

על האמנה החברתית בפני בג"צ לאור בג"צ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר – המכס והמע"מ¹

פרופ' קלוד קליין *

בשלהי המאה העשרים ועל סף המילניום השלישי קיימת בבג"צ מחלוקת המקבילה למחלוקת ההיסטורית שנתגלעה הרחק במאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה באשר לפירוש שיש ליתן לאמנה החברתית. ההשקפות השונות בנוגע לתפיסת המדינה והיחסים בינה ובין האזרח הם סלע המחלוקת אז ועכשיו

Don't ask what my country can do
for me. Ask what you can do for
your country.

J.F. Kennedy

הקדמה

ז'אן ז'אק רוסו לא חלם על כך: תורתו הגיעה לבג"צ ושימשה כבסיס עיוני לאחד מפסקי דיניו. "האמנה החברתית"² נמצאת ביסוד ההחלטה למרות שהדבר כלל לא היה נחוץ. המעניין הוא, שהמחלוקת העיקרית שנתגלתה בין הנשיא ברק לבין השופט זמיר מקבילה למחלוקת ההיסטורית מסביב לפרשנות ספרו של רוסו על האמנה החברתית.

קיימות שתי אסכולות מנוגדות בקשר לפרשנות אמנה חברתית זו. האחת נחשבת כליברלית והשנייה מוכרת כיותר "קולקטיביסטית" ואף מוגדרת לעתים כטוטליטרית. אך בטרם נתרכז בסוגיה המרתקת הזאת, כדאי להזכיר את העובדות בעניין קונטרם.

* פרופ' למשפטים, מרצה בכית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל ובאוניברסיטה העברית. אני מודה לגב' הילית פריטש, חברת מערכת כתב העת "המשפט", אשר סייעה רבות בהכנת המאמר.

1 פ"ד נב(1) 289 (להלן: עניין קונטרם).

2 ראו ז' רוסו על האמנה החברתית (מהדורה שלישית, ח"י רות עורך, תשט"ז).

העובדות

העובדות פשוטות יחסית, עד כדי העלאת השאלה על שום מה הרחיקו השופטים, כראש וראשונה השופט זמיר – עד ל"אמנה החברתית".

החברה העותרת הנה בעלת רישיון למחסן רישוי בנמל אשדוד. החברה רצתה להגדיל את שטח המחסן כך שיכלול גם שטח השייך לרשות הנמלים. רשות הנמלים התנגדה למהלך זה ואף הגישה תביעה לסילוק יד ממקרקעין כנגד העותרת. במקביל פנתה העותרת למכס וביקשה רישיון להגדיל את שטח המחסן כך שיכלול גם את שטח המקרקעין האמורים מבלי לדווח על המחלוקת בינה ובין רשות הנמלים באשר למקרקעין אלו. הרישיון ניתן והיה אמור להתחדש בכל שנה. אולם בשנה לאחר מכן נודע למכס כי העותרת מסוכסכת עם רשות הנמלים וכי היא הסתירה את דבר המחלוקת, ולכן סירב זה לחדש את רישיונה. בפנייתה לבית המשפט החברה תקפה את ההחלטה בדבר אי-יחידוש הרישיון האמור. אין ספק כי היה ניתן לכתוב פסק דין קצר ומנומק באופן מינימליסטי³. ברור לכולם כי על האזרח (כאן החברה העותרת) רובצת חובת גילוי העובדות הרלבנטיות כנסיבות אלו. בעניין זה אף הייתה הסכמה בין שלרשת השופטים בהרכב (הנשיא ברק, השופט זמיר והשופט חשין). אולם השופט זמיר בחר בדרך שונה ומצא בעניין קונטרס הזדמנות נאותה לפרוס את גישתו לעניין הסוגיה המרתקת הקשורה ליחסים בין האזרח למדינה. לאור בחירה זו האמרה "הכל שפיט" מקבלת משנה תוקף⁴. מכאן התוצאה לגבי היקף ההחלטה: כמאה וארבע עמודים. כאמור פסק הדין ניתן פה אחד, בית המשפט לא מצא סיבה להתערב בשיקול הדעת של שתי הרשויות. אדרבא, ההרכב אף חייב את העותרת בהוצאות משפט כבדות ביותר: 25,000 ש"ח למשיבים 1–2 (משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ וגובה המכס באשדוד) ו-25,000 ש"ח למשיבה 3 (רשות הנמלים והרכבות). פסיקת הוצאות בסכומים כאלה (סך הכל 50,000 ש"ח) הנה בעלת משמעות. היא מעבירה מסר בקשר לעמדת השופטים לגבי העותרת והתנהגותה בכל הפרשה. כלום סבר בית המשפט כי העותרת הפרה חובה של

3 פסק הדין ניתן בלי להגיע לשיא הקיצור כפי שראינו למשל בבג"צ 36/86 בלאן נ' שר החקלאות, פ"ד כב(1) 617, שכל כולו מכיל שתי שורות: "קטילת בעלי חיים לצורכי ספורט אינה מן הדברים שבית-משפט זה רואה עצמו חייב, מטעמי צדק, להגן עליהם. הצרע-לתנאי מתבטל והעתירה נדחית. העותר ישלם למשיבים, כהוצאת הבקשה, סכום כולל של 300 (שלוש מאות) ל"י". ראו בעניין זה ר' גביון "בית המשפט וחובת ההנמקה" משפטים ב (תשל"ל) 89, וכן י' זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו (תשל"ל) 212.

4 הגישה כי "הכל שפיט" מיוחסת לשופט ברק בבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441. בבג"צ זה נקבע לראשונה כי נושא אי-גיוסם של בחורי ישיבות הנו שפיט. אפשר להבין את חשיבות ההכרעה הזאת משנת 1986 כשקושרים אותה לבג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון (טרם פורסם), תק"על (4) 98 112 באותה סוגיה. כידוע בג"צ צעד כאן עוד צעד קדימה בהחליטו כי הפטור הגורלי שניתן לבחורי ישיבות נגוע באי-סבירות. הוקצבה שנה לכנסת על מנת להסדיר את הסוגיה בחוק. ללמדנו כי המרחק בין ההתייחסות לסוגיה מסוימת כשפיטה ועד לפסילתה של החלטה באותה סוגיה אינו גדול ומה הקשר לאמנה החברתית?

ממש? עמדה כזאת ככל הנראה — במידה שהיא קיימת — קשורה בהגדרת אותה חובה שהופרה. הגדרה זו היא השנויה במחלוקת בין השופטים שישבו בהרכב בעניין קונטרם.

העמדות שהוצגו בפסק הדין

ללא ספק פסק דינו של השופט זמיר הנו מפתיע ביותר והוא שגרם לתגובת שני עמיתיו. פסק דין זה משתרע על פני ארבעים וארבעה עמודים. הניתוח של השופט זמיר מבוסס כל כולו על הרצון ליצור כלים מיוחדים המתאימים למשפט הציבורי. מכאן שהוא דוחה את הניסיונות להעתיק פשוטו כמשמעו את הדוקטרינות של המשפט הפרטי, כלומר מדיני החוזים הכלליים, אל המשפט הציבורי. לדידו, חובת תום הלב הקבועה בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הופכת לחובת ההגינות במשפט הציבורי. השופט זמיר הגדיר את חובת ההגינות של הרשות כלפי האזרח (הנובעת בין היתר מיחסי הנאמנות ביניהם), אולם החידוש האמיתי בפסק דינו הנו בכך שהוא מציע להכיר גם בחובת ההגינות של האזרח כלפי המדינה. אומר השופט זמיר:

"לדעתי כנגד חובת ההגינות של הרשות, נדרשת חובת הגינות של האזרח. לדרישה זאת יש שורשים עמוקים: היא צומחת מן האמנה החברתית שביסוד המדינה. לפי אמנה זאת, כמשמעותה במדינה דמוקרטית, הרשות והאזרח אינם עומדים זה מול זה, משני הצדדים של מתרס, אלא הם, זה לצד זה, שותפים במדינה... האזרח אינו יכול, מבחינה מוסרית או מעשית, להניח כי הוא זכאי לדרוש ולקבל מן הרשות, ואין הוא חייב לתת ולא כלום. כנגד זכותו כלפי הרשות עומדת חובתו כלפי הרשות. זוהי תמצית האמנה החברתית שבין האזרחים לבין עצמם ובין האזרחים לבין המינהל הציבורי, זהו גם שורש הקיום של המדינה"⁵ (ההדגשות שלי — ק.ק.).

השופט זמיר בפסק דינו קורא מחד, להגדיר את חובת ההגינות הכללית של האזרח כלפי המדינה ומאידך, מוסיף כי חובה זו אינה ניתנת להגדרה מדויקת.

"מה כוללת חובת ההגינות? אין לכך תשובה ממצה אפילו לגבי חובת הרשות כלפי האזרח, אף שחובה זאת הוכרה על ידי בית המשפט זה מזמן... חובת ההגינות היא, על פי טיבה, מושג עמום שניתן וראוי למלא אותו תוכן מעת לעת לפי הצרכים המשתנים. אין זה רצוי לתחום אותה בהגדרה נוקשה. צריך להשאיר בה קצוות פתוחים כדי שניתן יהיה להוסיף ולגזור ממנה כללים חדשים ככל שיידרש"⁶.

5 לעיל הערה 1, בע' 320.

6 שם, בע' 321.

בפסק הדין מוצגות אפוא שתי תפיסות שונות: התפיסה של הנשיא ברק המבססת את הדמוקרטיה על זכויות הפרט, ולעומתה השקפת השופט זמיר כי הערך של זכויות הפרט אמנם ערך עליון, אך "לא ערך יחיד"⁷. וכך כותב השופט זמיר:

"לפי תפיסתו של הנשיא ברק, 'משטר דמוקרטי מבוסס על הכרה בזכויות האדם של הפרט... תפקידו של השלטון הוא לקיים חברה אשר תכבד זכויות אדם' (פסקה 3). אכן, זאת היא תפיסה רווחת של המשטר הדמוקרטי בימינו ובמקומנו. אך, לשיטתי, זאת היא תפיסה חלקית. משטר דמוקרטי הוא יותר מאשר הכרה והגנה על זכויות האדם. זכויות האדם הן, אמנם, ערך עליון. אך לא ערך יחיד. האדם הוא יותר מאשר אגד זכויות. הוא גם אגד של צרכים, נטיות ושאיפות. לפיכך אין לומר כי תפקיד השלטון הוא לכבד את זכויות האדם. נקודה. אכן, זהו תפקיד ראשון במעלה. אך זהו רק אחד התפקידים. יש לומר גם, בנשימה אחת, שתפקיד נוסף הוא לקדם את רווחת האדם. כל אדם. ועוד תפקיד הוא לעשות צדק חברתי. צדק לכל. זכויות האדם אינן אמורות להאפיל על רווחת האדם ועל הצדק החברתי. אסור שזכויות האדם ישמשו רק את האדם השבע. צריך שכל אדם יהיה שבע, כדי שיוכל ליהנות, למעשה ולא רק להלכה, מזכויות האדם. זהו תפקיד משולב. ואין להטיל תפקיד זה על השלטון בלבד. זהו, בראש וראשונה, תפקיד החברה. כלומר, זהו תפקיד של כל אחד מאתנו. למלא את התפקיד בסיוע המינהל הציבורי — כן; לפרוק את התפקיד מעלינו ולהטיל אותו על המינהל הציבורי — לא. במילוי התפקיד כל אחד מאתנו צריך לקבל על עצמו מערכת של חובות, לא רק חובות של אדם כלפי אדם, אלא גם חובות של אדם כלפי החברה. זאת היא, לדעתי התפיסה הראויה של חברה דמוקרטית — זכויות ולצדן חובות. אכן, אין סימטריה ביחסים בין החברה לבין כל אדם, אך יש הדדיות ביחסים. כך אני רואה את האמנה החברתית. האמנה החברתית אינה עובדה היסטורית, שאפשר לקבוע את תוכנה, אף לא מסמך משפטי, שאפשר להתווכח על משמעותו. האמנה החברתית אינה אלא רעיון הנותן ביטוי לדמות הרצויה של החברה. בעיני, הדמות הרצויה של החברה אמורה להבטיח, לא רק את זכויות האדם, אלא גם את רווחת האדם ואת הצדק החברתי. לצורך זה, אין החברה מסתפקת בהקניית זכויות לאדם, אלא היא גם מטילה עליו חובות. זוהי נפש הדמוקרטיה. מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. בית המשפט, כרשות של המדינה, צריך להיות מונחה על ידי ערכי הדמוקרטיה וכו בזמן גם לקדם ערכים אלה. הוא עושה זאת, ללא ספק, מאז ומתמיד. בעיקר הוא מפתח ומטפח את זכויות האדם. אולם, יד על הלב, האם הוא אינו עושה זאת על חשבון ערכים אחרים?

עיקר המאמץ של בית המשפט, המקום הראשון בסולם העדיפויות, ניתן לזכויות האדם. כך בפרקטיקה. יותר מכך ברטוריקה. אכן, זכויות האדם ראיות לעמוד בראש סולם העדיפויות. אולם התפיסה של הדמוקרטיה כמשטר המגן על זכויות האדם היא תפיסה חד-ממדית של הדמוקרטיה. הדמוקרטיה מורכבת יותר ואף טובה יותר. תפיסה ראויה של הדמוקרטיה צריכה להעמיד בראש סולם העדיפויות, בצד זכויות האדם, גם את רווחת האדם ואת הצדק החברתי. תפיסה זאת ראוי לה שתבוא לידי ביטוי ברור יותר גם בפרקטיקה וברטוריקה של בית המשפט"⁸.

וכך ממשיך השופט זמיר:

"לדעתי, תפיסת הדמוקרטיה של הנשיא ברק נובעת מתחושה של מתח, ואולי אפילו עימות, בין המדינה לבין האזרח. המדינה, לפי תפיסה זאת, היא שלטון מולו עומד אזרח. אכן, השלטון כיום שונה מן השלטון של פעם: זה לא שלטון טוטליטרי, אם מלוכני ואם קולוניאלי. כיום, במשטר דמוקרטי, השלטון הוא נאמן של הציבור, ולכן מוטלת עליו חובה כללית לדאוג לציבור, ובתוקף חובה זאת עליו להגן על זכויות האדם. אך עדיין תפיסה זאת רואה בשלטון גוף חיצוני לאזרח. זהו אמנם שלטון מסוג חדש, אך הוא צמח מן השורשים של השלטון הטוטליטרי. אלה הם שורשים של פטרנליזם. השלטון, גם כיום, דומה לאבא גדול או אימא מטיבה, שחובה עליהם לדאוג לטובת הילד, ואילו הילד חייב לגמול להם בציות ובתודה. תפיסה זאת משתקפת מעצם הדיבור על שלטון. אכן, שלטון כנאמן. שלטון, במקרה הטוב, תקין ונאור. אך עדיין שלטון. הוא פועל מבחוץ. ואני, כאזרח, כפוף לו. חושש מפני נחת זרועו. מבקש שלא יפריע לי. מחפש דרכים לרסן אותו. לא הביטוי קובע. התפיסה היא הקובעת. הביטוי רק מסגיר את התפיסה. לכן, גם אם יוחלף הביטוי, ובכל מקום בו נאמר שלטון יבוא המינהל הציבורי, לא יהיה בכך כדי לשנות, אם לא תוחלף גם התפיסה. תפיסה זאת אינה מקובלת עלי. אני רוצה לראות את המדינה כשותפות. כמובן, לא שותפות במובן של המשפט הפרטי, אף לא שותפות כיחס משפטי, אלא שותפות כתפיסה רעיונית, שתבוא במקום התפיסה של המדינה כשלטון.

המדינה, לפי תפיסה זאת, היא מפעל משותף של כל האזרחים. יש בה חלוקת תפקידים. התפקידים מכתיבים גם את היחסים המשפטיים. לעובדי הציבור יש תפקיד חשוב. תפקיד זה כרוך בסמכויות ובחובות. הוא מקנה להם מרות ומחייב אותם בנאמנות. אך אין הם שלטון מעלי. עדיין הם ואנחנו שותפים"⁹.

8 שם, בע' 339-341.

9 שם, בע' 341-342.

ובסופו של דבר, בשורות האחרונות בפסק דינו, השופט זמיר עונה מראש לאלה הרואים בתפיסתו סכנה לחירות הפרט:

“לדעתי, לא צפוי נזק, ואף לא סיכון, מעצם התפיסה התיאורטית של חובה כללית של הגינות המוטלת על האזרח כלפי המינהל הציבורי. להפך, בתפיסה זאת טמונה תועלת, עיונית ומעשית, למשפט ולחברה. יש בה מסר ראוי. ההגינות היא מסר ראוי בכל הקשר אנושי. כך (בלבוש של תום לב) בהתייחסות של אדם אל אדם. כך גם (בלבוש של הגינות) בהתייחסות של עובד הציבור כלפי האזרח. ורק בהתייחסות של האזרח אל עובד הציבור אין מקום להגינות? אני, כאדם וכאזרח, מקבל על עצמי בהבנה וברצון חובה של הגינות גם כלפי עובדי הציבור”¹⁰ (ההדגשה שלי — ק.ק.).

השופט זמיר מציע לקבל אל דיני המשפט הציבורי בישראל עיקרון כללי של חובת ההגינות (של האזרח) כלפי המדינה. הכרה בעיקרון זה קרובה לתפיסה קולקטיביסטית — חובת ההגינות כלפי המדינה חלה על האזרח מתוקף היותו שותף ביישום הקרויה מדינה. זוהי חובה כלפי החברה כולה המסייעת בשמירה על צדק חברתי. לדידו, עצם הטלת החובה אינה פוגעת בזכויות האדם, אלא מאפשרת לכל הפרטים בחברה כולם ליהנות מאותן זכויות אדם על ידי יצירת חברה טובה יותר וצודקת יותר.

מנגד, הנשיא ברק אינו מקבל את החידוש הזה. בפסק דין קצר יחסית (כעשרה עמודים) הנשיא מצביע על הבדלי הגישות בינו לבין השופט זמיר. לדידו של הנשיא, השלטון הנו נאמן של הציבור (של הכלל), וכי “לשלטון אין משלו ולא כלום, וכל שיש לו, למען הציבור יש לו”¹¹. לעומת זאת הציבור אינו נאמן של השלטון: “האם מוטלת חובת הגינות כללית ביחסים בין פרטים, בינם לבין עצמם? התשובה על שאלה זו היא בשלילה”¹². הניתוח של הנשיא אף כולל היבט פסיכולוגי מובהק — אומר הנשיא ברק:

“נקודת המוצא של המשפט הינה כי לאדם זכויות (במובן הרחב) כלפי זולתו. המשפט מכיר באינטרס העצמי של הפרט, ובכוחו להגן על אינטרס זה ולהגשימו. המשפט אינו דורש מהפרט להחניק את האינטרס העצמי ולהעדיף על פניו את האינטרס של הזולת (אשר גם הוא צריך היה להחניק כל אינטרס אישי משלו) המשפט אינו דורש מידת אלטרואיזם שכזו. המשפט מכיר באינטרס העצמי של הפרט וברצון להגשימו. כמובן, אסור לו לפרט להונות ולרמות. אך לא נדרש ממנו להתעלם מכל אינטרס אישי שלו ביחסיו עם זולתו”¹³ (ההדגשה שלי — ק.ק.).

10 שם, בע' 344.

11 שם, בע' 346.

12 שם, בע' 347.

13 שם, בע' 347-348.

המחלוקת מתרכזת בהבנה ואינטרפרטציה של האמנה החברתית:

"הפרט אינו נאמן של השלטון. הפרט לא בא לקדם את חירותו של השלטון. תפיסת האדם בדמוקרטיה מכירה בחירותו של הפרט כלפי השלטון ולא בחירותו של השלטון כלפי הפרט. לפרט מותר כל דבר שלא נאסר עליו כדין. לשלטון אסור כל דבר שלא הותר לו כדין (ראה ב. אקצין, תורת המשטרים (כרך א) ... 128). תפיסה דמוקרטית מכירה ברצון העצמי ובאינטרס העצמי של הפרט. תפיסה דמוקרטית אינה מכירה ברצון העצמי ובאינטרס העצמי של השלטון, שכן השלטון פועל עבור הציבור ועבור הכלל. לא ניתן לומר, במשטר דמוקרטי, כי לפרט אין משלו ולא כלום, וכל מה שיש לו, למען הכלל יש לו. דברים אלה נכונים ויפים הם לגבי השלטון. הנה כי כן, תפיסה ראויה של דמוקרטיה מובילה למסקנה כי אין מקום להטיל על הפרט חובת הגינות כללית כלפי השלטון. הטלתה של חובה כללית להגינות תביא לשינוי רדיקלי בתפיסת הדמוקרטיה ובמקומו של הפרט בה. חברי, השופט זמיר, מציין כי מקורה של חובת ההגינות הכללית הוא באמנה החברתית. דומה, שמאמנה חברתית זו אין להסיק את מסקנתו. תפיסת האמנה החברתית המקובלת עלינו היא זו הקובעת ממשל מוגבל שסמכותו היא לשרת את האדם, ולאפשר לו לקיים את זכויותיו הטבעיות. מתפיסה זו מתבקשת חובת הגינות כללית של השלטון כלפי הפרט. לא נגזרת ממנה חובת הגינות כללית של הפרט כלפי השלטון"¹⁴ (ההדגשות שלי – ק.ק.).

כאן לעניות דעתי הגענו ללב לבה של המחלוקת. זו סובבת סביב פירוש האמנה החברתית והמסקנות הנובעות מכך. בניגוד לעמדתו של השופט זמיר, לדידו של הנשיא ברק חובות הפרט הן חובות ספורדיות בעלות תכנים משתנים, כפי שמתבקש מתוך הנסיבות. אין חובה של הפרט כלפי השלטון – מעבר לחובה לקיים את החוק – ובוודאי לא חובה כללית. חובותיו של הפרט "נקודתיות"¹⁵. כל חובה אחרת תפגע בזכויות הפרט שאת מימושן נועד השלטון להבטיח ועל שמירתן הוא אמן.

הבדלי הגישות מתרכזים בהגדרת המקור לחובת גילוי העובדות הרלוונטיות בפני הרשות. שני השופטים מכירים בה: לדעת השופט זמיר המקור הנו בחובת ההגינות הכללית, בעוד שלדעת הנשיא ברק המקור הנו נקודתי. ניתן לתהות – כלום הבדלי הגישות הנם סמנטיים גרידא? לא כך סבור הנשיא שכותב כי "התיאוריה קובעת את הפרקטיקה". הנשיא ברק רואה בגישת "ההגינות הכללית" סכנה מסוימת. לגישתו "ההגינות" הוא מושג העשוי, מתוכו הוא, להשפיע על יצירתן של חובות, שעל פי מהותן אינן עולות בקנה אחד עם חירותו של הפרט במדינה דמוקרטית"¹⁶.

14 שם, בע' 349.

15 שם, בע' 350.

16 שם, בע' 354.

ההבדל האמיתי הנו בגישה אינדיבידואליסטית מול גישה יותר קולקטיביסטית. זוהי תמצית הוויכוח על פירוש האמנה החברתית.

על האמנה החברתית ועל פרשנותה

ייאמר מיד — אין לי כוונה לנקוט עמדה בקשר לפרשנות "האותנטית" של האמנה החברתית. די לי בהפניה אל המחלוקת ההיסטורית.

"האמנה החברתית" היא פרי יצירת האסכולה של "חוק הטבע"¹⁷.

כבר הזכרנו את דבריו של השופט זמיר לפיהם "האמנה החברתית אינה עובדה היסטורית, שאפשר לקבוע את תוכנה, אף לא מסמך משפטי שאפשר להיווכח על משמעותו. האמנה החברתית אינה אלא רעיון הנותן ביטוי לדמות הרצויה של החברה"¹⁸ (הדגשה שלי — ק.ק.). אין חולקים על כך שהאמנה החברתית אינה עובדה היסטורית. אף רוסו או קודמיו (הובס, לוק וכן האסכולה הגרמנית של "חוק הטבע") לא הציגו את האמנה החברתית ככזו, אלא כהנחת עבודה מסוג משפט אקלידיס שאין בלתי. מה מטרתה? איזו פונקציה היא אמורה למלא? התשובה ברורה: היא אמורה להסביר ולבסס את המעבר ממצב הטבע (Etat de nature) למצב האזרחי (Etat civil). המעבר הנו עובדה קיימת — האנושות הסתדרה במדינות, שבראשן עומד שלטון זה או אחר. כל שנותר הוא לתת לכך בסיס עיוני. מכאן הרעיון של האמנה החברתית כפיקציה הכרחית או כהשערה יסודית¹⁹. נושא זה ריתק את חסידי אסכולת "חוק הטבע"²⁰.

חסידי האסכולה ביססו את המעבר לחברה האזרחית על "אמנה". חלקם העדיפו להזכיר שתי אמנות וחלקם אמנה אחת בלבד.

האמנה הראשונה היא זו הקובעת את עצם ההתאגדות (Pactum Unionis) בעוד שהאמנה השנייה קובעת את העברת הריבונות ואת הכפפת האזרחים לשלטון (Pactum Subjectonis)²¹.

הובס ורוסו טענו כי קיימת אמנה אחת בלבד — היא אמנת ההתאגדות, אך

17 בעניין זה ראו: J.W. Gough *The Social Contract — A Critical Study; of its Development* (Oxford, 1936) וכן C.E. Vaughan *Studies in the History of Political Philosophy Before and After Rousseau* (New-York, ed. by A.G. Little, 1972, vol. II).

18 לעיל הערה 1, בע' 340.

19 כמאה וחמישים שנה לאחר פרסום "האמנה החברתית" של רוסו ביסס קלון את החוקה על ה"נורמה הבסיסית ההיפותטית" (Grundnorm) בספרו: H. Kelsen *Pure Theory of Law* (Berkeley, ed. by M. Knight, 1967) אך קלון מצביע על ההבדלים התהומיים בינו לבין האסכולה של "חוק הטבע", בעיקר באשר לנורמה הבסיסית.

20 מלבד השמות הידועים (הובס, לוק, רוסו) צריך גם לזכור שמות של אלה שדנו באסכולה: מגרוטיוס (Grotius) ועד (Wolf, Pufendorf, Burlamaqui, Christian) ואחרים. ההקשר הכולל נותח בצורה יסודית בספר הקלאסי R. Derathé *Jean-Jaques Rousseau et la Science Politique de son Temps* (Paris, 1st ed., 1950).

21 התיזה של שני החודים הייתה בעיקר זאת של הראשונים ב"חוק הטבע" כגון Johannes Althusius (1556–1637) ו-Samuel Pufendorf (1632–1694).

הבדל גדול קיים בין השניים: אצל הובס ההתאגדות הנה בין כל פרט ופרט (by covenant of every man with every man). כך שבעצם קיימת סדרה אין סופית של הסכמים (mutual covenants one with another).²²

לעומת זאת אצל רוסו, ההתחייבות אינה בין אזרחים לבין עצמם, אלה (האזרחים) נכנסים לברית עם הגוף אליו הם עומדים להשתייך. ההסכם הנו הסכם הדדי בין הריבון לבין האזרחים.

לגישתו של רוסו האמנה החברתית יכולה להיפגע אך ורק מן הפרט ולא מן הריבון: הפרט נשאר כפוף לאינטרסים האישיים שלו ואילו הריבון (רצון הכלל) אינו מכיר באינטרסים האישיים של הפרטים אם הם מנוגדים לרצון הכלל. זהו מקור הדואליות בתיאוריה של רוסו בקשר לחירות הפרט המובילה לתהייה האם רוסו היה אינדיבידואליסט או קולקטיביסט. זהו לב לבה של המחלוקת אודות רוסו.

אסכולה אחת גרסה שרוסו הנו אחד מאבות הטוטליטריזם האידיאולוגי. זו הייתה עמדתו של Leon Duguit, המשפטן הצרפתי הידוע²³, וכן של ההיסטוריון הישראלי יעקב טלמון²⁴, וש'ל רבים אחרים²⁵. לדידם, הקולקטיביזם של רוסו בולט בצורה ברורה ביותר בניסיונו להוכיח כי לא מאבדים את החופש כשחייבים לקבל את הכרעת הרוב (כלומר הכרעתו של "רצון הכלל"). לפי רוסו ההצבעה (כלומר תהליך ההכרעה) — מטרתה לגלות את רצון הכלל. במידה שפלוגי לא הצביע כפי שהרוב הכריע, הוא פשוט טעה — אין לו אלא לקבל שעמדתו הייתה מוטעית. תמיד צריך להצטרף לרצון הכלל ולהבין שאזרח הוא חופשי, אך ורק כאשר הוא יודע את רצון הכלל. עמדה כזו היא אנטי ליברלית מאחר ודרישותיו של רוסו כלפי האזרח הנן מוחלטות: על האזרח לוותר על רצונו הוא לאחר שנוכח כי רצון הכלל החליט כנגד הצבעתו. הוא שולל ממנו את החרות הפנימית שלא להסכים עם הרוב. אין ספק, כאן נמצא המקור העיקרי של הטוטליטריזם האידיאולוגי. על כך כתב יעקב טלמון בהרחבה בספרו²⁶. ניתן למצוא הקבלה מעניינת לכך בתחום הטכניקה השיפוטית ברוב ארצות הקונטיננט. בשיטה הצרפתית (שהיא השיטה הנהוגה ברוב הקונטיננט האירופי) לא ניתן לשופט בהרכב השיפוט הנמצא במיעוט להביע את הסתייגותו או את התנגדותו להכרעת הרוב. לאחר קבלת ההחלטה (באמצעות

22 ת' הובס לוויתן (מהדורה ראשונה, י' גולומב עורך, תשכ"ב).

23 ראו את המאמר הקלאסי שלו: L. Duguit "Jean-Jacque Rousseau, Kant et Hegel" 35 *Revue du droit public* (1918) 12.

24 ראו: J.L. Talmon *The Origins of Totalitarian Democracy* (New-York, 1970).

25 ראו למשל הפילוסוף Benjamin Constant שכתב בתחילת המאה התשע-עשרה כי גישתו של רוסו בקשר לזכויות הפרט הפכה את ה"אמנה החברתית", שכה מרבים לשבח אותה בגין תמיכתה בחרות, לבסיס איתן ביותר של כל המשטרים העריצים B. Constant *Droit Politique* (Paris, 1957) 5. כמו כן ראו: Emile Faguet מבקר ידוע במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה כותב כי שיטתו של רוסו מהווה את הצורה המדויקת ביותר של הטענה שניתן להעלות על הדעת: E. Faguet *Dix-Huitième Siecle* (Paris, 1905) 406.

26 Talmon, *supra* note 24.

הצבעה בהרכב), אין אפשרות לדעת אילו עמדות הוצגו על ידי השופטים השונים. הפסק נחתם על ידי כל ההרכב. זהו סוג של טוטליטריזם בהליך השיפוטי.²⁷ בנוסף, האמנה החברתית הנה גם בסיס למגמות מסוימות בקונספציה של המדינה. יעקב טלמון ואחרים מצביעים על כך שדווקא במשטר דמוקרטי, כלומר במשטר שמקורותיו דמוקרטיים קיימת סכנה גדולה לטוטליטריזם יותר מאשר במשטר אחר: הלגיטימיות הדמוקרטית מעניקה בסיס איתן ומהימן יותר לשלטון. לכן קיימת הלגיטימיות שבמקרה הצורך כמו בתקופה הידועה כדיקטטורה או שעת חירום²⁸ כל ההגבלות תיפולנה ויושלט משטר טוטליטרי. כך יש להבין את הפרשנות הטוטליטרית לאמנה החברתית של רוסו (ובמובן מסוים של הובס). הגישה ההפוכה אף היא נתמכת על ידי רבים וטובים. הפרשנות הליברלית יותר של האמנה החברתית מיוחסת ראשית כל לכמה חסידי אסכולות "חוק הטבע", רחוקים מרוסו.²⁹

הראשון מביניהם הנו ג'ון לוק (Locke) בספרו *Two Treatises of Government* משנת 1690.³⁰

על פי לוק, האדם (האזרח) אינו מוותר (כמו אצל הובס או אצל רוסו) על כל החירויות בכניסה לחברה האזרחית. ניתן להגדיר את האסכולה הזאת כאסכולת האמנה החברתית הרכה (Soft) – הביטוי בו משתמש לוק לתאר את מה שיוצר חברה או כוח פוליטי ואפילו חוק, הוא בדרך כלל "Compact" או "Covenant" ולא "Contract".

לגישתו של לוק, במצב הטבע יש לפרט זכויות טבעיות כמו: הזכות לחיים, הזכות לחרות, והזכות להיות בעלים על רכוש (על פי לוק – property). הכוח הפוליטי נוצר כדי לשמור על הזכויות הטבעיות הללו. היחסים בין הממשל לנמשלים אינם חוזיים כיוון שמדובר ביחסי נאמנות (trust) ולא בחוזה. הממשל לדידו הוא נאמן כשהחברה האזרחית היא המוטב. על הנאמן מוטלות חובות ביחס לאזרחים – חובות חד צדדיות – כמו בנוגע לסדרי שלטון ומשפט. מכאן, כשם שהמוטב לא חב כל חובה כלפי נאמנו, מלבד החובות מתוקף יחסי הנאמנות ביניהם, כך אין להטיל על האזרחים חובות כלפי השלטון, שאינן במסגרת האמנה החברתית. יתרה מזאת, גם חובות כלפי החברה שאינן במסגרת האמנה, נראה שאין להן מקום. זאת משום שהחברה הוקמה כדי לשרת את הפרטים. אין לה זכות קיום

27 מעניין לציין את החידוש הגרמני (בכית הדין לחוקה) משנת 1968: הוא מאפשר כתיבת פסק דין של "המיעוט", אך הוא דורש חתימה של כל השופטים על הפסק.

28 כידוע מקור המונח דיקטטורה ברומא – במקרה של שעת חירום (מלחמה – מרד – אסון טבע) היו ממנים "דיקטטור" לתקופה של שישה חודשים, בעל סמכויות בלתי מוגבלות. בספרו הקלאסי על הדיקטטורה Carl Schmitt מראה כיצד המוסד הזה גרם, החל מהמהפכה הצרפתית, לטוטליטריזם מוחלט (למשל – "הדיקטטורה של האסיפה המכוננת" ב-1793). ראו: C. Schmitt *Die Diktatur* (Berlin, 1921).

29 אם כי קיימת גם פרשנות ליברלית של רוסו ראו: J.D. Soto "La Liberté et ses garanties" *Études sur le Contrat Social* (1964) 227.

30 J. Locke *Two Treatises of Government* (Cambridge, 1988).

בפני עצמה כהווייה בלתי תלויה ומטרת קיומה היא לתקן ליקויים במצב הטבע בו היו נתונים האזרחים. מהרגע שהשלטון מפסיק לקיים את חובותיו ולשרת את אזרחיו הוא חדל להיות שלטון ואין חובה לציית לחוקיו. פרשנות כזו טומנת בחובה את סכנת האנרכיה כיוון שהאזרחים עצמם הם השופטים אם השלטון מקיים חובותיו ונשאר במעמדו או שנשללת ממנו זכות הקיום. אסכולה זו מייצגת את הגישה האינסטרומנטלית של המדינה ואף דוגלת בגישה מינימליסטית. על פי גישה זו המדינה היא "שומר הלילה" שתפקידו למנוע פגיעה בזכויות הפרט. כל תכליתה היא להפריע למפריעים ולהבטיח שהזכויות הטבעיות של הפרט יישמרו. אי לכך ודאי שאין לה למדינה זכות להתערב בחיי הפרטים מעבר למנדט זה שניתן לה מהם.

מחלוקת היסטורית זו אודות האמנה החברתית ואופיה הליברלי משתרבבת יפה אל תוך המחלוקת בין השופט ברק לבין השופט זמיר. נוכל אפילו לתת לה גוון משפטי ברור: מנקודת ראותו של השופט זמיר קיימת חובת הגינות כללית הנובעת כל כולה מן האמנה החברתית על האזרח ביחסים שלו עם החברה (או המדינה). לעומת זאת בגישה של הנשיא ברק, המבוססת על הראייה האינדיבידואליסטית, נטל הראייה ירבוץ דווקא על המדינה (או החברה), כלומר הנטל הנו כדברי הנשיא ברק "נקודתי" או "ספורדי". כאמור איני נוקט עמדה בעניין זה. רציתי אך להצביע על ההקבלה המרתקת בין מחלוקת זו לבין המחלוקת אודות האמנה החברתית. יחד עם זאת, עלינו להבין מה הן הסכנות הטמונות בכל אחת משתי הגישות – סכנת הטוטליטריזם מחד, סכנת האנרכיה מאידך. אכן המשפט המינהלי מוביל אותנו רחוק רחוק...