

פרט וקהילה

ביקורת קומוניטריאנית על בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון*

מאת

יובל לבנת**

בעניין נוף דן בית המשפט העליון בחוקיותה של תקנה 4 לתקנות ההתגוננות (ערכות מגן), תשנ"א-1990, אשר קבעה כי ערכות מגן מיוחדות לבעלי זקנים – שמחירן גבוה ממחירן של ערכות מגן "רגילות" – תתולקנה אך ורק למי שיצהיר כי "סעמים שבהכרה דתית" מונעים אותו מגילוח זקנו. בית המשפט העליון קיבל את טענת ההפליה שהעלה העותר, חילוני בעל זקן, וביטל את התקנה. הרשימה מתארת את נימוקי בית המשפט לקבלת העתירה כיישום של עקרונות הליברליזם. לאחר הצגת תיאוריה פוליטית אלטרנטיבית – הקומוניטריאניזם – כעדיפה על זו הליברלית, טוען המחבר כי ניתוח קומוניטריאני של הסוגיות שעמדו בבסיס פסק הדין עשוי היה להוביל את בית המשפט לתוצאה שונה, ראוייה יותר. תמצית הטענה היא, שדפוס החשיבה הליברלי הוביל את בית המשפט לנתח את המקרה כאילו עומדים בפניו שני פרטים – חילוני כנגד דתי, כל אחד בפני עצמו, נטולי הקשרים קהילתיים כלשהם. בית המשפט הקפיד לנסח את השאלות המשפטיות כשאלות בדבר "זכויות" אל-זמניות, אוניברסליות ובלתי ניתנות להפקעה, המנותקות מתפיסת "טוב" כלשהי. בכך כופה בית המשפט על המדינה ניטרליות ערכית ומוסרית. לעומת זאת, ניתוח קומוניטריאני היה רואה את המקרה כעומת בין פרטים חילוניים בעלי זקן לבין קהילה דתית, שאחד מהמנהגים של הגברים החברים בה הוא גידול זקן. סביר להגות, כי הכרה בהבחנה זו, תוך היפוך היחס בין רעיון ה"זכות" לבין תפיסת ה"טוב" (כך שהזכות בהכרח גובעת וכפופה לתפיסת "טוב" כלשהי), בשילוב עם ההכרה במעמדה ובחשיבותה של ה"קהילה" ובכשירותה של המדינה לפעול לקידום תפיסת "טוב" מסוימת, היתה מובילה את בית המשפט להחזית העתירה.

א. מבוא. ב. עניין נוף: פסיקתו של בית המשפט העליון. ג. ליברליזם מול קומוניטריאניזם. ד. עניין נוף: ניתוח קומוניטריאני; ה. דוגמא נוספת: עניין שירן. ו. סוף דבר.

* בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון, פ"ד (5) 449 (להלן: עניין נוף).

** תלמיד לתואר שלישי בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת קולומביה, ארצות-הברית. תודותיי לחני אופק, למיכאל בירנהק, ליפית בן-ארי, לאורן הולנדר, לאלון ורנר, לאיתי זהר, לחנן תביב, לרחל כץ, ליעל קרוז, לרויסל שבתאי ולהורי היקרים, אשר קראו את המאמר סרם הבאתו לדפוס והעירו הערותיהם.

א. מבוא

הערות פסיקה הן בעלות מאפיינים שונים. יש הערות המנסות להוכיח מעין כשל לוגי, דרך הוכחה מוטעית בה עשה בית-המשפט שימוש בבואו לנמק את תוצאת פסק-הדין. הערות פסיקה אחרות באות להראות חוסר עקביות בין פסק-הדין מושא ההערה לבין פסקי-דין קודמים של בית-המשפט, או התעלמות מוטעית מדבר חקיקה רלבנטי או מפסקי-דין חשוב. הערת פסיקה זו נושאת אופי שונה. אין היא באה לעמוד על סתירה פנימית של בית-המשפט, על דווקציה שגויה או על פסיחה על שלב קריטי נעלם בדרך הנימוק. היא אף אינה באה לדבר על מפנה כלשהו שעושה בית-המשפט בפסקי-דין זה ביחס לפסקי-דין קודמים. נהפוך הוא: טענתי היא כי פסקי-הדין עושה שימוש בתיאוריה פוליטית המוכרת לו מימים ימימה (הליברליזם)¹. אולם, כידוע, אחת הסכנות הגדולות ביותר האורבות לשימוש חוזר ונשנה בתיאוריה כלשהי היא כי בשלב מסוים יהפוך השימוש באותה תיאוריה לכמו-אוטומטי, וחוש הביקורת של בית-המשפט לגבי צידוקיה ויתרונותיה של התיאוריה הופך קהה.

העיסוק בעקרונות הליברליזם התחדש, וביתר שאת, בשנת 1971, עם צאת ספרו החשוב של ג'ון רולס *A Theory of Justice*². במהרה חרג הדיון ממסגרת פנים-ליברלית, בה הוגים שונים המגדירים את עצמם כ"ליברלים" מתכתשים באשר למהותו האמיתית והנכונה של הליברליזם, וסלל דרך לתנועה רעיונית חדשה שהחלה תוקפת את הליברליזם "מבחוץ". תנועה זו, אשר עם הזמן קיבלה את הכינוי קומוניטריאניזם ("קהילתנות"), התגבשה די מהר לכדי תיאוריה פוליטית לכל דבר ועניין, העומדת כאלטרנטיבה לליברליזם. הכתיבה בנושא החלה כבר בשנות השבעים, שגשגה בשנות השמונים וממשיכה במלוא הקיטור גם היום. למעשה, קשה לאתר דיון רציני בנושא כלשהו, בעל נגיעה לפילוסופיה פוליטית, שאינו כולל התייחסות לקומוניטריאניזם. דווקא משום כך מפליאה התעלמותם הכמעט-מוחלטת של אנשי המשפט – עורכי-דין, שופטים ואנשי אקדמיה כאחד – מתיאוריה זו ומהשלכות שיש לה על המשפט ככלל ועל שאלות משפטיות ספציפיות בפרט. בהערת פסיקה זו אנסה, אם כן, לערוך היכרות ראשונה בין משפטנים ושאינם משפטנים שהגיעו לשלב זה של המאמר ובכוונתם להמשיך הלאה, לבין הקומוניטריאניזם. הואיל וההתייחסות לתורה הקומוניטריאנית בספרות המשפטית בארץ היתה עד כה – ככל הידוע לי – רק בשולי הדברים, אציג את עיקרי הדברים, בתקווה שמאמרים מאוחרים יוכלו לשפוך אור על סוגיות רלבנטיות נוספות. זאת ועוד: במאמר זה, כעניין אסטרטגי, אציג את הליברליזם והקומוניטריאניזם כתיאוריות מנוגדות. לא אתמקד במשותף להן כי אם במבחין ביניהן,

1 מ' מאוסנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג) 122; א' מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133, 138.

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

לא אנסה למצוא שבילי ביניים או להציע פשרות אפשריות (אף כי סביר להניח שזו תהא דרך המלך)³, ואף אצניע את ההתקרבות שאירעה בין כותבים ליברלים וקומוניטריאנים בשנים האחרונות. כל זאת לטובת בהירות האבחנה בין שתי תיאוריות אלה ולשם עמידה על ההשפעות השונות היכולות לנבוע מנקיטת כל אחת מהן.

אפתח, אם כן, בדיון בפסק-הדין בעניין נוף. בהמשך המאמר אטען, כי בעניין זה עשה בית-המשפט העליון שימוש בעקרונות הליברליזם המוכרים לו היטב והגיע לתוצאה משפטית בלתי ראויה. הביקורת תהא, אם כן, ביקורת קומוניטריאנית טהורה: הטענה היא כי הואיל והתורה הקומוניטריאנית עדיפה על זו הליברלית, הרי שהנימוקים הליברליים של בית-המשפט בפסק-הדין בעניין נוף הובילו לתוצאה בלתי ראויה, בעוד ששימוש בנימוקים קומוניטריאניים היה עשוי להוביל את בית-המשפט לתוצאה ראויה יותר.

ב. עניין נוף: פסיקתו של בית-המשפט העליון

בעניין נוף גדונה חוקיותה של תקנה 40ב לתקנות ההתגוננות (ערכות מגן), תשנ"א-1990, אשר קבעה כי ערכות מגן ("מסכות גז") מיוחדות לבעלי זקנים, שמחירן גבוה ממחירן של ערכות מגן "רגילות", תחולקנה אך ורק למי שיצהיר כי "טעמים שבהכרה דתית" מונעים אותו מגילוח זקנו. העותר, תילוני בעל זקן, מיאן לחתום על הצהרה כאמור, הואיל וטיפוח זקנו אינו בא על רקע דתי, ולפיכך נאלץ להסתפק בערכת מגן "רגילה", שאין בה כדי להגן עליו כראות בשעת הצורך (אלא אם יגלה את זקנו). העותר ביסס את טענת אי-החוקיות שהעלה על עיקרון השוויון. לטענתו, אין כל צידוק להבחין בין מי שמגדל את זקנו מטעמים שבדת לבין מי שמגדל את זקנו מטעמים אחרים. אשר על כן, אין מדובר ב"הבחנה מותרת" בין שונים (שההבדל ביניהם רלבנטי לעניין), כי אם בהפליה פסולה.

3 ראו לדוגמא A. Etzioni *The Spirit of Community* (New York, 1993) 26-27: "When Communitarians argue that the pendulum has swung too far toward the radical individualistic pole and it is time to hurry its return, we do *not* seek to push it to the opposite extreme, of encouraging a community that suppresses individuality. We aim for a judicious mix of self-interest, self-expression, and commitment to the commons – of rights *and* responsibilities, of I and we. Hence the sociological recommendation to move from "I" to "we" is but a form of shorthand for arguing that a strong commitment to the commons must now be *added* to strong commitments to individual needs and interests that are already well ensconced. Balancing the me-istic forces with a fair measure of resumed we-ness will bring our society closer to a balanced position, .without a significant tilt toward either side, a society able to steer a stable course"

בית־המשפט העליון קיבל פה אחד את טענת ההפליה שהעלה העותר. השופט מצא, שכתב את פסק־הדין העיקרי, פתח את נימוקו המשפטי לקבלת העתירה בקביעה הבומבסטית־משהו לפיה הזכות לגדל זקן היא זכות חוקתית:

לשיטתי, זכותו של אדם לגדל זקן היא חלק מכבוד האדם, ללא קשר לאמונותיו או לנטיותיו הדתיות. זכותו של אדם לכבוד כוללת את הזכות לעיצוב דמותו ולקיומה, ולגבי מי שבמשך שנים מגדל ומשמר את זקנו, מהווה הזקן חלק מדמותו ומהווייתו האישית⁴.

השופט מצא קבע, כי "הזכות לגדל ולשמר את הזקן" מהווה חלק מכבוד האדם "במובנו היותר בסיסי", ובכך נמנע מהצורך לשייך את הזכות החוקתית הזו לאחת מזכויות האדם המוגדרות יותר, שהיו ידועות במתוודותינו עוד בטרם הופיע מטבע הלשון "כבוד האדם וחירותו" כברק בשמי המשפט. השופט מצא אומנם מעלה הרהורים שמא ניתן לשייך זכות חוקתית זו לזכויות פרטיקולריות שונות, כמו הזכות לחופש ביטוי, הזכות לשלמות הגוף או הזכות לפרטיות, אך בסופו של דבר, כאמור, הוא אינו מוצא לנכון להכריע בעניין. די לו בכך שהזקן חוסה בצל מלותיו העמומות של חוק היסוד החדש הזה. זקנו של אדם – כבודו.

משהגיע למסקנה זו נפנה השופט מצא לבדוק אם היה מקום להבחין בין סוגים שונים של זקנים: זה הצומח על רקע דתי וזה הגדל "מטעמים אחרים". מסקנתו החד־משמעית היתה כי אין כל מקום להבחין בין השניים. כדבריו:

כשם שזכותו של האדם הדתי לגדל ולשמר את זקנו כחלק מאורח חייו הדתי מהווה חלק מכבוד האדם שלו, כך אף זכותו של מי שאינו דתי לגדל ולשמר את זקנו כחלק מאורח חייו הלא דתי, מהווה חלק מכבוד האדם שלו. וכשם שכבודו של מגודל הזקן הדתי ראוי להגנה, כך אף כבודו של מגודל הזקן החילוני ראוי להגנה⁵.

לדידו של בית־המשפט, ההבחנה הראויה (והחוקית) היא זו שבין "מגודלי זקן שהזקן הפך להיות חלק מדמותם ומאורח חייהם" לבין בעלי זקנים אחרים, "כגון מי שלשם התהדרות חולפת או מטעמי נוחות לפרק זמן מוגדר החלו זה מקרוב לגדל זקן". השופט מצא הציע למתקין התקנות להחליף את ההסדר שלפיו על אדם להצהיר בכתב כי הוא מגדל זקן על רקע דתי בטרם יזכה בערכה "המיוחדת", בהסדר שלפיו ערכה זו תינתן לבעל זקן רק לאחר שהצהיר כי הזקן הוא "חלק מדמותו ומאורח חייו".

4 עניין נוף, בעמ' 457.

5 שם, בעמ' 461.

ג. ליברליזם מול קומוניטריאניזם

סבורני כי ראוי לפתוח את הדיון באושיות הליברליזם⁶ בנייתוח עמדת הליברליזם כלפי הפרט. הליברליזם הוא תיאוריה פוליטית המתמקדת באינדיבידואל. כל יצור אנושי הוא בעיני הליברליזם יחידה נפרדת, בעל זכות לממש את האוטונומיה שלו. על-פי הליברליזם, הזכויות הבסיסיות, הקנויות לכל אדם מעצם היותו אדם, הן זכויות של כל אדם ואדם בנפרד. לכל אינדיבידואל יש זכות שלמה ובלעדית משלו, להבדיל מרסיס-זכות, המהווה חלק מזכות שלמה המוקנית לקולקטיב כלשהו (אולי אפילו לאנושות כולה) או חלק מ"בעלות משותפת" על זכות, יחד עם אחרים. אכן, הליברליזם המודרניים אינם מתעלמים עוד מהשפעות חברתיות וקהילתיות על האינדיבידואל⁷, אולם התפיסה הבסיסית היתה ונותרה כי קהילה⁸ אינה אלא מקבץ של אינדיבידואלים שהחליטו להתארגן יחדיו למטרות מסוימות. היינו: קהילה היא למעשה יישום האוטונומיה של כמה פרטים, שכל אחד מהם בנפרד, ועל דעת עצמו, החליט להיות חלק מאותה התארגנות. פרט א' החליט באופן חופשי ובלתי תלוי לממש את האוטונומיה שלו באמצעות הצטרפות לקהילה כלשהי, וכמוהו עשו גם פרט ב', פרט ג' וכן הלאה. כל פרט יכול (או לפחות ראוי שיוכל) לעזוב את הקהילה בכל עת שיחפוץ. לקהילה אין מעמד (מוסרי) בפני עצמה, אלא כמקבץ של אינדיבידואלים; לכל היותר יש לה מעמד מוסרי כלשהו, אבל

6 אין באפשרותי לדון במסגרת הערת פסיקה קצרה זו בליברליזם על כל גווניו וצבעיו. למעשה, ספק אם ניתן אפילו לתת הגדרה אחת ממצה של הליברליזם. מדובר בתנועה רעיונית אשר אף אם אי פעם היתה לה תורה ברורה ומגובשת, הרי כיום כבר התפצלו ממנה תתי-קבוצות ופלגיי-פלגים, אשר לעיתים רב המפריד על המאחד ביניהם. אשר על כן, בדברי על ה"ליברליזם" אינני מדבר אלא על אבני היסוד הגדולות והבסיסיות של תורה זו, תוך ניסיון להתייחס אל המכנה המשותף הרחב ביותר של כל אותם הכותבים המגדירים עצמם כ"ליברלים". זאת ועוד, התייחסותי להלן תהא בעיקרה לליברליזם כתיאוריה פוליטית. התייחסות אל הליברליזם מהיבטים אחרים, כמו למשל כתורת מוסר, תהא, אם בכלל, בשולי הדברים בלבד.

7 וזאת כניגוד לליברליזם הקלאסיים: ראו י' פלד וז' ברונר "על אוטונומיה, יכולות ודמוקרטיה: ביקורת הרב-תרבותיות הליברלית" רב הרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (תשנ"ח), מ' מאוסנר עורך) 107, 109.

8 השימוש במילה "קהילה" במאמר זה הוא במובנה הרחב ביותר של המילה, היינו התארגנות בין מספר פרטים, בין וולונטרית ובין לא, בין לתקופה מוגבלת ובין לתמיד. משפחה, עם, מדינה, קבוצות דתיות או אתניות, אגודות תרבות ותנועות אידיאולוגיות הם כולם "קהילות", והרשימה עוד ארוכה. השאלה "מהי קהילה" היא שאלה מורכבת ואינה נקיה מסכנות: ראו ה"ש 36. אין בכונתי, במסגרת רשימה קצרה זו, ללבן סוגייה זו. עם זאת, ראוי להעיר שרוב בכותבים כוללים בהגדרת ה"קהילה" רכיב משמעותי ביותר של אכפתיות, מצד הפרט החבר בקהילה, כלפי חברי הקהילה האחרים וכלפי הקהילה ככלל, ותחושת שייכות חזקה של הפרט אל הקהילה. ראו: D. Conway *Classical Liberalism* (New York, 1995) 67-69; א' בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט רא (תשנ"ח) 769, 775-776.

הוא משני למעמד המוסרי של הפרטים המרכיבים אותה. הקהילה היא בעלת חשיבות רק ככל שהיא תורמת להתפתחותם של האנשים המרכיבים אותה ולמימוש האוטונומיה שלהם.

במרכז התפיסה האינדיבידואליסטית הזו עומדת תורת המוסר של עמנואל קאנט⁹. קאנט טוען, כי הבסיס לחוקי המוסר מצוי בסובייקט בעל הרצון האוטונומי. כל בעל-תבונה צריך להיות חופשי מכל מעצורים או כבלים שהם כדי שיוכל לממש את האוטונומיה שלו ולקבל את החלטותיו המוסריות באופן חופשי ובלתי תלוי לחלוטין. ניתן לשפוט את מעשיו של הפרט מבחינה מוסרית רק אם אומנם פעל באופן "חופשי" כאמור. כל מחשבה וכל מעשה של הפרט צריכים להיות יישום מוחלט, מלא ובלעדי של הרצון החופשי שלו וביטוי של האוטונומיה שלו. הפרט רשאי להחליט בעצמו כיצד הוא רוצה להיות את חייו ומהי תפיסת ה"טוב" שלו, ואין כל ערך לכפיית תפיסה מסוימת על הפרט, אף לא על-ידי החברה בכללותה. חירותו של הפרט צריכה להיות מוחלטת, כל עוד אינה פוגעת בחירותו של פרט אחר (שכן גם לאיתו פרט אחר זכות לממש את האוטונומיה שלו, ואף הוא צריך להיות בן חורין כדי לממש זכות זו באמצעות הפעלת הרצון החופשי שלו). החוק המוסרי, על-פי קאנט, מצוי בסובייקט עצמו: הפרט אינו מגלה את החוק המוסרי או לומד אודותיו, הוא פשוט רוצה בו¹⁰. הסובייקט המוסרי הוא פרט בעל רצון חופשי, נטול מגבלות אמפיריות, ואינו תלוי-נסיבות. למעשה טוען קאנט, כי בעל ההכרעות המוסריות הוא הסובייקט בעל היכולת לרצון חופשי, שאינו תלוי אפילו בנסיבות המיוחדות של הטבע האנושי¹¹.

הליברליזם, כתיאוריה פוליטית, אימץ רבים מהעקרונות הקאנטיאניים הללו. האינדיבידואליזם הקיצוני, כמו גם הדגש על עקרונות החירות וזכויות הפרט הבלתי

M. Sandel "The Procedural Republic and the Unencumbered Self" 12 *Pol. Theory* 9 (1984) 81, 84-86; J. Kekes *Against Liberalism* (London, 1997) 3; W. Kymlicka *Contemporary Political Philosophy* (New York, 1990) 207

9 ע' קאנט, הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות (תרצ"ג) 100-104, 120; Sandel, *supra* note 9, at 8

10 שם, בעמ' 58, 87-88; "Kantian autonomy may be understood as the condition in which individuals are free from external determination, such as coercion, force, or various forms of threat and manipulation; their actions are executions of their choices; they are also free from internal causal influences that affect their choices through uncontrolled desires, passions or prejudices; and their choices are controlled by reason, understood as conformity to universalizable principles" *ibid.* ברגמן, הפילוסופיה של עמנואל קאנט (תש"מ) 87: "תורת המוסר [של קאנט] יוצאת ממושג 'ש' בעל תבונה' בלבד: יסוד החובה שבה אינו מונח בטבע האדם ולא בתנאי העולם שבהם הוא נתון, כי אם אך ורק ביסוד התבונה הטהורה, שהאדם הוא נושאה. בהסתמכנו על הניסיון יכולים אנו לקבוע כללים מעשיים, אבל לא חוקי מוסר. החוקים האלה נובעים רק ממקור אפריורי, כלומר ממושג התבונה".

ניתנות להפקעה¹², ואפילו עיקרון השוויון, נקשרים היטב לתורת המוסר של קאנט, שעיקרה הוצגו לעיל. עיקרון החירות עולה בקנה אחד עם העמדה הקאנטיאנית, לפיה ייחודו של האדם כבעל תבונה הוא יכולתו לקבל החלטות מוסריות באמצעות השימוש ברצונו החופשי בלבד, ועם החשיבות שמייחס קאנט למימוש האוטונומיה של הפרט. זכויות האדם הליברליות, המנוסחות באופן כללי, אוניברסלי ואל-זמני¹³, תואמות את העמדה הקאנטיאנית לפיה כללי המוסר אינם תלויי נסיבות ואינם נלמדים על דרך הניסיון¹⁴, וכי האקט המוסרי נובע כל כולו מ"הרצון הטוב" וללא כל השפעה חיצונית שהיא ("חיצונית" לרצונו החופשי של הפרט בצורתו הטהורה ביותר), לרבות השפעות של זמן ומקום¹⁵. גם עיקרון השוויון עולה בקנה אחד עם תורת המוסר הקאנטיאנית, שכן קאנט סבר כי ייחודם המוסרי של יצורי האנוש נעוץ בהיותם בעלי תבונה המסוגלים לגבש רצון חופשי, וזה בוודאי מוביל לתיאוריה של שוויון, שכן כל בני האדם הם בעלי תבונה¹⁶.

עיקרון ליברלי מרכזי נוסף שניתן לראותו כנובע מאותם רעיונות קאנטיאניים, הוא הרעיון של "המדינה הניטרלית"¹⁷. על-פי עיקרון זה, על המדינה להימנע מדבקות בתפיסה מסוימת של ה"טוב", ואל לה לקדם תפיסת "טוב" שהיא. על כל פרט ופרט

R. Nozick *Anarchy, State and Utopia* (New York, 1974) ix: "individuals have rights, and there are things no person or group may do to them (without violating their rights); Rawls, *supra* note 2, at 3-4: "Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override... the rights secured by justice are not subject to political bargaining or to the calculus of social interests"

.Rawls, *ibid*, at 587 12

קאנט, לעיל הערה 10, בעמ' 49-52, 88-89. 14

ברגמן, לעיל הערה 11, בעמ' 96: "חוק המוסר [אליבא דקאנט] דורש להוציא את פעולות היחיד מתוך הקשר הסיכתי שהן נתונות בו ולהביט עליהן כעל דבר 'מושכל' שאינו מותנה על-ידי סיבות הפועלות בחלל ובזמן". 15

קאנט, לעיל הערה 10, בעמ' 104-106; "Kant believed that all human beings are equal in their capacity for autonomy, that moral responsibility and human dignity both rest on this capacity, and that morality requires respect for everyone capable of autonomy. He thus articulated the idea that individuals are entitled to equal respect because of their autonomy, interference with which is a violation of an absolute moral prohibition" M. J. Sandel *Democracy's Discontent* (Cambridge, Mass., 1996) 13; G. P. Fletcher *Loyalty* (New York, 1993) 13 16

R. Dworkin "Liberalism" in *Public and Private Morality* (S. Hampshire ed., 1978); R. Dworkin "What Liberalism isn't" 20 *New York Rev. Books* (1983) 47-50; Kekes, *supra* note, at 6; B. A. Ackerman *Social Justice in The Liberal State* (1980) 349-378; C.E. Levmore *Patterns of Moral Complexity* (1987) 42-68; B. Jindal "Relativism, Neutrality, and Transcendentalism: Beyond Autonomy" 57 *La. L. Rev.* (1997) 1253, 1254-1271 ר' כהן-אלמגור גבולות הסובלנות והחירות (1994) 67-84. 17

להיות חופשי כדי להחליט עבור עצמו מה טוב לו, ועל המדינה לאפשר לכל פרט ופרט לקדם את ה"טוב" הפרטי שלו (כל עוד אינו פוגע בפוטנציאל השגת ה"טוב" של אחרים). לפרט יש את ה"זכות" לקבוע מהו ה"טוב" בעיניו, ועל כן ה"זכות" קודמת ל"טוב"¹⁸. או, כפי שכתב רולס:

We should not attempt to give form to our life by first looking to the good independently defined. It is not our aims that primarily reveal our nature but rather the principles that we would acknowledge to govern the background conditions under which these aims are to be formed and the manner in which they are to be pursued. For the self is prior to the ends which are affirmed by it; even a dominant end must be chosen from among numerous possibilities... We should therefore reverse the relation between the right and the good proposed by teleological doctrines and view the right as prior.¹⁹

על-פי הליברליזם, הזכות קודמת לטוב לא רק במובן זה שזכויות מסוימות הן כה חשובות עד כי יש לשמור עליהן אפילו במחיר של פגיעה בטובת הכלל, אלא גם במובן זה שעקרונות הצדק העומדים בבסיס הזכויות הללו אינם נובעים מאיזו תפיסה של הטוב²⁰. אשר על כן, אין המדינה מוסמכת להציג עמדה של פרטים מסוימים או של קבוצות חברתיות כלשהן כנעלה על עמדה של פרטים אחרים או קבוצות אחרות, ועליה לאפשר לכל פרט להאמין בתפיסת ה"טוב" שלו ולפעול על-פיה (במגבלות הכרתיות מינימליות), אף אם אין בתפיסת ה"טוב" שלו כדי לקדם יעדים כלל חברתיים כלשהם²¹.

18 נובע מכך כי הזכות הליברלית כוללת גם את "הזכות לעשות את הרע": א' מרמור "על גבולות הדמוקרטיה: תורת המדינה בעקבות רצח רבין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ז (א, רוון צבי עורך) 1, 16-17.

19 Rawls, *supra* note 1, at 560.

20 M. Sandel "Political Liberalism (book review)" 107 *Harv. L. Rev.* (1994) 1765, 1769 מעניין לציין, עם זאת, שבניגוד לדבורקין ולרולס, התומכים בעמדה לפיה ה"זכות" הינה מנותקת לגמרי מתפיסת "טוב" כלשהי, רז מתנגד לעמדה זו: J. Raz *The Morality of Freedom* (New York, 1986) chs. 5-6. בעמ' 75-81.

21 למעשה, ספק אם במדינה הליברלית הקלאסית ניתן אפילו לדבר על "יעדים כלל חברתיים" התורגים מהיעד של מסגרת "פרוצדורלית" בה יכול הפרט לקדם את רצונותיו הוא. ראו י' פלד "זרים באוטופיה: מעמד האזרחי של הפלסטינים בישראל" תיאוריה וביקורת 3 (חורף 1993), 21, 23: "בהברה ליברלית נהנות זכויותיהם של האזרחים מעדיפות מוסרית על פני תפיסה כלשהי של הטוב החברתי המשותף. זאת מטום שעצם קיומה של החברה נועד להגן על האינטרסים הפרטיים של חבריה. הטוב המשותף היחיד האפשרי בחברה כזו הוא זה המבוסס על הסכמה, כלומר, על הכרעותיהם האישיות של האזרחים."

המדינה נתפסת בעיני הליברלים כדבר שלילי במהותו²², מעין רע הכרחי, שכל תפקידה הוא ליצור מסגרת בה יוכלו הפרטים לממש את האוטונומיה שלהם ולקדם – כל אחד בנפרד ועל דעת עצמו בלבד – את תפיסת ה"טוב" שלהם. המדינה אינה אלא אמצעי למימוש האוטונומיה של אזרחיה. התפיסה הליברלית היא, כי מצבם של הפרטים ללא התארגנות מדינתית יהיה גרוע אף יותר ממצבם עם התארגנות שכזו, שכן המצב יתדרדר לכדי אנרכיה או כאוס חברתי, ובמצב מעין זה לא תהא לרוב רובם של הפרטים כל אפשרות שהיא לממש את האוטונומיה שלהם ולהוציא את הרצון החופשי שלהם מן הכוח אל הפועל; אשר על כן, המסגרת המדינתית היא אכן חיונית למימוש הפוטנציאל האינדיבידואליסטי. אולם, מן הראוי להגביל את סמכויותיה למינימום ההכרחי: המדינה צריכה לשמור על "כללי המשחק" הפרוצדורליים והניטרליים שבמסגרתם פועלים אזרחיה, ותו לא.

מול הגישה הליברלית ניצבת התורה הקומוניטריאנית. התפיסה הקומוניטריאנית היא שהאינדיבידואל אינו – ולא ראוי שיהיה – אי בודד בלב ים או אטום²³ נפרד מאינדיבידואלים אחרים או מקהילות כלשהן. הביקורת הקומוניטריאנית על האינדיבידואליזם הליברלי היא כפולה: יש בה גם אמירה פסיכולוגית-אונטולוגית וגם אמירה נורמטיבית. ההיבט הפסיכולוגי-אונטולוגי של הקומוניטריאניזם הוא, כי לא רק שבני האדם הם יצורים חברתיים החיים לצד בני אדם אחרים ומרגישים צורך לבוא עמם במגע יומיומי (וזהו הפן הפסיכולוגי), אלא שכל אדם, תמיד ובהכרח, קשור לבני אדם אחרים, לקהילות שונות, להיסטוריה כלשהי ולמקום מסוים (וזהו הפן האונטולוגי). האדם לעולם אינו בבחינת "טבולה ראסה", ואין אף נקודה בחייו שבה הוא מנותק לחלוטין ממאורעות המתרחשים סביבו ומאנשים החיים לצידו. היינו: גם מעבר לפסיכולוגיה של האדם, מבחינה לוגית צרופה אין הוא יכול להיות מנותק מהעולם שסביבו לו. מרגע יציאתו אל אוויר העולם יש לו לפרט זוג הורים, ובכך הוא בהכרח קשור כבר אל אנשים אחרים. עובדת הולדתו לזוג הורים אינה תלויה "ברצונו החופשי" של האדם, ואפילו ירצה בכך בכל מאודו לא יוכל לשנות את העובדה שהוא בנם של הוריו. ירצה או לא ירצה, הפרט נולד במקום מסוים ובזמן מסוים. הוא אינו יכול לעשות שימוש ב"רצון החופשי" שלו כדי להתנתק מעובדות אלה כמו גם מן העובדה שכל זמן שהוא חי ונושם הוא ממשיך לתפוס מקום פיזי ולהיות קשור לזמן. הוא גדל במדינה כלשהי וחי בתרבות מסוימת, ולו ולקהילות שאליהן הוא שייך (פעמים רבות שלא מבחירתו, כמו, למשל, משפחתו, או עמו) יש היסטוריה מסוימת ומורשת מסוימת²⁴. האידיאל הליברלי של פרט

22 פ' להב "העץ והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד (תשמ"ט)
T. Moody, "Some Comparisons between Liberalism and an Eccentric Liberalism"; 480
The Liberalism-Communitarianism Debate (Lanham, C.F. Delaney ed.) 91, 94-95
23 C. Taylor "Atomism" *Communitarianism and Individualism* (New York, S. Avineri &
.A. de-Shalit eds., 1992) 29; Moody, *ibid*, at 92
24 A. MacIntyre *After Virtue* (Notre Dame, 1981) 204-225

אוטונומי אשר כל כולו "רצון חופשי" בלתי תלוי לחלוטין בהשפעות "חיצוניות" הוא, בעיני הקומוניטריאנים, בלתי מציאותי להלוטין:

[W]hat the agent is able to do and say intelligibly as an actor is deeply affected by the fact that we are never more (and sometimes less) than the co-authors of our own narratives. Only in fantasy do we live what story we please. In life, as both Aristotle and Engels noted, we are always under certain constraints. We enter upon a stage which we did not design and we find ourselves part of an action that was not of our making. Each of us being a main character in his own drama plays subordinate parts in the dramas of others, and each drama constrains the others... Each of our dramas exerts constraints on each other's, making the whole different from the parts, but still dramatic.²⁵

הנקודה החשובה בכל זה היא, שכל אותם דברים שהליברלים מגדירים כ"חיצוניים" לאינדיבידואל, וכל אותן השפעות שראוי לו לאינדיבידואל להיות לגמרי מנותק ובלתי תלוי בהן, על-פי הליברליזם הקלסי אינם – אליבא הקומוניטריאנים – חיצוניים לאינדיבידואל כלל ועיקר. נהפוך הוא, הם חלק ממנו:

It is often taken that the concept of an individual person is the concept of somebody set over and against other people and the community, the concept of somebody who is related to others only externally. The point should be made bluntly that people are social beings, and this is not merely a remark about common tendencies. We are internally related to others. We do not understand ourselves as anything like Cartesian mental substances. We identify and understand ourselves in terms of our families, friends, associations, jobs, hobbies, roles played, and so on. Our relationship to our community is, in this way, internal.²⁶

I. Berlin *Four Essays on Liberty* (1969) 135: "I am a possessor of reason and will; I conceive ends and I desire to pursue them; but if I am prevented from attaining them I no longer feel master of the situation. I may be prevented by the laws of nature, or by accidents, or the activities of men, or the effect, often undesigned, of human institutions. These forces may be too much for me. What am I to do to avoid being crushed by them?"

R.E. Ewin *Liberty, Community and Justice* (1987) 3

אכן, בשלב מסוים ההפרדה בין "אני" ל"הם" בלתי אפשרית עוד. הקשרים שלי למשפחתי, לחברי, לעמי, להיסטוריה שלי, למקום שבו נולדתי ולתקופה שבה אני חי הופכים להיות חלק מהזהות שלי ומגדירים אותי. הם "אני":

Can we view ourselves as independent selves, independent in the sense that our identity is never tied to our aims and attachments?

I do not think we can, at least not without cost to those loyalties and convictions whose moral force consists partly in the fact that living by them is inseparable from understanding ourselves as the particular persons we are – as members of this family or community or nation or people, as bearers of that history, as citizens of this republic. Allegiances such as these are more than values I happen to have, and to hold, at a certain distance. They go beyond the obligations I voluntarily incur and the "natural duties" I owe to human beings as such. They allow that to some I owe more than justice requires or even permits, not by reason of agreements I have made but instead in virtue of those more or less enduring attachments and commitments that, taken together, partly define the person I am.²⁷

חשוב להבין, כי הקומוניטריאניזם אינו גורס כי על האינדיבידואל לקבל בהכנעה כל פרט בהיסטוריה שלו או של הקהילה אליה הוא שייך, במורשתו או במסורת התרבותית שלו. הקומוניטריאניזם אינו קורא לפסיביות של הפרט נוכח השתייכויותיו הקהילתיות השונות, אשר חלק מהן אינו פרי בחירתו. הפרט בהחלט יכול להיות ביקורתי כלפי ההקשרים ההיסטוריים, התרבותיים והחברתיים שלו; אך הוא אינו יכול פשוט לצאת מתוֹן למסגרת ההיסטורית-תרבותית-חברתית שלו²⁸. יתרה מכך: גם עזיבה של קהילה וולונטרית מסוימת היא חלק מהפרט, גם נטישת מסגרת חברתית כלשהי יש בה כדי להשפיע על זהותו של הפרט הנוטש.

בעברנו מהאמידות האוטולוגיות הללו אל המרחב הנורמטיבי, נשאלת השאלה: האם המצב האנושי הזה הוא כה רע? האמנם ראוי לו לפרט להילחם בהשתייכויותיו התרבותיות,

27 C. Kukathas "Liberalism, Communitarianism, and גם ראו Sandel, *supra* note 9, at 90 Political Community" *The Communitarian Challenge to Liberalism* (Cambridge, E.F. Paul ed., 1996) 80, at 82-82; M. Walzer "The Communitarian Critique of Liberalism" 18 *Pol. Theory* (1990) 6, 9-10; T. Moody, *supra* note 22, at 94

28 D. Bell *Communitarianism and Its Critics* (New York, 1993) 63 ראו גם Frankenberg "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law" 26 *Harv. Intl. L. J* (1985) 411, 416

התרבותיות וההיסטוריות (מלחמת דון קישוט בטחנות הרוח)? האם אכן האלטרנטיבה הליברלית של הסובייקט הטרנסצנדנטלי – הפרט כ"רצון חופשי" ו"אוטונומיה" מופשטים, המרחף לו בוואקום של זמן ומקום, בלתי תלוי באיש מלבד הרצון החופשי שלו עצמו – היא כה קורצת? הקומוניטריאנים (כמו גם כמה מן הליברלים המודרניים) אינם מתקשים לענות על שאלות אלה בשלילה.

ראשית, רבים מן הקומוניטריאנים מצביעים על כך שהאידיאל הליברלי הקלסי של פרטים אשר מעמדם האונטולוגי מנותק לחלוטין מחוויותיהם ומקשרים עם פרטים אחרים, וחסר כל תכלית מלבד זו של רצון חופשי, הוא אידיאל של פרטים רדודים מבחינה מוסרית. סנדל מכנה את האינדיבידואל הליברלי "אני משולל תוכן" ("unencumbered self"). הוא מתאר את ההבטחה הליברלית לפרטיה כהבטחה חסרת כל זוהר:

[T]he liberal ethic puts the self beyond the reach of its experiences, beyond deliberation and reflection. Denied the expensive self-understandings that could shape a common life, the liberal self is left to lurch between detachment on the one hand and entanglement on the other hand. Such is the fate of the unencumbered self, and its liberating promise.²⁹

הקומוניטריאנים טוענים כי הליברליזם יוצר אקולוגיה חברתית שבה בני האדם מרוחקים זה מזה ומסוגרים בתוך עצמם, בודדים ומנוכרים, אנוכיים ונרקיסיסטים³⁰. לדידם, הימצאותו של הפרט במערכות יחסים עם פרטים אחרים, וחברותו בקהילות שונות (כמו גם קשריו להיסטוריה, למורשת ולתרבות שלו) אין בהם כדי לסכן את האינדיבידואליזם שלו. להפך: יש בכל אלה כדי להעשיר אותו. תהליך ההפנמה של כל אותם קשרים ומערכות יחסים אינו בא על חשבון האינדיבידואליזם של הפרט, אלא יש בו כדי להפוך את הפרט לאדם עמוק יותר ומלא תוכן. למעשה, תהליך ההפנמה הזה הוא הכרחי לצורך התפתחותו של הפרט והגשמתו העצמית.

יתרה מכך: הליברליזם, כך טוענים הקומוניטריאנים, נוטה להתעלם מהעובדה שהפרט חי במסגרת של מדינה³¹. הוא מזניח את קידומם של ערכים שיש בהם חשיבות לצורך קיום של קובץ גדול של פרטים בצוותא: ערכים כמו אחווה, סולידריות, שיתוף פעולה, עזרה לזולת, חמלה, נכונות להתפשר, אכפתיות, נאמנות וכיו"ב ערכים, נפקד מקומם בדיון הליברלי. הקומוניטריאנים אף מדברים כריש גלי על מה שהם מכנים "המידה האזרחית הטובה" ("civic virtue"), המשקפת את רצונו של הפרט להשתתף בעיצוב

²⁹ Sandel, *supra* note 9, at 90.

³⁰ Walzer, *supra* note 27, at 7.

³¹ A. MacIntyre *Whose Justice? Which Rationality?* (Notre Dame, 1988) 339.

ובקידום הטוב החברתי המשותף³². הקומוניטריאנים מצביעים אף על קשר בין הערכים החברתיים הללו לבין פיתוח "המידה האזרחית הטובה": ההנחה היא שמידה זו תתפתח אצל האזרחים אם אומנם ירגישו שייכות ("sense of belonging") לקהילה ולחברה³³. הקומוניטריאנים מסרבים, אם כן, לקבל את העמדה הליברלית לפיה הפרט קודם לתכליתו, ובאופן דומה הם גם דוחים את העמדה הליברלית הרואה את זכות כקודמת לטוב. אין בזאת כדי לומר שהקומוניטריאניזם בא לקדם מערכת נורמטיבית התלויה בערכים ובהעדפות של כל קבוצה וקהילה בכל זמן ועת (במובן זה יש בכינוי "קומוניטריאניזם" (קהילתנות) כדי להטעות); אומנם הקומוניטריאנים מתנגדים לתפיסה הליברלית לפיה ה"טוב" כפוף ל"זכות", אולם אין הדבר מוביל לכך שזכותו של כל אינדיבידואל תלויה בהכרח בתפיסת הטוב החברתי (הקהילתי), כי אם שהזכות אינה יכולה להיות מוגדרת בנפרד מה"טוב", ולמעשה אינה אלא השתקפות של תפיסת טוב כלשהי. כפי שכותב פרופ' סנדל:

Those who dispute the priority of the right argue that justice is relative to the good, not independent of it. As a philosophical matter, our reflections about justice cannot reasonably be detached from our reflections about the nature of the good life and the highest human ends. As a political matter, our deliberations about justice and rights cannot proceed without reference to the conceptions of the good that find expression in the many cultures and traditions within which those deliberations take place.³⁴

יש להודות: העמדה הקומוניטריאנית אינה נקייה מבעיות. התמיכה ברעיון של "טוב" קהילתי, לפיו ערכים מסוימים הם נעלים יותר מערכים אחרים, והדחייה של מסגרת "המדינה הניטרלית" במתכונתה הליברלית, תוך הכרה בכך שהמדינה יכולה לקדם תפיסת "טוב" מסוימת – אפילו היא מנוגדת לתפיסת הטוב של חלק מאזרחיה, ואפילו יש בפעולות קידום הטוב המדינתי כדי להשפיע על חופש קידום ה"טוב" הפרטי של אותם אזרחים – מעוררת קונטוציות מפתירות. אכן, כמה מהמשטרים האפלים ביותר קידמו רעיונות מבעיתים בשם "הטוב החברתי" (בעייתיות דומה עולה באשר לשאלה "מהי

M. Sandel "The Constitution of the Procedural Republic: Liberal Rights and Civic Virtues" 66 *Ford. L. Rev.* (1997) 1 32

Ibid, at 3: "It is the kind of skill that requires a certain moral disposition – a sense of belonging, a sense of identification with the community whose fate is at stake. The civic virtues typically include a sense of belonging that orients people away from sole A. Hirschman concern with their individual interests toward the common good" 33

.Exit, Voice and Loyalty (1970) 76-82 34
Sandel, *supra* note 20, at 1767-1768

קהילה?"³⁵. הקומוניטריאנים מודעים לסכנות אלה³⁶. תגובתם לטענות אלה היא, מצד אחד, הצגת הליברליזם כבעל סכנות משל עצמו, ומצד שני – ניסיון למזער את אותן סכנות הכרוכות ברעיון "הטוב החברתי".

אכן, הליברליזם הפוליטי, ובמרכזו הקונספציה של "המדינה הניטרלית", אין בו לכאורה כדי להביא לכדי "כפייה" של תפיסת טוב מסוימת על אזרחים המחזיקים בתפיסת טוב אחרת. אולם יש להבין ש"אי כפייה" זו באה במחיר של אדישות מוסרית, והמרחק בין אדישות מוסרית לאי-מוסריות הוא דק ביותר. האומנם אין כל בעייתיות במדינה נטולת כל אמירות מוסריות שהן? האם אנו יכולים לקדם ללא חשש מדינה הנמנעת מגינוי וממלחמה בתופעות חברתיות כגזענות או דיכוי חברתי אחר במסגרת המגור הפרטי? לדעתי, פשיטת רגל מוסרית שכזו היא הסכנה האמיתית. מדינה המתבוננת בעוולות ולא עושה דבר כדי למנען היא בעיניי מדינה בלתי-מוסרית. הרעיון הרלטיביסטי, לפיו כל אדם רשאי להחזיק בקודים מוסריים ובסולם מוסרי משלו, שכן "אף אדם אינו מצוי בעמדה המאפשרת לה או לו לדעת כי תפיסה אחת הינה טובה (או טובה יותר או פחות) כמו רעותה"³⁷ עלול להוביל, בסופו של דבר, לחוסר מעש. לא לסובלנות, כי אם לאדישות. לא לאי-מוסריות כי אם לאי-מוסריות³⁸.

אכן, אין להתעלם מהסכנה הכרוכה בקונספציה של המדינה כמכשיר לקידום תפיסת "טוב" מסוימת. אין אף מקום להקל ראש בלקחי ההיסטוריה, המלמדים כי בתקופות שונות החזיקו מדינות שונות בתפיסות טוב אשר נראות בעינינו כיום כמעוותות ומבעיתות. אולם העובדה שקיימת בהחלט סכנה כי המדינה הקומוניטריאנית תטעה בתפיסת ה"טוב" שלה אין בה כדי להוביל למסקנה כי אין כל אפשרות לעצב תפיסת "טוב" ראוייה, או שראוי להימנע מכל מאמץ בכיוון. מצב של אדישות מוסרית נראה בעיניי הרבה יותר מפחיד. הוויתור מראש על כל מאמץ לעצב את המסגרת המדינית המוסרית נראה בעיניי הרבה יותר מסוכן.

יתרה מכך: כפי שכבר חשפו תיאורטיקנים ביקורתיים (כמו, למשל, אנשי ה-Critical Legal Studies או פמיניסטים רדיקליים), ה"ניטרליות" הליברלית היא פעמים רבות לא יותר מאשר מצג של ניטרליות, שיש בו כדי להנציח דיכוי של קבוצות חברתיות שונות (כמו, למשל, נשים, עניים, הומוסקסואלים, ובגרסה הישראלית גם יהודים-ספרדיים וערבים, והרשימה, למרבה הצער, עוד ארוכה). אם כן, ה"ניטרליות" הליברלית היא

M. Reinhardt "Look Who's Talking: Political Subjects, Political Objects, and Political Discourse in Contemporary Theory" 23 *Pol. Theory* (1995) 689, 700-701

Sandel, *supra* note 32 at 16; Sandel *supra* 9 note, at 91; D. Miller "In What Sense Must Socialism Be Communitarian?" 6 *Soc. Phil. & Policy* 51, 69; Bell, *supra* note 28, at 73-78.

ראו כהן-אלמגור, לעיל הערה 17, בעמ' 82.

יתר על כן, במובן מסויים יש בטיעון זה כדי להביס את עצמו, משום שאם אמנם אין כל אפשרות לשיפוט מוסרי חברתי כלשהו, אזי כיצד ניתן לטעון שרלטיביזם מוסרי הוא התפישה המוסרית הנכונה או הראויה? שם, בעמ' 83; 8; Sandel, *supra* note 16, at 8.

למעשה תמיכה במצב חברתי קיים, פרי דיכוי, והצגתו כ"מצב הטבעי". או אז, כל שנותר למדינה לעשות הוא לתמוך בעיקרון "אי ההתערבות", ואף להעלות עיקרון זה לדרגה של אידיאולוגיה, כדי להנציח עולות חברתיות אלה. הליברליזם, מבחינה זו, הרבה יותר מסוכן מהקומוניטריאניזם, שכן אמצעי הדיכוי שלו הם מתוחכמים יותר וסמויים יותר. הניטרליות שלו היא למעשה ניטרליות מניפולטיבית.

כדי למזער את הסכנות הנובעות מרעיון "הטוב החברתי המשותף" ומכפיפות הזכות לאותו "טוב חברתי", קוראים הקומוניטריאנים לאפשר שיג ושיח פתוח וחופשי באשר לשאלה מהו אותו "טוב חברתי". ה"מידה הטובה האזרחית" שעליה מדברים הקומוניטריאנים פירושה, בראש ובראשונה, רצונו של הפרט להשתתף בעיצוב הטוב החברתי המשותף ובלבונו³⁹, ורק לאחר מכן גם הרצון להגן עליו ולקדמו. אין בכך כדי להדוף את הסכנות הכרוכות ברעיון "הטוב החברתי" כליל, אולם יש בכך כדי לאפשר את תיקון המעוות במקרה הרע של ניסוח בלתי ראוי של הטוב החברתי. ראוי אף לתת את הדעת לכך שיש בתורה הקומוניטריאנית ובעקרונות העומדים בבסיסה כדי להטיל אחריות רבה יותר על מעצבי המדיניות בהשוואה לאחריות שמטילה על שכמיהם התפיסה הליברלית. בעוד שהמנהיגים הליברלים יכולים, לכאורה, לצפות ברעות חברתיות ללא הנד עפעף ותוך התכסות באצטלה אידיאולוגית של "ניטרליות מדינתית", הרי שמקביליהם הקומוניטריאנים יודעים מראש שאם אומנם תפיסת ה"טוב" שלהם תתגלה כמעוותת וכבלתי-מוסרית, או אז יונח הגינוי החברתי – ובצדק – לפתחם, והאחריות – כבדה ככל שתהא – תרבוץ על כתפיהם שלהם.

ד. עניין נוף: ניתוח קומוניטריאני

בשורות הבאות בכוונתי להראות כי פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין נוף, רובו ככולו, הוא יישום של התורה הליברלית. אורח החשיבה הליברלי הוביל את בית-המשפט לנסח את השאלות המשפטיות בצורה אבסטרקטית ואוניברסלית: האם יש לאדם זכות לגדל זקן? האם רשאית המדינה לתת יחס שונה לבעלי זקנים דתיים ולבעלי זקנים חילוניים? בית-המשפט כלל לא נתן את דעתו לעניין ההשתייכות הקהילתית של בעל הזקן הדתי ושל בעל הזקן החילוני. ההתמקדות היא בפרט הדתי ובפרט החילוני כאינדיבידואלים ולא כפרטים המשתייכים (או לא משתייכים) לקהילות כלשהן. בית-

Sandel, *supra* note 32, at 20: "It is the openness of argument about virtue, about the conditions of self government, about the qualities of character that democratic life requires, and the competing answers to those questions, that I think we need to restore, not a particular answer to that question"; Miller, *supra* note 36, at 70: "Nationality is the identity we have in common, an identity in large measure inherited from the past, and not fully open to rational scrutiny. Citizenship is a political status which allows each .of us to participate in reshaping that identity"

המשפט הציג את הזכות לגדל זקן ואת הזכות כנגד אפליה על רקע דתי (או מצפוני) כמנותקות מכל תפיסת "טוב" שהיא וכמוקדמות לה. רעיון המדינה הניטרלית גלום גם הוא בפסק-הדין. בית-המשפט אינו מעלה על דעתו, כך נראה, את האפשרות (החוקית) לפיה המדינה תבחין בין "זקנים" שונים על רקע תפיסה ערכית מסוימת.

הנקודה הבולטת ביותר בפסק-הדין היא המעבר המהיר שעשה בית-המשפט מהצגת שאלות סבוכות של תקציב, חלוקת ערכות אב"כ ואורחות חיים דתיים אל מול חילוניים, למתן תשובות חדות תוך שימוש ברטוריקה של "זכויות". הרעיון של "זכויות אדם בלתי ניתנות להפקעה" הוא רעיון ליברלי מובהק, והשימוש ברטוריקה הזו מוכר היטב לכל מי שמעורה בשיטת המשפט הישראלית בעשור-או-שניים האחרונים, ובמיוחד מאז נחקקו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. דומה שקשה כיום לדון באיזו שאלה משפטית שהיא מבלי להיתקל בטענות הקשורות "לכבוד האדם", לחירותו או לחופש העיסוק שלו, או לכל זכות אחרת הנגזרת, לדעת בית-המשפט, מ"זכויות" עמומות אלה. כך גם בענייננו, הצעד הראשון שעשה בית-המשפט בנימוק הכרעתו היה הגדרת הפעולה של גידול זקן כ"זכות". לכל אדם בישראל יש זכות לגדל זקן, עם כל המשתמע מכך (ובעיקר הגנה משפטית מן הדרגה הגבוהה ביותר – זו אשר מקורה בחוקת המדינה)⁴⁰.

האם יציקת כל שאלה חוקתית וכל שאלה משפטית לתבנית של "זכויות" ראויה היא? האם שיח הזכויות הנרחב הזה אך ורק צדדים חיוביים לו? יש העונים על שאלה זו בשלילה. שיח הזכויות טומן בחובו רבות מן המגרעות הליברליות שדובר בהן בפרק הקודם. הוא יוצר מצג של זכויות אבסולוטיות, גם אם אין זה אלא מצג שווא, ואין בו כדי לעורר מחשבות של פשרה או של שותפות⁴¹. הוא מתמקד באינדיבידואל ומתכחש להקשרים החברתיים, ההיסטוריים והתרבותיים שלו, תוך התכסות באצטלה של אוניברסליות. הוא כמעט תמיד מתעלם מאינטרסים קהילתיים או קולקטיביים, ואין בו כדי לקדם ערכים של אחווה או כדי לעודד פעולה אקטיבית של עזרה לזולת⁴². רטוריקת הזכויות דנה ודשה בשאלות של הגדרת מהותה של הזכות והיקפה, ויחסי הגומלין בין זכות אחת לזכויות אחרות, תוך התעלמות מוחלטת משאלות של חובה (לא כנובעת מזכות מנוגדת, אלא כעומדת בפני עצמה) ושל אחריות. היא ערה, לכל היותר, לסכנות מיידיות, ישירות וחמורות האורבות לאינטרסים חברתיים מסוימים כתוצאה ממצעד

40 מעניין לראות כי לכל אורך פסק הדין אין מדבר בית המשפט על זכותו של גבר לגדל זקן, כי אם על זכותו של אדם לגדל זקן. ניסוח זה עולה, כמוכּן, בקנה אחד עם התיאוריה הליברלית, המקפידה על הגדרת מושא הזכות באופן המופשט ביותר ("אדם", "יצור אנושי", "בעל אבונה" וכדומה), וכנטול-הקשרים, ועל ניסוח הזכות באופן אוניברסלי.

41 C. Taylor "Alternative Futures: Legitimacy, Identity and Alienation in Late Twentieth Century Canada" *Constitutionalism, Citizenship and Society in Canada* (A. Cairns & C. Williams eds., 1986), 211

42 N. Geras *The Contract of Mutual Indifference* (London, 1998) 58-59

הזכויות, אך נותרת נטולת מלים כאשר הנוקים הנגרמים לאותם "אינטרסים" (להבדיל מ"זכויות") הם בלתי ישירים, מצטברים או ארוכי טווח:

The lack of public discourse regarding responsibility, sociality, and civil society, leaves us to work out our own vision of the kind of people we are and the kind of society we want to become, mainly in terms of the individual, the state and the market. Our overblown rights rhetoric and our vision of the rights-bearer as an autonomous individual channel our thoughts away from what we have in common and focus them on what separates us. They draw us away from participation in public life and point us toward the maximization of private satisfactions. They incline us to shift the costs and risks of current policies regarding natural resources, pollution, public indebtedness, social security, and public health onto our children and future generations.⁴³

מיד אחרי שהשופט מצא סיווג את הזכות לגדל זקן כזכות חוקתית הוא נפנה לטפל בטענת המדינה, לפיה אספקת הערכות המיוחדות למגודלי זקן דתיים בלבד היא בבחינת אבחנה מותרת ולא הפליה. השופט מצא הציג את עמדת המדינה לפיה "בשל אילוצים תקציביים אין באפשרות המדינה לספק ערכה מיוחדת לכל דורש. לכן, היה טעם סביר להגביל את הספקת הערכות המיוחדות רק לאותן אוכלוסיות הזקוקות להן באמת. מצבו של מי שבוחר, משיקולים של גוי או של נוחות, שלא להתגלח, הוא בהכרח שונה. קיום נטיות פרטיות מיוחדות כאלה אינו מצדיק הוצאות של מליונים רבים מתקציב המדינה...⁴⁴. אך מיד בהמשך כתב השופט מצא:

נקודת המוצא להבחנה זו נעוצה בהבחנת המדינה, כי במצב של מלחמה וסכנת חיים ממשית, מי שמגדל את זקנו לשם גוי או מטעמי נוחות, יקריב ללא היסוס את זקנו למען ביטחונו האישי. לא כן הדבר במי שגידול הזקן כרוך בהשקפת עולמו הדתית. איש כזה, אם לא יעמוד במבחנו של 'פיקוח נפש', או אם ישתהה בלבטיו, עלול להחמיץ את השעה⁴⁵.

הקורא בעיון את טענת המדינה ימצא, למעשה, שתי טענות שונות: הראשונה מבחינה בין "אוכלוסיות הזקוקות להן (לערכות המיוחדות) באמת" לבין "קיום נטיות פרטיות

M. Horwitz "Rights" 23; ראו גם: M. A. Glendon *Rights Talk* (New York, 1991) 143 43
Harv. C.R.-C.L. L. Rev. (1988) 393; D. Abraham "Are Rights the Right Thing?
 Individual Rights, Communitarian Purposes and America's Problems" 25 *Conn. L.*
Rev. (1993) 947

עניין נוף, בעמ' 456. 44

שם, שם. 45

מיוחדות". האבחנה היא, אם כן, בין קהילה (על פרטיה) לבין אינדיבידואלים נפרדים זה מזה. זאת ועוד: לדעת המדינה, קיום "נטיותיהם הפרטיות" של האחרונים "אינו מצדיק הוצאות של מיליונים מתקציב המדינה". כאן בא לידי ביטוי, אם כן, הרעיון של המדינה הלא-ניטרלית, הזכאית לקדם תפיסת "טוב" מסוימת, ורשאית לראות בגידול זקן על רקע דתי חשיבות מיוחדת הנעדרת מגידול זקן "לשם גוי או מטעמי נוחיות". המדינה מציגה כאן בפירוש עמדה לפיה אמונה דתית היא ערך געלה יותר מאסתטיקה או מנוחיות.

לעומת זאת, הטענה השנייה משווה בין פרטים שונים (ולא בין קהילה לפרטים). המדינה חוזרת להיות ניטרלית: היא מפעילה מבחן ניטרלי של "מידת נכונותו של בעל הזקן להקריב את זקנו למען בטחונו האישי". הרטוריקה אינה ערכית עוד (אילו נטיות ראוי לה למדינה לסבסד), אלא עובדתית – אילו נטיות תהיינה עמידות בפני סכנת המוות.

אם כן, קל לראות כי הטענה הראשונה מתקשרת היטב לתפיסה הקומוניטריאנית, בעוד הטענה השנייה מקורה בתפיסה הליברלית. השופט מצא מתנער מהסוגיות הקומוניטריאניות מבלי לדון בהן לעומק. הוא מתמורד אך ורק עם השאלות הפנים-ליברליות, ולא עם השאלות שיש בעצם הצגתן כדי להתריס כנגד תפיסת העולם הליברלית.

בית-המשפט העליון מתנגד לאבחנה הערכית שעושה המדינה בין מי שמגדל זקן מטעמי דת לבין מי שמגדל זקן על רקע אחר. בית-המשפט מאמץ טרמינולוגיה קאנטיאנית מובהקת, לפיה "מי שמגדל זקן, לשם עיצוב דמותו והופעתו כרצונו, מגשים בכך את רצונו הפרטי האוטונומי; וזכותו לעשות כן היא חלק מכבוד האדם שלו" (ההדגשה שלי)⁴⁶. בולטת כאן התפיסה הליברלית לפיה הפרט קודם לתכליתו, והזכות קודמת ל"טוב". על-פי עמדת בית-המשפט, לפרט יש זכות להגשים את רצונו האוטונומי באמצעות גידול זקן, ואל לה למדינה לקבוע כי הגשמת "רצון אוטונומי" מסוים (גידול זקן על רקע אמונה דתית) הוא בעל חשיבות רבה יותר מהגשמת "רצון אוטונומי" אחר (גידול זקן לשם גוי או נוחיות)⁴⁷.

הנקודה המעניינת היא שבית-המשפט עסק בהרחבה בשאלות של זהות. הוא ציטט

46 שם, בעמ' 457.

47 ראוי לציין, עם זאת, כי גם בעניין נוף, כמו שקורה פעמים רבות עת בא בית המשפט לייסס את התורה הליברלית, הניאטרליות אינה אלא חזיון שווא. כך, למשל, בית המשפט מתנגד לאבחנה בין דתיים לחילוניים, אך נותן ידו לאבחנה מסוג אחר: "נסיון החיים אכן מלמד, כי במקרים רבים – ובעיקר בקרב בני הדור הצעיר – ההחלטה לגדל זקן עשויה לנבוע מנטייה חולפת להתדרות או מטעמי נוחות לקראת פעילות מתוכננת מסוימת (כגיוס לשירות צבאי או טיול תרמילאים לארצות הים). לא כן הדבר במי שגדל ומטפח את זקנו, לא כניסוי אופנתי ארעי ולא לשם נוחות מעשית במהלכה של תקופה מוגדרת, אלא במשך שנים רבות ברציפות. לגבי אדם כזה, גם שיקולי אסתטיקה אינם עניין של מה בכך" (ההדגשה שלי) (בעמ' 457).

48 עניין נוף, בעמ' 457.

מחוות דעתה של מומחית לפסיכולוגיה, לפיה "הזקן נחווה כחלק מהותי מפניו של האדם, כלומר מהדמות שהוא מציג בפני אחרים ושיש לה חשיבות ביחסיו עם הזולת"⁴⁸. בית-המשפט כתב כי "אצל המתעטר בזקן במשך שנים רבות, הופך הזקן לחלק בלתי נפרד לא רק מדמותו אלא גם מהווייתו"⁴⁹, אולם התקשה לעמוד על אחת הנקודות המרכזיות בתיאוריה הקומוניטריאנית, היינו: כי גם בהשתייכות לקהילה יש כדי להשפיע על זהותו של האינדיבידואל. בית-המשפט הדגיש, וחזר והדגיש, את חשיבותו של הזקן כסימן היכר אינדיבידואלי, אך התעלם מחשיבות הזקן כסימן היכר קהילתי. כדבריו:

והרי זאת מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה, כי הזקן המגודל אינו רק חלק מדמויותיהם המוכרות של רבנים ופוסקי הלכה דגולים, אלא גם חלק מדמויותיהם המוכרות של אישים כבנימין זאב הרצל, יוסף חיים ברנר ורבים אחרים, שלזקניהם המגודלים ולקיום מצוות הדת לא היה ולא כלום.⁵⁰

עובדה היא, שאף כי היו וישנם חילונים רבים בעלי זקן, מפורסמים יותר או פחות, עדיין אי אפשר לדבר על תרבות חילונית או ציונית של גידול זקן, או על גידול זקן כסימן היכר חילוני-קהילתי כלשהו, וזאת בניגוד לגידול זקן בקרב הקהילה היהודית-דתית. עובדה זו אינה בעלת חשיבות בעיני השופט מצא. היא נמצאת לגמרי מחוץ לגבולות הדיון הליברלי.

כפי שצוין לעיל, הקומוניטריאניזם תומך בפיתוח "התכונה האזרחית הטובה" בקרב אזרחי המדינה, תכונה שתמציתה הרצון להשתתף במאמץ הקולקטיבי להגדר ולעצב את "הטוב החברתי המשותף", לקדמו ולהגן עליו. כנגד זאת עומדת גם האחריות של המדינה ליצור אווירה אידיאלית לפיתוח אותה "תכונה אזרחית טובה". תכונות כסולידריות, שיתוף פעולה, אכפתיות וכיו"ב באות לידי ביטוי באמצעות חברות בקהילות ככלל, ובדרך כלל קל יותר לפתחן במסגרת קהילות קטנות יותר מהמדינה, שהיא קהילה רבת משתתפים. ואכן, בתוך הקהילה המדינתית ישנן קהילות נוספות, קטנות יותר, ואלה מתפצלות לקהילות קטנות עוד יותר וכך הלאה, עד ליחידות קהילתיות קטנות ביותר (משפחה, למשל). ככל שהקהילה קטנה יותר, כך קל יותר לפרט לפתח רגשות של קרבה, שותפות ואכפתיות כלפי חברי הקהילה האחרים. כך קורה פעמים רבות שהפרט מגשים את "התכונה האזרחית הטובה" באמצעות שותפות בקהילה כלשהי, קטנה יותר מהמדינה, וקהילה זו, בתורה, תורמת לעיצוב "הטוב החברתי המשותף" (הכללי-מדינתי)⁵¹. אם אינדיבידואל מסוים ירגיש כי המדינה מנסה לפגוע בקהילתו, או מפקירה

49 שם, שם.

50 שם, שם.

B. Frohnen *The New Communitarianism and the Crisis of Modern Liberalism* 51 (Lawrence, 1996) 52-53.

את קהילתו בשעת צרה, הרי שהדבר יוביל בהכרח לפיחות בהרגשת השייכות שלו למדינה ובמידת רצונו לעזור בקידום האינטרסים שלה.

סביר להניח, כי עקיבא גוף לא סבר ברצינות שהתקנה שהתקין שר הביטחון אינה אלא מסווה לרדיפה אחריו כאינדיבידואל, אצטלה לרצונו של שר הביטחון לפגוע בו ובזקנו באופן אישי. אורח יהודי דתי, לעומת זאת, עשוי בהחלט לפרש את סירובו של משרד הביטחון לתת את הדעת לעובדה שקהילתו מייחסת חשיבות מיוחדת לגידול זקן, כמנהג אשר נשמר במשך דורות רבים⁵², כמסווה לפגיעה בקהילה או לפחות כאי-אכפתיות לחייה של קהילה הזו. מאחר שיש בחברות בקהילה הדתית, כמו החברות בקהילות רבות אחרות, כדי להשפיע על הזהות של אזרחיה כאינדיבידואלים, הרי שהאזרח הדתי עשוי בהחלט לראות בכך פגיעה אישית בו; ומאחר שיש חשיבות מיוחדת – בעיני הקומוניטריאנים – לקידום חיים קהילתיים, הרי שמן הראוי שלא לפגוע בחיי הקהילה באופן כלשהו או להתעלם מצרכים קהילתיים.

נקודת התורפה העיקרית של פסק-הדין בעניין גוף היא, לדעתי, התעלמותו המוחלטת של בית-המשפט מעניין ההשתייכות הקהילתית. השופט מצא ניסח את השאלות המשפטיות באופן כללי ואוניברסלי, תוך התמקדות בפרטים נטולי הקשרים קהילתיים – חברתיים, היסטוריים, דתיים – שאינם אלא קובץ מקרי של "רצונות חופשיים אוטונומיים" ערטיילאיים. העובדה שישנה קהילה יהודית-דתית, שאחד ממנהגיה המרכזיים הוא גידול זקן בקרב גבריה, ולמולה פרטים חילוניים נפרדים המגדלים זקן, כל אחד מסיבותיו הוא, היא משמעותית בעיני אי-הסימטריה הזו, אם לא היה בה כדי להפוך את תוצאת פסק-הדין, הרי לפחות היתה ראויה להתייחסות של בית-המשפט. זאת ועוד: אין זה נראה בלתי סביר בעיני שמכרד הביטחון יגבש עמדה לפיה יש בגידול זקן על רקע אמונה דתית דבר מה ערכי מיוחד וראוי להגנה, אשר לא קיים בגידול זקן "מטעמי נוי או נוחיות". אינני סבור שראוי כי בית-המשפט יפסול עמדה כאמור כבלתי חוקית רק משום שמדובר בקביעה ערכית "לא ניטרלית". ובל נשכח שאין מדובר כאן בהחלטה של משרד הביטחון לאסור על מישהו לגדל זקן, אלא אך ורק בשאלת המימון של "ערכה מיוחדת" לבעלי זקן⁵³. ראוי אף להבהיר: אומנם, לכאורה, אין כל התנגשות חזיתית בין חלוקת הערכות המיוחדות לבעלי זקן דתיים וחלוקתן לבעלי זקן חילוניים, שכן המדינה יכולה להעניק ערכות מיוחדות גם לאלה וגם לאלה; אולם במסגרת תקציבית מוגבלת סבורני כי אין להגדיר החלטה מנהלית לפיה חלוקת הערכות המיוחדות (היקרות) לקבוצה אחת ולא לשנייה, על בסיס ההבדל הערכי שניסיתי לתאר לעיל, היא בהכרח מפלה או בלתי סבירה.

חשוב לי להתייחס בנקודה זו לתגובתם הלא-אוהדת – שלא לומר הזועמת – של רבים מחבריי החילוניים לעמדת זו. לדעתם, יישומה של התיאוריה הקומוניטריאנית בנוף הישראלי הוא "מסוכן". אם, הם טוענים, ניחוס, חשיבות מיוחדת (גם מבחינה משפטית)

52 ראו בג"צ 4919/90, בשג"צ 209/91 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מה (2) 293, בעמ' 295-296.

53 עומדת על כך השופטת שטרסברג-כהן בפסק דינה בעניין גוף, בעמ' 465.

לחברות בקהילה, הרי פירוש הדבר יהא מתן זכויות יתר לציבור הדתי, הנוטה לנהל אורח חיים קהילתי יותר מאשר הציבור החילוני. תגובתי לטענה זו משולשת. ראשית, אני מתנגד לתגובה הרפלקסיבית החילונית לדחות כל תיאוריה חברתית, כלכלית או פוליטית שהיא, רק משום שיייתכן שיהא בה כדי לתמוך באופן כלשהו באורח החיים הדתי. ראוי לו לציבור החילוני לבחון את צידוקיה של תיאוריה זו או אחרת על רקע רחב וענייני יותר ממידת השפעותיה על הציבור הדתי. אם יש לחילונים טענות כלפי רוחות שונות המנשבות בקרב הציבור הדתי – וגם לי יש כמה וכמה כאלה – ראוי להתייחס לעניינים "בעייתיים" אלה (בעייתיים מנקודת המבט החילונית) באופן ישיר וענייני, ואף נוקב (אך רצוי ללא שנאה בעיניים). אך אל לנו, החילוניים, לתקוף כל דבר ועניין אשר יש לו פן "דתי". אם אנו תומכים ברעיון של החיים הקהילתיים, הרי שראוי שנמשיך לתמוך בכך גם נוכח העובדה שישנן קהילות דתיות (אלא אם כן ישנן סיבות ענייניות כלשהן להבחין בין "קהילות דתיות" ל"קהילות אחרות"). מובן כי דבריי אלה אינם בעלי אופי חילוני-דתי חד-סטרי: כשם שעל החילוניים לבחון את צידוקיה של כל תיאוריה שהיא באופן רחב וענייני יותר ממידת השפעותיה על הציבור הדתי, כך ראוי גם לדתיים לעשות כאשר הם נתקלים בתיאוריה שיש בה לתמוך באורחות חיים חילוניים כלשהם.

שנית, סבורני שחברי החילוניים מתעלמים, משום מה, מהעובדה שישנן אף קהילות "חילוניות" רבות, אשר התורה הקומוניטריאנית תתרום לקידומן. ייתכן כי קשה לדבר על כלל הציבור החילוני כ"קהילה" (אם כי יהיו אחרים, בוודאי, שיטענו אחרת, וזהו, לדעתי, ויכוח לגיטימי בהחלט), אך ישנן בהחלט קהילות רבות אחרות, קטנות יותר, שמנהגיהן אינם דתיים-אורתודוקסיים או אף חילוניים לגמרי: גם התנועה הרפורמית היא "קהילה", וייתכן בהחלט שניתן גם לדבר על "קהילה הומוסקסואלית", "קהילה פמיניסטית" ואולי גם על תוכבי הטראנס כ"קהילה"⁵⁴.

שלישית, ראוי לתת את הדעת לכך שהקומוניטריאניזם, להבדיל מהליברליזם, אינו מתמקד רק ב"זכויות". שאלות של אחריות, ואף של חובה, זוכות גם הן להתייחסות קומוניטריאנית. אכן, נראה כי מבחינה קומוניטריאנית יהא קשה לה לקהילה לדרוש הכרה בצרכיה הקהילתיים המיוחדים במנותק לגמרי מנכונותה לתרום לעיצוב ולקידום הטוב החברתי המשותף. יהא זה בעייתי מאוד לקהילה, מההיבט הקומוניטריאני, לדרוש מהמדינה הכרה כאמור ועזרה בקידום החיים הקהילתיים שלה, ועם זאת להתכחש למסגרת המדינתית כליל. מעז אני להעלות סברה, אף כי לא התעמקתי ממש בסוגיה, כי יהא זה קשה לקומוניטריאניזם לעכל את הפטור הגורף שמקבלים בני הישיבות מגיוס לצה"ל, למשל⁵⁵.

54 כאמור, השאלה "מהי קהילה?" היא סבוכה ואינה נקייה מבעייתיות ומסכנות, ראו לעיל הערה 36.

55 רשימה זו נכתבה טרם ניתן בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שד הכסחון (טרם פורסם, בג"צ "גיוס תלמידי הישיבות").

ה. דוגמא נוספת: עניין שירן

בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור⁵⁶ נסב סביב שידור הסדרה הטלוויזיונית "עמוד האש", סדרה דוקומנטרית שעסקה בתיעוד המפעל הציוני. העותרים, ילידי ארצות האסלאם, עתרו למניעת הקרנתה של הסדרה בטלוויזיה ולמניעת עשיית שימוש כלשהו בסדרה, בין למטרות חינוך ובין למטרות הסברה. טענתם היתה, כי בעוד שגושי מזרח, מרכז ומערב אירופה זכו לחלק גדול מזמנה של הסדרה, והמימון והמחקר של צוות הסדרה התמקדו בהם, הרי שהגוש אסיה-אפריקה-בלקן לא זכה לטיפול הולם. הם סברו שתרומתם החשובה והרבה של יהודי המזרח למפעל הציוני "הוצנעה" בהשוואה לתרומת יהדות אירופה, וחשו כי "(ב)התמקדותה ביהדות אשכנז ובהתעלמות מהתהליכים שהתרחשו אצל יהודי המזרח חוטאת הסדרה בחוסר איוון משווע ואינה משקפת את כל שבטי ישראל כראוי תוך הצגת הנושא באורח בלתי מאוזן ותוך פגיעה קשה בתדמיתה של יהדות המזרח בעיני עצמה כבעיני אחרים"⁵⁷. העותרים העלו טענות של אי-חוקיות, חוסר סבירות, אפליה ושקילת שיקולים זרים.

קרמה לעתירה זו פנייה של העותרים ליו"ר רשות השידור בבקשה שיתיר להם לצפות בסדרה "כדי להיווכח אם אכן משקפת הסדרה בצורה מאוזנת את התרומה של כל שבטי ישראל למאבק על ארץ ישראל והמפעל הציוני". יו"ר רשות השידור השיב לבקשה זו בדברים הבאים:

אין בכוונתי להכנס בשלב זה לטעונים משפטיים מפורטים, ואסתפק בכך כי אין רשות השידור יכולה להכיר בזכותו של גורם כלשהו לצפיה טרומית בחומר המוקרן בטלוויזיה או משודר ברדיו⁵⁸.

תשובתו הלקונית של יו"ר הרשות נוגעת מיד בלבה הליברלית – ברטוריקת הזכויות. לעותרים אין "זכות" לצפות בסדרה טרם שידורה הטלוויזיוני. מדוע אין להם "זכות"? שאלה זו היא כמו בלתי-רלבנטית במסגרת שיח הזכויות הליברלי, שכן ה"זכות" – או העדרה – אינו צריך להיות קשור לתפיסת "טוב" כלשהי. התנגדות רשות השידור למתן היתרים ל"צפייה טרומית" היא כללית ואוניברסלית: אין זכות כזו ל"גורם כלשהו". האיסור הוא ניטרלי: אף אחד אינו זכאי לצפות בתכנית טלוויזיונית כלשהי טרם שידורה הפומבי. אין כאן התייחסות לאישיותם של המבקשים או להקשריהם ההיסטוריים או התרבותיים, אף כי הם עומדים במרכזה של הבקשה ממש. אין כל התייחסות לעובדת היותם יהודים-ספרדיים, להרגשת הקיפות שלהם או לטרונותם בדבר העולל שעושה הסדרה בתארה את הציונות כמפעל אשכנזי בעיקרו.

56 פ"ד לה(3) 365.

57 מתוך עתירת העותרים: שם, בעמ' 370.

58 שם, בעמ' 371.

בית־המשפט העליון הלך באותה דרך ליברלית שבה הלך יו"ר רשות השידור, דרך שסופה בדחיית העתירה. לדברי השופט שמגר, שכתב את פסק־הדין העיקרי, העותרים לא הוכיחו חוסר סבירות קיצוני בפעלה של הרשות. לרשות לא קמה "חובה" לאמץ את גישתם של העותרים בעניין תוכנה הראוי של הסדרה, וגם גישתה של הרשות (אשר בחרה "בתיאור צר ממדים, הנצמד לרדיפות היהודים בסוף המאה התשע־עשרה ובמחצית הראשונה של המאה העשרים"⁵⁹) מצויה בתוך "מתחם הסבירות". כדבריו:

...ייתכנו גישות ותפיסות שונות ומגוונות בנושא שלפנינו, שכולן מצויות בתוך מתחם הסבירות, אם כי לעתים בקצותיו השונים. כך יכלה, לדוגמה, לעלות מול דברי העותרים הטענה, השוללת תפיסתם והמתבססת על כך שגישה אינטגרטיבית, המושתתת על אמונה באחדות העם, אינה זקוקה למפתח עדתיו לפיו יתחלקו התמונות או התיאורים שבמישור; נהפוך הוא, כל שנעשה בכל אתר ובכל הזמנים הוא בגדר הוויה וחוויה של העם כולו, אשר כולם שותפים להן, ואשר כולם זכאים להתברך בהן או להתאבל עליהן, הכל לפי טיבן ומהותן, וכי אין בודקים בציציותיו העדתיות של פלוני, שהוא דמות מופת, או של פלמוני, שהוא קרבן של מעשה איבה (ההדגשות במקור)⁶⁰.

השופט שמגר ביטל, אם כן, בהינף קולמוס, את השתייכותם הקהילתית של העותרים לעדה הספרדית. הוא מציע מבחן אובייקטיבי: חשיבותו של כל אירוע היסטורי ציוני תיבחן על־פי "טיבו או מהותו" (ומה יהא המדד לבדיקת תכונות אלה? שאלה זו נותרת לוטה בערפל). אין מקום להתייחס כלל וכלל לשאלת הקשריהם העדתיים, מיקומם הגיאוגרפי או תקופת התרחשותם של האירועים ההיסטוריים. כמו האינדיבידואל הליברלי הטרוסצנדנטלי, כך גם האירועים ההיסטוריים מרחפים להם בתלל נטולי הקשרים.

השופטת בן־פורת הרחיקה לכת והביעה זעם של ממש על מזימתם של העותרים לפלג את עם ישראל:

...הטענה בעתירה, שהקבוצה שנפגעה היא "יהדות המזרח", יש בה כדי לקומם. יכולים יהודים לחיות במזרח או במערב, אך היהדות היא מושג כולל אחד ויחיד, החובק זרועות עולם. "יהדות המזרח" כמו "יהדות אשכנז" אינן אלא אברים של אותו גוף, שעליו יש לשמור מפני פיצול מזיק, שריח של פירוד לבבות נודף ממנו. לפי הלך מחשבה זה ספק בלבי, אם יכולים העותרים להישמע בטענה, כי הסדרה המוקרנת בטלוויזיה מהווה 'פגיעה קשה בתדמיתה של יהדות המזרח בעיני עצמה כבעיני

59 שם, בעמ' 385.

60 שם, בעמ' 384–385.

אחרים', משל היה זה גוף נפרד, הנושא את עצמו, ואשר שאר חלקי העם הם, מן הסתם, אותם "אחרים", שבעיניהם הושפל כבודו⁶¹.

השופטת בן-פורת אינה מסתפקת, אם כן, בנטילת הזהות הקהילתית של יהודי המזרח. לא די לה במחיקת ההיסטוריה, התרבות, המורשת והמסורת הספרדית; היא מעוניינת לקחת מהם גם את הכאב הקהילתי שלהם. היא מעלה ספק אם הם בכלל יכולים לעלות את הטענה לפיה הקרנת הסדרה מהווה פגיעה בתדמיתה העצמית של יהדות המזרח. כפי שניתן להיווכח, בית-המשפט התקשה להתייחס אל העותרים כאל יהודים-ספרדיים, אף על פי שזהותם ככאלה היא העומדת בלב לבנה של העתירה הזו. הוא עושה מאמצים לנסח את הסוגיות בצורה אוניברסלית וכללית יותר: היהודים הספרדים והיהודים האשכנזים הם יהודים ותו לא. זאת ועוד: גם כאשר התייחס בית-המשפט לזהותם הספרדית של העותרים, הוא הציג את טרונייתם, כמו את השאלות המשפטיות באופן ניטרלי: עדה מסוימת מוחה על הצנעת תרומתה למאמץ הלאומי. אין בדברי בית-המשפט כדי להתייחס במישרין לכך שמדובר במחאתה של העדה הספרדית, עדה אשר חשה במשך שנים ארוכות תחושה של קיפוח. המעברות והדיידייטי נעלמו; הסטריאוטיפים וההפליה ארוכת השנים נמוגו. אין להם מקום בתפיסתו הליברלית "הניטרלית" של בית-המשפט. יושבים להם אפוא שלושה שופטים אשכנזים ונזופים בעותרים על שהעזו להעלות בפני בית-המשפט הגבוה לצדק את זהותם הקהילתית-הספרדית.

לפני שאסיים את ביקורתתי הקומוניטריאנית על עניין שירן, ברצוני להתייחס לטענה המופנית לא פעם כלפי הקומוניטריאניזם, והיא שיש בו כדי לקדם סיעתיות ופילוג. הנה, לכאורה, מנסה בית-המשפט בעניין שירן, בכל כוחו, לקדם את רעיון האחדות בעם, ואנוכי – בשם הקומוניטריאניזם – מגנה אותו על כך. האם אין בכך טעם לפגם? לדעתי, ניתן להתמודד עם טענה זו בכמה דרכים.

ראשית, חשוב להבין, כי על פי הקומוניטריאניזם האינדיבידואל אינו "מוגבל" לתכרות בקהילה אחת. נהפוך הוא. כל פרט ופרט משתייך בדרך כלל למספר רב של קהילות. אשר על כן, שני פרטים יכולים אומנם להשתייך לקהילות עדתיות שונות (אשכנזית וספרדית), וגם לחלוק חוויות משותפות בחברותם בקהילה אחרת, שלישית (קהילה העשויה להיות בעלת אופי דתי, חברתי, אידיאולוגי וכו'). נוסף על כך, הקומוניטריאניזם מכיר גם במדינה כקהילה. למעשה, פיתוח "התכונה האזרחית הטובה" הוא רלבנטי בעיקר למסגרת קהילתית זו. על כן, בצד ההכרה שמכיר הקומוניטריאניזם בחשיבותה של החברות בקהילה ככלל, הוא אף מדגיש את חשיבות החברות בקהילה המדינתית, בה חברים כל אזרחי המדינה. התוצאה (או, האידיאל, לפחות) היא מדינה שאזרחיה חולקים זה עם זה חוויות משותפות, מצד אחד, ומצד שני – גם חוויות שונות, כאשר מעל כל אלה מרחפת השתייכות אחת משותפת לכל: ההשתייכות לקהילה המדינתית. אם אומנם יצליח הקומוניטריאניזם בפיתוח הרגשת השייכות (the sense of "belonging") של אזרחי המדינה לקהילה המדינתית, הרי שיהא בתחושות האחרות

61 שם, בעמ' 388.

הסולידריות של כלל האזרחים זה כלפי זה כרי להוביל לסובלנות של האזרחים גם כלפי השוני שלהם זה מזה וכלפי ההשתייכויות הקהילתיות המפרידות ביניהם.

במקביל ראוי אף להדגיש, כי אם אומנם מקבלים אנו את העמדה הקומוניטריאנית, לפיה השתייכויותיו הקהילתיות של הפרט משפיעות על דמותו ועל זהותו, הרי שדיכוי השתייכויות אלה והניסיון לטשטשן (כפי שעשה בית-המשפט בעניין שירן) פירושו, למעשה, דיכוי הפרט (או, בטרמינולוגיה הליברלית, דיכוי האוטונומיה של הפרט). הקריאה לדיכוי ההשתייכויות הקהילתיות אף חושפת את תופעת "הניטרליות המניפולטיבית" מבית מדרשו של הליברליזם. ההטפה לרעיון העיוורון העדתי, לאתר שהאשכנזים השתלטו על רובן המכריע של עמדות המפתח השלטוניות, פירושה הנצחת כפיפותם של הספרדים לאשכנזים. פירושה אף גזילת הנכס האחרון שעוד נותר בידי הספרדים: השייכות הקהילתית שלהם – הזיכרון ההיסטורי המשותף שלהם, המורשת, התרבות והמסורת שלהם, והעלבון המשותף שלהם.

כפי שכבר נאמר לעיל, במסגרת התורה הקומוניטריאנית יש גם יש מקום לעיצוב ולקידום תפיסת "טוב" חברתית-מדינתית מסוימת. אולם, אין כל היגיון בתמיכה קומוניטריאנית בתפיסת "טוב" אשר, בתמציתה, באה לדכא השתייכויות קהילתיות. אשר על כן, אף כי אין לגנות תפיסת "טוב" אשר באה לקדם אחדות וקידום לבבות (נהפוך הוא), הרי שהאמצעי לקידום תפיסת "טוב" שכזו אינו יכול להיות על דרך של דיכוי קהילה מסוימת. על כן, הרעיון של "יהדות חובקת ורועות" אינו יכול ואינו ראוי להתגשם באמצעות הצגת הציונות כמפעל אשכנזי, תוך העלמת תרומתה החשובה של יהדות המזרח⁶².

ו. סוף דבר

מעטים הם המשפטנים שעדיין ממשיכים לטעון כיום כי המשפט קיים במנותק, או ראוי לו להיות מנותק, מתפיסת-עולם כוללת. אפילו ישנם כאלה אשר עדיין מתייחסים בצנינות (לא-ראויה, לרעת) כלפי תיאוריות כלכליות או סוציולוגיות של המשפט;

62 ראו בהקשר אחר D. T. Myers "Law and Social Exclusion" in *Radical Critiques of the Law* (Lawrence, S. M. Griffin & R. C. L. Moffat eds., 1997) 162, 166-167: "...radical justice cannot properly be construed as guaranteeing African Americans the right to assimilate to white culture through integration. If integration is the goal, it must be understood in a way that respects racial difference insofar as individual Americans choose for reasons of culture and solidarity to identify with this classification. Drawing on African cultures antedating the European slave trade as well as experiences of defiance and unity during slavery and its aftermath, African American culture is for many a wellspring of values and a foundation for community"

אפילו ישנם עדיין כמה המפקקים (מתוך שמרנות גרידא, לטעמי) בחינויותם של תחומי מחקר כמשפט וספרות, משפט ופסיכולוגיה או פילוסופיה של המשפט (והרשימה עוד ארוכה), סבורני כי בודדים באמת יהיו אלה אשר יתקשו לראות את הקשר ההכרחי בין הנורמות המשפטיות לבין התיאוריה הפוליטית העומדת בבסיסן. לדרוש משופט לקבל החלטות חוקתיות במנותק מתיאוריה פוליטית כלשהי פירושו לדרוש ממנו את הבלתי אפשרי. המשפט החוקתי (כמו תחומי משפט נוספים) יונק את חיותו מתיאוריה פוליטית כלשהי, והוא אינו יכול להתקיים בלעדיה. דברי החקיקה הם יישום של פילוסופיה פוליטית כלשהי, והשופט, באותם מצבים אשר דבר החקיקה אינו "כופה" עליו מפורשות להחליט באופן מסוים, בהכרח בונה את פסק־דינו על גדבכי פילוסופיה פוליטית מסוימת.

בהערת פסיקה זו ניסיתי להציג את עיקריהן של שתי תיאוריות פוליטיות: הליברליזם והקומוניטריאניזם. טענתי היתה כי בפסק־הדין מושא חיבור זה (עניין נוף), כמו בפסק־דין מוקדם יותר, אשר נדון לצורך מתן דוגמא נוספת (עניין שירן), עשה בית־המשפט העליון שימוש בתיאוריה הליברלית. סביר להניח, כי שימוש בתיאוריה הקומוניטריאנית באותן שתי פרשיות היה מביא לתוצאות משפטיות שונות. לכל אורך החיבור ביקשתי להציג את התיאוריה הקומוניטריאנית כאלטרנטיבה ראויה יותר לתיאוריה הליברלית. לדעתי, הליברליזם טובל מאובססיה אינדיבידואליסטית. בניגוד מוחלט למה שרובנו חווים, הוא רואה את הפרט האנושי כמעין יצור תלוש וחסר הקשרים כלשהם – חברתיים, תרבותיים, היסטוריים, גיאוגרפיים וכו'. בעיניי, הוא מקדם – לפחות מבחינה עובדתית אם לא מבחינה ערכית – תרבות נרקיסיסטית של אנשים אנוכיים ואגוצנטריים. הוא מעלה על נס את זכויות הפרט, אולם מתימר להציגן כזכויות המנותקות מכל תפיסת "טוב" שהיא, דבר המוביל לאדישות מוסרית ולניטרליות מניפולטיבית מצד המדינה, אשר אמורה להגן על זכויות אלה (באמצעות בתי־המשפט, בדרך כלל) מחד גיסא, ולהימנע מקידום תפיסת "טוב" כלשהי, בה היא רואה אידיאל ערכי עבור אזרחיה, מאידך גיסא. סבורני, כי הקומוניטריאניזם נותן פתרונות למרבית מהבעיות הליברליות הללו. לא באתי ליתן במסגרת רשימה קצרה זו משנה סדורה של הקומוניטריאניזם. ספק אם זו אפילו משימה אפשרית עוד, שכן כמו הליברליזם, כך גם הקומוניטריאניזם מתחיל כבר להוליד תתי־קבוצות וחילוקי דעות פנימיים. לא התייחסתי אף לרוב רובן של הבעיות שבהן סובלת התורה הקומוניטריאנית, כמו גם לרבות מהסכנות שהיא טומנת בחובה. בכל זאת, ניסיתי לטעון כי אבני היסוד של הקומוניטריאניזם יציבים יותר וראויים יותר מבחינה ערכית מאלה הליברליים. האדם אינו נתפס על־ידי הקומוניטריאניזם כנפרד באופן אינהרנטי מפרטים אחרים, אלא כקשור אליהם בעבותות. הוא נתפס כדמות מורכבת ועמוקה, השתולה בתוך מציאות רבת־הקשרים ומשתייכת לקהילות שונות. האתיקה של הקומוניטריאניזם היא האתיקה של ה"טוב" ולא האתיקה של ה"זכות". המדינה, כקהילה, נושאת באחריות כבדה יותר מזו של "שומר הלילה", ומוטל עליה תפקיד קשה – אך הכרחי מבחינה מוסרית – לעצב תפיסת טוב מסוימת ולקדמה. הקומוניטריאניזם תופס את הפרט באופן ריאלי יותר –

כאזרח ולא רק כ"אדם". הוא מכיר בכך שעל האזרח לשלם מחיר מסוים כתוצאה מקיומו לצד אזרחים נוספים ובמסגרת של מדינה (ושל קהילות נוספות), ולעתים פירושו של מחיר זה יהא פגיעה ב"רצון התופשי" שלו, אלא שהוא אף מכיר ובא לקדם את היתרונות הגלומים בחיים בצוותא: רגשות של אחווה ושל סולידריות, של אכפתיות ושל חמלה, של שייכות ושל סיפוק מהשגת יעדים תוך מאמץ משותף.

בית־המשפט בעניין נוף נצמד לתפיסה הליברלית, ובכך התעלם מקיומו המרכזי של מנהג גידול הזקן בקרב הקהילה היהודית־דתית. הוא לא היה ער לחשיבות המיוחדת לתת לקהילה מסוימת את ההרגשה שהמדינה תגן עליה בשעת צרה, הרגשה שיהא בה, כך יש לקוות, כדי לטעת בקרב בני אותה קהילה הרגשת שייכות למסגרת הקהילתית־המדינתית, אשר תוליד בבוא העת מאמצים מצידם לתרום לעיצוב ולקידום הטוב החברתי המשותף. הכרה בחשיבות העניין היתה עשויה בהחלט להוביל את בית־המשפט למסקנה שבמסגרת תקציבית מוגבלת אכן יש מקום להעדיף את הפרטים השייכים לקהילה כאמור (במקרה זה, הקהילה היהודית־דתית) על פני אינדיבידואלים מגודלי זקן. באופן דומה, ההיקבעות הליברלית של בית־המשפט בעניין שירן גרמה לו להתעלם מההיסטוריה של העותרים יוצאי ארצות המזרח, על הקיפוח והדיכוי שבה, ומהכאב אשר זעק מכל מלה ומלה בעתירתם. בית־המשפט נתן פסק־דין אשר סביר להניח כי גרם לעותרים ולחבריהם בקהילה הספרדית לדבוק בתחושתם כי המדינה (ובית־המשפט, כאחד מזרועותיה) ממשיכה ביחס העוין כלפיהם, תחושה אשר יש בה כדי ליתן לקהילה הספרדית תמריץ שלילי לעזור בקידום יעדיהם המשותפים של כלל תושבי המדינה.

אני תקווה, כי בפסיקות עתידיות יעזו בתי־המשפט להתמודד עם העקרונות הקומוניטריאניים, אם לאל יישם אותם. אין סכנה גדולה יותר מהיקבעות מחשבתית או מהליכה עיוורת אחרי אידיאולוגיה כלשהי, תהא אשר תהא.