

דבר העורכים

נויה רימלט, אלכסנדר (סנדי) קדר ורונית הרמתי-אלפרן

חוברת זו של "משפט וממשל" מוקדשת לזכרו של ג'ון רולס מחשובי הפילוסופים הפוליטיים של המאה העשרים. ג'ון רולס הלך לעולמו לפני פחות משנתיים, כאשר רק התחלנו לתכנן הוצאת חוברת מיוחדת של "משפט וממשל" שתיוחד לנושא השוויון. מותו כמו גם התמה המרכזית של החוברת המתוכננת גרמו לנו להחליט כבר בשלב המוקדם ההוא להקדיש את החוברת, לכשתגבש ותפורסם, לזכרו של רולס. כאשר החלו להגיע המאמרים השונים למערכת התברר כי כמעט כולם, בצורה כזו או אחרת, כורכים את הדיון בעקרון השוויון בשאלות של צדק. עובדה זו העצימה והמחישה את מידת הרלבנטיות של עבודתו התיאורטית של רולס ותרומתה הישירה והעקיפה לכל עיסוק אקדמי-מחקרי בעקרון השוויון, משמעותו, היקף פרישתו ויחסי הגומלין בינו לבין מושג הצדק. יתרה מזו, בנסיבות אלה גם התברר כי ראוי יותר לייחד את החוברת למושגי השוויון והצדק במיוחד בשל האופן שבו כרוך לבלי הפרד הדיון בהם.

באופן פורמלי יצר רולס הפרדה בין מושג השוויון למושג הצדק תוך הדגשת עדיפותו ומרכזיותו של האחרון על פני הראשון. החל במאמרו הראשון "צדק כהוגנות"¹ שבו החל לפרוש את משנתו התיאורטית בדבר העקרונות שעליהם צריכה להתבסס חברה צודקת וכלה בספרו "תיאוריה של צדק"² שבו גיבש והשלים משנה זו, היה מושג הצדק נקודת המוצא לדיון. עם זאת שני עקרונות הצדק שהציג רולס "עקרון השוויון" ו"עקרון אי-השוויון" האירו והבהירו את מקומו של השוויון כחלק מתפיסה זו של צדק. עקרון השוויון של רולס קובע כי "לכל אדם המשתתף בפרקטיקה או מושפע ממנה זכות שווה לחירות מקסימלית המתיישבת עם זכות דומה לחירות הנתונה לכול"³. עקרון אי-השוויון המסייג את עקרון השוויון קובע בנוסחו הבסיסי כי "כל אי-שוויון שרירותי הוא אלא אם כן סביר לצפות כי יהיה בו כדי להועיל לכולם ובתנאי שהעמדות והמשרות שבהן הוא קשור פתוחות לכולם"⁴. בהבהרה מאוחרת יותר הוסיף רולס וקבע כי "אי-שוויון חברתי או כלכלי הנו מוצדק רק אם הוא מאורגן כך שיפעל לטובת רווחתם המצופה של בעלי היתרונות

1. Rawls, "Justice as Fairness", 67 *Phil. Rev.* (1958) p. 164.

2. J. Rawls, *A Theory Of Justice* (1971).

3. Rawls, "Justice as Fairness" (לעיל, הערה 1), בעמ' 165.

4. Id.

החברתיים המועטים ביותר".⁵ משמע, חלוקה בלתי-שוויונית, או פגיעה בעיקרון של יחס שוויוני לכולם נתפסה כמוצדקת כאשר היא פועלת לטובתם של החלשים ביותר בחברה. באופן מפורש מדבר אפוא רולס על נסיגה מעקרונות טהורים של שוויון לטובת צדק חלוקתי. עם זאת ניתן כמובן לטעון כי אותו צדק חלוקתי מהווה למעשה ביטוי של תפיסת שוויון תוצאתית-מהותית הבוחנת את מימושו של עקרון השוויון על פי מידת שוויוניותה של התוצאה, ואינה מתבססת על יחס פורמלי שווה למושאי ההשוואה. תפיסה זו קנתה לה אחיזה בשיח השיפוטי הישראלי בשנים האחרונות והיא מתייחסת אפוא למצבים של יחס שונה המביא לידי תוצאה שווה כמצבים אינטגרלים לעקרון השוויון והמהווים לעתים נגזרת הכרחית שלו.⁶ יתרה מזו, בית המשפט העליון הדגיש רק לאחרונה בבג"ץ *הקרקעות* את האופן שבו השוויון והצדק כרוכים זה בזה וכיצד מימוש של עיקרון אחד מהווה בעצם תנאי למימוש העיקרון האחר.⁷ מהו אם כן היקף פרישתו של עקרון השוויון, מהם יחסי הגומלין בינו לבין מושג הצדק, והאם מדובר במושגים נפרדים או משלימים? – אלו הן חלק מן השאלות שעמן מתמודדים הכותבים בחוברת זו, בעקבות השיח החשוב שבו החל ג'ון רולס לפני כמעט חצי מאה ובהמשך לו.

את המאמרים שבחוברת חילקנו לשלושה שערים. השער הראשון – "שוויון וצדק – פרשנות ותחולה" – עוסק בבחינת משמעותם של מושגי השוויון והצדק ובשאלת תחולתם על תחומי המשפט השונים. מאמרו של אמנון רייכמן, הראשון בשער זה, מתמקד בשאלת פרשנותו של המושג "כבוד האדם" ובשאלת יחסי הגומלין בינו לבין הזכות לשוויון. המאמר מציע לסטות מן הזיהוי המקובל של מושג "כבוד האדם" עם התביעה לאי-השפלה – זיהוי שהתפתח בפסיקה כחלק מן הניסיון של בתי המשפט ליצור חיבור בין הזכות לכבוד לזכות לשוויון באופן שניח עיגון חוקתי לזכות האחרונה. במקום פרשנות זו מציע המאמר לפרש את הזכות לכבוד האדם כזכות המגנה על חברותם של בני אדם אוטונומיים בקהיליית בני האדם, ומבטיחה לכל אחד יחס שווה ומלא בקהילה. היינו, המאמר מציע בעצם על חיבור אחר בין כבוד האדם לשוויון, המתבסס על תפיסה אריסטוטלית של שוויון שעניינה, בהקשר הספציפי, מתן יחס "שווה" מבחינת ההגנה על כבוד האדם לכל אלה הנתפסים כשווים זה לזה. פרשנות זו של המושג "כבוד האדם" מאירה, לדעתו של רייכמן, את העובדה שזכות זו כבר מצויה במשפט הפרטי ומכיוון שכך הוא סבור כי אין צורך להחיל את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו על המשפט הפרטי תוך פגיעה בהפרדה שבין פרטי לציבורי במשפט.

בניגוד לרייכמן המבקש לשמר את הדיכוטומיה בין המשפט הפרטי לציבורי, מאמרו של צחי קרן-פז מבצע מהלך הפוך. קרן-פז חותר לטשטוש ההבחנה הזו לפחות בכל הנוגע לתחולתם של עקרונות שוויון במשפט הפרטי. לדעתו ניתן וראוי לקדם שוויון מהותי

5. J. Rawls, "Distributive Justice", *Philosophy, Politics and Society* (P. Ladet & W. G. Runiciman eds., 1967); J. Rawls, "Distributive Justice- Some Addenada", 13 *Natural L. F.* (1965) 51

6. ראו, למשל, בג"ץ 454/94 *שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל*, פ"ד מח(5) 501.

7. בג"ץ 244/00 *עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי בישראל נ' שר התשתיות הלאומיות*, פ"ד נו(6) 25.

במובן של צמצום פערים בין חזקים לחלשים באמצעות המשפט הפרטי, שכן למשפט הפרטי יש יכולת מוגבלת, אך חשובה ככלי אחד מיני רבים, לצמצום פערים בחברה. קרן־פז מזהה אפוא בין שוויון לבין צדק מהותי תוך מתיחת גבולותיו של מושג השוויון לא רק אל מחוץ לספֵרה הציבורית, אלא גם תוך פריצת נוסחתו האריסטוטלית המקובלת של מושג זה.

המאמר האחרון בשער זה, מאמרו של יצחק זמיר, ממשיך את הדיון בשאלת התחולה המתעורר בשני המאמרים הראשונים וממקם אותו בהקשרו של המשפט המנהלי. השאלה הנשאלת בהקשר זה היא האם רשות מנהלית חייבת להתחשב בשיקול הצדק כאשר היא מפרשת ומיישמת את החוק המקנה לה סמכות. אגב הדיון בשאלה זו נדרש זמיר לפרשנותו של מושג הצדק תוך שהוא מצביע לא רק על מושגים שונים של צדק כגון צדק מתקן, צדק מחלק, צדק דיוני, או צדק מהותי, אלא גם על האופן שבו מושגי יסוד נוספים כגון שוויון או מוסר נבדלים ממושג הצדק, אך בה בעת גם משלימים אותו.

השער השני של החוברת מיוחד לנושא "שוויון, צדק ומגדר". שער זה כולל גם הוא שלושה מאמרים שכל אחד מהם בוחן את ההשקה בין מושגים אלה מפרספקטיבה שונה. אורית קמיר מייחדת את מאמרה לבחינה ביקורתית של הגדרתה החדשה של עֵברת האינוס, כפי שתוקנה בחוק העונשין בשנת 2001. קמיר מציגה, בין היתר, כיצד היה ערך השוויון בסיס לרפורמות משפטיות בדיני האינוס במשפט המקובל בעשורים האחרונים. מסקנתה היא כי בסופו של דבר גם אם שיח השוויון יכול לשפר את מבנה עברת האינוס, אין בכוחו להוליד הגדרה שונה מן היסוד של עברה זו. הגדרה שונה כזו, יכולה לצמוח לטעמה רק תוך התמקדות בערך 'כבוד האדם', שבו היא רואה ערך ראוי יותר מן השוויון לצורך גיבוש מתווה נורמטיבי לדיון ציבורי במהות עברת האינוס ואופי ההגנה המשפטית הרצויה בהקשר זה.

שאלת גבולותיו של עקרון השוויון והאופן שבו ניתן או לא ניתן לגזור ממנו עקרונות של צדק מגדרי, מעסיקה גם את רות הלפרין קדרי, הבוחנת באופן ספציפי שאלה זו בהקשרן של התפתחויות בתחום דיני מזונות האישה בישראל. בחינה זו נעשית על רקע חרית שיח השוויון לתחום דיני המשפחה במשמעותו הרחבה בכלל ובתחום מזונות האישה בפרט. המאמר מנתח מגמת "שוויוניזציה" זו מתוך ראייה ביקורתית שמאחרת כשל בסיסי במגמת השוויון, הנובע מהתעלמות מוחלטת משליטת הדין הדתי המפלה והבלתי־שוויוני על תשתית דיני הגירושין, ומהדחקת אי־השוויון הכלכלי המעצב את תשתית מציאות הגירושין. כמו בהקשר של דיני האינוס מובעת כאן אפוא אכזבה מתוצאות החלתו של עקרון השוויון על סוגיות הנוגעות לנשים, אולם המסקנה הנגזרת מהתפתחות משפטית זו היא שונה. הלפרין־קדרי, בניגוד לקמיר, לא מבקשת לנתק את החיבור בין שוויון לצדק מגדרי, אלא דווקא להעמיק חיבור זה באמצעות הטמעה טובה יותר של תפיסה של שוויון מהותי במשפט.

המאמר השלישי בשער זה מפרי עטה של רות זפרן מותיר את הדיון בשאלות של שוויון וצדק מגדרי בתחום דיני המשפחה, ומתמקד בשאלת תחולתו של חוק הגנת הפרטיות על בתי הדין הרבניים. לכאורה עוסק המאמר בשאלה ניטרלית מבחינה מגדרית שהיא בעלת רלבנטיות כללית למתדיינים בבתי הדין הרבניים. עם זאת מתברר, כי בהליכי גירושין, המתנהלים בבתי הדין הרבניים, הסכנה לפגיעה בפרטיותן של נשים היא רבה יותר בשל

חשיבותן המיוחדת של שאלות הנוגעות למידת נאמנותה של האישה לבעלה – שאלות שבירורן מזמין ומעודד הבאת ראיות שאיסופן כרוך לעתים במעקב ובפלישה לרשות היחיד. המאמר בוחן באופן ביקורתי את המצב הקיים שבו מתקיימת פגיעה בזכות לפרטיות של המתדיינים ובעיקר המתדיינות בבתי הדין הרבנים ומנסה להציג פתרונות למצב זה, בהסתמך בין היתר על מעמדו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ושלל הזכויות המפורטות בו.

השער השלישי בחוברת מיוחד לנושא של "שוויון וצדק חלוקתי". במסגרת שער זה מובאים שלושה מאמרים ועמדה קצרה אחת, וכל אחד מהם נוגע בהיבט אחר של המרחב הציבורי בישראל המעורר שאלות של צדק חלוקתי. מאמרם של דפנה ברק-ארו ושל אורן פרוז מתמקד במינהל מקרקעי ישראל, הממלא תפקיד מרכזי בעיצוב מדיניות המקרקעין בישראל. הטענה בהקשר זה היא כי האתוס המוסדי המנחה את פעילותו של המנהל כיום מונחה על ידי ערכים של פיתוח מואץ בהשראתה של המורשת הצינונית ולעתים אף משקף ריק אידיאולוגי שהופך את פעילותו של המינהל לחשופה במיוחד ללחצים של גורמים בעלי כוח ואינטרס מבחוץ, תוך פגיעה אפשרית בעקרונות של שוויון וצדק. כתחליף, מוצע על ידי הכותבים אימוץ אתוס מוסדי אחר – אתוס של פיתוח בר-קיימא, שעניינו פיתוח המתמקד גם בצורכי הדורות הבאים, תוך התחשבות בצרכים של קהילות שונות, ובכללן קבוצות הסובלות מייצוג חסר והשפעה מוגבלת על תהליכי קבלת ההחלטות בתחום התכנון הקרקעי בישראל. בקידום העיקרון של פיתוח בר-קיימא, סבורים הכותבים, יכול המשפט למלא תפקיד חשוב הן על ידי ביסוס מעמדו של הערך הסביבתי כאינטרס ברהגנה והן על ידי הפעלת הכלים הקלאסיים של ביקורת שיפוטית ביחס לשאלות כגון שינוי ייעוד של קרקע חקלאית, דיון ביוזמות תכנוניות שיש להן השלכות סביבתיות קשות ועוד.

מסקנה אחרונה זו זוכה לדיון והרחבה נוספים במאמרו של דני פיש המתמקד באופן ישיר בשאלות של צדק סביבתי בישראל. פיש בוחן את העיקרון של צדק סביבתי וטוען שהגשמתו מחייבת חלוקה חברתית צודקת של משאבי סביבה ציבוריים ושל הנטל הסביבתי הנוצר על ידי פעילות אנושית. על בסיס ההנחה הזו ממשיך פיש ומנתח באופן ביקורתי את עמדת מערכת המשפט בישראל כלפי סוגיות שונות של צדק סביבתי. מסקנתו היא שהסוגיה של צדק סביבתי אינה זוכה להתייחסות נאותה בדיני הסביבה המודרניים. מכיוון שכך, כאשר דינים אלו עמדו בבסיסם של מאבקים משפטיים כאלה ואחרים, סירבו בתי המשפט לשקול שיקולים של צדק סביבתי. במצב דברים זה, סבור פיש, נדרש מהלך של רפורמה חקיקתית תוך עיגונם המפורש של שיקולים אלה בחקיקה הרלבנטית. התייחסות מפורשת לשיקולי צדק סביבתי בסוגיות כגון מפגעי רעש, מפגעי זיהום אוויר וכיוצא בזה תשפר את אפשרותם של כל תושבי המדינה ליהנות מתנאי סביבה סבירים ושוויוניים יותר ללא קשר למוצאם, מעמדם או יכולתם הכלכלית.

יכולת כלכלית ככזו העומדת ביסוד שאלות של צדק חלוקתי מהווה נקודת מוצא למאמרה של נטע זוי, העוסקת בסמכותה של רשות מקומית לנתק את הספקת המים לביתם של צרכנים אשר אינם משלמים את חוב המים שלהם בשל מחסור כיס. הדיון נעשה אגב בחינת אופיים של המים ומעורר את השאלה האם מים הם טובין ציבוריים כמו משאבי קרקע וסביבה אחרים, שאז ניתן להמשיג את הסוגיה ככזו הנוגעת ליזכות למים. הטענה

היא כי המשגה מחדש של הסוגיה במונחים של זכות חשובה כיום במיוחד כשתחומי חיים חיוניים כגון הספקת מים, אשר התנהלו באופן מסורתי במסגרת הספירה הציבורית, מופרטים וכתוצאה מכך קבלתם הופכת להיות תלויה בשלום. תהליך זה פוגע במיוחד בעקרון השוויון ומנציח פערים בין חזקים לחלשים בחברה.

את סוגיית השוויון והצדק החלוקתי חותמת עמדתו של אפרים ריינר, המציג מחשבות ראשונות לסדר יום חדש בסוגיית זכויות הקניין האזרחיות. באופן ספציפי מציע ריינר רפורמה חקיקתית שתעניק לאזרחי ישראל מעמד של בעלים בכל הנכסים והעסקים הנתונים לשליטתה של הממשלה. הטענה היא כי בשליטת הממשלה מצויים נכסים רבים בתחום האנרגיה, תקשורת, תחבורה, אמצעי לחימה ובעיקר מקרקעין. חברות ממשלתיות אלה הן לדידו של ריינר קניינו של הציבור כולו ולכן נדרשת רפורמה שתיתן ביטוי פורמלי לזכויות הקנייניות של הציבור בנכסים אלה ברוח העקרונות של שוויון וצדק חלוקתי.

* * *

בפתח החוברת סוקרת פניה עוז-זלצברגר את הצדק והשוויון במשנתו של רולס ומציינת כי "עיקר חינה של תורתו הוא דווקא במינימליזם שלה, בחיפוש אחר שכבת הסלע הדקה של הסכמה כללית, וביצירת תנאים של צדק בסיסי ושוויון ראשוני. אלה יסייעו לכל מחפשי הצדק הספציפי, לגווניו הדקים, הרבים והבלתי מתיישבים, לפעול על קרקע מוצקה". המאמרים בחוברת זו מרחיבים ומעבדים את מושגי השוויון והצדק בענפי המשפט השונים, כפיתוח - אך חלקם גם בניגוד - לתפיסות הרולסיאניות. מכל מקום, אנו מקווים כי הם ירימו מעט את "מסך הבערות" ויעשירו את השיח המשפטי בסוגיות עקרוניות אלו.