

## דבורקין בירושלים

### מאמר תגובה למאמרו של ברק מדינה: "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית"

מאת

ראיף זריק\*

מאמרו של ברק מדינה עמוס וגדוש, מלא תוכנות, נלחם בכל החזיתות, הייתי אומר כמעט הרואי, ומזכיר במידה רבה את השופט הרקולס של דבורקין,<sup>1</sup> שרוחו מרחפת מעל המאמר מתחילתו ועד סופו מכמה בחינות – הדאגה, המשימה שהוא מציב לעצמו, והדרך שבה הוא מבקש להשיג את המטרה.

דבורקין ראה מול עיניו מערכת משפט אשר מתכחשת למסורת הפרוגרסיבית של בית המשפט של וורן והישגיה המרשימים, ראה גם חברה אמריקאית פוזלת ימינה ורצה לתקן בה משהו, ובחר למקד את מבטו בבית המשפט העליון. הוא מינה את עצמו ליועץ הפרשני של בית המשפט, אשר אם ישמע בקולו ויקבל את עצתו ואת דרכו הפרשנית אולי ניתן יהיה לתקן לא רק את המשפט, אשר אם ישמע בקולו ויקבל את עצתו ואת דרכו הפרשנית אז גישה פרשנית מתאימה אשר משקפת חזרה זהירה ביותר של רעיונות משפט טבעי אל תוך השיחה המשפטית, ומתעקש על דבר קיומם של עקרונות של מוסר פוליטי אשר נמצאים אי שם בתוך השיטה, בין אם הם כתובים ובין אם לאו. הכללים הכתובים לעולם אינם ממצים את עולם המשפט, ותמיד ישנה שארית שאיננה כתובה. שארית זו בדמותם של עקרונות מוסריים אינה יושבת כפרזיטית על המשפט, אלא היא בשר מבשרו. אם ינסה עולם המשפט לפתוח את פיו מבלי שיזדקק לעקרונות מוסריים אלה הוא יישאר לעולם אילם. עקרונות אלה אינם זקוקים לשום אשרת כניסה לעולם המשפט אלא הם בני בית בו, דיירים מקוריים ומוגנים.

ברק מדינה שותף לחרדה ושותף לתקווה של דבורקין. יכול להיות שיש מקום לא רק ללמוד מהכתיבה של דבורקין, וניתן ללמוד ממנה הרבה, אלא אף ללמוד ממכלול המהלך של דבורקין וממידת ההצלחה שלו. ליבי עם דבורקין ועם מדינה, אבל אינני יודע אם עמדתי זהה.

---

\* ד"ר ראיף זריק הוא משפטן וחוקר, מומחה לפילוסופיה פוליטית ולפילוסופיה של המשפט, מרצה לדיני קניין ולתורת המשפט בקריה האקדמית אונו, מנהל אקדמי שותף במרכז מינרבה למדעי הרוח באוניברסיטת תל אביב ועמית מחקר בכיר במכון ון ליר בירושלים.

<sup>1</sup> RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 105–130 (Harvard Univ. Press, 1977).

לא יהיה ביכולתי לעשות צדק עם כל חלקי המאמר, ובפרט עם הדיון החוקתי הישראלי והפרשנות הראויה לחוקי היסוד ולמעמדם, ולכן אצמצם את הערותיי להיבטים התאורטיים בנוגע לקשר שבין דמוקרטיה הליכית לבין דמוקרטיה ליברלית.

תחילה אביא כמה ציטטות אשר תהיינה בפני הקורא, במקום לשלוח אותו כל פעם חזרה לטקסט המקורי.

מדינה כותב:

כאן טמון ההבדל בין שתי התפיסות: בתפיסה של דמוקרטיה הליכית ההסכמה יוצרת את הנורמה החוקתית, ולכן אפיון הליך החקיקה, כלומר הבריור אם התקיימו התנאים הנחוצים לכינון לחוקה כתובה או לא, הוא מכריע. לעומת זאת, בתפיסה של דמוקרטיה ליברלית ההסכמה אינה נחוצה לכינון הכשר נורמטיבי, כלומר להצדקה המוסרית לקיום החובה; הצדקה זו נובעת ממקור אחר. הסכמת הכנסת נחוצה רק מטעמים של סדר שני, של הענקת הכשר ציבורי לאכיפת החובה בדרך של ביקורת שיפוטית, ולכן אפיון הליך קביעתה של הנורמה החקיקה הוא משני ואינו מכריע.<sup>2</sup>

בעמוד הבא הוא ממשיך: "העניין העיקרי הוא בשאלה איזו משתי הגישות – דמוקרטיה הליכית או דמוקרטיה ליברלית – עומדת ביסוד הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל?<sup>3</sup> ובהמשך:

בתמצית, הטעון הוא שהחוקה או הנורמה הבסיסית אינה עניין אמפירי גרידא; היא עניין שהוא גם נורמטיבי במהותו. יש להכיר בכך שההתבססות על התפיסות הנוהגות, כלומר על אמות-המידה האמפיריות לקביעה מהי הנורמה הבסיסית, מעוררת קשיים ניכרים.<sup>4</sup>

תחילה אבקש להדגיש שני עניינים אשר עקרוניתי אני מסכים בהם עם ברק מדינה. מדינה טוען: "העמדה שלפיה התוכן של חוקת ברירת המחדל (החוקה שחלה אם אין חוקה כתובה) הוא 'הרוב קובע' היא עמדה שטעונה הצדקה; היא איננה מוכחת מעצמה".<sup>5</sup> עם עמדה זו אני מסכים בהחלט. מי שטוען כי הרוב מכריע בכל המחלוקות טוען טענה נורמטיבית ואף מוסרית, והנטל עליו להצדיק טענה זו. יתרה מזו, עמדה כזו, גם אם ניתן להצדיק אותה מוסרית, כדי להפוך אותה לעמדה תקפה היא חייבת להיות גם

<sup>2</sup> ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד 7 (צפוי להתפרסם ב-2021).

<sup>3</sup> שם, בעמ' 8.

<sup>4</sup> שם, בעמ' 12.

<sup>5</sup> שם, בעמ' 3.

לגיטימית במובן של הדרך שבה התקבלה ההכרעה הזו וזהות הגוף שקיבל אותה. ייתכן מצב שבו בדמוקרטיה מסוימת יחליטו האבות המייסדים כי אכן הרוב מכריע, אבל על מנת שהכרעה חוקתית כזו תהיה לגיטימית חייב להיות רגע אחד של הסכמה מקיר לקיר על הכלל הזה שלפיו הרוב מכריע. הרוב עצמו איננו יכול לקבוע את הכלל שלפיו הרוב מכריע, שכן כמוהו כמחוקק בעניין שהוא צד לו. חייבים רגע אחד בלבד מאחורי מסך הבערות של הסכמה כללית. הכלל שלפיו הרוב מכריע הוא עמדה נורמטיבית אשר היא עצמה מחייבת הצדקה, והדיון שלו בנקודה זו מעניין ומאלף וחשוב.

שנית, אני מסכים עם הטענה, שגם היא חוזרת פעמים מספר במאמר, שהתשובה לשאלה "מהו המשפט?" לעולם איננה עניין עובדתי אלא נורמטיבי פרשני, לכן זו שאלה נורמטיבית, ובזה הוא הולך בדרכו של דבורקין:

בתמצית, הטעון הוא שהחוקה או הנורמה הבסיסית אינה עניין אמפירי גרידא; היא עניין שהוא גם נורמטיבי במהותו. יש להכיר בכך שההתבססות על התפיסות הנוהגות, כלומר על אמות המידה האמפיריות לקביעה מהי הנורמה הבסיסית, מעוררת קשיים ניכרים.<sup>6</sup>

שעה שאנו חלוקים על המשפט, אנחנו חלוקים מחלוקת פרשנית בדבר בחירתה של הפרשנות הראויה בנסיבות העניין, ובפעולה זו טמון בהכרח היבט נורמטיבי, ולכן מחלוקות בעולם המשפט הן מחלוקות פרשניות ולא מחלוקות אמפיריות. אבל יש לשים לב כי לדעתי ברק מדינה לוקח את דבורקין צעד קדימה אל נקודה שדבורקין אולי לא לקח בחשבון, שכן כל כתיבתו של דבורקין מניחה את דבר קיומה המוצק של חוקה כתובה, שהיא המקרה של ארצות הברית.

מכאן גם נובע שסוג הדיון אשר מדינה מנהל במאמר, בין גישה הליכית לבין גישה ליברלית, הוא במהותו סוג אחר של מחלוקת בין גישה של משפט טבעי לבין פוזיטיביזם:

כאן טמון ההבדל בין שתי התפיסות: בתפיסה של דמוקרטיה הליכית ההסכמה יוצרת את הנורמה החוקתית, ולכן אפיון הליך החקיקה, כלומר הביורור אם התקיימו התנאים הנחוצים לכינון חוקה כתובה או לא, הוא מכריע. לעומת זאת, בתפיסה של דמוקרטיה ליברלית ההסכמה אינה נחוצה לכינון הכשר נורמטיבי, כלומר להצדקה המוסרית לקיום החובה; הצדקה זו נובעת ממקור אחר. הסכמת הכנסת נחוצה רק מטעמים של סדר שני, של הענקת הכשר ציבורי לאכיפת החובה בדרך של ביקורת שיפוטית, ולכן אפיון הליך קביעתה של הנורמה החוקה הוא משני ואינו מכריע.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> שם, בעמ' 12.

<sup>7</sup> שם, בעמ' 7.

סוג ההתעקשות של מדינה על קיומם של ערכים עליונים אשר קיימים בשיטה, הגם שלא נוסחו בכתובים, היא עמדה של משפט טבעי במהותה. מודעות לעובדה שהדיון אשר מתקיים הוא במהותו, ולכל הפחות בחלקו, דיון בין פוזיטיביזם אשר תופס שהמשפט מתמצה במה שישנו – במילה הכתובה ובמקורות המשפט כפי שאלה זהו בחברה מסוימת – לעומת גישת משפט טבעי אשר טוענת לקיום שארית של עקרונות מוסר, הגם שלא נכתבו, הייתה מעניקה לדיון בהירות מסוימת.

מדינה מעלה את השאלה הבאה: "העניין העיקרי הוא בשאלה איזו משתי הגישות – דמוקרטית הליכית או דמוקרטית ליברלית – עומדת ביסוד הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל?".<sup>8</sup> תגובתי לשאלה שלו היא: האם יש מקום לזהות ליברליזם עם רעיונות של משפט טבעי, והאם אין חשש שזיהוי זה ייצור בלבול מושגי מסוים? ליברליזם הוא מערכת ערכים אשר שמה את החירות והאוטונומיה במרכז, אבל משפט טבעי מיוחד בכך שהוא תובע וטוען לתוקף בלי קשר להסכמה או לפעולת חקיקה מובהקת, ובכך מצהיר על עליונות מסוימת. ברור לנו – כמו שברור למדינה – כי בהחלט ניתן להצביע על עמדה פוזיטיביסטית ליברלית, והדבר אינו בגדר אוקסימורון, כמו שאפשר להצביע על עמדה טבעית לא-ליברלית. להפך, אולי רוב הליברלים כיום גם פוזיטיביסטים מובהקים, והרשימה ארוכה. ניתן לומר כי ליברליזם בתור פילוסופיה פוליטית מאמין בדבר קיומם של ערכים – נקרא להם זכויות – אשר אמורים להגן על האוטונומיה של הפרט מפני עריצות החברה-המדינה. אבל כיצד בדיוק לעשות זאת – זו כבר שאלה אחרת. מכל מקום עבור מדינה, ליברליזם הוא תווית שכוללת בו בזמן שני דברים: תוכן מסוים ועליונות. אבל יש לשים לב כי ברגע שאנו מאפשרים לשיח הטבעי לחדור לשיח בתור משהו אשר מבטיח עליונות – יש לכך מחיר. מדינה רוצה עליונות לערכים מסוג מסוים – אשר מקובלים עליו לחלוטין – אבל מחר יהיה מי שידרוש עליונות של ערכים אחרים. שיח של עליונותם של ערכים יכול לפעול ביותר מכיוון אחד. יהיו כאלה אשר יסברו כי שלמות הארץ היא ערך עליון, וכי הרוב אינו יכול להחליט על נסיגה.

שאלה בסיסית יותר היא הדרך שבה מדינה משתמש במונח "נורמה בסיסית" במהלך המאמר. דומה כי מדינה מתכוון למשהו אחר מאשר הנורמה הבסיסית במובן שקלזן השתמש בו. כאמור, לא הייתי מתעכב על נקודה זו כלל אילו היא הייתה עניין של טרמינולוגיה ותו לו. אך לא כך הדבר. השימוש במונח "נורמה בסיסית" הוא בעייתי, שכן נורמה בסיסית אצל קלזן היא מקור התוקף ואין היא קשורה לתוכן, וכל הנורמות שואבות את התוקף שלהן מהנורמה הבסיסית, אבל לא את התוכן. אפשר כעיקרון לגזור תוכן של נורמה מסוימת מנורמה כללית יותר, אבל אצל קלזן הנורמה הבסיסית היא נורמה אשר חייבים להניח את דבר קיומה על ידי דדוקציה לאחור, בתור הנורמה אשר מתחילה את רשת ההסמכה ותו לו, והיא אינה קשורה כלל וכלל לעניין תוכן של הנורמות.<sup>9</sup> לכן השאלה אשר מדינה שואל במאמרו לגבי הנורמה הבסיסית היא שאלה שלא ניתן לשאול אצל קלזן. נורמה בסיסית היא סוג של הנחת עבודה אשר מגיעים

<sup>8</sup> שם, בעמ' 8.

<sup>9</sup> HANS KELSEN, PURE THEORY OF LAW 201–211 (Max Knight trans, 1967).

אליה על ידי דדוקציה, ולא על פי ניתוח נורמטיבי כלל ועיקר. מדינה מחפש נורמה עליונה אשר ניתן לגזור ממנה תוכן, וזה שונה לחלוטין. אבל מדוע זה חשוב?

הדבר חשוב מאחר שאצל קלזן לא תיתכנה שתי נורמות בסיסיות, משום שלא תיתכנה שתי שרשרות של הסמכה כמקור של תוקף, ומשמעות הדבר היא שיש לנו שתי שיטות משפט ולא אחת. הנורמה הבסיסית נוסח קלזן היא מקור אחדותה של המערכת המשפטית, והיא אחת בלבד. אבל בהחלט תיתכנה כמה נורמות עליונות במובן של תוכן. הנורמה הבסיסית האמריקאית היא נגזרת של הנורמות שהאבות המייסדים קבעו ב-1776, אבל הנורמות מבחינת התוכן הן רבות וכוללות זכות הקניין, חופש ושוויון. חוסר הבהירות הזה מוביל לבעיה הבאה, או לשאלה הבאה:

מדינה טוען שאין ברירה וצריך לבחור בין דמוקרטיה הליכית לבין דמוקרטיה ליברלית. האומנם בחירה זו היא בלתי נמנעת? מדוע למדינה חייבת להיות נורמה עליונה אחת? להבנתי, לא חייבת להיות נורמה אחת שהיא עליונה, אלא נורמה בסיסית אחת. מדינת ישראל היא יהודית ודמוקרטית, וכך היא מצהירה על עצמה. נורמות עליונות הן לא עניין של בחירה – אין מדובר כאן בסתירה לוגית כי אם בעניין של מתח. בדיוק כפי שיש מתח בין עקרונות אצל דבורקין, ואשר חובה לאזן ביניהם, המתח הוא פוליטי ואינו לוגי, ולא מצאתי טיעון שישכנע אותי מדוע נחוצה הכרעה ברורה לצד זה או אחר.

אם נעיין במקרה הישראלי באופן ספציפי, ולמרות הרצון של רבים מאיתנו, לא נראה לי כי העיקרון הדמוקרטי הליברלי הוא הרעיון המארגן של המשפט החוקתי הישראלי כלל ועיקר. בל נשכח כי הליברליזם והדמוקרטיה הישראליים – על כל בעיותיהם וחסרונותיהם המבניים – נעשו אפשריים רק על גב גירוש הפלסטינים מהארץ עם הקמת המדינה (אם לא גירוש ממש, אזי מניעת חזרתם של הפליטים אשר ברחו או הוכרחו). אילו רצתה ישראל להיות מדינה ליברלית בלבד לא היה צורך בגירוש, אך אז גם לא הייתה יכולה להיות יהודית, ואילו רצתה להיות רק יהודית ללא קשר לליברליזם לא הייתה בהכרח מגרשת והייתה מקימה משטר ללא שום זכויות לפלסטינים בתוכה. הכוונה שלי לומר שההיגיון האתני-יהודי מעולם לא היה פחות (אם לא יותר, ולדעתי יותר) מההיגיון הליברלי. ובהקשר זה של המקרה הישראלי, תומכי דמוקרטיה הליכית הם תומכי היגיון אתני, שכן כאשר הם מדברים בזכות הרוב כוונת רבים וטובים היא שהיהודים קובעים, ולכן הוויכוח של דמוקרטיה ליברלית אל מול דמוקרטיה הליכית הוא צורה אחרת של הדיון על דמוקרטיה ליברלית מול דמוקרטיה יהודית אתנית. כל זאת לפני שאמרנו מילה על חוק השבות, על חוק נכסי נפקדים, על מעמדה של הסוכנות היהודית ושאר הגופים הייצוגיים היהודיים, על מדיניות ההתיישבות, והרשימה ארוכה. לכן ישראל כמדינה ליברלית – כפי שמדינה רוצה אותה – היא תוכנית פעולה ואתגר פוליטי ומשפטי יותר מאשר עובדה קונסטטוציונית מובנת מאליה שבית המשפט מתפקד רק לצורך ההצהרה על קיומה. מדינה רוצה להיות חלק ממהלך כזה, אבל נראה לי שהמהלך שלו נתקל בקיר של 72 שנות מדינה יהודית.

דומני כי בהקשר זה יש משהו בטיעון של מדינה אשר סובל מחלק מהבעיות אשר הליברליזם בכללותו סובל מהן.<sup>10</sup> אחת הבעיות של ליברליזם היא חוסר המודעות לתנאי האפשרות של עצמו, דהיינו ליברליזם הוא תאוריה טובה כיצד לנהל מדינה אבל איננו תאוריה אשר בכוחה להסביר ולהמשיג את רגע הכינון של המדינה, של יש מאין, ואשר במהותו הוא רגע של הכרעה ושל החלטה ברגע של משבר. לכן ניתן לטעון כי הרגע החוקתי הוא רגע של הכרזה על קיום, ויש הבדל בין החוקה כאקט של כינון אשר מצהיר על הקיום לבין הנורמות החוקתיות אשר מציעות לנו כיצד לנהל את אותו קיום. אינני סבור כי יש הצדקה לאובססיה של שאלת הקיום בישראל – ואני מסכים עם ברק מדינה בעניין זה. אבל מדינה שרואה את עצמה כל הזמן בשלבי הקמה, ואשר המהפכה טרם הסתיימה בה, מחייבת תאוריה חוקתית אשר תתייחס ותתמודד עם השאלות הללו.

שאלה נוספת אשר אבקש להפנות אליה את תשומת הלב היא למי מופנה מאמר זה ולמי מופנית הצעה פרשנית שכזו לגבי מעמדם של עקרונות-על בשיטה, הגם שאלה אינם כתובים. לכאורה היעד הראשוני הוא השופטים של בית המשפט העליון, ואשר מאמר זה מספק להם תחמושת רעיונית (המאמר באמת מספק תחמושת חשובה ומאירת עיניים). אומנם תחמושת רעיונית שכזו היא חשובה בתקופה שבה בית המשפט מותקף מדי יום, אבל בית המשפט חסר לגיטימציה לעשות דברים הרבה יותר בסיסיים ופשוטים, כגון ביקורת שיפוטית על חוקים העומדים בניגוד לטקסט חוקתי בדמותם של חוקי היסוד עצמם. לכן דומה שמה שחסר לבית המשפט זה לאו דווקא תחמושת רעיונית אלא חסר קשה במפלס הלגיטימיות שלו. המאמר עצמו אינו עוזר להעלות מפלס זה. כמובן הוא מעדיף שאלות של הצדקה מוסרית אשר מתבססות על תבונה מוסרית על פני לגיטימציה אשר בבסיסה עומדת ההסכמה של האזרחים. במקום שבו חסרה לגיטימציה (כמובן שהגדרתי לעיל) בא מאמר זה וקובע שהצדקה יותר חשובה מלגיטימציה. ייתכן שמדינה צודק, הבעיה היא שלגיטימציה לא מייצרים על ידי עוד צבר טיעונים, ויהא משכנע כמה שיהיה. לגיטימציה היא בת דודתה של האהבה, והיא מחייבת חיזור מתמיד ולא שכנוע על בסיס טיעון תבונתי, שכן היא ניסיון מתמיד לזכות בהסכמתם של הכפופים למשטר. לאמיתו של דבר, אינני יודע אם יש לי מה להציע למדינה בנסיבות העניין בסוגיה זו. ככלות הכול הוא איננו פוליטיקאי אלא משפטן, כמוני כמוהו, וזה מה שאנחנו יודעים לעשות – ניתוח נורמטיבי. יכול להיות שזה אומר משהו על המשפט ועל גבול היכולת שלו יותר מאשר על מדינה.

<sup>10</sup> Raef Zreik, Notes on the Value of Theory: Readings in the Law of Return-A Polemic, 2 Law & Ethics of Human Rights (2008).