

## ארבעה פנים של הגות משפטית שמרנית

מאת

מייקל ו. מקונל\*

Michael W. McConnell, [\*Four Faces of Conservative Legal Thought\*](#),  
34 LAW SCHOOL RECORD 12 (1988)

הקדמת מערכת הפורום: בזמן פרסום מאמר זה במקור בשנת 1988, מייקל מקונל היה מרצה (Assistant professor) למשפטים באוניברסיטת שיקגו. מאז הפך פרופ' מקונל לאחד המשפטנים הבולטים בתנועה השמרנית בארה"ב. מקונל כיהן כשופט בית המשפט הפדרלי לערעורים והיום הוא פרופסור למשפטים באוניברסיטת סטנפורד בארה"ב. מאמר חשוב זה סוקר גוונים ומרכיבים שונים של התנועה המשפטית השמרנית בארה"ב. הקורא הישראלי יבחין בהבדלים מסוימים בין הגישות המוצגות ובין אלו בישראל, אך בעיקר יזהה דמיון רב בין המתואר בשנת 1988 ובין מפת השמרנות המשפטית בישראל היום. בין היתר, המאמר מציג את טווח הדעות והגישות העשיר המתקיים במסגרת ההגות השמרנית המשפטית.

מינויים של רוברט בורק, דאגלס גינזבורג ואנתוני קנדי כיוורשיו של שופט בית המשפט העליון הפורש לוואיס פאוול משך תשומת לב – שחלק גדול ממנה מבוסס על מידע לוקה בחסר ואף מטעה – לאופי ההגות המשפטית השמרנית. בצפייתם למצוא מקשה ימנית מונוליתית, סנאטורים ומשקיפים אחרים עמדו נבוכים מול ההבדלים בקרב ההוגים שמיימין. לעיתים, הם אף הופתעו לנוכח ההבדלים שבתוך חשיבתו של שמרן אחד ויחיד, כפי שקרה במקרה של מסעו האינטלקטואלי של רוברט בורק מליברטריאניות, דרך התנועה למשפט וכלכלה ועד לאימוצו בבגרותו את המסורתיות הדמוקרטית. לעיתים קרובות, נראה שהדיונים שבין נקודות ההשקפה השונות בימין – ולא דיונים בין ימין לשמאל – מעלים את השאלות החיוניות ביותר בנוגע ליסודות החוקתנות (constitutionalism) האמריקנית.

\* כל הזכויות שמורות. התרגום והפרסום באישור. תרגום מאנגלית: תמי ושמעון נטף.  
לאורך המאמר המתרגם הוסיף ביאורים לגבי מונחים ומושגים שונים, המופיעים בתוך סוגריים מרובעים או בהערות שוליים.

שמרנים משפטניים מסורתיים, אשר מתמקדים בריסון שיפוטי; ליברטריאנים, המחויבים לחירויות הפרט ועוינים את 'הממשלה הגדולה'; תנועת המשפט והכלכלה, אשר חותרת באופן בלתי נלאה ליעילות כלכלית; והשמרנים החברתיים, עם נאמנותם לקהילה ולערכים מוסריים מסורתיים – כל אחת מאסכולות ההגות הללו פיתחה מערכת מובחנת של עקרונות משפטיים. כל אחת מהן מהווה אתגר ואיום כלפי האורתודוקסיה הליברלית, השומרת על שליטתה; לכל אחת מערכת יחסים מתוחה עם בנות בריתה בימין. יחד, אותן אסכולות הגות שואפות למקד מחדש את השיח החוקתי בסוגיות האמיתיות של הדמוקרטיה, החירות ושלטון החוק, שהזנחו לעיתים קרובות כל כך במהלך העשורים האחרונים תוך כדי המרוץ הקדחתני להשתמש בבתי המשפט על מנת לעקוף מערכת פוליטית שנתפסה כמתנגדת לשינוי חברתי.

ראו את נושאי המחלוקת המשפטית. לפני עשר שנים, הפרסומים המשפטיים היו מלאים בספקולציות אודות האופן שבו יש להשתמש בחוקה להרחבת "זכויות" הרווחה, לשים קץ לעונש המוות ולעקור מנהגים ומוסכמות מיניים מסורתיים. היום, סביר יותר לראות סימפוזיונים, המוקדשים לשאלות כגון המשקל שיש לתת לכוונותיהם המקוריות של מנסחי החוקה, למידה שבה יש להגן על חירויות כלכליות באמצעות החוק, ולאמצעים בהם ניתן לשמר ערכים מוסריים (ואף דתיים) בחיים הציבוריים.

התקדמות התיאוריה המשפטית השמרנית הייתה כה עוצמתית, שאף ראיו למעשה היפוך בתפקידים במסגרת הדיון המשפטי. היום, זהו השמאל אשר מוקיר ומטפח את קיבוע המצב הקיים ואת התקדימים – ואשר נלחם בשינוי דרך פעולות בעורף. ועדת המשפט של ג'וזף ביידן התייחסה לבית המשפט העליון תחת הנשיא השופט וורן ברגר כאל פסגת התבונה החוקתית, ואל כל ביקורת המופנית כלפי החלטותיו כסימן שהמועמד היה מחוץ ל"מיינסטרים" עד כדי סכנה. עמדה מגוננת זו היא ראייה נוספת לכיוון אליו נע דיון המשפט.

## שמרנות מסורתית

שני עקרונות מהווים את הליבה ואת האלמנט המשותף בתיאוריה המשפטית השמרנית. הראשון הוא מחויבות לשלטון החוק. על הפעולה המשפטית וההחלטות המשפטיות להיות מעוגנות בעקרונות ניטרליים של תחולה כללית. העקרונות החוקתיים אינם משתנים בהתאם לאקלים הפוליטי; משימתם של השופטים היא, עד כמה שניתן, להבחין במהות החוק ולא לקדם את העדפותיהם לעניין מדיניות. העקרון השני הוא דבקות דמוקרטית בממשל בהסכמת הנמשלים. הלגיטימיות של החוקים שלנו, כולל החוקה, נובעת מההחלטות המכוונות של העם, שהתקבלו באמצעות המוסדות אשר מייצגים אותו. על כן, על החוקים, כולל החוקה, להתפרש במידת האפשר כמגלמים את כוונות העם אשר אימץ אותם, ולא את דעותיהם של מי שמכהנים היום בתפקידים פוליטיים.

השבת היחסים הנכונים בין בתי משפט שלא מונו ובין הנציגים הממונים על ידי העם היא בראש מעייניהם של השמרנים המשפטיים המסורתיים, כדוגמת נשיא בית המשפט העליון ויליאם ה. רנקוויסט והתובע הכללי אדווין מיס השלישי. השאלה המרכזית היא האופן שבו יש לקרוא את חוקת ארה"ב. האם החוקה, כפי שחלק גורסים, היא מסמך גמיש ובלתי מחייב המתיר לשופטים – במילותיו של השופט הוגו בלאק – "להמיר את שיקול הדעת של גופים חוקתיים באמונותיהם החברתיות

והכלכליות שלהם? או האם יש איזושהי משמעות קבועה, אותה ניתן באופן סביר לאמת, אשר מחייבת *הן* מחוקקים *והן* שופטים?

השמרנים המסורתיים טוענים שהחוקה היא בעיקרה מסגרת לקבלת החלטות דמוקרטיות, ולא מתווה למדיניות חברתית וכלכלית. מלבד מספר חירויות אישיות חשובות ומוגדרות היטב המפורטות במסמך, החוקה מאפשרת לעם לקבוע מדיניות ציבורית באמצעות הנציגים שמונו על ידו. כאשר בית המשפט נכנס לטריטוריה של קביעת מדיניות תחת מסווה של פרשנות חוקתית, הוא חורג מהתפקיד שהוטל עליו על פי החוקה.

בתשובה לתפיסה הפתוחה והבלתי מוגבלת של הפרשנות החוקתית בקרב הליברלים, השמרנים המסורתיים ניסחו תיאוריה "פרשנותית" (interpretivist), שכונתה על ידי התובע הכללי **מיס** (Meese) "תורת המשפט של הכוונה המקורית". על פי הדעה הפרשנותית, כאשר הנוסח והמבנה של החוקה מותירים מקום לספק באשר למשמעותה, יש לקרוא אותה לאור המשמעות המיוחסת לאותן מילים על ידי מי שכתב ואשרר אותה.

על אף הקריקטורות בעיתונות, המודל הפרשנותי אינו המצאה של התובע הכללי וגם לא מזימה לקידום סדר היום הימני. הפרשנותיות היתה הנחת היסוד הדומיננטית, המקובלת והבלתי מעורערת של הביקורת השיפוטית במשך מאה השנים הראשונות של האומה ולאורך מרבית המאה השנייה שלה. ג'יימס מדיסון, המנסח העיקרי של החוקה, אמר: "אם המובן שבו החוקה התקבלה ואושררה על ידי האומה אינו הקו המנחה לפרשנותה, לא יהיה כל ביטחון למימוש מהימן של סמכויותיה". תומס ג'פרסון כתב: "בכל שאלה של פרשנות [עלינו] לצעוד אחורה לזמן שבו החוקה אומצה; להיזכר ברוח שהופגנה בדיונים; ובמקום לנסות [ולמצוא] איזה פירוש ניתן לחלק מהנוסח או איזה פירוש ניתן להמציא נגדו, ליישר קו עם הפירוש הסביר, שבו החוקה הועברה".

לפני פחות מדור, דעות כגון אלה לא היו שנויות במחלוקת. הדעה הרווחת הייתה שכמו חוקים, חוזים ושאר מסמכים משפטיים, יש לקרוא את החוקה לאור כוונותיהם של אלה אשר אימצו אותה. אפילו השופט ויליאם ברנן, המצוטט לעיתים קרובות כמבקר של "תורת המשפט של הכוונה המקורית", ציין ב-School Prayer Cases ("עתירות התפילה בבתי ספר") (1963): "הקו אותו עלינו למתוח בין המותר ובין מה שאין להתיר הוא קו אשר תואם את ההיסטוריה ומשקף נאמנה את הבנתם של האבות המייסדים". אולם, במשך מספר שנים בלתי מבוטל, שופטים ואנשי אקדמיה החלו להתעלם מהמשמעות המקורית של החוקה לטובת אסכולות התיאוריה הפוליטית, הכלכלית והמוסרית המועדפות עליהם עצמם.

בשנת 1971, רוברט בורק, אז פרופסור בבית הספר למשפטים באוניברסיטת ייל, ירה את המטח הראשון במבצע ההשבה, במאמר אותו מרבים לצטט בשם "עקרונות ניטרליים ומספר בעיות בתיקון הראשון". במאמר זה, הוא הסביר שתורת משפט פרשנותית היא תולדה של "פתרון האנומליה לכאורה של עליונות שיפוטית בחברה דמוקרטית". בתי המשפט מוסמכים לבטל החלטות שהתקבלו על ידי הנציגים הנבחרים של העם אם, ורק אם, העם, באמצעות פעולה מכוונת של עריכת חוקה, החרג נושאים מסוימים מתחום שיפוטם של נציגיו. על כן, סמכותו של בית המשפט היא לגיטימית, כפי שכתב בורק, "אך ורק אם יש לו, וביכולתו להוכיח כי יש לו, תיאוריה תקפה אשר נגזרה מהחוקה". אם כל מה שבית המשפט עושה הוא "פשוט לכפות את בחירותיו הערכיות שלו עצמו", הרי שהוא מפר את הנחות היסוד הדמוקרטיות של החוקה. אם שופט אינו יכול להסיק בתום לב שהעם קיבל החלטה חוקתית קודמת נגד פעולת חקיקה נתונה, הרי שקיימת חלופה אחת בלבד: על השופט להיכנע לחקיקה ולאכוף את החוק. אין זה משנה שלדעת השופט, החוק

הוא מוטעה, בלתי הוגן או שיש בו דיכוי. אין זה מתפקידו לערוך שיפוט מוסרי, אלא לאכוף עקרונות חוקתיים אשר נקבעו על ידי אחרים. אפשר שהתחום החשוב ביותר שבו בית המשפט העליון קורא לאורך עשר השנים האחרונות להבנה המקורית של החוקה לשם היפוך הכיוון הקודם שלו, הוא תחום הפרדת הרשויות – האופן שבו החוקה שומרת על העצמאות ההדדית של הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת. החל משנות השלושים של המאה הקודמת ועד לאחרונה, בית המשפט התעלם במידה רבה מתכונות אלה של החוקה, על אף העובדה שמנסחי החוקה האמינו שהפרדת סמכויות היא המרכיב החשוב ביותר בתכליתה. כך, בית המשפט אישר עיוותים חוקתיים מסוג זה כרשויות רגולטוריות "עצמאיות" כביכול, רוקן מתוכן את יכולתו של הנשיא לקבל עצות חסויות אפילו מעוזריו הקרובים ביותר, ודילל את ההגבלות המפורשות שבחוקה ביחס לכוח שיפוטי, תוך הרחבת סמכויות השיפוט של בתי המשפט מעבר ל"תיקים ומחלוקות" ממשיים (עניינים העוסקים בזכויותיו הקונקרטיות של הפרט) להכללת תלונות כלליות בעלות אופי פוליטי. (במקרה הבוטה ביותר, קבוצת סטודנטים למשפטים זכתה בזכות עמידה לקריאת תיגר על תעריפי הרכבת עבור חומרים ברי מחזור מן הטעם שכמות המחזור שמתקיים תשפיע באופן עקיף על שימושם והנאתם מהפארקים הלאומיים).

במשך העשור האחרון, בית המשפט העליון הקים לתחייה את דוקטרינת הפרדת הסמכויות בסדרה של תיקים חשובים, כשהוא מביא לעיתים קרובות ציטוטים ארוכים מתוך [כתבי הפדרליסט](#) וכתבים נוספים, אשר מצביעים על המטרה והמשמעות המקוריות של ההוראות החוקתיות הנדונות. בין התיקים החשובים ביותר היו פסק הדין *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* (1983), אשר ביטל את תוקפו של הווטו החקיקתי\*; פסק הדין *Buckley v. Valeo* (1976), אשר אישר מחדש את סמכותו של הנשיא למנות בעלי תפקידים ניהוליים הכפופים לו; פסק הדין *Allen v. Wright* (1984), אשר הגביל את זכותם של תובעים אידיאולוגיים לקרוא תיגר על החלטות ניהוליות, שאינן משפיעות על זכויותיהם על פי חוק; פסק הדין *Bowsher v. Synar* (1986), אשר מנע מהקונגרס את הסמכות לפטר פקידים הממלאים פונקציות ניהוליות.

מנגד, ברוב של חמישה נגד ארבעה, בית המשפט, בתיק *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985), ביטל תקדים, לפיו המדינות ממשיכות להחזיק בתחומי סמכות ריבונית מסוימים, המוגנים על ידי החוקה, אליהם אין ביכולתה של הממשלה הפדרלית לפלוש. הדבר עומד בניגוד גמור לכוונתם של אלה אשר נסחו ואשררו את חוקת 1787 ואת [מגילת הזכויות](#). בית המשפט הסביר כי "המגבלה העיקרית והבסיסית" אשר תחול על הסמכות הפדרלית על המדינות, תהיה מעתה ואילך הריסון העצמי של הקונגרס. שיהיה לכן בהצלחה, מדינות.

היו מי שמתקפות הליברלים על הפרשנותיות הביאו אותם להניח, בשוגג, שתורת משפט של כוונה מקורית תמיד תייצר תוצאות ממשיות אשר עולות בקנה אחד עם הפוליטיקה השמרנית. אלא שלרוב המחלוקות החוקתיות החשובות יש לפחות שני צדדים. חסידים שמרנים עשויים אמנם לטעון לנכונות עמדותיהם, אך פרשנותיסטים ערכיים חייבים להיות מוכנים להשלים עם כך שבמקרים מסוימים,

\* הוראה שעל פיה הקונגרס מעביר חוק המסמך את הנשיא, כשהקונגרס שומר לעצמו את היכולת לבטל, באמצעות רוב רגיל, פעולות פרטניות המבוצעות על ידי הנשיא על פי אותה סמכות.

הם עלולים שלא לצאת מנצחים. הווטו החלקי (הקרוי line-item veto)<sup>†</sup> הוא דוגמה לרעיון מצוין, שסביר שאינו חוקתי (משום שהוא מתייחס כאל "הצעת חוק" למשהו שלא אושר ככזו הן על ידי הסנאט והן על ידי בית הנבחרים בהתאם לסעיף 1, פסקה 7 לחוקה), והעדפה מתקנת על בסיס גזע על ידי הממשלה הפדרלית היא דוגמה למשהו שצריך להיות לא חוקתי, אך סביר שאיננו כזו (משום שלקונגרס סמכות מפורשת לקבוע את האמצעים הטובים ביותר לאכיפת הגנה שוויונית, אפילו אם נניח, בניגוד לנוסח התיקון, שהתיקון ה-14 בכלל חל על הקונגרס). אף על פי כן, בהינתן אופי המורשת החוקתית שלנו, ברוב המקרים תורת משפט פרשנותית תעלה בקנה אחד עם פילוסופיה של ממשל מבוזר, ריסון שיפוטי, שוויון בין גזעים וכבוד לחיי אדם. אין זה צירוף מקרים שלתומכי שינוי חברתי רדיקלי יש יותר מה להפסיד מתורת משפט של משמעות מקורית, מאשר אלה המבקשים לשמר ולאשר את הערכים המסורתיים של הקהילה הפוליטית.

## ליברטריאניות

זרם מרכזי נוסף בתיאוריה המשפטית השמרנית לאורך העשור האחרון הוא הליברטריאניות. הליברטריאנים תופסים את החוקה בעיקר ככלי לממשל מוגבל, ותומכים בתפקיד שיפוטי פעיל במניעת חריגה מצד המחוקקים מגבולות הסמכות שלהם. על כן, הליברטריאנים נוטים להיות פתוחים יותר לאתגור סמכויות הממשל, ולכבד פחות מוסדות רובניים. אם העיקרון המפעיל את הפרשנותיות הוא שלטון דמוקרטי, הרי שלגבי הליברטריאניות, זהו זכויות הפרט. באופן תיאורטי, אין זה מחויב המציאות שיהיה קונפליקט בין הליברטריאנים לפרשנותיסטים. אם הליברטריאנים צודקים – אם כוונת מנסחי ומאשרי החוקה הייתה להגביל באופן דרמטי את סמכות הממשלה על החלטותיו הכלכליות והאחרות של הפרט – הרי ששתי הגישות עולות בקנה אחד. זירת הדין העיקרית מתמקדת בסוגיית החירויות הכלכליות: הזכות להחזיק ולהשתמש ברכוש ולערוך ולאכוף הסכמים פרטיים, ללא התערבות ממשלתית, אלא אם היא הכרחית על מנת להגן על זכויותיהם של צדדים שלישיים, שאינם מסכימים לכך. הליברטריאנים הכלכליים מסתמכים על הוראות מפורשות מסוימות בחוקה, אשר מגנות על זכויות כלכליות: בעיקר סעיף החוזים (אף מדינה אינה רשאית "לפגוע בהיותם של חוזים מחייבים"), סעיף ההפקעות (Takings) ("ולא יילקח רכוש פרטי לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן"), וסעיפי הזכות להליך הוגן (הן המדינות והן הממשלה הפדרלית אינן רשאיות לנשל כל אדם מרכוש ללא "הליך חוקי הוגן"). הם תומכים בשפה הפשוטה של ההוראות האמורות בעזרת ניתוח של המקורות הפילוסופיים של אותם עקרונות, ובעיקר ג'ון לוק, ויליאם בלאקסטון, ובעבר הרחוק יותר, תומס הובס. מסקנתם היא שהחוקה נועדה למנוע צורות רבות של רגולציה כלכלית מודרנית, אשר מתערבות בחירויות הרכוש והחוזים. ריצ'רד אפשטיין, פרופסור למשפטים מאוניברסיטת שיקגו, מציע את הנרטיב המקיף ביותר ביחס לעמדה זו. בספרו משנת 1985, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN, טוען אפשטיין שלניסוח סעיף ההפקעות משמעות אחת מרכזית, פשוטה ובלתי נמנעת, אשר נגזרת מהפילוסופיה של ג'ון לוק, שאומצה על ידי מנסחי החוקה: שאסור לקחת את

<sup>†</sup> צורת וטו מיוחדת המסמיכה את הרשות המבצעת לבטל הוראות פרטניות בהצעת חוק שהועברה על ידי הרשות המחוקקת, מבלי לדחות את הצעת החוק בכללותה.

רכושו של אדם אחד לטובתו של אחר. אילו היה מתאפשר ההיקף המלא של הסעיף בהתאם לכוונת המנסחים, הרי שסעיף ההפקעות היה אוסר על מיסוי פרוגרסיבי, תוכניות לפיצוי בגין אבטלה, דרישת קצבאות ביטוחיות שוות לשני המינים, תשלומי רווחה, חוקים לייעוד מקרקעין, ועוד ועוד ועוד. אין צורך להרחיק לכת כפי שעשה אפשטיין כדי להכיר בכך שסעיפי הרכוש והחוזים בחוקה הם חלק מהמסמך, שהם נועדו, כמו האחרים, להיות תקפים, ושהסירוב הרגיל של בית המשפט המודרני לאכוף אותם הוא בלתי מוסרי.

פרופסור ברנרד סיגן מבית הספר למשפטים באוניברסיטת סן דייגו (אשר מועמדותו לבית המשפט לערעורים של ארה"ב למחוז התשיעי ניצבת מול התנגדות רצינית בוועדת המשפט של הסנאט) מגיע לרבות מאותן המסקנות, אלא שעל סמך הנחות שונות בתכלית מבחינת התיאוריה המשפטית. על אף הרדיקליות של מסקנותיו, אפשטיין ממקם את עצמו חד-משמעית במחנה הפרשנותיות. לדבריו, "על השופטים להיות מסוגלים לתת פרשנויות סמכותיות לנוסח החוקה, שאינן אך ורק ביטוי לדעותיהם האישיות לעניין מטרת החקיקה".

סיגן מקדם גרסה של ביקורת שיפוטית שנתונה הרבה יותר לשיקול דעת. בספרו *Economic Liberties and the Constitution*, סיגן מסתמך בעיקר על עיקרון "הליך הוגן מהותי"<sup>‡</sup>, שהוא, באופן אירוני, הדוקטרינה החוקתית ששימשה בפסק דין *Roe v. Wade* (1973) בעניין הפלות מלאכותיות. סעיפי ההליך ההוגן בתיקון ה-5 וה-14 לחוקה אוסרים על הממשלה לשלול מכל אדם "חיים, חירות או רכוש ללא הליך חוקי הוגן". על פי התיאוריה של הליך הוגן מהותי חלק (אך כמובן, לא כולם) מסוגי החירות והרכוש מוגנים מפני פעולות חקיקה, בין אם התקיים "הליך הוגן" ובין אם לאו. חברי אסכולת תורת המשפט השמרנית המסורתית הם ספקניים לגבי ההליך ההוגן המהותי, הן משום שאינו עולה בקנה אחד עם הנוסח והמטרות של סעיפי ההליך ההוגן, והן משום שהוא מעניק לשופטים כוח בלתי מוגבל להחליט אלו "חירויות" יזכו להגנה שיפוטית. אולם, סיגן אינו מהסס להסתמך על ההחלטות האקטיביסטיות של בית המשפט המודרני, כגון בפסק דין *Roe*, לתמיכה בטיעון שלו, שאין שום דבר "ייחודי" או "יוצא מן הכלל" ברעיון שההליך ההוגן המהותי מגן על זכויות, שאינן נזכרות בחוקה או שהמנסחים לא התכוונו אליהן במפורש.

הן אפשטיין והן סיגן התעמתו עם הפרשנותיסטים שתומכים בריסון שיפוטי. בשנת 1984, השופט סקאליה הזהיר במסגרת דיון מפורסם עם אפשטיין, עמית לשעבר באוניברסיטת שיקגו, שרשות שופטת שיש בידיה די כוח כדי לאכוף את חזון הממשל הליברטריאני של אפשטיין, תהיה גם חזקה דיה על מנת להטיל "חירויות כלכליות שנקבעו על ידי המערכת השיפוטית, שהן גרועות מהעבדות הכלכלית שהתקיימה קודם לכן". "מה היית חושב", הוא שאל, על "זכות כלכלית, המובטחת מבחינה חוקתית, של כל עובד ל'שכר צודק והוגן, אשר יבטיח לו ולמשפחתו קיום ראוי לכבוד האדם'?"

סגנון הליברטריאניות של סיגן מתנגש עוד יותר עם הפרשנותיות. רוברט בורק, למשל, הסכים שכוונת סעיפי החוזים וההפקעות "היא נושא למחלוקת, ואולי אלו לא זוכים לקבל את תוקפם הראוי". אך הוא טוען שחזרה להליך הוגן מהותי הייתה מביאה ל"מעבר מסיבי מהדמוקרטיה, לעבר שלטון השופטים". לטענתו של בורק, "גרסה זו של ביקורת שיפוטית תהפוך את השופטים לאפוטרופוסים אפלטוניים שאינם כפופים לדבר שניתן באופן הולם לכנותו חוק".

<sup>‡</sup> עיקרון המאפשר לבתי המשפט להגן על זכויות יסוד מסוימות מפני התערבות ממשלתית.

בקרב שמרנים צעירים יותר בפרט, ליברטריאניות כלכלית לעיתים קרובות מתחברת עם ליברטריאניות חברתית רחבה יותר. המחויבות לממשל מוגבל מביאה מלומדים רבים מהימין להבנה רחבה של חירויות הפרט, שאינן כלכליות. לעיתים קרובות, הליברלים מופתעים מעומק התמיכה בעמדות, שהן כביכול "ליברליות", כגון חופש הביטוי, ההתאגדות והדת. למעשה, לעיתים קרובות ליברטריאנים גורמים לעמיתיהם הליברלים להיראות הססניים וחסרי עקביות לעומתם. הם מתנגדים להגבלות על הביטוי, בהן הליברלים נוטים לעיתים קרובות לתמוך: הגבלות על מימון מסעות בחירות, רגולציה של כתיבה מסחרית, איסורים על דברי מעסיקים במסגרת קמפיין להתאגדות עובדים, רגולציה של המאזן הפוליטי בשידורים, הגבלות על ביטויים דתיים במקומות ציבוריים, הטרדה משפטית של מפגינים שקטים נגד מרפאות לביצוע הפלות וכדומה.

ליברטריאנים גם נוטים להתנגד להגבלות ממשלתיות על פורנוגרפיה והומוסקסואליות, אשר ככלל נתמכות על ידי שמרנים חברתיים, כמו גם שמרנים מסורתיים רבים. רבים אף תומכים בהפלות חוקיות – אם כי קיים מיעוט ליברטריאני משמעותי אשר מכיר בזכות העובר להגנה מפני מתקפות גופניות מצד אחרים. חלק מהליברטריאנים מאמינים בקידום מטרות אלה באמצעות עתירות חוקתיות. אחרים, אשר משלבים בין עקרונות פוליטיים ליברטריאנים ובין תורת משפט שמרנית מסורתית יותר, מאמינים שניתן להשיגן אך ורק באמצעות התהליך הדמוקרטי.

הרבה מהדרמה והריגוש בקהילה המשפטית השמרנית נוצרים כתוצאה מהמתח שבין הליברטריאנים ובין "המסורתיים". לדוגמה, [מכון קאטו](#) אירח חילופי דברים מרתקים בין המחנות: דיון אפשטיין-סקאליה הנזכר לעיל, או עימות טרי יותר בין הפוליטיקאי גארי מק'דאואל המסורתי ובין סטיבן מאסידו, פרופסור לפוליטיקה באוניברסיטת פרינסטון, המחבר הליברטריאני של ספר בשם *THE NEW RIGHT AND THE CONSTITUTION*. הליברטריאנים והמסורתיים מקיימים דיון שנמצא איתנו מראשית הדרך – המתח שמעולם לא נפתר בין זכויות הפרט ובין שלטון הדמוקרטיה.

## משפט וכלכלה

מעטות הן ההתפתחויות בניתוח המשפטי, שהן רחבות דיין או חשובות דיין כדי לשנות את פני החינוך המשפטי. אך התנועה למשפט וכלכלה, שנולדה לפני כ-25 שנים וזכתה לבולטות בעשור האחרון באמצעות מלומדים כגון ריצ'רד פוזנר (היום שופט בבית המשפט לערעורים של ארה"ב למחוז השביעי), רונלד קוז, ארון דירקטור, גואידו קלברזי וגארי בקר, השפיעה באופן עמוק על האופן שבו אנחנו חושבים ומדברים על המשפט. לא רק המשפט החוקתי, ולא רק המשפט המתמטיחה לעסקאות כלכליות, אלא כל המכלול המשפטי, מהגבלים עסקיים דרך דיני משפחה ודיני נזיקין וכלה במשפט הפלילי, הושפע ואף שונה על ידי התנועה למשפט וכלכלה.

עוצמת השכנוע של התנועה למשפט וכלכלה מקורה בכוח האנליטי של המודל הכלכלי. בימים אלו כלכלה היא החשובה ביותר מבין מדעי החברה. היא מייצרת תשובות ברורות אימות לשאלות (בוודאי לא לכל השאלות, אך לרבות מהן), ועל ידי כך מספקת בסיס אובייקטיבי לקבלת החלטות. התנועה למשפט וכלכלה היא תנועה משפטית אטרקטיבית משום שהיא מספקת בסיס לקבלת החלטות משפטיות שאינן תלוי ברצונו הסובייקטיבי של השופט. על ידי כך, היא עולה בקנה אחד עם עיקרון היסוד של שלטון החוק.

בפרט עבור אלה שנואשו מלמצוא תשובות מכריעות לשאלות חוקתיות מהרשומה ההיסטורית, התנועה למשפט וכלכלה יכולה לשמש דרך חלופית לשמר את הביקורת השיפוטית, מבלי לזמן עריצות שיפוטית.

אפשר שזו טעות לתייג את התנועה למשפט וכלכלה כחלק מהתנועה השמרנית, משום שאין לה כל יסוד אידיאולוגי גלוי. אולם, היא בדרך כלל מקושרת עם הימין עקב אמונה משותפת ביעילות ובצדק של שוק המבוסס על עסקאות שבהסכמה, ולא על צווים ממשלתיים. התנועה לקחה על עצמה משימה כפולה: להסביר, ועל ידי כך להביא קוהרנטיות אינטלקטואלית למכלול כללי המשפט המקובל שבליבת מערכת זכויות הפרט שלנו; ולספק בסיס אובייקטיבי לביקורת על הסדרים משפטיים אשר אינם עומדים במבחן היעילות הכלכלית.

אין זה מפתיע שההצלחות הבולטות ביותר של התנועה למשפט וכלכלה היו בתחומי המשפט העסקי, כגון הגבלים עסקיים וניירות ערך. קשה להגזים בערך השפעתן. לפני 15 שנה, נראה היה שההשפעה העיקרית של דיני ההגבלים העסקיים הייתה בהגנה על עסקים מפני תחרות קשה. עסקים קטנים זכו להגנה מפני עסקים גדולים; מפיצים זכו להגנה מפני ספקים; היחס להורדות מחירים תחרותיות היה יחס של חשדנות. ספרו של בורק, THE ANTITRUST PARADOX ("פרדוקס ההגבלים העסקיים") וספרו של פוזנר, ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE ("דיני הגבלים עסקיים: מבט כלכלי"), שינו את כל זה. תחום ההגבלים העסקיים עבר שינוי כיוון לטובת הגנה על הצרכן מפני הסכמים בין מתחרים לצמצום הייצור ולהעלאת מחירים.

באופן דומה, הבנתנו את שוקי ההון ותפקיד הרגולציה של ניירות ערך שופרה במידה רבה כתוצאה מעבודתם של מלומדי המשפט והכלכלה כגון דניאל פישל ופרנק איסטרברוק (היום שופט בבית המשפט לערעורים של ארה"ב למחוז השביעי). לדוגמה, היום אנחנו מבינים שהשתלטויות עסקיות הן כוחות שוק עוצמתיים התורמים ליעילות ניהולית, ולא ערוב נכסים חסר תועלת, כפי שחשב הדור הקודם.

במובן רחב יותר, התנועה למשפט וכלכלה השפיעה על החשיבה השיפוטית על ידי הדגשת העובדה שכללים משפטיים משפיעים על התנהגות עתידית. שופט אינו יכול פשוט להקצות את הרווחים וההפסדים של אירועי עבר, תוך אימוץ תיאוריה רטרופקטיבית של צדק. עליו לשקול כיצד שחקנים עתידיים יגיבו להחלטה. בהשוואה שערך בין החלטות בית המשפט העליון בתקופת הכהונה 1983 ובין אלו שהתקבלו בתקופת הכהונה 1973, 1963 ו-1953, הפרופסור דאז איסטרברוק הסיק כי: "השופטים היום הם מתוחכמים יותר בחשיבה והסקת מסקנות כלכליות, והם מיישמים אותן באופן יסודי יותר מאשר בכל תקופה אחרת בהיסטוריה שלנו". הקרדיט שייך לתנועה למשפט וכלכלה.

תת הקבוצה הרדיקלית ביותר בתוך התנועה למשפט וכלכלה היא אסכולת ה-PUBLIC CHOICE ("הבחירה הציבורית"). תיאורית הבחירה הציבורית, שהובאה לאחרונה לידיעת הציבור על ידי זוכה פרס נובל ג'יימס ביוקנן, מכפיפה את הממשלה לאותו ניתוח ספקני של עניין אישי, שהוא מנת חלקם של שווקים כלכליים מזה שנים רבות. התיאוריה מצביעה על כך שכוח ממשלתי יכול לשמש, ואכן ישמש להעשרת אינטרסים אישיים רבי עוצמה על חשבון הציבור. הרגולציה, אשר מתחזה להגנה על האינטרס הציבורי, לעיתים קרובות משרתת אינטרסים מיוחדים. תיאורטיקנים בתחום הבחירה הציבורית הציתו עניין מחודש במנגנונים משפטיים וחוקתיים לריסון משמעותי של כוחם של מוסדות רובניים (majoritarian institutions). למשל, ההצדקות האנליטיות ל"תיקון התקציב המאוזן" המוצע הן תולדה של תיאורית הבחירה הציבורית.



שמרנים מסורתיים וליברטריאנים כאחד חשים מידה של חשדנות כלפי התנועה למשפט וכלכלה, משום שהנחות היסוד הפילוסופיות שלה הן לאמיתו של דבר תועלתניות (הבאת הטוב הרב ביותר למספר הגדול ביותר של אנשים). הדבר יוצר מתח עם הלמדנות השמרנית המסורתית, אשר מניחה שהחוקה מגלמת עקרונות פוליטיים יסודיים מסוימים, אשר עשויים להיות, או לא להיות, "יעילים", ומשאירה את רוב ההחלטות האחרות לתהליך הרובני, אשר אף הוא אינו מהווה ערובה ל"יעילות". בנוסף, קיים גם מתח בין חסידי התנועה למשפט וכלכלה ובין הליברטריאנים, אשר רבים מהם מחזיקים בחזון של זכויות הפרט, החייבות לגבור גם כשהן מתנגשות עם הטוב הרב ביותר למספר הגדול ביותר.

אולם, הקונפליקטים אינם כאלה שלא ניתן להתגבר עליהם. עקב אישורה את ליבת עקרונות המשפט המקובל, המהווים גם את הרקע ההיסטורי להבנת זכויות הפרט על פי החוקה, מלומדי התנועה למשפט וכלכלה ופרשנותיסטים מהאסכולה המסורתית יותר יגלו לעיתים קרובות שהם חולקים את אותה הדעה. ועקב יעילותם של השווקים ומערכות ההסדרה הפרטית, מלומדי החוק והכלכלה ינקטו, על פי רוב ועם מעט חריגים, בעמדות אשר תואמות את אלה של השמרנים הליברטריאנים. אכן, חלק מהליברטריאנים מצדיקים את עמדתם על בסיס תועלתני, שאינו שונה מהבסיס של התנועה למשפט וכלכלה.

## שמרנות חברתית

זרם נוסף בחוקתנות האמריקנית מבקש לשמר את עצמאותם של מוסדות "מתווכים" כביכול, כגון משפחות, כנסיות ובתי כנסת, קהילות, מכללות פרטיות ואוניברסיטאות וארגונים התנדבותיים, מפני מגמת ההאחדה של החיים הלאומיים. שמרנים קהילתיים או "חברתיים" נוטים להעדיף קבלת החלטות מקומית מבוזרת על פני שליטה לאומית מהותית על ארגונים פרטיים, מרחב תמרון בהיבט של סטנדרטים קהילתיים של צדק ומוסריות, וכן – ואולי בעיקר – הגנה מוגברת לקיום חופשי של מנהגים דתיים.

בעוד שפרשנותיסטים מתמקדים בדמוקרטיה, הליברטריאנים בחירות הפרט והתנועה למשפט וכלכלה ביעילות, השמרנים החברתיים רואים בקהילה את ליבת הסדר החוקתי האמריקני. לדעתם, חיוני שקבוצות של אנשים (בין אם הן מוגדרות על פי אמונה, חברות או גיאוגרפיה) יוכלו לקבוע לעצמן כללים מחייבים באופן הדדי, גם אם אותם כללים מתנגשים עם דעותיהם של חלק מחברי הקבוצה. אחרי הכול, מי שמתנגד יכול לבחור בקהילה אחרת, בדת אחרת, בארגון אחר. אכיפת סטנדרטים קהילתיים לעניין פורנוגרפיה ממחישה זאת. בעיני השמרן החברתי, חוקים נגד פורנוגרפיה הם לגיטימיים וחשובים, היות שלאפשר לכל אדם להחליט למען עצמו האם להפיץ פורנוגרפיה מונעת מכל אדם את הזכות לחיות בסביבה שהיא נטולת פורנוגרפיה; וקביעת סטנדרט לאומי (לדוגמה, באמצעות כלל חוקתי) תעלים את הגיוון ואת אפשרות הבחירה מהסצנה האמריקנית. שליטת הקהילה מציעה את החלופה הפלורליסטית הממשית היחידה. אין להכריח לא את מנהטן ולא את דה מוין ליישר קו עם מנהגיה ומוסכמותיה של השנייה.

תיאורטיקנים שמרנים חברתיים, לעיתים קרובות בעלי נטייה דתית, מיקדו את מאמצייהם בשלילת תוקפן של תיאוריות פרשנות חוקתיות, אשר מבקשות לדכא את האוטונומיה של קהילות על ידי הפעלת הלחצים המקבילים של האינדיבידואליזם מחד והאטטיזם (statism) מאידך. השמרנים החברתיים כמעט ואינם מיוצגים באליטה האקדמית, אך הם רשמו ניצחונות גדולים בבית המשפט, כדוגמת הזכות

החוקתית של כמרים לייצג לציבור המאמינים שלהם ללא חשש מפני תביעה בגין "רשלנות פושעת של אנשי דת", לגיטימיות ניכריי המס לבתי ספר פרטיים, זכותם של ארגוני דת לשלוט בממשל הפנימי שלהם, זכותן של קהילות להוציא פורנוגרפיית ילדים אל מחוץ לחוק, וזכותן של מדינות לסרב לממן הפלות. התרומה הבולטת ביותר של השמרנים החברתיים לחשיבה המשפטית במשך העשור האחרון הייתה בתחום הדת והמדינה. בנושא זה, בית המשפט העליון יצר בלבול רב, כשהוא מותח קווים במקומות בהן אי אפשר למתוח כל קו קוהרנטי (למשל, המדינות רשאיות לספק ספרי לימוד, אך לא מפות, לבתי ספר קהילתיים המסונפים לארגונים דתיים). הוא התייחס ל**פסקת מיסוד הדת** ["הקונגרס לא יחוקק שום חוק בעניין ממסדה של דת"] כאילו היא נפרדת לגמרי מ'פסקת המימוש החופשי' ["ולא כזה האוסר את הקיום החופשי של אף דת"]. אולי חשוב מכל, הוא רומם את הרעיון של בניית "קיר של הפרדה בין הכנסיה ובין המדינה" לנקודה שבה הוא מאפיל על הערך המרכזי יותר של חופש הדת. השמרנים החברתיים מילאו תפקיד מרכזי בהבאתן של סוגיות אלה לבחינה מחודשת. התמה המרכזית שלהם היא שלדת יש מקום לגיטימי בחיים הציבוריים האמריקנים – שהחוקה אינה מגלמת את מה שהשופט ארתור גולדברג תיאר פעם כ"מסירות מהורהרת ונרחבת לחילוניות ועוינות פסיבית, או אפילו אקטיבית, לדת".

לשמרנים החברתיים הרבה מן המשותף עם הפרשנותיסטים, היות שהחסם העיקרי אשר בולם הגדרה עצמית על ידי הקהילה הוא פרשנות בלתי-פרשנותית לחוקה. למשל, ההחלטה לעניין הפלות בפסק הדין *Roe v. Wade* (1973) היא גם סוגיה הממריצה את השמרנים החברתיים, וגם דוגמה מצוינת של הגזמה שיפוטית בעיני הפרשנותיסטים. וההחלטות הבדלניות על פי "פסקאות הדת" הן דוגמה בולטת להתרחקות מהמשמעות המקורית.

הקשר שבין השמרנים החברתיים ובין הליברטריאנים הוא מורכב יותר. הערפותיהם המהותיות בנוגע למדיניות חברתית הן לעיתים תכופות שונות, והליברטריאנים מתנגדים לעיתים קרובות לרגולציה חברתית, אפילו ברמת הקהילה המקומית. אף על זאת, שתי הקבוצות חולקות עוינות משותפת לתכונה הדומיננטית של המשפט המודרני – הומוגניות הולכת וגדלה ברמה הלאומית – והן גם חולקות עקרונות משותפים משמעותיים, כגון הגנה נמרצת על הקיום החופשי של מנהגי דת.

ההגות המשפטית השמרנית תפסה תאוצה בעשור האחרון, בעיקר כמתנגדת להכרזות הסמכות ההולכות וגדלות של הרשות השופטת הפדרלית. שעה שהוגים שמרניים הופכים לשופטים שמרניים, ושעה שהתנועה הופכת ממבקר לשחקן, היא תתייצב מול סדרת בעיות שונה. עליה לפתור או להכיל את המתחים שבתוך שורותיה. עליה להשלים עם יותר מ-25 שנים של תקדימים, אשר רבים מהם, בין אם ההחלטות בהם היו נכונות ובין אם לאו, הפכו לחלק מהמסגרת הממשלתית שלנו. מחויבות השמרנים ליציבות וליושרה ממסדית הופכת אותם לפחות חופשיים מעמיתיהם הליברלים להיפרד באופן דרמטי מהחלטות עבר, עמן הם אינם מסכימים. מעל לכל, על התנועה השמרנית להיות מוכנה להתגבר על הפיתוי שבכדאיות ובנוחות הפוליטית אשר מתלוות לכוח השיפוטי. אל לשמרנים לשכוח שעל הכוח השיפוטי להיות מונחה על ידי עיקרון משפטי חיצוני, בדיוק משום שהוא אינו חייב לתת את הדין לאנשים בכל דרך אחרת.

ציטוט מוצע: תרגום מאמרו של מייקל מקונל "ארבעה פנים של הגות משפטית שמרנית" ב**לוג רשות הרבים** (18.10.2020).