הקדמת מערכת

השופט ריצ'רד פוזנר היה ועודנו אחד המשפטנים הגדולים של דורנו, מאבות תחום מחקר ה"משפט וכלכלה". בשנים 1981-2017 פוזנר כיהן כשופט בית המשפט הפדרלי התשיעי לערעורים, בין בתי המשפט המשפיעים בארצות הברית. הוא ניצב במקום הראשון בדירוג המשפטנים המצוטטים ביותר במאה העשרים. הוא פרסם כ-300 מאמרים אקדמיים, וכתב כ-30 ספרים במגוון עצום של נושאים ותחומים. ישראלים רבים נחשפו לשופט פוזנר לאחר שפרסם מאמר ביקורת חריף נגד ספרו של אהרן ברק בשנת 2007.

תרגום זה הוא מתוך מאמרו הנודע "משמעותו של ריסון עצמי שיפוטי" שפורסם בשנת 1983, בו דן השופט פוזנר ברעיון ובמעלות הריסון העצמי השיפוטי. מטעמי נוחות ובהירות התרגום מתחיל בחלק השני של המאמר, כאשר חלקו הראשון דן בסוגיות מופשטות יותר שאינן הכרחיות לקריאת שאר המאמר. את המאמר המלא באנגלית ניתן למצוא בספרייה הדיגיטלית של הפורום.

משמעותו של ריסון עצמי שיפוטי

ריצ'רד א. פוזנר

תורגם ע"י: תמי נטף ועו"ד שמעון נטף

II הסוגים השונים של הריסון העצמי

א. הסיווג הבסיסי

ישנם חמישה מובנים שונים לכל הפחות שבהם ניתן לעשות שימוש במושג "ריסון עצמי שיפוטי": (1) שופט בעל ריסון עצמי לא מאפשר לדעותיו האישיות לגבי מדיניות ראויה להשפיע על החלטותיו. (2) הוא זהיר, שקול ומהסס בנוגע להבאה בחשבון של דעותיו אלה. (3) הוא מודע למגבלות המציאות הפוליטיות על הפעלת סמכותו השיפוטית. (4) החלטותיו מושפעות מהחשש פן יצירת זכויות שיפוטית נטולת רסן תביא להצפה של בתי המשפט בהתדיינויות שימנעו מהם לפעול באופן יעיל. (5) ברצונו לצמצם את כוחה של המערכת השיפוטית שעליה הוא נמנה, אל מול כוחן של רשויות השלטון האחרות.

ההגדרה הראשונה חסרת תועלת לדיון זה, שכן אני מבקש לחקור את אפשרויות הריסון העצמי במרחב הפתוח של השיפוט, שבו כעניין של הגדרה ההחלטה הנכונה אינה יכולה להתקבל מבלי להכניס העדפות מדיניות אישיות.[1] הגדרה מספר 2 מתייחסת למה שאכנה השופט "המכבד",[2] על מנת להבחין בינו לבין השופט המרוסן במובן של הגדרה מספר 5; בהמשך אטען שהבלבול הזה בין כבוד לבין המשמעות השניה, הביא לתוצאה מצערת. הגדרות מספר 3 ו-4 מתייחסות למה שאכנה "ריסון עצמי זהיר" ואדון בהן בקצרה בסעיף זה קודם שאפנה לעסוק בנושא שבמוקד מאמר זה: ריסון עצמי כעיקרון פוליטי מהותי שבו משתמשים שופטים כשהם מכריעים בסוגיות שנמצאות במרחב השיפוט הפתוח.

שימו לב: מיספור הערות השוליים מתייחס לתרגום זה - להפניה מדויקת יש לעיין במאמר המקור.

[1] הערת מתרגם (להלן: ה"מ) – בחלק הראשון של המאמר, פוזנר מסביר כי כאשר אין מקור סמכות מספק המנחה את אופן ביצוע השיפוט, קיים "מרחב פתוח" בו שיקול הדעת השיפוטי מערב בהכרח את העדפות המדיניות האישיות של השופט. ואולם, על השופט לעשות זאת באופן המתבסס על "עקרונות" עקביים, כאשר המשמעות היא שהשופט מצהיר על עקרונותיו המנחים אותו, ועל עקרונות אלו להנות מתמיכת הציבור הכללי באופן שהשופט אינו חושש מחשיפתם ומגילויים.

[2] ה"מ: המונח באנגלית הוא deferential מלשון deference, הפעולה של חלוקת כבוד והכרה בסמכות או בתבונה של גורם אחר. הוחלט לתרגם זאת כ"מכבד" אמנם הכוונה למובן מסוים מאוד של "כיבוד", דהיינו קבלה של החלטה ע"י גורם אחר.

ל"ריסון עצמי זהיר" יש שני היבטים - ההיבט ה"פוליטי" (הגדרה 3) וההיבט ה"תפקודי"(הגדרה 4). רוב השופטים ינהגו בהתאם להביט הפוליטי, לכל הפחות בנסיבות המתאימות. יש גבולות שאפילו שופט בבית המשפט העליון לא יוכל לפרוץ מבלי לעורר תגובת נגד אפקטיבית מהקונגרס או לזכות פשוט בהתעלמות מפסק הדין, כפי שאירע בעימות שבין נשיא בית המשפט העליון טאני[3] לבין הנשיא לינקולן בעניין צו הביאס קורפוס.[4] אולם איני מתכוון לחקור גבולות אלה, שכן הם בדרך כלל רחבים מגבולות סוגי הריסון העצמי שבהם אבקש לדון.

הסוג השני של ריסון עצמי זהיר, הסוג ה"תפקודי", מבוסס על ההכרה בכך שהכרעות היוצרות זכויות גורמות לעומס רב יותר של תיקים, עומס שבתורו עלול לפגום ביכולתו של בית המשפט לתפקד כראוי (לכן השימוש במונח "תפקודי"). למרות שניתן תמיד להוסיף שופטים לבית משפט, זהו אך פתרון קצר מועד למשבר עומס תיקים; הגדלת מספר השופטים מעבר לנקודה מסוימת רק תגרום למערכת לעבוד באופן פחות יעיל.[5] שאלה מעניינת (ודחופה, לאור העומס הנוכחי שקיים על המערכת הפדרלית) שאליה אוכל להתייחס רק על קצה המזלג במסגרת מאמר זה, היא האם לגיטימי עבור שופט לשקול במסגרת הכרעתו של תיק מסוים השפעות של עומס התיקים בבית המשפט. שיקולים כאלה בוודאי לגיטימיים בתחומי משפט כגון סמכות שיפוט ופרוצדורה שבהם חיסכון במשאב השיפוטי (צמצום מספר תיקים) מקובל כשיקול רלוונטי. אם הנושא לדיון הוא שאלת זכות עמידה, או האם המקום לדון בביקורת שיפוטית על פעולה שלטונית הוא בבית המשפט מחוזי או בבית משפט לערעורים כערכאה דיונית, או האם על בית משפט פדרלי להימנע מדיון בתיק כאשר תביעה מקבילה נדונה בבית משפט מדינתי,[6] או האם יש לפרש סמכות נגררת באופן צר או רחב, והתשובה לכך אינה מוכתבת על ידי תקדים מחייב, הרי שמצופה יהיה מהשופט לשקול חיסכון במשאב השיפוטי כשיקול במסגרת הכרעתו. כמו כן המשקל שיינתן לשיקול זה יהיה גדול יותר ככל שהעומס הדיוני כבד יותר. אם תסכימו עמי שלא ניתן לתת מענה לתוספת בביקוש לשירותי בתי המשפט הפדרליים על ידי הוספת שופטים חדשים או באמצעות עריכת שינויים אחרים, מבלי לפגום באופן מסוכן באיכות התוצר של בתי המשפט הפדרליים, הרי שכישלון לחסוך ככל הניתן במשאבי בתי המשפט הפדרליים עלול להטיל מחירים חברתיים כבדים בדמות איכות שיפוטית ירודה; וזהו שיקול לגיטימי בכל תחום משפט שבו חיסכון במשאב השיפוטי הוא כשלעצמו שיקול לגיטימי.

ב. ריסון עצמי מכוח עיקרון הפרדת הרשויות

הנושא המרכזי שמעניין אותי הוא מה שאכנה "ריסון עצמי שיפוטי מתוך עיקרון של הפרדת רשויות", או בניסוח פחות מסורבל "ריסון מבני". כוונתי במושגים אלה – המתארים ריסון עצמי שיפוטי במובן מקובל,[7] שהייתי רוצה שיהפוך למובן היחיד לצורך צמצום חוסר בהירות – היא לכך ששופט מניח כמטרה חשובה את צמצום כוחה של מערכת המשפט שאליה הוא שייך ביחסה כבלם כלפי גופי ממשל אחרים, בעת קבלת החלטותיו. (בהמשך המאמר להלן, "ריסון עצמי" פירושו ריסון עצמי מתוך עיקרון

---

[3] ה"מ: Roger Taney, נשיא בית המשפט העליון בתקופת אברהם לינקולן

[4] ראו C. SWISHER, 5 HISTORY OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES: TIM TANEY PERIOD 1836-64, at 847 (1974).

[5] ראו פוזנר - Will the Federal Court of Appeals Survive Until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function, 56 So. CAL. L. REV. 761, 762-64 (1983), and Chapters 3-4 of my forthcoming book Posner, The Crisis of the Federal Courts.

[6] ה"מ: בתי משפט שבכל מדינה בארה"ב, להבדיל מבתי המשפט הפדרליים.

[7] ראה לדוגמה, Mason, *Judicial Activism: Old and New*, 55 VA. L. REV. 385 (1969) ("האם על [בית המשפט העליון] לעמוד מנגד, לפעול בריסון עצמי, לכבד את המחוקק והממשלה ולהשאיר את התוויית המדיניות ליוזמתם של אחרים?")

הפרדת רשויות, אלא אם נאמר אחרת.) על כן, שופט פדרלי יחתור לכך שבית המשפט שלו יכבד יותר את החלטות הקונגרס, את גופי המנהל הפדרליים, את הרשות המבצעת, ואת כל הרשויות והדרגים של הממשל המדינתי (כולל בתי המשפט המדינתיים). אין זו עמדה ליברלית או שמרנית כשלעצמה, שכן היא לא תלויה במדיניות שגופי ממשל אחרים מקדמים במקרה באותו זמן. היא תביא לתוצאות ליברליות או שמרניות בהתאם למידה שבה בית המשפט באותה נקודת זמן ליברלי פחות או יותר מהמוסדות האחרים. לספקנים שביניכם, עיינו בספרו האחרון של ברנרד סייגן[8] ובביקורתו האוהדת של מארק פוליאם עליו,[9] ותיווכחו בכך שמתחילה תנועה (בקרב אנשי אקדמיה – עוד לא בקרב שופטים) להפוך את דעת הרוב בפסק דין *לוכנר*[10] לאבן היסוד בתורת משפט אקטיביסטית חדשה.[11]

מריסון מכוח הפרדת רשויות משתמע פרופיל נמוך עבור בתי המשפט. משכך, הוא נוטה להביא לתוצאות דומות לאלה שנובעות מריסון מתוך זהירות בצורתו הפוליטית או התפקודית. צורות הריסון השיפוטי קשורות אחת לשנייה בדרך נוספת. ניתן לראות את כולן ככאלה שנובעות מרגישותם המיוחדת של בתי המשפט הפדרליים, אם כי פרספקטיבה זו אינה מועילה במיוחד. למערכת המשפט הפדרלית – כך מספרים שוב ושוב עד שהדבר נעשה נדוש – אין את כוחם של הארנק והחרב, אין את הלגיטימציה שמוענקת בבחירות ישירות, ולמרות זאת עליה האחריות לאזן את החלטות הרשויות הנבחרות. היא עושה זאת לא רק כשהיא אוכפת את החוקה, אלא גם כשהיא אוכפת חוקים פדרליים על פי כוונתו של הקונגרס המחוקק ולא של הקונגרס הנוכחי. על כן, כך ממשיך הטיעון, מערכת המשפט היא הרשות החלשה ביותר בממשלה הפדרלית. ביכולתה לשמר את השפעתה רק על ידי שימור הונה הפוליטי, אשר עשוי להתכלות לא רק בגין התנגדות משוחררת רסן מדי לרשויות האחרות, אלא גם בגין הירידה בכבוד המקצועי שמוענק לאיכותן של הכרעות בית המשפט, ירידה שתתלווה לכל הרחבה משמעותית של מספר השופטים, כמו גם כל הקלה משמעותית במגבלות המסורתיות על שפיטות.

אולם ההיסטוריה הקרובה של בתי המשפט הפדרליים מלמדת שאין זה הונם הפוליטי שהולך ומתכלה אלא הונם השיפוטי – יכולתם לספק הכרעות שיפוטיות באיכות סבירה. אמנם היו קולות מרד מסוימים מטעם הרשויות הפוליטיות כנגד הסמכות שהרשות השופטת נטלה לעצמה בשני העשורים האחרונים, אך לא נראה שיש משהו באופק שיכול להשתוות לתכניתו של פרנקלין רוזוולט להגדלת מספר השופטים[12] בבית המשפט העליון.[13] מצב זה נובע בחלקו מכך שחלק מהמגזרים שעבורם בתי המשפט היו כוחניים יותר לאחרונה, בייחוד שחורים ונשים, נהנים מיכולת השפעה פוליטית, ובהתאם, מספקים הגנה פוליטית לבתי המשפט, ובחלקו האחר מכך שהרשויות הפוליטיות מעדיפות להעביר את האחריות על החלטות מדיניות לא פופולארית לבתי המשפט הפדרליים, המשמשים כמעין כליא ברק, מאחר

---

[8] Bernard Siegan : פרופסור למשפט באוניברסיטת סן דיאגו

[9] ראו B. SIEGAN, ECONOMIC LIBERTIES AND THE CONSTITUTION (1980); Pulliam, Book Review, 18 WAKE FOREST L. REV. 971 (1982).

[10] ה"מ: פסק דין של בית המשפט העליון בארה"ב משנת 1905, שבו בוטל חוק שהגביל את שעות עבודה של שכירים, בטענה לסתירה של התיקון ה-14 לחוקה בהגבלת חירותם של השכירים להתקשר בחוזים שדורשים מהם יותר שעות.

[11] השוו להצעתו של פרופסור אפשטיין להשתמש בפסקת הנטילה של התיקון החמישי על מנת להגביל מיסוי חלוקתי. Epstein, Taxation, Regulation, and Confiscation, 20 OSGOODE HALL L.J. 433 (1982); ראו גם Epstein, *Not Deference, But Doctrine: The Eminent Domain Clause*, 1982 Sup. CT. REV. 351, 360 n.19 תרומה נוספת לתנועת ההחייאה מחדש של*לוכנר* הוא קונאנט - *Antimonopoly Tradition Under the Ninth and Fourteenth Amendments: Slaughter-House Cases Re-Examined,* 31 EMORY L.J. 785 (1982)
אשר מתחיל כך: "מחקר זה עוסק בהחייאה אפשרית של ענק רדום, המשפט המקובל ומסורת חוקתית מונעים הענקות מונופולים ממשלתיים במקצועות הרגילים." שם.

[12] ה"מ: באנגלית packing the courts, מהלך שנועד לתת לנשיא את האפשרות למנות מספיק שופטים מהצד הפוליטי שלו שיהוו רוב בבית המשפט העליון

[13] Cf. Monaghan, Book Review, 94 HARV. L. REV. 296, 300-01 (1980).

שהשופטים אינם עומדים לבחירות נוספות. בתי משפט אלה חלשים מצד עצמם אך ככל הנראה מצליחים לשאוב מכוחם של הרשויות הפוליטיות, ולכן קיימת הנחה שלפיה רשויות אלה משתפות פעולה עם העברת הכוח – ועמו האחריות – לבתי המשפט. אם כן, לא האוטונומיה של בתי המשפט היא זו שעומדת בסימן שאלה, אלא יכולתם לתפקד בצורה יעילה – וזאת בגין משבר עומס התיקים שנובע לפחות בחלקו מהחלטות בתי המשפט הפדרליים שמרחיבות לעצמם סמכות. לא אוכל לתאר כאן את משבר עומס התיקים,[14] ורק אעיר שחלק מעומס היתר על בתי המשפט הפדרליים נובע בהכרח כתוצאה מהזכויות החדשות הרבות עליהן הכריזו בתי המשפט של וורן[15] וברגר.[16] את הדייסה שהם בישלו אנחנו אוכלים כעת. על רקע משבר עומס התיקים, עשויה עוינותם של הרשויות הפוליטיות לגרום לבתי המשפט אי נוחות חריפה, גם אם אין בה כדי להביא לחקיקה מגבילה. אם הקונגרס והנשיא לא יעזרו לבתי המשפט לפתור את המשבר – אם אכן ינהיגו סוג של לוחמת גרילה כנגד השופטים, כמו למשל על ידי סירוב להעלות באופן הולם את שכרם – הרי שהפזרנות בהון הפוליטי של בתי המשפט בעשורים האחרונים עשויה להתגלות כנושאת תוצאות חמורות אחרי ככלות הכול.

ההבדל בין הריסון המבני לריסון הזהיר אינו ההבדל היחיד שעליו אני רוצה להתעקש. הבדל נוסף קיים בין ריסון מבני לבין זהירות בכלל, או דבקות בעיקרון התקדים המחייב – המורה לכבד שופטים אחרים באותה מערכת שיפוטית – בפרט. איני מתכוון לומר שכבוד כזה אינו דבר חיובי, אלא רק שהוא שונה מריסון עצמי במשמעות מועילה. החלטה להפוך את פסק הדין בעניין **מרבורי נגד מדיסון**[17] תהיה מופרעת למדי, אולם היא תיחשב למרוסנת במונחים שלי מכיוון שהיא תצמצם את כוחם של בתי המשפט הפדרליים לעומת גופי ממשל אחרים. באופן דומה, אם נדבר על הפיכות של ממש – פסקי הדין בעניין **אירי ר.ר. נגד תומפקינס**[18] ו-**מאפ נגד אוהיו**,[19] שספגו שניהם ביקורת על המאמץ להכריע בשאלות חשובות שלא נדונו או נטענו כראוי על ידי הצדדים (ובאירי אף לא נטענו כלל)[20] – הרי שפסק הדין בעניין *אירי* יחשב למרוסן במונחים שלי מכיוון שהוא צמצם את כוחם של בתי המשפט הפדרליים לעומת בתי המשפט המדינתיים; *מאפ* יחשב לאקטיביסטי כי השפעתו הייתה הפוכה.

אני רוצה לעשות שימוש במילה אקטיביזם על מנת לתאר בדיוק את ההיפך מריסון עצמי כפי שהגדרתי אותו, ובכך היא נבדלת לא רק מתעוזה אלא גם מהשגת גבול הפעילות פרטית. כאשר בית משפט יוצר תרופות פרטיות לאכיפת חוק, או הגנות חדשות לאכיפת חוזים, ייתכן מאוד שהוא נוטל כוח לחלק משאבים מהפרט לידיו שלו, ובכך מגדיל את כוחה ומרחב שליטתה של המדינה. אולם, כל עוד הוא לא פועל בניגוד לרצונן של רשויות השלטון האחרות, הוא לא אקטיביסטי במונחים שלי, שכן הוא לא מגדיל את כוחו שלו על חשבון גוף ממשלתי אחר. חלק מההתנגדויות לאקטיביזם שיפוטי רלוונטיות גם להשגת גבול שיפוטית לתחום הפעילות הפרטית, כגון הטענה להכבדה יתירה על ההון הפוליטי של בתי המשפט; והיא מהווה מקרה מיוחד של מה שכיניתי לעיל ריסון עצמי "תפקודי". אולם הימנעות מהשגת גבול

---

[14] ראו מקורות הערה 3

[15] ה"מ: **Earl Warren** - נשיא בית המשפט העליון של ארצות הברית בשנים 1953-1969 בהן תרם רבות לקידום זכויות האזרח.

[16] ה"מ: **Warren Burger** - נשיא בית המשפט העליון של ארצות הברית בשנים 1969-1986.

[17] 5 U.S. (2 Cranch) 137 (1803).

[18] 304 U.S. 64 (1938), overruling Swift v. Tyson, 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842).

[19] 367 U.S. 643 (1961), overruling Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949), בכל הנוגע לכך ש*וולף* קבע שהחוק המחריג בחיפוש והחרמה אינו תקף למדינות.

[20] על *אירי* ראו את הדיון (לא הביקורת) ב- H. FRIENDLY, *In Praise of Erie-and of the New Federal Common Law*, in BENCHMARKS 196 (1967); , at 155, 171-72 n.71. *Mr. Justice Frankfurter and the Reading of Statutes*, על *מאפ* ראו (Harlan, J., dissenting) 367 U.S. at 672-77 ; הסוגיה בדבר התוקף הנמשך של *וולף* הועלתה על ידי העותר ב*מאפ*, אך ננטשה לאחר מכן.

שיפוטית אינה זהה לריסון עצמי שיפוטי במובן של הפרדת רשויות. שאם לא כן, פסק דין *לוכנר* (שביטל הגבלה ממשלתית על חירות כלכלית) ישמש דוגמה לריסון עצמי שיפוטי מה שיהפוך את המונח למעורפל ללא תקנה.

ג. ריסון כטוב מותנה

כשנוטשים את השימוש הרווח במונח ריסון עצמי כמילה נרדפת לטוב בהכרעה שיפוטית, ואקטיביזם שיפוטי לרע, נעשה ברור שהשאלה אם ההיסטוריה תשבח את בחירת השופט בנוגע למיקום שלו על הציר הזה תהיה תלויה בתנאים ההיסטוריים הספציפיים שבהם השופט ימצא את עצמו. אין חוסר עקביות בטענה שהיה זה אסון אם השופט העליון מרשל[21] – מרשל מפסק דין **מרבורי נגד מדיסון**[22] ופסק דין **גיבונס נגד אוגדן**[23] – היה דבק בריסון עצמי שיפוטי וכן אם השופט העליון ברגר היה דבק באקטיביזם שיפוטי. אם בתי המשפט יעשו שימוש מועט מדי בכוחם לשמש בלם לרשויות השלטון האחרות, אין משמעות להיותם חלק ממערכת האיזונים והבלמים שהחוקה ייעדה להם. אך אם יעשו שימוש מוגזם מדי בכוחם, הם יסתכנו בצמצום או בביטול של תפקידם במערכת.

כשאני טוען שריסון עצמי שיפוטי הוא טוב מותנה, הקשור לזמן ומקום ואינו אבסולוטי, אני עשוי להיראות כמי שמתעלם מטיעונים חזקים התומכים בכך שריסון הוא המדיניות השיפוטית הנכונה עבור בתי המשפט הפדרליים בל עת ובכל מקום (בנוסף לטיעון "ההון הפוליטי" אליו כבר התייחסתי). אך סקירה קצרה של טיעונים אלה מגלה טיעוני נגד רציניים ביחס לכל אחד מהם.

1. לטיעון המוכר הנובע מחשש כללי מהסכנה שיש בממשלה בעלת כוח רב מדי, ניתן להשיב על ידי הצבעה על כך שכל כוח שבתי המשפט הפדרליים לוקחים לעצמם בא על חשבון מוסדות בעלי עוצמה אחרים של השלטון המדינתי והפדרלי.
2. למרות שניתן לטעון כי מכונני החוקה ראו בעיני רוחם תפקיד קטן יותר לבתי המשפט הפדרליים ממה שיש להם בפועל למעשה מההתחלה,[24] איננו יודעים כמה רחב הבגד שביקשו המייסדים לתפור. כפי שאמר הולמס:[25]

> "כאשר אנו עוסקים במילים שהם עצמם מעשה חוקתי, כמו החוקה של ארה"ב, חייבים אנו להבין כי הם יצרו הוויה אשר את התפתחותה לא היה יכול גם המוכשר מבין יוצריה לחזות מראש באופן מלא. הם הסתפקו בלהבין או לקוות שהם יצרו אורגניזם; עברו מאה שנים, ועלה לבאים אחריהם בדם ויזע רב להוכיח שהם יצרו אומה. יש לבחון את המקרה שלפנינו לאור הניסיון הכולל שלנו, ולא רק על פי מה שנאמר לפני מאה שנים".[26]

אמת, בפסק הדין שממנו לקוח הציטוט הזה הולמס טען שהחוקה לא נועדה לכבול את השלטון בכתונת משוגעים. יש הבדל עקרוני בין פירוש מרחיב של החוקה בנוגע לכוחות השלטון ובין פירוש

---

[21] ה"מ: John Marshall: נשיא בית המשפט העליון של ארה"ב בשנים 1801 – 1835.
[22] 5 U.S. (2 Cranch) 137 (1803).
[23] 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).
[24] ברצוני להבליע ולא להעריך טיעון זה כאן. אני נדהם מהחשיבות שהמתדיינים ייחסו למערכת משפט פדרלית עוצמתית בקראי את המקבץ השימושי של התייחסויות למערכת המשפט בדיוני ועידת החוקה וועידות אשרור החוקה של המדינות וב "**כתבי הפדרליסט**" ב- SCHULZ, CREATION OF THE FEDERAL JUDICIARY: A REVIEW OF THE DEBATES IN THE FEDERAL AND STATE CONSTITUTIONAL CONVENTIONS, and OTHER PAPERS, S. Doc. No. 91, 75th Cong., 1st Sess. (1937).
[25] Oliver Holmes Jr. – שופט בית המשפט העליון בארה"ב בשנים 1902-1932 ידוע גם כחוקר משפט.
[26] Missouri v. Holland, 252 U.S. 416, 433 (1920). (תרגום חופשי)

מרחיב בנוגע לזכויות שבתי המשפט יכולים לאכוף נגד השלטון;[27] זהו ההבדל בין ריסון ואקטיביזם בהתאם למשמעותם במאמר זה. אך עצם ציון ההבדל לא מצדיק אותו כבסיס לפעולה. אם, כפי שלמדנו מטאייר,[28] הולמס, פרנקפוטר[29] ואחרים, אין לפרש את החוקה ככתונת משוגעים על פעילות הרשויות המחוקקת והמבצעת, לא ברור שיהיה נכון לפרש אותה ככתונת משוגעים לגבי פעילות הרשות השופטת.

אמת, בתי המשפט הפדרליים של ימינו דומים אך במעט לבתי המשפט המלכותיים בווסטמינסטר עליהם התבססו במקור. אולם גם הרשויות המחוקקת והמבצעת שונות ממקביליהן במאה השמונה עשרה. ניסיון להשיב את הזמן לאחור, כגון על ידי הטענה שקיומם של גופי רגולציה עצמאיים פוגעים בעיקרון הפרדת הרשויות, יהיה ההרפתקה הגדולה ביותר עד כה במסגרת האקטיביזם השיפוטי. בנוסף, קשה לדמיין מדוע מכונני החוקה טרחו להעניק לשופטים הפדרליים ערובות ייחודיות כל כך לעצמאותם אם לא ציפו מהם להיות אגרסיביים בשמירה על זכויות הפרט כנגד רשויות השלטון האחרות – וודאי שכך ציפו;[30] כמו כן, למרות שמכוננו החוקה חשבו יותר במונחים של זכויות קניין מאשר מה שאנו מכנים כיום זכויות אזרח,[31] הטקסט החוקתי אינו מוגבל לכך.

3. טיעון שניתן לטעון לטובת "ריסון מבני", הוא שבתי המשפט פחות דמוקרטיים מרשויות השלטון האחרות – מה שנכון – אולם על מנת שהטיעון יהיה משמעותי, יש להשיב קודם לטענת ההגנה של פרופסור אילי בנוגע לאקטיביזם השיפוטי של בית המשפט בתקופת וורן, שבכך הוא הפך את הממשלה לדמוקרטית יותר.[32] באופן בסיסי יותר, יהיה צורך להראות מדוע נדרש שתהיה לנו יותר דמוקרטיה מכפי שיש לנו היום (או באותה מידה שיש לנו היום), וזה לא דבר שקל להראות. מקובל הטיעון הבא: התיאוריה של המערכת שלנו היא שהחוק נוצר על ידי נציגים נבחרים; שופטים פדרליים אינם נציגים נבחרים; משכך, חקיקה על ידי השופטים מהווה תפיסת שלטון שלא כחוק. אך טיעון זה מגזים בנאמנות המכוננים לעיקרון הדמוקרטי.[33] המכוננים היו חכמים דיים לדעת ששופטים יוצרים חוקים[34] - שמערכת המשפט האנגלית עליה התבססו בתי המשפט הפדרליים יצרה חוקים באנגליה - ואף על פי כן הם קבעו מערכת משפט פדרלית שבה שופטים מתמנים עם קביעות לכל החיים, ובכך וידאו שהשופטים לא יהיו מחויבים לציבור בוחרים. מה שניתן להסיק באופן הוגן מהמבנה החוקתי האמור הוא שהשופטים לא אמורים לנהוג בהתאם לאותו שיקול דעת חקיקתי חסר מעצורים שהוא נחלתם של הנציגים הנבחרים, הבדל שהוגדר היטיב במטאפורה של הולמס לפיה השופט, שלא כמו המחוקק, "מוגבל מתנועות מולריות לתנועות מולקולריות".[35] הבעיה שיש ברעיון זה כקו מנחה של ריסון עצמי שיפוטי, היא שסכומם של מספר רב של תנועות מולקולריות עלול להיות מולרי; החוקים שמערכת המשפט יוצרת אולי מתהווים טיפין טיפין אך הטיפות מצטברות. אמנם העיקרון הדמוקרטי הפך למאפיין נרחב יותר של המערכת מאז החוקה המקורית, אולם הוא משפיע לשני הכיוונים: הוא הופך את מערכת המשפט לחריגה יותר אך שמא גם נדרשת יותר כאיזון לרשויות השלטון הדמוקרטיות.

---

[27] ראו Posner, *Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution*, 49 U. CHI. L. REV. 263, 284-85 (1982).

[28] James Bradley Thayer – תיאורטיקן משפטי 1831-1902.

[29] Felix Frankfurter – שופט בית המשפט העליון בארה"ב, ידוע כתומך בריסון שיפוטי.

[30] ראו לעיל הערה 21.

[31] ראו לדוג' DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY, ch. 1 (1956).

[32] ראו J. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 74 (1980)

[33] ראו את הדיון המצוין לגבי "דמוקרטיה מדיסונית" ב DAHL, ch. 1, לעיל הערה 28.

[34] ראו THE FEDERALIST No. 78, at 231-32 (A. Hamilton) (R. Fairfield 2d ed. 1981).

[35] Southern Pac. Co. v. Jensen, 244 U.S. 205, 221 (1917).

4. ניתן לטעון כי בתי המשפט הפדרליים אינם מוצלחים ביישום הפונקציות שסיפחו לעצמם ממרכיבי השלטון האחרים (ניהול בתי הכלא למשל) – והם אכן לא מוצלחים בכך – אולם טיעון זה משווה בין בתי המשפט, על כל חסרונותיהם, לבין גרסה אידיאלית של מוסדות שלטון אחרות. אנשים רבים סבורים שהממשלה האמריקנית אינה מתפקדת בצורה טובה באף אחת מרמותיה בימים אלו – אם כי ניתן להפוך נקודה זו ולטעון שבתי המשפט החלישו את תחושת האחריות והכבוד העצמי של גופי השלטון על ידי נטילת סמכותם.[36] התשובה לכך היא: תוכיחו.

בכל מקרה, טיעון אחרון זה הוא לגבי הכאן ועכשיו – לא לגבי ריסון לעומת אקטיביזם מצד עצמם. יתר על כן, הוא מראה שגם אם נמקד את תשומת הלב שלנו להווה, קשה לדבר באופן משכנע על ריסון עצמי שיפוטי לכל אורכו ורחבו של המרחב החוקתי. מוסכם לכולי עלמא שבתי המשפט הפדרליים יכולים "ללכת רחוק מדי" ואולי אף עשו זאת לאחרונה, אולם על מנת *להוכיח* זאת תידרש קודם כל בחינה מפורטת של תחומים מסוימים של אקטיביזם שיפוטי פדרלי – בתי כלא, מימון הסעות,[37] עונש מוות, הפלות, ביקורת שיפוטית על פעולות רשות מנהלית, הקלה בדרישות המסורתיות של זכות עמידה ורבים אחרים – ורק אז יהיה אפשר לנסות לתת הערכה כללית, שתתבסס על אינדוקציה ולא דדוקציה.

אולם, יש ראיות משתמעות אך משכנעות לכך שהאקטיביזם השיפוטי בצורתו הנוכחית אכן הלך רחוק מדי. עומס היתר על בתי המשפט הוא ראיה אחת לכך. תקציר של המשנה המשפטית של נשיא בית המשפט העליון וורן, שנכתב בסך הכל באהדה בידי ביוגרף בן זמננו, הוא ראיה נוספת:

> "אומנתו של וורן כמשפטן הייתה על כן מסדר אחר מזה שמזוהה כשפיטה נאורה על ידי תומכי ריסון שיפוטי. וורן ראה את אומנתו כגילוי הוראות מוסריות במבוך של בלבול, מילוי אחר הוראות אלה בביטחון ובחיוניות, עידוד אחרים לעשות כך גם הם, ובנקיטה בוויתורים טכניים, בשעת הצורך, על מנת להבטיח תמיכה. בכך שהוא האמין שהוויתורים שלו בנושאי דוקטרינה הם "טכניים", וורן הגדיר את תפקידו הוא כאומן. היה זה תפקיד שבו התחושה הפנימית בשאלת מקומו של הצדק, והביטחון בכך שניתן למצאו, הועלו לעמדות מובילות בפסיקה חוקתית, וכאשר האומנות מורכבת מלדעת אילו תוצאות מתיישבות בצורה הטובה ביותר עם ההוראות המוסריות של החוקה וכיצד לעודד שופטים אחרים באופן המיטבי להגיע לתוצאות כאלה."[38]

מה שזה לא יהיה, זו לא אומנות שיפוטית; זיהוי של ההעדפות המוסריות האישיות כמשפט הטבע, ואת משפט הטבע כחוקה – השרשרת שמתאר פרופסור ווייט – הוא נטישה של אומנות השפיטה. ככל שבתי המשפט מעמיקים יותר בנושאים שעליהם אין קונצנזוס מוסרי, כגון הפלות וגזר דין מוות והתנאים בבתי כלא, האקטיביזם השיפוטי בצורתו המיוחסת לוורן על ידי פרופסור ווייט הופכת למפלגתית יותר, צרת אופקים, שרירותית ולבסוף חסרת אחריות.

---

[36] האקספוזיציה הקלאסית של טיעון זה הוא - Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 155-56 (1893).

[37] ה"מ: busing -היוזמה לממן הסעות תלמידים לבתי ספר מרוחקים כחלק מהניסיון לקדם דה-סגרגציה במערכת החינוך בארה"ב.

[38] צוטט בביקורת החדה על ספרו של וויט של Dennis G. WHITE, EARL WARREN: A PUBLIC LIFE 229-30 (1982) , Hutchinson *Hail to the Chief: Earl Warren and the Supreme Court*, 81 MICH. L. REV. 922, 923-24 (1983)

הייתי אף לוקח צעד אחד קדימה וטוען שהאקטיביזם השיפוטי בן זמננו הוא חסר עקרונות. אם נזכור את מבחן ה"ציבוריות" להגדרת עיקרון:[39] ביסוס להחלטה שהשופט מוכן לציין בפומבי. למרות שהחלטות אקטיביסטיות מכילות עקרונות (למשל "אדם אחד, קול אחד"), האקטיביזם בן זמננו איננו עיקרון מכיוון שאף שופט לא יצדד בו בפסק דין. האקטיביסטים מגנים את האקטיביזם בלהט, ומדגימים את האמרה לפיה צביעות היא המתנה של המידות הרעות לטובות. הנשיא וורן מעולם לא כתב בפסק דין שברצונו להעביר כוח מגופי השלטון האחרים לבתי המשפט על מנת לקדם את חזונו המוסרי. למעשה, כפי שנראה, אקטיביסטים לעיתים קרובות מאמצים את הסגנון הפורמליסטי על מנת להסתיר את המידה שבה הם מפעילים כוח שיפוטי. אקטיביסטים מתביישים להודות בעמדתם בפומבי; הם מאלצים אותנו לקרוא בין השורות. אמנם, אקטיביזם נחשב להגון למדי בקרב אנשי אקדמיה כיום, אולם הוא עדיין לא נחשב להגון דיו בקרב הציבור הרחב עד כדי כך ששופטים יעזו להודות בכך שהם אקטיביסטים; וזו הראיה הטובה ביותר לכך שאקטיביזם שיפוטי נוסח 1984 הוא אכן חסר עקרונות.

III כמה השלכות הנובעות מהגדרותיי

א. שוב, הולמס

פתחתי מאמר זה בשאלה: מדוע התנגד הולמס להפוך את עוינותו כלפי סוציאליזם לשיקול בקבלת החלטות שיפוטיות. כעת, התשובה אמורה להיות ברורה – התנהלות כזו לא תעלה בקנה אחד עם ריסון מבני, שהיה חלק חשוב יותר במשנתו המשפטית של הולמס מאשר חוסר אהדתו לסוציאליזם, בהיותו מושרש בדרוויניזם הסוציאלי ובצורת חשיבתו הספקנית. בתחומים בהם שיקולי ריסון עצמי שיפוטי אינם רלוונטיים, כפי שהם בדרך כלל כאשר שופט מרחיב את המשפט הפרטי יציר השופט בניגוד למשפט הציבורי, הולמס הכריע בתיקים, תיקים נזיקיים למשל, בהתאם לפילוסופיה האינדיווידואליסטית, האנטי-קולקטיביסטית – ושמא אף אנטי סוציאליסטית – שבאה לו באופן טבעי, אולם הוא הכפיף זאת לשיקולי ריסון עצמי שיפוטי כאשר התקיים קונפליקט.[40]

ב. ריסון עצמי ואישיות שיפוטית

כעת, צריך להיות גם ברור כי ריסון עצמי במובן שאני בו שימוש אינו נובע, או לכל הפחות אינו מוכרח לנבוע, מהיותו של השופט צנוע, מכבד וחששן – מילים שאינן מתאימות לתיאורם של הולמס, ברנדייס או פרנקפורטר, הקולות הבולטים בעד ריסון עצמי. לא חסרה להם תחושת ערך או ביטחון עצמי והם לא קידשו תקדימים יותר מהרגיל. הם בסך הכול סברו שעל בתי המשפט לתת כבוד לרשויות השלטון האחרות יותר מכפי שנהגו באותו זמן, אם כי בהסתייגויות חשובות – לא בסוגיות חופש הדיבור אצל הולמס וברנדייס, ולא בסוגיות הליכים פליליים פדרליים אצל פרנקפורטר. הסתייגויות אלה משמעותיות שכן הן מצביעות על כך שריסון עצמי שיפוטי אינו יכול עוד לכונן את כל תפיסת העולם השיפוטית של אדם אינטליגנטי, בדיוק כפי שהדבר נכון לגבי אקטיביזם שיפוטי. אפילו במקרים שבהם חומרי ההכרעה במובן הצר לא מכתיבים את תוצאת המקרה הנדון, כך שהעדפות המדיניות או הערכים האישיים של השופט נדרשים בהכרח לצורך הכרעה, מדיניות של ריסון עצמי שיפוטי אינה המדיניות היחידה שעל השופט להביא בחשבון.

---

[39] ה"מ: בחלק מוקדם יותר של המאמר שלא תורגם.

[40] ראו למשל United Zinc & Chem. Co. v. Britt, 258 U.S. 268 (1922) (the sulphuric acid attractive-nuisance case).

הולמס לא סבל בהכרח מחוסר עקביות כשביקש להגביל את הרגולציה השלטונית על הדיבור והעיתונות יותר ממה שנהגו בתי המשפט בזמנו, ולהגביל רגולציה על שכר ושעות עבודה, פחות. אף אם לא ניתן לומר שהשפה וההיסטוריה של התיקון הראשון לחוקה הכתיבו את עמדתו בתיקי חופש הדיבור, הם נתנו לו לכל הפחות נקודת אחיזה; הם יצרו מרחב שיקול דעת שבו אמונה במאבק הדרוויניסטי להישרדות בין רעיונות מתחרים יכולה להפוך לחוק, ללא השגת גבול שלטונית.

היותו של שופט חששן עשויה כמובן לגרום לכך שהוא יגלה חוסר נכונות לקרוא תיגר על רשויות שלטון אחרות, ובכך להיות מרוסן. אולם לא מדובר בתוצאה בלתי נמנעת של חששנות; השופט החששן עשוי גם לגלות חוסר נכונות לבחון מחדש את החלטותיו האקטיביסטיות של קודמו בתפקיד. כך שאם לא נכון לזהות חששנות כריסון, באותה מידה לא יהיה זה נכון לזהות אקטיביזם כתעוזה. אולם דרך חשיבה או אישיות מסוג אחר לגמרי, זו הספקנית, עשויה להביא שופט לעמדה מרוסנת – וכך עשתה, במקרים של הולמס ולרנד הנד.[41] ספקנות יכולה לגרום לשופט להתייחס לשימוש בכוחו בחוסר התלהבות, שכן הוא חסר את הביטחון בכך ששימוש כזה יביא תועלת, ועל כן אינו מוכן להתחרות בזירת הכוח עם רשויות שלטון תוקפניות יותר.

לריסון עצמי שיפוטי עשויים להיות מקורות אחרים מלבד אופי אישי. הוא עשוי לנבוע מדאגה פשוטה מעומס היתר על מערכת המשפט הפדרלית – דאגה שטבעית לכל שופט פדרלי כיום – או מחשש לגמול מצד הרשויות הפוליטיות על מערכת משפט היפראקטיבית. הוא עשוי גם לנבוע מתיאוריה – תאוריית "שימור ההון" שהזכרתי לעיל, או תיאוריה של הפרדת רשויות כפי שהשתמע לעיל מדחייתי את הרעיון ששופט יכריע בתיקים כסוכן של המפלגה הפוליטית שתמכה במינויו. הריסון העצמי השיפוטי לעיתים קרובות גם אופורטוניסטי – באותה מידה שהאקטיביזם השיפוטי גם הוא כזה לעתים קרובות. השופט לא אוהב את העדפות המדיניות של חבריו השופטים, אך במקום לומר זאת במפורש הוא מביע עמדה "ניטרלית" שלפיה על בתי המשפט לעשות פחות – באופן כללי.

ג. היחס לתקדימים

למרות שאיני רוצה לשים דגש יתר על אופי אישי, יש ערך להבחנה שניסיתי לעשות בין אימוץ הריסון העצמי כעיקרון לבין אישיות זהירה כמענה לטיעון הבא, אשר פרשנים ליברלים של החלטות שיפוטיות נוטים להשתמש בו.[42] ישנם שופטים ליברלים ושופטים שמרנים (הטיעון הזה מזהה שמרנים עם מרוסנים). הראשונים מאמינים בפירוש הסמכות השיפוטית בצורה רחבה על מנת לשרת את המדיניות הפוליטית הליברלית, והאחרונים נמנעים מחדשנות שיפוטית. על כן שופט ליברלי טוב ייתן משקל מועט לתקדימים שאינם ליברליים אך השופטים השמרנים הטובים יתנו משקל רב לכל התקדימים, ליברליים ושמרניים כאחד.[43] מאחר שמערכת המשפט עוברת גלים חוזרים של דומיננטיות ליברלית ושמרנית, החוק בהכרח יהפוך ליברלי יותר עם הזמן אם נקבל את העמדה הזו, גם אם שיעור השופטים הליברליים והשמרנים לא ישתנה. זהו רמז לכך שטיעון זה,

---

[41] Learned Hand: שופט אמריקני הנחשב המשפטן הדגול ביותר שלא ישב בבית המשפט העליון.

[42] ראו את הדוגמאות המצוטטות ב- Lamb, *Judicial Restraint on the Supreme Court*, in SUPREME COURT ACTIVISM AND RESTRAINT 7, 24 (S. Halpern & C. Lamb eds. 1982), וב- Rees, *Cathedrals Without Walls: A View from the Outside*, 61 TEX. L. REV. 347, 354 n.32 (1982).

[43] "אף על פי שריסון שיפוטי מתייחס על פי רוב להכרה ומתן כבוד לפונקציות יוצרות החוק של הרשות המחוקקת, הוא גם כולל את התמיכה של בית המשפט בהכרעות קודמיו. למעשה,... כלל ה – stare decisis הוא בסיסי לתורת הריסון." ראו Lamb הערה 39 לעיל, 24.

בעל מנגנון ההגדלה המובנה, מוטעה. אם שופט ליברלי הוא מי שמבקש לקדם את המדיניות הליברלית, אזי שופט שמרן הוא מי שמבקש לקדם את המדיניות השמרנית. ניתן להיות ליברל חששן או שמרן חששן, ליברל נועז או שמרן נועז. בציר המפלגתי פחות שבו דנתי, ניתן להיות שופט אקטיביסט שמכבד תקדימים או שופט מרוסן שאינו מכבד תקדימים. היחס לתקדימים הוא נפרד מעמדתו של השופט בכל הצירים האחרים שעליהם הוא ממקם את עצמו.

ד. פורמליזם וריאליזם

הבלבול שקיים בין ריסון עצמי שיפוטי וכבוד לתקדים נמצא ביחס קרוב לבלבול שקיים בין ריסון עצמי שיפוטי לבין פורמליזם שיפוטי, ובין אקטיביזם שיפוטי לבין ריאליזם שיפוטי. ניתן להבין פורמליזם כמשנה שיפוטית חששנית (כשאין בה צביעות) שכן היא מתכחשת להיבט היצירתי שקיים בשפיטה. אך אין מתאם בין ריסון עצמי שיפוטי וחששנות, והפורמליזם למעשה זר לשימוש בו. פורמליזם אינה שיטה שימושית להכרעה בתיקים קשים בתרבות המשפטית הנוכחית, אלא דרך לתאר את התהליך השיפוטי באופן כוזב. מטרת התיאור הכוזב היא להסתיר את השימוש בסמכות. לשופט האקטיביסט יש צורך בהסתרה כזו. הוא מנסה להגדיל את כוחו של בית המשפט על חשבון גופי שלטון אחרים, וחלקם עשויים לגלות התנגדות להסגת הגבול. הכחשת שימוש בשיקול דעת (כוח) היא חלק מהרטוריקה הפוליטית שלו. אולם מי שפועל בריסון שיפוטי מנסה לצמצם את כוחו ולא להגדיל אותו. האינטרס שלו הוא להדגיש, כפי שעשה הולמס,[44] את המרכיב הבלתי נמנע, גם אם מוגבל בידי שופט ממושמע, של רצון ("שיפוט ערכי") בהחלטות שיפוטיות; שהרי בכך שהוא מפזר את הילת המסתורין סביב השימוש בסמכות השיפוטית הוא מקדם את המדיניות *שלו*, שכוללת צמצום של הכוח הזה.

ה. הגינות

נגזר מגישתי שהגינות נוחה יותר למרוסן מאשר לאקטיביסט.[45] הגינות דורשת הודאה בכך שהעדפות המדיניות האישיות או הערכים של השופט משחקים תפקיד בתהליך השיפוטי. הודאה זו מקדמת ריסון עצמי שיפוטי במשמעות של הפרדת הרשויות, על ידי חשיפת השופטים כבני אדם העושים שימוש בכוח פוליטי ולא רק מתעדים ומעבירים (ואולי מגבירים מעט) באופן פאסיבי החלטות שהתקבלו במקום אחר בשלטון. אין זה מפתיע אם כן שטיעון הגנה נפוץ לאקטיביזם שיפוטי הוא שלא מדובר באקטיביזם בכלל, אלא להיפך: יישום פאסיבי – ונהוג להוסיף, בדרך כלל, אמיץ – של ציוויה של החוקה, או של המחוקקים, או של ערכאה קודמת או עליונה יותר.[46] דוגמה

---

[44] נושא מתוך המחקר האחרון המצוין - Edward White, *The Integrity of Holmes' Jurisprudence*, 10 HOFSTRA L. RAV. 633 (1982). דוגמה לדוגמה טובה, ראו את דעת המיעוט של הולמס ב- **Olmstead v. United States**, 277 U.S. 438, 470 (1928) ("עלינו לבחור, ולי נראה רעה פחותה שמספר פושעים יחמקו מעונש מאשר שהממשלה תעשה מעשה נבלה").

[45] ה"מ: המונח במקור הינו "candor", שמשמעותו שילוב בין "הגינות" לבין "יושרה" לבין "כנות", מעין "גילוי לב".

[46] ראו למשל, Johnson, *The Role of the Judiciary with Respect to the Other Branches of Government*, 11 GA. L. REv. 455, 474-75 (1977). פרופסור ביקל תיאר את אחד השופטים המשמשים דוגמה לסגנון אקטיביזם שיפוטי זה כלהלן:

"אין זה, אם כן, שהשופט בלאק מסתיר את אמונותיו הפונדמנטליסטיות מעיני הציבור. סך הכל התמזל מזלו להיות מסוגל לאכוף כחוק לא רק את אמונותיו שלו אלא את הטקסט המילולי של החוקה. מפני שתדיר חוזר הוא אל הטקסט ומציע את ממצאיו עטופים בנייר צלופן השומר על טעמם משכבר הימים, ללא מגע יד אדם בן זמננו". ראו A. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 84-98 (1962).

העמדה הפאסיבית אינה נחלתם של אקטיביסטים ליברליים בלבד. להלן הפסקה המרכזית מתוך ההחלטה שביטלה את ה-Agricultural Adjustment Act, חוק חשוב של ה"ניו דיל":

"יש אומרים כי בית המשפט נוטל לעצמו כוח לבטל או לשלוט במעשיהם של נציגי העם. זוהי תפיסה שגויה ... כאשר חוק של קונגרס מותקף באופן הולם בבית המשפט כחוק שאינו חוקתי, לרשות השופטת של השלטון רק חובה אחת, להניח את דברי

קיצונית מספקת ההצהרה שהצהיר לאחרונה פרופסור מארק טושנט,[47] שאם היה שופט היה שואל את עצמו בכל תיק, "איזו תוצאה, בתנאים של היום, תקדם סוציאליזם בהסתברות הגבוהה ביותר? ולאחר שהחלטתי, הייתי כותב דעה בגרסה מקובלת כלשהי של תיאוריה כוללת [במשפט חוקתי]"[48] סגרנו מעגל מהימים שבהם אקטיביזם שיפוטי הונע מכוח איבה וחרדה מסוציאליזם. אך יהא המניע אשר יהא, הצורך להעמיד פנים נשאר, וגורם לאקטיביזם השיפוטי בעידן **רו נגד ווייד** להיות חסר עקרונות כפי שהיה בעידן *לוכנר*.

ו. פרשנות צרה

קיים ויכוח סוער כיום על פרשנות חוקה (ובהיקף מצומצם הרבה יותר פרשנות חקיקה ראשית). האם היא צריכה להיות "צרה" או "רחבה"? האם אמנם ראוי שנזנח כפיקציה נלעגת את הרעיון שחוק או חוקה יכולים להתפרש?[49] אינני מתכוון להצטרף לוויכוח כאן, אלא רק לציין בקצרה את הקשר של הוויכוח לריסון עצמי שיפוטי. אינטואיטיבית נדמה שככל שהחוקה מתפרשת באופן רחב יותר, כך בתי המשפט אקטיביסטים יותר. אך הדבר נראה כך רק בגלל הנטייה להשוות פרשנות "רחבה" לפרשנות "משוחררת", בעוד הקשר ביניהם הוא אמפירי ולא לוגי. אם הקונגרס יבטל את הזכות לחבר מושבעים בתיקים אזרחיים פדרליים, יהיה צורך בפירוש רחב מאוד של התיקון השביעי לחוקה על מנת להימנע מהצהרה על אי-חוקתיות.

הבלבול מתגבר מאחר שפרשנות *חקיקה* צרה מקדמת על פי רוב, ואולי באופן כללי, את מה שכיניתי לעיל ריסון עצמי "תפקודי". נניח שהשאלה היא אם ליצור תרופה של פיצויים פרטיים על הפרת חוק מסוים. החוק שותק בנושא אך בית המשפט משוכנע שיצירת התרופה תקדם את מטרותיהם של המחוקקים. הפרשן הצר יטה, אף על פי כן, לא לעשות זאת. על ידי כך הוא יצמצם את כוחו של המחוקק, שהוא מדגים את מימרת הברית החדשה "כִּי־הָאוֹת תָּמִית וְהָרוּחַ יְחַיֶּה". אך בכך הוא גם מצמצם את היקף עיסוקם של בתי המשפט. האפקט הוא כללי: ככל שיש יותר חקיקה, כך עסוקים יותר בתי המשפט; על כן אם דרך פרשנות צרה בתי המשפט יגרמו למחוקקים לעבוד קשה יותר על מנת להפיק חקיקה, הם יפיקו פחות, ולבתי המשפט תהיה פחות עבודה. אך אם פרשנות צרה מקדמת ריסון שיפוטי במובנו התפקודי, הוא מעכב אותו במובן הפרדת הרשויות על ידי צמצום כוחו של המחוקק. לא ניתן להשוות פרשנות צרה לנאמנות לריסון עצמי שיפוטי.

IV. **מקומו של הריסון העצמי במשנתו השיפוטית של השופט**

טענתי לעיל שאיני סבור שריסון עצמי שיפוטי יכול לספק משנה כוללת של קבלת החלטות שיפוטית. לא רק בגלל ששאלות רבות ששופטים פדרליים נדרשים להכריע בהן אינן כוללות סוגיה של ריסון, וגם לא בעיקר בגלל סיבה זו. (הדבר נכון אף בסוגיות חוקתיות; למשל, כאשר בתי המשפט דנים בסוגיות קדימות תחת סעיף העליונות הם למעשה מיישבים סכסוכים בין הקונגרס הפדרלי לבין

החוקה שהוזכרו לצד החוק המותקף ולהחליט האם האחרון מתיישב עם הראשון. United States v. Butler, 297 U.S. 1, 62-63 (1936).

[47] ה"מ: Mark Tushnet – חוקר משפט חוקתי מוביל.

[48] Tushnet, *The Dilemmas of Liberal Constitutionalism*, 42 OHIO ST. L.J. 411, 424 (1981).

[49] לדיון משעשע אודות "אינטרפרטציה" לעומת "אי-אינטרפרטציה" ראו Kurland, *Curia Regis: Some Comments on the Divine Right of Kings and Courts "To Say What the Law Is"*, 23 ARIZ. L. REV,. 581 (1981).

המדינות.) אלא גם בגלל שהערך של ריסון הוא רק גורם אחד בקבלת החלטות שיפוטית אחראית. תפקודו של שופט מוערך במספר ממדים שונים, שבחלקם הגדול לא קשורים כלל להיותו אקטיביסט או מרוסן. משמעת עצמית (המרמזת בין השאר על כניעה הולמת לסמכות של החוק, התקדים ומקורות חוק אחרים), רוחב ידיעה של החוק ומחקר משפטי יסודי, סגנון כתיבה נהיר, יכולות ניתוח לוגי, שכל ישר, ניסיון חיים, מחויבות להגיון ובאופן קשור, להימנעות מהחלטות "מוכוונות מטרה" במובן הצר שבו הייתי רוצה שייעשה שימוש במונח זה, פתיחות לנקודת מבטם של חברים למותב, אינטליגנציה, עבודה קשה – כל אלה הן תכונות הראויות להערכה אצל האקטיביסט והמרוסן גם יחד ; ואכן כולן חלק מתשתית היסוד של עבודה שיפוטית.

מאחר שסביר יותר להניח שהתומכים בריסון העצמי השיפוטי יתמכו בהגינות ותומכי האקטיביזם השיפוטי יתמכו בפורמליזם, ייתכן שייווצר הרושם שיש הכרח לנקוט בעמדה בנוגע לריסון מול אקטיביזם גם לפני שניתן להעריך את האיזון בין הגינות לפורמליזם בפסק דין. אך אינני בטוח שדברים אלה מדויקים. למרות שהגינות מלאה לא מתאימה בכל מקרה למסמכים ציבוריים של המדינה, כגון פסקי דין, היעדר הגינות מוגזם יגרום לפסק דין להפוך לחסר עקרונות בהתאם למבחן ה"ציבוריות" שלי לעקרונות.

רמת המשמעת העצמית מספקת מפתח לתפקיד שראוי להיות להעדפות מדיניות אישיות בשפיטה. שופט בעל משמעת עצמית *מנסה* להכריע בתיק מבלי להכניס העדפות כאלה. הוא לא מנסה לחמוק מהחלטה מחייבת של ערכאה גבוהה יותר על ידי ציטוט שגוי של ההחלטה או עיוות הנתונים של המקרה. כשבאפשרותו לעמוד על תכלית החקיקה הוא מכריע בהתאם לתכלית זו. הוא הסוכן הישר של אחרים, עד שרצונם של הבכירים ממנו לא ברור ואז הוא הופך לבכיר בעצמו. ככל שהוא נמצא גבוה יותר בהיררכיה השיפוטית, כך לעתים קרובות יותר הוא יחדל מלנהוג כסוכן ישר. אך שופט בעל משמעת עצמית משחק בתפקיד הזה כאשר ניתן לשחק אותו בכנות.

ואז? אני מתחיל מההבחנה שמרחב שיקול הדעת אינו קבוע אלא תלוי בחלקו במידת התעוזה מחד או מתן הכבוד מאידך של השופט. ישנם שופטים שנותנים משקל רב יותר לעיקרון התקדים מאחרים. אין זה עניין של האם השופט אקטיביסט או מרוסן ; עיקרון התקדים קובע את כוחם של השופטים הנוכחיים מול קודמיהם ולא ביחס לסוגים אחרים של עובדי ציבור. למרות שאף אחד מאלה שמנתחים את המערכת השיפוטית האמריקנית לא סבור שנכון לשופט לדבוק באופן נוקשה בעיקרון התקדים או לא להשתמש בו כלל, קיימת דרך אמצע – אשר את היקפה לא אנסה להגדיר במאמר זה – שבמסגרתה שופטים טובים חלוקים בדעתם בנוגע למשקל שיש לתת לו.

לעיתים, התוצאה של דחיית עיקרון התקדים הוא לצמצם ולא להרחיב את מרחב שיקול הדעת, כפי שקורה כשנהפכת החלטה שנתנה לשופטים שיקול דעת רחב. אולם בכפוף להסתייגות חשובה זו, נכון יהיה לומר שמקומו של השופט על ציר התעוזה-כבוד קובע את מרחב חוסר הבהירות השיפוטית שלדעתו עומד בפניו, ובהתאם את היקף המקום שהוא רואה לנכון לתת להעדפות המדיניות שלו בהכרעה השיפוטית. אולם בתוך מרחב זה, צר או רחב ככל שיהיה, על השופט לבחור מבין תפריט עשיר של הצעות מדיניות מתחרות שבמסגרתם אקטיביזם לעומת ריסון עצמי הם רק זוג אחד. "ליברליות" לעומת "שמרנות" הוא זוג נוסף. אנו נרתעים ממונחים אלה מפאת עמימותם והדיהם הרגשיים והמפלגתיים, אולם בהגדרתם התקנית הם רלבנטיים ובעלי משמעות – הראשון

במובנו המודרני מתייחס לאמונה שיש לקיים רגולציה נרחבת על החיים הכלכליים אך לא על ההתנהגות האישית, והאחרון מתייחס בגרסאות מסוימות למשקל הפוך בתחום הרגולציה הכלכלית והאישית ובאחרות, לליסֶה-פֶּר בשטחי הכלכלה והפרט גם יחד. המושגים שאנו קוראים להם "ליברליות" ו"שמרנות" מקורם בתפיסות מתחרות בנוגע לטבע האנושי שגילן כגיל התרבות המערבית עצמה.

העובדה שאמונתו של הולמס בדרוויניזם חברתי שולבה ברבים מפסקי הדין שלו אינה גורעת מגדולתו – ואולי אף מהווה חלק ממנה: לא רק בפסקי הדין ה"קשים" שבנוגע אליהם הוא אינו מוערך במיוחד היום,[50] אלא גם בפסקי דין מתחום התיקון הראשון לחוקה שלו. הרעיון שלו בנוגע לשוק הרעיונות,[51] שבו הוא השתמש כדי להרחיב את היקפו של התיקון הראשון, הוא דרוויניסטי, ונראה שהדרוויניזם החברתי הוא זה שעומד בבסיס הכבוד שהוא נתן לנסיינות חקיקתית; דעת המיעוט שלו ב*לוכנר* היא מסמך דרוויניסטי.[52]

בין אם אנו רואים בדרוויניזם חברתי דבר טוב או רע, אין בכך כדי להשפיע על דעתנו על הולמס כשופט, כל עוד הוא לא ילדותי, מרושע, ייחודי או מפלגתי בעינינו (מפלגתי במובן שבו אימוץ פלטפורמת הבחירות הדמוקרטית או הרפובליקנית של 1900 כספר ההוראות שלו הייתה מפלגתית ועל כן חסרת עקרונות, מוכוונת תוצאות). אין לזלזל במאמצים של אינטלקט כביר להטמיע את הרעיונות הגדולים של דורו אל תוך החוק, בתחום המוגבל שבו אומנות שיפוטית לבדה לא מכריעה בתיק. אולם אני מדגיש – רעיונות "גדולים". הם לא נדרשים להיות – ולא סביר שיהיו בחברה שלנו – רעיונות שיש לגביהם קונצנזוס חברתי. אך אם הם ייחודיים אסור לשופט לעשות בהם שימוש כשהוא מכריע בתיקים. הדבר יהפוך את החוק ללא ודאי, לא צפוי וגחמתי מדי. גם במרחב שיקול הדעת על השופט להימנע ממעורבות אישית, באופן שיגביל את בחירת המדיניות שלו לערכים שמקובלים באופן רחב, גם אם לרוב לא יהיו מוסכמים על הכול.

חזרתי וטענתי שהעדפות המדיניות האישיות של השופט נדרשות לשחק תפקיד רק בנקודה שבה המרכיבים הטכניים של ההחלטה מוצו; אולם בעוד שדברים אלה מהווים הבהרה נוחה, ואף נכונה ברוב המקרים, היא לא תמיד עובדת. "פיאט יוסטיטיה, רואט קיילום"[53] אינה סיסמה שימושית לשופטים. אם ההתעקשות לאכוף חוק כלשהו בהתאם לתכליתו האמתית תביא לסירובו של הקונגרס להקצות תקציבים לניהול בתי המשפט, ייתכן שאין חובה על השופטים לאכוף את החוק בהתאם לתכליתו. אולי טעה טאני בתיק צו ההביאס קורפוס[54], ולא בשאלה של חוק. ייתכן שבמקרי קיצון הגרסה הפוליטית של ריסון עצמי שיפוטי תגבר על הדבקות באומנות השפיטה.

אך זהו פרט קטן ולסיום, צריך רק להזכיר לקורא שהמטרה העיקרית של מאמר זה לא היתה להגן על הריסון העצמי השיפוטי כי אם לנסח מחדש את המושג על מנת שיוכל לשמש תפקיד מועיל בדיונים סביב הפעלת הסמכות הלגיטימית של השופטים. שפתנו לא דלה עד כדי כך שאנו נאלצים להצמיד למונח אחד נושאים שונים ולעיתים סותרים במסגרת הערכת השופטים.

---

[50] כמו פסק דין Buck v. Bell, 274 U.S. 200, 207 (1927): "די בשלושה דורות של חסרי בינה".
[51] Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919) (דעת מיעוט).
[52] [הערת השוליים מורה על הערות 5 ו 7 שאינם מתורגמים כאן].
[53] ה"מ: ביטוי לטיני שפירושו: הצדק ייעשה גם אם השמיים יפלו. משמעותו שיש לעשות צדק בכל מחיר – "יקוב הדין את ההר".
[54] ראו הערה 3 והטקסט הנלווה.