

שופטי משפט מקובל בשיטה של משפט-אזרחי:

תפקידם של בתי המשפט הפדרליים בפרשנות חוקים והחוקה

אנטונין סקאליה*

[הערת מערכת: המונח "משפט אזרחי" במאמר זה מתייחס בדרך כלל לשיטת המשפט הנפוצה באירופה, שבישראל נקראת לרוב שיטת "המשפט הקונטיננטלי".]

מאמר זה מבקש להסביר את מצבו הנוכחי המוזנח של מדע הפרשנות של טקסטים משפטיים, ומציע כמה הצעות לשיפור. המאמר איננו מיועד לעורכי דין בלבד אלא גם לכל אמריקאי בר דעת החולק עמם את האובססיה הלאומית למשפט.

המשפט המקובל

השנה הראשונה של לימודי משפטים יוצרת רושם חזק על התודעה. תופעה זו מתוארת על ידי סטודנטים רבים. הם חווים מעין לידה מחדש אינטלקטואלית, מעין רכישת מודוס חדש לגמרי של הבנה וחשיבה. מאותו רגע, גם אם הם יודעים מעט מאד על החוק עצמו, הם כבר – כלשון הביטוי – "חושבים כמו עורך דין".

רובם המכריע של הקורסים הנלמדים באותה שנה ראשונה, וודאי אלה שנודעת להם ההשפעה הרבה ביותר, מלמדים את המהות, את המתודולוגיה של המשפט המקובל – דיני נזיקין למשל; חוזים; קניין; דיני עונשין.

עורכי דין אמריקאים מתנסים לראשונה במשפט המקובל. על מנת להבין את השפעתו של נתון זה, יש להבין שהמשפט המקובל אינו באמת משפט מקובל, מעבר לכך שניתן לראות שופטים כעניין "מקובל". כלומר, אין זה "משפט רגיל" או שיקוף של מנהגים של החברה, אלא משפט שפיתחו שופטים. אולי בערש התפתחותו של החוק האנגלו-סקסי ניתן היה לחשוב כי בתי המשפט רק משקפים מנהגים חברתיים מקובלים; וודאי שגם בשיא התפתחותו של המשפט המקובל, מנהג חברתי או מסחרי מבוסס היטב יכול היה להיות בסיס להכרעת בית המשפט. אולם מזה זמן רב – עוד מזמן "ספרי השנה", בהם נדפסו הכרעות שיפוטיות אנגליות מסוף המאה השלוש עשרה ועד לתחילת השש עשרה – כל קשר בין מנהג לבין משפט מקובל חדל מלהתקיים, מלבד במשמעות של דוקטרינת התקדים המחייב, שהפכה החלטות שיפוטיות קודמות ל"מנהג". הסוגיות שעמדו בפני בית המשפט עסקו יותר ויותר בשאלות מורכבות להן המנהג הרגיל לא נתן תשובות מספקות.

ספרו רב ההשפעה של אוליבר וונדל הולמס, *המשפט המקובל*¹ - שעדיין נמסר כחומר קריאה לסטודנטים מתחילים למשפטים בסילבוס – עוסק במידה מסוימת במנהג גרמני ואנגלי קדום. עם זאת רובו עוסק בהכרעות מסוימות של בתי המשפט, ובשופטים, הידועים יותר ופחות, שכתבו אותן: נשיא העליון צ'וק, השופט ג'. דודריג, הלורד הולט, נשיא העליון רדפילד, נשיא העליון רול, השופט הנקפורד, הברון פארק, הלורד אלנבורו, פריאם, CB, השופט ברט, נשיא העליון קוקברן, נשיא העליון פופהם, נשיא העליון הייד

* שופט בית המשפט העליון הפדרלי של ארה"ב. פורסם במקור בשנת 1998. תירגמו מאנגלית: תמי ושמעון נטף.

Republished with permission of Princeton University Press, from "A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law", Antonin Scalia, 2018; permission conveyed through Copyright Clearance Center, Inc.

¹ Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* (1881).

וכו' וכו' וכו'. ספרו של הולמס הוא שיר הלל לשכל הישר ולאנשים שהשתמשו בו על מנת ליצור את החוק האנגלו-אמריקאי.

זוהי דמותו של המשפט – המשפט המקובל – אליה נחשף לראשונה מי ששואף להיות עורך דין אמריקאי אף אם לא קרא את הולמס בקיץ שלפני שנת הלימודים, כפי שהיה צריך לעשות. הוא לומד את המשפט, לא על ידי קריאת חוקים שמחוקקים אותו, או מאמרים שמסכמים אותו, אלא על ידי לימוד חוות הדעת המשפטיות שהמציאו אותו. זוהי השיטה הידועה של לימוד פסקי דין, שנחנכה בידי בית הספר למשפטים של הרווארד במאה האחרונה ויובאה אל עולם הסרטים והטלוויזיה בידי פרופסור קינגספילד המרשים ב"סיפור אהבה" וב- "המרוץ אחר הגלימה". הסטודנט מקבל הוראה לקרוא סדרה של פסקי דין שמסודרים בטקסט המכונה "casebook" [ספר פסקי דין] המעוצב באופן שממחיש כיצד החוק התפתח. בתחום החוזים, למשל, הסטודנט קורא ולומד בשיעור את המקרה הוותיק והנודע של **הדלי נגד בקסנדייל**² שנפסק לפני כמאה וחמישים שנה על ידי בית המשפט של האוצר באנגליה: טחנת קמח בגלוסטר הפסיקה לעבוד בגין גל ארכובה שנסדק. על מנת לקבל גל חדש היה צורך לשלוח את הישן, כמודל, ליצרן מנוע הקיטור של הטחנה בגריניץ'. הטוחן שלח את אחד מעובדיו למשרד הובלה לברר כמה זמן תימשך הובלה מסוג כזה; העובד סיפר לפקיד של המוביל שהטחנה הפסיקה לעבוד וכי יש לשלוח את הגל בדחיפות. הפקיד ענה שאם יתקבל הגל עד הצהריים, הוא יישלח ביום למחרת. הטוחן הביא את הגל אל המוביל לפני הצהריים ביום המחרת ושלם את מחיר ההובלה; אך בעקבות הזנתו של המוביל הגל נמסר בעיכוב של כמה ימים, כך שעברו מספר ימים נוספים לפני שהטחנה חזרה לפעול. הטוחן ביקש, כפיצויים על הפרת הסכם ההובלה, את סכום רווחיו המופסדים בימים אלה, סכום שהיה כמובן גדול בהרבה ממה שהמוביל קיבל עבור ההובלה. המוביל טען שהוא אינו אחראי לתוצאות מרחיקות לכת כל כך.

זוהי סוגיה משפטית עדינה וטהורה למדי. כפי שאירע ברוב הסוגיות המשפטיות שהפכו אבן יסוד בליטיגציה, לא ממש היה באותו זמן כלל מקובל שבית המשפט היה יכול להחיל כמשפט נוהג. בית המשפט החליט, בקווים כלליים, שהמוביל צודק, וקבע את הכלל החשוב לפיו בתביעת נזיקין על הפרת הסכם לא ניתן לקבל פיצויים עבור כל הנזקים שנגרמו בעקבות ההפרה, אלא רק עבור אלה "שניתן היה לצפות אותם באופן סביר והוגן על ידי שני הצדדים כאשר ערכו את החוזה". חוות הדעת כוללת כמה שיקולי מדיניות לתוצאה זו, ציטוט של כמה חוות דעת מוקדמות יותר של בתי המשפט האנגליים ואף לא בדל ציטוט של חוק סטטוטורי כתוב – וזאת חרף העובדה שעורך הדין בטענותיו הביא לידיעת בית המשפט את החוק שנקבע בקודקס האזרחי הצרפתי. הסיבה לכך הייתה שלא היה חוק סטטוטורי אנגלי; חוקי חוזים הם תחומם ויצירתם של שופטים אנגליים.

עלי להעיר בנקודה זו שאף לפי הכלל החדש – שניתן לזכות רק בפיצויים לנזקים הצפויים באופן סביר – הטוחן הוא שהיה אמור למצח, ולא המוביל. עמדת בית המשפט מתעלמת בפשטות מהעובדה שהמוביל עודכן בכך שהטחנה חדלה מלפעול; היה צריך להיות ברור לפקיד של המוביל שהחזרה לפעילות של הטחנה היא הסיבה לבהילות שנדרשה, ושהטחנה תפסיד רווחים כל עוד היא לא פועלת. אך אם נראה לכם חשוב במיוחד אם תוצאת המקרה לא צודקת, פספסתם את הנקודה של המשפט המקובל. בהסתכלות רחבה על הדברים, השאלה אם הצד הנכון זכה בדיון משני למדי. מקרים וותיקים ומפורסמים אינם כאלה בגלל שהם היו נכונים משפטית, אלא מפני שהכלל המשפטי שהם הכריזו עליו היה האינטליגנטי

² 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854).

ביותר. בתי משפט של המשפט המקובל מבצעים שני תפקידים: האחד הוא להחיל את החוק על העובדות הקיימות. כל בעלי המשרות השיפוטיות למיניהם עושים זאת – שופטים צרפתיים, בוררים, ואפילו שופטי כדור בסיס וכדורגל. אך התפקיד השני, והחשוב יותר, הוא ליצור את החוק.

אם הייתם יושבים בשיעורו של הפרופסור קינגספילד על **הדלי נגד בקסנדייל**, הייתם נוכחים לדעת שהדיון הכיתתי לא מסתיים בתיאור וניתוח חוות הדעת בלבד. הפרופסור המבוגר והנרגן (אם כי אחרי הכול טוב הלב), היה מציע מגוון "סיטואציות היפותטיות", הבוחנות את תקפותו ועילותו של כלל ה"צפיות". מה אם למשל אתה נפח, ומגיע אליך אביר צעיר רכוב על סוס שאחת מפרסותיו נפלה. הוא מספר לך שהוא חוזר לאחוזת אבותיו, בלאקאייקר, אליה עליו להגיע עוד הערב, אחרת היא תעבור בירושה לבן דודו הרשע ובן הבלעל השריף מנוטינגהם. אתם עורכים חוזה להכנת פרסה חדשה במחיר המקובל של שלושה רבעי פני.³ הפרסה פגומה, או ננעלה בצורה כושלת, מה שגרם לסוס לצליעה ולאביר להגיע לבלאקאייקר מאוחר מדי. האם אכן אתם אחראיים על מלוא סכום הירושה שלו? האם סביר להחיל דרגה כזו של אחריות על שלושה רבעי פני? האם הצדדים לא היו קובעים מחיר אחר לו היו מתחשבים באחריות לאותו סכום? במילים אחרות, האם לא כדאי שיהיה איזשהו עיקרון שמגביל נזקים מעבר לצפיות סבירה בלבד? למעשה, האם לא נכון לומר שעיקרון זה – אותו נכנה לצורך העניין "הנחת קבלת הסיכון" – מסביר מדוע **הדלי נגד בקסנדייל** הוכרע באופן צודק אחרי ככלות הכול, גם אם לאו דווקא בגין הסיבה שהוזכרה בפסק הדין?

כמה הנאה אינטלקטואלית יש בדיון כזה! יש בכך כדי להסביר מדוע השנה הראשונה ללימודי המשפטים מלהיבה כל כך: שכן משחקים בה את תפקיד השופט של המשפט המקובל, אשר בתורו מהווה משחק בתפקיד של מלך – ליצור, מתוך גאונות המחשבה שלך עצמך, את החוקים שבאמצעותם יש לנהל את האנושות. כמה מרגש! לא פלא הוא שכל כך הרבה סטודנטים למשפטים ששתו מהבור המשכר הזה, שואפים כל חייהם להיות שופטים!

מלבד היכולת לחשוב ולעצב את הכלל המשפטי ה"מוצלח ביותר", השנה הראשונה ללימודי משפטים מלמדת עוד מיומנות חיונית ביצירת שופט טוב של המשפט המקובל. זוהי הטכניקה של מה שמכונה "הבחנה" בין מקרים. זוהי מיומנות נדרשת מכיוון שתנאי מקדים ליצירת המשפט המקובל הוא דוקטרינת התקדים המחייב – כלומר, העיקרון לפיו החלטה שהתקבלה במקרה מסוים תחול גם במקרה דומה. ברור שלולא עיקרון זה בתי המשפט של המשפט המקובל לא היו יוצרים משפט כלל; הם היו בסך הכל מיישבים סכסוכים ספציפיים שבאים לפניהם. חיוני שבתי המשפט בעתיד ידבקו בעיקרון המנחה של הכרעה שיפוטית שגורמת להחלטה כזו להיות כלל משפטי (אין דרישה כזו בשיטת המשפט האזרחי, שם הטקסט של החוק הוא הסמכות ולא פרשנות שיפוטית קודמת של החוק האמור. ניתן לעיין בהכרעות שיפוטיות קודמות, בדומה להגות אקדמית, אך הן אינן מחייבות).

במסגרת שיטת המשפט המקובל המחויבת לתקדים, חיוני עבור עורך הדין או השופט לקבוע אם מקרה שנדון נופל תחת עיקרון שכבר הוכרע. על מנת לעשות זאת קיימת הטכניקה – או האומנות, המשחק – של "הבחנה" ממקרים קודמים. זוהי אמנות, או משחק, ולא מדע, שכן הבסיס להכרעה של מקרה קודם אינה מוגדרת דיה, ועשויה לעבור התאמה במידת הצורך. במובן הרחב ביותר, ההכרעה בתיק מוגדרת כעיקרון האנליטי שהביא להחלטה – **בהדלי נגד בקסנדייל** למשל, היה זה העיקרון לפיו הפיצויים עבור הפרת חוזה צריכים להיות צפויים. במובן הצר ביותר, לעומת זאת (ובתי המשפט יצמצמו את עיניהם מאוד כשהם

³ ה"מ – סכום קטן מאד.

חפצים להימנע מהחלטה קודמת), ההכרעה בתיק איננה יכולה לחול מעבר לעובדות שהובאו בפני בית המשפט במקרה המוקדם. הניחו לדוגמה שצבעי התקשר אתי בחוזה לצבוע את ביתי בירוק, אך צבע אותו במקום זאת בצבע חום כהה מבחיל. כמו כן הניחו שלא אני אלא השכן שלי, תובע את הצבעי על הפרת חוזה. בית המשפט ידחה את התביעה בטענה שלא היו "יחסים חוזיים" (במונחים משפטיים): החוזה נערך ביני לבין הצבעי, לא בין השכן שלי והצבעי.⁴ כעת, הניחו מקרה מאוחר יותר, ובו חברה התקשרה עמי בחוזה לתיקון המחשב הביתי שלי; הם מבצעים עבודה גרועה, וכתוצאה מכך אשתי מאבדת מסמכים יקרים שהיו מאוחסנים במחשב שלי. היא תובעת את חברת המחשבים. כעת, הרציונל הרחב של המקרה הקודם שהבאנו (אין עילה כשאין יחסים משפטיים של חוזה) מחייב לדחות תביעה זו באותה מידה. אולם עורך דין טוב של המשפט המקובל יטען, ושופטים של המשפט המקובל סברו, שהרציונל האמור אינו מקיף גם את המקרה עם העובדות החדשות, שבו הפרת חוזה ביחס לעניין שנמצא בשימוש ביתי מזיק לאחד מבני הבית, גם אם לא לבעל החוזה עצמו.⁵ המקרה הקודם, במילים אחרות, "מובחן".

יובהר שעל פי דוקטרינת התקדים המחייב, המוגבלת על ידי העיקרון שתיארת, המשפט המקובל התפתח באופן משונה למדי – בדומה ללוח שבץ-נא. לא ניתן למחוק אף החלטה שכבר פורסמה, אולם ניתן להוסיף לה הסתייגויות. המקרה הראשון מניח על הלוח את "אין אחריות למחויבות חוזית ללא יחסים חוזיים"; השחקן הבא מוסיף את "אלא אם כן הניזוק הוא בן בית". והמשחק ממשיך.

כפי שתיארת, שיטה זו של יצירת חוק על ידי חוות דעת שיפוטיות, ויצירת חוק על ידי הבחנה ממקרים קודמים, היא מה שכל סטודנט אמריקאי למשפטים וכל עורך דין אמריקאי שנולד רואים לראשונה כשהם פוקחים את עיניהם. והרושם שנוצר מכך נשאר איתם לכל החיים. הדימוי שלהם לשופט דגול – ההולמס, הקרדוזו – הוא האדם (או האישה) בעל האינטליגנציה שמסוגלת לאבחן את הכלל המשפטי הטוב ביותר למקרה מסוים, ובעל המיומנות לבצע את ריצת הסלאלום של שחקן פוטבול בשדה המקרים הקודמים, שמשאירה אותו חופשי להחיל את הכלל הזה: הבחנת מקרה אחד משמאל, דחיית מקרה אחר מימין, התחמקות מתקדים שעמד להתקיל אותו מאחור עד ש-(בראבו!) הוא הגיע אל היעד – חוק טוב. הדימוי הזה של השופט הדגול נותר במוחו של הסטודנט גם כשהוא עצמו נהיה שופט, ובכך עוברת הלאה המסורת של המשפט המקובל.

חקיקה דמוקרטית

כל זה היה טוב בלתי מסויג, לולא המודל העדכני של שיטת המשטר שהתפתח במאות האחרונות, המכונה דמוקרטיה. ברוב המדינות, השופטים כבר אינם שליחי המלך, שכן אין יותר מלכים. אני מניח שבבריטניה הם עשויים להיחשב במובן מסוים שליחים של המחוקקים, מכיוון שבית המשפט העליון של אנגליה הוא בתיאוריה בית הלורדים.⁶ כך פעלה בעבר המערכת בקולוניות האמריקאיות; הרשות המחוקקת של מסצ'וסטס נקראת עד ליום זה בשם הכבוד *the General Court of Massachusetts* [בית המשפט הכללי של מסצ'וסטס]. אך הערכאה הגבוהה ביותר במסצ'וסטס נקראת *Supreme Judicial Court* [הערכאה השיפוטית העליונה], זאת מאחר שסביב מועד הקמת הרפובליקה הפדרלית שלנו, אימצה מדינה זו את

⁴ ראו למשל (Monahan v. Town of Methuen, 558 N.E. 2d 951, 957 (Mass. 1990)).

⁵ ראו למשל (Grodstein v. McGivern, 154 A. 794 (Pa. 1931)).

⁶ ה"מ: המאמר נכתב לפני הרפורמה שהקימה את בית המשפט העליון בבריטניה, בשנת 2009.

העיקרון השלטוני של הפרדת הרשויות.⁷ הדוקטרינה הזו קוצרת שבחים כאבן הפינה של החוקה הפדרלית המוצעת, בכתבי הפדרליסט מס' 47. חשבו על מידת ההתאמה שיש בין מה שמדיסון כותב כאן לבין השיטה העתיקה של חקיקה בידי שופטים. מדיסון מצטט (בהסכמה) את מונטסקייה כדלהלן: "אם הכוח לשפוט יצורף לכוח לחוקק כי אז חייו וחרותו של האזרח יהיו חשופים לשליטה שרירותית, כי אז השופט יהיה המחוקק"⁸. אני לא טוען שמדיסון ניסה לומר שחקיקה של משפט מקובל מפרה את עיקרון הפרדת הרשויות. הוא כתב בעידן שבו הדימוי הרווח של המשפט המקובל היה גוף קיים של כללים אחידים ברחבי האומה (ולא משתנים ממדינה למדינה), שהשופטים בסך הכל "גילו" ולא יצרו. רק במאה הנוכחית, עם עלייתו של הריאליזם המשפטי, הוכרה העובדה שהשופטים למעשה "יוצרים" את המשפט המקובל, ולכל מדינה משפט משלה.

מה שאני מציע, הוא שלאחר שאימצנו את הגישה הריאליסטית ביחס למה שעושים בתי משפט של המשפט המקובל, מתברר היחס הבעייתי שבין חקיקת משפט מקובל לבין דמוקרטיה (גם אם לא לדוקטרינה הטכנית של הפרדת הרשויות). למעשה, תובנה זו הייתה ברורה לרבים גם לפני שהריאליזם המשפטי הפך לגישה המקובלת. היא הייתה אחד המניעים העיקריים של התנועה לקודיפיקציה של החוק במאה התשע עשרה, המזוהה בעיקר עם השם דיוויד דאדלי פילד אולם נתמכה גם בידי רפורמיסטים נלהבים רבים אחרים. קחו לדוגמה את מה שהיה לאחד מהם, רוברט רנטול, לומר בנאומו יום העצמאות האמריקני בסיציואייט, מסצ'וסטס, בשנת 1836:

"המשפט הנעשה על ידי השופט הוא משפט שלאחר מעשה, ולפיכך איננו משפט צדק. מעשה אינו אסור על פי החוק הסטטוטורי, אך נעשה כזה בשל פרשנות שיפוטית. המחוקק לא היה יכול לעשות זאת, מכיוון שהחוקה אוסרת על כך. מערכת המשפט תחמוס כוח חקיקתי, אומרת מגילת הזכויות: אך היא אינה רק חומסת, אלא משתוללת הרבה מעבר לגבולות כוח החקיקה.

המשפט הנעשה על ידי שופט הוא חקיקה מסוג מיוחד. השופט הוא בשר ודם, וחווה את ההטיה שמייצר אופיו של המקרה המסוים שבפניו. אם חפץ הוא להכריע במקרה שלאחריו באופן אחר, עליו רק להבחין בין המקרים ובכך ליצור חוק חדש. על המחוקק, לעומת זאת, לפעול במסגרת נקודות מבט כלליות ולקבוע נורמות עבור שדה כולל של מקרים."⁹

וזה רק החימום. רנטול ממשיך, לאחר שהוא מציין שהמשפט המקובל "נקרא ההשלמה של הדעת האנושית":

"המשפט המקובל הוא ההשלמה של הדעת האנושית – בדיוק כמו שאלכוהול הוא ההשלמה של הסוכר. הרוח העדינה של המשפט המקובל היא זיקוק כפול של הדעת, עד שהבריא והמוזין הופך לרעל מבחיל. הדעת היא מתיקות ונועם לשכל הפשוט; אך הסטייה המזוככת הזו של הדעת מביכה ומבלבלת ודוחפת את קרבנותיה למבוכים של טעות.

⁷ ראו Plaut v. Spendthrift Farms, Inc., 115 S. Ct. 1447, 1453-56 (1995).

⁸ The Federalist No. 47, at 326 (James Madison) (Jacob E. Cooke ed., 1961).

(הדגש במקור). הרפרנס הוא למונטסקייה. 1 The Spirit of the Laws 152 (Thomas Nugent trans., Hafner Pub. Co., N.Y. 1949).

⁹ Robert Rantoul, Oration at Scituate (July 4, 1836), in Kermit L. Hallett al., American Legal History 317, 317-18 (1991).

השופט מחוקק חוק על ידי כך שהוא סוחט מהתקדימים תוכן שלא היה בהם. הוא מרחיב את התקדימים שלו, שהם עצמם הרחבה של אחרים, עד שעל פי עיקרון גמיש זה, מערכת שלמה של חוק נוצרת ללא הסמכות או ההתערבות של המחוקק.¹⁰

תנועת הקודיפיקציה של המאה התשע-עשרה שבה תמכו רנטול ופילד זכתה להתנגדות כללית מטעם לשכת עורכי הדין, ועל כן לא השיגה הצלחה ניכרת מלבד בתחום אחד: סדר הדין האזרחי, שהוא החוק שחל על ניהול תיקים אזרחיים.¹¹ (תמיד היה מסקרן, בעיניי, דרך אגב, שהתחום היחיד שבו היו מוכנים מחוקקים ושופטים לזנוח את החקיקה השיפוטית היה תחום החשוב רק לבעלי דין, עורכי דין ושופטים. סדר דין אזרחי היה פעם הקורס הסטוטורי היחיד הנלמד בשנה א' בבית הספר למשפטים). כיום, באופן כללי, התחומים הוותיקים של המשפט הפרטי – חוזים, נזיקין, רכוש, נאמנות, ירושה ודיני משפחה – נשארו באופן קפדני תחת שליטתם של בתי המשפט של המשפט המקובל.¹² למעשה, נראה כי לאמיתו של דבר חקיקה שיפוטית בתחומים אלה עשויה להיות חופשית מתמיד, וזאת מאחר שדוקטרינת התקדים המחייב הצטמצמה באופן ניכר. הכרעות קודמות, שאפילו הראש החרף ביותר לא יכול להבחין אותן מהמקרה הנדון, יכולות היום פשוט להתבטל.

הנקודה שאני מצביע עליה בכל זה איננה שיש להסיר את המשפט המקובל מספינת הדמוקרטיה כמו שמגרדים בלוטי ים. המשפט המקובל הוכיח את עצמו כשיטה טובה לפיתוח החוק בתחומים רבים – ואולי אף כשיטה הטובה ביותר. ניתן לטעון כי פיתוח רובו הגדול של המשפט הפרטי בידי שופטים (אריסטוקרטיה טבעית, כפי שמדיסון תיאר אותם במדויק),¹³ הוא מגבלה רצויה על הדמוקרטיה. או כפי שהגדיר בעדינות יותר בשלהי המאה התשע עשרה, גיימס ק. קרטור מניו יורק, אחד המתנגדים הנלהבים לפרויקט הקודיפיקציה של פילד: "השאלה היא, האם הצמיחה, הפיתוח והשיפור של החוק יישארו תחת הנהגתם של אנשים שנבחרו בידי העם בהתאם להכשרתם המיוחדת לעבודה מסוג כזה" (כלומר, שופטים) או "האם היא תעבור לגוף חקיקתי מרובה אנשים, שאינם מוכשרים בהתאם לסוג עבודתם לשמש בתפקיד עליון זה?"¹⁴

אולם למרות שאין לי מחלוקת עם המשפט המקובל והפרוצדורה שלו, אני כן תוהה אם הגישה של שופטי המשפט המקובל – הלך המחשבה ששואל "מה היא ההכרעה הרצויה ביותר למקרה זה וכיצד ניתן להימנע מהמכשולים בדרך אליה?" – ראויה לרוב העשייה שלי כשופט, ולרוב העשייה של שופטים מדינתיים.¹⁵ אנו חיים בעידן חקיקתי, ומרבית החקיקה החדשה היא סטוטורית. כפי שהתבטא היסטוריון משפטי אחד בעת הזו: "העיסוק העיקרי של הממשלה, ועל כן של המשפט, הוא חקיקתי ומנהלי... אפילו המשפט הפרטי, כפי שהוא מכונה, הולך והופך לסטוטורי. רוב רובם של הנורמות והכללים שבאמצעותם המדינה מתנהלת יוצאים מהקונגרס ומהרשויות המחוקקות... הכללים של מוסדות מנהליים רבים מספור הם

¹⁰ שם 318.

¹¹ הקודקס המשמעותי הראשון של הליכים אזרחיים במדינה, הידועים בשם קודקס פילד (על שם דייוויד דדלי פילד, ששיחק תפקיד מרכזי בחקיקתו) נחקק בניו יורק ב 1848. עד סוף המאה התשע עשרה, קודקסים דומים אומצו במדינות רבות. ראו Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* 340-47 (1973).

¹² החרגי העיקרי להצהרה זו הוא מה שנקרא "חוקי אחידות" חוקים שנחקקו באופן כמעט זהה על ידי כל או רוב מחוקקי המדינות במאמץ להגיע לאחידות לאומית בנוגע להיבטים מסוימים של תחומי משפט מקובל. ראו, למשל, Uniform Commercial Code, 1 U.L.A. 5 (1989); Uniform Marriage and Divorce Act 9A U.L.A. 156 (1987); Uniform Consumer Credit Code, 7 A U.L.A., 17 (1985).

¹³ "[חברי הרשות השופטת], בגלל אופן המינויים, כמו גם טבעו וקביעותו, רחוקים מדי מהעם בכדי להשתתף במידה רבה בדעותיהם הקדומות" 1 (Jacob E. Cooke ed., 1961). The Federalist No. 49, at 341.

¹⁴ James C. Carter, *The Proposed Codification of Our Common Law* .87 (New York: Evening Post Printing Office 1884).

¹⁵ ה"מ: בארה"ב קיימות מערכות שיפוטיות נפרדות למדינות ולמערכת הפדרלית.

עצמם מקור חשוב, ואפילו חיוני, של החוק".¹⁶ הדבר נכון במיוחד בבתי המשפט הפדרליים שבהם, מלבד הסתייגות כה קטנה עד שאין צורך אפילו להזכירה, אין משפט מקובל כלל. כל סוגיה משפטית המוכרעת בידי שופט פדרלי מערבת פרשנות של טקסט – הטקסט של רגולציה, של חוק או של החוקה. נשים בצד לעת עתה את החוקה, מפני שלדעת רבים מסמך זה הוא למעשה הענקת זכות לשופטים ליצור משפט מקובל מתפתח של הזכות לחופש הביטוי, זכויות הפרט וכדומה. סבורני שזו טעות – ואכן, כפי שאדון בהמשך, אני סבור שהדבר מסכל את כל המטרה של חוקה כתובה. אך אין צורך לעצור ולדון בנקודה זו כעת, מכיוון שבכל מקרה אחוז מאוד קטן של עשייה שיפוטית היא פרשנות לחוקה (אפילו בבית המשפט העליון, אני מעריך שפחות מחמישית מהסוגיות העומדות לפתחנו הן סוגיות חוקתיות – ואף קרוב לאחד חלקי עשרים מהן אם לא נתעלם מהתיקים העוסקים בדין הפלילי).

מה שאני וכל יתר השופטים הפדרליים באופן נרחב יותר בהרבה עושים, הוא פירוש משמעותם של חוקים פדרליים ורגולציות של גופים פדרליים. בהתאם, סוגיית פרשנות החקיקה ראויה לעיון ותשומת לב כשלעצמה, כעיסוקם העיקרי של השופטים וכן (בעקבות כך) של עורכי הדין. אין להתייחס למפעל זה רק כתוספת מודרנית מסורבלת לתפקידו העיקרי של השופט כמחוקק משפט מקובל. למעשה, תקיפת מפעל זה באמצעות מנטליות השיפוצניק של שופט משפט מקובל היא מתכון בטוח להשגת גבול ולחוסר מקצועיות.

מדע הפרשנות הסטטוטורית

מצבו של מדע הפרשנות הסטטוטורית במשפט האמריקני מתואר במדויק במאמר מוביל ומרכזי על ההליך המשפטי, כדלהלן:

"אל תצפו לכך שתיאוריה כלשהי בדבר פרשנות סטטוטורית, שלכם או של אחרים, תהיה תיאור מדויק של מה עושים למעשה בתי המשפט לגבי החוקים. האמת הכואבת היא שלבתי המשפט באמריקה אין תיאוריית פרשנות סטטוטורית ברורה, המקובלת על הרוב ומיושמת בעקביות."¹⁷

זוהי לבטח הערכה מצערת. אין לנו, לשופטים האמריקנים, תיאוריה ברורה של מה שאנו עושים רוב הזמן. אולם מה שעצוב עוד יותר, הוא שלשכת עורכי הדין והאקדמיה המשפטית האמריקניות אינן מוטרדות, באופן כללי, מהעובדה שאין לנו תיאוריה ברורה כזו. בעוד שהאקדמיה המשפטית התאמצה להצדיק את המשפט המקובל – לגבש את הכללים הטובים ביותר לניהול חוזים, דיני נזיקין וכו' – נראה שאין לה עמדה ברורה בנוגע לשאלה אם יש בכלל כללים טובים או גרועים לפרשנות חקיקה. יש מעט קורסים אקדמיים בנושא, והם אינם קורסי חובה, כמובן; את מדע הפרשנות (אם אכן הוא מדע) יש ללמוד לסירוגין, דרך קריאת פסקי דין (טובים וגרועים) בתחומי משפט מהותיים, המערבים בדרך מקרה חוקים, כגון חוק המשכון, חוק משאבי הטבע וחוק העבודה.

יש למיטב ידיעתי רק חיבור אחד שעוסק בפרשנות חקיקה ומנסה לעסוק בסוגיה באופן מערכתי וכוללני – לעומת ששת החיבורים בקירוב שקיימים בתחום המהותי של דיני חוזים בלבד. חיבור זה הוא *Statutes and Statutory Construction* [חוקים ופרשנות חקיקה] של סאת'רלנד שהתפרסם לראשונה ב-1891,

¹⁶ לעיל הערה 9, Friedman, 590.

¹⁷ Henry M. Hart, Jr. & Albert M. Sacks, *The Legal Process* 1169 (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey eds., 1994).

עודכן מאז מספר פעמים על ידי עורכים שונים וכולל כעת שמונה כרכים. כפי שמעיד גודלו, זהו אחד מאותם ספרי משפט המתפקדים בעיקר, לא להוראה או ייעוץ, אלא ככלי מחקר ועדות עבור עורך הדין המתדיין בבית המשפט – ומסביר, או מוביל אותך לפסקי דין שמסבירים, מדוע יש לפרש את החוק באופן שמועיל ללקוח. חרף העובדה שחשיבות פרשנות החקיקה גדלה מאוד, היא מהווה את אחד התחומים היחידים שבהם יש לנו יותר בצורת מאשר שפע של כתיבה – פחות ממה שהיה לנו לפני חמישים שנה והרבה פחות ממה שהיה לנו לפני מאה שנים. החיבור האחרון בתחום זה, מלבד עבודתו של סאתירלנד, היה עבודה בת כרך אחד של פרופסור קרופורד *The Construction of Statutes*, [פרשנות חוקים], שראה אור לפני חצי מאה (1940). השוו זאת למה שהיה בנמצא ברבע האחרון לערך של המאה התשע-עשרה, בנוסף למאמר המקורי של סאתירלנד משנת 1891: את *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws* (ספר הדרכה לפרשנות החוקים) של הנרי קמבל בלאק (המחבר של *Black's Law Dictionary*: המילון המשפטי של בלאק) שפורסם בשנת 1896; *A Commentary on the Interpretation of Statutes* - [ביאור על פרשנות חוק] של ג.א. אנדליך שפורסם בשנת 1888, גרסה אמריקנית למאמרו האנגלי של סר פיטר מקסוול בנושא משנת 1875, *Commentaries on the Written Laws and Their Interpretation* (ביאורים על החוקים הכתובים ופרשנותם) של ג'ואל פרנטיס בישוף משנת 1882; ההוצאה השנייה, משנת 1874, של *Interpretation and Construction of Statutory and Constitutional Law*; (חיבור על הכללים החלים על פרשנות סטוטורית וחוקתית) שחיבר סדג'וויק ו- *Dwarris on Statutes* (דווריס: על חוקים) ב-1871, הגרסה האמריקנית שכתב פלאט פוטר לספר רב ההשפעה של סר פורטונטיס דווריס האנגלי.

"כוונת המחוקק"

פרשנות חקיקה היא נושא כל כך רחב שלא ניתן לדון בו באופן שלם כאן. עם זאת, יש ערך לבחינת מספר היבטים שלה, ולו רק כדי להדגים את מידת הבלבול השורר בנושא. נתחיל ברמה הבסיסית ביותר. פרשנות החקיקה האמריקנית כל כך לא מפותחת עד שלא רק שהמתודולוגיה שלה לא ברורה אלא אף המטרה שלה. חישבו על השאלה הבסיסית: מה אנחנו מחפשים כשאנחנו מפרשים חוק? אתם תמצאו אמירות רבות, בחוות הדעת המשפטיות של בית המשפט שלי ושל אחרים, על כך שמטרת השופט בפרשנות החוק היא להביא לידי ביטוי את "כוונת המחוקק". עיקרון זה, בצורה זו או אחרת, חוזר אחורה עד לתקופת בלקסטון¹⁸ לפחות. למרבה הצער, עיקרון זה לא מתיישב עם חלק ממעט הכללים הקונקרטיים המקובלים לפרשנות חקיקה. כלל אחד הוא, שכאשר הטקסט של החוק ברור, זהו סוף הדיון הפרשני. מדוע שזה יהיה כך, אם הדבר שאליו התכוון המחוקק, ולא מה שאמר, הוא תכלית עיונו? ייתכן שהמחוקק שגה בבחירת המילים של החוק. מדוע שלא נתיר להראות זאת באמצעות הדיונים במליאת הקונגרס? בדומה לכך, מדוע שלא לקבל כחומר הראוי לשיקול בית המשפט הסברים מאוחרים יותר של המחוקקים – למשל, תצהיר חתום בידי רוב חברי בית מחוקקים לגבי מה שהתכוונו אליו באמת?

עוד כלל מקובל של פרשנות הוא שיש לפתור כל חוסר בהירות שקיים בחוק חדש באופן שהוא יעלה בקנה אחד עם חקיקה קודמת, ולא רק עם עצמו. אנו מניחים, במסגרת חיפושנו אחר "כוונה", שהמחוקק מודע

¹⁸ ראו William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 59-62, 91 (photo. reprint 1979) (1765) ה"מ-סר ויליאם בלקסטון, משפטן אנגלי 1723-1780.

לחוקים הקודמים הללו. כמובן שמדובר בפיקציה, ואם היינו מחפשים בכנות את הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק, היה סביר יותר למצוא אותה בטקסט (ובהיסטוריית החקיקה) של החוק החדש לבדו.

העובדות מצביעות על כך שלמרות הצהרות תדירות להיפך, איננו מחפשים באמת את הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק. אנו מחפשים כוונה "אובייקטיבית" [objectified] – הכוונה שאדם סביר היה מבין מהטקסט של החוק, כפי שהוא מובן בתוך יתר גוף החקיקה. כפי שהגדיר בישופ בחיבורו הוותיק, בהרחיבו על הניסוח הרגיל: "התכלית העיקרית של כל הכללים לפרשנות חקיקה היא לקבוע את הכוונה החקיקתית; או אם לדייק, את המשמעות אותה לאזרח יש סמכות להבין ככוונת המחוקק".¹⁹ הסיבה לכך שאנו מאמצים את הגרסה האובייקטיבית הזו לדעתי, היא בפשטות כי ממשל דמוקרטי, או למעשה ממשל הוגן, לא עולה בקנה אחד עם קביעת משמעות החוק על פי מה שהמחוקק התכוון ולא מה שהמחוקק הכריז. הדבר נראה לי צעד אחד גרוע יותר מהתחבולה שעל פי האגדה עשה בה שימוש נירון קיסר: הצבת פקודות על עמודים גבוהים, כך שיהיה קשה לקרוא אותם. שלטון שנשען על כוונה לא מוצהרת הוא רודן במידה דומה. החוק הוא מה שמושל, לא הכוונה של המחוקק. זוהי בעיניי מהות האידיאל האמריקני המפורסם שנקבע בחוקה של מסצ'וסטס: ממשלת חוקים, לא בני אדם. בני האדם יכולים להתכוון לאשר יתכוונו; רק החוקים שהם כווננו מחייבים אותנו.

אולם במציאות, אם נקבל את העיקרון לפיו המטרה של פרשנות שיפוטית היא לקבוע מה כוונת המחוקק, ההכרח להיות מחויבים לכוונת מחוקק אמיתית שאיננה מפורשת במקום לחוק עצמו, הוא רק האיום התיאורטי. האיום הפרקטי הוא, שתחת מעטה או שמא אף אשליה עצמית של התחקות אחר כוונות מחוקק לא מפורסמות, שופטי משפט מקובל יתחקו בעצם אחר המטרות והרצונות שלהם בעצמם, על ידי הרחבה של נטייתם לחקיקה מהמשפט המקובל לתחום החקיקה. כשנאמר לך להגיע להחלטה, לא על סמך מה שהמחוקק אמר אלא על סמך מה שהוא התכוון, ומובטח לך שאין בהכרח קשר בין השניים, הדרך הטובה ביותר לגלות מה הייתה כוונת המחוקק היא לשאול את עצמך מה אדם אינטליגנטי ונבון אמור היה להתכוון – וזו בדיוק הדרך שבה שופטים מגיעים להחלטות במשפט המקובל. כפי שהגדיר זאת, לנדיס מאוניברסיטת הרווארד למשפטים²⁰ (שבעצמו האמין בחיפוש כוונת המחוקק) בכתבה משנת 1930:

"החטאים החמורים ביותר נעשים בשם כוונת המחוקק. שופטים אך לעיתים נדירות מוכנים להודות בתפקידם כמחוקקים בפועל, והודאות שכן נסחטות משפתותיהם הממאנות הן בתחום המשפט המקובל ולא החוק הסטטוטורי. לסלוח במקרים אלה על הנוהג לדבר על כוונת המחוקק, כאילו המחוקק התאים משמעות מסוימת למילים מסוימות, כאשר ברור שהכוונה היא של השופט, הוא לסלוח למנהגים עתיקים המזכירים יותר מדי את רופא האליל של השבט."²¹

כנסיית השילוש הקדוש

על מנת לתת ביטוי קונקרטי לסכנה שמפניה אני מתריע, הרשו לי לתאר את מה שאני סבור שהוא פסק דין האבטיפוס לניצחונה של "כוונת המחוקק" האמורה (שהיא כיסוי נאה לכוונה שיפוטית) על פני הטקסט

Joel Prentiss Bishop, *Commentaries on the Written Laws and Their Interpretation* 57-58 (Boston: Little, Brown, 1882) & Co. (דגש שלי) (הפניה נשמטה).

²⁰ ה"מ: James Landis, הדיקן החמישי של הארוורד, 1899-1964.

²¹ James M. Landis, *A Note on "Statutory Interpretation,"* 43 Harv. L. Rev. 886, 891 (1930).

של החוק. פסק הדין נקרא **Church of the Holy Trinity v. United States**²² והוא הוכרע בידי בית המשפט העליון של ארה"ב בשנת 1892. כנסיית השילוש הקדוש, הממוקמת בניו יורק, התקשרה בחוזה עם אזרח אנגלי שיבוא להיות הרקטור והכומר שלה. המדינה טענה שהסכם זה הפר את החוק הפדרלי שאסר על כל אדם "לסייע או לעודד בכל דרך את הכניסה או ההגירה של כל זר... אל ארה"ב... תחת חוזה או הסכם... שנערך קודם לכניסה או להגירה של אותו זר... במטרה לבצע עבודה או שירות מכל סוג בארה"ב...". בית המשפט המחוזי הדרומי בניו יורק הטיל על הכנסייה קנס שנקבע בחוק. בית המשפט העליון הפך את ההחלטה. החלק המרכזי בחוות דעתו היה כדלהלן:

"יש להודות בכך שפעולתה של [הכנסייה] נכללת בהגדרה של סעיף זה, מכיוון שהיחס של הרקטור לכנסייתו הוא יחס של שירות, והוא מרמז על עבודה מצד אחד ותמורה מהצד השני. לא רק שנעשה שימוש במילים הכלליות של עבודה או שירות [בחוק] כי אם גם, נדמה שרצו להגן מפני כל פירוש צר ולהדגיש את רוחב המשמעות, ולכן נוספו המילים "מכל סוג", ובנוסף... הסעיף החמישי [של החוק], שיוצר חריגים מסוימים – ביניהם שחקנים מקצועיים, אמנים, מרצים, זמרים ועובדי משק בית – מחזק את הרעיון שהכוונה הייתה לכלול בסעיף הראשון כל סוג אחר של שירות או עבודה. למרות שיש משקל רב לטיעון זה, לא ניתן להעלות על הדעת שהקונגרס התכוון לאסור הסכם כמו זה שבמקרה הנוכחי בענישה פלילית. כלל מוכר הוא, שדבר מה עשוי להיות כלול בהגדרה של חוק, אך עם זאת לא להיות כלול בו מכיוון שהוא לא תואם את רוחו או את הכוונה של יוצריו."²³

בית המשפט ממשיך ומגיע למסקנה, באמצעות אינדיקציות חוץ-טקסטואליות שונות, ואף לרבות קטע קצר מהיסטוריית החקיקה (דבר חריג מאוד באותם ימים), שהחוק נועד לחול רק על עבודת כפיים – מה שהופך את ההחלטה לשחקנים, אמנים וזמרים לחסרת פשר. בית המשפט לאחר מכן משנה כיוון ומקדיש לפחות שבעה עמודים מחוות הדעת לתיאור ארוך של איך ומדוע אנו אומה דתית. ומכיוון שכך הדבר, הוא אומר, "הפרשנות שעולה מלשון החוק לא יכולה להתקבל כנכונה."²⁴ בית המשפט מסכם:

"זהו מקרה שבו לנגד עיני המחוקק עמדה רעה ברורה, בעטיה הוא השתמש במושגים כלליים במטרה לכסות את כל האפשרויות של אותה רעה, ולאחר מכן, באופן בלתי צפוי, התפתח הדבר כך שהלשון הכללית הייתה רחבה דיה להקיף מקרים ופעולות אשר מכלול ההיסטוריה וחיי האומה מובילים למסקנה שלא ייתכן שהייתה כוונה לחוקק נגדם. על כן תפקידו של בית המשפט בתנאים כאלה הוא לומר שרחבה לשון החוק ככל שתהיה, הרי שהפעולה, למרות שהיא נכללת בהגדרה, לא כלולה בכוונת המחוקק, ועל כן לא יכולה להיכלל בהגדרת החוק."²⁵

כמובן שלדעתי הפעולה ענתה על הגדרת החוק, ועל כן החוק חל עליה: סוף הסיפור.²⁶ הקונגרס עשוי לחוקק חוקים מטופשים כמו גם נבונים, ואין זה מתפקידו של בית המשפט להחליט אילו מהם המטופשים ולשכתב אותם. אני מכיר בתופעה שהכותבים הוותיקים כינו *lapsus linguae* (פליטת קולמוס), מה שפסקי הדין המודרניים מכנים "טעות סופר", כשעל פניו של החוק ברור לקורא שנפלה טעות בניסוח (ולא

²² 8143 U.S. 457 (1892)

²³ שם, 458-59

²⁴ שם, 472.

²⁵ שם

²⁶ סוף סיפור, כלומר, ככל שהדבר נוגע לנושא של פרשנות חקיקה. כפי שמציעות הערותיו של פרופסור טרייב, ראו להלן הערה 92, ייתכן (למרות שרחוק מודאי על פי דעתי) שתחולת החוק על כמרים היא לא חוקתית. אך ההחלטה שסעיף חוק אינו חוקתי שונה מאוד מהחלטה שטוענת שהוא אומר משהו שהוא אינו אומר; ניתן להשתמש באופן תקף בספק חוקתי על מנת להשפיע על פרשנות לחוק עמום, ראו (1909) 366, 407-08 U.S. 366, *United States v. Delaware & Hudson Co.*, אך לא לשכתב חוק ברור, ראו (1933) 373, 379 U.S. 373, *Moore Ice Cream Co. v. Rose*.

בתבונה החקיקתית). למשל, החוק יכול לציין "נאשם", כאשר יש היגיון רק ל"נאשם בפלילים" (ולא לנאשם בהליך אזרחי).²⁷ הכוונה האובייקטיבית של חוק כזה ברורה ולא נראה לי מנוגד לעקרונות מבוססים של פרשנות, במקרים קיצוניים כאלה, לתת לקונטקסט השלם קדימות על פני מילה יחידה.²⁸ אך לומר שהמחוקק טעה בלשונו באופן ברור, רחוק כמזרח ממערב מלומר שהמחוקק בוודאי חוקק יתר על המידה. "כנסיית השילוש הקדוש" מצוטט באזנו בכל מקום שבו עורך דין מייצג רוצה שנתעלם מהטקסט הצר והיבשושי של החוק, ונשים לבנו אל כוונת המחוקק הנופחת בו חיים.

קיימות דרכים מתוחכמות יותר לחקיקה שיפוטית מאשר ההסתמכות על כוונת מחוקק לא מפורשת, אך נדיר למצוא אותן בפסיקה שכן הן מהוות השגת גבול ברורה מדי. כינוי רצון בית המשפט "כוונת מחוקק לא מפורשת" גורם לכל העניין להיראות בסדר. אני מבטיח לכם שלעולם לא תמצאו בפסק דין את הרציונל לחקיקה שיפוטית המתואר בספרו של גוידו קלברזי²⁹ *A Common Law for the Age of Statutes* (משפט מקובל לעידן של חוקים). הוא כותב כך:

"מאחר שקשה לתקן חוק לאחר שנחקק, אנו חיים בכפוף לחוקים שלא היו ולא יכלו להיחקק היום, ו... חלקם של חוקים אלה לא רק שלא היו נחקקים שוב היום, אלא שגם אינם מתאימים, ובמובן מסוים אינם עקביים, עם מכלול גוף החקיקה... קיימת דרך אלטרנטיבית לטיפול בבעיה זו של התיישנות חקיקה: הענקת סמכות לבתי המשפט לקבוע מתי חוק התיישן, והאם בדרך כזו או אחרת יש להעביר ביקורת שיפוטית מכוונת. לעיתים דוקטרינה זו תתקרב להענקת סמכות לבתי המשפט להתייחס לחוקים כאילו הם לא יותר וגם לא פחות מחלק מהמשפט המקובל."³⁰

ממש כך. השופט קלברזי מצביע על כך שבתי המשפט כבר "דרך המשפט המקובל... הגיעו לנקודה של שימוש [בסמכות תיקון החוק שהוא תומך בו] בדרכים פיקטיביות, תחבולות ועיקופים"³¹, והוא לא בטוח אם עליהם להמשיך בדרך זו או לשנות כיוון ולהודות באופן מוצהר יותר במה שהם עושים.

עוד גישה ישירה ומודרנית למתן הסמכות לבתי המשפט לתקן חוקים מפורטת בספרו האחרון של פרופ' אסקרידג', *Dynamic Statutory Interpretation* [פרשנות סטטוטורית דינמית]. מהותה של גישה זו היא קבלת הטענה שראוי לשופט שמיישם חוק לשקול "לא רק מה משמעות החוק באופן עקרוני, או אפילו על בסיס היסטוריית חקיקה, אלא גם מה ראוי שתהיה המשמעות במובן של הצרכים והמטרות של החברה כיום."³² החוק אומר את מה שראוי שהוא יגיד.

אני מסכים עם השופט קלברזי (ופרופ' אסקרידג' מעלה את אותה נקודה) על כך שניתן לצטט פסקי דין רבים שבהם, באמצעות תחבולה, ביצעו בדיוק את מה שמציעים קלברזי ואסקרידג' ואחרים שאינם טקסטואליסטים הישרים באותה המידה. כפי שאמרתי, "כוונת מחוקק" הנפרדת מהטקסט היא אחת מהתחבולות הללו; וכפי שתיארתי, כנסיית השילוש הקדוש היא מקרה שבו נעשה בה שימוש. מה שנראה לי נדרש, עם זאת, הוא לא רציונליזציה של התהליך הזה אלא נטישה שלו. בפשטות, תיאוריה דמוקרטית לא תואמת את הרעיון שמשמעות החוקים היא כל מה שראוי שמשמעותם תהיה, וששופטים לא נבחרים יחליטו מהי משמעות זו.

²⁷ ראו *Green v. Bock Laundry Mach. Co.*, 490 U.S. 504 (1989).

²⁸ שם, 527 (בהסכמה, Scalia, J.).

²⁹ ה"מ: משפטן ושופט אמריקאי, נולד בשנת 1932.

³⁰ Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* 2 (1982) ההדגשה במקור.

³¹ שם, 117.

³² William N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation* 50 (1994) (quoting Arthur Phelps, *Factors Influencing Judges in Interpreting Statutes*, 3 Vand. L. Rev. 456, 469 (1950))

ייתכן שפרשנות החוק שאימץ בית המשפט בכניסת השילוש הקדוש הביאה לתוצאה הרצויה; ייתכן אף שהיא הביאה (למרות שאני ספקן לגבי כך) לתוצאה הלא מפורשת שהקונגרס באמת התכוון אליה, ולא רק לזו שחפץ בה בית המשפט. על כל פנים, ההכרעה שגויה שכן היא לא התבססה על הטקסט. הטקסט הוא החוק, ויש להישמע לטקסט. אני מסכים עם הערתו של השופט הולמס, אותו ציטט בהערכה השופט פרנקפורטר במאמרו על פרשנות חקיקה: "רק לפני יום או יומיים- כשעורך דין מייצג דיבר על כוונת המחוקק, לא נזהרתי ואמרתי שלא אכפת לי מה כוונתו הייתה. ברצוני לדעת רק מה משמעות המילים."³³ ואני מסכים עם הערתו האחרת של הולמס, אותו ציטט בהערכה השופט ג'קסון: "איננו שואלים מה המחוקק התכוון; אנו שואלים רק מה משמעות החוק."³⁴

טקסטואליזם

פילוסופיית הפרשנות שתיארתי לעיל ידועה בשם "טקסטואליזם". בחוגים מתוחכמים מסוימים, היא נחשבת לנאיבית – "מאובנת", "חסרת דמיון" או "יומיומית". היא איננה אף אחת מאלה. על מנת להיות טקסטואליסט ראוי לשמו, לא נדרש ממך להיות קהה שכל מכדי לתפוס את המטרות החברתיות הרחבות יותר שהחוק נוסח, או יכול היה להיות מנוסח, על מנת לשרת; או צר אופק מכדי להכיר בכך שזמנים חדשים דורשים חוקים חדשים. יש רק להחזיק בדעה כי לשופטים אין את הסמכות לשאוף אל המטרות הרחבות יותר או לחוקק חוקים חדשים.

אין לבלבל בין טקסטואליזם ומה שנהוג לכנות פרשנות צרה, צורה נחותה של טקסטואליזם המוציאה שם רע לתורה כולה. אינני פרשן צר, ולא ראוי שאף שופט יהיה כזה – למרות שעדיף כך, אני מניח, מאשר לא להיות טקסטואליסט כלל. אין לפרש את הטקסט באופן צר, ואין לפרש אותו באופן רחב; יש לפרש אותו באופן סביר, כך שמשמעותו תכלול את כל מה שמתקבל על הדעת שתכלול. ניתן לראות את ההבדל בין טקסטואליזם לבין פרשנות צרה בפסק דין שלי מלפני ארבע קדנציות.³⁵ החוק הנידון הורה על תקופת מאסר ארוכה יותר אם הנאשם "עשה שימוש.. בכלי ירייה". הנאשם במקרה זה ניסה לרכוש כמות של קוקאין; מה שהוא הציע בתמורה לקוקאין היה כלי נשק לא טעון, שהוא הראה למוכר הסמים. בית המשפט קבע, לצערי, שחל על הנאשם העונש המוגבר, מכיוון שהוא "השתמש בכלי ירייה בזמן ובהקשר לעבירת סחר בסמים". חלוקת הקולות בהצבעה לא הייתה אפילו קרובה (3-6). אני הייתי בדעת מיעוט. אין בידי לומר אם חבריי שבדעת הרוב הצביעו באופן שהצביעו כי הם טקסטואליסטים של פרשנות צרה או שאינם טקסטואליסטים כלל. אך טקסטואליסט ראוי לשמו, רוצה לומר, טקסטואליסט מהסוג שלי, ודאי היה מצביע לזכות. הביטוי "שימוש בכלי ירייה" מלמד בבירור על שימוש בכלי ירייה בדרך שבה נעשה שימוש בכלי ירייה באופן רגיל, כלומר, ככלי נשק. כפי שכתבתי בחוות דעת המיעוט, כששואלים אדם "האם אתה משתמש במקל הליכה?" איננו מתכוונים לשאול אם הוא תלה את מקל הליכה העתיק של סבא שלו כקישוט במסדרון.

אולם בעוד טקסטואליסט טוב איננו מילולי לחלוטין, הוא גם לא ניהיליסט. למילים יש מנעד מוגבל של משמעויות, וכל פרשנות שחורגת ממנעד זה אינה קבילה. הדוגמה האהובה עלי להתנתקות מהטקסט –

³³ Felix Frankfurter, *Some Reflections on the Reading of Statutes*, 47 Colum. L. Rev. 527, 538 (1947).
³⁴ Oliver Wendell Holmes, *Collected Legal Papers* 207 (1920), *quoted in* Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp., 341 U.S. 384, 397 (1951) (Jackson, J., concurring).
³⁵ Smith v. United States, 508 U.S. 223 (1993).

ובוודאי התנתקות שאפשרה לשופטים חקיקה חופשית יותר מכל דבר אחר – נוגעת לסעיף הזכות להליך הוגן שבתיקונים החמישי והארבע-עשרה שבחוקת ארה"ב, המציין כי "לא יישללו [מאדם] חייו, חירותו או קניינו בלי הליך משפטי תקין". הסעיף התפרש על מנת למנוע מהממשלה לשלול זכויות שמעבר לזכויות אלה, כגון חופש הדיבור וחופש הדת, אשר מוזכרים באופן מפורש בחוקה (דרך אגב, פסק הדין הראשון של בית המשפט העליון שעשה שימוש בסעיף הזכות להליך הוגן היה **Dred Scott**³⁶ - לא מקור אידיאלי). אמנם, ייתכן שיהא זה טוב או לא טוב להבטיח חריות נוספות, אך סעיף ההליך ההוגן אינו סובל פרשנות זו. על פי התנאים שלו, שאין איך להימנע מהם, הוא מבטיח רק הליך. המדינה יכולה לשלול רכוש, יכולה לשלול חרות, יכולה לשלול אפילו חיים; אך לא ללא ההליך שהמסורת שלנו דורשת – בייחוד, חוק תקף ומשפט הוגן. לומר אחרת יהווה נטישה של הטקסטואליזם והפיכת הטקסטים שאומצו באופן דמוקרטי ללא יותר מאשר מקפצות עבור חקיקה שיפוטית.

מכל הביקורות המופנות כלפי הטקסטואליזם, האווילית ביותר היא שהוא "פורמליסטי". התשובה לכך היא, כמובן שהוא פורמליסטי! כל עניינו של שלטון החוק הוא צורה. כך לדוגמה, אם אזרח מבצע פעולה – למשל, מכירת טכנולוגיה כלשהי למדינה זרה – שנאסרה בהצעת חוק מפורסמת מאוד של הממשל, ושעברה אישור של שני בתי הקונגרס, אך טרם נחתמה בידי הנשיא, הרי שמכירה כזו תהיה חוקית. אין משמעות לכך שכולם יודעים ששני בתי הקונגרס והנשיא רוצים למנוע את המכירה הזו. לפני שהרצון הזה נהיה חוק מחייב, יש להגשים אותו בהצעת חוק, המקבלת את אישור שני הבתים ונחתמת בידי הנשיא. האין זה פורמליזם? רוצח נתפס עם דם על הידיים, רוכן מעל גופת הקרבן; שכן עם מצלמת וידאו צילם את הפשע; והרוצח הודה בכתב ובעל פה. אף על פי כן, אנו מתעקשים על כך, שלפני שהמדינה תוכל להעניש את הפושע, יש לערוך משפט פלילי מלא, המסתיים בהכרעה שקובעת אשמה. האין זה פורמליזם? יחי הפורמליזם. הוא מה שהופך את השלטון לשלטון חוקים ולא אנשים.

קאנונים וחזקות

נהוג לקשור לעתים קרובות את הטקסטואליזם עם כללי פרשנות המכונים קאנונים של פרשנות – אשר ספגו ביקורת רחבה ואף לעג מידי פרשנים משפטיים מודרניים. רבים מהקאנונים נכתבו לראשונה בלטינית, ואני מניח שבכך בלבד די כדי להפכם בזויים. אחד למשל, הוא *expressio unius est exclusio alterius*, ביטוי האחד הוא הדרתו של האחר. משמעותו היא זו: אם רואים שלט שבו נאמר שהכניסה חינם לילדים מתחת לגיל שתיים עשרה, אין שום צורך לשאול אם בן השלוש עשרה צריך לשלם. ההכללה של סוג אוכלוסייה אחד היא החרגה משתמעת של האחר. עוד קאנון שנעשה בו שימוש תדיר הוא *noscitur a sociis*, שפירושו המילולי הוא: "הוא ידוע על ידי רעיו". הוא מסמל את העיקרון שלמילה יש משמעות על פי המילים הסובבות אותה. אם תאמר לי "לקחתי את האנייה אל ה-bay", אבין את-bay בצורה מסוימת (ה"מ: מפרץ), ואם תאמר "שמתתי אוכף על ה-bay", אבין את bay בצורה אחרת. (ה"מ: סוס נפוץ בעל צבע חום אדמדם-שחור). קאנון נוסף, המייצג אולי יישום ספציפי יותר של הקודם, הוא *ejusdem generis*, שמשמעו "מאותו הסוג". הוא מייצג את ההנחה לפיה כשטקסט כולל רשימה, הרי שיש להניח שמונח כללי שכלול ברשימה זו מוגבל לדברים מאותו סוג. למשל, כאשר מישהו מדבר על

³⁶ Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393, 450 (1857).

שימוש ב"נעצים, סיכות-מהדק, ברגים, מסמרים, מסמרות ודברים נוספים", ודאי שהמונח הכללי "דברים נוספים" מתייחס לכלי חיבור אחרים.

כל האמור הגיוני כל כך, שאילולי נכתבו הקאנונים בלטינית היה קשה להאמין שמישהו מעביר עליהם ביקורת. אולם למעשה, על הקאנונים נמתחה ביקורת בטענה שהם זיוף. כפי שכתב קרל לואלין במאמר לגלגני המצוטט רבות, בשנת 1950 ב-Vanderbilt Law Review: "ישנם שני קאנונים מנוגדים לכמעט כל טענה. מצורף בזאת מבחר מסודר. כל עורך דין צריך להכיר את כולם: הם עדיין כלי ויכוח נדרש."³⁷ לואלין מצרף רשימת קאנונים בשתי עמודות, השמאלית תחת הכותרת "תקיפה" (thrust), והימנית "הדיפה" (party). אך אם בוחנים את הרשימה מתברר שאין באמת שני קנונים הפוכים "לכמעט כל טענה" – אלא אם כן מייחדים כקאנון כל ביטוי חסר תוכן שנאמר אי פעם על ידי שופט נמרץ ומכופף חוק. למשל, הקאנון הראשון שלואלין מציין תחת "תקיפה", נתמך על ידי ציטוט של סאת'רלנד, והוא: "חוק אינו יכול לחרוג מגבולות הטקסט". הידד לכך. הוא מציין כ"הדיפה", ללא ציטוט מסאת'רלנד או מבלאק (שהם הסמכויות המרכזיות שבהן הוא עושה שימוש לאורך כל המאמר) את הדבר הבא: "על מנת ליישם את מטרתו, ניתן להחיל את החוק גם מעבר לטקסט שלו". זהו איננו קאנון מקובל, למרות שאני בטוח שקיימים שופטים סוררים שעשו בו שימוש – השופטים בכנסיית השילוש הקדוש, למשל. אך גם אם השימוש בקאנון זה נעשה יותר מאשר לעיתים נדירות, מדוע לא להשתמש באותה הבחנה שלואלין השתמש בה לצורך חקר החלטות במשפט המקובל? זניחת החלטות הרעות ושמירת הטובות. ישנם עוד מספר קאנונים מזויפים ברשימה של לואלין, בייחוד בעמודה של ה"הדיפה". למשל, הדיפה מס' 8: "לבתי המשפט יש את הסמכות לברר את המטרה האמתית – בשונה מהמוצהרת". מעולם לא שמעתי עליו.

אולם לרוב, ה"הדיפות" של לואלין לא מנוגדות לקאנון המקביל אלא רק מדגימות שהם אינם אבסולוטיים. למשל, תקיפה מס' 13: "יש להבין מילים וביטויים שקיבלו פירוש משפטי לפני שנחקקו על פי אותו פירוש קודם". הדיפה: "לא אם החוק בבירור דורש שתהיה להם משמעות אחרת". אכן, כפי שמוכן מאליו. כל קאנון הוא פשוט אינדיקציה אחת למשמעות; ואם יש יותר אינדיקציות להפך (שאולי אף נתמכות על ידי קאנונים אחרים), הוא נסוג מפניהן. אך אין בכך כדי להפוך את המפעל כולו לזיוף – לפחות לא עד שהשופט רוצה בכך.

עוד היבט ראוי לדיון של פרשנות טקסטואליסטית הוא השימוש בחזקות מסוימות ובכללי פרשנות המטים את הכף לעבר תוצאה מסוימת. למשל, כאשר בתי המשפט מפרשים חוקים פלייליים הם מחילים – או אמורים להחיל, או לומר שהם מחילים – את מה שנקרא "כלל החמלה" לפיו כל עמימות בחוק פלילי יש להכריע לטובת הנאשם.³⁸ ישנו כלל שלפיו עמימות בנוגע לחוקים ואמנות שעוסקים בזכויות האינדיאנים יש לפתור לטובת האינדיאנים.³⁹ ככלל, יש לפרש באופן צר חוקים שמשנים את המשפט המקובל, כלל שלשימוש בו הייתה השפעה נוראית בבתי המשפט השמרניים של שנות ה-20 וה-30 של המאה העשרים.⁴⁰ כלל נוסף, נוראי בהשפעתו במידה שווה בבתי המשפט הליברליים בשנים האחרונות, הוא שיש לפרש באופן רחב "חוקים מתקנים" על מנת להשיג את "תכליותיהם".⁴¹ ישנו כלל לפיו יש לפרש

³⁷ Karl N. Llewellyn, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed*, 3 Vand. L. Rev. 395,401 (1950)

³⁸ ראו United States v. Bass, 404 U.S. 336, 347-49 (1971).

³⁹ ראו Montana v. Blackfeet Tribe of Indians, 471 U.S. 759, 766-68 (1985).

⁴⁰ ראו Robert C. Reed & Co. v. Krawill Mach. Corp., 359 U.S. 297, 304-05 (1959).

⁴¹ ראו Antonin Scalia, Tchernin v. Knight, 389 U.S. 332, 336 (1967). לעיון נוסף בהתנגדותי לכלל המסוים הזה, ראו Antonin Scalia, *Assorted Canards of Contemporary Legal Analysis*, 40 Case W. Res. L. Rev. 581, 581-86 (1990)

באופן צר ויתורים על חסינות מדינה.⁴² וכן כלל שדורש "הצהרה ברורה שאין לטעות בה" על מנת שחוק פדרלי יוכל לשלול חסינות ריבונית של מדינה.⁴³

לטקסטואליסט הישר, כל כללי ההעדפות והחזקות הללו בעייתיים. קשה מספיק למצוא תשובה אחידה ואובייקטיבית לשאלה אם משמעותו של חוק, בסופו של דבר, היא באופן סביר כזו או אחרת. אך כמעט בלתי אפשרי לצפות לאחידות ואובייקטיביות כשמוסיפים, לצד זה או אחר של המאזניים, משקל לא מוגדר. כמה "צר" הוא אמנם הפירוש הצר שיש להעניק לסוג מסוים של חוקים; כמה ברורה צריכה להיות כוונה רחבה יותר על מנת לחמוק ממנו? כל חוק שמגיע לבית משפט הוא במידה זו או אחרת "עמום"; כמה עמום צריך להיות העמום לפני שאפשר להחיל את כלל החמלה או את הכלל לטובת האינדיאנים? כמה בלתי סביר צריך להיות חוסר הסבירות כדי שיהיה ניתן להצדיק אותו באמצעות "פרשנות רחבה" שיש להשתמש בה לחוקים מתקנים? וכמה ברורה צריכה להיות הצהרה "שאינן לטעות בה"? אין תשובות לשאלות הללו, וזו הסיבה לכך שכללים מלאכותיים מגבירים את חוסר הצפיות, אם לא את השרירותיות, של הכרעות שיפוטיות. ייתכן שעבור חלק מהכללים, המחיר שווה את הנזק. ישנם דברים גרועים יותר מחוסר צפיות ושרירותיות מזדמנת. ייתכן שהם מחיר הוגן עבור שימור העיקרון שאין להפליל אדם על מעשה שלא נאסר במפורש; או העיקרון שהתערבות פדרלית בחסינות ריבונית של מדינה היא פולשנית באופן חריג במיוחד.

אך בין אם הכללים מוסיפי המשקל הללו הם טובים או רעים, יש גם את השאלה מהיכן הסמכות של בתי המשפט להחיל אותם. האם באמת אפשר פשוט להכריז שאנחנו נפרש את החוקים של הקונגרס באופן שיוסיף או יגרע מהמשמעות של מה שהם אומרים באופן סביר? אני מסופק. כלל החמלה עתיק כמעט כמו המשפט המקובל עצמו,⁴⁴ כך שאני מניח שהוא תקף מכוח עצם היותו עתיק כל כך. לגבי האחרים אני ספקן יותר. הכלל שיש לפרש באופן צר חוקים שמצמצמים את המשפט המקובל נראה כתפיסת כוח שיפוטית גרידא. יתכן שחלק מהכללים עשויים להיחשב לביטוי מופרז בלבד של מה שפרשנות רגילה, ללא משקל לאחד הצדדים, הייתה מפיקה ממילא. למשל, מאחר שביטול חסינות ריבונית של מדינה על ידי הקונגרס הוא מעשה כל כך חריג, ניתן לצפות באופן רגיל לכך שהדבר יוצהר באופן מפורש ולא משתמע כבדרך אגב – כך שכלל דוגמת "ההצהרה הברורה" הוא למעשה פרשנות רגילה. יתכן שאפשר לומר כך גם לגבי ויתור על חסינות ריבונית.

היסטוריית חקיקה

הרשו לי לפנות כעת מעם הקאנונים והחזקות, אשר נעשה בהם שימוש מזה זמן רב בפרשנות חקיקה, אל עבר כלי פרשני חדש יחסית: היסטוריית החקיקה. כוונתי בכך היא להצהרות שנאמרו בדיונים במליאה, דוחות וועדה ואפילו עדויות בפני הוועדה שקדמו לחקיקת החוק. דעתי, שלפיה האינדיקציה האובייקטיבית של המילים ולא הכוונה של המחוקק היא שמהווה את החוק, מובילה אותי כמובן למסקנה שאין לעשות שימוש בהיסטוריית חקיקה כמקור סמכות בנוגע למשמעותו של חוק. זהו הנוהג

⁴² ראו *United States v. Nordic Village, Inc.*, 503 U.S. 30, 33-34 (1992).

⁴³ ראו *Dellmuth v. Muth*, 491 U.S. 223, 230 (1989).

⁴⁴ סר פיטר מקסוול כותב כי ניתן להתחקות אחר כלל זה עד לזמן שבו היו מעל מאה עבירות הנושאות גזר דין מוות בחוק האנגלי, כולל "לכרות עץ דובדבן במטע או להיראות בחברת צוענים במשך חודש". *Sir Peter Benson Maxwell, On the Interpretation of Statutes* 239 (London: William Maxwell & Son 1875). ראו גם *United States v. Wiltberger*, 18 U.S. (5 Wheat.) 76, 95 (1820) (ייתכן כי הכלל שיש לפרש חוקים פלייליים באופן צר לא עתיק הרבה יותר מהפרשנות עצמה").

המסורת האנגלי והאמריקני. נשיא העליון טוני כתב כך: "בביאור חוק זה, הכרעת בית המשפט לא יכולה להיות מושפעת במידה כלשהי מהפרשנות שניתנה לו על ידי יחידים מחברי הקונגרס בדיון אשר נערך על חקיקתו, ולא על ידי המניעים והסיבות שהם ייחסו לתמיכה או להתנגדות לתיקונים שהוצעו. החוק כפי שהוא נחקק הוא רצון הרוב של שני הבתים, והדרך היחידה שבה רצון זה מובע הוא במעשה עצמו; עלינו להסיק את הכוונה מהלשון שבה נעשה שימוש, ובמקומות שבהם קיימת עמימות נשווה אותה לחוקים אחרים באותו נושא, או להיסטוריה הציבורית של התקופה בה הוא נחקק, אם יש צורך בכך."⁴⁵

עמדה בלתי מתפשרת זו שררה בארצנו עד למאה הנוכחית. התנועה לשינוי צברה תאוצה בשנות העשרים המאוחרות ובשנות השלושים של המאה העשרים, כשהמניע שלה, תאמינו או לא, היה התסכול מהשימוש של שופטי משפט מקובל ב"כוונת מחוקק" וקאנונים פיקטיביים להחלת דעותיהם האישיות – ובאותם ימים, דעותיהם היו מנוגדות לחקיקה חברתית פרוגרסיבית. ציטטתי מוקדם יותר כתבה של הדיקן לנדיס שיצא נגד הסגת גבול שיפוטית כזו. הפתרון שהוא הציע לא היה לסלק את כוונת המחוקק כקריטריון פרשני, אלא להשתמש בהיסטוריית החקיקה על מנת להגן על כוונת המחוקק מפני מניפולציה.⁴⁶

שימוש נרחב בהיסטוריית החקיקה בארצנו החל רק בסביבות שנות הארבעים של המאה העשרים. הוא היה עדיין נתון תחת שבט ביקורתם של שופטים נכבדים כגון פרנקפורט וג'קסון בשנות החמישים. ג'קסון, למשל, כתב בפסק דין שבו הוא הצטרף לדעת הרוב:

"הייתי מסכים עם תוצאה זו בלב שלם יותר לו בית המשפט היה מגיע אליה על ידי ניתוח החוק ולא על ידי פסיכואנליזה של הקונגרס. כאשר אנו מכריעים על סמך היסטוריית חקיקה, כולל הצהרות עדים בשימועים, מה הקונגרס כנראה חשב, עלינו לשים עצמנו בנעליהם של רוב חברי הקונגרס ולהתנהג בהתאם להשפעה שאנו חושבים שהייתה צריכה להיסטוריה זו להיות עליהם. כמי שמעולם לא היה חבר קונגרס יש לי נכות במאמץ משונה זה. תהליך זה נראה לי לא פרשנות של חוק אלא יצירת חוק."⁴⁷

אולם בעשורים האחרונים, פיתחנו תרבות משפטית במסגרתה עורכי דין, כעניין שבשגרה – ואני מתכוון לשגרה ממש – אינם מבחינים כלל בין מילים שהן חלק מטקסט של חוק, ומילים שהן חלק מהיסטוריית החקיקה שלו. רבות מובא בפני בית המשפט שלי, בכתבי טענות ובטענות בעל פה כי "הקונגרס אמר כך ואחרת" – כאשר למעשה מה שמצוטט אינו החוק שנקבע על ידי הקונגרס, או אפילו טקסט שאומץ בידי בית קונגרס יחיד, אלא הצהרה של ועדה יחידה של בית יחיד שנכתבה בדוח הוועדה. הפניה להיסטוריית חקיקה נעשתה כל כך שגרתית עד שחומדי הלצון המשפטיים הפיצו בדיחה שהופכת את הכלל המצוטט (והנזנח על פי רוב) של שימוש ראוי: "יש לעיין בטקסט של החוק", כך הבדיחה, "רק כאשר היסטוריית החקיקה עמומה". כמה מצער שהדברים כבר אינם משעשעים כלל. המציאות עקפה את הפרודיה. לפני כמה קדנציות קראתי כתב טענות שהתחיל את הטענות המשפטיות עם דיון בהיסטוריית החקיקה ורק אז המשיך (ואני מצטט מילה במילה): "למרבה הצער, הדיונים החקיקתיים לא מסייעים בידינו. וכך, אנו פונים למורה הדרך האחר בתחום הסבוך הזה, לשון החוק."⁴⁸

כפי שצינתי, אני מתנגד לשימוש בהיסטוריית החקיקה כעניין עקרוני, מכיוון שאני דוחה את כוונת המחוקק כקריטריון לגיטימי של החוק. אולם מה שמתסכל במיוחד בשימוש בהיסטוריית חקיקה הוא

⁴⁵ Aldridge v. Williams, 44 U.S. (3 How.) 9, 24 (1845) (הדגש שלי).

⁴⁶ ראו Landis לעיל הערה 17, 891-92.

⁴⁷ United States v. Public Utils. Comm'n of Cal., 345 U.S. 295, 319 (1953). (Jackson, J., concurring)

⁴⁸ Brief for Petitioner at 21, Jett v. Dallas Indep. Sch. Dist., 491 U.S. 701 (1989), quoted in Green v. Bock Laundry Machine Co., 490 U.S. 504, 530 (1989) (Scalia, J., concurring)

שאינן בה היגיון אפילו עבור מי שמקבל את כוונת מחוקק כקריטריון לגיטימי. סביר הרבה יותר להגיע לכוונת מחוקק מזויפת או מאולצת מאשר אמיתית בדרך זו. הסיבה הראשונה והברורה היא שבנוגע ל-99.99 אחוזים מהסוגיות בנושא פרשנות המגיעות לפתחם של בתי המשפט, אין כוונת מחוקק כלל, כך שכל רמז הנלמד מהיסטוריית החקיקה יהיה בהכרח כוזב. סוגיות אלה כמעט תמיד עוסקות בפרטים קטנים יחסית להיקף החוק המדובר. הטענה שרוב חברי שני בתי הקונגרס (שלא נדבר כלל על הנשיא, אם חתם ולא הטיל וטו על החוק) העלו בדעתם דעה כלשהי לגבי הסוגיות הללו היא מופרכת לגמרי ובלתי מתקבלת על הדעת. יש להניח בביטחון מוחלט פחות או יותר, שהרוב לא היו מודעים כלל לקיומן של סוגיות כאלה שלא לדבר על העדפה כלשהי לדרך הפתרון הראויה להן.

אולם גם אם נניח, בניגוד גמור למה שקורה במציאות, שהחיפוש אחר "כוונת המחוקק" הוא חיפוש אחר משהו קיים, הדבר הזה לא ימצא בארכיון של היסטוריית החקיקה. בזמנים מוקדמים יותר, כשלקונגרס מנה מספר חברים מצומצם יותר וחוקק פחות חוקים, היה אפשר להאמין בכך שמספר משמעותי של סנאטורים או חברי בית הנבחרים היו נוכחים בדיונים או קראו את דוחות הוועדה, ואכן הצביעו על בסיס מה ששמעו וקראו. ימים אלו, אם אי פעם היו, חלפו ואינם. הדיונים ברוב המקרים אינם מרובי משתתפים, שכן החברים עסוקים על פי רוב בוועדות, ומדווחים למליאה רק כאשר נדרש מניין חוקי או כאשר מתקיימת הצבעה. בכל הנוגע לדוחות הוועדה, לא בטוח אם אפילו חברי הקונגרס של הוועדה המפרסמת מצאו את הזמן לקרוא אותם, כפי שמודגם בדיון להלן בסנאט בדבר הצעת חוק מיסוי, שהייתה לי ההזדמנות לצטט בחוות דעת שכתבתי כשכיחנתי בבית המשפט לערעורים:

מר ארמסטרונג: ... השאלה שלי, שאולי תפתיע את [יו"ר ועדת הכספים], היא זו: האם כוונת היו"ר היא שרשות המיסים הפדרלית (IRS), בית המשפט למיסוי ובתי משפט האחרים יסמכו על דוח הוועדה המצורפת להצעת חוק זו על מנת להבין את הכוונה של הקונגרס?

מר דול: אני בהחלט מקווה שכן.

מר ארמסטרונג: כבוד הנשיא, האם יוכל הסנאטור לומר לי אם הוא כתב את הדוח?

מר דול: האם כתבתי את הדוח?

מר ארמסטרונג: כן.

מר דול: לא; הסנאטור מקנזס לא כתב את דוח הוועדה.

מר ארמסטרונג: האם סנאטור כלשהו כתב את דוח הוועדה?

מר דול: אצטרך לבדוק.

מר ארמסטרונג: האם הסנאטור יודע על סנאטור כלשהו שכתב את דוח הוועדה?

מר דול: אוכל אולי לזהות אחד מהם, אבל אצטרך לחפש. אני יכול לומר שהייתי כאן במשך כל הזמן שנכתב, ועבדתי בצמוד עם הצוות בזמן שעבדו...

מר ארמסטרונג: אדוני הנשיא, האם הסנאטור מקנזס, יו"ר ועדת הכספים, קרא את דוח הוועדה בשלמותו?

מר דול: לא.

מר ארמסטרונג : אדוני הנשיא, הסיבה שאני מעלה את הנושא אולי לא ברורה על פני הדברים, ולכן הרשה לי לומר זאת במפורש : ... הדוח עצמו לא נבחן על ידי ועדת הכספים. הוא לא היה כפוף לתיקון בידי ועדת הכספים. הוא לא כפוף לתיקון כעת בידי הסנאט. ... אם היה נושא בתוך הדוח שהסנאטור מקולורדו או אפילו שרוב הסנאטורים לא הסכימו לגביו, לא הייתה כל דרך לשנות אותו. לא אוכל להציע תיקון הערב על מנת לתקן את דוח הוועדה. אני פונה לכל משפטן, בורר, פקיד, עובד מס או גורם אחר שיזדמן לו לקרוא את הפרוטוקול הכתוב של דיון זה, הרשו לי להדגיש את הנקודה שזהו לא החוק, לא הצבענו עליו, הוא לא כפוף לתיקון, וצריכה להיות לנו משמעת להביע את הכוונה של הקונגרס בחוק עצמו.⁴⁹

באופן אירוני, גם אם מובן, ככל שבתי המשפט סמכו יותר על היסטוריית החקיקה, כך היא הפכה פחות ראויה להסתמכות. בזמנים קדומים יותר, ההיסטוריה החקיקתית הייתה לפחות אמיתית ולא מעושה – חלק אותנטי מההיסטוריה של החקיקה במובן שהיא הייתה חלק מהתפתחות הצעת החוק, חלק מהניסיון למסור מידע ולשכנע את המצביעים עליו. אולם כיום, כאשר ידוע לכל וצפוי ששופטים יעיינו בדיוני המליאה וכן (במיוחד) בדוחות הוועדה כביטויים מוסמכים ל"כוונת המחוקק", המטרה העיקרית בדיונים אלה היא השפעה על בתי המשפט ולא אספקת מידע לקונגרס. זה לא שבתי המשפט מתייחסים להיסטוריית החקיקה כי היא קיימת, אלא שהיסטוריית החקיקה קיימת מאחר שבתי המשפט מתייחסים אליה. אחת המשימות השגרתיות של עורך הדין הלוביסט בווישינגטון הוא לנסח לשון שמחוקק שמסכים אתו יכול לדקלם במסגרת "דיון מליאה" כתוב מראש – או אפילו עדיף מכך, להכניס לדוח ועדה.

קיימות כמה תשובות נפוצות לביקורות אלה. אחת מהן היא "אז מה אם רוב חברי הקונגרס לא יודעים בעצמם מה כתוב בדוח הוועדה. רובם גם לא מכירים את פרטי החקיקה עצמה – והיא תקפה למרות זאת. למעשה, יותר סביר שיקראו ויבינו את דוח הוועדה מאשר שיקראו ויבינו את הטקסט". תשובה זו מתעלמת מהנקודה המרכזית שידיעה אמיתית היא תנאי מקדים לסמכות הנטענת שיש לדוח הוועדה, ולא תנאי מקדים לסמכות החוק. אין כל סיבה להתייחס לדוח הוועדה אלא אם אנחנו מניחים שהדוח הוא הבסיס להצבעת הבית ובכך מייצג את "כוונת" הבית שאנחנו (לכאורה) מחפשים. אולם אנחנו מתייחסים לחוק פשוט כי פרק 1 סעיף 7 לחוקה מורה שמרגע שחוק עבר ברוב הנדרש (בין אם הובן כהלכה ובין אם לא), זהו החוק.

תשובה נוספת פשוט קוראת תיגר על עצם הטענה שהיסטוריית חקיקה צריכה לשקף את דעתו של הקונגרס : "דוחות ועדה אינם ברי סמכות בגלל ההנחה שהבית כולו מכיר ומסכים איתם, אלא בגלל שהבית כולו רוצה שהם יהיו מקור סמכות – כלומר, הוא משאיר לוועדות את פרטי החקיקה". ייתכן שלבית המחוקקים יש אמנם רצון כזה, ויתכן שלא; מדבריו של הסנאטור ארמסטרונג המצוטט לעיל נראה שלא. אך גם אם הדבר נכון, הוא לא חוקתי. "כל סמכויות החקיקה המוענקות בזה", אומרת החוקה, "נתונות ביד הקונגרס של ארצות הברית, שיהיה מורכב מסנאט ומבית נבחרים."⁵⁰ סמכות החקיקה היא הסמכות לחוקק חוקים, לא ליצור מחוקקים. הסמכות אינה ניתנת להאצלה. קונגרס לא יכול לתת סמכות לוועדה אחת ל"מלא את הפרטים" של חוק מסוים באופן מחייב כפי שאינו יכול להסמיק ועדה לחוקק חוקים זוטרים. מה שהקונגרס לא הורה עליו בעצמו נותר לפתרון בידי הרשות המבצעת וכן (לבסוף) בידי הרשות השופטת. זו מהותו של עיקרון הפרדת הרשויות. על כן, הבסיס המתקבל על הדעת

128 Cong. Rec. 16918-19, 97th Cong., 2d Sess. July 19, 1982), quoted in *Hirschey v. Federal Energy Regulatory* ⁴⁹ Comm'n, 777 F.2d 1, 7 n.1 (D.C. Cir. 1985) (Scalia, J., concurring).
⁵⁰ U.S. Const. art. I, 1.

היחיד להתייחסות לדוחות הועדה כברי סמכא, הוא שהם אינדיקציה אמיתית לרצונו של רוב בית המחוקקים – שכפי שהשתדלתי להבהיר, הם בוודאי אינם.

אני חושב שהדיקן לנדיס, ואלה שהצטרפו אליו לתמוך בהיסטוריית חקיקה כתרופה למה שהוא כינה "שופטים סוררים", היו נחרדים מהתוצאות שהתקבלו חצי מאה אחרי כן. בשקלול כולל, הדבר לא רק שלא מנע אלא אף עודד קבלת החלטות המבוססות על העדפות המדיניות של בתי המשפט במקום עקרונות משפטיים ניטרליים. מאחר שאין כללים שנוגעים למידת המשקל שיש לתת להיסטוריית חקיקה, ניתן לסמוך עליה או לבטל אותה באותה מידה. אם השופט הסורר לא אוהב את דוח הוועדה, הוא לא ינהג על פיה, אלא יטען שהחוק לא מספיק עמום, או שדוח הוועדה עמום מדי, או שהיסטוריית החקיקה (וזהו ביטוי חביב עליהם) "כמכלול, אינו חד משמעי". בדרך כלל קשה מאוד להדגים שההסבר בדוי בצורה משכנעת מספיק כדי ליצור מבוכה. וודאי שגם בטכניקות פרשנות אחרות מעורבות עמימויות, ובהתאם גם הזדמנויות לסוררות משפטית – הקאנונים לפרשנות, למשל, שהדיקן לנדיס תיעב בצורה יסודית כל כך. אולם האפשרות לבצע מניפולציות עם היסטוריית חקיקה לא באה במקום המניפולציות של טכניקות אחרות; היא מרחיבה אותן. ישנם עדיין קאנונים שאפשר לשחק איתם, ובנוסף, היסטוריית חקיקה יתירה מזו, היסטוריית חקיקה מאפשרת מגרש משחקים רחב שאין כדוגמתו. בכל מעשה חקיקה משמעותי היסטוריית החקיקה ענפה, וכל אחד יכול למצוא בה את מבוקשו. כפי שהשופט הרולד לבנטל היה נוהג לומר, הסוד הוא להביט מעבר לראשי הקהל ולמצוא את החברים שלך. המגוון והפרטים של התוצאה שניתן להשיג על ידי היסטוריית החקיקה, הם ללא תחרות.

אני חושב שהגיעה העת לסיים את הניסוי קצר והכושל הזה, אם לא מסיבות עקרוניות אזי מסיבות פרקטיות. לדעתי לא עשיתי שימוש בהיסטוריית חקיקה על מנת להכריע בתיק כבר מזה תשע הקדנציות האחרונות שלי. למען האמת, לא היה בכך כמעט כדי להשפיע (מכיוון שהיסטוריית חקיקה היא על פי רוב כל כך לא חד משמעית). במקרה היחיד שאני זוכר שבו, אם הייתי מתייחס להיסטוריית החקיקה הייתי מכריע אחרת, שאר חבריי (שכן השתמשו בהיסטוריית החקיקה) לא הסכימו אתי.⁵¹ השינוי המידי והמורגש שיתחולל עם נטישת היסטוריית חקיקה יהיה זה: שופטים, עורכי דין, ובעלי דין יחסכו הרבה מאד זמן והוצאות. בהיותי ראש ה- OLC (המשרד ליעוץ משפטי) במשרד המשפטים, הערכתי שעורכי הדין בצוות שלי איתרו ועיינו בנבכי היסטוריית החקיקה ב- 60 אחוזים מהזמן שלהם. איזה בזבוז. לא נהגנו כך בעבר ועלינו לחדול מלנהוג כך כעת.

פרשנות טקסטים חוקתיים

מבלי להתיימר למצות הנושא העצום של פרשנות טקסטואלית, ברצוני להתייחס לסוגיה אחרונה: הבעיה המיוחדת של פרשנות חוקה. הבעיה מיוחדת לא בגלל שיש להחיל במסגרתה עקרונות פרשנות מיוחדים, אלא בגלל שהעקרונות הרגילים חלים על טקסט לא רגיל. נשיא העליון מרשל ניסח את נקודה זו בצורה הטובה ביותר בעניין *McCulloch v. Maryland*:

"על מנת לכלול פירוט מדויק של כל תתי החלוקות שסמכותה הנרחבת יכולה לכלול, ואת כל האמצעים שבהם ניתן להחילם בפועל, חוקה הייתה צריכה להגיע לאורך של קודקס חוקים שלם, וכמעט בלתי אפשרית להשיג בשכל האנושי. מן הסתם כך לעולם לא הייתה מובנת על ידי הציבור. טבעה, אם כן, דורש

⁵¹ ראו *Wisconsin Public Intervenor v. Mortier*, 501 U.S. 597 (1991); *id.*, at 616 (Scalia, J., concurring).

שרק קווי המתאר הרחבים שלה יצוינו, רק המטרות החשובות ישורטטו, ואילו הרכיבים הקטנים המרכיבים מטרות אלה יילמדו מתוך טבע המטרות עצמן.⁵²

בפרשנות טקסטואלית, ההקשר הוא הכול, וההקשר של החוקה אומר לנו לא לצפות לדקדקנות של פרטים ולתת למילים ולביטויים פרשנות רחבה ולא מצומצמת – אך לא פרשנות שאין הלשון סובלת.

קחו לדוגמה, את ההוראה של התיקון הראשון שאוסר על הגבלה של "חופש הדיבור, או העיתונות". הביטוי הזה לא מפרט את מלוא המנעד של ביטויי תקשורת. מכתבים כתובים, למשל, אינם דיבור או עיתונות. אך ודאי שאין ספק שאסור לצנזר אותם. בקונטקסט החוקתי הזה, דיבור ועיתונות, הצורות המקובלות ביותר של תקשורת, מייצגים מקרים פרטיים המייצגים את הכלל. אין זו פרשנות צרה, אך היא פרשנות סבירה.

מעניין הדבר שרוב אלה שמתעקשים לטעון שכוונת המחבר נותנת משמעות לחוק, דוחים את כוונת המחברים כקריטריון בפרשנות חוקה. אני דוחה עיקרון זה עבור שניהם. אני אעיין כמובן בכתבתם של חלק מהאנשים שהיו גם צירים בוועידת החוקה – המילטון ומדיסון בכתבי הפדרליסט, לדוגמה. אולם אעשה זאת לא בגלל שהם היו "מייסדים" ועל כן כוונתם ברת סמכות ומחייבת בחוק; אלא מפני שכתבתם, כמו הכתיבה של אנשים אחרים בעלי ידע ואינטליגנציה מאותה תקופה, מדגימים כיצד הטקסט של החוקה הובן במקור. כך אני נותן משקל שווה למאמרים של ג'יי בכתבי הפדרליסט, ולכתיבה של ג'פרסון, אף על פי ששניהם לא היו מהמייסדים. מה שאני מחפש בחוקה הוא בדיוק מה שאני מחפש בחוק: את המשמעות המקורית של הטקסט, ולא מה שהתכוונו אליו המחברים המקוריים.

אולם קו פרשת המים ביחס לפרשנות חוקה אינו עובר בין כוונת האבות המייסדים לבין משמעות אובייקטיבית, אלא בין המשמעות המקורית (בין אם היא נלמדת מהכוונה או לא) לבין משמעותה כיום. האסכולה השלטת של פרשנות חוקה מאשרת את קיומה של מה שנקרא "חוקה חיה", גוף חקיקה אשר (בניגוד לחוקים רגילים) צומח ומשתנה מעידן לעידן, על מנת להתאים לצרכי חברה משתנה. והשופטים הם אלה אשר קובעים מהם צרכים אלה ו"מוצאים" את החוק המשתנה. נשמע מוכר, הלא כן? אכן, זוהי שיבתו של המשפט המקובל, אולם בעל עוצמה לאין שיעור ממה שהמשפט המקובל הוותיק ניסה אי פעם להעמיד פנים שהוא, מכיוון שעכשיו הוא עליון אף על חוקים של מחוקקים דמוקרטיים. היזכרו במילים שציטטתי קודם מנאום יום העצמאות של איש הקודיפיקציה המושבע רוברט רנטול:

"השופט מחוקק חוק על ידי כך שהוא סוחט מהתקדימים משהו שלא היה בהם. הוא מרחיב את התקדימים שלו, שהם עצמם הרחבה של אחרים, עד שעל פי עיקרון גמיש זה, מערכת שלמה של חוק נבנית ללא הסמכות או ההתערבות של המחוקק."⁵³ החליפו את המילה "אומה" ב"מחוקק" וזהו תיאור מדויק של מה שבתו המשפט האמריקאים המודרניים עשו עם החוקה.

אם תיכנסו לשיעור משפט חוקתי בלימודי משפטים, או תלמדו מתוך ספר פסקי דין חוקתיים, או תקראו כתב טענות שהוגש בתיק העוסק במשפט חוקתי, נדיר שתמצאו את הדיון מתייחס לטקסט של ההוראה החוקתית שעומדת על הפרק, או לשאלה מה הובן ממנה במקור או אפילו מה התכוונו במקור. נקודת ההתחלה של הניתוח תהיה פסקי דין של העליון, וההבנה היא שהסוגיה החדשה תוכרע על פי ההיגיון שהביעו פסקים אלה, מבלי להתייחס לכמה ההיגיון הזה, בהרחבה כזו, הרחיק אותנו מהטקסט וההבנה

⁵² McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 407 (1819).
⁵³ ראו לעיל הערה 7 Rantoul, 318.

המקוריים. אולם גרוע מכך, ידוע ומובן לכל שאם ההיגיון האמור לא יביא למה שנראה לבית המשפט העליון לתוצאה הדצויה במקרה המסוים, אזי כמו כל שופט משפט מקובל טוב, בית המשפט יבחין את התקדימים או יפרש אותם באופן צר, וכמוצא אחרון יהפוך אותם, על מנת שמשמעות החוקה תהיה מה שהיא אמורה להיות. אם ניקח את אחת הדוגמאות הפחות שנויות במחלוקת – האם אמורה להיות זכות חוקתית למות? אם כן, זכות זו קיימת בחוקה.⁵⁴ האם ראויה להיות זכות להשיב אליך ילד ביולוגי שנמסר לאימוץ על ידי ההורה השני? אם כן, אז שוב, יש זכות כזו בחוקה.⁵⁵ אם הדבר טוב, אז הוא קיים בחוקה. אין צורך להתייחס לטקסט שאותו אנחנו כביכול מפרשים; אנו נגניב את הזכויות הללו פנימה, אם לא בכל דרך אחרת אז באמצעות סעיף הזכות להליך הוגן (אשר כפי שתיארתי אינו מסוגל טקסטואלית להכיל אותו). מעבר לכך, מה שהחוקה התכוונה אליה אתמול אינה בהכרח מה שהיא מתכוונת אליה היום. כפי שחוות דעתנו מציינת בהקשר של שיפוט בתיקון השמיני (בסעיף של עונש אכזרי ויוצא דופן), המשמעות משתנה על מנת לשקף את "אמות המידה המתפתחות של הגינות, המציינות את התקדמותה של חברה מתבגרת."⁵⁶

זוהי בראש ובראשונה דרך המשפט המקובל לחקיקה, ולא דרך לפרשנות של טקסט שאומץ באופן דמוקרטי. הזכרתי קודם קונטרס אנגלי מפורסם בשם *Dwarris on Statutes*. העיקרון הרביעי של דווריס הוא כדלהלן: "חוק פרלמנטרי אינו משתנה מפאת הזמן; אך המשפט המקובל כן, שכן *cessante ratione cessat lex* [בטל הטעם, בטלה התקנה]."⁵⁷

כלל זה (עד כמה שניתן לפעמים להתחמק ממנו) נותר הכלל הרשמי לפרשנות סטטוטורית: החוקים אינם משתנים. קיימת תמימות דעים על כך שהצעות ל"פרשנות סטטוטורית דינמית" כמו אלה של השופט קלברזי ופרופסור אסקרידג' הן חדשניות. אולם החוקה, אף על פי שהיא טקסט שאומץ באופן דמוקרטי, זוכה ליחס רשמי בדומה לזה של המשפט המקובל. מתבקש לשאול, מה ההצדקה לכך?

ניתן לשער שהכלל לפיו טקסט לא משתנה, יחול מקל וחומר בעניין החוקה. אם בתי המשפט הרגישו מחויבים מדי להליך הדמוקרטי מכדי לשחק עם החוקים, כשהמשחקים שלהם פתוחים לתיקון על ידי המחוקק, קל וחומר שהם צריכים להרגיש מחויבים שלא לשחק עם החוקה, כאשר משחק כזה כמעט שאיננו בר-תיקון. כך או כך, ודאי שלא ניתן לטעון שהחוקה עצמה מורה על השתנות כזו; להיפך, מטרתה היא למנוע שינוי – להחדיר זכויות מסוימות באופן כזה שדורות עתידיים לא יוכלו בנקל לשלול אותן. חברה שמאמצת מגילת זכויות היא סקפטית לגבי זה ש"אמות מידה של הגינות מתפתחות" תמיד "מציינות התקדמות" ושחברות תמיד "מתבגרות" ולא מסתאבות. לא הטקסט של מסמך כזה ולא הכוונה של המייסדים (מה שתבחרו) יכולים בשום אופן להוביל למסקנה שהאפקט היחיד שלה הוא נטילת הכוח לשנות זכויות מהמחוקק ונתינתו לשופט.

הגמישות והליברליות של החוקה החיה

⁵⁴ ראו *Cruzan v. Director, Mo. Dept't of Health*, 497 U.S. 261, 279 (1990).
⁵⁵ ראו *In re Kirchner*, 649 N.E.2d 324, 333 (Ill.), cert. denied, 115 S. Ct. 2599 (1995).
⁵⁶ *Rhodes. v. Chapman*, 452 U.S. 337, 346 (1981), quoting from *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958) (plurality opinion).
⁵⁷ *Fortunatus Dwarris, A General Treatise on Statutes, with American Notes and Additions* by Platt Potter 122 (Albany, N.Y. 1871).

הטענה שנשמעת הכי הרבה לתמיכה בגישת "החוקה החיה" היא טענה פרגמטית: גישה התפתחותית כזו נדרשת על מנת לספק את ה"גמישות" שחברה משתנה זקוקה לה; החוקה הייתה נשברת אם לא היינו מאפשרים לה להתכופף ולצמוח. טענה זו אולי הייתה משכנעת אם רוב ה"צמיחה" שתומכי גישה זו הביאו עלינו בעבר ונחוישים להביא בעתיד, הייתה הביטול של מגבלות על שלטון דמוקרטי. אולם ההפך הוא הנכון. במבט היסטורי, ובייחוד בשלושים וחמש השנים האחרונות, החוקה "המתפתחת" הטילה מגוון עצום של מגבלות – דהיינו חוסר גמישות – על פעילות מנהלית, שיפוטית וחקיקתית. אם נזכיר רק כמה דברים שהיו מותרים לביצוע בעבר בהתאם לרצון החברה, אולם כעת אסורים:

- לאפשר במשפט פלילי מדינתי ראיות בדבר אשמתו של אדם שהתקבלו באמצעות חיפוש לא חוקי;⁵⁸
- להתיר את הזכרת שמו של האל בטקסי סיום של בתי ספר ציבוריים;⁵⁹
- לבחור את אחד מבתי החקיקה של מדינה בדרך שבה נבחר הסנאט של ארה"ב, כלומר על בסיס שלא נותן לכל המצביעים ייצוג שווה באופן מספרי;⁶⁰
- להפסיק תשלומי רווחה ברגע שהתקבלו ראיות להונאה, בכפוף להשבה לאחר שימוע אם הראיות הופרכו באופן מספק;⁶¹
- להטיל דרישות להחזקת נכסים כתנאי להצבעה;⁶²
- לאסור על חומרי תעמולה אנונימיים;⁶³
- לאסור על פורנוגרפיה.⁶⁴

גישתם של מצדדי התפתחות החוקה היא בעיקר עוד מאותו סגנון – יצירת מגבלות חדשות על השלטון הדמוקרטי, ולא ביטול של מגבלות ישנות. פחות גמישות בשלטון, לא יותר. במצב הנוכחי, הממשלות של המדינות או הממשל הפדרלי יכולים לעשות שימוש בגזר דין מוות או לאסור עליו, להתיר התאבדות או לאסור עליה – הכול כפי שהזמנים המשתנים והחברה המשתנה ידרשו. אך אם יוחלט שגזר דין מוות נוגד את התיקון הארבע-עשרה, כל הגמישות בנושאים אלה תיעלם. למעשה, המציאות היא שככל, נאמני החוקה החיה לא מנסים להקל על שינוי חברתי אלא למנוע אותו.

אני חייב לציין שיש כמה יוצאים מן הכלל האמור – כמה מקרים שבהם היסטורית, תוצאת המהלך הייתה גמישות גדולה יותר. אך יוצאי דופן אלה רק משמשים על מנת לסתור טענה נוספת של תומכי החוקה המתפתחת, והיא שההתפתחות תהיה תמיד בכיוון של חרות אישית גדולה יותר (הם רואים בזה יתרון עצום, מסיבות שאני לא לגמרי מבין. כל שלטון מהווה איזון בין חרות הפרט לבין הסדר הציבורי, ואין זה נכון שכל שינוי באיזון בכיוון של חרות הפרט הוא טוב בהכרח). כך או כך, תיעוד היסטורי מפריך את

⁵⁸ Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961). ראו

⁵⁹ Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992). ראו

⁶⁰ Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964). ראו

⁶¹ Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970). ראו

⁶² Kramer v. Union Free Sch. Dist., 395 U.S. 621 (1969). ראו

⁶³ McIntyre v. Ohio Elections Comm'n, 115 S. Ct. 1511 (1995). ראו

⁶⁴ על פי הדוקטרינה היום, מותר לאסור על פורנוגרפיה רק אם היא "מגונה", ראו Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973) מונח שניסח בית המשפט שלא כולל חומר אשר מעלה "דחפים מיניים נורמליים ובריאים", Brockett v. Spokane Arcades, Inc., 472 U.S. 491, 498 (1985).

ההנחה שחוקה מתפתחת תמיד תרחיב את זכויות הפרט. ההפרכה הברורה ביותר היא ההגבלות שהטיל בית המשפט של ימינו על ההגנות החוקתיות לקניין. כך לדוגמה, ההוראה האוסרת על צמצום המחויבות של חוזים רוקנה מתוכן.⁶⁵ אני בטוח כי "אנו, האומה" מסכימים עם התפתחות זו; אנו מכבדים זכויות קניין פחות מאשר האבות המייסדים. כמו כן, אנו מייחסים פחות ערך משהם ייחסו לזכות לשאת נשק (הם חשבו שהזכות להגנה עצמית היא יסודית באופן מוחלט) והצעה שתקום אם וכאשר יוחלט שהתיקון השני מבטיח לא יותר מאשר את המשמר הלאומי של כל מדינה, לא תהיה גדולה. אולם דברים אלה רק מראים שהמייסדים צדקו כשהם חששו שיבוא דור עתיד (טועה, בעיניהם) שיחפוץ לנטוש את החרויות שהם ראו כחיוניות, ועל כן ביקשו לשמור עליהן במגילת זכויות. ייתכן שמוצאת חן בעינינו ההגבלה של זכויות הקניין ומוצא חן בעינינו ביטול הזכות לשאת נשק; אך בל נעמיד פנים שלא מדובר בצמצום של זכויות.

ואם זכויות קניין יבשות מכדי לעורר התלהבות, והזכות לשאת נשק מסוכנת מדי, אתן לכם דוגמה נוספת: לפני כמה קדנציות, הובא בפני בית המשפט העליון מקרה שדן בתביעה של פגיעה מינית בילדה צעירה. הערכאה הראשונה קבעה שהילדה תהיה מפוחדת מכדי לתת עדות בנוכחותו של הפוגע (החשוד), ועל כן, הותר לה להעיד בנוכחותם של התובע והסגור בלבד, כשהנאשם, השופט וחבר המושבעים צפו בהם במצלמה במעגל סגור. הליך סביר למדי, והוא הוכרע כחוקתי על ידי בית המשפט שלי.⁶⁶ אני הייתי בדעת מיעוט מכיוון שהתיקון השישי מורה ש"בכל תביעה פלילית זכאי הנאשם... לעמוד פנים אל פנים מול העדים המעידים נגדו" (דגש שלי). אין ספק באשר לכוונה של "לעמוד פנים אל פנים מול" – או אף למה הכוונה היום. משמעו פנים אל פנים, לא בצפייה מחדר אחר. ואין ספק שאחת המטרות המרכזיות של הוראה זו היא לגרום בדיוק לאותו לחץ על העד שהילדה מצאה קשה מנשוא. קשה להאשים מישהו מול פניו, בייחוד כשמשקרים. לא חל כל שינוי בנסיבות חיצוניות מאז שההוראה התקבלה בשנת 1791. תקיפה מינית הייתה קיימת גם אז, כפי שהיא קיימת היום, ילדים קטנים היו רגישים יותר ממבוגרים; היכולת להסתיר את הנאשם מעיני העד הייתה קיימת אז כהיום (היה אפשר בקלות להעמיד מחיצה דרכה יכול לראות הנאשם ולא להיראות על ידי העד); אולם התיקון השישי בכל זאת נתן לכל הנאשמים הפליליים את הזכות לעמוד מול המעידים נגדם, מפני שזו נחשבה להגנה חשובה. הדבר המשמעותי היחיד שהשתנה, לדעתי, הוא הרגישות של החברה למה שנקרא טראומה פסיכולוגית (שילד שנותן עדות עתיד לסבול ממנה במצב זה, כך נאמר לנו), והערכת החברה את האיזון הנכון בין נקודות הקיצון של הליך המבטיח את הרשעתם של 100 אחוז מהפוגעים בילדים, והליך המבטיח זיכוי של 100 אחוז מהמואשמים לשווא בפגיעה בילדים. אין לי ספק כי החברה, ככללה, שמחה ושבעת רצון מהכרעתו של בית המשפט שלי. אולם אין לנו להעמיד פנים שההכרעה לא ביטלה חרות שהייתה קיימת קודם לכן.

העדר עיקרון מנחה להתפתחות

הצבעתי על כך שיייתכן שהעם האמריקני שבע רצון לגבי צמצום זכויותיו, אולם אין ללמוד מכך שתומכי החוקה החיה נוהגים על פי רצון העם האמריקני על מנת לקבוע כיצד על החוקה להתפתח. הם אינם נוהגים על פי עקרון מדויק כל כך; למעשה, כקבוצה, הם אינם נוהגים על פי דבר. ייתכן שהפגם הבולט ביותר של תורת החוקה החיה, לצד חוסר התאמתה למטרה המנוגדת לכך של החוקה, היא שאין הסכמה,

⁶⁵ ראו Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934).

⁶⁶ ראו Maryland v. Craig, 497 U.S. 836 (1990).

או סיכוי להסכמה, על מה שיהיה העיקרון המנחה של ההתפתחות. "הכול זורם" [עיקרון של הרקליטיס] איננו עיקרון אינפורמטיבי מספיק עבור פרשנות חוקה. במה השופט אמור לעיין על מנת לקבוע מתי ובאיזה כיוון התרחשה התפתחות? האם זהו רצון הרוב, הנלמד מהעיתונות, תכניות הרדיו, סקרי דעת הקהל ושיחות המועדון? האם זו הפילוסופיה של יום, או גיון רולינס, או גיון סטיוארט מיל, או אריסטו? ברגע שהדיון נע מעבר לשאלה האם החוקה היא סטטית, תומכי ההתפתחות נחלקים למחנות, במידה השווה לדעות האינדיבידואליות של מהו טוב, יפה ונכון. לדעתי מצב זה מוכרח מטבע הדברים, מה שאומר שהתפתחות החוקה איננה פילוסופיה חוקתית ישימה.

יש לשים לב שאינני טוען שהאורגניליסטים מסכימים תמיד על התשובה. ישנו מקום רב לאי הסכמה באשר למשמעות המקורית, ואפילו יותר מקום באשר לשאלה כיצד משמעות זו חלה על המקרה שבא לפני בית המשפט. אולם האורגניליסט לכל הפחות יודע מה הוא מחפש: את המשמעות המקורית של הטקסט. לעיתים קרובות – למעשה, על פי רוב אני מניח – קל לפענח אותה ופשוט להחיל אותה. לעיתים (לא קרובות) תתקיים מחלוקת באשר למשמעות המקורית; ולפעמים תתקיים מחלוקת באשר לשאלה כיצד המשמעות המקורית חלה על תופעה חדשה ולא צפויה. כיצד למשל ההגנה על "חופש הביטוי" של התיקון הראשון חלה על טכנולוגיות חדשות שלא היו קיימות כשהגנה נוצרה – כגון מערכת כריזה שעל כלי רכב או שידורי טלוויזיה ברישיון ממשלתי? בתחומים חדשים כאלה, בית המשפט צריך לנהוג על פי המסלול של התיקון הראשון, ולקבוע מה התנאים שהוא כולל – ובוודאי שפרויקט כזה אינו ברור ומוחלט, אלא דורש שיפוט.

אולם הקשיים והספקות שיש בקביעת משמעות מקורית והחלתה על תנאים מודרניים הם כאין וכאפס לעומת הקשיים והספקות שיש בפילוסופיה שטוענת שהחוקה *משתנה*, שאותה פעולה שפעם אסרה היא כעת מתירה, ושמה שהתירה היא כעת אוסרת; ושהמפתח לשינוי הזה אינו ידוע ואין דרך לדעת אותו. האורגניליסט, גם אם אין לו את כל התשובות, יש לו הרבה מהן. פסקת העימות, למשל, דורשת עימות. עבור תומך ההתפתחות, לעומת זאת, כל שאלה היא שאלה פתוחה, כל יום הוא יום חדש. לא פחות משלושה שופטים שכיהנתי יחד איתם החזיקו בדעה שגזר דין מוות איננו חוקתי,⁶⁷ אף על פי שהשימוש בו נדון במפורש בחוקה. סעיף ההליך ההוגן בתיקון החמישי והארבע-עשרה קובעים שלא יישללו חיים מאף אדם ללא הליך הוגן של החוק; וסעיף חבר מושבעים גדול של התיקון החמישי קובע שלא ייגזר על אף אדם עונש מוות ללא כתב אישום של חבר מושבעים גדול. כל זה לא משנה. תחת החוקה החיה ייתכן שגזר דין מוות הופך ללא חוקתי. ועל כל שופט להחליט לעצמו מתי זה קורה (בלי כל אמות מידה שהצלחתי להבחין בהן).

אולם בניית הסופי, כנראה שזה לא באמת משנה על פי איזה עיקרון, מבין שלל האפשרויות, תומך ההתפתחות מתכוון לקבוע את כיוון צמיחת החוקה. יציע מה שיציע, בסופו של יום, חוקה מתפתחת תתפתח לכיוון שבו חפץ הרוב. העם ייאזר להשאיר את פרשנות החוקה לעורכי הדין ובתי המשפט כל עוד העם מאמין שהיא במהותה (בדומה לפרשנות חוק) תפקיד של עורכי דין – הדורש עיון מעמיק בטקסט, בהיסטוריה של הטקסט, בתקדים השיפוטי וכו'. אך אם העם יגיע למסקנה שהחוקה איננה טקסט ככל הטקסטים; שמשמעותה נעוצה לא במה שכתוב או באופן שהיא מובנת, אלא במה היא אמורה להיות, לאור "אמות המידה המתפתחות של הגינות המציניות את התקדמותה של חברה מתבגרת" – אזי, הם

⁶⁷ ראו Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153, 227 (1976) (Brennan, J., dissenting); *id.* at 231 (Marshall, J., dissenting); Callins v. Collins, 114 S. Ct. 1127, 1128 (1994) (Blackmun, J., dissenting from denial of certiorari).

יתורו אחר כישורים אחרים מאשר היעדר משוא פנים, כושר שיפוט וכשרון של עורך דין במי שהם בוחרים בו לפרש אותה. באופן ספציפי יותר, הם יחפשו שופטים שמסכימים איתם על מה שאמות המידה המתפתחות התפתחו אליו; המסכימים איתם על מה החוקה אמורה להיות.

נדמה לי שאנחנו בדרך לשם, ואולי כבר הגענו. לפני שבעים וחמש שנה, האמנו באופן מספיק נחרץ בחוקה החצובה בסלע שאיננו משתנה, על מנת לאמץ את התיקון התשע-עשרה ולתת לנשים את הזכות לבחור. קרב זה לא ניטש בבתי המשפט, ומעטים סברו שניתן להיאבק שם, למרות הערובה החוקתית בדבר הגנה שווה של החוק; הוראה זו, בזמן שאומצה, ולכן גם בשנת 1920, לא הבטיחה יכולת שווה לבחור אלא שאף אפשרה הבדלים לא רק על בסיס גיל אלא גם על בסיס נכסים ומגדר. וכי יש ספק שאם הסוגיה הייתה נדחית עד היום, החוקה הייתה נשארת (באופן רשמי) ללא תיקון, ובתי המשפט היו נבחרים כמנגנון השינוי? העם האמריקני הומר להאמין בחוקה החיה, במסמך "משתנה" שמשמעותו, מדור לדור, היא מה שראוי שהיא תהיה. ועם שינוי זה באמונה, התפתחה בהכרח התופעה החדשה של בחירה ומינוי שופטים פדרליים, לכל הערכאות, על בסיס דעותיהם לגבי סדרה ארוכה של הצעות להתפתחות החוקה. אם בתי המשפט חופשיים לכתוב את החוקה מחדש, הם יכתבו אותה, ללא ספק, כפי שהרוב רוצה; הליך הבחירה והמינוי ידאגו לכך. זהו, כמובן, סופה של מגילת הזכויות, שמשמעותה תינתן בידי אותו גוף ממנו היא הייתה אמורה להגן: הרוב. על ידי הניסיון לגרום לחוקה לעשות את כל מה שצריך להיעשות מדור לדור, אנו נגרום לה לחדול מלעשות דבר.