

שיקול דעת שיפוטי בפרשנות חקיקה (תרגום)

השופט פרנק ה. איסטרברוק*

משמח אותי מאוד למסור את הרצאת הנרי בשנה זו. ההרצאה קרויה על שם משפחה מכובדת של משפטנים, לכן חשבתי שראוי לברר סוגיה הקשורה לשופטים – אך מן הראוי שתעסיק את מחשבתו של כל עורך דין. בכך ניתנת לי ההזדמנות לברר סוגיה שהטרידה אותי במשך שנים – ועליה להטריד כל מי שעוסק בתהליך של פרשנות טקסטים משפטיים. השאלה שלי, אם נסכם אותה, היא זו: מהי רמת הכלליות שבה שופט פדרלי צריך לקרוא חוק? ניסוח השאלה בצורה הזו חשוב: אני מקווה לשכנע אתכם שזהותו של הפרשן משפיעה על כלי הפרשנות, וזה בתורו משפיע על משמעות החוק. לפני שנים מספר עסקתי ברמות הכלליות הנדרשות בפרשנות חוקה.¹ אני בסך הכל שבע רצון מהתוצאה, אולם נתקלתי בקושי בבואי להרחיב גישה זו לחקיקה. באפשרותכם לשפוט בעצמכם אם המאמץ היה כדאי. אך לפני שאגש לטיעון – למעשה, לפני שאגדיר מהן רמות הכלליות שהזכרתי – אני רוצה לספק מעט רקע.

רוב החוקים שגורמים להתדיינות בבתי משפט הם מרובי משמעות. אני טוען זאת במובן שבו אנשים ממעטים להגיע לבית המשפט במקרה שבו המשמעות ברורה. למה לבזבז כסף על מנת להטיח את הראש בקיר? אנשים מגיעים לבית המשפט כשהטקסטים עמומים, או סותרים, או ארכאיים עד כדי כך שהמשמעות שהייתה ברורה בעבר התעמעמה עקב שינויים בשפה או בתרבות המשפטית. אין גישה פשוטה לבעיות האלה, מכיוון שמילים לא נולדו עם משמעות. המילים יונקות את השפעתן מהקשרים, ואלה יכולים להיות רבים – מילים אחרות, מוסכמות חברתיות, הבעיות שבפניהן עמדו מי שכתבו אותן. טקסטים פונים לקהלים של מאזינים, ואנו עושים בהם שימוש מכוון מטרה. מטרות הקוראים, וכך גם המשמעות, תשתנה עם ההקשר ובמשך הזמן.

על כן, לא מפתיע למצוא בתי משפט הקובעים שכאשר רשות מנהלית נתקלת בעמימות כזו, היא רשאית לאמץ כל פירוש סביר של החוק – ולמטרה זו פרשנויות "סבירות" כוללות את אלו שנבחרות מטעמים פוליטיים משיקולי רווח והפסד, ועל פי בחירת תוצאות שהן עדיפות בהתאם לנקודת מבטה של הרשות. הרשות המנהלית תודיע כי היא בחרה בתוצאה מסוימת מכיוון שהיא משביעה את רצונם של קבוצות אינטרס ושל חברי קונגרס; בית המשפט העליון, שהוא באופן כללי טקסטואליסט, ינהג בהסכמה, אף אם הטקסט של החוק מיטשטש תוך כדי התהליך. באופן דומה, בית המשפט, מבלי להסמיק, יחייב פרשנות אחת של חוק יחסי העבודה הלאומיים משנת 1935 כאשר תאמץ אותה

* שופט בבית המשפט הפדרלי השביעי לערעורים של ארה"ב; מרצה בכיר בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת שיקגו. רבים מהרעיונות כאן הם מתומצתים מתוך ספר שנמצא בתהליך כתיבה, הקרוי לעת עתה "פרשנות חוק". מאמרים קרובים פחות או יותר למאמר זה הוצגו בבתי הספר למשפטים של אוניברסיטת המדינה של פלורידה, אוניברסיטת ג'ורג' מייסון, אוניברסיטת שיקגו, ואוניברסיטת ייל; אני מעריך את ההערות הרבות שקיבלתי בזמן ולאחר הרצאות אלה.
¹ Frank H. Easterbrook, *Abstraction and Authority*, 59 U. CHI. L. REV. 349 (1992).

הוועדה ליחסי עבודה של הנשיא רייגן, ופרשנות הפוכה במאה ושמונים מעלות כאשר מדובר בוועדה של קלינטון. בימים אלה, הביטוי "הלכת שברון"² מסכמת גישה זו.

הנה דוגמה מהעת האחרונה. פסק דין *Lopez v. Davis*³ (לופז), קבע שלשכת בתי הכלא הפדרלית רשאית לעשות שימוש בחוק מסוים על מנת למנוע כל הפחתה בעונש בגין השלמת תכניות גמילה לרוב עבריני הסמים, גם כשהחוק אומר שהאסירים היחידים שלא יהיו זכאים לכך הם אלה שהעבירות שביצעו היו עבירות אלימות. לאחר שהקונגרס חוקק את החוק, הלשכה התקינה תקנות שלפיהן מי שהתנהגותו בפועל כללה שימוש בנשק, לא יהיה זכאי להפחתה בעונש, וזאת אף אם הרשעתו לא עסקה בכלי נשק. בתי משפט ברחבי ארצות-הברית קבעו שפרשנות זו איננה תקפה, מה שבבירור נכון. הרשעות הן תת קבוצה של כל התנהגות פסולה בעוד היעדר הזכאות החוקית תלוי רק בהרשעה. לאחר מכן הלשכה שינתה את התקנות, כך שלמעשה ייאמר בהן: "אה, אנחנו רק עושים את זה כעניין של שיקול דעת". מספר בתי משפט לערעורים גינו את המהלך, אך בית המשפט העליון, בצטטו את "הלכת שברון" חשב אחרת ואמר: "שיקול דעת! זה כבר עניין אחר". כך הלשכה ניצחה. שופטי העליון סקאליה ותומאס, הטקסטואליסטים העקביים ביותר בבית המשפט, הצטרפו לדעתה של השופטת גינזבורג בפסק דין לופז. על הספסל ומחוצה לו, השופט סקאליה הכריז על עצמו כאוהד של הלכת שברון.⁴ קשה למצוא מבקרים מעמיקים של אותו פסק דין ושל הדוקטרינה שהוא מגלם.

חרף העובדה שגישה זו כלפי שיקול דעת מנהלי איננה חדשה – הלכת שברון היא רק הביטוי האחרון של גישה שיושמה במשך זמן רב, אף אם לא הוגדרה באופן ברור כל כך עד אליה – יש לתמוה עליה. בוודאי עבור שופטים טקסטואליסטים, המאמינים בכך שהמשמעות מוצפנת בטקסטים, וכי יש ליישם אותה ולא להתערב בה. כל הגורמים עליהם רשות עשויה להסתמך – לחץ פוליטי, השקפת הנשיא בדבר תוצאות רצויות, מחקרי עלות-תועלת, היסטוריית חקיקה (לרבות מכתבים או גינויים של חברי קונגרס בנוסף לדוחות ועדה) ושאר הכלים של מומחי מדיניות – נמצאים מחוץ לתחום עבור שופטים טקסטואליסטים. יתרה מכך. בימינו אפילו השופטים שנוטים יותר מכל כלפי אסכולת ההליך המשפטי של הארט וזקס, המעודדת פרשנים למצוא ולהרחיב את רוחה של החקיקה,⁵ מושכים ידם מהזכות להישען על נקודות מבט אישיות ואולי ייחודיות בנוגע לשאלה מהי מדיניות נבונה. אולם תוצאות "טובות" כאלה הן בדיוק מה שרשות מנהלית מבקשת להשיג כשהיא מפעילה שיקול דעת.

אגדיר את הבעיה באופן ישיר יותר. שופטים ומלומדי משפט כותבים לרוב על הלכת שברון ועל אימוץ פרשנות הרשויות המנהליות משל הייתה השאלה שבמוקד מי מפרש את החוק – האם שופט בעל קביעות, "מומחה" מטעם רשות מנהלית או נציג פוליטי הממונה בידי הנשיא?⁶ אני רואה את הבחירה

² Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

³ 531 U.S. 230 (2001).

⁴ למשל, Antonin Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989, 511 D.U.K.E.L.J. (1990).

⁵ אולם דעתו בעניין הלכת שברון שונה משל חבריו. ראו United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218 (2001).

⁶ HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, *THE LEGAL PROCESS* 1111-1380 (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey eds., 1994).

⁶ אני אומר "מומחה" במרכאות, מכיוון שחברי הרשויות אינם נבחרים על פי יכולותיהם המדעיות, הנם לעיתים נדירות בעלי

כישורים בתחום המחקר או הניתוח האקדמיים וכמעט שלא מכפיפים את מסקנותיהם למחקר אקדמי חסר פניות.

התייחסויות ל"מומחיות" במשפט אדמיניסטרטיבי הן או תכסיס רטורי או משקפות בורות בעניין בחירת ופעילות הוועדות

בפועל. ראו Bechtel v. FCC, 10 F.3d 875 (D.C. Cir. 1993); Elliott v. Commodity Futures Trading Comm'n, 202 F.3d 926, 940 (7th Cir. 2000) (Easterbrook, J., dissenting); Frank H.

Easterbrook, *"Success" and the Judicial Power*, 65 INDIANA L.J. 277 (1990).

באופן שונה. הנושא העיקרי הוא מהם הכלים הפרשניים שיישמו. שופטים בעבודתם שלהם סולדים מהשיטות שבהן משתמשות הרשויות המנהליות – שיטות שהשופטים נותנים לרשויות המנהליות רשות לעשות בהן שימוש על ידי החלת הלכת שברון. שופט שמכריז על מתן קדימות לרשות המנהלית מאשר בכך שינוי בשיטת הפרשנות, לא רק שינוי בזהות הפרשן, כפי שקורה במקרה שבו התיק נמסר לבית משפט אחר. נוסף על כך, השיטות שהרשויות עושות בהן שימוש הן סבירות לחלוטין.

אם החוקים אכן עמומים, אם סביר או אפילו בלתי נמנע שהרשויות יפעילו שיקול דעת בפרשנות חוק, אם בפשטות אין תשובה נכונה – אזי מדוע לא יוכלו השופטים לעשות מה שעושות הרשויות המנהליות? אם החוק מופנה אל רשות מנהלית כלשהי, אזי לרשות יש שיקול דעת; אם החוק מופנה אל השופט אזי לשופט יש שיקול דעת. יש לזכור שעקרונות טקטואליסטיים רבים – כגון אי התחשבות בהיסטוריית חקיקה בגין הכלל החוקתי של שני גופים מחוקקים,⁷ או הרעיון שפרשנות עקבית לאורך זמן היא חלק ממה שמרכיב את האמירה שחוקים הם משפט ולא רק תמריצים – לכאורה נכונים לרשויות מנהליות בדיוק כפי שהם נכונים לשופטים. יתר על כן, הבסיס לפרשנות טקטואליסטית – שעל השופטים להיות סוכנים נאמנים של ההכרעות החקיקתיות – נדמה כלא פחות נכון עבור רשויות מנהליות. תחת הפרק השני לחוקה, הנשיא וממשלתו נדרשים לשמוע בקול החוק בנאמנות, ולא לעשות בו מניפולציות. כך שאם שיקול דעת בפרשנות מותר עבור פקידי הפרק השני, מדוע הוא אסור לפקידי הפרק השלישי?⁸ ואם הטקסטואליזם נחוץ עבור פקידי הפרק השלישי, מדוע איננו נחוץ עבור פקידי הפרק השני?

כמו כן, אם לשופט יש שיקול דעת, מדוע ששיקול הדעת לא יהיה מוכווון מדיניות? האין זה חוסר עקביות מצד השופטים למנוע מעצמם את הכוח שהם מעניקים ללשכת בתי הכלא? למעשה, האין הרציונל עבור קבלת הפרשנות המנהלית מוכיח כי הבסיס לטקסטואליזם של השופטים ניצב על חול טובעני? אם אין תשובה נכונה עבור חוקים המופנים אל הרשויות המנהליות, אין תשובה נכונה עבור חוקים המכוונים אל שופטים, ומוטב שנביט לעובדה זו בעיניים.

הפתרון לחוסר עקביות לכאורי זה דורש הן ליבון של המשמעויות המרובות שיש לשיקול דעת מנהלי בפרשנות, והן ניתוח של ההבדלים בין פקידי הפרק השני לבין פקידי הפרק השלישי לחוקה. הרשו לי להתחיל עם הראשונים, כפי שבחרו לעשות השופטים עצמם בפסק דין *United States v. Mead Corp.*⁹ (פסק דין מייד) אליו אתייחס מבלי שאנסה לנתח אותו. (פסק דין מייד, החשוב ביותר בסוגיה זו מאז הלכת שברון, גם הוא עצר בשאלה הראשונה; בית המשפט לא הבחין, או לכל הפחות לא דן, בקשר שבין זהות המחליט לבין הנורמות הפרשניות המתאימות. ישנם חסרונות נוספים בפסק דין זה אולם אין בכוונתי להתייחס אליהם כאן).¹⁰

⁷ ראו למשל. John F. Manning, *Textualism as a Nondelegation Doctrine*, 97 COLUM. L. REV. 673 (1997).

⁸ איני הראשון ששואל שאלה זו. ראו: Michael Herz, *Textualism and Taboo: Interpretation and Deference for Justice Scalia*, 12 CARDOZO L. REV. 1663 (1991). U.S. 218 (2001). 533⁹

¹⁰ בעיה ספציפית אחת היא, שלמרות שפסק דין מייד מתייחס לקדימות כאילו היא זהה להאצלה, הוא ממשיך ומשווה בין תחום הקדימות לבין החלטות המתקבלות בצורות רשמיות מסוימות כגון דרך קביעת כללים. אך קשה לראות כיצד בחירת הרשות המנהלית באמצעים ליישום תפקיד מואצל מדגימה את היקפה של אותה האצלה. הרשות המנהלית שולטת באמצעים, אך הקונגרס והנשיא יחד קובעים כמה סמכות להאציל. לבעיות נוספות, ראו: Adrian Vermeule, *Mead in the Trenches*, 71 GEO. WASH. L. REV. 347, 355-61

כאשר שופטים מדברים על "מתן קדימות" להחלטה מנהלית, או מכריזים שלרשות יש שיקול דעת, הם עשויים להתכוון לכל אחד מהעניינים הבאים:

- **האצלה.** כאשר הקונגרס מעניק לרשות המנהלית את הכוח לאמץ נורמות משפטיות באמצעות קביעת כללים רשמית או באמצעות שיפוט מנהלי, בית המשפט צריך לקבל כל פעילות במסגרת הסמכות המואצלת, כפי שהוא מקבל אותה בחקיקה. הרשות המנהלית יוצרת כללים, לא מפרשת אותם. מה שהחוק קובע בעיקר הוא מי מחליט, ולא כיצד על גורם זה להחליט. זהו, כך מתעקש פסק דין **מיד**, קצה גבולה של הלכת שברון.
- **כבוד.** כאשר החוק מורה לרשות המבצעת להגשים תכלית מסוימת – כלומר, כשהחוק מפרט יעדים, כגון אוויר בלתי מזוהם – אולם לא מפרט אמצעים להשגת היעדים, כגון אחוז החלקיקים באוויר שיש לסנן, הבחירות שנעשות על מנת לקדם תכלית זו הן פוליטיות בטבען. הנשיא, ולא שופט, מחליט כיצד ליישם את החוקים, ועל כן, על בית המשפט לכבד את שיקול דעתה של הסוכנות הממשלתית המתאימה ובחירותיה. ניתן לחשוב על חוקים המציינים תכליות ולא אמצעים כסוג של האצלת סמכות אל מי שעליו לבחור כיצד יש להגשים את התכלית האמורה.
- **שכנוע.** בשאלות "טהורות" של משפט, כאשר לא התקיימה האצלת סמכות, דעותיה של רשות מנהלית עשויות לשכנע גם כאשר הן אינן מחייבות. ככל שהטקסט הסטוטורי והמשנה שלו פסקניים יותר בסוגיית המשמעות, כך רשות מנהלית עשויה לשכנע באמצעות שפיכת אור על הדרך שבה חלקי החוק מתאימים יחד. ככל שגורמים אחרים (אותם נכנה במאוחד "הכוונה החקיקתית") משמעותיים, ייתכן שלרשות המנהלית תהיה גישה טובה יותר מאשר לשופטים אל מה שמצביע על כוונה זו. סוגיה זו, על פי פסק דין **מיד**, היא היקפה של הקדימות שנקבעה בפסק דין **סקידמור**.¹¹

שימוש במושג זהה אחד עבור שלוש סוגיות נפרדות יוצר בלבול. שופט העליון ברייר מאמין כי הדבר אף גרוע מכך – לעיתים בלבול זה הוביל את בית המשפט לתת משקל יתר לטענות המשפטיות של רשות מנהלית (מקטגוריית ה"שכנוע") מאשר לבחירות הרשות באשר למדיניות נבונה (מקטגוריית ה"כבוד"), ובכך החליפו בין תפקידיהם הראויים של הרשות השופטת והרשויות הפוליטיות.¹² נוסף על כך, בפסק דין **מיד** תוארו רק שתי קטגוריות ולא שלוש, מה שעלול ליצור בעיות בהמשך הדרך.

רוב האזכורים של "קדימות" או "שיקול דעת" ביחס לרשויות מנהליות בספרות המשפטית – וגרוע מכך, בחוות הדעת של שופטים – מטעים, מכיוון שהם אינם מבחינים בין המשמעויות השונות של המילים. שיקולים שמתאימים למשמעות אחת יכולים שלא להתאים לאחרת. אני חושב שהתחום האמתי היחיד של "שיקול דעת" הוא תחום האצלת הסמכות – הקונגרס יכול להאציל סמכות חקיקה לרשות המבצעת, ויש לכבד את החלטותיה בגלל שהן פוליטיות בסופו של יום.¹³ כך קבע בית המשפט

(2003).
¹¹ראו Skidmore v. Swift & Co., 323 U. S. 134 (1944).
¹²Stephen Breyer, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, 38 ADMIN. L. REV. 363 (1986).
¹³ראו Krzalic v. Republic Title Co., 314 F.3d 875, 882 (7th Cir. 2002) (Easterbrook, J., concurring).

העליון בפסק דין **מיד**. אין בעיה חוקתית עם האצלה. בית המשפט העליון הדגיש נקודה זו בפסק דין *Whitman v. American Trucking Ass'ns*,¹⁴ כשדחה את דעתו של בית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז קולומביה, שסבר שהאצלת סמכות הרחבה דיה כך שהיא כוללת סמכות קבלת החלטות מפרה את דוקטרינת אי-ההאצלה. ולא היא, קבע בית המשפט. ההאצלה חוקתית; הקונגרס הראשון עצמו האציל סמכות על ימין ועל שמאל לנשיא ולבתי המשפט (כפי שמחוקק חלקי מוכרח לעשות);¹⁵ כאשר יש האצלת סמכות **אמתית**, יש שיקול דעת **אמתי** למחזיק בסמכות המואצלת. ושיקול דעת כזה צריך להיות זהה עבור פקידי הפרק השני ופקידי הפרק השלישי לחוקה.

פרק שלוש לחוקה עצמו האציל לבית המשפט העליון את הסמכות ליצור חוקים בנושאים הנוגעים לסכסוכי גבול בין מדינות; שופטי העליון עשו זאת בהתלהבות, ומעולם לא טענו שיש איזושהי בעיה ביישום השקפות משפטיות בדבר מדיניות מבוססת של הדרך הנכונה לשרטט את קווי הגבול הדמיוניים של נתיבי מים. המשפט הימי הוא המצאה של שופטים פדרליים, וכמו דיני הנזיקין המדינתיים, הוא השתנה עם הזמן כשהשקפותיהם של השופטים בדבר מדיניות נבונה השתנו. כך גם דיני ההגבלים העסקיים;¹⁶ מה שעשו השופטים שונה אך במעט ממה שעושה נציבות הסחר הפדרלית (ה-FTC) כאשר מפלגה פוליטית זו או אחרת תופסת את השלטון ומעניקה לה זווית ראייה כלכלית שונה.

חוק שרמן אוסר על חוזים המגבילים סחר.¹⁷ אך כפי ששופט העליון ברנדייס העיר בפסק דין *Chicago Board of Trade v. United States*¹⁸ כל חוזה כובל או מגביל; זה הדבר המבדיל בין חוזה לבין משאלת לב. איש לא מניח כי הקונגרס אסר על חוזים. על כן, אומרים השופטים: "מדוע העביר קונגרס את החוק הזה?" והם משיבים, "להגן על צרכנים מפני מחירי מונופול". הדבר מרמז על הלך מחשבה, תפריט של גישות ואף כללים משפטיים מסוימים אשר אותם פיתחו בתי המשפט. אך ההכרעה בתיק הגבלים עסקיים לא מיישמת לשון חקיקה. במילים אחרות, ההאצלה הובילה את השופטים לקרוא חוקי הגבלים עסקיים ברמת הפשטה גבוהה הרבה יותר מאשר חוקי מיסים. איש לא חולם לומר כי "המטרה" של מס היא להעלות X דולרים של הכנסה, בלי שיבוש כלכלי גדול מדי, כך שאם בגלל מיתון למשרד האוצר אין כסף, או שבעקבות גשוג כלכלי אנשים משלמים הרבה מדי, או מכיוון שהחוקים גורמים לחוסר יעילות הקצאה רב מדי, או אז תהיה לשופטים הפריבילגיה לשנות את המס השולי על מנת שהכול יסתדר. לא, את חוקי המיסים קוראים באופן פרטיקולרי, ככללים ולא כסטנדרטים, כמה שמפרט *התנהגות נדרשת* ולא *תוצאות רצויות*. ההבדל הגדול הוא בטבעה של ההאצלה: שום סמכות לא הוענקה לשופטים בסוגיית דיני המיסים.

ההאצלה למערכת המשפט (ושיקול הדעת הנלווה להאצלה) שכחה הרבה פחות מאשר האצלה לרשויות מנהליות. מדוע זה כך? ישנם שני סוגי סיבות, האחד פרקטי, והשני נעוץ בחוקה.

¹⁴ 531 U.S. 457 (2001).

¹⁵ למשל, החקיקה הראשונה בדבר פטנטים הסמיכה צוות, שכלל את התובע הכללי ואת מזכירי החוץ והמלחמה, להנפיק פטנט עבור כל "המצאה או תגלית" (המונחים נותרו בלתי מוגדרים) אותם ראו כ"בעלי חשיבות ותועלת מספיקים". Act of Apr. 10,

Stat. 109, 110. 1, § 1, 1790 קביעת מידת ה"חשיבות והתועלת" שנחשבת חשובה או מועילה מספיק הואצלה לצוות. ראו את

הדיון ב- DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION IN CONGRESS: THE FEDERALIST PERIOD 90-93 (1997) ראו, *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997), הכנה באופן מרענן לגבי הדמיון בין המשפט המקובל לבין סמכות השופטים בליטיגציה של הגבלים עסקיים.

¹⁷ 15 U.S.C. § 1 (2000).

¹⁸ Bd. of Trade of Chi. v. United States, 246 U.S. 231 (1918).

במישור הפרקטי, מוטב להתחיל עם ההכרה בכך שהאצלה לרשות מנהלית מוודאת כי פרשנות יחידה גוברת. ישנו רק מזכיר אחד למחלקת הבריאות ומשאבי האנוש של ארצות הברית, אך ישנם שלושה עשר בתי משפט לערעורים שבע מאות שופטים מחוזיים נוספים פחות או יותר, שחלקם בהחלט "פחות" מאשר "יותר". שאלה מוגדרת כשנויה במחלוקת, כאשר בני אדם סבירים עשויים להכריע בה באופנים שונים; על כן צפוי ששאלות שנויות במחלוקת יוכרעו בצורות שונות על ידי שופטים שונים. גרוע מכך, כאשר שופטים אלה יתחילו לקבל החלטות באופן לא עקבי, הסתירות תיכנסנה למאגר התקדימים; ועם הנחות יסוד סותרות אפשר "להוכיח" כל מסקנה. על כן, גודלה של מערכת המשפט, לצד הנורמה הקיימת בחוות דעת משפטיות לגזור מסקנות על סמך הנחות יסוד, מספקות נימוקים כבדי משקל למנוע משופטים לקבל החלטות מדיניות – וזה עוד לפני שלוקחים בחשבון את פרדוקס ההצבעה שזיהו קונדורסה וממשיכי דרכו. האצלה לרשות מנהלית מאפשרת כלל לאומי אחיד ללא הצורך בהכרעת בית המשפט העליון לגבי משמעותם של כל חוק או רגולציה.¹⁹ הדבר מסביר גם מדוע בתי משפט מקבלים כמעט תמיד את האופן שבו הרשות מבינה את הרגולציות שלה עצמה. מלבד במקרים שבהם הרשות מנסה, באמצעות "פרשנות" של כלל, להימנע מדרישות חוק הפרוצדורה המנהלית לפרסום חופשי של כלל מוצע,²⁰ קבלת השקפתה של הרשות מייצרת אחידות במחיר זניח.²¹

סיבה פרקטית שנייה היא זו: האצלת סמכות מזרזת שינוי. לעיתים, כגון בדיני עבודה לדוגמה, היא מאפשרת התאמה פוליטית למצבם של העובדים מול הדרג המנהל, ללא הצורך בדיון וכחני בקונגרס. אולם, לעיתים קרובות ההתאמה היא טכנית, ומומחים נוטים לערוך שינויים טכניים טוב יותר משופטים כלליים המבלים יותר מדי מזמנם בטיפול בתיקי קוקאין.²² ככל שאנו מוסיפים לידיעותינו בדבר פעולת חומרים מסרטנים (ומהם), הערך של אסטרטגיות לקידום הבריאות משתנה. אילולי היה לסוכנות להגנת הסביבה של ארה"ב (ה-EPA) שיקול דעת לשנות את מדיניותה כתוצאה מכך, היינו כבולים לאסטרטגיות גרועות מאוד. זה מה שקרה עם סעיף דילייני²³ – החוק שאסר על מנהל המזון והתרופות (FDA) לאשר כל תוסף מזון חדש שיכול לגרום לסרטן כלשהו. בשנים שלאחר העברתו, נעשה קל יותר לגלות חומרים מסרטנים ברמה נמוכה, כך שתוספי מזון רבים יותר נכשלו במבחן (ונעשה יקר יותר לבדוק את כל המועמדים). אך התוצאה לא הייתה קידום בטיחות המזון. להיפך, ההשפעה של החוק הייתה להשאיר תוספים חדשים מחוץ לשוק אף כשהם היו בטוחים הרבה יותר ממוצרים קיימים, כאלה שאושרו במסגרת "כלל סבא". מה שלא נאמר בגנות ממתיקים מלאכותיים; הם עדיין בטוחים יותר מסוכר מזוקק! רשות מנהלית עם שיקול דעת יכולה לתקן זאת – אך זוהי

¹⁹ ראו Peter L. Strauss, *150 Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, 87 COLUM. L. REV. 1093 (1987); *Homemakers N. Shore, Inc. v. Bowen*, 832 F.2d 408 (7th Cir. 1987).

²⁰ 5 U.S.C. § 553 (2000).

²¹ ראו Thomas W. Merrill, *Textualism and the Future of the Chevron Doctrine*, 72 WASH. U. L.Q. 351, 374 (1994). (המציין כי שיקול דעת של רשות מוצדקת על ידי שילוב של מחויבות פוליטית, מומחיות של ידע, גמישות ואחידות לאומית ששופטים אינם יכולים לשחזר).

²² הדבר גם מרמז כי המתודות הטקסטואליסטיות הן הטובות ביותר עבור שופטים כוללנים אף אם מומחים יעשו שימוש במתודות פרשניות בעלות דקויות. ראו Frederick Schauer, *Statutory*.

²³ *Construction and the Coordinating Function of Plain Meaning*, 1990 SUP. CT. REV. 231; Frederick Schauer, *The Dilemma of Ignorance: PGA Tour, Inc. v. Casey Martin*, 2001 Sup. CT. REV. 267.

²³ 21 U.S.C. § 348(c)(3)(A) (2000).

כנראה הסיבה ששיקול הדעת נמנע במשך זמן רב כל כך. עד לעת האחרונה, כשהתרכז סעיף דילייני,²⁴ קבוצות אינטרס ממוסדות הצליחו להגן על מוצריהן מפני תחרות בכלים פוליטיים.

ההתאמה אמנם נושאת סיכונים עבור רשויות מנהליות בעולם של קבוצות אינטרס, אולם היא בלתי אפשרית עבור שופטים. הקונגרס והנשיא יכולים לשלוט בפקידים; ראש ה-FDA המאשר יותר או מעט מדי מהסוג הלא נכון של תוספי מזון יכול להיות מפוטר על ידי הנשיא או לספוג איומים בדמות "שימועים לשם פיקוח"; ניתן לאיים על תקציבו. מקובל לשחרר לראש ה-FDA את הרצועה מכיוון שאם יסטה מרצונותיו של אדונו ניתן להדק את הרצועה (או להחליף את הראש) במחיר נמוך. אולם אם שופט סוטה מהדרך, התרופה היחידה היא חקיקה נוספת – שמחירה גבוהה הרבה יותר במונחים פוליטיים.

שופטים כמובן מבינים זאת, והם אכן סוטים מהדרך – הם מתפתים לנטות מהקונצנזוס הפוליטי אף יותר מהפקידים ואפילו מהנשיאים. זוהי סוגיה נפרדת מבעיית חוסר הקוהרנטיות הנגרם ממספר רב של שופטים ומתקדימים סותרים.²⁵ השופטים מתפתים יותר לכך מכיוון שיש פחות כלים שבהם ניתן לרסן אותם; למעשה, הכלי היחיד הוא חוק חדש, וייתכן שחוק כזה יהיה זה בלתי אפשרי כפי שאפרט להלן. לכן צפוי שבמדינה שבה רשה לחוקק, השופטים ייהנו ממרחב פעולה פוליטי גדול יותר מאשר במדינות שבהן קל לעשות זאת. ההבדל בין מערכת המשפט האנגלית הצנועה יחסית, לבין המערכת האמריקנית הנועזת יחסית, מדגים נקודה זו.²⁶ התנאים של קביעות השופטים זהים משני צדי האוקיינוס, אולם לשופטים האנגלים יש פחות מרחב פעולה בפרשנות. הם פועלים תחת מערכת פרלמנטרית שיכולה לשנות את הכרעותיהם במהירות בעוד ששופטים אמריקנים נהנים מיותר חופש פעולה בתור סוכנים. ההבדל המבני הזה יכול בהחלט להסביר את ההבדל בתיאוריה הפרשנית – אולם זוהי נקודה פוזיטיבית ולא נורמטיבית, ומרחב הפעולה לסוכנים בארה"ב נראה לי כעלות ולא כרווח, מכיוון שהוא מסבך את המשימה החקיקתית כשהמחוקק חפץ לאמץ כללים יציבים וטכניים.

רגע. האם לא גינתי כעת את מערכת המשפט העצמאית? במידה מסוימת כן, לפחות כאשר העצמאות נרתמת למטרות מסוימות, וזה מביא אותי להבדל החוקתי שבין פקידי הפרק השני לפקידי הפרק השלישי לחוקה. ההבדל הוא קביעות. כאשר שופטים יוצרים מדיניות – וזוהי בסופו של דבר משמעותו של שיקול דעת בפרשנות – אי אפשר לסלק אותם. בדמוקרטיה ייצוגית, זוהי סיבה כבדת משקל לא לאפשר לשופטים ליצור מדיניות מלכתחילה. הדבר נכון במיוחד במדינה כשלנו, שבה המערכת הפוליטית נועדה להקשות מאוד על חקיקה שמשנה הכרעות שיפוטיות.

הקביעות נוצרה בעיקר על מנת להגן על בעלי דין פרטיים מהשפעות פוליטיות. אף אדם המואשם בהרג של שוטר לא רוצה לעמוד בפני שופט שעומד לבחירות חוזרות וחושש שאם יזוכה הנאשם, הוא ייאלץ להתמודד עם קמפיין עוין של איגוד השוטרים. אף אדם המנהל קליניקה להפלות לא חפץ לעמוד מול מערכת משפט אשר קופות הבחירות שלה מלאים הודות לעבודתם הקשה של מתנגדי הפלות. הדרך

²⁴ ראו למשל - Food and Drug Administration Modernization Act of 1997, Pub. L. No. 105-115, 111 Stat. 1489. 111, 115 Stat. 2296; Food Quality Protection Act of 1996, Pub. L. No. 104-170, 110 Stat. 1489. 111, 115 Stat. 2296. יחד, חוקים אלה למעשה ביטלו את סעיף דילייני.

²⁵ ראו באופן כללי. Frank H. Easterbrook, *Ways of Criticizing the Court*, 95 HARV. L. REV. 802 (1982).

²⁶ ראו Eli M. Salzberger, *A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary?*, 13 INT'L REV. L. & ECON. 349, 369 (1993).

הפרקטית הטובה ביותר לוודא יישום חסר פניות של החוק על העובדות בשטח היא מערכת משפט בעלת קביעות ארוכה.

במילים אחרות, לשופטים יש קביעות על מנת שיהיה קל יותר עבורם (כיוון שהמחיר נמוך יותר) להיות נאמנים להכרעות שנעשו בעבר. אם יש הכרעות שצריך לעדכן, הדבר צריך להיעשות על ידי מי שאמור להיות רגיש לרצון העכשווי – פקידי ממשל, הקונגרס והנשיא. למרות ששופטים נוטים להיות יותר אדישים מאשר עובדי ציבור פוליטיים, אדישות זו עלולה להוביל אותם לא להיות נאמנים להכרעות ישנות יותר או להשקפה המקובלת של התרבות המשפטית בימיהם; אלא להיות נאמנים יותר להשקפותיהם שלהם. זהו הצד האפל של הקביעות.²⁷ בדומה ל-"כוח" במלחמת הכוכבים, לקביעות יש צד מואר וצד אפל. ובדומה ל-"כוח", הצד האפל הוא התמכרות לעצמך; אם דעת הקהל והפוליטיקה לא משפיעים על השופט אזי העדפותיו האישיות נעשות חשובות יותר. אם מזכיר התחבורה מתנפח מחשיבות עצמית, ניתן ל"דנגל" אותו (אם אינכם מכירים את הרפרנס, שאלו מישהו שזוכר את התקופה בה הדמוקרטים היוו רוב בבית הנבחרים). לא ניתן ל"דנגל" שופטים, לא כל שכן לפטר אותם. וזוהי הסיבה שאין לאפשר לאדם עם קביעות שיקול דעת בפרשנות.

פקידי ציבור צריכים לפרט לא רק משמעות אלא גם את הסיבות שיש לקבל את עמדתם בדבר משמעות זו. כאשר המשמעות אקראית, כיצד אנשים עם קביעות יכולים להסביר את זה שאתה הולך כללא אם תסטה מדרישותיהם? זוהי שאלה רצינית עבור אומה שחוקתה חסרה סעיף לגבי ביקורת שיפוטית. כללי הפרשנות יכולים להשתנות על פי מקור הדרישה שיש לציית לה. כאשר הדרישה נשענת על בחירות שאירעו לאחרונה, קריאה עכשווית גמישה עשויה להספיק. אולם כשהדרישה נשענת על צו של נשיא שכבר הלך לעולמו, ייתכן שקריאה טקסטואלית יותר נדרשת על מנת להגביל את כוחה של אותה יד מתה, כתחליף להגבלה הפוליטית.

כיצד, אם כן, יש לשרטט את הקווים למתן שיקול דעת פרשני לפקידי הפרק השני לחוקה ולא לפקידי הפרק השלישי? בעיקר על ידי שליטה ברמת ההפשטה. שוב אנו נתקלים בביטוי הזה.

כאשר אני אומר שיש לפרש חוק ברמה נמוכה של הפשטה, אני מתכוון לכך שיש להבין אותו כקודקס של מה שיש לעשות, ולא כסט של מטרות שיש להשיג. דיני מיסים הוא מודל טוב לכך. יש בהם הרבה מונחים מופשטים, אולם הם עובדים על בסיס קלט ולא פלט.

הצהרה כללית יותר, לעומת זאת, יוצרת הפשטה מעבר לקלט ומתרכזת בתוצאות. הקביעה כי "אסור לנהגים לנסוע מעל 65 מיל בשעה" היא ספציפית; הקביעה לפיה "על נהגים לפעול בזהירות סבירה תחת הנסיבות" היא מופשטת מאוד – הרבה יותר מאשר הכלל "על נהגים לנסוע מתחת למהירות המותרת בזמן של גשם". הכלל המופשט יותר לפעמים דורש שאלות מפורטות מאוחר יותר (מהי בעצם אותה "זהירות סבירה" תחת הנסיבות?) ולפעמים לא (הכלל "אסור להפלות על רקע השקפתו של דובר" מבטל את סוג האיזון לאחר מעשה שמקובל לעשות בדיני נזיקין).

²⁷ ראו באופן כללי Frank H. Easterbrook, *What's So Special About Judges?*, 61 U. COLORADO L. REV. 773 (1990).

אתן לכם דוגמה לצורה שבה שופטים משחקים עם רמות של הפשטה בצורה שמגינה על הכרעה שיפוטית מתגובת נגד חקיקתית. פסק דין *California Federal Savings & Loan Ass'n v. Guerra*²⁸ (גוארה) עסק בחוק אפליה בהריון (ה-PDA) שקבע כי נשים הרות נדרשות, "בהקשר של העסקתן, לזכות באותו יחס" שניתן לעובדים שאינם בהריון.²⁹ השאלה הייתה האם לאחר שעבר ה-PDA, מעסיקים יוכלו להפלות נשים לטובה על ידי מתן חופשת לידה לנשים ולא לגברים. החוק לא אומר זאת במפורש. אם החוק היה מאציל את ההכרעה לנציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה (ה- EEOC), מערכת המשפט הייתה מקבלת כמעט כל תשובה. אך החוק לא האציל, כך שהבעיה הגיעה לפתחם של שופטי העליון.

ה-PDA היה תגובה לפסק דין *General Electric Co. v. Gilbert*³⁰ (גילברט) שקבע כי אפליה על רקע הריון אינו אפליה על בסיס מין. חוק האפליה בהריון הופך את החלטת גילברט. האם הוא עושה יותר מכך – האם הוא נותן זכויות חדשות לגברים שרוצים להישאר בבית עם ילדיהם הקטנים? בית המשפט ניגש לפסק דין גוארה על ידי שינוי ברמת הפשטה. במקום לשאול אילו כללים גלומים במונח "אותו יחס", השופטים בחרו לשאול איזה סוג יחסי העסקה החוק נועד להסדיר. הרוב בחוות הדעת עשה זאת באמצעות הצגת שאלה היפותטית למחוקקים: "האם הייתם מתנגדים לכך שנשים יקבלו מעט יותר מגברים?" הם ענו, עבור המחוקקים השותקים, "לא". תוצאת הדברים הייתה העלאת רמת הפשטה: להסתכל על תוצאות החוק ולא על הגדרת הכללים. אפשר בקלות להציג שאלה אחרת, המורה על רמה נמוכה הרבה יותר של הפשטה: "האם 'אותו יחס' פירושו 'יחס זהה'?" קיימות אפשרויות רבות בין שני הקצוות הללו.

האם יש דרך כלשהי לבחור רמה אחת נכונה של הפשטה? חלק מהשופטים (ולמעשה חלק מהמחוקקים) מעדיפים שוויון פורמלי מתוך שיקולי מוסר או זהירות; אחרים רוצים לצמצם את תפקידו של החוק (או את תפקיד הסוכנים הפדרליים לעומת סוכני המדינה); אחרים חושבים שהחוק לא צריך לעשות יותר מאשר להגן על קרבנות של אפליה בעבר ולתת לגברים לדאוג לעצמם; אחרים יאמרו שאין כל אפליה כך או אחרת אם נסתכל על המשפחה כיחידה אחת ולא על עובדים פרטיים כמי שהחוק דואג לו. כל אלה מצביעים על אסטרטגיות מהותיות שונות בנוגע לעיון בכללים לעומת עיון בתוצאות. זו הסיבה שהשופטים היו נותנים מרחב פעולה אם ה-EEOC היה זה שצריך לתת את התשובה.

כיצד, אם כן, על שופט בעל קביעות לנהוג? זכרו את שאלתו ההיפותטית של בית המשפט. אל מי מופנית שאלה זו? אל מגישי הצעת החוק? לאזרח הממוצע המצביע בבחירות? הבחירה הראשונה מוטעית, בעוד האחרונים שותקים! בכל מקרה יש לשחזר את הדובר. אם תשחזר אדם כמוך בדיוק (אולי על בסיס ההנחה שכולם בעלי דעה סבירה ואתה מודל הסבירות), אזי התהליך של שאלה היפותטית חסר ערך. עדיף כבר לחסוך את ההצגה ולשאול את עצמך מה הכי טוב בעיניך. אולם אם תעניק לדוברים המשוחזרים מאפיינים אחרים, תקבל רק את מה שאתה מכניס – ושוב התהליך חסר

²⁸ 479 U.S. 272 (1987).

²⁹ U.S.C. § 2000e(k) (2000). 42

³⁰ U.S. 125 (1976). 429

ערך. בפשטות, אין שם כלום. אלה רק דעותיהם של השופטים שנעשו השליטים, לא בגלל משהו הנמצא בטקסט, אלא על ידי השינוי ברמת ההפשטה.

ייתכן שזווית אחרת תסייע להאיר את הנקודה. כמעט כל חוק מתמודד עם כמה סוגיות במקביל. חשבו על חוק פשוט מאוד: כזה שקובע רק כלל הכרעה ותקציב אכיפה.

נניח ש-60% מחברי הקונגרס מעדיפים את הכלל "היחס לנשים צריך להיות לא פחות מהיחס לגברים" (כך שגבר יפסיד בעניין גוארה). נאמר גם שחצי מה-60% הללו רוצים אכיפה זולה, וכן שחברי קונגרס אחרים רוצים תקציב אכיפה גדול יותר אך שוויון פורמלי. הכלל "היחס לנשים צריך להיות לפחות כמו היחס לגברים" יכול לעבור באופן עצמאי, אולם לא כאשר הוא צמוד לשאלות האכיפה; התקציב הגדול יותר גם יוכל לעבור באופן עצמאי אך לא כששתי הסוגיות נשקלות יחד. על מנת להשיג תקציב גדול יותר עבור ה EEOC, על הקונגרס להסתפק בשוויון פורמלי (אשר הרוב מעדיפים על פני הסטטוס קוו שייצג פסק דין גילברט). כל פרשנות שמחפשת את העדפות המחוקקים כדרך להעלות את רמת ההפשטה מעוותת את החוק באופן בלתי נמנע על ידי ייחוס לקונגרס תוצאה שלא הייתה יכולה לצאת לפועל בגלל הסוגיות האחרות שעמדו על הפרק. אם בית משפט מפרש לאחר מעשה את כלל השוויון כמאפשר העדפה, הקונגרס לא יכול לבטל הלכה זו (60% מחברי הקונגרס הרי יצביעו נגד סוגיה יחידה זו); אך ידיעה מקדימה של רצף עניינים כזה היה מוודא אכיפה חלשה. לפני מעשה, גישה כזו הייתה קוטעת את העסקה באיבה.

אולי, במקום לשאול האם שינויים ברמת ההפשטה יפריעו לאיגוד סוגיות בחקיקה, עלינו לשאול האם לעסקה זו ממדית יש משמעות כלשהי כאשר בית המשפט מפרש ממד יחיד. נניח שהמחוקק יכול להסכים על (א) העדפה לנשים בתקציב נמוך, או (ב) ניטרליות פורמלית בתקציב גבוה. אם המחוקקים מסרבים לסגת מצידוד בהעדפה יחד עם תקציב גבוה, לא יעבור החוק. ואם נעמיד או את ההעדפה או את התקציב כחוק באופן עצמאי – שניהם יעברו, אולם מכיוון שחלק ממי שמעדיף העדפה רוצה תקציב נמוך, אי אפשר לשקלל את שתי התוצאות. כעת, אם ננסה להציג את עניין ההעדפה לבדו נקבל תשובה מטעה – אכן, אפילו הניסיון להתייחס אליה לבדה מעוותת את התשובה או מניחה אחת שלא קיימת במציאות!

בנוסף לכך, בידוד הסוגיה משמעו, כפי שהדגשתי, הוא שכל הכרעה שיפוטית איננה יכולה להתבטל על ידי המחוקק; רק החלטה משותפת היא מעשית באופן פוליטי. שלא כמו בתי המשפט, רשויות מנהליות יכולות ואכן מקבלות החלטות רב-ממדיות, ומגבשות חבילות על מנת להתגבר על חסמים פוליטיים. אין זה מקרה שלרוב, קביעת כללים ברשות מנהלית היא מורכבת. גם החקיקה וגם הרגולציה נשענים על הסכמי הצבעה. הליטיגציה מפרקת את החבילה, והדבר מרמז על הבדל גדול באסטרטגיית הפרשנות הראויה.

כללו של דבר, עבור שופטים הנאלצים לדון בסוגיות מבודדות, אין על מה להתבונן מלבד הטקסט. לא ניתן לפתור בעיה זו באמצעות התיאוריה התוך-טקסטואלית של אקהיל עמאר [ה"מ: משפטן, אקדמאי וסופר, מומחה למשפט חוקתי, נולד 1958] שאותה, מלבד זאת, אני אוהד.³¹ בפסק דין גוארה לא היה ניתן להשוות את השימוש במילים על פני סעיפים שונים – חלקית בגלל שהסעיף המדובר

³¹ Akhil Reed Amar, *Intratextualism*, 112 HARV. L. REV. 747 (1999).

השתמש באוצר מילים שונה משל הוראות התקציב וההוראות הנוגעות לחוקי ההתיישנות, וחלקית בגלל שהקואליציה הפוליטית הייתה מורכבת, כך שלא ניתן היה לצפות לעקביות מהותית או לשוניית בין הסעיפים. חוק כמו ה-PDA לא רק חסר התאמה לשונית אלא חסר גם רוח בבסיס הדברים – לא בגלל שקשה לגלות את כוונתם של מגישי הצעת החוק הראשיים, אלא כי לגוף קולקטיבי אין מוח. הגוף שונה ממגישי הצעת החוק, והגוף בכללותו רק מצביע. לפשרות חסרות מטרות. ולזה יש השפעות רבות עוצמה על הפרשנות. פירוש הדבר הוא שהעלאת רמת ההפשטה – המעבר מכללים לתוצאות – מניחה התעלמות מהדברים היחידים שהקונגרס עשה בפועל. התוצאה איננה יכולה להיקרא פרשנות כלל, ואם לא הייתה האצלה למערכת המשפט לא ניתן לראות תוצאה של פרשנות כזו כלגיטימית.

נדדתי למחוזות תיאורטיים. נחזור אל הקונקרטי. אתאר שלושה מקרים שלהבנתי מדגימים גם יישום נכון של טקסטואליזם בבית המשפט וגם כיצד רשות מנהלית רשאית באופן לגיטימי לקבל החלטה אחרת.

הדוגמה הראשונה מגיעה מתחום דיני העבודה. בפסק דין *Guidry v. Sheet Metal Workers Pension Fund* (גידרי),³² קרטיס גידרי הודה באשמה בגין מעילה בכספי תכנית פנסיה עליהם היה נאמן. גידרי עצמו היה זכאי לפנסיה במסגרת תכנית זו, והנאמנים האחרים החרימו את ערך הפנסיה שלו כהשלמה חלקית לחובתו של גידרי לשלם את מה שגזל. גידרי הגיש תביעה, בה טען שקיזוז זה הפר את סעיף האי-התנכרות [ה"מ: סעיף שמורה כי לא ניתן להעביר לגוף שלישי רווחים או הטבות] בחוק ביטוח הכנסה לעובדים פורשים (ERISA). הוא הפסיד במשפטו בבית המשפט הפדרלי העשירי לערעורים, אשר שאל: עבור מה נועד סעיף אי-ההתנכרות? להגן על פנסיונרים מבזבז פזיז של כספם, לא על מנת לאפשר להם לשמור על רווחים בהם זכו שלא ביושר – מה שיוכלו לעשות אם ניתן להם לחיות את החיים הטובים על חשבון השלל בעוד שהם שמים את הכנסתם החוקית בנאמנות וחונקים את קרבנותיהם.³³ אם היו שואלים את הקונגרס המחוקק "האם הייתם מחריגים מהסעיף את מי שגנב מקרן הפנסיה?", כנראה שהיה עונה כן. כך גידרי הפסיד.

לא מפתיע. מי מכס שאוהב את ההכרעה בפסק דין *Riggs v. Palmer* (ריגס)³⁴ לא יכול להעלות על דעתו תוצאה אחרת. בריגס נקבע כי למרות קיומו של חוק הקורא לאכיפה נוקשה של צוואות, יורש שרצח את המוריש לא יוכל ליהנות מהירושה.

אך בית המשפט הפך את החלטת גידרי, וזאת אף פה אחד. הכול התחיל ונגמר, פחות או יותר, בלשון החוק. סעיף אי-ההתנכרות לא מכיל החרגות. מבלי להתייחס למה שקונגרס היה יכול לעשות, בפועל הוא לא עשה כן. ככל שבית המשפט התייחס למטרות, הוא התבונן בהן באופן קונקרטי ולא באופן מופשט. מהי המטרה של סעיף אי-ההתנכרות? למנוע ערעורים של דיני יושר בכל מקרה ומקרה. במלים אחרות, שופטי העליון לא שאלו "מהו הערך שאותו משרת כלל מסוים זה?", אלא שאלו "מהו הערך אותם משרתים כללים, באופן כללי?". דבר זה הוביל את בית המשפט לאכוף את הכלל ולהדוף

³² U.S. 365 (1990). 493

³³ ראו באופן כללי, *Guidry v. Sheet Metal Workers Nat'l Pension Fund*, 856 F.2d 1457, 1459-60 (10th. Cir. 1988).

³⁴ 22 N.E. 188 (1889). מקרה זה ראוי לציון בחלקו מפאת כובד המשקל שמייחסים לו משפטנים המתנגדים לפרשנות מילולית.

למשל, RONALD DWORIN, LAW'S EMPIRE 15-20 (1986); WILLIAM N. ESKRIDGE, JR. ET AL., CASES AND MATERIALS ON LEGISLATION: STATUTES AND THE CREATION OF PUBLIC POLICY 565-67 (3d ed. 2002); RICHARD A. POSNER, PROBLEMS OF JURISPRUDENCE 106-07 (1990).

ניסיונות של שחזור והפשטה. גידרי מייצג את הנורמה היום במערכת המשפט, אך עבור רשות מנהלית תוצאה אחרת יכולה להתקבל בקלות. אם למשרד העבודה הייתה סמכות נאצלת, הוא היה יכול לטעון שהקונגרס העביר את ERISA על סמך הרקע של ריגס ומקרים דומים, ובכך להצדיק שינוי ברמת ההפשטה כשהיא גלומה בקביעת כללים לעתיד.

הדוגמה השנייה היא מקרה מתחום האתיקה. בפסק דין *Crandon v. United States*,³⁵ חמישה עובדים של חברת בואינג החליטו לעבוד עבור הממשלה הפדרלית. למרות שחברת בואינג לא מעניקה על פי רוב פיצויי פיטורים, היא נתנה לחמישה אלה תשלומים בשווי הפרש המשכורת הפדרלית מהמשכורת שקיבלו אצלה, במשך תקופת שירותם הפדרלי. הממשלה הגישה תביעה, וטענה שתשלומים אלה הפרו את החוק האוסר על כל אדם "להשלים" משכורת פדרלית. משרד המשפטים נשען על שרשרת מרשימה של מקרים ועל שרשרת מרשימה עוד יותר של חוות דעת שסיפק משרד הייעוץ המשפטי של משרד המשפטים (OLC), על מנת לתמוך בנקודת מבט תכליתית של החוק.

המשנים ליועץ המשפטי לממשלה (the Assistant Attorney General) רנקיסט וסקליה חתמו על חלק מחוות הדעת הללו כאשר עמדו בראשות המשרד. חוות הדעת היו כדלהלן: מדוע חוקים אלה קיימים? על מנת למנוע מעובדים פדרליים להיות אסירי תודה יתר על המידה למיטיבים פרטיים. השלמת הכנסה קרובה לשוחד, אף על פי שאיננה כוללת טובה תחת טובה (quid pro quo). חוקי האתיקה מונעים גם את מראית העין של מעשה בלתי הולם. מראית עין כזו עלתה במקרה זה, ובלי ספק העובדים מכירים טובה לחברת בואינג ועלולים להעדיף אותה. בהתאם לקו הפרשני של רנקיסט-סקליה, בית הדין לערעורים קבע כי התשלומים בלתי חוקיים.

לא כן בית המשפט העליון, שהפך את ההחלטה פה אחד, בחוות דעת שגילתה כי לאנטונין סקליה יש מבט שונה מאוד על סמכות מנהלית לעומת סמכות שיפוטית.³⁶ בהצטרפו לדעת הרוב, הוא ציין שיש דרכים רבות לנסח חוקי אתיקה, ושחוק המנוסח בלשון הווה, העוסק בקבלת השלמה למשכורת, שונה בצורתו מחוק העוסק במראית העין של חוסר הלימה או במעשים שנעשו קודם לתחילת ההעסקה על ידי שירות ממשלתי. כדי לכבד את בחירת המחוקק, על בית המשפט לאכוף את הכלי שנבחר. אחרת, כאשר השופטים כותבים מה שהם מאמינים שהוא חוק המקדם טוב יותר את מטרות הקונגרס, בית המשפט יכול למעשה לשנות את טבען של מטרות אלה. בתהליך זה, בית המשפט גם ימנע ממי שהחוק מופנה אליו את האזהרה מראש. כך הממשלה הפסידה בתיק. מקרה זה מחכים במיוחד לא רק מכיוון שהתקבלה בו הכרעה פה אחד, אלא גם מכיוון שהוא מנוגד לרקע נרחב כל כך של פרשנות תכליתית בעלת רמת הפשטה גבוהה בחוקי אתיקה דומים. זהו מקרה שבו רשות מנהלית *בחרה לפעול אחרת*. אולם בהיעדר האצלה, כשבית המשפט נדרש לפרש באופן ישיר, הוא בחר רמת הפשטה נמוכה ואת יישום הצורה על פני התוצאה.

המקרה השלישי שאביא הוא *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*,³⁷ שבחן אם חוק הבוררות הפדרלי חל על חוזה שבין קמעונאי לבין העובדים שלו. חברת סירקוט סיטי ואדאמס הסכימו לבוררות בכל מחלוקת הנוגעת להעסקה, כולל אלו שתחת החוק הפדרלי. אולם, כאשר מחלוקת כזו התעוררה,

³⁵ U.S. 152 (1990). 494
³⁶ שם, ע"מ 168-84 (concurring.) (Scalia, J., concurring.)
³⁷ 532 U.S. 105 (2001).

אדאמס ניגש לבית המשפט וטען שהסכם הבוררות איננו תקף תחת החוק בקליפורניה. דבר זה הניח, כמובן, שהחוק בקליפורניה הוא החוק החל, והחברה השיבה שההסכם ניתן לאכיפה תחת חוק הבוררות הפדרלי שכבר התפרש ככזה שחל על כל החוזים שבגבולות סמכות הסחר הפדרלית. מאחר שטענת העובד עלתה תחת חוק אי אפליה פדרלי, אין ספק באשר לסמכות הפדרלית. אך אדאמס טען שסעיף 1 לחוק החריג את מצבו. סעיף זה קובע כי "אין בכל האמור... תוקף לגבי חווי העסקה של מלחים, עובדי רכבת או כל סוג אחר של עובדים העוסקים בסחר חוץ או בסחר בין מדינות".³⁸

ישנן שתי דרכים לפחות לקרוא לשון זו – מה שאומר שאם יישום החוק היה ניתן בידי ה EEOC, הרשות המנהלית הייתה יכולה לבחור ביניהן באופן חופשי. צורה אחת לקרוא את הטקסט מדגישה "כל... העוסקים בסחר חוץ או בסחר בין מדינות". אנו יודעים שזה כולל את אדאמס, מכיוון שסעיף הסחר הוא מה שעליו הוא ביסס את טענתו במישור הפדרלי. על פי השקפה זו, סעיף 1 אומר שחוק הבוררות הפדרלי לא חל על יחסי עבודה, הממשיכים לחסות תחת חוק יחסי העבודה הלאומיים, או, עבור עובדים שאינם מאוגדים, תחת חוקי המדינה. הצורה השנייה לקריאת החוק מתחילה ברמה נמוכה יותר של הפשטה על ידי הדגשת הרשימה: "מאמס, עובדי רכבת או כל סוג של עובדים". זה נשמע כמו החרגה של תעשיות התחבורה, עליהן חל מגוון רחב של חוקים ורשויות פדרליים. בקריאה זו, סעיף 1 מחלק את העולם לתחומי המנהל והשפיטה.

האם יש דרך לקבוע איזו היא הקריאה הנכונה מבלי להעלות את רמת ההפשטה ולשאול (כפי שעושה רשות מנהלית) מהי התוצאה הרצויה, או מיהו מקבל ההחלטות הפוליטי? הטענות משני הצדדים אנכרוניסטיים, מכיוון שהמערכת המנהלית לתביעות תחבורה הושלמה רק שבע שנים אחרי שעבר חוק הבוררות (בשנת 1925) – ומבנה דיני העבודה הפדרליים, עליו מתבססת הקריאה הרחבה של ההחרגה לא נוצרה אלא לאחר 13 שנה. הרוב בפסק הדין ניסה את כוחו בכלים תוך-טקסטואליים, בהשוותם את סעיף 1 (הגורס "עוסקים בסחר") לסעיף 2 (הגורס שהחוק חל על חוזים ש"משפיעים על" סחר) – וההבדל מרמז על כך שסעיף 1 לא התייחס לכל החוזים עם עובדים. זהו מהלך נאה אך לא מכריע. אולם, מה שהרשים אותי במיוחד, וצריך לעניין אתכם, היה הדיון ברמה הנכונה של ההפשטה.

אדאמס נשען בכבדות על היסטוריית חקיקה – לא על דוחות וועדה או ניסיונות אחרים לחסברים, אלא על הרקע של העברת החוק: מי תמך בו? מי התנגד? מה הם טענו בפני קונגרס שהחוק יעשה? בהרבה מובנים, סוג זה של היסטוריה חקיקתית עדיפה מהמילים של המחוקקים, אותן ניתן לסלף; זהו שימוש אובייקטיבי יותר בקונטקסט הלשוני והפוליטי של החקיקה, כאשר הקונטקסט הוא מה שמעביר מידע. כך הגיב בית המשפט לדברים:

"אל לנו לייחס לקונגרס תכלית רשמית בהתבסס על קבוצה מסוימת שפעלה לקידום או לסיכול הצעת חוק ספציפית – אף אם נניח שניתן לקבוע את הכוונה המדויקת של אותה קבוצה, מה שמוטל בספק בכלל ובמקרה זה בפרט. מתפקידו של הקונגרס, ולא של בתי המשפט, לשקול את הכוחות הפוליטיים ולהכריע בפתרון קונפליקטים בכתיבת ההגשמה האובייקטיבית של המשפט שאנו מכירים כחוקים".³⁹

³⁸ 9 U.S.C. § 1 (2000).
³⁹ Adams, 532 U.S. at 120.

זוהי הצהרה ברורה של ההבדל בין בתי המשפט לבין הרשויות המנהליות בשיקול דעת פרשני. אך היה טוב אף יותר לו במקום "לא נייחס תכלית X בהתבסס על מידע Y", היה בית המשפט אומר משהו בסגנון "אין לנו עניין בתכלית, מכיוון שתכלית נוגעת לתוצאות, בעוד אנו מנסים לקבוע את כללי המשחק". הציטוט הנ"ל משתמש באסטרטגיה נפוצה שבה בית המשפט מצהיר שאכפת לו מהי "כוונת הקונגרס" ולאחר מכן הופך כוונה זו לאובייקטיבית, ומתרגם אותה חזרה למשמעות, כדרכו של הולמס, שציין:

"[חוק] אינו משקף משמעות אחת באופן סופי? על פי חוקי הלשון. על כן אנו שואלים, לא מה התכוון אדם זה, אלא מה משמעות המילים הללו בפי דובר אנגלית רגיל, שהיה עושה בהם שימוש באותם תנאים שבהם הן נאמרו... אך דובר האנגלית הרגיל הוא רק סוג מיוחד, צורה ספרותית, ניתן לומר, של חברנו הוותיק 'האדם הסביר'. הוא חיצוני לכותב הספציפי וההתייחסות אליו כאל קריטריון היא דוגמה נוספת של חיצוניות החוק. ... איננו שואלים מה המחוקק התכוון; אנו שואלים רק מה משמעות החוק."⁴⁰

כפי שאולי אתם יודעים, במקרה זה היו ארבעה בדעת המיעוט. אך דעת המיעוט נחלשת כאשר היא מרחיבה מעבר לקריאה הטקסטואלית שמדגישה את הלשון של "בסחר". שופטי העליון סטיבנס וסאוטר [ה"מ: John Paul Stevens], שופט העליון לשעבר, 1920-2019 ו-David Souter, שופט העליון לשעבר, (נולד 1939) כתבו חוות דעת מלאות בהתייחסויות ל"העדר שוויון בכוח המשא ומתן", סיסמה פוליטית שאין בה תוכן כלכלי ברור. למלא חוות דעת בדברים כאלה משמעה להישמע כמו רשות מנהלית – שבאופן משונה, טענו כותבי דעת המיעוט שהם אינם. הסעיף החותם של שופט העליון סטיבנס אומר כך:

"מקרה זה מדגים את החכמה הצפונה בהערתו של שופט העליון אהרן ברק מבית המשפט העליון בישראל. הוא ציין בתבונה כי לשופט "המינימליסט" "המחזיק בדעה שניתן ללמוד את תכלית החוק רק מלשונו" יש שיקול דעת רחב יותר מאשר השופט "המחפש הדרכה מכל מקור מוסמך". שיקול דעת משפטי 62 (תרגום י קאופמן 1989). מתודה של פרשנות משפטית החסרה מידע באופן מכוון ועל כן אינה מוגבלת, יכולה להביא לתוצאה שמתאימה להשקפת בית המשפט בדבר המעשה הראוי אך יכולה גם לסתור את אותה המטרה שלשמה נחקק החוק. זוהי התוצאה המרה במקרה הזה."⁴¹

חיפוש אחר הדרכה באשר לשיפוט חסר פניות בהשקפותיו של שופט המתאר את עצמו כ"אקטיביסט רדיקלי"⁴² הוא מעשה מגוחך. האם ייתכן ששופט העליון סטיבנס לא מכיר את הרקורד השיפוטי של האדם אותו הוא מצטט? האם שכח שופט העליון סטיבנס את עקיצתו של הרולד לבנטל, ששימוש בהיסטוריית חקיקה היא כמו חיפוש אחר חברים בקהל במסיבת קוקטייל? אמרתו של השופט לבנטל מתמצתת את מרבית מה שאמרתי כאן. הקהל מכיל רבים מהממדים של פוליטיקה; לאפשר גישה לכל

⁴⁰ Oliver Wendell Holmes, *The Theory of Legal Interpretation*, 12 HARV. L. REV. 417, reprinted in OLIVER WENDELL HOLMES, COLLECTED LEGAL PAPERS 204, 207, (1899) 417-19 (1921).

⁴¹ Adams, 532 U.S. at 133 (Stevens, J., dissenting).

⁴² STEPHEN BURBANK, תיאורו העצמי של השופט ברק כאקטיביסט רדיקלי מצוטט ב-, JUDICIAL INDEPENDENCE AT THE CROSSROADS: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH 261 (2002). ראו גם Aharon Barak, *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 HARV. L. REV. 16 (2002).

הממדים, כאשר המשמיה השיפוטית מצומצמת לממד יחיד פירושו למנוע מראש כל אפשרות להכרעה עקרונית וקוהרנטית.

לסיום, אני רוצה להדגיש שהתיאוריה שלי איננה תיאוריה הרמנויטית של פרשנות. "המשמעות הפשוטה" כדרך להבין שפה איננה חכמה במיוחד. במקרים המעניינים, המשמעות אינה "פשוטה"; יש להקיש אותה, והבחירה מבין המשמעויות צריכה בסיס חזק יותר מהמילון – שהוא מוזיאון למילים, קטלוג היסטורי ולא כלי להבנת עבודת המחוקק.⁴³ כל תיאוריה של משמעות צריכה להיות חלק מתורת משפט. מה החוקה דורשת מהמחוקקים לעשות על מנת ליצור חוק? מהו היחס המתאים בין שופטים בעלי קביעות לעומת זרועות פוליטיות משתנות של הממשלה? במידה שבה כללי החוקה מאפשרים את השאלה הזו, מהם מחירי הטעות היחסיים של קריאות רחבות לעומת צרות? אלה הן השאלות הנכונות, והשתדלתי להראות שהתשובות מונחות בתהליך מכני וחסר מעוף יחסית של פרשנות בבית המשפט, בשילוב מתודה עשירה וקונטקסטואלית יותר מחוצה לו.

מוטיב אחד שנשמע בעיתונות, במסדרונות הקונגרס ובאקדמיה המשפטית הוא שהמעבר לטקסטואליזם הוא פוליטי, תגובה שמרנית לחוקים שהעביר הקונגרס שנמצאים משמאלם של מי שממנה את השופטים. אך רבים משופטי העליון שמינה פרנקלין רוזוולט נשענו על לשון פשוטה. (האם כבר שכחנו את שופט העליון בלאק? [ה"מ Hugo Black, שופט העליון, ידוע כאוריגינליסט, 1886-1971]) מדינות אחרות מתייחסות לפשטנות הפרשנות כמה שמבטיח נאמנות למחוקק. אנגליה היא דוגמה אחת לכך, כמו גם צרפת. אחרי המהפכה, הממשלה הדמוקרטית החדשה של צרפת כפתה סגנון פורמלי מאוד על בית המשפט שהיה אריסטוקרטי ברובו.⁴⁴

אם הטקסטואליסט מפרש חוקים שנחקקו בעידן שמרן יותר, התוצאות ייראו "שמרניות" בעינינו מודרניות. אולם לעיתים, ההבדל מתבטא בצורה הפוכה. כאשר הטקסט נמצא לשמאלו של השופט, הטקסטואליזם יביא לתוצאות שהן "ליברליות" מבחינה פוליטית. על מנת להדגים זאת, נתבונן במקרה מלפני עשור שזכה לתהודה רבה.

חוק האפליה בהריון, אשר בפסק דין גוארה שימש להעלות את רמת ההפשטה, חזר לבית המשפט העליון בפסק דין *UAW v. Johnson Controls, Inc.*⁴⁵ (ג'ונסון). חברת ג'ונסון קונטרולס מייצרת בטריות, העושות שימוש בעופרת. העופרת יכולה לעבור דרך השיליה בזמן ההריון ולפגוע בעובר, אף על פי שמידת הסיכון נמצאת בסימן שאלה. ישנה גם מידת סיכון מצד האב, למרות ששוב, באיזו מידה

⁴³ Country Mut. Ins. v. Am. Farm Bureau Fed'n, 876 F.2d 599, 600 (7th Cir. 1989); Ellen P. Aprill, *The Law of the Word: Dictionary Shopping in the Supreme Court*, 30 ARIZ. ST. L.J. 275 (1998); A. Raymond Randolph, *Dictionaries, Plain Meaning, and Context in Statutory Interpretation*, 17 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 71 (1994); Samuel A. Thumma & Jeffrey L. Kirchmeier, *The Lexicon Has Become a Fortress: The United States Supreme Court's Use of Dictionaries*, 47 BUFF. L. REV. 227 (1999); Samuel A. Thumma & Jeffrey L. Kirchmeier, *The Lexicon Remains a Fortress: An Update*, 5 GREEN BAG 51 (2001). נקודה אותה פספסו שופטי העליון כאשר פנו לעיתונות או לתנ"ך במאמץ שווא לתחום את משמעות המילה "possess". ראו Muscarello v. United States, 524 U.S. 125, 129 (1998). שופטי העליון פספסו את הנקודה שהקונטקסט של מילה תלוי בקהילה הלשונית של הקהל ולא בטווח השלם של השימוש במילה אי פעם. המילון לא טוב יותר רק מפני שניתן לחקור את סעיפי האטימולוגיה שלהם באינטרנט!

⁴⁴ See Frederick Schauer, *The Practice and Problems of Plain Meaning: A Response to* ראו Aleinikoff and Shaw, 45 VAND. L. REV. 715,733 (1992) וראו Aleinikoff and Shaw, 45 VAND. L. REV. 715,733 (1992).

⁴⁵ 499 U.S. 187 (1991).

היא שאלה רפואית. חברת ג'ונסון קונטרולס הגיבה לסיכונים אלה על ידי איסור על כל הנשים הפוריות לעסוק בעבודה תעשייתית על מנת לצמצם את הסיכון לדור הבא.

הרוב בבית המשפט שלי הלך בעקבות הגישה של פסק דין גוארה והעלה את רמת ההפשטה.⁴⁶ הם שאלו קודם מדוע קיים סעיף VII, ומדוע קיים PDA. הם השיבו: על מנת למנוע אפליה לא צודקת נגד נשים. אולם, ג'ונסון קונטרולס הביעה דאגה לילדים משני המינים ולא פעלה מתוך עוינות כלפי נשים. על כן, הם הגיעו למסקנה כי מדיניות זו איננה אפליה על רקע מין.

גם הצד השני יכול לשחק במשחק ההפשטה! בפסק דין ג'ונסון, ההפשטה אפשרה לשופטים להתחשב בהעדפותיהם האישיות לגבי מדיניות נבונה – מכיוון שהרוב בערעור ראו בעין טובה מאוד את החלטת המעסיק. הפשטה נמוכה, הקושרת שפיטה לטקסט, עבדה בצורה ליברלית מבחינה פוליטית: הטקסט אומר שניתן להבחין בין המינים רק במידה שבה גברים ונשים ביכולתם לבצע את העבודה. ההשפעות על הדור הבא אינם משנים את היצרנות העכשווית של העובד. כך שאין שוני רלוונטי, גם אם הבחנה בשוני כזה תהיה נבונה במבט לטווח הארוך. זהו אכן מה שקבע בית המשפט העליון, בברכתו של שופט העליון סקליה, אביר הטקסטואליזם.⁴⁷ שווה פירושו: אותו דבר. זהו. הנשים ניצחו.

נתבונן שוב: האם בחירת צורת הפרשנות היא פוליטית אינהרנטית? העובדה שרוב ההכרעות שדנתי בהן התקבלו פה אחד – או שלא הראו חלוקה פוליטית ברורה בהצבעה החלוקה – מעידה שלא. היא עשויה להיות פוליטית אם הפרשן סובל מחוסר יושרה אינטלקטואלית, ונע בין "משמעות פשוטה" לבין סגנון מרחיב יותר על פי הערכתו בנוגע לתוצאה המועדפת. היא יכולה להיות פוליטית אם הפרשן משתמש ברטוריקה של הפשטה נמוכה על מנת להסתיר מתודות אחרות. אך ברי כי החיפוש אחר "כוונה" באופן כללי, הבאה יחד עם העלאת רמת ההפשטה, נותנת מקום רב יותר להעדפות השופט מאשר מתודות אחרות שדנתי בהם. כאשר אנו חרדים מכך שעובדי ציבור בעלי קביעות ירוממו את רצונם מעל רצון המחוקק – כלומר, תמיד – מן הראוי שנעדיף מודל פרשנות שרואה בכך חטא מאשר מודל שבו זוהי הנורמה.

⁴⁶ UAW v. Johnson Controls, Inc., 886 F.2d 871 (7th Cir. 1989) (en banc).
⁴⁷ שופט העליון תומאס, טקסטואליסט נוקשה יותר מהשופט סקליה, לא היה באותו זמן בבית המשפט כך שלא ניתנה לו הזדמנות שוות ערך.