

## שלטון החוק כשלטון החוקים

מתוך The University of Chicago Law Review, Vol. 56, Number 4, Fall 1989

תרגם מאנגלית: צור ארליך

לואי התשיעי מלך צרפת, הלוא הוא "לואי הקדוש", "סנט לואיס", נודע בהליכותיו הישרות בשבתו למשפט. הנה תיאור שהגיע לידינו מתוך "תולדות לואי הקדוש" מאת ז'אן דה-ז'ואנוויל, אציל מחבל שמפן שהיה ידידו הקרוב של המלך:

בקייץ, לאחר ששמע את המיסה, היה המלך מרבה ללכת ליער ונסן, להתיישב תחת אלון, להישען בגבו על גזעו, ולהושיב את כולנו סביבו. אלה שהיו בפיהם טענות יכלו להעלותן באוזניו מבלי שיעכב אותם סדרן או כל אדם אחר. המלך היה שואל אותם ישירות, "יש כאן מישהו שרוצה ליישב איזה עניין?" מי שרצה, קם על רגליו. ואז היה המלך אומר, "דומו כולכם, ואיש איש יישמע בתורו, בזה אחר זה".<sup>1</sup>

המשפטים שנעשו שם, תחת עץ האלון, נחשבו צודקים ויאים למופת – אף כי ככל הידוע לי לא הייתה ללואי התשיעי הכשרה מיוחדת בדין הנוהג במחוז כלשהו בצרפת, או כל הכשרה משפטית אחרת. גם שלמה מלך ישראל נחשב למי שעשה מלאכה נאה למדי, בלי תואר במשפטים, כאשר ישב לדון מקרה אחר מקרה.

זהו דימוי אחד לאופן שהצדק נעשה בו: תיק תיק בתורו, הבאת כל נסיבות המקרה בחשבון, וזיהוי התוצאה ה"הוגנת" בתוך ההקשר הזה. דגם זה אינו כה מיושן כפי שיהיו שיסברו; ראו הפופולריות של השופט ופנר.

ובכל זאת, אפשר לתהות מה היה חושב על כך תום פיינ, שאמר –

הבה נודיע חגיגית על יום מיוחד להכרזה על האמנה; ... וידע העולם כולו, שבה במידה שאנו מסכימים למלוכה, באמריקה החוק הוא מלך. כי כשם שבממשלות אבסולוטיות המלך הוא החוק, כן ראוי, בארצות חופשיות, שהחוק, ורק הוא, יהיה למלך.<sup>2</sup>

כצפוי, היוונים החזיקו באותה סברה עצמה, וביטאה אותה בצורה קצת פחות נלהבת. אריסטו קובע ב"פוליטיקה"

שהחוקים חייבים להיות הריבוניים, ובלבד שנחקקו כראוי, ואילו מי ששולט, אם הוא אדם אחד או אם רבים, צריך להיות ריבון רק בעניינים אשר החוקים אינם יכולים בשום אופן להכריע בהם באופן מדויק, משום שלא נקל להגדיר חוקים מוחלטים בכל הנושאים.<sup>3</sup>

בדיכוטומיה הזו, שבין החוק הכתוב הכללי לבין שיקול הדעת השיפוטי האישי, אני מבקש לעיין כאן.

במערכת דמוקרטית, לחוק הכתוב הכללי יש כמובן תביעה מיוחדת לקבלת עדיפות, משום שהוא התוצר הנורמלי של הרשות השלטונית המייצגת את רצון העם יותר מכל האחרות: הרשות המחוקקת. שופטים ואנשי הרשות המבצעת מטפלים במקרים פרטיים; הרשות המחוקקת מכלילה. חקיקת כללים שאינם נראים בהירים או מדויקים די הצורך מעוררת, על כן, ביקורת על כך שהיא לא דמוקרטית – ובמקרים קיצוניים גם לא חוקתית – מפני שהם מותירים מרחב גדול מדי להכרעתם של אנשים שאינם נציגי העם.

אולם בהקשר של דיונו, סגולה מסוימת זו של החוק הכללי איננה הנקודה. שכן רצוני לעיין בדיכוטומיה שבין חוקים כלליים לבין שיקול דעת שיפוטי בתוך ההקשר הצר של חוקים הנוצרים בידי בתי המשפט. במערכת משפט כגון זו שלנו, שהשופטים בה כבולים לא רק לטקסט או לקוד של החוקה אלא גם להכרעות קודמות של בית המשפט שהם יושבים בו, לבתי המשפט ישנה היכולת "ליצור" חוק. הבה לא נתפלפל על ההיקף התיאורטי של "ההלכה השיפוטית"; המציאות המודרנית, לפחות, היא שכאשר בית

<sup>1</sup> Jean de Joinville, *The Life of Saint Louis*, in Margaret R.B. Shaw, transl, *Joinville & Villehardouin: Chronicles of the Crusades* 163, 177 (Penguin, 1963).

<sup>2</sup> תומס פיינ, *שכל ישר*, מאנגלית: ליה נירגד, ירושלים: שלם, תשס"ז, עמ' 45.

<sup>3</sup> אריסטו, *פוליטיקה*, מיוונית: נורית קרשון, תל אביב: רסלינג, 2009, ספר ג', 11 (1282b), עמ' 149.

המשפט העליון הפדרלי, או בית משפט עליון באחת המדינות, מכריע בתיק, לא רק תוצאת ההחלטה תיחשב לתקדים שבתי המשפט בערכאות הנמוכות יותר, ואף בית המשפט העליון עצמו, ילכו לאורו – אלא גם צורת הניתוח בפסק הדין. כשבית המשפט בוחר בצורת ניתוח הנוטה אל העיקרון הכללי, הוא מכונן חוק כללי, ואילו כשהוא בוחר בצורת ניתוח הנוטה להתאים למצב עניינים ספציפי, הוא משאיר מרחב פתוח לשיקול דעת עתידי.

כאשר, למשל, בית משפט מחליט אם הסכם מסחרי מסוים, הכולל הגבל עסקי אֶנְכִי, נחשב חוזה בהגבלת סחר הכפוף ל"חוק שרמן"<sup>4</sup>, הוא יכול לומר שההגבל המדובר אינו פוגע שלא כדין בתחרות, ועל כן הוא חוקי – או לחלופין לומר ששום הגבל אנכי אינו פוגע שלא כדין בתחרות, והיות שלפנינו הגבל אנכי הרי הוא חוקי. הצורה הראשונה מגלמת גישה של שפיטה של שיקול דעת ייחודי, ואילו השנייה מכוננת חוק כללי.

יתרונותיה של גישת שיקול-הדעת ברורים. כל הכללה (ובכלל זה, אני יודע, גם ההכללה שאני עושה עכשיו) היא במידת מה לא-תקפה, ולכן לכל חוק כללי יש כמה פינות שהוא אינו מתאים להן. מכאן שאפשר להשיג צדק מושלם רק אם בתי המשפט אינם כבולים להכללות לא-מושלמות שכאלו. נראה שביצועיו השיפוטיים של לואי התשיעי היו פוחתים אילו היה מחויב לקוד משפטי ולמבחני הסמכה.

כמובן, במערכת הנותנת מעמד סמכותי לתקדימים משפטיים, שום דעה הנכתבת בפסק הדין אינה יכולה להשאיר שיקול דעת **מוחלט** לשופטים עתידיים. השאלה היא שאלה של מידה. בכל מקרה, לכל הפחות, עצם העובדות של המקרה הפרטי מכוסות למען העתיד. אבל היכולת להיצמד לעובדות הללו, בלי להשעינן על הכללות חובקות-כול, ועל ידי כך להשאיר מרחב של ממש לשופטים בעתיד – זוהי גאונותה של שיטת "המשפט המקובל". החוק, כך אומרת התיאוריה, צומח ומתפתח לא באמצעות הכרזה על עקרונות כלליים, אלא מקרה אחר מקרה, במתכוון, במצטבר, צעד צעד. היום אנו מחליטים, נניח, שתשע עובדות מסוימות רלבנטיות לקביעת פסק הדין. אם רק שמונה מהן יתבררו ככאלו, או אם תוספת של עובדה עשירית תשנה את התוצאה – אלו שאלות למועד אחר.

בהיותי סטודנט למשפטים הייתי חסיד גדול של גישה זו: דגלתי בהחלה צרה של הכרעות דין – הן מצד כותביהם, הן מצד פרשניהן – ובהשארת מרחב גדול לשיקול דעתם של בתי המשפט בעתיד. אולם לאורך השנים, גם לפני שנתמנתי לשופט, מצאתי את עצמי נשאב יותר ויותר אל ההשקפה ההפוכה. יש כמה סיבות לכך, חלקן תיאורטיות וחלקן דווקא מעשיות מאוד.

נתחיל בכך שאין זה רצוי להפריז בערכה של השלמות בהחלטות שיפוטיות. נחמד להגיע אל התשובה ה"מושלמת" מבחינת המדיניות המהותית הרלבנטית, אך "מושלמות" זו היא רק אחד מכמה ערכים המתחרים זה בזה. ואחד החשובים באותם ערכים, שלעתים תכופות מתנגש עם חיפוש השלמות, הוא מראית העין של יחס שווה. ערך זה הוא מן הכוחות המניעים את רוח האדם, ולכן חשיבותו לא תסולא בפז. הורים יודעים שילדיהם יקבלו בקלות יחסית כל החלטה מהותית שרירותית המתקבלת בבית: שלא רואים טלוויזיה אחר הצהריים, שלא רואים טלוויזיה בערב, או אפילו שאין בבית טלוויזיה כלל. אך אם ינסה הורה לתת לאחד הילדים לצפות בטלוויזיה בשעה שהדבר אסור על אחיו ואחיותיו, יספוג את חמת זעמו של חוש הצדק הבסיסי של ילדיו. "סעיף ההגנה השווה" מגלם את הצדק יותר מכל היגד אחר בחוקת ארצות הברית. והבעיה בגישת שיקול הדעת השיפוטי היא היעדר מענה מספק לתחושת הצדק הזו. כאשר פסק דין מבטא תפיסה אחרת מפסק דין קודם לו, חיוני, אם רצוננו לשמור על מעמדה של מערכת המשפט בעיני הציבור, שלא רק שהמקרה השני יהיה שונה מהראשון, אלא גם שהוא **ייראה** שונה ממנו. כאשר – כפי שקורה תדיר בבית המשפט שלי – עוסקים בעניינים שהם ציפור נפשו של צד זה או אחר, המאמין שהחוקה עצמה היא שתיישב אותם, לא ינעם במיוחד לחוש הצדק לשמוע הסבר כגון "ובכן, במקרה הקודם היו תשעה גורמים, ובזה יש תשעה ועוד אחד". חוש הצדק יעדיף שבעתיים, ולו במחיר העיוות המהותי הקל שכל הכללה בכנפיה, שהפסיקה תוסבר בעזרת חוק קיים, מופר וברור.

זאת ועוד. גישת שיקול-הדעת השיפוטי והמשפט המקובל אינה הולמת מערכת משפט שבה בית המשפט העליון יכול לבקר רק שבריר זניח מכלל הפסיקות המתקבלות. המושג האידילי "בית המשפט" מתחדד בהדרגה לכדי שלטונו של גוף חוקים מנוסח במלואו – וזאת בתהליך סדרתי ארוך של הכרעות באשר לסיטואציות נתונות, המגיע למיצויו (במעין ברירה על דרך השלילה) כאשר העובדות **האופרטיביות**

<sup>4</sup> Sherman Act, 15 USC § 1(1982). הערת המתרגם: חוק שרמן עוסק בהגבלים אנכיים (כלומר הסכמי הגבלה עסקית שאינם בין מתחרים, אלא למשל בין חוליות שונות בשרשרת הייצור והשיווק) בסחר בין-מדינתי בארצות הברית.

מתבררות; דבר זה אינו יכול לקרות בבית משפט המגיע לכדי דיון בתחום המדובר רק לעתים רחוקות. לפני שתי כהונות, מספר התיקים הפדרליים שהובאו בפני בית המשפט שלי עמד על כאחד לאלפיים ממספר התיקים שהוכרעו בבתי משפט פדרליים אזוריים, וכאחד למאתיים ממספר התיקים שנדונו בבתי משפט פדרליים לערעורים.<sup>5</sup> העובדה היא שכאשר אנו מכריעים בדין על סמך מה שהתרגלנו לכנות מבחן "כלל הנסיבות", לא אנו אלה שנקבע את החוק לעתיד הנראה לעין, כי אם 13 בתי משפט לערעורים – או, אם מדובר בסוגיה פדרלית העשויה להתעורר גם בהידיעות בבית משפט מדינתי, 13 בתי משפט לערעורים וחמישים בתי משפט עליונים מדינתיים. רצה לומר, אימוץ גישה כזו הוא למעשה אימוץ המסקנה כי בסוגיה המשפטית שעל הפרק האחידות אינה מטרה חשובה במיוחד.

מכך נובע עוד יתרון ברור של כינון עקרונות פסיקה כלליים ברורים בהקדם האפשרי: יכולת ניבוי. גם בתקופות פשוטות מתקופתנו, האי-ודאות נחשבה כדבר שאינו מתיישב על שלטון החוק. הצדק הבסיסי דורש כי לכל הכפופים לחוק תהיה אפשרות לדעת מה הוא אומר. מספרים שאחד מהרגליו הנתעבים של נירון קיסר היה לתלות את צויו על גבי עמודים גבוהים, כך שיהיה קשה לקרוא אותם וקל להפר אותם. ככל שהחוקים התרבו, וככל שנפוצה בין הבריות הנכונות לתבוע איש את רעהו לדין, כך נעשה קשה לשאת אי-ודאות ממושכת באשר למשמעות החוק. יכולת ניבוי, או כלשונו של קרל לונלין<sup>6</sup> יכולת אמידה, היא מאפיין חיוני של כל מערכת חוקים ראויה לשמה. יש ואפילו חוק רע עדיף על היעדר חוק.

שנים רבות חשבתי שיש לפחות דבר אחד לומר לזכותה של גישת המשפט המקובל: חזקה עליה שתבצר את האיפוק השיפוטי, ו"תיצור" חוקים מעטים ככל האפשר לצורך הכרעה בכל מקרה המובא לפניה. אולם בחלוף הזמן התחלתי לפקפק בכך. כי כאשר, בכותבי את דעת הרוב בפסק דין, אני מאמץ חוק כתוב כללי, ואומר "זה הבסיס להכרעתנו", אני מגביל לא רק את הערכאות הנמוכות יותר, אלא גם את עצמי. אם בתיק הבא העובדות תהיינה שונות במידה כזו שתשנה את העדפותי העקרוניות או המעשיות תכלית שוני, לא אוכל ליישם את ההעדפות החדשות הללו; כבלתי את עצמי לעיקרון הקובע. בעולם האמתי של בתי המשפט לערעורים, אימוץ מהלך כזה מגלם איפוק שיפוטי רב יותר מן ההכרזה כי "בהתחשב בכל הגורמים" אנו חושבים שהחוק הופר כאן, הכרזה המותירה אותנו חופשיים לומר במקרה הבא מאותו סוג כי "בהתחשב בכל הגורמים" החוק לא הופר. דבר שבשגרה הוא כי הבלם היעיל היחיד העומד בפני שופטים שרירותיים הינו הביקורת מצד עורכי הדין והאקדמיה. אלא שההצבעה על האי-עקביות שבין שתי דעות המתבססות על מבחן של "מכלול נסיבות" אפשרית לא יותר מכפי שאפשרית ההצבעה על האי-עקביות בין שתי הכרעות של מושבעים. הכרזה על חוקי קבע היא הדרך היחידה לשים לעצמנו סייג.

הכרזה על כללים קבועים בפסיקה יכולה אפוא לרסן את בתי המשפט, אך למרבה הפלא היא יכולה גם לחזק אותם. שופטים נדרשים לעתים להיות אמיצים, מפני שעליהם לעמוד איתן בפני דבר הנחשב בדרך כלל ערך עליון בדמוקרטיה: רצון העם. תפקידיהם המשמעותיים ביותר של השופטים במערכת שלנו הם להגן על הנאשם הפלילי היחיד מפני הגזמותיו המזדמנות של רצון העם, ולשמור על האיזונים והבלמים במערכת החוקתית שלנו שנועדו בדיוק לשם כך: לרסן מימוש נמהר וגורף של רצון העם. משימות אלו, אם הן מבוצעות כראות, עשויות לזכות לימים בהוקרה ובהערצה מצד הציבור הרחב, אבל – כמעט מעצם הגדרתן – אף פעם לא בעת המקרה הספציפי שהן מיושמות בו. הסיכויים ששופטים ושופטות בשר ודם ידבקו בחובתם הבלתי-נעימה גדלים עד מאוד כאשר עומד להם מגן מוצק בדמות עיקרון ברור שהוצג עוד במקרים קודמים. קשה מאוד לומר שפושע מורשע מסוים, השנוא על ההמונים, צריך להשתחרר מפני ש"בהתחשב במכלול הגורמים, אנו סבורים שהקצת הסנגור ממסדר הזיהוי בתיק זה מנעה משפט הוגן". קל יותר לומר כי "התקדימים שלפנינו מלמדים בבירור שבאין נסיבות בהולות במיוחד, הדרה כזו היא שלילה מהותית של הליך הוגן".<sup>7</sup> או דוגמה הנוגעת לתפקיד השיפוטי העיקרי האחר: כשמשתרר בציבור כעס על "רגולציית יתר" מצדה של "פקידות חסרת שם ופנים" ברשות ממשלתית מסוימת, והקונגרס נענה לתחושות הללו ומחוקק, בתמיכתם הלבבית של כל עיתוני האיכות, תקנה פופולרית הנותנת לו זכות וטו פרלמנטרית על החלטותיה של הרשות הזו – קשה מאוד לבית המשפט לומר כי "בהתחשב במכלול הגורמים, החלטה זו נוטלת כוח רב מדי מידה של הרשות המבצעת". קל יותר לומר כי "התקדימים

<sup>5</sup> Annual Report of the Administrative Office of the United States Courts 4, 7, 15 (GPO, 1988).

<sup>6</sup> ראו Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition* (Little, Brown, 1960).

<sup>7</sup> *United States v. Wade*, 388 US 218 (1967).

שלפנינו מלמדים בבירור שהקונגרס יכול לפקח באופן רשמי על פעולותיה של רשות מבצעת רק על פי חוק".<sup>8</sup>

ברשותכם אפנה לרגע מן הפרקטיקה אל התיאוריה, ואציע שכאשר בית משפט לערעורים אינו מוצא נימוק טוב יותר להכרעתו מהנימוק של מבחן "מכלול הנסיבות", הוא לא כל כך מכריז על חוק, במובן הרגיל והמרומם של המושג, אלא בעיקר עוסק במשימה הארצית יותר של בירור העובדות. כך בוודאי אנו מתארים את הפונקציה של החלת מבחן-מכלול-הנסיבות הנכבד מכולם – מבחן "האדם הסביר" להגדרת רשלנות בדיני נזיקין. בשוליים, כמובן, הגדרה זו, כמו כל הגדרה של עובדה טהורה או של תמהיל של עובדות וחוקים, יכולה להיעשות שאלה של חוק; למשל, כאשר אין ראיות שחבר מושבעים כלשהו יכול לבסס עליהן רשלנות באופן סביר. אבל גם במצבים פחות קיצוניים, בתי המשפט הכניסו להגדרותיהם יסודות מסוימים של חוק – למשל הכלל הקובע כי זלזול מצד סוגים מסוימים של שומרים שהחוק מחייב את הצבתם הוא רשלנות מעצם הגדרתו,<sup>9</sup> או הכלל ההפוך הקובע שהתנהגות שיש עמה עמידה בכל דרישות החוק אינה יכולה להיחשב לרשלנות.<sup>10</sup> אולם, מִשְׁמוּצוֹ כל הכללים המשפטיים הללו ולא נמצאה בהם תשובה, מה שנותר טעון הכרעה הוא בעינינו שאלה של עובדות – ופירוש הדבר לא רק שהכרעה זו מסורה למושבעים ולא לשופט, אלא גם שאין תשובה "נכונה" אחת. ייתכן כך וייתכן כך. כאמור, רק בשוליים עשוי בית משפט לערעורים לומר שהגדרה חייבת להיות אחרת על סמך החוק.

כאן מתבקשת התהייה, מדוע אין זה מעמדן של כל השאלות שהכללים העקרוניים אינם מספיקים להכרעתן. מדוע השאלה אם אדם פעל בזהירות סבירה היא שאלה של עובדות, אבל השאלה אם חיפוש אצל אדם ותפיסתו בידי המשטרה היו סבירים היא שאלה של חוק? הרי גם השאלה השנייה, ממש כמו הראשונה, יכולה **עד גבול מסוים** להיבחן בעזרת כללים. אנחנו יכולים לומר, כפי שאכן אמרנו, שחיפוש משטרתי בבית בלי צו של בית משפט הוא תמיד בלתי סביר, למעט במקרים בהוליים,<sup>11</sup> ושהוא תמיד בלתי סביר (לבד מתחום החיפוש המנהלי)<sup>12</sup> אם אין סיבה סבירה להאמין שנעשה פשע. אך מִשְׁמוּצוֹ כל הכללים המשפטיים האחרים, והתשובה עדיין אינה ברורה, מדוע לא להתייחס אל מה שנשאר – אל השאלה אם בהתחשב במכלול הנסיבות חיפוש מסוים זה היה בלתי-סביר – כאל שאלה של עובדות, שהחוק אינו אמור לצפות שתהיה לה תשובה נכונה אחת ולא לנסות לכפות תשובה נכונה אחת שכזו באמצעות עיון מחדש?

תשובה אפשרית לחידה שלנו, מדוע "זהירות סבירה" היא שאלה של עובדות ואילו "חיפוש סביר" הוא שאלה של חוק, היא שבמקרה השני איננו בוטחים במושבעים שיענו בקור רוח על השאלה השנייה כאשר בתא הנאשמים יושב אדם שאשמתו נראית להם ברורה. אולם אם זהו ההיגיון, הרי איננו מחילים היגיון זה באופן עקבי. אנחנו מאפשרים למושבעים להחליט, למשל, אם שוטר שִׁגְרָה בעברייני עשה זאת מתוך כוונה של הגנה עצמית, אף כי גם זו אינה שאלה שמושבעים נוטים לגלות בה קור רוח. אולי, אם כן, התשובה היא ש"חיפוש סביר" הוא תקן חוקתי, והשאלה אם תקן זה התקיים **מוכרחה** להישאר לשופטים. אבל, שוב, אם זהו ההיגיון הרי איננו מחילים אותו באופן עקבי. האיסור על הגבלת "חופש הדיבור" נמצא אף הוא בחוקה, אבל בדרך כלל אנו נותנים למושבעים להחליט אם התבטאות מסוימת פוגעת באמות המידה של הקהילה עד כדי כך שיש לראות בה תקיפה ולא דיבור.<sup>13</sup>

בכנות, אינני יודע מדוע אנו מתייחסים לכמה מן הסוגיות הללו כאל עניינים של עובדות ולאחרות כאל עניינים של חוק – אם כי אני משער שיש לכך קשר הדוק עם השאלה עד כמה חשובה כל סוגיה כזו לחירויות שלנו. אולם תורף דבריי כאן איננו שאנחנו צריכים לשנות את הקטגוריות ולתת למושבעים להכריע בשאלות רבות יותר, אלא פשוט שעלינו להכיר באמת שכבר ציינתי: שכאשר בית משפט לערעורים אומר שבעניינים הנותרים יש להכריע על סמך מכלול הנסיבות, או מתוך איזון בין כל הרכיבים הקשורים, הוא מתחיל לדמות למברר-עובדות יותר מלמגדיר-חוק. הגעה לידי כך היא, במובן מסוים, הודאה מצערת בתבוסה: הכרה בכך שחצינו את הקו שעד אליו יש תחולה ל"חוק" במובנו הקשיח. ולתבוסה שכזו, בשעה שהסוגיה טרם הגיעה למיצויה השיפוטי, יש כאמור השלכות מעשיות מצערות:

<sup>8</sup> ראו *INS v. Chadha*, 462 US 919 (1983).

<sup>9</sup> ראו W. Page Keeton et al, eds, *Prosser and Keeton on the Law of Torts* § 36 at 229–31 (West, 5<sup>th</sup> ed 1984).

<sup>10</sup> שם, עמ' 233.

<sup>11</sup> *Stegald v. Unites States*, 451 US 204, 211 (1981).

<sup>12</sup> *Camara v. Municipal Court*, 387 US 523, 535 (1967).

<sup>13</sup> ראו *Jenkins v. Georgia*, 418 US 153 (1974).

קשה להפגין יחס שוויוני, ובמערכת משפט רב-שכבתית אי אפשר להשיגו; בטלה האפשרות לצפות את הכרעת הדין מראש; שרירותיות שיפוטית נוחה יותר להתקיים; האומץ השיפוטי נפגע.

אני מצטרף אפוא לאריסטו – שותף לא רע לדרך – בהשקפתו כי "מי ששולט, אם הוא אדם אחד או אם רבים, צריך להיות ריבון רק בעניינים אשר החוקים אינם יכולים בשום אופן להכריע בהם באופן מדויק, משום שלא נקל להגדיר חוקים מוחלטים בכל הנושאים".<sup>14</sup> במקרה של החקיקה השיפוטית, הקושי "להגדיר חוקים מוחלטים" מתעורר לא רק בשל טבעה המהותי של הסוגיה הנידונה, אלא גם בשל היקפם הלקוי של החומרים שמותר לשופטים להיוועץ בהם. אפילו כאשר תחום מסוים הולם למדי חוקים ברורים ומוחלטים, אנו השופטים איננו יכולים להמציא אותם מאל"ף עד תי"ו, אלא עלינו למצוא להם בסיס כלשהו בכתובים שהעמידו לנו החוקה והרשות המחוקקת. ועדיין, אפילו בין המעורפלים והכלליים ביותר מקרב החוקים הכתובים הללו, נדירים עד מאוד אלה שאי אפשר לחלץ מהם תוכן עקרוני ומדויק כלשהו – ואכן, חילוף זה הוא תמציתה של אומנות השיפוט. קשה לדמיין הנחיה מעורפלת יותר מהאיסור שמטיל חוק שרמן על חוזים, התחברויות או תככים המגבילים סחר,<sup>15</sup> ובכל זאת לא פירשנו אותו כאילו הוא מחייב בכל מקרה ומקרה לנקוט את גישת "מכלול הנסיבות". החכמה היא למתוח עיקרון כללי עד היכן שידו משגת תוך קידום מהותי של ההנחיה החוקתית או המדויקת. אני אומר "קידום מהותי" מפני שכאמור לעיל שום חוק כללי אינו יכול להלום במאה אחוז את כל המקרים. אפשר בהחלט להעלות על הדעת חלוקות-טריטוריה בין מתחרים שבנסיבות מסוימות אינן פוגעות בתחרות – אבל תופעה זו היא כה נדירה, שתועלתו של חוק האוסר חלוקות-טריטוריה עולה לאין ערוך על הנוק שגורמת הרחבת-יתר קלה של כוונת המחוקק המדויקת. את המבחן להפרת חוק שרמן עצמו ניסחנו פעם, ובצדק, בעזרת השאלה אם סוג ההתנהגות הנידון "נוטה תמיד, או כמעט תמיד, להגביל את התחרות ולהפחית את התפוקה".<sup>16</sup> רדוקציה כזו של צווים מעורפלים שיצאו תחת ידי הקונגרס של ארצות הברית לכדי כללים שאין בהם מענה מושלם לכל מקרה אפשרי איננו הפרה של כוונת המחוקק, מפני שזהו הדבר שבתי משפט עושים זה עידן ועידנים, והקונגרס צופה זאת כאשר הוא מחוקק. אפשר להעלות על הדעת חקיקה שהקונגרס מבהיר בה כי תמיד יש להתחשב במכלול הנסיבות (ראו למשל סעיף 2(b) בחוק זכויות ההצבעה).<sup>17</sup> אבל אם כוונת-מחוקק זו איננה מבוטאת בחוק או משתמעת ממנו בבירור, בתי המשפט מניחים בצדק כי "כאשר מקרה מתאים לקטגוריה מסוימת, שבה המאזן נוטה בדרך כלל לכיוון אחד, אפשר לנקוט הכרעות קטגוריאליות ולהתעלם מנסיבות פרטיות".<sup>18</sup>

כמובן, מידת האפשרות לחלץ חוקים כלליים מצווים חקיקתיים או חוקתיים תלויה במידת הבהירות והקטגוריאליות שאדם מייחס לצווים אלה, דבר התלוי, בתורו, בשיטת פרשנות הטקסט שלו. לדוגמה, לי אולי קל יותר מלשופטים אחרים לפתח חוקים כלליים, מפני שאני נוטה יותר מהם לדבוק בפשט הכתובים. הדבר מסביר את ההבדל ביני לבין רוב עמיתי בפסק הדין "מישיגן נגד צ'סטרננט"<sup>19</sup> שכתבנו לא מכבר, ואשר נגע לשאלה אם נאשם מסוים נחשב כמי ש"נתפס", לעניין התיקון הרביעי לחוקה האוסר בין היתר "תפיסה" (seizure) של אדם בלי "סיבה סבירה". הנאשם ברח מניידת משטרה, שתחילה נסעה אחריו ולבסוף לצדו. בעודו נתון במה שוודאי נראה כמרוץ רגלי עם מכונית משטרה, הוא הפיל חפיסה של סמים בלתי-חוקיים, והמשטרה לקחה אותה. אם מהלך עניינים זה נחשב ל"תפיסה", ואם אין לתפיסה זו סיבה סבירה, חפיסת הסמים היא רצ'יה בלתי קבילה, ויש לזכות את האיש מהאישום בהחזקת סמים. בית המשפט נמנע במפורש מלקבוע אם מרדף בלי עצירה נחשב לתפיסה, או שאינו יכול להיחשב ככזה. במקום זאת, בית המשפט פנה אל מכלול הנסיבות, כדי לקבוע על פיו אם אדם שהיה נתון במצבו של הנאשם ברגע ההוא היה מרגיש שהוא חופשי להתעלם מהמשטרה ולהמשיך בענייניו. יש כאן משום קביעה של חוק מצבי – והוא מדויק הרבה יותר מן השאלה אם בהתחשב במכלול הנסיבות הנאשם "נתפס". אולם אני סברתי שמן האפשר ליצור חוק מדויק אפילו יותר. הצטרפתי לדעתו של השופט קנדי,

<sup>14</sup> ראו הערה 3.

<sup>15</sup> 15 USC § 1.

<sup>16</sup> *Broadcast Music, Inc. v CBS*, 441 US 1, 19–20 (1979). ההדגשה – לצורך מאמר זה.

<sup>17</sup> Voting Rights Act of 1965 § 2(b), 42 USC § 1973(b) (1982) – שם נכתב בין היתר כך: "הפרת סעיף (a) מתקיימת אם נמצא, בהסתמך על מכלול הנסיבות, שהתהליכים הפוליטיים שהובילו למינוי או לבחירות ... לא היו פתוחים באופן שווה להשתתפותם של בני קבוצת אזרחים המוגנת בסעיף (a) ...".

<sup>18</sup> *United States Dept. of Justice v Reporters Committee*, 109 S Ct 1468, 1483 (1989).

<sup>19</sup> 486 US 567, 108 S Ct 1975 (1988).

שאמר שהתנהגות המשטרה אינה יכולה להיחשב "תפיסה" כל עוד, כפי שמילה זו מציינת, לא היה בה אפקט של מניעת תנועה.<sup>20</sup>

כשם שצורה זו של פרשנות טקסטואלית ממריצה ניסוח חוקים כלליים, כך גם, בתחום החוקתי, הדבקות בתיאוריית פרשנות טקסט אוריגינליסטית, פחות או יותר. חומר הגלם לחוק הכללי גלוי וזמין. אם אסם לא נחשב בשנת 1791 או 1868 לחצרו הצמודה של בית, ועל כן התיקון הרביעי לחוקה לא כלל אותו בעת היחקוק, הרי כניסה בלתי חוקית לאסם כיום לא תיחשב לחיפוש או תפיסה המנוגדים לחוקה – אף כי תיחשב להסגת גבול.<sup>21</sup> קשה יותר, כך נראה לי, לגזור חוק כללי קטגוריאלי מסוג זה מן המושגים המתפתחים של סוגיית הפרטיות האישית. בדומה לכך, אפילו אם דוחים את הגישה האוריגינליסטית בפרשנות החוקים, קל יותר להגיע לחוקים קטגוריאליים אם מכירים בכך שתוכנם של מושגים מתפתחים מוגבל בהומרה לשימושים הנוכחיים שלהם בחברה, שימושים המשתקפים בחוקים הנחקקים בימינו.

כמובן, על פי כל תיאוריה של פרשנות טקסט שלא תהיה, אפשר לכוון חוקים כלליים. כדברי ציניקן אחד, עם חמישה מצביעים הכול אפשרי. אבל כאשר אין עוגן טקסטואלי מוצק או נורמה חברתית מבוססת שאפשר לגזור מהם חוק כללי, הכרזתו של חוק זה נתפסת שלא בטובתה כמעשה חקיקה. אלמלא ראיתי את שיפוטי ככפוף למשמעותו המקורית של הטקסט החוקתי, או לפחות לשימוש החברתי העכשווי המשתקף בחקיקה המצויה, אמנם הייתי מרגיש נוח למדי להכריע בכל מקרה לגופו האם בהתחשב במכלול הנסיבות גזר דין מוות לאדם מסוים הוא "אכזרי ובלתי רגיל" – אך הייתי חש מידה של אי-נוחות להכריז על כללים קשיחים (שהלגיטימציה היחידה להם היא חוש הצדק הפרטי שלי) באשר למידת הרלבנטיות של פרמטרים כגון גיל הנאשם, יכולתו השכלית, כוונתו ליטול חיים וכן הלאה.

היות שאני מאמין כי כינון חוקים כלליים בעלי תחולה נרחבת הוא רכיב חיוני בתהליך השיפוט, אני נוטה, אם אין הוראה ברורה של המחוקק, להימנע מהכרה בעילות-תביעה שאינן מתאימות בקלות לגישה מעין זו. בתחום "סעיף הסחר השלילי", למשל,<sup>22</sup> נראה לי כי דבר אקד הוא לנקוט אכיפה שיפוטית יזומה של העיקרון (שמעולם לא הוכרו בידי הקונגרס) שאסור למדינה לפעול בגלוי באופן מפלג נגד סחר בין-מדינתי – שהרי זהו עיקרון כללי ברור בפני עצמו, ואין הבדלים גדולים בין מקרים שונים של החלתו על המציאות – ודבר אקד לגמרי הוא להכיר בעילת-תביעה נגד חוקי-מדינה שאינם מפלים לרעה סחר בין-מדינתי באופן גלוי, אך הם משפיעים על הסחר הזה במידה מופרזת ביחס לאינטרסים המדינתיים שהם מגנים עליהם. תביעות מהסוג האחרון יכולות להידון רק מתוך איזון נטול סטנדרטים, ולכן אני נוטה לחשוב שבסעיף הראשון לחוקה יש משום הזמנה להתערבות משפטית כגון זו.<sup>23</sup>

כאן מתבקשת הערת סוגריים בעניין ביטולה, לאחרונה, של כמעט כל מה שנשאר מסמכותו השיפוטית המחייבת של בית המשפט העליון.<sup>24</sup> רק כאשר הגעתי לבית המשפט העליון הבחנתי לראשונה כי בין תיקי סעיף-הסחר המובאים לפניו – והפופולריים כל כך בספרי הלימוד של בתי הספר למשפטים – שיעורם של הערעורים גבוה בהרבה משיעורן של הבקשות לצווי בירור. הסיבה מובנת. תיקים אלה נוגעים בחקיקה של המדינות לאין ערוך יותר מכפי שהם נוגעים בתקנות מנהליות – והחקיקה הזו כפופה לחוקה הפדרלית, לחסד אישורה ולשבט ערעורה, ועל כן מסורה לסמכויות השיפוט המחייבות הקודמות שלנו. מעניין יהיה לראות אם גם עיסוקנו המשפטי בסעיף הסחר יהיה כה נרחב גם בעתיד, כאשר אפשר יהיה להימנע מתיקים אלה בלי לקבוע שאין מעורבת בהם סוגיה פדרלית מהותית. הניחוש שלי (או שמא זוהי רק תקוותי) הוא שהעיסוק יהיה נרחב הרבה פחות, בייחוד בקטגוריה של התיקים שקראנו בהם לאיזון בין האינטרסים המדינתיים לבין הפגיעה בסחר – אם הטובה הצומחת למדינה מדרישה לסוככי בוץ במשאיות,<sup>25</sup> מהגבלת אורך המשאיות,<sup>26</sup> או מכל מגבלה אחרת, גדולה מהנטל שהן משיתות על הסחר

<sup>20</sup> 108 S Ct at 1981 (Kennedy concurring).

<sup>21</sup> ראו *United States v. Dunn*, 480 US 294 (1987).

<sup>22</sup> "סעיף הסחר" בחוקה האמריקנית מקנה לקונגרס סמכויות לרגולציה של הסחר בין מדינות ארה"ב וסחר החוץ. "סעיף הסחר השלילי" הוא כינוי להשתמעותו השלילית של סעיף זה: שהמדינות אינן מוסמכות להפעיל רגולציה על הסחר ביניהן. הערת המתרגם.

<sup>23</sup> ראו *Tyler Pipe Industries v Wash St Dept of Revenue*, 483 US 232, 254 (1987) (Scalia concurring and dissenting in part).

<sup>24</sup> השוו *28 USC § 1257* (1982), המקנה לבית המשפט העליון יכולת לבקר, באמצעות דיון בערעורים, פסקי דין סופיים של בתי משפט עליונים מדינתיים, וביניהם כאלה העוסקים בתקפותם של חוקים של המדינות, עם *28 USC § 1257* (1989) – המבטל ביקורת זו והמקנה לבית המשפט העליון את האפשרות לבקר באמצעות צו בירור.

<sup>25</sup> ראו *Bibb v Navajo Freight Lines*, 359 US 520 (1959).

הבין-מדינתית. כי כאשר האיזון הוא צורת הניתוח של החוק, אי אפשר לגזור מהדעה הזו הרבה הדרכות כלליות – ממש כמו שאי אפשר לשאוב הרבה הדרכות כלליות מדעת שופטים הפוסלת הכרעת-דין מסוימת של חבר מושבעים מפני שבמקרה המסוים הזה הראיות לרשלנות לא היו מספיקות. כמובן, כל דעה יכולה להסדיר את החוק של מדינה שלמה – אבל כל עוד לא נוצרת התנגשות בין בית משפט מדינתי ובית משפט פדרלי, וכל עוד חוק המדינה הזה נראה לכל הפחות סביר, נראה לי שלא יהיו לנו פיתויים רבים להתערב.

אולי אני טועה בתחזית הזו. אנחנו בהחלט לוקחים, בצווי-בירור, כמה תיקים הנוגעים לתיקון הרביעי, שהשאלה בהם איננה נראית לי בעלת עניין כללי יותר מהשאלה אם במצב עובדתי זה וזה, מדגם 3,445, החיפוש והתפיסה היו סבירים. משגורנו מן החוק כל מה שאפשר לגזור ממנו, משנוכחנו שאין שום עיקרון כללי המגדיר את החיפוש המסוים הזה כחוקי או בלתי-חוקי, משלא נשאר דבר לעשות אלא לקבוע על סמך מכלול הנסיבות אם החיפוש והתפיסה הללו היו "סבירים" – נטייתי היא למסור את ההחלטה בתיק, שהיא עובדתית במהותה, לערכאות נמוכות יותר. ראוי אולי כי ניקח לנו מפעם לפעם איזה תיק, כדי לקבוע את שוליה של רבגוניות הדעות הנסבלת. אבל מעבר לכך, כשם שאנו מוכנים לסבול דרגה נכבדה של רבגוניות בגישותיהם של מושבעים להגדרת התנהגות כרשלנית, נראה לי שאנו יכולים לסבול גם מידה נכבדה של רבגוניות בגישותיהם של בתי-משפט להגדרת תפיסה כסבירה.

לכל יישמו אבחנותיי במסה זו נגדי בעתיד באורח בלתי הוגן, הרשו לי להצביע על מה שלא אמרתי. לא אמרתי שאפשר להימנע לגמרי מקביעות משפטיות שאינן משקפות חוק כללי. תמיד יהיו לנו מבחני מכלול-הנסיבות וצורות מאזנות של פרשנות – ובעוונותיי קרוב לוודאי שאכתוב כמה הכרעות דין המשתמשות בהם. כל שאני מבקש הוא שנימנע מצורות פרשנות אלו היכן שאפשר; שנרחיב את שלטון החוק, הלא הוא שלטון החוקים והכללים, ככל שטבען של הסוגיות מניח לנו; ושלמען ביסוסה של גישה נכונה לעניין, נזכור אנו, השופטים היושבים בערעורים, שכאשר אנו מגיעים לבסוף לשלב שלא נותר לנו אלא לפנות אל מכלול הנסיבות, אנו פועלים יותר כבודקי-עובדות מאשר כמבהירי-החוק. לא התייחסתי, ואפילו לא ניסיתי להתייחס, לשאלה הקשה מכולן: מתי אפשר להימנע מצורה כזו של פרשנות ומתי לא? באיזו מידה ערכי שלטון החוק שתיארתי, שלטון החוקים, מצדיקים את האי-דיוק שהוא יוצר בעל כורחו? באיזו נקודה **חייבים** להניח לחוקים הכלליים הללו ולהשאיר את יתר המלאכה לעובדות?

הקושי לענות על שאלות אלו מומחש היטב בדעותיהם המנוגדות של שניים מגדולי שופטינו, ובהן אסיים. מקורן בימים שבהם היה לבית המשפט די זמן לקחת לעצמו תיקים אזרחיים בין-מדינתיים. התיק "חברת הרפפות בולטימור ואוהיו נגד גודמן",<sup>27</sup> הוא ערעור על תביעת נזיקין אזרחית על הריגתו של נהג שרכבת התנגשה במשאיתו. המושבעים פסקו (כמובן) נגד חברת הרכבות, והחברה ניסתה להפוך את גזר הדין על סמך טענה לרשלנות תורמת מצד נהג המשאית – טענה שנועדה להתברר על פי פרשנות החוק, לא על פי העובדות. החברה זכתה בערעור. השופט הולמס כתב כדלקמן:

כשאדם חוצה מסילת ברזל הוא יודע שהוא נמצא במקום שהוא עלול להיהרג בו אם הרכבת תגיע בעודו על הפסים. הוא יודע שזכות הקדימה היא של הרכבת, והוא זה אשר צריך לעצור בשבילה. בנסיבות אלו, נראה לנו שאם נהג איננו יכול לדעת אל-נכון אם רכבת מתקרבת במידה מסוכנת, הוא חייו לעצור ולהסתכל, ולפעמים, אם הדבר דרוש, גם לצאת לשם כך מהרכב. נראה לנו שאם הנהג סומך על כך שלא שמע את הרכבת, או איתות כלשהו על בואה, ואינו נוקט אמצעי זהירות נוספים, הוא נוטל סיכון אישי. אם ברגע האחרון מצא גודמן את עצמו במצב חירום, אשמתו היא שהוא לא האט או עצר קודם לכן. נכון ... ששאלת הזהירות הנאותה מושארת בדרך כלל לחבר המושבעים. אבל אנו עוסקים באמת-מידה של התנהגות, וכאשר אמת-המידה ברורה ראוי שבית המשפט יציג אותה אחת ולתמיד.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> ראו *Kassel v Consolidated Freightways Corp.*, 450 US 662 (1981).  
<sup>27</sup> *Baltimore & Ohio RR Co v Goodman*, 275 US 66 (1927).  
<sup>28</sup> שם, 69–70.

כעבור שבע שנים, לאחר פרישתו של הולמס, הובא לפני בית המשפט תיק נזיקין בין-מדינתי אחר, פוקוֹרָה נגד חברת הרכבת ווֹבַש,<sup>29</sup> גם הוא בעניין רכבת שהתנגשה במשאית. הפעם, השופט קרדוֹזו כתב כך:

בתי המשפט מכריזים לעתים על אמות-מידה להתנהגות זהירה, אך על אמות-מידה אלו גוברות עובדות החיים. לצאת מרכב ולתצפת הוא צעד זהירות בלתי-שכיח, כפי שמלמד אותנו ניסיון היומיום. לצד נדירותה, התנהגות זו גם נוטה מאוד להיות מיותרת ולפעמים אפילו מסוכנת. אם הנהג עוזב את רכבו כשהוא מתקרב למכשול או לעקומה חדה, יציאתו מן הרכב לא תלמד אותו דבר על הסכנות האורבות לו מן העבר השני. בזמן שיידרש לו לחזור אל מושב הנהג ולהתחיל לנסוע, הרכבת המוסתרת עלולה כבר להיות מעליו. ...

המחשות כגון זו מעידות על הצורך להיזהר בניסוח אמות-מידה של התנהגות העולות לכדי חוקים כלליים. צורך זה גובר עוד כאשר אמות-המידה נקבעות שלא על רקע של ניסיון מציאותי. אמות-מידה שכאלו אינן המשך אורגני של התנהגות בצורותיה המורגלות, אלא חוקים שפותחו באורח מלאכותי ונכפו מבחוץ. מצבים יוצאי דופן, אין זה נבון ואין זה הוגן שיהיו כפופים למבחנים ולתקנות ההולמים מקומות שכיחים ומצבים נורמליים. בהיעדר מדריך להתנהגות מקובלת, השאלה מהי התנהגות נאותה של נוסע הנלכד במצב שההגנות הרגילות כושלות בו צריכה להיות מסורה לשיפוטם של מושבעים. הדעה [של השופט הולמס] בתיק גודמן היא מקור לבלבול בבתי משפט פדרליים, כדי כך שהיא כופה על השופט אמת-מידה, והתמיכה בה בבתי המשפט המדינתיים מעורערת. בהתאם לכך, אנו מגבילים את תקפותה של דעה זו.<sup>30</sup>

---

*Pokora v Wabash Railway Co.*, 292 US 98 (1934).<sup>29</sup>  
<sup>30</sup> שם, 104–106 (בהשמטת ציטוטים).