

# ייעודו של שופט

## השופט אנטונין סקאליה

בחודש מאי 2007, השופט סקאליה היה לראשון מבין שופטי בית המשפט העליון של ארה"ב שביקר בפרו. במסגרת חגיגות העשור לפקולטה למשפטים באוניברסיטה הפרואנית למדעים יישומיים, הוא סקר את התכונות המאפיינות שופט טוב.

בזמן הפנוי שלו בפרו, סקאליה נהנה משתיית פיסקו סאוור, מנגינה על מאראקס ומביקור במאצ'ו פיצ'ו. הנאתו מהביקור הייתה כה גדולה, שהוא חזר לבקר בה שוב כעבור שש שנים.

ערב טוב. ביקשתם ממני לומר כמה מילים על "ייעודו של השופט". זהו נושא מעניין, ונושא שבעיקרו לא זכה להתייחסות רבה מצד חוקי המדינה שלי. קיימים חוקים, הן במדינות והן ברמה הפדרלית, לעניין אתיקה שיפוטית – מתי על שופט לפסול עצמו מטיפול בתיק, מאלו הופעות ציבוריות הוא חייב להימנע, אלו מתנות הוא רשאי לקבל, מהי המעורבות המותרת בעניינים פוליטיים. אלא שכל אלו הם עניינים שבשלילה, והם אינם אומרים דבר על מה שעושה שופט לשופט טוב. בנושא זה, למעשה, לא נקבעו כל קריטריונים.

למעשה, חוקת ארצות הברית אף אינה מחייבת ששופטי בית המשפט העליון (או כל שופט פדרלי אחר) יהיו עורכי-דין. יתרה מזו, במערכת בתי המשפט הפדרלית, אליה אני שייך, ובכל חמישים המדינות עד כמה שידוע לי, אדם נעשה שופט מבלי לעבור איזשהו סוג של הדרכה פורמלית או חניכות. אין בית-ספר לשופטים, שבו על השופט שבדרך לזכות בתעודה אשר מאמתת שהמחזיק בה הוא אכן בעל תכונות התומכות באמנות (או במדע, אם אכן מדובר במדע) השיפוט הטוב. במקום זאת, כמו שגורסת האימרה הישנה, שופט הוא עורך-דין שמכיר את המושל.

מה שמזכיר לי את הסיפור שמספרים על עורך-דין שביקר באחוזתו של המושל בשעות הקטנות של הלילה. "אני צריך לשוחח עם המושל", התחנן עורך-הדין, "מדובר במקרה חירום!" עוזרו של המושל נעתר לבסוף והעיר את המושל, שירד כשהוא לבוש בחלוקה. "מה עד כדי כך חשוב, שאי אפשר לחכות לבוקר?" המושל רטן. "זה השופט ג'ונס", קרא עורך-הדין המתנשף. "הוא מת ואני רוצה להחליף אותו". השיב המושל: "טוב, מבחינתי זה בסדר אם מבחינת הקברן זה בסדר".

אני רוצה לנצל את הזמן ולדבר על שני נושאים הקשורים זה לזה. תחילה, התכונות שלדעתי דרושות לשופט טוב, ולאחר מכן, עיוות התפיסה הציבורית של השופט "הטוב" בארה"ב. אתחיל בתכונותיו של שופט טוב. אני רוצה להקדים ולסייג כי מדובר בתכונות אליהן אני שואף, ולא דווקא אלו שאני טוען להשגתן. מהן התכונות של שופט טוב? נשיא בית המשפט העליון טאפט, אשר כיהן בבית המשפט שלי לפני שנים רבות ואשר לפני מינוי זה כיהן כנשיא ארה"ב, אמר את המילים הבאות: "אני אוהב שופטים ואני אוהב בתי משפט. אלה הם האידיאלים שלי, אשר מייצגים עלי אדמות את מה שנפגוש בעולם הבא, תחת אלוהים שהוא צודק והגון". אינני בטוח שאיכויות שיפוטיות הן עד כדי כך שמימיות – ואני בטוח שהמחשבה של לבלות את הנצח עם שופטים ובתי משפט היא הרבה פחות אטרקטיבית משבעים ושתיים הבתולות שהובטחו למוסלמי שומר המצוות. עם כל הכבוד לטאפט ובשים לב למגבלות הגשמיות, הייתי מציע שלוש תכונות, שיש להניח שהן קיימות אצל שופט טוב.

ראשית, על שופט בראש ובראשונה להיות משרת החוק – ולא לאכוף את נטיותיו והעדפותיו האישיות – ביחס לסוגיות המועלות בפניו. השופט הטוב נדרש להתעלם מדעותיו האישיות ולהחליט בכל מקרה ומקרה כפי שהחוק מכתוב, ולא כפי שהוא היה פותר את העניין לו כתב את החוק או את ההוראה החוקתית המדוברת. אתן דוגמה ברורה לכך, והיא עונש מוות.

עונש המוות בארה"ב הוא נושא שנוי מאד במחלוקת. הוא קיים בחלק מהמדינות, ואינו קיים במדינות אחרות. על פי חישוב שנעשה לאחרונה, ב-12 מדינות אין עונש מוות כלל. ביתר המדינות הוא קיים בצורה זו או אחרת, הן מטילות אותו בגין פשעים שונים למדי, ובחרות להוציא אותו לפועל בדרגות שונות של קביעות. הטענות בשני צידי הדיון בנושא עונש המוות הם טיעונים מובנים. לדעת התומכים עונש המוות מגביר את ההרתעה, או שהם גורסים שהצדק מחייב כי יענש מי שגרם עוול כה חמור לחפים מפשע. המתנגדים לעונש המוות סבורים שהוא אינו ממלא כל תפקיד הרתעתי של ממש, ושהרעיון לכשעצמו של הוצאה להורג ביוזמת הממשלה הוא בלתי אנושי. תהיה דעתכם על טיעונים אלה כפי שתהיה. אבל אם אתה שופט בארה"ב אשר נדרש להחליטה, האם עונש מוות נוגד את החוקה, הרי שאין זה מתפקידך להביא את הדיון לכדי הכרעה. החוקה מאפשרת לשלול מהאדם לא רק את חירותו או רכושו, אלא גם את חייו, ובלבד שאותה שלילה נעשית בהליך חוקי תקין.

לפני כמה שנים, שופט בבית המשפט שלי הצהיר שעונש המוות בארה"ב הוא מנוגד לחוקה, כשהוא מפרט את השקפותיו האישיות והמוסריות בנושא, וכותב (באופן שזכה לפרסום), "כי מהיום הזה ואילך, לא אתעסק עוד עם מנגנון המוות". לדעתי, הוא ממש טעה. בעוד שהמילים שזה עתה ציטטתי מתוך חוות דעתו הן פיוטיות למדי, הרי שהן אינן משקפות את תפיסתי האידיאלית של שופט, אשר שם בצד את העדפותיו האישיות לטובת החוק. אם יש לו התנגדות מוסרית למה שהוא מחויב לעשות על פי החוק, הרי שהדרך הנכונה העומדת בפניו היא לפרוש מתפקידו כשופט, ואולי להנהיג מהפכה.

אם כן, קיום החוק, למרות התנגדות אישית – זוהי התכונה הראשונה. אלא שלפני שאתקדם לתכונה השנייה, אני רוצה להוסיף הערת שוליים חשובה מאד לדיון הקודם. בדוגמא שזה עתה נתתי, עונש המוות, ניתן לומר על השופט אשר רואה את עונש המוות כמנוגד לחוקה, שהוא מסייע למקופחים, לפושע העני אשר נדון למוות. אלא שבדרך כלל, זו לא הייתה התוצאה אם שופטים היו מעדיפים את דעותיהם האישיות על פני החוק. עיינו בחוקת ארה"ב. הזכויות הפרטניות שהיא מעניקה הן בעלות החשיבות הרבה ביותר עבור אלה שבמיעוט: אלה אשר מבקשים להביע דעות שנויות במחלוקת (התיקון הראשון: "הקונגרס לא יחוקק שום חוק... אשר יגביל את חירות הביטוי"); אלה אשר מבקשים להשתייך לאמונה דתית שאיננה אהודה (שוב, התיקון הראשון: "הקונגרס לא יחוקק שום חוק... האוסר על הקיום החופשי" של אף דת); נאשמים בפלילים, להם מוענקות מגוון הגנות כדוגמת הזכות למשפט בפני חבר מושבעים והזכות להתעמת עם עדים שאינם אוהדים, שתיהן בתיקון השישי. אם נניח (ולבטח בצדק) שהעדפותיו האישיות של השופט בדרך כלל יהיו אלה של הרוב (אחרי הכל, הוא נבחר על ידי הרוב, או התמנה על ידי פקידים אשר מונו כך), הרי שאם לא ימלא אחר החוק, ברוב המקרים יהיה זה לרעת המיעוטים והמקופחים.

עד כה, הדיון שהצגתי התמקד ב"חוק". מה שלא יהיה "החוק", על השופטים לקיים אותו, ועליהם לקיים אותו על חשבון דעותיהם האישיות. אבל מהו "החוק"? איך השופט יבין, מה "החוק" מחייב? הדוגמא שהבאתי, של עונש המוות, היא דוגמא קלה, משום שהוא מותר באופן ברור על ידי החוקה. אבל מה עם המקרים הקשים יותר? איך שופט יוכל להיות בטוח שהוא באמת נותן פסק דין אשר מבוסס על עקרונות אובייקטיביים וחסרי פניות, ולא פסק דין שהוא תוצר של העדפה אישית סמויה ובלתי מודעת?

זוהי מביא אותי לתכונה השנייה הרצויה לי אצל שופט, תכונה אליה אתייחס כ"למדנות". כוונתי היא שבהכרעת תיקים בהתאם לחוק, על השופט להיות מובל לתשובתו באמצעות מסגרת לקבלת החלטות ניטרליות ואובייקטיביות, שמוגדרת על ידי מסורות המערכת המשפטית שבתוכה הוא פועל. השופט הטוב יבטיח בקפדנות ששיטות הפרשנות בהן הוא עושה שימוש הן השיטות המסורתיות, ולא אלה אשר מכוונות אותו לתוצאה המועדפת עליו. הוא ישאל את עצמו, האם התוצאה אליה הוא מגיע אינה תלויה בנטייתו האישיות, ואינה מונעת על ידיהן. על התהליך להיות תהליך למדני ומוקפד, עם מתן תשומת לב, זהירה לרשויות המשפטיות הרלוונטיות. וכמובן, גם על השאלה אלו רשויות משפטיות הן רלוונטיות

יש לענות מבלי לנסות ולהשפיע על התוצאה. לסיכום, השופט הטוב מיישם בעקביות תיאוריות פרשניות בעלות תחולה כללית, אשר מגנות עליו מפני שימוש לרעה בסמכות השיפוטית, בין אם בכוונה ובין אם שלא בכוונה.

התכונה השלישית הרצויה לדעתי אצל שופט היא התנהגות נאותה, אשר משקפת לצדדים ולציבור הגינות וחוסר פניות. אין זה אומר שאסור שלשופט יהיו דעות איתנות, והוא אף אינו נדרש להסתיר אותן. אבל זה כן אומר שכאשר בעל דין מתייצב בבית המשפט, הוא יידע שהוא משתתף במשחק הוגן, ושטיעונו המשפטיים יישקלו בזהירות. שופט שהוא בעל התכונה השנייה שלי – למדנות – לא ישרת נאמנה את המקצוע שלו אם הוא אינו יכול לשדר את הגישה הלמדנית שלו לאלה אשר מקבלים את הכרעותיו. אין זה אומר שעל השופט לשכנע את הציבור, שיאהב אותו. ההיפך הוא הנכון: השופט הישר אשר מיישם הגנות חוקתיות המגנות על המיעוט בפני הרוב יהיה צפוי ליחס של אי-אהדה מצד הרוב. במקום זאת, על השופט להתנהל, ולנהל את בית המשפט שלו, באופן אשר משרה ביטחון ציבורי בתהליך שבאמצעותו התקבלה ההחלטה.

אלה הן אם כן שלוש התכונות האידיאליות לשופט, לטעמי – קיום החוק, למדנות, והתנהגות שיוויונית. אבל האם זוהי התפיסה הציבורית של שופט טוב בארה"ב? התשובה היא: לא ממש. התפיסה הציבורית של שופט טוב, הן מחוץ לקהילה המשפטית האמריקנית, אך חשוב מכך – בתוכה, היא של השופט כנציג מוסרי, המסביר והבוחר הכל יכול בדין הטוב ביותר. קיום "החוק" – כשמשמעות "החוק" היא תוצר של דרכי חשיבה משפטית מסורתית – הוזנח לטובת קיום "החוק" כפי שקבוצה אליטיסטית של עורכי-דין ושופטים החולקים דעות דומות היו רוצים לראות אותו. האם זה רעיון טוב להטיל עונש בגין מעשה סדום הומוסקסואלי בהסכמה בין שני מבוגרים? אפשר שרוב עורכי-הדין האמריקנים יחשבו שלא, ועל כן שופט שמוצא זכות חוקתית לקיום יחסי מין בין בני אותו מין הוא שופט מאד, מאד מצפוני. ושופט אשר יסרב להכיר בזכות כזו – גם אם היא אינה מופיעה בשום מקום בחוקה, וגם אם מעשה סדום זכה לעונש פלילי במשך מאות שנים – הוא שופט מאד, מאד רע, שהוא לגמרי מנותק מ"החוק". אותם הדברים אמורים לגבי הפלות, עונש מוות והזכות למות. אותם הדברים אמורים כשהרשות המחוקקת העבירה חוק ברור שאינו משתמע לשתי פנים, אלא שהחוק מביא לתוצאות שאינן הוגנות או שהן אבסורדיות.

זוהי תפיסה מאד בלתי רגילה של השופט. מה מקורה? כמו מגמות מצערות כה רבות, מקורה בבתי הספר למשפטים בארה"ב. השנה הראשונה בבית ספר למשפטים באמריקה היא חוויה משנה חיים. הכל כל כך מרגש, באמת. אחרי שהתנוונו בלימודי מדעי הרוח, סטודנטים למשפטים באמריקה זוכים לעשות משהו ממשי כביכול. אבל למרות שבתי המשפט בארה"ב משקיעים את רוב זמנם בפרשנות של החוק הסטטוטורי – חוק שנחקק באופן פורמלי על ידי רשות מחוקקת, ואשר נכתב ונערך בתוך קובץ חוקים – בתי הספר למשפטים בארה"ב מתייחסים לכך כאל מחשבה שנייה ותו לא. במקום זאת, הם מקדישים את רוב שנת הלימודים הראשונה לאותו מכלול משפטי עצום הידוע כמשפט המקובל, אשר המדינה שלי ירשה מאנגליה. נושאי המשפט המקובל כוללים בעיקר חוזים, נזיקין ודיני מקרקעין. אלה הם הלחם והחמאה של סטודנט שנה א' למשפטים.

אלא שמהות המשפט המקובל, והעובדה שסטודנטים למשפטים באמריקה הופכים למומחים בו, אומרות הרבה ביחס לתפיסה הרווחת של השופט הטוב. משום שאם המשפט המקובל היה פעם אך ורק ההתגלמות של פרקטיקות מקומיות מקובלות – הגות תורת המשפט, נניח, ביחס לכללים הרווחים אשר הסדירו עסקאות מסחריות מקומיות – הרי שהוא כבר איננו כזה. המשפט המקובל הוא משפט מעשה ידי שופטים, אשר עוצב ולוטש לאורך זמן על ידי שופטים בכדי שיתאים לצרכיה של חברה משתנה ומתפתחת. אין זה אומר, שהוא איננו לגיטימי. המשפט המקובל הוא מסורת משפטית מכובדת, ותחומי שיפוט שונים רשאים, כמובן, להחליט לשמר אותו. אבל זה כן אומר שכאשר סטודנטים למשפטים באמריקה

נחשפים למשפט המקובל, הרי שהרעיון של שופט אשר מעצב את הכלל הטוב ביותר נחרט במוחם לצמיתות כדוגמא מובהקת לאופן שבו שופטים צריכים לפעול.

אתן לכם דוגמא קלאסית של מקרה אותו מלמדים בבתי ספר למשפטים בארה"ב, ואולי אפילו כאן בפרו. השנה הייתה שנת 1928, והתיק היה פלסגרף נגד חברת מסילות הברזל של לונג איילנד. רבים מהתיקים האמריקנים הגדולים היו קשורים בחברות רכבות. מסתבר שהמהנדסים שלנו לא ממש הבינו איך להפוך את המכונות הללו לבטוחות, משום שמוות או פציעה כתוצאה מפגיעה שנגרמה על ידי רכבת היו עניין שבשגרה, וראייה לכך ניתן למצוא בתיקים המרובים בהם חברות רכבות היו הנתבעות. עניין פלסגרף עסק במקרה שלא ממש נגרם באשמת חברת הרכבות. או אולי כן? זו הייתה, למעשה, השאלה.

העובדות הן יוצאות דופן. הלן פלסגרף, התובעת, עמדה על רציף בתחנת רכבת בניו-יורק והמתינה לרכבת שלה. כעבור זמן קצר רכבת נעצרה בתחנה, אלא שפניה היו מועדות ליעד אחר משלה. שני גברים רצו כדי לעלות על הרכבת, אשר כבר החלה בנסיעתה ביציאה מהתחנה. אחד משני הגברים הצליח לעלות בביטחה על הרכבת הנוסעת. השני, שנשא בידיו חבילה, קפץ לתוך קרון אך נראה שהוא מאבד את יציבותו, אולי בדרך ליפול. שומר בתוך הרכבת הנוסעת הושיט לו יד, בעוד ששומר נוסף על הרציף נתן לו דחיפה קלה מאחור. ההנחה הייתה שפעולותיהם של השומרים נעשו ברשלנות, שהשומרים היו צריכים לפעול ביתר זהירות בהינתן המצב. וכאן הסיפור נעשה מעניין מאד. זכרו שהאיש השני נשא בידיו חבילה. בזמן שהעלו אותו לרכבת, החבילה נשמטה מידי ונחתה על המסילה. החבילה הייתה באורך של כ-30 ס"מ והייתה עטופה בנייר עיתון. לא היה כל סימן לתכולתה, למרות שהחבילה למעשה הכילה... זיקוקי דינו! וכאשר החבילה נחתה על המסילה התוצאה הייתה פיצוץ פירוטכני גדול למדי, שגרם לנפילתה של מערכת שקילה שעמדה במרחק מה בקצה המרוחק של הרציף, אשר נחתה על גב' פלסגרף המסכנה, שנפצעה.

היא הגישה תביעה נגד חברת הרכבות, כשהיא טוענת שהשומרים מטעם חברת הרכבות עזרו לאיש לעלות על הרכבת באופן רשלני, ועל ידי כך גרמו לנפילת החבילה, מה שהביא לפיצוץ, שבתורו גרם לנפילת מערכת השקילה, אשר גרמה לפציעתה של התובעת. אבל האם באמת ניתן היה לראות בחברת הרכבות אחראית לפגיעה שנראתה כה מרוחקת מרשלנות מצד עובדיה? לא היה ספק שרשלנותו של הכרטיסן הייתה הגורם לפגיעה בבחינת "אלולא" במובן שללא אותה רשלנות, התובעת לא הייתה נפגעת. במקום זאת, השאלה הייתה שאלה של סיבה קרובה – קונספט חמקמק בוודאי, אך במהותו, משמעו קשר סיבתי, אותם גורמים לפגיעה שהחוק מכיר בהם כישירים דיים כדי להצדיק הטלת אחריות על הנתבע.

אותה שאלה בעניין פלסגרף הביאה לדיון קלאסי בין השופט קרדוזו שייצג את הרוב, לבין השופט אנדרוז, שחלק עליו. השופט קרדוזו טען שאין לראות בחברת הרכבות אחראית: "התנהגותו של השומר, אם היא עוולה ביחס שבינה לבין המחזיק בחבילה, לא הייתה עוולה ביחס שבינה לבין התובעת, שעמדה במרחק רב. ביחס אליה, לא הייתה כאן רשלנות כלל. שום דבר במצב לא התריע על כך שהחבילה בנפילתה היה בה פוטנציאל להוות סכנה לאנשים במרחק שכזה". השופט אנדרוז טען שחברת הרכבות הייתה אחראית לפגיעה: "כאשר פגיעות אכן נובעות מהמעשה הבלתי חוקי שלנו, הרי שאנחנו אחראים לתוצאות. אין זה משנה אם הן חריגות, בלתי צפויות, לא נצפו מראש ובלתי ניתנות לצפייה מראש... הכוונה שלנו במילה 'קרובה' היא שמטעמי נוחות, מטעמי מדיניות ציבורית, מטעמי חוש צדק כללי, החוק מסרב באופן שרירותי לעקוב אחרי סדרה של אירועים מעבר לנקודה מסוימת. לא מדובר בהגיון. מדובר בפוליטיקה פרקטית". במקרה זה, לדעתו של השופט אנדרוז, רשלנותם של שומרי הרכבת "הייתה גורם מהותי ביצירת התוצאה – היה כאן רצף טבעי ורצוף – קשר ישיר".

אתם לא רואים כמה כל זה מהנה? כולכם מרותקים! מהי התשובה הנכונה? לסטודנטים למשפטים ברחבי אמריקה אין שאלה טובה יותר לחשוב עליה! אולי השופט קרדוזו צדק – האחריות חייבת להסתיים באיזשהו מקום. אם חברת הרכבות היא אחראית כאן, היא תהיה אחראית לכל פגיעה מכל סוג הנגרמת באתריה, וגם מעבר לאתריה. ומי בסופו של דבר משלם את המחיר? הנוסעים, כמובן, בצורה של מחירי נסיעה גבוהים יותר. אבל חכו. אולי השופט אנדרוז צדק. לבטח היה כאן איזשהו קשר בין רשלנותה של חברת הרכבות לבין הפגיעה שנגרמה לגב' פלסגרף. אם התובעת אינה רשאית לתבוע פיצוי, חברת הרכבות תשתחרר מבלי לשלם אגורה. נראה שהכל הסכימו שעובדי הרכבת פעלו באופן רשלני בסיועם לאיש לעלות על הרכבת הנוסעת. איזה תמריץ יהיה לחברת הרכבות לשנות את אופן התנהלותה אם לא תבוא כאן על עונשה?

וכן הלאה. אתם מבינים את הרעיון. כפי שהשופט אנדרוז ציין בהתנגדותו בעניין פלסגרף: "למען האמת, יש אך מעט כדי להנחות אותנו, מלבד השכל הישר". וכך מלמדים עורכי-דין אמריקנים צעירים לחשוב ולהסיק מסקנות, על ידי השתתפות בדיונים הגדולים שבמשפט המקובל. השאלה בכל תיק ותיק הופכת להיות, איזה כלל הוא הטוב ביותר. ושופטים נמדדים בעיני הציבור על סמך השאלה, האם הם בוחרים בכלל הטוב ביותר. מטבע הדברים, השופט שלדעתכם הוא הטוב ביותר והכלל שלדעתכם הוא הטוב ביותר תלויים במידה רבה באינטואיציות האישיות שלכם באשר למנהגו של עולם, או לפחות, באשר למה צריך להיות מנהגו של עולם.

כל זה טוב ויפה לגבי המשפט המקובל, משום שהשיטה המשפטית בכללותה היא, כפי שהודינו, מעשה ידי שופטים. אך זו בהחלט איננה השיטה המשפטית עמה מרבית השופטים בארה"ב נדרשים להתמודד, בייחוד אותם שופטים אשר מכהנים בבית המשפט שלי. במקום זאת, אנחנו עוסקים בעיקר בחוקים שנחקקים על ידי הקונגרס, ולעיתים רחוקות הרבה יותר, בשאלות הקשורות לפרשנות החוקה שלנו, שהיא כמובן כתובה ואיננה תוצר מעשה ידי שופטים. אלא שבארה"ב, דימויו של השופט כמחוקק – השופט כפי שהוא מוצג לראשונה לסטודנטים למשפטים – ממשיך להתקיים מחוץ למשפט המקובל, וכיום הוא נחשב בתור התפקיד הראוי לשופטים אשר מכריעים בשאלות בכל תיק ותיק, כולל שאלות של משפט סטוטורי וחוקתי.

כפי שאני מקווה שהדיון שהצגתי הבהיר, קיים מתח ניכר בין האמור לבין הדעה שלי באשר לייעודו הראוי של השופט. משום שלהכריע בכל תיק ותיק על ידי מתן "התשובה הטובה ביותר" משמע, לצמצם את החוק כדי שיתאים למה שהשופט האקראי חושב להגיוני ביותר. השופט קרדוזו לא חשב שחברת הרכבות צריכה לשאת באחריות. השופט אנדרוז חשב שכן. קשה לומר מי צודק מבלי להזדקק לרעיונות שהם די חיצוניים לחוק, כפי שאני מבין אותו. וכשהחוק זהה לתשובה הטובה ביותר בעיני השופט, מהי המשמעות של לקיים את החוק מעבר להעדפותיו האישיות של השופט ותוך החרגתן? שניהם פשוט מתמוטטים. השופט כמשרת החוק מוחלף בשופט כמשרת של עצמו, נבואה אשר מגשימה את עצמה. יתרה מזאת, כל התהליך הקפדני של חשיבה והסקת מסקנות משפטית, אשר לדעתי מסמל את השופט הטוב, מצטמצם לכדי שיקולים, שקשה באופן מטריד להפרידם מהאישי או המוסרי. הממשל שלנו הוא ממשל של חוקים, ולא של בני אדם. רעיון "השופט לכל אירוע" על פי המשפט המקובל אינו עולה בקנה אחד עם העיקרון הזה.

ההשלכות של התופעה הזו בארה"ב לא היו טובות, לא לשיפוט ולא לדמוקרטיה. לעניין השיפוט: כדי ששופט יאושר לכהן בבית משפט פדרלי בארה"ב, עליו להיות מוצע כמועמד על ידי הנשיא ולקבל את אישור הסנאט. בעבר, היה זה הליך שגרתי למדי בעיקרו. אלא שהוא הפך להיות שדה קרב מרכזי למפלגות הפוליטיות ולקבוצות אינטרס, וסוגיה מרכזית בכל מסע בחירות לנשיאות. כאשר אדם מוצע כמועמד לכהונת שופט פדרלי, מעטים האמריקנים אשר אכפת להם אם המועמד ייגש לכל תיק בחשיבה עצמאית ועם תהליך קבלת החלטות מנומק. במקום זאת, לאמריקנים אכפת מהתוצאות. לדוגמא, האם המועמד יתמוך בזכות

להפלה לפי דרישה? מגמה זו היא מגמה מצערת, אבל היא מובנת לחלוטין. ברגע שייעודו של שופט נתפס כיייעודו של שופט על פי המשפט המקובל, מדוע שלא יהיה אכפת לאמריקנים מהי דעתו של השופט על הסוגיות המוסריות של השעה? התוצאה היא הליך מינויים שמייצר פוליטיזציה של הרשות השופטת.

תפיסת השופט כמחוקק לא היטיבה גם עם הדמוקרטיה. כאשר ייעודו של שופט מצטמצם לכדי בחירת הכלל הטוב ביותר, הרי שמונחת עוצמה יוצאת דופן בידיהם של מעטים, שבקושי נדרשים לתת את הדין על החלטותיהם. במדינה שלי, רוב השופטים מקבלים קביעות לכל החיים, וכמעט בלתי אפשרי להביא להדחתו של שופט. במקור, המטרה הייתה להקנות לשופטים מידה של הגנה בפני הכעס הציבורי אשר לעיתים קרובות מתלווה להחלטות שאינן אהודות. אך כשייעודו של שופט קרוב יותר לזה של מחוקק, הגנה מסוג זה היא ממש לא מתאימה. יתרה מזו, אין סיבה לחשוד שהשופטים בבית המשפט שלי, למשל, מייצגים בצורה מהימנה את דעותיהם של רוב האמריקנים. כולנו חיים בווינגטון די.סי. – אנחנו לגמרי מנותקים מאמריקה! וכולנו עורכי-דין. ממתי רוב האמריקנים יחשבו שיש להפקיד בידי קבוצה של תשעה עורכי-דין בוגרי בתי ספר אליטיסטים למשפטים את ההחלטה, מהם "הכללים הטובים ביותר" שלפיהם יחיו כל בני עמנו?

ייעודו של שופט הוא ייעוד מכובד שיש להתגאות בו, אך בארה"ב, הוא עובר שינוי רציני. ייתכן שאנחנו מוסמכים להחליט, האם על חברות רכבות לשאת באחריות להתפוצצות של זיקוקים. אבל כשאותו דפוס של חשיבה והסקת מסקנות תופס את מקומו של כל דפוס אחר, לא הייתי סומך עלינו הרבה יותר מכך.