

אקטיביזם שיפוטי – עיון חוזר

מאת

תומאס סואל*

THOMAS SOWELL, [JUDICIAL ACTIVISM RECONSIDERED](#) (Hoover
Institution Press, 1989)

בדומה לביטויים רווחים רבים, הביטוי "אקטיביזם שיפוטי" צבר כל כך הרבה משמעויות שונות עד שהוא מכסה יותר מאשר הוא מגלה. אולם, אין זה מושג שניתן להתעלם ממנו כ"בטל מחמת עמימות", שכן תלויים בו חששות בנוגע להישרדות המשפט ולעצם משמעותו. מאחר שאין אפשרות לזנוח את המושג, הבהרתו הפכה להיות חיונית.

המושגים "אקטיביזם שיפוטי" ו"ריסון שיפוטי" מעוררים מיד קשיים לוגיים ברורים, הזוכים לעיתים קרובות להתעלמות: אקטיביזם ביחס למה? ריסון ביחס למה? האם אנו מגדירים שופטים כאקטיביסטים או כמרוסנים ביחס אל: (1) הרוב הנוכחי (2) המחוקק המייצג את הרוב הנוכחי, (3) החוקים שנחקקו על ידי מחוקקים בעבר ובהווה, (4) הפעולות של רשויות מבצעות ומנהליות בעבר ובהווה, (5) משמעות המילים בחוקה, (6) העקרונות או התכליות של מי שכתב את החוקה, או שמא (6) התקדימים המשפטיים שהניחה פרשנות משפטית קודמת של החוקה?

אקטיביזם או ריסון ביחס לאחת מנקודות הייחוס הללו אינו מלמד על יחס דומה לשאר הנקודות, ולעיתים אף להיפך. למשל, משפטן "מרוסן" המשתדל לדבוק ב"כוונה המקורית" של סעיפי החוקה מחויב באופן אקטיבי להכריז על בטלות חוקים של מחוקק הפורץ שוב ושוב את גבולות הסעיפים הללו. ומנגד, משפטן "אקטיביסט" יאמץ באופן פאסיבי פעולת חקיקה מרחיבה, מהסוג שנראה לו מתאים ל"ערכים" חוקתיים כלליים, גם אם חסרה לה סמכות חוקתית או שהיא נכנסת להגדרת ה"שטח האפור" של איסורים חוקתיים. אחת הדוגמאות הבולטות לסוג כזה של משפטן היה שופט בית המשפט העליון בארה"ב [ויליאם א. דאגלס](#) אשר פעם אחר פעם העניק קדימות למחוקק בכל הנוגע לחקיקה סוציאליסטית

* תומס סואל הוא כלכלן, תיאורטיקן חברתי, פילוסוף פוליטי אמריקאי ועמית בכיר במכון הובר. קיבל את המדליה הלאומית למדעי הרוח מהנשיא ג'ורג' וו. בוש בשנת 2002. כל הזכויות שמורות. התרגום והפרסום באישור. תרגום מאנגלית: עו"ד שמעון נטף.

וככלכלית, תוך שהוא משתמש בשפה האהובה על המצדדים בריסון שיפוטי,¹ אף על פי שהיה בעל תודעה שיפוטיה אקטיביסטית.

הניתוח שלהלן יעסוק בראש ובראשונה בהבדל האופרטיבי שבין אקטיביזם שיפוטי לבין ריסון שיפוטי, כך שתידרש התמקדות במושג "כוונה מקורית". רק לאחר מכן יהיה אפשר לעבור אל הסוגיות המהותיות המבחינות בין המושגים. לבסוף, נקרא תיגר על התדמית של "שופטים אקטיביסטים ליברלים", בטענה שיש גיוון פוליטי בין שורות האקטיביסטים השיפוטניים, כעניין של עובדה היסטורית.

משמעות לעומת "כוונה"

בלב הרתיעה מאקטיביזם שיפוטי נמצא החשש מכך ששופט יחיל את העדפותיו האישיות בהכרעותיו, במידה כזו ששוללת בסופו של דבר את משמעותו של החוק כגוף של כללים ידועים המדריכים את התנהגותם של החברה והיחיד. גם התומכים וגם המתנגדים לאקטיביזם שיפוטי מגנים תוצאה כזו, על כל פנים באופן רשמי, כשהראשונים מתכחשים להתרחשותה והאחרונים טוענים שכך הדבר.

התומכים בשופטים המכונים אקטיביסטים, מצהירים לעיתים קרובות על כך שמשפטנים אלה מרוסנים על ידי החוקה, ועל כן הם אקטיביסטים בהכרח כנגד יחידים, ארגונים, מוסדות והחלטות מדיניות המפרים את סעיפי החוקה או איזה מעקרונותיה. נניח לעת עתה לשאלת תוקפה האמפירי של הצהרה זו. הצהרות מסוג זה מספקות בסיס משותף למבקרים ולתומכים של מנהגים שיפוטניים מסוימים, ובכך מסייעות בהגדרת האקטיביזם השיפוטי. אין זו רק האקטיביות או הפסיביות שעומדת על הפרק אלא בעיקר הבסיס לאותה אקטיביות או פסיביות. בשיטת משטר חוקתית, שופט מכונה אקטיביסט – במובן שבו משתמשים המתנגדים למושג – אם הוא מכריע בסוגיות על בסיס מקורות שמחוץ לחוקה. בסופו של דבר, השופט נחשב לאקטיביסט או מרוסן ביחס לחוקה, אולם עקרונות דומים חלים גם על פרשנות חקיקה. המחלוקות סביב אקטיביזם שיפוטי הן מחלוקות על המידה שבה שופטים מכריעים בסוגיות על בסיס מקורות חיצוניים לחוקה, ובייחוד על בסיס מקורות המנוגדים לה. העובדה שיתכן שהכרעות אלה גם מפרות את רצון הרוב באחת ממשמעויותיו, או באחת מן הצורות שבהן הוא בא לידי ביטוי דרך מוסדות שלטוניים שונים, היא סוגיה אחרת – חשובה, אולם לא הכרחית לצורך המשימה הראשונית של הגדרת המושגים.

הדבר הראשון שיש לעשות, אם כן, הוא להבחין בין (1) ניסיונות להכריע בסוגיות על בסיס החוקה, עד כמה שהדבר קל או קשה בפועל, לבין (2) ניסיונות לשקול שיקולים חיצוניים הנחשבים שווים (או עליונים) לחוקה.

שיקולים פנימיים

אחד המכשולים הניכרים ביותר בפני מי שחפץ לפסוק על פי החוקה הוא הקושי בהבנתה. היקפה העצום של בעיה זו הוא נקודה חיונית. איש לא מאמין שאפשר להגיע לפתרון ייחודי וקבוע מראש עבור כל המקרים האפשריים באמצעות "החוק

¹ ראו THOMAS SOWELL, KNOWLEDGE AND DECISIONS, 298–299 (1980).

החרות". אף התומכים הנחרצים ביותר בעד "ריסון שיפוטי" מקדמים כללי פרשנות, מהם עולה כי לא ניתן להניח שיש פתרונות ברורים, מקיפים כול, ייחודיים וקבועים מראש. אולם אין צורך בנוסחה מתמטית מדויקת המפרטת את מיקומם של סדרת נקודות על מנת לדעת אם נקודות אלה נמצאות בתוך גבולות מסוימים. השאלה האמיתית היא אם השופט מחפש את הגבולות האלה או שמא מחפש לברוח מהם – האם מה שמעורב בתהליך הפרשנות הוא דילמה אמיתית שחבוי בה הפתרון או אגנוסטיציזם טקטי* לבעיה שאינה פתירה.

בקונטקסט הזה, השאלה מהי הכוונה המדויקת של החוקה בביטויים כגון "הליך הוגן" או "זכויות וחסינויות", תהיה רלוונטית לפירוט סדרות אינסופיות של נקודות ייחודיות – אך לא רלוונטית בהכרח להנחת הגבולות, וחוסר דיוק בהגדרת הביטויים הללו לא ימנע החלטות שיפוטיות ייחודיות במקרים מסוימים. היה צורך לדעת בדיוק את כוונת סעיפי החוקה בכל היישומים האפשריים רק אם בית המשפט היה מפרסם חוות דעת מייעצת כוללנית (המגדירה סדרות אינסופיות של נקודות ייחודיות), ולא כאשר הוא מכריע בכל מקרה לגופו (וקובע אם תנאיו המסוימים נמצאים בתוך הגבולות הרלוונטיים או מחוצה להם).

הבעיה איננה במציאת משמעויות מדויקות שאפשר להחילן באופן אוניברסלי ולקבוע באמצעותן את התוצאה הייחודית של כל מקרה, אלא במציאת גבולות המשמעות עבור הסוגיה הנידונה. השאלה איננה מה המשמעות המדויקת של "עונש אכזרי ויוצא דופן", אלא האם גזר דין מוות נופל מחוץ לגבול המשמעות של ביטוי זה. בדומה לזה, נניח שחזרה דורש מסוכנות כוח-אדם לספק למעסיק אנשים "גבוהים", ודאי שאין משמעות מדויקת למונח זה, אך אם הסוכנות תספק באופן עקבי אנשים שנמוכים ממטר וחצי – הרי ללא ספק זו הפרת החוזה. השאלה איננה האם יש הגדרה מקיפה וכוללת למונח מסוים, אלא האם ההגדרה מספיקה על מנת לפתור את הסוגיה במקרה הנדון. ייתכן שישנן אוכלוסיות ננסים בעולם, שבהן אדם בגובה מטר וארבעים נחשב ל"גבוה". אולם אין זו סיבה לזנוח את משמעות המונח בחברה האמריקנית ולחפש לו משמעויות חיצוניות או להכריז כי המונח חסר משמעות בכל מקרה.

בסופו של דבר, הדיוק איננו בר השגה לבני האנוש, גם במובן הפיזי הפשוט ביותר. אף אחד לא יודע מה המרחק המדויק בין אנדרטת וושינגטון לבין מצודת לונדון. אם נציין את המרחק במספר שלם של מיל, יהיה אפשר לדחותו כלא מדויק מאחר שאין בו פירוט של האינצ'ים, ואם נפרט את האינצ'ים, אזי יידחה על בסיס חוסר הדיוק במילימטרים. אם נציין את המרחק בשברים, ניתן לתקוף את הדיוק של כלי המדידה עצמו כפחות ממדויק באופן מושלם בהכרח. אולם למרות כל הקשיים הללו בתיאוריה, הרי שבפועל, אדם שלא יודע כלל את המרחק במיל לא יהסס לדחות כל טענה לכך שאנדרטת וושינגטון נמצאת עשרה מיל ממצודת לונדון – או עשרה מיליון מיל. למרות שמעטים יוכלו לציין את המרחק המדויק, כולם יכולים לדחות את ההערכות הללו שנמצאות מחוץ לגבולות האפשריים.

מידת הקושי בפרשנות חוקה או בפרשנות חוק תלויה בהגדרת התוכן שמשימת הפרשנות אמורה לכלול. חלק מכללי הפרשנות המוצעים מטעם המצדדים בריסון שיפוטי מספקים רמזים לתהליך הפרשני שהם מקדמים – וחשוב יותר, שופכים אור

* הערת עורך: אגנוסטיציזם היא השקפה פילוסופית לפיה גורמים שקיומם עדיין לא הוכח אין להניח או להסיק דבר לגביהם, במילים אחרות, אין להאמין שהם קיימים או להניח שאינם קיימים.

על המשמעות שיש לדידם להעניק לביטוי "כוונה מקורית". הנקודה כאן איננה להעריך את טיבם של כללים אלה, אלא לעיין במה שהכללים הללו מרמזים על המשימה המתבצעת.

ויליאם [בלקסטון](#) למשל, ניסח שורת צעדים מפורטת שנועדה לבטא את "הכוונה שהייתה בזמן שהחוק נחקק". הצעד הראשון, את המילים עצמן יש "להבין על פי המשמעות הרגילה והידועה ביותר". אף על פי שתנאי זה נשמע פשוט, זוהי מגבלה משמעותית – פירושה צמצום הגבולות. משמעו של צעד זה הוא שאין לפרש את מילות החוק על פי כל משמעות שניתן לייחס להן "במסגרת הדקדוק", אלא רק על פי "שימושן הכללי והמקובל". כאשר נעשה שימוש ב"מונחים בתחום האמנות" או ב"מונחים טכניים", יש לפרשם על פי המשמעות הנפוצה בתחום המסוים שאליו התייחסו.² בקצרה, אין השופט רשאי לפרש את המילים מבראשית בכל דרך שמאפשרים הדקדוק והמילון, כל שכן שלא על פי אמנות או אופני שימוש מאוחרים יותר.

רק במקרה ש"המילים עדיין עמומות", יהיה מותר על פי בלקסטון להמשיך לצעד השני הבא ולנסות "לקבוע את משמעותן על פי ההקשר". ההקשר, או "רוח הדברים", לא יכולים להקדים את המשמעות המקורית. לפי בלקסטון – וכפי שנראה, לפי אחרים – יש לחפש את המשמעות המקורית, ולא הכוונה במובן של מניע פסיכולוגי או ערכים פילוסופיים.

גם כשבלקסטון מתקדם לצעד השלישי בתהליך הפרשני – קביעת מה שעמד "לעיני המחוקק" – הוא משתמש בו רק כמורה דרך למשמעות המקורית של המילים שעדיין לא נקבעה על ידי שני הצעדים הראשונים. רק כאשר למילים עדיין אין משמעות, או "משמעות אבסורדית ביותר" ממשיך בלקסטון לצעד הרביעי, שבו "יש לחרוג קמעה מהמשמעות המקובלת" כך שלמשל, חוק האוסר על שפיכת דם ברחוב לא יחול על רופא המטפל באדם פצוע.³

רק בשלב "האחרון" בתהליך "גילוי המשמעות האמיתית של חוק, כאשר המילים נתונות בספק" תהיה הצדקה לשופט "לשקול את צידוק החוק ואת רוח הדברים" או את "התכלית שהניעה את המחוקק לחוקק את החוק".⁴ בכל הצעדים הללו, ביחד ולחוד, תפקיד השופט הוא יישום ההוראות כשהמשמעות כבר נתונה, בין אם היא נאמרה ברורות ובין אם נדרשו צעדים נוספים לגילוייה. התפקיד לא כולל הגיית משמעויות חדשות, המבוססות על תובנות מאוחרות יותר, על מצפון שיפוטי או על ערכים פילוסופיים שיש להניח כי הם מונחים בבסיס החוק המקורי.

לפי [אוליבר וונדל הולמס](#) בדומה לבלקסטון, המשמעות ההכרנית (הקוגניטיבית) של החוק כהוראה, קודמת למניעים הפסיכולוגיים או לערכים הפילוסופיים של מחברי החוק – או למעשה, של חוזים, מכיוון ש"אפשר שהצדדים יהיו מחויבים על פי חוזה לעניין שאיש מהם לא התכוון לו".⁵ עבור הולמס, פרשנות משפטית לדברים שנאמרו איננה ניסיון "להיכנס לראש של מי שאמר אותם".⁶ כאשר מסמך משפטי "לא מסגיר משמעות אחת בלבד על פי כללי השפה", אומר הולמס, השאלה

WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, ²
vol. 1, 59 (1753)

³ שם, בעמ' 60.

⁴ שם, בעמ' 61.

⁵ OLIVER HOLMES, COLLECTED LEGAL PAPERS, 177 (1920)

⁶ שם, בעמ' 204.

"איננה מה התכוון האיש הזה, אלא מה הייתה משמעותן של המילים הללו בפיו של דובר אנגלית רגיל העושה בהן שימוש באותם התנאים".⁷ וכן הוא אומר: "איננו שואלים למה התכוון המחוקק; אנו שואלים רק מה משמעות החוק".⁸

מכיוון שאנשים בשר ודם הם בעלי "ערכים" ומניעים, בעוד שלביטויים ניתן לייחס רק היגיון ומשמעות, הולמס חיפש בבירור את המשמעות ההכרנית יותר מן המשמעות הפילוסופית, הפסיכולוגית או זו שנשענת על אירועי רקע אחרים, ועוד פחות חיפש משמעות לפי ערכים מאוחרים יותר או תובנות של אחרים. "אני לא מצפה ולא חושב שרצוי ששופטים ייטלו לעצמם את הסמכות לשפץ את החוק", הוא מסביר, "אין זה תחום עיסוקם".⁹ כמו בלקסטון, הולמס ניסה כמוצא אחרון "לקרוא את מה שהכותב התכוון לתוך מה שניסה לומר ולא הצליח" – כמו למשל, כאשר נערך חוזה שבו כל צד כינה את אותה ספינה בשם אחר.¹⁰ אולם באופן כללי, כששופטים "מפרשים ומחילים את מילות החוק, התפקיד שלהם מלכתחילה אקדמי בלבד – לקרוא אנגלית בצורה אינטליגנטית – ולשקול את התוצאות הצפויות, אם בכלל, רק כאשר המילים מוטלות בספק סביר".¹¹ שוב, זהו תהליך פרשנות הדרגתי, שבו השרשרת נפסקת כאשר מוצאים את המשמעות המקורית, ושיקולים אחרים – בין אם אלה תקדימים פילוסופיים או פסיכולוגיים ובין אם אלה תוצאות צפויות – הופכים לחסרי משמעות מעשית מאותה נקודה והלאה. כשפירש הולמס את התיקון השש עשרה לחוקת ארצות הברית, הוא הדגיש כי יש לקרוא את 'המילים' "במשמעות הברורה ביותר של ההבנה שהייתה מקובלת בזמן שאומץ".¹² באופן דומה, הוא סירב להצהיר כי יישום התיקון הארבע עשרה לפי "צורות של מדיניות מס שהיו ידועות בזמן שהתיקון אומץ" הוא לא חוקתי.¹³ כאן, כמו במקומות אחרים, מה שיש לאתר הוא המשמעות המקורית. בדומה לבלקסטון, הולמס הצהיר שאת המשמעות "יש להסיק לא רק על ידי עיון במילים ובמילון", אלא על ידי עיון במשמעות ההיסטורית בהקשר המקורי.¹⁴

ייתכן שהתמיכה של הולמס בריסון שיפוטי, נדמית כלא עקבית לאור הערותיו המצוטטות לרוב על "התפקיד החקיקתי של בתי המשפט"¹⁵ בקלאסיקה שחיבר בשם THE COMMON LAW [המשפט המקובל]. אולם, יש לקרוא גם את מילותיו של הולמס בהקשר שלהן, כפי שהוא דרש שייעשה עם דבריהם של אחרים. העובדה שהמשפט המקובל הוא פרי ידיהם של השופטים ונוצר על ידם, אין בה לומר שהשופטים נדרשים לנקוט עמדה בסוגיה שנויה במחלוקת, לא כל שכן שהדבר אינו מחייב אותם בהתנהלות אקטיביסטית. בסוגיה זו הולמס גם לא שינה דעתו ככתבים מאוחרים יותר. באותה פסקה ממש שבה טען שאין זה מקומם של השופטים "לשפץ את החוק", הוא גם הצהיר ש"על השופטים להפעיל את סמכותם הריבונית לבחור" במקרים "מעוררי ספק".¹⁶ ברבות השנים הוא המשיך לדבר על

⁷ שם.

⁸ שם, בעמ' 207.

⁹ שם, בעמ' 239.

¹⁰ שם, בעמ' 205-206.

¹¹ *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, at 401.

¹² *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189, at 219-20.

¹³ *Louisville and Nashville Railroad Co. v. Barber Asphalt Paving Co.*, 197

U.S. 430, at 434.

¹⁴ *Gompers v. United States*, 233 U.S. 604, at 610.

¹⁵ OLIVER HOLMES, THE COMMON LAW, 36 (1881).

¹⁶ Holmes, ראו לעיל ה"ש 5, בעמ' 239.

כך ששופטים מחוללים "שינוי ברקמות העמוקות של החוק".¹⁷ הוא מוסיף ואומר: "אני מכיר ללא היסוס בסמכות השופטים לחוקק וכך עליהם לעשות, אך הם יכולים לעשות זאת רק במקום בו החוק מאפשר להם זאת; הם מוגבלים מתנועה מולרית למולקולרית".¹⁸ אין זו תמיכה אף ב"מעט" אקטיביזם שיפוטי, כפי שאנו משתמשים במונח זה כאן. השופטים פועלים במרווחים הדקים שהחקיקה המפורשת וסעיפי החוקה הותירו ריקים. באף שלב הם לא הוסמכו לגבור עליהם על סמך מקורות חיצוניים או הכרעות שיפוטיות.¹⁹ לעומת השופטים הנדרשים לשקול את עניין הציבור בהכרעותיהם במרווחים האלה, בהליך החקיקה אין בכך צורך:

"אני חושב שהדרך הראויה היא הדרך שבה המחוקק המדינתי יכול לעשות כל דבר שהוא רואה לנכון אלא אם כן הוא מוגבל על ידי איסור מפורש בחוקת המדינה או בחוקת ארצות הברית, ובתי המשפט נזהרים שלא להרחיב איסורים כאלה מעבר למשמעות הברורה שלהם, על ידי קריאה של תפיסות המדיניות הציבורית שבית משפט מסוים במקרה מחזיק בהן, לתוכם".²⁰

בקצרה, אסור לשופטים להרחיב את המרווחים שלהם. ולא הייתה זו הכללה צדקנית בלבד. בפועל, הולמס התנגד שוב ושוב לקריאות מרחיבות של התיקון הארבע-עשרה.²¹ בטענותיו נגד "השימוש בתיקון הארבע עשרה מעבר להכרח האבסולוטי של לשונו".²² גם בפרשנות חקיקתית הצהיר הולמס שהוא לא ראה "כל סיבה לקרוא אל תוך חוק שרמן יותר ממה שיש בו".²³ בדעת המיעוט הראשונה שלו בבית המשפט העליון, קרא הולמס את [חוק שרמן](#) כה בצמצום עד שהכחיש כי הוא מגן על תחרות בשוק.²⁴ הדחייה המפורסמת ביותר של שימוש במקורות חיצוניים לפרשנות החוק על ידי הולמס הייתה כמובן הצהרתו: "התיקון הארבע עשרה לא מיישם את [Social Statics](#) [סטטיקה חברתית]" של הרברט ספנסר.²⁵ לא הייתה זו דחיה של עמדות מן הפילוסופיה הכלכלית או החברתית של ספנסר – עמדות שהולמס הזדהה עימן.²⁶ הנקודה הייתה בפשטות שהולמס יישם בפועל את עמדתו באשר לכך שדעותיו והפילוסופיה האישית שלו לא היו רלוונטיות לסוגיות

¹⁷ שם, בעמ' 269.

¹⁸ שם, בעמ' 32.

¹⁹ הולמס ציין פעמים רבות בהכרעותיו שאף חוקי המדינה קודמים למשפט המקובל. *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, at 222; *Black & White Taxicab & Transfer Co. v. Brown & Yellow Taxicab & Transfer Co.*, 276 U.S. 518; *Panama Railroad Co. v. Rock*, 266 U.S. 209, at 216; *Noble State Bank v. Haskell*, 219 U.S. 104, at 113. על אחת כמה וכמה, שקודם לו החוקה הפדרלית.

Tryson & Brother v. Blanton, 273 U.S. 418, at 445–446.

²⁰ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, at 74–76; *Truax v. Corrigan*, 257 U.S.

²¹ 312, at 342–344; *Muhlker v. Harlem Railroad Co.*, 197 U.S. 544, at 576;

Weaver v. Palmer Bros. Co., 270 U.S. 402, at 415–16; *Schlesinger v.*

Wisconsin, 270 U.S. at 241–42; *Baldwin, et al. v. Missouri*, 281 U.S. 586, at

595.

²² *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312, at 344

²³ *Nash v. United States*, 229, U.S. 373, at 378

²⁴ *Northern Securities Co. v. U.S.*, 193 U.S. 197, at 405–406

²⁵ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, at 75

²⁶ Holmes, לעיל ה"ש 5, 279–282, 292–294. אולם, ההסכמה לא היה מושלמת. Holmes,

The Mind and Faith of Justice Holmes, 50 (Max Lerner ed.)

המשפטיות הנידונות.²⁷ לעיתים ביקר קשות דעותיהם של אנשים בהם תמך בהכרעתו בפסק דין.²⁸

המוטיבים עליהם הרחיבו בלקסטון והולמס ממוטיבים להדהד היום בדבריהם של תומכי הריסון השיפוטי. למשל, על פי [ריצ'ארד פוזנר](#), השופט המרוסן "הוא המתווך ההגון של האחרים, עד שעקרונותיו האישיים אינם ידועים".²⁹ בקצרה, השופט ממלא אחר הוראות, לא מסנתז הכרעות מהחומר החי של "ערכים". אצל [ראול ברגר](#), ה"כוונה המקורית" של מכוני החוקה מוגדרת בצורה הכרנית – ולא בשל מניע פסיכולוגי או פילוסופי – בתור "המשמעות שהמייסדים ייחסו למילים בהן עשו שימוש בחוקה ובתיקונים".³⁰ השופט [רוברט בורק](#) טען גם הוא כי על השופט להכריע "על פי החוקה ההיסטורית".³¹

לסיכום, אקטיביזם שיפוטי וריסון שיפוטי מוגדרים כאן במונחים של אקטיביזם או ריסון כלפי החוק הכתוב – בחוק ובחוקה – במשמעותם ההכרנית בשעה שנחקקו. אין צורך לאתר המשמעות הזו במדויק. בפועל, השאלה היא האם הסוגיה שעלתה במקרה נתון מצויה בגבולות המשמעות ההכרנית או לא. לפי התומכים בריסון שיפוטי, הביטוי "כוונה מקורית" היא הגדרה נוחה לאותה משמעות הכרנית כפי שנחקקה בחוק. למשמעות הפסיכולוגית או הפילוסופית אין משקל כנגד המשמעות המקורית, והפנייה אליהן רק כדי לסייע בהבנת משמעות עמומה. מכיוון ש"כוונה מקורית" היא הגדרה מתומצתת עבור עמדותיהם של התומכים בריסון שיפוטי, משמעותה נלמדת מהם ולא מיריביהם. טיעוני היריבים רלוונטיים כמובן והם נשקלים בבוא העת, אולם הגדרת המשמעות המקורית צריכה להיות בראש ובראשונה של התומכים במשמעות כזו.

שיקולים חיצוניים

שיקולים חיצוניים נשקלים בפרשנות החוק מאחר (1) שחלק מהשופטים מעדיפים לא לפרש את החוק בתוך גבולות המשמעויות הפנימיות, ומאחר (2) שישנם פערים בלשון החוק שיש למלא על ידי מקורות חיצוניים (מה שהולמס כינה: החקיקה השיפוטית ב"מרווחים"). הואיל והסיבה השנייה נוגעת גם לשופט המרוסן ביותר, רק הסיבה הראשונה מתייחסת לאקטיביזם שיפוטי במובן השנוי במחלוקת, על פי המשמעות שהגדרנו לעיל.

²⁷ *Holmes*, לעיל ה"ש 5, 239, 295, 307; *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, at 75; *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, at 191-192; *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525, at 570-571; *Abrams et al v. United States*, 250 U.S. 616, at 630; *Tryson & Brother v. Banton*, 273 U.S. 418, at 446-447; *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, 215 U.S., 349, at 372; *Schlesinger v. Wisconsin*, 270 U.S. 230, at 241; *Untermeyer v. Anderson*, 276 U.S. 440; *Quong Wing v. Kirkendall*, 223 U.S. 59, at 62; *William W. Bierce, Ltd., v. Hutchins*, 205 U.S. 340, at 347-348.

²⁸ בפרשת *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 מערערים שאת דעותיהם תיאר כ"השקפה שאני מאמין שהיא השקפה של בורות וחוסר בגרות". ראו שם, בעמ' 629.

²⁹ RICHARD A. POSNER, THE FEDERAL COURTS: CRISIS AND REFORM, at 221

³⁰ RAOUL BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY, at 363

³¹ ROBERT BORK, TRADITION AND MORALITY IN CONSTITUTIONAL LAW,

התומכים באקטיביזם שיפוטי מקדמים שימוש במשמעויות חיצוניות גם אם המשמעויות הפנימיות ידועות. [רונלד דבורקין](#) למשל, דוחה "פרשנות מצמצמת" של הטקסט החוקתי שכן היא מגבילה את הזכויות החוקתיות "רק למי שקבוצה מוגבלת של אנשים בתאריך מסוים בהיסטוריה הכיר בהם".³² יהיה זה לא נכון, על פי דבורקין, אם בפרשנות הביטוי "עונש אכזרי ויוצא דופן" המופיע בחוקה, בית המשפט העליון "יהיה מושפע במידה רבה מהעובדה שכאשר אומץ הסעיף הזה, גזר דין מוות היה עונש סטנדרטי ולא שנוי במחלוקת".³³ דבורקין מסביר:

"עובדה זו הייתה מכריעה אילו מנסחי החוקה היו מתכוונים להניח תפיסה מסוימת של אכזריות, אז הביטוי היה מעיד שהתפיסה להגדרת אכזריות לא הייתה רחבה עד כדי כך. אך היא איננה מכריעה בשאלה אחרת העומדת כעת לפני בית המשפט, והיא: האם בית המשפט, בתגובה לניסוח מנסחי החוקה את מושג האכזריות, יכול כעת להגן על תפיסה שלא רואה במוות אכזריות?".³⁴

לפי גישה זו, "בית המשפט יכול להחיל את מה שהחוקה אומרת רק על ידי החלטה משלו לגבי מה נחשב אכזריות",³⁵ ובאופן כללי יותר "זכויות יכולות להשתנות בעוצמתן ובאפיוןן ממקרה אחד למשנהו, ומעת לעת במהלך ההיסטוריה".³⁶ גישתו של דבורקין היא בעצם "מיזוג של משפט חוקתי ותיאוריות מוסר".³⁷

מוסריות, מצד עצמה, איננה חיצונית לחוקה באופן אינהרנטי אף לפי דעתו של הולמס. "החוק הוא העד והפיקדון החיצוני של חיי המוסר שלנו", הוא אמר.³⁸ המוסר של השופט (או תפיסתו את המוסר בחברה) הוא מה שחיצוני לחוקה. הטיעון שיש להכיר במוסריות שבחוק איננו דרישה מן השופטים להכניס מוסריות אל תוך החוק. כשהולמס הגדיר את החוק במהותו כ"ניבוי של שכיחות הפעלת הכוח הציבורי",³⁹ הוא גם נמנע מהגדרתו בתור "שפה של ציניות",⁴⁰ כי כאשר הוא מדגיש "את ההבדל בין החוק ובין המוסריות" הוא עושה כן "ביחס למטרה יחידה של למידת והבנת החוק".⁴¹ אין לפרש את החוק על פי קריטריונים מוסריים אלא לראות בו סדרת הוראות אשר משמעותן ההכרנית קודמת לכל.

בניגוד לכך, מי שמקדם תפקיד פרשני גדול יותר לשופטים מבקש ללכת מעבר למשמעות הכרנית. לשיטתם, "כוונה מקורית" כוללת את הלך הרוח הפסיכולוגי של מי שחיבר את החוקה – כגון העובדה שמדיסון "ניגש לוועידה אחוז בתשוקה אינטלקטואלית עצומה",⁴² שהיה לו "חשש" מהצעות מדיניות מסוימות לגבי רכוש ודת,⁴³ או שהוא "תיאר בפרטיות" תיקונים לחוקה באופן מסוים.⁴⁴ פרופסור דבורקין כותב באריכות רבה נגד כוונה מקורית על בסיס כך ש"האירועים

³² RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, 134.

³³ שם, בעמ' 135.

³⁴ שם, בעמ' 134-135.

³⁵ שם, בעמ' 136.

³⁶ שם, בעמ' 139.

³⁷ שם, בעמ' 149.

³⁸ Holmes, לעיל ה"ש 5, עמ' 170.

³⁹ שם, בעמ' 167.

⁴⁰ שם, בעמ' 170.

⁴¹ שם, בעמ' 170.

⁴² Rakove, *Mr. Meese, Meet Mr. Madison*, THE ATLANTIC MONTHLY, December 1986, 81.

⁴³ שם, בעמ' 82.

⁴⁴ שם, בעמ' 84.

המנטליים" שבראשם של המחוקקים או של מחברי החוקה הם קשים עד בלתי אפשריים להבנה,⁴⁵ ובנוסף, "נראה אף ברור מזה, שאין לנו תפיסה מקובלת של כוונת הקבוצה" ולא כל דרך לקבוע "אלו היבטים של המצבים המנטליים האינדיבידואליים רלוונטיים לכוונת הקבוצה".⁴⁶ באופן דומה, אחרים מצביעים על כך ש"לעיתים קרובות, הצהרות ציבוריות לא משקפות את הכוונות בפועל".⁴⁷ בניגוד להולמס, זהו אכן ניסיון להיכנס לראשם של אנשים.

אם נקבל את טבעה הרחב של המשימה שעל הפרק, הקושי והעמימות העצומים, שלא לומר חוסר היכולת המוחלט, למצוא את "הכוונה המקורית" – הם בדיוק מה שטוענים תומכי האקטיביזם השיפוטי. אך אין זוהי הכוונה המקורית המדוברת. רק כאשר מנסים לנוע מעבר לכוונה ההכרנית, חיפוש הכוונה המקורית ידרוש מפרשנים מודרניים "לאבחן בדיוק על מה המייסדים חשבו", כפי שטוען שופט העליון **ויליאם ג' ברנן**. במסגרת הזו שהגדיר, אכן רלוונטי להצביע על כך ש"מנסחי החוקה עצמם לא הסכימו" על כל הסעיפים של "מסמך שנוסח באופן משותף" ושניסוחו עירב לא רק את "המנסחים" אלא גם את "המתדיינים בקונגרס" ואת "המאשרים במדינות".⁴⁸ אך הרלוונטיות של שיקולים אלה נשענת רובה ככולה על מסגרת שעליה הוחלט ועל משימה שמסגרת זו מצביעה עליה – שאינן מנת חלקם של תומכי "הכוונה המקורית" או הריסון השיפוטי. הקשיים הפרשניים העצומים – אם לא הבלתי ניתנים לפתרון – לא נובעים מן החוקה עצמה או מליקויים ברשומות ההיסטוריות, אלא עשויים לחול גם על חוזים מסחריים רגילים או על הסכמי תעסוקה כיום. אם שופט היה מחפש את ה"כוונות" שמאחורי ההחלטה לבחור בקריירה מסוימת או את "הערכים המהותיים" הגלומים בהקמת מבנה תאגידי כזה ולא אחר, משימתו הפרשנית הייתה מטילת אימה באופן זהה. במקום לקבוע את המשמעות הקונגטיבית של התנאים והסעיפים שנכתבו בחוזה, היה עליו לקחת בחשבון את הכוונות והמניעים הסובייקטיביים, לא רק של עורכי הדין שחיברו את המסמכים הרלוונטיים אלא גם את כוונות המנהלים שנתנו להם הוראות, כוונות בעלי המניות (מי שהשמיעו את קולם ומי שאינם), כוונות הבנקאים המשקיעים אשר להם החזקה בחברה, כוונות נציגי איגודי העובדים וכוונותיהם של אחרים אשר השפעתם הורגשה על ידי מי מהם בזמן יצירת המסמך המדובר. רק על ידי ההתמקדות במשמעות ההכרנית, תפקיד הפרשנות נעשה אפשרי עבור השופט – או שהכוונה כה ברורה עד כדי שאין צורך לערב את השופט.

מקרה אמיתי וספציפי יכול להדגים באופן קונקרטי את ההבדל בין חיפוש המשמעות ההכרנית של הוראות, לבין חיפוש של שיקולים חיצוניים מעבר למשמעות ההכרנית. **פרשת וובר**⁴⁹ מספקת הדגמה כזו. סעיף 703 (a) לחוק זכויות האזרח (1964) קובע כי אסור למעסיק "להפלות כל פרט ביחס לשכר, לתנאים, או לזכויות העסקה בשל גזעו של אותו פרט" או בשל אפיונים אחרים. סעיף 703 (d) אסר באופן ספציפי יותר הפליה כזו "בכל תוכנית שהוקמה על מנת לספק התמחות או כל הכשרה אחרת". עובד עם צבע עור לבן, בראיין פ. וובר, נדחה מתוכנית הכשרה אליה שורינו מקומות על פי ותק, אף על פי שעובדים עם צבע עור שחור

⁴⁵ RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE, 40, 43, 44

⁴⁶ שם, בעמ' 42.

⁴⁷ STEPHEN MACEDO, THE NEW RIGHT V. THE CONSTITUTION, 10

⁴⁸ William J. Brennan Jr., *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, speech at Georgetown University, October 12, 1985, 4

⁴⁹ *United Steelworkers of America v. Brian F. Weber*, 443 U.S. 193 (1979)

בעלי ותק קטן יותר התקבלו, וזאת מאחר שנעשה שימוש ברשימות ותק שונות עבור הגזעים השונים ונוסדו מכסות על בסיס גזע. בחוות הדעת של בית המשפט העליון, שנכתב על ידי שופט העליון וויליאם ג' ברנן, לא הוכחש באופן מפורש שנוהל זה מנוגד למשמעות ההכרנית הפשוטה של החוק. אך השופט ברנן דחה "פרשנות מילולית" של החוק, והעדיף לחפש את "רוח הדברים" ב"דאגה העיקרית" של הקונגרס "למצוקתו של האדם השחור במשק שלנו".⁵⁰ בקצרה, הוא הפליג מעבר למשמעות ההכרנית של סעיפי החוק, אל התכליות המשוערות ואל הערכים שהניעו את חקיקת החוק. מאחר שהתכלית המשוערת לא הייתה להגן על לבנים מפני אפליה על בסיס גזע, נקבע שהחוק לא מגן על בראיין פ. וובר, שהפסיד בתיק. שופט העליון ויליאם ה. רנקוויסט, בדעת מיעוט, המשיל חילוץ הכרעה זו – ההפוכה מהלשון הברורה של החוק – לבריחות הגדולות של הודיני.⁵¹

פרשת וובר מדגימה את ההבדל בין חיפוש משמעות הכרנית פנימית לבין חיפוש שיקולים חיצוניים מעבר למשמעות זו שכן (1) אין מחלוקת לגבי משמעותן ההכרנית של המילים, ובהתאם (2) לא נדרשו סוגי הצעדים הפרשניים שהציעו הולמס ובלקסטון, בין השאר, כדי להבין את המשמעות ההכרנית – אלא להפך, שימשו כדי לנסח משמעות שמעבר למשמעות הכרנית, באופן שהציע רונלד דבורקין.

למעשה, דבורקין תמך ב**פרשת וובר**. תוך שהוא מציין את "הרקע של מאות שנים של הפליה גזענית מרושעת",⁵² דבורקין מתייחס אל חוק זכויות האזרח כ"החלטה של הקונגרס לקדם שוויון גזעי", כך ש"המדיניות שבבסיסו" הפכה את הכרעת ברנן להכרעה הנכונה.⁵³ על פי דבורקין, "לא ניתן, בעיון ממושך במילים שהשתמש בהן הקונגרס, לענות בפשטות על השאלה כיצד יש לפרש את פרק VII".⁵⁴ אך דבורקין לא טוען שהמילים הספציפיות שבהן נעשה שימוש היו לא ברורות במשמעותן ההכרנית, למרות שהוא ממשיך ודן בשאלה מה לעשות במקרה היפותטי שבו לשון החוק אכן "לא ברורה".⁵⁵ אגנוסטיציזם טקטי יכול כמובן לגרום לכל מילה להיות לא ברורה, ואחת הדרכים האפקטיביות ביותר לעשות זאת היא עיון במקרים היפותטיים. אך בפועל, במקרה הנידון, לא קיימת טענה לכך שהקונגרס החריג תוכניות להפליה מתקנת מהחוק או (כמו במקרה של הרופא המקיז דם ברחוב) המקרה הספציפי הנדון לא עלה על דעתו בעת כתיבת החוק.⁵⁶ שאלות אלה רלוונטיות לניסיונות לנסח משמעות שמעבר למשמעות ההכרנית של המחוקקים, אך אינן רלוונטיות לתהליך הפרשני שמציע דבורקין:

"הצדקה אחת לחוק טובה יותר מהצדקה אחרת, ומספקת את הכיוון להתפתחות קוהרנטית של החוק, אם היא מספקת ניתוח רגיש או יסודי יותר של העקרונות המוסריים בבסיסו. לכן שופטים צריכים להחליט מה מבין שתי ההצדקות המתחרות עליונה יותר כעניין של מוסריות פוליטית, ולהחיל

⁵⁰ שם, עמ' 207, ה"ש 7.

⁵¹ שם, בעמ' 222.

⁵² Dworkin, לעיל ה"ש 45, בעמ' 318.

⁵³ שם, בעמ' 319.

⁵⁴ שם, בעמ' 318.

⁵⁵ שם, בעמ' 320 ואילך.

⁵⁶ טענה זו הובאה בפרשת *Bakke* בשנה הקודמת, אך אז נדחתה בפרשת *Weber* על ידי אחד מאלה שהעלו אותה לראשונה – נשיא העליון ויליאם רנקוויסט.

את החוק כך שיקדם יותר את ההצדקה הזו".⁵⁷

כל זה נאמר בעיון במקרה היפותטי, אך המסקנות של הניתוח הזה מופנות חזרה לפרשת וובר, בה דבורקין תומך כ"צעד נוסף במאמציו של בית המשפט לפתח תפיסה חדשה של מה דורש השוויון בחיפוש אחר צדק גזעי".⁵⁸

קשה להעריך כראוי את הפיקחות הטקטית בדיון של פרופסור דבורקין בפרשת וובר ביחס למקרה היפותטי שבו המשמעות לא ברורה, מבלי לדעת ש-(1) בניגוד גמור למצב בו משהו לא עלה על דעתם של המחוקקים (כגון הרופא שופך הדם), האפשרות של מכסות גזע והפליה הפוכה נגד לבנים הועלתה גם הועלתה בקונגרס בדיונים שקדמו להעברתו, באופן תדיר ומודגש על ידי המבקרים של החוק לזכויות האזרח, וכן כי (2) אפשרות זו נדחתה באותה תדירות ונחרצות על ידי תומכי החוק בטענה שהיא איננה מטרת החוק ואף לא מותרת על פיו.⁵⁹ אם דבורקין היה דן בפרשת וובר באופן ספציפי לאורך העיון שלו בסוגיה, והיה טוען במפורש שלשון החוק אינה ברורה באופן הכרני בתחולה על המקרה הנדון, היה נפתח הפתח לחפש את הבהירות הקוגניטיבית, מה שהיה מוביל לתוצאות מביכות.

אגנוסטיציזם טקטי ובריחה אל ההיפותטי אינם ייחודיים לפרופסור דבורקין, או אפילו לניתוח של פסקי דין מסוימים. טיעון כללי שנשמע הוא שהזמנים והתנאים השתנו, ועל כן בהכרח גם השתנו המשמעויות של סעיפי החוקה. הדבר כמעט שלא נאמר בקונטקסט של מקרה ספציפי וקונקרטי, הדורש לגבור על סעיף מסוים בטענה שאינו חל באופן ברור על התנאים של הצדדים. באופן מקובל יותר, מועלים מקרים היפותטיים, המערבים שינויים טכנולוגיים ואחרים שמייסדי החוקה לא היו יכולים לצפות, ובכך נטען שיש קושי כללי ליישם על פי משמעות מקורית. באופן אירוני, הטיעון הכללי הזה הנובע ממקרים היפותטיים לא חל כמעט בכלל על רוב פסקי הדין השנויים במחלוקת של בית המשפט העליון מהדור האחרון, שעסקו בסוגיות שהיו מוכרות היטב בזמן אימוץ החוקה – הפלות,⁶⁰ תפילה בבתי הספר,⁶¹ מעצר עבריינים,⁶² הפרדת הגזעים,⁶³ משקל שונה לקולות בהצבעה⁶⁴ והוצאות להורג.⁶⁵

חוסר שביעות רצון עם העמדה המהותית של החוק או עם התנאים החברתיים של האומה איננו קביעה שהחוק אינו ברור, אלא אם כן האגנוסטיציזם המוצהר הוא למעשה טקטיקה בלבד. כאשר שופט העליון ברנן אומר "עמימות כמובן הביאה לידי פרשנות",⁶⁶ הוא מתעלם מהשאלה היסודית יותר – האם זו לא הפרשנות שהביאה לידי עמימות.

ניתן להצדיק שיקולים חיצוניים בפרשנות החוק גם ללא טיעונים של עמימות

⁵⁷ Dworkin, לעיל ה"ש 32, בעמ' 329-328.

⁵⁸ שם, בעמ' 331.

⁵⁹ ראו, לדוגמה, U.S. Equal Employment Opportunity Commission, Legislative History of Titles VII and XI of Civil Rights Act of 1964, at 3005, 3006, 3013, 3015, 3134, 3160, 3187-3190.

⁶⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁶¹ *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

⁶² *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁶³ *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁴ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

⁶⁵ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

⁶⁶ Brennan, לעיל ה"ש 48, עמ' 1.

קוגניטיבית, אך נדיר שכך הדבר נעשה. באופן מקובל יותר, יש טענות כלפי הקשיים הגדולים בקביעת כוונת מחברי החוקה – ובעקבותיהן הכרזות שכבר ממילא עבר זמנן של משמעויות אלה. אך אם הטענה למשמעויות חיצוניות תקפה, הקשיים במציאת משמעויות פנימיות אינם רלוונטיים. כך שהטיעון כולו מצטמצם לטענה על היתרונות המהותיים של פנייה מחוץ למשמעות ההכרנית של החוק.

סוגיות מהותיות

להצדקת הפנייה מחוץ ל"כוונה המקורית" (משמעות הכרנית) של מי שחוקק את החוק או את סעיפי החוקה, נהוג למנות בין השאר את הסיבות האלה: (1) התרחשו שינויים חברתיים משמעותיים מאז החקיקה, (2) מעורבות כאן שאלות מוסריות, אשר לשון החוק המפורשת התייחסה אליהן באופן חלקי, או שרמזה אליהן באופן סתום, ובאופן כללי יותר, יש לקרוא את החוק – ובייחוד את החוקה – לא כסדרה של הוראות אלא כביטוי של ערכים, שעל השופט ליצוק בהם תוכן ספציפי במקרה הספציפי. בצד השני של המתרס, מי שמציעים להישאר במסגרת המשמעות ההכרנית, מעלים לרוב סוגיה נוספת הנוגעת אל (3) הזכות של רוב דמוקרטי למשול באמצעות נציגיו. נבחן טענות אלה אחת אחת.

"שינויים"

התומכים באקטיביזם שיפוטי מתייחסים לעיתים קרובות לשינויים שהתרחשו, ונחשבים לרצויים, כטעם לפנייה מחוץ למשמעות הקוגניטיבית של החוקים, לרבות החוקה. על פי שופט העליון וויליאם ג' ברנן:

"אלה אשר רוצים להגביל את הטענות לזכויות אל הערכים של 1789 המפורטים באופן ספציפי בחוקה, מעלימים עין מההתקדמות החברתית ומתנזרים מההסתגלות של ערכים עליונים לשינויים בתנאים החברתיים".⁶⁷

על-פי השופט ברנן, "הגאונות של החוקה נובעת לא ממשמעות סטטית כלשהי שאולי היה לה בעולם שאבד עליו הכלח, אלא ביכולת ההסתגלות של ערכיה הגדולים להתמודד עם בעיות עכשוויות ועם צרכים עכשוויים".⁶⁸ נקודות מבט דומות אפשר למצוא ברחבי הספרות העצומה בתוך ומחוץ לתחום המשפט, במישורים אקדמיים ופופולריים גם יחד.

ההדגשה החוזרת והעיקשת של העובדה שמתרחשים "שינויים" – לבטח אחד האפיונים הנפוצים והמקובלים ביותר של ההיסטוריה האנושית – קשה להבנה, מלבד בתור הקדמה למסקנה שאינה מתבקשת לפיה השופטים הם הסוכנים המיוחדים והמוסמכים של זיהוי השינויים המסוימים המועדפים על תומכים מסוימים. "שינויים" גנריים כשלעצמם אינם סוגיה שנויה במחלוקת. אפילו למי שמזוהים לרוב כ"שמרנים" יש לעיתים קרובות יכולת להכיל שינויים שהיו רוצים לראות – דווקא בפרטים הקטנים, יותר מאשר בכמות או בסדר גודל, מהשינויים שתומכים בהם מי שנחשבים "ליברליים" או "רדיקלים".

שינויים טכנולוגיים ואחרים, שהופכים את היכולת ליישם את סעיפי החוקה

⁶⁷ שם, בעמ' 5.

⁶⁸ שם, בעמ' 8.

במובנם המקורי לבלתי אפשרית – כמו מכשירי האזנה אלקטרונית או מעקב אווירי – היו מעורבים לעיתים נדירות בפסקי דין חוקתיים שנויים במחלוקת שעוררו סערות. גם "השינויים החברתיים" האובייקטיביים שהתרחשו לא התאפיינו בכך שהפכו חוקים קיימים לבלתי אפשריים ליישום – כפי שלמשל, נישואי תערובת מסיביים היו הופכים את חוקי הפרדה הגזעית לבלתי ניתנים ליישום באופן מנהלי. מה שהתרחש לרוב היה שינויים באמונות ובעמדות – בקרב שופטים, אינטלקטואלים או הציבור בכלל – החלישו או עקרו את האמונה שחוקים שונים או תנאים חברתיים הם רצויים. ללא קשר לתוקפם או ליתרונותיהם של השינויים הסובייקטיביים האלה, אין בם הכרח אובייקטיבי "בלתי נמנע" שמכריח את השופטים, למרות כל חששותיהם, לנסות "לחדור אל המשמעות המלאה של סעיפי החוקה", כפי שמתאר זאת השופט ברנן.⁶⁹

בקצרה, תהיה אשר תהיה הרודנות ההיפותטית של "שינויים" על שופטים מהססים במקרים היפותטיים – בעולם האמיתי, המקרים האמיתיים שגרמו לחשש או למחלוקת בעניין האקטיביזם השיפוטי לא היו מאופיינים בה. שינויים חברתיים לא יצרו כל קושי הכרני בקביעת גזעו של בראיין וובר או של עמיתו העובדים, או הפכו את לשון סעיפי 703(a) או 703(d) בחוק זכויות האזרח לשרויים בערפל הדוחה כל ניסיון להבין למה יכול היה הקונגרס להתכוון. הטכנולוגיה המשתנה של הפלות לא יצרה חסמים מנהליים או אחרים להיתכנות היותן חוקיות או לא חוקיות. באופן דומה, שיטות ההוצאה להורג של המאה השמונה עשרה, שלא נכללו באיסור של "עונש אכזרי ויוצא דופן" של החוקה בזמנה, לא נעלמו כאופציות בעקבות "שינויים" בדורות שחלפו. בקיצור, ההיתכנות איננה הסוגיה המרכזית. מה שהשתנה באופן העמוק ביותר הוא מה חפצים לעשות האנשים, לרבות השופטים.

עכשיו ששחררנו מהדיון את האגנוסטיציזם הטקטי, את ההיתכנות, ואת טענת ה"שינויים" הגנריים, אפשר לעיין בסוגיה של ייסוד השינויים המסוימים שנראים רצויים. אין דבר בחוקה האמריקנית שמונע זאת, למרות הנהי הקיים על "הקושי" בתיקון החוקה. יש להבחין בין קושי לבין תדירות. לא קשה לנעול נעל אחת אדומה ואחת ירוקה כל בוקר, אך הדבר קורה לעיתים רחוקות – מכיוון שאנשים לא חפצים בכך. התדירות הסטטיסטית שבה החוקה מתוקנת רלוונטית רק כאשר משווים אותה לתדירות שבה הציבור חפץ בתיקון. העובדה שהאשמה המרכזית נגד שופטים היא שהם למעשה משנים את החוקה – האשמה ששופטים מרגישים צורך להכחיש – מרמזת לכך שהציבור חרד יותר למנוע את שינוי החוקה מאשר לשנות אותה. אם ראייה זו אינה מספקת, היא לפחות טובה יותר מהראיות להיפך. אכן, סימן ההיכר של נקודת המבט המנוגדת הוא שלא מתבקשות או מוצגות ראיות לגבי הפער בין תיקון רצוי לבין תיקון בפועל – כלומר, לגבי "הקושי" שבתהליך תיקון החוקה.

דיונים לגבי הנדירות שבה הליך השינוי "הצליח"⁷⁰ מגדירים באופן סמוי הצלחה בתור 'הוספת תיקון' ולא בתור 'יישום רצון הציבור'. על פי קריטריון כזה, יש להחשיב גם את ההליך האלקטורלי ככישלון חרוץ, מכיוון שהרבה יותר מועמדים נוחלים תבוסה מאשר ניצחון, במיוחד אם נכלול הצבעות בפריימריז. אך גם בהליך האלקטורלי וגם בהליך תיקון החוקה, הבסת מה שהציבור רוצה להביס הוא הצלחה באותה מידה שבה ניצחון מה שהציבור רוצה שינצח נחשב להצלחה. אפילו במקרה שבו רוב – אך לא רוב מספיק, או לא רוב המפוזר בצורה שתביא להצלחה – חפץ בתיקון (או חפץ לעקוף וטו נשיאותי של חקיקה) ונחסם מלעשות כן, החיסרון של

⁶⁹ שם, בעמ' 2.

⁷⁰ LAURENCE H. TRIBE, CONSTITUTIONAL CHOICES, 22

כל מאמץ רציני לשנות את הכללים החוקתיים מאותת שהציבור לא מגדיר את התהליך כולו ככישלון – כלומר, הציבור מקבל את הכרעת הרוב הקיים לאורך זמן ובכך מאשר את ההליך כבלם נגד רוב מזדמן בציבור.

שינויים חברתיים – אפילו שינויים מהותיים ומרחיקי לכת – לא מחייבים כמובן שינויים בחוקה האמריקנית. הרבה חוקים וחוקות מדינה משמשים ככלים של שינוי, כמו גם מספר הולך וגדל של מוסדות מנהליים בכל ענפי הממשלה, ועולם שלם של הסדרים ברמת הפרט וחברות מסחריות שהולך וגדל. הטענה שהשינויים הרצויים על הציבור נחסמים מחוסר בכלים מוסדיים, כך שהשופטים הם המוצא האחרון של הציבור, לא רק שמנוגדת לחלוטין לראיות בשטח, אלא גם לא עולה בקנה אחד עם קרנם הנופלת של בתי המשפט, ככל שהם, על פי ההשערה, יישמו את רצון הציבור שנחסם בדרכים אחרות. לא כל התומכים באקטיביזם שיפוטי נוטלים על עצמם את המשימה המתגרת לטעון שהציבור רוצה את השינויים שכופים השופטים. חלקם מודים בכך שהשופטים מייצגים ציבור צר יותר מבין עמיתיהם, אולי מתוך תקווה לתמיכה מן הדורות המאוחרים שככל הנראה יהיו נאורים יותר. שופט העליון [ת'ורגוד מרשל](#) היה עורך מבחן לפיו במה היה הציבור מאמין אם היה מעודכן כראוי.⁷¹

בעיקרון, ההצדקה הבסיסית לאקטיביזם שיפוטי היא שההסדרים שנכפים על ידי השופטים עדיפים מבחינה מוסרית מן ההסדרים שקיימים – או מן ההסדרים שהציבור רוצה. במילים של רונלד דבורקין, "חברה שוויונית יותר היא חברה טובה יותר גם אם אזרחיה מעדיפים אי-שוויון".⁷² ציטוט זה מציג את הסוגיה בצורה הברורה ביותר. כל שנותר לקבוע הוא מדוע השופטים הם האמצעי הראוי לשינוי המנוגד לרצונות הציבור ואין הציבור מוסמך בעצמו לחולל שינוי מתוקף סמכותו שלו. התשובה הפרגמטית היא שהם מתמנים ולא נבחרים, ובמקרה של שופטים פדרליים, מתמנים לכל החיים. אף על פי כן, לסוגי המוסדות השונים יתרונות וחסרונות משלהם,⁷³ כך שגם בני אדם שהם עליונים מוסרית או אינטלקטואלית במוסד מסוג מסוים לא בהכרח יגיעו להחלטות מיטיבות יותר לחברה אם הם יעקפו את החלטות המוסדות האחרים אשר להם יתרונות חברתיים בסוגיות הספציפיות שבתחום סמכותם.

הצהרה זו של דבורקין מחכימה במובן נוסף. עברו, ועבור רבים אחרים התומכים באקטיביזם שיפוטי, הסוגיה היא מה יש לעשות – לא מי מחליט מה לעשות. בשאלה הזו, כמו ברבות אחרות, עובדת קיומם של "שינויים" רלוונטית רק במעט.

הדיכוטומיה המצוטטת לרוב בין אקטיביזם שיפוטי לבין הנצחת העולם הפוליטי והחברתי של מייסדי החוקה, מנוגדת להיסטוריה כמו גם להיגיון. חלק מהשינויים הדרמטיים ביותר – אכן, התקורות דרסטיות של הנוף הפוליטי והחברתי בארה"ב כולו – התרחשו במאה הראשונה תחת החוקה, הווי אומר, עוד לפני שנולד [ארל וורן](#). מעטים בלבד מהשינויים האלה התחוללו על ידי החלטות שיפוטיות, והשינוי החברתי וההיסטורי המשמעותי ביותר – שחרור האוכלוסייה השחורה מעבדות – התרחש בניגוד לדעה השיפוטית הכולטת של אותו עידן בנוגע לגזע, [פרשת דרד סקוט](#). הבחירה בין אקטיביזם שיפוטי לבין הנצחתה של המאה השמונה עשרה מייצגת או נאיביות מדהימה בתור אמונה או ציניות מדהימה בתור טענה.

⁷¹ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, at 361–362.

⁷² Dworkin, לעיל ה"ש 32, עמ' 239.

⁷³ Sowell, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21–44.

מוסריות

למרות שיש מי שמתווכח תחת ההנחה שהסוגיה המוסרית בפרשנות שיפוטית היא האם, או באיזו מידה, על המוסר להשפיע על החוק – כאילו יש מחלוקת בין "סקפטיים מוסריים" המאמינים ש"ניתן להתעלם מהמוסריות"⁷⁴ לבין מי שרוצה להחיל את החוק ברגישות מוסרית – השאלה היסודית יותר היא לא מה להחליט אלא מי המחליט. חזרה מודגשת על מוטיב המוסר, בדומה לחזרה המודגשת על מוטיב ה"שינויים", איננה תחליף לקביעת המוסר של מי – או באופן מקביל, השינוי של מי, המשמעות של מי, הכוונה של מי, התכלית של מי. השאלה אינה האם יש "להתייחס ברצינות"⁷⁵ לזכויות, אלא לאיזו תפיסת זכויות יש להתייחס ברצינות – יש תפיסת זכויות שבעצם שוללת תפיסת זכויות אחרת.⁷⁶

יש להבחין בין המוסריות של החוק כפי שהוא נחקק לבין המוסריות של השופט המפרש אותו. שופט העליון הולמס התעקש על התפקיד המרכזי והלגיטימי של הראשונה באותה נחרצות שבה הוא התעקש על חוסר הרלוונטיות וחוסר הלגיטימיות של השנייה. בין אם נסכים עם המסקנה המהותית של הולמס ובין אם לאו, הנקודה כאן היא שהוא הדגים הבחנה תקפה בין השניים. הולמס לא היה "בעד" או "נגד" העיקרון הגנרי של מוסריות בחוק. כאשר הוא דן בהתפתחות החוק מנקודת מבט פילוסופית, הולמס קרא לו "העדויות והפיקדון החיצוני של חיינו המוסריים" ותיאר את ההיסטוריה שלו כ"היסטוריה של ההתפתחות המוסרית של הגזע".⁷⁷ הוא גם התייחס ל"אידיאליזציה גבוהה" כ"דבר הטוב ביותר באדם".⁷⁸ אולם, כחבר בבית המשפט העליון הוא אמר תדיר לעמיתיו השופטים: "אני שונא צדק" – כטיעון שיש עליהם לשקול בקונטקסט שבו הם עבדו.⁷⁹ הוא סיים את אחת מדעות המיעוט שלו כך: "אינני חופשי לשקול את מידת הצדק שבחוק".⁸⁰ באופן דומה, במכתב לשופט זר כתב: "אצטער תמיד אם לא אמצא נימוק מוחלט יותר מאשר ההתאמה לתחושת הצדק שלנו". השאלה האמיתית, על פי הולמס היא "האם ההכרעה מייצגת את מה שיש להבין כרצונו של המחוקק?"⁸¹ באופן דומה, הכריז הולמס בדעת מיעוט: "כשאנו יודעים מה מקור החוק קבע שיהיה אותו מקור, סמכותנו נגמרת".⁸² בשנותיו המאוחרות יותר, שקל הולמס לכתוב ספר על החוק "שיסלק את כל הדיבור על חובות וזכויות – שיתחיל מהגדרת החוק באופן אותו מבינים אותו עורכי דין – כהצהרה של תנאים בהם יופעל הכוח הציבורי על האדם דרך בית המשפט..."⁸³.

בקונטקסט הזה, אי אפשר לתאר את הולמס כמגן שיפוטי על "העיקרון המהותי"

⁷⁴ Macedo, לעיל ה"ש 47, בעמ' 35.

⁷⁵ Dworkin, לעיל ה"ש 32, בעמ' 184-205.

⁷⁶ THOMAS SOWELL, A CONFLICT OF VISIONS, 185-190.

⁷⁷ Holmes, לעיל ה"ש 5, בעמ' 170.

⁷⁸ Holmes, לעיל ה"ש 26, בעמ' 441.

⁷⁹ שם, בעמ' 435.

⁸⁰ *Untermeyer v. Anderson*, 276 U.S. 440.

⁸¹ Holmes, לעיל ה"ש 26, בעמ' 432.

⁸² *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, 215 U.S. 349, at 372.

⁸³ Holmes, לעיל ה"ש 26, בעמ' 449. ולא הייתה זו תפסה חדשה עבורו; הוא החשיב אותה

בתור "אחת מהפנינים הישנות שלי" – התפיסה הזו את המשפט הופיעה בכתביו הציבוריים עשרות שנים קודם לכן. בנאום בשנת 1897, הולמס אמר: "חובה משפטית אינה יותר מאשר ניבוי שאם יעשה או לא יעשה אדם דברים מסוימים ייגרם לו סבל בצורה זו או אחרת על ידי הכרעת בית המשפט; וכנ"ל לגבי זכות משפטית". Holmes, לעיל ה"ש 5, בעמ' 169. ראו שם גם בעמ' 175; לעיל ה"ש 15, בעמ' 79.

של חופש הדיבור, או על כל ערך מוסרי אחר. הוא היה מגן של החוקה כמקור העליון של הכוח בו הוא השתמש, והחוקה הייתה המגינה של חופש הדיבור. על כס בית המשפט העליון, הולמס לא ראה עצמו מתווך של ערכי מוסר הגוברים על החוקה. במקום זאת, הוא ראה את תפקידו השיפוטי כמי "שמשיג על כך שהמשחק מתנהל לפי הכללים, בין שאני אוהב אותם ובין שלא".⁸⁴ כאשר טען שהחוקה לא חוקקה את הפילוסופיה של הרברט ספנסר, לא הייתה זו דחייה של הפילוסופיה של ספנסר. שלא כמו מבקרים אחרים של אקטיביזם שיפוטי, הולמס דחה אקטיביזם גם כשהוא התבסס על הפילוסופיה שלו עצמו. החוקה, הוא אמר, "לא נועדה לגלם תיאוריה כלכלית מסוימת". ובאופן כללי יותר טען "היא נוצרה עבור אנשים עם השקפות מנוגדות באופן יסודי".⁸⁵

מה שעומד על הפרק בין מי שמעודד לריסון שיפוטי לבין מי שדוחף לאקטיביזם שיפוטי אינו האם קיימת או צריכה להיות מוסריות בחוק. מה שעומד על הפרק הוא המקור המוסדי של אותה מוסריות. השופט רוברט ה. בורק, חסיד של ריסון שיפוטי בן זמננו, סיכם את הטיעון במונחים דומים מאוד לשל הולמס: "בדמוקרטיה חוקתית, מה שיוצק את התוכן המוסרי לחוק הוא המוסר של המייסד או של המחוקק, לעולם לא המוסר של השופט".⁸⁶ שוב, יש צורך לציין את עמדתם של תומכי הריסון השיפוטי מאחר שהעמדה הנגדית של אקטיביסטים שיפוטניים לא רק חולקת על הנחות היסוד, ההנמקות או המסקנות שלהם, אלא לעיתים קרובות מתווכחת על קשת סוגיות אחרת לגמרי – האם ובאיזו מידה צריך החוק להיות מוסרי? באיזה סוג מוסר (תועלתני, מבוסס אמנה חברתית וכו'), ומה, למשל, היסודות המוסריים לעבירה על החוק.⁸⁷ קשה לחבר בין הסוגיות הללו, לא כל שכן למצוא להן פתרון.

רונלד דבורקין, למשל, טוען שלמי שיש תפיסת "ספר כללים" של המשפט "לא אכפת מהתוכן של אותם כללים"⁸⁸ – משל הסוגיה על הפרק היא האכפתיות היחסית ולא המוסד הראוי לשיקול הדעת. למרות שהוא מודה בערך של כללים צפויים, דבורקין מציין כי "ברור שציות לספר הכללים אינו מספיק עבור הצדק; ציות מלא יביא לאי צדק משווע אם הכללים אינם צודקים".⁸⁹ איש אינו יכול להטיל ספק בכך, מספיק רק לחשוב על שירות בתפקיד שופט בדרום-אפריקה, בגרמניה הנאצית או בברית המועצות. השאלה האמיתית היא האם זו הסוגיה.

חברות מהסוג הזה זוכות לגינוי בדיוק בגלל שהחוקים והחלטות המדיניות שלהם נחשבים ללא צודקים, ומי שמסיבות מצפון מתפטר מתפקידים שדורשים ממנו לשמש מתווך של חוקים והחלטות מדיניות אלה זוכה לשבח. הבעיה המוסרית היא בטבעם של משטרים אלה, לא בטבעו של התיווך. השאלה הגדולה יותר – ונקודת המחלוקת האמיתית – היא לא כיצד על יחידים לנהוג ביחס לאי צדק מוסדי שכבר קיים, אלא איך מוסדות יכולים לתפקד בצורה שתקדם את המצב האנושי. זוהי התגנדרות מוסרנית לרמוז שמי שמעדיף מתודה כלשהי של קבלת החלטות מוסדית "אכפת" מהצדק (או מ"ערכים מהותיים" אחרים) יותר מאשר מי שחושב שמתודה אחרת של קבלת החלטות מוסדית תהיה אפקטיבית יותר. מה שיש לדון עליו ולנתח

⁸⁴ Holmes, לעיל ה"ש 5, בעמ' 307.

⁸⁵ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, at 76.

⁸⁶ Bork, לעיל ה"ש 31, בעמ' 11.

⁸⁷ Dworkin, לעיל ה"ש 21.

⁸⁸ שם, בעמ' 11.

⁸⁹ Dworkin, לעיל ה"ש 45, בעמ' 12.

הוא הטעמים לאמונה שדפוס מוסדי אחד יקדם את הצדק – או כל מטרה אחרת – בצורה טובה יותר מאחרים.

ניתן לדון, ואכן הדבר נידון במשך מאות רבות, בשאלה האם בעלי-תפקידים מומחים, המטופחים בקפידה, תורמים לרווחת האנושות יותר מאשר הסדר שבו כל יחיד לוקח על עצמו באופן ישיר אחריות רחבה יותר על טובת הכלל. טענות בעד "אחריות חברתית" של אנשי עסקים, במובן הזה, מקבילים לטענות לטובת אקטיביזם שיפוטי, תיאולוגיית שחרור* או עיתונאות אקטיביסטית.⁹⁰ כל אלה הן שאלות לגבי ההיקף, הצורה והמוקד של שיקול דעת מוסדי – לא שאלה 'למי אכפת יותר מהצדק או מכל צד מוסרי אחר'. אוליבר וונדל הולמס, שנולד בתקופת העבדות, הצטרף לתנועה לביטול העבדות ועזב את ספסל הלימודים על מנת להתנדב למלחמת האזרחים, בה נפצע קשה בשני קרבות. קשה לקרוא לזה אגנוסטיציזם מוסרי. אף כאשר שירת שנים לאחר מכן בבית המשפט העליון, ביטא הולמס בפומבי דעות נחרצות לגבי האידיאולוגיות הפוליטיות של ימיו⁹¹ – למרות שהצבעותיו בבית המשפט היו לעיתים קרובות בעד אלה אשר את רעיונותיהם הוא גינה ודחה.⁹² ניטרליות מוסרית לא הייתה קשורה כלל להגדרת הגבולות של התפקיד המוסדי של השופט.

אקטיביסטים שיפוטיים כמו רונלד דבורקין ו**לורנס ה. טרייב** מכירים בגבולות יכולת השופטים ואת הראוי להם לעשות בפרשנות החוקה.⁹³ הם פשוט מציבים את הגבולות האלה במרחק רב יותר מאשר רוברט ה. בורק או ריצ'ארד פוזנר כיום, או הולמס ובלקסטון בעבר. הסוגיה הנידונה היא טבעו של המרחק. פרופסור טרייב הרחיק את עצמו מן התומכים באקטיביזם שיפוטי "ששכנעו את עצמם ש'הכל הולך' כל עוד זה מסייע להביא קץ על מה שהם מזהים כאי צדק; עבורם הסעיף החוקתי הוא רק כסות המעניק לגיטימיות למה שהמחזיקים בשלטון מסוגלים לעשות; או שהם מאמינים שרק בשפה נינוחה בידי מי שהיה בתנאים אחרים מעורר הפיכה אלימה, ניתן לנסח את דרישותיהם באופנים שהמשטר יכול לקבל אותן מבלי לאבד מיוקרתו".⁹⁴ בקצרה, פרופסור טרייב דוחה לוחמת גרילה במסווה של תיאוריה משפטית. בעניין זה אמר:

"עלינו לבחור ולקבל החלטות, אך יש לכפור באשליה כי החופש לבחור הוא בכל דרך שבה היינו רוצים לבחור. לשם כך החוקה – חוקה ספציפית ובהכרח לא מושלמת – שבניסוחיה, בסופו של דבר, אנו בוחרים".⁹⁵

החוקה, על פי טרייב, "איננה פשוט מראה, והיא אינה כלי ריק שהמשתמשים בו יכולים לשפוך לתוכו כל אשר יעלה על דעתם".⁹⁶ אך כמה שאולי פרופסור טרייב חולק, במידה כזו או אחרת, על תומכים מסוימים של אקטיביזם שיפוטי, הוא שותף עם רובם למאפיין מסוים – החיפוש אחר ערכים מוסריים מהותיים שמעבר למשמעות ההכרנית של סעיפי החוקה. על שופט בית המשפט לערעורים לקבל באופן עצמאי החלטות בהכרעותיו במובן של ערכים אלו – "ברירות חוקתיות",

* הערת עורך: פרשנות של האמונה הנוצרית מתוך חוויית העוני.

⁹⁰ Sowell, לעיל ה"ש 76, בעמ' 56-57.

⁹¹ Holmes, לעיל ה"ש 5, בעמ' 282-279, 297-291, Holmes; לעיל ה"ש 26, בעמ' 399-401.

⁹² למשל, לעיל ה"ש 28.

⁹³ Tribe, לעיל ה"ש 70, בעמ' 3-4, ובעמ' 268, Dworkin; לעיל ה"ש 140.

⁹⁴ Tribe, לעיל ה"ש 70, בעמ' 3-4.

⁹⁵ שם, בעמ' 268.

⁹⁶ שם, בעמ' 26.

כפי שקורא להם פרופסור טרייב. עבור טרייב, "החוקה היא מהותית בהכרח".
 "דאגה מהותית לפרטיות הפרט חייבת להיות בבסיס התיקון הרביעי", הוא אומר.⁹⁷
 לאחר שבחן מספר סעיפים חוקתיים, הוא מגיע למסקנה כי:

"מה שמתמיה הוא שמישהו יכול לומר, בהתחשב במציאות הזאת, שהחוקה הייתה
 או עודנה עסוקה בעיקר בהליך ולא במהות".⁹⁸

מה שמתמיה לא פחות הוא הדגש החוזר והעיקש על קיומה של מהות מוסרית
 בבסיס סעיפי החוקה, בהעדר כל טענה הפוכה לכך שהיא מסמך אימוסי ללא
 תכלית חברתית. די בקיומו של "כתבי הפדרליסט" כדי להפריך דוקטרינה
 היפותטית כזו, אם אי פעם תעלה. שוב, הסוגיה שאינה מקבלת מענה היא הסוגיה
 שיריביהם העלו בפועל: מדוע השופטים הם בעלי הסמכות לתקן את ההחלטות
 המוסריות שכבר התקבלו ונחקקו, בעוד החלטות אלו מוצגות כהוראות ולא
 כהצעות או כפתח לשידולים – ואף כך מנוסחות בסגנון של "הקונגרס לא יעביר
 כל חוק..." ולא מנוסחות בסגנון של "על הקונגרס לשקול את הדברים הבאים..."
 לא כל שכן שאינן מנוסחות בסגנון של "על השופטים לשקול את הדברים
 הבאים..."?

בכל מסמך (או סיטואציה, פילוסופיה, מוסד, אוכלוסייה, משוואה) המערב גורמים
 רבים, אין קל יותר מלתמצת את הגורמים א' עד ש' ולאחר מכן להצהיר שדווקא
 גורם ת' הוא המשתנה החיוני שבאמת יש לשקול. תהליך כזה גורם למסקנה הלא
 מתבקשת הבאה להיראות סבירה: מאחר שיש לחוקה ממד מוסרי, יש לקרוא אותה
 ולפרשה כהצהרה מוסרית. אך העובדה שבטהובן לבש בגדים, לא מלמדת על כך
 שיש להעריך את ערכו מבחינה אופנתית – או כל מי שחושב שבגדיו של בטהובן
 אינם רלוונטיים, טוען שהוא היה נודיסט. הוכחת עובדה מסוימת איננה הוכחה
 לחשיבות מטרה מסוימת. הוכחה שהחוקה לא הייתה עירומה ממוסר איננה הופכת
 את תפקידו של השופט למעצב האופנה שלה. לאקטיביסטים שיפוטיים המתארים
 את החוקה כמסמך המגשש באפילה מוסרית ומשווע לעזרתם של השופטים⁹⁹ אין
 לבסס את שיגיונם זה מלבד על הנחות היסוד שלהם, המניחות את עצמן. למרות
 שבעל מגרש גרוטאות יכול לבחור לראות ב-General Motors את ספק חומר
 הגלם שלו, אין זה מצדיק בשום אופן לייחס "כוונה מקורית" ל-General Motors
 לשמש בתפקיד כזה.

הקריאה ל"ברירות חוקתיות"¹⁰⁰ מונעת מראש או נמנעת מסוגיה חיונית: האם אכן
 יש ברירות מסוג כזה, במובן שאותו מציעים האקטיביסטים? שופטים יכולים
 בוודאי להעריך תהליכים, כפי שמעודדים תומכי הריסון השיפוטי, אולם האם הם
 יכולים לברור תוצאות בצורה שאותה הציע פרופסור טרייב? את ההבדל ניתן
 להדגים באמצעות האירוע המוכר (והטראומתי) ביותר של המאה העשרים:
 מלחמת העולם השנייה. במוקד שאיפותיו של אדולף היטלר, שהובילו למלחמה
 זו, היו (1) הרצון בהרחבה טריטוריאלית של גרמניה, שתכלול את העמים הגרמאניים
 באוסטריה ואת חבל הסודטים של צ'כוסלובקיה, ושתהווה מרכז של אימפריה
 בינלאומית, וכן (2) היעלמותם של היהודים כעם. אולם, התוצאות הכוללות של
 מאמצי היטלר היו (1) צמצום שטחה של גרמניה לקטנה יותר משהייתה כשעלה

⁹⁷ שם, בעמ' 13.

⁹⁸ שם, בעמ' 11.

⁹⁹ ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH, 103-104

¹⁰⁰ Tribe, לעיל ה"ש 70.

לשלטון בשנת 1933, כשגרמניה זו אף מחולקת בין הגושים הפוליטיים של המזרח והמערב, וכן (2) יצירתה של מדינת ישראל. בזמן שקדם למלחמה, בחירתו של נוויל צ'מברליין הייתה "שלוש בימינו" אך התהליכים בהם השתתף מואשמים באופן תדיר שיצרו את מרחץ הדמים הגדול והמיותר ביותר בהיסטוריה. הדוגמאות האלה אמורות להדגים את ההבדל בין ברירת תוצאה להערכת תהליך, ולא דווקא להיות סוף פסוק לגבי ההיסטוריה עצמה.¹⁰¹

הניגוד בין כוונות לתוצאות לא מוגבל למאה העשרים. ישנם הבדלי אמונה יסודיים לגבי המידה שבה כוונות האדם מוגשמות או יכולות להתגשם – הבדלים המתבטאים במחלוקות בהם לקחו חלק דמויות מפתח בעולם המערבי האינטלקטואלי לפחות במשך שתי המאות שחלפו.¹⁰² אך פרופסור טרייב נמנע מראש מכל הסוגיה הזו באמצעות הדוקטרינה שלו שלפיה על השופטים לברור בין תוצאות.¹⁰³ אולם לא ברור כלל מן הממצאים האמפיריים שאקטיביזם שיפוטי בתחום של סוגיות מיעוטים אתניים, למשל, שיפר את המעמד הכלכלי הכולל של קבוצות אלה ביחס לחברה בכללותה, ולעומת זאת יש ראיות מוצקות לכך שקבוצות מיעוט עניות הפכו לעניות יותר בעת ששופטים "כופפו" את החוק על מנת לקדם אותן.¹⁰⁴ אין צורך לראות בראיות אלה הוכחה חותכת להשגת תוצאה הפוכה במקרה זה או באופן כללי. מספיק להראות שהשאלה אם שופטים יכולים בפועל לעשות ברירות בין תוצאות היא סוגיה שיש לדון בה, ולא מסקנה מובנת מאליה.¹⁰⁵ גם דבורקין וגם טרייב חוזרים ומתייחסים אל ההנחות והתוצאות של ההכרעות הגזעיות והאתניות של השופטים כמסקנות מובנות מאליהן. ההתעקשות החוזרת שראוי לשופטים לברור תוצאות בהתבסס על עקרונות מוסריים מנוגדת בחריפות להתעלמות השקטה שלהם מן השאלה הקודמת לכך: האם השופטים יכולים לברור תוצאות חברתיות, בין על בסיס מוסרי ובין על כל בסיס אחר.

מרגע שמבחינים בין בחירת תהליכים לבין בחירת תוצאות – כלומר, לוקחים בחשבון שאנשים טועים מאוד בחלק משמעותי מהזמן – אזי השאלה ביחס למוסד הראוי לשיקול הדעת מערבת לא רק את כוח הניכוי היחסי של אנשים שונים אלא גם, ובאופן חשוב יותר, את היכולת של מוסדות שונים לתקן אמונות מוטעות בתחילת הדרך לאור הניסיון המתפתח. בתי המשפט הם בין המוסדות בעלי הכוח המועט ביותר לפקח באופן רציף על השלכות ההכרעות שלהם, והכי פחות כפופים לתמריצים להודות בטעות, לא כל שכן לסטות מתקדימים שלהם עצמם ולהשתנות.

קבוצות הרוב

באופן מוסדי, קבוצות הרוב חשובות כמקור כוח בדמוקרטיה, כאשר חלק מהכוח הזה נתון בידי שופטים על פי רצונו של אותן קבוצות רוב. ישנן בחירות מוסריות שכל יחיד נתקל בהן לפני שהוא מסכים לפעול כמתווך של כל קהל בוחרים או

¹⁰¹ משל מתאים של איזופוס יכול לשמש לאותה מטרה. במציאות, ההשקפה כי מלחמת העולם השנייה הייתה מיותרת הייתה דעתו של ווינסטון צ'רצ'יל, בין השאר. "מעולם לא הייתה מלחמה בהיסטוריה שהיה קל יותר למנוע על ידי פעולה בזמן כמו זו שהחריבה עכשיו חלקים נרחבים מהגלובוס". נאום של צ'רצ'יל, ה-5 במרץ, 1946. CHURCHILL, CHURCHILL. SPEAKS, 884 (R.R. James ed.)

¹⁰² Sowell, לעיל ה"ש 76, בעמ' 23, 27-28, 36, 57-59, 68-75, 85, 86-87, 106, 156, 201. Tribe, לעיל ה"ש 70.

¹⁰³ THOMAS SOWELL, CIVIL RIGHTS: RHETORIC OR REALITY, 48-52.

¹⁰⁵ Dworkin, לעיל ה"ש 32, בעמ' 225, 228, 237; Tribe, לעיל ה"ש 70, בעמ' 232, 233.

ארגון, אלא אם כן הוא מקבל על עצמו את התפקיד ברוח לוחם הגרילה הפועל מאחורי קווי האויב, אולם זה שונה מאוד מלומר שהוא מתווך של עקרונות מוסריים מופשטים, הניצבים מעל למקור הסמכות שלו. כפרט, ייתכן שאכן אדם יראה בעקרונות מוסריים מסוימים ייצוג של רמה גבוהה יותר של מוסר מן העקרונות הגלומים בחוק שאותו הוא מוסמך ליישם. אך הבחנה בין חופש מצפון אינדיבידואלי חסר מעצורים ברמת האמונה, לבין הגבלות מוסריות אמיתיות מאוד של מחויבות ברמת הפעולה, נעשתה על ידי סוקרטס כששתה את רעל הרוש.¹⁰⁶ לא הייתה זו ניטרליות מוסרית.

תפקיד התיווך של שופט מתאים בעיקרון למלוכה כמו גם לרפובליקה, אך בדמוקרטיה חוקתית מעורבת בו סוגיה נוספת – זכות האנשים לשלטון עצמי. כמובן, לא היו זכויות חוקתיות אם לכל רוב חולף היה שיקול דעת בלתי מוגבל. אך אין זה הופך את לסוגיה אחת של רוב מול מיעוט, או של רוב מול מוסריות, לא כל שכן לא של רוב מול שופט. הפרת רצונו של הציבור, כפי שהוא קיים בזמן נתון, היא טבועה בהחלט חוקים המייצגים את רצון הציבור בזמנים אחרים, או סעיפים חוקתיים המייצגים רצונות מתמשכים יותר של הציבור, הכוללים ריסון של רצונות ציבוריים חולפים. אף אחד מאלה לא מרמז על העלאת המיעוטים, או השופטים, או עקרונות מוסריים, מעל לרוב. השאלה היא: איזה רוב? המון שהתאסף ברחובות, "הרוב השקט" בבתיים ובמקום עבודתם, הרוב בעבר שהעביר חוק נגד אלימות, האספסוף, או הדורות הרבים שנתנו כל אחד בתורו את "האישור בן זמנו" של החוקה, אותה אקטיביסטים שיפוטיים רואים כתחומם המיוחד של השופטים? החוקה הפדרלית היא "החוק העליון של הארץ", לא בגלל שהיא מוסרית יותר מחוקות המדינות או מחקיקה מדינתית או פדרלית אלא כי היא מייצגת רוב גדול ומתמשך יותר.¹⁰⁷ המיעוטים מקבלים את זכויותיהם החוקתיות מאותו רוב מתמשך, בפניו הרוב החולף מרכיץ ראש, ולא מכוח זכויות מוסריות מופשטות כלשהן שמישהו מדמיין כישויות ערטילאיות מהרהרות שקיימות בשמיים.

איש לא מאמין כי כל מה שעושה הרוב הוא נכון מוסרית – כולל הרוב עצמו. אך מוסריות התנאים של מסמך המאציל סמכויות היא שאלה אחרת מאוד ממוסריות השימוש שכל אחד עושה באותה סמכות מואצלת. זו האחרונה היא השאלה שנופלת בתחום השיפוט הרשמי של מי שקיבלו על עצמם סמכות מואצלת, אם הם קיבלו אותה בתום לב. דבורקין לא מכיר בכל הגבלה מוסרית על הסמכות המואצלת לשופטים. הוא טוען שבית המשפט העליון "צריך להגדיר את התפיסה הטובה ביותר של דמוקרטיה עבור עצמו".¹⁰⁸ אך בית המשפט העליון רחוק מלהיות ב"מצב הטבעי" נוסח רולס על מנת לקבוע משהו כזה. זהו מוסד קיים תחת ממשלה קיימת אשר אחת הנטיות או הממדים שלה היא דמוקרטיה. כל פרט יכול להחליט האם הממשלה טובה, רעה או ניטרלית, כאשר הוא מחליט אם לקבל או לא לקבל עליו את המינוי לשפיטה – וכאשר הוא שוקל להתפטר. אך גם לשופטים כפרטים וגם לבית המשפט העליון כמוסד אין סמכות לקבוע מבראשית האם הממשלה דמוקרטית מספיק או דמוקרטית בצורה הנכונה. השתלטות על תפקיד כזה דומה

¹⁰⁶ סוקרטס סירב לבריחה מאורגנת ונשאר באופן מכוון בכלא על מנת לשתות את הרעל שניתן לו, על בסיס כך שלעשות אחרת יערער את החוק. Plato, "Crito", THE WORKS OF PLATO, 91-106 (ed., Irving Edman).

¹⁰⁷ אם הייתה ממשלה עולמית דמוקרטית, החוקה שלה הייתה מקדימה את זו של ארה"ב, בשל אותה סיבה – לא מכיוון שאנו מניחים שהמוסריות בשאר העולם גבוהה יותר מזו שיש בארה"ב.

¹⁰⁸ Dworkin, לעיל ה"ש 45, בעמ' 60.

לפעולתו של לוחם גרילה מאחורי קווי האויב.

השאלה הגדולה יותר שהחברה כולה צריכה לשאול היא: עד כמה צודקים פרטי החוק, ועד כמה בטוחות הן הזכויות החוקיות שהוענקו? חולשתן המשוערת של זכויות המבוססות על רוב מתעלמת מההכרה של הרוב עצמו, בדמוקרטיה חוקתית, בעקרונות מוסריים העליונים על נטייתו הנוכחית – אף אם הוא מסרב להעניק עליונות זו מלכתחילה לנטיות הנוכחיות של אחרים. חופש הדיבור חשוב פוליטית כחלק מתהליך שינוי דעתו של הרוב. זכויות שהוענקו על ידי רוב ניתנות כמובן לביטול על ידי רוב – אך הדבר נכון גם לגבי זכויות שנוצרו וניתנו על ידי שופטים. זכויות חוקתיות נהנות מן ההגנה של לגיטימציה שהחזיקה אותן במשך שתי מאות, על אף מספר אי הסכמות ציבוריות להכרעות שיפוטיות מסוימות. זכויות שנוצרו מאמונה תפלה, הנעדרות את הגנת הלגיטימיות הפוליטית, מזמינות עקיפה ומתנות את קיומן המתמשך באי הרצון הציבורי להדיח שופטים או לזלזל בחוק או לפרק חלקים מהמבנה החוקתי. כלומר, הן מעלות את ההימור, בתקווה להכריח את המתנגדים להתקפל. זהו הימור מסוכן ובלתי נצרך על עתידו של הממשל החוקתי. יתרה מכך, לשופטים המתנהגים כלוחמי גרילה מאחורי קווי אויב אין טענה מוסרית להתחמק מגורלם של לוחמי גרילה שנתפסים מאחורי קווי האויב. לכל הפחות, ללוחמי גרילה אין זכאות מוסרית להזקק.

מי שטוען למיזוג של עקרונות מוסריים וחוקיים שוב מבלבל בין השאלה מה צריך להחליט, לבין השאלה הקודמת יותר – מי צריך להחליט. סוגיות של הצדקת מוסד מסוים כראוי לשיקול הדעת, שלעתיים קרובות כל כך נעקפות באלגנטיות בטענות האקטיביסטים השיפוטיים, הן מרכזיות לטענות של מי שמקדם ריסון משפטי. זכויות משפטיות וזכויות מוסריות אינן יכולות להתמזג, בתפיסה של אלה, מכיוון שהן מתייחסות לתהליכים שונים בתכלית – וזו הסיבה למצוקתו של הולמס, שכן אותה מילה שימשה לתאר את שניהם. על פי הולמס:

“...לצרכים משפטיים, זכות היא רק המהות, האמת שמאחורי הנבואה – דמיון תוכני התומך בעובדה שכוח הציבור יופעל כנגד מי שיוגדר כמפר אותו – כפי שאנו מדברים על כוח הכבידה המסביר את תנועת הגופים בחלל. הביטוי שלנו לא מוסיף יותר מביטוי אחר למה שאנו יודעים בלעדיו. אין ספק כי מאחורי הזכויות המשפטיות האלו עומד רצונו הלוחם של הסובייקט לשמר אותן, ואת פריסת רגשותיו אל הוראות כלליות שעל ידיהן הן מתקיימות, אך לא נראה לי כי הדבר זהה להנחה של מחויבות אפריורית או לקביעה שיש זכות הקיימת מראש. כלב יילחם על העצם שלו.”¹⁰⁹

בקצרה, עבור הולמס, זכויות הן יצירה של שלטונות, והחיבור הרגשי שיש למאן שהוא כלפי זכויות אלה לא מעיד על ההיפך מכך, והוא אפילו לא תופעה אנושית בהכרח. לעומת זאת, השקפתו של פרופסור דבורקין היא ש“לאזרחים יש זכויות מוסריות מול השלטון שלהם.”¹¹⁰ זכויות מוסריות אלה “נעשות זכויות משפטיות על ידי החוקה.”¹¹¹ על כן, “עלינו להתייחס לתיקון הראשון כניסיון להגן על זכות מוסרית.”¹¹² מאחורי כל הזכויות הללו עומד “הרעיון המעורפל אך רב העוצמה של כבוד אדם”, הרעיון ש“ישנן דרכים להתייחס לבני אדם שאינן עולות בקנה אחד עם

¹⁰⁹ Holmes, לעיל ה"ש 5, בעמ' 313.

¹¹⁰ Dworkin, לעיל ה"ש 32, בעמ' 184.

¹¹¹ שם, בעמ' 190.

¹¹² שם, בעמ' 197.

ההכרה בו כחבר מן המניין בקהילה האנושית" אשר "מחזיקה בדעה שיחס כזה מהווה אי צדק מהותי".¹¹³

דבורקין עושה שימוש כאן במושג "שלטון" באותה דרך אלמותית ולא עקבית בה משתמשים אקטיביסטים שיפוטיים בקונטקסטים אחרים במושג "רוב". השלטון בדמות אדמיניסטרציה מסוימת בנקודה ספציפית בהיסטוריה אסר על כל המסגרות המנהליות הבאות אחריו לעשות דברים מסוימים – והללו לא רצו או לא יכלו לבטל איסורים אלה. איסורים אלה רחוקים מלהיות זכויות מופשטות של יחידים נגד השלטון, המבוססות על הנחות מוסריות מעורפלות; הם למעשה תוצרי השלטון וזכויות השלטון עצמו, כמוסד מתמשך, כנגד סוכני החולפים, סוכנים שאם יעברו על איסורים אלה, יכולים למצוא עצמם עומדים לא רק מול ביטול הוראותיהם, אלא גם מול הדחה, העברה מתפקיד או ספיגת עונשים אזרחיים או פליליים. העובדה שלסוכני שלטון חולפים יש בדרך כלל את התבונה לשנות כיוון ברגע שמתגלה הפרה של העקרונות החוקתיים, מלמדת שהתרחיש הזה מתמשך במלואו רק לעיתים נדירות, אולם אף על פי כן, זה איום רב כוח העומד מאחורי התרחיש שכן מתמשך על פי רוב, בדרך כלל במסווה של "אזרח פרטי" שנפגע כנגד "השלטון". היה זה בדיוק אותו איום של "השלטון" שהכריח את איש הציבור הרם ביותר [להתפטר](#) מתפקידו בשנת 1974. זה בעצם איום "השלטון" המכריח את סוכניו האחרים לכבד את הזכויות של "הפרט".

בעוד ממשל הנבחר באופן דמוקרטי מחויב למשמעויות ההכרניות של ממשל קודם, יש משום מה הנחה שהשופטים פטורים מכך, ויש להסמיך אותם לפתוח מחדש את כל מגוון הסוגיות וההנמקות החוקתיות – שלא כולן שאלות של מוסר בלבד – אף שכבר זכו להכרעה. אפילו אם היה אפשר להדגים שכל סעיפי החוקה התבססו רק על מהויות מוסריות מהסוג עליהן דן פרופסור דבורקין, שאלת המוסר הראוי לשיקול הדעת תיוותר בעינה: מדוע השופטים של היום מוסמכים – ועל ידי מי? – לפתוח מחדש את השאלות הללו? האם די בשימוש של מילות הקסם "לא ברור" ו"עמימות" על מנת לפתוח את הדלת לכוח העצום של כינון ממשל מחדש? כפי שהדגימה פרשת וובר, ניתן להפוך הכול ל"לא ברור".

הרעיון שהמקור לזכויות הוא ב"כבוד האדם" של הפרט כחבר בקהילה האנושית מתייחס לחברות כמתנת חינם חד כיוונית ובלתי ניתנת לשינוי – בשונה מן המשמעות של חברות בכלל קונטקסט אחר כמעט, לפיה חבר שלא מקיים את חובותיו כחבר מאבד את חברותו. ענין שיגרתו הוא שמי שמסרב לשלם את חובו או לציית לכללים חדל מלהיות חבר. בתקופה מסוימת החוק הבחין בין מי שנמצא בתוך גבולות הגנתו לבין מפרייחוק, שהושמו – או שמו את עצמם – מחוץ להגנתו. אם הכללים הם יותר מאשר חוקים שרירותיים והם משרתים מטרה חברתית כלשהי, הגבלת התוצאות הענישתיות של הפרתם בעוד התוצאות הישירות על החברה נותרות ללא הגבלה, פירושה שלחלק מהפרטים תהיה היכולת לגבות מחירים כבדים מאחרים במחיר עצמי נמוך. מושגים כגון "כבוד האדם" ו"כבוד", כטובות חנימיות המגיעות לכולם, מרוקנים אותם מהתוכן של הענקת דרגות משתנות לאנשים בהתאם להתנהגות שלהם. שוב, ההשפעה הכוללת היא מתן אפשרות לחלק מהאנשים לגבות מחירים מאחרים בלי שהם משלמים מחירים בעצמם. הענקת זכויות שונות לאנשים כאשר הם נתפסים כ"פרטים" מאשר כשהם נתפסים באופן קולקטיבי כ"רוב" נראית שרירותית במקרה הטוב – וגרוע כאשר הבסיס

¹¹³ שם, בעמ' 198.

לבחירת מקבלי ההטבה הוא שהם הפרו כללים.

חלק נכבד מן ההצדקה המוסרית להעדפת ה"פרט" על פני "החברה" או "הרוב" נובע מהתבוננות בגורלם של מיעוטים אתניים או גזעיים מקופחים – כלומר, מיעוטים המוגדרים על ידי מאפיינים שאינם בשליטת הפרט, באופן שנבדל ממיעוטים המוגדרים על ידי ההתנהגות שלהם (הומוסקסואלים, אלכוהוליסטים או – בעיקרון – טייסים או רופאים). גינוי מוסרי של הפליה על רקע גזעי, עד כמה שארצות ברחבי העולם ראויות לכך, לא זהה לטיעון שעל השופטים ליצור זכויות משפטיות שיעמדו חוצץ בין כל המיעוטים – התנהגותיים כמו גם גנטיים – לבין רצון הרוב. לטעון שזכות מוסרית קיימת אין משמעותה שזכות משפטית קיימת, או ששופטים מוסמכים ליצור כאלה שאינן בחוקה.

ההכללה מההיסטוריה של מיעוטים גזעיים לעיתים קרובות גם מוטעת ביחס להיסטוריה עצמה. באופן היסטורי, הפסקת שעבודם של השחורים בארה"ב לא הייתה פרי עבודתם של בתי המשפט כי אם של נשיא שנבחר באופן דמוקרטי (ונבחר שנית לאחר מכן) ושל מספר קבוצות רוב שהספיקו כדי להעביר סדרה של תיקונים חוקתיים במספר שנים, להענקת החירות והשוויון בפני החוק. היישום של השוויון הזה התעכב במשך עשורים על ידי קריאתם המצמצמת של בתי המשפט את התיקון הארבע עשרה במקרי גזע, בעוד שהם קראו את התיקון בצורה הולכת ומתרחבת בתחומים הרחוקים מן "הכוונה המקורית" של החקיקה. התיאור של בתי המשפט כמבצר האחרון של המוסר אל מול חוסר המוסריות של התהליך הדמוקרטי דורש הדגמות מאוד סלקטיביות מתוך ההיסטוריה.

ההיסטוריה של מיעוטים גזעיים מחכימה גם בצורה נוספת הקשורה למחלוקת סביב שאלת המוסד הראוי לשיקול הדעת. הרבה מהמחלוקת מתקיימת מתוך הנחה שהחלטות החשובות – והשינויים החשובים – הן תוצאה של החלטות קולקטיביות, המרוכזות סביב מוסדות פוליטיים, כאשר הסוגיה היא באיזה מהם יש להכריע במחלוקות אלה. במציאות, הרבה מההתקדמות המהותית ביותר של מיעוטים גזעיים ואתניים מסביב לעולם התרחשה ללא תלות בשינויים פוליטיים או חוקיים – ולעיתים קרובות בדיוק באותה מידה שבה מנגנוני השליטה הקולקטיביים לא פעלו או לא היו מספיקים.

אינטגרציה גזעית במקומות מגורים, למשל, הייתה גדולה הרבה יותר בערים אמריקניות רבות בחצי המאה שקדמה לביטול של חוזים מגבילים על בסיס גזע בפרשת שלי נגד קרמר¹¹⁴ מאשר בכל תקופה שהיא מאז.¹¹⁵ הגידול במספר השחורים במקצועות רווחיים היה גדול יותר בעשור שקדם לחוק זכויות האזרח של 1964 מאשר בעשור שלאחר חקיקתו.¹¹⁶ קבוצות רבות פרחו הרבה יותר כאשר הרשויות התעלמו מהן מאשר בזמן שהן הפכו למוקד תשומת הלב – היהודים, הסינים, ההודים והיפנים הם דוגמאות קלאסיות בארצות ברחבי העולם. מעורבים כאן יותר מאשר דוגמאות סלקטיביות מההיסטוריה. ניתוח כלכלי מדגים סיבות לוגיות לכך שהפעולות המערכתיות של השווקים לעיתים קרובות מיטיבות יותר עבור מיעוטים מקופחים מאשר פעולות ממשלה, וגוף גדל והולך של ראיות

¹¹⁴ *Shelley v. Kramer*, 334 U.S. 1

¹¹⁵ THOMAS SOWELL, *MARKETS AND MINORITIES*, 69-73

¹¹⁶ Sowell, לעיל ה"ש 104, בעמ' 20-49.

אמפיריות תומך בניתוח התיאורטי.¹¹⁷ בין אם נקבל את התיאוריה הכלכלית או את הראיות האמפיריות כמכריעות ובין אם לאו, הן לפחות מערערות את המסקנה הנפסדת שהחלטות שמשנות יותר מכל – ובאופן המוצלח ביותר – הן ההחלטות הקולקטיביות הנעשות דרך התהליכים הפוליטיים או החוקיים. אם אקטיביסטים שיפוטיים חפצים לשמר את הנחת היסוד המהותית הזו, עליהם לבסס אותה על ראיות ולא על הנחה גרידא או חזרה חוזרת ונשנית עליה.

סוגים פוליטיים של אקטיביזם

חלק ניכר מהדיון הנוכחי מעמיד "אקטיביזם שיפוטי ליברלי" כנגד "ריסון שיפוטי שמרני". כתוויות כלליות, אין הן חסרות-בסיס לגמרי. למעשה, יש תועלת בחקר הבסיס הזה. אולם חשוב לא פחות להכיר בכך שסוגיית האקטיביזם השיפוטי איננה קשורה בהכרח להשקפה חברתית או פוליטית, לא מבחינה לוגית ולא מבחינה היסטורית. הדבר נכון במיוחד כאשר דנים במערכת חוקתית מסוימת שכבר קיימת, בנפרד מהדיון באשר לסוג המערך המשפטי הרצוי, כפי שעשו המייסדים של החוקה בשנת 1787.

כאשר נשיא בית המשפט העליון רוג'ר טוני אמר, בפרשת דרד סקוט, שלאדם השחור "אין אף זכות שהאדם הלבן מחויב לכבד",¹¹⁸ הוא פסק על פי ערכים מהותיים, ולא על פי תהליך – ועל כן יש לסווג אותו בחברת האקטיביסטים השיפוטיים, עד כמה שליברלים מודרניים יתמרמרו על כך. כאשר בתי המשפט של עידן "הליך הוגן מהותי" ביטלו רגולציה ממשלתית בהיקף רחב, הם ביצעו "בחירות חוקתיות" באופן האקטיביסטי שבו מצדד פרופסור טרייב – אף על פי שזה לא תאם את הפילוסופיה החברתית שלו. כבר עכשיו יש מי שמביע חשש מכך שבעתיד ימונו שופטים על בסיס דעתם באשר לעקרונות מהותיים הכוללים תפילה בבתי הספר והוצאת הפלות מחוץ לחוק – החשש אינו רק בנוגע למדיניות הספציפית הנידונה, אלא גם להשחתה ההליך השיפוטי, וחשש זה מובע לעיתים קרובות על ידי אנשים שהיו תומכים נלהבים במשך שנים רבות באקטיביזם שיפוטי ליברלי.

בקצרה, אקטיביזם שיפוטי יכול לפעול בכיוונים אידיאולוגיים שונים, למרות שרבים ממצדדיו מתנהגים כאילו הוא מוביל רק ל"ערכים מהותיים", "בחירות חוקתיות" ו"שינויים" מהסוג שהם מסכימים איתו. כאשר יש הכרה בכך שלביטויים אלה יכול להיות תוכן אידיאולוגי שונה באופן רדיקלי, הם כבר אינם מייצגים מטרות – טובות, רעות, או ניטרליות מצד עצמם – אלא תהליך שיכול להוביל למלחמה שיפוטית של כולם כנגד כולם. ינצח מי שינצח מבחינה אידיאולוגית, ככל שיהיה ניצחון כזה, החוק והחברה בוודאי יפסידו. מערך הציפיות המשפטיות שניתן היה לסמוך עליו, שהושג אחרי מאות שנים של מאבקים רוויי דם ומכאוב,

¹¹⁷ ראו למשל, Sowell, לעיל ה"ש 115, בעמ' 34-82, 103-124; WALT WILLIAMS, THE STATE AGAINST BLACKS, passim; MERLE TIPTON, CAPITALISM AND APARTHEID, passim; Jennifer Roback, *The Political Economy of Segregation: The Case of Segregated Streetcars*, JOURNAL OF ECONOMIC HISTORY, 893-917 (1986).

¹¹⁸ *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393 (1857), at 407. טוני ניסה להדגים באריכות שהשקפה זו ייצגה את "הכוונה המקורית" של מחברי החוקה, שם, 418-407. אולם, טוני גם טען באופן מהותי על בסיס הליך הוגן נגד לקיחת רכוש, שם, בעמ' 450.

הוא זו שיהיה הקורבן, בד בבד שחברה שלמה תיסוג לעבר עולם שבו גזירות ניתנות על ידי מי שבידיו הכוח באותו הזמן. זוהי, כמובן, לא המטרה של איש משני עברי המתרס – אלא התוצאה המתבקשת של מתן מידת חירות שיפוטית עבור מטרות מסוימות שניתן לעשות בה שימוש גם למטרות הפוכות.

בזמן שאקטיביזם שיפוטי יכול להתאים את עצמו, בעיקרון, לכל תוכנית אידיאולוגית – ובפועל, סביר שהוא יאומץ על ידי האיובים האידיאולוגיים שלו אם הם ייווכחו לדעת שלא ניתן לעצור אותו פוליטית – אין זה מקרה שהטיעון העקרונותי בעד אקטיביזם שיפוטי עולה באופן גורף על ידי בעלי השקפה חברתית מסוימת. ההנחות של אותה השקפה הופכות אקטיביזם שיפוטי לרצוי ובר ביצוע באופן שאיננו כזה עבור מי שיש לו הנחות אחרות לגבי טבע האדם וסיבתיות חברתית. למרות שאנשים מכל צבעי הקשת הפילוסופית יכולים לעסוק בהיחבא באקטיביזם שיפוטי, תמיכה מפורשת או הצדקה לאקטיביזם שיפוטי לא מתיישבות עם כל ההנחות או החזונות החברתיים.

סוג האדם על פי תפיסתם של התומכים באופן היסטורי בריסון שיפוטי, שונה מאוד מסוג האדם העולה בעיני רוחם של המעודדים אקטיביזם שיפוטי. סוגי החברות והמוסדות המתאימים לשני יצורים שונים אלה, הנקראים באותו שם, בהכרח יהיו שונים – בדיוק כפי שהחברה המיטבית עבור לוויתנים שונה מזו של נמלים או נשרים.

מי שרואה את יכולותיו של האדם – מוסריות ומנטליות גם יחד – כמוגבלות מאוד, מחפש מוסדות ותפקידים מוסדיים שיצמצמו את שיקול הדעת של כל פרט למעגל קטן, בו הוא יוכל להצליח, ולא יאפשרו להחלטותיו לחלוש על מרחבים עצומים שבהם בוודאי יהיה בלתי כשיר. תפיסת האדם של בלקסטון היא ש"דעתו מושחתת, והכנתו מלאה בערות וטעות". לאור "השבריריות, חוסר השלמות, והעיוורון של הדעת האנושית",¹¹⁹ מובן רצונו של בלקסטון להחזיק את השופטים קצר. תחת תפיסה זו כל התפקידים המוסדיים מוגבלים, הגבולות של מומחיות (מוסר ומשפט, למשל) נשמרים, וניתנת קדימות למומחה רק בתוך תחום התמחותו. "אני מעריך בני אדם בתפקידים המתאימים להם",¹²⁰ אמר בורק. גם לו היתה השקפה גדורה* של יכולות אנושיות.¹²¹ כך גם אוליבר וונדל הולמס,¹²² שאמר "אנו צריכים מומחים אף יותר משאנו צריכים בני תרבות"¹²³ – כאשר בני תרבות בקונטקסט הזה מוגדרים כקבוצת אליטה לא-מוקדת במומחיותה "הנוטה מעט לסבור שאינה יכולה לנשום את האוויר האמריקני".¹²⁴ מומחיות הייתה מרכזית גם בתיאוריות הכלכליות של

¹¹⁹ Blackstone, לעיל הערה 2, עמ' 41.

¹²⁰ Burke, *Reflections on the Revolution in France*, 42.

* הערת עורך: תומאס סואל עוסק בהרחבה בכיטויים 'השקפה גדורה' ו'השקפה לא-גדורה' בספרו עימות בין השקפות (הוצאת שלם, 2001). בקצרה, "השקפה גדורה" – תפיסת עולם חשדנית כלפי טיבו של האדם ולכן מבקשת ליצור איוונים ובלמים מפני כוחו ושאירותיו; "השקפה לא-גדורה" – תפיסת עולם אופטימית המאמינה כי האדם ביסודו טוב ולכן יש להעניק כוח לאלו המיישמים טוב זה.

¹²¹ Sowell, לעיל ה"ש 76, בעמ' 21, 42.

¹²² שם, בעמ' 175-177.

¹²³ Holmes, לעיל ה"ש 5, בעמ' 47.

¹²⁴ שם, בעמ' 47.

אדם סמית¹²⁵ – עוד הוגה חברתי עם השקפה גדורה מאוד של האדם.¹²⁶ מומחיות באופן כללי, היא סימן ההיכר של ההשקפה הגדורה, בין אם במשפט, בכלכלה, בפוליטיקה או בפילוסופיה.

בקצרה, על פי ההשקפה הגדורה, יכולותיו של האדם אינן רחבות דיין כדי לסמוך עליו עם אחריות שאיננה מוגבלת. ריסון שיפוטי הוא רק יישום ספציפי של העיקרון הכללי הזה. באופן דומה, איש עסקים לא נדרש להפגין "אחריות חברתית" על פי השקפה זו,¹²⁷ אלא לנהל את עסקיו בצורה היעילה ביותר לה הוא מסוגל. הסמכות הרחבה שניתנה על פי הצורך למוסדות פוליטיים ומשפטיים הייתה מקובלת על בעלי השקפה זו כל עוד היא הייתה במהותה הגדרת גבולות שיקול הדעת של אחרים – ולא העלאת ספקות באשר להחלטותיהם של אותם אחרים, בתוך גבולות אלה.¹²⁸ כלומר, רק הגדרת כללי התהליך שבו אחרים יפעילו שיקול דעת תוכני על פי הידע הספציפי והמוכשר יותר שלהם וערכים אינדיבידואליים משתנים.

התפיסה הכוללת הזו של משפט, ושל תהליכים חברתיים באופן כללי, משתנה מאוד כאשר נזנחות הנחות יסוד מרכזיות של ההשקפה הגדורה. במקרה כזה ניתן להציע היקף רחב יותר של שיקול דעת למי ששולט בתהליכים חברתיים, כשהשופטים הם רק דוגמה אחת. מומחיות של ידע ותפקיד חברתי יכולים להיעשות חשובים הרבה פחות משיעור הקומה המוסרי והאינטלקטואלי הכללי של מי שמקבל החלטות חברתיות. כשרונלד דבורקין כתב על "התמזגות של תיאוריה משפטית ומוסרית",¹²⁹ הוא הדהד מסורת ארוכה שבמסגרתה, למשל, [תורסטן ובלן](#) ביכה את הגבולות המיותרים (לדידו) בין המדעים החברתיים,¹³⁰ ואשר במסגרתה הוגים חברתיים אחרים סברו שניהול עסק הוא עניין שסמכויות פוליטיות או מינוייהן, או גורמים אחרים החסרים ניסיון או הכשרה ספציפית, יכולים לבצע בקלות.¹³¹ מיזוג זה של דיסציפלינות ותפקידים שונים שונה מאוד מהצורה שבה הולמס דרבן משפטנים ללמוד כלכלה,¹³² צורה שלא הצביעה על כל טשטוש "בינתחומי" של הגבולות בין שני התחומים.

הסוגיה שבמחלוקת בין שני השקפות החברתיות איננה האם לבני האדם יכולות רחבות או מצומצמות. הסוגיה היא האם לאדם יש באופן אינהרנטי פוטנציאל מוסרי ואינטלקטואלי מוגבל מאוד – ל"טובים שבטובים" כמו גם להמון. כאשר ההשקפה הגדורה נמצאת ביסוד הניתוח, התיאום השיטתי של הניסיון הופך לחיוני – והשימוש במסירות המוסרית או בגאונות של אליטה היא מקרית.¹³³ לפי השקפה זו, שימור ביזור מוקדי שיקול הדעת חשוב יותר מן הערכים האינטלקטואליים או

ADAM SMITH, AN INQUIRY INTO THE NATURE AND CAUSES OF THE WEALTH OF NATIONS, 3-21¹²⁵

Sowell, לעיל ה"ש 76, בעמ' 19-21, 32, 85.¹²⁶

שם, בעמ' 57, 102.¹²⁷

שם, בעמ' 185-187. הולמס אמר: "אין זה מספק שחוק יגיע לקצה גבול סמכות החוקה. צריך שנראה בבירור שהוא מגיע מעבר לה. במקרה של ספק אמתי יש להשאיר את החוק על כנו".¹²⁸

Interstate Railway Co. v. Massachusetts. 207 U.S. 79, at 88¹²⁹

Dworkin, לעיל ה"ש 32, בעמ' 144.¹³⁰

THORSTEIN VEBLÉN, ESSAYS IN OUR CHANGING ORDER, 7-8¹³⁰

GEORGE BERNARD SHAW, FABIAN ESSAYS IN SOCIALISM, 223;¹³¹

THORSTEIN VEBLÉN, THE ENGINEERS AND THE PRICE SYSTEM, 70-71,¹³¹

159; BELLAMY, LOOKING BACKWARD: 2000-1887, 58, 104, 141

Holmes, לעיל ה"ש 5, בעמ' 187, 301.¹³²

Sowell, לעיל ה"ש 76, בעמ' 40-66.¹³³

מן הנאמנות המוסרית של כל פרט או מוסד, משפטי או אחר. ההשקפה הגדורה עוסקת בעיקרון בתהליכים – בעלי תמריצים והגבלות מוסדיים – ומילות המפתח שלה הם מונחים של תהליך: "שוק חופשי", "ריסון שיפוטי", או "זכויות קניין". כל זאת מנוגד לחזונות המתבטאים במונחים של מטרות כמו "חירות, שוויון ואחווה" או "צדק חברתי", למשל.

אין צורך לנסות לפתור כאן את הקונפליקט בין ההשקפות. הדבר היה רלוונטי אם היינו כעת בשנת 1787, מנסים ליצור את החוקה. עכשיו שיש חוקה, ששרדה מאתיים שנה, הסוגיה איננה האם יש לפרש אותה על פי השקפה גדורה או השקפה לאגדורה. כיצד היא התפרשה אז, היא עובדה קיימת היום, והשאלה היום היא האם יש לשנות אותה – על ידי מי ובאמצעות איזה תהליך? בחינת ההשקפות השונות רק מציעה טעמים לכך שמי שרוצה תפקיד מורחב לשופטים – באופן עקרוני – חולק לעיתים קרובות מטרות מוסריות וחברתיות (המכונות בקיצור "צדק חברתי")¹³⁴ שונות מאוד ממי שמעדיף ריסון שיפוטי. אין זה אומר שהכול רק שאלה של הנחות היסוד האולטימטיביות. זה נכון לשנת 1787. זה לא נכון להיום. השאלה להיום היא האם לבחור להמשיך לחיות תחת הממשל החוקתי הקיים, הכולל את הזכות לקדם שינויים, או להשתלט בכוח ולשנות באופן חד צדדי.

ההבחנה בין אקטיביזם שיפוטי 'לאחר מעשה', על פי נטיות הלב הסובייקטיביות של השופט הפרטי, לבין אקטיביזם שיפוטי 'עקרוני', על פי תיאוריה כללית מוסרית כלשהי, היא הבחנה שמקודמת על מנת להציע שהאחרון מוסרי יותר. אך בסופו של יום ההבדל הוא בין אקטיביזם שיפוטי קמעוני לאקטיביזם שיפוטי סיטונאי – הגרסה ה"עקרונית" חיצונית לחוקה באותה מידה שחיצונית לה הגרסה של 'לאחר מעשה', ולא פחות מאופיינת באופן ההשתלטות החשאית.

הטענה בעד ריסון שיפוטי איננה שהוא יספק "תשובה נכונה" ייחודית לכל מקרה משפטי. טענה כזו גם לא נשמעה ביחס למשטר חוקתי באופן כללי, לא כל שכן לגבי אחד ממרכיביו. הטענה בעד ריסון שיפוטי במקרים ספציפיים היא שהפער הבלתי נמנע מהאידיאל יוגבל באופן טוב יותר כשהתהליך כולו ייתפס ככזה שמחפש גבולות של משמעות הכרנית לכל מקרה קונקרטי בעת שהוא עולה בפנינו, ולא ככזה ששוקל ערכים השאובים ממקורות משתנים ורבים. הטענה הכללית יותר לריסון שיפוטי היא שגם כאשר הוא איננו מונהג באופן מושלם, הוא שומר על לגיטימיות פוליטית ועל תמיכה ציבורית באופן שאפשר לדמוקרטיה חוקתית לשרוד במשך מאתיים שנה, בעוד שצורות ממשל שאפתניות יותר קמו וקרסו – או הצליחו לשרוד רק על ידי שיטות דרקוניות.

בתוך המחנה של תומכי הריסון השיפוטי, יהיו כמובן דעות שונות לגבי מקרים ספציפיים או לגבי סעיפי חוקה מסוימים. חלק יקראו **בפסקת ה"הפקעה"** שבתיקון החמישי של חוקת ארה"ב, למשל, את הדרישה לפיצוי עבור הפקעה עקיפה או חלקית של ערך הקניין, גם אם הנכס הפיסי המדובר נותר אצל הבעלים.¹³⁵ חוקים העוסקים בהגבלת שכר דירה, המאפשרים להפקיע יותר ממאה אחוזים מערך הנכס – במובן שבו הוא נעשה נטל כי אי אפשר למוכרו יותר מערכו¹³⁶ – הם דוגמה קלאסית, למרות שחקיקה מחמירה של ייעוד קרקעות, קביעת תעריפים לשירותים

¹³⁴ שם, בעמ' 190-198.

¹³⁵ RICHARD EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN, 57-62.

¹³⁶ Sowell, לעיל ה"ש 73, בעמ' 193-194.

ציבוריים באופן מעקל, ועוד פעולות ממשלתיות יכולות גם להחריב היקף עצום של ערכי נכסים מבלי לשנות את הבעלות החוקית על נכסים פיסיים. הטענה של פרופסור [ריצ'רד אפשטיין](#) שסוגי ה"הפקעה" הללו מצריכים פיצוי מהקופה הציבורית, אף על פי שהיא מבוססת באופן כלכלי על יעילות ובאופן מוסרי על שיקולי צדק - הללו מבוססים על סעיף מפורש שהוא כבר חלק מהחוקה, ולא על "ערכים מהותיים". בעוד השופט העליון הולמס קרא את אותה חוקה שוב ושוב הוא תמך - אם כי לא תמיד - בפעולות ממשל אלה,¹³⁷ גם אם לא הכחיש שהן אכן "הפקעה" חלקית.¹³⁸ על פי הולמס, "אין לדחוק עד לקצה גבול הדקדוק את הדרשה החוקתית לפיצוי כאשר ניטלים נכסים" מאחר שהממשלה צריכה לתפקד, ו"יש לשמן קמעא את גלגלי המכונה כדי שתעבוד".¹³⁹ הרעיון לפיו צריך "שימון גלגלי מכונה" מופיע בדיונים של הולמס לגבי פרשנות באופן כללי, כמו גם במקרים ספציפיים.¹⁴⁰

המטרה כאן איננה לשקול את היתרונות היחסיים של הפירושים החלופיים של סעיף ה"הפקעה". אלא, הנקודה היא בפשטות, שייתכנו פרשנויות שונות מבלי להגיע לטיעונים של "שינויים", מוסריות הנכפית בידי השופטים, טענות לעמימות טקסטואלית או עקרונות או טקטיקות אחרים של אקטיביזם שיפוטי. יתירה מזאת, הפרשנות של פרופסור אפשטיין תדרוש מבית המשפט להיות הרבה יותר אקטיבי בביטול פעולות חקיקה, מבלי להיות יותר "אקטיביסט" מהולמס בכל הנוגע לפרשנות חוקתית. להיפך, טענת "שימון גלגלי המכונה" של הולמס, יהיו אשר יהיו יתרונותיה המשפטיים או החברתיים, חיצונית לגוף החוקה בשונה מטענותיו של אפשטיין. הניסיונות להכחיש, להתעלם או לדחות את הטענות הכלכליות של פרופסור אפשטיין אינן טענות לגבי "הדין הנוהג" בחוקה. הולמס למעשה ראה בזמנו מעשים דומים כ"הפקעה" אך לרוב סירב לבטלם, באומרו "ניתן להפקיע זכויות רכוש לצורכי ציבור אם לא לוקחים יותר מדי".¹⁴¹ בדומה לסוגיות משפטיות רבות, הוא ראה זאת כשאלה של מידה - וכאשר "מידת הלקיחה היא גדולה",¹⁴² הוא ביטל את ההפקעה.

שאלות של מידה, ושל זכויות מתנגשות, מוודאות שמחלוקת משפטיות לא יבואו

¹³⁷ *Tryson & Brother v. Banton*, 273 U.S. 418, at 445-447; *Muhlker v. New York & Harlem Railroad Co.*, 197 U.S. 544, at 571-577; *Denver v. Denver Water Co.*, 246 U.S. 178, at 195-198; *Frost Trucking Co. v. Railroad Commission*, 271 U.S. 583, at 600-602; *Interstate Railway Co. v. Massachusetts*, 207 U.S. 79 (1907), at 83-88; *Noble State Bank v. Haskell*, 219 U.S. 104 (1911), at 109-13; *Block v. Hirsh*, 256 U.S. 135 (1921), at 153-58; *Cedar Rapids Gas Light Co. v. City of Cedar Rapids*, 223 U.S. 655, at 666-670. חוות הדעת שלו שהתנגדו ל"לקיחה" כוללות: *Chanler v. Kelsey*, 205 U.S. 466, at 479-482; *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922), at 412-416.

¹³⁸ *Interstate Railway Co. v. Massachusetts*, 207 U.S. 79, at 86-87; *Noble State Bank v. Haskell*, 219 U.S. 104 (1911), at 110; *Block v. Hirsh*, 256 U.S. 135, at 155-156.

¹³⁹ *Tryson & Brother v. Banton*, 273 U.S. 418, at 446.

¹⁴⁰ *Holmes*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 204; *Missouri, Kansas & Texas Railway Co. v. May*, 194, U.S. 267, at 270; *Bain Peanut Co. v. Pinson*, 282 U.S. 499, בלי הטרמינולוגיה הספציפית הזו, מופיע בפרשת *Interstate Railway Co. v. Massachusetts*, 207 U.S. 79, at 87.

¹⁴¹ *Tryson & Brother v. Banton*, 273 U.S. 418, at 446.

¹⁴² *Holmes*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 188.

על קצן, בלי קשר לאילו עקרונות או מנהגים פרשניים ייבחרו. אין זה אומר שטבען, היקפן או סכנותיהן של מחלוקות אלה נגזרות מראש. ריסון שיפוטי איננו אמור לקבוע מראש כל החלטה, אלא להגן על המשטר החוקתי. אי הסכמה באשר לשופטים או הכרעות ספציפיות, לא מעיד על חוסר שביעות רצון מתהליך המשפט כולו או מהמערכת הפוליטית באופן כללי. אולם תקופה ארוכה של אקטיביזם שיפוטי "עקרוני" אכן מעורר חשש לכך, מכיוון שמשמעות הדבר היא ששופטים מתכחשים למסמך שאותו הם דורשים מכל השאר לכבד – ושהוא בסופו של דבר המקור האולטימטיבי לכבוד, או אף לסובלנות, שלנו כלפי השופטים עצמם.

סיכום ומסקנות

מידת הקושי בפרשנות חוקתית איננה נפרדת מהשאלה מה מנסים לעשות באופן ספציפי. חילוץ (1) המשמעות ההכרנית של כללים שונה באופן מהותי משקילת (2) אלו ערכים בעבר ובהווה יביאו לתוצאות החברתיות הטובות ביותר מבחינה מוסרית, ושניהם שונים מאוד (3) מהמצב הפסיכולוגי של מי שכתב את החוק – זה האחרון כל כך בלתי אפשרי להשגה על פניו, עד שטיעונים מורכבים בנוגע לקושי שבכך¹⁴³ מגוחכים בשל היותם מיותרים. כאשר מכריעים מקרים קונקרטיים אחד לאחד, מספיק בכל מקרה לקבוע אם פרטי המקרה נמצאים בתוך או מחוץ לגבולות המשמעות ההכרנית האפשרית של ההוראות. מי שנטל על עצמו את המשימה השונה בהרבה של שקילת ערכים שונים ממקורות חוקתיים, חוקיים ואחרים, נטל על עצמו אחריות כבדה מהנדרש, מטרה מעורפלת יותר, ומשימה ללא סמכות חוקית.

הסוגיה האולטימטיבית שעומדת בלב המחלוקת בין אקטיביזם שיפוטי לבין ריסון שיפוטי היא שאלת המוסד הראוי לשיקול דעת, ושום מידה של התעקשות על הרציות של שינוי או של מוסריות לא עונה על השאלה מי הוא שמחליט אילו שינויים ספציפיים או איזו מוסריות ספציפית נדרשים. הביטחון המוסדי של שופטים פדרליים, המתמנים לכל החיים, עלול לספק תמריצים ליטול את הסמכות הזו מבלי לספק הצדקה מוסרית או פרגמטית לכך. אם אין צורך בהענקת סמכות לשופטים להכניס "שינויים", אזי גם אין צורך בכך עבור גנרלים או אדמירלים – כפי שקרה למעשה במספר מדינות. באפשרותם של שופטים לבצע הפיכות שלטון מוגבלות באופן חשאי, בזמן שהפיכה צבאית היא על פי רוב גלויה וגורפת. אף על פי כן, הסכנות לממשל החוקתי בשל אקטיביזם שיפוטי אינן פחות אמיתיות בטווח הארוך – הן בגלל האפקט המצטבר של אירועי ההשתלטות הקטנים, והן בגלל שאירועי השתלטות קטנים מייצרים לחצים ומספקים בנוסף לכך גם את התקדימים לאירועי השתלטות גדולים יותר על ידי אחרים, בעלי השקפות חברתיות שונים.

הטענה שאקטיביזם שיפוטי נדרש כדי להציל אותנו משעבוד לעבר – מכך שמייסדי החוקה "שולטים עלינו מהקבר" – עומדת בניגוד להיגיון ולהיסטוריה. אין תחרות בין המתים לחיים. התחרות היא בין הפרטים החיים הרוצים לראות את השליטה בשינויים בידי השופטים ובין אלה הרוצים לראות אותה בידיים אחרות. מעולם לא הייתה טענה שאין לשנות חוקים רגילים או חוקתיים. השאלה המשמעותית היחידה היא: מי הוא זה שישנה אותם? ההדגשה החוזרת ונשנית באשר לשינויים, בדומה להדגשה הנשנית באשר למוסריות, מנהלת ויכוח על מה שאיננו הסוגיה שעל

¹⁴³ Dworkin, לעיל ה"ש 45, בעמ' 319-324.

הפרק, ועוקפת את הסוגיה הקריטית באמת: מדוע השופטים הם בעלי הסמכות? המשמעות ההכרנית המקורית של חוקים – רגילים או חוקתיים – חשובה, לא מתוך כבוד למתים, אלא מפני שזו המשמעות המוסכמת בין החיים, עד אשר הם מחליטים לערוך שינוי פתוח ומפורש – ולא כזה שנכפה עליהם על ידי להטוט מילולי של שופטים.

אין להניח מראש פילוסופיות חברתיות או שיוכים פוליטיים קיימים בדיונים על שאלות ארוכות שנים, כגון פרשנות חוקתית. אף בתוך מערכת המשפט, הבדלים בין "ערכים מהותיים" היו דרסטיים במשך השנים, ואף לא זניחים בזמן נתון. האמונה שניתן לשמר מבנה חוקתי בעוד משפטנים בעלי השקפות שונות באופן רדיקלי עושים "בחירות מהותיות" בתוכו, דומה בצורה מסוכנת לאמונה כי אפשר להחליק רק חצי דרך במדרון חלקלק. הטענה בעד אקטיביזם שיפוטי צריכה לקום או ליפול על מונחים כלליים או מתמשכים, ולא רק על איזו השקפה פוליטית או חברתית נוכחית נחשבת עליונה על השקפות אחרות באופן שמצדיק הכרעות שופטים לטובתה. בסופו של יום אין זו שאלה של היתרונות היחסיים של השקפות פוליטיות או חברתיות מסוימות אלא של התוצאות ארוכות הטווח של פתיחת הסכר לעיקרון הגנרי של החלטות חוקתיות המבוססות על "ערכים מהותיים". אחרי שפתחת את הסכר – אין בידך להורות למים לאן לזרום.

מה שיש לדחות הוא בדיוק את אותו עיקרון כללי על פיו "ערכים מהותיים" של שופטים ישלטו בהכרעות חוקתיות. והאמירה שהשופטים הם רק מתווכים של רעיונות מוסריים כלליים, ולא של נטיות ליבם הפרטיות, לא שונה מכך מהותית. אם החוקה לא מגשימה את "סטטיקה חברתית" [Social Statics] של הרברט ספנסר, היא גם לא מגשימה את "על החרות" [On Liberty] של ג'ון סטיוארט מיל, או את "תיאוריה של צדק" [A Theory of Justice] של ג'ון רולס.

ציטוט מוצע: תרגום מאמרו של תומאס סואל "אקטיביזם שיפוטי - עיון חוזר" בלוג רשות הרבים (20.11.2022).