

זכויות וערכים: הערות ביקורתיות על תזת קדימות הערכים על פני זכויות

אלון הראל*

מאמר זה בוחן באופן ביקורתי את תזת קדימות הערכים על פני זכויות, שלפיה לערכים יש קיום בלתי־תלוי בזכויות והערכים קובעים את היקף הזכויות ואת עצמתן. המאמר מצביע על הקשיים של תזת קדימות הערכים להסביר את שיח הזכויות ומציע במקום זאת את תזת ההדדיות, שלפיה ערכים משפיעים על היקף הזכויות ועל עצמתן ואולם גם הזכויות משפיעות על תוכן הערכים.

זכויות משפטיות הן חלק ממערך של פרקטיקות חברתיות אשר מעצב ומבנה ערכים כמו אוטונומיה, או מימוש עצמי. ההגנה על זכות (למשל הזכות לחופש הביטוי) בשמו של ערך מסוים (למשל אוטונומיה) מסייעת לעצב את הערך וכן לאפשר לפרטים לממש אותו בחייהם. זכויות אינן רק מבע של הערכים העומדים בבסיסן; הן משתתפות בהבניית ערכים אלה.

עמדה זו מנביעה מסקנות חשובות. בין היתר, היא מסבירה מדוע "הפרדיגמה הרציונליסטית" שלפיה שיח הזכויות הוא ביסודו של דבר שיח ערכים איננה נכונה. היא גם מסבירה מדוע יש חשיבות בהכרה מפורשת במגילות הזכויות. הגנה "אקראית" שאיננה מודעת לאופן שבו זכויות משרתות את הערכים העומדים בבסיסן איננה מספיקה להבטיח את מימוש הערכים העומדים בבסיס הזכויות.

א. מבוא. ב. זכויות כדרישות תלויות טעמים. ג. על היחס בין זכויות וערכים: בזכות תזת ההדדיות בין ערכים לזכויות. ד. סיכום.

א. מבוא

זכויות, כך אומרים לנו התאורטיקנים, הן בעלות ערך אך ורק במידה שבה הן מקדמות את הערכים העומדים בבסיסן. כך למשל יוסף רז גורס כי "Assertions of rights are typically

* נושא הקתדרה ע"ש פיליפ פ' ואסטל מיזוק, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

intermediate conclusions in arguments from ultimate values to duties”¹. רז מאמץ את העמדה שניתן לכנות “ההיפותזה של קדימות הערכים”, שלפיה הערכים העומדים מאחורי הזכויות קודמים לזכויות מבחינה נורמטיבית. זאת ועוד, הוא גם סבור כי הערכים צריכים לקבוע את היקף הזכויות ואת עצמתן.² כאשר אנו בוחנים אם לאדם יש זכות ל-X אנו בוחנים בראש ובראשונה אם הגנה על הזכות ל-X מקדמת את הערכים העומדים בבסיס הזכות הרלוונטית.

מאמר זה קורא תיגר על המרכיב השני של ההיפותזה של קדימות הערכים. שעה שאני מקבל את הטענה שלפיה הערכים קודמים מבחינה נורמטיבית לזכויות, אני חולק על העמדה שלפיה הערכים צריכים לקבוע באופן מלא את היקף הזכויות ואת עצמתן. במקום תזת קדימות הערכים אני מציע את תזת ההדריות של זכויות וערכים שלפיה זכויות אינן רק כללים המיועדים להגן על פעילויות מממשות ערך. לאמיתו של דבר, הערכים העומדים בבסיס הזכויות נקבעים באופן חלקי על ידי הזכויות, כך שהקשר בין זכויות לערכים הוא דו-צדדי: זכויות מעוגנות בערכים ומוצדקות במונחים של הערכים הללו. באותה העת ממש, ערכים מעוצבים על ידי הזכויות שאותן הם מצדיקים, באשר הזכויות מאפשרות את ההתקיימות ומקדמות את ההתפתחות של פרקטיקות חברתיות אשר מסייעות לכוון את הערכים האלה ולאפשר את התממשותם. לפיכך עמדה זו מקבלת את הטענה כי תכליתן של זכויות היא לאפשר את התממשותם של הערכים, ואולם מזה לא נובעת המסקנה כי הערכים ניתנים לזיהוי באופן בלתי-תלוי בזכויות.

כדי לבסס את תזת ההדריות אני מצביע במאמר על מאפיין מרכזי של הזכויות שאני מכנה “התלות של זכויות בטעמים (או בערכים)”. טענתי היא שבחינה זהירה של מושג הזכות מגלה כי זכויות הן דרישות תלויות טעם (reasons-dependent demands).³ דין וחשבון מלא על זכויות צריך להבחין לפיכך בין טעמים שהם פנימיים לזכויות, דהיינו טעמים שבגינם דרישה מסווגת כזכות, לבין טעמים חיצוניים לזכויות, דהיינו טעמים המשפיעים על המשקל הנורמטיבי הראוי של דרישות אך הם אינם טעמים שבגינם דרישה כלשהי מסווגת כזכות. כך, למשל, לדידם של רבים, אוטונומיה היא דרישה פנימית בנוגע לזכות לחופש הביטוי (באשר חופש הביטוי מוכר כזכות בשל תרומתו של הביטוי לאוטונומיה). לעומת זאת, התרומה האפשרית של חופש הביטוי לכלכלה היא אולי טעם להגן על ביטוי (בהנחה שחופש ביטוי אכן תורם לצמיחה כלכלית) אך אין היא טעם להגן על זכות לחופש הביטוי. ההכרה בחופש הביטוי כזכות איננה נשענת על התרומה של ביטוי לרווחה כלכלית.

1 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 181 (1986)

2 במסגרת מאמר זה אדבר הן על טעמים לזכויות והן על ערכים המצדיקים זכויות. ערך בהקשר איננו אלא סוג של טעם המצדיק לעתים קרובות זכויות. עם זאת יש טעמים שאינם ערכים. מכל מקום הבחנה זו איננה רלוונטית לצורכי מאמר זה.

3 טענה זו טענתי לראשונה במאמרי Alon Harel, *What Demands are Rights? An Investigation Into the Relations Between Rights and Reasons*, 17 OXFORD J. LEGAL STUD. 101, 101 (1997).

זכויות וערכים: הערות ביקורתיות על תזת קדימות הערכים על פני זכויות

אף שנראה לי כי ההבחנה בין טעמים "פנימיים" לטעמים "חיצוניים" היא הבחנה אינטואיטיבית המתארת היטב את שיח הזכויות, הבחנה זו מעלה שתי תמיהות מרכזיות בנוגע לזכויות. לכאורה, כדי להעריך את הצורך בהגנה על זכות, כל הטעמים, חיצוניים ופנימיים, צריכים להיות מובאים בחשבון בהתאם למשקלם היחסי. לפיכך, התמיהה הראשונה היא מהי ההצדקה ליחס הדיפרנציאלי לטעמים, דהיינו מדוע טעמים מסוימים (אוטונומיה למשל) מוכרים כטעמים "פנימיים" לזכות, שעה שטעמים אחרים (התרומה הכלכלית של ההגנה על הביטוי) אינם אלא "חיצוניים" לזכות ואינם מבססים לפיכך טענת זכות. זאת ועוד, אם מה שחשוב לצורך סיווג של דרישה כזכות הוא הטעמים שמאחורי הזכות, מדוע יש להגן רק על פעולות מסוג מסוים, כגון ביטוי, ולא על כל פעולה מקדמת אוטונומיה? לפיכך, התמיהה השנייה נוגעת ליחס הדיפרנציאלי של שיח הזכויות לפעולות, דהיינו העובדה שלא כל הפעולות מקדמות האוטונומיה מוגנות, אלא רק פעולות מסוימות המנויות בזכויות כמו למשל ביטוי מקדם אוטונומיה או פרקטיקות דתיות מקדמות אוטונומיה וכו'.

אטען כי היחס הדיפרנציאלי לערכים וכן היחס הדיפרנציאלי לפעולות מאתגרים את העמדה בדבר קדימות הערכים ומחייבים מחשבה מחודשת על הקשר בין זכויות לערכים. התזה המרכזית של העמדה המסורתית היא כי הערכים קובעים את היקף הראוי של הזכויות ואת משקלן. על המדינה לזהות מהן הפעולות אשר מקדמות או מממשות את הערכים, כגון אוטונומיה, ולהגן עליהן באמצעות הגנה על הזכויות התורמות להתממשות של ערכים אלה. לפיכך, המסקנה המתבקשת מעמדה זו היא כי הערכים העומדים מאחורי הזכויות קובעים את היקף הזכויות ואת משקלן. אם כך הדבר, אין הצדקה לא ליחס הדיפרנציאלי לערכים ולא ליחס הדיפרנציאלי לפעולות.

במאמר זה אני אנסה להגן על העמדה שלפיה (לפחות לפעמים) הערכים עצמם תלויים ומתעצבים בהתאם לפרקטיקות המוגנות. כיוון שזכויות משפטיות הן חלק ממערך של פרקטיקות חברתיות אשר מעצב ומבנה ערכים כמו אוטונומיה או מימוש עצמי, ההגנה על זכות (למשל הזכות לחופש הביטוי) בשמו של ערך מסוים (למשל אוטונומיה) מסייעת לעצב את הערך וכן לאפשר לפרטים לממש את הערך הזה בחייהם. חופש ביטוי הוא מקדם אוטונומיה בחברה, בין היתר בזכותה של מסורת שזיהתה ביטוי עם מימוש של אוטונומיה, ועל כן פתחה בפני הפרטים את האפשרות לממש את האוטונומיה שלהם באמצעות ביטוי. לצורך ביסוס טענה זו אשתמש בתזה אשר פותחה על ידי יוסף רז שלפיה מקצת מן הערכים הם תלויי פרקטיקה חברתית.⁴ המתח בין זכויות לערכים והקשר ההדדי ביניהם הוא מתח אינהרנטי לשיח הזכויות, והוא מסביר את הייחוד של שיח זה ואת התרומה הייחודית של הזכויות לערכים העומדים בבסיסן.

Joseph Raz, *The Value of Practice*, in *ENGAGING REASON: ON THE THEORY OF VALUE AND ACTION* 202, 202–217 (1999) 4

החלק השני של המאמר מפתח את הטענה שלפיה זכויות הן דרישות תלויות ערכים. החלק השלישי מצביע על התמיהות שמעלה עובדה זו ובמיוחד על ההתנגשות עם תזת קדימות הערכים. לבסוף, מובאת הצעה חלופית המסבירה את היחס בין זכויות לערכים.

ב. זכויות כדרישות תלויות טעמים

מקובל לקטלג דרישות מסוימות כזכויות ולהצדיק את ההגנה עליהן על בסיס הסיווג הזה. מחד גיסא, כאשר פרט דורש מן הממשלה לאפשר לו לפרסם מאמר אקדמי, פרט זה תובע את "זכותו לחופש הביטוי". הטעם להכרה בדרישה זו כ"זכות" היא העובדה שפרסום מאמר הוא בגדר "ביטוי", ומכאן שהוא צריך להיות מוגן על ידי הזכות לחופש הביטוי. מאידך גיסא, כאשר אדם תובע לממש מדיניות כלכלית מסוימת, בדרך כלל הדרישה איננה מתוארת כזכות, משום שדרישה לממש מדיניות כלכלית כלשהי איננה זכות מוכרת. לפיכך, נראה כי הסיווג של הדרישה לפרסם מאמר או להפגין, כדרישה לממש את הזכות לחופש הביטוי, נגזרת פשוט מאופי הפעולה: בשני המקרים הללו מדובר בביטוי. לפיכך, מה שמזהה את הדרישה לעשות X כדרישה למימוש של זכות היא העובדה ש-X היא פעולה הנופלת אל מסגרת פעולות המוגנות על ידי הזכות הרלוונטית.

עם זאת, אני סבור כי משהו חסר בתיאור הפשוט הזה.⁵ כדי להבין מה חסר בו, חשבו על המקרה שבו אני תובע להגן על זכותי לפרסם ספר על בסיס הטענה כי הספר תורם לרווחה הכלכלית ולהקטנת האבטלה. לפיכך, אני דורש כי הממשלה תאפשר לי לפרסם את הספר משום שתעשיית הספרים מקדמת צמיחה כלכלית, וצנזורה על ספרים מגדילה את האבטלה.

הדרישה שלא לצנזר את ספרי היא דרישה להתיר לי לבצע פעולה אשר באופן טיפוסי מוגנת על ידי הזכות לחופש הביטוי (פרסום ספר). על פי העמדה שלפיה סיווג של דרישה כזכות איננה אלא פונקציה של העובדה כי הפעולה הנדרשת היא בגדר ביטוי, הדרישה לפרסם את הספר צריכה להיות מסווגת כדרישה להגן על זכותי לחופש הביטוי. עם זאת, לדעתי, אין לסווג דרישה זו כדרישת זכות. צמיחה כלכלית יכולה אולי להיות טעם טוב להגן על ביטוי (אם אכן הגנה על ביטוי מקדמת את הצמיחה), ואולם אין היא הטעם הנכון להגן על זכות לחופש הביטוי. כדי לתבוע את זכותי לחופש הביטוי עליי לעגן את הדרישה בערכים או בטעמים ראויים: אוטונומיה, כבוד או טעמים אחרים המוכרים כהצדקות לזכות לחופש הביטוי. מבלי להתחייב (ולו באופן משתמע) כי הדרישה מעוגנת בטעמים הנכונים או הראויים, הסיווג של הדרישה כדרישה להגן על זכותי לחופש הביטוי איננו סיווג ראוי. ההשערה שלפיה סיווג של דרישה כזכות תלוי בטעמים העומדים מאחורי הדרישה מעוגנת בפרקטיקת שיח הזכויות עצמו. הרשו לי להדגים זאת תוך בחינה קונקרטיית של השיח בנושא חופש הביטוי. אמקד את הדיון בטיעונים הנוגעים לרגולציה של ביטוי

5 Harel, לעיל ה"ש 3.

זכויות וערכים: הערות ביקורתיות על תזת קדימות הערכים על פני זכויות

ואצביע על כך כי הטיעונים הללו מניחים כי האפיון של דרישה כזכות מותנה בטעמים או בערכים העומדים בבסיס הדרישה.

דוגמה לשיח המביא בחשבון את הטעמים מאחורי ההגנה היא השיח המשפטי-פוליטי בנושא הפורנוגרפיה. חסידי ההסדרה של פורנוגרפיה משתמשים לעתים קרובות בשני סוגי טיעונים. חלקם גורסים כי שעה שהזכות לחופש הביטוי מנביעה טעמים מסוימים להגן על פורנוגרפיה, יש טעמים חזקים יותר המצדיקים הגבלה של פרסום פורנוגרפיה או של צריכתה.⁶ לפיכך, ההסדרה של פורנוגרפיה היא פגיעה מוצדקת בזכות לחופש הביטוי. עם זאת, לעתים חסידי ההסדרה של פורנוגרפיה טוענים כי הייצור וההפצה של פורנוגרפיה אינם מוגנים כלל, והרגולציה של פורנוגרפיה אינה בגדר פגיעה בחופש הביטוי.⁷ לפיכך, נשאלת השאלה מדוע. מדוע רגולציה של פורנוגרפיה או סוגי ביטוי אחרים (ביטויי שנאה למשל) אינם בגדר פגיעה, ולו לכאורית, בזכות לחופש הביטוי? בהצדקת העמדה הזו, חסידי ההסדרה מעלים שני סוגי טיעונים. חלקם גורסים כי פורנוגרפיה אינה בגדר ביטוי כלל. אחרים גורסים כי שעה שפורנוגרפיה היא ביטוי, ההסדרה של פורנוגרפיה אינה בגדר פגיעה בזכות לחופש הביטוי, משום שזכות זו אינה מגנה על כל ביטוי, אלא רק על ביטויים מסוג מסויים. בהצדקת טענות אלה, המועלות על ידי תאורטיקנים משפטיים, יש טיעון שהוא רלוונטי במיוחד לצרכינו. הטענה כי פורנוגרפיה או ביטויי שנאה אינם בגדר ביטוי או לכל הפחות ביטוי מוגן, מבוססת על כך שהטעמים מאחורי ההגנה על חופש הביטוי אינם מצדיקים הגנה על פורנוגרפיה או על ביטויי שנאה. לפיכך, הטענה אינה כי אין להגן על פורנוגרפיה או על ביטויי שנאה (שהרי ייתכנו טעמים אחרים המצדיקים הגנה על סוגי ביטוי אלה), אלא שהטעמים להגן על הזכות לחופש הביטוי אינם חלים על הקטגוריות הללו.

קחו למשל את הדוגמה של ביטוי מסחרי. אחד הטיעונים הנפוצים נגד הגנה על ביטוי מסחרי הוא כי ההגנה על חופש הביטוי מעוגנת באוטונומיה, ואילו ביטוי מסחרי איננו בגדר מימוש של אוטונומיה.⁸ טענה זו אינה שוללת את האפשרות כי ביטוי מסחרי הוא ביטוי חשוב וראוי להגנה (למשל משום שהוא תורם לקידום הצמיחה הכלכלית). ההגנה על ביטוי מסחרי אינה בגדר הגנה על הזכות לחופש הביטוי, לא משום שאין להגן על חופש הביטוי המסחרי, אלא משום שהטעמים להגנה על הזכות לחופש הביטוי (למשל אוטונומיה) אינם מצדיקים הגנה על ביטוי מסחרי. במילים אחרות, רק כאשר הדרישה להגנה על ביטוי מעוגנת בטעמים מסוימים, כגון אוטונומיה, היא מסווגת כדרישה להגנה על הזכות לחופש הביטוי. גם התומכים בהגנה על זכות לחופש ביטוי מסחרי נשענים על טיעון דומה (אף כי הפוך). לטענתם, חופש הביטוי המסחרי מעוגן אף הוא באוטונומיה,

6. CATHERINE A. MACKINNON, ONLY WORDS 71–110 (1993)

7. John Finnis, "Reason and Passion": *The Constitutional Dialectic of Free Speech and Obscenity*, 116 U. PA. L. REV. 222, 222–243 (1967); Catherine MacKinnon, *Pornography, Human Rights and Speech*, 20 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 1, 1–70 (1985)

8. C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH 194–244 (1989)

ומכאן שהביטוי המסחרי זכאי להגנה. הוא הדין במקצת מחסידי ההגנה על פורנוגרפיה הסבורים למשל כי החירות לצרוך פורנוגרפיה מעוגנת בכך ש"פורנוגרפיה היא סוג של מרד. היא יוצאת כנגד ההתבוננות הפוריטאנית של החברה השמרנית".⁹ הן העמדה שלפיה ביטוי מסחרי איננו מוגן על ידי הזכות לחופש הביטוי (משום שהוא איננו מבטא בחירה אוטונומית) והן העמדה כי פורנוגרפיה צריכה להיות מוגנת על ידי הזכות לחופש הביטוי (משום שהיא מקדמת את שוק הרעיונות ומאגרת עמדות פוריטניות) מניחות כי סיווגה של דרישה לחופש הביטוי כזכות לחופש הביטוי תלוי בטעמים העומדים מאחורי הדרישה. לפיכך, לומר שיש לי זכות לפרסם ספר או להשתתף בהפגנה דורש יותר מאשר לומר כי הדרישה היא מוצדקת. בנוסף, יש גם להצביע על כך כי הטעמים לדרישה הם טעמים "מתאימים" לזכות הרלוונטית, ובמילים אחרות, הם הטעמים שבגינם הדרישה צריכה להיות מסווגת כזכות.

את ההבחנה הזו אפשר לתאר במונחים של הבחנה בין "טעמים פנימיים" (טעמים שבגינם הדרישה מסווגת כזכות) לבין "טעמים חיצוניים" (טעמים המצדיקים הגנה על הדרישה, אך אינם מצדיקים את סיווגה כזכות).¹⁰ טעמים הם פנימיים תמיד בנוגע לזכות פרטיקולרית. החשיבות של "שוק הרעיונות" היא, לדידם של רבים, הטעם שבגינה המערכת המשפטית צריכה להגן על הזכות לחופש הביטוי. לפי עמדה זו, התרומה של ביטוי לשוק הרעיונות היא טעם פנימי בנוגע לזכות לחופש הביטוי. טעם זה איננו מצדיק (רק) הגנה על ביטוי או על חופש הביטוי, אלא הגנה על הזכות לביטוי. ואולם "שוק הרעיונות" איננו בהכרח טעם פנימי להגנה על זכויות אחרות. הסיווג של טעם כטעם פנימי לזכות הוא בסופו של דבר סיווג הנקבע על פי קונבנציות, דהיינו על פי האופן שבו הציבור והמשפטנים מצדיקים את הזכות בשיח הפוליטי ובשיח המשפטי.

המצדד בהגנה על ביטוי שנוי במחלוקת כמו פורנוגרפיה, יכול להצדיק את עמדתו הן על בסיס טעמים פנימיים והן על בסיס טעמים חיצוניים. חסיד כזה יכול למשל לומר כי פורנוגרפיה צריכה להיות מוגנת משתי סיבות: (א) היא מקדמת את שוק הרעיונות או מגנה על האוטונומיה ומאפשרת מימוש עצמי; (ב) ההסדרה של פורנוגרפיה יקרה מדי ואכיפת האיסור פולשנית מדי. הטיעון הראשון מצדיק לא רק הגנה על ביטוי פורנוגרפי, אלא גם הגנה על זכות לחופש ביטוי פורנוגרפי. לעומת זאת, הטיעון השני עשוי להיות טיעון מצוין להגנה על פורנוגרפיה, אך על פי העמדה המוצעת כאן, הוא איננו בגדר טיעון להגנה על הזכות לחופש ביטוי פורנוגרפי.

טיעונים פנימיים להגנה על זכויות מסווגים לשתי קטגוריות מרכזיות: טעמים פנימיים ראשוניים וטעמים פנימיים שניוניים. טעמים פנימיים ראשוניים הם טעמים שבגינם הזכות מוגנת מלכתחילה. כך למשל אם חסיד ההגנה על חופש הביטוי סבור כי אוטונומיה היא הטעם להגנה על חופש הביטוי, כי אז אוטונומיה היא טעם פנימי ראשוני באשר ההגנה על

9 תרגום של המחבר. STEVEN H. SHIFFRIN, THE FIRST AMENDMENT, DEMOCRACY AND ROMANCE 104 (1990).

10 Harel, לעיל ה"ש 3, בעמ' 105–106.

זכויות וערכים: הערות ביקורתיות על תזת קדימות הערכים על פני זכויות

הזכות לחופש הביטוי מותנית בכך שהזכות מגנה על אוטונומיה. ואולם לעתים התביעה לא להיות כפוף לצנזורה מסוגת כזכות גם כאשר התביעה איננה מקדמת אוטונומיה אלא מטעמים מוסדיים, טעמי מדרון חלקלק ועוד. בנסיבות אלה, הטעמים הפנימיים השניוניים מרחיבים את היקף ההגנה מעבר להיקף המבוסס על הטעמים הפנימיים הראשוניים. לסיכום, זכויות הן דרישות תלויות טעם. סיווג של דרישה כזכות מחייב כי הטעמים להגנה על הדרישה (לפחות חלקם) הם פנימיים לזכות. הפרק הבא מראה כי מסקנה זו קוראת תיגר על התאוריות המבוססות על קדימות הערכים.

ג. על היחס בין זכויות לערכים: בזכות תזת ההדדיות בין ערכים לזכויות

תאוריות בדבר קדימות הערכים על פני זכויות דבקות בעמדה שלפיה הערכים שמאחורי הזכויות קובעים את היקף הזכות ואת משקלה היחסי. אחרי הכול, החשיבות של הזכויות מעוגנת בערכים המצדיקים זכויות אלה. הזכות לחופש הביטוי מוגנת **משום** שהיא מקדמת אוטונומיה, **משום** שהיא מקדמת את שוק הרעיונות או **משום** שהיא מאפשרת מימוש עצמי. מכאן גם נראה טבעי להסיק כי הערכים העומדים בבסיס הזכות הם בלתי-תלויים בשאלה אם הזכות מוכרת או מוגנת. לפיכך, הזכויות הן צללית או השתקפות של הערכים העומדים בבסיסם. מתובנות אלה נובעת הפופולריות של העמדה בדבר קדימות הערכים אשר באה לידי ביטוי באמירה של רז, שבה פתחתי מאמר זה, שלפיה "Assertions of rights are typically intermediate conclusions in arguments from ultimate values to duties"¹¹. בפרק זה אני אציג חלופה לעמדה זו ואטען כי תפיסה זו נתקלת בשני קשיים מרכזיים. ראשית, חסיד התזה בדבר קדימות הערכים צריך להסביר את היחס הדיפרנציאלי לטעמים, דהיינו מדוע יש טעמים שהם פנימיים לזכות וכאלו שהם חיצוניים לה. לכאורה, כאשר אנו שוקלים אם לצנזר ביטוי עלינו לשקול את כל הטעמים הרלוונטיים בהתאם למשקלם היחסי. שנית, יש צורך להסביר את היחס הדיפרנציאלי לפעולות, דהיינו מדוע יש פעולות (ביטוי למשל) המוגנות על ידי זכויות ולא זכות אחת ויחידה, למשל הזכות לאוטונומיה? אם הערך של זכויות מעוגן באוטונומיה מדוע לא להגן פשוט על זכות לאוטונומיה ככזו או, ליתר דיוק, זכות לפעולות המקדמות אוטונומיה ככאלה? על פי עמדה זו, במקום להגן על הזכות לחופש הביטוי או על הזכות לחופש הדת, יש להגן על הערכים העומדים בבסיס הזכויות הללו. לאמיתו של דבר, ההתעסקות בזכות לחופש הביטוי איננה אלא בגדר פטישיזם של ביטוי, שהרי הביטוי עצמו איננו בעל ערך אלא רק האוטונומיה המתממשת באמצעות הביטוי. הערך האמתי מאחורי הזכות – האוטונומיה או המימוש העצמי – צריך לקבוע בסופו של יום אילו זכויות מוגנות ובאיזו עוצמה יש להגן עליהם.

11 Raz, לעיל ה"ש 1.

יש שלוש דרכים אפשריות להגן על תזת קדימות הערכים ועם זאת להתגבר על ההתנגדויות הללו.¹² הדרך הראשונה מבוססת על מערכת שיקולים פרגמטית. שתי הדרכים האחרות מתבססות על הרצון להבטיח חפיפה בין הזכויות לבין הערכים העומדים בביססם. דרך אחת מושתתת על ערכי עומק רחבים (תזת הערכים הרחבים). דרך זו מושתתת על התפיסה שלפיה הפרקטיקה הקיימת בשיח הזכויות היא בלתי־ראויה וכי יש להחליף את שיח הזכויות בשיח ערכים. על כן, אין לדבר על זכות לחופש הביטוי, זכות לחופש הדת או זכות לחופש התנועה. יש רק זכות אחת והיא הזכות לאוטונומיה או לפעולות מקדמות אוטונומיה. הדרך השנייה מושתתת על ערכים צרים (תזת הערכים הצרים). דרך זו נשענת על ערכים ספציפיים המצדיקים את הזכויות הקיימות. למשל, אין לומר כי יש ערך לאוטונומיה ככזו אלא לאוטונומיה אקספרסיבית המחייבת הגנה על זכות לחופש הביטוי או ערך להארה רוחנית אשר מחייב הגנה על חופש דת וכו'.

יוסף רוז מצדד בעמדה הפרגמטית. על פי עמדה זו, באופן אידאלי היינו חפצים, ככל הנראה, להגן על הערכים העומדים מאחורי הזכות או ליתר דיוק לכל פעולה המקדמת או מאפשרת התממשות הערכים הללו. ואולם אי־הסכמה פוליטית בנוגע לערכי היסוד מחייבת אותנו להגן על קטגוריה מתווכת של זכויות, כך שלא בכל מקרה שבו מתעוררת שאלה פרקטית, ניזקק לפנייה ישירה לערכים. לדעתו של רוז, החשיבות בפנייה לכללים מתווכים בין ערכים לחובות (דהיינו הזכויות) מוצדקת: "not only because it saves time and tediousness, but primarily because it enables a common culture to be formed around shared intermediate conclusions in spite of a great degree of haziness and disagreement concerning ultimate values"¹³.

כמובן אינני חולק על הטענה שלפיה יש קשיים מוסדיים בהגנה ישירה על פעילויות מקדמות אוטונומיה כמו ביטוי ודת. אלא שבניגוד לרוז, אני סבור כי הוויכוחים בדבר ערכי היסוד משליכים לעתים קרובות גם על היקף ההגנה על זכויות. ויכוחים בדבר היקף ההגנה על ביטוי הם לעתים קרובות פונקציה של ויכוחים על ערכי היסוד העומדים מאחורי חופש הביטוי. מכאן שעמדתו של רוז איננה פותרת, או לפחות איננה פותרת באופן מלא, את בעיית אי־ההסכמה בדבר ערכי היסוד.

זאת ועוד, הפעילות המוגנת במקרה זה, חופש הביטוי, מקודשת על ידי חסידי ההגנה על הזכות מעל ומעבר לחשיבות של ערך האוטונומיה. אם פעולה מסווגת כביטוי, קשה מאוד לקרוא תיגר על ההגנה עליה פשוט בכך שנראה כי היא איננה משרתת את הערך הרלוונטי. הסיווג של הפעולה כביטוי מעניק לה לעתים קרובות חסינות כמעט אוטומטית. זאת ועוד, לעתים קרובות הסיווג הזה משמש להצדקת המסקנה כי הפעולה מקדמת אוטונומיה באשר היא מסווגת כביטוי. במילים אחרות, במקום לומר שהפעולה מוגנת כי היא מקדמת אוטונומיה לעתים קרובות, הפעולה מוגנת פשוט מכיוון שהיא מוגדרת כביטוי.

12 לאסמכתאות ראו את הדיון המפורט להלן בעמודים הבאים.

13 RAZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 181.

זכויות וערכים: הערות ביקורתיות על תזת קדימות הערכים על פני זכויות

מובן שתאוריטיקן של זכויות יכול לטעון שטיעון כזה הוא שגוי, ואולם אם תאוריה של זכויות חפצה להיות נאמנה לרגישויות מאחורי שיח הזכויות, עליה להסביר את השיח ולא להסתפק בביקורת על השיח. העמדה הפרגמטית איננה מסבירה את החשיבות המיוחסת לסיווג של פעולות כביטוי או ככל קטגוריה מוכרת אחרת. במובן זה היא איננה נאמנה לפרקטיקת שיח הזכויות.

לאחרונה קאי מולר (Kai Möller) הגן בספרו על האפשרות השנייה (תזת הערכים העמוקים) וטען כי די בהגנה על הערכים הרחבים העומדים מאחורי הזכות:

“This section proposes and defends the idea of a general right to personal autonomy. In a nutshell, it relies on two arguments to reach this conclusion. First, any attempt to limit the scope of rights to certain especially important autonomy interests will come at the price of incoherence of the underlying conception of autonomy; thus, the only way to avoid this incoherence is to include all autonomy interests in the scope of rights. Second, in order to defend the claim of a right to autonomy, one must abandon the idea that rights hold a special normative force (for example, that they act as trumps or side constraints); rather their point and purpose is to give the right-holder an entitlement to have his autonomy interests adequately protected at all times... Hence, one ought to reject the independent existence of separate and distinct rights and turns instead to the values underlying the right.”¹⁴

מולר המשיך והציע כי:

“For framers of new constitutions, the idea of a comprehensive right to personal autonomy calls into question the necessity of a set of distinct constitutional rights. Nothing would be lost in theory by simply acknowledging one comprehensive prima facie right to personal autonomy instead”.¹⁵

עמדה זו היא חלק מתפיסה רחבה יותר המתפתחת בשנים האחרונות באירופה ומכונה לעתים Rationalist Human Rights Paradigm. על פי עמדה זו, שיח הזכויות חייב להתרחק מן הקשר הכפייתי-פטישיסטי עם “הקטלוגים הקלאסיים של זכויות”, ולתבוע במקום זאת הצדקה לכל פעולה של גוף ציבורי ללא קשר לסיווג הפעולה כביטוי, כפרקטיקה דתית או

.KAI MÖLLER, THE GLOBAL MODEL OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 73 (2012) 14

15 שם, בעמ' 88.

כזכות ספציפית אחרת.¹⁶ על פי עמדה זו, שיח הזכויות צריך לדחות (ולדעתם של רבים אף דוחה בפועל במדינות רבות) את האפיון המסורתי המבוסס על הגנה על אינטרסים או על פעולות כמו ביטוי או דת, ולהגן על מגוון רחב של פעולות מקדמות חירות או מקדמות אוטונומיה. לאמתו של דבר, במקום לסווג זכויות על בסיס אופי הפעולה או אופי האינטרס, יש לסווגן על בסיס הערכים העומדים מאחוריהן. בספרות ניתן למצוא גרסאות רבות לטענה זו שנטענה על ידי רוברט אלקסי,¹⁷ אהרן ברק,¹⁸ מתיאס קום,¹⁹ משה כהן-אליה ועידו פורת,²⁰ קאי מולר²¹ ורבים אחרים. עמדה זו הפכה להיות העמדה הדומיננטית בקרב משפטנים חוקתיים רבים ובייחוד אלו המושפעים מן הפסיקה החוקתית הגרמנית, האירופית, הקנדית ואף הישראלית. הפרדיגמה הזו קוראת תיגר על העמדה המסורתית שלפיה זכויות מגנות רק על פעולות מוגדרות היטב כמו ביטוי, דת או פרטיות. למרות הכוח המשכנע של העמדה, לדעתי עלינו לדחותה משלושה טעמים מרכזיים.

ראשית, למרות הניסיון לעגן את הפרדיגמה הרציונליסטית בפרקטיקות של בתי המשפט, אני סבור כי הפרקטיקה סוטה באופן קיצוני משיח הזכויות הקונבנציונלי. חוקות ומגילות זכויות האדם מכילות שורה ארוכה של זכויות פרטיקולריות, וההגנה עליהן היא חלק מרכזי משיח זכויות האדם. גם אם חלק מבתי המשפט מרחיבים את ההגנה הרבה מעבר להגנות המוכרות, עדיין "הקטלוגים הקלאסיים", כפי שהם מכונים בפי מקצת מחסידי הפרדיגמה הרציונליסטית, משרתים את בתי המשפט ואת שיח הזכויות הציבורי. שנית, לא כל מקרה של מימוש אוטונומיה הוא בעל ערך, ובוודאי לא כל מקרה של מימוש אוטונומיה ראוי (אפילו לכאורה) להגנה. הטענה שלפיה יש זכות כללית לאוטונומיה במובחן מזכות לאוטונומיה מסוג מסוים או אוטונומיה בנוגע לפעולה מסוימת דורשת צידוק נורמטיבי. לעתים קרובות מדי, חסידי הפרדיגמה הרציונליסטית מניחים שלמימוש אוטונומיה ככזו יש ערך ושעל כן היא ראויה להגנה. הנחה זו דורשת עוגן נורמטיבי.

שלישית, הפרדיגמה הרציונליסטית איננה יכולה להסביר את הייחוד של שיח הזכויות. חסידי הפרדיגמה הרציונליסטית מדגישים את החשיבות של הערכים העומדים מאחורי זכויות. זכויות הן מכשיר לחשיבה ביקורתית ולשיח רציונלי. ואכן, איש לא יכחיש את

Mattias Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, 4 LAW AND ETHICS OF HUMAN RIGHTS 142, 142–175 (2010).

ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 92–93 (Julian Rivers trans., 2002).

Aharon Barak, *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 HARV. L. REV. 19, 19–162 (2002–2003).

Kumm, לעיל ה"ש 16.

Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, 59 AM. J. COMP. L. 463, 466–467, 475 (2010).

MÖLLER, לעיל ה"ש 14, בעמ' 88.

זכויות וערכים: הערות ביקורתיות על תזת קדימות הערכים על פני זכויות

החשיבות של ערכים כמו "תרבות של הצדקה".²² אלא ש"תרבות של הצדקה" חלה גם על שיח בדבר שערי הריבית וגובה התקציב ולא רק בדבר היקף ההגנה על ביטוי או על פרקטיקות דתיות. למרות הנכונות של חסידי הפרדיגמה הרציונליסטית להרחיב את ההגנה על זכויות מעבר להגנה המסורתית, יש הרבה מאוד ממדים של החיים הציבוריים שאינם נשלטים על ידי זכויות אף שראוי שיישולטו על ידי תרבות של הצדקה. במילים אחרות, הפרדיגמה הרציונליסטית איננה מסבירה מדוע ראוי לקטלג פעולות מקדמות אוטונומיה או מגנות אוטונומיה כזכויות, ולא למשל פעולות המקדמות צמיחה כלכלית. מדוע לפיכך יש לנו זכות לאוטונומיה אישית ולא זכות לשערי ריבית המקדמים את הצמיחה הכלכלית או את הרווחה החברתית? למרות הנכונות לנטוש את שיח הזכויות הקונבנציונלי, הפרדיגמה הזו אינה מסוגלת להסביר מדוע פעולות מקדמות אוטונומיה צריכות להיות מסווגות כזכויות ואילו פעולות אחרות המקדמות אינטרסים אחרים אינן צריכות להיות מסווגות כך. ג'ושוע כהן (Joshua Cohen) מציע הצעה חלופית המעוגנת במה שכינתי "תזת הערכים הצרים". לדעתו, הזכות לחופש הביטוי איננה מעוגנת בערכים כלליים, כמו אוטונומיה או מימוש עצמי, אלא בטעמים פרטיקולריים יותר אשר מגנים באופן ספציפי על ביטוי. לדעתו ישנם שלושה סוגי אינטרסים "אשר מוגנים על ידי הגנה קפדנית על חירות הביטוי ואשר חשיבותם הופכת את הדרישה להגנה על ביטוי לסבירה".²³ האינטרסים הללו כוללים אינטרסים אקספרסיביים, דליברטיביים ואינפורמטיביים. מסקנתו של כהן, בדומה למולר ולפרדיגמה הרציונליסטית, היא כי יש חפיפה מלאה בין הערך המצדיק את הזכות ובין הפעולות המוגנות על ידי הזכות. אלא שבניגוד למולר, לגישתו, חפיפה זו מושגת לא על ידי הגנה על כל פעילות המקדמת את הערך הרלוונטי (באופן המוחק או מאיין את ההבחנות המלאכותיות בין חופש דת, חופש ביטוי וכו'), אלא בדיוק להפך – על ידי זיהוי ערכים פרטיקולריים צרים המצדיקים את הזכויות הפרטיקולריות השונות.²⁴ אלא שגם עמדתו של כהן איננה מסבירה את הטעם ליחס הדיפרנציאלי לערכים. מדוע עלינו לסווג את הפעולות המקדמות אינטרסים אקספרסיביים, דליברטיביים ואינפורמטיביים כזכויות דווקא? מהי הסיבה להבחנה בין אינטרסים אלה לאינטרסים אחרים? הן הצעתו של מולר והן הצעתו של כהן אינן מסבירות את הטעם ליחס השונה של שיח הזכויות כלפי ערכים שונים. במילים אחרות, מדוע ערכים מסוימים מנביעים זכויות וערכים מסוימים אחרים אינם מנביעים זכויות?

בהמשך פרק זה אנסה להציע פתרון לתמיהות שהועלו לעיל, ואטען כי הערכים העומדים מאחורי מקצת הזכויות הם ערכים ייחודיים; ההגנה האפקטיבית על ערכים אלה מחייבת הבניה של פרקטיקות חברתיות, והסיווג של הנורמות המגנות על פרקטיקות אלה

22 Kumm, לעיל ה"ש 16.

23 התרגום של המחבר. Joshua Cohen, *Freedom of Expression*, 22 PHIL. & PUB. AFF. 207, (1993) 223.

24 ליתר דיוק, כהן מתייחס רק לזכות לחופש הביטוי. אני מציע כאן הרחבה של עמדתו מעבר לזכות ספציפית זו.

כזכויות מסייע להבנות את הערכים הללו ומאפשר לפרטים לממשם בחייהם האישיים. באמצעות ההגנה על ביטוי המיועד לקדם אוטונומיה, הגוף המדיני לא רק מגן על פרקטיקה מקדמת אוטונומיה, אלא, לאמתו של דבר, הוא אף מייצר בעצמו פרקטיקות מקדמות אוטונומיה ומאפשר לפרטים להשתתף בפרקטיקות הרלוונטיות. הפרקטיקות הללו חבות לפחות באופן חלקי את היותן פרקטיקות מקדמות אוטונומיה להגנה הניתנת להם על ידי המדינה.

כדי להגן על עמדה זו, איעזר בהצעתו של רו, שלפיה ערכים הם תלויי פרקטיקות חברתיות (Social Dependence of Value). בספרו ENGAGING REASON טוען יוסף רו שמקצת הטובין הם טובין המיוצרים באופן חברתי, וכי פרקטיקות חברתיות תורמות לגיבוש ולהבניית ערכים בשני אופנים שונים:

“On the one hand, it is possible that values and goods are created or maintained in existence by social practices, and the shared beliefs and understandings which are part of them. I will call practices which bring into existence goods or values, or sustain them in existence sustaining practices. On the other hand, it is possible that shared understandings affect not the existence of values and goods, but our ability to learn of them, and perhaps to benefit from them. Such practices control access to the values and the goods concerned.”²⁵

רו מנתח בספרו את המושג Socially Dependent Goods. ניתוח זה עוסק בטובין אנושיים בכלל. להלן אבחן את הרלוונטיות של הניתוח לתאוריה של זכויות. הניתוח שאציע תומך דווקא בתאוריית זכויות שאיננה מעניקה קדימות לערכים.²⁶ על פי הצעתי, הכרה בזכות (למשל הזכות לחופש הביטוי) וההגנה עליה הן לעתים “פרקטיקות” או לכל הפחות מסייעות לגבש פרקטיקות (כמובנן בתאוריה המוצעת על ידי רו בנוגע לקשר בין פרקטיקות לערכים). פרקטיקות אלו עשויות להבנות או לעצב את הערכים העומדים בבסיס הזכות ולאפשר את מימושם. במילים אחרות, אמנם הזכויות ללא ספק מעוגנות בערכים, אולם הערכים עצמם אינם יכולים להתממש באופן שאיננו תלוי בזכויות גופן. הזכויות, ובייחוד ההגנה המשפטית על זכויות, מאפשרות יצירת תרבות של זכויות המאפשרת מימוש של האוטונומיה.

קחו לדוגמה את היחס שבין ביטוי לבין אוטונומיה. חסיד תזת קדימות הערכים עשוי לטעון כי ביטוי הוא במהותו פעילות מקדמת-ממשת אוטונומיה, ועל כן יש להגן עליו (כמו על כל פעילות מקדמת אוטונומיה). מכאן שאין מקום להגן באופן ספציפי על ביטוי,

25 Raz, לעיל ה"ש 4, בעמ' 147.

26 נגעתי כבר בשאלה זו במאמרי Alon Harel, *Theories of Rights*, in THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 191 (Martin P. Golding & William A. Edmundson eds., 2005).

זכויות וערכים: הערות ביקורתיות על תזת קדימות הערכים על פני זכויות

אלא על כל פעולה מקדמת אוטונומיה. חסיד התזה החלופית, תזת ההדדיות, גורס כי ביטוי הופך להיות פעילות מקדמת מממשת אוטונומיה דווקא בעקבות ההגנה וההכרה המוענקות לו. בחברה שבה הזכות לחופש הביטוי מוגנת מטעמי אוטונומיה, אנשים לומדים לממש את האוטונומיה שלהם באמצעות ביטוי. ההכרה שפרט יכול להשתמש בביטוי כדי לקדם אוטונומיה מתעצבת ומתגבשת באופן חברתי, ולפיכך רק הכרה כזו מאפשרת לפרטים לממש את האוטונומיה שלהם באמצעות ביטוי. אוטונומיה היא מושג מופשט, והתממשותה דורשת גיבוש פרקטיקות חברתיות. לפיכך ההכרה החברתית וההגנה המשפטית מכוננות את האפשרות לקדם את האוטונומיה באמצעות הפעילות הרלוונטית.

לא כל החלטה שמקבל פרט היא החלטה אוטונומית. רכישת היכולת לממש אוטונומיה דורשת לימוד. מימוש אוטונומיה דורש הבנה של ההקשר החברתי והתרבותי שבמסגרתו מבצע אדם את הבחירה. הפעלה נכונה של האוטונומיה דורשת שימוש בטעמים שונים בהקשרים שונים. לא כל החלטה היא מימוש של אוטונומיה, ואפילו כאשר החלטה היא מימוש של אוטונומיה, לא כל החלטה היא מימוש של אוטונומיה שהיא בעלת ערך או ראוי להגנה. כדי לממש את האוטונומיה באופן שהוא בעל ערך צריך להכיר את הקריטריונים למימוש האוטונומיה ואת הרציונלים העומדים בבסיסה. כך למשל אין זה ברור כלל אם אני מממש את האוטונומיה שלי כאשר אני מצביע למפלגה פוליטית על בסיס הנחיה שקיבלתי ממורה הדת שלי או מהפסיכולוג. האם אני מממש את האוטונומיה שלי כאשר אני בוחר את בן זוגי או את בת זוגי על בסיס הגרלה? האם אני מממש את האוטונומיה שלי כאשר אני בוחר את מקצועי כדי לרצות את הוריי? יש שיטענו שהחלטות אלה אינן אוטונומיות, ואולם גם אם הן אוטונומיות, לא לשם הגנה על החלטות אלה בחרה המערכת המשפטית להגן על אוטונומיה.

לעתים קרובות קשה מאוד לסמן את הקו המפריד בין בחירה אוטונומית גרועה (לדוגמה, בחירת בן הזוג או בת הזוג על בסיס מעמדם הכלכלי) לבין החלטה שאיננה אוטונומית כלל, משום שהיא אינה מזהה נכונה את הטעמים שעל בסיסם ההחלטה צריכה להיעשות (לדוגמה, בחירת בן הזוג או בת הזוג באמצעות הגרלה). דוגמאות אלה מדגימות את החשיבות של יצירת תרבות, המאפשרת מימוש של בחירות אוטונומיות. כדי לאפשר בחירות כאלה יש לקיים תרבות משותפת, לזהות את המקרים הפרדיגמטיים של בחירה אוטונומית ואת הרציונלים העומדים מאחורי בחירות אלה. רציונלים אלה מחייבים גיבוש תרבות משותפת שתופנס על ידי הפרטים המממשים את האוטונומיה בחייהם האישיים.

יש החלטות, כמו ההחלטה לתמוך במפלגה מסוימת, שהן חשובות משום שהן משקפות שיפוטיות הנוגעים לטוב ורע, לצודק ובלתי־צודק. במקרים אלה הבחירה האוטונומית ראויה להגנה אם היא מבוססת על בחירה רציונלית כזו. במקרים אחרים, כמו בחירת בן הזוג או בת הזוג, הבחירה משקפת העדפות "אותנטיות" או טעמים ההופכים את חייו של האדם לטובים יותר. במקרים אלה אולי אינסטינקט, חוש שישי או אינטואיציה יכולים לשרת טוב יותר את האדם מאשר שקלול רציונלי. במקרים מסוימים, כמו בדיני החוזים, האוטונומיה מנביעה יכולת לכבול את עצמנו בעתיד כדי לקדם "תכנית חיים", ואילו במקרים אחרים, כמו במקרה של צוואות או יחסי מין, האוטונומיה מנביעה דווקא יכולת מתמדת לשנות את

דעתנו ולהחליט בכל רגע ורגע כיצד לנהוג על בסיס תחושות רגעיות. הריבוי והמורכבות של בחירות אוטונומיות מחייבים יצירת מערכת מוסדית-תרבותית המאפשרת לקיים את הפרקטיקות והמוסדות כדי לאפשר מימוש של האוטונומיה. על פי עמדתנו, הגנה מוסדית ומשפטית על זכויות מאפשרת לקיים תרבות כזו ולממש את האוטונומיה. על ידי הגנה על המקרים הפרדיגמטיים של מימוש אוטונומיה ושלילת ההגנה ממקרים שבהם הבחירה לא הייתה תוצר של בחירה אוטונומית, המערכת המשפטית תורמת לגיבוש של פרקטיקות המאפשרות מימוש אוטונומיה. גיבוש תרבות כזה דורש לא רק הגנה על זכויות, אלא גם גיבוש של מנגנונים מוסדיים המשקפים את הכבוד כלפי החלטות או הכרעות אשר מממשות את האוטונומיה באופנים הראויים – באופנים שבגינם החלטות זכות להגנה משפטית או פוליטית.

אפילו במסגרת של זכות פרטיקולרית כמו הזכות לחופש הביטוי יש הקשרים שונים שבהם האופן הראוי להפעלת הזכות שונה בהקשרים שונים. בשיטות משפטיות רבות ביטוי פוליטי זוכה להגנה מיוחדת. אין ספק כי הנחת היסוד בבסיס ההגנה הזו היא כי חירויות פוליטיות הן חשובות במיוחד ואולי גם פגיעות במיוחד (משום שלמחוקקים יש אינטרס מיוחד להגביל חירויות אלה). אלא שבצד חשיבותן ופגיעותן של החירויות הפוליטיות, ההגנה המיוחדת על הביטוי הפוליטי מעצימה את החשיבות המיוחדת להשתתפות פוליטית ואת התרומה האפשרית של ביטוי פוליטי להגדרה עצמית של הפרט. ביטוי מסחרי, לעומת זאת, זוכה בשיטות משפטיות רבות להגנה מוגבלת, והגנה מוגבלת זו תורמת לתפיסה שלפיה ביטוי מסחרי הוא אינסטרומנטלי גרידא; אין הוא פרקטיקה שבמסגרתה הפרט מממש את עצמו. לבסוף, חופש הדת נתפס כאחת מן הזכויות החוקתיות היסודיות. הזיהוי של חופש הדת כזכות יסוד תורם למרכזיות הדת בחייהם של פרטים. ההכרה החברתית-ציבורית בפרקטיקה הדתית כפרקטיקה מוגנת משנה לפיכך את הפרקטיקה גופה, את המשמעות שלה בחייהם של הפרטים ובייחוד את המידה שבה הם יכולים לממש את האוטונומיה שלהם באמצעות הפולחן הדתי. מימוש האוטונומיה מותנה ביצירת מערכת תרבותית-מוסדית המייצרת את התשתית הנחוצה למימוש האוטונומיה. ההגנה המיוחדת על ביטוי פוליטי משרתת למשל את החשיבות המיוחדת לפעילות פוליטית בחברה דמוקרטית. מימוש האוטונומיה בחיי המשפחה או בבחירת המקצוע מתאפשר רק בעקבות הכרה פומבית בערך של הבחירות הללו כמשקפות את הטעמים האישיים והזהות של האדם המבצע את הבחירה, ואילו ההגנה על חופש דת משרתת את האפשרות למצוא את התכלית הרוחנית שלנו בין היתר בשל ההכרה הפומבית בחשיבות של מציאת תכלית זו.

זאת ועוד, לא רק ההגנה על קטגוריות אלה חשובה, אלא גם ההתדיינות המשפטית סביבה. התדיינות משפטית זו מזהה את הטעמים הנכונים להחלטה וחושפת את הרציונלים העומדים מאחורי הבחירה. ההתדיינות מזהה את מורכבות ההחלטה, חושפת את הדילמות מאחורי הבחירה ומאפשרת הבנה טובה יותר של האופנים הנאותים לממש את הבחירה. מכאן שהגנה אפקטיבית על זכויות מחייבת גיבוש כללים חברתיים ומשפטיים והבנת הרציונלים מאחורי ההגנה על הזכות הרלוונטית. לפיכך, הגנה משפטית על זכויות מאפשרת התממשות של האוטונומיה. הן האוטונומיה והן גיבוש פרקטיקות וכללים מוגדרים

זכויות וערכים: הערות ביקורתיות על תזת קדימות הערכים על פני זכויות

למימושה באמצעות הגדרה של הפעילויות המוגנות, נחוצים לצורך התגבשותה של חברה שבה הפרטים נהנים לא רק מהגנה על ההחלטות או על הבחירות שהם מבצעים, אלא גם מן האפשרות להחליט או לפעול באופן אוטונומי. לפיכך, תאוריית ההדדיות של זכויות וערכים מושתתת על העמדה של רז שלפיה פרקטיקות חברתיות מכוונות ערכים ומאפשרות לעתים לפרטים לממש בחייהם ערכים אלה. היכולת לממש ערכים כמו אוטונומיה מותנית בהתקיימותן של פרקטיקות חברתיות. זאת ועוד, פרקטיקות חברתיות אלה, בלשונו של רז,

“thicken the texture of goods, allowing them to develop greater subtlety and nuance”.²⁷

ההגנה הניתנת לפרקטיקות חברתיות באמצעות זכויות משנה את אופיין של הפרקטיקות ואת התפקיד שהן ממלאות בחייהם של הפרטים. בהקשר של חופש הביטוי למשל התרומה של חופש הביטוי לאוטונומיה מתעצמת בעקבות ההגנה על הביטוי. בחברות שבהן ביטוי מוגן מטעמי אוטונומיה, פרטים משתמשים בביטוי כדי לממש את האוטונומיה שלהם, ולפיכך ביטוי הופך להיות אופן מימוש פרדיגמטי של אוטונומיה. הזכויות אינן רק צללית של ערכים, אלא הערכים חבים (באופן חלקי) את תוכנם לפרקטיקות הנוצרות בעקבות ההגנה על זכויות.

הקיום הבורזמני של ערכים מופשטים ושל זכויות ספציפיות אשר אינם חופפים זה לזה איננו בהכרח קיום הרמוני. לעתים הזכויות הספציפיות צרות מדי ונתפסות כבלתי־מספקות. במקרים אלה הנטייה תהיה לאמץ את הפרדיגמה הרציונליסטית ולהדגיש את הערכים על חשבון הזכויות. ואולם גם במקרים אלה הפעילויות המוגנות מנחות אותנו כיצד להרחיב ולהשלים את ההגנה ולהרחיבה. גם כאשר הפעילויות המוגנות הן שרירותיות, הן חשובות באשר הן מאפשרות מימוש של אוטונומיה. בה בעת, האיזון העדין בין הזכויות לבין הערכים הוא איזון דינמי: הוא מאפשר לשיטה המשפטית הזדמנות להרחיב או לצמצם את ההגנה על הפעילויות, ואולם עובדה זו איננה מנביעה את המסקנה שאפיון הפעילויות המוגנות (קטלוגים של זכויות) הוא מיותר. בהיעדר הגנה על זכויות פוליטיות ומשפטיות פרטיקולריות ובהיעדר הבולטות שהגנה כזו מעניקה לערכים העומדים בבסיס הזכויות, לא יוכלו ערכים אלה להתממש. עמדה זו מנביעה את המסקנה שלפיה הפרדיגמה הרציונליסטית היא שגויה. לא ניתן לממש אוטונומיה אלא במסגרת “קטלוגים של זכויות” באשר רק קטלוגים כאלה מאפשרים יצירת תרבות משותפת שבמסגרתה מימוש הערכים הוא אפשרי.

זאת ועוד, עמדה זו מסבירה לפחות ממד אחד של שיח הזכויות אשר איננו מוסבר במסגרת תאוריות אחרות, ובייחוד במסגרת הפרדיגמה הרציונליסטית. אם, כפי שחסיד תזת קדימות הערכים סבור, הביטוי חשוב פשוט משום שבמהותו הוא מאפשר קידום או מימוש

Raz, לעיל ה"ש 4, בעמ' 205.

של אוטונומיה, הרי אי־פגיעה בחופש הביטוי מבטיחה את מימוש האוטונומיה. ואולם ההרגשה הרווחת אצל רבים היא כי אין די באי־פגיעה בזכות, אלא יש להגן על הזכויות באופן פעיל, להכיר בהן ולהבין את האופן שבו הן תורמות לערכים הרלוונטיים העומדים בבסיסן. ללא הכרה כזו הזכויות אינן יכולות לקדם או לממש את הערכים הרלוונטיים. העמדה המוצעת כאן מאפשרת להסביר זאת. במילים אחרות, על זכויות יש להגן באופן מכון ומתוכנן, ולא אקראי. שעה שיש טובין, כמו איכות הסביבה, שעליהם ניתן להגן מכל טעם שהוא, על זכויות יש להגן מן הטעם הנכון; הרציונלים מאחורי ההגנה על זכויות צריכים להיות שקופים, דהיינו מוכרים ומובנים לאלו המופקדים על הגנת הזכויות ולא להממשים אותן. זה הטעם האמתי לחשיבות של קידום של "תרבות של זכויות".

ד. סיכום

כפי שהראיתי, רז תומך בקדימות של ערכים על פני זכויות. לדעתו, היקפן של זכויות וכן משקלן היחסי נקבעים באופן מלא על ידי הערכים העומדים בבסיסן. במאמר זה השתמשתי בניתוח של רז, שלפיו לעתים קרובות הערכים מעוצבים על ידי פרקטיקות כדי לכפור בעמדה שלפיה היקפן של זכויות וכן משקלן היחסי נקבעים באופן מלא על ידי הערכים העומדים בבסיסן – וכדי להגן על תזת ההדדיות של זכויות וערכים. זכויות אינן רק מבע של ערכים העומדים בבסיסן; הן גם משתתפות בהבניית ערכים אלה. עמדה זו מסבירה גם מדוע יש חשיבות בהכרה מפורשת במגילות הזכויות. הגנה "אקראית" שאיננה מודעת לאופן שבו זכויות משרתות את הערכים העומדים בבסיסן איננה מספיקה להבטיח את מימוש הערכים הללו. לפיכך, חשוב להגן על זכויות באופן שיכיר במרכזיות הערכים העומדים בבסיסן. מימוש האוטונומיה איננו תלוי אך ורק בכך שביטוי מוגן, אלא גם בכך שהביטוי מוגן מן הטעמים הנכונים. הכרה בזכויות ועיגונן המשפטי והחוקתי הם חיוניים כדי להבטיח את מימוש הערכים העומדים בבסיס הזכויות.