

המהפכה התמידיית

מאת

השופט רוברט ה. בורק*

מתוך הקדמת הספר

[COERCING VIRTUE: THE WORLDWIDE RULE OF JUDGES 1-14 \(2003\)](#)

אני מאמין כי ישנם מקרים רבים יותר של הגבלת חרות בני האדם על ידי הסגת גבול שקטה והדרגתית של בעלי הכוח מאשר באמצעות הפיכה פתאומית ואלומה.

גיימס מדיסון¹

מדינות המערב חוששות מזה זמן רב מפני הידבקות ב"מחלה האמריקנית" – התופעה של שופטים שנוטלים לעצמם סמכות הראויה להיות בידי העם ונציגיו הנבחרים. מדינות אלה לומדות, אולי מאוחר מדי, שהאימפריאליזם הזה איננו מחלה אמריקנית; הוא מחלה שיפוטית, שאיננה יודעת גבולות. הנגע מופיע בכל מקום שבו ניתנה לשופטים, או שהתאפשר להם לספח לעצמם, את הסמכות להפוך החלטות של רשויות שלטון אחרות – סמכות הביקורת השיפוטית. זו הסיבה לכך שאנו רואים כמעט בכל המדינות המערביות והמתמערבות שינויים דרמטיים ובלתי מתוכננים בממשלות ובתרבויות.

* כל הזכויות שמורות. התרגום והפרסום באישור. תרגום מאנגלית: תמי ושמעון נטף.
השופט רוברט ה. בורק הוא משפטן וסופר אמריקני. הוא כיהן כפרקליט המדינה ה-35 של ארצות הברית משנת 1973 ועד 1977, ולאחר מכן כשופט בבית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז קולומביה. המאמר הוא פרק ההקדמה מתוך הספר "כפיית הטוב: שלטונם העולמי של שופטים".
¹ Jonathan Elliot, *The Debates of the Several State Conventions on the Adoption of the Constitution*, 2d ed. (Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1907), 3: 87

נראה ברור אפילו למתבונן המצוי מן הצד, שדמוקרטיה ומסורות מוסר מקומיות נמצאות בנסיגה בכל מקום. חרף העובדה שיותר ויותר מדינות מאמצות שיטות משטר דמוקרטיות, רפורמות כאלה מתערערות על ידי התפתחויות פנימיות אחרות. הדבר בולט במיוחד בדמוקרטיות ותיקות ומתקדמות יותר. באופן גובר והולך, הכוח של האומות המערביות למשול בעצמן הולך ומדלדל, והיכולת שלהן לבחור במרחב המוסרי שבו הם חפצים לחיות, הולכת וקטנה בעקביות.

תהא זאת טעות לתלות את כל השינויים האלה בבתי המשפט. ישנם כוחות רבים שמניעים את ההתפתחות הזו – עלייתן של ביורוקרטיה עוצמתית ובלתי מפקחות באופן יחסי, הפיחות באמונה בדתות סמכותניות, אימוץ האתוס של אוטונומיית פרט קיצונית, השפעתה של תקשורת ההמונים, הגידול המהיר והפתאומי במעמד האקדמי האינטלקטואלי ועוד. כך או כך, ספר זה יתמקד בגורם שנראה לי המשפיע ורב העוצמה ביותר המסייע בידי כל הכוחות האחרים: עלייתן בעת האחרונה, בכל מקום כמעט, של מערכות משפט אקטיביסטיות, אימפריאליסטיות ושאפתניות. באופן תמוה, תפקידם של בתי המשפט בסילוק השלטון העצמי ובכפיית תורות מוסר חדשות, לא הביא לתגובת-נגד עממית. בתי המשפט זכו ועודם זוכים להערכה ציבורית רחבה הרבה יותר מזו שזוכים להם המוסדות הדמוקרטיים של השלטון, למרות שבתי המשפט מסכלים באופן שיטתי את רצון הציבור כפי שהוא מתבטא בחוקים שחוקקו נציגים נבחרים.

האקטיביזם השיפוטי נובע מהתגייסות השופטים לצד מסוים במלחמת התרבות שקיימת בכל מדינה מערבית. חרף ההתכחשות מצד חלקם לכך שקונפליקט כזה קיים בכלל, מלחמת התרבות היא עובדה ניכרת. זהו מאבק בין השמאל התרבותי או הליברלי ובין המסה הגדולה של האזרחים, שנוטים להיות מסורתיים ככל שמניחים להם לנפשם. בתי המשפט מיישמים את סדר היום של השמאל התרבותי. קיימת מבוכה מסוימת בבחירת שם לקבוצה זו. לעיתים קרובות אנו מכנים את חבריה "האינטלקטואלים", "אנשי הרוח" "העילית", "המעמד המשכיל" או בלעג "המעמד המקשקש". לרוב השמות האלה יש, לרוע המזל, קונוטציה של עליונות בציבור הרחב. הקונוטציה הזו לא מוצדקת ובוודאי שאין זו הכוונה כאן. בני המעמד האינטלקטואלי אינם בהכרח, או אפילו על פי רוב, מוכשרים לעבודה אינטלקטואלית. אין זאת אלא שהמאפיין המגדיר שלהם הוא שהם סוחרים, בסיטונאות או בקמעונות, ברעיונות, במילים או בדימויים, ויש להם, במקרה הטוב, ניסיון פרקטי מזערי בנושאים שעליהם הם מדברים. האינטלקטואלים הם, כלשונו של פרידריך האייק, "סוחרי יד שניה של רעיונות"². הפונקציה שלהם "איננה של הוגה מקורי ואף לא של חוקר או מומחה בתחום מחשבתי מסוים. האינטלקטואל הטיפוסי לא נדרש להיות אף אחד מהשניים: אין לו צורך בידע מיוחד בכל תחום שהוא, או אפילו להיות אינטליגנטי במיוחד על מנת לבצע את תפקידו כמתווך של הפצת רעיונות". לפעמים אני מתייחס לאינטלקטואלים המזויפים הללו כאל 'המעמד החדש', מונח המרמז על נקודת מבט מעמדית משותפת ומסמנת את עלייתם החדשה יחסית לעמדות כוח והשפעה.

ה'מעמד החדש' כולל עיתונאים של העיתונות המודפסת והדיגיטלית; אקדמאים בכל הרמות; ידועני הוליווד; אנשי דת מרכזיים, והפקידות של הכנסייה; אנשי צוות של מוזיאונים, גלריות ומוסדות צדקה; פעילי איכות הסביבה רדיקליים; וארגונים אקטיביסטיים עבור מגוון של מטרות ספציפיות. אלה הם מקבצים של אנשים בעלי

Friedrich A. Hayek, "The Intellectuals and Socialism," 16 *University of Chicago Law Review* 417 (1949) ²

דעה דומה שמכירים ומעריכים מעט מאוד את מי שאיננו כמותם. כפי שכתב ג.ק. צ'סטרטון:

"בכל חברה ענפה ומתורבתת מאוד מתהוות קבוצות המתבססות על מה שנקרא סימפטיה, והן מפנות עורף לעולם החיצוני באופן מוחלט אף יותר מהשוהים במנזר [...] אנשי הקליקה חיים יחד כי יש להם אותו סוג נשמה, וצרות אופקיהם היא צרות של שביעות רצון ולכידות רוחנית כמו זו שיש בגיהנום".³

מבלי להתיימר לדעת מהו המצב הרוחני השורר בגיהנום – שבגרסה של צ'סטרטון נשמע נוח יותר מהתיאורים המקובלים של המקום, ודומה מאוד למעשה לחדר מרצים בפקולטה – ודאי נכון הדבר שחברי 'המעמד החדש' על פי רוב זחוחים ושבעי רצון בהשקפתם הליברלית.

לא ברור במבט ראשון מדוע ה'מעמד החדש' ליברלי בדעתו באופן מכריע. אולי ההסבר הטוב ביותר הוצע על ידי מקס ובר.⁴ האינטלקטואלים מתאפיינים ברצון עמוק למשמעות בחייהם, ועבורם משמעות דורשת עקרונות רוחניים ואידיאלים אוניברסליסטיים. בעבר, הייתה הדת המקור לדברים אלה, אולם הדת איננה אופציה עבור אינטלקטואלים; האלטרנטיבה היחידה היא ההשקפה האוטופית של השמאל. כאשר הסוגים הקיצוניים של השמאל ירדו מגדולתם במלחמת העולם השנייה והמלחמה הקרה, אנשי הרוח פנו אל הסוציאליזם האקלקטי והרך יותר של הליברליזם המודרני. הגישות השונות שבאות לידי ביטוי בליברליזם המודרני מצטברות יחד לתחושה כוללת שנדרשת, לעת עתה, לשמש במקום חזון אוטופי מפורש יותר. סוציאליזם הוא כמובן, האוטופיה החילונית היחידה שעל הפרק בעת הזאת.

כפילוסופיה או דחף פוליטי ותרבותי, השמרנות או המסורתיות לא מציעות טרנסנדנטיות ברת השוואה, או חזון אוטופי. השמרנות אך לעתים נדירות משמשת כאופציה לאנשי הרוח; ה'מעמד החדש' בז לשמרנים הבודדים הנמנים בין שורותיו יותר מאשר ל"אספוף" הנחשל – כלל הציבור. הפרגמטיזם של השמרנות, ובפרט העיסוק שלה בייחודיות – כבוד להבדלים, לתנאי חיים, למסורת, להיסטוריה ולמורכבותם הבלתי ניתנת לכימות של בני אדם וחברות אנושיות – לא יכולים להיחשב עיקרון אוניברסלי, אולם השמרנות מתחרה ברעיון שיש היתכנות לאוטופיה בעולם כשלנו, ומחשיבה רעיון כזה לאבסורד.

מה שיוצא מהפילוסופיות היריבות הללו הוא, כפי שנהוג לומר, מהפכה או מלחמה בתוך התרבות. כפי שכתב רוג'ר קימבל: "מהפכה תרבותית, ללא קשר לשאיפות הפוליטיות של אדריכליה, מביאה קודם כל למטמורפוזה של ערכים ודרך חיים".⁵ בצורתה הגלויה, מלחמת התרבות מנוהלת על ידי "האליטות" אשר רובן הגדול ליברליות. הצדדים היריבים במלחמת המהפכה הזו מתוארים על ידי גיימס דייויסון האנטר:

"חזון מוסרי אחד מושתת על ההבטחה שעל ההישגים והמסורות של העבר לשמש כיסודות החיים הקהילתיים ולהנחות אותנו בהתמודדות עם אתגרי היום והמחר. למרות שיש לו גוון נוסטלגי לעיתים קרובות, החזון הזה לא מובן כהלכה על ידי מי שמכנה אותו ריאקציוני. למעשה, החזון הזה אינו גרסיבי או סטטי, אלא סינקרטי ודינמי גם יחד. אף על פי כן, סדר החיים

Gilbert K. Chesterton, *Heretics*, 5th ed. (New York: John Lane Company, 1905) 180-181 ³

Max Weber, *The Sociology of Religion* (Boston: Beacon Press, 1963), 124-125 ⁴

Roger Kimball, *The Long March* (San Francisco: Encounter Books, 2000), 6 ⁵

הניזון מחזון זה אכן מחפש המשכיות מכוונת עם העקרונות המנחים שהורשו מהעבר. מטרת החזון הזה היא החידוש וההגשמה בחברה שלנו של מה שהמסורתית מחשיבים כאידיאלים וההישגים הנעלים ביותר של הציוויליזציה".⁶

על פי האנטר:

"מול המסורתיות הזה ניצב חזון מוסרי אמביוולנטי כלפי המורשת של העבר – הוא מתייחס אל העבר בחלקו כקוריוז, בחלקו כלא רלבנטי, בחלקו כנקודת יחס שימושית ובחלקו כמקור לדיכוי [...] מטרתו שחרור מתקדם יותר של הרוח האנושית".⁷

האנטר לא מתאר כראוי את הלהט וחוסר הסובלנות של הצד הליברלי או הסוציאליסטי של המאבק. ה"שחרור המתקדם יותר של הרוח האנושית" הוא בעצם שם קוד למהפכה תרבותית שחפצה לשנות את ערכינו.

מלחמת התרבות, כפי שכבר משתמע, היא גם מלחמת מעמדות. פיטר ברגר כתב כי "ל'נשאים' [...] של הרדיקליות התרבותית בשנות השישים המאוחרות של המאה העשרים היה אפיון חברתי ספציפי מאוד בכל המדינות המערביות – הרוב המכריע השתייך למעמד הביניים הגבוה בעלי השכלה גבוהה".⁸ אי הסדר של שנות השישים, שיזמו סטודנטים מהמעמד הביניים הגבוה, התרכז באוניברסיטאות היוקרתיות ביותר, מקומות שבהם ה"ממסד", הנוקשה והמדכא לכאורה, שהיה בעל אותם אפיונים חברתיים, ושכאופן קל יותר האמין באותם ערכים של הסטודנטים המתפרעים, התקפל מיד. בסיום לימודיהם, הסטודנטים הרדיקלים הלכו למקומות שבהם היה באפשרותם להשפיע על רעיונות ולחתור תחת ערכים מסורתיים באופן המוצלח ביותר. שלושים שנה לאחר מכן, הם שולטים בצד השמאלי של הפוליטיקה האמריקנית וכמעט בכל מוסדות התרבות הלאומיים, כולל האוניברסיטאות. מדינות מערביות אחרות עברו מסלול דומה.

הערכים של ה'מעמד החדש' נבדלים באופן חד מהערכים המסורתיים. ברגר מציין כי "היחס אל הדת ואל מקומה של הדת בחברה הוא גורם מכריע של המיקום בקונפליקט. הנורמות היריבות משתרעות על פני מוסר אישי (התנהגות מינית והפלות) והלגיטימציה של המדינה (סמלים דתיים במקומות ציבוריים, תפילה בבתי ספר ציבוריים)".⁹

"יש", הוא אומר, "מרכיב אחד של [עיונות נורמטיביים] המופיע שוב ושוב בכל המדינות – אליטה תרבותית חילונית מאוד לצד אוכלוסייה כללית שממשיכה להיות דתית באופן עמוק".¹⁰ עד כמה דתיות באמת הן האוכלוסיות הללו, ניתן אולי להתווכח, אולם נכון לומר שכמעט בכל מקום, הציבור רואה את הדת בצורה חיובית מאוד, אף כאשר הוא רואה בה סוג של תרפיה וסלקטיבי לגבי ציות למצוותיה וחובותיה. בנוגע לאליטות התרבותיות, קיימת פחות עמימות: הן עברו חילון כל כך יסודי עד שבמידה כזו או אחרת הן לא רק דוחות אמונה אישית אלא גם מתחזקות עוינות אקטיבית כלפי דת ומוסדות דתיים.

סוגיות אלה רחוקות מלהיות היחידות אשר סביבן ניצחת מלחמת התרבות. ישנם, למשל, הנושאים הנידונים בלהט כמו הפלות, הגדרת המשפחה, לימוד ערכים בבתי

James Davison Hunter, "The American Culture War," in Peter L. Berger, ed., *The Limits of Social Cohesion* (Boulder, CO: Westview Press, 1998), 2-3

שם, 3.

Peter L. Berger, "General Observations on Normative Conflicts and Mediation," *The Limits of Social Cohesion*, 361

שם, 355.

שם, 358.

ספר ציבוריים, מונופול המדינה על לימודים יסודיים ותיכונים, הרלבנטיות של המורשת האירופית בחברות שהולכות ונעשות רב תרבותיות, סבסוד האומנויות ומטרת האמנות עצמה, זכויות להט"ב, פטריוטיות, "צדק חברתי", רווחה, מגדר, והנושאים שלעולם לא באים לכדי סיום – גזע ואתניות.

הבעיה של ה'מעמד החדש' ברוב המדינות היא שהגישה שלו חולשת רק על מיעוט פוליטי. הוא מצליח להשפיע בדרכים רבות, אך כאשר סוגיות תרבותיות וחברתיות נעשות ברורות מספיק, המעמד האינטלקטואלי מפסיד בבחירות. לכן, חיוני להם למצוא דרך להימנע מההכרעה בקלפי. בתי משפט לחוקה מספקים את הכלי לעקוף את הכרעת הרוב ולאייץ את בחירתם. מערכת המשפט היא כלי הנשק הנבחר של הליברלים. דמוקרטיה ושלטון החוק מתערערים כשהתרבות משתנה באופן שהציבור לא היה בוחר מרצון.

יתכן שיהיה מועיל יותר לבחון את מלחמת התרבות מפרספקטיבה נוספת. מהותית, היא עוסקת בשאלה של תמיכה או דחייה באידיאל הסוציאליסטי. קנת' מינוג כתב כך:

"אפילו הסוציאליסטים [השתכנעו] – לעת עתה – שיש להניח לה לכלכלה. מה שלא השתנה הוא הלהט העמוק של הרפורמיסטים והאידיאליסטים בתרבותנו להשתלט על הממשלה ולהשתמש בכוחה על מנת לכפות דרך חיים נכונה אחת ויחידה. הדחף מתמקד כעת בסוגיות חברתיות כמו יחסי מין, סמים, חינוך, תרבות ותחומים נוספים שבהם ממשלה מיטיבה מנסה לעזור למי שהם מכנים בפטרונות 'אנשים רגילים'."¹¹

סוגיות תרבותיות או חברתיות אלה הם התחום שבו בתי משפט לחוקה תוקפים באופן קבוע את המוסדות והחוקים של 'האנשים הרגילים'.

הדחף הסוציאליסטי היה ועודנו התשוקה הרווחת בקרב בני ה'מעמד החדש'. מהם המאפיינים של הדחף לעבר סוציאליזם, שבאים לידי ביטוי בהיבטים החברתיים והכלכליים של החיים גם יחד? רשימה חלקית תכלול את התשוקה למידה רבה יותר של שוויון, אם כי לא מידה מוגדרת; לחיפוש אחר עקרונות אוניברסליים; לאוטונומיה רדיקלית של הפרט (אולם רק בתרבות היררכית בורגנית – כאשר היא תוחלף, תהיה סובלנות מעטה מאוד לאינדיבידואליות); לפמיניזם רדיקלי, ורציונליזם שמתעב מסורת ודת ומניח כי האדם והחברה יכולים להיווצר מחדש באמצעות הגות רציונלית. רציונליזם מסביר הרבה מהכפייה, המוסרית כמו גם המשפטית, שהליברליזם המודרני עושה בה שימוש. אם נראה לנו שההיגיון מוביל למסקנות וודאיות לגבי חיים מוסריים, יוצא מכך שכל מי שלא השתכנע או שמתנגד הוא מושחת או גרוע מכך, בסרבו לקבל את האמת, ועל כן יש צורך להכריח אותו להפסיק להתנגד.

למאפיינים אלה ניתן להוסיף רכות נפש, הרצון להבטיח שאיש, מלבד אויבי האינטלקטואלים, לא יחוה ולו שמץ של חוסר נוחות. החזון הכלכלי הסוציאליסטי, אחרי ככלות הכול, הדגיש את האטרקטיביות של עולם שבו אף אדם לא חווה פחות מאשר חיים חומריים נוחים. את אותה הגישה אפשר להחיל על המרכיבים התרבותיים והרוחניים של החיים. לא ברור לגמרי אם ההשקפה הזו היא היבט של הדחף הסוציאליסטי או שהיא רק גישה בלתי נמנעת שמתקיימת בחברה עשירה בעלת טכנולוגיה מתקדמת, שבה נוחות מכל הסוגים היא המצרך המרכזי. יהיה ההסבר אשר יהיה, ניתן למצוא דאגה מוגזמת לרגשותיהם של אנשים בתורת המשפט של בתי משפט אקטיביסטיים. אולם, אין זו בשום מובן דאגה כללית, ויש

¹¹ Kenneth Minogue, *The Escape from Serfdom*, TIMES LITERARY SUPPLEMENT, January 2000, 13

לה מרכיב אידיאולוגי איתן. נוחותם של חלק מהאנשים דורשת לעיתים קרובות את חוסר הנוחות של אחרים, וההכרעה נופלת לטובת מי ש'המעמד החדש' מעדיף. התיאוריה הכלכלית הסוציאליסטית, שהופרכה זה מכבר, היא רק ביטוי אחד להעדפה החזקה של האוניברסלי על הפרטיקולרי, והעיקרון הסוציאליסטי האוניברסלי ביותר והאינדיבידואלי הכי פחות, הוא השוויון. מכיוון ששוויון כלכלי איננו בר השגה, המתקפה עוברת לאי שוויון ב"סגנון חיים", לדרישה להפסיק לשפוט אנשים או את מעשיהם על פי אמת מידה מוסרית מסורתית. המסורתיים מוקיעים את הגישה הזו כרלטיביזם מוסרי, אך מפספסים בכך את הנקודה. לסוציאליסטים התרבותיים יש את תורות המוסר שלהם, הנאכפות לעיתים קרובות בקנאות שקשה למצוא אצל בעלי תורות המוסר הישנות. הקנאות ניכרת במה שאנו מכנים "פוליטיקלי קורקט". "חוסר שיפוטיות" הוא הצעד הראשון כלפי שיפוטיות אכזרית בשירות מוסריות מסוג אחר. המלחמה היא דתית בעוצמת האמונה שלה, בייחוד בצד הליברלי, וזאת מאחר שהיא נסובה על ההגדרה של עשיית טוב, מוסר, והדרך הראויה לחיות בה.

הדרישה לאוטונומיה קיצונית, שהפמיניזם הרדיקלי הוא מרכיב בה, מאופיינת לעיתים קרובות במאבק לשחרור אנושי. קימבל מסכם את ההשפעות של "רוח השחרור" שהתפרצה בשנות השישים של המאה העשרים. תיאורו עגום, אך איננו מוגזם, לדעתי:

"האידיאולוגיה הזו החדירה את עצמה, באופן הרה אסון, אל תוך חומרי הלימוד של בתי הספר והמוסדות להשכלה גבוהה; היא שינתה בצורה משמעותית את מרקם היחסים המיניים וחיי המשפחה; היא עשתה שמות בסמכות של הכנסיות ובאוצרות אחרים של חכמת מוסר; היא ערערה את הטענות בדבר הגינות אזרחית וההבנה העצמית הלאומית; היא רידדה את התקשורת, את תעשיית הבידור, ואת תרבות הפופ; סייעה בהשחתת המוזיאונים והמוסדות האחרים הנאמנים על שימור והפצה של תרבות נעלה. היא אפילו שיבשה בחריפות את לבנו ואת ההנחות הפנימיות ביותר שלנו לגבי מה נחשבים חיים טובים: היא עיוותה את חלומותינו באותה מידה שבה מנעה מאתנו להגשים אותם".¹²

הרשימה הזו מדגימה את הנטייה של האוטונומיה והשחרור להפוך לאחידות וכפייה כאשר הערכים המסורתיים והבורגניים מאבדים מאמינותם ומוחלפים. הקונפורמיות הנוקשה של מחשבה ודיבור הנאכפת כעת במוסדות רבים להשכלה גבוהה היא רק דוגמה אחת.

המוסד היחיד הבולט בהיעדרותו מדבריו של קימבל הוא המשפט. בדיונים על לוחמה תרבותית, המשפט לעיתים קרובות נשכח. ייתכן שזה מפני שהמשפט נחשב תחום נפרד, על תנועותיו, ויכוהיו ודרכי חשיבתו המיוחדים לו. גישה זו באופן ברור לקויה. המשפט הוא מרכיב מפתח בתרבותן של כל המדינות המערביות, במיוחד כשאנו פונים יותר ויותר לעבר ההתדיינות המשפטית מאשר אל הקונצנזוס המוסרי כדרך לקבוע שלטון חברתי. סיבה נוספת לכך שהמשפט חיוני יותר היום היא שבתי המשפט, כמו המוסדות המשפטיים, נעשו פוליטיים ותרבותיים באופן מוצהר יותר. בתי המשפט שיחקו תפקיד מרכזי ברוב הפתולוגיות שקימבל מנה, הן על ידי שבירת החומות המסורתיות המשפטיות שהחברות הקימו להגן מפני הידרדרות מוסרית, והן על ידי תרומת שיעורי מוסר המבוססים על הרוח המשחררת. בקצרה, בתי המשפט באופן כללי התגייסו לצד הליברלי של מלחמת

התרבות. הם נגועים בדחף הסוציאליסטי, כמו כל ה'מעמד החדש' אליו שייכים השופטים ושאליו הם מגיבים.

בדיוק כפי שמלחמת התרבות הפכה לתופעה בינלאומית, כך גם האקטיביזם השיפוטי. השניים הולכים יחד בהכרח, מכיוון שאין למצוא את המוסריות החדשה בחוקות אותן השופטים מצהירים שהם מפרשים. עליהם, אם כן, להמציא משמעויות חדשות על מנת להוציא אל הפועל את התוכנית של ה'מעמד החדש'.

מה המשמעות של כינוי שופט "אקטיביסט", או "אימפריאליסט"? המונחים האלה נזרקים לחלל האוויר בחופשיות על ידי פוליטיקאים ואנשי תקשורת בחילופי אש של סיסמאות ריקות מתוכן במקום דיון ציבורי, כך שיש תועלת במתן משמעות יציבה יותר למונחים הללו. שופטים אקטיביסטיים הם שופטים שמכריעים בתיקים באופנים שאין להם קשר סביר לחוק שהם לכאורה מיישמים, או שהם מותחים או אפילו סותרים את משמעות אותו חוק. החוק הנדון הוא על פי רוב החוקה, אולי מפני שלשונה של החוקה נוטה להיות כללית, וכן משפני שבכל מקרה, הסגת גבול שיפוטית כזו חסינה כמעט לגמרי מפני תיקון של המחוקק או הציבור.

חרף העובדה ששופטים מכריעים בשם החוקה, וסמכותם מתקבלת כלגיטימית רק בגלל שהם נחשבים שומרי טקסט מקודש של הדת האזרחית, אין הבטחה לכך שהתוצאות אכן ינבעו מאותה חוקה. כפי שאמר הבישוף הודלי, לפני קרוב לשלוש מאות שנה, "מי שלו הסמכות הבלעדית לפרש כל חוק בכתב או בעל פה, הוא הוא המחוקק האמתי לכל דבר ועניין, ולא מי שהגה או כתב אותם חוקים לראשונה".¹³ שופטים המודעים לכך עשויים, כמובן, להשתדל כמיטב יכולתם לפרש את החוק באותו האופן שהמחברים המקוריים התכוונו לו. באפשרותם להיות אקטיביים כראוי באכיפת החריות שהופקדו למשמרתם, אולם בה בעת לא אקטיביסטיים ביצירת זכויות וחריות חדשות ולא מוצדקות תוך קריאת תיגר על הסמכות הדמוקרטית. מניעה עצמית איננה אטרקטיבית, ולשופטים הזדמנויות למכביר להיכנע לפיתוי ליישם את אמונותיהם. התנהגות כזו אינה עולה בקנה אחד עם אף גרסה ידועה של שלטון חוק, והיא למעשה לא יותר מאשר פוליטיקה המתחזה למשפט. לעיתים קרובות קל יותר לנבא את התוצאה של תיק כלשהו על ידי הכרת שמות השופטים מאשר הכרת המשנה המשפטית הרלוונטית לסוגיה. מדינות המערב נשלטות יותר ויותר לא בידי החוק או נציגים נבחרים, כי אם בידי וועדות עורכי דין שלא נבחרו, שאינם מייצגים את הציבור, אין עליהם פיקוח, ושלא מיישמים שום חוק מלבד רצונם הפרטי.

לשאלה מדוע רובם של השופטים מיישמים גישות של ה'מעמד החדש' יש תשובה פשוטה. גישות אלה מתיישבות על ליבם, ואימוצן חיוני לשמם הטוב. שופטים, אשר עברו דרך מוסדות השכלה גבוהה ופקולטות למשפט, הם בעצמם חברי מעמד אנשי הרוח. הרעיונות והערכים של ה'מעמד החדש' הם חלק מהריהוט בראשם של רוב השופטים, ונראים להם מובנים מאליהם. מעבר לכך, יוקרתו של שופט תלויה במידת החשיבות שלה הוא זוכה באוניברסיטאות, בבתי הספר למשפט ובתקשורת, כולם מבצרים של ה'מעמד החדש'. שופטים ליברלים מאוד מכונים "מתונים" באופן קבוע, בעוד שופטים המנסים להחיל חוק כפי שהוא נכתב במקור נקראים באותה תדירות "שמרנים" או "ימניים". בין אם שופט מכוון אל ענפי ה'מעמד החדש' הללו, ובין אם הוא פועל באופן לא מודע מכוח השבח והביקורת מטעמם בהתאם לעקרונות מעמד זה, האפקט בפועל הוא תזווה לעבר השמאל התרבותי.

¹³ דרשת הבישוף הודלי בפני המלך, 1717. מצוטט ב- William B. Lockhart, Yale Kamisar, Jesse H. Choper, and Steven H. Shiffrin, *Constitutional Law: Cases-Comments-Questions*, 6th ed. (St. Paul: West, 1986), 1.

תופעת לוואי של תזוזה זו היא הידרדרות באיכותן של חוות הדעת המשפטיות, הידרדרות שמגיעה לעיתים לחוסר קוהרנטיות. על פי רוב, מערכות משפט לא עוצבו מלכתחילה לשימוש בתפקידים תרבותיים או פוליטיים. כששופטים מאמצים תפקידים כאלה, הם לא רק חורגים מסמכותם אלא גם עושים זאת באופן עלוב, ולעיתים קרובות בצורה פשטנית. הכשרתם היא במיומנויות משעממות אך חיוניות כגון קריאה ביקורתית, חשיבה לוגית, וכתיבה בהירה על תקדימים, חוקים וחוקות, ולא בהגות פילוסופית או צדק חברתי. לוקה בחסר ככל שתהיה ההתפלספות המוסרית של השופטים, בתפקיד חדש זה בתי המשפט עדיין מדברים בביטחון עצמי ובסמכות עליונה.

ככל שמלחמת התרבות הפכה גלובאלית, כך גם האקטיביזם השיפוטי. שופטים בערכאות בינלאומיות – בית הדין הבינלאומי בהאג (המכונה בית המשפט העולמי), בית הדין האירופי לזכויות אדם, ובאופן צפוי, בית הדין הפלילי הבינלאומי (ה-ICC) החדש, לצד פורומים אחרים – ממשיכים לחתור תחת המוסדות הדמוקרטיים ולהחיל את סדר היום של השמאל הליברלי, או ה'מעמד החדש'. בזירה הבינלאומית, התופעה כוללת מידה רעילה של אנטי-אמריקניות. הערתו של רוברט ניסבט בנוגע לבתי המשפט האמריקניים, נכונה יותר ויותר כעת בנוגע לבתי משפט אירופיים לאומיים ולערכאות הבינלאומיות החדשות:

"מסע הצלב ותפקידם הכוחני של בית המשפט העליון ומערכת המשפט הפדרלית, אשר גדלו בממדיהם אקספוננציאלית במאה הנוכחית, יצרו מודל חדש וחשוב עבור כל מי שמטרתו העיקרית היא הבנייה מחודשת כוללנית של החברה האמריקנית [...] יש יותר ויותר שופטים, יותר ויותר עורכי דין, יותר ויותר סטודנטים ופרופסורים למשפט שרואים בקלות בבית המשפט בדיוק את מה שראה רוסו במחוקקים הארכיטיפיים שלו, ובנת'הם בשופט השלום הכול יכול: כוחות ריבוניים של מהפכה תמידית".¹⁴

בכל מקום שבו השתרשה ביקורת שיפוטי, בתי משפט אקטיביסטיים אוכפים ערכים של ה'מעמד החדש', ומעבירים בקצב קבוע את התרבות שמאלה. יתירה מכך, כשהקרב חוצה גבולות לאומיים הוא נעשה יותר ויותר, ברמתם של האינטלקטואלים המשפטיים, מאבק יחיד, ופחות סדרה של מלחמות נפרדות או אף רק מקבילות. שינוי הכיוון מתרחש לא רק בגלל יצירתם של בתי משפט על-לאומיים אלא גם בגלל ששופטים בבתי המשפט הלאומיים החלו להתייעץ עם מקביליהם בארצות זרות ולצטט הכרעות חוקתיות זרות כמה שמנחה את הפרשנות לחוקה שלהם. אינדיקציה אחת משמעותית לאקטיביזם השיפוטי ולאחידות נקודת מבטם של השופטים, היא הדרך שבה פרשנות משפטית של חוקות בעלות טקסטים והיסטוריות שונים מאוד מפנים דרכם לגישות משותפות הבאות לידי ביטוי בהכרעות משפטיות. ניתן להבחין באימפריאליזם המשפטי בכל מקום, מארה"ב לגרמניה, ישראל, סקנדינביה, קנדה, ועד לאוסטרליה. הבעיה לא נוצרה אך בשל כמה מינויים שיפוטיים לא מוצלחים, אלא בגלל סיבה עמוקה יותר וקשה יותר לפתרון – מלחמת התרבות חוצת הלאומיים.

היבט ראוי לציון של התפתחות זו הוא המידה שבה הציבור לא מודע לכך ששופטים, כקבוצה, מקדמים באופן שיטתי ערכים העונים את ערכיו שלו. הציבור לא מבין שההחלטות הנקודתיות שהוא מבקר אינן טעויות, כי אם היבטים שונים של סדר יום, המצטברים לטענה לזכות לחוקק את הסביבה המוסרית של החברה. הפוליטיקאים מנסים לעיתים להפוך את ההתנהגות השיפוטית חסרת הרסן לסוגיה

Robert Nisbet, *Prejudices: A Philosophical Dictionary* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982), 210.¹⁴

מדוברת, אולם התגובה של קהל הבוחרים נעה בין פושרת ללא קיימת. מגמת ההמרה של שאלות מוסריות ופוליטיות לסוגיות משפטיות, באופן שמעביר את הכוח מהמחוקקים וגורמי השלטון הנבחרים אל בתי משפט חסרי פיקוח, ממשיכה. בהרבה מדינות מערביות היום, לא מתקבל על הדעת שאפשר לקיים דמוקרטיה ללא ביקורת שיפוטית, אף על פי שחלק מאותן מדינות תפקדו כדמוקרטיות בעבר הלא רחוק ללא ביקורת כזו. ייתכן שזוועות נאציות ברחבי אירופה יצרו את הרצון בהגנות נוספות, אם כי לא סביר שהנאצים היו נרתעים אפילו מעט, בכל שלב שהוא, מהכרעות של בתי משפט לחוקה. לא פחות חשובה היא הדוגמה האמריקנית לביקורת שיפוטית, שנחשבת בדרך כלל מעבר לים כהצלחה בלתי מסוייגת. אולם שמא התמריץ העוצמתי ביותר לכך הוא הבנת ה'מעמד החדש' שמערכת משפט אקטיביסטית מסייעת בידיהם לקדם את המטרות שהרשויות הדמוקרטיות של השלטון לעולם לא היו מאפשרות. המוסדות להשכלה גבוהה ותקשורת ההמונים, על כן, מאדירים בתורם את האקטיביזם של בתי המשפט.

תובנה מדכדכת של התקופה היא שנראה כי מעט מאוד גורמים מודאגים מהחלפת הדמוקרטיה בשלטון שיפוטי, למעט ארגונים אקטיביסטיים ואליטות תרבותיות המעוניינות בעוד מאותו הדבר. ההשתלטות הזו איננה עניין זניח של פילוסופיה משפטית, בעלת עניין למתעניינים בתיאוריות. על הפרק עומדות חריות הפרט. החרות היסודית והמוכרת בדמוקרטיה היא הזכות לעם למשול בעצמו. זכויות חוקתיות ספציפיות נועדו להיות חריגות, לא הכלל. כאשר בשם "זכות", בית משפט מבטל את רצונו של הרוב, הבא לידי ביטוי בחוקים, החרות עוברת מקבוצה גדולה לקבוצה קטנה יותר, מהרוב אל המיעוט. כאשר שופט מבטל חוק על בסיס משהו שלא קיים בחוקה, כולנו חופשיים יותר – חופשיים לנהוג באופן שרובנו החלטנו שדווקא לא מקובל לנהוג.

בתי משפט אקטיביסטיים משיגים את מטרותיהם על ידי שילוב של כפייה ושכנוע מוסרי. בתי המשפט, באופן בלתי נמנע, נוטלים לעצמם את תפקיד מורי הדרך המוסריים. ערכים נורמטיביים המוצהרים, אפילו באופן כוזב, בשם החוקה, הופכים מקובלים על הציבור ולאחר מכן משתקפים ומתעצמים בבתי המחוקקים, בבתי הספר ובמוסדות אחרים. "רעיון שאומץ על ידי בית המשפט", העיר אדוארד ה. לוי, "נהנה מעמדת עליונות בכל הנוגע להשפעת המנהגים והדעות בקהילה; שופטים, אחרי הכול, הם השליטים. ואימוץ רעיון על ידי בית המשפט משקף את מבנה הכוח שבקהילה".¹⁵ מבנה הכוח היום נמצא בידי ה'מעמד החדש'.

בכל מקום, שיח ה"זכויות" הוא הרטוריקה שבאמצעותה מתקדם הכוח השיפוטי. זכויות אינן רק אוניברסליות אלא גם דינמיות, בעוד שיקולים פרגמטיים המתנגדים להרחבתן אינם כאלה. "שיח הזכויות" (כפי שקראה לו מרי אן גלנדרון¹⁶) מעורר השראה; שיח של זהירות אינו כזה. על פי רוב קשה יותר להגן על הפרטיקולרי מאשר על האוניברסלי, כך ששיח הזכויות ממשיך להתרחב בשיח המקובל, באמרות פוליטיות נדושות, ובהכרעות שיפוטיות.

הנטייה של מדינות רבות לפנות אל בתי המשפט מואצת בגין הגיוון המהיר שמתרחש בקרב אוכלוסיותיהן מבחינת אתניות וגזע. קבוצות חדשות שהכריזו על עצמן כקרבנות תובעות את רווחתן מהרוב. לא נשאר קונצנזוס חברתי או מוסרי מאגד. גרטרוד הימלפרב סבורה שיש "אירוניה" בכך שהרעיון של קהילה יחידה

Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (Chicago: University of Chicago Press, 1949), 6 ¹⁵

Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (New York: Free Press, 1991) ¹⁶

"נותר בעינו למרות הפילוג שהתרחש בשנים האחרונות כתוצאה מהרבת-תרבותיות, ההעדפה מתקנת, הפמיניזם רדיקלי, והמחויבות המנוגדות של מבנה הגזע/מעמד/מגדר. למעשה, נשארה אך מעט בהירות או שותפות ב'קהילה' שבלב הקהילתנות".¹⁷ ובכל זאת, כפי שכותב הלורד דבלין, "מה שיוצר חברה הוא קהילת רעיונות, לא רק פוליטיים אלא גם רעיונות לגבי איך על החברים בה להתנהג ולחיות את חייהם".¹⁸ כאשר כוחות אחרים מאבדים מיכולתם המחברת, יפנו האנשים באופן בלתי נמנע אל החוק כנושא הערכים האוניברסלי האחרון וכמקור לצדק. תוצאה זו ייתכן שתניח על כתפי המשפט משקל רב משהוא יכול לשאת, שכן כפי שלורד דבלין גם אמר, "אם כל משקלו של החטא ייפול אי פעם על החוק, הוא לא יוכל לעמוד בנטל".¹⁹ בדומה לכך, אם מלוא משקל חוסר הבהירות החברתי ייפול על החוק, כפי שנראה שקורה, ייתכן מאוד שהחוק יקרוס תחת כל הלחץ. כשהמשפט מתחיל להיכשל, התגובה היא לדרוש יותר משפט, והצורה המועדפת על האינטלקטואלים וקבוצות הקרבן גם יחד, היא משפט חוקתי מומצא ומתפורר, ובכך מתעצם הלחץ שהוא כבר נתון בו.

לבתי המשפט כוח רב של כפייה ושל מוסר גם יחד. למרות שכוח זה מופעל על התרבות בשלמותה, הוא לא תמיד דרמטי שכן הוא מתקדם בצעדים קטנים. אולם כיוון שהצעדים מצטברים, כוחו מתעצם אף יותר. מה שהשופטים עשו היא הפיכה, אישית ומנומסת, אך בכל זאת הפיכה. לא ניתן, בסדר הגודל של ספר כזה, לדון בכל החוקים החוקתיים של כל המדינות. בחרתי לדבר על מגמות שיפוטיות בערכאות בינלאומיות בפרק 1 כדרך להדגים את עלייתו של האקטיביזם השיפוטי במדינות אירופה ובפורומים ובתי משפט בינלאומיים באופן כללי. פרק 2 מוקדש להרפתקאות החוקתיות של בית המשפט העליון בארה"ב, בעוד פרק 3 דן בהכרעות חוקתיות בקנדה, בין היתר בגלל שקנדה קיוותה, לשווא, כך מתברר, להימנע מהאקטיביזם השיפוטי שהם כינו "מחלה אמריקנית", וגם כי ספר זה החל את דרכו כהרצאה השנתית של ברברה פרום בשנת 2002, באוניברסיטת טורונטו (אני מקווה שמה שאכתוב לא יגרום למארחי להתחרט על הכנסת האורחים הנדיבה שלהם). הפרק הרביעי והאחרון עוסק במקרה של בית המשפט העליון הישראלי, ולו מהטעם בגלל שהוא האקטיביסטי והאנטי דמוקרטי ביותר בעולם כולו, וכך יכול, אלא אם תהיה התערבות רחומה מלמעלה, לנבא את עתידם של כל בתי המשפט לחוקה בעולם המערבי.

אין לצפות שכל בתי המשפט יגיעו לתוצאות זהות. אולם, בהינתן תוצאות מנוגדות בסוגיות מסוימות, בתי המשפט של מדינות שונות מראים מגמה זהה בכל מקום: הסגת הגבול של הסמכות הנתונה בידי השלטון הדמוקרטי על ידי בתי המשפט, יחד עם תנועת החברה לעבר השמאל התרבותי. ייתכן שעם הזמן מגמות אלה ייפסקו, אולם לעת עתה יש מעט מאוד ראיות לכל סוג של התהפכות המגמה.

ציטוט מוצע: תרגום פרק ההקדמה מספרו של רוברט בורק "המהפכה התמידית" בלוג רשות הרבים (3.5.2021).

¹⁷ Gertrude Himmelfarb, *One Nation, Two Cultures* (New York: Knopf, 1999) .40

¹⁸ Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (London, New York: Oxford University Press, 1965), 89

¹⁹ שם, 23.