

## מעבר לחירות ולכבוד

הרהורים מטא־משפטיים על פסק־הדין בעניין שפרי

דוד הר \*

א. רפואה ומשפט. ב. פרשת שפרי. ג. החלטות ונימוקיהן. ד. שקיפות בשיפוט. ה. כבוד האדם וחירותו. ו. מעבר לכבוד ולחירות. ז. שיקולים נסיבתיים. ח. סיכום.

### א. רפואה ומשפט

אם השכל בכלל נראה ככשרון לכללים, הרי כוח־השיפוט הוא כשרון להעמיד תחת כללים, כלומר, להבחין, אם משהו כפוף לכלל נתון... או לא... כוח השיפוט הוא כשרון מיוחד, שאינו מורה ולא־כלום, אלא רוצה שישתמשו בו בלבד... משום־כך אפשר שרופא, שופט או חכם־מדינה יכלכל בראשו כללים פאתולוגיים, משפטיים או מדיניים רבים ויפיים, עד לידי אותה דרגה, שהוא־עצמו עשוי ליעשות בכך מורה דייקן, ובכל־זאת ייכשל על־גקלה בשימוש בהם; או משום שהוא חסר כוח־השיפוט הטבעי (אם־כי לא שכל), והוא עשוי אמנם להכיר את הכללי בהפשטתו, אך אינו עשוי להבחין אם מקרה מסוים שייך אליו; או גם משום שלא הוכן במידה מספקת למשפט זה על־ידי דוגמות ושימוש־למעשה.<sup>2</sup>

כך פותח קאנט את הפרק החשוב על כוח השיפוט, מושג מפתח בתורת ההכרה, באתיקה ובאסתטיקה שלו. גם עבור רציונליסט מובהק כקאנט, הרואה בכללים (בכלל) את הביטוי העליון לתבונות, מהווה כוח השיפוט השלמה הכרחית בכל שיטה השואפת

\* פרופסור חבר בחוג לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים.

אני חב תודה לפרופ' רות גביון על הערותיה על המאמר ולד"ר הנינה בן־מנחם שקרא בעיון את הדברים, העלה הסתייגויות והציע תיקונים חשובים. המאמר כפי שהוא אינו משקף כמובן את עמדותיהם. ההערות המפורטות של מערכת משפט וממשל סייעו לי רבות בהכנת הגירסה הסופית של המאמר.

1. ע"א 506/88 שפרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 87 (להלן: עניין שפרי).

2. ע' קאנט, ביקורת התבונה הטהורה (תרגום: ש' ה' ברגמן ונ' רוטנשטרייך, תשי"ד) 106.

להסביר את הפרטי בעזרת הכללי. כוח השיפוט הוא המגשר בין השניים, ועל-פי הגדרה, אין הוא עצמו ניתן להכפפה לכללים (שכן אילו היה כך, היינו נדחקים לרגרסיה אינסופית של כללים להחלת כללים וחוזר חלילה).

השימוש כדוגמאות מקביל לכוח השיפוט בתפקיד הגישור בין הכללי לפרטי. קאנט, שכתביו מצטיינים בניסוח מופשט, הפונה אל הכללי, ובחשדנות כלפי דוגמאות העלולות להטעות את ההכרה השכלית, מודה ש"זאת גם התועלת היחידה והגדולה של הדוגמאות, שהן מחדדות את כוח השיפוט".<sup>3</sup> וכאילו להדגים טענה זו עצמה, הוא משתמש בדוגמא המשולשת של הרופא, השופט והפוליטיקאי כדי לאפיין את כוח השיפוט. אם נתעלם מהתחום הפוליטי (שממילא אנו מטילים ספק בכפיפותו לכללים כלשהם), נותרים אנו עם שתי המלאכות המובהקות המבוססות על "כוח שיפוט": רפואה ושיפוט. ביסוד שתיהן מונחים כללים – חוקים מדעיים מצד אחד, חוקים נורמטיביים מצד שני; אך מטרת שתיהן פרטיקולרית – הבראתו של חולה אינדיווידואלי מצד אחד, הכרעה בדינו של מבקש צדק מצד שני.

אך מעבר לאנלוגיה המובהקת בין שני התחומים, חשוב להוסיף על התיאור של קאנט את ההבדל ב"כיוון" של הזיקה בין הכללי לפרטי. ברפואה, כאשר מתגלה אי התאמה בין המקרה הפרטי לכלל (החוק הקליני, הפרקטיקה הנוהגת), משנים את הכלל. במשפט, לעומת זאת, אי התאמה בין התנהגות הפרט לכלל (חוק המדינה, הכלל הנורמטיבי) מובילה לשינוי מצבו של הפרט (בדרך הפיצוי או הענישה, למשל) ולא לשינוי הכלל.<sup>4</sup> בכך טמון ההבדל בין האופי האינסטרומנטלי של השימוש בחוקים על-ידי הרופא לעומת האופי הפרשני של יחסו של השופט לחוקים.

אך התמונה מסובכת יותר: לא תמיד רואים הרופא והשופט את תכלית מלאכתם בפרטי. לעתים משתמשים הם בפרטי כדי לקבוע את הכללי: הרופא, בעורכו ניסויים לצורכי מחקר; השופט בניסיונו לקבוע תקדים באמצעות המקרה שלפניו. במקרים אלה חורגים השניים מתפקידם המקורי, באמצע את מלאכתם של הקובעים את הכללי (אנשי המדע מחד גיסא, המחוקק מאידך גיסא). בטשטוש גבולות זה בחלוקת העבודה טמונות סכנות אתיות הידועות הן לחכמי הרפואה והן לחכמי המשפט. עיקר הסכנה טמונה בחסרת הנאמנות הראשונית מן הפרט אל תכלית כללית (קידום המדע או עיצוב המערכת הנורמטיבית).

3. שם, שם.

4. ראו הניתוח המפורסם של אליזבת אנסקומב של ההבדל בין חוקים נורמטיביים לחוקי המדע במונחים של "כיוון ההתאמה" (fit) בין הפרטי לכללי: G.E.M. Anscombe, *Intention* (Oxford, 1972) 56. אין באפיון כללי זה של ההבדל בין כללים משפטיים לכללים רפואיים משום כפירה באפשרות הלגיטימית של שינוי כלל משפטי בעקבות מעשה שפיטה. כך, כאשר בית המשפט מוצא שהחלתו של כלל משפטי על מקרה פרטי מובילה בהכרח לתוצאה בלתי רצויה מבחינה נורמטיבית, הוא עשוי לפנות למחוקק בהצעה לשנות את הכלל (החוק). ביטולו הגמור של חוק על-ידי בית המשפט (העליון) אינו, לעומת זאת, דוגמא לשינוי כלל משפטי בעקבות החלתו על מקרה פרטי, אלא להפקעת תוקפו מכוח השוויון לעיקרון כללי בעל מעמד מיוחס (חוקתי למשל).

אין חולק על כך, שללא פעולתם של רופאים ושופטים אין קידמה לרפואה ולמשפט, ומבחינה זו חלוקת עבודה חדה והרמטית בין קובעי הכללים לבין מיישמיהם ופרשניהם היא אידיאל בלתי אפשרי ובלתי רצוי. אך על מנת למנוע את המחיר המוסרי הכרוך בהקרכת הפרט למען קידום מערכת הכללים, יש להגביל את האופן בו תורמים הרופא והשופט לתחום הכללי. כללים מפורטים וחמורים של ניסויים רפואיים בבני אדם מביטחים את מעמדו הראשוני של הפרט, על רצונו ועל האינטרסים האמיתיים שלו. בתחום המשפטי אין מערכת גורמות מפורשת מן הסוג הזה, אך לפחות באופן מובלע כפוף השופט לרצון מקביל של "ראשוניות המקרה הפרטי", של ה-case העומד בפניו להכרעה.

ברצוני לטעון, שכלל מובלע במלאכת עשיית צדק שיפוטי הוא, שהאופי התקדימי של הפסיקה חייב להיות "תוצר לוואי" של ההכרעה במקרה הפרטי, ולעולם לא ניסיון מכוון של שימוש במקרה הפרטי למען שינוי גורמטיבי כללי.<sup>5</sup>

הקושי בטענה זו נעוץ בהבדל בין סוג המחויבות של הרופא לכללים ולעקרונות לבין זה של השופט לחוקים ולגורמות. היסוד הפרשני של מלאכת השופט מגביל אותו בניסונו למצוא פיתרון לבעיה הפרטית שלפניו, לא רק בגין המעמד הלא-אינסטרומנטלי של הכללים הנורמטיביים שעל-פיהם הוא חורץ דין, אלא גם בגין ההנחה ש"המקרה" עצמו מוגדר במונחים של הידיעה והציפיות של בני אדם בנקודת זמן בעבר. במלים אחרות, בעוד התרופה למחלתו של אדם אינה חייבת בהכרח להימצא בכללים שהיו ידועים ונהוגים בעת פרוץ המחלה (או התהלת הטיפולי), הרי התרופה לעוולה שנעשתה לאדם או על-ידי אדם חייבת להיות כפופה לאותן גורמות שהיו שרירות בעת ביצוע העוולה. הבדל זה מבליט את האופי הנורמטיבי של החוק, האמור לכוון התנהגות אנושית רצונית (בניגוד להכללה הקלינית, שכל תפקידה לסייע לרופא במלאכת הריפוי).

ראשוניות המקרה הפרטי בתחום השיפוטי מתבטאת, אם כן, בהבנתו ופיתורו במונחי העבר שהיו קיימים "בזמנו". ראשוניות המקרה הפרטי בתחום הרפואי מתבטאת, לעומת זאת, בחירות הגמורה להכפיפו לכל מערכת כללים העשויה לשרתו כעת ובעתיד בצורה הטובה ביותר. זהו ההבדל בין ראשוניות פרשנית לראשוניות אינסטרומנטלית של הפרטי לעומת הכללי.<sup>6</sup>

אך בשני המקרים, יש להדגיש, כוח השיפוט עניינו מתן תיאור הולם למקרה הפרטי,

5. במובן זה מנוגדת תפיסתי לזו של השופט ברק, המעמיד שלוש פונקציות לפעילות השיפוטית: פרשנות, השלמת חוסר ופיתוח המשפט. פעילות פרשנית והשלמת חוסר עשויות להתפרש על-פי גישתי כנלוות לפיתרון המקרה הפרטי. פיתוח המשפט, לעומת זאת, היא תכלית שקשה יותר לראותה במעמד גלוות זה. ראו א' ברק, פרשנות במשפט (כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית, תשנ"ב) 47-48.

6. התחום האסתטי הוא מקרה ביניים מעניין. ישנה מחלוקת האם פרשנות של יצירת אמנות כפופה לגורמות האסתטיות שהיו קיימות בזמן היווצרותה, או שמא הפרשן חופשי להתחיל על היצירה מושגים וכללי פרשנות של זמנו שלו (קרי, ההווה)? למרות שהגישה השנייה מקובלת היום יותר מרעותה (חרף הוויכוח על האילוצים החלים עליה, אילוצים שנועדו למנוע "אנכרוניזם"), אין היא יאה לתחום המשפט.

באופן שהופך מקרה מסוים זה לנופל תחת כלל, חוק או עיקרון כלשהו. המקרה הפרטי כשלעצמו אינו נופל תחת כלל אלא רק לאחר שתואר במונחים אלה או אחרים.

### ב. פרשת שפר

מקרה שפר מדגים את דו־משמעותו של המושג "כוח השיפוט". מצד אחד, הוא מעלה את השאלה הקאנטיאנית של החלת הכללי על הפרטי; מצד שני, הוא מעורר את הסוגיה של כוחו הרב של השופט (בבית־המשפט העליון במיוחד) לקבוע את הכללי תוך שהוא מכריע בענייניו של הפרטי. כפי שנראה, קשורות שתי משמעויות אלה של "כוח שיפוט" זו בזו, שהרי בדיוק בעזרת סמכותו לפרש את החוק הכללי במקרה פרטי רוכש השופט כוח לעצב את החוק הכללי עצמו בדרך יצירת התקדים המהיב.

יתרה מזו, מקרה שפר משלב בתוכו את תהומי הרפואה והמשפט באופן הפותח פתח למחלוקת בדבר גבול הסמכות של השניים: האם העניין הנידון הוא שאלה להכרעה רפואית או משפטית, בידי ועדה אתית או בידי בית־המשפט? אף כי לא הועלתה הטענה שהמקרה "אינו שפוט", בית־המשפט עצמו רומז בפסק־הדין, שייתכן שרצוי שסוג כזה של הכרעות ייוותר בידי ועדה אתית של בית־החולים ולא יובא כלל לבית־המשפט. אך כדי לכונן הסדר זה, יש לעגנו באופן חוקי (המעניק לרופא, בין השאר, חסינות מפני תביעות), וזו בדיוק משימתו של פסק־הדין התקדימי.

לצורך הדיון כאן די בהצגת הפרטים המרכזיים של הפרשה, שזכתה אמנם בפרסום ציבורי, אך לא בדיון עיוני רב. יעל שפר נולדה ב-1986 חולה במחלת טאי־זאקס שהיא חשוכת מרפא. ב-1987 אושפזה בבית־חולים בצפת, וב-1988 הגישה באמצעות אמה בקשה לפסק־דין הצהרתי שיאמר, שהיא אם יידרדר מצבה והיא תזדקק לסיוע נשימתי או לתרופות מיוחדות או לעירוי לא יינתן לה הטיפול בניגוד לרצונה (המיוצג על־ידי אמה כאפוטרופסיתה הטבעית). אביה של יעל לא הצטרף לבקשת האם, כלומר לא היה צד להליך, והמשיך לטפל בבתו במסירות. בית־המשפט המחוזי דחה את בקשת האם. בספטמבר 1988 דחה בית־המשפט העליון את הערעור על החלטת בית־המשפט המחוזי, מבלי לתת נימוקים. ב-1989 נפטרה יעל שפר ממחלתה. ב-1993 ניתנו הנימוקים להחלטת בית־המשפט העליון. פסק־הדין נכתב על־ידי המשנה לנשיא, השופט מנחם אלון. השופט "מלץ צירף את הסכמתו ללא מתן נימוקים. השיפוט ח' אריאל צירף את הסכמתו והוסיף כמה פיסקות משלו כהסבר לדהיית הערעור.<sup>7</sup> ואולם באופן מפתיע, מעבר להגנה על מושג הזכות למות בכבוד ועל הזכות הפורמלית של הקטין ושל אמו (אפילו לבדה) לעתור בעניין לבית־המשפט, אין בדבריו ולו נימוק מהותי אחד לדהיית העתירה לגופה.

השופט אלון פותח את פסק־דינו בהודעה־הודאה ש"הנושא שעומד לפנינו קשה הוא, קשה עד למאוד",<sup>8</sup> כאשר ניתן לפרש את מקור הקושי, בין השאר, באי הבהירות הכרוכה בהחלטת עקרונות נורמטיביים כלליים על מקרה פרטי יוצא דופן. מקרה שפר אינו רק

7. עניין שפר (לעיל, הערה 1) 195-199.

8. שם, 96.

"מקרה קשה" (hard case) לשופט; הוא קשה לא פחות לרופא. ניתן לומר, שהקושי המצפוני-מקצועי לרופא הוא שהביא להעברת הדיון לתחום המשפטי, כלומר לפנייה של העותרת לבית-המשפט בבקשה לפסק-דין הצהרתי. הרפואה במקרה זה לא ראתה זאת בתחום סמכותה לקבוע את אופיו של הטיפול וגבולותיו, וכפתה על המערכת המשפטית לפסוק בעניין ("על כורחנו" אנו יושבים לדון בסוגיה שלפנינו", אומר השופט אלון בתחילת דבריו).<sup>9</sup>

אך טבעי הוא שאלון מקבל את הנחת המונופולין של המשפט להכריע בעניינה של יעל שפר, שכן רק המשפט יכול להודיע לחולה "מה זכותו ומה חובתו לבקש ולעשות", ולרופא "מה אסור, מה מותר ומה חובה עליו במלאכתו-אמנותו".<sup>10</sup> ואולם, אחת הסיבות להיות מקרה שפר מקרה קשה נעוצה בדיוק במחלוקת על עצם היותו מושא להכרעה משפטית. חובתו של הרופא "במלאכתו-אמנותו" היא לעתים עניין מקצועי, שרק שיקול דעת רפואי עשוי להכריע בו. השאלה אם חיבור חולה טרמינלי למכשירים הוא בגדר פעולת ריפוי היא שאלה רפואית-מקצועית יותר ממשפטית. מצד שני, עצם ההבחנה בין ריפוי לגרימת סבל מיותר היא שאלה ערכית ביסודה, וקשה להשאירה בידי המקצוע הרפואי. בדברי הרקע בראשית פסק-הדין מדגיש השופט אלון, שלא במקרה, את התפיסה היהודית של חובת הריפוי המוטלת על הרופא, כפי שהתגבשה מאז פסיקות הרמב"ם והרמב"ן,<sup>11</sup> אך בכך הוא מניח את הדורש הוכחה – שהארכת חייה של הפעוטה במקרה חסר התוחלת שלפנינו היא בגדר "ריפוי", חלק ממלאכתו-אמנותו של הרופא. תימוכין הלכתיים לעליונות ההיררכית של ההכרעה המשפטית על זו הרפואית בעניינים הנוגעים למותר ולאסור בתחום הרפואה מוצא אלון בתפיסה, שגם בסוגיות מצפוניות (כגון שגגה של רופא המחייבת אותו "בדיני שמים" בלבד) בית-דין הוא המודיע לרופא על אחריותו. תפיסה הלכתית זו, אותה מאמץ אלון לפסק-דינו האזרחי, מתיישבת עם אי הסימטריה במושג החסינות ההלכתי במקרה טעות של הרופא וטעות של השופט: השופט, גם אם "נודעה לו טעותו", פטור הן מדיני אדם והן מדיני שמיים; הרופא במקרה כזה פטור רק מדיני אדם,<sup>12</sup> ובית-משפט הוא הקובע את אחריותו זו בדיני שמיים. במלים אחרות, למרות ש"הצער והתהייה המצויים במלאכתם" של הרופא והשופט שווים לדעת אלון, סמכות הכרעה מוחלטת יש רק לשופט! האם אלון רומז בכך, שלו הרופא של יעל שפר היה פועל על-פי מצפונו האישי ונענה לבקשת האם שלא לחבר את הילדה למכשירים (שאלה היפותטית במקרה שלפנינו), היה בית-המשפט מסתפק בהודעה על פעולתו הפסולה של הרופא ונמנע מלהענישו? שאם לא כן, אם הכרעה של רופא בעניין מסוג זה כפופה מכל בחינה לדיני אדם (הוקי המדינה), מה רבותא יש בהבחנה ההלכתית בדבר סמכותו של בית-דין גם בעניינים מצפוניים?

9. שם, 97.

10. שם, שם.

11. שם, 108-109.

12. שם, 110.

האנלוגיה בין הרפואה והמשפט בהתמודדות עם בעיית ההחלה של העיקרון הכללי על המקרה הפרטי זוכה לדיון מפורש בפסק-הדין. בעקבות הרמב"ם, מאיר אלון את הבעיה במונחים של יושר, כלומר של סכנת עשיית העוול ליחיד על-ידי הפעלת כלל או חוק (שרק בדרך כלל, אך לא תמיד, מובילה לתוצאה הרצויה). העיקרון שכינינו בתחילת מאמר זה בשם "ראשוניות המקרה הפרטי" בא לידי ביטוי בפסוק במורה נבוכים: "הרכבת התרופה, שמיוחדת הרכבה לכל אדם כפי מזגו באותה עת"<sup>13</sup>. אלון מדגיש, שבתחום המשפט (לפחות העברי) ישנה מחלוקת על ראשוניות זו, כאשר יש רבים (כולל הרמב"ם עצמו) הסוברים שאינטרס הכללי, הבא לידי ביטוי בחוק הכללי, צריך לקדום לעשיית הצדק עם המקרה הפרטי. אלון עצמו אינו נוקט בפסק-הדין עמדה מפורשת במחלוקת זו, אך כפי שנראה בסעיף הבא, נסיבות מתן פסק-הדין עצמו מעידות על עניין רחב של אלון בשאלה העקרונית (המטאפיסית או החברתית) המשתרעת באופן מפורש מעבר למקרה הפרטי.

### ג. החלטות ונימוקיהן

בדרך כלל, נסיבות מתן פסק-הדין, ובמיוחד העיתוי של כתיבתו, אינן מעוררות בעיות עקרוניות. לא כן במקרה שפר. ההחלטה על הערעור ניתנה ב-1988; פסק-הדין ב-1993. מעבר לזכותו של מי שמבקש סעד מבית-המשפט לקבל לא רק החלטה אלא גם הנמקה לה,<sup>14</sup> מעלה העיתוי של פסק-הדין קושי תיאורטי עמוק יותר: רוב רובו מבוסס על פרשנות מפורטת ומדוקדקת של הוקי-יסוד: כבוד האדם והירותו שנחקק ב-1992, זאת אומרת, כשלוש וחצי שנים לאחר מתן ההחלטה עצמה!<sup>15</sup>

על הבעיות המוסריות הכרוכות בחקיקה רטרואקטיבית אין צורך להכביר מלים. באשר תכלית מרכזית של המשפט היא לכוון התנהגות בני אדם, הנחת יסוד היא שהאזרח יוכל, באופן עקרוני לפחות, לדעת מה מותר ומה אסור לו לעשות בכל רגע. לכן, לחרוץ דינו של אדם על מעשה שעשה על-פי חוק שנחקק לאחר ביצוע המעשה, נתפס (כמעט תמיד) כשימוש פסול במשפט. אך מה דינה של הנמקה לפסק-דין שניתן בעבר? האם גם היא כפופה לעיקרון האוסר על החלה רטרואקטיבית של חוקים חדשים? יש לדעתי להבהיר כאן בין פרשנות של חוקים לבין הנמקה של החלטות. ידוע הוויכוח הנטוש כיום על האופן בו ניתן להשתמש בחוקי-היסוד החדשים בפרשנות של חוקים מן

13. רמב"ם, מורה נבוכים (תרגום: הרב י' קאפה, ירושלים, תשל"ב), ח"ג, לד.

14. תקנות 192, 460 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

15. כבר עמד על קושי זה ליאון שלף במאמרו "בין קדושת החיים לכבוד האדם – על ייסודי הגוף, הקידמה הרפואית, רגישות אנושית והמשפט הפלילי", משפטים כד (תשנ"ד-תשנ"ה) 207. שלף, שהוסיף סעיף קצר למאמרו המטפל בפרשת שפר מיד לאחר פרסום פסק-הדין, אינו מטפל באופן מפורט בקושי זה. יש גם לציין, שבנימוקיו של השופט אריאל ישנה התייחסות לכך, שחוקי-היסוד נחקקו לאחר המקרה הנידון, אך אין כל רמז בדבריו לקושי הכרוך בשימוש בו להנמקת פסק-הדין, מעבר לטענה ש"העיקרון הגלום בתוכו היווה חלק מנחלת החברה במדינתנו, גם לפני שנחקק חוק זה" (עניין שפר (לעיל, הערה 1) 196).

העבר הרחוק יותר. יש הגורסים, שמותר וראוי לפרש חקיקה "ישנה" בעזרת חוקי-היסוד מן הסוג של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן זה, בתור חוקי-יסוד, מעגן את המערכת המשפטית כולה בעקרונות-על המגבילים הן חקיקה של חוקים חדשים והן פרשנות של חוקים קיימים. אין זה המקום להכריע כאן בוויכוח יסודי זה. די לומר, שלאור תורת משפט המאמינה שאין קיום לחוקים באופן בלתי-תלוי בפרשנות, וכי פרשנות היא פעילות דינמית ומתמשכת המיוסדת על תנאים חברתיים כוללים ומגוונים, הרי יש לפרשנות של חוק אחד בעזרת חוק (יסוד) שני, אפילו מאוחר לו, בסיס רציונלי (למרות שכפי שאלון עצמו מעיר, אין בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוקי-היסוד, וזאת בניגוד לחוקי-יסוד: חופש העיסוק).

לעומת זאת, להחלטות יש מעמד שונה מלחוקים. החלטה אינה כלל מופשט, טקסט נורמטיבי הקורא לפרשנות חוזרת ונסנית, אלא מעשה של אדם מסוים, ברגע מסוים, ועל בסיס שיקולים אקטואליים המניעים אותו ומצדיקים אותו. הצידוק לפרשנות של חוק עשוי להיות קונסטרוקציה מופשטת והיפותטית. הצידוק להחלטה משפטית חייב, לעומת זאת, להיות קשור בשיקולים האקטואליים של המחליט, במניעים שהיו לו להחליט כפי שהחליט. לכן, נימוקי החלטה הם תלויי זמן וסובייקט במובהק. כאשר אני נשאל מדוע החלטתי כפי שהחלטתי, אינני יכול להשיב במונחים היפותטיים של מה היו יכולים להיות הנימוקים להחלטה מן הסוג שביצעתי, אלא עלי לשחזר את הנימוקים שבפועל הביאו אותי להכריע כפי שהכרעתי. יש להדגיש, שלמרות שניתן לחשוב על מושג היפותטי ו"קונסטרוקטיבי" של צידוק להחלטה, אין זה מושג היאה להחלטה שיפוטית, בה הצידוק קשור באופן אנליטי במתן דין וחשבון של המחליט (השופט) בפני הציבור (ובעלי הדין במיוחד), קרי בהנמקה (שהיא תמיד אקטואלית) להחלטתו.

בפילוסופיה של המדע ידועה ההבחנה בין "הקשר גילוי" ל"הקשר צידוק". לעתים קרובות קודמת התגלית המדעית עצמה לצידוקה, או במלים אחרות, השערה מדעית הנשענת על שיקול תיאורטי או ניחוש אינטליגנטי זוכה לאישוש מדעי רק במועד מאוחר יותר. פעד זמן זה אינו הופך את הגילוי או את ההשערה לאי-רציונליים או את הצדקתם בדיעבד לבלתי לגיטימית. הרציונליות של האמונות (beliefs) אינה תלויה זמן, לפחות במובן זה, שתרומתה למערכת הידע הכוללת עשויה לבוא בזמן מאוחר יותר. לעומת זאת, החלטה בדרך כלל היא בעלת משמעות מכוונת בזמן הינתנה, ולכן גם צידוקיה (במובן של נימוקיה) חייבים ללוותה בזמן-אמת. אומנם ישנם מקרים בהם סמכות החלטה ניתנת ללא הטלת דרישת ההנמקה (ואפילו בתחום המשפטי, כמו למשל בהכרעת מושבעים), אך בשיטתנו המשפטית משקפת ההנמקה את הויקה ההדוקה בין החלטה לצידוקה. אחריותו של השופט כלפי הנידון כוללת את היכולת לנמק בפניו את החלטתו, קרי לנמק אותה על-פי כללי השפיטה המקובלים (ואפילו כאשר אין השופט מנמק בפועל את החלטתו אנו מניחים שהיה יכול לעשות כן).

לאור זאת, נראה שפסק-דין שפר מפר באופן מובהק עיקרון פורמלי זה של הסימולטניות של החלטה וההנמקה לה. כבר בפסקה הראשונה של פסק-הדין אומר השופט אלון: "אשר-על-כן דחינו מתן נימוקינו, למען עמוד היטב על טיבם, מהותם וערכם [של "אושיות המירקם התרבותי והרוחני של חברתנו"]. ומתוך כך קיימנו מה

שצווינו: 'הו מתונים בדין'".<sup>16</sup> ברצוני להדגיש, שאין פסול עקרוני בדחיית מתן הנימוקים, במיוחד במקרה נוסח שפר, בו ישנה דחיפות מיוחדת במתן החלטה. ואולם ראוי לה לדחיה להיות "טכנית" לכל היותר, זאת אומרת לאפשר לשופט לנסח בניחותא ובבהירות את הטיעונים המבססים את החלטתו, כפי שהיו ברוחו כבר בעת מתן ההחלטה. הציווי "הו מתונים בדין", לעומת זאת, חל לא על הניסוח של ההחלטה, אלא על התהליך של השקלא וטריא היוצר אותה. חמש השנים שעברו בין מתן ההחלטה לבין מתן הנימוקים לא אפשרו לבית המשפט להיות מתון בדין, שכן הדין כבר נעשה לבלי השב.

אם בתגלית מדעית יכולה ההשערה (ההאָמָנָה) לקדום לנימוקיה, הרי בהחלטה משפטית אין להחלטה המקדימה (באופן מהותי, כלומר לא "טכני" ניסוחי גרידא) את הנימוקים לה כל ערך או תוקף רציונלי. זאת מן הסיבה הפשוטה, שבתהליך החשיבה על הנימוקים, אין כל ביטחון שהללו יובילו לתמיכה בהחלטה שניתנה ולא בהיפוכה (או בהחלטה אחרת). וככל שהסוגיה מורכבת וקשה יותר (כבמקרה שלפנינו), כך ניתן להיות פחות בטוחים מראש בתוצאה של שיקול הדעת המכונן את ההחלטה. ואפילו אם מתברר ששופטים (כמו בני אדם המחליטים החלטות) יש להם "מראש" עמדה מסוימת אותה הם בודקים בשיקול הדעת, הרי תהליך זה הוא לגיטימי רק אם הוא קודם לעצם מתן ההחלטה באופן סופי. השערה מדעית שבדיקתה המאוחרת יותר העלתה שאין לה רגליים, היא חלק טבעי, לגיטימי (ואף מקדם) של החקירה המדעית; החלטה משפטית שבדיקת הנימוקים לה מובילה למסקנה ההפוכה להחלטה היא עניין מביך, כדי לומר זאת בלשון המעטה.

אין ברצוני לטעון שהחלטתו של השופט אלון בפרשת שפר היתה מתהפכת אילו לא עמד לרשותו חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו. ייתכן שהיה מנמק באופן משכנע אותה החלטה על בסיס אחר (כגון ערכי יסוד של השיטה המשפטית, מגילת העצמאות, או עקרונות כלליים שעוגנו בהלכות של בית המשפט העליון). כל טענתי היא, שמאחר שב-1988 לא יכולה היתה החלטתו של השופט להתבסס על חוק זה, אין החוק יכול לשמש כחלק מהנמקתה, לא באופן עצמאי ולא כמשלים הנמקה אחרת. גם ניסוח מאוחר של פסק דין חייב לשקף את מה שבפועל עמד מאחורי החלטת השופט בזמנה.

השופט אלון ער לכך, שבעת כתיבת הנימוקים, הדיון בעניינה של יעל שפר הוא "תיאורטי בלבד", וכי תפקיד בית המשפט אינו בירור סוגיות בבחינת "תורה לשמה".<sup>17</sup> ואולם אלון רואה במקרה שפר מקרה חריג, בו יש מקום להפריד בין ההכרעה לבין ההנמקה, כאשר מטרת האחרונה היא "למען דעת והודיע מהו הדין בנושא מנושאי סוגייתנו כשהוא ישוב ויעלה ויבוא". אין כל ספק, שמעבר להכרעה בעניין המובא לפניו, אחד מתפקידיו של בית המשפט בפוסקו דין הוא קביעה נורמטיבית לעתיד לבוא. ואולם, אם אכן מקובלת התפיסה בדבר ראשוניות המקרה הפרטי, כפי שניסיתי לטעון לעיל, הרי פונקציה זו של פסק הדין חייבת להיות גלווית או נגזרת. במקרה שפר נוטל השופט חוק חדש, חוק שעליו יש ויכוח פרשני חריף בתוך בית המשפט העליון עצמו, ומשתמש במקרה הפרטי ובהחלטתו שלו בעניין (בטרם חוקק החוק) כדי להציג ולקדם תפיסה פרשנית

<sup>16</sup> שם, 96.

<sup>17</sup> שם, 98.



מסוימת. בכך מופר העיקרון של ראשוניות המקרה הפרטי. במקום הנמקתה של החלטה מסוימת שניתנה, הופכים קביעת התקדים וניסוח "הלכה" למטרתו של פסק-הדין (אפילו מבחינה כמותית, עד כמה שקשה לדייק בדבר, בולטת העדפת יצירת התקדים הפרשני על פני הנמקת ההכרעה במקרה הפרטי: כ-80% מפסק-הדין מוקדשים לדיון הכללי, ורק כ-20% למקרה שפר עצמו). ייתכן שמבחינה חברתית פסק-הדין מזכה רבים בהנחה גורמטיבית בדבר מקרים עתידיים מסוג שפר, ואולם יש לזכור שמשפחת שפר עצמה אינה זוכה בו לקבל את הנימוקים שהביאו את השופט להכריע כפי שהכריע בעניינה.<sup>18</sup>

#### ד. שקיפות בשיפוט

הדיון בראשוניות המקרה הפרטי קשורה לשאלה עקרונית משיקה: באיזו מידה רצוי שקלסטרן האידיאולוגי-ערכי של שופט יהיה מחודד, והאם ראוי שיהיה גלוי לציבור. אם אכן תפקידו הראשוני של שופט הוא לפתור סכסוכים אינדיבידואליים (בניגוד לתפקידו של המחוקק לקבוע נורמות כלליות), אזי, ברצוני לטעון, שאחת ממעלותיו היא שקיפות. השופט מהווה גורם ממצע בין החוק לבין המקרה הפרטי העומד לדיון, כאשר תפקידו הוא יישומי-פרשני, כלומר, הפעלת אותה יכולת המכונה על-ידי קאנט "כוח השיפוט", או "פיקחות טבעית". בתור ממצע (מדיום) הכפוף באופן מוחלט לחוק, ניתן לומר באופן מטאפורי, שעל השופט לשקף את החוק ללא תיוכם של פילטרים, או עדשות ראייה אידיאולוגיות. בעלי הדין צריכים לראות את החוק דרך הכרעתו ונימוקיו של השופט, כלומר לא לראות את עמדותיו והשקפותיו האישיות.

האידיאל של השקיפות השיפוטית אינו חדש ויש לו ביטויים רבים, כמו למשל הנורמה בשיטת המשפט שלנו, שאין השופט מעורב באופן פומבי בפעילות או בהתבטאות פוליטית. הדרישה מן השופט להיות נייטרלי אינה מתבטאת רק באיסור על משוא פנים אישי או בחובה של שופט לפסול את עצמו במקרים של חשש למשוא פנים כזה, אלא גם ברמה האידיאולוגית העל-אישית. יש הרואים בעקרון השקיפות דרישה בלתי אפשרית, נאיבית, ואף צבועה ומזיקה. טענתם היא, שהשופט הוא אדם, וככל אדם יש לו השקפות, ערכים, אמונות כלליות ומחויבויות אידיאולוגיות. עצם הניסיון להדחיקם ולהסתירם הוא תמים ונזקק גדול משכרו, שכן תחת מסווה של נייטרליות ושיקוף "אמיתי" של החוק מקדם השופט עניין ערכי זה או אחר. אף כי יש טעם רב בחשש זה, אין הוא לדעתי מכריע. למאבק בהטיה עניינית הנובעת ממחויבות לאידיאולוגיה משפטית (או אחרת) יש חשיבות וסיכוי להצלחה הן ברמה המהותית והן בוו התדמיתית.

18. בכך דומה כי בוויכוח על מטרות המשפט, אלון מצטרף לעמדת הרמב"ם, כפי שהוא עצמו מתארה כנותנת עדיפות ל"תועלת החברתית" על פני עשיית הצדק במקרה הפרטי, אף כי שוב אני מדגיש, שאצל הרמב"ם מדיבר על התנגשות בין התוצאה המעשית של הפעלת דין לעומת הפעלת "יושר", ואילו במקרה שלפנינו מדובר בנימוקים (אף כי, כאמור, אין זה מן הנמנע מבחינה הגיונית ששימוש בנימוקים אחרים היה עשוי להביא גם לתוצאה מעשית שונה).

ברמה המהותית ניתן לטעון, שככל שאדם עסוק יותר בגיבוש תפיסה כללית בעניינים ערכיים (ואחרים), כך הוא הופך ל"מקובע" יותר בכל הנוגע לשיפוט הנוגע בעניינים אלה. צמידות להשקפה מסוימת היא, אם כן, עניין שבתלקו הוא תוצר של המאמץ לעצבה, להצדיקה, להתפלמס עם מתנגדיה, לנסחה ברמה התיאורטית. בתחום המדעים והפילוסופיה מחויבות אינטלקטואלית והשקפה תיאורטית מוצקות הן בגדר מעלה, שכן הן מקדמות את הדיון ב"שוק הרעיונות" הפתוח ומפרות את הדיון הענייני. כך גם בתחום התיאוריה המשפטית והוויכוחים האידיאולוגיים והערכיים העומדים מאחורי חקיקה. ואולם בבוררות ושיפטה אנו מחפשים את נקודת המבט הבלתי תלויה, זו שתכריע באופן הוגן (ולאו דווקא "אמיתי") בין עמדות מהותיות הנמצאות בקונפליקט. אף כי אין בנמצא שופט שהוא תמים לחלוטין, מקצועיותו עומדת בדיוק על כושרו לשקף את החוק באופן שאינו מוטא על-ידי דעותיו שלו.

ברמה התדמיתית של אמון הציבור בשיפטה, אין ספק שאי היכולת לצפות את פסק-דינו של השופט (לפחות בכל הנוגע לנגזר מהשקפות עולמו הפרטיות) היא מרכיב מכונן בעצם הנכונות של בעלי הדין לקבל את פסיקתו. ככל ששיפוטו של השופט רבה יותר, כך מושגת מטרה זו באופן יעיל יותר. אלת הצדק קשורת העניינים אינה רק עיוורת ביחס לזהות בעלי הדין; היא גם חפה מנאמנות להשקפת עולם המעצבת באופן שיטתי וחזוי את פרשנותה לחוק. במלים אחרות, בעלי הדין מבקשים שופטים שלא רק שלא יפלו אותם אישית לרעה אלא גם לא יהיו מראש מקובעים באופן אידיאולוגי נגד עניינם.

ושוב, אם נשווה בין השופט לרופא ביחסם לכללים, נראה שהרופא, אף אם הוא פועל על-פי שיטת ריפוי או מתודה טיפולית מסוימת, הרי ברגע שישתכנע שיוכל להשיג תוצאות טובות יותר, הוא יזנח את מחויבותו לשיטה זו מתוך עקרון הראשוניות של המקרה הפרטי. השופט, דווקא משום שמחויבותו לשיטה משפטית או פרשנית מסוימת היא נורמטיבית, יתקשה יותר לזנוח אותה במקרה של קונפליקט עם מה שנכון לעשותו במקרה הפרטי. הוויכוח המתמשך בבית המשפט העליון על האופן בו יש לאזן בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לערכיה כמדינה דמוקרטית הוא בעל אופי כללי, בלתי תלוי, ולעתים קרובות מקדים את המקרה הפרטי.<sup>19</sup> בכך הורצים השופטים מראש, במידה רבה, את התוצאה של מקרים שטרם נתבררו בפניהם. ראשוניות המקרה הפרטי דורשת שפרשנותו של בית המשפט העליון לחוקי-היסוד החדשים (למשל) תתגבש בהדרגה ובאופן מצטבר, מתוך שרשרת של פסיקות בעניינים פרטיקולריים, ולא מתוך דיון פולמוסי ברמה התיאורטית או האידיאולוגית.

סעיף זה בעניין שקיפות השיפוט נגע רק כבדרך אגב בקצה הקרחון של סוגיה תיאורטית סבוכה. "ריאליסטים משפטיים" וגם הסידי תורות "ביקורתיות" מן הסוג של

19. ראו למשל ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מז (2) 464; בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (3) 338; ע"פ 3632/92, 3849 גבאי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (4) 487; בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אהרת - עמותה נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מז (4) 715; א' ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי - פרשנות חוקתית, תשנ"ד) 328 ואילך.

Critical Legal Studies ידחו את תפיסת השקיפות. לעומת זאת, דומני שאידיאל השקיפות עולה בקנה אחד לפחות עם המגמה הכללית של תורת "החוק כשלמות" (law as integrity) של רונלד דוורקין. למרות שדוורקין מדגיש את חשיבותה של הכרעה שיפוטית המבוססת על עקרונות ועל תפיסה פוליטית (ומוסרית) רחבה של השופט, הרעיון של חוק כשלמות תובע מן השופט להתעלות מעל השקפותיו הפרטיות ולהציג בדרך הפרשנות הקונסטרוקטיבית את החוק בצורה הקוהרנטית ביותר שלו. כמו כן מדגיש דוורקין את הפתיחות של השיטה המשפטית, תוך היותה מאולצת על-ידי ההיסטוריה של החוק והפסיקה, כאילו היתה הכרעתו של השופט עוד פרק ב"רומן שרשרת". גם כאן, דומה שאף שהשופט פועל על-פי תפיסה משפטית מסוימת, הוא מגביל את עצמו על-ידי שיקולי התאמה (fit) וצידוק החורגים מהמהותיות הערכית שלו עצמו.<sup>20</sup>

הקטע הבא מכתבי דוורקין מבטא את רעיון הקדימות של המקרה הפרטי:<sup>21</sup>

No mortal judge can or should try to articulate his instinctive working theory so far, or make that theory so concrete and detailed, that no further thought will be necessary case by case. He must treat any general principles or rules of thumb he has followed in the past as provisional and stand ready to abandon these in favor of more sophisticated and searching analysis when the occasion demands.

#### ה. כבוד האדם וחירותו

בפסק־דינו בבית־המשפט המחוזי<sup>22</sup> הציע השופט מצא מכנה טיעון הדוק, שעל-פיו יש לדחות את הבקשה של אפוטרופסיתה של יעל שפר. לדעתו אישור בקשת הסעד מותנה בתשובה חיובית על שלוש שאלות:

- האם יש לבגיר זכות לתבוע מראש מרופאיו שלא יטפלו בו בנסיבות מן הסוג של מחלתה של יעל שפר?
  - האם זכות כזו עומדת גם לקטין המיוצג על-ידי אפוטרופוס?
  - במקרה שיש לקטין שני אפוטרופסים (שני הוריו הטבעיים), האם די בבקשה של אחד מהם?
- ותשובתו של השופט מורכבת מסדרה של שלוש טענות, המסודרות במעין היררכיה של "קל וחומר":

20. R.M. Dworkin, "Hard Cases", in R.M. Dworkin (ed.), *Taking Rights Seriously* (Harvard, 1977) 81.

21. R.M. Dworkin, *Law's Empire* (Harvard, 1986) 257-258.

22. ה"פ (ת"א) 779/88 האגודה למען זכויות האזרח על חייו (עמותה רשומה) ואח' נ' בית ההולים הממשלתי ע"ש זיו בצפת. על-ידי משרד הבריאות, פ"מ תשמ"ט (ב) 240, 243-244, 246, 248.

- אין לשאלה הראשונה תשובה "בדין המצוי";
  - אפילו היתה תשובה חיובית לשאלה הראשונה, העניין הנידון אינו יכול להיות מסור בידי אפוטרופוס;
  - אפילו היתה זכות הקטין ניתנת לייצוג על-ידי אפוטרופוס, רק לשני ההורים היתה סמכות לבקש סעד כזה בשם בתם.<sup>23</sup>
- מבחינה מסוימת כוחו של טיעון משפטי זה נעוץ דווקא בענותנותו. הוא מניח ששאלת ערכם של חיי אדם היא שאלה מטא-משפטית ומעדיף לתקוף אותה בדרך מצומצמת יותר: במקום לשאול מה הוא ערכם של חיים מסוג החיים שיש לחולה טרמינלי במחלת טאי זאקס, יש לשאול מי קובע ערך זה (החולה עצמו, אפוטרופוס אחד שלו, כל האפוטרופוסים שלו?). למרות הרחייה של בקשת פסק-הדין ההצהרתי, בית-המשפט המחוזי נוקט עמדה ליברלית בסוג הטיעון בו הוא עושה שימוש בהנמקתו: השאלה אינה איכות החיים וערכם אלא האופן בו אדם מגבש את ההכרעה שאין הם ראויים לחיות.
- לא כן השופט אלון, המבקש לתקוף באופן חזיתי את השאלה בדבר ערכם של חיי אדם. לשם כך הוא פונה למקור החדש בדין הישראלי העוסק במפורש בנושא, חוקייסוד: כבוד האדם וחירותו, ומחילו באופן רטרואקטיבי על מקרה שפר. גם כאן השלד של הטיעון כולו ניתן לשחזור בהיר:
- חוק-היסוד קובע ש"אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם", וכמו כן "אין נכנסים לרשות היחיד של האדם שלא בהסכמתו";
  - אי מתן טיפול רפואי חיוני הוא בגדר פגיעה בחיים ובגוף;
  - מתן הטיפול, לעומת זאת, בניגוד לרצונו של אדם הוא (לכאורה) פגיעה בכבוד ובפרטיות;<sup>24</sup>
  - לכן יש לחפש את האיזון הראוי בין הפגיעה בחיים לפגיעה בכבוד ובפרטיות. וממשיך אלון בחתירתו לגיבוש מתודה למציאת איזון זה:
  - עקרון האיזון מצוי בחוק-היסוד עצמו: אין לחוקק חוק הפוגע בזכויות על-פי חוק-היסוד אלא אם הדבר עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל. על כן אין כל בסיס וצורך לפנות למושג של "הציבור הנאור" (שהוא קונסטרוקציה נתונה במחלוקת) כאמצעי איזון.
  - חוק-היסוד מגדיר באופן מפורש ערכים אלה כערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
  - אף כי עקרון האיזון עוסק במפורש במקרה של התנגשות בין חוקים, לגיטימי להשתמש בו גם לאיזון "פנימי", בין שתי זכויות המצויות בתוך החוק גופו.
  - האיזון הראוי בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לערכיה כמדינה דמוקרטית ימצא על-ידי סינתזה ביניהם.
- בהמשך, רובו של פסק-הדין מוקדש להפעלת מתודה זו, כלומר למציאת אותה סינתזה מיוחלת שבעזרתה מנומקת דחיית הבקשה שלא לחבר את יעל שפר לאמצעים מארכי חיים.

23. עניין שפר (לעיל, הערה 1) 101-102.

24. שם, 102-104.

שאלת האיוון בין שני סוגי הערכים מהווה, כידוע, מוקד לויכוח עקרוני ועמוק בין השופטים ברק ואלון. אין בכוונתי להיכנס כאן לעובי הקורה של התפיסות המשפטיות השונות של השניים. די להזכיר, שברק מציע מודל היררכי, "אנכי", בשני מובנים. ראשית, ישנה אפשרות תיאורטית של התנגשות בין כבוד האדם וחירותו לבין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. במקרה כזה יש להעדיף את הערכים המקדמים יותר את כבוד האדם וחירותו, שכן הכבוד והחירות הם מטרת החוק.<sup>25</sup> שנית, כאשר יש התנגשות לכאורה בין "יהודית" ו"דמוקרטית" תוכנו של הדיבור 'מדינה יהודית' ייקבע על-פי רמת ההפשטה שתינתן לו... רמת הפשטה כה גבוהה, עד שהיא תעלה בקנה אחד עם אופיה הדמוקרטי של המדינה.<sup>26</sup> לעומתו מציע אלון מודל מאוזן, "אופקי", על-פי לא זו בלבד שיש לפרש את המושגים של כבוד האדם וחירותו לפי פיסקת המטרה של החוק (כלומר לא לתת להם מעמד עדיף על פני "ערכיה של מדינת ישראל"), אלא שאת המטרה הכפולה של החוק, עיגון הערכים היהודיים והדמוקרטיים, יש להבין באופן סימטרי, כלומר כשווי משקל. יש על כן למצוא את האיוון בין השניים תוך מתן משקל (ראשוני) שווה לשני סוגי הערכים.<sup>27</sup>

מודל היררכי מן הסוג המוצע על-ידי ברק הוא בלא ספק קל יותר להפעלה, שכן היררכיה מעצם טבעה מהווה הנחיה כללית לפרשנות ולעשיית הדין במקרה הפרטי. ואולם אי אפשר להתעלם מן הקושי להסיק מודל זה מגוסס חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, ומן המלאכותיות של המבנה הפרשני שהשופט ברק נזקק לו בקריאתו את החוק.<sup>28</sup> לעומתו, מבנה האיוון (האופקי) המוצע על-ידי אלון הוא טבעי ומקובל יותר בפרשנות משפטית. ואולם אף הוא מעורר תמיהות: אלון מבין "איוון" כ"סינתזה", וסינתזה כ"מכנה

25. ברק (לעיל, הערה 1) 323-325.

26. א' ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9, 29-30. במקרה של מושג הכבוד, למשל, יצטרך הפירוש לפי ברק להתייחס למושג של חופש ואוטונומיה במובן דומה לזה המוצע על-ידי ג'ון סטיוארט מיל: "כבוד האדם היא החירות של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו" (ברק, לעיל, הערה 19, 319). מובן מאליו שבלתי אפשרי יהיה לפרש בין מושג כבוד זה לבין מושג הכבוד של אלון המזוהה עם צלם אלוהים. לבירור פילוסופי בעברית של מושג הכבוד, ראו י' לוריא, "עניין של כבוד", מידות ורגשות (תשנ"ה) 81.

27. מ' אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט יז (תשנ"ב-תשנ"ג) 659, ובמיוחד סעיף יב.

28. אולי אין זה מקרי, שבכרך השלישי של פרשנות במשפט, שראה אור לאחר מאמרו במשפט וממשל, נזקק ברק פחות לטיעון ההפשטה, הנראה שרירותי ופותר באופן טאוטולוגי כל קונפליקט בין "יהודי" ל"דמוקרטי". ועדיין, התפיסה בדבר קדימות הערכים של כבוד האדם וחירותו לערכיה של מדינת ישראל, בה דבק ברק, נראית לי בעייתית, משום היות הערכים של מדינת ישראל נתפסים במפורש כמטרת החוק, ומשום שהיקלעות ל"מעגל השוטה" שעליו מדבר ברק (בין כבוד האדם וחירותו לבין ערכי מדינת ישראל) הוא לא בלתי-נמנע (אם נפרש את חוק-היסוד כפי שאלון עושה).

משותף". בכך הוא נוקט שיטה מכנית של איזון, שכשיטה כללית עלולה להוביל למסקנות אבסורדיות. אלון בוחן את גישת המסורת היהודית לשאלת האוטאנאזיה,<sup>29</sup> אחר כך את הגישות הרווחות במשפט האמריקני, ולבסוף מהלץ, ממש במובן המתימטי של המלה, את המכנה המשותף. כך, לאחר הדיון הארוך בשתי המסורות המשפטיות והערכיות, המסקנה היא ברורה: במסורת ישראל יש עמדה חד-משמעית, הומוגנית, נגד אוטאנאזיה אקטיבית; במשפט העמים יש מחלוקת וטווח רחב של גישות, מן השמרנית האוסרת ועד הליברלית (ההולנדית) המתירה. סינתזה בין שתי התפיסות "פירושה קבלת המשותף למערכת המשפט העברי והאמריקני בדבר איסור החשת מוות אקטיבית".<sup>30</sup>

חשוב גם להעיר, שבמקרה של תיקי-סוד: כבוד האדם וחירותו הניסוח של "התכלית הדו-ערכית" של החוק היה במפורש תוצר של פשרה אידיאולוגית, שבלעדיה לא היה מושג בכנסת רוב להוק. על-פי גישות רבות בתורת המשפט אין השופט כפוף במלאכת הפרשנות שלו לנסיבות הפוליטיות או הקואליציוניות שהובילו לניסוח החוק (אף כי הוא רשאי להיעזר בהן). ואולם, אלון עצמו מסתמך על דברי יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט בעת הבאת החוק לקריאה סופית בכנסת, באומרו שרק ב"הסכמה רחבה של כל

29. אני מעדיף להשתמש במלה הלועזית אוטאנאזיה (euthanasia) על פני מקבילתה בעברית "המתת הסד", שכן היא פחות טעינה מבהינה ערכית. אוטאנאזיה פירושה המילולי מוות טוב, או "מיתה קלה". "המתת הסד" הוא מונח מטעה, מבחינה זו, שלעתים אנו רואים באוטאנאזיה זכות של החולה ולא הסד של הרופא, וכמו כן ישנן, כפי שנפרט בהמשך, פרוצדורות של אוטאנאזיה פסיבית (על דרך של "שב ואל תעשה"), שקשה לראותן כצורה של המתה (שהוא שם פעולה אקטיבי).

30. עניין שפר (לעיל, הערה 1) 168. לניסוח רעיון המכנה המשותף כביטוי לשיטת הסינתזה, ראו שם, 167-168, אלון (לעיל, הערה 26) 687. רעיון המכנה המשותף כיצירת סינתזה הוא בעייתי, שכן תלוי באיזה כיוון באתרים איתו: ניתן להתחיל במסורת היהודית, לקבוע את ערכי היסוד הרלוואנטיים בה, ואז לבחון אם ישנם ערכים (מבין כל הערכים המגוונים) במסורת הדמוקרטית המתיישבים עם ערכי יסוד אלה. באותה מידה ניתן לכתב בדרך ההפוכה (ולהשיג תוצאות שונות בתכלית). לכך התכוונתי במסקנות אבסורדיות העלולות לנבוע משיטת סינתזה זו. בכל מקרה, אלון עצמו "מסגיר" את ההטיה שלו למערכת היהודית (כלומר להפעלת הסינתזה בדרך הראשונה בין השתיים דלעיל), כאשר הוא אומר, שלמושגי הצדק החירות וכבוד האדם ניתנו בעבר גם פירושים מעוותים, ואילו ערכי היסוד של מסורת ישראל (כבוד האדם שנברא בצלם, קדושת חייו ומניעת סבלו) "הם הבטוהה והערובה הנכונות ליישומה הנכון והראוי של הסינתזה של ערכים יהודיים ודמוקרטיים" (עניין שפר (לעיל, הערה 1) 170). כלומר בסופו של דבר הסינתזה אינה עניין מכני, ומודל האיזון הוא היררכי גם לפי אלון. אך במקרה זה הוא טוב הופך לעניין של מחלוקת אידיאולוגית כללית, דבר המונע ממנו להוות בסיס הוגן לפיתרון בעיה פרטיקולרית מסוג שפר. במלים אחרות, הרעיון של שיטה נייטרלית לאיזון, הנשענת על מושג מתימטי של מכנה משותף (שאינו נותן העדפה כלשהי לאף איבר מן האיברים המושוים), מתברר כרווי-ערך, כמוטה מראש בכיוון של אחת המערכות המושוות.

סיעות הבית" היה ניתן להעביר את החוק. מדובר, אם כן, בחוק המבוסס על פשרה אידיאולוגית, ונשאלת השאלה כיצד זו צריכה להיתרגם במעשה האיזון של השופט בהחילו את החוק. האם האיזון צריך להתבסס על פשרה, כלומר על ניסיון לספק באופן חלקי כל אחד מן הצדדים (או מערכות הערכים)? או שמא, בניגוד למלאכת החקיקה, שהפשרה יאה לה בגין היותה ניסוח של נורמות כלליות להתנהגות חברתית, מלאכת השיפוט חייבת לאזן שיקולים מנוגדים בצורה העושה צדק עם המקרה הפרטי, כלומר קובעת ישירות מהם הערכים כבדי המשקל יותר במקרה הנתון? שיטתו של אלון, המבוססת על סינתזה מכנית (מציאת המכנה המשותף) קרובה יותר לרעיון הפשרה (אף כי זו עשויה להיות "פשרה מוטית"), בגסותה לספק ולו באופן חלקי את שני אגפי הקונפליקט הערכי. בכך, דומני, שוב מעיד פסק־דין שפר על נטייתו של השופט אלון להעדיף את נקודת הראות הכוללת של אופן הפרשנות הכללית של חוקי־היסוד על פני פיתרון המקרה הפרטי.

כמו כן, מצטט אלון את דברי יושב־ראש ועדת חוקה חוק ומשפט בכנסת, שאמר: "החוק מגדיר כמה מחירויות היסוד של הפרט, שאף לא אחת מהן עומדת בסתירה למורשת ישראל". הדברים יפים אולי לנאום בכנסת, ואולם בית־המשפט היה ער לכך, גם בפרשת שפר, שישנו מתח, ניגוד ואף סתירה בין חירויות היסוד של הפרט למורשת ישראל, לפחות במקרים מסוימים (כגון אותאנאזיה) ותחת פרשנות מסוימת. שיטת האיזון של אלון רומזת כאן במובלע לעיקרון הפרשני האומר, שיש לפרש תמיד את חירויות היסוד של הפרט בצורה שלא תסתור את ערכי מורשת ישראל. אך הלא זו אינה אלא תמונת הראי של שיטת ברק, הדורשת לפרש את ערכיה היהודיים של מדינת ישראל תמיד ברמת הפשטה כזו, שלא תסתור את ערכיה הדמוקרטיים:

## 1. מעבר לכבוד ולחירות

בעיית הסינתזה בין ערכים דמוקרטיים וערכים יהודיים בהקשר של פרשת שפר נובעת מהפער הבלתי ניתן לגישור בין שתי תפיסות ערכיות שונות לגבי מקור ערכם של החיים. התפיסה הדמוקרטית־ליברלית (ואני מניח שהדיון על ערכים דמוקרטיים בחוקי־היסוד שלפנינו קשור בגירסה הליברלית של "דמוקרטיה") מעגנת את ערך החיים בראש ובראשונה באינטרס של האדם לחיותם, ומכאן בזכותו עליהם ובאוטונומיה שלו לקבוע אם ומתי הם פוסקים מלהיות ערך. זו תפיסה הנשענת על השקפה פילוסופית ספקנית ביחס לאפשרות לבסס את החיים כערך "אימפרסונלי", בלתי תלוי בפרט, בעיקר מן הטעם התיאורטי, שערכים בכלל יש להם קיום רק ביחס לחיים אנושיים (וממילא לא ניתן מבחינה לוגית ליחס להם עצמם ערך בלתי תלוי).<sup>31</sup> לעומת זאת, גישת היהדות, וכך היא

31. להבהרת עמדה זו ראו ד' הד, אתיקה ורפואה (תש"ן) פרק ג, וד' הד, "טעם החיים", החיים: מהות וערך (תשנ"א) 94. ניסיון מעניין ומעמיק, אף כי לדעתי בלתי מוצלח בסופו של דבר, לבסס באופן אימפרסונלי ועם זאת "חילוני" את הערך של החיים, נעשה בעת האחרונה על־ידי R.M. Dworkin, *Life's Dominion: An Argument About Abortion and Euthanasia*, and Individual Freedom (New York, 1993) chap. 3.

גם משתקפת בדברי אלון, מעניקה לחיים מעמד של קדושה, ומעגנת את ערכם במושג של "צלם אלהים", שהוא בלתי תלוי באינטרס, רצון, או בזכות אנושית כלשהי. למרות שאין איוון בין ערך החיים עצמם לאיכות החיים, יש מקום לאונו כנגד ייסורים וסבל (וביתן להקשות כיצד אפילו ייסורים יכולים לאון את הערך האבסולוטי-קדוש של החיים עצמם). ואולם גם באיוון זה לא נכנס כל גורם של רצון או משאלה (לא של הסובייקט עצמו, ולא – כבמקרה של הקטינה, יעל שפר – של אפוטרופוס המייצג אותו). הגישה המקופלת במושג קדושת החיים (הן במשמעותו הדתית-מילולית, והן במשמעותו החילונית-מטאפורית) מעוגנת עמוק בתרבות האנושית, וכמובן ניתן להעמיד עליה את ההנמקה לדחיית הבקשה שלא להאריך חיים של חולה סופני. אך מנגנון ההכרעה בין הערכים המנוגדים שעליהם השופט אמור להתחיל בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך להיות זה של איוון כמובנו המקורי, קרי, העדפה של המשקל היחסי של ערך אחד על פני ערך אחר. איוון כסינתזה אינו מן האפשר בין שתי תפיסות בלתי מתיישבות ("אינקומנסורביליות") כמו השתיים בדבר ערך החיים. וסינתזה מכנית מן הסוג של מכנה משותף אינה עושה צדק למערכת הערכים הדמוקרטית, שכן היא תופסת ערכים מסוימים בה כהלשים יותר בגין עצם היותם נתונים במחלוקת! הכשל המתודי הטמון בשיטת איוון כזו טמון, אם כן, במתן משקל רב יותר, אפרורי, לאותו ערך המשתייך למערכת הומוגנית, או מנווליתית יותר – במקרה זה, היהודית. והרי באותה מידה יכולים אלה המחויבים למערכת הדמוקרטית לטעון שיש להעדיף אפרורי ערך המשתייך למערכת הטרונגנית, פתחה לביקורת, שבה שוררת מחלוקת. מבלי להביע עמדה לגופו של עניין, שיטת האיוון צריכה להעמיד זה מול זה ערכים המצויים בקונפליקט ולהכריע ביניהם באופן שאינו תלוי בתפיסה מוקדמת לגבי מידת לכידותה של המערכת הכוללת אליה הם משתייכים.

כך, מעבר לבעיה הפרוצדורלית של השימוש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בהנמקת החלטה שניתנה קודם לחקיקתו, ישנה בעיה מהותית הקשורה בקושי ליישמו על המקרה שלפנינו. שני המושגים של חירות וכבוד אינם רלוואנטיים למקרה. במקרה של קטינה בת שנתיים, לא קבלת הבקשה שלא לחברה למכשירים ולא דחייתה יכולות להיחשב לפגיעה או לכיבוד חירותה. אלון עצמו מציין, שנותרים אנו עם החיים, הגוף והכבוד, שעל שלושם מצווה חוק-היסוד להגן. אך הוא בוחר להתרכז בכבוד, בהנחה ש"ערכי העל של חיי אדם והגנה על גופו לכאורה מובנים ופשוטים הם".<sup>32</sup> כבוד, מפרש אלון, הוא ביוש או ביווי "צלם האלוקים שבאדם". ואולם, לא ברור כלל ועיקר כיצד אי-חיבורה של חולה סופנית למכשירים מאריכי חיים הוא בגדר ביווי צלם האלוהים שלה, למרות שלכאורה יש בו משום פגיעה בחייה. אכן, האיסור על "המתת חסד" במסורת היהודית נשען לעתים קרובות על האיסור על פגיעה בצלם אלוהים, אך לא כל פגיעה היא בגדר ביווי או ביוש, ולכן יש להבחין בין פגיעה בחיים לבין פגיעה בכבוד. קשה להבין כיצד יכול אלון לקבוע, ש"בין מותו של אדם לכבודו של אדם סתירה יש",<sup>33</sup> שכן זהו החיים עם הכבוד (כפי

32. עניין שפר (לעיל, הערה 1) 102.

33. שם, 172.



שהצבענו כבר במקרה של דו־המשמעות של השימוש של אלון במושג "צלם אלוהים" אינו עושה צדק עם האפשרות של חיים של השפלה מצד אחד ומוות בכבוד מצד שני.<sup>34</sup> דומה, לכן, שסוגיית האותאנאזיה במקרה שפר חורגת מעבר לחירות ולכבוד.<sup>35</sup> עניינה היחס לחיים ככאלה. בניגוד לאותאנאזיה "וולונטרית" (של חולה בגיר המבקש נפשו למות), אין כאן שאלה של חירות (או אוטונומיה). ובניגוד לכפיית טיפול רפואי דוגמת חוקן,<sup>36</sup> אין כאן שאלה של כבוד. שיקולי אוטונומיה מן הסוג של כפיית טיפול על אדם (כמו במקרה Jacobson, או קבלת עירוי דם על־ידי בן לכת עדי יהוה),<sup>37</sup> אינם מלמדים דבר על הראוי במקרה שפר. השאלה היחידה במקרה זה היא, האם מותר לפגוע בחיים על־ידי הימנעות מנקיטת צעדים רפואיים מסוימים. ולשם בירור שאלה זו יש לאון בין הערך של החיים כשלעצמם ("הגר הבוער" בלשונו של אלון) לבין חוסר התוחלת והסבל הכרוכים בחיים כאלה, זוהי הכרעה קשה ביותר, ואין דרך משפטית פשוטה לפותרה. דווקא משום שמדובר בבעיה שהיא מטאפיזית במובהק, צדק אולי בית־המשפט המחוזי בהימנעותו מלהכריע בשאלה באופן ישיר, ובהליכתו בדרך העקיפה של הכרעה על־פי השאלה של זכות העמידה של האפוסטרופוסים).

## ז. שיקולים נסיבתיים

מעבר לשאלות העקרונתיות ברמה הפרוצדורלית של ההנמקה הרטרואקטיבית ושל השימוש בחוק־יסוד שאיננו רלוואנטי ישירות למקרה, מעלה פסק־דין שפר כמה קושיות שניתן לכנותן נסיבתיות. ראשית, השופט אלון טורח להדגיש את ההבחנה בין אותאנאזיה אקטיבית לפסיבית ואת האיסור הגמור על הראשונה במסורת ישראל. על בסיס הבחנה ואיסור אלה הוא בונה את "הסינתזה" בין ערכים יהודיים לערכים דמוקרטיים, כאשר הוא מציין, שרבות מן השיטות המשפטיות במערב דוחות אף הן את האותאנאזיה האקטיבית ("הפיתרון ההולנדי" הוא ללא ספק, לפחות לפי שעה, חריג). ואולם מקרה שפר אינו

34. תמיהה דומה מעלה בקצרה יהודית קרפ ביחס לזיהוי בין כבוד לבין חיים, ומקשה על המקום הנותר למלאכת האיוון בין השניים: "קרפ, 'מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו', משפטים כה (תשנ"ה) 135, הערה 26.

35. שאלתי את השם למאמר זה מכותרת ספרו המפורסם של הפסיכולוג הביהייביווריסטי האמריקני סקינר (Skinner), למרות שאינני מקבל את הניתוח ההתנהגותני שהוא מציע למושגי החירות והכבוד. אך דימני שבהבחנה שלו על הקיבעון המודרני בנוגע למושגי החירות והכבוד יש טעם לא מבוטל: "אחת מן הבעיות הקשות של האינדיבידואליזם [המודרני], שרק לעתים רחוקות מכירים בה ככזו, היא המוות: הגורל שאין־מנוס־מפניו של היחיד, ההסתערות הסופית על חירות וכבוד." ב' פ' סקינר, מעבר לחירות ולכבוד (תשל"ג) 155.

36. עניין שפר (לעיל, הערה 1) 117.

37. שם, 151.

מקרה של אותנאזיה אקטיבית. הבקשה לפסק־דין הצהרתי מכוונת להשיג אישור להימנע מלהכר את הילדה למכשירים רפואיים, כלומר נסובה על מחדל ולא על פעולה. במובן זה מדובר במקרה של "המתת־חסד" פסיבית, של אי נקיטה בפעולות (אולי "יוצאות דופן") העשויות להאריך חיים של חולה סופני. על הקטיגוריה של אותנאזיה פסיבית, מודה אלון, ישנה מחלוקת גם במסורת ישראל (החל מפסיקת הרמ"א), וממילא אין שיטת הסינתזיה (דהיינו, מציאת המכנה המשותף לשתי מערכות הערכים) מביאה למסקנה חד־משמעית.<sup>38</sup> כך, ניתן למצוא בקלות מכנה משותף בין מסורת ישראל למוסר הכללי הן לאיסור על אותנאזיה פסיבית והן להתרתה. והרי זו השאלה בפרשת שפר.

שנית, כפי שהיטיב כבר להעיר ליאון שלף במאמרו, הבקשה המקורית של האם מבית־המשפט לא היתה להפסיק את חיי בתה עתה, אלא רק אם וכאשר יוחמר מצבה והיא תאולץ להתחבר למכשיר הנשמה ולעירוי. לכן טענתו של אלון, כי ברגע זה (בשעת הדיון בבית־המשפט) הילדה אינה סובלת ואינה מושפלת, אף כי כנראה היתה נכונה, אינה נוגעת לעתירה. קרוב לוודאי, שאילו היה נוצר מצב בו היה הכרח להכרז להכר את התינוקת למכשירים, ניתן לומר שהיא היתה סובלת, ואליבא דאלון עצמו, סבל זה הופך לשיקול רלוואנטי בהכרעה האם להאריך את חייה, אפילו לפי "ערכי היהדות", ובוודאי אם הדרך למנוע סבל זה היא "פסיבית" (מחדל) ולא "אקטיבית" (פעולת המתה ישירה). במלים אחרות: הצירוף של שני הגורמים הנסיבתיים – השיטה הפסיבית של "המתה" והסבל של החולה – הוא בדיוק זה המצדיק, לפחות במקרים מסוימים, להיעתר לבקשה מסוג בקשתה של יעל שפר, אפילו מנקודת מבטם של ערכי היהדות!

שלישית, אם נתבונן בנסיבות הספציפיות של מקרה שפר נראה, שאין הן מעוררות כלל את שאלת החובה להתרפא או העדר הזכות לסרב לקבל טיפול, עליה, בין השאר, מסתמך אלון בפסק־דינו. המיוחד והטראגי בפרשת שפר טמון בדיוק בהחלטה כיצד לנהוג בחולה שאפסו כל סיכוייו להירפא. במובן זה, לא עמדת הרב<sup>39</sup> ולא מקרה קורטאס<sup>40</sup> העוסקים בכפיית טיפול נגד רצונו של אדם, רלוואנטיים לעניין שפר. כמו כן, אין אלה נסיבות שההכרעה בהן יכולה להסתמך על העיקרון של "ואהבת לרעך כמוך" או "כלל הזהב"<sup>41</sup> שהרי בדיוק על כך נסובה המחלוקת: האם האהבה לחולה פירושה הימנעות

38. ראו גם ל' שלף, "בין קדושת החיים לכבוד האדם" (לעיל, הערה 15) 232 ואילך. שלף אף הוא מבקר את אלון על השימוש הלא־רלוואנטי בהבחנה בין אותנאזיה אקטיבית ופסיבית, אף כי לאו דווקא בהקשר של שיטת הסינתזיה שלו. כשלף כך גם אני מטיל ספק בחשיבות המוסרית של ההבחנה בין אותנאזיה אקטיבית לפסיבית, אך מה שחשוב יותר הוא, שאלון עצמו מספק את הטעם שלא להזיק להבחנה, כאשר הוא מזכיר, שלפי החוק הפלילי גם מחדל המחיש מוות אסור, כאשר הוא כרוך ב"חובה שבדין".

39. שו"ת הרדב"ז, ח"ד, אלף קלה.

40. ע"פ 527,480/85 קורטאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (3) 673; עניין שפר (לעיל, הערה 1) 163 ואילך.

41. שם, 119-122.

מהארכת חייה או שמא הצלתם בכל דרך שהיא. אלון מצטט ממסכת סנהדרין: "ואהבת לרעך כמוך - ברור לו מיתה יפה", אך לא ברור מדוע הוא כה נחרץ בטענה, שרעיון המיתה היפה "אין לו ולא כלום לעניין המושג [המודרני] 'מיתה בכבוד'".<sup>42</sup> שהרי דווקא אם נקבל את פירושו של אלון למושג הכבוד ככזה החורג מעבר לשימור הסטטוס החברתי של האדם,<sup>43</sup> ואף לא נוכל לפרשו כאן כאוטונומיה (שכן מדובר בתינוקת), מה נותר לכבוד בהקשר של מיתה לבד מהתנאים הנוחים ביותר האפשריים, כלומר מוות ללא ייסורים?

רביעית, כל הניסיונות לבחון את האותנטיות של ייצוג האינטרסים של החולה על-ידי אפוטרופסו - ניסיונות חשובים כשלעצמם במקרים רבים של "המתת חסד" (Quinlan, Cruzan הנידונים על-ידי אלון),<sup>44</sup> אינם ישימים לפרשת שפר. במקרה של יעל שפר שום פסק-תנאי-נוגד-מציאות ("אילו היתה עתה מסוגלת להביע את רצונה, היתה אומרת...") לא יכול לשמש מפתח לפיתרון בעייתה, שכן בגילה ובמצבה אין היא נטולת יכולת להביע את רצונה אלא היא נטולת רצון כלשהו ביחס לערך חייה. ועל כן, אם להורה (בתור אפוטרופוס) יש מעמד בעתירה הנידונה, הרי אין הוא נגזר מיכולתו העדיפה לייצג את משאלתו של העותר, אלא מבוסס על מעמדו (המוכר בחוק בהקשרים חינוכיים רבים) כמעצב הרצונות והמשאלות של ילדיו.<sup>45</sup>

## ח. סיכום

מאמר זה לא בא לבקר את הכרעתו של בית-המשפט בעניין שפר לגופה. כל כוונתו היתה להצביע על הקושי הכפול שבשימוש המרכזי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הנעשה בפסק-הדין. חוק-היסוד הוא בלתי רלוואנטי לגימוקי ההחלטה הן בגין היותו מאוחר להחלטה בזמנו והן בגין היותו בלתי ישים להחלטה בתוכנו. יתרה מזו, האופן בו מיושם החוק על מקרים קשים כשפר מעורר שאלות מתודיות לא-פתורות בנוגע לשיטת האיוון הננקטת בפרשנותו, בעיקר בניסיון לסינתזה בין הערכים היהודיים והערכים הדמוקרטיים המהווים חלק ממטרתו המוצהרת.

פסק-הדין המקיף והמלומד כולל התייחסות לטעמים, עקרונות, סכנות וערכים התומכים בצורה משכנעת, אולי אפילו מכרעת, בהחלטה שלא להיעתר לבקשה שלא

42. שם, 128.

43. שם, 102.

44. במקרה שפר אי אפשר לדבר על: "There is no automatic assurance that the view of close family members will necessarily be the same as the patient's would have been had she been confronted with the prospect of her situation while competent"

45. ראו, למשל, סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. לדיון מפורט במעמד מכונן זהות שיש להורים ביחס לילדיהם ראו ספרי D. Heyd, *Genethics: Moral Issues in the Creation of People* (Berkeley, 1992) chap. 6.

לחבר את יעל שפר למכשירים (קדושת החיים, סכנת המדרון החלקלק, בעיית הייצוג החלקי של האפוטרופסים הטבעיים, שאלת מאזן הסבל של החולה). אל אלה מצטרפת שורה של חוקים ותקדימים מן המשפט הפלילי של מדינת ישראל (שהיו נהוגים בעת מתן ההחלטה), אותם מזכיר השופט לקראת סוף פסק-דינו. אולם אלה כולם מועמדים בצלו של הניתוח של חוק-היסוד, שמבהיר היטב את עמדתו הכללית של השופט אלון אך אינו חל על החלטתו בעניין זה.

אך ביסוד הביקורת כולה עומדת השאלה הכללית לגבי תפקידו של בית-המשפט, הלוקת העבודה בינו לבין המחוקק, החשיבות של הקיקה שיפוטית וסכנותיה, כאשר מעל לכל אלה עומדת השאלה, למי נתונה המחויבות הראשונית של השופט – להסדרה נורמטיבית כללית של חיי החברה העתידיים או לעשיית צדק עם מקרה פרטי בהווה, כאשר זה כולל הנמקה אקטואלית של ההכרעה.

כדי לעשות צדק מלא עם נוסחו של פסק-הדין, ראוי אולי לסיים בהצבעה על מודעותו של השופט אלון לראשוניות המקרה הפרטי, בוודאי במקרים קשים בהקשר הרפואי. אלון ממליץ על הקמת ועדות אתיות, בין-תחומיות, שתכרענה במקרים מן הסוג של יעל שפר. פעולתן, אף שתהיה תמיד כפופה לביקורת משפטית, תונחה על-ידי שיקולים פרטניים הנוגעים למקרה הנידון.<sup>46</sup> אלון מבסס את המלצתו על דברים של ר' אליהו, הגאון מווילנא,<sup>47</sup> בן דורו של עמנואל קאנט, שאת דבריו הבאנו בתחילת המאמר. אלה דברים שדמיונם המפתיע לדברי קאנט עשוי לשמש לנו מכנה משותף (בכל זאת!) בין מסורת ישראל למסורת העמים בתורת המשפט:

הדיינים צריכין להיות בקיאים גם בטבעו של עולם בכדי שלא יהיה דין מרומה, דאם לא יהיה בקי בעניינים אף שיהיה בקי בדין תורה, לא יצא אמת לאמיתו, כלומר אף שיפסוק אמת לא יהיה לאמיתו... ולכן צריך הדיין להיות בשניהם בקי... היינו חכם בענייני תורה ופיקח בענייני עולם.<sup>48</sup>

46. עניין שפר (לעיל, הערה 1), 159, 189.

47. שם, 175.

48. פירוש הגר"א, משלי ו, ד.