

השופט כמולא

השופט אנטונין סקאליה

להשקפתו של השופט סקאליה, לשופטים בבית המשפט העליון של ארצות הברית אין כל סמכות לכפות את תפיסת המוסר המופשטת שלהם בשאלה מה טוב ביותר עבור החברה האמריקנית, ואף אין להם כל מומחיות ייחודית בעניין. לאורך העשור האחרון בחייו, השופט סקאליה הביע את התנגדותו במקרים רבים ותחת כותרות שונות – לדוגמה, "המולות של המערב: שופטים כבוררים בענייני מוסר" – ברחבי העולם, מאירופה דרך דרום אמריקה, מאוסטרליה ועד ארצות הברית.

במחציתה הראשונה של המאה האחרונה התיאוריה הפוליטית האמריקנית עסקה באובססיות במושג ה'מומחה'. המפתח לממשלה יעילה, כך סברו, הוא הוצאתן של סוכנויות ממשלתיות מידיהם של הפוליטיקאים ומסירתן לשליטתם של בעלי ידע וניסיון בתחומים שונים של רגולציה ממשלתית.

בהתאם לכך, ועל אף העובדה שהחוקה האמריקנית קובעת כי כל סמכויות הניהול יימסרו בידי הנשיא הנבחר בבחירות ארציות, הקונגרס יצר שורה של סוכנויות ממשלתיות המנותקות משליטת הנשיא, היות ומנהליהן אינם כפופים לו ואין בסמכותו להדיח אותם, למעט במקרה של ביצוע עבירה. לרוב, אותן סוכנויות רגולטוריות עצמאיות כביכול, נוהלו על-ידי וועדה של חמישה חברים או יותר, שרק רוב קטן מתוכם יכול היה להשתייך לאותה מפלגה פוליטית, והם מונו לתקופות כהונה ארוכות מארבע שנות הכהונה של הנשיא. בדרך זו, כך סברו, ניתן יהיה לנתק את הפוליטיקה מהמדיניות הכלכלית, שתתווה על ידי מומחים. כך נוצר המנגנון שעם השנים קיבל את הכינוי "הרשות הרביעית חסרת הראש" של הממשל הפדרלי האמריקני-שורה של סוכנויות כגון וועדת המסחר הבין-מדינית (ICC), ועדת הסחר הפדרלית (FTC), הוועדה לניירות ערך ולבורסות (SEC), רשות התקשורת הפדרלית (FCC), והוועד לאווירונאוטיקה אזרחית (CAB).

יש להודות כי פרויקט זה נכשל לחלוטין-זאת משתי סיבות עיקריות. בראש ובראשונה, התברר (וזה לא הייתה צריכה להיות הפתעה) שבהרבה מהשאלות הכי חשובות בהן נדרשת הכרעתן של סוכנויות ממשלתיות – אפילו אלו שעוסקות בתחומים טכניים לכאורה כמו תקשורת ותחבורה-אין תשובות נכונות ותשובות שגויות, שמומחים יכולים להבחין ביניהן. התשובות לשאלות אלו כרוכות בהעדפות חברתיות שבמשטר דמוקרטי באות לידי ביטוי רק באמצעות ההליך הפוליטי. כמה תחנות טלוויזיה רשות התקשורת הפדרלית אמורה להתיר לחברה אחת להחזיק בבעלותה? התשובה לשאלה זו תלויה בחשיבות המוקנה לאיכות התוכן (ככלל, חברות גדולות יותר יכולות להפיק תכניות יקרות יותר), ובחשיבות המוקנה לחשש מפני השתלטות החברות הגדולות על הטלוויזיה, ובכלל זה החדשות ותכניות שעוסקות בנושאים בעלי עניין לציבור. אין תשובה נכונה לשאלה זו, רק מדיניות מועדפת.

מהו התעריף שעל וועדת המסחר הבין-מדינית להתיר לחברות הרכבות לגבות עבור הובלת פסולת עירונית? אם יותר להן לגבות את העלות (כולל רווח סביר), יהיה יקר מאד להיפטר מפסולת באופן זה. אך אולי נרצה לסבסד הטמנת פסולת עירונית במזבלות, כדי שערים לא יזהמו את הסביבה על-ידי שריפת פסולת. נוכל ליישם את הפתרון הזה אם נחייב את חברות הרכבות לגבות פחות ממחיר העלות של הובלת הפסולת העירונית, ולסגור את הגירעון באמצעות גביית תעריפים גבוהים יותר עבור הובלת מטענים אחרים-פתרון שמשמעותו מס המוטל על הצרכנים של אותם מטענים אחרים. אזי, כמה להתיר לחברות הרכבות לגבות תלוי ב (1) כמה חשובה לכם איכות הסביבה, ו-(2) כמה אתם מוכנים לסבסד את השלטון המקומי. אין תשובה נכונה לשאלה זו, רק מדיניות מועדפת.

הסיבה השנייה שפרויקט הסוכנויות ה"עצמאיות", כביכול, היה כישלון, היא שכמעט אי אפשר להפריד את הפוליטיקה מהמדיניות (זהו לא רק המצב המצוי; זהו גם, עבור אלו מאיתנו שמאמינים בדמוקרטיה, המצב הרצוי). החלשת שליטתו של הנשיא הנבחר בסוכנויות הרגולציה העצמאיות פשוט הובילה לחיזוק שליטתו של הקונגרס הנבחר בהן. ראשי סוכנויות כבר לא יכלו להיות מודחים על-ידי הנשיא הנבחר, אך הם כבר לא היו מוגנים על-ידי כוחו הפוליטי; לא היה לו אינטרס להגן עליהם מכיוון שפעולותיהם לא היו פעולותיו, וכישלונותיהם לא היו כישלונותיו. כך, הסוכנויות הרגולטוריות העצמאיות הפכו כפופות עוד יותר למדיניות של וועדות הקונגרס האחראיות על תקציביהן ועל הפיקוח עליהן.

עד סוף המאה העשרים, סוכנויות רגולטוריות עצמאיות יצאו מהאפנה. שתיים מהוותיקות ביותר מביניהן - וועדת המסחר הבין-מדינית והוועד לאווירונאוטיקה אזרחית - בוטלו. אך בארצות

הברית, וכן ברחבי העולם, האמונה במומחה הוחלפה באמונה בשופט מטיף המוסר. בעוד שלשאלות טכניות, כך למדנו, אין תשובה נכונה אחת, לשאלות מוסריות בוודאי שיש. האם לאישה יש זכות טבעית להפלה? האם לחברה יש זכות ליטול את חייו של אדם בשל פשעיו? האם זה בלתי הוגן (ולפיכך, בטרמינולוגיה של החוקה האמריקנית, סותר את עקרון ההגנה השווה) להתיר נישואים הטרוסקסואליים, ובה בעת לא להתיר נישואים בין בני אותו המין? האם לאדם יש זכות בלתי ניתנת לשלילה ליטול את חייו שלו, ולקבל את סיועם של אחרים בכך? שאלות אלו, ושאלות דומות רבות אחרות, כרוכות במוסר בסיסי, בזכויות אדם בסיסיות – ווודאי יש להן תשובות נכונות ותשובות שגויות.

ובכן, אני מאמין בתקיפות כי אכן יש. כלומר, אני מאמין בחוק הטבעי. הבעיה היא כי השקפתי לגבי תוכנו של החוק הטבעי די שונה מהשקפותיהם של אחרים – ולאף אחד מאתנו אין אמצעי להוכיח, באופן המתקרב לוודאות מדעית, את נכונות עמדתו. לכן, במסגרת תאוריה דמוקרטית, אין הצדקה לנטילת נושאים אלו מידי העם יותר מאשר נושאים של מדיניות כלכלית – מכיוון שאין בנמצא מומחה לענייני מוסר שיענה עליהם. אין בכך לומר כי החלטת העם יכולה תמיד לגבור על מצפון הפרט בשאלות אלו של טוב ורע. בגרמניה הנאצית, לדוגמא, גם אם היה נקבע באופן דמוקרטי כי ליהודים ופולנים אין זכות לחיות, הייתי מוכרח להגן עליהם, גם בניגוד לחוק במידת הצורך. אך אנו לא עוסקים באחריות האישית; אנו עוסקים בשאלה מי, בחברה דמוקרטית, צריך להחזיק בכוח החלטי מהי עמדת המדינה בנוגע לתוכן החוק הטבעי. עבורי זה ברור. בהינתן שיש חוק טבעי, נותרת השאלה: מה העם האמריקני, או ההולנדי, או האיטלקי, מאמין שהוא החוק הטבעי? האם הוא מתיר הפלות או אוסר עליהן? בחברה דמוקרטית פתוחה העם יכול לדון בסוגיות אלו, וכל צד יכול לנסות לשכנע את הצד השני בצדקת עמדתו. והעם (בניגוד לבתי המשפט) אף יכול להתפשר על הסוגיות האלו, למשל, על-ידי הותרת סוגיית ההפלות להכרעותיהן השונות של יחידות המשנה של המדינה הפדרלית, או על-ידי איסור רק על הפלות המבוצעות באופן אכזרי במיוחד, או על-ידי התרה של הפלות רק במקרה של אונס או גילוי עריות.

אך בשנים ראשונות אלו של המאה העשרים ואחת, אין זו הדרך בה אנו הולכים. התמכרנו למוסר המופשט. כשמדובר בהצהרת כוונות של גופים בינלאומיים כמו האו"ם, שיכולים ליישם או לא ליישם את עקרונותיהם המוסריים בהתאם לצרכים פוליטיים, נראה כי זה לא מזיק. לדוגמא, לעצור או לא לעצור את מה שהקונגרס האמריקני כינה רצח העם המתחולל בסודן; איש לא כובל את ידיו של האו"ם. אך פרקטיקה של מוסר מופשט היא מסוכנת כאשר היא באה לידי ביטוי בטקסטים מכוננים של מדינת הלאום (או פדרציה של מדינות לאום), שמחייבים *אכיפה משפטית* של המוסר. אין כל פסול עקרוני בפרוטוקול 8 של האמנה האירופאית להגנת זכויות האדם וחירויות יסוד, לדוגמא, אשר קובע, בחלקו, כי "לכל אדם יש זכות לקבל יחס של כבוד כלפי חייו הפרטיים". מי יכול שלא להסכים עם אמירה כה מעוררת השראה? בדיוק כפי שאי אפשר שלא להסכים עם האמירה מעוררת ההשראה שבפרוטוקול 5 להצהרת זכויות האדם והאזרח הצרפתית משנת 1789 הקובעת כי "החוק רשאי לאסור רק מעשים המזיקים לחברה". אך בעוד זו האחרונה נותרה אמירה מעוררת השראה, ללא כל ניסיון לגרום לשופטים לאכוף אותה כנגד הפרלמנט הצרפתי, הראשונה – ה"זכות לכבוד לחיים פרטיים" – נעשתה עילה לאכיפה כנגד ממשלות דמוקרטיות באירופה על-ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם. ממה מורכב ה"כבוד לחיים הפרטיים"? מי יודע זאת, מלבד בית הדין האירופי לזכויות אדם?

לפני תשע שנים, הוראה זו יושמה לפסילת הוראת חוק של הממלכה המאוחדת נגד אי-צניעות חמורה, אשר קבעה כי ההיתר בחוק לקיום יחסים הומוסקסואלים בצנעה אינו חל "כאשר יותר משני אנשים נוטלים חלק באקט או נוכחים". בית הדין לזכויות אדם קבע כי חוק אי-הצניעות החמורה אינו ניתן ליישום כנגד אורגיה הומוסקסואלית, שחמשת המשתתפים בה החשיבוה כה בלתי-פרטית עד שהסריטו אותה, בשל הדרישה ל"כבוד לחיים הפרטיים". (בית הדין לא פרט על כמה אנשים להשתתף בפעילות מינית על-מנת שזו תפסיק להיחשב כחלק מ"חייו הפרטיים" של אדם. יש להניח כי מדובר במספר כלשהו בין חמישה ומספר האנשים הנדרש על-מנת למלא את הקולוסאום. אלא אם כן, כמובן, כל פעילות מינית שלא הוצגה במכוון לאילו שאינם משתתפים בה היא חלק מ"חייו הפרטיים" של אדם, ובמקרה כזה גם אצטדיון היאנקי הוא מקום מותר לקיים בו את חייו הפרטיים של אדם).

במסגרת הכרעתו, לא רק שהרכב של שבעה שופטים בבית הדין לזכויות אדם הגדיר באופן סופי עבור תושבי אירופה מהו היקף הפרטיות המוגן בחוק. הוא גם פסק סופית ביחס למה "הכרחי בחברה דמוקרטית... עבור ההגנה על הבריות או המוסר". שכן פרוטוקול 8 באמנה מציין זאת כחריג מפורש

לזכות לפרטיות. איני נוקט עמדה, כמובן, בשאלה האם האיסור על קיום אורגיות הוא הכרחי לשם ההגנה על המוסר. אך אני כן טוען, כי בחברה דמוקרטיות התשובה המחייבת לשאלה ערכית זו אינה צריכה להינתן על-ידי שבעה שופטים שאינם נבחרים ציבור.

כמובן, בית הדין האירופי לזכויות אדם אינו היחיד שמנפיק הכרעות מוסריות עבור החברה. בית המשפט שלי עושה זאת כל הזמן. פסק דין *רו נגד וייז* הוא אולי הדוגמא המובהקת לכך, בקבעו כי יש לבצע הפלות לפי דרישה בכל רחבי ארצות הברית. אך ישנן דוגמאות רבות נוספות. לפני שש קדנציות, פסקנו כי חוקים נגד ביצוע מעשי סדום בצנעה ובהסכמה, חוקים שהיו בתוקף בהתאמה מושלמת לחוקה מעל מאתיים שנה, הינם בלתי קבילים, תוך ציטוט, *בין היתר*, של החלטת בית הדין לזכויות אדם בתיק *דודג'ן* על מנת להוכיח מהי משמעותה של הזכות להליך הוגן בחוקה האמריקנית. קבענו כי אין זה קביל להרשות לחבר מושבעים להחליט (כפי שהיה בעבר) כי ניתן לדון רוצח לעונש מוות למרות היותו בעל פיגור שכלי, או למרות שיהיה מתחת לגיל 18 בעת ההוצאה להורג. קבענו כי אין זה קביל שמדינה תקיים מכללה צבאית לגברים בלבד, על אף העובדה כי במשך יותר ממאה שנים 'יוסט פוינט', 'סיטאדלי' והמוסד הצבאי של וירג'יניה לא נחשבו כסותרים את דרישת החוקה להגנה שווה בפני החוק. דחינו, לעת זו, זכות חוקתית לסיוע להתאבדות, אך שמרנו לעצמנו את הזכות לדון בנושא זה בשנית. ואני יכול להמשיך עוד ועוד.

מדוע שופטים לא היו *תמיד* כאלו קובעי מדיניות חלוציים? התשובה לכך היא שעד העת האחרונה, משמעותם של חוקים, לרבות חוקי יסוד או חוקות, נתפשה כסטטית. את המשמעות שהייתה להוראות חוק מעורפלות כמו הזכות ל"כבוד לחיים הפרטיים", או הזכות ל"הגנה שווה" בעת חקיקת החוקה ניתן היה להסיק בקלות (במרבית הסוגיות השנויות במחלוקת) בהתאם לנוהג המקובל באותה העת. מה שהחוקה התירה בזמן חקיקתה, היא התירה לנצח; רק העם יכול להביא לידי שינוי, על ידי תיקון החוקה. כך, בשנת 1920, כאשר התבססה הסכמה כללית כי לנשים מוכרחה להיות הזכות להצביע, בית המשפט העליון של ארצות הברית לא פסק כי סעיף ההגנה השוויונית של החוקה "רכש" משמעות שלא הייתה לו מעולם; אלא, העם אימץ את התיקון התשעה עשר לחוקה, הדורש מכל מדינה בארצות הברית להעניק לנשים את זכות ההצבעה.

תחת משטר של חוק סטטי, לא היה זה קשה להחליט, האם תחת החוקה האמריקנית, הייתה זכות להפלה, או ליחסים הומוסקסואליים, או לסיוע להתאבדות. כאשר החוקה אומצה, כל אלו היו מעשים פליליים ברחבי ארצות הברית, ונותרו כאלה במשך כמה מאות שנים; לא היה כל טיעון מבוסס כי החוקה הפכה חוקים אלו לבלתי קבילים. החברה כמובן הייתה רשאית לבטל את ההפלה של מעשים אלו, כפי שאכן קרה בחלק מהמדינות; אך תחת חוקה סטטית, שופטים לא יכולים היו לעשות זאת.

השינוי התרחש במחצית השנייה של המאה העשרים, וצר לי לומר כי בית המשפט שלי היה אחראי לכך. היה זה בית המשפט שלי שהמציא את המושג "חוקה חיה". החל מסעיף ה"עונש אכזרי ובלתי רגיל" בתיקון השמיני לחוקה, פיתחנו את הדוקטרינה לפיה משמעות החוקה יכולה להשתנות לאורך זמן, על מנת להלום את "הסטנדרטים המתפתחים של ההגיונות אשר מסמלים את התקדמותה של חברה מתבגרת". ויהיו אלו אנו, כמובן, שופטי בית המשפט העליון, אשר נקבע מתי התרחשה התפתחות, ומתי ההתפתחות הבשילה להתקדמות. על בסיס תיאוריה זו, הוטלו מגוון דרישות חוקתיות חדשות לחלוטין, החל מהחובה להעניק שימוע מקדים טרם הפסקת תשלומי רווחה וכלה בחובה להחזיק ספריות משפטיות בבתי כלא.

במשך זמן מה, בית המשפט העליון של ארצות הברית היה מושא לקנאה בעולם המשפט. *אה*, חשבו שופטים, *לו רק לכולנו היה כוח שכוה לעשות טוב!* ואז, עם הקמתם של בתי משפט חוקתיים באירופה, ובסופו של דבר, הקמת בית הדין האירופי לזכויות אדם, "הכוח לעשיית טוב" הגיע לידינו של כל שופט – או לכל הפחות, לידי כל שופט אשר בכוחו לבטל חקיקה. בית הדין לזכויות אדם מיהר לאמץ את הטענה כי האמנה היא (כפי שניסח זאת בית הדין בשנת 1978) "מכשיר חי אשר... יש לפרשו לאור התנאים הקיימים בעת הנוכחית". וכך כל העולם, או לפחות המערב, הגיע למצבו הנוכחי של הגמוניה שיפוטית.

הרשו לי להבהיר כי הבעיה אליה אני מתייחס אינה רוע חברתי של הנטיות השיפוטיות אותן תיארת. לצורך העניין, אני מוכן לקבל, לדוגמא, כי אורגיות מיניות מפילות מתחים חברתיים ויש לעודדן. לעומת זאת, אני מטיל ספק בתקינות – ולמעשה, בעצם השפיות – שבקבלת החלטה ערכית מעין זו

עבור החברה כולה (ובמקרה האירופי עבור מספר חברות שונות) על-ידי שופטים שאינם נבחרו ציבור. אין תשובות "נכונות" הניתנות לתיקוף מדעי לשאלות כאלו, אלא תשובות שחברה מסוימת מעדיפה. ואף אם היו תשובות "נכונות" מדעית, אין כל סיבה להאמין כי אנשי מקצוע שעברו הכשרה משפטית יוכלו להבחין בהן ביתר קלות מאשר, למשל, רופאים, או מהנדסים, או מומחי אתיקה, או אפילו האדם מן היישוב. ברור כמובן כי שום דבר שלמדתי בקורסי המשפטים בבית הספר למשפטים בהרווארד, ושום דבר מהניסיון אשר רכשתי מעיסוק בעריכת דין, לא הכשיר אותי להחליט האם צריכה להיות (ולפיכך יש) זכות יסוד להפלה או לסיוע להתאבדות.

העדרה של יכולת ייחודית של שופטים בהתמודדות עם שאלות כאלו מוסווית באמצעות העובדה כי הם מעצבים את תשובותיהם כחוות דעת משפטית קלאסית, עם תיאור משעמם של העובדות, ההיסטוריה הדינית של ההליך, הוראות החוק הרלוונטיות, טיעוני הצדדים, ולבסוף הניתוח של בית המשפט, אשר מתאמץ להצביע על העקביות של התוצאה הנוכחית אל מול החלטות קודמות של בית המשפט. הבעיה היא כי החלטות קודמות אלו, כמו זו הנוכחית, אינן מתייחסות לסוגיות האמתיות, שהן בעלות אופי עמוק מכדי להיפתר באופן לוגי על-ידי בית משפט. כך, עמדתו של בית הדין לזכויות אדם בתיק *דוגנו*, אשר קבעה כי האיסור על מעשי סדום הומוסקסואלים עומד בסתירה לסעיף 8, מצאה כי האיסור אינו הכרחי להגנה על הערכים, תוך התיימרות "לא להעביר כל שיפוט ערכי באשר למוסריותם של יחסים הומוסקסואלים בין גברים בגירים". אולם אין ספק כי המוסריות של הנוהג עמדה במרכז השאלה האם איסורו הכרחי להגנה על הערכים. אני טוען כי בית המשפט התנער מכל קביעה לגבי המוסריות של יחסים הומוסקסואליים, לא כי היה זה בלתי-רלוונטי למקרה, אלא כי ברור כשמש כי לשופטים אין יכולת גבוהה יותר מאחרים לקבוע מה מוסרי. אותה התופעה של התנערות מהכרעה בסוגיה המרכזית הופיעה גם בפסק דין *רו נ' וייז*, כאשר בית המשפט שלי קבע, כי על מנת להכריע האם מדינה חייבת לאפשר את סיום חייו של עובר לבקשת האם, אין זה הכרחי להכריע מתי מתחילים חיי האדם. ברור כי שאלה זו היא מרכזית בדיון אינטליגנטי בסוגיה – אך שופטים כמובן לא יודעים על כך יותר מאף אחד אחר מאתנו.

מה שמחזיר אותי להשוואה שהצעתי בפתיחת דבריי. כשם ש"מומחים" מדעיים לא היו כשירים לספק את תשובת הציבור לקביעות מדיניות רבות שנדרשות בכל תקנה כלכלית, כך גם שופטים אינם כשירים לספק את תשובת הציבור לשאלות המוסריות שכרוכות בכל הערכה אפריורית של זכויות אדם. וכפי שהתברר כי לא ניתן היה לנתק את הפוליטיקה מהרגולציה הכלכלית, כך יתברר כי לא ניתן יהיה לנתק את הפוליטיקה מן העיצוב-מחדש המתמשך של השקפותיה הרשמיות של החברה בתחום זכויות האדם.

בארצות הברית, מנגנון שילוב הפוליטיקה במשפט היה תהליך מינוים ואישורים של שופטים. שופטים פדרליים בכלל, ושופטי בית המשפט העליון בפרט, ממונים על-ידי הנשיא ומאושרים על-ידי הסנאט. כל מועמד רפובליקני לנשיאות מאז ריצ'ארד ניקסון התלונן על בית משפט עליון אקטיביסטי והבטיח למנות שופטים שמאמינים ב"ריסון שיפוטי". וכל מועמד דמוקרטי לנשיאות מאז מייקל דוקאקיס הבטיח למנות שופטים אשר יקיימו את הלכת *רו נ' וייז*, מילים נרדפות לאקטיביזם שיפוטי. כל שנה הוויכוח סביב מינוי שופטים הפך ליותר טעון. לאחרונה, הוא התרחב לדרגת בית המשפט לערעורים, כאשר דמוקרטים בסנאט סרבו לאפשר הצבעה על מועמדים לבית המשפט לערעורים, אשר צפויים שלא להסכים עם הלכת *רו נ' וייז*. בשל המחלוקת הפוליטית הזו, מספר מושבים בבית המשפט לערעורים שלנו נותרו בלתי מאוישים.

הלקח הוא, כי בחברה דמוקרטית באמת – או לכל הפחות בחברה האמריקנית – בדרך זו או אחרת, העם יביע את עמדתו בנוגע לסוגיות חשובות של מדיניות חברתית. אם שופטים מספקים באופן שגרתי את תשובותיה המחייבות של החברה לשאלות מוסריות שיש בהחלט מקום לדון בהן – במקום להכריע רק בנוגע למשמעות של טקסטים שאומצו באופן דמוקרטי, בעת חקיקתם – אזי שופטים יידרשו לתת דין וחשבון פוליטי. העם, דרך נציגיו הנשיא והסנאט, יפסיק לבחור מועמדים לשפיטה בהתאם לקריטריונים מסורתיים – קרי יכולת משפטית, יושרה, מזג שיפוטי וכדומה. אין כל פגם באיכויות אלו, אך הן כבר לא הדבר החשוב ביותר שעלינו לחפש. עלינו לחפש את אלו המסכימים *אתנו* לגבי מה קובעת החוקה, שמשנתה מדי שנה. ואתם ראיתם כיצד השינוי הזה בקריטריונים מתרחש, כעת כשהעם – לאחר בערך חמישים שנים של חוקה חיה – הבין מהו שם המשחק. אני מונית לבית המשפט העליון לפני עשרים ושלוש שנים בהצבעה של 0-98; היום, שופט הדוגל בשיטת הפרשנות האורייגנלית כמותי, לא יכול להשיג אפילו שישים קולות בכדי לכהן בבית משפט לערעורים.

מגמה זו עומדת בסתירה אפילו לטרמינולוגיה בה מתנהלים דיוני האישור. הסנאט מחפש שופטים "מתונים" – שופטים "מיינסטרימיים". אך מה, למען השם, היא פרשנות מתונה של טקסט חוקתי? מחצית הדרך בין מה שכתוב בו ובין מה שהיינו רוצים שיהיה כתוב בו? אין כל הגיון בתיאור עורך דין כ"מתון". אך יש הגיון רב בתיאור קובעי מדיניות כמתונים – מנסחים מתונים של חוקה חדשה ומתפתחת באופן מתמיד. השופט "המתון" הוא כזה שיפרש את החוקה כך שמשמעותה תהיה מה שמרבית האנשים רוצים שתהיה; ושופט "קיצוני" הוא כזה שימציא חוקה חדשה שמרבית האנשים לא יאשרו. כאשר מאמצים את הקריטריון הזה, כמובן, החוקה מפסיקה למלא את תפקידה העיקרי: למנוע מהרוב לעשות דברים מסוימים שהוא לוצה לעשות.

אני צופה שאותה פוליטיזציה תתרחש גם בהליך השיפוטי האירופי, אך במלוא הכנות, אינני יודע מהו המנגנון שיאפשר זאת. אחד מהבלמים לכוח השיפוטי שהובנה בחוקה האמריקנית על ידי מנסחיה היה מינויים של שופטים באופן גלוי ופוליטי לחלוטין – כך שמינוי שופטים יוכל להיות סוגיה חשובה בבחירות לנשיאות. איני מודע לקיומם של בלמים פוליטיים יעילים ביחס לבתי המשפט החוקתיים האירופאיים, בית הדין לצדק או בית הדין לזכויות אדם. יתרה מכך, בניגוד למצב בארצות הברית, עוינות פוליטית כנגד בתי המשפט שלכם אינה יכולה להיות פרסונלית. בבתי המשפט שלכם יש יותר שופטים, והמספרים מעניקים אנונימיות. לצד חוסר היכולת לבסס אשמה אישית, ניצבת העובדה שהשופטים שלכם יושבים לרוב בהרכבים מצומצמים ולא בהרכב מלא – כך שניתן לבקר שופט בודד רק בגין חלק מהפסיקות. ופסיקות בית המשפט לא נחתמות על-ידי שופט מסוים, אלא הן אנונימיות. לאור כל הסיבות הללו, לא תראו באירופה כרזות מקבילות ל"הדיחו את ארל וורן" או "הדיחו את הארי בלקמן" או קמפיין פוליטי הדומה למכתב ההפחדה שמגייס כספים עבור המפלגה הדמוקרטית שלח לביתי לאחרונה (אני מניח בשגגה), כאשר על חזית המעטפה נכתב "דמיינו את סקאליה כנשיא בית המשפט העליון".

איני שמח על חדירת הפוליטיקה לתוך הליך מינוי השופטים במדינת. אך בכנות, אני מעדיף זאת על האלטרנטיבה, קרי ממשל בידי אריסטוקרטיה שיפוטית. אעקוב בעניין אחר ההתפתחויות בסוגיה זו באירופה.