

הבג"צ בעניין "הפרטת בית הסוהר" – האם אפשר היה לכתוב את פסק הדין

אחרת?

שאל ויסמן*

א. מבוא

ב. שאלת ההפרטה היא שאלה "מוסדית"

ג. פסק הדין כפי שהיה אמור להיות מנוסח לפי ה"משפט הישן"

ד. ה"משפט החדש"

ה. סיכום

א. מבוא

פסק הדין בעניין ההפרטה של בתי הסוהר¹ עוסק בשאלות יסוד בתחום הפילוסופיה של המוסר המדיני ושל המשפט. האם השכיל פסק הדין – כלומר ניסוחו והנמקותיו – להתמודד עם שאלות יסוד אלה? ובפרט, האם אין עוד זכות קיום ל"משפט הישן" – הוא המשפט שראה את תפקידו בזיהוי זכויות ובהגנה עליהן וזו בלבד? האם רק ה"משפט החדש" – המשפט שלמעשה מזהה אינטרסים ומאזנם, ואשר אותו נקט בית המשפט העליון – הוא שאמור לנהל את נורמות התנהגותנו?

ברשימה זאת אטען כי הגישה האחרונה אנרכיסטית ושגויה. חלף זאת, אטען בעד תקפותו של ה"משפט הישן". אטען ש"המשפט הישן", ובעיקר כללי הביקורת הפרוצדוראלית לפי קאנט (דהיינו, הפורמליזם המשפטי (legal formalism)² בהתאמות הנדרשות לתקופה שבה אנו חיים, הם המכשיר המשפטי הברור, הנהיר והמתאים ביותר לביקורת שיפוטית בעלת אופי פילוסופי-מוסרי-משפטי.

פרשה זו של העברת השליטה על חירותם של בני האדם לידי גורמים פרטיים היא, כך אני סבור, המקרה המתאים לבירור שאלה פילוסופית זו. יש בה כדי לשמש מקרה מבחן המדגים כיצד אפשר היה להכריע בעניין הפרטת בתי הסוהר באמצעות הכלים המושגיים שמספק "המשפט הישן". יש בה גם כדי להראות כי "המשפט הישן" מסוגל לשמש כלי ממשי לביקורת שיפוטית ולעשות כן בצורה בהירה ופשוטה, מבלי לערב את השכילה הפוליטית במהותה המאפיינת את זיהוי האינטרסים ואיזונם שב"משפט החדש". לכן לדידי גישתו הריגורזית של קאנט היא גישה לגיטימית להשוואה ולביקורת גם כיום, וייתכן שדווקא היום, כפי שטען גם המלומד מולהולנד³.

* תלמיד לתואר שלישי באוניברסיטת חיפה. אני מודה לפרופ' אהרון ברק, פרופ' דפנה ברק-ארז, פרופ' יוסף גרוס, פרופ' מיגל דויטש, פרופ' יצחק הדרי, פרופ' נילי כהן, פרופ' אסא כשר, פרופ' אשר מעוז וד"ר אסף רנצלר על שקראו טיוטה קודמת של מאמר זה והעירו את הערותיהם.

¹ בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר 19.11.09, אתר בית המשפט העליון (להלן: עניין חטיבת זכויות האדם)

² במהלך ההארה אשתמש באופן מתחלף במונחים ה"משפט הישן", "כללי הביקורת הפרוצדוראלית" או "פורמליזם משפטי". הוראתם של מונחים אלה היא אחת.

³ LESLIE A. MULHOLLAND, KANT'S SYSTEM OF RIGHTS 1 (1990). מולהולנד כותב כי:

הטענה שאציג עומדת נגד טענתם המתריסה של המלומדים סוויט ומתיאוס במאמרם⁴ מהעת האחרונה – מאמר שנכתב כ"רקוויאם" ל"משפט הישן". מאמרם רואה ב"משפט החדש", פרי התפתחות דוקטרינת המידתיות (Proportionality Balancing) ו"עליונות המשפט", את חזות הכול. עמדתם המתריסה התבטאה בכך שלטענתם, חסידי ה"משפט הישן", כמלומד א' פרסמן ואפשר לצרף אליו לדעתי את המלומד א' וינריב, נלחמים קרב מאסף אנכרוניסטי אבוד.⁵ אין זה מפתיע שנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) א' ברק הוא מקוראי המאמר, שכן בכתביו ובפסקי דינו הוא תומך בגישה הדומה לזאת של הכותבים. נגד טענה זאת, אטען שהזנחת פילוסופיה מוסרית ברורה של ציוויים, עקרונות וכללים, ושל יצירת כלים פרוצדוראליים לביקורת שיפוטית קוהרנטית, תביא למצב שבו המשפט יאבד את הלגיטימיות שלו, שכן גם על בית המשפט יאמר "איש הישר בעיניו יעשה".

סדר הדיון יהיה כדלקמן: בחלק הראשון של הרשימה אציג בקצרה את פסק הדין ואת האופן שבו היה צריך לנסח את השאלה שעמדה בו לדיון לפי ה"משפט הישן". בחלק השני אסביר כיצד היה צריך פסק הדין להיכתב לפי ה"משפט הישן". בחלק השלישי אראה כיצד ה"משפט החדש" צמח למעשה תוך ניתוק משורשיו הפילוסופיים של המשפט החוקתי ואף תוך התעלמות מהם וניגוד להם.

ב. שאלת ההפרטה היא שאלה "מוסדת"

השאלה שעמדה לדיון בפני בית המשפט בעניין הפרטת בתי הסוהר, היא שאלת חוקתיותו של החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28) התשס"ד-2004 (להלן – תיקון 28). במסגרת תיקון זה, אשר התפרסם ביום 31.3.2004, התווסף פרק ג'2 לפקודת בתי הסוהר (נוסח חדש), התשל"ב – 1971 (להלן – פקודת בתי הסוהר). פרק חדש זה הסדיר את הקמתו של בית סוהר שיוקם, ינוהל ויופעל על ידי זכיון פרטי.

בית המשפט העליון שישב בהרכב מורחב של תשעה שופטים קיבל את העתירה נגד התיקון וביטל אותו ברוב של שמונה שופטים נגד דעתו החולקת של השופט אדמונד לוי. חוות הדעת העיקרית מבין שופטי הרוב ניתנה על ידי כבוד הנשיאה בייניש. הנשיאה ביניש סברה כי עובדת היותו של מפעיל בית הסוהר זכיון פרטי יוצרת פגיעה נוספת ועצמאית בחירותם האישית של האסירים,⁶ וכן פוגעת בכבוד האדם של האסירים.⁷ משמצאה כי התיקון פוגע בחירות האסירים ובכבודם, בחנה הנשיאה ביניש את עמידתו של תיקון 28 בתנאי פיסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיאה קבעה כי "אין מתקיים יחס ראוי בין התועלת החברתית הצומחת מתיקון 28 לבין הפגיעה בזכויות אדם מוגנות הנגרמת על ידי הוראות התיקון",⁸ ומשכך התיקון אינו מידתי ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

"Political and social philosophers who wish to provide a theory of rights that, as Ronald Dworkin has put it, takes rights seriously, often find themselves driven back to Kant for a moral basis that is adequate for the purpose. Thus, for example, H.L.A. Hart, John Rawls and Robert Nozick."

Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J.

TRANSNAT'L L. 72 (2008) (להלן: סוויט ומתיאוס)

עמדה זאת הביע בפניי סוויט בהתכתבות אישית.

עניין **הטיבת זכויות האדם**, פסקה 33 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

שם, פסקה 39 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

שם, פסקה 55 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

חוות דעת מרכזית נוספת בין שופטי הרוב היא חוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה. השופטת פרוקצ'יה ניתחה את העניין באופן שונה, כשהדגש בחוות דעתה הושם על פוטנציאל הפגיעה המוגבר בזכויות האסירים הנגרם כתוצאה מהעברת הסמכויות לארגון הפועל למטרות רווח. כך יוצא שגם השופטת פרוקצ'יה פונה לבחינת עמידתו של התיקון בתנאי פסקת ההגבלה, וגם היא מגיעה למסקנה כי התיקון אינו עומד במבחן המידתיות הצר שכן:

"... באיזון זה, שהוא ערכי ביסודו, ההטבה עם רווחת האסיר, המלווה באינטרס ציבורי-כלכלי למדינה, הצפויים מהתיקון לחוק, אינם מקהים מעוצמת פוטנציאל הפגיעה באסיר הטמון בו, עקב הפרטת כח-המרות השלטוני, במידה ההופכת פגיעה זו לחוקתית על פי מבחן המידתיות הצר שבפסקת ההגבלה".⁹

הבדלי הגישות בין השופטת פרוקצ'יה לנשיאה ביניש אינם מרכזיים לענייננו. הוא הדין באשר לדגשים שהוספו על ידי יתרת שופטי הרוב. הנקודה החשובה לענייננו היא כי עיקר בחינת חוקתיותו של התיקון נעשית לגישת הכול¹⁰ במסגרת פסקת ההגבלה ובאיזון בין התועלת החברתית שתצמח ממנו לבין הפגיעה בכבוד האדם של האסירים ובחירותם. לדידי בחינה זאת הייתה מוטעית. כפי שאראה לא היה כל מקום לבחון את עניין ההפרטה במסגרת פסקת ההגבלה ולא היה כל מקום לעריכת איזון כלשהו בין כבוד האדם של האסירים וחירותם לתועלת חברתית.

כדי להבין מדוע, אציג תחילה – קודם שאפנה לתיאור האופן שבו היה ראוי היה לפתור את עניין הפרטת בתי הסוהר בהתאם ל"משפט הישן" – כמה מושכלות יסוד שעומדות בבסיס ה"משפט הישן". כמו כן אציג את האופן שבו יש לנסח במונחי ה"משפט הישן" את השאלה שעמדה לדיון בענייננו.

ובכן ה"משפט הישן" רחוק משיח היחסיות והאיזונים פרי פיתוחו של "המשפט החדש". הוא רחוק גם מההרחבה הבלתי מוגבלת של ה"זכויות" – הרחבה בלתי מוגבלת שאחריתה הפיכת הזכויות כולן ליחסיות וריכוז הדיון בפסקת ההגבלה ובאיזון שהוא למעשה איזון בין אינטרסים.¹¹ לעומת כל אלה

⁹ שם, פסקה 49 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
¹⁰ הגם שיש בין שופטי הרוב שהוסיפו על הבחינה לפי פסקת ההגבלה שיקולים נוספים, כגון הפגיעה בעצם האמנה החברתית (ראו עניין **חטיבת זכויות האדם**, פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).
¹¹ עניין יחסיות הזכויות מודגש אצל הנשיא שמגר ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ. מגדל כפר שיתופי ואחר'** מט(4) 221, 335 (1995) (להלן: עניין **בנק המזרחי המאוחד**) שם הוא מצטט את השופט אלון בבבג"צ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח'**, מב (2) 221, 242 שלפיהם:

"כלל גדול בידינו, שכל זכות יסוד אינה אבסולוטית אלא יחסית, וקיומה ושמירתה הם על-ידי מציאת האיזון המתאים בין האינטרסים הלגיטימיים השונים של שני יחידים או של היחיד והציבור, אינטרסים שכולם מעוגנים ומוגנים בדין"

וכן ציטט את דברי פרופ' א' ברק בספרו פרשנות במשפט, שלפיהם:

"זכויות האדם אינן זכויות מוחלטות. אלו זכויות יחסיות המתונות בקיומה של מסגרת חברתית המקיימת אותן. פסקת ההגבלה נותנת ביטוי לאופי החברתי של זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד. זכויות אלה אינן משקיפות על הפרט כאי בודד, הן אינן עוסקות בפרט ביחסיו עם עצמו. זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד משקיפות על הפרט כחלק מהחברה. הן עוסקות בפרט וביחסיו עם זולתו. הן מניחות את קיומם של קשרים הדוקים בין הפרטים. על פי תפיסתה של פסקת ההגבלה, הפרט הוא יצור חברתי. אמת, עצם קיומן של זכויות אדם מניח את קימה של חברה אנושית, שבין הפרטים בה מתקיימים יחסי גומלין. אולם פסקת ההגבלה צועדת צעד נוסף. היא מניחה גם את קיומה של מדינה הצריכה להגשים יעדים לאומיים. היא מבוססת על קיומו של שלטון, אשר נועד לקדם מטרות

"משפט הישן", או שיטת הביקורת הפרוצדוראלית, מציב בסדר היררכי של חשיבות את נשואי ביקורתו, קרי הערכים והזכויות, לפי סדר הצווים המוסריים מהציווי הקטגורי העליון ולמטה ממנו. בהתאם לסדר היררכי זה חייבים הכפופים בסדר לעמוד בחובה המוטלת על ידי סדר גבוה יותר, כאשר הציווי הקטגורי עצמו, כמה שעומד בראש המדרג, גובר על הכול.¹² כך למשל יש להבחין בין זכויות מולדות (Innate Rights) – או ערכים (values) מולדים, כפי שמוטב לכתובם לדידי – לבין זכויות נרכשות (Acquired rights) מכוח הזכויות המולדות לחיים והחירות. בהתאם ישנו מדרג ההיררכי בין הערכים המולדים של "חירות" ו"חיים", השייכים לסדר הראשון, ולבין הזכויות הפרטיות הנרכשות מכוחם, כגון זכויות הקניין, המשתייכות לסדר השני. גישה זו מאפשרת דיון השוואתי ואיזון רק במסגרת אותו הסדר. לעומת זאת, בהתנגשות בין סדרים שונים גובר הסדר הגבוה בהיררכיה. באופן דומה נובע מהמדרג ההיררכי שבתחומי המשפט הפרטי לא ניתן לפגוע בזכות בשם אינטרס.

עם זאת גם במסגרת "המשפט הישן" שונה תחום המשפט הציבורי מתחום המשפט הפרטי. שוני זה מתבטא בכך שבמסגרת המשפט הציבורי הרשות היא בעלת הכוח המוסדי לפגוע בזכויות למרות היותן מוחלטות, וזאת בשם צורך ציבורי (או אם תמצי לומר, תכלית ראויה).¹³ יוצא אפוא שגם לגישת "המשפט הישן" מוחלטות של הזכויות והחירויות אין משמעותה שאלה חסינים מפגיעה וביניהם אכן יכולה להיות גם היררכיה של העדפות במדרג מוסרי כאשר מופרת החובה שלא לפגוע באותם ערכים.

לאומיות. היא יוצאת מההנחה שכוח השלטון הנתון למדינה הוא חיוני לקיומה ולקיום זכויות האדם עצמן. פסקת ההגבלה משקפת פשרה לאומית בין כוח המדינה לבין זכות הפרט "א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ג, 475 (תשנ"ד)

אלא שהשאלה מה הוא העיקר ומה החריג בחוק היסוד: האם עניין ההגנה על הזכויות הוא העיקר ופסקת ההגבלה היא החריג או שמא פסקת ההגבלה היא העיקר ושמירת הזכויות היא החריג. זו מהות השוני בין "המשפט הישן" ל"משפט לחדש". השאלה אינה קיומה של יחסיות בין מושגים באותו מדרג, אלא כאשר יש שונות במדרג. במקרה כזה המושג שנמצא עליון במדרג הוא מוחלט על פי כל גישה אתית לתורת המוסר. כך למעשה מערב הנשיא שמגר מין בשאינו מינו. אינטרס נחות תמיד מזכות, וההגנה עליה בחוק היסוד היא מוחלטת, במידה והפגיעה אינה מידתית. וזאת לפי לשונה הברור של "פיסקת ההגבלה", אין פירוש אפשרי אחר. לעומת זאת, האינטרס של המדינה (התכלית הראויה) גובר תמיד, ואיננו בר איזון. תפקידו של "המשפט החוקתי" כאשר הפגיעה נדרשת לתכלית ראויה, וזו הפררוגטיבה הייחודית לשלטון, בתחום המשפט הציבורי. הפגיעה בזכות רק במידה שהיא בלתי מידתית תקים אחריות מוחלטת לפגיעה (על פי עקרונות הצדק המתקן) כגון על ידי פיצוי הוגן, כפי שמתארת זו השופטת דורנר בע"א 5546/97 **הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן**, פ"ד נה(4) 629, 642-643 (2001). ראו שאלו ויסמן "מגמות חדשות בפסיקה לאור פרשת פוליון נדל"ן בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות" **מקרקעין** 3/23, 32 (2007) (להלן: פוליון נדל"ן) מול הערות שוליים 14-16. כך למשל בתחום תורת המוסר מבהירים המלומד רולס והמלומדת הרמן את עקרון החובה ההיררכית לפי המלומד עמנואל קאנט:

"... the moral worth of our action or from the purity of our character as long as two conditions are met. They are: that when a question of *duty* is involved, we decide the case entirely by consideration of duty, leaving aside all reason of *interest* and *inclination*..." - JOHN RAWLS. LECTURES ON THE HISTORY OF MORAL PHILOSOPHY, 224 (Edited by Barbara. Herman, 2000) (emphasis added-S.W)

יש להיזהר בשימוש במונח אינטרס ציבורי שכן בהקשר זה אין לכך הפירוש הרגיל של אינטרס אלא של מה שקרוי "הצורך הציבורי" או "התכלית הראויה". המשפט הציבורי בשונה מהמשפט הפרטי הוא היחיד שאינו מעמיד זכות מול זכות מאותו סדר אלא שהוא מעמיד אינטרס ציבורי מול זכות הפרט. אינטרס ציבורי יש בו להכריע גם נגד זכות מוחלטת עוד לפי משנתם של בלקסטון, גרוטיוס, ופונדורף, כפי שמתאר זאת הנשיא אגרנט, בע"א 216/66 **עיריית תל-אביב-יפו נ' אבו דאיה**, פ"ד כ(4) 522, 546 (1966). לעניין זה כבר התייחסתי במאמרי הקודמים: פוליון נדל"ן, לעיל הערה 11, עמ' 34 וגם במאמרי שיצא לאחרונה בעניין "צדק חלוקתי" ו"צדק עלוקתי" ומה שביניהם "מקרקעין" ט/1 42,41 (2010) (להלן: "צדק חלוקתי" ו"צדק עלוקתי"). ראו לעניין זה גם הדיון שעורך השופט חשין בבג"צ 4146/95 **עזבון המנוחה לילי דנקנר נ. מנהל רשות העתיקות**, פ"ד נב(4) 774, 793 (1998). באותו עניין מקיים השופט חשין דיון הופלדיאני שבו הוא משווה בין רמת הזכויות ועוצמתן, לבין מידת הפגיעה בהם בשם האינטרס הציבורי. ככל ש"הזכות חזקה יותר" האינטרס הציבורי אמור להיות חזק יותר ומשכנע יותר כדי להצדיק את הפגיעה בה.

המשפט החוקתי נועד למנוע שימוש בכוח מוסדי זה באופן שרירותי מבלי לתת הגנות נאותות לאותן חירויות וזכויות מוגנות. כך, מיום היוולדו של מוסד הביקורת השיפוטית עוד מפרשת "מרבורי"¹⁴, נוצר מתח מקיאוויליאני בין הרצון או הצורך של הרשות (או אם תמצי לומר "הנסיך" במונחים מקיאוויליאניים) לפגוע בחירויות או זכויות לצורך קידום אינטרסים ציבוריים, לבין המערכת המשפטית הביקורתית העומדת על הגנת אותן חירויות וזכויות יסוד. ככל שאפשר אפוא לדבר על "איזונים" במסגרת "המשפט הישן", הרי שעסקינן במערכת האיזונים והבלמים שבין רשויות השלטון, ועל זאת בלבד.¹⁵

במסגרת מושגית זאת, של ה"משפט הישן",¹⁶ שאלת ההפרטה של בתי הסוהר היא למעשה שאלה מוסדית. במילים אחרות השאלה היא אם אפשר פשוטו כמשמעו להפריט את כוח השיטור המוסדי, ה-*police power*. הפרטה זו היא העברת הכוח המוסדי לפגוע בזכויות מהציבור אל הפרט, כשההצדקה לכך היא שהוא ינהל אותם ביעילות ובכך המדינה למעשה תעמוד בחובתה לפעול ביעילות חברתית, לתועלת החברה כולה (*social utility*). כפי שנראה, כוח מוסדי זה אי אפשר להפריטו לטעמי גם לפי עמדותיהם של מלומדים ליבראליים קיצוניים, המצדדים בשוק חופשי, ובאי התערבות בשוק או התערבות מינימאלית בו. שאלת ההפרטה משיקולים כלכליים של הכוח לפגוע בחירות ושל החובה לשמור על כבוד האדם, אין לה ולא כלום עם "המשפט החדש". אין זו שאלה של מידתיות, ואף לא של איזון בין ערכים מאותו סדר המתנגשים ביניהם. במילים אחרות, אין ענייננו כאן, כפי שניסח זאת בית המשפט, בשאלה אם הפגיעה בכבוד האדם או בחירות היא מידתית ביחס לתכלית הכלכלית.¹⁷

ג. פסק הדין כפי שהיה אמור להיות מנוסח לפי ה"משפט הישן"

כעת משהעמדנו על מכונה את השאלה כפי שהיה ראוי לנסחה במונחי ה"משפט הישן" נפנה לאופן שבו היה אמור להיות מנוסח פסק הדין. את פסק הדין לשיטתו של ה"משפט הישן" אפשר היה לסכם במשפט מורכב אחד: החירות ניתנת לשלילה כאשר מופרת החובה שלא לפגוע בחירותו של האחר; כאשר מופרת החובה

¹⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

¹⁵ בהקשר זה ראוי לציין כי לדידי המשפט הציבורי וסמכויות הביקורת שהוא מקנה אמורים לשכון בערכאות שעניינן המשפט הציבורי. במשפט הישראלי אלה הם בית המשפט הגבוה לצדק ובתי הדין המנהליים. זאת משום שהעדפת ערך זה על אחר, כאשר ערכים מתנגשים בתחום המשפט הציבורי, וקביעת הדרך הפורמאלית לדירוג העדפה זו או אחרת, הוא עניינו של המשפט הציבורי, ושלו בלבד. לדידי, כפי שהכוח של המשפט הציבורי אינו ניתן להפרטה (כפי שאטען בהמשך) כך גם סמכות הביקורת השיפוטית המוסדית על החלטות המחוקק והרשות המבצעת איננה ניתנת ל"הפרטה". עם זאת שאלת תיקון הפגיעה, כלומר שאלת מידת ערך הפגיעה חייבת להיעשות בתחום המשפט הפרטי כשני צדדים שווים למחלוקת בינינו או החוזים.

¹⁶ פרופ' דפנה ברק-ארז תהתה אם ה"משפט הישן" (הפורמאליסטי) עמד אי פעם על כנו, במשפט הישראלי, או שמא מדובר באידיאל שאף פעם לא היה קיים מלבד במוחם של כמה אנשים גדולים ומלומדים. אני סבור בכל הכבוד כי "המשפט הישן" נהג בשיטת המשפט הישראלי מאז ומעולם. אפשר למצוא את ביטוי בפסק דין **אבו דאיה**, לעיל הערה 13, עמ' 533-546, ובע"פ 91/51 **פודמסקי נ' היועהמ"ש**, פ"ד ו 341, 354-359 (1952). פסיקה בהתאם למשפט הישן אפשר לראות גם בעניין **הולצמן** לעיל הערה 11, עמ' 642-643 (וראו גם מאמרי "צדק חלוקתי" ו"צדק עלוקתי", לעיל הערה 13, עמ' 32 שבו הצבעתי על כך שהשופט דורנר אימצה בפסיקתה בעניין **הולצמן** את הגישה הפורמליסטית) ומעבר לכל אלה, על פי ה"משפט הישן" מנוסח חוק היסוד, ואי אפשר לפרשו אחרת.

פרופ' דפנה ברק-ארז גם הצביעה על כך שבסופו של חשבון גם לגישתי מוצדקת התוצאה אליה הגיעה בית המשפט, כך שפסק הדין הוא רדיקאלי פחות ממה שסבורים מבקרי. נכון הדבר שגם לגישתי השורה התחתונה של פסק הדין נכונה, עם זאת, ההנמקה אינה עניין של מה בכך. כפי שהעיר פרופ' אשר מעוז בהערותיו לרשימה זאת, בבוחרו לנמק את התוצאה בדרך שבחר ובבוחרו ב"משפט החדש" הרחיב בית המשפט את מוטת כנפיו (מעבר לתפקידו האינסטרומנטאלי לאכוף חוקים ולנהוג ללא הטיות משאבים מכוונת תוך מתן בכורה ל"אינטרס הציבורי"-*singling out*), חדר המשפט לתחומיהן של רשויות אחרות, פגע בוודאות המשפטית, וחשף עצמו להאשמה בנטייה אידיאולוגית ערכית סובייקטיבית בעלת גוון פוליטי שנוי במחלוקת גם בתורת המוסר של המשפט.

¹⁷ ראו למשל הבחינה שעושה כבי הנשיאה בינינו החל מפסקה 44 לעניין **חטיבת זכויות האדם**.

והמפר נושא באחריות לפגיעה בחירותו של האחר, בידי המדינה הכוח (Police power) לשלול או להגביל חירותו של מפר החובה הזו; שלילת החירות איננה מקנה למדינה גם את הכוח לפגוע בכבודו של מפר החובה גם משחירותו נשללה או הוגבלה; כבוד האדם מחייב כי כוח זה אי אפשר להמחותו. זו היא בתמצית גישתו של קאנט וממנה נובע בהכרח שאין רשות להפריט את הכוח המוסדי של המדינה. נרחיב מעט בפילוסופיית המשפט של קאנט כדי להבין כיצד נובעת ממנה הטענה האחרונה שלפיה הכוח המוסדי של המדינה אינו ניתן להמחאה לאדם פרטי. קאנט גוזר את שיטתו מהעיקרון האוניברסאלי של הזכות. בהתאם לעיקרון אנליטי זה המנתח את מושג הזכות:

"Any action is right if it can coexist with everyone's freedom in accordance with a universal law"¹⁸

חירות לענייננו מוגדרת על ידי קאנט כ:

"independence from being constrained by another's choice"¹⁹

על בסיס העיקרון האוניברסאלי של הזכות גוזר קאנט את הזכות המולדת של אדם על גופו, כמו גם נותן הסבר לזכויות נרכשות כזכויות הקנייניות וזכויות חוזיות. אלא שקאנט מצביע על שלוש בעיות המתעוררות במצב הטבעי (הקדם-חוקי) המחייבות את המעבר למצב החוקי (rightful condition). המלומד ארתור ריפשטיין מסביר בספרו את שלוש הבעיות הכרוכות במצב הטבעי, והן: בעיית רכישת הזכויות, בעיית האכיפה, ובעיית האי-בהירות (indeterminacy).²⁰ עניינן של שלוש הבעיות הוא למעשה אחד, והוא שבמצב הטבעי כל מעשה של רכישת זכויות, אכיפתן או בירורן הוא מעשה חד-צדדי, ולפיכך עומד בניגוד לחירות שהוגדרה כאמור כעצמאות מבחירה של אחר. כפי שמסביר ריפשטיין את עמדת קאנט:

"The three defects are distinct, but have a parallel structure: nobody is under any obligation to defer to the deeds, claims, or judgments of others, unless appropriate institutions are in place"²¹

המעבר למצב החוקי אמור לענות על שלוש הבעיות המתעוררות במצב הטבעי, וכל אחת משלוש הרשויות מקבילה לאחת מהבעיות הנזכרות. כך הרשות המחוקקת מגדירה דרכים לגיטימיות לרכישת זכויות,

¹⁸ IMMANUAL KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS, 24 (translated and edited by Mary Gregor, Cambridge: Cambridge University Press 1996)

¹⁹ שם, עמ' 30.

²⁰ ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY, 145-182 (2009)

²¹ שם, עמ' 147.

הרשות המבצעת מופקדת על האכיפה, ואילו הרשות השופטת עניינה בבעיית האי-בהירות. רשויות אלה פותרות את בעייתה החד-צדדיות הכרוכה במצב הטבעי, משום שהן מבטאות את הרצון הכללי ופועלות בשמו. אמנם נכון הדבר כי רשויות אלה מורכבות מאנשים פרטיים, אך בפועלם בכשירותיהם השונות הם פועלים בשם הרצון הכללי. כפי שמסביר ריפשטיין:

"An official is permitted only to act for the purposes defined by that mandate. The concept of an official role thus introduces a distinction between the mandate created by the office and the private purposes of the officeholder. That distinction shows what it is for laws rather than people to rule, even though the actual ruling is done by people."²²

מדברים אלה אפשר להבין אל נקל מדוע המדינה אינה רשאית להמחות את כוחה המוסדי – בענייננו סמכות ביצוע העונש – לאדם פרטי. לאדם פרטי, אם יומחה לו כוח המדינה, יש מלוא הזכות לכלכל את צעדיו במטרה למקסם את התועלת מהשקעתו. בפועל כך מבטל הוא את האבחנה שיוצר התפקידים והכשירותים השונות במסגרת המדינה בין מטרותיהם הפרטיות של בעלי התפקידים לבין פעולתם במסגרת התפקיד, שעליה עמד ריפשטיין בדברים לעיל, ושב ומכפיך אדם אחד לבחירותיו החד-צדדיות של אחר. ניגוד עניינים זה איננו איפוא שאלה של יחסיות הערכים או מוחלטות או אי מוחלטות של הזכויות או שאלה של מידתיות. ניגוד עניינים זה הוא מעיקרו פסול ולא רק ניתן לפסילה. בהתאם לדוקטרינת הזכויות של קאנט אי אפשר אפוא להמחות את כוחה המוסדי של המדינה לאדם פרטי.²³

את דוקטרינת הזכויות של קאנט אפשר לגזור מהציווי הקטגורי של קאנט,²⁴ שכבוד האדם הוא אחד משלושת ניסוחיו. משכך הרי שהעיגון הפוזיטיבי של שניתן לכבוד האדם בסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁵ עיגן לדידי גם את דוקטרינת הזכויות וכללי הביקורת הפרוצדוראלית הנובעים ממנה.²⁶

²² שם, עמ' 192.

²³ דין דומה צריך להיות גם לזכויות נרכשות מתוקף חירויות היסוד, כ"זכויות קנייניות". אין המדינה יכולה להפקיע זכויות נרכשות אלה ולהקנותן ל"אדם פרטי". לעניין זה "אדם פרטי" הוא אף המדינה עצמה בפועל כפיסקוס, שכן אין המדינה יכולה לעשות שימוש במשפט הציבורי לטובת אינטרס שהוא בתחום המשפט הפרטי.

²⁴ זאת היא הדעה המקובלת בפרשנותו של קאנט. לענייני די בכך שהצו הקטגורי וכבוד האדם הם תנאי מספיק לגיורת דוקטרינת הזכויות. עם זאת, בניגוד לדעה מקובלת זאת יש כותבים שונים המפרשים את קאנט בצורה שונה. לדיון עדכני בסוגיה ראו:

Marcus Willaschek, *Right and Coercion: Can Kant's Conception of Right be Derived from his Moral Theory?* 17(1) INTERNATIONAL JOURNAL OF PHILOSOPHICAL STUDIES 49 (2009)

והשוו גם עמדת Wood ב- Allen Wood, *The Final Form of Kant's Practical Philosophy*, 36(s1) THE SOUTHERN JOURNAL OF PHILOSOPHY 1, 6-9 (1997)

²⁵ לא אעסוק בשאלת הפרשנות לגבי כבוד האדם ובעיקר בשאלה אם יש לפרש את סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן נגיטיבי בלבד, כלומר שמירה על היש בידיו וזו בלבד או גם כ"זכות אדם חברתית פוליטית", בניגוד חד משמעי לדוקטרינה של הזכויות של קאנט, שבמסגרתה עסקינן בזכות נגיטיבית (והשוו העניין שהתעורר ב: בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר ואח', פ"ד ס (3) 464 (2005).

עניין כבוד האדם אצל קאנט הוא שאלה שנויה במחלוקת גם אצל מלומדים. יש מנסים ללמוד על חובה פוזיטיבית לשמירה על כבוד האדם מתוך "נוסחת ההומניזם" של הצו הקטגורי ראו: HILL T. E. JR., DIGNITY AND PRACTICAL REASON: IN KANT'S MORAL THEORY, 47-50 (1992).

השאלה היחידה שהייתה צריכה לעמוד לדיון בפני בית המשפט העליון, הייתה איפוא עניין החובה לשמור על כבודו של אדם, על מי היא מוטלת האחריות והאם חובה זו ניתנת להמחאה, כלומר הפרטה. על שאלה זאת כפי שהראיתי התשובה הניתנת בשיטתו של קאנט היא שלילית באופן ברור מבלי להידרש כלל לשאלת האיזונים.

ד. ה"משפט החדש"

ראינו אם כן כי אפשר היה להכריע בעניין הפרטת בתי הסוהר בפשטות במסגרת המושגית שמקנה לנו ה"משפט הישן" מבלי להזדקק לפסקת ההגבלה ולשאלת האיזונים. אך כאמור לא זאת היה דרכו של בית המשפט העליון, שבחר בדרך ה"משפט החדש" שקנתה לה אחיזה במחוזותינו והשתרשה בו. בבואם לתאר את התפתחותו של המשפט הישראלי החל מתחילת שנות ה-90 של המאה הקודמת ואת השתרשותה של דוקטרינת המידתיות בו, כותבים המלומדים סוויט ומתיאוס את הדברים הבאים:

"...the Court quickly adopted the standard, German-based framework. It then used PA (proportionality Analysis – S.W.) both for determining when limitations on rights were permissible, and for judging the legality of administrative action. Today, arguably, the Israeli Supreme Court applies PA more consistently and rigorously than any other judicial body in the world"²⁷

השאלה הנשאלת היא אם יש בזה משום "אור לגויים" או משום "יוהרה". כדי לענות על שאלה זאת מעניין לפנות לחוק היסוד הגרמני שכן אליו, ואל שיטת המשפט הגרמנית,²⁸ מתייחסים סוויט ומתיאוס כמקור דיפוזי של דוקטרינת המידתיות (Proportionality Analysis) לשיטות משפט אחרות ובכלל זה לשיטתנו.²⁹ זאת ועוד, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הושפע מניסוח חוק היסוד הגרמני. על השפעה זו

יש הטוענים לחובה המוסדית של המדינה המקנה הגנה על זכויות גם בתחום המשפט הפרטי וגם בתחום המשפט הציבורי, ובכלל זה הדאגה לעני, כפי שטוענים המלומדים א. וינריב ור. אפשטיין, ראו דיון בנושא אצל:

James Penner *The State Duty to Support the Poor in Kant's Doctrine of Right*, 12(2) BRITISH JOURNAL OF POLITICS & INTERNATIONAL RELATIONS 155 (2010)

אינני נדרש לשאלות אלה משום שדי לנו בהיבט הנגיבי של כבוד האדם. היות שבתי הכלא הם מוסדות מדינתיים הרי החובה לשמור על כבוד האדם בתוך המוסדות היא חובה נגיבית שלא לפגוע בכבוד מתוקף שלילת החירות, איננה "זכות אדם" במונח האוניברסאלי חברתי פוליטי, אלא חובה קונקרטיית של אדם שמצוי באחריותו של המוסד ללא כל שיקול דעת יש לאדם חופשי באשר לתרומתו האישית למצבו החברתי.

ס' 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ²⁶

סוויט ומתיאוס, לעיל הערה 4, עמ' 132 ²⁷

קיימים קשיי העברה של הפילוסופיה שנכתבה בשפה הגרמנית לשפה האנגלית ולשפה העברית דבר שהכשיל כותבים ואת בית המשפט במקרים אחרים שאליהם התייחסתי בעבר ב: שאל ויסמן "זכות הקניין כזכות חוקתית מוגנת, היקף ההגנה על פי פרשנות בית המשפט העליון - בשולי הפסיקה 'פרשת הורוויץ'" בהערה 50-52 (להלן: וייסמן "הורוויץ") - ²⁸

http://www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H29-05-2005_11-48-13_kinyan.doc

את השלכותיה תיארתי בפוליון נדל"ן, לעיל הערה 11, עמ' 4. ²⁹

לעיל סוויט ומתיאוס, לעיל הערה 4, עמ' 90.

שאול ויסמן "הבג"צ בעניין "הפרטת בית הסוהר" - האם אפשר היה לכתוב את פסק הדין אחרת?" **הארץ** דין ה(3) 131 (התש"ע-התשע"א)

הצביע הנשיא שמגר בפסק דינו בעניין **בנק המזרחי המאוחד**,³⁰ ואף אני התייחסתי לכך בהרחבה במקום אחר.³¹

אלא שעיון בחוק היסוד הגרמני יגלה כי "משפט החדש" ודוקטרינת המידתיות התפתחו למעשה במנותק ממנו ומהמסורת הפילוסופית ממנה צמח חוק היסוד הגרמני. חוק היסוד הגרמני קובע כך:³²

Basic Law for the Federal Republic of Germany Promulgated by the Parliamentary Council on 23 May 1949 as amended up to June 2008

I. Basic rights

Article 1

[Human dignity – Human rights – Legally binding force of basic rights]

(1) Human dignity shall be *inviolable*. To respect and *protect* it shall be the *duty* of all state authority.

(3) The following basic rights shall *bind* the legislature, the *executive* and the *judiciary* as directly applicable law.³³

Article 2

[Personal freedoms]

(1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the *moral law*. (ההדגשות שלי- ש. ו.)

ההדגשות שלי מכוונות להצביע על המורשת של תורת המוסר והפילוסופיה של המשפט הקנטיאנית שגרמניה החדשה נשארה נאמנה לה כשניסחה את חוק היסוד. מבנה חוק היסוד הגרמני הוא פורמאליסטי ברור. ראו בפרט את סעיף 2(1) הבולט בניסוחו הליבראלי כלומר המנסח את "כלל הזהב" של קאנט המודגש בקו תחתון.

³⁰ עניין **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל הערה 11, עמ' 300, 307, וראו גם דברי הנשיא ברק שם, עמ' 412
³¹ Weissman S. The Biblical Naboth Case and the Contemporary Philosophy of Constitutional Law represented by Israeli Basic Law: Human Dignity and liberty' VIIth World Congress of International Association of Constitutional Law, Athens 13 June 2007. [http://www.enelsyn.gr/en/workshops/workshop7\(en\).htm](http://www.enelsyn.gr/en/workshops/workshop7(en).htm) (להלן: The Biblical Naboth Case) - שם הצגתי שחוק היסוד שלנו מנוסח באופן פורמאליסטי מדויק וזיקתו לדין הגרמני נומקה שם בהרחבה.
³² the version promulgated on 23 May 1949 (first issue of the Federal Law Gazette, dated 23 May 1949), as amended up to and including 20 December 1993. Translation provided by Inter Nationes and reproduced with kind permission. (Grundgesetz, GG) <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm>

³³ הנשיא שמגר בעניין **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל הערה 11, עמ' 307-308 לא קורא את הפסקה באותה נחרצות שיש לקרוא את סעיף 3(1) לחוק היסוד הגרמני. הוא לומד זאת מהמילים *shall bind* או בגרמנית *binden* כלומר כובל = מחייב. השופטת דורנר בדנג"ץ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68 (1995) נחרצת וחד משמעית בעניין כיבוד הזכויות המנויות בחוק היסוד ועל חובה החלה על שלוש הרשויות כולל השופטת לכבדם. ראו גם דבריי בפוליון נדל"ן, לעיל הערה 11, עמ' 41 בהתייחס לדברי השופטת דורנר בעניין **נוסייבה**.

קריאה פשוטה של סעיף 1 (1) של חוק היסוד הגרמני, על-פי המורשת הפילוסופית זו של התרבות הגרמנית, מציבה מבחן דטרמיניסטי פוזיטיבי פשוט: אם כבוד האדם מטיל חובה מוסרית המגבילה את החופש של האחר שלא לפגוע בו, בכך די. אין כאן עניין של שיקול דעת או איזון שכן מדובר בפוזיטיביות דטרמיניסטית שאינה מותירה כל שיקול דעת לבית המשפט אלא לרפא כלומר למנוע או להפסיק את הפרת החובה שלא לפגוע, ובענייננו שלא לפגוע בכבוד האדם. חשוב גם לתת את הדעת למיקומו המיוחד של כבוד האדם בחוק היסוד הגרמני, ללא כל אזכור של המילה Recht – כלומר, זהו ניסוח דטרמיניסטי פוזיטיבי מוחלט. כן יש לשים לב למילה inviolable או (בשפה הגרמנית unantastbar) שמשמעותה כלא ניתן לחילול באופן מוחלט איננה יכול להיות שנויה במחלוקת מבחינה פרשנית. כלומר, שלא לפגוע בכבוד זה הצווי קטגורי³⁴ ומשצווי זה ניצב בראש המדרג ההיררכי הוא אינו ניתן לפגיעה כלל. מובן איפוא כי חוק היסוד הגרמני נתנסח כשלנגד עיניו ה"משפט הישן", כללי הביקורת הפרוצדוראלית, והמדרג ההיררכי של שבראשו ניצב כבוד האדם כערך שאינו ניתן לפגיעה.³⁵ יש לכך גם הסבר היסטורי שכן חוק היסוד נחקק סמוך לתום מלחמת העולם השנייה וזוועותיה שבהם כבוד האדם היה למרמס על ידי "המשפט" הגרמני ה"נאצי" כמתואר בתשובותיו של השופט, פרופסור יאנינג בסרט "משפטי נירנברג".³⁶

ההתפתחות של דוקטרינת המידתיות והאיזונים, שבאה מתוך המשפט הגרמני המאוחר יותר של מה שקרוי "זכויות יחסיות", איננה שייכת אפוא כלל לחוק היסוד הגרמני. המורשת שהנחתה את חקיקת חוק היסוד הגרמני באותה העת היא המורשת הפילוסופית של המוסר והמשפט, שקאנט היה ממעצביה.

למרות הרקע המשפטי שהנחה כפי שתיארתי לעיל את חוק היסוד הגרמני שנוסח אחרי מלחמת העולם השנייה, נעלמה תורה זו כלא הייתה. תחתיה צמח "המשפט החדש" שכל כולו כפי שמתארים זאת סוויט ומתיאוס הוא התפתחות הפסיקה מכוח "עליונות המשפט" (Judicial Supremacy) וחקיקה שיפוטית (Judicial Lawmaking).³⁷

³⁴ דומה שבכלל זה הקדמנו את קאנט בדברי הלל הזקן שאמר "מה ששנוא עליך אל תעשה לחבירך זו התורה כולה" (תלמוד בבלי, סוכה, כח, ע"ב) קאנט עצמו אמנם הביע הסתייגויות מביטוי נוצרי דומה של כלל זה כפי שמופיע אצל מתי. עם זאת דומה שיש הבדל בין הגרסה "היהודית" הנטיבית לבין הגרסה הפוזיטיבית שמופיע אצל מתי:

"Therefore all things whatsoever ye would that men should do to you, do ye even so to them: for this is the law and the prophets." (Matthew 7:12, King James Version)

Hill, לעיל הערה 25, עמ' 43, מתייחס לכך שקאנט אינו מקבל את "כלל הזהב" ככלל גורף למרות שכלל זה משתמע בבירור, וזאת משום שכלל זה נותן לדעת קאנט לפושע בסיס לחילוקי דעות עם השופט, בעניין הצדקת עונשו.

³⁵ פרופ' אהרון ברק העיר כי גם לפי החוקה הגרמנית הזכויות הן יחסיות זולת כבוד האדם שהוא מוחלט. אמת גם לגישתי מוחלטותן של זכויות אין משמעותה שלא ניתן לפגוע בהן. מוחלטות זאת באה לידי ביטוי ביחס לאינטרסים שהם כפופים לזכויות במדרג, אך עדיין יכולה המדינה לפגוע בהן לצורך ציבורי, אלא שכפי שהערתי לעיל בהערות 11 ו-13 יש להבחין הבחן היטב בין אינטרסים גרידא לבין הצורך הציבורי.

³⁶ סוויט ומתיאוס, לעיל הערה 4, עמ' 108-109, מציינים באופן ברור את משקלם של הפרופסורים והשפעתם על המשפט הגרמני שלאחר מלחמת העולם:

"... law professors were not only appointed to the Court, they also tended to dominate it intellectually. In the 1950s, law professors untainted by Nazi sympathies (and therefore appointable) would also have possessed far more prestige than any other high court judge."

עם זאת מלומדים אלה שהיו בחלקם ממנסחי חוק היסוד הגרמני, הכירו היטב את תורת המוסר הגרמני, ולא התעלמו ממנה. בוודאי לא כשמדובר היה בהגנה על זכות הקניין ועל כך כבר הבעתי דעתי בפוליון נדליין, לעיל הערה 11, עמ' 41.

³⁷ סוויט ומתיאוס, לעיל הערה 4, עמ' 86-82

ה"משפט החדש" המתואר במאמרם איננו אפוא פרשנות לחוק היסוד הגרמני ולשונו הכתובה.³⁸ זו יצירה משפטית עצמאית לחלוטין ומנותקת לחלוטין ממקורותיה הסקריפטיים. אפשר להגדיר את ה"משפט החדש" כהתמודדות ומציאת "פתרונות פרקטיים", כל מקרה לגופו. אלא שבכך המשפט החדש הוא "משפט אנרכיסטי". הוא הביא להמרתה של תורת הביקורת הפרוצדוראלית הקוהרנטית והנוקשה בביקורת אמורפית אמבואידית.

ה"משפט החדש" עומד בנתק גמור ממגמות חוקתיות היסטוריות: תורת המוסר הליברליות של ג'ון לוק ותורת הנאמנות שלו.³⁹ כמו גם של קאנט ודוקטרינת הזכויות.⁴⁰ על פי גישות אלה המשפט החוקתי אמור היה לייצג קוד אתי של התנהלות המדינה ומוסדותיה, שהמשפט הפרגמטי ושוק החקיקה הקואליציוני של קבוצות פוליטיות חייב לעמוד תחת עין ביקורתו הפרוצדורלית של אותו קוד. אלה עילות הביקורת של המשפט הפרטי של דוקטרינת הזכויות המוכרת בפילוסופיה של דיני הנזיקין כ"צדק מתקן" (corrective justice).⁴¹

38 גם סוויט ומתיאוס, לעיל הערה 4, עמ' 108 מציינים לגבי המשפט הגרמני:

"...from the German Civil Code. Several provisions of the Code call for judges to weigh certain interests against others, most famously sections 138, 343, and 228, although none of these provisions require courts to engage in balancing rights and state interests. Nonetheless, balancing was part of the broader judicial toolbox, and even public law judges would not find the analytical structure of balancing wholly alien". (emphasis added – S.W.)

39 ראו ג'ון לוק, המסכת השנייה על הממשל המדיני (יוסף אור מתרגם, מהדורה שנייה, תשי"ט) עמ' 101:

"אין בידה (של הרשות המחוקקת – ש.ו.) ואי-אפשר שתהא בידה שליטה שרירותית לחלוטין על חייהם ורכושם של בני העם. כי מאחר שאינה אלא סמכותם המשותפת של כל בני החברה שנמסרה בידי אותו איש או אותה כנסת שהוא המחוקק, מן הנמנע שתהא עודפת על הסמכות שהייתה לאנשים ההם במצב הטבעי בטרם הקימו חברה ומסרוה ביד העדה. כי שום אדם לא יכול למסור לחברו יתר סמכות משיש לו עצמו"

פשוטו, התפיסה של לוק היא תפיסה של נאמנות. הפקדה בנאמנות של פתרון הסכסוכים בידי הממשלה. אין הממשלה יכולה לעשות לאדם מה שהחוק לא מתיר לבני האדם אחד לעשות לאחר.
דוקטרינה זו מוכרת יותר למי שעסקו בפילוסופיה של דיני הנזיקין:

IZHAK ENGLARD, THE PHILOSOPHY OF TORT LAW(1993)

ראו: Lorraine E. Wienrib and Ernest J. Wienrib, *Constitutional Values and Private law in Canada* in: HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 43, 46 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001)

"In contrast, the corrective justice approach presupposes the normative significance of rights as embodiments of freedom of the interacting parties. Corrective justice thus points the orientation common to private law and constitutional rights."

השוו: Aharon Barak. Constitutional Human Rights and Private Law in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 13 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001)

הקורא את מאמריהם של לוריין ו"ארני" וינריב, ואת אהרון ברק בחלקו הראשון יכול להאמין שאלה כולל לוריין "הסוציאליזם" פורמאליסטים קנטיאנים מושבעים. שכן בעניין הנורמטיבי, בהנחה שחוקה היא הקוד האתי של המדינה, הרי היא מחייבת גם אופקית בין אדם לחברו וגם אנכית בין האדם למדינה כפי שעולה ממשנתו של לוק. אולם כאשר מדובר ב"צדק מתקן", שם נפרדות דרכיהם, כאשר כנגדם חוזר ברק לאמבואידיות של "תורת היחסות". "צדק מתקן" הוא מושג דטרמיניסטי פוזיטיבי, אם נקבל ש"צדק מתקן" הוא ציווי קטגורי, לפי דוקטרינת הזכויות של קאנט (ואריסטו), הרי כל הפרה של החובה, שלא לפגוע בזכות היא הפרה אבסולוטית, הדורשת קבלת אחריות בין שהיא מוחלטת (או יחסית) כאשר מדובר בעולת רשלנות מבלי להיכנס למחלוקת בין וייריב לאפשטיין בנושא שהרחבתי עליו במאמרי וייסמן "הורויץ", לעיל הערה 28. כך יש להבין גם את הווינריב. בכך יש החלה של עילות הביקורת של המשפט הפרטי גם באופן אנכי על המשפט הציבורי דווקא נוסח לוק. כל זאת עד שאנו מגיעים להגדרת המושג "זכויות אדם", שהן זכויות פוליטיות, חידוש חוקתי שלאחר מלחמת העולם השנייה, והכרזת האו"ם לזכויות האדם 1948. (The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) is a declaration adopted by the United Nations General Assembly, (1948) שלא במקרה ארה"ב לא חתומה עליה, כבר התרגום מעורר שאלה כיצד לתרגם human המילה הזו איננה בתרגום מדויק אדם,

הפניתי עד כאן את תשומת ליבו של הקורא, למורשת הפילוסופית של הדין הגרמני ולמיקומו של כבוד האדם בסדר המוסרי ההיררכי.

לעומת ה"משפט הישן", הרי שה"משפט החדש" מבטא מגמה להתחמק ממסגרות פורמאליות פוזיטיביות המגבילות את שיקול הדעת השיפוטי ואת הביקורת השיפוטית. מגמה שהתפתחה במשפט הגרמני והתפשטה ביתר שאת בעיקר משנות השמונים של המאה הקודמת, כפי שמתארים המלומדים, סוייט ומתיאוס⁴². תורה זו פותחה כתורה שיפוטית על ידי בתי המשפט ללא כל יסוד פוזיטיבי פורמאלי ולמרות הפילוסופיה הקלאסית "הפוזיטיבית" של המוסר והמשפט.⁴³ זאת תוך מחיקת פילוסופיה שבאה לידי ביטוי "פורמאליסטי" רהוט בחוקה הגרמנית וגם בחוק יסוד כבוד האדם שלנו.⁴⁴ למעשה יש תהליך מתמשך, כפי שאפשר לראות גם במאמרם של סוייט ומתיאוס, של התעלמות מוחלטת מהפילוסופיה ושפתה המושגית שלפיה מנוסחים חוקים אלה.

לצד הסדר הפורמאליסטי שנשמר בניסוח הסקריפטיבי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היה בפסיקה לאין. פסקת ההגבלה, כלומר סעיף 8 כפי שמתארים גם מתיאוס וסוייט הפכה לעיקר ואילו הזכות כגון סעיף 3 לחוק היסוד, והחובה להגן על הזכות שחלה על כל מוסדות השלטון כולל בית המשפט כמתואר בסעיף 11 לחוק היסוד, הפכו לטפל.

נגד אימוץ זה של ה"משפט החדש" עמדתי היא שללא שמירה על כללי ביקורת פרוצדוראלית של ה"משפט הכללי" אין "משפט". כלומר "משפט" במובנו כביקורת מוסרית וכלליה שהתפתחה מאז אריסטו, אוגוסטינוס ואקווינאס, שהתחדשה בדיון הפילוסופי במאה ה-17 והגיע לשלמות מסוימת במאה ה-18, ולמעשה נראה שכאילו שהסתיימה בשנות השבעים של המאה הקודמת, המאה של קלזן, ברלין, הארט, רולס, נוזיק ודבורקין, שקאנט היה להם מקור לחשיבה וביקורת כאחד.

ה. סיכום

מקומה של מדינת ישראל בפנתיאון של ה"משפט החדש", שאליו התייחס גם הנשיא ברק בכנס השנתי של העמותה למשפט ציבורי בשנת 2009, איננו אות כבוד לדידי. שיטת האיזונים ומידתיות טומנת בחובה אנרכיה מובנית. ללא כלים לביקורת שיפוטית פרוצדוראלית הרי שמדובר בהטלת שופטים ללא כלים דיסציפלינאריים לבחון ערכים (זכויות מולדות) מול זכויות נרכשות, זכויות מול אינטרסים ואלה נגד אלה. כל אלה נושאים השנויים במחלוקת גם אצל מומחים לדבר בתחומים כלכליים, וחברתיים מורכבים ביותר, ומונחים על ידי השקפות אידיאולוגיות. דרך זו היא בסיס לאנרכיה מוחלטת, ולאובדן ודאותו של המשפט.

אלה "אנוש" ובהטיה אנושי "הומאני", אדם הראשון הופך להיות בן אנוש רק מרגע שטעם מעץ הדעת וידע להבחין בין טוב ורע וכן נוסד מוסד המוסר בחשיבה היהודית והנוצרית כאחד אצל קאנט פרי עץ הדעת הוא מטאפיזי-טרנסנדנטאלי. כאן מוטלת שאלה כבדה על מהות ומעמד סוג זה של "זכות", לפי דוקטרינת הזכויות של קאנט, כפי שמתאר זאת גם ישעיהו ברלין (ראו רמין יהנבלו, **בשיחות עם ישעיהו ברלין** 123 (2000)), שכן הן כלל לא נרכשו על ידי אותו אדם, ואינן בידו או בחזקתו, ומתוקף מה הוא דורש לקבלם? מתוקף איזה הפרת חובה להעניק לו אותן? יש להבחין הבחנה ברורה בין אחריות המדינה state responsibility לאזרחיה, לבין יצירת זכות שיש לה תוקף פוזיטיבי שמחייב את מי? את שכנו?

סוייט ומתיאוס, לעיל הערה 4, עמ' 73.

סוייט ומתיאוס, לעיל הערה 4, עמ' 82-86.

עניין זה הבהרתי בהרחבה במאמרי: The Biblical Naboth Case : לעיל הערה 31.

גם מבחני "המידתיות", שמתארים סוויט ומתיאוס, משאירים בתוכם מקום לשיקול דעת אינטואיטיבי. כך כיצד נמדוד את הפגיעה אם היא עולה על הנדרש? לפי איזה מודדים אובייקטיביים נמדוד "סבל" במובן של hardship כשמדובר במקרים שהסובייקט הוא שלעצמו עולם אחר? איזו שיטה לבחינת מידתיות נבחר? האם בזו האנגלית או שמא בפרשנות הקנדית, כפי שמתארים סוויט ומתיאוס את מבחניה.⁴⁵

⁴⁵ ראו סוויט ומתיאוס לעניין המבחנים הקנדיים לעומת האנגליים למשל בסוויט ומתיאוס, לעיל הערה 4, עמ' 113-124 ו-147-152. הם רואים את לידתה של הדוקטרינה בקנדה במקרה של *Regina v. Oakes* (1986) (סוויט ומתיאוס, לעיל הערה 4, עמ' 114-115). הם מתארים את החלטתו של Chief Judge Dickson המחלקת את החקירה לשני חלקים עיקריים, האם החוק היה "על פניו" *prima facie* נראה כפגיעה "בזכות":

"of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom"

הכוונה:

"at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society".

אם המבקשים עומדים במבחנים אלה בצורה מספקת על המדינה לעמוד במבחן הבא:

... "that the means chosen [were] reasonable and demonstrably justified".
"[t]here are, in my view, three important components of a proportionality test":
"First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair as little as possible the right or freedom in question. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

סוויט ומתיאוס (שם, עמ' 117) מציינים שבית המשפט כלל לא חיפש או ערך השוואה גלויה למשפט אחר או חיפש מקור לסמכות להחליט החלטה שכזו. עם זאת הם מציינים כי הם מאמינים שלדין הגרמני הייתה השפעה על אימוץ הדוקטרינה, כדבריהם:

"The silence here suggests that, rather than resting on a foreign pedigree, the court wishes to present proportionality as a reasoned and sensible approach to the particular problem posed by Charter rights".

הם מציינים שמדינות כניו-זילנד העדיפו את דוקטרינת המידתיות הקנדית המתוארת, על המבחן האנגלי שנקבע בפרשת *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 *Wednesbury* שנקרא *'Wednesbury reasonableness'* כפי שהובהר במשפט אחד על ידי הלורד דיפלוק במקרה המאוחר יותר של *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 410

"So outrageous in its defiance of logic or accepted *moral standards* that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it". (italics added— S.W.)

עניין *Oakes* מוזכר גם אצל הנשיא שמגר בעניין **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל הערה 11, עמ' 343. אך הוא פונה גם (בעמ' 345) למשפט הגרמני כמקור פרשני, ובשפת המקור הוא מצטט את הפרשנות הגרמנית לדוקטרינת המידתיות ומתרגם זאת כדלקמן: 1. "ההתערבות יכולה להיעשות רק למען טובת הכלל ולא למטרות זרות (טובת הכלל). 2. נקיטת הצעד אשר עליה מורה החוק, חייבת להיות אמצעי יעיל (שימושי, בר-ביצוע) לשם השגת התכלית שהחוק שואף אליה (התאמה). 3. הצעד אשר עליו מורה החוק אינו בר-השגה על-ידי נקיטת אמצעי פחות בחומרתו. זאת אומרת, הצעד צריך להיות האמצעי הפחות פוגעני למען השגת תכליתו של החוק (נדרשות). 4. אמצעי ותכלית צריכים להיות בעלי זיקה מתאימה, זה לזה (התאמה, מידתיות במובן הצר יותר)".

נגד ה"משפט החדש" הצבתי כאלטרנטיבה את ה"משפט הישן". בחינת עניין הפרטת בתי הסוהר לאור של ה"משפט הישן" מראה כי לבית המשפט העליון לא הייתה כל אפשרות אחרת זולת כפיית החובה שלא לפגוע ב"כבוד האדם" כ"ערך מוחלט" ("זכות מולדת"). מקרה זה עוסק במה שהדמוקרטיה מעצם הגדרתה חייבת להגן מפניו כ"צווי קטגורי", שיעבוד האחד על ידי האחר.

לדידי לא צריך להמציא את הגלגל מחדש, ולמחוק 2400 שנים של היסטוריה פילוסופית משפטית ובעיקר את העת החדשה, מהמאה ה 17 עד המאה ה 19. לפעמים די בהחלפת צמיג שחוק. בענייננו די בהתאמות הנדרשות, כפי שבאו לידי דיון בשנות השבעים של המאה הקודמת, כוונתי למחלוקת המלומדת בין הארט, נוזיק לרולס והברמס.⁴⁶ יש להיזהר מאוד מהאמרה שלפיה "ישן מפני חדש תוציאו", שכן על כך יש לשאול לפי אותה הלצה המיוחסת לאינשטיין שנשאל "מה חדש במדע?" וזה ענה ו"את הישן אתם כבר יודעים"?

⁴⁶ ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 90-92 (1974); Jurgen Habermas, *Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism*, 92 JOURNAL OF PHILOSOPHY 109 (1995); John Rawls, *Political Liberalism: Reply to Habermas*, 92 JOURNAL OF PHILOSOPHY 132 (1995)