

ההצדקה הדמוקרטית לביקורת שיפוטית

אלון הראל*

- א. הקדמה
- ב. ההצדקה מטעמי זכויות מוסריות
- ג. זכויות וערכים חברתיים
 1. שיח הזכויות
 2. התלות של זכויות בערכים חברתיים
- ד. סיכום

א. הקדמה

רוח רפאים רודפת את הביקורת השיפוטית – רוחו של המלך הפילוסוף. שימוש במטאפורה רבת עצמה זו מעורר דימוי של השופט כדיקטטור שיפוטי. כאשר השופט מכריז על בטלותם של חוקים – חוקים אשר נקבעו בהליך דמוקרטי – השופט שולל מאתנו את הזכות להשתתף באופן אפקטיבי בשיח הפוליטי-קולקטיבי. אבל האם שופטים המבקרים חוק אכן נוהגים בנו באותו אופן משפיל שבו המלך-הפילוסוף האפלטוני מתייחס אל נתיניו? האם השופט המוסמך לבקר חוקים לאור מגילת זכויות אידיאלית – כזו שירדה מן השמים – מתעלם בהכרח מן השיפוטים המוסריים הקולקטיביים שלנו וממנהגינו החברתיים? שאלה זו עומדת במרכזו של מאמר זה. בפרט מאמר זה טוען שביקורת שיפוטית המושתתת על זכויות דורשת רגישות לנהגים חברתיים, למוסכמות ולאמונות נורמטיביות, ושלכן האנלוגיה בין השופט למלך הפילוסוף היא חסרת בסיס. ביקורת שיפוטית המבוססת על זכויות איננה יכולה או

* פרופסור למשפטים על שם פיליפ ואסטל מיוזק, האוניברסיטה העברית בירושלים. מאמר זה הוצג בכנס במרכז הלאומי למדעי הרוח בצפון קרוליינה. אני אסיר תודה למשתתפי הכנס על הערותיהם. נעזרתי רבות גם בהערותיהם המצוינות של ליאור ברשק, תרז ביורקהולם, אוקרט דופר, כריסטופר איסגרובר, דוד אנוך, דוד הד, גיימס לנמן, מיכאל סינקלר, יעקב בן-שמש ולאייף ונאר. נוסח אנגלי של המאמר פורסם ב-"Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification" 22 *Law & Philosophy* (2003) 247-276. אני מודה לנועה דיאמונד אשר סייעה בתרגום המאמר.

צריכה להיות אדישה כלפי אמונות, עמדות וערכים חברתיים, משום שתוכן הזכויות והיקפן נשענים על הערכים הללו עצמם.¹ מאמר זה נחלק לשניים. חלקו הראשון בוחן את הטענה כי שופטים המוסמכים להכריז על בטלות חוקים פוגעים בזכות ההשתתפות של האזרחים. חלק זה דן במבנה האנליטי של מה שאכנה "ההצדקה מטעמי זכויות מוסריות". ההתנגדות רבת העצמה המופנית כלפי הצדקה זו לביקורת שיפוטית היא שביקורת כזו פוגעת בזכות ההשתתפות בהליך הפוליטי הדמוקרטי. ניתן להתגבר על התנגדות זו אם מראים שגם ביקורת שיפוטית על חוקים שנתקבלו בהליך דמוקרטי רגישה להלכי הרוח הציבוריים ולפיכך מאפשרת השתתפות בהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטי. החלק השני דן באופיין של זכויות ומדגים את התלות של זכויות באמונות וערכים חברתיים. חלק זה מטרתו לבסס את הטענה שתוכן הזכויות והיקפן תלויים באמונות ובערכים חברתיים ושעל כן הטענה ששופטים מתפקדים כמלכים-פילוסופיים הנה מוטעית. עם זאת, מסקנת מאמר זה רחוקה מלהיות חד-משמעית. שעה שהמאמר מדגים את רגישות תוכן הזכויות והיקפן לנהגים וערכים חברתיים, קיימת אפשרות כי רגישות זו לא תספק את הדרישות של חסידי הדמוקרטיה. היכולת ליישב את המתח בין זכויות יסוד לבין הזכות הדמוקרטית להשתתפות פוליטית תלויה בפרשנות ובהבנה של עצמת הזכות להשתתפות פוליטית והיקפה.

ב. ההצדקה מטעמי זכויות מוסריות

קיימים לפחות שני סוגי תיאוריות שמטרתן להצדיק את מוסד הביקורת השיפוטית. התיאוריות השייכות לסוג הראשון – תיאוריות רובניות – גורסות כי ביקורת שיפוטית מסייעת לשיקוף נכון יותר של רצון העם. הטלת הגבלות חוקתיות על כוחו של המחוקק אינה פוגעת אפוא בזכות להשתתפות פוליטית. לאמיתו של דבר, הגבלות כאלה רק מסייעות או מעצימות את ההשתתפות באמצעות כינון מנגנונים המבטיחים יישום נאמן של רצון העם. לעומת זאת, תיאוריות השייכות לסוג השני – תיאוריות אנטי-רובניות – טוענות כי ביקורת שיפוטית מטילה הגבלות אמיתיות על כוחו של העם, אלא שהגבלות אלו מוצדקות בנסיבות מסוימות.

תיאוריות רובניות של ביקורת שיפוטית מצדיקות את קיומה של ביקורת שיפוטית על בסיס הטענה כי ביקורת שיפוטית היא, בסופו של דבר, מנגנון המיועד לממש את ההליך ההשתתפותי-רובני ולהגן עליו, ולא לערער עליו. נראה כי זוהי העמדה שמנחה את המילטון בהפדרליסט:

¹ מאמר זה עוסק רק בביקורת שיפוטית המבוססת על זכויות. ישנה ביקורת שיפוטית שאיננה מושתתת על זכויות. הגנה על ביקורת שיפוטית זו צריכה להתבסס על הצדקות שונות מאלו המוצעות כאן.

"בשום פנים גם אין לגזור מן המסקנה הזאת שהרשות השופטת נעלה על הרשות המחוקקת. אין בה אלא הנחה שסמכותו של העם נעלה על שתי אלה; וכי במקום שרצון בית-המחוקקים, המוצהר בחוקיו, נמצא מנוגד לרצון העם, כפי שהוא מוצהר בחוקה, חייבים השופטים לנהוג לפי האחרון ולא לפי הראשון. חובתם להסדיר את פסיקותיהם על פי חוקי היסוד, ולא על פי אותם חוקים שאינם חוקי יסוד".²

תיאוריות אנטי-רובניות טוענות, לעומת זאת, כי ביקורת שיפוטית אינה אמצעי להגן על הדמוקרטיה או על זכות ההשתתפות הדמוקרטית אלא אמצעי לקידום מטרות חשובות אחרות כגון חירות ושוויון. אחת ההצדקות האנטי-רובניות הבולטות היא ההצדקה מטעמי זכויות מוסריות – הצדקה המושתתת על האמונה כי ישנן זכויות יסוד או חירויות יסוד אשר צריכות להיות מוגנות בלא התחשבות בהעדפות או ברצונות של הרוב הדמוקרטי.

ההצדקה מטעמי זכויות מוסריות מבוססת על שלוש תזות מובחנות: תזת ההגבלות, תזת הביקורת ותזת הביקורת השיפוטית. תזת ההגבלות טוענת כי על המחוקק הדמוקרטי חלות הגבלות מוסריות, היינו כוחו מוגבל בהגבלות נורמטיביות. ישנן החלטות שהן מעבר לכוחו של המחוקק הנבחר באופן דמוקרטי. תזת הביקורת קובעת כי הדרך הטובה ביותר (או לפחות אחת מהדרכים הטובות

2 ראו אלכסנדר המילטון "הפדרליסט 78" הפדרליסט (אהרון אמיר תרגם, ירושלים, תשס"ב) 390. ההצדקה הרובנית מעלה את השאלה מדוע יש פער בין רצון העם (שאותו צריך לממש) לבין ההחלטות שמקבל המחוקק אשר נבחר בבחירות. אלמלא היה פער כזה, לא היה מקום לביקורת שיפוטית. בספרות ניתן למצוא לפחות שתי דרכים להסביר את הפער בין החלטות של מחוקק, הנבחר באופן דמוקרטי, לרצון העם. רצון העם יכול להיבדל מהחלטות של מחוקק, שנבחר באופן דמוקרטי, בין משום שאנשים, שקולם מובא בחשבון בהליך החקיקה, אינם כוללים את כל האנשים שקולם ראוי להישמע או רק אותם, ובין משום שהרצון שמוכא בחשבון בתהליך קבלת ההחלטות אינו זהה לרצון העם בפועל. ההסבר הראשון מציע שיש להפריד בין הבוחרים בפועל לבוחרים האידיאליים, שהם מי שהיו הבוחרים במצב חוקתי אידיאלי. על פי פרשנות אחת של הסבר זה, הפרטים האמיתיים שרצונם מחייב נורמטיבית אינם "סכום אמפירי של בני אדם" אלא קהילות אורגניות שחולקות היסטוריה ותרבות מסוימת. הדים לעמדה זו ניתן למצוא בהבחנה של Dworkin בין שני סוגים של פעולה קולקטיבית: הסטיסטי והקהילתי. ראו: Ronald Dworkin *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Oxford, 1996) 19–20. גרסה אחרת מציע Eisgruber, שמבחין באופן חד בין רובניות לדמוקרטיה. לידו, ריבונות פופולרית היא רצויה רק אם מפרשים את "העם" כ"העם כולו", ולא רק כ"רובו". Christopher L. Eisgruber *Constitutional Self-Government* (Cambridge Mass., 2001) 18–19. על פי ההסבר השני, רצון העם האמיתי או האותנטי שונה מהחלטות של הגוף הנבחר משום שרצון זה שונה מההעדפות הגלויות של הציבור. רצון העם שאמור להיות מובא בחשבון מבוסס על צירוף (aggregation) של העדפות המבוססות על אינפורמציה מלאה ותנאים המבטיחים צירוף נכון והוגן של העדפות אלה. החוקה צריכה להבטיח כי ההעדפות של המשתתפים בתהליך הפוליטי תקיימנה את הדרישות הללו. ראו, למשל: John Hart Ely *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge Mass., 1980).

ביותר) להבטיח הגבלות אלו היא לכונן מערכת של ביקורת מוסדית על המחוקק. תזה זו נשענת על שתי טענות מובחנות. ראשית, היא טוענת כי ניתן להבטיח שהמחוקק לא יחרוג מן הגבולות הראויים באמצעות כינון מוסד ביקורת בעל סמכות לפסול חקיקה. שנית, היא טוענת כי אין דרך יעילה אחרת לשמר את ההגבלות הללו בלי לפגוע בערכים חשובים נוספים. לבסוף, תזת הביקורת השיפוטית קובעת כי הביקורת צריכה להיעשות בעיקר על ידי מערכת המשפט.

ההבחנה בין שלוש התזות עלולה להיתפס בעיני הקורא במבט ראשון כתיאורטית בלבד. אך עמדה זו היא מוטעית: ההבחנה בין שלוש ההיפותזות חשובה לצורך הכרעה בשאלה חוקתית מרכזית לחלק משיטות המשפט. ישנן מערכות משפטיות הקובעות במפורש שבתי המשפט רשאים ואפילו חייבים לבצע ביקורת על חקיקה כאשר החקיקה פוגעת בזכויות.³ לעומת זאת, במערכות משפטיות אחרות קיימות הכרזות בדבר עליונות מגילת הזכויות על חקיקה רגילה, אך לא קיימת הסמכה מפורשת המעניקה לבתי המשפט את הכוח לפסול חקיקה. בסעיף 6 לחוקה האמריקנית ובסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מופיעות הצהרות על אודות עליונות העקרונות החוקתיים, אך שני המסמכים אינם מסמיכים במפורש את השופטים לפסול חקיקה. בשני מקרים אלה, בתי המשפט עצמם נקראו לבחון האם נגזרת מן ההכרזה המופשטת על עליונות החוקה מסקנה בדבר סמכותם של בתי המשפט לפסול חקיקה.⁴ בעמדם מול שאלות שכאלה נדרשים בתי המשפט לבחון את הצורך במוסד ביקורת חיצוני המיועד להבטיח את עליונות מגילת הזכויות על פני רצונו של המחוקק.

תזת ההגבלות כמעט אינה שנויה במחלוקת בין תיאורטיקנים פוליטיים בני זמננו. ברור לחלוטין כי באופן טיפוסי המחוקק איננו מוסמך מבחינה מוסרית לפגוע בזכויות אדם. עם זאת, תזת ההגבלות עצמה איננה מספקת כדי להצדיק את מוסד הביקורת השיפוטית שהרי ייתכן כי המחוקק עצמו, ובפרט מחוקק שנבחר באורח דמוקרטי, יפעל באופן המכבד את מגבלות כוחו. האמונה כי הריבון מוגבל בכוחו לצד האמונה כי אין מקום למנגנון ביקורת חיצוני מוסדי הייתה נפוצה בימי הביניים. הזכות הקדושה של המלכים לשלוט לא התבססה על העמדה כי למלכים אין חובות כלפי נתיניהם, אלא על העמדה שהמלך מחויב לתת לאל (ולאל בלבד) דין וחשבון על מימוש חובותיו.⁵

3 סעיף 172(1) לחוקה הדרום אפריקנית, למשל, מחייב את בתי המשפט במדינה "להכריז על כל חוק או התנהלות אשר סותרים את החוקה כבלתי תקפים..."

4 בארצות הברית פסק הדין שהצהיר ראשון על כוחם של בתי המשפט לפסול חוקים הוא כמובן: *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). בישראל, פסק הדין שהכיר ראשון בסמכות זו הוא ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי).

5 ראו קטעים הלקוחים מנאומו של המלך ג'יימס בפרלמנט בעשרים ואחד במרץ, 1609: "The state of monarchy is the supremest thing upon earth... Kings are justly called Gods, for that they exercise a manner or resemblance of divine power upon earth. For if you will consider the attributes to God, you shall see how they agree in the person of a king. God

לפיכך אין מקום למוסד ביקורת מוסדי חיצוני למלך כדי להבטיח את מימוש החובות כלפי הנתינים.

כדי לבסס את ההתנגדות למוסד ביקורת חיצוני אין צורך להניח שמחוקקים הנבחרים באופן דמוקרטי לעולם לא ישתמשו לרעה בכוחם ויפגעו בזכויות יסוד – זכויות שאין על פי תזת ההגבלות סמכות לפגוע בהן. די לבסס את הטענה כי הסיכון שהמחוקק הדמוקרטי ינצל את כוחו לרעה, אם תינתן לו האפשרות לעשות זאת, איננו גדול יותר מהסיכון שמוסדות חלופיים המיועדים למנוע שימוש שכזה, כגון בתי משפט, יעשו שימוש לרעה בכוחם שלהם (בין באמצעות מתן תוקף לחקיקה הפוגעת בזכויות יסוד או באמצעות הכרזה על בטלות של חקיקה שאיננה פוגעת בזכויות יסוד).

לכן, ניתן להחזיק מצד אחד בעמדה כי המחוקק מוגבל (מוסרית) על ידי זכויות פרט, ומצד אחר, להתנגד לכינון של מערכת ביקורת עצמאית המיועדת לאכוף הגבלה זו בנימוק כי סביר שהמחוקק יתאים את עצמו למגבלות הללו ויכבד אותן מרצונו ברוב המקרים. ספקן מתון ברצונו הטוב או ביכולתו של המחוקק לכבד את ההגבלות המוטלות על כוחו (של המחוקק) יכול אולי לתמוך במערכת "רכה" של ביקורת מצד מנגנון מוסדי שיספק למחוקק "תזכורת" תוך שימוש במגילת זכויות הצהרתית – כזו הקובעת את המגבלות הנובעות מקיומן של זכויות, אך איננה מקנה סמכות להכריז על בטלות חוקים.⁶

has power to create, or destroy, make or unmake at his pleasure, to give life, or send death, to judge all, and to be judged nor accountable to none: to raise low things, and to make high things low at his pleasure, and to God are both soul and body due. And the like power have Kings; they make and unmake their subjects: they have the power of raising and casting down: of life, and of death: judges over all their subjects, and in call causes, and yet accountable to none but God only". <http://www.jesus-is-lord.com/kjdivine.htm>. ניתן לטעון כי האמונה בעליונות האל תוביל למערכת של ביקורת אלוהית, שגם היא צורה של ביקורת מוסדית. עם זאת, בפועל מערכת כזו לא יושמה, והמערכת הימי ביניימית תפקדה על בסיס ההנחה כי כוחות המלכים מוגבלים למרות היעדרה של ביקורת מוסדית אשר תבטיח את מימוש ההגבלות הללו.

6 חוק זכויות האדם הבריטי משנת 1998 הוא דוגמה למערכת ביקורת "רכה" שכזו. חוק זה מחייב את בתי המשפט לאותת לממשלה כאשר חוק מסוים סותר את אמנת הזכויות האירופית. עם זאת, הכרזה שיפוטית כזו על אודות הקונפליקט אינה בגדר הכרזה על בטלות החוק והממשלה רשאית להתעלם מתזכורת כזו. במערכת מסוג זה בתי המשפט ממונים על זיהוי החוקים שמפרים זכויות אדם אך אין להם סמכות להכריז על בטלות החוק. "תזכורת" חזקה הרבה יותר קיימת בצ'ארטר הקנדי. בניגוד לחוק הבריטי, החוקה הקנדית מצהירה במפורש על עליונותה של החוקה, ובתי משפט קנדיים מוסמכים לפסול חוקים הסותרים את הזכויות המפורטות בחוקה. עם זאת, סעיף 33 לחוקה הקנדית, "פסקת ההתגברות" (the Notwithstanding Clause), קובע כי: "Parliament or the legislature of a Province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that act or provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this charter". סייג דומה מופיע בחוק יסוד: חופש העיסוק. סעיף 8 לחוק יסוד זה קובע כי הכנסת יכולה לחוקק חוק המנוגד להגבלה

ספקנים רדיקלים יותר, חסידי היפותזת ההגבלות, עלולים לדחות מנגנון "רך" של ביקורת ובמקומה לתמוך במנגנון נחרץ יותר הקובע כי יש להקים גוף עצמאי המוסמך (ואולי אף מחויב) לקיים ביקורת על החקיקה. ישנן שתי סיבות עיקריות מדוע ההצדקה מטעמי זכויות לתזת ההגבלות תביא באופן טבעי לידי מסקנה זו. ראשית ניתן לטעון כי המחוקק עלול להתעלם באופן מכוון מההגבלות המוטלות על כוחו. קיומם של אינטרסים סקטוריאליים יכול להביא לידי כך שהמחוקק ישתמש בכוחו באופן שאינו מתיישב עם ההגבלות. שנית, גם אם המחוקק שואף למלא את תפקידו באופן מצפוני, יש להניח שהבנתו ורגישותו להגבלות האינהרנטיות המוטלות על כוחו תהיה חלקית ומוטה. על פי עמדה זו קיים קונפליקט בין התפקיד לעצב מדיניות, להבטיח ביטחון ורווחה ובין התפקיד להגן על זכויות פרט. הרצון לחתור לשגשוג ולמימוש מטרות חברתיות נוספות בעלות ערך מסיט את תשומת הלב של המחוקק מהגנה אפקטיבית על זכויות ושוחק את רגישותו לחשיבות ההגנה עליהן. זאת ועוד, הכישורים הנדרשים למימוש המטרות החברתיות שעליהן מופקד המחוקק שונים ואף מתנגשים בכישורים הנדרשים להבטיח הגנה על זכויות. מערכת ביקורת הנה הכרחית אפוא כדי להבטיח כי ההגבלות המוטלות על כוחו של המחוקק ייבחנו ביסודיות על ידי גוף בלתי תלוי.⁷ תזת ההגבלות והנחות סבירות בנוגע לחוסר רצונו של המחוקק לפעול על פי הגבלות אלה, או חוסר יכולתו לזוהת הגבלות אלה, יכולים לבסס את תזת הביקורת.⁸

7 המופיעה בחוק אם הוא: "... נתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה". להיסטוריה של פסקת ההתגברות ראו: Alon Harel "The Rule of Law and Judicial Review: Reflections on the Israeli Constitutional Revolution" *Recrafting the Rule of Law: The Limits of the Legal Order* (David Dyzenhaus ed., Oxford, 1999) 145 ראו: Jon Elster "Introduction" *Constitutionalism and Democracy* (Jon Elster and Rune Slagstad eds., New York, 1988) 5

8 באמונה כי תזת הביקורת נגזרת מתזת ההגבלות תומכים לא רק אנשי אקדמיה אלא גם משפטנים מעולם המעשה. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מציב הגבלות למחוקק. סעיף 4 לחוק יסוד זה קובע כי: "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". בהסבירו מדוע סעיף זה אינו רק קובע את עליונות חוק היסוד אלא גם מקנה לבתי המשפט את הסמכות לבקר חקיקה, קבע השופט שמגר כי: "מן התיזה של המידרג הנורמטיבי החקיקתי עולה כי לפי המצב המשפטי הראוי חוק רגיל לא ישנה מעתה ואילך ולא יפגע בהוראה חוקתית, בהיעדר הסמכה מפורשת לכך בהוראה חוקתית. אם הוראת חוק משנה הוראה חוקתית או פוגעת בה, הרי הוראת חוק סותרת כאמור כפופה לתרופות הנגדיות שנוגדות במשפט החוקתי... מכל מקום, מקובל עלינו כי אם הוראה נורמטיבית נמוכה חורגת מהוראה נורמטיבית גבוהה יותר, מוסמך בית המשפט הנקרא לקיים הליך של פיקוח... האחריות ליישום שלטון החוק מונחת על כתפי הרשות השופטת, אם הנושא מובא להכרעה לפניו בדרכים שנקבעו לכך בחוק. יישום שלטון החוק כולל את השמירה על מערכות הסמכות והמידרג של הנורמות. מכאן, כי אם חקיקת משנה סותרת חוק – בית המשפט מוסמך להעניק תרופה; כך, אם חוק רגיל סותר הוראה חוקתית – בית המשפט מוסמך להעניק תרופה. כפי שהזכרנו, הרי המצב הראוי לגבי חקיקה חוקתית בדרך כלל, הפך כבר במידה רבה למצב המצוי בכל הנוגע לשני חוקי היסוד שחוקקו

חלק מהמתנגדים לביקורת שיפוטית מבקרים טיעונים אלה ומאמינים כי קיימות סיבות טובות להאמין שמחוקקים יכבדו את ההגבלות המוטלות על כוחם גם בלא כינון מנגנון ביקורת. מתנגדים אחרים מפתחים טיעון מוסרי עקרוני יותר כנגד הביקורת השיפוטית – טיעון בלתי תלוי בהשערות אמפיריות כאלו. וולדרון (Jeremy Waldron), למשל, בעודו מאמין כי המחוקק יכבד בדרך כלל את ההגבלות המוטלות עליו, מאמין בנוסף כי:

“Participation... is about principle as much as policy. Those who fought for the vote... had in mind the right to participate not only on policy issues but also on great issues of principle facing their society... They believed that the issues of principle affecting them — the people — should be settled, ultimately, by them and them only on a basis that paid tribute to their fundamental equality”.⁹

על פי עמדה זו, גם אם התומכים בהצדקת הביקורת השיפוטית יצליחו לבסס את הטענה כי ביקורת שיפוטית נחוצה להגנה על זכויות, עליהם להתגבר על התנגדות מוסרית בסיסית הרבה יותר. לכאורה, כל מנגנון ביקורת פוגע בזכות ההשתתפות הפוליטית שהיא לדידו של וולדרון “אם כל הזכויות”¹⁰ זכות השתתפות כזו יכולה להיות מעוגנת בשיקולי צדק פרודורלי, בשיקולי שוויון או באוטונומיה מוסרית. אם זכות כזו אכן קיימת, ביקורת חיצונית על החלטות המחוקק תהיה בלתי צודקת בלי קשר להנחות האמפיריות בנוגע לאפקטיביות של ביקורת כזו ויכולתה להגן באופן אפקטיבי על זכויות. על פי עמדה זו, גם אם חסיד תזת הביקורת מוכיח כי המחוקק נכשל באופן עקיב בניסיון להגן על זכויות, וכן הוא מבסס את הטענה שיש מערכות ביקורת המסוגלות להגן באופן אפקטיבי על זכויות, עדיין ניתן לתקוף את מוסד הביקורת בטענה כי מוסד כזה פוגע בזכותם של אזרחים לנהל שיח מוסרי ולהכריע הכרעות פוליטיות לאור מסקנות שיח זה.

חסיד הביקורת השיפוטית עדיין יוכל להגן על עמדתו ולטעון כי הזכות לשוויון וחירות חשובה יותר מזכות ההשתתפות, ולכן מוצדק לפגוע בזכות ההשתתפות כדי להבטיח הגנה על הזכויות האחרות הללו. עם זאת, תגובה כזו פתוחה לביקורת משום שהיא מבוססת על “תוצאתנות של זכויות” — העמדה שתמיד מותר לפגוע בזכות מסוימת כאשר פגיעה זו מונעת פגיעה בזכות חשובה יותר או בזכויות רבות מאותו

על-ידי הכנסת בתשנ"ב, והם חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו”. ראו עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 4, בע' 265–266. לביקורת על העמדה הגזרת מעצם קיום מדרג נורמטיבי בין הוראות חוקתיות לחוקים את המסקנה כי ראוי להסמיך את בתי המשפט להכריז על בטלות חוקים ראו: 151–157, Harel, *supra* note 6, at pp.

9 ראו: 249, Jeremy Waldron *Democracy and Disagreement* (Oxford, 1999)

10 ראו: 11, *Ibid.*, chapter “The Right to be Heard” (forthcoming in *Virginia L. Rev.*, 2006) Yuval Eylon & Alon Harel

הסוג. אם שוללים את "תוצאתנות הזכויות" ניתן לטעון כי אין הצדקה לכינון מוסד של ביקורת (ולפגיעה הנגזרת בזכות ההשתתפות הפוליטית) אף אם באמצעות כינונו של מוסד ביקורת מובטחת הגנה על זכויות רבות יותר או על זכויות חשובות יותר.¹¹ גם אם חסידי הביקורת השיפוטית יתגברו על מכשול אחרון זה ויבססו את הנחיצות בביקורת, עדיין עליהם לבסס את תזת הביקורת השיפוטית – התזה הגורסת שביקורת על חקיקה צריכה להיות נחלתם של בתי המשפט. תזה אחרונה זו מעלה קשיים משלה שלא יידונו בהקשר זה.¹²

במילים אחרות, יש המתנגדים לביקורת (שיפוטית או אחרת) על חקיקה משום שביקורת פוגעת בזכות ההשתתפות הפוליטית. עמדה זו שלאזרחים זכות השתתפות הנפגעת בעקבות הביקורת השיפוטית חשופה לשתי ביקורות. ראשית ניתן לומר כי אין זכות כזאת, או לטעון שזכות זו נהדפת על ידי שיקולים אחרים הגוברים עליה: למשל, הגנה אפקטיבית על זכויות. שנית, ניתן לטעון שכינון מערכת ביקורת איננה פוגעת בזכות זו. דרך אחת לבסס טענה אחרונה זו היא לומר כי ביקורת שיפוטית היא עצמה מנגנון המכבד ואפילו מקדם את זכות ההשתתפות הפוליטית. מאמר זה מגן על טיעון זה. לפי עמדה זו, שופטים אינם פועלים כמלכים פילוסופים השוללים מאתנו את הזכות להשתתף באופן אפקטיבי בשיח פוליטי ולהחליט החלטות פוליטיות. במקום זאת, הזכויות שהם מגנים עליהן תלויות בהשקפות מוסריות וערכים חברתיים. תהליך זיהוי הזכויות הוא אפוא (לפחות באופן חלקי) תהליך המבוסס על זיהוי ואימוץ של ערכים חברתיים מקובלים. לפיכך אין להשוות את הביקורת השיפוטית לדיקטטורה של מונרך נאור משום שהגנה אפקטיבית על זכויות מושתתת על שיפוטם ערכיים שמקורם בחברה.

לכאורה אף אם ניתן לבסס את הטענה שתוכן הזכויות והיקפן תלוי בערכים

11 לדיון וביקורת על תוצאתנות של זכויות ראו: Robert Nozick *Anarchy, State and Utopia* (USA, 1974) 28–30.

12 תזת הביקורת השיפוטית מורכבת משתי טענות נפרדות. כדי להבין את מורכבותה, חשוב להבחין בין מערכת ביקורת המונהגת על ידי שופטים למערכת ביקורת שיפוטית במובנה המלא של המילה. מערכת ביקורת המונהגת על ידי שופטים היא מערכת אשר מעניקה לשופטים את סמכות הביקורת. הענקת סמכויות אלו יכולה להתבסס על האמונה בדבר היות השופטים עובדי ציבור אמינים הניחנים בתבונה מעשית ובמתנינות, בנוסף ליתרונות מוסדיים כגון קביעות ואי-תלות, ושלכן הם נתונים פחות ללחצים ציבוריים לעומת מחוקק שנבחר באופן דמוקרטי על ידי הציבור. עם זאת, מערכת כזו איננה מערכת של ביקורת שיפוטית במובנה המלא של המילה. ביקורת שיפוטית, כפי שהיא מובנת בדמוקרטיה חוקתית מודרנית, מעניקה לשופטים לא רק את הסמכות לבקר, אלא היא מעניקה להם את הסמכות הזו מהנימוק שביקורת שיפוטית היא, באופן אינהרנטי, פעולה משפטית. הסמכות לבקר מוענקת לשופטים לא על בסיס מאפייניהם האישיים אלא בשל היותם מומחים למשפט. ישנם כמובן חסידי מנגנוני ביקורת שתיערך על ידי שופטים אשר אינם תומכים בביקורת שיפוטית במובנה המלא כפי שהיא מוגדרת כאן. Eisgruber, למשל, טוען כי ביקורת שיפוטית איננה פעולה משפטית. לדידו המעמד המוסדי המובחן של השופטים, ולא מומחיותם המשפטית, הוא היסוד להענקת סמכויות הביקורת לשופטים. ראו: Eisgruber, *supra* note 2, at pp. 57–64.

חברתיים, אין בכך כדי לבסס הצדקה דמוקרטית לביקורת שיפוטית. זכות ההשתתפות הדמוקרטית מערבת לפחות שני היבטים מובחנים: היבט ההשתתפות והיבט התאימות. הטענה בדבר קיום תלות בין ערכים חברתיים לבין היקפן ותוכנן של זכויות מבססת את התקיימותה של תאימות בין הערכים החברתיים לבין תוכן הזכויות אך אין היא מבססת את התקיימותו של היבט ההשתתפות, היינו את האפשרות של האזרחים להשתתף באופן ממשי בהליך הפוליטי.

במילים אחרות, גם אם שופטים נסמכים על ערכים ונורמות חברתיות כאשר הם בוחנים את חוקיותם של חוקים, אלו עדיין השופטים אשר מוסמכים לבצע ביקורת זו, ולא אנחנו – האזרחים – ולכן נפגע היבט ההשתתפות של הדמוקרטיה. היבט ההשתתפות של הדמוקרטיה דורש כי החלטות קולקטיביות יתקבלו על ידי אזרחים ככלל, ולא על ידי אוליגרכיה כגון שופטים, גם אם האוליגרכיה "משכפלת" את הערכים החברתיים.¹³

כדי להדגים את כוחו של טיעון זה ניתן לדמיין "דיקטטור דמוקרטי" שמושג בממלכתו על פי השקפות נתינו. ניתן לטעון כי "דיקטטורה דמוקרטית" מפרה את זכות ההשתתפות שלנו לא בגלל שהחלטות הדיקטטור שונות מאלו שהיו מתקבלות במערכת דמוקרטית, אלא משום שהדיקטטור הוא זה שמקבלן (ומוסמך לקבלן) ולא העם.

טיעון זה יסודו בכלבול. קיימות כמה צורות של השתתפות. אדם יכול לקבל החלטה למכור את ביתו, אך הוא גם יכול למנות בא כוח שיקבל החלטות עבורו – החלטות שבאופן אידיאלי משקפות את העדפותיו. בשני המקרים האדם משתתף בתהליך קבלת ההחלטה. לכן, אם שופטים נדרשים (כפי שאטען) להביא בחשבון שיפוטי מוסר חברתיים, ניתן לומר כי אזרחים משתתפים בתהליך קבלת ההחלטות. הם משתתפים במובן זה שאמונותיהם (או שיפוטיהם) המוסריים הם הבסיס להחלטה השיפוטית ולכן זוהי צורה של השתתפות.

כנגד אנלוגיה זו ניתן לטעון כי אדם הבוחר את בא כוחו, רשאי להעביר אותו מתפקידו כרצונו. טענה זו אמנם נכונה ואולם לא ברור אם הצידוק לסמכותו של אדם לבחור את בא כוחו איננו משרת מטרה חשובה יותר, היינו קידום התכליות של האדם אשר ממנה את בא הכוח. אם אכן מה שמסביר את הסמכות לבחור את בא הכוח היא החשיבות האינסטרומנטלית של מתן סמכות כזו ובמיוחד העובדה שבא כוח ממונה "ישכפל" את החלטות הממנה אותו, ייתכן שבהקשרים שבהם הסמכות לבחור בא כוח אינה תורמת לקידום מטרות אלה, לא תיתפס סמכות זו כהכרחית. זאת ועוד, ניתן להבחין בין "דיקטטורה דמוקרטית" ובין ביקורת שיפוטית משום ששופטים הם, בסופו של דבר, מינוי פוליטי ומועמדותם נבחנת ומאושרת, במישורין או בעקיפין,

13 אני אסיר תודה ליעקב בן שמש שהציג לפני טיעון חשוב זה.

על ידי ציבור הנבחרים.¹⁴ לכן, מה שמעניק לגיטימציה לביקורת השיפוטית הוא הן העובדה שתוכנן של הזכויות תלוי בערכים חברתיים (היבט התאימות) והן העובדה שמקבלי ההחלטות אינם אוליגרכיה אלא אנשים שנבחרו במישרין או בעקיפין על ידי הציבור (היבט ההשתתפות).

ייתכן שבחירות חשובות להיבט ההשתתפות משום שהן מחזקות שיח ציבורי ואילו "דיקטטורה דמוקרטית" (או לעניין זה "דיקטטורה שיפוטית") איננה מקדמת שיח כזה. לכן, לעומת ה"רובניות דמוקרטית", "דיקטטורה דמוקרטית" (או "דיקטטורה שיפוטית") איננה מבטיחה מעורבות פוליטית אמיתית.

קל לראות את הקשיים שבהתנגדות זו. חסידי הביקורת השיפוטית ימהרו להצביע על העובדה כי ביקורת שיפוטית איננה משתקת את השיח הציבורי.¹⁵ עם זאת, קושי זה איננו רלוונטי למאמר זה. הטענה המוצגת בחלק השני היא טענה מושגית המדגימה כי ביקורת שיפוטית לא בהכרח סותרת ערכים דמוקרטיים. אין בה כדי לבסס את הטענה כי ביקורת שיפוטית היא מערכת אופטימלית להגנה על הדמוקרטיה או אפילו שהיא מערכת טובה כמו מערכות אחרות.¹⁶

מתנגדי הביקורת השיפוטית יכולים להעלות התנגדות שנייה המבוססת על דרישת התאימות. דרישת התאימות קובעת כי כללים ועקרונות צריכים להיות רגישים לאמונות המוסריות של הציבור. עם זאת, תאימות כפי שהיא נתפשת על ידי חסידי הביקורת השיפוטית, איננה דורשת שכפול מדויק של הערכים החברתיים; היא רק דורשת שהחלטות יתקבלו מתוך התייחסות ורגישות לערכים החברתיים. לכן, יכולים מתנגדי הביקורת השיפוטית לטעון כי התאימות המתקיימת בין הערכים החברתיים לזכויות איננה מספקת ומכאן שביקורת שיפוטית פוגעת בזכות ההשתתפות.

יהיה זה כמובן מגוחך לטעון כי כל הזכויות שאנו מאמינים בקיומן אכן נתונות לנו. אם הרוב מאמין כי יש לו זכות להחזיק עבדים, לא נובע מכך כי עבדות מותרת מבחינה מוסרית. כל תיאוריית זכויות מתקבלת על הדעת צריכה להכיר בפער בין הזכויות שהציבור מאמין בקיומן ובין הזכויות המתקיימות בפועל. עם זאת, מפער זה לא בהכרח נובע כי ביקורת שיפוטית היא אנטי-דמוקרטית. יהיה זה שגוי להניח כי הדמוקרטיה מבוססת על שיקוף מדויק של דעת הרוב. בא כוח נאמן שפועל מטעמי בעסקה מסחרית איננו מחויב לקבל כל החלטה והחלטה שאני הייתי מקבל. אפילו גוף מחוקק נבחר לא בהכרח מקבל את החלטה שהייתה מתקבלת בקרב

14 ראו: Eisgruber, *supra* note 2, at pp. 64–65.

15 ראו: Dworkin, *supra* note 2, at p. 30; Eisgruber, *ibid.*, at pp. 96–99.

16 ניתן כמובן לפתח תיאוריה תובענית יותר של ההשתתפות, תיאוריה הדורשת, למשל, כי ההשתתפות של ממש תכלול הצבעה, וכי "ההשתתפות פסיבית", המיוסדת על האמונות הנורמטיביות של פלוני כביס להחלטה המתקבלת על ידי אחרים, לא תספיק כדי לומר שפלוני "השתתף" בהחלטה. עם זאת, התנגדות כזו איננה יכולה להתבסס על הטענה כי ביקורת שיפוטית איננה השתתפותית. במקום זאת עליה להראות כי ביקורת שיפוטית איננה מערכת ההשתתפות מן הסוג הנכון או הראוי.

רוב האזרחים בכל רגע נתון. עובדה זו לבדה איננה מצדיקה את הטענה כי בתי מחוקקים הם אנטי-דמוקרטיים. השיפוטים הנורמטיביים של האזרחים מערכים ערכים שונים ומורכבים המעוגנים בפרקטיקות, אופני חיים ותפישות עולם שונות. רגישות לשיפוטים כאלה בדמוקרטיה מערבת תהליכים מורכבים, וכלל לא מובן מאליו שדרישת התאימות מחייבת אימוץ של כל החלטה שהרוב תומך בה. לחלופין, אפשר לטעון שהיבט התאימות של הדמוקרטיה יכול לבוא לידי ביטוי בדרכים שונות, ואין סיבה לטעון אפריורית כי "ספירת קולות" משרתת את היבט התאימות טוב יותר ממנגנונים חלופיים.

דרישת התאימות בדמוקרטיה יכולה להכתיב כי החלטות המחוקק תתבססנה על ערכים חברתיים משותפים, ואולם דרישת התאימות איננה מחייבת כי כל ההחלטות תהיינה זהות לאלו שהיו מתקבלות על ידי רוב הבוחרים. גם נציגי הציבור לא בהכרח צריכים להצביע באותו אופן שציבור בוחרים היו מצביעים, ובניית שיטת ממשל ראוייה איננה רק תהליך מכני המיועד לשקף את דעת הציבור בכל סוגיה וסוגיה. לסיכום, נראה כי הליכים דמוקרטיים דורשים מידה כלשהי של רגישות מצד מקבלי ההחלטות להעדפות של ציבור האזרחים. אך עם זאת, סוג הרגישות ומידת הקשב הנדרשים במשטר דמוקרטי לערכים החברתיים הוא שנוי במחלוקת. ייתכן שהמתנגדים לביקורת שיפוטית יבססו את הטענה כי ביקורת שיפוטית איננה השתתפותית במידה מספקת, או כי החלטות המתקבלות במסגרת ביקורת שיפוטית אינן ממלאות במידה מספקת את דרישת התאימות (או שאינן ממלאות אותה בצורה הראויה). עם זאת, התמודדות עם אתגר זה דורשת מאתנו להבין תחילה באילו אופנים ערכים חברתיים משפיעים על גבולות הזכויות. החלק השני בוחן שאלה זו ומראה כי בעת התוואת היקף הזכויות, שופטים מחויבים להביא בחשבון ערכים ופרקטיקות חברתיות. זכויות הן אפוא "דמוקרטיות" יותר ממה שמתנגדי הביקורת השיפוטית חושבים.

אם המתנגדים לביקורת השיפוטית ידגישו את העובדה שביקורת שיפוטית איננה משקפת את הערכים החברתיים, אדחק בהם לחקור את ההליך ההשתתפותי-דמוקרטי גופו. חקירה כזו תעלה כי החלטות של נציגים ותהליך הבחירות עצמו מיועדים לקדם ערכים ולא רק לשקף את עמדת הציבור. לכן, גם מחוקקים הנבחרים בבחירות דמוקרטיות הם בדרך כלל "דמוקרטיים" פחות ממה שמניחים מבקרי הביקורת השיפוטית.¹⁷

17 כותבים רבים כבר ציינו את העובדה כי מחוקקים הם "דמוקרטיים" פחות ובתי משפט הם "דמוקרטיים" יותר ממה שמקובל לחשוב. Choper, למשל, טען כי: "Congress and the executive, the so called political branches of our government, are by no means as democratic as standard belief would hold and... the Court is much more subject to the popular will than conventional wisdom would grant". Jesse H. Choper *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court* (Chicago, 1980) 25. Terri Peretti בספרה, *Supreme Court* (Chicago, 1980) 25. Terri Jennings Peretti *In Defense of a Political Court* (Princeton University Press, 1999) מספקת ראיות משכנעות לתמיכה

ג. זכויות וערכים חברתיים

ניתן לטעון כי נורמות וערכים חברתיים משפיעים על תוכן הזכויות והיקפן בשני אופנים. ניתן לטעון שתוכן הזכויות והיקפן אינם תלויים באמונות ובערכים חברתיים, אלא שלפרטים יש זכות שלא יתעלמו מאמונותיהם החברתיות במסגרת השיח המוסרי. לכן השופטים מחויבים לאזן בין ההגנה על זכויות ובין שיקולים מתנגשים, כגון יחס של כבוד כלפי שיפוטנים מוסריים וערכיים של אזרחים אחרים (גם כאשר שיפוטנים אלו פגומים). לפי גישה אחרת תוכן הזכויות והיקפן תלויים בנורמות, פרקטיקות וערכים חברתיים. לפיכך מושג הזכות כולל בתוכו רגישות לאמונות ולערכים החברתיים. מאמר זה נסמך על הגישה השנייה ומבסס את הטענה כי תוכן הזכויות והיקפן תלויים בערכים חברתיים.

ההגנה על ביקורת שיפוטית מפני ההאשמה שביקורת שיפוטית איננה דמוקרטית, האשמה המיוסדת על הטענה כי תוכן הזכויות והיקפן מותנה בערכים חברתיים, דורשת הבנה של הקשר בין זכויות ובין ערכים חברתיים. סעיף המשנה הראשון מעלה שתי תמיהות בנוגע לשיח הזכויות וסעיף המשנה השני מדגים כיצד ניתן לפתור את התמיהות הללו מתוך הבנה של הקשר בין ערכים חברתיים לזכויות.

1. שיח הזכויות

הן פילוסופים והן משפטנים מאמינים כי זכויות מושחתות על טעמים. רז (Joseph Raz) ניסח עמדה זו באופן זה: "Assertions of rights are typically intermediate conclusions in arguments from ultimate values to duties"¹⁸ אך כיצד ניתן לזהות את הערכים שעליהם מושחתות הזכויות ומהו הקשר בין הזכות לערך שעל פי עמדתו של רז מבסס את הזכות? התמודדות עם שאלה זו מצריכה בדיקה של היחס בין הזכויות לטעמים העומדים בבסיסן. לצורך התמודדות זו נשתמש בדוגמה הלקוחה מן השיח המשפטי בדבר ההיקף הראוי של הזכות לחופש הביטוי. כל הבוחן את התיקון הראשון לחוקה האמריקנית יבחין בעובדה שלא כל הטעמים

במסקנות אלו. לאחר תיאור של המערכת האלקטורלית האמריקנית טוענת Peretti כי: "To state it simply, elections in the United States are not well designed or well suited to ascertaining the will of the people." *Ibid.* at p. 194 "[A]s an empirical matter, majorities simply have insufficient significance and force in American politics to justify using majority rule as a central explanatory concept." *Ibid.* at p. 197 בה בעת היא טוענת כי בתי משפט אינם חסינים מפני השפעות פוליטיות ופופולריות. קיימים בלמים פורמליים וא-פורמליים רבים על כוחות בתי המשפט שהם דמוקרטיים באופיים. בעיקר ראוי לציון תהליך הבחירה המבוקר-פוליטית של השופטים וכן כוחם של הקונגרס והרשות המבצעת להפעיל שיקול דעת במימון ואכיפה של החלטות בתי המשפט. ראו: *Ibid.* at p. 198. ראו: Joseph Raz *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986) 181

המצדיקים הגנה על דיבור או דת מספקים טעמים להגנה על הזכות לביטוי חופשי או על הזכות לחופש דתי. ההגנה על חופש הביטוי של אדם יכולה, למשל, לקדם את האינטרסים הכלכליים שלו או של החברה שבה הוא חי. תרומה כזו יכולה לספק טעמים להגנה על חופש הביטוי, אך תרומת הביטוי לשגשוג הכלכלי של אדם איננה מצדיקה הגנה על הזכות לחופש הביטוי.¹⁹ יש להבחין אפוא בין טעמים שהם פנימיים לזכות – טעמים שבגללם תביעה מסוימת מתויגת כזכות, ובין טעמים שהם חיצוניים לזכות, כלומר טעמים שיכולים להצדיק הגנה על מושא ההגנה של הזכות, למשל חופש הביטוי, אך אינם מצדיקים את ההגנה על הזכות עצמה לחופש ביטוי.²⁰ אוטונומיה היא טעם פנימי לזכות לחופש ביטוי משום שנעשה בה שימוש כדי להצדיק את ההגנה על הזכות לחופש ביטוי, ואילו שגשוג כלכלי הוא טעם חיצוני לזכות הזו.²¹

ההבחנה בין טעמים חיצוניים לטעמים פנימיים מושתתת לא רק על הבנה של שיח הזכויות אלא גם על ניתוח זהיר של תיאוריות זכויות דומיננטיות בימינו. Ronald Dworkin מאמין כי זכויות מתפקדות כ"קלפים מנצחים" (trumps) הגוברים על שיקולי תועלת.²² כאשר אדם טוען לזכות לחופש הביטוי הוא טוען כי אף אם שיקולי תועלת מצדיקים הגבלה של חופש הביטוי, יש להגן על חופש הביטוי שלו. מכאן גם נגזרת המסקנה כי סיבות תועלתניות המצדיקות את ההגנה על חופש הביטוי אינן יכולות, באופן עקרוני, להצדיק את ההגנה על הזכות לחופש ביטוי. אם ההגנה על חופש הביטוי מוצדקת הן על בסיס התרומה של חופש הביטוי לתועלת החברתית והן על שיקולים (לא תועלתניים) נוספים, רק השיקולים מן הסוג האחרון יספקו טעם להגן על הזכות לחופש הביטוי. באופן דומה, אם מאפיינים זכויות (כפי שגורס רז) כחובות המושתתות על האינטרסים של נושאי הזכויות (rightholders),²³ אינטרסים קולקטיביים יכולים לספק טעם להגן על ביטוי, אך הם אינם יכולים לספק טעמים להגן על הזכות לחופש הביטוי. אף שאינני מחויב אף לאחת מן התיאוריות הללו, נראה כי כולן נסמכות באופן סמוי על ההבחנה בין טעמים פנימיים לחיצוניים. ההבחנה מעוגנת אפוא הן בשיח הזכויות המשפטי והן בתיאוריות של זכויות.²⁴

19 ראו: Alon Harel "What Demands are Rights?" 17 *Oxford J. LS* (1997) 101, 104.
20 עם זאת, בפועל, אדם המעוניין להגן על חופש הביטוי שלו בדרך כלל מנסח את דרישתו במונחים של טעמים פנימיים. זאת משום שאפיון דרישה במונחים של זכויות מעניק לדרישה עדיפות על דרישות שאינן מסווגות כזכויות.

21 ראו: Harel, *supra* note 19, at pp. 105–106.
22 Ronald Dworkin "Rights as Trumps" *Theories of Rights* (Jeremy Waldron ed., Oxford, 1984).

23 ראו: Raz, *supra* note 18, at p. 166.
24 כאשר טוענים כי זכויות מעוגנות בטעמים פנימיים, אין פירוש הדבר שכל הזכויות מעוגנות באותן טעמים פנימיים. ייתכן שטעם מסוים הוא פנימי בנוגע לזכות מסוימת וחיצוני בנוגע לזכות אחרת. החשיבות של "שוק הרעיונות" הוא לידם של רבים הטעם שבגיננו מערכת המשפט צריכה להגן על הזכות לחופש דיבור. על פי השקפה זו, התרומה של חופש הביטוי לשוק הרעיונות היא טעם פנימי בנוגע לזכות לחופש הדיבור. אך בטענה זו אין שלילה של האפשרות כי אותו טעם עצמו

ההבחנות הללו מציגות לתיאורטיקן שתי חידות.²⁵ התיאורטיקן צריך להסביר את היחס הדיפרנציאלי כלפי טעמים. בעיקר חשוב להסביר מדוע חלק מהטעמים להגנה על חופש הביטוי מוגדרים כטעמים המצדיקים את הזכות לחופש הביטוי ואילו חלק מהטעמים משמשים רק להגנה על חופש ביטוי. כאשר בוחנים את הצורך בצנזורה, ניתן לטעון כי יהיה זה שרירותי להבחין בין אוטונומיה ושוק הרעיונות (שהם טעמים פנימיים לזכות) ובין טעמים חיצוניים. מדוע לא להביא בחשבון את כל הטעמים המצדיקים הגנה על חופש הביטוי כאשר קובעים את ההיקף והגבולות של הזכות לחופש הביטוי? מדוע יש לשרטט דיכוטומיה חדה בין הטעמים אשר מצדיקים את ההגנה על חופש הביטוי ובין הטעמים אשר מצדיקים את ההגנה על הזכות לחופש הביטוי, ומדוע ראוי לזכות את אלו האחרונים בחשיבות יתרה במסגרת השיח הפוליטי?

התיאורטיקן צריך גם להסביר את היחס הדיפרנציאלי כלפי פעולות, ובעיקר מדוע פעולות מסוימות, למשל ביטוי, מוגנות יותר מפעולות אחרות שמקדמות אוטונומיה. אם מגנים על חופש הביטוי רק משום שהגנה זו תורמת לאוטונומיה, ניתן לטעון כי יש להעניק הגנה לכל פעולה שתורמת לאוטונומיה (בתנאי שהגנה על פעולות אלו אינה סותרת יעדים אחרים בעלי ערך). הגנה על ביטוי או דת (ולא על כל פעולה מקדמת אוטונומיה), גוררת פטישיזציה של הפעולות הזוכות להגנה (ביטוי ודת) והזנחת החשיבות של הטעמים העומדים בבסיס ההגנה הזו. נראה לכאורה כי שיח הזכויות מדגיש באופן מלאכותי את החשיבות והמשמעות של פעולות מסוימות, כגון ביטוי חופשי, על חשבון הטעמים העומדים בבסיס ההצדקה לפעולות אלה. הדאגה הרבה להגנה על חופש הביטוי או על חופש הדת ולא על אוטונומיה או על מימוש עצמי גוררת אידיאליזציה של הפעולות הללו (ביטוי או דת) בד בבד עם המעטה בחשיבות הטעמים הפנימיים (אוטונומיה או מימוש עצמי) – טעמים אשר ניתן לטעון כי הם המצדיקים בסופו של דבר את ההגנה על הפעולות הללו.

ניתן אולי ליישב את בעיית היחס הדיפרנציאלי כלפי פעולות אם מאמינים כי חופש הביטוי הוא הדרך העיקרית או החשובה ביותר שבאמצעותה אנשים מממשים את האוטונומיה שלהם. על פי השקפה זו, אוטונומיה וחופש הביטוי קשורים זה בזה באופן הדוק. במילים אחרות, ביטוי הוא הדרך הטבעית ביותר לממש אוטונומיה ולפיכך יש להגן עליו ולא על פרקטיקות אחרות. לחלופין, ייתכן שהביטוי הוא רק פרקטיקה אחת מעצימת אוטונומיה ואולם הוא פרקטיקה החשופה יותר מפרקטיקות אחרות מעצימות אוטונומיה לרגולציה בלתי מוצדקת מצדה של המדינה ולכן הוא

יכול להיות טעם חיצוני לזכות אחרת. החשיבות של "שוק הרעיונות" יכולה, למשל, להצדיק את ההגנה על הקניין, בהינתן ההנחה כי ההגנה על הקניין מקדם שגשוג כלכלי ולכן תורם לקיומה של מדיה ומקורות מידע נוספים. עם זאת, שוק הרעיונות אינו טעם פנימי בנוגע לזכות לקניין פרטי משום שההצדקה להגנה על הזכות לרכוש פרטי איננה תלויה בתרומתו לשוק הרעיונות.

25 קושיות אלו נידונות במאמר: Alon Harel "Theories of Rights" *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford, 2005) 191–206.

זכאי להגנה נרחבת יותר. השיקולים הללו עשויים להביא לידי מסקנה כי האמצעים העיקריים להגנה על אוטונומיה מחייבים להעדיף הגנה על חופש הביטוי כמעצם אוטונומיה על פני ההגנה על פעולות מקדמות אוטונומיה אחרות. בית משפט הממונה על קידום הזכות לאוטונומיה אפשר שימצא את חופש הביטוי כפעולה העיקרית הראויה להגנה.²⁶ דבר זה דומה להבחנה הקיימת כיום בין התבטאויות פוליטיות, אומנותיות ומסחריות וההגנה הדיפרנציאלית הניתנת לכל אחת מהקטגוריות הללו.

עם זאת, הסברים אלה אינם מספקים. ההצדקה המיוחדת להגנה על הביטוי יכולה להסביר מדוע בתי משפט, המוסמכים להגן על אוטונומיה, עשויים אולי להגן על חופש הביטוי יותר משיגנו על פעולות מעצימות אוטונומיה אחרות (באותו אופן שבו בתי משפט כיום מבחינים בין סוגי ביטוי שונים ומגנים בצורה נמרצת יותר על חופש ביטוי פוליטי משיגנו על חופש ביטוי מסחרי). ואולם הסברים אלה אינם מנמקים מדוע הזכות המוגנת עצמה היא הזכות לחופש ביטוי, כלומר זכות לפעולה ספציפית – ביטוי – פעולה הנתפשת כבעלת ערך אינסטרומנטלי למימוש ערכים אחרים כגון אוטונומיה, ולא הגנה על הזכות לאוטונומיה ככזו (שהיא אחרי הכול בעלת ערך). המעמד המיוחד של חופש הביטוי, כך נראה, אינו נתפס כדרך הטובה ביותר לממש זכות קודמת – זכות לאוטונומיה. ביטוי נתפס במערכת המשפטית-פוליטית כמוגן על ידי זכות בעלת ערך אינהרנטי המגנה על ביטוי ולא סתם כפעולה שראוי להגן עליה בשל התרומה שלה לערכים בסיסיים יותר כמו האוטונומיה. היחס הדיפרנציאלי כלפי חופש הביטוי ופעולות אחרות מעצימות אוטונומיה מעורר שאלות לא משום שאין טעמים טובים להגן על חופש הביטוי – טעמים אשר אינם חלים על פעולות מעצימות אוטונומיה אחרות (כגון החשש לרגולציה לא מוצדקת מצדה של המדינה), אלא משום שלא ברור מדוע לאדם יש זכות לחופש ביטוי ולא זכות כללית לאוטונומיה או לכל פעולה מעצימת אוטונומיה.

לסיכום, שיח הזכויות מעורר שני סוגי תמיהות: התמיהה הראשונה שהוא מעורר היא שכאשר זכות מגנה על פרקטיקה, כגון דת או ביטוי, ההגנה נשענת רק על הטעמים הפנימיים לזכות. הזכות לחופש ביטוי מגנה על ביטוי רק כאשר ההגנה על הביטוי נחוצה לצורך קידום האוטונומיה או שוק הרעיונות ולא כאשר ההגנה נחוצה לצורך קידום הרווחה החברתית, למשל. התמיהה השנייה היא שלעתים קרובות זכויות אינן מגנות על פעולות שראוי לכאורה להגן עליהן (כגון פעולות מעצימות אוטונומיה). זכויות מגנות רק על חלק מן הפעולות, כגון דיבור או דת, ואינן מספקות הגנה כללית לכל הפעולות שההגנה עליהן מתחייבת מטעמים פנימיים. מאמר זה מנסה להגן על שיח הזכויות וטוען כי ניתן להצדיק את היחס הדיפרנציאלי

26 ניתן לטעון גם נגד קביעה זו. פלוני יכול לבטא אמפתיה או סלידה כלפי אחרים באמצעות נגיעה בהם. ניתן לטעון כי נגיעה צריכה להיות פעולת ביטוי מוגנת, לפחות כאשר היא איננה פוגעת באחרים יותר מדיבור פוגעני. עם זאת, ברור כי מערכת המשפט שלנו תסוג על פי רוב נגיעה כתקיפה ולא כפעולה מביעה.

כלפי טעמים ואת היחס הדיפרנציאלי כלפי פעולות. לפני שנצדיק את שיח הזכויות, נבחן שתי הצעות לפתרון חידות אלה ונדחה אותן. על פי פתרון אפשרי אחד (הערך השולי הפוחת של ערכים), ההבחנה בין פעולות שונות איננה מבוססת על הערך המיוחד של פעולות אלה, אלא על טבעם של ערכים. אם הערך השולי של ההגנה על ערכים כגון אוטונומיה הולך ופוחת ככל שמגנים על יותר פעולות המקדמות ערכים אלה, כי אז משמגנים על זכות לפעולה אחת מעצימת אוטונומיה, כגון חופש הביטוי, הטעמים להגנה על פעולות מעצימות אוטונומיה אחרות נהפכים למשניים בדחיפותם.²⁷ עם ההשגה של רף הגנה מספק לפעולות מעצימות אוטונומיה, אין הצדקה להגן על פעולות מקדמות אוטונומיה נוספות.

לרוע המזל, לטענה כי הערך השולי של האוטונומיה פוחת עם הרחבת היקף ההגנה על פעולות מעצימות אוטונומיה יש השלכות בלתי רצויות. ההצדקה המבוססת על הערך השולי הפוחת של האוטונומיה עלולה להביא לכלל מסקנה כי חברה שמגנה על חופש הביטוי יכולה, באופן עקרוני, להמיר את ההגנה על חופש הביטוי בהגנה על פעולות מקדמות אוטונומיה אחרות משום שעל פי עיקרון זה, פעולות מקדמות אוטונומיה מהוות חלופות מושלמות זו לזו, כלומר ניתן להחליף את ההגנה על אחת בהגנה על האחרת. ההגנה על חופש הביטוי כמעצים אוטונומיה יכולה, לפי השקפה זו, להיות מועדפת משיקולים פרגמטיים, כגון השיקול שהגנה על חופש הביטוי מכבידה פחות או יקרה פחות מהגנה על פעולות מקדמות אוטונומיה אחרות, אך אין טעם עקרוני המצדיק את העדפת חופש הביטוי על פני פעולות מקדמות סובלנות אחרות.

על פי פתרון שני אפשרי (פתרון תוצאתני), הגנה על פעולות מסוימות מקדמת ערכים יותר מההגנה על פעולות אחרות. כך, למשל, בדוגמה שלפנינו ההגנה על סוגים מסוימים של פעולות הידועות כמעצימות אוטונומיה (כגון ביטוי) תורמת, לטווח ארוך, לאוטונומיה יותר מההגנה על כל הפעולות מעצימות האוטונומיה. זכויות, על פי עמדה זו, מגנות על פעולות כגון ביטוי אשר ההגנה עליהן היא המועילה ביותר לטווח ארוך להגנה על אוטונומיה בלא פגיעה מוגזמת בערכים מתנגשים אחרים. ההגנה על ביטוי מושתתת אפוא על הטענה כי הגנה על הביטוי תורמת במיוחד לאוטונומיה משום שהגנה על הביטוי בדרך כלל מקדמת אוטונומיה יותר מההגנה על

²⁷ לפחות הוגה דעות אחד הגן על עמדה כזו בהקשר של התיקון הראשון לחוקה. Bollinger טוען בספרו *The Tolerant Society* כי ההגנה על הביטוי מוצדקת משום שהיא מקדמת סובלנות באמצעות ההגנה על התבטאויות מקוממות. Bollinger טוען, עם זאת, כי הגנה על פעולה מקוממת שאיננה ביטוי יכולה אף היא לחזק סובלנות באותו אופן. לכן, בסופו של דבר, ההחלטה להגן על ביטוי דווקא (ולא על פעולות מקוממות אחרות) נובעת משיקולים פרגמטיים. אין לדיבור ערך מיוחד. הגנה על התבטאויות מקוממות היא דרך להנחיל ערכי סובלנות ואולם דרכים אחרות יכולות להיות אפקטיביות באותה מידה. ראו: Lee Bollinger *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* (Oxford, 1986).

פעולות אחרות, או על הטענה כי לטווח ארוך, הגנה על ביטוי פוגעת פחות בערכים מתחרים מההגנה על פעולות אחרות המקדמות אוטונומיה. הסבר זה אינו פטור מקשיים. טיעונים תוצאתניים מסוג זה יכולים אולי להסביר מדוע לעתים מוצדק להגן יותר על ביטוי מלהגן על פעולות מעצימות אוטונומיה אחרות, אך הזכות לחופש ביטוי נתפסת לא רק כפשרה מוסדית שמגנה באופן חלקי על אוטונומיה. כדי לחדד נקודה זו כדאי אולי להתבונן לא רק בהגנה על זכויות בשיטות משפט שונות אלא במגילות זכויות בעלות אופי הצהרתי, שלהן בדרך כלל יש בעיקר משמעות סמלית וחינוכית ולכן הן מונחות פחות על ידי שיקולים מעשיים. מגילות אלה מגנות בלהט על הזכות לחופש ביטוי ולא על זכות רחבה להשתתף בפעולות מקדמות אוטונומיה. למען האמת, בשיח פוליטי ומשפטי (שלא כבשיח פילוסופי) אין כלל ניסיון להגן על זכות כללית לאוטונומיה. במקום זאת השיח בדרך כלל מתמקד בזכויות לבצע פעולות ספציפיות כגון הזכות לחופש הדיבור, חופש הדת וכו'.

דרך אחת להדגים את הקושי בפתרון התוצאתני הוא לבחון את המצב ההיפותטי הבא. הבה נניח כי הפרלמנט של מדינת רוריטניה מגלה כי חופש הביטוי מסכן את היציבות הפוליטית של המדינה. חברי הפרלמנט הרוריטני טוענים בפני נתיניהם (שעומדים לאבד את זכותם לחופש הביטוי) כי צנזורה איננה כה פוגענית כפי שהיא נתפסת משום שניתן לפצות על אבדן הזכות לחופש הביטוי באמצעות הענקת הגנה נרחבת וטובה על פעולות מעצימות אוטונומיה אחרות. חברי הפרלמנט הרוריטני מאמינים אפוא בהיפותזת החלופיות של פעולות מעצימות אוטונומיה שונות, כלומר בהיפותזה הדוגלת בכך שההפסד הנובע מהטלת הגבלות על פעולה מקדמת אוטונומיה אחת ניתן לפיצוי באמצעות ההגנה על פעולה מקדמת אוטונומיה אחרת.

נראה כי ראוי שאזרחי רוריטניה ידחו טיעון זה וכי היפותזת החלופיות שעליו היא נשענת היא היפותזה שגויה. כמובן, ייתכן שאזרחי רוריטניה יקבלו בשמחה חוקים חדשים המגנים על פעולות מעצימות אוטונומיה, אך הם יכולים בצדק לטעון כי ההגנות החדשות הללו אינן מפצות על הנזק שנגרם מהגבלת חופש הביטוי. טיעון הנגד שלהם יתבסס על האמונה (הנכונה לדעתי) כי האינטרס שנפגע עקב הגבלת חופש הביטוי שונה באופן יסודי מהאינטרס שמשרתת ההגנה על פעולות מקדמות אוטונומיה אחרות ולכן הגנה על פעולות מקדמות אוטונומיה אחרות אלה איננה יכולה לפצות על הפגיעה בחופש הביטוי. הטיעון התוצאתני איננו יכול להסביר את הטענה הזו משום שהוא מתבסס על ההנחה כי הגנה על ביטוי היא פשוט אמצעי לקידום האוטונומיה, הנחה שממנה נגזרת גם היפותזת החליפיות.

לבסוף, אם (כפי שחסידי הטיעון התוצאתני מאמינים) החשובה היא האוטונומיה עצמה (או טעמים פנימיים אחרים המצדיקים את ההגנה על חופש הביטוי) לא ברורה ההצדקה למיון זכויות על פי הפעולות המוגנות על ידי הזכות. ההגנה על ביטוי או דת במקום ההגנה על פעולות מקדמות אוטונומיה, למשל, גוררת פטישיזציה של

הפעולות המוגנות ומתעלמת מן הערכים העומדים בבסיס הזכות. מכאן נובע כי שיח הזכויות מדגיש באופן מלאכותי את החשיבות של פעולות מסוימות כגון הביטוי ומתעלם מן הטעמים העומדים בבסיס הפעולות האלה.

הסעיף הבא יפתח הצעה אלטרנטיבית להסביר את היחס הדיפרנציאלי כלפי פעולות מקדמות ערכים. לפי עמדה זו יחס דיפרנציאלי זה משקף את החשיבות של אמונות וערכים חברתיים. חלק מהיתרונות שחופש ביטוי זוכה להם מקורם בכך שהשאיפה לאוטונומיה מומשה, באופן מסורתי, באמצעות מימוש הזכות הזו. הזיהוי ארוך השנים של ביטוי עם אוטונומיה הוא שמסביר את ההגנה הניתנת כיום לביטוי ואת היעדר ההגנה על פעולות מעצימות אוטונומיה אחרות.

2. התלות של זכויות בערכים חברתיים

האם ביטוי יכול לרכוש מעמד מועדף בשל היותו פרקטיקה של מימוש אוטונומיה המקובלת ומוכרת בקרב הציבור? על פי טענה זו, הענקת הגנה דיפרנציאלית לפעולות מעצימות אוטונומיה שונות מוצדקת על בסיס פרקטיקות חברתיות. הגנה מיוחדת על ביטוי מוצדקת משום שביטוי נתפש כאמצעי למימוש אוטונומיה. חברות ששמות להן למטרה לקדם אוטונומיה יכולות אפוא לפתח פעולות מקדמות אוטונומיה שונות. ההגנה המוענקת לפעולה מעצימת אוטונומיה תלויה באופן מכריע בהבנות ובערכים חברתיים.

הספרות העוסקת בפרקטיקות חברתיות ובקשרי הגומלין שלהן עם ערכים יכולה להוות נקודת פתיחה טובה להבנת עמדה זו ולהגנה עליה.²⁸ פרקטיקות חברתיות, כך נטען, מאפשרות לעתים קרובות נגישות לערכים ובמקרים אחרים הן מאפשרות התפתחות של ערכים חדשים. קיימים אפוא שני הסברים חלופיים לרלוונטיות של ערכים חברתיים להבנה של זכויות: מודל הנגישות לערכים ומודל כינון הערכים.

על פי המודל הראשון – מודל נגישות הערכים – ערכו מעצים האוטונומיה של הביטוי הוא ערך עצמאי שקודם לכל הכרה חברתית בפעולה כמקדמת אוטונומיה, ואולם רק באמצעות עיצוב מוסדות חברתיים ניתן לאפשר לאנשים לממש בפועל אוטונומיה באמצעות השתתפות בפעולות מקדמות אוטונומיה. באמצעות ההגנה על הביטוי למען מימוש פוטנציאל העצמת האוטונומיה הטמון בו, המדינה מאפשרת לפרטים לפתח באופן אפקטיבי את היכולת לממש את האוטונומיה שלהם באמצעות ביטוי, או לממש באופן אפקטיבי את היכולת הזו. ההחלטה החברתית להגן על

28 ראו: Joseph Raz "Notes on Value and Objectivity" *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action* (Joseph Raz ed., vol. 118, Oxford University Press, 1999) 144–152; Joseph Raz "The Value of Practice" *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action* 202; Joseph Raz "Social Dependence Without Relativism" *The Tanner Lectures on Human Values* (vol. 23, The University of Utah Press, 2002) 113

הביטוי מנתבת פרטים לממש את האוטונומיה שלהם באמצעות ביטוי ולכן מקדמת את מימושה האקטואלי של האוטונומיה באמצעות ביטוי. על פי המודל השני – מודל כינון הערכים – אוטונומיה מכוננת רק באמצעות ההכרה החברתית בחשיבותן של פעולות מקדמות אוטונומיה. ההכרה בפעולה כפעולה מקדמת אוטונומיה מכוננת (באופן חלקי) את הערך "אוטונומיה". אוטונומיה איננה ערך עצמאי ומנותק מפעולות מקדמות אוטונומיה. אוטונומיה נוצרת באופן סימולטני עם ההכרה החברתית כי פעולות מסוימות מעצימות אוטונומיה.

מודל נגישות הערכים גורס כי פרטים יכולים לממש את האוטונומיה שלהם רק באמצעות ביצוע פעולות המוכרות על ידי החברה כמקדמות אוטונומיה. מימוש האוטונומיה באמצעות ביצוע פעולה מסוימת דורש תהליך של למידה והסתגלות. חברה המכירה בביטוי כפעולה מקדמת אוטונומיה תהיה חברה שבה פרטים יממשו את האוטונומיה שלהם באמצעות ביטוי. ההגנה על הביטוי היא אפוא הכרחית למימוש בפועל של האוטונומיה באמצעות ביטוי. ככל שחופש הביטוי זוכה להגנה אפקטיבית יותר, כך אנשים משתמשים בביטוי כדי לממש את האוטונומיה שלהם, ולפיכך צורות אחרות של מימוש אוטונומיה נשחקות. ביטוי הופך אפוא בדרך זו לפעילות שבה פרטים מממשים את האוטונומיה.

נראה אפוא כי מודל נגישות הערכים יכול להסביר את מתן היחס הדיפרנציאלי לביטוי והעדפתו על פעולות מקדמות אוטונומיה אחרות. ההגנה על ביטוי (במקום הגנה כללית על כל הפעולות המקדמות אוטונומיה) מוצדקת משום שבדרך כלל פרטים מממשים את האוטונומיה שלהם באמצעות ביטוי. מימוש האוטונומיה דורש קיום של פרקטיקות מקדמות אוטונומיה והמערכת המשפטית יכולה לתרום להתפתחות פרקטיקות כאלה. אך כיצד ניתן להסביר את הקושיה הראשונה, כלומר את מתן היחס הדיפרנציאלי לטעמים, היינו את ההבחנה בין טעמים פנימיים לטעמים חיצוניים?

שיח הזכויות, כפי שנטען קודם לכן, מבחין בין טעמים להגנה על הזכות לחופש ביטוי (טעמים פנימיים) ובין טעמים להגנה על חופש הביטוי (טעמים חיצוניים). אך כפי שטענתי קודם לכן, ההבחנה בין שני סוגי הטעמים נראית הבחנה שרירותית. מדוע יש להבחין בין אוטונומיה או שוק הרעיונות (המתפקדים כטעמים פנימיים) ובין טעמים אחרים (המוגדרים כחיצוניים)? מדוע אין להביא בחשבון את כל הטעמים המצדיקים את חופש הביטוי כאשר קובעים את ההיקף ואת הגבולות של הזכות לחופש הביטוי? מדוע להבחין בין הטעמים המצדיקים את ההגנה על חופש הביטוי ובין הטעמים המצדיקים הגנה על הזכות לחופש הביטוי, ומדוע האחרונים זוכים לעדיפות בשיח הפוליטי?

מודל נגישות הערכים יכול לפתור קושיה זו. אין ספק שקיימים טעמים רבים להגן על הביטוי, אך הטעמים הללו פועלים בדרכים שונות ומחייבים מעורבות של מוסדות שונים. יש טעמים להגנה על הביטוי הדורשים רק הגנה על חופש הביטוי ואילו טעמים אחרים דורשים הגנה על חופש הביטוי המכוונת או מיועדת לממש ערכים

מסוימים. אוטונומיה שייכת לקבוצה השנייה. אין זה מספיק להגן על האוטונומיה רק באמצעות הגנה על חופש הביטוי (או על כל פעולה מקדמת אוטונומיה). יש להגן על חופש הביטוי כדי לממש אוטונומיה וכך ליצור סביבה ציבורית שתורמת ומעצימה את השימוש בביטוי לצורך מימוש האוטונומיה. הגנה על חופש הביטוי למען קידום האוטונומיה היא, על פי השקפה זו, תנאי לקידום מוצלח של האוטונומיה באמצעות ההגנה על הביטוי.

לטענה זו השלכות מוסדיות חשובות. לצורך הגנה אפקטיבית על הזכות לחופש הביטוי יש לעצב מוסדות שלא רק יחליטו כראוי כיצד ומתי להגן על חופש הביטוי, אלא גם יקבלו את ההחלטות הללו מן הטעמים הנכונים, כמו, למשל, מן הטעם שביטוי צריך להיות מוגן משום שהוא מקדם אוטונומיה. מוסדות כגון בתי משפט, המספקים טיעונים מנומקים להחלטותיהם, מתאימים אפוא במיוחד להגנה על הזכות לחופש הביטוי משום שמוסדות אלה לא מסתפקים במתן החלטות אלא מספקים גם טעמים להחלטות אלה.

מודל כינון הערכים הוא מודל רדיקלי יותר ממודל נגישות הערכים. מודל נגישות הערכים מבוסס על הטענה כי נגישות לערכים מתאפשרת באמצעות התקיימותן של פרקטיקות חברתיות, ואילו מודל כינון הערכים מבוסס על הטענה כי ערכים מכוננים על ידי פרקטיקות חברתיות. רבים טוענים כי האוטונומיה מחלחלת למוסדות חברתיים ולפרקטיקות חברתיות ומשנה את אופיים. מוסדות כגון נישואין והורות קיימים הן בחברות הרואות באוטונומיה ערך והן בחברות שאינן מכבדות אוטונומיה, אך מוסדות אלה בנויים באופן שונה בחברות השונות.²⁹ מודל כינון הערכים קובע כי ההשפעה של ערכים על פרקטיקות ומוסדות חברתיים איננה חד-כיוונית. לא רק ערכים משפיעים על פרקטיקות ומוסדות, אלא גם מוסדות משפיעים על ערכים. מוסדות ופרקטיקות שנתפסים על ידינו כמעצימי אוטונומיה, מחלחלים אל תוך ההבנה של מושג האוטונומיה.

ניתן להבין טוב יותר את מודל כינון הערכים אם משווים אותו למודל נגישות הערכים. על פי מודל נגישות הערכים, לפרטים יכולת לממש את האוטונומיה שלהם – יכולת שניתן לממש בפועל באמצעות השתתפות בפעולות שונות ומגוונות. עם זאת בפועל, פרטים מממשים את האוטונומיה שלהם לא באמצעות השתתפות בכל הפעולות שיש להן פוטנציאל לקדם אוטונומיה אלא באמצעות השתתפות במספר מצומצם של פעולות מקדמות אוטונומיה. המימוש בפועל של האוטונומיה מתאפשר באמצעות הכרה במספר מצומצם של פעולות מקדמות אוטונומיה. הכרה כזו מאפשרת לפרטים לממש את הפוטנציאל למימוש האוטונומיה שלהם.

כנגד זאת, מודל כינון הערכים מושתת על התפיסה כי ההגנה המתמדת על פעולה מסוימת שמקדמת אוטונומיה, כגון ביטוי, וההכרה וההבנה של הטעמים

29 ראו: Raz, *supra* note 18, at pp. 391–392.

העומדים ביסוד הגנה זו, מחלחלת לתוך מושג האוטונומיה עצמו. גרסה חזקה ומעט קריקטוריסטית של מודל זה תטען כי לחברה שבחברה בביטוי כפעולה המרכזית שמעצימה אוטונומיה, יש מושג אוטונומיה שונה מזה של חברה שבחברה באינטימיות כפעולה המרכזית שמעצימה אוטונומיה. כאשר החברה מגינה על הביטוי בשל הפוטנציאל שלו לממש את האוטונומיה של הפרט, החברה יוצרת ערך של אוטונומיית ביטוי – ערך שלא יהיה קיים בחברה המגנה על פעולות מקדמות אוטונומיה אחרות.

גרסה חזקה זו של מודל כינון הערכים היא בלתי סבירה משום שהיא שוללת את קיומם של מאפיינים המשותפים לאוטונומיה ככזו בלי קשר לשאלה כיצד האוטונומיה מתממשת. אוטונומיה, כך מקובל לחשוב, ניתנת למימוש באופנים שונים.³⁰ עם זאת, חסיד מודל כינון הערכים איננו מחויב בהכרח לגרסה כה חזקה של מודל זה. לחלופין, ניתן לטעון כי בכל חברה מתפתחות פעולות פרדיגמטיות לקידום האוטונומיה. קיומן של הפעולות הפרדיגמטיות הללו, שבאמצעותן מממשים אוטונומיה, איננה שוללת את האפשרות כי אדם יממש אוטונומיה באמצעות פעולה שאינה מוכרת כמעצימת אוטונומיה. עם זאת, המשמעות של אוטונומיה מכוננת (באופן חלקי) על ידי פעולות שנתפסות כפעולות פרדיגמטיות לקידום אוטונומיה. באמצעות הגנה סלקטיבית על פעולות מסוימות המכוונות להגנה על האוטונומיה, החברה מעצבת את מושג האוטונומיה בלי לשלול את אפשרות קיומן של פעולות אחרות מקדמות אוטונומיה.

ניתן להדגים טיעון זה באמצעות הצגת אנלוגיה מתחום האמנות. צייר, פסל ומשורר יוצרים אמנות. עם זאת, כפי שצילום או אמנות פרפורמטיבית מדגימים, האמצעים למימוש יצירתיות אמנותית יכולים להתרחב ולעבור שינוי. הצורות הפרדיגמטיות של אמנות (ציור ופיסול, למשל) מכוננות את משמעות המושג "יצירה אמנותית" בלי לשלול את האפשרות כי יצמחו צורות חדשות של יצירתיות אמנותיות. באופן דומה, פעולות מקדמות אוטונומיה בחברה שלנו מעצבות ומכוונות את הבנתנו את מושג האוטונומיה בלי לשלול את אפשרות היווצרותן של פעולות מקדמות אוטונומיה נוספות.

מודל כינון הערכים יכול להסביר הן את היחס הדיפרנציאלי כלפי פעולות והן את היחס הדיפרנציאלי כלפי טעמים. היחס הדיפרנציאלי כלפי טעמים מוצדק, לפי מודל זה, משום שההגנה על פעולות מסוימות למען העצמת האוטונומיה מסייעת לכוון את האוטונומיה. הגנה יעילה על ביטוי – הגנה שתורמת לכינונה של האוטונומיה – איננה יכולה אפוא להיות עיוורת לטעמים שביסוד ההגנה. ההגנה על הביטוי חייבת להיעשות לצורך מימוש האוטונומיה. היחס הדיפרנציאלי כלפי פעולות שונות

³⁰ טבעה הייחודי של האוטונומיה של "is evidenced by the fact that it [can be] described without commitment to the substance of the valuable forms of life with which it is bound up".

Ibid., at p. 395

מקדמות אוטונומיה יכול להיתפס כמוצדק משום שעצם מושג האוטונומיה מכונן באמצעות הגנה על פעולות מסוימות. על פי מודל זה, לפעולות פרדיגמטיות שמקדמות אוטונומיה (כגון ביטוי) ערך רב בקידום האוטונומיה משום שאוטונומיה מתפתחת במסגרת חברתית מסוימת באמצעות ההגנה על פעולות אלה.

נראה כי הן מודל נגישות הערכים והן מודל כינון הערכים מסבירים את היחס הדיפרנציאלי כלפי טעמים כמו גם את היחס הדיפרנציאלי כלפי פעולות. יש בעובדה זו כדי לספק ביסוס לשני המודלים הללו, אך עם זאת אין בה כדי להוכיח את תקפותם. ההשערה כי פרקטיקות וערכים חברתיים מכתיבים את היקף הזכויות צריכה להתבסס על חקירה נורמטיבית של זכויות ושל הערכים שעליהם הן מבוססות.

כדי להדגים את הניתוח הזה נדמיין את חברה א' – פוליס יוני – שמספקת הזדמנויות מלאות לאזרחים להשתתף בתהליך הפוליטי אך איננה מגנה על המרחב הפרטי. נשווה אותה לחברה ב' המגבילה פעילות פוליטית אך מספקת הגנה מלאה לבחירות שאנשים מבצעים במרחב הפרטי. ניתן לצפות כי פרטים בשתי החברות הללו יממשו ויפתחו את האוטונומיה באופנים שונים זה מזה. הבחירה של כל אחת מן החברות להגן על תחומים שונים של פעילות אנושית תכתיב, לפי הניתוח שלי, מסקנות נורמטיביות שונות. חירויות מסוימות ייתפסו כחשובות יותר בחברה אחת, ועל כן יזכו להגנה נרחבת יותר באותה החברה, בעת שחירויות אחרות יזכו להגנה נרחבת יותר בחברה האחרת. ניתוח זה איננו ניתוח רלטיביסטי.³¹ הוא רק רומז כי המימוש של ערכים יכול להתבצע בדרכים שונות בחברות שונות וכי הפרקטיקה של הגנה על זכויות צריכה להיות קשובה לייחודיות של כל חברה וחברה.

הגבולות והתוכן של זכויות תלויים בערכים חברתיים. התלות הזו, שהייתה נושא הדיון בחלקו השני של המאמר, מפחיתה את הקונפליקט בין הגנה על זכויות ובין הגנה על השתתפות דמוקרטית. ביקורת שיפוטית המבוססת על זכויות צריכה להביא בחשבון את הערכים החברתיים. זכויות יכולות לעתים לגבור על ערכים חברתיים ואולם אילו ציים המבוססים על זכויות רגישים וקשובים לערכים אלה. זאת משום שתוכן הזכויות והיקפן תואם במידה רבה את הערכים החברתיים ולפיכך כיבוד הזכויות מחייב רגישות לערכי החברה.

טענה זו איננה מספיקה כדי לקבוע כי התפיסה המסורתית שביקורת שיפוטית פוגעת בזכות ההשתתפות הדמוקרטית היא מופרכת. התלות של זכויות בערכים עלולה להיות חלשה מדי מכדי לקבוע כי ביקורת שיפוטית מתיישבת עם זכות ההשתתפות הדמוקרטית. עם זאת, טענה זו מסייעת בריכוך חלק מן הקונפליקטים בין שני הערכים המרכזיים של דמוקרטיה ליברליות: זכויות יסוד וחירויות יסוד מחד גיסא, והשתתפות דמוקרטית מאידך גיסא.

31 ראו גם: Raz (2002), *supra* note 28.

ד. סיכום

המתנגדים לביקורת שיפוטית משרטטים לא אחת דיכוטומיה חדה בין תהליך רובני של קבלת החלטות המבוסס על בחירות חופשיות ואשר נועד לממש הוגנות פרוצדורלית ובין תהליך שיפוטי המיועד להגן על זכויות בסיסיות. הדיכוטומיה הנורמטיבית בין פרוצדורה (דמוקרטית) הוגנת מצד אחד לתוצאות הוגנות מצד אחר משתקפת בדיכוטומיה מוסדית בין המחוקק (שממש על פי עמדה זו ערכים פרוצדורליים) ובין בתי המשפט (שמגנים על זכויות). טענתם של המתנגדים לביקורת שיפוטית היא כי ביקורת שיפוטית פוגעת בזכות הפרוצדורלית להשתתפות פוליטית.

בניגוד לטענה זו, מאמר זה מושתת על האמונה כי הדיכוטומיה הנורמטיבית בין פרוצדורה הוגנת מחד גיסא ובין הגנה על זכויות מאידך גיסא איננה משקפת את הדיכוטומיה המוסדית בין המחוקק לבתי המשפט. מצד אחד, בחירות לא נועדו לשקף אמונות ושיפטים מוסריים פופולריים. במובן זה, המחוקק הוא "דמוקרטי" פחות ממה שמתנגדי הביקורת השיפוטית טוענים. מצד אחר, מאמר זה טוען כי התהליך השיפוטי עצמו – תהליך ההחלטה על אודות תוכן הזכויות והיקפן – איננו אדיש לערכים חברתיים ועל כן בתי המשפט הם "דמוקרטיים" יותר ממה שמניחים לעתים קרובות מתנגדי הביקורת השיפוטית. שני המוסדות מגלמים אפוא, באופנים שונים, מחויבות לפרוצדורה הוגנת שמביאה בחשבון אמונות חברתיות בנושאי מוסר, ומחויבות להגנה על צדק ולקידומו.

