

# הצדק כ"שדה פרוץ": מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון

## דני סטטמן

א. הקדמה ♦ ב. ספקנות מוסרית בבית-המשפט העליון ♦ ג. האומנם "שדה פרוץ ללא סימני דרך וללא תמרורים"? 1. הסובייקטיביות של הצדק 2. "הדבקת" המשפט בסובייקטיביות של הצדק 3. סובייקטיביזם והמקור החינוכי של בית-המשפט העליון ♦ ד. האם השופטים מאמינים באמת שהצדק הוא שדה פרוץ? ♦ ה. סיכום

[The] preliminary dance of skepticism is silly and wasteful; it neither adds to nor subtracts from the business at hand. (Ronald Dworkin<sup>1</sup>)

### א. הקדמה

"במשפט", אומר השופט זמיר במסגרת חוות-דעתו בדיון הנוסף בפרשת נחמני, "לכל הפחות, יש כללים קודמים, ואף אם לעתים הם מעורפלים וגמישים, יש בהם מידה רבה של אובייקטיביות. הצדק, לעומת זאת, הוא שדה פרוץ, שכל אחד הולך בו בכיוון שנראה לו, בעיניים סובייקטיביות, בלא סימני דרך ובלא תמרורים.<sup>2</sup>" אמירות ספקניות מעין אלה לגבי טבעו של הצדק ולגבי ההבדל בין הצדק למשפט נשמעות גם מפי שופטים אחרים של בית-המשפט העליון. מטרתו של מאמר זה היא לדון באופן ביקורתי באמירות אלה, רוצה לומר, במעמדו של הצדק בעיני בית-המשפט העליון. בחלק הראשון של המאמר אראה שהתפיסה שלפיה הצדק הוא "שדה פרוץ" רווחת למדי בבית-המשפט העליון. לאחר-מכן אטען שתפיסה זו ראויה להידחות, וכי בבחינות הרלוונטיות, המשפט אינו פחות פרוץ מהצדק. אטען שגם אילו היתה תפיסה זו נכונה, הרי שמבחינה חינוכית היה מוטב שבית-המשפט העליון יצניע אותה, במקום שייתן לה ביטוי ויעודד אותה. אסיים בטענה שהשופטים אינם מחזיקים באמת בתפיסה "פרוצה" של הצדק, או בכל מקרה, אינם נוהגים לפי מה שמתחייב

\* פרופסור מן המניין, החוג לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה. אני מודה ליאיר לורברבוים, לגדי ספיר ולמערכת מחקרי משפט על הערות מועילות לטיוטות קודמות. כן תודה לעוזר-המחקר אבירם הנדל על הסיוע בהכנת המאמר.

1 R. Dworkin *Law's Empire* (London 1986) 86

2 דנ"א 2401/95 נ' נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 786, 661 (להלן: עניין נחמני).

## דני סטטמן

ממנה. אם טענה אחרונה זו נכונה, לא יהיה לבית-המשפט קשה לקבל את הצעתי להימנע מנתינת ביטוי להלכי רוח ספקניים באתיקה.<sup>3</sup> למושג הצדק יש מובן רחב, שבו הוא חופף כמעט למושג המוסריות, וכן מובנים צרים, במיוחד צדק שבחלוקה (צדק דיסטריבוטיבי) וצדק שבגמול (צדק רטריבוטיבי). בדיון שלהלן אשתמש במושג הצדק במובנו הראשון, הרחב, אף שכל שאומר יחול, בשינויים המתבקשים, גם על צדק במובניו הצרים יותר. לא אבדיל איפוא בין "ספקנות מוסרית" לבין "ספקנות לגבי הצדק", בין שאלת "מעמד הצדק" לשאלת "מעמד המוסריות".<sup>4</sup>

### ב. ספקנות מוסרית בבית-המשפט העליון

לספקנות מוסרית (כמו לספקנות בכלל) יש גרסות שונות ומשונות, מתוחכמות יותר ומתוחכמות פחות. המשותף להן הוא הרעיון שבתחום המוסרי לא ניתן לומר על טענה כלשהי שהיא נכונה יותר או אמיתית יותר מזולתה. דרך מקובלת לנסח זאת היא לומר ששיפוט מוסריים, בניגוד לשיפוט מדעיים, אינם משקפים את "מבנה העולם" (the fabric of the universe), ולכן אינם יכולים להתיימר לאובייקטיביות המאפיינת את האחרונים. אם אין הם מבטאים את מבנה העולם, את מה הם עשויים לבטא? על כורחנו, את עולמו הפנימי של הסובייקט. אמור איפוא: השיפוט המוסריים אינם אלא השלכה, פרויקציה, של הסובייקט על העולם, ולא משהו שמצוי בעולם באופן אובייקטיבי ומצפה כביכול לחשיפה. ומהו בסובייקט שמבטא שיפוט אלה? לא תבונתו, שאילו כך היה, היה להם תוקף אוניוורסלי והכרחי, בניגוד להנחה הספקנית שלעיל המכחישה את ערך האמת של הטענות המוסריות. תחושותיו של הסובייקט הן שעומדות איפוא, לפי הגישה הנידונה, ביסוד השיפוט המוסריים. ממילא ברור מדוע אין מקום לשכנוע רציונלי באתיקה, שהרי אין שחר למחשבה שהתחושות שלי אמיתיות יותר מתחושותיו של מישהו אחר; על טעם וריח אין להתווכח.

העובדה שהמוסר הוא עניין של תחושה אמורה להסביר את ריבוי העמדות המוסריות בתוך כל חברה נתונה, כמו גם בין חברות ותרבויות שונות, שהרי אילו היה המוסר עניין רציונלי, היה ניתן לצפות למידה רבה של הסכמה בתחום זה. בניגוד לתבונה, התחושות משתנות מסובייקט למשנהו; מה שאני אוהב, את שונאת, מה שאהוד בעיני חברה אחת, מעורר סלידה בעיני חברה אחרת. ספקנות מוסרית קשורה איפוא ברלטיביזם מוסרי, בתפיסה שלפיה המוסר שונה מחברה לחברה, ואין בנמצא אמת-מידה אובייקטיבית שתוכל להכריע איזו חברה מחזיקה במוסר הנכון.

3 במגמה האנטי-ספקנית הכללית של מאמרי, וכן בכמה טיעונים ספציפיים, אני צועד בעקבות מאמרו המאלף של ע' פרוש "תיאוריית סוס-הפרא, מרחב שיקול-הדעת של השופט והמוסר האישי שלו" *משפטים* יט (תשמ"ט-תש"ן) 325. ראו גם מאמרו "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק" *עיוני משפט* יג (תשמ"ח) 453.

4 לשימוש רחב במושג צדק השווה גם פרוש "מקומם של שיקולי צדק", שם, בעמ' 455. לפי ההבנה המוצעת כאן, תורת הצדק היא חלק מתורת המוסר, בניגוד לדעתו של ח' כהן *המשפט* (ירושלים תשנ"ב) 94-99, הסבור להיפך.

הצדק כ"שדה פרוץ": מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון

אלה הם, בקווים גסים וכלליים, תווי פניה של הספקנות המוסרית. ההשלכה של תפיסה זו על מקומו של הצדק בשיקולי בית-המשפט ברורה: יש לעשות כל מאמץ לבלום את החדירה של שיקולים מוסריים אל תוך המשפט,<sup>5</sup> כי בכך מוזרמים פנימה יסודות אישיים, סובייקטיביים ורגשיים, שמסכנים את האופי הכללי, האובייקטיבי והתבוני של המשפט.<sup>6</sup> האם שופטי בית-המשפט העליון מחזיקים בתפיסה ספקנית זו ובהשלכותיה לגבי המשפט? לפחות במבט ראשון, התשובה היא כן: רוחות ספקניות כאלה אכן מנשבות בבית-המשפט העליון, לעיתים בעוצמה ולעיתים במתינות, לעיתים במפורש ולעיתים במובלע.

אכן, לא בכל יום מזומנת לבית-המשפט הזדמנות לדון במעמדו של הצדק וביחס בין הצדק למשפט, שכן ברוב המקרים שיקולי הצדק הרלוונטיים סמויים מן העין, וההלכה נובעת כביכול באופן הכרחי מהחוק החרות ומדוקטרינות פרשניות שהתגבשו בפסיקה. אבל הזדמנויות כאלה נקרות לעיתים על דרכו של בית-המשפט, ודוגמה ייחודית מעין זו היא פסק-הדין בעניין נחמני. אזכיר בקיצור את העובדות הרלוונטיות: רחמה של רותי נחמני נכרת לאחר שהתגלה בו גידול סרטני. אחת-עשרה ביציות שלה הופרו מזרעו של בעלה דני, והוקפאו. הזוג החל בהליכים משפטיים ומעשיים למציאת אם-פונדקאית, אבל אז עלו יחסיהם על שרטון. דני עזב את אשתו והתחבר לאשה אחרת, שילדה לו שתי בנות, וביקש לא להמשיך את תהליך הפונדקאות. בית-המשפט המחוזי בחיפה פסק לטובת רותי; בערעור פסק בית-המשפט העליון לטובת דני; ובדיון הנוסף, בהרכב של אחד-עשר שופטים, פסק לטובת רותי.

פרשת נחמני הזמינה דיון במושג הצדק ובמקומו במשפט משני טעמים: ראשית, ובעיקר, לפחות לכאורה, היה ניתן להתרשם שהמשפט אינו מספק כל הנחיה לפתרון הבעיה, ולכן לא היה מנוס מלשאול את פי הצדק. זו אכן היתה הבנתם של כמה שופטים, כגון גולדברג וטירקל, שטענו כי לפנינו "חלל נורמטיבי", ולכן יש לפנות לצדק. כך ניסח זאת השופט גולדברג:

מאחר שלשיטתי אין כלים "קונבנציונליים" לפתרון הסכסוך, יש לתור אחר חלופה להם, המבוססת על ערך בסיסי החולש על שיטתנו. ערך-יסוד הולם הוא הצדק.<sup>7</sup>

במאמרו "משפט וצדק וצדק מוסרי – עיון נוסף בפרשת נחמני",<sup>8</sup> ניתח דוד הד לפני כמה

5 גישה זו קרובה לעמדה שהשופט והמלומד ריצ'רד פוזנר מבטא כיום בארצות-הברית. פוזנר מאמץ במפורש עמדה ולטיביסטית של המוסר, וכן סבור שבתי-המשפט אינם צריכים לפנות לתיאוריות מוסריות כדי להכריע במקרים הבאים לפניהם. ראו במיוחד: R.A. Posner "The Problematics of Moral and Legal Theory" 111 *Harvard L. R.* (1997–1998) 1637 נגד פוזנר, ראו: R. Dworkin "Philosophy & Monica Lewinsky" *The New York Rev. of Books*, March 9, 2000, at p. 48; *Idem*, "A Reply to Posner" in *The New York Rev. of Books*, April 29, 2000, at p. 62.

6 גישה כזו מצויה כידוע אצל קלזן, ראו, למשל: H. Kelsen *General Theory of Law and State* (1961) section 1A ("Law and Justice").

7 עניין נחמני, לעיל הערה 2, בעמ' 728.

8 משפטים כט (תשנ"ח) 507.

שנים שלוש גישות לגבי היחס בין צדק ומשפט שניתן לגלות בדעות השופטים בעניין נחמני. מוקד הדיון שלי שונה במקצת, רוצה לומר, חשיפת דעתם לגבי מעמד הצדק אף כי קיימת זיקה קרובה בין שני הדיונים. אפתח בשופט זמיר, שאת דבריו ציטטתי בפתחה, המבטא זה שנים רבות עמדה ספקנית לגבי המוסר כמו גם לגבי השימוש בשיקולים מוסריים בפסיקה. במשפט, הוא סבור (בציטוט לעיל), יש "מידה רבה של אובייקטיביות", ואילו הצדק הוא "שדה פרוץ" שבו "אין סימני דרך ואין תמרוצים". ועוד הוא אומר שם, בדיון בעניין נחמני, כי "לאף אחד אין מונופול על הצדק", רוצה לומר, איש אינו יכול לקבוע שתפיסת הצדק שלו ראויה יותר מזו של חברו.<sup>9</sup> ומכאן, לעניין הסכסוך בין בני-הזוג נחמני – "אין לי תשובה פסקנית לשאלה מי מהם צודק יותר במישור האישי" (פסקה 20). בשל החשש שהמוסר "ידיביק" את המשפט בסובייקטיביות שלו, הציע זמיר לפני קרוב לשלושים שנה להשמיט את המלה "צדק" "הן משמו והן מתיאור סמכותו" של בית-המשפט הגבוה לצדק.<sup>10</sup>

עתה לדעתה של השופטת שטרסברג-כהן. לאחר דיון אחרון ומפורט שבו היא מסבירה מדוע אין לרותי עילה לכפות הורות על דני, היא פונה לקראת סוף חוות-דעתה לומר משהו על הצדק. עיקר המסר שלה הוא כי לא ניתן לומר שהצדק תומך באחד מבעלי הדין: "גיוס ה'צדק' לצידה של עמדה אחת ועל ידי כך שלילתו מן העמדה הנוגדת, חוטא לדעה הנוגדת ואולי אף לצדק עצמו."<sup>11</sup> מדוע לא ניתן "לגייס" את הצדק לטובת אחד הצדדים? מדבריה, הלא-חדים לגמרי, של שטרסברג-כהן ניתן לחלוץ את הרעיונות הספקניים הבאים: א. כדי שיהיה ל"גיוס" זה תוקף, עליו להתבסס על האובייקטיביות של הצדק. אבל הצדק אינו עניין אובייקטיבי, כדברי חיים כהן המצוטטים בהרחבה על-ידי שטרסברג-כהן: "חוש הצדק האנושי אינו יכול לשמש קנה מידה לצדק אובייקטיבי."<sup>12</sup>

9 השוו דעת השופט ויתקון בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון ואח', פ"ד יז(2) 1009, 1027: "שאלה של 'מוסריות' אינה שאלה של המשפט 'טההור', והשופט המצווה להשיב על שאלה כזאת נמצא במצב קשה... האמת ניתנת להיאמר, כי בשאלה זו ייתכנו גם ייתכנו חילוקי דעות, ואי אפשר לומר על גישה זו או אחרת שהיא בהכרח יותר (או פחות) 'מוסרית' מרעותה." אבל ראו שם דעתו החולקת של השופט זילברג, שטען כי מוסרי המוסר המקובלים מספקים תשובה חד-משמעית לעניין הנידון, רוצה לומר, לפסלות של יחסי איש ואשה מחוץ לנישואין (שם, בעמ' 1021).

10 י' זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו (תשל"ב) 212, 223. באופן דומה אמר השופט גויטיין: "חבל שהמחוקק מצא לנחוץ להכניס מונח של מוסר בסעיפי החוק" (ע"א 143/55 היזנר נ' קלינסקי פ"ד יא 17, 25, מצוטט אצל פרוש "תיאוריית סוס-הפרא", לעיל הערה 3, בעמ' 347), וכן השופט אנגלרד, בהתייחסו לסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט 1979: "לטעמי, הוראה המפנה באופן סתמי ובצורה גורפת לשיקולי צדק היא מדיניות חקיקתית גרועה, ואינה אלא מעודדת סכסוכים משפטיים" (י' אנגלרד "כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט" ספר זכרון לגד טדסקי (ירושלים, התשנ"ו 1995) 37, 53, מצוטט על-ידי השופט חשין ברע"א 5768/94 א.ש.ג. ואח' נ' פודום אביזדים ואח', פ"ד נב(4) 289, בפסקה 74 לחוות-דעתו). הרתיעה מהכנסת מונחים מוסריים לחוק נובעת מן-הסתם גם מהערכה אמפירית לגבי הקושי בפרשנותם ויישומם של מונחים אלה, אך כאמור, היא יונקת לדעתי גם מחשש כללי מפני מה שנתפס כאופי הסובייקטיבי והאמוטיבי של המוסר. אצל אנגלרד, דומה שאין לנתק את הדברים מגישתו הפוזיטיביסטית הכללית שהוא פוסע בה בעקבות קלזן. על הפוזיטיביזם של אנגלרד ראו מה שכתב לאחרונה ג' ספיר "שני תלמידי-חכמים שהיו בעירנו" עיני משפט כה (תשס"א) 189, סעיף 4.

11 עניין נחמני, לעיל הערה 2, בעמ' 694.

12 לעמדתו של כהן ראו בהרחבה כהן, לעיל הערה 4, בעמ' 88-99.

הצדק כ"שדה פרוץ": מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון

ב. רלטיביזם: מה שנתפס כצדק בחברה אחת עשוי להיתפס כאי-צדק בחברה אחרת, כשם שמה שנתפס כצדק אצל יחיד כלשהו עשוי להיתפס כאי-צדק אצל אחר.<sup>13</sup>  
ג. בדילמות מוסריות ומשפטיות רבות אין הכרעה שיכולה לעשות צדק עם כל הצדדים הרלוונטיים. תיקון עוול לאחד כרוך תדיר בגרימת עוול לאחר.<sup>14</sup> מכאן שאין אפשרות לדבר על פתרון כלשהו בתור הפתרון הצודק, הפתרון שהצדק תומך בו.  
לחיזוק דעתה, שטרסברג-כהן מצטטת, בין השאר, שני פילוסופים חשובים, דוורקין והייר, אבל פילוסופים אלה מדגישים דווקא את התוקף הכללי של השיפוט המוסריים. דוורקין משקיע כבר שנים מאמץ בדחיית הספקנות המוסרית והמשפטית, והוא חוזר שוב ושוב על דעתו כי לשאלות מוסריות ומשפטיות יש תשובה נכונה אחת.<sup>15</sup> גם הייר מרחיק את עצמו מעמדות סובייקטיביסטיות ורלטיביסטיות של המוסר, ומבקש להראות שחשיבה מוסרית הינה רציונלית, כמו גם אובייקטיבית, לפחות במובנים מסוימים של ביטוי זה. הרציונליות של המוסר מתבטאת במה שהייר קורא חשיבה מוסרית ביקורתית (בניגוד לחשיבה אינטואיטיבית). לדעתו:

We are rational in our critical thinking if we make use of the available facts, and reason in accordance with the logical requirements generated by the concepts used in the questions we are asking.<sup>16</sup>

אם כך, לא הייר ולא דוורקין תומכים בתפיסה הסובייקטיביסטית המבוטאת בדבריהם של חיים כהן ושטרסברג-כהן.  
השופט גולדברג אינו נוקט במפורש עמדה בשאלתנו, אך דברים מסוימים שהוא אומר נראים רלוונטיים. הסכסוך של בני-הזוג נחמני, הוא טוען, "מצוי כל כולו בתחום הרגשי-מוסרי-חברתי-פילוסופי".<sup>17</sup> בביטוי זה בדיוק השתמש גולדברג גם בדעת היחיד שלו בעניין זייצוב נ' כץ,<sup>18</sup> שם הסיק ממנו שקצרה ידו של בית-המשפט להכריע אם טוב לאדם שנולד משלא נולד, ולכן ראוי לדחות את התביעה של הולדה בעוולה. אמור איפוא: שאלה שהיא כל-כולה "בתחום הרגשי-מוסרי-חברתי-פילוסופי" היא כזאת שבית-המשפט אינו מסוגל להתמודד עמה. והואיל ואין להניח שיכולתו של בית-המשפט להתמודד עם שאלות כאלה פחותה מיכולתו של כל אדם, מן הסתם יש לפרש את דברי גולדברג כסבור ששאלות שהן כל-כולן בתחום "הרגשי-מוסרי-חברתי-פילוסופי" גבוהות מבינתו של האדם, ואין הוא יכול להשיב עליהן. אכן, בהמשך חוות-דעתו בעניין נחמני גולדברג קובע לגבי השאלה של טובת הילד שייוולד לרותי: "התשובה לשאלה אם עדיף החידלון על הקיום שוכנת במרחבי

13 עניין נחמני, לעיל הערה 2, פסקה 29 לחוות-דעתה של שטרסברג-כהן.

14 שם, שם.

15 ראו במיוחד: R. Dworkin "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It" 25 *Philosophy & Public Affairs* (1996) 87. על כך שגישת דוורקין אינה מתיישבת עם הטעון ששטרסברג-כהן מפתחת העיר כבר הד, לעיל הערה 8, בעמ' 518, הערה 5.

16 R.M. Hare *Moral Thinking* (Oxford 1981) 218

17 עניין נחמני, לעיל הערה 2, בעמ' 723.

18 ע"א 518/82 זייצוב ואח' נ' כץ ואח', פ"ד מ(2) 85, 128.

## דני סטטמן

הפילוסופיה ובמעמקי המוסר, וברורה אוזלת ידו של המשפט להשיב עליה.<sup>19</sup> לשיטתו, התמודדות עם שאלות פילוסופיות רחבות ושאלות מוסריות עמוקות אינה דבר שניתן לצפות לו מבית-המשפט.

השופט טירקל מקבל את הערכתו של גולדברג על הימצאות השאלה הנידונה כל-כולה בתחום "הרגשי-מוסרי חברתי-פילוסופי", ומסיק מכך שהתשובה תימצא "בעולם הפנימי של כל אחד מאתנו, אף אינני מהסס לומר, שמותר לה שתימצא באוצר הרגשות שבתוך לבו של כל אחד מאתנו".<sup>20</sup> שאלות פילוסופיות מוסריות אינן איפוא עניין לדיון רציונלי בעל אופי אוניוורסלי, אלא עניין ל"עולמו הפנימי" של האדם, ל"אוצר הרגשות שבתוך לבו". מכאן שכמובן אין היא הכרעה אובייקטיבית, אלא שלדעת טירקל, כך גם לגבי ההכרעה על-פי הדין:

לשיטתי שלי, גם ההכרעה על-פי "הדין", במקרה שלפנינו, בתוך תוכה הכרעה סובייקטיבית ערכית היא; שופט שופט והרוח המתנגנת בכינור התלוי מעל לחלונו (...) האובייקטיביות, בעניין כעניינינו... מיתוס היא ותו לא.<sup>21</sup>

בהתאם לדימוי זה, כל שנותר לשופט לעשות בדילמות כגון זו של עניין נחמני הוא להמתין לרוח שתעיד את מיתרי כינורו, ואת המנגינה שתופק ירשום השופט בהכרעת דינו. ראינו לעיל שכמה מהשופטים בעניין נחמני מתייחסים אל הצדק כמונחים של "חוש" או "תחושה", ואכן, התייחסות זו, המתבטאת בצירופים "חוש הצדק" או "תחושת הצדק", מופיעה בפיהם של כמעט כל השופטים. מאלף במיוחד לראות איך חוש הצדק נתפס יחסית למקורות הכרה אחרים. כך, למשל, השופט טירקל אומר באחד מפסקי-דינו:

תוצאה כזאת אינה מתקבלת על הדעת מבחינה משפטית ואינה מתקבלת על הלב מבחינה מוסרית. חוש הצדק תובע לתקן את המעוות וזאת ניתן לעשות על ידי הארכה של המועד שנקבע בכתב הערבות.<sup>22</sup>

המשפט שוכן בדעת, ואילו המוסר שוכן בלב ובתחושות המפעמות בו. הבחנה דומה יש בדברי שמגר לגבי האפשרות שעברייני עיקרי ייעשה עד-מדינה:

חוש הצדק דורש כי העברייני העיקרי יישפט וייענש וכי לא יצא פטור ללא כלום על ידי ניסיון לפרוק מעצמו אחריות למעשיו עקב נכונותו להעיד נגד עוזריו או שותפיו הזוטרים. הרי אין להעלות למשל על הדעת, שרוצח יהפוך לעד מדינה כדי להעיד נגד אלה שהחביאוהו לאחר מעשה, או כי יתחמק מן העונש על ידי הבעת נכונות להעיד נגד שותפיו הזוטרים יותר.<sup>23</sup>

19 עניין נחמני, לעיל הערה 2, בעמ' 726. (כל ההדגשות בציטוטים הן שלי, אלא אם נאמר אחרת – ד' ס').

20 שם, בעמ' 735.

21 שם, בעמ' 738.

22 ע"א 8034/95 מאור חברה לדלק בע"מ נ' גיזן, פ"ד נב(4) 97, 114.

23 בג"ץ 6059/93 בראון נ' שדר – פרקליט מחוז, תק-על 93(4) 56, 57 (לא פורסם).

הצדק כ"שדה פרוץ": מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון

אין טעם לייגע את הקוראים בציטוטים נוספים בעניין זה, ואסתפק בעוד כמה הפניות בהערת-שוליים לשימוש בביטוי "חוש הצדק".<sup>24</sup> מה שחשוב לצורך הטיעון הנוכחי הוא שמיקום הצדק ב"מגירה" של החושים, התחושות או הלב, במקום במגירה של המחשבות, הדעת והשכל, מניח במובלע או מעודד תפיסה סובייקטיביסטית ואמוטיביסטית של הצדק והמוסריות.

כנגד הפרשנות שהצעתי ניתן לטעון שדבריהם של השופטים הנזכרים לעיל אינם מבטאים עמדות ספקניות לגבי הצדק, אלא משקפים ענווה ביחס לסוגיות המורכבות שהם

24 השופט גולדברג: "יש שלא תתישב עם חוש הצדק" (ע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה, תק-על 95(1) 1221, 1218) (לא פורסם); השופט קדמי: "לעניות דעתי, מן הראוי הוא שגם אנו נגלה גמישות בפרשנות העילות המשפטיות להתערבות בחוזה, בעת שאנו מתבקשים לאכוף חוזה שתנאיו נחזים כבלתי הוגנים – בשל היותם 'מנוגדים למצפון' – באופן המקומם את חוש הצדק. לשיטתי, הדרך הנאותה לעשות כן בנסיבות שבהן לא ניתן ליישם את טענת העושה – היא על בסיס הפרת עקרון תום הלב בעת ניהול משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה; ובדרך זו הנני מחליט לנהוג במקרה דנא" (ע"א 4839/92 גנ' נ' כץ, פ"ד מח(4) 758, 749); השופט חשין: "בהפעילו אמת-מידה זו על ענייננו החליט בית המשפט כי ראוי שהקיוויו ייעשה מתחילת היות החובות – טעם הדבר הוא, שלא יימצא עוול נשכר בעוולתו, והעוול הוא, למותר לומר, המוכר – וכך פסק. אך, כך מכתוב חוש הצדק, אך לדינא לא ידעתי מה יסוד משפטי מצא בית משפט קמא להקנות לעצמו שיקול דעת לעניין מועד הקיוויו" (ע"א 5795/90 סקלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 811, 829); השופטת ש' נתניהו: "התופעה שהיצרן (או הספק) יחכה עד אשר משווק כזה יפתח ויבנה בעמלו ובהשקעתו את המוניטין והשווק למוצרי, ובהשלימו את המלאכה וכשהוא מצפה להנות מפרי עבודתו, יפקיע את ההנאה מידי על ידי בטול הסכם השווק וישווק את המוצרים בעצמו בחסכו בכך את הרווח או העמלה, מקוממת, לעתים קרובות, את חוש הצדק ואינה מתיישבת עם ההגינות המסחרית" (ע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרבנול [ישראל] בע"מ, פ"ד מד(3) 661, 686); השופטת בן-פורת: "הואיל ובדין הפלילי עסקינן, מן הראוי לפרש כל הוראה, ולו גם שבסדר דין, בדרך היותר נוחה לנאשם... יתרה מזו, חוש הצדק מחייב להימנע מפירוש העשוי לטעת בלב הנאשם, במידה לא מעטה של סבירות, הרגשה שנגרם לו עוול" (ע"פ 536/79 מ"י נ' שלמה קדוש, פ"ד לד(2) 557, 552); השופט חשין: "תחושת הראשונה הייתה – תחושת קרביים חריפה – שהמערער אינו זכאי לסעד... ענייננו בתחושה המחלחלת בנו, תחושה חריפה של עוול מוסרי" (ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, פסקות 3 171-); השופט ברק: על פי גישה זו לא יזכה ניווק שהכרתו אבדה לו לכל פיצוי. האין חוש הצדק מתקומם כנגד תוצאה זו?" (ע"א 773/81 עזבון המנוח פרייליך נ' מ"י, פ"ד לו(4) 816, 829); השופט לנדוי: "התקשיתי מאוד להשלים עם מסקנה זו, כי חוש הצדק מתקומם נגדה. הגע בעצמך: המערער יוצא חייב בפלילים רק מפני שהמתלונן הפר את ההסכם שהם עשו ביניהם" (ע"פ 551/77 למדן נ' מ"י, פ"ד לב(2) 542, 548); השופט ח' כהן: "תקנת הציבור היא בהרחבת חופש החוזים ולא בהגבלתו; בשמירה על קיום הבטחות והתחייבויות ולא בפתיחת פתח להפרתן. ועד שבית-משפט יבטל חוזה מפני תקנת הציבור, צריך חוש הצדק והיושר והמוסר החברתי להתקומם מפני ביצועו" (ע"א 682/74 יקותיאל נ' בדגמן, פ"ד כט(2) 757, 765); השופט ויתקון: "אמת נכון הדבר, הספק עלול להתעורר אם אין החלטה זו פוגעת בחוש הצדק הדורש הגינות מרבית כלפי הנאשם" (בג"ץ 122/73 עבאדי נ' שר הפנים, פ"ד כח(2) 253, 260); השופט ברנזון: "בא-כוח העותר הרבה להביא ציטוטים מהפסיקה בארצות-הברית לביסוס ההלכה בקשר לפסקי-דין שניתנו בהסכמת הצדדים, וכפי שכבר בואר לעיל, אין ספק ביחס להלכה השוררת שם בעניין זה. אף שמקורה של הלכה זו במשפט המקובל של ארץ המכורה באנגליה, אין אנו חייבים לקבלה ולנהוג על-פיה. לעולם שמורה לנו הזכות לסטות מהלכת המשפט המקובל, כאשר אנו סבורים שאינה הולמת את תנאי הארץ ותושביה לפי חוש הצדק המפעם בהם ושבית-המשפט צריך להיות להם לפה ולשמש להם אות ומופת" (ד"נ 22/73 בן-שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89, 93).

מתמודדים עמן. למשל, כאשר השופט גולדברג אומר שדילמת הזוג נחמני שוכנת כל-כולה "בתחום הרגשי-מוסרי-חברתי-פילוסופי", אין הוא אלא מביע את יראתו מלדון בדילמה עמוקה זו ואת הכרתו במגבלות הכרתו, כשופט וכאדם. באופן דומה, כאשר השופט זמיר אומר שלאיש אין "מונופול על הצדק", הוא מבקש להזהיר מפני יהירות ופנטיות, ואינו קובע עמדה תיאורטית לגבי מעמד הצדק.

ברם, דומני שפרשנות חלופית זו מתעלמת מהמעמד המיוחד של מושג הצדק בדברי השופטים. ענווה יאה לחלק גדול של ההכרעות המשפטיות, לאו דווקא להכרעות שנדרשת בהן פנייה מיוחדת לשיקולים מוסריים, כמו בעניין נחמני, שכן לרוב המקרים המגיעים לפני בית-המשפט אין תשובה מן המוכן, והשופטים נאלצים להפעיל שיקול-דעת ולהכריע בהתאם להבנתם האנושית המוגבלת. והנה, אף-על-פי שביטויי ענווה מתאימים כמעט לכל הכרעה משפטית, ביטויים כגון אלה שנזכרו לעיל אנו מוצאים רק בהכרעות בענייני צדק. בדילמות עמוקות לגבי ענישה לא מצאנו שופט שיאמר "לאיש אין מונופול על קביעת העונש הראוי", או שיימנע מהטלת עונש כבד על בסיס הטענה שקביעת העונש המדויק היא מעבר להשגה האנושית. אין מנוס מהמסקנה שדברי השופטים שלעיל אכן משקפים סוג של עמדה ספקנית לגבי הצדק, ולא ענווה גרידא.

לסיום סעיף זה ברצוני להזכיר קול אחר הנשמע בבית-המשפט המצהיר במפורש על עמדה אובייקטיביסטית של המוסר, הלוא הוא קולו של הנשיא ברק. אומנם, כפי שנראה מייד, גם עמדה זו אינה חד-משמעית באובייקטיביות שלה, אבל היא בבירור פחות ספקנית ופחות סובייקטיביסטית מהעמדות האחרות שראינו כאן. בעניין א.ש.י. 7 התלבט בית-המשפט בטיבו של הצדק המאפשר לזוכה להתחמק מחובת השבה לפי סעיף 1 של חוק עשיית עושר ולא במשפט. ברק התייחס בהרחבה למעמד הצדק, ובשל חשיבות דבריו, אני מצטטם בהרחבה:

אכן, מבחני הצדק והיושר הם מבחנים אובייקטיביים. הם מבטאים את תפיסתה של החברה הישראלית באשר להתנהגות הראויה ביחסים הבינאישיים. הם משקפים את הערכים והאינטרסים של הצדדים ושל הציבור. הם ביטוי לעמדתה של הקהילה הישראלית באשר לדרישות תום הלב בתחום ההשבה... השאלה אינה כיצד מתנהגים בפועל בשוק הרעיונות והנכסים; השאלה הינה כיצד מן הראוי הוא להתנהג בשוק הרעיונות והנכסים. אמת המידה הנה אובייקטיבית. היא אינה אלטרואיסטית. היא משקפת את שנתפס אצלנו כראוי בהתנהגותו של אדם הדואג לאינטרסים של עצמו, ושאינו מחויב להקריב עצמו למען זולתו.

אמת המידה מפנה עצמה אל האדם "הרגיל" ו"הפשוט". אל האדם הסביר. היא משקפת את תחושותינו הבסיסיות באשר למצבים שבהם צודק הוא להטיל חובת השבה. היא משקפת את תחושת הצדק של הציבור בישראל באשר להתנהגות הראויה בין בני אדם בעלי אינטרסים נוגדים.

אמת מידה כללית, המפנה אל "תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור בישראל" היא מטבעה עמומה. קיים חשש של פריצת גבולות... עלינו לעשות כל מאמץ לצקת מבחנים אובייקטיביים אשר יקבעו את תחום ההשבה וייקבעו אמות מידה לגיבושה... לשם כך עלינו להעביר את תחושת הצדק דרך מסננת רציונלית. אכן, עלינו



הצדק כ"שדה פרוץ": מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון

לנתח באופן רציונלי את השיקולים המונחים ביסוד תחושת הצדק. שיקולים אלה – והאיזון ביניהם שעה שהם מתנגשים – מהווים את המטען הנורמטיבי אשר אמת המידה של צדק ויושר ביחסים בינאישיים נושאת בקירבה. אם אומנם אמת המידה בדבר "תחושת הצדק" היא אובייקטיבית – ואינה אך פרי תחושות שיפוטיות סובייקטיביות – כי אז פירוש הדבר, שהיא מורכבת מאינטרסים ומערכים שהם חיצוניים לשופט, והמשקפים את תפיסותיה של החברה הישראלית. על השופט לחשוף ערכים ואינטרסים אלה... עליו לאזן בין הערכים והאינטרסים המתנגשים בנקודת החיכוך. עליו לגבש אמות מידה להכרעה בהתנגשות. בכל אלה על השופט לבטא את כוח ההגיון ולא את הגיון הכוח. אכן, רטוריקה של "תחושת הצדק", או עשיית הישר והטוב יפה היא וטובה, אם היא תחילתו של המסע השיפוטי ולא סופו.<sup>25</sup>

ברק מתנגד אפוא במפורש להסתמכות על תחושות, ורואה בתחושות הצדק רק את "תחילתו של המסע השיפוטי", ולא את סופו. תחושות אלה יש להעביר דרך "מסננת רציונלית", שתשקול את הערכים והאינטרסים שביסוד התחושות ותאזן ביניהם לאור המבחנים האובייקטיביים של הצדק והיושר. אנו מוצאים את הצדק בכוח ההגיון, לא בכוח הבלתי-מבוקר של תחושות-בטן או רחשי-לב.<sup>26</sup>

נימת הדברים כאן שונה בלא ספק מזו שראינו אצל זמיר או אצל שטרסברג-כהן. עם זאת, המושג אובייקטיביות שברק משתמש בו עלול להתפרש באופן המחליש דווקא את מעמד הצדק. כשמדברים על תוקף אובייקטיבי של טענות, הכוונה בדרך-כלל לרעיון שטענות מסוימות אמיתיות בלא תלות בכך שפלוני או אלמוני סבורים כך. בהקשר המוסרי, הכוונה היא שקיימות אמות-מידה לנכונותו או לצדקתו של מעשה שאינן תלויות בדעתו או בטעמו של היחיד או הציבור. לפי קאנט, למשל, אמת-המידה העליונה של המוסריות היא מבחן האוניוורסליזציה, וזו אינה תלויה בדעות המקובלות בחברה או באמונותיו המקריות של יחיד כלשהו. לפי התועלתנות, המבחן האובייקטיבי הוא התרומה לתועלת הכלל, וגם מבחן זה אינו תלוי כלל ועיקר במקובלות חברתיות או בסברות אישיות. לעומת זאת, לפחות מקצת הדברים שאומר ברק בקטע המצוטט מלמדים שהמבחן האובייקטיבי הוא המבחן של מה שמקובל בחברה: "מבחני הצדק והיושר הם מבחנים אובייקטיביים. הם מבטאים את תפיסתה של החברה הישראלית באשר להתנהגות הראויה ביחסים הבינאישיים." לפי זה, כדי לדעת מהו הצדק, עלינו לפנות לא לעיון פילוסופי-מוסרי, אלא לעיון סוציולוגי, רוצה לומר, בחינת התפיסה המקובלת בחברה לגבי הצדק. בהתאם לכך, גם "המסננת הרציונלית" אינה מסננת פילוסופית-מוסרית, אלא מסננת סוציולוגית, שתפקידה לוודא שתחושות-הלב שלנו מתאימות ל"עמדתה של הקהילייה הישראלית". מסקנה זו עולה גם מדברים שברק כותב במקום אחר על שיקול-הדעת השיפוטי. לדעתו, יש להפעיל את שיקול-

25 עניין א.ש.ז. ג., לעיל הערה 10, בעמ' 466.

26 השור גם א' ברק פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית (ירושלים 1992) 93 ("פרשנות ואינטואיציה"), על כך שהאינטואיציה השיפוטית זקוקה לביקורת פן תהיה לשרירות.

## דני סטטמן

הדעת באופן "סביר", והסבירות הרי היא "עניין אובייקטיבי",<sup>27</sup> ה"מבקשת לצאת מהסובייקטיביות האופפת כל יחיד ויחיד תוך חיפוש אחר הכללי והמשותף".<sup>28</sup> ומהו הכללי והמשותף? רוצה לומר, המקובל אצל בני החברה, ולא רק אצל שופט פלוני או אלמוני. סובייקטיביות שיפוטית משקפת איפוא את התחושות והאמונות הפרטיות של השופט, ואילו אובייקטיביות שיפוטית משקפת את "עקרונות היסוד של התקופה"<sup>29</sup> ואת "ערכי היסוד (או: "רחשי הלב"<sup>30</sup>) של האומה".<sup>31</sup>

אבל נקל לראות שגישה זו מובילה במהירות לרלטיביזם מוסרי, למסקנה שהצדק, כמו סבירות ההכרעה המשפטית באופן כללי, אינם אלא מה שמקובל בזמן נתון בחברה נתונה. אם האובייקטיביות של הצדק מתייחסת לא לתוקפו של הצדק, כי אם למקובלות החברתית שלו, נמצאנו חוזרים למגמה הספקנית שסקרנו בחלקים הקודמים של סעיף זה. השביל המוביל כאן לרלטיביזם לא נעלם מעיניו של ברק,<sup>32</sup> וכדי לחסום אותו, הוא מסייג את דבריו בקטע המצוטט ל"תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור בישראל".<sup>33</sup> בדרך זו, הוא סבור, ניתן להימלט מרלטיביזם, כי הצדק אינו יחסי לכל חברה וחברה, אלא לחלק הנאור שלה,<sup>34</sup> והואיל והנאורות אחת היא, גם הצדק אחד הוא. כדי לקבוע באופן אובייקטיבי מהו הצדק איננו צריכים לערוך הצבעה או סקר דעת-קהל, אלא לבחון מה היה האדם הנאור אומר, גם אם אדם מופשט זה אינו קיים במציאות, ולברר מהם ערכי-היסוד של המשטר הדמוקרטי,<sup>35</sup> ולא דווקא אלה של "האומה". אבל נקל לראות שבקו-טיעון זה אין עוד משמעות למובן הסוציולוגי של אובייקטיביות. מעתה, אובייקטיביות אין פירושה מה שמקובל בחברה נתונה בזמן נתון, אלא מה שמתחייב מרעיון הנאורות או ממושג הדמוקרטיה, ומה שנדרש כדי לברר זאת הוא עיון פילוסופי-מוסרי, ולא בחינה חברתית-אמפירית. לשון אחר: אם הצדק נקבע על-פי ערכי החברה, אין דרך להימנע מרלטיביזם מוסרי (כפי שאין דרך לקבוע שקבוצה מסוימת בתוך החברה נאורה יותר מאחרות<sup>36</sup>). לעומת זאת, אם יש תוקף לצדק במנותק מהמקובלות החברתיות, דהיינו, אם הצדק הינו אובייקטיבי

27 א' ברק שיקול דעת שיפוטית (תל-אביב 1987) 187.

28 שם, שם.

29 שם, בעמ' 190.

30 שם, בעמ' 191.

31 שם, בעמ' 190.

32 שם, בעמ' 192: "האם על השופט ליתן ביטוי למקובל בחברתו, גם אם מקובל זה נוגד את מה שנראה לו כצודק ומוסרי?"

33 השווה שם, בעמ' 193: "אין [השופט] מחפש תמיד את השקפת הרוב... הוא מבקש ליתן ביטוי לערכי היסוד, לאותם ערכים והשקפות המקובלים על הציבור הנאור שבתוכו הוא יושב."

34 למהלך דומה ראו דברי השופט ויתקון בע"א 337/62 דוונפלד נ' יעקובסון ואח', פ"ד יז(2) 1009, 1026: "כשמתייצבת לפנינו שאלה שהיא, לאמיתו של דבר, שאלה סוציולוגית ולא משפטית, מצווים אנו כשופטים לתת ביטוי ותוקף, לא לדעותינו הפרטיות, אלא למה שנראה לנו כמשקף את דעת הציבור, והכוונה היא לחלק המשכיל והמתקדם שבתוכו."

35 ברק, לעיל הערה 27, בעמ' 193.

36 על המעגליות שבהסתמכות על מושג הציבור הנאור כדי לקבוע מה צודק או מה סביר ראו ד' סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד (תשס"א) 541, 543-544, והערה 8 שם; והשוו פרוש "תיאוריית סוס-הפרא", לעיל הערה 3, בעמ' 340-341.

הצדק כ"שדה פרוץ": מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון

במובן הפילוסופי-המוסרי, אזי אין מקום להסתמכות על רחשי-הלב של האומה או החברה. בהסתמכו עליהם, ברק פוגם במקור שלו לגבי המעמד האובייקטיבי של הצדק. הבנה סוציולוגית של מושג האובייקטיביות המוסרית מצויה גם אצל זמיר, אלא שהוא מעצים את הסובייקטיביות העולה ממנה. כך הוא אומר במסגרת חוות-דעתו בעניין א.ש.ג. 7, שבו נדרש בית-המשפט להכריע בשאלת הפרשנות של הביטוי "בלתי צודקת" בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט:

מקובל לומר כי הצדק, כשהוא מנחה שופט, אינו צדק אישי אלא צדק כללי, כלומר, לא צדק סובייקטיבי אלא צדק אובייקטיבי, המשקף עמדות רווחות בציבור. אכן כך להלכה. אך למעשה אין הבחנה חדה בין השניים. הצדק המנחה שופט הוא, במקרה הטוב, ניסיון אישי לראות את הכללי, כלומר, עמדות רווחות בציבור כפי שהן נראות בעיני השופט. אולם, לעתים מזומנות אין השופט יודע, ואף אינו יכול לברר, מה הן העמדות הרווחות בציבור במקרה הנדון. במקרה כזה הצדק הסובייקטיבי הוא בהכרח גם הצדק האובייקטיבי, והיו לאחד.<sup>37</sup>

בדומה למה שעולה מדברים מסוימים של ברק, גם אליבא דזמיר הדרך הרצויה לפתור שאלות צדק היא בדיקה סוציולוגית של העמדות הרווחות בציבור, בדיקה שמספקת תשובה לצדק ה"אובייקטיבי" או ה"כללי". אלא שלפי זמיר, בדיקה זו אינה אפשרית ברוב המקרים, כי השופט אינו יכול לדעת את העובדות הסוציולוגיות הרלוונטיות, ולכן אין לו אלא תחושותיו הסובייקטיביות לגבי עובדות אלה. סמי מכאן כל ניסיון לדיון רציונלי בצדק עצמו ובמה שמתחייב ממנו לגבי הדילמות שבית-המשפט מתמודד עמן.

### ג. האומנם "שדה פרוץ ללא סימני דרך וללא תמרורים"?

בגישה הספקנית שתיארתי בסעיף הקודם יש שני מרכיבים: אחד נוגע במעמדו של הצדק והאחר נוגע במסקנות לגבי מקום הצדק במשפט. אדון בהם באופן ביקורתי אחד לאחד. לאחר-מכן, בסעיף-קטן 3, אנסה להראות שגם אילו היתה גישה זו נכונה, לא היה ראוי שבית-המשפט העליון ייתן לה ביטוי.

#### 1. הסובייקטיביות של הצדק

המסורת הספקנית בתחום המוסרי הינה עשירה ועתיקת-יומין, ואין כל סיכוי שאוכל לדון במסגרת זו בטיעונים הרבים שהועלו במסגרתה או במגוון הגישות הכלולות בה. אציב לעצמי כאן מטרה צנועה הרבה יותר, והיא להראות מדוע הטיעונים הספקניים שהעלה בית-המשפט נגד הצדק אינם משכנעים.

טיעון אחד הוא הטיעון הרלטיביסטי. הואיל וקיימים הבדלים בתפיסה המוסרית של חברות שונות ("צדק" כלכלי-חברתי בחברה מסוימת יכול להיתפס כ'אי-צדק' בחברה

37 עניין א.ש.ג. 7, לעיל הערה 10, בעמ' 490.

אחרת<sup>38</sup>), מכאן שהצדק אינו עניין אובייקטיבי, אלא תלוי-חברה ותלוי-תרבות. למרות הפופולריות שלו, טיעון זה בטל באופן מביך. עצם העובדה שלחברות שונות (או ליחידים שונים) יש תשובות שונות ומנוגדות לשאלה כלשהי אינה ראייה שלשאלה זו אין תשובה נכונה. הבדלי הדעות עשויים לנבוע מכך שאחד הצדדים פשוט טועה (ואולי ששניהם טועים). באופן כללי, כאשר אנו נתקלים באדם שחולק על דעתנו, איננו אומרים, "אם הוא לא מסכים איתי, כנראה שהאמת אינה מצויה אצל אף אחד מאיתנו, או שבכלל אין אמת בעניין הנידון", אלא "אם הוא חולק עלי, עלי לחזור ולבחון את דעתי, שמא יתברר שאני טועה. ואם יתברר שאני טועה, הרי שהחולק עלי טועה". עצם השוני בהתנהגות המוסרית בין חברות – אם הוא אכן קיים<sup>39</sup> – אינו יכול אפוא לבסס את הגישה הסובייקטיביסטית הנזכרת.

טיעון אחר מבוסס על כך שבבעיות מוסריות הנוגעות ביותר מאדם אחד אין כמעט אף פעם פתרון שישביע את חוש הצדק של כולם. אחד הצדדים חש כמעט תמיד שנעשה לו עוול, גם אם קיימים טיעונים כבדי-משקל לטובת הפתרון שהוצע. למשל, שטרסברג-כהן אומרת כי המשפט אינו מתערב כאשר אשה מפילה את ולדו של גבר בניגוד לרצונו בשל החשיבות שהמשפט מייחס לאדנות על הגוף, אך אין להתעלם מכך שהתוצאה אינה צודקת כלפי הגבר. מסקנה: הצדק אינו מסוגל להוביל לתשובות חד-משמעיות, או בלשונה של שטרסברג-כהן: "גיוס הצדק לציידה של עמדה אחת ועל ידי כך שלילתו מן העמדה הנוגדת, חוטא לדעה הנוגדת ואולי אף לצדק עצמו."<sup>40</sup>

אבל העובדה שפתרון כלשהו לבעיה מוסרית כרוך בגרימת עוול או בפגיעה בזכויות אינה מלמדת שהפתרון שגוי, ואף לא שפתרון אחר היה ראוי באותה מידה. הספרות העשירה על התופעה של דילמות מוסריות העמיקה את הבנתנו לגבי מקרים שבהם הפתרון הנכון, בהתחשב בכל, הוא א, ובכל-זאת א אינו מושלם, והוא כרוך בחובו הפסד מוסרי.<sup>41</sup> מה שנכון לגבי דילמות בתוך פועל מוסרי יחיד (דילמות אינטר-אפרסונליות) נכון גם לגבי דילמות בין כמה פועלים מוסריים (דילמות אינטר-אפרסונליות).<sup>42</sup> כשם שעשיית המעשה הנכון לגבי היחיד כרוכה לעיתים ב"לכלוך הידיים", במעשים לא-לגמרי-רצויים מבחינה מוסרית, כך הפתרון הנכון בקונפליקטים בין יחידים כרוך לעיתים בתוצאות לא-רצויות לגבי חלק מהיחידים. מהעובדה שאין פתרון מושלם מוסרית לבעיה נתונה לא נובע שכל הפתרונות שקולים בערכם. בניגוד לדעתה של שטרסברג-כהן, גיוס הצדק לציידה של עמדה אחת ושלילתו מהעמדה האחרת אינו פסול, ובלבד שנזכור שהכוונה ל"צדק בהתחשב בכל", לפתרון הצודק ביותר שניתן להשיגו בנסיבות נתונות.

38 ראו לעיל הערה 13.

39 לדעת כמה כותבים, יש הגזמה בתיאור ההבדלים בתפיסה המוסרית בין חברות. ראו, למשל, א' קציר *כבוד המהפכה המדעית* (תל-אביב תשל"ב) 71-86. ההגזמה בתיאור ההבדלים המוסריים קשורה להגזמה בתיאור ההבדלים בצרכים ובאינטרסים האנושיים בין בני-אדם בתרבויות שונות. ראו על כך, למשל: M.C. Nussbaum "Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism" 20 *Political Theory* (1992) 202.

40 עניין נחמני, לעיל הערה 2, בעמ' 694.

41 ראו ד' סטטמן *דילמות מוסריות* (ירושלים תשנ"א) והספרות שזכרת שם.

42 להשוואה בין שני סוגי דילמות אלה, ראו: T.C. McConnell "Interpersonal Moral Conflicts" 25 *American Philosophical Quarterly* (1988) 25.

הצדק כ"שדה פרוץ": מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון

סיכומו של דבר, התופעה של הפסד מוסרי אינה מחייבת להניח סובייקטיביזם מוסרי, או להניח שאין תשובה נכונה אחת בדילמות מוסריות. כפי שהסברתי בהרחבה במקום אחר, ההסבר לתופעה זו נעוץ בחוסר הניתנות להשוואה (האינקומנסורביליות) של הערכים. גם אם פתרון מסוים טוב לאין ערוך וצודק יותר מכל פתרון אחר, אין בכך כדי לבטל ולהפוך לאין את העוול שהפתרון עלול לגרום ליחיד כלשהו.<sup>43</sup> מה שנכון לגבי דילמות מוסריות והמחיר המוסרי הכרוך בהן נכון גם לגבי דילמות משפטיות מסוימות:<sup>44</sup> בית-המשפט צריך לחפש את הפתרון הצודק ביותר, תוך הבנה שגם פתרון זה עשוי להיות כרוך במחיר מוסרי בלתי-נמנע. הטיעון האחרון שאדון בו מבוסס על ההנחה שצדק ומוסר הם עניין של תחושה, ולא של תבונה; של הלב, ולא של הראש; ולכן הם עניין סובייקטיבי. טיעון זה מתעלם מהמקום הרב שיש לדיונים רציונליים בעניינים מוסריים. אילו היה הצדק רק עניין של תחושת-הלב, לא היה מקום לפתח טיעונים כדי לשכנע את הזולת בעמדתנו, ולא היה מקום לשנות את עמדתנו בשל שיקולים שהזולת משמיע. עמד על כך דייוויד יום בתחילת ספרו על עקרונות המוסר:

אפשר לומר: את ההבחנות המוסריות מבחין השכל כשלעצמו. שאם לא כן, מניין הווכחים המרובים על נושא זה שאנו שומעים גם בחיי יום יום גם בפילוסופיה? מניין שלשלת הראיות הארוכה שמציעים לעתים קרובות משני הצדדים? מנין הדוגמאות שמביאים, בני הסמך שמסתייעים בהם, הגזירות השוות שדורשים, ההטעאות שחושפים, ההיקשים שמקישים, והמסקנות השונות שמותאמות לעקרונותיהן המיוחדים? אפשר להתווכח על האמת, אך לא על הטעם.<sup>45</sup>

אף שלדעת יום, פסק-הדין הסופי הדין מעשים לכף-זכות או לכף-חובה "סומך על איזה חוש או רגש פנימי שנטע הטבע במין האדם כולו",<sup>46</sup> נותר מקום רב להבחנות שכליות, להשוואות, לביסוסים והפרכות וללימוד. עמדתו של פלוני לגבי הצדק בעניין כלשהו עשויה להיות מוטעית מבחינות שונות בלא תלות בשאלת הביסוס האחרון של מושג הצדק: היא עשויה להיות מוטעית בשל הנחות עובדתיות שגויות, בשל שימוש לא-עקבי במושגים, בשל סתירות פנימיות, ועוד. בניגוד לטעמן של עוגות וריחם של בשמים, שעליהם באמת אין להתווכח, על הצדק ניתן להתווכח, וניתן אף להראות – באמצעות פנייה לתבונה, ולא באמצעות מניפולציה על הרגש – שעמדה אחת הגיונית יותר מחברתה.<sup>47</sup>

זאת ועוד: הקישור בין ראיית המוסר כרגש לבין תפיסה סובייקטיבית של מתבסס על ההנחה שהתחושות משתנות מאדם לאדם, ולכן אין הן יכולות לשמש בסיס למוסר אוניוורסלי. אבל הנחה זו רחוקה מלהיות מובנת מאליה. אם יתברר שהתגובות הרגשיות הבסיסיות דומות אצל כל בני-האדם, יהיה ניתן לקבל את הטענה שמקור המוסר ברגש, יחד

43 סטטמן, לעיל הערה 41, בעמ' 93-94, 164-169.

44 להשוואה בין הבעיה של דילמות מוסריות לבין זו של מקרים קשים, ראו: D. Statman "Hard Cases and Moral Dilemmas" 15 *Law and Philosophy* (1996) 117.

45 ד' יום עקרונות המוסר (תרגום י' אור, ירושלים תשמ"ב) 3.

46 שם, בעמ' 5.

47 לדיון רחב יותר בנקודה זו ראו פרוש "תיאוריית סוס-הפרא", לעיל הערה 3, בעמ' 349-352 ("הטיעון האפיסטמולוגי").

## דני סטטמן

עם תזה אוניוורסליסטית של המוסר. זו אכן היתה דעתו של יום עצמו, שסבר כי הרגש המוסרי הבסיסי, רגש הסימפתיה, מצוי אצל כל בני-האדם, ו"אנו מתנסים בו כעיקרון מעקרוני טבע האדם".<sup>48</sup> אם "חוש הצדק" האנושי מתקומם בכל מקום נגד עוולות מסוימות, התוצאה היא תפיסת צדק לא-סובייקטיבית.

### 2. "הדבקת" המשפט בסובייקטיביות של הצדק

ראינו לעיל שאצל כמה שופטים, התפיסה לגבי הסובייקטיביות של הצדק מובילה למסקנה שהמשפט צריך למנוע שיקולי צדק, במידת האפשר, מלבוא בשערו. המשפט הוא אובייקטיבי, ואילו הצדק הוא שדה פרוץ, ואם נניח לצדק להשפיע על המשפט, ייהפך גם האחרון לשדה פרוץ, בלא סימני-דרך ובלא תמרורים. טיעון זה מניח שבאופן עקרוני, ניתן לטהר את המשפט, לפחות במידה רבה, משיקולים מוסריים וערכיים, באופן שיאפשר לשופטים לפרש את החוק ולהחיל אותו בלא צורך להפעיל שיקולים כאלה. אבל הנחה זו מופרכת מכל וכל. ראשית, סעיפי החוק מלאים מונחים מוסריים וערכיים כגון "חווה בלתי מוסרי", "תקנת הציבור", "תום לב" ועוד, שביישומם, בית-המשפט נאלץ לנקוט עמדה מוסרית. קל וחומר במסמכים בעלי אופי חוקתי, הכוללים מונחים מוסריים כלליים, כגון "חירות", "כבוד" ו"שוויון", שלא ניתן לפרשם בלא לנקוט עמדה בשאלת טבעם ומשקלם היחסי של הערכים המוסריים הרלוונטיים. קשה להאמין שמי מהשופטים מבקש לנקות את החוק לחלוטין ממושגים אלה. שנית, גם כאשר אין החוק מפנה במפורש לשיקולים מוסריים, שיקולים כאלה הינם בלתי-נמנעים במקרים רבים כדי לבור את הפרשנות הרצויה מתוך כמה פרשנויות אפשריות. הואיל ובחירה כזאת יונקת ממדיניות משפטית המבטאת הכרעה והעדפה בין ערכים מתחרים, והואיל והכרעה זו מבטאת (בין השאר) שיקולים מוסריים-פוליטיים, לא ניתן להתחמק משיקולים אלה בלא לפגוע באופן אנוש בתהליך הפרשנות. סיכומו של דבר, בשל הצורך הבלתי-נמנע של בית-המשפט לנקוט עמדה בשאלות מוסריות וערכיות, לא ניתן להחזיק בעת ובעונה אחת בסובייקטיביות של הצדק ובאובייקטיביות של המשפט, כפי שהשופט זמיר מנסה לעשות.<sup>49</sup> אם הצדק הוא סובייקטיבי ועניין של תחושות-הלב, כזה הוא בהכרח גם המשפט; ואם המשפט הוא אובייקטיבי, כזה הוא בהכרח גם הצדק. אם המוסר הוא מעבר להשגה האנושית ("ברורה אוזלת ידו של המשפט" להשיב על שאלות "במרחבי הפילוסופיה ובמעמקי המוסר"<sup>50</sup>), אזי חלק גדול של המשפט הוא גם מעבר להשגה האנושית. ניתן לצמצם את מקומם של שיקולים מוסריים במשפט (בחקיקה או בפסיקה), אך בשום אופן לא ניתן לוותר עליהם. בוודאי כך לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבעקבותיה נעשה הכבוד, מושג מרכזי בתורת המוסר,<sup>51</sup> למושג-יסוד של השיטה המשפטית. אם כבוד, עם שאר המושגים המוסריים, מצוי ב"שדה פרוץ", מן הסתם ידביק דרך חוק-היסוד הנזכר את המשפט כולו ב"פריצות" זו.

48 יום, לעיל הערה 45, בעמ' 57-58, הערה 3.

49 לעיל טקסט ליד הערה 2.

50 דברי השופט גולדברג בעניין נחמני, המצוטטים לעיל ליד הערה 19.

51 ראו מה שכתבתי על "כבוד כיחס מוסרי" במאמרי "שני מושגים של כבוד", לעיל הערה 36.

הצדק כ"שדה פרוץ": מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון

3. סובייקטיביזם והמסר החינוכי של בית-המשפט העליון  
בסעיף הקודם הסברתי בקיצור נמרץ מדוע אני סבור שהגרסות הפופולריות של סובייקטיביזם מוסרי אינן משכנעות, ומדוע בכל מקרה אי-אפשר להחזיק באותה עת בסובייקטיביות של הצדק ובאובייקטיביות של המשפט. עתה הבה נניח שמימתי לא עלתה בידי, וכי הצדק עם אלה הטוענים שמושג הצדק הוא אכן מושג סובייקטיבי ועניין של תחושה אישית בלבד. אני מבקש לטעון שגם אילו היה זה נכון, היה ראוי שבית-המשפט יצניע אמת זו, ולא ייתן לה ביטוי בפסקי-דינו. טענה זו מבוססת על שתי הנחות, האחת לגבי תפקידו החינוכי של בית-המשפט והאחרת לגבי הנזק החינוכי של הסובייקטיביזם.

בית-המשפט העליון משמש מקור השפעה והשראה הן בקרב הציבור הרחב והן, במיוחד, בקרב ציבור המשפטנים ועורכי-הדין. כפי שהעיר פרוש, השופט קיסטר אומנם הגזים כאשר טען ש"מטה הציבור אוזן קשבת לכל מוצא-פי בית-המשפט ורואה בו את המוסד הראוי והמוסמך ביותר לקבע כיצד חייבת להיות ההתנהגות הישרה והטובה של הבריות"<sup>52</sup>, אבל לא תהיה זו גוזמה לומר שבית-המשפט העליון נהנה מיוקרה ציבורית רבה. בית-המשפט צריך להשתמש ביוקרה זו כראוי, כפי שפרוש מסיק שם: "בנסיבות מסוימות השופטים יכולים ואף צריכים להשתמש בכוח העומד לרשותם גם למטרה של חינוך ערכי-מוסרי".<sup>53</sup> רוב הציבור הרחב אינו קורא את פסקי-הדין עצמם, ואת המסר החינוכי שמשודר מבית-המשפט העליון הוא קולט באמצעות הפרסום שניתן לו בכלי-התקשורת. אולם קבוצה גדולה של סטודנטים ומשפטנים קוראת בעיון את פסקי-הדין של בית-המשפט העליון, ובהחלט מטה אוזן קשבת לדעות המושמעות בהם, במיוחד בשאלות מוסריות וערכיות בסיסיות. מה שהם לומדים מפסקי-דין אלה משפיע, במידה מסוימת, הן על תפיסתם הערכית-המוסרית הכללית והן – במיוחד – על תפיסתם לגבי תפקידם ואחריותם כמשפטנים. אמירות משמעותיות של בית-המשפט העליון, במיוחד כאלה החוזרות ונשנות, מחלחלות "למטה" ומאומצות בפיהם, ולעיתים אף בליבותיהם, של משפטנים.<sup>54</sup>

מצב זה מטיל על בית-המשפט אחריות כלפי מה שהוא בוחר לומר. דהיינו: אחד השיקולים שצריכים להנחות את בית-המשפט בכתיבת הנימוקים לפסקי-הדין הוא ההשפעה החינוכית השלילית שעלולה להיות לדברים שייכתבו. לענייננו, דומני שזק זה עלול להיגרם מעידוד המחשבה שהצדק והמוסר הם עניין סובייקטיבי התלוי בתחושה בלבד, שבשדה הצדק אין סימני-דרך ואין תמרורים, אלא כל אחד הולך לפי שרירות ליבו. מחשבה זו אינה גוררת אומנם בהכרח פחות מחויבות לצדק, אך מחויבות זו נוטה להיחלש ככל שהלכירוח סובייקטיביסטיים מתפשטים בחברה. אם אנו רוצים לחנך את ילדינו להתנהגות מוסרית, שתובעת ריסון עצמי והקרבה, נשיג מטרה הפוכה אם נסביר להם שהמוסר הוא עניין סובייקטיבי בלבד, נטול תוקף כללי ואובייקטיבי. מבחינה חינוכית, עלינו להניע אותם לחשוב שהם חייבים לעשות כך וכך, בין אם הדבר תואם את תחושותיהם ובין אם לאו, בין

52 ע"א 4/66 פרץ נ' הלמוט, פ"ד (4) 337, 349, מצוטט אצל פרוש "תיאורית סוס-הפרא", לעיל הערה 3, בעמ' 360.

53 שם, שם.

54 לשאלת תפקידו החינוכי של בית-המשפט העליון, ראו: C.L. Eigruber "Is the Supreme Court an Educative Institution?" 67 NYU L. R. (1992) 961.

## דני סטטמן

אם הוא מקובל בחברתם ובין אם לאו. כך גם לגבי בית-המשפט העליון: אם בית-המשפט מבקש לחנך את שומעי לקחו למחויבות מוסרית עמוקה, לחתירה מתמדת לצדק, לא טוב יעשה אם ייתן ביטוי לגישות מוסריות ספקניות.

זאת ועוד: ראיית המשפט כבעל תוקף כללי, לצד ראיית המוסר כשדה פרוץ, עלולה להביא לידי נאמנות מוגזמת, אם לא מוחלטת, למשפט, ולהתעלמות מקול המוסר ומהדילמות שהוא מעלה. לדעת השופט האמריקאי רוברט סווית (Sweet), הבעיה של מוסריות בשפיטה "אינה בגדר תרגיל אקדמי, אלא בגדר דילמה כאובה", שהדרך היחידה להתמודד עמה היא לעיתים להתפטר מכס המשפט.<sup>55</sup> הניסיון ההיסטורי המר עם שופטים בארצות-הברית במאה הי"ט שתמכו בעבדות, ועם שופטים בגרמניה שתמכו בנאציזם, משמש תמרוך אזהרה מפני נאמנות-יתר למערכת המשפט על-חשבון ערכים מוסריים בסיסיים. הנקודה היא שמי שרגיל לראות במוסר עניין סובייקטיבי, של טעם וריח, עלול לא להיות רגיש דיו לדילמות אלה ולא להגיב עליהן כנדרש. בסופו של דבר, אם "לאיש אין מונופול על הצדק",<sup>56</sup> מניין ישאב השופט את הצידוק ואת ההניעה (מוטיבציה) לצאת נגד חוקים גזעניים או מפלים? הלוא בכך הוא מכריז כביכול על "מונופול" מעין זה.<sup>57</sup>

התגובה המתבקשת להצעה שבית-המשפט יימנע ממתן ביטוי לעמדה אתית ספקנית היא שבית-המשפט, מתוך ההיגיון הפנימי של פסק-הדין, פשוט אינו יכול לעשות כן. אין הוא יכול לוותר על הבעתה בלא להשמיט חוליה מרכזית בהרצאת הדברים. אך קשה לקבל תגובה זו. אם שופטת פלונית סבורה שיש פתרון למקרה שבא לפניו במסגרת הנורמות המשפטיות הנתונות, עליה לפסוק את דינה בלא לומר מלה על מעמד הצדק, שבלאו הכי, בתוקף ההנחה, אינו ממלא תפקיד בנימוקים לפסק-הדין. לעומת זאת, אם היא סבורה שלפניו "חלל נורמטיבי", ולכן עלינו לפסוק לפי הצדק, אזכור חולשתו של הצדק עלול רק להזיק, ולכרות, או לפחות לערער, את הענף שהטיעון נסמך עליו. האינטרס של מי שפונה לצדק בהיעדר מסגרת נורמטיבית אחרת להכרעה הוא לחזק את הצדק כמקור הנחיה, ולא להחלישו. אם כך, לא רק ששום חוליה חשובה לא תיפרד משלשלת הטיעון אם התזה על הסובייקטיביות של הצדק תושמט מפסקי-הדין, אלא, אם בכלל, להיפך.

ברם, יטען הטוען, גם אם עובדת הסובייקטיביות של המוסר אינה מרכיב הכרחי בטיעוניהם של השופטים שמאמינים בה, בדרישה שיימנעו מלהזכירה יש משום פגיעה

R.W. Sweet "The Judge's Dilemma: Duty or Conscience?" 19 *Cardozo Law Rev.* 55 (1997-98) 1041, 1044

56 עניין נחמני, לעיל הערה 2, בעמ' 786.

57 שאלת היחס בין התיאוריה המשפטית לבין התאפשרותן של מערכות משפט מרושעות, כמו זו של גרמניה הנאצית, נידונה בהרחבה בוויכוח המפורסם בין הארט לפולר לגבי היחס בין משפט ומוסר: H.L.A. Hart "Positivism and the Separation of Law and Morals" 71 *Harvard L. R.* (1957-58) 593; L.L. Fuller "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *ibid.*, at p. 630. לדעת הארט, הבחנה ברורה בין החוק כפי שהוא לבין החוק כפי שהוא צריך להיות מסייעת לראות את איה-המוסריות של חוקים מסוימים, ומאפשרת בכך להילחם בהם ולא לשתף עמם פעולה. לעומת זאת, לפי פולר, הבחנה זו, המכחישה את המוסריות הפנימית של החוק, מאפשרת מתן תוקף למערכות משפט מרושעות וקלוקלות. לפי שניהם, לעמדה הפילוסופית בשאלת היחס בין משפט ומוסר בחברה נתונה עשויות להיות השלכות הרות-גורל על המערכת המשפטית של חברה זו.



הצדק כ"שדה פרוץ": מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון

ביושרה שלהם, לפחות ביושרתם האינטלקטואלית. בהינתן שהם מאמינים שהמוסר הוא סובייקטיבי, כיצד נוכל לצפות מהם שיכלאו אמונה זו בקרבם ולא ישתפו בה את הקוראים? התשובה המפתיעה שברצוני להציע לשאלה זו היא שהנחת-היסוד שלה אינה נכונה, כלומר: גם שופטים המצהירים על עמדה סובייקטיביסטית של הצדק אינם מאמינים בה באמת, או בכל מקרה, אינם נוהגים על-פי מה שמתחייב ממנה. להסברת נקודה זו אקדיש את הסעיף הבא.

#### ד. האם השופטים מאמינים באמת שהצדק הוא שדה פרוץ?

ציטטתי לעיל את דברי דייוויד יום הטוען שאילו היה המוסר עניין של רגש בלבד, לא היה מקום ל"ויכוחים המרובים על נושא זה שאנו שומעים גם בחיי יום-יום גם בפילוסופיה", ולא ל"שלשלת הראיות הארוכה שמציעים לעתים קרובות משני הצדדים".<sup>58</sup> הצדק עמו: איננו מפתחים טיעונים כדי לשכנע את זולתנו להעדיף גלידת וניל על גלידת תות-שדה, כי על טעם הגלידה באמת אין טעם להתווכח. אבל אנחנו מפתחים תדיר טיעונים כדי לשכנע את זולתנו שהם טועים מבחינה מוסרית, ולא פעם אנו עצמנו משנים את דעתנו בעקבות שמיעת טיעונים כאלה. השיח הרציונלי שאנו נוקטים בדיונים מוסריים אינו רק בגדר מניפולציה שנועדה לשנות את דעתו של בן-השיח. אנו מתייחסים אליו ברצינות גמורה.

דברים אלה נכונים גם לגבי השופטים. אילו סברו באמת שאין כל סימני-דרך או תמרורים היכולים להנחות אותנו בשבילי המוסר, הם היו נמנעים מלהעלות טיעונים מוסריים, והיו מסתפקים בווידי על תחושות-הלב. אבל ברור שלא זה המצב. גם שופטים המצהירים שהמוסר הוא עניין של תחושה סובייקטיבית בלבד מנסים להוכיח באמצעות טיעונים שונים שהעמדה שהגיעו אליה צודקת יותר, או לפחות אינה צודקת פחות, מכל עמדה אחרת. מכאן שאינם מאמינים באמת שהמוסר הוא עניין של תחושה סובייקטיבית בלבד. אדגים את הדברים באמצעות שופטים שעל התבטאויותיהם הסובייקטיביות הערתי בסעיף א.

נפתח בשופט זמיר, שהוא, כזכור, בעליו של הדימוי של הצדק כשדה פרוץ בפסק-הדין בעניין נחמני. המעניין הוא שמיד לאחר הכרזה סובייקטיביסטית זאת, זמיר נכנס בעובי הקורה של הדיון המוסרי הרלוונטי, ומנסה להסביר מדוע עמדתו שלו, המתנגדת להמשך הליך הפונדקאות, תואמת את הצדק. בין השאר, הוא טוען:

א. בדיונים מוסריים עלינו להביא בחשבון לא רק את הסבל או העוול שנגרם ליחיד, אלא גם את התוצאות לגבי החברה, דהיינו: לא רק "צדק אישי", אלא גם "צדק כללי".

ב. הצדק הכללי בפרשת נחמני – רוצה לומר, טובת הציבור – דורש הסכמה קיימת ונמשכת של בני-הזוג, וכאשר זו אינה קיימת, אין לכפות אבהות.

ג. ראוי שבית-המשפט ינקוט מדיניות של הימנעות מהתערבות בעניינים אינטימיים.

ד. לא ניתן לקבוע סבלו של מי גדול יותר, של דני או של רותי נחמני.

מסקנתו היא שההכרעה לטובת דני "עולה בקנה אחד עם הצדק הכללי",<sup>59</sup> וכי אין במקרה זה כל ניגוד בין התוצאה המשפטית לבין הצדק. אילו היינו מעמתים בין השופט זמיר

58 לעיל, ליד הערה 45.

59 עניין נחמני, לעיל הערה 2, בעמ' 788.

## דני סטטמן

לבין שופט כגון טירקל, שסבר כי הצדק מחייב לפסוק לטובת רותי, לא היה זמיר מסתפק באמירה שזו תחושת-ליבו הסובייקטיבית, אלא היה מנסה בוודאי לפתח את הטיעונים שהזכרתי ולהגן עליהם כדי להראות מדוע עמדתו מבטאת הבנה טובה יותר של הצדק בפרשה הנידונה. יוצא, גם לפי זמיר, כי שדה הצדק אינו פרוץ, ויש בו סימני-דרך לא מועטים.

מכאן לשופט טירקל. יותר מכל שופט אחר, טירקל חושף את מה שהוא רואה כאופי הסובייקטיבי של עמדתו; "הדברים הולכים אחר הלב," הוא אומר בסוף חוות-דעתו, "ולבי שלי הולך אותי למסקנה שאליה הגעתי." אבל מסקנה אינה תוצאה של תחושות, אלא של הנחות (premises), שביחד עמן יוצרות טיעון. וניסוח טיעון הרי הוא הזמנה לדיון רציונלי; לבחינת אמיתותן של ההנחות ולבירור תקפותן של המעבר ההגיוני מן ההנחות למסקנה. טירקל אכן מנסח טיעונים כאלה במפורש בסעיפים 4-6 לחוות-דעתו. הוא מעלה שני טיעונים עיקריים: (א) הזכות להורות אינה רק נגזרת מהזכות לאוטונומיה, ולכן הזכות להיות הורה שוקלת יותר מהזכות לא להיות הורה; (ב) אפילו היו הזכויות שקולות, לפוטנציאל החיים של הביציות המופרות כוח להכריע את הכף לטובת הזכות להורות. טיעונים אלה אינם בגדר וידויים של הלב, אלא מסקנות של השכל, וכל אחד מהם מאפשר שיח רציונלי עשיר.<sup>60</sup> בהתבססו עליהם, השופט טירקל מראה שאין הוא סבור באמת שהתבונה שותקת בשאלות של צדק, ורק הלב מתפרץ כביכול באופן ספונטני להביע את תחושותיו.

אסיים בשופטת שטרסברג-כהן. למרות הרוח הרלטיביסטית והסובייקטיביסטית הנושבת מדבריה ומדברי חיים כהן שהיא מצטטת מתוך הסכמה, שטרסברג-כהן טוענת במפורש כי ההכרעה לטובת דני נחמני "מושגת על ערכי הצדק של השיטה". היא מבהירה שערכי צדק אלה אינם עניין של תחושות גרידא:

"תחושות בטן" או "תחושות סובייקטיביות" עלולות להוליך אותנו במסלול של הענקת זכות למי שאין עומדת לו כזו ולכפיית רצונו של האחד – באמצעות המשפט – על אחר, באופן שתוטלנה עליו חובות שאין הוא חב בהן, ושכפייתן מהווה פגיעה בזכויות היסוד שלו, אשר על שמירתן אנו מופקדים.<sup>61</sup>

מדוע הצדק מחייב, לדעתה, לפסוק לטובת דני? בשל החשיבות הרבה של "ערכי הצדק של השיטה", הלוא הם: "זכויות הפרט, אוטונומיה אישית, יחסים בין בני-הזוג בתחום ההולדה, פרי החלטה משותפת הדורשת שניים לשם הוצאתה לפועל". הואיל ולדעתה הזכות לא להיות הורה שקולה לזכות להיות הורה, והואיל ולדעתה דני אינו כבול בהסכמה להמשיך את תהליך ההפריה בכל מצב שייווצר, אין זה ראוי לכפות עליו אבהות. בסופו של חשבון,

60 לעניין חוסר הסימטריה של הזכות להורות והזכות לאי-הורות טירקל מסתמך על מאמרה המאלף של ד' ברק-ארוז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 197. מאז פיתחה ברק-ארוז דברים אלה לתזה כללית לגבי זכויות סימטריות במאמרה עם רון שפירא: D. Barak-Erez & R. Shapira "The Delusion of Symmetric Rights" 19 *Oxford J. of Legal Stud.* (1999) 297.

61 עניין נחמני, לעיל הערה 2, בעמ' 697.

הצדק כ"שדה פרוץ": מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון

שטרסברג-כהן סבורה איפוא שניתן "לגייס" את הצדק לטובתה של עמדה אחת, והצדק מתגייס לא מהבטן או מהלב, אלא מהראש.

דומני שדי בדוגמות אלה כדי להוכיח את הדרוש. כללו של דבר, כאשר שופטים נוקטים עמדה בשאלות של צדק, הם מציעים נימוקים לעמדתם, בדיוק כפי שהם עושים בכל סוגיה אחרת. לעיתים הם מצהירים הצהרות מעין-פילוסופיות על אופיו הסובייקטיביסטי והאמוטיביסטי של הצדק, אך להצהרות אלה אין כל השפעה על התוכן או על המתודה של דיוני בתי-המשפט בדילמות משפטיות הכורכות הכרעות ערכיות ומוסריות. בהתנהגותם השופטים מראים שאינם מאמינים באמת שהצדק הוא שדה פרוץ. ממילא, בהתייחס לבעיה שהועלתה בסוף הסעיף הקודם, ההצעה שהשופטים יימנעו מהפצת רוחות ספקניות לגבי המוסר אינה בגדר פגיעה ביושרתם.

כנגד דברים אלה ניתן להעלות את ההתנגדות הבאה: נכון אומנם שהשופטים מעלים נימוקים ומפתחים טיעונים גם בסוגיות מוסריות, אך אין בעובדה זו כדי להוכיח שהם סבורים שטיעונים אלה מכריעים את הכף בעד עמדתם ונגד העמדות המתחרות. "כללי המשחק" של המשפט מכתיבים מה מותר ומה אסור לשופטים להזכיר בפסקי-דין כמקור להכרעתם, ואחד המקורות שאינם מותרים הוא התחושה האישית. לכן השופטים אנוסים להציג כאילו יש להם טיעונים "רגילים" לטובת ההמלצה הנורמטיבית שלהם. אבל מדובר בהצגה בלבד, בעוד שעמוק בלב אין הם מייחסים משקל לטיעונים שהם מעלים, והם סבורים שעמדתם, המשקפת את הטעם האישי שלהם, שוות-ערך לעמדה המנוגדת, המשקפת את הטעם האישי והמיית-הלב של אחרים.

התנגדות זו מבוססת על טענה מרחיקת-לכת ביותר, דהיינו: שהשופטים אומרים דבר אחד, אבל מתכוונים בליבם למשהו אחר. הם מתנהגים כאילו הם מאמינים שבשאלות של צדק, תשובות מסוימות עדיפות על אחרות, אבל אין הם מאמינים בכך באמת, ומשיקולים חינוכיים או פוליטיים הם מסווים, במודע ובמכוון, את דעתם האמיתית. דומני שניאות לקבל טענה זו רק אם תיתמך בראיות חזקות ביותר, ואלה אינן בנמצא. נטל הראייה כאן, כמו בהאשמות דומות על כוונה של קבוצה גדולה להונות את זולתה, הוא על הטוען.<sup>62</sup>

אני מניח איפוא שכאשר שופטים מפתחים טיעונים מורכבים כדי להוכיח את הצדק בהכרעה המשפטית שלהם, הם מתייחסים לטיעונים אלה ברצינות. עתה אוסיף שהתייחסות זו קשורה להתייחסותם הרצינית לצדק. השופטים אינם רואים את המשפט רק כמעין משחק בכללים פורמליים, אלא כמערכת שמגשימה צדק, מה שמביא אותי להערה כללית על היחס בין צדק ומשפט. הקשיים בקבלת הרעיון שחוק לא-צודק אינו חוק הניעו הוגים לא-פוזיטיביסטיים לנסח עמדות מתונות יותר לגבי הזיקה בין צדק ומשפט. לפי אחת העמדות האלה, שפיתח פ' סופר (Soper), ובעקבותיו דייוויד ברדני (Brudney), מה שהכרחי למשפט אינו שהוא יתאם בפועל את הצדק, אלא שהמיישמים אותו, בראש ובראשונה השופטים,

62 במקום אחר הצבעתי באופן כללי על הבעייתיות בייחוס כוונה להונות, במיוחד בהקשר של צביעות. טענתי שברוב המקרים, הצבוע אינו מפעיל מניפולציה מודעת על בני החברה כדי שיאמינו במה שהוא תופס כשקרי, אלא הוא עצמו מאמין (ליתר דיוק, "חצי-מאמין", מצוי בהונאה עצמית) בתכנים שהוא מעביר או מפגין. ראו: D. Statman "Hypocrisy and Self-Deception" 10 *Philosophical Psychology* (1997) 57.

יאמינו שהם עושים צדק.<sup>63</sup> ההבדל בין חבורת גנגסטרים המנהלת חברה לבין שופטים המיישמים משפט אינו נעוץ רק במידת העוול הנגרם לנתינים, אלא בכך שרק האחרונים רואים את עצמם מחויבים לצדק. יהיו ההשלכות של גישה זו על הוויכוח בין פוזיטיביזם למשפט טבעי אשר יהיו, היא מתיישבת יפה עם העמדה שהצעתי כאן. שופטי בית-המשפט העליון רואים עצמם כמגשימים צדק. גם כאשר הם פועלים על-פי שיקולים משפטיים צרים או פורמליים, הם סבורים – ולא פעם טורחים להדגיש זאת – שהתוצאה שהתקבלה תואמת את הצדק.<sup>64</sup> תפיסה עצמית זו של תפקידם אינה מתיישבת יפה עם תפיסה ספקנית של הצדק, ולכן סביר להניח שהשופטים אינם מחזיקים בתפיסה אחרונה זו.

בשלב זה של הדיון, דומני שהשאלה הבאה מתבקשת: אם העמדה הסובייקטיביסטית הינה בעייתית, כפי שטענתי בסעיף ב, ואם שופטי בית-המשפט העליון עצמם אינם מאמינים בה באמת, כפי שטענתי בסעיף הנוכחי, מדוע בכל-זאת הם מועדים מדי פעם, ונותנים ביטוי להלכי-רוח סובייקטיביסטיים וספקניים לגבי הצדק? ברצוני להציע שלוש תשובות אפשריות. ראשית, מי שרגיל לפסוע בשבילי המשפט, המלאים תמרורים בדמות כללים פורמליים מרמות ומסוגים שונים, והעמוסים סימני-דרך בדמות תקדימים שהשאירו הצועדים בעבר, עלול לחוש שהצדק, שאינו מאורגן בצורה כזאת, אינו אלא שדה פרוץ. אומנם, במחשבה שנייה, השופטים מבינים שקצרה ידם של הכללים והתקדימים המשפטיים להנחותנו אל התשובה הנכונה במקרים קשים, וכי השיקולים ש"עושים את העבודה" במקרים אלה הם ערכיים ומוסריים. הם נזכרים גם שיש לנו הפרות מוסריות איתנות ששום רוח לא תזיז אותן, הכרות המספקות סימני-דרך בולטים בחיינו בכלל ובמשפט בפרט. אבל הבנות אלה אינן מצליחות למנוע לחלוטין את התפרצות התחושה הנידונה, שהינה טבעית אצל מי שמורגל לעבוד במערכת העשירה בכללים ונהלים פורמליים.

לפי התשובה השנייה שברצוני להציע, הטענות הספקניות שלעיל הן ביטוי לא-מוצלח ומטעה להכרה שהינה נכונה בבסיסה. ההכרה הנכונה היא שבמקרים של דילמות מוסריות, אין פתרון המשביע-רצון לחלוטין מבחינה מוסרית, רוצה לומר, כל פתרון כרוך בעוול. הביטוי הלא-מוצלח שלה הוא שבדילמות אין פתרון צודק, שהרי צדק לאחד הוא אי-צדק לאחר, ומכאן שבאופן כללי, הצדק הוא עניין סובייקטיביסטי. מהלך זה הינו כושל, כפי שהוסבר לעיל.<sup>65</sup> מהעובדה שכל פתרון כרוך בעוול כלשהו לא נובע שאין אפשרות להשוות בין העוולות הרלוונטיות ולבחור ברע במיעוטו. אפשר שהדיבורים על האופי

63 P. Soper *A Theory of Law* (Harvard U.P., 1984); D. Brudney "Two Links of Law and Morality" 103 *Ethics* (1993) 280, section II. בעוד סופר מציע אפיון זה כמהותי לחוק, ברדני מציע תזה צנועה יותר, שלפיה מדובר במאפיין מרכזי של החוק. ראו ברדני, שם, בעמ' 297-298.

64 דוגמה מאלפת לעניין זה היא חוות-דעתו של השופט זמיר בעניין נחמני, לעיל הערה 2, בעמ' 788. בפתח הדברים זמיר מתייחס לדין כ"יוצר" ולצדק כ"יצר", ומצהיר שעד כמה שהדבר קשה, אסור לשופט להניח ליצרו להתגבר על יוצרו. מכאן ניתן לקבל את הרושם שזמיר מקבל את האפשרות העקרונית של ניגוד בין דין וצדק, וכי פרשת נחמני היא אולי דוגמה לכך. אך בסיום דבריו הוא מבהיר שהניגוד מדומה: "התוצאה המשפטית, לפיה הדין עם דני, עולה בקנה אחד עם הצדק הכללי... או לי מיוצרי ואוי לי מיצרי? לא במקרה זה. יוצרי ויצרי אינם מסוכסכים."

65 ליד הערות 41-44.

הצדק כ"שדה פרוץ": מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון

הסובייקטיביסטי של הצדק אינם משקפים באמת תפיסה מוסרית סובייקטיביסטית, אלא הכרה כואבת באי-היכולת לעשות צדק מלא. שלישית, דומה שאין לנתק את אמירותיהם של השופטים בעניין מעמד הצדק מרוח הזמן (zeitgeist) במערב, המתאפיין בהלכי-רוח ספקניים ורלטיביסטיים.<sup>66</sup> כל מי שמלמד קורסים בתורת המוסר יודע, מצד אחד, כמה מעט זמן דרוש לסטודנטים בכיתה להרים יד ולהעיר הערות כגון: "איך אתה יכול לדבר באופן כללי על המוסר, הרי כל חברה והמוסר שלה?" "אין דבר כזה צדק אוניוורסלי." ומצד אחר, עד כמה אין הם מאמינים באמת בתפיסות רלטיביסטיות אלה, והם מוכנים, מחוץ לשיעורי הפילוסופיה, להשקיע זמן ומאמץ ניכרים כדי לבסס את עמדתם בשאלות מוסריות. השופטים אינם מנותקים כנראה מתופעה תרבותית זו, ואף הם, כבואם לנסח מעין "תיאוריה" של המוסריות, נגררים אחר הרוח הרלטיביסטית השלטת.

### ה. סיכום

לא בכל יום מתייחס בית-המשפט לשאלת מעמדו של הצדק וליחס בין צדק ומשפט. הראיתי שכאשר הוא עושה זאת, נשמעים בין כתליו קולות ספקניים, המציגים את הצדק, או המוסריות, כעניין רלטיביסטי וסובייקטיביסטי, ואת ההכרה המוסרית כעניין אמוציונלי בלבד, שאינו מותיר מקום לביקורת ודיון רציונליים.<sup>67</sup> טענתי שלפחות בגרסות הפופולריות שלה, תפיסה זו של המוסריות ראויה להידחות, וכי גם אילו היתה נכונה, לא היה ראוי, משיקולים חינוכיים, שבית-המשפט העליון יהיה לה לפה. בית-המשפט צריך לחנך את הציבור בכלל ואת ציבור המשפטנים בפרט להתייחס לצדק ברצינות יתרה, מה שאינו מתיישב עם תפיסה סובייקטיביסטית ואמוטיביסטית שלו. לאחר-מכן טענתי שלאמיתו של דבר, גם השופטים אינם מאמינים באמת בסובייקטיביות של הצדק, ואינם נוהגים בהתאם למה שמתבקש ממנה. הם מצהירים הצהרות פילוסופיות, כגון "לאיש אין מונופול לקבוע היכן מצוי הצדק", או "צדק לאחד הוא אי-צדק לאחר", אבל אין הם מתייחסים להצהרות אלה ברצינות, והן אינן משפיעות על התוכן או על המתודה של הארגומנטציה המשפטית. לאחר מה שדווקאין מכנה "הריקוד הספקני", השופטים חוזרים –

to their knitting – making, accepting, resisting, rejecting arguments in the normal way, consulting, revising, deploying convictions pertinent to deciding which of the competing accounts of legal practice provides the best justification of that practice. My advice is straightforward: this

66 ראו, למשל, א' בלום *דלדולה של הרוח באמריקה* (תל-אביב תש"ן).

67 בחיפוש בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון הפדרלי בארצות-הברית דרך Lexis, לא מצאתי קולות מעין אלה, ברם נחוצה השוואה מקיפה כדי לקבוע אם התופעה שנותחה הינה ייחודית לישראל או שהיא מצויה בצורה כלשהי גם במדינות אחרות.

## דני סטטמן

preliminary dance of skepticism is silly and wasteful; it neither adds to nor subtracts from the business at hand.<sup>68</sup>

לא נותר לי לסיום אלא להצטרף להמלצתו של דוורקין. האמירה שהצדק הוא שדה פרוץ אינה נכונה, אינה נחוצה, והיא בעלת פוטנציאל חינוכי מזיק. ניתן לוותר עליה ועל דומותיה, ולרכז את עיקר המאמץ בפיתוח טיעונים לגופו של עניין, הווה אומר, טיעונים פילוסופיים-מוסריים<sup>69</sup> שיראו מדוע ההכרעה המומלצת מתקבלת על הדעת המוסרית ועדיפה על כל הכרעה אחרת.

<sup>68</sup> , at pp. 85-86 Dworkin, *supra* note

<sup>69</sup> ספק אם ההכשרה המקובלת של משפטנים מכינה אותם למשימה זו, משימה הדורשת לימוד רציני של התיאוריות הפילוסופיות הרלוונטיות. על בעיה זו ראו מה שכתב פרוש "תיאוריית סוס-הפרא", לעיל הערה 3, בעמ' 367-368; וכן מ' מאוטנר *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (תל-אביב 1993) 66-68.