Mattias Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law*, 20 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 605 (2013)

ברצונם הטוב. מכאן שמעמדתי נובעות מסקנות ביחס למגבלות האינהרנטיות של שלטון הרוב. שלטון הרוב מסוכן לא רק כאשר הרוב פוגע בזכויות המיעוט; שלטון רוב בלתי-מוגבל הוא דכאני ככזה, בלא קשר לשאלה אם הרוב מנצל את כוחו לרעה.

פרק ג: בין תיאוריה לפרקטיקה – השלכות על המשפט הישראלי

בפרק סיכום זה ברצוני לבחון בקצרה השלכות אפשריות של דיון זה על המשפט הישראלי. הוויכוח העז על קיומה של חוקה מלווה אותנו עוד משנת 1992. האם ניתן להסיק דבר-מה מן התובנות התיאורטיות שהוצעו לעיל על קיומה של חוקה? רבים טענו כי חוקי-היסוד בישראל אינם מהווים חוקה במובנה הרגיל, אלא בסופו של יום הוכרו כחוקה על-ידי בית-המשפט העליון. יש הגורסים כי הכרה זו אינה לגיטימית, וכי קבלת חוקה צריכה להיות תוצר של טקסט המתקבל באופן חגיגי, בדומה לאופן שבו התקבלה החוקה האמריקאית. מכאן שהחלטות בית-המשפט העליון בעניין החוקה הן בגדר נטילת סמכות שאינה נתונה לו.³⁵ זו למשל, בתמצית, ביקורתו של פוזנר על השופט ברק. ריצ'רד פוזנר סוקר את החלטותיו של השופט ברק ומסכם באומרו:

"These are powers that a nation could grant its judges. For example, many European nations and even some states in the United States authorize 'abstract' constitutional review – that is, judicial determination of a statute's constitutionality without waiting for a suit by someone actually harmed by the statute. But only in Israel (as far as I know) do judges confer the power of abstract review on themselves, without benefit of a constitutional or legislative provision. One is reminded of Napoleon's taking the crown out of the pope's hands and putting it on his own head."³⁶

על ביקורת זה השיב ברק מדינה במאמר מקיף. בין היתר טען מדינה כי:

"בורק ובעיקר פוזנר אינם מחשיבים כראוי את שיקולי המדיניות המונחים ביסוד ההכרה בחוקי היסוד כחוקה. פוזנר מציין במפורש כי הוא מסכים שחוקה הייתה עשויה להועיל למדינת ישראל ('[Israel] really could use a constitution'), ואף בורק אינו שולל את האפשרות ש"ווטו שיפוטי", כלשונו, יהיה מוצדק בנסיבות מסוימות... אולם השאלה היא, מה המדיניות הרצויה בנסיבות כמו בישראל,

Richard A. Posner, *Enlightened Despot*, NEW REPUBLIC (Apr. 23, 2007), 35
www.newrepublic.com/article/enlightened-despot

שם 36.

שבהן מכירים בצורך בחוקה, אך אין בנמצא מסמך שלם כאמור, ואין סיכוי ממשי לקבלו בעתיד הנראה לעין. ההכרה בחוקי היסוד כחוקה אמנם אינה התוצאה היחידה האפשרית מבחינה לוגית. היא תוצאה של בחירה בפרשנות אחת מבין כמה חלופות, שכולן אפשריות מבחינה מילולית. בחירה זו מבוססת על ההערכה כי זהו הפירוש הטוב ביותר בהינתן מכלול שיקולי המדיניות הרלוונטיים.³⁷

הצעתי במסגרת מאמר זה מחזקת את טענתו של מדינה. החוקה אינה רק רצויה; היא נדרשת לצורך מתן לגיטימציה לשלטון, ומכאן שעל בית-המשפט לעשות מאמץ גדול כדי לפרש את חוקי-היסוד באופן שמכיר בהם כחוקה של ממש המטילה חובות על המחוקק. מדובר לפיכך לא רק במדיניות, כי אם בציווי פוליטי חשוב ומרכזי.

37 ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" **דין ודברים** ג 399, 407 (2007).

